

## ベルクのポリツァイ概念

十九世紀初頭ドイツの国家目的論と権力分立論の一例

松 本 尚 子

### 一 ポリツァイという概念

歴史資料を紐解くと、現在理解されている意味やニュアンスでは決して理解できない概念に出くわすことがしばしばある。こうした概念は後世の史家にとって戸惑いと混乱の種であるが、逆に法文化、共同体観、国家機構システムの変遷の生き証人となることもある。ポリツァイ（警察）は、このタイプの概念である。今日、警察という言葉からその祖先の「ポリティア」——古代ギリシヤの都市国家制を連想するのは難しい。かたや中世都市の、服装や結婚式の出費規制を定めた細かな宗教・倫理的ポリツァイ条令、かたや近世絶対主義君主のもとに経済政策に関与していくポリツァイ事項、どちらをとって

も、現在の警察のイメージとは程遠い。

では、この広い中世・近世のポリツァイ概念から、近・現代の警察——危険防止を任務とする国家行政の一分野——への縮小はどのようなプロセスをたどったのだろうか。ポリツァイ概念史の包括的叙述の先駆者であるクネーマイヤー<sup>(1)</sup>によれば、ポリツァイ概念縮小の鍵は十八世紀後半の国家目的論における幸福説（Eudamonic-idee）の衰退である。国家の目的は十七、八世紀においては単なる安全・秩序維持のみでなく、国家及び臣民の福祉・幸福の積極的増進と考えられていた。それが徐々に、国家による個人の自由な領域への干渉を厭う、初期自由主義的傾向が現れてくる。そしてカントの法論によって、「法治国家的な」国家観、即ち国家の目的を法的

保護にのみ限定する国家観、国家行政を個人の自由な活動から極力隔離する国家観が形成されていくという。言い換えれば、ポリツァイの縮小は、公的利益と個人の自由の間の緊張関係が高まったことに端を発し、後者への比重の移動によって完成したということになるうか。

こうした縮小の過程の具体的な一里塚として、オーストクスな概念史はまず一七九四年プロイセン一般ラント法(以下ALR)をあげてきた。同法第二部第一章第一〇条によれば、<sup>(2)</sup>「公共の静穏、安全及び秩序を維持するために、また公衆若しくはその成員としての個人に切迫する危険を防止するために必要な措置をとることはポリツァイの任務である。」一八八二年プロイセン上級行政裁判所のクロイツベルク判決<sup>(3)</sup>に引用されたことにより脚光を浴びたこの条文は、その後自由主義的・近代的概念の幕開けとして紹介されてきた。そして、この条文が一世紀近く「実務に顧みられなかった」<sup>(4)</sup>ことに対しては、フランス革命後の反動期が新しいポリツァイ思想の貫徹をはばんだのだという説明がなされてきた。しかし、この見解に対して後のポリツァイ概念史研究は、根本的な問題を提示している。ALR全体のコンテクストからこ

のポリツァイ定義を再検討したプロイは、この条文が「裁判権」という段落に属し、民事・刑事裁判所と並ぶポリツァイ裁判所の任務を示したものにすぎないこと、ALRの他の随所にそれと整合しないポリツァイ概念が見られることを指摘した。更にプロイは、最初はポリツァイ裁判権の意味でとられていたこの条文が、徐々にテキストから切り離されていく過程を追跡する<sup>(5)</sup>。これによって、ALRが近代的ポリツァイ概念の(忘れ去られた)幕開けであったとする見解は、修正を迫られた。

一方、概念史において文献の中の一里塚として現れるのが、ゲッティンゲンの国法学者ピュッターが一七七〇年に著した『ドイツ公法提要』である。そこに曰く、「ポリツァイ権とは、国内における未来の、一般に脅威となり得る災いの阻止を配慮する最高権力の一部である。」「福祉の促進は、本来ポリツァイの配慮するところではない。ただし、脅威となつてゐる災いに対して、福祉を促したほうがよりよい善処が望める場合は別である。」「ALRと同じくこの部分は非常によく引用されてきたが、最後の但書を見落とした過大評価への批判もまたしばしば言及されてきた。<sup>(7)</sup>つまり、ピュッターは危険防止の任

務を建前としてはいるのだが、福祉の促進をポリツァイから外しているわけではない。ピュッターによれば、災いはその逆の効果——即ち福祉——によって最も効率的に防止されるのであって、実際彼がポリツァイに帰属させた機能は定義のそれを上回って余りあるという。<sup>(8)</sup>ピュッターの実質的ポリツァイ権の範囲を見れば、「近代的ポリツァイ概念の創始者」の評価をある程度修正せねばならないというのである。

さて、この二つの修正を受けいれるとすれば、ポリツァイ概念の縮小過程はもう少し時代を下って見る必要がある。ところが、ALR以降の時代への言及は意外に少ない。それも、立法レベル——<sup>(9)</sup>圧倒的にプロイセン研究が多い——に比べて、文献レベルの研究は特に希薄である。<sup>(10)</sup>先に上げたプロイの研究は、ALR解釈史を除けば十八世紀末で終わっている。ALRを「ハイライト」とするクネーマイヤーにとつては、十九世紀初頭はALRが「無視された」時代にすぎない。

本来にこの時代はポリツァイ論の空白期間だったのだろうか。いや、むしろその反対である。十九世紀初頭ほどポリツァイ概念が意識的に論争された時代も珍しいの

である。三月前期にモールは次のように述懐している。「ポリツァイ概念をめぐる大きな意見の相違を知らない者があろうか。ほとんど著者の数ほど異なった見解があり、それだけ論敵がいるのだから、かなりの者はほとんどこっけいなことに、何かしらまともな概念が提示できることを疑うほどだった。」<sup>(11)</sup>この記述の後にモールのあげる論客の多くは、十九世紀初頭、そして特にライン同盟の人々である。その筆頭に見えるのが、本論のテーマとなるグンター・ハインリッヒ・フォン・ベルクである。

