



Title	第二帝政創立期ドイツの政治思想（4・完）：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; Endo, Yasuhiro
Description	論説
Citation	北大法学論集, 56(6), 1-50
Issue Date	2006-03-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/8609
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(6)_1-50.pdf



第二帝政創立期ドイツの政治思想（四・完）

—— 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、五六卷四号)

- 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 国家人格概念について
 - 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
- 一 ドイツ帝国成立史理解をめぐる応答
 - 二 帝国の法的本質をめぐる応答
 - (1) 『ドイツ国法学』 第二版第七節
 - (2) 『ドイツ国法学』 第二版第八節
- 三 ギールケの連邦国家論の実効性

(以上、五六卷五号)

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

第二章 ギールケのラーバント批判

三 連邦国家理論について

ギールケは、ラーバントの連邦国家理論について、それが国家人格概念を前提としていた点については、高く評価するが、その国家人格概念の解釈自体については、不十分であるとし、ラーバントは、結果的に連邦国家理論を萎縮させたと批判する (LS: 1157)。ギールケは、ラーバントが、生の直感や日常の語法と調和する形で、「部分と全体の双方が、共に国家である」と解釈する余地を見出した点、および、連邦国家概念の基準を、多重の国家的人格関係に見出した点については、ドイツ帝国の理解に有益なものであると評価した (Ebd.)。しかし、ギールケによれば、ラーバントは、国家人格の有無を基準として、連邦国家とそれ以外の国家形態とを外見上区別しようとしたが、その際、国家的な法主体を、「法人」の思考形式に押し込んでしまったために、最終的には、この区別に失敗することとなった (Ebd.)。というのも、国法上の団体の形成に関わる、法的な本質規定をめぐっては、国家人格の構造が問題となるはずであるにもかかわらず、ラーバントは、人工的な法主体に内的な本質的差異があることを認めず、あらゆる区別を、権利の種類や

範囲の問題に還元し、法人格一般の有無のみを区別の基準としたために、連邦国家と、その他の国家結合（国家連合など）とを、全体が常に国家人格を持つ（＝連邦国家）か、それとも、全く持たない（＝連邦国家以外の国家結合）か、という観点から区別することとなったからである（Ebind.）。ギールケによれば、ラーバントは、この区別を、法人と組合の区別と同一視する（SDR：57）が、かつてのドイツ連邦のように、単なる国際法上の共同体であっても、法人觀念に従って組織することは可能であり、その場合には、この共同体は、国家的人格としてではなく、国際法上あるいは私法上の人格として現れる（LS：1157-1158）。また、ラーバントは、連邦国家と自治体を伴う統一国家とを区別する際には、部分団体の国家人格が、前者においては常に現れるが、後者においては全く現れないとして区別した（Ebind.）。しかし、ギールケによれば、州や市町村も、ラーバントの言う「公法上の法人」（SDR：57）であるはずであり、連邦国家とその他の形態との区別は、国家的法主体の構造の違いによって行われるべきである（LS：1158）。ギールケは、連邦国家においてのみ、構成諸国家とは全く別のものとしての全体国家が、自立的に組織された上級国家として、固有の国家的人格を持ち、構成諸国家の上位に存在する（Ebind.）。それに対し、従属国家を伴う首長国家から形成された帝国においては、構成国家の一つが、同時に上級国家として、帝国権力の主体となるのであり、また、同一君主の下の国家連合 *Reunion* においては、上級国家は一切存在せず、ある範囲において、国法上の共同体を形成する多数の国家が存在するのみであるという（Ebind.）。なお、ギールケによれば、ラーバントは、「従属国家を伴う首長国家から形成された帝国」というカテゴリーを正しく立ててきた（SDR：71ff.）が、神聖ローマ帝国を、このカテゴリーに包摂したのは不当である（LS：1158 Anm. 2）。とうのは、確かに神聖ローマ帝国の中には、一人の「封主」の下への「属国」的な服従の契機を見出すことができるが、この「封主」は、ある一定の領域の代表としてではなく、全体の代表として任じられたのであり、神聖ローマ帝国には、連邦国家概念を適用すべきだからである（Ebind.）⁽¹⁾。

こうして、ギールケによれば、連邦国家概念の研究は、国家的団体人格とその他の団体人格との区別の問題に集約されることとなり、国家形態の法的な構成をめぐることは、全体とその部分に対して同時に国家資格を認めることと、従来の国家概念とをどのように整合させるか、という問いが生じることとなる（LS: 1159）。そして、ギールケは、(111)と、あらゆる連邦国家概念は、ジレンマに陥るといふ（Ebind.）。と、(112)も、ギールケによれば、従来の学説上の国家概念は、統一国家を念頭において形成されたものであるため、その本質において、「国家的法主体を、幾つかの人格に分裂させる」という思考を排除する特徴を持つからである（Ebind.）。つまり、(113)では、「連邦国家概念を放棄するか、それとも、従来の学問的な国家概念を放棄するか」といふ、二者択一を迫られることとなるといふ（Ebind.）。

ギールケによれば、プーフエンドルフ以降の多数の近代的思想家たちは、第一の道、すなわち、連邦国家概念を放棄するという選択を行った（LS: 1159-1160）。ギールケは、確かに、「連邦国家概念を放棄する」といふ選択を行うのであれば、以上に述べたような理論上の困難はなくなると認めるが、その選択は、ドイツの生の現実にはそぐわないとし、第二の道を選ぶべきであるとする（Ebind.）。すなわち、「諸国家よりなる国家」として連邦国家を捉える道である（Ebind.）。ギールケによれば、国家概念は、歴史的概念であり、それゆえに、変更可能なものである。一方において、真の生の関係を可能な限り一般的な法意識と一致させながら、他方において、従来の学問的な国家概念を可能な限り受け継ぎ、学問的連続性を確保する、という二重の要請を満たすことは、不可能ではない（Ebind.）。なんとすれば、両者は最終的に重なり合うはずであり、近代的国法学説自身が、国家生活の一部となるはずだからである（Ebind.）。

ギールケによれば、この第二の道のために考えられる具体的な方策は、伝統的な国家権力のメルクマールから、統一性と主権のどちらかを放棄することである（LS: 1160-1161）。ギールケは、前者、すなわち、統一性を放棄する議論として、ヴァイツの国家理論を取り上げるが、ヴァイツの理論については、連邦国家の国家権力を、内容に応じて分割し、

全体国家と個別国家を、それぞれの領域内における主権的共同体として、独立的に並存させようとするものであるとし、このような考え方は、近代的国家概念の理論的成果を破壊するのみならず、ドイツにおける生の現実とも激しく矛盾するものであるとして退ける (Ebendt)。ギールケは、それに対し、後者、すなわち「国家権力のメルクマールから主権を放棄する方向性」に注目する (Ebendt)。すなわち、全体国家と個別国家を、上下関係の下に置き、全体国家には、統一不可分の主権的国家権力を集中させる一方で、個別国家には、それ自体としては同様でありつつも、非主権的であるような国家権力を返還するという方向性である (Ebendt)。ギールケによれば、これはラーバントに代表される方向性であるが、ここでは、非主権的構成国家と自立的州あるいは市町村との区別を、どのように説明するかという困難な問題が生じる (Ebendt)。

この困難な問題に対する対処法として、ギールケは次の三つの方法が考えられるという。まず、第一に考えられるのは、構成員の立場の違いで区別する方法である (LS: 1161-1163)。ギールケによれば、この方法は、ラーバントがとった方法であり、構成国家の決定的特徴を、主権的中央権力への関与に認めるという方法である (Ebendt)。ギールケは、「構成国家が、全体国家の機関の形成に関与する」という特徴は、確かに連邦国家の本質と一致するものであるとするが、この特徴は、連邦国家のみに見られる本質ではないとし、決定的な基準にはならないという (Ebendt)。というのも、主権的中央権力への関与については、統一国家における市町村や州にも見出すことができるからである (Ebendt)。ギールケによれば、ラーバントは、この問題をすでに認識しており、この問題への対処として、ドイツ帝国における個別国家の主権者が、それらの全体において、帝国権力の主権機関を形成することに、区別の基準を見出そうとした (Ebendt)。しかし、ギールケによれば、それは連邦国家一般の特色ではなく、君主政的基礎をもつ、ドイツ帝国の特殊性にすぎないものである (Ebendt)。そして、ギールケは、もし、ラーバントが、このような主権への「関与」を、

領邦君主については主権者としての、そして、領邦国家については主権国家としての、国際法上の公民権の存続であると説明する (SDR : 94) のであれば、ラーバントは、観念上の統一体における総員に、主権的機関の地位を認めていることとなり、その場合は、共和国におけるあらゆる有権者が、同様に、このような荣誉を請求できることになるはずであると批判する (LS : 1161-1163)。さらに、ギールケによれば、ラーバントは、複合的国家においては、「もっぱら個々の公民が、諸国家の仲介を通じてのみ、全体に所属する」という、国家コルポラティオンの形式のみを有効であると考へ、連邦国家における個別国家の立場に、独占 *Ausschließlichkeit* のメルクマールを付与したのであるが (SDR : 70ff., 88ff., 133ff.)、このことは、ラーバントの全連邦国家理論における、最も重大で、致命的な誤りである (LS : 1161-1163)。ギールケによれば、確かに、近代の連邦国家は、構成国家による媒介機能を抜きにしては考えられないのであり、実際に、個々の公民は、構成国家の諸団体に属する範囲において、構成国家により媒介されるのであるが、全体国家の中央権力が、直接個人に及ぶことや、構成国家の全所属員が、直接全体国家に所属することについては、疑問の余地がない (Ebd.)。それは、分権的な統一国家において、一方で、閉じたケルパーシャフトである州や郡、市町村が存在し、他方で、ケルパーシャフト権力では捉えられない人格部分をもつ、個人としての公民が、国家構成員であるのと同様であり、近代の連邦国家は、諸国家と同時に諸個人からも構成されているといふのである (Ebd.)。こうして、ギールケによれば、以上のような「第一の方法」による区別には、十分な理由がないこととなる。

次に、非主権的構成国家と自立的州あるいは市町村とを区別する、第二の方法としては、団体権力に対する権利の異質性によって区別する方法が考えられる (LS : 1163-1165)。ギールケによれば、この方法は、ラーバントが採用した方法であり、構成国家に対し、自らに「固有」の公法上の支配力を持つ権利 *ein „eigenes“ Recht auf öffentlich-rechtliche Macht* (2) を認め、自治体にはそれを認めないという方法である (Ebd.)。しかし、ギールケは、この区別では、自治体や教会

をはじめとする、各種のkolポラティオンについては、自らに疎遠な権利を持つだけで十分であるという、不合理な結果となってしまうと批判する (Ebdend.)。ギールケによれば、「固有の権利」が、本来的に保有されていたのか、あるいは、派生的に獲得されたのか、という問題は、歴史的な意味しか持たないのであり、決定的な区別の指標にはならない (Ebdend.)。また、権利の現状を考える際に、その終わり方はどうでもよいことであり、「固有の権利」が国家によって剥奪されるかどうか、という問題も、決定的な指標にはならないという (Ebdend.)。ギールケによれば、實際上、国家が、kolポラティオンや州に対し、「一定の生の領域を、それらの同意無しには奪わない」と保証することがある一方で、ドイツ帝国は、他の近代連邦国家と同様に、自らの権限を拡大する権利を持っており、帝国により、個別国家の国家権力が、合法的に剥奪される可能性がある (Ebdend.)。ただし、ラーバントやイエリネックも、財産権が、その収用の可能性によって失われぬのと同様に、支配権力は、その剥奪の危険性によって、「固有の権利」としての性格を失わないとしていたはずであった (Ebdend.)。従って、ギールケは、「固有の権利」という概念は、徹底的にその所有方に依存するとし、一般的な語法に目を向ければ、その内容に応じた権利、あるいは、その行使に向けた権利を持っていくかどうかが重要であるとする (Ebdend.)。すなわち、他者の権利を行使する権利もまた、「固有の権利」であることとなるのである (Ebdend.)。従って、構成国家が、中央権力の機関としてのみ、その権限を行使する場合においても、構成国家は、「固有の権利」を持っていることとなり、同じ事は、自治体や教会を含むすべてのkolポラティオンにも言えるのであって、「固有の権利」の有無は、国家の指標とはなり得ないというのである (Ebdend.)。ギールケによれば、ラーバントは、他方で、個別国家の全権限を、「自治」や「自律」に還元し、その名前に応じ、不適切な方法で、kolポラティオン権力と同一視するなど、「固有の権利」の有無を国家の指標とする思考を首尾一貫させていたわけではなく、少なくとも、そのような方向性を持っていると言っている (Ebdend.)。そして、イエリネックに至っては、この

