

〔翻 訳〕

フーゴー・プロイス 『自治行政、ゲマインデ、国家、主権』（1908年）

高 橋 洋

〔訳者はしがき〕

ここに訳出を試みたのは、フーゴー・プロイスの論文『自治行政、ゲマインデ、国家、主権』である。この論文は、パウル・ラーバントの博士号取得50周年の記念論文集の第2巻に掲載されたものである。ここでは、1978年にKeip社によって復刻された版を底本とした。近年刊行されているプロイス著作集では、第2巻に第10論文として収録されている（236－269頁）。

プロイスは、その教授資格請求論文以来主権に関して論じてきたのであるが、本論文はその集大成のような位置づけを持つ。その理論的特徴は、ゲノッセンシャフト理論をベースに、基礎的地方団体（農村ゲマインデ、都市）から邦（支分国家、ラント）、そして帝国（連邦国家、ライヒ）に至るまでの同質性、同格性と、団体内部の民主的構成の主張にある。そしてそれが、単に理論的な演繹に止まらず、イギリスを範とした比較法的、歴史的な検討によって支えられているところに、もう一つの大きな特徴が認められよう。周知のようにプロイスは1889年に教授資格を取得しながら、ユダヤ系という出自もあり、長く大学教授に迎えられることがなかったが、学術論文を書きつつ、政治的論評を数多く執筆し、またベルリン市議会の議員、そして名誉職参事会員として地方自治の現場にあった。そのような境遇、経験がその業績に色濃く投影していることは言うまでもない。その詳細は今後を期するしかないが、ここでは、この論文の表題について簡単

に触れておくことにしたい。この論文は、プロイス自身が本文で述べているように、ハインリッヒ・ロージン（1855－1927）の「主権、国家、ゲマインデ、自治行政」という論文に対する批判という性格を持っている。プロイスのこの論文は、ロージンの論文の表題を順序を逆にして使ったというところに、皮肉屋プロイスの一面が現れている。ロージンはプロイスよりも 5 歳年長であるが、裕福な商人の家に生まれたものの父を出生前に失い、理解ある継父に育てられてというところまでプロイスとよく似ている（詳しくは森勇監訳『ユダヤ出自のドイツ法律家』（中央大学出版部、2012 年を参照されたい）。そうした彼はユダヤ系ながら長くフライブルク大学の正教授であり、学長代行まで務めた人であるが、学問的にはギールケの弟子であり、初期には警察法の研究で知られ（"Polizeiverordnungsrecht in Preussen", Berlin, 1882）、その後社会保障法の分野を切り開くなど、ドイツにおける行政法学の形成に大きな業績を残した人である。しかし、同じゲノッセンシャフト理論を基礎としながら、ロージンはゲマインデなどの地方自治行政体と国家との原理的区別を維持し、またビスマルク帝制を支持した人であった。プロイスよりも、より師ギールケに近かったと言える。自治体からのゲノッセンシャフト的組織原理に基づく民主制を基礎に下から上に向かっての国民国家の民主化を展望するプロイスにとって、対決しなければならない相手だったわけである。

今回の訳出にあたり、古典語について、本学文学部講師で宗教学が御専門の大橋真砂子氏のご教示を得た。記して感謝申し上げる次第である。

なお、文中のゴチックは、原文では隔字体（著作集では斜字体）である。

I.

私は、このような表題をつけることによって、意識的にある種の剽窃をなそうとしている。なおかつ、こうしたおおびらな告白をもって書き始めることによって、それを隠すのは不可能だということを、認めようというわけである。というのも、この表題がまねた元々のものが、あまりにも広く、かつ名声をもって知れ渡っているからである。しかし、私がこうした模倣を思い立ったのは、ある記念日を祝いたかったからである。以下の研究が、仕事仲間たちがドイツ国法学の巨人に博士号取得の金の記念、つまり50周年記念に贈ろうとする贈り物のためのささやかな論考であることは当然であるが、私は、それをある人の業績の銀の記念、つまり25周年記念の思い出と結びつける。その人とは、ラーバントの友人の中でも第一線に立つ人である。つまり25年前に、我が国の国法学の文献において類い希な成功を収めたロージンの論文集が出版されたということである。

そしてもし以下でラーバントに対すると同様、ロージンに対する論争を提起することで彼に敬意を表すことができるなら、学問の本質を真実の所有ではなくその探求であると考ええる人に対して、この論文は、何のいいわけも必要としないであろう。我々の専門分野のこの巨人たちは、通説 *communis opinio doctorum* となったその教えによってだけでなく、後に続く者たちに実り豊かな懷疑への刺激を与えるその教えを通じて、学問を振興してきたからである。

そこで私はロージンの作品の表題 *Rubrum* を、彼自身の形ではなく、それをひっくり返して借用する。つまり、上位にあったものが下位になればならない。この正反対の順序は、核心において *in nuce* 既に、共通する四つのキータームによって示されている問題の原理的な見解における完全な相違を含んでいる。ロージンは、演繹的に獲得された主権の概念から出発し、それに続けて主権と国家の関係を論じるのであるが、そこで主権国家と非主権国家との区別に行き着く。非主権国家のカテゴリは、国家とゲ

マインデとの概念的区別という演繹的構成を強制する。そして国家との関係におけるゲマインデと全く同様、非主権的な支分国家は、主権的な全体国家との関係において自治行政体Selbstverwaltungskörperとして現れるということになり、それが結局自治行政概念の探究へと導くのである。この探究は、自治行政概念の統一性を否定し、それを政治的概念と法的概念へと分解することになる。

25年前から変わることなく認められてきたロージンの研究の意義は、次のような点にある。すなわち、その研究が、本質的に上から下へという演繹的構成によって、諸概念から適切に引き出されるものを全て実際に引き出したということ、そしてさらにおそらくは、その研究が、上から下への演繹的構成という方法上、アプリアリにいったんそれら概念の中に入れ込まざるを得なかったもの以上のものを入れ込まなかった、という点にある。このロージンの成果は、他の研究者の多少違う視点からの、そしてニュアンスを異にする意見によって、詳細にわたって検討されているわけではない。しかし、意見の違いが、問題全体の核心すなわち国家とゲマインデとの概念的な区別を、国民国家的な利益と地方的な利益という目的要因によって把握するのかどうかということであれば、どのみち他の研究者たちの理論も、彼らの適切な論証によって攻撃されたロージンの構成同様、問題を解決できるわけなどなかったのである。

そしていまやその成果を裏返さなければならない。ロージンの研究は、それに同意しようとするかあるいは批判しようとするかにかかわらず、学問的活動を促進した点で極めて有意義であった。－その問題の核心的疑問は、今日なお、25年前と同様問題をはらんでいるように思われるが。連邦国家問題への学問的取り組みは、－私は苦労をともにした全ての仲間に代わって、やれやれGott sei Dankと言ってもよい、－ようやく収まりつつある。しかし、それは、この問題がその解答を見出したからではなく、ようやくその解答の前提が、つまり国家とゲマインデの概念的な境界に石を並べる可能性が疑われているからである。その境界石は、この道をたど

る行き当たりばったりの歩行者が簡単に投げ捨てられるようなものではない。そして、実際に公共生活全体に日々その影響力を拡大している自治行政Selbstverwaltungの概念は投げ捨てられるものではないのであるが、他方、学者たちはその本質に関して全く了解に達することができないでいる。とはいえ、まさにここで、政治的内容の法的形態としてあらゆる公法上の制度がその上に成長してきた、その共通の基盤を捨て去るべきであり、代わりにむしろ二つの異質な概念、つまり政治的概念と法的概念とを並列的に存置すべきであるなどということとは、そのような了解にいたる道としては、悪路であるように思われる。こうした道は、イエリネクとその学派によって、大いに賞賛された自己統治selfgovernmentのモデル国が、法的意味での自治行政を持たないできたことを認識すべきだということまで改修されてきたからといって、通行可能になるわけではない。

ドイツ国法学の初期の巨人達がその力をこの問題の解決に投じたのがむなしかったのであるから、この問をまさに解答不能と宣言するとしても、そうしたあきらめを軽率とすることはできない。ラーバント、ロージン、イエリネク及びその他の多数の人々が綿密に検討した道の上で、彼らが見つけられなかった何か本質的なものなどもはや見つかるはずがない、ということはあまりにも正当な推測である。それでは、我々はそれを知らず、また知ることもないのであろうかignoramus et ignorabimus?!自然科学であれば、このような状況でも将来への信頼をもって満足するかもしれない。精確な研究の進歩は、今日なお解き得ない問題を解決するであろうからである。あるいはまた自然科学は、あきらめて人間の認識能力の超えがたい限界と折り合いをつけるかもしれない。そしてそのようなあきらめは、あらゆる科学の最終基本問題ないしその最初の基本問題について、あらゆる学者の共通の宿命である。こうした点で、二千年以上に及ぶ精神活動は、人間は政治的動物であるanthropos zoon politikonということを超えてさらに深みに迫るほんのかすかな希望すら、法学や社会学にわき上がらせることができなかったのである。

しかし法学や社会学の場合、政治的、法的生活の現実の個別現象の概念的把握と構成という、第二段階の問題に際しては、事情は異なる。そこで特定の問題が解けないということが示されるなら、それはこの問題の設定が誤っているということの表れである。つまり、特定の概念の本質的違いに関する問題にいかなる答えも生じないなら、それは問題が誤って設定されたこと、アприオリに仮定はされたが、証明しがたい概念上の対立など現実には存在しないということの表れである。つまり、そのような概念カテゴリは、みな現実性を有さず、また存在根拠を有していないのであって、それらは現実の諸現象の際限なき多様性の精神的把握のための単なる補助線にすぎないからである。そうした概念カテゴリが、そのような把握を容易にするのではなく妨げたり困難にしたりするのであれば、それは補助的な役目についても不適切なのであるから、削除されなければならない。

さて、かの諸問題は、我が専門分野の上述の巨人達によって恣意的に定式化されたわけではもちろんない。むしろ、彼らがことごとく同じ問題設定に行き着いたという事実は、その演繹の過程において、これらの問題が論理的必然性をもって提起されざるを得なかったのだということの十分な証拠と見なしうる。しかし、さらにそれ以上のことが認められなければならない。偉大な精神的自立性をもった人々が、途中で不可避的にかの解決不能の問題に道をふさがれざるを得なかったにもかかわらず、本質的に演繹という同じ道をたどったという事実は、他の道筋が論理的に不可能なのは彼らの共通の出発点のためだ、という推定を成り立たしめる。そしてこのことは、最初は抵抗しても同じ出発点をとることによって、繰り返し同じ道に押しやられてしまった、他の人たち全ての運命によって確認される。したがって、この最初の誤り *proton pseudos* は、まさに出発点にこそ存在するに違いないのである。この出発点は、ロージンにあっては、主権と国家である。ラーバントの場合には¹、国家の法人格であり、イェリネクの

1 *Reichsstaatsrecht [Das Staatsrecht des Deutschen Reiches]*, 4. Aufl. [Tübingen 1901], Bd. 1, S.53. (なお[]で括られた部分は、著作集で補足されて

場合には²、国家の名称と本質であり、さらに国家権力である。しかしいまや、さらに以下のことが示される。つまり、それらは全て同じ出発点から同じ道を通り、現実の諸現象の把握に関して本質的に同じ結論に到達する、ということである。－彼らは、目標にとって決定的であるにちがいない基本問題に関して、途中までなんら共通の意見communis opinioが存在しないかのように相異なる意見を持っていたにもかかわらず、である。この現象は、この道の出発点を形成する概念の中に、次のような契機がアプリオリに組み込まれている、ということによってのみ説明されうる。すなわち、それは、与えられた道の上を通して、それ故にまた既にアプリオリに与えられた、例の識別問題の提起に際して、意図された目標に到達することを論理的にそれだけが可能とする、そのような契機である。そのような概念メルクマールのアプリオリな装着なしには、もちろんかの出発点が全体として獲得されないものであり、それゆえまさに、そのような出発点が最初の誤りproton pseudosなのである。

II.

「主観的意味での行政法」を、ロージン³は「その生の目的の達成のために、その法を使って活動できるようになったある人格の、法によって承認された権能」と定義している。そしてそれに続けて彼は、彼の自治行政の法学的、国法学的概念を、「行政を行うものとしての主権的な法人格による、非主権的な政治的共同体の承認」⁴と規定した。さしあたりここでは、これら二つの定義において、法による承認が、主権的な政治的共同体による承

いる部分である。以下同じ。）

2 *Allgemeine Staatslehre* (2. Aufl.) , S. 123ff., 130ff., 374ff.

3 [Rosin] *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, S. 44 [Separatadruck 1883].

4 *Ebenda* S. 45.

