HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	第二帝政創立期ドイツの政治思想（3）：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
Description	論説
Citation	北大法学論集，56(5)，83-147
Issue Date	2006-01-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/6100
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(5)_p83-147.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

第二帝政創立期ドイツの政治思想（三）

――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、五六巻三号）

（以上、五六巻四号）

一　ラーバントのドイツ帝国成立史理解
（1）北ドイツ連邦の成立
（2）ドイツ帝国の成立
二　帝国の法的本質についてのラーバントの理解
（1）法および権利主体としての帝国
（2）連邦国家概念
三　帝国と個別国家の関係についてのラーバントの理解
（1）帝国権力の主体
（2）帝国に対する個別国家の従属関係
（3）個別諸国家の権利
四　ラーバントの連邦国家理論
第二章　ギールケのラーバント批判
一　国家人格概念ついて
二　国家内部における全体と部分の関係について
三　連邦国家理論について
四　法の内容と形式の関係について
五　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

（以上、本号）

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

第一部で見てきたとおり、ギールケは、彼自身の当初のドイツ団体法研究の全体構想と比すれば、かなり不十分なものにとどまりながらも、『ドイツ団体法論』第三巻および『アルトジウス論』において、暫定的に自らの政治理論を完成させたと言えることが明らかとなった。しかし、他方で、ギールケ国家論の要諦を成す「根本法」の内容や、国家とそれ以外の団体との相違、国家に認められる「排他的主権」の内容については、不明確なままであった。前述の通り、これらの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明らかにするだけでは不十分であり、ギールケの同時代知識人との対質を、当時の政治的文脈の中で跡づける必要がある。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、また、そのことが、同時代において如何なる意味を持ったのか、という問題の究明が、第二部の課題となるのである。

より具体的には、帝国創立期に盛んに論じられた、帝国における主権の本質、および、その所在をめぐる論争（連邦国家論争）とギールケ国家論の関わりの究明である。その際、とりわけ、第二帝政創立期に、この論争の基本的な方向性を決したとされる[1]、ラーバントの連邦国家論と、それに反対した、ギールケの連邦国家論との関係に注目したい。周知のとおり、ギールケは、一八七九年に公刊した、ラーバントの『ドイツ国法学』第二巻に対する書評論文[2]と、一八八三年に公刊した「ラーバントの国法学とドイツ法学」（LS）という論文の中で、ラーバントを名指しで激しく批判した。そして、ラーバントも、直ちに反論論文[3]を出し、さらに、自らの著書『ドイツ国法学』を改訂してこれに応酬している。この両者の論争の分析を通じて、ギールケ国家論のより具体的な内容を明らかにするとともに、ギールケが、自らの国家論を、同時代の政治体制にどのように適用し、同時代の政治体制を、どのように説明しようとしたのか、そして、そ

の説明が、同時代の政治体制の説明として、いかなる有効性を持っていたのか、という問題に応答することができるであろう。

ここで、ギールケ＝ラーバント論争の具体的な分析に入る前に、まず、その歴史的な位相について概観し、次に、この論争をめぐる研究状況について、簡単に触れておきたい。

シュトライスによれば、一九世紀後半のドイツ国法学は、不可避的に、国民的な問題の呪縛のもとにあった(4)。すなわち、三月革命前の闘争の過程で、立憲君主政国家が広く受け入れられるようになり、また、法治国家への徐々なる発展が見られるようになった後にも、「国民国家」は、未だ満たされない憧れのままであり、北ドイツ連邦やドイツ帝国が、卓越した政治家により実現した際にも、それらの憲法構造に関して、未解決のままの問題が残されていたという(5)。そして、連邦国家としての帝国の法的資格とその類型学的な位置づけをめぐる問題（連邦国家論争）が、その一つの典型であった(6)。

シュトライスによれば、三月革命以前の段階では、ドイツ連邦を、国際法上の国家連合と解釈する考え方が支配的であり、「連邦国家モデル」が本格的に登場したのは、三月革命以後のことであった(7)。そこでは、ゲオルグ・ヴァイツ（Georg Waitz）が、次のような連邦国家モデルを提唱したとされる(8)。すなわち、中央国家権力と個別国家権力が並存し、全体国家の主権と個別国家の主権が分裂しているとされる「主権分割モデル」である。シュトライスによれば、このヴァイツのモデルは、六〇年代前半には、ドイツ連邦の理想像として、広く受け入れられたが、一八六六年の北ドイツ連邦の成立とともに、時代にそぐわないものとなった(9)。なんとなれば、ヴァイツの主権分割モデルでは、ライヒ事項における連邦諸国家の協働を可能とする、連邦参議院制度の説明がつけられないからである。

そして、このヴァイツの主権分割論に、もっとも急進的に反対したのが、マックス・フォン・ザイデル（Max von

Seydel）であり、彼は、個別国家における主権は不可分であるとし、それ故にドイツ帝国は国家連合に他ならないと主張したとされる。[10] ただし、シュトライスによれば、ザイデルは、この国家連合を、解消不可能なものとした点で、自己撞着に陥ることとなった。[11]

それに対し、一八七一年以降の国法学において、はるかに支配的となった見解は、主権の分割を拒否しつつ、個別国家単体が、主権を持つとするのではなく、ドイツ諸国家が、全体として主権を持つとする見解であった。[12] シュトライスによれば、アルベルト・ヘーネル（Albert Hänel）や、ギールケ、ラーバント、イェリネックを含む、大多数の著作家の間でなされた議論は、統一国家と純粋な国家連合を共に排除するという、この大枠の中でなされたものであった。[13] 言うまでもなく、本稿第二部で取りあげるギールケとラーバントの連邦国家論争は、この範疇に位置づけられるものである。なお、シュトライスによれば、この帝国創立期における、国家連合と連邦国家のアンチノミーに対する強い関心は、概念上の論争に対する、ある種の嫌気が広がったために、帝国創立後、数十年の内に弱まることとなるが、その後、ワイマール期の「方法論争」において、再燃することとなる。[14] 当時展開されたような、連邦国家の法学上の構造についての問いは、中央集権主義と連邦主義という、ドイツの継続的な問題を解決するための手がかりを与えるものであったからである。[15]

次に、ギールケ＝ラーバント論争を扱った、先行研究についても、簡単に触れておきたい。この論争については、すでに何度も指摘してきた通り、カール・シュミットに代表されるような評価、すなわち、ギールケの政治理論を、決断を回避した、無内容な妥協の理論であったと断じ、[16] それ故に、ギールケのラーバントに対する批判も、空振りに終わったとする見方が、[17] 大きな影響力をもってきた。シュミット以後も、ギールケ＝ラーバント論争をめぐっては、主に両者の法学方法論に注目し、ギールケのラーバント批判に、一定程度の有効性を認める研究が進められたが、[18] ラーバントと

ギールケの両者による、実際の論争過程を、一次資料に基づいて、時系列的に跡づけようとする研究については、ほとんど蓄積がない[19]。このことは、本稿の試みと最も近いと考えられる、ミヒャエル・ドレイヤー（Michael Dreyer）による、一九世紀の有機的連邦主義理論の系譜を跡づけようとする研究[20]についても、同様に指摘することが出来る（詳しくは後述）。しかし、ラーバントが、ギールケの激しい批判に直面し、『ドイツ国法学』第二版を、大幅に改訂したことを想起するならば、両者の主張をつきあわせ、論争の展開過程を、一次資料に基づき、時系列的に再構成する作業が、不可避となろう。

以下においては、まず、第一章において、ラーバントが、『ドイツ国法学』第一版（SDR）で展開した連邦国家理論を跡づける。次に、第二章において、それに対するギールケの批判を究明する。その上で、第三章において、『ドイツ国法学』第二版（SDR II）に見られる、ラーバントの改訂作業を分析し、ギールケ＝ラーバント論争の実像を描き出したい。

第一章　パウル・ラーバントの連邦国家論

本章では、ラーバントが、『ドイツ国法学』第一版において展開した連邦国家理論を明らかにするために、まず最初に、ラーバントが、ドイツ帝国の成立史を、どのように理解したのか、という問題につき、ラーバントの主張を確認する。そして、次に、成立したドイツ帝国の法的本質について、ラーバントの見解を跡づけ、そこで提示された、ラーバントの連邦国家概念を確認する。その上で、帝国と個別国家の関係をめぐる、ラーバントの主張を分析し、『ドイツ国法学』第一版における、ラーバントの連邦国家理論を究明したい。

一　ラーバントのドイツ帝国成立史理解

ラーバントは、ドイツ帝国成立史の叙述を、プロイセンのドイツ連邦脱退に関する、法的有効性をめぐる議論から、説き起こした（SDR：3）。ラーバントによれば、オーストリアは、一八六六年六月一四日のドイツ連邦議会において、対プロイセンの連邦軍動員を決議させ、それに対しプロイセンが、「連邦契約無効」を主張してドイツ連邦からの脱退を表明し、普墺戦争に突入することになったが、このドイツ連邦の解体は、法的にも完全に有効である（SDR：4）。なぜなら、ドイツ連邦は、神聖ローマ帝国とは違って、国家共同体 staatliches Gemeinwesen ではなく（SDR：8）、国際法上の契約関係であるに過ぎないため、構成員全員の一致した意思決定によって解散することができるからである（SDR：4）。ラーバントによれば、実際に、六月一四日のプロイセン脱退に続き、他の加盟諸国が次々に脱退を表明しており、七月二六日にはオーストリアも、ニコルスブルグ仮平和条約第二条によって、ドイツ連邦の解体とオーストリアの参加を伴わない、新ドイツの創設に同意した（SDR：5-7）。さらに、個々の構成国のみならず、連邦議会自体も、八月二四日のアウグスブルク会議に於いて、ドイツ連邦解体を承認したのであり（SDR：7）、ヨーロッパ列強がドイツ連邦樹立に協働したという経緯から、国際法上必要とされる、ヨーロッパ列強の承認も、一八六七年五月一一日のロンドン条約によって満たされているという（Ebend.）。従って、一八六六年のドイツ連邦の解体は、国際法上の同盟関係を解消するためのすべての要件を満たした、満場一致の解体であり、法的に有効なものであったというのである。

（1）北ドイツ連邦の成立

こうして、ドイツ連邦に代わり、北ドイツ連邦が成立することになるのであるが、ラーバントは、この経緯を、基本的にプロイセンの立場に立ちながら[21]、以下のように説明する。すなわち、まず、プロイセンは、一八六三年九月一五日のオーストリア改革に関する国務大臣報告書（SDR：9-10）をはじめとして、シュレスビッヒ＝ホルシュタイン問題解決の為のドイツ連邦改革案を検討し、一八六六年四月九日の連邦議会において、ドイツ連邦の改革要求を出した（SDR：12）。そして、連邦議会は、四月二六日に、九人委員会へ審議を移送し、五月一一日には、審議が開始された（Ebend.）。ラーバントによれば、この時点におけるプロイセンの提案は、連邦の存続を前提としており、旧ドイツ連邦憲法と新ドイツ連邦憲法を法史上架橋しようとするものであって、プロイセンの最後の連邦改革の試みであった（SDR：12-13）。それに対し、同年六月一〇日に出された、プロイセンの再提案は、連邦の解体を前提とする急進的なものとなり、六月一四日の連邦議会における対プロイセンの連邦軍動員決議と、それに抗議したプロイセンの連邦からの脱退表明、普墺戦争へと進んでいくこととなった（SDR：13-14）。その後、戦争に敗北したオーストリアは、七月二六日にニコルスブルグ仮平和条約を結び、前述の通り、ドイツ連邦の解体が取り決められ、加盟国のドイツ連邦からの脱退という、北ドイツ連邦設立のための消極的な前提条件が整うことになった（SDR：14-16）。そして、北ドイツ連邦設立のための積極的な国際法上の基礎は、八月一八日のベルリン同盟条約であり、当事国は一六カ国（後に二二カ国）であった（SDR：16-18）。ただし、ラーバントによれば、八月一八日の同盟条約は、あくまでも北ドイツ連邦を設立するための国際法上の基礎にすぎないものであって、国法上の基礎ではなかった（SDR：19）。ここでは、同盟が成立したというよりも、各国が同盟を成立させる義務を負ったのであり、この時点で北ドイツ連邦が成立したとは言えないとし、八月一八日の条約締結は、北ドイツ連邦やドイツ帝国の根拠にはならないとする（Ebend.）。各国政府は、この取り決めを行った後で、義務履行の手続きを始めることとなったが、プロイセン下院の承認手続の要求によって、当初の想定とは異なり、

条約批准が、各国の議会にも諮られることとなって、最初から困難に直面することとなった（SDR：19-20）。同年一〇月一五日、プロイセンが、北ドイツ連邦の制憲議会を設立するための選挙法を公表すると、他の諸国もこれに追従し（SDR：20-21）、一二月一五日には、各国の全権代表がベルリンに集まり、翌年にかけて、憲法草案をとりまとめることとなった（SDR：21-23）。翌一八六七年二月一二日には、各国で一斉に選挙が行われ、二月二四日には、制憲議会が開会され、四月一六日に、憲法が制定された（SDR：23-25）。しかし、ラーバントによれば、ここではさらに、各国の憲法に対する同意が必要とされており、未だ連邦が成立したとは言えない（SDR：25-26）。従って、この後、各国それぞれにおいて、当該憲法の承認手続きが取られ、法律と同じ仕方で、憲法の制定が公布されることとなった（Ebend.）。ラーバントによれば、この各国が発した公布は、「七月一日をもって憲法が発動する」という内容で共通しており、北ドイツ連邦は、七月一日の憲法発動とともに成立したと考えるべきであるという（SDR：26-27）。

ここで、ラーバントは、この憲法の性格づけについて、ザイデルやヘーネルなど、多くの国法学者に誤解があるという（SDR：27）。まず、この憲法を、加盟各国で内容が共通の領邦法そのものであるとする、ザイデルの見解[22]については、その見解は誤りであり、この誤りについては、ヘーネルが正しく指摘した所であるという（SDR：27-28）。すなわち、本憲法は、内容上、領邦国家の枠を超えた、国際的な連邦憲法であるため、一国家内の領邦法と同じレベルで本憲法を論じることは不可能であり、したがって、帝国を、各国の集積として説明することはできないという指摘である（Ebend.）。

さらに、ラーバントによれば、ヘーネルは、領邦代表（領邦議会）による本憲法の承認について、以下の二重の意味を見出した（SDR：28）。その第一は、本憲法が、前述の八月同盟に基づく権利義務に合致するものとして、承認されたという意味であり、その第二は、本憲法が、予想される北ドイツ連邦憲法の直接的な効力や権限にとり、障害になる

ような、個別国家の憲法や実定法を、合憲的に無効にするという、消極的機能を持つこととなったという意味である。しかし、ラーバントによれば、このヘーネルの指摘は、どちらも不適切である（Ebend.）。ラーバントは、まずヘーネルの第一の指摘について、各領邦は、八月同盟の段階では、法的にそれに同意するかどうかの権利を留保していたのであり、その内容と本憲法の内容が一致しているかどうかは、本質的な問題ではないという（Ebend.）。前述の通り、ラーバントにとっては、八月一八日の同盟条約は、国際法上の基礎にすぎないものであり、北ドイツ連邦やドイツ帝国の国法上の基礎にはならないのである。次に、ヘーネルの第二の指摘については、もしヘーネルの言うとおり、本憲法が、消極的な意味しか持たないというのであれば、本憲法は、各国の領邦法に穴をあけることにしかならず、その上、本憲法の公布は、各国において異なる内容を持つことになってしまうと批判する（SDR：28-29）。このようなヘーネルの理解では、本憲法の積極的な基礎が得られないのであり、この問題に対するヘーネルの応答は、不十分なままであるというのである（SDR：29-30）。

