

近・現代的干渉主義の成立

——ドイツ福祉国家思想史の一視点——

木
村
周
市
朗

一 私的自治と国家干渉

二 ドイツ法治国家思想の史的展開

- (一) ドイツ自然法論と初期法治国家思想
 - (二) カントの法形式論と潜在的干渉主義
 - (三) モールにおける近代的干渉主義の成立
 - (四) 法実証主義の支配と旧国家学の帰趨
 - (五) 現代的法治国家概念と価値理念
- ### 三 法治国家思想の特殊ドイツ的位相
- (一) 法治国家思想の国制論的基礎
 - (二) 私的自治の精神的基礎

近・現代的干渉主義の成立

一 私的自治と国家干渉

現代資本主義国家を、その国家「福祉」装置の拡大に着目して、アングロ・サクソンの語法に従って「福祉国家 Welfare State」と呼ぶにせよ、あるいは西ドイツ流の国制論的文脈に即して「社会国家 Sozialstaat」と呼ぶにせよ、それらの呼称は、国民「福祉」問題の近代的社会化過程の進展に照応した累積的な国家干渉史の、現代的到達点を含意しているといつてよいであろう。資本制下の労働条件と生活条件とをめぐって生起するさまざまな国民「福祉」問題は、個別的な広義の「福祉」ニードが社会化されたものであるかぎり、私的自治の世界に対する国家のすぐれて生産関係維持・調整的な、立法・行政をつうじての政策的干渉の体系（社会政策体系）の、カテゴリカルな成立と展開を、各国特有に、実体制度的にも思想的にも必然化すると考えられる。資本制経済社会の存立にとって不可欠な、資本蓄積の維持・促進および生産関係の維持・調整の両側面のうち、主として後者の側面を担う国家干渉主義の史的展開を、近・現代的福祉国家の制度史および思想史ととらえるならば、この近・現代的・福祉国家的干渉主義は、J・ハーバースも指摘したように、原理的には、重商主義的な旧干渉主義の解体と私的自律圏の市民的成立とを前提としたうえで、「私生活圏内だけではもはや決着しきれなくなった利害衝突を政治の場面に移し替えること」⁽¹⁾から生じたと理解される。いいかえれば、現代先進資本主義諸国における十九世紀以降の累積的な国家干渉史は、市場経済によって媒介される私的自治原理の貫徹の否定史ではなくその国家政策的補完史として位置づけられるべきものであり、この点は、たとえば「ベヴァリッジ・プラン」における自助的保険原理優先主義や、西ドイツ「社会国家」論の主流派憲法・経済思想における「法治国家」のターム

での「自己責任」原理と「補助性原理 Subsidiaritätsprinzip」との優位構造並びに「扶養国家」化批判が、現代福祉国家体制の本格的展開に際してそれぞれあらためて確認したところであった。⁽²⁾

したがって、資本制社会における近・現代的な国家干渉を基礎づける思想は、それが私的自治原理と両立しうるかぎりにおいてのみ、ドミナントなものとなり、社会政策思想性を有力に発揮しうるであろう。イギリスにおけるそのような思想が、功利主義、とりわけ「最大多数の最大幸福」の命題に道徳および政治の統一原理を求めたベンタム (Jeremy Bentham, 1748-1832) の思想であったと推定できることは、いわゆるイギリス福祉国家起源論争の諸相とともに、近年わが国でも紹介・検証されつつある。⁽³⁾ 十九世紀の第二・第三・四半期のイギリスが、通説的には自由放任の時代といわれながら、実際上はプラグマティックな国家干渉主義の進展期であったとみなしうる点(とくに「行政革命 revolution in government」論)をめぐって、戦後主としてイギリスで展開されてきた諸論争の経緯は、西ドイツでも、たとえばD・ランゲヴィーシェが簡潔に紹介・整理し、哲学としての自由放任と実践的国家干渉主義とは相互に排除しあうものでは決してなかったこと、自由放任にも、「無政府状態ブラス警官」から、国家の広範な機能を認定する「完全で洗練された古典派の自由主義経済学の立場」までの幅があり、自由放任を純然たる「国家からの自由」の哲学に限定解釈する必要はないことに、ランゲヴィーシェは注意を喚起した。⁽⁴⁾ ベンタム研究は新全集が現在なお刊行中という制約下に置かれているとはいえ、右の時期のイギリスにおける自由放任と国家干渉との同時進行を説明する鍵が、近代合理主義につらぬかれたベンタム主義における自由主義的立法論(経済過程における利害の自然的一致を補完すべきものとしての利害の人為的一致の要請)⁽⁵⁾ にあり、またそれを基礎づける近代ブルジョア国家の政策存立原理が、晩年のベンタムの「最大多数の最大幸

福「(当為)・「自己優先」(事実)・「手段指示」(当為に一致するように事実を導く調整局面)の三原理(いわゆる「シニスター・インタレスト」論)にあったことは、われわれにとってはすでに共有財に近いものとなっている。

ペンタム主義が、近代ブルジョア社会の自由な独立した個人の行動原理および社会規範の、合理主義的心理分析の手法による定立と、その規範の実現に向けた国家政策の干渉の、抽象的だが基礎的な原理の提起とによって、私的自治を前提としかつそれを補完する国家干渉主義のイギリス型の軌道を敷き、J・S・ミルを介して新自由主義(主流)とフェビアン社会主義(傍流)との双方の側でそれぞれ発展的に継承された近・現代的イギリス福祉国家の祖型思想たりえたとすれば、ドイツにおいてそのようなペンタム主義に匹敵する思想装置は、理性主義的なドイツ国家論の史的産物としての法治国家思想であったと思われる。

法治国家思想は、広義には、一般に「人の支配」に代わるべき「法の支配」、政治に対する法の優位を主張し、国家活動の法的拘束と個人の自由および私的自律圏の法的確保とを志向する思想、したがって私的自治を実現するための法的ブルジョア・イデオロギーとして、特定の国には限定されない近代的普遍性をもっている。私的自律圏の市民的成立は、国家から解放された自由な商品交換関係(市場の法則)の形成という経済的基礎過程の社会構造的反映物であり、人格的限定をうけないこの商品交換関係の無差別的な無限の拡張性は、その法的対応物として、国家の法律の近代合理主義的・市民社会的な抽象性と国民国家的な斉一性・無差別適用性とを生み出した。いかえれば、自由な商品交換関係の発展は、法安定性にもとづく合理的予測可能性をきびしく要請するのであって、^(?)国家からの私的自律圏の解放(私的自治の成立)は国家の法自体を不要化するのではもとよりなく、

むしろ旧来の身分制的・地域主義的特殊規範の集積としての法に、統一性・一般性・抽象性・形式合理性を獲得させるのであり、そのことによって私的自治の存立が法的に保障される。商品経済の進展に対応したこの法における近代化は、第一に、私人相互間の関係を私的契約に還元する近代私法体系の発展（身分から契約へ）すなわち自由な法主体の形式的対等化、第二に、一般的規範への国家活動の拘束（行政の適法性と司法の独立）志向すなわち市民的法治国家の生成、という二層の経路をたどることで促進され、最終的には法実証主義の支配において十九世紀的資本主義の法形態はひとまず完成する。したがって、右のような「法の支配」による私的自律圏の市民的成立という局面は、資本主義形成期のヨーロッパ各国に、時代的ずれをふくみながらも普遍的に妥当する史的事実であったとみなすことができよう。

しかし固有の意味での「法治国家 Rechtsstaat」思想は、とくに行政の適法性の原理により、無制限の国家干渉から市民的自由圏を確保し保全する点に私的自治の実現を見出す思想として、十八世紀末以降、特殊にドイツで成立・発展したものである。現代西ドイツ福祉国家体制がとくに実質的・社会的法治国家概念で自己理解されるに至ったことの背後には、およそ二世紀にわたるドイツ法治国家思想の発達史が存在しており、法治国家思想は、このかんに「法」の実質と形式とをめぐる概念史的紆余曲折を経ながら、一貫して資本制経済社会の基本原則としての私的自治を基礎づける場をなし、しかも同時に、私的自治を前提としかつそれを補完する近・現代的国家干渉主義のドイツにおける思想装置として機能してきたと考えられる。本稿では、以下、この点を、ドイツ法治国家思想の発展段階を追って検証し、そのうえで法治国家思想の特殊・ドイツ的位相にかんして、若干論点を抽出することにした。

近・現代的干渉主義の成立

- (1) J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit, Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Darmstadt u. Neuwied 1962, 16. Aufl. 1986, S. 173. 細谷貞雄訳『公共性の構造転換』未来社 一九七三年、一九八ページ。
- (2) 拙稿「福祉国家と社会国家——西ドイツにおける両概念の史的連関構造をめぐって——」、『成城大学経済研究』、第九八・九九合併号、一九八八年一月、所収、を参照。
- (3) この点の開拓的労作として、伊原吉之助『ペンサムの功利主義体系——その基礎構造の解明——』、龍谷大学龍谷学会、一九六〇年、を、比較的最近のものとしては、木村正身「ペンタム主義と社会政策」、津田真澄・山田高生編『社会政策の思想と歴史——大陽寺順一教授還暦記念論文集——』、千倉書房、一九八五年、所収、を参照。また、イギリス福祉国家起源論争については、岡田与好「自由放任主義と社会改革——十九世紀行政革命」論争に寄せて——」、『社会科学研究』（東京大学）、第二七巻第四号、一九七六年二月、所収、木村正身「福祉国家の起源と社会政策」、西村裕通・松井栄一編『福祉国家体制と社会政策』（社会政策学会研究大会叢書第Ⅱ集）、御茶の水書房、一九八一年、所収、を参照。
- (4) Vgl. D. Langewiesche, *Europa zwischen Restauration und Revolution 1815-1849*, München 1985 [Oldenbourg Grundriß der Geschichte, Bd. 13], S. 113-115.
- (5) この点、E・アレヴィイの古典的な矛盾論的観点から自由主義的立法論の方向に明快にのりこえた現代的視点を示すものとして、永井義雄『ペンサム』（人類の知的遺産44）、講談社、一九八二年、一四一―一六ページを参照。
- (6) ベンタムの「シニスター・インタレスト」論については、たとえば、伊原、前掲書、五九、六九―七〇、一四七―一四九ページ、永井、前掲書、二五―二七、一一八―一二三ページを、また、上記の三原理については、とくに木村、前掲『ペンタム主義と社会政策』、四九ページ以下を参照。

(7) Vgl. z. B., M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der verstehenden Soziologie*, hrsg. v. J. Winckelmann, 5. Aufl., Tübingen 1976, S. 198, 642f.

二 ドイツ法治国家思想の史的展開

(1) ドイツ自然法論と初期法治国家思想

一 私的自治原理が、ドイツでは、ブルジョア社会を形成する近代的個人の心理・行動分析学つまりイギリス的な経験論的道德哲学によってではなく、ほかならぬ法治国家思想というすぐれて法論・国家論次元で認識されたのは、決して偶然のことではなかったと思われる。この点にかんしては、ヨーロッパ的な私的自治原理の開拓にとつての始源的駆動力をなした世俗的自然法思想が、イギリスとドイツとでは当初からその作用方向を異にしていたことが、まず留意される。

イギリスでは絶対主義解体期の「危機」の十七世紀に、ホッブズが、自己保存をめざす諸個人の自然的欲求を自然権論的出发点とすることによって、一方で主権（国家）を自然権実現のための人為的手段と位置づけ、同時に他方では、すでに人間行為の普遍的な心理的動機分析という、近代自然法論の人間学的基礎づけの方向を提起していたから、そのご市民革命の達成と独立小生産者的に均質な近代市民社会の発展に照応して、ロック以降とくにスコットランド道德感覚学派のもとで、ホッブズの暗いペンシズムが利己的人間そのものを肯定するブルジョア・オプティミズムによってのりこえられ、この人間学的な自然法解釈過程と並行して市民的幸福主義ないし功利主義が次第に醸成されて（イギリスに限定すれば先駆的にはロック、そしてヒュームやブリーストリ）、ペ

近・現代的干渉主義の成立

近・現代的干渉主義の成立

ンタムによる体系化に帰着した。ベンタム主義における私的自治原理は、こうして経済的にも道德的にも十分に自律性を獲得して連想や共感の成立しうる近代市民社会の、相対的に均質な個人の合理的行動基準としての功利の原理にほかならなかった。つまりイギリスでは、近代自然法思想は、自然権論を梃子として国家市民の政治的解放と議會主權的な「法の支配 rule of law」とを強力に促進した結果、すでに十八世紀には私的自治の市民社会の原理そのものを経験論的・心理分析的に基礎づけるという指向性を示したから、その過程で自然法自体が無用化されてゆき、他方の法律実務家によるイギリス法曹法 (Lawyers' law) の伝統 (慣習法・判例法の積み重ね) と相俟って、ヴァーアッカーも確認したように、概してこの国では自然法論が法学や法律実務に直接作用することは少なかった。⁽¹⁾ というよりむしろ、法学史的にみれば、イギリスの大学は伝統的にローマ法とカノン法だけを教え、法学教育はコモン・ロー法律実務家の手に委ねられていたから、第一に、そもそも「十八世紀に至るまでは学問的文献が少量であった」し、第二に、自然法論にかぎらず「一八〇〇年以前の大部分の法書」は、全体として「実体法には明白な影響を何一つ与えなかった」のであり、こうした点が、ほかならぬ「イングランド法学史の一つの顕著な特徴」⁽²⁾ (J・H・ペイカー) をなしている。

それに対してドイツでは、一六九四年にハレ大学が、形成期プロイセン領邦絶対主義の主導下に自然法学者トマジウスと敬虔主義者フランケとを中心として創設されたことが象徴的に予告していたように、自然法思想は早くから道德的合理主義を介して啓蒙主義と結びつき、この啓蒙主義は新しい合理的な生活改革の信念として、敬虔主義的倫理性を体现した統治者および新生官憲国家と共鳴し合い (啓蒙絶対主義)、しかもその啓蒙主義的國家改造計画は大学の設立と結びついていた。⁽³⁾ もともとヨーロッパ大陸では法学の研究と教育 (官吏養成) は大

学で行われたから、現実の法の発展は、イギリスのばあいとは異なって法学説史ときわめて密接な関係にあり、ドイツの大学で法学部の一角を占めた自然法論は、大陸合理主義的な理性法 *Vernunftrecht* 論として、十七世紀末以降十八世紀をつうじて専門法律学に概念的構成への端緒を開き、そのことよって十九世紀のドイツ法学（とくに歴史法学派とパンデクテン法学）の形成を基礎的に規定することになったし、大学における国家官僚の養成をつうじて、啓蒙絶対主義下の実定法の改革と法典化にも深い影響を及ぼした。自然法論から法実証主義への推転局面、およびドイツ自然法思想と旧国家学との関係については、後段に譲り、ここでとりあえず留意されるのは、ドイツにおける自然法思想が、人間の自然的平等や自然的自由の権利、あるいは社会契約といった、近代的諸要素を本来包蔵していながら、結局絶対主義を打破する駆動力たりえず、むしろ既存の実定法秩序を学問的に弁護することになった点である。それは、イギリスのばあいと対比でいえば、自然法論がたんに稀薄だったということに尽きるのではなく、一方で、せっかく定立された自然権も、理性理念論の水準にとどまり、生存と幸福追求という人間の最も根源的な動機による経験論的基礎づけをもたず、他方では何らかの道徳規範が直接間接に経験の世界から導出された結果、その経験の世界が近代市民社会以前の身分制的秩序にほかならなかったかぎり、自然権論のほうは宙に浮いたまま、自然法論全体がすぐれて自然的義務論として、既存秩序そのもので道徳規範化を促進し、国家をも義務の体系の中に編入して、旧福祉国家的干渉主義を自然法的国家目的のタームで正当化することになったからである。

