

早稲田大学審査学位論文(博士)

19 世紀ドイツ国法学における法と国制

——公共体と公権の関連を中心に——

西村 清貴

## 序論

### 第1節 問いの設定

### 第2節 本稿における三つの観点

#### 第1款 歴史法学

#### 第2款 法学的方法

#### 第3款 国家論

## 第1章 C・F・v・ゲルバーにおける法と国制

### 本章の目的

### 第1節 ゲルバー私法学における法学的方法

#### 第1款 「ドイツ法およびドイツ法学一般について」における歴史法学の継承

#### 第2款 家族世襲財産論

### 第2節 国家有機体論

#### 第1款 有機体としての国家

#### 第2款 国法と私法

#### 第3款 公権とその担い手

### 第3節 国家法人論

#### 第1款 「ドイツ国土の分割可能性について」における王位継承権の位置付け

#### 第2款 『ドイツ国法綱要』における国家法人論

#### 第3款 国制論の後退

### 第1章の結び

## 第2章 パウル・ラーバントにおける法と国制

### 本章の目的

### 第1節 ラーバントの法学的方法

### 第2節 『国法講義』における国家論

#### 第1款 国家および法秩序の概念

#### 第2款 国家法人論および国家権力論

### 第3節 『国法講義』における法思想

#### 第1款 社会契約論批判

#### 第2款 歴史法学の影響

### 補説1 国家目的論と法実証主義

### 第4節 『国法講義』における国制論

#### 第1款 議会の性質

#### 第2款 議会政治

#### 第3款 君主制原理

## 第5節 権利論

### 補説2 「公務」としての選挙学説の検討

## 第2章の結び

## 第3章 オットー・フォン・ギールケにおける法と国制

### 先行研究の概観と本章の目的

#### 第1節 ギールケにおける公法・私法論

##### 第1款 「私法の社会的任務」における公法と私法の統合

##### 第2款 『ドイツ団体法』におけるゲノッセンシャフトとヘルシャフトの統合

#### 第2節 「シュタインの都市令」におけるギールケの国制論

#### 第3節 ギールケの国法学

##### 第1款 ギールケにおける実証主義と自然法論

##### 第2款 『国法の根本概念』におけるザイデル、クリーケンに対する批判

##### 第3款 『国法の根本概念』におけるギールケ国法理論

##### 第4款 ラーバント国法学批判——法学的方法について——

##### 第5款 ラーバント国法学批判——国家および公権論について——

## 第3章の結び

## 結び

## 文献一覧

## 序論

### 第1節 問いの設定

本稿の目的は、19世紀ドイツ国法学において通説的立場を形成した実証主義国法学(その代表的主唱者はカール・フリードリヒ・フォン・ゲルバーおよびパウル・ラーバントである)およびその最大の批判者とされるオットー・フォン・ギールケにおける国家論および公法上の主観法(本稿では互換的に公権とも表記する。客観法との関連を意識したいときには主観法の用語を用いるが、常にそうであるわけではない)論の性格を明らかにすることにある。

実証主義国法学の克服をその出発点としたワイマール期国法学以降、今日に至るまで、実証主義国法学は、評判の芳しくない学派であり、再評価の対象というよりは克服の対象と見られることの多い学派であると思われる<sup>1</sup>。とりわけその公権論は評判の悪い学説である。すなわち、少なからぬ研究において、たとえば公権が有する固有の意義を認識していない、という批判が実証主義国法学に対して加えられているのである。このような実証主義国法学の公権論が有する問題を表している最も有名な箇所の一つとしては以下の箇所が挙げられるであろう。すなわち、ラーバントはその主著『ドイツ帝国国法』第1巻<sup>2</sup>の「選挙権の行使を保障するための諸規定」と題された箇所において選挙権の法的性格を以下のように述べる。

「このような観点[「選挙権の行使を保障するための諸規定」という表題]においては、このような法命題の一般的な評価および理解にとっては、以下の点が重要である。すなわちこのような法命題は、個々の選挙権限者 *Wahlberechtigte* の利益を保護するという目的——このことはもちろん部分的には考慮されるのだが——に奉仕するものではなく、むしろ帝国にとってきわめて本質的な機関である帝国議会が、その編制のために設定された憲法上の諸原理にしたがって現実にも形成するための確実性を保障するものである。そもそも「選挙権」は決して主観的な、個別的な利益によって基礎付けられた権利ではないのであり、憲法 *Vefassungsrecht* の反射であるにすぎない。[……]選挙を行う権利は、領邦議会あるいは帝国議会を作り上げるための手続に関する憲法上の規則の反射にすぎない[……]。

このことからいくつもの帰結が生じる。選挙権は一つの状態である。既得権 *jus*

---

<sup>1</sup> このような問題意識が鮮明に現れている研究として磯村哲『社会法学の展開と構造』(日本評論社、1975年)、3頁以下、Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Auflage, (1981), S. 226 ff. 磯村の議論については守矢健一「日本における解釈構成探求の一例——磯村哲の法理論の形成過程——」(松本博之／野田昌吾／守矢健一編『法発展におけるドグマティックの意義』、信山社、2011年、所収)、特に13頁以下を参照。ベッケンフェルデの議論については林知更「ドイツ——国家学の最後の光芒? ベッケンフェルデ憲法学に関する試論」(『法律時報』第81巻第5号、2009年、所収)、126頁以下を参照。

<sup>2</sup> Paul Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Band 1, 5. Auflage, (1911). 以下、SdR 1 と略す。

quaesitum ではない。選挙権は、憲法の改正に応じ、有権者の同意を得ることなくして影に寄り添うように憲法とともに変化する」(SdR 1, S. 330-332)。

このような実証主義国法学の権利観を、たとえば石川敏行は以下のように説明する。すなわち、実証主義国法学においてはまず権力関係があり、その上で一定範囲において国家が臣民に利益を与え得ることがあるという発想が前提とされている<sup>3</sup>。したがって、ここでは権利に固有の意義は認められないこととなる。このような石川の議論の背景には、実証主義国法学の法理論は(法)実証主義的なものである、とする認識が存在することを指摘することができるだろう。実証主義国法学を実証主義と呼ぶ場合の根拠は必ずしも常に明らかであるわけではないが、多くの研究において、たとえば実証主義国法学において国家とは「あらゆる拘束から解放された装置<sup>4</sup>」(クリストフ・シェーンベルガー)であるとか、国家が「唯一の法の制定者であると同時に帰属主体である<sup>5</sup>」(時本義昭)といった評価がなされている。ここではつまり、国家は立法にあたり、少なくとも本来は全能であり、そして法とは国家によって制定される法に尽きるという点に実証主義国法学の実証性が求められていると理解できるように思われる<sup>6</sup>。

<sup>3</sup> 石川敏行「ドイツ公権理論の限界(1～2・完)」(『法学新報』第86巻第4・5・6号、第86巻7・8・9号所収、1979-1980年、所収)、第86巻第4・5・6号145-149頁。また、たとえば奥平康弘「ドイツの「基本権」観念——その成立に関する若干の考察——」(東京大学社会科学研究所編『基本的人権3 歴史II』、東京大学出版会、1968年、所収)、176-178頁はラーバントの自由権否認論を指して、そこでは万能な国家権力が前提とされており法実証主義的であるとする。また、仲野武志『公権力の行使概念の研究』(有斐閣、2007年)、65-66頁は、ラーバントは、自由権の権利性を否認しているのはもとより、「これら臣民関係にある私人の国家に対する権利[国内における保護、参政権、公務就任能力]すべてを反射権と位置付けた」と述べている。

<sup>4</sup> Christoph Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918)*, (1997), S. 50-51. 邦語による書評として林知更「学界展望」(『国家学会雑誌』第114巻第11・12号、2001年、所収)がある。

<sup>5</sup> 時本義昭『国民主権と法人理論——カレ・ド・マルベールと国家法人説のかかわり——』(成文堂、2011年)、42頁。

<sup>6</sup> 時本(前掲注5)、42-43頁。また、シェーンベルガーはラーバントの立場を国家意思実証主義 *Staatswillenspositivismus* と呼ぶことによってこのような理解をより鮮明なものとする。「[ラーバントにおける]君主制的行政と同一視された国家は法に先行し、したがって法は、それ自体として完結した、法によって構成されたわけではない国家にとっての制限であるにすぎない。このような内容上の構想にとって「メタ法律学的領域からの規範内容の孤立化という確固とした方法論上の可能性」はそもそもいかなる役割も果たさない。決定的であるのは、国家意思に関する特定の内容上のイメージであり、意思領域の境界付けとしての法のイメージである。したがって、ラーバントの実証主義は国家意思実証主義と呼ばれるべきである」(Christoph Schönberger, *Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende*, in: Stanley L. Paulson/Martin Schulte (Hrsg.), *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, (2000), S. 6). 国家意思実証主義という用法については、Hauke Brunkhorst, *Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus. Parlamentarismus zwischen Untertanenrepräsentation und Volkssouveränität*, in: *Leviathan* 31. 3, (2003), S. 363 ff. も参照。そこではシェーンベルガーによる実証主義国法学観の強い影響が見いだされる。また、実証主義国法学の国家人格論は「人

しかし、実証主義国法学が実証主義的性格を帯びていると述べられる場合、実証主義や実証性という用語が必ずしも上記のような意味に限定されて用いられているわけでもない。先行研究においてはしばしば、フランツ・ヴィアッカーによる分類に倣って、実証主義国法学は「法と正義をもっぱら国家意思に還元する」法律実証主義と「すべての法命題と判決とを法学的諸概念および諸命題から導出しようとする」学問的実証主義<sup>7</sup>のいずれに分類されるのか、という問題が立てられることがある。この問いに対し、かつてマンフレッド・フリードリヒは、ドイツ帝国成立前に活動したゲルバーを帝国憲法という統一的な法典が存在しないにもかかわらずドイツ全体に妥当するような国法を学問的体系化により導出しようとしたという理由により学問的実証主義に分類し、ラーバントを帝国憲法という法典を前提として議論を行ったという理由により法律実証主義に分類していた<sup>8</sup>が、近年においてはおそらくヴァルター・パウリーによる研究の強い影響の下で、実証主義国法学が意思というコードに基づいて学問的に国法学体系を構築しようとする明確な意図を有していたこと<sup>9</sup>が強く意識されるようになり、ゲルバーもラーバントもともに学問的実証主義に分類

---

格としての国家の自由な意思をもって法の源泉とし、いわば、国家をもって法秩序の主体とした。これは、国家権力の最高の発動としての立法権力の無制約、その意味での全能が肯定されているところに現れている」と説く栗城壽夫「ゲルバーとラーバント」(同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収)、520-521頁や、同様の見解を示す笹倉秀夫『法思想史講義 下』(東京大学出版会、2007年)、172-173頁の立場もおそらくは実証主義国法学における国家意思実証主義という側面を強調していると見ることができるだろう。

<sup>7</sup> Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Auflage, (1967), S. 558 ff. [邦訳:(ただし原著第1版による。以下の引用でも同様)フランツ・ヴィアッカー、鈴木禄弥訳『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して』(創文社、1961年)、第29章]。

<sup>8</sup> Manfred Friedrich, *Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 111. 2, (1986), S. 205-207. 類似した見解を示すものとして中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題——個人の公法的地位論とその権利保護を中心として——』(法律文化社、1993年)、71頁注1も参照。また、Gerhard Dilcher, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 61. 4, (1975), S. 502 もラーバントを法律実証主義者と位置付けている。また、成文法典を重視するラーバントの実証主義は国家至上主義に陥っていると指摘する上山安敏『憲法社会史』(日本評論社、1977年)、128-129頁もおそらくは同様の立場として位置付けられるだろう。学問的対象の相違という観点からゲルバーとラーバントを区別する、おそらくは早い時期における議論として Klaus Hesse, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, (1964), S. 57. そこでは、ゲルバーにとっての学問的対象はみずからが作り上げなければならないものであったが、ラーバントにとっては実定帝国国法が対象であったとされる。なお、ヘスぺは、ゲルバーの実証主義は法律実証主義ではなく (Ebenda, S. 50, Anm. 66)、「完結した」、「形式主義的な」実証主義でもない (Ebenda, S. 51, Anm. 71) ことを適切に指摘している。

<sup>9</sup> ゲルバーについては Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, (1993), S. 148. ラーバントについては Ebenda, S. 186-187. ただし、パウリー自身はラーバントが法律実証主義に属するという見方から完全に脱却しているわけではない。また、パウリーに類似した立場として Micheall Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 2, (1992), S. 343-344. そこではラーバントは、ゲルバーがそうであるような学問的実証主義ではなく、法律実証主義に属するが、両者の距離は

されるべきであると認識されるようになった。すなわち、近年の研究、たとえばシェーンベルガーや時本においては、実証主義国法学による国法の学問的体系化は、憲法典の存在の有無とは直接関係はないと認識されるようになったのである<sup>10</sup>。このパウリーの議論については、後でもう少し詳しく紹介する。

しかし、このような認識が、実証主義国法学にとって国家権力は全能であるという見方や、国家が唯一の法の帰属主体であるという見方を転換させるものではないことは、実証主義国法学が学問的実証主義に属することを強調するシェーンベルガーや時本のような論者が、同時に、すでに触れたように、国家が有するこのような全能性を含意し、また国家こそが法の唯一の帰属主体であることを含意するという意味での実証主義的性格をも強調していることから確認できる。すなわち、ここでは実証主義国法学が国家制定法を越えた法を前提とした国法の学問的体系化を試みていることと、法が国家意思に還元されることとが特に矛盾と感じられることなく両立し得ると考えられているのである。

このような先行研究の実証主義国法学理解に対して、本稿は以下のような立場を取る。すなわち、実証主義国法学が、国家が全能性や唯一の法帰属主体性を有しているという意味での実証主義的立場を採用しているかは、疑わしい、あるいは少なくともこのような理解はより限定的になされなければならない。むしろ彼らには、単に実証主義的ではないというだけではなく、反実証主義的な側面も広く見いだされるのであり、それはとりわけ彼らの公権論(参政権論)において明らかとなるのだ、という論証を本稿は行いたい。さらにいえば、彼らがいわゆる学問的実証主義(という用語法に本稿は否定的である<sup>11</sup>)に立脚することができたのも、この反実証主義的な法観念が前提にされていたからであること、また、実証主義国法学における法の(非法的要素を排除してなされる、と往々にして認識されている)体系的認識という学問的企図、すなわち従来の研究が指摘する学問的実証主義的性格は、

---

さして大きくないとされる。というのはゲルバーと同様、「ラーバントにとっても法律たる法 *Gesetzesrecht* の外に存在する実定的に妥当する法秩序の存在が確信されていたからである」。なお、ゲルバーの私法学を取り扱った *Susanne Schmidt-Radefeldt, Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) und die Wissenschaft des deutschen Privatrechts, (2003)* は、ゲルバーについて、その方法論に関しては法律実証主義ではないと考えているようであるが(Ebenda, S. 232)、法解釈上の具体的議論において(たとえば著作権法について理論的構成を行わないことを指して)は法律実証主義的なアプローチを採用している(Ebenda, S. 265)とし、結論として「ゲルバーが有するドイツ私法学上の意義は「概念法学者」という消極的な評価に尽きることはない。しかし、彼を革新的な教義学的方向性の指導者と評価することはほとんどできない。というのは、彼はみずからの方法論的な要求にせいぜいのところ萌芽的にしかしたがうことはなかったからである」(Ebenda, S. 288)と述べる。しかし、このような議論には疑問も存在し、ゲルバーが著作権法につき、あたかも法律実証主義なアプローチをしているかのように見えるのは、ゲルバーが著作権の上位カテゴリーたる人格権を認めなかったことの帰結ではないかとも考えられる。実証主義国法学における人格権論については、本稿第2章第5節で改めて取り上げたい。

<sup>10</sup> 「両者[ゲルバーおよびラーバント]においては妥当する法を特定の一般的概念から再構成する法学的実証主義が問題となっているのであって単なる法律実証主義が問題となっているのではない」(Schönberger (Anm. 4), S. 89)。同様の見解を示す研究として時本(前掲注5)、89-90頁。

<sup>11</sup> この点については後掲注36参照。

実証主義国法学という学風のうちの一側面にすぎず、このような側面の過剰な強調は実証主義国法学の適切な認識へと至ることはないであろうことを示したい。本稿は、このような論証を行うにあたり、従来の研究においては必ずしも十分に意識されていなかったと思われる以下の三つの相互に関係した観点が実証主義国法学の分析に取り入れられるべきであると考え。本稿の見解では、これらの観点を踏まえることにより、実証主義国法学に対するより精確で、なおかつ彼らの有する思想的深みを踏まえた理解が可能となる。以下では、本稿の全体的構想の見取り図の提示もかねて、この三つの観点について簡単に触れておきたい。

## 第2節 本稿における三つの観点

### 第1款 歴史法学

第一の観点は、ゲルバーやラーバントにおいて見いだされる歴史法学的法観念および反社会契約論的性質である。もちろん、実証主義国法学が歴史法学の末裔に属することは、とりわけその法学的方法に即して以前から指摘されてきた<sup>12</sup>。しかし、この点は、とりわけ2004年に公刊されたラーバントの講義原稿である『国法講義<sup>13</sup>』における議論などをも踏まえた上で、改めて強調されねばならない。

ところで、実証主義国法学に対する歴史法学の影響について述べる際、本稿が歴史法学の法思想と考えるものについて、わずかなれど明らかにしておくことが必要であろう。歴史法学の定礎者であるカール・フリードリヒ・フォン・サヴィニーに関する近年の研究に大きな影響を与えているヨアヒム・リュッケルトは、サヴィニー法学の背景にある思想を以下のように論ずる。すなわち、サヴィニーにおいてすべて法というものは我々の目に見えない民族の意識あるいは民族精神から成立し、有機的で自然的な成長を遂げていく。したがって、法を理解するために取り得る手段は学問的認識以外にはあり得ず、立法作業が法を産み出すということはある得ない。国家についていえば、それは人為的な存在ではなく、むしろ精神的な民族共同性の生ける姿として把握されなければならない。またサヴィニーにとっては法も自由も、歴史を貫通するキリスト教的生活観としての人倫の実現に貢献するものであって、このことは私法の分野においてはとりあえず原則的に個人が自由に自己を発揮するという形で実現されるが、この個人の自由は同時に何人にとっても必然的に、より高次の全体の構成要素をもなしている。つまり自由は特殊な恣意ではなく、より高次の共同の自由なのであって、人倫の実現のための自由は決して無制限な自由ではあり

---

<sup>12</sup> 古典的な研究としては Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, (1958), 7 ff.

<sup>13</sup> Laband, Staatsrechtliche Vorlesungen. Vorlesungen zur Geschichte des Staatsdenkens, zur Staatstheorie und Verfassungsgeschichte und zum deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts, gehalten an der Kaiser-Wilhelm-Universität Straßburg 1872-1918, (2004). 以下SVと略す。なお本講義原稿の発見の経緯などについては、同書に収められている、編者である Bernd Schlüter による Einleitung を参照。



得ない、とされるのである<sup>14</sup>。すなわち、リュッケルトによれば、サヴィニーは、ゲオルグ・フリードリヒ・ヴィルヘルム・ヘーゲル、フリードリヒ・シュレーゲル、フリードリヒ・シェリング、フリードリヒ・ヘルダーリンらと共通した思想を有し、「現実において絶対的なもの、普遍的なもの、必然的なものなどが作動していると見ていた」「客観的観念論」の思想家であったとされる<sup>15</sup>。

このようなリュッケルトのサヴィニー像は、その後のサヴィニー研究に大きな影響を与えることになったと同時に、少なからぬ批判も惹起することとなった。とりわけリュッケルトが主張するドイツ観念論哲学がサヴィニーに与えた影響関係についてはそれを肯定する立場と否定する立場との間で激しい争いが存在するのだが、ここで本稿はサヴィニー研究そのものにこれ以上立ち入るつもりはない<sup>16</sup>。ここで確認したいのは、サヴィニーがその着想をいずれから得たかはともかくとして、近年のサヴィニーおよび歴史法学研究においては、理性的な<sup>17</sup>、そして主観法に対し優先する<sup>18</sup>客観的秩序の重要性が説かれていること

---

<sup>14</sup> ヨアヒム・リュッケルト、耳野健二／西川珠代訳「サヴィニーの法学の構想とその影響史——法律学・哲学・政治学のトリアーデ」(『Historia Juris 比較法史研究』第1号、未来社、1992年、所収)、238頁。

<sup>15</sup> Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, (1984), S. 234-236.

<sup>16</sup> リュッケルトを中心として近年のサヴィニー研究動向のサーヴェイを提示するものとして赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂、1995年)、特に第1章。

<sup>17</sup> Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, (2012), S. 194 ff.

<sup>18</sup> Knud Wolfgang Nörr, *Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, (1991), S. 19-20. ここでネルはサヴィニーの背景にキリスト教的世界観が存在していることを指摘しつつ、サヴィニーの議論がカント的自由および倫理概念と相違するものであることを指摘している。これに対し、Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, (1991), S. 20 は、サヴィニーの歴史法学において個人の自由および平等という(キリスト教思想を背景とした)カント思想が根底として存在していることを指摘している。このようなベッケンフェルデの議論は、ベッケンフェルデ自身が述べているように(Ebenda, S. 20, Anm. 33)、歴史法学は、理性法(後期自然法)的な体系思想や概念形成を継承し、カント的自由に対応するものであったとするヴィアッカー(Wieacker (Anm. 7), S. 372-377 [邦訳:464-467 頁])の見解を一步進めたものである。しかし、ベッケンフェルデのような理解には以下の点において慎重な留保が必要である。すなわち、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造(1~5・完)」(『国家学会雑誌』第103巻第9・10号、第103巻第11・12号、第104巻第1・2号、第104巻第5・6号、第104巻第7・8号、1990-1991年、所収)、第103巻第11・12号10頁がベッケンフェルデやヴィアッカーの議論を念頭に置きつつ、適切に指摘しているように、「人はほかから隔離した純粋な個人ではありえず、常に何らかの与件を背負ってこの世に生まれ出てきているのであり、その与件を識ることなくしては未来に対する十全な構えは築かれえない。これこそ、[……]歴史法学の基本的な主張であり、与件としてのフォルクと歴史の強調は、そのコロラリーだった。そして、そのような主張は、われわれが置かれた諸条件と無関係に永遠不変の理念の実現を企て、あるいはそれに向けての「進歩」を標榜する理性法論とは、やはり相容れない間柄にある」のである。

なお、Schönberger (Anm. 4), S. 25-26 (S. 86 も参照)はベッケンフェルデやヴィアッカーの研究を引きつつ、理性法論から歴史法学への継承について語り、「歴史法学が完成したパンデクテン学は、歴史的な装いにおいて、コード・シヴィルのような世俗的理性法典において明白に根底

であり、そしてこのような客観的秩序の存在は、本稿が問題とする実証主義国法学においても——リュッケルトが述べるように、そこではサヴィニーにおける形而上学的契機が多少なりとも薄められつつあったのは事実だとしても<sup>19</sup>——承認されており、彼らの議論の出発点として置かれているということである。むしろ、個人に対する客観的秩序の優位という契機は、『現代ローマ法体系』第1巻<sup>20</sup>において、サヴィニーがまがりにも「公法では全体が目的であり、個人が従と見られるのに対し、私法では個々の人間それ自身が目的である」(SR 1, S. 23 [邦訳:48 頁])と説いているように、私法学を研究対象とするサヴィニーその人においてよりも、公法学を研究対象とする実証主義国法学においてより決定的な役割を果たしていると考えられるべきなのである<sup>21</sup>。

---

にあるような、個人の自由と平等という原理を実現した」と論じ、このような人格概念がゲルバーによって転用されることにより、それ自体として完結した意思主体としての、すなわち法人としての国家という概念がもたらされたと論じている——ただし、サヴィニー自身は国家を意思主体として把握することなど考えておらず、このような転用によって歴史法学とゲルバーとの断絶が存在するとされる——が、本稿は、歴史法学においてはこのような人格概念より客観的秩序の概念の方がより根底に存在すると考えており、また、このような傾向は私法においてよりも公法においてより強く見られると考えている。そして、このような思想の傾向は実証主義国法学においても継承されていると考えている。本稿は、多くの点でシェーンベルガーと見解を異にするが、その前提にはこのような歴史法学に関する解釈の相違が存在する。

とはいえ、上述のリュッケルトやネルの議論を踏まえつつも、法制度論を中心にサヴィニーへのカントの影響が応用的な形でみられると主張する筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』(昭和堂、2002 年)、202 頁以下のような研究も存在する。類似した問題関心を有する研究として、Dieter Nörr, Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft, in: Norbert Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band 1, (1982). [邦訳:ディーター・ネル、耳野健二訳「サヴィニーの直観とカントの判断力」(『Historia Juris 比較法史研究』第3号、未来社、1994 年、所収)]。

<sup>19</sup> リュッケルトはラーバントをサヴィニーの孫の世代に属する学者であると把握し、この世代交代の間において形而上学的要素が抜き取られた上で、サヴィニーの歴史的・体系的方法が継承されたとする(リュッケルト(前掲注 14)、246 頁)。

<sup>20</sup> Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, (1840). [邦訳:サヴィニー、小橋一郎訳『現代ローマ法体系 第一巻』(成文堂、1993 年)]。以下、SR 1 と略す。

<sup>21</sup> したがって、前掲注 18 で挙げたヴィアッカーやベッケンフェルデの述べるように理性法思想と歴史法学との近似が一見したところ見られるとしても、それは私法の圏の話にすぎず、公法における歴史法学、すなわち本稿が問題とする実証主義国法学においては、個人の自由や平等という契機は、決して無視されているわけではないとしても、決定的な重要性を持つわけではないこともまた確認されなければならない。たとえばこの点は、おそらくは理性法思想の主要なメルクマールの一つをなすと思われる自然状態・社会契約論(たとえば Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten. Werkausgabe VIII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel, (1977), S. 423-424. [邦訳:樽井正義/池尾恭一訳『カント全集 11 人倫の形而上学』(岩波書店、2002 年)、147-148 頁])。そこでは「私法の実質は、両者[自然状態において適用される私法と市民状態において適用される公法]において同一である」と説かれている)に対し明示的に『現代ローマ法体系』のサヴィニー(SR 1, S. 23, 29-32 [邦訳:48、52-54 頁])も、ゲルバーおよびラーバント(本稿第2章第3節第1款参照)も反対していることから理解できるとおりである。理性法思想と歴史法学の間には簡単に架橋し得ないような溝が存在することを歴史法学の流れをくむ実証主義国法学は示しているように思われる。このような溝によってもたらされる、自然状態における個人の権利を中核とする自然法論の権利概念とは大きく相違する実証主義国法学における(公法上の)

本稿がラーバントの『国法講義』を主たる検討対象の一つとして取り扱うのは、この著作が、ここまで確認してきたような意味での歴史法学とラーバントの関係を明らかとしてくれるからである。たとえばラーバントは国家権力の正当な根拠とはなにか、という問題を取り扱う際に、歴史法学の立場、すなわち、法 **Recht** というものは民族精神の所産であり、国家によって定立される法律 **Gesetz** はこの法の下にあるべきであるという立場を検討した上で、この歴史法学の立場をほぼ全面的に受容している。ラーバントは、このような前提から、絶対的な個人を出発点とする社会契約論という思想が全能な立法をおこなう国家を作り出すという危険が存在するという批判さえ行っている。このようにラーバントは、歴史法学から単に法学的方法のみを継承したのではなく、人間の、そして国家の意思によって定立される法律とは区別された高次の秩序が存在するという法観念をも継承したのである。このようなラーバントの「形而上学的な」議論は、従来の「実証主義者」ラーバントという像とは大きくかけ離れたもの、「これまでほとんど知られていなかった」ものである<sup>22</sup>が、このことはラーバントが歴史法学の継承者であること<sup>23</sup>を踏まえて理解されなけれ

---

権利概念の詳細については、以後の本稿の本文が示すとおりである。

<sup>22</sup> Bernd Schlüter, *Einleitung*, in: Paul Laband, *Staatsrechtliche Vorlesungen*, (2004), S. 23.

<sup>23</sup> ラーバントが歴史法学からいわゆる法学的方法のみならず、その形而上学的性格を引き継いだことを指摘する研究として Bernd Schlüter, *Reichswissenschaft. Staatsrechtslehre, Staatstheorie und Wissenschaftspolitik im Deutschen Kaiserreich am Beispiel der Reichsuniversität Straßburg*, (2004), S. 369 f., 411 ff. ここでは、ラーバントが歴史法学およびヘーゲルに代表されるドイツ観念論から影響を受けていることが指摘されている。しかしこのような指摘はあくまで示唆的なものにとどまっているように思われ、本稿は実証主義国法学と歴史法学の関係如何という論点をより包括的に展開しようと試みるものである。

なお、本文の以下の叙述において詳細に確認することとなる実証主義国法学およびギールケにおける個人に対する全体の優位、主観的なものに対する客観的なものの優位という契機については、シュルターが述べているようにヘーゲルの思想との共通性を容易に見いだすことができるだろう。一例を挙げればヘーゲルの社会契約論批判(*Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Werke*, 7, (1986), § 75)と本稿第2章第3節第1款で取り上げる実証主義国法学者の社会契約論批判の間には両者を通底している思想を見いだすことができるだろう。ヘーゲルの社会契約論批判についてはたとえば三島淑臣「ヘーゲルと社会契約説——イェナ期諸論稿を手がかりとして——」(『法哲学年報 1983』、有斐閣、1984年、所収)を参照。しかし、ヘーゲルとゲルバーらの共通性はともかく、前者から後者への影響関係をも積極的に実証するような資料は、管見のかぎりでは、いまのところ存在しないように思われる。ゲルバーらの法思想に強い影響を与えたのは、サヴィニーやゲオルグ・フリードリヒ・プフタ、フリードリヒ・ユリウス・シュタール(本稿2章第3節参照)であって、ヘーゲルらドイツ観念論の影響が存在するとすれば、それは基本的にはサヴィニーらの思想を通じてのものであろう。

とはいえ、ヘーゲルと歴史法学派との関係はいかなるものであるか、というきわめて興味深い問いに対して、残念ながら、現時点では本稿は一定の見解を示す準備はない。この問題を取り扱った近年の邦語研究として川崎修敬『エドゥアルト・ガンズとドイツ精神史——ヘーゲルとハイネの狭間で』(風行社、2007年)、第2章。そこでは、ヘーゲルの弟子であるガンズと、サヴィニーの後継者であるプフタの法思想の相違が——ヘーゲルと歴史法学派がともに社会契約論を断固として斥けたという共通点が存在することが前提とされつつも——両者における占有権概念の相違を通じて指摘されている。また、サヴィニーとヘーゲルの対立についてたとえば堅田剛「ヘーゲル、サヴィニー、グリム」(同『法のことば／詩のことば——ヤーコプ・グリムの思想

ばならない。

先に確認したような「学問的実証主義者」ラーバントという像も、ラーバントが、法(法律や法典ではない)は民族精神の産物であり、それ自体として理性的なものであるという歴史法学のテーゼを採用していることから生じる帰結の一つにすぎないのであって、ゲルバーやラーバントにおける歴史法学の継承<sup>24</sup>という事態は、従来の研究が指摘していたよりもより包括的なものとして、そしてより強いものとして理解しなければならない。

## 第2款 法学的方法

上記のような実証主義国法学と歴史法学との関係に関する理解は、実証主義国法学における法学的方法の再検討をも迫ることとなる。

実証主義国法学における法学的方法もまた、たとえば石川健治によって指摘されるように、歴史法学に由来するものである。すなわち、実証主義国法学における法体系とは客観的秩序の法的表現であり、そして具体的な生活関係を反映した客観法の体系である。そして、ここでは権利義務を有した人格相互の関係、つまり法関係というものは、客観法の一部たる法命題の具体的適用として理解されなければならない。この法命題の複合体が法制度であり、さらに法は有機体であるので、この法制度は全体的な体系という観点の中で位置付けられなければならないとされるのである。ラーバントが『予算法論』のなかで示した「憲法典に欠缺は存在するが、憲法に欠缺は存在しない<sup>25</sup>」という有名な議論は、法がこのような客観法の体系であるということが前提とされた上で説かれているものである<sup>26</sup>。

---

史』、御茶の水書房、2007年、所収)を参照。

<sup>24</sup> Schmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 168 はゲルバーによる歴史法学に対する賞賛はリップサービスにすぎないと評価し、「ゲルバーは『普通ドイツ私法の学問的原理』において、普通ドイツ私法から直接的効力を奪い取ることにより、歴史学派の民族精神論を後景へと追いやった」と述べているのだが、このような主張がゲルバーのゲルマニストへの帰属であるならともかく、歴史法学への帰属を一般的に否定する根拠となるとは思われない。これに対し、ゲルバー私法学および国法学が明確に歴史法学(そこで念頭に置かれているのはアイヒホルンのようなゲルマニストではなくサヴィニーである)に(単に方法論にとどまらず、たとえば国家論においても)依拠していることを強調する最近の研究として、Carsten Kremer, Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber, (2008), S. 141-171. クレマーの著作はゲルバーの法理論を豊富な資料を用いて内在的に検討し、同時代の論者との精緻な比較を行ったものであり、おそらくは今後のゲルバー研究が、本書によって得られた知見を踏まえずになされることはないだろう。

<sup>25</sup> Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, (1871), S. 75 f.

<sup>26</sup> 石川健治『自由と特権の距離——カール・シュミット「制度体保障」論・再考[増補版]』(日本評論社、2007年)、37頁以下、80頁以下。とはいえ、もちろん法学的方法に関して歴史法学内部においても相違が存在しないわけではないが、本稿ではこのきわめて難解な論点にこれ以上立ち入ることはできない。歴史法学における法学的方法に関する研究については枚挙に暇がないが、近年の研究から、すでに言及した文献を別として、特にサヴィニーの方法論に関して重要と思われる研究のみ言及しておく。児玉寛「サヴィニーの《法制度論》——理論と実務の架橋」(村上淳一編『法律家の歴史的素養』、東京大学出版会、2003年、所収)、耳野健二「一九世紀ドイ

さて、このような客観法の体系を前提として、ここから主観法を導出する作業が実証主義国法学における法学的方法の核心部分であると指摘するのが先に触れたパウリーの研究である。パウリーの眼目は、実証主義国法学の法学的方法は、意思 *Wille* なる概念が法学上の符号 *Code* とされていたことを論証する点にあるといえる。換言すれば、ゲルバー法学においては、意思という符号に変換 *Codierung*(符号体系化<sup>27</sup>)できるかぎりで社会的な事実(石川の用語でいえば生活関係と換言してよいだろう)は法学の考察対象となるのである。

パウリーによれば、ゲルバーはその学問的出発点たる私法学期からすでにこのようなアプローチを採用していた。すなわちパウリーはいう。

「ゲルバーにとってすべての法関係は——ローマ法的体系の根本形式に対応して——人格、行為、物そして遺産に対する人間の意思表示の諸形式へと縮減される。そしてこのことによって、非常に多様、複雑であり得るあらゆる私法上の諸関係から、人間の意思が根本要素として求められるのである。ゲルバーにとって人格の意思は私法の普遍的符号である<sup>28</sup>」。

裏を返せば、意思という符号に変換し得ない現象は法的考察対象とはならない。したがって、たとえば家族は、意識的な意思的決断にその存在を負っていないゆえに、符号への変換に馴染まず、全面的な法的考察の対象とはならず、自然的領域に存在し続けるのである<sup>29</sup>。

さて、パウリーによれば、ゲルバーは初の国法学上の著作である『公権論<sup>30</sup>』においても意思を符号とする法学的構成を試みたが、この試みは十分に果たされなかった。国法学の自律化(符号体系化)が目論まれるべきならば、国家有機体という自然的基体 *Substrat* と法との結び付きの解消を図る国家法人論が採用されるべきであった。というのは、国家有機体それ自体は、私法学における人格がそうであるのと同じような意味においては人格、意思主体ではないからである。しかし、『公権論』期ゲルバーは、国家法人論を拒否したことに

---

ツ法学における *Rechtsverhältnis* の概念」(『Historia Juris 比較法史研究』第 11 号、未來社、2003 年、所収)、原島重義『法的判断とは何か——民法の基礎理論』(創文社、2002 年)、第 10 章、Schröder (Anm.17), S. 263 ff. 本稿の見解では、これらの研究は、歴史法学派、とりわけサヴィニーの議論が、主観法、すなわち権利義務の主体たる人格に出発点を有しているというより、客観的な法秩序(たとえばそれは有機体と表現される)に出発点を有しているということを確認している点において重要である。前掲注 18 も参照。また、Christoph-Eric Mecke, *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, (2009), S. 197-199 はプフタにおいても主観法の背景にその基盤として客観法が存在することを指摘している。

<sup>27</sup> 符号体系化という訳語は栗城壽夫「一般ドイツ憲法学について」(同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997 年、所収)、120 頁注 209 から借用した。

<sup>28</sup> Pauly (Anm. 9), S. 101.

<sup>29</sup> Ebenda, S. 109

<sup>30</sup> Carl Friedrich von Gerber, *Über öffentliche Rechte*, (1852). [邦訳:C・F ゲルベル、鍋澤幸雄訳「公権について」(『立正法学』第 3 巻第 3・4 号、第 4 巻第 1 号、第 4 巻第 2・3 号、1969-1970 年、所収)]。本稿は 1913 年版を用いる。以下、öR と略す。

よって国法学の相対的な自律化を果たし得たにすぎない<sup>31</sup>。『公権論』におけるゲルバーにとっては所与の国家有機体を部分的に法的に構成することに国法学の課題は尽きることとなる<sup>32</sup>。つまり、『公権論』期ゲルバーは「決して自律的な法学的全体系を考察したのではなく、その代わりにただ法律学的に磨かれた体系の構成部分を考察した<sup>33</sup>」にすぎなかった、とパウリーはいう。

他方で、パウリーはその後の『ドイツ国法綱要<sup>34</sup>』（以下『綱要』と略す）を、意思という符号に基づく国法の体系化が達成された著作であると見る<sup>35</sup>。いまや国家は法人として観念され、国家権力が国家意思の表明と把握されることにより、国法学を国家の意思の表現形態を論ずる学と位置付けることが可能となり、国法学も私法学と同様、特殊法学的概念、すなわち意思をその中心的な対象とする学となり得たのである。

さて、ここまで実証主義国法学の法学的方法に関する石川やパウリーの議論について確認してきた。これらの分析が適切なものであることについては本稿も異論はない。しかし、これらの分析を踏まえた上で、本稿の関心にとってより重要な問題は、このような実証主義国法学における法学的方法の貫徹という学問的企図そのものを検討することではなく、客観法の主観化はいかにして、そしていかなる目的のためになされるのか、という問題を検討することである。先に確認したパウリーにおいては、意思という概念が客観法を主観化するための符号であると捉えられていた。しかしながら、意思という契機が存在することは、客観法を主観化するための必要条件ではあるが、十分条件ではない。ここまで確認してきた議論においては、本稿冒頭で確認したように選挙権が(意思という契機を持ちながらも)なぜ権利と呼ばれないのか、という点が必ずしも明らかとはならないように思われる。本稿の見解では、実証主義国法学における公権論を理解するためには、それが客観的秩序の、すなわち客観法の具体化であるという点を認識することが決定的に重要である。このような客観法からの主観法の導出という方法を理解するためには、同時に公法上の主観法すなわち公権がどのような目的のために、そしてどのような主体に認められるのか、という点を理解することが不可欠なのであるが、その際、注意すべき点は、先に少し触れたように、私法と公法においては権利の性質が大きく異なるということである——もちろん、以下で触れるように共通している側面もあるのだが——。両者は、確かに客観的秩序あるいは客観法に由来するものであるのだが、まがりなりにも個人の自由に大部分が委ねられる私権とは異なり、公権においては客観的秩序に由来する権利という側面がより直接的に現れることとなる。しばしば指摘されるように、実証主義国法学はみずからの学問性の担

---

<sup>31</sup> Pauly (Anm. 9), S. 110-111.

<sup>32</sup> Ebenda, S. 112.

<sup>33</sup> Ebenda, S. 115.

<sup>34</sup> Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, (1865). 本稿では 1880 年に出版された第 3 版を用いる。なお、第 3 版ではタイトルが変更されており、Grundzüge des deutschen Staatsrechts となっている。以下 GS と略す。

<sup>35</sup> Pauly (Anm. 9), S. 141.

保を私法学(もちろんその内実は歴史法学である)に見いだした<sup>36</sup>——私法学の方法論を模倣

<sup>36</sup> たとえば西村稔「ドイツ第二帝政期の公法学」(上山安敏編『近代ヨーロッパ社会史』、ミネルヴァ書房、1987年、所収)、276-279頁。また、西村は前掲279-281頁において、実証主義国法学における「法実証主義」の意義を、脱形而上学化、脱観念論化に求めている。しかし、先にリュッケルトの議論によって確認したように、近年の歴史法学研究においては、そもそも(実証主義国法学のモデルたる)歴史法学がどの程度脱形而上学化、脱観念論化を意図していたかが疑われている。たとえばヤン・シュレーダーも、リュッケルトの研究を指示しつつ、学問的実証主義とは歴史法学およびそのエピゴーネンの方法を指すのであり、それらは実証主義というより観念論だとする(Jan Schröder, Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933, in: Rechtsgeschichte 13, (2008), S. 174. [邦訳:ヤン・シュレーダー、石部雅亮訳「ドイツにおける法学方法論史(一八五〇年—一九三三年)の一考察」(『大阪市立大学法学雑誌』第55巻第3・4号、2009年、所収)、1082頁])。また、Schröder (Anm. 17), S. 327においても、学問的実証主義と呼ばれるものは観念論的法理論であり、法実証主義と呼ぶことはできないとされる。研究史上において歴史法学の性格付けが変化するならば、歴史法学をモデルとしたとされる実証主義国法学の性格付けも従来と変化せざるを得ないだろう。このようなシュレーダーの見方は、19世紀ドイツ法学を実証主義の時代と見る従来の研究からの脱却を部分的ながら試みようとする本稿の筆者を強く励ますものであるが、シュレーダー自身は同じ個所でラーバントについて以下のように評価する。「『学問的実証主義』という名称が19世紀後期における歴史法学の末裔(ベルグホーム、ラーバント)——彼らはすでに歴史法学の観念論的法概念から離れているが、しかしなお歴史法学の方法論的理念に固執している——に対して用いられることが、一見したところもっともらしいだけにとりわけ悩ましい。ここでは観念論も実証主義も存在せず、一方から他方への移行という現象が存在するのであり、このような現象はそのようなものとして分類されるべきなのである」。シュレーダーが、ラーバントを素朴に実証主義と呼ぶ伝統的な見方から脱却していることもまた、本稿の筆者を勇気付けるものであるが、しかし、本稿はラーバントが、単に方法論においてのみならず、歴史法学における観念論的法概念をも、シュレーダーが想定しているよりもより強く継承していると考えている。換言するならば、ラーバントの内在的理解のためには、彼における歴史法学の継承という事態について真摯に検討する必要があるのである。また、ここでヴォルフガング・ペゲラーの研究に言及しておきたい。ペゲラーは、自然法論と歴史法学は——理性を強調するか、歴史を強調するかという相違はあれど——ともに法が「制定 setzen」されるのではなく「発見 entdecken」されるものだ、という観念を共有していたとした上で、その対比として「権限ある法制定権力」の制定した法こそが法なのだという立場を取るとされている人物としてカール・ベルグホームの名を挙げる。ただし、ペゲラーによれば、彼は法律実証主義の代表者と目されるがこれは誤りであり、彼の時代の法素材の大部分は法律というより法学や司法によって表現されていたことが指摘されている(Wolfgang Pöggeler, Vom Naturrecht zum Positivismus. oder: Was Sie schon immer zur Methodenlehre wissen wollten, aber nicht zu fragen wagten, in: Juristische Arbeitsblätter 4/97, (1997), S. 343)。このような研究からも、19世紀ドイツ法学を実証主義の時代と位置付ける従来の研究傾向からの離反が確認できるだろう。なお、ベルグホームとゲルバーとの比較につき、Wolfgang Pöggeler, Einleitung, in: Carl Friedrich von Gerber, Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, Reprint, (1998), S. 35-37. ここでは、ゲルバーの私法学が一方ではベルグホームの理論に接近しつつも、他方でそれに還元され得ない民族の法確信という要素にこだわっていたことが指摘されている。ベルグホームについては、Jan Schröder, Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?, in: Wolfgang Baumann/Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach/Wolfgang Marotzke, Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte. Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag, (2005), S. 579-580 も参照。シュレーダーによれば、ベルグホームもまた歴史法学派と同様、国家意思すなわち法律に法が尽きるとは考えていなかったとし、この点を示すために、シュレーダーは、ベルグホームが歴史法学派と同様、法律には欠缺は存在するが、法には欠缺は存在しないという立場を採用していたことを指摘している。シュレーダー自身も指摘している(Ebenda, S. 578)が、前掲注25で挙げた憲法典の欠缺と憲法の欠缺を区別

したのもその一環である——のであるが、実証主義国法学が提示する客観法と主観法の二重の体系は、単に私法学を模倣したというにとどまらず、客観法に対する主観法の優位性が(相対的に)強く認められる私法学と対比された、主観法に対して客観法が優位する公法学の独自性を明らかとするものである<sup>37</sup>。すなわち、実証主義国法学においては、主観法は客観法にきわめて強く拘束され、そして客観法のために存在するのであり、その意味では正確には客観的・主観的権利と呼ぶべきものとなっているのである<sup>38</sup>。しかし、このように述

---

するラーバントの議論が、このような歴史法学以来の伝統にあることは明らかであるように思われる。またシュレーダーは、結論として、法律を唯一の法源と見る立場(法律実証主義)は 19 世紀や 20 世紀の法理論家の間にはほとんど存在しなかったとする(Ebenda, S. 586)。同箇所においてシュレーダーがラーバントを法律実証主義に近い立場であるとしていることには疑問も存在するが、シュレーダーが本論文で述べている趣旨はきわめて正当であるように思われる。

これらの点を踏まえて、本稿は(法律実証主義および学問的実証主義というサブ・カテゴリーも含めて)法実証主義というカテゴリーを用いることがゲルバーやラーバントの議論を理解するにあたり、どの程度有用であるかは疑問とする。本稿もまた慣例に倣い、ゲルバーやラーバントの立場を実証主義国法学と呼ぶことがあるが、この用語にさしたる実質的意味を込めているわけではない。こなれない表現ではあるが、ゲルバーらの立場は、おそらくは、国法学上の歴史法学とでも呼ぶ方が誤解は少ないだろう。いずれにせよ、ドイツにおける近年の研究は、もはやゲルバーやラーバントを実証主義と位置付けることが必ずしも学問的に実り多い研究に結びつくことは考えていないように思われる。クレマーが近年のドイツにおけるゲルバー、ラーバント研究の動向を簡単にまとめているので、引用しておこう。この引用において示されている近年の諸傾向(そこにはもちろんクレマー自身のゲルバー研究も含まれる)に、本稿が多くの共鳴を見いだすものであることは、ここまでの、そしてこれからの本稿の叙述から明らかとなるように思われる。

「公法学史において、すでに 19 世紀末以来、ゲルバーは取り扱われてきた。ゲルバーに関する研究は、長い間、とりわけ彼の国家理解および方法論に向けられてきた。当初、ゲルバーに対する関心が、実証主義や「実証主義者」、「概念法学者」に対する批判的な考え方 *kritische Einstellung* に結び付いていたのに対し、近年の研究は同時代的文脈を顧慮した上でのゲルバーの歴史化をより強く追求している。最近では、——様々な観点および手法を伴いつつ——彼の法理論や彼の政治家としての活動を取り扱う多くのモノグラフィーが現れている」(Carsten Kremer, Art. „Gerber, Carl Friedrich von“, in: Rüdiger Voigt/Ulrich Weiß (Hrsg.), *Handbuch Staatsdenker*, (2010), S. 131)。「ラーバント国法学を取り扱ってきた多くの研究が存在してきた。ラーバントに対する関心は、当初はしばしば実証主義に対する批判的な考え方に基づいていた。近年では、むしろ彼の諸構想に対する実態に即した再構成に向けた努力がなされている。たとえば、ラーバントの方法論上のイメージは論理的方法に対する彼の信仰告白に尽きるわけではないこと(パウリー)が示されている。さらにエルザス・ロートリンゲンにおける政治家としての活動に光が当てられている(シュリンク)。そしてそれ以後に、ラーバントのシュトラスブルク大学時代の講義が公刊され(シュルター)、実証主義者ラーバントは、従来想定されていたよりもより強く、哲学的、国家理論的、そして歴史的問題を取り扱っていたことが示された」(Ders., Art. „Laband, Paul“, in: Rüdiger Voigt/Ulrich Weiß (Hrsg.), *Handbuch Staatsdenker*, (2010), S. 220)。

<sup>37</sup> Kremer (Anm. 24), S. 194-198 も、ゲルバーが私法学を権利の体系と描いているのに対し、公法学を客観法の体系として描いていることを指摘している。

<sup>38</sup> 本稿はこの語を以下のような意味で用いる。ドイツ語で法を意味する *Recht* が、法という意味と権利という意味を有するということは常識である。しかし、クヌート・ヴォルフガング・ネルによれば、権利保護が与えられるのは、原告や被告を法秩序の道具として、つまり服務員 *Funktionär* として利用するためなのか、それとも彼らが権利の主体であるからなのか、という形で *Recht* の二重性は分断され、対立させられることがある。個人が権利の主体ではなく全体法秩序の服務員となるという問題はとりわけ中世教会法において明確である。「ある聖職者が保



べることは、しばしば誤解されがちのように、主観法が単に統治機構としての国家のために存在し、国家によって意のままとなる存在にすぎないということを意味するわけではない。この点を理解するためには、以下の第3款で述べる国家論の検討が必要である。

### 第3款 国家論

通常、ゲルバーやラーバントの国家観は国家法人論として知られている。従来の研究、たとえばシェーンベルガーによって、実証主義国法学の国家法人論においては、国家意思、つまり国家権力の主体たる国家人格が国法学の中心点として置かれていることが強調されてきた。そして先に確認したように、この国家人格の有する国家権力はいかなる秩序にも拘束されない権力と理解されている。シェーンベルガーによれば、このようにゲルバーやラーバントを理解する根拠は彼らの人格概念にある。すなわち、シェーンベルガーによれば、ゲルバーやラーバントにとって国家は法人、すなわち権利義務の主体である<sup>39</sup>のだが、この法人概念は私法から借用されたものであり、「それ自体において完結した主体であり、絶対的であり、統一的であり、そして分割不可能であり、構成員の可能性から引き離されている<sup>40</sup>」のである。したがって、しばしばゲルバーやラーバントの国家法人論の先駆者として捉えられるヴィルヘルム・エドゥアルト・アルブレヒトの国家法人論<sup>41</sup>とは決定的に相

---

有している聖職禄に対して自己が正当な権利者だと主張する者は、保有している聖職者を訴えるのが通常である。この場合には、訴訟は自己の主観的利益(聖職禄)を追求する当事者間の争いとなる。しかし、保有者が保有しているのは、勝手に占有しているのでないかぎり、通常は上位の聖職者(たとえば司教)によって割り当てられたものである。したがって、両利害関係人＝当事者の争いは、上位の聖職者が適法な割り振りを行ったかどうか、すなわち、適法な職務遂行であったかどうかをも争うことになる。教会の側から見れば、自己の利益を追求する当事者を手段として利用して、聖職者の職務遂行をコントロールするという目的を実現しようとしているのである」。小川浩三『『ヨーロッパ法史入門』注解』(クヌート・ヴォルフガング・ネル『ヨーロッパ法史入門』、東京大学出版会、1999年、所収)、183-184頁。法は法名宛人に権利を付与しない場合もあるし、付与することもある。ネルは後者(つまり引用文のような事例)の権利を客観的・主観的権利 *objektiv-subjektive Rechte* と呼ぶ。つまり、ここでは法と権利とは分離され得ない。個々人が有する権利は客観的法秩序の一部であり、法秩序が有する目的を実現するために権利として認められるのである(Knut Wolfgang Nörr, *Prozeßzweck und Prozeßtypus: Der kirchliche Prozeß des Mittelalters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen*, in: ders., *Iudicium est actus trium personarum: Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, (1993), S. 206)。ネルによる議論を国法学へと適用する可能性について本稿は仲野武志(仲野(前掲注3)、23頁以下)に触発されている。しかし、本稿は仲野自身が指摘する(たとえばゲルバーの『公権論』について論じている仲野前掲52-54頁を参照)よりも強く、ネルのいう *Recht* の二重性の分断はドイツ国法学に見いだせると考えている。ただし、誤解を招かないために急いで付言すると、本文の繰り返しとなるが、このことは、実証主義国法学において権利が国家によって自由に設定されるものであるにすぎない、ということの意味しない。とりわけこの点については前期ゲルバーにおいて顕著であるが、国家によって公権が恣意的に設定されたりされないことこそが客観的法秩序の目的に適うのである。

<sup>39</sup> Schönberger (Anm. 4), S. 92.

<sup>40</sup> Ebenda, S. 95.

<sup>41</sup> Wilhelm Eduard Albrecht, *Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, in: *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 1837, (1837). 本稿は1962年版

違する。すなわち、アルブレヒトは、国家を議会や君主を超越した上位の秩序たる公共体として把握し、このことを表現するために国家を法人として把握したのであり、人格概念をもつばら権利義務の主体という意味に還元した実証主義国法学の国家法人論とは相違するとされるのである<sup>42</sup>。

確かにゲルバーやラーバント、とりわけ後者において人格という概念が、そして国家人格という概念が権利義務の主体という意味で用いられていることは事実である。しかしこのことと、彼らの国家論が国家法人論に尽きることとは全く別の問題である。ここまでの議論からも明らかとなるように、国家人格の機関たる君主や議会による国家権力の行使(それは実証主義国法学においては公権の行使として理解されている)は、客観法から導出された主観法の行使であり、あくまでもより高次の秩序によって拘束されたものである。ここまで確認してきた客観法と主観法の二元論に対応して、実証主義国法学の国家論においても二元論が存在する。すなわち、国家法人論つまり主観的国家論の背景には客観的国家論が存在することが確認されなければならない。この客観的国家論をおおむねゲルバーは有機体、ラーバントは(『国法講義』において明確に述べられているように)法秩序という用語によって説明している。しかし、さらに詳細に見るならば、この有機体としての国家あるいは法秩序としての国家という概念は、ある同一の観念を表現するために利用されている

---

を用いる。アルブレヒトについては柳瀬良幹「アルブレヒトの国家法人説」(『国家学会雑誌』第81巻第9・10号、1968年、所収)およびHenning Uhlenbrock, *Der Staat als juristische Person*, (2000), S. 20 ff., 39 ff. 参照。

<sup>42</sup> Schönberger (Anm. 4), S. 42-47. シェーンベルガーは、アルブレヒトの時代においては、法人を財産・意思主体として用いる用法は存在せず、このような用法はサヴィニーにおいてはじめて生じたと説く。シェーンベルガーに比較的好意的な見解を示す研究として Kremer (Anm. 24), S. 234-241. そこではアルブレヒトの国家法人論がゲルバーに与えた影響が否定され、グローテフェンドおよびプフタの影響が強調されている。ただし、Ebena, S. 234, Anm. 532 では、ゲルバーにおいてもアルブレヒトの公共体概念が残存していることが指摘されていることに注意する必要がある。「[シェーンベルガーの解釈は、]しかしながら、ゲルバー国法学における親君主制的傾向を強調しすぎている。ゲルバーもまた、君主と民族を国家的公共体へと束ねることを意図していたのである」。本稿の理解では、この指摘はきわめて重要であるのだが、クレマーは結局のところ、この公共体概念と(シェーンベルガーと同様に、クレマーにおいてももっぱら国家意志と関係付けられて説明されている)国家法人概念とにいかなる関係があるのか、という点についてほとんど説明を与えていない。本稿の作業は、このクレマーの脚注を掘り下げるものと位置付けることができるかもしれない。また、シェーンベルガーらとは異なり、権利・義務の担い手としての法人という定式化はサヴィニー以前に、ゲオルグ・アルノルト・ハイゼが1807年に出版した著作に見いだされ得るのであり、アルブレヒトは高権的権利および義務の担い手として国家法人という用語を用いることができた指摘する研究として Uhlenbrock (Anm. 41), S. 44-45. この論点については時本(前掲注5)、52頁注21も参照。当時における法人概念の変容については村上淳一『ドイツ市民法史』(東京大学出版会、1985年)、111-116頁も参照。そこではすでにプロイセン一般ラント法の起草者たるスヴァーレツによる皇太子への進講(1791-1792年)やスヴァーレツの協力者であるクラインにおいて、すなわちサヴィニー以前の時代において、倫理的人格という概念によって自然人とは区別された団体の対外的法主体性を意味する用法が(一種の卓越した倫理的主体を示す用法とならんで)存在したことが指摘されている。この論点を解明するためにはアルブレヒトの法人概念について立ち入った検討を加えることを必要とするため、ここでは問題の存在を指摘するにとどめておく。

ことを理解することができる。すなわち、公共体 *Gemeinwesen* としての国家という観念である。たとえばゲルバーはこの公共体という観念を、恣意に左右されない客観的な基盤に基づいた国家を指すために利用し、この公共体をより具体的に表現するために有機体という政治的概念を利用しているのである。先に確認した客観法は、このような意味で、国家有機体という客観的基盤から生ずる状態や制度の総体を指し、この客観法から導出された公法上の主観法は、有機体を、ひいては公共体を現実化するために行使される権利であるとされている。本稿の理解では、実証主義国法学の国家論の(少なくともその当初におけるその)最大の目的は、この公共体としての国家という理念を表現することにある、公法上の主観法もこのような観点から考察されなければならないのである。

以上の本稿の目的から理解できるように、本稿が具体的に取り上げる論者はゲルバーおよびラーバントであるのだが、彼らの議論の検討とあわせて、本稿は実証主義国法学に対する最も有力な批判者として知られるオットー・フォン・ギールケの議論も取り上げたい。本稿の理解では、ギールケは実証主義国法学の最大の論敵であると同時に最大の理解者でもある。すなわち、ギールケは、ゲルバーやラーバントの基本的立場が、法を事実に戻すいわゆる実証主義に依拠するものではないこと、ギールケの用語でいえば法理念を尊重する立場であることを正確に認識したうえで、実証主義国法学においてはこのような基本的立場から逸脱した傾向も同時に存在することを批判する。したがって、ギールケの議論を検討することは、本稿がこれから行う論証を裏付けるものでもあり、実証主義国法学が有する特徴と問題点を内在的に明らかにするものであるという側面をも有しているといえるだろう。

本稿の具体的な構成は以下になる。第 1 章では実証主義国法学の創始者であるゲルバーの主著である『公権論』と『綱要』を検討し、実証主義国法学の初発の問題意識がいかなるものであったか、そして実証主義国法学の進展とともにこの問題意識はいかなる変容を被ることとなったのか、という点を確認する。第 2 章は、ゲルバーの後継者であるパウル・ラーバントの議論を『国法講義』を主たる素材として検討する。第 3 章では、ギールケのラーバント批判を理解することを目的とするが、ギールケによるラーバント批判を十全に理解するためには、ある程度であれ、ギールケ自身の法思想および国法学理論について理解することが必要である。そのため、ギールケ法思想および国法学の概観を確認した上で、ギールケのラーバント批判の検討に取りかかりたい。最後に、ごく簡単にではあるが、本稿が提示するような実証主義国法学の持つ思想が現代公法学に対して有する意義について述べてみたい。

なお、本稿執筆にあたっての技術的諸点をここで述べておく。引用した文献に邦訳が存在する場合、邦訳を参考させていただいたが、西村が一部改めた箇所も存在する。また、文献を引用する際、西村による省略は「[……]」で示した。引用文内における西村による捕捉は「[]」で示した。引用を行う際、原文における強調は傍点で示し、西村による強調は下

線で示した。

## 第1章 C・F・v・ゲルバーにおける法と国制

### 本章の目的

本章の課題は、19世紀ドイツの国法学者であるカール・フリードリヒ・ヴィルヘルム・フォン・ゲルバー<sup>43</sup>の主著である『公権論』および『綱要』それぞれにおける国家理論、国制論を検討することによって、19世紀ドイツ国法学において生じた「国家有機体論から国家法人論へ<sup>44</sup>」という国家理解の変遷の意義を、主として、序論において確認した公共体概念に対する関心の相違ならびにそれに対応した公権概念の相違という観点から明らかにすることにある。

19世紀ドイツ国法学において国家法人論が重要な位置を占めていたことには異論はないだろう。国家を人格と捉える学説はすでに自然法論に見いだされ得るが<sup>45</sup>、国家がはじめて明確に法人として捉えられたのはヴィルヘルム・エドゥアルト・アルブレヒトが1837年に公刊した書評においてである<sup>46</sup>。しかし、アルブレヒトの国家法人論は当時の国法学に定着したとはいえない難かった<sup>47</sup>。これに対し、国家法人論を国法学の根本原理へと高めたのがゲルバーである。ゲルバーは私法学者としてそのアカデミックキャリアを開始し、『普通ドイツ私法の学問的一般原理<sup>48</sup>』や『ドイツ私法体系<sup>49</sup>』においてロマニスト私法学者であるサヴィニーやゲオルグ・フリードリヒ・プフタによって彫琢されたローマ法学流の私法的方法のゲルマン私法学への適用を試みた後に国法学者へと転向し、今度はこのような法学的方法を国法学へと転用し、政治的、社会的、歴史的、哲学的考察を排除した(とされる)国法学における法学的方法を確立した。ゲルバーはこのような方法に基づいて1852年に出版された『公権論』および1865年に初版が出版され、後に二度の改訂を経ることとなる『綱要』によって、ラーバントやゲオルグ・イエリネックによって受け継がれることとなる実証主義国法学の礎を築いたとされる<sup>50</sup>。

ところで、ゲルバーは、『公権論』においては国家の認識方法として、アルブレヒトによって説かれた国家法人論の採用を意識的に断念し、国家有機体論によって国法学の基礎を構成することは十分可能である、という立場を採用した。しかしゲルバーは1865年に「ド

---

<sup>43</sup> ゲルバーの経歴については Schmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 18 ff. および後掲注 126 を参照。

<sup>44</sup> 栗城壽夫「十九世紀ドイツ国家有機体論における民族(Volk)思想の機能」(同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収)、332頁。

<sup>45</sup> Uhlenbrock (Anm. 41), S. 20 ff. はフーゴー・グロティウスやザミュエル・プーフENDORFの名を挙げる。

<sup>46</sup> Albrecht (Anm. 41), S. 4.

<sup>47</sup> Uhlenbrock (Anm. 41), S. 49.

<sup>48</sup> Gerber, Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, (1846).

<sup>49</sup> Ders., System des deutschen Privatrechts, (1848).

<sup>50</sup> ゲルバーのドイツ法思想史上における一般的評価については、たとえば碧海純一／伊藤正己／村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、1976年)、158頁以下(村上淳一執筆)参照。

ドイツ国土の分割可能性について<sup>51)</sup> (以下「分割可能性論」と略す)において国家を意思主体として把握する国家法人論への改説をはじめて披露し、その後『綱要』において国家法人論を基礎とする国法体系を構成した。以後、国家法人論はラーバントやイエリネックによって実証主義国法学におけるいわば公理として継承されることとなる。他方で、後で詳しく確認するようにギールケのような実証主義国法学に対するきわめて有力な批判者が、実証主義国法学流の国家法人論を強く批判したことからも理解できるように、国家法人論を検討することは、実証主義国法学のみならず 19 世紀ドイツ国法学の性格を解明するにあたり、避けて通ることのできない研究課題であるといえるだろう。

本章の結論部分をあらかじめ提示しておく、以下のようになる。すなわち、本章は『公権論』と『綱要』との相違を国家観それ自体の変化というよりも、国家と社会の関係(国制論<sup>52)</sup>)に関する変化であると把握し、この変化をゲルバーの公権論の変化と関連付けて説明する。すなわち、『公権論』においてゲルバーは、自律的かつ身分制的色合いを強く帯びた諸団体からなる社会の編成を規範的に主張する。そしてゲルバーは、国家有機体という政治モチーフにしたがいつつ、この諸団体に国政への参与可能性を与えることによって、絶対君主制や、普通選挙制に基づくフランス流の民主制を回避するような独特の国制像を提示し、国家が公共体たるための条件を提示した。他方、国家法人論が採用された『綱要』のゲルバーにおいては、依然として国家は公共体として、そして有機体として把握されているのだが、同時に国家は支配主体たる法人としても把握され、身分的諸団体の編成という規範的主張は相対的に後景に追いやられ、もっぱら国家とその服従主体たる民族からなる国法理論を提示することとなった。本章は、このような両著作間における変遷を、従来必ずしも注目されてこなかった「団体論的国制論の後退」という論点を通じて描き出すことによって、実証主義国法学が想定する「国法学」の有する特異な前提を析出したい。

従来の研究においては、『公権論』と『綱要』の間の相違を外在的に、すなわち政治状況の安定化という観点から説明を行う試みも存在する<sup>53)</sup>が、学説変化をこのような外在的事情

<sup>51)</sup> Gerber, Ueber die Theilbarkeit deutscher Staatsgebiete, (1865), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878). 以下 UT と略す。

<sup>52)</sup> 本稿が(国家論とは区別された)国制論という用語をしばしば用いるのはこのような問題意識を明らかにしたいという意図に基づいている。すなわち、本稿が検討する論者達の視野が、決して統治機構としての国家のみに限定されていたわけではなく、いわゆる社会的領域をも(一定の限度で)みずからの視野に入れていたこと、そして本稿それ自体がこのような視野を踏まえた上でこれらの論者の検討を目的とするという意図である。国制という用語については水林彪「比較文明史的国制史論の基本構想」(同『国制と法の歴史理論』、創文社、2010 年、所収)、118 頁以下も参照。

<sup>53)</sup> たとえば栗城壽夫「ゲルバーの国家観」(『法学雑誌』第 8 巻第 2 号、1961 年、所収)は、『公権論』が執筆された 1852 年はいまだ 3 月革命の影響が残っており、国家状態も法状態も不安定であったが、『綱要』が執筆された 1865 年には市民階級の政治的意欲も衰え、政治情勢の安定化の兆しも見え始めたため、国家の法学的把握のための条件が熟しつつあったことや、行政の中央集権化、身分制議会の全民族の代表への発展、一般的な兵役・納税の義務の賦課、法の前平等や一般的公民概念の確立などといった国家権力の合理化の進展にともなって、法および法制度を統一的・体系的に把握する必要性が増したことを挙げる。

から分析する視角が重要であることは当然であるとしても、理論内在的視点からの分析も欠かすことはできないだろう。本章の関心は、主として後者にあり、ゲルバー国法学の目的とその手段を具体的に明らかとすることを目的としたい。

しかし、その際、国家有機体論から国家法人論への改説と呼ばれるものが過度に強調されるべきではない。ゲルバーの国家法人論においてはあくまでも国家有機体論が前提にされている。本稿の理解では、『公権論』と『綱要』の相違が最も明確となるのは、「公共体としての国家」という国家像に関する実現態様に即してゲルバーの議論に着目するときである。

## 第1節 ゲルバー私法学における法学的方法

本稿は序論において、ゲルバーの法理論が歴史法学に依拠するものであることを前提としてきた。この点を改めて確認するために、本節第1款においては、ゲルバーがみずからの方法論的立場を宣言した、三つの講演をもととした一つの論文という形を取る「ドイツ法およびドイツ法学一般について<sup>54</sup>」を検討したい。次いで第2款では、彼の法学的方法を具体的に確認するために、彼の家族世襲財産論を取り上げたい。

### 第1款 「ドイツ法およびドイツ法学一般について」における歴史法学の継承

さて、「ドイツ法およびドイツ法学一般について」の第一講演において、ゲルバーはまずドイツ法史を簡単にたどり、ローマ法継受以後における17・18世紀の法学者が「[法という対象の]精神的支配や自由な形成を行うというみずからの任務を自覚する代わりに、彼らは乏しいカズイスティックな個別的事項への[法の]解消を与えた。そのようなわけで、法は国民的諸力の影響から引き離され、法学は法律家ツンフトによる手作業となつた」と説く(UR, S. 8)。このような状況の克服がゲルバーの課題となる。この克服のための具体的な手段は、一言で述べるならば法学における歴史の意義を改めて捉え直す点にある。

「このような学問[従来のドイツ私法学]に欠けているのは、簡単に述べるならば発展という理念である。法とは民族における個々の恣意的な事実ではなく、民族の生命の核心と結び付いた現象であるという、それどころか民族の生命それ自体であるという思想なしには、そして習俗や言語、文化や宗教における民族の生命を展開させる文化的契機が有する一般的な傾向によって法も把握されるのだという思想なしには、数百年にもわたって積み上げられた法素材は、豊かな土壌において成長した頂を風の中でそよがせる力強い木々として現れるのではなく、やせこけた木の葉の無価値な塊として現れざるを得ない。[このような学問においては]法史学 *Rechtsgeschichte* はなく、法骨董学

<sup>54</sup> Gerber, Ueber deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt, I, (1851), II, (1855), III, (1865), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878). 以下URと略す。

Rechtsantiquitäten<sup>55</sup>があるにすぎない。[後者においては]法素材の漸進的成長や法素材の発展に内在する理念に関する描写はなく、ただ等しい正当性を有して相互に定立された、きわめて古いあるいはきわめて新しい記録の覚書 **Notizen** の雑多な集合があるにすぎない。[ここには、]歴史的観点を伴った像ではなく、時には生き生きとした、そして時には生気を失った諸要素——それは観察者の目には等しく矛盾したものである——の混乱した提示があるにすぎない。したがって、いかなる判断、いかなる自由、いかなる支配も存在せず、死した文字面の下での卑屈な服従[があるにすぎないのである]」(UR, S. 9)。

ゲルバーによれば、さらに、発展という理念を中核とするこのような歴史的な法という見方<sup>56</sup>は 18 世紀における理性・自然法という浅薄な思想によって損なわれたとされる。

「歴史において開示された賢明さの代わりに、うぬぼれた理性的反省 **Verstandesreflexion** という幻覚を賛美する軽薄な哲学の影響の下、当時の学問において叙述されていた歴史的な法もまた皮相な理性・自然法のための生け贄とされてしまった」(UR, S. 9-10)。

この論点については、ゲルバーは本論文の後の箇所である第三講演でもう少し詳細に述べているので、そちらも確認しよう。

「法という領域もまた当然ながら前世紀[18 世紀]中葉以来、精神的生活のすべての領域に対して現れた精力的な活動によって把握された。法学もまた啓蒙の時代あるいは——そのようにいってよいのであれば——自然哲学の時代を有したのである。歴史的に生成

---

<sup>55</sup> たとえばゲルバーは別の箇所で、諸命題の相互的連関を顧慮しない、トマジウスの弟子であるゲオルグ・ペイヤーの学問的手法を「裸の歴史的骨董学」と呼び、批判している(Gerber (Anm. 48), S. 22)。なお、Schmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 107-159 も参照。おそらくはゲルバーの骨董学批判は、直接にはプフタから受け継がれたもののように思われるが、ここでは指摘のみにとどめておく。プフタの骨董学批判については、Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz", (2004), S. 132 を参照。

<sup>56</sup> このようにゲルバーが述べる際、彼の念頭に浮かんでいるのは、おそらくはたとえばサヴィニーにおける以下のような記述であろう。「法確信は、民族において生きることが長ければ長いほど、ますます深く民族の中に根ざすであろう。さらに、法は慣用 **Übung** によって発展するであろうし、はじめは単に萌芽において存在していたものが、適用によって一定の姿で意識されるようになるだろう。それから、法の変化もまた、この方法で生ずるだろう。というのは、個々の人間の生活においては、完全な静止の瞬間というものは見られず、ずっと続く有機的發展が見られるが、民族の生活においても、またこの全体的生活を構成する各個の要素においても、事情は同じであるからである。現に、言語において、ずっと続く継続的形成と発展が認められるが、法においても同じ仕方ですれが認められる。また、この継続的形成も、最初の成立と同じ法則に、すなわち、偶然や個人的恣意から独立した、内的な力と必然性から生み出されるという法則に服している」(SR 1, S. 16-17 [邦訳:43-44 頁])。発展という思想が歴史法学の根本教説をなしていることについては Otto Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, (1903), S. 8 も確認しているところである。

した法において恣意的な規則以外のなにものも見いだされないことによって、みずからをこのようなお荷物から可能なかぎり根本的に解放し、自然法およびその創造物の主観的考察の中に安寧を見いだしたのである。健全な人間理性に基礎付けられたとされる新しい構造だけが一般的な混乱から助け起こすことができるとされた。人間は法を自由に主観的な決断にしたがって作り出すことができるということ、人間は人間が正しいと思うことを恣意的に時代に対して命じることができるということが考えられていたのである。したがって、この時代はすべての実定的なもの *alles Positives*——人々はそれを理性法のみすばらしい対立物としてイメージした——を並外れて過小評価することを特徴とした。このような努力の結果がいかに無価値なものであったか、いかに完全な浅薄化が法律学にこの時代から最終的に生じたかは周知のとおりである」(UR, S. 25)。

このような理由により、単なる歴史的事実の羅列である法骨董学の克服が自然法論によってなされることはなかった。ゲルバーによれば、このような法骨董学の克服を行った功績は(ローマ法については)サヴィニー、(ドイツ法については)アイヒホルンに代表される歴史法学派に帰する。すなわち、法を理解するためには、民族生活における法の起源を探究する必要があると歴史法学派によって認識されることとなったのである(UR, S. 10)。しかし、法学と歴史学とのこのような結び付きは、ゲルバーにとって法を理解するために必要な作業の一面にすぎない。

「法学がそのほかの歴史的学問と直接的に結び付く段階へと高められたとしても、法学に真の——その理念に対応した形を与えるためにはさらなる歩みが必要である。法という性質は歴史的な取り扱いとは別の取り扱いを必要とする。歴史的描写は、過去における法の発生という契機と結び付いており、また、法の成立と現在に至るまでの漸次的成長を数え上げる。しかし、このことによって、さしあたって、必要のうちの一部分のみが、すなわち法の理解が充足されるにすぎない。しかし、法は単なる意識されている事実ではなく、法は同時に、現在がそれによって支配されるべきであるような生き生きとした力なのである。したがって、法を理解するための、歴史から獲得された法理念がいまや再びその歴史的結び付きから解消されることが必要である。そしてこのような法理念は重要な事実として外的に数え上げられ、叙述されるだけでなく、我々自身の意欲と感覚の中で根拠付けられた有機体における生き生きとした分枝として認識されることが必要である」(UR, S. 11)。

すなわち、ゲルバーによれば、法学には、法の起源をたどり、現在に至るまでの法の成長を確認する歴史的研究を踏まえた上で、現在の観点から対象を法律学的に支配する体系的側面が存在するのであり、ドイツ法の研究に際しても、このような方法をサヴィニーやプフタから学ばなければならないとされるのである(UR, S. 12-14)。



このようなゲルバーの方法が、ゲルバーが自認するように、サヴィニーらの方法を忠実に継承するものであることを示すためには多言を必要としないだろう。サヴィニーの方法が「所与の素材を根底まで追求してその有機的原理を発見する」歴史的方法と、「そのような原理に則って、つまり概念と命題の必然的な連関に則って多様性の中の統一性を発見する」体系的方法の二重性を有するものであること<sup>57</sup>、かいつまんで述べれば、法学には、法的制度の成立や発展を知るために歴史的研究が必要であるが、それだけでは法学の要求は満足されず、今日の法原理の観点からして、このような法制度を支える根拠のうち、今日においてはもはや意味をなさない議論と今日においても意味をなす議論を選り分けた上で、今日の観点から法を体系的に把握する作業が必要とされるものであること、このような方法の二重性を採用することにより、所与の法素材に対して批判的観点を取り得ること<sup>58</sup>はしばしば指摘されるところである(付け加えるならば、このような方法によって、自然法論のようにもっぱら思弁的な推論によって法体系を構築することによる現実の生活からの離反を避けることができる)が、ここでゲルバーはこのような方法の二重性(なお、別の箇所ではゲルバーは法の体系的側面に対応するものを教義学と呼んでいる<sup>59</sup>)を忠実に継承しているのである<sup>60</sup>6162。

<sup>57</sup> 耳野健二『サヴィニーの法思考——ドイツ近代法学における体系の概念』(未来社、1998年)、174-175頁。

<sup>58</sup> リュッケルト(前掲注14)、228頁以下も参照。サヴィニーの方法に関する具体例としては笹倉秀夫が紹介している休止相続財産に関する議論が参考となる(笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』(東京大学出版会、1979年)、252-279頁、特に270頁)。また笹倉(前掲注6)、145-147頁も参照。サヴィニーにおける方法の二重性は理解することが困難な議論であるが、この点に関しては、本稿の筆者が見たかぎり、笹倉の議論が相当程度明確かつ精確なものではないかと思う。サヴィニー自身による歴史法学における歴史研究の意義に関する一般的な説明としてはたとえばSR 1, S. XIV-XVI. [邦訳:10頁]。そこでは、ローマ法の歴史を研究する意義は、我々が無意識にローマ法の支配を受けないようにするためにあると説かれている。

<sup>59</sup> 『ドイツ私法の学問的原理』ではゲルバーの法学的方法の構成要素として歴史的研究と対をなすのは教義学という用語である(たとえばGerber (Anm. 48), S. 261 ff.)。『ドイツ私法の学問的原理』における歴史的研究と教義学の関係についてはSchmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 135, 139, 152。そこでは、ゲルバーにとって法の歴史的研究と教義学は区別されるべきものであるが密接に関連するものであると指摘されている。

<sup>60</sup> Kremer (Anm. 24), S. 149 f. もまたゲルバーがサヴィニーおよびプフタの「歴史的・体系的方法」を継承したと説く。その際、クレマーはゲルバーが歴史的側面よりも体系的側面を重視したとするのだが、ゲルバーがこのような法学における体系的側面を強調したという事実はクレマー自身も確認しているように当時の論争的文脈を踏まえて把握されるべきである。ゲルバーにおける体系的側面の強調は、本文でも確認したように、あくまでも法の体系的構築を拒絶した主流派ゲルマニストに対抗する形で行われているのであり、しばしば説かれるようにゲルバーは実証主義者として法学から歴史を追放したと把握されるならば、それは誤解を招くものであるといわざるを得ない。たとえばWilhelm (Anm. 12), S. 91 f. の議論はゲルバーにおける体系的側面を過度に強調していると思われる。笹倉(前掲注6)、205頁も(前掲注58で示したようなサヴィニーに対する深い洞察に基づいた研究の著者であるにもかかわらず)ゲルバーが歴史学や社会学、心理学、政治、道德、宗教から切り離された形で法を取り扱ったゆえに法実証主義であるという素朴な認識にとどまっていることは残念である。また、笹倉は同じ箇所で、ゲルバーは「必要な概念・原理を法文の観察や法関係の観察から得た」と述べているが、このことも精確ではないか、

あるいは少なくとも誤解を招く表現である。クレマーが適切に述べているように「ゲルバーは[メクレンブルクにおける古身分制的な憲法について取り扱わないという]みずからの自己限定を、立憲君主制というこの有機的国家こそが「ドイツ民族において現在存在する一般的な法確信」の内容であると見られねばならないということによって基礎付けた。彼にとっては「国勢学」、あるいは別の表現を用いれば、ドイツの全領邦国家の現実における憲法状態の詳細な模写は重要ではなかった」のであり(Kremer (Anm. 24), S. 125)、「ゲルバーにとって領邦法の国勢学的に精確な記述も、領邦法上の諸規定の合致に基づいた普通法上の諸命題も重要ではなく、彼は抽象化を要求したのであった」(Ebenda, S. 126. GS, S. VI-VII も参照)、すなわち、ゲルバーにとってみずからの結論を導出するために重要であったのは、法文からの観察などではなく、民族の法確信(と彼が考えるもの)であり、この法確信に基づいて、ゲルバーは実定諸法命題を比較的自由に取捨選択することを正当化していたのである。クレマーの提示するこのようなゲルバー像は、本稿が確認した、法骨董学の批判者としてのゲルバーという像に対応していると本稿は考えている。いずれにせよ、後掲脚注 62 においても簡単に示すように、「歴史法学から実証主義へ」というような通俗的ゲルバー理解は(根拠が全く存在しないとはいわないまでも)、ゲルバーの内在的理解を目的とするならば、有益というよりは有害な側面の方が大きいように思われる。

なお、かつてサヴィニーは、みずからがあたかも法学から哲学を追放しようと試みたかのように非難された際に、自身が非難したのは、法学に哲学を持ち込むこと自体ではなく 18 世紀におけるクリスティアン・ヴォルフや後期通俗哲学による法学への悪影響のみであると述べたことがある(Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. Auflage, (1828), S. V [邦訳:サヴィニー、大串兎代夫訳『法典論争』(世界文学社、1949 年)、5-6 頁])が、このようなサヴィニーの主張は、本文のここまでの叙述を確認していただければ、ゲルバーにもおおむねあてはまる事が理解できるだろう。すなわち、サヴィニーやゲルバーにとって問題であるのは、哲学それ自体ではなく、啓蒙主義哲学なのである。

<sup>61</sup> また、このようなゲルバーの議論をより精確に理解するために、ゲルバーがみずからの『ドイツ私法体系』をサヴィニーに送付した際に附した手紙からの引用を行おう。「あなたの民法法学の卓越性が新しい道を示す以前は、ドイツ法もローマ法も同様の状態にありました。ローマ法は一つの土台でした。ローマ法は生き生きとしたものとならねばならず、現在の法意識に結び付かねばならなかったのです。しかし、アイヒホルン以来、ドイツ法の加工者は、ローマ法の領域においてはすでに達成されていた学問的進歩を利用することを蔑んできました。人々はいわゆるドイツ私法の遺物を叙述し、この遺物を骨董学的収集の対象として位置付けました。しかし、人々はゲルマン的素材を、いまなお将来へと迫っている生き生きとしたものとして把握しようと努力することはなかったのです。私はこのような欠陥から離れようと努力しようと感じ、このような努力における際、あなたの卓越した著作の影響によって本質的な貢献がなされたと感じました。その貢献たるや、私は私の著作を、少なくとも私にとって考慮に値すると思われる関係においては、あなたの著作の影響の産物 *Wirkung* として見る事ができるほどです」。この引用は Kremer (Anm. 24), S. 142 に基づく。なお、この手紙においては本文で確認したものとは異なったアイヒホルン評価がなされているように思われる。先の本文で確認したところでは、アイヒホルンは民族生活における法の起源を探究した論者であるとされていたが、この手紙においてなされているアイヒホルン評価は、法の骨董学的収集にとどまった論者にすぎないとされている。この点については、ゲルバーにとって教義学的(体系的)研究を伴わない歴史研究というものはそれが優れたものであっても、骨董学的探究にとどまるということなのかもしれないし、ゲルバーのアイヒホルンに対する両義的评价が関係しているのかもしれない。ゲルバーのアイヒホルン評価についてはさしあたり、Schmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 154 を参照。次注におけるグリムのアイヒホルン評価も参照。

<sup>62</sup> ここまで本稿は法学における歴史の取り扱い方法としての(法)骨董学をゲルバーが批判してきたことを確認してきた。本稿の筆者のきわめて乏しい知見にもかかわらず、歴史法学研究にあたって、おそらくきわめて重要であるこの法骨董学という概念について簡単に検討を加えたい。おそらくは、この法骨董学という立場を、法古事学 *Rechtsaltertümer* という名称によって積極的に擁護したのは、かのグリム兄弟の長兄であるヤーコプ・グリム(長兄と表現したのは、ヤー

コプとともに有名なヴィルヘルムのほかに末弟としてルードヴィヒが存在するからである)である。「今日、ドイツ法の学問は、とりわけアイヒホルンの手によって新たな活気を見せている。しかし骨董学固有の研究についていえば、今日のゲルマニステンの歴史的な傾向そのものから期待されてしかるべき成果を上げるに至っていないのが実情である。彼らゲルマニステンにとって、古事の多くの点が、取るに足りない見栄えのしないものとして受け止められているとしても、あるいは彼らが、より重要な教義、すなわち後世の実務的な法へ強い影響力を有する教義に、さらに熱心に取り組んでいるとしても、やはり古事学に関し、さほどの実績があるとは思えない。今日の状況に過剰に引きつけて捉えようとする思考の仕方ほど、古事に対し内面的に関与することを妨げているものはほかにはない。私は、このような思考法が気になって仕方ない。したがって、歴史法学者と古事学探求者との間の踏み込み方、切り口の違いについて、およそ考えられることを明らかしたい。歴史法学者が、新しいものを古いものの歴史から解明しようとするのに対し、古事学探求者は古いものを古いものそれ自体から解明し、必要な場合には比較的新しいものをも援用しつつ解明の助けにするにすぎない。歴史法学者が古くなってしまったものを捨て去って顧みないのに対し、古事学探求者は単に新しいというだけではこれを取り上げない。歴史法学者が古きものを新たな法の体系につなぎ合わせようと躍起になっているのに対し、古事学探求者は古きものの多種多様な現象を、より広範でより自由な場面に残しそのままにしておこうとする傾向を有している。[……]この著作は資料で満ちあふれている」(Jakob Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, 3. Auflage, (1881), S. VI-VII)。かつてサヴィニーの高弟であったグリムは、さすがというべきか、サヴィニーやアイヒホルンによって代表される主流派歴史法学(という表現をするのは、グリムその人が歴史法学に属すると捉えられることもしばしばあるからである)における歴史研究の意義が、最終的には現代の法解釈に奉仕するという点にあることを精確に認識している。その上で、グリムはみずからの行う法古事学的歴史研究の目的が、過去そのものを理解することに向けられていることを明確に宣言しているのである。グリムとサヴィニーの関係については、稲福日出夫『ヤーコプ・グリム 郷土愛について——埋もれた法の探訪者の生涯』(編集工房東洋企画、2006年)、62-65頁(上記のグリムの引用文はこの箇所を参照した)、永田善久「自然的愛言学——ヤーコプ・グリムの思想——」(『思想』995号、2007年、所収)、42-44頁、堅田剛「サヴィニーとグリムの歴史法学」(同『ヤーコプ・グリムとその時代——「三月前期」の法思想』、御茶の水書房、2009年、所収)。たとえば永田前掲55頁においてはグリムの議論の特徴として「自身を古事研究者と見なす自己理解のもとで行われた彼[グリム]の研究活動では、古ドイツに関する様々な言語資料を(感性的な言葉遣いをすれば)慈しむように終始黙々と収集することが第一の柱となった」ことが挙げられている。ゲルバーの立場との相違は明らかであろう。ゲルバーが「ドイツ法が有する詩的ファンタジー」に批判的に言及している箇所として UR, S. 21-22. なお、ゲルバーは明示していないが、ここでゲルバーが批判対象として念頭に置いているのは、ヨハン・カスパル・ブルンチュリであるとされる(Schmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 229)。

ゲルバーが法骨董学として相手の立場を批判する場合、必ずしもグリムを直接に念頭に浮かべていたわけではないと思われるが、いずれにしても、本稿の見解では、ゲルバー法学における歴史研究の意義を取り扱う際には、なによりもまず、歴史法学的な方法と法骨董学との対立という当時の歴史法学の性格規定を巡る論争的文脈の中で検討されなければならないのである。

なお、本稿の主目的からすれば直接には関係しないが、以下の点について付言しておきたい。本稿も含め、おそらくはほぼすべての研究者がサヴィニーの立場を歴史法学と慣例的に呼んでいる。しかし、当のサヴィニー自身は『現代ローマ法体系』において、歴史法学の看板を半ば下ろしている。「我々の学問における成功は、すべて、種々の精神活動の協力に基づく。そのうちのひとつと、それから特に出てくる学問的方向との特徴を表現するために、私やほかの人たちが、以前に、なんの悪意もなしに歴史学派という表現を用いた。当時、学問のこの[歴史という]面が特に強調されたが、それはほかの諸活動・諸方向の価値を否定するため、あるいは弱めることだけでもするためではなくて、そういう活動が長期間にわたってとりわけなおざりにされていたし、したがって、その活動に本来の権利が再生するには、一時的に、ほかの活動より以上に熱心な唱道を必要としたからである」。「歴史学派という名称を最初に使用する動機となった諸理由は、当時克服を必要とした広く認められた欠陥と一緒に消滅したといってよい」(SR 1, S. XIII, XVI.

