

現代ドイツ社会国家論の歴史構造

木村 周市朗

—

「社会国家 Sozialstaat」という術語は、先進資本主義諸国を中心とする現代福祉国家体制の特殊ドイツ的类型を、ボン基本法における明文規定（第二〇条「民主的かつ社会的な連邦国家」、第二八条「共和制的・民主的および社会的な法治国家」）を前提に、すぐれて国制論的に標示するものとして、ドイツ連邦共和国で独自に定着して今日におよんでいる。このいわゆる「社会国家条項」は、もともとその一義的な内容規定をもたず、その実現をもっぱら立法者の裁量に委ねた「開かれた」条項である。ボン基本法体制をささえる憲法諸原理のうち、民主制原理、法治国家原理、連邦国家原理が、それぞれ多くの個別規定をもっているのに対して、社会国家原理は、本質的には右の二箇所のみ、きわめて一般的な仕方⁽¹⁾で定式化されているにすぎない。その意味では、ボン基本法は、社会権的諸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だといってよいのだが、それにもかかわらず、「自由で民主的な基本秩序 die freiheitliche demokratische Grundordnung」という基本法を一貫する積極的

価値理念の定立によって、一つの憲法原理としての一般的な社会国家原理が、その一般性のゆえに、かえって「自由」の実質化に向けた普遍的規範性をさまざまに發揮しえたのであった。つまり、社会国家条項は、「自由で民主的な基本秩序の国家における社会的正義、soziale Gerechtigkeitと社会的保障、soziale Sicherung」の達成をめざす国家目標規定であり、社会的基本権のカタログをもたない一般的な「国家的委託の規範化」を表すものであって、「社会的」と考えられる国家任務の内容の多様性、並びにその任務達成方法の経済的・政治的状况による被制約性のゆえに、「社会国家原理は立法者による整形加工を大いに必要とし、また立法者はその権能を有している」⁽⁴⁾とされるわけである。

ボン基本法が「自由で民主的な基本秩序」という特定の価値理念を「憲法的秩序」として選び取ったということとは、基本法における以下のような諸規定に示されている。すなわち、第一に、この「基本秩序」に敵対する場合の基本権の喪失(第一八条)および政党の禁止(第二二条第二項)、第二に、憲法改正が許されない不可変の憲法条項の指定(第七九条第三項)——具体的には、連邦の編成、第一条(人間の尊厳と基本権の保障)および第二〇条(①「民主的かつ社会的な連邦国家」、②国民主権と三権分立、③法治国家原理すなわち「立法は憲法的秩序に、執行権および裁判は法律および法に拘束されている」、④これら①②③の秩序の排除を企てる者に対する国民の抵抗権)——、第三に、あらゆる法令の合憲性にかんする連邦憲法裁判所の審査権(第九三条)、などである。

こうしてボン基本法体制は、価値中立的な形式的民主主義を踏み越えて、「自由で民主的な基本秩序」の実質的な達成と保持とをめざして何重にも武装した、価値選択的な国制としての基本構造をもつこととなった。この事

態を、ドイツにおける法治国家思想の生成・展開史の視点からとらえれば、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ということになる。そして、「社会的法治国家」という基本法上の明文規定は、一方で、法治国家原理と社会国家原理との相互関係をめぐる公法論上の法理解釈論争を絶えず伴いながら、他方で現実の政策論の次元では、新自由主義（主流）と社会民主主義（傍流）の双方の立場から、それぞれこの国の福祉国家体制を「社会国家」と総括するという習慣を定着させた。⁽⁵⁾

その場合、「福祉国家 Wohlfahrtsstaat」という術語は、市民の国家依存（啓蒙絶対主義的福祉目的国家であれ、左右両翼の「全体主義」国家であれ）を連想させるものとして忌避されたのであって、たとえばコンラート・ヘッセの言葉を借りれば、社会国家的「課題の遂行は、全面的に法治国家の命ずるところにしたがう。……共同体を福祉国家や扶養国家 *Versorgungsstaat* に変化させかねず、自己責任にもとづく自由を廃棄するような、包括的な国家扶助は、もはや社会的法治国家の原理に適合しない」、⁽⁶⁾とされ、あるいはクラウス・シュテルンにしたがえば、社会国家原理は、「レッセ・フェール原理と、国家主義的または社会主義的な全体主義国家の考え方との中間、……極端な自由主義と、社会主義または共産主義に由来する極端な集産主義とのあいだの理性的調整」⁽⁷⁾を意味するものであった。社会国家のこのような位置づけは、「社会国家」概念がたんに社会政策や経済政策の現代福祉国家的展開状況に照応したものであるというわけではなく、そうした次元をはるかに超えて、むしろ人間の尊厳と「自由」を中心とした近代西欧的諸価値の長期にわたる制度化プロセス、「自由」の実質化を課題とした、私的自治と国家干渉、個人（および社会）と国家との関係をめぐる思想と制度の展開史、といったものに対する現代的課題意識に根ざした（その意味でまさに国制論的な）概念であることをすでに浮き彫りにしている。

現代ドイツ社会国家論の歴史構造

本稿のねらいは、現代ドイツの社会国家論が、基本的に何を問題とし、それがどのような歴史的構造と結び合
わさっているのかを、問題発見的に素描することにある。ここに歴史的構造というのは、主に十九世紀のドイツ
に特殊な国家・社会関係としての国制史的構造と、もっと広く、現代資本主義国家をも射程に収めた、ヨーロッパ
近現代社会における国家と個人および社会との関係の基本構造とその変容、という二重の意味をもっている。
この二つの視点から、ドイツ社会国家論の特殊にドイツ的な歴史的内容を照らし出し、同時にそれをつうじ
て、ドイツ社会国家論の史的想源に迫るための大雑把な見取図を得たいと思う。

(1) Vgl. z. B., H. F. Zacher, Sozialstaatsprinzip, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd. 7, 1977,
S. 152-160.

(2) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, München 1977, S. 692. 本稿では、以下、引用
文中の傍点は、原文がイタリック、ゲシュェベルト、またはゴチックであることを示し、引用文中の() は原文の
まま、「」の部分は引用者の補訳、〈〉は引用文中の引用符である。なお、邦訳書がある場合は該当箇所をあげ
るが、引用文は必ずしも邦訳書に従っていない。

(3) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. ergänzte Aufl., Heidelberg
1991, S. 85. 本書の第一三版の邦訳書「阿部照哉・他訳『西ドイツ憲法綱要』」、日本評論社、一九八三年、一〇二
ページを参照。

(4) P. Badura, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland,
München 1986, S. 196.

(5) 木村周市朗「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。

(6) K. Hesse, a. a. O., S. 88. 前掲訳書「一〇四—一〇五ページ」。

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

二

ドイツにおける私的自治原理は、始源的には私的領域の啓蒙絶対主義国家からの自由として、したがって法律による国家活動の拘束として、ドイツに特有の法治国家 *Rechtsstaat* 思想のうちに見いだされ、それはまもなく西南ドイツ初期立憲主義の中に（身分制的社会編成と法的不平等とを残しながらも）、少数の市民の政治参加権を加えて制度化された。その後十九世紀後半以降、立憲君主制下の公法実証主義の隆盛のうちに形式的法治国家概念が、君主制とブルジョアジーとの同盟を法的に基礎づける形で有力に成立した。⁽⁸⁾ところがヴァイマル革命後は、民主制議会主義を法律実証主義が擁護し、これに敵対する旧勢力が反実証主義の立場にまわるといふ新事態が生まれ、ナチス支配下の法システムの解釈についても、法律実証主義的通説に対して、最近では反実証主義的実態を強調する反論が提起されている。⁽⁹⁾

ボン基本法は、およそこのようなドイツに独自の法治国家思想の起伏に富んだ連続的展開史を精神的背景として、みずからの価値選択的国制の一端を「社会的法治国家」と規定したのであり、その結果、「社会国家」概念は半ば必然的に、もともと国制論上の法治国家原理との関係という問題性を多かれ少なかれ含まざるをえない概念として成立したのであった。

自由主義的法治国家の形式性が克服されるべき対象とみなされ、いまや「実質的法治国家概念の支配」⁽¹⁰⁾と称される状況が生まれていることは、法律実証主義に対する自然法の復活を意味する。とりわけ、ボン基本法下で新設された連邦憲法裁判所は、当初から、「実定法を超えた、憲法定者をも拘束する法の存在」⁽¹¹⁾を承認し、一九七三年にも、「国家権力の実定的法定立に対して、場合によっては、その源泉を意味的総体としての憲法適合的秩序に有し、制定法を修正する作用を果たしうる、より以上の法が存在しうる」⁽¹²⁾ことを、あらためて確認した。これは、個々の憲法規定を超えた一つの価値秩序を憲法的秩序として肯定する立場であり、こういう見地から連邦憲法裁判所によって行われる法律審査の責任と作用力は甚大である。「自由で民主的な基本秩序」を、みずから選び取った統一的价值理念と位置づけ、その実現をめざして「社会国家」条項に実質的な魂を吹き込もうとする観点には、上述のような武装的憲法諸規定とともに、たしかに法治国家思想史上画期的なものであり、第二帝制期の法律実証主義の支配と、ヴァイマル革命後における議会主義的実証主義と右からの反実証主義との対立とを経たものの、「不可侵にして譲り渡すことのできない人権」の承認にもとづく新段階における国家目的論の復位を示すものだといいよい（基本法第一条）。

しかし、法律実証主義あるいは形式的法治国家を超えようとする立場は両刃の剣であり、民主制のプロセスから離れた権威主義的決断主義に陥る危険とつねに隣合わせである。ヴァイマル議会主義の法律実証主義を批判したカール・シュミットは、ナチス政権成立の二年後、「〈法治国家〉をめぐる争いは何を意味するか」と題する論説で、「自由主義的法律国家 *Gesetzesstaat* の克服」を当面の国民的課題とみなし、「法治国家という言葉と概念の精神的征服」と「世界観国家 *Weltanschauungsstaat*」の新たな復活とを展望していた。⁽¹³⁾

