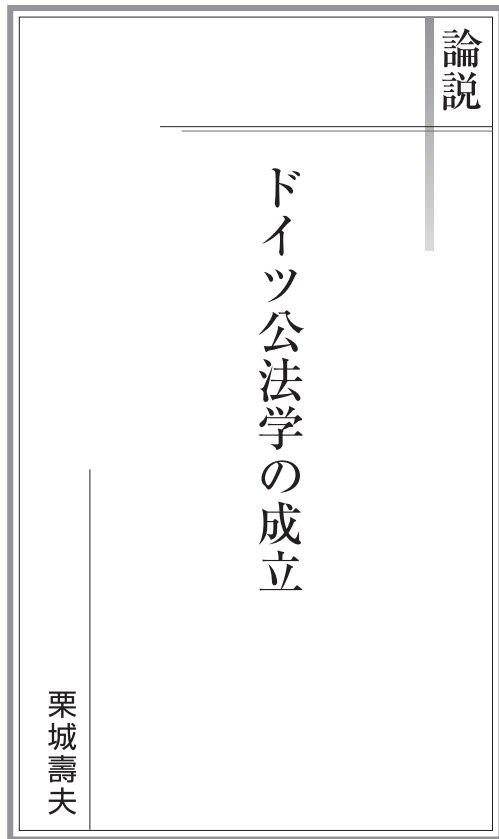




論説

ドイツ公法学の成立

栗城壽夫

た論争

- 第2節 成立期ドイツ公法学の方法論
- 第3節 成立期ドイツ公法学における議論の分布状況
- 第4節 支配的学説としてのリムネーウスの憲法論
- 第5節 成立期ドイツ公法学の意義

はじめに

1. 憲法理論・憲法学説という場合、当然、憲法とは何かということが問題になる。もちろん、1789年のフランス人権宣言が定義したところにしたがって考えるべきだということになる。即ち、権利保障と権力分立とを構成要素として含む、成文法典による国家の構造・運営の基本的ルールと考えるべきであろう。そう考えると、このような意味での憲法は、18世紀末以降に初めて存在したということになる。

2. しかし、国家の構造・運営に関する基本的ルールというのは、国家と社会との区別・分離にかかわる議論との関連において、また、ヨーロッパ共同体について憲法を語ることができるかという議論との関連において、適切かどうか、ということが問題になり、「政治的共同体」の基本的ルールとして捉えなおすべきではないかということが問題になったし、また、問題になっている¹⁾。

3. とりわけ、ヨーロッパ共同体への憲法概念適用の可否の問題は、いわば憲法の将来にかかわる問題であるが、憲法の過去の問題についても、同じことが考えられよう。具体的には、神聖ローマ帝国の構造・運営に関する基本的なルールのことである。現に、ヨーロッパ共同体と神聖ローマ帝国との構造的類似性が語られているから、なおさらである。

4. しかも、神聖ローマ帝国の構造・運営上の基本的ルールは、そのなかに権利保障、権力分立を含んでいたことが注目される。もちろん、

はじめに

- 第1章 ドイツ公法学の成立を示すデータ
 - 第1節 *ius publicum*を独自に取扱う著作の刊行
 - 第2節 *ius publicum*を取扱う独自の講義・演習の開始
- 第2章 ドイツ公法学成立の原因
 - 第1節 社会的・政治的原因
 - 第2節 思想的・文化的原因
- 第3章 ドイツ公法学の源流
 - 第1節 ローマ法学による準備
 - 第2節 政治学による準備
- 第4章 成立期のドイツ公法学
 - 第1節 成立の直接のきっかけとなっ

1) Dieter Wyduckel, *Verfassung und Konstitutionalisierung: Zur Reichweite des Verfassungsbegriffs im Konstitutionalisierungsprozess*, in: H. Buzer/M. Kaltenborn/W. Meyer (Hg.), *Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat: Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag*, 2008, S. 920.

封建体制のもとでのことであるから、「権利」といっても、権力への参与といっても、近代的憲法のもとでのそれとは本質的に異っているが、構造的には類似している。しかし、本質的に異っているということをふまえたうえで、構造的に類似したものが一定の歴史的状況のなかでいかなる役割を果たしたかを検討し、更に、それが近代的憲法状況のもとでどのような役割を果たすようになったかを検討することも、意味のあることである²⁾。

5. しかし、本書はドイツにおける神聖ローマ帝国及びその後の政治的共同体の「憲法」そのものを検討することを目的とするものではなく、これらの憲法を認識・把握し、この認識・把握を憲法の運用に役立てた憲法理論・憲法学説の検討を目的とする。とりわけ、この時代の憲法理論が*leges fundamentales*を基本概念とし、支配権力の制限をもって理論構成の中心課題としたということを重視する³⁾。本書が、近代的憲法のもとでの憲法学説から始めるのではなく、神聖ローマ帝国の憲法体制下の憲法学説から検討を始めることについて予め弁明した次第である。

6. なお、本稿では*ius publicum*という語を多くの場合、そのまま使うことにした。基本的には公法もしくは公法学という訳語をあてるべきであるが、場合によって憲法もしくは憲法学という訳語をあてるほうが適当と思われ、その点決しかねるので原語のままにした。

【引用文献略語表】

Dreitzel

Horst Dreitzel, *Protellantischer Aristotelismus und absoluter Staat: die „olítica“ des Henning Arnisaeus* (ca. 1575-1636), 1970.

Friedrich

Manfred Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997.

Gierke

Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 4, 1913 (1954).

Henkel

Gerhard Henkel, *Untersuchung zur Rezeption des Souveränitätsbegriffs durch die deutsche Staatstheorie in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts*, 1967.

Hoke, a Lapide

Rudolf Hoke, *Hippolitus a Lapide*, in: *Staatsdenker*.

Hoke, Limnaeus

Rudolf Hoke, *Johannes Limnaeus*, in: *Staatsdenker*.

Hoke, Reichsstaatsrechtslehre

Rudolf Hoke, *Die Reichsstaatsrechtslehre des Johannes Limnaeus: ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft im 17. Jahrhundert*, 1968.

Staatsdenker

M. Stolleis (Hg.), *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert: Reichspublizistik – Politik – Naturrecht*, 2. Aufl. 1987. (邦訳：ミヒヤエル・シュトライス編〔佐々木有司・柳原正治訳〕『17・18世紀の国家思想家たち 帝国公（国）法論・政治学・自然法論』木鐸社1995年）

Stintzing, 1. Abt.

Roderich Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abt., 1880.

Stintzing, 2. Abt.

Roderich Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Abt., 1884.

Stolleis

Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, 1988.

Waitz

2) 同旨 *Wyduckel*, ebda., S. 905.

3) 既に *Jacob Carl Spener*, *Teutsches Ius Publicum oder des Heiligen Römisch-Teutschen Reichs vollständige Staats-Rechts-Lehre*, 1723, Teil 1, Buch 1, Cap. IV, § 1, S. 72は、*Verfassung*という語を使っていた。Vgl. *Wyduckel*, ebda., S. 911. なお、*Spener*については、Vgl. *Hisao Kuriki*, *Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts*, AöR 99 (1974), S. 556-585 (S. 567).

Hans-Wolrad Waitz, Die Entwicklung des Begriffs der Regalien unter besonderer Berücksichtigung des Postregals vom Ende des 16. bis zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts: ein Beitrag zur Begriffsgeschichte der Hoheitsverwaltung, 1939.

Winters

Peter Jochen Winters, Johannes Althusius, in: Staatsdenker.

Wyduckel, Althusius

Dieter Wyduckel, Althusius – Ein deutscher Rousseau?: Überlegungen zur politischen Theorie in vergleichender Perspektive, in: K.-W. Dahm/W. Krawietz/D. Wyduckel (Hg.), Politische Theorie des Johannes Althusius, 1988.

Wyduckel, Einleitung

Dieter Wyduckel, Einleitung, in: Johannes Althusius (übers. v. Heinrich Janssen), Politik, 2003.

Wyduckel, Ius Publicum

Dieter Wyduckel, Ius Publicum: Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1984.

栗城

栗城壽夫「十八世紀ドイツ国法理論における二元主義的傾向（二）」法学雑誌11巻1号（1964年）.

第1章 ドイツ公法学の成立を示すデータ

ドイツ公法学は17世紀の初頭に成立した。或る学科目が独自の学科目として成立したことを示す指標は、当該分野の現象を取扱う独自の著書・論文が刊行されることと、当該分野の現象を取扱う独自の講義・演習が行われ始めることであるが、17世紀初頭のドイツ公法学の成立は、この指標をクリアーしている。

第1節 ius publicumを独自に取扱う著作の刊行

A. 形式的にius publicumというタイトルをつけていないが、実質的にius publicumを独自の対象として論究しているもの

I. jurisdictioというタイトルをもつもの

● Tobias Paurmeister, De jurisdictione Imperii Romani libri duo, 1. Aufl. 1608.¹⁾

● Matthias Stephani, Tractatus de jurisdictione, 1610.

● Georg Obrecht, Tractatus de jurisdictione et imperio ... ex iure interpretum & textibus Iuris Civilis, ac hodierna seculi huius Praxi luculentissime pertractatus, 1602.

● Jakob Lampadius, De Jurisdictione, Juribus Principium et statum Imperii, 1620.²⁾

II. regaliaというタイトルをもつもの

regaliaのカテゴリーを基礎にして神聖ローマ帝国の14世紀の憲法体制を論じた先駆的業績としてLupold von Bebenberg, Tractatus de iuribus regni

1) パウルマイスターも、次のシュテファニも、jurisdictio概念を基礎としながら、神聖ローマ帝国のVerfassungを論究した（Friedrich, S. 36）。パウルマイスターの書は、jurisdictioというタイトルのもとで完全なius publicumの論究が可能であるという実例であった（Stolleis, S. 162）。

2) ランパディウスのこの書を彼の弟子ヘルマン・コンリングは1634年にTractatus de constitutione Imperii Romano-Germaniciというタイトルをつけて再刊行したが、このタイトルはこの書の内容にマッチしていた。逆に言えば、本書はjurisdictioというタイトルをもっていたが、内容的に言えば、constitutionの書であった。本書はボーデンの主権概念を基本的視点として書かれ、共同体の統治権力をトータルに把握することを志向していた。このようにしてius publicumの指導概念の地位をjurisdictioに代ってmajestas = Souveränitätが占めることに貢献した（Wyduckel, Ius Publicum, S. 144）。

et imperiiがある。

● *Friedrich Pruckmann*, Tractatus de Regalibus, 1587.³⁾

● *Regner Sixtinus*, Tractatus de regalibus, 1602.⁴⁾

● *Conrad von Einsiedel*, Tractatus de iuribus ad imperatoris Romano-Teutonici majestate pertinentibus sive regalibus, 1619.

Ⅲ. majestasというタイトルをもつもの

● *Henning Arnisaesus*, De iure majestatis libri tres, 1610.

Ⅳ. superioritas territorialisのタイトルをもつもの

● *Andreas Knichen*, De sublimi et regio territorii iure synoptica trectato, in qua principum Gernamiae realia territorio subnixa, vulgo Landes-Obrigkeit indigetata, nuspiam antehac digesta, lucelenter explicantur, 1600.

B. ius publicumのタイトルをもつもの

● *Dominicus Arumaeus*, Discursus academici de iure publico, 5 Bde., 1616-1623. (この中には ius publicumというタイトルをもつ論文・著書が含まれている)

● *Daniel Otto*, Dissertatio juridico-politica de Jure Publico Imperii Romani, 1616.

● *Georg Brautlacht*, Epitome iurisprudentiae publicae universae, 1620.

第2節 ius publicumを取扱う独自の講義・演習の開始

17世紀の初頭、種々の大学でius publicumに

関する講義・演習がほぼ同時に、相互の連絡もなく開始された。これらの大学に共通しているのは、いずれもルター派の精神をもった大学であるということと、ギーセンを除けば、西ヨーロッパ、とりわけオランダと密接な結びつきをもっていたということだけであった⁵⁾。

A. 幾つかの大学における講義の開始

インゴルシュタット大学でius publicumが伝統的に無視されていることを嘆いていたフーベルト・ギファニウス (*Hubert Giphanius*) は16世紀末、Codexの講義の中で公法を特別に取上げるということを宣言した⁶⁾。それからすぐに公法の問題が先ずDisputationen (演習) において取上げられるようになった⁷⁾。例えば、1600年にアーノルト・クラプマリウス (*Arnold Clapmarius*) がex iure publicoという副題を明示的につけたDisputationを行った⁸⁾。次いで、ius publicumを対象とする講義がマールブルクで (*Sixtinus, Vultejus*)、また、ギーセンで (*Antonius*) 行われるようになった。最も重要な役割を果たしたのは、イエナ大学のアルメーウス (*Armaeus*) で、アルメーウスは1608年以降ius publicumを対象とする講義を続けた。とりわけ、Dissertationの編集、研究組織を通じて、アルメーウスは研究者の養成につとめた⁹⁾。彼の指導のもとで多くのius publicumの教授がイエナ大学から巣立っていった。ius publicumの講義は更に、シュトラースブルク、バーゼル、ハイデルベルクでも開始された¹⁰⁾。また、テュービンゲンではクリスチアン・ベゾルト (*Christian*

3) この時代のドイツにおける国家と法の問題を論究した唯一の包括的なもの。しかし、ボーダンに言及していない。絶対的権力の理論に反対し、支配権力を拘束している多くの伝統的な制限を詳細に論述した (*Wyduckel, Ius Publicum*, S. 135)。

4) 本書には、ボーダン理論の影響が顕著であった。それを根拠にして、レガーリエンを個別の権利としてではなく、包括的支配権力の構成要素として捉え、公的支配権力の取得・行使・喪失・委譲に関する法原則の体系を構築した (*Friedrich*, S. 37)。

5) Vgl. *Stolleis*, S. 141.

6) Vgl. *Stintzing*, 1. Abt., S. 667.

7) Vgl. *Stintzing*, 1. Abt., S. 667; *Hoke*, Reichsstaatsrechtslehre, S. 25.

8) Vgl. *Stolleis*, S. 141.

9) Vgl. *Friedrich*, S. 39 f., 44 f.

10) Vgl. *Stolleis*, S. 143.

Besold) が *ius publicum* の講義を行った。ベゾルトは1636年、新たに設けられた *ius publicum* の講座担当者としてインゴルシュタット大学に迎えられた¹¹⁾。こういう状況にもとづいて、既に1620年ごろには、大学で *ius publicum* の講義が行われるようになったことにたいする満足・歓迎・歓喜の声が各地の *ius publicum* 関係者によってあげられるにいたった¹²⁾。

B. *ius publicum* の講義にたいする反対論とそれへの反論

ius publicum を独自の学科目として設けることについては、二つの方向からの反対があった。一つは、宮廷を拠点とする人々からの反対であり、*ius publicum* の対象となる公的事項は秘密事項とされているべきであって、大学で学ぶ一般人に知らしめるべきではないとするものであった¹³⁾。もう一つの反対は、*ius publicum* は法律学の資格を有しておらず、大学の法学部ではもっぱら法律学としての資格を有するもののみが教授されるべきであるとするものであった¹⁴⁾。しかし、第一の反対論にたいしては、将来の為政者、官吏となるべき者は、公的事項、国家事項についての十分な知識をもっているべきであるということが反論され、第二の反対論にたいしては、まさに公的事項、国家事項、統治事項は従来の私法原理をもってしては十分に処理されえないということが反論された¹⁵⁾。例えば、アルメーウスは、憲法的知識が法学部の学生の間に普及すべきことを主張して、次のように述べて

いる。「憲法の知識は法学生にたいして与えられずにいるべきではない。けだし、法学生には通常いずれ共同体の管理・運営が委ねられることになるからである。その場合に、法学生が共同体の憲法を知らず、また、憲法がいかにして成立し、いかにして維持され、また、いかにして憲法が維持されえなくなるかを知っていなければ、法学生は国家にとって役に立たないであろう」¹⁶⁾。また、リムネーウス (*Limnaeus*) は次のように述べて、法学部で公法 (*Staatsrecht*) を研究・教育することを正当化した。「人が完全な法律家や政治家或いは官吏であるためには、私法の知識だけでは十分ではない。これらの職業をそれ相応に実行し得るためには、もっと多くのことが必要である。多くの (法) 学生は後に国家の統治に関する部分領域を担当することになるであろうし、多くのものは王侯の宮廷や皇帝のライヒスホーフラートに入ることになるであろう。彼らが私法のみを熟知しているとすれば、そこで恰も地球ではない星に來たかのごとく、確実に行動することができないことは疑いもない。このことから帰結は、学生は、私法及び公法 (*Staatsrecht*) を同じように、且つ、同時に教育されるべきであるということである」¹⁷⁾。リムネーウスの *ius publicum* 正当化論において注目すべきことは、法学生にとっての個人的効用ではなくて、共同体にとっての *ius publicum* の知識の効用が強調されていることである¹⁸⁾。

11) Vgl. *Stintzing*, 1. Abt., S. 667.

12) Vgl. *Stolleis*, S. 142 f.

13) Vgl. *Stolleis*, S. 144.

14) Vgl. *Stintzing*, 2. Abt., S. 29.

15) Vgl. *Stintzing*, 2. Abt., S. 29; Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 29 f.

16) Vgl. *Hoke*, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 29.

17) Vgl. *Hoke*, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 40 f; Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 147.

18) Vgl. *Hoke*, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 41.

第2章 ドイツ公法学成立の原因

ドイツ公法学は17世紀の初頭に独立の学科として成立したが、これは、ドイツ特有の原因、西ヨーロッパ諸国に共通の原因、また、レアルな（社会的・政治的）原因及びイデアールな（思想的・文化的）原因に、もとづいている。

第1節 社会的・政治的原因

A. 西ヨーロッパ諸国に共通の原因

西ヨーロッパ諸国に共通の原因としては、近世国家の成立ということがあげられる¹⁹⁾。前述のところで、種々の大学で*ius publicum*を正式の科目として採用する理由として、将来政治家・法律家になろうとする者にとっての*ius publicum*の知識の必要性・有用性があげられたということを述べたが、このことは、更に、共同体の管理・運営にとっての法律家の必要性・有用性を背景としており、更に、ドイツにおいても中世的なゆるやかな・静態的な支配機構にかわって、変動し且つ複雑化する社会状況に対応するために、集中化された支配権力を用いて、あらゆる生活分野に規制的及び保護的活動を展開する近世国家が漸次的に形成されてきたことを背景にしている。近世国家においては、それまで社会秩序の維持のために重要な役割を果たして来た宗教による拘束が弛緩して来たので、それに代って法的規制の役割が増大したこと、また、それまでの統治活動の中核をなしていた裁判作用の基準としての法が比較的単純・一様であったのにならして、今や統治活動の中核となった多種・多様な行政活動の基準としての法が

複雑・多岐にわたるものとなったことが重要であり、そもそも近世国家に特有の法としての*ius publicum*が成立したことが重要である²⁰⁾。

B. ドイツ特有の原因・その1（神聖ローマ帝国の二元主義的構造）

ドイツ独特の封建体制（他の国々において封建体制が求心的作用をいとなんだのにたいして、ドイツでは封建体制が遠心的作用をいとなんでいたこと²¹⁾）の結果として、ドイツでは、帝国諸身分が神聖ローマ帝国において重要な要素であり続け、皇帝と帝国諸身分（*Reichsstände*）との二元主義²²⁾、皇帝と帝国諸身分との間の対抗・緊張関係が、神聖ローマ帝国の憲法体制の基盤をなした。そして、対抗関係に立ちつつも、共存関係を維持するための妥協として、両者の合意にもとづく法的文書がつくられ、これらの法的文書が*leges fundamentales*として位置づけられ、皇帝と帝国諸身分はその遵守を義務づけられた²³⁾。帝国全体の基礎をなすものとして、この*leges fundamentales*が神聖ローマ帝国の*ius publicum*であり²⁴⁾、その認識・解釈のために*ius publicum*の専門家が必要とされた²⁵⁾。また、同じ構造的原理にもとづいて、ドイツでは、近世国家の形成が神聖ローマ帝国全体においてのみならず、帝国諸身分の支配する領邦においても進行したため、帝国と領邦との関係をいかに法的に把握・説明するのか、また、領邦の支配権力をいかなるものとして法的に把握・説明するかという問題が生じた。そして、領邦における領邦君主の支配権力の確立・確認にかかわる法も、*ius publicum*の構成要素をなすものとして、特別の取扱いが必要とされた²⁶⁾。

19) ヴィドゥケルによれば、神聖ローマ帝国でもその他の国々でもあらわれた、社会的・経済的状況の深刻な変化と並行して進んだ、近世国家の建設にむけられた過程と試みということになる（Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 159）。

20) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 159 f.; Stolleis, S. 397.

21) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 34, 161.

22) ヴィドゥケルによれば、皇帝と帝国諸身分との二元主義（Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 155, 168）。

23) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 164.

24) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 166.

25) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 160 ff.; Stintzing, 2. Abt., S. 30.

26) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 171.

