



Title	第二帝政創立期ドイツの政治思想（２） - オットー・フォン・ギールケ国家論の発展とギールケ＝ラーバント論争の再評価 -
Author(s)	遠藤, 泰弘
Citation	北大法学論集, 56(4), 47-93
Issue Date	2005-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15400
Type	bulletin (article)
File Information	56(4)_p47-93.pdf



[Instructions for use](#)

第二帝政創立期ドイツの政治思想（二）

—— オットー・フォン・ギールケ国家論の発展と
ギールケ＝ラーバント論争の再評価 ——

遠藤泰弘

目次

略語表

序論

一 本稿の目的

二 論文の構成と本稿の方法

補論 団体の種類について

第一部 前・中期ギールケ国家論の発展過程

第一章 前期ギールケの国家論

一 ギールケの基本的な研究視角と時代区分

二 国家概念の概念史

三 前期ギールケの国家論

第二章 中期ギールケの政治思想史研究

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

五 ギールケの自然法論評価

第三章 ギールケ国家論の完成

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

四 ギールケ国家論の完成

第二部 ギールケ「ラーバント論争とギールケ国家論の実像

第一章 パウル・ラーバントの連邦国家論

(以上、五六卷三号)

(以上、本号)

第二章 ギールケのラーバント批判
第三章 ラーバントの応答とギールケ国家論の影響
結論

第一部 前・中期ギールケ国家論の発展過程

第二章 中期ギールケの政治思想史研究

二 近代

ギールケにとつての近代とは、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。そこにおける国家は、神からの授権ではなく、被治者の合意により基礎づけられる⁽¹⁾。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、被治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（後の支配者主権論につながる）と、人民に立法権力と君主の廢位権も認める支配権委任 *concessio* 理論（後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）。

ギールケによれば、中世の人類の普遍団体 *menschlicher Universalverband* の理念は、元来、その構成部分が対外的な主権を持つという思考を排除するものであった。しかし、とりわけバルトルス・デ・サクソフェルラート (*Barolus de Saxoferrato*) 以来強調された、「さらに上位の者を認める団体とそうではない団体」という法学上の区別を通じて、少なくとも相対的 *relativ* な主権概念が基礎づけられることとなった (*JA: 139-140*)。そして、この相対的な主権概念は、前述した古代国家哲学の復活や皇帝の世界支配に政治的に反対する勢力 (教皇主義を唱える教会) を通じて、絶対的な主権概念へと強化されていくこととなるのである (*JA: 139-140, 229-234*)。

また、対内的な主権についても、元来の中世的思考体系の中では、その存立の余地はなかった (*JA: 140*)。なんとすれば、もともと中世的思考体系の中では、最高次の現世権力を含め、あらゆる権力は、神から与えられた義務的な職権 *verantwortliches Amt* であると考えられ、一定の法的な制限のもとにあるとされていたからである (*Ebend.*)。しかし、やがて一二世紀頃から、教会における教皇のごとく、帝国における皇帝にも、権力の至上性が求められるようになり、首長職 *Herrschant* という古い理念は、伸張する絶対主義的教義により、抑え込まれたり、修正されたりすることとなった (*Ebend.*)。そして、実際上も、この君主政的絶対権に、ますます主権的権力の属性が与えられていくこととなった (*Ebend.*)。ここでは、君主政的絶対権の担い手は、実定法を超越するとされ、その内容は、概念的に所与のものとして、その実質は、不可譲かつ不可分で、時効のないものとされた (*Ebend.*)。従って、ここで、あらゆる下位の権力は、君主政的絶対権から導き出される、単なる委任 *Delegation* に基づくものでしかないこととなる (*Ebend.*)。そして、時代の経過とともに、このように構想された支配者主権の理念は、あらゆる自立的国家に転用されたのみならず、その特殊君主政的な装いが取り去られ、一面では本質的な高権論の機能を持つまでに至った (*JA: 140-141*)。さらに、アリストテレスの政体論の受容とともに、個人であれ、可視の支配者の集合体であれ、被治者に対する主権的権力の主体は一

者であるという観念が改めて表明された（Ebernd.）。そして、君主主権への反対者も、主権概念自体を問い直すことはなく、人民こそが真の支配者であると主張し、君主の絶対権を、人民を具現する集会に移転しようとしたのである（JA: 141-142）。従って、ギールケによれば、既に中世において、事実上、主権論および人民主権論が語られていたと言つてよいこととなる（Ebernd.）。ただし、これらの中世的な主権論は、主権の全能性を否定し、主権といえども自然法の拘束を受けると考えていた点、そして、非主権的主体が持つ、国家権力への関与を求める権利を排除しなかつた点で、後の主権論からは大きな隔たりのあるものであつた（JA: 142-143）。

こうして、すでに中世においてその萌芽が見られた主権概念は、主として君主側に利用され、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、それは前述の通り、様々な内在的制限がかかつた中途半端なものであつた（JA: 149）。そして、主権の担い手についても、有機体のアナロジーでとらえられることはあつた（JA: 158）が、その法主体は、やはり支配者と人民に分裂しており、国家自体の人格性という考え方はほとんどなかつた（Ebernd.）。なんとすれば、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）。さらにニコロ・マキアヴェッリ（Niccolò Machiavelli）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つた（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、画期的であつた（JA: 151）。そこでは、あらゆる時間的、実質的な制限、憲法や実定法による拘束、譲渡や分割、時効による個々の構成要素の分離などは、主権の本質と両立しないものとされ、さらに、個人であれ、統一的な集合体であれ、一者たる支配者のみが、主権の主体になりうるとされた（Ebernd.）。この結果、ボダンは、立憲国家の理念を完全に否定することに成功したのである（Ebernd.）。さらに、政体は、絶対的君

主政か絶対的貴族政、絶対的民主政のいずれかであり、混合政体や制限君主政は認められないとされ、もつとも望ましいのは絶対的君主政であるとされた (Ebend.)。ここでは、主権は、完全かつ永続的、無条件に、真の君主に委ねられ、君主は、人間が立てたあらゆる実定法から解放されており、全体や個々人、諸団体 *Korporationen* の特権を一方的に剥奪することができるとされた (JA: 151-152)。そして、このような君主にとり、万一起こりうる帝国集会 *Reichsversammlung* の決議は、単なる助言にすぎないものであり、圧政を理由とする、君主への抵抗権は認められない (Ebend.)。ただし、ギールケによれば、このポダンの絶対主義的主権概念は、私法の手前で停止していた (Ebend.)。そこでは、契約が主権者を拘束するとされ、主権者といえども、人格の自由や財産権の不可侵性を承認しなければならなかったからである (Ebend.)。

ギールケによれば、このようなポダンの主権概念は、絶対君主政の理論家たちにより、直ちに好意的に受け入れられ、モナルコマキとの論争に利用された (JA: 152-153)。しかし、そのほとんどは、支配者主権原理を支持しながらも、絶対主義とは距離を取っており、混合的あるいは制限的な支配形態の可能性を捨てなかったとされる (JA: 153-154)。ギールケによれば、彼らは、主権概念の厳密な定式化を受け入れながら、同時にそれを何らかの方向で緩和しようとした (Ebend.)。とりわけ、帝国国法論者たちは、ポダンに対抗して、異口同音に帝国を統一国家であると解釈し、皇帝を真の君主であると説明したため、そのような譲歩を余儀なくされたという (Ebend.)。すなわち、ポダンとともに混合政体を否認する論者は、皇帝が主権を保持することを弁証するために、合憲的な制限や君主の解任可能性すらも、完全な主権 *majestas* に反しないと説明しなければならなかったし、逆に、ポダンとともに主権の制限を不可能とする論者は、にもかかわらず皇帝を君主と解釈するために、多数の主体のもとに主権が分割された、混合的国制の可能性を主張しなければならなかったのである (Ebend.)。しかし、ギールケによれば、当時の支配的な見解は、「主権は、制限可能

であり、かつ、分割可能である」という古い想定にとどまるものであり、さらに、神聖ローマ帝国についても、君主政と貴族政の混合政体として説明されるのが通例であった（JA：154-155）。そこでは、多数の、しかし、それらの結合においてのみ完全に主権的であるような諸主体のもとへ、主権の実際上の配分が、定められていた（Ebend.）。

さらに、ギールケによれば、ルイス・デ・モリナ（Luis de Molina）やフランシスコ・スアレス（Francisco Suarez）は、伝統的なイエズス会の国家論を壊すことなく、独特の方法で先鋭化された主権概念と折り合いをつけた（JA：155-156）。彼らは、支配契約を、実際に行われた人民主権 *Volkssoveranetät* の譲渡であると言明し、それ故に支配者を主権者であるとした（Ebend.）。彼らによれば、主権を留保した人民は、その任意の留保のもとで主権を移転することができ、制限された支配者主権や、部分的にのみ認められる支配者主権を基礎づけることができるにとどまらず、あらゆる場合において、国家の本質に従い、実定法や持続する人民の権利により、支配者を拘束することができるのである（Ebend.）。とりわけ、彼らは、一旦移転された主権を、支配者に固有の剥奪不可能な権利であるとしながらも、圧政を行う場合は、人民に抵抗権や支配者の解任権が生じて、支配者の主権が終了し、原初的な人民主権が再び効力を持つとしたのであった（Ebend.）。

ギールケによれば、以上のように、君主政においてすら、人民や人民の代表に、自立的な政治的権利が維持されるべきであるとされ、至る所で、硬直的な主権概念の修正を迫る何らかの傾向が存在していたとすれば、モナルコマキたちが、主権概念を維持しようとしなことは自明の理であった（JA：156-157）。彼らは、主権 *majestas* という概念や語を極力使わないようにし、混合政体論を擁護しようとしたのである（Ebend.）。

ギールケによれば、アルトジウスは、以上のような状況の中で、絶対主義者の主権概念を、極めて明晰に受け入れ、人民主権に転用したのであり、それは、実に大胆かつ独創的な偉業であった（JA：157）。アルトジウスは、「人民の主

