

国法学と政治

著 ハイน์リッヒ・トリーペル

訳 加藤 一彦

I 挨拶

誉れ高き集い！
親愛なる皆様方！
愛すべき学生諸君！

学問分野の先達でもあったつれづれの前任者を回顧することは、大学の総長にとってそれ固有の魅力がある。次のゲーテの言葉は、特段の意味において学者にもあてはまる。

「自分の先祖のことどもを思い出すことがうれしく
祖先の人々のてがらと偉大さを、聞く人に話してよろこばせ
そして自分が、そのりっぱな一族の最後の子孫であることを思っ
て心ひそかに幸福を味あう人は、何としあわせなことでしょう！」

[訳者註 片山敏彦訳『タウリス島のイフィゲーニエ』(岩波文庫、1951年) 32頁より]。

さて、学者の中にはこの系列の最後ではなく、最前列に置かれるべきという人も多くいる。また逆に学問の系統図の中に自身の立ち位置を割りあてることに怯む人もいよう。というのも、その方は先達の偉業と自身の業績とを比較されて、挑戦を受けたくはないからであろう。今生きている人々が、不当の誹りを受ける

ことは確かであろう。その一方で、家門を誇る人は、自分が始祖であり、また末裔でもであると自分に言い聞かせることもある。しかし、慎ましき人は、それぞれの始祖の手柄と偉大さによって、まずは聞く人を和ませるのではなく、むしろ当時、支配していた学問的潮流をみて和ませようとする。また慎ましき人が、自身が魅了された現在の傾向と関係を保ちながら、いわば主観的領域から客観的領域に立つ我が家系図を掲げるとき、その方は、自身に振りかかる危うさから逃れられる。

II シュタールとグナイスト

ベルリン大学総長のマントを羽織った法律家の内、国法学者は僅か二人しかない。F.J. シュタール (Friedrich Julius Stahl) と R.v. グナイスト (Rudolf von Gneist) である。この大学の初代総長であった T. シュマルツ (Theodor Schmalz) は、国家経済学と法学分野には興味をもっていたが、国法学についてはそうでもなかった。A.W. ヘフター (Augsut Wilhelm Heffter) は、私的君侯法と国際法における卓越した業績があるにもかかわらず、主たる関心は訴訟法と犯罪学であった。我が同僚である W. カール (Wilhelm Kahl) の主要業績は、まずは教会法領域と刑事法学領域にある。最後に O.v. ギールケ (Otto von Gierke) は、退職してからも高くそびえ立つ姿をみせ、年を追うごとにその偉大さを増し、あまりにも影響力のある一つの普遍的精神そのものをみせているため、我々はギールケを各個別分野の狭い枠に押し込める訳にはいかない。たとえ、我々の国法学が正にギールケの思想業績について特段の実り多いヒントに負っているとしてもである。しかし、シュタールとグナイストは、完全に我が方に属する。この二人の先達は、ローマ法より出で、また狭い専門分野の網に最後まで決して捕らわれず、二人ともに学問的重点は、徹頭徹尾、公法の分野に置いていた。

我々は、この二人の卓越した人物にみられるより正確な類似点を引き出そうとする誘惑的試みに屈してはならない。二人の特徴点と人生観のあらゆる側面には、異なる性質があるが、次の点では二人は完全に一致している。すなわち、この二人の御仁は、自身の学問を政治目標と非常に近い結びつきの中で捉えたことである。もちろん二人の間には、対立点もある！ シュタールは、定評ある政党の幹

部であったし、精神的指導者でもあった。かたやグナイストは、確かに外見上、政党組織に所属していたが、決して心底、政党に身を委ねることはしなかった。シュタールは、妄信的教条主義者の力を振るい、常に完全を目指し妥協を許さなかった。グナイストは、より柔軟でしなやかであり、自身の生涯の仕事である偉大なる改革を失敗させてはならぬと常に思慮していた。シュタールは、根本的に学者と言うよりは政治家であったのだ。レンツ (Lenz) は彼を評してこういう。「シュタールは、学者として、学部のメンバーとして、また著述家として働いてきた政治家である」。グナイストに関していえば、彼は学者であり一角の人物であることは、間違いないが、彼にとって素材の選択としばしば素材の構成要素とその解釈について特定化する仕事は、一つの政治課題しかないと捉えていた。シュタールもグナイストも歴史法学派の継承者であり、ヘーゲル (Hegel) の影響の下にいた。にもかかわらず、シュタールはヘーゲル哲学と格闘し、彼自身いうようにあらゆる歴史原理には欠落がある故に、シュタール自身はヘーゲル哲学を絶対かつ有害な邪説として位置づけた。とはいえ、シュタールはヘーゲルの中に自身の支えを改めて探し出し、後になってもう一度、人倫的・政治的真実をヘーゲルを通じてお告げのごとく聞くことができると信じたようである。グナイストは、L.v. シュタイン (Lorenz von Stein) を介してヘーゲルから国家と社会の関係性について、自身を常に導く見解をもつに至った。ただ、グナイストは、その政治観と方法論についても、ヘーゲル哲学から決定的に距離を置いていた。以上の全ての点は、苦勞することなく長くお話ができそうである。本日の考察では、次の点を確認しておくことで良しとしよう。この二人の国法学上の業績は、法学的思考を政治理念と目標設定に全面的かつ本質的に結びつけることを通じて、それぞれの独自性を得たところにある。

III ゲルバーとラーバントの法学的構成論

グナイストが陪審裁判所の設置に関する著作の中で、イギリス地方自治をドイツの地に移植すべきだと主張し、これによってグナイストは名を馳せたのであるが、この政治的要求が初めて提起された僅か数年後、C.F. ゲルバー (Carl Friedrich Gerber) の手による『公権論』が出版された。この著作は、国法学を

あらゆる政治的なるものから純化しようとする自らに課した任務を果たす新しい学派の明確な輪郭をもったプログラムを含んでいた。同書では、政治的・国家哲学的推論に代わって、文字通り法学的構成 (juristische Konstruktion) が表に登場しなければならない、と書かれている。この意味はこうである。法的なるものは、法的なるものによってのみ概念把握できる。法律学的考察方法においては、政治的なるものは、単なる素材であり、決して目的ではない。国法学においては、一般的法学的諸概念の全総量を適用することが重要であり、さらにこの諸概念は、個別法律学と私法学にみられるもともとあった純粋さに分解される。そして間接的に、あるいはこの適用が様々な実体的な内容物と切断されているにもかかわらず、厳密な解釈と帰結という私法学において展開されてきた基本諸原則に従いながら、国法学に変革をもたらす方法があると指摘していた。この方法論の有用性は、ゲルバーによって各論問題について、すぐに具体的に目に見える形で現れる。君主制、官僚制、臣民に関する公法の「法学的性質」を際立たせるという点についてである。その際に、後代に重要な役割を果たす一連の構成に我々は出会う。例えば、君主権は「固有」で「始原的」権利であるという捉え方、加えて、いわゆる臣民の自由権は権利に非ずして、むしろ臣民の自由権にあつては、国家権力行使に関する客観的法原則たる一定の作用としてのみ言い表すべきだという主張である。こうした概念上の構成により直ちに実践的帰結も引き出せる。例えば、市民の公権に関しては、これはほとんど裁判所の訴求性とは関係をもたないという帰結である。

