

ギールケにおける〈ドイツ自然法論〉と「正義」 ——『アルトジウス論』『自然法とドイツ法』をめぐる 一考察——

依田 浩司

(堤林研究会4年)

- I 序 論
- II 19世紀末ドイツの法学：自然法論／歴史法学／実証主義
 - 1 自然法論：18世紀の興隆、19世紀の没落
 - 2 歴史法学：「ロマニステン」と「ゲルマニステン」
 - 3 実証主義：ゲルバー、ラーバント、「パンデクテン法学」
- III ギールケの自然法論解釈
 - 1 アルトジウス解釈
 - 2 自然法論解釈（1）：自然法論とその限界
 - 3 自然法論解釈（2）：〈ドイツ自然法論〉とその功績
- IV ギールケと「正義の理念」
 - 1 理性法論と実証主義に抗して
 - 2 歴史法学における自然法論と「正義」
- V 結 語

I 序 論

ドイツにおいて19世紀とは、国家・市民社会の双方にて激動を経験した時代であった。例えば市民社会側、すなわち国家による統治から逃れた経済領域では、資本主義の盛り上がりやそれに起因する深刻な社会問題の出現が取り沙汰された。他方国家側においては、(隣国のフランスとは異なり)未だ安定した統一主権国家体制が成立を見ず、領邦が並立するドイツにあって、国家(間)構成をめぐる激

しい論争が行われた。

このとき、同時期の法学は国家・市民社会の両問題をそれぞれ公法・私法の領域において扱わざるを得ない。そして、諸問題への対処の検討は、次第にその対処手段たり得る法 (Recht) それ自体の性質を問う研究へと発展した。当時において、ドイツ法学を牽引した一人に、オットー・フォン・ギールケ (Otto von Gierke, 1841-1921) の名を挙げられよう。

幼年期に三月革命 (1848) とその挫折を経験したギールケは、大学にて歴史法学派 (historische Rechtsschule) のうち「ゲルマン法」を重視する立場である「ゲルマニステン」 (Germanisten) の一人、ゲオルク・ベーゼラー (Georg Beseler, 1809-1888) の薫陶を受け、同様の立場を標榜するに至った。その後彼は、北ドイツ連邦の成立を招いた普墺戦争 (1866)、および普仏戦争 (1870-71) への従軍を経験する。さらに、後者をきっかけとしたドイツ帝国 (1871) の誕生と第一次世界大戦における敗北、次いで起こった帝国の崩壊 (1918) を目撃しつつ、その生涯を法学研究に捧げた。その業績としては、全4巻からなる『ドイツ団体法論』 (第1巻: 1864/第2巻: 1874/第3巻: 1881/第4巻: 1913 (未完)) の発表や、公法学者として知られるパウル・ラーバント (Paul Laband, 1838-1918) との論争、そして1889年に発表された『ドイツ民法典』 (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) 第一草案への批判などが挙げられる¹⁾。

「団体」の重視、有機体的国家観、あるいは法におけるゲルマン性の主張など、彼の思想を取り上げるにあたり注目すべき個々の論点は数多にのぼる。しかし、本稿で問題とするのは、彼による自然法論の評価である。

この点に関しては、1880年に第一版が発表された『ヨハネス・アルトジウス——自然法的国家論の展開及び法体系学説史研究』 (Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik, 以下『アルトジウス論』)²⁾ と、1882年に行われた講演の記録「自然法とドイツ法」³⁾ (Naturrecht und Deutsches Recht) を再検討すべきであろう。『アルトジウス論』では、「自然法的国家理論の発展史」を、16・17世紀の法学者アルトジウス (Johannes Althusius, 1557-1638) 「生涯と学説についての報告と結びつけ」 (JA323/二三七) つつ、18世紀末までの法史が考察されている。また「自然法とドイツ法」では、迫りくる実証主義的方法論の脅威に対し、歴史法学の抵抗が要請される。二つの文献においてはともに、カント (Immanuel Kant, 1724-1804) 的な「理性法」へを批判しつつ、同時に実証主義法学をも「過度な現実主義」と

して退け、〈ドイツ的〉に受容された自然法論の功績が強調される。

しかしなぜ、歴史法学派、すなわち法と歴史の関係を重視する立場をとるギールケは形而上学的理念に基づく自然法論の肯定的側面を、複数回にわたり取り上げたのか。

そこには明確な目的があった。彼は19世紀後期から勢いを増した実証主義、および実証化した歴史法学——すなわち「バンデクテン法学」——に抗し、法治国家の理念を「正義」(Gerechtigkeit)として掲げる。その際、ドイツ法学史において特殊な形で発展を遂げた自然法論、つまり〈ドイツ自然法論〉の理論が必要とされたのだ。

本稿における命題は以上の通りである。しかし日本の先行研究において、本命題に関する検討は不十分な水準にとどまっている。

まず挙げられるのは、遠藤泰弘によって2007年に発表された『オットー・フォン・ギールケの政治思想』である。ここで注目すべきは、ギールケにおける自然法論解釈の整理だろう。遠藤曰く、ギールケは第一に、「政治理論の世俗化および合理化の手段」となった点、第二に国家においても不可侵の、個人の法領域を基礎付けた点、第三に、「自由な結社」原理を生み出した点、そして第四に、「絶対主義が隆盛するもとで国家を縛る法という観念を保持した」点を〈ドイツ自然法論〉の功績として認めた⁴⁾。ギールケの立場と当該法論の主張にはやはりいくつかの相違が見受けられるが、彼はそれでも〈ドイツ的〉な自然法論を肯定し、かつその代表者アルトジウスの理論から多大なる影響を受けた、と遠藤は説く。

対して西村清貴は、遠藤の研究が「ギールケをアルトジウスに引き付けて解釈しすぎている」⁵⁾として批判する。曰く、ギールケにおける自然法論の影響を認める遠藤の主張は一部において賛同できる。しかし「ギールケは決して」、「自然法論や社会契約論の立場に立」たない。ここで西村は「自然法とドイツ法」にも明らかに、ギールケはなるほど自然法論の功績を認めたと述べる。しかしその功績が「いかにすぐれたものであろうとも、それは自然法論が有する合理主義的性格、思弁的性格の勝利を意味するものではない」と考えられたと指摘する⁶⁾。

ここで、遠藤・西村両者の研究には不足を指摘し得る。まず遠藤の研究では西村指摘の通り、ギールケとアルトジウスの距離が明確に提示されていない。他方、西村の研究は自然法論と〈ドイツ自然法論〉への評価をまとめて論じているため、ギールケが二つの法論に関して示した解釈の相違が見失われている。やはり検討すべきは、ギールケによる自然法論／〈ドイツ自然法論〉解釈とその背景であ

ろう。「正義」を実現する手段として法を理解する彼にとり、後者の法論が19世紀末において有する意義は重大なものであったのである。

以下、本稿第Ⅱ章では1880年前後のドイツ法学における潮流のうち、自然法論（1節）、歴史法学（2節）、実証主義（3節）の流れを個々に整理する。続く第Ⅲ章では1節で『アルトジウス論』におけるアルトジウス解釈を扱った後に、「自然法とドイツ法」における論点をその限界（2節）と功績（3節）に分けて概観する。第Ⅳ章では、前章を受け、アルトジウスに代表される〈ドイツ自然法論〉をギールケが評価した意図について、1節では歴史法学とは異なる立場——理性法論および実証主義についての評価、2節では歴史法学のうち、「パンデクテン法学」の立場に関する評価に分け検討することとしたい。最後に全体の要約と今後の課題を提示し、結びとする。

Ⅱ 19世紀末ドイツの法学：自然法論／歴史法学／実証主義

1 自然法論：18世紀の興隆、19世紀の没落

ギールケにおける自然法論および〈ドイツ自然法論〉を整理する前に、その準備として19世紀末までのドイツ法学を自然法論、歴史法学、そして実証主義に分け確認しよう⁷⁾。

