

早稲田大学大学院法学研究科

2015年6月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目

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—

申請者氏名 西村 清貴

主査	早稲田大学教授	首藤 重幸
	早稲田大学教授	糊澤 能生
	早稲田大学教授	博士（法学）（早稲田大学） 岡田 正則

## 西村清貴博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法学研究科 西村清貴氏は、2014年2月3日、その論文「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—」を早稲田大学大学院法学研究科に提出して、博士（法学）の学位を申請した。後記の審査委員は、同研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2015年6月27日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

### I. 本論文の目的と構成

本論文は、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」の代表的な主唱者たるゲルバーおよびラーバント、そして、その実証主義国法学を鋭く批判したギールケの3人が、それぞれに主張した国家論および公法上の権利論の内容を新たな視点から分析し、そのドイツ実証主義国法学の実像を捉えようとするものである。

19世紀ドイツ国法学の構造分析については、ドイツのみならず日本においても膨大な研究蓄積がある。本論文は、その先行研究が提示してきた、ゆるぎなきものに見えるドイツ実証主義国法学の像に重大な疑問を提起し、ゲルバー、ラーバントの著作にある「反実証主義的側面」の存在を正確に把握したうえで、ドイツ19世紀実証主義国法学の実像を再構成しようとする。

本論文は、私法学で完成された法学的方法により、国家を法人格として構成することで、国家と国民の関係を「意思」という要素を媒介にする法関係として構成・体系化したゲルバー、ラーバントの国法学は、歴史法学の影響を強く受けていることから、法実証主義の枠内で理解することはできないことを、精密なテキスト・クリティークのもとで論証してゆく。そのうえで、本論文はラーバントの最大の批判者であるギールケを登場させ、ギールケをしてラーバント国法学が単純な実証主義国法学ではないことを語らせる。そして、ラーバント国法学を批判するギールケ自身が国家、法をどのように構成したかを検討するなかで、本論文は、この国家と法に関する歴史的研究財産を残した3人の研究者には、表面的には鋭い対立（ゲルバー・ラーバントとギールケの対立）があるように見えるが、濃淡はあれ底流において、個人に解消できない個人から独立した有機体としての国家観（反社会契約論的国家観）、そして法は国家の上位にあるとの観念が貫通していることを実証しようとする。

## II. 本論文の内容

本論文の内容は、序論、第1章「C・F・v・ゲルバーにおける法と国制度」、第2章「パウル・ラーバントにける法と国制」、第3章「オットー・フォン・ギールケにおける法と国制」、結び、という5部構成になっている。

### (1) 序論

ゲルバーとラーバントにより完成された19世紀ドイツ国法学を、国家の全能性と唯一の法帰属主体性をもって特徴づけられる「実証主義国法学」として位置付けてきた先行研究に重大な疑問を提示する本論文が、その疑問を提起する基礎となる三つの視角をあらかじめ提示する作業が、この序論において展開される(以下の三つの視角について、本論文の叙述では以下の第三が、二番目の位置に置かれている)。三つの視角の内容は、以下のものである。

第一は、実証主義国法学の性格を理解するためには、これに対する歴史法学の影響を重視する必要がある、この観点を先行研究は無視、もしくは過小評価してきた。

第二は、実証主義国法学の国家概念に関するもので、先行研究は実証主義国法学の国家論を国家法人論に尽きるかのような理解をしてきているが、その国と個人を法関係として構成・体系化するために必要であった国家法人論の基礎に、国家を個人に解消できない(=非契約国家的)有機体、個人から独立した公共体として把握する国家観が存在している。この存在の理解によって、実証主義国法学による公法上の(主観)法は、このような価値、実体をもった国家の意義を実現するために行使されるものとして構成されることから、この実現と直結しない個人の自由が実証主義国法学においては権利として構成されないとの、理論的構造がより明確に把握されることになる。