アルブレヒト (Arbrecht) の初期の示唆にまで遡れるこの新たな方法論は、その後、ゲルバー自身の手による魅力的に論述された『ドイツ国法学要綱』に利用された。さらにゲルバーの精神的遺言執行人たる——ランツベルク (Ernst Landsberg) が適切にそう名づけたのであるが——ラーバント (Laband) は、その方法論を受け継ぎ、完璧な芸術性をもってこれを正しく操作した。ラーバントの『ドイツ国法学』は——この著作の第1巻は、ちょうど50年前に出版されたが——ドイツ公法学者世代を席捲し、さらにはドイツ一国にとどまらず、ローマ法に親しんだ諸国にまで影響を及ぼした。私たちの世代の高齢者は、若かりし頃、ゲルバー＝ラーバント学派の魔力にとりつかれた。その魔力の効能は、ギールケやE. レーニンク (Edgar Loening) の強固な反対論によっても、またステ

ック (Stoek) の果敢ではあるが、ただ全般的を射てない言及による攻撃をもってしても抑えることはできなかった。

ゲルバー＝ラーバント学派にとって重要な点は、国法学上の問題の処理にあたり「法学的本質」の確定を通じて、公法上の諸関係を分析すること、つまりこの諸関係が服する一般法学的概念を発見することであり、さらに発見された諸原理から生じる論理的帰結を展開することである。この分析は、論理的諸要素を完全に一般化して広げることを意味し、そうした諸要素から法制度の概念自体が設定される。そこではいかなる目的論的考察はタブーとされる。というのも、法制度に奉じる目的は、法概念の彼岸に立つからである。そこから自ずと次のことが現れる。一切の政治的考慮は、それが目的論的考慮をもつがために、国法学より遠ざけられなければならない。ゲルバー＝ラーバント学派は、悪魔との取引を避けるように政治的なるものとの接触を回避できた国法学・行政法学の著作だけに「厳に法学的」たる名誉を与えた。ときにはほとんど異端とも思えるこの専制に屈しなかった者は、上手くいっても無視された。法学的構成主義の時代以前の著作は、長期にわたり忘却させられたという点では、成功だった。その成功の裏には、価値がありながらも忘れ去られた多くの著作があり、あまたの利益も価値も消え去っていった。実証主義が隆盛の時期に「政治的なるもの」を考えていた R.v. モール (Robert von Mohl) は、構成的国家学にふれず、また L.v. シュタイン (Lorenz von Stein)、グナイストとともに新しい行政法学的傾向にも手をつけなかった。また、F.v. マリティツ (Ferdinand von Martiz) の巧みな国法学の小著は、「政治的」とみなされたため、正当な評価を受けることもなかった。数十年間、国法学はもっぱら概念的構成だけの仕事をしてきたのだ。中でもビスマルク憲法典を扱った全集や、ライヒ、ラント及びその関係の「法学的本質」、各論的法である君主制、連邦参事会 (Bundesrat)、ライヒ地域 (Reichsland) 及びライヒ保護領の「法的性質」の探求のための著作が刊行された。一般的にみて、憲法上の制度、行政法上の制度、国際法上の制度、君主政治、保護領及び連合 (Realunionen) などの「本質」をそれら文献は扱っていた。一連の多くの著作をみてみると、後生の者は、その努力の結果としての明敏さが、そこにあまたあったことに驚嘆する。たとえこれらの著作が、畏れるようにそびえ立ち、その労力と成果との釣り合いを当時の人たちよりも懐疑的に捉えていたとしてもである。

もちろん、当時の多くの者は、一定の法学的構成と政治生活の現実との矛盾に気づき、いやいやこれは違うと首を横に振っていた。しかし、ドイツ学派の主導者とその支持者たちは、異論を挟まないでいた。フランスの法律家デュギー（Duguit）が「二つの社会的真実は存在しない」と語ったように。アンシュッツ（Anschütz）はかつてこういった。歴史家や政治家にとって「実際に真実であること」は、国法学的考察にあつては真実である必要はない。1913年の段階で、アンシュッツは、ドイツにおけるプロイセンのヘゲモニーを歴史的・政治的評価の意味においては承認こそすれ、しかし国法学の意味ではこれを力強く否定した。この学派からすれば、ヘゲモニーは法概念として利用してはならなかった故、これは当然の帰結である。

IV 政治的なるものへの関与

もとより政治という用語は、多義的であり、構成主義的公法学と「政治的なるもの」との関係性は、様々に形成可能であろう。

政治の言葉の下に国家行動があると捉えることはできる。例えばブルンチュリー（Bluntschli）のように、国家指導、国家業務への影響力さらには「意識的国家実務」を政治として把握する場合がある。真に政治的なるものとこれ以外の国家活動との間に分水嶺を引くところでは、多分、統合思想——R. スメント（Rudolf Smend）が国法学的概念世界にこれを導入することに成功したのであるが——を利用する必要は、我々にはないであろう。というのも、少なくとも政治的国家活動は、単なる技術的な行政のように目的適合性の観点にもとづく判断だけでなく、法の観点からも動いているからである、と指摘しておこう。国法学は基本的に政治的なるものを対象とする。したがって国法学者は、政治的事象あるいは意図を公法の尺度を用いて測定することを諦めてはならない。たしかに17世紀には君侯宮廷に仕えた政治実務家は、学徒を前に国家や領主の業務について論じながら、教授たちにこの課題を決定させてはならないと時折、公言していた。カルプツォフ（Carpzov）さえ、この言説は正しいとかつて語っていた。しかし、国法学者たちが係争中の政治交渉と関わってはならないという要求を教授たちは全く従わず、むしろ宮廷も政府も、教授たちからの申し出があろうとなかろうと、

教授鑑定意見を意識的に利用もした。もちろん教授鑑定意見が、宮廷側に有利に書かれていることが条件であったが。ドイツ国法学の文献は、政治的重要問題に関して大部分、政治パンフレットとして書かれている——バイエルンのルートヴィヒ時代から現代に至るまで。君主権とローマ法王庁との対立、帝国内における君権派と身分制的等族派との対立、選帝侯の公使館あるいは貴族子女の優先権に関する管轄権、旧帝国内における途切れることなく続く権限紛争・領域紛争・王位継承紛争の管轄権について、最も高名な国法学者たちが関与してきた。名前を挙げれば、L.v. ベーベンブルク (Lupold von Bebenburg)、ラインキンク (Reinkingk)、リムネウス (Limnäus)、プーフェンドルフ (Pufendorf)、ライプニッツ (Leibniz)、トマジウス (Thomasius)、P. ルーデヴィヒ (Peter Ludewig) そしてピュッター (Pütter) である。また 19 世紀の国法学者たちも彼らと同じことをした。クリューバー (Klüber) から H. シュルツェ (Hermann Schulze)、さらにはヴェッカー (Welcker) からヘーネル (Hänel) とラーバントに至るまで。ラーバントも法的に重要な政治的な今日的課題についてふれるのに躊躇しなかった。例えば、北ドイツ地方にあるリッペ王位継承争議あるいは直接帝国税導入問題について、政治パンフレットで自身の立場を表明していた。多くの場合、当時の政治闘争を文芸的に関係づけた公法学者たちの客観的活動が疑念をもたれただけではなく——そんなことは今も昔も常であり当然のことであるが——現実の危うさをもたらししたのは否めない。しかし我々は今日、実直にこういえるだろう。17 世紀、18 世紀の我が国法学の多くの先達よりも、この領域では我々の方がより良心的である。というのは、当時の諸先輩たちは、礼節を保っていたというよりも、ためらいもなく研究活動と実務とを結びつけてきたからである。しかも現在の我々は当時よりも良心的であるが故に、より自由でもある。というのは、ケムニッツ (Chemnitz)、プーフェンドルフ、ライプニッツの筆による 17 世紀の最も重要な公法学の著作が、その政治的性格があるがために偽名で出版される一方で、我々は今日、自分たちに自信がある故、正々堂々と名乗ることができるからである。私が誤っていなければ、確か 1869 年以降の北ドイツ連邦の「権限の権限」に関するベーラウ (Böhrlau) の著作は、匿名のマントを纏った最後の純粋な公法学の論集である。もちろん我々は、法治国家の陰の中で戦いながら、職とパンのための理論を作り、あるいはアルジャーノン・シ

