

ドイツ第二帝政期公法学に 「新絶対主義」は存在したか

——上山安敏『憲法社会史』の批判的検討——

藤 川 直 樹

序 「新絶対主義」とは何か？

一 上山安敏『憲法社会史』(1977年)⁽¹⁾は社会構造史を背景にドイツ公法学史の知識社会史的把握を試み、近代ドイツの知識人群像を壮大な構想と魅力的な筆致とによって鮮やかに描き出した、ドイツ法史の古典である。この研究は1890年代以降の所謂ヴィルヘルム体制期に於ける公法学の動向に独創的な像を与えている。即ち上山教授は、1870年代以降のラーバント公法学に於ける官僚制君権主義的傾向と法治主義の両側面を指摘したうえで、1890年代以降の「親政」と帝国主義に伴ってラーバントを超えた君主主義的傾向を帯有する「政治的憲法学」が登場したとされ、その代表者としてレーム、ボルンハーク、アルント、ツォルンを挙げてこれを「新絶対主義理論グループ」と命名されている。実証主義公法学と国家法人説・君主機関説は、これを継承したイエリネクに於いては、ラーバント段階に於けるのとは異なり、「新絶対主義」から議会主義の萌芽を護る機能を果たしたとされる。そして君主政の危機という平行な時代状況にある明治末の日本憲法学と「同時代的環」で接続

(1) 上山安敏『憲法社会史』（日本評論社、1977年）。

して、天皇機関説論争の再定位を試みられ、かくしてゲルバー→ラーバン
ント→イエリネクという安易な単線的継承関係を措定し、そこに美濃部
達吉を接続する如き系譜論的学説史理解が批判せられるのである。⁽²⁾

各学説が特定の政治状況・社会構造のなかで持ちえた意味を探りながら
同時代多様性・複線性に於いて把握せんとする「憲法社会史」の構
想は、今日の実定法学サイドの学説史に鑑みても、その価値を減じてい
ない。⁽³⁾ とはいえ如上の図式自体は異論なしとしない。しかも「憲法社会
⁽⁴⁾

(2) 美濃部達吉の継受史的分析に際してイエリネクを参照して満足する如
きはこれであり、例えば工藤達朗「「国権」と「統治権」——美濃部とイエ
リネクの一相違点について——」山下威士還暦(2004年)、134頁が慎重な
留保付きながらも、イエリネクが用いないHerrschaftsrecht(e)(統治権)
という語を美濃部独創の和製ドイツ語ではないかと推測しているが如きは、
美濃部がその参照を自己申告しているG・マイヤーの教科書を捲れば直ち
に否定される(vgl. Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 5.
Aufl., 1899, S. 13 u. passim)。「単なる学説継受史」ですら方法的に無反省
の疑いがある。

(3) 上山教授が批判的な、実定法学に於ける系譜論的研究の現在の一例と
して西上治「機関争訟の「法律上の争訟」性(一～六・完)——問題の探
求——」国家学会雑誌128巻1=2号, 3=4号, 5=6号, 7=8号, 9=10
号, 11=12号(2015年)を挙げることができよう。——ところで、この論
文で適切にも強調される「規範的正統性」(normative Rechtfertigung (Ch.
Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., 2011, S. 133)——但し適訳ともキー
ワード化に適しているとも思われない)の観点は、法外在的な国家理論が
如何ほど法解釈論としてのポテンシャルを有するかを問う視座である
(ebd., S. 129ff.)。この観点からは学説が取り組んだ具体的な問題、前提と
なる法状態、法解釈論としての優劣を巡る学説競合の検討も期待され、そ
の限りで一般法史との接点を提供しうる。紙幅の都合はあろうが、こうし
た期待に西上准教授は必ずしも応えられていない。著者が論証せんとする
命題は序論で既に説得的に提示されているように思われるため、学説史的
攻究には伝統学説の歴史的基礎を問うてその自明性を剥ぎ取る批判の機能
が期待されるが、実際には理論発展史に終始している。「規範的正統性」に
関する理論的前提にも疑問がある。西上准教授は「本質概念」については
「規範的正統化」を不要とされ、人間には人間であることによって当然に
法人格が認められることをその例として出されるのであるが、しかし仮に

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

史」の本来の意図にも恐らく反した無批判な流布は、⁽⁵⁾ 現在では却って理解の硬直化に一役買っているようにも見受けられ、ドイツ帝政期公法学の議会論を分析する際の致命的足枷となる虞もある。それ故にまず「新絶対主義」概念を検討し、清算しておかねばならない。

二 そこで、「新絶対主義理論」とは何かということをもまず明らかにしておく必要がある。この着想の由来はP・v・エルツェンの博士論文『国法学実証主義の社会的機能』（1953年）であり、言葉自体は上山教授の創意に係るが、ヴィルヘルム二世統治を「新絶対主義」と呼ぶドイツ史学に影響を受けている。⁽⁶⁾ エルツェンは、ラーバント学派の「保守」性が法治国家や国家主権の形でリベラルな理念をも「保守」したと性格付けたうえで、次のように論じている。「特筆すべきことに、ドイツに於

奴隷制が実定法として存在するところがあれば、そこには法人格なき人間も存在するのではなかろうか。「本質概念」であろうとなかろうと「理論上の問題」から「制度上・技術上の問題」として何らかの法的帰結を導こうとする際には必ず実際の法秩序との関連付けが必要であるというのが「規範的正統性」の観点の趣旨ではなかったか。本稿にも関わるアンシュッツの国家法人説・機関人格否定説について「規範的正統性に問題がある」とされる際に1891年論文の40-69頁を専ら参照されて75頁（国家組織が実務に於いても皇帝や国王の布告によって規律されていることの指摘）を見落としておられるのは分析視座の精緻化がなお不十分であるからではないか。

(4) 既に拙稿「ドイツ立憲君主政における王統と国家——ヘルマン・レームの公法学」国家学会雑誌126巻3=4号（2013年）、297頁以下は、代表格に位置づけられるレームの分析を通じて「新絶対主義」イメージそれ自体の維持しうべからざることを示唆した。

(5) 森元拓「美濃部達吉とイエリネク」大野達司(編)『社会と主権』（法政大学出版局、2014年）、53頁以下及び同「国法学と立憲主義」森村進(編)『法思想の水脈』（法律文化社、2016年）、138頁以下は『憲法社会史』の平板な祖述に尽きているのみならず最近四半世紀ほどの研究蓄積も踏まえられていないため、現在の研究水準におよそ堪えない。ここに言及するのは概説的書物に収録されたステレオタイプの最新例としてに過ぎない。

(6) 上山・前掲、196頁以下。

いては1890年代、極めて一面的な形式主義に反対する国法学の一定の反動が始まり、それは本質的には政治的保守を志向する学者によって支持された。この傾向はアルント、ボルンハーク、レーム、ツォルン、そして注意すべきことに老グナイスト（つまり旧い学派の代弁者）によって代表されるが、彼らは法治国家と国家主権にその攻撃の矛先を集中させていた。これに対しエリネクは通説の指導者として『国法の法学的研究が成立した時代はリベラルな理念と諸党派の優位の時代であ』ったことを指摘できると自ら目しており、彼は決然として国家主権理念の市民的＝立憲的性格を強調した。この保守的傾向に対する最も鋭く激烈な法治国家パトスに充ちた攻撃は、しかし同様に頑迷な形式主義者であり決然たるリベラルであった^{ママ}C・アンシュッツによって行われた⁽⁷⁾。ここに名を挙げられている五人からグナイストを除いたのが上山教授のいう「新絶対主義理論グループ」に他ならない⁽⁸⁾。

ところが、エルツェンはこの論述にあたり「反動」サイドの文献を一つも引証しておらず、専らエリネクとアンシュッツの論攷を参照するにとどまる。つまり議論の一方からの一面的な学界見取図を無批判に引き写しているに過ぎない。上山教授の研究は、これに対して「異端」の文献を直接参照して多角的な視座を開こうとしたものであったが、エリネク＝バイアスから依然として自由ではなかった⁽⁹⁾。詰る所、「新絶対主義理論グループ」とはエリネク及びアンシュッツの敵手のことだと理解してよいだろう。ただ、エリネクやアンシュッツの同時代的

(7) Peter von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974 (Diss. 1953), 322f.

(8) 上山・前掲, 192頁, 239頁。

(9) この全体的印象は上山教授自身の記述によっても裏付けられる。「君主主義原理の再生によって諸侯君主制と皇帝位を反議会主義の盾として構成したボルンハーク、レームらの新絶対主義理論と、国家主権、国家法人、君主機関説はどのような対抗を見せるのか、これをエリネクの理論を通じて見たいと思う」(上山・前掲, 236頁(傍点筆者))。

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

学界批判は重層的であり、彼らが論敵を「隠性絶対主義者 (Krypto-absolutist)」や「新正統主義者 (Neolegitimist)」と批判するとき、それぞれの議論の文脈はまるで異なり、念頭に置かれる論敵も異なる。「新絶対主義理論グループ」と括られる一群の論者も、公法学方法論から皇帝、君主政、王位継承法、議会など多岐に亘る議論の文脈に於ける立場は一樣ではなく、イェリネクらの論敵であり政治的に保守的であるという以上の共通点は見いだせない。つまり「新絶対主義」とは明確な輪郭を持つ学説史の分析概念ではありえず、ヴィルヘルム二世統治期の(史学にいう)「新絶対主義」と漠然と関連付けられるに過ぎない。⁽¹⁰⁾ 同時代の文献に現れる「隠性絶対主義」・「新正統主義」などの概念は、一定の理論的立場からの俯瞰図である限りで概念的輪郭は明確だが、同時に論争上のバイアスを多分に含むもので、学説史的分析としては利用に慎重にならざるをえないであろう。

我々のはもはや学説理解のために「新絶対主義」という概念を用いる必要はないし、用いるべきでもない。この概念はイェリネクらに対する「異端」に注意を喚起し、憲法学説の議論状況を多様で緊張感ある知性の群像として理解しようとする「憲法社会史」の試みの記念碑として研究史的価値を与えられうるに過ぎない。今日では、この記念碑が研究史の上で何を記念しえたのかも、ともすれば忘れられ、ただそこに彫られている文字だけが呪文のように唱えられている。そしてこの呪文が当時の論者の論争的レッテルに由来する限り、我々は知らず知らずのうちに恰もここに挙げられた法学者たちが「異端」であり、イェリネクらが「正統」であるかのような錯覚に陥ることになる。こうしたバイアスを剔抉し、それぞれの個性ある公法学者を虚心坦懐に理解することが必要である。そのためには未公開の書翰史料なども用いて学術共同体内部に

(10) 上山・前掲, 189頁, 196頁, 203頁などは帝国主義との連関を考えている。殖民地法との関係にも言及はされるが、具体的に展開されることはない。

於ける相互評価や人間関係，社会的地位や大学内外の活動にも目配りし，彼らの目の前に立ち現れた具体的な法的問題を具象化しておくことが肝要である。⁽¹¹⁾ 仮想的な追体験も法学史に於いてなお有効な手法である。そして「憲法社会史」の知的魅力と意義を承認する以上は，「新絶対主義」論に対する批判の試みは同時に「憲法社会史」の継承の試みでなければならぬ。⁽¹²⁾ かような観点から，ツォルン，アルント，ボルンハーク，レームの学説が真実どのようなものだったか，素描していきたい。

一 プロイセン憲法学(一)

——ツォルンとプロイセン=ドイツ国家の世界史的地位

一 我々はまずフィリップ・ツォルン(Philipp Zorn, 1850-1928)⁽¹³⁾について見よう。ツォルンは1850年にバイロイトで生まれたバイエルン=フランケン人であり，学生時代にビスマルクによるドイツ統一事業を経験し，その世界史的意義への熱狂的支持は後年のツォルンの国法理解を強く規定することとなる。彼は1867年からミュンヘン大学に学び，法制史学者コンラート・マウラー(Konrad Maurer, 1823-1902)の下で1872

(11) 模範的には例えば三宅雄彦「スメントの規範力論——『憲法と憲法』の周辺(1927~34年)——」ドイツ憲法判例研究会(編)『規範力の概念と条件』(信山社, 2013年), 143頁以下。

(12) 「憲法社会史」の継承をここでは法学者の知的営為を等身大の姿と肉声を再構成しつつ(抽象的な理論形成史を超えて)一般史的観点から生き生きと浮かび上がらせる試みと理解している。上山教授の記述に見られないではない法学と社会構造との Kongruenz を措定することではない。

(13) ツォルンの自伝として Zorn, Aus einem deutschen Universitätsleben, 1927; ders., in: Hans Planitz (Hg.), Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellung, Bd. 1, 1924, S. 215 ff. がある。ツォルンの弟子の手による伝記として Heinrich Pohl, Philipp Zorn als Forscher, Lehrer und Politiker, 1928 ほか多数。包括的研究として Julia Schmidt, Konservative Staatsrechtslehre und Friedenspolitik. Leben und Werk Philipp Zorns, 2001 があり，その紹介である海老原明夫「学界展望」国家学会雑誌124巻5=6号(2011年), 534頁以下がツォルンに関する邦語文献として最も詳しい。

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

年に『ランゴバルド法に於ける証拠手続』により博士号を取得し、文化闘争の熱気のなか、1875年に『13世紀に至るまでのノルウェーに於ける国家と教会』によって教授資格を取得した。その後、ベルン大学正教授を経て1877年にはケーニヒスベルク大学に移り、教会法担当教授として『教会法教科書』（1888年）も公刊しているが、彼は当初から公法学への関心を強め、申し合わせによりダーン（Felix Dahn, 1834-1912）とともに国法学の講義を兼担し、ダーンのプレスラウ移籍後は全くツォルンが講義を引き継ぐこととなった。

パウル・ラーバント（Paul Laband, 1838-1918）の『ドイツ帝国国法』の初版がまだ未完結であった1880年、ツォルンは『ドイツ帝国国法』第一巻初版を公刊し、この序文で彼は「諸々の原理的基礎と個々の諸概念が私法に対応して鋭く確定されうるときのみ、国法学は他の法分野に比肩しうる地位を獲得し、主張しうるであろう⁽¹⁴⁾」と述べ、私法学のように厳密な概念と論理によって作業する手法によって公法学を法学として立て直すというラーバントのプログラムに対する支持を表明している。尤も、これはラーバントにしばしば見られるように私法学で用いられる概念をそのままに公法に持ち込むことを意味するものではなかった。ツォルンはそうした操作の有効性を部分的には承認しながらも、皇帝位を私法上の団体の取締役⁽¹⁵⁾に類推したり、各種行政活動を法律行為と説明したりすることに一貫して反対していた。例えば、皇帝のもつ統帥権は取締

(14) Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches [zitiert als StRDR], Bd. 1, 1880, S. VIII.

