

一八世紀中葉から一九世紀中葉にいたるまでの ドイツにおける一般憲法学の役割

——学問史的・学説的研究——

栗 城 壽 夫

J. A. H. ヘルトマン (Heldmann) が、J. J. シュマウス (Shumau) の「ドイツ憲法に関する学術講演・講義集」に対する序文のなかで、ドイツ憲法学は、それが理性的な一般憲法学の上に基礎づけられた時点において初めて完全な学問として始まったとしているのは正しい¹⁾。しかし、ヘルトマンが J. J. シュマウス以前にはこのような一般憲法学が存在していなかったとしているのは、完全に正しいとは言えない²⁾。一般憲法学が一七世紀以降になって初めて諸大学で正式の学科目として講義されるようになった。というのは確かである³⁾。しかしながら、一七世紀の初頭以降既に存在していた憲法学は一般的な思想や一般的な原理をその理論的基礎として含んでいたのである。即ち、「一般憲法学」というタイトルをきった最初の著作たる G. Brautlaucht の「Discursus Septimus

Epitoman Jurisprudentiae Publicae Universae cowineus、は一六二〇年に刊行された。当時はアリストテレスの政治学⁴、スコラ学派の自然法論及び近世西ヨーロッパの国家理論がドイツ憲法学の理論的基礎としての役割を果たしており、その限りにおいて理論的もしくは広い意味における一般憲法学の役割を営んでいた。憲法学の理論的基礎という意味における一般憲法学は憲法学が存在する限り常に存在している、ということができる。これに対して、狭義の「一般憲法学」はおおよそ一七世紀末から一九世紀中葉にいたる期間にのみ存在した、特別の現象である。それは、国家の領域に適用された近世自然法論の部分である。例えば、一七八〇年に刊行されたA. F. ショットの「法学通論及び法学方法論構想」は「一般憲法学」を特定の個別国家から離れて国家の設立及びそのことから君主、国民全体、個々の臣民の間に生ずる権利・義務一般に関する自然法の一般的原则として定義している⁵。ハイデルベルク大学の一九七六年夏季期の講義要覧には次のような講義表示が見られる。即ち、「国家に適用された自然法（一般憲法学）」⁶。大学の法律学の学科目としての「一般憲法学」の開始の時点を確認することは困難である。D. ネットエルブラットによれば、最初に「一般憲法学」を研究することを開始したのはカスパー・チーグラー（Caspar Ziegler）であった⁸。彼の著作「De jurebus majestatis、は一六八二年に刊行された。一七一七年にザルツブルク大学で「一般憲法学と国際法」のための独自の講座が設けられた⁹。一七三四年に設立されたゲッティンゲン大学では最初からJ. J. シュウマウスが「一般憲法学」の講義を行った¹⁰。インゴルシュタット大学ではイックシュタット（Ickstadt）が一七四六年に公法・自然法・国際法及び経済学・官房学の講座を担当した。イックシュタットはその「理性的教授法略説」のなかで、法律学の講義の順番を提案し、一般憲法学（jus publicum universale）を自然法の後におき、ドイツ憲法学の前においた¹¹。ヴイーン大学では一七五三年のマリア・テレジア改革によって「一般憲法学の講義」が導入され、一般憲法学の講座に対して、その論究にあたって主権の権威と根拠を固め、且つ、モノルコミアによってまきちらされた邪説のエセ理論から青年を守るようにという指令が与え

られた¹²。しかし、間もなくして「一般憲法学」の乱用が指摘されるようになり、すくなくともその正しい用法について論究する必要があると考えられるようになった¹⁴。

一九世紀の中葉以降「一般憲法学」のこうした状態に変化が生じた。先ず「一般憲法学」単独の講義が次第に以前よりも稀になった。しばしばそれは単純にドイツ憲法学に追加されるにすぎないものになって行った。それ以上に、「一般憲法学」はその性格及び機能を変化させた。今や経験的且つ記述的となった「一般憲法学」はそれまでそれがもっていた規範的性格を失い、批判的機能を失った。カール・ガーライス（Carl Gareis）は、一八八三年刊行の「一般憲法学」という書物のなかで、一般憲法学を実定法として主張し、規範としての人間の本性から導出された自然法もしくは理性法及び一般に法を考える存在としての人間に哲学的に基礎づけることを憲法の理論から締め出した¹⁵。

更に、一九世紀の終わり頃には、「一般憲法学」の講義は「一般国家学」の講義によってとって代わられた¹⁶。フライブルク大学の一八九七年夏季期の講義要覧では「一般国家学」は「一般憲法学」の講義の副題として表示されていた。その後になると、「一般国家学」が講義の題目として表示され、しかも、「一般憲法学」が副題として表示されることもなかった¹⁷。ハイデルベルクでは、一八七五年から七六年にかけての冬学期に初めて「一般国家学」の講義が登場したが、その場合には「一般憲法学」を副題として伴っていた。こうした状態がしばらく続いた後、今度は「一般国家学と政治学」との結合が登場した。しかし、一八九八年から一八九九年にかけての冬学期以来、ハイデルベルク大学の講義要覧には「一般国家学」が単独で講義題目として表示されるようになった¹⁸。ライプツヒヒ大学では「一般憲法学」から「一般国家学」への移行は正式には一九〇八年の夏学期から行われた。その場合にオットー・マイヤー（Otto Mayer）が一定の役割を演じた。即ち、彼は、一九〇五年の夏学期まで「一般憲法学」の講義を行い、その後「一般憲法学と政治学」の講義を行い、次いで、一九〇八年の夏学期以降は「一般国家学」の

講義を行ったのである。⁽²¹⁾

このような移行にあたっては二つの考慮が働いた。第一に、国家に関する一面的に法的な考察を国家に関する国家科学的もしくは社会学的、政治学的考察によって補充しようとする考慮が働いた。⁽²²⁾ 第二に、「一般国家学」という概念によって立憲主義的傾向を有する「一般憲法学」とは違ったものを打ち出そうとする考慮が働いたのである。⁽²³⁾ この考慮にとっては、自然法哲学や古い立憲主義的理論が唱えたような「一般憲法学」はそもそも存在していないのである。そこで国家一般についての論究の総体に対する呼稱として「一般国家学」という呼稱のほつが選ばれたのである。⁽²⁴⁾ このようにして、「一般国家学」が「一般憲法学」の後継学科となったのである。その際、「一般国家学」の概念が広く解されれば「一般憲法学」は「一般国家学」のなかにその一部として含まれることになり、狭く解されれば「一般憲法学」は「一般国家学」と単純に同一化されたのである。

一九世紀中葉まで、一般憲法学は共同体の正しい設立と共同体における正しい行動のための普遍妥当な規範を掲げ且つ、その際、このような規範の内容をしばしば——多かれ少なかれ一定の留保を付しつつ——西ヨーロッパの思想によって充填し、その実現を要求した。一九世紀中葉以降になると、一般憲法学も一般国家学も経験的素材の時間的・空間的な比較研究を通じて国家や憲法の共通のメルクマールを析出するようになった。そのような方法で研究を行う学問は現実を客観的に叙述することでもって満足した。一九世紀の九〇年代にミュンヘン大学で一般憲法学の講義を行い、一八七三年には、「一般国家学綱要」と題する著書を刊行したサイデル (M. Seydel) にとって国家は端的に事実であった。⁽²⁵⁾ そのことを通じてこのように構想された学問は現状を端的に正当化する機能を営むようになった。これに対して、一九世紀中葉にいたるまでの「一般憲法学」は規範的な、批判をし、現状を變更する機能を営み、その際、西ヨーロッパの思想を攝取し、それをドイツ自身の政治的伝統に組み入れ、ドイツ自身の状況に適應させるためにそれを改造した。こうした機能を通じて「一般憲法学」はドイツ憲法学の転換に貢献

した。「一般憲法学」が言んだこの、継受し、同時に改造し、そのことによって実定憲法学の転換を促進する機能も一九世紀中葉以降消滅した。

以下においては、主として、一八世紀中葉から一九世紀中葉にいたる期間における「一般憲法学」を論究することにした。この期間における「一般憲法学」はとりわけ二つの点において立入った論究に値いすると思われる。

第一に、この時期においては、理論的意味における一般憲法学と国家に適用された自然法論の部分としての「一般憲法学」・同時に大学の学科目としての「一般憲法学」が基本的に合致しているからである。第二に、この期間における「一般憲法学」が全体として国家権力を限界づけ、義務づける機能を果たしたからである。

ドイツ憲法学の成立のための決定的きつかけはポータンの主権論によって与えられた。⁽²⁶⁾ それまで或いはローマ私法法の概念形式、或いは中世の封建法の概念形式のもとで論究されて来ていたすべての憲法上の問題をあらゆる高権の権利の唯一で排他的な源泉としての主権という統一的で理論的観点のもとで論究することが今や可能となった。⁽²⁷⁾ しかし、ポータン流の主権理論を神聖ローマ帝国にストレートに適用することは、神聖ローマ帝国の構造から見ても、また、中世以来の伝統をうけつぎ、且つ、特に、アルトジウス (Althusius) によって活性化され、学問化された国民主権論から見ても不可能なことであった。⁽²⁸⁾ ドイツでは、主権論は国民主権論と結びつけられ、この結合から二重主権論と混合政体論が生まれた。⁽²⁹⁾ この二つの理論は統一的・理論的に説明する機能を営んだだけでなく、規範的・権力制限的機能をも営んだから、この二つの理論とともに規範的学問としてのドイツ憲法学が成立したといえる。⁽³⁰⁾ ドイツ憲法学が最初は神聖ローマ帝国に関して成立し、ドイツ領邦国家に関して成立

したものでなかったという事実もまた、上記二つの理論を根拠とするドイツ帝国の組織と機能の説明・叙述が同時に規範的・権力制限の機能をもつことができたと密接に関連している⁽³⁵⁾。主権理論の最初の主張者たる D. アルメーウス (Armaeus) と二つの理論の理論的完成者たる J. リムネーウス (Limnaeus) がドイツ公法学の開祖と呼ばれているのは、この意味において全く正しい⁽³⁶⁾。

