



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	オットー・フォン・ギールケの政治共同体像（2・完）－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; ENDO, Yasuhiro
Citation	北大法学論集, 53(6), 223-250
Issue Date	2003-03-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15189
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(6)_p223-250.pdf



オットー・フォン・ギールケの政治共同体像（二・完）

—— 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、第五三卷第五号)

(以上、本号)

第二章 ギールケの政治思想史観

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の持つ固有の権利を強調しているが、それは単に中世の封建的・特権的中間団体の復活を意図したのではなく、ドイツ自然法論を援用しながら、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ものであったことが明らかとなった。詳しくは第三章に譲るが、この自由な結社原理が、第一章で問題となった「新たなゲノツセンシャフト原理」に相当するものであると考えられる。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、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。

ギールケにとつては、その工夫は「現代」(同時代)において果たされるべきであり⁽¹⁾(JA:224-225)、より具体的には代表制観念の再構築(Ebend.)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だと考えられている。

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「機関代表」概念と「法治国家」観念であるが、代表制論については第三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。ここでもまた、歴史の変遷を追って説明されている(Ebend.)ので、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、ギールケにとつての「現代」の位置づけを確認することとした。

(1) 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、法の為だけに存在する法治国家である(JA:204)というゲルマン的観念が優勢であったが、古代的国家観念の復活と共に、単なる法を越えた存在である教会に範をとり、国家権力も法の足かせから逃れる闘争を始める(JA:265)。しかし中世理論は、変更不能の法によって国家は縛られているというゲルマン的観

念は捨てなかつたので、一方において法は国家によって国家のために国家のもとで存在するとされつつ、他方において国家が法によって法のために法の下で存在す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⁽²⁾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(Ebend.)という。

まず、実定法のもとでは、法規範は完全に主権者(支配者主権と人民主権のどちらも含まれる)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、単なる特権であつて、主権者の命令によって一方的に改廃可能であつた(JA:268-269)。したがつて、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(JA:270-272)こととなる。

つぎに自然法は、「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、支配者や主権的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。したがつて、自然法から引き出された規範や権利は、成文法も

政府の行為も人民の決議も慣習もこれを破れないとされた(JA:272)。こうして中世理論においては、国家高権の実定法上の賞賛にも関わらず、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(JA:275)とされた。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つた(Ebend.)が、形式的法と実質的法との区別は自明(JA:277-279)であつて、公共の安寧など、より高次の目的のために自然法の拘束から主権者が免れるという観念はほとんどなかつた(JA:279)という。この点では、マキャベリの理論は革命的であつた(Ebend.)のである。

(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つたとされる(Ebend.)が、両者は様々な側面で再結合され、相互に浸透し、国家絶対主義と法治・立憲国家という異なる二つの方向に進んだ(Ebend.)とされる⁽³⁾。

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の主張に対して、「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支配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、ボダンによって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て、遵法義務は主権者の任意に任せられる (JA: 285) こととなった。そこでは、通常法と憲法 *leges fundamentales* の違いもなかった (JA: 286)。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、憲法の支配者への拘束力を認めるという立憲国家 *Verfassungsstaat* への可能性はもっていた (Ebd.) が、憲法⁽⁴⁾を法ではなく、自然法に基づく契約であるとする構成によって、支配者の法からの解放 *Potestas legibus soluta* という観念が広がっていったという (JA: 286-288)。これに対し、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、支配者の法からの解放という同じ前提を受け入れてしまつて、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への国家機構の従属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る (Ebd.) のである。それに対し人民主権論者アルトジウスは、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 (JA: 283-284) として、支配者と人民個人を拘束する実定法の法規範性を強調した。ギールケによれば、これがアルトジウスの法治・立憲国家観念である (Ebd.) とされ、高く評価される。つまり、憲法の拘束力をあらゆる場合に認め、その維持のためには積極的抵抗権も認め (JA: 289-290)、国家契約の本質から演繹された暗黙の憲法 *stillschweigende Verfassung* (＝根本法)⁽⁵⁾を認めて、主権者に対し個人を保護する実定法上の法的規制を認める (Ebd.) のである。ただし、アルトジウスの政治理論を引き継いだフーバーの純粹自然法立憲主義のように、結局この種の憲法 (根本法) も、実定法ではなく自然法における契約から基礎づけられるようになり、そのことは逆に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 (JA: 290-291)。ギールケはまた、実定法上の諸権利 (主観的側面) (JA: 291-297) についても、実定法規と同様に、国家権力からの臣民の権利の保護が自