## 第2款 家族世襲財産

続いて、ゲルバーがみずからの方法を具体的にどのように適用したかを確認しよう。ゲルバーは「ドイツ法およびドイツ法学一般について」における第二講演において、みずからの方法論を踏まえてレーン制度やグーツヘルシャフト団体、家族世襲財産、マルクゲノッセンシャフト、農村共同体といったドイツ私法の素材がもはや時代に適合しないものとなっていることを論じている(UR, S. 17)。しかし、このことは、これらのドイツ私法の素材がすべて廃止されるべきであることを意味しない。これらドイツ私法の素材のうち、本稿が取り扱うのは、ゲルバー自身が深い関心を寄せた<sup>63</sup>家族世襲財産論<sup>64</sup>である。以下では、彼が家族世襲財産について取り扱った「自治の概念について<sup>65</sup>」および「ドイツ家族世襲財産理論のための付論<sup>66</sup>」を検討しよう。

ゲルバーによる家族世襲財産の法的構成を考察するにあたって、まず、家族世襲財産とはいかなる制度であったか、またゲルバーの家族世襲財産論がいかなる時代背景の下に登場した理論であるかを石部雅亮の研究にしたがって確認しておこう。石部によれば、家族世襲財産とは、家名・家系の存続を目的とする家産の不分割維持のための制度である。この制度は、17世紀後半におけるその形成・確立の根拠を、貨幣経済の浸透や、ローマ法による均分相続の影響の下、その経済的基盤を脅かされつつある貴族の土地ひいてはその社会的地位を自衛するための制度として貴族によって用いられたことに持つ。その後、この

---

[邦訳:9、11頁])。ここで述べられている、当時克服を必要とした欠陥とは、おそらくは、歴史法学派の機関誌である『歴史法学雑誌』創刊号の巻頭論文として掲載された Savigny, Ueber den Zweck dieser Schrift, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1, (1815), S. 2 において記述されている、歴史学派と対になる「あるときは哲学および自然法として、あるときは健全な人間理性として」みずからを主張する「非歴史学派」の跋扈であろうが、『現代ローマ法体系』におけるサヴィニーの記述を素直に読むかぎり、サヴィニーがみずからを歴史学派と名乗ったのは、この非歴史学派を克服するという目的以上の意義を有してはいなかったわけである。このような理由からすれば、たとえば堅田前掲 69 頁によって述べられているようなサヴィニー流「歴史」法学における(たとえばグリムと比較しての)「非歴史」性という非難についてはサヴィニー自身が十分に理解していたこととなろう。したがって、サヴィニー流歴史法学における非歴史性を指摘することは、それが単なる事実の指摘であるなら格別、仮に「歴史法学を名乗っているにもかかわらず非歴史的である」という批判としてなされるならば——あくまでもサヴィニーら歴史法学派の内在的理解のためには、という条件付きではあるが——あまり有意義なものとは思われない(堅田自身はこの点につき、かなり慎重に議論しているように思われるが)。いずれにせよ、ここで確認しておきたいのは、法学における歴史研究の意義を巡る当時の議論を無視して、サヴィニーであれゲルバーであれラーバントであれ、彼らの議論が法学に歴史を持ち込んだとか、法学から歴史を追放したという具合に抽象的に述べることは、彼らの議論を内在的に理解するためには有意義であるとは思われない、という点である。

<sup>63</sup> Schmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 240.

<sup>64</sup> 家族世襲財産論を中心にゲルバー私法学を検討した研究として海老原明夫「ゲルバーの法理論」(片岡輝夫ほか著『古代ローマ法研究と歴史諸科学』、創文社、1986年、所収)、264-282頁、笹倉(前掲注58)、135-139頁。本款における以下の記述はこれらの研究に多くを負っている。

<sup>65</sup> Gerber, Ueber den Begriff der Autonomie, I, (1854), II, (1859), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878). 以下 UA と略す。

<sup>66</sup> Ders., Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiss, (1857), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878). 以下 BL と略す。

制度はプロイセン一般ラント法によって保障されたが、フランクフルト憲法においてはその廃止が宣言され、その廃止方法は諸領邦の立法に委ねられた。1848年、1850年のプロイセン憲法においてもやはり、家族世襲財産の設定は禁止され、既存の家族世襲財産は法律の定めるところによって自由な所有権に変更されるべく規定されたが、1852年6月5日の法律によりこの禁止規定が削除され、家族世襲財産は誰でも自由に設定し得ることとなった。このような家族世襲財産復活の反動期にゲルバーの論文は発表されたのであった<sup>67</sup>。

これらの点を踏まえて、続けてゲルバーがまずは当時のドイツ法の状況をいかに見ていたかを確認しなければならない。ゲルバーは以下のような叙述を行う。

ゲルバーは中世における法の状況から説き起こす。中世においては、法は抽象的な命題という形を取っておらず、倫理 *Sitte* と未分化であった。すなわち、個々人には法的に規制されていない大幅な自由の領域が許されていたとされる(UA, S. 39)——もちろん、法が客観的な形で存在していないということは、個人の恣意に大幅な自由裁量が認められていたことを意味するわけではない。各人の行為は、倫理的な規制を強く受けていたとされる(UA, S. 40)——。「恣意的な形態から引き離された既存の法制度の遂行という性質を有し」ていなかった中世において法律行為の内容が法的であるということの意義は、法律行為が「当時の社会的、倫理的状態に根ざす動因としてのみ把握される流動的な実体にすぎず、その法律的形式を、個々の文書化された法律行為における記録によってはじめて期待する」ことができたという点にあるにすぎなかったのである(Ebenda)。

「我々はそこ[中世の法生活]にいかにならずかし概念的なもの、規則的なものを見いださないか！そしてそこではすべてが自由な行為と命令の産物であるか！」(Ebenda)。

ここで確認すべき点は、中世の法生活においては、法は内容的に法的なものであるわけではなく、単に文書によって記録されているという点で法的であるにすぎない(UA, S. 42)という点である。客観的・抽象的な法命題、法制度がいまだ確立しておらず、ほとんどすべての行為が法的に無規制なこのような時代においては、あえて貴族の自治について語る余地はない、とゲルバーは結論付ける(Ebenda)。

しかし、その後のドイツの法発展において、貴族の自治という概念に注目が集まるようになる。

「法形成が進展するにつれ、法は倫理と倫理の自由な慣行から抜け出て、あらゆる法にとって必然的な目的たる独立性と形式を得ることを求める。この目的とはすなわち客観法命題という形式である」(UA, S. 42-43)。

---

<sup>67</sup> 石部雅亮「ドイツにおける家族世襲財産制度——「相続法の近代化」のために」(『法学雑誌』第14巻第2号、1967年、所収)。

法に対するこのような観念の変化は、当然ながら上記で確認されたような法的行為の自由とは反する。しかし、この法の法制度への定式化がなされない領域がまだ残されている。とりわけ、貴族においてはその傾向が顕著であったのである。

ところで、ローマ法の継受を経て新しく定式化された法は、一般的な性格を有している。すなわち、この法は市民身分を対象としており、すぐ上で述べた貴族身分特有の法領域とは緊張関係にある。しかし、貴族を歴史的な残留物 *Residuum* にすぎないと考えることはできない。というのは、貴族は当時、すなわち 14、15 世紀の社会においては高度に活力ある身分であったからである(UA, S. 44)。

では、ローマ法の影響を受け、新たに一般的に定式化された法と貴族法の対立はどのように捉えられるべきか。ここで取り上げられるのが、法命題の理論である。

「我々がすでに中世の法記録において見ることができるが、しかしローマ法の受容において完成された事態として観察する、ドイツ法史における法の客体化は、換言すれば一般的な法命題への定式化は、その前提が一般的な人間的関係である制度に関わる」(UA, S. 45)。

貴族法はこのような法の客観化過程においては把握されず、以前から有していた法的行為の自由、任意処分 *Disposition* の自由という性格を保持したまま存在する。

「家族世襲財産に代表されるこのような貴族の自由は、貴族の自治として捉えられるようになった。つまり、家の名と栄光の保持のために用いられる、通例とは異なる、財産に対する貴族の法律行為の性質は、その有効性が特定の時間的・人的制約に限定される法律行為、すなわち既存の法制度の適用ではなく、未来に向って不特定多数を義務付ける一個の立法権力の行為であると説明されるのである」(UA, S. 46)。

ここには、ローマ法の受容によって成立した、法律行為は法命題によって制約されねばならないという考えと、法命題によって制約されない貴族法という特殊ゲルマン的な法素材はローマ法に馴染まないという考えとの緊張関係が存在するわけである。では、ゲルマニストたるゲルバーは貴族の自治的領域をそのまま認めるのか、といえそうではない。ゲルバーにとって家族世襲財産の設定は立法行為ではなく、一個の法律行為である。

「ドイツ貴族の権利は、それが一般的権利の体系に適合しないゆえに、前世紀[18 世紀]に至るまで客観法への定式化が為されないままであった。したがって貴族の権利は古きドイツの法生活の自由な行為という性格を相変わらず有しており、新しい法律学はこの行為の形式的な承認を立法行為としての把握という点に見いだしていた。しかし、いまやピュッター-Pütter らによって、遅ればせながら、かの定式化過程を押し進めようとい

う、このような法律行為についても客観法を基礎付けようという試み——このような企ては前世紀においてはなお高級貴族が至るところで現実の立法権者であるという大きな困難に直面していた——がなされ始めた際、自治という特殊な概念が首尾一貫して消滅し、高級貴族の一家の家契約 *Hausverträge* や家族による処分 *Familienverfügungen* は通常法律行為の意義へと縮減しなければならなかったのである<sup>68</sup> (UA, S. 49)。

いまや自治として捉えられるのではなく客観法に基づいた法律行為として捉えられる家族世襲財産制度の法的性格は以下のようなものである。

「法律行為によっては決して法命題は生じず、常にただ、今日のドイツ私法の理論がそのために合致する法制度をすでに知るような法関係が生じるにすぎない。数百年間を通じて家族世襲財産の個々の設立に際して、馬鹿げた手段を伴って、不譲渡性、女性の排除、長子単独相続などという規定のための正当化を見いだすためにみすばらしい技巧が用いられてきた一方、今日の法学は家族の名前と栄光に真の基礎が保持されるような制度を全体として承認し、そして未来を拘束するような方法においてそのように処分することが許されていると述べることを成し遂げたのである」 (UA, S. 52)。

以上の考察を踏まえた上で、ゲルバーによる、家族世襲財産という一つの独自の法制度に対する法律構成をより詳細に見ていきたい。「ドイツ家族世襲財産理論のための付論」では以下のような表現が与えられている。

「ドイツの家族世襲財産は真の法制度である。すなわち個々の諸法命題からなり、私法上の意欲を実現する特定の個々の可能性という総体的見解を表示する法律学上の単位である。この単位は自身の固有の編成と固有の内的法則 *Gesetz* を有している。制度を適用しようとするものは、この法則にしたがわなくてはならず、抽象的規則を自身の意思に服させ、特定の関係に適用することによって抽象的な規則を実現することとなる」 (BL, S. 129)。

このようにして、当初は客観化されず、貴族独自の権利として捉えられていた家族世襲財産は、あくまでも法命題、そして一連の法命題の集合体である法制度の適用として捉えられるのである。

ところで、先に見たように、家族世襲財産制度は元来、貴族の自治として観念されてい

---

<sup>68</sup> なお、貴族の自治立法権についてのみならず、立法権力の領邦国家への集中化により、ゲマインデや都市はもとより、私的団体 *Corporation* や結社 *Gesellschaft* の立法権についても語り得ないとされている (UA, S. 58-61)。これらの点については Dorothee Gottwald, *Fürstenrecht und Staatsrecht im 19. Jahrhundert. Eine wissenschaftsgeschichte Studie*, (2009), S. 89 も参照。

た。いまやゲルバーは「歴史から獲得された法理念」を「その歴史的結び付きから解消」(UR, S. 11)しようと試みる。

「さて、我々が、普通法において家族世襲財産が独自の法制度として存立することを受け入れねばならないならば、家族世襲財産を利用する権限は一般的に認められるのか、それとも特定の社会的範囲、すなわち貴族に限定されるのか、という問いがさらに問われることとなる」(BL, S. 136)。

この問いに対して、ゲルバーは、確かに家族世襲財産制度が発達したのは貴族関係においてであったが、しかし「このような歴史的事情のみから、今なお家族世襲財産制度が実現する場が貴族に限定されるべき法的根拠は導かれない」(Ebenda)と応じる。このような観点から、今日における家族世襲財産の持つ理念、すなわち「世襲財産[世襲地]Stammgut を基盤として歴史の中で家族の一体性を保持すること」は非貴族の家族においても認められ得るとされるのである(BL, S. 137)。

このようなゲルバーの叙述を踏まえて、本稿に関連するいくつかの論点を指摘しておこう。まず、すでに何度か触れてきた点であるが、(客観的理念の表現たる)客観法から主観法を導出するというゲルバーの法学的方法がここで鮮やかに現れているという点である。第二に注目すべき点は、ゲルバーの法学的方法について、その脱身分的な性格、脱封建的な性格という点に着目されつつ、しばしば形式主義的なもの、進歩的なもの、資本主義を正当化するものと評されてきた<sup>69</sup>し、そしてそのことはある程度までは事実であるのだろうが、しかしそれは必ずしも流動的な財産取引を前提とした資本主義社会を単純に正当化するものではない<sup>70</sup>という点である。このような流動的な財産(とりわけ土地)取引に対してゲルバーは、「世襲財産(世襲地)Stammgut を基盤として歴史の中で家族の一体性を保持すること」を目的とする家族世襲財産が有する理念を普遍化することによって対抗しようと試みているのである。そして、第三の点は、家族世襲財産という思想が有している理念を、「世襲財産(世襲地)Stammgut を基盤として歴史の中で家族の一体性を保持すること」という今日においても擁護されるべき点に求め、家族世襲財産が有していた貴族的なものとのつながり

<sup>69</sup> 磯村(前掲注 1)、5-11 頁はゲルバーの私法学を「近代的市民社会のアトミスティッシュな構造を法的に反映したもの」と理解した上で、それは既存諸権力との妥協を介するブルジョア化という社会的背景においては、市民法的思考の純粋な貫徹を阻止する要素が存在するのであり、ゲルバーの家族世襲財産論は封建的貴族層の経済的基礎の維持という機能を持つものであると把握されていると理解している。磯村の依拠するヴィルヘルムの議論も参照(Wilhelm (Anm. 12), S. 126 f.)。

<sup>70</sup> 海老原(前掲注 64)、278-279 頁は Gerber, Zur Theorie der Reallasten, I, (1858), II, (1863), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878), S. 214, Anm. \*を引用しつつ、ゲルバーが、「あらゆる財産が無制限に移動しうることを前提と」する株式会社は「経済的利益をその自然的・個人的な基礎から強引に引き離し、非人間的・抽象的な利潤へと恣意的に統一する」「破壊の原理」を宿すものであるとし、このような株式会社と伝統的な団体との区別を強調したことを適切に指摘する。



はあくまでも歴史的なものであって、今日においてふさわしい形で家族世襲財産制度は捉え直されなければならないという議論において、先に確認した歴史法学における二重の方法がここで見いだされ得る点である。

ここまで、ドイツ国法学を検討対象とする論文としては比較的詳しくゲルバーの私法学の特徴を検討してきた。本稿は、このようないわば長い前置きを以下の三点から必要な検討であると考えている。第一に、ここまで確認してきたゲルバーの法学的方法における歴史的方法と体系的方法の二重性は、国法学においても貫徹されているという点である。具体的にどのような形で貫徹されているかは、ここからの叙述に譲るとして、ゲルバーはみずからの法学的方法について、私法学上の論文、著作においては比較的雄弁に語っているのであるが、国法学においては詳細に論じているとはいえない——そのことが、国法学者としてのゲルバーを読む人々に対して、実際以上にゲルバーが実証主義者であるという印象を与えることとなったのではないかと思われるが——。したがって、私法学における方法論について比較的詳細に確認しておく必要があったのである。第二に、ゲルバーが想定する私権というものについて、一定程度のイメージを得ていく必要があるという点である。とりわけ『公権論』において明らかであるのだが、ゲルバー国法学においては、私権(既得権とおおむね換言してもよい)というものに重要な意義が認められている。そのため、ゲルバーが私権というものを語る際に、いかなるものを想定しているかを確認しておく必要があったのである。第三の点は、ゲルバーが想定する法学的方法の目的に関わる。この点について二箇所ほど引用しよう。

「さて、学問が(アイヒホルンやその後継者がなすように)このような[発展した法制度へと高められていない法]関係をその現在の法状態において描写することを任務とするならば、このような学問はローマ法の学問とは全く異なった観点に立つこととなる。このような学問は法制度——それはそれぞれ、なんらかの形で人間の意思を方向付ける可能性をその根底として有している——の体系を含んでおらず、大部分は、社会的・政治的圏における流転 Wechsel に委ねられ、したがって、独立した学問的基礎付けが不可能であるような法状態の体系的描写[のみ]を含んで[いるにすぎない]」(UR, S. 20)。

「貴族法の素材すべてを、多くの、名目上の立法者の恣意的意向によって形成されるような形式のみにおいて把握する見解は、学問それ自体に対して生産的な使命を付与することを放棄するものであり、また個人的な恣意の不明確な流れに身を委ねることとなるのである<sup>71</sup>」(UA, S. 68)。

<sup>71</sup> 西村貴裕「一九世紀ドイツ法学におけるゲノッセンシャフトの概念と私的諸侯法——上級貴族の家の法理論的位置づけ」(『Historia Juris 比較法史研究』第8号、1999年、所収)、200-201頁もまた、この箇所をゲルバー法学の目的を示す箇所として引用している。また、裁判官による権力の恣意的行使を制御する法学という論点について Schmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 137-138.

ゲルバーにとってドイツ法学の活動が単なる歴史的事実を記述するにすぎず、サヴィニーらの方法によって克服されるべきものであると考えられていたことはすでに確認したとおりであるが、これらの引用文が示しているのは、法学が単なる歴史的事実の記述に尽きるならば、あるいは立法者たる個人の意向を叙述することに尽きるならば、法学は社会的・政治的理由から変更し得る事実を後追いすることをみずからの任務とするにすぎず、法学固有の観点は存在し得なくなり、また、法学は恣意に支配されることとなるだろうとゲルバーが想定していることである。既存の事実の後追いに法学が尽きるということはないとするこのようなゲルバーの立場は、国法学においても基本的に継承されている。議論の先取りとなるが、『綱要』から示しておこう。

「我々の公法学が考える実証性とは、しばしば、法律家の実証性であるよりもむしろ、国勢学者 *Statistiker* の実証性であるという私がすでにかつて述べたことを私は繰り返す。歴史的な序論によって伴われた法律に関する伝達 *Gesetztesmittheilung* はいまだ決して法学的な作業ではないことをさらに私は改めて強調する。他方、法律によって支えられていない議論は、それゆえに、たやすく政治や哲学の領域へと追いやられるということはないということ、換言すれば、法学は一般的な国法上の原理を、その対象と技芸の規則にしたがった十全な自由において展開するという任務をも有していること、しかしそのような作業の産物は同一の対象へと向けられた政治的・哲学的考察の産物とは異なるものであることを私は想起したい」(GS, S. 238)。

この引用において批判的に取り上げられている国勢学という言葉<sup>72</sup>は、ゲルバー私法学を取り扱った際にしばしば現れた法骨董学という用語にほぼ対応するものであると考えてよいだろう。すなわち、ここでは単なる歴史的事実の記述や、それを伴ったもろもろの法律の記述だけでは法学に達することはできないこと<sup>73</sup>、法学的議論というものが、哲学や政治に容易に委ねられてしまうべきではないことが説かれていると理解できるだろう。では、哲学や政治(もちろん、ここで主として想定されているのは、自然法論やそれに基づく政治であると理解されるべきであろう)に容易に委ねられない国法学はどのようにあるべきであるのか。このことに対する解答もまた、私法学におけるそれと同様である。すなわち、ある法制度につき、歴史的研究を踏まえた上で、今日においても意義を有するその制度の原理を明らかとしたうえで、対象に法的構成を施すことである。そして国法学においては、このような原理の中心をなすものこそが有機体思想なのである。このような予備的考察を前提として、以下では、ゲルバーの国法学理論に立ち入ることとしたい。

<sup>72</sup> なお、引用文中にある「私がすでにかつて述べたこと」とは、öR, S. 9 を指すのかもしれない。

<sup>73</sup> なお、ゲルバーは、歴史法学派らしく、ドイツの諸領邦において法典編纂がなされたからといって法学が法典に取って代わられることはないと考えていた(UR, S. 23)。

## 第2節 国家有機体論

### 第1款 有機体としての国家

本章冒頭でも述べたように、ゲルバーは『公権論』において、国家法人論を斥け、国家有機体論を採用した。ところで、国家有機体論の採用は、ゲルバーの時代認識と切り離されて行われたわけではない。まず、ゲルバーの歴史認識を確認したい。

ゲルバーによれば、18世紀において、ほぼすべての領邦は、決して真の国家を形成しておらず、その実態は私法的な権限の総和にすぎない私法的国家または家産国家と呼ばれる組織であった。このような領邦においては、統治権は君主が有する個人的な私権にすぎず、レーン法、契約、特権、いつともしれぬほど古くから受け継がれている占有状態といったものに基づいて成立していた。このような国家においては、民族 Volk のあらゆる階層に対して効力を持つ国家権力なるものは観念し得ない(öR, S. 3-4)。

このような国家観は、19世紀の国家観にふさわしくない、とゲルバーは主張する。その主張の根拠は、18世紀と19世紀の間に存在する文化史的転換とゲルバーが呼ぶものに基づく。このような転換以前には、歴史上の出来事は、それが一見したところ諸侯によって人為的に形成されたように見えたとしても、諸個人と民族がいわば天命としてしたがわなければならない高次の摂理であると考えられていた。しかし、いまや諸個人や民族は、現実の国家生活にふさわしい確かな諸原理を見だし、この原理にしたがい、みずから国家生活を新しい方向へと導こうとしたのである。19世紀ドイツの諸憲法は、このような文化史的転換に基づく新しい国家原理に法的表現を与えたものであり、外見上、18世紀の憲法と同様の要素が見いだせたとしても、その法的性格は完全に異質なものとなってしまうのである(öR, S. 6-8)。このような時代認識に対応して、ゲルバーは国家権力を私権として説明する18世紀的国法<sup>74</sup>と区別された、19世紀的国法のメルクマールをなす法原理の探

---

<sup>74</sup> ただし、ゲルバーが述べるように18世紀の国法学を私法的国家論、家産国家論に尽きるかのように見ることはできないと思われる。たとえばヨハン・シュテファン・ピュッターは明確に私法と国法を区別していたように思われるからである。ピュッターについては東尚史「ヨハン・シュテファン・ピュッターの法理論——体系と歴史——(1～2・完)」(『法学論叢』第159巻第1号、第159巻第2号、2006年、所収)、Christoph Link, Johann Stephan Pütter, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert: Reichspublizistik · Politik · Naturrecht, 2. Auflage, (1987). [邦訳:クリストフ・リンク、柳原正治訳「ヨハン・シュテファン・ピュッター」(ミヒャエル・シュトライス編、佐々木有司/柳原正治訳『十七・十八世紀の国家思想家たち——帝国公(国)法論・政治学・自然法論——』、木鐸社、1995年、所収)]。マウレンブレヒャーを例に挙げてゲルバーの18世紀国法学の認識が必ずしも精確なものではないことを指摘するものとして Schönberger (Anm. 4), S. 47, Anm. 101 も参照。

なお、本稿が問題としてきた歴史法学流の二重の方法についても、当時の国法学者がこのような方法から遠いものであったか、疑問がないとはいえない。Michael Stolleis, Die historische Schule und das öffentliche Recht, in: ders., Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, (2011), S. 344-346 は、すでに17・18世紀の公法学者において(さらにサヴィニーやアイヒホルンといった歴史法学の定礎者以前にも、実質的に)歴史法学派の主張が受容されていたことを指摘し、さらに帝国崩壊後の国法学者(ここでもピュッターが念頭に置かれているようである)において「人々は、一方においては思弁的恣意や自然法的抽象から、歴史的基礎付けによって身を守り、他方において教義学的構成要素に一定の形成の余地を与えた。このような原理は、歴史家の手か

求をみずからの課題とする(öR, S. 12)。それぞれの時代に相応する法原理を見いだした上で、それにふさわしい法的構成を行おうとするこのようなゲルバーの議論において、すでに確認したような法学における二重の方法が前提とされていることはいうまでもないだろう。逐一指摘はしないが、今後、本文で検討するゲルバーの議論は、この法学における二重性を前提としないことには理解できない。すなわち、ゲルバーは、この後、君主の権利や身分制議会の議員の権利について論ずるのであるが、君主の権利なり議員の権利なりが、中世にも近代にも存在し、外見的には両時代を通じて類似していたとしても、その内容はその時代の法原理に応じて全く異なるのであり、19 世紀国家の法原理にふさわしい法的構成が行われるべきであるということがゲルバーの議論の主眼の一つであるからである。

さて、このような 19 世紀の国家における法原理を探究する試みの一例として、ゲルバーはアルブレヒトによって説かれた国家法人論を挙げる。アルブレヒトによれば、国家は、個人あるいは支配者の個人的な利益の総和ではなく、より高次の一般的な全体利益を形作る諸目的に奉仕する公共体 *Gemeinwesen* である。この諸目的を実現するための権利は、個人に与えられる場合もあるし、そうでない場合もある。後者の場合は権利の主体が個人の

---

ら素材を無加工のまま受け取るのではなく、「死んだ」構成部分から純化し、体系的意図の下で加工することを意味する。その際、当時の哲学的観念論との結び付きの中で生の素材の中に隠されている「指導的根本命題」、「制度」、「理念」といったものを理解し、明るみに出すことを信じ」る「歴史的・教義学的方法」が広まっていたとする。このようなシュトライスの議論にしたがうならば、ゲルバーの方法はそもそもさして独自のものではないということになるだろう。シュトライスの議論を受けて、本稿なりにこの点をいましばらく確認するために、たとえば、ドイツ国法学の方法論について叙述した以下の引用文を見ていただきたい。「もちろん、我々の記述の主たる目的は現代のドイツ国法にある。したがってすべての法骨董学は[我々の記述の対象から]排除される。古びた、もはや妥当しないすべての国法それ自体は現代ドイツ国法の体系に属さない。[原文改行]しかしながら、我々の現代の国家の状態が深い歴史的根を有していることが見誤られることはない。生成したもの *Gewordenen* の学問的理解は、生成したものの成立 *Werden* の発展過程へと我々が入り込む場合にのみ可能である。ここで我々にとって興味をひくのは、過去の国家状態それ自体ではなく、このような国家状態が現代の国法の生き生きとした根であるかぎりにおいてである」。この文章の趣旨は、まさに本稿がここまで確認してきたゲルバーの立場そのものといってよいと思われる——本稿がしばしば確認してきたように、「法骨董学」という言葉はゲルバーがみずからの批判対象に好んで貼り付けてきたレッテルである——が、この文章の著者が、ゲルバーの論争相手であり、歴史的考察を国法学から排除したとされる実証主義国法学以前の、旧来の自由主義的国法学の末裔である、かのヘルマン・シュルツェ(引用は Hermann Schulze, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht mit besonderer Berücksichtigung der Krisis des Jahres 1866 und Gründung des Norddeutschen Bundes*, (1867), S. 103 による。旧来の方法論的立場に属するシュルツェ、新しい方法論的立場に属するゲルバーという見方に立つものとして、たとえば西村稔『知の社会史』(木鐸社、1987 年)、118-125 頁)であると示すならば、驚く読者の方もいるのではないだろうか——もちろん、このような引用文のみでゲルバーとシュルツェの方法論が同一であるなどといえるわけではないが——。ゲルバーの思想史的位置付けをより本格的に行うためにはゲルバー以前、同時代の国法学に関し、より詳細に検討する必要があるのだが、本稿の筆者の能力では、現段階ではこれ以上の考察を断念せざるを得ない。しかし、おそらくはこのような作業のためには、シュトライスが部分的に行っているように、ゲルバー以前の国法学を歴史法学という観点(そしてそれとの関連を意識した上での自然法論の受容・非受容という観点)から詳細に検討する必要があるように思われる。

ほかに要請されることとなる。この主体が国家法人である (öR, S. 12-13)。

ゲルバーはこのようなアルブレヒトの試みのうち、消極的要素については肯定するが、積極的部分については肯定できないとした(öR, S. 13)上で以下のように述べる。

「[アルブレヒトの試みには]国家を客観的で自立的な基盤の上に据え、国家と領邦君主を私法の形式を通じて結び付けようとする不自然な試みから解放しようとするという正しい努力がその基礎に存在するが、この目的が達成される方向性においては間違っている」(öR, S. 15)。

なぜ、国家に客観的基盤を与えるためには国家法人という構成は不適切なのか。その答えは以下のようなものである。確かに、国家における君主の私法的人格という構成が拒否されるべきであれば、国家権力の主体として、擬制 *Fiktion* を用いて国家に与えられた観念的人格という構成を与えることは自然であるように見えるが、しかしそのような法人はあくまで自然人の反復 *Wiederholung* にすぎない。というのは、「取引生活の法律学的必要性に助けを与えるという目的しか持たない擬制的存在たる法人という概念によっては、この目的は十全に達成され得ないからである<sup>75</sup>。もし、国家を法人と観念するならば、気付かないうちに、私法上の主体関係に立ち戻り、国法の素材の無数な多様性を非常に狭く、不適切な枠に押し込めることになることになってしまう。その場合は、社団 *Corporation* の概念を採用せねばならず、そこから生じる間違いを斥けることはできないこととなる。また、国家を法人として把握するならば君主を法人の機関として取り扱わざるを得ず、君主を国

---

<sup>75</sup> ゲルバーの法人観については Gerber, *System des deutschen Privatrechts*, 17. Auflage, (1895), S. 66. この時期のゲルバーが国家法人論について言及した箇所としてはほかには Gerber, *Bemerkung zur Beurteilung genossenschaftlicher Verhältnisse*, (1855), in: ders., *Gesammelte juristische Abhandlungen*, 2. Auflage, (1878), S. 190-191. そこでは、ゲオルグ・ベーゼラーの批判(この批判については海老原(前掲注 64)、268-273 頁を参照)に応じる形で、ゲルバーは「人間ではない存在 *Wesen* へ的人格の転用はいかなる場合でも技巧的な行為、すなわち擬制 *Fiktion* である。さて、そのような擬制を企てる法は、特定の法関係のために擬制の発生をきっぱりと確認する法命題がすでに存在しない場合、私的意思に置かれるのではなく、より高次の国家という認可権力において、国家の法創造権威において置かれる。このような国家権力の行為とこの行為としばしば混同される警察的認可の問題とは区別されるべきだろう。擬制的法の国家権力への割り当てに反対して、ベーゼラーは、(1)それであれば、国家権力それ自体はみずからの法人格をどこから獲得するのかという疑問を提起する。[この際、]ベーゼラーは、国家が有する国庫としての性格を別とすれば、国家が決して法人ではないことを見落としている」と説いている。なお、ゲルバーは私法学においては基本的にサヴィニー流の法人擬制説を採用しており、『公権論』においてもその立場は引き継がれている。すなわち、法人は法律によって創出されるが、法人の本体たる団体の実在それ自体は所与の前提とする立場である。サヴィニーの法人擬制説については村上(前掲注 42)、136 頁以下を参照。ゲルバーとサヴィニーの法人観をめぐる論点につき、より詳しくは時本(前掲注 5)、34 頁以下。このような『公権論』期の議論に対し『綱要』においてゲルバーの国家法人観は変遷することとなる。なお、先の引用文には、『綱要』出版後に、「私がこの見解[国家は法人ではないこと]に賛同しないにもかかわらず——参照、私の『ドイツ国法綱要』§ 1——上述の異論は全く無意味である」との脚注が付されている。

家の外に置かねばならなくなる(Ebenda)。ここではアルブレヒトの試みのうち消極的側面、すなわち国家を客観的で自立的な基盤の上に据え、国家と領邦君主を私法の形式を通じて結び付けようとする不自然な試みから解放すること、つまり国家を公共体として捉えるべきことは肯定されているが、アルブレヒトの試みのうち積極的側面、すなわち国家法人論を採用することはこのような目的を達成するためには不適切であるとされているのである。

ここでゲルバーが国家法人論を採用し、君主を法人の機関として取り扱うことは君主を国家の外におくことであると指摘していることはきわめて重要である。すぐ後で詳細に見るように、ゲルバーの目的は君主を国家の内部に据えることであるのだが、この時期のゲルバーにおいては、擬制的存在たる法人における機関概念は、決してある主体をある団体の内部に据えることを可能とはせず、当該主体が現実には、団体の外に存在していることを意味しているのである。ここでなされている議論は、本稿で繰り返し確認する論点であるので、記憶にとどめておく必要がある。

さて、国家法人論の持つこのような欠点を除去した上で、私権の集積たる 18 世紀の国家と区別された 19 世紀の新しい国家原理としてゲルバーが挙げる思想こそが、ほかならぬ国家有機体論である(öR, S. 16)<sup>76</sup>。国家有機体論は、国家を個人の意思に服せしめることを回避し得る国家観の探求という課題を十全に達成し得る思想である。というのは、有機体は、機械装置 *Mechanismus* とは異なり、外に存在する力によって動かされるのではなく、みずからの内部に存在する固有の生活原理によって動かされるからである。この固有の生活原理は、一つしか存在しないわけではなく、有機体全体の目的のためにそれぞれ異なった使命を持つ各構成部分に応じて定まる。国家有機体論は国家を君主によって支配される客体であるとか、君主と相並ぶ主体であるというように取り扱うのではなく、君主を国家有機体の一構成部分として取り扱い、君主がみずからの権利を、私権のように恣意的に行使することを認めない点にその意義が存在する(öR, S. 16-17)。しかし、ゲルバーは即座に、有機体という概念は法学的概念ではないと論じる。確かに国法学は有機体という概念からその実質的内容を受け取りはする。しかし、法は有機体の持つすべての実質的内容を受け取るのではなく、国家を所与の前提とした上で、それに導かれるようにして加わるにすぎないのである。つまり、自然的・倫理的実在としての国家有機体がまず存在するのであって、法が国家を創造するわけではないのである。また、この倫理的有機体の概念には、人格の理念が含まれているが、それは客体を服従せしめる意思能力という法学的な概念ではなく、自己意識や精神的統一といった倫理的概念であるにすぎないとされる(öR, S.17-18)<sup>77</sup>。

<sup>76</sup> サヴィニーもまた、国法を有機体と関連付けて説明していた。「国法は、国家を、すなわち民族の有機的現れを対象とする」(SR 1, S. 22 [邦訳: 47 頁])。

<sup>77</sup> このゲルバーの国家有機体論がルドルフ・フォン・イエーリングの賞賛を受けたことはしばしば指摘されるところである。イエーリングからゲルバーに送られた手紙として Mario G. Losano, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, (1984), S.51-55. しかし、この点は過度に強調されるべきではない。後掲注 80 も参照。

## 第2款 国法と私法

ゲルバーは、「国法的諸原理のより詳細な規定のいかなる探求も私法的な把握から出発しなければならない」(öR, S. 24)と説く。このことは、もちろん、国法を私法的に構成せよということを意味しているのではなく、いまだその形成への端緒についたばかりの国法学が学として独立するためには、法学として完成している私法学を参考とすることには意義があること、私法と国法の類似点および相違点を認識することこそ重要であると説いているのである。

ゲルバーは、みずからの私法・公法区分を、私法は個々の人間それ自体を目的とするのに対し、国法は民族全体を対象とすると述べ、フリードリヒ・ユリウス・シュタール、サヴィニー、プフタを参照しつつ、私権と公権の相違について論じる。

第一に、私権は完全に個人の意思範囲内に存在するが、公権は個別的な存在としての個人に帰属するのではなく、全体との結合においてのみ個人に権利が認められるにすぎない。したがって、選挙権を行使しない選挙権者の権利や王位を放棄する王位継承者の権利、官吏の地位を辞する官吏の権利の行使は、私権がそうであるように、個々人の私的意思に委ねられているのではなく、ただ、これらの権利から身を引く *zurückziehen* ことが許されているにすぎない(öR, S. 25-26)。

第二に、私権と異なり、公権は同時に義務を伴う。公権保持者は、公権の存在する客観的理由にしたがって公権を行使しなければならない(öR, S. 26)。

しかし、このような命題によって、公法と私法の関係に関する考察が尽きるわけではなく、ゲルバーは続けて、公法における法と権利の関係について論じていく。

ゲルバーは人格が私法体系の基点であると論ずる。しかし公法においては事情が異なる。公法においては人格ではなく、一般意思や客観的基盤に基づく法素材こそが重要である(öR, S. 27)。ゲルバーは続けて、この点をより詳細に説明するために、国家有機体という理念から生ずる状態や制度の総体は客観法と呼ばれるべきであるとする。この客観法は二通りの方法で個人と関係を持つ。第一の方法は、国家権力の行使に関わる。国家有機体はそのままでは権力を行使し得ない。したがって、君主や官吏といった人々に国家権力を行使する権利を認める形で結び付けられる必要があるのである。この際、客観法は主観化 *subjektivieren* されることにより、個々人の権利という形を取るようになるのである。また、選挙権の行使や身分制議会の構成員として公的サービスを行う権利を行使する場合においてもこのような結び付きは生じるとされる。このような権利は、個人かあるいは特定の団体に認められることによって、形式上、私権と類似した権利であると見られる。第二の方法としては、客観法が個人の権利と直接結び付かないまま存在することがあり得る。たとえば出版の自由や宗教の自由に関する法律は国家の権力行使を制約する一般的規則であるにすぎず、君主の権利などがそうであったように、自由に出版を行う権利や自由に宗教を選ぶ権利というような個人の権利として把握されるわけではない(öR, S. 27-28)。

これらの議論から、なぜゲルバーが国家の法学的考察を具体的な公法論(公権論)を行う以

前に取り扱ったかが理解できるだろう。国家有機体という客観的基盤こそが、公法の出発点だからである。

さて、私法と公法の違いはここまでの叙述で確認されたが、両者は交わらずに存在する訳ではない。ゲルバーによれば、中世において国法的諸要素は、形式、内容の両面において私法的権利であると見られていたとされる。しかし、ゲルバーにとってより重要なのは、内容において国法独自の要素がはっきりと認められているにもかかわらず、私法の形式のみを借りるというような私法と国法の結び付きが存在し得ることである。たとえば領邦における身分構成員としての資格、選挙権、租税免除、古ドイツの審判人の職務といった公権が土地所有の取得に付属し、所有権取得の原則にしたがって獲得される場合が存在し得るのである(öR, S. 31)。しかし、この私権との結び付きは上で述べたような公権それ自体の性質を決して変えるものではない。このような結び付きの意義が『公権論』の命綱と言えるほどの重要性を有していることは以下で詳しく取り扱われるが、ゲルバーが公権の獲得形式と内容の区別をここで強調していることは記憶されるべきである。

### 第3款 公権とその担い手

公権は、その基礎をすべて国家有機体に有しており、公権とは、このような国家有機体の持つ諸機能が、その構成員に割りあてられた権利である(öR, S. 39-40)。ここまで見てきたように、国家それ自体が法学的考察の対象とならない以上、公権の記述が国法学の主な対象となる。

ゲルバーは、君主の権利、官吏の権利、臣民の権利の三つの権利を扱う。この順序にしたがって、それぞれゲルバーの説くところを見ていこう。

#### (1) 君主の権利

そもそも、君主の国法上の権利は、法の領域を越えた社会的、政治的に重要な意味を持つ王権の一面であるにすぎない。しかし、ゲルバーは、1. 法律を与える権利、2. 下命および命令に対して服従を求める権利、3. 国家領土を支配する権利は国法の領域に属するとする。これらの君主の持つ諸権利を国法上の権利としているのは、これらの権利が支配 *Herrschaft*、拘束 *Unterwerfung* といった他者、物を拘束する意思作用であることにある<sup>78</sup>。そしてこれらの意思作用は、決して債権的作用でも、物権的作用でもなく、国法独自の意思作用である。また、ゲルバーは 4. 対外的に国家を代表する君主の権利もまた国法の領域に属するとする(öR, S. 48-50)。

---

<sup>78</sup> なお、権利を他者ないし物を拘束する意思作用であると把握するゲルバーの理解は、明らかにサヴィニー権利論の影響下にあるように思われる。この点については本稿第2章第5節で改めて触れる。なお、私法において身分的関心が考慮されるべきではないという文脈で述べられている箇所であるが、「私法上の意思は、事物の数えきれないほどの多様性から非常に異なった対象を選ぼうとも、人間の諸生活関係の色とりどりの連鎖に浸透しようとも、物と人格の拘束 Unterwerfung に向けられているかぎり、常に特殊[私法上の]意思であり続ける」と説く Gerber (Anm. 75), S. VII(当該箇所は初版序文の一節である)も参照。



次に、この君主権と権利主体としての君主人格との結び付きの考察へと向かおう。ゲルバーは、君主と国家権力の間の法的関係を表現するために、国家権力に対する所有権という表現を用いることは適切ではないと論じる。それは、かつて往々にして誤解されていたようにすべての権利の帰属を所有権という用語で表現する必要はないという形式的な理由のほかに、所有権は私法上の概念であって、有機体の一構成部分が行使する公権のための表現としてふさわしくないからという理由に基づく(öR, S. 52-53)。しかし、他方でゲルバーは、この『公権論』においてもっぱら対象とされる世襲王政下では、君主権は私法上の相続法の形式によって移転されると論じる。先の公法・私法区分論で見たように、私法の形式のみが援用されるという形で公法と私法が関わる場合が存在する(öR, S. 31)ののだが、ここで扱われているのはその一事例である。しかし、形式は私法に基づき、内容が国法に基づくような権利などあり得るのだろうか。ゲルバー自身、相続による公務就任権という論理には十分な説得力が存在しないことを認め、首長が選挙という国法上の行為によって選ばれる共和制の方が国家権力の公的性格がより現れるとする(öR, S. 54)。ここで、ゲルバーがこの問題を克服するために用いる論法が、君主権の内容および保持それ自体と、成立形式および帰属の根拠の区別である。具体的にはゲルバーは以下のように論ずる。

君主の権利と、この君主の権利を相続法の規定にしたがって期待し得る者が持つ期待権、つまり王位承継権の関係は、ある家族世襲財産と、この家族世襲財産所有権者の男系親族の持つ期待権、つまり家族世襲財産の相続権の内容と同じであるとする議論は間違っている、とゲルバーは述べる。家族世襲財産においては、存在する家族世襲財産と、この期待権の内容は同一である。しかし、君主権においては事態は全く異なる。確かに王位継承権それ自体は相続財産の一部であり私法の領域にとどまるが、この継承権が実現されたとともに、この継承権、すなわち王となる権利は私権としての性格を完全に捨て去り、国家有機体の最高の構成部分として活動するという性格を明らかとするのである(öR, S. 55-56)。したがって、君主権の成立形式および根拠は、共和国の元首と異なり、私法の圏に存するが、その内容、保持それ自体においては共和国と全く同様に、私的処理に服せず、権利であるとともに義務であるという性質を持ち得ることとなる(öR, S. 53-54)。

このような法的構成が技巧的であることは、ゲルバー自身認めているところである。しかし、ここで注目すべきは、ゲルバーが行ったこのような議論は世襲君主制という現状の護教論にとどまるものではない、ということである。すなわち、ゲルバーは以下のように述べる。

「法学はそのような[君主権や、比較的重要でない政治的権利を構成するという]法的現象に真の場を用意するために、非常に技巧的な方法を取らねばならないが、それと引き換えに、公権をそのような具体的な、私法の性質にしたがって展開し得る個体権によって少なくとも部分的には支えることを知っている政治は本性に適っており *naturgemäß*、健全である。公権は、このことによって、私権の確実性 *Festigkeit* と安定性 *Sicherheit* を

受け取り、公権が日々の世論という気まぐれな恣意に委ねられた要素として現れるような不明確、不安定な状態をなくすのである」(öR, 56-57)。

ここでは、公権の内容と成立形式の区別という技巧的な法的構成が、単に現状の追認という目的のために用いられているのではなく、私法の形式を借りることによって日々移行く政治的状況に対する防波堤を果たすという、より積極的な目的を有していることが理解される。このような君主権における私権と公権の結び付けは、臣民の権利においても再び登場するのだが、この点については改めて取り上げることとしよう。

## (2)官吏の権利

ゲルバーは君主権に続いて官吏の権利を取り扱う。しかし、官吏の権利は、ごく簡単に取り扱われるにすぎない。というのは、

「彼ら[官吏]の独特の地位は、まさに、国家元首の権利の中に総攬 *zusammenlaufen* されている国家権力の諸権利を君主の地位に代わって行使すべきである、という点にあるからである。彼らの処分や命令における服従と承認への要求は彼ら固有の権利に基づいているわけではなく、彼らがただ実施・執行機関として仕えているにすぎない君主という他者の権利に基づいているのである」(öR, S. 58)。

すなわち、官吏は君主の持つ権利を具体的に行使するための補助機関であるのだが、このことの法的意義をゲルバーは代理関係として説明する。つまり、官吏は君主が有する権利を代理として実施、執行するにすぎない。したがって、官吏に固有の国法上の地位について論じる必要はほとんどないのである。

## (3)臣民の権利

国家の機関は君主およびその補助者としての官吏に尽きるわけではない。

「法学的に見て、国家の編成 *Gliederung* がほとんど君主とその官吏のみによって構成され、完全に画一された臣民集団があらゆる国法的個体化を欠く場合——法学の観点から見て、国家が機械装置という不快な画一化という印象を提示する場合——、この画一化という印象は政治の観点から見れば、ますます強くなるのである」(öR, S. 61)。

ゲルバーにとって、国法学の出発点は国家を独立した客観的基盤に据えること、つまり国家を公共体として把握することにあり、このような目的を達成するために国家は有機体として位置付けられていた。有機体という概念装置の採用は、家産国家論と異なり、君主が有する権力を私法的に構成せず、君主の権力行使は有機体の概念から導かれる客観的な制

約に服すると捉える基盤を与えた。しかし、君主とその補助機関である官吏のみが公権を保有しており、臣民が公権を全く有さないならば、構成部分がそれぞれの使命を果たす、という有機体のイメージからほど遠いものになってしまうのである。さて、君主権について見たようにゲルバーにとっての公権とは特定の人格に強く結び付けられたものであったわけだが、臣民に公権を結び付けることがいかにして可能であるのか。以下では、ゲルバー公権論の掉尾を飾る臣民の権利について見ていこう。

臣民の権利を扱う『公権論』第7章で、ゲルバーはまず、治者 **Regierung** と臣民の関係を論ずる。

「被治者すなわち臣民は治者に対立して存在する。民族を治者と対置することは、そのことによって、統治が民族の外にある力である、という完全に非難されるべき考えが示されているかぎり、間違っている(言葉の政治的意味においても間違っている)」(öR, S. 62)。

もちろん、臣民は、私法的国家においてはあり得たように、全人格的に支配される私法的支配、体僕制、奴隷制の状態にあるのではない。臣民による国家への服従は、客観的な国家有機体という思想に基づくものであり、国家生活において有機的結合に関与することである、と積極的に位置付けられるのである。さらに、秩序ある国家においては、国家権力の活動には客観的制限が定められているのである(öR, S. 62-63)。

では、被治者、臣民の国法上の地位はどのようなものであるのか。ゲルバーにとって臣民とは「国家的支配に服する者の地位であり、この概念で完全に示されている」(öR, S. 63)とされる。このような考えが許されるのは、ゲルバーが国家的支配に服することを恩恵であると考えているからである。国家的支配が正義や賢明な節度に基づいている場合、国家的支配は臣民に対し、彼らの持つ様々な財に祝福をもたらし、自由な人倫的發展と運動のための条件となるのである(Ebenda)。

では、出版の自由、結社の権利、良心の自由のような国民の権利 **Volksrecht** はどのように扱われるべきか。これに対するゲルバーの答えはにべもないものである。国民の権利は、政治的概念であり、決して法学的概念ではない、というのがその答えの内容である。しかし、ここでなされている議論はやや複雑である。国民の権利を、私法における所有権がそうであるように、上に挙げた一連の権利を内実として有する国家公民 **Staatsbürger** の概念によって構成することを試みが存在するかもしれない、とゲルバーは述べる(öR, S. 63)。しかし、ゲルバーは国家公民権あるいは国民の権利なるものは法的な概念ではなく、自由主義的、立憲的な統治下にある個人の政治的状态を表すための政治的な概念にすぎないと断じ、国家公民権の法的性格を以下のように論ずる。

「かのいわゆる国家公民の権利(政治的自由)という一般的な視点はただなにか否定的なものにおいて見いだされる。すなわち個人を支配したり服従させたりする際、その本性

に適した限界の範囲内にとどまらせ、ゲルマン的民族生活の理念にしたがえば、一般意思の強制的な作用に服し得ない人間の人格の一部を国家の生活圏や影響から自由にさせる、という点に見いだされるのである。したがって国民の権利は単に自由な、すなわち人格が有する非国家的な側面の承認を求める消極的な権利にすぎない。国民の権利は常に、ただ国家権力の否定 **Negation**、すなわち国家権力をその権限の限界に押し戻すことを指図するにとどまる。臣民の観点からすれば、国民の権利は君主の権利の制限にすぎない。したがって、法学的把握といえるのは、このような否定が国家権力の権利の積極的な規定へとすっかり変わる把握だけである。それ[国民の権利]は国家権力の行使に関する客観的、抽象的法命題である。個人にとっては、この法命題は特定の事実要件の前提の下、権能(主観的意味における権利)、たとえば、処分の撤回を求める権利を発生させるという作用を持つにすぎない。これらのことすべてから、その[国民の権利の]確認それ自体からは決して、そこから同等の権利、義務からなるものとしての臣民の権利の性格を明らかにするという意味での公権は基礎付けられ得ないということが明らかとなる。この法命題は単に変更を含むにすぎず、「臣民の権利」という一般的な概念という新しい独立した要因を含むものでない」(öR, S. 64-65)。

ここで論じられていることこそが、世によく知られるゲルバーの自由権否認論である。ゲルバー内面的に理解するならば、自由権には国家有機体の持つ力の行使という積極的契機が存在しないゆえに公権とはいえない、という構成になっている。しかし、しばしば指摘されるように、このことは行政に対する自由権の保護可能性の否定を意味しているわけではない<sup>79</sup>。というのは、ゲルバーはたとえば出版法に違反していない言説にたいする取り締まりのような処分行為(それは政治的全体の構成員としての地位の毀損であるとされる)を撤回させる権利の存在は認めるからである(öR, S. 35)。しかし、「国家権力の権利の積極的な規定」ではない自由権が、厳密な意味での公権とはいえないことは上述の引用文で確認できるとおりである<sup>80</sup>。

<sup>79</sup> たとえば Pauly (Anm. 9), S. 158 の適切な議論を参照。ゲルバーの自由権否認論を詳細に取り扱った研究として Rüdiger Suppé, *Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, (2004), S. 228 ff. しかしズッペの議論においては、ゲルバーがいかなるものを権利として捉えたのか、という点が明らかにされておらず、ゲルバーの権利論一般の分析として読むならば不十分であるように思われる。

<sup>80</sup> 笹倉秀夫はゲルバーにおける国家有機体論と自由権の関係について以下のように述べる。「ゲルバーにとって国家有機体説は、国家における諸個人の政治的自由をも帰結せしめるものであり、かつこの政治的自由は国家内での自治的な組織による「分節と特殊的組織化」・「個別化」を媒介にしてこそ実体的なものになるのであった。一方での孤立的な諸個人と他方での絶対的な国家とに分極化した絶対主義は、ゲルバーにとっても有機体的ではなく、メヒャーニックなものであり、排斥されるべきものであった。[『公権論』における有機体思想は]国家において個人に政治的自由と権利とを認め、かつこの自由と権利とが身分制的自治の伝統に支えられることによって堅実なものたらしめられることをもとめる、というものであった。(もっとも、その際ゲルバーにおける公権は、個人が国家に対して本源的に有している私権とはちがって、国家において、かつ国家によって、自由にされた政治的状态にすぎなかった)」(笹倉(前掲注 58)、132-134 頁(なお、笹

このようなゲルバーの自由権否認論がラーバントに継承された(「自由権あるいは基本権は国家権力のための——国家権力がみずから、自身に与えた——諸規範であり、このような規範は官庁が有する権力的権限に対する制限を構成し、個人に対し一定の範囲内で自然的な行為の自由を保証するが、しかし国家公民の主観的権利を基礎付けることはない。これらの規範は決して権利ではない。というのはこれらの規範は決して対象を持たないからである」(SdR 1, S. 151))<sup>81</sup>は国法学史上の常識<sup>82</sup>に属するが、この論点については本稿第2章第5節でもう一度触れることとしたい。ここで確認しておくべきことは、ゲルバーにとって公権と呼ばれる対象は、国家有機体の力の行使に関わる権利であるということである。自由権はこのような条件を満たしておらず、それゆえ、いわば訴訟を行うための便宜として一時的に権利が認められることはあるとしても、公権とはいえないのである。

しかし、ゲルバーは国家有機体の力の行使に関わる権利であれば、それだけで真性の公権となると考えているわけではない。また、そもそもなぜ「国家権力の権利の積極的な規定」のみが公権として把握されるべきなのか、という点もここまでの叙述では必ずしも明らかとなっていない。この点を確認するために、本稿の関心からして、より興味深い参政権について検討しよう。

ゲルバーは、そもそも、なぜ臣民の政治参加が意味を持つのか、という問題を提起する。この問いに対するゲルバーの答えは、先に確認した議論と同様に、君主およびその補助機

---

倉(前掲注 6)、171-172 頁においても同趣旨と思われる議論が繰り返されている))。この点に関して、笹倉は個人の自由を重視する(と笹倉によって説かれている)ルドルフ・フォン・イエーリングに関するみずからの研究にあまりにも強く引きずられ、イエーリングとゲルバーの国制像の類似を指摘するあまり、ゲルバーの国家有機体概念が個人の政治的自由を帰結するものであるとか、(自由の権利性を否認したことでは有名な)ゲルバーが個人の自由を公権として把握したといった一種異様なゲルバー解釈に行き着くこととなった。もちろん、このような解釈には、海老原(前掲注 64)、360 頁注 159 および 362 頁注 186 も指摘するように、テキスト上の根拠が存在しない。また、笹倉の解釈は、以下の本文において示すように、ゲルバーが有機体概念によって臣民の服従を正当化していたことや、臣民の分節化・個体化の問題と臣民の政治的自由が保障されるか否かという問題を全く別の問題と捉えていたことと矛盾、あるいは少なくとも緊張関係にある。さらに、笹倉はゲルバーにおける公権が政治的状态であると理解しているが、本稿で詳細に示すようにゲルバーにとって公権とは国家によって容易には意のままにされないような権利を指すのであり、単なる政治的状态と公権が混同されることはあり得ない。確かにゲルバーにおいては公権(それは笹倉が述べるような政治的自由ではなく参政権である)の分節化・個体化が積極的に説かれている。問題となるのは、このような公権の分節化・個体化が一体いかなる目的のために主張されていたのか、という点を確認することにある。本稿の見解では、このような分節化・個体化は(国法学という学問的分野で用いられる場合には)、徹頭徹尾、公共体の実現という目的に奉仕するために存在する。逆にいえば、このような分節化・個体化がなされず、憲法や選挙法に基づくにすぎない選挙権は、恣意に容易に流されるものにすぎず、公共体の実現にとって有用ではないということとなる。

<sup>81</sup> 自由権が対象を持たない、という表現が有する意味については、本稿第2章第5節で改めて検討するが、ここで一言のみ触れると、ゲルバーやラーバントにとっては、自己自身の人格は権利の対象とはならないのである。

<sup>82</sup> たとえば石川(前掲注 3)、164-168 頁。ドイツ国法学における自由権肯定説と否定説との争いを概観したものとして神橋一彦『行政訴訟と権利論』(信山社、2003 年)、39 頁以下。

関する官吏のみが現実の国家機関であり、臣民に君主の意思決定に与る可能性が存在しないならば、それは有機体というより機械装置の概念が全面に出ることを意味することとなるからである(öR, S. 68)。したがって、本来あるべき有機体というイメージが維持されるためには、臣民の全体を編成し、特別に組織化 **Organisierung** するという課題が存在することとなる。

しかし、このような臣民の編成の問題と、先に見た臣民の自由権、政治的権利が保障されるか否かという問題は全く別の問題である。前者が存在せずとも、すなわち絶対主義国家においても、後者が保護される可能性は存在するからである(Ebenda)。

さて、臣民の編成、組織化がなされた政体 **Verfassung** が代議君主制 **Representativmonarchie** である。この政体において身分制議会 **Ständeversammlung** は、国王の意思に従属せず、もっぱら民族から生じた勢力 **Macht** であり、政府の権力行使を制限するという形で政府と対抗する(öR, S. 69)。

そこで身分制議会に関する権利が問題となるわけだが、ここでもゲルバーは、君主権においてと同様に、身分制議会の権利とはなにかという問題と、身分制議会の構成員になる権利は誰に、どのように帰属するのかという問題との、二つの問題設定を行う。まず前者から見ていこう。

「身分制議会つまり上院、下院は、多数決によって影響力の大きい政治的意思を表明する権利を持つ。身分制議会は立法に関与し、租税、徴兵を承認し、行政における国家権力の限界の遵守を保障する。さてこの身分制議会の意思、すなわち身分制議会の公権と君主の意思、君主の公権との関係はいかなるものか。身分制議会は決して、民族を直接的に服属せしめ、支配するという作用を持つ国法的意思を持たない。むしろ身分制議会は唯一の君主の意思を前提とするのである。身分制議会の権利は、真性の君主制(イギリスはそのようなものだと見られない)においては「議会主義的な統治 **parlamentarische Regierung**」の権利では決してなく、君主が支配権を行使する際に、君主を制限する権利である。これが身分制議会の独自の内容であり、したがって公権でも有り得るということは、ある個人の権利が他者の意思の効果を彼の同意という前提に依存せしめる権限にある<sup>83</sup>という多くの私法関係の類推から明らかである」(öR, S. 69-71)。

最後の文で身分制議会の持つ公権を私法上の権限とのアナロジーで説明している件は、もちろん、ゲルバーにとって法学は意思との関係で捉えねばならないという前提に対応するものであろう。公権たり得ない自由権もまた、君主の権利の制限であったが、身分制議会による君主の権利の制限とは性質を異にするわけである。このような技巧的な構成を取らねばならない理由は、結局のところ、自由権は国家有機体の権力行使に関わらないが、身

<sup>83</sup> 『綱要』においてゲルバーは君主と議会の関係を所有権者と地役権との関係などとのアナロジーで説明している(GS, S. 149, Anm. 1)。この点については Kremer (Anm. 24), S. 361 も参照。

身分制議会の権利は権力行使に関わるものである、という点に求められるだろう<sup>84</sup>。

ゲルバーは、この身分制議会の権利が明白な公権であることを古い封建身分制議会との対比によって明らかにしようと試みる。古い封建身分制議会は、国家有機体の外にある私法上の地位においてみずからの主張をなす特権的個人の総和 *Summe* にすぎない(öR, S. 71-72)。これに対して現代の身分制議会は、先の引用で見たように、国家的全体における真の機関であるし、支配に関与する正真正銘の公権を有する (öR, S. 70)。ここでも、公権と国家有機体が密接な関係を有しているのは明らかだろう。公権は、国家有機体の活動に積極的に関与する権利であるから、公権といえるのである。

身分制議会の権利が以上のようなものだとすると、この権利が全体としての、つまり政治団体 *Körper* としての身分制議会に帰属するのか、それとも身分制議会構成員各人に帰属するのか、という問題が存在する。ゲルバーの答えは後者である。

「いかなる法律もいかなる租税賦課なども身分制議会の承認なしには決して成立し得ないという客観的法命題が存在する。この規範は、ある権利と法命題によって補足され、実現へともたらされる。すなわち、特定の人々を世襲的に、終身的にあるいは一時的に共同活動(身分制議会)において諸身分の権利を行使する機能が付与されるよう向けられた権利と法命題である。そのように形成された諸身分の政治的総体は、諸身分の権利が全体として、帰属せられねばならないなにか新しい法的主体ではなく、上で挙げられた客観的法命題(法律などは身分制議会の同意を要する)にしたがって身分制議会全構成員の権利の行使の総和から認められる法的効果に、演説、投票などによって関与するといふただそれぞれの身分制議会構成員の権利が存在するにすぎない」 (öR, S. 73)。

このように身分制議会の権利は確認されたわけであるが、次に問題となるのは、身分制議会の構成員になる権利は誰に、どのように帰属するのかという問題である。ゲルバーの国制像を検討することを目的とする本章にとってこの議論は著しく重要である。ここでなされている議論は複雑ではあるが、結局のところ、君主権が誰にどのように帰属するかという論点でなされた議論が繰り返されている。すなわち、ここでもまた身分制議会の構成員となる権利の成立形式および根拠と、その保持および内容が区別され、前者は私法、私権

---

<sup>84</sup> 従来の研究においては、『公権論』が一体いかなる目的を有するテキストなのか、という分析が十分になされないままに、ゲルバーによる自由権に対する消極的評価が論難されることが少なくなかった。とりわけ論者が特有の(それ自体としては必ずしも不当というわけではない)公権に対するイメージ(たとえば「公権は国家権力を抑制するための国民が有する自由を基礎付けなければならない」と述べるがごとし)を維持したまま、ゲルバーのテキストに接近した場合にこのような事態が生ずる(このような例として中川(前掲注 8)、85 頁)。しかし、まず国家を公共体として把握することを目的とするゲルバーに対して自由に権利性が認められていないとして批判をなすことは、少なくとも思想史(もしそれがテキストの内在的理解を旨とするものであれば)という観点からするならば、いわばプロクルステスのベッドの故事を引き起こすこととなるであろう。

の外観を借用することもあるが、後者は国法の圏に属する、という議論が繰り返されている。

ゲルバーはまず、私権の本質を説く。ゲルバーにとって私権の本質とは、個人の持つ財は自分自身のものであるという思想である。私権とは、全体の構成部分として全体社会 *Gesamtheit* の利益から与えられたり、全体の日々の移り行く情勢によって与えられたり与えられなかったりするものでは決してなく、法の変動によっては直接には決して脅かされない個人財産なのである(öR, S. 75)。ゲルバーは、私権の持つこの堅牢な性質を公権に結び付けようと試みる。このような試みはすでに古いドイツの帝国法や領邦の法においてなされていたし、またイギリスにおいて長い期間にわたりなされ続けているのである、とゲルバーは論じる。帝国身分制議会構成員の資格は高級貴族の家族の権利であり、領邦における身分制議会構成員の資格は騎士身分の家族や様々な団体 *Corporation* の権利であった<sup>85</sup>。イギリスの上院における統治の権利は大貴族達の個人的権利であり、地方議会の選挙権も 1832 年の第一次選挙法改正までは、比較的大きな土地所有者、家族、団体の権利だったのであった(öR, S. 75-76)。しかしそれでも、これらの権利は決して内容上、私権ではなく、公権なのである。確かにこれらの権利は、たとえば議員となる権利を伴う土地の売買や相続のような私法上の形式によって伝えられていくが、国家有機体に関連して行使される、という点において公権である、とされるのである(öR, S. 76-77)。

では、私権が参政権という公権と結び付けられるならばいかなる事態となるのか。

「私権と同様にあらゆる側面から確定され、その持続的価値にしたがって権利者にとって把握され得る公権のみが、それが帰属する個人にとって安定した財であると考察される。この個人は公権をみずからの法的圏の現実の拡大であると見るのであり、私法的財産権に向けられるのと同様の関心を向けるであろう」(öR, S. 77)。

ここで提示されているゲルバーの私権の概念の具体例としては、典型的には、本章第 1 節第 2 款で確認したような、「世襲財産(世襲地)*Stammgut* を基盤として歴史の中で家族の一体性を保持すること」といった理念を有する家族世襲財産のような私権を想定しなければ理解が困難であろう。極端に流動的な財産取引を前提とするならば、財産権が「帰属する個人にとって安定した財」と見られることは困難であろうからである。

これに対して、普通選挙権を採用した政治体制においては事情は異なる。

「個人の法的空間において特定の間を持たず、抽象的原理として宙に浮かび、ただ時折、公権保持者に権限を与えるような公権は、公権保持者にとって常に、なにか見知らぬもの、

---

<sup>85</sup> なお、身分制議会はゲルバーが挙げる貴族や騎士身分、諸団体だけでなく、都市、聖職者などの特権諸身分によっても構成されていた(成瀬治／山田欣吾／木村靖二編『世界歴史大系ドイツ史 2』(山川出版社、1996 年)、100 頁)。



少なくとも彼の人格に直接結び付かないものであると見られるだろう。そして立法が公権をあまりにも拙速に、実験的に、今日是这样、明日はこうという具合に形成する場合には、政治的にはともかく、法的には[公権保持者は公権を]ほとんどみずからと関わらないものであると考えるだろう」(öR, S. 77-78)。

みずからの人格に結び付かないならば、公権保持者は、それをただ政治的状况の変化によって容易に与えられたり、奪われたりするものであると見ることはできず、自身に認められるものであると見ることはできないのである。もちろん、私権の形式によって保障されているからといって、立法権によるこの権利の侵害に対して完全に保障されているわけではないが、さりとて、この公権と結び付いている私法的基礎、たとえば貴族制が破壊されないかぎり、この公権は保障されることとなる、とされる(öR, S. 78-79)。

さて、ゲルバーは『公権論』の最終章たる第 8 章において、特定の個人や団体に帰属する公権という法学的構成を支える社会的、政治的考察に一步足を踏み入れる。この章において、ゲルバーは意外なほど彼の世界観を披露している。

「非常に重要な臣民の有する国法上の権限が个体権という形式において形成されることが、既存の、有機的・歴史的発展に基づいた民族の社会的編成との接続においてのみ可能であることは全く明白である」(öR, S. 83)。

したがって、ゲルバーは、真性の公権を支える社会的編成に目を向ける。しかし、中世的国制と近代的国制の断絶を承認するゲルバーにとって、伝統的な社会的編成を護持し続ければよしとされるわけでは決していない。ゲルバーは以下のように論ずる。

「中世の国家生活の没落とともに、民族におけるその健全な、本性に適った地位を失った土地貴族が再び奮起するか否か、すべての金銭上の特権やその根から漸進的に分離された外見上の権利の放棄によって故郷喪失状態から抜け出し、再び土地貴族として国家における、ゲマインデや州代表、身分制議会における真の政治的地位を獲得し得るかどうか問われる。さらに農民身分が、農民身分を(土地貴族にとっての家族意識と同じように)社会の一時代を画させた、かの歴史的型をなお保持しているかが問われ、むしろ近代的な平準化傾向 *nivellirende Richtung* がこの社会的要素をすでに解消したかどうか問われるのではない。最後に、公権の形成が一般的にドイツの個別諸国家においてか、あるいは少なくともドイツの大部分において可能であるか否かが問われる。このことは全く政治的考察の領域に属する問題であり、この考察を私は簡単に肯定したり否定したりすることはできない」(öR, S. 84)。

ゲルバー自身は政治的考慮が必要な問題であるということを理由として、この問題に対し

て決定的な回答を与えることを避けているが、ゲルバーが理想とする国家像、すなわち公共体としての国家を支える国制像の復権のためには、諸身分、諸団体の再活性化に基づく、国家有機体の分節化が必要であることは確かである<sup>86</sup>。

しかし、世論はこのように分節化された個体の権利の創設に対して強い抵抗感を持つ。この抵抗感は、フランスに発祥を有するあるイデオロギーに起因する。このイデオロギーの特徴は抽象的な国家公民というカテゴリーを設定した点にある。このようなカテゴリーの下では、富豪階級 *Geldaristokratie* に活動の余地が認められるにすぎず、強力な農民身分や世襲財産を有した土地貴族に存立の余地はない。したがって、従来は存在していた、土地所有者に応じて異なる土地の個性というものは認められ得ないのである。このようなイデオロギーが跋扈するならば、伝統的な諸権利も多数決によって容易に覆されることとなる、とされるのである(öR, S. 84-5)。

国家内における個性を認めないフランス流のイデオロギーに対する批判に続けて、ゲル

---

<sup>86</sup> ここで本章の叙述をより明確とするために、ペーター・フォン・エルツェンの研究に言及しておきたい。エルツェンはゲルバーが中世的国家観に対する近代的国家観の特徴であるとした「有機的国民(人民)国家 *organische Volksstaat*」という思想にしたがえば、ゲルバー理論は、本来は国民(人民)主権 *Volkssouveränität* へと向かうはずであったが、結局、ゲルバーはこのような帰結をおそれてそのような方向へと向かわなかった、と理解する(Peter von Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, (1974), 182 ff. )。エルツェンのゲルバー理解に対しては多くの批判が投げかけられている(Pauly (Anm. 9), S. 155, 海老原(前掲注 64)、388 頁注 254、杉本幹夫「C.F.v.ゲルバー国法理論研究(1~2)」(『龍谷法学』第1巻第1号、第1巻第3・4号、1969年、所収)、第1巻第1号 88-90 頁、名和田是彦「ドイツ近代公法学の基本的性格に関する一試論」(森際康友／桂木隆夫編『人間の秩序』、木鐸社、1987年、所収)、158-160 頁)。これらの批判はいちいちもっともであると思われるが、ここでは代表してシェーンベルガーの批判を紹介しておこう。シェーンベルガーによれば、ゲルバーは *Volk* の概念によって、(エルツェンがそう理解したように)決して民主主義的意思主体を表していたわけではない。シェーンベルガーは以下のゲルバーの記述を引用する。「*Volk* は、今生きている個々の人間の総和ではなく、歴史的共同性において精神的に結び付けられた全体であり、この全体は今生きている世代においてただ共時的現れをみだすにすぎない。このような意味における *Volk* は国家において、そして国家によって法的統一へともたらされる」(GS, S. 226)。つまり、ゲルバーにおける *Volk* 概念は、その折々に今生きている世代を越えた概念であり、決してそのまま民主的自律の主体になり得るようなものではない。したがって、ゲルバーにおける *Volk* は歴史法学派における *Volk* なのであってフランス革命における *Nation* とは理解できない、とされる(Schönberger (Anm. 4), S. 23)。本稿がゲルバーの *Volk* 概念を終始、民族と訳したのはこのようなゲルバー解釈にしたがったものである。このようなシェーンベルガーの議論を踏まえた上で、エルツェンの議論に対する批判を加えておこう。すなわち、ゲルバーにとっては民意を政治に反映することそれ自体は決して目的ではない。ゲルバーにとって普通選挙制に基づく政治は、恣意の支配を意味するのであり、国家を公共体として把握するゲルバーにとってはそもそも問題となり得ない。ゲルバーにとって問題であったのは、絶対主義的な君主制と民主制(両者はともに恣意による支配をもたらす)とを避けるために、社会の諸勢力を国政へと安定した形で、すなわち私権と公権を結び付ける形で表現する点にあったのである。また、このような理由からして、ゲルバーの法学的方法の目的を、今日はこう、明日はこうという立法から「既存の国家状態の安定化」を守ることと求める Wilhelm (Anm. 12), S. 155 の議論には留保が必要である。ゲルバーのより根底的な目的には、公共体の実現があり、単に既存の国家状態が擁護されているわけではない。このことは、自律的・身分的団体の復興をゲルバーが強く訴えていることから明らかであろう。

バーはイギリスとドイツの議会制を比較して以下のように論じる。ゲルバーによれば、貴族制という強い身分的編成を今なお有するイギリス議会が国家を安定的に発展させ、しかも最大限に天才的、個性的に指導する可能性を閉ざさなかったのに対し、ドイツの議会制的国家生活は不安定かつ凡庸であり、その専横な権力から逃れられ得る人々がごく少数しかいなかった、とされる(öR, S. 86)。

続けてゲルバーは、政治的活動が身分制議会に集中しすぎないように、さらに下位の範囲において民族のさらなる編成と団体的 corporativ な形成が必要とされる、と述べる。身分制議会は国家的利害のみを取り扱うべきであり、それ以外の公的生活の部分は、個体化された政治生活圏に委ねられるべきであるからである(öR, S. 87)。

さて、ゲルバーはこれ以上の政治的諸問題に対する論及を避ける。

「我々の近代的国家生活の純粋に政治的な側面に立ち入ることはこの論文の計画の完全に外にあり、その法学的側面のみが検討されるべきである。もちろん、この側面は政治的関心を全く持たないわけではないのだが」(öR, S. 87)。

換言すれば、これ以上の論究は「我々の公的生活の政治的な素材から、国法のいくつかの本質的構成要素の法律学的確定のために視点を獲得し、よく見えるようにする」(öR, Vorwort)という課題を越えるものであり、このテキストにおいては考察の対象となり得ないわけである。

さて、ここで簡単に『公権論』の議論の骨格を本稿なりにまとめておこう。ゲルバーの議論の目的は、なによりも「国家を客観的で自律的な基盤に据える」こと、すなわち国家を特定の個人(あるいは個人の集合)の意志に服させないことであり、国家が公共体であることの意義はこの点に求められている。その上で、ゲルバーはこのような公共体としての国家を有機体とも換言しており、このような有機体を主観化することが国法学の課題であると考えている。具体的には、この主観化は君主や臣民の公権として現れるのだが、ここで強調されるべき点は、このような主観化が、公共体の実現のための手段として捉えられていることである。ゲルバーにとって公権は徹底して(ネルの言葉を借りるならば)客観的・主観的権利として捉えられており(裏返せば、このような権利として現れるかぎりで、個人の意志は公権たり得る)、公権の担い手は、客観的秩序を、つまり公共体(有機体)を実現させるための服務員である——それゆえ、このような目的を持たない自由権は公権とはなり得ない——。ゲルバーが参政権を説く目的は、民主制の実現ではなく、公共体の実現であるため、このような服務員となるためには、それにふさわしい資質というものが存在する。世論に流される大衆ではなく、伝統的・自律的団体の構成員こそがこのような服務員としてふさわしいのである。すなわち、このような存在こそが客観的で自立的な基盤に据えられた公共体の担い手としてふさわしい。このような観点から、ゲルバーはこのような担い手が有する私権に参政権という公権を結び付けようとしたのである。国家有機体にその源

を有する客観法はかくして主観化されるのであるが、意志という契機があればいかなる主観化も許されるわけではなく、あくまでも公共体の実現という目的にふさわしい形で主観化がなされなければならないのである。そしてこのような目的をゲルバーが有する以上、公共体の、すなわち公権の担い手にふさわしい主体を見極めるため、国家とは区別された社会に関する考察も一定の範囲で必要とされ、国法学へと取り入れられなければならないのである。

このことは以下のように換言することもできるだろう。『公権論』における法学的方法の目的は、国家を公共体として把握することにあるわけだが、さらにその背景にある問題意識は、権利というタームによって政治的諸現象(のあくまでも一部であるが)を捉えることにより、恣意の支配を避けることにあった。すなわち、法学的方法によって公権という概念を彫琢することは、国家有機体が有する権力の行使にたずさわるにふさわしい公権の担い手の選抜手続をも(公権の行使そのものが恣意的なものであってはならないのは当然のこととして)、恣意に委ねないという目的を有するものであった。現代から見ればあまりにも狭い(たとえば私的な幸福を追求する権利などはゲルバーにおいては到底認められ得ないものであろう)と思われるゲルバーの公権概念は、あくまでもこのような権利という概念によって公的領域に対する恣意の侵入を防ぐという積極的な構想に対応しているのである。

次節では、『綱要』におけるゲルバーの改説の意義を検討するが、まずは国家法人論へと改説した後のゲルバーにおいてもここまで確認してきたような客観的秩序、公共体、有機体という発想がいまだ残存していることの確認から始めよう。

### 第3節 国家法人論

#### 第1款 「ドイツ国土の分割可能性について」における王位継承権の位置付け

『公権論』というテキストを本稿の関心から一言でまとめるならば、国家有機体という政治的イメージにしたがいつつ君主や官吏、議員といった国家内構成員にそれぞれ適当な法的権利を割り振っていく試みであり、その際、公権を私権と結び付け、公権を個別的な権利として把握することによりはじめて国家を客観的で独立した基盤に据えること(国家を公共体として把握すること)が可能となると説いたテキストであるといえると思われる。では、国家法人論が採用された『綱要』の時期のゲルバーにおいて国家有機体という政治的イメージはいかなる機能を果たすのか。あるいは『綱要』の時期のゲルバーにおいてはいかなる国制像が想定されているのか。この点を確認することが本節の課題である。

従来の研究においては、前期ゲルバーと後期ゲルバーの間に継続性を認める立場も断絶性を認める立場も存在する<sup>87</sup>。いずれの立場にも注目すべき点はあるのだが、ここまで本章は、ゲルバーの議論を、公共体としての国家という把握＝国家を客観的で独立した基盤の上に据える試みであると捉え、このような試みを国家有機体論に基づいて具体的なものとする(主観化する)という観点から確認してきた。本節でもこのような観点に着目しつつ、『綱

<sup>87</sup> 各説の状況については時本(前掲注 5)、62 頁注 120 を参照。

要』の時期のゲルバーにおいて国家法人論が採用されることによりこのような国家像がいかなる形で変遷を被ったのか(あるいは被らなかったのか)という観点から確認していきたい。

この点を確認するにあたり、本節ではまず「分割可能性論」における議論を確認したい。この論文は、従来の研究においてもゲルバーが国家法人論への改説をはじめて明らかとした論文であるとして知られているものであるが、『綱要』と比べるとほとんど分析対象となることのなかったものである。しかし、本稿は、国家法人論という法的構成によってゲルバーが意図したことの少なくとも一端を明らかにしてくれるという意味で「分割可能性論」を重要な論文であると考ええる。

まず「分割可能性論」が取り扱うテーマをゲルバーは以下のように定式化する。

「ドイツ国土の分割が法的に要求され得るものであるか否か、このことによって等しく王位継承への権利を有する複数の存在がその王位継承の際に満足されるのか」(UT, S. 442)。

このような問題は、従来の支配者たる家系が存在しなくなることによって、王位が空位となり、この王位への継承権が複数の存在に認められることによって生じるとされる。ゲルバーによればこのような事例が存在したことは歴史上少なくとも、たとえばモーザーやピュッターらによってこの問題が検討されてきたとされるのだが、この論点に深く立ち入ることは本稿の目的からして余分であるので、ゲルバー自身のこの問題に対する解決方法について早速立ち入りたい。

ゲルバーはまず、今日のドイツ国法においてはこのような国土の分割は認められないとみずからの立場を宣言するのだが、この論点を取り扱うにあたり重要であるのは単に政治的な見解を披露することではなく、政治的な素材を厳密な法学という観点から評価することであるとする(UT, S. 445-446)。

このような前口上の後に述べられるゲルバーの議論は『公権論』におけるそれとほとんど変わりはない。すなわち、ここでもまた現代の国法がかつての時代の国法とは大きく様変わりしていることが強調されている(UT, S. 446-447)。確かにこの論文においては一見したところ、国家論において『公権論』と比べ大きな相違が存在するように思われる。すなわち、ゲルバーは国家を人格であると把握する。

「我々は国家を有機体——その中で民族が有する至高の社会的諸目的を達成するために倫理的諸力が統合される——であると考え。そして国家は意欲し、行為する存在であるので、我々は国家に人格という理念を授ける」(UT, S. 447)。

このような議論に引き続き、ゲルバーは国家人格の意思すなわち国家権力の叙述こそが国

法学の課題である(この点の詳細は次款以降で再び検討することとする)ことを高らかに宣言するのだが(UT, S. 447-448)、しかし、このような国家法人論の採用にもかかわらず、「分割可能性論」におけるゲルバーによる議論の実質的な内容は『公権論』におけるそれとほとんど変わらない。すなわち、「分割可能性論」においてゲルバーが国家法人論を説く目的は、国家の家産国家的・私権的解釈を追放する点にあるのである(UT, S. 449-451)。「分割可能性論」における主題たる、ドイツ国土は王位継承にあたり分割されることがあり得るか、という問題もまたこのような問題枠組みの中で処理されている。

「我々がいまや把握している国家の理念と、国家が個人の意思領域において存在する対象であるという思想とは全く両立しない。我々は君主権を国家における最高次の統治意思を保持する権利として構成する。国家は徹頭徹尾、独立した秩序であり、独自の倫理的基礎に基づく秩序である。そして君主はこのような秩序の中で作用する機関である。王位継承権はこのような機関となる権利である。しかしこのような権利の実現は私法的な意思自由や個人的な恣意の領域へと至るのではなく、国家という客観的秩序によって制限された、そして倫理的・法的集合によって規制された意思領域へと至るのである。王位継承権の対象は領土ではなく、そして領土の一部でも、分散化した公権でもない。王位継承権の対象は、国家、すなわち大きな民族有機体——それは君主制という制度において常にそのきわめて具象的な要因を有するが、しかしこのような制度において吸収されることはないし、完全に尽きることもない——における君主たる地位の保持にすぎない」(UT, S. 452)。

ゲルバーにとって君主の権利は、有機体や客観的秩序としての国家によって認められたもの、つまり『公権論』の表現を用いれば客観法が主観化されたものにすぎない。となれば、君主権が有機体としての、そして客観的秩序としての国家に拘束されるのは当然である。このような観点から、ゲルバーは王位継承の順序を定める際に、確かに相続権という私法上の形式が借用されることにあるにせよ、しかしそれは本質的に私法の圏に属するものではなく、あくまでも国家権力が具体化するために利用されているにすぎないことを説く(UT, S. 453)。このように王位継承権が私権ではあり得ない以上、ゲルバーは王位継承者が複数であるゆえに領土の分割を請求する権利は認められないとする(UT, S. 459)。

さて、ここまでの議論から容易に想像がつくように、ゲルバーにおける国家有機体論から国家法人論への改説は、「分割可能性論」に即して述べるならば——ゲルバー自身も認めているように(UT, S. 448, Anm. 1, S. 452, Anm. 1)——さしたる意義を有していない。王位継承権を国家の機関たる君主となる権利として把握する手法はすでに『公権論』において見いだされるものであるし、複数の王位継承者の間で国土が分割される形で相続がなされ得るか、という問題は確かに『公権論』において取り扱われてはいなかったが、「分割可能性論」において提示されたこの問題に対する論証と結論は『公権論』の議論枠組みによっ

でも容易に説明可能なものである。さらに述べるならば、時本義昭の指摘するように<sup>88</sup>、国家法人論を採用した後のゲルバーにとっても法人でありかつ有機体である国家はいまだ民族によって構成される公共体であり、君主はその機関である(UT, S. 458 ff., GS, S. 68, 225)と把握されているのである<sup>89</sup>。

このように見るならば、国家を君主の私権の対象とする見解や国家に対する君主の恣意的な支配を排斥するという、『公権論』においてゲルバーが国家を公共体として、そして有機体として把握した意図——この意図の検討こそが本章の主たる関心であるわけだが——は国家法人論の採用に際してもなんら変化は存在しないように一見したところ思われる。

しかし、本稿にとってより重要であるのはゲルバーが述べたことではなく、述べなかったことである。国家法人論の採用は、『公権論』でいうところの客観法(有機体)の主観化を個々の公権保持者のみではなく、国家それ自体に適用する形で押し進めたものと理解することができるだろう。すなわち、有機体を具体化する役割が国家そのものに期待されているのである。ところで、前節で確認したように『公権論』においてゲルバーが国家を公共体および有機体として把握した意図は君主を国家の機関として取り扱う点にあるだけではない。そこでは、君主権という公権を、たとえ技巧的な法的構成を通じていたとしても、具体的な個体権によって支えることによって、公権が恣意に委ねられることを防ぐという利点もまた説かれていたのである。しかし、私権と公権の結び付けという法的構成がこのような利点を有することに対する積極的叙述はもはやこの時期のゲルバーにおいては見だしにくいものとなっている。確かにこの時期においてもなお『公権論』期と変わらず、相続権という私権が借用されつつ王位継承が行われていることが説かれているし、公権が恣意的に行使されるべきものではないことが説かれている。しかし、このような私権の借用が上述のような積極的意義を有していた『公権論』とは異なり、「分割可能性論」においては、私権の借用であるという事実が指摘されているにすぎない。そしてこのことは『綱要』における「君主権の取得(王位継承)」という論点を取り扱った箇所(GS, S. 89-100)にお

<sup>88</sup> 時本(前掲注 5)、40 頁。なお、Kremer (Anm. 24), S. 249 ff. は、従来の研究(そのようなものとして彼は、「『綱要』のゲルバーは」国家の有機体としての質を法律学的構成から厳格に遠ざけた」と説き、おそらく後世のゲルバー研究に大きな影響を与えた Erich Kaufmann, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, (1908), in: *der., Gesammelte Schriften*, Band 3, (1960), S. 65-66 を挙げる)とは異なり、国家法人論への改説以後のゲルバーにおいても、有機体概念が「重要な法律学的カテゴリー」であったことを適切に指摘している。このような視座に基づき、Kremer, *Ebenda*, S. 252 は(『綱要』の)ゲルバーが実証主義であるとする見方を斥けてさえている。ただし、このような評価はさしあたり官吏の法的性質に関する論点にとどまるものであるし、有機体概念と意志主体としての国家人格との関係も必ずしも明確ではない。

<sup>89</sup> 『綱要』の議論を先取りすることとなるが、この時期のゲルバーの国法学が相変わらず有機体論に強く影響されていたものであることを示す例を挙げておきたい。ゲルバーは、国家と国家公民の関係の有機的権力関係であると示した上で(GS, S. 45-46)、このような権力関係と家族関係との類推について述べ、「家族関係においては、国家の権力法においてと同様、その基礎付けとなる契機は、私法的意志の恣意においてではなく、法が有するより高次の倫理的自然的基礎において探求されなければならない」(GS, S. 46, Anm. 2)とする。

いても異ならないのである。ここでは私権を借用することが、公権の恣意的行使の防止のために、つまり公共体の実現のためにいかなる意義を有しているのか、という点に関してゲルバーは積極的な関心を示さないのである。