ここではリムネーウスの理論だけを取上げることにはない。彼は、とりわけ、憲法学が独自の法律科目として存在の資格を有することを説明しようと試みた⁽³⁷⁾。この試みは、国家の第一の利益は基本法の厳密な遵守に存するという彼のテーゼにおいて頂点に達した⁽³⁸⁾。リムネーウスの二重主権論というのは次のこときものである⁽³⁹⁾。最高権力 (majestas realis) は全体としての国家共同体に帰属している。この majestas realis が国家における最高機関 (Subjekt der majestas personalis) を設立し、その考えるところにしたがって最高機関の権限を定める。majestas personalis の主体は自分自身の意思にしたがって行動するのではなく、majestas realis の主体の意思にしたがって行動する。majestas realis の主体の意思は国家共同体の代表者が定立する基本法のなかに表現される。これがリムネーウスの二重主権論であって、彼はこれを神聖ローマ帝国に適用し、そこから若干の重要な帰結をひきだした。彼にちなると、majestas realis の主体は全体としての帝国であり、帝国は帝国議会構成員の全体によって代表される。majestas personalis の主体は皇帝であり、皇帝は帝国議会構成員の全体から majestas personalis を与えられる⁽⁴⁰⁾。リムネーウスが神聖ローマ帝国に関して二重主権論からひきだした重要な帰結は皇帝が基本法によって法的に拘束されるということであった。リムネーウスは基本法の意義を高く評価しており、したがって、彼は、国家緊急事態といえども皇帝に基本法に違反する法的地位を与えるものではない、と主張するほどであった⁽⁴¹⁾。二重主権論を法治国家的試みと呼ぶことができる⁽⁴²⁾とすれば、混合政体論は立憲主義的試みと呼ぶことができる。混合政体論のきっかけとなったのもボーダンの理論であった。ボーダンは主権的権利は皇帝に帰属するのではなく、帝国議会を

構成する諸侯に帰属しているというテーゼを主張した⁽⁴³⁾。ボーダンのテーゼに反対して、D. ラインキング (Reinking) は神聖ローマ帝国の国家形体が君主故であるとする伝統的な見解を主張した⁽⁴⁴⁾。リムネーウスは majestas realis の主体はあらゆる任意の政体をも選択し得るという理由づけによって混合政体の可能性を正当化した⁽⁴⁵⁾。このような理論的基礎の上に立つて、また、神聖ローマ帝国の組織の現実を考慮して、リムネーウスは神聖ローマ帝国の憲法は貴族政のエレメントと君主政のエレメントとを混合しているという説を唱えた⁽⁴⁶⁾。リムネーウスはこのテーゼから皇帝と帝国諸侯とが共同して権限を行使するということを帰結し、また、皇帝の活動に帝国諸侯が協同することが必要であるということを強調した⁽⁴⁷⁾。

リムネーウスの憲法理論を帝国諸侯による皇帝権力の制限の試みと呼ぶことができる。この場合、帝国諸侯は majestas realis の主体として機能したと見ることもでき、また majestas personalis の共同主体として機能したと見ることもできるのである。ただし、リムネーウスの理論や彼の時代の憲法論には領邦君主の権力を制限する理論が未だ存在していなかった⁽⁴⁸⁾。

ドイツ憲法学の第二の推進力となったのは、ホッブズの理論であった⁽⁴⁹⁾。ホッブズの理論は二つの方法でドイツ憲法学の転換に貢献した。第一に、それは、その絶対主義的な主権理論によって二重主権論の存続を不可能にし⁽⁵⁰⁾、第二に、それは、その社会契約論によって国家・憲法理論の根本的に新たな構成を可能にした。ドイツにおいてはプーフENDORF (Pufendorf) がホッブズ理論を継受し、且つ、それをグロチウス理論と混合させ⁽⁵¹⁾ドイツの状況に適合するように変形し⁽⁵²⁾、そのことによって憲法学に新しい基礎を与えた⁽⁵³⁾。プーフENDORF はすべての個々人の社会

契約から単一の意思をもち、単一の主体によってのみ行使されることのできる統一・不可分の権力をもった総体人格としての国家を成立させた。⁽⁴⁸⁾ プーフエンドルフは神聖ローマ帝国の憲法をこの観点の下に考察し、それを変則的で怪物的と呼んだ。⁽⁴⁹⁾ 憲法学においては、社会契約によって国家・国家権力を説明することが一般的となり、国家を公的総体人格として説明し、君主を総体人格の代表として説明することが一般的となった。⁽⁵⁰⁾ しかし、憲法学は、ホップズやプーフエンドルフの理論を全く受動的に継受したのではなく、幾つかの点でそれを変形した。⁽⁵¹⁾ 根本的な変形が行われたのは、総体人格を代表する支配者人格のほかに、なお、国民の人格を認めたところにあった。⁽⁵²⁾ このことによって、絶対主義的な主権論が緩和され、この緩和は幾つかの問題にあらわれた。即ち、第一に、憲法学はもはや二重主権論を主張することはなかったが、しかし、統一的な国家権力が複数の要素から構成される主体によって行使されるという思想を主張した。神聖ローマ帝国に関しては憲法学は imperans としての皇帝は *coimperantes* としての帝国諸侯と共同してのみ真の主権者であるということを主張した。⁽⁵³⁾ このような説明方法を通じて混合政体論も残存することができた。⁽⁵⁴⁾ 混合政体論はプーフエンドルフの批判に対する支配説の側からのリアクションであり、神聖ローマ帝国の憲法を不規則性や怪物性という汚名から救おうとする試みであった。⁽⁵⁵⁾ 第二に、憲法学は、とりわけ、神聖ローマ帝国においては、帝国主権のほかに領邦主権も次第に真の国家権力として形成されつつあったということを考慮に入れた。即ち、憲法学は諸国家から構成された国家という新たな概念をつくりだして、帝国主権と領邦主権との共存をはかり、神聖ローマ帝国をこのような国家として特徴づけた。⁽⁵⁶⁾ 第三に、憲法学は、基本法を依然として不可侵のものと説明したが、しかし、絶対主義的主権論の強い影響の下では「君主は立法権力から解放される」という原理を公然と否定することができず、それゆえ、基本法をこの原理の支配から免れさせるために、基本法を法律として解釈せず、契約として解釈した。⁽⁵⁷⁾

このような思考方法は一七二三年に刊行された J. K. シュペナー (Spener) の「ドイツ公法」のなかにも見出される。シュペナーは憲法学を国家の公的状态をその明示もしくは黙示の契約から生ずる法律にもとづいて測定し、判断し、正当化し、説明する法学として定義している。⁽⁵⁸⁾ シュペナーは特殊の憲法学の拘束力は自然法の一部としての一般憲法学から派生すると信じていた。⁽⁵⁹⁾ しかし、シュペナーは、まさしく一般憲法学の説くところにしたがって、特殊の憲法学の法源としての当該国家の基本契約に厳格に依拠する必要性を強調した。⁽⁶⁰⁾ この国家設立契約及びその後つけ加った諸基本契約はその起源に關していえば契約であり、公的状态に關していえば法律 (基本法) であり、⁽⁶¹⁾ 両方の点に關してすべての当事者にとって拘束力を有する。⁽⁶²⁾

ドイツ憲法学の第三の推進力となったのは、ジョン・ロックとモンテスキューであった。しかし、この時期にもドイツ憲法学は継受という仕事をするともに変形という仕事をもした。その際、Chr. ウォルフ (Wolff) が国家契約の結果生まれた権力分立を許容できるものと説明し、混合政体を規則的なものと説明し、人間の天賦の権利を強調することによって憲法学の転換のための思想的基礎をつくりだした。⁽⁶³⁾ オランダの U. フーバー (Huber) も、主権は支配者実際に譲渡されるが、しかし、支配者を制限する国民の権利の留保をともなつて譲渡されるという思想によって新しい傾向の端緒となった。フーバーはこの留保を始源的契約の条項から導き出した。⁽⁶⁴⁾

この時期には、即ち、一八世紀の後半には、権力を制限し、抑制しようとする傾向はとりわけ領邦国家の支配者権力にむかった。今や自然法的憲法学、即ち自然法的もしくは一般的な憲法学は領邦国家に適用されるにいたった。⁽⁶⁵⁾ この適用のコンテキストのなかで種々の問題が論究され、幾つもの結論がひきだされた。

第一に、領邦高権 (Landeshoheit) が国家権力もしくは主権 (Majestät) として捉えられるようになった。⁽⁶⁶⁾ コ

ステイ (Justi) は社会契約にもとづいてすべての力の結合から生ずる最高権力を Majestät, Mastatsrechte 或いは Landeshoheit と呼んだ。⁽⁶⁷⁾ この点では、一般憲法学に好意的でなかった。⁽⁶⁸⁾ J. J. モーザー (Moser) がまろしく Landeshoheit の定義にあたって一般憲法学を適用していることが注目される。⁽⁶⁹⁾ もちろん、一般憲法学と個別的領邦国家の実定法とは完全とは合致しなかった。この乖離を架橋するために、本質的領邦統治権限と非本質的領邦統治権限とを区別する理論が形成された。⁽⁷⁰⁾ 前者は領邦高権のなかに含まれている権限であって国家におけるあらゆる最高権力の本性から派生するものである。したがって、本質的領邦統治権限の規定にあたっては正しい一般憲法学が極めて重要な意味をもつことになる。⁽⁷¹⁾ 領邦高権を一般憲法学育成の成果として捉えたエッペン (Eppelen) は、一般憲法学の原則にしたがってあらゆる支配者に国家目的達成のための必要な手段として帰属すべき権利に関しては領邦君主のために有利に推定がはたらくが、その存在が単にドイツ憲法、時代の概念及び世論にもとづいている権利に関しては推定は領邦君主のために有利にははたらかない、という見解を主張した。⁽⁷²⁾