ラーバントは、以上のようなヘーネルの見解に対して、北ドイツ連邦が、各領邦君主と領邦議会の同意と共に成立すると主張し、その日付は、一八六七年七月一日以外にあり得ないと主張する（SDR：32）。ラーバントによれば、まず、その内容に法規を含んでいなくても、国家の意思表明や、領邦君主と領邦議会の合意を表すものとして、法律の形式を取ることができる（SDR：30）。そして、北ドイツ連邦に加入するという、ドイツ諸国家の決定は、その憲法の告知を通じて表明されるものに他ならず、北ドイツ連邦の設立は、一つの法規、あるいは諸法規の複合体の設置としてではなく、諸国家の意思決定という、法的行為として見るべきであるとする（Ebend.）。つまり、北ドイツ連邦憲法は、個別国家の一致した領邦法ではなく、それ故に、領邦国家権力により、個別的に承認されるという性質のものではないのであり、各領邦国家による本憲法の公布は、「本憲法をもつ連邦に参加する」という各個別国家の決定が、それぞれの国

家に於いて、領邦法を通じて表明されたものと考えるべきであるという（SDR：31）。なぜなら、まず連邦憲法に反する部分を領邦憲法や領邦法から取り除き、その空白部分に連邦を立てるというような、ヘーネルの法構成は不可能であり、諸国家は、まず北ドイツ連邦に参加し、その後に各国の領邦憲法が修正されると考えるべきだからである（SDR：31-32）。以上のことから、本憲法の公布法、および、そのために必要な各領邦政府の行為は、八月同盟の最終的で完全な履行を意味するのであり[23]、北ドイツ連邦設立の日付は、一八六七年七月一日に他ならないというのである（SDR：32）。

ただし、ラーバントは、ここに非常に困難な循環論法の問題が潜んでいることを率直に認めている（SDR：33）。すなわち、個別国家が、北ドイツ連邦への参加表明を行うためには、北ドイツ連邦の設立が、個別国家の参加表明に先行していなければならないが、北ドイツ連邦は、一定の憲法の存在がなければ存在し得ないはずであり、その憲法の承認を、未だ存在していない北ドイツ連邦自体からは導き出すことができないという問題である。ラーバントによれば、この問題は解くことのできない問題であるが、北ドイツ連邦の設立を、領邦法の観点のもとで、各領邦の集合として根拠づけるべきではなく、あくまで、そこに参加する諸国家の自由な意思行為として解釈するべきであるという（Ebend.）。各領邦国家の主権者は、成り行き上、領邦議会の承認が必要とされたために、領邦法の形式のもとで国家的な意思決定を行う必要があったと解釈するのである（Ebend.）。

なお、ラーバントは、こうして成立した北ドイツ連邦と南ドイツ諸国家との関係については、確かに、プラハ講和条約において、プロイセンは、オーストリアに対し、緊密な関係をマイン川を超えては延ばさないという約束を行ったが、連邦に参加するかどうかは、南ドイツ諸国家の自由であるという（SDR：34）。そして、この関係は、国民的基礎の共通性を別とすれば、純粋に国際法上の条約関係であり（SDR：35）、南ドイツ諸国の北ドイツ連邦への加入は、連邦理念の変化とは見なされない（SDR：36-37）。というのも、北ドイツ連邦は、当初からドイツ帝国への拡大を意図してい

たからである。なお、ラーバントによれば、この拡大の成否やその時期については、ヨーロッパの政治関係と南ドイツ諸国家および諸住民の願望如何によって決まる問題であった（Ebend.）。そして、実際に、北ドイツ連邦と南ドイツ諸国家は、対仏戦争を通じて団結し、エルザス・ロートリンゲン地方の獲得にまで、成功することとなるのである（Ebend.）。

（2）ドイツ帝国の成立

次に、ラーバントは、ドイツ帝国成立の経緯について、一八七〇年一二月五日の、連邦宰相官房長官デルブリュックによる、北ドイツ連邦国会での答弁に基づきながら、普仏戦争の大勢が決した九月以降における、北ドイツ連邦と南ドイツ諸国の交渉過程を跡づけた（SDR：37-39）。それによれば、この交渉結果は、以下の四つの文書にまとめられるという（Ebend.）。まず、その第一は、一八七〇年一一月二五日にベルサイユで締結された、北ドイツ連邦とバーデン、ヘッセンとの条約である（SDR：39-40）。ここでは、北ドイツ連邦憲法を修正した「ドイツ連邦憲法」が付与されており、若干の制限を除いて、一八七一年一月一日をもって憲法が発効することとされ、七〇年一二月に、北ドイツ連邦、バーデン、ヘッセンの各立法部門で承認されたのであった（Ebend.）。次に、その第二は、一八七〇年一一月二五日にベルリンで締結された、北ドイツ連邦、バーデン、ヘッセンとヴュルテンベルク間の条約である（SDR：40）。ここでヴュルテンベルクは、若干の特権を付与されながら、基本的には、一一月一五日のベルサイユ条約に加わることとなった（Ebend.）。そして、その第三は、一八七〇年一一月二三日にベルサイユで締結された、北ドイツ連邦とバイエルン間の条約である（SDR：41-42）。ここでは、バイエルンの要望に添うために、北ドイツ連邦憲法に、一定の修正を加え

ることが定められたが、ラーバントによれば、このことは、一一月一五日のベルサイユ条約の段階で、条約当事国の間では、かなりの程度織り込み済みのことであった（Ebend.）。最後に、その第四は、一八七〇年一二月八日のベルリン条約である（SDR：42）。ここでは、すべての条約当事国が署名し、ヴュルテンベルク、バーデン、ヘッセンが、北ドイツ連邦とバイエルン間の条約を承認するとともに、バイエルンは、必要な範囲で、北ドイツ連邦とバーデン、ヘッセン、ヴュルテンベルク間の諸条約を承認したのであった（Ebend.）。

ラーバントにとって、ここで問題となるのは、バイエルン王の提案により、この新たなドイツ連邦の名称が「ドイツ帝国」となり、連邦首席権の行使が「ドイツ皇帝」の称号の保持と結びつけられたことであった（SDR：42-43）。すなわち、この憲法の形式上の重要な変更を、どのように法学的に説明するか、という問題である（Ebend.）。ラーバントによれば、この問題への応答は、主として、北ドイツ連邦の設立の叙述を通じて、準備されていた（Ebend.）。なんとなれば、ベルサイユの一一月の諸条約は、徹頭徹尾、国際法の性質を持ち、「一八七一年一月一日をもって新連邦を設立する」という条約上の権利義務に基づいている点で、前述の一八六六年の八月同盟に類似するものだからである（Ebend.）。ラーバントによれば、両者は、以下の三点において、異なるにすぎない（Ebend.）。

その相違点の第一は、八月同盟では、条約当事国が、相互に完全に独立した国家であったのに対し、一一月の諸条約においては、当事国の一方が、統一体としての北ドイツ連邦であり、他方が、南ドイツの個別諸国家である点である（SDR：43-44）。すなわち、北ドイツ諸国家の連邦は、一一月の諸条約で終了したわけでも、解消されたわけでもなく、新連邦（ドイツ帝国）はその拡大および修正であるという（Ebend.）。ラーバントは、旧ドイツ連邦と北ドイツ連邦の間には、法的連続性を認めないのに対し、北ドイツ連邦と新帝国との間には、法的連続性を認めるのである（Ebend.）。従って、ラーバントによれば、帝国の設立は、「新たな創造」なのではなく、「北ドイツ連邦の改革」であり、この「改

革」はもともと北ドイツ連邦憲法において予定されていたものである（Ebend.）。なんとなれば、すでに、ヴュルテンベルクとの条約においては、このことが明示的に言明されていたし、バーデン、ヘッセン及びバイエルンとの条約についても、北ドイツ連邦の解体を意味するものとは考えられないからである（Ebend.）。

次に、八月同盟と一一月の諸条約の相違点の第二は、八月同盟では、北ドイツ連邦憲法自体ではなく、その制憲方法が取り決められたのに対し、一一月の諸条約では、北ドイツ連邦憲法が、基礎としてすでに存在していたため、制憲方法についての取り決めが不要であった点である（SDR：44-45）。そして、ラーバントによれば、一一月の諸条約の締結以後における、北ドイツ連邦と南ドイツ諸国家との関係は、北ドイツ連邦憲法草案が出来上がった、一八六七年四月一六日以降の北ドイツ諸国家間の関係と類似している（Ebend.）。すなわち、連邦は、条約や憲法草案を通じてではなく、連邦構成員の完全な意思の一致によって成立するのであり、北ドイツ連邦が、各国の領邦君主と領邦議会の承認を経て、一八六七年七月一日に成立したように、ドイツ帝国の成立日（すなわち、ドイツ帝国憲法の発行日）は、一八七〇年一一月一五日や、二三日なのではなく、その確定日である一八七一年一月一日なのであるという（Ebend.）。

そして、八月同盟と一一月の諸条約の相違点の第三は、連邦（帝国）の設立に際し、当事国の人民代表（議会）が行う承認に関する、内容上の相違である（SDR：45）。前述の通り、八月同盟と一一月の諸条約の間には、前者においては、条約当事国が、相互に独立した国家であるのに対し、後者においては、当事国の一方が、統一体としての連邦であるという相違があったが、この相違は、当事国の人民代表による承認の内容にも、影響するという（Ebend.）。すなわち、八月同盟において、北ドイツ連邦の設立は、全当事国による、連邦への参加の意思表明によって成立すると考えられたのに対し、一一月の諸条約においては、条約当事国の一方が、すでに、連邦体（北ドイツ連邦）であるため、八月同盟と同じ構成をとることが出来ないのである。ラーバントによれば、一一月の諸条約において、連邦（帝国）設立の

承認は、北ドイツ連邦側にとっては、連邦政府が、南ドイツ諸国の受け入れを通じて、南側へ連邦を拡大することに対する承認を意味するのに対し、南ドイツ諸国側にとっては、各国政府が、連邦へ加入することに対する承認を意味する（Ebend.）。

ラーバントは、まず、南ドイツ諸国家における承認については、北ドイツ連邦憲法が、北ドイツ諸国家の領邦法として導入されたのではなかったのと同様であり、ドイツ帝国憲法も領邦法として導入されたのではないとする（Ebend.）。ラーバントによれば、確かに、帝国への加入は、領邦法に大きな変化を及ぼすが、加入自体は、南ドイツ諸国家の意思行為と考えられるべきだからである（Ebend.）。けだし、帝国の設立は、個別国家権力が対象とする事柄ではなく、南ドイツ諸国家の立法の対象とは考えられないのである（Ebend.）。

それに対して、ラーバントは、北ドイツ連邦国会における承認は、南ドイツ諸国家におけるそれとは異なる意義を持つという（SDR：45-47）。というのも、北ドイツ連邦国会における、連邦拡大の承認は、条約の批准であると同時に、結社制度や報道体制に対する連邦権限の拡大や、改憲手続きの厳格化など、実質上の憲法改正を伴っているからである（Ebend.）。しかし、ラーバントは、この憲法改正が、法律としてなされたのではないとし、あくまで条約の批准という形を取っているため、確かに、実質上憲法は変更されているが、法としての形式は整っておらず、形式上の憲法改正の手続きは、帝国成立後になされるという（Ebend.）。すなわち、新帝国は、帝国が設立された後で、北ドイツ連邦がバーデン＝ヘッセンおよび、バイエルン、ヴュルテンベルクとの間で締結した各条約相互の整合性を確保し、自らの憲法を秩序立てて編集するという任務を、引き受けることとなったというのである（SDR：48）。こうして起草された帝国憲法草案は、第一回帝国議会に提出され、一八七一年四月一四日に承認され、四月一六日に、憲法自体の編集と公布法という二つの相互に分離された構成要素から成る、帝国法として公布されることとなる（Ebend.）。

具体的には、ラーバントは、まず、一八七一年一月一日の時点で、北ドイツ連邦とバーデン、ヘッセンおよびバイエルン、ヴュルテンベルクとの間で結ばれた諸条約に代わり、ドイツ帝国憲法が成立し、諸条約の目的は完全に果たされたとする（SDR：49-50）。しかし、ラーバントによれば、四月一六日の公布法により、一一月の諸条約に基づいて、一八七一年一月一日に効力を持った連邦憲法は、実質的にその内容を保持しながらも、その形式的有効性を取り消され、四月一六日の帝国憲法の形式的有効性によって置き換えられる（Ebend.）。そして、本公布法を含む連邦官報は、同年四月二〇日にベルリンで出され、新たな憲法の編集を通じた、その旧い編集との交替は、五月四日になされたという（Ebend.）。ラーバントによれば、この新たに編集された憲法の発効は、条約の遂行と見るべきでも、条約上の協定に基づくものと見るべきでもなく、同年一月一日に成立した憲法に基づく、帝国の立法権力によってなされたものと見るべきなのである[24]（Ebend.）。

ラーバントは、ドイツ帝国の成立史を、およそ以上のように解釈した上で、次に、このようにして成立した新帝国の法的本質について、それを法学的にどのように構成するか、という問題と取り組む。

二　帝国の法的本質についてのラーバントの理解

（1）法および権利主体としての帝国

ラーバントによれば、法および権利主体としての帝国のあり方をめぐっては、帝国が国家であるのか、あるいは国家的任務を共同で遂行するための諸国家の連合であるのかという問題がある（SDR：56）。この概念上の対立は、私法上

の法人と組合 Gesellschaft (Sozietät) の対立に対応し、法人としての国家と組合としての国家連合は、相互に類似した側面を持ちながらも、概念上は明確に区別され、両者は互いに他を否定するため、両立はできないという（Ebend.）。そして、国家連合に、如何に広範で重要な国家的任務をあてがうことが可能であったとしても、それは、国法上の形成物ではなく、国際法上のものであるにすぎないのに対し、国家は、その構成が、如何に緩やかなものであったとしても、国際法上の規定の適用は受けない（SDR : 57）。さらに、国家連合の法的基礎は、組合と同様に条約（契約）であるのに対し、国家の法的基礎は、私法上の法人 Korporation と同様に、憲法 Verfassung（規約 Statut）であるという（Ebend.）。

ラーバントによれば、法人の本質は、自立的な意思能力を前提とした、自立的な権利能力であり、私法上の法人にとっての権利能力および意思能力が、財産権の領域に限定されているのに対し、公法上の法人である国家にとってのそれは、支配権や高権にまで及ぶものである（Ebend.）。こうして、国家の法人性は、国家が、自らの任務と義務を遂行するために、自立的な支配権と支配意思を持っていることをそのメルクマールとしており、ここに国家と国家連合の差異が存することとなるのである（SDR : 58）。それゆえ、ラーバントによれば、国家連合の意思が、その構成員の多数者の共通意思の表現であるのに対して、国家の意思は、その構成員の意思とは別のものであって構成員の意思の総計ではなく、たとえ、その構成員が、国家意思実現に協力するように任じられることがあったとしても、国家意思は、その構成員に対して自立している（Ebend.）。また、国家連合における公法上の支配権が、たとえ、構成諸国家によって共同で権利行使されるような場合があったとしても、それは、あくまで個々の構成諸国家のものであるのに対して、国家における高権は、国家が自立的に保持しているのであり、たとえ、その権利行使に個々の構成員が任じられたとしても、それは構成員が持つ権利ではなく、構成員に対する国家の権利であるという（Ebend.）。従って、ラーバントによれば、ドイツ帝国の法的本質をめぐる問題は、帝国が公法上の法人であるのか、それとも、ドイツ諸国家によって形成された法律