(15) Zorn, Zur staatsrechtlichen Literatur, in: GrünhutsZ 10 (1883), S. 734f.; ders., StRDR I, 1880, S. 50f. Anm. 15, S. 166 Anm. 20 u. 21, ders., StRDR I, 2. Aufl., 1895, S. 70 Anm. 27, S. 184 Anm. 23, S. 188 Anm. 28, insbes. S. 211 ff.; ders., Die Entwicklungen der Staatsrechts-Wissenschaft seit 1866 [zitiert als Entwicklung], in: JöR 1 (1907), S. 64 ff., ders., in: Hans Planitz (Hg.), Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellung, Bd. 1, 1924, S. 224f. ツォルンの『ドイツ帝国国法』第一巻初版序文からはこの「私法学的 (civilistisch)」方法に対する支持以上の言明は見られず、第二版序文に

役の権限に対応しないし、取締役であればもつだろう国庫の対外代表権や統治の中心的地位は帝国憲法上皇帝には認められないだろうというわけである。⁽¹⁶⁾ またツォルンはこの帝国国法の体系書（全二巻・初版1880-

於いてもこの点に変更はないが、他方でその後の個別の文献には「私法学的」方法の意義と限界の双方の指摘がなされる。しかし既に『ドイツ帝国国法』初版から、個別の論点に於いて私法学の概念範疇を無濾過に国法解釈学に用いることに対して批判的であった。我々は一般的言明からだけではなく、個別具体的な法解釈から個別の法学者の立場を測定しなければならない。因みに、興味深いことに、ラーバント批判者として何かと引き合いに出されるギールケはツォルン『帝国国法』第二巻初版の贈呈に対する御礼の書翰で「私は形式的法律と法律内容を有する実質的法律との区別を放棄できません」、「郵便・電信事業を純粋な公法的範疇に含めている […]」などは私には行き過ぎに思えます」と記している（Brief Gierkes an Zorn v. 1. Juli 1883, BArch N 1206/10）。

- (16) 皇帝位と会社取締役との類推に対する批判は社会倫理的批判ではない。上山・前掲、248頁はツォルンが「皇帝の親政の正当化の任務を引き受けた」というが、ツォルンは明示に皇帝の君主類似の地位を否定している。

上山教授の論述には論理的飛躍が見られ、ツォルン理解として正確ではない。ツォルンが中央統一主義の権化であるというとしても、そのことから皇帝親政を正当化するものと結論することはできないし「神の恩寵」や「歴史的皇帝理念」をツォルンは法的问题の論拠にはしていない。ツォルンの「中央統一主義」は『ドイツ帝国国法第一巻』初版（1880年）から読み取ることができるが、その法学的帰結は皇帝の権限ではなく連邦参議院の権限である。察するに、上山教授の論述は Fehrenbach, *Der Lippische Thronfolgestreit*, in: FS Th. Schieder, 1986, S. 337 ff. [348 f.] の誤解に基づいている。第一に、フェーレンバハ論文によれば「神の恩寵」や「歴史的皇帝理念」を持ち出しているのはツォルンではなく、シャウムブルク政府である。実際にフェーレンバハの引証するツォルンの鑑定意見には「神の恩寵」や「歴史的皇帝理念」など話題にもされない（vgl. Zorn, *Das Reich und die Thronfolge in den Einzelstaaten*, 6. Juli 1898; 参照されていないが Zorn, *Reichsverfassung und der Lippesche Thronfolgestreit. Gegen von Seydel*, 29. Oktober 1898 も同様）。第二に、「中央統一主義の胴体に連邦主義の頭を接着させたキメラ的理論構成」と批判しているのはザイデルだが、上山教授の所謂「帝国の構成を諸侯同盟とする契約理論」もザイデルの立場である。ツォルン理論では契約は連邦国家への主権の移

83年、第二版 1895-97年)と並び、プロイセン国法の体系書としてルートヴィヒ・フォン・レンネ (Ludwig von Rönne, 1804-1891) の『プロイセン君主政国法』の改訂作業に多大な労力を費やしているが(全三巻・改訂第五版 1899-1916年)、この序文でツォルンはレンネがラーバントの水準に達していないことを批判し、学問上唯一許される国法学の方法とは「法学的方法」であり、それは「歴史的基礎に基づく構成的方法である」と断言して、この方法的プログラムで先行世代のプロイセン国法体系書の大がかりな改訂を試みたのである。⁽¹⁷⁾

議的放棄により消滅しているから、帝国国法の基礎としての契約的基礎は存在しない。第三に、上山教授は、ツォルンが「ラーバントの中間的立場から一步でて、皇帝とシャウムブルク家の意に沿って法的構成をした」(前掲, 247頁)というが、フェーレンバハはツォルンがラーバントから一步進めて完全な中央統一主義を主張したと論じているに止まる。上山教授は皇帝と姻戚関係にあるシャウムブルク家のために鑑定書を作成したことを重視されるようだが、これは一人ツォルンに限ったことではなく、ラーバントやイエリネクも同様である(vgl. Anna Bartels-Ishikawa, *Der Lip-pische Thronfolgestreit*, 1995, S. 221 ff.)。尤も、ツォルンとプロイセン王家の関係が深いことは事実である。しかし彼によってもドイツ帝国は法的には君主政ではないとされるところに、政治と学問の緊張関係があることを見落としてはならない。

(17) 「レンネの『国法』第四版〔1881-84年〕も、その後国法という分野に対する70年代の諸々の画期的業績〔＝ラーバント、ザイデル、G・マイアーら〕によって実現された学問的発展の水準に到達していないということは、識者の間に疑いを容れぬところである。レンネ自身このことを認識しており、最後の版〔第四版〕序文で彼は他方の側から表明された考えを習得して、国法学には構成的方法と記述的方法があり、彼自身は記述的方法を行くというのである。しかし、この区別は全体として歪んでおり、誤っている。国法の論究には学問的に許される唯一の方法があるに過ぎない。法学的方法である。そしてそれは法史的基礎に基づく構成的方法でなくてはならない」(Rönne/Zorn, *Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, Bd. 1, 5. Aufl., 1899, S. XI f.)。

『ドイツ帝国国法』には一般的言明として「歴史」というものの強調は見られないのに対して、レンネ改訂序文などには歴史への言及が見られる。ツォルンは具体的には帝国成立への序章が必要であることのほか、帝国国

法の基礎、官吏法、国籍法、行政の概念及び基礎といった個別問題のために必要であると記している (Zorn, *Entwicklung*, S. 66)。が、これも既に『ドイツ帝国国法第一巻』の初版段階で帝国成立史の章があり、またドイツ帝国が連邦国家であるか国家連合であるかは専ら事実過程による吟味によって決せられるとしており (StRDR I, 1. Aufl., 1880, S. 54)、やはり具体的にはこうした側面を無視していたわけではない (北ドイツ連邦成立史が法学的論点であったことについては参照、海老原明夫「北ドイツ連邦成立過程の法的構成——ザイデル、ヘーネル、ラーバント、ギールケ」法学協会雑誌131巻1号 (2014年)、1頁以下)。

ツォルンの *Entwicklung* 論文について、上山・前掲、249頁は「ツォルンがラーバントの立場からいかに離れていたかは、Zorn, *Die Entwicklung der Staatsrechts-Wissenschaft* [...] に明らかである」と記しているが、却ってツォルンとラーバントの親近性がこの論文から明らかになる。第一に、ツォルンは基調としてラーバントの方法に好意的であり、「ラーバントは [...] ドイツ国法という法学的分野の創設者である」(S. 65)、「その後のドイツ国法の全ての研究はラーバントの双肩に乗っている」(ebd.) といひ、またギールケの著名な書評を「ラーバントの私法学的方法の補完 (*Ergänzung*)」の試みと評し (S. 66)、国法の歴史的理解によってラーバントの私法学的方法を「本質的に補完し深めること (*wesentliche Ergänzung und Vertiefung*)」が必要だと述べている (ebd.)。続けてツォルンは「歴史と現実政治の混淆は慎重に避けねばならない。現実政治は法学分野としての国法から遠ざけられるべきである。19世紀の政治的統一運動はしかし我々の帝国の前史なのである」とも述べている (ebd.)。「純粹に論理的・形式主義的な作業」・「論理的形式主義の誇張」に対する批判は行政官を司法官と同様に養成するわけにはいかないという文脈でなされるが、近年の行政法学の発展はこの問題の解決に確と向かいつつあるとしつつ、行政法の方法は「確かに法学的でなければならないが、上に述べた語の狭い意味に於ける『私法学的』方法であってはならない。このことはイエリネクが最近精力的に強調したことである」(S. 68) といっており、彼の立場がいかにラーバント寄りであるかということはこれ以上の論証を要しないであろう (Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* [zitiert als *Geschichte*], Bd. 2, 1992, S. 350 はツォルンとボルンハークを「ラーバントの支持者かつ知的後継者の狭いサークル」の人士として挙げている)。ツォルンがここでイエリネクを挙げているように、ラーバント批判はツォルンら「保守」のみに見られる現象ではなく、イエリネクやアンシュッツにも見られ、イエリネクを「公法学実証主義」と形容する以上は、彼に賛

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

ラーバントのある西の辺境シュトラースブルクに対する東の辺境ケーニヒスベルクにあったツォルンは、この時期からプロイセン文部省参事官で後に大学局長となるフリードリヒ・テオドーア・アルトホフ (Friedrich Theodor Althoff, 1838-1908) と知己を得ており、深く親交を結んでいた。ベルリンのプロイセン文化財枢密文書館のアルトホフ遺文書には多数の書翰が残されており、本稿ではその詳細に立ち入ることはできないものの、アルトホフの意見番として少なからず影響力を有していた。⁽¹⁸⁾ 彼はヴィルヘルム皇帝の希望で皇太子の教育のため、1900年にはボン大学に移籍し、また国際法学者として代表団に加えられハーグ会議に出席している。

1914年、既に高齢であったツォルンは重い神経痛を患い依願退官して

同するツォルンをここから逸脱した「政治的憲法学」と看することはできない。上山教授が多く依拠するエルツェンは政治的リベラルの側のラーバント批判を見落としているが (Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus* [zitiert als *Methodenwandel*], 1993, S. 214 mit Anm. 22), エルツェン自身——彼はツォルンらを形式主義批判者と呼んでも「政治的憲法学」だとは言っていない——別の論文ではツォルンを親ラーバントの実証主義公法学者と考えているようでもある (vgl. Peter v. Oertzen, *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in: FS R. Smend, 1962, S. 184 mit Anm. 8)。

(18) ケーニヒスベルク大学史として最近下記の著作が現れた: Christian Tilitzki, *Die Albertus-Universität Königsberg. Ihre Geschichte von der Reichsgründung bis zum Untergang der Provinz Ostpreußen (1871-1945)*, Bd. 1 1871-1918, 2012.

(19) 一例を挙げれば、ツォルンはレームについてアルトホフからの照会を受け学問的側面と人格的側面の双方について回答しているが、後者について「繊細で機敏、それでいて控え目な若者であり、例えば私が法曹大会 (Juristentag) で知り合ってしまった (mußte) ボルンハーク氏とは正反対です」と記しており (Brief Zorns an Althoff v. 25. November 1889, GStAPK, VI. HA NI Althoff Nr. 1029, Bl. 33), また後述するレームのマールブルク招聘人事の際にも候補者の所見を物してレームを推している (Brief Zorns an Althoff v. 19. Mai 1891, GStAPK, VI. HA NI Althoff Nr. 1029, Bl. 42)。

いるが、ラーバントはこれに寄せて次のように書いて、学界に於けるツォルンの同時代的位置づけを証言している。「〔ツォルンの退官は〕ボン大学法学部にとって代えがたい損失である。何故ならツォルンは国法・国際法・教会法の領域に於ける卓越した学者であるばかりでなく、優れた、そして刺激的で印象深い教師でもあったからである。イエリネク逝去以来、ドイツにはツォルンのゼミの他にそうした意味を有する国法学ゼミは存在しなかった。しかしイエリネク学派が主として一般国法や法哲学、法と政治の関連性などを論じて諸外国をも魅了していたのに対して、ツォルンのゼミから現れた研究は殆ど全てが実定ドイツ国法に捧げられたのである。この研究の多くが最高峰の国法・国際法のモノグラフに数えられ、ツォルンに指導された国法学者界のかつてのメンバーは既に名声ある法学者になっている」⁽²⁰⁾。ラーバントのいうツォルンの学派にはケーニヒスベルク時代のエドゥアルト・フーブリヒ (Eduard Hubrich, 1864-1921)⁽²¹⁾、パウル・シェーン (Paul Schoen, 1867-1941)⁽²²⁾、ボン時代のフリードリヒ・ギーゼ (Friedrich Giese, 1882-1958)⁽²³⁾、ハインリヒ・ポール (Heinrich Pohl, 1883-1931)⁽²⁴⁾、マックス・ヴェンツェル (Max Wenzel, 1882-1967)⁽²⁵⁾、ハンス・ヴェーベルク (Hans Wehberg, 1885-1962)⁽²⁶⁾らを挙げることができようが、⁽²⁷⁾ここから明らかになってくるのは彼の学

(20) Laband, in: DJZ 19 (1914), Sp. 980f.

(21) Vgl. Sonja Gelinek, Eduard Hubrich (1864-1921), Diss. Greifswald, 2009. フーブリヒは最晩年にグライフスヴァルトへのエルヴィーン・ヤコービ招聘に一人反対したことで知られる (Martin Otto, Öffentliches Recht und Arbeitsrecht: Erwin Jacobi (1884-1965), in: Lege (Hg.), Greifswald, 2009, S. 309ff.)。

(22) Vgl. Martin Otto, Art. Paul Schoen, in: NBD 23 (2007), S. 377f.

(23) Vgl. Michael Stolleis, Friedrich Giese (1882-1958), in: Diestelkamp/Stolleis (Hg.), Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, S. 117ff.

(24) Vgl. Stolleis, Geschichte III, 1999, S. 262 Fn. 96.

(25) Vgl. Stolleis, Geschichte III, S. 264.

(26) Vgl. Claudia Denfeld, Hans Wehberg (1885-1962), 2008, S. 7ff. u. 33ff.

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

派の性格である。彼の門が必ずしも派手ではないが手堅い実定法解釈学者を多数輩出していることは、哲学的・抽象的方面に重点を置く南ドイツのイエリネク学派に比して同時代人にも周知の顕著な特徴であった。ツォルンの退官後はシェーンを介した彼の孫弟子ルードルフ・スメント⁽²⁸⁾ (Rudolf Smend, 1882-1975) が後任に収まった。

このようにツォルンは研究教育の方面のみならず、政治的・社会的にもプロイセン国法学の代表的人物であった。実定法学者として高く評価されたツォルンに比して、ゲオルク・イエリネク (Georg Jellinek, 1851-1911) は抽象的・理論的研究で名を挙げた人物で有力な潮流を形成したことは確かだが、実定法学としてのドイツ国法解釈学とは些か径庭がある⁽²⁹⁾。ここではイエリネクの攻撃から実定法学の有力な見解を防御しようとしたツォルンの見解を見ておこう。

二 ツォルンの見解はイエリネク『一般国家学』に対する書評 (1904年) と、『旧法と新法の闘争』に対する反論論文『『現代の正統主義者たち』』 (1908/9年) などに見られるが、いずれもドイツ国法史の形をとって展開されている。ツォルンはバイエルン出身ながら完全な「プロイセ

(27) ツォルン弟子としてしばしばザルトリウス (Carl Sartorius, 1865-1945) が挙げられるが (Stolleis, *Geschichte* III, S. 138; Martin Otto, Art. Carl Sartorius, in: NDB 2 (2005), S. 440f.), 事実に反するようである (vgl. Wolfgang März, *Eine gewisse Unsterblichkeit: Carl Sartorius (1865-1945) und Felix Stoerk (1851-1908)*, in: Joachim Lege (Hg.), *Greifswald*, 2009, S. 227 Fn. 17)。

(28) シェーンとスメントの師弟関係については参照、三宅雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法(一)——スメント憲法理論再構成の試み——」早稲田法学74巻2号 (1999年), 280頁。筆者もゲッチンゲン大学史料室で博士審査要綱によってこれを確認した (Manual über juristische Doktor-Promotionen im Dekanats-Jahr 1903/4, Universitätsarchiv Göttingen, Bestell-Signatur Jur. 228)。

(29) イェリネクの哲学志向の同時代的証言として Robert Piloty, Max von Seydel, in: *Biographisches Jahrbuch und deutscher Nekrolog* 6 (1904), S. 393.