架橋のためのこのような試みにもかかわらず、現実的には一般憲法学と実定憲法との乖離はうめられなかった。⁽⁷³⁾ 神聖ローマ帝国の最末期においても、例えばゲンナー (Gönnner) は、領邦高権を或る箇所では神聖ローマ帝国の単なる制度と説明し、他の箇所では合理的憲法学にもとづいて最高権力のなかに含まれているあらゆる権限の総体、即ち真の国家権力と説明した。⁽⁷⁴⁾ このような二面性は帝国が存続していた限り理論的努力によっては克服されることのできなかったが、しかし、領邦国家に一般憲法学を適用した結果領邦高権は次第に統一的・包括的・一般的国家権力として把握されるようになったといえることができる。

領邦高権の概念的把握及び合理化と同時に領邦高権 (= 国家権力) の制限・抑制の傾向も進行した。⁽⁷⁵⁾ その場合、幾つかの原理や基本思想が議論の中心となった。理論的に最も重要な原理は国民 (Volk) の基本権力 (Grundgewalt) とする原理であった。⁽⁷⁶⁾ この思想の萌芽は既に Chr. ヴォルフ (Wolff) に見出される。⁽⁷⁶⁾ ユステイが

それを更に明確に定式化した。⁽⁷⁷⁾ ユステイによれば、精神的もしくは理性的存在としての人間は自分自身で与えた法以外の法には従わないのであって、国家のなかでも自分自身で制定した法にのみ従う。ただし、意思と力の結合によって国民の基本権力が成立し、国民の基本権力こそが基本法のみならず、最高権力が制定する他のすべての法律の根拠をなしているからである。⁽⁷⁸⁾ ユステイは実行的最高権力と国民の基本権力とを区別し、両権力は国家のなかで共存するものとした。⁽⁷⁹⁾ ユステイは、国民の基本権力は基本法の成立・変更の場合もしくは外敵によるにせよ最高権力の悪政によるにせよ国家が滅亡の危機に瀕している場合においてのみ現実に活動するものとし、通常の状態においては休止しているものとした。⁽⁸⁰⁾ ユステイは、特に、国民の基本権力が実行的最高権力に優越していて、十分に重要な場合に後者に対する裁判と権力とを敢えて行使する権限がある、⁽⁸¹⁾ ということを否定した。⁽⁸¹⁾ それにもかかわらず、ユステイは、実行的最高権力が基本法に違反し、国の最高目的に明らかに違反した場合には、一旦与えた実行的最高権力行使の委任を撤回する権利を国民に対して認めた。⁽⁸²⁾

基本法の思想もしくは原理における新しい要素として挙げられるべきことは、一般憲法学の諸原理がより厳密に規定された実定法規とならんで国家の基本法に算入されるようになり、且つ、後者があらゆる関係人 (即ち、支配者と臣民) の明示もしくは黙示の承認によってのみ変更され得るものに対して、前者はそもそも変更され得ないとされたことである。⁽⁸³⁾

新しく登場した次の要素は、『自由と財産』の原理である。自然的自由の思想は、既に社会契約思想の登場以来存在していた。⁽⁸⁴⁾ それは一八世紀の後半にも引き継がれ、それどころか一層強まった。例えば、ユステイは、人間は社会状態に入るにあたって共同の福祉の増進に必要なかぎりにおいてのみその自然的自由を放棄しようとしたと主張した。⁽⁸⁵⁾ 自然的自由の思想が国民の自由や権利の制限のための名目もしくは正当化根拠として利用されるということとは引続き一部の論者には見られた。これはマルティニ (Martini) において顕著であった。マルティニは次のよ

うに主張した。市民の自然的自由はそれが国家に不利益となり得るすべての場合に偶然的な市民的法律によって制限される⁽⁸⁶⁾。しかし、アクセントは次第に自由の制限よりはその保護に移った。それはピユッター (Pütter) において最も顕著に見られる。即ち、ピユッターは次のように言っている。自然的自由の制限なしにもしくはより少ない制限でもって、公共の福祉の目的を達成することができる限り、自然的自由を必要もなしにもしくは必要な限度をこえて制限することは不法である。この場合、ピユッターは、一般的法原則から見れば各人はその自然的自由を無制限に享受しなければならない、ということを前提しているのである⁽⁸⁸⁾。

しかし、既得権(とりわけ財産権)が自然的自由よりもはるかに高く評価され、はるかに強く保護される必要があると主張されていることが注目されなければならない⁽⁸⁹⁾。ピユッターは自然的自由と各人がその合法的に取得された財産 (ius quaesitum) とじて自己のものとなし得る特別の財もしくは権利とを区別し、このような財産権も最高権力に服することは認めしたが、しかし、極めて厳密に規定された方法においてのみ服するとした⁽⁹⁰⁾。

この点に関して、且つこの方法に置いて既に「自由と財産」という定式が登場した。この定式は既にユステイにおいて見られた⁽⁹¹⁾。J. Chr. マイヤー (Mayer) も国家の権力が臣民によって合法的と認められるのは、国家目的を達成し、各人に「自由と財産」の安全を保障するための手段である限りにおいてのみであるとしている⁽⁹²⁾。

更に、最高権力の分割の原理や混合政体の思想も打ち出された⁽⁹³⁾。この点においてもユステイが注目される。モンテスキューの理論の影響の下に、ユステイは、すべての人間はその権力を限界に到達するまで拡大する傾向があるので、権力は最高権力のすべての部門や部分が一人の人の手にゆだねられないこのような方法で抑制され、制限されなければならないという理論を主張した⁽⁹⁴⁾。ユステイによれば、特に最高権力の二つの主要部門、即ち、立法権力と執行権力は相互に正しく均衡を保っていなければならず、そのため一方は常に他方が国家の福祉と基本憲法を無視しようとする場合にはそれを阻止する権利をもっていなければならない⁽⁹⁵⁾。ユステイの理論によれば、執行権力

が国王の手に、立法権力が国民もしくはその代表者の手にゆだねられ、貴族には積極的な参与が阻止を通じての立法への参与権と裁判権とが帰属するというように、三権を構成している基本憲法が最も賢明で、最も幸福な憲法である⁽⁹⁶⁾。したがってそのような状態にあるイギリスの基本憲法が最もすぐれたモデルである⁽⁹⁷⁾。最高権力分割の原理はシャイデマンテル (Scheidemantel) によっても主張された⁽⁹⁸⁾。シャイデマンテルによれば客観的意味における最高権力は不可欠であるが、しかし、それは複数の主体によって行使されることができ、最高権力への参与者がその権利を合法的に行使する場合には、この主観的分割は最高権力の本質に反しない。ただし、権力分立を肯定する著述において同時に国家権力の統一性と不可分性が維持され、強調されていることがユニークである。シャイデマンテルによれば、主観的分割にもかかわらず最高権力は一つのみであり⁽⁹⁹⁾、マルティニによれば混合政体は最高権力の単一・不可分性と矛盾するものでない⁽¹⁰⁰⁾。

一八世紀の中葉以来、代表の原理もまた強調されるようになった⁽¹⁰¹⁾。既に一七世紀の前半に、或いはそれ以前に、帝国諸侯を国民の代表者として捉える理論は存在した。しかし、この理論は、政治的現実に鑑みて、帝国諸侯の国民代表としての性格を否定し、帝国国民 (Reichsvolk) の概念を帝国諸侯の総体という意味においてのみ用いる理論によってとって代えられた⁽¹⁰²⁾。その後も代表の思想は主張されたが、この思想は君主による国民の代表に盡きっていた⁽¹⁰³⁾。

J. J. モーザーとピユッターが国民代表としての領邦議会 (Landstände) の意義を再発見し、高く評価したのはモンテスキューの影響によるものと思われる⁽¹⁰⁴⁾。モーザーにとっては領邦議会はよき政府の前提、領邦君主の絶対主義に対する最後の防塞及び領邦の代表者と考えられた⁽¹⁰⁵⁾。モンテスキューによって強く影響されていたピユッターも領邦議会を領邦全体の臣民全体の代表者と見ており、領邦議会が或る意味で共同統治権を有すると述べている⁽¹⁰⁶⁾。ピユッターは領邦議会を帝国議会と似ていると述べ、更に、イギリス議会をも似ているとした⁽¹⁰⁷⁾。しかし、ピユッター

にとつても未だこのような領邦議会の設置・維持は一般憲法学の要求ではなかったことが注意されなければならない。¹⁰¹⁾

最後に、国家目的としての公共の福祉の原理も挙げられなければならない。この時代においても公共の福祉は憲法の基礎と考えられており、例えばクライトマイヤー (Kreitzmayr) によつて一般憲法学の第一原理としてさえ主張された。¹⁰²⁾ しかし、この点に關してもアクセントの移動が認められる。¹⁰³⁾ 第一に、この原理は権力正当化や権力強化の機能を果たすよりはより多く権力を制限し、義務づける機能を果たすようになった。第二に、福祉は安全と同一視されるようになり (例えばマルティニにおいて) ¹⁰⁴⁾、或いは福祉のための活動に対しては強制権力が否定された (例えばピュッターにおいて) ¹⁰⁵⁾。しかし、また、このような消極的な態度にもかかわらず相変わらず福祉原理を法原理として把握する理論、即ち、福祉と法とを相容れない対立として捉えない理論が維持されたことが注意されなければならない。¹⁰⁶⁾

上述した、当時一般憲法学の諸原理と主張されていた諸原則・諸原理が実定ドイツ憲法においても重要な意味をもっていたということは、特に当時のドイツ憲法学の第一人者であつたピュッターが一般憲法学の諸原則を高く評価し、実定ドイツ憲法の論究においてしばしばこれら諸原則を援用していたということから説明される。¹⁰⁷⁾ 方法論の面でもピュッターは或る論文のなかで一般的原則が法律学、とりわけ憲法学にとつて不可欠であることを強調している。ピュッターは、自然がすべての人間に教える法原則、すべての健全な人間悟性にとつて自明の法原則、或いは、事物の本性のなかにある正義、などをこのような原則として捉えた。¹⁰⁸⁾

ピュッターがこのような一般的原則の内容として考えたり、主張していたものについて、ここで一々論ずることはできない。決定的なことは、ピュッターが社会契約思想をこれらの一般的原則の基礎においていたこと、¹⁰⁹⁾ 及びそれらに権力制限的機能をもたせていたことである。¹¹⁰⁾ 彼の基本的傾向は次の命題にうまく表現されている。『イギリ