権 *Majestati*」という語を最初に用い、この「人民の主権」の属性として、ボダンが支配者主権の属性とした、排他性や不可譲性、直接性や不変性を付与する⁽²⁾とともに、ボダンと同程度の精力を傾けて、混合的国制や権力分立の概念を否定したというのである (Ebernd)。ここでは、法的に想定しうる主権者がただ一つ (人民主権) であるのと同様に、政体もただ一つであるとされ、アリストテレス以来の三政体の区別は統治方法 *Regierungsweise* の違いに過ぎないとされた (Ebernd)。こうして、アルトジウスにより、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ふ、従来の学説の弱点が克服されたのである (Ebernd)。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 (JA: 161)。もともと、そのアルトジウスも、自らの契約論の展開過程において、結局、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し⁽⁴⁾、「絶対的権力 *potestas absoluta*」の概念を断固として拒否した点で、ボダンの主権概念を修正したと評価される (JA: 157-158)。つまり、主権的権利は、神法や自然法によってのみならず、実定法や、とりわけ憲法 *Verfassungsgesetze* によっても制限を受けるとされたのであった (Ebernd)。なお、この結果として、主権的人民といえども、合法的に構成され、正統に行使されている権力を覆すことはできないこととなる (Ebernd)。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⁽⁵⁾ (JA: 175-176)。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プズであった (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、ザムエル・フォン・プーフENDORF (Samuel von Pufendorf) にも緩和されつつ引き継がれ、支配的な理論となったとされる

(Ebend.)。このホッブズにおいて、“*persona civilis*”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無く、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)でしかないために、その確立に失敗しているとされ、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つたとされる(JA: 189-190)。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」という考え方は、プーフエ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)。すぐ後で述べるように、この国家人格の確立に関して、ルソーも同様に失敗することとなる(Ebend.)。

ギールケによれば、ホッブズ以後、人民の諸権利により絶対主義的支配を緩和し、立憲国家の可能性を擁護しようとした、ゴットフリード・ヴィルヘルム・ライプニッツ(Gottfried Wilhelm Leibniz)などの理論家達は、皆ホッブズの主権概念に挑まなければならなかつた(JA: 178-180)。とりわけ、一八世紀中頃に新たに盛り上がった、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必要とし、この意味において、立憲的な教説が成立しつつあつたという(JA: 186-188)。ギールケによれば、それは、混合政体論や国家権力の原理的分割の理念を、主権概念弱化のための要素として受け入れることにより、イギリスにおいて、人民主権論から徐々に発展したものであつた(Ebend.)。そして、実際に、この教説は、長らく決定的なモンテスキュー(Montesquieu)の定式化において、相互に独立した多数の主体のもとへ、主権を意識的に細分化した⁽⁷⁾という(Ebend.)。

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つた(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、革命的な業績であつたが、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

プズの絶対主義的契約論との結合であり、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)、社会契約により設立された人民主権が、不可譲かつ不可分で共同体 *Gesamtheit* 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という (Ebd.)。ただし、ルソーは、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、アルトジウスと異なるとされる (JA : 201-204)。ただし、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たからである (Ebd.)。また、ルソーは、主権の担い手となる人民について、アルトジウスと同様に、結合契約により設立されるとし、その構成員を越えた力を持つと考えながら、人民を、依然として個々人の総計としてのみ考えており、国家人格概念に到達してはいたわけではなかった (Ebd.)。

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が、ルソー型の人民主権論は、それ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分かることとあり、原理的勝利を収めたわけではなかったとされる (JA : 204)。さらに、この人民主権論は、ヨハン・ゴットフリプ・フィヒテ (Johann Gottlieb Fichte) や、イマヌエル・カント (Immanuel Kant) により継承されたが、それらもやはり、原子論的、機械的な個人主義的自然法論であったために、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という (JA : 122)。この人民主権と支配者主権の分裂を解消し、立憲的権力分立を維持しつつ、にもかかわらず国家的統一を損なわない理論として、現代立憲国家が登場することとなる (JA : 209-210)⁽⁸⁾ 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的観念においては、原子論的、機械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、⁽⁹⁾ 諸種の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と関わっている。

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、ギールケによれば、⁽¹⁰⁾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）。ただし、伸張する君主権のもと、ユベール・ランゲ（Hubert Langue）など改革派モナルコマキは、国家の契約違反に抵抗する際の実践的要請から、州や都市を擁護したのである（Ebd.）。そして、このような方向において、連邦主義理念を理論化し、体系化したのがアルトジウスであったとされる（JA：243,244）。

ギールケによれば、この理論化は、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 Gemeinleben 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組織とする（Ebd.）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（Ebd.）。また、下位の団体は固有の生 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⁽¹⁾であった (Ebend.)。そして、この権利の侵犯は結合契約解除の要件となり、結合契約が解除された場合は、下位の団体に完全な主権が戻ることとなる (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り、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 (Ebend.)⁽²⁾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り、新たにうち立てられた団体主義的ドイツ自然法論は、次に挙げる二つの異なる方向性において、帝国内法論者の諸概念の発展史に、持続的な影響を与えた (JA : 244-245)。すなわち、複合国家 *zusammengesetzter Staat* 論と自由な結社論である。まず、第一の方向である複合国家は、クリストフ・ベゾルト (Christoph 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バーシャフトからなる国家 (中間団体は国家に完全に従属する) とも、国家同士の対等な同盟である国家連合・同君連合とも異なる、「諸国家よりなる国家」と特徴づけられる国家形態である (JA : 245-250)。そこでは、確かに「主権 *maiestas*」は、排他的に全体に認められるべきだが、構成国家にも、副次的で相対的な国家としての本質 *untergeordnetes und relatives Staatswesen* が認められるべきとされた (Ebend.)。ギールケによれば、このベゾルトの諸国家国家概念は、ルドルフ・フューゲ (Ludolf Hugo) により、さらに体系化され、主権の上級国家と依存的構成国家の間で、国家権力を原理的に分割するという思考が基礎づけられ、神聖ローマ帝国に存在していた「二重統治」の説明に利用されるようになった (Ebend.)。こうして、諸国家国家のモデルは、神聖ローマ帝国の国制をうまく説明するものとして、多くの帝国内法論者に受け入れられたのである (Ebend.)。ギールケによれば、その後、このモデルは、プーフェンドルフの批判により、一時的に動揺をきたすが、

一八世紀中葉以降に見られた、主権概念の弱化や権力の分立を説く議論の広まり（JA：186-188）とともに、連邦国家概念再生への道が開かれた（JA：248-250）。なんとすれば、複合国家概念は、神聖ローマ帝国への特殊な適用という形で、国法学に再び受け入れられたというのみならず、時に自然法国家論の一般的なフレイムにおいても受け入れられ、ダニエル・ネットテルブラット（Daniel Nettelbladt）により、一般的連邦国家論の一つの正式な体系へと発展させられたからである（Ebend.）。このように地ならしされた基礎の上で、ヨハン・シュテハン・ピュッター（Johann Stephan Pütter）が、ドイツの実定国法の連邦国家的構成を新たに基礎づけ、「諸国家よりなる国家」という概念は、瀕死の帝国の解釈として、絶大な支配力を獲得したのである（Ebend.）。そして、ギールケによれば、この概念は、更に一九世紀後半において、偉大な勝利への道を開くこととなり、豊かであると同時に、様々に分裂した、近代の内的な発展過程の中に入ったのである（Ebend.）。

次に、アルトジウスの団体主義的自然法論が、帝国国法論者の諸概念の発展史に影響を与えた、第二の方向性は、ゲマインデやゲノツセンシャフトの自由という近代的な理念を直接準備した、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く（JA：251-252）。たとえば、グロテイウスは、アルトジウスを想起させる仕方で、国家と部分団体の同質性を説いたのみならず、国家は部分団体による永久の連邦であると解釈し、部分団体は、自己保存のために他の手段がない場合は脱退も可能であるとして、部分団体の国家に対する一定の優位性を説いたという（Ebend.）。

それに対しホップズは、前述の通り、一段階社会契約構成をとり、ゲマインデやゲノツセンシャフトについて、国家からの自立性を否定し、このような理論を激しく攻撃したのであった（JA：252）。このことにより、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、中央集権的かつ原子論的な自然法国家論が支配的になったといっているのである (JA : 252-254, 256-258)。しかし、ギールケによれば、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, 258-261)。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、団体構成 *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と思われる (JA : 258-259)。さらに、ネットエルブラットにより、国家や個人に対してと同様に、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の社会体系が再生されたのである (JA : 260)。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や、あらゆる団体に自己創造されたものとして固有の権利を認めた点、それらを覆うドームとして国家を説明する点で、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のであり、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、ドイツのユストゥス・メーザー (*Justus 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と思われる (JA : 261-262)。その傾向は、一八世紀終盤において、アウグスト・ルートヴィッヒ・フォン・シユレーツァー (*August Ludwig von Schlözer*) やヴィルヘルム・フォン・フンボルト (*Wilhelm von Humboldt*) により強調され、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とする (*Ebend.*)。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とされる（JA: 262-263）。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榮譽を獲得した（Ebernd.）のである。

ただし、この自然法論は、*societas* と *universitas* 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とされる（Ebernd.）。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というのである。こうして、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と批判される（Ebernd.）。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、個別的な存在を、より高次の生の統一体に高める団体人格観念に敵対することとなり、団体的生 *Korporatives Leben* の歴史的かつ有機的な要素に、敵対することとなってしまったというのである（Ebernd.）。この点において、ギールケは、ドイツ自然法論に対し、一定の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」の立憲的法治国家が登場することとなる。

四 現代

以上見てきたように、ギールケは、国家から自立した中間団体が持つ、固有の権利を強調していたが、それは、単に中世の封建的あるいは特権的な中間団体の復活を意図したのではなく、一定の留保を伴いながらも、ドイツ自然法論を積極的に評価し、自由な結社原理に基づく新たな中間団体の創設を意図していたことが明らかとなった。そして、この自由な結社原理が、第一章で問題となった「新たなゲノッセンシャフト原理」に相当するものであると考えられる。⁽¹³⁾しかし、前述のように、ギールケはそれだけで十分と考えていたわけではない。というのも、個人の合意という社会契約的な構成では、結局、個人の総計としての団体（人民人格）を演繹できるのみであり、支配者人格との有機的結合に失敗してしまうからである。このことは、当初、支配者人格と人民人格とともに含んだ団体人格としての国家人格を念頭に置きながら、結局、人民人格のみの人民主権論に縮小してしまったというアルトジウスに対する両義的な評価（JA: 161-162）にも現れており、さらなる工夫が必要なのである。