認と等置されるということだけ、まず確認しておこう。この同一視に対する批判は、結論のところでも明らかになるだろう。いずれにせよ、法的意味における自治行政が概念的に可能であるための前提として、主権的共同体に自治行政体が対置されることとなる。主権的共同体にとって、「対置なき自治行政概念は無意味で」⁵ある。ロージンは、それ故徹底してラーバントの著名な定式⁶に与する。すなわち、「自治行政は、ラーバントの用語法によれば、行政をなされるものとの対置を意味する。ある社団 Körperschaft が自ら行政をなしているのだということを主張するとすれば、暗黙の内に自身がその行政の対象となるような上位の権力を前提としているのである。この概念は、それゆえ、最高の、最上級の主権的権力には用いることができない。というのも、そうした権力にあっては、行政の対象となることは不可能であり、考えられないからである。」

「主権国家」の場合、行政をなされるというのは、現実には不可能であり、考えられないのだろうか？あるいは、特殊な主権概念を発展させた歴史的現象形態、たとえば絶対主義的君主国家は行政をなされる存在であるということ、すでに最もはっきりした形で示してはいないのか？絶対君主も国家機関として考察されなければならないし、したがってこのような国家形態においても国家はその支配者機関によって自ら統治しているのだという反論を持ち出そうとしても、それは完全に異なる発展段階のものの見方を、全く異質な状態に誤って転用することになるだろう。そのような客観的状态は、むしろその十分な思想的表現を、－もちろん残念ながら今日でもなお細々と生きながらえている－支配者理論、つまり支配者こそ唯一の正当な主体であり、『国家』は単にあらゆる政府機能の客体でしかないという理論に見出す。国家と国家権力とを同一視する場合にのみ、かの(ロージンの)命題の見かけ上の一般的妥当性がそのまま維持されることになる。さもなければ、行政の対象たる存在ないし－我々が拡大解釈して同様に言

5 l. c.

6 *Reichsstaatsrecht* [a. a. O. Fn. 1], Bd. 1, S. 98.

うことができるように—統治される存在が概念的に不可能、つまり考えられないものであるのは、絶対君主国家に対置される組織形態の場合のみだということになる。いうまでもなく「国家」そのものではなく、団团的に形成された立憲国家のみが、自己統治体、自治行政体である。したがって、もしラーバントやロージンとともに、自己統治をなすものと統治されるものとの間の、論理的には議論の余地のない対置から出発するなら、そのことによって、アプリオリに与えられた主権的共同体と非主権的共同体との対置には到達せず、むしろ単に営造物的に組織された共同体と、団团的に組織された共同体との違いに行き着くだけである。それゆえ、この考察は、まさに立憲国家の組織原理とその他の自治行政体の組織原理との本質的同質性の認識に至る。この結論は、「自治行政体の内部の行政の組織の仕方は、この概念にとって全くどうでもよいことである」というロージンの命題⁷と直接に矛盾する。我々は後ほど、そのためにロージンによって持ち出された範例の証明力と、折り合いをつけなければならなくなるだろう。

もちろんロージンもまた、組織原理のこの同質性を、彼の自治行政の二つの概念のうちの一つ、つまり法的な自治行政乃至団团的な自治行政についてだけは主張した。他方で、彼は、彼のもう一つの自治行政概念、政治的自治行政と市民的自治行政という概念を、まさにこの組織原理上から除去した。この第二の意味において、彼にとっても組織のゲノッセンシャフト的構造は決定的なものであり、そしてそれゆえ立憲国家と他の自治行政体の本質的同質性が決定的なのである。「したがって本書第2章で展開された自治行政概念は、国家と自治体Kommuneにとって、均一な意味を有する。すなわち、行政当局が、多かれ少なかれ広範囲な形式において、ゲノッセンシャフト的に組織されているということである。」⁸しかし、上述の考察が示したのは、第一の意味でのロージンの自治行政概念、つまり法的でないし団团的自治行政の概念を出発点としても、このような結論にたど

7 A.a.O. [Rosin], S. 48.

8 A.a.O. S. 53.

り着かなければならない、ということである。なぜなら、政治的共同体にとって、自己統治と統治されることの対置は、下から上へのゲノッセンシャフト的組織と上から下へのアンシュタルト的組織との対置以外の何者でもないからである。⁹ 自治行政の政治的意義と法的意義とは、したがって、二つの別の概念の相互関係にあるのではなく、およそ公法上の制度がそれに対応する政治的理念に対してもっているような、政治的内容に対するその組織法上の法的形式の関係にある。

まさにこの国家の議会制政府と地方団体の組織との内在的な同質性が、イギリスの自己統治に表現されている考え方の本質である。法的自治行政と政治的な自治行政との概念的な区別、社团的な自治行政と市民的自治行政との概念的な区別が根拠のないものだとするれば、同様にドイツの社团的自治行政とイギリスの自己統治の理念との**概念的な**対置をでっち上げる試みも根拠のないものである。かかる試みは、イギリスの発展が大陸の、とりわけドイツの制度形成に及ぼした影響に鑑みて、はじめから恣意的に構成されたものと推測されざるをえないものであったが。イングランドとドイツにおける関連する実定的な法制度の重大かつ深刻な相違はともかくも否定されるべきではない、ということは自明である。しかし、一方での一つの政治的理念とそれに対応する組織的な法原理の同質性と、他方での様々な諸邦の人民の下でのその実定的な現実化の同一性とは、若干異なる。イングランドの議会制的憲法とドイツの諸邦の憲法との違いは、ドイツの諸邦がこの点で相互になお全く異なっているように、極めて確かである。しかしその実現の態様や程度における相違にもかかわらず、ゲノッセンシャフト的立憲国家の政治的理念のみならず、その組織的法原理もまた、絶対主義的君主制国家とは違って、両者に共通である。そしてこれまで見てきたように、立憲国家の原理と概念的に全く分離されるべきでない自治行政の政治的理念に関しては、組織的法原理同様、まさに同じことがこち

9 私の『プロイセンにおける都市公職法*Städtisches Amtsrecht in Preußen*』、120 頁以下を参照されたい。

ら側でもあちら側でも妥当する。

III.

イングランドとドイツにおける政治的發展過程の相違が最も簡明に映し出されるのは、おそらくは、かつて両国における領域的編成の最も基本的な現象形態であった、グラーフシャフト（カウンティ）の歴史的運命においてであろう。イギリスとドイツのグラーフシャフトは、その形成のされ方でも、また組織的にも機能的にも最も密接な親近性を持つものである。つまり、両者は、ほとんど同じ時期に本質的な点での再編成を経験しているが、それは、国民の共同生活の組織の全体的發展にとって、最も決定的な意義を有するものである。しかし、この再編成は、あちらとこちらで全く異なった、否まさに正反対の方向を向いて生じる。イングランドでは、封建制への萌芽を早期に払い落とす中で、カウンティの地域的集团的統一体の前に地方貴族の官憲的権力Obrigkeitが消え去っていった。ドイツでは、グラーフシャフトの地域的な団体的統一体が、地方貴族の官憲的権力の前に完全に消え去った。かかる官憲的権力は、その公職的性格のあらゆる残滓を払い落としつつ、純粋な封建的支配権になっていった。そしてレーン制の普遍的完全私有地化Allodifizierungと呼ぶことのできる封建制の崩壊過程に際して、それらは、世襲財産的なラント高権へと發展していった。イングランドでは、地域的集团的統一体としてのカウンティの強化が、地方の諸団体の連合体としての庶民院の強化を通じて、国民的な共同生活の議会主義的組織形成と手を携えて進んだ。ドイツにおいては、ラント高権の絶対主義的世襲権力への強化が、下に向けて自然発生的な地方団体の生Lebenをすべて押しつぶしただけでなく、上に向かっては、国民共同体のあらゆる生命力ある組織を否定した。かつてクロムウェルの共和国が国王と上院抜きにの共同体と称したとすれば、ドイツ帝国には、下院が存在しな

かったし、そして実は国王も存在しなかったのである。ドイツ帝国は共同体ではなく、個別の利権を持った世襲権力のしまりのない集合体であった。カウンティとグラーフシャフトのように、イギリスの貴族院とドイツの旧帝国議会も、共通の淵源に遡る。ここでも二つの発展の結果が全く異なるのであるが、それは同一の根本原因を有している。政治的かつ法的な領邦団体としてのグラーフシャフトの強化は、早熟なしかし短命な絶対主義が始めたこと、つまり地方組織の脱封建化を完成させた。そしてそのことによって、地方の世襲領主制の発生を阻止した。それが最初は自らが対抗鍾となり、次いで諸共同体の共同体*communitas communitatum*の機関である庶民院の優位を発展させることによって、同時に中央の世襲領主制を阻止した。

下から上へと、地方団体から国民団体へと昇っていく、政治生活の法的組織としてのイギリスの自己統治の本質に関する見解は、グナイス以来絶えず異議を申し立てられてきた。それは、その古い現象形態におけるイギリスの地方行政の最も優れた代表である治安判事は、国王によって任免され、その官職を中央権力の委託によって遂行してきたのであり、したがってイギリスでも政治権力の法的組織は上から下へというお定まりの過程を歩んでいる、というものである。それどころか、まさにこうした組織形成において「古典的自己統治」の固有の本質が見られるのであり、それに対して近代の発展は、地方団体の選挙された代表機関の形成が下から上への組織化の原理を明確に際立たせているのであるから、原理的な墮落であり衰弱であると見られるというのである。¹⁰ こうした見解が正しいとすれば、貴族の代官*vice-comes*及びその後継者である州長官*Sheriff*に対する治安判事の非常に強力な発展は、無意味であるが故に完全に理解不能となるであろう。そのことによって治安判事の地位を特徴付けることになる端緒は、

10 Redlich, *Englische Lokalverwaltung* 741頁から巻末までの、グナイス理論への批判を参照のこと。私は主要な点でそれに同意する。

まさに治安判事によって克服されたその前身を、まさに特徴付ける。¹¹しかし、治安判事を本質的にその前身から区別し、そしてその優越の源泉となったのは、治安判事がその前身とは対照的にグラーフシャフトという地方団体の中に解きがたく根を張っている、という事実である。そして、まさにそのことによって、その形式的な任命や罷免可能性にもかかわらず、その上部に対する、中央権力に対する自律性が根拠づけられる。このことは、ロージンも認めている。「実際、イギリスの治安判事職においても、自治行政の理念は、国王による任命においてではなく、国王の任命に配置され、それを制約し、否最終的には国王の任命を単なる形式に押し下げた、これらの契機に表現されている。」¹²さらに適切にも彼は、他方で選挙やあるいは名誉職が、任命と同様自治行政の内部原理を汲み尽くすわけではない、と述べている。「これらの契機は、むしろ選挙と同様、多様な組み合わせにおいて、本来の原理、すなわち自治行政職のゲノッセンシャフト的構造を明らかにする、単なる手段である。」しかしその際顧慮されるべきは、ロージンがすべてこれらを、彼の第二の自治行政の概念の、つまり政治のないし市民的意味でのその概念の論述の際に述べたということ、他方、彼自身の正しい叙述によれば、治安判事的な名誉職の**ゲノッセンシャフト的構造**は、その任命形式にかかわらず、まさに地方団体、つまりグラーフシャフトという自治行政体との解きがたい有機的連関に依拠しているということ、である。

この決定的な視点のもとでは、治安判事職は、最重要ではあるが、しかし決してかかる原理の唯一の現象形態ではない。治安判事職と本質的に同等なのは、他のグラーフシャフト職、都市職、牧師職である。それらが、王室財産管理人のように任命によって職に就くのか、それとも選挙によるのかは、どうでもよいことである。治安判事と本質的に等しいのは、地方

11 Redlich, a. a. O. S. 17ff.; R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, Bd. 2, Teil II, S. 515も参照のこと。

12 Rosin [Fn. 3] s. s. O. S. 51, 52.

的なゲノッセンシャフト団体のための古典的な立会人である、広い作用領域を伴った陪審juryという基本的な制度である。そしてとりわけ、この地方団体の自治行政は、今日までイングランドにおける唯一の国内行政の形式であり続けた。決して国家領域の区分を上から押しつけようとしたわけではない。また、イングランドは州や管区に全く分解しなかった。今日でも、逆に基礎共同体communae、グラーフシャフト、そして都市の全体が、王国という大共同体maguna communamを形成している。イングランドでは、自治体の事務から、「国家行政の地方的仕事」を区別することは決してできなかったし、グラーフシャフトや都市の中に「国家の」地方官庁、つまり中央行政の地区別代理人が巣くうことは同様にほとんどできなかった。イングランドにおけるあらゆる地方行政は、地域的な地方団体の固有の行政であったし、今もそうである。¹³ 治安判事成立後400年以上にわたって、イングランドの国内行政のこうした形態は、その罪深い花園で大陸の官憲国家の眺めになれているフィンケ男爵に、不思議がっている次のような表現をとらせた。すなわち、「何の省庁の出先も役所もなく、長官Generaldirektorienも地方長官Landesdirektorienもおらず、上級総督Oberpräfectenも下級総督Unterpräfectenもない。県参事会Regierungskollegienも評議会Kammerkollegienも、郡長も徴税官も、憲兵も警官もない。そして見える範囲では、県の官吏もない。」¹⁴そして今日100年以上たって、真の自己統治の固有の本質を表向き破棄し、オールド・イングランドを大陸の行政機構に取り入れようとした根本的な改革の後、同じ特徴的な印象がすぐに目に浮かぶのである。それは、「市民国家」の印象である。なぜなら、あらゆる地方行政が、市民的ゲノッセンシャフトの、つまり地方団体の行政であるからである。

たしかに、この発展は、中央権力の反発や反動的試みなしに達成された

13 どの歴史的時期にもまして特徴的なこの形成を説得的に証明したことが、引用されたレートリヒの優れた業績の核心をなす。

14 [Ludwig von Vincke,] *Darstellung der inneren Verwaltung Großbritanniens*, hrsg. von B. G. Niebuhr.