ス人が自由と財産を不可侵の神聖な物と考えているとすれば、他のあらゆる国においても同じように語られることができる。¹¹¹⁾

しかし、ピュッターは絶対主義に好意的な態度を完全には放棄しなかつた。ピュッターにとつては、一般憲法学の正しい原則から見れば、全体の維持と個々の部分とが衝突する場合には後者が譲歩しなければならぬということ¹¹²⁾と、或いは、そのかぎりにおいて最高権力が疑いもなく優先されなければならないということ、全体の共通の福祉と衝突する場合には個々の部分が退かなければならないということは自明のことであつた。¹¹³⁾

このような理論が当時の状況のなかで言んだ機能を確定するためには、更に、ピュッターと同じ基盤に立ちつつ、しかしフランス革命の影響のもとでその著作を公刊した二人の憲法学者が考慮に入れられる必要がある。フランス革命の影響は憲法学においても重点の移動をもたらした。そのことは移行期の著作たるシュレットツァー (Schlötzner) とハーベルリン (Habertin) の著作に認められる。一七九三年に刊行された「一般憲法学と国家憲法論」においてシュレットツァーはとりわけ公共に重要な役割をもたせようとした。¹¹⁴⁾ 即ち、シュレットツァーは、第一に、一般憲法学の要求として、自己の命令の理由を明示し、自己の統治と租税について報告をする義務を支配者に対して課し、¹¹⁵⁾ 第二に、公共体の福祉について語り、政府の措置を審査し、欠点を探り出し、改善の提案をする権利 (それどころか義務) を国民に対して認め、¹¹⁶⁾ 第三に、混合政体を勧告するにあつて国民のためには選挙による議会と公論と呼ばれる自由な議会とを併置した。¹¹⁷⁾ シュレットツァーによる公論もしくは公衆の国民としての高い評価は別の機能をも営んだ。即ち、非制度的なものである公衆が制度的なものとしての選挙による議会の代替物としての役割を営むことができ、そのため、国民は制度的なものとしての選挙による議会の不存在にも満足することができるということになる。シュレットツァーは、確かに、選挙による議会の設置とその適切な組織を望んだのであるが、この希望には迫力が欠けており、あまり反響を見出さなかつた。¹¹⁸⁾ ハーベルリンもまた、その「ドイツ憲法ハンドブック」

において一般憲法学の必要性と効用とを一層強調し、社会契約思想、国民主権論及び自然的自由を一層強く主張したが、しかし、ヘーベルリンはこれらの諸原則が当時の神聖ローマ帝国の統治体制のなかに実現されていると考えた。彼も国民の選挙された代表の方向に帝国議会や領邦が改革されることを要求したが、しかし、帝国議会や領邦議会に議席を現に有する者から議席を剥奪することは不正であると主張することによって、自分の要求を制限した。それに代わるものとして、ヘーベルリンもまた、公衆に対して毎年領邦の一般的国庫の管理や領邦議会・その委員会の審議に関して報告が行われることを要求した。

一八世紀後半のドイツ憲法学はこのような方法で、全体として見て、一般憲法学の諸原則を発展させ、それらを憲法問題の解決にあたっての基準として用いた。ドイツ憲法学は一般憲法学の観点のもとで実定憲法を叙述し、解釈した。その場合、ドイツ憲法学は実定憲法上の諸制度を一般憲法学の基本概念に対応させた。いわゆる基本法が社会契約と同一化され、選帝候による皇帝の選挙が国民主権原理と同一化され、帝国議会と領邦議会は国民代表と同一化され、帝国裁判所は自由と同一化された。このような同一化は二つの機能を営んだ。第一にそれは実定法上の諸制度に新たな立憲主義的なインパルスを与え、その立憲主義的な機能を強めた。更に、それは国民に対して立憲主義思想のための具体的な教材を与え、国民に立憲主義思想を身近かなものとして受取らせるのに役立った。しかし、第二にこのような同一化は国民をして基本的に実定法上の諸制度の現状で満足させてしまい、それら諸制度の根本的変更への強い熱望を国民から奪ってしまい、そのかぎりにおいて、神聖ローマ帝国と領邦国家の実定憲法上の諸制度の時代に適合した一層の転換を妨げてしまった。

一九世紀初頭における実定憲法上の諸制度及び憲法学の転換を促す直接の要因はナポレオンのドイツ占領とそれに続く出来事であった(もつとも、転換のための思想的基礎は既にルソーによつて与えられていたのであるが)。神聖ローマ帝国の解体、ドイツ同盟の設立、幾つかのドイツ諸国における近代的憲法の制定などによつて全く新たな憲法状況が生じた。学問的雰囲気も変化した。歴史的・有機体的・経験的思考傾向の登場は自然法論の一部もしくは適用として一般憲法学をも困難な状況に追い込んだ。今や、自然法的・立憲主義的な立場に立たない一般憲法学の主張者が登場しただけでなく、一般憲法学の敵対者すら現れた。それにもかかわらず、およそ一九世紀中葉ぐらいまでは自然法的一般憲法学は政治学や憲法学にその影響を及ぼしつつづけることができた。このことは、一方で、一九世紀前半の一般憲法学の第一人者であったロテック(Rotteck)が及ぼした政治的影響力が示しており、他方では、自然法的社会契約思想の基礎の上に立っていたクリューバー(Krüger)の憲法学上の重要な地位が示している。

この時期において一般憲法学が果たした決定的貢献は、基本的に見て、公的なものの原理と領域の強化と拡張にあったといえることができる。シュミットヘンナー(Schmitt-Henner)が最も重要な積極的転換が公的制度の体系としての国家の登場にあったとしているものは、この意味においては正当である。

公的なものは種々の分野において、また、様々な形態において登場した。先ず、領邦高権或いは国家権力の公的権力としての性格が確認された。神聖ローマ帝国の解体がそのための現実的な推進要因となった。権力を公的権力たらしめる理念的原因、即ち権力がもつばらずすべての人のために行使され、すべての人によつて正当化されなければ

ばならないという確信は既に社会契約思想によって与えられていた。¹⁴¹⁾しかし、一八世紀末以来、ルソーの影響のもとに、とりわけ、権力のすべての人による正当化の要素が強く打ち出されるにいたり、そのことによって全体としての公的なものがそれまでより一層強く強調されるようになった。エッペン(Eppelen)にとっては国家憲法の法的根柢のなかでは一般意思もしくはすべての人による明示もしくは黙示の承認のほうに国家権力のもとにおける共同体の状態に入るようにという理性の命令よりはるかに重要なものであった。¹⁴²⁾ロテックは、真の総体意思の完全解放の原理¹⁴³⁾、したがって、国民のなかのすべての理性的で正しい人の判断と投票の原理こそが公法の真の守護神であるとした。¹⁴⁴⁾

この観点(即ち、すべての人によって承認され、それゆえに公的なものである権力としての国家権力)のもとでは、国家権力と財産権との違いが強調された。エッペンは、領邦高権を領邦に対する高権とする見方を否定し、それを人間に対する高権として解釈した。¹⁴⁵⁾ロテックは、国家の本質は、完全性において劣ることがあるとしても土地所有権と領土がなくとも成立することができる、とさえ主張した。¹⁴⁶⁾この点では、ロテックが土地所有者のみが社会契約に参加したとする比較的支持者の多い見解を否定したことが注目されるべきである。¹⁴⁷⁾また、公的秩序としての近代国家の性格に対応した国民代表を要求したシュタル(Stahl)が所有権をもって政治活動の基礎としたが、しかし、所有権それ自体ではなくて、人格の始源的権利として解釈しなおされた所有権をもって政治活動の基礎としたということが注目されるべきである。¹⁴⁸⁾

この観点から一般憲法学は社会契約としての憲法が国民によってもしくは国民の参与のもとに制定されなければならないということを要求した。このことはJ・シュメルチング(Schmelzing)が最も明瞭に主張した。シュメルチングによれば、一般的・自然的憲法学は(君主政においては)憲法典が君主と国民とによって共同してつくられている場合にのみ法的に有効なものとなる代表制的憲法を要求する。¹⁴⁹⁾彼によれば、¹⁵⁰⁾国家憲法典は国民又はその代

表の合同した意思と一時の君主との共同合意の結果でのみあり得る。¹⁵¹⁾また、¹⁵²⁾提案された憲法典が国民によっても承認されることが必要である。¹⁵³⁾ロテックはあらゆる憲法及び憲法変更の法的起源を、法律、しかも、単に憲法によって構成された権力によって制定されるだけではなくて理念的に国民全体から直接発源している法律に求めること¹⁵⁴⁾が最も自然で、最も適切であるとしている。¹⁵⁵⁾

一般憲法学は更に、すべての人によって正当化され、それゆえ公的なものである権力として国家権力を捉える立場から、すべての人が憲法制定に参加するだけでなく、ノーマルな状態における国家権力の行使にも参加することを要求した。この点に関する一般憲法学の功績は代表制憲法の理念と立憲主義の理念の促進と定着である。したがって、G・イェリネック(Jellinek)がこの時期の一般憲法学を立憲主義的一般憲法学と呼んでいるのは正当である。¹⁵⁶⁾

一般憲法学を信奉する立憲主義者は二正面作戦を展開した。即ち、一方では、君主によって国家・国民が排他的に代表されるとする観点からか、もしくはは社会の身分制的編成という観点からか、君主以外の主体による総体意思と総体利益の代表の思想を否定する保守主義者に対する闘いを展開し、他方では社会契約から出発するけれども、まさに社会契約を媒介として国民のすべての権力を君主に吸収させてしまい、且つ、統治活動、行政活動の完全化によって議会を通じての国民の共同決定もしくは自己決定を不必要なものとするか、もしくは、国民から選ばれた代表に単なる諮問機関としての機能しか認めようとしなない啓蒙主義的・官治主義者に対する闘いを展開した。¹⁵⁷⁾立憲主義の意味における一般憲法学の信奉者は社会契約論から出発したことに忠実でありつづけ、個人の不可譲の政治的権利の実現を意図し、また、国民から選ばれ、国民を代表する代表を要求した。¹⁵⁸⁾J・L・クリューパーは成文文書として、且つ、契約の方法で確定された共同体の秩序を求め、国家構成員の憲法上の市民的法的平等を求め、一般的国民代表・良心の自由・理性的プレスの自由・世論の尊重などを通じての両者の維持を求める、当時の時代の