⁽³⁰⁾ン学派」であり、西欧法思想史から法の「近代性」を抽出し構築しようとするイエリネクに対し、大選帝侯以来プロイセン王権によって形成されたドイツの世界史的発展からもう一つの「近代」を考⁽³¹⁾えており、この

(30) 上山・前掲, 197頁, 249頁。

(31) 「〔17世紀後半の〕国家の普遍史的発展段階に於いて大選帝侯とフリードリヒ・ヴィルヘルム一世の戦いがドイツにとって有する意義はフィリップ美公とボニファティウス八世との闘争がフランスにとって有する意義と等しい。更に、この普遍史的過程にとって現在のドイツ帝国は大選帝侯の国家である。ブランデンブルク＝プロイセンの内的闘争は現在に至るまでのドイツの全支邦国にとってのドイツの国家発展を直接的に形成している。〔…〕大選帝侯の国家が近代ドイツ国家である。〔…〕旧帝国期の帝国及び諸領邦の国家的な幾つかの発展過程はドイツの国家発展の樹に於ける枯死しつつある枝である。ブランデンブルク＝プロイセンという枝は大選帝侯乃至フリードリヒ・ヴィルヘルム一世以来、彼らによってドイツの幹となり、彼らの力によってその他の枝全てが生命力を取り戻したのである。それ故、我々現代ドイツの国家生活の理解を与えようとし、現代の国家生活、『近代国家の法』に通じようとし、また通じなければならない一般国家学とは、ブランデンブルク＝プロイセンの国家形成に関する基礎的一章を欠くことができないものなのである。しかも、この基礎的一章はまさにドイツに於ける『近代国家の法』に関する一章に他ならない。〔…〕〔イエリネク『一般国家学』に於いて〕ブランデンブルク＝プロイセンの国家発展は二三行と幾つかの脚注で済まされているのは一つの大きな学問的欠陥である。〔…〕何故、イエリネクはドイツ国家発展の偉大さを見ないのだろうか？ 彼は、一つのエピソードに過ぎないからと反論することはできない。何故ならばブランデンブルク＝プロイセンの国家発展がドイツに於ける『近代国家の法』の基礎であるという命題は世界史によって証拠を与られてきたのだから。この基礎は1848年の闘争と1862-66年の偉大なる発展過程に於いて二度動揺を経験した。〔…〕60年代の紛争に於いてビスマルクは〔…〕この紛争問題を次の方向で解決した。それは、ドイツ国家の基礎は核心に於いて大選帝侯とフリードリヒ・ヴィルヘルム一世によって定立された古い基礎のままであるということである。そしてこの国家基礎の上に今日のドイツの全ての君主政支邦国と帝国が立っているのである。我々が皇帝位は形式法学的には君主政の法形態ではないが、帝国が共和政という『類型』に含まれないことも同様に確かである。〔…〕そしてこれは決して『政治的』説明ではなく、法史から明らかになるドイツ『近代国家

二人の論戦はドイツ国法の「近代性」を巡る論戦の様相を呈してくる。「現代の正統主義者たち」に対するイエリネクの「デマゴグ」的政治攻撃に対して、ツォルンは自らのみを光の住人とし、異説を闇の邪説扱いする言説に遺憾の意を表明しているが、イエリネクの言葉を巧みに発

の法』の国家的基礎なのである」(Zorn, Rezension zu Jellinek, Allgemeine Staatslehre, in: DLZ 1904, Sp. 879f.)。

(32) 「イエリネクの論述はしかし、最後はある種の国法学に対する厳しく純粹に政治的な攻撃に於いてクライマックスに達している。この国法学を彼は『現代の正統主義者』と呼び、激しく、それどころか興奮した激しい言動で以て、近代の発展によって克服された旧法への回帰であるとして闘争を挑んでいる。1878年はこうした国法学が現れた『大きな転換』が『見えるように』なり、『1888年の皇帝の代替わりとともに新たな路線に転じた』。『今では国法の旧式の政治的論究が法律学の外套を間に合わせて着込んで帰ってきた。多くの人にとって国法はもはや認識の対象ではなく、心情の対象となってしまっている』——。

さて、この著名なハイデルベルクの国法学者が式典の折に『現代の正統主義者』に対して行ったこの厳しい非難について、但し我々は同じ講演の一頁後に記されている優れた言辞によって慰められる。これは先の激しい攻撃を全く空振りにしてしまうのであるが、『我々の研究の究極の基盤にとっては疑問の余地のない知見というものはどこにも存在しない。そうではなく何らかの信条告白のみがありうるものであり、他の分野に於けると同様にさまざまな信条告白が統一されることなどないのである』。『国法学に無前提性を要求することは、他の学問分野について同じ無理な要求がなされる場合と同様に、不能履行の請求である。人はそれ自身として常に彼の研究の前提である。——それ故、国法学者は自らの学問領域に関わる時には完全に政治的意見と無関係でありえないのは至極当然である。何らの価値も認めることができないような人類の諸制度の研究を何らかの一定の方向へ振り向けたいと誰が思うだろうか!』。

人類の研究と学知には様々な前提があるという真正の認識を証言する彼のこの優れた言辞をもしイエリネクが肝に銘じていたならば、彼は『信条』という前提を自らのものとは異にするという理由で『中世の亡霊を国家的領域に再び呼び覚まそうとしている』彼によって弾劾される者を火あぶりにすることに対して疑問をもたなければならなかったであろう! これはデマゴグのスローガンであり、学長代行演説として些か奇妙な印象を与えているし、これはまたその後で『ある時代の全学知からのみ政治的諸原

言者本人に切り返しながらいェリネク理論がドイツ実定国法の理解とし
ては不適当であることを論証している。とりわけ彼の理論的批判は国家

則の価値と無価値を測る物差が見つけれ出される』と説明したからといっ
て決して減刑されることも免責されることもない。『ある時代の全学知』を
支配するものなどいないから、この『物差』を誰も持たないからである。
この偉大なるハイデルベルクの国法学者もまた所持していない。我々は彼
が自らの『政治的諸原理』を唯一価値あるものと見做してもいェリネクに
感情を害されるわけではない。だが我々は断固として我々の『政治的諸原
理』に対する敬意をもまた要求する。我々はこの『政治的諸原理』をいェ
リネクのそれと同様に『近代的』であると考えており、それ以上にいェリ
ネクの見解よりも遥かにドイツの事実関係に確かな基礎を持つものと考え
ている」(Zorn, „Moderne Legitimisten“, in: ARWP 2 (1908/09), S. 164f.)。

「余はこの点〔国家と教会の関係〕に於いて他の部分では全くいェリネ
クと同意見なのであるが、それでも他方で国家の法秩序と教会の法秩序の
関係に関するこの見方が決して一般に承認されているわけではないこと、
それどころかここにも大上段の激しい言辞で以てしては片づけることがで
きない一つの問題が、そして物事の実際に於いて論理一貫した思考よりも
事実の力によって支配されている問題があるのだ、ということ余は否定
できない。いェリネクが『機会主義者』や『妥協』に対して依然としてあ
のように激しく戦争を挑まれるのは結構だが、物事の実際に於いてはビス
マルクの言葉に留まることになろう。近代国家の政治は全て妥協である。
何億人もの信者を抱える公式のカトリック教会だけがあの命題を全くの破
壊的誤謬と見ているのではなく、カトリックの教義に拘束されない多数の
国法学者・教会法学者も法の生成に関する歴史学派の基本思想を堅持して
同じく決然とこれを拒否している。ここでもしかし『自己完結的な固い世
界観』の問題であり、これは安易に軽蔑的に『中世の亡霊』などと片づける
権利はこの偉大な学者も持っていない。もしかするとまさに驚くべき政
治的リベラリズムの近年の衰退を惹起したのは繰り返し唱えられる対照の
うちの存する前代未聞の要求以上の何ものでもなかったのではないか。即
ち、我々は世界の光である——汝ら他者は影の者であれ、『数世紀に渉る
知的業績の全てを無に帰』そうとする『中世の亡霊』であれ、と」(Zorn,
„Moderne Legitimisten“, S. 166f.)。

- (33) 「もし憲法制定国民議会がその仕事を完結していたならば、少なくと
も多くのことがいェリネクの基本的見解を支持するものとなったであろう。
この国民議会は疑いなく国民主権の土台の上に立っており、その目的は必
ずしも外見上はそうでないとしてもしかし18世紀の偉大な王たちによって

与えられた国法上の刻印に於いて王権の転覆であった。国王は『神の恩寵によ』るのでなく、国民の委託による下僕であり、国民の最高意思に服従するというのである。この『最高の下僕』はフリードリヒ大王の意味に於いてではなく国家、つまり社団として把握される国民の最高の官吏、『機関』であり、要するに国民主権の意味に於いて言われているのである。

全く明確に表現されたこの目的を、しかし国民議会は達成せず、国民議会は却って国王によって解散され、次いで国王が1848年12月5日に憲法を制定したのである。この歴史的過程は確かかつ明白である。法的には憲法を創出したのは唯一国王の意思のみであった。『思考に基づいて把握されるものではなく』、このことは単純な事実過程であり、完全に論理一貫した思考によって何か別の道が法的にありうるわけではないから、重ねて『真の学問的説明』など必要ではないし議論に耐えない。フリードリヒ・ヴィルヘルム四世が事情によって已む無く憲法を公布したことは誰も疑わないが、そのことは憲法公布という法行為にとって全く無意味である。

この憲法に於いて国家生活の必要的構成部分としての国民代表は、国家の更なる発展は完全にその議決による協働に依らしめられるというかたちで承認され確定された。これに国王は自分自身の意思によって確と、かつ持続的に自己を拘束したのである。国民代表はしかし、今や60年来、自身に与えられた国家生活に対する偉大なる課題を果たし、[...] あらゆる変遷に於いて国民代表は国家の確たる構成部分となり、その権利と必要性は現在誰も敢えて言を要しないところである。

[...] かくして自己の意思による国王の憲法に対する法的拘束力を承認するとしても、しかしそれでもここから法的諸帰結が引き出されることはありえない。君主政の立憲的制約はある種非常に多岐に渉る。国家の更なる発展の全ては法的には国民代表の意思に条件づけられている。しかしこの制約はドイツ、特にプロイセンに於いては君主政それ自体の意思に基づいており、現在なお全国権は君主政に集中されている。これが、ラーバントが匠の業で明らかにした立法における裁可行為の意義である。ここに於いて18世紀の王権が現在も堅持されており、ここに我々のドイツの諸状況にとって君主政国家思想及び国家思想一般の統一性と力が存するのである。憲法の文言、その発布に至る歴史的過程、憲法制定以来60年に渉る発展過程も何ら、国王が等族との闘争を通じて獲得した国法上の地位を放棄したとか、18世紀の王権が現在『機関』、『下僕』に作りかえられたなどと推認する正当性を与えるものではない。プロイセン王権はフリードリヒ大王のいう意味に於ける『下僕』であり続けており、願わくはそうあり続けて欲しいものだが、イエリネクのいう意味に於ける『下僕』にはプロイセン王

の「社団」的性質と「機関」概念に向けられており、彼はここに実定法とその基礎をなす近代プロイセン＝ドイツ国家の基礎と矛盾する国民主権の理論を見出している。しかもツォルンは、対手を「中世の亡霊」を蘇らせるものと攻撃する当人が、ここでは中世ローマ・カノン法文献の亡霊を召喚していると皮肉っているのだ。⁽³⁴⁾「機関」概念を一貫して「不

権は一度もなったことは無いし、そのようにならぬよう希望する。

[...] 旧い君主政の法と新しい立憲的な法は、ドイツの諸憲法に於いて調和的統一をなしており、この間に調停不能の対立、例えば君主政法秩序と封建制法秩序、或は君主政法秩序と教会法秩序の対立の如き、あれかこれかの二者択一のみを許すような闘争は一切存在しない。もしそのようなものがあるというのなら、それはドイツ立憲主義を国民主権原理と同一視しているのであろう。イエリネクの全ポレーミクは国民主権の想定の下に於いてのみ理解されうる。イエリネクはこのことを公然と表現することを避けているのであるが。この想定はしかしドイツ、そしてとりわけプロイセンに於いて妥当している実定法に直接かつ無条件に矛盾する。1862-66年にプロイセン衆議院が行った、イエリネクの理論をプロイセン国法に高めようとする試みは [...] ビスマルクによって挫かれてしまった。爾來、こうした試みはもはや繰り返されることはなかった。しかし、国家の基礎を揺るがす最も鋭敏な内的闘争がそれを巡って行われた対立——例えば君主政の主権と国民主権——を、無意味なものと宣言することは、しかし端的に、我々の国家生活の現実を机上の理論のために犠牲にすることを意味する。この諸闘争が更新されるのかどうか、されたとしていつされるのか、ということは未来の闇の中である。現在については、しかし、イエリネク理論は現行法ではないということ、そうではなくイエリネクが全くあべこべに中世の亡霊の再覚醒と嘲笑せんと躍起になっている君主政論がドイツ国法に於いては優勢であるということは確と主張しておかねばならない。そして我々はイエリネクの要求をそのまま彼自身に返そう。『視線を遠いところに向け、現在を見ていない。彼らは生きた世界の諸形象への視線を遮ってしまう理念型を探し求め、創り出しているのだ』(Zorn, „Moderne Legitimisten“, S. 171 ff.)。

- (34) 『玉虫色の『機関』を備えた『国家の社団的性質』では世俗の最高権力としての国家意思の事実に何ら十分な説明を与えない。『国家の社団的性質』思想の丘から現実の生の低地に降りてみると、誰が国家の意思を発動するのかという枢要な問いの前に立たざるを得ない。歴史は少なくともプロイセンについてはこの問題に答えている。君主であると。勿論、

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

明確・「玉虫色」と批判するツォルン自身は「国権の担い手」理論と君主の自己拘束説を通じて議会権能の派生的性格を導いており、議会の「直接的」権能を否定している。⁽³⁵⁾ 彼は同時にイエリネク理論を「両剣論」⁽³⁶⁾

国家が単なる『社団』であるとする、不可避免的に国民主権の途に入り込まざるを得ない。然らば様々な国家『機関』の間、国王と市長の間には単に量的段階があるに過ぎなくなる。こうした考えは『中世のローマ・カノン法文献』に依れば適切なかもしれない。だがプロイセン＝ドイツ史に依れば誤りであり、しかも君主のこの『機関地位』が実定法になるべきだといふのであれば我々のプロイセン＝ドイツ国家の基礎の完全なる転覆を必ず招来するであろう。いずれにせよ、イエリネクが別のところではひたすら嘲りと憎悪の言葉を投げつける『中世の亡霊』をここで召喚していることは興味を惹くところである。しかしローマ・カノン法文献から来るこの中世の亡霊は我々の民族から際限なく遠いところにあり、それどころか我が国民には全く理解不能である。我が国民はそれ固有の歴史から、確信的社会民主主義者を除き、国家意思の担い手の問いに対し直観的・絶対的確度で以てただ次のようにのみ答える。国王であると。歴史、憲法、国民の確信はそれ故、君主の『機関地位』という中世のローマ・カノン法文献由来の芸術作品に対して『現代の正統主義者たち』を正当化するのである。いくらはっきりそう表現することを控えているとしても、しかし君主の『機関地位』は『国家の社団的性質』を通じてまさに最終的に国民主権に辿り着くのである」(Zorn, „Moderne Legitimisten“, S. 174f.)。

(35) 拙稿・前掲、344頁＝註(138)がTräger der Staatsgewaltを「国権のトレーガー」と不細工に表記したのは概念の技術性に注意を喚起する趣旨であり、受容の問題である。これを前提に、本稿では括弧付で「担い手」と訳しておくが、これも訳語の提案ではない。

(36) 「そしてここから初めてドイツに於ける法制度としての君主政に関する国法的理解が[…]明らかになる。[…]しかしイエリネクは現代ドイツ君主政を全く国法上の地位を過小評価している。第一にブランデンブルク＝プロイセンの発展に由来する歴史的基礎付けの欠如により、第二にイエリネクに於いてもなお不明確な『機関 (Organ)』概念の使用による。『有機的 (organisch)』国家理論に関する章は鋭く健全な批判によって満たされている。[…]そこでイエリネクは国法の法学的構成として『機関』という言葉に賛成せず、ただ法学的には拘束力のない呼称として用いるのだろうと人は期待してよいのであるが、残念ながらそうはならず、却ってこの『機関』という不明確な概念がイエリネクに於いても国法の諸々の基

