

# 栗城壽夫『17・18世紀のドイツ憲法学』細目次

## 第I部 17世紀のドイツの憲法学

I	ドイツ公法学の成立	3
	はじめに	3
第1節	ドイツ公法学の成立を示すデータ	4
	1. ius publicumを独自に取扱う著作の刊行	4
	2. ius publicumを取扱う独自の講義・演習の開始	6
	(1) 幾つかの大学における講義の開始	6
	(2) ius publicumの講義にたいする反対論とそれへの反論	6
第2節	ドイツ公法学成立の原因	7
	1. 社会的・政治的原因	8
	(1) 西ヨーロッパ諸国に共通の原因	8
	(2) ドイツに特有の原因・その1 (神聖ローマ帝国の二元主義的構造)	8
	(3) ドイツに特有の原因・その2(統一宗派の強制)	9
	(4) 神聖ローマ帝国の危機的状況	9
	2. 思想的・文化的原因	II
	(1) 経験主義的・現実主義的思考傾向の前進	II
	(2) 印刷術の発達	II
	(3) ボーダン理論の影響	II
第3節	ドイツ公法学の源流	12
	1. ローマ法学による準備	12
	(1) 形式面	13
	(2) 内容面	13
	(i) 公法現象の理論的取扱いの不存在	13
	(ii) 一定の領域における公法独自の理論構成	14
	(iii) 既存の概念の意味変更	14
	a) iurisdictio	14
	b) iura regalia	14
	(iv) ローマ法上の個々の原理・原則・制度の援用	15
	(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	15
	(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	16
	(vii) カノン法学の模範性	17
	2. 政治学による準備	17
	(1) アリストテレス的政治学による準備	17
	(i) アリストテレス政治学に忠実な著作	18
	(ii) 新ストア主義(Neustoizismus)	18

(2)	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	19
	(i) 国家の概念	20
	(ii) 主権理論	20
	(iii) 権力分立論	21
	(iv) 国家形態論	22
	(v) 国民の概念	24
(3)	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	24
	(i) 人間の社会的共同生活	24
	(ii) 共同体の構造と組織	25
	a) 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	25
	b) 統治権	26
	c) 国民(Volk)の主権	26
	d) 国民(Volk)と政府(Regierung)の関係	26
	e) 護民官制の導入	27
	(iii) 法構造・憲法構造	27
	(iv) 支配権力の不法にたいする抵抗権	28
	(v) アルトジウスの方法論	29
(4)	カトリックの政治学	29
(5)	ius publicumを内包した政治学	30
	(i) ヤーコブ・ボルニッツ(Jakob Bornitz, 1565-1625)	30
	(ii) ゲオルク・シェーンボルナー(Georg Schönborner, 1579-1637)	30
	(iii) ラインハルト・ケーニッヒ(Reinhard König, 1583-1658)	30
	(iv) クリステリアン・リーベンタル(Christian Liebenthal, 1586-1647)	31
	(v) ヘルマン・キルヒナー(Hermann Kirchner, 1562-1620)	31
	(vi) ツァハリヤス・フリーデンライヒ(Zacharias Friedenreich, 1580-1636)	31
	(vii) クリストフ・ベゾルト(Christoph Besold, 1577-1638)	31

## 第4節 成立期のドイツ公法学

1.	成立の直接のきっかけとなった論争	32
	(1) 皇帝派と帝国諸身分派との対立の激化	32
	(2) 帝国基本法律等の刊行の盛行	32
	(3) 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	33
	(4) 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	34
2.	成立期ドイツ公法学の方法論	34
	(1) 対象	34
	(2) 法源	35
	(3) 概念装置	36
	(i) iurisdictio	36
	(ii) レガーリエン	38
	(iii) majestas	42
3.	成立期ドイツ公法学における議論の分布状況	45
	(1) ライヒの国家形態は何か?	45
	(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	45
	(ii) 君主政と見る立場	46

(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	47
(2) 神聖ローマ帝国における主権の担い手は誰か?	48
(i) 論争の出発点としてのボーダンのテーゼ	48
(ii) 二重主権論	49
(3) 支配者は法によって制約されるか	52
(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?	52
(ii) 法による拘束を説くボーダン理論がドイツで受容された理由	52
(iii) Princeps legibus solutus 原理の制限についてのイエナ学派の功績	53
(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?	53
(v) 法による拘束に関する区別	54
(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), razione status	54
(4) 領邦との関係における神聖ローマ帝国の国家形態	55
(i) 領邦の国家としての把握	55
(ii) 最初の論究	55
(iii) ベゾルトによる複合国家の概念の提唱	56
(iv) ルドルフ・フーゴーによる論究	56
4. 支配的学説としてのリムネーウスの憲法論	56
(1) 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	56
(2) リムネーウスの代表的著書	57
(3) 国家理論	57
(i) 国家概念	57
(ii) 主権	58
(iii) 物的主権と人的主権の理論	59
(iv) 混合政体論	60
(4) ドイツ憲法学の体系 (= 2つの国家理論の基本思想の神聖ローマ帝国憲法への適用)	60
(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	60
a) 神聖ローマ帝国	60
b) 皇帝の地位	61
(ii) 混合政体論の神聖ローマ帝国への適用	62
a) 帝国立法	63
b) 帝国租税の賦課の公布について	63
c) 最高裁判権 (Oberste Gerichtsbarkeit)	63
d) 新しい帝国諸身分の創造に関して	64
e) 皇帝の留保権について	64
5. 成立期ドイツ公法学の意義	64
(1) 支配権力に関する独自の理論の構築	64
(2) 支配権力の制約に関する理論の提出	65
(3) 支配権力を根拠づけるものとしての leges fundamentales の把握	65
(4) 支配権力の究極的帰属主体としての「国民」の観念の提起	65
(5) 神聖ローマ帝国の政治的現実の反映	66
(6) 「国家の第1の利益は基本法律の厳格な遵守に存する」	66
<b>II 17世紀後半のドイツ憲法学</b>	78
<b>第1節 ヴェストファーレン講和条約</b>	78
1. 神聖ローマ帝国の二元主義的憲法構造	78
(1) 帝国諸身分 (Reichtsstände) の権利の確認・拡大の確定	78