まず、自然法論についてである。そもそもドイツをはじめとする大陸における自然法論は、古代で形而上学的に、中世で神学的に、そして近世で世俗性を強めつつ論じられてきた。

このうち近世自然法論は、契約論への展開およびその世俗化において注目に値するだろう。まず前者については、ギールケが着目したアルトジウスをその一例として挙げられる。ギールケの解釈によれば、アルトジウスは、カルヴィニズムの教義に立脚しつつ、世俗世界を超越する自然法論の存在が主権者をも拘束すると主張する。ここで彼は、家族から国家までの団体を契約の所産であるとの構成を徹底し、また、契約から導かれる人民主権や所有権に対して執政官がこれを侵す場合、各領邦は連邦国家から離脱可能であるとの命題をも提示した。また後者について、一方ではスペインにおける後期ストア派（サラマンカ学派）、あるいはオランダにおけるグロティウス（Hugo Grotius, 1583-1645）は、もはやカトリックの教義に裏付けられた自然法の理念が普遍たり得ない近世において、神的基础付けを保持しつつも万人に適用される自然法理念を生み出したのだ⁸⁾。ここに、後

の（〈ドイツ的〉なそれを含めた）自然法論の土台が形成されたのである。

近代ドイツ法学においては、ホップズの影響下における、すなわちギールケが評価する〈ドイツ自然法論〉とはやや異なる潮流に属する人物として、プーフENDORF（Samuel von Pufendorf, 1632-1694）の存在を無視し得ない。加えて、ヴォルフ（Christian Wolff, 1679-1754）による幾何学的・抽象的な方法論の導入もまた、一層の洗練化を帰結した点で注目に値しよう。このように体系化された自然法論は、18世紀以降の啓蒙主義下における法典編纂事業へと利用された。さらにその後、カントが人間理性に基づく、ア・プリオリな自然法論を提示することで、理性法論としての自然法は一つの完成形を見た。

以上のように、18世紀まで自然法論は社会を構成するにあたり不可欠の前提として受容されてきた。しかし、19世紀ドイツにあって、当該理論は衰退の道を辿る。歴史法学派（historische Rechtsschule）の勃興によって挑戦を受けたのだ。

2 歴史法学：「ロマニステン」と「ゲルマニステン」

歴史法学派の勃興には、19世紀初頭ドイツの政治状況がかかわっていた。当該学派は自然法論をナポレオン治世下、すなわち専制主義下のフランスと等しく見なした。そしてこれに抗する学として提示されたのが、法の有機性、民族性を強調する歴史法学であった。ここに、法・歴史研究の不可分性と確固たる政治性を看取できるだろう。18世紀において法学を支配した自然法論は一転、歴史法学によって「一様性」（Gleichförmigkeit）、時代を超越した一般性、理性、作為的＝人為的、恣意的（willkürlich）、機械論的（mechanisch）、浅薄（flach）」といった消極的な価値とともに理解され、対して、歴史法学は「ありありと目に見えること（Anschauung）、内的必然性、現代に対する過去の支配、独自性（Eigentümlichkeit）、自然的発展、有機体」のような肯定的価値に満ちたものとして表象された⁹⁾。

歴史法学派のうち、とりわけ注目すべきはその創始者、サヴィニー（Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861）の主張である。彼は法を民族とともに生成・発展するものと主張し、ティボー（Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772-1840）によって計画された、「自然法論的理念にもとづく全ドイツ的統一市民法典」¹⁰⁾へ強い反対を示したことで知られる¹¹⁾。

サヴィニーはまた、ゲルマン法研究者のアイヒホルン（Karl Friedrich Eichhorn, 1781-1854）と共に『歴史法学雑誌』（*Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*）を創刊（1814）し、歴史法学の学派としての確立を担った。しかし、彼自身が研

究対象としたのは古代ローマ法であり、彼が晩年に発表した主著『現代ローマ法体系』(*System des heutigen römischen Rechts*, 1840-1841)においては、いくつかの抽象的「指導原則」から法命題を演繹するという方法論が用いられた¹²⁾。

無論、ドイツにおける法の歴史性を強調しつつも古代ローマ法研究へと向かった歴史法学派の研究者に対しては、その内部において批判が向けられた。前者を「ロマニステン」(Romanisten)とするならば、これに抗して歴史的に生成された「ゲルマン法」¹³⁾を擁護する立場は「ゲルマニステン」と称し得る。彼らは1830年代、とりわけその後半から勢力を増し、法学研究のみならず言語や文化研究をも巻き込みつつ三月革命まで学問領域における影響力を顯示し続けた。

1848年には三月革命が勃興の後、翌年には挫折する。この挫折により、それまでの「ゲルマニステン」(とその主張)は当然それまでの影響力を失った。若くして革命を経験した「ゲルマニステン」の残滓は、従来のような歴史重視かつ政治性を研究に取り入れることを厭わない姿勢から、より純粋に法学的構成を追究する姿勢へと移行した。その筆頭人物として挙げられるのが、イエーリング(Rudolf von Jhering, 1818-1892)¹⁴⁾、そしてゲルバー(Carl Friedrich Wilhelm von Gerber, 1823-91)である¹⁵⁾。また「ロマニステン」も、かつてのサヴィニー的方法論をより先鋭化させ、より実証主義的、制定法至上主義的となった。これが、古代ローマ法から抽象的に法体系を構築する「パンデクテン法学」への発展である。

3 実証主義：ゲルバー、ラーバント、「パンデクテン法学」

まず私法研究者かつ後に公法研究へ向かった法学者、ゲルバーへ注目しよう。「ゲルマニステン」の一人であった彼の主著『普通ドイツ私法の学問的原理』(*Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1846)では、私法の法律構成による体系化という要求が掲げられている。村上淳一日く、この要求はまさしく「パンデクテン法学の方法によるドイツ私法の体系化を志向するものであった」¹⁶⁾。

私法研究にて古代ローマ法の「現代的慣用」を推し進めたゲルバーは、その方法論を公法学へ移植した。1865年に公刊された『ドイツ国法体系綱要』(*Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*)では、「共同生活の倫理的完成」へ向けられた力は、すべて国家意思にその源泉を有すると述べられる。すなわち、彼は「すべての法命題、法的関係を国家意思によって——したがってまた国家意思の表現としての制定法によって——基礎づけるパンデクテン法学の方法(法律構成)を公法学へと移植したのだ」¹⁷⁾。

ゲルバーの方法論を受け継ぎつつそれを発展させたのが、ギールケと論争を交わしたもう一人の実証主義者、ラーバントである。ラーバントは1866年の普墺戦争におけるプロイセンの勝利とビスマルク治世下における北ドイツ連邦、そしてドイツ帝国の成立に至るまでの歴史的前提を踏まえ、『ドイツ帝国国法』(*Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 1876-1882)を上梓した。同書にて彼は、(ゲルバー同様)私法学から方法論上の影響を受けつつ、制定法のみを法と認め、かつ立法の本質を法命題の(創造ではなく)裁可(Sanktion)であるとの命題を掲げた。ここにおいて公法学は哲学や政治、歴史的諸要素から解放された実証主義を確立したとされる。

そして「パンデクテン法学」(Pandektenwissenschaft、「パンデクテン」とは「学説彙纂」の異称)もまた、後期サヴィニーの方法論を引き継ぎつつ、実証主義へ傾倒した。ヴィントシャイト(Bernhard Windscheid, 1817-1892)に代表されるこの立場は、とりわけ「法律構成」(juristische Konstruktion)の技術を発展させた点において注目に値する。彼らは一方で古代ローマ法にその源泉を求めつつ、その法規がもはや今日の、すなわち19世紀中葉の紛争解決にとり十分ではないことを認識してもいた。それゆえ、彼らは古代法から利益衡量のための要素を媒介的に引き出す技術、すなわち「法律構成」¹⁸⁾を発案したのだ。