ギールケにとり、その工夫は、「現代」（同時代）において果たされるべきであり（JA: 224-225）、より具体的には、代表制観念の再構築（Ebond）および、法と国家との関係の再定義（JA: 264ff）によって果たされるべきものであった。ここで核となる観念は、やはりアルトジウスにその萌芽があったとする、「機関」概念と「法治国家」観念であるが、機関概念（代表制論）については次章で取り上げることとして、ここでは法治国家論を取り上げたい。ここでも、歴史の変遷を追って説明されているため、やや時代的に前後することになるが、まずその説明を跡づけ、ギールケにとっての「現代」の位置づけを確認することとしたい。

（一）中世における国家と法の関係

ギールケによれば、中世においては、「国家は法の中にあり、法の為だけに存在する」（JA：264）というゲルマン的法治国家観念が優勢であったが、古代的国家観念の復活と共に、国家権力は、法を越えた存在である教会に範をとり、法の足かせから逃れる闘争を始めた（JA：265）。しかし、中世理論は、「国家は変更不能の法によって縛られている」というゲルマン的法治観念を捨てなかつたため、一方において、「法は、国家により国家のために存在する」と存在する」とされつつ、他方において、「国家は、法により法のために法の下で存在する」とされるという矛盾が発生することとなった（JA：266）。この矛盾に対し、法と国家が相互によって相互のために相互のもとで存在するという思考法⁽¹⁵⁾を持たなかつた中世理論は、実定法と自然法の区別によって、この矛盾を解決しようとしたとされる（Ebdend.）。

まず、実定法のもとでは、法規範は、完全に主権者の意思に従属し、「王は法から免れる *Princeps legibus solutus*」の金言が示すとおり、法の作り手は自らの法に拘束されない（JA：266-267）。また、実定法に基づく諸権利（主観的権利）は、単なる特権であり、主権者の命令により、一方的に改廃可能であった（JA：268-269）。したがって、保護されるべきとされた私的所有権や契約の拘束力は、実定法ではなく自然法に基づいて保護されることとなる（JA：270-272）。

次に、自然法は、「啓示された神法」（JA：273）として、国家を越えた、地上における最高の法であり、それは、教皇や皇帝、統治者や主権の人民よりも上位に存在し、可視の全共同体 *Gesamtheit* の上位に存在する（JA：272）。したがって、自然法から引き出された規範や権利は、成文法や政府の行為、人民の決議や慣習により破ることは出来ないと考えられた（Ebdend.）。こうして、中世理論においては、国家高権の実定法上の称揚にも関わらず、高権は自然法の法的制限を受けており、その侵犯は重大な帰結をまねくとされた（JA：275）。この帰結の内容について、中世理論は確かにバラバラであった（Ebdend.）が、形式的法と実質的法との区別は自明（JA：277-279）であり、公共の安寧など、より高次の目的のために、主権者が自然法の拘束から免れるという観念はほとんどなかつたという（JA：279）。この点では、

マキアヴェッリの理論は革命的であったのである (Ebend.)。

(2) 近代における国家と法の関係

近代(一六世紀以降)においても、実定法と自然法の区別はやはり不動であったとされるが、両者は様々な側面で再結合されて、相互に浸透し、国家絶対主義と法治国家・立憲国家という異なる二つの方向に進んだとされる (JA: 279)。⁽¹⁶⁾まず、実定法規(客観的側面)に関しては、あらゆる実定法は成文法と同一視され、それは主権者の命令と考えられた (JA: 279-280)。このような、主権者の実定法からの解放を説く主張に対し、「王もまた法に従う Princeps legibus tenetur」という金言で対抗する法治国家運動が盛り上がったが、主権概念が明確化されるにつれて、主権者の遵法義務と被治者の遵法義務とは区別され、主権者の遵法義務については強制力を持たないとされるようになった (JA: 282-283)。そして、ボダンにより、主権概念が貫徹され、主権者は、実定法から完全に免除され、遵法義務は主権者の任意に任せられることとなった (JA: 285)。

ギールケによれば、確かに、穏健な絶対主義教義が支配的であったドイツでは、支配者に対する憲法の拘束力を認めるといふ、立憲国家 Verfassungsstaat への可能性があったが、憲法を法ではなく、自然法に基づく契約であるとすると構成により、⁽¹⁷⁾「法からの支配者の解放 Potestas legibus soluta」という観念が広がっていったという (JA: 286-288)。この観念に反対し、諸身分など既存の国制を守ろうする側も、公共の安寧の過剰を論拠に抵抗せざるを得なくなり、法からの支配者の解放という、同じ前提を受け入れてしまい、理論的に飲み込まれていった (JA: 289)。そして、この流れに対応して、人民主権論の側も、人民と支配者双方を同じように拘束する憲法というアルトジウスの立場を捨て、あらゆる

実定法や憲法を越えた「人民の主権的意思」に、国家機構が、従属すべきことを主張するようになり、最終的にルソーへつながる国家絶対主義の方向へ向かうこととなった（Ebernd）。ギールケによれば、確かに、アルトジウスは、「支配者（主権者ではない）は当然実定法に強制的に従うもの」とし、また「主権的人民自身も法から免れているわけではない」として、支配者と人民を拘束する、実定法の法規範性を強調したのであった（JA：283-284）が、このような思考を部分的に引き継いだ、後世の立憲主義教説は、最高高権の法からの解放という金言を覆すことはできなかった（JA：289）。ただし、ウルリクス・フベルス（Ulrich Huber）は、立憲的な根本法の拘束力をあらゆる場合に認め、その維持のための積極的抵抗権をも認め、さらに、国家契約の本質から演繹される暗黙の憲法 *silbschweigende Verfassung*（＝根本法）⁽¹⁸⁾ を認めて、主権者に対する、個人の利益のための法的な制限を認めるという立場をとりながら、この立憲的制限の根拠を、実定法ではなく自然法に基礎づけたことにより、実定法による国家への対抗を主張する必要がなくなり、実定法における主権の絶対性の貫徹を招来することとなったのである（JA：289-291）。

ギールケによれば、実定法上の諸権利（主観的側面）についても、実定法規と事情は同様であり、臣民の権利の国家権力からの保護が、自然法に基づくものとされてしまったために、国家権力への有効な拘束力たりえなかったのである（JA：291-297）。

次に、自然法についてであるが、ギールケによれば、法規範としての自然法は、一六世紀以降隆盛する全自然法論の要石であり、あらゆる国家権力の法的基礎であつて、国家の目的であると同時に、国家に対する制限であると考えられていた（JA：297）。しかし、この自然法論は、ホップズによる重大な挑戦を受け、結局、国家絶対主義に行き着いたとされる（JA：300）。というのは、ルソーやバルフ・デ・スピノザ（Baruch de Spinoza）は、確かに自然法による主権の制限を説いたが、それは法的規制というよりは、体制を維持するための理性的判断としての当然の制限に過ぎなかった

し、ホッブズに反対して、自然法の法的性質を擁護しようとした、プーフェンドルフも、自然法を不完全な法であると
 言明し、従来の自然法学説を修正したからである (JA : 300-301)。もっとも、ギールケによれば、このような自然法を
 弱める理論に対し、ドイツにおいては、自然状態におけると同様に、国家に対しても、自然法は十分な拘束力を持つと
 する反対論は根強く、それは上述の立憲主義教説と結びつくことにより、主権者への自然法の強制力を要求する議論に
 もなり得るものであった (JA : 302-303)。しかし、この議論は、自然法の全能性を主張し、抽象的理性法による普遍的
 規範体系の構築とその国家による執行を要求するものとなり、福祉や文化の増進など、法の実現とは異なる国家の任務
 を否認したために、国家の不能をもたらすことになってしまったという (Ebernd)。

さらに、ギールケによれば、自然法の主観的諸権利 (人権体系) も、自然法規範と同様であり、ホッブズによって無
 力化されながらも、ドイツの立憲主義学派により、再び力を持ったが、「個々人の不可侵の自然権」がとめどなく拡大
 したことによって、国家の機能は、人格と財産を保護するための制度に縮小してしまったという (JA : 304-305)。それ
 とともに自然法体系の比重も、法規範としての客観的自然法から、個人の自然権としての主観的自然法に移動すること
 となった (Ebernd) のである。

以上のことをふまえ、ギールケは抵抗権の問題を次のように説明する。ギールケによれば、もともと自然法国家理論
 においては、あらゆる国家権力には法的資格が必要であり、権力篡奪者への抵抗は当然であるとする点で一致してい
 が、グロテウス以降、主権の完全な所有の有無を重視する思考が発展していった (JA : 305-307)。そして、支配者主
 権論者と人民主権論者との対立に対応して、自然法を国家が侵犯した場合の効果についても、二つの相争う原則があっ
 た (Ebernd)¹⁹⁾ が、それらは結局、どこに主権があるかの争いにつながり、主権的権力自体への立憲的拘束を説くもの
 はならなかった。例えば、抵抗権の問題をその中心においたモノルコマキも、支配者主権を人民主権に置き換えて、革

命権を演繹したために、専制者への抵抗は主権への制限ではなく、人民主権の全能性の帰結に他ならなかった (JA: 309-311)。一七世紀以降、ホッブズにより、このような自然法論は、支配者主権の方向で全面展開され、支配者主権の全能性が強調されることとなり (JA: 312-313)、それに対峙する、ルソーらの人民主権論者も、人民意思をあらゆる法的拘束から免れた絶対的なものとして、人民主権の全能性を強調することとなるのである (JA: 313)。

このような方向性に対し、アルトジウスの主張は、確かに一面では国家の全能性を認めていたが、本質的には立憲的な主権制限の主張であったとされる (JA: 310-311)。というのも、アルトジウスは、私人個人には、正当防衛という「自然権 *Naturrecht*」が脅かされた場合以外に、主権的人民や統治者に対する積極的抵抗権を認めず、その限りで確かに国家の全能性を主張したが、役人や諸身分、特定都市や州 (離脱も可能) は、最高執政官 *summus magistratus* の専制的行為に対し、積極的に抵抗できる (すべきである) と説いているからである (Ebd.)。ギールケによれば、このようなアルトジウスの議論は、革命権のさきがけと言うよりは、拘束力ある憲法の主張であり、立憲主義の主張 *Konstitutionelle Doktrin* であった (Ebd.)。こうして、法治国家の形式のもと、立憲理論において、国家権力への法的制限の形式的強制力が復活したとされる (JA: 314-315)。とりわけ、ドイツ自然法論において、統治者 *Souverain* の不法行為は無効とされ、立法権の権限超越による成文法も無効であり、自然 *Natur* に基づき、憲法上保障された、人民や諸個人の基本権 *Grundrecht* が、統治者により侵害される場合は、社会契約がくずれて、自己防衛が認められる自然状態が復活し、立憲的革命権による積極的抵抗権が容認されたという (Ebd.)。ただし、ギールケによれば、このような立憲主義への萌芽を持っていたドイツ自然法論も、抵抗権の発動に様々な留保をつけており、カントに至っては、「何らかの場合に、合憲的な革命権が生ずる可能性がある」という理念と完全に関係を断ち、立憲的法治国家観念を、国家権力の形式的全能性の観念と結合させようとしたのであった (Ebd.)。