C. ドイツに特有の原因・その2（統一的宗派の強制）

ドイツ特有の原因としては、更に、ドイツ特有の宗教問題の解決のしかたがあげられる。そもそも宗教改革によってひきおこされた宗派的分裂・対立は、宗教上の原理的・制度的諸問題をめぐって宗派間の紛争を発生させたが、とりわけドイツでは、帝国全体としては宗派の統一が行われえず、逆に領邦においては領邦君主の信仰にもとづいて宗派の統一が行われたために、宗派間の紛争が、帝国と領邦との間、領邦相互間の紛争として、拡大再生産されるという事情があった。この宗派間の対立・抗争をいかに調整するかということは、まさに、帝国全体にとっての*status rei publica*にかかわるものであり²⁷⁾、調整のための（対立する宗派を対立しながらも共存させるための）法的規制が帝国全体の合意によってつくられた。その代表例が、アウグスブルクの宗教条約であるが、これは、領邦内部で独自の制度を実現するための種々の法的規制とならんで、*ius publicum*というべきものであり、そのようなものとして特別の法的取扱いを必要とし、それに通じた法律家を必要とした²⁸⁾。とりわけ1600年頃、アウグスブルク宗教条約の平和維持力が殆んど消滅し、政治的紛争がひんぱつした。紛争は、けだし帝国基本法律の解釈をめぐる紛争であり、法的に定められた形態をとったから、法律家の役割は一層大きくなった²⁹⁾。

D. 神聖ローマ帝国の危機的状況

B, Cは、ドイツ特有の、且つ、潜在的原因であったが、最後のところで述べたように、1600年頃、三つのファクターが重って、公法学

の成立が顕在化した。三つのファクターとは、帝国憲法の段階的変更、とりわけカトリック側の激しい反攻にもとづく宗派間の緊張の激化、強大な領邦におけるランデスホーハイトの強化であり、且つ、帝国憲法の重要な変更は宗派の分裂に起因しており、また、ランデスホーハイトの強化は帝国憲法の発展を阻止しつつ進展する、というように、相互に密接に関連していた³⁰⁾。紛争・対立は、常に、宗教問題に起因する帝国憲法上の重要問題について最終的決定権をもつのは誰かという問題に帰着した³¹⁾。この問題は、裁判所によって決着をつけられるべきものとして、*jurisdictio*（裁判権）の概念をめぐる争いに帰着した。それゆえ、1600年頃以降、*jurisdictio*（裁判権）に関する著書・論文が輩出した。*jurisdictio*（裁判権）については、基本的に、二つの立場があり、二つの立場の間で*jurisdictio*（裁判権）をめぐる論争が行われたということが、公法学が独自の学科として成立したことの直接的原因であった³²⁾。論争においては、その重要問題に関して、誰が裁判権力をもつかという問題のみならず、その裁判は制限されたものであるかどうかという問題が争われた。一方の立場は、裁判をローマ法の原理にしたがって把握し、それは皇帝のみに帰属し、皇帝はライヒスホーフラートを通じて行使するものとし、且つ、皇帝の裁判権は法律によって拘束されないと主張した（ギーセン学派）。他方の立場は、裁判権力をドイツの*leges fundamentales*にしたがって把握し、皇帝のみならず帝国諸身分にも帰属するとし、帝国諸身分はライヒスカンマーゲリヒトを通じて行使するものとし、皇帝の裁判権はライヒスカンマーゲリヒ

27) Vgl. Stolleis, S. 126; Friedrich, S. 25.

28) Vgl. Stolleis, S. 127 f.

29) Vgl. Stolleis, S. 141; Friedrich, S. 29.

30) Vgl. Stolleis, S. 156 ff. なお、フリートリヒは、一方で、1600年を境として激化した宗教的対立が*ius publicum*の成立を助けたが、他方で、1550年から1600年にいたる50年間の宗教上の平和が*ius publicum*の成立を可能にした、と見ている（Friedrich, S. 30）。

31) Vgl. Stolleis, S. 156, 157, 166.

32) Vgl. Stolleis, S. 157, 160.

トおよびライヒスカンマーゲリヒトの判例によって拘束されると主張した(マールブルク学派)³³⁾。この論争がドイツ公法学の成立の直接的原因となったといわれるのは、帝国憲法上の重要な事項についての裁判権にかかわるものであったというだけでなく、*jurisdictio* (裁判権) が概念上も支配権力全体を指すものとして理解されるようになってきており、したがって、*jurisdictio* (裁判権) を論ずることは、帝国もしくは領邦の憲法体制を論ずるものとなって来ていたからでもある³⁴⁾。このことは、帝国についてのみならず、領邦についてもいえるのであって、*jurisdictio* (裁判権) はランデスホーハイトの中核と考えられており、このランデスホーハイトを重視せざるをえないことが、神聖ローマ帝国憲法にとっての重要問題となっていたのである³⁵⁾。

第2節 思想的・文化的原因

A. 経験主義的・現実主義的思考傾向の前進

17世紀初頭から、経験主義的・現実主義的思考傾向が前進して来た。過去のものより現在のもの、遠くのものよりも近くのを重視し、伝統的な理論よりも現実に合った理論のほうを尊重する傾向が、法律学の分野にも入りこんで来て³⁶⁾、長い間権威をもって解釈基準とされてきたローマ法にもとづいて紛争を解決するのではなく、ドイツ固有の法、即ち慣習・判例及び神聖ローマ帝国自身の立法にもとづいて紛争を解決しようとする態度がうまれてきた。その結果、ローマ法の原理にもとづいて皇帝の権限を無制限のものとする立場に対抗して、ドイツの法律にもとづいて皇帝の権限を制限されたも

のとし、帝国諸身分の参与権 (*Libertät*) を強調する立場が強力に主張されるようになったことが、公法学成立の原因としてあげられる³⁷⁾。

B. 印刷術の発達

既述のごとく、ドイツは、アウグルブルクの宗教和議から17世紀の初頭にいたる50年間の平和を享受し、平和のうちに経済生活・文化生活の著しい向上を見ることができた。その一環として、印刷技術の発達の結果としての印刷物の急速・広汎な普及を見ることができた。そのため、*ius publicum*の素材となる法令、判例の迅速な入手が容易となり、又、それをもとにして学者相互間で*ius publicum*に関する種々の問題について論争を行うことが可能となった。このことが、*ius publicum*が独自の学科目として成立するのを促進した³⁸⁾。

C. ボーダン理論の影響

1576年に刊行されたジャン・ボーダン (*Jean Bodin*) の*Six livre de la République*は、先ず、ライデン及びパリで刊行されたラテン語版として(1586年)ドイツに到来し、次いで、ドイツ内部においても数次にわたってラテン語版として刊行され、更に、1592年と1611年にはドイツ語版としても刊行され³⁹⁾、ドイツの政治理論・法理論にたいして大きな影響を及ぼした。ボーダンの打出した主権理論、とりわけ、主権理論にもとづく神聖ローマ帝国の国家形態に関する独自の見解が触媒となって、それにたいするリアクションとして、ドイツ公法学が成立したとみることができる⁴⁰⁾。即ち、ボーダンは一方で、最高・本源的・固有・永続的・不可分・絶対(法律から解放された)権力としての主権 (*Souveränität, Majestät*) をもって国家の本質的

33) Vgl. Stolleis, S. 159 ff.

34) Vgl. Stolleis, S. 158, 161.

35) Vgl. Stolleis, S. 156, 158, 161.

36) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 156; Stintzing, 2. Abt., S. 13; ders., 1. Abt., S. 652, 663.

37) Vgl. Stintzing, 2. Abt., S. 8 f.

38) Vgl. Friedrich, S. 30 f.; Stolleis, S. 128.

39) Vgl. Stolleis, S. 174 ff.

40) Vgl. Friedrich, S. 31.

メルクマールとし、且つ、そのなかに含まれる本質的のモーメントとしての支配的諸権利をあげ（とりわけ、立法権を含ませたことが重要である）、それによって国家及び憲法を把握するための基本的視点を打出し、他方、この視点からドイツの憲法体制を考察し、神聖ローマ帝国は君主政ではなくて貴族政であるとし、主権の担い手は皇帝ではなくて帝国議會を構成する帝国諸身分であるとした⁴¹⁾。このボーダン理論がドイツに伝わると、一方で、神聖ローマ帝国の捉え方にたいする賛否の意見が輩出しただけではなく、他方で、ボーダンの神聖ローマ帝国把握に賛成すると否とにかかわらず、およそ国家や憲法を論ずるにあたって、ボーダンの打出した基本的視点を基礎とせざるをえなくなった⁴²⁾。ただし、ボーダン理論をふまえつつ神聖ローマ帝国の国家・憲法体制を肯定的に説明するために、ドイツでは、公法学の支配的潮流によって⁴³⁾、独自の理論（例えば、混合政体、二重主権、或いは主権の保持と行使との区別〔或いは主権と機能の区別〕）が打出された⁴⁴⁾。

第3章 ドイツ公法学の源流

ドイツ公法学の源流として公法学の成立を準備したのは、ローマ法学と政治学とである。ただし、16世紀中葉以降の宗教的紛争に起因する諸々の政治的紛争に、ローマ法学も政治学も対処できなくなったから、公法学がそれらに代って解決に乗出さざるをえなくなったという事情に注意する必要がある⁴⁵⁾。

第1節 ローマ法学による準備

*ius publicum*の学問は、ローマ法学から分化して成立した。*ius publicum*はローマ法学の中で準備され、ローマ法学の思考方法・思考手段（概念装置）を利用しつつ育成されてきた。ローマ法学の枠内における*ius publicum*の生育過程における重要なものを摘記すれば、次のごとくである。なお、継受以前においても神聖ローマ帝国は成立しており、皇帝が支配権力を行使していたから、皇帝権力の行使のあり方についてのルールが存在していたことは、いうまでもない。こうしたルールとしては、ローマ法の皇帝権に関するルールが使われていた⁴⁶⁾。神聖ローマ皇帝によるローマ法の適用の根拠になったのは、帝権委譲（*Translatio Imperii*）の思想であった⁴⁷⁾。

A. 形式面

中世中期（13～15世紀）から始まるローマ法の継受は、法の取扱いにおける学問化をもたらした。即ち、グロッサトーレン（*Glossatoren*）、コンメンタトーレン（*Kommentatoren*）によって既に学問化されていたイタリアの法学を受継ぐことによって、ドイツにおける法の取扱いが学問化されたのである。継受は、ローマ法学について一体として行われたので、僅かに含まれていた「公法的なもの」も継受されたが、基本的には私法的部分の継受であった。そして、概念装置の形成・活用、解釈の方法、要件と効果との論理的結合、事柄の性質に根ざした問題分野の構成及び体系の構築などの方法が、法の取扱いにもちこまれた⁴⁸⁾。直接的には、こうした方法がもちこまれたのは私法学であったが、

41) もっとも、ボーダンは譲歩して、国家形態と統治態様とを区別して、神聖ローマ帝国の国家形態は君主政であるが、統治形態には貴族政的要素があるとした（Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 156; Henkel, S. 20）。

42) Vgl. Stolleis, S. 179.

43) Vgl. Stolleis, S. 180.

44) Vgl. Stolleis, S. 182, 185.

45) Vgl. Stolleis, S. 141. シュティンツィングによれば、公法的な対象の理論的な取扱いは、最初は、アリストテレス的政治学やローマ法から借用した古い概念で対応していたが、次いで、これらの新しい対象から得られた新しい視点で対応するようになって、今までと違った形態をとるようになった（Stintzing, 1. Abt., S. 668）。

46) Vgl. Stolleis, S. 63.

47) Vgl. Stolleis, S. 64, 77; Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 72.

48) Vgl. Stolleis, S. 77.

私法学がこうした取扱方法に習熟したことが、やがてうまれるべき公法学にとって、基本的作業指針として間接的に役に立った⁴⁹⁾。

B. 内容面

I. 公法現象の理論的取扱いの不存在

公法の内容は、共同体における支配権力の獲得・行使にかかわる規制であるから、いかなる場所、いかなる時代においても、公法現象は存在する。しかし、公法現象を他の現象と区別して特殊な扱いをするかどうか、また、それとかわかって、公法現象を学問的に取扱うことに学問の一分科としての地位を認めるかどうか、ということは、時代により、場所により異なる。ローマでは、民事法に関する学問は非常に発達したが、公法に関する学問は独立した地位を認められていなかった。皇帝に関する法原則・法原理は幾つか一般に承認されていたが、それらが体系化され、総合されることはなかった。したがって、継受が行われ、学問化された法律学がドイツに流入してきても、直接公法現象の法的取扱いに変化をもたらすことはなかった（ドイツ自体において、そもそも、公法的現象の学問的取扱いは行われていなかった⁵⁰⁾）。そして、ローマ法学はもともと、すべての現象、したがって公的権力現象について私法を適用し、それにもとづいて処理する傾向をもっていた。しかし、ローマ法学は、或いは一定の領域における理論構成によって、或いは既存の概念

の解釈変更によって、或いはローマ法上の格言を援用することによって、公法学が成立するための準備作業を行った⁵¹⁾。

II. 一定の領域における公法独自の理論構成

1. 生活感情の個人化、宗教分裂と宗教戦争、君主による統一的国家の段階的貫徹を背景として、「支配領域」とこれにたいして守られるべき「個人の生活領域」、「公」と「私」の区別が次第に行われるようになった。公と私との区別の成立に対応して、公法という観念も成立して来たが、公法のメルクマールとしては、ローマ時代の法学にならって、公的利益（＝公共の福祉）と公的権威による定立とがあげられ、場合によっては公的権威による定立だけがあげられることもあった⁵²⁾。

2. バルトールスは、支配者について職務と人格の分離を行い、支配者について超人格性を見方を打出した⁵³⁾。バルトールスは、また、共同体自身が現在の具体的人格を超越した存在であるとの認識に達していた、即ち、共同体についても超人格的な見方をもつにいたっていた⁵⁴⁾。或いは、人格の支配の、国家機構の支配への転化が行われていた⁵⁵⁾。

III. 既存の概念の意味変更

先ず、ローマ法上の語彙、格言、法制度が全く新しい事態に対応し、時代の目的に適合するように、意味変更をほどこされた⁵⁶⁾。

1. 例えば、*jurisdictio*の概念がそうである。

49) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 85 f.

50) Vgl. Stolleis, S. 66.

51) このような準備作業を行った代表的な学者は、バルトールス（*Bartolus*, 1314–1357）とバルドゥス（*Bardus*, 1320–1400）である。この二人が公的支配形態のシステムを作ったが、このシステムは一般的な*ius publicum*の解釈論の最初の萌芽であった（Vgl. *Friedrich*, S. 15 f.; *Wyduckel*, *Ius Publicum*, S. 57）。バルトールスについては、佐々木有司氏の次の業績がある。佐々木有司「中世イタリアにおける普通法（*ius commune*）の研究—バルトールス・デ・サクソフェルラートを中心として（1）～（4・完）」法学協会雑誌84巻1号（1967年）1-70頁、84巻4号（1967年）1-51頁、84巻8号（1967年）12-38頁、85巻8号（1968年）21-48頁、佐々木有司「バルトルスの政治思想—普遍的帝国と《*civitas sibi princeps*》（1）～（4・完）」国家学会雑誌88巻1・2号（1975年）1-40頁、89巻3・4号（1976年）113-145頁、89巻11・12号（1976年）647-676頁、90巻11・12号（1977年）683-760頁。

52) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 59 f.

53) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 66 f.

54) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 67.

55) Vgl. Stolleis, S. 70.

56) Vgl. Stolleis, S. 61 f.

i) *jurisdictio*はもともととは、また、近世国家形成後も、裁判を意味したが、コンメンタトーレン、とりわけバルトールスは、この概念を、支配にかかわるすべての権利を含むものへと改変し、その意味で公的支配の重要な中心問題とし、公権力を法の方法で捉える新しい手がかりたらしめた⁵⁷⁾。

ii) 更に、バルドゥスは、*jurisdictio* = 公的支配権力について、アクセントの移動を行い、無制限なものとして絶対化し、純粹・絶対支配権力 (*merum imperium absolutum*) の概念を設け、また、*Jurisdiction*の中に立法権が含まれていることを強調した⁵⁸⁾。バルトールス、バルドゥスが作った体系は、裁判権力、即ち、公的支配任務のための「拠り所」とし、*jurisdictio*に近世の主権の機能をもたせた⁵⁹⁾。

2. レガーリエン

種々の態様の公的支配を体系化するための手がかりは、13世紀前半に正式に編纂されたランゴバルト封建法の法令集 (*Libri Feudorum*) から得られた⁶⁰⁾。ランゴバルト封建法は、グロッサトーレンによってコルプス・ユリスの皇帝法に付け加えられて註釈されていた。この法令集に収録されているロンカリア帝国議会 (1185) の *Constitutio de regalibus* に由来する *iura regalia* の概念は、公的支配権力を直接に表示し、その起源を明示する類概念であったが、中世末期・近世初期の法律学によっても統治権力の担い手に帰属する権利の総体として把握されるようになった。レガーリエン概念も、中世末期・近世初期の社会における多様で、且つ、錯綜した公的支配権力の諸形態を総括する概念として機能していた⁶¹⁾。

IV. ローマ法上の個々の原理・原則・制度の援用

中世のグロッサトーレンやコンメンタトーレンが規範的基礎として活用したローマ法上の原理・制度も、公法現象の把握のために援用された。そのようなものとして、例えば、次のようなものがあった。

● *quod principi placuit legis habet vigorem* (君主が決定したことは法律の効力を持つ)

● *princeps legibus solutus* (君主は法律から解放されている)

● 君主の立法及び法律解釈の権利

● 君主の官吏任命の権利⁶²⁾

● *Lex Regia* (= 後世の皇帝の祖先にたいするローマ国民による全統治権力の委譲)⁶³⁾

V. 支配権力に関するローマ法上の原則の領邦君主への適用

コンメンタトーレンによって解釈された、公的支配権力に関するローマ法上の概念、或いは原則は、本来神聖ローマ皇帝に適用されるものとして考えられていたが、領邦における支配権力の確立にともなって、領邦君主にも適用されるようになった。領邦権力は、彼らが *praesides provinciae cum mero et mixto imperio* (純粋な支配権力及び混合的支配権力をもった、地方の統治者) の地位を有すること及び領邦のローマ法上の定義を根拠にした⁶⁴⁾。 *jurisdictio* の概念が拡大されて、支配権力そのものを意味するものとされるようになったとき、それは皇帝についてのみならず、領邦君主についても適用された⁶⁵⁾。領邦君主は、その領邦において君主 (*princeps*) であるということが根拠とされた⁶⁶⁾。

VI. 支配権力に関する立法とそれに関する専門的論究の始まり

57) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 57.

58) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 61; Friedrich, S. 16.

59) Vgl. Friedrich, S. 15 f.

60) Vgl. Friedrich, S. 16.

61) Vgl. Friedrich, S. 17.

62) 以上について, vgl. Stolleis, S. 77.

63) Vgl. Friedrich, S. 51.

64) Vgl. Friedrich, S. 77.

65) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 70.

66) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 80.

中世中期以降、ライヒ・レベル及びラント・レベルで、支配権力の取得・行使に関する立法が行われた。多数の平和令、1220年と1231年の特権付与状、1356年の金印勅書、1555年のアウグスブルク宗教和議、都市法及びラント法、裁判・警察・貨幣条令などがそうである⁶⁷⁾。これらの「公法」は直ちには大学における法学教育の対象とはならなかった。ローマ法学は、ローマ法大全の条文・篇構成にしたがって解釈を行うことをこととし、実質的関連 (Sachzusammenhang) にもとづいて論究するというをしなかった。しかし、法学全体の学問化、合理化の動きが強まると、国家的法構造をも専門的論究の対象とする考え方も生じてこざるをえない⁶⁸⁾。

コンメンタトーレン時代になると、質的飛躍があって、一定の法分野の総括的検討を *Traktat* という形式で行うことが始まり、それが共同体に関わる問題にも及ぶにいたった。その最初の試みはバルトールスの共同体の統治に関する論文であった (*Tractatus de regimine civitatis*)。バルトールスは、共同体を支配者から考察するのではなく、その団体的構造を考察すべきであるとし、共同体を一つの人格 (*persona artificialis*) としてとらえた。バルトールスは、政治哲学的考察も必要であるとしつつ、この政治哲学的考察を実定法に照らして検証することを提案した⁶⁹⁾。

バルトールスは、公法的考察の途を指示しただけであったが、この途へ現実的に一步をふみだしたのは、14世紀前半のルーポルト・フォン・ベーベンベルク (*Lupold von Bebenberg*) の *Tractatus de iuribus regni et Imperii* であった。ベーベンベルクは、この論文のなかで、皇帝が、全体を代表するものとしての選帝侯によって選

挙されるべきことを主張し、選挙された皇帝は、法王の承認なしに直接に皇帝としての特別の権利を取得するという主張を行った。更に、ベーベンベルクは、この論文のなかで、ドイツがイタリアの附属物ではなく、反対に、神聖ローマ帝国を帝国憲法の分析の主要対象へと押しあげた⁷⁰⁾。

一世紀おくらせてアエネア・シルヴィウス・ピッコロミニ (*Aenea Silvius Piccolomini*) とペーター・フォン・アンドラウ (*Peter von Andlau*) が、ベーベンベルクが開拓した途を進んだ。両者とも神聖ローマ帝国の悲惨な公的状态の法的分析を行っただけでなく、その改革の必要性を訴えた (*Piccolomini, De ortu et auctoritate imperii Romani*, 1446; *Andlau, Libellus de Cesarea Monarcia*, 1460)⁷¹⁾。このように、17世紀初頭以前にも公法学的な研究論文が公刊され、実践的な面で反響を呼んだが、未だ散発的であり、学科としての公法学の成立をこの時点で語ることはできない。

VII. カノン法学の模範性

コルプス・ユリスという不動の法源を基礎にして展開されたローマ法学とは異って、カノン法学は、12世紀中葉の *Decretum Gratiani* を最も重要な法源としながらも、その前から及びその後からの、不断の立法によって範囲を拡大した法源の解釈・運用について展開された。カノン法学は、近世国家の形成の理論的基礎にたいしては、ローマ法学及び公法学に先行する業績をあげていた⁷²⁾。

1. 法王の権力について、「君主は法律から解放される」、「君主の意思するものは法律の効力をもつ」の原理を適用して、それを絶対化し、それに立法権を含ませ、更に通常の権力を帰属させただけでなく、非常大権をもたせた。

67) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 84; Stolleis, S. 74.

68) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 85 f.

69) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 86.

70) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 87.

71) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 88.

72) 以下について, vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 91 ff.

2. 法王について、職務と人格とを分離し、また、教会全体を団体として、また、その意味で一つの人格として捉えた。

3. 法王について、その権力は職務担当者としての地位にもとづくものとし、その地位は教会全体の意思にもとづかねばならないとし、教会全体を代表するものとしての枢機卿によって選挙によらなければならない、とした。

4. 更に、教会を構成するものは、法王と枢機卿ではなくて、信徒全体であるとし、教会の運営は教会会議の審議・承認にもとづいて行われなければならないとした。

第2節 政治学による準備

17世紀初頭に*ius publicum*の学問が独立の学問分野として成立するまで、公法現象を理論的に説明し、究明し、未だ存在せぬ公法学に代って公法学成立の準備をしたのは、ローマ法学と政治学である⁷³⁾。図式的にいえば、ローマ法学は公法現象を法学的にとらえる形式、概念道具を提供し、政治学は公法現象を実質的にとらえ、あるべき姿を描き出した。これは、公法現象の核心をなす「共同体の支配」のあり方を論究するのが政治学であるから、当然といえば当然である。

A. アリストテレス的政治学による準備

近世初頭におけるPolitikの基礎となったのは、実践哲学の一部として講義されていた、アリストテレスの政治学であった。15世紀末には、アリストテレス政治学も諸々の分野における大変動の結果として、一時衰退したが、世俗の世界から手を引いた宗教のあとをうめるものとして、アリストテレス政治学が見直され、再び影響力を発揮するようになった⁷⁴⁾。メランヒト

ン (*Melanchton*) の*Commentarii in aliquot politico-s libros Aristoteles* (1530-31) がその発端となつて、アリストテレスの政治学はたちまちのうちにプロテスタントの大学を支配し、それを基礎とする「倫理学と政治学」の講義が開講され、且つ、この講義の重点は、倫理学から政治学に移って行った。17世紀にいたるまでの政治学は、基本的にアリストテレス政治学が支配したといえるが、しかし、アリストテレス政治学という大枠のなかで、種々の傾向の政治学の著作がうみだされた⁷⁵⁾。

I. アリストテレス政治学に忠実な著作

オルデンドルフ (*Oldendorp*)、フェラリウス (*Ferrarius*)、モドレヴィウス (*Modrevius*)、ラウターベック (*Lauterbeck*)、ランゲベック (*Langebeck*)、オッセ (*Osse*)。これらの著作は、アリストテレス政治学を基盤としながら、一方で統治論の性格を帯びるとともに、他方で法律問題の論究に力を入れていた⁷⁶⁾。

II. 新ストア主義 (Neustoizismus)

アリストテレスに続いて15世紀には、ローマの歴史家タキツスが復興した。オランダ人ユストウス・リプシウス (*Justus Lipsius*, 1547-1606) が、タキツスの全著作の批判的編集の刊行によってタキツスの復興を決定的に推進した。タキツス主義の最初にして最重要の政治学は、1589年に刊行されたリプシウスの『政治学』であったが、これがキッカケとなって、政治的新ストア主義がうまれた。リプシウスの書が成功をおさめたのは、時代の最重要な関心事、即ち、平和的共同生活の可能性に答えて、自己克服と規律をすすめたからである⁷⁷⁾。リプシウスは、一方で権力国家の理念を説き、他方で支配権力の倫理的拘束を強調した⁷⁸⁾。リプシウスの影

73) Vgl. *Stolleis*, S. 85.

74) Vgl. *Stolleis*, S. 83.

75) Vgl. *Stolleis*, S. 75.

76) Vgl. *Stolleis*, S. 89.

77) Vgl. *Stolleis*, S. 97.

78) Vgl. *Wyduckel*, *Einleitung*, S. 96. なお、リプシウスについては、山内進氏の次の業績がある。山内進「近代自然法のいわゆる「世俗性」とリプシウスの「恒心論」(1)(2・完)」*成城法学*1号(1978年)91-113頁、2号(1978年)81-119頁、山内進「パンデクテンの現代的慣用 (*Usus modernus pandectarum*) とネーデルラント後期人文主義の創始者

響はドイツの幾つもの大学に及び、リプシウスの影響を受けた教授たちには、*ius publicum*の成立のための仲介所となる者があった⁷⁹⁾。例えば、アルトドルフ大学のアーノルト・クラブマリウス (Arnold Clapmarius, 1574-1604) がそうであった (クラブマリウスの理論の基礎は、アリストテレス及びタキツスであった)。クラブマリウスは、1600年以来 *Disputationen de Iure Publico* を開いた。また、代表作 *Arcana imperii* (1605) のほかに、*libri quatuor de Iure Publico* を遺していた。„*Arcana*“は、国家理性に関する論説を体系的にまとめた点、アリストテレス理論とボーダン理論との結合を試みた点で、好評を博した⁸⁰⁾。リプシウスの影響を受けたドイツ西部地方にある大学では、法律家たちは、そこで行われているタキツスの政治学的注釈において、主権、支配者の法律による拘束、身分制社会の自由、租税負担、同盟・外交権、宣戦・講和の権及び国家理性 (*Arcana*) が、人文主義的スタイルで論究されていることに注目した⁸¹⁾。

B. ルター派の政治学、その代表としてのアルニゼーウスの政治学

ルター派のアリストテレス主義の政治学を代表するのはヘニング・アルニゼーウス (*Henning Arnisaeus*, 1575-1636) である。アルニゼーウスは、*Doctrina politica in genninam methodum quae est Aristoteles reducta* (1603), *De iure majestatis libri tres* (1610), *De respublica seu relectionis politicae libri duo* (1615) などを公刊した。国家に関する実践的学問としての自立的な政治学の体系の構築を企図したアルニゼーウスは、方法論ではアリストテレスに従いつつ、内容的

には同時代の学者・思想家、とりわけボーダン及び国家理性文献の影響を摂取した⁸²⁾。

アルニゼーウスの政治学は、「自然法的国家論」とは対照的な「政治的国家論」たるところに特色があった。「政治的国家論」としての特色は、国家にとって本質的な「政治的なもの」の固有法則性を強調するところにある。「政治的なもの」の固有法則性の強調は、一方で、国家それ自体を、上位の価値や規範による拘束から解放するところに現われ、他方で、あらゆるものを、国家それ自体の維持・発展に方向づけ、収斂させるところに現われる。即ち、そこでは、国家それ自体は、いかなる目的にも方向づけられず、逆に、すべてのものが、国家の維持・発展という目的に方向づけられている⁸³⁾。この意味では、アルニゼーウスの政治学は、マキアヴェリ理論に近いわけであるが、しかし、君主が国家の受託者・奉仕者であって、国家の所有者ではないということを強調する点において⁸⁴⁾、又、君主に対して、国民の恐怖ではなくして、国民の共感と愛情とを獲得すべきことを要求している点において⁸⁵⁾、マキアヴェリの理論よりも、一層、国家の独自の価値を強調し、「政治的なもの」の固有法則性を追求しているといえよう。以下、アルニゼーウスが論究した幾つかの問題分野について、このような「政治的国家論」の特色を述べることにする。

I. 国家の概念

アルニゼーウスは、国家の本質を、目的の要素から全く離れて、もっぱらその事実的構造の要素からのみ把握しようとした⁸⁶⁾。この立場に立って、アルニゼーウスは、国家の構成要素

ユストゥス・リプシウス (1) (2・完) 成城法学11号 (1982年) 225-252頁, 12号 (1982年) 59-102頁。

79) Vgl. Stolleis, S. 96.

80) 以上について, vgl. Stolleis, S. 98 ff.

81) Vgl. Stolleis, S. 103.

82) Vgl. Stolleis, S. 141; Dreitzel, S. 143 ff., 147 ff.

83) Vgl. Dreitzel, S. 271.

84) Vgl. Dreitzel, S. 402.

85) Vgl. Dreitzel, S. 400.

86) Vgl. Dreitzel, S. 170.

として、国民、支配秩序、主権、支配装置の四つをあげ⁸⁷⁾、国家の本質は、支配機構・支配構造たるところにあるのであって、道徳的・倫理的目的の実現に仕えるところにあるのではないとした⁸⁸⁾。このように、国家の本質から目的の要素を排除し、国家を自己目的化した半面、アルニゼーウスは、それから生ずべき弊害を抑止するための方策も講じている。

その第一は、国家の本質的構成要素である国民の利益、即ち、国民のよき生活・幸福な生活という意味での公共の福祉の実現の程度をもって、国家の完全性を判断する基準としていることである⁸⁹⁾。

その第二は、君主倫理の強調である。アルニゼーウスによれば、国家それ自体は中性的なものであって、良くも悪くもないのであって、具体的な国家が良くなるか悪くなるかは、ひとえに、君主が公共の福祉のために尽くすべき義務を果たすか否かにかかっている⁹⁰⁾。

II. 主権理論

アルニゼーウスは、主権概念を新たに構成し、この主権をもって、国家の本質的メルクマールとしたボーダンの理論の影響を決定的に受けつつ⁹¹⁾、しかし、ボーダン以上に、抽象的な国家権力としての主権をその具体的な担い手から引離して構想することを試みた⁹²⁾。アルニゼーウスは、「国家は本質的に命令する者と服従する者との秩序であるから、国家は自ら命令されることなく命令する最高権力をもたねばならない。しかも、国家にはただ一つの最高権力しか存在しえない。さもないと秩序の混乱が生ずる」と考えた⁹³⁾。この基本的立場に立って、アルニゼーウスは、ボーダンがかかげた主権の

個々のメルクマールについて検討し、それらに対して加えられている批判からボーダンを弁護した。

1. 絶対性のメルクマール。これは具体的に、「法律からの解放」という言葉で表現されているが、アルニゼーウスは、法律に関して、その強制力と実質的内容とを区別し、主権者が解放されているのは、法律の強制から、換言すれば、法律を強制する権限をもった裁判的・政治的コントロールからだけであって、法律の実質的内容に関しては、国家理性に反しないかぎり、主権者も、自然法・神法・基本法律によって拘束される、と説いて、一方で、「法律からの解放」というメルクマールに対する非難・攻撃をおさえつつ、他方で、法に対する国家理性の究極的優位を貫徹した⁹⁴⁾。

2. 最高性のメルクマール。ことを国内関係にかぎっていえば、アルニゼーウスは、主権の制限を認めず、主権者と国民との間の関係を一方的な支配・服従の関係として構成した。この見解をもって、アルニゼーウスは、ボーダンと同じように、支配者と国民との間になんらかの契約関係を認めて、支配者に対する国民の抵抗権を肯定する思想に反対した。しかし、アルニゼーウスは、ボーダンの厳しい主張を幾分やわらげて、自己一身の幸福をもって国家の唯一・最高の法となす支配者を「完全な暴君」と呼んで、「完全な暴君」に対する国民の抵抗権を認めた。ただし、その根拠は、国民が自然法にもとづく抵抗権を有するというにあるのではなく、かかる「完全な暴君」は国家の法律関係の外にいるということにあった⁹⁵⁾。

3. 固有性・本源性のメルクマール。このメ

87) Vgl. Dreitzel, S. 171.

88) Vgl. Dreitzel, S. 174 f.

89) Vgl. Dreitzel, S. 177.

90) Vgl. Dreitzel, S. 176.

91) Vgl. Dreitzel, S. 212 ff.

92) Vgl. Dreitzel, S. 223.

93) Vgl. Dreitzel, S. 221.

94) Vgl. Dreitzel, S. 224 ff.

95) Vgl. Dreitzel, S. 227 ff.

ルクマールに関しては、アルニゼーウスは、一方で、主権者が国家権力を固有の権利としてもっている、他の主体から委任されてもっているものではないということを力説したが、他方で、主権者も国家の受託者であり、単なる管理者であって、国家に損害を加えないように国家権力を行使すべき義務を負っていることを強調した⁹⁶⁾。

4. 不可分性のメルクマール。ボーダンは、主権は分割不可能にして、一体として主権者に帰属すると主張したが、アルニゼーウスは、混合政体をもって理想とする思想的伝統にも敬意を表さねばならず、又、神聖ローマ帝国が混合政体的な状態にあるという現実をも顧慮せねばならなかったのも、両者の間の妥協を試み、そのための方法として、権力分立論を展開するにいたった⁹⁷⁾。

5. 恒久性のメルクマール。このメルクマールに関しては、アルニゼーウスは、ボーダンの理論に特に何もつけ加えていない。

Ⅲ. 権力分立論

既述のように、アルニゼーウスは、権力分立論を、単一、不可分の主権と伝統的・現実的な混合政体との調和をはかる目的をもって展開した。その第一の構成原理は、水平的権力分立原理ともいうべきものであって、主権を、それを構成する個々の権利(＝主権的権利或いは高権)に細分して、そのうち、本質的・中心的な主権的権利(或いは高権)は、主権者に留保されていなければならないが、非本質的・副次的な主権的権利は、主権者がより高次の権利を有するとの留保のもとに、主権者以外の主体に委ねられることができるとするものである。それゆえ、アルニゼーウスの立場からは、本質的・中心的な高権の委譲は無効ということになる⁹⁸⁾。権力分立の第二の構成原理は、垂直的権力分立原

理ともいうべきものであって、主権そのものは単一であるが、その行使に複数の主体が参加することができるという構想である⁹⁹⁾。

アルニゼーウスは、こうした構想のうえに立って、それまで非体系的に列挙されるにすぎなかった個々の主権的権利の体系的分類を試み、とりわけ、国家の任務或いは機能としての「統治」と「保護」とそれらの権利との関連づけを行った。アルニゼーウスは、客体との関連で権利を分類しないで、国家機能との関連で権利を分類することこそ、政治学的方法であると考えていた¹⁰⁰⁾。アルニゼーウスは、主権的権利の分類にあたって、それらを三つのグループに分けた。第一グループは、統治と保護という国家機能から直接に導出されてくるもので、保護という機能から導出されるものとして、対内的平和と法秩序の維持に関する権利と対外的防衛及び外交関係の処理に関する権利とがあり、統治という機能から導出されてくるものとして、立法権及び裁判権と行政権とをその中に含む、官庁・官職の設置・任免・授権・監視の権利とがあった。第二グループは、国家の存立を危殆におとし入れる危険性をはらんだ問題の解決のために必要な権利であって、宗教事項に関する権利と貨幣鑄造に関する権利とがそれに含まれていた。第三グループは、国家がその任務を果たすうえで必要な物的・財政的手段に関する権利であり、いわゆる収益的レガリーエンと呼ばれる諸権利がこれに属していた¹⁰¹⁾。

Ⅳ. 国家形態論

国家形態に関するアルニゼーウスの論究を特徴づけているのは、国家は権力的支配機構であるという国家本質観と、公共の福祉を実現するためにはいかなる支配機構が最適であるかを問う機能主義的思考方法である。したがって、先ず、国家形態の基本的な分類基準としては、権

96) Vgl. Dreitzel, S. 402.

97) Vgl. Dreitzel, S. 239 ff.

98) Vgl. Dreitzel, S. 240 f.

99) Vgl. Dreitzel, S. 242 f.

100) Vgl. Dreitzel, S. 246.

101) Vgl. Dreitzel, S. 248 ff.

力的支配機構そのものの分類基準しかありえず、そのようなものとしては、結局、主権の担い手の数しかありえないとされ、君主政、寡頭政、民主政が、こうした国家形態の基本類型とされている¹⁰²⁾。次いで、それぞれの基本類型の中の再分類の原理としては、公共の福祉を目的として権力行使が行われているかどうかということがあげられ、かかる原理にもとづいて、もっぱら公共の福祉のために支配が行われている国家形態、もっぱら支配者個人の私的利益のために支配が行われている国家形態、及び、両者の中間形態の三つに再分類が行われている¹⁰³⁾。

こうした分類をふまえて、個々の国家形態の利害・得失が論究されているのであるが、その場合の視点は、既述のごとく、公共の福祉の実現にとって最適なことは何か、という機能主義的視点である¹⁰⁴⁾。しかも、特定の時代の特定の国家にとって最適の国家形態が問われねばならず、時所の如何を問わず絶対的に正しい国家形態は存在しないとして、国家形態が具体的歴史的状况によって制約されることが強調されている。しかし、一定の状況の中で、一定の枠内で、合理的な構成にも余地が残されているとして、各種の国家形態についての合理的な比較検討が行われている¹⁰⁵⁾。

こうした観点に立って、アルニゼーウスは、支配の安定性、支配の実効性、支配が公共の福祉のために行われる蓋然性が最も高いという理由で、君主政が最も適当な国家形態であるとしている¹⁰⁶⁾。又、とりわけ、社会における階級間の闘争や党派間の闘争は永久に続くという前提に立って、アルニゼーウスは、かかる対立・抗争を超越した中立的な君主の存在が必要であることを強調した。社会的な対立・抗争におけ

る中立的な機関としての君主という機能主義的な見方がなされていることが注目される。そのうえ、この機能主義的な見方は、選挙君主政の高い評価となっても現われている。無能・邪悪な君主が国家の支配を担うかもしれない危険性を防ぐためには、選挙によって君主を任命する体制が最適だと、アルニゼーウスは考えた¹⁰⁷⁾。同様にして、君主の地位・権限の把握にも、機能主義的な見方が現われた。要するに、もっぱら、公共の福祉、或いは国家理性を基準として、君主の地位・権限を考えようとする傾向が顕著である。

なお、アルニゼーウスは、既述のごとく、政治思想の伝統と神聖ローマ帝国の現状とを顧慮し、混合政体論を検討し、混合政体が権力分立を通じて可能であり、その権力分立は各権力の権限を確定した成文の基本法を通じて可能であることを認めて¹⁰⁸⁾、一体不可分の主権を説くボーダンの理論を幾分修正したが、しかし、権力の制限と国民の自由よりは、権力の安定性と実効性とをより一層重視する立場に立って、混合政体に対して実際上は余り高い評価を与えなかった¹⁰⁹⁾。

V. 国民の概念

既述のごとく、アルニゼーウスは、国家(respublica)の構成要素として、国民もしくは国民団体(civitas)をあげて、すくなくとも用語のうえで、国家と国民もしくは国民団体とを区別する態度を示した。これは、国家と国民とを区別して考えないアリストテレス哲学の伝統に反するように見える。しかし、アリストテレスの原典自身にも、その萌芽は含まれていたのであって、国家と国民とが合一するのは民主政においてのみであって、君主政や貴族政においては、

102) Vgl. Dreitzel, S. 264 ff.

103) Vgl. Dreitzel, S. 264 ff.

104) Vgl. Dreitzel, S. 278 f.

105) Vgl. Dreitzel, S. 279 f.

106) Vgl. Dreitzel, S. 283 f.

107) Vgl. Dreitzel, S. 267 ff.

108) Vgl. Dreitzel, S. 288 ff., 291, 293.

109) Vgl. Dreitzel, S. 297.

一方における一人もしくは少数の政治的支配、他方における国民の非政治的存在の分離が認められていた¹¹⁰⁾。近世における絶対主義の形成につれて、この萌芽が顕在化してきて、「国家」という用語がもっぱら、君主及びその支配機構のみを指すようになり、それとの対比において「国民」という用語が、権力とは関係のない、非政治的な存在を指すようになった¹¹¹⁾。この意味では、アルニゼーウスの考え方も、アリストテレス哲学の延長線上にあるということになる。しかし、問題は、これで解決済みとなったのではなくて、むしろ、近世に入って二つの方向から、国家と国民との分離を否定する考え方が打出されてきており、アルニゼーウスは、こうした考え方に反対して、国家と国民を分離する考えをとりつづけた。一つは、ボーダンの主権論であって、国家が国民をのみこんでしまっ、国民を全くの臣民集団にひきおろしてしまう考え方であり、もう一つは、逆に、モナルコマッヘンの国民主権論であって、これは、国家を国民の自治団体そのものとしてとらえ、いわば、国家を国民の中に解消してしまう考え方である¹¹²⁾。アルニゼーウスは、一方で、国民を、国家に先立って国家とは別個に存在するものとして把握し、他方で、国民を、国家を志向し国家なしには不完全なものとして把握した。

C. カルヴァン派の政治学、その代表としてのアルトジウスの政治学

代表的な政治学者は、ヨハネス・アルトジウス (Johannes Althusius, 1557-1638) である。ディーター・ヴィドゥケル (Dieter Wyduckel) の述べるようにしたがえば、アルトジウスの政

治学の内容は、大要次の如くである。

I. 人間の社会的共同生活

1. アルトジウスは、政治学の伝統にしたがって、人間の社会的共同生活の根拠づけから叙述を始める。そして、古代以来の学者、又、同時代の学者がしたのと同じように、アルトジウスも、契約を共同生活の根拠づけとして持出した。契約締結者は、彼のいう共同して生存する者 (sympiotici)、或いは政治的・共生的人間であり、契約の対象及び目的は、即ち、人間の社会的結合である¹¹⁴⁾。ただし、アルトジウスは、彼の理論を支えるために——全くアリストテレス的に——人間の社会的性質 (社会性) 及び市民の社会は自然的に存在するというのを援用する。更に、アルトジウスは、根拠づけのために、人間の援助必要性及び危険にさらされていることをも持出す。しかし、だからといって、アルトジウスは、契約理論の出発点を見失っているわけではない。社会的結合の作用因は、市民の合意と契約である。国家的結合体は、意思による結合にもとづいている¹¹⁵⁾。

2. この契約は、明示的なものである必要はなく、黙示的なもので足りるとされている¹¹⁶⁾。

3. この契約は、一個の契約ではなく、多数の契約である。即ち、より小さな結合体 (consociationes) は、個々の人間が相互に結ぶ契約にもとづいているが、普遍的結合体にいたる、より大きな結合体は、組織の程度が高まるにつれて、個々人自身ではなく、個人の団体が契約パートナーとなる (この考えは、当時の身分制的・特権団体的現実を反映するものである¹¹⁷⁾)。このように、アルトジウスは、個人の意思から出発

110) Vgl. Dreitzel, S. 343 ff.