関係にすぎないのか、という問いに定式化される（Ebend.）。

ラーバントによれば、著作家の大多数は、北ドイツ連邦やドイツ帝国の法および権利について、国家的本質を持つとしたが、ザイデルは、帝国を国家連合と解釈しようと試み、帝国憲法の規定を、国家連合の原理から説明しようとした（SDR：58-59）。ここでザイデルは、国家は、人間にとり、最高次の完全な統一体であり、主権分割を意味する伝統的な連邦国家概念は学問的にありえないとし、「国家間の結合は、より高次の国家となるか、それとも、諸国家よりなる国家連合であるかのどちらかである」という前提から出発したとされる（SDR：59）。そして、ザイデルの見方では、北ドイツ連邦やドイツ帝国の加盟各国は、その成立時において、それぞれの主権を共同行使する条約を締結したにすぎず、帝国の構成員は、国家であり続けることとなり、帝国は、国家ではなく諸国家の連合であることとなるという（Ebend.）。ラーバントによれば、このザイデルの議論を支える根拠は二つあり、その第一は帝国の成立方法であり、その第二は、連邦構成国が、憲法上「国家」と承認されていることであった（SDR：60）。

ラーバントは、まず第一の、ドイツ帝国もしくは北ドイツ連邦の成立史を援用するザイデルの論拠については、すでにヘーネルによって鋭く論破されているという（Ebend.）。すなわち、実際に、北ドイツ諸国家が、国際法上の条約によって連邦の設立を相互に義務づけたとしても、そのことは、連邦自体が国際法上の条約的な性質をもつことを帰結しないという反論である（Ebend.）。というのは、一八六六年八月十六日の連邦条約第六条における、長くとも一年という連邦条約の期間の制限（SDR：17-19）や、北ドイツ連邦の機関である連邦国会に、各国の代表が加わって憲法を制定したという事実は、「憲法の成立は、条約の目的達成ではなく、最初の事実上の意義を獲得するにすぎない」というザイデルの主張と矛盾するものであり、一八六六年八月十八日の条約は、一八七七年七月一日の北ドイツ連邦の設立によって、その内容が満たされて条約関係が終了し、それに代わる国法上の組織が成立したと考えるべきだからである

（SDR：60-61）。また、ドイツ帝国設立の経緯に関しても、すでに存在していた北ドイツ連邦が、南ドイツ諸国家の加入を受け入れたにすぎないのであり、南ドイツ諸国家を受け入れる基本法の編集が、条約の形式ではなく、憲法の形式でなされた事実からも、ドイツ帝国を国際法上の条約関係としては捉えられないという（SDR：61）。従って、帝国の条約的本質を示すために、憲法の冒頭を引き合いに出したとしても、それは帝国の設立が、主権国家の自由意思によってなされたことを確認するにすぎないのであり、帝国設立に至る法律関係を、その設立を通じて生み出された制度と同一視することはできないというのである（SDR：61-62）。

次に、サイデルの第二の論拠、すなわち「その構成員が国家であるが故に、ドイツ帝国は国家ではあり得ない」という主張についてであるが、この主張は「国家」という表現をめぐる言語上の定義の問題に還元されるのであり、ザイデルは論証されていないことを前提としてしまっているという（Ebend.）。ラーバントは、実際上、主権的で不可分な唯一最高次の権力（＝主権）が存在することが認められるとし、従来の政治学や国法学の文献においても、統一国家が、国家論の基礎とされ、統一国家と国家一般は、直ちに同一視されてきたという（SDR：62-63）。けだし、国家概念の抽象化に当たっては、自立した主権国家に注目し、主権を国家概念の本質的要素とすることがしばしばであったからである（Ebend.）。そして、国法理論においても、この国家概念規定が、ほとんど排他的に支配的であることに反論の余地はないという（Ebend.）。しかし、他面において、ドイツで用いられてきた「国家」という言葉の語法が、この教条的な国家定義にそぐわないことも確かであるという（Ebend.）。例えば、かつての神聖ローマ帝国において、非主権的ドイツ領邦ヘルシャフトを「国家」と呼ぶことについては、何のためらいも見られなかったのであり、アメリカ合衆国の構成員（州）も「国家」と呼ばれ、ルーマニアやセルビアなどのオスマン・トルコ帝国支配下の自立的な非主権的政治体も「国家」と呼ばれてきたからである（Ebend.）。ラーバントによれば、それまで自立的であったいくつかの国家が、

自らに対してより高次の権力をもつ結合体に共同で加わる時、自らが主権的であることは放棄しなければならないとしても、「国家」であることをやめる必要はないのであり、支配権や高権、共同体秩序に対する責務、および、その責務遂行のための権力手段の多くを、自らの手に残しながら、新たに生まれたより高次の権力を、支配権と国家的任務のわずかな領域に限定するということは十分可能である（SDR：63-64）。また、これらの構成員は、新たに生まれた、より高次の権力の行使自体へ関与することにより、より高次の権力へ服従することにより失ったものを、非常に高い程度で補償されるのであり、これらの構成員を「国家」と呼ぶことは、一般的な語法、および、人民に周知の見解と、完全に一致するという（Ebend.）。というのも、それまで主権的であった諸国家が、政治的実存を失うことなく、その支配権と責務の大部分を事実上保持しているのであれば、この諸国家に「諸国家」の名称を認め、これらの諸国家から「国家」という名称を奪う代わりに、新たに生み出されたより高次の権力の方に、連邦 Bund や帝国 Reich の単語をあてることは、容易に理解可能だからである（Ebend.）。そしてこれらの諸国家は、単にそう呼ばれるというだけではなく、実際上も、最も包括的で重要な、自立的かつ正当な公的高権の主体であり続けているというのである（Ebend.）。従って、ラーバントによれば、帝国とその構成国が、両者とも同時に主権的であるという意味を潜ませない限りにおいて、「帝国とその構成国が、共に国家的性質を持つ」とすることは論理上の矛盾ではなく、帝国の構成員が、諸国家であり、合憲的に「国家」と呼ばれるという理由で、「帝国は国家的組織ではあり得ない」といった結論を引き出すことはできないのである（SDR：64）。

以上のことから、ラーバントは、帝国が個別諸国家に対し、自立的な権利を持っているかどうかという問題については、帝国によって用いられる権限の範囲や重要性が決定的なのではなく、帝国に属する意思領域や権利領域が、個別国家のそれに対して法的に自立しているかどうかが決定的なのであり、ドイツ帝国は以下の四つの理由から、この要件を

満たしているという（Ebend.）。その第一は、ドイツ帝国が、その意思確立のための固有の機関をもっていることである（SDR：64-65）。例えば、連邦参議院の決定を、全個別国家政府の一致した宣言によって置き換えることは不可能であり、帝国議会の決定も、全個別国家の領邦議会による一致した決議によって置き換えることはできないのであって、連邦参議院や帝国議会は、個別諸国家の個別意思を集め、その個別意思の合計結果を確定する機関なのではなく、帝国の自立的で統一的な意思確立のための機関である（Ebend.）。従って、帝国の意思決定は、全個別国家の一致した意思決定と対立することさえあり得るのであり、帝国の意思は、個別諸国家の意思の総計ではなく、また、その多数意思でもないこととなる（Ebend.）。第二の理由は、ドイツ帝国が、その意思決定を執行するための固有の機関をもっていることである（SDR：65-66）。ラーバントによれば、帝国宰相は、個別諸国家の君主や領邦議会に責任があるのではなく、皇帝や連邦参議院、帝国議会に責任を持つのであり、帝国官吏も、結合された諸国家政府の官吏ではなく、皇帝に任用され、帝国に宣誓する帝国の官吏である（Ebend.）。第三の理由は、ドイツ帝国が、その内容上、個別国家の高権ではありえないような、個別国家を超えた自立的な高権をもっていることである（SDR：66-67）。ラーバントによれば、もしも帝国に認められた絶対権が、自己の権利からの権限ではなく、委任されたものにすぎないというのであれば、本来その権限を有する者（個別国家）によって、法的に制限されることとなるはずであるが、例えば帝国憲法第四条、第三十五条、第五十条により定められる帝国および皇帝の諸権利は、個別国家が持ち得ない内容の高権を含んでおり、帝国の高権を、個別国家がもつ高権の共同行使として構成することはできないのである（Ebend.）。そして、最後の第四の理由は、ドイツ帝国が、憲法第七十八条第一項に基づき、多数決と法律の形式によって、自らの権限を拡大することができることであり、このことは決定的に重要であるという（SDR：67）。ラーバントは、まず、憲法第四条において列挙された、帝国に割り当てられている権限は、極めて広範囲に及ぶものであり、ここに、「高権の共同行使」という、

ドイツ諸国家による条約関係を想定することは難しいという（SDR：67-68）。つまり、第四条で列挙された事項が、広範囲に及ぶ明確な高権であることを考慮せず、それが「限定列挙である」という点だけを重視し、「帝国の権限が制限されている」と解する見方は、帝国が、憲法第七八条に基づき、多数決により、その制限を変更することができることを考慮するならば、維持できないというのである（SDR：68-69）。むろん、この多数決には厳しい制限が課されており、現実政治的には大きな困難を伴うものであるが、満場一致が要求されているわけではないため、ここで組合的な法構成をとることは不可能であるという（Ebend.）。従って、ラーバントによれば、憲法第七八条の規定は、ドイツ帝国の国家性を法的に基礎づけるには十分なものであり（Ebend.）、帝国の権限拡張は、形式上も、条約ではなく、法律の形式で行われるのである（SDR：69-70）。さらに、個別国家は、自らの意思によって帝国から離脱することはできないのであり、このことからも、帝国は、自立的な意思主体、および、権利主体であり、国法上の法人であることが示されているという（Ebend.）。こうして、ドイツ帝国は、国家に必要とされる、概念上のすべての前提条件と指標を満たしているとされるのである（Ebend.）。

（2）連邦国家概念

ラーバントは、以上に述べたような理由から、ドイツ帝国を「国家」であるとしたが、ドイツ帝国は、複合的国家 zusammengesetzter Staat である点で、国土と住民が、国家の支配権や高権に直接服するような、通常の国家とは異なるという（SDR：70-71）。ラーバントによれば、複合的国家は、国土と住民が、下位の国家権力に服し、諸国家が、帝国権力と呼ばれる上位の国家権力に服するという、二重あるいはそれ以上の構成を持つ点で、通常の国家とは異なる

(Ebend.)。つまり、帝国権力の直接的支配の客体は、諸国家であり、統一体つまり公法上の法人としての諸国家は、帝国の臣下であり、帝国の構成員であるというのである(Ebend.)。そして、構成諸国家の領域は、間接的な帝国領域であり、構成諸国家の公民は、間接的な帝国臣下であることとなる(Ebend.)。従って、ラーバントによれば、帝国の本質は、諸国家の抑圧や廃止にではなく、諸国家の中間権力化に認められるのであり、帝国における構成国家は、下に向かっては支配者となり、上に向かっては臣下となるのである(Ebend.)。ただし、この中間権力化は、必ずしも帝国と個別国家のすべての関係において貫徹される必要はなく、帝国権力が、個別の関係において、個別国家権力をバイパスし、国土や住民に、直接的な影響力を行使する可能性や、その逆に、帝国が自覚的な自己制限の結果として遠ざかった任務領域において、個別諸国家に、それと対応する諸高権の総体が認められる可能性は、排除されないという(Ebend.)。ラーバントによれば、複合的国家の本質は、その概念が型どおりに実現しないことによって変化したりしないのであり、本概念の本質的メルクマールは、二つあるいはそれ以上の諸国家権力が、上下に重なり合って設立され、帝国権力が、諸国家を臣下とする「諸国家国家」であることである(Ebend.)。

ラーバントによれば、この複合的国家には、旧神聖ローマ帝国のような、封建君主に封建諸国家が従属する形態を取るものと、連邦国家形態を取るものとの二つの類型がある(SDR：71-72)。第一の類型に分類される、旧神聖ローマ帝国は、領邦君主を、領域国家権力の担い手として承認し、皇帝を、帝国権力の担い手として承認する限りにおいて、複合的国家であるということができるが、諸国家が、相互に原理的に平等なものとして結合されているわけではなく、ある一つの宗主国に対する服従の関係にあるため、連邦国家とはいえないとする(Ebend.)。それに対し、領邦国家権力の担い手が、帝国権力の名の下に、高権および支配権の主体としての公法上の法人を形成する、という意味で、帝国権力が、概念上の統一体としての構成諸国家全体のものとなる場合があり、この場合が第二の類型、すなわち連邦国家形

態であるという（Ebend.）。ここで諸国家は、自らとは異なる肉体的な支配者にではなく、自らがその基盤を成す理念的人格に、国家的に従うのであり、構成諸国家の中の一国家や外国に服従するという形ではなく、より高次の秩序としての共同体樹立のために結合するという形で、中間権力化されるのである（Ebend.）。そして、国家権力の対象としての臣下であると同時に、国家権力の主体として主権に参加するという、単純な民主政における全公民の立場と同様に、連邦国家における全個別国家は、帝国権力の対象であると同時に連邦国家法人の構成員であり、その取り分に応じて、帝国権力の正当な主体であると見なされる（Ebend.）。ラーバントによれば、この個別国家の取り分については、私法上の組合や共有の方法による、個別国家の固有権 Sonderrecht と見るべきではなく、また、帝国の高権が、別々に、あるいは共同で、個別国家に属したものと考えるべきでもないのであり、「帝国の意思形成や活動に参加し協働する」という、各国の構成員資格に含まれる権利に基づくものと見るべきである（Ebend.）。ラーバントは、このような論理構成を採用することにより、ドイツにおける帝国と個別国家の関係を、統一的かつ論理的に説明し展開することができるというのである（SDR：72-73）。ラーバントによれば、ここで明らかとなった連邦国家概念は、連邦国家の定義をめぐり、以下の四つの点で、ヴァイツを中心とする、従来の支配的な見解を、修正することになるという（Ebend.）。

その第一は、ヴァイツに代表される支配的通説が主張するような、連邦国家の本質を主権分割に見るという見解である（SDR：73-74）。この見方によると、ある分野では全体国家が、そして別の分野では個別国家が、それぞれ主権的であるということになるが、この見方が誤りであることは、すでにザイデルが鋭く指摘した所であるとし、一方において、統一と不可分性を国家権力の本質としながら、他方において、国家権力の分割を連邦国家の本質とするのは、矛盾であるというのである（Ebend.）。ラーバントによれば、国民の全体生活は、密接な相互関係のもとにあり、分解することができないため、国家的任務を、全体国家のものと個別国家のものに分解することができると考えるのは、妄想に他な

らず、全体国家権力の権限と個別国家権力の権限を、明確に区別できると考えるのも妄想であるという（SDR：74-75）。なんとなれば、権限の区別に疑いが生じた時に、誰がそれを決定し、誰がその変更を判定するのか、という問いが重要なのであり、その決定者（全体国家あるいは個別国家）こそが主権者であると考えるべきだからである（Ebend.）。ラーバントによれば、ヘーネルが適切に指摘したように、「権限を決定する国家権力に主権の核心がある」のであり、この意味におけるドイツ帝国の主権は、排他的に帝国に認められる（Ebend.）。こうして、ラーバントは、国家連合においては、主権の全体が個別国家に、連邦国家においては、それが全体国家に認められるべきであるとし、連邦国家の本質を、主権分割に見るべきではないとするのである（Ebend.）。

ラーバントが修正すべきとする、第二の見解は、連邦国家権力が、その支配権を、個別国家を介してではなく、国家公民に直接行使する点に、連邦国家の本質を見ようとする、ヴァイツの見解である（SDR：75-76）。ここでは、連邦権力が、国家公民に対して、直接に拘束力を持つ法律を出し、それを自ら執行することが、連邦国家にとって本質的なこととなる（Ebend.）。そして、ラーバントによれば、ヴァイツは、中央権力と個々の国家公民との間に、直接の国法上の関係があるというにとどまらず、個別国家が、中央権力に服従するという関係を根本的に排除し、全体国家と個別国家が、共に国家として並存すると考えるのであるが、前述の通り、主権分割が否定されるべきであるとするならば、全体国家と個別国家の並存という、この見方の前提自体が無効である（Ebend.）。すなわち、ラーバントは、連邦国家において、個別国家は、中央権力に従属すると考える他ないというのである（Ebend.）。