(2) 神聖ローマ皇帝の権利の制限・縮減	79
2. 宗派間の同権原理の確立	79
3. 帝国基本法への編入	79
<b>第2節 神聖ローマ帝国に関するプーフェンドルフの論文</b>	79
1. アリストテレス的国家形態論による分類の無意味さ	80
2. 帝国の、合成国家 (eine civitas composita)、即ち主権的諸国家のシステムとしての把握	80
3. 帝国の疾患の指摘	80
4. 改善の提案	80
<b>第3節 コンリングの歴史的研究</b>	81
<b>第4節 ゼッケンドルフの「国家論」</b>	82
1. ゼッケンドルフの「国家論」の学説史的位置	82
(1) 「よき警察」に関する理論的論究	82
(2) ゼッケンドルフ「ドイツ君主国家」の意義	83
2. ゼッケンドルフ「ドイツ君主国家」の内容	84
(1) 君主の統治権力に関して	84
(i) 君主への統治権力の排他的帰属と君主による統治権力行使のあり方	84
(ii) 統治権力の公的性格	86
(iii) 統治権力と法	86
(2) 統治作用の分類	87
(i) 基本的分類	87
(ii) 世俗的事項における統治作用の分類	87
a) 君主の権力・権威・尊厳の維持	88
b) 法令の制定	88
c) 刑事・民事の裁判	90
d) 上記3作用の強制的執行	91
(iii) 宗教的事項における統治	91
(3) 財政	92
(4) 統治権力と領邦等族議会 (Landstände)	93

## 第II部 18世紀前半のドイツの自然法論

<b>I 自然法論について</b>	IOI
<b>第1節 18世紀憲法学の新しい状況</b>	IOI
<b>第2節 自然法論興隆の原因</b>	IO2
<b>第3節 自然法論の時代区分</b>	IO3
<b>第4節 自然法論と憲法</b>	IO5
1. 近代憲法の基本概念の発生源としての自然法論	IO5
2. 国民による憲法定定・改正の思想	IO6
3. 憲法の代りとしての一般憲法学 (第4期自然法論)	IO6
4. 社会契約論における憲法契約思想の登場	IO7
5. 社会契約における国民の利益と国民の意思	IO8
6. 自然法論による「公的なもの」(公的原理)の開発・展開	IO9
<b>II 第2期自然法論</b>	II4
<b>第1節 グロチウスの自然法論</b>	II4
1. 自然法論におけるグロチウスの意義	II4
(1) 世俗的自然法論の開祖としてのグロチウス	II4

	(2) グロチウス自然法論の新しさ	115
	(3) グロチウスにおける自然法の性格・内容	115
2.	グロチウスの国家論	116
	(1) 国家構成原理としての人間の社会的本性	116
	(2) 契約概念による国家成立の説明	116
	(3) 国民概念の二義	117
	(4) 最高権力の二重主体	117
	(5) 最高権力の法的制約	117
	(6) 国民の抵抗権	118
3.	自然法の効力	118
<b>第2節</b>	<b>ホッブズの自然法論</b>	118
1.	ドイツ自然法論にとってのホッブズ理論の意義	118
2.	ホッブズの社会契約論・最高権力論	119
	(1) 自然状態論	119
	(2) 社会契約論	120
	(3) 支配権力論・国家論	121
	(4) 国民	123
3.	自然法の規範的効力	125
<b>III 第3期自然法論</b>		129
<b>第1節</b>	<b>第3期自然法論について</b>	129
1.	第3期自然法論の特色	129
2.	前期自然法論の第1段階から第2段階へ	129
3.	第4期自然法論或いは後期自然法論への橋渡しとしての第3期自然法論	130
<b>第2節</b>	<b>プーフENDORFの自然法論</b>	131
1.	総論	131
	(1) プーフENDORFの自然法体系	131
	(2) プーフENDORFの自然法論と憲法論	131
	(3) 支配権力の正当化と制約化の理論としての自然法論	132
	(4) 社会契約締結の効果としての国家権力の制約	132
	(i) 社会契約締結の義務	132
	(ii) 契約の目的による国家権力の義務づけ	133
	(iii) 契約としての基本的法律による国家権力の義務づけ	133
	(5) ペルソナ・モラーリス・コンポジタとしての国家の捉え方	134
	(6) 社会契約の2段階構成	134
2.	自然法論	135
	(1) 自然法の根拠とその内容	135
	(i) 人間の本性	135
	(ii) 倫理的規範としての共同生活志向性の立法者	136
	(iii) 倫理的規範としての人間の共同生活志向性の内容	136
	(iv) 自然法の基本原理	137
	(2) 自然法の妥当	138
	(i) 国家状態における自然法の妥当	138
	(ii) 自然法の非強制可能性	138
	(iii) 自然法の実現のための実定法の必要性	139
	(iv) 自然状態の2段階性	139

	(v) 立法のための指針としての自然法	139
3.	国家論	140
(1)	国家の正当化	140
	(i) 2本建ての国家正当化	140
	(ii) 客観的正当化	140
	(iii) 主観的正当化	141
	a) 国家設立にとっての社会契約の意義	141
	b) 社会契約による国家・国家権力の正当化	142
	c) 社会契約のプロセス	145
	d) 社会契約の効果	145
	e) 社会契約の仮説性	146
(2)	法的人格としての国家	146
	(i) 国家が法的人格として説明されるゆえん	146
	(ii) 国家を法的人格として説明する事の意義	147
(3)	国家権力の本質	147
(4)	国家形態	149
(5)	国家権力の内容 = 国家権力の構成要素	149
(6)	国家権力の制限	149
	(i) 国家権力の制限	149
	(ii) 原理的制限	150
	(iii) 制度的制限	150
	(iv) 絶対主義的理論の穏健ヴァージョン	151
(7)	集合体としての国民 (Volk)	151
	(i) 国民主権論の否定	151
	(ii) 社会契約成立後の集合体としての国民	152
(8)	最高権力の担い手の権利・義務	153
(9)	法律及び立法について	155
	(i) 法律制定の目的	155
	(ii) 法律の成立根拠	155
	(iii) 法律が果たすべき機能	156
	a) 行為規範としての機能	156
	b) 裁判規範としての機能	156
	(iv) 法律が備えるべき要件	156
(10)	権力服従者の義務と権利	157
	(i) 権力服従者の権利の不完全性・義務の完全性	157
	(ii) 権力服従者の義務	157
	(iii) 権力服従者の権利	158
	a) 人間の尊厳の概念	158
	b) 自然的自由とその放棄	158
	c) 権利行使の現実性	159
	d) 個別的自由権	159
	e) 抵抗権	160
4.	総括	161
<b>第3節</b>	<b>トマジウスの自然法論</b>	162
1.	トマジウスについて	162
	(1) トマジウスの生涯	162
	(2) 自然法論分野におけるトマジウスの代表的著作	163
2.	自然法論	164
	(1) 自然法の第1原理	164
	(2) 第1原理から帰結される自然法原理	164
	(3) 自然法の認識・実現の可能性	165
3.	国家論	166
	(1) 国家の定義	166
	(2) 国家の必然性、正当性	167