111) Vgl. Dreitzel, S. 344 ff.

112) Vgl. Dreitzel, S. 346 f.

113) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 466 f. なお、シュトライスは、アルトジウスにおける三つの契約の存在を指摘する。即ち、すべての人とすべての人との契約、支配者の任命のための契約 (代表者によって結ばれる)、国民及び支配者と神との契約、がそれである (Stolleis, S. 108)。

114) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 467.

115) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 468.

116) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 468.

117) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 469.

するのであるが、統一的全体を結合するものとしてのコンセンサス (consensus或いはconsensio) の役割を強調することによって、個人の意思の意義を弱める結果を導いている¹¹⁸⁾。

II. 共同体の構造と組織

1. より小さなものからより大きなものにむかっての上昇的組織

共同体は、より小さな共同体から、より大きな共同体にむかう上昇的な組織構造をもっている。その際、アルトジウスは、家族、親族、ゲノッセンシャフトをベースとする個々人の私的な結合がそれぞれ、共同体形成の出発点をなすと考えている。次いで、私的な共同体の結合が、段階的に公的な共同体形成に向うと見る。それゆえ、アルトジウスは、私的な共同体形成と公的な共同体形成との間に厳密な境界線をひいていない。アルトジウスは、私的結合体が政治的機能をいとなみ、それゆえ正当にも政治の対象領域に入るということを認めている¹¹⁹⁾。上昇する共同体形成の到達点は、普遍的・公的結合体という包括的・公的結合である。これは、最小単位の地方自治体、都市、州、即ちいわゆる構成成分間の契約による結合にもとづいている¹²⁰⁾。

2. 統治権

アルトジウスは、この包括的な結合を国家 (Regnum) と呼び、又、ライヒ (Reich) 或いはケーニヒライヒ (Königreich) と呼び、或いは又、respublica (= Gemeinwesen) と呼ぶ。国家 (Regnum bzw. Respublica) を他の共同体と区別するメルクマールは、統治権的権利 (das jus

regni) もしくは主権的権利 (das jus majestatis) を有していることである¹²¹⁾。これは、より高次の、もしくは自分と同等の権力を認めない普遍的権力である。即ち、アルトジウスは、封建法的思考にとどまっている同時代の法律家たちとは異り、ボーダンに依拠して、共同体に構造的に固有のものであり、いわば共同体の魂をなすものであると考えて、彼の政治学の中に統治権を組込んだのである¹²²⁾。

3. 国民 (Volk) の主権

アルトジウスは、この共同体にとって決定的に重要な主権的権力が、例えば支配者といったただ一人の人に帰属するのではなく、また共同体の個々のメンバー (alle Gliedern) に帰属するのでもなく、共同体に共同に帰属すると説いているが、これは基本思想からの当然の帰結である。実際、アルトジウスは、主権的権力から派生する権利 (jura majestatis) を、支配者ではなくて、共同体へと組織された国民に帰属するものとしている¹²³⁾。この主権的権利は、その根拠を国民にもち、国民から出発し、不可分・不可譲のものである。組織された国民として観念された全体に主権は帰属するとされている¹²⁴⁾。或いは、国家として組織された共同体の主権という言葉が用いられている¹²⁵⁾。

4. 国民 (Volk) と政府 (Regierung) の関係

アルトジウスは、彼が全権受託者 (summus magistratus) と呼ぶところの最高支配権力にたいして単に行政的なないし執行的な機能のみを帰属させる¹²⁶⁾。アルトジウスは、全権受託者の任命を契約にもとづかせる。この第二の契約を

118) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 470.

119) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 472.

120) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 472.

121) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 427.

122) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 473.

123) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 473.

124) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 475.

125) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 475. したがって、ヴィドゥケルも、アルトジウスが主権を帰属させる国民というのは、支配者に対立するものではなく、むしろ支配者をも含む全体である、と解釈しているわけである。

126) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 475.

伝統的な支配契約として構成しながら、それに新しい独自の表現を与えた。即ち、委任契約 (pactum bzw. contractus mandati) と名づけた。それゆえ、契約を委任関係として把握した¹²⁷⁾。ただし、団体的に編成された国民が全権力の主であり続けるからであり、それゆえ、政府は委任された権利を固有の権利としてではなく、他人の権利として行使するものであるとした¹²⁸⁾。したがって、アルトジウスは、国民と政府との関係に関して、国民が政府に従属するものとする見方及び、国民が一方的に権利を放棄するとする見方を否定した¹²⁹⁾。

5. 護民官制の導入

アルトジウスは、国民と政府との間に、追加的機関として、護民官 (Ephoren) を導入した¹³⁰⁾。護民官は、共同体の種々のレベルにおいて、国民の選挙によって任命され、全体の代表者とみなされた。したがって、護民官の決定は、全国民が行動したものという取扱いを受けた¹³¹⁾。とはいえ、アルトジウスは、全体にたいする護民官の独立性を認めなかった¹³²⁾。護民官は、国民の権利を左右しえないものとされた。護民官の権力は、国民から委託され、国民の福祉のために行使されるべきものとされた。アルトジウスが護民官という制度を認めたのは、国民が直接参加することができないという実践的な理由からであった¹³³⁾。

Ⅲ. 法構造・憲法構造

1. アルトジウスにとっては、国家形態と統治形態との区別は、重要な意味をもたなかった。主権が誰に帰属するかは問題ではなく、主権が如何に行使されるかが、問題であったからである。

2. 共同体は、アルトジウスとしては、法的共同体であるから、法はアルトジウスにとっては、中心的な役割をいとなんだ¹³⁴⁾。法的共同体の基礎をなすものは共生の法 (jus symbioticum) である¹³⁵⁾。共生の法は、第一に、それぞれの生活共同体の中の個々人の法律問題を対象とする私法という形をとり、第二に、全体として組織された共同体を対象とする公法という形をとる。二つの法は、相互に関連し合っている¹³⁶⁾。

3. 共同体は、個々人及び全体に対して、共同生活にとって有用・必要であるすべてのものを保障する、法的に組織された共同体である¹³⁷⁾。この保障の任務を果たすために、支配的権力を設立し、行使することが必要になる。この権力は、しかし、絶対的なものではなく、常に様々に法的に規定され、且つ、法によって予め形成された権力である¹³⁸⁾。それゆえ、アルトジウスにとっては、主権それ自体なるものは存在せず、あるのは常に主権的権利 (jus majestatis) だけである¹³⁹⁾。この主権的権利は、共同体において、通常直接には表現されない。それは、むしろ、国家的共同体にいわば先在する、

127) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 477.

128) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 477.

129) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 477.

130) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 478.

131) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 478.

132) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 478.

133) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 478.

134) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 480.

135) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 480.

136) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 480.

137) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 481.

138) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 481.

139) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 481.

構成する (= konstituierende) 権力であって、国民 (Volk) もしくは共同体のメンバーに帰属するものである¹⁴⁰⁾。このように、アルトジウスが構想する共同体における人間の共同生活は、*ius majestatis*によって構成されるとともに保障されるものである。それゆえ、アルトジウスは、共同体生活を構成し、保障する法の全体構造を *politeuma*, *Verfassung* と呼び、或いは *sympiotisches öffentliches Recht* と呼ぶ¹⁴¹⁾。

4. 政府は法律 (Gesetze) によって拘束される。アルトジウスが、政府を拘束する法律として考えているのは、共同体の基本法律 (*leges fundamentales*) であり、或いは、総括的に表現すれば、基本法 (*lex fundamentalis*) である。基本法は、政府の選挙を定め、国家共同体の制度を定め、国家的共同体の基礎をなす。アルトジウスが基本法と呼んでいるものは、共同体を設立する種々の契約 (*pacta*) の総括であり、相互的義務づけの原則に立脚している。このように説くことによって、アルトジウスは、伝統的支配契約モデルについて法的説明を行うとともに、いわば契約としての性格をもつ根本法としての憲法的秩序をも展望している¹⁴²⁾。

IV. 支配権力の不法にたいする抵抗権

1. 支配権力の不法な行使にたいする抵抗権は、アルトジウスの政治理論の中心部分をなしている。アルトジウスは、基本法律の無視もしくは廃止は、必然的に暴政をひきおこすという理由づけで、基本法律を尊重するように支配者を説得した。基本法律の不尊重が、合法的抵抗権発動の決定的基準をなすとする。アルトジウスにとって、支配権力の行使が不法なものとなるのは、特に教会の権利が侵害され、信仰活動が妨害ないし禁止される場合である。こういう場合、アルトジウスにとっては「人は人よりも神にしたがうべきである」

という格言を根拠にして、抵抗は許されるだけでなく、命じられると主張する。抵抗の権利は、国民と支配者との間に結ばれた契約や、基本法律から帰結されるだけでなく、神の前で、また、神と結んだ宗教的同盟によっても正当化される。この場合、この同盟は、宗教的機能をもつだけでなく、政治的・法的機能をもつとアルトジウスは考える¹⁴³⁾。

2. 抵抗権は、原則として、個人にではなく、護民官に帰属する。アルトジウスは、護民官は、二重の地位を有するとし、即ち、第一に、地域的・領邦の共同体、第二に、全共同体の代表であるとし、これを制度的に区別して、前者を個別的護民官、後者を一般的護民官とし、前者はその地方・その領邦にたいして責任を有し、後者は共同体全体にたいして責任を有するとする。護民官は、抵抗権行使の権利のみならず、その義務を有するが、この権利・義務は、個別的護民官に関してはその部分的な責任領域についてのみ、一般的護民官はその全体的責任領域について及ぶ、とする¹⁴⁴⁾。

V. アルトジウスの方法論

1. アルトジウスの代表作は *Politica, methodisch digesta* と題しているが、この場合の *methodisch digesta* は、ラムス (*Ramus*) 理論によって指導されていることを意味している。即ち、アルトジウスは、アリストテレスの三段論法にかえて、ラムス的二元的・弁証法的方法 (*dichotomisch-dialektisch logisches Vorgehen*) にもとづくことを表題においても標榜しているのである。もっとも、ラムスの方法論をとることは、方法論として重要なのではなく、時代の支配的な論理的政治的アリストテレス主義にたいするアンチ・テーゼをかかげるために重要なのである¹⁴⁵⁾。アルトジウスは、共同体における人間の平和的共存を志向する点で、アリストテ

140) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 481.

141) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 481.

142) 以上について, vgl. Wyduckel, Althusius, S. 482 f.

143) 以上について, vgl. Wyduckel, Einleitung, S. XXIV ff.

144) Vgl. Wyduckel, Einleitung, S. XXVI.

145) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 488.

レスの枠内にとどまりながら、現存の政治的・法的構造の把握に満足しないで、その反省、即ち、政治的現実を記述的であるとともに理論的に特定された関連枠組みの中に組入れることを、試みた。即ち、絶対主義的・集権主義的国家へ向う現状と、硬直化したアリストテレス主義がそれを理論的に肯定している現状に、アンチ・テーゼを対置するために、ラムスの方法論によることを標榜したのである¹⁴⁶⁾。

2. その意味で、アルトジウスの政治学は、近世の共同体形成の身分制的・特権団体的面と立憲主義的面を志向する共同体観に立脚して、絶対主義国家にたいするアルタナティーフを打出すものであった¹⁴⁷⁾。

3. アルトジウスは、法律家であったにもかかわらず、法と政治との分化を維持して、むしろ政治学の自立性の確立の立場をとったから、彼の政治学の中には、公法的なものを含みながら、意識的に学科としての公法の成立に通ずる発言を行わなかった。諸々の学科の協同を放棄しないが、諸々の観点の分離を貫いた¹⁴⁸⁾。

D. カトリックの政治学

政治学と*ius publicum*の初期的形態の相互浸透の傾向は、原則として、ルター派、カルヴァン派の大学に限られていたが、カトリックの大学としては、例外的にケルンとマインツだけが、独自の政治学の伝統を維持していた¹⁴⁹⁾。マインツのアダム・コンツェン (*Adam Contzen*, 1571-1635) が著した『政治学』は、彼の神学によってひかれた確固たる枠組みの中にとどまり、国家を神の設立物 (*göttliche Stiftung*) としてとらえ、国家は、真の宗教の保護、国家道德の涵養、こうした目的を志向する教育施設の保

護によってのみ発展しうると説いた。もっとも、軍事制度などについては、ユウトゥス・リプシウスの影響は受容れた。又、異った思想、異った信仰をもった者にたいしては厳しい態度をとり、そのような者によって平穏・秩序が危くされる場合には、強制手段をとるよう国家に勧告した¹⁵⁰⁾。

E. *ius publicum*を内包した政治学

アルトジウスは、*ius publicum*的なものを含みながら、自立的政治学の確立という大方針のために、それを前面に押出さなかったが、17世紀初頭になると、*ius publicum*を内包し、それを共存させていることを表面化する政治学が現れた。これは、領邦における国家体制の確立にともなう、官吏養成にたいする需要が増大し、従来の政治学の中に公法的知識を取込む必要性が生じたからである。同様にして、法律家のほうでも、自分の公法的知識を政治学の中に入りこませる傾向が強まった¹⁵¹⁾。

I. ヤーコブ・ボルニッツ (*Jakob Bornitz*, 1565-1625)

ボルニッツは、その著書*Discursus politicus de prudentia politica comparanda*, 1602において、公法をローマ法から分離する必要性を説きながら、その公法を政治学の指導下におく必要性を強調した。公法は必要なものではあるが、自己目的ではなく、よき政治秩序のための手段にすぎないと見ていた¹⁵²⁾。

II. ゲオルク・シェーンボルナー (*Georg Schönborner*, 1579-1637)

シェーンボルナーは、その著書*Politicorum libri septem*, 1609において政治学の伝統的テーマを取扱いながら、神聖ローマ帝国の*ius publicum*の完

146) Vgl. Wyduckel, Althusius, S. 489.

147) Vgl. Wyduckel, Einleitung, S. XXIX.

148) Vgl. Wyduckel, Einleitung, S. XXIV. なお、アルトジウスについては、vgl. Stolleis, S. 106 ff., 125; Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 129 f., 137 ff., 157 ff.; Winters, S. 29 (邦訳41-79頁)。

149) Vgl. Stolleis, S. 122 f.

150) Vgl. Stolleis, S. 123.

151) Vgl. Stolleis, S. 123.

152) Vgl. Stolleis, S. 116 ff.

べきな叙述をも入りこませた。すなわち、伝統的な「政治学」というタイトルのもとで、*ius publicum*の教科書への移行を試みた¹⁵³⁾。

Ⅲ. ラインハルト・ケーニツヒ (*Reinhard König*, 1583-1658)

ケーニツヒの*Acies Disputationum Policicarum, methodice instructa*, 1619は、16世紀末から17世紀初頭にかけて、政治学と*ius publicum*とを結合する試みが一般化したことの好例。これは、*Disputationensammlung*であるが、最初に政治学の伝統的テーマ(共同体それ自体、その設立、その拡大、維持、変遷、同盟、交易、国家形態)についての討論を行い、次いで、公法のテーマ(神聖ローマ帝国の形態、主権、帝国等族など)に移行している。それに続いて再び、政治学のテーマ(宗教と法律、支配者とその義務、君主の徳、顧問、使節、戦争、国家の収入源)が取上げられている。既にこの書においては、政治学と*ius publicum*との境界はなくなっている¹⁵⁴⁾。

Ⅳ. クリスチャン・リーベンタール (*Christian Liebenthal*, 1586-1647)

リーベンタールの*Collegium politicum*, 1619は、これも政治学と*ius publicum*との結合の試みの例。リーベンタールは、政治学は公的支配の枠組みを与え、*ius publicum*はその細部を与えるものと理解している。

Ⅴ. ヘルマン・キルヒナー (*Hermann Kirchner*, 1562-1620)

キルヒナーの*Respublica (Disputationensammlung)*, 1608。ボーゲンとの主権をめぐる論争に大きなアクセントをおき、且つ、*majestas realis*と*majestas personalis*の区別を初めて行った。又、ドイツの*ius publicum*にあたるものとして、金印勅書、帝国決議、皇帝選挙公約状、即ち、基本法律をあげた¹⁵⁶⁾。

Ⅵ. ツァハリアス・フリーデンライヒ (*Zacharias Friedenreich*, 1580-1636)

フリーデンライヒの*Politicorum liber*, 1609は、政治学と法律学との密接な結合を主張し、その際、先ず、支配のあらゆる現象形態から必然的に演繹される根本知としての政治学を学習し、そのあとで、法律学的細部を学習すべきである、という方針を示した¹⁵⁷⁾。

Ⅶ. クリストフ・ベゾルト (*Christoph Besold*, 1577-1638)

ベゾルトは、政治学についての数多くの著書を刊行したが、その中で多くの分野を混在させ、とりわけ政治学と法律学とを結びつけた。多くの著書で*Dissertatio juridico-politica*というタイトルを用いた。ベゾルトも、政治学を包括的・一般的な学科とし、法律学、とりわけ*ius publicum*は、その中で、特定の国における具体的な素材を取扱うものとした¹⁵⁸⁾。

第4章 成立期のドイツ公法学

第1節 成立の直接のきっかけとなった論争

A. 皇帝派と帝国諸身分との対立の激化

もともと神聖ローマ帝国は、1356年の金印勅書による皇帝の選挙の制度化に見られるように、皇帝と帝国諸身分との二元構造をとり、皇帝と帝国諸身分との力のバランスの上に成立っていたが、1495年のライヒスカンマーゲリヒトの設立にも見られるように、次第に帝国諸身分のほうにウェイトが移動し、とりわけ、帝国内部での宗派の統一を行わず逆に領邦内部での宗派の統一を行うという解決のしかたをとった1555年のアウグスブルクの宗教和議以降、一層帝国諸身分のほうに二重構造におけるウェイト

153) Vgl. Stolleis, S. 118 f.

154) Vgl. Stolleis, S. 119.

155) Vgl. Stolleis, S. 120.

156) Vgl. Stolleis, S. 119 f.

157) Vgl. Stolleis, S. 121.

158) Vgl. Stolleis, S. 121 f.; Friedrich, S. 59 ff.

が移って行った。そのため、宗教改革にたいする反宗教改革の運動とも連動してまきかえしを図る皇帝側と、帝国諸身分側との間の、政治的緊張がつよまった。

こうした状況を反映して、法学者の間でも、皇帝の地位の把握をめぐる対立・論争が生じた。こうした対立・論争は、ひとつには、同じテーマを対象とする論文、更には、皇帝の地位を左右する帝国全体の憲法構造を叙述する著書・論文を輩出させ、ひとつには、皇帝・帝国諸身分それぞれが自己の支配下にある大学に、帝国の憲法構造に関する講座の設置、もしくは講義の開設を働きかけるにいたらしめた。

既に述べたように、ローマ法学においても政治学においても、帝国の憲法を論究する著書・論文が現われていたが、こうした散発的・単独的な現象ではなくて、一般的・継続的な傾向として帝国の憲法が論究されるようになった現象を、学科としての*ius publicum*の成立と捉えるわけである¹⁵⁹⁾。

B. 帝国基本法律等の刊行の盛行

宗教的対立及びそれを背景とする政治的対立を反映して、それぞれの立場が裁判においても、又、広く世論にむかって、自己の立場を主張し、アピールする必要が生じ、印刷術の発達・普及がこれに答えた。こうして、帝国の基本法律、ライヒスカンマーゲリヒト規則、及びライヒスカンマーゲリヒトの判例集、ライヒスホーフラートの判例集、又、コルプス・ユリス・キヴィリスとそのコンメンタール、更に鑑定意見の集成が、相次いで刊行された。また、ライヒにおいてもそうであったが、領邦においても盛んに立法が行われたが、これらも印刷・刊行された。こうした刊行物は、それぞれの側に役立ったが、とりわけ、基本法律の援用が可能・容易になった帝国諸身分側にとって役立った。これらの基本法、法令、判例集の刊行・普

及によって、帝国の憲法構造をめぐる論争及び論争の根拠になる帝国憲法の構造全体に関する論究のための道具が、準備された¹⁶⁰⁾。

C. ローマ法を根拠として皇帝の地位を擁護する立場と、ドイツ固有法を根拠として帝国諸身分の地位を確保しようとする立場との間の論争の例

マールブルク大学ヘルマン・フルテュス (*Hermann Vultejus*, 1555-1634) は、その *Kommentar zur Jurisdiktion und gerichtlicher Zuständigkeit* (1599) において、裁判権に関するローマ法の命題はもはや直接には適用されえない、けだし、神聖ローマ帝国は純粋な君主政の統治形態ではないからと主張し、同様に、*princeps legibus solutus* (君主は法律から解放される) 原理ももはや効力をもっていないということを主張し、その理由として、ローマ帝国は崩壊したので、ローマ法はそもそも根拠を失ったということをあげた。

これにたいして、ギーセン大学のゴットフリート・アントニウス (*Gottfried Antonius*, 1571-1618) は、その8年後、皇帝の支配者としての地位を限定するこの見解に反論して、皇帝の君主としての地位は今なお無制限であるとし、皇帝は*legibus solutus* (法律から解放される) とみられなければならないと主張した。

それにたいしてフルテュスの弟子ゲオルク・マルティン (*Georg Martin*) は反論して、ローマ法は1607年の状態に適合しておらず、効力をもたない、とりわけ、*Lex regia*は効力をもたないとし、皇帝に法律から解放されるというローマ後期のオーラを与えることはできないとした。

アントニウスは、論争の次の段階では主張を後退させて、皇帝は他の実定法律からは解放されるが、基本法律からは解放されないとし、その理由として、基本法律が契約であることをあ

159) 以上について、vgl. *Stolleis*, S. 138 ff., 141 ff.; *Friedrich*, S. 24 ff.