しかし、ラーバントによれば、連邦国家概念にとって本質的なこととして、「中央権力の官憲的高権が、構成諸国家および、その仲介を通じた個々人に対してではなく、個々の公民に対して、直接的に向けられている」という前提条件を挙げる見解は、カール・フリードリヒ・フォン・ゲルバー（Carl Friedrich von Gerber）をはじめ、大方の合意を得る

所となり、ヘルマン・シュルチェ（Hermann Schulze）など、連邦権力が、個々人に直接関わることを理由として、北ドイツ連盟を連邦国家と解する説が支配的であった（SDR：77-78）。支配的な連邦国家論の支持者のうちで、個々の国家所属員への直接的な中央権力の支配は、連邦国家概念にとって本質的でも特徴的でもないと言明したのは、ロベルト・フォン・モール（Robert von Mohl）やフランツ・フォン・ホルツェンドルフ（Franz von Holtzendorff）ぐらいであるという（Ebend.）。

このような諸見解に対し、ラーバントは、国家的任務実現のために、中央権力が構成諸国家を利用することは、複合的国家の一種である連邦国家にとって本質的なことであるとし、モールたちよりも、更にもう一歩進める必要があると主張する（Ebend.）。すなわち、連邦国家の概念規定のためには、連邦国家と統一国家の類似点、すなわち、そのどちらもが、一つの法主体であるという点ではなく、両者の相違点、すなわち、連邦国家においては、連邦と個々の構成員（個人）との間に、連邦に従属する国家が存在するという点が、本質的に重要であるというのである（SDR：78）。なんとなれば、北ドイツ連邦とドイツ帝国の立法は、関税制限や刑法典など、連邦権力による、個別国家に対する、国家的支配権の行使と解すべきであるような、無数の実例を生み出しているからである（SDR：78-79）。

ただし、ラーバントによれば、行政庁や裁判所の国家領域の内部において、諸国家が、帝国法に従属するよう責任を負うとしても、諸国家は、通常は、帝国の中央権力を持つ官庁に、直接に従属するわけではなく、帝国法侵犯の場合も、帝国は、それを直接回復するのではなく、帝国法を順守するよう促すのみである（SDR：79-80）。しかし、帝国が、諸国家に対し、自らの官憲的支配権を強制するに至った場合は、帝国に反抗する国家には処罰が執行され、この処罰によって当該個別国家の全構成員は帝国と関わることとなる（Ebend.）。ここで、ラーバントは、連邦国家についての従来の支配的な概念規定では、連邦国家と個別国家の領域が全く分断されてしまうため、連邦の処罰執行の余地が全くなくな

ることとなり、それどころか、連邦国家が個別国家に義務の履行を促しうるような領域が、なくなってしまうことになると批判するのである（Ebend.）。

こうして、ラーバントは、帝国法が、個別国家の側からの法律の公布を伴わずに、諸国家それ自体のみならず、その所属員をも規律することができるというのであるが、この帝国権力に対する、住民の直接的な服従について、個々人が、個別国家の支配権から解放されたと捉えることは許されないという（SDR：80）。ラーバントは、このような観念は、国家連合と連邦国家を教条的に対立させることによって生み出されるものであると批判し、連邦国家における連邦法の公布は、個別国家に一定の法規を出すように命じる命令ではなく、通例は、連邦国家による法文の承認 Sanction であるとする（SDR：80-81）。そして、この法文は、諸国家に対してだけ有効なのではなく、国土と住民とともに中央権力に服従する諸国家内においても有効なのであり、諸国家自身だけではなく、諸国家に所属する個々人をも拘束するのである（Ebend.）。ラーバントによれば、個別国家の側からの帝国法の公布は、単なる帝国法の内容の告知であって、個別国家による承認の宣言と解することはできない（Ebend.）。なんとなれば、それは法を与えられる側が法を宣言すると解することに他ならないからである（Ebend.）。こうして、ラーバントによれば、連邦国家において、連邦法が、個別諸国家の所属員を直接に拘束するという命題は正しいが、そこから個別国家の所属員が個別国家の国家権力から引きはがされ、帝国権力に直接服従するというような命題を引き出すことは、全くの誤りであることとなる（SDR：81）。

ラーバントによれば、以上のことから、国家連合と連邦国家について、固有の行政や法の執行を行うことができるかどうかという観点から、両者を鋭く区別することができるのであるが、連邦は、すべての方面で、この能力を保持する必要はなく、それを自ら執行するか、個別国家に任せるかについて選択することができる（Ebend.）。そして、ラーバントは、帝国権力は、通常は個別国家に向けられるのであり、その仲介を通じて、国土と住民を支配すると考えるべき

であるとする（Ebend.）。

ラーバントが修正すべきとする、第三の見解は、連邦国家の統治が、個別国家の政府からも、領邦議会からも、独立しているべきであるとする、ヴァイツらの前提である（SDR：81-82）。ラーバントによれば、「個別国家によって任命された全権委任団は、それだけで連邦国家の全思考を排除するに十分なものである」とする、ヴァイツの主張は、全く逆であり、北ドイツ連邦憲法は、連邦参議院制度によって、ヴァイツの言うような前提条件に真っ向から対立するのである（Ebend.）。従来、北ドイツ連邦を連邦国家と特徴づけようとする場合は、この前提条件を、本質的なものではなく、歴史的、政治的な目的適合性から変更可能なものであると考えたり、連邦権力の組織を、連邦国家概念にとってはどうでもよいものであると見なすことが多かったが、このような説明は不正確であり、種的なものと類的なもの混同、すなわち連邦国家と複合的国家の混同であるという（SDR：82-83）。ラーバントによれば、複合的国家あるいは諸国家国家においては、個別国家権力を超えた、概念的にそれとは異なる国家権力が必要であり、複合的国家における国家権力は、構成諸国家の全体のものである場合と、諸国家の内の一つだけのものである場合があるが[25]、前者の場合のみを「連邦」と呼ぶのである（Ebend.）。従って、連邦あるいは連邦国家と呼ばれる複合的国家組織において、個別国家が、全体意思の形成や活動に関与しない例はないのであり、類としての複合的国家一般にとって、一定の組織は、概念上の前提条件ではないというのは正しいが、種としての連邦国家は、全体意思形成への個別国家の参加という組織形態により、概念規定されるのである（Ebend.）。

ラーバントが修正すべきとする第四の見解は、ヘーネルが新たに打ち出した、次のような連邦国家の定義である（SDR：83）。つまり、連邦国家と個別国家の関係をめぐり、主権分割や国家的任務の機械的な分断を説く従来の通説に反対し、国家概念を、個別国家か連邦国家のどちらか一方のみに認めたり、また、それぞれの特殊な地位において、

その両方に同時に認めたりするのではなく、それを、両者の有機的な相互関係や、両者の計画的な協働の中に見出し、この両者の結合体としての連邦国家を、国家そのものであるとする定義である（Ebend.）。ラーバントによれば、この解釈は、国家を単なる客観的制度として考える場合には正しいが、連邦国家概念の法学的発展の原理としては、不十分なものであるという（SDR：83-84）。というのも、法学的には、国家を法主体としても捉える必要があり、連邦国家と個別国家を、共に、支配権や官憲的権限の主体として対置し、両者の権利領域を境界づけしなければならないからである（Ebend.）。ラーバントによれば、個別国家は、その臣下や領域に対して、特有の官憲的支配権限を持っており、連邦国家も個別国家も、それら個別の立場においては国家に他ならないが、個別国家は、非主権的である為に、連邦国家に従属することとなるのである（Ebend.）。それに対し、ヘーネルが言うように、両者の全体を国家と見なし、連邦国家に全体としての有機体をみとめ、その中で個別国家に一定の機能を割り当てると考えるのであれば、連邦国家と非集権的単一国家の差異はなくなり、個別国家は連邦国家の一施設となってしまうという（Ebend.）。また、もし文化的任務の全総体を満たすアンシュタルトとしての国家を考えるのであれば、それは連邦国家と個別国家の協働によるだけでは完全ではなく、郡 Kreis やゲマインデをはじめとする、あらゆる種類の他の自治体も、全体としての有機体の本質的な構成要素となるはずであり、ヘーネルの議論では、これらもまた「国家そのもの」に属することとなってしまうと批判するのである（Ebend.）。ラーバントによれば、連邦国家の本質は、個々の国家的な個別存在が、構成員として前提されることに認められるべきであり[26]、ヘーネルの概念規定では、第一に、連邦国家に認められた高権が、個別国家に対して有効であること、第二に、連邦国家権力が、人格と捉えられる個別国家に規範を与え、それを通じて個々の国家所属員を間接支配すること、の二点が明確に現れてこないのである（SDR：84-85）。従って、ラーバントは、連邦国家概念に関するこれまでの著作家の中で、ヘーネルの議論が、自らに最も近い立場であるということを認めながら、連邦国

家と個別国家を、共に国家的な権利義務の主体として解釈することを要請したのであった（Ebend.）。

ラーバントは、およそ以上のような連邦国家概念を提示した上で、次に、その連邦国家概念を、どのように、新生ドイツ帝国に適用し、帝国と個別国家の関係を、どのように理解するべきか、という問題と取り組む。

三　帝国と個別国家の関係についてのラーバントの理解

（1）帝国権力の主体

ラーバントによれば、国家が公法上の法人であるとするならば、国家権力の主体は誰であるのかという問題が生じるが、この問題に対しては、君主や人民あるいはそれ以外の誰かではなく、「国家自身」が国家権力の主体であると答えるしかない（SDR：85-86）。なぜなら、国家から、法および権利の主体となる資格を奪うならば、国家は他人の権利の対象となるか、個々人あるいは、そのうちの多数者の権限の総和に解消されてしまうかであり、国家権力を、国家すなわち「有機的共同体」自身にではなく、君主や議会、あるいは両者の協働や、国家自体から概念上区別されるそれ以外の主体などに付与するとき、官憲的支配権の主体としての国家人格は消滅してしまうからである（Ebend.）。そして、この原理を、ドイツ帝国に適用するならば、帝国権力の主体は、ドイツの個別諸国家の全体を基礎とする、自立的な理念上の人格としての帝国自体であることとなるという（Ebend.）。ラーバントによれば、このような見解に対しては、国法上の組合として結合した、個々のドイツ諸国家に、帝国権力を認めるという解釈が存在するが、そのような解釈では、帝国の国家的性格や帝国の高権の自立性が総じて否定されてしまうこととなる（SDR：87）。そして、このような

解釈は、一見、個別国家に有利なように見えるが、諸国家を解消できない組合の構成員と考えるのであれば、個別国家の権利は、実際上はそれほど多くはないという（Ebend.）。

ラーバントによれば、あらゆる法人は、それ自体として、意思および行為能力をもつのであり、従って、その意思行為や法的行為が、法人自身の意思および法的行為とみなされうるような、意思行為能力をもった機関を必要とする（SDR：87-88）。すなわち、即自かつ対自的に意思行為能力を持つ、国家権力の担い手の必要性が生じるのである（Ebend.）。ラーバントによれば、この担い手は「主権者」と呼ばれ、ラーバントの時代において、唯一問題となる国家形態によれば、国家権力の担い手は、一個人つまり君主か、国家の全構成員かのいずれかであるという（Ebend.）。そして、ドイツ帝国においては、後者の原理が採用されたのであり、帝国主権の担い手は、帝国の全構成員であって、皇帝ではないとされる（Ebend.）。つまり、帝国の構成員は、個々の公民でも、帝国権力の集合的な担い手でもなく、個々の個別諸国家なのであり、個別諸国家は、全体として、帝国権力に関与するというのである（SDR：88-90）。ラーバントによれば、この関与は、民主政において、完全な権利をもつ国家公民が、国家権力に対して持つものと同様であり、ドイツ帝国は四千万人の構成員からなる法人なのではなく、二十五の構成員から成る法人である（Ebend.）。そしてこの帝国構成員は、再び国家であり、法人である（Ebend.）。自由都市においては、自由な公民団 Bürgerschaft が、それ以外のドイツ諸国においては、領邦君主が、それぞれ、各個別国家権力の主体であると同時に帝国の構成員であり、従って全体における帝国主権の担い手であり所有者であることとなる（Ebend.）。むろん、ラーバントによれば、ドイツ帝国は、君主連合ではなく、ドイツ諸国家より成る連邦国家であり、各領邦君主は、私人としての個人的人格においてではなく、国家の首長およびドイツ諸国家として、帝国権力の共同の担い手となる（Ebend.）。そして、ここで行われる、帝国構成員資格の行使としての国家的行為は、それ以外の各国家内の国家的行為と密接に結びついており、従っ

て、これらの国家的行為は、その政治的および法的な答責性を、各国家の国法に対して持つこととなるという（SDR：90-91）。従って、例えば、連邦参議院の全権代表団への訓令といった、各個別国家による帝国構成員資格の行使は、帝国の統治事項なのではなく、個別国家の統治事項であることとなり、その適法性は、各個別国家の国法、とりわけ、大臣答責法によって決定されることとなるという（SDR：91-93）。ただし、連邦参議院における投票の法的有効性は、各国が派遣した全権代表団に対する、形式的な資格認定をその前提としており、その訓令が各個別国家の国法に照らして適法かどうかという実質的な問題は、連邦参議院における投票の有効性に影響を与えないという（Ebend.）。

こうしてラーバントは、帝国権力への個別国家の参加という側面を考慮に入れるならば、個別国家に主権の特徴を付与することができると主張するのである（SDR：93）。むろん、ラーバントによれば、このことは、個別国家自身が、帝国に対して、単独で主権を持つということを意味するわけではなく、前述の通り、主権の制限も主権の分割も不可能である以上、個別国家は、自らの領域内においてすら主権を持たないのであるが、自らが、その一部であるような全体に服するという意味において、「ドイツ諸国家は全体として」主権を有する（Ebend.）。つまり、「個別国家の帝国に対する関係」ではなく、「個別国家の帝国権力への参与の関係」を問題とする時、個別国家は主権者として捉えられるというのである（SDR：94）。従って、ラーバントによれば、皇帝や連邦参議院、帝国議会を、「帝国権力の担い手」と呼ぶ、多くの著作家たちは、帝国権力の主体について、それぞれ全く異なった見解を前提としているが、それに対しては、主権権力の担い手と帝国政府の機関の混同があることを指摘するだけで十分なのである（Ebend.）。

（2）帝国に対する個別国家の従属関係

ラーバントは、帝国権力に対する個別国家の従属関係については、三重の異なる関係があるとする（Ebend.）。まず、その第一は、個別国家の地位が、せいぜい帝国の行政区域にとどまるという関係であり、この関係においては、当該高権に対する個別国家の活動は止められ、帝国は、自らの補助手段によってその任務を果たし、帝国の権利は、自立的かつ直接的に有効である（SDR：94-95）。この関係に該当するのは、まず、帝国立法において、帝国法が概念上の必然性を伴いながら、帝国による公布によってその拘束力をもつ場合である（Ebend.）。そして、国家行政の個別の分野についても、領事館や外交事項、海軍、郵便および電報などの分野では、帝国は、個別国家から完全に解放されており、これらの活動を行うために、自前の機構を形成するという（Ebend.）。