第三は、実証主義国法学の採用する法学的方法に関するもので、それが構成する主観法(の体系)は、上記の国家の客観的基盤から生ずる状態や制度の総体としての客観法にきわめて強く拘束され、客観法のために存在するとさえいえると理解している観点を、先行研究は十分に認識していない。

### (2) 第1章「C・F・v・ゲルバーにおける法と国制」

本章は、ゲルバーの主著である『公権論』(1852年)および『ドイツ国法綱要』(1865年)の、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」という国家理解の変遷の意義が明らかになるとともに、その分析過程において先行研究とは異なるゲルバーの実証主義国法学の像が見えてくることを論じる。

### ①第1節「ゲルバー私法学における法学的方法」

ゲルバーの法理論の根底にあるのは、(サヴィニーと同様に)法を民族精神の表れと見る歴史法学に基礎を置く理論であるとし、このような見方の結果、ゲルバーは、法を抽象的な理念から演繹的に導く自然法論的な見方を斥けることになったとする。

### ②第2節「国家有機体論」

『公権論』におけるゲルバー(前期ゲルバー)は、国家を君主の家産と見る見方を否定するとともに、国家を公共体として理解するためにこそ、それを一つの有機体として見るのが適切であるとして、国家と個人との関係を形式的な法関係として構成するためにだけ設定される法人としての国家という考え方は否定されなければならないとした。

ゲルバーは私法と公法の関係について、個々の人間それ自体を目的とするのが私法であるのに対し、公法は民族全体を対象とし、それに応じて個々人の私的意思に委ねられる私権と異なり、公権は国家有機体たる公共体のために行使される関連でのみ個人に権利として認められるとする。そして、公権をこのように理解したうえで、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検討対象とするが、ゲルバーの公権理解によれば、臣民の権利は、主として議会構成員として活動することをその内容とするということになる。このさいゲルバーは、臣民の権利を特定の私法上の地位の取得(たとえば特定の土地の取得)と結び付けて論じるが、この点に本論文は、日々移り行く政治的状況によって変化するのは公権ではないとする(私法上の所有権のようなものは、国家によって容易に侵害されないものであり、これと同様の堅固さをもつもののみが公権というに値する)実証主義国法学の特徴があると指摘する。

ゲルバーの公権論の特色として、その国家有機体論のもとでは臣民の参政権が国家にとって不可欠であるとされている点が挙げられるが、国家やその代理である官吏のみに公権が認められた場合には、国家は有機体というより機械というイメージを有することとなり、このような国家は適切ではないとゲルバーは論じているのだとする。ただし、臣民に権利(参政権)が認められるといっても、それは有機体、公共体としての国家を実現するためのものであり、決して民主制の実現そのものが目的とされているわけではないことが確認されなければならないことを本論文は強調する。

### ③第3節「国家法人論」

ゲルバーは、『ドイツ国法綱要』(後期ゲルバー)において、国家の法学的な構成のための理論として国家法人論を採用するに至った。これにつき本論文は、後期ゲルバーにおいても国家有機体論が国家法人論を成立させるための前提として重要な役割を果たしていることを、先行研究は十分に把握していないと指摘する。そして、後期ゲルバーにおいては、前期と同様に、国家権力には一定の限界が存在すると考えられていたこと、そして所有権のような強固な私権と対比しうる公権(臣民の参政権)が存在する

と考えられていたことにも留意をする必要があるとする。しかし、後期ゲルバーにおいては、公権が成立するための社会的条件に関する議論はほとんど取り扱われておらず、ここに『公権論』（前期ゲルバー）と『ドイツ国法綱要』（後期ゲルバー）の間の大きな相違があると分析する。

### （3）第2章「パウル・ラーバントにおける法と国制」

本章は、近年になって公刊されたラーバントの講義原稿である『国法講義』（2004年に公刊）の内容を読み説きながら、ラーバントの国家・法理論を検討するものである。このテキストの内容は、従来の実証主義国法学の完成者としてのラーバント像を大きく変えるものであるとしている。

