HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	オットー・フォン・ギールケの政治共同体像（１）　－団体人格論と自然法論の内在的理解を中心として－
Author(s)	遠藤, 泰弘
Citation	北大法学論集, 53(5), 171-217
Issue Date	2003-01-24
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15178
Type	bulletin (article)
File Information	53(5)_p171-217.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

オットー・フォン・ギールケの政治共同体像（一）

――団体人格論と自然法論の内在的理解を中心として――

遠藤泰弘

目次

序章
一　先行研究の概観
二　本稿のねらい
補論　団体の種類について

第一章　法人論と団体主権論
一　ギールケの国制史観
二　ギールケの団体人格論
三　ギールケの法区分
四　ドイツ私法学の任務
小括
第二章　ギールケの政治思想史観
一　中世まで
二　近代
三　もう一つの近代
四　現代
（1）中世における国家と法の関係
（2）近代における国家と法の関係
（3）現代における国家と法の関係
小括
第三章　ギールケの政治共同体像
一　ギールケの二段階契約説理解
二　ギールケの代表制論
三　ギールケの政治共同体像
結び

（以上、本号）

序章

オットー・フォン・ギールケ（1841-1921）は、周知のとおり、ドイツ（ゲルマン）的団体法がローマ法の継受以来抑圧されてきたとし、ドイツ（ゲルマン）的団体法の復活を主張した私法学者であるが、その団体思想は当時において、今日の私法の枠を越えた意味を持っていた。[1] 実際にギールケは、国法学の分野においても著作を多数残しており、[2]『ドイツ団体法論』[3]や『アルトジウス論』[4]などをつうじて、政治論についても著作を残している。詳しくは後述するが、ここでいう団体思想とは、「有機的」団体としての団体自身がもつ固有の価値を強調する思想であり、「団体主権論」とも呼ぶべき団体実在論のことである。ギールケは、このような団体構築の為の「団体法論」を強く主張したのであるが、その主張は当時において、単に法学上・経済上の問題に還元し尽くされるものではなく、政治的なアピールを持つものでもあった。[5] 実際にギールケの団体法論は、F・W・メイトランドを通じてイギリスに輸入され、多元的国家論の一つの源泉ともなっており、[6] 西洋政治思想史・西洋政治史の文脈においても重要性が高い。[7] そこで本稿では、このような文脈における、一九世紀後半ドイツ政治思想史および多元的国家論の系譜的研究の準備作業として、従来必ずしも正面から取り上げられてこなかった、ギールケ『アルトジウス論』および『ドイツ団体法論』第三巻を中心に、ギールケが提示した政治共同体像を内在的に明らかにし、ギールケ団体思想の新たな側面に光をあてることを目標としたい。その際、垂直的関係としてのヘルシャフト原理と水平的関係としてのゲノッセンシャフト原理との調和（高次における融合）として説明される団体人格論（法人論）と、それと一見矛盾するギールケによる自然法論の積極的評価とに注目し、ギールケが、両者の統合をいかにして成し遂げたのかを明らかにしたい。

一　先行研究の概観

ギールケの国法学・政治学とかかわる比較的最近の先行研究としては、E・W・ベッケンフェルデ[8]や村上淳一[9]、西村稔[10]など、主として法制史の分野における研究が主流である。まず、このドイツ法制史の文脈において、ギールケは、ゲノッセンシャフト説の擁護者として位置づけられる。[11] ここでいうゲノッセンシャフト説とは、いわゆる「中世国家論争」において、当時のドイツ国制史学の主流派であったP・ロートやR・ゾーム、H・

ブルンナー、G・v・ベロウたちロマニステンが、ゲルマン古代・中世初期へ機構としての国家（＝近代主権国家）を読み込んでいたことに反対し、ゲルマン古代・中世初期の国家は、自由人による平等なゲノッセンシャフト的団体であったと主張する学説のことである。ゲノッセンシャフト説の代表的な理論家としては、J・メーザーやアイヒホルン、K.Th.ヴェルカー、G・ヴァイツなどがいた。[12] しかし、たとえばヴェルカーは、フランス革命後の復古主義に対し当時の世襲貴族を否認するという自由主義者としての実践的立場から、ゲルマン古代における原初貴族の存在を否認するなど、[13] やはり自分たちの生きている時代の要請を前提として歴史解釈を行うという「時代拘束性」（ベッケンフェルデ）[14] を持っていたのである。

ベッケンフェルデは、このような一九世紀国制史研究の文脈においてギールケが、ロマニステンの国制史理解もヴェルカー・ヴァイツたちの国制史理解も、共に近代国家概念を古代・中世に持ち込むという過ちを犯していると批判した点を高く評価する。つまりギールケは、ゲルマン古代におけるゲノッセンシャフト原理の存在を強調しつつ、同時にそれと対立するヘルシャフト原理の形成を認め、これによって、古代の国制をその構造に適した形で把握するための枠組みを構築することに成功した[15] というのである。しかしギールケは、このように近代的な国法概念をアプリオリに古代・中世に持ち込むことの方法論上の問題を鋭く自覚していながら、その問題性を完全に克服できたわけではないとされる。[16] つまり、もともと不分離であった概念の分離の結果として近代概念を捉え、「混合状態」としての中世法を、公法的か私法的かという現代的な基準で計測しており、同じ問題を抱えてしまっているというのである。[17] ドイツ中世国家論争とそれを通じて形成されてきたゲルマン・イデオロギー[18] の脱イデオロギー化の過程としての概念史研究の文脈[19] において、ギールケは、「時代拘束性」の問題性に気づきながら結局その拘束を抜けきれず、より強固なゲルマン・イデオロギー形成に寄与した逆説的な思想家として位置づけられているのである。ベッケンフェルデに代表される、以上のようなドイツ法制史の文脈におけるギールケの位置づけは、基本的に承認できるものであるが、より具体的なギールケ国家論の性格付けについては、論者によって対立があり、さらなる検討を要する。

そこで、本稿の目的をより明確にするために、この問題をめぐるベッケンフェルデ、村上、西村三者の見解を瞥見しておきたい。まず、ベッケンフェルデの主張は、次の二点に要約できる。第一に、ギールケをあくまで中世的「政治社会」の再生を

意図した思想家として位置づける。[20] そしてこのようなギールケの意図は、ビスマルクが国民自由党と同盟し、自由主義的経済社会の建設がとめどなくはじまり、国家と社会の二元主義がますます進んでいく当時の政治的・社会的現実を前に対抗力を失い、ギールケは時代に追い抜かれてしまったとするのである。[21] 第二に、自由主義的君主制的立憲国家へ向かう、統一と自由、ヘルシャフトとゲノッセンシャフトのバランスのとれた進歩というドイツ国制史像を前提することによって、その完成体としての第二帝政は、歴史的に根本的な正当性を獲得するとされる。[22] つまり、歴史哲学的な正当化の帰結として第二帝政を承認したことにより、第二帝政成立以後のギールケは、『ドイツ団体法論』第一巻において保持していた政治性を失い、政治的中立化という時代状況とともに、ギールケの団体理論は、理論上の問題に縮小・抽象化されることとなったとされるのである。[23]

このような議論に対し村上は、当時の社会経済的基盤から、ギールケのゲノッセンシャフト論を分析する必要性を説き、[24] 一九世紀ドイツの協同組合運動との関係から、ギールケ国家論の特徴を描き出そうとする。そこでは、『ドイツ団体法論』第一巻において展開されているギールケによる協同組合運動への評価（DGR1：1035ff.）に基づきつつ、ギールケのゲノッセンシャフト説は、アイヒホルン以来のゲノッセンシャフト説の単なる承継にとどまるものではないことが明らかにされる。[25] つまりギールケは、資本主義の発展に伴う小手工業者や小農の無産階級化という社会問題の発生を、民族の運命を決する大問題と見た上で、その解決としての協同組合運動に大きな期待を寄せているという。[26] ギールケのゲノッセンシャフト説は、近代的大企業＝ヘルシャフト、協同組合＝ゲノッセンシャフトという図式を提示し、そこに原始時代以来のヘルシャフトとゲノッセンシャフトの相克の再生産を見た上で、民族の破局を打開するものとしての協同組合運動への期待を表明し、現実の協同組合運動を正当化するために行われた構成でもあったというのである。[27] いうまでもなく、この分析は、ギールケのゲノッセンシャフト論を中世政治社会の復活を説くものとし、時代に追い越されたとするベッケンフェルデの第一の解釈に対する鋭い批判となっている。そして、この協同組合運動への寄与というギールケの実践的な意図は、実際上も実現されたという。[28] すなわち、ギールケ以前においては、一八六七年プロイセン協同組合法以来、国家による許可と監督を必然的に伴うものと考えられてきたローマ法的な社団 Korporation 観念が支配的であり、そのような社団観念への反発から、協同組合運動を進めようとする側も、協

同組合は単なる組合であって社団ではないと主張したため、協同組合の法主体性は曖昧なままであった。それに対しギールケが、国家の干渉を免れつつ法主体性の確保が可能となるゲルマン的社団 Körperschaft 概念を整備し、一八八九年のドイツ協同組合法に大きな影響を与えたというのである。

しかし村上によれば、もともと経済的自由主義の全面展開を認めつつ、「自助」の理念を基礎とする協同組合制度によって手工業者や小生産者の窮状を打開する目的を持っていた協同組合運動は、協同組合に対する国家的監督の導入および、協同組合の資本団体化という外部的内部的両面の変化によって、金融資本に主導権をにぎられることとなり、徐々に変質していく。[29][30] つまり協同組合は、時代の進展とともに、小生産者の自助による経済的自立性の回復のためのものから、ブルジョワジーとユンカーの経済的・政治的目的を充足するものへと構造転換し、独占資本による小生産者への支配の道具となっていくとされるのであるが、村上によれば、実はギールケの協同組合論はこのような変質に適合的なものであったという。というのも、ギールケはそもそも「労働者階級」（小農や小手工業者を主として意味する）の金融資本に対する自立性の確保までも意図していたのではなく、たとえ協同組合が、独占資本による収奪の対象[31][32]として小生産者を維持するものに変質したとしても、とりあえず小生産者が維持されるのであれば、そこに協同組合の中小農維持・公共心陶冶という経済的・政治的機能の一応の充足をみて満足したというのである。[33] さらに一八九三年の社会政策学会におけるギールケの報告[34]が国家の自己保存のための農民層の保護を強く主張していることから、結局シュモラーらの中農維持の農業政策と相応し、「農村の土地所有の社会法的形成」実現によってドイツ民族死滅を免れることが、ギールケの究極的目標となったとされる。[35] こうして、時代の進行とともに『ドイツ団体法論』第一巻の政治性を失い、抽象的な「団体理論」の構成に没頭していったギールケは、自らの協同組合のための法構成が、一般化・抽象化されて法人論に結実し、ギールケが本来敵視していたはずであった大企業の株式会社法理論へ寄与することとなったとしても、さしたる矛盾を感じることが出来ず、独占段階のドイツ資本主義に適合的な実定法体系を提示するにとどまったとされる。[36][37][38] 以上のように、ギールケの究極の目標が、小生産者の維持によるドイツ民族の自己保存にすぎず、ギールケの「社会法」思想の経済的・社会的内容もそれを越えるものではなかったために、ギールケの国家有機体説が、人民＝社会の復権を主張する点でラーバント的国家法人説を修正しながら

も、結局「国民主権論において完結するには至らなかった」[39]というのである。

このように、当時の社会的・経済的背景を綿密に描き出し、そこからギールケ国家論の特徴を描き出す村上の解釈は、ギールケ理論の「一部を理解させるにすぎない」[40]ものとされつつも、ベッケンフェルデによる中世との連続性を一面的に強調する解釈に比して、かなり説得力があるように思われる。特に前述のとおり、ベッケンフェルデの第一の主張に対し、ギールケのゲノッセンシャフト説が、単にゲルマン的中世政治社会の復活を説くだけではなく、一九世紀のドイツ協同組合運動の正当化を意図した、すぐれて「現代的」な理論であったことが見事に描き出されている点は特筆に値する。しかし、一八八〇年代後半以降のギールケ解釈については、一定の留保が必要であるように思われる。ここでのギールケは、『ドイツ団体法論』第一巻における政治性を徐々に失って、抽象的理論構成に没頭し、独占資本段階の体制側の擁護にまわった「中途半端な国民主権論」に終わったとされているが、この解釈は、『ドイツ団体法論』第一巻におけるギールケの政治性が時代の進行とともに失われていったとするベッケンフェルデの第二の主張を基本的に踏襲しつつ、発展させたものであると考えられる。確かに、ギールケが第二帝政を支持したことには反論の余地がなく、帝政が確固たるものとなるにつれて、政治的に「中立化」し、「中立」とは往々にして体制擁護を意味するというのは理解可能であるが、小生産者（特に農民）の維持によるドイツ民族の自己保存の実現が究極の目標となったとする根拠として、一八九四年の社会政策学会における講演[41]しか明示的にあげられていない[42]点には留保が必要である。この点については、西村のギールケ解釈を概観しつつ、さらに考えてみたい。

一九八一年から一九八四年まで、足かけ四年に渡り八回に分けて『岡山大学法学会雑誌』に掲載された西村の研究[43]は、ギールケを中心としながら、一九世紀から二〇世紀初頭にかけてのドイツ法思想の動きを[44]、法学方法論に力点を置きながら概観するという壮大なものである。したがって、その主題を総体的に評価する能力は筆者にはないが、比較的研究の蓄積が少ない、中・後期[45]のギールケ法思想に関する包括的な研究が含まれている点で貴重であるので、ギールケ中・後期の法思想に関する部分を中心にとりあげたい[46]。西村によれば[47]、そもそもギールケの議論は、『ドイツ団体法論』第一巻において、北ドイツ連邦成立という政治的現実が前提されていたことからも明らかなように、三月革命以前のリベラリズムにくらべ、既存の政治的現実