シュミットにとっては、「法治国家に対する唯一有意味な対立概念」は、「宗教国家、または世界観国家、または人倫国家」であり、「キリスト教国家」すなわち「宗教国家」と、「ヘーゲルの国家哲学のプロイセン官僚国家」すなわち「人倫国家」という、「この二つの敵手に対する闘争の中で法治国家が生まれ」たのだった。⁽¹⁴⁾ その結果は法律実証主義の支配であり、「宗教および人倫からの法の切断、法の〈純粹法律学的〉概念」、「行政の〈適法性〉の原則、法と法律をたんなる官僚制機械装置の運行時刻表にする、国家生活全体の法規範主義的拘束の原則」⁽¹⁵⁾ である。そこにあるのは、法規範の「設定」と「適用」の区別だけであり、「実質的」なもの、あるいは実質内容的に sachinhaltlich 規定されたものは、言葉のいかなる意味においても「存在しない。『こうして一切の実質内容的な正義の除去が完成し、法治国家は純然たる法律国家となった。初期の自由主義的法治国家は、なお一つの世界観をもち、政治的闘争を行なったのに対して、そのような実証主義的法律国家が特殊に服属している唯一の世界観は、寄るべなき相対主義、不可知論、あるいは虚無主義である。……この法律国家をナチス革命が征服した。』」⁽¹⁶⁾ ナチス革命は、「異郷の血と土地に由来するあの法律国家の諸概念とは相いれない新しい根本秩序を、ドイツ的なものに据えた」のであって、「法と風習と人倫の、『ナチスの』世界観にもとづいた統一」が、「法治国家概念の脱自由主義化と解釈変えと」を可能にするであろう。⁽¹⁷⁾

こうしてシュミットは、「実証主義的法律国家」への批判を通じて、「ドイツ的なもの」の世界観の側に立った。たしかにシュミットは、法治国家概念の形式化が、法を「なんらかの任意の内容または目的の実現のための道具」⁽¹⁸⁾ にした点を指摘していたが、まさに「内容的法概念の欠如」を逆手に取って「キリスト教的、国民自由主義的、ファシスト的、共産主義的法治国家」⁽¹⁹⁾ の存在可能性を肯定し、その意味では形式的法治国家概念をそのま

ま利用することによって、「ナチス法治国家」の成立を許容し正当化した。その場合、法治国家はすでに、一つの「内容的法概念」のための「たんなる手段」でしかなく、法治国家の全問題は、「市民的個人主義とそれによる法概念の歪曲とに対する精神的勝利」に向けた「実際技術的な過渡期の問題」でしかない。⁽²⁰⁾ シュミットの「合法的権力所有への政治的プレミアム」論⁽²¹⁾の立場にあっては、いまや「ライヒ政府が、たんなる政府の決定によって、言葉の形式的意味における法律を、しかも憲法変更改的な法律をつくりうる」状況⁽²²⁾を前にしても、これへの有効な批判の道は閉ざされているのである。

したがってシュミットにおいては、法治国家思想の形成・展開史についても、「法律国家」を導いた「市民的個人主義」の要因が批判され、「世界観」とりわけ「ドイツ的なもの」が称揚される。まず、「法治国家の法学的・国家学的概念の父とみなされているロイベルト・モールは、一つの世界観的基礎を与えようと努力したが、国家を個人主義的・市民的な社会に従属させる主張を超え出るものではなかった」⁽²³⁾のに対して、ローレンツ・フォン・シュタインとルードルフ・グナイストは、「国家と社会の調和をめざした『ドイツ的な』法治国家概念を用いて、市民社会への国家の従属化を阻止しようと全力を振り絞って努力した」⁽²⁴⁾のだった。また、「保守主義者」でありながら形式的法治国家論の定礎者と通常目されているフリードリヒ・ユーリウス・シュタールの場合には、当然やや複雑である。シュミットにしたがえば、第一に、シュタールは「ヘーゲルの国家哲学は『非ドイツ的』であると宣告してドイツの保守主義者のあいだでその評判を落とすのに成功した」。第二に、「『法治国家とは一般に国家の目的や内容を意味するのではなく、それを実現する方法や特性だけを意味する』という趣旨の、シュタールによる周知の定義づけは、法治国家概念を『無内容で純然たる形式的な』ものにしよとした『策略』

であり、これによって、「キリスト教国家と法治国家との争いの中で（キリスト教法治国家）」という、あきれられるほど単純な、概念を結び付けるやり方」が可能になった。ところが、自由主義者たちは法治国家概念だけでなくその形式化・手段化をも歓迎したため、シュタールが「（キリスト教的法治国家）」という連結によってキリスト教国家を法治国家の概念の網の中に招き入れるのに成功した、まさにそのときに、「結果的には、ヘーゲル流の人倫国家に対してのみならずキリスト教国家に対しても、自由主義的な「市民的法治国家の勝利が明白になった」のである。⁽²⁵⁾そして最後に、法治国家という術語の最も初期の導入者の一人であるアーダム・ミュラーは、シュミットによって、「たんなる貨幣・戦争・官僚国家」の混乱」を克服して「（法治国家の威厳へと再び上昇する）」ことを展望した、その意味で時代を超えて存続する「ゲルマン的」なものを見抜いた人物として評価されるが、ただ惜しむらくは、その永続的なものをミュラーは、市民主義的な時代の制約を受けた「法治国家」という言葉で言い表してしまった、というわけである。⁽²⁶⁾

以上にもみるように、シュミットの「ナチス法治国家」弁証論は、一方では新たな民族的 세계観国家の側から、従来の形式的法治国家概念における実質内容の欠如を衝きながら、他方では、その法の形式性を利用することによって、特殊に選択された（ナチス的）実質化への法治国家概念の「解釈変え」を主張し、しかも最終的には、法治国家概念自体の相対化によって、一切の法的拘束から自由な地点をさらに留保しておくものであった。

第二次世界大戦後、たとえばベッケンフェルデは、一九六九年の論説で、戦後の旧西ドイツで「とりわけ、法治国家は無内容と形式的空疎化とから守られねばならないという論拠によって、価値に根拠を置いた実質的法治国家概念が広範に支持されている」⁽²⁷⁾状況に対して、つぎのように懸念を表明した。

実質的法治国家概念の特徴は、つぎの点にある。「国家権力は、あらかじめ特定の最高の法原則または法価値に拘束されたものとみなされ、国家活動の重点は、第一に形式的な自由の保障ではなく、実質的に公正な法状態の確立に見いだされる」こと、これである。⁽²⁸⁾もし憲法的諸決定が〈客観的価値秩序〉ないしは「実定法を超えた公正の諸原理」とみなされるならば、「その価値体系は〈あらゆる法領域での効力〉を要求せざるをえない。」したがって、実質的法治国家を想定してつくられた憲法は、「特定の政治・倫理的根本信念を公認」し、それ以外のものを差別する。「実質的法治国家を求める声は、形式的な法的保障と順序づけられた手続きとの固有の意義、しかも実質的な固有の意義を、看過または過小評価している。」「全体主義的体制による自由の解体は、形式的保障や手続きにつけこむことで始まるのでは決してなく、〈真正宗教〉であれ〈同種民族共同体〉であれ、あるいは〈プロレタリアート〉であれ、つねに、より高い、実質的で、実定法に先立つある法を引き合いに出して、形式的保障や手続きを軽蔑することが始まる。第二段階、すなわち革命的変革の手段としてのその新しい法が支配権を獲得したとき、はじめて全体主義的体制の実証主義と法定主義とが生じるのである」⁽²⁹⁾、と。

ドイツ「法治国家」の、戦前と戦後との実質内容の対極性にもかかわらず、「価値に根拠を置いた実質的法治国家概念」は両者を貫通して生き続けたというべきであろうか。それとも、それは一方から他方へのたんなる振子の揺れではなく、現代「社会国家」原理はなんらかの新しい理念や意識を獲得したものであろうか。

(8) 木村周市朗「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——」、『成城大学経済研究』、第一〇七号、一九八九年一二月、所収、を参照。

(9) この点について、広渡清吾「法による社会変革」と法律実証主義——ヴァイマル共和制を中心に」、長谷川正安・

渡辺洋三・藤田勇編『講座・革命と法』第一巻（市民革命と法）、日本評論社、一九八九年、所収、を参照。

- (10) I. Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in: dies., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München 1986, S. 11–82, S. 11.
- (11) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, Tübingen 1952, S. 18. (BVerfGE 1, 18 LS 27.)
- (12) Ebenda, Bd. 34, 1973, S. 287. (BVerfGE 34, 287.)
- (13) C. Schmitt, *Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat“?*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 95, 1935, S. 189–201.
- (14) Ebenda, S. 190f.
- (15) Ebenda, S. 191f.
- (16) Ebenda, S. 194, 196.
- (17) Ebenda, S. 196, 198f.
- (18) Ebenda, S. 193.
- (19) Ebenda, S. 196f., vgl. auch S. 193.
- (20) Ebenda, S. 193, 201, 197.
- (21) Ebenda, S. 195. シュニットの「合法的権力所有への政治的プレミウム」論は、議会制民主主義における「数」の支配（議会多数派による「政治的プレミウム」の享受）を批判するための道具だてであったと同時に、逆に、「例外状態」における「独裁制」を援護する機能もなした。Vgl. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, *Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2.