## 二 ベルクをとりあげる意義

モールがベルクを筆頭にあげたのは偶然ではない。第一に、ベルクは神聖ローマ帝国末期とライン同盟を通して、ポリツァイ概念規定論争に能動的にも、受動的にも最も深くかかわった。つまり、彼以前のポリツァイ概念を精力的に引用してポリツァイ概念論争の糸口を作り、そして後の論客から多く引き合いに出された。ピュッターの弟子であったベルクは、帝国公法学(Reichspublizistik)の伝統を受け継ぎつつ、ライン同盟の政治的論

争にも関わった<sup>(12)</sup>。本論でベルクをテーマとする理由は、一言で言えば、彼のこの両体制間の橋渡しの役割にある。政治体制変動に概念も作用され得るかという問いには、ベルクの著作は最適の資料である。その限りでは、ベルクの生涯における政治的環境と著作傾向の変遷を記しておくことも無益ではあるまい。

第二に、ベルクは学問史的にも非常に興味深い位置に立っている。彼が踏み込んだ分野は、十八世紀半ばから点在し始める《ポリツァイ法学》であった。同じ十八世紀半ばに全盛を迎え、十九世紀を通じて終焉する《ポリツァイ学》に対し、ポリツァイ法学の名前自体は点在の域を越えることはなかった。が、これに行政法学の前身としての意義を見いだそうとする見解がある。ポリツァイ学の先駆的研究者ハンス・マイヤーは、「ユスティとゾンネンフェルスによって形成された十八世紀の古いポリツァイ学と、モールの法治国家の基礎のうえに立った新しいポリツァイ学との中間点<sup>(13)</sup>」にベルクを位置付ける。シュトライスは、ベルクの著『ポリツァイ法便覧』を「行政法の最初の総合的叙述」とし、モールの「実質的」法治国家理念との結び付きを強調する<sup>(14)</sup>。

翻って両者のキーワードである「法治国家」観と言われるものを眺めてみると、そこには二つの要素がある。

クネーマイヤーに従えば、一つは国家の目的を法的保護のみに限定する国家観、もう一つは国家行政を個人の自由な活動から極力隔離する国家観であり、後者は具体的な隔離の手段としての権力分立論につながる。すると「法治国家的」ポリツァイの縮小は、国家目的限定論と権力抑制機構論の二つの次元で進んでいくはずである。

この二次元の縮小過程に、学科としてのポリツァイ法学はいかに関わったのか。ベルクはここでも有意義な例を提供してくれる。まず第一の次元では、ピュッターとベルクの間にはカントの「哲学革命」がある。ベルクのカント継受の程度を明らかにせねばならない。第二の次元では、ベルクの《ポリツァイ法学》の目的と任務に対する理解を見ることによって、彼の設定した具体的なポリツァイ規制システムが明らかになるだろう。

### 三 ベルクの生涯(執筆期間とその時々<sup>(15)</sup>の環境)

グンター・ハインリッヒ・フォン・ベルク(Günter Heinrich von Berg)は、一七六五年に南西ドイ

ツ・ヴェルテンベルク王国——等族勢力が強いことで知られる——の北端、シュヴァゲルンに生まれた。ティボ  
ー、ロテック、フォイエルバッハ、サヴィニーという華  
やかな七十年代組の一手前前の世代である。父は帝国等  
族ナイッペルク男爵に仕える群長 (Antmann: Ober-  
antmann, Kreisrat) に並ぶ行政官吏の役職名) であ  
った。この家柄にふさわしく、青年期のベルクは実務官僚  
へのごくごく普通のルートをたどっている。すなわち、  
領内のテューピンゲン大学で法学を学び、ヴェッツラー  
帝室裁判所での実務経験を終えた後、父に倣いナイッペ  
ルク男爵の書記官として勤めている。しかしこの奉公は  
一七九二年の男爵の死とともに終わる。これはおそらく  
ベルクにとって人生最初にして最大の転機であった。と  
いうのも、その後間もなく彼は再び学究の道を求めてゲ  
ッティンゲンに旅立ち、以後彼とヴェルテンベルク地方  
との職業的縁は切れてしまうからである。

一七九三年、二八歳にしてゲッティンゲンにたどり着  
いたベルクが間もなく得たのは、四〇歳年上のピュッタ  
ーとの親交であった。「帝国法最大の識者にして保護者」  
「ドイツ中にほとんど迷信的なまでの賞賛を得ている」<sup>16)</sup>

とモールに言わしめたこの国法学者は、ベルクに早くも  
ドイツ国法講座の後継者候補を見いだした。かくしてベ  
ルクは、ピュッターの後押しで翌年にはもう員外教授の  
地位を獲得している。既にゲッティンゲン到着の年から  
『皇帝の帝室裁判所査察の起源と依拠法』(一七九三)、  
『皇帝フランツ二世の選挙協約』(一七九四)、『ドイツ国  
制と公安維持』(一七九五)といった帝国公法学の分野  
に属する著作が次々に出された。一七九九年からは、主  
著『ポリツァイ法便覧』の出版が始まっている。

教授生活は七年しか続かなかった。ゲッティンゲン大  
学の親元、ハノーファー選帝侯国の司法顧問に任命され、  
実務の道に戻ったのである。残念ながら、彼の実務家と  
しての生活にはまもなく影がさした。任命の数年後の一  
八〇三年、ハノーファーはナポレオン軍に占領されてし  
まうのである。占領と帝国崩壊のこの時期は、ベルクに  
とって至難のときではあった。<sup>17)</sup> が、或いはそれ故に、旺  
盛な執筆活動の時期でもあった。ゲッティンゲン時代と  
異なり、この時期のベルクは名著の代わりに雑誌へ小論、  
書評を量産した。例えば彼は、イエーナ一般文献新聞に、  
一八〇六年の三十四点を頂点に四十四の書評を発表して