を前提とし、その枠内で自由主義的理念を実現していくという静態的なものであったとされる。そしてこの静態性は、第二帝政の発足とその承認によってますます大きなものとなり、ギールケの国家有機体説は、前提である第二帝政を如何に学問的に構成し説明するかという、「現状の国法の説明原理」[48]となり、「目指すべき理想でも目標でもなく」[49]なるとされる。また、ギールケの思考方法は、法と国家、個人と共同体等の二項対立を引き出し、それを綜合する形で折衷主義的に和解させるものとされ[50]、この折衷主義は、前期においては立憲君主制に定位していたが、後期にはむしろ社会的統合の拠り所となり[51]、さらに法教義学的な構成に利用されることになるとされる。西村によれば、こうしてギールケの団体理論は、政治の実践的要求やイデオロギーのレベルから、学問の領域へ移り、方法論の問題がクローズアップされてくるとされ[52]、方法論の問題に接合されるのである[53]。そこでは法の体系化を志向するロマニステンの形式主義的方法とドイツの実践生活に適合的な法・法解釈を志向するゲルマニステンの実践主義的方法とを、如何にして綜合するかが課題となるのである[54]。そして中期以降のギールケは、この形式主義的方向と歴史的・実践主義的方向とのどちらに重点を置いたかという指標で位置づけられる[55]。西村によれば[56]、このような模索を続けたギールケの方法論は、一八八三年『ラーバントの国法学』（LS）において完成された。つまりギールケは、実践主義的な方向に重点を置きつつ、科学と世界観を基本的に分離した上で、科学的な方法を導入することによって、形式主義的方向との綜合を成し遂げたというのである[57]。さらに西村は、このような方法論に注目すると、ギールケとラーバントの論争は、従来強調されてきたほど、水平的共同（ゲノッセンシャフト）対垂直的支配（ヘルシャフト）という形で政治的に衝突するものではなく、方法論上の問題で袂を分かったにすぎなかったことが明らかになるとする[58]。というのも、第二帝政の維持という点でギールケとラーバントの間には全く争いはなく、第二帝政を維持するための処方箋をめぐる学問的あるいは政策論止まりの論争にすぎなかったからであるという[59]。

西村によれば[60]、このような方法論の完成によって、国法との取り組みは必要性が低下し、ギールケ後期（一八八七年以降）における、政策問題への発言（社会政策学会との関わり）と私法分野での法教義的な研究（ドイツ民法典草案批判）に進む基礎が整ったとされる。一八九〇年のビスマルク失脚後、ヴィルヘルム二世の「新航路」が登場し、社会宥和の雰囲気の中で、「社会的」法思想を進化させていくのである[61]。そして、ここで

いう「社会的」という言葉の中身については、確かに中産階級（小土地所有者、手工業者、小商人）の利害に定位するものであったとしつつ、ギールケは、弱者保護という「ヒューマンな理想」ももっており、労働者問題にも関わっていたとする。[62] この点で、小農の国家的保護が究極目的となったとする、村上の解釈は修正されている。ただし、労働者の保護といっても、『ドイツ団体法論』第一巻におけるような下からの労働者の自力救済を期待するものではもはやなく、[63] 労働者は社会革命を回避するために企業家の保護の客体として扱われ、保護の見返りとしての労働者の忠誠は義務であると説かれるとし、[64] 中産層の維持と並んで、家族世襲財産による大土地所有の維持をも社会平和維持のために重要視しているために、[65]「ギールケの『社会法思想』を一面的に親労働者的であったとすることはできない」[66]という。つまり、このようなギールケの社会法思想は、「労働者だけではなく全階層を国家的に保護することを通じて彼らを社会組成の中に組み込み、『社会平和』を維持しようとする、いわば『社会保守的』な性格を帯びていた」[67]というのである。こうして、社会問題への対応が遅れていた法学の中でいち早く社会問題に関心を寄せ、歴史派経済学と結びついたギールケは、その限りにおいて、労働法学や法社会学といった新しい法学へ飛躍する契機を持っていたが、その社会思想が現存の社会秩序を踏み越えるものではなかったために、結局伝統的な法学の枠を越えることはなかったとして、[68] 過渡期の思想家として位置づけられている。

二　本稿のねらい

以上、ベッケンフェルデ、村上、西村三者による、ギールケ団体論解釈を見てきた。三者ともに共通して指摘されることは、ギールケ『ドイツ団体法論』第一巻において提示される、ヘルシャフト原理（垂直的関係）とゲノッセンシャフト原理（水平的関係）との対置・折衷という両原理の調和的関係に注目し、その理論的帰結が立憲君主制という民主制への過渡期において、非常に保守的な機能を果たしたというものである。ただし、この調和的関係をどのような文脈で解釈するかについては、論者によって異なっていた。まず、ベッケンフェルデ・村上をはじめとする、ドイツ法制史における中世国家論争の文脈において、「時代拘束性」の問題性に気づきながら、より強固なゲルマン・イデオロギー形成に寄与することとなった「逆説的な思想家」という位置づけについては、本稿でも基本的に前提とされる。

ただし、本稿の目的は、現在の歴史研究の水準からギールケの歴史研究を分析し、その「時代拘束性」を明らかにすることではなく、ギールケがその「時代拘束性」の中で、どのように政治共同体像を組み立てたのかをテクスト内在的に明らかにすることである。つまり、ギールケの「時代拘束性」の指摘を受け入れた上で、ギールケの国家論が実際にどのように組み立てられたのかを分析することが本稿の課題である。(69)

このように考えるとき、ベッケンフェルデが、ギールケの具体的な国家論の叙述として、「中世政治社会」との連続性を強調しすぎる点（第一の点）については、再考の余地があろう。確かにギールケが、中世ゲルマン的な「政治社会」にかなりのシンパシーを抱いていることは否定すべくもないが、そのことと中世政治秩序への逆戻りを説くこととは、一応別の問題である。例えばベッケンフェルデは、自説の証拠として、ギールケのアルトジウス国家論への「偏愛」を挙げているが、(70)『アルトジウス論』において展開されているギールケのアルトジウス解釈は、驚くほど近代的なものである（JA：S.258ff.）（詳しくは第二章・第三章で述べる）。また、国家と社会の二元論が存在しないことと、国家と社会の分離自体を認めないことが別の問題であることについても、前述の西村によるベッケンフェルデ批判(71)において見たとおりである。ギールケにおける国家と社会の二元主義の否認は、両者の分離を前提したうえで、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のである。すでに触れたように、ギールケのゲノッセンシャフト論と当時の協同組合運動との密接な関係の指摘（村上）からも明らかなように、ギールケにおける中世的ゲルマン世界の称揚は同時に、同時代のアクチュアルな要請に応えるためのものでもあったのである。ギールケが、ゲノッセンシャフト説の強力な補強者であったことと、ギールケが同時代の要請を引き受けたこととは、必ずしも矛盾することではないであろう。

次に、ギールケの政治的国家論が、第二帝政成立以降、その歴史哲学的な正当化による追認によって、『ドイツ団体法論』第一巻において見られた政治性を失い、抽象的な社会理論に縮小したとするベッケンフェルデの第二の主張については、村上と西村の間には微妙な解釈のズレがある。つまり、村上は基本的にこの図式を受け入れ、当初においてシュルチェらの協同組合運動に寄与するかに見えたギールケのゲノッセンシャフト論は、第二帝政成立以後の脱政治化と高度産業化という時代の変

化への対応をせまられたことによって、結局、小生産者の維持を究極の目的とした、ドイツ独占資本の要請に応えるためのものに縮小し、ラーバント的国家法人説を修正しながらも、結局中途半端な国民主権論に終わったとする。それに対し西村は、ベッケンフェルデの第二の主張を批判して[72]、ギールケの団体理論は「政治的」な主張であったという興味深い指摘をしつつも、結局ギールケ・ラーバント論争をはじめとする中期以降のギールケの主張を、方法論上の問題に還元し[73]、「脱政治性」を強調してしまう点で、論理的に若干難点のある解釈となってしまっている[74]。また、「後期」ギールケの「社会法思想」について、全階層を国家的に保護することによって社会平和を維持しようとする「社会保守的」な性格を帯びるにすぎないとされつつも、小農以外の労働者の保護も念頭に置いていたとして村上の解釈を修正している点は注目に値するが、その「労働者保護」を「弱者保護のヒューマンな理想」で片づけていた点については留保が必要である。というのも、ギールケは『アルトジウス論』において、アルトジウスの社会契約論をはじめとするドイツ自然法論を積極的に評価しており、かなりの個人主義的な契機を持っているのであって（詳しくは第二章、第三章）、この「ヒューマンな理想」はその現れであり、ギールケ団体理論の重要な一側面であると考えられるからである。

これらの問題を解くためには、『ラーバントの国法学』をはじめとする「中期」ギールケの主張を、方法論上の問題に還元し尽くすのではなく、政治的な主張として再解釈することが必要であろう。このことは、従来あまり正面からは取り上げられてこなかった[75]『アルトジウス論』における、ギールケの自然法論評価を分析する時により明確となる。つまり、狭義の団体（ゲノッセンシャフト）の歴史に焦点を当てた『ドイツ団体法論』第一巻だけではなく、政治思想や自然法論といったより広い文脈における団体論（『アルトジウス論』、『ドイツ団体法論』第三巻）を視野に入れることによって[76]、新たな解釈の可能性が開かれるのである。したがって本稿では、ギールケにおける自然法の積極的評価という個人主義的な契機が、いかなる思想史的前提のもとで彼の団体主義理論に統合し得たのかという視角から、ギールケがその「時代拘束性・イデオロギー性」のもとで、どのように政治共同体像を構成したのかを明らかにしたい。結論を先取りすれば、この応答によって、従来「過渡期の思想家」とか「中途半端な思想家」として片づけられてきたギールケの主張に、より高い論理的一貫性を承認することが可能となるのである。つまり、ルソー的な人民主権論を完成体と考えるので

あれば、ギールケの国家論は確かに「中途半端」であるが、ギールケがルソー的人民主権論への展開を自覚的に拒否し、なんとか途中で踏みとどまろうとして、そのために結果として「中途半端」な国家論を構築したのであれば、少なくともギールケにとり、主観的には首尾一貫した理論であったということになるであろう。もちろんその場合でも、各論者が共通して指摘するように、ギールケの「過渡期」としての性格を否定することはできないが(77)、政治性を失い、意図せざる結果として「過渡期の中途半端な思想家」であったのか、自覚的にそうであろうとして「過渡期の中途半端な思想家」であったのかの違いは大きいのである。

そこで以下では、まず第一章において、ヘルシャフトとゲノッセンシャフトの対置・折衷という従来取り上げられてきた図式に基づきつつ、法的な側面から見たギールケの団体人格論（法人論）を解明する。しかし、ヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理とがどのように「綜合」されるのかについては、この図式だけでは不透明であることも判明する。次に、第二章において、主として『アルトジウス論』によりつつ、ギールケの政治思想史観を探求し、ギールケの自然法論への積極的評価の内容を明らかにする。そして第三章において、ギールケの政治共同体像の理論構成を解明し、ギールケが自然法論を取り込んだ上で、どのような形でヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理の綜合を成し遂げたのかを示したい。

＊本稿では以下に挙げるギールケ原典からの引用について、出典のページ数を本文中に以下の記号で略記した。括弧内には参照させていただいた邦訳を記したが、本文中への訳出は著者による。

JA：*Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, 1880.

DGR1：*Das Deutsche Genossenschaftsrecht Bd.1：Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin,1868.

DGR3：*Das Deutsche Genossenschaftsrecht Bd.3：Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881.（同書の一部分の邦訳として、阪本仁作訳『中世の政治理論』、ミネルヴァ書房、一九八五年。）

GDP：“Grundzuege des Deutschen Privatrechts” in: Holzendorff-Kohler, *Enzyklopedie der Rechtswissenschaft*, Berlin,1913.

（同書の初版は一九〇四年であるが、本稿では一九一三年版（第七版）を使用した。引用ページも、一九一三年版のものである。なお邦訳として、石尾賢二訳『ドイツ私法概論』、三一書房、一九九〇年。）

LS : "Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft," *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, VII (1883), S. 1097-1195.

ND : *Naturrecht und deutsches Recht*, Frankfurt, 1883.（曾田厚訳「ギールケ・自然法とドイツ法（一）」、『成蹊法学』一二号、三四一―三五四頁、および、同「ギールケ・自然法とドイツ法（二）」、『成蹊法学』一三号、二九七―三〇八頁。）

SA : *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889.（森田三男訳「私法の社会的任務（訳）」、『創価法学』第四巻第三号、一三七―一六五頁。）

（1）ドイツ民法典（BGB）の公布が一九〇〇年である事からも分かるとおり、当時の「私法」は、現在認識されているような公法から厳密に区別されたものではなく、伝統的に分権的な社会であるドイツにおいては、「私法」は多分に公法的な要素を含んでいた。

（2）Vgl. Otto von Gierke, "Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft," *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, VII (1883), S. 1097-1195. Ders., "Das Grundbegriffe des Staatsrechts und die neueren Staatsrechtstheorien," *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XXX (1874), S.153-198 265-335.

（3）Ders., *Das Deutsche Genossenschaftsrecht Bd.1-4*, Berlin, 1868-1913.

（4）Ders., *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, 1880.

（5）Vgl. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd.* 2, Munchen, 1992, S.361.

（6）Vgl. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 6.Aufl., 4.Nachdr. der Ausg. von 1963, Berlin, 1996, S.25, 40-42.（田中浩・原田武雄訳『政治的なものの概念』（未来社、一九七〇年）、一一一―一三頁、三八―四二頁参照。）また、早川誠『政治の隘路―多元主義論の二〇世紀』（創文社、二〇〇一年）、一二一頁、および大塚桂『多元的国家論の展開』（法律文化社、一九九九年）、四頁参照。なお周知の通り、メイトランドは、ギールケ『ドイツ団体法論』第三巻（DGR3）の一部をO.Gierke, *Political theories of the*

Middle Age, Cambridge ,1900. として訳出している。

(7) 早川、前掲や大塚、前掲のほか、Paul Hirst, *Associative Democracy: New Forms of Economic and Social Governance* (Cambridge, 1994), Avigail Eisenberg, *Reconstructing Political Pluralism* (New York, 1995), Thomas O. Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World: Althusius on Community and Federalism* (Waterloo, 1999) など、近年二〇世紀初頭の多元的国家論へ注目する研究が増えている。明示的に多元的国家論の系譜的研究としてのギールケ研究の必要性に言及しているものとして、大塚桂「ラスキにおける国家と自由」『政経研究』第二七巻七九二頁参照。なお、大塚は、大塚桂『多元的国家論の周辺』（信山社、二〇〇〇年）一三五頁以下において、この必要性に応答しているが、その主眼点はE・バーカーにおけるギールケ受容の問題であって、ギールケ自身の団体理論を内在的に扱ったものではない。また、網谷龍介による、ヨーロッパ大のガヴァナンスの実効性と民主的正当性との兼ね合いの問題に関し、二〇世紀前半の多元的国家論に注目しようとする西洋政治史の分野における研究（網谷龍介「ヨーロッパにおけるガヴァナンスの生成と民主制の困難」『神戸法学雑誌』第五一巻第四号、一七―二〇頁）も参照。

(8) Vgl.E.W.Böckenförde, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19.Jahrhundert*, Berlin, 1961.