(37)
として批判している。つまりツォルンはイエリネク理論を立憲君主政の

礎的概念を完全に支配しているのである [...]。この不明確な『機関』思想が完全に克服されるか否かはここでは措こう。いずれにせよ、君主はプロイセン＝ドイツ国法上、国家の『機関』ではない。また、それによってザイデル＝ボルンハークの『君主は国家である』という理論へと押しやられるということは決してない。この理論に対する批判は余もイエリネクに全く同意する。しかしそれでもブランデンブルク＝プロイセンの基礎の上にドイツ国法を形成し、現行法上のドイツ国家のみを形成しているような、事実として法の上にある君主の特殊な地位と、[他方の]官庁の機関地位との間には一つの国法上の区別がなされなければならない。[...]『近代国家の法』としてもドイツ国法、そして全てのドイツ君主政支邦国国法は、ALR II, 13 §1の著名な命題を核心とする[...]。しかしこれと機関思想は両立しない。君主はドイツ国法上、全国権の担い手(Träger)である。イエリネク506頁が『国権の担い手は国家でありそのほかの何人でもない』というとき、これに対しては『国家』は概念であり、概念は何も『担う』ことができない、そのためには『自然的意思』が必要であると答えることができる。そこに rex と regnum の二元主義があるのかもしれないが、いずれにせよこの二元主義が現代ドイツ国法に於いて『克服されて』いるわけではない。君主政原理ではなくイエリネク616頁以下が論じていることこそ、『フィクションであって法的事実の現実と一致していない』。しかしまた、この『二元主義』に如何なる論理的誤謬が存するといっているのか、全く分からない。それによって主張されているのはただ国家の人格とは一つの思考範疇であって、そこから自然的現実へ橋渡しするのが国権の担い手、つまり君主である、ということに過ぎない。この意味では確かに rex と regnum は現在でもなお同一である。しかし君主の法的地位は法への自己拘束によって生じている [...]。これがまさにプロイセン憲法成立に於ける歴史的過程でもあり、法史の厳密さに於いて法学的には唯一次のようにのみいうことが許される。即ち、国民代表の諸権能は、1814年のフランスの憲章に於ける如く、君主の全権 (plenitudo potestatis) から派生し、移譲された権利であり、それ故にそれらは『直接的』な固有権ではない。[...]これが全ドイツのあらゆる議会権能の法的基礎である(645頁にこの関係の正しい規定が見られるが、残念ながら著者の個別の説明によって完全に破壊されている)。国民代表の『直接的』権能(500頁)の理論はプロイセン憲法にとっては一つの『政治的主張』に過ぎず、法的事実と矛盾している」(Zorn, Rezension zu Jellinek, in: DLZ 1904, Sp. 880ff.)。

(37) 「かくして立憲主義憲法は君主政の業績であり、そのことのみがプロ

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

二元主義的理解であると把握し、君主政権力によって一元化された近代ドイツ国法の構造に適合しないものと考えている。直接触れられていないものの、君主を唯一の「最高機関」とする些か場当たりの説明では納得しなかったものと見え、ここに「国権の担い手」による一元的統合に拘る支配的見解の反応を見出すことが出来よう。

我々は国家の「機関」及び「国権の担い手」に関して、ラーバント、G・マイアー、レーム、アンシュッツらによって支持される君主＝「国権の担い手」(＝国家「機関」)⁽³⁸⁾説を中心に、一方に「国権の担い手」の国家「機関」性を否定するツォルン説を、他方に「国権の担い手」概念を否定し国家「機関」のみで説明するイエリネク説⁽³⁹⁾を配置することができるが、議会の「直接機関」性を否定するツォルン説が少数説であるとしても、それ以上に国権の「担い手」概念を完全に葬るイエリネク理論は極僅かな支持者を擁するに過ぎない孤立した見解であった。

イセン国家とプロイセン王権の歴史に適合的である。レンネは完全な法律家かつ愛国者であり、このことをも明晰に理解していた。そして彼は版を重ねるにつれますます強く、この国法上の原則を表現していったのである。しかし彼は〔立憲主義と君主政という〕右に性格つけた二つの根本的見解の対立を完全に克服したわけではないし、その後の国法学の理論によって初めて歴史の基礎に基づき1862-66年の大きな憲法紛争の結果としてこの二つの思想の系譜が君主政権力に於いて高次の統一を獲得し、确实なものとされたのである。しかし国法学の理論と我々の政治生活のこの運動は今日でもなお完結していない。『一般国家学』に於いてなお現在でも我々はザクセンシュピーゲルに於けると同様に論理的に堪えない『両剣論』に遭遇するのである」(Zorn, Zu Ludwig von Rönnes 100. Geburtstag, in: DJZ 9 (1904), Sp. 959)。

(38) アンシュッツ及びレームは「国権の担い手」を「国家機関」の一種と考えているが、G・アイアーはこの二つを別の概念範疇と考えている。Vgl. Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 5. Aufl., 1899, S. 14f.

(39) Rönne/Zorn (Fn. 17), S. 205 Anm. 1.

(40) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 552f. Fn. 2.

二 プロイセン憲法学(二)

——アルントと「隠性絶対主義」

次にアードルフ・アルント (Gustav Adolf Arndt, 1849-1926)⁽⁴¹⁾ について見ておこう。ユダヤ出自のアルントは1849年にケーニヒスベルクで生まれ、1877年から行政官として鉱業行政に従事し、後に鉱業法の権威として知られるようになる。1879年にハレ大学の私講師⁽⁴²⁾、1893年より員外教授となり、1900年にツォルンの後任としてケーニヒスベルク大学正教授⁽⁴³⁾となった。彼のプロイセン憲法の注釈書は1886年以降版を重ねており、

(41) アルントについては Wilhelm Weizsäcker, in: NDB 1 (1953), S. 358; Gerhard Boldt, *Leben und Wirken namhafter Lehrer und Praktiker des Bergrechts*, 1974, S. 7 f.; Dieter Gosewinkel, *Adolf Arndt. Die Wiederbe-gründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945-1961)*, 1991, S. 21 ff.

(42) 一木喜徳郎は1891年夏学期にハレ大学に学籍登録し(参照, 森川潤『明治期のドイツ留学生』(雄松堂出版, 2008年) 196頁以下), この地で『日本法令予算論』を著している。一木喜徳郎のドイツ留学に関しては河井彌八編『一木先生回顧録』(非売品・1954年) 14頁以下。一木のハレ時代の回顧に一つ不審の点があるが, 2016年4月現在ハレ大学史料室所蔵の該当史料は改修作業のため利用不可であるので, 本稿では触れない。

ハレにはこの当時, ユダヤ出自の公法学者・教会法学者レーニング (Edgar Loening, 1843-1919) が正教授としてあった(レーニングに関しては Walter Pauly/Martin Siebinger, *Edgar Loening (1843-1919) und die staatswissenschaftliche Methode im Verwaltungsrecht*, in: Nachdruck Edgar Loening, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts (1884)*, 2003; Michael Stolleis, »Junges Deutschland«, *jüdische Emanzipation und liberale Staatsrechtslehre in Deutschland (1994)*, jetzt in: ders., *Ausgewählte Aufsätze und Beiträge Bd. 1*, 2011, S. 355 ff.)。このレーニングも形式的法律概念一元説の論者であるが (Loening, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, 1884, S. 225 f.; vgl. E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2. Aufl., 1981, S. 318 f.)、一木在籍中の1891年にレーニングの下で法律概念論に関する博士論文を著したのがアンシュッツである。

(43) なおアルントのアルトホフ宛書翰を読むと1898年にはベルリーンの上

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

1895年には帝国憲法の注釈書を、1901年にはドイツ帝国国法の体系書を上梓している。⁽⁴⁴⁾

アルントは1884年に『ドイツ帝国に於ける命令権』⁽⁴⁵⁾を著して以来、法律概念一元説・国王独立命令権説の代表的論者として知られたが、アルント世代の弟子世代に当たるゲアハルト・アンシュッツ (Gerhard Anschütz, 1867-1948) は1900年に『プロイセン国法に於ける立法概念及び国王命令権の範囲に関する現在の諸学説』を著し、更に翌年改版し、アルントを「隠性絶対主義者 (Kryptoabsolutist)」であると決めつけて盛んに攻撃した。⁽⁴⁶⁾アルントはこれに対して『独立命令権論』(1902年)を著して君主の「独立命令権」の有無を巡り激しい論争が繰り広げられた。⁽⁴⁷⁾

級行政裁判所のポストに候補として挙がったようであり、時期から察するとグナイストの後任ポストとも推測できる (vgl. Briefe Arndts an Althoff v. 22. April, 17. Juli u. 30. August 1898, GStAPK, VI. HA NI Althoff Nr. 659 Bl. 150 ff.)。)

(44) Arndt, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, 1886 (2. Aufl., 1889; 3. Aufl., 1894; 4. Aufl., 1900; 5. Aufl., 1904; 6. Aufl., 1907; 7. Aufl., 1911); ders., Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1895; ders., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901 (2. Aufl., 1902; 3. Aufl., 1907; 4. Aufl., 1911; 5. Aufl., 1913); ders., Staatsrecht und Verwaltungsrecht, in: Karl Birkmeyer (Hg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901, 785-943 (2. Aufl., 1912, 741-926); ders., Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1919 (2. Aufl., 1921; 3. Aufl., 1927).

(45) Arndt, Das Verordnungsrecht des Deutschen Reichs auf der Grundlage des Preußischen und unter Berücksichtigung des fremdländischen Verordnungsrechts, 1884.

(46) Anschütz, Die gegenwärtigen Theorieen über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Königlichen Verordnungsrechts nach Preussischem Staatsrecht, 1900 (2. Aufl., 1901).

(47) アルントの応答は Arndt, Ueber deutsches und preussisches Verordnungsrecht. Eine Erwiderung an Herrn Prof. Dr. G. Anschütz, in: AöR 15 (1900), S. 336-380; ders., Noch Einiges über das selbständige Verordnungsrecht, in: AöR 16 (1901), S. 192-202; ders., Das selbständige

しかし、今日ではこの論争に対する評価は定まっている。アルントのいう独立命令はアンシュッツの用語ではそもそも法規を含まない行政規則に過ぎず、いずれにしても議会の協賛を必要としないから具体的結論⁽⁴⁸⁾に殆ど違いがない。しかも、アンシュッツに於いては「法規」概念が「意思と意思を限界づける全ての命題」から「自由と財産への侵害規範」へと縮減され、官吏や軍人に関する事項は広く「特別権力関係」とされて、却ってアルント説では法律を要求されることになる事項も特別権力関係を理由に法律事項から排斥されることになる。⁽⁴⁹⁾ もちろん冷静な評価⁽⁵⁰⁾は同時代にも見られ、上記の現在の研究状況に異論もないからこれ以上

Verordnungsrecht : Zugleich eine Streitschrift für die historisch-kritische Methode, 1902 ; ders., Der Anteil der Stände an der Gesetzgebung in Preussen von 1823-1848, AöR 17 (1902), S. 570-588; ders., Einiges über das Verhältnis der richterlichen zur vollziehenden und zur gesetzgebenden Gewalt, in: AöR 18 (1903), S. 156-190; ders., Das Reichsgericht und die Begriffe „Gesetz“ und „Verwaltungsvorschriften“, in: VerwArch 13(1904), S. 207-221, 421-422.

(48) Böckenförde (Fn. 42), S. 220 ff., 253 ff., 271 ff., 310 ff.; Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, 2. Aufl., 1968, S. 127 Anm.116, S. 131 f. mit Anm. 139, u. insbesondere S. 149 Anm. 223; Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965 (2. Aufl., 1991), S. 4 Anm. 17, S. 42 Anm. 70, S. 114 Anm. 25; Christoph Schönberger, Das Parlament im Anstaltsstaat [zitiert als Parlament], 1997, S. 303f.; Christian Tilitzki (Fn. 18), S. 236 Fn. 1227.

(49) Vgl. Böckenförde (Fn. 42), S. 253 ff., 271 ff., 310 ff. アルントは狭い「法規」概念を批判して、法律概念からではなくプロイセン憲法5条・9条から導かれるべきであると論じている (Arndt, Staatsrecht und Verwaltungsrecht, in: Birkmeyers Encyklopädie, 2. Aufl., 1912, S. 811)。これに対しアンシュッツは、基本権条項は国家と個人の間を規律するものであるから、立法と行政の権原配分を導く規範と解してはならないと反論している (Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, Bd.1, 1912, S. 98f., 137f.)。

(50) Otto Mayer, Rezension, in: AöR 17 (1902), S. 464 ff.; ders., Rezension, in: AöR 18 (1903), S. 96 ff.; Rudolf Smend, Die Preußische Verfassungs-

法律概念論の詳細に立ち入る必要はない。ここでは次の点を確認すれば十分であろう。⁽⁵¹⁾

第一に、アルントに於いては「法規」概念の実質的説明がなされないではないが、そうした実質的概念が法的論証に於いて大きな比重を持つことは余りない。⁽⁵²⁾寧ろ条文の文言に対する「歴史的＝批判的」な概念史的検討から導かれる君主と議会の権限配分が憲法典の解釈として直接に問われる。同様に「国家人格」や「機関」の概念から、例えば「機関」相互に「法規」が成立しない（だから「法律」を要しない）といった結論が導かれることはない。⁽⁵³⁾つまり彼は権限配分を考えるにあたり、概念からの演繹ではなく憲法典の条文によって「帰納的」に作業しており、一般論としても概念論理による「演繹的方法」に必ずしも大きな意味を与えていない。⁽⁵⁴⁾

第二に、両者ともに権力分立論を採用している。O・マイアーの権力分立論を支持するアンシュッツに対し、上に述べた如く概念への比重が

urkunde im Vergleich mit der Belgischen, 1904, S. 31 ff.; Richard Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, in : FG Otto Mayer, 1916, S. 165 ff.

(51) 既に黒川伸一「立法と行政の権限配分——アルントとアンシュッツの論争から」法律時報68巻8号（1996年），65頁以下。

(52) Vgl. Böckenförde (Fn. 42), S. 313.

(53) Arndt, in: Birkmeyers Encyclopädie, 2. Aufl., S. 811.

(54) 「一般的・抽象的上位命題から論理的に結論を導きだす演繹的方法と、事実上の素材の収集、整理、検討、解明を行う帰納的方法という二つの認識方法についていえば、ドイツ国法学にとって前者は後者抜きで目的を達成することは出来ない。なぜならばドイツ帝国憲法はそこから帝国権力の全ての権限と作用が論理必然的に導き出される抽象的上位命題に依拠しているわけではないからである。[...] それらはアテネのようにゼウスの頭から生み出されたわけではなく、現在の形態に於いてゆっくりと次第に所与の諸関係の土台の上に生成しており、それによって、かつそこからのみ把握されうるのである。」(Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901, S. III f.). S. a. Arndt, Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, 1884, S. 4. 参照, 黒川・前掲, 66頁; Böckenförde (Fn. 42), S. 311.

軽く憲法典の文言から権限配分を考えていたアルントはそれ以前から権力分立論を主張してきたと自認している。⁽⁵⁵⁾アルントに於いては「法律」等の権限は君主権から議会の同意に「移譲」された権限であり、残余の権限は君主権に留保されるものと推定されるが、アンシュッツに於いても「国権の担い手」理論によって同様の結論が導かれる。⁽⁵⁶⁾それでも両者とも、立法は君主の裁可によって完成するとする裁可理論を採ることに⁽⁵⁷⁾変わりはない。

かくして我々はアルントの「独立命令権」を巡る論争から当時の「雰⁽⁵⁸⁾囲気」を読み取りうるに過ぎない。そしてこの「雰囲気」とは、アンシュッツからすれば絶対主義的傾向の抬頭に対する法治国家の守護者としての自認でありうるが、⁽⁵⁹⁾後世の目からすればアルントに対する「今日からすれば殆ど理解不能な激しさでもってする」政治的人格攻撃であり、「その非即物性と不寛容さに於いてドイツ学問史の栄光の一頁に」⁽⁶⁰⁾加えることのできない負の一頁でもあった。⁽⁶¹⁾

(55) Vgl. Arndt, Ueber deutsches und preussisches Verordnungsrecht, in: AöR 15 (1900), S. 346 u. 352. アルントは、もしアンシュッツが権力分立論を採るのであれば形式的法律概念を採らなければならないはずだ、と切り返している。

(56) Arndt, „Vorrang des Gesetzes“ und „Erfordernis des Gesetzes“ im preußischen Verfassungsrechte, in: VerwArch 25 (1917), S. 172-191; Arndt, in: Birkmeyers Encyklopädie, 1. Aufl., S. 843 u. 846f.; 2. Aufl., S. 801 u. 805 f.; Anschütz, in: Holtzendorff/Kohlers Encyklopädie 6. Aufl., Bd. 2, S. 566; 7. Aufl., Bd. 4, S. 124; 参照, 黒川・前掲, 68頁。

(57) Anschütz, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, in: Holtzendorff/Kohler (Hg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Bd. 2, 1903, S. 600; 7. Aufl., Bd. 4, S. 157.