さて、ここまで国家法人論への改説が企てられた時期のゲルバーにおいては私権と公権との結び付け(あるいは公権の歴史的根拠付けと述べる方が精確かもしれない)という意識が希薄となったことを確認した。もちろん、このことから即座にゲルバーが私権と公権の結び付けという国制構想を完全に放棄した、という結論が導かれるわけではない。しかし、それにもかかわらず、このような意識の希薄化が『公権論』と『綱要』の間の最大の相違点であると本稿は考えており、この点を明確にするためにも引き続いて『綱要』全体の概略を、とりわけその法学的方法という観点から確認し、さらに『公権論』において君主権とならんで私権と公権の結び付けに関してなされたもう一つの論点、すなわち臣民の参政権という論点の検討を行わなければならない。次款では『綱要』の検討を通じて、国家法人論とはいかなる学説であるかを確認しよう。

## 第2款 『ドイツ国法綱要』における国家法人論

本款では『綱要』の検討を行いたい。まず、『公権論』においてきわめて重要な役割を果たしていた国家有機体論が『綱要』においていかなる位置付けが与えられているかを確認しよう。

「哲学的な国家考察が近代的国家の非常に重要な本質を解明するために用いる概念的手段のうち、「有機体」という言葉において存在する思考形式よりも傑出した役割を果たすものは存在しない」(GS, S. 218)。

この有機体としての国家というイメージはとりわけ政治的考察にとって重要である、とされる。というのは、国家を外部からの刺激によって動く機械装置というイメージで把握することや、反対に原子論的な把握することを斥ける事ができるからである(GS, S. 220)。

ゲルバーは『綱要』においても『公権論』においてと同様、国家有機体論は法学説ではないことを指摘する。というのは、「国家とその部分の法律学的構成は、あらゆる法律学的構成と同様、意思関係の証明と定義付けに関わっている」(GS, S. 221)が、有機体は意思主体ではないからである。このような議論は『公権論』における議論と大差ない。『公権論』においても、有機体には人格という概念は含まれているが、この概念は客体を服従せしめる意思能力という法学的な概念ではなく、自己意識や精神的統一といった倫理的概念であるとされており(öR, S. 17)、有機体は意思主体としては把握されず、有機体と結び付いた君主や官吏といった個々の人格によって国家権力は行使されていたのであった。

しかし『綱要』においては国家に法人格が付与されることによって、国家の法的把握が可能となった。それゆえ、『綱要』においては国家それ自体が法的考察の対象となる。



「国家において民族 Volk はその共同生活の法的秩序を受け取る。国家において民族は人倫的に統合された全体として承認され、法的妥当性を得る。国家において民族はその全体利益の保護と振興のための本質的手段を見出す。国家において民族は公共の福祉 Gemeinwohl のためのすべての人倫的力の管理を可能とする編成 Gliederung を受け取る。国家は民族の全生活のための法形式であり、この法形式は人類の人倫的秩序の原初的 ursprünglich、元素的 elementarisch な型に属する。

国家において統合された民族の自然的考察は有機体、すなわち各部分に全体的目的のために参加するその独自の地位を割りあてる組織体 Gliederung という印象を発生させる。しかし、国家の法律学的考察はまず、民族は国家において法的な全体意識と意志能力へと高められるという事実、換言すれば民族は国家において法的人格に至るという事実を掴む。共同生活の人倫的完成へと向けられたすべての民族の力の監督者であり発現者としての国家は、法秩序が知る最高の法的人格である。この人格の意志能力は、法が与えることができる最も豊かな備えを知る。国家の意思力は支配する力、すなわち国家権力である」(GS, S. 1-3)。

「人格的存在 Wesen としての国家という把握は、国法のあらゆる法律学的構成の前提である。詳細は付論 2 参照。しかし、国家人格という法的概念は原初的な概念であり、その独自性において把握される。国家を私法の尺度に組み入れることによって、国家における民族の法的人格を横滑りしてきた概念として取り扱い、その同種を私法上の法人格に求めようとするならば、そのことは人類の倫理的秩序という関係性における国家の位置付けの見誤りに基づいている」(GS, S. 2, Anm. 2)。

第一の引用文中で述べられている意思という概念は、国家有機体における意思がそのような倫理的概念ではなく、法的概念である。

「私法の体系は意思可能性の体系であり、この意思可能性は例外なく、個々の人間の(あるいは人間を模倣した)人格の意思力に結び付いている。国法もまた、意思可能性の体系ではあるが、政治的に統一された民族の力に与えられた人格に結び付いているのである。したがって、国法の出発点は、人間の意思のようにあらゆる方向へと向かう自由な意思力ではなく、ただその一定の目的的使命の枠の中でのみ運動し得る意思力であるにすぎない。その法的意思は支配、すなわち国家目的の利益において民族全体を義務付ける作用を備えた法的行為である。したがって、以下のようにいうこともできる。国法は国家意思についての学である」(GS, S. 4, Anm. 2)。

この国家意思を保持する主体こそが国家法人である(GS, S. 226)。『綱要』の特色は、国法学

が、国家の意思作用として現れ、支配という内容を有する国家権力についての学であり、国家がなにを意欲するのか、国家はいかなる機関を通じて意欲するのか、そしていかなる形式において意欲するのかを検討することが国法学の課題である、と規定している点にある(GS, S. 3)。国法上の法素材を、ただ断片的に取り扱ったにすぎない『公権論』と異なり、『綱要』は支配という意思作用を主軸として、国法を体系的に叙述することをみずからの課題としている。『公権論』においては、国法領域にあつては法的構成は十全に達成され得ず、君主による意思表示などごく一部の現象のみが法的構成の対象としてふさわしいとされていたにすぎないが、『綱要』においては、国法学とは国家の意思を対象とする学であると宣言することによって、国法を統一的、体系的に理解することが可能とされたのである。

さて、このような体系化はすべての国家的現象を国家権力との関係によって説明する。たとえば、君主と議会は国家意思を実現するための機関であり(GS, S. 76)、民族は国家権力に服従する存在である(GS, S. 45)というように。

いわゆる国民の権利に関しては、権利ではなくあくまで法律に基づく国家権力の制限、客観法として把握する見方が採用されており、このようなものの例としてゲルバーは1. 信仰の自由、2. 学問の自由、3. 事前検閲の禁止、4. 教育の自由、5. 集会・結社の自由、6. 移転の自由、7. 罪刑法定主義を挙げる(GS, S. 33-39)。国民の権利は権利ではなく国家権力の制限にすぎないという評価それ自体は『公権論』における評価と同様であるが、国家権力を体系の中心に置く『綱要』においてはその位置付けがより鮮明となっているといえるだろう<sup>90</sup>。

これらの権利に比べ、より興味深いのは既得権の位置付けである<sup>91</sup>。『公権論』における議論とも重なるが、この点についてもう少し検討してみよう。既得権 *wohlerworbene Rechte* という概念で想定されているのは、典型的には私権であるが、ゲルバーは既得権ないし私権に対し手厚い保護を認める(GS, S. 38-41)。このことの理由は、ゲルバー国法学における国家権力の特質と関係付けて理解されなければならない。ゲルバーは国家権力の特質を以下のように説明する。

<sup>90</sup> 国家権力の制限をゲルバーが承認していることを指して、レオン・デュギー、堀真琴訳『法と国家』(岩波書店、1935年)、186頁はゲルバーの理論は「全くの個人主義でないとは云え、それに近似している」とする。そもそも、先に言及したようにゲルバーが国民の権利は国家権力の制限にすぎない、という命題によって国民の権利が訴訟の対象となることを否定したわけではないこともあわせて考えれば、ゲルバーを頑迷な保守主義である、と断定的に評価することは避けられるべきだろう。とはいえ、これらの国家権力の制限は過度に個人主義に引きつけて理解されるべきではない。デュギーは、これらの制限が法人たる国家の意思を拘束するものであり、すなわち国家が法的に拘束される事を強調する。このような認識それ自体はきわめて正当である。しかし、ゲルバーの国法理論は、たとえばジョン・ロックの社会契約論とは異なり、まず個人ありきの理論では決してないのである。ゲルバー(およびラーバント)における国家権力の法的拘束という議論は、むしろ本稿第2章第3節で検討するように反個人主義的な性格をも有することが注意されなければならない。

<sup>91</sup> ドイツ国法学における既得権の意義については柳瀬良幹「既得権の理論——国権の一般的限界としての既得権学説の素描——」(同『行政法の基礎理論』、清水弘文堂書房、1967年、所収)。Link (Anm. 74), S. 324-325 [邦訳:528-530頁]も参照。

「[国家と民族における]権力関係の特質は、服従が権利の減少ではなく、恩恵として感じられているという点にある。というのは、権力関係の全目的は民族公共体における有益な存在の保証にあるからである。その支配権によって国家権力は規則、命令、設備および対策を講じなければならず、それらの規則などによって国内外における保護、とりわけ権利保護や、すべての国家構成員の経済的、文化生活的発展が前提とされるのである。国家権力はこのような利益の享受をみずからの権力に服従する者に対して返礼の贈り物 *Gegengabe* として提供する」(GS, S. 50)。

したがって、国家権力は民族の社会活動を保証するために存在するのである。国家権力の目的がこのようなものであるという前提に立つならば「国家権力が既得権に対しても正当な根拠なく侵害を行うならば、国家権力は法秩序の最高の保護であるというみずからの原理的な使命と解きがたい矛盾を犯すことになるであろう」(GS, S. 39)。

このような観点からすれば、既得権ないし私権の保護こそが国家の存立理由の少なくとも一つの大きな要因であることとなる。しかし、法的構成としては、私法上の法関係は国家的つながりの外に存在する(GS, S. 183)ゆえに国家権力による私権の侵害が厳しく制限される、という論法が採用されているのである。つまり、既得権ないし私権は国法の外にあるがゆえに、換言すれば国家権力と無関係であるがゆえに、手厚い保護を受けるという構成となり、ここでも国家権力と——無関係である、という形で逆説的に——関係付けた説明がなされているのである。

ただ、いずれにせよ、確認されるべきは、ゲルバーにおける国家人格はここでも法秩序による拘束を受けていることである。

「既得権の尊重という基本命題は、まず行政的活動として現れる国家権力に対しては無条件の制約となる。しかし立法権力としての国家権力であっても、今なお普遍的な基準にしたがって承認される価値のある諸利益を満たしている既得権を、切迫した理由と損害賠償なくして廃止することは——確かに形式的には無効ではないとしても——、権利侵害的な *rechtverletzend*、したがって濫用的な立法権の適用とみなされるのである。国家もまたみずからをそこから引き離すことはできないような倫理的判断の力を熟慮するものであれば、誰もこのことを無意味とは考えないであろう」(GS, S. 40-41)。

既得権の侵害が形式的には有効ではあるが、実質的には権利の侵害であるというゲルバーの議論は、ゲルバーを実証主義と見るならば全く理解できないであろう。このような法秩序によって拘束される国家人格という観点は、ラーバントの議論を検討することによってより明確となるのだが、この点は次章に委ねることとしよう。

### 第3款 国制論の後退

『綱要』という著作の基本的骨格が以上のようなものであるとするならば、『公権論』との関係はいかに理解されるべきか。パウリーの議論にしたがえば、『公権論』と『綱要』の間には順接的な発展が見いだされ得る。

『綱要』における方法論上の革新は、国法の意味理論的基礎付けそれ自体に向けられているのではなく、1852年の著作[『公権論』]と比べ、意思理論上の概念の、変更された、すなわち首尾一貫してなされた遂行に向けられる<sup>92</sup>。

確かに、ゲルバーは『公権論』において、国家有機体は意思主体ではないがゆえに法学的考察に馴染まず、『綱要』においては国家法人を国法の中軸たる意思主体であると把握するがゆえに国家こそが国法学の出発点であると捉えた。このような点においては、『公権論』と『綱要』の間に存在する相違は順接的発展であると捉えられるだろう。

しかし、本稿の関心からしてより興味深いのは、すでに述べたような体系的方法の展開に伴う国家有機体論から国家法人論への転向がゲルバーの国制論にいかなる影響を及ぼしたか、という問題である。本節冒頭で述べたように、『綱要』においては、『公権論』において存在した、自律的諸団体を身分制議会へと反映させようとする政治的構想が顧みられることはほとんどないのである。このような事態はいかにして生じたのか。この点について改めて検討しよう。

すでに確認したように、『綱要』においては、国法の領域と私法の領域が明確に区別されて存在している。国法の領域を特徴付けるメルクマールは支配を内容とする国家意思であり、この国家意思の主体が国家法人である。他方、国家とは原則として無関係な領域として、私法が支配する私的領域が存在する。これに対し、『公権論』においては、国家有機体が有する支配という契機こそが国法学の核心であるという『綱要』と類似した認識がゲルバーには存在したが、しかし、国法学が支配という意思作用の分析に尽きる、とは必ずしも考えられていなかった。というのは、おそらくは歴史的方法と体系的方法が相対的に見て一つの著作の中で厳格に分離しているわけではない『公権論』にあっては、国家有機体というモチーフこそが国法学が常に立ち返るべき出発点であり、このモチーフを具体化することもまた国法学の使命であると考えられていたからである。しかし、国法学を支配という意思作用の分析と捉える『綱要』においては事情は大きく異なる。支配という意思作用を表現する国家法人こそが国法学の出発点であり、国家有機体が国法学に現れるのは、君主と議会を国家機関として位置付ける場合のように、国家的支配を具体化する際に現れるにすぎず、自律的諸団体からなる社会と国家との間の結節点は存在しないのである。

とはいえ、確かに、『綱要』においても国家有機体がきわめて重要な役割を果たしていることは間違いがない。というのは、『公権論』において述べられたように元々のゲルバーの

---

<sup>92</sup> Pauly (Anm. 9), S. 141

議論の性質からすれば法人概念を採用することは君主や議會を国家の外へと置くことを意味していたにもかかわらず、国家人格概念を採用しつつも君主や議會を国家の機関として、すなわち国家の内部にある存在として位置付けることを可能としているのはまさに有機体概念にほかならないからである。また、「国家は絶対的な意思力ではな」く、先に確認したように国家は既得権を尊重しなければならないし、国家目的に奉仕しなければならない(GS, S. 31 ff.)とゲルバーが認識している根拠は、「国家権力が人格として観念された倫理的有機体の意思力」(GS, S. 19)であるからである。また、すぐ前に触れたように、君主および議會を国家機関として位置付ける議論においても有機体概念は用いられている(GS, S. 76-77)。このような有機体概念こそが本節第 1 款で確認したような『公権論』における議論と『綱要』の連続性を担保している。『綱要』においてゲルバーが自然的考察たる有機体としての国家と法的考察たる法人としての国家を区別している点は過剰に強調されるべきではなく、国家法人は有機体概念によって裏打ちされることによってはじめて成立する概念であると捉えられるべきである。

「[意思関係の境界付けという]この国法学の特別な任務にとって、国家を有機体と特徴付けることは、法律学的な考察が前提とする自然的な構成事実の、そして法的に重要な意思関係の構築が基づく自然的基礎の模写および描写にほかならない。しかし、国家の法律学的構成はその出発点を常にただ、以下のような思想に見いだし得る。すなわち、その有体性 *Körperlichkeit* において有機体として把握される国家存在に、同時に、固有の意思能力、すなわち固有の人格が内在しているという思想である」(GS, S. 221-222)。

このような意味で、ゲルバーにおける国家概念は、本章冒頭で確認したシェーンベルガーが述べるように単なる意思主体としての意味しか有さないわけではない<sup>93</sup>。

しかし、法的主体が支配者としての国家(とその機関)と、せいぜい服従者としての民族しか登場しない『綱要』の構図においては、支配者でも被支配者でもないゆえに、法主体性が承認され得ない自律的諸団体に存立の余地はあり得ず、その編成を国法学上の関心の中心的対象と把握することは困難となる。いうなれば、法学的方法が発展した『綱要』においては、有機体は議論の前提ではあれど、国法学が常に立ち返るべき出発点というわけではないのである。

この点を確認するために『綱要』における選挙権および議會の性質について確認しよう。

---

<sup>93</sup> 『綱要』における国家法人論の採用がゲルバーにおいて(国家人格に関する)法人擬制説から法人實在説への改説を前提としていることはしばしば指摘されている(時本(前掲注 5)、34-39 頁)。このような議論はそれ自体としては正しいものであるだろう。しかし、本稿の観点からすれば、『綱要』の国家人格概念を理解するにあたりなによりも注目すべきは、それが擬制か實在かというよりも、有機体概念によって裏打ちされていることである。確かにゲルバーにとって国家人格こそが国法学の出発点なのであるが(GS, S. 4)、国家論の出発点でもあるわけではない。彼の国家論の出発点は、ここまで確認したように民族からなる有機体であり、公共体である。

まず、『綱要』においては選挙権の行使によって国政への関与を行う臣民の権利が、国家が有する権力権の反射であるところの政治的権利(GS, S. 50-51)と把握されていることを確認しよう。選挙権を独自の権利として位置付けるというよりも国家権力の反射として捉えるこのような選挙権の低い位置付けは、『公権論』においてゲルバーが抽象的な選挙法に基づく選挙権を真の公権として取り扱っていなかったことを踏まえるならば十分理解できるものであろう。では、『公権論』における主要なテーマの一つであった私権と結び付いた公権についてゲルバーはどのように取り扱うのであろうか。『綱要』のゲルバーにおいても既得権が尊重されるべきことが説かれていることは確認した。先にも触れたように、ゲルバーは私権という言葉に代えて『綱要』では既得権という表現を好んでいるが、この既得権に基づいて「国家における有機的服務を行使する権利」が認められることがあるという事実は『綱要』においても確かに指摘されている (GS, S. 41)<sup>94</sup>。また、議員の選出方法として、普通選挙制度と、自律的・身分的団体に基ついた選出方法を厳格に区別する『公権論』のゲルバーにおける議論が『綱要』においても全く消滅したわけではない<sup>95</sup>。この点について、『綱要』において議会制度について論じた以下の箇所を確認したい。

「二つの議院[第一院と第二院]の形成については、いかなる普通法上の命題も存在せず、ただ個々の領邦国家の規定が存在するにすぎない。このような規定にしたがえば、原則として統治家門の王子やシュタンデスヘルの家族の長、そして君主が世襲のあるいは一代限定の身分を授けた人々、さらには大都市やほかの団体 **Korporation** によってそのために選出された人格、最後に国家上のあるいは教会上の公職によって構成員資格が認め

<sup>94</sup> ただし、「国家における有機的服務を行使する権利を内容とする既得権は、国制 **Verfassung** の変更へと方向付けられた立法に対して常に抵抗力を要求できるというわけではない。というのはこのような権利の法的存続が、このような権利と国制との結び付きからきっぱりと区別され得るわけではないからである」(GS, S. 41)。公権といえど、その基盤が破壊されれば、侵害されることもあり得るとする議論が『公権論』においても見られることは、本章第2節第3款において確認した。なお、本稿はここで **Verfassung** という用語を国制と訳したが、それは **Verfassung** が実定憲法典とは相違するものであると理解されるべきという理由に基づく。国制と憲法(典)**Verfassungsurkunde**、あるいは(ゲルバーにおいて憲法典と同義として用いられている)基本法 **Grundgesetz** との関係については GS, S. 8, Anm. 2. そこでは「国制とは、その総体的現象における基本法の内容である」とされており、憲法典が国制を過不足なく表現しているとは限らないとされる。

<sup>95</sup> 『公権論』に見られた普通選挙制度に対する拒絶の態度が『綱要』においても継承されていることは Kremer (Anm. 24), S. 351-352 (S. 354, Anm. 204 も参照)も指摘するとおりである。このような理由により、『綱要』においては身分制議会構成員となる権利の根拠が選挙であるか、王の任命であるか、官職の保持であるか、特別な身分的地位であるかは区別なく論じられているとする海老原(前掲注 64)、338 頁の議論が、『綱要』全体の主張としてどこまで妥当するかといえ、疑問なしとはいえない。とはいえ、『公権論』と比較して、『綱要』に海老原が指摘するような傾向が存在することそれ自体は事実であろう。なお、ゲルバーにおいては君主による上院議員任命という特権付与行為が近代国家と矛盾したり、国家秩序の統一性を阻害するものではないと説かれている(Gerber, Ueber Privilegienhoheit und dispensationsgewalt im modernen Staate, (1871), in: der., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878), S. 478)。

られる人格が第一院の構成員として現れる。第二院の構成員はほぼ例外なく選出された領邦諸身分 *Landstände* である。しかし個々のドイツ諸国家における選挙法はきわめて多様である。いくつかの国家は以下のような観点から出発している。すなわち、民族はただ頭数にしたがって理解された集合ではなく、様々な社会的集団および利益にしたがって区分された身体であり、民族代表もまたこのような全体としての民族の性質に対応するように作られなければならないということである。ほかの諸国家は、選挙制度において無差別にあるいはせいぜいのところ納税の基準にしたがって区別された集合に対して、純粋に機械的な装置を議員の任命のために提供することにより、民族が有する精神的性格を否認している」(GS, S. 135)。

このような本文に附された脚注においては普通選挙制度に対する批判的態度がより明らかである。

「以下の点について付随的にのみコメントしておきたい。選挙法を一つの装置 *Apparate* として形成しようという、民族全体を身分制議会において忠実に反映することをいわば機械的に保証しようという様々な技巧的試みに対してはきわめて疑わしい価値が認められる。——1866 年以来、北ドイツ連盟において、そしてそれにしたがって個々の領邦憲法において受け入れられたような普通・直接選挙法は、可能な試みのうち限界にほど近いものを達成した。現状のように公的事項が展開されるならば、選挙制度の規定はますます学問的考慮から引き離され、ほぼ政治的流れの影響に服することとなる<sup>96</sup>」(GS, S. 135, Anm. 6)。

この引用文は、まず、本章第 1 節で確認してきたようなゲルバーの法学的方法(従来のドイツ法学においては「社会的・政治的圏における流転 *Wechsel* に委ねられ、したがって、独立した学問的基礎付けが不可能であるような法状態の体系的描写」が含まれているにすぎない(UR, S. 20))が国法学においても継承されていることを示している点において興味深い。ゲルバーにとって単なる事実の記述を行うだけでは、法学の目的は満足されないこと、このような事実の記述に法学が満足するならば、容易に流転する社会的・政治的事実や立法者の恣意的な諸活動を法学が後追いするにすぎなくなってしまうことを本稿はここまで確認してきたが、この論点は参政権にもあてはまる。ゲルバーにとって、普通選挙制度は、『公権論』において詳細に確認したように)近代特有の国家形態たる公共体の実現を困難にするという理由に加えて、日々の社会的・政治的事実の流転や立法者の恣意的な諸活動から一定程度独立した独立した法学を——おそらくは選挙権者が誰であるかがもっぱら法律に委ねられるという理由によって——困難とするゆえに斥けられているのである。

---

<sup>96</sup> なお、引用文中の「1866 年以来」以下の文章は 1865 年に出版された初版には存在せず、1869 年の第 2 版から追加されたものである。

このように『公権論』およびそれ以前のゲルバーの構想の継承を『綱要』から読み取ることのできるのだが、しかし、続いて確認したいのは、『公権論』の構想、すなわち自律的・身分的団体を背景とした臣民の公権論がゲルバー国法学において有している意義を『綱要』それ自体の読解からは認識することはほとんど不可能であるという点である。ゲルバーは、先に確認したように、確かに『綱要』においても私権と結び付いた公権こそが真の公権であると考えているのだが、しかし、それが公共体あるいは有機体の実現とどう関係しているかという点に関してはもはや明らかではない。このような問題を取り扱うことが国法学の主要な対象ではないと位置付けられるからこそ、国法学は、国家法人によって表現される国家意思を対象とする学であるという明確な規定を与えることが可能となったのであろう。また、『公権論』において説かれていた自律的・身分的諸団体の復興についてもほとんど論じられていない。このようなわけで、『綱要』においては、臣民の公権という論点は、『公権論』と比べ、はるかに周縁的な意義しか認められず<sup>97</sup>、普通選挙制批判は述べられるが、それに対する代替案は提示されないという印象が与えられることとなる。

このような変化についてゲルバー自身は特に説明を加えていないが、このような変化に説明を与えるとすれば、すでに述べた点ともやや重複するが、以下の二点を指摘することができるのではないと思われる。第一点は国法学の性質の把握方法に関する変化である。すなわち、『公権論』において国家有機体という政治的モチーフは、支配を中核とする国法の領域のみならず自律的諸団体からなる領域をもその射程に捉えていた。それゆえ、『公権論』においては国家有機体というモチーフを具体化するために、自律的諸団体の編成が論じられたのである。国法学とは国家権力を取り扱う学であるという具合に法学的方法の完成を高らかに宣言する『綱要』と比べ、『公権論』においてははまだ法的考察と政治的考察の境界は未分化<sup>98</sup>であった。これに対し『綱要』において国家法人論が国法学の出発点として採用されたことによって、国家有機体はあくまでも支配主体としての国家法人と重なり合うかぎりでのみ、国法学に登場することが許されるにすぎないのである。あるいはこうもいえるかもしれない。すなわち、『公権論』は歴史法学的方法論たる歴史的方法と体系的方法の二重の方法が渾然となって執筆された書物であるが、『綱要』は、むしろ前者が前提とされていることは間違いないが、相対的に後者に重点が置かれた教義学的な書物である、と。

第二点は、そしてこちらの論点の方が本稿にとって重要であるのだが、もはや公共体の、そして『公権論』の意味における真の公権の担い手をゲルバーが自律的・伝統的諸団体において見いだしていないのではないか、という点である。それは、『公権論』においてゲルバーが自律的・伝統的諸団体に対して寄せた期待は結局のところ満たされず、時代は普通選挙制度の導入という方向へと決定的に舵を取ったという点に関係する。ゲルバーが期待

<sup>97</sup> このような把握がラーバントにおいても継承されていることに関しては SdR 1, S. 156-157.

<sup>98</sup> 『公権論』においてゲルバーはテキストのほぼ末尾(öR, S. 84)において以下の考察は政治的考察だと断っている。裏を返せば、それ以前になされた議論は純然たるとはいえないとしてもあくまでも法学上の議論だということであろう。



した安定した政治への期待は、自律的諸団体においてよりもむしろ法学的構成そのものに強く寄せられているように思われる。

「国法学が解決しなければならない最も重要な課題が国家的行為にたずさわる個々の諸力が相互に作用するような法的関係を規定することであることは明らかである。このような課題は憲法によって与えられたすべての個々の意思領域とその相互の関係の正確な探求によってのみ解決される。[……]法学が国家権力の持つ個々の諸力を、内容、限界、関係にしたがって、その弁証法的手段を用いて規定することが正確であればあるほど、法学はより安定して巧妙な建築物を組み立て、妨害があった際の再生産の手段を保障することができるのである」(GS, S. 223)。

ここで述べられている国家的行為にたずさわる個々の諸力とは、君主や議会といったいわゆる国家機関である。先に確認した『綱要』の性格に基づき、ここでは、意思作用に即しつつ、各国家機関の権限の性格やそのそれぞれの範囲といったものが主題として論じられている。しかし、もはやここでは、『公権論』で問題となっていたような、公権と私権の結び付けそのものが重視されているわけではなく、(国家法人論を採用することによってより精密な形で可能となった)体系的叙述こそが政治的安定性に奉仕するという認識が前面に出ているのである。

このようなゲルバー国法学における自律的諸団体の編制という問題関心に対する軽視は、そして自律的諸団体と国家との断絶は、国家法人論を継承したラーバント国法学においてより明らかとなる、と本稿は考えているのだが、ラーバントに関する検討は第2章に譲る事として、以下では本章で行った議論を改めて確認することとしよう。

## 第1章の結び

ここまでの記述では、ゲルバー国法学における国家有機体論から国家法人論への変遷が有する意義について内在的理解を旨として検討してきた。ここまでの叙述を簡単にまとめるならば以下のようなになるだろう。『公権論』においてゲルバーはアルブレヒトの構想を、一方では受け継ぎ、他方では斥けた。すなわち国家を特定の個人の私的意思すなわち恣意に基づかせず、客観的で独立した公共体として把握する点においてはアルブレヒトの構想を継承したが、このような目的を達成するために国家を法人として捉えることは斥けた。国家を公共体として把握するためには、有機体概念の採用で十分であり、法人を擬制として捉えるゲルバーにとっては、むしろ国家法人概念は彼の意図にとって妨げとなるのである。ゲルバーはこのような国家の公共体的性格という前提に基づき、有機体概念を利用し、君主や議会を国家の機関(器官)として把握することにより、これらの機関を国家の内部に位置付けたのだが、その際におけるゲルバーの議論の特色は、単に君主や議会を国家機関として把握したにとどまらず、このような有機体の、そして公共体の理念を現実化するため

に、一方では君主の王位継承権が、他方で臣民の参政権が、流動的に移りゆくことのない私権の形式と結び付けられ、それに応じて割りあてられるべきことを積極的に説いたことにある。このように臣民の参政権を認めることによって公共体は公共体たり得る。ゲルバーにとって、このような議論こそが、君主や臣民による恣意的な支配を斥け得る法的構成であるとされていたのである。

これに対し、国家法人論へと改説した『綱要』においては国家が意思主体としても捉えられている。確かに『公権論』と同様に依然として国家は有機体として、そして公共体を前提とするものとして把握され、君主の、そしていまや人格として把握される国家の恣意的活動が戒められてはいる。それにもかかわらず、国家法人論の採用に伴う法学的方法、より精確には体系的方法の展開によって、そして国法学における自律的身分的団体の周縁化によって、公共体の現実化という契機は、国法学における主題として取り扱われることはなくなるのである。

さて、本章では公共体という国家像を支える国制論という観点からゲルバーを見てきた。そして、『公権論』において存在した身分制的国制論への関心が、『綱要』においては国家法人論の採用に伴い、さしあたり捨象される過程を確認してきた。ところで、このような国制論は一体どこへ行ってしまったのか。この点についてゲルバーはほとんど論じていないのだが、国制論という問題意識が、国家法人論者の視野から完全に追放されてしまったか、といえそうではない。次章以下では、このような問題を意識しつつ、この点についてゲルバーの後継者であるラーバントとその批判者であるギールケの議論を確認していこう。

## 第2章 パウル・ラーバントにおける法と国制

### 本章の目的

本章は、19 世紀ドイツ国法学において強い影響力を有したとされる<sup>99</sup>パウル・ラーバント<sup>100</sup>の国法学理論を、ベルント・シュルターによって編集され、2004 年に公刊されたラー

<sup>99</sup> ただし、従來說かれてきたような、19 世紀後半から 20 世紀初頭までのドイツ国法学におけるラーバントの圧倒的な影響力については、現代では少なからず疑問視され、時代的にかなりの程度限定された範囲にのみ、このような影響が認められるにすぎない、とされる。Schönberger (Anm. 4), S. 83-84 によれば、ラーバント国法学の支配なるものは数十年におよぶのではなく、せいぜい 1880 年から 1895 年の間にしか存在しなかったとされる。

しかし、パウリーが指摘していることであるが、ラーバント国法学を法思想史上において位置付ける場合、より重要であるのは、ラーバント国法学がどの程度みずからの支持者を見いだすことができたか、ということではなく、ほかの公法学者の主張の独自性が自身によって、あるいはほかの論者によって論じられる場合、ラーバント国法学との比較を通じて論じられるという一種のオリエンテーション機能をラーバント国法学が果たし得るほど、ラーバントの議論の水準が高かったことである(Pauly (Anm. 9), S. 214-218)。

<sup>100</sup> ラーバントの経歴については、Walter Pauly, Paul Laband. Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: Helmut Heinrichs/Harald Franzki/Klaus Schmalz/Michael Stolleis(hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, (1993), S. 305-311. [邦訳:ヴァルター・パウリー、土屋武訳「パウル・ラーバント 学問としての国法学」(ヘルムート・ハインリッヒス/ハラルド・フ

バントの講義原稿である『国法講義』を主たる題材として取り扱う。

さて、ラーバント国法学に関する基本事項をまとめるならば、以下のようになるだろう。ラーバントはゲルバーによって開拓された実証主義国法学を継承し、政治家へと転向したゲルバーがなし得なかった第二帝政期におけるドイツ帝国国法の体系的な叙述を行い、通説の地位を獲得した。ラーバント国法理論の性格は、ゲルバーのそれを基本的には受け継いでいるとさしあたりはいえるだろう。すなわち、ラーバントは法学の対象を人格の意思として把握するパンデクテン法学の私法学的方法を国法学へと転用し、その国法体系を作り上げた。具体的には、国法学における人格を国家、すなわち国家法人として捉え、この国家法人の意思を国家権力であると把握することによって、この国家法人によって担われる国家権力を国法学の記述の対象とする。法人としての国家を考察の出発点とするこのような方法論は、ゲオルグ・イエリネックに受け継がれるのだが、しかし、ラーバント国法学はワイマール期ドイツにおけるルドルフ・スメントやカール・シュミットによって代表される政治的憲法学によって、その形式性が論難され、克服されたとされる<sup>101</sup>。

しかし、ラーバント法理論の全体像は、このような国家法人論者ラーバントという像にとどまるものではない。本稿の問題意識に基づき、本章の結論をあらかじめ定式化するならば、以下のようなものとなる。すなわち、ラーバント国法学には、国家を法主体として観念する国家法人論とならんで、国家を法秩序と見る見解も存在する。これらの国家観の背景に存在するのは、国家をきわめて公的な存在、すなわち公共体と関係付けて捉える国家像である。このような国家像に基づき、ラーバントは私的利益が国家に持ち込まれることを否定し、国家の任務はあくまでも公的利益を追求することにあるとする。その際、注目すべきことは、公共体の具体化のために自律的諸団体の国家への関与を重視していた『公権論』のゲルバーと比べ、これら諸団体の国法学上の位置付けがきわめて軽視されているどころかむしろ敵視されており、国家と社会の結び付きがほとんど存在しないということである。このような国家像を前提にして国家法人論を説くことによってラーバントは国家の公的性格を法学的に表現したのである。

ラーバントに対するこのような理解は、ラーバント国法学の法学的方法における形式性と政治的傾向における保守性を結び付ける従来の研究<sup>102</sup>とはやや異なったラーバント像を

---

ランツキー／クラウス・シュマルツ／ミヒャエル・シュトレイス著、森勇監訳『ユダヤ出自のドイツ法律家』、中央大学出版部、2012年、所収)、468-478頁]。またラーバントの自伝である Laband, Lebenserinnerungen, (1918), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 1, (1980)が存在する。ラーバントの国法学史上の位置付けについては、Stolleis (Anm. 9), S. 341-348 参照。また、芦部信喜「ラーバント——法学者・人と作品——」(同『憲法叢説 I 憲法と憲法学』、信山社、1994年、所収)は日本におけるごく標準的なラーバントの受容のされ方を示していると思われる。

<sup>101</sup> 栗城壽夫「十九世紀ドイツにおけるラーバント憲法学の社会的・政治的機能」(同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収)、469頁。

<sup>102</sup> たとえばヴァルター・ヴィルヘルムによれば、ラーバントによってなされた、国法学を従来の国家学が有していた政治的教条主義という鎖から解放する、という試みは、法学的方法がそれ自体、特定の政治的教義の表明であることからして破綻する。ラーバントの法学的方法が有した

提示する。法学的方法や国家法人論と、彼の保守主義的な政治的傾向との直接的な結び付きは限定的に理解されねばならない。ラーバント国法学の保守的性格は、むしろ、ラーバントの国家観や社会観および彼の政治情勢に対する認識と結び付いている側面が大きい。

さて、本章でもまた、ラーバントの公共体概念に着目してラーバントの国家概念を確認することを目的とするのであるが、その際、注目すべきことは、彼が国家を法秩序と法人格という二つの位相において考察していた点である。従来の研究、たとえば本稿冒頭で紹介したシェーンベルガーや時本らの研究はラーバントにおける後者の側面、すなわち国家人格の側面にもっぱら関心を集中させてきたのだが、本稿の見解ではこのような研究は不十分であり、法秩序と法人格の両側面を検討することなしには彼の国家概念の十分な分析に達することはない。また、しばしば、議会を軽視するラーバント国法学が有する性格の根拠が、彼の(哲学的、歴史的、政治的思考を軽視する)形式主義的な法学的方法<sup>103</sup>に求められることがあり、本稿もまた、ラーバントの想定する法学的方法と公共体概念との関連という観点から、この問題に触れることとする。しかし、ラーバントの国家理論、たとえば議会の軽視は、むしろラーバントにおける公共体概念(それは哲学的、歴史的、政治的思考を前提とする)や公権概念をも踏まえてはじめて十全に理解できるものなのである。

---

法政策的機能は、主として、現状の国法状況を正当化し、現状に対するあらゆる政治的非難から閉め出すことによって、現状を保障するという点にあった。つまり、ラーバントの法学的国法学の前提は、君主制的、保守主義的な国家原理およびビスマルクの反自由主義政策の肯定であったとヴィルヘルムはいう(Wilhelm (Anm. 12), S. 159)。さらに、上山安敏もまた、ラーバント国法学の持つ形式主義的性格と保守主義的、反民主主義的性格との結合というヴィルヘルムと同様の認識を示している。上山によれば、ラーバントの法学的方法はイデオロギー的対決を回避する傾向を有する。ゲルバーと異なり、自然的考察と法学的考察の二元論的考察のような柔軟構造の体質を持たず、成文法典を重視するラーバントの実証主義は、国家至上主義に陥ることとなる。さらに、乏しいながら歴史的・社会的分析を通じて、厳格な法学的構成を可能ならしめる条件を探求したゲルバーと異なり、このような作業を行わないラーバントの理論は、私法学の法概念を利用する際に、形式主義的・法実証主義的法学的持つ欠陥をそのまま暴露している。ラーバントが用いる概念装置は、それを条件付ける現実的な基礎から離れてしまい、このような概念の背後にある実質的な問題性を欠落させることとなってしまう(上山(前掲注 8)、125-129、142-143 頁)。

<sup>103</sup> 海老原明夫「ドイツ国法学の『国家学的』方法について」(国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第1巻』、有斐閣、1987年、所収)、360頁以下。海老原によれば、実証主義国法学以前の国家学的方法に立脚するロベルト・フォン・モールが国民の中に現存する諸利益の代表者の意見を実効的に議会へと反映させることによって、国民と議会との間の媒介を可能としようとしたに対し、考察を法的なものに限定したラーバントはこのような媒介を否定する。選挙によって国民の選挙権は尽きているのであり、国民がその代表たる帝国議会を通じて継続的に帝国業務に参加するという見解は非法律学的であるとして、ラーバントはこの問題を取り扱わなかったのである。海老原は、このようなラーバントの見解を評して、モールが「国家学的」方法を通じて真摯に追求し続けた、議会と国民の媒介という問題をラーバントは法的考察の埒外に追放してしまっているとし、このようなラーバントの議論は、結局のところ、帝国議会の正当性と権威を失墜させるものであろう、と海老原は論ずる。後述するように、本稿はラーバント国法学における国民と議会の媒介の否定は、その法学的方法に由来するというだけではなく、ラーバントの公権理解や、当時におけるドイツの社会的状況に対する認識に由来する側面も大きいと考える。モールの国制論については村上(前掲注 42)、192頁以下、石村善治「モールの公法思想——『代表制』の概念について」(小林考輔編『ドイツ公法の理論——その今日的意義』、一粒社、1992年、所収)も参照。

ここまで提示してきたような、国制論的な問題意識に基づいてラーバントを論じることが、ラーバントの主著である『ドイツ帝国国法』では一般理論が提示されていないためもあって<sup>104</sup>、従来、本格的になされてはこなかった。しかし、本章冒頭で述べた『国法講義』が2004年に出版されたことにより、ラーバントの国家理論を検討する条件が整った。というのは、『国法講義』の前半をなす「国家」の部は国家に関する純粋な法学的議論を行っているというより、このような法学的議論の背景にある政治的、歴史的、哲学的な国家論を論じているからである。ここにおいて、従来、ラーバントにおいて見いだされなかった国家や社会についての体系的叙述を確認することが可能となり、ラーバントを従来のラーバント研究において重視されていた形式主義的な国法学的方法という枠組みから離れて考察することが可能となったからである。

以下では『国法講義』の読解を通じて、ラーバントが、いかなる国制像を提示していたか、という問題を検討するが、この問題を取り上げる前に、予備的考察として、ラーバントの国家理論がラーバント国法学体系においてどのように位置付けられるかを確認するために、第1節においてラーバントの法学的方法を検討する。というのは、ラーバント国法学における形式主義的な法学的方法(より精確には、第1章でも確認したように体系的あるいは教義学的方法と述べるべきであるが)の意義を限定的に理解し、国家論および国制論の意義を強調する本稿にとって、国家論および国制論と方法論の関係を確認することは不可欠であるからである。続いて、第2節において、ラーバントにおける国家概念および国家と社会の関係を検討する。この節では、ラーバントにおける、彼の肯定する国制像に強い影響を与えている公共体としての国家という概念を検討する。第3節では、ラーバントの議論がいかなる法思想的背景を踏まえてなされているのかを確認するために、ラーバントと歴史法学の関係について検討する。第4節では、それ以前の節における議論を踏まえて、ラーバントがいかなる国制を適切であると考えていたのか、という問題について検討したい。第5節では、これらの議論を踏まえて、ラーバントが公権という言葉によりいかなる対象を想定していたかを改めて検討したい。

## 第1節 ラーバントの法学的方法

本節では、ラーバントの(国)法学的方法を取り扱う。というのは、ラーバントの国家思想や国制論を取り扱う本稿にとっても、このような議論がラーバント国法学においていかなる位置付けを占めるかをあらかじめ確認しておくことが必要であると思われるからである。あらかじめ結論を述べるならば、ラーバント国法学における形式主義的性格は、従来考えられてきたよりも、限定的に理解される必要がある、というものである。

さて、ラーバントの法学的方法を最も明確にあらわしている箇所として、従来、『ドイツ

---

<sup>104</sup> 栗城壽夫「イェリネックの一般国家学について」(同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収)、543頁以下。なお、Friedrich (Anm. 8), S. 207-208は、ゲルバーにおいてはまがりなりにも「実質的な国家理論」がほのめかされていたが、ラーバントにおいては国法学体系の基礎としての国家理論は存在しないとする。

帝国国法<sup>105</sup>』第2版序文における一節が必ずといってよいほど頻繁に挙げられてきた。本稿もまた、この一節を検討することによってラーバントの法学的方法を明らかとしたいと考えるのだが、その際、ラーバントが法学の論理主義的・形式主義的性格を一面的に強調しているわけではなく、歴史的、哲学的、政治的考察をも重要視している点に注意されなければならない。ラーバントはいう。

「法を取り扱う方法として、論理の排他的な支配というものがきわめて偏ったものであること、そしてある意味において、我々の学問の衰退を引き起こすものであろうことを私は確信している。私は、長い間みずから情熱を注いできた法史学的研究の意義も、歴史や国民経済学、政治、哲学が法の認識に対して有する価値もみくびることはない。教義学 *Dogmatik* は法学 *Rechtswissenschaft* の唯一の立場ではなく、教義学は法学の一部である。しかし、ある特定の実定法の教義学が有する学問的任務は法制度の構成、すなわち個々の法命題を一般的概念へと還元することであり、そして他方で、このような概念から生じた帰結の導出にある。妥当する実定法命題の探求、すなわち、加工されるべき素材の完全な認識と支配を別とすれば、このことは純粋に論理的な思考活動である。このような任務の解決のためには、論理以外の手段は存在しない。このような目的のために論理がほかのものによって代用されることはあり得ない。あらゆる歴史的、政治的、哲学的考察は——それ自体としては望ましいものであるが——具体的な法素材の教義学のためには重要性を持たない。このような考察は、しばしば構成的作業の不足を隠すという作用を果たすにすぎない。[……]私は法教義学を過大評価していないし、法学研究の唯一の目的は妥当する法の可能なかぎり首尾一貫した教義学にあるというつもりもない。しかし、私は教義学に、実定法素材の確実かつ十全な確定と概念による法素材の支配という任務とは別の任務を与えることを正しいと考へないのである」(SdR 1, S. IX)。

従来の研究においては、この文章においてラーバントは、法学とはもっぱら論理によって行われるものであると主張したと理解されることが多かった<sup>106</sup>。しかし、上記の引用文に

<sup>105</sup> なお、従来のラーバント研究において重視されてきた『ドイツ帝国国法』は、元々のラーバントの意図としては、「ドイツ帝国国法に関する、とりわけ学生が利用するための教科書」であった(結果として、元々の意図と比べると「あまりにも包括的であり、個々の問題に対してあまりにも詳細であった」ともラーバントは述べているのであるが)こと(Laband (Anm. 100), S. 78-79)は確認されてよいだろう。最終的に4巻本となる大部の『ドイツ帝国国法』は、ラーバント国法学全体の一部であり、さらにいえばラーバント国法学もまたラーバント法学全体の一部である。とはいえ、ラーバントは結局は、国法学こそがみずからの専門分野 *eigentliche Gebiet* であると考えることとなるのだが(Ebenda, S. 80)。

<sup>106</sup> たとえば Schönberger (Anm. 4), S. 85-91 は、この点を強調した上で、ラーバントの法学的方法を批判する。また、Wilhelm (Anm. 12), S. 7 f. はラーバントにおいて法学と論理的活動たる教義学が同一視されているとし、Friedrich (Anm. 8), S. 199-200 においても、ラーバントの法学的方法を論ずるにあたっての力点は明らかに「純粋に論理的な思考活動」たる教義学に置かれている。ラーバントの法学的方法に関するこのような理解は古くから存在し、たとえば Georg

において、ラーバントは法学には二種類の異なった要素が存在することを指摘している。一つは今述べた論理的要素すなわち、「個々の法命題を一般的概念へと還元すること」たる「法制度の構成」および「このような概念から生じた帰結の導出」であり、従来、ラーバントの法学的方法という観点において問題にされてきたのは、まさにこの部分である。しかし、この引用文の中で、ラーバントは同時に、実定法の素材をより精確に理解するために、法学における歴史的、哲学的、政治的考察の必要性も説いているのである。この両者の関係をヴァルター・パウリーは、後者、すなわち法獲得の段階においては、歴史的、哲学的、政治的考察が排除されるわけではなく、法学が論理によって行われるのは、あくまで前者にかかわる部分であり、たとえばラーバント自身もかつて従事していた法史学は、前者におけるいわば入力データであると説明する<sup>107</sup>。

---

Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Auflage, (1905), S. 18 ff. は、法学の研究手法とほかの諸学の方法との混同を戒めつつも、「法命題の歴史的前提に関する認識や法命題のあらゆる関係に関する認識」は法教義学にとって重要なものであり、この点をラーバントは正当に認識しなかったとしてラーバントを批判する(Ebaeda, S. 19, Anm. 1)。

<sup>107</sup> Pauly (Anm. 100), S. 317. [邦訳:486-487 頁]。ラーバント国法学において歴史的考察が実際の法解釈上も、方法論のプログラム上も重視されていたことを指摘した Ebenda, S. 316-317 [邦訳:485-486 頁]も参照。Pauly (Anm. 9), S. 188-192 においてもほぼ同旨の議論がなされている。これらの箇所におけるパウリーの議論はきわめて鋭く、従来におけるラーバントの方法論に関する研究全体に対して根底的な見直しを迫るものであるとさえいえると思われる。それだけにパウリーが、ゲルバーやラーバントを、実証主義である、という具合に彼らの議論に内在的に接近するために必ずしも有効とは思われない道具立てに固執していることは残念である。

ところで、ラーバントの方法論について最も精確な理解を示した人物の一人として、ラーバントより少し若い世代の公法学者であるヘルマン・レームが挙げられるように思われる。藤川直樹「ドイツ立憲君主政における王統と国家——ヘルマン・レームの公法学——」(『国家学会雑誌』第126巻第3・4号、2013年、所収)、111-112 頁において紹介されているレームの議論を確認しよう。レームによれば、ゲルバーやラーバントによって、国法学の自律性は、法解釈の「論理的=体系的」要素の強調によって達成され、また、哲学的、政治的、歴史的な補助解釈手段がほぼ一掃されたことによって達成された。しかし、「ゲルバーもラーバントも自身、かかる措置が一面的であることを重々承知していた。それゆえ、彼らは国法の構成的構築がある程度完全になった際には、実定法の完全な理解のために必要なほかの解釈要素を再び一層強烈に顧慮する必要があるとほのめかしていた。これは同時に国法学が国法史と国法政策にもその意を用いることができる契機であったであろうが、大規模な立法や新憲法制定があったため、国法史や国法政策は法解釈学の背後に退いてしまった。所与に対する批判に先立ってその理解が必要であったが、法解釈学が高度に構築されるとともに、うまく法史学に立ち入ることもできるようになった。しかし実定法が一面的な構成的方法で十全に攻究されるならば、ほかの補助的解釈手段を再び一層強く考慮しなければならないのみではなく、自律的な法史学的研究および法政策学的研究を再開しなければならない。この両者は法学を国家生活からの疎外から護るものなのである。はたしてそうであるとすれば、この新たな道にも踏み入ることが国法学の権利であり義務であるとされる時期が来てもよい。だが、その際、一つの要請が堅持されねばならない。すなわち、国法史、国法解釈学、国法政策は個別の実体において即物的に峻別されねばならず、かつ国法解釈学内部では論理的=体系的解釈の契機に指導的役割が帰せしめられねばならない。さもなければ、法解釈学は今日顕彰されているような自律性の実際上の最も優れた成果、すなわち法解釈学が公共生活に歩み寄る際に身に付けている客観不党の流儀を失ってしまうことになる」(Hermann Rehm, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, (1896), S. 260 ff. (引用箇所の邦訳は藤川によるものをやや改めた))。後掲注 133 において示すラーバントの言葉からも理解できると思われるが、論

このようなパウリーの議論は適切なものであると思われるが、以下ではパウリーが明示的には述べていない点について補足したい。すなわち、ここでラーバントによって述べられている方法は、サヴィニーおよびゲルバーといった歴史法学派の方法を継承しているものである、という点である。サヴィニーの法学的な方法が歴史的方法と体系的方法の二重の方法を前提としていること、ゲルバーがこの二重の方法を継承したことについては本稿第1章第1節第1款においてすでに確認したところである。また、ゲルバーがこの方法のうち体系的方法を教義学という用語で表現していたこともすでに確認したところである<sup>108</sup>。ラーバントが上記引用文で用いている教義学という言葉もまた、サヴィニーやゲルバーの方法論および用語法を踏まえて理解する必要がある。すなわちラーバントが、専門用語としてこの用語を用いていることが踏まえられなければならないのである。このように考えるならば、ラーバントが法学における教義学の役割を限定したことは、容易に理解が可能である。すなわち、歴史法学派に属する論者にとって不可欠な法の歴史的考察(ラーバントはさらに国民経済学、政治的、哲学的考察も付け加えているが)は、教義学においてではなく、歴史的方法の部分において取り扱われるべきであるからであり、ラーバントもまたこのような方法に忠実に、法の体系的(教義学的)把握と法の歴史的考察を区別したのである<sup>109</sup>。

このような前提を踏まえるならば、ここでラーバントによって宣言されている法学的な方法は、みずからが歴史法学の方法を継承したことを宣言しているにすぎず、とりたててラーバントの独自性を表現しているわけではないということとなろう。

さて、このような議論を踏まえるならば、従来、強調されてきたラーバント国法学における論理的要素は、あくまでラーバント国法学(国法教義学ではない)の一面を表現するものにすぎない<sup>110</sup>。次節以下で詳しく見るように、ラーバントは『国法講義』において、国家

---

理一本槍の法教義学のみでは、法学が国民の「生活 *Leben*」から乖離するものになってしまうため、法教義学は、法教義学の外の諸学との関係を絶ってはならないとラーバントが考えていたことを指摘する点においてもレームの分析は優れている。

<sup>108</sup> 前掲注 60 も参照。

<sup>109</sup> 付言すると、先の引用文にある「論理」という言葉はたとえば論理学という演繹などとは無関係であると理解されるべきであろう。亀本洋「現代法学の展開と法律学の変容」(『岩波講座 現代の法 15 現代法学の思想と方法』、岩波書店、1997 年、所収)、43 頁以下はサヴィニーの法学的な方法が論理(たとえば論理的演繹)とは無関係である旨の適切な指摘を行っているが、同様にラーバントのいう論理も論理的演繹とは無関係である。では、ラーバントがここで論理という言葉でなにを表現したかったかといえば、本稿の見解では、(民族精神論による法の体系的統一性の担保を前提とした)法制度、ひいては法体系の有機的連関を前提とした法的構成程度の意味合いであろうと思われる。ラーバントの議論の前提となっていると思われるサヴィニーにおける法制度や法体系と有機的法思考の関係については原島(前掲注 26)、272 頁以下。

<sup>110</sup> ラーバントが法学における歴史研究を重視していたことを示す箇所として、比較的近年のラーバント研究においてしばしば引用される(Pauly (Anm. 100), S. 136 [邦訳:485-486 頁], Bernhard Schlink, Laband als Politiker, in: Der Staat 31, (1992), S. 555)箇所を紹介しておこう。「[ベルギー憲法とプロイセン憲法の間には文言上、類似した条文が存在するが、両者の法的意味および政治的作用は異なるのであり、]両憲法の正しい評価はむしろ、両憲法がその総体において、その個々の配列の相互作用において、そして歴史的根拠付けの顧慮を伴って把握されることを必要とする」(Laband, Besprechung von Rudolf Smend, Die Preussische



の本質論や、国家の歴史的発展に関する記述、そして君主制や議会制といった国制が十分に機能するのはそれぞれいかなる社会的条件の下であるか、といった歴史的、哲学的、政治的考察を行っている。これらの点に関する議論は、確かに論理によって行われる法教義学には属さないが、しかし、法学という活動の一部分たる、パウリーのいう「法獲得」、あるいはサヴィニーがいうところの歴史的方法におおむね属すると考えることができる。

歴史法学的前提に立てば、国家の本質とはなにか、あるべき国制はいかなるものかという問題は、法的論理作業の外側に存在する問題であり、歴史的、哲学的、政治的考察を含めて検討されざるを得ない問題である。このように考えた場合、ラーバントが法ないし国家に対し、いかなる歴史的、哲学的、政治的考察を行ったかが問われねばならないだろう。本稿が主たる検討の対象とする『国法講義』はまさにこの点に対する素材を提供する文献である<sup>111</sup>。次節以下では、このような前提を踏まえて『国法講義』を検討する。

## 第2節 『国法講義』における国家論

以下では、『国法講義』の第1部をなす「国家」を取り扱う。ここでは、「国家」のうち、ラーバントにおける国家人格と法秩序の関係、そして公共体の概念を理解するために必要なかぎり、ラーバントの議論を追うこととする。なお、『国法講義』の第2部は「国法」という表題を持つ。ここでは、国法学のいわば一般理論とでも呼ぶべきものが述べられているのだが、基本的にはゲルバーの『綱要』の多くが踏襲されていると考えられる<sup>112</sup>。ま

---

Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen, Göttingen 1904, (1905), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 2, (1980), S. 426)。このような観点からラーバントはルドルフ・スメントの博士論文を賞賛している。

<sup>111</sup> Schlüter (Anm. 23), S. 384 も参照。

<sup>112</sup> たとえば国民が有する自由権は公権としては把握されていないし(SV, S.189-190)、君主は国家の外に存在するのではなく、国家の中に存在する機関であると把握されている(SV, S. 201, 206)。当然、王位継承を私法的観点の下で把握することは「有機的国家という概念と両立しない」(SV, S. 213)とされる。なお『国法講義』の第1部つまり国家論は55-146頁まで、第2部つまり国法学論は147-282頁までにあたる。285-300頁までの第3部はドイツ憲法史の断片的叙述である。

この機会に、ゲルバーとラーバントの関係についてもう少し詳細に触れておこう。今日では、ゲルバーとラーバントとの関係を論ずる際に、ラーバントがゲルバーの『綱要』を賞賛した書評(Laband, Besprechung von C. F. v. Gerber, Grundzüge eines System des deutschen Staatsrecht, 1865, in: Literarische Centralblatt für Deutschland, Nr. 3, Januar 13, (1866), S. 56 ff. 本書評は匿名著者によるものであるが、今日ではラーバントの手によるものであることが確認されている。Pauly (Anm. 9), S. 160, Anm. 139 を参照)がしばしば言及される。その際、きわめて興味深いのは以下の文章である。「[普通ドイツ国法学にこだわる]著者[ゲルバー]は形式的・法史学的方向性からも、個別諸国家の憲法典における規定を単に国勢学的に編成することからもひとしく距離を取っている。立憲君主制の形を取った有機的国家——これこそが全ドイツ国民の近代的国家生活の根底にあり、したがって普通法上の意義を有するものである。この概念が著者の出発点であり、そこから彼は全体系を論理的に展開したのである」(Ebenda, S. 57)。本書評が『公権論』ではなく『綱要』(の初版)の書評であるにもかかわらず、ラーバントはゲルバーの国法学の前提が有機体論にあること、そしてこの有機体という原理に基づいて国法学の叙述がなされていることを——本稿の見解ではきわめて正当に——指摘している。ラーバントのい

ず、このような二部構成それ自体がラーバント国法学の性質を表現していることを確認しなければならない。すなわち、国家論と国法学(前節の議論を踏まえてより正確に述べれば国法教義学と呼ぶべきだろう)の区別である。本章が詳細に検討するように、ラーバントの国法学理論はその国家論を前提としている(たとえば国家人格の意義についてその国家論において詳細に述べられている)のだが、しかし他方で両者は明確に区別されており、国法学とは「国家の基本構造 *Verfassung* に関する、機関が有する権限に関する、そして国家の活動を規制する基本命題に関する理論である」と定義された上で、国法学はあるべき法 *de lege ferenda* ではなく、実定法に基づいて *de lege lata* みずからの命題を展開し具体的な国家を対象とするのであり、国家それ自体に関わり様々な国家と時代を対象とする理論を打ち立てる政治学とは異なるとされる(SV, S. 149)。

ところで、ここで確認されるべきことは、『綱要』のゲルバーと同様に、ラーバントにおいては国法学が国家という機構を対象とする学であると位置付けられていることである。このことから、国家の外に存在する諸力そのものを取り扱うことはこのような国法学の定義からして、逸脱であるということが理解できるだろう。しかしながら、ラーバントにおいては国家の外に存在する諸力を国法学が遮断することが許されているのは、つまり国法学を先のような定義で表現することが許されているのは、国法学とはもっぱら国家の法を取り扱うべき学問であるという形式主義的な認識からのみ導かれているわけではなく、むしろ「国家」の部で取り扱われている国制論に根拠があるようにも思われるのである。こ

---

う「形式的・法史学的方向性」という用語がいかなるものを指しているかは必ずしも明らかではない(単なる歴史研究たる法骨董学のことか?)が、「個別諸国家の憲法典における規定を単に国勢学的に編成すること」が、まさしくゲルバーが斥けようとした立場であることはすでに確認したとおりである。ラーバントは続けて——これまた正当にも——ゲルバーが国法学を国家人格と関係付けて展開していることも指摘しているが、このような国家人格と国法学との関係付けという法学的作業の前提として、有機的国家という概念が存在することを認識することなしには、国法学は学として成立しないというゲルバーの問題関心をおそらく最も正確に認識していた人物の一人はラーバントであろう。なお、ラーバントがゲルバーを強く慕っていたことに関する一般的記述として Kremer (Anm. 24), S. 41-46. なおゲルバーもまた同様に、ラーバントの著作を単に制定法に解説を加えただけの著作とは見ていなかったように思われる。「この著作[『ドイツ帝国国法』第1巻]における研究は各人に以下のような印象を引き起こすに違いない。すなわち、困難な個別的問題の展開のために、そしてこんがらがった諸要素の見事な解決のためにこの著作がいかに決定的であったかという印象を。国家や国家権力の主体、国家臣民、国土、国家の諸機関、そしてこれらの諸概念の相互の関係に関して著者が正しくかつ鋭く把握された法律学的根本思想から出発しているという印象を。そしてこのような長所の結果として、この著作が月並みで半可通 *dilettantisch* な国法学上の文献——そこにおいては政治的な理屈あるいは体系的な法律の抜粋が法律学に取って代わっている——から、いかに優れて区別されているかという印象を」(Gerber, *Besprechung von Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Band 1, 1876*, in: *Literarisches Centralblatt für Deutschland*, Nr. 8, februar 19, (1876), S. 241)。ゲルバーによるラーバントに関する書評としては Gerber, *Besprechung von Paul Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, 1871*, in: *Literarisches Centralblatt für Deutschland*, Nr. 3, Januar 21, (1871), S. 61 f. も存在する。なお、両書評ともに匿名著者によるものであるが、これらもまたパウリーによってゲルバーの手によるものであることが確認されている(Pauly (Anm. 9), S. 169, Anm. 9)。

の点について以下検討していこう。

## 第1款 国家および法秩序の概念

ラーバント国法学における国家論を検討するにあたり、まず確認する必要があるのが、ラーバントによる国家の定義である。ラーバント国法学を検討するにあたり、従来の研究において中心的位置を占めるのはなによりも国家人格の理論であるといえるだろう。しばしば引用される箇所であるが、『ドイツ帝国国法』においてラーバントはギールケの批判に応じる形で、人格について以下のように述べている。

「[私法と公法に共通する]人格という法概念の意義は、ただ権利能力においてのみ存在する。法的意味における人格は、一つのまとまった存在を形作するという性質、すなわち法主体であるという以外の性質を有さない。したがって、あらゆる人格は統一体である、すなわち論理的にいつて分割できない存在であり、一つの個体である。個人主義的な把握方法以外に法人の把握方法は存在し得ない。というのは、個性性の否認は同時に人格の否定を意味するからである。複数の人格を一つの統一的な人格へとまとめ上げるならば、このことは構成員人格からの総体人格の分離や分裂として理解されるべきではなく、論理的な対置 *Gegenüberstellung* として理解されるべきである」(SdR 1, S. 84)。

また、このような構成員を法的な考察対象としないラーバントの人格概念は、彼の私法学上の人格概念と対応している。ラーバントはサヴィニーの人格概念を参照しつつ、ここでもまたギールケの人格概念に対して以下のように述べる。

「生き生きとした、無数に多様な方向性へ向かって活動する、社団と構成員の間の交互作用は、大部分、非法的領域にある。すなわち総体を権利・義務の独立の担い手、すなわち人格として構成する法というものは、このことによって総体を数多性に対して、この数多性から概念的に区別された統一性として対置する。法は「数多性による統一性への浸透」を論理的に破棄する。法は特殊存在の集合から新しい根本統一を作り出すのだが、この統一の中には数多性は存在しない。

「……」社団的団体と組合の間の対立を精確に規定するためには、もっぱら法関係が考察に入れられるべきであるという点に、そしてここにおけるように私法上の法人および社団が問題となる場合にはもっぱら財産法上の関係が考察に入れられるべきであるという点にこだわらなくてはならない。統合を力強く、そして華やかな形で保持させるもの、構成員をまとめ上げ、構成員に共同帰属の感情や共同性の感情を与えるもの、これらは多くの場合、財産法上の関心とは全く別の関心に属する。それにもかかわらず、後者[財産法上の関心]のみが法にとって重要性を持つのであり、前者は法秩序によって規範付け

された生活関係の外側に存在する<sup>113</sup>」。

さて、ここで述べたような人格が国家権力の主体である(SdR 1, S. 95)ことを踏まえるならば、本稿冒頭で確認したシェーンベルガーの議論がいうように、ラーバントにとって国家が絶対的なものであると理解することは自然であろう。しかし、すでに述べたように、ラーバントにおける国家概念はこのような国家人格概念に尽きるものではない。このような国家人格概念のラーバント国法学における決定的重要性にもかかわらず、ラーバントの国家概念を理解するためには国家人格概念のみに着目するだけでは不十分である。

このことを確認するために『国法講義』における議論を確認しよう。本書の冒頭において、ラーバントは「国家は定住する民族からなる公共体を保全する法秩序である *Der Staat ist die rechtliche Ordnung für das Gemeinwesen eines ansässigen Volkes*」と定義する(SV, S. 56)。その上で、ラーバントはこの定義を四つの要素に分解した上で説明を行う。

#### (1)民族

ラーバントによれば、民族は任意に集合した多数の人間の集まりではない。そうではなく、諸個人の自然な連帯こそが民族の概念に属する。民族とは、総体的に捉えられた存在であり、個々の人間と同様に、自然の創造物である。各民族は共通の利益と共通の考えを持ち、みずからのために国家を構成する(SV, S. 57)。

#### (2)定住

民族が国家を構成するためには、民族が定住する必要がある。したがって、土地および領土が国家の必然的前提として存在しなければならない。確かに、固有の領土を持たない民族も存在するが、しかし、それは当該民族が十分な文化的発展の段階に至っていないか、領土を獲得するまでの過渡期であるにすぎない(SV, S. 58)。

#### (3)公共体

本稿にとって、最も興味深いのが、この公共体概念である。ラーバントによれば、国家が公共体を保全する存在である、ということは、国家の任務と目的が個人の私的領域や、個々の土地の法的保護および経済的利用にあるのではなく、民族全体の生活にあることを意味する。つまり、総体として捉えられた民族が、個体としての存在や全体精神、全体的な身体、発展、生と死を持つことを意味する。それゆえ、国家の本質は民族仲間 *Volksgenosse* の集合 *Summe* ではなく、民族の統一 *Einheit* である。以上のような点に、国家と組合 *Gesellschaft* ないし結社 *Verein* との相違が存在する。というのは、後者においては全体の意思は個々人の意思から組み立てられるのに対し、前者においては、全体の意思は個々人

---

<sup>113</sup> Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, (1885), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 4, (1983), S. 389-390. この点につき仲野(前掲注 3)、61-62 頁も参照。しかし仲野の見解には疑問も存在する。次注を参照。また、ここで論じられている、財産関係のみが法的考察に受け入れられるべきだとするラーバントの法人論は、ほぼゲルバーの法人論を(直接的にといえるかどうかは定かではないが)踏襲したものであると思われる。ゲルバーの法人論に関する重要な検討として海老原(前掲注 64)、268-276 頁。

の意思と明確に対立するからである(SV, S. 59)。

#### (4)法秩序

しかし、国家は公共体のあらゆる側面と関係するわけではない。国家が関係するのは、公共体のうち、法秩序という側面のみである、とラーバントは述べる。ラーバントは、このような前提に基づき、国家の任務に属する事項と、国家が関心を有するが国家の直接的任務ではない事項を区分する。ラーバントは、まず、後者を列挙する。すなわち、民族の生業や国民経済および芸術、学問、文学における民族の文化的生活を促進することである。これらの事項は、国家が公共体である以上、国家が無関心でいることはできないが、しかし、国家の直接的任務ではないとされる。これに対し、ラーバントは、国家の任務に属する事柄を、公共体における法秩序の維持、というように抽象的に挙げるにとどまる。ラーバントにおける以下の記述はラーバント国法思想の核心を示しているといえるだろう。

「国家の任務はむしろ、つまるところ、法秩序あるいは国家そのものであるところの公共体の法秩序[法的な秩序付け]である。このような契機は国家という概念を曖昧な一般性から際立たせるためにのみ重要であるのではなく、そしてこの概念を一国の公的生活におけるほかの領域との対置へともたすためにのみ重要であるのではなく、国家を人間の集まり[と理解すること]——それはまさに国家の否定である——から区別するために重要である。

「最高次の権力の下にある人間の集まり」という[国家の]定義は盗賊団にもあてはまる。国家において統合されている人間が、公共体の秩序が法秩序であると認識していることが絶対に必要である。したがって法概念という一般的な性格を有する契機が存在しなければならない。すなわち倫理的必然性および外的強制可能性という感情である」(SV, S. 59-60)。

このようなラーバントの議論を踏まえるならばここで法秩序と訳した用語である *Rechtsordnung* はむしろ正義になかった秩序、正当な秩序と訳した方がよいかもしれない。いずれにせよ、このような引用文から即座に理解できるように、ラーバントにおける国家は、きわめて非実証主義的な存在であるし、決して意思主体という意味のみに縮減されるような存在ではない。次にこのような国家像と国家法人との関係について確認しよう。

## 第2款 国家法人論および国家権力論

前款では、ラーバントにおいて国家は民族の総体からなる存在であり、国家の任務が公的利益の実現にある、ということが確認された。続けてラーバントにおける国家法人論および国家権力論を確認したい。

国家は法秩序である、と客観的に把握した前款における議論と異なり、ラーバントは国家を、個々の国家構成員の上に存在し、構成員の上位にある秩序を構成する、統一化され、

自律した有機体 **Organism** であると捉える見方を提示する。このような見方から、支配機関 **Obrigkeit** と臣民の間の区別が生じる。この区別は国制類型に関わりなく存在するため、民主主義国家においても存在することとなる。このような支配機関の権力を抽象的に表現するならば、国家権力となる。国家権力は、その本質にしたがえば、決してほかの世俗的権力に服さない最高次の権力であるが、任意の行為を法的に行い得る権力ではない。つまり、国家権力はより上位の権力から導かれるような権力ではないが、限界を持たない権力ではない(SV, S. 60)。

このように見た場合、国家を法秩序とみた前款における議論と、国家を国家権力と見るここでの議論はどういう関係にあるかが明らかにされる必要があるだろう。ラーバントはこの問題を、国家権力とは国家の人格性そのものであり、また国家を単に客観的秩序としてではなく、国家に帰属する独自の存在を国家の中に見いだすならば、国家権力は国家そのものである、と説明する。国家と国家権力の間の区別は、純粹に概念的なものであり、実際に存在する区別ではない。国家と国家権力の相違は、観察者の視点に基づくものであるにすぎず、客観的観点から見ると、国家は法秩序、あるいは単なる制度 **Institution** として現れるが、主観的観点から見ると、存在 **Wesen**、あるいは人格、もしくは法秩序の担い手として現れるのである。このような事態を指して、ラーバントは「法秩序の人格化」という表現を用いる。さらにラーバントは国家を、法という領域全体における最高次の人格である、と述べる。というのは、国家という人格はみずからの存在や意欲、行為のための法規則や法律を自身によって支えているからである (SV, S. 60-61)。

前章で取り扱った主観法と客観法の関係はラーバントにおいて以下のように説明されている。

「国家は人格である。このような基本命題から国法学すべてが展開する。規則にしたがってこの人格は意欲することができ、行為することができ、そしてしなければならない。規則にしたがって諸機関は行為する。この規則が国法である。国法学はいわば国家人格の生理学である。というのはこのような人格の組織化 **Organisation** はまさにそれ自体、客観法の一部であるからである」(SV, S. 61)。

ここまでの記述から確認できるのは、ラーバントが一方では『公権論』におけるゲルバーと同様に、国家人格があくまでも客観法に基づいて構成されているという点、法秩序(客観法)の人格化(主観化)という点に国法学の法学的方法を見いだしているが、ゲルバーと比べて、客観法を主観化するという作業にさほどの困難を見いだしておらず、法秩序と国家人格の関係が単なる観点の相違に基づいた区別であるという具合に、両者が同一視される傾向がより強まっている点である。客観法から出発し、君主や臣民に有機体を現実化する公権を付与した『公権論』の構成と比べ、ラーバントにおいては客観法(法秩序)の現実化が国家そのものに期待されていると換言してもよいだろう。

次に、ラーバントは国家権力と主権の関係について論ずる。主権概念を単なる政治的スローガンと取り扱うゲルバー(GS, S. 22, Anm. 5)に比べ、ラーバントの議論において主権概念はより重要な役割を与えられている。ラーバントによれば、国家は一つの人格であるので、国家権力は分割されえず、統一的でなければならない。このような分割不能、至上、無答責の国家権力が主権と呼ばれる。そして、このような主権の担い手が主権者である。したがって、主権者は、主権を有するのが個人であるか、議会であるか、上流階層の人々であるか、民族議会であるかにかかわらず、あらゆる現実の国家に存在するとされる(SV, S. 61)。

続いて、ラーバントは国家法人と私法上の人格との相違を論じることによって国家法人の特質を明らかにしようとする。ラーバントによれば、国家人格は確かに私法上の法人と共通したメルクマールを有する。しかし、このことは、国家人格が私法上の人格や組合と同一に扱われ得ることを意味しない。すでに確認したように、ラーバントにとって国家は、公共体を保全するための法秩序であり、公的な人格である。このような前提に基づき、ラーバントは公法と私法の相違を述べる。すなわち、公法は官権的であり、命令、禁止を行う権限や課題を遂行するための請求権の授権を行うが、このような授権は個人的な利益や権利者の利害関心のために行われるのではなく、ただ国家目的にとって利益となるように、つまり国家に課せられた任務の実現のために与えられるのである(SV, S. 61-62)。

ここでラーバントは国家人格と私法上の人格に共通したメルクマールについて詳細を論じていない。しかし、すでに確認したように、ここでラーバントが考えているメルクマールとは、人格とは権利義務の主体であることを指すと考えてよいであろう。ここで確認されるべき点は——そしてそれはシェーンベルガーが見逃している点でもあるのだが——、一方におけるこのような国家人格と私法上の人格の共通性にもかかわらず、他方においてラーバントは国家人格と私法上の人格を厳格に区別していることである<sup>114</sup>。ラーバントに

---

<sup>114</sup> 前注で紹介した仲野は、ラーバントが私法上の法人概念を公法上の法人概念に転用していることを問題視し、「サヴィニーが一般的法人概念を析出するに当たり、準公的な領域団体に関するテキストを多用したのは事実である[……が]サヴィニーが論じたのはもっぱら財産的権利の主体であったから、ここで *dominium* に *imperium* を代入することが正当化されるわけではない」(仲野(前掲注 3)、63 頁)と述べた上で、ベルナツィクの議論を参照する。仲野によれば、ベルナツィクの念頭にあったのは「団体がいかにして公法上の権利の主体たりうるか」という問題であり、彼はこの問題の解決のために、前国家法的存在でありながら一定の法的レヴェアンスを有する、「一つの合同目的を意志単一化手段によって追求する人的団体」たる *Gemeinwesen* としての性質を国家に認めた。このようなベルナツィクの議論を仲野は「後期ゲルバー・ラーバントによる *dominium* と *imperium* の交換的代入に対する根底的批判たりうるものであった」と評する(前掲 82-84 頁)。本稿は、*dominium* と *imperium* の単なる交換的代入によっては国家は公法上の権利主体とはなり得ないのではないか、という仲野の問題意識に深く賛同する。しかし以下の点を強調しなければならない。すなわち、ラーバントも *dominium* と *imperium* の単なる交換的代入によって国家が公法上の権利主体となると理解しているわけではない。本章が詳細に確認するように、ベルナツィクを引くまでもなく、ラーバント自身が国家を *Gemeinwesen*、つまり公共体と関連付けて把握しているのである。しかし、このような公共体概念とラーバントの人格概念が調和しているかは別の問題であり、この点は本章の最後に論じることとする。

における国家人格は、公共体としての国家という理念を実現するために要請される主体であり、——ゲルバーにおいて国家の人格が国家有機体によって裏打ちされていたように——法秩序によって裏打ちされた存在である。

さて、このような公法と私法の区別に対応して、公権は私権と区別される。国家権力の有するあらゆる権利はそれを公的利益追求のために用いるという義務を伴う。私法の領域においては、権利と義務は一体として考えられておらず、あらゆる権利は利己的な *egoistisch* 目的のために用いられる。ここでは権利者の満足と利益が権利の最高の目的である。これに対し、国家権力の持つあらゆる公権は国家それ自体、つまり公共体という組織体のために用いられる。ここでは、義務が第一義的な事柄であり、権利は第二義的な事柄である(SV, S. 62)。

このように、ラーバントにおける国家人格概念は、シェーンベルガーが見たように単なる(絶対的な)権利主体に縮減されているわけではない。それはあくまで公共体の、そして法秩序の中で拘束された存在なのである。換言すれば、国家人格は客観法によって組織化されたものである。このことは、ゲルバーにおける公共体と公権の関係を踏まえるならば容易に理解が可能であろう。国家権力が有する権利は、あくまでも法秩序を具体化するために存在しているのである。

このように国家を公共体と結び付けるラーバントの傾向は彼の歴史記述においても見いだされる。ラーバントによれば、公法の本質と性質は国家の発展段階に応じて変化する。ギリシア人やローマ人において生じ、近代国家において承認された公法に対する先に見たような把握は、中世においては非常に不完全な形で存在していたにすぎなかった。確かに、中世においても公的権力や君主の義務について語られることはあったが、この時代においては、あらゆる権利と権力は私法的観点から考察されていた。この古代ゲルマンに起源を持ち、カロリング王朝崩壊以降の政体においてその発展が見いだされる傾向はレーン制度

---

なお、西浦公「国家有機体説における憲法理論」(『法学雑誌』第22巻2号、1975年、所収)、91頁注18も、国家の法人格性と私法上の法人格性を区別するゲルバーと異なり、ラーバントにおいては国家人格の概念が一般的人格概念に組み込まれており両者は区別されないとしている。また、門脇雄貴「国家法人と機関人格(1～3・完)——機関訴訟論再構築のための覚書——」(『法学会雑誌』48巻2号、49巻1号、50巻1号、2007-2009年、所収)、第48巻第2号283頁は、ゲルバーにおいてみられた公法独自の法人概念への配慮はラーバントにおいては全く顧みられず、私法人が財産権の主体であり、国家法人が支配権の主体であるという違いは認識されているとしても、私法上の法人概念がいとも簡単に適用されていると説く。しかし、本文で確認したように、ラーバントもまた、国家人格が国家独自の任務の実現のため存在するものであるという具合に公法独自の法人概念への配慮を行っている点からして、このような認識は十分に精確なものとはいえないように思われる。なにより、ラーバントにおける国家法人と私法人との相対化という認識は、ラーバントにおける国家法人概念の背後にある法秩序(ないし公共体)の意義に関する認識を曖昧なものにしてしまう恐れがあり、本稿はこのような見解に与しない。ただし、ラーバントにおいて公法上の人格概念と私法上の人格概念が相対化されているという漠然とした指摘にとどまらず、本稿第3章で確認するように、ラーバントは総体人格という公法上の人格概念を認識し得ていない、という具体的な意味でラーバントにおける公法上の人格概念と私法上の人格概念の相対化が語られるならば、話は別である。



Lehnswesen によって刻印付けられている、とされる(SV, S. 63)。

ラーバントによれば、このような国家形態は本質的に中世の経済状態、とりわけ土地所有の意義と関わっている。土地領主 Grundherr は、その荘民 Hintersasse や隷属民 Hörige、非自由人 Unfreie に対する高権 Hoheitsrecht、司法権力、ポリツァイを有しており、このような公的権力は、領主の有する土地所有権の付属物であり、私法的権限に基づいて獲得され、行使され、喪失されるのである。このような状況下では、国家権力は無数の破片へと区分され、本来、帝国 Reich が統合すべき統一的で活力ある組織の欠如が招かれる。このような封建的国家、家産国家は、国家の概念に不可欠な本質的な統一性と集中性を欠くものであり、国家の解体と呼ぶべき性質を持つ(SV, S. 63-64)。

しかし、中世末期において、個々の領邦が国家へと確立するとともに、領邦高権が真の国家権力の本質的要素をみずからのものとした。確かに理論上は皇帝と帝国に主権が認められるが、もはや帝国には個々の国家をまとめ上げるだけの力が存在しなかった。このような前提の下、主権概念がジャン・ボダンによって古代から再発見された。ボダンは主権を国家の本質的なメルクマールであると捉え、主権という概念において、国家権力の統一性と、至高かつ持続的な、そして神以外のなにものにも服さない力の充満を見いだした。ボダンの説によれば、主権はほかの国家権力やいかなる法律によっても圧迫されることのない絶対的な権力として特徴付けられる。主権は国家法の源泉であり、したがって法律の上位にある。ラーバントはこのようなボダンによる主権の把握<sup>115</sup>を、本質的な進歩であり、国法学と政治学の歴史と文献にとっての基礎となった、と評価する(SV, S. 64)。

ラーバントは、このような主権を有した絶対主義国家<sup>116</sup>をその後の時代の徴表 Signatur

---

<sup>115</sup> ボダンの主権論については、いまだ家産国家的性格が指摘されており、ラーバントの理解が正確なものであるか疑いが存在する。笹倉(前掲注 6)、50 頁を参照。しかし、ここで確認すべき点は、ラーバントがボダンの主権論を絶対主義的に理解し、このような理解された主権概念を継承していることである。

<sup>116</sup> Laband, Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, (1880), in: ders., Abhandlungen, Beiträgen, Reden und Rezensionen, Teil 1, (1980)においてラーバントは絶対主義国家の確立という事態をドイツ公法へのローマ法の継受という観点から説明している。「絶対主義国家の展開とローマ法の継受はドイツにおいては同一の歴史的現象である」(Ebenda, S. 555)。その際、ローマ法はなによりも確固とした司法制度の確立に奉仕したとされる(Ebenda, S. 552-554)。

なお、付言するならば、ここまでの記述からラーバントがもっぱら絶対主義国家の擁護者であると認識するならば、それは適切ではないであろう。ラーバントは Ebenda の末尾(S. 570-573)において、ローマ法の継受によって成立した絶対主義国家がイギリス・フランス法の継受たる立憲主義(それは自治 Selbstverwaltung の再定立や自治 Autonomie の再評価、すべてにわたって権力を行使する官僚制の制限を意味し、ゲルマン的国家思想のローマ的国家思想に対する反動と重なり合う)の導入によって克服されたとする。ラーバントによればこのようなイギリス・フランス流立憲主義がドイツにおいても模範とされることにより、法学はある法 lege lata ではなくあるべき法 lege ferenda を取り扱うこととなり、国法学と政治 Politik は混同されることとなった。しかし、今日においてはローマ法およびイギリス・フランス法の二つの継受は完了し、絶対主義的な官僚国家から立憲主義への移行が達成された。「近代国家の法学的取り扱いのための確固とした基盤が再び見いだされたのである。政治から新たに解放された国法学に対して新しい報

と見る。このような絶対主義国家は、スペインにおけるハプスブルク王朝において最初の形成が見いだされ、引き続いて、フランスのブルボン王朝において完成が見いだされた。ドイツにおいて絶対主義国家は領主や自治体 *Gemeinde*、名望家の独立性を打ち砕く、という機能を果たした。このようにして絶対主義国家は、中世の克服であり、同時に秩序付けられた国家の再建を可能とした。ラーバントはこのような絶対主義的意味での国家権力を、捨て去ることのできない真実であると評価する。すなわち、絶対主義的な国家権力は、国家法人の自立性や国家における至高の意思および権力の必要性、公法と私法の明確な区別という真実を表現しているとされる(SV, S. 65)。

時代的制約もあるため、その点を考慮して理解する必要があるが、私法的・中世的国家から近代的・公法国家への脱却を論ずるこのようなラーバントのやや図式的な歴史理解に公と私を概念的に区別するラーバント自身の認識が強く投影されていることは明らかであるように思われる。この歴史的叙述においても、国家が諸個人から超然とした存在であることが強調されているのである。

本節では、ラーバントが、公的利益と私的利益を明確に区別したことを確認した。『国法講義』においてラーバントは続けて、国家権力の正当な根拠 *Rechtsgrund* について、そして国家権力の限界について述べている。しかし、この点に関する検討は、その思想史的背景の分析とあわせて検討した方が適当であるため、詳細は節を改めて論ずることとしよう。ここでは、以上の記述からも理解できるように、ラーバントが国家を公共体として、そして法秩序として把握していること、国家人格とは法秩序を主観化したものであること、国家人格がこのようなものである以上、決して無制約な国家権力の行使が認められているわけではないことのみを確認しておこう。

---

いられるべき任務が示されたのである」。「若々しく、生き生きとし、活動力があり、国民の愛によって担われたドイツ帝国は、本質的に等しく組織化されたその構成員を適切に組み立てられた国家団体へと統合し、外敵に対して確固とした保護を、国内における法の保護を[提供する]」。

ここで示されているのは意外なほどに立憲主義に好意的な、そして国家を生き生きとした有機体として把握しようとしたラーバント像である。しかし、ラーバントがこの立憲主義という思想をどの程度まで真剣にみずからの国法教義学の中で受け入れていたかという点については疑問のあるところである。この点については本章の終わりで述べる。

なお、本論文の主として前半部分は 15 世紀中葉に活動した教会法学者であるペーター・フォン・アンドラウの国法学説の評価にあてられており、ラーバントは彼に対し、独立した学としての国法学の創立者であるという栄誉を与えている(Ebenda, S. 541)。また、このようなラーバントのアンドラウ評価は今日に至るまで定着したものとなっているようである(田口正樹「ペーター・フォン・アンドラウの帝国論——15 世紀中葉の帝国とドイツ人——」(『北大法学論集』第 62 巻第 3 号、2011 年、所収)、423 頁を参照)。このようなラーバントの法史学的業績という観点からしても、「実証主義者」ラーバントという像の自明性は疑われ得るだろう。より本格的なラーバント研究においては、法史学者ラーバントの業績も視野に入れた研究が期待されるべきであるが、本稿はその入り口付近に立っているにすぎず、このような研究は将来の課題とせざるを得ない。

### 第3節 『国法講義』における法思想

本章はここまでゲルバーおよびラーバントの国法理論論を検討してきた。そこでは、国家の人格性という観点から、すなわち国家の主観的側面からゲルバーやラーバントの議論を検討する傾向が強かった従来の研究に比し、有機体や法秩序といった国家の客観的側面を重視する形で彼らの議論を確認してきた。すなわち、ゲルバーやラーバントにおける国家は、決して単なる国家権力の主体であるだけでなく、このような国家は同時に高次の秩序に服しているということを確認してきた。このような高次の秩序に関する彼らの議論に対する理解をさらに深めるために、本節では彼らにおいていかなる法観念が有されていたか、という問題を検討したいのだが、その際、本稿は社会契約論批判という切り口を用いたい。その理由としては、彼ら自身が自覚的に社会契約論や自然権論に対する対決姿勢を取っていることもあるが、通常、近代立憲主義というものが、社会契約論を基盤として成り立っているものとして理解されるため、社会契約論を一種の補助線として用いることが彼らの議論の独自性を理解するために適切と思われるからである。

まず、社会契約論が有する公法学における特質について簡単に確認しよう。

法学において強く近代にこだわった論者の一人である樋口陽一は、フランスを素材として、近代立憲主義が前提とする国民国家における国民というものが、民族という自然の所与(エトノス)を前提にしたものではなく、自然の帰属集合体から解放された諸個人が取り結ぶ社会契約論という人為のフィクションによって説明されるもの(デモス)であると捉え、近代立憲主義の背景に(とりわけ、ジャン・ジャック・ルソー型の)社会契約論思想が存在することを強調する<sup>117</sup>。また、近年、水林彪は「近代民法の本源的性格<sup>118</sup>」、「近代憲法の本源的性格<sup>119</sup>」という表題の論文において、近代の典型たるフランス民憲法の国制構造を分析した上で、フランスでは、ドイツにおいて典型的に見られるように公法によって権力関係が、私法によって私人間関係がそれぞれ規律されていると二元論的に捉えられているのではなく、社会契約論に忠実に人権が公法上も私法上も保護されるべしという理念によって国制全体が貫かれている人権宣言・憲法一元論的性格が保持されているとする。

もちろん、このような例示は典型を示しているにすぎず、網羅的な議論では全くないが、近代立憲主義を考える際に、社会契約論という思想を無視することができないことは確認できるように思われる。ところで、19世紀のドイツ国法学、とりわけ本稿が検討の素材としてきた実証主義国法学は、社会契約論に対するアンチテーゼを主張したのだったが、そ