方向性を貫徹させ、すべてのケルパーシャフト権力を、ケルパーシャフト自体に疎遠な国家の権利と説明するために、「固有の」権利は、その行使において「法的に支配できない」権利であるという、完全に恣意的な主張に手を伸ばさざるを得なかったとする (Ebend.)。

非主権的国家と自立的自治体を原理的に区別する第三の方法としては、両者の権力領域の内容の違いによる方法が考えられる (LS: 1165-1166)。しかし、ギールケは、権限の内容は、時代や地域によつて変動するものであるとし、構成国家に本質的に存在しながら、ケルパーシャフトには存在しない、というような権限や資格を立証することは不可能であるとする (Ebend.)。

以上のことから、ギールケによれば、国家的部分と自治的部分の概念上の区分を見出すことは、一見不可能であるかのようにも見えるが、生において、この区別が承認されている以上、法意識の世界においても、両者を区別する思考が作用しているはずであり、法学が、観念世界とも関わるものである以上、法学は、この思考を概念にまで高める努力を行わなければならない (LS: 1166-1167)。

ギールケによれば、この点については、ヘーネルが、連邦国家において、全体国家や構成諸国家のどちらか一方に完全な国家が現れるのではなく、その両者の全体に完全な国家が現れるということ、正しく指摘していた (LS: 1167)。むしろ、ラーバントも、ヘーネルの議論の有用性を評価しており (SDR: 83ff.)、確かに、帝国国家権力と領邦国家権力の相互関係の叙述において、両者の連帯性と有機的な協働を、正しく視野に入れてはいた (LS: 1167)。しかし、ギールケは、ラーバントが、客観的制度としての国家にのみ、この協働を認めたにすぎない点について、不十分であると批判する (Ebend.)。つまり、確かに、ラーバントは、ヘーネルが、国家の法主体性の問題に、十分には対応できていないことを、正しく指摘した (SDR: 83-84) のであったが、その欠陥を、客観的統一に対応する、主観的連関を探し出

すことによつて補うのではなく、この決定的な場所で、連帯の全思考を放棄したと批判するのである (LS: 1167)。ギールケによれば、ラーバントは、自らの私法的な人格概念によつて、あらゆる他の可能性を断ち切つてしまつたために、上級国家と下級国家のそれぞれを、完全にそれ自身で立つ法人として構成せざるを得なかつたのである (Ebend.)。

このようなラーバントの議論に対し、ギールケは、次のように考えるべきであるとする (LS: 1168)。確かに、長い精神活動の中で発展してきた、近代的人民の法意識は、あらゆる自立的で国民的な生の領域において、その法領域内に、他のあらゆる団体権力を超えた、最高の団体権力が存在すべきであるという思考で満たされている (Ebend.)。そして、近代的人民の法意識は、この最高次の権力に対し、その任務と権限を与えるのであり、そのように構成された法的領域に、国家の資格が認められるのである (Ebend.)。そして、この国家的権力領域と、他のあらゆる団体の権力領域との区別は、前者が、自らの立てた法秩序によつてのみ、規制されるという点を基準として行われており、国家的権力領域とそれ以外の権力領域は、この対外的および対内的な「主権」のメルクマールによつて区別されている (Ebend.)。そして、この国家領域は、分裂したものととして観念することも出来なく (Ebend.)。なぜなら、そのような分裂を認める場合は、同じ法領域内に、複数の「最高次」の権力を立てるといふ矛盾に至るか、あるいは、非主権的国家を導入することになつてしまふからである (Ebend.)。このように考えるならば、法主体としての連邦国家において、その主観的連関を探し出すことは不可能であるかに見えるが、にもかかわらず、近代の法意識が、同一共同体内における多数の国家権力の主体の存在を承認している以上、ギールケは、この関係を、次のように考えるほかないといふ (Ebend.)。すなわち、ある権利義務の総体が、一者として、最高次かつ不可分の権力領域を構成する一方で、多数の主体に、その共同所有の資格があると理解すべきであるといふのである (Ebend.)。つまり、ギールケによれば、連邦国家においても、国家権力自体は、統一国家におけると全く同じ状態にあるのであり、連邦国家と統一国家は、その国家権力の主体が、

唯一の全体人格ではなく、ある一定の方法で構成された多数の全体人格であるという点においてのみ、異なると考えるべきなのである (Ebend.)。

こうして、ここで、国家的権力領域における多数の主体をどのように構成するか、という問題が生じることとなるが、ギールケによれば、実質において不可分であるような国家権力の主体として理解可能なものは、有機的に連帯した多数の国家人格以外に考えられないのであり、全体国家と個別国家は、連帯して、通常は単一の人格にあるような、主体を形成するのである (LS : 1168-1169)。ギールケによれば、全体国家と個別国家が連帯して形成する、この有機的共同体は、特別な組織やそれ固有の機関を持つわけではないために、各構成要素を超えた新たな国家人格であると考えることはできない (Ebend.)。また、この有機的共同体は、それを構成する個別の国家人格が、それによって相互に永続的に結びつくような、ある種の合憲的な連帯の中でのみ、共同体の一部となっているため、それ自体として自立した国家人格の総計であると考えられることもできない (Ebend.)。ギールケによれば、ここでの共有者の立場は対等ではなく、全体国家自身が共同体の首長なのであり、全体国家は、対外的に構成国の全体を代表するとともに、対内的には最終的な決定権者である (Ebend.)。ギールケは、このような構成を採用することにより、国家的法主体を幾重もの人格へ分裂させながらも、最終的な国家意思の統一を保証することができるという (Ebend.)。

そして、もし、国家権力が、その実質に従い、様々に結びついた多数性という、全体国家と構成国家の不可分の共同所有の状態にあるとするならば、国家権力は、その行使に応じて、共同体を構成する個々の担い手に、固有権 *Sonderrecht* として分配される (LS : 1169)。つまり、国家権力に含まれる権限の総体は、統一的統合の中で、全体国家に割り当てられるものと、多数への分離の中で、構成国家に委ねられるものという、二つの合憲的に境界づけられた領域に分解されるのである (Ebend.)。そして、ギールケによれば、ここから、全体国家人格とすべての構成国家人格の両方におい

て、それぞれが単独で自立的に持つような、固有の国家権力が生じることとなるが、これらの国家領域は、いずれも単独では国家権力たり得ず、相互の補完を必要とする (Ebendt)。すなわち、全体国家権力は、確かに、それ単独で最高の権力であるが、下へ向かつては全国家権力とは言えず、構成国家権力は、少なくとも潜在的には、自らの領域において全国家権力であるが、上へ向かつては単独で最高次の権力とは言えないという関係である (Ebendt)。ギールケによれば、全体国家と構成国家は、それらが共同で所有する、主権的かつ不可分な国家権力の中に含まれる資格の一部を、それぞれの個別性において行使するのである (Ebendt)。

こうして、ギールケによれば、連邦国家における全体と部分は、統一的な国家領域の共同の担い手として、それぞれが真の国家人格であるということとなる (LS: 1169-1170)。ここで、構成諸国家は、主権的な国家的全体権力の共同所有者として、全体国家との合憲的な統合の中で観念されるのであり、それゆえに、国家として現れるのである (Ebendt)。そして、ギールケによれば、この観念によってのみ、帝国の国家的まとまりにもかかわらず、ドイツの個別国家とその領邦君主が、対外的に国際法上の主体として現れ、主権的公民権を享受するという可能性が開かれるのであり、対内的には、自治体にこの観念を転用できないことをもって、人民の法意識の中で確かに存在する、構成国家と地方自治体の原理的区別が可能となるのである (Ebendt)。

さらに、ギールケは、以上のような権利関係を、私法上の類似物によって分析しようとするのであれば、ラーバントが言うような「法人と組合」の対比で理解するのではなく、協同組合の全体財産に目を向けるべきであるとす (LS: 1170-1171)。ギールケによれば、ここで重要となるものは、ケルパーシャフト財産であり、この財産に含まれる所有権の総体は、「法人それ自体が支配し、個々人はその構成員としてのみ権利を与えられる」権限領域と、「個々人としての構成員のもとに分配され、法人に対して不可侵の個人権を形成する」権限領域という、二つの領域に分解される

(Ebend.)。))における統一的全体権と、多数の固有権とは、その全体性においてのみ所有権概念に必要とされる支配権を生み出すという意味において、相互補完的な関係にある (Ebend.)。ギールケによれば、ロマニストの私法学者たちは、当然ながら、このような概念の導入に抵抗するのであるが、法学は、生の中に存在するものを正しく捉えなければならぬのであり、少なくとも国法学は、ロマニスト的なドグマに縛り付けられるべきではないのである (Ebend.)。

ギールケは、ラーバントが、個別国家の諸権利に関わる優れた議論 (SDR:109ff.) をはじめとして、ゲノッセンシャフト的な法概念を全く採用しなかったわけではないとしつつも、帝国の金融経済に関わる問題など、多くの点でゲノッセンシャフト的思考を欠如させているとし、ゲノッセンの思考が不十分であると批判するのである (LS:1171-1172)。

四 法の内容と形式の関係について

ギールケによれば、ラーバントの法思考の長所は、国家に対する法の自立性を守ろうとしたことであり、「国家は、実質的に法を超えるのではなく、完全に法の中にある」ということを示したことである (LS:1172-1173)。しかし、ラーバントは、このような解釈の可能性について詳細な説明を行わなかったのみならず、この解釈と、法の「強制」や「命令」の意義を強調することとの整合性をどのように確保するか、という問題に対応できなかったと批判される (Ebend.)。つまり、ラーバントは、個々人が国家への関与を求める権利を、権利として特徴づけることが出来ず、命令権力および強制権力から引き離された主権者の国法上の義務や、自らの領域において、形式上すべてを独自に判断する帝国議会に課された、実質的な国法上の義務を、基礎づけることが出来なかったというのである (Ebend.)。ギールケによれば、

ラーバントの全体系は、これらの支柱が揺らいでいるために、根拠のないものと言わざるを得ない (Ebendt)。ラーバントは、法に実質的な内容を与える法理念を軽視し、形式主義的解釈のもとで、法を強制や脅迫によって保証される命令に還元してしまったのであり、法の内容と形式を分離し、命令そのものを、法的本質から切り離し、形式に固有の生を認めたと批判されるのである (LS: 1174)。