もっともドイツにも、感覚論的・経験論的幸福論がなかったわけではない。法と道徳との分離論で知られるトーマージュウス (*Christian Thomasius, 1655-1728*) は、ロックの影響を受け、それまでの主知主義的伝統をくつがえ

して、知性は意思によって支配され、意思は外的な感覚的印象と内的な欲情とによって決定されるとみなし、人間行為の規範としての道徳の最高原理を、人間の生活を長く、できるだけ幸福にすること一切を行い、不幸にし死を早めること一切を避けねばならぬ、という一種の最大幸福原理に求めた。⁽⁴⁾しかしこれは自然権というより自然法的道徳規範であり、近代市民社会における合理主義的功利主義とも異なる。トマジウスのばあいには、絶対主義下に幸福追求が道徳規範化された結果、この道徳規範の実現のために法と狭義の道徳とが動員され、絶対主義の自然権的克服は問われない。トマジウスの関心は地上の幸福の前提条件すなわち「内的平和」(心の平安)と「外的平和」(生命・財産の安全)に向けられ、この目標を達成するための三つの行動規範(誠実 honestum、正礼 decorum、正義 iustum)に照応して、広義の自然法がそれぞれ倫理 Ethik、政治 Politik、法 Rechtに分けられた。他方、トマジウスは人間を導く規範を「助言 consilia」(内的義務)と「命令 imperia」(外的義務)との二種に区分し、外的平和事項(法すなわち正義の領域)に「命令」をあてはめることによつて、法を狭義の道徳から分別し、さらに、「命令」とそれにもとづく外的義務づけとを実定法に限定することによつて、「助言」としての自然法および神の法から「命令」としての人定法を区別しようとした。⁽⁵⁾

ところがそのバウホルフ (Christian Wolff, 1679-1754) は、人間の完全性への義務論によつて、法と道徳とを再び統合する。ヴォルフのばあいには、トマジウスの幸福原理に相当するものは人間の完全性の原理であつて、それは人倫的諸法則の総体なのだから、法もその中にとりこまれる。「義務」は、トマジウス以前の段階に引き戻されて、完全性に向かう人倫的強制、自由の道徳的必然ととらえられ、権利は義務履行の権利として、もっぱら義務から引き出される。法義務は、他人を強制することのできる権利の相応物だが、この権利は完全性

原理に従って人倫的義務を果たすのに必要な行為に向けられたものだから、結局法義務も道徳的強制という意味での内的義務なのである。そして純然たる人倫的義務を強制可能な法義務にすることが出来るものは、国家による実定的市民法であり、他人が完全性を達成するのを支援する義務 (*officia humanitatis*) が国家によって担われ、その義務の内容は実定法によって規定されると考えられた。ヴォルフは以上の論旨をすべて人間本性からの帰結として展開したから、その結果、たしかに義務においても権利においても人間の自然的平等を説くことができたし、国家契約論の立場に立つことによって、民主制や制限君主制、あるいは人民の反抗権さえも、形式論理的には認定している。⁽⁷⁾ だからそのかぎりでは、M・トーマンのように、「クリスティアン・ヴォルフは現代の自由な法治国家の初期の闘士である」と位置づけることも、まったく不可能というわけではない。しかし一切の権利が人間の道徳的義務から引き出されたかぎり、ヴォルフの自然法論は義務の体系なのであり、経験論的に自然権から出発したイギリス自然法論との差異は決定的である。ヴォルフは *officia humanitatis* 論によって、すすんで国家の「公共福祉」目的活動の実定的カタログを自然法論上に基礎づけもしたのであって、このような完全性への義務の体系が絶対主義下に提起されるとき、その絶対主義は無傷であるだけでなく、むしろ啓蒙主義的に強化される(「王座と講壇との同盟」⁽⁸⁾)。

しかも、C・リンクが解明したように、一般にドイツ自然法論においては、「一回の行為による *uno actu* 社会と国家との設立というホップズの教義が拒否され、ほとんど一貫して二重契約説が保持され」た結果、国家目的論から統治者義務論が導き出された。「一回の行為による」契約は、それが国家形成契約として機能するために、主権者の絶対的・無条件的命令権を帰結し、だからこそ、それを打破する自然権的契機が、一回かぎりの契

約の根源的動機として特別の意義を担う。これに対して二重契約説においては、まず自然状態を克服して社会を設立する「結合契約 pactum unionis」から、「平和と福祉」という社会形成目的が導出され、この目的を根拠として、「支配・服従契約 pactum subjectionis」は支配者と被支配者との双方を拘束する契約ととらえられる。したがってこのばあいには、支配者は「平和と福祉」のために自然法的権利を賦与されるだけでなく、同時に「平和と福祉」の達成を自然法的に義務づけられるのであり、この自然法的な君主の義務論は、「ルター派君主国家の家長的社会倫理」によってさらに補強されて、「公的任務としての包括的生存配慮の思想」が支配的となる。⁽¹⁰⁾この点、啓蒙絶対主義時代に、個人の幸福(私的福祉 Privatwohl)が明確に国家目的に算入されるに至ったことが、とりわけ留意される。D・クリッペルも指摘したように、「個人の幸福が、特定の生活領域において(自分の流儀で幸せになる)可能性として理解されなにかぎり、国家目的の概念への個人利益の包含は、逆説的に、個人を国家の後見と(社会的規律化)との対象にする。」⁽¹¹⁾その結果、十八世紀末には、「福祉または幸福という国家目的は、国家活動のほとんど無制限の拡張の基礎となっていた」⁽¹²⁾(U・シュイナー)のであり、その国家活動の内務(「福祉」)行政手段が、「ポリツァイ Polizei」にはかならなかつた。⁽¹³⁾

こうして啓蒙絶対主義国家と結びついたドイツ自然法論は、官憲的理性が人民に生活規範を口授し強制するという転倒した事態を招いたから、私的自治の発達を促進する法観念が私法と国法との両面で真に形成されるようになるためには、先験的な意思の自律の原理から出発したカントによって、従来の自然法論がもっていた実体的社会倫理が排除され、きわめて抽象的かつ形式的な法概念がまず定立される必要があつた。したがってカント以前のドイツでは、絶対主義のおくればせの隆盛期に、自然法的啓蒙思想が、ほかならぬ絶対主義を支えた宮廷と

官僚と大学によって担われ、政治・経済・道徳の諸側面で近代市民社会の形成がおしとどめられた結果、私的自治は、等族的自由観念の遺産の上に、もっぱら「人の支配」(君主の「大権裁定 Machtspruch」)に代わる「法の支配」(とりわけ行政の適法性)によって守護された、国家からの私的自由圏の保全の中に、見出されることになった。

二 すなわち、法治国家思想は、発生的には、近代ブルジョア社会の未発達に反比例して国家官僚行政が伸張していたドイツ領邦絶対主義体制のもとで、臣民の「平和と福祉」とへの国家的配慮を義務論的に基礎づけた自然法的国家目的論の幸福主義イデオロギーと、現実の官僚行政を支えた官房技術学ないし国家行政管理学としてのポリツァイ学と、ルター派の家父長的社会倫理と、以上三つの重畳的作用が帰結した後見主義的旧福祉国家に対して、その干渉の体系から私的自由圏を保全するべく、「平和と福祉」の名による広範な国家目的活動を法律によって拘束しようとした啓蒙官僚サイドからの国家論として、十八世紀末に形成された。

絶対主義は、もともと封建社会解体期の危機を克服するための過渡期の社会構成体として、ローマ・カトリック的世界支配からの世俗権力の独立と、封建的分裂に対する国民的統一という二重の意味で、進歩性と合理性とを担っていたが、同時にその絶対主義は、ブルジョア的政治形態成立までの外側からの秩序形成者としての役割を果たすものであったかぎりでは、市民勢力の自立化とともにこの外側からの支柱は不要化するはずであった。⁽¹⁴⁾しかしドイツでは、絶対主義は身分制的な各種中間権力との、領邦レベルでの依存と対抗の関係の中に局限されて、国民的統一を実現しえなかっただけでなく、絶対主義が不要化する前に、市民階層出身の官僚層もふくめて統治主権の側が、先進国から啓蒙思想を、そしてのちには工業技術をも導入し、そうすることによって十九

近・現代的干渉主義の成立

世紀には立憲君主政下での工業化という形で国制と産業との二重の近代化を、政治形態の革命の変更なしに長期にわたって歴史連続的に達成した。いかえれば、十八世紀後半以降、イギリス的ブルジョア社会の未成熟を、啓蒙絶対主義が領邦国家単位で補完し、しかも十九世紀前半まで「延長された啓蒙絶対主義」⁽¹⁵⁾（L・ユスト）は、官僚制に支えられた立憲君主政を、「君主政的支配の連続性」⁽¹⁶⁾（ベッケンフェルデ）のうちに自己革新的にみずから成立させたのであって、このような十八・十九世紀の遠大な上からの近代化過程にとっては、とりわけ官僚層の果たした役割が大きかった。ドイツ官僚制の性格は、領邦絶対主義の多様性および変容過程と相互規定的に、空間的にも時間的にもさまざまな類型や発展段階をふくんでいたが、プロイセンに限っても、十八世紀の盛期絶対主義においてさえ、とくに地方行政レベルでは非絶対主義的・等族的・自律的な中間諸権力が温存されて、それらは集権的・統一的な統治をめざす君主および中央官庁の実際の行政と、対立的のみならず相互補完的な関係に立っていたから、十八世紀プロイセン官僚制発達史は、終始そういう事情に規制されながら、当初の国王の家産的・身分制的官僚から、委任官僚機構および官吏任用試験制度（とくに一七七〇年）の新設を梃子とする、非人格的・アンシュタルト的国家の官僚への発展、さらには、職能身分としての官僚層の成立による、国王からのその自立化と官僚絶対主義の確立へ、という基本線を段階的にたどることになった⁽¹⁷⁾。したがって、こうして次第に近代化された官僚制が、ようやく形成されつつあった市民階層の中のエリートを吸収し、そのかぎりでは絶対主義は市民革命によって倒されるべき対象とはなりえなかったし、またそうであったかぎり、近代的な私的自治の原理は、若きフンボルトのように人類一般と等置された個人の内面的完全性の新人文主義的・世界市民主義的希求の中に観念されるか⁽¹⁸⁾、そうでなければ、国家活動の法的拘束による私的自由圏の保全に求められるかするは

か、当面仕方がなかった。

そういう意味において、ドイツ初期法治国家思想は、たとえ絶対主義の枠内にとどまったとはいえ、私的自治原理を、国家活動の法的拘束による国家からの自由として、たしかに定立したのである。この観点は、十八世紀プロイセン啓蒙絶対主義下に司法制度改革と並んで長期にわたって断続的に試みられた法典化作業の結晶物「プロイセン一般ラント法」(一七九四年)を起草した、市民階層出身の啓蒙官僚スヴァーレッツ(Carl Gottlieb Svarez, 1746-1798)やクライン(Ernst Ferdinand Klein, 1744-1810)によって代弁され、かれらは、国家干渉から守られた私的自由圏(「市民的自由」と市民の国政参与権(「政治的自由」とを区別し、後者を否定して前者の法的確保を希求した⁽¹⁹⁾)。それは、個人の「人格および所有権の安全」⁽²⁰⁾としての「市民的自由」の保全志向において、絶対主義の枠内での啓蒙精神による商品経済社会の自律化認識の法思想的到達点を示していたといえてよい。しかしそのばあい、一方の自然法論的な「市民契約」や人間の「自然的自由の権利」の思想が、他方の「出生」や「身分」に規定された現実の社会(スヴァーレッツはこれを「自然状態」に對置された「市民社会」という用語でとらえた)と二元的に並存しえたのであって、スヴァーレッツはフランクフルト・アン・デア・オーダー大学でダルイエスから、クラインはハレ大学でネットェルブラットから、それぞれヴォルフの自然法論を学んでいたことは、ドイツ自然法思想と大学と官僚との絶対主義下での結合関係を如実に物語ってもいたのである。

- (一) Vgl. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1952, 2., neubearbeitete Aufl. 1967, S. 279. この第二版は、初版にかなりの加筆をほどこしているが、初版を底本とした鈴木祿弥訳『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して——』、創文社、一九

近・現代的干渉主義の成立

近・現代の法學主義の成立

大一年 三十四頁一三六、參照。

- (2) J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, London 1971, p. 112. 小正貞夫編『イギリスの法律史』創文社 一九七五年 一九三頁一三六。
- (3) Vgl. F. Wieacker, a. a. O., S. 312ff.
- (4) Vgl. H.-L. Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht, Quellenstudien zu seiner Geschichte*, Berlin 1966, S. 14ff.; E. Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 397ff.
- (5) Vgl. H.-L. Schreiber, a. a. O., S. 17ff.; E. Wolf, a. a. O., S. 402ff.
- (6) Vgl. H.-L. Schreiber, a. a. O., S. 27ff.
- (7) Vgl. z. B., C. Link, *Die Staatstheorie Christian Wolffs*, in: W. Schneiders (Hrsg.), *Christian Wolf 1679-1754, Interpretationen zu seiner Philosophie und deren Wirkung*, 2. Aufl., Hamburg 1986, S. 171-192, insb. S. 175ff., 183.
- (8) M. Thomann, *Christian Wolf*, in: M. Stolleis (Hrsg.), *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 1977, S. 248-271, S. 250.
- (9) C. Link, *Die Staatstheorie Christian Wolffs*, a. a. O., S. 184.
- (10) C. Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Wien et al. 1979, S. 138f.
- (11) D. Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1976, S. 63f.
- (12) U. Scheuner, *Die Staatszwecke und die Entwicklung der Verwaltung im deutschen Staat des 18.*

Jahrhunderts, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, hrsg. v. G. Kleinheyer u. P. Mikat, Paderborn et al. 1979, S. 467-489, S. 482.

(13) 「ボリツマイ」の概念史については、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、とくに一五一ページ以下を参照。

(14) この点、たとえば水田洋『近代人の形成——近代社会観成立史——』、東京大学出版会、一九五四年、五一—九ページ、一三五ページ以下を参照。

(15) L. Just, Stufen und Formen des Absolutismus, Ein Überblick (1961), in: W. Hubatsch (hrsg.), Absolutismus, Darmstadt 1973 (Wege der Forschung, Bd. CCCXIV), S. 288-308, S. 308. 石川武訳「絶対主義の諸段階と諸形態——一つの概観——」、『F・ハルトツング』、R・フィアハウス他著、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、一九七ページ。

(16) E.-W. Bockenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert (1967), in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1976, S. 112-145, S. 116. 村上淳一訳「一九世紀ドイツ立憲君主政の国制類型」、『前掲『伝統社会と近代国家』』、所収、四九二—四九三ページ。

(17) 阪口修平『プロイセン絶対王政の研究』、中央大学出版部、一九八八年、とくに第二部を参照。

(18) この点、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。

(19) スヴァーレツの初期法治国家思想については、拙稿「ドイツ法治国家思想の形成——市民的自由と国家干渉(一)——」、『成城大学経済研究』第九六号、一九八七年四月、所収、を参照。

近・現代的干渉主義の成立

近・現代的干渉主義の成立

- (20) C. G. Svarcz, Über den Zweck des Staats. in: ders., Vorträge über Recht und Staat, hrsg. v. H. Conrad u. G. Kleinheyer, Köln u. Opladen 1960, S. 639-644, S. 640.