いる。<sup>(18)</sup> 帝国法に代わるテーマは、ライン同盟規約であった。一八〇八年の単行本『ライン同盟規約解説論集』の他、ライン同盟国法の代表的著者クリューバー、ブラウアー、ツァハリエへの書評をこの時代の主力雑誌『ライン同盟』に掲載している。<sup>(19)</sup>

一八一〇年、ハノーファーがフランスの傀儡政権ヴェストファーレン王国の手に渡ったのをきっかけに、ベルクの本格的な政治家としての活躍が始まる。彼は隣の小国シャウムブルク・リッペに召し抱えられ、一八一四年のウィーン会議に当国使節として出席する。そこで得た知遇から同じく隣国オルデンブルクに招聘され、ドイツ同盟会議公使、上級控訴審裁判所長官の要職につき、一八四三年に没する一年前には、宰相に任命されている。多忙ゆえに、この時期の著作はほとんどない。

従って彼の実質的な執筆活動は、ゲッティンゲンからハノーファー時代の二十年間に限られる。そのうち、ほぼゲッティンゲン時代の産物である『ポリツァイ法便覧』を彼の執筆活動の第一の頂点とすれば、ハノーファー滞在の後半期間は、第二の頂点であったと言える。政治的には、第一の頂点は帝国末期に、第二の頂点はライ

ン同盟結成時代にあたる。彼の著作はたいがい実務に関するものであり、そのスタイルは、追悼文の文言どおり「あらゆる不毛な憶測を避けた」実証主義的なものであった。

#### 四 神聖ローマ帝国末期『ポリツァイ法便覧』

四一―、ポリツァイの定義

全七巻(一七九九―一八〇九)からなるベルクの『ポリツァイ法便覧』の中で、ポリツァイ概念は二度テーマにされている。第一巻第一編第一章と、第四巻の補足論集の第二章である。この間には五年の隔りがあり、ベルクはゲッティンゲン大学教授からハノーファー官僚に転職している。この二つの試みを見ると、ベルクの最大の特徴は「正確な」ポリツァイ概念設定への執念なのだと思います。槍玉に上がった「不適切な」先達者のポリツァイ概念の数は、ゆうに二十を越える。これほどまでにポリツァイ概念をポレミク化した著作はおそらく従来にはなく、彼以後もあがる概念論争は『便覧』誕生の年に生まれたモールにまで語り草になるのである。

ここでベルクが相手にしたポリツァイ定義の数々を概

観しておこう。<sup>(20)</sup> ベルクは地理的に神聖ローマ帝国の論者たちをあまねくカヴァーしており、最も多いのはプロイセンの七人である。時代の幅はヘルティウス（一七〇三）からゲンナーまで（一八〇四）約一世紀に渡るが、半分以上は一七八〇年以降のものである。学科については官房学、ポリツァイ学、ポリツァイ法学、国法学、自然法学（哲学）と、新天地国家経済学を除いた全てのポリツァイ関係学科を扱っている。最も多いのは国法学の七点であり、ポリツァイ法学の三点と合わせて実定法学がほぼ半分に当たる。ある特定の学科が狭いポリツァイ概念を代表する、というような現象は見られない。ポリツァイ概念は学科を問わず実に多彩である。「いわば一国の生命及び精神であり、執政者にさまざまな規定権を与える」もの（クライトマイヤー、国法）、「共同体の完全な福利への配慮」（ホイマン、ポリツァイ法）「臣民の行為を国家の目的のため規定すること」（シュマルツ、自然国法）、「さまざまな生業を国家の意図に従い統治する」もの（ベックマン、ポリツァイ学）といった具合である。第一巻でベルクは、これらの定義を三つに分ける。第一のグループが厳格な明確性にかけるもの（例えばク

ライトマイヤー）、第二がポリツァイの対象が広すぎるもの（ホイマン、シュマルツ）、第三がどこかに欠損があり、ポリツァイの範囲と一致しないもの（ベックマン）である。

というわけで、全ての定義に不満なベルクが試みるポリツァイ定義は、「公民（Staatsbürger）の安全と福祉に対する障害と危険とを阻止するため、目的に適った、そして許された手段を適用することにある。あるいは、国内における、未来の、一般に害を及ぼす災いを予防し、阻止するよう最高権力が配慮することである。」<sup>(21)</sup>

この定義の後半部分は、ほとんどビュッターの定義を文字どおり引いてきたものである。福祉促進を排除しない点でも、ベルクはビュッターに倣っている。脅威となっている災いを国家から更に確実に遠ざけるという意図があれば、福祉促進それ自体をポリツァイの付随的目的と見なすことができるというのである。一方、定義に対するコメントで、ベルクはビュッター以外の要素をひとつだけ挿入している。曰く、「幸福の積極的な促進は強いることはできず、また強いてはならない。従って国家権力のいづれの分枝の対象でもあり得ない。」この指摘

をベルクはカント派の法学者、フリーフェラントとクライ  
ンに拠っている。<sup>(22)</sup>間接的ながら、カントの国家強制本質  
論を取り入れたのである。

ところが、第四巻の補論でこのポリツァイ定義は全面  
の修正を施される。原因は、バーデンの官僚ドライスが  
発表した批判記事であった。ドライスは豊富な実務の例  
を挙げながら、ポリツァイが単なる防止を越えた作用範  
囲をもつこと、国家権力が強制を伴わない「多くの善い  
こと」をなし得ることを主張する。更に、いくつものポ  
リツァイ定義を「まるで体に合わない洋服のように、こ  
こは短すぎるとかあそこは長すぎるとか」寸評する方法  
を不毛の議論と感じるドライスは、違う手法のポリツァ  
イ定義を提案する。それはポリツァイでないものをあげ  
つらう、控除的・ネガティブ手法の定義であった。すな  
わちポリツァイとは、「内務における裁判を含まない執  
行権力の一部分であり、人々のために教会及び官房事項  
の範囲外で別の予防措置を講じるものである」<sup>(23)</sup>。