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つたとする。

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り、国家の目的であり、制限である (JA: 297) と考えられていた。しかしこの自然法論は、ホッブ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 (JA: 300) という。ルソーやスピノザは確かに自然法による主権の制限を説くが、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ず、ホッブズの方向性は基本的にルソーやスピノザにも引き継がれた (Ebernd) というのである。もつ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、プーフENDORFをはじめとして、自然状態においても自然法は十分な拘束力を持つとする反対論が根強く (JA: 300-301)、それは上述の立憲主義理論と結びつくことよって主権者への自然法の強制力を認める議論にもなり得たのであった (JA: 302-303)。しかし、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この議論は、公共の福祉の増進といった法の実現以外の国家機能

の否定を帰結し、国家の不能をもたらすことになってしまった (Ebernd) という。カントによつて国家の法的機能への限定や理性法による国家統治の観念は最大に達したが、そのアプリアリな法の前提が、自然法と実定法の区別の破棄をもたらし、理性的に行動する国家の前提が無制限の主権的国家権力の回復をもたらした (JA: 304) のであつて、それは国家の法的制限という自然法体系の崩壊を意味するものに他ならなかつたというのである。またギールケによれば、自然法の主権的諸権利 (人権体系) も同様に、ホッブズによつて無力化されながらも、ドイツの立憲主義学派によつて再び力を得たが、「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つて、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つた (JA: 304-305) という。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つた (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は一致していたが (JA: 305-307)、グロティウス以降、その正当性よりも、主権の完全

な所有の有無を重視するという純政治的思考が自然法論に流れ込んでいった (Ebdend.)。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 (Ebdend.)⁽⁶⁾ が、それは結局どこに主権があるかの争いにつながり、主権の権力自体への立憲的拘束を説くものとはならなかったという。例えば、抵抗権の問題をその中心においたモナルルコマキも、支配者主権を人民主権によって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、ホップズによつて、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*」が脅がされた場合以外の主権の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 (Ebdend.)。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 (Ebdend.)。こうして、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。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* に基づく憲法上保障された人民や諸個人の基本権 *Grundrecht* が統治者によつて侵害される場合は、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 (JA: 314-315) のであった。ただし前述の通りギールケは、このような自然法的立憲主義への萌芽を持っていたドイツ自然法論も、カントによつて、立憲的法治国家観念が主権の形式的全能性の観念と結合され、立憲的革命権が否定されたことによつて破壊されてしまった (Ebdend.) という。

(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、その力を発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 (JA: 316)。この主張は一見矛盾するが、モンテスキューの権力分立論との接合によって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 (Ebdend.) 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、国家内での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 (Ebdend.)。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。このような意味での法治国家の構築・完成にとつて、抽象的自然法原理は不可欠の基礎であり、その指針のもとで法治国家の歴史的基礎が固められる (Ebdend.) のである。そこでは、自然法による国家への制約という考え方を重視しつつも、私権の完全な司法的保護 *gerichtlicher Schutz* への国家機能の矮小化を拒絶し、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のなかつ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 (Ebdend.) のである。

そしてその任務は、一七九〇年代に最高潮となった後で衰退した自然法観念に代わって、歴史法学派に引き継がれ、取って代わられた (JA: 317) という。ここで、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との区別は解消し、法とは「こうあるべきだ *etwas sein soll*」と「こう共通の意思 *Wille* なのではなく、「こうである *etwas ist*」と「こう共通の確信 *Gesamtüberzeugung* 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) のであつて、自然法と実定法を高次の統合において融合している (JA: 317)。そして、法と国家とはどちらが先というものではなく、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つて完成されるが、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（Ebernd）。また、国家は単に法のためにだけ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もない（Ebernd）。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（Ebernd）のである。

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的立憲主義によって、その矛盾は克服可能と考えているのである。ここでは、統治者の権力は、自然法による制約だけではなく、立憲理論において実定法的に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」