現代ドイツ社会国家論の歴史構造

現代ドイツ社会国家論の歴史構造

Aufl., Berlin 1973, S. 263-350, S. 288-293. 田中浩・原田武雄訳『合法性と正当性』未来社、一九八三年、四七―五五ページ。

- (22) C. Schmitt, Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat“?, a. a. O., S. 196.
- (23) Ebenda, S. 190.
- (24) Ebenda, S. 191, vgl. auch S. 199.
- (25) Ebenda, S. 192f.
- (26) Ebenda, S. 190 Anm. 1, 200.
- (27) E.-W. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1976, S. 65-92, S. 82.
- (28) Ebenda, S. 81.
- (29) Ebenda, S. 81 ff.

三

形式的・自由主義的法治国家と実質的・社会的法治国家、法治国家原理と社会国家原理、法律実証主義と自然法、これらの対概念に表れたアポリアの淵源は、国家と個人の対峙あるいは国家と社会の対立という、近代社会に固有の基本的な、最広義の国制構造に求められるであろう。まず、その前史の素描から始めよう。

国家と社会の区別がヨーロッパ史上はじめて出現するのは、世俗化の進展と政治的権力の自立化の過程、すなわち絶対主義形成期においてであった。ディーター・グリムの描写を借りれば、「二人の人間の手中への政治的

権力の新しい集中は、普遍的総体としての中世共同体を、二つの異なった領域に分割した。すなわち、君主とこれの軍人・文民の支柱とからなり、法的強制権力の独占によって特徴づけられた小領域と、この権力に従属する、その他すべての住民を包括した大領域とである。それまでは付加語的にしか、つまりあるものもの状態としてしか用いられていなかった *Staat* とこの概念が、まさにこの時代に、第一の領域についていわれるようになった。第二の領域には、それよりも古い、社会 *Gesellschaft* という概念がそのまま用いられた。しかし社会が意味するものは、政治的諸権威を包含した共同体全体ではもはやなく、*Staat* を除いた共同体であった。したがって、支配者の手中への一切の政治的権力の集中に対応したものは、社会の私人化 *Privatisierung* であり、私的地位という点では、その他の法的・社会的地位の差異を度外視すれば、社会の全成員は皆同じであった。私的なものの領域とは、もとより絶対主義的支配のもとでは、政治的介入から守られた個人的自己決定の領域などでは決してなく、国家的意思の形成または行使への参与権のない、国家的意思へのたんなる服従の状態のことであった。同様に、定められた規程によって私的事項が公的事項からはっきり区切られたわけでもなかった。私的なことは、それに対して公的な関心が当面存在しないような諸対象のことであった。国家的介入から原則上守られた領域は存在しなかった。国家と社会の区別、私的領域と公的領域の区別は、法体系にも反映された。普遍的な中世法は、二つの異なった集合体、すなわち社会成員相互の関係を整理した私法と、社会成員と国家との関係を規定した公法とに分解した。この区別自体は新しいものではなく、すでにローマ法にみられる。しかしそこでは、この区別は教育上・理論上の意義しかもっていなかった。絶対主義国家においては、それは法律上の保護を確定したことによって、実際の有意性を獲得した。裁判所の権限は私法事項に限られ、公法問題は司法判断のおよ

ばぬところであった。⁽³⁰⁾」

まず第一に、A・O・マイヤーが語義展開史的に跡づけたように、⁽³¹⁾「国家」に相当する術語が、状態や身分の意味から出発して、地位、名声、統治、支配などの意味を経て、君主のもつあらゆる高権の総和としての国家の意味に到達するのは、伊・西・仏・英の四言語では十三世紀から十六世紀まで、ドイツ語では十五世紀から十七世紀までであった。到達時点のこの一〇〇年間のずれは、君主権力が身分制的・地域的なゲノッセンシャフト的要因に抗して、絶対主義的近代国家をつくり出していった時期のずれに、ほぼ対応している。

第二に、「公」と「私」との区別については、周知のように、アリストテレスが『政治学』において、家長がそれぞれ固有のものとして主人的に支配するオイコスの私的な家政学の世界と、家長同士が相互に自由な市民として、政治共同体としての市民社会を構成するポリスの公共的な政治学の世界とを区別しており、この二元的社会像は、O・ブルンナーが明らかにしたように、⁽³²⁾旧ヨーロッパ世界では十七・十八世紀ごろまで連綿と受け継がれた。その間、大領主による一元的・絶対主義的支配が進む過程で、本来固有のものとしての家産的・主人的支配権がいったん公権力を獲得するが、J・ハーバマースの分析が示すように、⁽³³⁾まもなく新興市民階級（ブルジョアジー）が、公権力から自立した公論（世論）の担い手（公衆）として成立し、ついにはかれら自身が公権力を奪い取る。したがって、国家概念の成立に伴う国家と社会との区別、並びに公法と私法との区分の、実質的にはまりというグリムの右の描写は、身分制的社会構造の本格的形成・定着と表裏の関係で進展したヘルシャフト的君主権力の形成過程にかかわる、限定的な意味での区別・区分をいうものであって、それは近代社会に固有の国家と社会の分離の前史をなすにすぎない。グリム自身も別の論説で指摘しているように、「私人とは、公権力の行

使に参画していない者であり、私的事項とは、君主が自分の規制権能のために要求するという事柄であった」にすぎず、「君主が社会に対する主権を要求したように、公法は私法に対して優先権を要求した」状況にあっては、「この時代にかんして公法と私法の分離について語るのは早すぎる」⁽³⁴⁾といつてよい。

絶対主義国家が、その発生史からしても、慣習的法観念や現実の社会構造の面からみても、依然としてゲノッセンシャフト的・身分制的社会秩序に依存していたかぎり、決して絶対的なものたりえなかったのに対して、そのような社会秩序の根底をなしていた民族的・地域的・権利共同体的な各種中間団体が解体させられたとき、はじめて近代国家の全能性が出現する。中間団体の解体は、国家と人一般としての個人との直接的対峙を意味する。国家と個人との対峙は、国家と、諸個人の集合体としての社会との分離、並びに社会に対する国家の能動性をもたらす。それは立法者の意思の全能性だけでなく、個人にとつての国家の保護者性（とりわけ自然権の保護者としての国家）をもあらわにする。フランスにおける一七八九年の「人および市民の権利宣言」は、この点を顯示している。すなわち、「人は、自由、かつ、権利において平等なものとして生まれ、存在する。……」（第一条）。「すべての政治的結合の目的は、人の、時効によって消滅することのない自然的な諸権利の保全にある。これらの諸権利とは、自由、所有、安全および压制への抵抗である。」（第二条）。「法律は、一般意思の表明である。……」（第六条）。「人および市民の権利の保障は、公の武力を必要とする。……」（第一二条）。「公の武力の維持および行政の支出のために、共同の租税が不可欠である。……」（第一三条）。そして、この八九年宣言も、九三年憲法の前文をなす宣言も、結社の自由の規定をまたず、逆に、一七九一年のル・シャブリエ法は、労働者の団結をも、一切の中間団体の廃絶に立脚した「自由と人権宣言とに対する侵害」とみなした⁽³⁵⁾。

市民革命は、こうして近代国家の全能性と、その必然的帰結としての保護者性とを確定し、したがってまた現代福祉国家の最も原理的な出发点をも明示した（とくにフランス的表現における、「近代国家 *État protecteur*」から「福祉国家 *État-providence*」へ⁽³⁶⁾）。その場合、啓蒙主義的近代自然法思想が、「理性」によってであれ「感覚」によってであれ、人一般を発見し、その対極に非人格的な国家の主権性を機能主義的に指定したことを背景として、自然法思想が、たんなる歴史的既成事実にすぎない一切の法を破棄するための批判的基準として利用された。利用されたというのは、ハーバマースの言葉を借りるならば、「社会的労働」という契機、すなわち、「意識がおのれを物化し、この事物に従事しておのれを自己自身へ形成し、そしてついに奴僕のがたをぬぎすてて市民社会の息子となる」という「社会化の過程」が、フランス革命に先立つ数世紀のあいだに進行し、個々人が「法人格としての形式的自由へむかって成熟していった⁽³⁷⁾」からである。

市民革命が国家と社会の分裂をもたらしたことについて、一八四三年末頃、マルクスは「ユダヤ人問題によせて」を書いて、つぎのように指摘していた。「古い市民社会は直接に、政治的、性格をもっていた。すなわち、たとえば財産とか家族とか労働の仕方とかという市民生活の諸要素は、領主権、身分、職業団体といったかたちで、国家生活の諸要素に高められていた。これらの要素は、このようなかたちで、個々人の国家全体に対する関係、すなわちかれの政治的関係、つまり社会の他の構成部分からかれが分離され閉め出されている関係を、規定していたのである。なぜなら、人民生活のこのような組織は、財産とか労働とかを社会的な要素にまで高めないので、むしろそれらを国家全体から完全に分離し、それらによって社会のなかの特殊な諸社会をつくりあげたからである。それでもなお、市民社会の生活諸機能や生活諸条件は、封建制の意味ではあるが、相変わらず政治的

あった。……「そこでは」国家権力が、これもまた同様に、人民から切り離された支配者とその家臣たちの特殊な業務として現れるのである。「ところが」この支配権力を打倒し、国家の業務を人民の業務にまで高めた政治的革命……は、共同体からの人民の分離をそれぞれ表現していたすべての身分、職業団体、同業組合、特権を必然的に粉碎した。それによって政治的革命は、市民社会の政治的、性格を揚棄した。それは市民社会をその単純な構成諸部分にうち砕いたのであって、一方では諸個人に、他方ではこれらの個人の生活内容、市民的状况を形づく物質的および精神的諸要素にうち砕いたのである。政治的革命は、いわば封建社会のさまざまな袋小路のなかへ分割され解体され分散していた政治的精神を、……市民生活との混合状態から解放して、それを共同体の領域として、すなわち市民生活のあの特殊な諸要素から觀念的に独立した普遍的な人民的業務の領域として、確立したのである。特定の生活活動と特定の生活状況とは、ただ個人的な意味しかもたないものになり下がった。……政治的解放は、同時に政治からの市民社会の解放……でもあった。……政治的、国家的構成と独立の諸個人への市民社会の解体……とは、同じ一つの行為によって完成される。³⁸⁾