次に、帝国権力に対する個別国家の従属関係の第二は、個別国家が、帝国によって与えられた規範や帝国の監督の下で、帝国権力の貫徹や適用を仲介する「自治体 Selbstverwaltungskörper」（SDR：109）となる関係であるという。ただし、ラーバントによれば、ここで言う「自治体」とは、通説とはかなり異なった意味合いを付与されている（SDR：95）。ラーバントは、「自治」の通説的理解として、ルドルフ・フォン・グナイスト（Rudolf von Gneist）の自治概念を取りあげる（Ebend.）。ここで、「自治」は、「個人的な名誉職が、地方自治体の土地税を通じた費用調達のもと、郡や村落ゲマインデの内部で、領邦法に則って執り行う領邦行政」と定義され、自治の体系は、国家と社会の間の中間構造であることが強調されたという（Ebend.）。ラーバントによれば、グナイストにおいて、この意味における「自治」は、英国内の様々な社会階級の利己的な利害関係を、国家の法秩序に服させるための有力な手段であるとして高く評価されたのであり、上司が人事権を掌握する結果、容易に党派行政となってしまう「大臣行政」と対置されたのである（SDR：95-96）。そして、この名誉職の養成を、「法治国家のアルキメデスの点である」とする、グナイストの自治概念は、瞬く間に支配的となり、名誉職による行政と自治を同一視する見方が一般的となったという（Ebend.）。しかし、ラーバ

ントによれば、官吏の給与の有無については、そもそも、「給与」の定義が不明瞭であり、「自治」の本質的メルクマールとは言えない（SDR：96-97）。というのも、官吏任免の公正さや法に則った官憲機能の行使、独立した裁判所による法の支配、地方分権など、「自治」の特徴として通説があげるすべてのものは、職業官吏による行政にも適用可能だからである（Ebend.）。さらに、官憲的な自己統治の体系と、経済的な自治の体系を区別するグナイストの構成は、自治の法学的内容とは関わりがない（SDR：98-99）。ラーバントは、このようなグナイストの構成では、「無給であり自由」という公民の自立性によって自治概念を規定してしまうことにもなりかねないとし（SDR：99-101）、自治が、国家高権を行使する官憲的機能とかかわることを忘れると、その本質を見誤ることになるという（SDR：97-98）。

ラーバントは、以上のことから、国法上の自治概念を確立するためには、「自治」を、国家と社会の中間構造と見なす観点からではなく、国家と臣下の間の中間構造と見なす観点から出発しなければならないという（SDR：101-102）。つまり、「自治」とは、国家が、官憲的支配権を直接的に行使する代わりとして、国家に対して、特別な公的権利領域を持ち、国家に服しつつも、国家とは概念上区別されるような人格に、国家の官憲的支配権の行使を委託することであるというのである（Ebend.）。したがって、「自治」は、国家的な任務遂行における、国家の自己制限に基づいているのであり、「自治」に個々の公民の自由な活動を見ることは、全くの誤りであることとなる（Ebend.）。個々の公民は、あくまでも臣下として、官憲的権利の客体として、自治機関に対峙しているというのである（Ebend.）。つまり、ラーバントによれば、自治体の権限の法的源泉は、国家の主権的支配権であり、自治体は、国家の監督のもと、その自立的な運用を任されていると理解するべきであって、その行政が、職業官吏によってなされるのか、それとも、名誉職によってなされるのかという違いは、本質的な問題ではない（SDR：103-104）。こうしてラーバントは、「自治」を、国家自身によってではなく、国家に服従するが、その範囲内において自立的な団体や個人によって遂行される、官憲的行政で

あると定義づけるのである（Ebend.）。ラーバントによれば、ドイツ帝国における個別国家は、憲法第四条が示すような、帝国の主権的立法や監督のもとで行政を行う、自立的な一人格であり、ここで帝国は、主権権力によって、自ら直接的に行政を行うのではなく、帝国の権限は、規範を立ててその遵守を監督することに制限されるのであり、法の執行は、個別国家に委ねられるという（SDR：104-105）。むろん、ラーバントによれば、帝国と個別国家の第一の関係に見られるように、帝国憲法自体が、個々の関係において、この原理を破ることは可能であり、また、憲法第七八条により、憲法自体を修正することも可能であるため、帝国は、個別国家に委ねる自治の範囲を自由に規定することができる（Ebend.）。

帝国権力に対する個別国家の従属関係について、ラーバントが挙げる第三の関係は、個別国家が公権の大きな範囲を維持し、一定程度自立した自由な立場となるものである（SDR：105-106）。この範囲に属するものとしては、個別国家自身の組織構成や、王位継承法および選挙法の規定、官僚機構および州、郡、ゲマインデ体制の規定や、直接税の全領域、教育制度などが挙げられるという（Ebend.）。ラーバントによれば、個別国家は、これらの分野においては、帝国の立法にも監督にも服さず、「固有の権利 eignes Recht」によって、自治体とは異なる、自由で自立した立場にあり、自らの意思および行為の自由を備えた、自立的な法主体である（Ebend.）。ラーバントは、個別国家がこのような自立性を持つという点に、複合的国家と分権的統一国家の差異を見出すのであるが、帝国は、憲法第七八条により、一方的に憲法を変更し、個別国家から権限を取り上げることが可能であるため、この「自立性」には一定の制限がかかっているという（Ebend.）。ラーバントによれば、個別国家は、あくまでも帝国の承認を通じてのみ官憲的権利を行使できるのであり、個別国家に主権が認められないという意味では、第二の関係における個別国家の地位（自治体としての地位）と特に変わりはないが、個別国家が単なる帝国の自治体（そこでは帝国が行政の法規範を立てる）ではなく、自ら行政

の法的規範を立て、行政の目的や手段を法的に規定するという点、すなわち、自己立法という意味での「自律」を行うという点で、第二の関係と第三の関係には差異が認められる（SDR：106-107）。ラーバントは、法学上の概念としての「自律」を、「主権の欠如した立法権力」という、非主権的な公法上の権力を前提とするものとし、この権力は単なる権限の移譲ではなく、自らの権利により、拘束力をもつ法規範を立てる資格を備えたものであるとする（SDR：108）。ここで、個別国家が持つ立法権力に、主権が欠如していることは、憲法第七八条第一項により、主権者が「自律」に加える制限内にとどまらなければならないとされていること、さらに、憲法第二条により、主権者が反対する法規範を立てることは許されないとされていることからも明らかであるという（Ebend.）。こうしてラーバントは、「自律」である限りにおいて、個別諸国家には完全な行政（統治）権が認められるというのである（Ebend.）。

（3）個別諸国家の権利

ラーバントによれば、「諸国家より成る公法上のコルポラティオン」という連邦国家の本質から、個別諸国家は、さまざまな権利とそれに対応する義務を持つこととなるが、これらの個別国家の諸権利については、そのすべてが同じ法的本質を持っているわけではなく、以下の三つのカテゴリーに区別することができる（SDR：109）。

その第一のカテゴリーは、連邦の構成員資格に伴う諸権利である（Ebend.）。ラーバントによれば、あらゆる法人における構成員資格は、諸種の権利義務の複合体であり、個々の権限と義務に解消することが可能である（Ebend.）。そして、この権利義務は、団体規約 Korporations=Verfassung の直接の反映であり、個々の構成員に対する団体規約の効果であるという（Ebend.）。ラーバントによれば、このことは、ドイツ帝国においても妥当する（SDR：109-110）。帝国は、

任務遂行に必要な高権を、個別国家から奪うが、同時にその高権を、個別国家の利益になるように運用する義務を負う（Ebend.）。例えば、個別国家が、軍事および財政負担を負うのに対し、帝国は、外交上および軍事上、個別国家を保護する義務を負うとともに、裁判、交通、通商、通信等において、領域内の全ドイツ人民に対し、平等な福祉を提供する義務を負うのである（Ebend.）。そして、個別国家の構成員資格には、連邦参議院における投票や、帝国議会への代表選出、個別国家構成員の帝国官職への就任などを通じて、帝国の諸機関に参加する権利が含まれているとする（SDR：110-111）。そしてラーバントは、これらの諸権利は、帝国憲法の直接の効果であり、これらの諸権利の本質から、以下の二つの法的命題が明らかになるという（SDR：111）。まず第一は、以上のような構成員資格に含まれている個別国家の諸種の権利義務は、帝国に対する個別国家の既得権なのではなく、憲法改正および法改正により、帝国がほぼ一方的に変更可能なものであるということである（SDR：111-112）。そして第二は、構成員としての諸種の権利義務に関し、すべての個別国家に同じ法文が適用されるという意味において、構成員は相互に平等であるが、残りのすべての個別国家の承認のもとで、ある国に特権を与えたり、当該国の同意のもとで、ある国に特別な負担を求めることは可能であるということである（SDR：112-113）。

個別諸国家が持つ諸権利の第二のカテゴリーは、全体との関係において、個別国家に有利な逸脱を形成するような、個々の構成員の諸特権である（SDR：113-114）。ラーバントによれば、この特権は、合憲的あるいは合法的な原理の適用にではなく、その非適用に基づいており、それは憲法の反射効ではなく、憲法の修正である（Ebend.）。そして、ここで問題となるのは、全体との関係における構成員の諸権利であり、帝国とのあらゆる関係の外部において、個別諸国家に認められる諸権利ではないとする（Ebend.）。従って、これらの特権は、確かに構成員資格の亜種と言うことができるが、単純に構成員資格に含まれるのではなく、そのための特別な権原を必要とするという（Ebend.）。すなわち、

帝国と個別国家の間の条約、あるいは、憲法の規定や実定法の規定、連邦参議院による自らの権限内の決定といった、帝国の立法行為が必要であるとする（Ebend.）。

ラーバントによれば、これらの特権には、個別諸国家に高権が留保され、帝国の権限を制限する内容のもの（SDR：114-116）と、帝国の組織に関して、個別諸国家を優遇する内容のもの（SDR：117）、さらに、個別諸国家を財政上優遇する内容のもの（Ebend.）がある。そして、これらの特権の本質は、当該国家の同意のもとでのみ廃止できることにある（SDR：117-118）。これらの特権廃止については、個別国家による実際上の断念で十分なことが多いが、これらの特権は、憲法の構成要素でもあるため、憲法第七八条第一項の改憲手続きを必要とするという（SDR：119）。そして、ラーバントによれば、特権を廃止あるいは制限する法律に対する、当該個別国家の同意は、連邦参議院におけるその法案への賛成で十分であり、領邦議会の事前承認や事後承認は必ずしも必要とはされない（SDR：119-120）。というのも、帝国の意思は、個別諸国家の意思の集合ではなく、統一的で自立的な全体意思であり、個別諸国家が、連邦参議院の採決の場において意思を表明するという以外の方法で、帝国の決定に関わることは、憲法上認められないからである（Ebend.）。従って、憲法第七八条の規定を遵守した帝国法については、たとえ当該個別国家の領邦議会が特権廃止に反対したとしても、領邦法に対する帝国法の優越を定めた憲法第二条によって、効力を持つこととなるのである（Ebend.）。ただし、ラーバントによれば、個別国家による特権廃止の意思表明は、帝国の構成員としての立場と、帝国に対し自立的に対峙する法主体としての立場という二重の資格において行われる（SDR：120-121）。そして、後者の資格における領邦政府の行動は、帝国の国法上の業務なのではなく、個別国家の国法上の業務なのであり、各個別国家の国法上の規範に従うものでなければならない（Ebend.）。それゆえ、領邦政府が、連邦参議院において、自らの国法の規定に反して賛成を表明した場合は、当該の領邦政府は、自らの領邦法により、その責任を追及されるが、その表明

に基づく帝国法は、やはり拘束力をもつとされる（Ebend.）。

個別諸国家が持つ諸権利の第三のカテゴリーは、連邦構成諸国家が、連邦の権限の外にある個別存在としてもつ諸権利（Jura singulorum）である（SDR：121-122）。ラーバントによれば、ある団体 Korporation における構成員資格は、その構成員の権利領域をすべて吸収してしまうわけではなく、各構成員は、より高次の全体の一部となることによって、自立的人格を伴う個別存在であることを、やめるわけではない（Ebend.）。従って、全体との関係において定められる構成員の諸権利と、個々の特殊人格としての構成員に認められる諸権利の分離が生じることとなり、その境界線は、団体の権限によって詳しく規定されるという（Ebend.）。ラーバントによれば、ここで団体の権限に入らないとされたすべてのものは、構成員が個別存在としてもつ諸権利（Jura singulorum）の領域を形成する（Ebend.）。

ラーバントは、このような、団体の本質から生じる一般命題は、ドイツ帝国においても妥当するとし、個別諸国家は、帝国に完全に吸収されるのではなく、帝国が権限を持つ範囲内では、帝国の構成員として帝国の法的権力に参加するが、帝国の権限が排除される範囲においては、諸国家は公法上の個人的人格、すなわち、個別存在として、国家権力の主体であるという（Ebend.）。そして、諸国家が個別存在として持つ諸権利の領域は、帝国の権限に基づいて規定されるのであり、この領域に属する個別諸国家の権利としては、まず第一に、帝国に移管されていない限りにおける行政を目的とする財政権であり、第二に、帝国の立法および監督のもとで行使される自治権限であり、第三に、帝国の権限の外にある事項に関する個別国家の自律が挙げられる（SDR：122-123）。むろんラーバントによれば、これらの権限の境界設定は、排他的に帝国の事項であり、憲法第七八条の規定を遵守する限りにおいて、帝国は、自由に個別国家の諸権利の範囲を広げたり狭めたりできるのであって、これらの個別国家の諸権利は、既得権として構成できるようなものではない（SDR：123-124）。しかし、帝国の権利領域が、ある一定の範囲に制限され、この帝国自身による境界設定に基づき、

個別国家は帝国権力の越境や干渉に抗議することができるという意味において、帝国に対する一定の権利制限の役割を果たすとされるのである（Ebend.）。[27]

なおラーバントは、個別諸国家の存在が憲法上保証されているかどうかという問題に関して、確かに連邦国家としての帝国が、構成員としての自律的国家を前提としていることを認めている（SDR：124-125）。しかし、帝国憲法が、帝国の権限拡大について、停止すべき限界を規定しているわけではないこと、従って、帝国が、憲法第七八条により、無制限にその権限を拡大し、概念上は連邦国家であることをやめることすら可能であることから、個別国家の個々の存在についての憲法上の保証は否定される（Ebend.）。むろん、連邦国家形態を取る限りは、連邦国家の本質により、すべての構成国が原理的に平等であるべきこととなり、一国だけをその同意もなく廃止することは憲法上許されないが、憲法修正によって、個別諸国家を一律に廃止することは、概念上可能であるというのである（Ebend.）。従って、個別諸国家が、このような帝国の権限の拡大を阻止するためには、連邦参議院において十四票の反対を集める他ないこととなるが、実際上はそれだけでも十分強力な保護であるという（Ebend.）。ラーバントによれば、帝国憲法は、確かに憲法前文、第一条、第六条の三カ所においてドイツ諸国家の名前を列挙しているが、この列挙をもって、現在の帝国構成員数の変更を禁止する積極的な命令と解釈することはできないのであり、連邦国家としての帝国の本質から、構成員数の不変性を引き出すことはできないというのである（SDR：126-130）。

四　ラーバントの連邦国家理論

ここで、ラーバントの連邦国家理論およびドイツ帝国理解について、簡単にまとめておきたい。まず、ドイツ帝国の

成立史について、ラーバントは、北ドイツ連邦の設立の説明から説き起こし、北ドイツ連邦は、一八六七年七月一日の憲法発動とともに成立すると考える。彼によれば、各領邦政府による本憲法の公布は、各領邦国家の一致した領邦法の制定でもなければ、領邦憲法の一部を無効にする連邦法の制定でもなく、各領邦国家が、領邦法の形式の下で、連邦へ参加する意思を表明したものと捉えるべきである。その際、連邦の成立と各領邦国家の意思表明のどちらが先行するか、という循環論が発生することとなった。そして、ドイツ帝国は、北ドイツ連邦の延長線上のものであるとされ、一八七一年一月一日、すなわち、北ドイツ連邦とバーデン、ヘッセン、ヴュルテンベルク、バイエルン間の条約において、ドイツ帝国の開始日とされた日をもって、ドイツ帝国が成立したとされる。ただし、北ドイツ連邦の設立をめぐる説明との対比において、問題となる点は、北ドイツ連邦国会による南ドイツ諸国家加入の承認について、単なる条約の批准というにとどまらず、実質上の憲法改正を伴っている点であった。ラーバントはこれを、形式上は、あくまで条約の批准であるとして、かなり強引な説明で押し切った。