わけではない。議会主義的發展が、絶対君主の反発や反動的試みなしに達成されたわけではないのと同様である。両者は、並行的な現象ではなく、その本質において同じ發展プロセスの同質的な現象である。カウンティや都市といった地方団体は、もしその全体すなわち諸自治団体からなる自治団体*communa communarum*たる庶民院が、国民的な自己統治を維持することに成功していなかったら、つまり国民共同体が絶対君主とその官吏たる奉公人によって行政を施行される存在であるということを拒絶することに成功していなかったら、その自治行政を主張することはなかったであろうし、中央権力とその代理人によって行政を施行される存在というものをはねのけることはできなかったであろう。しかし、イギリスの下院が、大陸の封建的世襲的等族会議がそうではなかったものであったこと、すなわち諸自治団体からなる自治団体*communa communarum*であり、確固として結ばれた地方団体の確固たる団体であったという、それだけでも決定的であるこの理由なしには、国王に対する議会の勝利は不可能であったであろうし、イングランドにおける絶対主義が、大陸のいたるところで絶対主義が主権を確立したのと同時期に根絶されたという事実を理解することはできないであろう。神の法による王権*jure-divino*に対するイギリス議会の勝利の決定的な理由の立証は、グナイストの憲法史の真の核心であり、それ自体として自治行政の法的な構成よりも正当にも長く生き残る、彼の高度な学問的名誉称号である。当時グナイストの論敵は、下院の力がその根源を地方団体の組織や地位に持っているということの認識を誰も持っていなかった。国王の絶対主義的傾向は、下院との対立においてのみならず、州官庁や中央行政のその他の代理人の創設の試みによる、国内行政を根本的に形成することに向けての攻勢にも現れている。¹⁵ この試みは、絶対主義自体と同様、まさに下院に団結した諸団体の抵抗によって、最終的にはねつけられた。つまり、立憲国家の發展は、下から上へ、中央権力に対す

15 Redlich, S. 27ff.

る地方団体の強化から、国王の官憲の絶対主義に対する諸団体の結びつきの強化へと、行われるのである。

自己統治の発展が、すでに極めて初期に封建制を脱していたとしても、経済的構造から生ずる、土地所有の社会的な拘束を脱することはなかった。地方団体内部の、そして同時に諸団体の結合体における指導的な社会層は、まさに大土地所有者であり、巨大土地所有者であった。すなわち、土地所有は、所有の多様化が進むことによって、より巨大化したのである。こうした関連においても、名誉職という形式が、政治的社会形成に法的組織的な表現をもたらすのに貢献した。18世紀になされた治安判事と陪審のための財産資格の高額化だけでなく、既にかなり前からなされていたのではあるが、元々は支払われていた治安判事と下院議員の日当の無給化が、その特徴である。¹⁶ かくて、クロムウェル共和国が短命で終わったことの内部的原因は、このエピソードに固有の中小市民層の政治的優位が、農村の経済的、社会的階層形成にあまりにも先行しすぎていた、という点に見出されなければならない。それに対する反動は、しかし、王政復古の成立ばかりでなく、とりわけ名誉革命とともに始まる発展の中で成し遂げられる。後者の革命が、最初のそれにほとんど時間を空けずに、しかも効果的に続いたことは、自己統治に対する官憲的王権の反動が問題なのではなく、むしろ経済的社会的諸関係に対応するこの自己統治の形成の、このような諸関係に先行する現象形態に対する反動が問題であることを示している。地主層は経済的社会的構造においてなお広範に優勢なのであるから、つまりカウンティにおいてのみならず、大多数の都市においてもそうなのであるから、したがって、その結果が「地主制度squirearchie」と呼ばれるところの制度の全体が、当時の地方団体の自己統治に適合的な組織形体であった。それゆえ、かつて国王がその残された官憲の権力によって多くの都市に及ぼしていた影響力は、特権団体、腐敗選挙区及び聖職任命者の支配を

16 I. c. S. 60, 61.

通じて、地主層の自己統治へ、すなわち貴族やジェントリーへと受け継がれた。そして庶民院は地方団体を統合したものに他ならないのであるから、同じ層がここでも、最初の革命に至るまでなお極めて強力な市民的要素を抑圧しつつ支配したのである。それは、名目的古典的な自己統治の極めて貴族支配的な現象形態である。

「しかしまた今日、大陸諸国のような貴族体制が作られたわけではなかった。そして下層に対する支配階級のカースト的な隔離が生じたわけでもなかった。」というのも、イギリスの貴族は、常に単なる「特権によって固定された所有階級にすぎなかったし、新しい経済関係から生じる上級階層を、彼らが強化された所有の代表者として見なされなければならなくなるやいなや、ゆっくり自己の内に取り込むことを決して拒否しなかったからである。そのように、支配階級自身が、農村で進行する経済的發展に応じて、新鮮な血や、それ自身の力の活性化とその利益範囲の拡大のための新しい要素の補給に気を配っていた。」¹⁷グナイストも、このイギリスの貴族やジェントリーと大陸の貴族との特徴的な違いを特に強調した。前者は、まさに政治的な貴族階級であったし、今もそうである。政治的共同体のゲノッセンシャフト的構造におけるその全体的地位は、さしあたり地方団体に、そしてそのことによって全体的共同体つまり「国家」に根を張っている。そしてこうした構造の發展や変化に応じて、自ら發展し、変化するのである。大陸の貴族は、封建的・世襲的な身分であったし、今もそうであり、政治的共同体のゲノッセンシャフト的構造とは対立的に發生し、台頭してきた彼らは、この対立において、政治的・社会的権利に対する封建的・世襲的な固有の特権を守ってきた。そしてそれゆえ、再度強化された、政治的団体のゲノッセンシャフト的構造の發展によって、絶えずその存在の是非が問われてきたのである。まさにグナイストによってかく完全に承認された、かつてイギリスの自己統治において支配した階層の特性は、いま

17 Redlich l. c. S. 60 und 65.

やしかし、18世紀末以来経済的社会的構造の変化に伴って、この自己統治の政治的法的構造もまた、グナイストが不思議な自己矛盾において衰退と考えた態様において、変化した。その態様は、同時にこの大きな改造があらゆる権力的な動揺なしに議会の立法という平和的な過程で成し遂げられた、その可能性を説明する。つまり、自己統治の組織原理の発展能力と創造力の比類なき証拠である。

地主層 landed interest の圧倒的な優位によって、大抵の都市の憲法は衰退してしまっていたのであるが、他方で、経済的社会的進歩が始まり、それがまさに都市的要素の強力な膨張という形で現れたのあるから、貴族主義的な現象形態から民主主義的なそれへの改造が、第一次議会改革に続いてまず 1835 年の都市法によって都市において行われたのは自然なことであった。「行政の執行における地方の独立性、つまり行政自律権という特殊イギリス的な原理は、都市ではじめて生産的活動に従事するあらゆる市民の平等な権利という民主主義的理念と結びつくことによって、完全に純粹な形で承認されることになった・・・あらゆる公行政に内在する、中央権力と地方行政との関係という大きな問題は、行政の最も重要な構成部分の一つのための、そして経済的にはこの国の最も進んだ住民のためのこの改革によって、以下のように解決された。すなわち、たしかに中央のコントロールという新しい考え方にいくつかの譲歩がなされたが、しかしその改革から生じた主要な点は、まさに民主的な意味での憲法の再編成¹⁸によって、都市の自律の原理がきわめて強力になったということである。」そして、同じこの比類無き継続性は、イギリスの発展がその法生活の根本原理を堅持しているものとして賞賛されてきたものであるが、それは、法的政治的な進歩の持続という点で、経済的社会的な進歩の帰結であることが実証された。この改革の全体は、まさに今日一歩進んで明日は二歩退くというような、立法者の主権的恣意の産物ではなく、自己統治の自然的な分節

18 Redlich l. c. S. 163.

において発展する共同生活の有機的産物であった。かつて地主制度は、実際に地方団体の、そしてそれゆえに諸地方団体からなる地方団体の共同生活における優越的要素であった。つまりそれに自己統治の貴族的形態が対応していた。この共同生活の社会構造が最初は都市において、次いでカウンティにおいて、そして同時に全土の大共同体*magna communa*において、貴族的要素にとって不利に変化していったがゆえに、貴族的形態は、内在的な必然性によって自己統治の民主的形態に席を譲らざるをえなかったのである。庶民院の改革が最初の議会改革の段階において停止することができず、この進歩の方向に継続的に動き続けざるをえなかったように、地方諸団体の改革は、都市改革法で停止することができず、開始された進歩は、継続的に、カウンティにも、そして都市や農村のディストリクトや教区におけるそれを構成するものにも、貫徹していかざるをえなかった。かくて、今日の組織が発生したのであるが、その核心を、イングランド人は、次のように適切にまとめている。すなわち「地方自治は、都市化された。」¹⁹

まさにこの全改革が組織的な進化、つまり所与の基礎からの継続的な発展であって、それとの断絶ではなかったがゆえに、表面的にしかものを見ない者が民主化との解きたい矛盾をそこに見ようとした現象もまた、まさにこの発展過程の特性の証明なのである。かくて、上院の存続、今日なお所有しかつ教養を有する階級が都市や農村の地方団体で、そしてその結果下院において占めているその重要な地位がそれである。古い治安判事職が、新たに選挙されたカウンスルを通じてその権限を大きく制限されているが決して廃止されず、むしろカウンスルと並んで今なお地方組織の主要制度である、という事実である。まさに、ジェントリーを閉鎖的なカーストの反対物とし、そして近代的生活の新しい要素を常にそれに供給してきたというその特性こそが、ジェントリーに近代の社会構造においてもなお重要な地位を与えてきたのである。ジェントリーがもはやそれ自体として

19 Redlich l. c. S. 162.

決定的な要素であるのではなく、民主的に組織された共同体が、彼らによって指導してもらいたいと思うように、大衆の中での指導的な役割を果たしているということである。とりわけしかし、あらゆるものの変革にもかかわらず、そして個々の行政領域のためのある種の監督が導入されたにもかかわらず、下から上へ、地方団体から全体団体へという自己統治の根本的な構造は、いかなる弱体化をも被らなかったし、むしろ、かの民主化によってまさに最高度に強化された。レートリッヒ²⁰が適切にも言っているように、「しかしそこにこそ深い意味がある。歴史的考察にとってのみならず、現在にとっても、イギリスの国家領域は、相変わらず国内行政の諸目的のための、その歴史的な地方Landschaftやより広い地方Provinzからなる合成物のように思われるのであり、恣意的に－たとえそれが極めて目的意識的な恣意であっても－切り分けられた国家領域であるようには思えない。今日なお、神秘的なつかみ所のなさにおいて『臣民』を支配する全権限的な『国家』という形式的な概念は、イギリス国家の憲法には根拠を持たず、むしろ本来の国家団体Staatskörperとしての、その古い歴史的な郡や地方に分節化された国民Nationという生き生きとした表象の方が根拠を持っているという事実が、そこにもまた、はっきり示されている。

IV.

グナイストは、このイギリスの自己統治の現実の発展から、彼の基本的教義を抽出することができると考えた。すなわちそれは「自治行政の対象は、その団体の固有の諸権利ではなく、・・・国内地方行政という国家的諸機能である²¹」というものである。この自治行政の場合に重要なのは、国

20 1. c. S. 421.

21 [Gneist] *Selfgovernment [Communalverfassung und Verwaltungsgeschichte in England]*, 3. Auflage Berlin 1871], S.70 u. a. v. a. O.