もっとも、マルクスの場合、市民革命以前の後進地域に身を置きながら、すでに市民革命を越えて「人間的解放」を展望しようとするから、その市民革命の歴史的本質規定には、乗り越えられるべき対象としての否定的評價がすでにふくまれている。フランス革命が法的に宣言した自由、平等、所有、安全などの自然権も、マルクスにとっては、「いわゆる人権のどれ一つとして、利己的な人間、市民社会の成員としての人間、すなわち、自分自身だけに閉じこもり、私利と私意とに閉じこもって、共同体から分離された個人であるような人間を越え出るものではない。」「封建社会は、その基礎へ、つまり人間へ、解消された。ただしそれは、実際にその基礎をなして

いたような人間、つまり利己的な人間への解消であった。」市民革命によって、「結局のところ、市民社会の成員としての人間が、本来の人間とみなされ、公民、citoyenとは区別された人間、homme とみなされる。……現実の人間は利己的な個人の姿においてはじめて認められ、真の人間は抽象的な公民の姿においてはじめて認められるのである。」⁽³⁹⁾——ここに描かれている人間の自己分裂は、市民革命によって生み出された近代の「市民社会」の間が、政治的共同体の成員（シトワイアン）としての抽象的存在と、市民社会の成員（オム）としての現実的存在とに、分裂している事態をさしている。問題は、国家と市民社会との分裂だけなのではすでない。ルソーが「社会契約」に、人民主権論的一般意思論の方向で前望的に解決を託した、近代社会の根本問題、すなわち「構成員の身体と財産を、共同の力のすべてをあげて守り保護するような、結合の一形式を見いだすこと、そうしてそれによって各人が、すべての人々と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由であること」⁽⁴⁰⁾という課題を、マルクスは「人間的解放」の問題としてとらえなおしたとってよいのだが、そうせざるをえなかったのも、市民革命の現実の帰結が、一体となった人民が「シトワイアン」として自ら主権を行使するというルソーの描いた直接民主制ではなく、国家の抽象的な成員と孤立した利己的な個人とへの人間の自己分裂であったからである。

この自己分裂は、「政治的解放」によって生み出された「自由」な市民社会における「自由」の実質化という課題の存在を、早くも告げている。同じ一八四三年の夏、「ヘーゲル国法論批判」で、国家の理念を主体化するヘーゲルの「主語と術語の顛倒」を「神秘主義」として批判したマルクスにとっては、「市民社会」における特殊を「国家」が、官僚行政と議会とを媒介として普遍へと「包摂」するというヘーゲルの発想もまた、すでにこの課

題にこたえるものではありえなかった。

フランス革命は、そのような「国家」と「市民社会」との分裂を、国家と個人との二極構造の新編成によって、原理的に典型化した。フランス革命は「主権を君主から人民に移し変え、これ以降、いっさいの国家的機能は人民の名において行われた。それによって、家産国家は最終的に使いものにならなくなった。それに代わって抽象的な権力としての国家が現れた。理性の観点による、そして実定憲法にもとづいた、この国家の構成は、絶対主義によってはまだ完結させられていなかった公権力の集中を完成したのであり、旧体制下で国家と個人のあいだに割り込んでいたすべての中間権力が解体され、裁判所が国家行為とりわけ法律の適法審査の権限を失い、実効的な、売買できない公務官職制度と公立学校制度とがつくられたことによって、公権力の集中が達成された。」⁽⁴¹⁾こうして国家と主権は公共生活の中心概念として保存されただけでなく、社会に対する全能性を獲得する。しかし、国家と社会との関係はいまや逆転し、国家の機能が個人の自由の保護に縮減されただけでなく、「国家に公権力の使用の条件を指定するのは社会であつたかぎり、社会の優越性が保たれた。国家が個人の自由の保護を目的として、いつ、どのように個人の自由に介入してよいかを、選挙された社会の代表者が、議会で法律によって確定した。」⁽⁴²⁾

たしかに一七八九年の「人および市民の権利宣言」は、「すべての主権の淵源は、本質的に国民にある」こと（第三条）、「法律は、一般意思の表明である。すべての市民は、みずから、またはその代表者によって、その形に参与する権利をもつ」こと（第六条）、「公の武力」は、「すべての者の利益のために設けられるのであり、それが委託される者の特定の利益のために設けられるのではない」こと（第十二条）を規定していた。政治的決定

をすべてのシトワイアンが共有することによって、公共の利益のための国家権力の使用が保証されるはずであった。しかしまもなく、とりわけ七月王政において、その実質的な保証はどこにも存在しないことが明らかになる。けれどもそれにもかかわらず、いったん人民主権論に立てば、ルソーが構想したように、政府は「国家と主権者との連絡」につとめる、「主権者の公僕にすぎない」のであって、政府すなわち「統治者」または「行政官」は、「主権者のたんなる役人として、主権者から委ねられた権力を、主権者の名において行使している」のであり、そういうものとして「法律の執行と市民的および政治的自由の維持とを任務とする一つの仲介団体である」ことになる。現実のフランス政治・経済史は、テルミドールのクーデタ以降、一七九五年憲法の財産資格による間接・制限選挙制の採用を梃子として、ナポレオン時代を通じて資本主義の全面的展開のための法的・制度的前提条件をつくりだすことで、フランス革命のブルジョワ革命としての本質を明瞭にしていくなか、それとも、ルソーの人民主権論的一般意思論の理念と八九年宣言と、成年男子直接・普通選挙制を定めた民主的な九三年憲法（但し、施行されずに終わった）とを歴史的前提としてはじめて可能になったものというべきであろう。

(30) D. Grimm, Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, S. 53-83, S. 59f.

(31) A. O. Meyer, Zur Geschichte des Wortes Staat, in: Welt als Geschichte. Eine Zeitschrift für Universalgeschichte, Jg. 10, 1950, S. 229-239. 平城照介訳「Staat [国家] という言葉の歴史に寄せて」『F・ハルトマン』R・フューアハウス他著、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、二七―五〇ページ。

(32) Vgl. O. Brunner, Das „ganze Haus“ und die alteuropäische „Ökonomik“, in: ders., Neue Wege der

- Verfassungs- und Sozialgeschichte, 3. Aufl., Göttingen 1980, S. 103-127. 石井紫郎・他訳『ヨーロッパ——その歴史と精神』岩波書店、一九七四年、一五——一八九ページ。
- (33) Vgl. J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, 16. Aufl., Darmstadt u. Neuwied 1986. 細谷貞雄訳『公共性の構造転換』未来社、一九七三年。
- (34) D. Grimm, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, a. a. O., S. 84-103, S. 86ff.
- (35) Vgl. K. Marx, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, in: K. Marx = F. Engels Werke (Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED), Bd. 23, Berlin 1962, S. 769f. 大内兵衛・細川嘉六監訳『マルクス＝エンゲルス全集』第三卷第二分冊、大月書店、一九六五年、九六八—九六九ページ。
- (36) この点、現代福祉国家の起源を近代国家の保護者性に求めるビエール・ロザンヴァロンの見解 (P. Rosanvallon, La crise de l'Etat-providence, Paris, 1981) についで、樋口陽一「日本憲法学と〈福祉〉問題——〈福祉〉シンボルの憲法論上の役割——」(東京大学社会科学研究所編『福祉国家 4 日本の法と福祉』、東京大学出版会、一九八四年、所収、とくに九四—九九ページ)を参照。
- (37) J. Habermas, Hegels Kritik der Französischen Revolution, in: ders., Theorie und Praxis, Sozialphilosophische Studien, 3. Aufl. der Edition stw, Frankfurt a. M. 1982, S. 128-147, S. 134. 「フランス革命にたいするクーゲルの批判」(細谷貞雄訳『理論と実践——社会哲学論集——』、未来社、一九七五年、所収、一三八ページ)。
- (38) K. Marx, Zur Judenfrage, in: Marx = Engels Werke, a. a. O., Bd. 1, 1961, S. 347-377, S. 367-369. 城塚登訳『ニッダーマン問題によせて・クーゲル法哲学批判序説』、岩波文庫、一九七四年、四八—五一ページ。
- (39) Ebenda, S. 366, 369f. 前掲訳書、四六、五一、五二ページ。

- (40) J.-J. Rousseau, *Du Contrat social, ou principes du droit politique*, in : *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, t. III, Paris, 1964, pp. 346-470, p. 360. 桑原武夫・前川貞次郎訳『社会契約論』、岩波文庫、一九五四年、二九ページ。
- (41) D. Grimm, *Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition*, a. a. O., S. 67.
- (42) Ebenda, S. 68.
- (43) J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, op. cit., p. 396. 前掲訳書、八四―八五ページ。

四

フランス革命とそれにつづく全ヨーロッパ的規模での政治変動は、ドイツの絶対主義的国制構造にも深刻な作用をおよぼし、その結果、フランスなどとは異なる、ドイツに固有の国家と社会の分離状況が生み出された。

プロイセンにおける、官僚に主導された経済的自由主義への改革路線と、西南ドイツ諸国における憲法の導入と初期立憲主義の形成、という二つのタイプが生まれた背景には、一方で前世紀以来すでに君主権力による集権的統治機構を確立していたプロイセンと、他方で君主権力に対抗する旧諸身分の政治的影響力が温存されていた状況下で、王国内に新たに編入された諸地域をかかえて急速に集権的国制を整える必要に迫られていた西南ドイツ諸国とのちがいがあった。したがって、前者では、憲法をもたないまま、官僚に担われた強力な国家権力が身分制的諸規制を解体しようとしたのに対して、後者では、初期立憲主義下の議会（大勢としては二院制）は、旧身分制的に編成された上院はもとより、下院もまた、財産資格にもとづく制限・間接選挙制の導入によって、旧