そして、次に、ラーバントは、法および権利主体としての帝国のあり方をめぐっては、帝国が国家であるのか、諸国家連合であるのかという概念上の対立があり、それは私法上の法人と組合の対立に対応するとした。ここでは、帝国を国家連合と解釈するザイデルの理論が反駁され、帝国の意思領域や権利領域が、個別国家のそれに対して法的に自立しているという理由から、帝国は国家であると結論づけられた。

こうして、ラーバントは、ドイツ帝国を国家であるとするが、この「国家」は、二つあるいはそれ以上の諸国家権力が、上下に重なり合った複合的国家である点で、通常の統一国家とは異なるという。ラーバントによれば、この複合的国家には、旧神聖ローマ帝国のような、封建君主に封建諸国家が服従する形態と、領邦国家権力の担い手が、帝国権力の名の下で、高権の主体である公法上の法人を形成する形態、という二つの形態があるが、後者のみが連邦国家である。

そして、ラーバントは、ドイツ帝国を、この意味における連邦国家であるとしたのである。その上でラーバントは、ヴァイツらのそれまでの支配的通説を反駁し、とりわけ、連邦国家と個別国家の全体を国家と見なすヘーネルの理論に対して、その一定の意義を認めつつ、両者を法主体として互いに対置する必要があると主張したのである。

ラーバントによれば、以上のように理解される、連邦国家としてのドイツ帝国において、帝国権力の主体は、ドイツ個別諸国家の全体を基礎とする、自立的な理念上の人格としての帝国自体でしかありえない。その場合、帝国は、その意思行為や法的行為が、帝国自体の意思および法的行為であると見なしうるような、意思行為能力を持った機関を必要とし、即自的かつ対自的に意思行為能力を持つ、国家権力の担い手を必要とする。ラーバントによれば、この担い手こそが、主権者なのであり、ドイツ帝国においては、それは、帝国構成員としての個別諸国家であった。この結果として、自由都市を除き、帝国の「主権者」は、あくまでも個別諸国家の主権者（領邦君主）であり、個別国家内の個々の公民が、帝国に直接参加する余地は、認められないこととなる。

そして、帝国権力に対する個別国家の従属関係としては、以下のような三重の異なる関係があるとされた。その第一は、個別国家が、帝国の行政区域にとどまる関係であり、帝国の権利が、自立的かつ直接的に有効である関係である。第二は、個別国家が、帝国から支配権行使を委任される関係であり、帝国権力の貫徹を仲介するという意味で、自治体となる関係である。そして、第三は、個別国家が、一定程度、自由で自立しているという関係であり、ここで個別国家は、自己立法という意味での「自律」を行う。ただし、「自律」の範囲は、帝国が一方的に設定することが出来る。

さらに、ラーバントによれば、個別国家の諸権利は、その法的本質の違いに応じて、以下の三つのカテゴリーに区別される。第一は、帝国の構成員資格に伴う諸権利であり、ここでは、個別国家と帝国は、相互に権利義務を持つ。第二は、個々の構成員の特権であり、特権を持つためには、特別の権原が必要とされる。第三は、帝国の権限外の領域にお

いて、国家権力の主体となる権利である。この領域における個別国家の権利には、自治権限や自律のための権限が含まれており、それらは、一定程度、帝国に対する権利制限の役割を果たすが、これらの権限の境界設定は、排他的に帝国の権限であるとされた。つまり、ラーバントは、統一国家における自治体と連邦国家における個別国家の区別については、後者が自己立法という意味における「自律」を行う点に、その区別の基準を見出したが、すべての権限範囲の決定や変更は、排他的に帝国の権利であるとした。しかし、その一方で、共和国における主権的公民のごとく、個別国家は、自らが構成する全体に服するという意味において、全体として主権を有しており、帝国には一定の義務が課せられているというのである。

これまで述べてきたように、ラーバントの連邦国家論は、確かに、ヴァイツやザイデルといった、先行学説の弱点を正確に衝くとともに、その弱点を克服しようとするものであり、先行学説よりも、よりドイツ帝国の実情に即した、体系的な連邦国家モデルを提示した、という意味で、画期的なものであったと言えよう。しかし、同時に、ラーバントの連邦国家論は、第一に、ドイツ帝国の成立史の叙述において、循環論に陥った点、第二に、帝国を、個別国家から自立した、理念上の人格であると説明しながら、その主権者を、個別国家の主権者であると捉えた点、そして、第三に、統一国家における自治体と、連邦国家における個別国家との区別が、不明瞭である点において、論理上の難点を抱えていた[28]。これらのラーバントの理論的な難点を、正確に衝き、それらを克服するものとして、ギールケのラーバント批判が登場するのである。

第二章　ギールケのラーバント批判

ギールケは、ラーバントの『ドイツ帝国の国法』第一版について、その学問上の功績を承認しつつも、その業績を教条化することなく、内在的限界を持つものとして正しく評価しなければならないという（LS：1097-1100）。ギールケの挙げる具体的なラーバントの業績とは、ドイツ帝国の国法を首尾一貫した形で叙述し、国法が法であることを明確に示したことと、法学的方法を、可能な限り厳密に適用し、国家生活の法的側面を、国法として自立化させたことである（LS：1100-1105）。しかし、ギールケによれば、国法が法である（べき）かどうかという問題よりも、法一般の本質が何かという問題こそが重要なのであり、国法の自立化という抽象化が、人間の共同生活、すなわち法意識の中において行われることを考慮するならば、ラーバントは、法学方法論の本質を狭く規定しすぎており、誤りを犯している（Ebend.）。つまり、確かに、法観念の自立化は、法学にとり必要不可欠ではあるが、その行き過ぎは許されないというのである（Ebend.）。ギールケによれば、ラーバント自身、出来るだけ弱い程度に限定しようと努力しつつも、生の法文解釈に際し、政治的、倫理的、経済的考察を拒否し得なかったのであり、ラーバントが序文で示したような、完全に非政治的な国法などあり得ない（Ebend.）。さらに、ラーバントの議論には、その政治的立場が垣間見えるのみならず、その方向性や結論は、明らかに具体的な政治的思惑によって規定されているという（Ebend.）。

つまり、ギールケは、ラーバントが国法学の対象を固定し、そこで法学的方法論を徹底しようとしたことに一定の評価を与えつつも、その行き過ぎを批判するという両義的な態度を取っていることとなる。このような両義的評価は、ギールケの言う、「特殊法学的思考方法」（LS：1105）の本質と関わっている。ギールケによれば、あらゆる法学上の思考の柱は、哲学と歴史という「二つの偉大な作業場」に由来するが、法学の任務は、単に哲学と歴史を結合することに尽きるのではない（LS：1106）。法学的思考には、法学に特有の型を与えるもの、すなわち、形式的論理と実践的感覚を根本的要素とする、特有の精神的混合物が付け加わっており、それゆえ法学は、一方で数学、他方で技法 Kunst と親近性

をもつという（Ebend.）。ギールケによれば、法学は、一方で、「概念の計算」として、概念から概念への論理的演繹という点で数学と類似しているが、他方、数学の素材が、不変の量概念 Größenbegriff であるのに対し、法学の素材は、自由に形成された関係概念 Verhältnisbegriff である点で数学とは異なる（Ebend.）。従って、法学概念における内的論理性と、法意識や法生活の要求とが一致する保証はどこにもなく、説得力のある論理を展開するためには、論理とは別のもの、即ち法学的常識感覚 Taktgefühl の助けを必要とする（Ebend.）。それは、ギールケによれば、一般的法感情の精密化された共感や実践的法生活の感覚的な生の直感から成長してきたものであり、多様な論理的可能性のもとで見出される、「適切なもの」、「有用なもの」への直感という形で現れるものである（LS：1106-1107）。そして、このような技術は、ローマ法学が前人未踏の名人的技能によって養成したものであり、法学的思考を実践適合的なものとする、この技術なしには、いつの時代の法学も成り立たないのである（Ebend.）。ギールケによれば、ラーバントの国法体系も、確かに形式的論理を優先させたものであるとはいえ、決して形式的論理のみから組み立てられているわけではなく、かなりの程度の実践的感覚を備えたものであり、両者を巧みに結合させたものであった（LS：1107-1108）。けだし、近代学派の支持者たちが、首尾一貫性を確保するため、いとも容易に帝国と個別国家のどちらかに国家性を認めようとしたのに対し、ラーバントは、適切性を確保するために、あえてその決定を回避するなど、時に論理的な首尾一貫性を破ることすらあったのである[29]（Ebend.）。

こうしてラーバントは、国法を政治から出来るだけ切り離し、法学特有の形式に従わせたという点で、真の「法学的方法」の要請に応えているとされ、その限りで、さまざまな失策にもかかわらず、原理的に正しい思考の普及を助けたと評価される（LS：1108-1109）。ギールケによれば、ラーバントは、素材の選別や法的要素の強調、主要な法的思考のもとへの法的要素の包摂や、共通のより高度な原理の発見、法制度の構成や形成、およびその最終的な概念構成におい

て、根本的な役割を果たした（Ebend.）。さらに、刑法や訴訟法の法典編纂において発見された、国法学の原理を活用し、国法学の視野を何倍にも拡張したこと、実質的な根本概念を常に修正し、国法学の議論を深めたことについて、ラーバントの疑う余地のない功績として高く評価する（Ebend.）。ただしギールケは、ここで同時に、ラーバントの手法の有効性に限界があることも明らかになるという（LS：1109-1110）。つまり、ラーバントが、国法学の根本問題について論じた箇所では、その根本概念の修正が不十分であるとし、ラーバントのいう「法学的方法」は、法の本質と一致する完全で全体的な「法学的方法」ではないとする（Ebend.）。

ギールケによれば、ラーバントは、形式的論理を過大評価しており、方法論に原理的な欠陥がある（LS：1110）。つまり、ラーバントは、論理から現実の概念への発展が可能と考えており、定義と真の概念の区別を行っていないとされ、形式的正確さから実質的真理を引き出しうると「誤解」しているとされる（Ebend.）。ギールケによれば、確かに法学にとり、論理は重要であるが、法は決して論理的要素につきるものではない（LS：1111-1112）。つまり、永遠かつ普遍的な抽象的理性法という「古い自然法的妄想」が克服されて以来、言語についてと同様に、法を、純粋に論理的な作品と考える者は一人もいないとし、あらゆる有機的、歴史的な形成物についてと同様に、法の本質は多様性と流動性であり、論理的手段だけでは法の全内容を把握することはできないとするのである（Ebend.）。

むろん、前述の通り、ギールケは、ラーバントが一定の実践的および現実的な感覚を備えていたことを認めていたが、法制度の本質の完全な理解や、そこで生じる原理的疑問の解決といった根本問題においては、その回答を選び間違えており、根本的な方法論上の欠陥を補うことはできなかったという（LS：1112-1113）。ギールケによれば、「真の完全な法学的方法」を獲得するためには、形式と並んで、法観念の内的本質を学問的方法によって理解する必要がある（Ebend.）。そして、そのためには、国家生活の法的側面とそれ以外の側面の間の因果関係を正しく評価することが必

要であるという（LS：1113-1114）。ギールケによれば、法は、それ自身のみで成立するのではなく、あくまで共同生活の一部なのであり、法の本質は、全体の外的な生の関係と全体の内的な解釈を通じて規定されており、法の性質や有効性は、全体とのさまざまな関係の中で決まる（Ebend.）。従って、法と政治を厳密に分離することは確かに必要であるが、国法を理解するためには、政治的思考を援用しなければならず、宗教的あるいは倫理的な見解や経済的あるいは社会的関係をも考慮しなければならないというのである[30]（Ebend.）。

そして、ギールケは、法を、社会生活全体との連関の中で捉えるためには、歴史的研究と哲学的考察が不可欠であるという（LS：1114-1118）。ギールケによれば、まず、「法学的方法」は、徹頭徹尾「歴史的方法」でなければならない（Ebend.）。歴史的産物としての法は、その歴史からのみ理解することができるからである。しかるに、ラーバントは、歴史を「人民の法意識が、法を法たらしめていく過程」として見るのではなく、歴史を「恣意的に思いついた、概念の組み合わせを理解するための武器庫」として利用しており、歴史を標榜しつつ、非歴史的解釈に陥っているとされる（Ebend.）。とりわけギールケは、ラーバントが、『ドイツ国法学』の叙述を、一八六六年から始めていることについて、帝国国法は、かつての個別国家の国法から、その素材だけでなく、構造や法思考をも引き継いでいるのであり、一八六六年以前との法学的連続性を無視してはならないと批判する（Ebend.）。ラーバントが歴史的補足を行うことは、全くないわけではないが、それは、真理発見のためというよりは概念の確認のためのものにすぎず、場当たり的、偶然的な粉飾にとどまっている[31]とされる（Ebend.）。次に、「哲学的考察方法」については、従来の国法学において、その必要性が疑われることはなく、むしろ、思弁を過大評価したり、行き過ぎですらあったほどであり、国家や法の根拠、本質、目的について、その哲学的思考が不可欠であること、一般国法なくして個別国法があり得ないことは自明であったとする（LS：1118-1120）。しかし、ラーバントは、これらの哲学的な基本問題を等閑視したために、自らが特定の世界観に

立って、自らの体系を組み立てていることに無自覚となっており、致命的な方法論上の誤りを犯しているとされる（Ebend.）。なんとなれば、ラーバントの言う、自称「良識の自明な命題」とは、恣意的な選択の結果に過ぎないものであり、「ラーバントの論理的推論の前提は、矛盾に満ちた疑わしいものとならざるを得ない」からである（Ebend.）。

こうして、ラーバントの著作は、以上のような致命的な方法上の欠陥を伴っているとされるのであるが、これらの欠陥は、次のような事情のために目立たないものとなったとされる（LS：1120-1121）。すなわち、ラーバントが、国法体系の樹立に当たり、私法学の方法を援用し、一定の実践的な直感のもとに形式的論理の相関概念をはめ込んだために、生の法思考を、自らの体系にある程度組み込むことが可能となり、そのことによって、論理的形式主義の不毛を覆い隠すことが出来たという事情である（LS：1121-1122）。しかし、ギールケは、このことによって、ラーバントの方法論上の欠陥が埋め合わされたわけではないとし、むしろその欠陥は大きくなったとする（Ebend.）。ギールケによれば、確かに生の連関それ自体は、国法学と私法学の対立を超えたものであり、私法学が生の連関を一定程度取り入れていることを考慮するならば、国法学は、私法学から有益な示唆を受け取ることはできるのであるが、そのような私法学からの示唆は、あくまでも、「私法学が、国法学自体を説明するものではない」ということを、自覚する限りにおいて有益なのであり、この自覚を前提としない場合は、有害となる（LS：1122-1124）。というのも、私法学の方法は、必ずしも直ちに公法に転用可能なものとは言えないからである（Ebend.）。ギールケによれば、今日の私法学において支配的な概念は、ローマ的法源からくみ取られた断片的なものであり、外から一方的に制限された権限に基づく、閉鎖的な単一意思に尽きており、意思の相互依存や法的連帯の思考を含んだものではない（Ebend.）。そして、ここには、私的権利と公的権利を内的に統合するような、ゲルマン的思考が、全く芽吹いておらず、あらゆる共同関係は、ただの秩序関係とされ、個人主義的関係のみが、真の法的関係とされており、公法にとっての法理念としては偏狭すぎるという（Ebend.）。