支配的政治的性格を正しく認識して、議会における議席は、その目的から見て、選挙権を有する市民の選挙を通じてのみ獲得されるべきである、と主張した。⁽¹⁰⁾ クリューバーによれば、国民代表が国民から直接発源しなければならぬということ、したがって、とりわけ「臣民のなかの最大多数にして最も不可欠の階層、したがって国家の主要構成要素たる、自由な農民身分」が国民代表の選挙から排除されてはならないということは、国民代表の本性に根ざしている。⁽¹¹⁾ 彼によれば、国民代表はその形態と行動において一般意思の特徴を帯びており、政治的統一体としての国民の共同目的のための代表者である。⁽¹²⁾ J. Chr. Frhr. v. Arlethin (Arlethin) によれば、君主が社会契約によって服する義務は重要な統治事項については国民から選ばれた代表議会の承認を受けるという決定的な譲歩を含んでおり、この代表議会は国民の地域的多様性や身分的多様性を化体するものではなく、むしろその真の総体意思を化体するものである。⁽¹³⁾ 立憲主義的制度、とりわけ国民代表制を理性的憲法の実践的承認として捉えたロテックが要求した議会というものは、「国家社会へと統一された国民全体、即ち、完全な市民たる国籍所有者の全体を表現する委員会、しかも単に、実定的な確定もしくは法的擬制によってではなく、本性と真理によって表現する委員会であって、政府に対してこの国民を代表することを任務とし、即ち、このような相互関係において国民に帰属する権利、或いは、そもそも政府権力の設立に際して国民自身のために留保されたか留保されるべき権利の行使を授権されている委員会である」。⁽¹⁴⁾

国民代表という性格にもとづいて、代表者の指令による拘束が否定された。⁽¹⁵⁾ しかし、代表者の意見と国民の意見、即ち世論との同一性を保障するために議会活動の公開が要求された。⁽¹⁶⁾ この点では、裁判に関しても国民の参加（陪審制）と裁判所の審理の公開が要求されたことも注目される。⁽¹⁷⁾ 立憲主義の意味における一般憲法学の多くの信奉者によって国民代表議会の法律発案権も要求されたということも注目し得る。⁽¹⁸⁾

ところで、国民代表の形成方法に関して、とりわけ社会的身分ごとにすべきか選挙区ごとにすべきか、について一般憲法学的・立憲主義的傾向の内部において意見の相違があったにもかかわらず、殆んどすべての論者によって君主が国民の一般意思の統合の中心として承認されていたことが非常に奇異に思われる。⁽¹⁹⁾ ヴィーン最終議定書五七条によってそうせざるをえない面もあった。⁽²⁰⁾ しかし、それは或る程度までは、この傾向の信奉者によって国家権力の統一性が余りにも重視されていたこと、逆に、国民による統一的な総体意思の自律的形成が余り信用されていなかったことによる面もあった。⁽²¹⁾ 例えば、アレティンは、社会は社会に内在する党派の争いを自分の力で、選挙された代表によってなくしてしまうことはできないと考えた。社会は立憲主義的君主政の精神を必要とし、この精神が国家権力に公的生活のすべての対象の上に及び、すべての党派を法的軌道に乗せ、且つ、特定党派のためではなくて全国民の一般的善のために活動することを通じてあらゆる党派の抵抗を不可能にするのに必要な力を与えることができる。アレティンは考えた。ロテックもまた、理念的総体意思は二つの機関、即ち、自然的機関（＝国民もしくは議会の多数）と人為的機関（＝君主もしくは政府）とをもつものとし、且つ、この二つの機関を同権同格のものとして対抗する関係においた。⁽²²⁾

このようにして一九世紀前半の憲法学においても国家における人格の二元性もしくは二つの人格が承認され、確信された。S. ヨルダン (Jordan) によれば、国家契約の二つの当事者は契約締結後もその人格を失つことはなく、国民は道徳的人格として君主に対峙するものであった。⁽²³⁾ ロテックによれば、「国家」という理念的総体人格の内部に「相互に本質的に異った、相互に影響を及ぼし合いながら対峙する二つの人格が成立する」。⁽²⁴⁾ ロテックによれば、現実の国民の総体を代表しもしくはその権利を行使する一定の人々はこの全体から区別される。「全体に対するこのような人々の働きかけは、したがって、自分自身に対する働きかけ、もしくは自己自身の構成員に対する働きかけではなく、他の人格、即ち、分離された法基盤に立っている人格に対する働きかけである」。⁽²⁵⁾ ロテックは、真の総体意思の支配は権力が種々の人格の間で分割されることによって実現され得るのであって、二つの人格

の同一化、もしくは、一つの人格が他の人格を制圧することは議會制的憲法の死を意味すると確信していた。⁽⁸⁾

このような人格の二元性は前述の国家権力の統一性という前提と矛盾するものではなく、むしろ、両者が国民自身による総体意思の自律的形成に対する信頼の欠如という共通の根源から発しているという点では、両者の間には相互作用の関係があった。

公的なものは、その内容的ディメンジョンにおいては、すべての人のための配慮というモーメントとすべての人による正当化というモーメントとを含んでいる。この二つのモーメントの両方ともが一般憲法学を信奉する立憲主義者によって強調され、実現へむけて推進された。しかし、公的なものは態様のディメンジョンにおいては統一性の要素と多様性の要素とをそのなかに含んでいる。即ち、公的なものはすべての人のための配慮というモーメントを含んでいるがゆえに、それは原則として統一的に作用しなければならず、また、公的なものはすべての人による正当化というモーメントを含んでいるがゆえに、それは多元的に実現されなければならない。統一のモーメントはいわば課されたものであり、多元的な努力の結果として実現されるべきものである。⁽⁹⁾ この統一実現には二つの「人格」だけが参加すべきではなくて、多くのファクターが参加すべきである。

一般憲法学に立脚していた、一九世紀前半の憲法学は、君主の優位の強調によって統一のモーメントを既に始めから存在するものへと硬直化させてしまった。それは国家における人格の二元性の強調によって多元性のモーメントを縮減してしまった。ドイツ憲法学に伝統的なこの思考方法、ドイツ憲法学の歴史を赤い糸のように貫いているこの思考方法は、一九世紀前半においては、公的なものの領域における権利保護の縮減をもたらしたし、また、議會主義の一定程度までの進展に対する立憲主義的の一般憲法学の貢献は高く評価されなければならないとしても、しかし、議會主義の一層の進展には役立たなかったことも重視されなければならない。しかしながら、ドイツの憲法学にとっては、この一九世紀前半の憲法学がゲルバー (Gerber) やラバント (Laband) の憲法学、即ち、自然

法思想や社会契約思想を否定しただけではなくて、国家の自己完結的な人格を憲法学の体系の出発点・中心とする憲法学にまつまつて代わられたことのほうが、一層重要なことであった。

注

- (1) J. J. Shumaugens Academische Reden und Vorlesungen über das teutsche Staatsrecht, hrsg. von J. A. Heldman, 1766, Vorrede.
- (2) AaO, Vorrede.
- (3) Vgl. L. Goldschmidt, Rechtsstudium und Prüfungsordnung, 1887, S. 139.
- (4) Vgl. z. B. J. C. Krause, Abhandlungen aus dem deutschen Staatsrechte, 1779, S. 62 ff.
- (5) Vgl. z. B. H. Schütze, Über Prinzip, Methode und System des deutschen Staatsrechts, Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1 (1867), S. 435.
シトルシトロイホレはケイン憲法学も疑いもなく一定の一般的な基本概念を必要とするのであり、それなくして是定憲法の学問的理解はそもそも不可能である。シトルシトロイホレは、国家概念それ自身、目的、法的根拠、国家権力、国家権力の作用と限界、種々の国家形体に關する論究が当然に一般憲法学の任務である。
- (6) A. F. Schott, Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie, 1780, S. 37 f. Vgl. ferner A. F. J. Thibau, Juristische Encyclopädie und Methodologie, 1797, S. 25.
- (7) 邦語で記述した G. J. Wedekind による一般憲法学の難題を記述した論文。
- (8) D. Nettelblatt, Hallische Beyträge zu der juristischen Gelehrten-Historie, Bd. 2, 1758, S. 57 und S. 61.
- (9) Vgl. A. R. v. Wretschko, Die Geschichte der Juristischen Fakultät an der Universität Innsbruck 1671-1904, S. 15.
- (10) Vgl. F. Frensdorff, Die ersten Jahrzehnte des staatsrechtlichen Studiums in Göttingen, 1887, S. 5. 後に述べるように