160) 以上について、vgl. *Stolleis*, S. 127 ff.; *Friedrich*, S. 26 ff.

げた。

このマールブルク・ギーセン論争は、帝国公法学の二つの流れが成立するためのプレリユードとなった。マールブルク大学の親帝国諸身分的傾向は特にイエナ大学によってひきつがれ、親皇帝的傾向はギーセン大学のラインキング(Reinking)によって代表された¹⁶¹⁾。

D. 神聖ローマ帝国の行動へのドイツ固有法の適用をめぐる論争の例

帝国都市ドナウヴェルトで発生した、民衆による行列行進妨害事件を理由として、1607年、皇帝がライヒスホーフラートの判決にもとづいて、ドナウヴェルトにたいする帝国保護喪失を宣告し、且つ、軍事力によって直ちにこの帝国保護喪失を実施した。これを発端として、文書合戦が起った。この文書合戦の中で、バイエルンの顧問官ヴィルヘルム・イエヒャー(Wilhelm Jöcher)が起草した報告書は、この事件について、権限を有するのはライヒスカンマーゲリヒトか、皇帝及びライヒスホーフラートなのか、という問題を提起し、ローマ皇帝にかんする憲法的命題を根拠にして、ライヒスカンマーゲリヒトの権限を否定した。

これにたいして、プロテスタント側で、ゼバスティアン・ファーベル(Sebastian Faber)とルートヴィッヒ・ミュラー(Ludwig Müller)とが起草した„Beständige Information“(永遠の情報)は、ローマ皇帝とドイツ皇帝との違いを指摘し、したがって、神聖ローマ帝国のことはローマ法、もしくはバルトールスやバルドゥスによってではなく、ドイツ固有の法、即ち、金印勅書、皇帝選挙公約状、帝国決議によって判断されるべきである、と主張した。

これにたいして、イエーヒャーは再反論して、ライヒスカンマーゲリヒトとローマ法とは対立

関係にあるのではなく、ローマ法はライヒ憲法の必然的・補完的部分であるということを理由として、皇帝がライヒ憲法の代りにローマ法を根拠にして判断したことを弁護した¹⁶²⁾。なお、フリートリヒ(Manfred Friedrich)は、「永遠の情報」が中立的な権威としてのドイツ憲法学の必要性を主張したと理解している¹⁶³⁾。

このような帝国の憲法構造にかかわる学問的論争・政治的論争が、ドイツ公法学の成立を証拠立てるとともに、それを促進した。

第2節 成立期ドイツ公法学の方法論

A. 対象

公法学の対象が、神聖ローマ帝国の憲法であることはいうまでもないが、問題は、神聖ローマ帝国がローマ帝国の後裔なのか、それとは全く異った帝国なのかということであり、ローマ帝国の後裔とする根拠としての帝権委譲(Translatio Imperii)を真実と見るか否かであり、それと関連して、神聖ローマ皇帝の地位がローマのLex regiaにもとづくものか、ということであった。この点については、ヘルマン・コンリング(Hermann Conring)が1644年、歴史的な論証によって、帝権委譲説にとどめを刺し、神聖ローマ帝国がローマ帝国の後裔であるとする思想のよって立つ根拠を打破したが¹⁶⁴⁾、既にそれ以前から、この思想が神聖ローマ帝国の現実的と合わないことは、既に述べたフルテュスの1599年の主張・論証に見られたように¹⁶⁵⁾、指摘されており、公法学の親帝国諸身分的傾向はそれに立脚してその主張を展開してきていたのである。

B. 法源

新しい学科の必要性の主張は、新しい学科は新しい法源を基礎としなければならないという

161) このマールブルク・ギーセン論争については、vgl. Wyduckel, Ius Publicum, S. 149, 153 f.; Stolleis, S. 159 f.; Friedrich, S. 49 f.

162) ドナウヴェルト事件については、vgl. Stolleis, S. 148 ff.; Friedrich, S. 30; Wyduckel, Ius Publicum, S. 149.

163) Vgl. Friedrich, S. 30.

164) Vgl. Wyduckel, Ius Publicum, S. 142 f.; Friedrich, S. 32.

165) Vgl. Wyduckel, Ius Publicum, S. 142.

主張と結びついて展開された。1600年頃には、公法は政治的重要性において民事法に勝っており、純粹に公法的な法源にもとづく独自の取扱いを必要とするのであり、この法源はドイツ・ライヒ憲法という固有の法源でなければならないという見解が、急速に支配的になって行った¹⁶⁶⁾。もっとも、法源の問題に関しても、皇帝派と諸侯派との見解は分れており、この意見の違いは、ドナウヴェルト紛争の際の文書合戦においてもマールブルク・ギーゼン論争においても現われていたのであるが、皇帝派が依然としてローマ法をもって法源と考えていたのにたいし、帝国諸身分派はドイツの固有の法をもって法源と考えるべきだとしていた。

帝国諸身分派が、ドイツ公法の基礎においたのは、ドイツの法及び憲法の発展から生じた法源であり、16世紀末に形成された用語法によれば、*leges fundamentales*, *Fundamentalgesetze*, *Grundgesetze*と呼ばれる法規範であった¹⁶⁷⁾。この点について、諸侯派の代表リムネウス (*Limnaeus*) は次のように述べている (原文ラテン語、シュトライスのドイツ語訳を要約)。「今日の神聖ローマ帝国の公法は、嘗てローマ人の間で行われていた法とは全く異っているから、今日の状態についてのわれわれの決定をやみくもに古代からの、且つ、實際政治から追放された法にもとづいて下そうと試みる人は完全に誤っている。このような決定にあたっては、遙かに以前の過去の状態もしくは将来の状態ではなくて、現在の状態こそが、重要である。けだし、昔と今との間には大きな違いがあるからである。それゆえ、帝国、その帝国諸身分及びそれに従属する構成員についての現実的な認識を得ようとする者は、バルトールスやバルドゥスをわきに置いて、帝国決議、皇帝選挙公約状、金印勅書、ライヒスカンマーゲリヒト判例集及びゴルダート (*Goldart*) の努力によって集め

られた著作を読むほうが、より大きな成果をあげることができよう¹⁶⁸⁾」(シュトライスは、こうしたリムネウスの言葉には、現実主義的な憲法理解への転換と、〔ローマ法の〕普遍主義的帝国思想をナショナルな枠組みに限定する傾向が現われていることを指摘している¹⁶⁹⁾)。

こういう考え方に呼応して、16世紀末から17世紀初頭にかけて、*ius publicum*の法源の最初の総合の試み (メルヒオール・ゴールドラスト [*Melchior Goldast*, 1609], マルクァート・フレーヘル [*Marquard Freher*, 1603], フリートリヒ・ホルトレーダー [*Friedrich Hortleder*, 1617]) が行われたが、このことは、第一に、学科としての公法の独立が進展していることを明確に示すものであり、第二に、特殊な法的基礎にもとづくものとしての国家的共同体の取扱いの分化が進展していることを証拠立てるものであった¹⁷⁰⁾。

C. 概念装置

成立期のドイツ公法学が、神聖ローマ帝国の憲法構造を法的に論究するために用いた中心概念は、当然ながら、支配権力ないし統治権力をあらわす概念であり、且つ、突然新しい概念を打出すこともできないから、これも当然のことながら、ローマ時代以来近世にいたるまで存在してきた支配現象・統治現象を説明するためのローマ法上の概念であった (また、当時は、学術論文は基本的にラテン語で書かれていたから、神聖ローマ帝国の憲法構造を対象とし、ドイツの固有法を法源とするといっても、中心概念のための用語としては引続きラテン語が使われていたのであるから、ローマ法上の概念がそのまま使われるということは自然なことでもあった)。もちろん、新しい視角から支配現象・統治現象を論究するわけであるから、ローマ法上の概念を用いながらも、その本来の意味に変更を加えたところに、新しい公法学の新しさのゆえんがあった。

166) Vgl. Stolleis, S. 146.

167) Vgl. Stolleis, S. 164.

168) Vgl. Stolleis, S. 152.

169) Vgl. Stolleis, S. 152.

170) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 150.; *Friedrich*, S. 42; *Stolleis*, S. 132 f.

I. *jurisdictio*

本来、刑事・民事の裁判権を意味する *jurisdictio* 概念は、裁判活動こそ公的権力の中核であるという当時の一般的観念を背景として、裁判のみならず、立法や統治権力をもあらわす意味で用いられていた（もっとも、こうした用語法は、コンメンタトーレンによって行われ始めていた¹⁷¹⁾）。いわば、支配者とは、一般的にも個別的にも、何が法であるかを宣言するものとして考えられ、その宣言活動が *jurisdictio* として捉えられていたのである¹⁷²⁾。逆に、支配権力・統治権力という意味をも内包していたからこそ、帝国の憲法構造にかかわる重要事件において、問題は常に誰が裁判権をもつかということに帰着したのである¹⁷³⁾。そして、16世紀以降、誰が裁判権をもつかについて、ローマ法を根拠にして皇帝だとする側と、ドイツ固有法を根拠にして帝国諸身分（したがってライヒスカンマーグリヒト）だとする側とが衝突したのである。シュトライスは、この衝突から新しい公法学が成立したとしている¹⁷⁴⁾。

このような意味で、*jurisdictio* について注釈することが、公法全体の論述のための絶好の中核となったのである。1590年から1630年までの40年間だけで、*jurisdictio* に関して20を超える論文が刊行されたが¹⁷⁵⁾、この時期の論文になると、*jurisdictio* というタイトルの下に *ius publicum* 全体の論述が行われるようになった¹⁷⁶⁾。例えば、皇帝の側に立ったトーマス・ミハエリス (*Thomas Michaelis*) の著作は、*jurisdictio* を広義に捉えて、皇帝の帝権の最も重要な部分として *jurisdictio* を捉えつつ、*jurisdictio* を主権と同義

のものとしても捉え、そこから世界支配、立法権及びその他すべての支配権限が派生するとした。他方、ミハエリスの著作は、*jurisdictio* の概念を、刑事・民事の裁判権という狭い意味でも捉えて、帝国における裁判権の系統秩序についての詳しい叙述を行っている¹⁷⁷⁾。

1606年のマティアス・シュテファニ (*Matthias Stephani*) の *jurisdiktio* の論文も、ライヒ及び領邦における裁判権のヒエラルヒーについて詳述し、とりわけ、領邦の *jurisdiktio* を *superioritas territorialis* (領邦高権) という用語をもって説明した¹⁷⁸⁾。

Jurisdiktion の論文を通してうかがわれる成立期の公法学の内容を示すものとして重要なのは、トビアス・パウルマイスター (*Tobias Paumeister*, 1555-1616) の *Tractatus de iurisdictione imperii libri duo* (1608) である。この *Traktat* は、ドイツの状態へのローマ公法の適用可能性を否定した最初の著作として¹⁷⁹⁾ 注目されるだけでなく、*jurisdictio* というタイトルの下で *ius publicum* 全体が論述されうること示した例としても注目される¹⁸⁰⁾。

更に、ヤーコプ・ランパディウス (*Jakob Lampadius*, 1593-1649) が、1619年に *De iurisdictione in nostro Imperio Romano-Germanico* というタイトルで提出した *Dissertation* を、その弟子コンリングが1634年に *Tractatus de constitutione Imperii Romano-Germanici* とタイトルを変更して刊行したが、これはまさに *jurisdictio* が内容的に憲法 (*constitution*) に相当していたことを物語っている¹⁸¹⁾。即ち、ランパディウスは、ローマ法的概念たる *jurisdictio* を論究のてがかり

171) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 55 ff.

172) Vgl. Stolleis, S. 157.

173) Vgl. Stolleis, S. 166.

174) Vgl. Stolleis, S. 157.

175) Vgl. Stolleis, S. 158.

176) Vgl. z. B. auch Gierke, S. 210.

177) Vgl. Stolleis, S. 160 f.

178) Vgl. Stolleis, S. 161; Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 143.

179) Vgl. Stintzing, 2. Abt., S. 178.

180) Vgl. Stolleis, S. 162; Friedrich, S. 38.

181) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 144.

として — ドイツ公法の中に次第に進出してきたボーダンの主権概念に導かれて — 共同体の統治権力の全体を論究しようとしたのである。その場合、ランパディウスは、なお伝統的な *jurisdiktio* 概念を用いるのは最も広い意味においてであるということを意識していた。それゆえ、ランパディウスは、共同体を構造的に形づくり、共同体の本来の特質をなすところの主権的支配権力をもって、彼の論究の基準点としたのである。ランパディウスは、ボーダンにしたがって、論究の基準点として主権という新しい公法的指導概念を選んだことによって、*jurisdictio* を従来の支配的地位から追落とすことに貢献した¹⁸²⁾。このように、ライヒにおける公法的論究の重点は、伝統的な本来裁判に関わる支配権力から、新しい主権的な国家的支配権力へと移行した¹⁸³⁾。しかし、ランパディウスは、*jurisdiktio* パラダイムから主権パラダイムへの移行によって提起された問題の理論的处理と取組みすぎていたために、ライヒの具体的法律問題に立入って論究することができなかった。そして、この仕事は、ドミニクス・アルメーウス (*Dominicus Arumaeus*) とヨハネス・リムネーウス (*Johannes Limnaeus*) によって引受けられることになった¹⁸⁴⁾。

II. レガーリエン

1. *jurisdictio* と並んで、成立期の公法学の手がかりとなったのは、レガーリエンである¹⁸⁵⁾。既に、中世初期に国王 (= 皇帝) は、軍の指揮官及び裁判官としての任務を果たすために必要なものとして、特別の権利と財物とを保有していたが、この特別の権利と財物が、レガーリエンと呼ばれていた。もっとも、特定の対象、特定の目的にむけられた権利・財物のみがレガーリ

エンと呼ばれ、国王 (= 皇帝) の裁判権・軍指揮権のような一般的権利は、レガーリエンとは呼ばれていなかった¹⁸⁶⁾。

レガーリエンが何かについての法的確定として伝えられる最初のもは、1158年のロンカリアの帝国議会で発せられた、皇帝フリートリヒ一世の勅書 „*uae sint Regalia*“ であって、これは、帝国が弱体であった時代にロンバルディア諸都市から取上げられていたものをフリートリヒ一世が取戻し確保するために発せられたもので、嘗ての皇帝の特権を含んでいた。もっとも、この勅書は、嘗て皇帝が保持していたすべてのレガーリエンを網羅していたわけではなくて、フリートリヒ一世が資金の欠乏を補うために収益をもたらす権利に価値をおいたから、主としてそのようなものが列挙されていた¹⁸⁷⁾。

2. このロンカリアの勅書によるレガーリエンの列挙が、グロッサトーレンによってランゴバルト封建法の中に取り入れられ (*Libri feudorum* 2.50)、それが広義のコルプス・ユリス・キヴィリスの一部分としてドイツに継受され、ドイツにおけるレガーリエンに関する学問的論究の出発点となった¹⁸⁸⁾。

3. レガーリエン概念は、その後の政治的發展及びそれを反映するレガーリエン研究を通じて、種々の方向に変遷をとげた。即ち、

- i) 勅書の時代には、特定の対象・特定の目的にむけられた権利・財物しかレガーリエンと考えられていなかったが、その後の発展の中で、対象的に規定されない一般的権利も、レガーリエンの中に含まれるようになった¹⁸⁹⁾。
- ii) レガーリエンは、収益をもたらす権利、経済的価値のある権利、或いは物質的権利のみならず、非物質的権利をも含むものとして捉えら

182) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 144.

183) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 144. ランパディウスについては、更に、vgl. Stolleis, S. 163; Friedrich, S. 53 f.

184) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 145.

185) Vgl. Stolleis, S. 166; Gierke, S. 212; Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 135 ff.

186) Vgl. Waitz, S. 10.

187) Vgl. Waitz, S. 12.

188) Vgl. Waitz, S. 12.

189) Vgl. Waitz, S. 10.

れるようになった。それにともなって、レガーリエンの中の基本的な分類として、*regalia major*（上級レガーリエン）と*regalia minora*（下級レガーリエン）の区別が行われるようになった。後者が*regalia fisci*（国庫的レガーリエン）とも表現されるように、国庫への収益をもたらす諸権利であって、且つ、偶然的に取得された諸権利を意味するのにたいして、前者は皇帝の権力を直接表現する、皇帝の権力にとって本質的な諸権利を意味するものとされた¹⁹⁰⁾。

iii) レガーリエンは、勅書の時代には皇帝にのみ帰属するものと考えられていたが、次第に、皇帝からの付与によってか、或いは取得時効によってか、皇帝以外の者もレガーリエンをもつことができると考えられるようになった。とりわけ、領邦君主の権力が確立されてくるにともなって、領邦君主もレガーリエンをもつことができると考えられるようになった。とりわけ、領邦は、レガーリエンに関心を集中させ、一方で、収益を高めるためにレガーリエンの数を拡張することにつとめるとともに、他方で、自己に帰属する諸レガーリエンを*superioritas territorias*（領邦高権）へと統合することにつとめた¹⁹¹⁾。

4. 皇帝にしても、領邦君主にしても、個別の権利もしくはその集積としてのレガーリエンを保有するものとされ、とりわけ領邦君主の勢力が増大するにつれて一層多くのレガーリエンを集積して来たが、一定の段階で、このような集積方法が包括方式に転換する。即ち、それまでは或ることについてレガーリエンをもっているかどうかは、もっていると主張するものが歴史的に証明する責任を負っていたが、一定の段階からは、皇帝または領邦君主であるという資格、換言すれば、支配者であるという資格から当然そのレガーリエンを有すると主張し、貫徹できるようになったのである（もっとも、転換

が一挙に、全面的に進んだわけではなく、一般的傾向としてそうだった、というにすぎない）。これは、一方で、事実の問題として、集積量が相当の程度に達したからであり、他方で、レガーリエンを包括的・一体的なものとして把える理論が後押ししたからである。こうした理論としては、次のようなものがあげられる。

i) こうした理論として先ずあげられるのは、ボーダンの主権論であるが、ボーダンの絶対的権力論にたいする反発から、直ちには理論化の出发点とはされなかった。例えば、1591年のフリードリヒ・プルックマン（*Friedrich Pruckmann*）の*Tractatus de regalibus*は、ボーダンを引用していない。そのかわり、あらゆる支配権力が服する多くの伝統的な拘束の詳細な列挙に終わっている。したがって、絶対的な権力が一層の可能性を内包していることを認識することができなかった¹⁹²⁾。しかし、16世紀の90年代になると、ボーダンの著書のラテン語訳がドイツで何度も刊行されたこと（1591年、1594年、1601年、1609年）も原因となって、一般的な変化が生じた。例えば、レグナー・シクスティヌス（*Regner Sixtinus*）は、レガーリエン論と主権概念とを接合させようと試み、個別的な皇帝の権限をあらゆる伝統的な*regalia majora*（上級レガーリエン）をもはや個別的な権利のアンサンブルと見るのではなく、主権のメルクマールとして解釈した¹⁹³⁾。更に、1596年の、アンドレアス・シェプジウス（*Andreas Schepsius*）のレガーリエンに関する学位論文は、ボーダンの主権論を完全に受容れ、伝統的なレガーリエン論を克服して、すべてのレガーリエンを主権の照射効として把握した¹⁹⁴⁾。

ii) 前述したアルトジウスは、レガーリエンから統一的な統治・支配権力への発展を、三つの点で推進した。

190) Vgl. Stolleis, S. 169; Gierke, S. 213.

191) Vgl. Stolleis, S. 167; Gierke, S. 212 f.

192) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 135 f.

193) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 136 f.; Gierke, S. 212.

194) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 137; Friedrich, S. 37.

a) 前述したように、アルトジウスは、国家として組織された国民に、統一的・包括的な支配権力が帰属すると説いて、統一的・包括的な支配権力の観念を打出した。

b) 国民全体に帰属する統治権力及び支配者に国民全体から委ねられている統治権力を、ボーダンとは異って、初めから、法的に制限されたものとして把握することによって、統一的・包括的な統治権力という観念を受容れ易くした¹⁹⁵⁾。

c) 統治権力は、統一的・不可分なものであるが、その対象及び行使の方法にしたがって、個々の支配的権利 (*jura majestatis*) に区分されるものと説くことによって、個別的高権とレガーリエンとの論理的関連をつくりだした。ただし、アルトジウスにおいては、レガーリエンは *jura majestatis* (主権的権利) のうちの一つとして扱えられており、レガーリエンと支配権力 (*majestas*) との法理論的つながりが必ずしも明確ではなかった¹⁹⁶⁾。

iii) この点、前述のアルニゼーウスは、レガーリエンと *majestas* (支配権力) との論理的関連づけを一層進めた。アルニゼーウスによる、レガーリエンと *majestas* (支配権力) との論理的関連づけは、次の点に現れている。

a) *majestas* (支配権力) の本質的核心部分は分割できないが、それ以外は、それぞれ異った任務にしたがって個々の部分に区分されることができ、且つ、多くの人々の行使に委ねることができる¹⁹⁷⁾と説き、且つ、*majestas* (支配権力) の個々の部分が、封建法でレガーリエンと呼ばれているものと同一であるとした¹⁹⁷⁾。

b) *majestas* (支配権力) の個々の部分、即ち、*jura majestatis* (個々の支配的権利) 或いはレガーリエンの、基礎づけ及び分類にあたっては、フリートリヒ一世の勅書などの歴史的なものの

から離れて、正当に認識された事物の本性を根拠にした¹⁹⁸⁾。

c) アリストテレスの権力三分論を模範として、国家の基本的任務を基準として *jura majestatis* (個々の支配的権利) を三つのグループに分類した。この分類の内容については、既に述べた。

5. このような経過をたどって、一般的たると個別的たるとを問わず、或いは上級たると下級たるとを問わず、すべてのレガーリエンが *majestas* (支配権力) の構成要素とする把握、*majestas* (支配権力) から個々のレガーリエンが導出されるという把握が行われるようになると、神聖ローマ帝国及びその領邦国家の憲法構造を説明するキー概念が、レガーリエンから *majestas* (支配権力) へ移行し、*majestas* (支配権力) を根拠とすれば、憲法構造全体が論究されるという状況が到来した¹⁹⁹⁾。

6. その後再び変化が生じ、*majestas* の本質的構成要素或いは上級レガーリエンと、収益をもたらすレガーリエン或いは下級レガーリエンとの、取扱上の分化が生じ、前者は公法的論究の対象として残って、レガーリエンという名前では呼ばれなくなり、後者のみがレガーリエンという名前を保有しつつ官房学或いは警察学 (*Polizeiwissenschaft*) の対象となって、公法学から別れて行くことになった²⁰⁰⁾。

7. レガーリエンに代って、*majestas* (支配権力) がキー概念として用いられるようになって、レガーリエンの分類のために用いられていた *majora* 或いは上級と、*minora* 或いは下級という表現も、*majestas* (支配権力) に引継がれ、*majestas* (支配権力) に関する著作において、*majestas majora* (上級支配権力) と *majestas minora* (下級支配権力) との区別が行われるようになった²⁰¹⁾。

195) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 137 f.

196) Vgl. Waitz, S. 31 ff.

197) Vgl. Waitz, S. 37 ff.

198) Vgl. Dreitzel, S. 246.

199) Vgl. Gierke, S. 214.

200) Vgl. Stolleis, S. 169 f.

201) Vgl. Stolleis, S. 169.

8. *regalia majora*を論究する途をとれば、まさに公法理論の中心テーマと取組むことになるわけで、ライヒの国家形態を君主政と見るか、貴族政と見るか、混合政体と見るか、又、*majestas*（支配権力）の保持と*majestas*（支配権力）の行使とを区別するか、或いは*monarchia aristocratice temperat*（貴族政的要素によって緩和された君主政）といった間に合わせの文句で満足するか、を決めなければならなかった²⁰²⁾。

III. *majestas*

1. *jurisdictio*, レガーリエンに代り、或いはそれを引継いで、神聖ローマ帝国（領邦を含む）の憲法構造を法理論的に説明し、且つ、憲法上の諸重要問題に解法を与えるためのキー概念となったのは、*souveraineté*もしくは*majestas*である。もちろん、*souveraineté*もしくは*majestas*は古くから存在した概念であったが、ボーダンがこの概念に新たに、政治的共同体にとって本質的な、その中に種々の権利を構成要素として包含する統一的な統治権力ないし支配権力という意味をもたせて以来、*souveraineté*もしくは*majestas*がキー概念となった。ボーダンの主権概念によって、それまでなんらかの方法で国家と関係づけられてきた様々な権利を、決定的な整序視点としての主権的支配権力（*majestas*）にもとづくものとすることによって、機能的に相互に関連するものとして証明することが可能となった²⁰³⁾。そのうえ、ボーダンがこの新たに定義された主権概念をもとにして神聖ローマ帝国の国家形態に言及して、神聖ローマ帝国の主権者は皇帝ではなく帝国議会に集結した帝国諸身分であるから神聖ローマ帝国の国家形態は貴族政であると述べたことが、宗派間の対立の激化、ライヒ諸機関の機能マヒによってただでさえ激烈になっていた論争、即ち、ドイツには最終決定を行いうる政治勢力が存在するのか、誰がその最終決

定権をもっているのかをめぐる論争のための、座標軸となった²⁰⁴⁾。

2. *majestas*ないし*souveraineté*は、原理的には、神聖ローマ帝国全体における統治権力に関して、したがって、皇帝の有する統治権力に関して用いられたものであり、もともとレガーリエンを保有していたのは皇帝であったのであるから、レガーリエンの集積が質的に転化して統一的・包括的統治権力としての*majestas*として観念されるようになったというのは、皇帝の統治権力について妥当するのであるが、しかし、既に述べたように、それぞれの地域において大なり小なり一定の領土を保有する領邦君主も、その領土自体、皇帝から付与されたり、或いは取得時効によったり、或いはもともと固有の所有権にもとづいたりして保有しているのと同じように、その領土において、或いは皇帝から付与され、或いは取得時効により、或いは固有の所有権にもとづいてレガーリエンを保有し、行使し、且つ、保有し・行使できるレガーリエンを集積し、積上げていたから、積上げられたレガーリエンが質的転化をとげて、統一的・包括的統治権力として観念されるようになるということは、領邦君主の権力についても妥当する。歴史的に見て、領邦君主のレガーリエン集積にとって重要な意味をもったのは、皇帝フリードリヒ二世が、1220年に宗教上の領邦君主に、1231年に世俗的領邦君主に、彼らのレガーリエンに関する文書を発布し、*Domini terrae*という表現でもって正式に彼らを明示的に領邦君主（*Landesherr, Territorienherr*）として承認し、彼らに各領邦における君主としての地位を確固たるものとした。この文書によって、領邦君主に裁判権や徴税権や一連の財政的権利が認められたのみならず、領邦国家内の有力者の意見を聞いた上で、領邦国家に対して法律を制定する権

202) Vgl. Stolleis, S. 169.

203) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 134; Stolleis, S. 173. シュトライスは、ボーダンの意義を過大評価することに抑制的なヴィドゥケルにたいして批判的である。

204) Vgl. Stolleis, S. 176; Friedrich, S. 31 ff.

利も認められた。更に、領邦における権力の集中・確立の進展にともなう、法律学がバルトールス以来ローマ法学によって形成されて来た定式、即ち、自由な君主や国王はその領土内において、帝国において皇帝が有するのと同じ最高権力を有するという定式が、領邦君主に適用されるにいたったことも重要であり、ランデスホーハイトが帝国権力のアナロジーとして説明されたことが重要であった²⁰⁵⁾。そして、この領邦における個別的権利の統一的・包括的統治権力への転化は、1648年のヴェストファーレンの講和条約によって、法的にも承認された。即ち、ヴェストファーレン条約の8条は、領邦君主に個々のレガリーエンとしての*jura territoriali*のみならず、領邦君主のあらゆる可能な権利の総体としての一般的な*jus territoriale*を承認した。*jus territoriale*のフランス語テキストは*souveraineté*となっていたが、ドイツ語訳テキストでは*Hohe Landesobrigkeit*となっていた²⁰⁶⁾。又、*Hohe Landesobrigkeit*は、理論においても実務においても、*Landeshoheit*とも表現され、或いは、又、ラテン語としては、*superioritas territorialis*、或いは*jus territorii et superioritatis*と表現された²⁰⁷⁾。*superioritas territorii*、*Landeshoheit*、*Landesobrigkeit*などの概念をつくりあげたのは、初期の公法学の大きな業績であった²⁰⁸⁾。たとえば、領邦が完全な主権をもつとは認められなかったとしても、領邦の最高権力の事実上の行使にかんがみれば、これらの権利がライヒのレベルにおける*majestas*とのアナロジーにおいて捉えられたのは当然であった²⁰⁹⁾。

なお、皇帝の*majestas*と領邦君主の*majestas*と

の間には、相違点と共通点があった。相違点の第一は（質的面にあり）、領邦君主の*majestas*はライヒ憲法に服属しているところにあった。相違点の第二（量的面にあり）は、皇帝の*majestas*は法的には完全な統治権力であったが、領邦君主の*majestas*は皇帝の留保権を差引いた残りのものであった。もっとも、皇帝の留保権が何かは、常に争われていた。共通点は、皇帝の*majestas*の行使が、帝国諸身分の参与によって制限されていたのと同じように、領邦君主の*majestas*の行使も、領邦議会の参与によって制限されているということにあった²¹⁰⁾。領邦議会の参与については、二つのことが注意される必要がある。第一に、領邦議会は領邦君主の抑制ファクターであるということである（もっとも、ドイツでは、近世・近代国家の建設がライヒにおいてではなく、領邦において行われたから、ライヒにおける帝国議会の抑制作用ほどには、領邦における領邦議会の抑制作用は働かなかった）。第二は、そのこととも関連するが、ライヒにおいては、皇帝と帝国議会との協力関係は余り働かなかったが、領邦においては、領邦君主と領邦議会との協力関係はうまく作用し、この協力関係が領邦における近世・近代国家の建設を促進したといわれている²¹¹⁾。

第3節 成立期ドイツ公法学における議論の分布状況

ドイツ公法学の成立に導いた論争のひきがねになったのは、つきつめれば、具体的事件における最終判断を下すものは皇帝か帝国諸身分か、ということに帰着するが、この問題に対する答

205) 栗城88頁以下参照。ランデスホーハイトとは、*jus territorii et superioritatis*のことであり、ランデスヘルに認められた*majestas*のことである。

206) 栗城90頁、96頁参照。

207) Vgl. Stolleis, S. 167.

208) Vgl. Stolleis, S. 185.

209) Vgl. Stolleis, S. 185.

210) このことに着目してヴィドゥケルは、ライヒの二重の身分制議会的国家的憲法現実という表現を用いている（Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 174）。

211) 栗城91～92頁参照。Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 173 f., 176.

えを根拠づけるための理論的枠組みとなったものとしては、次のような問題があげられる。

- ① ライヒにおける国家形態は何か
- ② ライヒにおける主権の担い手は誰か
- ③ ライヒにおける主権は無制限か
- ④ 領邦との関係におけるライヒの国家形態はいかに把握されるべきか

これらの諸問題は、相互に関連しつつ、憲法構造の骨格をなしているといえることができる。

A. ライヒの国家形態は何か？

ライヒを国家形態のシステムの中のどこに位置づけるかということは、長い間帝国公法学にとって、理論的・実践的主要問題であった。実践的というのは、皇帝がその権力を拡大し、単独支配者の地位につくおそれが完全には否定しきれなかったため、その可能性を封ずる必要があったのである。国家形態に関する議論のベースになったのは、アリストテレスの三分論であったが、当時の具体的論争の出発点となったのは、ボーダンが神聖ローマ帝国は貴族政であるというテーゼを打出したことであって、これをめぐって論争が展開された。

I. ボーダンの見解をそのまま受容れて神聖ローマ帝国の国家形態を貴族政とする立場

皇帝派が反対しただけでなくて、帝国諸身分派も反対したから、この立場をとるものは極めて少数であった。代表的なものは、ヒポリトゥス・ア・ラピデ (*Hippolithus a Lapide*, 本名ボギスラフ・フィリップ・フォン・シェムニッツ [*Bogislav Philipp von Chemnitz*]) である²¹⁴⁾。ボギスラフ・フィリップ・フォン・シェムニッツは、1640年、*Dissertatio de ratione status in Imperio nostro Romano-Germanico*をヒポリト

ゥ・ア・ラピデの仮名で発表し、その中で、反皇帝の政治思想を宣明し、ボーダンの主張に沿って神聖ローマ帝国を貴族政とした²¹⁵⁾。ただし、シェムニッツは国家形態と統治形態とを区別し、国家形態は貴族政であるが、統治形態は貴族政的要素と君主政的要素との混合とした²¹⁶⁾。神聖ローマ帝国を貴族政と見る立場は、皇帝の権力を軽視するものであって、帝国諸身分の立場に立つ公法学者でも、憲法現実から遠くかけ離れたこのような見解にくみするものは少なかった。この見解は、闘争的少数意見であった²¹⁷⁾。

II. 君主政と見る立場

1. ギーセン大学のテオドル・ラインキング (*Theodor Reinking*) は、その1619年の *Tractatus de Regimine Seculari et Ecclesiastico*において、ドイツ帝国の国家形態を君主政とする伝統的見解をあらためて定式化した。ラインキングは、帝権委譲を通じてローマ帝国が神聖ローマ帝国に移行したという説を基礎にして、ローマの皇帝はドイツ皇帝として生き続けており、*lex regia*によってローマの人民が全統治権力を皇帝の前任者に委譲した、したがって、全統治権力は依然として皇帝にあるとし、帝国諸身分の全体が事実上高権（主権的権利の行使）に参与するのは非本質的なことであり、国家形態の性格とは無関係であるとした²¹⁸⁾。もっとも、ラインキングも、国家形態の下レベルの統治態様のレベルにおいては、貴族政的要素による修正を認めた²¹⁹⁾。又、ヴィルヘルム・ヴィッツェンドルフ (*Wilhelm Witzendorff*) の、*Discursus de status et administrationi Imperii Romani forma hodierna*, 1642は、主権 (*Majesät*)

212) Vgl. Friedrich, S. 47.

213) Vgl. Friedrich, S. 47.

214) Vgl. Stolleis, S. 204.

215) Vgl. Stolleis, S. 203 f.; Hoke, a Lapide, S. 119 f. [邦訳：193頁以下]。

216) Vgl. Hoke, a Lapide, S. 121. [邦訳：195頁] ; Henkel, S. 122.

217) Vgl. Friedrich, S. 48.

218) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 154 ff.

219) Vgl. Stolleis, S. 220.

と主権的権利（*Majestätsrechte*）とを区別し、主権の唯一の主体たる皇帝は主権的権利に他のものを参与させることができるとしたうえで、主権的権利への帝国諸身分の参与をとるに足らないものとした²²⁰⁾。

2. 逆に、帝国諸身分側の公法学者にも、神聖ローマ帝国を、貴族政的要素をまぜて、それによって穏和化された君主政と見るものがあった²²¹⁾。ラインキングの師の一人、フルテュスは、神聖ローマ帝国を貴族政的に統治されている君主政として捉えていた²²²⁾。又、イエナ学派の開祖アルメーウスも、神聖ローマ帝国を、皇帝と帝国諸身分との間で主権を分割した君主政と見ていた。主権と主権的権利とを区別し、主権は皇帝に留保したが、主権的権利の行使には帝国諸身分を参加させた²²³⁾。それゆえ、同じく貴族政的要素をもった君主政と見る点で共通であるが、貴族政的要素をとるに足らないと見るか、重要と見るかで、差異があった。

Ⅲ. 神聖ローマ帝国の国家形態を君主政の要素と貴族政の要素との混合したものとして捉える立場

1. いわば、神聖ローマ帝国の国家形態を君主政とする見解と貴族政とする見解とのジレンマであり²²⁴⁾、神聖ローマ帝国の憲法現実に他の見解よりもより適合している²²⁵⁾。もっとも、制限君主政もしくは制限貴族政と、混合形態との境界は、必ずしも明らかではない。一応、制限君主政もしくは制限貴族政が、国家形態と統治方法とを区別して、制限の要素を統治方法のレベルのものとするのにならして、混合政体は両要素を国家形態レベルのものとして位置づけるという違いがあるといえるし、実質的には、

貴族政の要素を格上げしているわけであるから、結局帝国諸身分の立場を一層重視することになるといえよう。

2. 17世紀における混合政体（*status mixtus*）の最初の理論家は、バルトロメウス・ケッカーマン（*Bartholomaeus Keckermann*）である。1608年に刊行された*Systema disciplinae politicae*において、種々の単純な国家形態の要素から混合された国家形態が存在する可能性を指摘した。ケッカーマンは、混合政体を一般国家学の意味において述べただけで、神聖ローマ帝国に適用するということまでは行かなかった²²⁶⁾。

3. 混合政体の理論の神聖ローマ帝国への適用は、1608年に刊行された、トビアス・パウルマイスター（*Tobias Paurmeister*）の*System des Reichsstaatsrechts*によって行われた。パウルマイスターは、国家権力は皇帝及び帝国諸身分に共有的に帰属するという見解を表明した²²⁷⁾。

4. アルニゼーウスは、その*De respublicae*において、混合政体をもった国家に詳細な章を割当てた。彼の主権の分割可能性の理論からすれば、神聖ローマ帝国をもって混合政体の国家の典型例としてあげることは、当然至極のことであった。主権は、皇帝と選帝侯会議との間で分割されると考えた²²⁸⁾。

5. クリストフ・ベゾルト（*Christoph Besold*）は、彼の論文において、神聖ローマ帝国の政体は、君主政的要素と貴族政的要素とが混合された混合政体であると述べた。ベゾルトは、ボーダンの主権の分割不可能性というテーゼを否定し、人的主権（*personale Majestät*）が皇帝と帝国諸身分とによって共同行使されることを強調した²²⁹⁾。

220) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 158.

221) Vgl. Stolleis, S. 182.

222) Vgl. Henkel, S. 121.

223) Vgl. Friedrich, S. 52 f.

224) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 158.

225) Vgl. Henkel, S. 123.

226) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 159; Stolleis, S. 109 f.

227) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 160.

228) Vgl. Henkel, S. 124 f.

229) Vgl. Henkel, S. 125; Friedrich, S. 60 f.

又、ベネディクト・カルプツォフ (*Benedict Carpzov*) は、国家形態は人的主権の所在によって決せられるとし、人的主権のあらわれとしての主権的権利は、皇帝のみによって行使されるのではないから君主政ではなく、また、総体としての帝国諸身分も主権的権利に参加することがあるにしても、皇帝が単独で主権的権利を行使できることもあるから純粹の貴族政でもなく、それゆえに、神聖ローマ帝国の政体は君主政的要素と貴族政的要素との混合政体であるとした²³⁰⁾。カルプツォフは、人的主権の所在いかんによって国家形態を確定すべきであるとしたことが注目されるが、更に、それが基本法律によって確定されているがゆえに、国家形態の確定のキメ手を基本法律に求めていることが注目される²³¹⁾。

アルメーウスの編纂した *Discursus academici de jure publico* の中で混合政体論を主張したのは、カルプツォフのほかは、ゲオルク・フランツケ (*Georg Frantzke*) だけである。フランツケは、*De statu reipublicae mixto. Quaestio an detur status reipublicae mixtus* という論文において、「主権的権利の行使が皇帝単独のもの及び皇帝と諸身分との共同のものとされている国においては、主権も皇帝と諸身分に共同に帰属しており、このような国においては混合政体が存在する」と述べた²³²⁾。

6. リムネーウスは、独自の理論によって混合政体を主張した。リムネーウスは、彼の帝国憲法の教科書の基礎に、君主政的要素と貴族政的要素とから合成された神聖ローマ帝国の混合政体というテーゼをおいた。

B. 神聖ローマ帝国における主権の担い手は誰か？

I. 論争の出発点としてのボーダンのテーゼ

この問題についても論争の出発点をなしているのは、神聖ローマ帝国における主権者は帝国議会に議席を有する帝国諸身分である、というボーダンのテーゼである。即ち、一方で、帝国諸身分を主権者とするボーダンの見解がある。他方で、ボーダンの考えをそのまま受容れて、支配者主権の立場をとりつつ、神聖ローマ帝国に関してはボーダンと異って皇帝が主権者であるとするラインキングの見解がある。しかし、このいずれの説も、幾つかの事項については皇帝が単独で決定し (皇帝の留保権)、しかし多くの事項については皇帝と帝国議会とが共同して決定するという神聖ローマ帝国の憲法現実に適合しないという欠点を有する。ここに二重主権 (*Doppelsouveränität*)²³³⁾ が唱えられ、17世紀前半において支配的となった理由がある。

II. 二重主権論

1. 二重主権論というのは、主権に物的主権 (*reale Majestät*) と人的主権 (*personale Majestät*) とがあるとしたうえで、物的主権は国家として組織された国民全体に帰属し²³⁴⁾、人的主権は支配者 (神聖ローマ帝国に関していえば皇帝) に帰属するとし、人的主権の担い手としての支配者は、物的主権を代表するものとしての帝国諸身分によって任命され、物的主権の定めた条件にしたがって権限を行使する、と説く理論である²³⁵⁾。したがって、二重主権論は、帝国諸身分を国家として組織された国民の代表として捉えることができることを前提にすれば、諸身分の立場にも皇帝の立場にも考慮を払う理論であったといえることができる²³⁶⁾ (この点、ヴィドゥケルは、最初から物的主権を、特権身分制

230) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 163.

231) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 163.

232) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 164.

233) 後述のごとく、リムネーウスは、二重主権という呼び方に反対している。けだし、主権は物的主権であって、人的主権はそれからの派生物であって、両者は並行関係にあるのではなくて、上下の関係にあると考えるからである。しかし、ここでは、一般的な用法にしたがって、二重主権という表現を用いることにする。

234) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 98 ff.

235) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 100 ff.

236) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 157.