このようにバーデンの官僚ドライスがしかけた論争は、  
学界の驚愕を尻目にあっさりを受け入れられた。この間  
に実務家として得た経験が、潔い修正に弾みをつけたの

かもしれない。ベルクに言わせれば、ドライスの定義は、  
「ネガティブなだけ」だが、他の定義より有用なのであ  
った。よって彼自身の新しい定義は同じく控除的手法を  
採りいれる。すなわち、「ポリツァイとは国家権力の一  
部であり、国内において一般に害を及ぼす災いを予防し  
阻止するよう一般的配慮を行うのみでなく、国家権力の  
その他の分枝がその固有の目的からして作用しないとこ  
ろで、あまねく公民の安全と福祉を促進する」<sup>(24)</sup>。

四―二、国家目的―ポリツァイ目的

第四巻の修正は、「カント主義的国法論と実定法とが  
相いれなかった例」「行政実務の必要によるカント主義  
の削除」<sup>(25)</sup>と後世の法制史家に描写されている。これは、  
ベルクが設定したポリツァイの活動の保安(Sicherheit-  
spolicey)と福祉(Wohlfahrtspolicey)への配分に  
見られる矛盾を指したものである。というのは、理論  
上保安ポリツァイが福祉ポリツァイに優位しなければな  
らないはずなのに、具体的叙述の蓋を開けてみると比重  
が全く逆だったからである。後者が安全目的のためと無  
理に解釈されることによって、実に多くの私的領域への  
介入が正当化されたといふ。<sup>(26)</sup>



ではそもそも、ベルクのカント継受はどの程度のものであったのだろうか。「カント主義の削除」の後に残ったポリツァイ法体系は、以前のそれとどれだけ違うのだろうか。

第一に、ベルクが唯一直接カントを引用しているのは、一七九七年『法論』のポリツァイ概念定義である。これは、第一巻でベルクが引用した十七の諸定義のなかでも新しい。実定法学者のベルクにも、カントが意識されていたことが伺える。ただし、意識と影響とは別物である。カントの定義は、決して三月前期の自由主義的国法学者（アレティン、ロテック）の求めたような「その任務を安全に限定された」ポリツァイではない。カントはポリツァイ概念を論争的に取り上げたわけではなく、「公の安全、安楽、風紀への配慮」<sup>(27)</sup>と定義して特に限界基準を設けていない。これをベルクは厳格な明確さにかける定義の一つとして軽く否定している。<sup>(28)</sup>

第二に、ベルクの排除した要素は、国家の本質を強制とする見方のみである。既に見たように、最初から彼は福利追及を国家目的から潔癖に排除したわけではなかった。むしろベルクは国家目的を二重構造に設定した。第

一の目的が「災いの阻止」、第二の目的が福祉促進であり、第一の目的が常に主であり第二の目的に優位する限りにおいて、二つの目的は共存する。違う箇所ではベルクは、同じゲッティンゲン大学の歴史学者シュレツァーを拠り所にしていて、シュレツァーによれば、国家成立当時の国家目的は単なる保護であったが、文化が発展するにつれ、富・繁殖・啓蒙という特殊目的が国家によって効果的に達せられることが判明し、以来国家にとってこれらの福祉促進は義務とさえなった。<sup>(29)</sup>この段階的進歩史観は、カントのアンチ幸福説的な国家目的限定と好対照をなした故に当時よく引き合いに出された。自他共に認めるカント派の哲学者ベックが、シュレツァーに軍配を上げるといふ例さえあった。<sup>(30)</sup>この構想にのった二重国家目的は、当時典型的でさえあった。<sup>(31)</sup>

この二重構造の助けを借りたベルクの目には、どの福祉を国家目的と見なすかという論争は言葉上の争いに過ぎない。<sup>(32)</sup>そしてこの構造故に、ベルク概念修正は国家観の崩壊を伴わずに遂行された。実際、『便覧』を通して、更にライオン同盟時代に至っても、ベルクの家国家目的論自体は全く変わりが無いのである。<sup>(33)</sup>

四―三、権力分立——ポリツァイ権力の限界

ベルクは学問としてのポリツァイ法 (Policeyrecht) を、ポリツァイ学と意識的に対照させている。ポリツァイ学が政治的問題を担当するのに対し、ポリツァイ法は法的問題を問う。言い換えれば、前者はポリツァイの効率を問い、後者は限界を問う。曰く、「まさに、限界が簡単に見落とされがちなポリツァイ権力においてこそ、その範囲そのものを正確に示し、その個々の対象において、法的にどこまで許されるのかを探索し定めるのは、明らかにとても重要なことである。」この限界は帝国法律によって引かれたものではなく、単に(?! )自然法と理性法が定め、帝国司法によって維持されるものである。それに従えば、①ポリツァイ本来の目的逸脱、②自然的自由の不必要な制限、③既得権の不必要な犠牲は、ポリツァイ権力の限界を越えている。

確かにこの限界設定は、基本的人権の保護を柱とした「実質的」法治国家原則につながる。しかし、ここには「形式的」法治国家原則、即ち三権分立を前提とした「行政の法律適合性」の受け皿はない。更に、帝国司法とポリツァイ権力とは、決して二つの排他的権力ではな

い。ベルクのポリツァイ権力とは、「最も狭い意味での統治権」であり、ポリツァイ監査権力、ポリツァイ立法権、ポリツァイ行政権、そしてポリツァイ裁判権の総体なのである。<sup>(39)</sup>立法・司法から区別された行政権力の一分子としてのポリツァイという考え方はここに露程もなく、目的遂行のための国家手段の全てがポリツァイ権力に数えられている。重要なのは、このポリツァイ権力の所有者が単数ではないことである。帝国内で高権をもつ全ての権力者が、それぞれ、多かれ少なかれ上述の四権限を一単位としたポリツァイ権力を所有するのである。