(3) 支配権力の構造	168
(4) 支配権力の性質	169
(5) 自然法の実定化	169
4. 広義の自然法による狭義の自然法の補完 = 礼儀作法による強制秩序の補完	170
(1) 広義の自然法	170
(2) 広義の自然法の3要素	171
(i) 法(狭義の自然法=正義)	171
(ii) 道徳	171
(iii) 礼儀作法	171
(3) 広義の自然法概念構成の意義	172
(i) 総合	172
(ii) 分離	172
(iii) 礼儀作法の意義の強調	172
<b>第4節 ヴォルフの自然法論</b>	173
1. ヴォルフの理論概観	173
(1) ヴォルフの生涯	173
(2) ヴォルフの実践哲学	174
(3) ヴォルフ理論の政治的意義	176
(4) 憲法理論にたいする寄与	179
(i) 生得の権利の観念の提出	179
(ii) 憲法制定権力と憲法上の権力との区別	179
(iii) 権力分割・権力交錯の可能性の示唆	180
(iv) 抵抗権の肯定	180
(v) 立法論の展開	180
(5) ヴォルフ自身による理論展開	180
2. 自然法に関する理論	181
(1) 自然法	181
(2) 権利(Recht)	182
(3) 人間一般の一般的義務及び権利	183
(4) 自然状態	186
(5) 自己完成のための手段的権利	186
(6) 他人の自己完成のための具体的義務	188
3. 社会一般に関する理論	189
(1) 支配一般	189
(i) 支配の意味	189
(ii) 自然的自由	190
(iii) 自然的自由の放棄	190
(iv) 服従	190
(2) 社会における支配	190
(i) 社会	190
(ii) 社会における支配	191
(iii) 社会の運営	191
(iv) 社会の一体性	192
(v) 社会の完全性	192
(vi) 社会からの離脱	192
(vii) 平等な社会と不平等な社会	193
(3) 各種の社会	193
(i) 婚姻	193
(ii) 血縁・姻戚	193

(iii) 父性社会	193
(iv) 主従関係或いは主従社会	194
(v) 家社会	195
(4) ヴォルフの社会に関する理論の特色	195
4. 国家もしくは公的支配に関する理論	196
(1) 国家の支配権	196
(i) 国家	196
(ii) 国家の設立	197
(iii) 国家の支配権(Herrschaft des Staates, Staatsherrschaft)	197
(iv) 国家における主要原則	198
(v) 国家の支配権の行使の原則	198
(vi) 国家の支配機構(Einrichtung)	199
(2) 国家(Republik)の分類	201
(i) 民主政	201
(ii) 君主政	201
(iii) 貴族政	202
(iv) 混合国家(republica mixta)	202
(3) 共同体=国家の構成要素	202
(4) 国家の義務と権利	203
(i) 国家の義務	204
(ii) 国家の権利	205
(5) 国家法(Bürgerliche Gesetze)と自然法	208
(i) 自国の国家法の拘束力	208
(ii) 国家法にたいする自然法の優位	208
(iii) 国家法制定の必要性(1)——刑罰の付加	208
(iv) 国家法制定の必要性(2)——自然的義務の履行のしかたの特定	208
(v) 国家法制定の必要性(3)——裁判的救済の可能性の明示	209
(vi) 国家法と自然法との乖離の可能性	209
(vii) 国家法改廃の必要性	209
(6) 統治者と臣民の義務・権利	209
(i) 統治者の義務	209
(ii) 臣民の義務・権利	210
a) 統治者に服従すべき義務	210
b) 請願権	211
c) 権力暴奪者に抵抗し、場合によっては、これを殺害する権利	211
d) 国家の法律を遵守すべき義務	211
e) 国民の一致団結の義務	211
(7) 統治者と臣民との間の人間同士としての関係	211
(8) ヴォルフ国家論の特色	212

### 第三部 18世紀末から19世紀初頭にかけての一般憲法学

#### I 18世紀末から19世紀初頭にかけての一般憲法学について…… 227

##### 第1節 一般憲法学のアウトライン…… 227

1. 一般憲法学の定義・用語・沿革	227
2. 一般憲法学の創始者による、一般憲法学の 理論的枠組みの設定	229
(1) 一般憲法学の検討課題	229
(2) 理論的基本構造	229
(3) 国家契約論の特色	230
(4) 一般憲法学においてフーバーが主張している事	231
(i) 一般憲法学の諸原則	231
(ii) 一般憲法学の諸原則の法規範的性格	231



(iii) すべての国民による一般的承認というファクターの重視	232
(5) フーバーの一般憲法学にたいするシェルプの評価	232
(6) シェルプの一般憲法学研究の問題点	233
(i) シェルプの一般憲法学研究の功績	233
(ii) シェルプの一般憲法学研究の問題点	234
(iii) この問題についてのシュトライスの見方	235
a) 一般憲法学の諸著作における基本的同質性	235
b) 一般憲法学の時代区分	235
c) 同じ枠組み, 違った機能	236
(iv) この問題についてのクリッペルの見方	236
a) 同じ思考枠組み	236
b) 前期自然法論と後期自然法論との区別	236
<b>第2節 18世紀末から19世紀初頭にかけての一般憲法学</b>	237
1. 一般憲法学の隆盛	237
(1) 量的観点から見た隆盛	237
(2) 質的観点からみた隆盛	237
(3) 18世紀末における一般憲法学の隆盛の理由	238
(4) 一般憲法学にたいする反発	239
2. 一般憲法学におけるパラダイグマの変化	239
(1) 自然状態論におけるパラダイグマの変化	239
(2) 国家・社会契約論におけるパラダイグマの変化	240
(i) 国家・社会契約の多段階性	240
a) 後期自然法論(後期一般憲法学)の機能は変化したか	240
b) カントの始源的契約論	242
c) カントの理論における妥協的要素	243
d) 後期自然法論の妥協性の積極的意義	243
(ii) 自然権放棄否認論	244
(iii) 黙示の契約論にたいする攻撃	244
(iv) 憲法契約への比重の移動	244
(v) 国家・社会契約と根本法律との連結の傾向	245
a) 根本法律(leges fundamentales)の国家・社会契約への組入れ	245
b) 根本法の効力	246
c) 根本法の政治的機能	246
d) 憲法契約と国家基本法(Staatsgrundgesetz)との連結の傾向	247
e) 国家・社会契約と国家基本法	251
(3) 国家目的論におけるパラダイグマの変化	252
<b>第3節 18世紀末から19世紀初頭にかけての</b>	
<b>自然法論・一般憲法学と立憲主義</b>	253
1. 立憲主義という観点から見た, 自然法論・一般憲法学に	
たいするカントの影響	253
(1) 理性法の最高原理としての個人の自律, 自己決定	253
(2) すべての個人の自律を保障するものとしての	
国家の理性的必然性	253
(3) すべての人の一致した意思を調達する手段	
としての始源的契約	254
(4) 始源的契約の事実性の否定, 始源的契約の	
理性的理念性の主張	254
(5) 始源的契約の新しい体系的意義	254
(i) 国家の実定法の合法性の判断基準(Probierstein)としての意義	254
(ii) 立法者にたいする指令としての意義	254
(iii) 国家機構の基本原則の指令としての意義	255
(6) 立法権力についての „als ob“ 構成	255