(3) 現代における国家と法の関係

以上のように、ギールケの言う立憲的法治国家観念は、アルトジウスにその萌芽を持ちながら、その後の思想史の展開において、その力を發揮できないままであった。このような近代までの歴史に対し、「現代」において、ドイツ自然法論の遺産を引き継ぎながら、立憲的法治国家観念の再構築が要請されるのである。ギールケによれば、抵抗や反乱の追放は法治国家の結果ではなく否定であり、何らかの最高次の国家部局 *höchste staatliche Instanz* の形式的全能性は法治国家自身の不可避の要請である (VA: 316)。この主張は一見矛盾するが、権力分立論との接合により、その止揚が可能となるとされる。つまり、法を越えた形式的な国家の全能性は立法部においてのみ現れ、行政部は法に従属し、司法部はさらに独立していなければならないとされ、自然法論という法的保護 *Rechtsschutz* は国家に対して、国家の外にあるのではなく、国家内における、国家による法的保護機関の任務としてあるのであり、それは権力分立論を通して明確に定義されるのである (Ebend.)。こうしてギールケは、権力分立論を通して自然法論と立憲主義を結びつけ、もって人民の権利保護と政治権力(主権)の全能性とを両立させることを要請するのである。このような意味における、法治国家の構築および完成にとり、抽象的自然法原理は不可欠の基礎であり、この指針のもとで、法治国家の歴史的基礎が固められるのである (Ebend.)。ここで、ギールケは、自然法による国家の制約という考え方を重視しつつも、国家機能を、完全な私権の司法的保護 *gerichtlicher Schutz* へ矮小化することを拒絶し、ゲルマン的国家観念に内在し、ドイツ自然法論の中で決して消えることがなかった、公的権利の法的保護 *Rechtsschutz* の諸要素を、近代的な形で広げていくことを要請する (Ebend.)。

そして、この任務は、一七九〇年代に最高潮となった後に衰退した、自然法学派に代わり、歴史法学派に引き継がれ

たという（JA：317）。ところで、ギールケの「現代」（同時代）理解が現れるのである。つまり「現代」において自然法と実定法の区別は解消し、法とは「*こうあるべきだ etwas sein soll*」という共通の意思 *Wille* ではなく、「*こうである etwas ist*」という共通の確信 *Gesamttüberzeugung* であり、その中に意思を規制する外的規範を含んでいる（JA：318-319）のであって、自然法と実定法を高次の統合において融合しているという（JA：317）。そして、法と国家とはどちらが先というのではなく、同じ起源を持ち、人間の観念と不可分の共同生活 *Gemeinleben* の潜在力として、互いに手を取り合って発展する（JA：318-319）。法は国家による強制の裏づけを待って完成されるが、強制の裏づけがなくても法は法であり、共通の意思がその法に従うと決めること（立法）は、法創造を意味するのではなく、法の確認にすぎない（Ebind）。また、国家は単に法のためだけに存在する法的制度ではなく、高権による法の完成は国家独自の目的でもあり、法はそのための国家の手段だが、それに尽きるわけではない（Ebind）。つまり国家は、その自由を法によって制限されているとして法の枠内に置かれる一方で、法も国家の枠内に置かれるのである⁽²⁰⁾（Ebind）。

この主張は、法と国家（あるいは自然法と実定法）のどちらが優位するかという従来の自然法論の枠組みでは矛盾することになるが、ギールケは前述の権力分立論を通した、自然法論と立憲主義の結合により、その矛盾は克服可能と考えているのである。そこでは、統治者の権力は、自然法による制約を受けるだけではなく、実定法上も制約されることになる。と同時に、ルソーにおいては全能とされた人民主権も、法によって割り当てられた権限内でのみ「全能」であることとなり、人民主権の暴走も制御されるのである。ただし、この「有機的思考のための哲学的基盤」（JA：317）は「今日まだ固まっていない」（Ebind）とされ、主権の形式的全能性の教説が法とぶつかり、実質的法と形式的法が衝突する可能性は否定できなさ（JA：319）以上、歴史法学派は自然法との対話をやめてはならなさ（JA：317）とされる。なんととなれば、抽象的自然法のみを強調した国家観念の破壊（国家は不可侵の個人の権利を守る制度へ縮小）を意味し、

古い実定法に戻り自然法を拒否することは正義の觀念の破壊（絶対主義國家の独走）を意味するからである（EbenD.）。

五 ギールケの自然法論評価

さて、以上の叙述から、ギールケが、アルトジウスをはじめとするドイツ自然法論をかなり積極的に評価していることが明らかとなった。そこでまず、このようなギールケのアルトジウス解釈、自然法論解釈がどこまで妥当なものなのか、という問題について簡単に触れておきたい。

本章で見てきたような、アルトジウスをはじめとする「ドイツ」自然法論をあまねく肯定するギールケの議論は、度々触れてきたような、「ゲルマン・イデオロギー」の影響が顕著に見られるものであり、歴史研究としてそのまま受け入れられるものではないであろう。例えば、前述の通り、ヴィンタースは、アルトジウスを社会契約論の祖とするギールケの解釈に対し、ラテン語の原テキストは、“*pactio expresso vel tacito*”であり、これは「明示または暗黙の契約によって」ではなく、「明示の合意または暗黙の一致」と訳すべきところであるとして、ギールケの解釈を批判する。⁽²¹⁾つまり、アルトジウスにとり、人間とは、主権者たる神の予定により、「暗黙の一致」に至る共同体的存在であり、個体としての個人というあり方はアルトジウスの想定外であり、さらに厳格なカルバン主義者であるアルトジウスは、人間の自由意思などは認めていないから、アルトジウスの政治理論は、およそ社会契約とはほど遠いものであるとするのである。⁽²⁴⁾アルトジウス解釈の是非を論じることは、本稿の目的を逸脱するが、アルトジウスがカルバン主義者であることを考えると、ヴィンタースの解釈には一応の説得力がある。⁽²⁵⁾それに対しギールケは、神的な因果関係を排除し、國家は自由な契約の所産である（JA : 68-69）として、徹底的に近代的にアルトジウスを解釈しており、それはギールケの読み込みで

あるとするヴィンタースの批判は、その限りで当を得ているといえる。

しかしこのことは、逆に言えば、ギールケの強い主張の現れを意味し、ギールケ政治共同体論の獨創性を意味しているとも言えよう。つまり、次章でも取り上げるように、ギールケは、アルトジウスの政治理論を、半ば強引に社会契約論の先駆と解釈することを通じて、通常、中間団体の排除を帰結する、自由な社会契約により国家を演繹しつつも、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し、個人と中間団体と国家のすべてを調和的に組み込んだ政治共同体の演繹を可能とするような、理論構成を「発見」したのである。序論でも述べたとおり、本稿の第一の目的は、現在の歴史研究の水準からギールケの歴史研究のイデオロギー性を暴露することではなく、その「イデオロギー性」、「時代拘束性」のもとで、ギールケ自身がどのように歴史を解釈し、そこからどのように自らの理論を組み立てたのかを明らかにすることである。したがって、ギールケの歴史解釈の妥当性如何という問題についてはこれ以上の論議は控えたい。

そこで次に、ギールケの自然法論への評価についてまとめておきたい。第一に、自然法論は、アルトジウスが、神権政治観念の中で専制の道具となっていた国家契約論を、結合契約 *Gesellschaftsvertrag* と統治契約 *Herrschaftsvertrag* に分けて説明し、理論のレベルにまで高めた (JA: 76) と評価されているように、政治理論の世俗化、合理化の手段として評価される。ギールケは、基本的に聖的なものに説明の根拠を求めることはなく、それは前述のようなアルトジウスの徹底的に近代的な解釈にも現れている。そして例えば、ギールケと同様に、支配者と臣民双方への法的義務を説くカール・アドルフ・シュミット (Carl Adolf Schmidt)⁽²⁶⁾ やフリッツ・ケルン (Fritz Kern)⁽²⁷⁾ が、その説明に神法を持ち出すことと比べると、この点はよりいっそう顕著な特徴となる。

ギールケの自然法論評価の第二は、アルトジウスが、ボダンの支配者の *Majestät* を人民の *Majestät* に置き換えて人民主権論を理論的に体系化させ (JA: 143)、契約論と主権論を結合させることによって、人民主権の絶対的不可譲性を認

めた (JA : 145-149) と評価されているように、自然法論が、国家に対し、個人の不可侵の法領域を確立した点で評価される。つまり、アルトジウスは、あらゆる人間団体 *menschliches Gemeinleben* の基礎を「明示または暗黙の合意」としての結合契約 *Vertrag der Verbunde* におき (JA : 99-100)、家族、結社、ゲームンデ、国家の形成に際し、社会化本能による影響を受けつつも自由に結ばれた契約の存在を想定し、個々人の法領域と共同体 *Gemeinschaft* の法領域の、より明確な区別に成功したというのである⁽²⁸⁾ (Ebernd)。こうして、封建的中间団体の特権が排除されるとともに、国家に対する個人の不可侵な法領域が確立され、それを保護することが可能となったとされる。これは、『ドイツ団体法論』第一巻、第二巻において提示された、国制史区分第四期の絶対主義が果たした役割の評価と対応するものである。ただし、その行き過ぎは、個々人へのアトム化と団体人格の破壊 (単なる個人の集合としての団体) につながる以上、避けるべきものとされる。