来の出生身分に代わる新たな社会的諸身分の代表機関としての性格を強く帯びていた。⁽⁴⁴⁾ 啓蒙官僚の作成した一七九四年のプロイセン一般ラント法は、絶対主義下の身分制社会秩序を肯定しながら、その中に自然法的人権の要素を啓蒙主義的に採り入れようとした苦闘の産物であったが、バイエルンとバーデン（一八一八年）、ヴェルテムベルク（一八一九年）などの諸憲法は、すでに自然権ではなく「公民 Staatsbürger」としての一般的権利を規定し、しかもそれらとは別に、個々の身分の特別の権利をも定めていた。⁽⁴⁵⁾

いわゆる三月前期は、リムンシャが指摘したように、「自由主義と保守主義、啓蒙思想と旧身分制思想、国民主義的民主制思想と正統主義的君主制思想」といった、さまざまな新旧の思潮が激しく対抗しあった時期であったと同時に、とりわけ西南ドイツでは、立憲君主制という新たな実定的国制の導入に触発されるかたちで、この時期に「後期自然法から、十九世紀後半の実証主義への移行」⁽⁴⁶⁾が始まった。立憲君主制においては、君主主権のもとで政府は君主にのみ責任を負うから、「執行権と議会、国家と社会、君主と国民が、互いに対抗する」という「二元的構造」が生まれざるをえない。そのような二元的国制構造にあつては、「基本権の機能は、社会の自由空間を、国家の自由空間に対立しているものとして境界づけることである。そして、両空間のあいだに、国民と支配者という両対峙者が共同の立法のために出会う領域があり、人格の自由や所有権などの基本権にかかわる法律は、そのような中間領域としての議会の同意を必要とするのであつて、「国家からの自由」が「国民代表の拒否権」という「国家への参加」⁽⁴⁷⁾によって達成される。しかし、そうした公民の権利としての基本権が認定されながら、一方では貴族の特権が温存され、他方では、経済的独立性を尺度として完全な公民性を（したがって基本権を）認められなかった大量の住民が存在した。

西南ドイツ初期立憲主義を担った教養市民層は、このような事態をうけ入れたかぎりでは、独立小生産者の「中間身分 Mittelstand」の社会像に立脚した「旧自由主義者 altliberal」としての限界を負っていた。それは、ドイツ近代自然法思想（理性法論）の確立者カントにおける、「公民的独立性」を「投票の能力」に結びつけた「能動的公民と受動的公民と」の区別⁽⁴⁸⁾以来のものであった。ただ、自然法思想の方は、カントの理念を継承して社会契約論にもとづく純粹啓蒙合理主義的な理性法的国法論の体系化に腐心したカール・フォン・ロテクをほぼ最後の代表者として、急速に実定法主義に取って代わられてゆく。ロテクより一世代近く若いローベルト・フォン・モールにとっては、自然法はすでに過去のものであり、最初からヴェルテムベルクの実定憲法体制が所与の前提となった。しかしモールの場合にも、公民的独立性の規準が維持され、しかも西南ドイツの根強い身分制的伝統を背景として、新たに職能団体代表制の方向への議会制度改革が構想される⁽⁴⁹⁾。そこには、フランス革命の理念における国家と個人との二極構造にはとてもおさまりきれない新旧各種の中間団体の現実の存在と、それを見抜いたモールが、「生活圏」の視点から、伝統的な国家学とは別個の学問領域として提起した「社会学 Gesellschafts-Wissenschaften」の発想⁽⁵⁰⁾とが、反映されていた。

要するに、グリムの総括にしたがえば、一八五〇年に最終的に憲法を確定したプロイセンもふくめて、「ドイツの国家は、フランスの国家がそうであった程度にはブルジョワ国家には決してならなかった」のであって、立憲主義が導入されても、上述のような二元的国制構造のもとで、「ドイツの市民階層は、国家を自分の意思に従わせることに成功しなかったため、国家が明け渡して私的自発性に任せた領域に押しやられた。このような状況において、自由とは共同意思の形成への参加ではなく、国家による管理が存在しないことを意味した。一方では、国

家は、絶対主義時代に行使していた、社会に対する完全な支配権を喪失した。他方では、社会は、国民主権を成立させるような、国家に対する優位を獲得しなかった。十九世紀ドイツの政治的伝統に特有のものとなった、また、こうした形態ではフランスにもアングロ・サクソン諸国にも存在しなかった、国家と社会の分離という現象を生み出したのは、このようなコンステラチオンであった。民主主義の欠損の代償は、私的領域を国家干渉から守る法治国家に求められ、一八四八年革命の失敗以降は、法治国家を完成することがドイツ市民階層の最重要の政治的関心事となったのである。⁽⁵¹⁾

このようなドイツに独自の国家と社会の分離状況は、市民革命の頓挫と立憲君主制の実定的定着化に伴って、二つの方向性を生み出す。第一に、社会が国家から切り離されて、もっぱら私的な特殊利益の集合体とみなされることによって、国家が、普遍性の体現者、あるいは公共福祉の実現者として理想化され、国民主義的・歴史主義的思潮とも相俟って、社会の国家への特殊な依存状況が生まれる。これは、ヘーゲルの国家哲学を源泉として、その後のドイツの広義の公共福祉国家政策思想の地下水脈を形成するであろう。自由と所有に守られた「欲求の体系」としての市民社会、マルクスのいう「自分自身だけに閉じこもり、私利と私意とに閉じこもって、共同体から分離された個人であるような人間」からなる社会、それは資本制社会の原理的相貌であると同時に、ルソー型の人民主権への道が閉ざされた特殊にドイツ的な国制構造を表すものでもあった。「国家は、憲法の次元でドイツよりもっと進歩していた諸国には類例のない、特殊利益に対するある種の独立性を享受した⁽⁵²⁾」といわれるのも、こうしたドイツ的な国家と社会の分離状況をさしてのことであって、七月王政以降、国家のブルジョワ的階級性を顕現させたフランスでは、社会主義やサンディカリズムの運動が反国家主義の立場を鮮明にし

たのに対して、ドイツでは、社会問題の解決が官僚制的君主制国家に期待される。ローレンツ・フォン・シュタイン、ヘルマン・ヴァーゲナーおよびビスマルク、そしてラッサール、という三和音が、それぞれの思想的出自のちがいを越えてこの面ではパターナリスティックに共鳴しあう。そして、社会改良の主体を、「指導する知性」としての国家、とりわけプロイセンの「王制と官僚制」にみとめたシュモラーもまた、この陣列に加わる。⁽⁵³⁾

第二に、たとえ二元主義的構造のもとであれ、立憲君主制が法制度的実体をもったものとしていったん成立したからには、法律実証主義への方向性が不可避となる。立憲君主制を、議会主義的民主制への過渡期の産物とみるか、独自の一国制類型とみるかは、ここでは問わないとして、君主主権およびそれを支える政府と、議会の自律性志向とのあいだの二元主義的対抗と相互調整のプロセスは、現実の政治上で一定の成熟をとげていくのであって、⁽⁵⁴⁾プロイセン主導のドイツ統一と急速な資本主義化とともに、法治国家思想の実証主義化が決定的となる。

上述のように自然法から実証主義への過渡期に位置を占めた西南ドイツの初期自由主義者モールは、伝統的な国家目的論の系譜に立ち、法治国家論をふくむ国法学や国家政策学を統一的な国家学体系のなかに編成していたが、北ドイツ連邦の成立を実質的分水嶺として、いまや国法学は、私法学モデルから出発したゲルバーおよびラーバントによって、また、とくに行政法学はラーバントの弟子オットー・マイヤーによって、いずれも「法学的」・没政治的に、すなわち法学的国家概念から目的因を除去して「行政の適法性」原則へ特化するかたちで、「実証主義」化されていった。その場合、ラーバントとマイヤーは、帝国創設とともにアルザスに新設されたシュトラスブルク大学を拠点とし、そこでは折しもシュモラーが、同じ法国家学部の同僚として、法と風習の経験的・心理学的比較研究による「精密」科学の名において、経験に信念を融合させた、経済学の歴史化（実際

には倫理化)を志向していた。

そして、国家の理想化と、法学の(そして経験的「精密」科学を志向したかぎりでは、経済学の)実証主義化という、以上の二つの方向は、国家と社会の分離のもとでの資本主義化の進展を、それに伴う負の側面すなわち「社会問題」への対応をもふくめて、それぞれの角度から基礎づけたといつてよい。たしかに「講壇社会主義者」たちは、生活と労働の両面にわたる広範な現実問題群への政策対応を論じることによって、社会に対する国家の政策介入機能を弁証し、経済学を時代の学問に押し上げて、逆に、政治を正面から論じ断念した実証主義的法律学の「後進性」(「社会問題」への無関心)をあぶり出すことになった。しかしそれにもかかわらず、法律実証主義あるいは形式的法治国家原理の徹底化は、原理的にはそれ自体として、(また、個別的には帝国創設に伴う「法統一」努力と、国家試験制度における国家学・国法学に対するローマ法中心の法律学の優位⁵⁶とをつうじて、)社会の資本主義的發展のための最も基本的な法制度的前提条件を創出し、あわせて官僚絶対主義の延長線上に、社会に対する近代的国家管理機構をも用意したのであった。立憲君主制下の国家と社会の分離状況が、すでに動かしがたい所与の事実としてうけいられることによって、一方で法律実証主義は、そうした国制構造全体の法形式的把握の推進において、自由主義的・ブルジョワ的主導性を実質的に示し、他方で国家の理想化というエートスが、国家による社会の管理の楨杆として機能して、資本主義社会というよりむしろ資本主義国家の正統性を、背後から支えた。