- 〈ンハル (Achenwall) も一般憲法学の講義を行った。
- (11) Vgl. Carl Prantl, Geschichte der Ludwig-Maximilians-Universität in Ingolstadt, Landshut, München, Bd. 1, 1872, S. 584 ff.
- (12) Vgl. W. E. Wahlberg, Gesammelte Kleinere Schriften, Bd. 2, 1877, S. 23 f. Ferner vgl. R. Kink, Geschichte der Kaiserlichen Universität zu Wien, Bd. 1, Teil 2, 1854, S. 273 ff. ヴェーン大学での一般憲法学の最初の講義はグーデー (Boehmer) の *Introductio in Jus Publicum Universale* (1710) をテキストとしてボクリス (Boeris) にちって行われた。
- (13) Vgl. J. C. Krause, aao, S. 67, 62; P. A. Frank, Grundbetrachtungen in Anwendung auf Teutschland, 1784, S. 53 f.; J. J. Moser, Teutschland und dessen Staats-Verfassung überhaupt, 1766, S. 527.
- (14) Vgl. D. Nettelbladt, Erörterungen einiger einzelner Lehren des teutschen Staatsrechts, 1773, S. 21 ff.
- (15) C. Gareis, Allgemeines Staatsrecht, 1883, S. 17.
- (16) 全国家諸科学への入門としての一般国家学の講義は既に一九世紀前半にも例えばフライブルク大学 (ロテックとフス) 及びウエルツブルク (ヘール) によって行われていた。
- (17) R. Schmidt が「の転換を行った」。
- (18) ちゅうじの学期に初めて社会学の講義も講義要覧に登場したことが注目される。ハイデルベルク大学で初めて一般国家学の講義を行ったのはブルンチュリ (Bluntschli) であった。ブルンチュリは彼の著作「一般憲法学」の第五版 (一八七五) のタイトルを「一般国家学」に改め、その内容を一般国家学と一般憲法学とに分け、それらに更に政治学をつけ加えた。これら三つの部分は「国家に関する理論」に統合された。
- (19) ハイデルベルク大学で「一般国家学」の単独の講義を行い始めたのは G. イエリネックであった。
- (20) ヘルリン大学では、一八九九年から一九〇〇年にかけての冬学期に「一般国家学」の講義が講義要覧に登場し、しかも「政治学と一般憲法学」という副題を伴って登場した。ヘルリン大学では、それ以前には「一般憲法学」単独の講義は殆んど行われたことはなかった。ただ九〇年代の何回かの夏学期に H. プロイス (Preußig) が「政治学」もしくは

(名城 '03) 52 - 2・3 - 60

「法哲学」と結びつけて「一般憲法学」の講義を行った。しかし、一九一五年から一六年にかけての冬学期に H. トリーベル (Triepe) が「一般憲法学と国家学」の講義を行ったことがあり、また、一九二二年から二三年にかけての冬学期以来 R. スメント (Sment) も「のタイトル」の講義を予告していた。

ゲッティンゲン大学では既に一九世紀の二〇年代以降「一般憲法学」の講義が段々減少し、一九世紀中葉以降は殆ど行われなくなった。一九一四年の夏学期に初めて「一般国家学」の講義が行われ、それ以降徐々に規則的に行われるようになった。

ヴィーン大学では「一般憲法学」単独の講義は若干の中断はあったが、一八九一年の夏学期まで続いた。その後は「一般憲法学」はオーストリア憲法の講義の付属物となった。一九一一年から一九二二年にかけての冬学期以来、「一般国家学」の講義が規則的に行われるようになった (最初はケルゼンによって行われ、ついでメンツェル、ヴィットマイヤー、メルクルによっても行われた)。

チュービンゲン大学においては一九世紀の三〇年代、四〇年代にはモール (Mohr) によって「国家学通論」の講義が行われていた。八〇年代以降になって初めて「政治学」と結びついた「一般憲法学」の講義が行われた (マルティッツ、次いでヨリー)。一九〇二年から〇三年にかけての冬学期以降には H. トリーベルが「一般憲法学と国家学」というタイトルの講義を行った。E. ルック (Ruck) が一九一〇年から一一年にかけての冬学期に、また、R. スメントが一九一一年から一二年にかけての冬学期に「一般憲法学」単独の講義を行ったが、その後はスメントは「一般国家学」の講義を予告していた。しかし、一九一九年の夏学期以降に始めてこの講義は規則的に行われるようになった。

ミュンヘン大学では、ディロッフ (Dyloff) が一九〇九年の夏学期以降「一般憲法学及び国家の一般社会学理論と政治学」という講義を行っていたが、一九一八年夏学期には「一般国家学、一般憲法学および政治学」と名称変更をした。一九二六年の夏学期には、H. ナヴィアスキー (Nawiascky) は一九二〇年以來行ってきた「一般憲法学」の講義を「一般国家学」と名称変更をした。なお、ローテンバウアー (Rothenbacher) は既に一九一三年の夏学期以降「一般憲法学と政治学」というタイトルの講義を行っていた。

(21) 例えば R. v. モールや O. v. ギールケ (Gerke) がそうであった。それについては K. Plog, Die Krise der

52 - 2・3 - 61 (名城 '03)

- Allgemeinen Staatslehre in der Wissenschaftsgeschichte der Politik. Diss. Hamburg, 1969, S. 105 ff., 132 ff. 参照²⁾
- (22) 例えば、J. ボルンハーク (Bornhak) や R. ヴァトヌス (Gneist) がその例である。それらについては K. Plog, aao, S. 140 f. 及び C. Schmitt, Das "Allgemeine Deutsche Staatsrecht" als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 100 (1940), S. 16. 参照²⁾
- (23) Vgl. C. Bornhak, Allgemeine Staatslehre, 1896, S. 8.
- (24) K. Plog, aao, S. 137.
- (25) Vgl. dazu z. B. R. Stintzing-E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, . Abteilung, 1884 (1957), S. 34 ff.: "Der Einfluß des Bodin war es, welcher den principiellen und fundamentalen Fragen des Reichsstaatsrechts ihre wissenschaftliche Formulierung gab" (S. 38). Vgl. ferner O. v. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. , 1913 (1954), S. 213 ff.; F. H. Schubert, Die deutschen Reichstage in der Staatslehre der frühen Neuzeit, 1966, S. 346, 376, 377, 379. Zu dem allgemeinen Problem des Einflusses westlicher Theorien auf die deutsche Wissenschaft vgl. H. Maier, Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition, 1966, und neuerdings U. Scheuner, Einleitung zu Althusius-Bibliographie, Bd. , 1973, S. XX ff.

(26) Vgl. O. v. Gierke, aao, S. 209 ff.

(27) Vgl. O. v. Gierke, ebd., S. 216; R. Hoke, Die Reichsstaatsrechtslehre des Johannes Linnaeus, 1968, S. 65 ff.; J. Sauter, Die Entwicklung der abendländischen Staatsidee, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 27 (1933/34), S. 73 ff.; F. H. Schubert, Volkssouveränität und Heiliges Römisches Reich, Historische Zeitschrift 213 (1971), S. 91 ff.

(28) Vgl. R. Hoke, aao, S. 2 ff.; O. v. Gierke, aao, S. 216 ff.

(29) 一七世紀末までは大学の講義では私法だけが考慮されていた。神聖ローマ帝国の憲法の体系的、学問的論究の最初の試みたる『一四六〇年のレ・マンヌロー (Andlau) の憲法』一世紀半以上は法廷で用いられなごままであった。憲法学の素材は講義においても論文においても取扱われていたが、確固たる理論と体系とが欠如していた。一七世紀初頭以来、憲法は大学の講義においても論文においても独立した地位を占めるようになった。レナウ大学でマルメウス

- (Armaeus) などの講義は同じ憲法 (ius publicum) を取扱いつ、チューリッゲン大学で Chr. ベッセル (Besold) が同じような活動を行った。ベッセルは一七三六年インツール・シントタール大学の新設の憲法 (ius publicum) 講座に招聘された。一七六六年に憲法に関する最初のハンドブックたるタニエル・オット (Otto) の De iure publico Rom. Imp. が刊行された。これは後にアルメウス (Armaeus) の講義と並んで Discursus academici de iure publico, Vol. 1 5, 1616 1623 に収録された。憲法学の初期の史料については、Stintzing E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Abteilung, 1880 (1957), S. 663 ff.; R. Hoke, aao, S. 21 ff.; N. Hammerstein, Jus und Historie, 1972, S. 94 ff. 参照²⁾
- (30) 上の要旨については F. H. Schubert, aao, S. 182, 282. 参照²⁾ 神聖ローマ帝国の憲法学を論じたのは、帝国全体のなかでの血口の権利を明確に規定しようとしたのは、領邦国家の憲法学を論じたのは、一七世紀後半の要旨に一致する。参照²⁾
- (31) Vgl. zu Armaeus Stintzing-Landsberg, aao (s. Anm. 29), I. Abteilung, S. 670; zu Linnaeus Stintzing-Landsberg, aao (s. Anm. 25). . Abteilung, S. 43.
- (32) Vgl. R. Hoke, aao (s. Anm. 27), S. 39.
- (33) Vgl. R. Hoke, ebd., S. 137.
- (34) Vgl. dazu R. Hoke, ebd., S. 98 ff.; G. Henkel, Untersuchungen zur Rezeption des Souveränitätsbegriffs durch die deutsche Staatstheorie in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, Diss. iur. Marburg, 1967, S. 77 ff.
- (35) majestas personalis の意味の維持は、その間に、個人に属する、或る個人にのみ認められるべき、majestas personalis を維持することを意味する。彼の著作には、その著者が、領邦国家の憲法学を論じたのは、その間に、個人に属する、或る個人にのみ認められるべき、majestas personalis ではなく、個人に属する、領邦国家の憲法学を論じたのは、その間に、個人に属する、或る個人にのみ認められるべき、majestas personalis ではない。参照²⁾
- (36) Vgl. R. Hoke, aao, S. 137 ff.