---

<sup>117</sup> 樋口陽一『国法学 人権原論[補訂]』(有斐閣、2007年)、7頁以下。樋口の議論が現代的意味を有していることを強調するものとして愛敬浩二「社会契約は立憲主義にとってなお生ける理念か」(井上達夫ほか編『岩波講座 憲法 1——立憲主義の哲学的問題地平』、岩波書店、2007年、所収)。

<sup>118</sup> 水林彪「近代民法の本源的性格——全法体系の根本法としての Code civil——」(『民法研究』第5号、信山社出版、2008年、所収)。

<sup>119</sup> 水林彪「近代憲法の本源的性格——société civileの根本法としての1789年人権宣言・1791年憲法——」(戒能通厚／榎澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法的考察』、日本評論社、2008年、所収)。

それは単に反革命・国民主権思想などのイデオロギー的理由から主張されていただけではなく、歴史法学に依拠しつつ、社会契約論とは別の法観念の伝統に立ったことの帰結であった。その意味で、本節は、樋口や水林の議論にしたがうならばフランスにおいて典型的な具現化をなしたとされる近代法思想とは別の法的伝統に立つドイツからの評価を検討することによって、近代法思想の意義を確認するものであると見ることもできるだろう。

## 第1款 社会契約論批判

まず本款では、ラーバントとその先駆者であるゲルバーの議論における社会契約論批判について確認したい<sup>120</sup>。

いうまでもなく、社会契約論は——論者によりトーンの差はあるが——国家の成立を、自然権を有した個人(自然人)の意思の合致によって説明する学説である。実証主義国法学は、このような学説からの意識的な離反として理解することができる。まずゲルバーによる国家(権力)の説明を確認しよう。

「国家権力は、人格として考察された倫理的有機体である。国家権力は、複数の個別意思の人工的・機械的な組み合わせではなく、自己意識を有した民族の倫理的な全体的力である。国家権力の存在と性質は意思による決定や熟慮された創造に基づいているのではなく、人間の最も重要な社会形態たる国家において元来含まれている自然的力なのである」(GS, S. 21)。

ゲルバーはこの本文の叙述に、以下のような注釈を与えている。

「シュタール『法および国家理論』第2部、143頁は適切である。国家の生理学全体を展開することは国家の法学的考察の課題ではない。このような課題は哲学的倫理学に属するのであり、その解決は、ここでは所与として前提とされる。ところで、国家権力の正当な根拠に関する多くの理論のうち、著者がいかなる立場を取るかは、テキストにしたがえば疑い得ない。法的考察の出発点としては、国家権力は、国家目的のための、国家の手段と形式における倫理的全体としての民族の一般意思である、と述べるだけで十分である」(GS, S. 21, Anm. 5)。

ここでゲルバーがフリードリヒ・ユリウス・シュタールの議論に好意的に言及しているこ

---

<sup>120</sup> 本節では、特に断らないかぎり、『公権論』のゲルバー、『綱要』のゲルバー、ラーバントの議論を取り立てて区別しない。本章が論じようとする論点に関するかぎり、それぞれの間に顕著な相違が存在するとは思われないからである。ここまで確認してきたように、三者の間ではいずれも国家は客観的秩序の下にある(このことはしばしば国家が公共体として把握されることによって表現されていた)。本稿が三者における顕著な相違を見いだすのは、後に詳しく見るようにこの公共体の実現態様に関する相違である。

とは重要である。シュタールは反社会契約論、反自然権論の主張者としてよく知られているが<sup>121</sup>、ゲルバーが参照を指示している箇所でも、シュタールは国家が個々人の意思の集計に基づくものではないことを強調している<sup>122</sup>。

したがって、ここでは必ずしも明言されてはいないものも、上記の引用文の背景にはゲルバーの強い反社会契約論的立場が存在することが推測できるだろう。ゲルバーによるこのような反社会契約論的立場は、ラーバントにおいてより明確に主張されている。やや迂遠となるが、ここではラーバントの「国法講義」における「国家権力の正当な根拠 *Rechtsgrund*」という表題を与えられた節を確認したい。ここでのラーバントの叙述は、先ほどの引用文中においてゲルバーが示唆しているが明確には答えなかった、国家権力の正当な根拠に関する多くの理論のうち、いかなる立場を採用するか、という問いに対するラーバントなりの解答になるはずである。

さて、ラーバントは国家権力の正当な根拠とはなにか、という問題をプラトンから歴史法学まで思想史的にたどりつつ、検討している。ここでは社会契約論批判を中心に検討しよう。

#### (1)古典的国家理論

ラーバントは、プラトンとアリストテレスの哲学を素材としつつギリシアにおける国家観を検討し、ギリシア人において、国家は人間による創造物ではなく国家は人間の本性に根ざしており、個人を越えた秩序であると考えられていることを確認する(SV, S. 66-68)。これに対し、道徳と習俗の実現を国家の任務から排除し、国家をもっぱら法秩序として把握した点においてローマ人はギリシア人と区別されるが、国家を個人を越えた秩序であると認識する点においてローマ人はギリシア人と同様の国家観を有するとされる(SV, S. 68)。

#### (2)神学的国家理論

続いて、ラーバントはアウグスティヌスによって代表される神学的国家理論を取り扱う。神学的国家理論は、永遠の神の法を国家よりも高次のもの、普遍的なものであると捉える。国家はこのような神の法によってその規則と法を受け取り、国家は神の法に拘束される。

---

<sup>121</sup> たとえば Stolleis (Anm. 9), S. 153. シュタール法理論が強い権力的契機を有することを指摘する研究として、矢崎光圀「シュタール、ベーゼラーにおける歴史的法思想の展開(1～2・完)」(『阪大法学』第7号、第11号、1953-1954年、所収)、とりわけ第7号47頁、高田敏「シュタールにおける法治国の概念」(『法哲学年報1963上』、有斐閣、1963年、所収)。

<sup>122</sup> ここで指示されている箇所は Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Band 2, Abteilung 2: *Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 3. Auflage, (1854), S. 143 である。当該箇所ではシュタールは国民主権 *Volkssouveränität* について以下のように論ずる。国民主権は、確かに、国家が国民の意思に基づく、という真実を示している。しかし、この国民の意思とは、本源的・精神的な要素であり、個々人の意思の結果ではないとされ、また、恣意的な意欲ではなく、意思を規定する力、倫理的必然性の意識と理解されるべきである、とされる。また、シュタールの国家論については仲哲生「シュタールの国法論について」(『早稲田法学会誌』、1976年、所収)、202頁も参照。そこで示されているシュタールの国家=公共体理解は、アルブレヒトによって説かれ、ゲルバーへと受け継がれた公共体としての国家という国家像と酷似したもののように思われる。

古代ギリシアの国家理論が国家それ自体を倫理的秩序と同一視したのに対し、神学的国家理論においては、国家は倫理的秩序の中に存在するとされる。ラーバントは、このような神学的国家理論を健全であると評価するが、神学的国家理論においては教会に全面的な、すべてを包括する立場が割りあてられ、教会が単に国家から自由であるのではなく、教会が国家の主人である、とする点について欠陥があるとする(SV, S. 70)。

### (3)自然法論

人間をもっぱら神の恩寵の客体としてのみ把握する神学的国家理論に続いて、歴史的発展に対する人間の関与を重視する自然法論、とりわけ社会契約論が登場する。ラーバントによる社会契約論批判は多岐にわたるが、ラーバントは社会契約論の最大の欠点として、社会契約論が国家を契約に還元する点を批判する。国家を契約に還元することの問題点として、ラーバントは以下の三点を挙げる(SV, S. 80)。

第一点として国家を契約に還元することによって、国家は商事会社など同カテゴリーの存在として取り扱われることとなり、国家が有する営造物としての、つまり個々人の意思の上位にある制度 **Institution** という性質が否認されることとなることである。このような否認を認めるならば、すべての個人の意思が国家の源泉、国家権力の正当な根拠となり、個人の意思が国家権力の上位にあることとなる。このことの結果、フランス革命によって引き起こされた帰結が、すなわち秩序の崩壊が、現実のものとなる(SV, S. 80-81)。

第二に、私的団体と異なり、個人が国家を契約に基づいて設立するという事態はきわめてまれにしか生ぜず、むしろ人々は国家に所属するか否かを問う前に国家の中に存在している、という点が挙げられる (Ebenda)。

第三に、契約の内容上の問題が挙げられる。ラーバントによれば、社会契約の内容としては、国家を設立するのみでは不十分であり、誰に国家権力が委ねられるか、という点も契約されなければならない。しかし、このことは、トマス・ホッブズの理論がそうであったように、圧政をも正当化することとなる。このような帰結を避けるために、国家を、共存、つまり平和の維持という目的に限定して設立することも考えられる。しかし、このような契約内容では、国民の精神的・文化的福祉を向上させるあらゆる国家活動は違法なものとなる。したがって、自然権論は生活状態に内在する使命 **Bestimmung** を完全に無視することとなるのである。ラーバントによれば、国家の概念や任務は、自然法論がよって立つ論理的な抽象化作業によつては見いだすことができず、国民の生活全体が国家によって実現されるべきである、とする国家の倫理的な使命によって見いだされるのである(SV, S. 81-82)。

このようなラーバントの議論がどの程度、有効な議論であるかはともかくとして、ここで確認したいのは、ラーバントが国家を個人の意思によって説明する理論を激しく批判していることである。このような社会契約論批判において、前節までの検討で確認された、ラーバントにおける公私の区別や国家の客観的側面の強調が、彼の反社会契約論と結び付いていることが、明確に現れるのである。さて、このように見た場合、以上で確認したよ

うな実証主義国法学による社会契約論批判を、フランス革命を嫌悪する保守反動思想の表れにすぎない、と見ることができるだろうか。このような見方は、実証主義国法学およびその背景にある(とされることの多い)シュタール法哲学を既存の政治体制護教の理論と見る従来の解釈<sup>123</sup>と合致するといえる。しかし、実証主義国法学にこのような側面もあるとしても、この学派にはこのような解釈に還元され得ない側面も存在すると考えられる。すなわち、本稿でも触れてきた、高次の法(秩序)という観念である。この点については、ラーバント自身が考える国家権力の正当な根拠についての検討とあわせて款を改めて論じることとしよう。

ところで、社会契約論は国家を私権ないし自然権によって基礎付けることによって、国家権力の限界を確定する機能を有していた。ラーバントにおける国家は個人の権利によって成立するものではないため、このような形で国家権力の限界を画することはできない。しかし、このことは、ラーバントにおける国家がなんらの法的限界をも有さない存在であることを意味するわけではない。むしろ、ラーバントにおいては、歴史法学に、すなわち法を個人の意思に還元せしめない思想に由来する国家権力の法的限界が存在すると考えられる。次款ではこの点についても、実証主義国法学に対するシュタールの影響も踏まえつつ検討していくこととしよう。

## 第2款 国家目的論と歴史法学

前款では、実証主義国法学における社会契約論批判について確認した。本款では、このような批判の背景に、単なるフランス革命嫌悪以上の、なんらかの法思想と呼べるものが存在するのか、という点について確認したい。

ここでは、まずラーバントにおける国家権力の限界論について確認したい。ラーバントはこの論点に対し、まずは国家目的論という観点から接近する。ここではラーバントは従来の国家目的論を批判的に論じた後に、みずからの国家目的論を論じている。

ラーバントが批判的に取り上げる国家目的論は以下の五種である。

- (1)人間の倫理的完成、人間が有する神の似姿という性質の実現に見る議論
- (2)民族の幸福や福祉の実現に見る議論
- (3)個人の自由とこのような自由によって与えられる共存の実現に見る議論
- (4)それぞれの国家はそれぞれの国家目的を持つのであり、抽象的に国家目的を論じることとはできないとする議論
- (5)国家は自己目的であるとする議論

これらに対し、ラーバントはそれぞれ以下のように批判的する。

ラーバントは(1)については、国家が強制的に人間に倫理的完成を強いることはできず、また、国家は倫理的な正しさを知ることはできない、という二つの理由からこの見解を斥ける(SV, S. 102-103)。(2)については、福祉という概念は無内容な概念であり、国家目的

<sup>123</sup> たとえば小林考輔『ドイツ憲法小史<新訂判>』(学陽書房、1992年)、166頁以下。

の特定のためにこの見解は役に立たないとする(SV, S. 104-105)。(3)については、国家に消極的な任務を与えるのみであり、積極的な目的を与えていないと批判する(SV, S. 106-108)。(4)については、ここで問題としているのは個々の具体的な国家ではなく、抽象的に考えられたものとしての国家権力の任務であるとされる(SV, S. 108)。(5)については、国家の真の任務とはなにか、という問題に対してなにも説明も与えない無意味な主張であると論じる(SV, S. 109)。

これらの批判に続けて、ラーバントはみずからが正当と考える国家目的論を論じる。ラーバントによれば国家の目的は文化と総体としての民族共同体の利益を促進することにある。ここで述べられる民族共同体の利益とは、個人の領域を越えて存在する利益、つまり全体社会における全体利益 *die Gesamt-interessen der Gesamtheit* である。それゆえ、個々人の福祉に配慮し個々人の活動に対し行政的に *polizeilich* 干渉することは、国家の使命ではない、とされる。これに対し、民族全体の福祉や国家経済、商工業活動を活性化させることは国家の配慮の対象に属する。また、国家は個々人の信仰に干渉すべきではないが、宗教や教会の保護育成は全体利益に属し、国家の任務となる。また、学問や文化は公定されるべきではないが、学問や文化を促進することは、全体としての民族がこれらの成果に関心を持つかぎり、国家の任務となるのである。ただし、国家は文化の促進を行う場合、この文化を支えている基盤を害することはできない。国家は、民族が抱いている倫理や正義に関する考えに反するような手段を提供することはできないのである。先に検討した国家目的を倫理法則の実現や法治国家の実現に求める見解は、このように、国家権力の制約の根拠として消極的な形でラーバント自身の国家権力論に取り入れられることとなる。また、国家は以上のような目的を実現するため、みずからを最大限、目的適合的に組織しなければならないため、国家目的を自己目的として捉える見解もこのかぎりでのみ正当とされるのである(SV, S. 109-110)。

さて、ラーバントによれば、ここまで述べられてきた国家目的と関連して、国家権力はその限界を持つ。前節で確認したように、ラーバントにとって国家権力は主権と同義である。国家権力たる主権はより上位の存在に服することはあり得ないが、主権という概念はいかなる制約にもしたがわかない全能性を意味するわけではない。むしろ、国家権力は、あくまでもその活動範囲において至高の権力であるにすぎない(SV, S. 112)。

ラーバントは、国家権力に対する制約を外的な制約と内的な制約に分けた上で論じる。国家権力に対する外的な制約は国家権力の任務それ自体から生じる。すでに確認したように、国家の目的は民族全体の生活の秩序付けと援助にあり、国家権力もこのような国家の目的が要求する範囲内で活動し得るにすぎない。このような制約の具体的な例としてラーバントは以下のものを挙げる。

- (1)公序に反しないかぎり、市民の私的生活に国家は干渉してはならない。
- (2)たとえ全体の利益が関係している場合でも、市民の私的活動では十分ではない場合にのみはじめて国家の干渉は正当化される。ただし、国家全体に関係する事柄が、どの程度個



人の自由な活動や自由な結社に委ねられるべきであるか、それとも官僚制度に委ねられるべきであるかは、民族の政治的素養に依存する問題である。

(3)国家はその性質上、全体の利益を促進することができるだけであり、吸収することはできない。国家はあくまでも、民族生活の外的な秩序であるにすぎず、民族生活それ自体を代表するわけではない(Ebenda)。

ラーバントは引き続いて、国家権力の内的制約について述べる。内的制約とは、それぞれの憲法によって定められた規定である。したがって、それぞれの実定憲法においてその内容は異なるのだが、主として、国家公民の政治的自由を意味する。そして今日の文明的な国家においては、国家権力を限界付ける以下のような命題が妥当する。

(1)国家権力は、個人の有する生命や人格的自由、財産を法律の根拠なく、また、しかるべき裁判を経ないかぎり、侵害することはできない。

(2)行政は一般的な法律を遵守しなければならない、その範囲内で活動しなければならない。

(3)国家権力は既得権 *wohlerworbene Rechte* を尊重しなければならない。

(4)国家は個人が有する宗教的、学問的確信を支配しようとしてはならない。

(5)国家は、民族の職業選択の自由や海外への移住の自由を妨げてはならない。

(6)国家は裁判所の活動を完全に独立したものとしなくてはならない。

(7)そのほかにも多くの規定が憲法典によって定められている。このようなものとしては表現の自由や結社の自由、請願権、移住の自由が挙げられる(SV, S. 113-114)。

さて、このようにラーバントは穏健とさえいえるほどの国家権力限界論を説いている。しかし、このことは、先ほどまでに確認したラーバントにおける苛烈な反社会契約論および反個人主義とはいかなる形で両立しているのであろうか。

この点に関するヒントを与えてくれるのはシュタールの議論である。まず、前款において引用したゲルバーの文章が思い出されるべきである。そこでゲルバーがシュタールを参照していることはすでに確認したが、ゲルバーやラーバントの議論にはシュタールの議論との共鳴が見いだされるのである。

とはいえ、ここで本稿がゲルバーらとシュタールとの共鳴と述べるものは、従来の研究において強調されていた点とは異なる。この点を確認するために、まず、シュタールの一般的評価について確認しておこう。小林考輔によれば、シュタールの国家論は、神政国家論である。シュタールにおいては、国家とは目的たる道德理念を実現するための道德国家であるべきであり、国王はこの道德国家の現実体、人格化であり、法は君主の意思であるとされる。このようにして、シュタールは君主権力絶対主義論に立った。他方、シュタールは既存の支配権力がみずからの権益を守るために、権利・自由概念の空疎化をはかり、ゲルバー、ラーバントの理論を準備した、とされる<sup>124</sup>。

しかしながら、シュタールをこのようにもっぱら既存の政治体制の擁護者と見ることは適切ではない、とする有力な研究も存在する。玉井克哉によれば、シュタールの法理論の

---

<sup>124</sup> 前掲 129-131 頁。

背景には、法秩序既存の観念が存在する。そしてこの法秩序既存の観念は、サヴィニーによって代表される歴史法学派およびそれ以前に存在していた18世紀以来の歴史的法観の根底にも存在するのであり、その点でシュタールは歴史法学および歴史的法観と連なるものである、とされる<sup>125</sup>（玉井によれば、この歴史的法観は、「専門家主義」を採用しない点で、歴史法学派とは一応区別され、シュタールもまた、歴史法学というより、歴史的法観により近い立場であるとされる。ただし、本稿の議論の大枠にとっては、この専門家主義の有無は議論に大きな影響を与えないため、歴史的法観と歴史法学の厳密な区別にはこだわらないこととする）。

では、この法秩序既存の観念とはなにか。玉井によれば、サヴィニーおよびシュタールといった歴史法学と自然法論の相違は、前者が後者の最も基礎的な構成要素である自然状態の観念と契約説を放棄した点にある。法を個人の恣意や偶然の産物ではないと考える歴史法学にとっては、国家の成立を個人の意図と選択の産物から説明する自然法論的構成は採用することのできないものであった。歴史法学派にとって法とはむしろ、人間の作為によって作り出されるものではなく、人間の意思以前に存在するものであり、なおかつそのような法は、善きもの、倫理的価値ある秩序であるとされる。玉井は、このような法についての考察方法を法秩序既存の観念と呼び、このような観念が19世紀前半の法学者にはいまだ共有されていたものであること、そして当時の彼らと我々を決定的に隔てている法観念であることを説く。

このような観点からすれば、シュタールは価値を顧慮しない法実証主義者ではないし、また、国家権力を法の名の下に手放しで正統化した論者でもない。確かにシュタールは個々の制定法の中に非倫理的な要素が含まれる可能性を否定はせず、これらに拘束力が存在することは認めるが、このような実定法に正当性を認めない。シュタールは法秩序既存の観念に基づき、倫理的にも拘束する法と拘束力を持たない法を区別したのであった、とされる。

筆者には玉井による以上のシュタール理解を内在的に検討する能力はないが、以上のシュタール理解が、実証主義国法学の議論を理解するにあたり、有益であるとは述べることはできると思われる。すなわち、このようなシュタールの法観念を踏まえたうえで、本稿が提示したいと考える論点は、歴史法学派に共有され、そしてシュタールによっても主張された法秩序既存の観念は、実証主義国法学派にもまた共有されているのではないか、というものである<sup>126</sup>。

<sup>125</sup> 以下の叙述に関しては、玉井(前掲注18)、第103巻第11・12号第1章第2節第3款参照。

<sup>126</sup> もちろん、このことは、シュタールにおける法観念と実証主義国法学における法観念が全く同内容である、ということの意味するわけではない。この点は、たとえば、シュタールにおける宗教的色彩をラーバントが否定的に理解していること(SV, S. 98)からも理解できる。その点で、ラーバントはより合理主義的な立場を採用している、と理解されるべきだろう。にもかかわらず、本章がシュタールと実証主義国法学を並べて論じたのは、両者がしばしば価値を顧慮しない法実証主義者であり、既存の政治体制を手放しに評価した、と見られがちであるのに対し、後述するように、両者がともに高次の法(秩序)という観念を共有していたことを強調したかったためであ

この点を確認するために、実証主義国法学がそもそも玉井のいう法秩序既存の観念という発想を理解していたのかどうかという点を論じることが必要である。ラーバントにおける歴史法学理解およびシュタール理解のそれぞれを確認したい。

まず、ラーバントにおける歴史法学理解を確認しよう。ラーバントは、サヴィニーらによって基礎付けられた歴史法学派を自然法論に対する反動として捉える。歴史法学派を特徴付ける要素は法の成立に関する理論である。歴史法学派は、法を民族の文化的生活における本質的な一側面であると把握し、言語や習俗、芸術と同じく、民族の確信であると見なす。したがって、法は人為的に作られたものではなく、自然に成立したものである(SV, S. 90)。ラーバントによれば、歴史法学は国家権力の正当な根拠や国家の本質という問題に対して、原理的な解決を与えることはない。むしろ、歴史法学派の見解によれば、法は個人を越えた力を、個人がその法に同意するからではなく、まさに存在するがゆえに有するのである。このような歴史法学の立場は、国家を論理的推論によって基礎付けようとする。

なお、玉井自身も実証主義国法学について検討しているのだが、玉井は、慎重な検討を加えつつも、シュタールと彼らの間にいずれかという強く断絶を見いだしている。そこでは、従来の研究と同様に、実証主義国法学における主観的側面、すなわち国家権力を有する国家人格という側面にのみ強調点が置かれているように思われる(玉井(前掲注18)、第104巻7・8号54頁以下)。この点について本稿は玉井にしたがわない。ところで玉井はみずからのシュタール論の冒頭付近(玉井(前掲注18)、第103巻9・10号515-516頁)で『国家学』におけるヘルマン・ヘラーの言葉を好意的に引用している。「認識する側の精神が客体と対峙するに際して無関係で冷淡であればあるほど、学問的な作業が完全で奥深いものになるはずだという間違った観念が、ひろく行われている。これが誤りであることは、ここ一〇〇年間のドイツ国家学の歴史を播けば、何人も認めざるを得ないはずだ。十九世紀の前半には、ドイツの指導的な国家理論家たちは政治的に闘う階層の代表者であり、また殆ど例外なく現実政治家でもあったのである。……政治家だったダールマン、シュタール、シュタイン、そしてモールと、政治家でないゲルバー、ラーバント、イエリネック及びケルゼンとを比較して、いずれの国家論が実り豊かで、奥深く、また大事なものであるか、答えに躊躇を感じる者が今日一人でもいるだろうか」(Hermann Heller, *Staatslehre*, 6. rev. Auflage, (1983), S. 38. [邦訳:ヘルマン・ヘラー、安世舟訳、『国家学』、未来社、1971年、55-56頁]。該当箇所は玉井自身のものである)。このヘラーの主張は端的に言って事実誤認であり、ゲルバーは比較的早い段階(1851年から。多くの文献によれば1855年とされているが、クレマーによる最近のゲルバー研究によれば1851年とされている。Kremer (Anm. 24), S. 46)においてヴュルテンベルグ議会の構成員として活動を始めているし、最終的には(1871年)ザクセンの文化大臣とまでなっている。政治家としてのゲルバーについては、Ebenda, S. 46-69, Jordis Burger, *Carl Friedrich Wilhelm von Gerber als sächsischer Kultusminister*, (2007)。ラーバントもまた政治家として活動をしていた。この点についての詳細はSchlink (Anm. 110)。そこではラーバントは1880年から(エルザス・ロートリンゲン参事会 *Staatsrat* の構成員として)1918年まで(1911年にエルザス・ロートリンゲンの上院議員として)政治家として活動したとされる(Ebenda, S. 553)。玉井はそのシュタール論が示すように、優れたドイツ法思想史研究者であると思われるが、そのような研究者においても、ゲルバーやラーバントに対するいわば偏見とでもいうべきものが反復されているように思われる。

なお、Schmidt-Radefeldt (Anm. 9), S. 21の説明するところ、若かりしゲルバーが自身の専門分野を選択する際、みずからが好ましく考えていた文献学ではなく、法律学を選択したのだが、その理由は、ゲルバーがみずからの強みは単に学問的探求にあるというよりも、実務的(政治的)活動にあると考えていたからであるとされる。このような点もまた、ゲルバーが現実に無関心な論者であったかのような評価が十分ではないことの傍証となるであろう。

みる自然法論と鋭い対立をなす。法の源を国民 Volk の意思に求め、この国民の意思の具体的な現れである法律を最重要な法源と見なす自然法論に対し、歴史法学において法は、作られるものではなく、発見されるものである。歴史法学にとって、法律は形式的な法を作り出すことができるにすぎない。確かに法律 Gesetz は、権利侵害を行うことも、民族の神聖な確信を侵害することも、個々人の自由や既得権を侵すこともあり得る。しかしこのような法律は、形式的には拘束力を持つが、しかし実質的には法 Recht ではない、とされるのである(SV, S. 92-93)<sup>127</sup>。ラーバントによれば、歴史法学は国家権力の正当な根拠や国家の本質という問題に対して、原理的な解決を与えることはない。むしろ、歴史法学派の見解によれば、法は個々人を越えた力を、個々人がその法に同意するからではなく、まさに存在するがゆえに有するのである。ラーバントによれば、このような歴史法学派の立場を採用することによって、「健全で保守的な基盤が獲得され」、自然法論が有していた破壊的な傾向に反対し、国家の基礎を神学的理論や家産理論に求める中世における国家理論の誤謬を避けることが可能となるとされる(SV, S. 93-94)

ラーバントによれば、このような歴史法学の法観念はシュタールにも受け継がれているとされる。シュタールは、人間を神の似姿と捉えた上で、国家および法の目的を神の意思に基づいた人間共同体の秩序付けや、人類の生活における神的世界秩序の保持に求める点において、中世における神学的国家理論(たとえばトマス・フォン・アキナス)と同様の立場に立つ。しかし、シュタールの理論は、以下の点において中世の神学的政治理論とは区別される。すなわち、シュタールにとっては、君主が絶対的権力を持つわけでも、国家権力が無制限なわけでもない。また、個々の歴史的事実や具体的制度を直接に神の意思に基づかせるのではなく、これらは全体としての世界史の歩みに基づいていると説明する。これらの点によって、ラーバントは、シュタールの国家理論を中世の神学的国家把握と歴史法学との結合であると説明している(SV, S. 94-97)。

さて、ラーバントによる以上のような歴史法学およびシュタール評価が、玉井の述べる法秩序既存の観念を適切に表現していることは明らかであろう。ラーバントが単に法秩序既存の観念を認めているだけではなく、みずからの理論の中で積極的に受容していることは、国家を理性の産物ではなく人間の文化の産物であると見る彼自身の国家理論(SV, S.

---

<sup>127</sup> なお、ここで、以上のラーバントの記述の元となったと思われるサヴィニーの議論を確認しておこう。周知のように、サヴィニーにとって法は民族に由来するものであるが、法が有する「それを求めることのできる所与の状態においてはどこでも所与のものとしてすでに実際に存在している」という性質を特徴付けるために実定法 **positives Recht** という用語が用いられる。この用語は、しばしば民族法 **Volksrecht** とも換言されている。ラーバントが述べている法とはこの実定法ないし民族法に対応するものであるといえよう。これに対し、法律とは、この実定法を内容とするものであり、実定法に外部的に認識可能な存在を与えることによって、思い違いや悪意に由来する個別的な意見や不法な意思が克服されることとなる(SR 1, S. 14 f., 38 f. [邦訳:41-42, 59-60 頁])。このように法律はそれ自体として固有の意義があるわけではなく、あくまで法を可視化するために存在するにすぎない。サヴィニーにおける法律や民族法、実定法などの関係についてより詳しくは耳野健二「思想の再構成としての解釈——サヴィニーにおける解釈の概念」(『Historia Juris 比較法史研究』第13号、未来社、2005年、所収)、189-194頁。

99-101)が歴史法学のそれときわめて近似していることから確認できる。

さて、以上の議論を踏まえ、実証主義国法学における法観念について確認したい。実証主義国法学の前提は、歴史法学およびシュタールと同じく、倫理や文化と未分化の法(秩序)に拘束された国家である。確かに、実証主義国法学においては、すぐ後で確認するように、国家権力によって定立された法律の分析が重視されており、ここでは法律と倫理の区別が達成されている。しかし、このことは、法(秩序)と倫理との間の厳密な区別を意味するわけではない。すなわち、実証主義国法学にとって法とは、決して倫理や公共の福祉 *Gemeinwohl* から分離した規範ではない。彼らにおいては、ヴォルフガング・ペゲラーがゲルバーを評して述べた表現を用いれば、「国家権力が倫理や公共の福祉へと埋め込まれている<sup>128</sup>」のである。

このような立場が、社会契約論的立場と緊張関係にあることは明らかであろう。すなわち、国家成立以前の自然状態から出発し、個人の作為によって国家の成立を説明する社会契約論は、自然状態において個々人が有していた権利、すなわち自然権によって国家権力の限界を画する。ここでは、法律や国家の上位に存在する法秩序は観念され得ない。存在するのは、国家を設立した個人の意思である。むしろ、このような既存の法秩序から自由な思考を行うことを可能にする点に、社会契約論の思想的意義があるといえよう。これに対し、実証主義国法学にとっては、このような社会契約論は国家の上位に存在する法秩序の観念を根こそぎ否定し、法秩序によって国家を拘束することを不可能とするものにほかならない。先に確認した、ラーバントにおける社会契約論とフランス革命との結合は以上の点を踏まえて理解されなければならないであろう。つまり、ラーバントにとって、社会契約論は人間の観念的思弁を既存の法秩序に優先させるものであった。このような観念的思弁によって既存の法秩序が否定されるならば、フランス革命においてそうであったように、国家権力の全能性が強調され、無秩序状態を招きかねないとされているのである<sup>129</sup>。

---

<sup>128</sup> Wolfgang Pöggeler, Einleitung, in: Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Auflage, Reprint, (1998), S. 22-23 はゲルバーが歴史法学の流れに属することを指摘しながら、本文のように述べる。ただし、ペゲラーが「ゲルバーが主張する学問性 Wissenschaftlichkeit と国法学からのあらゆる形而上学的なものの除去は確かに実証主義的特徴を担うが、これは決して新しいものではなく、歴史法学の伝統にある」としている箇所には全面的には賛同できない。本稿が何回か確認してきたように、歴史法学派は反自然法論、反啓蒙哲学の立場に立つが、反形而上学の立場に立つわけではない。このように理解した方が、(ペゲラー的に理解された)ゲルバーの国家目的論もまた適切に位置付けられるだろう。

<sup>129</sup> この点に関連して、近代自然法論の定礎者の一人であるフーゴー・グロティウスに対するシュタールの批判に関して、ハッソー・ホフマンの言葉によりつつ、確認しておこう。「シュタールは、グロティウスの、あらゆる功利的考慮に対置された倫理的な法原理に対して高い評価を与えるのとは別に、彼においてはもちろんまだ「全く目立たず、悪意のないもの」であるが、国家を主観的目的に帰する契約思想を理由に、「全く新しい、彼の前には存在しなかった」、最後には倫理と法を破壊し、フランス革命を誘発することになる「学問」としての自然法の創始者であると見なすのである」(Hasso Hofmann, Hugo Grotius, in: Michael Stolleis(Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert: Reichspublizistik · Politik · Naturrecht, 2. Auflage, (1987), S. 62. [邦訳:ハッソー・ホフマン、佐々木有司訳「フーゴー・グロティウス」(ミヒャエル・シュトライ

ここでラーバントの批判の矢が向けられているのは、正確に言えば社会契約論における個人主義的性格に対してというより、その観念的思弁に対してである。ここまででも確認してきたように、ゲルバーやラーバントにおいては必ずしも個人の価値が否認されているのではない。この点に関する明確な例を挙げておこう。

「[自然法論は自然的秩序を破壊し、アナーキーの状態、野生の状態を招くという]欠点[を有する]にもかかわらず、世界は自然法学派と革命の教師に計り知れない財 Gut と本質的な進歩を負っている。自然法という教義においては、真理の核心が含まれているのであり、世界はもはやそれを手放すことはできないのである。この[自然法が提示した]数少ない真理とは、人間の尊厳という主張にある。すなわち、人間は国家権力の対象ではなく、国家のための手段でもない。人間は、それ自体、その人格的尊厳のゆえに、目的である」(SV, S. 89)。

彼らにとってより重要な問題であったのは、観念的思弁によって、国家が存在しない状態(自然状態)を思案し、そこから合理的推論によって国家の役割を決定することができるという発想それ自体であると思われる<sup>130</sup>。

ここまで、歴史法学と実証主義国法学の背景には、法律の高次に存在する法秩序という観念がともに存在することを指摘してきた。しかし、両者の間にはこのような共通性ととも、断絶も存在することを、本節を終えるにあたり確認しておきたい。すなわち、実証主義国法学以前の法観念と比較し、実証主義国法学が法律という法源を重視していることをここで述べておきたい。この点に関して指摘すべき点が二点存在する。第一点は、国家意思を叙述の中心とする法学的方法上の視角に基づき、国家意思の表明たる法律の分析が彼らにとって重要な学問的課題となったことである。第二点は、第一点と関連する論点であるが、彼らが、憲法典が有する意義を高く評価している点である。たとえばゲルバーは、憲法を成文法、つまり憲法典として形成することの意義として、安定性、確実性、広く認

---

ス編、佐々木有司／柳原正治訳『十七・十八世紀の国家思想家たち——帝国公(国)法論・政治学・自然法論——』、木鐸社、1995年、所収)、94頁)。

<sup>130</sup> 自然状態およびそこにおいて存在する自然権に対する懐疑的評価は、ゲルバーやラーバントの後継者にあたるゲオルグ・イエリネックにおいても見いだし得る。「自然法の犯した大きな誤りは、自由の持つ事実的な状態を権利として把握し、この権利に、国家を創造し制限する、より高度な力を承認した点にあったといえる」(Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 4. Auflage, (1927), S. 76. [ゲオルグ・イエリネック、宿谷正典訳「人権宣言論」(宿谷正典編訳『イエリネック対ブトミー 人権宣言論争』、みすず書房、1995年、所収)、131頁])。なお、イエリネックから見たゲルバーおよびラーバントという論点については Jens Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, (2004), S. 50-68 を参照。ただし、ケルステンがゲルバー、ラーバント理解には、本稿がシェーンベルガーについて指摘した問題と同様の問題、すなわち、(十分なテキスト上の根拠なしに)国家権力を全能であると理解しているという問題が存在するように思われる。たとえばアルブレヒトとゲルバーとの断絶のみを強調する Ebenda, S. 38-39 を参照。

知されることを挙げる(GS, S. 12-13)。その上で、ゲルバーは、憲法は漸進的、有機的に生成されるべきものであるという観点からこのような成文憲法の意義を疑問視する立場に対し、このような批判の意義を認めつつも、当時のドイツが古い状態から新しい状態へと移り変わりつつあり、この移行は法典編纂によってしか達成できないゆえに、憲法の生成をただ待つのみではなく、憲法制定への行動をすべきであることを主張している(GS, S. 13, Anm. 1)。

実証主義国法学における憲法典編纂への情熱、法律重視という点において、(本来的には)慣習法や学問による法形成を重視し、成文法の意義に対し懐疑的な歴史法学<sup>131</sup>との相違が認められるのである<sup>132</sup>が、このような法律という法源の重視は、実証主義国法学の歴史法学からの(あくまでも一定の限度での)離反を意味すると理解することができよう<sup>133</sup>。

---

<sup>131</sup> Savigny (Anm. 60), 1 ff. [邦訳:13 頁以下]。

<sup>132</sup> Pöggeler (Anm. 128), S. 18.

<sup>133</sup> なお、「ラーバントはゲルバーと異なり、国家「有機体」について、それどころかそもそも歴史法学について明確に嫌悪している」とする見解が Schönberger (Anm. 4), S. 168 mit Anm. 347 によって述べられているので、この点について検討しておこう。シェーンベルガーがこのような解釈の根拠の一つとして挙げているのは Laband, *Besprechung von Dr. Wilhelm Endemann, Prof. der Rechte und Oberappellationsgerichts-rath zu Jena. Das Deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt. Erste Abteilung. XVI. u. 400 S. 8. Heiderberg, Bangel u. Schmitt, 1865, (1865), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 4, (1983), S. 530-531* である。この点について、比較的詳しく引用しておこう。「[エンデマンの著作は、教科書として非常に優れているが、それだけではなく]この著作の独特の傾向がこの著作に、文献における卓越した地位を与えている。著者[エンデマン]は至るところにおいて、[商法における]法制度の経済的意義を提示しており、彼はみずからの学説をとりわけ国民経済学の根本概念に基づかせており、取引法があらゆる文化的時代において経済的な根本的見解といかに内的に結び付いているかを示そうと努力している。我々は、法律学が有するこのような国民経済学的方向性——著者はそのきわめて重要な主張者である——において、歴史学派の一面性に対する、祝福をもたらすような *segnbringend* 逆流をみいだすのである。すなわち、法律学が、今日における生き生きとした必要性や現代の取引が有する要求や創造をあまりにも無視しているがゆえに、法史学が立法や教義の相互に発生する連続をあまりにも外的に並べ、教義学が「画一主義という悲しむべき精神によって支配されている」ゆえに、法律学は今日において民族による形成物が暖かな関与を失うような、民族からかけ離れた *unpopulär* 学問になり、かつてそうであったよりも理論は実務から切り離されることとなったのである。[……自然科学と同様に、]法律学もまた、法の流通 *Rechtsverkehr* という現象や、商取引や通商の必要性が探究され、これら[上記の現象や必要性]から一般的な法原理が導かれることによってのみ、真の進歩を成し遂げることができるのである。すなわち、従来のように学派的教義の画一主義が公理として承認され、生活の法的形成が伝統的なカテゴリーへと押し込められるのに代えて[上記の現象や必要性から原理が導かれることによって進歩がなされるのである]」。この書評に対応しているのだろうか、確かに、ラーバントは『国法講義』においても、歴史法学の欠点として、骨董学的な法の取り扱い、今日における必要性に対する理解が乏しい点、進歩に対する反感を挙げており(SV, S. 94)、ラーバントが歴史法学に対して批判的態度を取っていた部分があることは事実である。しかし、本文における国家権力の正当な根拠論を確認した際に述べたように、ラーバントが歴史法学の立場を指して「健全」と評価していたこと、そしてラーバント自身の立場がこのような歴史法学の立場ときわめて近似していることを踏まえれば、「歴史法学について明確に嫌悪している」とするシェーンベルガーの評価は——傾聴すべき点があることはもちろんであるとしても——さすがに誇張といわざるを得ないだろう。また、シェーンベルガーは、Laband, *Staatsrecht, in: Die Kultur der Gegenwart, Teil 2, Abteilung 8 (Systemetische Rechtswissenschaft), (1906), S.*

さて、本款では、ラーバントが人間の尊厳という思想に一定の敬意を表していたことを確認した。しかし、すでに確認したように、ラーバントにおいて、このような人間の尊厳(たとえば具体的には個人の自由としてそれは現れる)は権利としての性質を有さない。ところが、このことは、ゲルバーがそうであったように、ラーバントにおいて公権という概念が存在し得ないことを意味するわけでは全くない。ラーバントが拒絶したのは、自然権、人権としての公権であって、公権一般ではない。ラーバントの公権概念を内在的に理解するためには、自然権、人権としての公権という発想から距離を置くことが不可欠である。この点については本章第 5 節においてラーバントの公権概念を検討する際により詳細に確認することとして、その前に、まずはここまで確認したようなラーバントの議論が、彼の具体的な国制構想とどのように結び付いているかという点について確認しておこう。

### 補説 1 国家目的論と法実証主義

以下では、実証主義国法学の特徴をより深く確認するために、おそらくは最も典型的な実証主義者の一人と目されるハンス・ケルゼンの国家目的論とゲルバーおよびラーバントの国家目的論との相違を確認したい<sup>134</sup>。

---

295 において歴史法学が「反動的ロマン主義」と位置付けられていると述べているが、この箇所ではラーバントは、歴史法学派が過去に固執し、中世と近代の断絶を認めない点を批判しているのであり、ここでもラーバントが『国法講義』において、歴史法学派を「健全」と評価していたことと矛盾するわけではない。また、この中世と近代の断絶という論点について、ゲルバーとラーバントの相違を語ることができないことも本稿が見てきたとおりである。なお、ラーバントにおける有機体概念に対する嫌悪という論点については、後掲注 142 参照。

なお、上記したラーバントからの引用文中において見られるのは、まさにいわゆる概念法学化した、硬直化した歴史法学に対する後期イエーリング(たとえば Rudolf von Jhering, *Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild*, in: ders., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe f. d. juristische Publikum*, (1884) [邦訳:イエーリング、大塚滋／高須則行訳「法学者の概念天国にて」(『東海法学』第 15 巻、第 16 巻、第 17 巻、1995・1997 年、所収)])において見られるような)批判であって、必ずしも歴史法学そのものに向けられるべき批判とも思われない(民族概念の強調という点からいって、むしろ、ラーバント自身の主観的意図はともかく、客観的には歴史法学的観点からの概念法学批判と捉えられるべきであろう)のであるが、いずれにせよラーバントが法学における国民経済学的考慮の必要性を説いていたという事実は、ここでもまた、法学から、そのほかの領域の考察を排除していたとする通俗的なラーバント像が、少なくともそのままの形では維持できないことを示すものといえよう。ただし、上記の引用文に続けて、ラーバントが(彼のような立場であれば当然のことであるが)、「経済学的に決定的な観点が常に法学的根本原理として適切であるというわけではないということ」に注意を促し、法律学が実定的な基礎を無視すべきではないことを指摘していることも注意しなければならない。

なお、Gierke (Anm. 56)も歴史法学派が「硬直化に至る傾向を持ち、実際にそうってしまった」(Ebenda, S. 7)とか、「古いものに対する愛から、時代遅れのものに対する偏愛をも吸い込んでしま[い、……そして]まもなく始まった反動のための支えを提供して[まい……、]時代に適合した変化を遅らせるという問題点も有していた」と述べているがそれは「歴史学派の美德が有する欠点にすぎず[……]理性法の教義の行き過ぎと戦う中で、歴史学派は鋭く研がれた武器を必要とした」(Ebenda, S. 9-10)と述べている。

<sup>134</sup> 本補説の議論は、ゲルバーにおける国家目的論の追放(このような認識自体、本稿は不正確で



ケルゼンの法理論上の立場がゲルバーやラーバントの学風、すなわち実証主義を受け継ぐものであるとする認識は常識に属する。たとえば最近の研究から挙げるならば、オリヴィエ・ジュアンジャンは、法実証主義を、法学から法以外のあらゆる要素を取り除くべしという科学的取り扱いを主張する立場として規定し、ゲルバー、ラーバント、ゲオルグ・イエリネック、ケルゼンをこのような立場に属するものとして検討を行っている<sup>135</sup>。

また、ケルゼンの立場がゲルバーらの理論を継承したものであることは、ケルゼンが自認するところである。

「一般国家学の体系を企図するにあたって[……]、私が、カール・フリードリヒ・フォン・ゲルバー、パウル・ラーバント、ゲオルグ・イエリネックを最も主要な代表者と名付けるべき国家論的認識の一派に属することを感じる。右の一派は——曖昧な国家形而上学から絶縁して——実証的国家の一理論、すなわちまた、厳密に法学的であって、政治的に着色されない国家学を目的とする<sup>136</sup>」。

しかし、ゲルバー、ラーバントからケルゼンへの理論的継承という事態は、本稿の見解では、少なくとも従来の研究が自明視していたほどは盤石なものではない。以下では、この点について示したいのだが、しかし、ゲルバー、ラーバントとケルゼンとの包括的比較をこの場で行うことはできない。したがって、ここでは国家目的論という一論点をゲルバーとケルゼンがそれぞれどう取り扱ったかを確認することによって、わずかなれども実証主義国法学とケルゼンとの比較という論点への貢献を行うこととしたい。

まず、ケルゼンの立場から確認しよう。ケルゼンは国家目的をみずからの国家理論から追放するのだが、それは、実証主義の原則と対応するものであるとされる。

「一般国家学は国家をいわば自己目的と考える。それは、一般国家学が、国家は目的を持たないと主張するということではなく、国家学が国家の目的を問わないということだ

---

あると考えるが)を形式主義的な法学方法論と結び付けてきた従来の研究に対し、このような連関を否定した上で、ゲルバーの国家目的論を歴史法学の思想と関連付けて説明する **Kremer** (Anm. 24), S. 292-293 の議論を下敷きとし、典型的な実証主義者であるケルゼンとゲルバーらの距離を確認しようとするものである。ドイツ国法学における国家目的論史を概観した邦語文献としてたとえば栗城壽夫「ドイツ国家目的論史小考」(同『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収)、最近では藤井康博「近世・近代ドイツ国法学における国家目的「自由」「安全」「生命」(1～2・完)」(『静岡大学法政研究』第16巻第1・2・3・4号、第17巻第1号、2012年、所収)。特に後者はゲルバー(第17巻第1号34-40頁)および『国法講義』におけるラーバント(第17巻第1号40-44頁)の国家目的論についても(本稿筆者の旧稿も参照していただきつつ)比較的詳細に扱っており、本稿の関心とも少なからず重なりといえよう。

<sup>135</sup> オリヴィエ・ジュアンジャン、井上武史訳「ヨーロッパの憲法学における実証主義——4つの段階」(『岡山大学法学会雑誌』第60巻第3号、2011年、所収)。

<sup>136</sup> Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, (1926), S. VII. [邦訳:ハンス・ケルゼン、清宮四郎訳『一般国家学』、岩波書店、1971年、xi-xii頁]。

けを意味し得る。一般国家学の立場からは、具体的な国家の強制秩序は、それ自体完結した、論理上自主自足的な体系として現れ、それは、その秩序外にある契機によってさらに基礎付けあるいは是認することを要しないものである。とりわけ国家「主権」の概念によって表現されるのはこの思想である。ただし、それをもって、国家を相対的に最高な、よりそれ以上遡源し得ない秩序となし、相対的に最高な価値であって、より高い価値によって通用させられないものとするかぎりにおいてである。国家主権の思想は、この消極的意義では、本質的に、国家学を政治倫理学から区別するところの実証主義の原則と一致する。実証主義にしたがえば、法秩序は、より上級の正義の規範によるどのような認証からも独立してその通用を主張し、そして、自然法に訴えることはすべてこれを拒否する。自然法は確かに法学的述語で現れる政治にすぎない。国家目的の全問題は、ただ、国家は国家に特殊な、国家と本質的に結合された一定の目的を一定の前提の下に、「国家目的論」が述べられることによってのみ、一般国家学の範域中に入れられ得る。しかしながら、この前提には、すでに非常に雑多でかつ歴史上変転する目的のあるものの絶対化がひそんでいる。それらの目的は、そのために国家の強制装備が使用されあるいは乱用されるものである。国家の本質にはなんら特殊の目的は存しない。もとより、強制秩序としての国家はただ、一般になんらかの社会目的が通用し、その実現のために強制装備が役立つことによってのみ是認される。[……]この、国家をある特殊な目的と同視することは、国家概念に強制の要素のほかにある別の内容的要素を採用することによって、これを許容しがたく狭義にすることを意味する。すなわち、一般国家学に超絶的な政治学の立場から国家の目的と見られるものは、一般国家学にとっては国家的強制秩序の可能な内容として現れる。政治が実現しようと努める要件は、消極的符号でもって、法秩序の範囲内では、不法効果としての国家的強制行為が結合される条件として現れる。それはまさに国家がある社会目的実現のための手段にすぎず、あるいは換言すれば、法はある内容に対する形式にすぎないということを表明するものである<sup>137</sup>。

すなわち、ケルゼンにとっては強制秩序としての法という形式的要件のみを取り扱うことこそが実証主義的な認識なのであり、法の内容をなす国家目的という要素を取り扱うことは実証主義的な認識ではないのである。

これに対し、ラーバントの国家目的論はすでに比較的詳細に確認したので、以下ではゲルバーの国家目的論を確認しておこう。

「国家権力は絶対的な意思力では決してない。国家権力は国家が有する目的に奉仕すべきであり、この目的のために存在する。したがって国家の目的において国家権力の活動領域の自然的範囲が含まれるのである。しかし国家目的を理論的に定めることは、常にきわめて一般的なイメージの中で行われ、そしてただきわめて不明確な限界——そこに

<sup>137</sup> Ebenda, S. 39-40. [邦訳: 67-68 頁]。

において倫理的共同生活の完成へと方向付けられた領域が個人的自由の領域と区別される——を示唆するにすぎない。[……]生命力に満ちた国家においては、個々の事例において国家権力の限界を定めるために、国家目的に関する一般的・理論的な見解を取り上げる必要は滅多にないのである。というのは、民族というイメージがこの点についてすでに立法それ自体においてみずからの実務的表現を見いだしてきたし、絶えず見いだしているからである」(GS, S. 31-32)。

このようなゲルバーの国家目的論に関するミヒャエル・シュトライスの評価を引用しよう。シュトライスの議論は、まさにゲルバーを実証主義という観点から分析したものとなっている。

「狙いを定めた一面化によってゲルバーはまず、彼にとって障害となり、余分であったものすべてからみずからを解放した。哲学的に宙に浮いた序幕としての一般国家学、憲法史、そして行政法が対象から外れなくてはならないのは、そもそも国法学が「あらゆる非法律学的な、単なる倫理的、政治的考察に属する素材から浄化され」なければならないのと同様である。国家目的論は、国家的全能という(無内容な)命題へと収縮した<sup>138</sup>」。

確かに、ゲルバーが(ロベルト・フォン・モールによって説かれたような)従来の国家目的論を法学的なものと非法学的なものの区別という観点から、「少なくとも部分的には」批判的に取り扱ったことは事実である(GS, S. 237, Anm. 1)。しかし、本稿の見解では、このようなシュトライスの評価は、十分に適切とは思われない<sup>139</sup>。引用文が示すように、ゲルバーは国家が国家目的に拘束されることを明示的に承認しているのである。虚心に読むならば、ゲルバーにとって問題となっているのは、国家目的論の国法学からの追放(これはまさにケルゼンによってなされたことである)ではなく、国家目的をあらかじめ理論的に定めることができるという立場に対する懐疑的態度である。ここで「理論的」という言葉の意味は、すでに本章第3節第1款において確認した、国家の概念や任務は、自然法論によって立つ論理的な抽象化作業によっては見いだすことができないとするラーバントの議論(SV, S. 81-82)において現れているものと同様のものと考えてよいだろう。すなわち、本稿は人間が有する理性的能力(近代自然法論はこのような能力を称揚する代表的学派である)に対する

<sup>138</sup> Stolleis (Anm. 9), S. 334-335. (やわらげられているが)類似した見解として Pauly (Anm. 9), S. 143. そこでは、ゲルバーが国家目的論の内容を理論によってではなく法律によって追求されるものであると捉えたことは形式主義的な方法論の帰結であるとされている。

<sup>139</sup> Hespe (Anm. 8), S. 51-52 は、ゲルバーがモールの議論を部分的に斥けたにすぎず、(旧来の国家目的論より狭い範囲であれ)ゲルバーの法律学的考察にとっても国家目的論は意義を有していることを適切に指摘している。しかし、ゲルバーと異なりラーバントにとって国家目的論は問題とならないとしている箇所(Ebenda, S. 54)は不適切である。すでに確認したように、ラーバントは『国法講義』において比較的詳しく国家目的論について述べており、この点についてゲルバーとラーバントを区別する根拠は存在しないように思われる。

懷疑を、実証主義国法学が歴史法学と共有していたことにつき、ここまで何度か述べてきたが、ゲルバーの国家目的論において見られるのもこのような人間の認識能力に対する、観念的思弁に対する懷疑であると見るべきであろう。実際、ここでゲルバーによって提示されている、国家目的を詳細に定めることに対する批判的態度は、すでにサヴィニーにおいて見いだされるものなのである。

「私は、国家を諸目的だけに限定しようとするのではない。それどころか、理論は、そもそも思い上がって、国家の活動の目的をこれだけだと定めることによって独自の発展の自由を限定しようとすべきではない。それでもやはり、国家の第一の、最も避けられない任務は、法の理念を目に見える世界で行われるようにすることである」(SR 1, S. 25 [邦訳:49-50 頁])。

ゲルバーがこのような国家目的論に対する批判的言及において問題としていることは、ケルゼン流の純粹法学的認識というものではなく(あるいは部分的にしかそうではなく)、あくまでも、観念的思弁の法学への流入を防ぐことにより、恣意ではなく法に基づく支配を形成するという、ここまで何度も確認してきたゲルバー流の構想であるように思われるのである。

## 第4節 『国法講義』における国制論

### 第1款 議会の性質

本節は、ラーバントにおける国家において議会制と君主制のいずれが、そしてどのような理由から優位に立つか、という問題の検討を通じて、ラーバントの国家像および社会像をより浮かび上がらせていきたい。しかし、このような議論に入る前に、まず、ラーバントにとって議会制とはいかなる政治制度であったかを確認する必要がある。

ラーバントは、絶対主義国家においてさえ、国家への民族の関与は必要不可欠である、と説く。精神的影響、公論の持つ力、時代を支配する理念の必然的な力による民族の参与なくして、国家は存立し続けられ得ない。しかし、民族の参与が憲法にしたがって、直接的、意識的、組織的に組織化されたのは、国家の発展が非常に高度の段階に達した時のみである。古代においては、君主制においても民主制においても、ただ治者と被治者、主権者と臣民が存在するだけであり、被治者による統治活動への参与は存在しなかった。これに対し、被治者による統治活動への参与を認めた点に、ゲルマン民族の独自性が存在する。この点に、ゲルマン諸国家の古代諸国家に対する政治的諸関係における偉大な進歩性が存在する(SV, S. 134-135)。

ラーバントは、中世もまた民族による国家権力への関与を知っていた、と述べる。しかし、中世における国家概念および民族代表概念は近代におけるそれとは全く様相が異なる。中世における身分制議会 Stände は、私法的・封建的性格を有していた。つまり、身分制議

会の構成員は領邦と民族を代表するのではなく、構成員自身の私的な利益を代表していたのである。身分制議会のこのような性格は、フランス革命に至るまでほぼすべてのヨーロッパ諸国において存在していた。このような議会においては、民族の総体的確信と利益の表現が現出することはなく、ただ特権身分の精神と利益が現れるにすぎなかった(SV, S. 135-136)。すでに確認したように、ラーバントは国家を民族全体の利益を保護する存在として把握していた。したがって、このような身分制議会はラーバントにとって克服の対象であるにすぎない。ここで、身分制議会を克服する存在として登場するのが君主である。君主は民族全体の見解と願望を代表し、国家は一般的な福利のための配慮を、すべての臣民のための法の保護を行う組織である、という思想は議会ではなく君主によって実現されたのである。

とはいえ、ラーバントは議会を全く必要がないと考えたわけではない。ラーバントによれば、このような君主に対抗する形で、18世紀末以後、ヨーロッパ全体において、身分制議会在民族国家的議会へと変容する。このような議会の根底に存在する思想は、統一体としての民族の代表というものである。このような統一体としての民族という思想によって、民族は集中化された人格的形姿を獲得し、意識的、人格的活動を行うことが可能となった。このように観念された議会は、旧来の身分制議会在そうであったように、個人的利益を代表するのではなく、民族の利益を代表する。それゆえ、このような利益は、同様に民族を代表する君主と対立するものではなく、君主と議会はともに共通の利益を代表する(SV, S. 136)。

では、民族国家的議会においては、いかなる形で議員が選出されるのか。ここにおいて、ここまで確認してきた公的利益と私的利益の区別が、そして公共体という思想が法的な表現形態をとったことを見て取ることができる。ラーバントによれば、民族国家的議会においては、その性質のみならず、議員の選出方法においても旧来の身分制議会从変容を被る。議会構成員は、選挙権者による訓令にしたがって行為し投票を行わなければならないかたり、選挙権者の個人的な望みや利益を代表しなければならないような委任者 **Mandat** ではなく、みずからの自由な確信にしたがい、国家の繁栄 **Wohl** のために投票を行わなければならない<sup>140</sup>。議会構成員は、確かに民族に選挙を通じて選ばれているが、しかし、この

---

<sup>140</sup> よく知られたラーバントの命令委任否定論を指して、ラーバントの議論は、あくまでもドイツ帝国という特殊な法的存在を前提としているのであって、ラーバントが国法学の一般論として、つまりいかなる国にも妥当する議論として述べているわけではないのではないか、と指摘する興味深い議論が存在する。長谷部恭男「全国民の代表」(同『Interactive 憲法』、有斐閣、2006年、所収)、41-46頁は、ラーバントによるドイツ帝国の構成員は4000万人の国民ではなく、25の構成諸国家であるという議論を確認した上で、帝国の機関たる帝国議会の議員は選挙によって選出されるにせよ、そもそも4000万人のドイツ人はドイツ帝国の構成員ではないのだから、そのような国民が帝国議会の議員に訓令を発するのは不可能である、すなわち「ラーバントの主張は、ドイツ国民が帝国議会議員に訓令を与える関係(命令委任)にないから、後者は前者の法的代表ではないとするものではなく、そもそもドイツ国民がそうした訓令を与えることは不可能だとするものである」と説く。しかし、このような長谷部の見解は維持できないように思われる。本文で示したように、ラーバントが議会を国家の機関と呼ぶことによって意図したのは、なによりも身

ことによって民族からの委託を受けるわけではない。むしろ、彼らの権限や義務、権利はその国法上の地位から直接導かれているのである。彼らは民族によって選ばれていると同時に、民族多数の上にあるのである(SV, S. 137)。

さて、ラーバントは民族代表の目的と任務を、統治 *Regierung* を民族の精神と結び付けつつ支えることであると述べる。このことによって、民族の服従は消極的なものから、自覚的、人格的な共同活動へと高められる。このような民族代表の参与により、政府は民族の怒りによって引き起こされる失政や、民族の真の利益を侵害するという失政や停滞、官僚主義的な職務の執行を避けることが可能となるのである(Ebenda)。

次に、ラーバントは、国家機関における議会の位置付けについて論じる。従来、民族代表は、モンテスキューの権力分立論にしたがって、国家権力の一部であると観念されてきた。つまり権力分立論によれば、民族代表は、独立してあるいは君主とともに立法権を行使する。これに対し、行政権は君主に認められ、司法権は両者から引き離されて存在することとなる。しかし、ラーバントによれば、国家権力をもろもろの権力へと分割することはできず、もろもろの機関がその機関の性質に応じて、国家権力への形成に関与する。このため、ラーバントによるならば、立法権がもっぱら議会に認められるというような厳格な権限の管轄分配が生じることはない(SV, S. 137-139)。

ラーバントは権力分立論を否定するが、その根拠は、つまるところ、権力分立論では、国家機関間の衝突という事態を十分に捉えることはできない、という点に求められるだろう。ラーバントの議論において、主権者＝国家権力の担い手が誰かという問題は、究極的には、ほかの国家機関との間で衝突が生じた場合、いずれの機関がイニシアティブを有するのか、という問題であるというように、かなりの程度、具体的に取り扱われているのである。ラーバントは、衝突の際にいずれの機関がイニシアティブを取るかという問題を、君主と議会のいずれに主権が認められるのか、という問題設定に置き換えた上で、君主制と議会政治のいずれが優れた政治制度であるかを検討することによってこの問題に答えようとするのである (SV, S. 139)。次款では、ラーバントがこの問題に対し、当時の政治情勢を踏まえて議論を行っていること<sup>141</sup>を確認したい。

---

分制議会を各身分の私的利益の反映と見る立場を斥け、議員を選出者の訓令にしたがって行為する受任者と見る見解を斥け、議員を国家全体の利益のために行為させることである。本文の記述が示すように、このようなラーバントの議論は、帝国議会にのみ限定されたものではなく、(近代的な)議会制一般に妥当するものとされている。前章で確認したように、(その後成立することになる)ドイツ帝国ではなく、領邦諸国家を対象としたゲルバーが議会を特権的個人の総和たるかつての身分制議会としてではなく、国家の機関であると位置付けていたことから理解できるように、議会を単なる私的利益の表出として見るのではなく、民族全体の利益を代表する国家機関である(べき)と定義することは、実証主義国法学にとってお馴染みの議論といってよい。ラーバントはこのような議論を単に帝国議会に適用したにすぎないと見る方が素直な解釈だろう。実証主義国法学における代表論についてはさしあたり高見勝利「ゲルバーとラーバント——実証主義国法学における「代表」の問題——」(杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎 4 憲法思想』、勁草書房、1989年、所収)を参照。

<sup>141</sup> ラーバントを検討するにあたり、この点に対する関心が必ずしも従来の研究に欠けていたわ

## 第2款 議会政治

前款で確認されたように、ラーバントによれば、絶対主義国家においても、議会制度は存在し得るし、存在することが好ましい。したがって、君主制と対置される議会政治とは、単に議会が置かれている国制を指すのではなく、あくまでも君主に議会が優位する国制を指す。具体的には、ラーバントは議会政治を、形式的・法的には君主に主権の保有が認められ、外見上は君主が至高の国家権力の保持者であるが、現実には民族代表、すなわち議会が国家権力を行使する国制形態である、と定義する。このような国制形態はイギリスにおいて歴史的展開を見いだした。イギリスにおいては、君主からほとんどの政治的権限が失われている。立法にあたっては議会に主導権が存在し、君主に残されているのは法案の拒否権にすぎない。しかも、この拒否権の行使に際しても、議会の決定を妨げてはならないという君主に対する道徳的な圧力が存在するため、実質的には、この拒否権が満足に行使されることはない。統治行為 *Regierungsakt* においても議会に責任を負う大臣の副署なしに、君主が行為することはできない。したがって、議会こそが主権の現実の保持者である。君主が有する議会の解散権もまた、このような状況を変化させるわけではない。というのは、国王が有する解散権の意義は、議会が真に民意を体現していないならば、君主が議会を解散できる、という点にあるにすぎないからである(SV, S. 140-141)。

---

けではない。たとえば Schönberger (Anm. 4), S. 176 ff. や高田篤「ドイツにおける議会制論についての一考察——ドイツ議会制論検討のための予備的考察——」(大石眞ほか編『各国憲法の差異と争点』、成文堂、2010年、所収)、135-136頁は単なる私的利害の反映となりはてている政党に対するラーバントの嫌悪について適切に指摘している。また、牧野雅彦は「デイリー・テレグラフ事件」を参照し、ラーバントがドイツにおける議会主義的な統治を不可能だと考えていたことを示している(牧野雅彦『国家学の再建——イェリネクとウェーバー』(名古屋大学出版会、2008年)、11-17頁)。また、ラーバントにおけるこのような(積極的に)君主主義を支持する傾向に関する指摘は近年になってはじめて登場したわけではなく、すでに遅くともヘルマン・ヘラーによって指摘されている。たとえば Hermann Heller, *Die politischen ideenkreise der gegenwart*, (1926), in: ders., *Gesammelte Schriften* 1, 2. Auflage, (1992), S. 306. [邦訳: ヘルマン・ヘラー、安世舟訳『ドイツ現代政治思想史』(御茶の水書房、1981年)、61頁]。本稿はこれらの研究に倣ってラーバントにおける反議会主義的性質、親君主主義的性質を強調するのであり、その意味では、ラーバントの形式主義的な法学的方法および国家法人論が、君主主権か国民主権かという憲法制定権力上の問題を回避し得るものであったとする Carl Schmitt, Hugo Preuß. *Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Rechtslehre* (1930), S. 6 [邦訳: カール・シュミット、上原行雄訳「フーゴー・プロイス」(長尾龍一編『カール・シュミット著作集I』、慈学社、2007年、所収)、154頁]の評価およびこのような評価を強く継承したと思われる注102で挙げたヴィルヘルムや上山の研究にはしがわがない。Schmitt, *Ebenda* の全体を確認すれば理解できるように、本論文はシュミット特有の道具立てである友・敵理論や憲法制定権力論といった観点から、国家法人論の克服という目論見を持ってラーバントを批判するものであり、率直に言って、ラーバントの内在的理解にあたって有益とは思われない。歴史法学の末裔であるラーバントが、シュミットのこのような意味での憲法制定権力のような問題にどの程度まで関心を持つといえるか疑問であるが、ラーバントが議会に対する君主の優位を説いたことは本文で記述したように明らかである。ただし、反議会主義的、親君主主義的といった政治的見解がラーバント国家論においていかなる位置付けを占めているのか、という点については従来の研究では十分に検討されてこなかったように思われる。本章の目的は、このようなラーバントの議論を公共体という観点から統一的に説明することにある。

ラーバントはこのような議会制に対し、場合によっては、非常に幸福なものである、と好意的な評価を行う。しかし、議会制の成立は特殊な条件を前提としており、イギリスにおいては、議会制が公的生活や憲法 *Rechtsverfassung* における様々な制度によって、補完されてはじめて成立していることを指摘する。では、イギリスにおいて議会制を成立せしめている様々な制度とはなにか。ラーバントはそのような制度として四つのものを挙げる。すなわち、(1)同質的な政党の形成(SV, S. 141-143)、(2)広く行きわたった自治の伝統(SV, S. 143-144)、(3)すべての官吏が公職に基づく権限を違法に行使した際、みずから民事法上責任を負うというイギリス法の性格(SV, S. 144)、(4)民事事項であれ刑事事項であれ、政治的な事件であれ非政治的な事件であれ、判決が陪審員によって下されることによって、政府が直接的にも間接的にも裁判に影響を及ぼし得ないというイギリス司法制度の独自の性格(SV, S. 144-145)である。ここでは、(1)同質的な政党の形成について詳しく確認したい。

ラーバントは、まず、ドイツの政治情勢に対する悲観的な叙述を行う。ドイツにおいて政党間の対立は主として身分間の敵対に基づく。土地貴族 *grundbesitzender Adel* や騎士階級は、中世的諸制度 *Institutionen* に基礎付けられ、歴史的に伝えられてきたほかの身分に対するみずからの地位を可能なかぎり主張することや、軍や非軍事役務において可能なかぎり自身のために利益を得ることによって、立法から自身の利益を獲得し、あるいは立法を少なくとも自身の利益になるように形成することを試みた。また、ユンカー層に対してブルジョア、すなわち自由主義の担い手に対立した。ブルジョアはあらゆる国家公民の機械的あるいは形式的平等権を求め、歴史的に基礎付けられたあらゆる身分的優位と有機的な編成の平準化を求める。このような追求の最終的な帰結は、現代の力たる資本を政治における権力の座における唯一の基礎とすることである。ユンカー層およびブルジョアに対して、さらに労働者階級が対立する。この階級は多数者支配という意味における民主政治を主張するものであり、社会主義的、共産主義的傾向を有する。彼らの目的は形式的な法的安定性ではなく、所有を現実に平等にすることである。政党の基盤がこのような階級的利害に存在する社会状態においては、議会政治は存立し得ない。というのは、支配的党派は敵対する身分を根絶しようとするからである。ラーバントはこのような事態において、フランス革命における惨劇の再来を予見する。むしろ、ラーバントが当時のドイツの社会情勢下で期待するのは、強い王政である。王政は諸身分の上位にあり、諸身分を相互に保護し、相互の対立と根絶を防ぐという効果を持つのである。

これに対しラーバントのイギリス理解は楽観的である。イギリスにおいて政党は身分的対立に基づいているわけではない。ウィッグ党とトーリー党は、ともに幅広い階層から成り立っており、相互の権利を否定しあっているわけではない。両者の相違は、せいぜいのところトーリー党がより保守的な要素、既存の安定性を重視するのに対し、ウィッグ党はより進歩の必要性、歴史的に伝えられてきた状況を現代において変更された現実の状況への適応を強調する、という点にあるにすぎないのである。

ラーバントは、議会制を成立せしめているもろもろの社会的背景について以上のように



論じた後、議会政治は優れた統治形態であるが、あくまでイギリスのような一定の状況が整っている場合にのみ有用である、と述べる。したがって、議会政治が優れているからといって、ドイツにおいても無条件に導入可能な制度ではない(SV. S. 145)。

ここでラーバントが行っている議論の背景には、超階級的な国家構想が存在している。ラーバントにとって関心があるのは、公共体たる国家にふさわしいきわめて強度に公的性格を備えた国家意思をいかに実現するか、という問題であって、民族の意思を実効的に国政に反映させることではない。ラーバントは、イギリス国制において政党に私的利益と公的利益を媒介するいわば準公的性格が認められ、民族の意見を国政に実効的に反映させていることを好意的に評価するが、それはイギリスにおいては政党が私的＝階級的利害の担い手ではなく、公的利益の追求者であるからという理由に基づく。これに対し、政党が私的＝階級性格を強く持つドイツにおいては、ラーバントは政党の役割について否定的に評価するのである。ここでなされている議論において明らかなように、そして次款において確認する議論から理解できるように、『公権論』におけるゲルバーがそうであったように民族の利益を適切に保障するためには自律的諸団体の編制が必要である、という視座はラーバントにはほとんど存在しない。ここでは、『公権論』におけるゲルバーと比べ、公共体の実現という同様の目的を持つものであるにしても、かなりの程度、単純化された国制論が説かれているのである。

さて、以上の議論から、ラーバントは、民族の意見を実効的に反映させる議会政治が存立する可能性を、限られた条件が存在する場合のみ認めたことが確認された。ラーバントは、ドイツにふさわしい国制として、君主制原理を採用した君主制をより好ましい国制類型であるとするのであるが、では、ラーバントが肯定する君主制とはいかなる国制類型であるか。次款ではこの点について確認したい。

### 第3款 君主制原理

君主制原理を採用する君主制を論ずるにあたり、ラーバントは議会政治との相違を論ずることから始める。君主制原理にしたがうならば、君主は単に法的に主権者であるのではなく、現実には国家権力の担い手であり、統治の人的な中心点である、とされる。しかし、両者の相違は、前者においては君主が議会における多数派政党から大臣を任命するよう義務付けられているのに対し、後者においては、君主による大臣の任命が自由になされる、という点にあるわけではない。このような区別は単に表面上の区別にすぎず、別のより根底に存在する区別の結果にすぎないとラーバントは主張する(Ebenda)。

それでは、より根底にある根拠とはなにか。ラーバントは、君主制原理の意義として、君主の同意さえ得ているならば、大臣は議会の意思に反して統治を行える、という点を挙げる。つまり、イギリスとは大臣の答責原理が異なるのである。議会政治を行うイギリスでは、大臣はその権限の執行が国家に損害を与えるようものであれば、議会が訴追を行い、判決を下す、という形式においてその責任を追及され得る。これに対し、ドイツでは、大

臣訴迫は実際の憲法毀損の場合にのみなされ得るし、その判決は一般に、最高裁判所によってなされる。したがって、イギリスにおいて大臣は、君主の意思よりも、より議会の意思に依存するのに対し、ドイツにおいては大臣が議会の判断を恐れることはほとんどない(SV, S. 145-146)。

ラーバントはこのような君主の議会に対する優位を支える論拠として、以下の三点を挙げる。第一に、君主制原理を採用するドイツにおいては、大臣による統治方針 *Regierungsmaxime* が議会によって承認されるか否か、という問題は重要ではないという点である。大臣はただ、憲法に基づいた規定を明白かつ直接的に毀損しないことに気をつけさえすればよいのである。第二に、ドイツにおいては、租税は租税法によって定められる必要があるが、この租税法は議会が常に新たに承認しなくてはならないわけではなく、また、議会が一方的に廃止することもできないという点である。このため、君主が統治のために必要な金銭を要求するに際して議会との妥協を必要とするイギリスに比べ、ドイツでは、このような金銭をより容易に調達することができる。第三に、ドイツにおいては、君主あるいは君主に任命された大臣が、裁判所、軍を含むあらゆる官庁の組織をみずからの目的のために利用することができるという点である。このことによって、公論以外の力に頼ることのできない民族代表にたいし、君主は圧倒的な力を有することとなる(SV, S. 146)。

しかし、代議君主政体における君主は決して絶対君主制における君主と同様の状態にあるわけではない。君主は、主権的権力の行使にあたって、議会に拘束されざるを得ない。君主は、議会が提出する法律草案に認可を与えることなしには、法状態を一方的に変更することはできない。行政という観点から見ても、君主は毎年、予算案を議会と調整する義務を負う。また、議会の同意なしに新しい租税を課すことや、ほかの国との契約を通じて国家に負債を課すことや、国債を発行することもできない。このように、君主は国法上の確立した制約によって、法律によって定められた秩序の範囲内において行動するよう制限されているのである。その上、官僚、裁判所、民族代表などにおける貴族制的小および民主制的小の要素が、君主の独断的決定を阻む役割を果たしている。しかし、ラーバントは、君主こそが、国家という団体における長であり、最高かつ至高の機関なのである、と述べ、『国法講義』における「国家」の部を締めくくる(Ebenda)。

このように、ラーバントは議会政治に対し君主制を擁護するのであるが、本節で確認してきた議論は、本章第 2 節で確認した公共体概念を踏まえてはじめて十全に理解することが可能な議論となっている。ラーバントにとって、国家機関において君主と議会のいずれを重視するか、という問題は、国家の公的性質をいずれがよりよく体現し得るか、という問題に置き換えられているのである。このような国家の公的性質は、身分的、階級的利害がそのまま反映される可能性がある議会よりも、君主によって、よりよく担われる可能性が存在する。このような前提に基づいて、ラーバントは、この問題を、当時のドイツの政治情勢を踏まえ、議会よりも君主の方がより国家の公的性格、すなわち公共体としての性

格を表現し得る、と説いたのである。

さて、ここまで一通り、ラーバントにおける国家理論、国制論、法理論を確認してきた。はたしてラーバントにおけるこれらの理論は調和しているのであろうか。ここまでの議論から推測できるように、そして『国法講義』の「国法」の部において明確に示されているように、一方において、ラーバントは家産国家的把握を斥け、君主を国家の中に、そして法秩序の中にある存在であることを強調する(SV, S. 201)。このような客観的側面から見れば国家への君主の埋め込み、主観的な側面からみれば君主の意思が国家の意思として現れるという意味での君主の国家における最高機関化(SV, S. 202)が単に権利主体という以上の意味を有さない私法的人格概念によってのみでは実現され得ないものであることは、すでにゲルバーについて論じた際に触れ、そして本章でも触れた通りである。『綱要』におけるゲルバーにおいては、国家人格が国家有機体概念、そして公共体概念によって裏打ちされることによりこのような君主の機関化、すなわち、家産国家を斥け、君主(や議会)を公共体に奉仕する存在として把握することが可能となったわけであるが、ここまで見てきたように、法律学的議論としては私法上の法人格も国家人格もともに、(法)人格という同一の用語によって説明されているにもかかわらず、そしてそれ自体としては行為能力を持たない法人が機関概念を必要とすることは私法においても国法においても変わりはない(SdR 1, S. 228, Anm. 1)にもかかわらず、その前提となる国家論においては、法秩序としての、そして公共体としての国家という概念が国家人格を裏打ちし、君主や議会の機関化を可能としたのである<sup>142143</sup>。

---

<sup>142</sup> SdR 1, S. 95 は、「官憲的支配権の主体としての国家の人格性は、これらすべての権利の、すなわち国家権力の本質を国家、すなわち「有機的公共体」それ自体ではなく、君主や議会あるいは両者あるいは国家それ自体とは概念的に区別されたそのほかの主体に付与するならば、消え去ることとなる」と述べることで、国家人格が公共体により裏打ちされていることを示している。なお、ラーバントにおいてもたとえば君主と議会間の権限分配の問題について有機体という概念に基づいて説明している箇所も存在する(SV, S. 60-61, 213)のだが、有機体概念に対する嫌悪もみだされる(SV, S. 175)。ここではギールケやフーゴー・プロイスの有機体的国家理論に対する反発が披露されているのだが、そこではギールケやプロイスにおいては生物学的意味での有機体と法学的意味での有機体概念が混同されていると非難されている。本文で確認したように、ゲルバーの有機体概念とラーバントの法秩序概念は、国家の客観的側面を表す概念であり、国家の主観的側面、すなわち国家人格を裏打ちするという類似した役割を果たしているのだが、ラーバントが有機体概念を用いるよりも法秩序概念を用いることを好む背景には、このような有機体的国家理論に対する反感が存在するのかもしれない。なお、さらに厳密に見るならば、ラーバントにおいて法秩序と有機体は別の概念である。本章第2節第2款の冒頭で確認したように、ラーバントにおいて有機体概念はおそらく、国家の客観的側面たる法秩序と国家の主観的側面たる国家法人を媒介する役割を果たしている。その意味で、有機体概念はラーバントにおいては国家を国家法人と有機体の二側面から考察したゲルバーとは若干異なった役割も与えられていると思われる。なお、Kremer (Anm. 24), S. 259 は、ラーバントにおいて有機体概念が意義を有していないとするシェーンベルガーの見解を、正当に批判しつつも(Ebenda, S. 259, Anm. 658)、結局のところはゲルバーに比べラーバントにおいては有機体概念は二次的な役割を果たしているにすぎないとする。このことは確かに事実であるが、それはゲルバー国法学において有機体概念が有していた意義の大半が、ラーバントにおいては公共体ないし法秩序という概念に移し替えられたにすぎないからではないかと思われる。このような理由からして、時本(前掲注 5)、95-96

頁が「ゲルバーの国法学において国家法人格の一体性の基盤であると同時に国家権力の正当性の原理であった有機体的要素はラーバントの国法学ではもはや重要な役割を果たさない。それどころか、後者には、国家有機体に関するあらゆる言及に対する明らかな嫌悪すら感じられる。[…]

…]ここに至って、[ラーバントによって]ゲルバーの国家法人説は単一国家を前提とする限り一応完成されたと見るべきである。ただし、そこには有機体が存在しない以上、国家の法人格を支えるのは君主のみであり、それだけ君主と国家それ自体とのつながりが強くなり、法人としての国家は君主制的アンシュタルト国家に傾斜せざるをえない」(本引用文中において、引用文であることを示す括弧は煩雑となるため省略した)と述べている箇所は(時本前掲 92-93 頁が、ラーバントにおいて国家は民族(時本は国民と訳す)の人格化であることを適切にも指摘しているにもかかわらず)不適切であるように思われる。先に示したように、そしてラーバントの『国法講義』を検討した Kremer (Anm. 24), S. 258, Anm. 653 が指摘するように、『国法講義』のとりわけ「国家」の部において、国家を説明する際にしばしば有機体メタファーが用いられているのである(残念ながら時本は『国法講義』について検討を加えていない)。国家法人論を出発点とする国法教義学の体系書である『ドイツ帝国国法』においては、純粋な法学的概念とはいいいがたい有機体概念が一見したところ重要な役割を果たさないのはいわば当然の話であり、ラーバントの国家概念を十全に理解するためには、その前提となる『国法講義』の「国家」の部の検討が必要なのである。ところで、時本前掲 96 頁は「法実証主義者としての彼[ラーバント]が考察することを放棄した部分、すなわち法人としての国家の実体(ゲルバーにおける有機体)は、ラーバントが国家それ自体を擬制と考える限り、存在しなければならないはずである」と述べている。このような文章は、時本がゲルバーの国家論について、正しく理解していることを示すものである——下線で強調した文章のうち、(本稿との問題関心の相違から選択された用語である)「擬制」という単語を「私的人格」とでも置き換えれば本稿の主張と異なるところは全く存在しない——し、ラーバントの議論がアンシュタルト的国家概念に傾斜する傾向が存在するのも、本稿第 3 章で示すように確かである。それだけに時本が『ドイツ帝国国法』の検討のみにとどまってしまったことは残念である。本稿は、ラーバントの客観的国家論において決定的な役割を果たしているのは、有機体概念というよりも法秩序概念であると考えているが、いずれにせよ、国家の客観的側面を指し示すこれらの概念が時本のいうところの「国家の実体」であり、本稿なりにいえば、国家人格を裏打ちしているものであることには変わりはない。その上で、『公権論』のゲルバーと、『綱要』のゲルバーおよびラーバントを分かちつものは、有機体(なり法秩序なり)という用語が著作の中で用いられているかどうかではなく、有機体を(より正確に言えば国家の有機体的把握を要請する公共体を)現実のものにしようとする契機がどのような形で存在しているか、という点に関する相違であると本稿が考えていることについては本文で述べるとおりである。

<sup>143</sup> 有機体概念に関連して、村上淳一の研究に触れておこう。村上によれば、「[ゲルバーおよびラーバントの国家法人論は、]旧ヨーロッパ的＝倫理的な政治社会(societas civilis)の解体——脱倫理的な経済社会としての市民社会と、政治的＝倫理的要素を一手に納めた国家との対峙——という状況の下で、法を基本的に国家意志の表現としてとらえようとするものであった。むしろそのさい、国家はゲノッセンシャフトの要素を含むものとして、すなわち有機体としてはとらえられない。ゲノッセンシャフト的な要素、有機体的性格はすべて自然的(事實的)なものとして捨象されてしまい、国家は法律学的に、支配の機構としてとらえられる。この機構は君主と議会(Landstände)を機関(Organ)とする法人格ではあるが、「あらゆる部分がそれぞれ全体目的のために共同すべく固有の地位を割り当てられた有機体」としての法人格ではないのである」(村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』(東京大学出版会、1980 年)、137-138 頁)。このような村上の研究に国家法人論以前以後をやや図式的に分断しているという問題が見られることは、ここまでの本稿の叙述から明らかであろう。ゲルバーやラーバントにとって、有機体概念(あるいは法秩序概念)なくしては、そもそも国家はほかの私法人と区別され得ない。むしろ有機体概念こそが国家に突出した意義を認め、村上のいう政治社会の解体を実現したという側面も存在するのである。確かに『公権論』における有機体概念が有していた意義と比べれば、『綱要』やラーバントにおいて有機体概念の意義が相対的に低下していること、より正確に言えば有機体概念

しかし、他方において、ここまで確認したようなラーバントの国制論は、君主を公共体たる国家の部分として位置付けるラーバントの国家論上の構想をむしろ裏切っている部分も存在するように思われる。ここではラーバントは君主をもっぱら単なる社会的利益から引き離された存在として把握している。このような議論は、君主を民族からなる公共体たる国家の中にある存在というより、このような公共体の外に、上位に位置する存在として位置付けることとしてしまうのではないだろうか。とりわけ、『公権論』におけるゲルバーのように自律的諸団体の編制という問題関心を持たないラーバントにおける国家論においては、理論的にはともかくとして、君主のみに突出した意義を与えることを避けることにより国家を現実の公共体たらしめようという現実的な契機はほとんど存在しないのである。このことは、少なくとも、『公権論』におけるゲルバーが追求していたような意味での公共体という概念の意味内容を乏しいものとしている。すなわち、『公権論』におけるゲルバーと異なり、ラーバントにおいて団体論的国制論、つまり臣民に対する公権の付与を通じた公共体の実現という契機がもはや存在しないのである。

本節では、ラーバントの国制論が、公共体という前提に対応しつつも、それを実現する契機に乏しく(少なくとも『公権論』のゲルバーと比べ)、ラーバントが公共体という理念を真摯に取り扱っていないのではないかと、という疑問を述べた。ところで、ラーバントが公共体という概念を真摯に取り扱えていないのではないかと、という疑問は、国制論のみならず、彼が有する法のイメージにおいても見いだされるように思われる。次節では、この点につき、主として、彼の権利論という観点から検討したい。

## 第5節 権利論

本稿冒頭で確認したように、ラーバントの権利論が検討される場合、ラーバントは私人が国家に対して有する権利をすべて否定した、すなわち公権固有の意義を承認しなかったという具合に論じられることが通例といってよいだろう。おそらくはこのような論じ方はラーバントが法実証主義であるという認識と結び付いているのだろうが、本章がここまで

---

を積極的に現実のものとしようというより、有機体概念がただ所与の前提としてのみ捉えられていることは事実である。この論点については本稿第3章でも触れることになる。しかし、かといって国家法人論採用以前以後を安易に分断してしまうならば、国家を公共体として把握しようとしたラーバントらの意図を見失うことにならざるを得ないであろう。なお、ラーバントにおいては「歴史法学やゲルバーに至るまでの有機体論という文脈においてはおよそ考えられない機械としての国家というメタファー」が用いられている(Schönberger (Anm. 4), S. 30-31)という指摘についてここで簡単に触れておきたい。確かに、シェーンベルガーが指摘しているように、ラーバントが官庁 Behörde と国家の関係を説明する際に、機械というメタファーを用いたことは事実である(SdR 1, S. 366)が、『公権論』のゲルバーにおいて官吏が君主の単なる補助機関としてしか取り扱われていなかったこと(本稿第1章第2節第3款参照)や、『綱要』においても機関 Organ という用語に真の意味において値するのは君主と議会のみである(つまり官庁は真の意味での機関ではない)としていること(GS, S. 76, Anm. 1)を考えれば、ラーバントが官庁と国家の関係を説明するために機械というメタファーを用いたとしても、このことはゲルバーとラーバントの断絶を意味するわけではないと理解すべきだろう。

確認してきたとおり、ラーバント＝実証主義という認識は疑わしいものであった。ラーバントの法思想がこのようなものであるならば、いまやラーバントの公権論に関しても再検討が必要であろう。

まずは、『ドイツ帝国国法』の中の「帝国帰属者の権利」と題された章における自由権に関するラーバントの議論を確認しよう。

「帝国公民権という概念は、文献においてほぼ例外なく、きわめて相異なったものが寄せ集められた形で論じられている。いわゆる政治的権利、市民権すなわち国民の外国人に対する優先権、そしていわゆる自由権あるいは基本権が帝国公民権として数え上げられている。後二者[市民権すなわち国民の外国人に対する優先権、そしていわゆる自由権あるいは基本権]はそもそも主観的意味における権利では決してない。[……]自由権あるいは基本権は国家権力のための——国家権力がみずから、自身に与えた——諸規範であり、このような規範は官庁が有する権力的権限に対する制限を構成し、個人に対し一定の範囲内で自然的な行為の自由を保証するが、しかし国家公民の主観的権利を基礎付けることはない。これらの規範は決して権利ではない。というのはこれらの規範は決して対象を持たないからである」(SdR 1, S. 150-151)。

上記の引用文の脚注において、ラーバントはゲルバーの『公権論』および『綱要』における自由権論の参照を指示し、それは「適切な議論である」と述べていること(SdR 1, S. 151, Anm. 2)から理解できるように、このような自由権否認論はゲルバーのそれを受け継いだものといえる。