こうして、ラーバントは、「法の内容」と「命令としての法」を分離し、立法概念を後者の公布に集中させ、前者を単なる立法の準備と見なしたのであるが、ギールケによれば、このような分離は不当である (LS: 1174-1175)。確かに、人間の当為に関わる規範と、倫理的な規範や単なる慣習上の規則とを区別するためには、外的に拘束する權威の有無、並びに、そのために必要とされる強制力の有無を指標とせざるを得ないが、他方で、強制により実現される命令と、法規範としての法的な強制的命令とを区別するためには、人間の当為に関わる、一般的理性命題を宣言する意図の有無を指標としなければならない (Ebendt)。ギールケによれば、国家が、立法により、法を産み出す機関としての役割を果たすとき、国家は、立法意思の形成や表明において、「法の内容」と「命令としての法」という、ある規範を法規範にまで高めるための二つの契機を、同時的かつ統一的に生み出すことが出来る (Ebendt)。すなわち、国家は、法的内容とともに、命令としての法を生み出すのであり、国家は、法意識が自らの表現として生み出した規範を法と宣言することを通じて、「命令としての法」を生み出すのである (LS: 1175-1176)。こうして、国家は、自らの意思であるというだけの理由で規範の遵守を求めめるのではなく、その「命令としての法」が、臣下にとって信頼に足る認識により、法と見なしうる内容を伴うものであるという理由で、この「命令としての法」を、他のただの命令と区別するのである (Ebendt)。こうしてギールケは、まず形式的には、法が、国家権力を法的権力たらしめると同時に、国家が、法に強制力を与えるという形で、そして実質的には、法が、その内的本質に従い、共同体の絶え間ない構築と解体に従事して、

法的概念や法命題を生み出すのと同様に、国家も、その内的本質により、法秩序の絶え間ない構築と解体を成し遂げるという形で、国家と法は、互いに補完し合って完成するというのである (Ebend.)。ただし、国家は、立法において、単なる意思機関にすぎないのではなく、一般性の意識機関でもあるのであり、立法者には、権力や権威だけでなく、分別や智慧、公正さが求められるのであって、人民の法理性は、国家の中にあるというのみならず、国家こそが、その最も気高い貯蔵庫なのである (Ebend.)。

しかし、ギールケによれば、ラーバントの立法概念により、このような全連関は引き裂かれたのであり、国家も法も、その意味を歪められてしまった (LS: 1176-1177)。すなわち、国家は、立法者としての職務のうち、最も重要な部分を失い、法は、実定法としての特別な内容と価値を失ったのであり、実定法が、「命令としての法」に吸収されたことにより、実定法は、命令対象を服従させるに足りるだけの十分な力をもった、任意の命令に成り下がったという (Ebend.)。そして同時に、実定法は、その命令形式の故に、すべての他の法に優越することとなり、慣習法は、実定法の解釈に還元されてしまい、慣習法には、実定法と並ぶ力を帰することが出来ないこととなってしまった (Ebend.)。しかし、ギールケによれば、真実は逆なのであり、慣習法こそが、法的慣例を通じた、法意識の直接的な表現として、その実質において、実定法と何ら変わらないのであり、原理的に実定法を制限する力を内在させているのである (Ebend.)。すなわち、ギールケは、法意識の表出としての法命題の宣言が、実定法の真のメルクマールであるというのである (Ebend.)。そして、ギールケは、法思考と国家思考にとり、もっとも憂慮すべきことは、ラーバントが、その形式主義を、国家司法に適用したことであり、このことは、以下の三点において重大な欠陥を伴っていると批判する (LS: 1178-1180)。まず、第一に、ラーバントは、司法手続きを論ずるに当たり、裁判権を行使する際に、そこで行使される国家のヘルシャフト権が問題となる限りにおいて、司法制度は国法に属するという視点のもとで叙述しているが (SDR3-2: 14ff.)、ギール

ルケによれば、これは、そもそも原理的に誤りである (LS: 1178-1180)。というのも、全訴訟法は、それ自体として、国法の一部であり、国家機能の運用に関わる諸規範の総体だからである (Ebendt.)。つまり、裁判上行使されるヘルシャフト権は、法的に最高次の共同体としての国家に課せられた、実質的な任務を遂行するための形式的な手段にすぎないのであり、裁判手続き一般に関わる諸命題の中で、国法上の要素と訴訟法上の要素を、厳密に区別することはできない (Ebendt.)。しかし、それにもかかわらず、ラーバントは、この区別を無理に行おうとしたため、司法を、国家の権利保護任務の非本質的な構成要素にすぎないものと見なし、裁判権の本質を、それと結びつく形式的な支配活動に見出すこととなり、司法の国家的機能を歪めてしまったというのである (Ebendt.)。

ギールケによれば、このようなラーバントの論理的帰結は、明らかにその前提に反している (LS: 1180-1182)。というのも、司法において、もはや法が主要問題とならないのであれば、国家と法の紐帯は粉々となるのであり、法秩序の守護者としての国家は、執行者に埋没し、国家秩序の支柱としての法は、執行規則に縮減するからである (Ebendt.)。ギールケによれば、国家が、正と不正の判定者として判決を下すことは、国家の本質に属し、法が、法に割りあてられた国家機能を遂行することは、法の本質に属するのであり、法によって規定された自立的な司法を、支配権による行政として解釈することは許されないのである (Ebendt.)。

ギールケによれば、具体的な権利に対する評決 *Wahrspruch* は、司法機能の本質的内容であり、執行命令を、特殊国家的な裁判活動に高めることは出来ない (LS: 1182-1183)。にもかかわらず、ラーバントが、裁判の国家機能一般を、自立的で独特なものとして認識しなかったのは、ラーバントが、裁判活動を形式主義的に構成したことと密接に関わっていると、いう (LS: 1184-1186)。つまり、ギールケは、ラーバントの国法学体系が、立法、行政、司法の三分割の思考によってではなく、立法と行政の二分割の思考によって組み立てられているとし、司法は、広義における行政の特別形

態としてのみ現わされていくとする (Ebend.)。しかし、ギールケによれば、これまでの慣習において追求されてきた司法とは、あらゆる権力側の目的適合的な考慮から解放され、実質的に正当であるような、専ら法によってのみ支配される司法なのであり、司法と行政は厳格に分離されるべきなのである (Ebend.)。

ギールケがラーバントの司法論の根本的な誤りと指摘した第二の点は、ラーバントが、官庁や個々人に、裁判所由来の審査権を認めながら、裁判官自身には、司法審査権を認めなかった点についてである (LS: 1186-1189)。国家的司法機関としての裁判所は、その訴訟の対象と規範を法の中のみ持つのであり、国家的立法として布告された法令が、実際に国家的立法であるのか、それとも、その外見を有するのみであるのかについて、裁判所は、自立的かつ独断的な方法で確言するよう義務づけられており、また、そのための権限を与えられている (Ebend.)。すなわち、裁判所こそが、法令の確定をめぐり、それが、憲法上の資格をもつ機関を通じて、適切に行われたかどうかを審査するための権限と義務を有しているのである (Ebend.)。ギールケによれば、行政庁には、これまでの独立性はなく、また、この義務は、個人に背負わせるには荷が重すぎるものである (Ebend.)。

そして、ギールケがラーバントの司法論の誤りと指摘した第三の点は、ラーバントが、法に対し、法一般が果たしうる以上のものを、過度に期待している点である (LS: 1189-1190)。ギールケによれば、国家生活は、そもそもラーバントが前提としたほど、明確に法的な事象に埋没するものではなく、法の領域は、公共世界の全体をカバーするものではない (Ebend.)。つまり、法は、政治的な欲求や宗教的あるいは倫理的な見解、社会的あるいは経済的な欲求とのせめぎ合いの中にあるのであり、このようなせめぎ合いの中で、法は、常に法理念と合致しているわけではない (Ebend.)。ギールケによれば、確かに、法とは、実定法でしかありえず、支配権は、法理念自体と合致するのではなく、それは、法理念に歴史的な刻印を付与するような具体的形成物にのみ適合するものであるが、「法の支配」の価値や力、および、

その安定性は、法を明確化する形式を整えるだけでは確保できないのであり、その成否は、形式の整備と並んで、実定法の内容が、法理念のその都度の妥当な表現として、如何に知覚され、望まれ、理解されるかという点にも大きく依存しているのである(Ebendt)。以上のことから、ギールケは、ラーバントによる国家や法の根本解釈については、その論理的、形式的な方法の有用性を承認しつつ、その内在的な欠陥や限界、すなわち、それだけでは、実質的内容にかかわる問題に対処できないという限界を正しく認識し、その限界を乗り越える努力をしなければならぬと主張したのである(LS:1190-1191)。³⁾

五 ギールケのラーバント批判

ラーバントの連邦国家理論に対する、ギールケの具体的な批判点や、それに対するラーバントの応答については、その詳細は次章で検討することとして、ここでは、ギールケのラーバント批判の要点を簡単にまとめておきたい。すでに、本章の叙述から明らかのように、ギールケのラーバントに対する批判は、公法上の人格関係が、私法上の人格関係と異なるという一点に尽きていると言つてよい。すなわち、ギールケによれば、公法上の人格関係を分析するためには、意思が自己完結しているような、私法上の人格概念を破棄し、本稿の第一部で言及したような「真の国家概念」の獲得のために要請される、「客観的統一に対応する、主観的相互連関を組み込んだ人格概念」を新たに定立し、「部分であると同時に全体である」ことを可能とするような、概念上の工夫が必要なのである。それにもかかわらず、ラーバントが、その工夫を行っていないと批判しているのである。そして、この工夫を行うか行わないか、という問題は、「国家が、ヘルシャフトであると同時に、ゲノツセンシャフトでもある」ということを承認するか否かという問題、すなわち、人

民が、国家の支配対象にすぎないのか、それとも、国家の本質的構成要素であるのか、という問題に直結するのであり、この点が、ギールケの国家論とラーバントの国家論の間の決定的な対立点であった。ここで出されたギールケの主張は、概ね以下のとおりである。

まず、公法上の関係は、意思の相互依存や法的連帯の思考を含む、ゲルマン的な共同関係である。そして、公法上の人格概念は、共同存在としての全体人格概念であり、公法上の共同体は、全体と部分が法的に結合された有機体である。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不可侵の基本権を持ち、基本権の保護は国家の不可避の義務である。個々の公民は、全体の基本構成にとり、重要な集団として、国家を形成しており、それゆえに、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を行うと同時に、ケルパーシャフト団体に注目し、構成員資格の内容や範囲を確定しなければならない。そして、全体と部分を有機的に結合した不可視の統一体の意思行為は、合憲的に意思行為するような、構成員の意思行為に現れる。したがって、部分の意思行為は、全体の意思行為と一致し、全体と部分の特有の主観的連関が、客観的法規範を形成する。ここでは、構成員の意思活動が、共同体の生の現れとして承認されると同時に、各構成員の作用領域が、法的に境界づけられ、非均質的な部分統一体同士の相互関係が、法的に表現される。ここにおける部分の意思行為は、全体の代理ではなく、全体の代表である。こうして、客観的法観念は、主観的法観念と一致し、全体は、その部分に対し、割り当てられた任務の履行を要求すると同時に、部分は、全体に対し、そのための権限を要求するという相互補完的な関係にある。そして、機関同士の関係については、主権的機関と非主権的機関が区別されるが、真の主権機関（中央機関）自体は不可視のものであり、帝国憲法によれば、それは、皇帝と連邦参議院により、「代表」されることとなるが、皇帝と連邦参議院自身が主権機関なのではない。そして、非主権的機関も、国家権力の共同行使という形で部分的な権力をもっており、また、主権は、共同の

担い手によって担われているため、帝国議会も実質的な権力を持つ。ギールケによれば、法にとり、「それが命令である」ことのみが重要なのではなく、「何を命じるか」という、命令の内容こそが重要なのであり、このような「法の内容」は、人民の法意識や国家観念によって、形成されるのである。

第三章 ラーバントの応答とギールケ国家論の影響

ラーバントは、ギールケの批判論文が出された年（一八八三年）の五年後にあたる、一八八八年に、『ドイツ国法学』第一版（SDR）を大幅に改訂し、第二版（SDR II）を公刊した。⁴ここでラーバントは、ギールケからの批判に対し、何度も応答を試みている。本章では、このラーバントの応答の仕方を分析することを通じて、ギールケとラーバントの連邦国家理論を突き合わせ、そこに見られる両者の具体的な対立点を解明するとともに、従来、当時の国法学の基本的な方向性を定めたとされてきた、ラーバントの連邦国家理論に対し、ギールケの連邦国家理論が持っていた、具体的な実効性を究明したい。このような分析を通じて、本稿の第一部で取りあげたような、『アルトジウス論』と『ドイツ団体法論』第三巻において暫定的に完成された、ギールケの政治理論が、当時の政治体制をめぐる同時代人の自己理解に、どのように関わったのか、そして、そこでどのような強みを持っていたのか、という問いに応答することができるであろう。