(58) Schönberger, Parlament, S. 304.

(59) Ebd.; s. a. Anschütz (bearbeitet v. W. Pauly), Aus meinem Leben, 1993, S. 56f., 146ff.

(60) Rupp (Fn. 48), S. 4 Anm. 17, S. 42 Anm. 70, S. 114 Anm. 25.

(61) なおリッペ侯位継承事件に関するアルントの立場は議会論に直接関係しないから、ここでは参照, 拙稿・前掲, 349頁=註(183)。もともとアル

三 プロイセン憲法学(三)

——ボルンハークとプロイセン国法の実証主義的体系

一 ツォルン及びアルントより一回り下の世代のコンラート・ボルンハーク (Conrad Bornhak, 1861-1944)⁽⁶²⁾は1879年からベルリン大学に学び、ルードルフ・グナイス (Rudolf Gneist, 1816-1895) の影響を強く受けたことで知られる。1885年にゲッティンゲン大学で博士号を取得し、1887年にベルリン大学で教授資格を取得したのち裁判官として活躍する傍らベルリンの私講師として教鞭を執った。ボルンハークはベルリンでの教授ポストを狙っており、彼と一歳違いのフーゴ・プロイス (Hugo Preuß, 1860-1925) とは競合関係にあったが、1898年に員外教授として学部⁽⁶³⁾に迎えられた。しかし彼は正教授になることなく、1927⁽⁶⁴⁾

ントは王族の同意を不要とするザイデル説に説得力を感じていたようであるが (Arndt, Verfassungs-Urkunde, 2. Aufl., 1889, S. 107f.), 後にこれを必要とする立場を明らかにした。

(62) Vgl. Anna-Maria Gräfin von Lösch, *Der nackte Geist. Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, 1999, S. 301f.; Angela Klopsch, *Die Geschichte der Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin im Umbruch von Weimer*, 2009, S. 148 Fn. 545; Stolleis, *Geschichte II*, S. 303 Fn. 159; Andreas Koenen, *Der Fall Carl Schmitt*, 1995, S. 694; Walter Pauly, *Das Öffentliche Recht an der Berliner Juristischen Fakultät 1933-1945*, in: *FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, 2010, S. 784f.

(63) Vgl. Christoph Müller, *Hugo Preuß (1860-1925)*, in: *FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, 2010, S. 714ff.

(64) 為に1908年のアンシュッツのベルリン招聘にはショックを受け、アルトホフ宛の書翰で「私はアンシュッツを精々が三流の教授であると考えています (ich halte Anschütz für einen Professor höchstens dritten Ranges)」と書いて招聘人事を阻止する方向での影響力行使を求めている (Brief Bornhaks an Althoff v. 26. April 1908, *GStAPK*, VI. HA NI Althoff Nr. 679 Bl. 180)。

なお1907年頃に正教授人事 (ポーゼンのハチェック後任か?) が問題に

なった際の講義視察報告書が残っており、嘗てボルンハークの講義を聴講したという人物の報告書はかなり辛辣なボルンハーク評を含む興味深い史料なのでここに紹介しておこう。1907年6月10日付の報告書で署名はPaalzowと読めるがややはっきりしない。既にみたアンシュッツの論敵攻撃用語「隠性絶対主義者」がこの報告書に見られることは、今日では人格攻撃以上の意味を持たないと評価されるこの言葉が、当時の知識社会に一定程度普及し、大学人事に影響を及ぼした可能性も示唆している。

「ボルンハーク教授 聴講：1907年6月6日・行政法 6月8日・法学入門。前者は聴講者一二名、後者は三五名あり。行政法講義に於いては県及び州によるプロイセン国家の区画が論ぜられました。内容に対して特に異論を挟むことはできませんが、平版かつ初歩的というわけではありませんでした。ボルンハークは聴講者をともに駆り立てて学問の作業場へと連れていく種類の教師ではなく、平凡な学生の視線にまで降りていきどうしても必要な知識を可能な限り分かりやすく伝えようとする教師です。

講義の外面についていえばボルンハークは、私が十年ほど前に一度彼のところで聴講した頃から、進歩しています。彼の佇まいはよりしっかりしたものになりましたし、自身の講義案からも自由になっています。一種の悪弊はいまでも捨てきれはけません。彼の声は悪くなく、なかなか朗々たるバリトンです。ところがしばしば前触れなく声が裏がえることもあり、声変わりの子供を思わせます。[...] クチャクチャと不明瞭な発音も、彼はこれで講義をしているのですが、まだ完全にはなくなっています。彼は気の利いた例を出して聴講者の関心を刺激しようと熱心に努力しています。それでも彼と講義室との間によい内的関係が存在しているようには私には思われませんでした。

右に述べました彼の講義のやり方はもちろん法学入門 [...] にも見られます。彼は機転がきき教育的に巧妙であり、正直に申して彼にそのような才能があるとは思いませんでした。彼は法律行為を論じ、一方的法律行為と双方的法律行為、意思欠缺、法律行為の形式、そして契約について話していました。それらすべて極めて明晰で、十分頭に残る印象深いものでした。ボルンハークは彼の生活に渡り極めて熱心であり、作家家として非常に成果ある人物です。もっとも、彼の著作の多くは、単にものを纏めただけの(kompilatorisch) 価値しかありません。法制史家としては大きな特徴があるわけでもありませんし、法学者としては必ずしも常に徹底しているわけでもありません。彼の国法学上の見解は極めて異論の多いものです。彼は所謂隠性絶対主義者(Kryptoabsolutisten) に属しています。それにもかかわらず、私の見るところ、彼は小さい大学であれば他の人たちと同程

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

年⁽⁶⁵⁾に定年退官を迎えた。ボルンハーク名誉教授はその後も依然として学部で教鞭を執り続けたが、老害視されたか、学部と衝突し、ナチス政権の介入により1940年を最後にボルンハークは講義を止めた。ナチス期の彼の行状は反カール・シュミット (Carl Schmitt, 1888-1985) 陣営の急先鋒として知られる。

ボルンハークの著述活動は三巻本の『プロイセン行政法史』(1884-86年)によって開始されているが、1888年には当時27歳のこの青年は早々に体系書『プロイセン国法』の刊行に着手した(初版1888-92年, 第二版⁽⁶⁶⁾1911-12年)。この第一巻はグナイストに捧げられ、その序文ではグナイストへの敬意が表明されているものの、⁽⁶⁷⁾実質的にはラーバントの「法学的方法」への支持が鮮明にされている。ボルンハークは国法学者とし

度正教授として務まるでしょう。もし彼が自信をもって帽子をあみだにかぶるなど少し目立つ格好をして街路を歩けば、独創的な人物として街の風景を活気づかせること間違いなしです。

それでも、彼を例えばポゼンの大学に据えるのには断固お諫めたく思います。彼の人格にはエートスが、高次の倫理的真剣さが欠けています。彼はまた、年長者や雑多な公衆の前でうまく話す能力も持っているということを、まだ示していません。彼の性状全体から推すにそのような能力を有するとは思えません」(GStAPK, VI. HA NI Althoff Nr. 679 Bl. 154f.)。

(65) ボルンハークの員外教授ポストの後任人事はハンス・ペータースか政府の支持するヘルマン・ヘラーかで紛糾したが、別の員外教授が死亡したので両名ともに員外教授として迎えられ、ペータースがボルンハークの後任に収まった。(vgl. v. Lösch (Fn. 62), S. 92 f.; Klaus Joachim Grigoleit, Hans Peters (1896-1966), in: FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 757)。

(66) Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 3 Bde, 1. Aufl., 1888-90 und Erg. -Bd. 1893; 3 Bde. 2. Aufl., 1911-1912. [zitiert als PrStR]

(67) 「[...] 私は国法を歴史的=政治的に取扱うべきか、それとも純粋に論理的に取り扱うべきかという問題にも答えねばならなかった。[...] 法制史的記述を行ったり、外国の法状況を詳しく説明してそれにより我々の立法に裨益せしめたりする場合には、歴史的=政治的に記述するほかありえない。それぞれの社会的・経済的関係の表現としての法は、その形成に作用した諸要因を知ることなしに理解しえない。こうした場合について純粋

ては明確にラーバント学派に属していた。⁽⁶⁸⁾ところで、この1888年時点でプロイセン国法に関する代表的文献としては、体系書ではルートヴィヒ・フォン・レンネ『プロイセン君主政国法・全四巻』(第四版, 1881-84年)⁽⁶⁹⁾とヘルマン・シュルツェ (Hermann von Schulze-Gaevernitz, 1824-1888)『プロイセン国法・全二巻』(初版, 1872-77年; 第二版, 1888-90年)⁽⁷⁰⁾が、注釈書ではアルント『プロイセン憲法典』(1886年)があるに過ぎなかった。フォン・レンネ及びシュルツェはいずれもラーバント以前の世代に属しており、またアルントの著作は体系書ではなかった。それ故、異様な早熟性を発揮したボルンハークの体系書は、プロイセン憲法に関する限り、ラーバント以降世代初の体系書となった。我々はこうした世代的断絶⁽⁷¹⁾に十分留意しつつ、『プロイセン国法』に即して彼の

論理的方法を採ろうとするならば、それはドイツ国家学がとりわけルドルフ・フォン・グナイストとローレンツ・フォン・シュタインとを通じてなしてきた重要な成果を犠牲にすることを意味するであろう。しかし法教育や法適用のために我が国の実定法を記述しようという慎ましやかなことを目的とする場合には、法を創造したところの社会的・経済的諸要因は既知のものとして前提されてそれ以上に考慮されず、学問的論究のためには、裁判所の判決におけると同様、既存の法素材からの純粹に論理的な推論のみが残るのである。それ故、歴史的記述の部分には歴史的=政治的方法を用い、解釈論の部分には純粹に論理的な方法を用いることとした」(Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., 1888, S. VII f.)。

(68) Auch Stolleis, Geschichte II, S. 350 mit Fn. 214.

(69) Ludwig von Rönne, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie, 4 Bde., 4. Aufl., 1881-1884; 1. Aufl., 1856-1863; 2. Aufl., 1864-1865; 3. Aufl., 1869-1872.

(70) Hermann Schulze, Das Preussische Staatsrecht auf Grundlage des deutschen Staatsrechts, 2. Bde., 1. Aufl. 1872-1877; 2. Aufl., 1888-1890.

(71) Vgl. Rehm, in: KVJ 31 (1889), S. 523f. ボルンハーク自身はレンネ及びシュルツェを次のように評している。「レンネの著作はプロイセン国法の資料集として以上に評価しえない。[...] 学問的にはレンネは議会主義の所謂立憲主義教義を妥当せしめ、実定法の諸規定と一体化させている。この傾向はせいぜい憲法典発布後の一五年ほどは正しいもののように思われえた。何故ならばその当時はプロイセン国法の発展の経路が議会主義国

国法学説を見ておこう。

二 ボルンハークの著名な「君主即国家」論は、ゲルバー流の国権中心の国法体系から出発しており、国家が支配であることと支配の主体であることが等式で結ばれて、支配の保持者と国家が同一 (identisch) であると帰結される⁽⁷²⁾。国家が支配であることと支配の主体であることの論理的飛躍を指摘することは可能であるが、必ずしも珍妙な三段論法を弄しているわけではなく、君主による支配に国家を透視するというイメージで理解することもできよう⁽⁷³⁾。彼も立憲君主政を君主＝国家の自己拘束と把握しており⁽⁷⁴⁾、憲法による意思表示のみが国法上の君主の意思表示で⁽⁷⁵⁾

家と立憲君主政国家のいずれになるかはなお疑問の余地がありえたからだ。しかし今日では憲法は後者の方向で拡充されてきており、フォン・レンネの学説上の見解はもはや実定法の基礎を欠いている。レンネの見解は議会主義の教説によって実定法を改変することによって実定法に抑圧を加えている。学問的には従ってレンネの著作は国家生活とともに進化するのではなく、それ故に近年の国法学的研究の諸成果を十分には顧慮していないがため、もはや大なる価値を持つものではない。[…] ヘルマン・シュルツェ […] は、プロイセン国家の発展を全ドイツ的国家発展との極めて密接な連関に於いて記述するものであるが、残念ながら十分尽くされたものとは云いがたい。大体に於いて単に指導的基本命題が強調されるばかりで、それが個別の点まで十分に論ぜられることがない。まさにその故にこの著作は主に学生向けとして適している。学説及び実務にとって十分な包括的ハンドブックではなければ、それを狙ったものでもなく、そのためには特に行政法が余りに素描的な記述に止まっている。立憲主義教義の影響は H・シュルツェに於いても見誤りようがなく、但しフォン・レンネほど強く影響されているわけではない。その故もあって、この著作は実定プロイセン国法を学問的に記述するという需要を十分に満足するものではない」(Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 119f.; 2. Aufl., S. 122f.)。

(72) Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 63ff., 77.

(73) レームは、国家は支配であるということを出発点にするならば、国家は支配の状態であるというべきであると批判している (Rehm, in: KJVJ 31 (1889), S. 525f.)。拙稿・前掲, 306頁の記述は「国家状態説」の誤り。

(74) 第二版では明快に定式化されている (vgl. Bornhak, PrStR I, 2. Aufl., S. 67)。

あり、それに悖る行為は一人としての行為に過ぎない。「国王と雖も法律のもとにある」という命題は妥当しないが、しかし一見そう思われるような「国王は法律に拘束されない」という絶対主義の定式も当て嵌らないとされる。⁽⁷⁶⁾ボルンハークの国法体系は支配の主体（君主即国家）と客体に編成される。こうした二分法に於いては例えば摂政の説明に窮することになるが、彼は摂政と君主も同一であるとして「摂政即君主即国家」論を提示している。⁽⁷⁷⁾その他の王族は支配の客体であり、王位継承法が憲法によってのみ規律され、かつ憲法典に明文で認められていない限り王族の同意権は認められないとしている。⁽⁷⁸⁾これが君主は憲法によって自己拘束し、それによってのみ拘束されるというボルンハークの基本的な理解からの論理一貫した結論であり、実際、第一次仲裁判決以降のリップ侯位継承問題を巡る議論に於いても、王族同意権を承認するレームやアルントの学説は拒絶されることになる。⁽⁷⁹⁾

(75) 「君主の自己拘束」という言葉は Bornhak, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl., 1896, S. 38; 2. Aufl., 1909, S. 42.

(76) Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 129 ff. 絶対主義の定式である princeps legibus solutus est とボルンハーク理論との関係に関する限りでのみ上山・前掲, 250頁の記述は不明確である。ボルンハークは「君主は法律に拘束されない」という定式も立憲君主の説明としては退けている。その他の点に関する上山・前掲, 250頁以下の記述はボルンハーク理論の要点を適切に捉えている。

(77) Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 195 ff. ボルンハークの摂政論はその後度重なる批判を受けるが、彼はこの説明を全く修正することなく維持した (vgl. Rehm, in: KVJ 31 (1889), S. 526 f.; Joseph Grassmann, Das Recht der Regentschaft in Preussen und im Deutschen Reiche, in: AöR 6 (1891), S. 505 ff., 514 ff., 518 ff., 524 ff.; Laband, in: AöR 22 (1907), S. 305; Bornhak, PrStR I, 2. Aufl., 1911, S. 205 ff.)。

(78) Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 83 ff., 166 ff., 348 f.