ところで、ここまで本稿は、ラーバントが決して自由に倫理的意義を認めない論者ではないことを確認してきた。にもかかわらず、なぜラーバントやゲルバーは自由に権利性を承認しないのか。この点につき、本稿は第1章第2節第3款において、有機体概念との関わりから、個人の自由は有機体における服務の公使に関わらないからである、と説明した。以下では、自由権が、実証主義国法学における権利概念という観点からも、権利に該当しないことを確認しよう。このような確認によって、「これらの規範は決して対象を持たない」というラーバントの言葉を十全に理解することができるはずである。しかし、この点を確認する前に、まずはラーバントが公権という言葉でなにを指していたかを確認しよう。

さて、選挙権に関するラーバントの理解は、本稿冒頭で取り上げたように、その権利としての性質を否認するものであった。しかし、『公権論』期ゲルバーの議論を想起すれば理解できるように、このことは、臣民の国家に対する権利すべてが反射権にとどまるということの意味するわけではない。むしろラーバント自身がこのような問いに対して批判的に応じているのである。ラーバントは『国法講義』の「国法」の部で、『ドイツ帝国国法』における選挙権否認論と同趣旨の議論を確認した上で、以下のように論じる。

「[選挙権は選挙法の反射であるので]以下のような見解が提起される。すなわち、公法上の主観法はそもそも存在しないのであり、この種の権限はすべて国家的秩序の現実的な作用にすぎず、したがって国家によって恣意的に、そして一方的に変更され得る、という見解である。このことに関して一見したところ、形式的な国家の全能——それは国家に一定の形式の遵守の下、当然ながら法秩序全体を改造し、全主観法を抑圧する可能性を認める——が述べられるのである。

しかし、このことは正しくない。それに対する一方的な廃止が、形式的には可能であっても法の破壊 **Rechtsbruch** として、法に反した権力として、毀損行為として、そして革命的なあるいは専制的な処置として現れるような権利が存在するのである。このような一方的な廃止は、それが法律に基づいたもの **gesetzlich** であろうとも、正義に反する。このような権利はただ、権利者の同意あるいは賠償があつてはじめて廃止され得る。したがってこのような権利は、たとえ権利者が現実には法に反した権利剥奪に抵抗することができないとしても、権利者が有する権利である」(SV, S. 190)。

では、このような権利と客観法の反射はいかにして区別されるのか。

「権利の内容においてこのような区別を見いだそうとする試みは無益である。また、権利が裁判所によってあるいは官庁によって保護されるかどうか、権利が訴訟的手段において主張され得るかどうかという点に基準を求める試みも無益である。

むしろ区別は権利の基礎付けの方法に存在する。一定の境界付けられた個別的な法的空間は、権利者が国家に対して、固有の、独立した、国家的力から引き離された権利を保有すべきであるという具合にして国家的力に対置される。通常、反射的権限にすぎないものが、一個の、固有の基礎に基づく権利へと強化され得る。その場合、このような権利は国家的秩序による単なる一方的な変更によっては法の上では **ipso jure** 当然に消滅するわけではなく、国家的意思行為の自由に対してみずから自身に基づく制限を設定する。このような特別な資格付けは、歴史的な根拠に基づく場合もあるし、このような権利を主観法として構成しようとする国家自身の意思に基づく場合もある」(SV, S. 190-191)。

このような公権の例としてラーバントは(1)王位を請求する君主権<sup>144</sup>、(2)国家に対抗する陪

<sup>144</sup> 門脇(前掲注 114)、第 49 巻第 1 号 240-243 頁)は、ラーバントにおける帝国皇帝と国家の官庁といった国家の機関それぞれが有する権利を比較検討し、皇帝の権利が十分に検討もなされずに認められるのに対し、官庁が固有の権限を有しないとラーバントにおいてされていることについて批判的に言及し、官庁の権限が君主に源を持つものであるがゆえに官庁の権利が認められないとするならば、皇帝の権限も国家権力から生じているにすぎないのではないかとする。その上で、門脇によればこのような「不分明な思考の根源は、[ラーバントが]皇帝の有する歴史的政治的な意義を無意識のうちに重視していることにある」とされる。しかし、以上の本文の記述から理解できるように、皇帝(君主)の権利が権利であるゆえに歴史的な根拠付けにあることにつ

臣 *Mediatisierten* の権利、(3)身分的団体(たとえば上院)への参与権、(4)鉄道企業や公益企業が有する租税特権(具体的な租税立法の単なる反射たる租税免除ではない)を挙げる(SV, S. 191)。ラーバントは先の引用文中で、特別な資格付けが歴史的な根拠に基づく場合と、国家自身の意思に基づく場合があることを指摘しているが、おおむね、(1)から(3)までが前者による資格付け、(4)が後者による資格付けなのであらうと思われる<sup>145</sup>。

このようなラーバントの議論からいくつかの点が明らかとなる。まず、即座に明らかとなるのは、ラーバントは決して実証主義の立場に立っていない、ということである。本稿が何度も指摘してきたように、ラーバントにとって国家はいかなる法(法律ではない)をも定立できる全能な存在ではない<sup>146</sup>。ラーバントが述べたい点は、選挙権の保持者を自由に国

---

いてラーバントは(ゲルバーもそうであったが)無意識どころか、きわめて自覚的である。

なお、藤川(前掲注 107)、332 頁は、ゲルバーやラーバントにとって(世襲君主の相続権について規定する)王室法秩序と近代国法秩序はそれぞれ別の法秩序に属するものであり、彼らは多元的な法源状況を前提として思考していた点を鋭く指摘する。ゲルバーらが直面していた(とゲルバーらが考えていた)このような多元的な法源状況に関する認識なしには、ゲルバーらの立場を正確に把握することはできないだろう。本稿の理解では、近代国法秩序の決定的優位という形で、このような多元的な法源状況の克服が試みられているという点においてゲオルグ・イエリネックとゲルバーらの立場は決定的に異なるように思われるのだが、この点についての考察は別稿に委ねざるを得ない。

<sup>145</sup> ラーバントが公権概念一般を否定しているわけではないことを認識しているものとして Schlüter (Anm. 23), S. 446-447. しかしシュルターにおいては、このようなラーバントにおける公権概念の肯定が、ラーバントの理論全体の中でいかなる意義を有しているかという点については、(ラーバント国法学は超実定的性格を有するという評価以外には)明らかにされていない。本稿の理解では、ラーバントの公権概念の意義を理解するためには、ラーバントの議論がゲルバーの公権論を継承していることを確認することが重要である。

<sup>146</sup> Schönberger (Anm. 4), S. 51 mit Anm. 111 は、「憲法は、国家の上に存在する神秘的な力では決してなく、あらゆるほかの法律と同様に国家の意思行為であり、国家の意志にしたがって変化し得る」というラーバントの表現(Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Band 2, 5. Auflage, (1911), S. 39)を引用しつつ、イエリネックにとってと同様にラーバントにとっても国家という法主体が法秩序の創造者であり、このような国家がいかにして自身によって公布された法秩序に拘束され得るのかという事態を説明するために、国家自己拘束説という手間のかかる説明を行わなければならないと説く。シェーンベルガーが、この箇所において不適切にも法律と法(秩序)を混同していることはもはや明白であらう。歴史法学の立場に立つラーバントにとって、法律は(今日の我々が考えるほど)重要な法形式ではない。このようなシェーンベルガーの理解は、カール・シュミット(Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 8. Auflage, (1993), S. 11-20 [邦訳:カール・シュミット、阿部照哉／村上義弘訳『憲法論』(みすず書房、1974年)、28-37頁])によっておそらくは最も鋭く主張された憲法の特質に関する議論に基づいているのではないかと思われる。すなわち、シュミットは、憲法の形式的メルクマールは、憲法の改正が加重された要件を伴う手続きを経なければならないという点にある、とする議論を紹介した上で(なお、この箇所でシュミットは上掲のラーバントの議論も参照している)、「憲法はその内容と意義において、常に個々の法律よりも高次の、そして包括的なものである」と批判的に論ずる。ラーバントが形式主義あるいは実証主義と見られることにはこのような議論がその背景の一つとしてあるのであらうと考えられる。しかし、多少論理的に考えれば即座に明らかとなることであるが、法律の内容を顧慮しない実証(形式)主義が憲法と法律の間の相違を改正における要件の加重という点に求めることと、憲法と法律間の相違を改正における要件の加重という点に求める議論が実証(形式)主義であるということは別の問題である。後者の場合、そこで本当に問題となっているのは、制定法とその高次にある法の区別こそが重要であり、(単なる制定法にすぎない)憲法と法



家が設定するような状態においては、公権というものは観念できないということにすぎず、一般論として参政権というものはすべて国家権力に基づいているから権利などというものは存在し得ない、と主張したいわけではない<sup>147</sup>。それゆえ、その侵害が正義に反するよう

律間の相違にはさしたる意義を認めないという議論であるという可能性が存在する。本稿の理解では、ラーバントはこのような議論を行っているのであり、ラーバントが憲法と法律間の相違を改正における要件の加重という点に求めているからといって、形式主義あるいは実証主義であると理解することはできないと考える。

なお、Pauly (Anm. 9), S. 222 mit Anm. 62 は(シェーンベルガーによって批判されているのだが)ラーバントにとって法主体たる国家は法秩序を創出しない旨を(それ自体としては)適切に指摘しているのだが、その際、ラーバントの議論は国家と法の同一性を説くハンス・ケルゼンの学説を部分的に先取りするものであると説いている。しかし、(シェーンベルガーも指摘しているように)ケルゼンは法秩序の創造者としての国家というイメージを、形而上学的な擬人化であるとして斥けたのであり(ケルゼンの国家理論については長尾龍一「法理論における真理と価値」(同『ケルゼン研究 I』、信山社、1999 年、所収)、224 頁以下)、本来、民族の法確信の総体たる法秩序とそれに拘束される国家といったラーバントの法イメージは、ケルゼンにとっては形而上学的であるとして斥けられるべき対象であろう。

ところで、ラーバントと国家自己拘束説の関係をめぐってはいくらかの研究の蓄積があるのだが、この論点についてはやや錯綜としている。この論点に関する基本文献は、Laband, *Besprechung von A. Mérignac, Traité de droit public international*, 1905, (1906), in: ders., *Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen*, Teil 2, (1980) であろうが、ラーバントは以下のようにいう。「[本書評の対象であるメリニャックは、主権という概念と国家権力の制約を両立させるために国家自身の意思による拘束という立場を取るが、]著者[メリニャック]はこのような議論においてイエリネックによって与えられた基礎の上に立っている。実際には、制限のない国家権力というものは決して存在しなかったし、存在し得ないこと、そしてこのことはトルコやロシア、ペルシアのような絶対主義的に、そして専制的に統治されている諸国家でも同様であるということは確かに正しい。しかしながら、私は、著者は法の限界を踏み越え出ていること、別の領域に属する議論を混入していることを信じる。国家が臣民に対するみずからの要求を制約すること、臣民に個人的な自由や自己決定を認め、保障すること、みずから自身が判決に服することは、政治や倫理、賢明さなどに基づくのであり、法的な拘束に基づくのではない。国家が「合法律的な」作為、不作為を要求できること、「合法律的な」服従を要求できることは形式的な意義を有するにすぎない。というのは、法律はあらゆる内容を持ち得るからである。自己拘束は法的な力を持たない。というのは、人は任意に自己制約からみずからを解放することができるからである。人がなにかをしなない場合、それはそのことができないからではなく、賢明さや倫理、礼儀、恐怖などによってしないのである」(Ebenda, S. 379)。

シェーンベルガーが先のようにイエリネックとラーバントの共通性を指摘する際、その根拠の一つとして挙げているのはこの箇所である。また、Kersten (Anm. 130), S. 420 ff. もまたこの箇所を参照しつつ、少なくとも部分的には、シェーンベルガーの見解に賛意を示している。これに対して、パウリーもまたこの箇所を参照しつつ、ラーバントはイエリネックの自己拘束説を否認したと論じ、続けて、先に確認したように、ラーバントにとって国家は法秩序の創造者ではないと議論を行う。本稿の筆者の見解では、いずれの見解が正しいかは、(率直に言って十分に議論を尽くしているとは思われない)本書評のみで決することはできないと思われる。本稿の(現時点での)見解は、この書評にかかわらず、ラーバントは国家とは独立の(国家によって作り出されたわけではない)法秩序の存在を確信していた、というものであり、この点については『国法講義』において明らかにされている、というものである。この書評において示されているラーバントの理解については、いずれイエリネックの自己拘束説の検討とあわせて改めて検討することができれば、と考えている。

<sup>147</sup> 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000 年)、93 頁および 95 頁注 2 は、ラーバントにおいては「権力作用への参与の典型である政治的権利が主観法化され」ていないことを指

な権利の存在を承認することは、ラーバントにとって奇妙なわけではないのである。

さて、このような実証主義国法学の権利概念について先行研究の助けを借りながら、もう少し検討を進めたい。海老原明夫によれば、「我国には主観的権利という観念が非常に希薄であり、ドイツにおける権利性を巡る議論を受容しながらも、その議論の核心はついに理解されぬまま終わった<sup>148</sup>」とされる。この点をもう少し確認するために、海老原によって説かれるところのオットー・マイヤーによる公法上の損失補償制度に関する議論を確認しよう。海老原の説明するところ、マイヤーによれば、個人に損失補償が認められるのは、当該個人に「特別な犠牲」が加えられる場合であるが、この特別な犠牲とは

「公の行政の行為によって被るすべての不利益ではなく、「個人の直接の法的な権力領域に対する侵害」を前提としている。そして「個人の直接の法的な権力領域」に属するものとして、マイヤーは身体の不可侵性や人身の自由、所有権、他物権、債権の利用権、占有、特権、営業権などを列挙する。ここから明らかなように、マイヤーは、「犠牲」という観念を、個人の人格と直接的に結び付いた領域に対する侵害という含蓄で用いている」。

このような議論に続けて、海老原は、このような権力領域に関する議論が伝統的な既得権論を受け継ぐものであることを指摘しつつ、このような議論が、上記の権力領域に対する侵害は個人の人格を中核とする権利領域に対する侵害となるという具合に近代法治国家概念と関連するものであると述べた上で、戦前の日本における公用収容をめぐる議論においてマイヤー的問題意識が継承されなかったことを指摘する<sup>149</sup>。

このような海老原の議論を本稿の関心と関連付けて改めて検討してみよう。海老原の考えるところの、日本において不在であった主観法とは、個人の人格と直接的に結び付いた権力領域を背景とするものと思われるが、本稿は、このような議論ときわめて近い議論をすでに確認している。すなわち、ゲルバーの公権としての参政権論である。

「私権と同様にあらゆる側面から確定され、その持続的価値にしたがって権利者にとって把握され得る公権のみが、それが帰属する個人にとって安定した財であると考察される。この個人は公権をみずからの法的圏の現実の拡大であると見るのであり、私法的財産権に向けられるのと同様の関心を向けるであろう」(öR, S. 77)。

---

摘し、その例示として選挙権が否定されていることを挙げる。しかし、本文で確認したようにラーバントにおいて主観法化が企図されていないのは(抽象的な選挙制度に基づいた)選挙権であって、(たとえば上院議員になる権利を含むような)政治的権利(参政権)一般ではない。

<sup>148</sup> 海老原明夫「法の継受と法学の継受——(1～3・完)」(『ジュリスト』第995号、997号、第999号、1992年、所収)、第999号9頁。

<sup>149</sup> 海老原明夫「損失補償と特別の犠牲——(1～3・完)」(『ジュリスト』第983号、第984号、第986号、1991年、所収)。

また、すぐ前に引用したラーバントの権利論にも同様の関心を見いだすことができる。

「一定の境界付けられた個別的な法的空間は、権利者が国家に対して、固有の、独立した、国家的力から引き離された権利を保有するべきであるという具合にして国家的力に対置される」(SV, S. 191)。

すなわち、実証主義国法学にとって権利とは、個別的な物に対する所有権のように、人格と結び付いた具体的な対象であらねばないのであって、自然権として抽象的に与えられたり、法律によって創造的に付与されたりするものではないのである。

ところで、このような実証主義国法学の権利観がサヴィニーの権利観の影響を受けたものであることは明らかであるように思われる。たとえば以下のサヴィニーからの引用は、ゲルバーやラーバントの議論との同型性(原型性というべきか)を示しているといえるだろう。

「[法関係の本質は個人が有する意思の独立的支配の範囲にあり、その対象として、自身の人格、自由意思のない自然、他者の人格が考えられるが、]これ[自身の人格]については、次のような見解が非常に広まっている。人間は、自分自身に対する権利を有しており、この権利は、その人の出生とともに必然的に生じ、その人が生きていくかぎり決してなくなることはあり得ず、まさにそのゆえに原権 *Urrecht* と称せられるのであって、後にはじめて偶然に人間が入手でき、また移ろいやすい性質を持ち、それゆえに既得権 *erworbenes Recht* と称せられるすべてのほかの権利と対照的である、といわれる。この見解において、人間が自分の精神的諸力に関する権利を持つとし、そこから思想の自由と呼ばれるものを引き出すところまで行った人が、かなりいる。しかし、人間が他人の思考を妨げ、あるいは逆に他人の中で考え、そのどちらかによってここにいう所有権を侵害し得る可能性は、全く理解できない。だが、そういう所有権を人格の可視的な事象に、すなわち人体とそれの個々の部分に限定することによって、もっとわかりやすい範囲に入るとしても、この所有権は、確かに、ここではもちろん可能な侵害の排除として意味を有するが、しかしそれゆえに無益さが減るわけではなく、それどころか、とりわけ、徹底して発展させれば自殺についての権利の承認に至ることによって、非難すべきものである。けれども、本人に向けられた原権をそのように間違えて認めることの中にある真実の要素は、次のことである。第一に、もちろん、自身および自分の諸力に対する人間の正当な力は、疑うことができないし、また疑おうとは思わない。なお、それ以上にこの力はすべての真の権利の基礎と前提でさえある。なぜならば、たとえば、所有権および債権は、我々にとっては、我々自身の人格的諸力の人為的な拡張としての、我々自然的存在者に人為的に付け加えられる新たな機関としての意義と価値を有するにすぎ

ないからである。[……]第二に、多くの個々の実際の法制度について、出発点は、もちろん、人間の自分自身に対するそういう自然的な力を他人の干渉から守ることに求められるべきである。刑法の大部分は、それに属する。さらに、民法においては、名誉毀損、詐欺および暴力からの保護を目標とする多数の権利がそれに属し、したがってとりわけ占有に関する法律上の手段もそうである。すべてのこれらの権利の究極の理由は、確かに、人格の不可侵性である。それでもやはりそれらの権利は、この不可侵性の純粹の発展とみられるべきではなく、むしろ全く実定的な法制度を形成するのであって、こういう法制度の特別の内容は、そういう不可侵性自体とは完全に別である」(SR 1, S. 334-337)[邦訳:299-301 頁]。

ここで述べられているのは、サヴィニーのいわゆる人格権否認論である<sup>150</sup>。すなわち、サヴィニーにとり、権利の対象となるのは、「人格的諸力の人為的な拡張としての」自由意思のない自然(物権)、他者の人格(債権)のみであり、自身の人格そのもの(原権)は権利の対象ではない。サヴィニーが(人格そのものの重要性を承認しつつも)それを権利として把握しない根拠は必ずしも明確とはいえない。自殺の権利を否定的に解しているところを見ると<sup>151</sup>サヴィニーが独特の倫理思想によって、個人の自由を絶対視しないという立場を取っているのかもしれないし、個人の自由を起点とする自然法論からの意識的な離反を試みているのかもしれない。いずれにせよ、このサヴィニーの人格権否認論は、通説的立場を形成せず、たとえばベルンハルト・ヴィントシャイトによって自分自身による生命処分行為などといった問題は私法の重要な問題ではないとして人格権が承認され<sup>152</sup>、また、ギールケによって人格権という概念が包括的かつ体系的に論じられることとなったとされる<sup>153</sup>。

しかし、私法学における発展はそれとして、国法学においては、人格権否認論は、自由権否認論という形を取って、少なくとも一時期においては強い影響力を有していたように思われる。すなわち、ラーバントによる、自由権は「決して対象を持たない」という言葉は、人格権は権利ではないというサヴィニーの特殊な前提を踏まえなければ、おそらくは理解できないであろう。たとえば、以下の書評において、ラーバントは、サヴィニーと同様の趣旨で、人格権および基本権の権利性を否定していると理解できると思われるのである。

「特許権保護の法律学的構成についていえば、ガーライスは特許権保護を「個人権」と

---

<sup>150</sup> 木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成(1～2・完)——人格権概念に仮託された意味・機能に着目して——」(『立命館法学』第 295 号、第 296 号、2004 年、所収)、第 295 号 115-118 頁。

<sup>151</sup> なお、ここでサヴィニーはヘーゲルの自殺権否認論に言及している(SR 1, S. 337, Anm. (a)). [邦訳: 301 頁注(a)]。ヘーゲルの該当箇所は Hegel (Anm. 23), § 70 und Zusatz zu 70.

<sup>152</sup> 木村(前掲注 150)、第 295 号 120-121 頁。

<sup>153</sup> 前掲 124-127 頁。

して説明している。あらゆる主観法に適用され得るこのような不明確な表現は、同様に不明確な思想に対応している。ガーライスによれば、「法秩序はあらゆる人間に、個人として活動する権利や生きる権利、みずからの力を任意に(その法的領域の限界に至るまで)利用する権利を認めている」。ガーライスはこの自称 *angeblich* 権利を一般的な個人権と名付けている。[……]このような理論は、人間はみずからの行為・意思能力を、法によって引かれた限界の範囲内において自由に用いることができ、許可されているという全く正しい命題に基づいている。しかし、このことは、独自の・境界付けられた・法体系において特別に提出された権利の内容ではなく、このことが私権を表すことは全くない。このような権限を人間に認めたのは法秩序ではなく、自然が人間に意思・行為能力を授けたのであり、法秩序はこのような能力を、社会的・国家的共同生活のために制約し、このような能力を社会的・国家的共同生活という制限内で、社会的・国家的共同生活のために保護するのである。正しいのは、国家あるいは法は各個人に対して、個人的な行動の自由の利用を制限し、禁止できるということである。したがって、特定の場所において煙草を吸うことや、歌を歌うこと、移動することなどが拒絶され得るのであるが、あらゆるそのほかの場所において煙草を吸い、歌い、歩き回る権限というものは、法秩序によって認められた権利であるのではなく、法秩序によって触れられないままであるところの、自然によって人間に授けられた行為能力の残余である。後者[行為能力]ではなく、行為能力の制限のみが、他方で違法な制限に対する行為能力の保護が、法秩序の産物である。そしてまた、個々人の自然的な行為の自由の行使に際しての、個々人の請求権は、それが法によって引かれた制限を守るかぎり、国家によって保護され得るのだが、それは私権ではなく、国家公民権の内容を形成する。それは国家によって要求された忠誠および服従や、国家によって国家公民に課された負担および制限に対する国家の反対給付である。[……]「個人として活動し、生き、みずからの力を利用する」能力が、自然的出来事によって、すなわち死によって、あるいは裁判上の方法によって、各人から奪われるならば、彼は個々の権利を失うのではなく、そもそも権利能力を失うのである。ガーライス[……]自身が認めるように、権利能力は決して権利ではない。主観的意味における各権利の概念に属するのは、対象——法に含まれている権限がそれに及び、それに対して権利がみずからの力を展開するような対象——である。これに対して、一般的個人権は、「自身の人格に対する」権利となり、したがって、主体と客体が重なり合うような権利となる。ガーライスによってなされた、主体としての人格と、人格「自身の身体的・精神的諸力」——それは個人的権利の対象をなすとされる——との区別は、根拠がない。というのは、人格は自身の身体的・精神的諸力から区別され得ないからである。このような権利を設定することは、概念のもてあそびであり、思弁的なフレーズであり、このようなものに対して、現実の法形成において対応するものはなにもない<sup>154</sup>。

<sup>154</sup> Laband, Besprechung von Carl Gareis, Das Deutsche Patenzgesetz vom 25. Mai 1877 erläutert, Berlin 1877, (1878), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen,

ラーバントの議論を一言でまとめるならば、主体と客体が同一であるような権利はあり得ないゆえに人格権や自由権は認められない、ということとなると思われる。先にその権利論を確認したマイヤーにおいても、やはり類似した論理構造において自由権の権利性が否認されているとの指摘があるように<sup>155</sup>、19世紀当時において、圧倒的に、とまではいえな

---

Teil 4, (1983), S. 657 ff. なお、本書評において特許権の議論から人格権に関する議論へと展開されているが、この点につき、人格権論は無体財産権との関係において発展してきたという事実を確認しておく、理解が容易となるだろう（木村(前掲注 150)、第 295 号 101 頁以下）。また、ゲルバーは「出版物の違法な複製は著者あるいは出版社の権利を侵害していると把握する見解に対し、以下のように批判を加える。すなわち、このような複製が刑事法によって処罰されるゆえに著者あるいは出版社の権利が存在する」とする見解に対しては、刑事法による処罰の主たる目的は公的平和の維持にあるとし、また、このような複製に対する損害賠償については、このようなものは不法行為によって発生するのであり、違法に加えられた損害に対する補償への請求権という性格を持つにすぎないとする（Gerber, Ueber die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verleger, I, (1859), II, (1863), in: ders., *Gesammelte juristische Abhandlungen*, 2. Auflage, (1878), S. 274-277）。さらに、以下のゲルバーからの引用文はここまで確認してきた歴史法学派および実証主義国法学における権利観を改めて確認するものだろう。「違法な複製に対する保護がただ個々の人格が有する特別な特権によって引き起こされていた時代は事情が異なる。当時においては、主観法——それを各個人はみずからのために特別な権限のゆえに獲得しなければならなかった——が問題となっていたのである。しかし今日は、文書に関する仕事はより一般的なものであるため、保護を享受する個人は、法律上の恩恵に対して、以下のような個人と全く同一の立場にある。すなわち、その人格上の安全を多くの刑事法によって、そしてその政治的自由をプレスに関する法律、司法の独立性、信教の自由によって維持されていることを見いだす個人である」（Ebenda, S. 278）。

なお、本文で触れた引用文においても簡単に触れられているように、ガーライスは、人格という言葉は権利能力と同義であり、人格権という言葉よりも個人権 *Individualrechte* という用語を用いるべきであるとしている（Carl Gareis, *Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes*, in: *Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrecht* 35, (1877), S. 198-199）。ガーライスの人格権(個人権)論については木村(前掲注 150)、第 295 号 128 頁以下も参照。なお、ギールケは、サヴィニーと並べて、ラーバントおよびゲルバーを人格権の否認論者であると解しており、このことは本稿の議論と平仄が合う（Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Band 1, (1895), S. 702, Anm. 1）。また、ラーバントの特許権論を検討した文献として玉井克哉「特許法における発明者主義(1～2)」(『法学協会雑誌』第 111 巻第 11 号、第 111 巻 第 12 号、1994 年、所収)、第 111 巻第 12 号 95 頁以下。そこでも、ラーバントは権利としての発明者権という法律構成を拒絶したことが指摘されている。

<sup>155</sup> 鶴澤剛「オットー・マイヤーの《自由権》論——《自由と財産》の定式の今日的意義について考えるために(その 1)——」(『金沢法学』第 53 巻第 2 号、2011 年、所収)、243-247 頁は、マイヤーにおける権利概念が、人格と結び付いたものを対象とするものであることを指摘し、人格そのものは権利の対象とはならないと——先の海老原の議論においては必ずしも明示されていなかったように思われる点を——論じ、そのゆえにマイヤーにとって自由は権利の対象ではないと説く。また、そこで鶴澤は児玉寛「サヴィニーにおける古典的民法理論」(『法政研究』第 50 巻第 3・4 号、1984 年、所収)を指示しつつ、このようなマイヤーの権利観がサヴィニーに由来するものであることを指摘している。本節の議論は、その着想を、海老原の議論と同時に、この鶴澤の議論にも負っている。

マイヤーについてもう少し触れると、先の本文の海老原からの引用文中において、身体の不可侵性や人身の自由がマイヤーにおいては権利の対象とされているが、サヴィニーの議論を忠実に

いとしても、それなりに流布していた権利理解の具体的適用がラーバントにおいて見いだされるといえるだろう。

このようなラーバントの権利理解の背景には、サヴィニーやゲルバーにも共有されていた法に対するある特定のイメージ、すなわち、彼らにとって法というものは、人間の社会においてなんらかの倫理的実在を措定した上で、それに付け加わるような形で存在するものであるという法のイメージが存在する<sup>156</sup>と考えられ、人間の行為・意思能力を法以前に存在する自然の領域に属する問題であると捉える把握はこのようなイメージの帰結であると考えられるが、このような法のイメージと、本稿にとって重要な概念である公共体概念との緊張関係はすぐ後で触れることとする。

さて、このように、ラーバントの権利概念が、実証主義的理解に基づいているというより、サヴィニーの独自の権利概念に基づいていることを確認した上で、本稿にとって重要なテーゼは、もはやラーバントにおいては、(臣民の)公権というものがその国法体系においてその中心的地位を占めていない、ということである。この点につき、二つの観点から説明することとしよう。第一の観点は、国制論である。ラーバントにおいて臣民の参政権たる公権が生じるのは、もはや(おそらくは一部領邦のそれであろう)上院といった限られた場であるにすぎない。(ゲルバー以後の時代において決定的な重要性を持つはずの)帝国議会における選挙権のようなドイツ帝国にとってきわめて重要なはずの権利が、ラーバントにとって公権としての性質を持たないのはすでに確認されたとおりである。ここではもはや『公権論』のゲルバーにおいて存在したような、サヴィニーの特殊な権利概念が前提とされつつも、特定の人格と結び付いた臣民の公権こそが有機体としての、そして公共体としての国家を現実のものとする、という契機はもはや見いだせないのである。すでにこのような議論の萌芽は、『綱要』のゲルバーにおいても見いだされたものであったが、『国法講義』においてみずからの国制像を明確に提示したラーバントにおいてはその趣旨はより明らかであるといえるだろう。すなわち、みずからの既得権益を護持しようとするにすぎない臣

---

踏まえるかぎり、このようなものはサヴィニーのいう原権に属し、権利の対象ではないと理解すべきであろう。これは、おそらくは、なにが原権に属するのかという問題に対する解釈の相違なのであって、マイヤーにおいては身体は人格とは別の存在であると把握されていたのではないだろうか。

<sup>156</sup> 海老原(前掲注 64)、268 頁以下(ゲルバーにつき)、Kaufmann (Anm. 88), S. 63 およびそれを参照する鶴澤(前掲注 155)、247 頁以下(サヴィニーやゲルバーらにつき)、時本(前掲注 5)、91 頁(ラーバントにつき)は、それぞれ「倫理的秩序」、「既存の生活関係」、「現実存在するもの」ないし「自然的実体」に対し、法が外部から関わるものであることを指摘している。ただし、時本や鶴澤が、このような法のイメージを実証主義的であると理解していることは、本稿には理解が困難である。本稿もまた、ゲルバーにおいて、そのような傾向が見られることをすでに確認している。たとえば本稿第 1 章第 2 節第 1 款において、ゲルバーにとって「法は有機体の持つすべての実質的内容を受け取るのではなく、国家を所与の前提とした上で、それに導かれるようにして加わるにすぎない」ことを指摘した箇所や、本稿冒頭で紹介したパウリーの議論を参照。なお、人格権論を中心に、この点をより掘り下げる作業は、ゲオルグ・イエリネックの公権論(Jellinek (Anm. 106). 海老原明夫「公権としての権利保護請求権」(『法学協会雑誌』第 108 巻第 1 号、1991 年、所収)、47 頁以下も参照)の検討とあわせて、他日を期したい。

民に公権を積極的に認めることは、いまや公共体の実現にとって有用というより有害と捉えられているのである。

さらに注目すべき点は、公権概念を有機体(公共体)の実現と関連付けた『公権論』の趣旨が、ラーバントの議論においてはきわめて見えにくいものとなっている点である。確かにラーバントにおいても公共体概念や有機体概念はその国法学において重要な役割を果たしていることはここまでの叙述から確認してきたとおりである。しかし、『公権論』のゲルバーが臣民の公権概念を有機体(公共体)思想から導き、また臣民の公権概念によって有機体(公共体)思想を支えるという連関を説いたのに対し、ラーバントにおいては公権によって有機体(公共体)思想を支えるという連関はきわめて判別しがたい。もちろん、ラーバントにとっても公権は権利者の利害関心のために認められるわけではなく、ただ国家目的にとって利益となるように、つまり国家に課せられた任務の実現のために与えられる (SV, S. 61-62) と説かれている以上、公権と公共体の関係を過剰に乖離させて理解するべきではない。しかし、公権による公共体の形成という問題意識が薄れている点において、そのかぎりにおいて、いまやラーバントの国法学においては、臣民の(君主のそれはともかく)公権と国家との連関の断絶がここにおいてさしあたり完成したといえるのではないか。

第二の観点は、先に確認した法のイメージに関する。シェーンベルガーは、ラーバントにおいて議会是国家機関として把握されているが、ラーバントの説明する、限定された議会の権限からすれば、議会が(圧倒的な権限を有する君主とともに)機関と呼ばれる理由を示していないとし、また、ラーバントにおいて理論上、議会は官僚制国家を改善するという役割を有しているとされているが、しかしラーバントの教義学においてはこのような認識はいかなる役割も果たしていないと論じている<sup>157</sup>。本稿が考えるところ、このようなシェーンベルガーの議論において真に問題となるのは、公共体という国家の実態あるいは理念と、ラーバントの法学的な方法、国家法人論、法のイメージの間に乖離が存在することである。先に確認した、ラーバントにおける法のイメージからすれば、そもそも、倫理的所与たる公共体としての国家という思想、国家を客観的基盤に基づいた存在として把握する、すなわち国家の内部的編成を問題とする公共体としての国家という思想は法的な関心の対象とはなりにくい存在である。本稿は、本章第2節第1款において、「統合を力強く、そして華やかな形で保持させるもの、構成員をまとめ上げ、構成員に共同帰属の感情や共同性の感情を与えるもの、これらは多くの場合、[法人概念を論じる際に問題となる]財産法上の関心とは全く別の関心に属する」とするラーバントの議論を紹介したが、このような議論を前提とするならば、国家を恣意に基づかせない公共体という概念に対する関心や、民族代表たる議会の目的と任務は統治を民族の精神と結び付けつつ支えることであるとする『国法講義』において確認したラーバントの議論は、国家法人論(そこでは財産法上の関心ではなく国家権力に対する関心が問題となるのだが)ではとても取り扱うことができないこととなるだろう。ラーバントと類似した法のイメージを持ちつつも、意識的に国家法人論

---

<sup>157</sup> Schönberger (Anm. 4), S. 168-170.



を斥け、有機体という政治的イメージを実現するために君主と並ぶ機関としての議会の必要性を要請し、あくまでも国家有機体の各構成員が有する公権を主たる法的構成の対象とした『公権論』期ゲルバーはともかく、ラーバントの国法教義学は、公共体という所与から出発しつつ、また、ラーバントはラーバントなりにこの公共体概念を前提とした諸々の政治的関心を有しつつも、このような問題関心に(たとえば臣民の参政権に公共体の現実化のための契機を付与するというような)十分な法的構成を与えることはなかったし、先に確認したラーバントの国制論からすれば、ラーバントにとってはそれで十分であったように思われるのである。

## 補説2 「公務」としての選挙学説の検討

以下では、ここまでの本稿が得た知見を生かして、憲法学において選挙権の法的性質について論じられる際、必ず触れられる公務説という学説に法思想史的な観点から簡単な検討を加えたい。

まずは、選挙権をめぐる学説分類について確認したい。一般的な分類としては、選挙権の権利性を否定する公務説、選挙権は権利ではなくあくまでも権限にすぎないとする権限説、選挙権には公務的性質と権利的性質の両方が存在するとする二元説、選挙権のうちの公務的性質を否定する権利説が挙げられる<sup>158</sup>。各学説の詳細な検討は本稿の目的の範囲外であるため、ここでは省略し、本稿に関連する、ラーバントによって説かれたとされる公務説<sup>159</sup>を確認したい。

さて、先にも述べたように、公務説は選挙権の権利性を否認する学説とされるが、公務説はどのような論理によって、選挙権の権利性を否認しているかといえ、選挙は個人のためではなく国家のためになされるものであるから、あるいは選挙は個人としての行為ではなく、国家の機関としての行為であるから権利ではないとされる<sup>160</sup>。このような観点

<sup>158</sup> 分類の仕方は様々であるが、さしあたり辻村みよ子「選挙権の本質と選挙原則」(『一橋論叢』第86巻第2号、1981年、所収)、211-212頁。

<sup>159</sup> 「ドイツ国法学において選挙権の公務性を論理的に明確に指摘したのはパウル・ラーバントである。ラーバントは国家法人説の立場から、国民は選挙のときには国家機関として国家の行為を行うのであるから、選挙権は権利ではなくて公務であり、権利のようにみえるものは憲法の反射的利益にすぎないという」(山本浩三「選挙権の本質」(『公法研究』第42号、1980年)、31頁)。

<sup>160</sup> このような議論は様々な文献において見られるが、一例のみ挙げる。「[ラーバントにおいては]「選挙権」行使における個人の利益が、公民としてなされるべき機関作用の背景に遠く押しやられてしまっていることは明らかであり、これが他の論者によって批判されることになるのである」(長尾一紘「選挙権の法的性格(1-4)」(『法学新報』第96巻第11・12号、第99巻第5・6号、第99巻第9・10号、第99巻第11・12号、1990-1994年、所収)、第96巻第11・12号185頁)。なお、「誰のために(国家のためにか、個人のためにか)」選挙権は行使されるか、という問題と「どのような立場で(国家機関としてか、個人としてか)」選挙権は行使されるのか、という問題をさしあたり区別することはできる(選挙権が有する法的性格を国家作用論的要素と国家機関論的要素に区分する時本義昭「選挙権の法的性質」(曾我部真裕ほか編「憲法改革の理論と展開 下巻」、信山社、2012年)、299頁を参照)が、後述するように本稿にとってはこの論

から公務説は、選挙行為は公務であるから必然的に権利ではない<sup>161</sup>、と説く立場であるとされる。

このような議論を従来の研究が行う際、ラーバントの選挙権論がいわゆる公務説であるとする根拠として挙げているのが、本稿冒頭でも挙げた『ドイツ帝国国法』中の以下の一節である(特に第一の下線部分)<sup>162</sup>。

「このような観点[「選挙権の行使を保障するための諸規定」という表題]においては、このような法命題の一般的な評価および理解にとっては、以下の点が重要である。すなわちこのような法命題は、個々の選挙権限者 *Wahlberechtigte* の利益を保護するという目的——このことはもちろん部分的には考慮されるのだが——に奉仕するものではなく、むしろ帝国にとってきわめて本質的な機関である帝国議会が、その編制のために設定された憲法上の諸原理にしたがって現実にも形成するための確実性を保障するものである。そもそも「選挙権」は決して主観的な、個別的な利益によって基礎付けられた権利ではないのであり、憲法 *Vefassungsrecht* の反射であるにすぎない。[……]選挙を行う権利は、領邦議会あるいは帝国議会を作り上げるための手続に関する憲法上の規則の反射にすぎない[……]。

このことからいくつもの帰結が生じる。選挙権は一つの状態である。既得権 *jus quaesitum* ではない。選挙権は、憲法の改正に応じ、有権者の同意を得ることなくして影に寄り添うように憲法とともに変化する」(SdR 1, S. 330-332)。

しかし、ここまで本稿が確認してきたように、ラーバントの、そしてゲルバーの権利論を確認する際に本当に重要なのは、第二の下線部の箇所である。ラーバントの上述の文章は、ラーバントが本来行うべき議論からすれば、率直に言って混乱を引き起こすものであるように思われるのだが、ここまで本稿が確認してきたように、ゲルバーにとってもラーバントにとっても、ある利益の保護が主観法(権利)たり得るためには、その権利がもっぱら個人の利益の為に役に立つようなものである必要はない。権利のなかには、もっぱら公共的(国家的)利益のために用いられるべき権利というものも存在するのであり、それこそが公法上

---

点は重要ではない。

<sup>161</sup> 「ラーバントは選挙が公務であり、したがって選挙権が権限であると見る立場から、選挙権自体が権利ではないと云う」(森口繁治『選挙制度論』(日本評論社、1931年)、71-72頁)。

<sup>162</sup> たとえば山本(前掲注 159)、32頁、森口(前掲注 161)、70頁、奥平康弘「選挙権の法的性質——選挙権論をめぐって(その2)」(『法学セミナー』第341号、1983年、所収)、9頁がそうである。なお、加藤一彦「選挙権論における「二元説」の意義」(『現代法学』第8巻、2005年、所収)、116-122頁や、長尾(前掲注 160)、第96巻第11・12号184-185頁は、同じ箇所を参照しつつも、ラーバントが選挙権は権利ではないと把握した理由を、選挙が公務であるからという点に求めるよりも、選挙は法の反射であるからという点に求めているように思われる。このような議論は、ラーバントにとって単なる「法の反射」と「権利」の相違がどの点にあるかという点を明らかにしないならば、さして有意義とは思われぬが、しかし、ラーバントの議論を指して選挙＝公務説なる名付けを繰り返すよりは、適切ではあろう。

の主観法(公権)といわれるのである<sup>163</sup>。たとえばラーバントは以下のように君主の権利について述べる。

「君主の権利は、公法的な、すなわち官権的な権利である。この権利は君主の義務 **Regentenpflicht** と不即不離の関係にある。この権利は、このような性質において公職 **Amt** の概念に対応しており、実際のところ、最高次の、そして最も優れた意味での公職である。フリードリヒ大王の言葉にしたがえば、君主は国家の第一の僕である。したがって、君主の権利は、君主の個人的利益において存するのではなく、国家の利益において存するのであり、この権利の内容および行使の性質はこのような考慮によって規定されている」(SV, S. 202-203)。

ラーバントがこのように国家のために用いられるべき君主の権利を単なる客観法の反射と見ない理由は、ゲルバーのそれと同様である。

「いまや君主は法秩序の範囲内にあり、その上にあるわけではないにもかかわらず、君主の権利は決して与えられたもの **abgeleites** ではなく、自身のもの **eigenes** である。ドイツにおいては、この権利は、例外なく君主制の歴史的展開に基づいている。君主が有する家産制的な・土地領主的な・臣下に対する権力は、確かに国家元首が有する官権的地位に変化した。しかし、現代においてなお、このような権力は、君主主権が有する歴史的な法的権限 **Rechtstitel** を作り上げるのである」(SV, S. 201)。

このような君主権と選挙権の相違は今や明らかであろう。ゲルバーにせよ、ラーバントにせよ、選挙権はもっぱら法律に基づくものであり、君主権が有するような「歴史的」な根拠を有していない。選挙権は特定のカテゴリーに属する人々(たとえば成人男性に、あるいは、一定額以上の納税者に、という具合に)に一般的に付与され、そしてもっぱら国家によって設定され、国家によって任意に変更される法律(憲法を含む)に基づくものであり、(た

---

<sup>163</sup> 公法上の主観法に関するゲルバーやラーバントの理解が、今日の標準的なそれと大きく異なることは明らかであろう。たとえば、現代における行政法の教科書は公法上の主観法概念について以下のように説明する。「主観法とは、一般的な法理論における一つの法的形態である。人々は、主観法という言葉によって、法規範によってある主体に認められた法的力——自身の **eigen** 利益のために他者に対して特定の行為、許容あるいは不作為を要求する法的力——を理解する。主観法は、私法的にも公法的にも基礎付けられ得る。したがって、公法上の主観法は——市民の観点から見れば——、自身の利益を追求するために国家に対して特定の行態を要求し得るという、公法によって個人に付与された法的力である」(Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Auflage, (2000), S. 152)。このような記述における立場とは異なり、すでに何度も確認したように、ゲルバーらにとって、公法上の主観法は、自身の利益ではなく、公共(国家)の利益のために用いられるべきものである。ゲルバーやラーバントの法理論に対する正確な理解を讀者から妨げている理由の一つとして、おそらくは、上記したようなゲルバーらの特殊な公法上の主観法概念が挙げられるだろう。

たとえば歴史的根拠付け、私権との結び付けによって)個々の人格と結び付く「権利」にあたるとは考えられないのである。

あくまでも本稿が確認したかぎりではあるが、公務説なる学説の淵源(そのようなものがあるとして)はラーバントではなくむしろゲオルグ・イエリネックに求められるべきではないかと思われる。先行研究によれば、イエリネックの選挙権論はおおむね、選挙権なるものは機関の行使であり権利ではないと論じた第一の部分と、選挙行為の承認を求める権利を認めた第二の部分からなるとされる<sup>164</sup>。

第一の部分は以下のようなものである。

「個人は国家の公務を行うことによって国家機関となり、そして機関としてはいかなる独立した権力も持たず、国家の権限を持つだけである。法的な意味において統治するのは、君主の個人的人格ではなくて、国王であるように、選挙人も、選挙人団の構成員として選挙議会の形成に関与する際には、独立の個人としてではなく国家機関として行為するのである。選挙は国家の公務であり、その主体には決して個人になることはできない。選挙の全経過はもっぱら客観法によって規律され、その客観法から誰に対しても主観法は導き出されない。それは裁判官が裁判官会議で投票権を行使することが、主観法の行使でないようなものである<sup>165</sup>」。

「選挙行為そのものは決して個人権の内容となることはできず、むしろ選挙人自身は選挙行為においてその選挙区または選挙団体の全選挙人によって形成される選挙団の部分機関、構成員と見なされる。有権者 *Der Berechtigte* は選挙の瞬間においては国家の公務者となり、この公務の行使後ただちに私人の地位に戻る<sup>166</sup>」。

第二の部分は以下のようなものである。

「選挙法命題においてすべての個人権的請求権の根拠を否認することは誤りとなるだろう。[……]ある国において選挙権に対する個人的利益がいかなる法的な顧慮も受けていないということはもちろん考えられるが、今日の国家においてはそのような場合はどこにもなく、個人はどこでも多かれ少なかれ選挙権についての利益の保護を受けている。

この利益は、個人を選挙権として、能動的地位の担い手として、その資格において個人を承認することに関係している。この承認はまず、選挙人名簿に登録され、選挙行為を許されることの請求に関係している。さらに法律によって認められた限度の個人の機

<sup>164</sup> 山本(前掲注 159)、32 頁以下。

<sup>165</sup> Jellinek (Anm. 106), S. 138.

<sup>166</sup> Ebenda, S. 159.

関形成への参加の可能性を妨げるすべての国家的行為の停止に関連している<sup>167</sup>」。

通例、このようなイエリネックの議論のうち、第一の部分はラーバントの公務説とおおむね同一視され、その上で、イエリネックは第二の議論によって選挙権の権利性についてラーバントとは異なる立場に立った(いわゆる「権限説」)とされる<sup>168</sup>。確かにイエリネックの議論の第一の部分は公務説というにふさわしいであろう。しかし、本稿が見てきたようにこのようなイエリネックの学説とラーバントの学説は、実際にはほとんど関係がないし、また、イエリネックの立場を公務説と割り切って述べるのが難しいことも既述の通りである。それらのことを踏まえれば、(もはや本格的な検討をすることは本稿にはできないが)純然たる公務説なる学説が思想史上、本当に存在したといえるのかが改めて確認されるべきだろう。

## 第2章の結び

さて、以上の考察から、従来とは異なったラーバント像を獲得することが可能となるように思われる。本章冒頭でも触れたように、従来の研究においてはラーバントの法学的方法の持つ形式主義的性格やこのような方法論に基づく国家法人論が政治的に保守的な立場と結び付いていたと論じられていた。しかし、このような解釈には、ラーバント国法学における体系的法思考というラーバントにおけるある一側面を過剰に強調しているように思われる。むしろ、ラーバントには歴史法学に根ざす法・国家思想がその根底に存在するのであり、この点を無視してラーバント国法学を論ずるならば、ラーバントは法実証主義であり、それゆえに公法上の主観法を認めることはなかったという具合に、ラーバントの議論と明示的に矛盾する結論にたどり着かざるを得ないと思われる。

さて、ラーバントの国制論をより深く理解するために、前稿で取り上げた『公権論』の時期のゲルバーの国制論とラーバントのそれを改めて比較することによって本章を終えたい。

前章において本稿は『公権論』の時期のゲルバーが、国家有機体論をモチーフとして、国家と社会が自律的諸団体によって媒介されることによって、社会的諸力の意見を議会へ反映させようとした、と指摘した。このことによって、公共体たる国家は実現され得るのである。これに対し、本章で取り上げたラーバントは、このような問題意識を共有しない。身分的諸団体が新たな活力を獲得することを期待したゲルバーと異なり、ラーバントは身分的諸団体や政党に期待を抱いてはいないのである。国家と社会の架橋という要素を強く内在するゲルバーの国家有機体論と異なり、ラーバントの国家法人論は、イギリスのような国制においては政党を通じて国家と社会の媒介の可能性を認めるにせよ、このような媒介を必然的に内包しているわけではない。この観点からすれば、国家有機体論から国家法

---

<sup>167</sup> Ebenda, S. 160-161.

<sup>168</sup> 山本(前掲 159)、33 頁。

人論への変遷は、国家と社会の媒介に好意的な国家理論から、このような媒介に無関心な国法理論への変遷であると定式化することができるであろう。さらに、ラーバントの国制論を踏まえれば、もはやこのような媒介に敵対的であるとさえ得るのである。ただし、同時に指摘されるべきこととして、『公権論』期ゲルバーにおいてもラーバントにおいても国家が公共体として、すなわち君主や議会を国家の機関として把握し、それらによる力の行使があくまで私的利益の実現ではなく公的利益の実現にあると向けられるべき存在であると把握されていることには変わりはないという点が挙げられる。この点を法学的方法の観点から見れば、客観的秩序たる有機体ないし公共体を基盤とした上で、このような秩序を具体化するために、特定の存在(それは個人や団体、あるいは国家そのものである)の意志に着目しつつ、主観化、すなわち公権の付与が行われるということとなる。両者において大きく異なるのは、このような公共体としての国家を実現するための方途である。そして、この方途の相違こそが、ラーバント国法学における国家による公共性の独占を可能とし、国法学が社会的諸力を国家へと包含せしめることに対して相対的な無関心を引き起こしたものであるといえる。ラーバントにおいては既得権類似の堅牢な公権を臣民に認め、臣民に公共体の実現を期待するという『公権論』におけるゲルバーと同様の関心はほとんど見いだすことはできない。やや比喩的に比較するならば、ゲルバーにとって公共体とは、達成されるべき目的であったのだが、いまやラーバントにとって公共体とは所与であり、公共体の現実化の過程はほとんど問題とならず、そしてラーバントの法に対するイメージからすれば、このような過程に法的構成を施すことは、ほとんど関心の対象ではなく、国家(とりわけ君主)が、みずからを私利利害から引き離すだけで実現が可能とされるほどにその意味内容は希薄化しているのである。

このようなラーバントの議論に対し、国家法人論と公共体としての国家という思想を両立させ、再び国家と社会の媒介を国法学へと呼び起こそうとし、そして公権によって公共体を現実的なものにしようと試みた論者として、オットー・フォン・ギールケがいる。このような観点から、次章ではギールケの国法学理論を確認したい。

### 第3章 オットー・フォン・ギールケにおける法と国制

#### 先行研究の概観と本章の目的

本章は、19世紀後半から20世紀初頭にかけて、私法学、公法学、労働法学など多岐にわたる分野で活躍したゲルマニスト法学者であるオットー・フォン・ギールケ<sup>169</sup>における国法理論の意義を、その背景に存在する国制像や権利論、国家論との結び付きを意識しつつ

---

<sup>169</sup> ギールケの生涯やその著作についての概略は屋敷二郎「オットー・ギールケ」(勝田有恒／山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラーツィアヌスからカール・シュミットまで——』、ミネルヴァ書房、2008年、所収)およびそこで挙げられている諸文献参照。なお、前掲354頁にもあるとおり、ギールケが貴族に列せられ、「オットー・フォン・ギールケ」と呼ばれるのは1911年以後である。また、Wolfgang Pöggeler, *Einleitung*, in: Otto von Gierke, *Aufsätze und kleinere Monographien*, (2001)も手際よくギールケの生涯と著作をまとめている。

明らかにすることを目的とする。

本章はさしあたって、ギールケ法思想の目的を「公法と私法における根本的相違を前提とした上での両法分野の統一」、「国家と個人の二極分化を前提とした上でのその克服」と捉える。すなわち公法が人間を共同体(国家はその最高次の存在である)の一部として捉え、私法が人間をこのような共同体から解き放された個人として捉えることを前提としつつも、公法においても個人としての人間という契機を含み、私法においても共同体の一部としての人間という契機を含み得るような法思想の構築がギールケの目的であったと捉える。その上で、ギールケの国法理論もまたこのような観点を前提として検討されなければならないと考える。

ギールケ法思想の根幹をこのように捉える本章の問題意識を明確にするために、以下ではまず、従来のギールケ研究において根強く存在する二つの傾向を批判的に検討しよう。

第一に取り上げられるべき傾向は、エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデ<sup>170</sup>によって代表されるような、ギールケを前近代的思想家と見る解釈である。この議論によれば、ギールケは中世的社会に愛着を有しており、ヘーゲルによって説かれた国家と社会の二元論を知らず、ほかのドイツ自由主義者と同様にギールケもまた前ヘーゲル的な国制理解にとどまっているとされる。近年においてもこのようなギールケ解釈上の立場はクリストフ・シェーンベルガー<sup>171</sup>のような論者によって継承されている。すなわち、ギールケは

---

<sup>170</sup> 「ギールケは歴史に規定された現実的關係を、有機体論的自由主義者と共有しており、彼自身の時代の問題を伝統的、歴史・国民的秩序形態の保持と復興によって克服し得ると信じていた。ギールケも有機体論的自由主義者も、このような秩序に相対して開放的、解体的性質を有する、1789年以來、具体化した現実としての市民社会を認識しなかった。100年にわたる時間の流れの中でますます顕わとなる国家と社会の間の鋭い相互対立關係は彼[ギールケ]にとって国家と国民の間の「自然的」、有機的編成の解消を意味していた。[……]彼は、カール・シュミットが考えたようにヘーゲルやローレンツ・フォン・シュタインに比べて「決定的な進歩」をなしたわけではなく、歴史的にも体系的にも、国家と社会についてのこれらの理論家たちよりも昔に位置すべき地位にとどまっている」(Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, 2. Auflage, (1995), S. 153-154. なお、S. 163 ff. も参照)。

<sup>171</sup> シェーンベルガーは前注で挙げたベッケンフェルデの研究を参照しつつ以下のように述べる。「ギールケの特殊性は官僚的国家アンシュタルトと市民社会というこのような[実証主義国法学が想定したような国家と社会の]二元論から思考を開始していない点にある。ギールケの国家理論は国家と社会というカテゴリーカルな区別を知らない。彼は確かに一般的な国家公民 *Staatsbürger* を前提とするが、しかしそれは職業身分的に把握され、様々な団体に区分される。このようにして彼は旧ヨーロッパ的政治社会 *alteuropäische societas civilis* に固執し、市民的経済社会の解放も国家権力の君主制的官僚制への集中も描かなかったのである。このような点においてギールケは、ヘーゲル以前の公共体に固執し、多くの点において伝統的な身分的社会にギールケと同様に結び付いていた前3月革命期の自由主義という伝統を引き継いでいる。[……原文改行] ギールケはたとえばプロイセン一般ラント法に即して、このような[国家と社会、公法と私法のカテゴリーカルな区別を知らない]モデルを、あらゆる種類の諸団体の個人法から社会法への上昇として記述し、このようなモデルをすべての諸団体を架橋する最高次の公共体たる国家と結び付ける。ここにおいて、すべての法の統一というゲルマン的イメージがギールケにとって表現されているのである。ギールケにおいてこのような[伝統的な]すべての団体は主権的個人に

身分制社会を前提とする旧ヨーロッパ的社会編成に固執しており、国家と社会の二元論を把握し得ておらず、たとえばそれは私法と公法が未分化なプロイセン一般ラント法に対する高い評価に見られるのだ、とされる。ベッケンフェルデらによるこのような議論に対する批判はすぐ後で述べるとして、先にもう一つのギールケ解釈の傾向を検討しよう。

第二の傾向は、ギールケを社会的(集団主義的)・倫理的ゲルマン法の擁護者であると特徴付けた上で、ギールケはこのようなゲルマン法思想によって個人主義的・非倫理的ローマ法に対抗したのだ、とする見解である。このような見解の代表的主唱者としてここではカール・クレッシェルを挙げたい<sup>172</sup>。クレッシェルの研究はギールケのドイツ民法典批判を法制史的観点から問題視する。クレッシェルによれば、ギールケはゲルマン的所有権を、社会的拘束を内包する権利として捉え、これに対しローマ的所有権をこのような拘束を認めない個人主義的な権利として捉えているが、しかしギールケのこのような見解には実証的な根拠が十分に存在しないとされる。クレッシェルによれば、ギールケはこのようにゲルマン法とローマ私法とを(クレッシェルの観点から見れば本来は適切とはいえない形で)、対置したうえで、みずからをゲルマン法の擁護者であると自己規定することによって「私法の社会化」というみずからの見解を補強しようとしたのであるが、このことは法制史的観点から見れば維持できないものであり、この点にギールケにおける「ゲルマン・イデオロギー<sup>173</sup>」的性格が見いだせるとされる。

---

よって任意に編成された表現として理解されるものでは決してなく、このことは西洋的 *westlich* 自然法や契約的形態に対する嫌悪に対応する。ギールケ団体法論における一大テーマを特徴付ける人間と人間との結合は近世的・西洋的自然法の契約論的意味では考えられていないのである」(Schönberger (Anm. 4), S. 357-358)。シェーンベルガーにおいては、一方においてはギールケの議論において公共体の概念が重要視されていたことや反社会契約論的性質が見られることに関する適切な指摘が存在しながら、他方ではギールケが時代に取り残されており、ドイツ帝国初期の社会的・政治的現実の把握をラーバント型国法学に比べ、適切に行い得ていない(Ebenda, S. 360)という具合に、本文で示すように必ずしも十分に根拠がないと思われる主張がなされている。ただし Ebenda, S. 376, Anm. 155 においてギールケは国家と社会のドイツ的二極分化に対する先駆的な批判者であるかもしれないと評価する M. Fioravanti の見解についてシェーンベルガーは好意的に言及しており、彼のギールケ評価には若干の動揺も見られるように思われる。

<sup>172</sup> Karl Kroeschell, Zur Lehre vom "germanischen" Eigentumsbegriff, in: Rechtshistorische Studien: Hans Thiemr zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinem Schülern, (1977). [邦訳:カール・クレッシェル、和田卓朗訳『「ゲルマン的」所有権概念説について』(カール・クレッシェル、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道』、創文社、1989年、所収)]。法史学的観点からギールケのこのような側面にアプローチするクレッシェルとは異なり、法解釈学的、法政策的見地からギールケにおけるこのような側面を高く評価した論者として平野義太郎がいる。平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想 [増補新版]』(有斐閣、1970年)、14-15、34頁以下。平野におけるこのようなギールケ受容と平野自身の思想との連関を論じた近年の研究として武藤秀太郎「平野義太郎の大アジア主義論——中国華北農村慣行調査と家族観の変容」(『アジア研究』Vol. 49, No. 4、2003年、所収)がある。

<sup>173</sup> ゲルマン・イデオロギーに関する一般的な叙述については村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』(東京大学出版会、1980年)参照。また、Ebihara Akio, Was ist „juristisch“ in der juristischen Methode des Staatsrechts im 19. Jahrhundert? Die Funktion des privatrechtlichen Begriffes der „juristischen Person“ in der staatsrechtlichen Diskussion



ここまでギールケ解釈における有力な二つの方向性を示したが、しかしこれらのギールケ解釈は、ギールケの内在的解釈としては維持しがたいか、あるいはギールケのある側面を過度に誇張しており、結果としてギールケ法思想の核心部分への接近を妨げる効果を持っているように思われる。まず、ベッケンフェルデらによって唱えられた、ギールケは国家と社会の二元論を知らないという主張は、以下の理由から支持しがたい。すなわち、本章において繰り返し示すように、ギールケは国家と社会の峻別(ギールケ自身の用語に即していえば国家と個人の二極分化という方が適切であるが)を前提とした上で議論を行っており、ギールケが中世的な身分制社会の後に立ち現れる国家と社会の近代的二元論に対する批判者だ、と評価するならともかく、国家と社会の二元論を知らないとするのはギールケ理論に対する誤解に基づいているという点である。ゲルハルト・ディルヒャーの言葉を用いれば、ギールケは確かに身分的社会編成を備えたプロイセン一般ラント法を賛美しているが「ギールケは最高の荣誉を、まさにシュタインの改革による身分秩序の廃止に見いだしたのである<sup>174)</sup>」。

続いてクレッシェルによって批判的に取り扱われたギールケにおける「ゲルマン・イデオロギー」の問題を取り上げたい。この問題を適切に検討するためには、ここでは二つの論点を取り上げられていることを確認しなければならない。第一の論点は、ギールケの歴史叙述がイデオロギーから距離を置いた客観的叙述といえるものであったのか、という問題である。ギールケに対する上記の批判が、法制史上の主張としてなされているかぎりでは——筆者には十分にその当否を判断する能力はないが<sup>175)</sup>——意義のある研究だと評価できるだろう。これに対し、もう一つの論点が考えられる。すなわち、ゲルマン法のローマ法に対する優位を説くためにギールケはこのような対置を作り上げたのだ、という主張がギールケ法思想の内在的解釈といえるものであるかどうかという問題である。この点を肯定的に捉えるのであるならば、それはギールケ解釈としては間違っているとはいわないまでも、誤解を招くこととなるだろう。とりわけ、このような主張に基づいて、ギールケはもっぱら個人主義の批判者であり、個人に対して国家や身分的団体、社会的正義というものを優先させた論者であり、しばしば説かれるようにナチス法学の先駆者であると捉えられる<sup>176)</sup>ならば、このような主張はギールケ法思想を歪曲化、あるいは少なくとも過度に一

---

um den Bundesstaatsbegriff, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 18, (1996) におけるギールケとラーバントの間の法人概念の相違をめぐる分析も、このようなゲルマン・イデオロギー批判と捉えてよいだろう。

<sup>174)</sup> Gerhard Dilcher, Genossenschaftstheorie und Sozialrecht. Ein „Juristensozialismus" Otto von Gierke?, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 3/4, (1974), S. 349.

<sup>175)</sup> この論点について笹倉(前掲注 6)、128-129 頁およびそこで挙げられている諸文献参照。

<sup>176)</sup> カール・クレッシェル、笹倉秀夫訳「ナチズム下におけるドイツ法学」(カール・クレッシェル、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道』、創文社、1989 年、所収)は、本文でも確認した「無制約の個人主義ではなく社会的義務付けを」というギールケの定式化を確認した上で、この定式化がナチス初期の私法学に与えた影響について慎重にはあるが、肯定している。また、ギールケとナチス法学の関係を積極的に論じる論者としてたとえばハンス・

面化するものであると評価せざるを得ない。すなわち、すぐ後に示すように、ギールケにおける「私法の社会化」というテーゼはあくまでギールケ法思想の一端を示しているにすぎず、ギールケ法思想の全体像の検討なしにこのような側面のみを繰り返し強調することは、決して十全とはいえないギールケ像を再生産することになるだろう。ここで本章が「私法の社会化」というギールケ法学のある一側面のみを論じることは適切ではなく、ギールケの法思想全体の中でこのような側面の位置付けを検討するべきだ、と強調しているのは、ある思想家の主張はその思想の全体連関の中で検討されるべきだ、という思想史における一般的テーゼにもっぱら基づいているというわけではない。むしろ、ギールケにおける「私法の社会化」というテーゼは、公法と私法の統合——それはベッケンフェルデやシェーンベルガーが述べたように両者が未分化な中世への回帰ではなく、両者の緊張関係を意識した上での統合である——こそが現代においても擁護されるべきゲルマン法思想の核心部分であるとするギールケの根本思想から流出するテーゼにほかならないと本稿が考えているからである<sup>177</sup>。そのため、ギールケの法思想を検討しようとするならば、ギールケが公法

---

ハッテンハウアーがいる。彼はイエーリングの社会ダーウィニズム、ギールケの生物学的有機体論をナチス法学の前史にあたるものとして位置付けている(Hans Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 4. Auflage, (1996), S. 308)。しかし、少なくともギールケに関していえば、後に見るように、そもそもギールケの有機体論は生物学的有機体論と明確に袂を分かつているという点を別としても、このような評価は適切ではないと思われる。

<sup>177</sup> 本稿と同様にギールケ法思想の独自性をこのような点に求める研究としてたとえば西谷敏『ドイツ労働法思想史論——集団的労働法における個人・団体・国家——』(日本評論社、1987年)、195-196頁。そこでは「人間の個人的性格と社会的性格、自由主義と統一の思想、個人法と社会法といった二元的要素を明確に分離した上で両者の調和を説くのが、ギールケの基本思想であった」と説かれており、ギールケが団体法論研究に没頭していたにもかかわらず、団体法という法領域が個人法との関係において限界を持つことを意識していた、と適切に指摘されている。しかし、それにもかかわらず西谷は、ギールケが個人よりも団体により高い価値を与え、個人的利益と共同体の利益が衝突する場合(西谷はその例として戦争における徴兵を挙げる)、個人を犠牲にしてでも共同体に奉仕することを要求することとならざるを得ず、たえず個人よりも団体に、個人法よりも社会法に法的意味での価値優位を与える傾向を有していた、と論ずる。

確かに、ギールケにこのような危うい側面が存在しないわけではない。たとえば西谷の指摘するように Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, (1902) [邦訳:ギールケ、曾田厚訳「人間団体の本質」(『成蹊法学』第24号、1986年、所収)]にはそのような側面も強く見いだせる。しかし、このようなギールケ評価によっては、ギールケが第一次世界大戦における戦時下という特殊状況にあって、例外法の必要性を主張しつつも、以下のように個人の自由の保護をも主張したことを適切に位置付けることはできないだろう。「戦時危急より生じた例外法といえども、法理念に忠実であるかぎりにおいてのみ、真にその使命を果たし得るのである。[……]個人の自由に対する干渉が戦時的必要の命ずる限度を越えるとき[……]この場合は追求された成果は結局は反抗する正義感情にあたって、例外なく頓挫する」。Gierke, *Recht und Sittlichkeit*, in: *Logos* 6, (1916), S. 256-257. [邦訳:ギールケ、曾田厚訳「法と倫理(1～3・完)」(『成蹊法学』、第16号、第19号、第20号、1980-1983年、所収)、第20号65頁]。西谷の研究においては、本文で示すようなギールケの公法理論における団体と個人の緊張関係に関する立ち入った検討が欠けており、結果として、個人に対する団体の優位というギールケの一側面をやや安易に誇張化することになったように思われる。

緊張を伴った上での一元論の強調という視角はほかにも遠藤泰弘「オットー・フォン・ギール

および私法においてそれぞれいかなる議論をしているかをより精確に理解する必要がある。

さて、上述したベッケンフェルデらのギールケ研究がギールケを基本的に中世的法・国制秩序に固執した理論であると捉えているならば、近年公刊された遠藤泰弘の研究<sup>178</sup>はギールケを近代的な二元論を超克する可能性を秘めた理論であると捉えているものであるといえるだろう<sup>179</sup>。遠藤の研究における研究対象および関心は本章の対象および関心とも少なからず重なるために、比較的詳細に検討しておきたい。

さて、ギールケ研究にあたっての遠藤の問題関心は、現代におけるグローバル化による主権国家の相対化というものを念頭に置いた上で、議会制民主主義が抱える有効性や問題性の危機の克服にある。その上で、遠藤はこの問題を解決するための参照すべきモデルとして多元的国家論を挙げ、とりわけこの多元的国家論の源流の一つたるギールケ政治思想の解明に取り組む。その際、彼のギールケ解釈上の特色は、従来のギールケ研究が主たる分析対象としてきた『ドイツ団体法』第1巻<sup>180</sup>だけではなく、その第3巻<sup>181</sup>や『ヨハネス・

---

ケの政治共同体像——団体人格論と自然法論の内在的理解を中心として——(1・2・完)」（『北大法学論集』第53巻第5号、第53巻第6号、2003年）、第53巻第5号180-181頁が行っているベッケンフェルデ批判（「ギールケにおける国家と社会の二元主義の否認は、両者の分離を前提とした上で、その危険を克服するための再統合の主張とも考えられるのであって、国家と社会の不分離が、即前近代への逆戻りを意味することにはならない」）にも見いだされる。また、前掲173-182頁は、ベッケンフェルデのほかに村上淳一「ドイツの協同組合運動とギールケ」（『ドイツの近代法学』、東京大学出版会、1964年、所収）や西村稔「近代ドイツにおける法学と知識社会(1～8・完)」（『岡山大学法学雑誌』第31巻第2号、第31巻第3号、第31巻第4号、第32巻第1号、第32巻第2号、第33巻第3号、第33巻第4号、第34巻第1号、1981-1984年、所収）の研究に批判的に言及しているが、本稿もおおむねこのような批判に同意する。ただし、ここでは以下の点を付言しておきたい。西村稔はギールケにおける「労働者保護」を弱者保護という単なる「ヒューマンな理想」として片付けている、と遠藤が批判的に言及している箇所については注意が必要である。ここで遠藤は、ギールケがヨハネス・アルトジウスらのドイツ自然法論を積極的に評価しており、強い個人主義的契機を有していたのであり、このヒューマンな理想もこのドイツ自然法論の現れだ、と説く。しかしギールケが個人主義的契機を有していたことは確かであるとしても、そのことは労働者保護というヒューマンな理想とを結び付けて考えるべきではない。本章第1節が示すようにギールケの考える個人主義からは、このようなヒューマンな理想という社会的契機は発生しようがない。むしろ労働者保護というこのようなヒューマンな理想(もしそのようなものがギールケに存在するとするならば)は、個人を包み込む全体という公法あるいは団体法と私法との結合というゲルマン法に由来する理念から生じるのであって、ギールケの個人主義から生じているわけではないと考えるべきではないだろうか。本稿ではギールケの労働法学に本格的に立ち入ることはできない。ギールケの労働法学理論についてはさしあたり西谷前掲192頁以下を参照。いずれにせよ、遠藤におけるこのような誤読は、以下の本文で示すように、ギールケにおける団体概念や自由概念について遠藤が十分な理解に達していないことの傍証なのではないかと思われる。

<sup>178</sup> 遠藤泰弘『オットー・フォン・ギールケの政治思想——第二帝政期ドイツ政治思想史研究序説——』（国際書院、2007年）。

<sup>179</sup> ギールケが前近代にとどまる理論家であるか、それとも近代を超克する可能性を秘めた理論家であるか、という観点は従来のギールケ研究でも中心的な論点の一つであるといえるだろう。学説の分布状況については時本(前掲注5)、107頁注77および78参照。もちろん、本稿は後者の立場に立つ。

<sup>180</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1, (1868). [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、庄子良男訳「ドイツ団体法論 第一巻(1～5)」(『駿河台法学』第23巻第1号、第23巻

アルトジウスと自然法国家論の発展<sup>182</sup>』(以下『アルトジウス論』と略す)をも主たる検討の素材とする点にある。遠藤によればギールケ国家論の一応の完成が、高度に論理的可能性を備えたものとして『ドイツ団体法』第3巻や『アルトジウス論』に見いだせるのであり、これらの著作の分析は避けられない課題であるとされる<sup>183</sup>。

その際、遠藤の主眼はとりわけ、16世紀後半から17世紀初頭にかけて活躍した政治思想家であるヨハネス・アルトジウスに関するギールケの研究を素材としてギールケ政治思想

---

第2号、第24巻第1・2号、第25巻第1号、第25巻第2号、2009-2012年、所収)。以下 dG 1 と略す

<sup>181</sup> Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 3, (1881).

<sup>182</sup> Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien: Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik, 4. Auflage, (1929). [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、笹川紀勝／本間信長／増田明彦訳『ヨハネス・アルトジウス——自然法的国家論の展開及び法体系学説史研究』(勁草書房、2011年)]。

<sup>183</sup> 遠藤(前掲注178)、11-19頁。なお、ギールケを多元論という枠組みから分析する傾向は、ギールケの政治理論を検討する際に有力な一つの立場である。たとえば比較的最近の研究から挙げると、松田宏一郎「戦間期の法思想と「団体」の理論構成」(猪木武徳編著『戦間期日本の社会集団とネットワーク——デモクラシーと中間団体』、NTT出版、2008年、所収)、Michael Dreyer, German Roots of the Theory of Pluralism, in: Constitutional Political Economy 4, 1, (1993)。さらにギールケの議論を市民社会論やコミュニティ論と結び付けようとする Peter Blickle, Otto von Gierke als Referenz? Rechtswissenschaft und Geschichtswissenschaft auf der Suche nach dem Alten Europa, in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 17, (1995) や、ゲノッセンシャフト概念が今日においても有する意義を強調する Gerhard Dilcher, Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft, in: Gerhard Dilcher/Bernhard Diestelkamp (Hrsg.), Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy: Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposium für Adalbert Erler, (1986)の研究もこのような傾向に属するものとして挙げられるかもしれない。しかし、このような見解には、「ギールケにおいて持続的に作用している、歴史法学的意味での民族 Volk 概念にとってはあらゆる「多元論的」イメージはまさしく異質なのである」と説くシェーンベルガーの異論が存在する(Schönberger (Anm. 4), S. 361, Anm. 100)。だが、シェーンベルガーのこのような異論には全面的には賛同することはできない。ギールケは『ドイツ団体法』第1巻において以下のように述べる。「現代におけるドイツの国家理念は、国家と民族の同一性に基づく。国家は有機的な民族である。歴史的に生じた個別的存在が全く具体的な編成において in ganz bestimmter Gliederung 精神的、倫理的、経済的、さらには物理的な生命において姿を現すような民族は、国家としては、法的にも総体人格を獲得する」(dG 1, S. 830)。このような引用文において現れている編成という言葉の意義は、本章第3節第3款においてより立ち入って確認することとして、『公権論』におけるゲルバーもそうであったが、歴史法学的民族概念は、有機的な国家・社会観と密接に結び付いており、国民を一元的な存在として把握することをしばしば拒絶するという側面も存在する。そのかぎりでは、シェーンベルガーの異論には賛同できないのであるが、しかし、今後本文で扱うこととなるギールケの国家観を確認すればわかるとおり、国家は数ある団体の一つにすぎないとギールケが考えていたと捉えることもまた必ずしも適切ではないように思われる。仮にギールケの政治思想をスローガンのように表現するならば、現在のところ本稿は、多元論という用語を用いるよりは、ギールケの弟子であるフーゴー・プロイスに強く影響を受けたディアン・シェーフォルトがみずからの立場を説明する際に利用する「多層的 mehrerbene」という表現を用いる方が適切ではないかと考えている。シェーフォルトの多層的民主制論についてはディアン・シェーフォルト、大野達司訳『多層的民主主義の憲法理論——ヨーロッパにおける自治の思想と展望』(風行社、2009年)参照。

を確認する点にある<sup>184</sup>。遠藤は、ギールケがアルトジウスの社会契約論的構成を高く評価している点に着目する。遠藤によれば、ギールケはアルトジウスの社会契約論を通じて、個々人を出発点として国家を演繹しつつも、ルソーやホッブズのような中間団体の排除を目的とする社会契約論と異なり、自由な結社論の援用により中間団体の足場を同時に確保するような、個人と中間団体と国家のすべてを調和的に組み込む政治共同体樹立を可能とするような理論構成を発見したとする<sup>185</sup>。

「ギールケにとり政治理論上の「現代」的課題は、何よりもまず単なる個々人の総計ではなく、支配者人格と人民人格を含む団体人格としての国家概念の確立であった。これは『ドイツ団体法論』第1巻、第2巻において出された「真の国家概念の獲得」という目標と対応するものである。そしてこの獲得のための手段としてここで出された処方箋は、国家を社会契約(結合契約)により演繹される諸種の中間団体の積み上げによって構成するというものであった。その社会構成は、中世においては上から下へと向かったものであるのに対し、ギールケは下から上へと積み上げるアルトジウスの構成を評価し、その発展形である自由な結社の積み上げという構成を大きく評価したのであった。この説明は、『ドイツ団体法論』第1巻、第2巻においていまだ始まったばかりであるとされ、明確な定義付けがなされていなかった「新たなゲノッセンシャフト原理」すなわち「現代結社原理」の理論的定式化であると解釈できる<sup>186</sup>」。

ただし、遠藤によれば、このような(ギールケ流に理解された)アルトジウス型社会契約論も支配者人格と人民人格を組み込んだ団体人格概念を獲得するためにはいまだ不十分であ

---

<sup>184</sup> ギールケのアルトジウス解釈については、周知の批判が存在する。ペーター・ヨッヘン・ヴィンタースは、カルヴィニストたるアルトジウスの政治理論にはギールケの述べるような人間の自由意思は存在せず、社会契約論的契機は見いだされないとする(Peter Jochen Winters, Johannes Althusius, in: Michael Stolleis(Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert: Reichspublizistik・Politik・Naturrecht, 2. Auflage, (1987), S. 30, 35. [邦訳:ペーター・ヨッヘン・ヴィンタース、佐々木有司訳「ヨハンネス・アルトウジウス」(ミヒャエル・シュトライス編、佐々木有司/柳原正治訳『十七・十八世紀の国家思想家たち——帝国公(国)法論・政治学・自然法論——』、木鐸社、1995年、所収)、42、47頁]。これに対し、笹川紀勝はアルトジウスにおいて自由意思の契機が見いだせる可能性を指摘している(笹川紀勝「ギールケのアルトウジウス研究:『共生と人民主権』から学ぶもの——憲法理論の再検討のために——」(『憲法理論叢書 12 現代社会と自治』、敬文堂、2004年、所収)、154頁)。また関谷昇は、「アルトジウスの社会契約は、ギールケが強調したような個人の自発的合意を基軸とするものではない[が……]、それを以て社会契約の意味を解消することはでき[ず……]、アルトジウスは社会契約を団体間相互の自発的合意として捉えている」とする(関谷昇「社会契約説と憲法」(杉田敦ほか編『岩波講座 憲法 3 ネーションと市民』、岩波書店、2007年、所収)、55頁注6)。筆者の不勉強のためこの論点についてはこれ以上立ち入ることはできない。なお、この論点について遠藤は、基本的にはヴィンタースの見解を認めており、ギールケによるこのようなアルトジウスに対する偏った解釈をギールケ自身の強い主張の表れだと見ている(遠藤(前掲注 178)、77-78、88頁)。

<sup>185</sup> 遠藤(前掲注 178)、77-78 頁。

<sup>186</sup> 前掲 85 頁。

るとされる。そのため、自然法論と実定法論を結び付けた「新たな法」による全体と部分の統合によって真の団体人格概念、真の国家概念が確立される必要があるとされ、そのための道具立てとしてギールケは、ある人格を別の人格が代表するという形で全体を別の全体が代表する「代理概念」——この概念こそが自然法論における代表概念であり、このような概念の採用によって、たとえば君主と人民集会のいずれがより完全に代表しているかという論争が招来され、団体人格の分裂が帰結することになる——ではなく、「機関概念」が確立することが必要であるとしたとされる。この機関概念の確立によって、合憲的に任命された構成員が全体人格 *Gesamtperson*<sup>187</sup>を代表するという形で、全体を部分が代表することとなり、団体人格の支配者人格と人民人格への分裂を免れることとなる、とされるのである<sup>188</sup>。

ここまで簡単にではあるが、遠藤のギールケ論を確認してきた。しかし、このような遠藤の議論にはいくつかの決して小さくない問題点が存在し、それゆえにギールケ政治・法思想の十全な認識に達していないように思われる。そしてこの遠藤のギールケ論によって十分把握されていない部分にこそ、本章がギールケの特色と考えている点が存在するのである。以下では、本章の問題意識をより明確とすることを念頭に置きつつ、本章が遠藤の議論の難点と考えている点について確認したい。その際、本稿が遠藤の議論の最大の難点と考えているものについてあらかじめ述べるならば、本章冒頭で述べたような「公法と私法における根本的相違を前提とした上での両法分野の統一」、「国家と個人の二極分化を前提とした上でのその克服」というギールケの関心の国法上の表現たる「公共体としての国家」という観念が遠藤の議論によっては十分に把握され得ないのではないかという点に尽きる。以下ではこの点を念頭に置きつつ、いくつかの論点を挙げ、遠藤の議論を批判的に検討してみたい。

第一の問題点は、遠藤の議論が、ギールケをアルトジウスに過度に引きつけて理解しているのではないかという点である。本章第 1 節で詳細に検討し、本章の中で繰り返し確認するように、ギールケ法思想の出発点は国家のために存在する法たる公法と個人のために存在する法たる私法の区別(およびそれを踏まえた上での両法分野の統一)にある。「私法の社会的任務」(以下「任務」と略す)におけるギールケによれば、私法は公法に解消されるべきでもないし、公法は私法に解消されるべきでもない。このような観点からギールケは社会契約論を前者つまり公法の私法への解消を志向する理論、すなわち国家の存在をもっぱら個人の意思にかからしめる理論であると評価し、これに対して国家固有の意義を否定するものとして批判的な態度を取る<sup>189</sup>。ギールケにおける社会契約論に対するこのような批

---

<sup>187</sup> なお、この概念につき、本稿は総体人格と訳している。

<sup>188</sup> 前掲 89-91 頁

<sup>189</sup> Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, (1889), S. 11-12. [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、森田三男訳「私法の社会的任務」(『創価法学』第 4 巻第 3 号、1975 年、所収)、143-144 頁]。以下 sA と略す。

判的態度は通常自然法論に対してのみならず、「徹底して私法の様式で築かれた<sup>190</sup>」アルトジウスの国法理論に対しても変わりはなく、この点は「シュタインの都市令」(以下「都市令」と略す)において述べられているとおりである<sup>191</sup>。このような観点からするならば、そもそもギールケを社会契約論者として、あるいは少なくとも社会契約論に強く引きつけて把握する遠藤のギールケ解釈の前提と、たとえば「自然法とドイツ法」において比較的詳しく述べられているギールケの自然権・社会契約論批判<sup>192</sup>との関係が問題とならざるを得ないだろう。

もちろんこのような指摘は、ギールケの理論において自然法論が意義を有していないことを意味するわけではないし、ギールケがアルトジウスに代表されるドイツ型自然法論とルソーやホッブズに代表される通常自然法論とを区別し、前者をより高く評価していることを否定するものでもない。確かに遠藤の指摘するように、ギールケにおいて自然法論、とりわけドイツ型自然法論は重要な役割を果たしている。しかし、それは公法を私法的に把握し、それゆえに「真の国家人格」(これこそがギールケの考える公共体の一表現形態である)の認識に至ることはない社会契約論を援用する形でそのような役割を果たしているわけではない。ギールケにおける自然法論の意義を精確に理解するためには、ギールケの本来の法思想上の立場である歴史法学<sup>193</sup>(より正確に述べればゲルマニスト型歴史法学)と自然法論がいかなる関係にあるとギールケは考えていたのか、という点に関するより詳細な説明が必要なのである。

<sup>190</sup> Gierke (Anm. 182), S. 46. [邦訳:108 頁]。

<sup>191</sup> Gierke, *Die Steinsche Städteordnung*, (1909), S. 22. [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、山本洋子／大野達司訳「シュタインの都市条令」(『神奈川大学研究年報』第16巻、1997年、所収)、163頁]。なお、邦訳は1909年版からいくらかの文章を省略した Julius von Gierke, *Die erste Reform des Freiherren vom Stein*, (1957)に収録されているものからなされているため、1909年版とは若干の異同がある。以下 SS と略す。

<sup>192</sup> なお、ギールケは社会契約論について「国家なき自然状態と市民社会の創立、支配の制定に関する一個あるいは数個の契約を虚構し、その結果公法全体を、双面的に拘束する契約関係の意味において構成したところの、あの我々にはきわめて奇異に映る妄想」と表現している(Gierke, *Naturrecht und deutsches Recht*, (1883), S. 27. [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、曾田厚訳「自然法とドイツ法(1～2・完)」(『成蹊法学』第12号、第13号、1978年、所収)、第13号305頁]。以下 NR と略す)。本稿が確認してきた自然状態論および社会契約論という観念的思弁に対する批判的態度をギールケはほかの歴史法学派と共有しているのだが、「歴史法学者」ギールケと社会契約論の間に存在するはずの緊張関係は遠藤の研究において十分に認識されていない。本稿の次の脚注で挙げているように、少なからぬ法学者によるギールケ研究は真っ先にギールケが歴史法学に連なる存在であることを確認しているにもかかわらず、である。

<sup>193</sup> この点を指摘する研究としてたとえば Nörr (Anm. 18), S. 43-44, Stolleis (Anm. 9), S. 359, Jan Schröder, Art. „Otto von Gierke“, in: Jan Schröder/ Gerd Kleinheyer (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*, 5. Auflage, (2008), S. 152 [邦訳:J・シュレーダー、半田正夫訳「オットー・フォン・ギールケ」(G・クラインハイヤー、J・シュレーダー編、小林考輔編『ドイツ法学者事典』、学陽書房、1983年、所収)、92頁]、堅田剛「ギールケ、あるいは法の内なるフモール」(同『歴史法学研究』、日本評論社、1992年、所収)、守矢健一「ギールケのラーバント批判(1883)をめぐる」(松本博之／西谷敏／守矢健一編『団体・組織と法——日独シンポジウム——』、2006年、信山社、所収)、53頁。

さて、確かに遠藤もギールケが純然たる社会契約論者にとどまると考えているわけではなく、社会契約論のみでは真の団体人格に到達し得ないことを指摘してはいる。しかし、それは二つの理由から不十分な認識にとどまっているように思われる。一つめの理由は、前述したように遠藤がギールケの議論のいわば核となる部分を自然法論・社会契約論の継承に見いだしており、そのため真の団体人格＝公共体への到達という、本来はギールケ固有の問題関心の把握なしには解明することのできない問題を自然法論の単なる修正という問題へと還元し、それゆえ公法と私法の区別(およびそれを踏まえた上での両法分野の統一)というギールケの本来の問題関心の認識を十全に吟味し得なかったというものである。以下の引用文は、自然法論および社会契約論がギールケのよしとする有機的国家理論および公共体理論といかに懸隔があるものであるかとギールケが考えていることを示しているといえよう。

「この自然法的社会論は、この場合、かかる社会論に由来する国家論と同様に、明らかに個人主義的かつ機械論的であるとされた。かかる自然法に基づく社会論は、社会と団体の間のあらゆる境界をなくし、その一方で、一般的に、対内的には個人と個人を義務によって結合する社会契約の概念を説くようになり、対外的には結合された個人の総体を包括的な単一体と見なす「道徳的人格」の概念を説くようになった。したがって、その内奥の本質および究極的な目的という観点からすると、かかる理論は団体の営みの歴史的で有機的な契機に対して異質でありそして敵対的でしたらあつたし、世代交代していく個々人を超越する総体人格の思想に対しても、そして個人を一層高次の生活単位に融合する公共体の思想に対しても異質であり敵対的であつた<sup>194</sup>」。

後で詳しく見るように、この引用文中の総体人格ないし公共体の思想こそがギールケ法学の核心部分をなすのであるが、このような思想はギールケにおいては、社会契約論と容易に調和しがたいものとされている。このことは、ゲルバーやラーバントにおける公共体論を確認してきた本稿にとっては、容易に理解が可能であろう。