的に組織された国家的共同体に帰属するものと叙述している²³⁷⁾。

2. 二重主権論は、神聖ローマ帝国の憲法現実をふまえた妥協的理論である。妥協的に結びつけられた理論の一つはボーダンの支配者主権論であり、他の一つはアルトジウスが主張した、国家として組織された国民の主権論である²³⁸⁾。ただし、二つの理論のうちでは、アルトジウスの理論のほうがウェイトが高く、それゆえ、二重主権論をアルトジウス理論のヴァリエーションと見る見方もある²³⁹⁾。更には、物的主権の要素はモナルコマキアから受容し、人的主権の要素はボーダンから受容し、二重の受容にもとづいているという見方もある²⁴⁰⁾。

3. ホーケ (Rudolf Hoke) は、アルトジウスも主権の主体を国家として組織された国民共同体としていたとしたうえで、アルトジウスをもって、国家的共同体を主権の主体とし、支配者をこの権力の管理者、行使者としたことによって、二重主権論の思想的内容を先取りしていたとする²⁴¹⁾。

4. 二重主権論は、一つの主権が物的主権と人的主権という二つの担い手、支柱をもつとする理論で²⁴²⁾、これは主権を分割するものではないし²⁴³⁾、又、国家形態のレベルと統治形態のレベルとを区別する考え方を否定する。主権の保持と行使とはレベルを異にするものと考えるべきではないとするものである²⁴⁴⁾。

5. 物的主権の帰属する「国家として組織された国民全体」については、把え方には二通りのものがある。一つは、それを支配者に対立するものとしての国民とする見方で、この見方を

とるヘンケル (Gerhard Henkel) は、その根拠として、物的主権を根拠づけるためにモナルコマキアが持出されているということをあげる²⁴⁵⁾。もう一つは、それを国家ないし国家共同体と見る見方で、この見方はとりわけホーケによってとられており、この見方のほうが有力である。現に、この時代の論者の多くが、主権を republic に帰属させている。物的主権の主体が国家か国民かは、微妙な問題である。国民とした場合、人的主権の主体たる支配者が基本法律に違反した場合、国民がそれに抵抗する権利をもっていると結論するのは、論理必然的である。この点、物的主権の主体を国家としたと解されている論者も抵抗権を認めているのは、論理的に不自然であり、この点からすれば、国民をもって物的主権の主体としていると解するほうが正しいようにも思われる。しかし、抵抗権の行使に関して、一般民衆の自発的抵抗というか、非制度的な抵抗を認めず、帝国諸身分による抵抗、或いは護民官による指導のもとでの抵抗というような、いわば制度化された抵抗しか認めていないとすれば、それは、抵抗権の行使を国家共同体にのみ認めているものとも解され、このように考えると、当時の論者が物的主権の主体を国家と考えていたと解することも可能であるように思われる。

6. 物的主権の役割は、国家を組織する権力 (konstituierende Gewalt) であるところにあるとされ²⁴⁶⁾、或いは、憲法制定権力であるところにあるとされ、その権力は基本法律の制定という形態で発動されるとされている。したがって、基本法律は、物的主権の派生物とされ、人的主

237) Vgl. Wyduckel, Ius Publicum, S. 157.

238) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 54, 77.

239) Vgl. Wyduckel, Ius Publicum, S. 157.

240) Vgl. Henkel, S. 81.

241) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 74.

242) Vgl. Stolleis, S. 223.

243) Vgl. Friedrich, S. 35; Wyduckel, Ius Publicum, S. 157.

244) Vgl. Stintzing, 2. Abt., S. 217.

245) Vgl. Henkel, S. 80.

246) Vgl. Wyduckel, Ius Publicum, S. 157.

権はそれによって拘束されるとされている。或いは、人的主権にたいして物的主権を保護・維持するために、基本法律は制定されたと考えられていた²⁴⁷⁾。

7. 二重主権論は、帝国諸身分のライヒ運営への参与及び皇帝権力の制限を理論的に根拠づける機能をいとなんだ。

8. 以下、二重主権論を説いた論者のうち、重要なものを取りあげることにする。

i) ヘルマン・キルヒナー (*Hermann Kirchner*) の *Respublica* (1608) は、*majestas realis* と *majestas personalis* という用語を最初に使った²⁴⁸⁾。キルヒナーは、主権を、臣民に対する関係において支配者に帰属する国家の最高権力として定義し、主権をもって国家の本質的メルクマールとなし、この主権は、けだし *res (publica)* に永続的に備わっているものであるから、*majestas realis* とも呼ばれることができるとし、これにたいして、支配者に委ねられている主権は、*majestas personalis* と呼ばれることができるとした。この区別からキルヒナーは、人的主権は物的主権に依存し、人的主権は物的主権に従属するという結論をひきだした。

ii) イェナ大学で多くの公法学者を養成したドミニクス・アルメーウス自身は、二重主権論を唱えなかった（アルメーウスは、国家の権力を第一次的権力、支配者の権力を第二次的権力とする説をとったが、*majestas realis* と *majestas personalis* という区別を用いることはなかった²⁴⁹⁾）が、彼がその弟子たちの論文を集めて刊行した *Discursus academici de jure publico I, II, III, IV* の中には、二重主権論を説く論文が数多く含まれていた。

a) ラインハルト・ケーニッヒ (*Reinhard König*) 1608年に行った討論において、キルヒナーと同

じ趣旨で *majestas realis* と *majestas personalis* との区別を行った。

b) マティウス・ボルティウス (*Mattias Bortius*)

ボルティウスは、最高権力の主体の問題に関して、二つの対立する見解を考慮するという立場を明らかにした。ボルティウスは、主権が、一方で、国家を構成するものであるとし、他方で、国家を統治するものであるとしたうえで、主権の一般的主体は一定の諸身分議会によって代表される国家的共同体であるとし、限られた権限の範囲内で、即ち、最高の統治権力が委ねられている限りで、主権の主体は支配者であるとした。このようにボルティウスは、主権概念の下位概念として、憲法制定権力と最高統治権力をあげ、前者を物的主権、後者を人的主権と呼んだ。ボルティウスは *respublica* が *reale Majest* の主体であるとすれば、本来国民の全国家的共同体が物的主権の主体であるということになる、としつつ、ドイツでは、歴史の経過のうちに、貴族が全国民の代りをし、最終的には選帝侯会議が全国民の代りをするにいたっているとし、したがって、今や選帝侯会議が物的主権を代表していると説いている。ボルティウスも、物的主権の担い手としての国民が、人的主権の担い手としての最高統治権力を構成し、最高統治権力に一定の権限を付与とする理論構成から、人的主権はその権限行使において、物的主権が定式化した規範、即ち基本法律によって拘束されるという結論をひきだしている。且つ、ボルティウスは、この拘束が強制力 (*vis coactive*) をもっているという見解を述べている²⁵⁰⁾。

c) ベネディクト・カルプツォフ (*Benedict Carpzov*)

カルプツォフも、アルメーウス編纂の論文集の中の論文においてのみならず、その後で刊行

247) Vgl. *Henkel*, S. 105.

248) Vgl. *Hoke*, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 78; *Henkel*, S. 78; *Friedrich*, S. 35.

249) Vgl. *Hoke*, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 80 ff.

250) Vgl. *Hoke*, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 83 ff.

された独立の著作などにおいても、二重主権論を表明し、物的主権としての国家共同体が、より高次の権力として基本法律を通じて、人的主権としての支配者の権力を規制するという見解を表明した²⁵¹⁾。

d) ゲオルク・ブラウトラハト (*Georg Brautlacht*)

ブラウトラハトも、アルメーウスの論文集の中に収録されている著作の中で、物的主権と人的主権とを区別する立場をとった²⁵²⁾。

iii) クリストフ・ベゾルト (*Christoph Besold*) は、1618年の論文及び1625年の論文において、物的主権と人的主権の理論を展開した。ベゾルトは、国家的共同体の主権としての物的主権は、国家共同体と不可分に結びついたものであり、憲法制定権力であり、基本法律として表明されるものであり、一般的な意思の合致によって創設された国家の基礎であり、したがって、最高統治権力としての人的主権の基礎をなすものであり、逆に人的主権は、物的主権に依存し、物的主権に従属すると述べた。この依存性、従属性を、ベゾルトは、支配者は基本法律から成る国家の憲法に反することはできず、反することは、その地位に関して自殺をおかすことになる、というように説明した²⁵³⁾。

C. 支配者は法によって制約されるか

I. *Princeps legibus solutus* (君主は法律から解放される) 原理は神聖ローマ皇帝に適用されるか?

この問題は、ローマ法の原理としての *Princeps legibus solutus* が、神聖ローマ帝国の皇帝に妥当することを否定するところからドイツ公法学が成立して来ていることにかんがみれば、相当程度解決されている。

II. 法による拘束を説くボーダン理論がドイツで受容れられた理由

それでは、同じくドイツ公法学の成立の端緒となったボーダン理論はどうか? この点、ボーダンは、なるほど、主権者が法による拘束から解放されていることを説いたが、他方で、神法・自然法及び基本法律によっては拘束されるということを説いていることが注目される。即ち、この意味でボーダンは、主権者が法により拘束されることを説いたという点で、ドイツの公法理論に影響を与えたというように理解されていることが注目される。例えば、支配者の絶対無制約を説いたブルックマンについて、ボーダンの影響がまだ及んでいなかったことに原因があったとされている²⁵⁴⁾。神法・自然法及び基本法律による主権者の拘束を説くボーダンの理論がドイツで受容れられた原因としてシュトライスは、

- ① それによって中世的学説の伝統とのつながりが維持されること、
 - ② 主権概念を放棄することなしに、基本法律の理論が帝国憲法による拘束を詳細に展開する可能性をもちうること、
 - ③ 人間が左右できないと考えられる自然法・国際法が、皇帝やランデスヘルの権力要求にたいして制限し、訂正する多くの可能性を提供するものであること、
 - ④ 自然法もしくは黙示の基本的規範という外形をとることによって、神聖ローマ帝国の慣行を拘束するものの中に組込むことが可能になること、
- をあげている²⁵⁵⁾。

III. *Princeps legibus solutus* 原理の制限についてのイエナ学派の功績

Princeps legibus solutus の原理をこのように制限することが、主権思想を神聖ローマ帝国及び領邦の憲法の中に組入れることについてのあらゆる理論的考察の基礎となった。シュトライス

251) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 160 ff.

252) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 89 f.

253) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 91 f.

254) Vgl. Henkel, S. 100.

255) Vgl. Stolleis, S. 181 f.

は、この理論は法治国家という特殊な理論の発展を不必要ならしめ、このような拘束がゆるんだ時に初めて法治国家の理念による、新たな・世俗化された・形式化された保障が必要となったとコメントしている²⁵⁶⁾。この点、国家の支配権力がもともと法によって規定され、法によって制限されたものであることを明確に認めたのは、イエナ学派である²⁵⁷⁾。このことは、イエナ学派は、基本法律以外の実定法による国家的支配権力の拘束をも、場合によって肯定するところにも、現われている²⁵⁸⁾。

Ⅳ．国家の支配権力が神法・自然法とならんで基本法律によって拘束されるとされている根拠は？

この拘束を説いたボーダンは、必ずしも根拠をあげていないが、それに影響されたドイツの公法学者も、根拠を論究していない。根拠としてあげられているのは、

- ① 基本法律が物的主権からの派生物であり、人的主権にたいして物的主権を保護・維持するために設けられたものであること²⁵⁹⁾。
- ② 基本法律が契約であるとする見方。基本法律を契約として構成することからの帰結は、契約違反の場合の、臣民による抵抗権の肯定である²⁶⁰⁾。

なお、主権者の高権的行為が基本法律に反した場合の法的効果として、それを無効にすることを主張するものもあった²⁶¹⁾。

Ⅴ．法による拘束に関する区別

法に関する重要な区別として、法による拘束が

指示的効力 (*vis directive*) をもっているか、それとも強制的効力 (*vis coercitive*) をもっているかの区別がある²⁶²⁾。この区別を基準としていえば、

- ① 神法・自然法による拘束について、拘束は認めるけれども、その効力を指示的効力に限定し、強制的効力までは認めないとするのが、いわば平均的な態度といえる²⁶³⁾。
- ② しかし、指示的効力としても、神法・自然法の拘束を認めない論者もある²⁶⁴⁾。
- ③ 逆に、神法・自然法についても、強制的効力をもった拘束を認める論者もある²⁶⁵⁾。
- ④ 実定法による拘束に関して、

a) 神法・自然法による拘束を否定するか、指示的効力をもったものとしてのみ肯定する論者は、実定法による拘束も否定する²⁶⁶⁾。

b) 神法・自然法による拘束を、指示的効力をもったものとして肯定する論者の中には、基本法律によっては拘束されるとする論者、更には、強制的な効果をもって拘束されるとする論者もある²⁶⁷⁾。

Ⅵ．法による拘束を否定するための根拠として用いられた国家理性 (*Staatsräson*)、*ratione status*

マキアヴェリ自身は、*ratione status*という表現を使つてはいなかったが、マキアヴェリの君主論 (*N. Machiavelli, Il Principe e le opere politiche, 1513*) の提起した問題及び問題解決のための方策をめぐる論究は、*ragione di stato* 或いは *ratione status* というテーマの下に16世紀に

256) Vgl. Stolleis, S. 181 f.

257) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 163.

258) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 168.

259) Vgl. Henkel, S. 105.

260) Vgl. Henkel, S. 106.

261) Vgl. Henkel, S. 106 f.

262) Vgl. Henkel, S. 94.

263) Vgl. Henkel, S. 95.

264) Vgl. Henkel, S. 103.

265) Vgl. Henkel, S. 103.

266) Vgl. Henkel, S. 103.

267) Vgl. Henkel, S. 107.

において盛んに行われ、1589年には、ジョヴァンニ・ボテロ（Giovanni Botero）のDella Ragion di Stato libri dieciという、国家理性の名を冠した書物も非常な影響力を発揮し²⁶⁸⁾、ドイツにもその影響の波は押寄せた²⁶⁹⁾。

しかし、ドイツ語圏で国家理性を取扱った最初の書物であったヤーコプ・ボルニッツ（Jokob Bornitz）のDiscursus Politicus de Prudentia Politica comaranda (1602) は、真の国家理性と悪しき国家理性とを区別し、後者、即ち、マキアヴェリ的国家理性を避け、前者、即ち、神法・自然法によって拘束された国家理性にしたがうべきことを説いていた²⁷⁰⁾。

この考えは、17世紀を通じて維持され、強化された。そうすると、「神法・自然法・基本法律によって拘束されるが、同時に自律的にも行動できる政治」としての国家理性は、その活動の場を限局、即ち、支配者が自由に活動しうる分野としてのPolizeiの分野に限局せざるをえなくなり、一般的に支配者は法に違反することを正当化する根拠として国家理性をもちだすことはできなくなった²⁷¹⁾。

D. 領邦との関係における神聖ローマ帝国の国家形態

I. 領邦の国家としての把握

帝国諸身分との関係における神聖ローマ帝国の国家形態については、極めて活発な議論が展開されたが、領邦との関係における神聖ローマ帝国の国家形態については、17世紀前半においては、余り議論されなかった。この問題の論究は、先ず、領邦をいかに把握するかが出発点となる。既述のごとく、帝国諸身分の領邦における権利としてのsuperioritas territorialis（もしくはランデスホーハイト）が確立されるにいたった状況においては、領邦を、国家、少なくとも

国家類似のものとして把握することは、比較的容易であったが、そうすると、次の段階として、諸国家から構成される神聖ローマ帝国の国家形態をいかなるものとして把握するかという問題が生ずる。しかし、この問題は、比較的僅かな公法学者によって検討され、結局、Staatenstaat, civitas composita, respublica compositaという概念が打出された。この概念は、後のBundesstaatの概念の先駆ともいえるべきものであった。

II. 最初の論究

この問題と最も早く取組んだのは、議論のあるところであるが、オランダのパウル・ブリウス（Paul Burius）であるといわれている²⁷²⁾。ブリウスは、神聖ローマ帝国の領邦に国家としての性格を認めていた。そして、領邦における帝国諸身分の権利は、神聖ローマ帝国における皇帝の権利と同じであるとしつつ、しかし、領邦の国家権力は、より高次の帝国権力を自己の上に戴くとした。そして、このような国家から合成された国家について、civitas compositaという概念を打出した²⁷³⁾。

III. ベゾルトによる複合国家の概念の提唱

一般的には、civitas composita概念を最初に打出したのはクリストフ・ベゾルトだと考えられている。ベゾルトは、アルトジウスやフィリップ・ハエノニウス（Philipp Hoenonius）の影響を或る程度受けつつ、合成共同体のモデルをつくり、これを神聖ローマ帝国に適用し、神聖ローマ帝国をrespublica compositaと呼んだ²⁷⁴⁾。

IV. ルドルフ・フーゴーによる論究

最もまとまった形でこの問題についての見解を示したのは、ルドルフ・フーゴー（Ludolph Hugo, 1630-1704）であって、フーゴーは、De status regionum Germaniaeと題する学位論文（1661）において、superioritas territorialisは、神聖ローマ

268) Vgl. Stolleis, S. 198.

269) Vgl. Stolleis, S. 209 f.

270) Vgl. Stolleis, S. 204 f.

271) Vgl. Stolleis, S. 208, 211.

272) Vgl. Friedrich, S. 61.

273) Vgl. Friedrich, S. 61.

274) Vgl. Wyduckel, Ius Publicum, S. 172.

帝国憲法の枠内で固有の権利として行使される最高権力であるが、しかし、一定の事項に関して帝国権力の下位にある最高権力であるとし、したがって、神聖ローマ帝国に属する領邦は原則として国家であるとし、ただし、非独立的で、領邦と同じように国家をなしている神聖ローマ帝国に組入れられた国家であるとし²⁷⁵⁾、神聖ローマ帝国全体については、諸国家から合成された一つの国家として把握した²⁷⁶⁾。

第4節 支配的学説としてのリムネーウスの憲法論

A. 成立期ドイツ公法理論の最大の代表者としてのリムネーウス

成立期ドイツ公法理論の最大の代表者で、ドイツ公法学の族長（Erzvater, Patriarch）²⁷⁷⁾と呼ばれたヨハネス・リムネーウス（Johannes Limnaeus）の学説を、以下に叙述することにする。最大といわれるのは、ドイツ憲法の問題はドイツ固有の法にもとづいて解決すべきであるという方針を打出し、この方針を最も徹底して遂行した（ドイツ固有法を網羅的に収集し、整理し、参照した）からであり²⁷⁸⁾、ローマ法学という理論的支えに代えてドイツ法源を系統的に首尾一貫して説明する理論として物的主権と人的主権との理論及び混合政体論とを打出したからであり²⁷⁹⁾、その理論が単なる理論にとどまらず、例えば、ヴェストファーレン条約の中にもとりいれられるなど、実践的意義を発揮したからであり²⁸⁰⁾、そのこととも関連するが、帝国諸身分の立場に立って神聖ローマ皇帝の権力をGrundgesetz（基本法）によって、及び、Reichsstände（帝国諸身分）の参与によって、抑制する主張を展開したからである²⁸¹⁾。

B. リムネーウスの代表的著書

リムネーウスの著書・論文は数多いが、代表的なものは、体系書としての*Juris publici Imperii Romano-Germanici libri XV*, 3 Bde. で、3版を重ねている。第1版に即していえば（第2版は1645年、第3版は1657年）、

第一卷	第一部	ドイツ憲法の概念規定 (1629年)	ドイツ憲法の法源 帝国憲法の特徴 帝国根本法
	第二部	皇帝もしくはローマ国王の憲法上の地位	
	第三部	憲法制度としての選帝侯 憲法制度としての帝国摂政 個別的選帝侯の憲法上の地位	
第二卷	第四部	その他の帝国貴族の憲法上の地位 (1632年)	
	第五部	帝国の領邦で統治している強大な王朝	
	第六部	その他の帝国貴族	
第三卷	第七部	帝国都市の法的地位 (1634年)	
	第八部	大学法に関するモノグラフィー	
	第九部	帝国議会、ライヒスカンマーゲリヒトとライヒスホーフラート	

これに二巻の補巻（1650年、1660年）がある。このほかに皇帝選挙公約状についてのコンメンタールとしての*Capitulationes Imperatorum et Regum Romanogermanorum* (1651) が重要であり、この中でリムネーウスは、彼の国家論上の基本思想を展開している²⁸²⁾。

C. 国家理論

275) Vgl. Friedrich, S. 61 f.

276) Vgl. Wyduckel, *Ius Publicum*, S. 172 ff.

277) Vgl. Hoke, Limnaeus, S. 100; Stintzing, 2. Abt., S. 43.

278) Vgl. Hoke, Limnaeus, S. 107.

279) Vgl. Hoke, Limnaeus, S. 108.

280) Vgl. Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 206 ff.

281) Vgl. Stolleis, S. 152, 180, 221 ff.; Stintzing, 2. Abt., S. 43.

282) Vgl. Stolleis, S. 222; Hoke, *Reichsstaatsrechtslehre*, S. 45 ff.; Stintzing, 2. Abt., S. 214 f.