(79) Bornhak, PrStR I, 2. Aufl., S. 83 Fn. 3, S. 172 mit Fn. 5, S. 373 f. mit Fn. 4; Bornhak, Grundriß des Deutschen Staatsrechts [zitiert als Grundriß], 1. Aufl., 1907, S. 27 f.; 4. Aufl., 1916, S. 27 f.; 5. Aufl., 1920, S. 94 f.; Bornhak, Rezension zu Walter Schücking, Der Staat und die Agnaten, in: Juristisches

議会は支配「客体」たる全国民の「代表」とすると同時に、支配「手段」としても国民を代表して国家命令の発令に協働する国家機関であると位置づけられる。⁽⁸⁰⁾ いうまでもなく議会在君主とともに「国権の担い手」となることは否定される。あくまで国王が全権を有しており、議会は法律事項等の限定された局面で君主権力を拘束するに過ぎない。⁽⁸²⁾ ボルンハークは、それ自体として行為能力を有しない国民意思を表示することが国民代表の法的意味であるとし、国民は法人格を持たないから代表されることはないという論理を用いないが、⁽⁸³⁾ 議会の意思が国家意思を表示するものとはされない。⁽⁸⁴⁾ 議会制度の個別の解釈に目を移すと、議院規則の拘束力や調査権（プロイセン憲法82条）の解釈などレンネやシュルツェの「立憲教義」を剥ぎ取っている箇所も見られる一方で、⁽⁸⁵⁾ 上奏権（プロイセン憲法81条1項）や質問権（同3項）の解釈など君主の権能を「誇張」するような結論に至っている箇所もある。⁽⁸⁶⁾

Litteraturblatt 14 (1902), S. 235 f.

- (80) Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 67, 362; 2. Aufl., S. 388.
- (81) Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 78, 362; 2. Aufl., S. 388.
- (82) Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 363, 486 ff.; 2. Aufl., S. 389, 514 ff.
- (83) Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 360 ff.; 2. Aufl., S. 385 ff.
- (84) イェリネクが代表を正しく理解しながら、議会意思を国民意思と見做して国家意思と考えるものと評しているのは、例えばボルンハークの学説だということになる（vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte [zitiert als System], 2. Aufl., 1905, S. 237）。
- (85) 議院規則が議員のみを拘束し政府代表者を拘束しないことについては Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 423 f.; 2. Aufl., S. 452; 議会の調査委員会がレンネらが考えるような例外的権限を有する独立の調査官庁ではないことについては Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 430 f.; 2. Aufl., S. 459 f.
- (86) ラーバントはボルンハーク学説に於ける君主権の誇張を一般的に指摘している（Laband, Rezension zu Bornhak, Grundriß, in: AöR 22 (1907), S. 304）。上奏権についてボルンハークは政治的には意味のある行為であるが、国法上は国王に手紙を送る行為に過ぎず、ここにいう「権利」とは手紙を書いて送る権利と同じであり、国王には何らの義務も生じないと説き、また質問権は各院に宛てられた請願乃至訴願を大臣に転送し、それに関する

三 ところでボルンハークは青年期に刊行した『プロイセン国法』を50歳の老境に入ってから改版しており、両者の相違は興味を惹くところであろう。ラーバントの「法学的方法」への支持が明確であった初版序文は全面的に書き改められ、冒頭から「法曹法ではなく民衆法を！」という標語が掲げられている⁽⁸⁷⁾。初版と第二版の間の時期にはラーバントの「形式主義」から明示に距離を取ろうとするテキストもある⁽⁸⁸⁾。しかしそれらが一般的言明を越えて、例えば保守的な動機からする「国法学の再実質化」⁽⁸⁹⁾と呼びうる事態が彼の具体的記述から読み取りうるか疑問であり、全体的傾向としては寧ろ上山教授の如く「ラーバント法学のもつ君権主義と形式主義を矮小化させた」学説と表現する方が正鵠を得ている⁽⁹⁰⁾。第二版の叙述の大部分はほぼ変更がなく、寧ろ初版で否定され

詳細な情報を要求する、上奏権と同様の権利であり、請願によってなにごとかをなす義務が生じるわけでもないとする (Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 428ff.; 2. Aufl., S. 457ff.)。ラーバントも皇帝への上奏権を「偽の権利 (Pseudorecht)」と呼んでおり、ボルンハークはこれに賛同しているわけであるが、ラーバントはこれを帝国国法について主張しており、プロイセン憲法の規定については国王が上奏を受け取る義務と論理的に対応しているとするのがラーバントの見解である (Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 2. Aufl., 1888, S. 285f., 286 Fn. 3)。

本文で触れた論点についてプロイセンの国法学者であるシュテンゲルやフーブリヒは議院規則の拘束力や調査委員会の権能についてはボルンハークと結論を同じくするが、上奏権や質問権について国王には上奏を受理する義務が、大臣には質問状を受理し情報提供する義務があると批判している (Carl von Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, 1894, S. 83 f., 90; Eduard Hubrich, Preußisches Staatsrecht, 1909, S. 218f.)。

(87) Vgl. Bornhak, PrStR I, 2. Aufl., 1911, S. V.

(88) Vgl. Bornhak, in: Juristisches Litteraturblatt, 3 (1891), S. 136 f.; 8 (1896), S. 21f.

(89) Schönberger, Parlament, S. 102, 301ff. [308] は保守的な「国法学の再実質化」の例として Grundriß, 1. Aufl., 1907, S. 16 と、それに対するラーバントの批判を引き合いに出しているが、指摘されている箇所 of 文言はボルンハーク内在的に逸脱であり、後の版で修正されている (Bornhak, Grundriß, 4. Aufl., 1916, S. 17)。

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

(91)
ていた大臣の政治責任のほか、議会権能を強く見る方向での改説が際立つ。序文同様に全面的変更を加えられているのは総論の国家理論の部分であり、例の悪名高い「君主即国家」定式は姿を消している。(93)ここで

(90) 上山・前掲, 189頁。上山教授はエルツェンにヒントを得てボルンハークらを「政治的憲法学」と呼んでいるが、他方に於いてボルンハークを「法実証主義的国法学者」(上山・前掲, 241頁), 「ボルンハークに代表される形式的法律実証学者」(参照, 上山「マックス・ヴェーバーの『教職の自由』論」みすず144号(1971年), 15頁)ともいっており、二次文献に振り回されない虚心の理解であり適切である。但しラーバントを「形式主義」と特徴づけるか疑問であり、この点につきアンシュッツのラーバント追悼文に於ける適切な定式を参照のこと(Anschtütz, in: DJZ 23 (1918), Sp. 265 ff. [268])。

(91) Vgl. Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 139; 2. Aufl., S. 143f.——大臣責任に関しては Grundriß, 1. Aufl., 1907, S. 19f. が議会の政治的影響力のある程度承認しつつも大臣の対議会責任には消極的な表現を選んでいるが、その後 Bornhak, Staats- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Baden, 1908, S. 26 は大臣訴追制度のあるバーデンに関するものだが大臣の対議会従属が明記され, Bornhak, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1909, S. 46f. が改説であることを明記して大臣の対議会責任を正面から肯定していることから、ボルンハークの改説時期は1909年前後に特定できるから、デイリー・テレグラフ事件以降の議論の盛り上がりの中で、彼に於いても大臣が何らかの形で議会に政治的責任を負うことが認められたことが分かる。

(92) 議院招集の遅延に関する大臣の政治的責任につき否定説から肯定説へ(Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 406; 2. Aufl., S. 434f.); 質問権の政治的意義の否定から承認へ(1. Aufl., S. 429f.; 2. Aufl., S. 458f.); 施行規則制定が法律上大臣など特定官庁に委任されている場合に国王自ら発令しうるか否かにつき肯定説から否定説へ(1. Aufl., S. 454; 2. Aufl., S. 481 mit Fn. 10.); 官庁組織新設に際し歳出が見込まれる場合の議会の協働につき協働義務説から間接的協働権説へ(1. Aufl., S. 460f.; 2. Aufl., S. 486 mit Fn. 9); 緊急勅令の緊急要件の事後審査権の否定説から肯定説へ(但し緊急勅令を形式的に廃止しなければ効力は持続するので緊急性の審査自体には政治的意味があるに過ぎないとする)(1. Aufl., S. 509f.; 2. Aufl., S. 539f.)。

(93) 君主即国家の定式は総論の他、官職付与の説明の箇所でも消滅しているが摂政の説明には残っている(Bornhak, PrStR I, 1. Aufl., S. 465, 468; 2. Aufl., S. 490, 499f.)。

代わって強調されるのは君主機関説に対する批判であり、君主主権と国民主権を国家人格のもとに架橋せんとする「現代の概念法学のこうした構成は、しかし国家は所与の権力関係の抽象に過ぎず、全ての権力の背後に人間が存在せざるをえないということを乗り越えていない」。「すべて人類の組織は […] ゲノッセンシャフトかヘルシャフトかの二つの基礎の上のみ成立しうるもので第三の途はない。 […] 君主政原理の国家に於いては君主はその背後に控える国家という抽象物の機関ではないのであり、彼が国権の全ての権利を有する如く、彼の内に国家人格それ自体が見られるべきである」。⁽⁹⁴⁾かくしてボルンハークに於いても君主機関説批判⁽⁹⁵⁾を通じて君主と国民の水平的二元主義が峻拒される一方、ドイツ立憲君主政は垂直的な二元的関係にある「国家」(=imperium)と「社会」(=libertas)とが調和するゲルマン的国家形成の近代的形式として肯定的に描かれ、⁽⁹⁶⁾結局国民やその代表である議会は「国家」の外側に留め置かれることになる。⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾

(94) Bornhak, PrStR I, 2. Aufl., S. 66f.

(95) ボルンハークは、君主は国権の全ての権利を有しながら国家の機関に過ぎないというのは、実際には主人の権利を有するのに従僕を自称するフリードリヒ大王流の「国家の従僕」と同じ段階にあると述べている(Ebd.)。

(96) Bornhak, Grundriß, 1. Aufl., 1907, S. 245ff.; 4. Aufl., S. 239ff.; ders., Die Entwicklung der konstitutionellen Theorie, in: ZgS 51 (1894), S. 617.

(97) 国家社会二元論と議会の地位との関係については差し当たり vgl. Schönberger, Parlament, S. 79 u. passim.

(98) なお本稿で触れなかった皇帝に関してしばしば指摘されるように(vgl. Pauly, Methodenwandel, S. 188 Fn. 87), Bornhak, Die verfassungsrechtliche Stellung des deutschen Kaiserthums, in: AöR 8 (1893), S. 425-479 [insbes. S. 448, 452ff.]は「政治実践から形成された慣習法」として皇帝の君主類似の地位・権限を認めているが、それは単一国家の君主と同一であるという趣旨ではなく、ここから皇帝の絶対主義化を志向したなどと帰結しないよう注意。これはラーバントラの「憲法変遷」論と同様の文脈に位置づけられよう。議会化に関しては Bornhak, Parlamentarisches Regiment im Deutschen Reiche, in: Internationale Monatsschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, 6 (1912), Sp. 1011-1024 があるが立ち入らない。

四 シュトラースブルクの「通説」批判者 ——レームと「二元主義」的立憲君主政

一 以上の三人はいずれも明確なプロイセンの公法学者であった。この点で最後に見るレームは異なる背景を有している。ヘルマン・レーム(Hermann Rehm, 1862-1917)⁽⁹⁹⁾はバイエルン王国フランケン地方のアウトクスブルクに生まれ、1880年からミュンヘンに学んだ。1881年には没したペーツル(Joseph Pözl, 1814-1881)の後任としてマックス・フォン・ザイデル(Max von Seydel, 1846-1901)が着任したが、レームはこのザイデルの門弟⁽¹⁰⁰⁾であり、また1882年にはラーバント『ドイツ帝国国法』初版の完結も学生として経験している。博士論文『ドイツ国法に於ける官吏関係の法的性質』(1884-85年)、教授資格請求論文『営業免許の法的性質』(1889年)の公刊の後、ミュンヘンの私講師となった。1891年、バイエルン内務大臣から彼のもとにヘルマン・レスラー(Hermann Roesler, 1834-1894)の後任として日本に渡らないかという照会がなされた。レームはこれを拒否すべく既にツォルンの勸めによりコンタクトを取っていたプロイセン文部省のアルトホフ⁽¹⁰¹⁾に知らせ、その斡旋によるものかは不明であるが、マールブルクの員外教授ポストを獲得した。その後ギーセンの正教授を経て1893年に故郷フランケンのエアランゲンに赴任した。彼はこの大学の公法講座の同僚が編集する所謂『マルク

(99) 以下の詳細については拙稿・前掲を参照(但し完全にはカヴァーしていない)。

(100) レームの他にヴェルツブルク大学のピローティ(Robert Piloty, 1863-1926)やミュンヘン大学のデュロフ(Anton Dyroff, 1864-1948)を挙げることができよう。日本に於けるザイデル理論の信奉者は初期の市村光恵(『憲法要論』(有斐閣書房, 1904年))であり、ミュンヘン留学(参照、宮本盛太郎「初期上杉愼吉と市村光恵における国家と天皇(一)」法学論叢104巻5号(1979年), 32頁)はそれ故か。

(101) Brief Rehms an Althoff v. 24. April 1891, GStAPK, VI. HA NI Althoff Nr. 895 Bl. 142.

ヴェルドゼン現代公法便覧』から『国法学史』(1896年)と『一般国家学』(1899年)を公にした。⁽¹⁰²⁾

「前期」の論攷から明らかになるのは、方法的にはラーバントの「法学的方法」を基本的に継承する立場であり、理論的には当初受け容れていた師ザイデルの学説に対する批判的立場である。⁽¹⁰³⁾彼は提唱されたばかりのオットー・マイヤー (Otto Mayer, 1846-1924) の権力分立論を受容して国権の「担い手」が複数ありうることを承認し、「混合国体」の存立可能性を論じたが、実定ドイツ国法の解釈としては君主のみが国権の「担い手」であると考えていた。他方、ドイツ国法に於けるラント議会が君主権の派生ではない国権の直接「体现」性を部分的に有することもレームは承認しており、国権の「担い手」理論や権力分立論と実定ドイツ国法解釈の違和には彼自身積然としめないものを感じていたのではないかと察せられる。このジレンマの解決として「後期」のレームは支配的な権力分立否認説に退却するのではなく、却って議会によって代表される国民を君主と並ぶ国権の「担い手」に引き上げてしまう。⁽¹⁰⁴⁾しかもこうした契機は逆説的にも「家産国家論」の復古とも批判される彼の君侯法論に見出されるのである。

二 「後期」レームの基本的見解は1901年に摂政ルーイトポルト公子80歳を祝してエアランゲンで行われた講演『バイエルンに対するヴィッテルスバハ家の国法上の地位』に余すところなく示されており、その後の論攷は理論的・概念的な微調整を繰り返しながらこれを展開するものと言っても過言ではない。彼はそこで〈王統—国家〉の併存構造を指摘して王位継承法の規律に王家の家憲改正手続と国家の立法手続の双方が

(102) Rehm, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, 1896; ders., Allgemeine Staatslehre, 1899.『国法学史』執筆に際してレームはイエリネクの助言を求めている (Brief Rehms an Jellinek v. 1. Nov. 1893, BArch N1136/24)。

(103) 拙稿・前掲, 300頁以下 (第一章・第二章)。

(104) 拙稿・前掲, 317頁以下 (第二章第三節)。

必要であるとし、また国家内部では君主と国民が国権を分有するという、当時の大勢からは逸脱した見解を躊躇いもなく提示している。こうした権力の「担い手」の「トリアーデによって立憲君主政は議会政君主政から区別される。後者に於いては国民のみが支配する。国王と王統はその奉仕者であり、その諸権利は国民と議会意思によって決せられる。ドイツ君主政に於いては上に強力な執政権が聳え、真の自由の守り神、大衆の専制に対する確実な防壁となっている⁽¹⁰⁵⁾」。ここで彼がまさにバイエルンについて基礎づけようとしている王族同意権や君主と国民の権力分有とはいずれもバイエルン国法学の主流が否定する見解であり、同時期にはバイエルン予算法に関する議会審議権説（ザイデルによる支配的見解⁽¹⁰⁶⁾）を否定して議会同意権説を主張するなど、ザイデル学派内部に於けるレーム学説の逸脱性はますます際立っていた。こうしたなか1903年にはオットー・マイアーの後任として巨匠ラーバントのいるシュトラースブルク帝国大学に招聘され、再び故国を去った。

ところで当時、公法学界ではリッペの侯位継承問題につき連邦参議院の介入権限や王位継承立法に於ける王族の同意権などについて、鑑定意見書によって政治過程とも結びつきつつ、アカデミズムの枠を超えて熾烈な議論が展開されており、レームもまた1900年にシャウムブルク侯国

(105) Rehm, Die staatsrechtliche Stellung des Hauses Wittelsbach zu Bayern in Vergangenheit und Gegenwart, 1901, S. 18f.