この複数のポリツァイ権力相互関係の重要性は、具体的なポリツァイ権力限界を叙述した第一部第二編の構成を見れば顕著である。すなわち、

第一章 ドイツにおけるポリツァイ権力の範囲一般について

第二章 ポリツァイ権力に鑑みた皇帝と帝国等族の共有権及び固有の権利について

第三章 ドイツ帝国に存する諸ポリツァイ権力の相互関係について

第四章 ポリツァイ権力の司法権力への関係について

## 第五章 領邦ポリツァイ権力の領邦等族の諸権力に對

する關係について

ビュッターの弟子らしく、ベルクの帝国国制への比重のかけかたは大きい。帝国の一般統治権が狭く限られた現状に對して、ポリツァイ法律という分野に帝国の存在意義を見いだそうとしているかの観さえある。例えば彼は、過疎化につながる移住の阻止、帝国関税・貨幣制度の統一、書籍販売監督などに帝国ポリツァイ権力活動の可能性を求め<sup>(36)</sup>。突如として組み入れられている司法権への關係についての章も、その叙述の半分以上は帝室裁判所に上訴可能な、領邦ポリツァイ事項についてである<sup>(37)</sup>。叙述内容も、帝室裁判所の「判決理由本」に全面的に依拠した訴訟法上の問題に終始している。抽象的な権力分立論はベルクにはほとんどでてこないのである。例えば、当時刑法学の分野で問題になっていた刑事犯罪と違警罪の相違についても、ごく短い言及しかない。当時ポリツァイ学者が好んで引用した「ポリツァイ執行の際には關係当局が刑を下し、犯罪を裁く際には法律が刑を下す<sup>(38)</sup>」というモンテスキューのはなはだ不明瞭な区別と、ALRのポリツァイ裁判所の権限規定の引用に終わっている。

むしろ別の箇所では、等族領主裁判権 (Patrimonialgerichtsbarkeit) がポリツァイ裁判権をもつか、それによって違警罪に科せられる罰金刑が領邦等族・領邦君主どちらの懐に入るかという具体的問題のほうがはるかに詳しく論ぜられている<sup>(39)</sup>。つまりベルクが問題とするのは、「帝国對領邦」や「領邦對等族」のように違うレベルのポリツァイ権力間の摩擦であり、あるポリツァイ権力と同レベル上の他の権力との権限紛争はほとんど問題とならないのである。ベルクのいうポリツァイ権力の限界規定とは、この帝国内部の諸身分間の権力のバランス配分に他ならなかった。ポリツァイ権を司法権、まして立法権と切り離して理解するのは、帝国存続時にはベックのような実定法から遊離した哲学者のみに可能であった。それが実務官僚にも可能になるのは、ライン同盟時代以降のことである<sup>(40)</sup>。

## 五 帝国解消とライン同盟

五十一、ライン同盟とベルク

一八〇六年七月十二日のライン同盟規約第二条によって神聖ローマ帝国の法律は「根こそぎ」効力を失った<sup>(41)</sup>。

今まで頭につかえていた帝国という上位概念が瞬時にして消え去ったことにより、領邦君主は——外的には軍事援助を強いるナポレオンが目のうへのコブだとしても——名実共に己の国の最高君主になった。帝室裁判所の消滅は、「既得権」や「自然的自由」を根拠に領邦ポリツァイ事項の逸脱を訴追できる上訴審が消えたことを意味した。帝国直属の身分を失った旧帝国等族は、帝国があつてこそ安泰であつた特権の数々を脅かされ、その権限は君主に吸収されていくのである。

体制変換から生まれた現君主と旧帝国等族との利益闘争は、主権概念をめぐる論争となつて国法学の分野にも波及した。論陣は大雑把にいつて、バイエルンのような大国の君主の利益の代表者と、旧等族の既得権利益の代表者に別れた。前者はフランス中央集権の行政機構に学ぶ「改革派」を名乗り、神聖ローマ帝国とライン同盟との連続性をことごとく断ち切ろうとする。これに対して後者は、帝国という箍のはずれた君主の「専制」を糾弾する「立憲派」を名乗り、古きよき社会の存続を主張した。<sup>(4)</sup>

このような背景でのベルクの位置は特殊である。ハノ

ーファーに止まったベルクは、一八一一年にシャウムブルグ・リッペの官僚になるまでライン同盟人ではなかった。ハノーファーはライン同盟に属していなかったからである。しかし同じくライン同盟から外れたプロイセンの論客とは異なり、ベルクはライン同盟法をめぐる議論に積極的に参加した。一八〇六年以降登場する「ライン同盟国法」の執筆者陣がライン同盟人であるのに対して、彼は唯一の外部者であつた。逆に言えば、同盟人でないにもかかわらず、ベルクにとってこの時代の国法は同盟規約に他ならなかつたのである。隣国であり君主同盟で結ばれていたプロイセンは、フランスに撃退されてエルベ川の彼方へ去つていつてしまった。フランスの占領下にあるハノーファーで「ドイツの」国法を語るとすれば、故郷ヴェルテンベルクも参加している同盟法以外になつた。

ポリツァイに関しても同じことが言える。『ポリツァイ法便覧』五、七巻のポリツァイ法令集でベルクが最も多く採用したプロイセンは、この時代の彼のポリツァイ論から消えた。当然、上述の『ポリツァイ法便覧』第一部第二編のほとんども無効となつた。その代わりにライ

ン同盟の政治問題に直接関係をもつかたちで、ポリツァイが語られる。主権論にリンクした高位・下位ポリツァイ論である。

五—二、高位・下位のポリツァイ (la haute police/hohe Polizei; niedere Polizei)