国家の理想化は、しかしながら、国家による社会の管理一般だけでなく、当初から、社会的「正義」の実現者としての国家による積極的干渉主義の要因を不可避的にふくんでいた。この国家干渉主義は、特殊利益の集合体

としての社会に対する、国家の価値中立的独立性と優越性という信仰、そして、社会的「正義」の実現（または、少なくともその標榜）が特殊利益に分裂した社会を統合するという認識にもとづくものであり、そういうものとして社会国家思想が権威主義的に出現する。しかしそれは権威主義的ではあっても、特殊利益の分裂を産業社会における社会的不自由としてとらえる視点をもてば、なんらかの意味での「自由」の実質化がそこでの主題となりえた。「市民社会が富、過剰にもかかわらず十分には富んでいないこと、すなわち貧困の過剰と賤民の出現を防止するにたるほどもちまえの資産を具えてはいないこと」⁽⁵⁷⁾を指摘したヘーゲルにとっては、国家と社会の特殊にドイツ的な分離状況を前にして、「社会契約」説の虚構性は明白であり、⁽⁵⁸⁾人間の自由の実現は、各人の特殊性を全体性に結び付ける国家のなかでの、公民としての立場に求められる。そこには、フランス革命が確定した抽象法を、近代社会の自己解放の形式として評価するだけでなく、ギリシアのポリスの実体的倫理世界の崩壊の所産として批判的にながめもする、ヘーゲルの両面指向性⁽⁵⁹⁾がにじみ出てくる。

七月王政の市民的産業社会における近代的労資階級対立の観察と分析から出発したローレンツ・フォン・シュタインの場合には、特殊利害の対抗しあう社会から独立した、主権的アンシュタルトとしての王権のみが、階級的経済権力の政治権力への転態を防ぎ、「社会改革の王制」⁽⁶⁰⁾こそが「相互利益の共和制」⁽⁶¹⁾（ただしそれは、国制概念ではなく、オプティミスティッシュに展望された相互利益の社会体制をいうに等しい）への道をひらくものとされる。初期の近代社会運動史研究から晩年の行政学を中心とする国家行為論の国家学的体系化まで、一貫してシュタインにとってのライト・モチーフは「自由な人格」の開展にあり、この理想から見れば、無産の賃金労働者階級の成立は、労働と所有にもとづく各人の自己実現という市民社会の公理が動揺していることをあらわす警

鐘であった。私的所有に基礎を置いた「自由な人格」の市民的開展という理想を、フランス人権宣言のなかに見出したシュタインにとっては、階級社会における「自由」の実質化がやはり主題であったのであり、「社会改革の王制」はそのための唯一の方法として提起されたものであった。そうした意味で、シュタインにおける初期市民主義的自由理念の機軸の動因は注目にあたいし、「社会的王制」論の権威主義的性格は、国民主権論についてくみすることのなかったシュタインの保守性にだけではなく、むしろ国家と社会の分離という現実のドイツ国制そのものに原理的・構造的に由来するところが大きかったと思われる。

- (44) 成瀬治「初期自由主義と〈身分制国家〉——ヴェルテンベルク憲法の成立をめぐって——」、同「三月前期」における代議制の性格」、いずれも同『絶対主義国家と身分制社会』、山川出版社、一九八八年、所収、を参照。
- (45) 石部雅亮「フランス革命期の人権（基本権）思想」、長谷川正安・他編、前掲書、所収、を参照。
- (46) W. v. Rimscha. Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus, Zur Entstehung und Bedeutung der Grundrechtsartikel in den ersten Verfassungsurkunden von Bayern, Baden und Württemberg, Köln u. a. 1973, S. 83.
- (47) Ebenda, S. 113ff.
- (48) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, in: Philosophische Bibliothek, Bd. 42, hrsg. v. K. Vorländer, 2. Aufl., Leipzig 1907, S. 137. 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、四五二ページ。
- (49) R. v. Mohl, Das Repräsentativsystem, seine Mängel und die Heilmittel, Politische Briefe eines Altliberalen, in:

現代ドイツ社会国家論の歴史構造

現代ドイツ社会国家論の歴史構造

Deutsche Vierteljahrs Schrift, 1852, Heft 3, S. 145-235. あらびき、村上淳「『ドイツ市民法史』」東京大学出版会、一九八五年、一八一—二〇三ページも参照。

(50) R. v. Mohl, Gesellschafts-Wissenschaften und Staats-Wissenschaften, in: Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, Bd. 7, 1851, Heft 1, S. 3-71.

(51) D. Grimm, Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, a. a. O., S. 69f.

(52) Ebenda, S. 72.

(53) 中村貞二『マックス・ウェーバー研究』未来社、一九七二年、五七—六〇ページを参照。

(54) Vgl. E.-W. Böckenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, a. a. O., S. 112-145. 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、四八七—五二二ページ。

(55) この「後進性」をめぐる当時の学問状況全般については、西村稔『知の社会史——近代ドイツの法学と知識社会——』木鐸社、一九八七年、一三—一ページ以下を参照。

(56) 国家試験制度および大学教育制度における実証主義的法律学の優位化は、伝統的国家学の側からの批判を呼び起した。その批判の例として、¹⁾ 以下を参照。R. v. Mohl, Ueber die Errichtung staatswissenschaftlicher Fakultäten auf den deutschen Universitäten, in: Deutsche Vierteljahrs Schrift, 1840, Heft 4, S. 237-257; ders., Ueber Staatsdienstprüfungen, in: a. a. O., 1841, Heft 4, S. 79-103; L. v. Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876.

(57) G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hsg. v. G. Lasson, 2. Aufl., Leipzig 1921, S. 189 (§ 245). 藤野渉・赤澤正敏訳「法の哲学」『世界の名著 35 ヘーゲル』中央公論社、一九六七年、所収、四七〇

ページ。

- (58) Vgl. ebenda, S. 75 u. 305 (§ 75), 196 f. (§ 258). 前掲訳書、二七六―二七八、四八一―四八二ページ。
- (59) Vgl. J. Habermas, *Hegels Kritik*, a. a. O., S. 137 f. 前掲訳書、一四二―一四四ページ。
- (60) L. v. Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 1850, Neudruck, hrsg. v. G. Salomon, München 1921, Bd. 3, S. 40 f.
- (61) Ebenda, Bd. 3, S. 194 ff.

五

十九世紀ドイツ国制史を深く規定した、国家と社会の分離構造は、ヴァイマル民主制の到来とともにようやく克服されたかみえた。しかし、社会的特殊利害の議会制国家への統合プロセスが成熟するまもなく、権威主義的国家による社会統制と「自由」の庄殺とが出現した。そのナチス国家は、既述のように、議会主義的法律実証主義の形式性を批判する「世界観国家」の立場に抛りながら、主に権力掌握後は法律実証主義または法治国家原理の形式性を利用するという、二面性をもっていた。第二次世界大戦後に成立したボン基本法体制は、「自由」の実質化という十九世紀以来の産業社会における普遍的要請を、法治国家原理の形式性の基礎の上での社会国家、すなわち「社会的法治国家」として、あらためて受け止めなおしたのだといつてよい。

しかしこの間に、国家による政策的干渉は、長期的にみれば、十九世紀の最後の四半世紀以来、連続的・累積的に増大した。このことは、立憲君主制から民主制へとという狭義の国制構造の変化の側面を越えて、政治社会学

的な意味で、従来の国家と社会の分離状況を変容させた。その変容は、ドイツに限らず、先進工業諸国に一般的に妥当する現象であり、国家と社会との交錯と相互浸潤、私的自律圏としての社会の政治化傾向、あるいは私法と公法の境界線の曖昧化と社会法的規範の導入、といったかたちで示されるものにほかならない。

まず、この新事態を招来した基本的な史的背景を考える場合、たとえばグリムの指摘したつぎの三つの要因が参考になるであろう。第一に、産業革命は、市民社会的自由原理の背後に、新しい階級的な社会的権力構造を生みだし、所有と契約の自由は、社会的利害の調和をもちや保証しなくなった。第二に、科学技術の急速な発達は、人間による自然支配力を不断に高め、それは人間による決定事項を拡張することによって、決定問題の政治化が不可避となる。すなわち、「技術の発達と国家機能とのあいだの直接的関係」が明示的に成立する。第三に、産業革命以降の社会的諸機能の専門化の進展は、一方で効率を高めただけでなく、他方では社会的相互依存を増大させ、後者はその分だけ阻害要因も増加させた。その結果、社会関係全体が、自由な私人間契約モデルだけでは処理できないほど複雑化し、市場的交換関係にもとづく社会の自律的許容能力を越えて「外部費用」が現れるにいたる。

これらの諸要因は、公共的制御の必要性を高め、国家の干渉度が漸増するが、まもなく社会的諸勢力の方もみずから公的権能を取得するようになる。ハーバマスにしたがえば、「干渉主義というものは、私的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から生じる」のであり、「社会圏への国家的介入に対応して、公的権能を民間団体へ委譲するという傾向も生じてくる。そして公的権威が私的領域の中へ拡張される過程には、その反面として、国家権力が社会権力によって代行されるといふ反対方向の過程も結びつ

いている。このように社会の国家化が進むとともに国家の社会化が貫徹するという弁証法こそが、市民的公共性の土台を——国家と社会の分離を——次第に取りくずしていくものである。この両者のあいだで、いわば両者の〈中間から〉成立してくる社会圏は、再政治化された社会圏 *eine repolitisierte Sozialsphäre* であって、これを〈公的〉とか〈私的〉とかいう区別の見地のみからとらえることは、もはやできなくなっている。⁽⁶³⁾ いかえれば、かつて近代的諸憲法が想定した自由主義的モデルにおいては、基本権は「社会を私的自律の活動圏として保証するものであり、これに対立して、わずかな機能だけに限定された公権力が存在し、そして両者のいわば中間に、公衆 *Publikum* という形で集合する私人の領域があつて、これらの私人が公民として、国家を市民社会の諸要求と媒介する」⁽⁶⁴⁾ ことになつていた。しかしいまや、「社会的にも法律学的にも公私のカテゴリーには包摂しきれない、再政治化された社会圏が成立」しており、「この中間領域では、社会の国家化された領域と国家の社会化された領域とが、政治的に論議する私人たちによる媒介なしに浸透しあう。」「かつて国家と社会を媒介していた公共性は解体」し、労使の団体や政党による私的利害の組織化が進展して、「この媒介機能は公衆の手を離れ、……国家装置との共働の中で権力行使と権力均衡を部内的に運営する諸機関の手中に渡つてゆく」⁽⁶⁵⁾。