(二) カントの法形式論と潜在的干渉主義

一 カントが近代市民社会の基本原理をドイツで初めて本格的に定立したのは、主として『人倫の形而上学』(一七九七年)の前半部をなす「法論」の、とりわけ「国法 Staatsrecht」の節においてであった。カントは、「意思の自律」という先験的原理から出発する理性理念的方法すなわち形而上学的道徳学に立脚して、「自由」を、すべての国家構成員に共通の外的な強制法が全員に平等に保証する「外的権利」ととらえ、「法」を、国民として平等な市民各人の「外的権利」の調和を達成する形式的条件と規定することによって、個人の「自由」とそれを保証する法的「形式」という、現代にまで射程の及んでいる、法治国家一般のすぐれて近代自由主義的な本質的属性を、思想的に確定した。ドイツ法治国家思想上のカントのこの第一の画期性は、理性的存在者たる人間を「目的自体」ととらえ、「幸福」概念に代表される「意思の実質」としての通俗的「目的」概念を、法則たりえぬ經驗的了解事項と位置づけて人間意思の「自由の法則」にかんする形而上学的法論の範疇から排除し、「法」をもっぱら人間意思相互の外的関係の形式としてとらえたこと⁽¹⁾によって、はじめて獲得された。したがって、カントのこの法形式論は、旧ヨーロッパに伝統的な自然法的「国家目的」論を範疇的に超越したのであり、そうすることにより、「臣民の福祉」を国家目的に掲げていた啓蒙絶対主義的旧福祉国家の幸福主義イデオロギーと後見的干渉主義とを批判・克服する思想原理として、機能しえたのである。この点からも、ドイツにおいて私的自

治原理を第一義的に担ったものは法思想、とりわけ法治国家思想であったことが看取される。スヴァーレッツのばあいには、依然として国家目的が自然法的に「共同的幸福の増進」と規定され、「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」も国家目的とみなされた結果、広範な国家ポリツァイ（内務行政）干渉の現実主義的な必要性認識が、私的自治に逆行する福祉配慮の後見主義（たとえば一七八八年の検閲令）をついに断ち切らせないままに終わったから、啓蒙絶対主義的初期法治国家思想における旧自然法的国家目的論に由来する後見主義的限界が、カントによってまずのりこえられねばならなかったわけである。いいかえれば、啓蒙絶対主義の後見主義から近代自由主義への推転を、カントは国家目的論から法形式論への跳躍によって、理性理念的に達成したことになる。

スヴァーレッツらが生み出した初期法治国家思想は、他面で、上述のように市民の国政参与権を否認して国家干渉からの自由を自己限定するという、もう一つの啓蒙絶対主義的限界をもっていた。国政参与権をふくまない「市民的自由」のみへの自己充足は、他律的に与えられた統治形式と法体系とのもとで、既存の政治体としての国家から市民を無限に隔絶するから、ここでは市民は受動的臣民にとどまり、能動的な国家市民とはなりえない。能動的な国家市民による国政参与の形式的確定が、国家による国民統合機能（国家の「正当性」の近代的成立）と、ブルジョア法治国家の完成との前提条件であり、私的自治を補完する国家干渉の近・現代的成立の基礎的契機をなすものであるとすれば、初期法治国家思想における右の限界は、早晩なんらかの形で克服されざるをえない。カントの近代市民社会論としての「法論」における、法治国家思想史上の第二の画期性は、「公民社会 *societas civilis*」すなわち国家を、個人の「自由」を普遍的に実現させる「法的状态」ととらえ、その成立を社会

契約論的に説明することによって理念的・一般的な国民の「普遍的な統治権者」性を認定し（事実上の民主主義）、「法的状態」が定言命法的に要請する「統治方式」として、国民代表制と不可分の共和制を理念的に展望した点にある。すなわちカントは、「理念における国家」は、「根源的契約」をつうじて国民が立法のために結合したものだと考えて、立法権を「ただ普遍的に結合した国民意思にだけ」帰属させ、この観点から、「漸進的かつ継続的に統治方式を変更」して「国民の代表制」にもとづく「真実の共和制」、「主権者そのもの」としての国民の実現に到達する理念的必然性を、「憲法制定権力に負わされた拘束性」として描き出した³。ここでは、「市民的自由」と「政治的自由」との旧来の区別はすでに存在せず、ただ「自由を原理となす「唯一の」もの」として、「国民の代表制、すなわち、国民の名において、その国民の権利を守るために、一切の国家公民が結合してその代表者〔代議士〕をつうじて行動する体制」が、定言命法的に措置された⁴。

このばあい、カントの国民主権・国民代表制論の論理の出発点は、「自然状態」に対置された「法的状態」としての公民社会規定にあり、この「法的状態」は、万人が自由を相互調和的に実現するために「ある公的に法則的な外的強制」のもとに服している状態なのだから、「法的状態」概念もまた外的・形式的「法」規定からの、形而上学的国法論次元での帰結にはかならない。したがってカントは、スヴァーレッツの初期法治国家思想における二重の限界を、結局法形式論によってのりこえたといつてよく、その法形式論がカントの近代市民社会原理論の根本視点だったという意味で、私的自治原理（「自由の法則」）はすぐれて近代法治国家思想的に基礎づけられた。

二 ところで商品経済の進展が法安定性を要請し、それにみあって近代国家の立法・行政活動は法に従って営まれるというばあい、その法は、実質性においてではなく形式性において把握されているのであって、国家活動

の法的形式性は法の実質すなわち法目的や法内容を一切問わないから、法の形式性は、もともと外延的には無限の国家政策的干渉諸体系の存立を潜在的に保証している。法治国家思想における干渉主義の成立の基礎的契機は、この点にあり、上述のようにドイツでは国家活動の法的拘束のうちに私的自律圏の保全原理が有力に見出されたのは、法という形式が、政策領域上では多岐にわたる内務行政的国家干渉をそれ自体としては許容しながら私的自治を可及的に実現するための方法であったからに相違ない。ドイツにおける君主政的支配の連続性と官僚行政の漸次的近代化との帰結が「法律国家」化の進展であったかぎり、⁽⁵⁾ 法的形式性こそが、一方で私的自治の壘堡をなし、他方では外延的には広範な国家干渉の存続を可能にしたといつてよい。

この点、法形式論に立脚したカントの国法論が、多岐にわたる国家権能の列挙をつうじて、法治国家思想と干渉主義との結合可能性をすでに暗示していたことが、とくに注目される。カントの法論・国家論の方法は、先験的に把握された「自由」が、国家すなわち「法的状態」における公的強制法のもとで、「外的権利」として自己実現されるとみて、その形式的条件を問うものであり、カントは、ドイツにおけるカント解釈史上往々にして誤解されたように国家の福祉目的を排除して国家目的を法ないし安全に限定したのではなく、「国家目的」範疇自体を超越した。したがって、国家目的としての安全と福祉との区別という、スヴァーレッツやフンボルト、さらには後述のモールまでふくめて十八・十九世紀ドイツ国家論の近代化志向を支えた基本的発想は、もともとカントにはかかわりのないことなのであって、だからカントの形而上学的国法論は、国家の目的ではなくて国家の諸権能を、公的強制法の及びうる領域内容を示すものとして多様にふくんでいたのである。そのばあい、土地の私的所
有に対する公課権、刑罰権などと並んで、「国家経済活動、財政、およびポリツァイの権利」、「査察の権利」、さ

近・現代的干渉主義の成立

らに、国民自身の共同的維持義務の国家による代行としての「救貧院・捨子養育院、教会、その他一般に慈善的あるいは宗教的施設と呼ばれているもの」を維持するための公課権や、「俸給を伴う職務執行としての諸官職の配分」といった、多岐にわたる諸権利を、カントが「国民各自に対する国家の権利」すなわち「執政者」の「執行権能」として、即目的に列挙しえたのは、⁽⁶⁾直接には、立法権と執行権との分離（「専制」に対置された「共和制」の指標）、並びに立法権による執行権の拘束（執行者による立法者の意思の「代表」制）の立論によって、執行権は本来対象的、には一義的限定を受けないからであるが、より基本的には「法的状態」においては立法者たる主権者の意思としての公的強制法は、その目的や内容にかかわりなくもっぱらその外的形式性において、諸個人の自由（外的権利）を普遍的に実現するものだととらえられていたからであった。形式的法規定は法内容を問わないから、法を執行する権能の及ぶうる範囲も、本来無限定的なのである。こうしてカントは、国家の多様な立法・行政活動の即目的認定によって、法の形式性が国家干渉の外延的ひろがりを保証する点を示唆し、執政者は「法律のもとに立ち、法律をつうじて、したがってある他者、すなわち主権者によって、義務を負わされている」という、権力分立と法律による行政との形式的基本原理において、カントの国法論は近代法治国家の行政思想への明確な前望性を示したのである。

(一) Vgl. I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797), in: Philosophische Bibliothek, Bd. 42, hrsg. v. K. Vorländer, 2. Aufl., Leipzig 1907, S. 1-208 [Abk.: Rechtslehre], insb. S. 34f. 加藤新平・三島淑臣訳「人倫の形而上学 第一部 法論の形而上学的基础論」、『世界の名著 32 カント』、中央公論社、一九七二年、所収、とくに三五四ページ。以下、初出訳書のばあいを除いて、参照原典

のページ数のあとの漢数字は、既出訳書の該当ページ数を示すが、引用文自体は、引用者の責任において邦訳書に従っていないばあいがある。なお、本稿では、引用文中の（ ）はすべて原文のままであり、「」の部分は引用者の補訳である。また、引用文中の傍点は、原文がゲンシュペルトまたはイタリックやゴチックであることを示す。なお、拙稿「カントの旧福祉国家批判について」、『成城大学経済研究』第二〇〇号、一九八八年七月、所収、および同「カント・改革時代・モール——ドイツ干渉国家と法治国家思想——」（上）・（下）、同上誌、第一〇一号、一九八八年一〇月、第一〇二・一〇三合併号、一九八八年十二月、各所収、をあわせて参照。

- (2) C. G. Svarez, *Vorträge über Recht und Staat*, a. a. O., S. 8, vgl. S. 65, 228.
- (3) Vgl. I. Kant, *Rechtslehre*, S. 135ff., 169ff., 195ff.以下、および198ff.以下。
- (4) Ebenda, S. 170, 198ff.以下。
- (5) Vgl. R. Koselleck, *Preußen zwischen Reform und Revolution*, *Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart 1967, 3. Aufl. 1981, S. 158 et al.
- (6) Vgl. I. Kant, *Rechtslehre*, S. 150ff., 198ff.以下。
- (7) Ebenda, S. 140, 195ff.以下。

(三) モールにおける近代的干渉主義の成立

一 しかし、「自由の法則」にかんする形而上学としてのカントの理性法論は、「法」が個人の「自由」を普遍的に実現させるといふ点の実践理性的論証に向けられたものであり、たしかにその論証の過程で、法の形式性が干渉主義と結びつく可能性を暗示し、さらに法律による行政の原理をも展望していたといえ、この事実上の近

代法治国家における国家干渉それ自体の固有の論理をふくんでいたわけではなかった。私的自治を実現するための「法」の形式性が法内容の無規定をつうじて国家干渉の存立を潜在的に保証するというだけでは、法治国家思想に本来内包されていたところの、「法」を媒体とした私的自治原理と干渉主義との結合関係が、ただ消極的に含意されるにすぎないであろう。法治国家思想がとくに私的自治原理を体现したという既述の特殊ドイツ的事情は、格別に留意されるべきだとしても、法治国家思想がもしカントの法形式論の段階でとどまったとしたら、法治国家思想における干渉主義の成立はおそらく積極的な意味では語りえぬであろうし、また、古典的な形式的・自由主義的法治国家から現代的な実質的・社会的法治国家へという現代西ドイツ国法論において支配的な周知の段階区分も、生じなかったことであろう。法形式論の主題は、本来、法による万人の自由の実現に尽きるのであり、のちの法実証主義的退化局面（その極限としてのナチ党の「合法的」独裁）でさえ、その実態がどうであれ、形而上学的にはこの主題によって包摂されるのであって、一般に法形式論はもともと基本的には「法的状態」の説明原理ではあっても立法の原理ではなかったから、国家干渉を積極的に正当化する固有の論理は、法形式論自体からは出てきようがない。ここに法治国家思想は、カントが理性理念的に定立した私的自治原理を基礎としながら、なおかつ自己の有意義な存続をかけて第二の跳躍を行う必要に迫られたといえよう。

法形式論の手の届かぬ不可能事をなしうるものは、法実質論である。ドイツにはまさに法実質論としての国家目的論の伝統があったから、法形式に何らかの実質的内容を付与する国家目的が、私的自治原理と有機的に統合されるならば、そのときわれわれは、私的自治原理の実質化を目的ないし当為とする国家干渉について語りうるであろう。この点、スヴァーレーツが伝来の福祉目的論によって検閲令をついに容認したことは、国家目的論が私

的自治原理を圧殺したことを意味するから、近・現代的干渉主義が成立するためには、私的自治原理にもとづいた国家目的論とりわけ福祉目的論が、新たに構成されなければならない。このばあい、福祉目的を排除した安全目的単一論にたてば、それはもともと私的自治原理と親和的だから、両者は容易に結びついて単純な夜警国家論に帰着する（若きフンボルトの国家活動限定論が典型的だが、誤解されたカント像や、一八三〇年代以降「ポリツァイ国家」に対置された「法治国家」の自由主義的イメージもふくむ）。しかしもとより右の意味での夜警国家論は干渉主義をきびしく排斥する側にはかならないのだから、ここで問われているのは、とくに福祉目的（啓蒙絶対主義的旧干渉主義の拠点概念）と私的自治との統合可能性なのである。この統合を達成し、私的自治原理に立脚した近代立憲国家における国家干渉の基本原理を、先駆的かつ自覚的に「法治国家」論として構築した人物は、西南ドイツ初期自由主義の国法学的イデオログとしてのモール（Robert von Mohl, 1799-1875）であったと思われる。

一八三〇年代以降、モールが福祉目的論を包摂した「法治国家」論を提起したとき、そこではすでに、国民代表（議会）制を伴ったヴェルテムベルク初期立憲体制の成立（一八一九年）と、近代社会問題（工場労働者問題）の発見に触発された国家干渉不可欠性認識とが前提とされていた。この立憲制領邦国家の実定的国法（憲法・行政法）を体系的に論じた事実上の処女作『ヴェルテムベルク王国の国法』（全二巻、一八二九―三一年）によって学問的地位を確立したモールは、テュービンゲン大学（一八二四―四六年）とハイデルベルク大学（一八四七―六一年）で国法学、行政学、国家学などを講じるとともに、ヴェルテムベルク議会下院（一八四五―四六年）、フランクフルト国民議会（一八四八―四九年、司法大臣兼務）、バーデン議会上院（一八五七―七三年、六

七年以降議長^①などで議席を占めた「政治的教授のひな型」であり、同時にパリ留学や先進諸国の文献をつうじてドイツにおける工場賃金労働者問題発生の不可避性を確信して、早くも一八三五年の一論説で、公教育と利潤分配制度並びに国家融資制度によって、賃金労働者の独立自営化と西南ドイツ的「中間身分 *Mittelstand*」社会へのかねらの編入とを達成することを唱道した^②。したがってモールの立脚点は、国制と経済社会との両面で、十八世紀末ブローゼンのスヴァールツやカントのばあいとは異なった新段階にあり、その結果、立憲制下の私的自治原理にもとづいた近代的な国家干渉の根本原理を樹立することが、当初から、モールの法治国家論にとっての課題とならざるをえなかったのである。