その第三は、アルトジウスが、下から上への連邦主義理論を体系化させたと評価された (JA : 243-244) ように、自然法論が自由な結社原理を發明した点で評価される。これにより、ゲルマン的ゲノツセンシャフト原理が保持され、共同体の基礎づけに社会契約を援用しながらも、中間団体の足場を確保することに成功したのである。この自由な結社原理こそが、前章で問題となった「新たなゲノツセンシャフト原理」の具体的内容であると考えられる。「譲渡できない個人の自由権のもとへ、自由な結社権を取り込み、その貫徹をはかり」(ND : 29)、「国家を演繹した社会契約の助けによって、廃墟から新たな形態での団体構築 *Korporativer Aufbau* を復活させた」(Ebernd) のである。もともと前述の通り、この自由な結社も、個々人の総計を越えた団体人格という観念には至らないので、その限界をさらに超えることが要請される。

その第四は、絶対主義が隆盛する下で、国家を縛る法という観念を保持したことである。もともと前述の通り、アル

トジウス以降の自然法論の展開過程において、国家機能を自然権の法的保護に縮小してしまつた点と、国家への拘束力を自然法上の契約で基礎づけたために、「公共の福祉」を大義名分とした国家高権への対抗力が不十分となつてしまつた点については批判される。したがつて、立憲主義と結びつくことにより、その効力を高める必要があつたが、単に自然法を強めるだけでは、国家は個人の人格権と財産権を保護するための制度に縮小され、その力を失つてしまつたとし、自然法と実定法を高次で融合した新たな法が要請されたのであつた。この「新たな法」の内容については、さらに次章で論じる。

こうしてギールケは、以上の四点において、自然法論を積極的に評価していたが、すでに「新たな法」の要請において自然法と実定法の止揚が要請されたことから暗示されるとおり、ギールケのゲノツセンシャフト論は、これらの自然法論の成果を取り入れた上で、その限界を止揚するという形で展開される。これらのドイツ自然法論への積極的評価が、ギールケ自身の団体理論、国家論の中で、どのように止揚され、総合されたのかを説明することが次章の課題である。

第三章 ギールケ国家論の完成

前章において、ギールケの政治思想史理解につき少し詳しく跡づけたが、そこからギールケ国家論の深化を見て取ることが出来る。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、支配者人格と人民人格を含んだ、単なる個々人の総計ではない団体人格としての国家概念の確立であつた。これは、『ドイツ団体法論』第一巻、第二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、この国家を、社会契約（結合契約）により演繹される、諸種の間団体積み上げによって構成するといふものであった。その社会構成は、中世においては、上から下へ向かったものであったのに対し、ギールケは下から上へ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』第一巻、第二巻においては、未だ始まったばかりであるとされ、明確な定義づ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。

ただし前章でも触れたとおり、この自由な結社論も、支配者人格と人民人格を組み込んだ、真の団体人格概念の確立には失敗しているため、『ドイツ団体法論』第二巻で提示された、「ゲノッセンシャフト的要素とアンシユタルト的要素の主観的な個別行為を、全体の意思行為と一致させ、客観的規範に合致させるような憲法により、両要素を有機的に結合させる」という要請には応えられないものであった。それに対しギールケは、さらなる工夫として、自然法と実定法を高次において統一した「新たな法」の構築を要請したのであった。つまり、権力分立論を通して、自然法論と立憲主義を結びつけることにより、主権の全能性の主張と主権への法的制限の主張とを両立させ、もって法と国家が相互に手を取り合つて発展する有機的立憲国家の完成が目指されたわけである。本章では、ギールケの政治共同体像を明らかにするために、まずギールケのアルトジウス社会契約説（二段階契約説）理解を跡づけ、「新たな法」構築の要請に至る論理構成を追う。そして次に、その「新たな法」による、部分の全体への統合（真の団体人格の確立）が、如何にして可能となるのかという問題を解くために、ギールケの代表制論を跡づける。その上で、ギールケによる政治共同体演繹の理論構成を究明し、ギールケの国家論が、論理的に首尾一貫したものとして、一応の完成を見たことを示したい。

一 ギールケの二段階契約説理解

前章でも触れたとおり、ギールケによれば、すでにアルトジウス以前の中世において、社会契約説はその根本原理が形成されていた(JA: 92-93)。つまり政治社会を、神の創造行為に基礎づけたり、自然に植え付けられた共同化の種が有機的に成長したものととして把握する、アリストテレスの構成に基礎づけたりする理論に対し、アリストテレスの影響が大きかったアキナスにさへも、国家を、人間が直接の利害や必要に迫られ、自由で合理的な合意を結び設立したものととしてとらえる思考が、すでにみられるという(JA: 94-96)。ただし、それは、法理論的に整理された議論ではなく、個々人による双務契約と共同体の単独行為が混同されているなど、不十分なものであった(Ebend.)。その一方で、独自に発展しつつあった自然法学派は、社会契約説を好意的に受容し、モナルコマキも社会契約説を支持したが、これらも支配者と人民との双務契約関係を弁証したいという実践的目的のためのものでしかなく、理論的な貢献はほとんどなかったとこう(JA: 98-99)。このような状況下で社会契約説を確立したが、アルトジウスであった(JA: 99-100)。

ギールケによれば、アルトジウスは、あらゆる人間団体 *menschliches Gemeinleben* の基礎を、「明示または暗黙の合意」としての結合契約 *Vertrag der Verbunde* におき、家族、結社、ゲマインデ、国家の形成に際し、社会化本能による影響を受けつつも自由に結ばれた契約の存在を想定する(Ebend.)。この契約的結合 *vertragsmässige Vergemeinschaftung* の援用により、アルトジウスは、個々人の法領域と共同社会 *Gemeinschaft* の法領域のより明確な区別、より狭隘な団体とより大きな団体の区別に成功したとされ、純粋に社会契約から、個々の構成員を越えた政治的高権 *staatliches Hoheitsrecht* を伴う、人民総体 *Volks Gesamtheit* を構築し、しかる後にはじめて、人民総体とその管理者(支配者人格)との契約関係が設定されるのである(Ebend.)。つまり、人民が、「明示または暗黙の合意」としての結合契約により、

人民人格をつくり出し、さらにその人民人格が、支配者人格との統治契約を結ぶことによつて、人民人格と支配者人格を含んだ有機的共同体が演繹されるのである。こうして、国家高権をはじめとしたあらゆる共同社会の権利は、個々人の生得の権利から引き出されることとなつたが、アルトジウスは、国家の権限を、直接諸個人から引き出すのではなく、両者を媒介する諸種の中間項 *Zwischenglieder* を通すことにより、社会契約説の個人主義的色彩を緩和したとされる (Ebd.)。そして、すでに見たように、この個人主義的色彩の緩和は、一八世紀ドイツにおいて、ネットェルブラットをはじめとした、自由な結社論に結実することとなるのである。

もちろん、すでに指摘した⁽²⁹⁾ように、このようなギールケのアルトジウス解釈は、歴史研究としては直ちに承認できるものではない。例えばギールケの言うように、アルトジウスが、あらゆる共同社会を個人の自発的同意によつて構成するといふのであれば、必ずしも、諸種の中間集団を通して国家を構成しなければならないという論理必然性はないであろう。むしろ、ホッブズにはじまる数々の理論家が行つたように、個人から直接国家を演繹するという構成につなげる方が自然であるようにも思える。もちろん、この点につきギールケは、アルトジウスが、国家の契約違反への対抗手段として中間団体を擁護する実践的必要に迫られ、そこで、国家演繹に利用した社会契約観念を、中間団体の演繹にも同様に適用し、理論化したと説明しており (JA: 243-244)、論理上、無理のないものとなつて⁽³⁰⁾いるが、このような解釈に対して、かなり強引であるという批判 (ヴィンタース) が出るのは、それほど不自然なことではない。ヴィンタースの言⁽³¹⁾うほど、カルバン主義神学との関係を強調できるかどうかはさておくとしても、アルトジウスの政治理論は、ギールケの言うように徹底的に近代性的かつ個人主義的な議論であつたと解するよりは、当時の伝統的、身分制的秩序を、かなりの程度前提した議論であると解した方が自然であろう。しかし、ギールケはあくまでも社会契約説の始祖として、近代的にアルトジウスを解釈するのであり、このことは先にも触れたとおり、ギールケに対する、「ゲルマン・イデオロギー」

の強い影響の現れであると同時に、ギールケ自身の強い主張の現れであることが出来る。

ギールケは、このようなアルトジウス解釈を通じて、自由な結社原理を援用し、個人の不可侵の法領域と中間団体の自立的法領域を、同時に国家の中に確保すべきことを説いたのであった。しかし、すでに前章で指摘したとおり、この保障を自然法上の契約に基礎づけるだけでは、支配者が「公共の安寧」を論拠に、契約を破り暴走する時には、対抗力たり得ず、また国家の機能も、自然権の保護に縮小してしまつて、自然法と実定法を止揚した「新たな法」が要請されたのであった。つまり、権力分立論を通して、自然法論と立憲主義を結びつけ、主権の全能性の主張と主権への法的制限の主張とを両立させ、もつて法と国家が相互に手を取り合つて発展する有機的立憲国家の完成が目指されたわけである。ただし、ここで問題となるのは、このような権力分立の要請と、部分を全体に統一した「真の団体人格」確立の要請とが、如何にして両立可能となるのかという問いである。一見すると、この二つの要請は矛盾するように思える。ギールケはこの点に関して、次節で見るとような代表概念の再構築を通じて、これらの要請が両立可能となると考えており、そこでヒントを提供しているのも、やはりアルトジウスの政治理論であつた。

二 ギールケの代表制論

ギールケによれば、中世における国家や教会の意思決定は、多数決原理による代表観念により、形成されると考えられており、共同体の代表である支配者に対抗する場合は、やはり共同体の代表である議会が必要であるとされていた（JA: 211-212）。直接民主政は、実際上不可能であり、不適切であると考えられており、支配者もしくは、多数決原理による代表者集会（公会議、身分制議會、選定候会議など）の行為が、全員の行為であるとする完全代理（委任）の観

念が支配的であったという (Ebdend.)。そのでは、全員の共同体が、支配者と代表者たちの上位にあることが前提とされつつも、その共同体は、委任により、完全に各「代表」に吸収されてしまったため、分裂を回避できないという (JA: 212-216)。モナルコマキも、民主的基礎を持ちながらも、代表制論においては、身分制議會を無批判に採用し、貴族政の特徴が顕著であったとされる (JA: 216-217)。