Ⅲ ギールケの自然法論解釈

前章で概観した通り、19世紀末のドイツ法学における実証主義的傾向は、一方ではゲルバー＝ラーバント的法理解、そして他方では「パンデクテン法学」の登場によって強められた。すなわち、法学がより科学化・体系化を志向する時代において、ギールケは自然法論解釈を試みたのであり、本稿第Ⅳ章における指摘をふまえるから、この点は極めて重要である。

その解釈を検討するにあたり、手がかりとなるのは『アルトジウス論』と「自然法とドイツ法」である。前者の第1部「ヨハネス・アルトジウス」では、標記の通りアルトジウスの略歴とその政治・法思想が、第2部「アルトジウスの国家論に刻印された政治理念の発展史」では「アルトジウスの国家論における宗教的要素」「国家契約論」「人民主権論」「代表原理」「連邦制の理念」「法治国家の理念」と題された各章ごとに、中世から(ギールケが生きた時代における)「現代」に至るまでの思想史が扱われている。また後者では、ドイツ的に受容された自然法論

の功績が、(ギールケが生きた)現代に至るまでのドイツにおける法学の発展史とともに論じられている。

本章では、まず『アルトジウス論』を参照し、ギールケの自然法論理解において主要な役割を演じるヨハネス・アルトジウス (Johannes Althusius, 1557/63-1638) への解釈を概観する。その後、講演録を加えて参照し、ギールケが試みた自然法論解釈をその限界と功績に分けて整理する。

1 アルトジウス解釈

ヨハネス・アルトジウスの名前は、今日ほとんど忘れられている。その名前がドイツ人であるにもかかわらず忘れられているのか、それともおそらくまさにドイツ人であるがゆえにそうであるのか。(JA1/一三)

『アルトジウス論』第1部第1章は如上の記述から始まる。彼曰く、なるほど政治や法をめぐる主要著作は、他国民によって生み出された。しかし、それはドイツにおける政治や法理論の構築が全く存在しなかったことを意味しない。とりわけ、16・17世紀における「国家権力の真の主体をめぐる論争」の中で、人民主権論へ体系的な説明を与えたのは「ドイツ人」の「モナルコマキ」、アルトジウスであり、彼が1603年に公刊した『政治学』(*Politica methodice digesta*)¹⁹⁾である。

続く第1部第2章にて彼は、アルトジウスが行った法理論と政治理論の区分に注目する。すなわち『政治学』によれば、「法(ius)を事実(factum)から引き出す」ことを目的とする法学と、「社会と社会生活を合目的に制度化し維持するために議論する」ことが目的である政治学は区別され、後者は「法を初めに作りだす基本的な出来事の一つを取り扱っている」。それゆえに、「主権」(*majestas*)をめぐる論争は、〈法学的課題〉、すなわち「主権的諸権利」と人民—支配者間で結ばれた契約からの個々の権利関係の演繹、および〈政治学的課題〉、すなわち「主権的諸権利」と「主権の諸源泉」(*jura et capita majestatis*)の探究の二点に区別されるべきである。『政治学』にて論じられた主題も後者であった。

その『政治学』において、アルトジウスの主張の基底をなす命題が現れる。ギールケによる要約を参照しよう。

主権的諸権利は、社会的団体(共に生きる人々の体)には不可欠であり、もっぱら固有なものである。主観的諸権利は、団体の精神、魂、命の息吹である。

団体がそれらを所持しているときだけ、団体は生き、それらが失われれば滅びるか、それともやはり「国家」の名に値しないものになるかである。その管理人は、もちろん最高執政官である。しかし、その所有権と用益権は、分離されることなく全体としての人民に（人民全体に、結合体全体に、王国そのものに）ある。実際、人民がそれらを放棄し、他者に譲り渡し委ねようと¹⁹しても、人民はこうしたことを決してな²⁰し得ないほどに、それらは人民に固有である。それは、誰でも自分に固有な命を他者に分け与えることが出来ないのと同じである。人民は、与えられる唯一の主権の源泉であるだけでなく、考えられる永続的なその唯一の主体でもあり、その不死性において主権を維持し守る。しかし、こうして委託された者が脱落するやいなやあるいはその権利を失うやいなや、その行使も人民は取戻しそれを新しく授ける。このような権利の性質は、個人のそれらに対する一切の取引と一切の所有を排除するから、すでに、そのような所有の篡奪によって、支配者は、自ら支配者であることを止めて、私人かつ専制君主になるのである！（JA19-20／二四－二五、傍点原文、括弧内原文単語の省略は引用者による）

この要約では、『アルトジウス論』第2部において展開される議論の要諦が示されている²⁰⁾。すなわち、主権の源泉かつ主体である全体としての人民（第3章）が国家契約（第2章）を通じて執政官に主権の執行を委託する。契約は国家より小規模なレベルからより大規模なレベルへと構成され、その際大規模な団体は小規模な団体なしに存続し得ない。ここから、前者は後者の同意をその存続に際し必要とする（第5章）ことが導かれる。国家にて統治を担う執政官は「主権者」ではなく、人民の権利を侵すことで「私人かつ専制君主」となる。他方、人民は用益権を委ねたのちも変わらず「主権者」であるが、彼らとて法の制限から自由ではない（第6章）。

本稿第Ⅱ章2節以降の議論を踏まえると、以上の解釈からギールケがアルトジウスの思想を高く評価していたことが明らかとなる。無論、ギールケにとり理想とされた国家構成はアルトジウスのそれと全く同一ではない。しかし、ギールケが彼独自の解釈から描き出し、擁護を試みた〈ドイツ自然法論〉の系譜において、アルトジウスがその起点に据えられていることは疑い得ない²¹⁾。

2 自然法論解釈 (1) : 自然法論とその限界

前節で確認した、ギールケによるアルトジウス解釈には、〈ドイツ自然法論〉が遺した功績の擁護というプログラムがかかっている。しかし、その功績を理解するにあたっては、〈ドイツ的〉ではない自然法論の評価をも概観する必要がある。そこで、本節において、自然法論の批判的側面として彼が挙げる三点、すなわち機械論的・個人主義的要素と国家人格の分裂、そして実定法に基づく権力制限の欠如の三点を順に確認しよう。

自然法論の限界は第一に、国家構成における機械論的・個人主義的傾向に存する。

『アルトジウス論』第2章「国家契約論」における議論を参照しよう。ギールケは契約論の発展史を中世から始める。つまり当時、社会の設立過程をめぐって、一方では支配(統治)契約(Herrschaftsvertrag)の観念が、他方では社会契約(Gesellschaftsvertrag)の理論でもって説明されることとなる。そしてギールケ曰く、社会契約は *universitas* と *societas*²²⁾ を混同した。すなわち、個々人がばらばらに存在する自然状態から、各人の自由意志に基づいた契約を通じ、人工的な「団体」としての人民が生まれる。このとき、自然状態において団体の存在が想定されず、個人は契約なしに団体の構成員たり得ない。

無論、その個人主義的傾向を抑える努力もなされた。例えばアルトジウスの議論である。彼は「国家は、その権限を、個人から直接引き出すのではなく、不可欠な一連の中間団体(Zwischenglieder)をとおして引き出す」(JA99-100/八八-八九)と述べ、団体を介した理論構成を試みた。

しかし、彼をもってしても、社会契約論はその内に胚胎する個人主義的要素を廃絶できなかったとギールケは述べる。というのも、その理論構成においては、個人から始め国家を導き出すことが不可欠であったからである。社会なき自然状態から、個人が相互に契約を通じて結合し、社会を設立する。社会契約論、とりわけホッブズ(Thomas Hobbes, 1588-1679)やルソー(Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778)のそれにおいては、ギールケがアルトジウスに見出した団体ありきの構成はそもそも成り立ち得ない。そして、ホッブズが一層急進的に貫徹した機械論的・個人主義構成は、ドイツにおいてもブーフENDORFによって受容され、以降ドイツにおいて影響力を保ち続けたのだ。