二 モールの国家論全体の基本的特徴は、一種の歴史相対主義の観点にあったと思われる。スヴァールツとカントにおいては、ともにその国家論の基礎には、自然状態、譲渡できない生得の権利、社会契約、といった自然法思想が横たわっていたが、モールは、たとえば『国家諸科学百科全書』（一八五九年）中の「一般国家学」の章で、社会契約論に依拠する自然法的国家形成論の抽象的普遍主義を批判して、国家形成問題をすぐれて歴史実体的次元でとらえ、過去の史実における国家形成のあり方の多様性を指摘した^③。つまりモールはすでに自然法思想の段階を明白に脱却したのであって、かれの主要関心事は、統治権者（国王）と国家市民とのあいだの相互の権利・義務関係の実定法秩序を中心とする現実の国家制度にあり、自然法思想はモールにとってはすでにあくまで国法学史的ないし国家学史的関心次元にとどまった。君主政の支配の連続性においてではあれ、ともかくも国民代表制度を伴った立憲体制の成立は、規範理念の体系としての自然法思想の歴史的役割を、ドイツでも終了させたといえよう。

モールの国家論の出発点にあったものは、歴史的諸条件に規定された民族の文化的発展段階に応じた「生活目的 Lebenszweck」の多様性認識である。モールは「生活目的」から「国家目的」を引き出したから、前者の多様性の認定に照応して、「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」⁽⁴⁾の存在を即目的に肯定し、そのうえで、諸民族の「生活目的」のちがいに対応した「国家目的」のちがいから、「国家類型 Staatsgattungen」を、神権政国家・専制国家・世襲領主制国家・家父長制国家・法治国家に区分した。⁽⁵⁾しかも「生活目的」の多様性は「生活圏 Lebenskreis」の多様性と結びついていた。つまり人間は各自それぞれに生活目的をもち、しかも各人は複数の生活諸目的を同時に追求するから、それらの目的を達成するために、個人、家族、家系、社会（国籍・言語・血統・職業・財産・宗教・居住空間などにもとづく諸共同体）、国家、国家連合、といったさまざまなレベルで生活圏が形成されるといえるのが、モールの社会認識の基礎視点なのである。⁽⁶⁾したがってモールにおいては、国家自体が最初から個人の「生活目的」達成のための歴史制度的諸手段の内の一つとして相対化されているのであって、その結果、モールの国家学体系は、最広義の社会論（人間の共同生活論）の中の一部門にすぎず、個人と国家との中間に存在する諸生活圏の独自性にかんする狭義の社会学体系をモールは別途構想し、⁽⁷⁾しかも国家学も社会学も、ともに「生活目的」達成論であったかぎり、全体として目的・手段の関係論という性格を帯びたのである。いいかえれば、モールは国家の形成をなら前提することなしに、「生活目的」論によって直接社会の組織原理を目的・手段論として分析しようと考えたのであり、だから自然法論にとっては不可欠の中心論点であった理念的国家形成論が、モールのばあいには歴史実体論に解消されえたのであった。

このように生活目的、生活圏、国家目的、国家類型、国家形成の態様などの諸論点で、モールは歴史相対主義

の見地を示し、それらを全体として目的・手段關係論的接近法が貫通していたのであったが、このような根本特色は、モールの理性主義に由来したと考えられる。自然法を国家学史の領域に送り込んだモールは、当初からヴュルテムベルクの実定的立憲体制に立脚していたが、それにもかかわらずかれは前掲『ヴュルテムベルク王国の国法』で、「実定法上の諸決定の源泉」を「哲学的国法」と呼んで、「実定的国法学」を「哲学的国法学」で基礎づける観点をそのごもほぼ一貫して保持したのであり、「哲学的法の諸原則」を「最高の理性諸原理から直接生じるものとみなすこと⁽⁸⁾によって、法治国家論をふくむ「国家類型」論を「哲学的国法学」範疇で展開した。そのばあい、国家類型の判定基準は、上述のように当該民族の生活目的およびそれに照応した国家目的であり、法治国家性を決定づける生活目的は、たとえば『法治国家の諸原則からみたポリツァイ学』(当初は全二巻、一八三二—三三年、第二版以後は全三巻)に従えば、「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*」⁽⁹⁾に求められた。したがって法治国家においては、「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⁽¹⁰⁾」ことになる。

法治国家のイデオログとしてのモールは、こうして理性主義的・個人主義的・新人文主義的な自己開展の理想を、法治国家における生活目的の中に注入したのであり、その意味では、たんに国家類型論だけが理性主義の産物だったのではなく、「生活目的」という本来は無内容な抽象概念自体も理性主義的に機能していたのである。このようにモールがすでに自然法論段階を脱却していながら、実定法一元論としての法実証主義にはまだ徹しきれずに、国家学体系の基礎論を理性原理に求めたことは、十九世紀前半のドイツが、法思想的には、カント的

な新自然法論から法実証主義への過渡期に相当したことを反映している。モールの法治国家概念は理性主義に基礎をもち、その理性主義は、すでに自然法論には頼れなくなった歴史実体主義とりわけ初期自由主義的進歩派のそれにとって、唯一の拠り所だったといつてよく、国民生活の立憲制実定秩序を理性主義的に説明し根拠づけるための概念装置として、「目的」論がモールによってフルに活用されたのだと解釈できよう。

三　ところで各人の能力の自主的な開展という生活目的内容それ自体は、モールに固有のものでは決してなく、トマージウスの「幸福」やヴォルフの「完全性」などドイツ自然法思想における人間の道徳および行為の諸規範にも内在していたから、スヴァールツも、「臣民が自己の諸能力と諸力とを開展し使用する」⁽¹⁾自然的自由を認定していたし、人間個人の自由で道徳的な内面的全人格形成を人間の究極目標にすえた新人文主義においても、たとえば若きフンボルトによって、十八世紀的な理性性方能主義への深い懐疑にもとづいて、各人の能力の自由な全面的開展が、「ジンリヒカイト」のタームで反政治的に主張されていた。⁽²⁾しかしスヴァールツのばあいには、自然法的社会契約論によって定立された「共同的幸福の増進」という国家目的が、結局個人の自由な開展を抑圧し、フンボルトのばあいには、個人はひたすら人間としての諸力の發展という文脈でとらえられて、政治体と個人とのあいだの結合関係という問題設定自体がそもそも欠落していた。個人の諸力の自由な開展という規範ないし目的は、たしかに私的自治原理をドイツ的に内包していたといえるとしても、その規範が後見的幸福主義の国家目的によって抑圧されたり国家そのものとの相互関係が断ち切られたりしたばあいには、その私的自治の規範は、近代ブルジョア社会に固有の政治的・経済的・道徳的諸要因を包括した基本原理としての私的自治原理には到達しえないであろう。

近・現代的干渉主義の成立

モールは、この個人の自主的開展という目的を、人間生活の最高規範すなわち第一の当為として理性主義的に定立し、この生活目的から直接国家目的を導出することによって、個人・国家関係を、なんの留保もなく明確に目的・手段関係として位置づけ（「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」¹³）、この単純明快な一点において、私的自治原理と、法治国家の近代自由主義国家としての特性とを、同時に確定した。そのばあい、法治国家の目的は、個人の諸力の自主的な開展を「支援」することにあるから、国家による「支援」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」¹⁴という、国家干渉の補助性原理が、いわば第二の当為として必然的に帰結され、しかも、私的自治にとつての「障害物」の除去というその補助性原理の論理形式性は、国家干渉の外延的内容を一義的に規定しないから、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。モールは、このような法治国家における国家干渉の内容を、「法秩序の維持」すなわち「司法」と、「理性的で人間的な諸目的の支援」すなわち「ポリツァイ」とに大別し、¹⁵伝来の国家目的論における法ないし安全目的と福祉目的をとともに包摂した。したがってこの法治国家は、モール自身も当初から自覚していたように、「法治・ポリツァイ国家」とも呼ぶべき行政国家性を保持していたのであって、モールは補助性原理に立脚した国家干渉の制度体系を、伝統的な「ポリツァイ」概念で総括し、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内務行政的干渉を行わねばならない、その干渉の形式を、国家と個人とのあいだの相互的権利・義務関係の実定法秩序に即して行政法学的に確定しようとし

た。そこでは、「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」⁽¹⁶⁾というモールの基本認識が示すように、個人は行政に対立する権利主体として把握されており、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形式の実定法規的確定がめざされたのである。⁽¹⁷⁾

したがってモールの法治国家思想は、国家干渉の補助性原理という論理形式性と実定的行政法体系の法的形式性との二重の形式性によって、近代自由主義国家の干渉主義的側面の成立を基礎づけたといっても、たしかに誤りではない。しかし、その方法は、外見上はカントの法形式論と似ているにもかかわらず、モールはカントとは決定的に異なっており、個人の能力の自主的開展という一つの当為、史的定在としての人間生活の近代自由主義的目的内容規定から出発したのであって、私的自治原理に立脚した干渉主義のポジティブな成立を可能にしたものは、結局、出発点に置かれたこの第一の当為であり、この当為の実現に向けられた補助性原理という第二の当為であった。国家は第一の当為に対する一つの手段であり、行政法的国家干渉秩序は、第二の当為に対する手段体系であったといつてよい。近代ブルジョア社会における個人の自律的生活と国家干渉とを統一的に説明する思想原理としては、カント流の「法」の外的形式規定だけでは不十分であり、モールの理性主義的・目的論的法治国家論が、ドイツにおける近代的干渉主義を初めて本格的に基礎づけることになったと思われる。それは近代的な私的自治原理から出発した、目的・手段の総体系であり、立憲制ブルジョア国家による政策一般に対する、すぐれて行政法学的な、しかし根本当為によって律せられた認識体系だったといえよう。

(一) E. Angermann, Robert von Mohl 1799-1875, Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten, Neuwied 1962, S. 16.

近・現代的干渉主義の成立

近・現代の干渉主義の成立

- (2) 「この点については、拙稿『西南マインツ自由主義と社会政策——ローンハト・フォン・モールの社会政策思想の初期局面——』前掲『社会政策の思想と歴史』所収、を参照。
- (3) Vgl. R. v. Mohl, Encyclopädie der Staatswissenschaften, Tübingen 1859 [Abk.: Encyclopädie], S. 84ff.
- (4) R. v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 2 Bde., Tübingen 1832-1833 [Abk.: Polizei-Wissenschaft], Bd. 1, S. 5.
- (5) Vgl. ebenda; R. v. Mohl, Encyclopädie, S. 97ff., 298ff.
- (6) Vgl. R. v. Mohl, Encyclopädie, S. 3ff.
- (7) Vgl. z. B., ebenda, S. 44ff.; R. v. Mohl, Die Staatswissenschaften und die Gesellschaftswissenschaften, in ders., Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, In Monographien dargestellt, 3 Bde., Erlangen 1855-1858, Unveränderter Abdruck, Graz 1960 [Abk.: GLStW], Bd. 1, S. 67-110.
- (8) Vgl. R. v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 2 Bde., Tübingen 1829-1831, 2. Aufl. 1840, Bd. 1, S. 87f.
- (9) R. v. Mohl, Polizei-Wissenschaft, Bd. 1, S. 4.
- (10) Ebenda, S. 7.
- (11) C. G. Svarez, Vorträge über Recht und Staat, S. 468, vgl. S. 218.
- (12) 前掲拙稿「絶対主義末期の干渉主義批評の「類型」を参照」。
- (13) R. v. Mohl, Polizei-wissenschaft, 2. Aufl., Bd. 1, 1844, S. 8.
- (14) Ebenda, 1. Aufl., S. 7, 2. Aufl., S. 8.
- (15) Vgl. R. v. Mohl, Encyclopädie, S. 325.

(16) R. v. Mohl, Polizei-Wissenschaft, 1. Aufl., S. 32, 2. Aufl., S. 42.

(17) モールの法治国家論については、前掲拙稿「カント・改革時代・モール」の(下)を、あわせて参照。

(四) 法実証主義の支配と旧国家学の帰趨

一 法実証主義 (Rechtspositivismus, legal positivism) は一般に、一切の超越的な思弁や形而上学的法思想、したがって自然法に代表される「在るべき法」の観念を排除して、対象においては実定法 (Positives Recht, positive law) に視野を限定し、方法においては近代的経験科学の実証主義 (Positivismus, positivism) に与する近代的法思想として、およそ十八世紀末以降ヨーロッパで多様に抬頭し、概してその価値中立的・概念構成的・技術的性格において資本制社会の基礎原理である私的自治を形式合理的に確保するのに最も適合的な法思想として、基本的には現代にまでその射程を及ぼしている。⁽¹⁾ 法実証主義は、いわば理念型的には自然法を否認または排除するから、自然法論から法実証主義への発展は、法思想史上の質的推転をふくんでいる。周知のように、イギリスでは若きベンタムが、ブラックストンの『イングランド法注釈』(全四巻、一七六五—一七六九年)における自然法論的要素に対して、ヒュームによる原契約否定を引き合いに出して批判を加え、⁽²⁾ 人間の意思の産物としての法規定すなわち実定法一元主義の立場を鮮明にした。ベンタムがたとえば『統治論断片』(一七七六年)で、現に「在る法」と将来「在るべき法」(立法の科学の対象)とを区別したとき、両者ともに実定法次元でとらえられていた。⁽³⁾ 立法の科学の構築をめざしたベンタムにとっては、自然法は「恐るべき無実体」⁽⁴⁾ であり、自然状態や原契約といった「擬制の季節はいまや終わった」⁽⁵⁾ のであって、権利は法(実定法)がつくり、法は国家が制

近・現代的干渉主義の成立

近・現代的干渉主義の成立

定するかぎり、政府の設立に先立つ権利などは存在せず、したがって「自然権はまったくのナンセンス」であり、不可能、無益、危険なものであった。こうしてベンタムは、自然法論や自然権思想のフィクション性を徹底的に攻撃し、疑うことのできない基本的前提（功利の原理）から論理的に演繹するというやり方で、一貫して実定法の改革（判例法の制文化をふくむ）と体系化（法典化）に集中したから、この点でベンタムは、既述のようなイギリスにおける法学史自体の全般的稀薄さの中で、自然法論から法実証主義への推転という法思想史上の近代化パターンを、やや特異に突出した形で鮮烈に、しかしあくまで「最大多数の最大幸福」という当為に導かれて、顕示したといつてよいであろう。⁽⁷⁾

ところがドイツの法実証主義は、実定法一元論が自然法論を正面から批判し克服するといった単純な経緯で成立したのではなかった。そこには、自然法論の継承と克服という、特殊な両面指向性が認められる。ドイツ自然法論は、プーフエンドルフ以降、法学を神学からだけでなく伝来のローマ法的諸権威からも解放し、その革新的側面と、とりわけ私法学的概念構成および体系化とをつうじて、実定的法政策に直接的作用を及ぼすに至っていたから、十八世紀の実定法体系を学問的に支えたものは自然法論だったことになる。⁽⁸⁾ カントはたしかにドイツ領邦国家の後見的旧干渉主義を根拠づけていたヴォルフ流の自然法論の実体的法観念とその社会倫理とを根底から批判し去ったのだが、当のカントは、一切の経験的範疇を超越した純粹意思の理性的働き（ヴォルフ批判の基礎視点）を抛り所として、「自然的状态」から「公民的状态」（国家）への移行を「根源的契約」概念を用いて理念的・定言命法的に説明したことが示すように、私的自治を形而上学的に基礎づけた理性法論の革新者ではあつても、自然法的思考自体の否定者ではなかった。したがって、ヴィーアッカーも大いに留意したように、ドイツで