イドニー (Algernon Sidney) の運命に耐え忍ぶことなど、もう恐れることはない。そう、シドニーは死刑執行人に引き渡された。彼は絶対君主制ではなく穏健な君主制の方がよしましであると唱えただけであった。確かに我々は今日、君主たちからの不興を買うことに代わって、プレスや議会といった無冠の国王が、額にしわを寄せることを計算に入れている。特段これに異議を挟まなくても良いであろう。というのも、我々は基本的に言論の自由に関心がある全ての人々とともに、穏やかな結束の上に立ち、婚姻のような同盟は、時折みられる諍いなしには、退屈になってしまうことを知っているからである。しかしながら——回避できない人間交際を別にすれば、若い人々がその時々起きた政治的事件を法学的論究という素材群の中から引き出してくるのは、学問を害するのではなく、むしろ学問に計り知れない利益を与えているのだ。正に理論家は、所見と論争的著作を通じて実践と関係をもち、そして今日、最も実りあるいくつかの示唆が、過去と同様、その結びつきから確実に学問にむかって流れ来ているのである。

V 国法学者と現実政治の向かい方

前述した関連で政治生活に国法学者が関与しようとの目論は、注目に値しよう。ここでこれまで言及してきたこの種の変遷について手短かにふれておこう。身分制的、絶対主義的官僚制国家の時代、我々は宮廷参事会 (Hofräte) や枢密院の中に常に君主の助言者としてその第一線に法学者、国法学者たる教授団がいたことを知っている。あるいは、彼らが「もともと」宮廷参事会の評議員として、あるいは等族団体に奉仕する官吏として活動していたことも知っている。多分に自分を売り込んだ多くの者は、継続して一つの職務に就き続けた訳ではないが、国内外の政治の事柄については関わりをもっていた。立憲主義的憲法の導入は、公法学者たちを議会の議席に連れ出した。議会主義的生活の最初の数十年間、国法学者たちはドイツ地域におけるそれぞれの国家の議会に群れをなしていた。学問上、高名な方の名前を欠くことなく挙げておきたい。KS. ツァハリエ (Karl Salomo Zachariä)、ロテック (Rotteck)、ヴェルカー (Welcker)、ヨルダン (Jordan)、モール、ブルンチュリィー、シュタール、H.A. ツァハリエ (Heinrich Albert Zachariä)、ペール (Poezl) であり、またいうまでもなくその次に位するベー

ル (Behr)、ドレッシュ (Dresch)、シュンク (Schunck) あるいは M. de ソン (Moy de Sons)、加えて国法学を少しばかりたしなんだ歴史家であるダールマン (Dahlmann)、ヴァイツ (Waitz)、ドロイゼン (Droysen)、ドゥンカー (Duncker)、ジーベル (Sybel)、その後にはトライチュケ (Treitschke) がいる。この様相は、北ドイツ連邦これに続くドイツ帝国の樹立の時代以降、非常に変化したことが印象的である。グナイストとヘーネルだけが長期にわたり議会生活を誠実に送り、しばらくの間はマークヴァードゼン (Marquardsen) とゲオルグ・マイヤー (Georg Meyer) もそうしていた。19世紀の最後の数十年、ドイツ国法学を実際に支配していた人たちの内、ラーバントあるいはザイデル (Seidel)、またレーニンク (Loening) あるいはツオルン (Zorn)、またビンディング (Binding) あるいはブリー (Brie)、加えてイエリネク (Jellinek) あるいはオットー・マイヤー (Otto Mayer) は、選挙された国民の代表者ではなかった。ゲルバーは、1867年の立憲的ライヒ議会に一時だけ議席をもっていた。そのほかの先の者たちは、第一院あるいは国家参事会 (Staatsrat) の構成員として忙しくはない役割で満足していた。フランクフルト国民議会への国法学者の関与とヴァイマル憲法のライヒ議会への参加をみると、格段に対照的であろう！このヴァイマルでは、国法学者の概念を広く捉えないでいえば、議員たる我が同僚の国法学者は二人しかいない。H. プロイス (Hugo Preuß) は、新ライヒ憲法制定に議員としてではなく、政府の代理人として参加した。現況では政治生活から公法学者が退却している。そこには確かに様々な理由があろう。政党の都合による人物排除が増加したこと、つまり政治業務を職人芸的職業とすることによって原理的討議の排除が増加したこと、また政党設立時において経済部面をより強く強調することが、議会に教授が適任ではないという枠組みを与えた。私は、最近の公法学界のそうした議会に対する禁欲を政治的なるものそれ自体との内的調整に関連づけているが、私のこのやり方は間違っていないと信じている。自然法的合理主義は、19世紀に国法学の大部分を深く支配していたが、当時、この自然法的合理主義は、概念の形成と体系からの論証に自己限定したいと望んだ思考傾向とは異なる別の関係性、つまり意思と行為に合わせた政治生活との関係性の中に学者の身を置かせたのである。

我々はしかし今日、政治と国法学教授との関係ではなく、政治的なるものと学

問との関係を扱っている。構成主義学派が政治に染まった公法学に対する戦いを始め、中でもあの3月革命期前後に出版されたある一定の傾向をもった書物に対する戦いに今一度、目を見開くとき、その攻撃自体が、第一義的に我々の学問の方法論に関係していたことがわかる。国法学はもはや政治的に扱うべきではないと。ただ詳しくみると、「政治」という表現が多義的であるが故に、政治の言葉の使い方には難しさが伴う。

数年前までは政治の下に国家に関する理論そのものであると理解されていたが、これは古代において把握されていた意味とだいたい同じである。例えば、ヴァイツ (Waitz) は、政治を国家の歴史的展開また現在の国家の状態と需要を考慮して、国家の諸関係を学問的に論究することと捉えている。これによれば、国法学は包括的学問である政治学の一部門とみられ、また国法学は、国家学の一部を参照したりあるいは無視したりして進めても良いのかどうか、問われることとなる。しかしこの問題は、次の点から出発すれば、未解決のままに残すことも、先延ばしにすることもできる。すなわち、従来、統一的に把握された政治学の概念が溶解し、国家が今度は様々な学問の対象とされ、その多様な学問により国家をその法的側面にに基づき論究するのだという点からである。そこには、国家を歴史学的あるいは社会学的あるいは心理学的さらにはその他の学問分野の視点から考察することが関係している。その際に、厳格な意味における政治学、つまり国家利害に関わる学問上の学理がそもそも存在するのか否かが、争いとなるが、しかしこの点については、今日はふれなくても良いであろう。というのも、この問題は、国法の学問が、一般に国家を扱うその他の学問と関連する場合、これが方法論的に正しいか否かという問題にもっぱら依存しているからである。つまり、ゲルバー＝ラーバント学派の首尾一貫した継続的展開として現れている最近の方向性とは離れて、方法論的純粋性のために情熱的にこれと戦いを挑んでいる状況をみれば、全ての人は疑いもなくそのことを肯定するはずである。ケルゼン (Kelsen) によって指導された若きオーストリア学派は、存在と当為の認識論上の絶対的対立から出発し、総論的には法律学から、各論としては国法学から、ここでは規範科学を扱っているのであるが、一切の因果律的評価を排除している。政治的論究は、これが目的論的論究であるがため、法外のこととして敵意を以て拒絶される。ラーバントは、法制度の目的が法学的形成への影響力と法制度の理