内地方行政の諸機能である、ということは、疑いもなく正しい。すなわち、原則的にはそれは、イギリス憲法に基づいて組織された地方団体によって行使される、国内地方行政のあらゆる地方的諸機能の全体である。このイギリス憲法によれば、すなわちそうした機能を行使するのは、まさに地方団体の権利である。したがって、この機能を「国家的」と呼ぶこともできるが、それは単に論点の先取 *petitio principii*、つまり先験的な教義に基づいての話である。その限りで、実際またロージンも²² その社团的自治行政概念について、グナイストのかの命題を限定する。しかし、ロージンの政治的なし市民的自治行政概念²³ によってでも、別の結果には行き着かないであろう。特にたとえば**国家**公民的自治行政の職としての治安判事の地位を、カウンティ公民的自治行政や都市公民的自治行政としてのカウンティ参事会や都市参事会の地位に対置することはできない。自己統治の二つの制度は、むしろ、上述の展開が示しているように、本質的に同じである。それゆえ、実際また選挙された市長や議長も、職務権限上、治安判事である。唯一現実には可能な区別は、全体団体への地方団体の自然的な分節関係の区別である。それによれば、国内行政は、地方審級においては、すなわち地方団体の領域では地方的自己統治 *lokales selfgovernment* である。諸団体からなる団体の全体領域においては、すなわち中央審級においては、国内行政は国民的自己統治 *nationales selfgovernment* である。

グナイストと一致して、イエリネック²⁴ もまたイギリスのカウンティ行政を次のように考える。すなわち、「その客観的側面によれば、この行政の形体は常に国家行政である。それは名誉職による国家行政である。」それどころか、彼はこの考え方を次のような命題へと先鋭化させる。すなわち、「ノルマン征服以来中央集権化された国家権力を持ったイングランドにおいては、個人あるいは諸団体の自治行政への権利の観念やその承認は

22 [Rosin, Fn. 3] a.a.O. S. 47.

23 Ebenda S. 56.

24 *Allgemeine Staatslehre*, S. 623, 625, 626.

全く生じなかった。」「個人の自治行政への権利」という言葉の下で、封建的ないし家産的な中世的官憲制度が理解されるべきであるなら、この文章は的確であろう。しかしその他の点では、現実のイギリス憲法史を考察すれば、そのような権利の本質的な要素が、すでにマグナカルタ以来多くの変転にもかかわらず、全体として継続的な、自分自身を管理する諸団体と諸団体の団体としての国民国家的全体の前進的強化の中に存在していることがわかる。さらにいずれにせよ、17世紀の革命以来、かの組織化された諸団体の団体に自立的に対抗する「国家権力」の観念はイギリス憲法の思考範囲から姿を消した、ということもわかる。このようなイエリネクの主張が、「最高命令権imperium」への主観的権利、つまり固有ないし始原的な支配権に関する彼の理論に基くものである限り、その主張については、他との関連で後ほど言及されることになろう。しかし特にイギリスの自己統治については、彼とハチェックが、受動的団体の理論において、この見解に特別の側面を見出した。

徹底のかつ情熱的になされた、公法上の受動的な共同体という新たな発見を維持しうるかどうかについての、レートリッヒとハチェックとの間の著名な論争に関して言えば、私は維持できないというレートリッヒの説明に全く賛成である、という言明で文字通り十分である。私によってすでに以前に一般的な検討からえられたこの見解²⁵が、レートリッヒのとりわけイングランドについてなされた研究によって、広汎な法史的かつ実定法的基礎を獲得したのであるからなおさらである。しかしながら、ここで主張されている見解は、ハチェックの論理構成を受け入れたにしても我々の問題にとって決定的な点において他の結論には決して行き着かないという事実によって、より強力に支持される。この決定的な点とは、イギリスの地方団体と全体団体との内在的な本質的同質性である。つまり個別の自治

25 私の論文「法学的概念構成の方法について*Zur Methode juristischer Begriffskonstruktion*」(*Schmollers Jahrbuch* 1900, S. 359ff.)を参照されたい。[プロイス著作集第2巻第4論文121頁以下]

団体communaeと諸自治団体からなる自治団体communa communarumとのそれである。そしてこのグラフシャフトとライヒとの本質的同質性を、ハチェックもまた執拗に繰り返して強調する²⁶。それらは、たしかに彼にとって両者とも受動的団体であり、しかしまさしく同質の団体である。そして、まさにここではとりわけ後者、つまりライヒが問題である。それゆえもちろん、「能動的」団体としてのプロイセンの、ゲマインデと国家との対比において、イギリスのカウンティと国家とを「受動的」団体と呼ぶことは、現実の意味を言葉と結びつけたがる者にとって、受け入れがたいことになる。しかしいずれにせよ、ここでさしあたり重要性なのは、この側面に関しても、自治という枠組において「ゲマインデ」と「国家」との概念的同質性から誰も逃れることができない、ということである。もし国王の地位がイギリス憲法では信託法人trust corporationの地位として構成されたとすれば、ハチェックは、正しくそして特徴的に次のように付け加える。すなわち、まさにどの官職もそのように構成されたのだ、と²⁷。それどころか彼が次のように言ったとき、直接に問題の核心を衝いていたのである。すなわち、「イギリス国家は、法人にはならなかったということによって、大陸の国家のような全権もしくは国家の全能という装備を施すことをしなかったのである。イギリス国家は、テューダー時代を例外として、その前に個人が常に物言えぬ従属状態に服さなければならないような、全てを包括する警察権力を、大陸におけるようには有したことがなかった。」²⁸それでは、受動的団体であるにもかかわらず、イエリネックの、常に中央集権化されている国家権力は、イングランドではどこにあるのであろうか？「国王は、国家という受動団体においては、カウンティにおけるカウンティ参事会、ディストリクトにおけるディストリクト参事会、牧師管区における貧困監視人のような、法的人格でしかあり得ない。」²⁹

26 *Englisches Staatsrecht* Bd. I S.75ff., 80ff. u. a. v. a. O.

27 *Ebenda* S. 78.

28 *Ebenda* S. 93.

29 *Hatschek* a. a. O. S. 81.

たしかにイエリネック³⁰が言うように、このことは、イングランドにおいては「大陸と違って、コルポラツィオンKorporationという考え方がはっきりと示されたことがなかった」ということと関連している。しかし、大陸でははっきりと示された「コルポラツィオンという考え方」は、抽象的に自立しているその構成体に擬似個人として向き合う全体人格の、ローマ法的、カノン法的考え方であった。イギリスのcommunaのような名目的な「受動的」団体は、大小を問わずドイツ法のいうゲノッセンシャフト以外の何物でもない。ゲノッセンシャフトは、全く人工的な個体としてではなく、ゲノッセンの具体的全体として、つまり多様性における統一として把握されようというものである。ハチェック³¹が、ノルマンやプランタジネットあるいはテューダーの時代からの諸事象に繰り返しよりどころを求めてその反対のことを証明しようとすることは、無駄な努力である。ハチェック自らが、これら諸事象を一般的かつ最終的には全線にわたるイギリス法の勝利の発展傾向に対する反動の試みと認めざるをえないにもかかわらず、である。このことが最も明確に示されているのは、「大陸のはっきりした特徴たるコルポラツィオン思想」が例外的に現実にイングランドでその入り口を見出した唯一の点、つまり都市においてである。もし受動団体という怪しげな専門用語を是が非でも使おうとするなら、実際の意味の見かけによって、かかる用語をどうにかその衰退した形態での古い都市憲法に適用することはできる。しかしまさにこの都市がイングランド唯一の政治的共同体であった。それは、国王特許状に基づき明文上コルポラツィオンとして認められていた。しかし、まさにそれらが、この時代においても少なくともゲノッセンシャフト的団体の本質を示している。その特権機関 select bodiesに矮小化されたその組織は、むしろその外部に存する社会的要素に権力手段として奉仕している。つまり、国王絶対主義の残滓に、続いて独立自営のジェントリーにである。それは、前述のように概略を示し

30 *Allgemeine Staatslehre*, S. 625.

31 *Englisches Staatsrecht*, Bd. I, S. 35ff.

た当時の経済的社会構造の結果である。この前提が存在しなくなったとき、1835年の都市改革が都市団体のゲノッセンシャフトの本質をも再び作り出した。イギリスの法的発展の形式的保守主義は、実体として無害化された、コルポラティオンとしてのバラBoroughという名称を維持するのであるが³。

その他、総体としてのイングランドの政治的共同体は、ゲノッセンシャフト的な全体人格であって疑似個体ではなかったし、今でもそうである。そのことは、法人格なき団体uninkorporate bodyであって併合された社團ではないという、その技術的な名称の見かけ上の矛盾contradictio in adjectoにおいて、見事に明確に表現されている。³² このゲノッセンシャフト的団体原理を貫くために、信託制度が計り知れないほどの貢献をなした。受託者が団体ゲノッセンVerbandsgegnossenの全体のために活動することによってゲノッセンシャフトの本質がまざまざと現れるのは、その自然的な要素たるゲノッセンが「存在しないものとみなさ」れるべきものである擬制的なコルポラティオンとは対照的である。カウンティの機関をカウンティのゲノッセンシャフトの受託者とみなす見解は、同時に固有の権限を有する地方官憲という考えや、国家の全権に発する上からのその職務の派生を妨げる。そして大共同体magna communa、つまりあらゆるゲノッセンシャフトのゲノッセンシャフトの受託者としての国王という見解もまた、人民的ゲノッセンの全体に対立する官憲的国家権力という観念をもちや発生させない。

イギリス法学が一貫して実践的な必要性の見地に立ち続け、理論的構成の最終的精緻さを断念しがちであったように、まさにこの信託思想の比類無き実用的な効用こそが、イギリス法の法律的技術をしてゲノッセンシャフト理論の結論に至ることを妨げた。団体機関、就中代表機関という形で多様な団体ゲノッセンが統一されることを認め、そしてそれら機関の活動

32 Vgl. Redlich, *Zur Theorie und Kritik der englischen Lokalverwaltung*, besonders S. 164ff.

及びその活動の権利と義務がゲノッセン全体の活動であり、権利と義務であるということを強調すれば、実践的な問題のために明らかに十分であるように見えるため、イギリス法は、このことをはっきり強調しつつ、法的人格を、ゲノッセン自身の全体の代わりにその代表機関に結びつけることで満足する。かくて、形式的には、団体ではなく、団体の代表機関が法人 body corporate として現れる。たしかに、事情によってはこの理論的な不完全性が、実務においても一見奇妙に思われる回り道を必要とする。³³そこに、イエリネクやハチェック、そしてもちろんメイトランドもまた叱責する「イギリスのコルポラツィオン理論Korporationstheorieの後進性」が存する。しかし、それは、その最終的な帰結にまで考え抜かれているゲノッセンシャフト理論に対しての後進性であり、個人主義的なコルポラツィオン理論に対しての後進性ではない。だから、レートリヒとハチェックがその正反対の結論のために、同等の情熱を持ってメイトランドを引き合いに出し、そして注意深いイエリネク³⁴がメイトランドを「不明確である」と評価していることが、そのことを示している。実際にはメイトランドは、ギールケのゲノッセンシャフト理論に対する彼の立場を顧慮するなら、全く不明確ではない。そしてまさにそれゆえに、レートリヒのみがメイトランドに依拠しうるのである。メイトランドにとっては、イギリスのコルポラツィオン理論が後進的なのは、単にゲノッセンシャフト団体の固有の根本思想を理論的に突き詰めていないということによるのである。決してその理論が、はっきりかつ意識的に擬似個人主義的なコルポラツィオン理論と対立している、という理由からではない。

イギリスの団体観念が、その理論的な不完全性にもかかわらず、その内部的な本質において有機的ゲノッセンシャフト理論の基本的見解といかに一致しているかは、ハチェック自身ですらイギリスの団体の本質から引き

33 Redlich a. a. O. S. 169; そして教区集会の最新の動きについては、*Englische Lokalverwaltung*, S. 565.

34 A. a. O. S. 625 n. 2.

出している実践的結論からもわかる。³⁵ わが国では有機体理論は、団体の機関自体もまた相互に対する本当の権利を有しているという認識を、通説に対して辛抱強く貫いていかなければならない。³⁶ イングランドにおいては、そうした認識は、あらゆる政治的共同体のゲノッセンシャフト的構造からの自明の結論として生じる。同じことが、団体諸機関等々に対するゲノッセンの権利に関して妥当する。それは結局、上昇する諸地方団体におけるゲノッセンの結合のように、あらゆる地方団体の国民的全体団体への結合の根底にある、多様性におけるゲノッセンシャフト的統一という同じ原理である。すなわちそれは、大陸の理解にとって見かけ上極めて理解しづらい、自己統治の、つまりゲマインデと国家との自然的分節というゲノッセンシャフト的根本原理である。

V.