は「実定法の学問的秩序の体系的構想としての自然法論は、それ〔カントの批判〕によってもまったくその価値を減少しなかった」⁽⁹⁾のであり、その結果、十九世紀後半の本格的な法実証主義にゆきつくドイツ私法学の主流すなわち歴史法学派（およびパンデクテン法学）についても、歴史学派という名称にもかかわらず、「自然法論からの遺産」ないし「本質的な自然法論的諸要素」——パンデクテン法学の体系並びに概念構成の演繹的方法、さらに、私的自治や法律行為などの近代私法学上の諸概念が立脚する自律的人格というカント的社會倫理の観点——が十分に指摘されうるのである⁽¹⁰⁾。しかし、自然法論が十八世紀に既存の実定法を学問的に基礎づけていたということは、他面で、実定の秩序の自然法による正当化や固定化をも当然含意していたから、十九世紀初頭の諸改革による旧身分制の実定秩序の実際の解体は、近代的市民社会に適合的な私法体系の新たな根拠づけを必然化した。この点、歴史主義は、実定法の相対性や可変性を主張することによって旧来の自然法論がもっていた固定化思考の枠を打破したのであって、サヴィニーおよび歴史法学派の革新性は、道徳一般から解放された抽象的私法体系の範型をローマ法に見出した点、そしてカントの理念的「法」規定を一步進めて、自由意思の主体としての抽象的人格を出発点として、実定的法律行為を、概念上きわめて抽象的に、したがって私的自治の実際の自由な展開に最も好都合に没倫理的に、規定した点に求められる⁽¹¹⁾。それは自然法論への明示的批判では必ずしもなかったが、近代市民社会の私法的抽象原理自体を積極的に構築したことによって、伝統的に倫理性と結びついていた自然法論一般の退場と法実証主義の隆盛とを実質的に決定づけたといつてよい。したがって、そのごのドイツにおける法実証主義の成立、とりわけ、パンデクテン法学が倫理的・政治的・経済的考慮を排除して制定法一元主義の立場を明白にとり、いわゆる法律の構成の技術によって法律の実用的機能を高めたことは、自然法論の合理

主義的・概念構成的方法の基本的継承という一面をたしかにふくんでいたとしても、本来自然法的思想が「一つの内容的社会倫理の一般的・実質的命令に照しての試験によって、法律と法理論とを吟味するもの」⁽¹²⁾であったかぎりでは、そうした自然法的觀念自体の衰滅をまぎれもなく意味していたわけである。

二 十九世紀中葉以降、とくにドイツでは、立憲君主政の全般的定着化、プロイセン主導下のドイツ統一の達成、官僚制国家の援護による資本主義の進展など、国制と経済社会との両面での近代化が、議會、主權の制度化を伴わないまま一定の成熟をみせたことを背景として、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、伝統的に法学の中核領域をなしてきた私法学だけでなく、新生の公法学（国法学・行政法学）においても、フリードリヒ・ユリウス・シュタールの法形式主義を先駆として次第に優勢となり、北ドイツを中心に法学の脱政治化・脱倫理化の動向が深まった。モールの法治国家論をふくむ国家学体系は、上述のように理性主義的当為としての私的自治原理から出発した、個人と国家との関係論であったが、法実証主義の興隆に伴って、自然法思想と国家行政管理学（広義の官房学）とを二大源泉として「国家目的」論を久しく展開してきた伝統的な国家学そのものの発想とスタイルを、概念構成的な近代法律学が駆逐し、あるいは空中分解させる事態が進行した。このばあい、法学の純粹法律学化に反比例して新たな政治化・倫理化を担ったのは、旧国家学から派生した新しい学問としての国民経済学であり（経済学の「社会政策学 Sozialpolitik」化）、いまやドイツ国家形成の中心課題は、政治的統合をめぐる国制・憲法問題から、社会的統合をめぐる経済社会問題へと推転した。モールは、法治国家論をふくむ国法学（憲法学・行政法学）や国家政策学 Staatskunst などを統一的国家学体系の中に包摂することに生涯腐心したのだが、国法学はゲルバーおよびライプントによって、また、と

くに行政法学はオットー・マイヤーによって、いずれも「法律学的」・没政治的に「実証主義」化され、国家政策学は主として経済政策学的に細分化されていった。このかに、モールの国家政策学中の行政政策学に相当する部分は、ヘーゲルの使徒ローレンツ・フォン・シュタイン (Lorenz von Stein, 1815—90) により、国家学を基礎とした行政学 *Verwaltungslehre* として独自の展開をとげたが、それとも法学部講座体制の支配するドイツ (ことに北部) では異端視され、シュタインが学問生活の大半を送ったのは、実用主義的教育観の強かったヴーリン大学の法国家学部であったし、行政学・国民経済学・財政学・法哲学を講じたシュタインの旧国家学的包括性は、そのヴーリンでも継承されずに終わった。⁽¹³⁾

いま、旧国家学のドイツにおける学問史的位相をとり急ぎ展望すれば、概略以下のようなであろう。旧ドイツ国家学は、ハンス・マイヤーが詳細にあとづけたように、領邦絶対主義の国家経営上の必要から本格的には十八世紀初頭に形成された実用主義的学問としての広義の官房学 (*Kameralistik od. Kameralwissenschaft*) を⁽¹⁴⁾ 発生史的根幹とする。官房学は、プロイセンでの正式名称、*Oeconomische, Policey- und Kameralwissenschaft* が示すように、もともと(一)各種産業技術学の集積としての家政学ないし経済学 (*Ökonomik*) ——それ自体、アリストテレスの学問体系における三学科 (倫理学、家政学、政治学) の中の家政学を領主経営術的に引き継いだ近世の実用書すなわち「家父の書 *Hausväterliteratur*」からの系譜上にあった——、(二)内務行政学 (*Polizeiwissenschaft*)、(三)狭義の官房学、の三部門から構成されていたから、十九世紀中葉以降、それらはそれぞれ(一)国民経済学、(二)経済政策学および行政学、(三)財政学へと枝分れすることになった。実用志向性の強い広義の官房学は、スコラの神学・法学の支配する閉鎖的な大学とは異質の学問であったため、元来 (十六世紀以来) 宮廷のアカデ

近・現代的干渉主義の成立

ミーで講じられていたが、プロイセンのハレおよびフランクフルト・アン・デア・オーデルの両大学における官房学講座の設置（一七二七年）を嚆矢として、そのごおよそ半世紀のあいだに次第に諸大学に官房学が導入された⁽¹⁵⁾。他方、ドイツにおける啓蒙思想を有力に担った自然法論は、ローマ法・カノン法中心の伝統的な法学に対してはやはり新参の革新的学問であり、ルター派神学の拠点ライプチヒ大学を追われたトマジウスが、プロイセン絶対主義による新構想大学としてのハレ大学の創設に加わり、しかも官僚養成を任務とする大学カリキュラムの実用主義的再編を指導して、そこでの官房学講座の開設にも実質的に貢献し、そのかん、フリードリヒ・ヴィルヘルム一世が一七一四年に統一法典の編纂をトマジウスに委嘱した（その最終的な結晶が、八十年後のスヴァールツラによるプロイセン一般ラント法だった）という事実は、領邦絶対主義国家が選好した実用主義的革新性において、官房学と自然法思想とが大いに親和的であったことを象徴的に示していた。

自然法思想がドイツでは実用主義的思考と結びついたのは、人間理性の普遍性への信頼にもとづいた自然法思想の批判力が、教会的・スコラの諸権威への対抗にむけられ、新しい合理的な国家形成力としての領邦絶対主義における実定法秩序の独自の意義が、歴史経験論的に（トマジウス）、あるいは数学的演繹法によって（ヴォルフ）、自然法の名において積極的に認識されたからであり、自然法は一つの学科として大学で講じられて絶対主義下の実定法を学問的に基礎づける役割を果たした。新しい学科はまず学芸学部（哲学部）*Artistenakuhät*に置かれるというドイツの大学の慣例に従って、プーフェンドルフは一六六一年にハイデルベルク大学の哲学部でドイツ大学史上初めて「自然法・国際法」のポストに就いたが、まもなく諸大学で自然法は法学部入りを果たし、十七世紀末以降、「一般国法学（*Ius publicum universale*）」が自然法的公法学として成立したことにより、とくに

トマージウスにおいて、国家の形成・本質・目的を論じる自然法理論と、国家の目的を達成するための手段を経験的に論じる政治学ないし政策学 *Statenkunde* とが、現行法の歴史研究を媒介節として関係づけられた。その結果、十八世紀半ばに、自然法的国法学、経験論的政治学、帝国史および国家史、そして広義の官房学の三部門、以上の個別学問全体を包括する領域が、国家学 *Staatswissenschaft* (*Staatswissenschaftliche Fächer*) として観念され、さまざまに、しかし基本的には目的・手段の観点から、その体系化がめざされるようになった(ヴィーンのユステイおよびゾンネンフェルス、ゲッティンゲンのアッヘンヴァルおよびシュレーツァーなど)⁽¹⁸⁾。

したがって、国家と社会にかんする自然法を論じた「一般国法学」が、ドイツの自然法思想と、現実の経済・行政問題を扱った官房学の実用諸学問とのあいだを架橋し、「〈経済活動〉は国家の特権であって経済秩序はそのような活動の賢明な方針から生まれるのだ」という、「社会」と「政治体」すなわち国家とを同義に扱うドイツ国家学の十八世紀的観念(および旧福祉国家的干渉主義)を、自然法的に根拠づける特有の学科目となったのであり、だからカントも、絶対主義的・身分制の実定法秩序の一切を「グロテスクなまでに」⁽²⁰⁾自然法的公理から引き出そうとしたヴォルフの義務の体系を批判して近代市民社会の私的自治原理を定立する仕事を、ほかならぬ「国法の理論」⁽²¹⁾の課題と自覚し、それを「国法」範疇で遂行したのだといえよう。そしてヴィーアッカーが強調したように、カントの理性法論を私法学領域で継承したものが北ドイツ中心の歴史法学派であったとすれば、カントの国法学をすぐれて実践的に継受したのは、西南ドイツ初期自由主義における、独立小経営的に市民的な自由主義的・理性法的国法学の諸体系であった。しかしそのばあい、西南ドイツ初期立憲主義運動を担ったロテクは、カントの法形式論にはとどまらずに、理性法体系の中にすでに再び国家目的論(「法」と「福祉」)——「実体的

近・現代的干渉主義の成立

政治学」——を組み入れていたのであって、しかもそのロテクの『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、自然法的私法論、自然法的「国法学」、国制、国際法、司法、ポリツァイ、国民経済および財政を包括した「理性法のうえに築かれた国家学⁽²²⁾の総体」として、純粹啓蒙合理主義的な自然法論、国法論・国家学のはぼ最後の典型例であった。このときすでに西南ドイツ諸国は立憲体制に入っており、自然法論から実定法主義への推転と、自然法的統合理念から解放された国家諸科学の個別専門分立化とが、時代の趨勢となりつつあったのであり、とくに北ドイツでは、一方でスミス経済学⁽²³⁾の受容とプロイセン改革が、国民経済学 Nationalökonomie の相対的自立化と国家諸科学中に占める経済学の比重の増大を促し、他方で歴史法学派——プロイセン改革における新人文主義的精神の法学的表現——からパラドクシカルに生じた法実証主義は、公法学を、旧来の目的論的国家学体系の磁界から遠く飛翔させた。それらは、社会のブルジョア化・資本主義化のドイツ的展開を学問史的に映し出していったといつてよいであらう。

三 以上のような国家諸科学の展開史の位相において、モールは、晩年に法実証主義の勃興を横眼に眺めた過渡期の人であった。モールは、自然法に引導を渡しながらなお伝統的な国家目的論の地平に立ち、一般国家学、公法学（国法学および国際法学）、国家道徳学、国家政策学、国家史学、統計学の一切を、国家諸科学体系のうち⁽²⁴⁾に編成しようとした。それはたんなる構想にすぎなかったのではなく、その背後には、かれが十九世紀前半に、歴史法学派とは比較的疎遠な西南ドイツで、しかもテュービンゲン大学の法学部ではなく、国家経済学部（フリードリヒ・リストの運動により一八一七年に新設）を拠点に、「国法学・政治学・ポリツァイ学・国家諸科学エンチクロペディー」の教授（「国家行政実務 Staatsverwaltungspraxis」）の教授リストの、二代目の後継者）として、

この新生学部の大拡充を国家学的方向に率先指導したという、ドイツ大学史上にのこるモールの実績が存在した。⁽²⁴⁾したがって大学における官吏養成学科目の編成問題の面では、W・ブレークが明らかにしたように、プロイセンで一八二〇年代以降フンボルトの新人文主義的教育理念が後退して行政職試験の「法実務」化が次第に進行したの⁽²⁵⁾に相応して、ヴェルテムベルクでも内相シュライヤーが、一八四四年の訓令で行政職教育におけるローマ法学の重視を打ち出したのに対して、モールはこれに猛然と対抗して、法律職と行政職との質的差異と、行政職向け大学教育における国家諸科学の特別の重要性とを、くりかえし力説したのであった。⁽²⁶⁾しかしそれにもかかわらず、ドイツの大学講座体制上伝統的な法学部優位構造は、法実証主義の隆盛によっていっそう強化され、一八六〇年代以降、政治・経済・社会問題に対して口を閉ざした法学全般の外見上の没政治性と「法科万能主義 Assessorismus」との支配期を迎えるに及んで、当為や目的から出発した国家学の伝統は、モールの福祉行政論的法治国家論もろとも、いったん大幅な退潮を余儀なくされ、この基本動向はヴァイマル時代まで持続したと考えられる。

この点とくに留意されるのは、シュトラースブルク大学のラーバントの同僚として『ドイツ行政法』（全二巻、一八九五—九六年）で法律学的行政法学を確立し、ポリツアイ学（行政学）から行政法学を実証主義的に独立化させるのに大貢献したオットー・マイヤーが、P・バドゥーラも強調しているように、行政法学の「法律学的」存立根拠を行政目的ではなく行政の法的形式性に求め、行政法学の対象を国家による権力的行政行為に絞り込んだことである。マイヤーは、世紀末以降の社会政策的国家行政活動の飛躍的拡大動向を無視したのではなく、かえってこの動向への認識が行政の法的形式性へのかれの着目の前提となっていたのだが（アンシュタルト的国家

観)⁽²⁷⁾、かれは主観的には没政治的な、しかし実質価値的には既存の立憲君主体制を無条件にうけいれる概念構成論的・法律学的方法に立ち、公法を国家のすぐれて高権的な活動の形式ととらえた結果、マイヤー行政法学においては、社会形成的・福祉目的的な非権力的給付行政全般が、たんなる「国家扶助」として行政法学から事実上排除されてしまった⁽²⁸⁾。マイヤーにとっては、「法治国家とは、よく秩序づけられた行政法を有する国家」にほかならず、「法治国家」を「ポリツァイ国家」から区別する指標は、前者が「その活動をどこでも法の方法によって規定する」⁽²⁹⁾点に求められた。それは、法治国家概念は「国家の目的と内容を意味するのでは断じてなく、これらを実現する様式と性格だけを意味する」と述べたシュタールの法形式主義からの延長線上に位置していたといつてよい。現代西ドイツの公法学用語における形式的・自由主義的法治国家の概念には、オットー・マイヤーに代表されるこのような行政法的形式主義（行政の適法性の原理）が含意されており⁽³⁰⁾、それはカントの法形式論にまで溯及するものでありながら、カントの新自然法的理性法の強烈な定言命法的規範性を喪失した実定法至上主義の産物にはかならず、既存秩序追認型の保守的イデオロギー性を免れなかった。

他方、法律学的行政法学から事実上排除されることになった非権力的福祉・社会行政問題および行政目的内容一般は、国民経済学的「社会政策学」、並びにシュタイン行政学の「社会的王政」理念に支えられた官僚制的個別行政実践の手に委ねられ、これらに並行して、一八六〇年代以降地方自治レベルでの、鉄道・ガス・水道・電気等の公営化（Kommunalisierung）⁽³²⁾が、都市化に付随して次第に進展した。

シュタインの「社会的王政」論並びに「社会行政」論は、ヘーゲルの『法の哲学』（一八二一年）における国家と社会との分裂認識、および社会問題（「餓民 Pöbel」の増大にみられる「市民社会」内の利害分裂）の官僚行政