ギールケが自然法論に見てとる第二の限界は、「国家人格」の分裂である。

『アルトジウス論』第2部第3章「人民主権論」曰く、まず中世において人間団体が有機的であるとする観念が発展し、国家もまた共同体的生活単位から成り立つ「神秘的な団体」であるとの理解が生まれた。しかし、このような有機体的国家観はカノン法学の私法的団体理論から影響を受けたにすぎず、その人格が教会や国家といった公法的存在へ適用されることはなかった。加えてこのとき、法人格が擬制的に理解されてしまったことで、有機体的観念は機械的なそれへ道を譲り、国家権力の主体は支配者人格と人民人格により争われることとなった（JA134-7/一一九一一二一）。

そしてアルトジウスにおいても、国家人格と人民人格は引き裂かれてしまった。彼は国家を「独自の人格性をもった、有機的に秩序付けられ、組織された社会的団体であるという思想」を展開するも、他方で国家人格を二つに引き裂き、そのうち「人民全体」へ主権を与えたとされる（JA161/一二六）。その後、ホッブズ、そしてプーフENDORFの理論においても、支配者・人民人格が統合へと向かう有機的な国家人格概念は現れなかった。

加えて、自然法論の第三の限界は、実定法を国家のなすがままに委ねてしまった点に求められる。

『アルトジウス論』第6章「法治国家の理念」は、中世から近代にかけ展開した二つの理論傾向に触れている。すなわち、主権者に対する法的制限をめぐることは、一方で〈自然法論を侵す主権者の行為は無効である〉と説く「法治国家・立憲国家」理論が、他方では「主権者は法の領域において形式的には全能である」と説く「国家絶対主義」理論へと発展したのだ（JA279/二〇二）。さらに、このような自然法論的制限に関する相違の見解は、実定法をめぐる見解のずれをも帰結する。すなわち一方で「法治国家・立憲国家」の観念を支持する立場は、立法を〈自然法に基づき展開される営為〉として理解し、実定法の源泉を自然法に基礎付けた。他方、「国家絶対主義」の擁護者は立法を〈無制限かつ創造的営為〉であると説き、自然法論と実定法を峻別したのだ（JA279-80/二〇二二〇四）。

ドイツにおいて、プーフENDORFが「公共の福祉」（*salus publica*）を理由とした契約の破棄を正当化し、絶対主義擁護へと接近した際も、法治国家的な理論は、その基礎を「自然法によって拘束する契約」に置くことでこれに抵抗した。その理論においては〈明示的な、すなわち実定的な法〉とともに〈黙示的な、すなわち自然法的な契約〉も主権者を拘束すると説かれる。よって、この拘束を取り払った主権者は、たちまち専制君主と化し、彼に対しては能動的抵抗すら許さ

れるのである。次節にて確認するように、この法治国家的基礎付けは一方で功績とも見なされ得る。しかしギールケ曰く、ここに自然法的法治国家論の逆説的限界が存在した。というのは、この教義においては実定法による国家権力の制限が十分に基礎付けられず、ゆえに18世紀末以降の国家による実定法独占に対して、なす術を有さなかったからである (JA291/二一一-二二二)。

ギールケはこのように、自然法論は機械論的・個人主義的傾向、国家人格の分裂、そして国家に対する制限における実定法的基礎付けの欠如に、その限界が指摘されると述べた。しかし、彼にとり、自然法論は単に乗り越えられるべき対象として理解されてはいない。ギールケが理想とする国家構成、ないし国家―法関係には、自然法論が遺した功績が深く関わっている。次節ではその手がかりとして、彼による自然法論の肯定的評価を確認しよう。

3 自然法論解釈 (2): 〈ドイツ自然法論〉とその功績

前節で確認したように、歴史法学派に属するギールケにとり、自然法論と彼が理想とする法観念の間にはずれが存在した。とはいえ、彼はなおも、大陸の、とりわけドイツの国家発展史を念頭に置きつつ、ドイツ的な自然法論が歴史に遺したいいくつかの功績を積極的に評価する。以下本節では、ギールケが認めた功績、すなわち第一に人民主権の基礎付け、第二に連邦制論と自由な結社論の展開、第三に法治国家的理念の貫徹、そして第四にゲルマン法の受容と改善を順に取り上げる。

ギールケは第一に、自然法論によって人民主権が基礎付けられた点を評価する。

本稿第Ⅲ章1節、アルトジウスの契約論を想起されたい。彼においては、自然法論的な契約理論によって権力が委託させる際、委託する権力を有する人民が先に存在する。〈ドイツ自然法論〉の契約論をこのように解釈するギールケにとり、始源的な人民主権論は、国家を契約によって導き出すプログラムからおのずと帰結される。

彼による『アルトジウス論』における歴史叙述を確認しよう。当該理論は中世、とりわけ14世紀以降の教皇派と公会議派の争いにおいて「自然法的な国家および社会の構成を教会に応用することと実定法的論証」を結び付けた (JA127-8/一〇六)。そして、マルシリウス (Marsilio da Padova, 1275/1280/1290-1342/1343) やオッカム (William of Ockham, 1285-1347)、また人民主権を「時効のない『神法と自然法』である」と説いたクザヌス (Nicolaus Cusanus, 1401-1464) によって、特

殊教会的な文脈においてはあれ、人民主権論の自然法的基礎付けは一層の洗練を見た（JA127-131／一〇六―一〇八）。その後、当該理論は官憲思想を前に一時消滅する。しかし宗教改革をきっかけとして、「モナルコマキ」（Monarchomachi、暴君放伐論）がこれを再び用いた。

ここで、人民主権原理を国家人格および主権概念を用い、法学的に論証した人物こそアルトジウスであったとギールケは主張する。彼はボダン（Jean Bodin, 1530-1596）による、単一不可分不可譲の主権概念を自身の契約論に取り入れ、それにより主権者たる人民、および（その主権を執行に際し管理する）執政官との関係を描き出したとされる（JA144-9／一一六―一二〇）。

第二の功績としては、自然法論が連邦制論および「自由結社」（freie Assoziation）論の基礎付けに貢献した点を挙げられる。

再び、ギールケによる歴史叙述を確認しよう。中世的思想から自ずと有機的な連邦制理解が生まれるも、古代ギリシャ由来の古典的国家観念により塗り替えられた。このとき、国家の本質的特徴は「排他的主権」であると主張する排他的国家主権観念は、「団体（Korporation）理論」の再解釈も行った。すなわち、「国家は公法の唯一の源泉にして唯一の主体であり、それに対して団体とは、それ（国家：引用者注）と結び付いた公法の権利領域については権限を委任された国家機関であるにすぎないとされ」たのだ（JA233／一七〇）。

加えて、16世紀の宗教改革以降、教会・帝国がともに個々の国家を制限する力を失う一方で、同時期には、〈不滅の社会（Verband）から、個々の国家主権を保ちつつ国際法上結合する〉と説く連邦制的構成が現れた。ここで、アルトジウスは連邦制理論を根拠付けた思想家として挙げられる。すなわち彼は、小規模な団体固有の権利およびその有機性を認めたのち、団体が大規模なものへと連なる構成を自身の理論において貫徹したのだ。なるほど、16世紀以降、ドイツ法学の主流を占めるようになったのは諸団体を国家から派生したものと捉えるローマ法的観念²³⁾であり、かつその観念が、ドイツ的＝有機体的・補完的な連邦国家制を打ち砕いてしまったことは疑い得ない。とはいえ、ギールケ曰く、アルトジウスの理論は諸団体の自立性を擁護する二つの理論、すなわち「複合国家」（zusammengesetzter Staat）理論と「自由結社」（freie Assoziation）論へ結晶した。

うち前者については、ベゾルト（Christopher Besoldus, 1577-1638）が神聖ローマ時代のドイツ帝国を「複数の国家からなる〔1つの〕国家」として説明し、フーゴー（Ludolf Hugo, 1632-1704）もこれに続いた。プーフENDORFが「複合国家」