このような国家と社会との相互浸透現象は、高度産業社会における生産と消費の社会化の進展に対応した、各種中間諸権力の新たな復活（ネオ・コーポラティズム）を意味している。それは、「論議する私人たち」の政治的機能を極小化してゆくから、ハーバマースのように政治的公共性への民主的参加とその公開制とを志向する立場に立てば、こうした「再政治化された社会圏」の出現は、「社会の〈再封建化 *Refendatisierung*〉」の道へ通じていることになる。裏を返せば、ハーバマースが「市民的公共性」の再生に期待を寄せるのは、「ルソーとフィジォク

ラットたちとからひとしく影響をうけたフランス国民議会の「自然法的構成」においては、「基本権が、国家のみならず社会をも包括する政治体制の原理としてとらえられていた」⁽⁶⁷⁾ことを、いまあらためて反省的かつ前望的に救い出そうとする見地に立つからである。「基本的人権の機能は、決してたんなる〈境界設定〉ではない。なぜなら、このような体制の構想を促した基盤においては、基本的人権は、社会的富の生産過程だけでなく、公論の生産過程にも、機会均等の参加を積極的に保証するものとしてはたらかなければならなかったからである」⁽⁶⁸⁾、と。

以上のように、現代における「社会の〈再封建化〉」動向を阻止するためのカギ的な典拠を、フランス革命による自然法の実定化に求めるとすれば、人権宣言の普遍性を掘り起こし、自由主義的法治国家から社会国家的に変形した現代資本主義国家になお存続しているはずの「リベラルな伝統」⁽⁶⁹⁾を、再評価し活性化しようとする指向性があらわれる。しかし他面で、自由主義的法治国家から社会国家への変形は、ドイツに限らず一般的な資本主義発達史上の現実であるために、かえって、特殊にドイツ的な「法治国家」概念と「社会国家」概念自体を、「再政治化された社会圏」の成立状況のもとでの「自由」の実質化を照準として、再吟味するという課題をも浮かび上がらせる。一九六〇年代以降、旧西ドイツの公法学界で、国家と社会の分離というドイツに伝統的な発想が現代でも妥当するか否かをめぐって展開された論争は、この課題に対する解答を求めようとする努力の一環であったと、解釈できるであろう。

すなわち、六〇年代以降の福祉国家的な政策干渉・経済の計画化の拡大とSPD政権の成立とを契機として、それまでの（新）自由主義的な法治国家原理第一主義に対して、それを批判して社会国家原理と民主制原理とを重視する立場が登場し、次第に有力化した。この後者の立場を早くから代表した一人、ホルスト・エームケは、

一九六二年の論説「憲法理論問題としての〈国家〉と〈社会〉」において、特殊ドイツ的な「法治国家」概念の史的成立経緯を回顧して、英米諸国の場合と対比したこの概念の後進性を、つぎのように批判した。

「英米の憲法思想の基本概念は、〈国家〉と〈社会〉ではなく、〈市民社会 civil society〉と〈政府 government〉である。その場合、〈政府〉概念は、制度的要素と人格的要素とを一体化しており、〈政府〉の〈市民社会〉に対する関係の基本概念は〈信託 trust〉である。」「中世の秩序構造は〈国家〉と〈社会〉の概念ではとらえることができない、というオットー・ブルンナーの主張」が示唆するように、「政治思想のヨーロッパ共通の伝統」からみれば、「社会、*societas* は政治的公共体 *politisches Gemeinwesen* であつた」のであり、それは〈市民社会〉なのであつて〈国家〉でも〈社会〉でもない。「イギリスは、絶対主義による断絶なしに、中世的秩序から連続的に発達した」ため、「イギリスの公共体は、法人ではなく共同体 *communitas* とみなされている。」⁽¹⁹⁾ところが、元来ドイツでは、「絶対主義国家論と法治国家論とが癒着した点に、わが絶対主義の強さと法治国家論の弱さとが起因していた。」⁽²¹⁾ドイツの「〈市民社会〉の旧立憲主義国家論に対する関係からみて、とくに考慮しなければならないのは、わが自由主義的市民階層が階級ではなく身分（しかも主に教養身分）としての性格をもっていた点こそが、わが憲法的妥協とそれを正当化する君主制原理の国家論とを一般的に可能にしたということである。つまり、「一方に」大きな産業的階級対立にはまさにまだみまわられていない経済社会的領域——まだブルジョワ社会にはなっていない〈市民的〉なままの社会——の私人化、そして「他方に」たんなる経済的領域の上に高くそびえる精神人倫的統一体という、実際問題のすべてについて核心においては非政治的な、觀念論的國家観⁽²²⁾」、この二つが、ドイツ的な憲法的妥協を生みだした。しかし、今日、「社会的・経済的諸集團の多元主義」のもとでは、政

治的決定を要する諸問題は、国家と社会の二元論では解決できない。「国家」と「社会」の対立を廃棄すれば、われわれが広義に「国家」と呼ぶところの人間の結合の特質は、それが政治的公共体であるという点にあることが、あらためて了解されるであろう。政治的というのは、人間の結合は、公共体の良き秩序と内外の共通の課題の達成とをめざして、——ヘルマン・ヘラーの言葉を用いれば——機能・決定統一体として組織されている、という意味においてである。一つの人間結合が問題なのであって、それを「国家」と「社会」に二重化したり、区分したりする理由はどこにも存在しない。⁽⁷³⁾」

以上のように、ドイツに伝統的な二元論に対するエームケの批判は、憲法的秩序を「政治的公共体」の全体にかかわる公共的基本秩序ととらえることによって、憲法あるいは公法を国家権力にかんする法とみなす権威主義的立場を克服しようとするものであった。したがって、エームケに代表される、国家と社会をもに公共的なものとして包括する公共体論は、一般に、社会国家原理をも一つの憲法原理として重視するとともに、社会的諸団体が非国家的公共性の多様な主体として、国家機関と並んで公共体の構成に参加することを、民主制原理にもとづいて積極的に肯定する。こうした公共体論が立脚している憲法観は、憲法を一回かぎりの決断にもとづく固定的なものとはみなすのではなく、基本的秩序原理たる憲法の具体化を、不断に形成されてゆく開かれた過程と位置づけ、多様な憲法諸原理のあいだに調和と一貫性を確保するための継続的努力をつうじて、その日常的形成過程を進展させようとする、動態的な視点に立つものであった。⁽⁷⁴⁾

これに対して、伝統理論の方は、個人の自由を確保するためには、今日でも国家権力の独立性と中立性が不可欠の前提条件であり、社会国家化の進展は、かえっていっそう、国家と社会との二元的発想を維持することの

意義を高めているのだと主張する。この観点の基本軌道は、保守派を代表したE・フォルストホフの、すでによく知られている一九五三年の講演「社会的法治国家の概念と本質」によって敷かれたといつてよい。

すなわち、フォルストホフにしたがえば、社会国家の本質的契機をなす「配分請求権」[Einhaberrechte]には、自由権とは異なり、あらかじめ規格化できるような一定不変の範囲はなんら存在しない⁽⁷⁵⁾から、本来「憲法は社会法たりえない」⁽⁷⁵⁾。「社会的」という言葉は、基本法を超えるものであり、憲法外の領域からのみ、ある特殊な内容を得ることができ⁽⁷⁶⁾る。したがって、「社会国家を法治国家的憲法の枠内で構造的につくりだすことが不可能であること」は明白であり、「法治国家と社会国家とは、憲法の次元では融合されえない。憲法と立法と行政とが結び付いて、はじめて法治国家と社会国家も結び付く。この次元ではじめて、社会的法治国家も、国家類型を規定する一般的な名称として、完全な根拠をもつのである」⁽⁷⁷⁾、と。いいかえれば、国家による給付行政の進展という現実を「生存配慮 Daseinsvorsorge」⁽⁷⁸⁾概念で受け止めたフォルストホフは、憲法と立法・行政とを区別することによって、一方で憲法原理としては自由主義的・形式的な意味での法治国家原理のみを認め、他方で立法・行政を社会に対する国家の「生存配慮」活動とみなすことで、結局、国家と社会の二元論を実質的に維持する発想に立っていたとみてよい。

この伝統的な二元論的発想の現代的意義を、正面から積極的に論じた代表格は、ベッケンフェルデであった。かれは、一九七二年の論説「現代の民主的社會國家における國家と社會の區別の意義」において、個人の自由の實質的確保のためにこそ國家と社會との區別が必要であると主張して、上述のようなエームケらによる二元論批判ないし公共体論は短絡的な誤りであると批判した。すなわち、ベッケンフェルデは、まず、國家と社會の區別