（Ebernd）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い（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い（JA: 317）とされる。なんとすれば、抽象的自然法のみ強調は国家観念の破壊（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観念の破壊（絶対主義国家の独走）を意味する（Ebernd）からである。

小括

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、序章・第一章において触れたような、「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P・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 voluntario*」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⁽⁷⁾して、ギールケの解釈を批判する。つまりアルトジウスにとつて人間とは、主権者たる神の予定によつて「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。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⁽¹¹⁾。それに対しギールケは、神的な因果関係を排除し、国家は自由な契約の所産である (JA: 68-69) と⁽⁸⁾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。

言えよう。つまり、第三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つて国家を演繹しつつも、自由な結社論の援用によつて中間団体の足場をも確保し、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を演繹する理論構成を「発見」したのである。序章でも述べたとおり、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つ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C・A・シュミットやF・ケルンが、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。⁽¹⁴⁾

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)、⁽¹²⁾ 契約論と主権論を結合させることによつて、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「明示もしくは暗黙の合意」としての結合契約 *Vertrag der Verbunde* におき (JA: 99-100)、⁽¹³⁾ 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し (Ebernd)、⁽¹⁴⁾ 個々人の法領域と共同体 *Gemeinschaft* の法領域とのより明確な区別に成功した (Ebernd) というのである。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つたとされる。これは、第一章にお

いて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⁽¹⁵⁾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。これによつてゲルマン的ゲノッ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、第一章で問題となつた「新たなゲノッセンシャフト原理」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つて、廢墟から新たな形態での団体構築 *Korporativer Aufbau* を復活させた」(Ebernd) ののである。もつとも前述の通り、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觀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觀念を保持したことである。もつとも前述の通り、アルトジウ

ス以降の自然法論の展開過程で、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。したがって、立憲主義と結びつくことによつて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、さらに第三章で論じる。

以上四点が、ギールケの自然法論への積極的評価であるが、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、その止揚という形で展開されている。これらのドイツ自然法論への積極的評価が、どのようにギールケ自身の団体理論・国家論の中で止揚・総合されたのかを説明することが本章の課題である。

(1) 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) ことである。このことから、ギールケが、第二帝政成立以後の政治的な現状に完全に満足してゐたわけではなく、単なる体制擁護の思想家ではないことが推測されよう。

(2) 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。

(3) いうまでもなくこの構成は、前述した二つの近代像と相応したものである。

(4) 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ふこのような考え方は、グロテイウスやプーフエンドルフにも引き継がれたが、主権概念の厳密化と共に主権概念と衝突し、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つた (JA: 287-288) とさう。

(5) 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」についての詳しい説明は、第三章三を参照のこと。

(6) 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ふ原則をとれば、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 (JA: 307-308) こととなる。それに対し、主権者の形式的全能性の原則をとるのであれば、高権の命令は実質的に不法でも形式的には効力を持つこととなり、積極的

抵抗権は認められないこととなる (Eband)。もっとも後者の場合でも、「人よりは神に従え」という律法があるので、不法な命令には殉教という受動的抵抗は義務づけられる (Eband)。

(7) P・ヴァインタース、前掲、四六一―四七頁参照。

(8) 同上、四七頁参照。

(9) 同上、四七一―四八頁参照。

(10) 同上、五四一―五五頁参照。

(11) 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、T・ヒューグリンによる反論もあり (cf. T. Hueglin, op. cit., p.23)。必ずしも解釈の一致があるわけではない。しかし、そのヒューグリンも、ドイツ版ルソー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』、未來社、二〇〇〇年、一四〇―一五八頁) を参照のこと。

(12) 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。

(13) 同上、二〇五頁以下参照。

(14) このようなギールケの近代性が何故可能だったのかは、興味深いテーマではあるが、そのためには同時代の他の思想家をさらに取り上げる必要がある、本稿の目的を逸脱するのでこれ以上は述べない。

(15) このアルトジウスの社会契約説は、その後ホブズ、プーフエンドルフ、ロック、シドニー、ルソー、フィヒテ、カントと様々に引き継がれ様々な変容を受けたが、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。