論へ批判を加えた後にも、多くのドイツ人法学者は（一方でプーフェンドルフの教義に倣いつつ）「複合国家」概念を無意識的のうちに自説へ取り込んでいたとされる。そしてネットェルブラット（Christian Nettelbladt, 1696-1775）、およびピュッター（Johann Stephan Pütter, 1725-1807）の基礎付けを経て、「諸国家から構成された国家」観念は「ほとんど異論のない通説となるに至った」（JA246-50／一七七―一七九）。

「自由結社」論についても整理しよう。ホッブズやプーフェンドルフ等、17世紀の自然法論は国家主権の拡大と団体の従属性を主張した。しかしこれに対して、18世紀以降の自然法論は二つの異なる方向をとったとギールケは述べる。つまり、それは第一にあらゆる中間団体を根絶する「集権の原子論的思想」と化し、第二に、個人主義的かつ集団主義的の見解に基づく「自由結社」原理へと向かった（JA256／一八三―一八四）。

このうち前者がフランスにおいて結晶したのに対し、後者はドイツを中心に発展を遂げる。すなわちベーマー（Justus Henning Böhm, 1674-1749）やヴォルフ、そしてネットェルブラットが、アルトジウスの「自由結社」に基づいた社会体系を完成させた（JA259-61／一八五―一八六）。さらにギールケ曰く、続いてモンテスキュー（Charles-Louis de Montesquieu, 1689-1755）やメーザー（Justus Möser, 1720-1794）、フンボルト（Friedrich Wilhelm Christian Karl Ferdinand Freiherr von Humboldt, 1767-1835）によっても諸団体の自立性が国家構成において擁護され、「自由結社」の原理はプロイセンの立法事業において一つの結実を見た²⁴⁾。すなわち、〈ドイツ自然法論〉が中央集権的・原子論的傾向をも回避し、自生的団体概念を守り抜いた後、歴史法学の勃興を経て、その遺産は有機的かつ歴史的な中間団体解釈へと受け継がれたのである（JA262-3／一八八―一八九）²⁵⁾。

自然法論第三の功績は、法治国家的理念の貫徹ならびに主観的権利の基礎付けをなした点に求められる。

ギールケはまず客観的意味における、すなわち規範としての法（Recht）について、自然法論の功績を強く主張する。彼によれば、自然法はすでに中世において、規範としての影響力を有していた。

〔第1に〕自然法の規範は、世俗の最高権力も手を触れることができず、それは、教皇と皇帝の上に、また支配者と主権者たる人民の上に、それぞれどこか死すべき者たちの全体にあり、〔第2に〕法令も統治行為も、人民の決議

も慣習〔法〕も、これによって定められた制限を打ち破ることは、〔第3に〕自然法という永遠の破壊不能な原理に矛盾する全てのものは、完全に無効であり、何人をも拘束しない（JA272／一九七—一九八）。

しかし、このような規範としての法という観念は、「主権者は法の領域において形式的には全能である」との見解により攻撃される。

近世においては、ポダンに倣う絶対主義支持者によって「君主は法に拘束されない」（*princeps legibus solutus est*）という法命題が懸命に擁護されたが、これに対して法治国家・人民主権の擁護者は、あくまで法による主権者の拘束を主張した。さらに、「モナルコマキ」は、（彼らの理論において主権者であるはずの）人民でさえ実定法により拘束されるという、きわめて法治国家的な教義を主張するに至った（JA283-4／二〇六）。

ドイツにおいてはどうか。17世紀、穏健な絶対主義が法治国家的理論を受容する一方で、「法に拘束されない権力」としての主権概念を一層推進した。彼ら曰く、主権者は一般的な場合において、あくまで指示的に（*direktiv*）、つまり非強制的に拘束され、契約の内容を侵す場合に限り強制的に（*koaktiv*）拘束される。この理論につき、一層急進的な解釈を施したのがプーフェンドルフであった。彼は、主権者が「実定法規ではなく、契約としての憲法法規」により拘束される、との命題を打ち出し、主権者に向けられた「強制力」を、その概念自体と矛盾するものであるがゆえに排除したのだ。加えて（本稿前節でも触れた通り）彼は、主権者を制限し得る憲法法規においても、「公共の福祉」概念の保持を目的とする限りその破棄が許されると説いた。このとき当該概念の内容およびその保持のための行動を判断するのは主権者である（JA286-8／二〇八—二〇九）。

しかし同時期において、法治国家的理論の支持者は〈自然法的拘束に基づく契約〉を用いることでその教義を貫徹させた。すなわち彼らは、第一に主権者をも縛り、その侵害において彼への抵抗権すら与える基本法を、加えて第二に、国家契約から演繹される「黙示的な憲法」が、実定法と同等の効力を有し、ゆえにたとえ主権者が実定法の上に立とうとも破壊不能な法の存在を主張したのだ。その代表人物としてまず挙げうるのはフーバー（Ulrik Huber, 1636-1694）であるが、ギールケは彼が「疑いなく、その国家論の該当部分の核心をアルトジウスの〔思想〕体系から借用していた」と主張する（JA289-90／二一〇）。そして、以降アルトジウスに起源を有する法治国家的教義は、ドイツにおいて一般的となったのだ。

またギールケは、主観的意味としての Recht (権利) についても触れる。中世においてすでに、当該用語には規範的法同様、個人に付帯した権利という観念も付与されていた。加えてこの観念を支持する人々は16世紀以降の支配者主権論者による教説に対抗し、国家においても侵すことのできない既得権が存在すると説く。「公共の福祉」を理由とした既得権の剥奪にあつては、元来その権利を有していた者に対する補償が要請されたのである。このような主観的権利の擁護は、ホッブズ以降の絶対主義論にあつて、プーフENDORFにより「不完全な」権利として引き継がれた。そしてカントにおいて自然権は「個人の不滅」の権利として強化される。すなわち、この自然権を前にして、全ての実定法の権限は手を出すことができないとされたのだ (JA305/二二〇)。

最後に、ギールケは〈ドイツ的自然法〉が「ゲルマン法」的諸要素を受け継いだ点をその功績の一つと見なす。

まず、〈ドイツ自然法論〉が「ゲルマン法」において未分離であった私法と公法を、互いに独立させつつ区別²⁶⁾した点に第一の功績が認められるとギールケは説く。また文化的諸課題を発見しつつも福祉国家的=ポリツァイ的統治 (ギールケ曰く、「ゲルマン的な自由と男らしさ」に「調和しない」) への抵抗において強い反対を示した点もまた彼により評価される。このうち、ポリツァイ的統治とは、公・私両領域において国家が積極的な規律立法を展開する様を指す²⁷⁾のであり、ゆえにこの統治様式に対して抵抗することは、権力側による法の一方的な掌握を回避するにあたり肝要である。

このとき、とりわけ重要な指摘として、上述の法治国家的理念の堅持とも関わる以下の記述が挙げられるだろう。すなわち、「法が国家に対しても完全に平等で独立した力をもっているというゲルマンの思想を、中世に固有な教義は決して放棄しなかった」(JA265/一九二)。ホッブズやルソー、あるいは前者から影響されたプーフENDORFの自然法論においては、主権者による法の恣意的運用が正当化されかねない。そこでは、法治国家的国制が脆くも崩れ去る。しかし他方で、自然法論はドイツ的な仕方により、換言するなら〈ゲルマン性〉を保持する形により受容されました。アルトジウスに代表される法治国家的理念保持が、その代表例である、とギールケは述べるのだ。

Ⅳ ギールケと「正義の理念」

1 理性法論と実証主義に抗して

これまで確認した通り、ギールケは『アルトジウス論』ならびに「自然法とドイツ法」においては自身の立場と本来異なるはずの自然法論、とりわけ〈ドイツ的〉なそれが遺した功績を擁護した。しかし、それはなぜだろうか。ここで、『アルトジウス論』第2部第6章末尾の記述を参照するのは有益だろう。