大陸、とりわけドイツの自治行政団体の、イギリスのその「受動性」に対する「能動性」は、イエリネクによって、大陸の封建主義と独特の関連があるものと見なされた。曰く、「国家権力があらゆる下級権力に対してなした、強大な収用プロセスを成し遂げた絶対主義」は、「自らの最高命令権imperiumによって」封土を与えられた封建領主や都市を決して全面的に収奪したわけではない、むしろ、その「国家的な」起源を再び引き合いに出すことによって、彼らの権利の継続や拡大すら可能とされた、と。「かくて、ランデスヘルや司教がレガーリエン付きの封土授与によって、都市が裁判権の付与によって、その国家権力からという起源が目に見える形で現れる、そのような高権的権利を所有するようになるように、今日ま

35 *Englisches Staatsrecht* Bd. I S. 81.

36 私の論文、*Ueber Organpersönlichkeit* (Schmollers Jahrbuch 1902 S. 103ff.) 参照。[プロイス著作集第2巻、131頁以下（第5論文）]

た自治行政権の承認において、最高命令権付きの封土授与が行われている」。³⁷

その後、現代ドイツの自治行政の発展が、ラント君主の絶対主義が置き土産にした、封建的かつ家産的残滓の新たな蘇生として現れる！しかしまさにイエリネックによってかかる継続的な最高命令権の例として引き合いに出された、裁判権や警察の機能は、最初の都市条令によって都市から剥奪された。そして仮にそれらがその家産的形成形態で農村部でなお数十年存続しているとしても、このことは決して偉大なる改革の精神から生じているわけではなく、逆にその基本原理を貫くことの無力さから生じているのである。つまりそれは、改革が断片にとどまっているという事実の結果である。しかしそのようないずれにしても特徴的な個別現象は別として、現代地方自治行政を封建制や家産制と結びつけようとする見解は、この全体の発展の内的本質と鋭く対立する。

とはいえ、すでに述べてきたところで強調しておいたように、イングランドにおける発展過程とドイツにおけるそれとの差異は、共通の土台からイングランドでは封建制が早い時期に克服され、そのため家産制へと改造されることがなく、他方ドイツでは封建制がまさに過度に発達し、そしてその家産制的改造が数世紀にわたって共同生活全体を支配し、否それどころかその残滓によって今日なお影響を受けている、ということに由来するというのが正しい。我々は、イングランドにおける脱封建制が早熟な絶対主義によってたしかに攻撃を受けたものの、いかに地方団体やその上位団体のゲノッセンシャフトの組織によって完成されたかを見てきた。それに対してドイツでは、すでに中世の最盛期以来、都市におけるゲノッセンシャフト的な団体形成と、農業的な支配団体を伴う君主制と貴族への封建的分節化とが強まることによって、二つの組織的な基本原理の一種の分裂行進 *itio in partes* が生じていた。ドイツでも、ゲノッセンシャフト的な下から

37 Jellnek: *Allgemeine Staatslehre*, S. 627; これに対して、私の『都市公職法 *Städtisches Amtsrecht*』33頁以下参照。

上への、つまり都市から都市連合を経て全体に拡大し、かつライヒを諸団体の団体へと改造していくという契機が存在しなかったわけではない。すなわち、こうした契機は、ドイツでは、イングランドにおけるかかる原理の勝利よりもずっと以前の時点で、潰えてしまう。というのも、ドイツにおける特殊都市的な文化は、イングランドよりもずっと早くから発展しているが、もちろん悲惨にも衰微してしまったのであるが、他方イングランドでは力強く上昇していった。イングランドの市民的世界的勢力の出先 Hochsitzが、かつてはドイツのハンザ同盟の在外支店であったことを、我々は、悲哀を込めて想起するのである。³⁸

ドイツにおけるゲノッセンシャフト的形成原理が、本質的に都市の市域に限られていたことは、その開花の集中性と早熟さを可能としたが、しかしまたそれは、その急速かつ深刻な衰退、君主層や貴族に具現化された封建制との闘争でのその最終的な敗北の主要な原因でもあった。そのように隔離された形成原理は、下から上へと上昇する組織の土台たり得なかった。封建制の勝利とそれに符合するゲノッセンシャフト的国民意識の弱さは、全体の結合を、零に近いところまで緩めてしまった。王権は、みすぼらしい名誉権のみまとった、諸ラント高権の中の一つのラント高権にまで沈下した。そして自然経済の後退によって、封建制が家産制へと移行したとき、家産的なラント官憲や家産的な荘園官憲が、唯一の勝利者として、その地位を保ったのである。

世界の最高の封建領主としての神から法王や皇帝を経て最下層の封臣に至る、レーン制のヒエラルヒーの見事な仕上がりは、もちろん不可侵であり続けることはなかった。上位者にぶら下がることは、ローマ皇帝の継承理論によって、そして王家の法*lex regia*に立ち戻ることによって強化されなければならなかった。そして、皇帝の世俗統治権*imperium mundi*の衰

38 この発展とそれ以降のことについては、私の『ドイツ都市法制発達史 *Entwicklungsgeschichte der deutschen Städteverfassung*』の第2章、第3章を参照されたい。

退によって、レーン制のピラミッドの頂点がはがれ落ちたために、あらゆる君主はそのラントにおける皇帝Cäsarである、という緊急命題Notsatzによって切り抜けた。次いで、絶対君主制の最盛期においては、神による最高のレーン支配権から神の恩寵へという、封建思想の家産的な改造か、あるいはホブスの方向の、自然法の服従契約pactum subjectionisに出発点が見出された。合理主義的な基礎付けは、もちろん前者の神秘主義的な基礎付けに対して、その出発点を下から、つまり臣民から受け取らなければならないという弱点を持っていた。しかしながら、この下層の源は、神の封土授与行為同様、あらゆる現実の彼方にあつた。共同生活の現実のために、あれこれの学説は、それを神の使命と構成しようが、自然法的な福祉独裁として構成しようが、重点を専ら上に向かって、つまり君主の全権に置いたのである。

それにもかかわらず、ドイツにおける状況は、まさに当時絶対君主制の形で国民国家への道を固めつつあつた他の国々とは、極めて大きな違いがあつた。そのような道固めについては、ライヒは、領邦権力の跋扈によってとうに不可能となつていた。しかし、この領邦権力は政治的共同体ではなく、封建的・家産的な領主制Grundherrschaftの際立つた特徴を示していた。神が国王をフランス国民やスペイン国民の元首としたという観念や、あるいはこの国民が服従契約によって一人の支配者に従つたという考えは、単純かつ理解可能なものであつた。それは、交通のあらゆる権原の下で偶然にある統治者の手中に歸した、土地所有やあらゆる種類の権利からなる、そしてその背後には自然的な団体に一体化した社会的な共同体がまったく存在しない、相互関連性を欠く断片的領土の集合体への同じ考え方の適用と比較すればの話であるが。教会諸勢力の徹底的な仕事は、抽象的な国家理念の力を通じて、現実の共同体を作り出すという不可能なことを達成したわけではないが、たしかに一種の代用品を作り出した。それは彼らが、実際に少なくともかの領邦的な集合体の比較的大きなもの全てに、原理において抽象的な国家権力というシンボルを授けることによってであ

る。ローマ法の継受は、ラーバントがその政治的起源について卓越した検証をしているが、その継受された法制度の中でもとりわけローマ・カノン法の反ゲノッセンシャフト的団体概念が、さらには、宗教改革以来の宗教的・教会的動機が、そして自然法の抽象的国家学が、そうした成果に怪しげな態様でともに影響を与えた。

君主が人格的に全権力を掌握していることが、この（国家）形成のための唯一の確固とした出発点であったとすれば、あらゆる絶対主義に固有の君主の個性に基づく特徴が、何故にここドイツで、家産的現象形態においてとりわけ強く際立っていたのかがわかる。さらに絶対主義における以上に、ここドイツでは、領主に対する官僚の純粋に個人的な関係が、主人に対する奉公人のそれとして打ち出されている³⁹。職業的な教育を受けた領主の奉公人団に対して、イングランドのみならず絶対主義的なフランスにおいても確保されていたような、ゲノッセンシャフト的に組織された独立の法律家という有意味な対抗軸が、ここでは完全に欠けていた。この職業官僚層が、たった一人権限を有する領主たる主人の、まさに完全に従属した奉公人としてのその特性において、ラント等族会議の固有の権利に対する領主層の闘いにおける重要な権力手段であったとすれば、等族会議の決定的な敗北は、イギリスの議会が有していたような、諸団体の団体というゲノッセンシャフト的性格がかかる等族会議に完全に欠けていたということから説明される。つまり、等族会議は、領邦領主層同様、家産的・個人的な形成物だったのであり、領主層は、等族に対してまさに同種の単により大きく、より強力なだけの形成物であった。イングランドの政治的なジェントリーと封建的・家産的なドイツの等族たる貴族のコントラストについては、その重要性を前述の如く強調してきたところである。家産的領主制と家産的貴族の本質における密接な親近性は、彼らの間の妥協を可能としたが、その妥協は、この発展の高みにおいて、ある状態、つまり適切にも

39 私の『都市公職法』17頁以下参照。

上での絶対主義と下での封建制といわれた状態を作り出した。それは、プロイセンのフリードリッヒ体制がかかるジャンルの範型として示すような状態である。

それに対して、この時代のイングランドにおける都市の法的状態とドイツ、とりわけプロイセンにおけるそれとは、注目すべき類似性を示しているように見える。ドイツでは、イングランドと同様、都市は、形式的には特権的な団体Korporationであるように見える。どちらにおいても、そのゲノッセンシャフト的な固有の生がその活力を失い、その制度が硬直化してきている。ドイツでは家産的な参事会統治に、イングランドでは、少なからず固定的な会員に限定された機関の支配に退化している。しかし、これらの表面的な類似性にもかかわらず、発展の内的対照が顕著である。イギリスの都市制度が活力を失ったのは、決して自治のゲノッセンシャフト的構造一般の消滅によるものではなく、むしろ、上述のところで示したように、諸団体のこのゲノッセンシャフト構造において地主階級が優勢であることに基づいている。それゆえその活力の減退もまた、数少ない実際の現代的大都市、とりわけロンドンにおけるように、優位が存在しないところでは現れていない。それに対して、ドイツ、特にプロイセンの都市制度の減退は、あらゆる結社hetaeriasを君主の法に対して極めて敵対的なものmonarchico statui perquam inimicasとして取り扱う家産的な官憲の絶大な権力による、まさにあらゆるゲノッセンシャフト的生全般の否定にその原因がある。それゆえ、その否定は、ドイツでは原理的かつ一般的なのであり、都市制度の内在的なゲノッセンシャフト的性格の抹殺がそれにとって最も重要な自己目的である。そしてそれは、特別な重みでまさに王宮諸都市に当てはまる。

「封建的・家産的な自治行政」という言葉を使うということは、すなわち、この言葉の根本的な矛盾、つまり行政を施される者Verwaltetwerdenとの矛盾を無視するということである。我々が時代を誤って「国家」と呼んでいる、「国王陛下のプロヴィンツ並びにラント」の全体的集合体が、その

外部かつ上部にある君主主権によって統治され、行政を施されているように、都市は、参事会によって、つまり市庁舎における君主的支配者の奉公人によって統治され、行政を施されてきた。そして陪臣的官憲としての世襲領主や裁判領主の領有権Dominiumは、つまり君主の官憲によく似たものとして、その領地や領民に向けられた。同様の個人的家産的占有権によって、家産的君主層がその領地や臣民に対峙するように、である。したがって、いかなる「ゲマインデ」も存在せず、あるのは単に地方官憲だけである。しかし、同様に政治的共同体としての「国家」も存在せず、存在するのは主権的官憲だけである。そして、「偉大な統一プロセス」は、全く存在しない国家的共同体のためにではなく、むしろ主権的「国家権力」のために行われた。それは、政治団体としての「国家」の権力ではなく、その国家全体に及ぶ、つまりその王家の領有する領地領民に及ぶ、主権的権力者の個人的人格的な権力であった。

フランス革命の荒波の前に、そしてそれによって解放された国民の圧力の前に崩壊したのは、ドイツにおける政治的共同体の代用品として存在したこの家産的権力であった。崩壊した家産的官憲を、下から上への政治的共同体のゲノッセンシャフト的組織によって置き換えること、つまり「改革によって国民を形成すること」、それこそが、シュタインの名を冠せられた偉大なルネッサンスの内容であり、目的であった。彼が唯一完成させた作品である都市条令は、都市憲法のゲノッセンシャフト的制度の復活によって、ドイツにおけるゲマインデのみならず同時に国家の、つまり政治的共同体一般の範型を作り出した。⁴⁰ かの「相続、購入、征服によって集められたたくさんの個々のプロヴィンツの全く新しい集合体」を国家憲法によって一つの政治的共同体に作りかえるために、したがって官憲的な構造をゲノッセンシャフト的構造で置き換えるために、その再編成は、あらゆるゲノッセンシャフト的形成物同様、下から上へと向かわねばならな