一 ドイツ帝国成立史理解をめぐる応答

ラーバントは、まず、自らが、『ドイツ国法学』第一版の叙述を、一八六六年から始めたことに対し、「一八六六年以前との法学的連続性を無視している」と批判する、ギールケの指摘 (LS: 1114-1118) について、北ドイツ連邦の設立を扱う、第二版の第一章第二項冒頭において、次のように応答を試みている (SDR II: 9)。

ここで、ラーバントは、確かに、ある国制を設立するという努力の歴史は、ドイツ人民の政治的要求や願望に満ちており、遠い過去にまでさかのぼることが出来るとする (Ebd.)。しかし、歴史や政治の観点からは、興味深い展開であるとしても、それが法史上の意義を持つのは、その展開が、法の形成につながる限りにおいて、とりわけ、ドイツ帝国の設立と憲法の制定にとり、重要である限りにおいてなのであり、この観点から、ドイツ帝国の成立史を論ずる場合は、一八六六年の崩壊時にさかのほれば十分であるとする (Ebd.)。従って、今日の法制度を完全に深く認識するために、法史の意義を強調するという意味では、ギールケの指摘には同調できるが、実定法のあらゆるドグマティックシユな論述を、常に法史上の素材と結びつけなければならぬとする点については、反論しなければならぬという (Ebd.)。けだし、「非歴史的な始まり」という非難をかわすために、部族法やタキトゥスの『ゲルマニア』、十二表法の法学的究明を始めるよう求めることは、およそ学問的要請とは見なし得ないのであり、ギールケが法史概念に認める無制限の拡張は、およそ正当ではないからである (Ebd.)。こうして、ラーバントは、「ドイツ統一思考」の歴史は、政治史ではあっても法史ではなく、そこからは、帝国の法の本質や帝国と構成国家との関係にとり重要なものを、何も取り出すことは出来ないとするのである (Ebd.)。

さて、このラーバントの応答は、どの程度、ギールケの批判に込んでいるといえるのであろうか。すでに前章で見てきたように、ギールケの「歴史的方法」の要請は、ラーバントに対し、十二表法の法学的究明を求めたものではなかつた (LS: 1114-1118)。(5)でギールケは、ラーバントが、相互に独立した私人間の権利関係の枠組みの下で国法を論じ

た点を批判しようとしたのであり、それに対し、意思の相互依存や法的連帯の思考を国法に取り込むべきであると主張したのである。ギールケは、私的権利と公的権利を内的に統合するような、このゲルマン的思考が、一八六六年以前のドイツ史に見出されると考えるが故に、「歴史的方法」を要請したのであり、また、それ故に、ラーバントが一八六六年以前の叙述を省いたことを批判したのであって、ギールケの批判は、「法史概念に無制限の拡張を認めた」結果なのではない。つまり、ギールケは、一八六六年以前の歴史の中に、まさに「帝国の法の本質や帝国と構成国家との関係にとり重要な」思考が含まれていると主張しているのである。従って、ここで出されたラーバントの応答は、ややちぐはぐなものであり、ギールケの批判に対する応答としては、有効性の低いものであったと言つてよいであろう。

次に、ラーバントは、第二版の第一章第二項の最後の部分に新たな叙述を書き加え、第一版において「解くことのない問題」としていた「困難な循環論法の問題」⁽⁶⁾の解決を試みてゐるが (SDR II : 30-33)、彼はこの解決に当たり、ギールケの主張を大幅に受け入れている。本稿第二部第一章でも見てきたとおり、ラーバントは、第一版においては、各領邦国家による北ドイツ連邦への加入の決定について、各領邦国家が、北ドイツ連邦憲法を告知することであると述べていた (SDR : 30-33)。そして、このことは、北ドイツ連邦憲法を、領邦諸国家の一致した領邦法と見て、領邦諸国家が新たな憲法を制定したものととして理解すべきではなく、各領邦国家が、各自の領邦法により、北ドイツ連邦憲法をもつ新連邦に参加する意思を表明したと理解すべきなのであり、北ドイツ憲法の設立は、領邦国家の意思決定に基づくものとされたのであった (Ebend.)。ラーバントは、このような認識に基づき、ヘーネルの構成を、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ようとしたものであると批判したのである (Ebend.)。ラーバントによれば、あくまでも、まず、各領邦国家が北ドイツ憲法に参加し、その後、各国の領邦憲法が修正されると考えるべきなのである (Ebend.)。しかし、北ドイツ連邦自体が、一定の憲法の存在を前提としてい

るため、その憲法の承認を北ドイツ連邦自体からは導き出すことが不可能であるにもかかわらず、以上述べたようなラーバントの構成を採用する場合は、まず、憲法を伴う連邦が設立され、その後で、各領邦国家が、領邦法を通じて、連邦への参加意思を表明するという形となり、連邦の設立と各国の参加意思表明のどちらが先かという「循環論」が発生することとなった (Ebendt)。ラーバントはこれを、解くことの出来ない困難な問題としていたのである (Ebendt)。

このようなとらえ方に対し、ギールケは、前述の通り、連邦憲法の導入の根拠を、領邦国家の意思表示に見ることは正当であるとしながらも、連邦憲法自体を、それまでの法から引き出した⁷⁾り、個別国家の立法によって創り出した⁷⁾りすることは不可能であり、個別国家の意思行為において、次のような二重の契機を見出さなければならないとした (LS: 113-114)。すなわち、領邦国家は、連邦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る。領邦諸国家は自らの人格の一部を放棄する個別国家としての行為において、同時に、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 (Ebendt)。このように考える時、ラーバントが、領邦国家による連邦憲法の宣告と連邦によるその取得の宣言を区別し、ヘーネルの構成に対し、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、不正確であることとなる (Ebendt)。なんとすれば、この区別は、連邦を創造するという同一の行為を、個別国家の側から見ると、それとも、連邦の側から見ると、違いにすぎないものであり、両者は、表裏一体の関係にあるからである (Ebendt)。こうして、ギールケは、北ドイツ連邦は、その憲法の内容を伴って設立されるのであるが、憲法に実定的な効力を与えたのは連邦自身であり、連邦が、その成立の際に、他の構成要素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、国法上の基礎を自ら創造したと理解するのであった (Ebendt)。そして、ギールケによれば、共同体の設立や廃止をはじめとして、あらゆる体制の変更は、このように理解されるべきであり、ドイツ帝国の成立についても、同じ

事が言えるのである (LS: 1155-1156)。

このようなギールケの指摘に対し、ラーバントは、第二版において、このギールケの主張を大幅に受け入れ、以下のように議論を展開している (SDR II: 30-33)。第一版で指摘されていた循環論の問題は、ここでは次のように定式化される (SDR II: 31-32)。すなわち、全国家を一つに結合するための北ドイツ連邦の立法権は、その憲法を根拠とするが、この憲法の効力は、連邦の立法権に基づかなければならないという循環である (Ebdend.)。ここでラーバントは、憲法なき国家も、国家なき憲法も共に考えられたいとし、どちらが先行するかを論じるのは循環論となるために、憲法と国家は同時に成立したと考えるほかないとする (Ebdend.)。ラーバントによれば、一方で、北ドイツ連邦憲法の樹立は、連邦の意思行為ではなく、参加する個別諸国家全てによる自由な意思行為であるために、これを連邦の立法行為と考えることは出来ない (Ebdend.)。しかし、他方で、個別諸国家はその憲法を自らにではなく、設立される新たな共同体に付与するために、これを領邦立法と捉えることも出来ない (Ebdend.)。こうして、ラーバントは、連邦の設立や憲法の樹立と承認、各個別国家の連邦への服従を、個別諸国家の全く同一の行為であるとして、この循環論を解決するのである (Ebdend.)。

ここでラーバントが、ギールケの前述の議論、すなわち、個別国家による連邦憲法の宣言と連邦国家による憲法取得の宣言を、表裏一体で同一のものであるとする箇所 (LS: 1154) を参照するよう指示している (SDR II: 32 Ann.1) ことから明らかなように、ラーバントは、第二版において、ギールケの主張を取り入れることにより、第一版で解決不能としていた循環論を克服したと言つてよいだろう。ただし、ここで注意しなければならないことは、ラーバントが、第一版において、ヘーネルに対して取つていた態度を、第二版においても基本的に変化させていないことである (SDR II: 26-29)。第二版において、ラーバントが受け入れたギールケの主張は、すでに見たとおり、第一版に見られるラー

バントのヘーネル理解を批判する文脈で出されており、論理的には、第一版におけるヘーネルの理解に、何らかの変更や補足を施さない限り、直ちに採用することはできないはずである。ギールケの主張するような、連邦の設立と領邦国家の連邦への参加が同時になされるという法構成をとるためには、「領邦諸国家が、自らの人格の一部を放棄するという個別国家としての行為において、同時に、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」という前提が必要だからである。そして、この前提こそが、ギールケが、国法学に必要であるとした「意思の相互依存、あるいは法的連帯の思考」であった。従って、この問題を解決しない限り、ここで展開されたラーバントの主張は、論理上の困難を抱えることとなる。後述するように、ラーバントは、基本的にこのギールケの前提の受け入れを拒否しており、循環論の克服に有用な限りにおいて、やや節操のない形で、ギールケの議論を援用したと言つてよい。ちなみに、ギールケは、ドイツ帝国の成立に関しても同じ問題があると指摘した(LS: 115-1156)が、ラーバントは、ドイツ帝国の成立に関する叙述については、ほとんど修正を行わなかった(SDR II: 36-49)。ここでラーバントが修正を行わなかった理由としては、彼が、ドイツ帝国憲法を、北ドイツ連邦憲法の拡大あるいは延長として捉えた(SDR II: 42-43)ために、憲法制定をめぐる「循環論」を回避することができたからであると考えられる。しかし、ラーバントによる、以上のようなギールケの議論の援用の仕方については、論理上の困難を伴うものであると言わざるを得ないであろう。

二 帝国の法的本質をめぐる応答

帝国の法的本質を取り扱った、ラーバントの『ドイツ国法学』第二章は、第一版から第二版にかけて、最も大幅な修正が施された部分である。ここでは、部分的に第二版の叙述が利用されながらも、論述の構成が大幅に変更されたり、

新たな叙述が書き加えられたりしており、詳しい分析が必要である。以下において、その主要な変更点を分析したい。

まず、構成の変更については、第一版で第三章に組み入れられていた、第九節「帝国権力の主体」(SDR : 85-94)が、第二版では、第十節として第二章に組み入れられるとともに、第一版の第七節「権利主体としての帝国」(SDR : 56-70)および、第八節「連邦国家概念」の内容が、第二版第七節「国家連合と連邦国家」(SDR II : 52-58)、第八節「統編、対立する見解の批判」(SDR II : 58-80)、第九節「帝国の法の本質」(SDR II : 81-86)とどう新たな節目のもとに再編され、大幅な加筆がなされた。以下の上述においては、内容上の変更として特に重要であると考えられる、第二版第七節と第八節の変更部分を中心に分析したい。