当該箇所ではギールケは、中世からカント的理性法論までの自然法論を扱った『アルトジウス論』以降に、ドイツ法学が辿った展開へ触れ、現状を憂う。彼によれば、19世紀以降に自然法論が衰退し、入れかわるよう歴史法学が勃興した後、さらに実証主義による歴史法学批判が出現した。そして、「このきわめて新しい考察方法」すなわち実証主義的方法論によって、「法理念は、最終的に、法の内容に関しては効用理念のなかに、また、法の効力に関しては権力理念のなかに、取り込まれ消滅する」。その場合、「自然法の理念は、人間が構想した取るに足らない企てとなり、同理念の数百年にわたる展開過程にもかかわらず徒勞となる」(JA317-8/二二八—二二九)。

そして彼は「現代」の法学が自然法論の意義を認めるべきであると説く。

将来、法——単なる古き伝統的な美辞麗句としての法ではなく、それ自体が変わらないだけでなく、それ自体の中に価値を含んだ特殊な人間性の表現——が存在するとしたら、異なる歴史的な観点が提示される。その場合には、法思想から失われることのない成果が、自然法から実際に得られる。その成果とは、すなわち、歴史的な〔法〕見解によって放棄されるものではなく一般化されるものであり、そして、法見解においていかなる変遷と精緻化を経ても〔なお〕本来においても消滅し得ないものである。というのは、その場合には、正義の理念が、自然法の概念のなかで勝ち取ったあの独自性を、実定法の中でも徹底的に、社会的効用の理念および集団がもつ権力の理念に対して、いつまでも主張するからである (JA317-8/二二八—九)。

同様の主張が、「自然法とドイツ法」においても確認される点は興味深い。彼は当該講演を以下のように述べ締め括っている。

（〈ドイツ自然法論〉が：引用者注）ゲルマン的であるのは、しかし、とりわけ、その普遍主義的で理想主義的な根本性質である。それゆえ、我々に、その歴史への瞥見は〈克服された諸錯誤を我々の民族文化の最も深い本質に矛盾する、新たな諸錯誤と混同しないこと〉、〈便益と権力の理念をとおして法理念の分解に反対する闘争において、法理念の旗を高く掲げること〉、〈諸党派と諸利益の錯綜した争いの中で、法の理由と目標が「正義」（Gerechtigkeit）であるという思想を誠実に維持すること〉を、警告しうるのである。それは、すなわち、自然法が、偉大なカントの口をとおしてそれについて、かつて言ったところの、正義である。《もし正義が滅亡するときは、人間たちが地上に生きる価値は、もはやない》と。²⁸⁾

加えて、1902年の『アルトジウス論』補遺においても、彼は「自然法が法思想のために勝ち取った〔法の〕始源性と独立性とを法思想として維持することを実証主義法学が理解してくれる場合にのみ、われわれの法学とわれわれの法生活とは発展することができる（JA366／二六五）」と述べ、自然法論の歴史における意義を強調して譲らない。

このとき、我々は上の両引用においてともに「正義」という言葉が用いられていることを確認できよう。まさにこの「正義」こそ、ギールケが〈ドイツ自然法論〉に見出し、かつ対抗的立場、理性法論と実証主義、そして「ロマニステン」的な歴史法学に対し擁護しようと試みた概念であったのだ。

本節では、まず理性法論と実証主義に関する彼の批判を整理しよう。ギールケによれば、19世紀末のドイツにおける歴史法学は「相互に対立」し、かつ「しばしば互いに近く接している」二つの潮流により挑戦を受けている²⁹⁾。

第一に、実証主義である。この立場は、形而上学的要素をその法観念に含めず、法を形式的には「命令しそして強制する力」において、また実質的には「目的とされそして達成される便益」において理解するに過ぎない。ゆえに、実証主義的方法論はその内実において唯物主義（Materialismus）なのであり、法思想を空洞化、不毛化してしまう³⁰⁾。

この指摘に、上述の引用箇所（JA317-8／二二八-二二九）との共通性を見出すのは極めて容易である。「ゲルマン法」の有機的法観念を、〈ドイツ自然法論〉は改善とともに保持し続けた。そこでは人民主権や連邦制、二つの Recht が形而上学的に基礎付けられ、法と国家の力関係はバランスを保っていた。歴史学派はま

さに、これら功績を自身の法理解にて引き継いだ。

ここで、彼と法および国家構成にかかわる論争を繰り広げたラーバントが、ギールケにおいても実証主義者として理解されていることを想起すべきだろう。前述の通り、ラーバントの立場は実定法のみを法と認め、かつ法と政治、文化、言語等他の諸要素を峻別するものであった。いわば彼の法理解においては、形而上学的理解に基礎付けられた〈ドイツ自然法論〉の功績が入り込む余地は存在せず、権力側は無制約に、恣意的に法を制定しかねない。それゆえ、ギールケは（彼の理解における）実証主義を「ゲルマン法」から〈ドイツ自然法論〉、そして歴史法学に至る流れとと敵対する立場に置いたのだ。

第二の立場は「誤った理想主義」としての理性法である。この観念は、歴史的法を不完全なものとして退け、〈理性から引き出された唯一かつ真実、不変の法としての自然法〉のみを認める。

理性法論への批判は、まさしくカントをその論敵として展開される。本稿第Ⅱ章1節で触れた通り、カントは理性からア・プリオリに認識される法としての「理性法」を完成させた人物として知られる。では、そのようなカント的構成と「正義」の問題はどのように関連するのか。ここで『アルトジウス論』における解釈を加えて参照しよう。ギールケ曰く、カントの思想において、実定法と自然法の区分は消滅し、唯一「理性法」のみが国家において認められるべきと説かれる。加えて、彼は、国家を制限する法を「国家権力の本質から流出する理性的な行為の要請」（JA304／二二〇）、換言するならば単なる倫理的要請へと切り詰めてしまう。すなわち、カントの理性法論では、ギールケが〈ドイツ自然法論〉に見出した、国家権力に対する法の独立性が失われてしまう点に問題が存すると、ギールケは考えたのである。

加えて講演録において、実証主義および理性法論はともに、挫折を余儀なくされるとギールケは述べる³¹⁾。彼がまさに、変動期のドイツにあり、多くの法潮流の中を生きていたことを踏まえるに、この指摘は事実というより規範的言明として受け取られるべきである。事実、後のドイツにおいて主流を占めたのは、ラーバントに代表される実証主義的立場であった。

とはいえ、ここから彼の〈ドイツ自然法論〉評価の背景を部分的に読み取るとは可能であろう。すなわちギールケは、発展する実証主義の法理解により、歴史法学が擁護する様々な観念が破壊されかねないことを懸念していた。彼曰く、法は単独の意思にのみ還元されず、主権者もまた法のもとに置かれている。さら

に主権を始源的に有するのは人民側であり、国家は様々な団体により階層的に構成されている。個人や国家以外の小規模な団体が有する権利は、国家においても侵されない。

2 歴史法学における自然法論と「正義」

前節で確認したように、ギールケによる〈ドイツ自然法論〉の功績の肯定には、その背後に、理性法論と実証主義的立場に対する批判という明確な目的が存在していた。加えてその批判の基底をなすのは、「正義」を達成する手段としての法という観念であった。

しかし我々は、なおも彼の〈ドイツ自然法論〉評価の背後へ踏み込むことができよう。すなわち、彼の評価には、彼自身の立場である歴史法学に向けられた批判もまたかかわっていた。

このことを示す手がかりが、『アルトジウス論』第2部第6章の末尾、すなわち前節引用箇所と同頁の記述である。ギールケは述べる。「この方法（引用者注：実証主義的方法）の勝利が続くならば、歴史法学派の功績はもっぱら自然法を否定することにあつた〔と言わざるを得ない〕」（JA318／二二九、傍点引用者）。やや皮肉的にすら響くこの記述から、自然法論の扱いについて、当時の歴史法学に対する批判を読み取ることができる。