2. 18世紀末から19世紀初頭にかけての	
<b>自然法論・一般憲法学における立憲主義への動き</b>	256
(1) 国家の現在のあり方との取組みに集中	256
(2) 自然法論・一般憲法学による法的効力をもったもの	
としての原理の展開	256
(3) 自然法原理・一般憲法原理の現実化の要請	256
(4) 国家の正当化要因としての憲法	258
(5) 憲法制定についての具体的主張	258
(i) 制定手続に関して	258
(ii) 内容に関して	259
(iii) 憲法制定後の憲法の変更に	260
3. 立憲主義にたいする自然法論・一般憲法学の影響	261
(1) 立憲主義的憲法制定にたいする影響	261
(2) 君主による憲法欽定にたいする	
自然法論・一般憲法学の態度	262
(3) 「憲法を真実のものにする」ための	
自然法論・一般憲法学の活動	262
(4) 君主と議会との関係の契約関係としての捉え方	263
4. 自然法論・一般憲法学と19世紀ドイツの立憲主義	264
(1) 契約理論による立憲主義の推進	264
(2) 「君主と議会との契約」理論の限界	265
(3) ドイツ型立憲主義と「君主と議会との契約」理論	265
(4) 自然法と実定法との関係	266
<b>II 18世紀中葉から19世紀中葉にいたるまでのドイツに</b>	
<b>おける一般憲法学の役割——学問史的・学説的研究</b>	275
<b>第1節 学科目としての一般憲法学の登場・発展・衰退</b>	275
<b>第2節 ボーダン主権論の影響の下でのドイツ憲法学の成立</b>	278
<b>第3節 ホッブズ理論の影響の下での</b>	
(ドイツの)一般憲法学の転換	280
<b>第4節 ロックとモンテスキューの理論の影響の下における</b>	
(ドイツの)一般憲法学の立憲主義化	282
<b>第5節 19世紀前半における, 一般憲法学による</b>	
立憲主義の推進とドイツ立憲主義の特色	288
<b>III 18世紀末のドイツの一般憲法学</b>	305
<b>第1節 18世紀末のドイツの一般憲法学の意義</b>	305
<b>第2節 一般憲法学のあり方をめぐる論議</b>	309
1. ネットェルプラットの議論	309
2. ギュンターの所説	309
3. 「コスモポリタンの書簡」の見解	310
4. ヴェデキントの議論	311
<b>第3節 18世紀末一般憲法学の特色</b>	313
1. 憲法の一般原理としての安全・秩序	313
2. 国民意思のモーメントの強調	314
<b>第4節 国民意思の理論の特色</b>	317

1. 国民意思の抽象性・観念性	318		
2. 国民意思の消極性	319		
3. 「憲法の代り」としての自然法論 (=一般憲法学)	321		
<b>IV 18世紀ドイツ自然法論における国民の思想</b>	325		
<b>第1節 序論</b>	325		
1. イェリネックによる国民の捉え方と自然法批判	325		
2. ドイツ自然法論における社会契約のコンセプト	328		
3. 時代区分	332		
<b>第2節 17世紀中葉から18世紀中葉までの時期</b>	332		
1. プーフェンドルフの理論 ( <i>Samuel Pufendorf, De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, 1673</i> )	332		
2. フーバーの理論 ( <i>Ulric Huber, De Jure Civitatis libri tres, 1672</i> )	336		
3. ボエーマーの理論 ( <i>Justus Henning Boehmer, Introductio in jus publicum universale, 1710</i> )	338		
<b>第3節 18世紀中葉から18世紀70年代末までの時期</b>	340		
1. 前期自然法論の第2期	340		
2. ヴォルフの理論 ( <i>Christian Wolff, Institutiones iuris naturae et gentium, 1754</i> )	341		
(1) ヴォルフの位置	341		
(2) ヴォルフの基本思想	341		
(3) ヴォルフによる国家設立の正当化	342		
(4) 国家形成過程	342		
(i) 結合契約	342		
(ii) 国家の機構もしくは組織に関する国民の決議	343		
(iii) 服従契約	343		
(5) ヴォルフにおける国民の役割	343		
3. アッヘンヴァル/ピュッターの理論 ( <i>Gottfried Achenwall/Johann Stephan Pütter, Elementa Iuris Naturae, 1750</i> )	345		
(1) アッヘンヴァル/ピュッターの『自然法要論』の意義	345		
(2) 国家の成立と存続	346		
(i) 結合契約	346		
(ii) 服従契約	346		
(iii) 服従契約の存続	347		
(3) 支配権力の根拠と限界	348		
(4) 国民の役割	348		
4. ユステイの理論 ( <i>Johann Heinrich Gottlob von Justi, Natur und Wesen der Staaten, 1771</i> )	350		
(1) ユステイについて	350		
(2) 支配権力の正当化	351		
(i) 支配権力の正当化のための客観的ルート	352		
(ii) 支配権力の正当化のための主観的ルート	354		
(3) 国民の役割	355		
(4) 支配権力としての最高権力	356		
(i) 最高権力の設定と特定の担い手への委託	356		
(ii) 最高権力の原理的限界	356		
(5) 最高権力と臣民相互の関係	357		
		(i) 最高権力と臣民との相互関係自身、及び、それから生ずる両者の間の密接な紐帯	357
		(ii) 君主にたいする臣民の義務	357
		(iii) 臣民にたいする君主の義務	358
		(6) 「国民の基本権力」の思想	358
5. シャイデマンテルの理論 ( <i>Heinrich Gottfried Scheidemantel, Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform, 1775</i> )	359		
(1) 「国民の基本権力 (Grundgewalt der Nation)」という用語について	359		
(2) 国民の基本権力について	360		
(3) 国民の基本権力概念の機能	362		
(4) 理念としての国民の基本権力	362		
<b>第4節 1780年から18世紀末までの時期</b>	363		
1. 自然法論の性格・内容の変化	363		
(1) クリッペルによる変化の指摘	363		
(2) 後期自然法論の業績	364		
(3) 後期自然法論の考察にあたって国民 (Volk) の思想を重視する必要性	366		
(i) 後期自然法論における国民の国政参加のモーメント	366		
(ii) 後期自然法論の理論家達において国家契約の観念が維持されている事の意味	367		
(iii) 後期自然法論の台頭の原因	367		
a) 公共 (Öffentlichkeit) の成立と政治化	367		
b) カントの哲学	368		
c) フランス革命	369		
d) イギリスとフランスの政治思想の古典的論者 (Klassiker)	370		
(4) 国民の思想を強く打出した文献	370		
2. フレデルスドルフの理論 ( <i>Leopold Friedrich Fredersdorff, System des Rechts der Natur, auf bürgerliche Gesellschaften, Gesetzgebung und das Völkerrecht angewandt, 1790</i> )	372		
(1) 市民社会の成立	372		
(i) 最も大きな社会としての国民 (Volk) の成立	372		
(ii) 小さな社会から市民社会への移行	372		
(2) 市民的憲法 (bürgerliche Verfassung)	373		
(3) 国民の統治	373		
3. エッガースの理論 ( <i>Georg Wilhelm von Eggers, Versuch eines systematischen Lehrbuchs des natürlichen Staatsrechts, 1790</i> )	374		
(1) 自然的憲法学の構成	374		
(2) 前提としての自然的社会法の諸原則 (Vorläufige Sätze aus dem natürlichen Gesellschaftsrecht)	375		
(i) 自然的もしくは一般的な社会法	375		
(ii) 自然的社会法の諸原則	375		
(3) 自然的憲法の展開	377		
(i) 総論	377		
a) 国家の定義	377		
b) 国民 (Volk oder Nation)	377		
(ii) 自然的憲法の最高原理の1つとしての、国家の福祉 (幸福) の促進	378		
a) 国家の福祉促進原理の基準性	378		
b) 自然的自由の残存	378		
c) 市民の積極的権利	379		
d) 国家全体の福祉の優先性	379		