#### ①第1節「ラーバントの法的方法」

従来の研究では、ラーバントの採用した学問的方法は、もっぱら体系的・論理的方法に特化していると認識されてきた。しかし、本論文は、ラーバントがそれと同時に、実定法の素材をより精確に理解するため、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り、このことが『国法講義』での議論において示されているとする。

#### ②第2節「『国法講義』における国家論」

先行研究がラーバントの国家論の特徴として挙げてきたのは、国家をもっぱら人格として、すなわち権利義務の担い手として把握する、その国家法人論である。しかし、『国法講義』でのラーバントには、(国家の主観的考察たる)国家法人論と並んで、(国家の客観的考察である)法秩序として国家を見る観点(ラーバントは国家を「定住する民族からなる公共体を保全する法秩序」と定義する)が存在していたことを確認できると本論文は指摘する。ラーバントはこのような(国家法人論の背景に存在する)法秩序としての国家という見方に基づき、国家は決して無制限な権力を有するわけではないと考えていたのであり、また、ラーバントのこのような国家理解の基礎には、ゲルバーと同様の公共体としての国家という理念が存在していたとする。

#### ③第3節「『国法講義』における法思想」

本論文は、『国法講義』に見られるラーバントの法思想について、ラーバントが(国家によって定立される)法律の上にある(歴史法学の法観念に由来する)法秩序の存在を確信していたことが重要であると指摘する。さらに、この法秩序は、民族に由来し、歴史的に形成されたものであるとされ、観念的思弁によって国家と法を構成する自然法

論・社会契約論は無秩序の状態を招くものであるとするラーバントの批判に注目すべきであるとしている。

#### ④第4節「『国法講義』における国制論」

公共体たる国家にふさわしい公的性格を強度に備えた国家意思をいかに実現するかという問題に関心を有するラーバントは、私的利害の角逐の場となっている(当時のドイツにおける)議会の意義に対して批判的な態度を取っており、これに対し、君主はこのような私的利害から引き離された存在とされて、ドイツ国制の中心は議会ではなく君主に置かれるべきであるとするのがラーバントの国制論であったとする。このことから、『公権論』(前期ゲルバー)にも示されているような、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とに注目する必要があると指摘する。

#### ⑤第5節「権利論」

先行研究では、ラーバントは選挙権に代表される国民の権利を、国家自身により任意に設定されたものであるから固有の意義は存在しないものであると考えていたと評価されてきた。しかし、本論文は、『国法講義』においてラーバントが明示的に、国家権力が侵害することができない権利が存在することを認めているとする。また、自由権論についても、ラーバントは自由権の権利性を否定したが、それは、国家権力が全能であるという理由からではなく、サヴィニーの権利概念にしたがって、いわゆる人格権の権利性を否認したことの帰結であると考えられると本論文は指摘する。

ラーバントは臣民の権利が存在することを認めているが、有機体、公共体としての国家を実現するためのもととして臣民の権利を認めたゲルバーにあるような、臣民の権利(公権)が有機体・公共体としての国家を支えるという考え方は、ラーバントにおいては極めて希薄であることを本論文は指摘する。この希薄化の理由の一つとして、実際のプロイセン国家の安定という事実を受けて、ラーバントにおいては、ゲルバーのような形で公権と国家を結びつける必要性がなくなったということであろうと本論文は分析する。

### (4) 第3章「オットー・フォン・ギールケにおける法と国制」

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のギールケ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明らかにしたうえで、ギールケの理論を座標軸にしてゲルバー、ラーバントの国家・法理論の構造と意

義を再検討することを目的とする。

本論文は、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、私法が人間を共同体から解き放された個人として捉えるという、両者には根本的差異があ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。本章は、このような法思想の目的の線上で展開されるギールケの国法理論を、ゲルバーやラーバントの理論と対比させながら検討を行う。

### ①第1節「ギールケにおける公法・私法論」

本論文は、ギールケの考える私法と公法の統一とは、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意図するものであるとする。