しかし、彼はなぜ歴史法学をも批判の俎上に載せたのだろうか。それは、当時の歴史法学派のうち、「パンデクテン法学」へと発展した立場が実証主義に親和的であったがゆえに他ならない。よって我々は再び、19世紀ドイツ法学の状況について、とりわけサヴィニーから多分に影響を受けた「パンデクテン法学」を中心に整理すべきだろう。

サヴィニーが、自ら歴史法学を標榜しつつも、実態において古代ローマ法に関する概念法学的な研究および理論構成に邁進したこと、加えて彼の方法論を受け継ぐ形で、歴史法学内から「パンデクテン法学」が勃興したことはすでに述べた。ここで再び注目すべきは、「パンデクテン法学」の方法論が実証主義方法論と「演繹的・体系的思考を追求する点」³²⁾において一致していたことである。

では、なぜそのことが問題なのだろうか。それは第一に、勢いを増す実証主義法学に対し、歴史法学側から批判を加えられず、むしろ前者を手助けすらしてしまうがゆえであろう。歴史法学を名乗るにもかかわらず、ロマニステン法は法の体系化という現実的な要請を前に、古代ローマ法の研究および「法律構成」に勤し

んだ。その結果、その抽象的な方法論は有機性を欠いた自然法論や「実証主義」の法観念へと容易に接近してしまう。

そして第二に、ロマニステン的方法論においては、法は統治権力の手に渡ることを止められないとギールケが危惧していたがゆえである。前節で確認した実証主義の危険性は、このとき後期サヴィニー以降の「ロマニステン」＝「パンデクテン法学」研究者にも当てはまる。

無論、サヴィニーにあって、法は民族の確信であり、そこで国家はあくまで「諸個人の恣意を制限し、万人に自由を保障するための第三者的介在物」である。国家の基礎はあくまで民族に置かれ、国家を支配する支配者は「民族の自然と歴史を尊重」せねばならない³³⁾。この点においてサヴィニーと「ゲルマニステン」の一人であるギールケによる主張は共鳴するのであって、ゆえにこの一致を看過すべきではない。

しかし、「ロマニステン」的歴史法学が実証主義の興隆に対しなす術を持たず、むしろその方法論において接近すら見られる現状に対し、ギールケは懸念を隠さなかった。彼は、実証主義が帰結する（と彼が信ずる）権力による法の包含、そして恣意的な利用に抗する役目を、歴史法学は今一度担うべきであると考えたのだ。そこで彼は、機械論的、原子論的ではなく有機的な、法治国家的色彩に満ちた〈ドイツ自然法論〉、および〈その源流としてのアルトジウス〉へ注目した。

ギールケが、本来自身の立場とは異なる自然法論に、否、〈ドイツ自然法論〉に高い評価を与えたことにも、以上のような背景が関係している。すなわち彼は、理性法論と実証主義的潮流に抗する理論の手がかりを、自然法論批判と実定的法重視に特徴を有する「ロマニステン」＝「パンデクテン法学」的方法論ではなく、形而上学的基礎付けから個人の権利や連邦制的構造、また法治国家的構成を導く〈ドイツ自然法論〉から得ようと試みた。なるほどギールケはまた、自然法論が〈ドイツ的〉であろうと、なおも「限界」を有していたのであり、ゆえにそれらは法発展に際し乗り越えられるべきであると指摘することを忘れない。しかし彼は、アルトジウスにその源流を看取できる、〈ドイツ自然法論〉の功績は忘れられるべきでなく、かつそれは、今後のドイツ法学においても引き継がれるべきであるとの立場を、『アルトジウス論』および「自然法とドイツ法」において示していた。

法の目的は正義である。そのように考えたギールケにとり、正義の達成において避けなければならないのは、権力による法の破壊であった。ギールケの主張は、

国家と市民社会が大きく揺れ動いた19世紀ドイツにあって、国を、社会を、個人を、そしてそれら全てに関わる法を権力の恣意から守り抜くとの覚悟に貫かれていた。

V 結 語

これまでの議論を踏まえ、再度ギールケによる自然法論解釈をまとめよう。

ギールケにより自然法論とは、一方でホッブズやルソーに代表される非ドイツ的なもの、そしてカント以降の「理性法」観念に明らかな、歴史的背景を一切捨象した純粹理性的なものを指す。両潮流は、彼において、ともに（本稿第Ⅱ章2節で概観したように）様々な言わば負の側面を有している点に共通性が見られると理解されている。

対して、近世の法学者アルトジウスにより理論化された〈ドイツ自然法論〉は、中世的＝ゲルマン法的な主要素を引き継ぎつつ改善するとともに、古代法＝ローマ法の欠点を排除した法理論として、ドイツ史における功績を認められる。

『アルトジウス論』および「自然法とドイツ法」にて挙げられた功績のうち、とりわけ彼が強調するのは、〈ドイツ自然法論〉がまさにドイツにおける絶対主義的教説に対抗した点である。すなわち〈ドイツ自然法論〉は、実定法と国家権力より高次に存在する自然法という観念に基づき、主権者をも拘束する法治国家のモデルを理論として提出した。加えて、当該の立場は、契約による主権の委託ないし始源的人民主権の根拠付け、また契約によっても奪われることのない主観的権利の存在をも主張した。これによって、法を権力の命令として捉える立場から帰結しかねない絶対主義的統治を防いだのである。

以上を踏まえ、ギールケによる自然法論の再検討および功績の擁護が行われた背景を検討できよう。彼本来の立場と一見相違する「自然法」評価には、ヨーロッパにて見られた絶対主義の到来およびその際行われる法の破壊に対する懸念がかかわっていた。実証主義とされる立場が採用する法理解に基づくならば、主権は個人に帰され、かつその人が暴政を布いた場合であろうと、実定法がそれを支えする限りは法に基づいた抵抗の余地が存在し得ない。「悪法もまた法である」との命題をただ受け入れるのみである。ギールケが引くカントの法命題よろしく、その際「正義」は失われざるを得ない。

ここで、正義を達成するための法は、その目的を達成し続けるために何ができ

るのか。ギールケによれば、その手がかりこそ、〈ドイツ自然法論〉に求められる。無論、この立場とて完全ではない。とりわけ実定法を無防備なままにとどめおいた点に、克服されるべき限界が指摘され得る。しかし、ドイツ法学は自然法論が遺した数々の功績を守り抜くべきと説いた。そのようにしてのみ、法は「正義の理念」たり得るのだ、とも。

本稿で繰り返し確認してきた〈ドイツ自然法論〉の功績は、「ゲルマン法」を称揚するギールケの立場と矛盾するどころか、極めてシームレスに接続されている。なんとなれば、18世紀の〈ドイツ自然法論〉は「本質的な諸点において、諸隣国の同時代の教義とは異なる姿を受け取った」³⁴⁾ であり、その源流にはアルトジウスが存在するからである。

〔謝辞〕

本論文の執筆にあたり、堤林剣、西尾宇広、梅澤祐介、長野晃の各先生方、および研究会や読書会参加者の皆様から多くのご助言とご指摘をいただきました。ここに深く感謝申し上げます。

- 1) 詳細な略歴およびその著作に関しては、屋敷二郎「オット・ギールケ」勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーティアヌスからカール・シュミットまで』、ミネルヴァ書房、2008年、349-361頁を参照。
- 2) Gierke, Otto von. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*. Aalen: Scientia Verlag. 1968. (オットー・フォン・ギールケ『ヨハネス・アルトジウス—自然法的国家論の展開及び法体系学説史研究』(笹川紀勝・本間信長・増田明彦訳) 勁草書房、2011年。) 本稿では主に邦訳版を参照した。以下、本著作の引用を行う際はタイトルをJAと略記し、続けて原著(アラビア数字)および邦訳(漢数字)の頁を示す。なお、亀甲括弧内は邦訳版に際し加えられたものであり、本稿でもそのまま用いる。
- 3) オットー・フォン・ギールケ『歴史法学論文集 第一巻』(庄司良男訳)、信山社、2019年、347-373頁所収。
- 4) 遠藤泰弘『オットー・フォン・ギールケの政治思想—第二帝政期ドイツ政治思想史研究序説』、国際書院、2007年、78-80頁。
- 5) 西村清貴『近代ドイツの法と国制』、成文堂、2017年、179頁。
- 6) 同上、194-195頁。
- 7) 以下本章では、19世紀末のドイツ法学を概観するにあたり、村上淳一「ドイツ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』、東京大学出版会、1976年／西村稔『知の社会史』、木鐸社、1987年／勝田有恒・森征一・山内進編著『概説西洋法制史』、ミネルヴァ書房、2004年／森村進編『法思想の水脈』、法律文化社、