(1) 『ドイツ国法学』第二版第七節

ラーバントは、第二版第七節において、第一版の第七節と第八節の内容を、次のような三つの区別のもとに整理し直し、連邦国家の特徴を説明した (SDR II : 52-58)。すなわち、すべての国家的団体 *Staatenverbände* は、第一に、国家連合と国家の二種類に分けられるとし (SDR II : 52-54)、第二に、その国家について、国土と住民を、自ら直接的に支配する単一国家と、国土と住民を、自らに服する構成国家を通じて間接的に支配する複合的国家に区別できるとした (SDR II : 55-56)。その上で、第三に、この複合的国家について、その国家権力が、構成国家のうちの一つのものである場合と、構成国家の全体のものである場合とを区別し、後者のみを連邦国家であるとしたのである (SDR II : 56-58)。ここで、ギールケの指摘との関係で、特に重要であると思われるのは、上述した三つの区別のうちの第一の区別、すなわち、国家連合と国家の区別を論じた部分に関する修正である。⁹¹⁾

ラーバントは、第二版第七節の冒頭における、国家連合と国家の区別については、第一版の見解 (SDR : 56-58) を基本的に維持しつつ⁽¹⁰⁾、国家連合と国家を、前者が、契約上 (国際法上) の概念カテゴリーの下にあるのに対し、後者は、コルポラティブな (国法上の) 概念カテゴリーの下にあるとして区別し、両者の違いを、私法における、組合と法人の対立という図式を援用して説明した (SDR II : 52-54)。その上で、ラーバントは、第二版において、次のように説明を追加する (SDR II : 54)。それによれば、諸国家が国際法上結合する場合は、構成国家自身が、最高権力の主体であるのに対し、諸国家が複合的国家に統一される場合は、最高権力を持たない構成国家を超越し、それを法的に支配する権力が存在することとなる (Ebendt)。ラーバントは、主権について、「自らを超えた他人が持つことのない、最高の権力」と定義し、国際法上の国家連合と合憲的に組織されたコルポラティブな諸国家国家とを概念的に区別する基準として、前者では、個別国家権力が主権を有するのに対し、後者では、中央権力が主権を有するという点に見出すのである (Ebendt)。そして、ここでラーバントは、国家連合の法的性質をめぐる諸種の議論を検討する (SDR II : 54 Anm. 1)。

ラーバントはまず、ヘーネルやゲオルグ・メイヤー (Georg Meyer)、ジークフリート・ブリエ (Siegfried Brie) らの議論を、国家連合に支配権をもつ法人という性格を認めるものとして取り上げる (Ebendt)。ラーバントによれば、国家連合について、「一つの組織を持ち、多数決原理で意思決定を行い、構成員に退場権を認めないものである」と主張したとしても、これらすべてのことは、コルポラティブな団体と全く同様に、組合的な団体にも認めうるために、区別のための重要な指標にはならない (Ebendt)。国家連合の本質にとって決定的なものは、構成国家に全能的に認められる主権であり、構成国家に「減じられた主権」を認めようとするメイヤーやブリエの試みは、問題の解決にはならないという (Ebendt)。なぜなら、主権を「減じる」ことは、その否定に他ならないからである (Ebendt)。それに対して、ラーバントは、国家連合の契約的性質を強調する多数説が正当であるとし、ゲルバーやモール、フィリップ・ツォ

ルン (Philipp Zorn)、『イェリネック、ロージンの著作を挙げる (Ebend.)』。その上で、ラーバントは、シュルチェとコンスタンティヌス・ベーケ (Constantinus Bake) およびギールケの著作 (LS) を取り上げ、これらは、支配権を付与された、中央権力を伴う政治的形成体に、「国家連合」の表現を用いようとしており、これでは、単なる語義をめぐる争いになってしまふと指摘する (SDR II : 54 Anm. 1)。そして、国家連合について、それを、国法上は組合であり、国法上は法主体であるとして特徴づけようとする主張は、全くの誤りであると非難する (Ebend.)。ラーバントによれば、そのような主張は、私法の領域において、対内的には組合でありながら、対外的にはコルポラティオンであるような人的ゲマインシャフトを承認することであり、統合不可能な対立の混同を意味する (Ebend.)。なぜなら、対外的に法主体であるものが、対内的に法律関係ではあり得ないのであり、構成国家の主権は、国法上の連関においては、存在することができず、国際法上の連関においては、排除され得ないからである (Ebend.)。それに対して、組合については、法主体ではない形で組織しつつ、対外的に法的な効力を持たせることも可能であるとし、国際法上の諸国家の組合は、私法上の個人の組合と同様に、組合に区分できるとする (Ebend.)。

さて、このラーバントの応答は、ギールケの批判に対する反論として、どれほどの有効性を持っていると言えるのであろうか。前述の⁽¹¹⁾とおり、ギールケは、確かに、ラーバントが、連邦国家と国家連合の区別にあたり、前者では、全体が常に国家人格を持つものに対し、後者では、全体が国家人格を全く持たないという点を基準とするのは不当であると批判していた (LS : 1157)。しかし、このギールケの批判は、ここでラーバントが指摘するような、「国家連合の全体に、国家人格を認めるべきだ」という含意を持たせたものではなく、連邦国家と国家連合の区別にあたり、ラーバントが国家人格の有無のみを問題としたことに対する批判であり、その含意は、「国家人格の構造の差異に注目し、もっと細かい場合分けの必要がある」というものであった (LS : 1157-1158)。けだし、ギールケにとっても、「国家連合の全体に、

国家人格を認める」ことなど、あり得ない解釈である。従って、ラーバントの解釈は、そもそも、ギールケの主張の解釈として不適切であり、不適切な解釈を基にしたラーバントの反論は、ギールケの批判に対する反論としては有効性が低いと言わざるを得ないであろう。

(2) 『ドイツ国法学』第二版第八節

ラーバントは、第二版第七節に引き続き、第八節において、帝国の法的性質や帝国と個別国家の関係の法的性質に関し、決定的な意義を持つとする理論を五つ取り上げ、批判的に検討している。

ラーバントは、第一に、かつての通説であったものとして、連邦国家の本質を主権分割に見る、ヴァイツの見解を取り上げる (SDR II : 58-60)。¹⁾ 二) におけるラーバントの取り上げ方は、第一版 (SDR : 73-75) におけるそれとほぼ同様であり、全体国家の権限と個別国家の権限を明確に区別することは不可能であり、権限に疑いが生じた場合に、その権限を決定する権力こそが主権なのであり、それは、ドイツ帝国においては、排他的に帝国に認められるとして、ヴァイツの議論を退けた (SDR II : 58-60)。なお、ラーバントは、このヴァイツに対する批判を行う際に、ギールケの主張をも援用し (SDR II : 58 Ann.1, 60 Ann.2)、『ギールケの『アルトジウス論』 (JA : 245ff.) や「ラーバントの国法学」 (LS : 1160) を参照するよう指示している (SDR II : 56-60)。

ラーバントは、第二に、ザイデルの見解、すなわち、主権を国家概念の本質とし、上級国家のもとに諸国家が服するという連邦国家 (諸国家国家) 概念を拒否し、契約的性質をもつ諸国家同盟か、それとも、分権的統一国家か、という二者択一を迫る見解を取り上げる (SDR II : 60-69)。この見解に対しては、ザイデルの言うような、典型的な統一国家

をモデルとして形成された、教条的な国家概念が、ドイツやアメリカ、トルコ等に見られる語法にそぐわないとして、ドイツの現実には合わない」と批判する。この指摘自体は、ラーバントが第一版で展開した批判 (SDR : 62-64) とほぼ同様であるが、第二版においてはさらに、語法だけでは反論として決定的ではないとされ、概念上のメルクマールを立てる必要が説かれる (SDR II : 61)。すなわち、国家の基準として、主権が本質的ではないと説明するのであれば、何を国家の基準であると考ええるのか、そして、州や郡、ゲマインデと、「非主権的国家」をどのように区別するのか、という問いに答えなければならぬとするのである (Ebend.)。ラーバントによれば、この問いに対して、自らが第一版において提示した回答は、国家が、「固有の権利によって公法上の支配権」(SDR : 106) を持つことを区別の基準とするというものであった (SDR II : 61)。すなわち、国家は、公法上の支配権を、委任によって、あるいは、より高次の権力が自らの任務を遂行し、自らの意思を貫徹するために用いるような機関として持つのではなく、国家は、その支配権を、固有の法領域や固有の意思、並びに、行為の自由を伴った、自立的な法主体として持つとしたのである (Ebend.)。そして、ラーバントは、このような第一版における回答が、様々な「誤解」を生んだという (Ebend.)。

ラーバントによれば、まず、この「固有の権利」(„eigens Recht“) 概念がいくつもの考察の対象となった (SDR II : 62)。イエリネックは、この概念の詳細な研究に従事し、「固有の権利とは、法的に支配できない権利である」という命題を提示した (Ebend.)。つまり、ラーバントによれば、イエリネックは、国家の本質を、国家活動のある限られた領域の内部において、より高次の権力からのコントロールを排除し、最終的な規範を公布するための権限をもつような、公法上のコルポラティオンに見出したのである (Ebend.)。しかし、ラーバントによれば、このイエリネックの主張に対しては、すでに多くの批判が出されており、実際上も、維持することはできなく (Ebend.)。というのは、主権的中央権力からのコントロールを一切受けたくないような構成国家を想定することは不可能であり、また、構成国家の権利の運

用が、一定の制限下におかれている場合は、イエリネックの言う意味で「固有」ではあり得ないからである (Ebendt.)。それに対して、正しいのはロージンの見解であり、自ら以外の権利を代理として行使する場合も、「固有の」権利を持つちうるものであり、従って、「固有の権利」の有無を国家の指標とするイエリネックの努力は、無駄な骨折りでであると批判するのである (Ebendt.)。

ラーバントによれば、決定的なことは、「固有の権利」ではなく、「固有の支配権」なのである (SDR II : 62-64)。ただし、ラーバントは、ロージンが、この支配権について、公法のみならず、私法をも包括する概念であると考え、国家とゲマインデの区別を、そこで設定される目的によって区別しようとした点については、国家権力を使用する目的が絶えず変化する (SDR II : 66-67) ために、「国民的」な目的と「地方的」な目的を明確に区別することはできないとして批判する (SDR II : 62-64)。ラーバントは、国家と自治体の区別にとっては、やはり、支配権の有無が決定的であるとし、私法上の権利が請求権にとどまるのに対し、支配権は、ある行為の不実行や実行を、自由人に命じる権利であり、その有無が、国家と自治体を区別する基準となるのである (SDR II : 64-65)。こうして、私法上の「全人格」やコルポラティオンに対しても、その構成員に対する支配権を認めようとする、ギールケやロージンの議論は退けられる (SDR II : 66 Ann.2)。なお、ラーバントによれば、支配権が国家のメルクマールであるとはいえず、国家は常に支配権を使用するというわけではなく、必要などきのみ使用するのであり、国家活動の大部分は、支配権を適用することなく遂行される (SDR II : 65-66)。従って、ギールケの批判 (LS : 1130ff.)、すなわち、「ラーバントの構成では、国法上の意思決定の内容が、支配と服従の關係に尽きることになってしまふ」とする批判も⁽¹²⁾当たらないという (SDR II : 65 Ann.3)。

ラーバントは、このような議論を展開した上で、「主権」は、国家の本質的な特性ではないとする (SDR II : 67-68)。

というのも、ラーバントによれば、「主権」とは、最高かつ最上級の権利を意味するが、別に最高次の権力を持たなくとも、支配権を保有することは可能だからである (Ebendt)。ラーバントは、主権者の資格を持たない人格、すなわち何らかの法的な権力関係において、上に向かって服従している人格は、同時に、自由人やその結社に対する支配権を持つことが可能であり、それゆえに国家権力を保有することができるというのである (Ebendt)。