解のための価値にかかわり得ることを認めていたが、この種の考え方は、ケルゼンによって「形而上学的」——美しくはない表現ではあるが——として破門される。かかる方法によればもちろん意図的ではあるが、法は内容が空っぽの単なる形式である。ケルゼンは国家を一般に法概念としてのみ、つまり一定の行動の帰属点としてのみ把握する所まで到達した。つまるところ、ケルゼンは、国家を法秩序それ自体、したがって規範の体系と同視したのである。

VI ケルゼン批判

さて、法論理的に獲得された認識と因果律的科学的認識を批判的に分離したことは、紛れもなく一つの功績である。しかし、次の別の問題がある。最近の傾向として法律学を形式に限定しようとする断言的偏屈さは、学問にとって祝福を与えているかどうかである。承服はできないにせよ、法律家が形式的論理的な概念操作を社会学、歴史学、倫理学あるいはそのほかの考察により補完し、もはや法律学ではなく、社会学、歴史学あるいはその他の学問が起動していると仮定すれば、それは実体的には重要とみられない道義の課題とさえいえる。しかし、正に我々が戦っている相手こそ、この補完なのである。最近の学派の主導者は、規範論理的に証明できない一切の思考を法律学の領域から追い出している。あたかも同業組合のマイスターがモグリ職人を都市部から追い出すようにである。国法学がそうした方法論的排他性に従事することは、確かにあり得る。しかし方法論的純粋性の名誉を真に手にしたければ、我が学問の貧困化という代償を結局は高額で支払わざるを得まい。A. メンツェル (Adolf Menzel) がいみじくもいったように、方法論的混合は不敬罪ではない！ 我々が教会史なき教会法を、国民経済・私経済を考慮に入れず商法を扱うとしたら、我々はどこへ行くのであろうか！ 同様に、政治的なるものを考慮せずに国法学を扱うことはできない。すでにプーフェンドルフは、市民の権利 (res civiles)、つまり政治を知ることもなくドイツ憲法を扱う国法学者に激怒していた。プーフェンドルフは、彼ら国法学者たちをまるで驢馬が弦楽器を奏でるかのごとく、自分たちの仕事をするが良いと嘲っていた。政治について何も理解しようとはしない最近の国法学者に向かって、過去のあの戦士は何というであろうか！ 法律学をその他の学問との接触か

ら引き離す論理的純粹主義は、法律学を秘儀的で事情通にしか理解できない教義にし、あらゆる国家諸制度、憲法、議会、君主制、地方自治さらには多くの制度を血のかよっていない図式のようにみせ、その倫理的内容を把握できないようにする。その結果、必然的に国家学と法学を干からびさせてしまうのだ。我々が期待したいのは、次の点にある。すなわち、同僚の公法学者の次の世代が、旧世代よりも生に関心を向け、正にエネルギーをもって国法の諸規範を政治的諸力との——その力が国法を制定し、形成していくのであるから——もっとも親密なる関係の中で設定していくことである。加えて、そうすることにより政治的諸勢力は、改めて国家の法によって統制を受ける——この課題は、我々がゆつくりと手を付けているが、外国の国法学、特にアングロサクソンの国法学の方が、ドイツよりもよりよく達成しているように見える。

VII 法学的構成主義の考え方

たとえ法律学を最も狭い意味において理解しようとも、法律学の対象のために論理的形式的構成で足りるとするのは、全く正しくない。規範論理学派は確かに一面では誤っているわけではないが、しかし恣意的に狭く捉えた法概念に引きこもっている。法の意味は当為であり存在ではないとの言説は、合理的に論ずることはできない。我々の学問は、法の超越的内容のみならず、経験上、所与の法秩序とも関係している。その法秩序は、人間の生死、場所と時間によって多様に形作っていく人間の一つの秩序づけられた共同生活のための定めより成り立っている。それ故に、至る所にそれぞれの法秩序があるにもかかわらず、法秩序自体は何らかの「所与性」したがって「存在」であり、この所与性は、法が規範対象としている社会的諸関係を考慮せずに、把握することなどできる訳がない。さらに法的当為という規則性は、常に普遍的価値の表現であり、特定目的の現実化のための手段として捉えられる客体に対応した固有の意味と関係をもつ。したがって、目的関係の形象を作ることみせず法命題を理解することは困難である。つまり、法的なるものが重要であり、そこでは利益、利益の承認と不承認またその利益調整によって、最初の課題、あるいはいわば法秩序の前提を形成することが目的関係の形象の意味なのである。我々が「政治的なるもの」を——これは様々に色を

変える言葉の内、一つの新たな意味を今一度、与えたのであるが——国家目的あるいは個人の目的に対する国家による限界づけと関連する一切のものであると名づけるならば、国法の規範の全般的把握は、あの政治的なるものを参入させなければ、全くもって不可能なのは明々白々である。

よくみれば、構成的法律学が価値判断評価としての特質を無視して法秩序の全素材を支配しているとの見解によって、構成的法律学が成立すると捉えるのであれば、これは自己欺瞞である。法学的構成主義と名づけざるを得ないこの手順について、さらによくみておこう。まず最初に、簡単な実例をいくつか挙げておこう。芝居見物契約を請負契約として、すなわち作品供給つまり上演の実行に関する契約として把握する場合を考えてみよう。この関係性においては、請負契約に関する民法の諸規定が適用できると考えられよう。あるいは別の例として、国法からの例を引用してみよう。国家元首の統治上の行動は大臣の副書を要するとの憲法上の規定をもちだして、国家元首の退位を一つの統治の行為 (Regierungsakt) として構成する法律家がいる。この種の構成は、一体どうみればいいのであろうか。この点について、実に様々な説明がされているのは不思議である。M. リューメリン (Max Rümelin) が、私がみるに最も先鋭にこの課題を論究してきた。彼は、構成の下に概念要素の分析と弁証法を利用しながら、体系の中に個別的現象を整合して把握した。私は彼の定義を身につけようと努めた。ただ私は、彼とは異なり、構成として法的効果を構成要件に結びつけるのではなく、その結びつきの目的に沿った構成要件あるいは法的効果を整合することをその体系の中にみている。この構成は、法的現象あるいは法的事象に常に関係するが、これらは固定概念の下に簡単には包摂できない。つまり、傷害罪の概念の下にむち打ち刑を入れた場合、これは単なる包摂であって、構成ではない。構成とは、行われようとしている包摂の前段階にのみ存在する。構成の目的は、構成を加える法的現象をいわば包摂できるようにする点にある。これに対して、私はリューメリンとは異なり、現象が提示している概念が、すでに知られているのか否か、あるいは初めて新たに構築されているのか否かとはい、関係していないと考えている。今日、よく使われている多くの概念は、その一部は法律上の概念となっているが、本来、構成の目的のために学問を形作ってきた——法律行為、物権、人格権あるいは国家連合、連邦国家の用語を考えて欲しい。ゲオルグ・イェリネ

クが「非主権国家」(Staatsfragmente) という概念を発明したとき、これこそが構成であった。ただそれには次の前提が不可欠である。この新たな概念は、体系化を促進するように作用させることと、およそ他のすでに周知の概念の下に現象を置くことを諦めて、これによって体系の中にその現象を設定することに役立つべきだとの前提である。