- (37) Vgl. R. Hoke, ebd., S. 152 ff.; Stintzing, *Landsberg*, aaO, . Abteilung, S. 35 ff.
- (38) Vgl. R. Hoke, ebd., S. 115 ff. *ローレンキンナの國家權* (Lorenz H. Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre* (Polizeiwissenschaft), 1966, S. 160 ff.
- (39) Vgl. R. Hoke, ebd., S. 169.
- (40) Vgl. R. Hoke, ebd., S. 171 ff.; J. Sauter, aaO, S. 321 ff.
- (41) Vgl. R. Hoke, aaO, S. 175 ff.
- (42) 國家としての共同体的な共同の國家が majestas realis であるとする理論は、この帝國諸侯としての領邦君主の權力が強化されたところのローレンキンナ憲法思想の特徴をみれば示すところである。ローレンキンナ憲法思想における自由と權威との結合の中心として L. Krieger, *The German Idea of Freedom*, 1957, p.5 - 6. 參照。
- (43) Vgl. O. v. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 1929 (1958), S. 176 (*グロチウスの Althusius による*)。シャールプランクは、ホップスビー一般憲法論を特に論じた最初の人間であるところのローレンキンナ憲法思想の重要な特徴をみれば示すところである。この素材をみれば示すところ (E. Reibstein, *Volksouveränität und Freiheitsrechte*, Bd. 1, 1972, S. 207)。
- (44) Vgl. O. v. Gierke, aaO, S. 172 f.
- (45) 一六三五年に刊行されたグロチウスの著作の副題、即ち *De Jure Belli ac Pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicanter* が本稿のキーワードとして重要である。グロチウスは自然法と國際法とを公法論として、段々と一般憲法論として独立するところになったが、しかし、絶対主義の全期間を通じてその確固たる自然法的基础をもちつて國際法的重要性をもちつていたところであった (E. Reibstein, *Volksouveränität und Freiheitsrechte*, Bd. 1, 1972, S. 207)。
- (46) Vgl. O. v. Gierke, aaO, S. 183.
- (47) ハーミンタインにみれば、アルジュスやソルトによる公法の自然法的説明の試みは最初は特別の追隨者を見出さないうちであった。マクリティウスを除けば誰も自然法が公法を構成する原理のなかの第一原理であるとは主張しなかったと述べている (N. Hammerstein, aaO, S. 96)。
- (48) ハーミンタインの國家權・國家權の概念 E. Reibstein, *Volksouveränität und Freiheitsrechte*, Bd. 2, 1972, S. 85 ff. 參照。ハーミンタインの persona moralis として J. Sauter, aaO, S. 207 ff.; W. Zauber, *Die Staatsperson Pufendorfs in Lichte der neuen Staatslehre*, AöR 30 (1939), S. 33 ff.; H. Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, in: *Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag*, 1962, S. 29. 參照。オットー H. Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf*, 1972, S. 160 ff.
- (49) Vgl. O. v. Gierke, aaO, S. 181 ff.; J. Sauter, aaO, S. 326 f.
- (50) Vgl. z. B. O. v. Gierke, ebd., S. 184 f.; ders., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. , 1913 (1954), S. 465 ff. (*グロチウスの Genossenschaftsrecht による*)
- (51) Vgl. z. B. O. v. Gierke, Althusius, S. 185 f.; O. v. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, Bd. 457 f.
- (52) Vgl. O. v. Gierke, Althusius, S. 88 f.; ders., *Genossenschaftsrecht*, Bd. , S. 462 ff.
- (53) Vgl. O. v. Gierke, Althusius, S. 181. *この概念の中心は州憲法としてのローレンキンナ (Huber) による* (*De jure civitatis*, 1713)。
- (54) *Genossenschaftsrecht*, Bd. , S. 477 f. 參照。
- (55) Vgl. O. v. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, Bd. , S. 222 f.
- (56) Vgl. O. v. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, Bd. , S. 477, Anm. 118.
- (57) Vgl. O. v. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, Bd. , S. 223 ff.; J. Sauter, aaO, S. 327 ff.
- (58) J. K. Spener, *Teutsches Jus Publicum*, 1723, S. 6, 9, 74.

- (59) J. K. Spener, ebd., S. 13.
- (60) J. K. Spener, ebd., S. 12, 13, 361 ff.
- (19) J. K. Spener, ebd., S. 75.
- (62) J. K. Spener, ebd., S. 83.
- (63) Vgl. J. Sauter, aaO, S. 212 f.
- (64) Vgl. O. v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. , S. 459 ff. キールに於けるフーバーの権利主体を認めつつ、ローバーは國家人格及び配属人格を同一にしたが、こゝから「國臣が"jus personae retinet"及び"universitas"に於けるローバーは強權だ」(S. 460)。
- (65) Vgl. z. B. O. v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. , S. 462 f., 482; J. F. X. v. Eppelen, 'Über das Prinzip der deutschen Territorialverfassung', 1803, S. 2, 171; P. Rathjen, Die Publicisten des 18. Jahrhunderts und ihre Auffassung vom Begriff des Staatsrechts. Diss. iur. Kiel, 1968, S. 39.
- (69) Vgl. z. B. J. S. Pütter, Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte, Teil. 1, 1777, S. 193; A. W. X. Frhr. v. Kreittmayr, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayerischen Staatsrechtes, 1769, S. 146, 149; vgl. ferner G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1922, S. 345 f.
- (67) Vgl. J. H. G. v. Justi, Die Natur und das Wesen der Staaten, 1760, S. 72.
- (68) Vgl. E. Schömb's, Das Staatsrecht Johann Jakob Mosers, 1968, S. 223 f., 251 ff.
- (69) Vgl. J. J. Moser, Compendium iuris publici Germanici, 1731, S. 449.
- (70) Vgl. z. B. J. J. Schmauß, Aeademische Reden und Vorlesungen über das teutsche Staatsrecht, 1766, S. 604.
- (71) D. Nettelbladt, Erörterungen einiger einzelner Lehren des deutschen Staatsrechts, 1773, S. 253; vgl. J. F. X. v. Eppelen, aaO, S. 89 ff.
- (72) J. F. X. v. Eppelen, aaO, S. 109 f. Vgl. ferner A. W. X. Frhr. v. Kreittmayr, aaO, S. 148.
- (73) 19世紀のドイツに於て P. Rathjen, aaO, S. 92; E. W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt von dem

- Anfingen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 1958, S. 53 f. ケンテンコフは「この思想傾向が正確に」述べたことを認める。即ち「身分制が國家の政治状況から生じた高権による凶暴を救済するに必要とされた。段々と血統法の特権を排するものになつて行つた憲法史のなかで存在して居た」。
- (74) Vgl. S. Jordan, Versuche über allgemeines Staatsrecht, 1828, S. 206, Anm. 3. L. v. シタマン (Stein) によつて「自由主義の歴史」を述べた。シタマンによつて「高権の概念は「自由」國臣のあらゆる既得権の全体を包摂するもの」であり「國家は自然法に屬する権利を回復するもの」であると述べて居る。P. Rathjen, aaO, S. 92 参照。
 - (75) ユーレンの哲學的憲法論は「この國家權力及び形式的無制限の君臣の要求權の根拠は「個人」の權利の研究と確定するに關するに於て」である。R. v. Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 1, 1855, S. 240 f. 参照。
 - (76) Vgl. Chr. Frhr. v. Wolff, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, 1754, S. 701, 704 f., 707 f.
 - (77) 「ドイツの憲法學はドイツの憲法論に於て」Chr. v. Unruh, Subjektiver Rechtsschutz und politische Freiheit in vorkonstitutionellen Staatslehre Deutschlands, 1969, S. 11 f. 参照。ウニルーによつて「一五七九年に刊行された「ドイツの憲法」(終極的憲法) (Der Grundriß einer guten Regierung) が「國家におけるすべての權力は常に國家權力の源泉である」として「國家が成立した」として「ユリウス」は「一八世紀最初の書物である」。モンテスキューの展開した原理をユレンの憲法論に適用したものであった最初の試みである」と述べて居る。H. Maier, aaO, S. 218 ff. を参照。
 - (78) Vgl. J. H. G. v. Justi, aaO, S. 306 f.
 - (79) Vgl. J. H. G. v. Justi, ebd., S. 73.
 - (80) Vgl. J. H. G. v. Justi, ebd., S. 73 ff.
 - (81) Vgl. J. H. G. v. Justi, ebd., S. 75 f.
 - (82) Vgl. J. H. G. v. Justi, ebd., S. 76 f. 國臣が權利を回復するものという思想は「シャーマン」にも見出される。シャーマン「シャーマン」の「國臣の根本權力は其団体の福祉を保障する力である」として「現存する」ことが必要となるという「この」活動は「その」活動である。H. G. Scheidemanter, Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der

憲 憲
 憲 憲
 憲 憲

(82) Regierungsgestaltung, 1775, S. 254, 255, 280, 281.
 (83) Vgl. H. G. Scheidemann, ebd., S. 248 ff.
 (84) Vgl. dazu W. Rüfner, Verwaltungsschutz in Preußen von 1749 bis 1842, 1962, S. 39; M. Hermann, Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16. 18. Jahrhunderts, 1968, S. 42 ff.; O. v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 1, S. 462 f.
 (85) J. H. G. v. Justi, aao, S. 258; vgl. auch H. G. Scheidemann, aao, S. 211, 215.
 (86) Frhr. v. Martini, Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts, Bd. 3, 1783, S. 41.
 (87) J. S. Pütter, aao, S. 354.
 (88) J. S. Pütter, ebd., S. 294.
 (89) Vgl. P. Rathjen, aao, S. 158 f., 162; W. Rüfner, aao, S. 40.
 (90) J. S. Pütter, aao, S. 355 f.
 (91) Vgl. J. H. G. v. Justi, aao, S. 94, 95
 (92) Vgl. J. Chr. Majer, Teutsche Staatskonstitution, Bd. 2, 1800, S. 543, S. 225, S. 318 (国家の組織の発展について)。
 (93) Vgl. z. B. O. v. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 1, S. 482.
 (94) J. H. G. v. Justi, ebd., S. 99.
 (95) J. H. G. v. Justi, ebd., S. 171.
 (96) J. H. G. v. Justi, ebd., S. 99, 171.
 (97) Vgl. H. G. Scheidemann, aao (s. Anm. 82), S. 389 f. (国家の組織の発展について)。
 (98) H. G. Scheidemann, ebd., S. 389, 390; vgl. ferner J. H. G. v. Justi, aao, S. 97.
 (99) Frhr. v. Martini, aao, S. 208.