第三章 ギールケの政治共同体像

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、そこからギールケが目指す政治共同体像が浮かび上がってきた。それは何よりもまず、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った。これは、第一章で取り上げたギールケ法人論において見たような、機関人格や構成員人格といった「部分」を、法的に「全体」に統合するという主張に対応するものである。そしてこの国家は、社会契約 (結合契約) によって演繹さ

れた諸種の間団体体の積み上げによって構成されるべきもので

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（第一章でみた「新たなゲノツセンシャフト原

理」）を大きく評価したのであった。ただし第二章でも触れた

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、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、もって法と国家が相互に手を

取り合っ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論（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を明らかにす

るために、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、第一章の団体人格論と

の関わりにも注意しながら解明したい。

一 ギールケの二段階契約説理解

第二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トマ

ス・アクィナスにさえも、人間が直接の利害や必要に迫られて

自由で合理的な合意によって設立されたものとして国家をとら

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、個人々々による双務契約

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（Bond）。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

な貢献はなかった（JA: 98-99）とこう。このような状況下で

社会契約説を確立したのが、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「明示もしくは暗黙の合意」としての結合契約 *Vertrag der Verbunde* におき (Ebind.)、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 (Ebind.)。この契約的結合 *vertragsmässige Vergemeinschaftung* の援用によって、アルトジウスは個々人の法領域と共同社会 *Gemeinschaft* の法領域とのより明確な区別、より狭隘な団体とより大きな団体と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* をもつた人民総体 *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 (Ebind.) のである。つまり、人民が「明示もしくは暗黙の合意」としての結合契約によって団体 (全体人格) をつくり出し、さらにその全体人格が支配者人格との統治契約を結ぶことによって、人民人格と支配者人格と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

ととなったが、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結合物 *Zwischenstücker* を通すことによって、社会契約説の個人主義的色彩を緩和した (Ebind.) という。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、すでに第二章「小括」でも指摘したように、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って構成するというのであれば、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ったように、個人から直接国家を演繹するという構成につながる方が自然であるようにも思える。むしろ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演繹にも同様に適用して理論化したと説明しており (JA: 243-244)、論理上の矛盾は回避されているが、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）が出るのうなずけるものである。ヴィンタースの言うほど、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的・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論の始祖として、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、ギールケへの「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と見ることが出来る。

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とを同時に国家の中に確保すべきことを説いたのであつた。しかし、すでに第二章で取り上げたとおり、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うとして、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つた。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、以下で見ような代表概念の再構築によつて、これら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つて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とされていた（JA: 211-212）。直接民主制は実際上無理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（選定公会議、身分制議会など）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 (Ebdend.) という。ここでは、支配者と代表者集合両者の上に共同体があることを前提としつつも、その共同体は、委任によって完全に「代表」に吸収されてしまつたため、分裂を回避できなかつた (JA: 212-216) とする。モナルコマキも民主的基礎を持ちながらも、代表システム論においては身分制議會を無批判に採用し、貴族制的特徴が顕著であった (JA: 216-217) とする。

ギールケによれば、このような状況下で、代表制観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、人民の主権性も確保する (Ebdend.) のである。さらに、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されており、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 (Ebdend.) という。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 (JA: 219-220)、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って、人民の代表の余地はなくなつた

のであった。前述の通り、人民代表の原理はイギリスでのみ残存した (JA: 220-221) が、それは全権委任に基づく「代理」としての議會制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 (Ebdend.)。

ギールケによれば、大陸における代表観念はモンテスキューによって復活され (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院を行政府から鋭く分離した点は高く評価すべきであるとされるが、代表の法的本質については依然として「代理」であつて、団体自体の行為という法構成には成功しなかつた (Ebdend.) とされる。このモンテスキューによって復活された代表観念は、前述の通り旧来の自然法 (人民主権) 論を立憲的自然法理論へと移す主要手段となつたのである。これに対して、ルソーは急進的人民主権論をとる。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)⁽³⁾ 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院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、実定法に基づくラント諸身分の代表としての観念が新たに復活され、その基礎の上に一九世紀立憲理論が成立する (Ebdend.) のである。

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 (A: 224-225) とされる。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 (Ebind.) という。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* によって全体人格 *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 (Ebind.) というのである。というのも、ある団体構成員・機関が「完全代理 (委任)」観念によって、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ふからである。それに対し、根本法 *Verfassung* によって定められた範囲内で、部分の行為は全体 *das Ganze* の行為となるという機関代表概念によれば、それぞれが代表しているのはその権限内においてだ