### ②第2節「『シュタインの都市令』におけるギールケの国制論」

『シュタインの都市令』（1909年）におけるギールケは、自らの理想の国制像の典型を19世紀初頭においてなされたフライヘル・フォム・シュタインのプロイセン都市改革のなかに見出す。ギールケは、プロイセン都市改革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。ギールケは、後者が達成されるためには前者がその不可欠の前提となるとし、両者が成立するなかで都市を自立した公共体と捉えることが可能となるのであるとした。本論文は、ギールケが、ドイツの近代国家は都市改革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し、絶対的国家と絶対的個人の二極構造は、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と考えられていたと指摘する。

### ③第3節「ギールケの国法学」

ギールケの国法学の理解のためには、その前提となっているギールケの法観念や国家理論を、彼の著作のなかで把握しておく必要があるとする。

まず、『自然法とドイツ法』（1883年）においてギールケは、みずからの立場が歴史法学にあるとした上で、法を単なる権力者の利益の反映と見る実証主義の立場を不毛な唯物論として批判するとともに、法をもつばら理念に還元する自然法論を誤った観念論として批判した。しかし、本論文は、ギールケは法における法理念の重要性を説く自然法論が、公法を真の法とするための糸口を与えたとして高く評価していたことを確

認している。

さらに本論文は、『国法の根本概念』（1874年）に示されるギールケの国家理論の要（かなめ）が、法を国家に従属させないこと、および国家の内的生命原理を把握する国家有機体論にあるとする。そして、ギールケにとっての国家は、感覚的に知覚できないが、精神的手段によって現実的に認識し得るもので、国家は個別的存在を超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として位置付けられていたとする。

本論文は、『ラーバントの国法学およびドイツ法学』（書評：1878年）においてギールケが展開した、彼の考える公法像に注目する。ギールケが考える公法像は、団体と団体の構成員相互に権利義務関係をもたらず法である。すなわち、ギールケにとっての公法は、国家それ自体と同時に構成員（単なる個人としてではなく全体の一員としてのもの）にも人格性が認められる公法でなくてはならず、それにより国家と構成員の関係は法関係になるとされ、構成員は国家に対して服従の義務を有すると同時に、参加の権利も得ることとなる。ギールケにおいては、このような形で（公法においても個人の権利が認められるという意味での）私法と公法の統一、絶対的国家と絶対的个人の二極構造の克服のための法的構成が考えられているとする。

『ラーバントの国法学およびドイツ法学』におけるギールケは、ラーバントが公法を實力に還元するような見方を採用せずあくまでも法として把握しようとしたことを高く評価したが、公法上の法関係を個别人格間の関係として捉えているにすぎず、個人の集合を超える総体人格としての国家と構成員人格との関係として捉えることはなかったと批判する。換言すれば、ギールケはラーバントが国家を法人として捉えたことを高く評価するが、国家を個人の集合ではない総体人格と理解しないことから、国法と私法の区分を理解せず、国家の法人格を民法の社団概念で説明し、民法上の財産権で国家の支配権を理解したと批判するものであり、本論文は、この批判から逆にギールケ自身の国法学の特徴が見えてくるとする

## （5）結び

本論文は、19世紀ドイツ国法学における国家論を、公共体と国家人格、そして公法上の権利という観点から見た場合、そこには二つの思想の緊張関係が存在しているといえりと総括する。

すなわち、実証主義国法学における法学的方法の要石たる国家を権利義務の主体と捉える国家法人論という思想と、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の強い緊張関係である。このような視点から見た場合、本論文全体で述べたことは以下のような構図になるとする。

前期ゲルバーとギールケにおいては、この緊張関係の意識のもとに上記の后者の思想と関連付ける形での公権の構成を目指すことになった。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、たとえば前期ゲルバーにおいては自律的中间団体の構成員と捉えられ、ギールケにおいては能動的な市民と捉えられることになる。しかし、後期ゲルバーとラーバントにおいてはこの緊張関係への意識が希薄化し、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ものの、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。