国家による止揚志向を、近代階級対立論的に継承したシュタインが、資本制社会における階級対立の体制内的克服を、立憲君主制国家の行政活動の本質的任務ととらえたものであり、このシュタインの国家行政による階級対立調整の思想が、ビスマルクの保守派社会政策顧問ヘルマン・ヴァーゲナーを經由して、ビスマルクによるドイツ型「社会政策」の実践理念を規定することになった。⁽³⁴⁾しかし、シュタインは近代階級社会における社会行政の重大任務を北ドイツの官僚制国家の中に発見し実際的作用をも及ぼしたにもかかわらず、学問としてのシュタイン行政学は、「実証主義的行政法学に対しては、まもなく学問的に孤立した」⁽³⁵⁾のであった。その意味で、シュタインもまた過渡期の人であった。ドイツ「社会政策学会」に結集した「講壇社会主義者たち」の思想と実践的影響力との諸相は、あらためて徹細に検討されるべき重要課題だが、かれらの「社会政策」思想は、特殊に一八六〇年代以降今世紀初頭までのドイツ立憲君主政下に固有の政治的ミリュールにおける社会改良思想の態様として、ドイツ福祉国家思想上の注目すべき一段階を画しているとはいえ、それはおそらく民主主義下の現代的社會政策の展開を思想的に包摂しえない点に徴して、近・現代をつらぬくドイツ型干渉主義の主導的思想装置を直接「講壇社会主義」に求めることは不適當であろう。むしろシュタインが、『行政学』（全八部一〇卷、一八六五—八四年）の中で次のように述べていたことが注目される。「国家がその行政をつうじて給付すべきものは、個人が自分自身ではつくり出すことのできない人格的・経済的並びに社会的発展の諸条件を確立すること以外にはまったくないのであって、この「諸」条件を利用することによって、自分の生活を形成し発展させることについては、国家はそれを個人およびかれの自由で自主的な行為に委ねなければならない。」⁽³⁶⁾——近年西ドイツ国制史論において、シュタインが現代的な社会的法治国家概念の思想的先駆者として脚光をあびつつあるのは、シュタ

近・現代的干渉主義の成立

インの社会行政論が右のようなモールの法治国家論に通じる近代的な個人・国家関係論の視座をふくんでいたことにも起因していると思われる。そして、シュタインの行政学にせよ、「社会政策」論的国民経済学にせよ、それらが十九世紀後半以降、近代法律学の技術論的没政治化とは対照的に、階級対立調整的な価値理念を携えて時代の問題としての「社会問題」に積極的に取り組んだ政策学であり、旧国家学からそれぞれ分岐したものであったという意味では、ドイツ国家学の実践主義的伝統は、法実証主義の支配の中で、まさに近代法律学からは疎外された縁辺的地位においてこそ、国家学的一体性の喪失という代償を払いながらも独自の光彩を放つことができたのだとみなしうるであろう。

(1) 法実証主義にかんする邦語文献としては、たとえば矢崎光圀『法実証主義——現代におけるその意味と機能——』、日本評論新社、一九六三年、深田三徳『法実証主義論争——司法的裁量論批判——』、法律文化社、一九八三年、などを参照。

(2) Cf. J. Bentham, *A Fragment on Government* (1776), in: *The Collected Works of Jeremy Bentham*, ed. by J. H. Burns and H. L. A. Hart, London 1977, p. 439. あわせて以下も参照。永井、前掲書、一六八ページ、R. Harrison, *Bentham*, London et al. 1983, p. 36; G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford 1986, PB 1989, p. 82 n. 3.

(3) Cf. J. Bentham, op. cit., pp. 397-398. 永井、前掲書、一六〇ページ。自然法も、ベンタムの立法の科学の対象も、ともに「在るべき法」と呼べるから、この両者を区別しておかなければ混乱が生じる。この点、深田三徳『法実証主義と功利主義——ベンサムとその周辺——』、木鐸社、一九八四年、の「ベンサムにおける法実証主義」を論じた二〇ページ以下の叙述は、曖昧さを残しているように思われる。

- (4) J. Bentham, A Comment on the Commentaries (1775), in: The Collected Works, op. cit., p. 20. 永井、前掲書一三二ページ。
- (5) J. Bentham, A Fragment on Government, p. 441. 永井、一六九ページ。
- (6) J. Bentham, Anarchical Fallacies, in: The Works of Jeremy Bentham, ed. by J. Bowring, Vol. II, Edinburgh 1843, p. 501. あわせて、岩佐幹三『市民的改革の政治思想——ベンタムとイギリス急進主義研究序説——』、法律文化社、一九七九年、第一・二章、深田、前掲『法実証主義と功利主義』、第一章を参照。
- (7) 法学史自体の稀薄なイギリスにおいては、ブラックストンの「偉大さは、その『イングランド法』注釈』がともかくも書かれたという事実にある」といわれてくるし(J. H. Baker, op. cit., p. 118. 二〇四ページ)、ベンタムの法実証主義を大学法学教育における法理学科目上に継承したオースティンによる分析法学も、それが学問的に評価されるようになったのは、オースティン死後の一八六〇年代以降であった。
- (8) Vgl. F. Wieacker, a. a. O., S. 270ff.
- (9) Ebenda, S. 353.
- (10) Vgl. ebenda, S. 372ff.
- (11) Ebenda, §21~23. 村上淳「ドイツ法学」、碧海純一他編『法学史』、東京大学出版会、一九七六年、所収、一四〇—一四六ページなどを参照。
- (12) F. Wieacker, a. a. O., S. 437 Anm. 21.
- (13) 法学を中心とした十九世紀ドイツ学問史をひろく展望したものとして、西村稔氏の一連の労作、とくに「近代ドイツにおける法学と知識社会」、『岡山大学法学会雑誌』、第三三巻第一号、一九八二年七月、所収、を参照。
- (14) Vgl. H. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, Neuwied u. Berlin 1966, München 1986,

近・現代的干渉主義の成立

近・現代の法學主義の成立

S. 175 Anm. 329.

(15) Vgl. ebenda, S. 177f.

(16) 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、四一—四三
ページを参照。

(17) Vgl. E. Wolgast, Die Universität Heidelberg 1386-1986, Berlin et al. 1986, S. 61.

(18) Vgl. H. E. Bödeker, Das staatswissenschaftliche Fächersystem im 18. Jahrhundert, in: R. Vierhaus (hrsg.),
Wissenschaften im Zeitalter der Aufklärung, Göttingen 1985, S. 143-162.

(19) K. Tribe, Governing Economy, The Reformation of German Economic Discourse 1750-1840, Cambridge 1988,
p. 28; cf. pp. 29, 152-153.

(20) C. Link, Rechtswissenschaft, in: R. Vierhaus (hrsg.), a. a. O., S. 120-142, S. 125.

(21) I. Kant, Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), —
in: Philosophische Bibliothek, Bd. 47 I, hrsg. v. K. Vorländer, Leipzig 1913, S. 67-113, S. 105. 藤田英雄記「理學に
集議」 同記『啓蒙と市民』 他四篇』 岩波文庫 一九七四年 所収 一七二—一七三。

(22) C. v. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Bd. 2, Neudruck der 2. Aufl.
Stuttgart 1840, Aalen 1964, S. 84.

(23) Cf. K. Tribe, op. cit., Chap. 7 & 8.

(24) Vgl. K. E. Born, Geschichte der Wirtschaftswissenschaften an der Universität Tübingen 1817-1967, Tübingen
1967, S. 34.

(25) この点については、西村稔「ドイツ官僚法学の形成と『国家試験』」 上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』、シネン

- ウマ書房、一九八七年、所収、も参照。
- (26) Vgl. W. Bleek, Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg, Berlin 1972, insb. S. 240-254.
- (27) 権藤法『ホムナー・ブナー行政法学の難題』、有斐閣、一九六二年、八三—九五ページを参照。
- (28) Vgl. P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 10f.; ders., Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts, Göttingen 1967, S. 28, 37ff., 53ff.
- (29) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Nachdruck der 3. Aufl. 1924, Berlin 1961, S. 58.
- (30) F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, 2. Aufl., Heidelberg 1846, S. 106.
- (31) Vgl. P. Badura, Verwaltungsrecht (1966), a. a. O., S. 8ff.; ders., Das Verwaltungsrecht (1967), a. a. O., S. 24.
- (32) Vgl. H. Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1950, 2. Aufl. 1969, S. 609ff.; P. Badura, Das Verwaltungsrecht (1967), S. 41ff.; 権藤、前掲書、二〇—二四ページ。
- (33) 前掲拙稿「カンナ・改革時代・キーン」(下)、『四二—四四ページ参照』。
- (34) Vgl. z. B., G. A. Ritter, Der Sozialstaat, Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich, München 1989, S. 71f.
- (35) D. Grimm, Die deutsche Staatsrechtslehre zwischen 1750 und 1945, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, S. 291-307, S. 303.
- (36) L. v. Stein, Die Verwaltungslehre, Teil 2, 2. Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1866, Aalen 1975, S. 59.
- (37) ただし、このシュタイン復興には、現代社会国家論に対するシュタインの先駆性を積極的に評価するマクケンフ、ルデやパンロケから、シュタインにおける国家主義的反動性を強調するブラージウスまでの幅がある。ここでは、シュタイン研究の現段階を展望させるものとして、『網羅的ビブリオグラフィ』付きの研究論文集 R. Schnur

近・現代的干渉主義の成立

近・現代的干渉主義の成立

(Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Studien über Lorenz von Stein, Berlin 1978. を挙げるにとどめた。

(五) 現代的法治国家概念と価値理念

こうしていわゆる第二帝政期には、旧国家学が自己解体をとげることによってドイツ的政策学の近代的展開がみられた一方で、法治国家思想の面では、モールの法治国家論がもっていたところの、近代行政的干渉主義を律する理性主義的な私的自治の当為と、干渉制度体系を基礎づける国法学的国家目的論の固有の意義とは、公法実証主義の隆盛のなかで放擲され、モールにおける行政法学的形式性の側面のみが法律学的方法で洗練化されて、形式的法治国家概念が、政治的批判力をもたない法律学的一概念として有力に成立した。第二次大戦後の西ドイツ福祉国家体制がすぐれて国法学的に、実質的・社会的法治国家の概念で自己認識されてきたのは、決して偶然だったのではない。「講壇社会主義」の分配政策的「社会政策」論は、まもなく抬頭した生産力政策（経済政策）論にのみこまれて階級対立調整政策論としての存在意義をみずから放棄しただけでなく、第二帝政の崩壊が「講壇社会主義」の「倫理的」・政治的基盤をも最終的に奪い去ったの⁽¹⁾に対して、形式的法治国家概念のほうは、その没政治性・没倫理性と、法形式による私的自治の保証という近代合理主義性とのゆえに、近・現代的国家干渉形式を一貫して表示しえたという事情が、そこには働いていたと思われる。

形式的・自由主義的法治国家から実質的・社会的法治国家への推転認識は、たとえばヴァイマル期に社会民主党員でありながら倫理的理念と文化国家との観点（「価値共同体 Wertgemeinschaft」の理念）を保持しようとしたアウトサイダー的論客ヘルマン・ヘラーが提起した諸論点——公法実証主義の没倫理性への徹底批判、旧国家

学復興の試み、議会主義的に社会主義をめざす「社会的法治国家」構想など——を一つの伏線として、ナチ党独裁の悲劇を経たうえでようやく、しかし非社会主義的・新自由主義的方向において獲得されたものであり、「自由で民主的な基本秩序」という価値理念につらぬかれたボン基本法は、社会権条項を明文規定していたヴァイマル憲法より自由主義的であるにもかかわらず、まさにその価値理念の積極的定立によって、「法治国家」における実質性への意識をひろく喚起することになった。「社会的法治国家」という基本法上の明文規定は、それ自体としては新自由主義的解釈（主流）だけでなく社会民主主義的解釈（傍流）をも許容する「開かれた」条項なのであるが、いずれの立場からであれ西ドイツ福祉国家体制を基礎づける価値理念をこの術語が体現したのである。⁽³⁾

いいかえれば、ボン基本法体制のもとでは、法的形式性のうえに、内容的には「開かれた」——しかし主導的にはすぐれて新自由主義的な——価値理念すなわち国家目的があらためて冠されたのであり、現代干渉主義が実質的・社会的法治国家概念によって正当化され、また、形式的・自由主義的法治国家概念は自己を解体することなくそのうえに「実質性」と「社会性」とを付加したのであった。ベッケンフェルデも指摘したように、その「社会性」は、法治国家的「自由」をすべての社会構成員に実現することを目標とした「社会的諸前提の創出」を含意し、そのかぎりで「社会性」は「正当性」を獲得しうるものであり、また、「行政および司法の適法性、並びに自由と所有とへの介入に対する法律の留保」(C・F・メンガー)という「形式性」こそが、現段階で想定されている社会的公正の実現という「実質性」の存立可能性をとにかくも保証すると考えられるから、⁽⁴⁾実質的・社会的法治国家概念は、形式的・自由主義的内包をなお現に前提としながら、史的定在としての現代福祉国家的干渉制度体系を正当化する価値理念を別途本格的に補充したものだといえよう。モールが法治国家のタームで提起

近・現代的干渉主義の成立

した近代干渉主義思想は、行政法的形式性を具備していた点だけでなく、なによりも当為ないし価値理念としての私的自治の国家政策的補完という国家目的論的・政策学的実質性につらぬかれていた点で、没倫理的現実主義への反指定としてのこの現代的法治国家概念の成立を、すでに予告していたように思われる。

- (1) 第二帝政期ドイツ社会政策論は、十九世紀末以降、「講壇社会主義」の実質的解体に伴い、社会政策論の学問としての存立基盤を抽象的形式社会学の方法に求めることになったが、他方、これとほぼ同時期に、本来「講壇社会主義」に内包されていた社会階層論的分析視角が社会学的に深められていったことは、注目にあたいする。この点たとえば次を参照。柳澤治「ドイツにおける階級形成Ⅱ社会的移動論の展開——第一次大戦前後の論争を中心に——」、「思想」、第七一〇号、一九八三年八月、所収、兩宮昭彦「第一次大戦前ドイツにおける職員層論」、同誌、第七一五号、一九八四年一月、所収。

- (2) ハラーをめぐる現代西ドイツの問題状況を展望せざるものとして、さしあたり次を参照。C. Müller und I. Staff (Hrsg.), *Der soziale Rechtsstaat, Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden 1984, ⅡB部分訳として、安世舟・山口利男編訳『ワイマール共和国の憲法状況と国家学——H・ハラー、C・シュミット、H・ケルゼン間の論争とそのボン共和国への影響——』、未来社、一九八九年。

- (3) Vgl. z. B., H.-H. Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, Opladen 1970, 3. Aufl., Wiesbaden 1978.

- (4) C.-F. Menger, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe 1975, S. 203.

- (5) Vgl. E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, a. a. O., S. 65-92, S. 79, 82.