けであるから、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。この機関代表概念によって、権力分立論を採用しつつ、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、第一章で問題となった「部分」を「全体」に統一した「団体人格」は、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いると考えられるのであって、ギールケの「有機体説」は、いわゆる A・ミュラー流の国家有機体説とは明確に一線を画したものであることに注意が必要である。

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『ラールバントの国法学』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 Grundrecht の名のもとに、国家の構成員 Mitglied としてではなく自由な個人としての憲法的権利 verfassungsmässiger Anspruch を受け取るよとされている (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、個人の自由の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⁽⁵⁾のであつて、このことが、アルトジウスを社会契約論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つて設立された団体は、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つて容易に覆されてしまうので、自然法と実定法を高次において総合した「新たな法」によつて、支配者人格を実定的にも制約し、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、国家の役割を個人の不可侵の権利を守る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 によつて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)⁽⁶⁾を越えることもできる(II 立憲的革命権)⁽⁷⁾が、個々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、支配者が契約違反・根本法侵犯した場合も、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る。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・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)場合にもそれを判決によつて保護する(SA: 12)。しかも、このように、根本法によつて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、団休人格の分裂を招来する全権委任代表観念に換えて、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

という機関代表観念を確立することによって、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って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)の構築によって、統治者(君主)をはじ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も保ち、しかも機関代表概念を整備することによって国家全体の統一性(真の団体人格性)をも確保する、という形で「自由主義的・君主制的・有機的」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「新たなゲノツセンシャフト原理」による「ヘルシヤフト原理とゲノツセンシャフト原理の総合」と言われていたことの具体的中身である。これらの論理構成は、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る。「ヘルシヤフトとゲノツセンシャフトの対置・折衷」とい

うギールケの「ゲノツセンシャフト説」は、このような自然法論との対質を通して見ることによって、より高い論理一貫性・首尾一貫性を認めることが出来るのである。そしてこの「根本法」が、第一章で構成員資格・機関権限を構成員人格・機関人格にあたえらるゝとされた「根本法」に相当し、このような「根本法」は人民の法意識の中にあり、「創造」されるのではなく、「発見」されるものであるから、第一章で見たように、慣習法の効力が強調されるわけである。

ただし、ここで問題となるのは、やはり「新たな法」・「根本法」の具体的内容であろう。第二章でも触れた通り、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「〜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、主権の所在をめぐって団体は分裂してしまうが、法を「〜である」という共通の意識であると捉えることによって、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* とその個人、これら相互の関係を定立する」(SA:12) のであるが、その具体的内容(例えば、どのような資格をどの機関・構成員に与えるのかなどについて)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る、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(MD: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、法は不可避免的に時間の中で変化し、空間の中で多様化する(Ebend)とす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、理論レベルの分析だけでは不十分であり、ギールケの同時代へ

の実践上の関わりや同時代の知識人との対質を、当時の文脈の中で跡づけていかなければならないが、その総体的な説明は今後の課題としたい。⁽⁸⁾

さらに、ここで特にことわりもなく国家が「最高の全体」(SA:12)とされていることから推測される通り、ギールケは、国家とそれ以外の団体との同質性を帰結する理論構成をとりながら(したがって、第一章三で見たように、法規と規約は同等視される)、国家の優位性はある程度自明視している。⁽⁹⁾

それは、一九世紀半ばのドイツに生を受け、普墺戦争と普仏戦争という二度の対外戦争に自ら従軍してナショナリズムの高揚を身をもって体験し、生涯強いナショナリズムの刻印を受け続けたばかりか、ビスマルクによるドイツ統一を熱望し、⁽¹⁰⁾ 実際上も統一ドイツを自らの思想形成の出発点とすることのできたギールケにとつては、余りにも当然の前提であったともいえるが、かような自明視はそのまま承認できるものではなく、ギールケ政治理論の決定的な盲点とも言えよう。この盲点は、もはやこのような国家の優越性を自明視できなくなった後の時代に、カール・シュミットの鋭利な批判を招くこととなった。⁽¹¹⁾ この点も含め、ギールケの政治共同体の理論構成をどのように評価するべきかについては「結び」において最後に改めて考えてみた