そして、本論文は、次のような言葉でしめくくられている。

本論文で得られた知見が、現代公法学にとって直接に有益なものといえるかについては明言できない。しかし、現代において自明視されている立憲主義公法学とは異なった19世紀ドイツの公法学から得られた知見を踏まえることにより、現代公法学の理解が深められることになると思われる。

### III. 本論文の評価

本論文は、19世紀ドイツ実証主義国法学の代表的論者であるカール・フリードリヒ・フォン・ゲルバーとパウル・ラーバントの著作を丹念に読み込むなかで、両者の著作の重要部分に、先行研究が実証主義国法学の特徴として挙げる公式では説明がつかない考え方が展開していることを確認し、そうであれば両者で代表されるドイツ実証主義国法学の像も、先行研究とは異なる構造をもつものとして「再定位」されなければならないはずであるとの、極めて新鮮で魅力的な問題提起を日本の法思想史研究に投げかけるものである。この意味でのゲルバーとラーバントの再評価・再検討はドイツでも進められているが、本論文はその成果を吸収しつつ、さらにその枠を超える思索を展開してゆこうとする迫力を有している。

そして、ここでの実証主義国法学の再定位にあたっては、さらにラーバント国法学の最大の批判者であるギールケを登場させ、ラーバントの法学的方法・体系的方法への偏重を批判するギールケが、ラーバントが法律とは区別された法の存在を擁護している点を過小評価していると本論文は批判する。そして、この認識等を基礎しながら、法の認識という点については、歴史法学を共通の基盤とするギールケとラーバントの相違は、実際には大きくないとする本論文の論理構成は新鮮である。もちろん、本論文は国家および公権論の理解についてはギールケとラーバントに相違があることを正確に指摘している。

本論文での実証主義国法学の再定位の作業の心臓部分は、ゲルバー、ラーバントが国法学の体系化にさいして採用した法学的方法の陰に隠れているものの、すなわち、その法学的方法の対極にあるともいえる歴史法学が両者の国法学の構造に大きな影響を与

えていることをえぐりだすことにある。サヴィニーに代表される歴史法学は、法を民族精神から成立するものであり、創造するものではなく発見するものであると捉える。そして、国家は人為的なものでなく、精神的な民族共同体のいける姿であると理解する。本論文は、先行研究が希薄であったゲルバーとラーバントへの歴史法学の影響という観点を重視することで、まず、法を抽象的な理念から演繹的に導く自然法論や社会契約論へのドイツ実証主義国法学の厳しい批判の意味をより明快に解き明かしており、この点は評価してよい。そして、この点に関連してさらに評価すべき点は、歴史法学の影響という視点が、このゲルバー、ラーバントの実証主義国法学において、歴史法学と、その対極の法学的方法が両立し得たのはなぜかという問いを發せさせたことにある。本論文は、この両立を可能にさせた理由を、実証主義国法学が体系構成においては法学的方法を採用したものの、法を国家に還元する（国家は唯一の法の制定者）ことはなかったことによるものと分析する。この歴史法学の影響という観点からの分析によって、本論文は、先行研究が実証主義国法学の特徴を「法の国家への還元（国家権力全能論）」と特徴づけてきたことへの修正を、説得力をもって迫ることに成功している。

先行研究が法学的方法と政治的保守主の結合という、いわば外在的な観点からラーバントの国法学を性格付ける傾向が存したのに対して、本論文は、2004年に公刊されたラーバントの『国法講義』によって、ラーバントの国法学の構造を内在的に理解する基礎ができたとしたうえで、同書を精密に読み込み、そこで示されるラーバントの国家論は非実証主義的なもので、意思主体（国家人格）にのみ縮減されえない公共体としての国家像が展開されているのであり、従来の実証主義国法学の公式は大きく修正しなければならないと指摘する。この『国法講義』を読み込んでの、従来からのラーバント国家論理解の転換を迫る論述は説得力があり、本論文のなかでも圧巻といえる迫力を有している。そして、国家を単なる法人格を超えた公共体とするラーバントの考え方を捉えることで、公共体の実現のためにラーバントが反議会主義や親君主主義的思想を展開した意義が論理内在的に理解できるものとする。ラーバントの保守主義の真の意義と論理構造を、その国家論の観点から内在的に理解する視点は、これまでの先行研究には希薄であり、この点も評価に値する。