の生成・展開史を、中世末期以降の統一的な政治的支配権力の形成過程から、十九世紀まで素描したうえで、「とくにドイツの、後期絶対主義と初期立憲主義の時代」を特殊な例外とすれば、一般に「国家と社会の区別および対置の内容は厳密な〈分離〉ではない」こと、それにもかかわらずこの例外をとらえて〈分離〉を一般化し、それを批判するのは筋違いであることを指摘する⁽⁷⁹⁾。というのは、ベッケンフェルデによれば、そもそも国家とは、「実体をもった統一体でもなければ、今日流布している呼称である〈公共同体〉でもなく、一つの組織体、正確に言えば組織された機能統一体、organisierte Wirksamkeit」なのであって、国家はそのようなものとして、さまざまな人間、つまり「社会の特定の階層や集団」によって担われており、「組織された政治的な決定統一体」としての活動機能の上で、つねに社会と関係づけられている、とされるからである。「国家と社会は、二つの、それぞれ閉じられた、互いに孤立した結合とか公共同体とかいうものではなく、むしろ国家は、社会のための *Jur*（あるいは、こういったければ、社会へに対する *Eber*）政治的決定統一体であり支配組織である。国家は、社会と、必然かつ多様な相互関係に立っているのだが、だからといって、組織と機能の点で国家が社会から区別されることに変わりはない。」⁽⁸⁰⁾ 国家と社会の相互関係の具体的なあり方は、「国家に対する社会の影響力行使」と、「社会に対する国家の影響力行使」との、それぞれの「方法・形態・限界づけの（憲法的）確定」の中身次第であり、「権威主義的」、「民主・自由主義的」、「制度的」（中間諸団体による媒介機能の制度化）、および「全体主義的」の四モデルが考えられる⁽⁸¹⁾、と。

このような機能主義的関係論の視点から、ベッケンフェルデは、民主制と社会国家とにおける、国家と社会の区別の意義を、つぎのように解析する。まず第一に民主制についていえば、民主制の根幹は、「国家権力の諸決定

へ全員が共同作用し共同参加するという政治的自由」だけでなく、「個人と社会とが国家権力の特定の介入から一般に守られているという市民的自由」にも存しており、ボン基本法は、自由をこの二重の意味で確保するために、「民主制を法治国家的で自由な民主制と規定している」のである。ところが、「国家的決定権力の民主主義的性格を楯に取って、国家の機能制限が放棄されるならば、自由は、民主主義的共同作用の自由に限定され、基本権の本質をなす「市民的自由」の軽視と、「全体主義的民主制」とが不可避となるであろう⁽⁸²⁾。また、仮に民主制のもとでは国家と社会の区別は無意味だとみなすとすれば、政治的意思形成が、単一の〈公共的〉なる経過の中で分裂を余儀なくされるだけでなく、国家的任務と公共的任務との境界設定の解消は、公共的任務の名による「優先権や特権」を生み出し、「権利における普遍的な平等」という民主制の大前提を破壊することになるであろう⁽⁸³⁾。

第二に、「市民的法治国家から現代社会国家への移行」、「社会的緊張と社会的不平等の相対化を目的とした規制・調整・分配の各種立法の増大」という社会国家的現況も、「国家と社会の区別に対する対立原理を意味するものではなく、むしろこの区別の中に実質的かつ体系的に配属されるものである。」すなわち、法的自由と所有の基本原理に立つ「(市民的)社会」は、「必然的に、所有に規定された社会的不平等」と「社会における階級的対立」とを惹き起こすから、「国家は、まさに国家と社会との本来的配属の意味において、自由な社会とその基本秩序との保証人としてのその機能に即して、社会が自己崩壊するのを防ぐために介入し、その高権的規制権力を適切に発揮するよう期待されている。社会が領主的・政治的で団体的な諸拘束から初めて解放され、その就業構造の開展へと放任されたときに則った原理と、まさに同じ原理が、いま、この社会の發展のいっそう進歩した段階で、社会的に能動的な国家を、つまり自動調節機能をもっていると称する機構に干渉する国家を、要求している

のである。国家は、自由と平等の弁証法の面前で社会の土台の上にくりかえし生み出されてくる社会的な不平等を阻止し、社会的調整と社会的給付とによって不平等を相対化しなければならぬのであって、それというもの、個人および社会の自由と、権利における平等とを、実質的に確保するためのものである。⁽⁸⁴⁾問題は、国家干渉それ自体ではなく、国家干渉が「いかなる原理に従い、また、それに対応していかなる限界を受けるか」である。だからこそ、ボン基本法は、「法治国家と社会国家とを——自覚的に——並列させた、いかなれば、法的結合と相互的限界づけという関係の中に位置づけたのである。⁽⁸⁵⁾」

以上にもみるように、ベッケンフェルデの論旨は、国家と社会の区別の解消は、社会と国家との同一視によって、実際には特定の社会的諸勢力による国家支配と、個人の国家からの自由の「全体主義的」圧殺とを帰結するのに対して、国家と社会の区別こそが、真に「自由な民主制」と、現代社会国家における個人および社会の自由と平等とを実質的に保障する基盤にはかならない、というものである。その際、ベッケンフェルデが最終的に依拠している原理は、フランスの人権宣言に象徴される、旧来の中間団体を廃絶した国家と個人との二極構造的国制原理、国家への自由と国家からの自由とを兼備した近代的自由原理であり、この「まさに同じ原理」こそが、いま、社会国家による自由の実質化を要請している、とされる。したがって、現代国家・社会における自由の実質化のための拠点概念を、フランス革命と人権宣言の本源的・普遍的自由理念に求めようとする点では、ベッケンフェルデとハーバマスとは共通している。しかし、そのうえで、ハーバマスが、民主的参加と公開制とを軸に「論議する私人」の再生をめざそうとするのに対して、ベッケンフェルデは、その私人の自由の実質的確保にとつての、機能組織体としての国家の役割、そのための、社会的諸勢力から距離を置いた国家の独立性と権威

とを重視する。したがってまた、たとえばローレンツ・フォン・シュタインを、「自由な人格」の開展をめざして、社会から独立した国家による社会行政的「社会改革」を、近代社会における不可避的な唯一の道とみなした、現代社会国家論の先覚者として高く評価するのは、ハーバマスではなくベッケンフェルデの方なのである。⁽⁸⁶⁾

現代ドイツ社会国家論は、こうして、その特殊にドイツ的な性格を、とくに国家と社会との区別の問題という思考次元に集約的に表出させながら、ドイツ法治国家思想史の現代的展開として、すぐれて歴史理論的・国制構造史的かつ実践的に構築されてきた。カール・シュミットの「世界観国家」による挑戦をうけた形式的・自由主義的法治国家は、いま、たしかに実質的・社会的法治国家へと継続的に自己挑戦しつつある。しかし同時に、ベッケンフェルデが社会国家の意義を、「法治国家的自由を全員に対して実現するための社会的諸前提条件の創出」⁽⁸⁷⁾に求め、「形式的な法的保障と順序づけられた手続きとの固有の意義、しかも実質的な固有の意義」への慎重な留意を促していることの意味は、重い。良く生きるために特定の価値の世界を選び取ることの必要性和その回避できない実践性、そしてその選び取ることに伴う危険性と責任性。「自由」の実質化をめぐるドイツ社会国家論の現代的コンストラクションは、あらためてわれわれを、社会国家論の史的想源を訪ねる旅へといざなうであろう。

(82) D. Grimm, *Der Staat in der kontinental-europäischen Tradition*, a. a. O., S. 75f.

(83) J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, a. a. O., S. 173. 前掲訳書「一九八ページ」。

(84) Ebenda, S. 263f. 前掲訳書「二九二ページ」。 Vgl. auch J. Habermas, *Naturrecht und Revolution*, in: ders., *Theorie und Praxis*, a. a. O., S. 89-127, S. 120. 「自然法と革命」前掲訳書『理論と実践』所収「一一五—一一六ページ」。

現代ドイツ社会国家論の歴史構造

- (65) J. Habermas, *Strukturwandel*, a. a. O., S. 211, 213. 前掲訳書「二二二頁、二二三頁」。
- (66) Ebenda, S. 173, 273. 前掲訳書「一九八、三〇一頁」。
- (67) J. Habermas, *Naturrecht und Revolution*, a. a. O., S. 122f. 前掲訳書「一一九頁」。
- (68) Ebenda, S. 120. 前掲訳書「一一六頁」。
- (69) J. Habermas, *Strukturwandel*, a. a. O., S. 265. 前掲訳書「二九四頁」。
- (70) H. Ehmke, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, hrsg. v. K. Hesse, S. Reicke, U. Scheuner, Tübingen 1962, S. 23-49, S. 25f.
- (71) Ebenda, S. 33.
- (72) Ebenda, S. 39.
- (73) Ebenda, S. 42, 44.
- (74) この点、つぎを参照。栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」、『日本公法学会『公法研究』、第三八号、有斐閣、一九七六年、所収、同「ドイツにおける〈国家と社会の分離〉をめぐる議論について」、『社会科学の方法』、第一三巻第一二号、御茶の水書房、一九八〇年一月、所収、および藤田宙靖「E・W・ベッケンフェルデの国家と社会の二元的対立論——現代西ドイツ公法学研究ノート——」(一)、『法学』(東北大学)、第四〇巻第三号、一九七六年一月、第四一巻第二号、一九七七年七月、所収のとく(一)。
- (75) E. Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, in: ders., *Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, Stuttgart 1964, S. 27-56, S. 39f.
- (76) Ebenda, S. 44.

- (77) Ebenda, S. 50, 49.
- (78) Vgl. E. Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, a. a. O., S. 111-128; ders., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., München 1973, S. 368ff.
- (79) E.-W. Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, a. a. O., S. 185-220, S. 191f., 194.
- (80) Ebenda, S. 192f.
- (81) Ebenda, S. 196f.
- (82) Ebenda, S. 198f.
- (83) Ebenda, S. 199ff.
- (84) Ebenda, S. 203ff.
- (85) Ebenda, S. 205f.
- (86) Vgl. E.-W. Böckenförde, Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, a. a. O., S. 146-184.
- (87) E.-W. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, a. a. O., S. 79.
- (88) Ebenda, S. 82. 注(87)の本文を参照。

〔付記〕 本稿は、平成六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。