(9) 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、一九六四年）。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、一九八〇年）。

(10) 西村稔「近代ドイツにおける法学と知識社会（一）～（八）―オットー・フォン・ギールケを中心として―」（『岡山大学法学会雑誌』三一巻二号、一九八一年～三四巻一号、一九八四年）。

(11) 村上『ゲルマン法史における自由と誠実』、一四四頁および一四九―一五〇頁参照。

(12) 同上、アイヒホルン・ヴェルカー・ヴァイツの各項目（三一―八七頁）参照。

(13) 同上、四八―五〇頁参照。

(14) Vgl. Böckenförde, a.a.O. S.18-20.

(15) Vgl. a.a.O., S.162-163.

(16) Vgl. a.a.O., S.174-175.

(17) Ebend.

(18) 村上『ゲルマン法史における自由と誠実』、一―三〇頁参照。

(19) なお、ベッケンフェルデ以降のドイツ法制史学の展開の簡潔な紹介として、K・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、一九八九年）参照。

(20) Vgl. Böckenförde, a.a.O, S.153. この点につき、詳しくは第一章でも取り上げる。

(21) Vgl. a.a.O., S.154-155.

(22) Vgl. a.a.O., S.155-157.

(23) Vgl. a.a.O., S.175-176.

(24) 村上『ドイツの近代法学』、二〇〇頁参照。

(25) 同上、二〇八―二一七頁参照。

(26) 同上、二一一二―二一三頁参照。

(27) 同上。

(28) 同上、二二一―二二五頁参照。

(29) 同上、二〇三―二〇八頁参照。

(30) 同上、二二五―二三〇頁参照。

(31) 同上、二三〇―二三二頁参照。

(32) 同上、二三二頁参照。

(33) 同上、二三六―二三七頁参照。

(34) Vgl. Gierke, "Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes," *Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd 58*, Verhandlungen 1893.

(35) 村上『ドイツの近代法学』、二三八―二四二頁参照。

(36) 同上、二三〇―二三二頁参照。

(37) 同上、二一七頁参照。

(38) 同上、二四七頁参照。

(39) 同上。

(40) 同上。

(41) Vgl. Gierke, a.a.O.

(42) 村上『ドイツの近代法学』、二三八―二四二頁参照。もちろん村上は、本講演にギールケの価値体系が典型的に現れているとするのであって、本講演のみを根拠にしているというわけではないであろう。しかし、たとえ協同組合運動との関係に限った話であるとしても、農業立法の諸問題を主題としていた九三年の社会政策学会に向けて組み立てられたこの講演に、ギールケの「究極の目的」が本当に典型的に現れているかどうかについては、検討の余地があろう。この点につき、小農以外の「労働者」の資本家からの保護も説いているウイーンでの講演（SA：S.31）を参照のこと。もっともこの指摘も、個別の講演だけでは根拠として弱いという批判への応答とはなっていない。この点の解決のためには、さらなる原典（特にギールケ『ドイツ団体法論』全四巻）の網羅的な読み込みが必要であり、それについては今後の課題としたい。

(43) 西村、前掲論文、参照。なおこれら八編の論文は、西村稔『知の社会史』（木鐸社、一九八七年）として単行本にまとめられているが、「ギールケを中心として」という副題がなくなったことからも推定されるとおり、ギールケに関する叙述が相当程度削られているため、西

村のギールケ解釈を探ることを第一の目標とする本稿の都合上、前掲論文に基づくことにした。

(44) ここで、西村の研究全体における、ギールケの位置づけにつき、ごく簡単にふれておきたい。西村の研究の主眼は、F・ヴィーアッカーの研究（F・ヴィーアッカー、鈴木禄弥訳『近世私法史』、創文社、一九六一年）をふまえつつ、一九世紀から二〇世紀初頭までの、民法学、国法学、行政学、商法学、刑法学、法哲学、法社会学、比較法学、法史学等の諸分野にわたるドイツ近代法学史における、パラダイムの展開過程を、知識社会学的観点から、大学（学部）・学派・学会・学術誌などの「知識社会」という媒介項を通し、法学方法論に注目しながら跡づけるというものである（西村稔「近代ドイツにおける法学と知識社会（一）－オットー・フォン・ギールケを中心として－」『岡山大学法学会雑誌』三一巻二号、一九八一年、一二二－一二四頁、および同「近代ドイツにおける法学と知識社会(八)－オットー・フォン・ギールケを中心として－」『岡山大学法学会雑誌』三四巻一号、一九八四年、一四〇－一四二頁参照）。そして、政治と社会の関係において、一九世紀から二〇世紀初頭までのドイツの知識社会を主導した学問は、①一八三〇年頃までの哲学・歴史主義・ロマン主義、②一八三〇年頃から一八七〇年頃までの歴史学（政治史学）・政治的国法学・ゲルマニスト法史学、③一八七一年以降の国民経済学、④二〇世紀初頭の社会学・法律学的自然主義（自然科学的方法の受容）・自由法運動であったとされる（西村稔「近代ドイツにおける法学と知識社会（四）－オットー・フォン・ギールケを中心として－」『岡山大学法学会雑誌』三二巻一号、一九八二年、八六頁、および、同、前掲論文（八）、三六－三九頁参照）。ギールケの生きた時代（1841-1921）は、②、③、④に該当することとなり、ギールケは、それぞれのパラダイム転換期における法学側の対応において、重要な役割を担ったとされる（西村、前掲論文（八）、一四一－一四二頁参照）。すなわち、歴史と法教義学の結合を説いていたギールケは、②から③への転換期においては、「社会問題」への対応を法学の分野においていち早く訴えて国民経済学と接触するという、先駆的な役割を果たしたが、時代の進行とともに徐々に法教義学に接近していき、③から④への転換期においては、法学の権威をまもるため法律学的方法（法教義学）を強調し、自由法運動に背を向け、逆に保守的な態度をとったとして、自然科学的方法論との関係を中心とした法学方法論の発展における、過渡期の思想家として位置づけられている（西村稔「近代ドイツにおける法学と知識社会（五）－オットー・フォン・ギールケを中心として－」『岡山大学法学会雑誌』三二巻二号、

一九八二年、三二一―三二四頁参照）。

(45) 西村は、外面的時期区分として、ギールケの思想を前・中・後期の三つに区分している。すなわち、一八五〇年代末から一八七二年ブレスナウ大学教授就任までの前期、ブラスナウ大学からハイデルベルク大学を経て、ベルリン大学に転任する一八八七年までの中期、一八八七年以降の後期の三つである（西村、前掲論文（五）、二三六頁参照）。西村も述べているように、この区分はギールケの思想全体の転換を意味するものではなく、便宜的なものとされており、当然別の区分の仕方もありうるが、ここでは西村のギールケ解釈を探る都合上、西村の区分に従う。ちなみに、この区分に従えば、『アルトジウス論』（一八八〇年）、『ドイツ団体法論』第三巻（一八八一年）を中心的に取り上げる本稿は、「中期」ギールケの政治共同体像の跡付けを目指していることになる。

(46) 『ドイツ団体法論』第一巻を中心とする前期については、村上とほぼ同様に、ギールケのゲノッセンシャフト論と、シュルツェ＝デーリッチュを中心とする協同組合運動との深い関係が指摘され、協同組合の個人と国家を二つながらに強化する機能に対し、ギールケが強く期待していたことが明らかにされる（西村稔「近代ドイツにおける法学と知識社会（三）―オットー・フォン・ギールケを中心として―」『岡山大学法学会雑誌』三一巻四号、一九八二年、四九二―四九三頁参照）。したがって、ベッケンフェルデの第一の主張は、西村によっても明示的に否定される（同上、五〇一―五〇二頁参照）。西村によれば、ギールケが国民的立憲国家の完成を志向していたというベッケンフェルデの指摘は正しいが、そのことは「社会問題との取り組み」と何ら矛盾するものではないとされ、国家と社会の二元論が存在しないからと言って、それが即前近代を意味することにはならないとして、ギールケを「時代遅れ」とするベッケンフェルデの解釈は退けられる。むしろ、ギールケにおけるゲルマン的中世の称揚は、社会問題に対応するために二元論を乗り越えるためのものであるとされ、国家統一から社会平和へという第二帝政期の政策課題の変化を考慮するなら、ギールケは「時代遅れ」どころか、法学者の最先端であったとされる（同上、五〇二―五〇三頁参照）。

(47) 西村、前掲論文（五）、二三七頁参照。

(48) 同上、二三九頁参照。詳しくは後述するが、この説明はP・ラーバントの国法論の説明としては妥当であるが、ギールケ国法論の説明としては直ちに承認することは出来ない。

(49) 同上。

(50) 同上、二三七頁参照。

(51) 同上、二三八頁参照。

(52) 同上、二三九頁参照。
(53) ただし、後述するように、この方法論上の問題への接合の仕方は、少し無理があるように思われる。西村が何度も強調するように、政治的「ナショナリズムは社会のレベルに重点を移すことによって『社会平和』の要求に結合した」(西村、前掲論文(三)、五〇三頁)のであれば、その要請に応えようとしたギールケの折衷主義もまた政治的な議論であるはずである。
(54) 西村、前掲論文(五)、二四〇頁参照。
(55) 同上、二四一―二四二頁参照。
(56) 同上、二四八―二五〇頁参照。
(57) 同上。
(58) 同上、二五〇頁参照。
(59) 同上。
(60) 同上、二六二―二六四頁参照。
(61) 同上、二六四―二六五頁参照。
(62) 同上、二六八―二七一頁参照。
(63) ただし西村自身も、『ドイツ団体法論』第一巻におけるギールケの協同組合論について、「国家補助」や「上流身分の援助」の必要性を認めているとして、国家の保護・援助を徹底して忌避したマンチェスター派のシュルチェとは異なっていたとしており(西村、前掲論文(三)、四九四頁参照)、この点に関し、前期ギールケと後期ギールケの差異がどこまで認められるかは微妙な問題である。
(64) この点につき、村上『ゲルマン法史における自由と誠実』、一七〇―一七六頁参照。
(65) 西村、前掲論文(五)、二七一―二七三頁参照。
(66) 同上、二七一頁参照。
(67) 同上、二七三頁参照。
(68) 同上。
(69) もっとも、こうした研究を前提とした上ではじめて、本稿のようなアプローチをとることができるのであって、その意味で本稿は、ドイツ法制史におけるギールケ研究を不可欠の基礎としている。
(70) Vgl. Böckenförde, a.a.O., S.153.
(71) 前注(46)参照。
(72) 西村、前掲論文(三)、五〇四―五〇五頁参照。
(73) もちろん『ラーバントの国法学』前半部分(LS : 1097-1125)をはじめとして、ギールケは法学方法論の問題に大きな関心を持っており、その限りでは、このような西村の議論は納得のいくものである。特にロマニステンの立場に立つヴィーアッカーが、ギールケの思考方法は厳密さを欠き、「矛盾をはらんだ偉大な人間」としている(ヴィーアッカー、前掲、五四五―五四六頁)のに対し、ギールケは、実践主義的な方法に重点を置きつつ、科学的な方法の導入によって形式主義的方法との綜合に成功

したと指摘する西村の研究の意義は大きい。しかし、ギールケの法学方法論に注目しようとする場合に、ギールケの議論のすべてが法学方法論に還元される必然性はないであろう。

(74) この点に関し、例えばM・シュトライスによれば（Vgl. Stolleis, a.a.O. S.345-346）、ギールケは、絶対的アンシュタルト国家（ラーバント）に対し、人民や自由を強調する一八四八年運動を代表し、国家権力への服従という機械的関係に反対して、個人と全体の調和（有機的関係）を主張したとされる。

(75) もっとも、村上『ゲルマン法史における自由と誠実』、一四一―一四三頁において、まさに『アルトジウス論』が取り上げられているが、その主眼点はギールケの国家論にヘルシャフトとゲノッセンシャフトの両要素が含まれていることを論証し、ゲルマン・イデオロギーの形成過程を説明しようとするものであって、自然法論と団体人格論との関係を正面から論じているわけではない。

(76) なお自然法論については、『ドイツ団体法論』第四巻（Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd.4: Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit*, Berlin, 1913.）でも取り上げられており、むろんその分析を省くことは許されないが、未完の書である同書においては、「現代」に関する叙述が十分ではないこともあって、本稿の対象とはしなかった。この点を含め、「後期」ギールケ思想の総体的解明については、今後の課題としたい。

(77) Vgl. Stolleis, a.a.O., S.362.

補論　団体の種類について

周知の通りギールケは、「団体」の固有の価値を何よりも強調していたが、一口に「団体」といってももちろん様々な種類がある。そしてギールケの著作においても、Gemeinschaft や Gesellshaft、Genossenschaft、Verband、Körperschaft、Korporation など、「団体」にあたる原語は文脈によって様々に使い分けられている。もっとも、その使用においては、必ずしも厳密な統一が見られるわけではないが、ギールケの「団体」思想を扱う上で、その一応の区別は不可避であるので、まずそれぞれの単語の持つ含意の一般的な違いについて整理[1]し、その上でギールケ自身による団体人格の区別を瞥見する[2]。

まず‘Gemeinschaft’についてであるが、大きく分けて四つの意味がある。①普通一般に言うところの人間社会としての共同社会、②その共同社会における共同生活、③法律学専門用語で

いう共有関係 Miteigentum、④いわゆるテンニースが使った意味で、利益社会 Gesellschaft に対する意味での共同社会、の四つである。なおギールケは、④の意味で Gemeinschaft を使うことはほとんどないことに注意する必要がある。つぎに 'Gesellschaft' であるが、これにはおよそ三つの意味がある。①法律学専門用語での組合（共同に出資して共同の目的を達する旨の組合契約でつくられる組織）、②法律学専門用語のいわゆる権利能力なき社団（合名会社・合資会社で、法人とは区別される）、③テンニースのいう利益社会で、Gemeinschaft ④に対するもの、の三つである。さらに 'Genossenschaft' には、二つの意味があり、①法律学専門用語の協同組合 Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft（組合員が共同して事業を経営し、組合員は経営者であると同時に組合の顧客・使用人でもあるという点で組合と異なる。販売組合や生産組合、信用組合などがある）、②ギールケの作り出した用法で一般的な団体、の二つである。そして次は 'Körperschaft' であるが、これは後にも触れるがギールケの特に注目する団体人格で、その内に構成員人格と機関人格とを法的関係で自らのうちに組み込み、内在する意志によって統合されている団体人格のことである。なお一般的な用法では、Körperschaft と Korporation は特に区別されないが、[3] ギールケにおいては、ローマ法的な擬制人格を必要とする団体 'Korporation' と区別される。[4] Körperschaft はさらに公法上のもの（ゲマインデ Gemeinde、市町村組合 Gemeindeverbände、手工業組合 Handwerksinnungen、手工業会議所 Handwerkskammer など）と私法上のもの（社団 Verein ＝社員の交替とは関係なく存続するという点で組合と異なる。具体的には株式会社など）とに分かれる。最後に、'Verband' は共同の利益を達成するための自然人・団体人の結合体を意味し、普通一般で言うところの人間集団としての団体である。