ここでラーバントが出した、ギールケに対する反論についても、これまでと同様に、正当な批判とは言い難いものである。まず、既に指摘したとおり、ギールケによる、「ラーバントの構成では、国法上の意思決定の内容が支配と服従の関係に尽きるようになってしまふ」という批判 (LS: 1130ff.) は、ラーバントが、国家と人民の関係を論じる際に、両者の相互補完関係を正当に理論化しなかったことを批判するものであった。前述のとおり、ギールケは、国家の客観的統一に対応するような、国家とその構成員との間にある、相互補完的な主観的連関を見つけたす必要性を、再三に渡って指摘していた。しかし、ラーバントは、この要求を徹底して拒否しており (詳しくは、後述する)、ここで見られる対立も、ギールケが要請した主観的連関を見つけたす必要性を、承認するかどうかをめぐるものと言ってよい。この対立について、詳しくは後述するが、少なくともここで、「国家がその支配権を適用することなく活動する領域が、あるかないか」という問題は、ギールケの上記の批判とは無関係である。

次に、ギールケやロージンが、私法上の「全体人格」やコルポラティオンにも「支配権」を認めたことに対する、ラーバントの批判についてであるが、確かに「支配権の有無を、国家と自治体の区別の基準とする」という前提から出発するのであれば、ラーバントの批判の通りである。しかし、ラーバントが言うように、「主権」が国家の本質的要素ではなく、「主権」を保有していなくても「支配権」を持つことができるのであるならば、その「支配権」を、なぜ構成国家のみが持ち得て、自治体は持ち得ないのかという疑問が生ずる。私見では、ここで展開されたラーバントの理論構

成では、この問題に十分に応えることは困難であると言わざるを得ない。それどころか、第二版において新しく加わった部分 (SDR II : 61-69) からは、ギールケからの色濃い影響の跡を見て取ることが出来る。まず、議論の出発点として、非主権的構成国家と自治体の区別の問題を取り上げるといふ問題の立て方そのものに、ギールケの影響が伺われる。確かに、ラーバントは、第一版第三章において、個別国家に一定程度の自立した自由な立場を見出し、その立場の有無により構成国家と自治体を区別する視点を持っていた (SDR : 105-106) が、第二版で見られるような概念上の明確な区分を行っていたわけではなく、また、この問題を帝国の法の本質に関わる問題として、明確に自覚していたわけでもなかった。つまり、この問題は、主権を国家の本質的な要素ではないと考える場合に、「非主権的国家と自立的州、あるいは、市町村との区別を、どのように説明するか」という困難な問題が生じるとした、ギールケの指摘によつて、先鋭化したと解することが可能であり、第二版におけるラーバントの補完説明は、このギールケの指摘に対する応答であると理解することができる。⁽¹³⁾ さらに、イエリネックに対する批判をめぐっては、本文中ではロージンの名のみが挙げられており、ギールケには脚注で言及されるのみ (SDR II : 62 Ann.2) であるものの、批判の仕方は、ギールケによる批判 (LS : 1163-1165) と同様であり、むしろ、ロージンの主張に対し、「目的の違いは、国家と自治体を区別する基準にならない」とする指摘は、ギールケのロージンに対する指摘 (LS : 1195) と同様である。むしろ、これらの指摘は、明示的な証拠に基づくものではなく、解釈に基づくものであるが、私見では、ここでギールケの影響を否定することは難しいように思われる。このように考えれば、ラーバントは、第二版において、細かい部分で、やや揚げ足を取るような形でギールケを批判しながら、イエリネックやロージンに対する批判の仕方について、全体としては、ほぼギールケの主張に沿うような議論を展開したと言えそうである。しかし、このようなギールケの主張を受け入れる場合は、ギールケの議論の大前提、すなわち、国法上の人格概念において、国家と構成員の主観的な相互関係を考慮すべきであ

るとする主張を受け入れるか、あるいは、この前提を受け入れなくとも、同様の主張を導き出し得ることを示す必要がある。ただし、ラーバントによる「主権者の資格を持たない人格、すなわち、何らかの法的な権力関係において、上に向かつて服従している人格は、同時に自由人やその結社に対する支配権を持つことが可能であり、それゆえに国家権力を保有することができる」(SDR II: 68)とする結論は、「構成国家権力は、少なくとも潜在的には自らの領域において全国家権力であるが、上へ向かつては単独で最高次の権力とは言えない関係にある」(LS: 116)とするギールケの結論に極めて近いものであり、すでに指摘したごとく、「支配権」を国家権力のメルクマールとすることに疑問の余地があることを勘案するならば、ここで出されたラーバントの結論は、むしろ、ギールケの理論構成を援用することにより、より説得的な形で導き出されると言うことができるであろう。この点については、次に取り上げる、第五のヘーネルに対する反論を分析する中で再度検討したい。

ラーバントが、帝国の法的性質や帝国と個別国家の關係の法的性質の理解にとり、決定的な意義を持つとする第五の理論は、ヘーネルおよびギールケの理論である (SDR II: 76-80)。まず、ヘーネルに対する批判は、ほぼ第一版 (SDR: 83-84) で展開されたとおりであり、ヘーネルの概念規定においては、連邦国家に認められる高権が、構成国家に対して有効であること、すなわち、連邦国家権力が、人格としての構成国家を支配することを説明することが出来ない¹⁴⁾と批判する (SDR II: 76-77)。その上で、ラーバントは、ギールケの理論 (LS: 112ff., 1167ff.) を、ヘーネルの連邦国家論をさらに進展させ、自らのゲノツセンシャフト論と結びつけたものとして取り上げる (SDR II: 77-80)。ここで、ラーバントは、ギールケが、ラーバントの誤りをその個人主義的な人格概念に見出し、ラーバントの人格概念を「私法的」であるとレッテル貼りしたと指摘し、それに代えてギールケは、構成員の多数性を統一すると同時に、統一¹⁵⁾としての構成員人格の多数性をも保持することを可能にするような、全体人格概念を提示したと指摘する (SDR II: 77)。そし

て、ラーバントは、ギールケが、この全体人格概念を理解するのに適切であると考えた私法上の類似物として、全体財産の客観的概念と、それに対応するゲノッセンシャフトの主観的概念の相関概念を挙げたことを指摘した (Ebend.)。従って、ラーバントは、「全体国家と構成国家の相互補完的な連帯の概念を、公法上の法学概念として導入すべきである」とするギールケの要請自体については、認識していると言ってよいであろう。このギールケの主張に対し、ラーバントは以下のように「反論する。

ラーバントによれば、人格の概念は、専ら、その権利能力にあるのであって、法的な意味における人格とは、権利主体であることに他ならない (SDR II : 78)。それゆえに、あらゆる人格は、統一、すなわち、論理的に不可分な個人 *ein Individuum* なのである (Ebend.)。ラーバントによれば、個人主義的ではない人格解釈はあり得ないのであり、個人の否定は、すなわち、人格の否定である (Ebend.)。従って、もし、多数の人格が、一つの自立的な人格に構成されるというのであれば、それは、構成人格からの全体人格の分離や分裂として理解すべきではなく、論理的な対置として理解すべきなのである (Ebend.)。例えば、法人としての都市ベルリンを思い浮かべる者は、そのことによつて、ベルリンの個々の住民を度外視しており、この「都市ベルリン」という観念は、個々の住民を無いものとして考えることによつてのみ得られるが、その際、個々の住民一般が存在しないものと考えてるのではなく、個々の住民一般を、「都市ベルリン」という観念とは異なる何か別のものと考えているという (Ebend.)。つまり、全体を、権利義務の自立的な担い手、すなわち、人格として構成する権利は、全体を、それとは概念的に区別される統一として多数性に対置させ、個別存在の総計から、その内部に多数性が存在しないような新たな根本的統一を創り出す権利に他ならないというのである (Ebend.)。そして、ラーバントは、ギールケが、明確に繰り返し為そうとしたこと、すなわち、連邦国家において、中央権力と同時に、構成国家にも、自立的な高権を認めたり、両者に、相互的な権利義務を付与したことを

是認するのであるならば、連邦国家と構成国家のそれぞれを、それ自体として法主体（人格）であると考え、両者を概念的に相互に孤立化させて、両者を論理的な統一（個人々人）として対置させるといふ、論理上の必要に迫られるとする（Ebdend.）。ラーバントによれば、多数の人格のもとに見られる権利関係については、関与する各人格を、相互に概念的に異なり、独立したものととして観念しないのであれば、およそ想定することができなものである（SDR II: 78-79）。従って、「公法上の自立的な権利義務の主体」という帝国観念は、構成国家を度外視し、構成国家を帝国とは異なる人格として、帝国に対置すること、すなわち、帝国を、複合された多数性としてではなく、構成国家やその総計とは異なる統一体として認識することよつてのみ、獲得することができるというのである（Ebdend.）。

ラーバントは、以上のようにまとめた上で、ギールケが、「公法の可能性は、全体と部分が、それらの共同秩序という可能性から逸脱することなく、相互に権利があり、相互に義務づけられた主体として、現れるかどうかにかかつていゝる」（LS: 1128）とし、このことは「私法的な思考では理解できなご」（Ebdend.）としたことに対して、そのような思考は、私法のみならず、あらゆる思考においても理解不能であると批判する（SDR II: 79 Anm.1）。ラーバントによれば、「概念的に一つの全体である主体が、相互に権利を持ち、義務づけられている」といふ観念と、「その主体の一方が他の部分である」といふ観念は両立し得えない（Ebdend.）。なぜなら、構成国家が、連邦国家の一部として観念される場合は、構成国家の主体としての資格が否定されるべきであり、構成国家が、連邦国家に対し、権利義務を持つ主体として観念される場合には、構成国家の部分としての資格が否定されるべきだからである（Ebdend.）。従って、ラーバントによれば、この両概念は、単独では受け入れ可能なものであり、必須のものであるが、両者を一つの観念のもとに結合し、構成国家を、連邦国家の部分であると考えるとき、同時に、それを部分ではないと考えることは出来ない（Ebdend.）。けだし、ラーバントにとり、「部分」とは、ある特別な個性の否定を意味し、「法主体」とは、その肯定を意味するので

ただし、ラーバントによれば、この指摘は、帝国の存在およびその全影響圏と、個別国家のそれらとの間における、密接な関係の存在を否定すべきことを意味するわけではない (SDR II : 79-80)。というのも、帝国の個別人格を、個別国家のそれから論理上分離することは、両者の間の密接な法的連関を理解し、統一的な法則のもとで把握するために役立つからである (Ebend.)。しかし、「帝国を、構成国家から分離された法主体として観念しなければならぬ」という命題を、「帝国が、実際に構成国家から分離し、特別に存在することが出来る」というように曲解する場合には矛盾に陥ることになる (Ebend.)。というのも、ラーバントによれば、一つの人格を、再び同様の諸人格に解体することは、全体団体が、一つの統一体から、諸統一体の総計に墮落し、その人格を失うことに他ならないのであり、このことは、ギールケ自身が、あらゆる国法上の法学的構成の中心点であった、ギールケの人格概念と相容れないことであるはずだからである (Ebend.)。そして、ラーバントは、ギールケが、このような前提から連邦国家構成に行き着いたことについて、ギールケの「内在的な矛盾」であると批判し、ギールケの論文の一節 (LS : 1168) を丸ごと引用する。ラーバントによれば、ここでギールケが言及するもの、すなわち、「組織と固有の機関を欠如させた、有機的結合」や「国家人格でも、国家人格の総計でもないような、国法上の主体」、「自分自身としての主体を、構成国家と共同で、形成するために、個別国家と提携する全体国家」、「個別国家と並び立ち、領域も臣下も持たず、固有の首長であることで満足する全体国家」は、明確な法概念であるとは言えない (SDR II : 80)。「連邦国家とは、連邦国家とその構成国家が、特別の組織や機関を持たない有機的全体に結びついたものであり、それは、新たな国家人格でもなければ、それ自体として存在する国家人格の総計でもない」などという定義は、国法上の問題を解決するものとして、理解不能であると批判するのである (Ebend.)。