(iii) 自然的憲法の最高原理の1つとしての、国民の基本権力	380
a) 国家基本法律の確定	380
b) 国民の基本権力の委譲	380
c) 元首の統治にたいする監視・統制	381
d) 国家基本法律の変更	381
e) 元首が統治を維持できなくなった場合の国民の役割	381
f) 義務違反の元首にたいする国民の対抗手段	381
g) 空位期間における国民の権利	382
(4) エッガースの国民の基本権力論の特色	382
4. シュレツァーの理論 ( <i>August Ludwig von Schlözer</i> , Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungsLere, 1793)	382
(1) 委譲されるものとしての国民の基本権力	382
(2) 国民の基本権力思想の潜在的効果	385
(i) 国民の政治参加の態様についての提案	385
(ii) 公開性の要求	387
(3) 国民の抵抗権	387
5. ベルクの理論 ( <i>Johann Adam Bergk</i> , Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrechte mit einer Kritik der neuesten Konstitution der französischen Republik, 1796)	388
(1) ベルクについて	388
(2) 国家について	388
(i) 国家に入る事は、人間にとって義務である	388
(ii) 国家は、種々の目的を有する	389
(iii) 国家と社会との相違	390
(iv) 自然状態について	390
(3) 社会契約について	391
(4) 法的に組織された憲法について	392
(i) ベルクの考える憲法とは	392
(ii) 法的に組織された憲法の内容的要件	392
a) 賢明に組織された憲法とは	392
b) 巧妙に組織された憲法とは	393
(iii) ベルクにおける法とは	394
(5) 最も正当な統治形態としての民主的共和政 (demokratische Republik) について	394
(i) 最も正当な統治形態としての民主的共和制	394
(ii) 義務としての政治的自由	395
(iii) 民主的共和政が最も正当な統治形態と考えられる根拠	395
a) 理想像としての民主的共和制	395
b) 民主的共和政を最も正当な統治形態とする根拠	396
(6) 国民の役割について	397
(7) 違法な権力にたいする国民の抵抗	398
6. ライスラーの理論 ( <i>Johann Philipp Achilles Leislar</i> , Natürliches Staatsrecht, 1806)	399
(1) 基準としての国民意思	399
(2) ライスラーの理論の展開	399
(i) 法律の支配 (Herrschaft des Rechtsgesetzes)	399
(ii) 結合契約	400
(iii) 国民の役割	400
(iv) 憲法契約	401
(v) 国家作用・国家機関について	402
第5節 展望	403

1. 国民 (Volk) の思想を強調する自然法論の働き	403
2. 19世紀における自然法論	406
(1) 自然法論の屈折した発展	406
(2) 欽定憲法	406
(3) 歴史的・有機体論的思想の台頭	407
(4) 2つの理論・思想に共通する討議枠としての国民	408
3. 自然法論の影響力消失	409
V ドイツの憲法理論の歴史における憲法契約の思想について	429
第1節 序論	429
1. 問題提起	429
2. あれもこれも (二者共存)	430
第2節 18世紀の諸理論家	431
1. 神聖ローマ帝国の憲法学による基本契約と基本法との等置	431
2. 国民の憲法制定権力の思想の発端	431
3. 憲法もしくは基本法と契約との等置の発端	432
4. 国民の憲法制定権力の思想と憲法契約の思想との共存	433
5. 18世紀における理論の展開についての総括的コメント	438
第3節 19世紀前半における理論の展開	439
1. 憲法契約思想の意義の増大	439
2. 憲法契約思想の主張者	440
3. 国民の憲法制定権力論の主張者	444
第4節 総括的コメント	450
1. 何人かの研究者の見解に関して	450
(1) ヤン・ローラン	450
(2) エーベルハルト・シュミット-アスマン	451
(3) デイーター・グリム	452
(4) マティアス・ロッゲンティン	452
2. 総括	453
第IV部 18世紀後半のドイツの憲法学	
I 18世紀中葉における憲法学の成立	465
第1節 規範的意味における憲法概念の確立	465
1. 18世紀中葉までのドイツ帝国公法学	465
2. 18世紀中葉における変化	465
(1) 憲法という用語の意味変化 ——ザイン概念からズレン概念へ	466
(2) このような変化が生じた理由	466
第2節 帝国公法学者たちによる根本法の捉え方の変化	467
1. 根本法の「全体的なもの」としての把握	467
2. 根本法の重要性の一層の強調	468
3. 法源間の階層秩序の構成	468
4. 領邦の leges fundamentales が講究対象に入ってきた事	468
5. 臣民の権利・義務が講究されるようになった事	469
第3節 ドイツ憲法学の確立にたいする自然法論の影響	469