ギールケ自身はさらに詳しく団体人の種類について説明している（GDP：S.210-212.）。ギールケによれば、団体人の種類には三通りの区別の仕方がある。その第一は、Körperschaft か Anstalt かの区別であり、第二は公的団体人か私的団体人かの区別であり、第三は Körperschaft か Genossenschaft かの区別である。まず、第一の区別について、Körperschaft とは、団体がそれ自体に基づき、内在する共同意思 Gemeinwille によって支配された Gemeinschaft として組織されている団体のことで、Anstalt とは、外部からの寄付意思によって定められた施設として組織されている団体のことである。もちろん、ケルパーシャフト団体はアンシュタルト的要素を含み、アンシュタルト団体

はケルパーシャフト的要素を含むが、つねに一方が優勢であるから、区別することができる。

次に、第二の区別についてであるが、公的団体人とは公法上の形成物であり、具体的には国家やゲマインデ（地方自治体）、教会ゲマインデ、それから諸種の公共目的の Körperschaft や Anstalt である。私的団体人とは、私法上の形成物であり、私法によって Körperschaft と認められた団体（社団 Verein）と私法によって Anstalt 的人格を付与された財団 Stiftung がある。社団には、理念的目的のための社団と経済的目的のための社団があり、経済的目的のための社団はさらに、人的協同組合（産業協同組合、相互保険社団）と物的協同組合（水利協同組合）と財産協同組合（株式会社・株式合資会社・有限会社、鉱業組合）に分けられる。また、合有関係によって作られた組合である、権利能力なき社団も、社団的に扱われる。そして財団とは、構成員を持たず、寄付意思に従って行為する機関人格のことである。

そして最後に、第三の区別（Körperschaft か Genossenschaft かの区別）についてであるが、ここでいう Körperschaft とは、団体人格が構成員人格から独立し、構成員人格に対峙している団体人格のことで、Genossenschaft とは、団体人格と構成員人格が区別されず融合している団体人格のことである。ローマ法の継受によって、構成員人格を含まない Körperschaft としての法人理念が強化され、それに対峙すべき構成員人格が抑圧された。それに対し、ゲルマニスト（G・ベーゼラー）が Genossenschaft 理念を復興し、構成員人格を有機的に組み込んだ Körperschaft が成立したのであり、ドイツ私法学はこの Körperschaft 理念を強化しなければならないのである。

以上のことから、ギールケが理想的としている団体像については、団体人格を構成員から独立させながらも、構成員人格を有機的に組み込み、内在的共同意思によって行為する Körperschaft であることはすぐに予想がつくが、その詳しい内容については、団体概念の歴史的変遷を追う必要があるので、第一章で検討する。ここではとりあえず、団体といっても様々の種類があり、「団体」にあたる原語も様々であることを確認するにとどめたい。したがって本稿においても、統一的な訳し分けは行わず、文脈によって訳し分けたり原語を並記したりして対応することとしたい。

（1）一般的な語義については、J.Grimm, W.Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig, 1854. の他に、山田晟『ドイツ

法律用語辞典』改訂増補版（大学書林、一九九三年）の各項目を参照した。

（2）前述の通り、『ドイツ団体法論』全四巻を網羅的に読解できているわけではないので、本稿においては、ギールケの原語の使い分けにつき、網羅的・包括的に分析することはもとより不可能であり、ここでの区別は本稿の理解に役立つ限りのあくまでも暫定的な区別である。

（3）山田、前掲、三七四頁参照。

（4）前述の通り、このKorporationとしてのローマ法的社団概念が、必然的に公的規制を伴う概念であり、そのためにシュルチェらの協同組合は社団として扱われることを拒否したのであったが、これに対しギールケが、Körperschaftとしてゲルマン的社団概念を整備し、公的規制から切り離された法人としての協同組合の法構成に寄与したのである（村上『ドイツの近代法学』、二二二―二二五頁参照）。

（5）例えばGemeinschaft①とGenossenschaft②とVerbandについてはほとんど違いはなく、ギールケ自身も統一的に厳密な使い分けをしているわけではないように思われる。

第一章　法人論と団体主権論

前述のとおり、ギールケはなによりも私法学者であり、その思想を跡づけようとする場合、その法律論を看過することは許されない。したがって、ここではヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理の対置・折衷という、従来取り上げられてきた枠組みにおけるギールケ団体理論について、その法人（団体人格）概念を中心に検討し、法的側面から見たギールケの団体理解について明らかにしたい。

一　ギールケの国制史観

ギールケは、団体人格のより具体的な内容として、団体概念の歴史的変遷をたどりながら説明する（GDP：208-210）が、その具体的な検討に入る前に、ギールケが『ドイツ団体法論』第一巻（DGR 1）において展開している独特の国制史観について瞥見しておく必要がある。ベッケンフェルデをはじめとして[1]従来から随所で的確に指摘されてきたように、ギールケは、ドイツにおける団体概念の形成を、垂直的支配服従関係であるヘルシャフトHerrschaft原理と水平的仲間関係であるゲノッセン

シャフト Genossenschaft 原理という二つの原理の調和に至る過程としてとらえ、五つの時期区分を行っている。[2] ここでは、ベッケンフェルデと村上による的確なまとめによりつつ、その概観を得たい。

まず第一期（八〇〇年まで）は原初的・ゲノッセンシャフト的なフォルクの自由 Volksfreiheit を内容とするゲノッセンシャフト原理が優勢であり、Zehntschaft や Hundertschaft、ガウ Gau 共同体などからなる共同体 Verband はゲノッセンシャフト的性格を持っていたとされる。そこでは、土地所有と結びついた権利・義務関係によって、共同体の成員は自由・平等な自由人として結合していた。[3] しかし、ここで同時に、家 Haus の Munt 権に起源を持つヘルシャフト原理も生まれており、メロヴィング朝時代には、ヘルシャフト原理がゲノッセンシャフト原理に優位するようになった。つまり、フォルクの王権 Volkskönigtum は君主の王権 Herrenkönigtum となり、ゲノッセンシャフト的なフォルクの公職 Amt や公務 öffentliche Pflicht は君主の職務 Königsdienst となり、フォルク財産 Volksvermögen は君主の財産 Königsgut となったのである。

第二期（八〇〇年から一二〇〇年）は、世襲君主の封建的な国制原理 Verfassungsprinzip が優勢で、ヘルシャフト原理が勝利し、レーン制がその最盛期となり、土地領主制 Grundherrschaft、荘園制 Hofverfassung、治外法権 Immunität が政治システムの基礎となったとされる。しかしゲノッセンシャフト原理は死滅せずヘルシャフト原理のなかで弁証法的に形成されていき（＝ヘルシャフト的ゲノッセンシャフト）、弁証法的に高次の段階に引き上げられたゲノッセンシャフト原理は、まずギルドや誓約兄弟分団体 Schwurbruderschaft において、次に都市においてその最盛期を迎える。

そしてつづく第三期（一二〇〇年から一五二五年）においては、自由な盟約 Einung の原則が優勢となり、「自由」Freiheit に行き着いた都市はケルパーシャフト的公的団体 körperschaftliches Gemeinwesen として構成される。それは、都市公民権 Bürgerrecht と統治機関 Organschaft との対等な関係に基づく国制 Verfassung であり、ここにはじめて、ドイツ的・ゲノッセンシャフト的国家思想が誕生したとされる。さらに、貴族の氏族共同体 Familiengenossenschaft、学術団体 Gelehrtengenossenschaft、多数の職業団体 Berufsgenossenschaft も、都市同盟 Städtbund や貴族同盟 Adelsbund、騎士同盟 Ritterbund、ラント平和盟約団体 Landfriedenseinunge Körperschaft、ラント等族共同体 landständische Körperschaft といった政治的統一体 Einung を創り出し、

それらによる連邦的構成が普遍的な政治形成原理となる。ケルパーシャフトに高められたこれらの中間団体は、政治的自立性を獲得し、暗黙裡に社会 Gesellschaft を前提し、下からゲノッセンシャフト的・盟約的に積み上げられた秩序を創り出した。そして、永久ラント平和令における「永遠の平和統一体 Friedenseinung」としての帝国という新たな連邦体制においてこのゲノッセンシャフト原理は頂点に達したのである。しかし同時にヘルシャフト原理は、官憲 Obrigkeit 思想にまで強まり、若返った。力強く生まれた領邦君主 Landesherr は、様々なヘルシャフト権を統一的高権権力にまで総合し、排他的ヘルシャフト領域を形成し、ついにはすべての公権力をフォルクから完全に剥奪した抽象的・アンシュタルト的国家に集中する。

こうして第四期（一五二五年から一八〇六年）には官憲国家が発達し、あらゆるゲノッセンシャフト的要素が抑圧される絶対主義の時代となる。このヘルシャフト原理の勝利は、第三期におけるゲノッセンシャフト的統一体が、高い身分のみを相手にし、農民身分を含むものではなかった事に起因し、「農民身分は、絶対主義の媒介を通じてのみ、自由を享受し得た」（DGR1：636）のであった。したがって第四期の絶対主義は、第三期のゲノッセンシャフト的統一体（ケルパーシャフト）から特権的要素を取り払い、個々人の自由や法的平等への手段となり、自由農民をうちに含んだはじめての秩序をもたらした。しかしここでも完全な解放（＝個人化）は行われず、ゲノッセンシャフト原理がやはり息づいていた。

そしてついに第五期（一八〇六年以降）の立憲国家において、官憲国家のフォルクへの差し戻し（＝ゲノッセンシャフト化）によってヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理が究極的に均衡し、内在的な融和に至る。つまり、新たにゲノッセンシャフト精神を発展させ、あらゆる公的団体 Verband を新たな公共生活で有機的に下から満たすよう努力することによって、個人のアトム化の危険が取り除かれるのである。そしてこの地平が最終的な到達点であり、これ以上の進歩はありえず、その進歩とは有機的統一の諸要素への解体でしかない。

以上から明らかなように、たしかにギールケは、第三期の自由な盟約原理に基づく Körperschaft を高く評価しており、その点で中世を賞揚していることは間違いない。この点に関し、ベッケンフェルデは次のように論じている。まずギールケの近代ドイツ国家理念を、ゲルマン的ゲノッセンシャフト理念の完成および歴史的に対立して来たヘルシャフト理念との宥和（高次における統一）であるとし、具体的には君主制的自由主義的立憲

国家であるとする。[4] そして、このゲノッセンシャフト国家論は、国家とそれ以外の団体を同質なものとして説明する一般共同社会論 Consoziansthеorie の現れであるとし、ギールケにとっての国家とは、他の団体 Genossenschaft と規模の点で異なるだけであるとする。[5] しかも、ここでいうゲノッセンシャフト団体とは、主権を持つ個人によって構成される結社 Assoziation や利益団体 Interessenverein ではなく、個々人の利益の集積を越えて個々人に対峙する独自の目的を持ち、個々人そのものを地位的・身分的に取り込み、統合した共同体 Gemeinschaft を意味するとされ、[6] 中世におけるような、国家と社会、権力と利益に分離されない「ケルパーシャフト的有機的ゲノッセンシャフト的秩序」を手本としていたとされる。[7] つまり、ギールケ自身はあくまで中世的「政治社会 societas civilis」の再生を意図しているのであって、[8] ギールケのゲノッセンシャフト的国家論・共同社会論は、国家と社会の区別や分離を唱える理論とは別個の理論であるというのである。[9] ギールケにとって、国家と社会の厳密な分離は、自然的・有機的な構成の崩壊に他ならない。[10] したがって、ギールケの共同社会論におけるゲノッセンシャフトへの固執は、F・ラサールなどの結社思考 Assoziationsdenken や社会学的多元主義とは異質なものであって、社会問題や高度産業化における労働者の生活改善を目的とするものというよりも、歴史的に基礎づけられた「国民的国制発展 nationale Verfassungsentwicklung」の完成にあったとされ、[11] ギールケは社会学的多元主義によって近代国家を越えたのではなく、それ以前にもどったというのである。[12] このことは、ギールケがアルトジウス国家論に偏愛をよせ、プロイセン一般ラント法の中に、あらゆる法の統一というゲルマン的国家思想の保持と再生を見ていたことからも明らかであるとされ、[13] ギールケはヘーゲルやシュタインの主張を捨てたというよりも、[14] その前段階に位置づけられるべきであるという。[15]

しかし、すでに見てきたようにギールケは、中世的 Körperschaft が貴族やギルド成員など一部の構成員を含む特権的なものでしかなく、大多数をしめる下層の人々の犠牲の上にはじめて成り立つものであるという問題性を十分認識していた（DGRI：635-637）。その問題解決のために、絶対主義による封建的中間団体の一掃という個人の解放と平等化が評価されたのであり、この点で自然法論の果たす役割が大いに期待されることにもなるのである。その詳しい内容については第二章でとりあげるが、ここで注目すべきは、ギールケはこの絶対主義による個人の解放に対して、それを貫徹することは許さず、ゲノッ

センシャフト精神によって新たに中間団体をつくり出さなければならない（DGR1：651-652）としている点である。この点からだけでも、ギールケは単なる中世称揚の思想家ではないことが推測されよう。[16]

二　ギールケの団体人格論

ギールケの団体人格論は、法的主体に関する説明のなかで展開されている（GDP：199ff）。ギールケによれば、法的主体とは人間的な意思を有するものであり、何よりもまず、個別人である。そして、ローマ法においては個別人以上の主体は認められないが、中世ドイツ法（古ドイツ法）においては、団体自体に人格が認められていた（＝団体人）とし、団体人も権利主体として認めるべきだとする。けだし、団体人格概念は、ローマ法の継受によって弱められており、団体人の概念を再び強化することが重要であるからである（GDP：208-210）。この団体人格概念は、歴史的変遷をたどりながら次のように説明される（Ebend.）。

まず古ドイツ法期・中世初期（国制史区分の第一期・第二期にあたる）においては、ゲノッセンシャフト的団体 Verband とヘルシャフト的団体 Verband という二種類の団体があったとされる。ゲノッセンシャフト的団体とはゲノッセンシャフト原理に基づく団体で、人為的組織がなく、すべての仲間が平等な権利を持つ集会において、全会一致決議によって意思形成がされる団体のことである。そこでは全体人格と構成員人格は融合しており、区別されない。具体的な例としては、血縁氏族団体 Sippe や Sippe に根ざす隣人団体 Nachbarschaft・村落共同体、平時における国家 Staat などがある。[17] ヘルシャフト的団体とはヘルシャフト原理に基づく団体で、ひとつの指導権力に服するが、その権力は全体意思の体現であって、支配＝服従関係ではないような団体である。ここでも全体人格と構成員人格は融合している。具体的な例としては、家長権 Munt に服している家 Haus、マルクゲノッセンシャフト、[18] 戦時の国家 Staat などがある。[19]