もう一つの理由、そして本稿が遠藤の研究における第二の問題点と考えるものは、遠藤の研究がテキスト的に制限された研究であることである。すなわち、遠藤の研究においては遠藤自身の本来の問題関心からするならば検討されるべきいくつかのテキストが検討されておらず、そのためギールケ政治思想の全体像を明らかとしようとする遠藤の本来の目

---

<sup>194</sup> Gierke (Anm. 182), S. 262-263. [邦訳:188 頁]。同様に『アルトジウス論』の中で社会契約論が決して有機体・公共体概念を生み出さないことをギールケが指摘した箇所として Ebenda, S. 337 [邦訳:247 頁]、356-359 [邦訳:257-260 頁]、383-385 [邦訳:277-278 頁]。また、dG 1, S. 649 においてもギールケは、社会契約論が、国家を官憲と、民族を臣民の集合と同一視し、有機的民族共同体としての国家という認識に至ることはなかったこと、国家と個人の間に中間団体(それらはギールケにおいてはより狭い公共体であるとされる)を否定するものであつたことを指摘している。



的という観点からしても不十分なギールケ研究にとどまることになっているのではないか、という問題点が存在する。確かに、遠藤の研究は長大な『ドイツ団体法』および『アルトジウス論』の丹念な読解に基づいた研究であり、その点は高く評価されるべきであるし、本稿もまた遠藤の研究から少なからぬ知見を得た。しかし、それにもかかわらず本稿が遠藤の研究をテキスト的に制限された研究であると述べるのは、たとえば遠藤のいう「ギールケ国家論の完成」にあたる箇所、すなわち自然法国家理論が招来する国家人格の分裂に対し、ギールケがいかなる処方箋を提示したのか、という問題を検討するにあたり、遠藤が、ギールケは「代理概念」に代えて憲法に基づいた「機関概念」を確立することによって「真の国家概念」に到ろうと試みたとしたということのみを指摘するにとどまっており、その「全体」と「部分」の関係がいかなるものであるのか、あるいはそもそも「全体」という概念がいったいいかにして獲得されるのか——そもそもこの全体という概念に至ることができなかったことが自然法論の最大の問題点であったはずである——という点についてほとんど説明を与えておらず、遠藤の研究が真に「ギールケ国家論の完成」を明確にし得ているのかという点を疑問とせざるを得ないからである。

では、ギールケ自身は真の国家概念、真の団体人格、公共体概念を獲得するための理論をほとんど提示しなかったのだろうか。このように考えるのは早計であると本稿は考える。この点について、ギールケは「都市令」および『国法の根本概念および近年の国法理論<sup>195</sup>』（以下『根本概念』と略す）において詳細に論じている。これら二つの著作の性質を述べるならば、前者においては、遠藤が述べるように未完に終わった『ドイツ団体法』においては十分に描かれることのなかった、ギールケにおける「現代」の国制像について、フライヘル・フォム・シュタインによって考案されたプロイセン都市令に基づいたプロイセン諸都市の編成がドイツ国家のモデルとなるべきことが主張されている。後者においては公法上の団体人格——そこにはもちろん国家人格も含まれる——概念が、私法上の人格概念と鋭く対比されつつ詳細に述べられているのである。そしてこれら二つの論文はともに公法と私法、あるいは国家と個人の区別を前提とし、そのような観点から、後者から前者を導出しようとする（とギールケによっては把握されている）社会契約論的国家把握を鋭く斥けつつも、自然法論の意義を取り入れることを一つの眼目としているのである。

このような叙述から理解できるように、本章の観点からするならば、ギールケの『アルトジウス論』を検討することは、確かにギールケが自然法論に高い評価を与えていたこと、そして自然法論に限界を見いだしていたことを確認するためには有意義である——繰り返すとなるが、本稿は遠藤のこのような関心に全く同意する——が、社会契約論を採るアルトジウスの立場とギールケの立場を基本的に同一のものとし、遠藤のように後者を前者の発展型として見ることは、ギールケが公法と私法の区別を前提とし、個人から出発して国

---

<sup>195</sup> Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaft 30, (1874). 本稿では 1915 年版を用いる。以下 GSS と略す。

家の存在を説明しようとする自然状態論・社会契約論を意識的に斥けているゆえに適切とは思われない。また、このような理解によってはギールケのいう「全体」がいかなる形で導出されるのかほとんど理解し得ない。そのため、ギールケの政治思想を適切に理解するためには、『アルトジウス論』に引きつけてギールケを自然法論者として見る見方から一度距離を置き、まずギールケ固有の問題意識を確認しなければならないのである<sup>196</sup>。

さて、以上のような先行研究の概観からギールケ法思想の全体像を踏まえた上で、ギールケ国制論および国法理論を確認しようとする本章の具体的な課題をより明確とすることが可能となったと思われる。もちろん、多くの分野にまたがって研究を行ったギールケ法思想の全体像を描き出すことはきわめて困難な課題であり、本章もまた、さしあたっての現実的な課題としてはギールケ国法学の一端を描き出すことを目的とするにとどまる。その意味では、本章はギールケそのものを研究するというより、あくまでも本稿の関心からギールケの国法学理論に接近するにすぎない。ギールケの私法学を検討の対象とするならば、おそらくは本章が提示するギールケ像とはだいぶ異なったギールケ像が提示されることとなるだろう。このように本稿のギールケ論は不十分なものととらざるを得ないのだが、しかし、上記の課題を遂行するにあたって、ギールケの法思想全体の中でのギールケ国法学の位置付けを可能なかぎり常に意識しつつ、検討を進めたい。

以上のような目的を達成するために、本章が採用する構成を改めて確認しよう。第 1 節第 1 款では「任務」を検討することにより、ギールケ法思想の全体像を概観する。第 2 款では『ドイツ団体法』をごく簡単にではあるが検討することにより、ギールケ法思想がいかなる国制理解に対応しているのか、という点を確認したい。第 1 節においてはこのような検討を通じて、ギールケが抱えていた問題意識をできるかぎり明確に提示したい。

第 2 節以下はこのようなギールケの問題意識を踏まえた上で、国制論および法思想という両側面においてギールケがいかなる解決策を提示したかを確認したい。具体的には、第 2 節においては「都市令」の検討を通じて彼の理想の国家像が公共体として把握されていたことを確認したい。第 3 節においてはまず、第 1 款において「自然法とドイツ法」を通じてギールケ国法学を理解するために前提となる自然法と実証主義との関係に対するギールケの議論を確認した後に、第 2 款以降において『根本概念』と「ラーバントの国法学およびドイツ法学<sup>197</sup>」(以下「ラーバント書評」と略す)を通じて彼の国法理論を確認したい。そ

---

<sup>196</sup> ただし、遠藤もこのような問題意識を全く無視しているわけではない。遠藤は、ギールケが「公法における自然法的自由の行き過ぎは国家の無力化であり、私法における共同性の行き過ぎは社会主義的野蛮という自由の消滅である」という認識に従い、公法・私法両分野への正反対の処方箋が相互に抑制しあう形でその行き過ぎを抑えるという「たすきがけ」の関係を作ろうとした」という仮説を立てる(遠藤(前掲注 178)、222 頁注 178)。本稿の見解では、このような遠藤の仮説は全く正当なものであるが、遠藤によれば、ギールケにおけるこのような問題意識は 1880 年代後半以降のギールケの問題意識であるとされ、遠藤自身の研究においてはこのような問題意識に基づいたギールケ法・政治思想の検討はほとんどなされていない。

<sup>197</sup> Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch 7, (1883). 本稿では 1961 年版を用いる。以下 LS と略す。

して最後に、前章までの研究を踏まえつつ、ギールケと同時代あるいはほぼ前後する時代に活躍した法学者を取り上げ、ギールケ国法理論との相違をごく簡単にではあるが検討することにより、ギールケ法思想の独自性を明らかとしたい。

## 第1節 ギールケにおける公法・私法論

### 第1款 「私法の社会的任務」における公法と私法の統合

本節ではまず、1889年に行われた講演を元にした論文である「任務」を中心にギールケの公法・私法の区分論および統合論を確認することによって、ギールケ法思想の全体構造およびその全体構造における公法および私法の意義を踏まえた上で、ギールケが克服しようとした当時の法状況を確認したい。「任務」はおそらく『ドイツ団体法』と並び、ギールケにおいて最も著名な作品の一つであろうが、本章冒頭で確認したように、やや偏った形で検討されることの多い論文であった。すなわち、のちの1900年に制定されることとなるドイツ民法典の草案について、ローマ法学に由来するその個人主義的性格を批判し、これに対し社会的・倫理的性格を強く帯びたゲルマン法をギールケが称揚したという側面が強調されているのである。もちろん、本論文がこのような性格をも持つことは疑い得ないのだが、このような性格のみを強調することは、ギールケがいわば「現代」ゲルマン法の最重要の特性と考えたもの、そして同時にギールケ法思想の核心的部分と本稿が考えるもの、すなわち私法と公法の統合という要素を見逃す結果となりかねない。より重要なのは、社会的・倫理的性格を強く帯びたゲルマン法によるローマ法の修正という主張が、あくまでも私法と公法の統合というギールケ法思想の核心から流出しているテーゼであることを確認することである。したがって、以下ではこの核心的部分を明確にすることを中心的課題とし、ほかのギールケの論文などによっても補いつつ、「任務」を検討していくこととした。

まず、ギールケは私法の任務を検討するにあたり、ローマ人の考える私法論としてウルピアヌスの定義を紹介する。ウルピアヌスは私法を「個人の利益のために存する法」と定義し、これを「ローマ国家のために存する法」、すなわち公法と対置することによって、両者の相違をそれぞれの目的の相違に帰せしめようとした。このようなウルピアヌスの議論を評して、ギールケは「私法と公法の分化の一切の動かぬ出発点を確立した」と述べる。というのはギールケによれば、このような分化は人間という存在の二重の性質を適切に表現しているからである。すなわち、人間は、独立した自己自身として生活する個人という側面、すなわち全体に対してそれ自体として結束する一つの全体的存在という側面と、種族の一員として生活するという側面、すなわちより高次の団体の一部分であるという側面の両側面を備えているという事実、このような分化は対応しているとされるのである。そして法はこのような人間の二側面に対応して、個人の外的な生活領域の限定と保護を目的とする私法と、全体生活の確立と安定とを目的とする公法とに分化する。しかしギールケはこのような区分が最終的なものであることを否定する。個人としての人間も、全体の

一部としての人間も結局は同一の人間なのであり、この人間の側面を二つに分けることは、総体的に把握することのできない歴史的人間という実在について概念的に抽象化したものにすぎないからである<sup>198</sup>。それゆえ、私法と公法が区分されるとしても、法制度は目的の統一性 *Einheit* を忘れてはならず、個人的利益が追求される私法においても公益の追求がなされなければならない、全体を目標とする公法においても個人的利益が正当に評価されねばならないとされる(sA, S. 5-6 [邦訳:139-140 頁])。

さて、ギールケの考えるところのローマ法の特性とは、このような公法と私法の統一という発想に対し、公法と私法の対立を優位せしめた点にある。このことの結果としてローマ法においては、公法の対応物として一つの不可分の国家主権が、私法の対応物として個人主権が対峙することとなる。このような対立こそが、ローマ法制史を貫く原動力となったとギールケは評する。しかし、このような厳格な二分法は長くは続かなかった。ローマ公法は次第に専制主義的な国家行政機関に墮し、ローマ私法も経済的凋落、倫理的退廃、社会的腐敗を食い止めることはできなかった。確かに帝政時代の立法は様々な手段を用いて、解放された利益追求心を抑制し、強者に対する弱者の保護を回復し、弛緩した家族関係の絆を再建しようと試みたが、個人を中心とするという私法の基本思想を破棄することを欲せず、ローマ私法上の個人主義は社会生活を空洞化させるあらゆる腐敗力に対して無力であった、とされる(sA, S.6-7 [邦訳:140-141 頁])。

このようなローマ法に対し、ゲルマン人は公法と私法の区別を知らなかったが、それゆえにローマ人よりも広範囲で深奥な思想を有していたとギールケは述べる。すなわちゲルマン人においてはこのような公法と私法の未分化に対応して、すべてを支配する唯一の法が存在していたとされる。ゲルマン法においては公法が私法の形式に埋め込まれるという危険が存在していたが、しかし公法は完全に「法」としての性格を有しており、私法は公的要素が混入され不自由なものであったが、社会的な性格を有していたとされる。そして、ギールケはこのような公法私法未分化論の対応物として主権的国家および絶対的個人の不在を挙げる。中世において国家は各個人や無数の社会的諸団体の中に入り込んでおり、各個人は共同体の中に包含されていたとされるのである(sA, S. 7-8 [邦訳:141 頁])。

さて、このような中世におけるゲルマン精神は古代異教国家の手助けを得て、近代世界への発展を遂げることとなる。このような過程で個人そして国家が発見され、国家と個人の解放こそがこのような近代世界への発展の目標とされた。このような発展の際に、ローマ法は大きな役割を果たし、私法と公法の原理的区別が、自由な個别人格の勢力範囲のた

---

<sup>198</sup> 本文で取り上げたような人間観をギールケはヴィルヘルム・ディルタイ(Wilhelm Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaft I*, S. 35 ff., (1883))から継承しているとする(sA, S. 6, Anm. 2)。ただし、ディルタイとギールケの影響関係を検討するという興味深い課題を本稿は断念せざるを得ない。この点について付随的な形ではあるが検討している論文として、ギールケの弟子である寛克彦の哲学的背景を探究した石川健治「権力とグラフィクス」(長谷部恭男／中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開——』、日本評論社、2009年、所収)、277頁以下。

めに私法が、抽象的国家の存在秩序のために公法が形成された。このような発展は、当初はゲルマン的中世理念と融合していたが、しかし自然法論や啓蒙絶対主義、フランス革命が姿を現すにつれ、ゲルマン的中世理念は後退することになり、「ただ、自由で平等な個人と全能の機械的国家、あらゆる共同体から解放された個別と、人間の共同体から空虚な空間へと上昇してしまった普遍のみが戦場に残されたのである」(sA, S. 8-9 [邦訳:142 頁])。

さて、ギールケは近代のこのような傾向を、従来のよき伝統を原子化し、機械化し、社会を危機にさらすものであると捉える。そして、歴史学派の運動や、民族という理念の再興、国家の民族への移転、各個人における共同体精神の蘇生、さらに教会、地方自治体、社団、組合における団体思想といった、先に見た二極分化に抗する動きが存在することを指摘する。ギールケはみずから掲げている法の統一、すなわち公法の目的の中に自由を掲げ、私法の目的の中に共同性を掲げるような法の統一もこのような運動の中で把握されるべきものであるとする(sA, S. 9-10 [邦訳:142-143 頁])。

このような歴史的叙述、現状認識を述べた後、ギールケは現代における公法と私法の関係はどのようなものであるかという問題に取り組む。その際、まず注目すべきは、ギールケがこの公法と私法との原理的な対立を「我々にとって触れることのできない問題であり、我々が擁護せんとする功績物それ自体を放棄することなしには、その対立を消滅させることはできない」と考えていることである。すなわち、公法が不滅の共同体という理念に奉仕する代わりに、個別的存在の全員あるいは多数の目的のための実現の手段となるならば、国家の高権は崩壊する。他方、私法が社会目的のための手段に変質してしまうならば、キリスト教が提示した人間存在という比類なき、移りゆくことのない価値や、世界史が展開した自由や正義の理念も無意味になるとされる。ギールケによれば、前者はすべての法を私法のカテゴリーによって説明する自然法論であり、後者はすべての法を公法のカテゴリーによって説明する社会主義に帰着することとなる。ギールケはこの両方向性に対して闘争が行われる必要があるとする。

「自然法的個人主義の意味での公法の脱国家化は、その崩壊と死を意味し、社会主義の意味における私法の国家化はその隷属と野蛮を意味するのである」(sA, S. 11-12 [邦訳:143-144 頁])。

さて、このようにしてギールケは私法と公法という二つの法領域のいずれもがいずれかに還元し得ないことを前提とした上で、ゲルマン法思想の理念にしたがって、両法領域の統一の必要性を説く。

「このようなゲルマン思想は絶対主義的な公法とは永遠に合致しないし、さらに個人主義的な私法とも永遠に合致しない。我々は完全に法である公法を必要としている。すなわち、それは全体それ自体とその構成員、最高次の普遍性とあらゆるより小さな範囲の

団体、共同体と個人、これらの間の相互関係を規律する公法である。それらが国家に完全に浸透し、かつ国家を拘束し、そして強制力が効力を表さない場合でも、なお判決による保護を享有し得る公法である。それは、確かに全体に対する義務を第一にするが、同時にその構成員に全体への権利、すなわちいかなる貧者であっても国家への最小限度の参加を認め保障する公法である。それはまた共同生活の必要性和安定性から出発するが、しかし、それ自体の中に自由を取り入れている公法である。さらにまた、我々は私法を必要としている。それは、その中において個人が持つ不可侵な領域がどのように遵守されるものであるにせよ、共同体思想が生きており、活動している私法である。」

このような文章に続けて、ギールケの有名なスローガンが述べられている。

「我々の公法には自然法的な自由という理想の息吹がなびき、我々の私法には社会主義的油の一滴が浸透しているものでなければならない！」(sA, S. 12-13 [邦訳:144 頁])。

このような観点からギールケは、法の統一を再びもたらすのは中世の衣装をまとったドイツ法ではなく、不滅の思想内容を持ったドイツ法であると述べ (sA, S. 14-15 [邦訳:145 頁])、民法典の新しい立法に際しても、このようなゲルマンの法精神に依拠し、今日の社会において私法が解決しなくてはならない社会的任務が果たされるべきこと、すなわち共同体精神が私法を貫徹するべきことを説く (sA, S. 15 [邦訳:145-146 頁])。私法におけるこのような共同体精神の貫徹に対応する形でギールケはドイツ私法の観点からローマ法批判を加えるのだが、この点の詳細を論じることは本章の目的から逸脱するために、詳細は略す。しかし、とりわけこのような共同体精神が明確に現れている箇所を一点挙げておこう。それは法人論、とりわけ社団論である。ギールケによれば、ローマ法はその個人主義的性格に基づき、法人を取り扱うにあたり、自然人たる個人と並ぶ擬制的人格を想定しているにすぎない。民法典草案はこのことによって団体形成の自由な発展を阻害している。しかし、この団体形成の保護こそがドイツ私法における最大の任務に属する。というのは、「社会体 *gesellschaftlicher Körper* の内外の危険に対する抵抗力は、個別と普遍の間の中間物の健全さと生命力に依存する」からである (sA, S. 43-44 [邦訳:160-161 頁])。

さて、ここまで「任務」論文の概要を確認してきた。ギールケは以上のように私法に共同体思想が根づくべきことを要求するわけであり、このような箇所を指して、ギールケが個人に対して全体を優位させたとか、旧ヨーロッパ的自由観念に拘束されていたと評価していた従来の研究も不当ではないように思われる。しかし、ここで確認されるべき点として、「任務」論文におけるドイツ民法典草案に対する苛烈な批判にもかかわらず、ギールケは法における個人の意義を不当に軽視した論者ではないということが挙げられる。このことは、ギールケが公法と私法の二分化を前提とした上での統合を主張していることから推測できることであるが、この点については(ローマ法的個人主義の性格を色濃く持つとギ

ールケによって把握された)ドイツ民法典草案に対する批判を主目的として書かれた「任務」よりもほかの論文、たとえば「法と倫理」において明確に見て取れる。この論文においてもギールケは、前述した人間の二面的性質について触れた後に、一面的な個人主義は解体により、一面的な社会主義は硬直により我々の文化の崩壊を招くと説く。その上でギールケは以下のように述べる。

「したがって我々は、確かに個人法と社会法を調和的全体へ統合しはするが、しかしそれぞれのためにその中核的特殊性によって制約された独立性を確保し、そのようにして双方を均衡せしめるところの法秩序のうちにのみ、慶賀を求めなければならないだろう。

このようにして我が私法は、ゲルマンの根本観念に呼応しつつ、かつ不可避の社会的・経済的発展の趨勢の下で、間違いなくより社会的になるだろう。しかしながら我が私法は、戦時[第一次世界大戦]緊急法によってほとんど失われていた独立性を回復するであろう。我が私法はみずから固有の領域において、個人の孤立というローマ的原則の代わりに、ドイツ法的共同体思想を、これまでよりも一層豊かにかつ一層強力に展開するであろう。しかし、我が私法はいかなる共同体、いかなるゲノッセンシャフトあるいはヘルシャフト団体においても、将来とも個人人格ならびにその自由を慮るであろう<sup>199</sup>」。

上の引用文からも理解できるように、ギールケは個人主義的私法が全面的に共同体的私法に置き換えられるべきことを主張しているわけではない。私法において個人主義思想と共同体思想こそが調和することこそ、ギールケのいう不滅の思想内容を持ったドイツ法の実現なのであり、ローマ法が中世ドイツ法によって置き換えられるべきことをギールケは要求しているわけではないのである。

ここで、本款において確認されたギールケの問題関心についてまとめたい。以上の叙述から、ギールケが法の統一を要求していること、そしてギールケの考える法の統一とは、私法と公法の二元論を前提とし、両法領域の中核的部分、すなわち私法においては自由主義思想が、公法においては共同体思想が維持されつつも、私法においても共同体的要素が、公法においても自由の要素が適時取り入れられるべきことを指すということが理解できた。そして、このような観点に立って、ギールケは私法の社会化が促進されるべきことを主張しているのであり、個人主義的ローマ法に対する社会的ゲルマン法の観点からの批判もまた、あくまでもこのような法の統一という理念から再検討されねばならないことも確認できたように思われる。ギールケの問題意識がこのようなものであるとして、本章にとっては、では実際にギールケがいかなる形で「公法の自由化」を行ったか、ということが次に問題となる。しかしこの点について論じる前に、このようなギールケの問題意識をより明

---

<sup>199</sup> Gierke, *Recht und Sittlichkeit*, in: *Logos* 6, (1916), S. 260-261. [邦訳:ギールケ、曾田厚訳「法と倫理(1～3・完)」(『成蹊法学』、第16号、第19号、第20号、1980-1983年)、所収、第20号69頁]。

確にするためにも、『ドイツ団体法』の検討を通じてギールケの国制論的問題意識も確認しておこう。

## 第2款 『ドイツ団体法』におけるゲノッセンシャフトとヘルシャフトの統合

本款では、ギールケの国制論における問題意識を明らかとするために、ごく簡単にではあるが『ドイツ団体法』を検討したい。ここで取り上げるのは、『ドイツ団体法』第1巻の冒頭部分で挙げられたドイツ団体史における5期からなる歴史区分である。本章の主たる検討対象となるのは、ギールケのいう「現代」にあたる第5期とその直前の第4期であるが、この点をより精確に理解するために、ごく簡単にそれ以前の歴史区分も確認しておこう。

ギールケによれば、ドイツ団体法史は統一を志向する思想、すなわちヘルシャフト原理が優勢であった時代と、そのヘルシャフトに対抗する自由、あるいは統一の中の複数性を志向する思想、すなわちゲノッセンシャフト原理が優勢であった時代との対立の歴史として描かれる(dG 1, S. 2-3 [邦訳:第23巻第1号 87-89頁])。まず最古の時代からカール大帝の戴冠に至る800年までは民族の自由という概念によって表されるゲノッセンシャフト原理が(dG 1, S. 8-9 [邦訳:96-97頁])、1200年にまで及ぶ第2期においては家父長制的あるいは封建的組織原理に基づくヘルシャフト原理が(dG 1, S. 9 [邦訳:97頁])、そして中世の終わりにまで及ぶ第3期においては盟約に基づくゲノッセンシャフト原理がそれぞれ他方に対して優位していた(dG 1, S. 9-10 [邦訳:97-98頁])。これに続く時代が、本章が取り上げる第4期と第5期である。煩雑となるがまず第4期に関する叙述を引用しよう。

「1806年までの第4期においては、領邦主権と、領邦主権から受け継がれたローマ法の助けによって発展した官憲支配 *Obrigkeits* の原理との、確定的な勝利が完成される。官憲支配の国家思想およびそれによる警察国家および後見国家が発展し、ゲノッセンシャフト制度は、特権を与えられたコルポラティオン制度へと転換する。このコルポラティオン制度はみづから自身を単なる私的な基礎の上へと設定し、そしてそれによって公法へのさらなる参加を求める請求権を断念する。もはや普遍性の構成員としてではなく、特権を与えられた特殊性——しかし、それは特権に対応する義務を引き受けようとしな——としてみづからを受け止めるこれらのコルポラティオンに対しては、それらを屈服させ、または破壊する統一的な国家権力は必然的である。もちろん、それによって真っ先に古い自由と自治は否定される。国家は民族の外に、そして民族を越えて登場する。公法上の意味を持とうとするものは、ただ国家のアンシュタルトとして、国家の一部としてのみ存続し得る。この時代の特徴的な社団形態 *Vereinsform* たる従属的な私法コルポラティオンは死滅した公的意味を生きながらえさせることはできない。絶対的国家と絶対的な個人性とがこの時代の標語となる。しかしながら、すべての古い団体 *Verbände* の解散とともに、領邦主権は同時に公的権利の特権と不平等を粉碎し、臣民の概念にお



いて法律の前でのすべての人々の平等を、そして最後に歴史上はじめてすべての人々の個人的自由を創造した。それとまず真っ先に市民的自由が結合されなかったかぎりドイツ人男性の古い政治的自由権は情け容赦なく否定される。この移行は、19 世紀において身分的自由に代わって登場するすべての人々の市民的自由のために、土台を用意するのに不可欠である」(dG 1, S. 10[邦訳:98-99 頁])。

ここでなされている議論が、前款で「私法の社会的任務」を参照しつつ確認したローマ法の特質、すなわち国家と個人あるいは公法と私法の二極分化構造に対応していることは明らかであろう。ここでは、国家は絶対主義的性格を有し、民族の外にあり、上に立つものとして観念されており、公的領域に登場しようとする諸々の人や団体は、その独自の公的意義が捨象され、この絶対的国家によって設置されるアンシュタルト(営造物)として観念されるにすぎない。このようなアンシュタルトとして現れない個人や団体はすべて私的な存在である。前款で確認した人間の二側面という観点から見れば、人間は個人としての人間(ここでは法人もまた、単なる個人の集合としてのみ観念される)と、国家の一部としての人間という二側面に分裂したままであり、この二側面は架橋されていないのである。このような普遍性と特殊性の分裂こそが第4期におけるヘルシャフト原理の中身ということとなる。そしてこのようなヘルシャフト原理の支配している時代状況こそ、ギールケにとって克服されなければならない時代状況となる。

では、ギールケはこのような「絶対的な国家と絶対的な個人性」という標語によって表現される時代がいかにして克服されると考えたのか。法思想的観点からこの問題と取り組み、公法と私法の統合をその答えとした「私法の社会的任務」と異なり、国制論的観点の強い「ドイツ団体法」ではやや性格の異なった答えが与えられている。

「我々は、そこから我々が一般の国家公民と代議制国家の思想において原初の[ゲノッセンシャフト原理とヘルシャフト原理との間の]諸対立の宥和を期待する[1806 年から始まる]「第5期」のはじめにようやく立っている。この時代はこれまでのところきわめて短いとはいえ、すでに我々は、この時期において本来的に形成的な原理はその近代的な姿における自由な結社 *freie Assoziation* であり、かつあるであろうということが出来る。この時期を通してドイツのゲノッセンシャフト制度は、長い死んだようなまどろみの後に力強い生命に目覚め、その完成を見いだしている。いかなる身分的桎梏によってもはや束縛されず、いかなる排他性によっても制限されず、無限にしなやかで、形態において分け得る、最も高い目的にも、最もわずかな目的にも、最も包括的な目的のためにも、最も個別の目的にも、等しく適合されて、ローマの法概念のいくつかの特徴を通じて豊かにされているが、理論と実務がその中へと押し込めることに骨を折ってきている狭いローマの型をとっくにあざけりつつ、ドイツ法の再び誕生した新たな共同体の諸形態の見わたしきれない豊かさをもたらしてきている原初のゲノッセンシャフトの概念は

古い内容をしかし新しい内容をもって満たしたのである。その観念は、ドイツの地方団体およびドイツ国家のただゲノッセンシャフト的な基礎へとさかのぼることを通じて、およびそれらのゲノッセンシャフト的要素の再生を通してのみ、それらの従来への進歩を遂行してきたのであり、それらの将来への進歩を実現するであろう変化に関与している。その観念は公的生活および私的生活のすべての領域を把握し、そして新たに形成する自由な団体制度 *Vereinswesen* のための、もっぱらの創造の女神である。そして、その自由な団体制度は、すでに偉大なものをもたらしてきているとしても、より偉大なものをさらに近い将来および遠い将来においてもたらすであろう」(dG 1, S. 10-11 [邦訳:99-100頁])。

ここでは、自由な団体制度こそが絶対的国家と絶対的個人の二極構造を克服するための鍵概念であるとされている。先に「私法の社会的任務」を検討した際に確認したように、ギールケはローマ私法的個人主義を克服し、共同体思想を内包する私法を実現するために、団体概念を援用していたことからしても、ギールケの国法理論においてこの団体概念が重要な役割を果たすことは予測できるだろう。先に確認したギールケ法思想を踏まえるならば、ギールケは団体概念を援用することにより、ローマ公法的絶対主義国家観念を克服し、「公法の目的の中に自由を掲げ」ようとするのである。

ここまでの叙述によってギールケの国法理論および国制論の内実を明らかにしようと試みる本章の課題はより明確なものとなったといえるだろう。すなわち、ギールケはいかにして団体概念を援用することにより絶対主義的性格を有する公法に自然法的自由を取り込もうとするのか、あるいはギールケのいう「自由」と団体概念はいかなる関係にあるのか、という問いを解決するというのが本章の課題である。

さて、ギールケが単なる中世への回帰によってこのような問題の解決を試みたわけではないことは明らかであるように思われる。ここまでの叙述から理解できるように、ギールケは絶対的国家と絶対的個人の対峙、つまり国家と社会の二元論的構成が第4期において達成されたと見ている。ギールケの思想を敷衍するならば、ヘルシャフト原理を貫徹する絶対的国家によって伝統的中間団体は解体され、その結果、個々人はすべて国家に対峙しつつ従属する(しかし、身分的束縛からは解き放たれた)臣民として平等な存在となったのであり、ギールケにとってはこのような臣民が議論の出発点となる。したがってベッケンフエルデやシェーンベルガーの述べるように「伝統的、歴史・民族的秩序形態の保持と復興」や「旧ヨーロッパ的自由」によって直接に現代の問題が解決されるとはギールケは考えてはいない。というのは、伝統的、歴史・民族的秩序形態や旧ヨーロッパ的自由は、少なくとも旧来の形ではこの第4期においてすでに一度解体され、国家のアンシュタルトとして存続する以外の形態においては、諸々の団体に対しては公的性格が否認されており、これらの伝統的団体はそのままの形では現代の問題を解決するための有効な手段とはなり得ないからである。実際、ギールケは『ドイツ団体法』で以下のように述べる。

「かつての領邦身分制議会 *Landstände* と新しい民族代表の間の外的・内的歴史的継続性を打ち立てようとする努力は、実際には非歴史的である。[……]帝国 *Reich* からドイツの統一が生じるのではないし、帝権から国家理念が生じるのではないし、レーン職者および勤務職者 *Lehns- und Dienstämtern* から官憲的行政が生じるのではないし、古代の民族ゲマインデから中世のゲマインデの自由が生じるのではないし、中世のインヌング制度から現代の結社が直接に生じるのでもない——民族精神という同一の諸力が、これらの類似した現象において確認されるときでも——」(dG 1, S. 819-820)。

ギールケにとって、絶対的国家と絶対的個人の対峙という『ドイツ団体法』における第4期の時代区分は、決して、否定的対象にとどまるものではない。第4期は自由なゲノッセンシャフトの時代たる第5期に至るために必要な時代なのである<sup>200</sup>。すなわち、現代の問題を解決するためにギールケにとって重要となるのは、このような伝統的団体の解体の後に生じた臣民から生じ、近代的装いの下に現れた平等な市民資格者 *Bürgerschaft* の存在である。以下の第2節において「都市令」の検討を通じて、この市民資格者の内実を明らかにしつつ、絶対的国家と絶対的個人の克服という国制論上の問題の解決に対してギールケがいかなる形で取り組んだのか、という点を確認したい。その後、第3節において、このような絶対的国家と絶対的個人の二極構造の法思想史上の対応物である公法・私法二区分論に対して国家論という観点からギールケがいかなる形で取り組んだかを確認したい。

## 第2節 「シュタインの都市令」におけるギールケの国制論

本節では「都市令」論文の検討を行う。しかし、本論に入る前に、ごく簡単にではあるがシュタインの都市令とはどのようなものであったかを確認する必要があるだろう。

シュタインの都市令(あるいはプロイセン都市令)は当時のプロイセン宰相であるフライヘル・フォン・シュタインおよびその跡を継いだカール・アウグスト・ハルデンベルクによっておこなわれた1807年から1810年頃にまで至る一連の改革(「シュタイン・ハルデンベルクの改革」)の一環をなすものである。この改革は農民解放、都市自治制度の導入、ツンフトの解体、営業の自由化、行政機構の近代化などの広範な改革を含み、官僚制によって代表される絶対主義的な国家・社会体制からの脱却を目指したものであるとされ、その中にあって都市令はとりわけ都市民による自治の活性化によって公共心の涵養を目的としたとされる<sup>201</sup>。都市令の主な内容とその意義についてはギールケ自身が述べているので、

<sup>200</sup> 中世の団体と現代の団体が相違することをギールケが指摘している箇所をもう一つ挙げておこう。「[今日においては、個人は様々な団体に帰属するとしても、そのことによって個人が有する個性性が尽きることはなく、]したがって[かつての]インヌング制度が結局は個人の桎梏となったのに対し、現代の結社は考え得るかぎり最大の個人的自由と調和する」(dG 1, S. 654)。

<sup>201</sup> シュタイン都市令については多くの研究の蓄積があるが、ここではプロイセン一般ラント法と比較しつつ、シュタイン都市令における市民の平等という契機を強調する高橋洋「プロイセン

概観はこのあたりとし、早速ギールケ自身の見解を検討するとしよう。

さて、ギールケはこの都市令を検討するにあたり、まずシュタインの伝記執筆者であるマックス・レーマンの議論を検討することから始める。ギールケによれば、レーマンの議論は都市令に対するフランス革命思想の影響を従来の研究より高く見積もるものであり、その根拠として、都市令にはフランスの立法を想起させる箇所があるだけでなく、フランスの法律を借用したと思われる箇所がいくつか見いだされることを挙げた、とされる。これに対し、エルンスト・フォン・マイアーはレーマンに反対し、都市令に対するフランスの立法の影響を否定的に捉えている、とされる(SS, S. 6-7 [邦訳:147-148 頁])。この論争に対し、ギールケはさしあたりマイアーを支持する側に立つ。ギールケによれば、シュタインはフランス革命に一度たりとも共感を示したことはなかった。ドイツ帝国騎士たるシュタインの内的本質、そして貴族的精神は民主制の理念とは相容れず、また歴史的な所与から構築を行い、いかなる合理的世界観をも嫌う彼が革命の理念に酔いしれ、特殊フランス的なものを身に付けるはずはなかった、とギールケは述べる(SS, S. 7-8 [邦訳:149 頁])。

しかし、ギールケは都市令がフランス的であるか、非フランス的であるか、という論争枠組み自体を否定する。ギールケによれば、フランス革命それ自体が特殊フランス的なものであったとしても、フランス革命の背景にある啓蒙主義、人文主義、理性法といった名称によって表現されるヨーロッパ精神の発展の成果である 1789 年の理念もまた特殊フランス的なものであるわけではなく、フランス革命はこの理念を暴力的に実現させるための一打であるにすぎない(SS, S. 8-9 [邦訳:149-150 頁])。シュタインにとって 1789 年理念はわざわざフランス法やあるいはイギリス法などを参考とするまでもなく、まさにドイツの原型に見いだせるものであったのである、とギールケは述べる(SS, S. 9 [邦訳:150 頁])。ギールケはこのようにしてシュタインの思想の核心部分をドイツ的＝ヨーロッパ的なものに求めるのであるが、このドイツ的なものはプロイセン的なものと必ずしも同一ではない。ギールケによれば、ドイツ騎士たるシュタインがプロイセンの官僚主義に安住し続けることはできなかったのであり、重要なのはプロイセン的なものとドイツ的なものを結合する点にあったとされる(SS, S. 10-11 [邦訳:151-152 頁])。

さて、このようにシュタインの思想の源泉を確認した上で、ギールケは、都市令を支配している根本思想を「都市を自立した公共体という意味で組織化すること」にあったと説明する。このことは、「固有の生命を持ち、団結した市民の総体に内在し、選挙された機関によってみずから行為する公共体として、都市はみずからの関わる問題を自主的に管理すべき」であることを意味する(SS, S. 11 [邦訳:152 頁])。ギールケは都市令の根本思想をこのように説明した上で、シュタインの思想の由来を、「ドイツの過去」に求めた。シュタインにとっては「都市の自由を再来させ、国家の後見を再び始末し、篡奪された権利を市民資格者 *Bürgerschaft* に返還すること」が問題となっているのである(SS, S. 11-12 [邦

訳:152-153 頁])。

さて、続いてギールケは都市を公共体として把握するためには、ケルパーシャフト *Körperschaft* として把握することが必要であると論ずる。

「古ゲルマンのゲノッセンシャフトは都市においてはじめてケルパーシャフトへと凝縮された。都市は多数の人々からなる不可視の恒久的統一体であり、独立した人格として、この統一体の中で結合している諸人格と並立していた。ところで、都市はゲノッセンシャフトを否定するものではなく、ゲノッセンシャフトの発展型であった。都市はゲノッセンシャフト的構成を守り続けたのである。都市の人格は結合した総体に内在する統一体であったし、そうあり続けた。まさしくここで都市はみずからの機関によってみずからを統治する自由な公共体へと成長した」(SS, S. 12 [邦訳:152-153 頁])。

ここで述べられているゲノッセンシャフトとは、先に見たゲノッセンシャフト原理そのものを指すものというより、ギールケの団体類型の一つを指し、構成員人格と団体人格が分裂せず融合しているような団体類型を意味する。また、ケルパーシャフトとは、このゲノッセンシャフトの発展型であり、構成員人格を承認しつつも、それとは別個の団体独自の人格を有する団体を指す<sup>202</sup>。ここでギールケは、このようなケルパーシャフトが展開してはじめて、自己統治を行う公共体という理念へと行き着くことが可能となると述べているのだが、この議論については後述に回すとして、ケルパーシャフトに対する理解を深めるためにも、さしあたってはギールケによる都市に関する歴史的叙述に目を向けよう。

ギールケによれば、都市公共体は中世的封建的社会から近代国家へと変形しながら、封建国家のヘルシャフト的な秩序へと入り込んでいった。ここでは、すべての支配・従属関係はレーン制度と結び付きつつ家産制的に形成されていたが、これに対し都市という公共体は真に公法的な権力を展開したとし、そもそも都市はドイツにおける最古の国家である、とする (SS, S. 13 [邦訳:154 頁])<sup>203</sup>。とはいえ、都市は地域的・物理的に大きな制約を被っていたため近代ドイツ国家形成にあたって、みずからが有していた国家的なるものを領邦国家へと引きわたす羽目になった(SS, S. 14-15 [邦訳:155-156 頁])。しかしながら、ギールケによれば、公共体たる国家という思想は都市から領邦国家へと引きわたされなかったとされる。

「領邦国家はむしろ純粋なアンシュタルト的官憲国家という姿を取って現れた。確かに別の展開をする糸口がなかったわけではない。領邦身分制議会の最盛期には、領邦のヘルシャフトと諸身分のケルパーシャフトの二元主義から、頭首たる君主と団体的に

<sup>202</sup> 遠藤(前掲注 178)、20-23 頁

<sup>203</sup> このような歴史認識はいわゆる中世国家論争においてゲオルグ・フォン・ペロウによって批判されることとなるが、この問題について本稿で立ち入ることはできない。この論争について近年の研究として牧野(前掲注 141)、第 6 章参照。

körperschaftlich 組織された領邦ゲマインデとが一つの高次の統一体に結合し、領邦公共体へと育っていく成り行きになったかのように見えた。しかし、領邦身分制議会はとりわけ農民身分を通常は排除していたせいで、特権的コルポラティオンへと凝り固まり、それ以降は、生成中の国家を体現する一翼を担う力を失った」(SS, S. 15 [邦訳:156 頁])。

さて、いまや国家は民族の上に、そして外に存在するアンシュタルトとして現れる。このようなアンシュタルトとしての国家は、民族の福祉を追求するよう定められているのだが、民族を源とするわけではない。このアンシュタルトは神の命令を受けた官憲によって体現されるのである。ここでは、国家人格は君主の人格に還元されるわけではないが、君主によって完全に代表され、またその僕である官吏において現れることとなる。ここでは、国家人格は結合した総体を超越しており、内在してはいない<sup>204</sup>。ここで官憲に対置されるのは、臣民であって市民ではないのである(SS, S. 15-16 [邦訳:156-157 頁])。

ここでギールケが行っている議論が、先に『ドイツ団体法』を検討した際に確認した議論と重なることは明らかであろう。ギールケは、アンシュタルトという用語を時には国家によって設置された団体のために用い、時には国家自体が、神によって設置され、民族の上にそして外に存在する団体であることを指すために用いているため、いくらかの混乱を招くのだが、ともあれここでは国家をアンシュタルトと呼ぶことによって、国家が、国家を構成する構成員(と君主)に担われるのではなく、もっぱら官憲すなわち、君主と官吏によって担われることが論じられている。先に確認したように、ギールケはゲノッセンシャフトとヘルシャフト、あるいはケルパーシャフトとアンシュタルトといった対概念が宥和されるべきことを追求したのであるが、しかし領邦国家においてはこのような宥和は達成されなかった、とここでギールケは述べているのである。

このような議論が、本稿が何度も繰り返し確認してきた君主を国家機関として把握してきた実証主義国法学の議論といかなる関係にあるかを簡単に確認しておこう。まず、ここにおいて国家を君主に還元する家産国家論が排除されるべきであるのは、当然の前提である。しかしながら、家産国家論を排除したからといって、そして君主を国家の機関として把握したからといって、そのことがそのまま公共体という国家を実現することにはならない。このことは、『公権論』においてゲルバーが強調していた論点である。

「法学的に見て、国家の編成 *Gliederung* がほとんど君主とその官吏のみによって構成され、完全に画一された臣民集団があらゆる国法的個体化を欠く場合——法学の観点から見て、国家が機械装置という不快な画一化という印象を提示する場合——、この画一化という印象は政治の観点から見れば、ますます強くなるのである」(öR, S. 61)。

<sup>204</sup> このようなアンシュタルト概念の原型をギールケはカトリック教会に見いだしていたことは比較的よく知られている。牧野(前掲注 141)、293 頁、Schönberger (Anm. 4), S. 342-346. すなわち、教会は信徒からなる共同体ではなく、教会の外に存在する超越的な神的意思の表現であるとされる。

ゲルバーが公共体の内実を有機体として把握し、それが機械装置という概念と対をなすことは本稿第 1 章ですでに確認したとおりである。本稿の観点から見れば、ギールケの構想は『公権論』において存在していたこのようなゲルバーの問題意識を強く継承するものにほかならない。すなわち、国家が公共体として現実化するためには、君主を単に国家の機関として把握するのみでは不十分である。君主に対置される存在、それを国民と呼ぶか市民と呼ぶか臣民と呼ぶか民族と呼ぶかはともかくとして、このような存在がなんらかの形で国法上組織化され、これらに公権が認められることによって、はじめて公共体としての国家が現実化されるのである。

さらなる詳細は改めて論じることとして、ギールケの都市令論に戻ろう。先に確認したようなアンシュタルト思想の隆盛によって、都市におけるゲノッセンシャフト思想が押しのけられることとなる。領邦高権を行使する評議会も総体の外側からかつ上から官憲として登場し市民を臣民へと格下げする。このようなゲノッセンシャフト思想の衰退の結果、領邦都市においては、ギルドやツンフト制度、評議会制度は硬直し、自由な選挙に代えて互選による欠員補充が、公開主義に代えて秘密主義が現れる。そしてこのような公共体としての都市の衰退とともに、このような都市を作り出していた精神もまた死に絶え、けちな市民根性、利己的な特権の追求、了見の狭いツンフト精神が生き生きとした市民の公共心を今にも絞め殺しそうになっていたとされる(SS, S. 16-17 [邦訳:157-158 頁])。このように都市自治を支える基盤と思想が衰退したため、もはや都市は国家の権限が貸し与えられた存在以外のなにものでもなく、国家のアンシュタルトへと作り替えられることとなる(SS, S. 17 [邦訳:158 頁])。プロイセンにおけるフリードリヒ・ヴィルヘルム I 世による都市改革はまさにこのような都市を国家アンシュタルトの一部として把握する思想の実現であり、この改革によって多くの弊害が取り除かれ、秩序と節度が回復され、下層階級に有利に働いたとされるが、同時にゲノッセンシャフトとしての公共体という思想を永遠に葬り去ったように思わせるものであった(SS, S. 18 [邦訳:159 頁])。しかし、このような状況はほかならぬシュタイン都市令によって改革されたものである、とギールケは述べ、この改革の大胆さを理解するためには当時の状況をより詳細に確認しなければならないとする(Ebenda [邦訳:同頁])。

ギールケによれば、シュタイン都市令が当時において克服すべきであったものは、地方自治に関するフランスの立法であった。革命期フランスの立法は、旧来の市町村に代えて数学的に割り振られた地方単位へと国土と人民 Volk を割り振ることとなる。その結果、農村ゲマインデと都市ゲマインデの区別が完全に廃止されることとなった(SS, S. 18-19 [邦訳:160 頁])。これらのゲマインデにはほぼ無制限の自治権が認められていたにもかかわらず、このような国家公民の機械的分割によっては生きた公共体という思想は達成されず、ナポレオンによる反動を招き、厳格な中央集権としての国家制度を前提とした市町村制度が登場することとなる(SS, S. 19-20 [邦訳:160 頁])。ここでは、都市やコムーネは国家における

純粋な行政区にあわせて整備されることとなる。ゲマインデの頂点には、国家に任命された市長がおり、同じく国家に任命された補佐人の補佐を受ける。審議機関としてゲマインデ議会が存在するが、極端に制限された権限を持つにすぎなかった。またゲマインデ行政はほとんど財政管理でしかなかったが、その上級指導権も県知事が有していた。ゲマインデの予算はまさに国家の財産の一部として把握されていたにすぎなかったのである(SS, S. 20 [邦訳:160-161 頁])。そして、このようなゲマインデ制度がフランスに編入されたドイツの地域において効力を有するという形でドイツに移植されることとなった (SS, S. 20 [邦訳:161 頁])。

ギールケによれば、このようなフランスからの大波に対し、プロイセンの政治家は、みずから行政を担う公共体へと都市を改革する計画を提示したとされる。すなわちフランスの革命的ゲマインデ立法とは反対の立場を取り、農村と都市の歴史的差異を維持し、伝統的な都市団体を破壊せず、所与のものにできるだけ依拠しつつ、特有の都市制度を再建しようとしたとされる。ここでは、都市ゲマインデは、国家の単なる行政機構ではなく、生き生きとした公共体として、国家に対してさえ独立した生計を営むのだとされる(SS, S. 20-21 [邦訳:161-162 頁])。

さて、ギールケはこのような公共体としての都市を基調とする都市令に対して、自然法論がいかなる影響を与えたのか、という点を検討する。まず、ギールケはルソーなどによって代表される通説的自然法論、すなわちフランス型社会契約論が国家絶対主義と個人主義という両極を中心に思考し、主権者としての国家と主権者としての個人の間に存在する中間的統一体に対して攻撃を加えたものであると判断する(SS, S. 21 [邦訳:162 頁])。しかし、ドイツにおいては自然法論は異なった形で現れた。すなわち、ここでは社会体は段階的な一連の社会契約的団体を通じて下から上へと構築され、より小さな団体、とりわけゲマインデに固有の生命が与えられたとされる。ここでは国家はすべての団体を覆う最高の社会契約的団体として理解されたのである。このような立場はヨハネス・アルトジウスによって展開され、ダニエル・ネッテルブラットによってその完成型が見いだされたとされる (SS, S. 21-22 [邦訳:162-163 頁])。

しかし、このようなドイツ型自然法論であっても個人主義を出発点とし、すべての団体を社会契約へと還元し、総体人格を単なる集合的統一へと解釈する理論であることは変わりなく、生き生きとした公共体を把握するには至らなかった。その結果、都市に対する国家のアンシュタルトとしての取り扱いや絶対主義的国家高権システムを変更するに至らなかったとされる(SS, S. 22 [邦訳:163 頁])。

だが、ギールケはこのようなドイツ自然法論がドイツのゲマインデの自由の再生にとって全く無意味であったと考えるわけではない。というのは、このようなドイツ自然法論によって、フランスと異なり、団体に対して理性法的な承認が与えられ、きたるべき有機体論的社会理論の準備がなされたからである(SS, S. 22-23 [邦訳:同頁])。ここでギールケは、ドイツ自然法論とシュタインの間を結ぶ人物としてユストゥス・メーザーを挙げる。ギー



ルケによれば、メーザーは確かに均質化や標準化を目的とする自然法論の敵対者ではあったが、同時に自然法論の影響も受けており、それはメーザーが団体的理念を近代的精神で再生しようと戦い、全生活領域の独立した自律的組織を国家の基礎としようとした点のみならず、自由な結社に対する信頼をしばしば述べた点にも見いだされるところ(SS, S. 23 [邦訳:163-164 頁])。ギールケによれば、シュタインはその歴史観においてこのメーザーを師とし、ゲルマン的ゲノッセンシャフトの再生をまず都市において実現しようと試みたのだとされる(ebend [邦訳:164 頁])。

このようにして、ギールケは都市令の目標を「より自立したよりよい制度を都市に与え、市民的ゲマインデに確固たる結合点を法律を持って形成し、これに公共体の行政に対する活力ある影響力を付与し、この参与を通じて公共心を昂揚し、維持すること」にあるとする(SS, S. 23-24 [邦訳:同頁])。

このような議論に基づき、ギールケは都市令がドイツの過去から継承された部分と、1789年の理念に由来する普遍的・近代的理念との結合であることを指摘する。

まず、ドイツの過去から受け継がれたのは、市民権への正式な加入の承認、閉じた市民資格、市民的宣誓の履行、市民権の古い内容を維持したことであるとされる。このような市民と並んで、依然として居住民は存在したが、市民資格者の中ではすべての階級的差別や特権は廃止された。他方、都市の市議会の位置付けは、このようなドイツの過去とは異なる全く新しい思想世界から生じた理念、すなわち 1789 年の理念から生じた理念に基づいている。かつての身分団体的代表制と意識的に対立させられつつ、近代代表制が実現されたのである。ここでは、階級とツンフトごとに分割されている市民の利害関心が、統一的な市民的公共心によって克服されるべきであるとされる。選挙にあたっては、地区ごとに市民の普通平等選挙がなされ、市民資格者内部の位階 *Ordnung*、ツンフト、団体に即した市会議員選挙は廃止され、選挙権のある市民はすべて選挙に参加し、ツンフト、身分、団体、セクトとは関係なしに、都市ゲマインデの構成員としてのみ選挙するとされる。また、議員はそれぞれの地区の代表者でも、彼らが属していた団体やツンフトの代表者でもなく、市民全体の代表者であるとされる(SS, S. 24-25 [邦訳:164-166 頁])。

ギールケは都市令におけるこれらの条文をフランスの法律を模倣したものであるとするが、しかし、これらの条文は近代代表システムを目指す普遍的な理念の表れにすぎないとするのである(SS, S. 25-27 [邦訳:165-166 頁])。

続けてギールケが、このような近代的な議会像を形作るにあたり、伝統的な法の存続が可能であったのではないか、歴史と縁を切るよりもそちらを優先させるべきではなかったか、という問いに対し、時代の潮流が抗いがたい力によって近代的代表システムへと流れていることを強調していること(SS, S. 27 [邦訳:167 頁])は、ギールケがシュタインの都市改革を単なる復古的なものではなく、近代的な理念に引きつけて解釈していることを改めて示すものであろう。

とはいえ、都市はそれ自体として完全に独立した存在ではない。近代国家思想はゲマイ

ンデをほかの公的団体と同様に国家組織へと組み込むことを要求し、都市令もこの点を念頭に置いている。そのため、都市令は諸都市に対する国家による監督権を放棄することはなかったが、それは以前の後見システムとは相当程度に方向転換したものであり、都市令が国家官庁に認めた監督権はわずかであったとされる(SS, S. 27-28 [邦訳:168 頁])。

さて、ギールケはシュタイン都市令が単なる都市改革、自治体改革に決定的な影響を及ぼしただけではなく、ドイツにおける国家思想そのものにも大きな影響を与えたことを指摘する。

「都市令は、ケルパーシャフト的な自治全般の改革の出発点となった。発展の進み具合はゆっくりであったが、後退することはなかった。しかし、最後には国家のいかなる構成団体においても、公共体がみずから行政を担うという思想が浸透していった。この思想が、農村ゲマインデの改革を規定し、そのほかの諸地域団体、郡、州の組織をもれなく支配し、公法的ゲノッセンシャフトは、若返ったり、新たに形成されることとなり、そこで果てしなく豊かな個々の生命が覚醒させられた。

しかしそれで十分ではない！都市令が火を付けた炎の赤くくすぶる残り火の中で、国家はみずからゲノッセンシャフト的公共体と融合することになった。[……]

かくて絶対主義時代のアンシュタルト的国家は近代のゲノッセンシャフト的な国家へ移行した。世俗の最高の権力の最高の担い手としての国家は、我々にとって生きる公共体である。その力強い統一は、民族の力全体の有機的統合に由来する。国家において民族自身が人格となる。この人格性が内在的総体人格である。この人格は大きな身体全体の構成部分に宿り、それらの構成部分に対しあらゆる献身と義務たる奉仕とを要求する。しかしこの人格は構成部分に対しみずからの不滅の存在に参与する権利を保障しとする。国家権力の最高の諸サービスの行使に際して、選出された民族代表が議決を行うという協力だけでなく、裁判における民間人の協力や、行政における国家的自治が行われる分野でも、民族による国家生活への積極的な多層的参加 **Wiederbeteiligung** が見られるのである」(SS, S. 32-33 [邦訳:172-173 頁])。

ここでは、市民によって構成される都市公共体が国家公共体のモデルとなるべきことや、国家における民族の総体人格の重要性が説かれているのである。人格概念については後述するとして、このような引用文において示されている国家像こそが、本稿第 1 章第 2 節で示したゲノッセンシャフト原理とヘルシャフト原理との結合に基づく「自由な団体制度」の(あくまでも国家論という観点から見たものにすぎないが)内実と見てよいだろう。

『ドイツ団体法』第 1 巻における 19 世紀の領邦国家に関する記述は、「都市令」末尾において示された国家構想と対応していることが確認できる。

「今日のドイツにおいて、かつての領邦身分制原理がなお持続しているのは、わずかな

点においてである。領邦身分制憲法がなお存続しているメクレンブルクやラウエンブルク、あるいはつい最近まで存続していたロイスのような国家を別とすれば、このような原理は、主として、ただプロイセンやザクセンの郡・地区・村団体においてや個々の騎士団体の憲法 *Verfassung* において多かれ少なかれ修正された効力を保持していたにすぎず、したがって確かなに比較的大きな共同体や公的社團といった存在に対しては意義を有しているが、国家という存在そのものに対しては意義を有していない。今世紀の前半分においてなおかなりの程度において、近年の一連の領邦憲法においても残存する身分制思想が代表システムを修正してきたし、修正している。しかし、本来の国家理念はもはやこのような片付けられていない古いものの破片によって規定されているのではなく、このようなものによって廃棄されるのではなく、ただ制限され、形作られるにすぎない、一般的な民族代表という原理によって規定されているのである。

一般的な民族代表という理念は、絶対主義によって定立された一般的かつ平等な臣民たる身分から一般的かつ平等な国家公民への漸進的な転換の表現であった。このことに基づいて、もっぱら積極的で統一的な君主人格において化体する官憲ともっぱら消極的で数多的な民族という概念において純粹に集合的に編成された臣民の集まりへの国家の分解を今世紀初頭において極端な帰結に至るまで実行したライン同盟諸国家は、一般的な臣民身分がいまや一般的な国家公民が生まれ変わらねばならないという思想を、少なくとも名目上の譲歩によって承認しなければならなくなった」(dG 1, S. 822-824)。

さて、ここまでの議論から確認されるべき点は、ギールケの想定する市民権(想定されているのが都市ではなく国家の場合はすぐ上の引用文においてみたように国家公民権と呼ぶ方が適切であるが)は、国家の侵害から身を守る個人としての権利、すなわち基本権とは全く異なる概念である、ということである<sup>205</sup>。このような市民権は、都市なり国家なりが有機的統合であることに由来し、有機的統合に関与する権利、あるいは有機的統合に基づいて行使される権利であり、その目的は(本稿がここまで論じてきた論者、とりわけ『公権論』のゲルバーと同様に)ここでもまた公共体の実現である。このように考えるならば、本稿が何度も見てきたような公共体ないし有機体に基盤を有する客観法の主観化という構造がギールケにおいても見いだされることが、そしてこのような主観法というものは、単なる個人の恣意に権利性を認めるものでは決してなく、——『公権論』におけるゲルバーにおいてほど厳格なものではないとしても——市民資格という前提に権利性を結び付けようと試みているものであることが推測できるだろう。このような推測に対する裏付けはギールケの国法学理論において見いだされるのだが、この点は後述することとして、ここでは「都

<sup>205</sup> 「絶対主義国家が追求した自由と平等は、臣民の自由と平等であった。したがってその内容は消極的なものであり、その確認は消極的なものである。個人的な自由由国家公民的自由を付け加え、臣民の平等を積極的な政治的権利への等しい参与によって増大するような発展は官憲的な国家理念に基づいて実行され得るのではなく、今世紀[19世紀]の新しい国家思想——それは国家を民族へと返還する——によってはじめて開拓されたのである」(dG 1, S. 646)。

市令」論文の検討を続けよう。

最後にギールケは君主の位置付けについて論じる。

「ドイツの君主制の強さは、まさにそれがもはや公共体の上に、そして外に存在するのではなく、ゲノッセンシャフト的国家に対してアンシュタルト的先端 *Spitze* として付け加わる点にあるのである。君主はもはや国家ではなく、また唯一独立かつ直接的な国家機関ではなく、最高次のそして中心的な国家機関であるにすぎない」(SS, S. 34)。

君主(ないし官憲)を国家の外側に置くことを斥けるギールケが、このように君主を国家公共体の内側に置こうとすることは当然であろう。

さて、ここまでで「都市令」論文の概観を終えた。続いて、ここまで確認してきたギールケ法思想および国制論上の問題意識を踏まえる形で、ギールケがいかなる形で「都市令」においてこの問題に対する答えを与えようと試みたかを確認したい。

まず確認すべき点は、「都市令」論文が取り扱っている対象が、『ドイツ団体法』における歴史区分の第4期から第5期への移行期と重なっており、ギールケが追求した「ゲノッセンシャフト的要素の再生」を検討するには、「都市令」がおそらく最良の素材を提供していることである。すなわち、ここまで確認したように、ギールケはプロイセン都市令の意義をギルドやツンフトなどの伝統的団体の解体と、公共心をもち能動的に政治に参加する市民身分の創出に見いだしていた。これまでの記述から、このうち前者すなわち伝統的団体の解体こそヘルシャフト原理の具体的表れであり、後者すなわち市民資格者の創出および市民による政治参加こそが現代におけるゲノッセンシャフト原理の具体的現れだと理解できよう。後者が達成されるためには前者は不可欠の前提をなしており、このような関係こそがギールケのいう「ゲノッセンシャフト的要素の再生」であり、「ヘルシャフトとゲノッセンシャフトの宥和」が有する意義(の一端)である、と理解してよいであろう。さらに確認されるべき点は、ギールケが、ドイツの近代国家は都市令で示されたような都市像をモデルとして構成されるべきである、と考えていた点である。ここではヘルシャフト原理の表現たる絶対的国家と絶対的個人の二極分化が、ゲノッセンシャフト原理の表現たる市民によって担われる公共体としての国家という思想によって克服されることが目標とされているのである。

第一点とも重複するが、第二に確認すべき点は、このような「ゲノッセンシャフト的要素の再生」や「ヘルシャフトとゲノッセンシャフトの宥和」が、ヘルシャフト原理、すなわち絶対主義国家の展開を歴史的にも理論的にも前提としていたことである。「都市令」論文では必ずしも強調されていないことであるが、都市の運営に対して公共心を伴った関心を抱く平等な市民資格者の創出のために前提となる、ツンフトなどによって代表される中世的桎梏からの解放は、絶対主義的な主権国家の存在なくしては不可能であり、このことを強くギールケは自覚していたことは本章第1節第2款で確認したとおりである。つまり、

すでに確認したゲノッセンシャフト原理の実現が、単に中世への回帰によって可能となるとはギールケは考えていない。ギールケにおける市民は、中世的桎梏から解放された自由かつ平等な存在であることが前提とされている。ここでは、ツンフトや身分、団体、セクトといった中世的桎梏はもはや過去のもものとされている。そして、このような中世的桎梏からの解放はまさにヘルシャフト原理の実現である絶対的国家の登場によってはじめて可能となったのであり、ゲルマン的中世にその源を見いだすことはできないのである。

第三に確認すべきことは、この市民概念の内実に関わる。市民は、旧来の都市市民と異なり<sup>206</sup>、その内部において平等である<sup>207</sup>。このような市民間の平等が達成されることにより、いまや市民の間での利害対立を招きかねないツンフト、身分、団体、セクトの政治的性格が認められないという具合に、都市の近代的性格が強調されていることとなる。

第四に確認すべき点は、アンシュタルト的な国家人格概念が、公共体としての国家という思想と決して調和しないことが指摘されている点である。ここでは、国家人格の外に存在するアンシュタルト設定者としての神の意思を体現する官憲が臣民をもっぱら支配すると考えられており、自己統治に基づいて国家を自立的な基盤に据える公共体という思想がアンシュタルト的な国家人格においては表現され得ないことが指摘されているのである。『公権論』におけるゲルバーの最大の目標の一つが「国家を客観的で自立的な基盤の上に据え」(öR, S. 15)る点にあったこと、すなわち国家を単なる君主の支配客体とするのではなく、君主の上位にある独立した公共体として捉えようとしたこと、そのために法人概念は不十分なものであると考えていたことは本稿第 1 章で確認したとおりであるが、ギールケもまた同様に、「都市を自立した公共体という意味で組織化すること」を目的として、都市(ひいては国家)を単なる君主の支配客体として捉えるアンシュタルト的な国家を斥けようとしているのである。また、国家を自立した公共体として捉えることの必然的な帰結として、ゲルバーおよびギールケにおいて君主による国家の客体化が避けられるべきものであると同時に、個々人による国家の客体化(具体的には社会契約論や普通選挙制によって実現されるそれが挙げられる)もまた避けられるべきものだとされていたことも確認しなければならない。すなわち、彼らは、国家を特定の個人(それが君主であれ個々の国民であれ)に服せしめることを斥けたのである。これらの点については、第 3 節でギールケの人格論を検討した後に改めて検討を加えたい。

さて、かくして、ギールケは絶対主義国家の手助けを得つつ展開された自由かつ平等の市民資格者あるいは市民身分層というべき人々によって担われる都市、そしてこのような

<sup>206</sup> 都市令によってはじめて都市市民身分は同権的な国家の身分として国家直属関係に入り、各市民自治体が平等化されたのに加え、市民自体も平等化された(田熊文雄「プロイセン都市条例の制定と都市民——三月前期の都市自治・都市市民・国家市民」(同『近代ドイツの国制と市民——地域・コルポラツィオンと集権国家[増補版]』、御茶の水書房、2006 年、所収)、100 頁)。

<sup>207</sup> 山本洋子「オットー・フォン・ギールケの地方自治論における「市民団(Bürgerschaft)」モデル——「シュタイン都市条例」論を中心に——」(『神奈川大学大学院法学研究論集』No. 7、1997 年、所収)、31-38 頁は市民資格が身分的性格を持ち、同時にその内部では平等であることが要求されることを適切に指摘している。

都市をモデルとした国家を、現代におけるゲノッセンシャフト原理と適合的な都市像あるいは国家像であると考えた。次に問題となるのは、このような国制像がいかなる法思想と結びつくものであったのか、そしてこのような国制像がいかなる形でギールケの国法学において反映されていたのか、という問題である。この点について節を改めて検討していこう。

### 第3節 ギールケの国法学

#### 第1款 ギールケにおける実証主義と自然法論

本節では、ギールケの国法学を検討する。具体的には『根本概念』および「ラーバント書評」といったギールケがみずからの国法学理論を述べた二本の著作を検討することとするが、これらの著作の検討の前に、ギールケの法観念についての検討を行いたい。というのは、すでに「任務」論文の検討の際に確認したが、ギールケは公法が法であることを強調している。そして私法においてのみならず公法においても人間は真性の権利を有するのであり、人間には、一方では団体構成員にふさわしい扱いを受ける権利が、他方では人間は、団体構成員の一員に埋没することはなく個人としての権利が認められるのだという主張こそが——従来ほとんど着目されることはなかったように思うが——ギールケ国法学の中心的テーゼの一つをなしており、この点に着目することなくして、ギールケ国法学を十全に理解することはできないからである。この点をより明確に理解するために、ギールケの国法学理論そのものに入る前に、まずギールケの法観念が雄弁に述べられた「自然法とドイツ法」を検討したい。

ギールケは「自然法とドイツ法」において、まず、みずからの出発点が歴史法学にあることを確認する。ギールケによれば、現代の法哲学的活動によって引き起こされている「法とはなにか」という問題をめぐってなされている錯乱にもかかわらず、ドイツの実定法学は動揺され得ない原理的基礎の上に立っているとされる。すなわち歴史法学という原理的基礎である。ギールケによれば、サヴィニーやアイヒホルン、グリムなどによって法の歴史的性質というものが明らかにされたとき、新しい思弁的体系が提示されたことが意味されたわけではなく、一つの真理が揭示されたのである。歴史法学は法哲学の最終的問題を解決することを試みたのではなく、それを脇に斥けたにすぎないが、歴史法学は、いかなる実定法学であろうとも無視することのできない基盤を創出したのであったとされる(NR, S. 7 [邦訳:第12号346頁])。

ギールケはこのようにみずからの法学の出発点が歴史法学にあることを宣言した後、歴史法学における民族精神論の意義を以下のように説く。すなわち、歴史法学は、民族精神という用語によって、法が少数あるいは多数の個人によって、あるいは悟性の考量によって随意に形成されるものである、という観念を斥けようとする意図を有していたとされる。このようにして、歴史法学はいかに偉大な立法精神であろうと、いかに鋭い法的頭脳であろうと、真に生命力ある法を搜索することはできず、ただ普遍的法意識という深みから個々

の法を発見することができるにすぎないとした。ギールケによれば、このような歴史法学の主張により、現在ならびに過去の実定法すべてに対し、それらは少なくとも概念上はその時々で適切な法理念の表現であると把握されることにより、上位の品級が授けられた。しかし同時に歴史法学は実定法以外の法を承認しないとされる。もちろん、現行法と法理念の要請が衝突するような場合も存在するが、しかし法律や慣習の中でその形を得られなかった場合には、このような法意識は法ではないとされる(NR, S.7-11 [邦訳:346-349 頁])。

ギールケによれば、このような法の歴史的把握に対して、相互に対立するがしばしば相互に接近し合いもする二つの立場が存在するとされる。すなわち、第一の立場は法理念の除去を目的とする実証主義である。この立場は、法を形式的側面からは命令し強制する権力という平明な事実と見るが、実質的側面からは志向され追求される利益と見る。このようにして実証主義は、法にとって不可欠な権力という外面によって法の内面までも説明しようし、法思想の空洞化を図るとされる。ギールケによれば、このような実証主義はみずからを現実主義と称するが、それは畢竟、不毛な唯物論にすぎず、このような立場に対して法理念を擁護することが肝心であるとする(NR, S.11-12 [邦訳:349-350 頁]<sup>208</sup>。

ギールケによるこのような実証主義批判が比較的平明であるのに対し、法の歴史的把握に対抗する第二の立場、すなわち自然法論に対するギールケの批判はやや複雑である。まず、ギールケは法をもっぱら理性からの演繹と捉えようとする誤った観念論たる自然法論に対しては実定法の擁護が肝心であるとする。しかし、今日においてはもはや自然法論は歴史法学によって大部分反駁され、かつての趨勢を誇っておらず、傾聴されることはない、とギールケは述べる(NR, S. 12-13 [邦訳:350-351 頁])。しかし、かつてはそうではなく、自然法論が人間の文化や公共生活に大きな影響を与え、開放的改革や根底的革命を生み出したとされる(NR, S. 13-14 [邦訳:351 頁])。しかし、ギールケによればこのことは自然法論の勝利を意味するわけではなく、単に歴史的な法把握の争い得ぬ正当性についての証拠を提出するにすぎない。というのは、自然法的理念の萌芽は古代ローマ法および中世ゲルマン法という民族的創造物たる実定法に起因するからである(NR, S. 14-16 [邦訳:351-353 頁])。

ここまでの叙述で確認したギールケの立場が、本稿がここまで確認してきたようなゲルバーやラーバントの立場と大きくは異なるものであることは明らかであろう。三者はともに歴史法学の末裔なのである。しかし、ギールケは自然法論の積極的意義をより強く

---

<sup>208</sup> ここでギールケが実証主義と呼ぶ思想は、後世のカテゴリーを用いれば法実証主義の一ヴァリエーションたる法学的自然主義に近いものと考えられる。以下ではこのような思想を指す際、ギールケの表現に倣い、実証主義という用語を用いるが、その内実はほぼ法学的自然主義を指すと本稿は考えている。竹下賢はフランツ・ヴィアッカーを参照しつつ、法学的自然主義を以下のように定義付ける。「ヴィアッカーによれば、法学的自然主義とは「法を超えてあり、自己目的として自己充足的な正義理念に即して正当化するのではなく、超現実の正義に決して関係づけられることのない内在的な現実の手段と目的の産物として」、実定法を正当化する立場である。要するにそれは、考察対象を知覚可能な範囲の内在的な現実に限定し、機械論的な因果関係や活力説的な欲求充足関係として法を説明しようとする立場である」(竹下賢『実証主義の功罪——ドイツ法思想の現代史』(ナカヤニシヤ出版、1995 年)、191 頁)。Wieacker (Anm. 7), S. 558 ff. [邦訳:第 29 章]も参照。

承認する点においてほかの二者とは異なる。すなわち、ギールケは以上のようにみずからの立場を述べた後、自然法とドイツの法生活の関係はいかなるものかという問題に検討を加える。自然法論はローマ法と手を携えて、ドイツ固有の民族法の駆逐に手を貸したように見える。にもかかわらず、自然法は中世ゲルマン法の特徴の核心をなしているのであり、中世ゲルマン法において「まどろんでいる固有の法理念を再喚起」したとされる。すなわち、ギールケによれば、自然法論はゲルマン的法理念を貫徹したのである(NR, S. 16-17 [邦訳:353-354 頁])<sup>209</sup>。では、この自然法的かつゲルマン法的な法理念とはいかなるものであるか。

第一に、国家に対する法の関係が挙げられる。この点につき、自然法論は、国家をもっぱら法の従属的な僕とみたゲルマン的法観念と同様の立場に立つわけではない。というのは、古代的国家概念の助けを借りつつ、中世的桎梏から国家を解放するという点に自然法論の大業の一つがあったからである。しかし、このことにもかかわらず、自然法論によって法理念の独立性が維持された点において、ゲルマン法と自然法の共通性が存在する(NR, S. 26 [邦訳:第 13 号 304 頁])。

第二に、自然法論が平和と法の維持に限定された古きゲルマン的な国家活動の制限を克服し、国家の文化的任務を発見することに寄与しつつも、同時に古代の模範に倣って追求された、ゲルマン的自由や雄々しさとは相容れない教育・福祉国家の形成に対抗したことが挙げられる(NR, S. 26-27 [邦訳:304-305 頁])。

第三の、そして本章にとって最も重要である点は自然法が公法を真の法とするための糸口を与えた点である。ギールケによれば、ゲルマン法には知られていなかった私法と公法の分離を、自然法はローマ的思想を通じて押し進めた。しかし、自然法の役割はそれだけにとどまらない。

---

<sup>209</sup> ギールケはサヴィニーが自然法に反対していることを批判し、自然法がゲルマン法の中に組み込まれていることを主張している(Gierke (Anm. 56), S.15-16)。とはいえ、本文で見たような歴史法学の特徴を自然法論と実証主義をとともに斥ける点にギールケが見いだしていることそれ自体は、サヴィニーの見解を忠実に継承しているといえるだろう。「昔から法の性質の究明に従事してきた人たちの中には、法の理念をなにか独立して存在するものとして取り扱い、現存する現実の状態の中での理念の姿や、この状態への理念の考え方の影響に無頓着であった人が少なくない。しかしながら、自分の学問的な仕事に、現実の法状態に対する一定の関係を与えようと努力した人たちも、その場合しばしば、上述の二つの要素のうちどちらか一方だけを承認することによって法を一面的に取り扱うことになってしまった。すなわち、一方の人たちは、法の内容を偶然的などうでもよいものと理解し、事実そのものを認めることで満足したことによって、そうってしまった。もう一方の人たちは、本当はすべての民族がそれぞれの実定法の代わりにただちに採用するのがよいような、すべての実定法を超越する標準法をたてることによって、そうってしまった。前者の一面性は、法におけるすべてのより高い使命を見誤るのに対し、後者の一面性は、法からおよそすべての生命を奪う。一般的な課題を認めて、それをそれぞれの仕方では解決するのが個々の民族の歴史的課題であると考えれば、どちらの間違った道も避けられるだろう」(SR 1, S. 52-53. [邦訳: 69-70 頁])。ギールケのサヴィニーに対する批判はサヴィニーのプログラムそのものに向けられたものというより、あくまでプログラムの具体的適用に向けられたものであると理解するべきであろう。



「私法と公法の統一が失われることなく、公法もまた十分かつ完全な法であり、部分に対する全体の関係も法的に規制され、裁判上保護されるような法治国家というゲルマン的核心思想が、幾多の暗転の後、今日再び明るみに出るべく強力に戦っているのもまた、自然法論の所業である。国家なき自然状態と市民社会の創立、支配の制定に関する一個あるいは数個の契約を虚構し、その結果公法全体を双面的に拘束する契約関係の意味において構成したところの、あの我々にはきわめて奇異に映る妄想の不滅の功績はこの点に存するのである」(NR, S.27 [邦訳:305 頁])。

本節冒頭でも述べたように、ギールケ公法論の出発点は、公法が真の法であるという点の確認にある。そして、公法が真の法であるということの意味は、後述する点の先取りも含めて述べるならば、部分が全体に埋没せず、全体と部分との関係が全体にのみ権利が認められ、部分には義務しか認めないような支配服従関係であるだけではなく、部分も人格として扱われ、権利が認められ、その権利の侵害に対し、裁判所による保護が認められるような法ということとなる。ギールケが国法学において「法」や「法理念」という言葉を用いる際、このようなことが念頭に置かれていると考えてよい。

第四は、普遍と個別の関係である。自然法論は国家の主権の領域と個人の自由の領域という二つの領域を区別したが、不可侵の個人の権利という思想に本来の活動の場を与えたのは、キリスト教によって深められたゲルマン思想であるとされる(NR, S. 27-28 [邦訳:305-306 頁])。

先に確認したように、法ないし法理念の強調という点において、ギールケは自然法を高く評価する。もちろん、ギールケは、自然法論が採用する自然状態や社会契約論といった人間の思弁的推論能力を重視する傾向に対する反感や、全体を個人に解消しようとする傾向に対する反感を、ほかの歴史法学派と同様、隠すことはない。しかし、このことは、ギールケが自然法論が説く人間生来の権利までもを批判していることを意味するわけではない。ギールケにとっての課題は、自然法的自由を、社会契約論や自然状態論という自然法論的道具立てを用いずにいかにして公法学に取り入れることができるか、というものであったといってもよいだろう。

しかし、ここで注意が必要なのは、必ずしもギールケの議論は明確とはいえないのであるが、一口に自然法的自由の摂取といっても、その方途は大きく二つの点に分かれるという点である。すなわち、一方の方途は、個人を団体構成員として把握せず、団体(もちろん典型は国家)が侵すことのできない個人の自由の領域というものが存在するという点を強調するということである。他方の方途は、個人を団体構成員の一員として把握し、(次款で詳細に確認するように)団体と団体構成員の関係を法的な関係として把握するというものである。前者が自然法論の影響を直接に摂取したものであることは理解しやすいが、しかし後者の方途においては、「都市令」論文の目的があくまでも都市および国家の公共体としての把握であり、個人の自由の確立(確かにそれは市民概念の前提とはされるのであるが)ではな

かったことが示すように、そして本稿の後述の議論が示すように、個人の自由のために要請されているわけではない。自然法論は決して公共体を認識し得ないのであり、ギールケはこのような理由により強く自然法論を批判する。ギールケの自然法論の援用は、この文脈では、全体は個人のために存在するという目的のために用いられているのではなく、個人が全体の中に解消されることはあり得ないということを正当化するために用いられているにすぎない<sup>210</sup>。さて、このように自然法論そのものが、個人と全体のあるべき関係そのものを提示し得ない以上、それに代わるこのあるべき関係を示す概念が必要となる。すなわちそれは有機体概念である。以下では、この有機体概念——それはギールケの自然法論を踏まえれば、当然、個人を全体に埋没させるものではあり得ない——を国法学に取り入れる試みが具体的にはいかなるものであったかを確認したい。

## 第2款 『国法の根本概念』におけるザイデル、クリーケンに対する批判

本款では『根本概念』の検討を通じて、ギールケ国法学理論の特徴を確認したい。さて、『根本概念』におけるギールケのさしあたりの目的は、国家有機体論の意義を明確にし、有機体論に対する批判から有機体論を擁護することである。この目的を達成するため、ギールケは以下の二つのテキストを批判的に検討する。すなわち、マックス・フォン・ザイデル『一般国法学綱要<sup>211</sup>』と、アルベルト・Th・ファン・クリーケン『いわゆる有機体論について——国家概念の歴史によせて<sup>212</sup>』である。これらの著作はそれぞれ、前者は新しい国法概念体系の樹立、後者は有機体論の歴史的叙述とその批判を目的するものであり、その性格は大きく異なる。しかし、ギールケは、この二つの著作、さらにいえばこれらの著作において典型的に現れている近年の国法学理論における共通性を以下のように述べる。

「とりわけ両著作においては国家および法の概念の間に存在する関係についての把握が共通している。両著作にとって、法は国家の創造物以外のなにものでもない。したがって「国家」こそが第一義的な概念であり、「法」は第二義的な概念である」(GSS, S. 21)。

さて、ギールケはこれら二つの著作のさらなる共通点として、両者がともに国家把握の方法として有機体概念を斥けた点をも挙げる。確かに一見したところ、クリーケンがゲルバーにしたがい、国法学の要として国家の人格性を措定したのに対し、ザイデルがこれを

---

<sup>210</sup> このような文脈において、ギールケは「団体 *Korporation* を自由に締結され自由に解消される個人の結社に取り替え」ようと試みるヴィルヘルム・フォン・フンボルトに批判的に言及する(Gierke (Anm. 182), S. 263 [邦訳:188 頁])。フンボルトの結社論については吉永圭『リバタリアニズムの人間観——ヴィルヘルム・フォン・フンボルトに見るドイツ的教養の法哲学的展開』(風行社、2009年)、212頁以下。そこでは「市民より人間」をモットーとするフンボルトにおける随意的に形成される結社像について述べられている。

<sup>211</sup> Max Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, (1873).

<sup>212</sup> Albert TH. Van Krieken, *Ueber die sogenannte organische Staatstheorie: ein Beitrag zur Geschichte des Staatsbegriffs*, (1873).