ライン同盟規約二六条は、主権の内容を①立法権、②最高裁判権、③高位ポリツァイ、④徴兵権、⑤租税権と定めた。一方、二七条は旧帝国等族に対して「主権に固有の基本的な権利でない、領主権と封土権」を留保した。しかし、この条文は旧等族に残された下位のポリツァイとは何かを明示しなかった。そこで、移住民の受け入れ、ツント・商業監督権、営業許可証発行情権など、利益徴収を見込める具体的なポリツァイ権をめぐり、更に君主の監督権、旧等族のポリツァイ立法権をめぐって規約解釈に亀裂が生じたのである。旧等族派は、帝国時代の国法学者の説や、同盟結成以前の君主と領邦等族間の協約の実例を根拠に、従来等族の手にあったポリツァイを既得権として主張した。<sup>(45)</sup> それに対して「改革派」は、同盟規約による旧等族の高権喪失を主張し、そこから君主の監督権と排他的ポリツァイ立法権を導き出した。後者の

代表的論客ベールとブラウアーは、ポリツァイの目的を安全維持、危険防止に限定している。<sup>(45)</sup>

一八〇八年、ベルクはある旧等族派の論客にあてる公開書簡の形で、この問題について意見を述べた。<sup>(46)</sup> 彼は次のような法源論から始める。一方で、同盟規約をフランスの言語慣習と国法に基づいて解釈するのは不可能である。フランス人は高位ポリツァイという概念以外には行政ポリツァイ・司法ポリツァイの区分しか知らず、しかも彼らの国家高位ポリツァイとは、ドイツのいわゆる公安ポリツァイ (Öffentliche Sicherheitspolizei) にはかならない。(つまり、法現実にそぐわない。) 他方、神聖ローマ帝国の法を引きあいにするのも適当でない。帝国時代の国学者の高位・下位ポリツァイの定義を引き合いに出しても、それは単なる例であって実証ではない。過去の例から君主と旧等族との新しい関係を導きだすことはできない……。

この二つの法源批判は、一方で暗に「改革派」のフランス的ポリツァイ観への傾倒に、他方で明らかに旧等族派の過去の法への執着に向けられたと思われる。両者を断ち切った後でベルクが頼れるものといえば、同盟唯一

の国法的法源であるライン同盟規約のみである。規約に類れば、旧等族に従来のポリツァイはもはや望めなかった。ベルクは、ライン同盟規約の立法意図は「従来の執政者(旧等族のこと)を単なる土地所有者に変える」ことではないが、君主に主権が与えられた以上、旧等族にはもはや領邦高権は残されないと見た。この前提に鑑みれば、「旧等族は今までもおり自分の領域でポリツァイを管理する。ただそれが、己自身の高権(Hoheit)の力によるのではなく、常に君主の監督権、立法権、執行権に服するというだけのことである。」<sup>(47)</sup>

ポリツァイ権にとって重要なのは以下の二つである。第一に、ベルクがここで認めた旧等族の高権喪失は、部分的ながらポリツァイ権と統治権との分離につながる。『便覧』にあった「ポリツァイ権力」最も狭い意味での統治権」の図式はもはや通用しないのである。ベルクはまた返す刀で下位ポリツァイ権の私権としての行使も否定する。結果として、統治権でも私権でもない、公的執行機関としてのポリツァイが、旧等族の数だけ量的に増大することになる。第二に、下位ポリツァイが君主の立法権に服することによって、立法権の出所が単一化され

る。ここでベルクは君主派・旧等族派の権益闘争から自由な「法的解釈」を試みている。一方で、ベルクは君主派のように排他的立法権にこだわらず、旧等族に一定の命令制定権を留保する。現行法の遂行を目的とする命令(Verordnung)に限っては、単にポリツァイ行政行為なのであるから、地方官庁によって定めてよいというのである。また一方でベルクは旧等族派と異なり、命令の中身を厳しく制限する。国家の一般法が当該規則をもたない領域、または新しい命令の公布に頼るべきところでは、君主のみが発案権をもつとする。<sup>(48)</sup> こうした法律と命令の明確な区別は、『便覧』にはまだ見られない。『便覧』での下位ポリツァイとは、官吏、采邑をうけた後天的領主、領主裁判権をもつ地所つき貴族、都市参事会の総体であり、叙述の比重はそれぞれの「大きな差異」を強調することにおかれていた。<sup>(49)</sup> その多元性が崩れて初めて、上述のような議論が可能となったのである。

## 六 おわりに

帝国末期とライン同盟を跨いだベルクのポリツァイ概念を、国家目的論と権力分立論の二つの次元から追って

きた。その結果を概観すれば次のようになる。カント的国家的限定論は当初ベルクのポリツァイ概念に色付けを加えたものの、ベルクの設定する広範なポリツァイ任務の実質的内容を決めることは決してなかった。一方で、権力分立に関するポリツァイ観には体制変換を機に変化が見られる。この変化はモンテスキューでもフランス革命思想でもなく、帝室裁判所消滅と旧等族の高権喪失による権力構造の単純化（体系化？）がもたらしたものである。この二つの次元の展開の相違は、ベルクへの同時代の評価にも投射されている。一方でドライスが批判したように、ベルクの最初の定義は国家目的論の次元から消極的・限定的にすぎると受けとめられた。他方で、同じ定義が権力範囲論の次元で広すぎると批判された。後者の論客ベックやロツツが、広い国家目的の設定者であることは象徴的である。

ではベルク以降、この二つの次元はどのような道をたどるのだろうか。巨視的に見れば、国家目的論争はいつしか下火になり、ポリツァイの個々の任務の縮小は行政・経済学者の担当になっていくようである。実際の福祉の後見的国家活動削除の程度は、未だ測り難い。ポリツァ

イが縮小・法制化されたとしても、それに代わる行政裁量権の未法制化領域を測りきれないからである。他方、権力分立論は、権力構造の単純化を土台にして、司法国家型と行政裁判型国家型の二者択一に凝縮されていく。この仕事は国法・行政法学者の担当である。近視的にみれば、百家争鳴のライン同盟時代がある。経済学と国法学との境界が未だ曖昧なこの時代、政治・利益闘争はどれだけポリツァイ概念論争に影響するのだろうか。その分析は今後の課題としたい。