つぎに、中世最盛期（一二〇〇年頃、国制史区分の第三期にあたる）においては、都市における市民の自由獲得を端緒として、これらのゲノッセンシャフト的団体やヘルシャフト的団体の組織化や制度化が進み、団体の統一性（全体人格）が構成員から切り離されて、独立の人（団体人）となったとされる。それは絶えず交代する構成員に対して、永続的に存在する団体人

であって、部分の総和とは異なる統一的全体 einheitliches Ganze である。そこでの共同意思の形成は、自発的な全会一致の決議によるのではなく、形式化された決議（多数決原理など）によって行われる。このような組織化によって、古ドイツ法期におけるゲノッセンシャフト的団体はケルパーシャフト Körperschaft に凝縮され、ヘルシャフト的団体はアンシュタルトに凝縮された。ここでいうケルパーシャフトとは、統一的全体として構成員に対峙する団体人格であり、具体的には都市やギルド、ツンフト（手工業者・医者・法律家等の同業者集団）、諸身分などである。また、アンシュタルトとは、首長が全体の継続的な全体統一性を示す統治機構であり、具体的には教会や機関化された領邦、機関化された国家などである。

しかしこのように発展しつつあったドイツ団体法理論は、近代（一五世紀から一六世紀）のローマ法継受によって、後期ローマ法の団体理論（ロマニスト＝カノニスト的コルポラティオーン理論）に従属させられた（国制史区分の第四期にあたる）。そこでの団体人格はその構成員人格から厳密に分離された機関人格で、すべての団体の権利主体性は、国家主権に媒介された擬制に基づくこととなった。[20] もっとも構成員人格を含んだドイツ的団体理論は、自然法上の Gesellschaft 理論（社会契約説）に残った。[21] そこでの団体は確かに擬制人ではなかったが、個人の総和としての団体しか認められず、不十分なものであった。

そしてついに、現代（一九世紀、国制史区分の第五期にあたる）に入って、ゲルマン法的ケルパーシャフト理論が再興したとされ、団体人格は実在し、構成員から独立した意思形成力と行為能力を持つとされる。つまり、団体人格とは、本質上主体である実在的団体統一体 reale Verbandseinheit であり、擬制ではなく抽象化によって取り出された現実内容であるというのである。団体人格は確かに不可視のものであり、その意味で抽象的なものではあるが、ギールケによれば、現実的なものは必ずしも感覚的に知覚可能なものと一致するわけではないのであって、感覚で捉えられないことを理由として団体人格の存在を否定することはできないのである。[22] そして、共同意思 Gemeinwille はひとつの実在であり、個別意思の総計以上のもの（＝個別意思 Einzelwillen は自らを越えて高められ、ひとつの全体意思 Gesamtwille に統合される）であるという。つまり、団体（全体人格）内において、構成員資格の授受によって全体人格と構成員人格 Gliedpersönlichkeit の関係を法的関係に高め、機関権限の授与とその義務の履行という形で全体人格と機関人格 Organpersönlichkeit の関係も法的関係にまで高め、全構成員を

団体（全体人格）に統一するのである。これは、部分の全体に対する権利義務関係であり、構成員人格は全体の「根本法 Verfassung」から構成員資格を取得し、機関人格は権限を取得するとされる（詳しい内容は第三章で説明する）。さらに団体人格は、他の団体人格の構成員人格や機関人格となることもでき、上位の有機体の一部となるのであり、すべての下位の団体人格は最上位の団体である国家に組み入れられ、その監督を受けるのである（ただし、その固有の生活の独立性は疑われない）[23]。こうしてあらゆる団体人格は権利能力を有し、公的・私的権利義務の主体となりうるとされたのである。

三　ギールケの法区分

さて次に、ギールケによる法区分について触れる。ギールケはまず、法を、法規範という客観的意味の法（GDP：186）と、権利関係としての主観的意味の法（GDP：192）とに大きく区別する。

法規範はまず、制定法（組織された共同体において、しかるべき機関が意識的に宣言した法）と非制定法（組織されていない共同生活からの直接の共同確信の形成と表明、つまり慣行によって生じた法）とに大きく区分される。さらに、制定法は法規 Gesetz と規約 Satzung に区分され、非制定法は真の慣習法（民衆法）eigentliches Gewohnheitsrecht (Volksrecht) と法曹法 Juristenrecht とに区分される。

まず制定法に関してギールケは、法規（GDP：186-187）とは国家主権によって制定された法で、帝国法規とラント法規の二種類があるとする。そして規約（GDP：187-188）とは、国家に属する団体によって制定された法で、単なる法律行為ではなく、法規範の一部であるという。ギールケによれば、古ドイツ法では団体自治の力は大きく、その構成員を拘束する法規範を、上位団体の法規範に反しない場合は定めることができたが、ローマ法の継受によって、ラント領主・帝国都市の自治以外の団体自治は制限され、法律行為に矮小化されて解消された。しかし一九世紀に入って、団体自治は徐々に認められるようになり、あらゆる団体は自己の領域で規約権を持ち（特に地方自治体 Gemeinde）、しかもその自治の範囲は非常に多様であった（ただし、国家的承認は必要）という。ギールケによれば、ローマ法によって規約は法規によって抑圧されたが、ドイツ私法学は、この法規範としての規約の意義を積極的に評価しなければならないのである。

次に非制定法に関してギールケは、真の慣習法（民衆法）（GDP：188-189）とは、法仲間自体の共同体の共同生活における慣行によって生み出された慣習法であるとする。古ドイツ法においては、慣習法は制定法に優越し、神聖なものとされたが、ローマ法の継受によって慣習法の効力が制限され、やがて否定されるようになった。それに対し、慣習法の本源性と創造的な力を実証し、慣習法の効力を基礎づけた一九世紀の歴史法学派（ゲルマニステン）は、無意識の法創造の賛美と意識的法制定行為の拒否という点で確かに極端であったが、慣習法は制定法と同等の効力を持ち、制定法を補い・修正し・拘束的に解釈することができるとした点で大きな意義を持つという。ギールケによれば、ドイツ私法学は、慣習法をそのようなものとして積極的に評価しなければならないのである。次に法曹法（GDP：189-190）とは、特別の職業身分（実務家や学者）によって共同体のために生み出された法である。実務も学問もそれだけでは法規範ではないが、法規や慣習によって当然に法規範に高められる。実際、現行法の大部分は、学問の創造的な活動に帰せられる。従ってローマ法的法曹法のような実践生活を無視した概念操作としての法曹法は厳に慎むべきだが、実践生活に密着し、そこから概念を組み立てるドイツ法的法曹法は、積極的に評価すべきものとなる。このような観点からの法曹法は、民衆法（真の慣習法）を法規範として概念化するための一手段ということになり高く評価されるのである。

主観的意味の法（権利）（GDP：192-194）は、意思力（権利Recht・権限Befugnisse）と意思拘束（義務Pflicht・Verbindlichkeiten）とから構成される。そしてこの権利・義務関係は、法律関係（典型的には契約関係）であり、法律関係の全体は法生活を構成する。ギールケによれば、古ドイツ法において客観的法と主観的法とは融合しており、義務がすなわち法規範であったのに対し、ローマ法の継受によって、法規範と権利・義務関係が区別されたという。そして、確かに客観的法と主観的法の概念上の区別は保持しなければならないが、法規範と権利・義務関係は「法」の二つの側面であって、相互に密接に関係しているというゲルマン法思想を再興しなければならないとする。けだしギールケによれば、この主観的法は、主観的法自体によってではなく、法規範（客観的法）によって作り出されるのである。

以上のようにギールケは、制定法と並んで非制定法、とりわけ慣習法の効力を高く評価すると同時に、制定法の中でも、国家による制定法と並んで、団体の制定法（規約）の効力をほぼ

同等に認めている点で特徴的である。

四　ドイツ私法学の任務

周知の通り、以上のようなギールケの主張は、単に法律学上の学問的な主張であったのではなく、有名なドイツ民法典草案批判に代表されるように、当時のドイツ私法学がおかれていた実践的立場と密接にリンクしたものであった（GDP：178f.）。ギールケは周知のように、当時隆盛を誇っていたローマ法学派（ロマニステン）に対し、ドイツ固有のゲルマン法の復活を主張するゲルマニステンを代表する学者であり、ギールケの法学は、そのような実践的要請のもとで組み立てられたものであった。ギールケによれば、ドイツの実情に適合していたドイツ法は、一五・一六世紀から始まったローマ法の継受とそこから生まれたロマニステン（法実証主義）によって抑圧され、そのためにドイツ法学は、実践生活に有効に対処できなくなっている（GDP：178-179）とされる。そこでドイツ私法学は、ローマ私法に対抗して、ドイツ私法を復活させるという任務を背負うことになった。ただしその場合、ローマ法を全く否定して古ドイツ法を復活させることが目指されるのではなく、ローマ法のプラスの遺産については継承しつつも、ローマ法の弊害を取り除くという観点から、古ドイツ法を復活させることが目指される（GDP：179-181）。その具体的な目標は、第一にドイツ普通法のうち、ドイツ固有の法源に由来する部分を「普通ドイツ私法」として体系化することと、第二に諸種のドイツ特別法に通底する共通の理念（内的統一性）を示すことである。このうち、第一の体系化の問題については、一九〇〇年に発効したドイツ民法典（BGB）によってとりあえず果たされ、それに伴って普通法を考察対象にする必要はなくなった。そこで、第二の観点からBGBを考察することが重要となる。つまり、BGBのゲルマン的根本要素を示し、それが歴史的にどのように形成・展開され、現代に息づいているかを示すことが主要任務となった（GDP：178-179）のである。

ギールケがBGBを検討する際に、足場となるドイツ法理念の特色としては、次の三つの特色があげられる（GDP：179-181）。その第一は、公法と私法を明確に区別するローマ法に対し、公法と私法を区別しないドイツ法という特色である。この特色については、次のように説明される。まず、公法と私法が融合した中世ドイツ法においては、権利は各身分と密接に結合し、しかもあらゆる権利には義務が密接に伴っていて、その権利・義

務関係は変更不可能なものと考えられた。そのことは一方で公法が構成員人格を含み、私法が社会化することを可能としたが、他方で、国家の不自由（主権の不在）と個人の不自由（プライベートな権利の不在）を招来した。そこでローマ法の援助によって、公法と私法の区別を達成し、それによって国家を主権を持つ共同体 Gemeinwesen へと高揚させ、個人を自立的な個別存在 Einzelwesen として承認することができた。しかしそれとともに法の統一性 Einheit alles Rechts が失われていき、公法においては国家絶対主義[24]が、私法においては個人主義が勝利することになる。それに対して、ゲルマニストによる国民法 nationales Recht の再生によって、新たな法の統一がもたらされたとされる。ドイツ私法は、BGB におけるゲルマン起源のこの特色を明らかにしなければならないというのである。まず、公法においては政治的参加の自由を再び確保し、全体と構成員との間の相互性を形成する。それはつまり、構成員としての権利・義務を割り当て、小さい結合＝団体の固有の生命を確保し、かつそれを法的に保護することであり、ギールケはそれを「法治国家 Rechtsstaat」理念と名付ける[25]。次に私法においては、すべての権利に義務を貫き通し、各個人の個別領域を共同体の下にとどめ、全体利益の保護のために個別利益を制限する必要性を説く。こうして、中世ドイツ法において見られたような、かつての公法と私法の混合に注意を払いつつ、全体と構成員との相互性を再興することによって私法から公法への橋を架けることが、ドイツ私法の任務となるのである[26]。

第二のドイツ法理念の特色は、普遍的普通法を構築するローマ法に対して、あらゆる生活領域で特別法を形成するドイツ法という特色であり、この特色は次のように説明される。まず、中世ドイツ法は、個々の領邦や都市、農村、身分、職業等のあらゆる生活領域で特別法を形成し、普通法（一般法）を消滅させてしまった（＝「国民法の重い病気」(GDP：180)）。そこで、ローマ法による普通法の構築が試みられたが、それはドイツの実践生活にはそぐわないものであった。そこで、BGB をはじめとするドイツ帝国の法統一によって、外国法によらない最終的な特別法の克服が達成された。そこでは普通民法は、一定の生活領域においての特別法・個別法形成を排除せず、普通民法と個別私法は相互に補いあう関係にあるとされる。ドイツ私法学は、そのようなものとして特別法を扱わなければならないというのである。この叙述は言うまでもなく、前節三における慣習法の重視と対応するものである。

第三のドイツ法理念の特色は、民衆の実践的要請との接触を

失った職業的専門人による法曹法であるローマ法に対して、民衆の実生活に内在する思想を概念化した民衆固有法 völksumliches Recht であるという点である。この叙述は言うまでもなく、前節三においてローマ的法曹法が拒否され、生活に密着したドイツ的法曹法が要請されたことと相応している。この特色は、次のように説明される。まず、中世ドイツ法においては、確かに審判人という法曹身分が法適用をしていたが、それは生活に密着しすぎていて、場当たり的なものであった。そして、中世ドイツ法が抽象的思考を欠いていたために、ローマ法継受において学問的鍛錬に長けたローマ法が、ドイツ民衆法を抑圧し民衆法に内在している思想と法学との接触を断ちきってしまった。それに対してドイツ私法学は、国民的素材からそれに内在する思想を引き出し、そこから得られた独自のドイツ法的概念を現代法の教義に持ち込まなければならないという。むろんパンデクスト（＝ロマニステン）や、ドイツ私法のローマ的要素によってたびたび「反動」はあるが、ドイツ私法学（ゲルマニスト法律学）にはそれに対して断固として戦う義務があるのである。

ギールケによれば、以上のような三つのドイツ法の特色にそって、BGB を改良していくことが、ドイツ私法学の主要任務となる。ここでも、ローマ法をすべて否定するのでも、中世ドイツ法をそのまま復活させるのでもなく、両者の長所を生かした新たなドイツ法の形成を目指すという、折衷主義的な思考がみられる。

小括

本章においては、法的な側面から見たギールケの団体理解について取り上げたが、まず五期にわたる法制史区分を瞥見し、ギールケがその第三期 Körperschaft を高く評価していることを確認した。その代表的モデルは中世都市であり、都市公民権 Bürgerrecht と統治機関 Organschaft とを有機的に含んだ団体人格であったが、それは貴族やギルド成員などの特権的・封建的なものでしかなく、大多数をしめる下層民を排除したものであった点で欠陥を持っていた。そこで近代絶対主義による封建的中間団体への攻撃によって、下層民を解放し平等化することが必要であった。そこで絶対主義による平等な個々人へのアトム化が大きな役割を果たすのであるが、そのアトム化は貫徹されてはならず、ギールケは新たなゲノッセンシャフト原理に基づく、ヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理を高次において綜