40 この点に関する詳細は、私の『ドイツ都市法制発達史』の第4章にある。

かった。したがって最初の必要な一步は、つまり全体の必要不可欠の基礎は、地方団体、つまり都市や農村ゲマインデのゲノッセンシャフト的組織化であった。そこから、クライスやプロヴィンツの類似的な組織が、そしてそれらからゲノッセンシャフト的国家憲法が展開してくるはずであった。そしてこの発展過程にとって、シュタインと彼の同志たちの最終目的は、王朝によって規定された割拠国家ではなく、国民的なドイツ共同体であった。この極めて有機的な構築物の、イギリスの自治との内在的な本質的同質性が、目につく。つまりゲノッセンシャフト的地方団体を諸団体からなる国民的団体に組み立てるという点での本質的同質性であり、それはたとえイギリスのモデルが改革者のグループに与えた直接的な精神的影響について何も知らなくともわかるのである。にもかかわらず都市条令がイギリスの都市制度ではなく、フランスの立憲議会の立法を模範としていたとすれば、この二つは、互いに関連する理由を持っていることになる。第一に、繰り返し強調されたイギリスの貴族と大陸、特にプロイセンの貴族との対照的な性格である。後者は、決してイングランドにおける貴族のような、田舎の地方団体の自治の担い手でも指導者でもなかった。むしろ家産的な官憲原理の狂信的な利益代表であった。プロイセンでは、自治は社会的に優位に立つグループの指導の下で、漸次的な発展において強化されてきたのではなかった。それは、崩壊後ある意味で一撃で *uno actu*、貴族の憤激に満ちた抵抗に対抗しつつ、そして人民の無関心の下で、上から押しつけられなければならなかったし、主権的官憲が主権的官憲によって克服されなければならなかったのである。

それゆえ、プロイセンの自治行政組織は、家産的官憲が数世紀来立て籠もってきた農村には導入されず、少なくとも中世のゲノッセンシャフト的都市憲法の追憶と結びつくことのできた都市に導入された。それゆえ、都市では第一次都市条令が、後のイギリスの都市改革に類似したやり方で、ゲノッセンシャフト的構造を直ちに実現することができた。しかしまさにそれ故に、都市条令は孤立した現象であったし、ゲノッセンシャフト的再

組織化はトルソーにとどまった。そしてまさにそれ故に、改革という短いエピソードの終了後、自己統治という内在的原理は、それとは異質な家産的官憲原理を究極的に克服することができなかったのである。「それによってゲマインデに付与されるより大きな自立性によって、特にその構成員に自らの共同体の事務への活発な参加を喚起し、この意味合いで形成されたゲマインデの諸制度の上に将来の憲法の土台を構築するために、1808年都市条令の諸原則をあらゆる自治体に拡大すること」－この目標は、ハルデンベルクの国王直属委員会がなおも設置されたように、それに向けて繰り返し試みられたにもかかわらず、達成はされなかった。またもや「地方政府が都市化された」イギリスの発展とは惨めな対照をなしている。むしろ、厳然と生き残った官憲原理が、それに押しつけられた外国の要素に対して当然に引き起こされた反動の中で、様々な箇所、その最も固有の領域で都市の自治行政の諸制度への突破口を開いた。

そして立憲主義の導入もまた、自己統治の有機的構成の完成を意味せず、また、諸団体の国民的団体へのゲノッセンシャフト的地方団体の結合を意味しなかった。1848年の運動において、いわば本能的にあらゆる自己統治、つまり地方自治行政並びに議会制憲法のゲノッセンシャフト的生の原理、すなわち「自由なゲマインデは自由な国家の基礎である」という原理が思い出されたにもかかわらず、この考えはしかし、立憲的組織という形で実現されることはなかった。むしろ、偉大なる改革の指導思想との鋭い対立の中で、この立憲主義は、根無し草的に、退化した家産的国家権力の官憲の傍らに歩み寄った。かくて、とりわけグナイストの理論的、実践的有效性によって特徴付けられるような、自治行政への努力の再開は、「立憲システムによって惹起された大臣専制⁴¹に対する反動」と解することができるという、さもなければ理解しがたいことが、説明される。イングランドにおいては、まさにグナイストが倦むことなく教えるような、議会主義、国

41 Laband, *Reichsstaatsrecht* [a. a. O. Fn. 1], Bd. 1 S. 97; vgl. auch Jellinek a. a. O. S. 629.

民的自己統治、地方の自己統治の最も実り豊かな果実、そしてドイツにおいてはグナイストがイギリスの範型に従って要求する自治行政制度、つまり議会主義的諸制度への反動、正当防衛？！否、この反動は「立憲的国家」が引き起こしたものではない。そうではなく、古い官憲的「国家権力」の継続である。それは、この根無し草的立憲主義によって、ゲノッセンシャフト的国家組織の中に挿入されたものではなく、単にその絶対主義的な全権力の中に隠されているものである。それゆえ、かの運動を契機とした最近の改革もまた、この不調和を解決しなかった。というのも、その改革は、それが「国家に」与えると信じたものを、自治行政とは異質の官憲的国家権力に与えているからである。わが国の自治行政法のあらゆる許認可権と並んで、とりわけ執拗に固執しているがしかし決して根拠づけられえない、「国家による」地方行政と「自治体による」地方行政との峻別、国家による警察の独占、等々は、「国家的」なものではなく、官憲的なものなのである。⁴²

異質の組織原理のこの未解決の不調和は、いかなる法的和協信条も乗り切ることのできないものであり、我が国の国内構造全体を特徴づけるものである。その証は、立憲君主制と並立する都市国家や旧等族国家メクレンブルクといった個別国家の様々な憲法だけでなく、プロイセン自身の内部の、ゲノッセンシャフトの都市ゲマインデと並立する家産的グーツベツィルクである。それらは、発展の中にはめ込まれたままになっている過程の証であって、ロージン⁴³が考えるのとは違って「同程度に自治行政体」であるわけではない。

42 Zeitschrift für Politik 1. Heft 1907所載の私の論文『行政改革と政治学 *Verwaltungsreform und Politik*』参照[著作集第2巻第29論文、581-604頁]。

43 [Rosin,] a. a. O. [Anm. 3], S. 49.

VI.

ロージンは、国家とゲマインデとの概念的違いを、国民的な共同体目的と地方的な共同体目的との違いに見出そうとする。こうした目的論的な問題の解決は、ラーバントによって⁴⁴適切な根拠をもって批判されてきた。そして私もまたすでに以前から、これを拒否する立場に加わってきた⁴⁵。法学的構成に際しての全面的な目的・利益理論との原理的対抗において、論理学に依拠しつつ再三にわたって私を非難するジークヴァルトの指摘もまた、私を動揺させることはできなかった。否、ジークヴァルトの言明、すなわち、「私の頭に何かある目的が浮かんでいるということではなく、頭の中で考えていることの私自身への特定の関係が、それを望むことの根拠を含んでいる」⁴⁶という言明は、その最後の理由において、目的を決める主体から出発することによって、人は論理的にある目的に到達しうる、という私の見解と一致しているように思われる⁴⁷。

しかしながら、ロージン自身は、彼の目的の定義を一瞥すればわかるように、しよせんはこの見解からそう遠く離れているわけではない。というのも、彼もまた、具体的な個別目的のなんらか集合からは、人格、つまり個人であれ全体人であれ法主体の本質に到達することはできないということ、そして「法の背後には、その生活目的によって規定されている、その全体利益との統一としての人格のみが存在する」⁴⁸ことをよく認識しているからである。それゆえ、彼もまた、論理的帰結として「法概念における意思のモーメントの不可欠性」に到達する。人の決定的な「全体利益」は、

44 *Reichsstaatsrecht* Bd. I S. 63, 64.

45 私の『領域社団としてのゲマインデ、国家、ライヒ *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*』79頁以下。すでに引用されている、機関人格に関する私の論文も参照されたい。

46 Sigwart: *Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache* (1897) .

47 機関人格に関する私の論文を参照されたい。

48 Rosin a. a. O. S. 24.

その生活目的によって規定される。しかし、その全体がまさにかの生活目的を形成する、具体的な個別目的は、全て遡ってその人格自体によってのみ決定される。したがって、かかる人格は最終的に目的を決定する主体であり、換言すれば、あらゆる人格、つまり個人も全体人格も、あらゆる有機体同様、自己目的なのである⁴⁹。それゆえ、ロージンはまた、完全に次のような命題に同意する。すなわち、「ゲマインデが地域的共同体という有機体であるのに対して、国家は国民共同体という有機体である」⁵⁰。しかし、それゆえに二つの共同体間の差異は、決してその目的の違いに還元されない。そして、ロージン自身が次のように筋道だって教授するとき、その還元は一層不能となる。すなわち、「一方での地域的な共同利益と他方での国民的な共同利益という、互いに対立しあっている領域の内部では、しかしゲマインデにとっても国家にとっても、共通目的という全体性がその属性として存するのである。」ゲマインデによって追求される共通目的についてはゲマインデが、そして国家によって追求される共通目的については国家が、それを決定する主体である。そして前者の「地方的な」目的と後者の「国家的な」目的との違いは、それらがいわば逆に目的を決定する主体の概念的違いを特徴づけうるように、それ自身のうちにアプリアリに存在するのではない。むしろその目的の違いは、逆に一方での地方団体と他方での国民団体という、目的を決定する主体の差異の結果であるに過ぎない。この（地方団体と国民団体との）区別は、それはそれでまた領域団体としての政治的共同体という個別化の原理 *principium individuationis* にだけ、つまりその領域とそれが分節化されている関係にだけ根ざしている。地方団体の概念は、それゆえ、その領域がより広域の領域団体に有機的に組み込まれているあらゆる政治的共同体に適用可能な、単なる相対的

49 極めて考察に値するその論考『法主権の理論 *Die lehre der Rechtssouveränität*』において、グローニングの評論家クラブは、目的のモーメントという同じ出発点から、「主体性」という同じ結論に達している。とりわけその203頁、205頁を参照されたい。

50 Rosin a. a. O. S. 27.

概念である。それゆえ町村ゲマインデは、支分国家の全体国家への関係におけるのと同様に、クライス・ゲマインデやプロヴィンツ・ゲマインデとの関係において、地方団体である。そして国民団体の概念は、民族的ではなく、国際共同体への関係においてのみ把握される。したがってその概念は、その領域がそれ自身と国際共同体の中間に存する、より広域の領域団体に組み込まれていない政治的共同体に使用される。それゆえそれらの（地方団体と国民団体という）言い方は、まさに下から上への政治的共同体の段階的構成を可視化するために用いることができる。しかし、そのような言い方は、どこでも証明不能なその種の不変性を証明するというような、そしてアブリオリに与えられた、ゲマインデそれ自体と国家それ自体の概念的対立を作り上げるというような奇跡を、決して成し遂げることはできない。それゆえ、その（地方団体と国民団体という）言い方は、地方自治行政団体と支分国家との概念的な本質的対立を立証することを、直ちに拒否する。それらがその元々の主体を、目的を決定する主体として作り出すという目的のためにもである。

VII.

「一方で、固有の人格が、そしてそれゆえに固有の生の目的が公法領域でゲマインデのものと見なされ、しかし他方でゲマインデがこの高権的権利を国家の名前においてのみ行使するということを受け入れることは、それ自体において完全な矛盾である⁵¹」。このようにロージンは、ゲルバーに発し、とりわけラーバントによって厳密に定式化され、そしてその修正された形でイエリネクによっても受け入れられた学説に対するその反論を要約する。その学説によれば、「国家とゲマインデとの間の概念的相違につ

51 Ebenda.

いての確固たる点」は、「国家は、自由な人々に対して強制的な権力によって命令をなす権利を有し、それに対してゲマインデはそうではない⁵²」という命題である。もしゲマインデの活動が固有の「高権的権利」という印象を与えんとするなら、それは、ゲマインデに国家のかかる権力が単にその行使のために委譲されている、ということに基づいている。「無条件の命令の力は、国家のみが有する。国家のみが、支配できるのであり、国家に於けるあらゆる支配は、国家からのみ発しうる⁵³」。国家のみが「始原的な支配力を付与された領域団体である⁵⁴」。「法的強制は、支配権の発現として、専ら国家に帰せられる⁵⁵」。

この教義に対して、私は一部分的にロージンと一致するのであるが一繰り返し次のことを指摘してきた。すなわち、意思の優位としての支配の本質的性質は、それを形成する個別意思に対抗するどの一般意思にも固有であり、したがってそれに組み込まれた構成人格に対抗する全ての全体人格に固有であるということ、そしてそれに応じて、このあらゆる共同体に固有の、そしてそれゆえ常に相対的な意思の優位を、独占的なものとして、「国家」という称号の下にまさにその概念に押し込むために、そして同時にそうやって作り出されたこの概念から再び、同じ特性は他の共同体にとっては「国家の」権限委譲にのみ依拠することができる、ということを演繹するために、この共同体の階層序列から一つが選び出されるなら、それは完全に先験的な論点の先取 *petitio principii* であるということ、そしてまさにそれ故、この先験的な基準を再度またまさに、支分国家の全体国家への関係と比較して、地方自治行政団体の国家への関係にそれを適用するというようなことは、完全に拒否しなければならない、ということである⁵⁶。

52 Laband [a. a. O. Fn. 1], Bd. I S. 67.

53 Jellinek, *Gesetz und Verordnung* S. 191.

54 Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*. S. 176.