1. 実定憲法学にたいする自然法論の影響	469
2. 自然法論が果たした役割	469
3. 帝国公法学による自然法論の一般的・概括的受容	470
4. 自然法論と実定法学との合流	470
(1) 自然法と根本法の合流の成果としての近代憲法	470
(2) 自然法と実定法	470
5. 18世紀後半の代表的な帝国公法学者たち	471
<b>第4節 19世紀実定憲法学における自然法論の影響の残存</b>	471
1. 19世紀における自然法論の影響の残存	471
2. 憲法についての基本的な考え方にたいする自然法論の影響	472
3. 個別的問題分野における自然法論の影響の現われ	
—「自由と財産」条項の採用において	472
(1) ビュッターによる英国人の理論の援用	472
(2) 「自由と財産」	473
4. 実定憲法学の学科目編成にたいする自然法論の影響	473
(1) 18世紀における一般領邦憲法	473
(2) 19世紀前半における一般或いは普通ドイツ憲法学	474
(3) 一般或いは普通ドイツ憲法学の変質	475
<b>II モーザー</b>	478
<b>序</b>	478
<b>第1節 自然法論的思考にもとづく実定憲法学体系の構築</b>	478
1. 実定法的素材の収集	478
2. 総括・集積した実定法源の整理・秩序づけ	479
(1) 主要法源・副次的法源・補助手段の区別	479
(2) 主要法源	479
(i) 定義	479
(ii) 主要法源に属するもの	479
(iii) 第1順位の法源としてのライヒ根本法について	479
a) ライヒ根本法に属するもの	479
b) ライヒ根本法についての論究の経過	480
c) ライヒ根本法の定義	480
d) ライヒ根本法に属するものについての考え方の違い	480
e) ライヒ根本法の特異性	480
(iv) 第5順位の主要法源としてのライヒ慣行	481
(3) 副次的法源	481
(4) 補助手段	482
3. 全体法秩序の思想	482
(1) 法源間の優先順位の確定	482
(2) 実定法の階層秩序	482
4. 憲法 (Staats-Verfassung) の思想	482
<b>第2節 自然法論の受容</b>	484
1. 自然法にたいするモーザーの否定的ないし消極的な態度	484
2. 自然法或いは一般憲法原理の副次的法源としての位置づけ	484
(1) 自然法或いは一般憲法原理の副次的法源としての位置づけ	484
(2) シェンブスの批判的論及	485
(3) 副次的法源として位置づけた事の重視の必要性	485

3. 自然法或いは一般憲法原理の援用の例	486
(1) 領邦高権の根拠づけ	486
(2) ランデスホーハイトの制限の根拠としての自然的或いは一般的憲法原理	486
(3) 権利の推定のキメ手としての公共の福祉	486
4. 自然法と実定法との交錯	487
(1) 自然法或いは一般憲法原理の主要命題としての「公共の福祉」によるランデスホーハイトの根拠づけと限界づけ (既述)	487
(2) 自然法或いは一般憲法原理の根拠としての「自然的正義と健全な理性」による法的安定性追求の正当化	487
(3) 「自然的正義と健全な理性」の実現のための方法的原理としての「相互性」の重視	487
<b>III ビュッター</b>	490
<b>第1節 ビュッターにおける自然法或いは一般憲法原理</b>	490
1. ビュッターは自然法を受容していたか	490
2. ビュッターが自然法を受容したと見る理由	491
(1) 自然法原理や一般憲法原理を含む一般の原理の必要性・不可欠性を強調している事	491
(i) 必要性・不可欠性	491
(ii) 一般の原理の役割	491
(iii) 一般の原理の抑制的活用	491
(2) 自然法或いは一般憲法原理を前提としてしていると考えられる概念を用いている事	492
(3) 国家及び国家権力の成立についての社会契約論的説明を行っている事	492
(i) 自然的自由の概念	492
(ii) 契約による最高権力の設立及び委譲の思想	493
3. 自然法もしくは一般憲法原理の適用による、実定法上の概念や制度の説明、根拠づけ、或いは限界づけ	493
4. 領邦君主の地位の説明のために	494
5. 根本法の根拠づけのために	495
<b>第2節 ビュッターによる自然法と実定法との共存</b>	496
1. 問題	496
2. 自然法と実定法との共存のさせ方の諸類型	496
(1) 並列	496
(2) 役割分担	497
(i) 非常大権の援用に関して	497
(ii) 特権の授与に関して	497
(iii) 官吏任用権に関して	498
(3) 実定法の優位	498
(i) 君主の地位	498
(ii) ランデスホーハイトについて	499
(4) 自然法の優位	499
(i) ランデスホーハイトの限界に関して (1)	499
(ii) ランデスホーハイトの限界に関して (2)	499
(iii) 著作権に関して	499
3. 自然法と実定法とを共存させた事の効果	500
(1) 比例原則 (或いは過剰規制禁止原則) の主張	500



- (2) 臣民の権利の裁判的救済の重視 501
  - (i) 支配者の契約違反の効果 501
  - (ii) ビュッターによる抵抗権の否定 501
  - (iii) 裁判所による権利救済 501
  - (iv) 抵抗権に代るものとしての裁判所への訴求 502
  - (v) 実定法制度を通じての自然法の貫徹 502
- (3) ライヒの合成国家或いは複合国家としての理論の構成 502
- 4. ビュッターにおける自然法と実定法との共存が持った意義 503
  - (1) 限界の重畳 503
  - (2) 根本法における自然法と実定法 503
  - (3) 通常の法律の制定・改廃における自然法と実定法 504

IV ヘーベルリン ..... 509  
 序 ..... 509

第1節 社会契約論 ..... 510

- 1. 社会契約論 510
  - (1) 社会契約論的説明 510
  - (2) 黙示の契約から明示の契約への転化 510
  - (3) 明文化された社会契約としての憲法 510
- 2. ドイツへの適用 511
  - (1) 社会契約の現実性 511
  - (2) 原則としての黙示の契約 511
  - (3) 革命を契機とする、黙示の契約から明示の契約への転化 512
  - (4) 明示の社会契約としての根本法 512
    - (i) ドイツの憲法の構成要素としての根本法 512
    - (ii) 社会契約の部分的明文化としての根本法 512
    - (iii) 黙示的契約の存続 512
    - (iv) 社会契約と根本法との関係 512
  - (5) 社会契約と根本法との同一性 514

第2節 一般憲法原理の意義とその適用・効用 ..... 514

- 1. 一般憲法原理の意義 514
  - (1) 定義 514
  - (2) 学問としての一般憲法原理 514
  - (3) 社会契約論の受け皿としての一般憲法原理 515
  - (4) 一般憲法原理としての公共の福祉 515
- 2. 一般憲法原理の適用 516
  - (1) 一般憲法原理の抑制的活用 516
  - (2) 一般憲法原理の適用にあたってのルール 516
- 3. 一般憲法原理の効用 517
  - (1) 一般的なテーマに関して 517
    - (i) 国家における最高権力（領邦においてはランデスホーハイト）の根拠づけと限界づけ 517
      - a) 根拠づけ 517
      - b) 限界づけ 517
      - c) 限界を越えた場合 517
    - (ii) 臣民の権利の保護に関するもの 517
  - (2) 個別的テーマに関して 518

第3節 自然法と実定法との共存 ..... 518

- 1. 一般憲法原理と実定法との共存のさせ方の諸類型 518

- (1) 実定法の横出し規制型 518
- (2) 一般憲法原理の単独規制型 519
- (3) 実定法による補強的規制型 519
- 2. ヘーベルリンの自然法と実定法との共存のさせ方の特色 519
  - (1) 自然法の活用 519
  - (2) 自然法の抑制的活用 519
  - (3) 実定法重視方針 520
  - (4) ヘーベルリンの論証方法からの帰結 521
    - (i) ヘーベルリンの論証方法の特色 521
    - (ii) この理論からの帰結の2方向性 521
    - (iii) 具体的対応 521