合した団体の形成を要請したのであった。ただし、ここでいわれる「新たなゲノッセンシャフト原理」がいかなるものであり、「ヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理」がいかなる形で「折衷」・「綜合」されうるのか、という問題については、この図式では不透明なままである。単に「折衷」や「綜合」というだけでは何も説明していないに等しく、どのようにしてこの「折衷」がなされ、またそれがなぜ可能となるのか、を明らかにしなければ説明したことにはならない。この点については第二章、第三章で取り上げるが、先取り的に述べると、この両原理の綜合に大きな役割を果たすのがドイツ自然法論なのである。

つぎに、ギールケが高く評価する団体人格とは、「根本法Verfassung」に基づきつつ、構成員資格の授受によって団体と構成員との法的関係を形成し、機関権限の授受によって団体と機関人格との法的関係を形成するという形で、構成員人格や機関人格といった「部分」を「全体」に統一し、権利義務の主体となりうる団体人格であることを確認した。ただしここでいう「根本法」の具体的内容や、このような「部分」の「全体」への統一がなにゆえに可能となるのかについては、やはり不透明である。この点についても、第二章、第三章で取り上げるが、先取りすると、この説明の鍵となるのもやはりドイツ自然法論である。また、あらゆる団体人は最上位の団体である国家に組み入れられるとされていたように、ギールケにとって国家はそのほかの団体と同等であるとされつつも、ある種特別なものと考えられている。後にも触れるが、この国家の重要性については、ギールケ自身は自明視していると思われ、あまり突っ込んだ叙述は行われない。

さらにギールケの法区分について、ギールケが国家法である法規の優位に対して団体自身が制定した法である規約の法規範性を強調し、制定法の優位に対し慣習法を中心とする非制定法の法規範性を強調したことを確認した。このような法観念は、人民の法意識に根元的な規範性を認め、統治者といえども全体人格（国家）の機関にすぎず、全体人格から与えられた権限・任務を踏みにじる場合はその正当性を失うとするギールケ国家論と相応するものであるが、くわしくは第三章に譲る。

そして最後に、以上のようなギールケの法律論上の主張は、当時支配的であったローマ法学派に対し、ドイツ・ゲルマン法を復活させるという実践的な要請に基づいていたことを確認した。ここでもローマ法とゲルマン法の折衷という弁証法的な叙述がなされていた。このうち、特別法の尊重を説く第二の点、およびドイツ的法曹法を要請する第三の点について、その法技

術上・法学方法論上のギールケの折衷がかなり説得的になされていたことについては、序章において取り上げた西村の研究によって鋭く指摘されたとおりである。ただし、公法における政治的参加の要求と私法における個別利益制限の要求を共に取り入れた、公法と私法の統合を説く第一の点（いわゆる「社会法」Sozialrecht 要求）[27]に関し、ギールケ思想の矛盾ととらえるのはやや一面的であろう[28]。この点についても、第二章で取り上げるような、ギールケのドイツ自然法論への積極的評価をふまえれば、この公法と私法の統合は論理的一貫性を失わずに理解可能となる（この点については「結び」で触れる）。

以上のことをふまえ、次章においてギールケの政治思想史理解を跡付け、ギールケの自然法論評価について明らかにしたい。

（1）Vgl. Böckenförde, a.a.O., S.157-162.

（2）Ebend. および、村上『ゲルマン法史における自由と誠実』、一三三―一三六頁、一四六―一六〇頁参照。

（3）もっとも、このようないわゆるマルクゲノッセンシャフト説は、学説としては現在否定されている（ミッタイス＝リーベリッヒ『ドイツ法制史概説』改訂版、世良晃志郎訳、創文社、一九七一年、三七頁参照）。しかし、ここではギールケの国制史観自体を明らかにすることを目的としており、マルクゲノッセンシャフト説の当否を論じることは本稿の目的から逸脱するのでここでは特に問題としない。なおこの点につき、村上『ゲルマン法史における自由と誠実』、三二―三三頁参照。

（4）Vgl. Böckenförde, a.a.O., S.150.

（5）Vgl. a.a.O., S.151.

（6）Vgl. a.a.O., S.152.

（7）Ebend. なお、団体や共同体に相当するさまざまな原語についての一応の区別については、補論「『団体』の種類について」を参照。

（8）Vgl. a.a.O., S.153. なお、中世ドイツの「政治社会としての国家」の特徴を近代国家との対比で見事に描き出したものとして、村上淳一『近代法の形成』（岩波書店、一九七九年）参照。

（9）Vgl. Bockenforde, a.a.O.

（10）Vgl. a.a.O., S.154.

（11）Vgl. a.a.O., S.152.

（12）Vgl. a.a.O., S.153.

（13）Ebend.

（14）Vgl. C.Schmitt, a.a.O., S.25.（前掲邦訳、一二―一三頁参照。）

（15）Vgl. Böckenförde, a.a.O., S.154.

(16) ただし、より積極的にこのことを証明するためには、如何にしてこの新たな中間団体の構築、すなわち「新たな有機的結合」(DGR1：651-652) が可能となるのかを示さなければならない。この点については第二章、第三章で明らかにしたい。

(17) ハインリッヒ・ミッタイス、世良晃志郎・広中俊雄訳『ドイツ私法概説』(創文社、一九六一年)、八三頁参照。

(18) 共同利用地 Allmende の利用について、領主支配権 Grundherrschaft に服する団体のことである。しかし、上注（3）でも触れたとおり、マルクゲノッセンシャフトを原始ゲルマン的なものとするギールケの説は説得性を失いつつあり、封建領主 Grundherr による新形成物であるとする説が有力である（同上、九二頁訳者注（1）参照）。

(19) 国家が一名の将軍によって指導され、全民衆が大規模な従士軍 Gefolgschaft に転化した場合であり、それは民族大移動期の準戦時体制の長期化によって永続化した（たとえばフランク帝国、神聖ローマ帝国）とされる（同上、八五頁参照）。

(20) ギールケによれば、ロマニストであるラーバントは、このようなものとして国家を基礎づけるため、国家と人民の引き離しが不可避となるとして非難される（LS：1130-1131）。このようなラーバントの国家論は、構成員人格である人民を組み込んだゲルバーシャフト Körperschaft 的な国家を要請するギールケの議論と、政治的に衝突するはずである。前述の通り西村は、両者は方法論上の違いにとどまるとするが、構成員人格を含むか含まないかは大きな相違であって、やはり方法論上の違いだけではすまない対立であろう。

(21) ここではこれ以上説明されないが、ここでいう社会契約説こそがアルトジウスの社会契約説であり、ギールケが自然法論を高く評価するのは、自然法論のこの機能を評価するからである。もっとも、詳しくは第二章で展開する。

(22) Vgl. Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig, 1902, S.17-20.（曽田厚訳「ギールケ・人間団体の本質」、『成蹊法学』二四号、一二九―一三二頁。）

(23) ここでももちろん、上位の有機体の影響が、どの程度下位の有機体に影響するのかが問題となる。上位の有機体（例えば国家）と下位の有機体（例えば自治体）が衝突する場合も当然あり得るはずだからである。この点につき、『アルトジウス論』ではあまり突っ込んだ叙述はなされていないが、ギールケは、基本的に「有機体」の中ではすべてが協調的であると考えているようである（詳しくは第三章で取り上げる）。

(24) ここでいう（＝ローマ法でいう）「国家絶対主義」とは、

ラーバント流の国法学実証主義を指し、それはホッブズのリヴァイアサンとは異なるもの（リヴァイアサン以上のもの）であることに注意が必要である。ラーバントのいう国家とは、構成員人格をいっさい含まない国家概念であって、個人の集積として国家をイメージするホッブズ国家論とは異質の国家論である。

(25) ここで団体の保護が、法治国家要求に含まれていることに注意すべきである。通常は、国家と各構成員の権利・義務関係を定めるのが法治国家理念であるが、ここで国家への構成員の参加を考える場合に、なぜ個人が直接参加するのではなく、団体を介在させなければならないのかが論点となる。ロマニステンの国家概念が団体人格を破壊するものであって、その危険回避に団体人格の保護を主張するのは理解できるが、政治参加の自由を確保するという目的の達成は、理論的には個々人の政治参加の権利を保護することでも達成できるはずだからである。先取り的にいうと、まさにこの点がギールケ政治共同体像の大きな特徴となっているのである。この点は第二章、第三章でさらに詳しく考察するが、ここでは法律論においてもこの特徴が現れていることに留意する必要がある。

(26) したがって、一九〇四年の『ドイツ私法概論』の段階でも、ギールケの「私法」論は、公法的・政治的な性格を残していると言えよう。

(27) 例えば、「弱者や労働者の窮状にヒューマニスティックな共感を寄せながらも、彼〔ギールケのこと—筆者注—〕は肝心要のところで団結権を骨抜きにし」た（西村、前掲論文（五）、二七三頁）といった叙述を参照されたい。

(28) Vgl. Stolleis, a.a.O., S.362.

第二章　ギールケの政治思想史観

ギールケによれば、中世ドイツにおいて、復活された古代観念と中世的観念体系の様々な要素が融合されて、近代国家理念が産まれた（JA：1-2）。中世精神史は、「古代—近代的な思惟」と「固有中世的な思惟」との対立・融合の歴史として描かれ（DGR3：512-514）、中世精神は、「固有中世的な思惟」のもとへの「古代—近代的な思惟」の摂取・統合を目指し、それは一度成功したかに見えたが、結局「古代—近代的な思惟」の自己展開に抗しきれず敗北して中世は崩壊し、そこから近代が生まれる（Ebend.）とされる。しかしこうして生まれた近代においても、不滅のゲルマン的ゲノッセンシャフト原理は自然法的国家理論に生き残り（Ebend.）、ついにギールケにとっての現代において、「古代—近代的思惟」と「固有中世的な思惟」との

止揚・統合が果たされ、ドイツ的立憲主義法治国家に結実するのである（JA：314-316）。これがギールケの基本枠組みであるが、特に『アルトジウス論』においてギールケが、宗教改革までを中世、宗教改革以後を近代、そして神聖ローマ帝国崩壊以降を現代ととらえていることに注意が必要である。[1] 言うまでもなくこの区分は、前述した五期に分かれる国制史区分の後半部分（第三期以降）とパラレルな関係にある。[2] つまり、少なくともギールケ『アルトジウス論』には、同時代の国家論も含まれているのであり、したがってそれは政治的な著作であるということにもなろう。[3] このことは、以下の叙述においてより明確になるが、ここで先取り的に述べれば、ギールケがアルトジウスを発掘したのは、中世政治社会への「偏愛」（ベッケンフェルデ）のためというよりも、アルトジウスの自然法論の中にゲルマン的思考の残存とその新たな展開の可能性を見て、その中から「現代」のギールケの国家論に有益な観念を取り出そうとするからなのである。[4] この点も含め、以下において、主として『アルトジウス論』によりつつ、ギールケの政治思想史理解を明らかにしたい。

一　中世まで

まず、ギールケにとっての古代国家観念とは、ギリシャ・ローマ[5]の国家観念のことで、具体的にはアリストテレスを念頭に置いている。つまり、国家は人間生活のすべてを吸収する人間社会 Gemeinschaft そのものであり、あらゆる諸団体のなかでただ一つだけ存在できる最高次のもので、国家を越えた世界国家はあり得ず、国家の下には自治体 Gemeinde 以外あり得ないという観念である（JA：229-232）。そこでは、国家の起源は、人間の本能や意思行為にもとめられ、政体も人間が自由に選択でき（JA：63）、国家は倫理的・自然的必要のために存在し、その目的は物質的・精神的福祉の増進であり、法の実現はその一つの手段に過ぎない（JA：265-266）。そして、国家が人間生活のすべてを吸収しつくすことによって、「人間は公民 Bürger に埋没し、あらゆる政治的自由の真只中で、個人的自由の存在の余地が抹消されて」（ND：28）いるのである。なんとなれば、人間個人の存在は国家を待ってはじめて意味を持つ（DGR3：561-562）からである。

それに対し、純中世的思考体系とは、徹底的に神権政治的な観念であり（JA：60）、世界はキリストの体としての一つの有機体（マクロコスモス）であり、世界が一体であることを社会構築の出発点とする（JA：60-62）。あらゆる多様な中間団体は、

その起源と規範をマクロコスモス（普遍教会と普遍帝国）にもつ派生物（ミクロコスモス）である（Ebend.）。そして、このような固有中世的な観念としての重層的・連邦主義 Föderalismus 的な社会構成は、徹底的に神権政治的観念が支配的である中世においては、上から下へ向かうものである点にその特徴があるとされる（JA：226）。つまり、教会と帝国という可視の人類統一体を前提として[6]、あらゆる諸団体や個人は固有の生 Leben や価値を持ちつつ、神の精神で満たされた調和的な有機体として、より上位の団体と不可避的・重層的に結びついている（JA：226-227）のである。さらに、神権政治観念の帰結として、政体は君主制が基本となり、あらゆる団体統一体 Verbandseinheit は君主制的首脳 Haupt を持ち、その首脳 Herrscheramt は神から直接あるいは間接に授権され、神的秩序を維持する（JA：60-62）のである。

しかし、このような純中世的思考体系は、教会の集権化と教皇主義の伸張による国家の教会への吸収を説く主張によって動揺し、トマス・アクィナスによる古代国家観念の回復によって致命的打撃を受ける（JA：63-64）とされる。というのも、この古代国家観念の回復によって、国家の起源は人間の本能や意思行為に基づくものとなり、神意は国家形成の遠因に遠のき（Ebend.）、支配の正統性も神からではなく被支配者全体 Gesammtheit から派生することとなり、統治形態も人間の自由な選択にゆだねられることとなって、君主制の神的権利が消滅する（Ebend.）からである。

こうして神権政治観念を中心とする純中世的観念は、中世においてすでに、復活された古代国家観念によってその基盤を崩されつつあり、宗教改革によって神権政治理念が復興するも、そこで霊的事項の国家政策による遂行という手段が採用されたことによって、逆に教会の国家制度化を招来し（JA：68-69）、純中世的観念の動揺は止まらなかったとされる。また、反宗教改革側のドミニコ会やイエズス会は、ルターやカルバンの国家教会制への対抗上、国家を徹底的に世俗的なものとして国家と教会を分離しようとし、そこではもちろん国家の神意による基礎づけが否定されるわけではないが、政治社会はトマス・アクィナスの言うような神意の拡大解釈としての自然法によって根拠づけられた（Ebend.）。確かに、このトマスのような議論に反対したプロテスタントの側は、国家の神的起源論と世俗権力の神的委任論を唱えたが、聖職者位階制への反対や教会の国家制度化を説いた以外は、国家を神に由来する世界の自然的・道徳的秩序の不可欠な部分であるとする一般的な立場に縮小し