本論文は、主として参政権・選挙権を検討素材の中心として、公権論という観点からも19世紀ドイツ実証主義国法学の実像にせまろうとする。その分析においては、ゲルバー、ラーバント、そしてギールケにおける各学問体系のなかでの公権の位置づけの変化が精密に検討されているが、やはり本論文で分析の焦点は、後期ゲルバーとラーバントが私人の権利（公権）を否定したことの意義を、これに関する実証主義国法学の先行研究が外在的分析にとどまるものと批判し、その公権・自由権否定の内在的論理構造をさぐることで、そこでの公権論を再定位することに向けられている。実証主義国法学にとっての権利は、個別的な物に対する所有権のように、人格と結びついた具体的な対象であらねばならず、自由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と考えられることから、公権性が否定されたとする理解は明快である。

以上、先行研究によって特徴づけられてきた19世紀ドイツ実証主義国法学の公式を根底から覆そうとする本論文は極めて刺激的であり、高い評価を与えることができると思われる。しかし、次のような問題も有していることを指摘せざるをえない。

まず、本論文は、従来の実証主義国法学研究が歴史的・政治的な観点からの外在的分析になっている傾向がある点を批判し、ゲルバー、ラーバント、ギールケの精密なテキスト・クリティークによる内在的分析に軸足を置いて検討してゆくと言っている。このことの成果は十分に実現されていると思われるが、プロイセン中心のドイツ国家統一を目指す激動期から一応の安定したドイツ国家が形成されるに至る政治過程のなかでドイツ実証主義国法学が形成されてゆくのであるから、この政治過程との関係を抜きに19世紀ドイツ実証主義国法学の全体像は把握できないのではなか。本論文は、あえて先行研究の研究方法に対抗すると宣言していて、その点は評価できるとしても、少なくとも法思想史研究としてのテキスト・クリティークによる内在的研究方法の位置づけ（限界）については言及が欲しかったところである。

さらに、本論文には実証主義国法学の再定位という分析軸と並んで、もう一本、個人と国家の間にある諸団体の国法学における位置付けという分析軸が意図されているように思える。これが、本論文にギールケを登場させた意義の一つであろう。封建的諸団体の解体と近代的諸団体の形成、そしてその団体を国法学のなかにいかに位置付けるかは、19世紀ドイツ国法学の重要な分析軸である。本論文は、ギールケが、絶対的国家と絶対的个人の二極構造を克服するための鍵として団体論を用意していたと捉え、ギールケが、国家をコルポラチオンとして構成するラーバントを批判し、国家の組織上のモデルをゲノッセンシャフト原理に適合的な都市像に求め、またこのゲノッセンシャフトがケルパーシャフトへと発展するにおよんで自己統治を行う公共体という理念へと行きつくことが可能となる、と考えていたことを指摘する。しかし本論文は、ギールケがその理想とする公共体としての国家の組織形態を団体論の視角からどう構成したかを明らかにすることに必ずしも成功しているとは言えない。その一つの原因は、ギールケの私法学体系が検討の対象から外されていることにあると思われる。著者は、本論文の特徴がギールケ国法学思想と国制論をギールケ法思想全体との連関の中に捉えることにあるとし、その観点から先行研究を批判しもあるが、法思想全体との関連を問う以上当然私法学をも踏まえるべきであった。そうして初めて、公法と私法の分裂の克服、統合という「私法の社会的任務」論文に見られる問題意識がギールケ法思想の全体像に他ならない、との主張も説得力をもったであろう。