い。

(1) しかも、第二章で見たように、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栄誉を勝ち取るにもなる (JA : 311-312) のである。

(2) P・ヴィンタース、前掲、四七五〇頁、参照。

(3) 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、かつ貴族制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」(Ebernd.) 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つて、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)、直接民主制の理想のもと代表原理は圧殺されることとなった (Ebernd.) のである。ここで、人民主権権力への拘束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。

(4) 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・団体論への有機体説援用の限界を鋭く自覚している。

(5) 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保障 (「決定的に団体から自由な *Verbandsfrei* 個別存在 *Einzelwesen* への保証」(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 (Ebernd.) 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々の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)」

(Ebind.) 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 (Ebind.) のである。

(6) 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つて、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、人民全体によつて覆すことができないのである。

(7) 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。

(8) 基本権の保障に関する議論については前注 (5) でふれたが、『ラーバントの国法学』の中には、この問題の他にも、君主権に関する叙述 (LS: 1136f.) や国家机关同士の関係に関する叙述 (例えば、ここで帝国議會は巨大な権限を持つことされる) (LS: 1140f.)、連邦国家論に関する叙述 (LS: 1157f.)、司法部と立法部、司法部と行政部との権限に関する叙述 (LS: 1172f.) など、ギールケの具体的国家・団体イメージを解明する上で注目すべ

き叙述が多々含まれている。しかし、これらは基本的にラーバントの国法論・国家論を論駁する限りにおいて現れるのみであり、これらの叙述からだけでは非常に断片的な議論とならざるを得ないため、ギールケの法イメージをうかがわせる基本権の問題のみを取り上げた。この他の問題については、他日を期させていたいただきたい。

(9) このことは、例えば、「[国際的団体や階級など諸種の間人団体の内]、全体文化過程の担い手としてと同様、法形成者として特別の使命を帯びているのは、再び国民 Nation である」(ND: 8・カギ括弧内は著者による補足) というような叙述からも窺われる。

(10) 西村、前掲論文 (三)、九六―九七頁参照。

(11) Vgl. Carl Schmitt, *Hugo Preuss: Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen, 1930, S. 20-25. (上原行雄訳「フーゲー・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、一六五―一六九頁参照。) Ders., *Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1928, S. 53-56, 288-289. (尾吹善人訳『憲法理論』、創文社、一九七二年、六八―七一頁、三六一―三六二頁、参照。)

結び

本稿は、ギールケの団体人格論と自然法論とに注目しながら、「アルトジウス論」を中心としたテクストの内在的理解からその理論レベルにおける政治共同体像を明らかにし、これを通じてギールケの新たな一面を提示することを目的としてきた。まず第一章において、従来つとに取り上げられてきた、「ヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理との対置・折衷」という枠組みのもとで、法的な側面から見たギールケの団体理解について跡づけた。そこでギールケが高く評価する団体とは、団体内に構成員人格と機関人格とを形成し、その両者と団体（全体）との間に、「法的関係」の内容となる、構成員資格や機関権限を振り分ける役割を果たすのは、「根本法 *Verfassung*」であるとされてきたが、その内容は詳しく説明されないままであった。また、「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」という枠組みについても、「新たなゲノッセンシャフト原理」によつてこの「折衷」がなされるというのみで、それ以上の内容は不明であった。そこで第二章において、「アルトジウス論」によりながら、ギールケの政治思想史理解につ

いてやや詳しく跡づけ、その自然法論への評価を明らかにした。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つて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団体の統一性（団体人格）の分裂を招来してしまうと考えて、第二章四および第三章で見たように、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代表観念を導入することによつて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んだ、「部分」を「全体」に統合した団体人格の定立、これこそがギールケの要請する「ヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理を対置・折衷」した「両原理の高次における統一」の内容なのである。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しての団体的主義という論理構成をとることに

よって、ヘルシャフト原理とゲノッセンシャフト原理との統合、個人主義的契機と団体主義的契機の統合を、論理的一貫性を持った形で果たしたのである。

このように考えてくれば、単に中世政治社会に逆戻りしようとした「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出てくると思われる。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: 38-39)として非難しつつも、革命につながるかねない社会主義に対しては、それは私法の国家化であり隷属と野蛮を意味するとして、距離をとっており(SA: 11-12)、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、第一章四で見たような厳し