ここで展開されたギールケに対する批判は、これまでの批判とは若干性格を異にしており、初めての本格的な批判であると言つてよい。というのは、ラーバントは、ここで初めて、ギールケが、自らの議論の出発点としていた問題、すなわち、「国家と構成員の主観的な相互関係を、人格概念へ取り込むか否か」という問題と正面から取り組んだからである。とはいへ、この批判が、ギールケの連邦国家理論に対する根源的な批判となつているか、という問いに対しては、私見では、否定的に答えざるを得ないように思われる。「個人主義的な解釈以外に、人格解釈はあり得ない」という、ラーバントの人格概念を、前提として受け入れるのであれば、確かに、ギールケの連邦国家理論は、ラーバントの前提と「矛盾」することとなる。しかし、本稿の第二部第二章において見たように、ギールケは、公法上の人格概念にとり、私法上の人格概念が不十分であると主張し、ラーバントが前提とした人格概念自体を拒否したのであり、それに代えて、公法のための新たな人格概念の形成を試みたのである。従つて、その「内在的な矛盾」を指摘するためには、一旦、ギールケの人格概念を前提として受け入れた上で、その帰結としてのギールケの連邦国家理論が、ギールケ自らが前提とした人格概念と矛盾していることを、指摘しなければならない。そもそも、ギールケが拒否したような、ラーバントの人格概念を前提とするのであれば、それが、ギールケの帰結と「矛盾」するのは当然のことであり、その矛盾を指摘することで、ギールケの主張に反駁したことにはならないのである。⁽¹⁵⁾

従つて、ここでもラーバントの反論は、空振りに終わつていと言わざるを得ないのであり、それどころか、ラーバントは、第二版の改訂作業の中でギールケの主張を随所に取り入れており、結論としてはギールケに接近しつつ、その結論をもたらす前提を拒否するという、論理上の困難を抱えていると言わなければならない。このように考えてくれば、論理上、「内在的な矛盾」を抱えているのは、ギールケであるというよりは、むしろラーバントの方であると言うべきこととなろう。この意味では、ラーバントの第二版における対応は、ギールケが、ラーバントの『ドイツ国法学』第一

説 版に向けた批判、すなわち、「ラーバントの命題は、恣意的な選択の結果にすぎないものであり、その論理的推論の前提は矛盾に満ちている」とする批判 (LS: 1120) の的確さを例証するものであったとも言い得る。

論 なお、ラーバントは、第二版の第八節までにおいて、国家連合と複合的国家の一種としての連邦国家に関わる概念規定が完了したとし、この概念規定に基づいて、第九節において、ドイツ帝国を連邦国家であると性格づけている (SDR II: 81-82)。ラーバントは、その根拠として、第一に、帝国が意思確立のための固有の機関を持つこと (SDR II: 82-83)、第二に、「ドイツ帝国憲法第七八条第一項、すなわち、帝国の憲法改正権を定めた規定 (SDR II: 83-85)、そして、第三に、憲法第二条、すなわち、帝国法の領邦法に対する優越を定めた規定 (SDR II: 86) を挙げる。この議論は、第一版において展開された議論 (SDR: 58-70) とほぼ同様である。また、第十節についても、基本的に第一版の叙述 (SDR: 85-94) が利用されており、第一版と内容はほぼ同様であるが、第二版では、帝国の構成員を、二五の法人に限定したことについて、人民は、間接的に帝国に関わっているとして、帝国や北ドイツ連邦の基礎から、人民を排除するものではないという補足説明が加わっている (SDR II: 87-88)。この補足説明は、ギールケが、個々の公民がもつばら諸国家の仲介を通じてのみ全体に属するというラーバントの構成に対し、全くの誤りであるとして激しい批判を加えたこと (LS: 1161-1163) への対応であると考えられるが、このことは、「諸国家による仲介」という構図自体に変更が加えられたわけではなく、第一版の立場が基本的に維持されていると言つてよいだろう。さらに、第三章 (SDR II: 93-124) については、部分的に新たな叙述や脚注が加えられているが、ほとんど第一版の通りであり、全体の論旨の変更は見られな¹⁶⁾い。

二二 ギールケの連邦国家論の実効性

ここで、ギールケの連邦国家理論が、同時代の政治体制の説明として持った実効性について、簡単にまとめておきたい。まず、ここで提示された、ギールケの連邦国家理論は、概ね次のようなものであった。

ギールケにとり、連邦国家とは、構成諸国家とは全く別の存在であるような全体国家のことであり、自立的に組織された上級国家として固有の国家的人格をもち、構成諸国家の上位に存在する国家形態のことである。ここでは、全体とその部分に同時に国家資格を認めることが、従来の国家概念と緊張関係にある。そこで、国家権力のメルクマールから主権を放棄し、全体国家と構成国家を上下関係の下に置き、全体国家に統一的で不可分の主権的国家権力を集中させる一方で、構成国家に、それ自体としては同様でありつつも、非主権的な国家権力を認めるという方向性を採用する。ただし、この場合は、非主権的構成国家と自立的自治体をどのように区別するかという難問が生まれる。そこで、この難問に対しては、全体国家と構成諸国家の両者の全体性に完全な国家が現れると捉え、この客観的統一に対応する主観的連関を探し出すことによって、応答を試みる。すなわち、ある権利義務の総体が、一者として最高次かつ不可分の権力領域を構成する一方で、多数の主体にその共同所有の資格があると理解するのである。ここでは、自治体に対しては、このような共同所有の資格が認められないという観点から、領邦国家と自治体が区別される。ただし、その場合は、このような多数の主体を、どのように組織するかという問題が生じる。この問題に対しては、有機的な連帯の中にある多数の国家人格が、通常の国家においては単一の人格によって担われているような主体を形成すると考え、国家権力が、全体国家と構成国家の不可分の共同所有の状態にあると考えることによって、応答を試みる。そして、そのような国家権力は、根本法により、その行使に関して、全体国家に割り当てられる権限と個別国家に割り当てられる権限とに区分され、それぞれの下に固有権として分配することができる。こうして全体国家と構成国家の双方は、両者の全体としての完全な国家が持つ真の国家権力の一部（従って、それ単独では全国家権力ではない）を、それぞれが単独で自立的に

持ち、それぞれの個別性において行使するという形で、それぞれが国家として現れる。このように考えることにより、全体とその部分に同時に国家資格を認めながら、最終的な国家意思の統一性を確保し、従来の学問的国家概念との矛盾を回避しつつ、ドイツの「生の現実」を出来る限り歪めることのない形で、「ドイツ人民の法意識」に適合的な連邦国家概念を形成し、ドイツ帝国の説明に適用することができるといっているのである。

以上述べたことから、ギールケの連邦国家理論は、主に次の二つの点で、同時代の政治体制に対する高い説明能力を保持していたと言つてよいであろう。その第一は、ラーバントが、北ドイツ連邦の設立に関し、連邦の設立と領邦国家の参加表明が互いに他を前提とするという構成を取り、循環論に陥ってしまったのに対し、両者を同一の行為であるとして克服する視点を提供した点であり、その第二は、伝統的に主権分裂の様相を呈してきたドイツの政治状況を、単一国家をモデルとして作られてきた従来の国家概念を出来る限り維持し、論理的に矛盾しない形で説明しながら、同時に、ドイツ帝国の生の現状に可能な限り即した形で、ドイツ帝国を連邦国家概念に包摂することに成功した点である。これらの成功は、ギールケが、連邦国家理論の構築にあたり、法的な連帯思考を内に含んだ、「ゲルマン的」な団体人格概念から出発したことによつてもたらされたのであった。

そして、本稿で見えてきたように、これらのギールケの理論的な成果は、ラーバントの連邦国家論の中に採り入れられたのであり、ラーバントの学説が、当時の国家学および国法学に与えた影響力の大きさを考慮に入れるならば、ギールケの連邦国家理論は、同時代人のドイツ帝国の理解の仕方に、大きな影響を与えていたと言つてよいであろう。従つて、シュミットのギールケ評価、すなわち、ラーバントの国法学の本格的成功は、ラーバントの『ドイツ国法学』第二版以降であるとし、「ギールケが一八八三年に公にした〔第一版に対する〕印象的なラーバント批判は効果なく終わつた⁽¹⁷⁾」とする評価に対しては、むしろ、その逆であると言つた方がよいこととなる。ラーバントが「本格的成功を収めた」

のは、第二版の刊行に際し、ギールケの議論から、多くを学びとった（不十分ながらも）ことが一因であったと考えられるからである。

結論

本稿は、まず第一部において、『ドイツ団体法論』第一巻、第二巻、第三巻および、『アルトジウス論』を中心とした、ギールケのテキストの内在的理解に基づき、ギールケの国家論が、『ドイツ団体法論』第三巻および、『アルトジウス論』において、一応の完成を見たことを明らかにした。前述のとおり、ギールケはすでに『ドイツ団体法論』第二巻において、中世（第三期）の都市共同体の中に国家概念の萌芽を見出し、都市同盟をはじめとする政治的盟約組織、および、初期の領邦国家の中に、ゲノツセンシャフトの要素とアンシュタルトの要素の有機的統一の可能性を見出していた。すなわち、全体と構成部分は、ともにそれ自体として、特有の法人格でありながら、それぞれ単独では完全な国家たり得ないとされ、両者の有機的な結合としての連邦国家概念が、「真の国家概念」として提示されていたのである。ここで提示された「有機的」な結合とは、「全体と構成部分の主観的な個別関係が、同時に客観的な規範となるような、根本法（憲法）」に基づく法的な関係のことであり、ここで提示された「真の国家概念」は、後の連邦国家理論に直接繋がるような、立憲主義的思考を伴う国家概念であった。しかし、中世の神聖ローマ帝国において、すでに理念として現れていた「真の国家概念」は、結局実現には至らなかつたとされ、その原因は、身分制原理から生じたエゴイズムにより、公共心が減退したことに求められた。そして、身分制原理を克服するためには、第四期の官憲的絶対主義国家による諸身分の解体を待たねばならないとし、その上で、新たなゲノツセンシャフト原理に基づき、結社運動を通じ、新ドイツ

帝国（第二帝政）における「真の国家概念」の現実化が要請されたのであった。従って、ギールケはすでに前期において、自らの国家論の基本的な方向性（目標）を固めていたと言えるが、「現代」（第五期）の結社運動が基づくべき「新たなゲノツセンシャフト原理」の本格的な解明は先延ばしにされるなど、如何にして「真の国家概念」が実現されるのか、というその現実化の方途については、未だ探求の途上にあった。

ギールケは、『アルトジウス論』および『ドイツ団体法論』第三卷において、この問題に正面から応答を試みたのであり、個人と国家の間に中間団体の媒介を認めるような、アルトジウスを中心とするドイツ自然法論を積極的に評価し、「新たなゲノツセンシャフト原理」の具体的内容を、自由な結社論に見出した。そして、その上で、自然法と実定法を高次において統一した「新たな法」を構築し、権力分立論と機関論を援用することを通じて、不可侵の個人の基本権の尊重と自由な結社としての中間団体の構成を要請する「ドイツ自然法論」を、自らの立憲主義的思考と接合し、「真の国家概念」の理論的定式化に成功したのであった。ただし、ここでギールケ国家論の要諦である、「新たな法としての根本法」や「最高の全体」（SA:12）、「国家に認められる排他的主権」の具体的内容は不明確なままであり、また、ここで展開された国家論が、どのような形で、新ドイツ帝国の国制の説明に適用されたのか、という問題については未だ詳述されていない。そこで、次に、ギールケが、どのように自らの国家論をドイツ帝国の説明に適用したのか、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課題となったのである。

第一部の議論を受けて、第二部においては、まず、ラーバントの連邦国家理論と、それに対するギールケの批判の内容を分析した。ここでは、ラーバントに対する批判という形で、ギールケの同時代理解が現されていること、そして、『アルトジウス論』と『ドイツ団体法論』第三卷において定式化されたギールケの国家論が、同時代のドイツ帝国の政治体制の説明として大きな有効性を持っていたこと、が明らかとなった。ここでギールケは、自らの国家論をドイツ帝