しかしながらその際に、構成の二つの種類あるいは二つの段階を区別しなければならない。第一の段階は、次のことで足りる。すなわち、ある統一体がそれぞれの法命題をより高次の諸原理の流出物として把握し、この流失物が増え続けながら、これを再度、大ピラミッドの頂点において形成された概念からの派生物として捉えることによって、周知の法的素材を一つの統一体として描き出すことである。その統一体は、個別的なるものを全体の一部として、またその内的関連と内的結合の上に全体を明示する。その統一体は、自己のための構成にほかならない。この統一体は、概念把握的構成、あるいはM. ウェーバー (Max Weber) による有名な定式をアレンジしていえば、理解可能的構成として特徴づけられる。第二段階の歩みは、これは常に行われるのではないけれども、ふれざるを得ない。この段階は、次の点にある。見い出された諸原理から新たな法命題を導き出すこと、つまり、周知の法的素材の欠落を埋め合わせる力を法体系の公準化された統一体から取り出すことである。構成主義に依拠する法律家の視点からすれば、もちろん眼前の欠落を満たすことが課題である。というのも、法律家にとって論理一貫性と類推は、単なる論理的操作でしかなく、そこでは現に実在する法的素材の中に何が含まれているかを確定すればよいだけである。したがってここでは、構成は法発見のために利用される。P. ヘック (Philipp Heck) は、これを倒置法として特徴づけている。我々はこの行いを欠缺補完的構成と名づけたい。法学的構成が第一段階にただ到達したいだけなのか、あるいは第二段階の欠缺充足にまで視野に入れているのかどうかは、必ずしも直ちに認識することはできない。ゲルバー＝ラーバント学派は、まず完全な意味において構成主義的である。この学派を推進していったケルゼン学派においては、しばし次の点に疑問がもたれている。ケルゼン学派が想定している法律学は、もはや実践的の学問として把握されていないのではないか、つまり法適用を既存の法の解釈と新たな法の獲得を通じて進めるとの課題が、そこに課せられているのかどうかという点である。

理解可能的構成と欠缺補完的構成とを識別する点について、不十分さがあるようにみえる。どのような歴史的、特に精神史的根拠に基づいて構成主義的法律学が依拠してきたのかに関し、一致した見解がないからである。構成主義的傾向によって国法学に政治を加味した方法論が放逐されたのは、次のことから明白である。すなわち、我が国家において新しい憲法の形を求めて戦っていた時代は、憲法政治的に平穏な時代が来れば、落ち着くはずだといわれていた点である。確かにこれは、ある程度までは真実であろう。しかし、国法学はそのように進んでいくはずであったのだが、しかし構成的なるもの優位性は、前世紀の後期の段階でも法律学的全領域を席卷したのである。これを一体何と説明したらよいのであろうか。多くの者は、歴史法学派の成果の結果だといひ、ほかの者は、ヘーゲルの影響だという——この二つは必ずしも矛盾しない。ただ私は、両者とも正しいとは思わず、半分しかあっていないと考えている。

疑いもなく、我々は歴史法学派の主導者たちさえ現行法の叙述の中に構成主義的手順作法をみることができ。ザヴィニー (Savigny) の占有に関する名著は、大方、構成主義的法律学の手本として目されており、その一方、アルプレヒトのゲルマン法上の「占有」(Gewere) は、ゲルマニストによるザヴィニーに対抗するもの作り上げた。しかし、ザヴィニーにあつては、構成への愛着は自然法の残りかすの一つでもあつてはならないはずであるが、ただ彼の思考構造の中にこの残りかすが本当にないと確実にいえるかは、疑問を呈しておく。さらにザヴィニーの方法論は、彼の体系作業の最後である国際私法分野を除けば、欠缺補完的構成以上に理解可能的構成であつた。ザヴィニーによれば、概念なるもの抽出し、ある体系にまで形を作りあげることは、法律学に学問の尊厳を付与することである。プフタ (Puchta) とケラー (Keller) は、意識的にかつ情熱的に構成主義的概念から演繹的に法によっては規律できない個別事例の解決方法を初めて引き出した。ただ正にプフタにあつては、弁証法的哲学の格別な影響が重要な役割を果たした。もとより、アイヒホルン (Eichhorn) のような人は、次のようなやり方をはねつけはしなかつた。例えば、ドイツ連邦の「本質」から国際法上の結合体の「本質」として連邦の裁判所の導入が不可能であることを証明するために構成を行うことである。歴史法学派の基本的な考え方は、構成主義的方法論へと向かうのではなく、むしろそこから離脱する。法の論理的完結性のドグマは、自

然法の遺産であり、多くの人が信じているように歴史法学派の基盤の上では成育し得ない。この立場に一貫して立っている代表者として W. アーノルド (Wilhelm Arnold) の名を思いつぐが、かれは構成について明白な反対者であった。歴史法学派のそのほかの者が、構成主義的方法論を受け入れたとき、歴史法学派の基本原則があるにもかかわらず、その学派におきたことがある。この基本原則によれば、法は正に国民の生であり、法は特定の側面によって観察できる。では、どのようにして発見された諸概念から法命題を論理的に導き出すことが、そこではできるのか。マニーク (Manigk) は、確信して次のようにいっている。歴史法学派と現代の目的論的法学との間には、決して架橋できない溝などない。確かに、歴史法学派は、法の欠缺を主観的価値判断で補充するいかなる試みにも立ち向かわざるを得ない。しかし、歴史法学派は、客観的に社会において現に存在する、したがって普遍的価値志向をもつ法創造力を高く評価している。というのも、法創造力も歴史の結果であり、歴史の流れの中に立っているからである。特に、国法学と政治的なるものとの関係について、歴史法学派に付着している静かなる特徴は、「新たなものを求める精神を醸し出す」政治的理性判断に対しては、少なくとも結論的には嫌悪感をもっていただけるといえる。国法学における反政治的傾向の主たる代表者であるゲルバーとラーバントは、正に歴史法学派の出身であった。もっとも彼らは、祖母から数えて相当退化した子供たちであった。ギールケは、自分の師であるザヴィニーにはふれず、ゲルバーあるいはプフタに対して厳しい判断を下したことがある。ゲルバーあるいはプフタは、ロマン主義的構成をもって、ドイツの法にあるドイツの魂を殺したのだと。グナイストの場合をみると、彼は確かに歴史法学派の息子であったが、それは歴史法学派が政治的なるものとの関係を獲得し得る可能性を我々に示している。

VIII ヘーゲルの影響

構成主義的法律学がヘーゲルに回帰することと、これは似ている。つまり、ヘーゲルが前世紀の前半の時代に、また一部ではそれ以降も長期にわたり法律家に対し絶大な影響力を与え続けたことは疑問の余地はない。特に、公法と刑法のほか国家法と国際法は、その痕跡を残している——具体的に名前をあげれば、マウ

レンブレッヒャー (Maurenbrecher)、若きピュッター (Pütter)、ヘフター (Heffter)、フリッカー (Fricker)、そしてオットー・マイヤー、加えてヘーゲルについて表面的にしかふれてはいないが、多くの学者もその中には入る。当然、ヘーゲル哲学のそれぞれの各要素は、構成主義的法律学思想の中に再発見される。プフタやその他の学者同様、イエーリング (Ihering) が若き時、力強く構成を作り上げたあの時期、イエーリングは、「より高次」の法律学は、法律関係の内的弁証法の力により新たな法的素材の産出へとつながると確信していたが、これは明らかにヘーゲル的と考えられていた。構成主義的国法学で役割を果たしてきた個々の概念形成は、直接的にヘーゲルに遡ることができる。そう、ヘーゲルは、明確に実定法律学に対し軽蔑的な色合いをつけながら、実体的資料から演繹することを通じて、実際に存在する法規定の編成、論理一貫性、細分化の課題に取り組んだ。しかし、ヘーゲルによれば、これはすべて単に外部秩序の問題なのであり、つまり理性とは関係のない現実の把握の仕方と関わる理解の問題である。そこでヘーゲル流の構成と法律学の構成は、全然相互に比較はできない。この見方に反対する者は、形式的論理とヘーゲルのいう形而上学的論理とを混同しただけではなく、通常の意味における諸概念とヘーゲルの諸概念も混同してしまった。というのは、ヘーゲルの概念は、正に「生き続け」そして自らの内に止まることを知らない流れの中にある現実の精神だからである。ヘーゲルの構成は、したがって単に理解可能的構成であり、これが法と関わる限りにおいて、歴史の構成である。国家と法は、歴史における精神の発展に加わるだけである。それ故、ヘーゲルの構成は、法を超越するところにあるため、法自体の概念的体系化には役立たない。したがって、公法学におけるヘーゲル主義の最後の山麓にはオットー・マイヤーだけがいた。歴史を重視したヘーゲリアンである L.V. シュタインとグナイストも、技術的意味における法学的構成にいそしむことをしなかった点特徴的である。逆に構成主義的国法学の最近の主張内容は、つまりケルゼン学派の規範論理は、ヘーゲルとは全く関係をもっていない。意識的に非歴史性にこだわるこの学派にとっては、そんなことはできる訳がない。此方には、ヘーゲルが精神の創造的自律運動に思考必要性の刻印を押し、したがって歴史を指向し——彼方には、最終的に国家を完全に法の中に解消するケルゼン学派がある。ヘーゲルは、法は完全に国家に吸収されると真逆に考えていたのである。実際のと