(106) ザイデルの王族同意不要説は Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht I, 2. Aufl., 1896, S. 190; 権力分立否定説は ders., Vorträge aus dem Allgemeinen Staatsrecht, in: Hirths Annalen 1898, S. 334; グラスマンによる補訂版 Seydel/Graßmann, Das Staatsrecht des Königreichs Bayern, 3. Aufl., 1903, S. 19 Fn. 1 はレームの王統と国家の権力分立論を否定している。

(107) ザイデル門下のピローティが直ちに反論を加えている (vgl. Seydel, Bayerisches Staatsrecht II, 2. Aufl., 1898, S. 580f.; Rehm, Das Budgetrecht des bayerischen, in: Hirths Annalen (1901), S. 641 ff.; Robert Piloty, Prüfungsrecht oder Zustimmungsrecht?, in: Blätter für administrative Praxis 52 (1902), S. 1ff.)。

政府のために鑑定意見書を提出していた。これを機に彼は1904年、君侯法の全面的体系化を企図して『現代君侯法』を著した。レームは実定ドイツ国法が王位継承をなお国法と王室法の共同規律事項であることを前提としていることを明らかにしながら、理論的には国家法人説・君主機関説から出発して、そこからの論理的演繹の実定法解釈能力の限界を指摘し、理論的帰結と実定法との齟齬を調整しうる統一的国法理論の再構築を試みている。レームは王位継承権を「機関地位」請求権と捉えたうえで、この淵源が国法体系のみならず君侯法体系にも認められるとして、ドイツ国法を「人格国家」と「家産国家」の混合体と概念化している。学生時代にラーバントとザイデルの薫陶を受けたレームは概念体系としての論理一貫性をあくまで追求しており、しかもこの概念に彼は私法学に於けると同様の法解釈学的ポテンシャルを要求しているのである。つまり彼の君侯法理論は公法学実証主義からの逸脱ではなしに、却って法解釈学者がラーバント流の「法学的方法」を用いて説明した君侯法の再構成であった。⁽¹⁰⁸⁾レームは例えばその後イェリネクとツォルンの間に繰り広げられるドイツ国法の「近代」性を巡る争いには関心を示さない。「問題は近代国家それ自体ではなく、近代ドイツ支邦国法である」。⁽¹⁰⁹⁾彼の学問的関心は君侯法の解釈論を法的論拠によって提示できるかという一点にあり、彼はイェリネクの『新法と旧法の闘争』に対し、イロニーで応答するのではなく法的論証を行うべきではないかと応酬している。⁽¹¹⁰⁾しかも実際に、彼の論証の中心をなす王位放棄（退位・王位継承権の放棄）の理論——機関地位の私的処分——はイェリネク公権体系の弱点を突いており、イェリネク理論の法解釈レベルの問題解決能力の限界とレーム学説の有する一分の理は衆目に明らかなものとなっていた。⁽¹¹¹⁾1909年、

(108) 拙稿・前掲、331頁。

(109) Rehm, *Modernes Fürstenrecht*, 1904, S. 26.

(110) Rehm, *Zum Kampfe zwischen Staats- und Fürstenrecht*, in: *Hirths Annalen* (1908), S. 89 u. 91.

レームは隣国で政治的憎悪を集めたユダヤ人大尉に対する高名な擁護文に肖り、学問的拒絶や政治的攻撃に関わらず自身の説く学問的眞実が一定の承認を得たことを次のように宣言してみせた。「眞実は前進する (la vérité est en marche)⁽¹¹²⁾」と。

ところで、リッペ侯位継承事件に対してはイエリネクもシャウムブルク家のために鑑定意見を作成し、王族の同意権を擁護したことは今日では周知のものになっている。⁽¹¹³⁾イエリネクは君主以外の王族団体を議会類似の協賛機関として把握しており、王位継承法は特別立法機関としての王族の協賛に拘束され、また君主が議会を一方的に廃止できないように、家長としての君主は君主以外の王族の協賛機関としての性格を廃止できないというのである。但しイエリネクもこうした構造を有するドイツ支邦国は例外に止まると考えており、リッペ侯国をまさにその例外と考えている。これに対するレーム理論は「機関地位」請求権は国家をも支配する法秩序によって王統に与えられているとし、これをドイツ国法の原因

(111) 拙稿・前掲, 357頁=註(254)で示唆したが、ここでも概要紹介に留める。まずイエリネクは公権の放棄を論じて能動的地位に関してのみ「公正」の観点から放棄を認めるべきであるとして退位及び王位継承権の放棄を認めているが (Jellinek, System, 2. Aufl., 1905, S. 340f.), 法学的論証力に欠けることはいうまでもない。これに対してはイエリネク門下の Walther Schoenborn, Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht, 1908, S. 86 は明示にレーム王位放棄理論の理を認めており, Karl Kormann, Die ministerielle Gegenzeichnung bei dem sogenannten Thronverzicht, in: Grünhuts Z 38 (1911), S. 91ff. は退位を「放棄」と説明すること自体「家産国家」的ではないかとしつつ, イェリネクを念頭に置きつつ国籍「放棄」の観念を公法学の私法学に対する立ち遅れの例として挙げている。

(112) Rehm, Rezension zu Schoenborn, in: DLZ 1909, Sp. 1271.

(113) Anna Bartels-Ishikawa (Fn. 16), S. 65ff.. S. a. Jellinek, System, 2. Aufl., 1905, S. 187f. 上山・前掲は鑑定意見を皇帝と姻戚関係あるシャウムブルク家のために書いたということを皇帝親政と直接に結び付けるきらいがある。他方で、リッペの両家は国法学者たちに勲章を与えており、こうした社会的名誉・栄典と学者身分の関わりなどは別途論ぜられて然るべきであろう。

則として提示するものである。彼はその際、国家法人説・君主機関説は王族同意権を論理必然的に排斥するという理解を前提しており、王族の同意権を説明するためには「通説」的体系の外に新たな概念を置く必要があると考えている。かくして「機関」概念に関するレームの強い前提がイェリネクとの相違を条件づけているのである。

三 レームは『現代君侯法』(1904年)の後、「新正統主義」に対するイェリネクやアンシュツからの批判⁽¹¹⁴⁾に対抗すべく「機関」概念に関わる問題について理論的修正を施して『ドイツ王統の超国家的地位』(1907年)を公にし、〈人格国家—家産国家〉の概念対を〈社団法人格—营造物人格〉⁽¹¹⁵⁾に変更している。彼はこの营造物国家論⁽¹¹⁵⁾によって王統の超国家的

(114) Meyer/Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., 1905, S. 255ff.; Jellinek, Der Kampf des alten mit dem neuen Recht, 1907.—現在の研究水準に於いては、「隠性絶対主義」批判が即物性を欠く政治的人格攻撃に過ぎないことは既に一般的に承認されているが、「新正統主義」批判は事柄が王位継承法など共和政ドイツの実定法学の真面目な研究対象にならないこともあり、依然として十分な検討を欠いている(この問題に関する優れた研究として Anna Bartels-Ishikawa (Fn. 16) と Dietmar Willoweit, Standesungleiche Ehen des regierenden hohen Adels in der neuzeitlichen deutschen Rechtsgeschichte, 2004 があるが、Dorothee Gottwald, Fürstenrecht und Staatsrecht im 19. Jahrhundert, 2009 は問題が多い)。ここでは「新正統主義」が議会の地位や権能の問題と基本的には直接的な関係がないことを確認すればよい。「新正統主義」と批判される学説が王室に旧来の自律性と既得権を認めることは君主政を正統化しているかもしれないが、具体的な結論としては王位継承に関して君主が何らかの立法を希望する際に議会だけではなく傍系を含む王族の同意を取り付けなければならないとされるのであり、要するに君主に対する制約を加重している。この初歩的な理屈が必ずしも理解されていない。なおレーム学説は国家絶対主義に抗して王族の「家」ゲノッセンシャフトの自律を擁護しており、その反絶対主義の意味を恐らく嗅ぎ取って皇室法を法人格ある「家」の法として構成しようとしたのが美濃部達吉であることは、上山教授の擧に倣って指摘してよいだろう。美濃部はレームの『現代君侯法』の紹介記事を書いており(国家学会雑誌19巻9号(1905年)), その後も君侯法論争をリアルタイムに追跡していた。

地位と君主の国家「機関」地位を両立させて、王室法の自律性と王統の王位継承規律に対する関与権を改めて基礎づけようとしている。但し、君主は国家の「機関」だが「社団」たる国民の機関ではないというわけで、結局は殆ど通説と大差ない立場に落ち着いたということもできる。

さて、この論攷はタイトルだけを読むと極端な君主主義を唱道せんとするかに見えるが、その実は「国民」と同義とされる「社団人格」がドイツ実定国法の部分的基礎とされ、またラーバントを名指しすることなしに裁可理論を否定して法律下命にも国民代表が協働するとして「現代ドイツ立憲国家は部分的には君主政国家であり、部分的には民主政国家なのである」と明言するなど、注意深く読むと支配学説の君権主義的要素をラディカルに破壊してしまっている。⁽¹¹⁶⁾ここで、同じ1907年の『一般国家学』に於いてドイツ立憲君主政が「君主主権原理と国民主権原理の結合」、混合国体として把握されていることを見逃すことができない。⁽¹¹⁷⁾

(115) Rehm, Die überstaatliche Rechtsstellung der deutschen Dynastien [zitiert als Die überstaatliche Rechtsstellung], in: FS Juristische Fakultät Gießen, 1907, S. 137 ff. なおレームはザイデルの营造物国家論の継承を考えているわけであるが、彼はこれを「近代的・家産的理論」と呼んでいる。その限りで「家産的」という表現は間接的には維持されている。レームは1900年の鑑定書では君主を国家の外に置き、君主と国家が国権を分有するとしていたから、「家産国家」という表現は『一般国家学』(1899年)に於ける彼自身の定義からすれば誤っていない。だが1904年の『現代王室法』では君主はあくまで国家の内部に位置づけられるから、強いて「家産国家」という必要はなかった(既に Bernatzik, Rezension zu Rehm, in: SchmollersJb 30 (1906), S. 336)。ただ、当時の目には内容的に「近代的」ではなく「家産国家的」であると認識されており(vgl. Julius Hatschek, Kritische Streifzüge durch die Literatur des öffentlichen Rechts, in: ASSP 28 (1908), S. 265 f.), レームもそうした自覚があったのであろう。理論的にはそうではないとしても、レームは1900年の鑑定書の延長で思考していたと推測できる。拙稿・前掲, 325頁の説明はやや不明確であった。

(116) Rehm, Die überstaatliche Rechtsstellung, S. 152. 参照, 拙稿・前掲, 325頁以下。

(117) Rehm, Allgemeine Staatslehre, 1907, S. 75, 77, 91 f.

つまり、レームはツォルンらと同様にイエリネク理論のいう国家の「社団」的性質と君主の国家「機関」性に国民主権を認めるが、ツォルンらと異なり、レームはこれを拒絶するのではなく却ってこれを平然とドイツ立憲君主政の基礎として承認してしまう。しかも彼はここから返す刀でやはり同じ1907年の書評の中で、イエリネクが君主政を一人支配と定義して君主を全ての権力の始源と把握している点を捉えて、議会の地位を過小評価するものと批判しつつ、「実質的なもの、即ち歴史的・政治的基盤が決定的であり、議会の実質的始源は君主ではなく国民であり、ドイツ立憲君主政は「二元主義」だと断定している。⁽¹¹⁸⁾レームにかかればツォルンが「両剣論」と評したイエリネク理論すら単一の「最高機関」を奉じる「一元主義」的学説として批判の対象となる。

国民が君主と並ぶもう一つの「最高機関」、国権の「担い手」に高められ、議会がその代表として君主と対等の機関として位置付けられるレームの「二元主義」的立憲君主政論は、標準的な国権の「担い手」論やラーバント裁可理論に対する恐らく最もラディカルなアンチテーゼであり、しかもこの学説はラーバント的「法学的方法」の継承者でラーバントの学部の同僚の一角から現れた。勿論、彼も秩序の表現者である君主権の優位を求めており、立憲君主政と議会展君主政の区別を試みているが、⁽¹²⁰⁾彼に於ける「議会展主義化」の傾向は⁽¹²¹⁾見逃すことができない。こう

(118) Rehm, Rezension zu Jellinek, Allgemeine Staatslehre, in: Das Recht 11 (1907), Sp. 82.

(119) Rehm, Das rechtliche Wesen der Deutschen Monarchie, in: AöR 25 (1909), S. 393 ff.—後期レームのラント議会論と帝国議会論については Rehm, Art. Landtag, in: Stengel/Fleischmann (Hg.), Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. 2, 1913, S. 724; Rehm, Art. Reichstag, in: Stengel/Fleischmann (Hg.), aaO., 2. Aufl., Bd. 3, 1914, S. 292 を参照のこと。後期レームの帝国議会論について参照、拙稿・前掲, 356 頁=註(240)。

(120) Rehm, Die überstaatliche Rechtsstellung, S. 156; ders., Allgemeine Staatslehre, 1907, 81; ders., Das rechtliche Wesen der Deutschen Monarchie,

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

してみると、好んで対比されるレームとイエリネクは熾烈な論争にも関わらず、意外と紙一重の距離にいたともいえる。批判の多いイエリネクの帝国宰相責任論の提案も、⁽¹²²⁾このようなレームの立場からすれば君主政の基盤を破壊するようなものではないと寧ろ弁護の対象である。⁽¹²³⁾実定法解釈学と哲学的理論的学風の相違や君侯法解釈論関連の概念装備の相違は些末の問題ではないものの、「二元主義」的と称されうるドイツ国法理解では共通しており、その徹底性ではしかしレームはイエリネクを遙かに凌駕していた。そしてこの「二元主義」が当時の学界の大勢の容れるところでなかった限り、上山教授の如くレームを「異端」と呼ぶことも——全く異なる意味に於いてではあるが——できぬではない。⁽¹²⁴⁾公法学の枠内に限らず当時のドイツ知識社会で「二元主義」が如何に受け容れられなかったかは、⁽¹²⁵⁾レームに着想を与えたルトン大学のフェールベック(Pontus Erland Fahlbeck, 1850-1923)の喧伝するスウェーデン型立憲君主政モデルが⁽¹²⁶⁾プロイセンの歴史家オットー・ヒンツェ(Otto Hintze, 1861-1944)によって一蹴された一例が⁽¹²⁷⁾端的に示すところであろう。

S. 405f.

(121) 先駆的な指摘として Stolleis, *Geschichte II*, S. 441 Fn. 100. 参照, 拙稿, 329頁以下。

(122) イェリネク提案とそれに対する R・シュミットとラーバントの批判については参照, 上山・前提, 281頁以下。

(123) Rehm, *Das politische Wesen der deutschen Monarchie*, in: FG Otto Mayer, 1916, S. 67; dazu auch Schönberger, *Parlament*, S. 281 Fn. 281.

(124) 尤も, 所詮は比喩であり, しかも要らぬ誤解を招きかねない不適切な比喩である。もし敢えてラーバントの「法学的方法」を「正統」と見立てるならば, レームはイエリネクよりも「正統」的であることは確かである。

(125) Vgl. Rehm, *Bemerkung*, in: AöR 26 (1910), S. 372.