ギールケによれば、このような状況下で、代表制觀念を体系的に洗練したのがアルトジウスであった (JA: 217-218)。つまり、人民代表を、支配者 (行政官) から分離するが、両者ともが人民主権権力の担い手であるとして共同体の分裂を回避し、支配者が委任された義務を果たさない場合は、その権力は無効になるとして、人民の主権性をも確保するのである (Ebdend.)。xviiiに、人民代表の担い手として、基本的には身分制議會を念頭に置きつつも、代表機構がない場合は直接の人民集会がその機能を果たすとしており、アルトジウスは、貴族やブルジョアジーだけではなく、農民身分の権利も認めていたという (Ebdend.)。しかし、このような代表理論は、絶対主義の勝利とともにその発展が休止し、ホップズ流の一段階契約説による支配者人格の全面化により、人民の代表の余地はなくなったのであった (JA: 219-220)。前述の通り、人民代表の原理は、イギリスでのみ残存したが、それは全権委任に基づく「代理」としての議会的代表概念に過ぎず、団体人格の分裂は克服されないままだったのである (JA: 220-221)。

ギールケによれば、大陸における代表觀念は、モンテスキューにより復活され (JA: 221-222)、その厳密な権力分立論によって、人民を代表する立法府が、行政府から鋭く分離された点は高く評価すべきであるが、代表の法の本質については、依然として「代理」とされたままであり、団体自体の行為という法構成には成功しなかった (Ebdend.)。

前述の通り、モンテスキューにより復活された、この代表觀念は、旧来の人民主権論を、立憲主義教説へと移す主要手段となり、これに対して、ルソーは、急進的人民主権論をとまえ、人民集会の代表者集会への吸収に反対し、代表観

念を圧殺した (JA : 222) が、ギールケによれば、最終的に勝利したのは、人民を代表する立法府を行政府から区別する、モンテスキューの立憲的国家理論である (JA : 223-224)。ドイツにおいても一八世紀中葉以降、代表制観念が受容され、実定法に基づく領邦諸身分の代表という思考が新たに復活され、その基礎の上に一九世紀立憲理論が成立するのである (Ebd.)。

ただし、人民代表の法の本質理解において、自然法国家理論の集団的全権委任にもとづく代表観念をとるかぎり、国家人格の分裂は回避できないとされ、「現代」において真の団体人格 *reale Gesamtpersönlichkeit* 概念の確立が急務であるとされる (JA : 224-225)。それは、「全権委任の概念」を、ある特別な国家的機能への「任命の概念」におきかえることであるという (Ebd.)。つまり、ある人格を別の人格が代表するという形で、全体 *das Ganze* (単数形) を全体 *die Ganzen* (複数形) が代表する「代理 *Stellvertretung* 概念」に換えて、合憲的 *verfassungsmässig* に任命された構成員 *Gliedperson* が、全体人格 *Gesamtperson* を代表するという形で、全体 *das Ganze* を部分 *Teil* が代表する「機関 *Organschaft* 概念」を確立することであるというのである (Ebd.)。というのも、ある団体構成員や機関が、「完全代理 (委任)」観念により、全体 *das Ganze* を完全に代表できるという考え方では、たとえば君主と人民集会のどちらがより完全に代表しているかという論争を容易に招来し、団体人格の分裂を帰結することになってしまうからである。それに対し、根本法 *Verfassung* により定められた範囲内において、部分の行為は、全体 *das Ganze* の行為となるという機関概念によれば、それぞれが代表しているのはその権限内においてであり、例えば立法部、司法部、行政部が、それぞれの権限の範囲内でそれぞれが全体 *das Ganze* を代表していることになり、団体人格は分裂を免れるのである。この機関概念の導入により、権力分立論を採用しつつも、分裂を免れた有機的団体人格の演繹が可能となるのであり、ギールケの要請する、全体と構成部分が有機的に結合した「真の国家概念」が、はじめて定立可能となるのである。ギール

ケが「有機的」と言うとき、以上のような部分と全体の関係を念頭に置いており、ギールケの「有機体説」は、いわゆるアダム・ミュラー (Adam Müller) 流の国家有機体説とは明確に一線を画したものである⁽³³⁾ことにも注意が必要である。

三 ギールケの政治共同体像

以上、見てきたように、ギールケの評価する団体とは、中世的な封建団体ではなく、社会契約を援用した自由な結社原理によって新たに構成された団体であり、ここでは個人の人格権と財産権は特権としてではなく、普遍的人権として保護される。このことは「ラーバントの国法学」(LS)において、公民権 *staatsbürgerliche Rechte* と個人権 *Individualrechte* の原理的区別が要請され、個々の公民は、基本権 *Grundrechte* の名のもとに、国家の構成員 *Glied* としてでなく、自由な個人としての憲法的権利 *verfassungsmässiger Anspruch* を受け取るとされている (LS : 1132-1133) ことから明らかである。「人間は公民に埋没するのではなく、国家団体 *Staatsverband* は人格の一部を吸収するにすぎず、最高次の普遍性において、個人の自由という不可侵の領域がある」(LS : 1133) というのである。したがってギールケは、自然法論において主張されてきた基本的人権の保障を要請している⁽³⁴⁾のであって、このことが、アルトジウスを、社会契約説の始祖として、徹底的に近代的に解釈しようとした、ギールケの態度にも表れていた点については、先に触れたとおりである。そして、結合契約により設立された団体は、それを管理、運営する支配者人格と統治契約を結び、結合する。しかし、契約だけではその拘束力が十分ではなく、公共の安寧の主張によって容易に覆されてしまうため、自然法と実定法を高次において総合した「新たな法」により、支配者人格を実定的にも制約し、支配者に対し、限定した役割を果たすための権限を与えると同時に、その権限の範囲内では全能の権力を与え、自然法国家理論のように、国家の役割を、ただ個

人の不可侵の権利を守るといふだけの制度に縮小させることを防ぐ。しかも、人民人格の絶対性を認めることは、ルソーのような「絶対主義」に行き着くと考えるギールケは、権力分立論のもとで、人民人格の全能的主権性は立法府においてのみ認められ、根本法 *Verfassung* により、その役割を割り当てられた機関の一つにすぎないとして、その権能を制約する。たしかに、支配者人格が暴走し、契約に違反したり、根本法を侵犯する場合は、人民全体として積極的に抵抗でき、根本法（形式的な憲法）⁽³⁵⁾ を越えることもできる（立憲的革命権）⁽³⁶⁾ が、個人としては根本法をはじめとする実定法の拘束下にあるとし、支配者が契約に違反し、あるいは、根本法を侵犯した場合には、自己保存に関わらない限り受動的抵抗権を持つのみであるとす。支配者（統治者）の契約違反、根本法侵犯に対しては、役人や諸身分、特定の都市や州といった機関や中間団体にのみ、立憲的な積極的抵抗権が認められる。そしてさらに、権力分立論の下、司法部は行政部、立法部の両者から独立し、根本法に強制力が伴わない（行政部が支持しない）場合には、それを判決によって保護する（SA: 12）。しかも、このように、根本法により、諸種の中間団体や構成員に様々な権限を付与するという権力分立論を採用しながらも、誰が共同体を代表しているかで争いとなり、団体人格の分裂を招来する、全権委任代表観念に換え、部分がその割り当てられた資格の範囲内で行為することは、全体が行為することであるという、機関観念を確立することにより、団体人格の分裂を回避することができるのである。

こうしてギールケは、自然法論を高く評価しながらも、それだけでは団体人格の分裂を招来してしまうとして、権力分立論を通した立憲主義と結びつけることにより、その欠点を克服しようとしたのである。ギールケは、社会契約（結合契約）によって国家を演繹し、個人の不可侵の法領域を確保しながらも、自由な結社原理を使って中間団体の法領域も同時に確保し、さらに自然法と実定法の止揚としての「新たな法」（根本法）の構築により、統治者（君主）をはじめめとする各機関への実効的拘束力を保つと同時に、与えられた権限内における機関機能の全能性を保ち、さらに、与え

られた権限内において、部分が全体を代表するという機関概念を導入することにより、国家全体の統一性（真の団体人格性）をも同時に確保する、という形で「有機的」な立憲国家の完成を意図していたのである。そして、このことが、第一章で「新たなゲノッセンシャフト原理」による「ゲノッセンシャフト的要素とアンシュタルト的要素の総合」と言われていたことの具体的中身であった。これらのギールケの論理構成は、アルトジウスにその萌芽があるというギールケの半ば強引なドイツ自然法論解釈から導き出されたのであり、このような自然法論との対質を跡づけることにより、「ヘルシャフトとゲノッセンシャフトの対置・折衷」という、ギールケの「ゲノッセンシャフト説」に、より高い論理的首尾一貫性を認めることが出来るのである。

四 ギールケ国家論の完成

本稿第一部においては、『ドイツ団体法論』第一巻、第二巻と、『アルトジウス論』、『ドイツ団体法論』第三巻を中心とした、テキストの内在的理解から、ギールケの政治理論の発展過程を明らかにし、『アルトジウス論』および『ドイツ団体法論』第三巻において、ギールケの国家論が一応の完成をみたことを解明した。ここで明らかとなったギールケの政治共同体像は、社会契約（結合契約）を用いて、個人の不可侵の権利領域を確保する形で国家を演繹しながらも、自由な結社の積み上げという論理構成により、中間団体をも存続させるという点で、自然法論を積極的に評価しようとするものであった。この自由な結社原理が、第一章で問題となった「新たなゲノッセンシャフト原理」の内容であると考えられる。ただし、ギールケは、それだけでは国家の統一性の分裂を招来してしまふと考え、第二章第四項および本章で見てきたように、権力分立論を通じて自然法論と立憲主義を結びつけ、「自然法と実定法を止揚した新たな法観念」

を構築し、さらに全権委任代表観念に代えて、機関観念を導入することにより、その分裂を克服しようとしたのであった。このような形で、ヘルシャフト関係とゲノッセンシャフト関係を共に含み、「部分」を「全体」に統合した「真の国家概念」の定立、これこそがギールケ政治理論の眼目であった。かくしてギールケは、アルトジウスを中心とするドイツ自然法論を巧妙に利用し、自然法論の積極的評価とその止揚という論理構成をとることにより、ヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理を、論理的な首尾一貫性を損なわない形で統合することに、成功したのである。