- (1) Kriemeyer, "Polizei", in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. IV, 1978, S. 875 ff. クネーマイヤーの紹介には、今村哲也「Polizei」の意味について（『橋研究七巻三号一九八二年』）和田卓朗「中世後期・近世におけるバイエルン・ラント法史研究序説（平和・ポリツァイ・憲法）」（五）（北大法学論集三七巻三号（一九八六年）特に三一〇頁以下の註二九）、木村周市朗「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』）、仲内英三「一八世紀プロイセン絶対王政下のラントラートの任務——訓令（Instruktion）分析を中心にて（1）」（『早稲田政治経済学雑誌二二二号一九九三年』）がある。

- (2) H. Hallenhauer (Hg.), Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe, 1970, S. 620.
- (3) POYGE Bd. 9, S. 353 ff.; 行政法理論的立場に限定した検討として、参照、本池義一「フランス警察法論をめぐって若干の理論的諸問題」(1) (法学論叢九六卷) 一〇一九七(甲)
- (4) W. Rürner, in: Jeserich/Pohl/Urnun (Hg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 2, 1983, S. 471; Knemeyer, a. a. O. [Anm.(1)], S. 891.
- (5) P. Preu, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983, S. 274 ff.; ノロマン以外の諸説を紹介したもので、参照、玉井克哉「法治国家の歴史的構造」(1) (国家学論叢一〇三卷九・一〇号) 六二一頁以下。
- (6) J. S. Pütter, Institutiones iuris publici Germanici, Göttingen 1770, § 321; ノロマンの著、賦田正徳の Elementa iuris publici Germanici, 4. Aufl., 1766, § 517 に於て同じ定義がみられる。Preu, a. a. O., S. 184.
- (7) 古書の批評に E. Schmid, § 10 II 17 ALR und Polizeibegriff im Dritten Reich (Dissertation Berlin), 1939, S. 15.
- (8) Preu, a. a. O. [Anm. 5], S. 180 ff.
- (9) H. Rosin, Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen, in: Verwaltungssarchiv Bd. 3 (1895), S. 294 ff.; W. Rürner, Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749-1842, 1962, S. 154 ff.; Ders., a. a. O. [Anm. (4)], S. 890 ff.; Knemeyer, a. a. O. [Anm. (1)], S. 891 f.; ノロマン以外の簡潔な描写として、K. Wolzenndorf, Der Polizeigedanke des modernen Staats, 1918 (Neudr. 1964), S. 152-154.
- (10) この時代を取り上げる必要なら、Wolzenndorf, a. a. O., S. 154 ff., W. Dankowski, Die Entstehung des Verwaltungsbegriffs, 1969, S. 138 ff. 指しておられる時代的な流儀を考慮せざるべからず、カトリックの貫徹に難が認められる。最近ノマンの問題時代の個々の論者を簡潔に紹介したもので、M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 2. Bd., 1992, S. 248 ff.
- (11) R. v. Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates 1. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1844, S. 11, Fn. 3.
- (12) ノマンに於ける言及のほとんどは、帝國時代の主権『ネリマン法便覧』に集中して来た。例え、Preu, a. a. O. [Anm. 5], S. 258 ff.; H. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 2. Aufl., 1980, S. 207 ff.; Stolleis, a. a. O. [Anm. 10], 1. Bd., 1988, S. 388 ff.
- (13) H. Maier, a. a. O., S. 207.
- (14) Stolleis, a. a. O. [Anm. 10], 1. Bd., S. 389 f.; 2. Bd., S. 83 f.; vgl. auch H. Mohlhaupt, Vorstufen der Wissenschaften von "Verwaltung" und "Verwaltungsrecht"



- an der Universität Göttingen (1750-1830), in: E. V. Heyen u. a. (Hg.), *Formation und Transformation des Verwaltungswissens in Frankreich und Deutschland* (18./19. Jh.), 1989, S. 95.
- (19) 平記類聚のコレゾフ v. Merzdorf, in: *Allgemeine Deutsche Biographie* Bd. 2, S. 363 f.; *Neuer Nekrolog der Deutschen* Jg. 21. (1843) が註して。同書との著作については触れてはゐるが、全著はカザンに上つた。著作田藤博士の註のコレゾフ J. J. Gradmann, *Das gelehrte Schwaben*, 1802; H. W. Rofermund, *Das gelehrte Hannover*, Bd. 1, 1823; 以上の及ぶ彼の著は W. Gorzny (Hg.), *Deutscher biographischer Index*, 1986, Nr. 84, S. 100-115 に収録されてゐる。
- (20) Vgl. G. Kleinheyer / J. Schröder (Hg.), *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten* (UTB 578), 3. Aufl., 1989, S. 219.
- (17) 古語辞代のコレゾフ・ヤネツは書籍の形で類々感語を扱つてゐる。その中で彼は「ハンノーマーに作られたもので甚なうが」で断つてゐる。又「フランス」そして「キリス・ハンノーマー」の区別を強調してゐる。Hannover unter den Franzosen, in: *Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung* 1806, Nr. 75 題名「参照 K. Bulling, *Die Rezensionen der Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung*, Bd. 1, Weimar 1962.
- (21) Vgl. Bulling, a. a. O., *Rezensionenregister*.
- (22) 亦なその似たようなポリツマイ任務の限定的理解は決して多数派ではなからが、学科の壁を越えて存在してゐる。先のツラニンゼ一十七七年の「狭く意味のポリツマイを『憲法と諸権利の適用の除去』と規定してゐる。同書者ヤロンはポリツマイ立法の作用範囲を諸権利の保安に限定してゐる。参照者ヤロン・ヤネツの『体系的國家發達便覧』は、ヤネツのポリツマイ定義を全面的に依拠してゐる。屈曲のコレゾフのコレゾフ・ヤネツの『E. F. Klein, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft, 1797, § 521 f.; L. W. Jakob, Philosophische Rechtslehre, 2. Aufl., Halle 1802, § 675; F. B. Weber, Systematisches Handbuch der Staatswirtschaft. I. Bd., Berlin 1804, S. 65 f.
- (23) K. W. L. F. Frhr. v. Drais, *Wie fern läßt sich die Polizei definieren?* In: *Blätter für Polizei und Kultur* Bd. 2 (1803), S. 577 ff., bes. S. 589 f.
- (24) Berg, a. a. O. [Anm. (20)] 4. Theil, Hannover 1804, S. 8 ff., bes. S. 19.
- (25) Preu. [Anm. (5)] S. 258; Stolteis, a. a. O. [Anm.