V マイヤー ..... 526  
 序 ..... 526

第1節 自然法もしくは一般憲法原理への明示的言及 ..... 527

- 1. 明示的言及のしかた 527
- 2. 自然法への明示的言及が持つ意義 527
- 3. 一般憲法原理の2つの機能 528
- 4. „Allgemeines Staatsrecht“ の語の二義的使用 528

第2節 国家及び国家権力についての理論 ..... 529

- 1. 国家目的を中核とした国家・国家権力の捉え方 529
  - (1) 定義 529
  - (2) 定義に見られる自然法論的傾向 529
- 2. 国家目的達成のための手段としての国家権力の把握 529
  - (1) 目的－手段の関係 529
  - (2) 国家権力の根拠づけと服従義務の根拠づけ 530
  - (3) 非常大権概念の二義使用 530
  - (4) 国家目的によるランデスホーハイトの包括的根拠づけ 530
- 3. 国家権力の設立について 531
  - (1) 国家権力の設立に関する社会契約論的説明 531
    - (i) すべての市民の参加 531
    - (ii) 自然的自由のよりよい保障を目的 531
    - (iii) 首長と臣民との分離 531
  - (2) 社会契約論的説明からの帰結 532
    - (i) 首長による権力濫用の効果 532
    - (ii) その帰結の打消し 532

第3節 国家の憲法 ..... 533

- 1. 国家の憲法 533
  - (1) 国家の憲法とは 533
  - (2) 国家・国家権力そのものと国家憲法の区別 533
- 2. 国家の憲法を決定する権利を持つものとしての国民 533
  - (1) 国民が憲法を決定する権利を持つ 533
  - (2) 国民の成立のしかたの多様性 533
    - (i) 合理的法原理もしくは国民的法原理にもとづくもの 534
    - (ii) 土地領主的法原理にもとづくもの 534
- 3. 国家の憲法の正当性の2通りの根拠 534
  - (1) 正当性判定基準の二元性 534

- (2) 正当性判定基準の二元性の意味 535
- 4. 国民が決定する憲法の諸形態 535
  - (1) 直接支配的自由国民国家 (autokratischer freier Volksstaat) 535
  - (2) 国民が他者に権力の行使を委ねる場合 535
    - (i) この場合のすべての形態に相当する原理 535
    - (ii) 国民が1人の自然人に権力を委譲する場合 = 君主政 536
    - (iii) 国民が複数の自然人に権力を委譲する場合 536
  - (3) 制限君主政の特質 536
    - (i) 社会契約論的説明 536
    - (ii) 実定法に即した説明 537

#### 第4節 マイヤーにおける自然法と実定法との共存のさせ方の特色 537

- 1. 自然法論から出発 537
- 2. 2通りの憲法の正当性判定基準 538
  - (1) 2通りの基準 538
  - (2) 2通りの基準を打出した理由 538
- 3. 土地領主的法原理にもとづく国家における国家の論理 (= 本質) の貫徹 539
  - (1) 国家の論理 (= 本質) の貫徹 539
    - (i) 所有と統治との区別 539
    - (ii) 権力の主観主義的な捉え方と客観主義的な捉え方の区別 540
  - (2) 国家の論理の貫徹の内容 540
  - (3) 国家の論理の貫徹の効果 540
- 4. 結論 540

### VI シャイデマンテル 544

#### 序 544

#### 第1節 自然法の受容 545

- 1. 自然法受容のための理論的装置 545
  - (1) 国家根本法の2本建て構成 545
  - (2) 国家根本法の意味 546
- 2. 自然法もしくは一般憲法原理としての一般的国家根本法 546
  - (1) 一般的・本質的国家根本法に属する諸ルール 546
  - (2) 一般的・本質的国家根本法に含まれる自立・自律のエレメント 547
    - (i) 結合と服従 548
    - (ii) 国民の基本権力 548
    - (iii) 国民の正当防衛権 549
- 3. 特殊のもしくは意思的国家根本法 549
  - (1) 契約としての意思的国家根本法 549
  - (2) 意思的国家根本法は社会契約と同一化されているか 550

#### 第2節 自然法及び実定法の機能及び両者の機能上の関連 550

- 1. 機能上の関連 550
- 2. 自然法としての一般的・本質的国家根本法 551
  - (1) 一般的・本質的国家根本法の第1原理 551
  - (2) 首長の権利・義務の根拠づけ・限界づけ 551
  - (3) 自然法と実定法との相互依存 551

- 3. 実定法としての特殊的・意思的国家根本法 552
  - (1) 実定法としての法律の特質 552
  - (2) 国家根本法 552
  - (3) 自然法と実定法との相違 552
- 4. 自然法と実定法との機能上の関連 553
  - (1) 成立面での自然法と実定法との関連 553
    - (i) 自然法の側からの要請 553
    - (ii) 実定法の側からの応答 553
    - (iii) 自然法からの指示 554
      - a) 自然法の側からの指示 554
      - b) 自然的拘束力と意思的もしくは市民的拘束力との結合 554
  - (2) 内容面での自然法と実定法との関連 555

#### 第3節 シャイデマンテル理論の捉え方——シュミット-アスマンの見解に即して 556

- 1. 自然法は実定法を必要としないか 556
  - (1) シュミット-アスマンの „zuordnen“ の理解のしかた 556
  - (2) シャイデマンテルにおける自然法と実定法との „zuordnen“ のさせ方 557
  - (3) 具体的問題点におけるシュミット-アスマンの見解の妥当性 557
- 2. 自然法に現実性を持たせるための方法 558
  - (1) シャイデマンテルの社会契約論についてのシュミット-アスマンの捉え方 558
  - (2) 自然法論の2つのモーメント 558
  - (3) 自然法に現実性を持たせるためのもう1つの方法 559

### VII 18世紀後半の帝国憲法学における自然法と実定法との交錯 (相互制約) という視角 563

#### 序 563

#### 第1節 プロイの見方 564

- 1. 理性法と実定法との統合を試みた者としてのピューターの評価 564
  - (1) 自然法にたいするピューターの態度のポジティブな評価 564
    - (i) 濫用の批判 564
    - (ii) 時代精神への迎合ではない 565
  - (2) 歴史的に生成した法の尊重 565
  - (3) 理性法と実定法との統合を試みた者としてのピューターの評価 565
- 2. 自然法と実定法との統合の方法 565
  - (1) 原則 565
  - (2) 具体的方法 565
- 3. 統合のメリット (1) 566
  - (1) ライヒ憲法とラント憲法との総合的論究 566
  - (2) レガーリエンの体系的把握 566
- 4. 統合のメリット (2) —— 狭義の警察概念の定立 567
  - (1) 狭義の警察概念の定立 568
  - (2) 警察の任務の縮減の意図・効果? 568