以上のような問題を指摘したが、ドイツ・日本の大量の文献を丹念に参照しながら、先行研究に挑戦する本論文は、課程博士論文として出色の労作であると評価する。将来、さらにゲオルグ・イエリネックの本格的な分析が本論文に加えられることなども期待し

たいところである。

#### IV. 結 論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、本論文の提出者が博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2015年6月27日

審査委員

主査 早稲田大学教授 首藤 重幸（行政法）

---

副査 早稲田大学教授 榎澤 能生（法社会学）

---

早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学） 岡田 正則  
（行政法）

---

博士学位申請論文修正対照表

(西村 清貴)

修正箇所 (頁・行 等)	修正内容	
	修正前	修正後
19頁・1行	西村による強調は <u>傍線</u> で示した。	西村による強調は <u>下線</u> で示した。
19頁・13行	国家を <b>は</b> じめて明確に法人として捉えたのはヴィルヘルム・エドゥアルト・アルブレヒトが	国家が <b>は</b> 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
52頁・25行	(UT, S. <u>465-466</u> )	(UT, S. <u>445-446</u> )
52頁・28行	(UT, S. <u>466-467</u> )	(UT, S. <u>446-447</u> )
53頁・24行	君主権が <b>国</b> 家という有機体	君主権が有機体
60頁・22行	シェーンベルガーが述べるように、 <u>単</u> なる	シェーンベルガーが述べるように単なる
71頁・9行	すなわちラーバントは、	すなわちラーバントが、
121頁・5行	第一の <u>傍線</u> 部分	第一の <u>下線</u> 部分
133頁・6行	いずれがより完全に代表しているかという論争が <b>将</b> 来され	いずれがより完全に代表しているかという論争が <b>招</b> 来され
140頁・22行	後者はすべての法を公法のカテゴリー <u>ら</u> よって	後者はすべての法を公法のカテゴリー <u>に</u> よって
167頁・3行	犯しているとされる。(GSS, S. 69-70)。	犯しているとされる (GSS, S. 69-70)。
184頁・1行	<u>ギールケ</u> は形式主義的議論の <b>隠蔽</b> 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もっぱら非難している	形式主義的議論 <b>による</b> 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 <b>ギールケ</b> がもっぱら非難している
199頁・8行	ラーバントが <b>個</b> 人主義的な基本原理	ラーバント <b>は</b> 個人主義的な基本原理
8頁・注18	in: ders., Rechts, Staat, Freiheit.	in: ders., Recht, Staat, Freiheit.
8頁・注18	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7・8号 <u>431-511</u> 頁、1990-1991年、所収)、	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7・8号、1990-1991年、所収)、
9頁・注18	(『Historia Juris 比較法史研究 <u>3</u> 』、1994年、所収)]	(『Historia Juris 比較法史研究』第 <u>3</u> 号、 <u>未來社</u> 、1994年、所収)。