一八世紀中葉から一九世紀中葉にいたるまでのドイツにおける一般憲法学の役割

(100) Vgl. O. v. Gierke, Althusius, S. 223.
 (101) Vgl. F. H. Schubert, aao, S. 67, 385, 401, 507, 508.
 (102) Vgl. O. v. Gierke, Althusius, S. 220; ferner H. v. Volkelni, Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des 18. Jahrhunderts, Historische Zeitschrift 105 (1910) S. 89 ff.
 (103) So für Pütter ausdrücklich R. Vierhaus, Montesquieu in Deutschland, in: Collegium philosophicum, Studien Joachim Ritter zum 60. Geburtstag, 1965, S. 427, 430; ferner O. v. Gierke, Althusius, S. 221.
 (104) Vgl. R. Rürup, Johann Jacob Moser, 1965, S. 199 ff.
 (105) Vgl. dazu H. Marx, Die juristische Methode der Rechtsfindung aus der Natur der Sache bei den Göttinger Germanisten J. S. Pütter und J. F. Runde, Diss. iur. Göttingen, 1967, S. 112 ff.; W. Neuß, Gesunde Vernunft und Natur der Sache, 1970, S. 78.
 (106) Vgl. J. S. Pütter, aao, S. 182 f.
 (107) Vgl. J. S. Pütter, ebd., S. 180, 60 f.; (国家の組織の発展について) U. Schlie, J. S. Pütters Reichsbegriff, 1961, S. 52 f., 参考文献。
 (108) Vgl. J. S. Pütter, ebd., S. 130.
 (109) A. W. X. Frhr. v. Kreitmayer, aao, S. 3
 (110) Vgl. z. B. J. S. Pütter, aao, S. 354; H. G. Scheidemann, aao, S. 257; J. H. G. v. Justi, aao, S. 54 f. (国家の組織の発展について)。
 (111) Vgl. z. B. J. H. G. v. Justi, aao, S. 61 f. (国家の組織の発展について) R. Rürup, S. 10. 参考文献。
 (112) Vgl. Frhr. v. Martini, aao, S. 10.
 (113) Vgl. dazu P. Rathjen, aao, S. 180 f.
 (114) Vgl. z. B. J. H. G. v. Justi, aao, S. 61 f. (国家の組織の発展について) Garve (Garve) の見解について。必要が
 国家の組織の発展について述べている。国家の組織の発展について述べている。国家の組織の発展について述べている。国家の組織の発展について述べている。国家の組織の発展について述べている。国家の組織の発展について述べている。

- (167) Vgl. C. v. Rotteck, aaO, S. 277 ; J. L. Klüber, Öffentl. Recht, aaO, S. 418; J. Schmeling, aaO, S. 19 f.
- (168) Vgl. Arelin Rotteck, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, Bd. 2, Abt. 1, S. 215 f., 236 ff., 244 ff.
- (169) Vgl. C. v. Rotteck, aaO, S. 231 ; J. Schmeling, aaO, S. 20 f.; S. Jordan, aaO, S. 356; C. Cuccum, Lehrbuch des Staatsrechts der konstitutionellen Monarchie Baierns, 1825, S. 339.
- (170) Vgl. dazu H. Brandt, aa, S. 162 ff. ~
- (171) Vgl. dazu H. Brandt, ebd., S. 232 ; J. L. Klüber, Öffentl. Recht, aaO, S. 365 ; S. Jordan, aaO, S. 220 f.
- (172) Vgl. dazu H. Brandt, ebd., S. 228 ff.
- (173) Vgl. J. L. Klüber, Öffentl. Recht, aaO, S. 141 ; S. Jordan, aaO, S. 230. 社会契約論者は臣民にたけむき、理性的義務の範囲を承認し、適用した。ト・ヤンナー (Gönnner) はト・シュレンクが憲法争の最高原理を國家の統一並びのた。 (N. T. Gönnner, Teutsches Staatsrecht, 1804, S. 93, 95) 上記問題についてはR. v. Mohl, aaO, S. 281 ff. 参照。
- (174) 上記問題については、ズレの位置については H. Brandt, aaO, S. 229, 234 参照。
- (175) Vgl. dazu H. Brandt, ebd., S. 229.
- (176) Vgl. C. v. Rotteck, aaO, S. 89 ff., 226 ff.
- (177) Vgl. S. Jordan, aaO, S. 392.
- (178) Vgl. C. v. Rotteck, aaO, S. 96 f.
- (179) C. v. Rotteck, ebd., S. 97
- (180) Vgl. C. v. Rotteck, ebd., S. 218.
- (181) Vgl. C. v. Rotteck, ebd., S. 240 f.
- (182) ヒ・クラー (Haller) は國家問題について國家主義的の表現されるが、しかし統一的作用する、と述べた (H. Haller, Staatslehre, 1934, S. 229)° 同くツルバハの公法論によつてその主張を認むべきである。 上記については A. Rincken, aaO, S. 262 参照。

- (183) 上記については K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., 1973, S. 5 ff.; R. Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, 1961, S. 18 f. 参照。
- (184) 一八一三年六月二日のウエルトランブルクの上級裁判所の鑑定意見のなかで次のように述べられている。「一般憲法学の承認された原則に従えば國家においては立法権と執行権は裁判権から独立していなければならないから、政府の行為が訴えこむところの裁判所において争いの対象となるようにすることは適所ではない (上記については H. J. Feist, Die Entstehung des Verwaltungsrechts als Rechtsdisziplin, 1968, S. 87)° マンナーは一般憲法争を根拠として裁判権を一つ私法関係における市民の権利をめぐって問題とした (上記については W. Rühner, aaO, S. 131 f. 参照)° ロンクは公権を全体の意思にしたがって廃止されるべき権利も一つは裁判権に服せぬ権利と同一化した (それについては M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 49, 52 参照)°
- (185) 人格の二元性の理論は議會に対する君主的政府の支配を妨げただけでなく、議會の意志に依存する政府の成立をも妨げた。

1. 本稿は筆者が Archiv des öffentlichen Rechts 99. Band, 1974, S. 556 - 585 に発表された論文論文“Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts”の邦訳である。 表後三〇年近くまでのこの論文の邦訳を敢えてしたのは、その後マ・ヤンナーの Allgemeines Staatsrecht 上記の著書・論文が次第に発表されるようになって来たところの、この際批評の先駆性を明らかにしようとしたことである。 マ・ヤンナーの文献では先駆性が認められないところの、マ・ヤンナーが國においてそのことを明らかにしたためのものである。

2. 一八七四年初版の Allgemeines Staatsrecht 上記の著書・間接に翻訳した文献は余りなく、マ・ヤンナーの著作 (P. Rathjen, Die Publizisten des 18. Jahrhunderts und ihre Auffassung des Staatsrechts, 1968) をしかるべきの手探しの

状態で第一次・第二次文献を参看したので、新しい発見もした反面、誤りもおかし、また、欠缺も残っていた。気がついた限りで、プロンに於いて (P. Preu, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983, S. 113..マルティニの福祉概念の理解に於いて; S. 118.. ユンケターの福祉概念の理解に於いて; S. 186.. ユンケターの警察概念の理解に於いて) また、シュトラヘンホルツ (M. Stollens, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, 1988, S. 268.. G. ブラウトロハトの著作を於いて ius publicum universale の最初の文献としたことについて) 誤りが指摘されており、また、フリードリヒ・フォン (M. Friedrich, Die Erarbeitung eines allgemeinen deutschen Staatsrechts seit der Mitte des 18. Jahrhunderts, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 34, 1985, S. 1ff. ... allgemeines Staatsrechtと同じ機能を言った allgemeines deutsches Staatsrecht を取扱わなかったことについて) 欠缺が指摘されている。いつまでもなく、自分で見ても不十分な点が多々ある。誤りを正し、欠缺を認め、また、その後刊行された第二次文献、とりわけクリッペルの著作 (D. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976) やシエルフの著作 (R. Schelp, Das Allgemeine Staatsrecht – Staatsrecht der Aufklärung, 2001) に於いて教えられた第一次文献の参看を促すべく、再構成した研究を近く独語論文として発表するつもりである。なお、クリッペルの著作により知り得た文献や筆者独自の方法で入手した文献に基づいて研究の成果の一部は、邦語文献「一八世紀末のドイツの一般憲法学」(水波朗教授退官記念・法と国家の基礎に在るもの、一九八九年、創文社) 所収) として発表されている。

3. Staatsrecht とドイツ言葉には原則として「憲法学」(文脈によって「憲法」という訳語をあてた。したがって、allgemeines Staatsrecht, deutsches Staatsrecht) にそれぞれ「一般憲法学」(ただし、文脈によっては「ドイツ憲法」という訳語をあてた。諸大学の講義要覧における Staatsrecht, deutsches Staatsrecht, allgemeines Staatsrecht のラテン語表記はそれぞれ ius publicum, ius publicum germanici, ius publicum universale であり、語源的には「公法学」(「ドイツ公法学」)、「一般公法学」という訳語をあてる方が妥当かとも思われる。しかし、内容的にはそれは統治者・被治者

(国民) 相互の権利・義務と統治の基本構造の説明・論究にあたるものであるから、「憲法学」(「ドイツ憲法学」)、「一般憲法学」と訳すことにした。したがって、ラテン語で表記されたものは、そのまま「公法学」(「ドイツ公法学」)、「一般公法学」と訳しているので訳文の上で齟齬が生じているが、これはやむをえないことと考えた。

ちなみに、一九世紀中葉頃からドイツは Staatsrecht は、原則として「憲法学」(もしくは「憲法」と等置してよいが、Verwaltungsrecht が Staatsrecht から分化・独立した一九世紀中葉以降は Staatsrecht は場合によっては「憲法学」(場合によっては「憲法学」と「行政法学」とを合わせたものとしての「公法学」と訳すのがよいと思われる。いずれにするかは文脈によるが、「憲法学」と訳す方がよいと思われるほうが圧倒的に多いと言えよう。

4. 独語論文の執筆にあたっては、多くの大学の多くの年次の講義要覧 (Vorlesungsverzeichnis) をてがかりにして「一般憲法学」の講義の成立・興隆・衰退の過程を追跡した。その副産物として、「ドイツの大学における法律学科目の講義の歴史 (一〜三) 『法学雑誌』 二二巻三号 (一九七五) 一〜五一頁、二二巻四号 (一九七五) 一〜四八頁、二二巻一号 (一九七五) 一〜六九頁がある。

5. 本稿(邦訳)発表のもつての意図は、通常理解されているところとは異なって、ドイツでは既に一七世紀初頭に憲法学の講義・研究が開始されており、その後、基礎となる理論の違いに対応して異なった機能を営みながら展開を続けて現在にいたっているという点に、したがって、通常一九世紀の後半にゲルバーやラーバントによって創始されたとされている憲法学は創設期から言えば一世紀半を経過して登場したものであり、しかも実証主義・形式主義に転化した段階における憲法学にはかならないという点を例証するところに主眼がある。