このように考えてくれば、単に中世政治社会に逆行しようとした「時代遅れの思想家」(ベッケンフェルデ)であるとか、小生産者の国家的保護を究極の目的として独占資本の要請に応じた「中途半端な国民主権論者」(村上)であるとか、労働者保護の「ヒューマンな理想」をもちながらも、全階層を国家的に保護することによって革命を防ぎ、帝政の擁護に全力を注いだ「社会保守的」な思想家(西村)であるといった、ギールケの保守性を指摘し、「中途半端さ」や「矛盾」を強調する従来のギールケ像については、今一度再検討する必要があると思われる。確かにギールケ自身、例えば、無制限な契約の自由を謳う経済的自由主義に対し、それは経済的強者による経済的弱者からの搾取の手段である(SA: 28-29)として非難しつつも、革命につながりかねない社会主義に対しては、私法の国家化であり、隷属と野蠻を意味するとして、距離をとっており(SA: II-12)、ギールケが個人による革命を否定していることも、すでに見てきたとおりである。またギールケは、ドイツ民法典(BGB)第一草案に対して厳しい批判を行いな⁽³⁷⁾がらも、一九〇〇年にドイツ民法典が発効するとその擁護にまわっており、この態度に、立てられた権威に対しては服従するという、ギールケたちドイツ教養市民層に共通する保守性を見ることが⁽³⁹⁾できる。さらに、第一章で見たような、ギールケの五期にわたる国制史区分からも明らかのように、第二帝政を、完成した自由主義的君主政立憲国家として支持していたことも明らかである。ただし、ヘルシャフトとゲノッセンシャフトの折衷という議論に象徴されるような、中立的で穏健な

思想は、現実政治においては多かれ少なかれ「体制擁護」の機能を果たすのであり、シュトライスによる次のような指摘はやはり正当であろう。つまり、ギールケの議論は、国民 Nation にまとめられた市民社会 bürgerliche Gesellschaft を、支配主体として安定させつつ、同時に柔軟性をも保つというジレンマ、政治参加は与えられるべきだが、徹底した民主政への移行から国家は守られるべきであるというジレンマといった、当時の法学の問題状況を如実に反映したものであった、という指摘である。シュトライスによれば、ギールケの社会法 Sozialrecht カテゴリーは、当時において緩衝器の役割を果たし、国家の負担を減らし市民参加を促すという形で、有機的な統一体の調整を意図したものであった。⁽⁴¹⁾

したがって、ワイマール共和政に至る「過渡期」の思想家という位置づけについては、基本的に承認できるものであるが、問題は、以上のように指摘されるギールケの保守性が、ギールケ政治「理論」の「中途半端さ」や「矛盾」を意味するかどうかである。このようなギールケの性格付けの典型は、前述の通りカール・シュミットによるものであり、シュミットによる立憲君主政の位置づけは、ベッケンフェルデをはじめとして、これまでのギールケ解釈に相当程度の影響力を及ぼしてきていると考えられる。⁽⁴²⁾ シュミットは、あらゆる政治的な概念は論争的であり、その敵となる概念を踏まえていない概念は無内容であると指摘し、ドイツ立憲君主政の憲法は、その核心において妥協に基づいた無内容なものであると断定する。⁽⁴³⁾ つまり、本来的に対立する問題である、君主主権か人民主権かという憲法制定権力に関する問題を未解決のままにし、両者を包括する上位の第三者としての国家自体に主権があるとして、二者択一の決断を回避しているとするのである。⁽⁴⁴⁾ まさにシュミットは、いみじくもギールケの「国家主権」論を正しく言い当てているのである⁽⁴⁵⁾ が、問題はそれが「回避」であったのかどうかである。本稿で見えてきたとおり、ギールケが、ルソー主義の危険を認識し、どのような部分であれ絶対性を認めることは、結局絶対主義に行き着くと主張し、その克服として立憲主義を唱えていたことを考え合わせるならば、少なくとも理論のレベルにおいて、ギールケの政治共同体論は、人民主権にまで至

らない中途半端なものであったというよりは、ルソー的な意味での人民主権論を越える可能性を持った議論であったと言ったほうがよいのではないか。つまり、君主主権か人民主権かの決定を妥協で回避したというよりは、本稿で見てもたように、君主主権（支配者主権）か人民主権（国民主権）かという二者択一を迫る問題構成そのものを、理論的な「敵」として認識し、それに代わる政治共同体像を提示しようとした、と言えるのではないか。たしかに、ルソー的な人民主権論で近代をとらえるならば、中間団体の残存したギールケの社会構成は、完成すべき人民主権論や国民主権論への過渡期としての中途半端なものであったということになる。しかし、ギールケの議論を妥協と断じたシュミットが、ブルジョアジーの中間的立場を守る道具にすぎないとして議会制（代表制）を拒否し、ルソーの人民主権論を徹底させる形で、公然と集まった人民の拍手喝采 *Aklamation* の中に人民の意思の現れを見出し、結局ナチス政権への道を掃き清めたことを考えるとき、シュミットのように、ギールケの政治理論を「妥協」とか「中途半端」で切って捨て去るわけにはいかないのではないだろうか。とりわけ、どのような部分であれ、絶対的全能性を認めることは絶対主義を帰結するというギールケの主張は、今日改めて積極的に評価されてよいであろう。ギールケが、その危険性を何とか回避しようとして、ルソー型人民主権論への展開を自覚的に拒否し、論理的首尾一貫性を保った形で「中途半端」たらんとした結果的に不徹底に終わったのであれば、少なくとも理論的には、単に帝政を正当化しようとした「中途半端」な理論というだけには終わらない積極的な可能性を持っていた⁽⁴⁸⁾と言えよう。

ただし、ここで問題となるのは、やはりギールケ国家論の最終的な拠り所である「新たな法」あるいは「根本法」の具体的内容であろう。すでに触れた通り、ギールケが「現代」において要請する「法」とは、有機的共同意識 *organisches Gemeinbewusstsein* の現れ（JA: 317）であり、直接慣例 *Übung* を通じてはつきり現われるか、しかるべき社会機関 *dazu berufenes Gemeinschaftsorgan* を通じて宣言される、人間社会の確信 *Überzeugung* であった（JA: 319）。つまり、ギール

ケは、法を「一であるべき」というものとして捉えると、それが誰の命令なのかという問題を引き起こし、主権の所在をめぐり団体は分裂してしまうが、法を「一である」という共通の意識であると捉えることにより、全体の統一性を確保しようとしたのである。そのような人民の法意識（共通の確信）として、「根本法」は、「全体それ自体とその構成員、最高の全体とあらゆる狭隘な範囲の団体 *Verband*、共同体 *Gemeinschaft* と個人、これら相互の関係を定立する」（Sa... 12）というのであるが、その具体的内容は不透明である。また、ギールケがここでいう「最高の全体」とは、「国家」を念頭に置いていると思われ、国家は諸種の中間団体同士、および諸種の中間団体と個人の関係について調整する機能を期待されており、その点で他の団体に優位する特別の機能（排他的主権）が認められるのであるが、この排他的主権の内容についてもやはり不透明である。

このようなギールケの議論の「分かりにくさ」は、法を歴史的産物であるとするギールケの立場の不可避の帰結である。なんとすれば、法の形成は、一方で内在する一定の法則に従う（ND: 79）としながらも、もう一方で、法形成は、言語や宗教などのほかのあらゆる社会的存在物の形成を通して規定され、法は不可避的に時間の中で変化し、空間の中で多様化する（Eberdt）と考える、ギールケの思考様式の下では、具体的法内容についての普遍的な定義はもとより不可能だからである。したがって、この「根本法」の具体的内容を明らかにするためには、ギールケ国家論の論理構成を分析するだけでは不十分であり、ギールケが、同時代の政治体制を、具体的にどのようなように評価し、その評価が、同時代においていかなる意味をもったのか、という点につき、ギールケと同時代知識人との対質を、当時の文脈の中で跡づけていかなければならない。というのは、確かに『アルトジウス論』において、ギールケの国家論の理論化は、とりあえずの完成を見たといえるが、ここでは近代の自然法国家論の分析が主題とされており、この国家論が、同時代のドイツ帝国の説明に、どのように適用されるのかという問題については、詳論がなされないままであったからである。従って、

ギールケが、自らの国家論を、どのようにドイツ帝国の説明に適用したのか、そして、そのことが、同時代において如何なる意味を持ったのかという問題を究明することが、本稿第二部の課題となるのである。⁽⁴⁹⁾

- (1) 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』第三卷 § 2 VI (DGR3: 568-595) 参照。
- (2) 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、ロベール・ドラテ (Robert Derathe) 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、ペーター・ヨッヘン・ヴィンタース (Peter Jochen Winers) 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 (ペーター・ヨッヘン・ヴィンタース「ヨハンネス・アルトウジウス」、『ミヒヤエル・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)。この点について詳しくは、本章第五項を参照。
- (3) ギールケによれば、スアレスとそれに依拠したフーゴー・グロティウス (Hugo Grotius) が、この弱点に应答するために、奴隷制における自己服従の可能性を指摘したことは、全く貧弱な当座しのぎに過ぎない (JA: 157)。
- (4) 詳しくは、本章第四項を参照のこと。
- (5) この時期、人民主権論はジョン・ミルトン (John Milton)、『アルジャノン・シドニー (Algernon Sidney)』、『ジョン・ロック (John Locke) など』、その本場をイギリスに移すとされる (JA: 163-164) が、これらの論者に対するギールケの評価は必ずしも高くない。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 (JA: 200-201) からである。
- (6) Cf. Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited by R. Tuck, Cambridge U.P., 1991, Ch16, Ch22.
- (7) なお、この時期のドイツにおいては、クリスチャン・ヴォルフ (Christian Wolff) 以来の自然法国家論が、支配者主権の

原理に、人民主権の原理を何重にも混入するとともに、弾力的な主権概念により、権力の分割や混合的な主体を伴う任意の国制を、国家契約から形成することを可能にするような方向で、譲歩を重ねていたとされる (JA: 187-188)。この点については、本章第三項で再び触れる。

(8) 詳しくは、本章第四項を参照。

(9) 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 (Ebernd.) のである。

(10) もっともギールケは、一六世紀の法学が、中世の団体理論を継承し、官憲国家により脅かされていたゲマインデや団体 (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、共同体としての団体解釈の残滓は、全体としては、ローマ法の擬制人格説の援用により、すべてかき消されてしまったのであり、団体の法主体性は、公法や「公共の福祉」の概念により、容易に変更されるような、私法上の財産権や特権に縮小されることとなったのである (JA: 239-240)。