たのであった（Ebend.）。けだし、プロテスタント教会自身も、自らの教会の国家制度化という主張によって、自然法体系に持ち込まれることとなった（JA：69）のである。なお、後に述べるように、アルトジウスの政治理論はこの発展の論理的帰結であるとされる（Ebend.）。こうして純中世的観念は、古代国家観念の回復とそれに伴ったキリスト教的自然法観念による国家・教会の基礎づけによってすでにその基盤を失いつつあり、次項で取り上げるような主権概念の発展と相まって、中世政治社会において必須の構成要素であった諸種の有機的中間団体は、その理論上の立脚点を奪われる（JA：237-238）こととなる。

二　近代

ギールケにとっての近代とは、神権政治観念に代表されるような宗教的理念からの解放であり、合理化（JA：74）の過程を意味する。そこでの国家は、神からの授権ではなく、被支配者の合意によって基礎づけられる。[7] ギールケによれば、すでに中世において、世俗政府の基礎づけを被支配者との統治契約の想定に求める議論は疑問の余地なく受け入れられており（JA：77）、あらゆる統治の法的基礎は被統治者の合意にもとめられるとされていた（JA：77-78）。そして支配者と人民との関係については、支配権行使への一定の制限は認めつつも人民自身の立法権力は否定する支配権譲渡 translatio 理論（のちの支配者主権論につながる）と、人民に立法権力と君主の廃位権も認める支配権委任 concessio 理論（のちの人民主権論につながる）との二通りの方法で説明されていた（JA：82-83）。主権概念自体は、有機的人類社会観念である中世的思惟にとっては異質なものであったが、前述の古代国家哲学の復活によって、主権概念が形成されていった（JA：139-140, 229-234）。その主権概念は、やがて一二世紀頃から君主側に利用され、支配者に対し主権的国家権力が割り当てられていったが、それは様々な内在的制限がかかった中途半端なものであった（JA：149）。また、主権の担い手については、有機体のアナロジーでとらえられることもあった（JA：158）が、その法主体性はやはり人民と支配者に分裂しており、国家自体の人格性という考え方はほとんどなかった（Ebend.）。なんとなれば、支配者主権論者も人民主権論者も、互いを主権の担い手から排除したからである（JA：159-161）。さらにマキャベリが登場し、主権概念拡大のために大きな影響力を持ったが、アリストテレスの教義に大きく依存したままで、国家理論的な寄与はほとんどなかった（JA：150-

151)。

ギールケによれば、主権概念を定式化し、論理的に貫徹したのはボダンであり、ボダンにおいて主権があらゆる制限から免れた分割不可能なものとされたのは、画期的であった（JA：151)。政体は絶対的君主政か絶対的貴族政か絶対的民主政かのいずれかであって混合政体は認められず、もっとも望ましいのは君主政であるとされたのである（Ebend.)。ただしこの絶対主義的主権概念は、私法の手前で停止し、人格の自由や財産権については不可侵とする（JA：151-152）点で中途半端であり、ボダンの主権概念は、絶対君主政の理論家たちやスアレスなどに引き継がれたが、支配者への全面的主権譲渡を言いつつ、支配者は実定法や人民の永遠の権利によって制限されているとするなど、その貫徹には失敗し弱められることとなった（JA：155-156）という。

ギールケによれば、このような状況下でアルトジウスが、支配者の主権を人民に移転することによって、はじめて絶対的主権概念を受け入れた（JA：157）とされる。ボダンにおける支配者の Majestät を人民の Majestät に置き換え、不可譲・不可分で永遠の人民主権を理論化したというのである。[8] したがって合法的な主権はただ一つ（人民主権）であり、政体もただ一つであって、アリストテレス以来の三政体の区別は統治方法 Regierungsweise の違いに過ぎない（Ebend.）こととなる。こうしてアルトジウスによって、主権を不可譲・不可分としつつ、支配者の主権を人民の本源的主権からの譲渡に根拠づけるという、従来の学説の弱点が克服されたのである。しかもギールケによれば、当初アルトジウスは、この主権の担い手としての国家を、支配者と人民を共に含み、それ自身として人格を持つ有機体であるとする思考を持っていたという。もっとも、そのアルトジウスも結局、自らの契約論の展開過程において、単一の国家人格の分裂と人民への主権帰属をまねいてしまった(JA:161-162)と批判されてはいる。しかし、アルトジウスは、法治国家・立憲的国家の観念を強調（詳しくは後述）し、主権的権利といえども神法・自然法・実定法（とりわけ憲法 Verfassungsgesetze）によって制限を受けると考え、ボダンの観念を修正している（JA：157-158）とされて高く評価されるのである。主権的人民といえども、正統に行使されている権力を覆すことはできない（Ebend.）のであって、後にも触れるとおり、ギールケはこの相違を非常に重要視する。

しかしギールケによれば、アルトジウスのこのような人民主権論は、ヨーロッパ大陸においてルソーに至るまでは下火とな

り、排他的支配者主権論が主流となる（JA：175-176）とされる。[9] いうまでもなく、その方向性において画期的な仕事をしたのはホッブズであった（JA：176-177）。それはあらゆる種類の制限を免れた主権を強調する理論であり、プーフェンドルフにも緩和されつつ引き継がれ、支配的な理論となった（Ebend.）とされる。このホッブズにおいて、"persona civitatis" という用語が使われ、国家自体の人格性が確立されるかに見えたが、真の人格は個々人以外になく、集合人格は個々人の単なる集合としての人工人格・擬制人格でしかないとされてその確立に失敗しており、[10] ホッブズの国家人格も、つまるところ旧来の支配者人格に過ぎなかった（JA：189-190）とされる。自然法論の隆盛のもと、団体とは単に個々人の合計を意味するものでしかないというこの考え方は、プーフェンドルフをはじめその後の諸種の理論家にも受け継がれ、国家人格は、支配者人格と人民人格に分裂したままであった（JA：198-201）。この国家人格の確立に関して、ルソーも同様に失敗する（詳しくは後述）ことになる（Ebend.）。

ホッブズ以後、人民の諸権利によって絶対主義的支配を緩和しようとした理論家は、皆ホッブズの主権概念に挑まねばならず、一八世紀中頃における人民の諸権利のための闘いは、主権概念の弱化あるいは破壊を目指した（JA：178-180）とされる。つまり、ヴォルフやモンテスキューに見られるような、混合政体論や権力分立論が主張されたのである（JA：186-188）。ギールケによれば、このような主権概念の弱化の議論に反対し、人民の諸権利と主権概念を再び結びつけ、排他的人民主権論を唱えたのがルソーである（JA：189）。このルソーの人民主権論は、国家設立契約から統治契約を削除するなど、革命的な業績であったが、それはすべての構成員の自由・平等という従来の社会契約説の社会枠組みとホッブズ的絶対主義的契約論との結合であって、先行業績の成果をふまえたものであった（JA：115-117）。つまり、ルソーの理論はその根本においてアルトジウスの政治学ともつながっており（JA：201）、社会契約によって設立された人民主権が不可譲・不分離で共同体 Gesammtheit に専属するという点や、政体の違いは行政の違いでしかないとする点は共通している（Ebend.）という。ただし、人民主権を絶対的なものとし、実定法や根本法によるあらゆる制限を認めない点と統治契約を完全に破壊した点で異なるとする（JA：201-204）。けだし、ルソーにおいては、一般意志の表現としての主権の内容は立法のみとされ、行政は主権の担い手ではないとされるからである（Ebend.）。また、主権の担い手となる人民

について、ルソーはアルトジウスと同様に、結合契約によって設立され、構成員を越えた力を持つとするが、依然として個々人の総計としてのみ考えられており、国家人格概念に到達しているわけではない（Ebend.）。

こうして、ルソーにおいて人民主権論は完全にその展開を終えたとされる（JA：204）が、フランス革命において不十分にしか実現されなかったことからも分かるとおり、ルソー型の人民主権論は、原理的勝利を収めたわけではなかった（Ebend.）とされる。この人民主権論はさらにフィヒテ、カントによって継承されたが、原子論的・機械的な個人主義的自然法論によって、結局ケルパーシャフトとしての国家人格・団体人格をうち立てることができず（JA：207-209）、歴史学派に敗れることとなる（JA：122）。この人民主権と支配者主権との分裂を解消し、立憲的権力分立を維持しつつ国家統一を損なわない理論として、現代立憲国家が登場するのである（JA：209-210）（詳しくは後に譲る）が、ともかくもこのようなルソーにつらなる社会契約論の系譜としての近代観念においては、原子論的・機械論的な個人主義的自然法論によって団体人格の確立は妨げられ、ルソーにおいて顕著なように、[11] 諸種の中間団体は人民主権論の側からもその立脚点を奪われる（JA：256-258）こととなった。

三　もう一つの近代

さて、以上がギールケの基本的な近代理解であり、中世を崩壊させる「古代―近代的な思惟」といった場合の「近代」とは主として以上のような内容がイメージされている。しかしギールケによれば、ドイツにおける自然法国家論の発展には、「もう一つの方向性」（JA：258）があるのであり、後述するように、実はギールケの自然法論への積極的評価は、主としてこの方向性に関わっている。

前述の通り、一六世紀以降、中間団体の立脚点を奪う主権概念の精緻化が進んでいたが、[12] もともと人民主権論は人民の主権性の主張と衝突しない限り、中間団体の権利如何の問題に対して中立的な立場にあった（JA：243）とされる。けだし、伸張する君主権のもと、ブルートゥス Junius Brutus など改革派モナルコマキは、国家の契約違反への抵抗の際の実践的要請から州や都市を擁護した（Ebend.）のである。そして、そのような方向で連邦主義を理論化・体系化したのがアルトジウスであった（JA：243-244）とされる。

ギールケによればその理論化は、社会契約観念の持ち込みによってなされる。つまり、あらゆる人間団体 menschliches Ge-

meinleben の基礎を結合契約におき、家族、職能団体 Berufsgenossenschaft、自治体 Gemeinde、州 Provinz など諸種の中間団体を、個人と国家を媒介して結ぶ不可欠の有機的リンクとする（Ebend.）のである。国家は、排他的主権という特別の機能は持つが、それを構成する中間団体と基本的に同じとされ、より広い団体 Verband はより狭隘な団体によって構成されるのであり、団体の構成員は団体を通してのみ行為できる（Ebend.）。また、下位の団体は固有の Leben と権利をもち、その権利はある特定の目的のためにやむを得ない場合に限って上位の団体に譲られるのみであり、下位の団体の特別な権利は、国家の排他的主権といえども乗り越えられない障壁[13]であって、その権利の侵犯は結合契約解除の要件となり、その場合は下位の団体に完全な主権が戻る（Ebend.）。つまり、従来の自然法論が、中間団体の権利を私法に押し込み、それに対して公法を優先させていたのに対し、アルトジウスは、社会契約を援用することによって公法を私法に基礎づけて両者の関係を逆転させ、中間団体擁護の新たな自然法団体理論をうち立てることに成功した[14]（Ebend.）とされるのである。

ギールケによれば、こうしてアルトジウスによって新たにうち立てられた団体主義的ドイツ自然法論は、二つの方向で発展した（JA：244-245）。すなわち、合成国家論 zusammengesetzer Staat と自由な結社論である。まず、第一の方向である合成国家論とは、ベゾルト C.Besold らによって主張されたもので、ゲマインデや諸種のケルパーシャフトを内に含んだ統一国家（中間団体は国家に完全に従属する）とも、主権国家的中間団体同士の対等な同盟である国家連合・同君連合とも異なり、排他的全体である主権国家を、相対的国家としての部分が構成するというモデルである（JA：245-250）。このモデルは、神聖ローマ帝国の国制説明に利用され、多くの帝国公法論者に受け入れられた。その後一時、プーフェンドルフらの批判によって動揺をきたすが、一八世紀中葉以降、主権概念の弱まりや権力分立論の広まり（ヴォルフ、モンテスキューなど）と共に、合成国家としての連邦主義が再評価され、ネッテルブラット D.Nettelbladt（1719-91）らによって理論化され、諸国家よりなる国家という概念は絶大な支配力を獲得し、瀕死の帝国に適用された（Ebend.）とする。

次に、アルトジウスによる自然法的基礎の上に再生された連邦主義観念のもう一つの帰結は、ゲマインデやゲノッセンシャフトの自由を強調する自然法社会理論（自由な結社論）であった（JA：250）。ギールケによれば、アルトジウスのように国家

を社会契約で演繹する場合、同様に演繹されたゲマインデや諸種の結社を否定することはできない（JA：251）。たとえばグロティウスは、アルトジウスに従いつつ国家は部分団体による永久の連邦であるとし、部分団体の同意なしにその主権を奪うことはできず、自己保存のために他の手段がない場合は脱退もできるとした（Ebend.）というのである。

それに対しホッブズは、前述の通り一段階社会契約構成をとり、ゲマインデやゲノッセンシャフトの国家からの自立性を完全に否定し、このような理論を激しく攻撃した（JA：252）のであった。そのことによって、主権的個人と主権的公共体Allgemeinheitとの間にある、あらゆる中間団体Zwischengliederungenを破壊する中央集権的・原子論的自然法国家論が支配的になった（JA：256）という。しかし、一八世紀ドイツにおいては、「もう一つの方向性」があった（JA：256, 258）のである。すなわち、個人主義的集団主義観念individualistisch-kollektivistische Auffassungから発展した自由な結社freie Association原理によるコーポラティズム的構成korporative Gliederungの復活（JA：256）である。そこでは、あらゆる段階において自由な結社原理が実現され、下から上へのアルトジウスの社会構成が承認される（JA：258）。もちろん、そこで国家の優越性が否定されるわけではないが、諸種の団体Körperschaftが国家と同様に自由な結合freie Associationから生じ、自立していると考えられたことは決定的に重要である（JA：258-259）とされる。さらにネッテルブラットによって、国家や個人に対して同様に、中間団体にも自然法上の固有の位置が与えられ、自由な結社の基礎の上にアルトジウス的社会体系が再生された（JA：260）のである。このように、ドイツの自然法学派は、下から上へと団体を積み上げて社会を構成した点、あらゆる団体を自己創造されたものとして固有の権利を認めた点、国家がそれらを覆うドームとして説明されている点で高く評価されるのである（JA：260-261）。