55 Ebenda S. 357.

56 私の『ゲマインデ、国家、ライヒ』174頁以下。『都市公職法』134頁以下も参照されたい。

あらゆる社会的共同体に共通の特性としての支配に関する、私によって代表される見解は、徹頭徹尾反個人主義的である。というのも、この見解は、意思の優位の関係を、単に多様性における統一という共同体の特性によって根拠づけるから、この特性を、全ての共同体Gemeinwesenに、しかし又共同体にのみ見出すことになる。この見解によれば、いかなる個人主義的な支配関係も存在しない。通説は、一見すると、ラーバント⁵⁷とともに「今日の法においては、・・・いかなる私的臣従も、私的権力も存在しない」と説明することによって、同じ立場に立つかのである。しかし、すぐに次のような支配の国家独占の教義の告知がそれに続く。すなわち、「国家のみが人を支配する。これは、国家が誰とも分有しない、国家の特別の特権である」。そのことによって、この学説は、上から下へと構成する官憲理念という古くさい見解に、そしてそこに内在する個人主義的性格に逆戻りする。そのことは、支配的な国家法人説が、その核心において個人主義的ですからある、ということから説明される。というのも、通説は、国家の全体人格に、その構成員の、つまり共同体に構成された個人やより狭域の部分の、多様性における有機的統一を認識せず、すなわち諸自治体からなる自治体communa communarumを認識せず、認識するのは、抽象的な団体Korporation、擬似個人であるからである。そしてかかる概念に到達するのは、その実在を、それを構成する人格の多様性からなる有機的形成物を存在しないものと考えることによるのである。それ自体特別のものunicum sui generisとしてのこの抽象的な国家人格、その神秘的な確信を通じて発生せしめられた支配権の独占を伴う国家人格、それは自ら自身のうちにとどまる権力によってその「臣民」とよそよそしく、かつ外面的に対峙する国家人格、それは、結局古い個人主義的国家権力に、封建的・家産的骨組みを撤去した後に何も無いところに自由に漂っている官憲の主権に、それを神の恩寵という虚構によって天空からつるしたり、ある

57 Laband [a. a. O. Fn. 1], S. 64.

いは服従契約pactum subjectionisの虚構によって、まさに悪趣味に、それよりも低い大地に頼みの綱を投げたりしない場合に、新しい近代的な法律の衣を着せたものに他ならない。

ドイツ国法学で今日支配的な国家法人の理論は、その起源を、マウレンプレッヒャーの、欠缺なき神聖かつ永遠の国家権力、つまり君主が正当に得られた神の権利として所有する国家権力の、無条件の神聖化に対する学問的反発に有している。今日の通説の始祖であるゲルバーにあっては、たしかに、君主の具体的な個人的人格の前に、抽象的な国家人格が現れた。しかし、国家権力の神聖化、その国家との同視は、同じままでとどまっている。すなわち、「国家の意思力、つまり国家権力は、国家の法である。国法は、従って国家権力の規範Lehreである」⁵⁸。「共和国とは、統治の法であるRepublique est un droit gouvernement」と述べるのは、絶対的主権原理の父たるボーデンである。ゲルバーが、国家人格のための支配の返還請求Vindikationに次のように付け加えたことは、全くもって特徴的である。すなわち、「教会のためにのみ、同様の見解が正当であるように思われる」。それに劣らず特徴的なのは、彼があらかじめ次のような試みに対して反論していたということである。すなわち、「国家をゲノッセンシャフトの権利から構成し、そして国家を」下から上へと上昇する「構成順序の終端に位置づける」という試みに対してである。一人支配する国家権力の主権が、教会と同様、上から下へとのみ構成されなければならない。とはいえ国家権力の主権は、不可避免的に遡ってその源泉を、人格的主権者を求める。国家人格の抽象的擬似個人は、何もない空間にぶら下がっている主権的権力の担い手として、具体的個人を、つまり「それ自体で単一のものper se unum」を必要とする。「君主において、国家権力の抽象的人格は具体化される。すなわち、・・・君主の意思において国家意思が代表されるということが、国家権力の全面的で不可分の範囲に及ぶ、ということ

58 Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* S.3.

である。したがって、その能力に基づいて、国家権力自身が法的にできること、それが君主の意思の権利の内容でもあり、それは君主の意思において実際に現象として現れる⁵⁹。宗教の擬制の代わりに、法律の擬制を置いたのが、マウレンブレッヒャーの説である。

ラーバントの場合も、これと異ならない。たしかにラーバントは次のように、強調した。すなわち、「君主ないしは人民、もしくはその他の誰かを国家権力の主体であると、つまり固有の主権者であると宣言するとき、国法の法的構成や学問的精緻化のために、国家の人格化によって得られることすべてが、再び犠牲にされる。・・・官憲的支配権の主体としての国家の人格性は、もしこれら全ての権利の総括概念を、つまり国家権力を、国家にではなく、有機的国家制度自体にではなく、君主や議会に、あるいは両者を併せたものに、あるいはその他国家自体から概念的に異なった主体に与えるなら、同様に消滅する⁶⁰」。しかしながら、こうした意図にもかかわらず、内在的論理の圧力によって、この学説の個人的性格が浮かび上がる。というのも、ラーバントは、高権的権利の本質をまたもや「臣民に対する官憲」の法的力に見ているからである。彼は全く一貫したやり方で、個人主義的な、上から下に向かって義務づけるレーン制度を思い起こす。国家とゲマインデの関係という問題は、ラーバントにとって、市長が「支配者」か、それとも国王がそれか、という問題において、人格化される⁶¹。まさにゲルバーにとってと同様、ラーバントにとっても、「ランデスヘルこそ、個々の国家権力の全能の担い手⁶²」である。全国家権力の君主の手中への集中という教義を、立憲国家のためにも救済するために、ラーバントは、立法に際しての裁可理論に依拠する。とはいえライヒ憲法の諸規定は、かかる君主主権の主張と、全く一致しないがゆえに、ドイツライヒ国法の

59 Gerber a. a. O. S. 77, 78.

60 *Reichsstaatsrecht* [a. a. O. Fn. 1], Bd. 1 S. 89, 90.

61 A. a. O. S. 64, 66 N. 2; それに対しては、私の『都市公職法』132頁参照。

62 *Reichsstaatsrecht* [いわゆる“*Kleines Staatsrecht*”], in: *Das öffentliche Recht der Gegenwart* (1907) S. 25.

この指導的理論家は、個人的に官憲的な国家観によって、ドイツライヒに立憲君主制の性格を否認すること、そしてドイツライヒを「諸国家の共和国」と宣言するように、追い込まれているのである。

「今日の立憲君主制の完璧に仕上げられた構造に対して、国家権力の全ての権利を自己に一体化している君主の理論は、もはや現実的認識を与えるものではなく、もはや法的構成要件の実際と一致しない、一種の仮構となった」。このように、イエリネクは、すでにその一般国家学⁶³において君主制原理の通説的教義に反対していた。そして最近でも、彼はその優れた学問的講演⁶⁴においてこの抵抗を繰り返した。「多くのドイツの憲法に組み込まれ、かつドイツ同盟によって諸議院に対するドイツの諸君主の地位のための不可欠な規範と宣言された、あらゆる国家権力の源泉であり所有者である者としての国王という定式によってでは、立憲国家の現実科学的説明は不可能である」。しかし、イエリネクもまた見誤っているのは、この慢性病の繰り返し、ラーバントのような法思想の大家がその影響を免れずにいる、個人人格的な支配理論の、すなわち結局は家産的な支配理論の考え方にとらわれているうちは、偶然でもなければ個人的な論理的誤謬に起因しているのでもなく、むしろ個人人格的理論の、すなわち結局は家産的な国家理論の論理的帰結である、ということである。イエリネクが「国家には、国家の主権がその固有の権利として帰属する人間が存在しなければならない、という考えは、そこに含まれる矛盾がわかっているにもかかわらず、それを一貫して排除してきたのはほんの少数でしかなかった」と述べるとき、——このことは、「その荒々しい力によって見かけ上克服されたものの考え方が、歴史的伝統の力によって生き延びていることの新たな例証」であるだけでなく、それは同時に、観念の内在的論理の荒々しい力の証明でもある。というのも、官憲的国家観念、つまりそれ自体特別なものの *unicum sui generis* としての、すなわち独占的な命令権を保持する抽

63 S. 661.

64 *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht* S. 19.

象的な擬似個人としての国家という見解は、荒々しい力をもって「それ自体で単一のものper se unum」を、すなわちさもなければ空中に漂っている命令権の所有者としての具体的個人を強く求める。そして国家主権という見解は、まさにこの主権の個人的担い手を強く求める。そしてイエリネクは、それにもかかわらず、統一された唯一の国家の「始原的支配力」の考え方に固執するため、とりわけゲマインデの国家に対する関係についてのその見解に際して示されているように、彼自身がそのような後退に対して全く免疫をもっていないのである⁶⁵。

しかしながら、独り支配する国家、つまり主権国家の全権力は、やはり**法的**な権力であらねばならない。高権的権利の本質は、ラーバントによれば、「臣民に対する官憲の**法的**権力のうちに」、つまり臣民に対する**法的**に承認された権力のうちに存する。「法によってのみ」、臣民は主権者の命令への従属を義務づけられるべきである。しかし、「主権的権力は最高かつ最上級の権力を意味する。したがってそれは、主権というその特性により・・・法的に自己を拘束する命令を発する権能が帰属するような、自らの上に立つ権力を持たない」⁶⁶。このことはどのように考えたらいいのだろうか。法によってのみ、臣民は主権者に従うことを義務づけられる。しかし何が法であるかは、主権者のみが拘束的に決定しうる！ロージンもまた、大筋でイエリネクと一致して、主権を「固有の意思による排他的決定能力」と定義する。しかし、まさにまた「現行法に基づいて」、「法的な」決定能力として、である⁶⁷。しかし、「臣民」の意思が、主権者の最終的かつ最高の意思に規定されるとすれば、この主権的意思は唯一つ、自分自身によってのみ規定されるのではないか—それによってこの主権的支配権力が法的な権力として特徴づけられるところの、法の拘束力のための余地はどこにあるのか。

65 Vgl. auch *Allgemeine Staatslehre* S. 667.

66 Laband a. a. O. [Fn. 1, Bd. 1], S. 68.

67 Rosin a. a. O. S.5.

ラーバントは、国家の排他的支配権を、法規範それ自身の発布には見ていない。この（法規範の発布という）権利は、むしろゲマインデの自律権にも当然与えられ得る、と。「しかし、拘束的規範に従うことを固有の法的力によって自由な人々に**強制**することは、国家権力の排他的特権である」⁶⁸。しかしもしラーバントが、私との論争で主張しているように、単なる強制の独占によって国家が官吏に成り下がることを拒否するのであれば、その結論を避けるには、誤って独占的なものと考えられている「国家の」法的強制の本質を、強権的な執行にではなく、むしろ規範の内容が拘束力を伴っていることに見なければならない。そのことは、ラーバントの立憲的法律概念のための制裁理論と完全に一致する。それによれば、議会で確定された法律の内容は、君主の法律施行命令によって拘束的な力を付与される。ここで再度明らかになることは、形式的に独り支配する「国家」のためにゲマインデに渡さずにおかれたものが、実際は独り支配する国家権力、つまり君主の官憲的権力への返還を請求される、ということである。しかし、この排他的な法的強制力それ自体は、どうしたら「法的力」と特徴づけられるのであろうか？

適切にもラーバントは、法は「その本質上、互いに衝突しうる多数の意思主体を前提とする。法秩序は、個々人を超える力である」という根本命題を承認している⁶⁹。ラーバントによれば、国家とは、他の何者もそれと衝突することのできない、統一された唯一の支配主体であるから、論理的には、国家の支配権も存在し得ない。そして、ともかくも主権国家を超えるような力は全く存在し得ないのであるから、国家にとって、いかなる法秩序もありえない。しかしながらラーバントは、「国家が法秩序自体の創造者としてではなく、法秩序内部で活動し、統治する人格として現れる場合には」法は国家にとっても拘束的であると宣言する。「国家は法自体を

68 Laband a, a, O. [Fn. 1, Bd. 1], S. 66; これに対して私の『ゲマインデ、国家、ライヒ』の174頁以下、都市公職法の134頁以下参照。

69 *Reichsstaatsrecht* [a. a. O. Fn. 1], Bd. 2, S. 168.