(11) ギールケは、ここでいう「排他的主権 ausschliessliche Souveränität」の機能や、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) の内容について、ここでは詳述しておらず、これらの内容に関し、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する。詳しくは、第一部第三章で再び触れる。

(12) 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、相当程度、近代的にアルトジウスを解釈しているのであり、単に中世を賞揚した思想家であるとは言い切れないであろう。尚、ギールケのアルトジウス解釈の是非については、本章第五項を参照のこと。

(13) 詳しくは、第一部第三章を参照。

(14) ここで注意すべきは、ギールケが、「今日 heute」においてもこの克服は未だなされていないと述べている (JA: 224)。

とである。このことから、ギールケが、第二帝政成立後、十年近く経た一八八〇年の段階においても、政治的な現状に完全に満足していたわけではなく、ただの体制擁護の思想家ではないことが推測されよう。

(15) 先取りになるが、ギールケは、この思考法を、「現代」の法と国家との関係理解として強く主張するのである。

(16) いうまでもなくこの構成は、本章第二項と第三項で述べた、二つの近代像と対応したものである。

(17) ギールケによれば、憲法を自然法に基づく契約として構成するというような考え方は、グロテウスやプーフエンドルフにも引き継がれたが、主権概念の厳密化により主権概念と衝突することとなり、結局、憲法契約は、公共の安寧のために破つてもよいとされ、単なる主権者の努力目標に過ぎなくなった(JA: 287-288) という。

(18) *Verfassung* を「憲法」と訳すか「根本法」と訳すかという問題を含め、「根本法」について、詳しくは、第一部第三章第三項を参照のこと。

(19) まず、「主権者が、割り当てられた領域を越えると、その主権を失う」という原則をとるならば、統治の権限を越えた支配者は単なる権力篡奪者であり、積極的抵抗権が認められることとなる(JA: 307-308)。それに対し、「主権者は、形式的に全能である」という原則をとるのであれば、高権の命令は実質的に不法であっても、形式的には効力を持つということとなり、積極的抵抗権は認められないこととなる(JA: 309)。もともと後者の場合でも、「人よりは神に従え」という律法を破ることはできなかったため、不法な命令に対しては、殉教者の受動的抵抗が対置された(Ebend.)。

(20) 次章で詳述するとおり、このような、ギールケの歴史法学派的な法観念により、主権の全能性と主権の制限を両立させる、理論的可能性が開かれることとなる。

(21) ヴィンタース、前掲、四六一-四七頁参照。

(22) 同上、四七頁参照。

(23) 同上、四七一-四八頁参照。

(24) 同上、五四一-五五頁参照。

(25) もっとも、このようなアルトジウスの政治論と神学との関係を強調する解釈に対しては、トマス・オットー・ヒューゲリンによる反論もあり (cf. Thomas Otto Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World: Althusius on Community and Federalism* (Waterloo, 1999), p. 23.)、必ずしも解釈の一致があるわけではない。しかし、そのヒューゲリンも、ドイツ版ル

ソノの先駆者というギールケの図式は行きすぎである (cf. *ibid.*, pp. 17-18) としており、ギールケのアルトジウス解釈がそのまま承認できるものではないという点では、各論者とも共通していると言える。なお、この点を含め、アルトジウス政治論をどのように捉えるべきかについては、柴田寿子による鋭い指摘(柴田寿子『スピノザの政治思想』、未来社、二〇〇〇年、一四〇—一五八頁)を参照のこと。

(26) 村上「ゲルマン法史における自由と誠実」、一二六頁以下参照。

(27) 同上、二〇五頁以下参照。

(28) このアルトジウスの社会契約説は、その後ホッブズ、プーフェンドルフ、ロック、シドニー、ルソー、ファイヒテ、カントなどに、様々に引き継がれ、様々な変容を受けたとされるが、社会を個々人の存在自体から引き出し、程度の差こそあれ、個人の権利の不可譲性は否定し得ないものとした (JA: 112-115) 点で、高く評価される。

(29) 前章第五項参照。

(30) しかも、前章で見たように、この帰結としてアルトジウスは、中間団体による国家の実質的拘束という立憲的議論の先駆としての榮譽を勝ち取ることもなるのである (JA: 311-312)。

(31) ヴィンタース、前掲、四七一—五〇頁、参照。

(32) ルソーは、モンテスキューらによって復活させられた代表観念が中世封建主義に根ざしたもので、かつ貴族的なイギリスで成長したものであるという理由で拒否した (JA: 222) のであるが、この代表原理の拒否によってルソーは「絶対主義の忠実な信奉者」(Ebdend.) となったとされる。人民主権を不可譲・不分離なものとするルソーにとり、一般意志は代表されたり譲渡されうるものではなく、立法の予備協議のための代理人 *commissaires* が認められるのみである。この点において、ルソーの理論は徹底してラディカルであるとされ (JA: 223)、直接民主政の理想のもと代表原理は圧殺されることとなったのである (Ebdend.)。ここで、人民主権・権力の制限を認めないルソーが、「絶対主義の忠実な信奉者」とされていることは、しばしば指摘されるルソーの議論のもつ危険性、つまり、自由への強制の問題を念頭に置くとき、非常に示唆的である。

(33) Vgl. Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, S. 13-16. (曾田訳「ギールケ・人間団体の本質」、二二七—二二九頁)。
ここでギールケは、国家論および団体論における、有機体説援用の限界を鋭く自覚している。

(34) ここで、いわゆる基本権 Grundrecht（公民権から区別される）として、個人の不可侵の自由権のしかるべき保障（「団体から自由な verbandsfrei 個別存在 Einzelwesenheit の保証」〔LS : 1133〕）が要請されているが、この保障はもちろん、自然権としてなされるのではない。ギールケによれば、この基本権は、ある行為を行う権利を意味するのではなく、国家における構成員資格 Mitgliedschaft と共に、実定的権利（実定法）に潜んでいるものであるという（Ebd.）。というのも、度々触れてきたように、自然権として保障するというだけではその拘束力が弱いのであって、基本権は、あらゆる他の主観的法（権利）と同様に、国家の立法を通じて「創造（＝発見）」されるのであり、その内容は歴史的段階や実践的要求によって様々となる（LS : 1133-1134）のである。ここに「永遠、普遍、平等な人権という自然法観念は、この冷静な省察の中に溶解する」（LS : 1134）のであり、「基本権は、実質的には、その時々法意識を通じて形成され、形式的には、国家の主権的命令に支配された実定的権利（実定法）（Ebd.）となるのである。この実定法が存続する限り、国家自身は、国家を法的に制限することを要求する法意識の内容として、これを承認する（Ebd.）のである。

(35) ここでいう根本法とは、原語では Verfassung に相当するものである。本稿で基本的に「根本法」の訳をつけているのは、一般に我々が使う「憲法」が、基本的に実定法として認識されるのに対し、ギールケの言う Verfassung とは、効力においては実定的な拘束力をもつが、その内容は人民の共通の法意識によって、自然法と実定法を止揚する形で形成されるものであるため、区別が必要であると考えたからである。しかし、人民の法意識からずれてしまった Verfassung は、「形式上の憲法」にすぎなくなり、人民全体によって覆うことができるのである。

(36) その場合も、根本法（憲法）は新たに創造されるのではなく、「発見」されるのである。

(37) 拙稿「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―」『北大法学論集』五三巻第五号、二〇〇三年、一三七八―一三八〇頁参照。

(38) Vgl. Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963, S. 706ff.

(39) Ebd.

(40) Vgl. Stollers, a.a.O., S. 362.

(41) Ebd.

(42) 例えば、ベッケンフェルデは、自らの著書の謝辞においてシュミットに言及している（Vgl. Böckenförde, a.a.O., Vorwort）。

もっともベッケンフェルデ自身は、ギールケのゲノッセンシャフト国家論を「君主政と国民主権との間の自由主義的な中間的立場という法的・政治的な認定に還元してしまう」のは誤解であるとして (Vgl. Ders., a.a.O., S.150f.)、シュミットを批判しており、必ずしも全面的にシュミットの議論に賛成しているわけではないが、西村によれば、ベッケンフェルデの枠組みは、基本的にシュミットやハンス・クルパ (Hans Krupa)、ラインハルト・ヘーン (Reinhard Höhn)らの研究に引きずられているという (西村, 前掲論文 (三)、五〇四―五〇五頁、参照)。さらに、ベッケンフェルデが、細部において修正を加えつつも、ほぼシュミットの立憲君主政理解を踏襲していることについては、Böckenförde, „Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert“, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M., 1991, passim, insbes. S.301, 304-305. を参照 (S.151)。

(43) Vgl. Carl Schmitt, *Hugo Preuss: Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen, 1930, S.5-10. (上原行雄訳「フーゴー・プロイス (一九三〇年)」, 長尾龍一・樋口陽一他訳『危機の政治理論』, ダイヤモンド社, 一九七三年, 一五三―一五六頁、参照。)

(44) Ebd.

(45) ただし、有機的国家論評価 (Vgl. Schmitt, a.a.O., S.10-12, 邦訳同上, 一五七―一五九頁参照)において、ゲノッセンシャフト原理にそれと対立するヘルシヤフト原理を結合したことによって、ギールケ団体理論の潜在的民主主義が破産することになるといふ評価は正当ではないと思われる。本稿で見てきたように、ギールケは論理一貫性を保った形で、両原理の統合に成功したのである。

(46) Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, S.303-319. (尾吹善人訳『憲法理論』, 創文社, 一九七二年, 三八〇―三九八頁、参照。)

(47) Vgl. Ders., a.a.O., S.243-244. (同上, 三〇〇―三〇二頁、参照。)

(48) 例えば、村上が問題提起する (村上淳一『ドイツ市民法史』, 東京大学出版会, 一九八五年, 二一六頁参照) ように、自律的な個人の原子論的な集積にすぎないような近代社会は、私利私欲追及の利己主義を招いてしまうという反省から、中世以来の中間団体が持っていた自律性を脱政治化しつつも引き継ぎ、諸種の自発的結社をうちに含んだ近代市民社会を目指すという立場から考えれば、ギールケの政治共同体像はその一類型としての意義を獲得することになるであろう。

（49）ただし、後述するように、本稿第二部では、同時代との関わり方の解明に関して、分析の対象を、主に連邦国家理論の文脈に絞り、さらにその中でも、ラーバントとギールケの論争に限定したため、この課題に全面的に応答するものではない。この問題との更なる取り組みについては、今後の課題としたい。