2016年を参照した。

- 8) 勝田・森・山内編著、前掲書、246-248頁。また、グロティウスにおける自然法理解の概説は藤原保信「大陸自然法とその展開」『藤原保信著作集 10—公共性の再構築に向けて』、新評論、2005年、127-133頁所収。
- 9) 西村稔、前掲書、16-17頁。
- 10) 村上、前掲論考、140頁。
- 11) しかし、サヴィニーは立法それ自体に反対していたわけではない。河上倫逸はサヴィニーにおける立法が「しばしば誤解されているのとは逆に、比較的肯定的評価」であり、彼が立法に反対するのは、それが「恣意的かつ外在の形でなされる場合に限られている」と述べる。河上倫逸『法の文化社会史—ヨーロッパ学識法の形成からドイツ歴史法学の形成まで』ミネルヴァ書房、1989年、120頁。
- 12) 『現代ローマ法体系』におけるサヴィニーの方法論に関しては耳野健二『サヴィニーの法思考—ドイツ近代法学における体系の概念』、未來社、1998年を参照。
- 13) 世良晃志郎の批判以来、「ゲルマン法」とは、あくまで慣例的にそう呼ばれてきた法を指すのであり、決して「ゲルマン人に固有の法」ではないとされる。屋敷二郎「6講 中世ゲルマン法と歴史法学」『法思想の水脈』96-109頁所収を参照。
- 14) なお、イエーリングはこの方法論を生涯にわたり貫徹したわけではない。彼は後に、実証主義的方法論を「概念法学」と呼び、自己反省を込めた批判を展開した。
- 15) ゲルバー（そして後述のラーバント）を実証主義（制定法至上主義）的に理解する研究として、村上、前掲論考および西村稔、前掲書。このような村上や西村稔の整理は、本稿第四章でも確認するように、ギールケ自身のゲルバー・ラーバント評価と立場を同じくするものである。しかし、今日の法学史研究において、彼らを「法実証主義」者とラベリングすることへの批判が見られる点は看過すべきでない。ヤン・シュレーダー「コルボラティオン論—前期ゲノッセンシャフト論のために ゲオルグ・ペーゼラーによるケルパーシャフトの近代的概念の基礎づけ」（高橋雅人訳）石部雅亮編訳『ドイツ近現代法学への歩み』、信山社、2017年、345-366頁所収を参照。また西村清貴曰く、このときゲルバーを「法実証主義」の系譜において理解すべきではない。むしろ法を民族の確信であると論じたサヴィニーの思想をゲルバーは引き継いでいる。西村清貴、前掲書、10頁を参照。
- 16) 村上、前掲論考、152頁。
- 17) 同上、159頁。
- 18) 「法律構成」のプロセスについて、その明瞭な説明は村上、前掲論考、148-149頁所収を参照。
- 19) 正式な書名は『政治学—体系的に順序正しく論じられかつ聖俗の模範に基づいて説明される、そして、それは最後に、学校の有益性、必要性、伝統に対する賛辞が付けられる』。
- 20) ここで、（ギールケの解釈による）アルトジウスの理論と宗教的要素に関して述

べよう。ギールケによると、アルトジウスは確かに聖書からの膨大な引用を自著に加えており、「国家は神に起源をもつ」との観念も見受けられる。しかし、「神への言及は、〔国家の〕基礎づけの出発点として述べられているわけではなく、(…)ただ形式的に現れる」(JA69/七一)。このときアルトジウスのいう「自然」は、神との関係において理解されてはいるものの、いくらか世俗的な(カトリック的色彩を薄めた)形で用いられているとギールケは説く。このギールケ的解釈はペーター・ヨッヘン・ヴィンタースから、過度に世俗的であるとして批判されている。ヴィンタース「ヨハネス・アルトウジウス」『一七・一八世紀の国家思想家たち: 帝国公(国)法論・政治学・自然法論』(佐々木有司・柳原正治訳)、木鐸社、1997年、41-79頁所収。

- 21) ギールケによるアルトジウスの再発見は、今日の政治理論における「補完制原理」をめぐる議論にも影響を及ぼしている。一例として、遠藤乾「ポスト主権の政治思想—ヨーロッパ連合における補完性原理の可能性」『思想』第945号(2003年)、岩波書店、207-228頁。

また、近年アルトジウスを政治思想において再検討する日本の研究として、関谷昇によるものが挙げられよう。関谷昇「社会契約説と憲法」杉田敦編『岩波講座 憲法〈3〉ネーションと市民』岩波書店、2007年、29-58頁所収、および関谷「ルソーの「一般意志」と人民集会の可能性—アルトジウスの人民主権論を参照軸として」『千葉大学法学論集』第27巻第3号、2013年、73-101頁所収、関谷「アルトジウスと補完性原理—“symbiosis”と“consociatio”をめぐる政治」『人文科学社会研究』第22号、2011年、17-31頁所収を参照。

- 22) 『アルトジウス論』邦訳(JA96/八六)において、societasは「社会」と訳出されている。しかし同語は「団体」を意味する universitas との対比で、「組合」とも訳し得る。一例として、シュレーダー、前掲書、258頁所収を参照。
- 23) 具体的に、その観念とは「団体(universitas)の権利主体としての地位は、それ自体、〔国家との関係において〕私的権利を目的とする個人に擬せられたものであるにすぎず、個々の場合において、それは、一定の、もともと国家の排他的権利から派生した、公法的な権能を有する特殊な特権に基づいて付与され得るにすぎないという」ものである(JA239/一七三)。
- 24) ここで注意すべきは、ギールケが評価する「自由結社」論の「結社」が「個人が自由に結成しかつ自由に解消する結社」では決してないということである。むしろ彼曰く、そのような結社理解こそ自然法論の限界を示すものに他ならないと言う点である。あくまでギールケにおける「結社」とは、ゲノッセンシャフト(Genossenschaft, 同輩団体)的かつ有機的な、国家に先行して存在するものを指す。ゆえにそれは(フンボルトの理論において萌芽が看取されるような)自由な個人を前提に結社が結成・解消されるとの観念と相容れないとされる。
- 25) この点について詳述することは本稿の範囲外であるが、「自由結社」論をめぐるギールケの議論には、19世紀ドイツにおいて看取された、市民社会の大幅な変化と経済政策をめぐる自由主義や重商主義の対立、および私法における「許可主義」

と「自由結社」の対立が関係していると思われる。村上淳一『ドイツ市民法史』、東京大学出版会、1985年を参照。

- 26) オットー・フォン・ギールケ「自然法とドイツ法」『ギールケ 歴史法学論集 第一巻』(庄司良男訳) 信山社、2019年、368頁所収。とはいえ、ギールケはいまやこの〈私法と公法の区別〉が、再び統合へと向けられるべきであると述べている。
- 27) 勝田・森・山内編著、前掲書、229頁。ポリツァイ的統治は「公共の福祉」概念の下で積極的な立法とそれによる規律を試みた(同上)。
- 28) ギールケ、前掲論考、372-373頁、傍点引用者。
- 29) 同上、354頁。
- 30) 同上、354-355頁。
- 31) 同上、354頁および356頁。
- 32) 勝田・森・山内編著、前掲書、278頁。
- 33) 河上、前掲書、121頁。
- 34) ギールケ、前掲論考、367頁。