否定し、国家の法主体性を否定し個々人の権利のみを認めたことは大きな相違であるように思われる。しかしながら、ギールケによればこのような相違は単に外見上のものである。クリーケンのいう国家の人格性は、せいぜい法学的構成のための道具であるにすぎず、国家の内的な生命原理を把握するようなものではない、とギールケは述べる。その意味において、両者の距離は、両者がそれぞれ有機体論に対して有する距離よりもよほど近いのである(Ebenda)。

ここまでの議論から容易に予想がつくようにギールケが擁護したいと考える国家理論の要は、第一に法を国家に従属させない理論であり、第二に(クリーケン流の)国家法人論と異なり、国家の内的生命原理を把握し得る国家有機体論である。したがって以下ではこれらの理論が具体的にいかなるものであるかを確認することとなるが、その前にギールケがザイデルおよびクリーケンの議論の欠陥をどこに見いだしているのかを確認したい。

ギールケによれば、ザイデルの方法論の特徴は純粹に現実主義的な点にある。すなわち、ザイデルは、ただ実在する存在を取り扱うのであり、観念されたものを対象とするわけではない(GSS, S. 22)。このような方法論によれば国家は有機体でも、活力ある一体物でもない。また国家は人格性を有さないどころか、法主体でもない。国家とは最高次の意味によって支配される国土と人々のことである。国家は意思支配の客体である法客体であるにすぎない(GSS, S. 23)。これに対し、法主体となることができるのはただ個々の人間のみであり、国家が一見したところ統一性を保っているように見えたとしても、実際には国家は個人の集合であるにすぎない(Ebenda)。したがって、国家権力の主体も国家それ自体ではなく、自然人たる支配者 *Herrscher* である。このような理論においては支配者と国家の関係は所有者と所有物の関係と同様である。ただし、支配者が一人の自然人である必要はなく、支配者が複数の自然人でもあり得る。また、このような支配者の意思は、通例、利己的に行使されるものではなく、被支配者の全体利益のために行使されるべきものである、とされる(GSS, S. 23-24)。

さて、国家の性質を以上のように理解した場合、国家と法の関係はいかなるものとなるのか。ザイデルは法を「人間の国家における共存を秩序付けるための支配者の意思によって表現される規則の総体」と定義する。すなわち、法は支配者によって表明された意思である。法は国家以前に、あるいは国家の外に存在するわけではなく、国家によって存在する。慣習法もまた支配者の意思の直接の表明であるか、あるいは支配者の承認を通じてはじめて拘束力を得るものにすぎない(GSS, S. 24)。このようにザイデルは法をもっぱら支配者の意思に還元するため、このような支配者の法的な正当性を問うことは無意味であるとされるし、その支配の本性的限界はともかく、法的限界を問うことも無意味であるとされる。というのは、支配者が利己的にあるいは目的に反する形で行動したとしても、それは法に対する違反ではなく、その支配の本性に対する罪を犯しているにすぎないからである(GSS, S. 25)。

さて、ギールケはこのようなザイデルの国家理論は、ザイデル自身が述べるほど新しい

ものではないとする。ザイデルの新しさはせいぜいのところ、それが法理論として表現されたところにあるにすぎない。ギールケによれば、ザイデルの思想は、カール・ルートヴィヒ・フォン・ハラーや、より洗練された形ではホッブズおよびルソーに見いだされる自然主義的な思想の焼き直しにすぎないと厳しく評価され、国法学は今世紀においてこのような思想をすでに克服したとする(GSS, S. 25-26)。

さて、ギールケによればザイデルの概念構造の存否は以下の二点にかかっている。すなわち、第一に国家と支配者の関係をめぐる観点であり、第二に国家と法の間をめぐらる観点である(GSS, S. 26)。まず前者から確認しよう。ギールケによれば、ザイデルのように国家権力の担い手を感覚的に知覚しえる特定の支配者と同一視することは、いまだ成熟していない時代の遺物にすぎない。国家的・法的意識が発展した段階においては、国家は感覚的には知覚できないが、しかし、精神的手段によって現実には *wirklich* 認識し得るとされ、国家は個別存在を越えた人間の類的存在を明らかにする公共体のうち、最も高度で包括的なものであると理解されるべきであるとされる。この国家という公共体の中では、個人はそれ自体として完結した存在としてではなく、全体的存在の中の一構成員として把握される。支配者もまたこの全体の運動を決定付ける公共体のうちの最重要であるかもしれないが、あくまで一構成員であるにすぎないのである。ギールケによれば、このような国家把握は、法学説においては国家の人格性という理論に対応し、このような公共体こそが公法における最高の主体とされるのである(GSS, S. 26-27)。このような観点から、ギールケはザイデルの理論を以下のように批判する。すなわち、国家人格を認識し得ないザイデルの理論においては、憲法の構造に応じて一人の人格(君主制の場合)、あるいは多数(民主制の場合)、少数(貴族制の場合)の諸人格が国家人格の代わりを務め、唯一の国家主体として現れ、あたかも所有物に対する所有者のように、支配客体としての国家に対し国家権力を行使することになる。このことがザイデルの理論に、君主が国家的主体として持つ権利と個人として持つ権利との区別の根拠を異なった目的規定においてしか見いだせないという欠陥や、国家と君主の間の法関係の説明や、国庫と領邦君主の間の法的争議、君主人格の交代の際において国家が有する権利や義務の継続性の説明を行い得ないという欠陥をもたらすのである。その上でギールケはザイデルの国家理論の特徴を君主制の場合には君主が、共和制の場合には参加権を持つ個人のうちの多数者が、法以前にそして法の上にあり、国家の法主体性を吸収し尽くしてしまっている点にあると指摘する (GSS, S. 27-29)。

次に国家と法の間をめぐらる論点においてギールケは、ザイデルが国家は法以前に存在すると考えている点を批判する。ギールケによれば法と国家は相互に独立した存在であり、決して同一物ではない。時代に応じて法と国家のいずれが前面に出るかは異なるが、現代においては、国家と法は人間の共同生活における二つの独立した機能であること、どちらかがどちらかを完全に覆ってしまうことはないこと、どちらかがどちらかの原因と結果ではないことははっきりと認識されていると論じる(GSS, S. 30)。

このような前提に基づき、ギールケは法を国家ないし支配者の意思へと還元するザイデ

ルの議論を以下のように批判する。確かに現代において法は国家的命令 *staatliche Gebote* の形を取ることが多い。しかしこのような場合であっても、国家や支配者の意思が法の究極的な源であるわけではない。ギールケによれば、国家や支配者の意思は民族の生活からもたらされた法意識を表現するという使命を有する機関とされる。法を国家的命令と定義することは、単に法の外面的現象形態を指し示しているにすぎず、法の内奥の本質に触れてはいない。国家は法を発生させる *erzeugen* 機関の中で最も重要なそれであるにすぎず、ほかの組織的な団体 *Verbande* によっても自治法が発生されることもあるし、また慣習法が存在することもあり得る。確かにギールケもこのような自治法や慣習法が明示あるいは黙示の国家の承認や認可なしでは法として現実の効力を有さないことを承認するが、承認や認可それ自体は法の創造ではないとして、自治法や慣習法に法としての性質を認めるのである。法の有するこのような性質を認めないザイデルの議論は現実 *Wirklichkeit* を混乱させるものである、とギールケは批判する(GSS, S. 31-32)。このようなギールケの議論が、一方では、「都市令」において確認した、ケルパーシャフトとしての公共体という観念に、他方では、前款において確認した歴史法学的法観念に基づいた実証主義批判に対応するものであることは明らかであろう。

さて、このように法が国家に尽くされるものではなく、両者が別々の存在であるとするならば、ザイデルが考えるように国家の成立は法にとって無関係な事実であるにすぎないと捉えることはできない。国家を設立する行為は、それが意図的なものであれ自然発生的なものであれ、法的事象として捉えられるべきである(GSS, S. 33)。このような議論に引き続いてなされるギールケの以下の言葉は、ギールケ国法学の本質的特色を示しているといえよう。

「ところで、国家の成立が法的事象であるならば、このことは当然国家における支配の成立についてなお一層あてはまる。つまり国家的支配を構成することは内的国法の問題である。支配者は、法的な[正当な]根拠 *Rechtsgrund* なしに、支配者が力を有しているというだけの理由で支配するわけではなく、不文あるいは成文の憲法 *Staatsverfassung* が彼に支配を行う任務を授けているのである。国家は一つの公共体であり、その内的構造は——法的意義へと埋没し尽くすことは全くないのだが——法に対して、法的な関係および法的に根拠付けられた関係の本質として現れる。国家は一つの全体であり、その構成と編成は法秩序の対象である。したがって頭首 *Haupt* の地位も法の上や外にあるのではなく、中にあるのである」(GSS, S. 34)。

ここまで述べてきたような法と国家の関係をギールケは「法治国 *Rechtsstaat*」という言葉によって要約する。ギールケによれば、ザイデルが理解しているように法治国という言葉を立て憲国家における立法と行政の分離という意味で用いることは不適切である。むしろ法治国とは国家が法の上ではなく、法の中に存在する国家のことを指すとされる。すな

わち、法治国においては、国家が行うその積極的活動全体について法によって制限されており、個人に、私権と同様に権利としての公権が認められ、さらに、公権に司法的保護が認められるような国家である(GSS, S. 36)。

このような議論に続けてギールケはザイデルにおける公法の分類を批判するのであるが(GSS, S. 36 ff.), ここではこれ以上詳細にザイデル批判に立ち入ることはしない。ただし、ザイデルにおける公法と私法の区分に対するギールケの批判は重要であるので確認しておこう。ギールケによれば、ザイデルにおいて公法と私法とは、公法であれば法を作る支配者の意思は普遍的なものを対象とし、私法であれば個人的なものを対象とするという点において区別される。しかしギールケによれば、ザイデルが採用するような法の個人主義的把握方法においては、公法と私法の内的な区別を見いだすことはできない。すなわち、ギールケはザイデルの議論が個別としての人格と、普遍としての人格あるいは普遍の構成員としての人格を区別することができず、人格として存在する普遍とその内的構造を法として把握することができないと批判し、このようなザイデルの公法概念はそもそも法とはいえないとする(GSS, S. 43-44)。このようにギールケはザイデルが適切に公法と私法を区分できないことや、また公法上の諸概念の分類を行う際に私法からの借用を行うこと(GSS, S. 48)を強く批判する。このような批判は後のラーバント論において大規模に展開されることとなるのだが、この点の検討は後述するとして、次にクリーケンに対する批判に移ろう。

ギールケによれば、クリーケンの議論の特徴は当時の国法学における主流の見解に倣って、国家の人格性という原理を国法の法律学的構成の出発点としつつも、国家人格の法的性質の説明のために有機体という概念と用語を利用することを拒絶した点にある(GSS, S. 52-53)。さて、クリーケンはその著「いわゆる有機体論について」において、国家有機体論の歴史を取り扱う(GSS, S. 53)。ギールケはこのような研究が、国家概念の歴史にとって有益な貢献となり得ることを認めるが、クリーケンが有機体論を誤った理論であるとする先入観を有していたため、彼は有機体論的国家把握の真の歴史を叙述することができなかったとする。過去に国家を有機体として把握した見解はあまりにも多様であるゆえこの概念は有用ではないとするクリーケンの議論に対して、ギールケは、クリーケンが有機体論の表層のみしか把握していないと批判する(GSS, S. 53-54)。

ギールケによれば、クリーケンに見られる有機体論の表層的把握の理由は、彼が有機体論の「理論」の歴史、すなわち統一的根本思想の発展、展開、分岐の歴史の記述を試みたのではなく、有機体論を単になんらかの意味で国家を有機的自然物、とりわけ人間と比較するという外的メルクマールを共通に有した理論の総体として把握した点に由来する。ギールケはこのような分類を不適切なものであるとし、クリーケンが有機体論に見いだした混乱は、むしろクリーケン自身が設定した有機体論のメルクマールに起因するとする(GSS, S. 54-55)。

さて、ギールケは改めてクリーケンの有機体論に関する歴史記述の不適切性を強調する。ギールケによれば、このような歴史記述を求めようとするならば、本来、意識的にであれ

無意識的にであれ、有機体というイメージに結び付いているすべての国家構成の駆動力となり、このような国家構成を統一的な根本体系と結び付けているような根本思想が求められなければならない、このような根本思想を発見することなしに有機体論を論ずることはできない(GSS, S. 56-57)。このような観点からギールケはクリーケンによる有機体論の歴史的記述を具体的に批判する。その際、クリーケンは古代、中世、近世、そしてさらに近年の理論を五つのグループに分類する。その上でクリーケンは有機体論に関連して、自然法理論および神学理論について論じている(GSS, S. 57-67)。その詳細について、ここで論じる必要はないと思われるが、以下ではギールケ自身の有機体論理解に関わる、ギールケによるクリーケンの歴史記述の欠陥の説明について一点ほど指摘しておきたい。この論点は、有機体概念について無意識的でありながら実質的に有機体論を説いたとされるアリストテレスに対する評価に関わる。アリストテレスは、国家は自然的統一体であり、その部分に全体が先立つ独自の精神を有した生命体であると評価した。このような思想は、有機体論的国家理論の破壊することのできない基盤であり、それだけに一層クリーケンはこのような基盤を破壊する必要性を感じた、とギールケは論ずる。すなわちクリーケンによれば、国家は人間の行為の成果、すなわち意識的、理性的な人間の意思の産物であるとされるのである。この議論に対するギールケの反論は重要である。ギールケによれば、クリーケンは有機体と自然的産物 *Naturprodukt* を同一の概念であると把握する、という間違いを犯している。ギールケによれば、たとえ国家の存在に関して人間の自由な意思が決定的であったとしても、そのことによって国家が有機体ではないということは証明されないのである(GSS, S. 58)。この有機体と自然的生産物を区別するギールケの議論はクリーケンの有機体論批判に対する最大のモチーフとなっているといえるが、この点についてはすぐ後で触れるとして、ギールケの議論の続きを確認しよう。

さて、クリーケンは有機体概念の歴史的記述に続けて、有機体という概念の国家学における不適切性と法律学および政治的無価値性を論難する。前者についてクリーケンは有機体概念が自然科学にその起源を有していることを確認した上で、このような自然科学的有機体概念の国家への転用が不適切であると説く。すなわち、ダーウィニズム的世界観に基づくならば、有機的、非有機的という区別はなり立たず、植物や動物において見られる特殊な生命原理の利用には不明確性がつきまとうというものである。さらに、それにもかかわらず有機体という概念が転用されるべきであるならば、この概念は養育、運動、増大という意味に限定されるべきであるとする。また、クリーケンは器官 *Organ* という概念を、全体の持続を条件付ける諸機能の行使のためにこの全体を一つの生命の総体へと結び付けるような部分という具合に定義する。その上で、クリーケンはこのような有機体という概念はただ国家に対して比喩のために *vergleichsweise* のみ用いることができるとする。しかし、クリーケンによればこのような比喩は余分であり間違っている。というのは、国家と有機体の間に存在するといえる唯一の共通性は発展可能性のみであるが、このことは有機体概念の借用なしに説明可能であるという理由により余分である。また、国家を有機体で

あると説明することは、この国家の構成員、すなわち器官である人間もまた有機体であることから、一つの対象が同時に有機体であり器官でもあるという誤謬を犯しているとされる(GSS, S. 69-70)。

このような批判に対し、ギールケは国家有機体論と自然的有機体との関係が有するアナロジー的性格はあくまで思考を助けるための便宜であることを強調し、この概念が使われ始めた当初はともかく、現代の法学において有機体概念は独自の意味内容を有していると反論する(GSS, S.70-71)<sup>213</sup>。ギールケによれば、国家の本質について深く考察するならば、国家とは一つのまとまりある統一体であり、その固有の生命は、決してその部分の生命に重なり合わないという理念の認識に至るとされる。この理念からは、以下のような考察が導出される。すなわち、人間や人間の集合とは重なり合わない全体というものを、現実存在するものとして、そして主体として、法において取り扱わなければならないということや、個々の人間をそれ自体として完結した全体としてではなく全体の部分として考察しなければならないということ、全体のある特定の部分や部分の複合体は様々な生命活動の担い手として把握されなければならないということ、そして対等な個人の間を媒介する私法とは異なり、全体の内的生活や全体と部分の関係を規範付けることこそが公法の任務であると把握することである。ギールケによれば、有機体という概念はこのような一連の思考に学問的表現を与えるために用いられたものである。この有機体概念の利用によって、さらに以下のような思考が可能となった。すなわち、人間をその国家への帰属に着目して、公共体の分枝 **Glied** と呼び、個々の国家的活動を共同生活の服務 **Funktion** と呼び、国家の一部を全体が行う特定の機能のために作られた器官 **Organ** と呼び、そのための内的制度の複合体を組織 **Organisation** と呼び、国家が持つ根本をなす生命法則を憲法 **Konstitution, Verfassung** と呼び、そして、複数体における目に見えない統一体を、全体の精神的全体の本質をなし、統一的な意思を備えた国家の人格性 **Persönlichkeit** と呼ぶという思想である。これらの表現は国法学上の述語へと磨き上げられ、その法律学的思想内容はますます正確に規定され、ますます強固に限定されているとされる。これらの表現は、すでに我々の血肉となっているのであって、たとえばザイデルのような反有機体論者でさえ、機関 **Organ** や組織という表現を無頓着に用いているほどである。このように有機体概念が独自の意味内容を有した上で国法学において定着している以上、自然科学が有機体という概念

---

<sup>213</sup> このようなギールケの主張からして、前掲注 176 で挙げたハッテンハウアーのギールケ理解が適切なものではないことは明らかであろう。このような誤解の背景には、ギールケの議論、あるいはナチス以前のドイツ法理論に対し、実際以上にナチス法学の前兆を見いだそうとする戦後ドイツ法学のある一傾向が存在するように思われる。また、ギールケの採用する有機体概念が自然的、生物学的有機体概念と袂を分かっていることを強調するものとして、Hubert Rottleutner, *Biological Metaphors in Legal Thought*, in: Gunther Teubner(ed.), *Autopoietic law : a new approach to law and society*, (1988), pp. 104 ff. [邦訳:フバート・ロットロイトナー、黒木三郎／大橋憲広訳、「法思想における生物学的メタファー」(『比較法学』第25巻第2号、1992年、所収)、8頁以下]、Georg Gurwitsch, *Otto v. Gierke als Rechtsphilosoph*, in: *Logos* 11, (1922), S.99-100. とりわけ後者においては、イエリネックによるギールケの有機体概念批判が、自然的有機体と精神的倫理的有機体概念の混同に基づいていることが適切に指摘されている。



をどう把握しているかという問題は国法学には無関係であり、有機体論的な国家把握は形而上学的あるいは自然科学的な仮説ではなく、国法学における根本思想を表現しているのであるとされる(GSS, S. 71-74)。また、一つの対象が同時に有機体であり器官でもあるということはあり得ないというクリーケンの批判に対しては、そもそもほかならぬ自然科学においてこのような現象は認められており、ダーウィニズム的世界観に依拠しているはずのクリーケンがこのような批判をなすことはおかしい、と反論する(GSS, S. 74-77)。

さて、ギールケはこのように有機体論における自然科学との過度のアナロジーを批判的に取り扱った後、法律学における有機体論の利用は無価値であるというクリーケンの議論に反論する。クリーケンによれば人間は有機体であるから権利と義務を持つのではない。というのは動物や植物は有機体であるがこれらのものを持たないからである。人間が権利と義務を有するのは、それが人格であるからである。同様に仮に国家が有機体であるとしても、有機体であるから権利を持つのではなく、人格であるから権利を有するのである。したがって国法の中心的概念や国法のあらゆる根本教説の法律学的構成にとっての出発点は国家の人格性であり、国家の人格性という理念が認識され、定式化されたならば、国家人格という理念をうっすらと予感させるという国家有機体説がかつて有していた意義は失われる、とされる(GSS, S. 78-79)。ギールケはこのようなクリーケンの議論に対し、それはゲルバーの議論を受け継ぐものであり、空虚な概念形式主義であるとギールケは批判する。そこでは誰が権利や義務を有するのか、という問いに対して、人格であると答え、人格とはなにかという問いに対して、権利能力を有するもの、つまり権利と義務の担い手であると答えるにすぎない(GSS, S. 79)。このようなクリーケンの議論の問題をギールケは以下の点に見る。

「有機体理論が国法を統一的総体人格の内的存在秩序と見るのに対し、彼[クリーケン]自身は国法において、私法においてと同様、孤立した人格間の単なる外的関係の秩序付けを見るにすぎない。そしてこのような国法理論のさらなる検討において、このような理論がまさに個人主義的、機械的なものであり、私法の地平において固定されていることが明らかとなる」(GSS, S. 80-81)。

すぐ後に見るようにギールケもまた国家の人格性をクリーケンと同様に強調するのだが、ギールケによれば国家の人格性を説くだけでは国家という総体人格の内部関係が法的に規律されるわけではないのである。このような議論は、ギールケ国法学思想の根幹をなす箇所の一つなのであるが、ゲルバーやラーバントの人格概念を検討してきた本稿にとっては、(ギールケ自身がゲルバーを批判しているにもかかわらず)理解しやすい箇所である。すなわち、単なる権利義務の主体たる(私法的)人格を国家へと適用するだけでは、君主や議会のような(全体のために活動する)国家機関を国家の中へ埋め込むことは決してできない。『綱要』のゲルバーやラーバントは、このような前提に基づき、一方では国家を人格として把握し

つつも、他方で国家を客観的な存在として、つまり有機体や法秩序として把握していた。ここでギールケがなしている議論も同様のものであり、したがって国家有機体論なしの、敷衍すれば客観的国家論なしの国家人格論はあり得ないと論じていると理解できるだろう。さもないと、君主や議会を国家というより高次の存在に埋め込むという、国家有機体論および国家法人論が有していた初発の課題を達成することができなくなるのである。

最後に、ギールケはクリーケンによる有機体論の論難が必然的に、個人主義的な契約理論の意味において国家を利己主義的な目的を達成するための単なる手段と見なすことにならざるを得ないこと、そして国家の解消と社会のアトム化へと至らざるを得ないことを指摘する(GSS, S. 85)。このような議論の趣旨はもはや明らかであろう。ゲルバーは『公権論』において国家を君主の私権の対象として把握する家産国家論を、有機体論を採用することにより斥けていた。有機体論が消滅すれば、このような家産国家論あるいはそれに類似した個人主義的な国家論(たとえば社会契約論)へと、すなわち国家をなんらかの意味で個人が有する私的な権利へと還元する国家論へと回帰するのは必然であるからである。

さて、ここまででギールケによるザイデルおよびクリーケンに対する個別的批判を確認し終えた。さらに本稿にとって興味深いのは、ギールケがザイデルおよびクリーケンをゲルバーの精神的子どもたち *Geisteskinder* と位置付けていることである。すなわち、彼らはゲルバーにおける形式主義的要素を継承したとされるのである(GSS, S. 85-86)。ここでなされているギールケのゲルバー批判の骨子を多少敷衍した形でまとめるならば以下になるだろう。すなわち、ゲルバーにおける形式主義は国家人格をもつばら権利および義務の担い手と把握せしめた。このことは、国家と個人の関係が「私法においてと同様、孤立した人格間の単なる外的関係」を意味するにすぎないことになる。このような把握方法は、つまるところ、家産国家論や社会契約論と同様に、国家を個人的目的の手段と見ることにならざるを得ず、結果として国家の解体を招くことになる、と。

もちろん、ゲルバー自身は本稿第 1 章において確認したように、そもそも国家人格概念を採用していなかった『公権論』段階はもとより、『綱要』段階においても、国家の意義をもつばら権利および義務の担い手という意味に縮減して理解していない。確かにゲルバーにとって国家人格概念は権利および義務の担い手、すなわち法主体という意味を有するのであるが、それと同時に君主を国家の機関として把握する国家の有機体的、公共体的把握も残存しているのであり、ゲルバーにとって国家は権利および義務の担い手にすぎないわけではない。ギールケ自身もこの点につき、ゲルバーは有機的国家思想を「法律学的には無価値であるが、国家の自然的・政治的考察には一定の価値を有し得る」と考えていたと述べている(GSS, S. 84)ように、一定の程度で認めているはずである。にもかかわらず、ギールケによれば、ゲルバーの方向性を、有機体論を放棄するという方向で突き詰めたザイデルやクリーケンにおいては、このような有機体思想は捨て去られ、一方ではハーラーの家産国家論へと逆戻りし、他方では国家の解消と社会のアトム化へと至ることとなる。このような理解によっては国家の公共体としての把握も不可能となるとされるのである。

ここで「根本概念」の冒頭において、ギールケが法と国家の分離を強調していたことを思い出そう。本稿がここまで確認してきた、国家の客観的側面（有機体あるいは法秩序、客観法）と国家の主観的側面（国家人格、主観法）の関係がこの法と国家の分離に対応することはいまや明らかであろう。ギールケから見るならば、ザイデルやクリーケンの議論は、国家をもつばら国家の主観的側面からのみ分析しているゆえに不十分であるのである。とりわけザイデルの議論において明白であるのだが、ここではもはや法は国家の単なる創造物にすぎず、そこにおいてはその国家ももはや権力（権利）主体という主観的側面に特化し、国家人格という外皮さえも脱ぎ捨て、特定の支配者という現実的存在のみが存在するにすぎない。いうならば、ザイデルやクリーケンの議論は、（実証主義型）国家法人論のなれの果てとでもいうべきものとなっているのである<sup>214</sup>。

ギールケと実証主義国法学とのさらなる比較は本節第 4 款で取り上げるラーバント論において再び取り上げることとして、ここまでの議論を法理念という観点からも確認しておこう。ギールケのザイデル批判、すなわち法を支配者の意思に還元しようとするザイデルに対するギールケの議論が本節第一款で確認した自然法論あるいは法理念の擁護という立場からなされていることは明らかであるように思われる。つまりザイデル批判の際に示さ

---

<sup>214</sup> この点に関連して興味深いのは、赤坂正浩「国家法人説とベッケンフェルデのアンシュタルト国家論」（『日本法学』第 73 巻第 2 号、2007 年、所収）による指摘である。赤坂は、「国家法人説は、それぞれ主権者の地位を要求する君主と人民の上位に国家を置き、[……]国家をその設置者から切り離して独立の人格として構成し、本来、国家の設置者であり主権者であるはずの人民を、法人としての国家の機関の地位に局限する。[……]国民主権原理に立脚する民主国家においては、人民は国家組織の出発点であり主人であるはずであるから、国家法人説はドイツ基本法上の人民の地位と合致しない」（前掲 387-388 頁）のであり「ドイツ基本法の下では、人民は国家の外部に存在し、国家というアンシュタルトを管理し、利用する国家アンシュタルトの主人の地位を与えられている」（前掲 398 頁）と考えるべきであるとするベッケンフェルデ（Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Organ, Organisation, juristische Person*, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), *Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag*, (1973)) の議論を紹介しつつ、「社团性の否定という意味でのアンシュタルト国家論は、君主にあらざる人民の家産国家論ではないのか」という（本稿から見て、きわめて正当な）疑問を提示している（赤坂前掲 400 頁）。ギールケの枠組みにしたがえば、ベッケンフェルデの議論はいわばザイデルと同型の議論であり、一見、国家法人論を批判しつつも、実際には国家の主観的側面に特化する（実証主義型）国家法人論のなれの果てということになるだろう。

もちろん、実際にベッケンフェルデが家産国家論に逆戻りしているかどうかはまた別の問題である。カール・シュミットと同時にヘルマン・ヘラーにも強い影響を受けたベッケンフェルデの議論は、赤坂自身も指摘しているように（赤坂前掲 406 頁注 44）、もっと複雑であるが（たとえば E.-W. ベッケンフェルデ、松本和彦訳「国民の憲法制定権力——憲法の限界概念」（E.-W. ベッケンフェルデ、初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』、風行社、1999 年、所収）、180 頁以下を参照）、この問題を検討することは本稿の課題を越えるものであり、その検討は、シュミットの国家論やオットー・マイヤーのアンシュタルト国家論（Otto Mayer, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in: *Staatsrechtliche abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten jahrestage der doktor-promotion*, (1908). マイヤーの国家法人論批判についてはさしあたり Uhlenbrock (Anm. 41), S. 98-99 や山本敬生「オットー・マイヤーの国家観」（『鹿児島県立短期大学商経論叢』第 54 号、2004 年、所収）、81-83 頁を参照）の検討とあわせて、他日を期したい。

れた「国家」と「法」の対比は第一款で確認した、裸の力を法のメルクマールとする実証主義と、法理念を法のメルクマールとする自然法論という対比にも対応しているのである。

これに対し、クリーケンに対する批判は、この法理念の公法における実現形態に関係する。本章第一節で確認したように、ギールケが擁護する公法像は団体と団体の構成員相互に権利義務関係をもたらしような公法像である。しかしクリーケンによる有機体論批判を前提とするならば、国家は個人主義的あるいは機械的に把握され、このような団体構成員の権利義務関係を記述することは不可能となる、とギールケは考えているのである。

したがって、ギールケの求める「国法の根本概念」は法理念を適切に把握しつつ、それに対応して公法と私法の区別を適切に把握し得るような、そして有機体概念に対応した法概念ということとなるだろう。以下ではこの点に注目しつつギールケの議論を再び追いかけることとしよう。

### 第3款 『国法の根本概念』におけるギールケ国法理論

ギールケによれば、国法の法学的形成と明確化という課題の解決のための手段は、数百年の間に深く掘り求められた構造を通じて達成されるのであり、このような方法によって得られた思考を法律学的に作り上げることによって、国法の根本概念へと達することができる（GSS, S. 87）。

ところで、国家の把握方法としては二つの極端な方向性が存在する。すなわち普遍性という現実から出発し、国法における法の否定へと向かう方向性と、個人という現実から出発し、国家概念の破壊へと向かう方向性である。ギールケによれば、現代の学問にとっての確固とした基礎は、この二つの方向性を高次の統一へともたらしことにほかならない（GSS, S. 88）。続いてこの二つの方向性を順次確認しよう。

まず前者の方向性は、古典古代世界を支配していた思想であり、古典古代理念の再活性化とともに現代の哲学、法学そして政治学においても唱えられるようになった思想である。この思想によれば、人間はただ国家のためにのみ存在する。ただ普遍のみがこのような思想を現実化するのであり、個人はこのような普遍のために存在するにすぎない。このような思想は法律学においては、統一的であるだけでなくすべてを包含する国家人格として現れ、したがってここでは国家において統合される個人の人格性というものが考えられているわけではない。個人に人格が認められることもあり得るが、しかしこのことは個人に国家的領域から完全に隔離された個人主義的関係の圏が認められることを意味しているにすぎない。したがって、このような思想において人格間の共同生活から発生する意思関係の秩序付けという任務を果たすはずの法は、国家の内的方向付けを行うことは全くない。というのは、国家から自由な個人の領域に関してのみ、意思領域を相互に限界付ける必要のある複数の人格というものが存在するにすぎないからである。このような思想においては、唯一の主権的意思がみずから自身のために意思表示を行うのであり、国家的存在の秩序は、私法とは区別された特殊な性格を帯びることとなる。そして、このような思想にお

いては、公法は私法と異なり、法たるメルクマールを有さない。統一的人格と非独立の構成員の間には、そして原因たる全体と作用たる部分の間には決して意思関係の相互性というものが存在し得ないからである(GSS, S. 88-89)。

これに対してもう一つの方向性、すなわち個人主義的な国家理解は中世におけるゲルマン法思想や自然法論において見られるものである。このような方向性は、国家を人間、個人のために存在するにすぎないと考える。国家は、すべてのあるいは多数の個人の共同的、あるいは個人的利益を、統合された力によってよりよく実現するための手段にすぎない。このような思想においては、個人は国家以前に存在することとなる。このような思想によれば法学においては国家を構成する個人のみが固有の人格を備えることとなり、国家それ自体は決して人格ではなく、個々の人格の集合であるにすぎない。合目的性の観点から国家に人格が付与されることはあり得るが、しかしこの場合でも国家に固有の人格が認められるわけではなく、技術的・形式的目的のための擬制として認められるにすぎない。このような方向性においては、国法は私法と同一の性質のものとして取り扱われ、国家固有の存在意義は失われることとなる(GSS, S. 89-91)。ギールケはこのように両極端な思想を記述した上で、この両方向性に統一をもたらすことこそが、古代や中世と区別された近代の国家生活の内的核心であると述べる(GSS, S. 92)。

続いてギールケは、歴史的に確固とした事実を見るならば、どこでも、そしていつの時代においても人間には二つの性質が存在することを指摘する。すなわち、個人 *Individuum* としての性質(特殊)と類的団体の構成員 *Glied eines Gattungsverbandes* としての性質(普遍)である。ギールケによれば人間はいずれの性質を欠いたとしても人間であることはできない。したがって、人類 *Menschheit* が有する任務は、特殊性と普遍性という二つの要素に調和をもたらす点にある(GSS, S. 92-93)。このような観点からギールケは個人のみならず個人から構成される団体にも、単なる個人の集合とは区別された独立した一個の全体としての実在性を認める(GSS, S. 93-94)。

さて、ギールケは人間社会には無数の団体が併存していることを指摘した後(GSS, S. 94-96)、そのような団体の中でも特別な地位にある存在として国家を挙げる。ギールケによれば「国家的 *staatlich*」結合の本質は、この結合が普遍的意思の力強い実現を内容とする点にある(GSS, S. 96)。続けてギールケは国家の成立について、それが個々人の創造的行為に基づくのではなく、個々人において活動している社会的諸力の必然的産物であることを指摘する(GSS, S. 97)。ギールケは、さらに国家の本質を考察するならば、それが独自かつ実在する存在であることが判明すると述べる。ギールケによれば、国家はその構成員の生命とは区別された統一された総体生命であるとされる(GSS, S. 98)。

しかしこのような議論にもかかわらず、ギールケが、人間という存在は類的生命に吸収されず、同時に人間それ自体が目的であることをも指摘し、国家に対して原初的存在たる個人、すなわちみずから自身のために存在し、みずから自身の中で目的を担う存在が承認されなければならないとする。

「したがって、ただその存在の一部についてのみ、個々の人間は国家に対し構成員 *Glied* として帰属する。その存在の残された内容は国家的共同生活に完全に触れられないままであり、自由な個人性という素材を形成する。したがって、国家的存在と個人的存在は二つの相互に独立した生活領域として存在するのだが、それにもかかわらずそのうちのいずれかの一方なくしては他方は存在し得ないし、いずれも他方をみずからの補充として指し示す。それにもかかわらず、両領域は最も近い目的をみずから自身の中に持つのであるが」(GSS, S. 99)。

国家は普遍性であるが、人間の普遍性それ自体ではないことをもギールケは続けて強調する。国家が形成するものは、人間の類的性活の重要ではあるが、しかし一つの側面にすぎない。国家は唯一かつ統一的な民族の政治的機関である、という理念に国家がいくら接近しようとも、自然のおよび政治的な民族という概念が国家に覆い尽くされることはない。さらに、民族の生活統一は、政治的共同体についてもそのほかの共同体についても最重要な中心点(おそらくギールケはここで国家を念頭に置いているのだろう)を形成するが、この最重要な中心点が、唯一、自然的に所与である中心点であるというわけではない。むしろ民族的統一の下には部族や自治体、家族が存在するのであり、民族的統一の上には文化的民族からなる国際的共同体が存在し、さらには特殊な生活圏を備えた人間の社会的存在として人類というカテゴリーが存在するのである。そしてこのような団体が政治的組織に対応するかぎりでは、一方では国家に対し自治権を有し、他方においては国家と同様、その自然的対応物から疎外されるのである。しかしながら、統一的権力関係が問題となる場面においては、国家以外の諸団体は国家に対し特殊な団体となり、それらの団体が持つ力が国家の権力領域という最終的な審級の中で、分類され、従属させられる。このようにして国家以外への存在はその政治的生活要素に関しては、その最終的な目的規定と決定的な限界を主権的存在たる国家の下で見いだすとされる (GSS, S. 99-101)。

ギールケはこのように国家の一般的特徴を述べた後に、国法の性格について叙述する (GSS, S. 101)。ギールケによれば、法の本質は「人間共同体の範囲内における外的意思支配を肯定し、限界付ける」点にあるとされる。複数の意思がみずからを実現しようとするならば、即座にこのような法秩序が必要とされる。ところでこのように人間の意思を規律しようとする規範としては法のほかにも道徳が存在する。しかし、道徳は意思をただ内的にのみ規律することを目的とするのであり、人間が有する自分自身の精神的本性とみずからの意思との調和をもたらそうとするにすぎない。しかし、社会的な生活は同時に存在する意思を外的に制約する規範なしには存在し得ないため、法が必要とされる。このような理由から、法には客観的側面と主観的側面が存在する。前者において法は規範として現れ、後者において法は権限および義務として現れる。規範としての法は、法の前に存在する意思に対する外的支配秩序である。主観法としての法は意思自由の外的な実現であるのだが、

この実現に対しては権限によって活動の領域が開かれ、義務によって拘束の領域が負われる(GSS, S. 102)。

続いてギールケは法と国家の関係について述べる。すでに確認したように、ギールケにとって法と国家は別の存在であるが、それと同時に、いずれの存在も他方の存在なくして完成することはない(GSS, S. 103)。法はそれ自体としては社会的存在による共同意識であるが、このような意識が法命題として外的な存在へと高められるためには、共通の要求 *Anspruch* によって具体化される必要がある。現代ではこのような具体化の最も代表的な手法は国家による実定法化であるが、教会や家族、自治体といった社会的有機体によっても実定法化がなされることもあるし、形式化されていない法形成、すなわち慣習法も存在し得る(GSS, S. 103-104)。

ギールケによれば、国家的生活と法的生活は人間の生活のうちのそれぞれ独立した異なった側面であるとされる。国家はみずからの内的力を文化的使命の実行へと至らしめるために法的思考の介添えを必要とする。国家がむき出しの力として現れるならばすべての政治的生活は専制へと到ることになる。これに対し、法もまた人間の秩序付けられた共同生活という目的を達成するためには国家の手助けを必要とする。この目的は、国際法がそうであるように国家の保護なくしては完全に達成されることがないからである(GSS, S. 105-106)。国家と法が果たすべき任務も同一ではない。国家はすべての社会的領域において人間の共同体的目的を積極的に促進するが、法はただ個人的・共同体的目的の自由な追求がなされる領域を限界付けるのである。しかしながら、国家の任務の本質的側面は法において存在し、法の任務の本質的側面は国家において存在する。というのは、法を成立させ保護することは必然的に国家の任務であり、他方、内的国家生活を秩序付け、貫徹することは法の任務であるからである。法と国家の関係は歴史的にみれば移り変わりゆくものであり、たとえばゲルマン的中世においては、国家は法の産物であり手段であると考えられていた。現代では逆に法は国家目的を実現するための便宜であると捉えられている。しかし、いずれにせよこのような一面的把握は現代の生活によって原理的に克服されたのであり、国家思想と法思想が相互に独立した存在であると観念されている。現代の国家は法の保護にその役割を限界付けられず、人間の共同体の完成をあらゆる側面にわたって追求するという意味で文化国家であるが、同時に国家は法の外にあるのではなく、法の中にあり、国家は法秩序をみずからの規範および制約として認識するという点において法治国家でもある(GSS, S. 106-107)。

このような法概念と国家概念との間の相互連関の下での区別は、先に見た人間の共同生活の二側面とも関係する。すなわち、国家概念を法概念から導出するならば人間の共同生活の普遍的把握に結び付き、法概念を国家概念から導出するならば個人主義的把握に結び付くという具合にいずれにしても一面的把握につながるからである。さらに、ギールケはこのような一面的把握は、現代にふさわしくなく、すでに克服された時代(ギールケは明示的に述べていないが、ここまでの叙述から国家概念を法概念から導出するならば中世、法

概念を国家概念から導出するならば古代となるだろう)に属するものであるとする。したがって、ギールケによれば、現代にふさわしい基礎となるものは、個人と全体のそれぞれ独立した権利から出発し、国家概念と法概念を、相互独立的に、人間という存在においてそれぞれ独自の根拠を導出することであるとされる(GSS, S. 107-108)。

さて、ギールケは公法の位置付けもこのような人間の二側面に対応するとする。先に確認したように、ギールケにとって法とは意思領域の規範付けであるのだが、先に確認した人間の二重の性格からして、人間の意思には、個体の意思と共同の意思との二種類の意思が存在する。私法は前者に関わり、個々人の意思自由を限界付けるが、公法は後者に関わり、共同の意思領域を秩序付ける(GSS, S. 108)。しかし、両法領域の根本概念は共通する。すなわち、両法領域において人格という共通の概念があらゆる主観法の中心点をなすのである(Ebenda)。とはいえ、人格は公法と私法においてそれぞれ異なった性質を有さなくてはならない。私法は人格を取り扱う際、個体、すなわちそれ自身において完結し、みずからによって決定を行う個別的な存在であるという性質を抽出する。このような性質は、とりわけ個々の人間において見いだされるのだが、共同的存在や国家も個別的な存在としての性質を持ち得る。このような個体は、確かにほかの個体と全く関係を持たない孤立したアトムではないが、しかし個人相互の関係は完結した生活統一体同士の機械的な結合であるにすぎない。彼らの法律上の権限や拘束というものは、全体への帰属から流出して現れるわけではなく、その個人的領域を相互に制限しているにすぎない。私法においては、主観的自由の概念が基礎をなすのであり、主観的な権利という概念が主であり、客観的な規範が従をなすのである(GSS, S. 110)。

これに対し、公法は人格を取り扱う際、共同生活へと向けられた側面を抽出する。公法にとって、人格として承認される団体は個体として把握されるのではなく、個体に対して優越する普遍性として把握され、個々の人間は普遍性の構成員として把握される。私法における、それ自身において完結した意思統一体の併存という世界の代わりに、公法は共同的存在の世界を構成する。この世界においては、意思ははじめから有機的な関係によってほかの意思と結び付けられている。公法においては、必然性の原理が機能しているのであり、主観法に対して客観法が前面に現れることとなる(GSS, S. 110-111)。

さて、ここまでの議論においては、用語法や強調点はもちろん異なるが、ゲルバーやラーバントとギールケの間には、ある一点を除いて議論の大きな相違は存在しないといえよう。ギールケにおける法と国家は、ゲルバーにおける国家有機体ないしラーバントの法秩序と国家人格の関係に対応するといえるだろう。確かにラーバントは、国家人格と国家有機体論(あるいは法秩序)の関係を観点の相違という具合に説明し、同一の存在の裏表と説明しており、これに対してギールケは法と国家が独立の存在である、と述べる点に相違が見いだされるように思われる。しかし両者の議論の趣旨は、法(あるいは国家有機体ないし法秩序)と国家(あるいは国家人格)が、相互に還元され得ない存在であるという点を指摘することであり、この点については両者にさしたる相違はない(とはいえ、ギールケはラーバン



トらよりも、より強く国家と法の相互分離を強調しているように思われ、その点は次款で明確となるのだが)。しかし、両者の間で、かなり大きな相違をもたらす点が一点存在する。すなわち人格概念の相違である。この点に注目しつつ、ギールケの議論をもう少し確認することとしよう。

さて、先に確認したような私法と公法の対立は相対的なものであり、ある団体が一定の範囲において共同体的性格を有しているであると認められることはあるとしても、その内的生活領域の外においては私法上の意味しか有していないということもある。つまりある団体が普遍的性質を有していたとしても、その団体を包み込む全法領域との関係ではあくまで個体として把握されるのである(GSS, S. 112)。しかし、このような相対化にかかわらない公法も存在する。すなわち国法である。国法は国家を普遍性であると把握し、すべての個人および団体をその構成員であると把握する。このような意味で国家は主権的公共体として捉えられる。しかし他方、国法は公的な団体法のなかで最も重要ではあるが、あくまでこのような団体法の一部であるとされる。したがって、国法はほかの団体法と同様の性格を有するとされる(GSS, S. 113)。

このような前提からして、私法と公法は人格についてそれぞれ異なった扱いを行う。私法において人格はそれ自体として完結した、外部に対してみずから自身に依拠するような意思領域の中心点としてのそれぞれの意思の担い手において個別人格を設定する。これに対し公法の場合は異なる。国法の場合は国家人格が、団体法の場合は団体人格がみずからの人格を総体人格へと転換するという性質を有する。国家、あるいは団体が公法上の人格であるということは、それが人格の総体に内在する統一であり、独立した個的存在から統合される総体的存在であり、数多性の中で生きる全体であることを意味する。このことに対応して、公法は個々の個人、団体の人格を総体団体の内の構成員人格へと転換する。公法はこのような人格に対し、全体の内の生き生きとした構成員として、総体人格へと結び付いた部分的存在として固有の、しかし全体への帰属によって条件付けられた人格を承認するのである。このようにして団体の中の全体も部分もともに相互に権利と義務を有する(GSS, S. 115-116)。

国家やそのほかの団体が法的に秩序付けられた総体的存在であるならば、このような存在を設立し、変更し、廃止する事象も法的な事象ということとなる。このような法的な事象を把握するためには、私法のアナロジーを用いることは不適切であり、構成的 *konstitutiv* 法事象という概念が必要とされる。この概念の本質は、私法がそうであるように意思の拘束ではなく、意思の組織化であり、契約や任意の処分といった私法的事象とは関わりを持たない(GSS, S.116-117)。

公法秩序は、公共体という団体 *Körper* を構成する要素を確定し、限界付けるためにさらに一連の固有の法概念を必要とする。すなわち総体人格の同一性のために本質的な要素たる基体 *Substrat* という概念であり、この基体は、交替・増大・減少する個々の部分とは区別されるのである(GSS, S. 117)。このような基体に属するものとしてギールケはまず領土

を挙げるが(GSS, S. 117-118)、このような基体としてより重要であるのは複数の人格 *Personenvielheit* であり、このことによって公法はこの総体への人格的帰属を規範付けすることができるか、そしてどの程度規範付けするのか、という問題が生じることになる。その際、国法は、とりわけ民族という概念を措定する。ここにおいてまず外的関係において民族への帰属が確定され、境界付けられる。第二に、国家帰属 *Staatsangehörigkeit* によって国家有機体に編入される人格の部分と、自由な人格(それは個人という形を取ることもあるし、国家以外の団体の構成員という形を取ることもある)の部分の間の境界が引かれる。後者の場合は、個人あるいは団体に対して、個人的、あるいは団体的基本権あるいは自由権という国家によって侵害されることのない法領域が保障されるのである(GSS, S. 118)。ギールケはこの国家帰属を以下のように説明する。

「この国家帰属は、ほかの団体への帰属と同様、このような基礎に基づいて固有の性質を有した・法的に獲得され、付与されるべき、人格的な権利である。この権利の一般的な内容は、国家の総体人格の範囲内における構成員としての地位 *gliedmässige Stellung* である。このような概念内容によっていかなる個別的権利および義務が与えられるかは、実定法によって様々に定められている。国家帰属の概念においてただ、国家という全体への消極的関与のみが定められているとする把握が存在するところでは、臣民という概念が存在する。これに対し、国家という団体における積極的な構成員資格 *Mitgliedschaft* が国家帰属の中に見いだされるならば、この構成員資格は国家公民権 *Staatsbürgerrecht* の高みに達する<sup>215</sup>」(GSS, S. 118-119)。

このように、人格の総体という概念は、国家団体を等しいアトムの間の集合として構成するのではなく、具体的な国法上の編成において *in einer bestimmten staatsrechtlichen Gliederung* 構成する。このような編成は、いかなる国家においても欠けることはないが、様々な形で形成され得るのである(GSS, S. 119)。

さて、この国法上の編成が先に確認した臣民概念で発展した場合には、国家帰属は支配者と被支配者という厳格に区別された身分関係へと陥る。その際、支配者こそが国家的生命の唯一の担い手と目されるのであり、被支配者は領土と同様に、単なる支配の対象たる実質と考えられることとなる。これに対し、国家公民の概念が発展するならば、もっぱら支配する国家構成員、もっぱら支配される構成員は存在し得ないので、このような厳格な区別は存在しない(GSS, S. 119-120)。国家公民に基づいて構成される編成とは具体的にいかなるものであるか、いかにあるべきとギールケが考えているのかについてはここで具体的に述べられてはいないが、本章第 2 節で確認したように、都市が国家のモデルとなるべ

<sup>215</sup> 消極的構成員と積極的構成員という理論的区別は、『ドイツ団体法』第 1 巻において述べられている、19 世紀のゲマインデにおいて見いだされる消極的市民と積極的市民という区別に対応すると考えてよいだろう。前者はゲマインデに対する公的関与を行わない市民であり、後者はいわゆる市民権やゲマインデ権を取得した市民である(dG 1, S. 722-724)。

きとギールケにおいて考えられていることを踏まえるならば、おそらく市民資格者の概念を基礎としたものと考えてよいであろう。

このような議論に引き続き、ギールケは国家団体における卓越した地位、つまり君主を認めることがこのような民族全体において生き生きとした有機体という国家の把握方法と矛盾しないことを強調する(GSS, S. 120-121)。この点については「都市令」論文を検討した際に確認したとおりである。また、君主だけが特別な地位を有しているわけではなく、性別、年齢、家柄、宗教、精神的な能力、職業、身分、所有やそのほか様々な要素が国法上の身分あるいは集団を形成するための基礎となっていることをギールケは指摘し(GSS, S. 121)<sup>216</sup>、その中でも重要なものとして、国家団体のコルポラティブな編成を挙げる。ここでギールケは諸々のケルパーシャフトに国家と国家公民を媒介する中間有機体、すなわちより狭い公共体としての法的意義を与える。ギールケによれば、ケルパーシャフトにはそれ自体として公共体であるという意義と、国家の構成部分であるという二つの意義がある。このように国家という人格の中にそれ自体公法的意義を有した団体が承認されること、つまり国家団体のコルポラティブな編成こそが、私法と区別された国家の特徴にとって本質的要素であるとされるのである(GSS, S. 122-123)。

ここまでは国家がその構成員から成立することを確認してきた。ギールケは、このことによって国家の内的存在の秩序付けに関する課題の半面、すなわち数多性という側面が確認されたとする。これに対して残る半面は、組織 *Organisation* の問題、すなわち統一性を確認するという課題となる。この課題は、憲法 *Verfassung, Konstitution* という規範によって達成される (GSS, S. 123)。国法はこのような憲法という概念を団体法と共有しており、このような概念もまた私法とのアナロジーによっては説明のつかない概念であるとされる。

「私法は個体における意思統一の存立を秩序付けるという必要性も可能性も有さない。また、私法は、個体の個々の意思行為において、諸要因の複数性から統一的な結果を秩序にふさわしい方法での形成を吟味するという必要性も可能性も有さない。これに対し、公法は、共同的統一それ自体の要素が法的に承認され、外的に認知された意思の化体であるので、全体の統一的本質を構成する内的生活秩序それ自体をみずからのルール領域へと引き入れなければならない」。

---

<sup>216</sup> このような指摘は、平等な市民資格者という概念といかなる関係があるのだろうか。この点につき、山本(前掲注 207)、49-50 頁は、ギールケにおいて市民資格者と市民権の行使(参政権)が区別されていることを指摘し、市民は市民資格者としては平等であるが、市民権の行使の際に、たとえば一定の所有や一定の人的資格に基づいて制限が設けられることがあることを指摘している。その上で、山本は、ギールケにとって、市民資格者の平等が第一次的なものであり、「選挙権に対する制限は二次的なものである。市民の権利義務は行使の仕方が異なることが許容されるのにすぎない」と説く。それゆえ、ギールケが市民資格者の平等を説くことと、社会的諸要素の区別に基づいた議論を行っていることは矛盾しないこととなる。なお、山本前掲 53 頁以下、および山本洋子「都市自治と「市民」形成」(『法哲学年報 1999』、有斐閣、2000 年、所収)は、本稿が立ち入ることができないギールケの社会政策論を都市市民と公共性との関係という観点から論じており、裨益するところ大であった。

ここでギールケにとって公法の本質とされるのは、共同生活から生じる意思行為を総体人格の意思、行為として承認することである(GSS, S. 123-124)。このような生活の統一は、全体の中の特定の部分が特定の服務を引き受けることによって達成されるのだが、ギールケはこのことを説明するために機関 **Organ** という概念を用いる。ここでもまた、共同生活における特定の生活諸服務のために憲法にしたがって任命された総体人格内の構成員を指す機関という概念を私法は全く把握することができないとされる。というのは、私法における代理という概念はほかの人格のために行為する人格を意味するにすぎないからである。機関はほかの人格のためではなく総体人格の意思や行為を実現するために存在するのである(GSS, S. 124-125)。

最後に、ギールケは国家的生活活動の内容を、法によって把握し得るかぎりであるが、検討する。このようなものとして、ギールケは立法、司法、行政について論じるのであるが、最も興味深いのは、ギールケの司法論である。ギールケは裁判所による活動の実質的内容を、国家の意思やそのほかの意思に対して独立して存在する法によって規定することに求める。それゆえに、ギールケは以下のように裁判所の特色を挙げる。

「したがって、裁判所は単に国家機関であるだけでなく、同時に直接的な法機関である。裁判所はその形式的関係においては国家の機関であり、国家は裁判所によって権利保護というみずからの任務を達成する。しかし裁判所は実質的關係においては法の直接的機関であり、法は裁判所によって、個々の生活関係へのその具体的適用を表明するのである。[……]従来、私法と刑法の領域においてのみ貫徹されていたものは将来において、公法全体に対する司法に関しても実現されるべきである」(GSS, S. 129-130)。

このように、ギールケにおける法と国家の分離を踏まえての結合は、まさに裁判所においてその真価をみいだすのである。

さて、ここまで『根本概念』を比較的詳細に検討してきた。以下では、このような検討から得られるギールケ国法学の特徴について確認したい。

第一に確認されるべきは、ギールケ国法学が、ここまで確認してきたようなギールケの法思想および国制論に対応した性質を有していることである。本章第 1 節で確認したように、ギールケは公法と私法の二分化、絶対主義国家と絶対的個人の二極分化の克服を解決すべき課題と認識していたわけであるが、『根本概念』においてもこのような問題意識は引き継がれている。すなわち、一方においてギールケはクリーケンに見られるような(有機体論を意識的に拒絶した上で)国家を一個の人格として構成する見方が、国家構成員の法主体性を承認しない国家の絶対主義的構成につながることを指摘しつつ、国家を団体と把握することにより、構成員の法主体性を承認し、国家の絶対主義的構成(このような国家がギールケにおいて古典古代における国家像と重ねられていることは明らかであろう)を緩和しよ

うと試みる。他方、ギールケは公法と私法の相違を強調することにより、私法的、社会契約論的に把握された国家(このような国家がギールケにおいて中世ゲルマンや自然法論における国家像と重ねられていることは明らかであろう)を斥け、国家の固有の意義を析出しようとするのである。もちろん、このことが単なる絶対主義国家への逆戻りを意味しないことは上述の通りである。このようなギールケの構想は、「都市令」論文について検討した際に確認したように、(都市のみならず)国家を「自立した公共体という意味で組織化する」という目標に対応しているといえるだろう。そこでも確認したように、ギールケは(君主であれ個々の国民の集合であれ)特定の個人に国家を委ねるのではなく、国家が彼らから独立した存在であるべきことを強調したのだが、このような公共体を現実化するための法的構成が総体人格なのである。このような公共体を法的に表現するために国家人格概念が必要であることは、ザイデル批判を検討した際に確認した。このような人格概念がなければ、単なる特定の個々人の恣意的な支配が存在するだけであるからである。また、国家人格概念を採用したとしても、客観的な国家論によって、つまり国家有機体論によって裏打ちされていなければ公法と私法の区別が貫徹され得ないことは、クリーケン批判を検討した際に確認した。そして、有機体なり公共体なりといった理念を表現するための法的な人格概念こそが、総体人格なのである。すなわち、ギールケにとって国家人格は有機体や公共体の含意を十全に反映できるものでなくてはならないのである。

第二に確認すべきことは、法と国家の区別がギールケの法概念論および人間像と密接に関わっている点である。本節第1款ではギールケが法を事実還元する実証主義(まさにザイデルが国法学におけるこの立場の主要論者である)が不十分なものであることを指摘し、自然法が追求した法理念、すなわち「私法と公法の統一が失われることなく、公法もまた十分かつ完全な法であり、部分に対する全体の関係も法的に規制され、裁判上保護されるような法治国家」を追求する法理念が法に不可欠であると述べていたことを確認した。この自然法と実証主義あるいは法理念と事実の対立が「根本概念」においては法と国家の対立として現れていることは明らかであろう。このような法理念を取り込むことにより、絶対主義国家を団体化、すなわち構成員に人格を認めるような団体へと解釈し直すことこそが、公法を法たらしめているのである。

人間像についていえば、絶対主義国家あるいは古典古代国家においては、国家構成員はもっぱら国家に埋没し、独自の人格が認められることはない。ギールケはこのような構成員の埋没を回避し、自然法論を援用することにより、構成員に独立した人格を付与し、それらに国家に対する権利を認めようとするのである。もちろん、公法と私法の区別が前提である以上、このような公法における構成員人格あるいは構成員の権利は私法(自然法)上の人格・権利概念がそのまま適用されるわけではない。私法上の人格概念は完結した意思主体を知るにすぎず、構成員人格という概念を知らないからである。しかし、ギールケは当事者双方がともに人格であることを(自然法論に倣って)法の内在的条件であると捉えており、公法独自の法的な人格を構成員に認めるべきだと考え、それゆえに案出されたのが構成

員人格という概念であった、と理解してよいであろう。

さて、以上のようにギールケは、公法あるいは国法においても構成員が人格であると捉え、権利の主体であると考えた。そしてギールケにおいても客観法の主観化という契機が、公法において決定的に重要であることが確認された。続いて、ここまで保留してきた本格的なギールケとラーバント(およびゲルバー)の比較検討を行うためにも次款では「ラーバント書評」の検討を行おう。「ラーバント書評」においては、ここまで検討してきたギールケ国法学理論のすべての諸論点が凝縮された形で現れてきており、「ラーバント書評」の内容を理解するためには、ここまでなしてきたようなギールケ法理論に対する検討が必要であったのである。

#### 第4款 ラーバント国法学批判——法学的方法について——

本款では「ラーバント書評」を検討することを目的とする<sup>217</sup>。その際、注意したいのは、ギールケがラーバントを批判した目的を明らかとすることである。ギールケのラーバント批判の内容それ自体は比較的良好に知られているように思われるが、それにもかかわらずこの点に関する検討はほとんどなされてこなかったように思われる。ギールケのラーバント批判に対するこのような取り扱いは、おそらく、ギールケ法思想の全体像の中で位置付けられるよりも、それ自体独立したテキストとして読まれてきたことに原因があるのである<sup>218</sup>。しかし、なにより強調されなければならないのは、ギールケのラーバント批判においても、ほかのギールケの著作でも表明された立場、つまりここまでにおいて確認してきた法理念の擁護や総体人格としての国家把握、公共体としての国家把握という立場が貫かれていることである。この点に対する理解なくしては、たとえば、ラーバントが公法を法以外のなにものでもないものとして把握したことをギールケは高く評価する(LS, S. 4)にもかかわらず、「ラーバントの方法が法理念の敵対者の過激な努力に、知らず知らずのうちに手を貸している」(LS, S. 6)とラーバントを批判し、それゆえにギールケが「ラーバントは法学的方法の本質を誤って、あるいはあまりにも狭く規定した」(LS, S. 7)と評価したことの意義を十全に理解することはできないだろう。ここまでの記述から理解できるように、本書評論文におけるギールケの大きな目的の一つは、ギールケと同様に公法における法理念を擁護したはずのラーバントが、なぜ実際にはこの法理念の破壊に手を貸すことになったのかという点を明らかにする点にある<sup>219</sup>。本款もまた、このようなギールケの目的を明

<sup>217</sup> なお「ラーバント書評」公刊前に、ギールケはラーバントの『ドイツ帝国国法』に関する短めの書評を公刊している(Gierke, *Besprechung von Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Zweiter Band*. Tübingen 1878, in: *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 6, (1879))。内容的には、この短めの書評を大規模なものとしたのが「ラーバント書評」である。

<sup>218</sup> Pauly (Anm. 9), S. 228 はギールケのラーバント批判が広く受容されていることの理由を、それがゲノッセンシャフト的アプローチを前提としていない点に求めている。

<sup>219</sup> 従来、「ラーバント書評」が検討される際に、この点が着目されることはほとんどなかったのではないと思われる。たとえば遠藤(前掲注 178)、178 頁は「ギールケのラーバントに対す

らかとすることを主目的としつつ、このような議論が国家人格や公共体としての国家という論点といかなる関係にあるのかを検討していくこととしよう。

さて、ギールケは、ラーバントが国家生活の法的側面たる国法をそのほかのものと概念的に区別し、法が有するその独立性をはっきりと示そうと試みたとき、それはあらゆる法律学的取り扱い方法の根本条件の一つを認識し、現実化したものであると高く評価する(LS, S. 7)。

「法的現象は、それが社会的・生活現象の総体から際だたせられ、相互に体系へと結び付けられる場合にのみ、その特性において把握され得る。しかし、このような方法は抽象化に基づいている。すなわち、確かにそれは、至るところで等しく作用する機能的要素を観念的な統一へとまとめ上げるために、社会体 *gesellschaftlicher Körper* をあらゆる細部に至るまで貫通する現実の生活統一を度外視するような抽象化である。しかしなが

---

る批判は、公法上の人格関係が私法上の人格関係と異なるという一点に尽きると言ってよい」と述べる。この点に対する注目は確かにきわめて重要であるのだが、この点を指摘するのみでは不十分ではある。ギールケのラーバント批判にとってより重要なのは、(本来、ラーバントにおいても擁護の対象とされていたはずの)公法の法理念がラーバントの方法論によっては掘り崩されることになるという点であって、ラーバントが私法上の人格と公法上の人格を(ギールケの意味で)区別し得なかったことはいわばその原因であり結果でもある。また、牧野(前掲注 141)、36-40 頁は、ラーバントの議論は特定の政治的立場の表出にすぎないが、それはラーバントの方法論が政治や宗教・倫理的観念や経済的事情などを含めた社会的現象の取り扱いを脱落させているからである、という具合にギールケの議論をまとめているが、しかしギールケの議論におけるこのような側面を過度に強調することは、「ラーバント書評」におけるギールケの真の目的、すなわち実証主義に対抗し、法理念を擁護し、国家を公共体として把握するという目的の認識を困難にしようように思われる。Friedrich (Anm. 8), S. 201-202 もまたラーバントによる国法学への法学的方法の適用そのものが間違っているのではなく、適用の仕方が誤っており、過度に狭いのだ、と論ずるギールケの批判に触れているが、ギールケがラーバントの法学的方法をどう間違っているのか、なぜ本来の射程より狭いと理解したのか、という点についての検討を加えていない。これらの研究は、ラーバントを、ギールケが理解している以上に実証主義に引きつけて理解しているように思われる。また、西村(前掲注 177)、第 32 巻第 2 号 248-249 頁は、「[ギールケにおいてはラーバントの]法律学的方法の長所が主として旧国法学のシンクレティズムを脱却して国法を「法」として扱ったことに求められ」と指摘しているが、ギールケが国法を法として扱った理由として、シンクレティズムからの脱却という方法論上の目的も確かに認められるにせよ、本章第 3 節のここまでの議論が確認してきたように、国法における法理念の尊重という目的にも求められるのであって、この点に対する分析を欠くならば、ギールケのラーバント批判を十分に理解したとはいえないだろう。また、時本(前掲注 5)、87 頁はギールケとラーバントが全く違った土俵に立っていると認識し、両者の比較検討を行うことに否定的である。しかし、本文で前述したようにギールケとラーバントはともに歴史法学的前提を共有し、客観法を主観化することこそが国法学の課題であるとともに認識していたのである。なお、「ラーバント書評」の目的を法理念の擁護という観点から適切に理解しているおそらく数少ない例外として Pöggeler (Anm. 169), S. 7-8, Schlüter (Anm. 23), S. 379-380. しかし、これらの研究においては、ギールケのラーバント批判の内容について十分に具体的には触れておらず、本稿はこの点につき公共体および公権という観点から明らかにしようと試みるものである。なお、おそらくはギールケの批判の意義を最も鋭く認識している Schmitt (Anm. 141), S. 30-31, Anm. 14 [邦訳: 241 頁注 14]の議論については、後掲注 232 にて改めて取り上げる。

ら、そもそもこのような精神的過程によって始めて意識的な、したがって人間的な共同生活は始まるのである。このような過程なしには、法は存在し得ないだろう。というのは、法はその本来の実質からすれば、事実 *Tatsache* の集合ではなく、表象 *Vorstellung* の集合だからである。[……]したがって法学の任務はそもそも現実的世界から抽象化された観念的世界の探求にある」。

このようにギールケは、法が表象であることを強調し、事実に還元し得ないことを強調する。さらにギールケは、ほかの表象(ここでは明示的に述べられていないが、たとえば倫理が考えられるだろう<sup>220</sup>)が法と区別されるべきことを説く。このような事情に対応して、ギールケは特殊法学的思考の必要性を強調するのである(*Ebenda*)。

このような法とそのほかの事実および表象との区別は、私法においては早くから達成されていたが、国法においてはそうではなく、国法学と国家理論(政治学)との混同が長い間続けられてきた。このような状況を打破し、国法を倫理的、政治的、経済的考慮との切り離しを試みたのがゲルバーであり、ラーバントである。

「国法それ自体を法概念によってのみ操作し、ただ法的問題を解決するということをそれ以前の誰よりもラーバントは首尾一貫して行うことに固執した」(*LS, S. 8*)。

とはいえラーバントは政治的・倫理的・経済的・技術的考察というものを完全に拒絶したわけではない。ギールケは、ラーバントも軍隊法や財政法においてこのような考察を取り入れていることを指摘し、以下のように論じる。

「ラーバントが[『ドイツ帝国国法』の]序文においてみずから指し示した理念[法的問題をただ論理によって解決すること]を完全に実現したのだ、と期待するものは誰もいないであろう。全く非政治的な国法学なるものが描かれることは、かの客観的な歴史的著作がそうであると同様に、まずないだろう。ラーバントの議論もまた、著者の特定の政治的観点をぼんやりと透けさせただけではない。彼の議論が、具体的な政治的熟慮にその方向性と最終的な帰結を負っていることがしばしばであることは明らかである。原理的な問題が論じられる際に、一見したところ法律学的な論拠のみが相互に考量されているように見えるが、しかし実際には決断に際して決定的な影響を与えている政治的動機というものが沈黙しているにすぎないという印象を人は[ラーバントの議論に対して]持つだろう」。

この引用文の箇所はギールケのラーバント批判を論じる際にしばしば引用される箇所であ

---

<sup>220</sup> ギールケにおける法と倫理の相違については *Gierke (Anm. 199)*。



るが<sup>221</sup>、しかし、形式主義的議論による隠蔽の下でラーバントが実質的な政治的判断をしていることをギールケがもっぱら非難しているという見方は皮相である。ギールケは即座に以下のように続けている。

「しかし、どこでもそうであるが、理想がその達成の不十分さによってその価値を減じることではない。したがって、この際における公法の独立性を求める著者[ラーバント]の真摯な努力も、同様に模範とするにたるのである。というのは、人間的事柄の性質を追求しようとして得られる成果というものは常に部分的なものとしかかなり得ないのだから」(LS, S. 9)。

したがって、この一連の引用から確認できるのは、ラーバントのギールケに対する否定的評価というよりも、ギールケのラーバントに対する肯定的評価の真摯さである。このようなラーバントに対するギールケの評価は、本節第 1 款で確認した、法を社会的事実へと還元しようとする実証主義に対して向けられた法理念の擁護、あるいは本節第 2 款で確認したザイデル批判、すなわち公法における法理念を否定し、法を結局のところ事実、実力に還元せしめんとするザイデルに対してギールケが行った法理念の擁護を思い出すならば、容易に理解が可能だろう。つまり、ギールケにとってラーバントは、この段階では、実証主義の批判者という同志なのである(この点は後述するギールケが権利保護を論じる箇所においてより明確なものとなる)。

さて、このような法学の独立性を表現するために要求されるのが、法学的思考、法学的方法である。あらゆる法学的構築物を担う柱は、哲学と歴史学という作業場であるが、しかし、この二つの結合によって、法学の任務が達成されるわけではない。実際、ローマ人は、優れた歴史家ではあったが優れた哲学者ではなかったにもかかわらず、偉大な法学者であったのである。むしろ、法学的思考にはほかの新しい要素、すなわち概念からの演繹という形式論理と、法意識や法生活の要求に対応する実践的感覚が必要であるとされる。ギールケによれば、確かにラーバントは形式論理を過大評価した面もあるが、しかし優れた実践感覚をも有していたとされる(LS, S. 10-11)。

このような観点からギールケはラーバントをきわめて高く評価する。

「したがって、ラーバントが国法を政治から可能なかぎり引き離した点、法学的思考に固有の形式を征服した点、これらの点において、ラーバントは「法学的方法」の真の要求との調和を見いだしたのである。その点において彼は、その実行において失敗を避けられなかったとはいえ、原理的に正しい思考に道を拓いたのである」(LS, S. 12)。

しかし、ギールケは、国法の根本問題が問題となる場合においては、ラーバントの方法

---

<sup>221</sup> たとえば牧野(前掲注 141)、36-37 頁。

の問題が明らかになるとも述べる(LS, S. 14)。以下では、この点について確認していこう。

ギールケはすでに示唆された論理の過大評価という点に、ラーバントの著作およびラーバントに代表される方向性の欠陥と一面性が存在すると考える(Ebenda)。この点に関するギールケの批判は以下のようなものである。すなわち、ラーバントは論理に生産的力が存在すると信じていたが、純論理的な手段を用いてただ常に永遠的なものにおいて論理的カテゴリーを見いだす論理法則にはそのような力は本来、存在しない(Ebenda)。確かに法学にとって論理はきわめて重要な役割を果たすが、法は論理的な要素に尽きるわけではない。自然法論の崩壊以後明らかとなったように、言語と同様に法は純粹に論理によって生産されたものではない。あらゆる有機的・歴史的構成物と同様、多様性と交替が法の本質に属するのである。それゆえ、論理の力だけでは法は十全に把握され得ない。ギールケにとって重要なのは、法が生き生きとした歴史的な精神の産物であることであり、法の認識もこのことに対応しなければならないとされる。国家やゲマインデ、主権、所有権、物権法といった諸々の法的概念は、現代において必然的な思考カテゴリーとして利用されるが、これらの法概念においても、これらの概念の間で設定された内容、あるいはこれらの間の相互・上位・並列といった形式的関係が論理的に条件付けられているにすぎない。これらの概念の思想的実質というものは歴史的に形成されてきたのであり、歴史的な合法則性によって多かれ少なかれ一般的な類型を開示するのである(LS, S. 15-16)。

確かに、先に述べたようにラーバントは論理によってのみ彼の国法学を構築したわけではない。しかしギールケは、論理的操作を重視するこのようなラーバントの方法論によって、本質的な根本問題が間違って把握されるとする。ギールケによれば法学は学問とならねばならず、学問となるためには、対象の実質的側面を学問的方法によって取り押さえなければならないのである(LS, S. 16)。ここまでの議論をギールケは以下のようにまとめる。

「我々は国家生活の法的側面を、そのほかの内容から概念的に引き離そうとする上述したラーバントの努力を肯定する。しかし、ラーバントはこのような正しい思想を、法の発生論上の *genetisch* 孤立化という誤った思想へと変えてしまったのである。確かに法学における日々の仕事の大半は、歴史的領域を制限することによって法領域へとさしきわりなく進む。しかし法制度の本質および内容の完全な認識は——原理的問題が解決され、根本概念が形成されねばならない場合においてこのことは不可欠であるのだが——そのようにしては獲得され得ないのである。というのは、学問的に把握されるべきものは、とりわけ発生論的に説明されねばならないからである。法はそれ自体から発生したり、成立するのではない」(LS, S. 17)。

このような引用文から理解できるように、ギールケにとって、法理念を事実に還元することと、法の発生や成立の根拠を諸々の社会関係に求めることは——ラーバントは両者を混同していた、とギールケは考えるわけだが——別の問題であり、むしろ後者の適切な認識

こそが前者を斥けるという論理構造になっている。

「したがって法をその純粋性において鑄造するという目的を法学が追求するならば、法学はこの目的のための手段として、法をその生成と作用において条件付け、規定している[法とは]異なった性質を有する要因を常に考慮しなければならない」(LS, S. 17-18)。

このような議論は、国法学において、国法上の規範や概念に影響を与えている政治的状況や思想を考慮することの必要性へと導く。すでに述べたように、優れた実践的感覚を有していたラーバント自身はこれらの要素を考慮していなかったわけではないが、これらの要素は彼の方法論に体系的に組み込まれていなかった。この点がラーバントの法学的方法の欠陥である、とギールケは指摘するのである(LS, S. 18)。

ギールケはこのように法の把握において歴史的考察が必要であることを述べた後に、哲学的考察の必要性をも強調する。ギールケは、国家と法の根拠、本質、目的はなにか、というような哲学的問題に対する考察を伴わない現実主義の不毛性をここでもまた指摘する。

「このような問題を度外視する実証主義は、したがってきわめて非現実的である。というのは、このような問いに対する解答の試みを人間精神から展開する理念は、まさに現実的な世界史的諸力として影響力を持ち、実定的法形成を規定しているからである」(LS, S. 23)。

ギールケは現実の背後にある真実を追究するためには、哲学的考察が必要であるとし、法学における諸活動においても特定の哲学的理念を携える必要があると述べる。ラーバントもまた、一見したところ哲学的問題を国法学から追放したように見えるが、それはあくまでみせかけにすぎず、実際には間接的に特定の立場にコミットしているとされる(LS, S. 23-24)。

さて、ギールケは続いて、ラーバントの法学的方法が私法学からの借用であることを指摘し、彼が公法とは異質な私法の思想を公法へと混入させようとしていたと批判する(LS, S. 25-26)。確かに、ラーバントは私法上の概念を直接に公法に適用しようとしているのではなく、私法と公法を包含する法の一般的概念を公法へと適用しようとしている。この点についてはギールケも異論はない。ただし問題なのは、ラーバントがこのような法の一般的概念は、私法上の概念から特殊私法的要素を除去することによって獲得することができる、と考えている点である。しかし、ギールケにとって公法上の法概念は私法が元々保有していない概念なのであり、このような除去によって獲得することはできない。というのは、ギールケによれば私法上の概念はローマ私法の問題において構想されているのであり、完結した個別的意味という一面的な、そして外部からによってのみ制限される力の権限に尽きるものであり、相互的な依存関係や意思の法的拘束を知らないからである。同時に、私法

上の概念は、ゲルマン法に固有の公法と私法の内的統一性を知らず、個人的法関係のみを真の法関係とし、あらゆる共同体の関係を単なる命令関係としか見ないのである。したがって、私法上の概念は、公法をも包含する法理念という観点からみれば、あまりにも狭すぎるのである(LS, S. 26-27)。

ギールケは以上のように、ラーバントの法学的方法が法と国家の本質を適切に捉えるためには狭すぎることを指摘したわけであるが、しかし、ラーバントがこのような方法を採用し得たのは、もともとラーバントが国家と法を形式的に、狭く把握していたことにも由来するとする。このような理由から、ギールケはラーバントにおける国家思想および法思想の検討を始めるのである(LS, S. 28-29)。

さて、ここでギールケにおける法学的方法の特徴について本章の関心からまとめておきたい。本節冒頭でも確認したように、ギールケのラーバント批判は事実には還元され得ない法理念の擁護というギールケ、ラーバント双方に共有されている前提を踏まえてなされているものである。その上で、ギールケは、ラーバントはみずからの貧困な方法論によってこの前提を裏切っていると主張しているという形となっている。すなわち、ギールケによれば、哲学や政治、経済などの分野に対する法学における検討の意義が指摘されるべきなのは、これらの分野に対する立ち入った検討こそが、ほかの社会的事実や表象と区別された法理念を擁護するために必要であるからである。これに対し、ラーバントは、これらの分野を検討することの意義を捨象し、もっぱら論理操作に法学的方法本質を見いだしたため、結果として法がこれらの諸分野、たとえばラーバント個人の政治的見解の反映にすぎないという印象をもたらし、法を単なる権力の反映と把握する実証主義的法把握に道を拓くことになってしまう。これに対するギールケの処方箋は、法が政治や歴史、哲学に影響を受けていることの自覚を伴った上での法学の独立性の強調であるといえるだろう<sup>222</sup>。

---

<sup>222</sup> ここで川角由和「オットー・フォン・ギールケの法思想と「私法の社会化」——ひとつの批判的「覚え書き」——」(『龍谷法学』第34巻第4号、2002年、所収)、114頁以下におけるギールケの法学的方法に対する批判について検討を加えておこう。川角は「社会的任務」論文を主な検討素材とし、ギールケは私法を社会的に捉えることの重要性から、私法が社会化されるべきだという結論を直結的に導出しており、それゆえギールケの理論はきわめて現実密着的であり、結果として現状追認的なものであることを指摘しつつその原因を「ギールケが「法」を構想するにあたって、あまりにも直接的な形で(unmittelbar)ゲルマン的共同体精神、ゲルマン的道德・倫理観念さらには社会経済的諸現象形態を「法」のなかに取り込もうとした」ことに求める。その上で、川角は私法を社会的に捉えることの重要性と私法が社会化されるべきだという判断は別物であり、前者を意識することはきわめて重要であるが、そこから直接に私法が社会化すべきだ、という主張が導かれるべきではない。むしろ前者が意識された上での「近代市民法の抽象性・形式性」が求められるべきであるとする。

しかし、本文で述べた点を踏まえるならば、このような川角の議論は適切とはいえないだろう。ギールケは、まさに「法」の独自性を確保するために「社会経済的諸現象形態」の分析を要請した論者であり、その点においては、「社会経済的諸現象形態」の影響を自覚した上での法の独立性を追求するという点において川角が擁護したいと考える「市民法学」もギールケも同様の志向を有している。もちろん、このことは「市民法学」とギールケが想定する「法」の内容が同一であることを意味するわけではないし、また、ギールケの方法論がギールケ自身の法学論文においてどこまで忠実に実現されているかという点に関する立ち入った検討も不可欠である。ただ、こ

ここまで確認してきたようなギールケのラーバント批判に関し、ここで二点ほど指摘しておきたい。第一点目は、ギールケの方法論は、サヴィニーの歴史法学をかなりの程度忠実に継承したものであるということである。すなわち、サヴィニーとギールケの両者に共通するのは、法を成立させている要因を知り尽くすことによってはじめて法の十全な認識が可能となる、という点である<sup>223</sup>。

第二点目の指摘に移ろう。ラーバントの方法論もまた歴史法学のそれに依拠したものであることは本稿第2章第1節で確認したとおりであるが、それを踏まえれば、ここでなされている論争は、あくまでも歴史法学の枠内においてなされている論争であると理解できる。サヴィニーの歴史法学が歴史的方法と体系的方法との二重の方法から成り立っていることは本稿においてしばしば指摘してきたが、ギールケのラーバントに対する批判は、ラーバントにおいて体系的方法があまりにも歴史的方法に優位していることを非難していると理解することができる。しかし、ラーバントの立場からするならば、ギールケの批判は必ずしも自身に対して適切に行われた批判とは感じなかったであろうことは、本稿のここまでの議論から明らかだろう。すなわち、本稿はここまで確認したようなラーバント批判が精確なラーバント理解に基づいたものであるかどうかという点について、必ずしも精確なラーバント理解に基づいているわけではないという立場を取る。まず、ギールケがラーバントをみずからと同様に法理念の擁護者であると述べたことについては、きわめて適切であると思われる。しばしばそう理解されるようにラーバントは法を個々の人間の意思やなんらかの事実に還元する法実証主義者ではなく、たとえば本稿が確認してきたように法律と区別された法の存在を擁護していることからギールケによるこのようなラーバント解釈は補強され得るのではないかと考えられる。

ただし、ラーバントの法学的方法が論理操作に限定されているとギールケが指摘している点は適切ではないように思われる。というのは、本稿第2章第1節においても確認したように、ラーバントにとって法学とは政治的、歴史学的、哲学的考察が要求される法獲得の部分と、論理的操作が重要視される教義学の部分から構成されるのであり、『ドイツ帝国国法』という教義学の体系書において、法学における体系的・論理的側面が強く出ること自体は当然であると考えられるからである。また、ラーバントが政治的、歴史学的、哲学的問題についてある程度体系的に検討を加えていないわけではないこともすでに確認したとおりである。ギールケ自身もまた、先に見たように歴史的考察が要求されるのは原理的な問題が解決されなければならない場合のみであるにすぎず、日常的にはこれらの考察は必要ないと考えていること(LS, S. 17)も踏まえれば、ギールケとラーバントの相違は、あくまでこの論点に限定していえば、実質的にはさほど大きくないと見るべきだろう<sup>224,225</sup>。

---

の点を踏まえるならば、市民法学がギールケから学ぶことのできるものも少なくないはずである。

<sup>223</sup> サヴィニーについて前掲注 58 参照。

<sup>224</sup> 本稿と同様にこの点につきギールケのラーバント批判がギールケのラーバント国法学に対する必ずしも精確とはいえない認識に基づくことを指摘する研究として Schlüter (Anm. 23), S. 384. なお、ギールケ＝ラーバント論争において法理念や法秩序といった概念が果たしている役

割を正当にも重視するシュルターの研究を本稿は重要な研究であると考えているが、そこでは本稿が最も重要視している公共体概念に対する関心はさほど強くなく、その点については十分ではないと本稿は考えている。

<sup>225</sup> Laband, *Besprechung von Alfredo Bartolomei, Diritto pubblico e teoria della conoscenza*. 1903, (1905), in: ders., *Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 2*, (1980), S. 367 ff. において、ラーバントは社会学的方法と法学的方法の相違に言及し、法学的方法に向けられている、法学的方法は形式的な論理にもっぱら従事し、国家という存在およびその作用が有する基礎および真の内容を等閑視しているという非難に対し、本書評の対象であるバルトロメイの口を借りつつ、以下のように応じている。すなわち、「社会学的な方法の主張者は現実 Wirklichkeit を描写することを褒め称えるが、しかし著者[バルトロメイ]は以下のように応じる。「現実とはなにか?」。事物の学問的認識は常にただ、事物の個々の性質と関係につき、学問的概念を形成する区別と抽象化によってのみ可能である。[……]現実においては、諸事物や諸現象の間にはいかなる区別も存在しない。すなわち現実とは即自かつ対自には統一的であり単一的 einzig である。しかし学問は現実の写真でも写しでもなく、学問は現実をみずからの目的のためにそしてみずからの形式において形成するという意味で、学問は[現実に対する]主人であり、技芸である。社会学においてはいまだ、現実の再生産において「真実」が存在するという妄想 Wahn が、精神は世界の鏡像であり、この鏡像において現実が反映されているという妄想が支配している。このような思考方法は現代の認識論によってとくに反駁されており、克服されている。そしてこのことは法と国家にもあてはまる。法とは、ただ、形式、すなわち込み入った、そして様々な形態の社会的諸関係の覆いであり、あらゆる内容から独立して取り扱われ得るということがまさに形式が有する性質である。[……]法や国家という概念や、あらゆるそのほかの公法上のカテゴリーが社会学者に委ねられたとしても、社会学者もまた法や国家を、それらが現実においていかにあるか、そして全社会的現象の有機体においていかに生きているかを定義することはできず、社会学者もまた[法や国家の]個々の側面の抽象化を越え出ることはいないだろう。というのはあらゆる概念は常に抽象化と孤立化の結果であるからである。概念は特定の観点から、そして特定の学問が追究する目的にしたがって獲得される」。本款において、ギールケが、法学とは現実の抽象化を行う学問であると考えていたこと、ラーバントがこのような方法を徹底して追求した論者であるとして賞賛されていたことが確認されたが、このような引用文からもギールケのラーバント理解が適切である(ラーバントによれば、このような抽象化作業が必要であるのは法学のみならず学問一般であるとされているが)ことが確認されるだろう。ギールケとラーバントを分かちものは、法学が抽象化(による概念の獲得)という作業を行うべきか否かという点にあるわけではなく、(ギールケによれば)ラーバントにおける抽象化が行われるプロセスに問題が存在し、法を形成する社会的条件が見落とされ、概念の獲得がラーバントの個人的な政治的見解の現れにすぎないと把握され、結果としてラーバントは法理念の擁護に失敗せざるを得ないという点にあると、さしあたりはいえるだろう。しかし、本稿が『国法講義』を検討した際に確認したように、ラーバントはたとえば国家法人という概念を獲得するために、一定の歴史的・社会的分析を行っている。そのため、本稿は、ギールケとラーバントとの間の相違は、ギールケが想定しているほどは大きくないと考えている。なお、ラーバントは本書評で社会学者による認識を「プリミティブに素朴」として取り扱っている(Ebenda, S. 369)が、本書評の公刊が、かの Max Weber, *Die »Objektivität« sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 19, (1904) [邦訳:マックス・ヴェーバー、富永祐治/立野保男訳、折原浩補訳、『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』、岩波書店、1998年]とほぼ同時期になされたものであることは注意されてよいであろう。

また、先の引用文中でラーバントによって批判対象とされている社会学者(社会学的国家論者)の例として Kersten (Anm. 130), S. 65 は、ルードヴィヒ・グンプロヴィッツ Ludwig Gumplowicz の名を挙げている。後掲注 232 でも確認するように、グンプロヴィッツは「現実主義的な」理論家であり、ギールケにおいても当然のように批判対象とされている。このようなケルステン(ケルステン)の例示が適切なものであるならば、このことはギールケもラーバントも同様に法を社会的現実に還元しようとする立場を斥けようと試みていたという点における両者の類似性に関

このようにギールケが指摘するほどには、ギールケとラーバントの相違が大きいと捉えることもできるにもかかわらず、本稿は以下で確認するように、ギールケのラーバント批判においてきわめて重要な指摘もなされていると考えている。すなわちそれは、国家人格という把握と公共体としての国家という把握の間に存在する内的緊張に関する指摘であり、ギールケがラーバントの法学方法論に対する批判における最後の箇所述べている、ラーバントが公法と私法の相違を十分に把握し切れていないという指摘は、この論点と関連付けて理解される必要があると考えられる。公共体としての国家と法人としての国家の関係を問題としてきた本稿の観点からすれば、この論点においてギールケとラーバントの間の相違が真に顕在化するのである。

#### 第5款 ラーバント国法学批判——国家および公権論について——

さて、以上のような法学的方法に関するギールケのラーバント批判を前提とした上で、ギールケによる具体的なラーバント批判を検討したい。ギールケのラーバント批判は多岐にわたるが、ここでは本稿の目的に密接に関わる論点に限定して検討を行いたい<sup>226</sup>。すなわちラーバントにおける国家および公権概念に対するギールケの批判を確認したい。

さて、ギールケはラーバントが国家を法人、すなわち権利義務の主体として捉えていることを高く評価する(LS, S. 29)。それにもかかわらず、ギールケはラーバントの法学的方法の不十分さは、国家思想を不可避免的に空洞化し、狭隘化するという。その原因は、ラーバントが、国法は民法と異なる領域であるということを理解せず、国家における法人格を説明する際に民法における社団 **Corporation** 概念を採用した上で、民法上の概念である財産権の代わりに支配権を国家たる主体に割りあてた点に求められる(LS, S. 30)。『根本概念』を検討したときと同様に、ここでもまたギールケは個別を対象とする私法上の概念が公法における団体の総体人格を表現するためには適切ではないと指摘する (LS, S. 30-32)。ラーバントは、このような公法独自の人格概念である総体人格を認識し得ず、私法上の人格概念で間に合わせようとしたために、国家の個人主義的、私法的構成へと至ってしまい、あらゆる公法上の関係を、完結した意思領域の孤立的担い手の間の外的、機械的關係へと解消してしまったとされる(LS, S. 32)。このような国家の個人主義的把握の問題は、国家の機関を論じる際に明白となる。国家法人は、ほかの法人と同様、それ自体としては意思能力も行為能力も持たないため、それ自体としては権利を主張することも義務を果たすこともない。そのため、国家はみすからの代わりに自然人を必要とすることとなる。この自然人をラーバントは国家の機関と呼ぶ。しかし、ラーバントはこのような関係をある人格が別の人格のために行うという私法における代理の意味で理解した。したがって、私法と同様に国法においても個人が唯一の現実的な存在として現れることになり、「有機的公共体」

---

する傍証となるであろう。

<sup>226</sup> たとえば、連邦制論という一大領域はここでは取り扱わない。この点については遠藤(前掲注178)に委ねることとする。

が国家権力の主体であるというラーバントの言明は空虚な長談義 *Wortschwall* にすぎないものとなる。ギールケによれば、ラーバントの議論は結局のところ、国家をある個人の別の個人に対する支配関係の集合として理解しているにすぎない。ギールケはこのようなラーバントの議論と前款までにみたザイデルの「現実主義的」な国家把握との近似性を指摘し、このような国家の把握方法は現代の意識には受け入れがたいとするのである (LS, S. 32-33)。

ここにおいて、ギールケによってなされているラーバント批判が、前節までに確認した公共体や法理念の概念に密接に結び付いている点、ラーバントの国家論を内在的に克服することが目的とされている点を理解することは容易であろう<sup>227</sup>。

続いて、ギールケはラーバントがこのような方法を採用してしまったゆえに、絶対主義的国家観へと行き着いてしまったと述べる。ギールケによれば、ラーバントが公共体という客観的秩序がその都度現実化する主観的な根本関係の法的性質を人格に対する法関係というカテゴリーという点で捉えている点で適切であるとされる。また、国家とその帰属者との関係を私法に固有の債務関係として捉えないことも適切である。しかし、それでもやはり、ラーバントは公法上の法関係を個別人格間の関係として捉えているにすぎず、総体人格と構成員人格との関係として捉えることはなかったのである。そのため、ラーバントは国家において存在する上下関係という思考様式を獲得することはできたのだが、国家における全体と部分の関係、すなわち共同体関係を認識することはできなかったのである (LS, S. 34)。ギールケはこのことを換言して、ラーバントは国家の本質がヘルシャフトであることを適切に認識していたが、国家の本質がゲノッセンシャフトでもあるという認識には至らなかったと述べる。そのため、ラーバントにおいては国法学における意思は支配と服従に尽きるとされ、社会的共同体には存在するための場所が生じないのである。したがって、ラーバントにおいては、サヴィニーが述べたように精神的民族共同体の具体的形成が存在するはずの公共体は単なる外的強制装置へと変形されるのである (LS, S. 35)<sup>228</sup>。

<sup>227</sup> なお、ギールケにおける法の分類論としては、ここまで確認してきたような公法と私法の区別とならんで個人法と(公法と私法上の団体論をともに含む)社会法の区別が存在することはよく知られている。しかし、この区別はより後にギールケが私法学についてより立ち入った研究を行う中で確立されるようになった区別であり、ギールケが国法学研究に従事していたこの時期はむしろ公法と私法の区別を強調する傾向が強かったといえるだろう。個人法と社会法の関係については時本(前掲注 5)、165 頁注 59 およびそこで参照されている石田文次郎の著作を参照。

<sup>228</sup> ここでギールケが直接参照を指示している箇所は SR 1, S. 22 [邦訳:47 頁]である。そこでサヴィニーは精神的民族共同体が有機的な現れを取った形態を国家であると定義する。また、この点を精確に理解するためには SR 1, S. 332-333 [邦訳:298 頁]の記述を参照する必要がある。そこでは、法とは、自由な存在たる人間にとって最も重要な要素であるほかの人間との接触の中で、自分たちの発展において互いに妨げ合わずに促進し合いながら共存するために必要な目に見えない境界を画定する規則であると位置付けられており、法とは相互の破壊という人間の本来的な傾向を阻止する唯一の手段たる外的な強制アンシュタルトによって創出されたものであるという見解が不健全であるとして斥けられている。ギールケの批判の意義は、ラーバントの国家理解が、歴史法学から出発しながらも、むしろ後者の不健全な見解に接近していることを危惧するものであるといえるだろう。そしてこのようなギールケによる批判は、ラーバントの国制論を踏ま



このような理由により、ギールケはラーバント国法学においては国家と民族が引き裂かれたままであり、国家と民族との関係は前者の後者に対する支配関係として現れる、と批判する(Ebenda)<sup>229</sup>。

ここで行われているギールケの議論が、本章第 2 節で確認した議論、すなわち領邦国家が純粋なアンシュタルトとしての官憲国家という姿を取って現れたことを批判し、それにケルパーシャフトとしての、そして公共体としての国家概念を対置しようと試みる議論に対応していることは明らかであろう。ラーバントにおける個人主義的な国家人格は、民族を内包し得ず、アンシュタルトとしての官憲国家に接近し、それゆえ公共体としての国家を表現し得ていないのである<sup>230</sup>。

このギールケの議論に対し、すでに確認したように、ラーバントは人格とは権利義務の主体であり、一個の完結した存在を意味する以外にはあり得ず、個人主義的な人格概念以外に人格概念はあり得ないと反論する(SdR 1, S. 83-84)のであるが、このような議論はラーバントの国家人格論は民族を内包し得ていない、とするギールケの議論に対する十分な反論にはなっていないように思われる。構成員人格の存在を認めないラーバントの議論は、ゲルバーの言葉を借用するならば「機械装置という不快な画一化という印象を提示する(öR, S. 61)」のものであろう。

この論点において明らかとなる点を、本稿なりに多少敷衍しつつ改めて述べるならば、

---

えるならば、正当なものといわざるを得ないように思われる。

<sup>229</sup> なお、Gierke, *Besprechung von Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Dritte Abteilung. Fortsetzung zu der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, erste und zweite Abteilung, von R. Stintzing., Zweiter Halbband. Text S. XVI und 1008. Noten S. 414. München und Leipzig 1910, bei R. Oldenbourg, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 32 Germanistische Abteilung, (1911), S. 358-360*において、ギールケはゲルバーがドイツ私法学の領域において建設的な活動を行うことはなかったと激しく批判した後、ゲルバー国法学について以下のように論じる。「ゲルバーの[国家法人に関する]学説は法人という純粋に形式的な概念にとどまるにすぎないので、彼の学説は図式的な統一性を越え出ることとはできず、国家に内在する現実の総体人格を把握することにより国家の本質を精神的・倫理的有機体であると規定する学説の完成へと向けられたあらゆる努力の妨げとならざるを得ない。同様にゲルバーは一方においては国家に対しヘルシャフトの独占を認め、他方において国家をもっぱらヘルシャフト団体として把握することによって、彼は国家絶対主義の方向へと向かい、ゲノッセンシャフト的公共体に端を発する、すでに刻みつけられていると認識されていた国家学の展開を阻害した」。ここでも総体人格の認識が、そして公共体の認識が困難とされることがギールケの実証主義国法学批判の核心部分の少なくとも一つであることが確認されよう。