い批判を行いながらも、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出来る。さらに、第一章一で見た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、完成した自由主義的君主制立憲国家として第二帝政を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って、M・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、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、徹底した民主制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。⁴⁾

したがって、ワイマール共和制に至る「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」を意味するのかどうかである。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制の位置づけは、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。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、ドイツ立憲君主制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と断定する。⁽⁶⁾つまり、本来的に對立する問題である、君主主権か人民主権かという憲法制定權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二者択一の決断を回避している⁽⁷⁾のである。まさにシュミットは、いみじくもギールケの国家主権論・団体主権論を正しく言い当てているのであるが、問題はそれが「回避」であつたのかどうかである。本稿で見てきたとおり、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つたというよりは、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つたと言つ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、本稿で見てきたように、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・国民主権論への過渡期として中途半端なものであつ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會制（代表制）を拒否し、ルソーの人民主権論を徹底させる形で、公然と集まつた人民の拍手喝采 *Akklamation* の中に人民の意思の現れを見出し、⁽¹⁰⁾結局ナチス政権への道を掃き清めたことを考えると、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」で切つ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、絶対的全能制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、論理の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と言えよう。

ただし、この点を証明するためには、ギールケ「中期」の政治論を跡づけたにすぎない本稿はあまりにも不十分である。

というのも、古今東西、理論的には革新的な側面を持ちながらも、実践面では逆の機能を果たすことは十分ありえるからである。遺憾ながら、現在の著者は、この問題について正面から応えるだけの用意を持ち合わせていないが、第一章小括において取り上げた、公法と私法の統合というギールケの社会法要求につき、ギールケの政治思想との整合性という観点から仮説を提示しておきたい。つまりギールケは、ラーバント的な全能の機械的国家と、マンチェスターモデルのようなアトムの個人によるバラバラな経済社会との分断という時代診断を行い (SA: 89)、公法の分野では自然法的自由の尊重を強調する一方で、

私法の分野では共同性を強調する (SA: 10)。ただし、公法における自然法的自由の行き過ぎは国家の無力化であり、私法における共同性の行き過ぎは社会主義的野蠻という自由の消滅である (SA: 11-12) という認識に従い、公法・私法両分野への正反対の処方箋が相互に抑制し合う形でその行き過ぎを抑えるという「たすぎがけ」の関係を作ろうとした、という仮説である。もしギールケが、このような形で何とか均衡を保とうとしていたと考えられるのであれば、実践面においても、ギールケの主張にかなりの論理一貫性を承認することが可能となり、単なる体制擁護の思想家ではないことになるであろう。むしろ、このような議論を深めるためには、『ドイツ団体法論』全四巻を網羅的に理解し、ギールケ思想の脈絡全体における政治共同体論の位置づけをより明確にするとともに、実践面でのギールケの同時代との関わりや、他の同時代の思想家との関わりを跡づける必要がある。今後はこの二点に焦点を絞って、ギールケ研究を更に進めていきたい。

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

- (2) Ebdnd.
- (3) Vgl. Stollers, aa.O., S.362.
- (4) Ebdnd.
- (5) 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, aa.O., Vorwort)。もともと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「君主制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ふ」のは誤解であるとして (Vgl. Ders., aa.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H・クルパ、R・ヘーン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制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. を参照のこと。
- (6) Vgl. Schmitt, *Hugo Preuss*, S.5-10. (上原訳「フーコー・ブロイス」一五三―一五六頁、参照。)
- (7) Ebdnd.
- (8) ただし、有機的国家論評価 (Vgl. Schmitt, aa.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ンシャ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う評価は正当ではないと思われる。本稿で見えてきたように、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。
- (9) Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S.303-319. (尾吹訳『憲法理論』三八〇―三九八頁、参照。)
- (10) Vgl. Ders., aa.O., S.243-244. (同上、三〇〇―三〇一頁、参照。)
- (11) 例えば、村上自身が問題提起する (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、ルソー型の人民主権論的な近代社会は、個々人のアトム化と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。