9頁・注20	成文堂、1993年	(成文堂、1993年)
9頁・注21	岩波書店、2002年147-148頁]。	岩波書店、2002年)、147-148頁]。
12頁・注30	(『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]	(『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)]
13頁・注34	Grundzüge eines systems des deutschen Staatsrechts	Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts
14頁・注36	S. 579-580 も参照。	S. 579-580 も参照。
14頁・注36	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 <u>こととは考えられて</u> いなかったとし、	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 <u>とは考えて</u> いなかったとし、
71頁・注110	Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen,	Die Preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen,
96頁・注135	「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)。	「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、 <u>所収</u> )。
102頁・注141	。牧野雅彦『国家学の再建——イエリネクとウェーバー』	(牧野雅彦『国家学の再建——イエリネクとウェーバー』
102頁・注141	『ドイツ現代政治思想史』、御茶の水書房、1981年、61頁	『ドイツ現代政治思想史』(御茶の水書房、1981年)、61頁
102頁・注141	『カール・シュミット著作集 I』 慈学社	『カール・シュミット著作集 I』、慈学社
121頁・注162	選挙権論における「二元説」の意義」『現代法学』第8巻、	「選挙権論における「二元説」の意義」(『現代法学』第8巻、
122頁・注163	Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage	Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage,
134頁・注193	<u>Kund Wolfgang Nörr</u>	Nörr
134頁・注193	[邦訳: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)	[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)
161頁・注210	(Gierle (Anm. 182),	(Gierke (Anm. 182),
189頁・注225	ルードヴィヒ・グンプロビッツ	ルードヴィヒ・グンプロヴィッツ
191頁・注227	ギールケが国法学研究に従事していたこの時期に)	ギールケが国法学研究に従事していたこの時期は
193頁・注231	ギールケ批判の不精確さ	ギールケによるラーバント批判の不精確さ
196頁・注233	「自由権は権利か (その1～3・完)」	「自由権は権利か (1～3・完)」
文献表210頁 (Gerber)	Ueber deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt, I, (1851), II, (1855), III, (1865), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage	Ueber deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt, I, (1851), II, (1855), III, (1865), in: ders., Gesammelte juristische Abhandlungen, 2. Auflage, (1878)
文献表210頁 (Gerber)	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]	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]
文献表210頁 (Gerber)	Grundzüge eines systems des deutschen Staatsrechts, (1865)	Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, (1865)
文献表210頁 (Gerber)	Grundzüge eines systems des deutschen Staatsrechts, 2. Auflage, (1869)	Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Auflage, (1869)
文献表211頁 (Laband)	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 Rudolf Smend, Die Preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen, Göttingen 1904, (1905), in: ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen, Teil 2, (1980)
文献表212頁 (Böckenförde)	Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: ders., Rechts, Staat,	Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: ders., Recht, Staat,

	Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, (1991)	Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, (1991)
文献表213頁	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]	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)]
文献表213頁	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]	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)]
文献表213頁	Kant, Immanuel: Die Meyaphysik 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]	Kant, Immanuel: Die Meyaphysik 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)]
文献表213頁	該当なし(脚注に引用はあるが文献表 に記載なし)	<u>Kelsen, Hans:Allgemeine</u> <u>Staatslehre</u> , (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)]
文献表213頁	<u>Kelsen, Hans: Vom Wesen und Wert</u> <u>der Demokratie</u> , 2. Auflage	——Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage
文献表214頁	Nörr, Dieter: 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	Nörr, Dieter: 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

	判断力」(『Historia Juris 比較法史研究 3』、1994 年、所収)	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、 <u>未來社</u> 、1994 年、所収)
文献表214頁 (Savigny)	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)]	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)]
文献表214頁 (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]	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)]
文献表215頁 (Schröder)	Art. „Otto von Gierke“, in: Jan Schröder/ Gerd Kleinheyser (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, (2008) [邦訳: <u>G・クラインハイヤー</u> 、 <u>J・シュレーダー</u> 編、 <u>小林考輔</u> 編『ドイツ法学者事典』(学陽書房、1983 年)]	Art. „Otto von Gierke“, in: Jan Schröder/ Gerd Kleinheyser (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, (2008) [邦訳: <u>J・シュレーダー</u> 、 <u>半田正夫</u> 訳「 <u>オットー・フォン・ギールケ</u> 」( <u>G・クラインハイヤー</u> 、 <u>J・シュレーダー</u> 編、 <u>小林考輔</u> 編『ドイツ法学者事典』、学陽書房、1983 年、所収)]
文献表215頁 (Schröder)	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 卷第 3・4 号、2009 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 卷第 3・4 号、2009 年、所収)]
文献表216頁	「自由権は権利か ( <u>その 1</u> ~3・完)」	「自由権は権利か (1~3・完)」(『ジ

(海老原)	(『ジュリスト』第 945 号、第 947 号、第 948 号、1989 年、所収)	ジュリスト』第 945 号、第 947 号、第 948 号、1989 年、所収)
文献表218頁	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)	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、 <u>未來社</u> 、1999 年、所収)