ギールケによれば、このような自然法社会理論は、政治理論にも大きく影響したとされ（JA：261-262）、たとえば中間団体主義の偉大なチャンピオンであるモンテスキューが、中間団体を特権身分団体としてしか理解していなかったのに対し、ドイツのメーザーJ.Möserは、既存の身分秩序への偏愛を伴いつつも自由な結社の持つ力を強く信じている（Ebend.）とされる。その傾向は、一八世紀終盤において、シュレーツァーA.L.von.Schloezerやフンボルト W.von.Humboltによって強調され、法学においてもローマ法的な擬制人格団体理論を脅かした

（Ebend.）とする。ギールケによればこの成果は、プロイセン一般ラント法（一七九四年施行）というプロイセン国家の「偉大な立法作業」（JA：262）に現れており、それは当時としては自由主義的に行われ、下から上への社会構成においても、自然法社会理論の精神の影響が明らかである（JA：262-263）とされる。こうしてドイツ自然法論は、自由な結社の強調によって、時代遅れの特権ばかりではなく、中央集権的原子論的傾向にも反対するものとして不滅の栄誉を獲得した（Ebend.）のである。

ただしこの自然法論は、societas と universitas との同一視の結果、内的には個人相互の義務の紐帯としての社会契約観念に行き着き、外的には個々人の総計を集合的統一体とする精神的人格 moralische Person 観念に行き着いてしまった（Ebend.）とされる。つまり、社会契約によって演繹される団体は個人の総計にすぎず、それだけでは真の団体人格には到達できないのである。それゆえ、この社会理論は自由な結社の擁護によって新たな団体理論への発展の可能性を持ちながらも、その最後の最後において、個人主義的・機械的な形態をとってしまった（Ebend.）と批判される。フンボルトが「Korporation の代わりに個々人の自由な結社を」と言う時、個々人の世代を越えて存在し、個人存在を生のより高次の統一体に高める団体人格観念に敵対し、korporatives Leben の歴史的・有機的要素に敵対することとなってしまった（Ebend.）というのである。この点でギールケは、ドイツ自然法論に対して留保を示していることとなる。つまり、ドイツ自然法論の自由な結社原理を高く評価しつつも、団体を自由な結社関係に解消しつくすことに対しては、反対の立場をとるのであり、単にドイツ自然法論を礼賛しているのではないことに注意が必要である。この理論的難点を克服し、真の団体人格をうち立てるものとして、現代立憲的法治国家が登場することとなる。

（1）ギールケの中世、宗教改革以降の近代、一九世紀以降の現代、という区分は、『アルトジウス論』全体をつらぬくモチーフであるが、この区分が特に明示的に現れている箇所として、第六章（JA：264-320）を挙げておく。

（2）ただし、ここで展開される国家論が、『ドイツ団体法論』第一巻と全く同じものであるかどうかには、当然のことながら留保が必要である。しかし、子細は『ドイツ団体法論』第一巻を網羅的に分析した上ではじめて言えることであり、ここではこれ以上言及できない。この点については今後の課題とさせていただきたい。

（3）この限りにおいて、前述（本稿序章、第一章参照）し

たような、ギールケが『ドイツ団体法論』第一巻以降、具体的国家論をかかなかったとする西村の主張には留保が必要であろう。

(4)『アルトジウス論』の結語（JA：321-322）における、ギールケの次のような叙述を参照のこと。

「この半ば忘れられたドイツの『モナルコマキ』〔アルトジウスのこと〕の著作の中に現れた、最重要の政治思想の分析によって、我々は中世の奥深くへと連れ戻されると同時に、一八世紀の終わりにまで送り出される。・・・〔アルトジウスは、〕一面において、ルソーの体系において頂点に達する破壊的な国家論への先駆けとなったが、他面において、非常に多くの点で立憲国家の建設的理論にとって、その基礎となっている。」（カギ括弧内は筆者による補足）。

(5) ギールケは、ここでは古代について突っ込んだ叙述をしておらず、子細は不明であるが、特に両者を区別していないと思われる。

(6) 確かに教会と帝国との分離は二元主義であるが、両者は互いに全人類の共通目的＝神の目的のために協調しなければならず、その意味で、共同かつ単一のドームを形成しているとされる（JA：226-227）。

(7) 前述の通り、教会も徐々にこのような基礎付けに引きずられていったのであるが、すでに中世において、教皇との対抗上、国家がことさらに人民の同意をその正当性の根拠とする必要性があったことにつき『ドイツ団体法論』第三巻§11 VI（DGR3：568-595）参照のこと。

(8) アルトジウスによる支配者主権の人民主権への置き換えは、ルソーの重大なインスピレーションになった（JA：189）とされる。この点につき、R・ドラテは大枠においてギールケの主張の妥当性を承認している（R・ドラテ、西嶋法友訳『ルソーとその時代の政治学』九州大学出版会、一九八六年、八一―八八頁参照）が、P・ヴィンタースは人民主権論者としてアルトジウスをとらえるのは、ギールケの勝手な読み込みであるとして批判する（P・ヴィンタース「ヨハンネス・アルトゥジウス」、ミヒャエル・シュトライス編、佐々木有司・柳原正治訳『一七・一八世紀の国家思想家たち』、木鐸社、一九九五年、四一―四四頁）。この点についてくわしくは、後述する。

(9) この時期、人民主権論はミルトン、シドニー、ロックなど、その本場をイギリスに移すとされる（JA：163-164）が、必ずしも評価は高くない。というのもギールケは、これらの理論が真の団体人格の確立に失敗したと考える（詳しくは後述）からである。

(10) Cf. Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited by R.Tuck, Cambridge U.P., 1991, Ch16, Ch22.

(11) もっとも、ルソー自身は、アルトジウスと同様に結合契約によって構成員を越えた力をもつ社会体を生み出そうとし、国家人格性の貫徹を試みたとされる（JA：203）。しかし、個々人の総計という以外の人格概念を持たなかったため、結局国家人格概念に到達することに失敗した（Ebend.）のである。

(12) もっともギールケは、法学上の中世団体理論が、一六世紀の絶対主義国家によって脅かされつつも、ゲマインデやKorporationの公法上の権利を守ろうとしていたことは認めている（JA：239）。しかし、ローマ法の擬制人格説の援用によってその力は失われ、団体のもつ固有の権利は「公共の福祉」によって容易に改変される私法上の財産権や特権に縮小されたのであり（JA：240-243）、諸種の中間団体は単なる国家の制度にすぎなくなったのである（Ebend.）。

(13) ギールケは、ここでいう「排他的主権 ausschliessliche Souveranität」の機能がどのようなもので、その主権にかかっている制約（下位の団体がもつ特別の権利）がどのようなものか、についてこれ以上触れておらず、この点に関するギールケの主張は必ずしも明確ではない。このことは、ギールケの法観念において、これらの一義的な定義が難しいことと関連している。詳しくは、第三章で再び触れる。

(14) ギールケによれば、このような構成は、koporativ に結合された全体という意味では純中世的観念と同じであるが、中世の有機的構成が基本的に上から下へ向かうものであったのに対し、アルトジウスの構成は、社会契約によって下から上へ再構成しようとするものである点で大きな特徴を持つとされる（JA：226）。したがって、ギールケはかなり近代的にアルトジウスを解釈しているのであって、単に中世を賞揚しているだけであるとは言い切れないであろう。

Die Staatslehre Otto von Gierkes
—— Unter besonderer Berücksichtigung seiner Verbandspersönlichkeitslehre und Naturrechtslehre ——

Yasuhiro ENDO*

Otto von Gierke (1841-1921) war ein Privatrechtswissenschaftler, der versuchte, nicht die römische Korporationstheorie, sondern die germanische Körperschaftstheorie zu rehabilitieren. Seine Körperschaftstheorie kann nicht auf rechtswissenschaftliche und wirtschaftswissenschaftliche (nationalökonomische) Probleme reduziert werden, sondern hatte damals auch politische Bedeutung.

Die Forschungen zur Staatslehre Gierkes wurden hauptsächlich aus verfassungsgeschichtlicher Sicht behandelt. Dabei wurde Gierke als widersprüchlicher Denker verstanden. Demnach erkannte er zwar die Zeitgebundenheit der sogenannten "Debatte über den mittelalterlichen Staat", konnte sie aber nicht überwinden und hat eher zur Verstärkung der germanischen Ideologie beigetragen. Diese Auffassung ist zwar richtig, aber es geht hier nicht darum, diese Zeitgebundenheit mit dem Niveau der heutigen verfassungsgeschichtlichen Forschung zu vergleichen, sondern es geht um die Frage, wie er seine Staatslehre beeinflußt von den Verhaltnissen seiner Zeit konstruierte, aufgrund seiner Schriften (insbes. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, 1880) zu klären. Dabei sollen seine Verbandspersönlichkeitslehre und Naturrechtslehre besonders berücksichtigt werden. Einerseits hob er Existenz und Eigenwert der Verbandspersönlichkeit hervor. Anderseits bestätigte er, dass die deutschen Naturrechtslehren die Wertschätzung der individuellen Grundrechte forderten. Auf den ersten Blick sehen beide Lehren widersprüchlich aus. In diesem Aufsatz wird dargestellt, wie er den Widerspruch zwischen beiden aufzuheben versuchte.

Im ersten Kapitel wird seine Verbandspersönlichkeitslehre in bekanntem Rahmen,

*Ph.D Candidate, Graduate School of Law, Hokkaido University

d.h. in jenem der dialektischen Bewegung von der Genossenschaftsidee und Herrschaftsidee, erklärt. Dort bekennt sich Gierke zum Verband, in dem es Gliedpersönlichkeit und Organpersönlichkeit gibt und die Beziehungen zwischen dem Verband und beiden Persönlichkeiten zu "Rechtsverhältnissen" erhoben werden. Er vertritt die Auffassung, dass der Inhalt dieser "Rechtsverhältnisse" von der "Verfassung", die der Gliedpersönlichkeit die Mitgliedschaft und der Organpersönlichkeit die Kompetenzen zugewiesen habe, bestimmt wird. Er meint weiters, dass Genossenschaftsidee und Herrschaftsidee durch "die neu erwachte Genossenschaftsidee" zu einer inneren Einheit gebracht worden seien. In diesem Zusammenhang erwähnt er jedoch den konkreten Inhalt der"Rechtsverhältnisse" und der "neu erwachten Genossenschaftsidee" nicht genau.

Im zweiten Kapitel wird seine Lehre von der Geschichte der politischen Theorie erklärt und seine positive Einschätzung der deutschen Naturrechtslehren (hauptsächlich der von Althusius) dargestellt. Gierke schätzte die deutschen Naturrechtslehren aufgrund der folgenden vier Punkte. Erstens hätten sie zur Rationalisierung und Säkularisierung der politischen Theorie beigetragen. Zweitens hätten sie den Staat durch den Gesellschaftsvertrag von den Individuen abgeleitet und ein unantastbares Reich von Individualrechten gesichert. Drittens hätten sie das freie Assoziationsprinzip entwickelt und den Zwischenverbänden so gut wie dem Einzelmenschen und dem Staat eine naturrechtliche Sphäre gesichert. Dieses "freie Assoziationsprinzip" war nichts anderes als der konkrete Inhalt jener "neu erwachten Genossenschaftsidee" (Kap. 1). Viertens hätten sie in den Jahrhunderten einer absolutistischen Gesetzgebung die den Staat bindende Rechtsgedanken etabliert. Aber gleichzeitig kritisiert Gierke die deutschen Naturrechtslehren in den folgenden drei Punkten. Erstens hätten sie in ihrer Entwicklung nach Althusius die Staatsfunktionen auf den gerichtlichen Schutz der Naturrechte reduziert. Zweitens sei die auf naturrechtliche Verträge aufbauende Beschränkung des Staatshoheitsrechts nicht hinreichend gewesen, da das Staatshoheitsrecht auf das öffentliche Wohl gegründet sei. Drittens hätten sie das Ende der Verbandspersönlichkeit bedeutet, weil Verbände, die gemäß dem "freien Assoziationsprinzip" konstituiert worden wären, nichts mehr als Summen von Individuen gewesen seien.

Im dritten Kapitel wird erläutert, wie diese drei Kritikpunkte (Kap. 2) überwunden wurden. Dabei wird zunächst das Prinzip der Gewaltenteilung (Montesquieu)

angewandt. Dadurch wird die formale staatliche Allmacht, die dem Recht überlegen sei, durch das gesetzgebende Organ repräsentiert. Eine wirkungsvolle Beschränkung der Staatsgewalt wird auch durch die Bindung der Verwaltung an das Recht erreicht. Weiters spricht Gierke dem Rechtsbewusstsein des Volkes eine fundamentale normative Verbindlichkeit zu. Er erkennt ferner die Existenz einer Verfassung an. Dabei versteht er das Recht nicht als Gesamtwille, dass etwas sein sollte, sondern als Gesamtüberzeugung, dass etwas war. Das gesetzgebende Organ wird durch das richterliche Prüfungsrecht einer verfassungsmäßigen Kontrolle unterzogen. Auf diese Weise versucht er, eine neue Rechtsform (Verfassungsrecht) , welche die alte Zersplitterung des Rechts zwischen Naturrecht und positives Recht in einer höheren Einheit vereinigen sollte, aufzubauen und den Rechtsschutz des Volkes mit der Allmacht der Staatsgewalt zu vereinbaren. Diese Verfassung entspricht "der Verfassung" im ersten Kapitel. Dabei wird nicht der Begriff der Stellvertretung (d.h. "die Vertretung einer Person durch eine andere Person und so des Ganzen durch das Ganze"), sondern der Begriff der Organschaft (d.h. "die Vertretung einer Gesamtperson durch ihre verfassungsmässig berufenen Gliedpersonen und so des Ganzen durch einen Teil") eingeführt. Deshalb kann das Konzept der Verbandspersönlichkeit weiterbestehen, obwohl das Prinzip der Gewaltenteilung zur Anwendung kommt. Denn Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz repräsentieren den Staat nur innerhalb ihrer Kompetenzen.

Das Konzept der Verbandspersönlichkeit, das sowohl Elemente des Genossenschaftsprinzips als auch des Herrschaftsprinzips enthält und beide Prinzipien auf die obengenannte Weise vereint, war der eigentliche Inhalt seiner Genossenschaftslehre. Bei dieser logischen Zusammensetzung beruft er sich auf eine sehr gewagte Auslegung der deutschen Naturrechtslehren, deren Grundlage er in der Naturrechtslehre von Althusius sieht. Deshalb kann man seine Genossenschaftslehre, die sich als die dialektische Bewegung von Genossenschaftsidee und Herrschaftsidee erklärt, besser verstehen, wenn man seine Auseinandersetzung mit den Naturrechtslehren ausführlich verfolgt. Durch die Beschäftigung mit seiner Genossenschaftslehre sollen auch jene ältere Interpretationen seiner Staatslehre, z.B. die von Carl Schmitt, revidiert werden, welche die Kompromißhaftigkeit seiner Staatslehre hervorhoben.