ころ、ケルゼンの規範論理学派は、自己の出発点をヘーゲルではなく、カントに求めている——そのことの是非は、未解決のままにしておこう。体系化と体系の完璧性への信奉に恋した構成主義的法律学は、ヘーゲルのみならず完全に理想主義的哲学、多分に哲学一般と共通するところがある。

IX 法的構成主義の論理

しかし主たる関心事柄は、次の点にある。構成主義的法律家は、歴史法学派またヘーゲルよりもずっと以前から存在していた点であり、またいうなれば、かなり以前より法的素材の内的秩序に応じて必要物を発見し、その需要を満たしてきた点、また構成が必ずしもいつも意識的に方法としてあるいは唯一の方法として扱われなかった点、構成がしばしば体系形成者だけに利用され、あるいは教育手法を根拠に利用されてきた点、加えて、構成は欠缺補充的構成としてではなく、理解可能的構成としてのみ現れた点、である。すでにローマの法律家たちは構成をしていた——イエーリングが構成主義者としてパウルス (Paulus) をとても上手く描写していた。構成を行ったのは、註釈学派、後期註釈学派、ラミズム (反アリストテレス学派) のようなスコア学派、それに自然法と啓蒙主義の16世紀にみられる弁証法主義者と体系主義者もいる。正に様々な自然法の中に我々は、有意義な構成をみている。構成が行われるといっても、以前は違うレベルで行われる。つまり、最初に、自然法それ自体は、アプリアリにある概念形成と演繹によって乗り越えられ、次いで法律家が実定法の欠缺を埋めるために自然法を利用しようとするときに初めて、実定法の帰結が利用されるのである。すべてではないにせよ、多くの自然法学者は、この2番目の歩みを踏んできた。欠缺を充足させる構成以外の別物とは一体何であるのか。例えば、H. グロティウス (Hugo Grotius) が御料地 (Domänen) の非譲渡性を次のことにより証明しようとしたことがある——国有財産が領邦君主によって売却されるかどうか、当時論争があった。グロティウスは、領地財産権 (Domanium) に対する領邦君主の権利を用益権として把握した。これに対し、レイザー (Leyser) は、グロティウスは始原的国家契約を根拠に領邦君主に真正な所有権者の刻印を押しているのではないかといって反論を試みた。確かに自然法の法律学には、諸概念からの

論理的演繹は、目的論的衡量と価値衡量とともに貯蔵されている。例えば、御料地問題についてみると、プーフェンドルフ (Pufendorf) は、グロティウスのテーゼの部分とその理由づけには同調するが、しかし、それぞれの政府の後継者の経済的必要性を配慮するがために、領邦君主の処分権から領地財産権 (Domanium) を引き離すことは、国家にとって不可欠であると指摘していた。いずれにしても、法発見の構成主義的方法が、自然法に全くよく知られているのは確実である。ドイツの国法学者は当初、ローマ法の概念から公法上の法的関係性を構成してきたが、自然法は、このローマ法概念に代わって、別の構成基板を設定した。啓蒙主義時代からの自然法的構成を作ってきた何らかの亜種は、19世紀の構成的教説の直接的先駆者として正にみなされている。中でもこのことは、ハイネキウス (Heineccius) の公理的方法論にあてはまるが、これは一切の法制度を扱うにあたって、定義を最上位に設定し、そこから公理を引き出し、その公理から改めて個別性を導き出す。例えば、婚姻の概念から合意婚姻の公理が展開され、そこから個別性のための多方面で広範な結論が引き出せる。そういう意味では、C. ヴォルフ (Christian Wolff) とその学派による論理指示的方法論、法の欠缺を補完するための手段として事物の本性を用いる学説、啓蒙時代末期のドイツ私法学におけるリウンデ (Runde)、刑法学ではクラインシュロッド (Kleinschrod)、国法学ではゲナー (Gönner) がこれに入る。ランツベルクがそのドイツ法史の中で非常に精密に観察をし、浮き彫りにしてきたが、まさにこれらの方法論は、18世紀の抽象的理性法から19世紀の構成的法律学へと繋げる橋を建築したのである。

法の叙述と法発見との間には個々の点にあまりにも多様な種類があり、それら全てを特定の哲学と関連させることは不可能である。反対に、これらの種類は、それぞれの時代の世界観と認識形式の全ての点において、合致を求めている。この種類は、次の様々な事柄と結びついている。たとえば、スコア学派の概念現実主義、また啓蒙主義、カント派・後期カント派の理想主義の抽象化傾向、そしてここ30年ばかりの一般思考における実証主義的狭小化、さらには素材から読み取ることもなく、素材から引き出したものだけを良しとする思考法である。共通しているのは、構成主義的法律学のあらゆる変種は、思考上の一つの根拠のみに立脚する点である。これは、私がいうところの法律家の職業観である。構成主

義的方法論は、理論家や法実務家の要求、つまり社会生活に向けられた法命題にかかわる確信を作り出すという要求に近づいていく。法的確信は、必然的に法によって利益を受ける市民の安寧につながり、同様に、法学者や司法官僚の良心の安寧にもつながる。しかも論理的結論の確実性、その結果の自明性は、もっぱら安寧を作り出すことができる。結論に至る確固たる予測可能性を請け負う水晶のような鋭利な概念と御影石のような硬質な演繹を用いた操作により、最良の法学的方法が見い出せると信じ込んでいたからであろう。

したがって、法律学と数学との好まれる比較、「概念を計算する」と目される法発見、法律学はどんな場合でも数学的正確性をもって存在するものを確定できるとの要求がある。法律学と数学との親近性は、ライプニッツからヴォルフ、カントに至るまでいつも繰り返し主張されてきた。この点に関しては、ザヴィニーも示唆している。しかも現在でも、この考え方は、特にヴント (Wundt)、コーエン (Cohen) の哲学者にも現れているが、コーエンの弟子筋にあたるケルゼンは、法律学を全面的法現象たる幾何学と名づけている——たとえ話が必ずしもあらゆる点で適切ではないことをケルゼンも知っているが。ものごとを文字通り真に受け止め、国法学上の諸問題を計算式にのって解釈しようとした時代があった。有名な論争は、次の点をめぐって行われた。旧ライヒ議会にあった3つの機関 (Kurien) の意見対立について、ドイツ皇帝が多数派を形成することができるのか、そこでの決定が法律にまで高められるのか、したがって例えば、領邦君主会議 (Kurfürstenkollegium) とライヒ領邦参事会 (Reichsfürstenrat) が共同して、ライヒ直轄都市の反対票を無視することができるか否かという論争である。その際に、ラインキンク (Leinkingk) によって擁護された学説が多くの人に支持された。それはこうである。ドイツ皇帝とライヒ議会は共同所有として尊厳を有し、ドイツ皇帝は評決にあたり全体の半数をもち、3つのライヒ直轄都市は残余半数をもつから、3直轄都市の評決の基礎的値は6分の1ずつである。そこから数学的正確性により次のことが導き出される。ドイツ皇帝と2つのライヒ直轄都市の和は、12分の10である。そこでドイツ皇帝は1直轄都市を味方につければ、12分の8となり、その結果、残余2直轄都市が反対しても、その値は12分の2あるいは最大で12分の4でしかなく、そこでドイツ皇帝は自分の意思を貫くことができる。もちろんこんな暴論にプフタは抵抗した。