形成する能力のあるその支配権にもかかわらず、その行政活動において、自らによって制定された法秩序の下に立ってきた」。つまりその行政活動においてのみ、である！その直前で⁷⁰、ラーバントは、行政を、「国民代表の協力から自由であり、裁判所の法解釈によって制限されないラント君主の権力領域」と定義している。このラント君主の権力領域としてのこの特徴付けが、現代行政組織にとって非常に限定された範囲でしか当てはまらないこと、とりわけ自治行政に対しては当てはまらないことを度外視しても、しかしラーバントによれば、法律一般に拘束力を与えるのはまさに再びラント君主の命令である。したがって、法秩序の下に国家が立つということは、自己拘束ということになる—つまりそれは国家がそうした立場に立つということですらなく、個人としての支配者が、自己拘束の立場に立つ、ということである！ところで、行政を行う者が法を定立する国家の下に位置づけられるということは、ラーバントが権力分立の理論を退けるのであればあるだけ、とりえない考え方ということになろう。というのも、その理論は、「不可分性を内包する主権の概念と」矛盾するからである⁷¹。しかし、一方で「国家に法それ自体を形成する権能を与える」という国家の支配権力が、どうやって、法的に完全に羈束されうるのであろうか？ラーバントは、彼の立場から見れば一貫しているのであろうが、次のように述べる。すなわち、「立法機関の意思は、法に対してより強い意思である」⁷²。しかし法よりも強いものとは、それ自身は法ではあり得ない。否、それは周知の主権、その概念的な無制限性において、常にそしてどこでも制限を意味する法に対立物であり、かつその否定である、そのような主権である。主権に対する私の闘いを、ラーバント⁷³は「風車に対する闘争」と言う。

70 L. c. [a. a. O. Bd. 2], S. 162.

71 国家の自己拘束というこの理論に対する、引用された作品におけるクラッペの批判は、卓越している。彼の基本思想は、私によって代表されている思想に極めて近い。目的のモーメントに関して私と異なる彼の意見については、公法雑誌における批評で、近々明らかにしたい。

72 *Reichsstaatsrecht* [a. a. O. Fn. 1], Bd. 2, S. 160.

73 *Reichsstaatsrecht* [a. a. O. Fn. 1], Bd. 1, S. 69 n. 2; 私の『ゲマインデ、国家、

私は、我が国の公法の理論や実務について、それがどうあれかし、という
 ような切なる期待を持っているわけではない。しかし、我が国の実務のそ
 れと同様、我々の指導的な理論家達の学説のかの主権概念に刻まれた深い
 痕跡は、残念ながら、そのような期待とは正反対のものであることを示し
 ている。すなわち、そこでは実際「絶対的国家の無制約の権力」、つまり
 官憲的主権が問題なのであるが、その維持しがたさについては、ラーバン
 トが考えているように皆が一致するところである。というのも、ラーバン
 ト自身の学説の分析が、彼の「いかなる他の法的力の下位に立たない権力」
 は、全くいかなる法的力にも従属し得ないということ、したがってまさに
 主権的無制約性によって法と対峙するということを示したからである。

しかしエリネクは、いくつかの観点で本稿で述べられている見解に極
 めて接近しているにもかかわらず、「固有の意思に反するいかなる他の何
 らかの力によっても法的に制約されうることの不可能性」⁷⁴という主権概念
 に固執している。そのことの論理的一貫性において、彼もまたまさに「国
 家の始原的支配力」の自己拘束という当座しのぎに陥らざるを得ないだけ
 ではない。⁷⁵ この主権的自己制約を拘束的な法的枠として概念化すること
 に、彼の徹底的な論究をもってしても成功し得ていない。⁷⁶ 主権観念のあ
 らゆる信奉者に対して、まさに抗うことのできない論理の力をもって、そ
 の始祖の言葉が、つまり「自己に命令する主権者などどこにもいないSibi
 ipsi vero imperare nemo potest」というボーダンの命題が、立ちふさがっ
 ている。

それでもエリネク自身は、心理的要素を強調することによって、「国家」
 とは切り離された、あらゆる法の根源に注意を喚起した。「規範は、それ
 が動機付けをなし、意思を決定する能力を有するときに、妥当するのであ
 る。しかしこの能力は、私たちはそれに従うことを義務づけられていると

ライヒ』の133頁以下。

74 *Allgemeine Staatslehre* S. 467.

75 I. c. S. 357 ff., 374 ff.

76 Vgl. Krabbe a. a. O. S. 7 ff., 35 ff.

いう、それ以上他から導き出すことのできない確信から生じる。法の実定性は、それゆえ、最終的には常にその妥当性の確信に依拠している。この純粋に主観的な要素の上に、あらゆる法秩序が構築されるのである。このことは、法が我々の中に食い込んでおり、人間の共同体の機能であり、そしてそれゆえ純粋に心理的な諸要素に依拠せざるを得ない、ということの認識の必然的帰結として生ずる」。⁷⁷ この言明は、以下のような見解と一致する。すなわち、その見解によれば、国家は、法を定立することによって潜在する法を宣言するにすぎず、新たな法を無から創り出すのではない、また、国家の立法は、法として既に人間の共同生活において潜在的に存在するものを実定的に表現するだけである、というものである。⁷⁸ それゆえ、適切にも、立法機関は、それによって秩序づけられるべき諸関係の法的価値のための証人Zeugenと呼ばれてきたのである。立法機関は、法を創造するのではなく、「その見解によれば法であるものを、単に認証するにすぎない」。⁷⁹ 「実際に法の査定に関与しているのは、立法者がそれを意図しようとしまいと、たとえ立法者にそのための委任が与えられていなくとも、全ての国民ゲノッセン、個人、諸集団である」。⁸⁰ 「国民ゲノッセンの法意識の中で活発に活動する精神的力は、一人の人間の言葉によってその力を奪われることはない。その力は、それが形式的には碎けることがないとしても、内部から掘りくずされるし、立法者の意思は・・・あらゆる時代の歴史が証明するように、もしその意思が人間の魂に響かなければ、空虚な響きになる。逆に、もしこの魂が人の行為において、活動において、端的には習慣において姿を現すなら、法的確信は、立法者が慣習法に対して下したかもしれない異端判決を無視して、その指令Jubeoを裁判官の耳の中

77 *Allgemeine Staatslehre* S. 325ff.

78 私の『ゲマインデ、国家、ライヒ』206頁以下、225頁以下。

79 Krabbe a. a. O. S. 161 ff.

80 I. C. S. 169. 先に引用した私の論文『機関人格について』も参照されたい〔著作集第2巻第5論文131-162頁〕

でとどろかせるのである」。⁸¹

絶対主義的な立法に対する議会による立法の優越は、最終的には、このあらゆる法形成に内在する性格に依拠する。イギリスのコモン・ロー及び議会によるその継続的形成の本質は、他のどの法的形成物ともちがって、その点に対応している。そこでは自己統治が、下から上へのその有機的な構成及びその法的自由によって、根を張っているのである。

数世紀来の政治思想家の視線が、もし繰り返しイングランドに向けられてきたとすれば、この（自己統治が根を張っている）ことが政党政治的な起源から説明されることはないであろう。というのも、この現象は、イギリスの議会主義及び自己統治の構造が特権階級的・貴族的なそれであったときに、すでに現れていたからである。今日偉大な民主化のプロセスの後に現れているように、そしてこの最高度に資本主義的な国が、政党政治的には共感を持ち得ないような諸政党にあっても現れているように、である。その理由はむしろ、数世紀にわたって法治国家原理を実現しあらゆる官憲的主権から解放されたところは、イギリス以外のどこにもない、ということにある。それは「法の支配の至高性」であり、唯一実効的な官憲としての法の自律である。「最高命令権の担い手」は、行政官僚ではなく、議会であり裁判官であり、つまり現行法の証人Zeugenである。⁸² あらゆる権限は、法が、つまりコモン・ローと議会制定法が規範化している。それゆえ、かかる権限の法的性格に関しては、訴訟における判決について職業裁判官のそれが許されるのと同様、疑いの余地はほとんどあり得ない。しかしそれゆえまた、イギリスの国法についても、ゲマインデと国家との概念的な本質の違いについての問題は、全く存しない。地方政府の権限は国の政府の権限と同様、法が規定し、訴訟において、裁判官が判決を下す。「国家」の本質から権限が出てこないのは、「ゲマインデ」の本質からそれが出て

81 1. c. S. 175, 176.

82 このことと関連する私的立法の意義に関しては、Vgl. Redlich, *Zur Theorie und Krit.*, S. 96, und *Englische Lokalverwaltung* pass.

こないのと同様である。したがって、母国と自治行政を行う植民地との権限の区別は、法の継続的形成にかかわる困難な問題である。しかし、オーストラリア連邦とカナダ連邦が、自治領なのか、それとも全くイギリスの個々の支分「国家」もしくは自治体なのかという問題は、イギリスの法律家には何の心配ももたらし得ない。「権力が国家にではなく、法にあるとすれば、様々な公法上の人格から『国家』という名称をまとうことができる一つの人格を見つけ出すことには、二次的な意義しかない。それを知ることなしにでも、我々は法秩序から個々の各々の公法上の人格の権限を看取することができる」。⁸³

ドイツの国法学が、ゲマインデと国家との概念的相違という、かの解きたい問題に繰り返し挑まなければならないということは、ここで二つの異質な組織原理、つまり自己統治と法治国家の原理と官憲的主権の原理とが、互いに対するなお決着を見ない闘いを繰り返しているということである。主権観念は、それが具体的な君主であろうと抽象的な国家であろうと、法の中に常に支配者の命令しか見ることができない。主権観念にとって、法の自律を下から上へと昇っていくゲノッセンシャフト的共同生活の有機的生産として理解することは、最も内面的なところで無縁なのである。それゆえ、主権観念にとって狭域の共同体の法は、官憲、つまり国家の認可として、現れざるを得ない。そしてその国家にとって主権観念は、もし主権観念が、神の恩寵の教義や服従契約で満足できないのであれば、アプリアーに一つの概念に構成されなければならないものである。そして、政治的共同体としての国家の概念からは、政治的共同体としてのゲマインデの概念に内包されていないものは何も取り出されない。というのも、実際の対立は、ゲノッセンシャフトの共同体及び法的自律の、主権的官憲への対立であるからである。特徴的なことは、この問題が、国民的共同体としてのライヒが個別邦国の上に立って以来、再び動き出したということ、そし

83 Krabbe a, a, O. S. 242.

てそれゆえ、非主権的国家という構成が不可欠となった、ということである。しかし、まさにこの個別邦国において、官憲的主権の強力な残骸が、ライヒという現代的共同体におけるよりも、その固有の居場所をもっている。それゆえ、「固有の支配権」とか、「始原的支配力」といったその付加語は、まさにこの非主権的国家のために要求されなければならない。しかしそれゆえに、自治体の自治行政の諸機構のみならず、立憲国家の諸機構もまた解決しがたい葛藤状態にある。すなわち、議会の立法、官僚の法定立、すなわち裁判官だけではなく、他の多くの機関の法定立である。それは、イエリネクが次のように叙述しているように、審級秩序の闘争である。すなわち、「これらの秩序のいずれもが、他方の秩序を一定の限界内で承認しているにもかかわらず、それらはしかしこの限界を超えるものはどれも、つまり他方の固有の領域への侵犯はどれも正当ではなく、恣意であると主張している。それらは、いわば異なった言語を話しているのであるから、つまりその根本において他方によって承認されないその固有の観念領域を有しているのであるから、それらは互いを理解せず、自己も理解されない……。それは古い法と新しい法との闘争である。それは現在進行中であって、後法は前法を破るという、よく知られた定式では決して解決され得ない闘争である。というのも、法律対法律ではなく、観念対観念、原理対原理が、ここで必死の闘争状態にあるからである」。⁸⁴

法律的な和協信条を探究することでは、この闘争を仲裁することはできない。とういのも、現実には二つの異質な原理が互いにぶつかる場合に、実効的に統一的な原理をねつ造することができるような定式は、見出しがたいからである。しかしまさにこの闘争は、実定法をめぐる闘争が問題なのであるから、法的方法を鍛え上げた武器によって行われうる。そしてそれゆえ私は思い切ってこれらの研究を、それが彼の方法とは遠く離れているにもかかわらず、法学的方法の大家に捧げることにする。これらの研究は、その多くを彼から学んだことに負っている。

84 *Der Kampf des alten mit dem neuen Recht* S. 6.