(126) Pontus E. Fahlbeck, *Die Regierungsform Schwedens*, 1911, S. XII ff. —S. XVII にイエリネクとレームの二元主義に言及がある。

(127) Otto Hintze, *Die schwedische Verfassung und das Problem der konstitutionellen Regierung*, in: ZfP 6 (1913), S. 483 ff. [496 f.]; s. a. ders., *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, in: Preuß. Jb 144

結 「議会法」成立への展望

ラーバントの「法学的方法」は第二帝政期公法学を「支配」していた。それは彼が定式化したような方法が文字通りに行われたことを意味しない。そうではなく、ラーバントの方法的公準が学問的ベースラインを形成し、その後の論者がそれを根本的に覆すことなしにそこからの微妙な距離を測りながら各自の路線を形成するという意味に於いてである。本稿は所謂「新絶対主義」像の検討のために実質的にはイェリネクとアンシュッツの「論敵」の面々を順に見てきたため、暗黙裡にこの限られた対立構造の枠組を前提して論を進めてきたが、一方に於けるツォルン、ボルンハーク、レーム、他方のイェリネクとアンシュッツも多かれ少な

(1911), S. 381 ff.; dazu vgl. Fritz Hartung, Die Entwicklung der konstitutionellen Monarchie in Europa, in: HZ 159 (1939), 287-314, 499-523.

(128) Stolleis, Geschichte II, S. 350 f.; Pauly, Methodenwandel S. 214 ff. — 1990年代前半のシュトルアイス教授及びパウリ教授の研究が現在の研究水準を基礎づける基本文献である。——情報の物量戦では抜きでた Schönberger, Parlament はエルツェン説を発展させて「国法の再実質化 (Rematerialisierung)」というが、その厳密な意味は不明で空虚な定式に頼るものに過ぎない。イェリネクも「再実質化」の担い手として位置付けられる点 (S. 218) は進歩だが、それでも「国法の再実質化」は主として保守的動機からなされたとされる (S. 194f.)。この保守的「再実質化」の担い手からは独立命令権論のグナイストとアルント、議会主義的傾向を指摘されていたレームが除かれ、残るツォルンとボルンハークに国家法人説を批判するザイデルと O・マイアーが加えられるが、ザイデルは1870年代、マイアーは1900年代に批判説を提示しているから「国法の保守的再実質化の始期を正確に特定するのは殆ど不可能である」(S. 302) ということになる。ここでは「形式主義」批判と国家法人説批判が混同されている。批判的書評として Pauly, Rezension zu Schönberger, in: ZNR 21 (1999), S. 496 ff.

(129) 邦語文献も多数あるので本稿では立ち入らない。イェリネクについては Jens Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000 のほか Stanley L. Paulson/Martin Schulte (Hg.), Georg Jellinek - Beiträge zu Leben und Werk, 2000 所収の論文、アンシュッツについては vgl. Walter Pauly, Zu Leben und Werk von Gerhard Anschütz, in: Gerhard Anschütz

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

かれラーバントの方法が持つ一面性を批判しているが、彼らは斉しく一度はラーバントの衝撃を受容しており、その意味でラーバントの継承者であった。⁽¹³⁰⁾そしてこの中で自ずと流派や学説の相違が生じてくる。

イエリネクはラーバントの登場以後の代表的公法学者の「一人」であり、知的起爆力に於いて尊敬されていたことは確かであるが、しかし彼の学説が必ずしも通説でも「正統」でもなかったことは確認しておくべきであろう。そしてイエリネクと「論敵」たちを対比するとき、両者の間に於けるラーバントの中間的立場が改めて浮かび上がってくる。ラーバントは議会を「直接機関」としつつも、他方で君主を国権の「担い手」とし、君主の自己拘束説を唱えている。⁽¹³¹⁾彼は君侯法論争のさなかに平然と「王位継承は相続の権利である」と書いて見せし、今日では講義

(bearb. v. Walter Pauly), *Aus meinem Leben*, 1993 及び Christian Waldhoff, Gerhard Anschütz (1867-1948), in: Peter Häberle u.a. (Hg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2015, S. 93-109 (文献案内も詳しい)を参照のこと。

(130) 註(17)に見たように Pauly, *Methodenwandel*, S. 214f. Anm. 22 は G・マイアー、イエリネク、アンシュッツのラーバント批判を指摘している。なお、本文でアルントを除外したのは、彼のテキストからラーバント＝ショックの痕跡を確認できないからである。概念演繹よりも実定テキストに基づく帰納的作業を重視したことは本稿で論じたが、その限りで「公法実証主義」と一口にいっても一般論としてラーバントとの間には法解釈それ自体の質的相違があるように思われる。個別的な検証は本稿ではなしえない。

(131) Laband, *Staatsrecht*, in: *Die Kultur der Gegenwart* T. 2 Abt. 8, 1906, S. 325 u. 328; 2. Aufl., 1913, S. 361 u. 364. ラーバントはいう、「ランデスヘルは憲法によって初めて君主権を与えられたのではない。寧ろランデスヘルがラントに憲法を与え、それによって自ら制限しているのである」。ところでツォルンも議会権能が憲法に直接由来することを認めており、この憲法が君主の制定による限りで王権から派生するといっているに過ぎず、君主が議会を自由に廃止できるわけではないことを明言しているし、君主の国家内存在としての性格も承認している (Rönne/Zorn (Fn. 17), S. 203 u. 205 Anm. 1; Zorn, „Moderne Legitimisten“, S. 169f.)。ラーバントとツォルンの距離は近い。

ノートの翻刻から知られるように講義ではレームの学説を少なからず取り入れていたが、それでも王族の同意権を承認していたわけではなかった。⁽¹³²⁾ だがラーバントは議会化の傾向を是認することがなく、⁽¹³³⁾ イェリネクの「論敵」として立ち塞がった。ドイツ公法学史はこうした多元的な相のなかで理解されなければならない。

世紀転換期以降、依然健在のラーバント世代からも G・マイアーやザイデルなど物故者が出てくるなか、1870年代以降生まれの世代が次第に学界に参入してくる。その一人にユーリウス・ハチェック (Julius Hatschek, 1872-1926)⁽¹³⁵⁾ がある。彼はハイデルベルクに於けるイェリネクの

(132) Laband, Staatsrecht, in: Die Kultur der Gegenwart T. 2 Abt. 8, 1906, S. 327.; 2. Aufl., 1913, S. 363; Laband (bearb. v. Bernd Schlüter), Staatsrechtliche Vorlesungen, 2004, S. 191, 201, 213ff. ラーバントが「王位継承は憲法改正の定めが遵守されていれば変更可能である」(Vorlesungen, S. 213f.) とする限りで拙稿・前掲, 332頁の説明は要訂正。

(133) ラーバントの議会論については参照, 高田篤「ドイツにおける議会制論についての一考察——ドイツ議会制論検討の予備的考察——」初宿正典選暦 (2010年), 123頁以下; 上山・前掲, 282頁以下。

(134) 試みに名前と生年を羅列すると J・ハチェック (1872年), R・トーマ (1874年), W・シュッキング (1875年), K・ペレルス (1878年), E・カウフマン (1880年), F・ギーゼ (1882年), R・スメント (1882年), O・ケルロイター (1883年), K・コーアマン (1884年), C・シュミット (1888年)。

(135) Ottobert L. Brintzinger, Art. Julius Hatschek, in: NDB 8 (1969), S. 57 f.; Volkmar Götz, Verwaltungswissenschaft in Göttingen, in: Fritz Loos (Hg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttingen 1987, S. 336 ff. [344-346]; Andreas Sattler, Julius Hatschek (1872-1926), in: ebenda, S. 365 ff.; Jörg-Detlef Kühne, Hatscheks teilerschiedenes Parlamentsrecht: Zu Abbruch und Rekonstruktion seines legendären Gesamtvorhabens, in: ZParl 36 (2005), S. 554 ff.; Werner Heun, Julius Hatschek, Staatsrechtler (1872-1926), in: Göttinger Jahrbuch 56 (2008), S. 199 ff.——ハチェックは筧克彦と同一歳でチェルノヴィッツ出身のユダヤ人である。1902年からハイデルベルクの員外教授, 1905年からポージェンのアカデミーの正教授を務め, 1907年から調査のため暇乞いしてベルリンで過ごした。1909年にゲッティンゲンの

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

門弟としてイギリス法を重点的に研究し、比較法と「習律」論を通じて「自然科学的概念形成」の克服を方法的プログラムとしていた。彼は⁽¹³⁶⁾帝国議会関係者と繋がりを持っており、その関係で『質問権』(1909年)や『現代国民代表の組織』(1912年)など議会法制の研究も集中的に行っていた。⁽¹³⁷⁾そして帝国議会の委託により著された『議会法第一巻』(1915年)は国法や行政法に並ぶ「議会法」及び「議会法学」の構築を企図して⁽¹³⁸⁾おり、ここに固有の学問的領域としての「議会法」が提示されるに至った。⁽¹³⁹⁾この著作は情勢変化や出版社の都合により未完に終わったが、⁽¹⁴⁰⁾ハチェックはラーバントやイエリネクが「憲法変遷」と呼ぶ事態に議会議限の観点から切り込むことに「議会法」の実践的意義を見出していた。⁽¹⁴¹⁾こうして「議会法」はドイツ帝政後期公法学の文脈のなかから生を享けたのである。⁽¹⁴²⁾

員外教授となり、ツォルン門下の実証主義公法学の申し子シェーンとともにゲッティンゲンの公法学を担った(Götz, 344)。1921年に正教授に昇進し、また1919年以降憲法・行政法の教科書を刊行しているが、議会法は憲法の一部として論ぜられることとなった(Vgl. Kühne, S. 570 ff.; Heun, S. 200)。

(136) Julius Hatschek, Kritische Streifzüge durch die Literatur des öffentlichen Rechts, in: ASSP 27 (1908), S. 264; ders., Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht, in: JöR 3 (1909), S. 1 ff.; ders., Allgemeines Staatsrecht I, 1909, S. 13 ff.

(137) Hatschek, Das Interpellationsrecht, 1909; ders., Die Organisation der modernen Volksvertretung, 1912. これらに対してはラーバントの批評がある(Laband, Das Interpellationsrecht, in: DJZ 14 (1909), Sp. 677 ff.; ders., in: AöR 30 (1913), S. 230 ff.)。

(138) Hatschek, Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches I, 1915, S. 4 ff.

(139) ハチェックの先駆的意義については Norbert Achterberg, Parlamentsrecht, 1984, S. III.

(140) Vgl. Jörg-Detlef Kühne (Fn. 135), S. 554 ff.

(141) Hatschek, Parlamentsrecht, S. 12 ff. [15]; 83 ff. 憲法変遷論につき vgl. Pauly, Methodenwandel, S. 240 ff.; Schönberger, Parlament, S. 183 ff.

(後記)

上山安敏先生のご霊前に捧げる。

本稿は、2015年刊行予定であった赤坂幸一＝上田健介＝木下和朗編『現代議会法の展望』のために執筆された「ドイツ第二帝政期公法学に於ける所謂「新絶対主義」の虚実——ツォルン、アルント、ボルンハーク、レーム——」と題する原稿（2015年5月1日脱稿）を改題し、編者の了解のもとに掲載するものである。当時は在外研究中であったため、邦語文献は十分に検討しえなかったが、当時東京大学大学院博士課程に在籍されていた足立治朗君（現在、神奈川大学准教授）の好意ある助力を得て、最低限の文献に接することができた。転載に当たっては改題の他は概ね文言の修正に留めた。脱稿後の研究状況につき、以下の三点を補足する。

・註(3)に言及した西上准教授の論攷は、その後『機関訴訟の「法律上の

(142) 本稿では立ち入らないが、ハチェックと並び第二帝政期後期に議会法を研究対象とした人物にクルト・ペレルス (Kurt Perels, 1878-1933) がいる。ペレルスは、改宗ユダヤ人で海軍アカデミーの国際法の教官フェルディナンド・ペレルス (Ferdinand Perels, 1836-1903) の息子で、A・ヘーネル門下。1909年からR・トーマの後任としてハンブルクの殖民地研究所に所属し、ハンブルク大学設立 (1919年) 後は初の法学長を務めたが、1933年のナチスの政権奪取後はその出自故に社会的抑圧の対象となり、自ら死を選んだ (vgl. Hans-Peter Ipsen, Kurt Perels, in: AöR 83 (1959), 374 ff.)。彼は膨大な分量の帝国議会議事録を読破して帝国議会の議会慣習を体系的に整理した『帝国議会の自律法』(Das autonome Reichstagsrecht, 1903) を著しており、ラーバント、ツォルン、ボルンハークの好意的な書評を得た (Laband, in: AöR 18 (1903), 289f.; Bornhak, in: Juristische Literaturblatt 15 (1903), 114; Zorn, in: DLZ 28 (1907), 371)。特にツォルンはこの書物を帝国議会の手で改訂すべきではないかと述べているが、1916年には帝国議会附属図書館長の手によって実現され (Bernhard Jungheim (Hg.), Die Geschäftsordnung für den Reichstag, 1916), これは同時にハチェックの未完の『議会法』を補完するものとなった (Jörg-Detlef Kühne (Fn. 135), S. 564)。戦後、ペレルスは議院規則に関する知見を買われ、アンシュッツ＝トーマ『ドイツ国法ハンドブック』の議員規則の部分執筆している (Perels, in: Anschütz/Thoma (Hg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 1, 1930, S. 449ff., 642ff.)。

ドイツ第二帝政期公法学に「新絶対主義」は存在したか

争訟」性』(有斐閣, 2017年)として刊行された。書籍化に際し, その研究が「厳密な意味での学説史を研究しようとするものではない」く, 「各論者の理論を正当に評価するためには, 各理論の背景にある社会状況・政治状況等を踏まえた検討が必要になるが, …それら背景にまで十分に踏みこむものではない」こと, 更に「それぞれの見解の規範的正統性の有無は当該見解の唱えられた時代・場所に依存しているため」「規範的正統性に代えて論理的一貫性という観点を採用」することが新たに注記されている(149頁注(18)・(19))。因みに, 同じく西上論文を念頭に足立治朗「国家法人説再訪——最近公法学のある種の傾向(1)~(3)・完——」自治研究94巻8号(2018年), 94巻10号(2018年), 97巻3号(2021年)が著され, 昨今の法教義学研究におけるある種紋切化された「学説史」的言及の意義が問われた。

・註(101)に言及した書翰史料については, その後, 拙稿「ヘルマン・レースラー後任問題と第二帝政期ドイツの教授人事——レーム発信アルトホフ宛書翰を手掛かりに——」国家学会雑誌133巻1・2号(2020年)において紹介された。

・その他, 拙稿「一九世紀ドイツ公法学における『君侯法』(一)~(五)・完——王位継承法理論の展開を中心として——」国家学会雑誌131巻7・8号, 11・12号(2018年), 132巻3・4号, 5・6号, 7・8号(2019年)と若干重複する箇所があるが, 上記の事情による。

かように本稿脱稿後, 未刊行の状態が続いたため, 筆者は2018年4月9日, 故吉川直人准教授(上山門下)の後任としての着任挨拶を兼ねて, 本稿の原稿を上山安敏先生にお送りした。先生からは殆ど日を開けずして, 極めて好意的なお返事を頂いた(2018年4月20日)。私信ゆえに詳細に紹介することは避けるが, 「新絶対主義」論に対する筆者の批判を歓迎しつつ, それでも残る社会史的観点からの課題を指摘されるものであった。その後は上山先生の門下生を中心とした研究会にお誘い頂き, 2019年1月12日には報告の機会も頂戴した。弟子筋でもない生意気な若手に対し, 好意的に, しかし闘争心を失うことなく接された。筆者に反駁するため, 40年前に収集したレームの論文を再読されているとも耳にした。しかし新型コロナウイルス拡大の事態においてお目にかかる機会もなくなった。先生からの葉書には気力の減退が綴られていた。

2021年10月28日, 上山先生は泉下の客となられた。ご冥福を心よりお祈り申し上げる。原稿形式ではあれ, 本稿を生前にご覧いただけたのは筆者の慰めとするところである。後進の批判を心から喜ばれ, 若き探究心を保ち続けられた故人を偲び, 本稿を捧げる次第である。(2021年12月27日)