従って、ギールケは、徐々に、これらの法概念を公法になじむものとし、公法学を私法上の教義から完全に自立させる必要性を主張するのであり、ラーバントは、この要請を無視していると批判するのである（Ebend.）。ギールケによれば、ラーバントは、パンデクテン体系についての伝統的教説を、無批判に受容してしまっており、彼の形式主義的方法の前提自体に、欠陥があるとするのである（Ebend.）。

このような前提の上でギールケは、以下の四点について、ラーバントの国家思考と法思考に関わる「根本的誤り」を指摘する。

一　国家人格概念について

ギールケによれば、ラーバントが、国法の法的構成に関し、客観的制度としての国家ではなく、権利義務の主体としての国家に注目し、国家人格概念を国法概念の中心に据えたことは、全く正しい（LS：1125）。しかし、ラーバントが、私法上のコルポラティオン理論を援用し、擬制主体に、財産権の代わりに、支配権を帰すという形で、国家人格概念を形成した点については、不十分であるとする（LS：1125-1126）。というのも、ギールケによれば、国法上の法主体に要請される国家人格概念にとっては、ローマ法の影響下にある技術的、個人主義的な概念ではなく、個人とは本質的に異なる公共性思考を表現する、必然的な相関関係を捉える国家概念が必要なのであり、国法に適合的な法人概念を、新たに形成しなければならないからである（LS：1126-1127）。即ち、共同存在と理解される、全体人格概念としての法人概念の構築である（LS：1127-1128）。ギールケによれば、私法が、個々人の内的生には踏み込まず、その外的関係（主体間の権利義務関係）を整えるのみであるのに対し、公法は、共同体の内的生に規範を立てるという点で、私法とは性質

が異なる（Ebend.）。そして、公法上の法人は、一方で、自然の有機体のように、各部分を内に含んだ、内在的統一体としての全体が、変転する各部分の総体と対峙するものとして、他方で、自然の有機体ではあり得ないような、全体と部分の間に法的関係が存在する、社会的生命体として捉えられなければならないと言うのである（Ebend.）。

そして、ギールケは、ラーバントが、国家人格を、虚構の個別人格という私法的な型に還元し、純粋に個人主義的、私法的な国家構成に至っていると批判する（LS：1128-1129）。ラーバントの構成では、完結した意思領域をもち、それ自体として孤立した担い手を、外的、機械的に結合させたものが公的な法関係であることとなり、あらゆる法人は、それ自体としては、権利の主張や義務の履行が出来ないこととなるため、個人あるいは個人の複合体による代理が必要となるからである（Ebend.）。そして、ギールケによれば、ラーバントは、このような自然人を「機関」とよび、この団体と個人あるいは個人の複合体との関係を、私法上の代理の意味で理解していた（Ebend.）。しかし、ラーバントのような理解では、国家は、ある個人から別の個人に対する支配関係の化身にすぎないこととなり、個人が唯一の現実的な能力者であることとなり、「有機的共同体」（SDR：86）は、国家権力の主体であるとされながらも、空虚なものにすぎないこととなる（LS：1128-1129）。ギールケによれば、このようなラーバントの原子論的、機械的な解釈は、近代的意識にとって受け入れがたいものであったはずであるが、ラーバントによる、国家人格化の技術的処理により、その本質が隠蔽されたのである（Ebend.）。

こうして、ラーバントの国家構成一般、とりわけ、連邦国家構成は、真の国法上の人格概念を欠如させており、確かにその国家人格概念の首尾一貫した活用を通じて、法学上の形式的正確さは向上したが、国家人格を、私法上の法人という空虚な人格へ気化させたために、形式を、真の共同体がもつ生の内容で満たすことに、失敗したというのである（LS：1129-1130）。

二　国家内部における全体と部分の関係について

ギールケは、国家一般に関して、次の点でラーバントを肯定的に評価した（LS：1130）。すなわち、ラーバントが、共同体の客観的秩序をもたらすような、主観的根本関係の法的本質について、それを人格的な権利関係のカテゴリーにおいて定式化し、国家とその構成員、役人、団体などとの間にある法的関係を、債権債務関係に尽きるものとしてではなく、人格関係として捉えた点を高く評価する（Ebend.）。しかし、ギールケは、ラーバントの定式化については、全体人格と構成人格の相互的な権利に伴っている、特有の型が無視されている点、私法上の人格権関係と公法上の人格権関係の間にある、本質的な差異が見逃されている点、そして、公法上の関係が、私法上の個別人格同士の権利関係と、同じように理解されている点で誤りがあるとする（Ebend.）。ギールケによれば、公法上の人格関係は、私法上のそれとは本質的に異なるのであり、ラーバントは、確かに、組合としての国家という思考は克服し、国家の上下関係を捉える思考形式は得ていたが、部分と全体の相互関係を捉えるための、共同関係の思考を欠如させている（Ebend.）。つまり、ラーバントは、国家の本質がヘルシャフトにあることは見抜いたが、それと同時に、国家がゲノッセンシャフトでもあるということを理解できなかったとするのである（LS：1130-1131）。そして、ラーバントの構成に基づくのならば、国家人格は、個々人の巨大な集合体にすぎず、人民は、単なる支配の対象でしかなく、国法上の国家と人民の関係は、権力関係の集積に他ならないこととなって、絶対主義的様相を呈し、立憲主義と矛盾することとなってしまうというのである（Ebend.）。

ギールケによれば、このような国家思考は、さらに、国家構成員の権利関係に反映することとなるという（LS：1131-1132）。彼によれば、確かにラーバントは、臣下に対し、国家支配権への服従義務を説いただけではなく、国家に

対しても、臣下への法的義務を課して制限をかけており、ラーバント自身は、絶対主義と自らの理論を明確に区別し、国家と構成員の関係を、双方の権利義務に基づく、相互的なものであると見なしていた（Ebend.）。しかし、ラーバントは、国家構成員を、「全体人格における構成員人格」として法的に捉えたわけではなく、公民権と個人権を原理的に区別したわけでもないとされ、それゆえに、ラーバントは、国家に対峙する公民の主観的権利を承認することが出来ず、公民権 Indigenat のみならず、基本権 Grundrecht の存在をも否認することとなってしまったと批判される（Ebend.）。ギールケによれば、個々の公民は、国家の構成員としての権利と同時に、自由な個人としての憲法上の権利をも持っているのであり、構成員人格には、団体からの一定程度の自由が保証されなければならない（LS：1133）。確かに、この権利は、国家に対し、消極的な内容しか持っていないが、禁止権もれっきとした権利であり、ラーバントのように、権利の現存に必要な「客体」がないことを理由として、その権利の存在を否定することはできないという（Ebend.）。ラーバントは、信仰や良心の自由、報道の自由、集会の自由等を論じる場合に、ある行為の実行に向けた権利を「基本権」と呼ぶわけではない、ということを見落としているとするのである（Ebend.）。ギールケによれば、基本権は、国家において、構成員資格と同時に立てられる諸権利に含まれているのであり、基本権の概念は、国家の立法を通じて常に創造されるのであって、これを除去することは不可能である（LS：1133-1134）。そして、このことは、憲法文書の中で、基本権の教条的な定式化を、明示的には行っていない、帝国国法の叙述のみを問題とする場合にも、妥当するという（Ebend.）。なぜなら、ここで帝国は、基本権の存在を否定していないのみならず、積極的な立法を通じて、基本権を拡充したり、基本権に関わる領邦憲法の規定を修正したりするからである（Ebend.）。そして、ギールケは、これらのバラバラの素材から、個人と公共の関係をめぐる、帝国国法の根底をなす原理を見つけだすことが、学問の任務であるとし、ラーバントは、この任務から逃避しており、帝国思考の内容や射程を、不完全にしか表現できていないと批判す

るのである（LS：1134-1135）。

ギールケによれば、個別人格は、それ自身平等な、アトム的個々人の集合として、国家を形成しているのではなく、一定の国法上の組織の中にあり、全体に対して大きな法的価値を持っているのであり、全体の基本的構成にとり、重要な集団として、国家を形成している（LS：1135-1137）。従って、共同体を法的に構成するためには、まず、人民全体の内部における、国法上の相当の差異を詳述した上で、それを、構成員資格の内容や、その範囲の確定に結びつけなければならない（Ebend.）。すなわち、出生や性、年齢、職業、学歴、財産などの個々人の特徴に応じた公民権の細分化と、個人と国家を媒介するケルパーシャフト団体への注目である（Ebend.）。ギールケによれば、人民の組織をめぐり、ラーバントによって立てられた法概念には、以下の二重の欠陥がある（Ebend.）。つまり、ラーバントは、統一国家のコーポラティブな組織についての十分な理論を欠如させており、連邦国家の構成にあたっても、個別国家内における、全体国家の組織のあり方について、十分に理解することができなかった（この点は次節で取り上げる）上に、特別な資格をもつ構成員資格と国家機関概念とを混同しているというのである（Ebend.）。

ギールケによれば、ラーバントは、国家組織の叙述において、「機関」概念の厳密な定義を欠いており、ラーバントの機関理解は、「意思行為能力のない法人を、意思行為能力をもつ一人あるいは複数の人間が代理する」というものでしかない（LS：1138-1140）。しかし、ギールケは、「全体人格の目に見えない生の統一体が、その意思行為の中に、合憲的に現れるような構成人格」こそが「機関」であるとし、このような「機関」は、私法によってではなく、「共同体の内的存在秩序としてのケルパーシャフト法」によってはじめて捉えうるとする（Ebend.）。というのも、前者が、完結した個人的意思統一体（個人）による、外的な存在秩序を定めるにすぎないものであるのに対し、後者は、特殊意思から構成された共同意思における、統一性と多数性の関係を、規定するものだからである（Ebend.）。ギールケによれ

ば、全体と部分は、人格として対峙するのであり、全体と部分の特有の連関が、法規範および権利関係の客体（対象）を形成する（Ebend.）。従って、公法はここで、根本法として、次のような、統一的な生の本質に由来する概念を、法概念にまで高める任務を背負うことになるという（Ebend.）。すなわち、共同体自身が、その構成員の運動の中に現れ、意思行為するという概念についてである（Ebend.）。ギールケによれば、その前提となる条件は、まず第一に、共同体によって規定される人間の意思活動を、関与する個々人の意思活動と捉えるのではなく、共同体の生の現れと承認することであり、第二に、共同生活の内部における、個々の構成員や構成集団の作用領域を、法的に形式化し、境界づけすることであり、そして第三に、形態や活動に応じて、非均質的な部分統一体の相互関係を、法的に表現することである（Ebend.）。この関係は、他の全体がある全体を代理するという関係ではないために、私法上の代理 Stellvertretung カテゴリーのもとでは的確に捉えることはできないとされ、「部分を通じて全体を代表する」という意味での代表 Vertretung として、理解しなければならないとされる（Ebend.）。従ってギールケによれば、構成人格は、目が物を見たり、手が何かを書くのと同様に、合憲的な機能の範囲内において、機関として、全体人格を法的に代表するのであり、共同体は、この合憲的な機関の意思行為を通じて、意思行為することとなるのである（Ebend.）。そして、機関部分と機関のゲノッセンシャフト的な連関から、仲間団体 Kollegiums の概念が生じたのであり、機関部分のヘルシャフト的な結合から、上司と部下の概念が生まれたとする（Ebend.）。ギールケによれば、これらの概念は、まず客観的法概念として、機関の存在や権限、その形態や内的施設を、一定の制度として規定するが、これらの規定は、主観的法関係にも一致する（Ebend.）。そして、「一人格あるいは全人格に対して、法的な根拠をもつ機関機能の担い手である」という関係は、国法上の関係であり、共同体は、その部分に対し、ある任務の履行を求める権利を持つと同時に、部分は、共同体に対し、定められた活動領域の引き渡しを求める権利を持つこととなり、共同体と各部分は、相互に補完的な関係にあ

ることとなるという（Ebend.）。

以上のことから、ギールケによれば、真の公法上の概念カテゴリーは、共同体の原理から生じるのであり、この概念カテゴリーによってはじめて、複雑で様々に細分化された国法上の組織関係を、その特殊な内容を破壊することなく、法学的に構成することが可能となるのである（LS：1140）。にもかかわらず、ラーバントは、個人主義的な根本原理に依拠するという誤りを犯しており、そのために法令（客観的法規範）に対応する主観的権利関係を見つけだすことが出来なかったと批判されるのである（Ebend.）。そして、ギールケによれば、国家機関同士の関係については、次のような三つの区別が重要であるという（Ebend.）。

その第一は、機関の立場が、共同体内の一定の構成員としての立場に結びついているのか、それとも、特別な国家的任命行為によって仲介されているのか、という区別である（LS：1140-1142）。前者に属するものとしては、首長としての君主にみとめられる皇帝権や最高権力の行使、完全な構成員としての有権者に認められる選挙権、国家的諸機能に対する諸身分の権利、合憲的に、ある団体を国家機関に任命したり、構成国家を連邦国家の機関に任命したりする権利などがあり、これらの機関の立場に対する主観的権利は、それに対応する、構成員としての権利に含まれているとする（Ebend.）。後者に属するのは、帝国議会議員や連邦参議院議員など、選挙や指名の権限を持つ国家機関によって任命される、機関の立場であり、ここでそれらの機関に与えられる権限の強さや範囲については、様々に定めることが出来るとする（Ebend.）。

国家機関同士の関係についての第二の重要な区別は、他の機関から自立した直接的国家機関か、それとも他の機関に従属する間接的国家機関かという区別である（LS：1142-1145）。前者に属するものとしては、皇帝や連邦参議院、帝国議会、有権者、裁判機能を行使する限りでの裁判所などが挙げられ、後者に属するものとしては、連邦参議院委員会や

帝国議会委員会、官庁などが挙げられる（Ebend.）。そして、すべての機関は、それぞれの権限の範囲の中で、国家機能を果たし、他の機関からの権限外の干渉については、自らの持っている手段によって拒否するのである（Ebend.）。ギールケによれば、機関は、確かに法人ではなく、身分制国家における諸特権のような固有権を持つわけではないが、機関にも一定の法主体性は認められるのであり、全体人格における機関人格として、相応の公法上の権利義務の主体である（Ebend.）。ラーバントは、直接的国家機関に、このような人格性を認めるものの、間接的国家機関には、それを認めない（SDR：294ff）が、このような区別は不当であるという（LS：1142-1145）。ギールケによれば、ラーバントの区別は、自立性の程度の大小の区別に過ぎないものであり、官庁は、確かに完全な法的人格ではないが、機関人格ではあるはずであって、官庁の変更は行政秩序の変更にすぎないのではなく、やはり法秩序の変更である（Ebend.）。

ギールケのいう、国家機関同士の関係についての第三の重要な区別は、国家人格の統一性を確保するため、不可避的に統一的な中央機関が必要となり、国家機関のうちのどれか一つを最高次のものとせざるを得ないという事情から生じる区別である（LS：1145-1146）。ギールケは、ラーバントが、ドイツ帝国におけるこの「主権的」機関を、構成国家の主権機関の統一的総体の中に見た（SDR：87）ことは正当であるとする（LS：1145-1146）。ギールケによれば、この帝国の中央機関は不可視のものであり、その機能は、構成部分の別々の行為を通じて、連邦参議院の形成と意思決定をもたらし、さらにその最高次の構成部分に皇帝を立てることである（Ebend.）。しかし、近代の共和国において、主権機関は、統一体としてのみ想定される全体であるにとどまっており、未だかつて、実際に具現化されたことはないのであり、実際上は、その構成部分による別々の意思行為の中で機能するのである（Ebend.）。従って、ギールケによれば、実際上、最高の国家権力を行使する本質的な代表機関が必要であり、帝国憲法によればそれは皇帝と連邦参議院に見出される（Ebend.）。それに対して、ラーバントは、皇帝と連邦参議院を、執行部と株主総会の関係で理解しており、誤