三 法治国家思想の特殊ドイツ的位相

ドイツ法治国家思想は、以上のように、啓蒙絶対主義的な旧自然法的国家目的論にもとづくスヴァーレーツの「国家からの自由」論を出発点として、カントの法形式論による近代ブルジョア社会的な私的自治原理の定立、モールの私的自治と近代干渉主義との目的論的統合、そして没倫理的公法実証主義による行政法学的形式主義を経て、現代西ドイツにおける実質的・社会的法治国家概念の定着に至るまで、個人と国家との関係を規定する「法」の、実質と形式との両極のあいだを交互に揺れながら、私的自治原理の発見と確認の場となり、また私的自治の実現を補完する国家干渉の、積極的（目的論的）または消極的（形式論的）な基礎づけを展開してきた。そのばあい、私的自治原理に立脚した近・現代的干渉主義の成立という点では、上述のように立憲君主政下に理性主義的当為から出発したモールの法治国家論がとくに注目にあたしいし、それは市民の自主的開展（当為）を国家干渉（手段）が補完するという論理を、補助性原理（第二の当為）と行政法的形式性（第二の手段）とによって基礎づけたのであった。現代福祉国家における新自由主義的主流派思想が、依然として右の二つの当為を価値的に選好し再確認したうえで、行政的干渉体系を拡充したことを想起すれば、ドイツ福祉国家思想史上のモールの法治国家論の先駆性が明瞭に看取されると思われる。

では、私的自治と国家干渉との関係をめぐる近・現代的福祉国家思想一般に対する、法治国家思想の特殊ドイツ的屬性は、どこに求められるべきであろうか。最後にこの問題への解答を摸索するために、第一に国民権思想の存否、第二に当為としての私的自治の精神的基礎、という二つの視点から、とくにモールに即して若干論

点を析出しておきたい。

(一) 法治国家思想の国制論的基礎

一 資本制経済社会の基本原理としての私的自治が、たんなる人権宣言的な理念的水準をこえて現実に実質的に機能するようになるのは、ブルジョア法治国家においてであつて、この近代国家は、議会への進出という形でのブルジョアジーによる立法権限の獲得をまづはじめてその固有の姿を現わす。人間の生得的自由や法のもとでの平等といった理性理念は、それだけならば、十八世紀後半に絶対主義を支えたプロイセン啓蒙官僚たちもすでに共有していたし、急進的議会改革論に突き進む前のおよそ六十歳までのペンタムでさえ、自然法論的フィジオクラットたちとも一脈通じる十八世紀啓蒙主義的立法者の観念のもとに、事実上啓蒙専制君主の手による実定法(主として国制の変革問題とは直接無関係な刑法および民法)の改革をすぐれて教育的・コスモポリタンの念頭に置いていたのである。⁽¹⁾ 私的自治を功利主義のタームで基礎づけたペンタムが、終始統治形式にかんする体制認識をプラグマティックに排除したにもかかわらず、最大多数の最大幸福原理の実現のために、結局、土地利益の支配する議会の改革に晩年の精力を注ぐことになつたのは、私的自治の現実制度的実質化、すなわち資本制社会の発展のためのブルジョアの政治軌道開設、という点からみれば、決して偶然の事態ではなかつた。しかもペンタムは、徹底した個人主義にもとづく最大幸福原理をつらぬいたから、たとえ地主支配がブルジョア支配に置き替えられたところでそれもまた特定の「シニスター・インタレスト」を発揮するはずであつたかぎり、ブルジョア的なジェイムズ・ミルとも異なつて国民主権論にもとづく議会改革運動(普通・平等選挙)に突き進んだ。⁽²⁾

ドイツにおけるブルジョアの軌道は、十九世紀ドイツの国制類型としての立憲君主政だったと一応みることが出来る。スヴァールツ、クラインら十八世紀後半のプロイセン啓蒙官僚が描いた初期的法治国家像の限界、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」⁽³⁾という觀念に象徴される絶対主義的啓蒙思想の限界は、そのご初期自由主義の拠点西南ドイツ諸国では比較的早期に、また、プロイセンではとくに官僚による「法律の支配」(官僚制法治主義)⁽⁴⁾という迂回路を経たのち、立憲君主政の中にドイツ的にひとまず解消されていった。立憲制度の実定法体系は、それがいかに民族的自由觀念の伝統を引きずり、いかに君主(政府)と議会との国制上の二元主義という制約のもとにおかれていようと、国家对個人の、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とをもたらさずにはおかなかつた(「法律の留保」領域の拡大、立憲制の大臣答責制による統治権の実質的制約化、議会の予算権による国民代表の政治的諸自由の漸次的拡張)⁽⁵⁾。

しかし、たとえ立憲君主政が基本的にはブルジョア法治国家の一國制類型であったとしても、国民主権ならざる君主政原理(monarchisches Prinzip)にもとづいて「君主の支配は憲法によって限界づけられるが、憲法によって基礎づけられるものではない」⁽⁶⁾という、このドイツ的國制とその歴史連続的成立経緯とは、法治国家思想を深く規定することになったと思われる。つまり、十九世紀をつうじてドイツの現実の國制が国民主権またはイギリス的議會主権を断念したかぎり、私的自治を公法部面から支えたドイツ法治国家思想は、国家からの自由というスヴァールツ的觀念から容易に脱却しえなかつた。この点について、たとえばドイツ法治国家論史を展望したシュイナーの言葉をかりていえば、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^{アビトラリ、プワー}）を拒否することだけでなく、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⁽⁷⁾、すなわち「個人の自由は〈自由な〉国家においてのみ存続しうる」という意味での「人格的かつ政治的自由の思想」⁽⁸⁾にあるのに対して、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」⁽⁹⁾ことになる。

二 モールの「法治国家」概念は、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ず、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決してない」⁽¹⁰⁾と述べたように、法治国家は専制国家や神権政国家などは生活目的に対立しても、統治形態の点では、民主制・貴族制・君主制のどれをも許容しうる無差別的な概念であった。そこで、まず一方で、私的自治の当為にたらぬかれたモールの法治国家においては、私的自治の担い手としての市民の諸権利を、ポリツァイ（内務行政全般）による国家干渉から守り保全することが、固有に重要な課題をなし、だからモールは、一八一九年のヴェルテムベルク憲法に立脚しながら、法律による行政（とりわけ法律の優先）の原則、行政上の強制手段（直接強制、代執行、行政罰）並びにとくに行政罰の執行における権利保護諸形式（罪刑法定主義、帰責能力主義、控訴権の保証など）、「憲法的服従」概念と行政救済制度などについて、大いに積極的に検討・確認した。これらの行政法学的な近代的諸論点は、すべて内務行政的国家干渉から私

的自治を守護するための制度的保証にかかわるものであり、モールの法治国家論におけるこの枢要の局面は、
ショイナーが指摘した「個人の諸権利の保護と厳格な合法性の遵守と」に相当する。他方、法治国家論をふくむ
モールの国法論全体は、とくに『百科全書』にみられるように、「国家権力の体現者」たる「国家元首 Staats-
oberhaupt」とその権力に服する「臣民 Untertanen」とのあいだの権利・義務の相互関係論の観点でつらぬかれ
ており、モールは「臣民」の権利を、まず一般国法論的に、「国家の諸給付を要望するがこれを受動的に受け取
る」だけであるような権利（「狭義の国家市民的権利」）と、「公的事項の秩序づけと管理とに共同参加 Mit-
wirkung」する権利（「政治的権利」）とに区分し、前者はなんらかの形で全国家類型にみとめられるが後者の存否
や具体的態様は国家類型によってさまざまであると規定したうえで、⁽¹⁾ 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国民の一般的権利項目として、(一)法の前の平等、(二)生活目的追求権およ
びそのために支援される権利、(三)「公務への参与に対する能力者全員の平等な請求権」、(四)人格の自由、(五)思想発
表の自由、(六)宗教の自由、(七)移転の自由、(八)共同目的追求のための任意団体形成権、を列挙した。これら一連の
自由権のカタログのうち、国家への参加の契機として特異な存在である(三)の意味するものは、官職への任用、直
接投票権、代表制的選挙権のいずれか（または複数）の形態が国ごとに採用されうることであった。⁽²⁾ つま
り国民代表制は、法治国家における国民の「公務への参与」権を実現する一選択肢として価値中立的に挙げられ
ているにすぎない。

国民の政治的権利に対するモールの右のような列挙主義的・傍観者の態度は、かれの法治国家概念が特定の統
治形態との必然的結びつきをもたない無差別的抽象概念であったことと整合的である。自由権に参政権が、次い

で社会権が追加されていった基本的人権の一般的沿革に照らせば、ここでは「公務への参与」権すなわち広義の参政権が、法治国家における国民の諸権利の一つとして、一連の自由権的カタログと並んで正面から認定されている点が、まず留意されてよい。しかしそれにもかかわらず、この参政権は、国民主権という君主主権に対抗する近代ブルジョア的主権概念に支えられたものではないのである。モールはたしかに広義の参政権を構成する一選択肢として選挙にもとづく国民代表制を挙げたが、立憲君主政はまさに君主主権と国民代表制との統合体なのであり、モールの参政権が、国民に対してつねに外在的な統一的国家権力に対する国民の側からの「請求権」とどまったかぎり、それは、主権者としての国民一般が一切の国家活動を究極的には国民の意思にもとづかせるために選挙権を行使して代表制（議会）を設けるといふ民主制的・必然的文脈からは、切り離されていたのである。

ところで、『百科全書』公刊の七年前に *Deutsche Vierteljahrs Schrift* (1852) に発表した論説「代議制 *Repräsentativsystem*」その欠陥と改善策」において、モールは、ヨーロッパ大陸ことにドイツの立憲君主政が国政上「二元主義」の構造をもち、国家的一体性をそこなっている点を指摘していた。すなわち、立憲君主政においては、「国家権力の保有者としての君主」と、「異議申立権 *Beschwerderecht* および、特定の統治行為についての特例的だが奪うことのできない共同参加権 *Mitwirkung* を保有する国民代表」とが、「相互に独立した二つの力」として対峙するのであって、このような二元主義を克服し「立憲主義国家における永続的一体性」を確保する方法は、モールにしたがえば、君主および政府の側が「買収 *Curruption*」によって議會を味方にするか、それとも「議會主義的統治 *Parlamentarische Regierung*」を採用するかのどちらかである⁽¹³⁾。買収は倫理的墮落と政治

不信とを生むから、モールにとって残された途は議会主義的統治しかない。「この制度はそれ自体としては単純なものである。すなわちそれは、政府がそのつど国民代表〔議会〕の多数派の意向によって構成され、しかも多数派の指導者たちによって占められる、というに尽きる。かれらはむしろ自党の考えに従ってことを運ぶ〔統治する〕ことになるから、すべての重要な問題について政府と議会との完全な合致が達成される。」たとえ政権が従来の野党に移っても、「君主の権利」には何の変化も生じない。「君主はこのばあいも国家権力の保有者であり、すべての統治行為とくに立法について君主の同意が必要であり、君主は法律に従って官吏を任免する。……：しかしながら、君主はその時々々の国民代表の多数派の意向にそって行政を指導すべきことを、政治的必然性とみなさねばならず、またその趣旨で自己の職務にかんする助言者を選び、のみならず誠実に、そして素直に助言者の意見に従って統治し、統治させねばならない。……これらはすべて規則として法律に記されているわけではなく、その大きな効用についての洞察にもとづく慣行にすぎない。それは憲法の条文ではなく、統治制度 *Regierungs-system* である。」

こうしてモールは、ドイツの立憲君主制が採用すべき統治方式としてイギリスの議会主義的君主制を展望していたのであり、この論説を、そのご論文集『国法、国際法および政治』（全三巻、一八六〇—一六九年）の第一巻に再録した。右の英独比較国制論が示すように、モールの推称するイギリスの議会主義的統治はあくまで慣行としての「統治制度」の問題に属する事柄なのであり、しかもそれがかりに憲法条項であったとしても、この議会主義的統治のばあいにも君主主権の原理自体はなんらおびやかされていないと理解されえたのであった。いいかえれば、君主主権は形式的にせよ温存したまま実際の「統治制度」を議会主義的方向に改革することがモールのこ

こでの関心事なのであり、それは政治制度の本格的ブルジョア化という動因を内包してしながら、依然として国民主権的発想にもとづくものではなかつたのである。既述の価値中立的・列挙主義的な、しかしその実、立憲君主政に適合的な法治国家概念をふくむ『百科全書』が、ほぼ同時期の同じ著者による、イギリス型議会主義への選好を示した右の比較国制論と両立しえたという事態は、主権のあり方の点で一見矛盾をおかしているような印象を与えるが、そうではない。市民の自己開展を確保し支援する国家類型としてのモールの「法治国家」は、私的自治を法的に保証し促進する国家であり、私的自治を実現するためのたんなる手段として自由主義的に把握されたものであつたが、その国法論的構成においては、君主制か民主制かという統治形態——実は主権の帰属問題——を棚上げにしたまま統一的国家権力と国民との双方の側の権利・義務関係の総体として形式論理的にとらえられたのであり、そこではつねに統一的国家権力が国民の外に国民に対抗して存在することになり、抽象的・一般的な国民が国家権力の究極的担い手ないし意思決定者となることで両者が統合されるという自然権論的関連は、脱落したままなのである。したがって、モールはたしかにイギリス型の議会主義的統治を選好したとはいへ、実際には、むしろ統一的国家権力の既存の態様としての君主主権をこそ暗黙のうちに前提し選好しているというべきであり、モールの法治国家概念は、統治形態に対する本来の無差別性にもかかわらず、結果的には君主主権という土俵の上で「統治制度」としての外形的議院内閣制を許容しえたにすぎなかつたと解釈できるのである。だからモールは、『百科全書』で、「議會主義的制度、すなわち国民代表〔議會〕の多数派の意向にそつた内閣の選出」を「最も望ましい」統治制度だと述べたのは、民主制でも貴族制でもなく「君主制」の節においてであつたのである。¹⁵⁾そして当の法治国家概念自体は、統一的国家権力（君主主権）が国民すなわち私的自治に対し

つねに外在的に存在するという基本構図を、現実の立憲君主政的国法に即した形で保持していたわけである。

しかし、モールが普通選挙権には死ぬまで反対の立場をたぬくことで、西南ドイツ初期自由主義における重大な限界を体現したのは、もともと自然法論を無用視していたモールのばあい、自然権論的国民主権論の欠如にのみ起因したのではなかった。右の英独比較国制論は、議会主義的統治を推称しただけでなく、議会の構成の改善策にかんするモールの職業身分制的代表制の構想を精力的に提案していた。それは、国家と個人との中間に存在する多様な自律的生活圏の独自の意義を積極的に認定しようとするモールの上述の社会論にもとづいて、「物質的利益」(大土地所有者、農民、手工業者、賃金労働者)、「精神的利益」(教会、学識者、芸術家、官吏)および居住空間など、各種的生活圏ないし社会圏からそれぞれ利益代表を選出し、問題の内容に応じて、当該個別代表、関連複合代表、全個別代表の総会としての全体代表、という三種の集会から成る新しい国民代表制度を創設する構想であった。⁽¹⁶⁾モールのばあいかぎらず一般に西南ドイツ初期自由主義は、それがもともと独立小経営的に市民的な社会構造を立脚基盤としていたことを鮮明に反映して、「教養」と「財産」を保有する独立手工業者層の中に、立憲制度を政治的・経済的・道徳的に担う国家市民としての理想型を見出し、この「国民の中核」としての「中間身分」を保全・育成するために、無条件の営業の自由にも、普通選挙権にも反対した。⁽¹⁷⁾モールの自律的生活圏論は、このような西南ドイツ初期自由主義の社会構造的背景をもっていたのであり、国民代表制度の職業身分制的改造プランも、この「中間身分」的市民社会の維持・再編を企図したものであった。したがって、モールの法治国家論は、理性主義的個人主義から出発していたにもかかわらず、そこには当初から、特定利害をそれぞれに担った各種社会圏の自律性に対する認識が根深く包蔵されていたのであって、モールのこの社会階層

近・現代的干渉主義の成立

論的観点のゆえに、自然権を否定したミンタムが国家を個人の単純総計とみなす徹底した個人主義によって国民主権論に到達したやり方もまた、モールにはもともと閉ざされていたのである。

- (1) この点、たとえば次を参照。西尾孝司『ジェレンシ・ミンサムの政治思想』、八千代出版、一九八七年、第一・第二章、岩佐、前掲書、八、二〇、八一ページなど。
- (2) とくに永井、前掲書、一一四ページ以下を参照。
- (3) E. F. Klein, 'Freiheit und Eigentum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung, Berlin u. Stettin 1790, Scriptor Reprints, Kronberg/Ts. 1977, S. 117f.
- (4) この点、宮崎良夫『法治国理念と官僚制』、東京大学出版会、一九八六年、二〇九ページを参照。
- (5) Vgl. E.-W. Bockenförde, 'Der deutsche Typ, a. a. O.
- (6) Ebenda, S. 115. 四九一ページ。
- (7) U. Scheuner, 'Begriff und Entwicklung des Rechtsstaats, in: H. Dombois u. E. Wilkens (Hrsg.) 'Macht und Recht, Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart, Berlin 1956, S. 76-88, S. 83.
- (8) U. Scheuner, 'Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: E. v. Caemmerer u. a. (Hrsg.) 'Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 229-262, S. 237.
- (9) U. Scheuner, 'Begriff und Entwicklung, a. a. O., S. 85.
- (10) R. v. Mohl, 'Encyclopädie, S. 333. Vgl. ders., 'Polizei-Wissenschaft, Bd. 1, 1. Aufl., S. 7f.
- (11) Vgl. R. v. Mohl, 'Encyclopädie, S. 224.
- (12) Vgl. ebenda, S. 329.
- (13) R. v. Mohl, 'Das Repräsentativsystem, seine Mängel und die Heilmittel, 'Politische Briefe eines Altliberalen, in

Deutsche Vierteljahrs Schrift, Stuttgart u. Tübingen 1852, Heft 3, S. 145-235, S. 173f. これは匿名論説だが、のちに次に収録された。Ders., Staatsrecht, Völkerverrecht und Politik, Bd. 1, Tübingen 1860, S. 367-458. 本書での当該ページは S. 394f. なお、この論説については、村上淳「ドイツ市民法史」、東京大学出版会、一九八五年、一九二ページ以下も、あわせて参照。

(14) Ebenda, in: DVS, S. 180ff.; in: Staatsrecht, S. 400f.