X 法の世界における価値判断の必要性

しかし、実際のところ主知主義的方法により形式的論理が引き出されなければならないとする断定的確信にどのように立ち向かうのであろうか。この方法は、偽の見せかけにほかならない。法律家は、自分一人だけで合理的結論を引き出すことはできないし、自分一人で目的を達成し得ると信じてても所詮、自己欺瞞である。というのも、外観上、純粋な論理分析と諸概念の弁証は、ほかの者もこれは意義あるものとして認めざるを得ないが、価値判断による支えがなければ、行うことはできない。誰が劇場のボックス席に座るのかという契約を貸借契約として構成しようとした場合、これは論理的に誤った判断とはいえないであろう。我々はこの契約において、ボックス席に座ることではなく、上演をみて、聞くことがその本質として捉えることなのだ、と考えないであろう。何が本質的であり何が非本質的であるのかは、価値判断によつてのみ確定できる。全く単純にみれば、我々はしばしば目的論的考慮と価値判断なしに済ますことなどできない。かつてのライヒ憲法は次のように定めていた。「軍服」に関し、土色及びプロイセン軍の軍服型が標準である。では、将校の手袋が軍服の概念に属するの否か、またプロイセン軍と同じ白手袋に代わって、他国軍隊のように茶系色の手袋導入が模倣されるべきか、さらに手袋が「装備」の——これは憲法の別のところで言及されているが——概念の下にあるの否かは——この問題は頭痛の種なのだが——論理的手段の手を借りて見い出される軍服あるいは装備の概念からではなく、目的論的考慮の助けにより決するところである。しかも法学的構成を契機として行われる概念形成と概念分類は、目的論的補足なしには実現できない。そこから直ちに次のことが生じる。構成していくとは、概念が後から自己を引っ張り出せるように、そもそも当初から概念の中に仕組んでおくこと、そうした誘惑をいうのである。換言すれば、その概念というものは、善意で最も望ましい帰結を欺し取ることなのである。正に国法学の中に何百もの構成がみられるが、そこにはこうした方法で有用と目された結論がもたらされてきた。多くはいわないが、一例だけをあげておこう。最近の国法学者は、先ほど触れた君主の退位は大臣の副書を要するか否かの問題を扱っている。退位が政府の行為である限りは、副書は必要である。退位自体を浮き彫りにするために、法律家は退位を2つの行為に区分

している。一つは、国王という地位から身を引くという君主による国家への申し立て——つまり、君主支配者は個人としてその申し立てをする——もう一つは、退位の許可である——君主は国家機関としてこれを承認する。しかし、この場合、君主が職務上これを行うには、大臣副書が必要となる。こんな技巧的構成は、満足を得られない。法律家が、どんな努力をしても、自己の視野に入る一つだけの政治的に必要な帰結を下してはならないとすれば、法律家は決してそんな構成の虜になってはならないはずである。実際、あの退位は君主が国家の名においてではなく、国家に対してこれを行うという宣言であった。したがって、退位は全く政府の行為ではなかった。憲法の文言に反して、退位が大臣副書に拘束されるとした場合、それは、多分、次のことを引き起こしたかもしれない。政治的利益判断の手を借りて、真正な政府の行為だけが関係する憲法の法命題をアナロジーとして拡張することである。つまり、どの事態まで拡張するかといえば、国家の安全に強力な作用を与える国家元首の個人的決定が、政府の行為と同格に扱われるというところまでである。私はもちろん、そのアナロジーが、その場合に正当化できるとは、信じてはいない。というのも、私は、国家元首が自らその地位にとどまる必要があるのか、あるいは退位する必要があるのかについて、国家元首自身が決断し得るという立場を、国家の利益に鑑み無条件に支持しているからである。

しかしいうなれば、国法学における構成主義的概念法学は、決断を要する個別問題に関して意識的にせよ無意識にせよ政治目的の考慮と結びついてきただけではない。国法学にとって決定的となった大多数の国家理論は、それは大方、法学的構成であったのだが、政治目標と関連しつつ構築され、政治的行為の正当化のために利用されたといっても過言ではない。国家契約あるいは社会契約の理論、国家主権の理論、権力分立の理論は、理論的思弁の産物なのではなく、むしろ当初より国家政治的、教会政治的な努力の結果得られた支柱であった。こうした理論は最近まで追い求められてきた。国家法人説は——この反対物が私法上の国家構成であり、この点についてアルプレヒトはすでに正しく把握していたが——政党のプログラムの一片である。国家権力とかかわる固有の権利としての君主権の構成、国家権力の担い手の概念、連邦国家概念の定式化は、政治運動の松葉杖として制作され、あるいは利用されてきた。実質の意味における法律と形式的意味

における法律との間に対立があると指摘したラーバントの学説でさえ、外観上は政治的に中立ではあるが、1860年代のプロイセン予算争議の時代を反映した思想の中で生み出されたのであり、しかも確実に一つの政治傾向をもち、またヘーネルにより論争を仕掛けられるほどのラーバントの情念がそこにはあり、そしてその情念には、一つの政治的背景が占めていた。ラーバントの『ライヒ国法学』の中にギールケは正当にも「明白に絶対主義的特性」を見つけたといったが、似たようなことは、オットー・マイヤーの完全に非政治的行政法の構成にも発見できる。

もちろんこれら全ての場合において、対立しあういろんな結論が概念より導き出されてきたことが、結局は見せつけられた。というのも、論理的に過誤もなく手続を踏んで得られた諸概念は、広義にも狭義にも把握でき、またある概念がいわゆる「正しさ」をもつといっても、それは大抵の場合、概念が出発点とする帰納的法基盤の幅にのみ依存していたからである。ホプスは国家契約を下にしながらか国絶対主義やモナルコマキを支持し得たし、ミルトン (Milton) あるいはシドニーは抵抗権や解職権を、またルソーは自身の民主主義論を支持し得たのである。国家有機体説は、ゲナー (Goenner) によって絶対主義的帰結のための出発点として、ロマン主義派の人からすれば封建身分制的帰結のための出発点として、H. プロイスからすれば民主主義的帰結の出発点としてそれぞれ利用できた。主権概念につきボーダンによれば、主権概念はフランス王政のための国内政治と国際政治の支柱を形成するのだと定式化された。ドイツでは主権概念から帝国直轄都市の抵抗権と同盟権を展開させる形で主権概念を改変してきた。これら勢力からドイツ皇帝を擁護しようとしたラインキンクは、自身の主権概念を後期註釈学派にとって有利な定式から導き出した。つまり、王室が構成される以上は、ライヒ宮内法院 (Reichshofräte) にライヒ最高法院 (Reichskammergericht) と同格の地位を与え、これを皇帝の権利とすることは、確かに一方では承認されるが、他方では論争の対象となった。ライン同盟の君主たちは、領邦等族を破滅させるために主権概念という権力的ひねり技を計画していた。その結果、1820年のウィーン最終議定書により、君主制原理を領邦君主たちの主権に帰属させるという定式が生まれたが、これは政治的に影響力のある法学的構成の古典的一例である。「ドイツ同盟 (Deutschen Bund)」は、「主権の有する領邦