りを犯しているとされる（Ebend.）。というのは、株主総会は、それ自体がコーポラティブな中央機関であり、その背後にそれ以上の高次の団体権力を持たないのに対し、皇帝と連邦参議院は、ともにその背後に、それ自身では株主総会を開くことのない中央機関を持っているからである（Ebend.）。ラーバントが、皇帝を、「帝国の支配者」の地位に貶め、とりわけ、連邦参議院に、「領邦国家の機関」としての性質と、「帝国の機関」としての性質という二重の本質を見出したのは誤りであり、両者とも帝国機関でしかあり得ないというのである（Ebend.）。ラーバントは、国家主権の原理から出発し、国家そのものを、排他的に本来の国家権力の主体であると説明しながら、最高次の機関概念を、無意識のうちに国家権力の担い手の概念に置き換えてしまい、結果的に、行為体としての国家とその主権的機関を同一視してしまっているのであり、「国家における主権的機関の地位、及び、主権的機関とその他の機関との関係」という最も重要な問題において、不完全であったとされる（LS：1146-1147）。ギールケによれば、ここでは、国家人格の真の実在が、その担い手に移されてしまったために、「支配者と自由な公民の統一体」としての全体と帝国人格との区別が、消し去られてしまった（Ebend.）。そして同時に、国家権力が持つ、あらゆる国家的権利一般は、唯一の国家権力の担い手として、不分離かつ不可分である主権機関のもとに、概念的に濃縮されることとなったのである（Ebend.）。ギールケによれば、ラーバントが、権力分裂説に反論した（SDR2：S.7ff.）のは正当であるが、非主権的機関といえども、機械的な権力分裂という形ではなく、国家権力の共同執行という形で、部分的な権力を持ちうることを見逃してはならないのであり、立憲国家における主権は、国家権力の唯一の担い手にではなく、その共同の担い手によって担われると解するべきである（LS：1147）。それに対し、ラーバントは、非主権的機関のすべての権限を、主権的国家機関から演繹し、国家権力の外にある国家的権利の存在を、否定してしまったと批判されるのである（LS：1147-1148）。ギールケによれば、ラーバントは、一見、帝国議会や選挙に対して、人民全体の代表としての自立的権限を認めているかに見えるが、連邦参議

院に対して、すでに「株主総会」としての地位、すなわち人民代表としての地位を認めてしまっており、帝国議会の地位は空虚なものにすぎない（Ebend.）。つまり、ラーバントにとっての国家とは、統治におけるアクティブな法主体であるにすぎず、人民代表は、国家の外から援用される国家用益者の委員会にすぎないのであり、あらゆる国家行為の本来的な「国家的」契機は、「命令」に移行され、この命令に対する帝国議会の実質的な関与は導き出されないというのである（Ebend.）。こうして、立法や条約批准における帝国議会の機能は、理論的に分離され、実践上は枯死させられたという（LS：1148-1149）。ギールケは、予算法抜きでの予算執行に関わるラーバントの理論（SDR3-2：367-376）において、以上で指摘した国家と統治の同一視の傾向はさらに顕著であるとし、このようなラーバントの全理論は、国家の権利義務と国家の最高機関の権利義務の同一視という暗黙裡の前提を取り除くや否や、崩壊することになるとする（LS：1149-1151）。

ギールケは、さらに、ラーバントによる国家機能の構成が、以上のような国家機関解釈と密接な関係にあるとし、ラーバントの著作が、あらゆる国家活動における国家固有の契機を、強制執行によって保証されるような「支配者の臣下に対する命令」と考える思考に貫かれているとする（LS：1151-1153）。しかし、ギールケによれば、命令すること自体が国家の本質的機能であるのではなく、何を命令するかが重要なのであり、あらゆる実定法は、人民の法意識や国家観念にその根拠をもっている（Ebend.）。国家は、対外的には、自らの構成員の保護とその利益の代表という任務を負うが、対内的には、法と文化の現実化および維持という任務を負うからである（Ebend.）。そして、ラーバントのような、国家の法的職務に対する純形式的な解釈は、法の本質の根本解釈に対し、以下のような破壊的な影響を及ぼすという（Ebend.）。つまり、ラーバントの構成は、国法上の関係の開始と終了に関わる理論として、極めて不十分であるというのである（LS：1153-1154）。ギールケによれば、全体人格の設立および廃止という生の過程は、個人の生死と同様に、

法律行為として構成することは出来ないのであり、客観的法がそこに法的効力を結びつけるような、事実内容の現実化の過程として特徴づけられる（Ebend.）。そして、ドイツ帝国におけるように、国家が一つの意思行為によって設立される限りにおいて、国家を構成する行為は、決して契約締結のカテゴリーには属さない（Ebend.）。確かに、契約は、共同体の設立に先行することが可能であるが、その設立自体が、契約によって遂行される訳ではない（Ebend.）。ギールケによれば、ラーバントが、連邦憲法の導入について、その根拠を、法的な形式における領邦国家の意思表示（同意）に見た点は正当であるが、連邦構成行為を、個別国家による、個別の構成行為の集積とした点は誤りである（Ebend.）。国家人格としての連邦が成立する為には、それを宣言する客観的法文が必要であるが、このような法文を、それまでの法から引き出すことは不可能であり、また、それを個別国家の立法によって創り出すこともできないのであって、個別国家の意思行為において、二重の契機を区別しなければならないというのである（Ebend.）。ギールケによれば、個別国家は、より高次の共同体の構成員となることによって、自らを意のままにすると同時に、より高次の共同体の構成員として、それぞれが、全体をその部分におくことにより、高次の共同体をも意のままにする（Ebend.）。ここで、個別国家は、連邦国家の構成員になると宣言した瞬間に、すでに構成員として行為しているのであり、各国家は、それ単独で決心しなければならないような、意思の譲渡を決断すると同時に、諸国家の全体によってのみ可能であるような、意思の構成を行うとされ、諸国家は、「個別国家として、自らの人格の一部を放棄する」というまさにその行為において、新たな全体国家の根本的機関として、全体人格の自己設立を完遂するというのである（Ebend.）。このように考えるとき、ラーバントが、連邦憲法をめぐる、領邦国家の宣言と、連邦憲法の取得をめぐる、連邦の宣言を区別し、ヘーネル[32]の構成に対し、同一であるはずの連邦憲法が、各個別国家間で異なる内容をもつことになってしまうと批判したことは不正確であるという（Ebend.）。というのは、ギールケによれば、この両宣言の区別自体は不当なものではないが、こ

の区別は、同一の創造行為を、個別国家の側から見るか、それとも、連邦の側から見るかの違いにすぎないのであり、両者は表裏一体の関係にあるからである（Ebend.）。北ドイツ連邦は、実際に、北ドイツ憲法の内容を伴って設立されたが、憲法に実定的な効力を付与したのは北ドイツ連邦であり、北ドイツ連邦はその成立段階において、他の構成要素（個別国家）によって確立された自らの存在条件を、自らの意思決定によって受け入れ、その成立の瞬間に、国法の基礎を、自ら創造したというのである（LS：1155-1156）。ギールケは、この関係を、適切な表明のために、一八六七年七月二六日の官報によって出された、再度の憲法公布の中に見出すことが出来るとする（Ebend.）。ギールケによれば、共同体の設立や廃止をはじめとする、あらゆる体制の変更は、このように理解しなければならないのであり、これらの過程は、法律行為ではなく、とりわけ、意思行為による場合には、契約として理解すべきではない（Ebend.）。ギールケによれば、ラーバントは、北ドイツ連邦のドイツ帝国への拡大（SDR：37ff）やアルザス＝ロートリンゲンのドイツ帝国への組み入れ（SDR：52ff）に関し、変更の契約的基礎と変更行為自体を明確に区別した点で、この関係を正しく理解していたが、帝国の成立に関しては、南ドイツ諸国の加入と北ドイツ連邦の受け入れ宣言を単に一致した個別行為として扱い、そこに、新たな構成員の協力のもとで、新たに誕生した全体人格による、統一的な全体行為を見出したり、連邦から帝国への拡大という自己創造行為を見出すことはしなかった（LS：1155-1156）。しかし、ギールケは、共同体内の内的な変化については、このような視点のもとでのみ、法的な構成が可能となるのであり、とりわけ、国家組織内の交代による不断の人格的変化を考慮する時、その有効性を主張できるという（Ebend.）。ギールケによれば、確かに、国家と構成員との間で契約を結ぶことはあり得るが、契約が、国家構成を直接変更させる力を持つことはないのであり、契約は、個人法の領域でのみ有効なのであって、団体法には適さないのである（LS：1156-1157）。およそ以上のような見地から、ラーバントの「個人法的根本解釈」（Ebend.）は退けられたのであった。

(1) Vgl. Michael Dreyer, *Föderalismus als ordnungspolitisches und normatives Prinzip: Das föderative Denken der Deutschen im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1987, S.295., Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1993, S. 217-218.

(2) Vgl. Otto von Gierke, „Das Staatsrecht des Deutschen Reiches", *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, VI (1879), S. 221-235.

(3) Vgl. Paul Laband, „Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften", *Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht*, XXX (1885), S.469-532. もっとも、本論文の主題は、商事会社の法学的構成に関わるものであり、自らの連邦国家論に対するギールケの批判に、本格的に応答しようとするものではない。この点をめぐる、ギールケの批判に対する本格的な応答は、その主著『ドイツ国法学』第二版の中でなされている（詳しくは、本稿第二部第三章を参照）。

(4) Vgl. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* Bd.2, München, 1992, S. 364.

(5) Vgl. a. a. O.

(6) Vgl. a. a. O.

(7) Vgl. a. a. O., S. 365.

(8) Vgl. a. a. O., S. 365-366.

(9) Vgl. a. a. O.

(10) Vgl. a. a. O.

(11) Vgl. a. a. O.

(12) Vgl. a. a. O., S. 366-367.

(13) Vgl. a. a. O., S. 355-358, 366-367.

(14) Vgl. a. a. O., S. 367-368.

(15) Vgl. a. a. O., S. 368.

(16) 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。）

(17) Vgl. Carl Schmitt, a. a. O., S. 16.（前掲邦訳、一六一頁、参照）。もっとも、シュミットは、ラーバントの法学方法論が、自らの政治的動機を隠蔽するという問題性を抱えていることを指摘した限りでは、ギールケのラーバント批判が、「適切」であったと評価している。Vgl. Carl Schmitt, a. a. O., S. 30-31 (Anm. 14).（前掲邦訳、一七四頁、注14、参照）。

(18) 前述の西村の研究（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、二四八―二五二頁）の他に、Vgl. Pauly, a. a. O., S.228-235. ここで、パウリは、前述したシュトライスの指摘（拙稿、「第二帝政創立期ドイツの政治思想（一）―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―」、『北大法学論集』五六巻三号、一一五六―一一五七頁、参照）を踏まえつつ、ギールケのラーバント批判の有効性を、ある程度積極的に評価しようとしており、さらに、ギールケが、基本権に関して、ラーバントの明白な絶対主義的傾向に気づき、ラーバントの体系の弱点を正確に衝いていたこと、そして、ギールケが、帝国議会や連邦国家に関する、ラーバントの理論的な問題性を指摘し、その修正を試みていたことを、正確に認識している（Vgl. Pauly, a. a. O., S.234）。しかし、これらのギールケの批判に対して、ラーバントがどのように応答したのかという問題については、ただラーバントが再反論を行ったことを指摘するにとどまっている（Vgl. a. a. O.）。なお、ギールケ＝ラーバント論争の評価を含め、パウリの議論を丹念に追ったものとして、守矢健一「ギールケのラーバント批判（一八八三）をめぐる史的考察」（二〇〇五年三月三一日、大阪市立大学大学院法学研究科、日独法学シンポジウム「団体、組織と法」における基調講演）が有益である。

(19) 周知のとおり、ギールケのラーバント批判の内容については、ゲルハルト・ディルヒャー（Gerhard Dilcher）が、その有効性を鋭く指摘した所である（Vgl. Gerhard Dilcher, „Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein《Juristensozialismus》Otto v. Gierkes?“, *Quademi Fiorentini* 3-4, S.339-345, 352-355）が、そのディルヒャーも、ラーバントが、ギールケの批判をどのように受け止めたのか、という点について、正面から論じたわけではない。

(20) Vgl. Dreyer, a. a. O., S.17-23.

(21) ラーバントの歴史観は、基本的に、プロイセン史観と言ってよいものであり、後述のように、その「論理的思考」はかなり偏ったものであったと言わざるを得ないものであるが、ラーバント主観的には、イデオロギー的に組み立てたもので

あったのではなく、厳密な学としての公法学の樹立を誠実に追求した結果であった（Vgl. Stolleis, a. a. O., S.343-344）。また、ラーバントの憲法学が、基本的に、君主を中核とする保守勢力に奉仕するものでありながら、一定の立憲主義的機能も併せ持っており、市民階級の自由主義的および民主主義的要求に、一定程度応えるものでもあったことを指摘するものとして、栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』（信山社、一九九七年）、四六七－五〇五頁、参照。

(22) Max von Seydel, *Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich*, Würzburg, 1873, S.5ff.

(23) ラーバントにとって、北ドイツ連邦の国際法上の基礎にすぎなかった、八月同盟は、ここではじめて、国法上の基礎となるのである。

(24) とりわけ、この第三の相違点をめぐる一連のラーバントの解釈については、極めて苦しいものであると言わざるを得ないが、以上の説明から明らかなように、ラーバントは、あくまで一八七一年一月一日に、憲法が発効し、ドイツ帝国が設立されたと解するのである。

(25) ラーバントによれば、このことは、統一国家においても、主権が、いつも同じ担い手に属するわけではなく、ある時は、公民の全体（民主政）に、またある時は、一人の肉体的人格（君主政）に属することがあり得ることと、事情は同じである（SDR：82-83）。

(26) むろんラーバントは、ヘーネルがこの点に留意していることを見逃していないが、ヘーネル自身が「個別国家は、自治概念をうち破り、国家的方法に従いながら、自らの権利と法によって国家的任務を完遂する」という時、個別国家を国家と承認しないのは困難であるという（SDR：84）。

(27) もちろん、帝国が、憲法の修正や立法によって、合法的にその変更を迫った場合は、個別国家はこれに対抗することができない。

(28) これらの点につき、詳しくは、次章および、第三章を参照。

(29) もっとも、ギールケによれば、ラーバントは、帝国公民の範囲を二五法人に限定したり（SDR：70ff.）、個々人の地位を間接的なものに降格させる（SDR：130ff.）など、論理的な首尾一貫性を確保するために、実践的感覚を放棄する場合も度々であった（LS：1107-1108）。

(30) ギールケによれば、ラーバントも、このような国家生活と国法との関連を無視しているわけではないが、それを自らの

学問的手続きの中にしっかりと取り入れている訳ではなく、「方法」には全然なっていない（LS：1114）。そこでは、全体との関係で、法に実践的有効性を持たせるという発想が欠如しており、ラーバントの「法学的方法」は、一面的な法技術に矮小化されてしまっているとされる（Ebend.）。

(31) 例えばギールケは、ラーバントが、立法の前提条件に関して、立法過程を、①法創造、②承認、③布告、④発表という四つの概念的契機に区別し、それに普遍妥当性を持たせていることに対し、承認や布告は立憲君主政でのみ必要とされるものであるとして根拠がないと批判する（LS：1117）。

(32) 第二部第一章第一項（1）、参照。