- (10)] Bd. I (1988), S. 390.
- (26) 詳くは、参照、H. Maier, a. a. O. [Ann. (12)], S. 210 ff.; Preu, a. a. O., S. 260 ff.
- (27) I. Kant, Metaphysik der Sitten. I. Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, § 49 B (W. Weischedels Ausgabe [stw 190], S. 445).
- (28) Berg, a. a. O. [Ann. (20)] 1. Theil, S. 4.
- (29) A. L. Schlözer, Allgemeines Statistrecht und Statseverfassungslere, Göttingen 1793, S. 18.
- (30) J. S. Beck, Grundsätze der Gesetzgebung, Leipzig 1806, S. 401.
- (31) 宛ては、L. Klüber, Staatsrecht des Rheinbundes, 1808, § 288; Anonym, Das Prinzip und der Umfang der Polizei, Leipzig 1807, S. 4 f.
- (32) Berg, a. a. O. [Ann. (20)] 2. Theil, 2. Aufl., Hannover 1082, S. 2, Fn.\*
- (33) 一八〇八年、メットンはロマン著『ロマン主義の概念について』に対する書評で、広く国家目的を設定するロマン主義に、国家結合の第一の目的は特に安全にあることについて、Jenaische Literatur-Zeitung, Jg. 1808, Nr. 287, S. 461 f.
- (34) Berg, a. a. O. [Ann. (20)], S. 18, S. 87 ff.
- (35) A. a. O., S. 14 ff. のロマン主義裁判権は、十九世紀後半から徐々に普及した行政裁判所とはまったく別物である。前者は司法権に属するものとして、共通点はあるが、後者は個人が公の機関に対する原告であるのに対して、前者は単にロマン主義法律の侵犯(違警罪)を除去し罰するためである。
- (36) A. a. O., S. 79 ff.
- (37) 「自然的自由」が帝室裁判所に訴訟事由として認められる過程については、参照、村上淳一『近代法の形成』(岩波全書一九七九年)七六一―七七頁。カール・クレーマン、村上淳一訳「司法事項とロマン主義事項」(法学協会雑誌九一九(一九八二年)一三二―一四四頁)。
- (38) Berg, a. a. O. [Ann. (20)], S. 136; Montesquieu, De l'Esprit des lois (1747), Liv. 26, Cap. 24 三権分立論ではなく、この部分が引用されているのは、象徴的である。フィッヒウスによれば、十八世紀後半にモンテスキューが歓迎されたのは制限君主制礼賛の部分であり、特に政治的平等身分の立場から接点が見いだされたところ。Verhaus, Deutschland im 18. Jahrhundert, 1987, S. 23 f.
- (39) Berg, a. a. O. 4. Theil, S. 104 ff., bes. S. 145 ff.
- (40) J. S. Beck, a. a. O. [Ann. (30)], S. 389 ff.; J. F. E. Lotz, Ueber den Begriff der Polizei und den Umfang der Staatspolizeigewalt, Hildburghausen 1807, S. 21 f.; F. W. Emmermann, Die Staats-Polizei in Beziehung auf den Zweck des Staats und seine Behörden, Wiesbaden 1819, S. 87 ff.
- (41) E. R. Huber (Hg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl., 1978, S. 29.

- (42) Vgl. G. Schuck, Rheinlandpatriotismus und politische Öffentlichkeit zwischen Aufklärung und Frühliberalismus, 1994, S. 230 ff. ナットマンは雑誌「ライオン」の執筆活動の分析を中心とし、変動期のメーナーストを諷刺を混事に描くことである。
- (43) 同条には更に「民事及び刑事裁判権の第一審と第二審森林事項に関する裁判権とポリツァイ権、狩猟・漁業・鉱山・工場権、十分の一税、封建賦役権、保護権その他の類似のもの (et autres semblables)」を記すことである。
- Huber, a. a. O. [Anm. (41)], S. 32.
- (44) Der Rheinische Bund, Bd. 2, 2. Aufl., 1808, S. 11 ff.; S. 190 ff.; S. 320 ff.; S. 413 ff.; Bd. 3, 2. Aufl., 1808, S. 200 ff.; Bd. 4 (1807), S. 69 ff.
- (45) Der Rheinische Bund, Bd. 2, S. 66 ff.; J. N. F. Brauer, Beiträge zu einem Allgemeinen Staatsrecht der rheinischen Staaten, Karlsruhe 1807, S. 162 ff., bes. S. 166; W. J. Behr, Systematische Darstellung des rheinischen Bundes, Frankfurt a. M. 1808, S. 399 ff., S. 238.
- (46) Berg, Bemerkungen über die Grenzbestimmung zwischen hoher und niederer Polizei, An den Herrn Oberamtsrath Steiger zu Wolfegg, in: Der Rheinische Bund, Bd. 7 (1808), S. 47 ff.
- (47) A. a. O., S. 62.
- (48) A. a. O., S. 65.
- (49) Berg, a. a. O. [Anm. (20)] Theil 1, S. 120-126; Theil 4, S. 104-222.

(一橋大学院博士課程・日本学術振興会特別研究員)