君主により構成され、これにより付与された基本概念に従い全国家権力は、国家の元首の下に結合されなければならない」。連邦国家（Bundesstaat）の構成は、常に主権の概念確定に依存し、主権を国家の概念メルクマールとして主張し、あるいは否認すること次第で、連邦国家それ自体が、成立するか否かの可能性を一般的に否定することも、逆に肯定することもできた。最近、邪魔だといわれる国家主権概念を捨てない限り、国際法は考えられないといわれているが、これは無理筋である。国家の主権は、もちろん私の立場からすればこれを構成していくのであって、正に国家間の法のための前提としてこれを証明しなければならないのであり、私はそのことに全力を尽くしている。

XI 構成主義的国法学から目的論的国法学への転換

規範論的国法学派は、全く正当にも次のように主張している。すなわち、従来の学説は、政治目的的思考と価値思考を自らの概念形成のために相互に利用しあいながらも、しばしば自己の方法論的基本見解とは対立してきたのだと。その事実から、主知主義の純粹主義とは異なった結論を引き出すこともできる。すなわち、目的論的考慮は、法律学から放逐されるべきだという見解であるが、我々はこれに同意しない。むしろ我々はこう考える。目的論的考慮は、論理なるものの仮面の背後に隠してしまう代わりに、公然と法学の中に自己の地位を得ようと求め、主張しなければならないはずである。法それ自体は、利益紛争の価値判断の複合体そのものであり、目的論的方法は、そのため法律学の対象とするには適合的方法である。しかも国法学においても、我々は躊躇せずにむしろ政治的考慮と論理形式的概念操作とを結びつけることを要求するのだ。確かに今日、我々は実存する政治的考慮と法的考慮との間に従前よりも明確な境界線を引いているが、その境界線は、ロテック（Rotteck）とヴェルカー（Welcker）の時代のリベラルな公法学、またシュタール（Stahl）やそのほかの学者による保守的公法学のときよりもより明確に引かれている。つまり我々は、国法学が政治学に取って代わられる時代に逆戻りすることを望んでいない。政治的傾向が現行法を歪曲しようとしたとき初めて、我々はこれを嫌悪する。ただ我々は、政治的なるものから逃れることはできず、政治的なるものにかまわずに法を解釈することは、もって

のほかと宣明する。その際に、我々は法学的構成それ自体を軽視するつもりはない。逆に、我々は法学的構成の点に体系形成のためのおそらく唯一ではないにせよ、しかし価値のある、また従前は優れているとは見られなかった手段があることを認識している。体系形成のそうした手段がなければ、我々は素材を処理する力を獲得し得なかつたはずである。我々公法学者からすれば、多くの事柄は、この方向を指向する体系形成に負うところ大である。オットー・マイヤーの構成主義的方法論は、我々に行政法の計り知れないほどの多くの点について、一層、従来以上に真の学問により解決を与えた。当然、我々はこの理解可能的構成に頭を垂れる。いくつかの留保も必要ではあるが、この構成が、法律家の第二番目の課題、すなわち新たな法命題の獲得を通じて法的素材を補充するための用意があると見られる限りにおいて、我々はこの構成を高く評価してもよい。というのも、構成は我々にとって便利な引き出しだからである。つまり、我々が、価値にかかわる利益評価の諸原則に基づいた構成を最終的に判断する前に、我々が検証すべき法現象を一時的にこの引き出しの中に収納してくれるからである。したがってこの構成は、「概念包摂假定と類推假定」として役立つ。しかし、この構成が、この真理発見的役割以上のより大きな役割を果たせるのだといい、また欠缺補充的機能を自ら引き受けるのだと思いがかるのであれば、さらにこの構成が、唯一正しい方法であると振る舞うときには、我々はこの構成に対して戦いを挑む。

XII 結語

目的論的法律学が誤った相対主義あるいは粗雑な功利主義に陥る危険にさらされ、ときにはこの危険が下に敷かれている点を見誤ってはならない。イエーリング自身、この危険から必ずしもいつも逃れることはできなかつた。中でも国法学にとって、全ての解釈と欠缺補充を価値により支える方法論は、疑問に思われる。ゲルバーがかつていったように、「様々な意見に基づく国家というものは、不確実で不安定な実在しかもてないものだ」。では、この形式的論理的手順は、狭められた「意見」に基づいているといえるだろうか。私は聴衆者の皆様方、同僚諸兄に常に心に留め置いて欲しいとっておくが、純粋な法学的なるものを装って変化していく多くの公法学の概念と公理は、政治的傾向、文字通り政党政治的傾

向の表明の形そのものであること、これは疑問の余地なき点である。しかし、目的論的法学は、色を告白せざるを得ない。目的論的法学は、自己の目指す結論が価値判断に依存することを隠してはしない。というのも、利益を相互に「考量する」課題を引き受けている利益法学が、道半ばにして立ち往生しないよう期待するならば、考量を行う元となる尺度を列挙せざるを得ないからである。目的論的法学は、素人ながらの目で見ても、主観的・客観的利益評価の限界点に立脚するのは明らかである。もちろん、その任務は、この利益評価が準拠している尺度を客観的領域の中で探し求める点にあるのは確実である。我々は皆、誤りをおかすものであり、そこでは主観的意見と客観的妥当性とを混同する場面に出くわす。しかし、この誤りは論理的構成の欠陥に比べれば、たやすく暴露しやすい。我々は、私法学と同様に国法学の中に自分たちの義務を見ている——というのも、そこには法学的方法しかないからである——我々のその義務は、我々が解釈をし欠缺補充を行うにあたって、諸法律の中に明示的に現れている諸価値に準拠する点に見られる。これをしないならば、我々は法的に拘束される共同体の法的確信の中に、様々な尺度を設定する義務を負う。我々が、今一度、最後の局面で自身の胸に手をあて、また我々がスイス民法典の古典となっている同1条の規定が要求しているように、立法者として定立する法 (Regel) に基づいて決断する場面でも、我々は各人の恣意に基づいて行動をしてはならない。つまり我々立法者は、自己が定立する規範を恣意ではなく、事理に根拠を置く考慮に基づいて定立しなければならない。おそらくは、こういった方がより適切であろう。我々は、立法者として決断せざるを得ないかのように、必要とあれば、決断するのである。我々の意識は、超個人主義的精神のそれこそ一部なのである。我が胸に手をあてがうとき、我々は同時に永遠の星をも掴む。利益法学にとって天高く輝くあの北極星は、不動の法理念であり、永遠なる正義である。これに奉公することが我々の義務であり、これをば誠心より奉じることが、我々の誓約というべきであろう。

了

(訳者からのコメント)

1. 本稿は、ハインリッヒ・トリーペルの『国法学と政治』の全訳である。この講演録は、『国法と政治』として、日本では引用・紹介される場合が多い。しかし、ドイツ国法学が政治、つまり価値の世界にどのように向きあってきたのかが、トリーペルの中心課題であるため、『国法学と政治』と訳した。
2. 底本は、Heinrich Triepel, *Staatsrecht und Politik*, 1927. Walter de Gruyter & Co. である。
本書は、Hrsg., A. v. Bogdandy u. R. Mehring, *Heinrich Triepel – Parteienstaat und Staatsgerichtshof*, 2012, SS. 173–197. に再録されている。
3. 原文には、節が設けられておらず、脚注もない。翻訳にあたり、訳者が適宜、節に分け、節毎の見出しを付した。
4. 訳注は、冒頭のゲーテ引用のみであり、本文に日本語出典を明示した。