国の現状に適用するに当たり、領邦国家とそれ以外の団体を概念上区別する必要に迫られ、一層複雑な理論構成を採ることとなったが、同時に、本稿の第一部においては疑問のままで残されていた問題を解く手がかりを残した。ギールケのいう「最高の全体」とは、全体国家と構成国家が共同で構成する完全な国家のことであり、国家とそれ以外の団体を区別する「国家に認められる排他的主権」とは、この完全な国家がもつ完全な国家権力の一部を保有することであった。そして、この権限を割り振るのが「根本法」の役割であり、その内容は、「命令」ではなく、「共通の確信」であった。ギールケは、『ドイツ団体法論』第二巻において、「全体と全構成部分が、共にそれ自体として国家的共同体でありながら、それぞれ単独では国家そのものではなく、最高次の完結した普遍的な人格としての完全な国家概念を、両者の有機的結合を通じてもたらす」ような連邦国家を要請していたが、ギールケはここで、自らの要請を概念上満たしていたと言つてよい。さらに、ギールケによる新ドイツ帝国の国制の説明は、論敵であるラーバントの議論に、相当程度受け入れられており、同時代に対しても一定の影響力を持っていたことが明らかとなった。そして、これらギールケの理論的成果は、主観的権利関係が客観的規範と一致するという、相互依存的な団体人格概念から出発したことによってもたらされていた。⁽¹⁸⁾この人格概念こそが、ギールケの主張する「ゲルマン的人格概念」の具体的内容であり、ギールケはこの人格概念から出発し、ドイツ自然法論の理論的成果を利用しながら、機関理論と「共通の確信」としての法概念（根本法）を構築することを通じて、帝国と領邦国家、自治体、結社そして個人を調和的に結合する政治理論を、論理的に矛盾しない形で提示することに成功したのである。

従つて、ギールケの政治理論については、統一国家をモデルとして形成されてきた従来の国家論との兼ね合いにおいて、合理的な説明が難しいという、当時のドイツが置かれていた政治状況を、それまでの学問的国家概念を可能な限り引継ぎながら、論理上矛盾なく説明するという意味において、優れた特徴を備えた理論であったと言える。

ギールケは、この困難な課題を、主観的権利関係が客観的法規範と一致するという相互的な団体人格概念と、法を「命令」としてではなく、「共通の確信」と捉える新たな法概念の導入により、論理上の困難を一挙に克服するという形で、果たしたからである。さらに、ギールケの政治理論は、法の「命令」としての側面を強調した、当時の法実証主義の潮流に対して、法の「人民の共通の確信」としての側面を強調することを通じて、国家に対する、人民の下からの参加の余地を可能な限り確保する、という規範的な役割を果たすことともなったのであり、この側面に注目するならば、ギールケの政治理論には、「唯一不可分な国家主権」を前提とし、統一国家をモデルとするような、ホッブズからルソー、そして、シュミットに至る、近代の政治理論とは異質な、新たな政治システムの一つのモデルとしての意義を認めることも可能である。

しかし、同時に我々は、ここに一種のアポリアを見ることも出来る。というのも、自然法国家理論は、そもそも、治者と被治者の緊張関係や、権力に対する警戒感を基底とするものであったはずであるが、自然法国家理論を「止揚」し、構成員の主観的権利関係が、客観的法規範と調和的に一致するというギールケの理論構成においては、法の命令的な側面が後景に退いてしまい、自然法国家理論の本来の眼目であった、治者と被治者の緊張関係が、却って捉えにくくなってしまいかねないからである。確かに、ギールケ自身は、個人の不可侵の基本権を保護することを強く要求しており、この基本権の保護を、国家の最重要の任務であるとするのであるが、国家が、常に人民の法意識に忠実であるという保証はどこにあるのだろうか。むしろ、ギールケは、国家が、その本来の任務を果たさない場合は、構成部分に対し、その立場に応じた立憲的革命権を認めており、論理上は、この疑問に対応していると言うことも可能であるが、国家やその構成部分に対する信頼感を出発点に出来ない場合は、ギールケの政治理論は現実的ではないであろう。

また、ギールケの理論構成における最終的な抛り所をなすのは、人民の法意識としての根本法であったが、この法意

識が誤って「共通に確信」されることはないのだろうか。その場合には、ギールケの論理構成において、この「共通の確信」を是正することは困難と言わねばならず、一步間違えれば危険な議論にもなりかねない。もともと、ギールケの政治理論自体は、ラーバントとの対比で明らかのように、当時の文脈において、国家における人民の足場を確保し、国家権力の暴走を抑えるという、民主主義的、自由主義的な機能を果たしたのであり、ギールケの議論を直ちに危険視することは、ギールケの政治理論自体の解釈としては不当である。

しかし、ギールケが、国家や人民の法意識に対する信頼感を前提とすることが出来たのは、彼が、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ヨナリズムの高揚を身をもって体験し、生涯強いナシヨ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、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ができたからであった。⁽¹⁹⁾このようなギールケの前提は、後の時代において、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でもあった。国家に対する素朴な信頼が破壊され、人民の法意識に全幅の信頼を置けなくなった後の時代に、ギールケが定式化した政治理論は如何なる変容を受け、いかなる意義を持ち得るのだろうか。この問いに答えるためには、フーゴー・プロイス (Hugo Preuss) やイエリネックをはじめとした、後世の思想家の政治思想に研究の射程を延ばし、第二帝政期からワイマル共和政末期に至る、より長い文脈の中で、ギールケの政治思想の系譜を分析する必要がある。この問題との取り組みが、とりもなおさず、我々の次なる課題となろう。

(一) ちなみに、ラーバントは、『ドイツ国法学』の第二版においては、神聖ローマ帝国に関する叙述を削除して、明言を避けつくり (SDRI: 56) (19) にギールケによる批判の影響をみてとることも可能である。

- (2) ギールケによれば、イエリネックはこの「固有の権利」に、国家の唯一のメルクマールとしての主権のメルクマールを認める (LS: 1163)。
- (3) ギールケによれば、ラーバントの公法学に對し、ドイツ法学が取るべき態度は、第一に、ラーバント流の「法学的」な国法の体系化の方法を洗練させることであり、第二に、ラーバントのような一面的な論理のおよび形式的手続きだけではなく、法のもつ理念的内容を考察の対象として、明確に示すことである (LS: 1191-1193)。すなわち、ドイツ法学は、形式の養成と並んで、本質における深化を目指し、国家と法の理念的内容を明白にしなければならぬのであり、また、そうすることによって、生における法理念の実現に貢献することができるといふ (LS: 1193-1194)。
- (4) 以下、本文および注において、ラーバント『ドイツ国法学』の第一版と第二版を取り上げる場合は、煩雑になるのを避けるため、書名をつけず、それぞれ「第一版」、「第二版」と表記する。従って、特に断りなく「第一版」と記した場合は、ラーバント『ドイツ国法学』の第一版を意味する。
- (5) 拙稿「第二帝政創立期ドイツの政治思想」(三) ーオットー・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』五六巻五号、二〇〇六年)、二二四六―二二四八頁、参照。
- (6) 同上、二二一〇頁、参照。
- (7) 同上、二二五七―二二五九頁、参照。
- (8) 同上。
- (9) ここで取りあげた三つの区別のうち、第二の区別、すなわち、単一国家と複合的国家を区別する部分については、第一版の叙述 (SDR: 70-71) からほとんど変更はない。そして、第三の区別、すなわち、複合的国家内部の区別に関しては、新たな脚注が加わり、叙述が変わっている箇所 (SDR II: 56) があり、一部ギールケの批判の影響を伺わせる部分がある(この点については、注(1)を参照)が、基本的に第一版の内容 (SDR: 71-72, 81-82) を要約するものであると云ってよい。
- (10) ただし、法人の権利能力および意思能力に關し、私法上の法人が、財産権の領域に限定されるのに対し、公法上の法人は、支配権や公権の領域にまで及ぶと論じた箇所 (SDR: 57) は、第二版で削除されている (SDR II: 53)。この削除については、「国家人格概念の形成にあたり、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」という形では不十分である」とするギールケの批判 (LS: 1125-1126) が一定の影響を及ぼしていると考えられる。この

点については、さらに後述する。

(11) 本稿第二部第二章第三項を参照。

(12) 詳しくは、前掲拙稿「第二帝政創立期ドイツの政治思想(三)」、二二五〇—二二五二頁、参照。

(13) もちろん、ラーバント自身は、ギールケから影響を受けたことを明言しておらず、ここで提示した理解は解釈によるものである。また、ここで紹介したようなラーバントに対する批判が、ギールケ以外の理論家からも出された可能性は否定できないため、直ちにギールケからだけの影響であるとは言い切れないことには注意が必要である。なお、ラーバント自身は、第二版の序言において、第二版の改訂を、新たな事実や文献への対応、とりわけラーバントに対する反対者の「誤解」を解くためのものとしており (SDR II : Vorwort) 、ここで指摘した変更も、ラーバントに言わせれば、ギールケの「誤解」を解くためのものであるということになるのかも知れない。

(14) ラーバントが、帝国の法的性質や帝国と個別国家の関係の法的性質の理解にとり、決定的な意義を持つとする、第三と第四の理論については、ギールケに対する応答としてはそれほど重要性が高くないと思われるので、ここで簡単に紹介するとどめたい。ラーバントが取りあげる第三の理論は、構成国家を常に二次的なものとするイエリネックやツオルンの議論である。ここで、ラーバントは、第二の理論を検討する際に展開した議論を前提としながら、イエリネックらの議論においては、連邦国家と統一国家の区別が不明瞭になってしまおうと批判する (SDR II : 69-72)。次に、ラーバントが、その第四として取り上げる理論は、連邦国家の本質として、中央権力が、構成国家や構成国家に紹介される個人には作用しないとする見解である (SDR II : 72-75)。これは、第一版においてヴァイツの見解として紹介され批判された見解であり (SDR : 75-81) 、これに対する反論も、連邦国家は、すべての権限を持っており、その一部を構成国家に委ねてはならないとして、構成国家やその構成員にも帝国権力は及ぶと主張するものであり、第一版において展開された説明が、ほぼそのまま引き継がれている。ちなみに、この文脈において、ギールケの主張 (LS : 1162) は、ラーバントの議論を補強するものとして、援用されている (SDR II : 72 Anm.4)。

(15) 従来、ギールケの連邦国家論は、ここで取りあげたようなラーバントの主張に沿う形で評価されてきた (vgl. Dreyer, a. a. O. : 536-587) が、このような評価の仕方に対しては、修正が必要であろう。また、ドレイヤーの研究については、ラーバントが陥った循環論の問題を正しく指摘 (vgl. Dreyer, a. a. O. : 5297-298) しながら、この問題との取り組みをめぐる、ギール

ルケの連邦国家論との関係を本格的に論じていない点についても不満が残る。

- (16) ちなみに、ギールケは脚注において、三度 (SDR II : 100 Anm.2, 109 Anm.2, 114 Anm.2) 引用されているが、これらは、いずれも、ギールケがラーバントを肯定的に評価した部分を引用したものであり、ラーバントも、自らの主張を裏付けるものとして肯定的に引用している。

(17) Vgl. Carl Schmitt, *Hugo Preuss*, S.16. (前掲上原訳「フーゴ・プロイス」、一六一頁)。

(18) 本稿第二部第二章第五項、および、同第三章第三項、参照。

(19) 西村、前掲論文(三)、九六一―九七頁参照。

* 本稿は、北海道大学審査 博士(法学) 学位論文(二〇〇五年六月三〇日授与) に補筆したものである。尚、本稿の執筆にあたり、ギールケの約一万冊の蔵書を所蔵する一橋大学社会科学古典資料センターから、資料面で多大な協力をいただいた。ここに記して、深く感謝したい。