I. 国家概念

1. リムネーウスは、国家（*respublica*）を、組織された国民共同体として定義する。この意味でリムネーウスは、国民（*polulus*）と国家（*respublica*）とを同視するが、その場合、国家が国民を組織することのもつ意義を重視する。それゆえ、国民が国家の前に存在することは考えられず、国民が契約によって国家を設立するということも考えられない²⁸³⁾。

2. リムネーウスは、国家を有機体と見る。有機体は、頭首と分枝とからなる全体である。そして、神聖ローマ帝国についても、ひとつの有機体と見る²⁸⁴⁾。頭首は皇帝であり、分枝は帝国諸身分である。皇帝は帝国諸身分の一人として、分枝でもあり、頭首でもある²⁸⁵⁾。

3. 皇帝を含む帝国諸身分の全体は、神聖ローマ帝国を表現（*repräsentieren*）する²⁸⁶⁾。或いは、ホーケの解釈によれば、同じことになるのであるが、全体としての帝国諸身分が帝国国民を表現（*repräsentieren*）する²⁸⁷⁾。この場合の*repräsentieren*が何を意味するかについて、ホーケは説明を加えていないのであるが、いわゆる純粹代表を意味していると考えることができる（なお、リムネーウスに影響を与えたアルトジウスは、支配者と護民官とが合同してはじめて国家を代表するという意味での二重の*Repräsentation*（代表）という観念をもっていた²⁸⁸⁾）。

II. 主 権

リムネーウスは、国家を別の観点から定義

して、対外的に独立しており、且つ、対内的に物的主権を保持している共同体、と定義している²⁸⁹⁾。

1. リムネーウスは、後述するごとく、主権を広義に解して、物的主権と人的主権とをそれに含めるから、単なる主権ではなくて、物的主権のみが主権に相当するとする²⁹⁰⁾。

2. 物的主権は、支配者にでもなく、それに対立するものとしての国民にでもなく、国家それ自体に帰属する、即ち、国家のみが物的主権の主体であるとする²⁹¹⁾。この場合、リムネーウスは、国家として組織された国民共同体をもって、物的主権の主体としており、支配者に対立するものとしての国民をもって、物的主権の主体としていると解する余地もあるのであるが、ホーケは、アルトジウスについても、リムネーウスについても、ギールケがそのように解することは誤りであるとする²⁹²⁾。ホーケは、リムネーウスが、組織されていない民衆（*Volksmasse*）は主権の主体ではありえないとしていたと解している²⁹³⁾。このように解してホーケは、リムネーウスは国民主権を説いたのではなくて、国家主権を説いた、と説明している²⁹⁴⁾。

3. 物的主権の起源については、リムネーウスはなにも説明していない。最高の地上の権力としての物的主権の起源が神であることは当然自明のことであるから言及していない、とホーケは解している²⁹⁵⁾。

III. 物的主権と人的主権の理論

283) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 94, 96.

284) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 94.

285) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 94 ff.

286) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 94.

287) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 94.

288) Vgl. Winters, S. 44. [邦訳：61頁]。

289) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 98.

290) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 99.

291) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 99.

292) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 67 f., 95 f.

293) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 114.

294) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 99, 103, 114 f.

295) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 100.

1. 物的主権と人的主権とを区別する理論は通常二重主権論と呼ばれているが、この呼称はリムネーウスにとっては適切ではない。けだし、二重という表現は、二つの主権が存在しているかのごとくに思わせるが、リムネーウスにとって存在するのは物的主権だけであって、人的主権はそれからの派生物だからである²⁹⁶⁾。

2. 物的主権は、国家そのものに帰属する最高権力であり、その主体は国家そのものである²⁹⁷⁾。

3. 物的主権は、国家権力の行使に関する決定を行う。具体的には、国家における最高機関の構成とそれにたいする権限の付与とを行う²⁹⁸⁾。物的主権は、これらのことを基本法律を通じて行う。その意味では、物的主権の仕事は、基本法律の制定である²⁹⁹⁾。

4. 人的主権とは、国家の頂点にある人物を主体とする、傑出した権力であり、国家の中における最高権力である。具体的人物が主体であるから、人的主権と呼ばれる³⁰⁰⁾。

5. ボーダンの用語法にしたがっておれば、リムネーウスの立場では、国家のみが最高権力の主体となり、支配者にたいしては主権は認められないことになる。しかし、リムネーウスは、この結論をひきだすことを避けた。けだし、リムネーウスは、国家における最高権力の地位を法律的に研究するにあたっては、抑制された表現方法を用いるべきだと考えたからである³⁰¹⁾。そこで、主権について広い概念を用い、その中に物的主権のみならず、人的主権も含むものとした。ホークは、ここに後世の国家理

論における国家主権論 (Staatssouveränität) と機関主権論 (Organsouveränität) との平行が見られるとしている³⁰²⁾。このような概念を用いることによって、リムネーウスは、物的主権と人的主権のいずれが上位にあるかという問題に直面した。リムネーウスによれば、支配者は他の分枝に比べれば最高権力であるが、ひとつの国家には最高権力はひとつしか存在しえないから、結局、あらゆる点において最高権力であるのは物的主権である。リムネーウスは、人的主権は頭首、物的主権は魂であり、頭首は魂によって指導されるという比喩を用いている³⁰³⁾。リムネーウスによれば、支配者は、自分の意思にしたがって支配するのではなく、物的主権の主体の意思にしたがって支配すべきものである。

IV. 混合政体論

1. リムネーウスは、政体の概念を二つの意味で捉える。第一の意味における政体は、国家の存在形態であり、即ち、国家が対外的に独立しており、対内的に最高であることであり、或いは、主権的権力が国家として組織された国民共同体に存していることである。この意味における政体はひとつしかなく、すべての国家が同じようにもっている³⁰⁴⁾。第二の意味における政体は、国家における最高権力の組織形態であり、或いは、人的主権の組織形態であり、国家の憲法である³⁰⁵⁾。第一の意味の政体は、物的主権にかかわるものであり、より上位にあり、第二の意味の政体は、人的主権にかかわるものであり、より下位にあるものである³⁰⁶⁾。第二

296) Vgl. Hoke, Limnaeus, S. 104 f. [邦訳: 169頁]。

297) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 100.

298) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 100.

299) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 102.

300) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 100 f.

301) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 103; ders., Limnaeus, S. 105. [邦訳: 169頁以下]。

302) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 103.

303) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 104.

304) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 165.

305) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 165.

306) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 165.

の意味における政体は、統治形態もしくは行政形態を意味し、これには君主政と複数支配制とが含まれる³⁰⁷⁾。統治形態もしくは行政形態は、物的主権の主体が定めている統治態様もしくは行政態様から推論されることができ³⁰⁸⁾（リムネーウスは、こう説くことによって、国家形態と統治態様とを区別するボーダンの説を否定する。）。

2. リムネーウスは、混合政体論を受容れる³⁰⁹⁾。混合政体論の反対者にたいしてリムネーウスは、三つの反論を行っている³¹⁰⁾。

① 混合政体のほうが、単純政体よりも遥かに多い。

② 物的主権の主体の自由な意思によって任意の政体を定めることができる。

③ 事物の本性は、混合政体を禁止しない。要するに、人的主権に付与された権限を一定の国家任務に関して単一主体のみに帰属させ、他の国家任務に関してこの単一主体とそれに対向している人的グループとに共同に帰属させることは、すこしも差し支えない³¹¹⁾。

D. ドイツ憲法学の体系

（＝二つの国家理論的基本思想の神聖ローマ帝国憲法への適用）

I. 物的主権と人的主権の理論の神聖ローマ帝国への適用

1. 神聖ローマ帝国

神聖ローマ帝国は、神聖ローマ帝国国民の国家的組織である³¹²⁾。物的主権と人的主権との理論の観点からするリムネーウスの神聖ローマ帝国の把握は、次の点で注目される³¹³⁾。

① 神聖ローマ帝国自体が、物的主権の主体

である。

② 神聖ローマ帝国は、その物的主権を直接神から受取るのであって、いかなる人間からも受取るものではない。

③ 神聖ローマ帝国は、帝国諸身分の全体によって表現（repräsentieren）される。それゆえ、物的主権の主体として行動するのは、帝国諸身分の全体である。

④ 物的主権の第一次的行使は、最高国家権力の人的主体の構成である。したがって、皇帝は、帝国諸身分の全体からその人的主権を受取る。

⑤ 物的主権は、人的主権を構成した後も、したがって、皇帝が機能している間も、顕在的であるつづける。

⑥ 神聖ローマ帝国は、皇帝を含む場合と、皇帝と対置される場合とがある。その場合は、神聖ローマ帝国は、皇帝を除く帝国諸身分の全体を意味する³¹⁴⁾。

2. 皇帝の地位

① 皇帝の権力は、他のいかなる地上の権力の下位に立つことのない最高権力であるが、しかし、皇帝権力に優位する神聖ローマ帝国自体の権力から派生した権力である。皇帝は、ライヒのあらゆる個々の所属員に優位する権力をもっているけれども、その全体に優位する権力もっていない³¹⁵⁾。

② 人的主権は、機関としての権力である。神聖ローマ帝国においては、皇帝が機関として人的主権をもっているだけでなく、帝国議会も機関として人的主権をもっている³¹⁶⁾。

③ 皇帝の権限は、物的主権の主体によって、

307) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 166.

308) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 168.

309) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 169.

310) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 169 f.

311) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 169 f.

312) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 106.

313) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 106 ff.

314) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 96 f.

315) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 109.

316) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 111. ただし、ホークによれば、リムネーウスは、帝国諸身分が皇帝と同じように人的主権を有するということを明示的に語ることを避けている（Hoke, ebd.）。

基本法律を通じて確定される。この機能を果たすのは、皇帝選挙公約状（Wahlkapitulation）である³¹⁷⁾。

④ 皇帝の人的主権は、選挙公約状の中で確定された権限範囲を認識したうえで、その遵守を誓約した時にはじめて存在するにいたる。したがって、選挙公約状が皇帝の人的主権を侵害するということはありません³¹⁸⁾。

⑤ 皇帝だけでなく、選帝侯や他の帝国諸身分も、神聖ローマ帝国の機関であるが³¹⁹⁾、その中では、皇帝は第一位の機関である³¹⁹⁾。

⑥ リムネーウスは、選挙によってその地位に就くことは皇帝にとって本質的なことであり、皇帝概念のメルクマールであるとする³²⁰⁾。なお、リムネーウスは、被選挙権は、ハプスブルク家の所屬員に限定されないとする³²¹⁾。選挙権を有する選帝侯は、神聖ローマ帝国を表現（repäsentieren）する。即ち、この場合には、物的主権の主体として活動する³²²⁾。

⑦ 皇帝の地位は、職務性をもっている。職務性ということでリムネーウスは、所有権概念の反対を表現しようとしている。即ち、皇帝は支配を自分自身の権利として行使するのではないということを表現しようとしている。そして、皇帝の職務の内容は、最高の行政活動である³²³⁾。

⑧ 皇帝の法的拘束性

a) 皇帝が、物的主権の主体が定立したその

高権的行為のための規範としての基本法律によって拘束されることをリムネーウスは強調し、基本法律にもとづく皇帝の職務行為のみが効力をもつと主張する³²⁴⁾。ホーケは、このリムネーウスの主張に近代法治国思想に近いものを見る³²⁵⁾。

b) リムネーウスは、国家緊急事態においても、皇帝は基本法律による拘束から解放されないと主張する。リムネーウスの根拠は、「国家の第一の利益は、基本法律の厳格な遵守に存する」というところにある³²⁶⁾。

c) リムネーウスは、物的主権も神法・自然法によって拘束されると考えるから³²⁷⁾、ましていわずや、人的主権が神法・自然法によって拘束されるのは当然であるとする³²⁸⁾。

d) 基本法律によって拘束されるのは当然である³²⁹⁾。基本法律以外の実定法によっても拘束されるか？ この点、リムネーウスは、ドイツ皇帝はローマ皇帝とは違うから、*legibus solutus*は、そもそもドイツ皇帝には妥当しないとしている³³⁰⁾。

e) 基本法に違反した場合、皇帝は、皇帝としての地位を失うことになる³³¹⁾。しかし、自動的ではなく、皇帝をその地位につかせた権力による判断、即ち帝国諸身分の全体による判断が必要であるとする。しかし、現実に判断を下すのは、帝国諸身分の全体ではなくて選帝侯会議である。これが、選帝侯会議が帝国諸身分

317) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 112.

318) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 113.

319) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 117.

320) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 117 ff.

321) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 119.

322) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 120 f.

323) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 130.

324) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 136.

325) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 136.

326) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 137.

327) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 142.

328) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 142.

329) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 135, 142.

330) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 144.

331) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 144 ff.

の全体に代って神聖ローマ帝国の代表として機能する第二の場面である³³²⁾。罷免に値する前提を皇帝がつくったか否かの判断を、帝国諸身分の全体が過半数で行い（創設的效果）、罷免するかどうかは選帝侯会議が確認判決によって行う（宣言的效果）とする³³³⁾。

II. 混合政体論の神聖ローマ帝国への適用

リムネーウスは、神聖ローマ帝国の国家形態ないしは統治形態を君主政的もしくは貴族政的として、一元的に割切る考え方を否定し、神聖ローマ帝国憲法上、一定の事項については皇帝単独の決定権に委ねられ、一定の事項については皇帝と他の帝国機関（選帝侯会議及び帝国議会）との共同決定に委ねられていることを重視して、君主政的要素と貴族政的要素とからなる混合政体がとられていると見る³³⁴⁾（一定事項が皇帝と他の帝国機関との共同決定に委ねられているということは、実定憲法上否定できないことであるから、君主政論者は、この共同決定というファクターを無視ないし軽視し³³⁵⁾、混合政体論者は、このファクターを重視するわけである）。そのうえで、リムネーウスは、二つの要素の中では貴族政的要素が優越しているとする³³⁶⁾。更に、リムネーウスは、この立場を徹底させて、皇帝単独の決定に委ねられている事項に関しても帝国議会の事実上の関与を認めようとし、憲法上、皇帝と帝国議会との共同決定に委ねられている事項に関しては、帝国議会のウェイトを高めようとする。皇帝と帝国議会との憲法上及び事実上の共同決定に関する、リ

ムネーウスの注目すべき立論を摘記する。

1. 帝国立法

① イニシアティブは皇帝の単独権限であるが、リムネーウスは、皇帝が帝国議会の自発的提案を受容れていることを評価し、重視している³³⁷⁾。

② リムネーウスは、法律内容の確定が皇帝と帝国議会との共同行為であることを重視し、これをもって立法の本質と見ている³³⁸⁾。立法をもって皇帝と帝国議会との意思の合致と見ることにともづいてリムネーウスは、帝国法律をもって契約と見ている³³⁹⁾。

③ 合意の結果成立した帝国法律を裁可し、公布するのは、皇帝の権限であるが、リムネーウスは、帝国諸身分がそれに署名し印鑑を押す慣行を、法律制定の際の皇帝と帝国諸身分との共同作業の目に見える表現として評価した³⁴⁰⁾。

④ 法律の改廃も、皇帝と帝国議会との共同行為とした³⁴¹⁾。

⑤ リムネーウスは、法律の有権的解釈も、皇帝と帝国議会との共同行為とした³⁴²⁾。

2. 帝国租税の賦課の公布について

リムネーウスは、帝国租税の賦課の公布の権限を皇帝と選帝侯会議との権限とする選挙公約状の規定を、無効と主張した。その論拠は、帝国機関の権限を決定するのは物的主権の主体、即ち、帝国諸身分の全体の権限である、というところにあった³⁴³⁾。

3. 最高裁判権（Oberste Gerichtsbarkeit）

リムネーウスは、神聖ローマ帝国の最高裁判権

332) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 146.

333) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 149 ff.

334) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 171.

335) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 158.

336) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 173.

337) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 177.

338) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 179.

339) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 179 f.

340) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 179 f.

341) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 182.

342) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 182 f.

343) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 183 ff.

は、皇帝と帝国議会との共同の権限とし、両者はそれをライヒスカンマーゲリヒトを通じて行使する、と説明する³⁴⁴⁾。

4. 新しい帝国諸身分の創造に関して

リムネーウスは、帝国貴族身分の付与と帝国貴族の位階の付与とを区別して、後者を皇帝の専権としつつ、前者は皇帝と帝国議会との合同行為とした³⁴⁵⁾。

5. 皇帝の留保権について³⁴⁶⁾

憲法上、皇帝単独の権限とされている事項に関しても、リムネーウスは、君主政要素の優越を防ぐことをもって、基本姿勢とした³⁴⁷⁾。例えば、皇帝が単独で裁判権を行使できるライヒスホーフラートに関して、その範囲を限定して、平和保持令違反（Landfriedensbrüche）の分野のみをライヒスホーフラートの権限とし、それ以外の分野に関してはライヒスカンマーゲリヒトの権限範囲とした³⁴⁸⁾。

第5節 成立期ドイツ公法学の意義

成立期ドイツ公法学が持った意義、もしくは、果たした役割については、概括的に、次のようなことが指摘されうる。

A. 支配権力に関する独自の理論の構築

成立期ドイツ公法学は、もちろん、現実政治の世界で統一的な支配権力が形成・確立されて来ている状況をふまえてのことであるが、そして、ローマ法学や政治学の成果をふまえてのことではあるが、独自の公法理論を構築した。即ち、成立期ドイツ公法学は、政治学の成果をふまえて、社会生活の必然性から、共同体構成の必然性、共同体における支配権力の必然性、共同体における支配権力それ自体の共同体全体への帰属の必然性、支配権力行使の特定主体への帰属の必然性を帰結したうえで、この支配権力に関

して、ローマ法学（封建法学を含む）の成果をふまえて、或いは、裁判権だけを意味していた*jurisdictio*の観念を変換・拡大して支配権力全般を意味するものとし、或いは、特定主体への個々のレガーリエンの積上げが一定の段階に達すると、そのことから、個々のレガーリエンの総体としての包括的な支配権力もしくは個々のレガーリエンの源泉としての支配権力を帰結した。これは、成立期ドイツ公法学の理論の力というべきであろう。もっとも、成立期ドイツ公法学がこのように理論の力を発揮するについては、フランスのボーダンの理論の影響力が大きな役割を果たしたということをつけ加えておく必要がある。

B. 支配権力の制約に関する理論の提出

成立期ドイツ公法学は、上記のごとく、支配権力の形成・確立にたいして理論の面から貢献すると同時に、支配権力を制約する理論をも提出した。制約の根拠として打出されたもののうち、神法・自然法は古代・中世の法思想を受継いだものにほかならないが、制約の根拠として基本法律を打出したことが注目される。もちろん、神聖ローマ帝国の皇帝の支配権力を制限するために、種々の時代に、政治状況に対応して、皇帝と帝国諸身分との間の合意にもとづいて、条約・勅書・和議・決議・公約状を作ったのは政治の力であるが、それらを基本法律（更には基本法）という一般的概念でもって総括して、両者にとっての不可侵のものとしての高い地位を得させたのは、理論の力といえよう。この点については、成立期ドイツ公法学が、支配権力の制限を、①基本法律という一般的・恒常的法規範にもとづかせたこと、②制限するものの実体を契約に求めたこと、③更に、契約の実体を支配権力の行使への支配主体以外の主体の

344) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 189 ff.

345) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 203 ff.

346) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 210 ff.

347) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 211.

348) Vgl. Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S. 212.

参与に求めたこと、が注目される。

C. 支配権力の究極的帰属主体としての「国民」の観念の提起

成立期ドイツ公法学の支配的見解としての二重主権論は、支配権力の究極的帰属主体を国家として組織された「国民」とした。もちろん、当時の封建体制のもとのことであるから、「国民」といっても、支配者と対立する一般大衆が考えられていたわけではなく、種々の方式で組織され、種々の方式で活動する特権所有者の全体が考えられていたのは当然であるが、しかし、成立期ドイツ公法学が「国民」を支配権力の究極的帰属主体として打出したということは、「国民」の意思がどのような具体的制度を通して発動されると考えられていたかはともかくとして、「国民」をもって、支配権力を機構的ににおいても行動目的においても制約すべき理念的・規範的ファクターとして打出したものとして、注目すべきであろう。

この限りにおいては、二重主権論が説いた国民主権論は、国家主権論にほかならないとする見解は妥当なものといえようが、しかし、ただ単に国民主権論イコール国家主権論として理解するよりは、当時の国民主権論も支配権力の制約に関してより前進した立論・主張を行う可能性を秘めていたが、当時としては国家主権説にとどまっていた、と理解するほうが、より妥当だと思われる。

D. 神聖ローマ帝国の政治的現実の反映

成立期ドイツ公法学は、神聖ローマ帝国の政治的現実を反映していた。このことは、二つの意味でいうことができる。

第一に、神聖ローマ帝国の二重構造を反映して、成立期公法学も、皇帝を支持する立場と、帝国諸身分及びその集合体としての帝国議会を支持する立場とに分れ、それぞれの立場に立った立論・主張を行い、また、それぞれ皇帝または帝国諸身分からの支援を受けた。

第二に、成立期ドイツ公法学は、いずれか一方の立場を支持する、或いは、いずれか一方に有利になる立論・主張を行いながら、しかし、他方の立場をも考慮する立論・主張を行い、そ

の意味で妥協的な理論を展開した。混合政体論や二重主権論が、まさにそうであった。

E. 「国家の第一の利益は基本法律の厳格な遵守に存する」

成立期ドイツ公法学の特徴を最もよく示しているのは、国家緊急事態においても皇帝は基本法律による拘束から解放されないという主張の根拠としてリムネーウスが持出している「国家の第一の利益は基本法律の厳格な遵守に存する」という言葉である。この言葉は、18世紀の代表的公法学者たるヨハン・ヤーコプ・モーザー（*Johann Jakob Moser*）にも見出せるのであって、いわば神聖ローマ帝国時代のドイツ公法学を伝統的に特徴づけるものとなったといえよう。

あとがき

本稿は、筆者が単行本として刊行を予定している『ドイツ憲法学説史』の冒頭の部分をなすものである。刊行に先立ってこういう形で発表する機会を与えられたことについて、名城大学大学院法務研究科にたいして心から御礼申しあげる。なお、この後の部分についても、こういう形で逐次発表の予定である。