(15) Vgl. R. v. Mohl, Encyklopädie, S. 367.

(16) Vgl. R. v. Mohl, Das Repräsentativsystem, in: DVS, S. 190ff., insb. S. 199ff. u. 217ff.; in: Staatsrecht, S. 408ff., insb. S. 416ff. u. 435ff.

(17) この点については、以下の拙稿を参照。「ミューデン初期自由主義とフランツ・ヨーゼフ・ブス」、『成城大学経済研究』第七五号、一九八一年一〇月、所収、前掲「西南ドイツ自由主義と社会政策」、および前掲「カント・改革時代・モール」(下)の九四―九六ページ。

(二) 私的自治の精神的基礎

既述のようにモールは、すでに自然法思想を脱却していながら法実証主義にはまだ徹しきれずに、理性主義に依拠した過渡期の人であったが、その国法論が、右のように国民主権論を欠き、結局、統一的国家権力と国民との立憲君主政的二元論の枠内にとどまったことは、モールがすでに脱却したはずのドイツ自然法思想が、自然権や国民主権の面でいかに微弱な波及力しかもちえていなかったかを、あらためて示唆している。その意味で、カントが形而上学的道德学の次元で法形式論によって定立した近代自然法的国民主権理念は特筆すべきものなのだ

が、国家学にせよ法学にせよドイツにおける支配的、学問形態の中では、カントの国民権理念自体は十九世紀をつうじて結局正面から積極的に継承されないまま、カントの定言命法的規範体系の中の、革命権の否定および執行権による「改良」の側面のみが実践化され、それはかえって、たとえバリストの農地改革論を挫折させる結果になった。では、モールの立憲主義的法治国家論の精神的基礎をなしていた理性主義とは何であったのか。個人の諸力の自主的・理性的開展というモールの私的自治原理は、ベンタム主義の合理主義とどこがちがうのか。トーマジウスが開拓したドイツ的幸福概念は、イギリスの功利主義とはついに交わりえなかったのか。

モールは、『国家諸科学の歴史と文献』（全三巻、一八五五―一八五八年）の第三巻所収の、「イェレミーアス・ベンタムと、国家諸科学に対するかれの意義」と題する論説において、ベンタムの「著作が広範な読書界では、否、学者のあいだでさえ、まだなかなか知られてはいない」⁽¹⁾当時のドイツにあって、デュモン版・パウリング版両著作集はもとより各国語訳をも入念に脚注に付した異例の詳細さで、しかもベンタムの著作の編集にまつわる特殊な諸事情にも解説を加えつつ、『憲法典』をふくむベンタムの多数の著作を展望している。四十一ページにわたるこのモールのベンタム論は、それ自体、ドイツにおけるベンタム研究史の初期の一重要局面をなしているといつてよいのだが、ここでは最小限、次の点が留意される。すなわち、モールはベンタムの全学問体系における「最高原理」——「功利、Nützlichkeitの原理」または、かれがのちにいつそう好んだ表現に従えば、最大多数のための最大幸福の樹立の原理」⁽²⁾——の適用の徹底ぶりに舌を巻き、一般常識をくつがえすベンタムの論理構成力の天才的鋭敏さとどんな権力をも恐れぬ豪胆さとに最大級の賛辞を送りながら、肝心の功利の原理については、終始その一面性を批判した。モールは言う、——

「ペンタムは生活とその目的とにかんするただ一つの見解だけを理性的で許されるものとみなすという、国家哲学上の月並な誤りに陥っている。かれはそうすることで最初から人間本性の豊かさを見誤り、自分自身の見解とは異なる一切の見解に対して抑圧的強制を行っている。」⁽³⁾「人間の本性には、快楽と苦痛に対する感情とは別の諸属性があり、これら〔快・苦〕両状態の正しい計算を行うための悟性がある。そして人間は、害悪の回避と楽しみの獲得よりもっと高次の諸目的を有しており、このような顧慮だけで行動をおこすわけでは決してない。」⁽⁴⁾

「快楽と苦痛との秤量は、どんなに明敏に計算されようとも、まさに人間の最も高貴な諸関係にとっては、つまり人倫、宗教、学問、および文化にとつては、まったくなんの尺度にもならない。」しかも、快苦計算は「まったく主観的なものでしかない。……しかし国家というものは、客観的な、参加者全員にとつて義務的な規約なしでは考えられないし、およそ存立しえないのだから、何が行われてよいか否かとか、どんな制度が不可欠でありまたは避けられるべきか、といったことを、四散する主観的評価に委ねることは、どんな確固整然たる共同生活を完全に否定することをふくんでいる。生活および国家の目標が確定し、それとともに不変の行動基準点と行為のふみこえてはならない限界とが与えられるなら、またそのときにのみ、個々の制度や行為の功利の問題が第二次的に提出され、その解答が見出されることになるであろう。われわれは、法が何を（あるいは他の部面では人倫が何を）求めているかを知るならば、そのうえで、この目標を、最大功利を確保しつつ達成するにはどんなやり方がよいかということを熟慮することができるのであって、逆に功利に従って法と人倫を決定するわけではない。政策学すなわち功利の学説は、国家目的および国家思想の侍女なのであって、女主人ではないということ、あらゆる時代のあらゆる学派の「一致した」見解だったのである。」⁽⁵⁾だから、ペンタムは「一つの理性的国家

近・現代的干渉主義の成立

だけはもちろん知っている。しかしこれ〔かれの原理〕はまさに非理性的でさえある。⁽⁶⁾

要するにモールは、人間本性および生活目的を道徳的・文化的な人倫性 *Stitlichkeit* においてとらえ、そのような広義の倫理性を内包した生活観を理性主義のタームで表現したのであり、だからベンタムの功利主義は、人倫性を欠落させたたんなる主観的快苦計算論として批判された。それは、イギリス経験論哲学の心理分析的人間学が醸成したオプティミスティックな近代社会認識に対するモールの無理解を示しており、その社会認識の成果の上に成立したベンタム主義の最大幸福原理が、道徳と政治との統一原理にはかならなかったことを、モールは結局とらえそこねたといつてよい。『百科全書』にみられるように、モールにとっては、「人間はその本性に照らせば、感覚的かつ理性的存在」なのであり、だから人間の諸目的として、「感覚的本質」からは肉体維持・種の保存・生活上の楽しみが、「理性的本質」からは悟性・知識・道徳・宗教・趣味および洗練が、それぞれ引き出され、これら諸目的の各々について各種手段が対応させられた。⁽⁷⁾ モールの法治国家論の出発点に置かれた生活目的概念は、このような倫理的価値を包蔵していたのであり、私的自治原理を基礎づけた理性主義は、一種禁欲的な個人道徳的内面性と不可分のものだったのである。

モールの人倫的理性主義の想源は、おそらくヴェルカーの「美德 [Tugend] 論に求められるであろう。ヴェルカーは、一八一三年の『法・国家および刑罰の究極的根拠』の中で、「法治国家」を「理性の国家」と呼び、その究極目的を「真の美德」と規定した。かれはカント流の「法」の外的形式規定の上に、人間生活の実質としての「美德」を付加し、「人倫的・精神的に美なるものすべての自由な発展の国」を「理性の国家」の本質ととらえた。⁽⁸⁾ ヴェルカーにおいては、理性は人倫と同義であり、人間の自然的欲求の克服のうえにこそ成立する。ヴェル

カーは、ロテクと共同編集した『国家辞典』中の項目論説「法則 Gesetz」（一八三八年）において、とくに「感覺的の法則」にもとづく「専制国家」と「理性法則」にもとづく「法治国家」とを対置して、次のように述べていた。「人は非常にしばしば、性愛、親の愛、自己保存 *Selbsterhaltung* といった、とくに個々の自然的欲求 *natürliche Triebe* を、自然的法則と宣言し、それを理性法および法治国家の法則と混同している。……「もしこんな混同がなければ、」ベンタムのようなまったく唯物論的・利己的な功利論の如き錯誤も、避けられていたことであろう。もちろん、人倫的な理性法則も、自分および他人の必要物の充足と、この面での有用物 *Nützliche* 並びにその充足によって生じる幸福のための配慮とを、命じる。しかしそれが可能なのは、人倫的な諸理念および諸目的の不断の支配のもとにおいてだけである。」——つまりヴェルカーにとっても、「ベンタムの一切の可能的・主観的快適（または功利）と非快適との差引計算」は、「たしかに非常に明敏だが、全体としてはまことに浅薄な」ものなのであり、功利主義は非人倫的利己主義ととらえられて、人倫的理性主義がそれに対置された。モールも、「感覺的に退縮した」生活観に「専制国家」を当て、「感覺的かつ理性的生活目的」に「法治国家」を対応させた。⁽¹¹⁾ ヴェルカーのばあいには、右のように、「自然的欲求」に基礎を置いたイギリス流の自然法思想に対する批判がいつそう明瞭であり、モールのほうは、『百科全書』で、国家を「全国家構成員の一般的幸福」をめざす結合体ととらえる国家観の代表者として、ベンタムをトマジウスと同列に扱い、その「幸福」概念の主観的曖昧さを批判した。⁽¹²⁾ モールがベンタムを国家学説史上で積極的に評価したのは、主として、ベンタムによる自然権論批判の局面であった。⁽¹³⁾

モールが自分の法治国家論において、もともと曖昧な「幸福」という術語の使用を慎重に回避して、私的自治

原理を、個人的諸力の自主的開展という理性主義的目的規定に求めたのは、啓蒙絶対主義的旧福祉国家を支えた幸福主義イデオロギーに対するカントの批判を体験済みだからだと推定される。スヴァーレーツは、自分の啓蒙主義的国家論を、人間各人が根源的に有する「幸福への欲求 Trieb zur Glückseligkeit」⁽¹⁴⁾から説きおこし、「生命」・「道徳的自由」・「自分の幸福を増進する力」を、「いわゆる譲渡できない人間の諸権利」と認定して、⁽¹⁵⁾「誰であれ自分の最善の分別と信念に従って自分の幸福を増進することを……〔統治者は〕阻止してはならない」⁽¹⁶⁾と述べていたのだが、国家の福祉目的が、実質的にはこのような自然権の啓蒙主義を大幅に減殺した。カントが「幸福」の道徳的法則性を否定したことによって、「幸福」は、ドイツでは事実上はじめて個人の自由な選択領域へ解放された。⁽¹⁷⁾だからロテクも、「個人の幸福が何に存するかは、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」、⁽¹⁸⁾と述べることができた。

しかし、カントが「幸福」概念をドイツの自然法思想、および国家論をふくむ実践哲学から、追放したことは、それが啓蒙絶対主義の後見主義を批判するきわめて進歩的作用力をもちえただけになおのこと、ドイツの国家論を、イギリス経験論的・自然権的な、そしてそのごの功利主義的な「幸福追求」論から、決定的に隔絶させたのではなかったか。ヴェルカーやモールは、カントの法形式論に人倫的理性主義の実質をあらためて付加したにもかかわらず、カントの形而上学的道徳学がイギリス的な「生存」や「幸福」などの経験的事実ではなく、「意思の自律」としての「自由」の理性理念によってつらぬかれていたという、ドイツ的な重い負荷を、理性主義的に依然として背負わされていたように思われる。そして、そういうイギリス的「幸福」とドイツ的「自由」との

あいだの越えがたい断絶をふくみながらも、ベンタムの立法改革の体系が最大幸福原理という一つの近代的当為に導かれた壮大な手段体系だったという意味では、同様に近代的な当為・手段の国家政策学者モールは、「功利の学説」を（その当為性への無理解にもかかわらず）「政策学」とらえたことが示すように、近・現代的干渉主義の成立への思想的貢献という点で、存外ベンタムの近くに位置していたともいえるであろう。ただ、ベンタムとモールとのあいだの半世紀近い時間的へだたりは、後進国ドイツにおいてさえ、鋭敏なモールに、すでに工場労働者問題の深刻さを洞察させただけでなく、国家がたんなる個人の総計ではなく多重的な利益諸団体の複合体にほかならない点をも、後進国なるがゆえにかえって本格的に確信させるに至ったというべきではあるまいか。

- (1) R. v. Mohl, *Jeremias Bentham und seine Bedeutung für die Staatswissenschaften*, in: ders., *GLStW*, Bd. I, S. 593-635, S. 599.
- (2) Ebenda, S. 604.
- (3) Ebenda, S. 606.
- (4) Ebenda, S. 632.
- (5) Ebenda, S. 606.
- (6) Ebenda, S. 633.
- (7) Vgl. R. v. Mohl, *Encyklopädie*, S. 6f.
- (8) Vgl. 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. 98f., 166.

近・現代的干渉主義の成立

近・現代的干渉主義の成立

- (9) C. T. Welcker, Art., Gesetz, in: C. v. Rotteck u. C. T. Welcker (Hrsg.), Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften in Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands, Bd. 6, Altona 1838, S. 726-754, S. 731f.
- (10) Ebenda, S. 732.
- (11) Vgl. z. B., R. v. Mohl, Polizei-Wissenschaft, Bd. 1, 1. Aufl., S. 5.
- (12) Vgl. R. v. Mohl, Encyclopädie, S. 73ff.
- (13) Vgl. z. B., ebenda, S. 237 Anm. 11; ders., Die Geschichte und Literatur des allgemeinen constitutionellen Staatsrechtes, in: ders., GLStW, Bd. I, S. 265-334, S. 305f.
- (14) C. G. Svarez, Vorträge, a. a. O., S. 3, 454.
- (15) Vgl. ebenda, S. 217f., 584f.
- (16) Ebenda, S. 468.
- (17) この点については、とくに前掲拙稿「カントの旧福祉国家批判について」を参照。
- (18) C. v. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts, a. a. O., Bd. 2, S. 59.

〔付記〕 本稿は、平成元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。