<sup>230</sup> Gierke (Anm, 217), S. 226 においてもギールケは「かつて[GSS, Heft II]私は、法人の概念が国法学の構築にとって真に有益なものとなるのは、この概念がその現実的な性質にしたがって、総体人格という概念として把握され、形成される場合のみであることを指摘した。私法と公法とを区別する特徴的な区別はまさに、前者が、私法にとってその内的生命に達することのできない個別的存在の外的諸関係を規則付けるのに対し、後者が公共体の内的生命に関する規範を措定するという点にあるのである。したがって、そもそも公法が公共体の人格という理念にこだわるうとするならば、公法は、法的に秩序付けられた方法において構成員人格から編成されるべきこの人格の特殊性を全面的に明らかにしなければならない」と説き、ラーバントが特殊公法的人格＝公共体の人格＝総体人格を認識し得ていないことを批判する(Ebenda, S. 227-228)。

一方では国家を公共体と捉えようとし、他方で国家を意思主体として把握しようとするラーバント国法学の内的緊張がここでは問題となっているといえるのではないか。ギールケはいまや再び、法理念にしたがった公共体という理想を現実的なものとする(その方途および内実は「都市令」を検討する際に確認した)ための法的構成を提示しようとしているのである。このような方向性はすでに『公権論』におけるゲルバーにおいて存在していたが、国家法人論の採用に伴い、『綱要』におけるゲルバー、そしてとりわけラーバントにおいてはきわめて縮減されることとなった。確かにそこでも国家は人格であるだけでなく公共体として(そして有機体あるいは法秩序として)把握されていたし、国家法人と私法人の相違、公権と私権の相違も説かれていた。このことはギールケも一定程度、肯定的に認めている。しかし、ラーバントらにおいてはこのような公共体を具体化するための方策は特に述べられていないか、あるいはもっぱら君主への期待が述べられるにすぎなかった。そこでは統治機構としての国家の外に存在する社会的諸力は公共体の担い手としてはもはや不適切であり、このような諸力から国家を守ることそれ自体が公共体としての国家を実現するための方途でさえあったのである。このような印象は、それ自体としては権利義務の主体にすぎない国家人格が、国法学の出発点として措定されることによりますます強くなる。家産国家論からの脱却を目指していたゲルバーやラーバントにとっても、君主は決して国家の外にあるべき存在ではないはずなのだが、彼らにおける公共体の現実化という問題関心に対する希薄化(より正確に言えばラーバントにとっては中立的君主による公共体の実現という契機が存在するのだが、国家の公共体としての把握が有する重要な意義の一つが君主を国家の内部に置くことであったにもかかわらず、公共体の実現のために中立的君主に過剰に期待することは自分の髪を引っ張りあげることによって底なし沼から脱出しようとしたミュンヒハウゼンの故事を引き起こすこととなるだろう)は、再び君主を国家の外におく家産国家論あるいは神の命令を受けた官憲によって国家人格が体现されるアンシュタルト国家論へと向かいかねないのである。ここでは、私法上の人格概念を用いた国家人格論が、(本来、ゲルバーやラーバントも前提としていたはずの)公共体という思想を適切に表現し得ていないこと、それどころかこのような国家人格論が国法学の出発点としておかれること、そして国家以外に公共体の担い手たる公権保持者が存在し得ないことにより、公共体という国法学が前提としていた理念を枯死させかねないことをギールケは問題としているのである<sup>231</sup>。本稿が何度か繰り返してきた、客観的な国家論と主観的な国家論という観点から述べ

<sup>231</sup> Schlüter (Anm. 23), S. 434-435 は、本文で先に確認したような、ラーバントにおいて国家は外的な強制装置であるとするギールケの評価を、誇張であると評価する。というのは、たとえばラーバントが国家の文化的任務を法律学から追放したというギールケの評価は、『国法講義』においてラーバントの国家の文化的任務について触れていることからして正確ではないからであるとされる。確かにギールケによるラーバント評価には(『国法講義』が出版された現代の見地から見れば)不正確あるいは誇張気味な点も存在する。しかし、本稿が行っているように、公共体の現実化という契機に着目する形でギールケのラーバント批判を読むならば、シュルターによって指摘されたギールケによるラーバント批判の不精確さは比較的些細な、修正可能な誤りであるとも理解できるのではないだろうか。

るならば、『公権論』において客観的国家論から出発したはずの実証主義国法学は、いまや主観的国家論の優位へと傾斜しているということ、換言すれば、ゲルバー＝ラーバント流の国家人格論は、『公権論』のゲルバーやギールケが理想とした公共体の受け皿としてはふさわしくないこと、せいぜいのところラーバントがそうであったように、君主にもつばら期待をかけるきわめて簡素な国制論の受け皿としかなり得ていないことがこのようなギールケの批判により明確となるのである<sup>232</sup>。

さて、このような実証主義国法学の傾向に対し、ギールケはその国制論としてシュタインの都市改革を参考に国家を公共体として構成する試みを提示したわけであるが、同時にこの公共体として国家という理想を法的に適切に表現することができる国家人格概念が必要とされる。『根本概念』を検討した際に確認したように、ギールケにおいても、国家は単に客観的な存在にとどまるだけではなく、権利義務の主体として、すなわち人格として把握される必要があった。もちろん、そこでの国家人格は、再び君主を国家の外に起きかねない私法的あるいはアンシュタルト的人格概念ではあり得ず、構成員に適切な居場所を与えるような、総体人格概念であらねばならない。この点をより深く理解するためにも、いましばらくギールケのラーバント批判を追うことにしよう。

さて、ギールケはラーバントにおける国家と国家帰属 *Staatsangehörigkeit* の法関係について論じる。確かに、ラーバントは、国家と個々の国家帰属者の関係を相互的な関係、すなわち国家と構成員のそれぞれが権利と義務を有すると見る点において、絶対主義的な理論と区別される。ギールケによれば、ラーバントにおける国家が有する支配権は被治者の福利のために行使されるべきであるという一般的な拘束性を持つだけでなく、各臣民に対

---

<sup>232</sup> Schmitt (Anm. 141), S. 30-31, Anm. 14 [邦訳: 241 頁注 14]は、「ギールケは[ラーバントによる]「法理念の切り崩し」に対して声を張り上げ、かかる切り崩しは、公法においては、その法的性質をあからさまに否定する(こればグンプロヴィッツに関係する)よりはるかに危険であるとする」と述べている。この引用文に出てくるグンプロヴィッツは、ギールケがザイデル以上に「現実主義」的だと見ている論者である(LS, S. 33, Anm. 1)。この点につき守矢(前掲注 193)、49 頁注 41 も参照。ギールケにとってザイデルやクリーケン、そしてグンプロヴィッツは皮相な現実主義者、実証主義者であるにすぎず、さほど脅威というわけではない。ギールケはゲルバーと比べればザイデルやクリーケンは未熟であると考えている(GSS, S. 20)し、彼らを検討したのも、彼らの著作そのものに意義があるからというよりも、近年において国法および法領域に広まっている兆候を示すためにすぎないとしている(GSS, S. 85)。その意味では、法理念や公共体を重視し、一見したところこのような実証主義と袂を分かっているにもかかわらず、国家人格概念を縮減することにより実質的には法理念や公共体を枯死させようとするラーバントは、ギールケにとってザイデルらよりはるかにやっかいな論敵なのである。これに対し、Schönberger (Anm. 4), S. 306 は『根本概念』と「ラーバント書評」のそれぞれにおいてギールケがザイデルとラーバントに対し類似した批判を行っているとして論じているが、このような認識(のみ)においてはシュミットの問題意識は把握され得ないだろう。本稿は何度かゲルバーやラーバントを実証主義者と呼ぶことに疑いを呈してきたが、彼らを実証主義者と呼ぶことは、ギールケがラーバントに対して見いだしている問題連関の認識を困難にしているのではないかと、という問題意識がその根拠の一つとして存在する。その意味では、本稿全体はギールケのラーバント批判に対する長い注釈であるのかもしれない。なお、グンプロヴィッツについては Stolleis (Anm. 9), S. 444 や細井保「世紀転換期オーストリアの中間団体思想」(名和田是彦編著『法政大学現代法研究所叢書 28 社会国家・中間団体・市民権』、法政大学出版局、2007 年、所収)を参照。

する法的義務を負うとされる。さらに、ラーバントは国家帰属者に、臣民の義務の相関物として、国家による法的制度および福祉制度 *staatliche Rechts- und Wohlfahrtseinrichtungen* の保護および享受を求める国家公民的請求権や、さらに立憲国家においては一定の条件の下であるが、国家の意思活動への憲法に基づいた関与を求める権利を認めるとされる。しかしながらギールケによれば、ラーバントが国家帰属の本質を公共体における構成員資格として、あるいは法関係へと鑄造された総体人格における構成員人格という身分として表現することはなかった。それゆえ、ラーバントは国法上の権利を論じつつも、国家のアンシュタルト的性格を克服することはなかったのである。このことによってラーバントは国家公民権と個人権との間の相違を曖昧にさせることになったのである。ラーバントは、自身によって設定されたカテゴリーのほかには、国家に対して基礎付けられる国家公民の主観法を承認しなかったし、「公民権 *Indigenat*」の法的性格だけでなく、全「基本権」の存在をも否定したとされる。では、国家公民権と基本権の本来の相違とはいかなるものか。まずは基本権論を確認しよう。

一見したところ、国家を公共体として把握し、民族をその構成員人格として把握するギールケの議論は、基本権(自由権)を位置付けることが困難なように思われる。すなわち、ギールケと比較的類似した国家モデルを想定していた『公権論』におけるゲルバーがそうであったように、国家有機体論をベースとするギールケにおいても、国家に対する関与(それは参加と服従の両方を意味する)において国法学の重要な契機が見いだされ、個人の自由には、仮に認められるとしても、国法上、決定的な意義が付与されないのではないか、と推測されるのである。しかし、ギールケはゲルバーと異なり基本権に国法学上もそれなりの意義を認めようとする。すなわちギールケは基本権を以下のように性格付ける。

「基本権についていえば、それが基本権という表題において憲法典や教科書の中で多くの一般的命題が語られているが、しかしこのような命題にいかなる権能も対応しないこと、そしてそもそもこのような命題はそもそも国法学に属さないことは、確かに疑い得ない。しかし、真の基本権は国法上の内容を有した本物の権利である。というのは、真の基本権は、客観的側面においては、国家の領域をきっぱりと個人(あるいは小さな団体)の領域と区別する規範であるからである。このことから、主観的側面において、国家に対してはこのような限界を保持する義務が、個人(あるいは小さな団体)に対してはこのような限界を保持する権利が流れ出る。個々の国家公民はこのような基本権において、特定の関係において国家が彼を自由な個体として取り扱い、構成員として取り扱うべきではないという憲法に基づいた請求権を受け取るのである。基本権は、人間は市民に埋没するのではなく、最高度の普遍性にとっても触れることのできない個人的自由という王国 *Reich* が存在するのだ、という偉大な思想の具体的かつ実定法上の形成を含んでいる。公共体における特定の地位の充足 *Ausfüllung* が主観法——それは、総体人格に対する個別人格に認められるものである——の内容と考えられるのと同様に、団体から自由な個

別的存在の特定の範囲の保護が主観法の内容であると考えられる。このような権利は国家に対して消極的な内容を有する。しかし、いつから差し止め請求権が権利に帰属しないようになったのか?ラーバントは、個々人の自然的な行為の自由は一定の範囲においてのみ保護されるにすぎないので法にとって必要不可欠な対象が存在しないと考えている。その際、彼は以下のことを見落としている。すなわち、信仰の自由、良心の自由、プレス自由、集会の自由などが手短に述べられる場合、このことによって特定の行為の実施への権利が基本権として位置付けられるべきではないということである。「基本権」はむしろ国家における構成員資格と同時に設定される権利、すなわち当該の行為の領域は個々人が活動する非国家的領域であるということが国家によって承認されることを要求する権利、したがって共同体の連関から引き離されたこの自由な領域に対する侵害の不作为を求める権利と重なり合うのである」。

また、基本権が国家の立法行為によって生み出されるものであるという主張によっては基本権の概念を除去することにはならない。というのは、確かに基本権は立法行為によって創出されるが、このことはすべての権利にあてはまるからである。ギールケはこの基本権が実質的には法意識によって規定され、形式的には国家による主権の行使に基礎付けられる実定法であることを承認する。しかし、基本権が存続するかぎり、国家は基本権がみずから法的に拘束する作用を持つことを法意識の表出として捉えるのである (LS, S.35-38)。

さて、ここで、ギールケによってなされている議論は自由権の権利性肯定説を説いたものである、と一般に捉えられている<sup>233</sup>。また、先に触れたように、ギールケが人格権肯定説論者であることも踏まえれば(ギールケは、あくまでドイツ私法の文脈においてであるが、「他者の自由に対する違法な侵害は権利侵害である<sup>234</sup>」と述べている)、自身の人格に対する権利を認めないサヴィニー、ゲルバー、ラーバントとは異なった権利観をギールケは採用しており、そのゆえにギールケが自由権肯定説に立つことができたことさしあたりはいえるだろう。しかし、この箇所におけるギールケの議論において、ギールケ法思想の核心を「公法と私法の統合」という点に見いだしてきた本稿においてはそれにとどまらない意義も読み取ることができる。

すなわち、ここで争われているのは、自由権には対象が存在し、それゆえに権利性が認められるか否かという権利の定義をめぐる問題であるというだけでなく、法思想的な問題でもある。すなわち、人間が有する個人の側面と共同体の構成員という両側面をともに国法学において取り扱おうとするギールケ法思想の趣旨がこの点において明確に現れているのである。このような観点から、先に挙げたギールケの引用文においてまず確認されるべ

<sup>233</sup> たとえば海老原明夫「自由権は権利か (1～3・完)」(『ジュリスト』第 945 号、第 947 号、第 948 号、1989 年、所収)参照。

<sup>234</sup> Gierke (Anm. 154), S. 710.

きは、下線部で強調した箇所である。本稿においてギールケが人間における個人的側面と団体の構成員としての側面とを区別していたことはすでに何度も指摘してきた。公法においてもこのような両側面が適切に把握されるために、構成員人格という概念が要請されることは前款で確認したとおりである。ギールケは、しかし、この構成員人格から生じる公権が、国家の構成員として扱われることを要求する国家公民権のみを意味するだけでは不十分であると考えている。このような国家公民権は確かに、構成員人格を承認することにより、もっぱら人間が国家に埋没する絶対主義的あるいは古典古代的国家像から脱却し、人格相互間の関係、すなわち法関係を表現し得るのであるが、それでもやはりここでも人間が国家の一部であることに変わりはない。ギールケによれば、公法において人間の二側面を区別した上での統一を達成するためには、国家という共同体連関から引き離される権利、つまり基本権が承認されなければならないのである。

続いて、ギールケは基本権という思想が私法のアナロジーとして説明できないだけでなく、あらゆるほかの公的団体 *Körperschaft* 法においても模範を見いだせないことを指摘する。

「というのは、国家が国家の構成員のために、共同体によって侵害することのできない特別な法領域の享受をはじめて特別に保障するきっかけあるいは権限を有するほどには、国家の外にあるあらゆる団体は人間の人格性というものを認識することはできないからである」(LS, S. 38)。

ここでなされているギールケの議論は明確とはいえないが、本章のここまでの叙述、とりわけ『ドイツ団体法』における一節(「すべての古い団体 *Verbände* の解散とともに、領邦主権は同時に公的権利の特権と不平等を粉碎し、臣民の概念において法律の前でのすべての人々の平等を、そして最後に歴史上はじめてすべての人々の個人的自由を創造した(dG 1, S. 10)」)を思い返すならば、以下のように推測したとしても牽強附会ではないと思われる。すなわち、ギールケは基本権の担い手たる、共同体から解放された個人という概念はまさに主権的国家によってはじめて創出されたと考えており、このような認識のゆえに、国家と個人(および団体)との間の法関係は、ほかの団体と個人との間の法関係とは異なった特別な法関係にあると考えていたのではないか。そして『根本概念』を検討した際に確認したように、ギールケが国家を規律する法たる国法を、ほかの団体を規律する法と同様に団体法というカテゴリーにあてはめつつも、同時に国家の主権性を放棄しなかったことも、このような個人および個人の基本権の創出を可能とするのはまさに主権国家であったという認識に基づいているといえるのではないだろうか。このように考えるならば、まさに人間を国家構成員という人格として取り扱い、国家と人間の間に後者の前者に対する参与という意味での法関係を認めつつも、同時に人間がこのような国家構成員に埋没することのない権利をこの国家構成員資格に基づいて基本権として認めるという構造がギールケ国法学

の特色をなしているといえるだろう。

続いて国家公民権について確認しよう。

「個別人格は、等しいアトム<sup>1</sup>の集合として国家団体を形成するのではなく、特定の国法上の編制において形成するのである。このような編制によって、個別人格は全体にとっての相異なつた法的価値を受け取り、このような編制の本質的な構成にとって決定的な分化を受け取るのである。したがって、公共体が法律学的に構成されるべきであれば、民族総体の中での国法上重要な区別の説明が構成員資格一般の内容と範囲と結び付かなければならないのである。このような課題はさらに二つの部分に分かれる。すなわち一方においては個別的性質(出生、性別、年齢、職業、教養、名声、所有など)にしたがった国家公民権の細分化を要求し、他方においては個人と国家を媒介するケルパーシャフト団体を要求するのである」(LS, S. 39)。

君主を含む国家構成員が国家の機関として行動するということは、このような国家公民権の存在を前提としなければならない(LS, S. 40)。では機関とはなにか。

「公共体という思想を真摯に受け止めるならば、機関 **Organ** は、その意欲や行為が憲法に応じて総体人格という目に見えない生命統一<sup>2</sup>体において表明される構成員人格として現れる。[……]機関という法概念は、団体法が公共体という内的な存在秩序として把握され、したがって特殊意志からなる共同意志における統一と数多性の関係へと関連付けるならば、即座に必然的に団体法において現れざるを得ない。[……機関が法的概念として用いられる場合には、]共同体によって条件付けられ、規定された人間の意志行為が、法律学的にも、みずからの即自的存在において関与する個体に帰せられるのではなく、公共体の生の表明として承認される、という前提が確認されなければならない。共同生活の中にある個々の構成員および構成員の複合体の作用領域が法律学的に定式化され、限界付けられなければならない。形成と活動に応じてさまざまであるところの部分統一<sup>3</sup>体——それは公共体という複雑な有機体において総体の器官 **Werkzeuge** として服務を果たす **funktionieren**——の相互関係が法律学的に表現されなければならない」(LS, S. 42-43)。

もちろん、このような機関の権限の行使は客観法から流出する主観法として把握される。

「これらすべての概念[機関相互の関係を規定する仲間団体 **Kollegial** および上司と部下の概念]はまず客観法である。機関の存在、権限、形成、そして内的方向付けを制度として規定するこのような諸規範にしかしここでも主観的法関係が対応する。この関係は私法的カテゴリーに組み込まれるならば誤解されることとなる。というのは、機関および機関の一部としての地位は構成部分としての地位と全く同様に総体人格における部分人

格としての身分 *Zustand* であるからである。したがって、様々な強度においてこのような地位に基づく義務あるいは権利が展開される。さらに人格および人格の総体にとって法的に基礎付けられた機関サービスの担い手としての性格は公的な関係として表れる。このような関係によって公共体はその部分的存在に対して特定の任務の履行を求める権利を持ち、部分的存在は公共体にこのことによって設定される活動領域の譲りわたし *Ueberlassung* を求める権利を公共体に対して持つのである」(LS, S. 44)。

このようにギールケは機関の性質<sup>235</sup>を述べた後に、ラーバントは個人主義的な基本原理によって主観的法関係を見いだすことができなかったのだ、と批判する(Ebenda)。

国家構成員が国家公民権を有しているというこのような思想をギールケは、個人たる人格を尊重する自然法論や私法学に触発されつつ、個人を完全に国家に埋没させる絶対主義的公法——それはもはやギールケにとって法ではない——を法として把握するために展開したのであるが、基本権とは異なり、このような権利は個人の自由の実現を目的としている権利ではなく、徹頭徹尾、公共体という客観的基盤に基づいて、そしてそのために行使される権利である。このような客観法から導出される主観法を根拠付けるために、ギールケはゲルバーと同様に、国家有機体論が国法学において枢要な地位を果たすことを述べ、「都市令」論文においてギールケが確立した市民(国家公民)概念に依拠しつつ、このような客観的基盤が主観化されるべきことを公共体の、そして公法の条件であることを説き、ラーバントを批判したのであった<sup>236</sup>。

ここでギールケの権利論をまとめよう。ギールケの想定している国家公民権、たとえば選挙権(それは機関としての権利行使でもある(LS, S. 44-45))は公共体の構成員として、つまり公共体によって認められ、公共体のために行使すべき権利である。このような国家公民権なしには、独立し、客観的な基盤に基づく公共体が成り立ち得ないことは、すでに「都市令」論文を検討した際に確認したとおりである。この事情を一言でまとめるならば、参政権という公権(ギールケのいう国家公民権)の保持者は、権利主体であると同時に公共体の

---

<sup>235</sup> なお、このような機関が有する権利の具体的内実について簡単に確認しておこう。ギールケは機関の地位を公共体における特定の構成員の地位に直接基づいている機関と、特別な国家的任命行為に基づく機関に分類する。前者には、首長としての君主の有する最高権力の行使、完全な構成員としての市民の有する選挙行為への参与、国家的諸サービスに対する身分的権利、合憲にある団体を国家の機関に任命する権利や、支分国を連邦国家の機関とする権利が属し、ここでは機関の地位を求める主観法が、対応する構成員資格において含まれているとされる。後者においては指名や選挙によって機関たる地位へと任命される機関が属する(LS, S. 44-45)。

<sup>236</sup> ここで、このようなギールケの議論に対するラーバントの反論として読むこともできると思われる箇所を紹介しておこう。ラーバントは、ギールケの弟子であるフーゴー・プロイスの著作に対する書評(Laband, *Besprechung von Dr. Hugo Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preussen*. Berlin, G. Reimer, 1902, (1903), in: ders., *Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 2*, (1980))の中で、ギールケ＝プロイスの有機体論に反対する文脈で、官吏の任命の法的性質について、公法上の勤務契約(それは契約ではあるが民事法上のそれではない)と説明することが可能であると述べている(Ebenda, S. 309)。



(国家の、という表現は、それによってアンシュタルト国家が想定されるならば不正確であろう) 服務員であるということになる。他方、ギールケの想定している基本権は、(実定法によってそのように表現されることを必要とするにせよ) このような客観的基盤による裏打ちを持たない。むしろこのような基盤から引き離される権利、つまり服務員としてではなく個人として尊重される権利ということとなる。確かに自由権は構成員資格と結び付いているが、構成員としての権利というわけではないのである。とはいえ、このような基本権論は、ギールケの国法学という観点から見れば、いずれかという異物という印象はぬぐい去ることはできないだろう。このことは、ギールケが公法と私法を区別し、本来、公法において個人の自由は決して固有の関心対象ではないことを踏まえるならば、すなわち個人の自由を固有の関心対象とするのは私法であることを考えるならば容易に理解できることである。ギールケ国法学の主たる関心は、むしろ国家公民権において如実に表れることとなる<sup>237</sup>。こちらは基本権とは対照的に、公共体概念と直接に結び付けられており、また客観法から導出される主観法という観点がきわめて鮮明な役割を果たしているといえよう。

さて、最後に民族が有するこのような権利の保護をギールケがどのように捉えたかという問題を確認することにより、本節を終えたい。この点に関する議論を始めるにあたってもまたギールケはラーバントが法理念を護持しようとし、法の本質を合目的性や力に還元しないことを高く評価する。また、ギールケによれば、ラーバントは国家という思想と法という思想を区別し、近年の多くの学者とは異なり、法を単なる国家の創造物とは見ない点や、国家に法領域における形式上は全権が認められるとしているにもかかわらず、国家は実質的には法を越えるものではなく、法の中にあるものだとして把握している点を肯定的に捉えている<sup>238</sup>。しかし、このようなラーバントに対する肯定的評価にもかかわらず、ギールケによれば、他方でラーバントはこのような法理念に関する思想と、ラーバントによって強調された法における強制や命令の意義がいかなる形で調和されるかを説明しなかったとされる(LS, S. 76-77)。ギールケによれば、ラーバントによって把握されていたはずの法理念は彼の形式主義によって枯死させ、ラーバントにとって法の内容というものが喪失さ

---

<sup>237</sup> 名和田是彦「いわゆる公権論の法哲学的考察のための覚書」(『法哲学年報 1983』、1984 年、所収)、156-157 頁はドイツ公法学(その典型例として名和田はギールケを挙げる)においては公権とは国家共同体のために用いられるものである旨を適切に指摘している。ただし、そこで名和田が指摘しているほど、ギールケにおいて国家と(国家によって侵害されない自由を有するという意味での)個人の緊張関係が等閑視されていたかといえ、本稿が見てきたように、そうではないと考えるべきだろう。

<sup>238</sup> ラーバント国法学における法観念については本稿第 2 章で確認した通りであるが、ギールケのラーバント評価は本稿における理解を裏付けているといえるだろう。少なからぬ先行研究と異なり、ギールケはラーバントを(後世でいうところの)法律実証主義とは見ていない(Schlüter (Anm. 23), S. 384)ことはもちろん、法をなんらかの事実に還元する法実証主義とも見ていない——結果として法実証主義に接近すると見ていたとしても——。この点においてギールケのラーバント論は、むしろ後の時代におけるラーバント論よりも内在的理解という点につき優れていると見ることができる。

れるに至った(LS, S. 78)。このような形式主義な法把握は、国家活動における国家特有の要素を強制的秩序によって保障された命令へと還元することにより、より強められる。というのは、国家の法的機能をこのような見取り図に適合させるためにラーバントは法を形式と内容に区別し、法の形式に法的実体から独立した存在の有り様というものを認め、内容と区別された形式にも固有の生命というものを認めるに至ったからである。このようにして、ラーバントは法律を法律の内容 *Gesetzesinhalt* と法律たる命令 *Gesetzesbefehl* に区別し、立法という概念をもっぱら法律たる命令の公布に集中させ、法律内容の確認を単なる立法の準備として考察することになる。しかし、ギールケによれば法律概念におけるこのような分裂は適切ではない。ギールケによれば、強制によって実現され得る命令を法規範の設定として、ほかの強制的な権力的命令と区別するためには、人間の当為および可能に関する一般的な理性的命題の宣言を前提する必要がある。すなわち、立法者はある規範を法規範とするためには、法律の内容と法律たる命令を同時に、そして統一的にもたす必要があるからである。ギールケはこのようなラーバント批判をここでもまた法と国家の関係如何という観点からさらに進める。ギールケによれば、法は国家を完成させる。すなわち、国家が有する力の確定を法的な力であると確定することを可能とする。他方、国家は法を完成させる。すなわち、国家は法によって追求されるものを至高の、そして抵抗できない力によって実現するのである。しかし、ラーバントにおける立法概念はこのような法と国家の連関を引き裂き、両者をともに台無しとする。というのは、ラーバントの理論にしたがうならば、国家は立法者としてのその崇高な使命を失い、法は法律としてのその特殊な内容と価値を失うからである(LS, S. 78-80)。

さて、ギールケによれば、ラーバントにおける以上のような国家および法思想が国家的司法に関しても適用されることにより、憂慮すべき帰結が生じるとされる。ラーバントによれば、裁判所制度を論じる際に、裁判所手続に関する理論は、それが裁判権における国家の支配権の適用および行使に関わるかぎりにおいてのみ国法に属するとされる。しかし、ギールケによれば、このことは根本的に誤っており、本来は手続法全体が国法に属するのである。というのは、国法とは国家の職務の取り扱いに関する規範の総体であるからである。ギールケによれば、国家の支配権はここでは、法的に最高次の公共体としての国家が果たすべき任務を実行するための形式的手段にすぎない。したがって、本来、国法と手続法とを厳格に区別することはできないのである。にもかかわらず、このような区別を推し進めるラーバントにおいては、司法固有の意義を十分に把握することはできない。つまりラーバントは訴訟の意義を法と不法に関する実質的な判断ではなく、民事法においては、国家が訴訟を提起したものに対して権利救済に助力するか否かの判断と捉える。また刑法および国法において、裁判権は国家的支配権を貫徹するための形式にすぎないと判断するのである (LS, S.82-84)。しかし、ギールケによれば、司法においても法が主要問題でないならば、国家と法の内的紐帯は切断され、法秩序の受託者であるはずの国家は単なる執行者へとおとしめられ、国家秩序の柱のはずの法は執行規則へとおとしめられることになる

とされる。これに対し、ギールケは法治国家という観点からは、刑事司法およびすべての公法上の司法がその本質を真性かつ純粋な司法において持つこととなると考える。つまり支配権の適用から独立し、ただ法によって規定される司法が目標とされるべきだとするのである(LS, S. 84-86)<sup>239</sup>。

かくして、ギールケは、ラーバントもまた本来目標としながらも結局は実現し得なかった、国家とは独立した(しかし国家なしには現実化することのない)法という理念の保護を、司法の独立の強化という点に見いだしたのである。

### 第3章の結び

さて、ここまでギールケ国法学思想および国制論の特徴を、できるかぎりギールケ法思想全体との連関を意識しつつ検討してきた。ここでここまでの叙述から得られた知見を簡単にまとめてみよう。

ギールケの抱えていた問題意識は、絶対的国家と絶対的个人の二極分化、公法と私法の二分化、国家構成員としての人間と個人としての人間の二分化を、一方を他方に還元することなく統合することにあつた。すなわち、人間を共同体から解放された個人として捉える私法においても、人間は共同体の一員として取り扱われるべきであるし、人間を共同体の一員として捉える公法においても、人間は共同体の単なる道具としてのみ扱われないことはもちろん、国家公民や市民という存在として埋没することもなく、このような共同体的連関から引き離された個人としても、つまり基本権の担い手としても取り扱われるべきであるとされる。このような観点から、本章はギールケをゲルバーやとりわけラーバントとの対比を意識しつつ確認してきた。

さて、最後にギールケとゲオルグ・イエリネック、そしてフーゴー・プロイスとをごく簡単にではあるが比較することにより、ギールケの議論の独自性を明らかとし、またそれと同時に筆者の次なる課題を明らかとしたい。

まず、イエリネックの議論とギールケの議論の比較を試みたい。イエリネックの法理論は、一方では国家の全能性を前提としつつ国家の自己拘束によって国家権力の限界を画し、他方でギールケと同様に国家を団体と捉え、国家と国家構成員の関係を権利義務関係として捉える試みと要約できるだろう。このようなイエリネックの試みはしばしば、ギールケの議論を吸収しつつラーバントの議論を発展させるものであると捉えられる。このような見方が適切であるならば、ギールケの議論にはそれ自体としては固有の意義が存在しないということとなるだろう<sup>240</sup>。しかし、このような見方によってはラーバントを経てイエリ

---

<sup>239</sup> Gierke, German constitutional law in its relation to the american constitution, in: Harvard law review 23, (1910), pp. 286-287 においてもギールケはアメリカ合衆国とドイツとを比較しつつ、アメリカと異なりドイツの帝国裁判所の司法権は刑法および私法のみにおよび、憲法問題には及ばないことを指摘した上で、ドイツの公的生活における根本的欠点として、独立した裁判所によって憲法上の諸原理が保護されないことを挙げている。

<sup>240</sup> 仲野(前掲注 3)、78 頁。また Pauly (Anm. 9), S. 232-233 はイエリネックの名前こそ挙げて

ネックによってより強固に彫琢される形で継承され、ギールケによって批判されることとなったある問題圏の認識が不可能となるように思われる。このことを確認するためにまずギールケ自身の言葉を確認しよう。

「主権を法領域において法の拘束性と共存させるという問題の解決は本質的にイエリネックの『国家契約の法的性質』[Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880]によって促進された。法の拘束性を[国家]意思の自己拘束に還元することの欠陥は、私の見解では以下の点のみにある。すなわち、イエリネックは法制定につき、もっぱら意思活動という契機を顧慮し、したがって、自身が客観的な規定を自身のために生み出すという、意思に不可能なことを要求する。[しかし、]法規範の実質がただ意思であるだけではなく、意思に認められる外的な許可と当為を通じた意思の決定に関する理性の表出であると考えてるだけですべての難点は消滅するのである。法制定は意思表示である。しかし、意欲された外的自由の表出が理性の表出として受け取られ、したがって普遍的にしたがわれなければならないということを内容とする意思表示である。したがって、なにが法であるべきかを示す意思表示の背景には、必然的に、まさにこのことを通じて宣言される、法意識の表出によって意欲されたものが法であるという確信が存在するのである。しかし、法制定を行う意思が法命題それ自体を創造するのではなく、法命題が法的理性の産物であることを明白に促進し、伝えるならば、意思それ自体は、たとえばかの宣言が無効となるまで——そしてこの点については主権的な意思が形式的には常に権限があるのだが——このような意思にとって客観的な発見物によって拘束され得るし、されなければならないのである」(LS, S. 77, Anm. 2)。

ギールケにとって法が民族精神に由来するものであること、そしてそれと同時に法が法理念に適合した理性的なものであることは本章第 3 節第 1 款で確認したとおりである。そしてまたギールケにとって構成員人格という概念を採用することが、このような法理念の公法における実現であったことも本章第 3 節第 3 款において確認したとおりである。これに対し、イエリネックの議論は、ギールケの側から見るならば、法の拘束性をもたらす法の内容という契機を無視するものにほかならない。ギールケにおいて国家構成員が有する公権は——確かにそれは実定法化されねばならず、そのために国家の助力が必要であることは確かであるが——国家から独立した、理性的でありかつ民族精神の発露であるところの法に根拠を有しており、そのため国家から独立した正当性が与えられるのに対し、イエリネックにおける公権はあくまで国家の自己拘束の反映にすぎない<sup>241</sup>という点に両者の相違をさしあたり見いだすことができるだろう。

---

いないが、ギールケの主張がラーバントのモデルによっても説明可能であることと考えている。  
<sup>241</sup> イエリネックの国家自己拘束説については、石川健治が詳細に取り扱っている。近年のものとして石川健治「インディフェレンツ——<私>の憲法学——」(『比較法学』第 42 巻第 2 号、2009 年、所収)。

とはいえ、このようなギールケとイエリネックとの対比から生じる帰結は、単に法思想上のものにとどまらない。イエリネックの国家自己拘束説が、国家による公共性の独占と個々の人間の私化を前提とするものであったことは石川健治によって指摘されているところである<sup>242</sup>。すなわち、自己拘束した主権的存在たる国家によって公共性は独占され、あらゆる個人や団体は個別利害にのみ執着する利己主義的存在として固有の公益性が剥奪されることになる。私人が公権の主体となるのは、国家の承認に基づくかぎりである。もちろんこのような構図は、本章第1節第2款で確認したように、ギールケによって克服の対象とされた構図にほかならない。その際、確認したいのは、ギールケおよびイエリネックのそれぞれの法観念論はこのような対比をより明確なものとするものであるという点である。すなわち、イエリネックにとって法は主権的存在たる国家の創造物であり、法によって体现される公共性というものは国家によって独占されることとなる。これに対しギールケは、一方では国家の主権性を承認しつつも、このような官憲的国家による公共性の独占という把握に向かわなかったのであるが、その際、主権的国家が自己拘束を行うという観念の代わりに、国家以前に、そして国家の上に存在する法という観念が前提とされており、このような観念が国家と諸々の団体にとって共通の団体法という公法の存在の認識を可能としたという点が確認されなければならない。その帰結として、それ自体として公的性格を有する団体(たとえば都市)の存在を、独自の公法を、すなわち独自の公共性を有する団体として承認することが可能となり、また国家という唯一至高の存在にすべての公共性が吸収されないため、——必ずしも常にというわけではないが——公共心を伴いつつ諸々の団体(当然国家も含む)への参与を行う市民あるいは国家公民という概念を法の世界へと導入することが可能となったのである。このように考えるならば、イエリネックとギールケとの関係は、法観念の相違に基づいた相異なる国制像の追求者として把握することも可能であろう。イエリネックは確かにギールケの問題関心を引き継いだ部分もあるのだが——おそらくは意識的に——その基本思想、すなわち法と国家との区別という思想を継承しておらず、ギールケとは異なった、おそらくは実証主義国法学を強く継承する国制像へとたどり着くことになったと考えられる。

続いて、ギールケの弟子であったフーゴー・プロイスの議論をギールケと比較したい。ラーバントやイエリネックがギールケのいうヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理のうち前者をより強固に主張した論者であるとするならば、プロイスは後者をより強固に継承しようとした論者であるといえる。プロイスは多くの点においてギールケの理論を継承しているのだが、ギールケにおける主権概念については批判的である。すなわちプロイスによれば、ギールケの法・国家理解を貫徹するならば、国家主権概念に固執することは自己矛盾であるとされるのである<sup>243</sup>。

<sup>242</sup> 石川健治「承認と自己拘束——流動する国家像・市民像と憲法学」(『岩波講座現代の法1 現代国家と法』、岩波書店、1997年、所収)、33頁以下。

<sup>243</sup> Hugo Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaft. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, (1889), S. 111. 本稿とはだい

プロイスはこのような観点から、ギールケのゲノッセンシャフト的側面をより促進しようとするのだが、これは適切なギールケ解釈であろうか。この問題に対し、本稿は否定的に解する。本稿が繰り返し確認してきたように、ギールケは確かに主権国家あるいは官憲国家を批判したが、それと同時にこのような主権国家こそが伝統的団体を解体し、市民という一元的身分による自己統治という現代結社原理の完成を可能としたという側面や、共同体的連関から引き離された人間の個人的側面を顕わとしたという側面をも強調している。ギールケの議論の特色は、まさにこのようなゲノッセンシャフト原理とヘルシャフト原理の緊張を伴った上での統合にあるのである。プロイスの議論は、このような観点から改めて批判的に検討されなければならないのではないだろうか<sup>244</sup>。

現時点では、イエリネックやプロイスに対するこのような評価は、さしあたっての筆者の今後の研究の見取り図を描くためのあくまでも仮説の域を出るものではない。ドイツ国法学における公共性ないし公共体をめぐる研究は、ギールケ以後の国法学者の議論に対する認識を深めることによってさらに継続されねばならないのだが、これは筆者の今後の課題である。最後に、ここまでの本研究によって得られた成果を簡単にまとめることとしよう。

## 結び

本稿は 19 世紀ドイツ国法学における国家論を、主として公共体と国家人格という観点から取り扱ってきた。そこで得られた知見をごく簡単に述べるならば以下になるだろう。

実証主義国法学における法学的方法、とりわけその要石たるもっぱら国家を権利義務の主体と捉える国家人格論という思想と、国家を客観的で自立した基盤に据えようとするという公共体(あるいは有機体ないし法秩序)としての国家という思想は強い緊張関係にあったといえよう。『公権論』におけるゲルバーはこの問題にすでに気付いており、国家人格という観念に対し強い危惧を有しており、国家有機体に基づく公権を強調していたのだが、結局は、『綱要』のゲルバーやラーバントにおいては国家法人論が採用され、公共体としての国家という思想は、確かに維持はされているのだが、公権に基づく公共体の形成という初発の問題関心は次第に失われていくこととなる。これに対して、ギールケは、国家の法学的把握方法として、実証主義国法学が想定しているとされる私法的人格概念に代え、公共体としての国家(団体)として思想を適切に表現し得る総体人格概念を採用し、国家構成員

---

ぶ異なった観点からではあるが、プロイスの主権概念批判を問題視する近年の研究として遠藤泰弘「オットー・ギールケとフーゴ・プロイス——主権概念をめぐる対立とその位相——」(鈴木秀光ほか編『法の流通』、慈学社出版、2009 年、所収)がある。

<sup>244</sup> とはいえ、今野元「マックス・ヴェーバーとフーゴ・プロイス——ヴァイマル共和国制における連邦制問題を中心として」(『政治思想研究』第 10 号、風行社、2010 年)、250 頁によればプロイスは他方において王権を通じたユンカー勢力の排除による近代化という構想も有していたようであり、プロイスの憲法構想と彼の法・政治思想との間にいかなる関係が存在するかという点に関しては慎重な検討を行う必要があるのだが。

資格に基づく国家公民権の概念を強調することにより、国家人格と公共体としての国家との両立を試みたといえるだろう。その際、確認されなければならないのは、『公権論』のゲルバーやギールケは、常に公権をその客観的基盤、すなわち公共体の具体化と考えていたことである。彼らの法学的方法、すなわち人格が有する意思を契機として素材を主観化する営みは、常にこの公共体の具体化という目的と関連付けて捉えられていたのであった。彼らにとって公権が公共体の具体化(主観化)である以上、その保持者は単なる私人ではあり得ず、たとえば『公権論』期ゲルバーにおいては自律的中間団体の構成員と捉えられており、ギールケにおいては能動的な市民と捉えられている。これに対して『綱要』のゲルバーやとりわけラーバントにおいては、(君主のほかにも)このような公権を保持する主体は確かに存在はするのだが、彼らの国家人格概念の中において積極的に位置付けられているわけではなく、結果として、本来は公共体を現実のものとするために要求されていたはずの、法学的方法に基づく公法の主観化にあたっては、単に国家を権利義務の主体と把握するという役割のみが前面に出るという印象を与えることとなる。

ワイマール期の国法学者であるハンス・ケルゼンは国家法人論につき、それは、人が人を支配するという、民主主義的感情にとって耐え難い現実を隠蔽するイデオロギーだと述べたことがある<sup>245</sup>が、確かに、国家法人論(あるいは国家有機体論)はこのような傾向も有しているだろう。しかし、それが国家法人論のすべてというわけではない。とりわけギールケの国家法人論は同時に、公共体という理念——それはまさしく生身の人間による支配を隠蔽しようとするイデオロギーでもあるかもしれないが——を現実化しようとする傾向をも有していたのである。

ところで、本稿がここまで得てきたような知見は、現代公法学における公共性概念導入の是非という問題に対していかなる貢献をなすことができるかという問題について検討を加えることにより本稿を終えたい。この問題は、きわめて困難な課題であり、軽々に判断を下すことはできないが、一種の問題の見取り図を提示することはできるのではないか。

近年、伝統的な日本憲法学における客観的憲法論の不在がつとに指摘されているところである<sup>246</sup>。同様に、伝統的な日本憲法学において公共性論の不在についてしばしば指摘される<sup>247</sup>ことがあるが、このことは、あくまでも本稿が確認したかぎりでの所見となるが、伝統的憲法学における客観的憲法論の不在と平仄をあわせるものであったものと述べることができるだろう。すなわち、伝統的な憲法学が客観的な憲法論を必要としなかったのは、

---

<sup>245</sup> Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Auflage, (1929), S. 11-12. [邦訳:ケルゼン、西島芳二訳『デモクラシーの本質と価値』(岩波文庫、1948年)、41頁]。

<sup>246</sup> 石川健治「『基本的人権』の主観性と客観性——主観憲法と客観憲法の間——」(西原博史ほか編『岩波講座 憲法 2 人権論の新展開』、岩波書店、2007年、所収)を参照。

<sup>247</sup> たとえば愛敬浩二「立憲主義における市民と公共圏」(『憲法問題 14』、三省堂、2003年、所収)、同「リベラリズム憲法学における「公共」」(森英樹編『市民的公共圏形成の可能性——比較憲法的研究を踏まえて』、日本評論社、2003年、所収)、毛利透「自由な世論形成と民主主義——公共圏における理性」(同『表現の自由——その公共性ともろさについて——』、2008年、所収)。

憲法論の背景にある公共体像を前提としないような、すなわち意識的であるか無意識的であるかはともかくとして、個人を前提とした主観的な憲法論、つまり基本権論の体系を構築することを欲していたからである<sup>248</sup>。このような体系は個人の自由を尊重することを最大の目的とする。その結果として、伝統的な公法学は公共性を支えるはずの社会的諸力の軽視を伴う形で進展してきた。このような社会的諸力の意義を認めず、いかなる形で公共体としての国家という理念が実現されるのか、という点を考慮することなくして国家の公共的性格を強調するならば、(実証主義国法学がそうであったように)国家はますます国民から乖離し、自己正当化的存在となりはてることになるだろう。そして公法学が学としての純度を高める(たとえば林知更による「憲法学とは集権的に組織された国家を前提に、このような国家を規制することを目的とする学」であるという伝統的憲法学の定義がごとし<sup>249</sup>)ことは、いわば公共体としての国家という思想を社会的諸力の助けを得つつ実現する方策を阻害する共犯者的役割を果たしてきたといえよう。近年における公法学における公共性

---

<sup>248</sup> 本稿のこのような問題意識は、林知更「政治過程の統合と自由——政党への公的資金助成に関する憲法学的考察(1～5・完)」(『国家学会雑誌』第115巻第5・6号、第116巻第3・4号、第116巻第5・6号、第116巻第11・12号、第117巻第5・6号、2002-2004年、所収)、特に116巻第11・12号60頁以下によるところが大きい。より強く公共性論を意識した林の論考として、同「政治過程における自由と公共」(阪口正二郎編『自由への問い 3 公共性』、岩波書店、2010年、所収)がある。林が参考としているコンラート・ヘッセによる公共体に関する議論についてはさしあたり Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, (1999), S. 11 ff. [邦訳:コンラート・ヘッセ、初宿正典／赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』(2006年、成文堂)、11頁以下]を参照。ヘッセの師であるルドルフ・スメントの公共性(公共体)論については Rudolf Smend, *Zum Problem der Öffentlichen und der Öffentlichkeit*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Auflage, (1994) を参照。スメントによれば、公共性 *Öffentlichkeit* という用語は二つの意義を有する。第一の意義はかつてからドイツにおいて存在していた用法であり、開かれていることを意味するにすぎない。第二の用法は、アングロサクソンおよびロマンス語圏に由来するものであり、有機的民族や、自治体、国家としての民族という領域を表すための用語であり、公共的であるということは、公共体としての民族という生活・意味・価値領域への帰属という規範的性質を有するとされる(Ebenda, S. 462-464)。後者の意味での公共性概念は封建制の解体を目的とする新しい秩序を目指すものであり、フランス革命においてその典型が見いだされたとする。しかし、ドイツにおける反革命的議論(その代表的担い手はシュタールである)は、このような革命的公共性という思想を受け入れず、「公共的なもの」という思想を「国民 Volk のために、そして完全に国民によって、そして国民の意志によって存在するものではなく、高次の秩序のために、そして国民および君侯の上位に存在する固有の内的必然性のゆえに存在するものである」と説くことによって公共性という言葉から啓蒙的性格や国民主権における革命的指向を奪い取り、公共性概念の特殊ドイツ化を招いたと論じられている(Ebenda, S. 470-474)。本稿の見解では、スメントの議論においてはあまりにもきっぱりと公共性が有する二通りの意味が区別されすぎていると思われるが、あくまでもおおざっぱな性格付けとしてであれば、本稿が取り扱った論者においては、トーンの差こそあれ、スメントが述べるような特殊ドイツ的な公共性が前提とされていると見てよいと思われるし、まさにこのような公共性概念が彼らの公法学を規定しているとさえ述べてよいと思われる。ただし、このような観点から特殊ドイツ的公共性概念を相対化するという作業は、もはや本稿の課題をはるかに越えるものである。

<sup>249</sup> 林知更「憲法学が民主政を論じる意味——毛利透『民主政の規範理論』をめぐって」(『Historia juris 比較法史研究』第12号、未来社、2004年、所収)。



論の隆盛は、本稿の観点からみれば、おそらく公共体としての国家という思想を単なる理念と呼び戻すだけではなく、現実的なものとしようというきわめて興味深い試みであるように思われるのだが、本稿の議論を踏まえて、一例を検討するとしよう。憲法学者である毛利透の表現の自由論は、積極的に公共性論を憲法学に導入しようとする試みといい得るのだが、このような毛利の試みは客観的秩序を、すなわち公共体を実現するための権利という構想に接近しているように思われる。毛利の見解では、表現の自由に対する威嚇的効果は可能なかぎり縮減され、「表現の自由」「行使」を促進しなければならないのだが、それは公論を、公共圏を、そして民主制を実現するためでもある<sup>250</sup>。ここでは、表現の自由を行使する個人は、個人であると同時に、民主制といういわば客観的秩序の、そして本稿なりにいえば現代における公共体を実現するための服務員 *Funktionär* であると捉えることもできるだろう。もちろん、毛利は公共性概念を可能なかぎり実体性を回避する形で把握しようとしている。しかし、個人を服務員として捉えることにより個人の価値が(たとえば公権の行使は単なる私的自由の追求とは異なるため表現の自由の行使資格者が厳しくチェックされるという具合に)縮減されかねないという危うさも存在することをも指摘しておかなければならないだろう。このように、公共性概念を憲法学において国家の単なる統治原理以上の意味へと拡充させることは、おそらくは国家権力からの防御を旨とする憲法学の性質をおそらくは根底的に変質させることになりかねないのであるが、しかし、実のところ、本稿が確認してきたように、防御権を中心とした憲法(公法)理論というものは、決して歴史的に見て自明なものではなく、このような伝統的な憲法理論と緊張関係にある憲法(公法)理論が生じてくることはある種の必然であろう。

いずれにせよ、公共体(性)を公法学に導入するという試みを実現するためには、公法学の方法というものに対する深い反省や、公法学が想定する国家論に関するさらなる見直しも必要となるのではないか。そこでは、公法がなぜ「公」法と呼ばれるのかが深く検討されざるを得ないだろう。本稿が確認してきたように、学としての公法(憲法)をはじめて確立したとされる 19 世紀ドイツ国法学は、まさに公法の公法たるゆえんに(「公」法という意味でも公「法」という意味でも)執拗にこだわった学派であった。本稿は、彼らの議論を検討することを通じて、今日の我々が見落としがちな公法という概念の一つの範型を提示したつもりである。今日において、この範型になんらかの意味においてしたがうべき内容があるかどうか、という問題についてはここでは立ち入ることはできない。しかし、このような範型になんらかの積極的意味をみいだすにせよ、単なる克服の対象として把握するにすぎないにせよ、このような範型に向き合うことは、みずからの公法観をより明確なものとするという意義を有するのではないか。法思想史という学は、仮に実践的効用が存在するとするならば、それは問題を解決する学問であるという点にあるのではなく、我々が解決すべき問題を可視化する学問であるという点にあると筆者は考えているのだが、本稿がわずか

---

<sup>250</sup> 毛利透「市民的自由は憲法学の基礎概念か」(同『表現の自由——その公共性ともろさについて』岩波書店、2008 年、所収)、とりわけ 45-46 頁。

なりでも現代公法学が抱える問題(たとえば公法と公共性について)を可視化する糸口<sup>251</sup>となることができたならば幸いである。

---

<sup>251</sup> 試論にとどまるものであるが、このような問題意識から現代憲法学に接近を企てたものとして西村清貴「十九世紀ドイツ憲法学における国家と公共」(仲正昌樹編『叢書・アレティア 10 歴史における理論と現実』、2008 年、所収)。

## 文献一覧

### ゲルバーの著作

- Gerber, Carl Friedrich von: Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, (1846)
- System des deutschen Privatrechts, (1848)
  - Ueber deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt, I, (1851), II, (1855), III, (1865), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878)
  - Über öffentliche Rechte, (1852), Neudruck (1912) [邦訳:C・F ゲルベル、鍋澤幸雄訳「公権について」(『立正法学』第3巻第3・4号、第4巻第1号、第4巻第2・3号、1969-1970年、所収)]
  - Ueber den Begriff der Autonomie, I, (1854), II, (1859), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878)
  - Bemerkung zur Beurteilung genossenschaftlicher Verhältnisse, (1855), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878)
  - Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideikommiss, (1857), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878)
  - Zur Theorie der Reallasten, I, (1858), II, (1863), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878)
  - Ueber die Natur der Rechte des Schriftstellers und Verleger, I, (1859), II, (1863), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878)
  - Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, (1865)
  - Ueber die Theilbarkeit deutscher Staatsgebiete, (1865), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878)
  - Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Auflage, (1869)
  - Besprechung von Paul Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, 1871, in: Literarische Centralblatt für Deutschland, Nr. 3, Januar 21, (1871)
  - Ueber Privilegienhoheit und dispensationsgewalt im modernen Staate, (1871)
  - Besprechung von Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Band 1, 1876, in: Literarische Centralblatt für Deutschland, Nr. 8, februar 19, (1876)
  - Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Auflage, (1880)
  - System des deutschen Privatrechts, 17. Auflage, (1895)

### ラーバントの著作

- Laband, Paul: Besprechung von Dr. Wilhelm Endemann, Prof. der Rechte und Oberappellationsgerichts-rath zu Jena. Das Deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt. Erste Abteilung. XVI. u. 400 S. 8. Heiderberg, Bangel u. Schmitt, 1865, (1865), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 4, (1983)
- Besprechung von C. F. v. Gerber, Grundzüge eines System des deutschen Staatsrecht, 1865, in: Literarische Centralblatt für Deutschland, Nr. 3, Januar 13, (1866)
  - Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, (1871)
  - Besprechung von Carl Gareis, Das Deutsche Patenzgesetz vom 25. Mai 1877 erläutert, Berlin 1877, (1878), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 4, (1983)
  - Rede über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, (1880), in: ders., Abhandlungen, Beiträgen, Reden und Rezensionen, Teil 1, (1980)
  - Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, (1885), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 4, (1983)

- Besprechung von Dr. Hugo Preuss, Das städtische Amtsrecht in Preussen. Berlin, G. Reimer, 1902, (1903), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 2, (1980)
- Besprechung von Alfredo Bartolomei, Diritto pubblico e teoria della conoscenza. 1903, (1905), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 2, (1980)
- Besprechung von Rudolf Smend, Die Preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen, Göttingen 1904, (1905), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 2, (1980)
- Besprechung von A. Mérignac, Traité de droit public international, 1905, (1906), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 2, (1980)
- Staatsrecht, in: Die Kultur der Gegenwart, Teil 2, Abteilung 8 (Systemetische Rechtswissenschaft), (1906)
- Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Band 1, 5. Auflage, (1911)
- Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Band 2, 5. Auflage, (1911)
- Lebenserinnerungen, (1918), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 1, (1980)
- Staatsrechtliche Vorlesungen. Vorlesungen zur Geschichte des Staatsdenkens, zur Staatstheorie und Verfassungsgeschichte und zum deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts, gehalten an der Kaiser-Wilhelm-Universität Straßburg 1872-1918, (2004)

#### ギールケの著作

- Gierke, Otto: Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1, (1868) [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、庄子良男訳「ドイツ団体法論 第一巻(1～5)」(『駿河台法学』第23巻第1号、第23巻第2号、第24巻第1・2号、第25巻第1号、第25巻第2号、2009-2012年、所収)]
- Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaft 30, (1874), Neudruck (1915)
- Besprechung von Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Zweiter Band. Tübingen 1878, in: Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 6, (1879)
- Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 3, (1881)
- Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch 7, (1883), Neudruck (1961)
- Naturrecht und deutsches Recht, (1883) [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、曾田厚訳「自然法とドイツ法 (1～2・完)」(『成蹊法学』第12号、第13号、1978年、所収)]
- Die soziale Aufgabe des Privatrechts, (1889) [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、森田三男訳「私法の社会的任務」(『創価法学』第4巻第3号、1975年、所収)]
- Deutsches Privatrecht, Band 1, (1895)
- Das Wesen der menschlichen Verbände, (1902) [邦訳:ギールケ、曾田厚訳「人間団体の本質」(『成蹊法学』第24号、1986年、所収)]
- Die historische Rechtsschule und die Germanisten, (1903)
- Die Steinsche Städteordnung, (1909) [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、山本洋子／大野達司訳「シュタインの都市条令」(『神奈川大学研究年報』第16巻、1997年、所収)]
- German constitutional law in its relation to the american constitution, in: Harvard law review 23, (1910)
- Besprechung von Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Dritte Abteilung. Fortsetzung zu der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, erste und zweite Abteilung, von R. Stintzing., Zweiter Halbband. Text S. XVI und 1008. Noten S. 414. München und Leipzig 1910, bei R. Oldenbourg, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 32 Germanistische Abteilung, (1911)
- Recht und Sittlichkeit, in: Logos 6, (1916) [邦訳:ギールケ、曾田厚訳「法と倫理(1～3・完)」(『成蹊法学』第16号、第19号、第20号、1980-1983年、所収)]
- Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien: Zugleich

ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik, 4. Auflage, (1929) [邦訳:オットー・フォン・ギールケ、笹川紀勝／本間信長／増田明彦訳『ヨハネス・アルトジウス——自然法的国家論の展開及び法体系学説史研究』(勁草書房、2011 年)]

#### 欧語文献

- Akio, Ebihara: Was ist „juristisch“ in der juristischen Methode des Staatsrechts im 19. Jahrhundert? Die Funktion des privatrechtlichen Begriffes der „juristischen Person“ in der staatsrechtlichen Diskussion um den Bundesstaatsbegriff, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 18, (1996)
- Albrecht, Wilhelm Eduard: Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, in: Göttingische gelehrte Anzeigen, 1837, (1837), Neudruck (1962)
- Blickle, Peter: Otto von Gierke als Referenz? Rechtswissenschaft und Geschichtswissenschaft auf der Suche nach dem Alten Europa, in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 17, (1995)
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Organ, Organisation, juristische Person, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg. ), Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, (1973)
- Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Auflage, (1981)
- Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, (1991)
- Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, 2. Auflage, (1995)
- Brunkhorst, Hauke: Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus. Parlamentarismus zwischen Untertanenrepräsentation und Volkssouveränität, in: Leviathan 31. 3, (2003)
- Burger, Jordis: Carl Friedrich Wilhelm von Gerber als sächsischer Kultusminister
- Dilcher, Gerhard: Genossenschaftstheorie und Sozialrecht. Ein „Juristensozialismus“ Otto von Gierke?, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 3/4, (1974)
- Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 61. 4, (1975)
- Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft, in: Gerhard Dilcher/Bernhard Diestelkamp (Hrsg. ), Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy: Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposium für Adalbert Erler, (1986)
- Dilthey, Wilhelm: Einleitung in die Geisteswissenschaft I, (1883)
- Dreyer, Michael: German Roots of the Theory of Pluralism, in: Constitutional Political Economy 4. 1, (1993)
- Friedrich, Manfred: Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit, in: Archiv des öffentlichen Rechts 111. 2, (1986)
- Gareis, Carl: Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes, in: Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrecht 35, (1877)
- Gierke, Julius von: Die erste Reform des Freiherrn vom Stein, (1957)
- Gottwald, Dorothee: Fürstenrecht und Staatsrecht im 19. Jahrhundert. Eine wissenschaftsgeschichte Studie, (2009)
- Grimm, Jakob: Deutsche Rechtsaltertümer, 3. Auflage, (1881)
- Gurwitsch, Georg: Otto v. Gierke als Rechtsphilosoph, in: Logos 11, (1922)
- Haferkamp, Hans-Peter: Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz", (2004)
- Hattenhauer, Hans: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Auflage, (1996)
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht

- und Staatswissenschaft im Grundriss. Werke, 7, (1986)
- Heller, Hermann: Die politischen ideenkreise der gegenwart, (1926), in: ders, Gesammelte Schriften 1, 2. Auflage, (1992) [邦訳:ヘルマン・ヘラー、安世舟訳『ドイツ現代政治思想史』(御茶の水書房、1981年)]
- Staatslehre, 6. rev. Auflage, (1983) [邦訳:ヘルマン・ヘラー、安世舟訳、『国家学』、未來社、1971年]
- Hespe, Klaus: Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, (1964)
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, (1999) [邦訳:コンラート・ヘッセ、初宿正典／赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』(2006年、成文堂)]
- Hofmann, Hasso: Hugo Grotius, in: Michael Stolleis(Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert: Reichspublizistik・Politik・Naturrecht, 2. Auflage, (1987) [邦訳:ハッソー・ホフマン、佐々木有司訳「フーゴー・グロティウス」(ミヒャエル・シュトライス編、佐々木有司／柳原正治訳『十七・十八世紀の国家思想家たち——帝国公(国)法論・政治学・自然法論——』、木鐸社、1995年、所収)]
- Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, (1905)
- Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 4. Auflage, (1927) [ゲオルグ・イエリネック、宿谷正典訳「人権宣言論」(宿谷正典編訳『イエリネック対ブトミー 人権宣言論争』、みすず書房、1995年、所収)]
- Jhering, Rudolf von: Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild, in: ders., Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe f. d. juristische Publikum, (1884) [邦訳:イエーリング、大塚滋／高須則行訳「法学者の概念天国にて」(『東海法学』第15巻、第16巻、第17巻、1995-1997年、所収)]
- Kant, Immanuel: Die Metaphysik der Sitten. Werkausgabe VIII. Hrsg. von Wilhelm Weischedel, (1977) [邦訳:樽井正義／池尾恭一訳『カント全集 11 人倫の形而上学』(岩波書店、2002年)]
- Kaufmann, Erich: Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts, (1908), in: der., Gesammelte Schriften, Band 3
- Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, (1926) [邦訳:ハンス・ケルゼン、清宮四郎訳『一般国家学』(岩波書店、1971年)]
- Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage, (1929) [邦訳:ケルゼン、西島芳二訳『デモクラシーの本質と価値』(岩波文庫、1948年)]
- Kersten, Jens: Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, (2004)
- Kremer, Carsten: Die Willensmacht des Staates. Die gemeindeutsche Staatsrechtslehre des Carl Friedrich von Gerber, (2008)
- Art. „Gerber, Carl Friedrich von“, in: Rüdiger Voigt/Ulrich Weiß (Hrsg.), Handbuch Staatsdenker, (2010)
- Art. „Laband, Paul“, in: Rüdiger Voigt/Ulrich Weiß (Hrsg.), Handbuch Staatsdenker, (2010)
- Krieken, Albert TH. Van: Ueber die sogenannte organische Staatstheorie: ein Beitrag zur Geschichte des Staatsbegriffs, (1873)
- Kroeschell, Karl: Zur Lehre vom "germanischen" Eigentumsbegriff, in: Rechtshistorische Studien: Hans Thiemr zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinem Schülern, (1977). [邦訳:カール・クレッシェル、和田卓朗訳「『ゲルマン的』所有権概念説について」(カール・クレッシェル、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道』、創文社、1989年、所収)]
- Link, Christoph: Johann Stephan Pütter, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert: Reichspublizistik・Politik・Naturrecht, 2. Auflage, (1987). [邦訳:クリストフ・リンク、柳原正治訳「ヨハン・シュテファン・ピュッター」(ミヒャエル・シュトライス編、佐々木有司／柳原正治訳『十七・十八世紀の国家思想家たち——帝国公(国)法論・政治学・自然法論——』、木鐸社、1995年、所収)]

- Losano, Mario G.: Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber, (1984)
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, (2000)
- Mayer, Otto: Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht, in: Staatsrechtliche abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten jahrestage der doktor-promotion, (1908)
- Mecke, Christoph-Eric: Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, (2009)
- Nörr, Dieter: Savignys Anschauung und Kants Urteilkraft, in: Norbert Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band 1, (1982) [邦訳: ディーター・ネル、耳野健二訳「サヴィニーの直観とカントの判断力」(『Historia Juris 比較法史研究 3』、未来社、1994 年、所収)]
- Nörr, Knud Wolfgang: Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert, (1991)
- Prozeßzweck und Prozeßtypus: Der kirchliche Prozeß des Mittelalters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen, in: ders., Iudicium est actus trium personarum: Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa, (1993)
- Oertzen, Peter von: Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, (1974)
- Pauly, Walter: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert, (1993)
- Paul Laband. Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: Helmut Heinrichs/Harald Franzki/Klaus Schmalz/Michael Stolleis(hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, (1993) [邦訳: ヴァルター・パウリー、土屋武訳「パウル・ラーバント 学問としての国法学」(ヘルムート・ハインリッヒス/ハラルド・フランツキー/クラウス・シュマルツ/ミヒャエル・シュトレイス著、森勇監訳『ユダヤ出自のドイツ法律家』、中央大学出版部、2012 年、所収)]
- Pöggeler, Wolfgang: Vom Naturrecht zum Positivismus. oder: Was Sie schon immer zur Methodenlehre wissen wollten, aber nicht zu fragen wagten, in: Juristische Arbeitsblätter 4/97, (1997)
- Einleitung, in: Carl Friedrich von Gerber, Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, Reprint, (1998)
- Einleitung, in: Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Auflage, Reprint, (1998)
- Einleitung, in: Otto von Gierke, Aufsätze und kleinere Monographien, (2001)
- Preuss, Hugo: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaft. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, (1889)
- Rehm, Hermann: Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, (1896)
- Rottleutner, Hubert: Biological Metaphors in Legal Thought, in: Gunther Teubner(ed.), Autopoietic law : a new approach to law and society, (1988) [邦訳: フバート・ロットロイトナー、黒木三郎/大橋憲広訳、「法思想における生物学的メタファー」(『比較法学』第 25 巻第 2 号、1992 年、所収)]
- Rückert, Joachim: Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, (1984)
- Savigny, Friedrich Carl von: Ueber den Zweck dieser Schrift, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1, (1815)
- Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. Auflage, (1828) [邦訳: サヴィニー、大串兎代夫訳『法典論争』(世界文学社、1949 年)]
- System des heutigen römischen Rechts, Band 1, (1840) [邦訳: サヴィニー、小橋一郎訳『現代ローマ法体系 第一巻』(成文堂、1993 年)]
- Schlink, Bernhard: Laband als Politiker, in: Der Staat 31. (1992)
- Schlüter, Bernd: Einleitung, in: Paul Laband, Staatsrechtliche Vorlesungen, (2004)
- Reichswissenschaft. Staatsrechtslehre, Staatstheorie und Wissenschaftspolitik im Deutschen Kaiserreich am Beispiel der Reichsuniversität Straßburg, (2004)

- Schmidt-Radefeldt, Susanne: Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) und die Wissenschaft des deutschen Privatrechts, (2003)
- Schmitt, Carl: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Rechtslehre (1930) [邦訳:カール・シュミット、上原行雄訳「フーゴー・プロイス」(長尾龍一編『カール・シュミット著作集 I』 慈学社、2007 年、所収)]
- Verfassungslehre, 8. Auflage, (1993) [邦訳:カール・シュミット、阿部照哉／村上義弘訳『憲法論』(みすず書房、1974 年)]
- Schönberger, Christoph: Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918), (1997)
- Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende, in: Stanley L. Paulson/Martin Schulte (Hrsg.) Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk, (2000)
- Schröder, Jan: Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?, in: Wolfgang Baumann/Hans-Jürgen von Dikhuth-Harrach/Wolfgang Marotzke, Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte. Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag, (2005)
- Art. „Otto von Gierke“, in: Jan Schröder/ Gerd Kleinheyer (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, (2008) [邦訳:J・シュレーダー、半田正夫訳「オットー・フォン・ギールケ」(G・クラインハイヤー、J・シュレーダー編、小林考輔編『ドイツ法学者事典』、学陽書房、1983 年、所収)]
- Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933, in: Rechtsgeschichte 13, (2008) [邦訳:ヤン・シュレーダー、石部雅亮訳「ドイツにおける法学方法論史(一八五〇年—一九三三年)の一考察」(『大阪市立大学法学雑誌』第 55 巻第 3・4 号、2009 年、所収)]
- Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933), (2012)
- Schulze, Hermann: Einleitung in das deutsche Staatsrecht mit besonderer Berücksichtigung der Krisis des Jahres 1866 und Gründung des Norddeutschen Bundes, (1867)
- Seydel, Max: Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, (1873)
- Smend, Rudolf: Zum Problem der Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Auflage, (1994)
- Stahl, Friedrich Julius: Die Philosophie des Rechts, Band 2, Abteilung 2: Rechts und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 3. Auflage, (1854)
- Stolleis, Micheall: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 2, (1992)
- Die historische Schule und das öffentliche Recht, in: ders., Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, (2011)
- Suppé, Rüdiger: Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts, (2004)
- Uhlenbrock, Henning: Der Staat als juristische Person, (2000)
- Weber, Max: Die »Objektivität« sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 19, (1904) [邦訳:マックス・ヴェーバー、富永祐治／立野保男訳、折原浩補訳、『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』、岩波書店、1998 年]
- Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Auflage, (1967) [邦訳:フランツ・ヴィアッカー、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、1961 年)]
- Wilhelm, Walter: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, (1958)
- Winters, Peter Jochen: Johannes Althusius, in: Michael Stolleis(Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert: Reichspublizistik・Politik・Naturrecht, 2. Auflage, (1987) [邦訳:ペーター・ヨッヘン・ヴィンタース、佐々木有司訳「ヨハンネス・アルトウジウス」(ミヒャエル・シュトライス編、佐々木有司／柳原正治訳『十七・十八世紀の国家思想家たち——帝



国公(国)法論・政治学・自然法論——』、木鐸社、1995年、所収)

邦語文献

- 愛敬浩二「立憲主義における市民と公共圏」(『憲法問題 14』、三省堂、2003年、所収)  
——「リベラリズム憲法学における「公共」」(森英樹編『市民的公共圏形成の可能性——比較憲法的研究を踏まえて』、日本評論社、2003年、所収)  
——「社会契約は立憲主義にとってなお生ける理念か」(井上達夫ほか編『岩波講座 憲法 1——立憲主義の哲学的問題地平』、岩波書店、2007年、所収)  
碧海純一／伊藤正己／村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、1976年)  
赤坂正浩「国家法人説とベッケンフェルデのアンシュタルト国家論」(『日本法学』第73巻第2号、2007年、所収)  
赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂、1995年)  
芦部信喜「ラーバント——法学者・人と作品——」(同『憲法叢説 I 憲法と憲法学』、信山社、1994年、所収)  
東尚史「ヨハン・シュテファン・ピュッターの法理論——体系と歴史——(1～2・完)」(『法学論叢』第159巻第1号、第159巻第2号、2006年、所収)  
筏津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』(昭和堂、2002年)  
石川健治「承認と自己拘束——流動する国家像・市民像と憲法学」(『岩波講座現代の法 1 現代国家と法』、岩波書店、1997年、所収)  
——「「基本的人権」の主観性と客観性——主観憲法と客観憲法の間——」(西原博史ほか編『岩波講座 憲法 2 人権論の新展開』、岩波書店、2007年、所収)  
——『自由と特権の距離——カール・シュミット「制度体保障」論・再考[増補版]』(日本評論社、2007年)  
——「インディフェレンツ——<私>の憲法学——」(『比較法学』第42巻第2号、2009年、所収)  
——「権力とグラフィクス」(長谷部恭男／中島徹編『憲法の理論を求めて——奥平憲法学の継承と展開——』、日本評論社、2009年、所収)  
石川敏行「ドイツ公権理論の限界(1～2・完)」(『法学新報』第86巻第4・5・6号、第86巻7・8・9号所収、1979-1980年、所収)  
石部雅亮「ドイツにおける家族世襲財産制度——「相続法の近代化」のために」(『法学雑誌』第14巻第2号、1967年、所収)  
石村善治「モールの公法思想——『代表制』の概念について」(小林考輔編『ドイツ公法の理論——その今日的意義』、一粒社、1992年、所収)  
磯村哲『社会法学の展開と構造』(日本評論社、1975年)  
稲福日出夫『ヤーコプ・グリム 郷土愛について——埋もれた法の探訪者の生涯』(編集工房東洋企画、2006年)  
上山安敏『憲法社会史』(日本評論社、1977年)  
鵜澤剛「オットー・マイヤーの《自由権》論——《自由と財産》の定式の今日的意義について考えるために(その1)——」(『金沢法学』第53巻第2号、2011年、所収)  
海老原明夫「ゲルバーの法理論」(片岡輝夫ほか著『古代ローマ法研究と歴史諸科学』、創文社、1986年、所収)  
——「ドイツ国法学の『国家学的』方法について」(国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第1巻』、有斐閣、1987年、所収)  
——「自由権は権利か(1～3・完)」(『ジュリスト』第945号、第947号、第948号、1989年、所収)  
——「公権としての権利保護請求権」(『法学協会雑誌』第108巻第1号、1991年、所収)  
——「損失補償と特別の犠牲——(1～3・完)」(『ジュリスト』第983号、第984号、第986号、1991年、所収)  
——「法の継受と法学の継受——(1～3・完)」(『ジュリスト』第995号、997号、第999号、1992年、所収)  
遠藤泰弘「オットー・フォン・ギールケの政治共同体像——団体人格論と自然法論の内在的理解

- を中心として——(1~2・完)」（『北大法学論集』第53巻第5号、第53巻第6号、2003年、所収）
- 『オットー・フォン・ギールケの政治思想——第二帝政期ドイツ政治思想史研究序説——』（国際書院、2007年）
- 「オットー・ギールケとフーゴ・プロイス——主権概念をめぐる対立とその位相——」（鈴木秀光ほか編『法の流通』、慈学社出版、2009年、所収）
- 小川浩三「『ヨーロッパ法史入門』注解」（クヌート・ヴォルフガング・ネル『ヨーロッパ法史入門』、東京大学出版会、1999年、所収）
- 奥平康弘「ドイツの「基本権」観念——その成立に関する若干の考察——」（東京大学社会科学研究所編『基本的人権3 歴史II』、東京大学出版会、1968年、所収）
- 「選挙権の法的性質——選挙権論をめぐって(その2)」（『法学セミナー』第341号、1983年、所収）
- 堅田剛「ギールケ、あるいは法の内なるフモール」（同『歴史法学研究』、日本評論社、1992年、所収）
- 「ヘーゲル、サヴィニー、グリム」（同『法のことば／詩のことば——ヤーコプ・グリムの思想史』、御茶の水書房、2007年、所収）
- 「サヴィニーとグリムの歴史法学」（同『ヤーコプ・グリムとその時代——「三月前期」の法思想』、御茶の水書房、2009年、所収）
- 加藤一彦「選挙権論における「二元説」の意義」（『現代法学』第8巻、2005年、所収）
- 門脇雄貴「国家法人と機関人格(1~3・完)——機関訴訟論再構築のための覚書——」（『法学会雑誌』48巻2号、49巻1号、50巻1号、2007-2009年、所収）
- 亀本洋「現代法学の展開と法律学の変容」（『岩波講座 現代の法 15 現代法学の思想と方法』、岩波書店、1997年、所収）
- 川崎修敬『エドゥアルト・ガンスとドイツ精神史——ヘーゲルとハイネの狭間で』（風行社、2007年）
- 川角由和「オットー・フォン・ギールケの法思想と「私法の社会化」——ひとつの批判的「覚え書き」——」（『龍谷法学』第34巻第4号、2002年、所収）
- 神橋一彦『行政訴訟と権利論』（信山社、2003年）
- 木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成(1~2・完)——人格権概念に仮託された意味・機能に着目して——」（『立命館法学』第295号、第296号、2004年、所収）
- 栗城壽夫「ゲルバーの国家観」（『法学雑誌』第8巻第2号、1961年、所収）
- 「イエリネックの一般国家学について」（同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収）
- 「一般ドイツ憲法学について」（同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収）
- 「ゲルバーとラーバント」（同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収）
- 「十九世紀ドイツ国家有機体論における民族(Volk)思想の機能」（同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収）
- 「十九世紀ドイツにおけるラーバント憲法学の社会的・政治的機能」（同『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収）
- 「ドイツ国家目的論史小考」（同『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』、信山社、1997年、所収）
- 児玉寛「サヴィニーにおける古典的民法理論」（『法政研究』第50巻第3・4号、1984年、所収）
- 「サヴィニーの《法制度論》——理論と実務の架橋」（村上淳一編『法律家の歴史的素養』、東京大学出版会、2003年、所収）
- 小林考輔『ドイツ憲法小史<新訂判>』（学陽書房、1992年）
- 今野元「マックス・ヴェーバーとフーゴ・プロイス——ヴァイマル共和国制における連邦制問題を中心として」（『政治思想研究』第10号、風行社、2010年）
- 笹川紀勝「ギールケのアルトゥジウス研究：『共生と人民主権』から学ぶもの——憲法理論の再検討のために——」（『憲法理論叢書 12 現代社会と自治』、敬文堂、2004年、所収）

- 笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』（東京大学出版会、1979年）  
 ——『法思想史講義 下』（東京大学出版会、2007年）
- 杉本幹夫「C.F.v.ゲルバー国法理論研究(1～2)」(『龍谷法学』第1巻第1号、第1巻第3・4号、1969年、所収)
- 関谷昇「社会契約説と憲法」(杉田敦ほか編『岩波講座 憲法3 ネーションと市民』、岩波書店、2007年、所収)
- 高田篤「ドイツにおける議会制論についての一考察——ドイツ議会制論検討のための予備的考察——」(大石眞ほか編『各国憲法の差異と争点』、成文堂、2010年、所収)
- 高田敏「シュタールにおける法治国の概念」(『法哲学年報1963 上』、有斐閣、1963年、所収)
- 高橋洋「プロイセン一八〇八年都市条令の検討——近代地方自治成立史研究のための覚書」(『早稲田法学会誌』第30巻、1979年、所収)
- 高見勝利「ゲルバーとラーバント——実証主義国法学における「代表」の問題——」(杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎 4 憲法思想』、勁草書房、1989年、所収)
- 田口正樹「ペーター・フォン・アンドラウの帝国論——15世紀中葉の帝国とドイツ人——」(『北大法学論集』第62巻第3号、2011年、所収)
- 田熊文雄「プロイセン都市条例の制定と都市民——三月前期の都市自治・都市市民・国家市民」(同『近代ドイツの国制と市民——地域・コルポラツィオンと集権国家[増補版]』、御茶の水書房、2006年、所収)
- 竹下賢『実証主義の功罪——ドイツ法思想の現代史』(ナカヤニシヤ出版、1995年)
- 玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造(1～5・完)」(『国家学会雑誌』第103巻第9・10号、第103巻第11・12号、第104巻第1・2号、第104巻第5・6号、第104巻第7・8号、1990-1991年、所収)
- 「特許法における発明者主義(1～2)」(『法学協会雑誌』第111巻第11号、第111巻第12号、1994年、所収)
- 辻村みよ子「選挙権の本質と選挙原則」(『一橋論叢』第86巻第2号、1981年、所収)
- 時本義昭『国民主権と法人理論——カレ・ド・マルベールと国家法人説のかかわり——』(成文堂、2011年)
- 「選挙権の法的性質」(曾我部真裕ほか編「憲法改革の理論と展開 下巻」、信山社、2012年)
- 仲哲生「シュタールの国法論について」(『早稲田法学会誌』、1976年、所収)
- 長尾一紘「選挙権の法的性格(1～4)」(『法学新報』第96巻第11・12号、第99巻第5・6号、第99巻第9・10号、第99巻第11・12号、1990-1994年、所収)
- 長尾龍一「法理論における真理と価値」(同『ケルゼン研究I』、信山社、1999年、所収)
- 中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題——個人の公法的地位論とその権利保護を中心として——』(法律文化社、1993年)
- 永田善久「自然的愛言学——ヤーコプ・グリムの思想——」(『思想』995号、2007年、所収)
- 仲野武志『公権力の行使概念の研究』(有斐閣、2007年)
- 成瀬治／山田欣吾／木村靖二編『世界歴史大系ドイツ史2』(山川出版社、1996年)
- 名和田是彦「いわゆる公権論の法哲学的考察のための覚書」(『法哲学年報1983』、1984年、所収)
- 「ドイツ近代公法学の基本的性格に関する一試論」(森際康友／桂木隆夫編『人間的秩序』、木鐸社、1987年、所収)
- 西浦公「国家有機体説における憲法理論」(『法学雑誌』第22巻2号、1975年、所収)
- 西谷敏『ドイツ労働法思想史論——集团的労働法における個人・団体・国家——』(日本評論社、1987年)
- 西村清貴「十九世紀ドイツ憲法学における国家と公共」(仲正昌樹編『叢書・アレティア10 歴史における理論と現実』、2008年、所収)
- 西村貴裕「一九世紀ドイツ法学におけるゲノッセンシャフトの概念と私的諸侯法——上級貴族の家の法理論的位置づけ」(『Historia Juris 比較法史研究』第8号、未来社、1999年、所収)
- 西村稔「近代ドイツにおける法学と知識社会(1～8・完)」(『岡山大学法学雑誌』第31巻第2号、第31巻第3号、第31巻第4号、第32巻第1号、第32巻第2号、第33巻第3号、第33

- 巻第4号、第34巻第1号、1981-1984年、所収)
- 『知の社会史』(木鐸社、1987年)
- 「ドイツ第二帝政期の公法学」(上山安敏編『近代ヨーロッパ社会史』、ミネルヴァ書房、1987年、所収)
- 長谷部恭男「全国民の代表」(同『Interactive 憲法』、有斐閣、2006年、所収)
- 原島重義『法的判断とは何か——民法の基礎理論』(創文社、2002年)
- 林知更「『学界展望 Christoph Schönberger, Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918).』(Verlag Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1997, X+470 S.)」(『国家学会雑誌』第114巻第11・12号、2001年、所収)
- 「政治過程の統合と自由——政党への公的資金助成に関する憲法学的考察(1~5・完)」(『国家学会雑誌』第115巻第5・6号、第116巻第3・4号、第116巻第5・6号、第116巻第11・12号、第117巻第5・6号、2002-2004年、所収)
- 「憲法学が民主政を論じる意味——毛利透『民主政の規範理論』をめぐって」(『Historia juris 比較法史研究』第12号、未来社、2004年、所収)
- 「ドイツ——国家学の最後の光芒? ベッケンフェルデ憲法学に関する試論」(『法律時報』第81巻第5号、2009年、所収)
- 「政治過程における自由と公共」(阪口正二郎編『自由への問い 3 公共性』、岩波書店、2010年、所収)
- 樋口陽一『国法学 人権原論[補訂]』(有斐閣、2007年)
- 平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想[増補新版]』(有斐閣、1970年)
- 藤井康博「近世・近代ドイツ国法学における国家目的「自由」「安全」「生命」(1~2・完)」(『静岡大学法政研究』第16巻第1・2・3・4号、第17巻第1号、2012年、所収)
- 藤川直樹「ドイツ立憲君主政における王統と国家——ヘルマン・レームの公法学——」(『国家学会雑誌』第126巻第3・4号、2013年、所収)
- 細井保「世紀転換期オーストリアの中間団体思想」(名和田是彦編著『法政大学現代法研究所叢書 28 社会国家・中間団体・市民権』、法政大学出版局、2007年、所収)
- 牧野雅彦『国家学の再建——イエリネクとウェーバー』(名古屋大学出版会、2008年)
- 松田宏一郎「戦間期の法思想と「団体」の理論構成」(猪木武徳編著『戦間期日本の社会集団とネットワーク——デモクラシーと中間団体』、NTT出版、2008年、所収)
- 三島淑臣「ヘーゲルと社会契約説——イエナ期諸論稿を手がかりとして——」(『法哲学年報 1983』、有斐閣、1984年、所収)
- 水林彪「近代憲法の本源的性格——société civile の基本法としての 1789 年人権宣言・1791 年憲法——」(戒能通厚／榊澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法的考察』、日本評論社、2008年、所収)
- 「近代民法の本源的性格——全法体系の根本法としての Code civil——」(『民法研究』第5号、信山社出版、2008年、所収)。
- 「比較文明的国制史論の基本構想」(同『国制と法の歴史理論』、創文社、2010年、所収)
- 耳野健二『サヴィニーの法思考——ドイツ近代法学における体系の概念』(未来社、1998年)
- 「一九世紀ドイツ法学における Rechtsverhältnis の概念」(『Historia Juris 比較法史研究』第11号、未来社、2003年、所収)
- 「思想の再構成としての解釈——サヴィニーにおける解釈の概念」(『Historia Juris 比較法史研究』第13号、未来社、2005年、所収)
- 武藤秀太郎「平野義太郎の大アジア主義論——中国華北農村慣行調査と家族観の変容」(『アジア研究』Vol. 49, No. 4、2003年)
- 村上淳一「ドイツの協同組合運動とギールケ」(『ドイツの近代法学』、東京大学出版会、1964年、所収)
- 『ゲルマン法史における自由と誠実』(東京大学出版会、1980年)
- 『ドイツ市民法史』(東京大学出版会、1985年)
- 毛利透「市民的自由は憲法学の基礎概念か」(同『表現の自由——その公共性ともろさについて』

- 岩波書店、2008年、所収)
- 「自由な世論形成と民主主義——公共圏における理性」(同『表現の自由——その公共性ともろさについて——』、2008年、所収)
- 森口繁治『選挙制度論』(日本評論社、1931年)
- 守矢健一「ギールケのラーバント批判(1883)をめぐって」(松本博之／西谷敏／守矢健一編『団体・組織と法——日独シンポジウム——』、2006年、信山社、所収)
- 「日本における解釈構成探求の一例——磯村哲の法理論の形成過程——」(松本博之／野田昌吾／守矢健一編『法発展におけるドグマーティクの意義』、信山社、2011年、所収)
- 矢崎光圀「シュタール、ベーゼラーにおける歴史的法思想の展開(1～2・完)」(『阪大法学』第7号、第11号、1953-1954年、所収)
- 屋敷二郎「オットー・ギールケ」(勝田有恒／山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラウティアヌスからカール・シュミットまで——』、ミネルヴァ書房、2008年、所収)
- 柳瀬良幹「アルプレヒトの国家法人説」(『国家学会雑誌』第81巻第9・10号、1968年、所収)
- 「既得権の理論——国権の一般的限界としての既得権学説の素描——」(同『行政法の基礎理論』、清水弘文堂書房、1967年)
- 山本浩三「選挙権の本質」(『公法研究』第42号、1980年)
- 山本敬生「オットー・マイヤーの国家観」(『鹿児島県立短期大学商経論叢』第54号、2004年、所収)
- 山本洋子「オットー・フォン・ギールケの地方自治論における「市民団(Bürgerschaft)」モデル——「シュタイン都市条例」論を中心に——」(『神奈川大学大学院法学研究論集』No. 7、1997年、所収)
- 「都市自治と「市民」形成」(『法哲学年報 1999』、有斐閣、2000年、所収)
- 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000年)
- 吉永圭『リバタリアニズムの人間観——ヴィルヘルム・フォン・フンボルトに見るドイツ的教養の法哲学的展開』(風行社、2009年)
- カール・クレッシェル、笹倉秀夫訳「ナチズム下におけるドイツ法学」(カール・クレッシェル、石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道』、創文社、1989年、所収)
- ディアン・シェーフオルト、大野達司訳『多層的民主主義の憲法理論——ヨーロッパにおける自治の思想と展望』(風行社、2009年)
- オリヴィエ・ジュアンジャン、井上武史訳「ヨーロッパの憲法学における実証主義——4つの段階」(『岡山大学法学会雑誌』第60巻第3号、2011年、所収)
- レオン・デュギー、堀真琴訳『法と国家』(岩波書店、1935年)
- E. -W. ベッケンフェルデ、松本和彦訳「国民の憲法制定権力——憲法の限界概念」(E. -W. ベッケンフェルデ、初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』、風行社、1999年、所収)
- ヨアヒム・リュッケルト、耳野健二／西川珠代訳「サヴィニーの法学の構想とその影響史——法律学・哲学・政治学のトリアーデ」(『Historia Juris 比較法史研究』第1号、未来社、1992年、所収)