- (3) 自然法的思考と実定法的思考 568
  - (i) 自然法的思考の立場からの出発 568
  - (ii) 権力体系の構築（この場合の権力は、国家権力の個々の構成要素） 568
    - a) 一般的高権と特殊的高権 568
    - b) 本質的高権と偶然的高権 568
    - c) 本質的高権としての警察権力 568
    - d) 「公共にとっての害悪の防止」としての警察の任務 568
  - (iii) 現実に対応するための工夫（偶然的レガリーエンを警察権力の任務とするための3段階の工夫） 569
  - (iv) 自然法と実定法とを共存させるための試み 569

## 第2節 ラートイエンの見方 ..... 570

- 1. 自然法と実定法との交錯という視角 570
- 2. 自然法と実定法との交錯・接合の場面 571
  - (1) 自然法論の影響が強く現われている場面 571
    - (i) 実定法の体系構築に貢献 571
    - (ii) レガリーエン或いは高権的権力の分類に貢献 571
    - (iii) 警察の任務を制限する傾向に貢献 572
  - (2) 自然法と実定法とが相互に接近し融合するにいたった問題分野 573
  - (3) 自然法的要素と実定法的要素との共存ないし2本建てが認められている場面 573
    - (i) 個人の権利について 573
    - (ii) 裁判上の権利保護について 574
  - (4) 自然法と実定法とが同一化されている場面 574
  - (5) 自然法と実定法との乖離が埋められなかった問題分野 575

## 第3節 ペータースの見方 ..... 575

- 1. ペータースの見方を検討する理由 575
- 2. 自然法と実定法との交錯・共存という視角 576
  - (1) 形式的関係における自然法論の活用 577
    - (i) 実定憲法の体系化のために活用 577
    - (ii) 根本法の、近代の意味における憲法に類似したものへの仕立てあげ 577
  - (2) 実質的關係における自然法論の活用 577
    - (i) 実定憲法による支配権力の正当化の必要性という観点 577
    - (ii) 社会契約論の援用による支配権力の正当化の試み 578
      - a) 支配権力の正当化のための理論としての社会契約論の援用 578
      - b) 社会契約の明示的法文化 578
    - (iii) 社会契約論の論理の徹底化 579
      - a) 支配者の聘任の場面で 579
      - b) 支配者の解任の場面で 580
  - (iv) 等族国家的秩序から初期立憲主義への橋渡しとしての、ライヒ裁判所による権利救済 581
- 3. 帝国公法学における自然法と実定法との共存のさせ方についてのペータースの評価 581
  - (1) 自然法的社会契約論の実定憲法構造の中への組込み 581
  - (2) 自然法と帝国公法学の対象となった等族国家的秩序との好適合 582
  - (3) 等族国家的二元主義の二面性 582

## 第4節 シュミット-アスマンの見方 ..... 584

- 1. シュミット-アスマンの基本的スタンス 584
  - (1) シュミット-アスマンの研究意図 584
  - (2) ヘルメノイティッシュな憲法論の立上げ 584

- (3) 憲法概念の学説史によるヘルメノイティッシュな憲法論の論証 585
  - (i) 規範的憲法理念の段階的実現 585
  - (ii) 第1前段階 586
  - (iii) 第2前段階 586
- 2. シュミット-アスマンによる旧ライヒ憲法論の性格づけ 587
  - (1) 予備的考察における論究 587
  - (2) 低評価の理由 587
  - (3) 中世的・等族国家的構造に強くとらわれている事 587
- 3. 旧ライヒ憲法論の位置づけとの関連におけるシュミット-アスマンの基本的スタンスの問題性 588
  - (1) シュミット-アスマンの基本的スタンス 588
  - (2) シュミット-アスマンの基本的スタンスの問題性 589
- 4. 旧ライヒ憲法論による自然法と実定法との共存のさせ方についてのシュミット-アスマンの見方（無関係の並存） 591
  - (1) 旧ライヒ憲法論による理性法的社会契約と実定法的国家根本法との同一化についての批判的見方 591
  - (2) 旧ライヒ憲法論による自然法と実定法との共存のさせ方の第2パターンについてのシュミット-アスマンの批判的見解 593
  - (3) シュミット-アスマンの静態的な（非動態的な）考え方 594
  - (4) シュミット-アスマンにおける自然法と実定法との協働的共存の見方 595

## VIII クリューバー ..... 602

### 第1節 一般ドイツ憲法学について ..... 602

- 1. 一般ドイツ憲法学の輪郭 602
  - (1) 一般ドイツ憲法学の語義 602
  - (2) 一般ドイツ憲法学の基本的内容 603
  - (3) 一般ドイツ憲法学の成立・展開・退潮 603
- 2. 一般ドイツ憲法学の基本的性格 606
  - (1) ゲルバーが引きおこした転換の意義 606
  - (2) 一般ドイツ憲法の効力の根拠づけ 607
    - (i) 一般ドイツ憲法としての内的要件と外的要件 607
    - (ii) 一般ドイツ憲法の法的効力の根拠づけ 607
      - a) 一般ドイツ憲法の法的根拠としての自然法 608
      - b) 一般ドイツ憲法の法的根拠としての歴史主義的思考 609
      - c) 両者の妥協 610
    - (iii) 一般ドイツ憲法の哲学的根拠づけ 610
  - (3) 一般ドイツ憲法学の基本的特質 610
    - (i) 実定法の背後にあるものの追求 610
    - (ii) 法的効力のレベルの二元化 611
    - (iii) 一般ドイツ憲法学の基準提示・要求提出の機能 611
- 3. 一般ドイツ憲法学の機能 611
- 4. 一般ドイツ憲法学と伝統継承 613
  - (1) 一般ドイツ憲法学による伝統継承 613
  - (2) 伝統継承を可能にした諸要因 613
    - (i) 政治的要因 613
    - (ii) 学問的要因 614

- (3) 自然法の伝統と実定的憲法体制との対応 614
  - (i) ドイツ同盟規約13条による議会的憲法導入の義務づけ 614
  - (ii) ウィーン最終議定書57条による君主主義原理維持の義務づけ 614
  - (iii) 領邦国家の実定憲法の定着化のための貢献 615
- (4) 一般ドイツ憲法学における伝統と理性 615
- (5) 一般ドイツ憲法学にとっての連続性 615
  - (i) 帝国憲法学の継承者たる事自認 615
  - (ii) アルプレヒトによる国家の公法的側面 (= 国家の法的人格) の貫徹の漸進性の認識 616

## 第2節 クリューバーとその一般ドイツ憲法学 ..... 617

1. クリューバーの人と業績 617
  - (1) 出生と学業 617
  - (2) エアランゲン大学時代 617
  - (3) ハイデルベルク大学時代 618
    - (i) ウィーン会議への出席 618
    - (ii) ハイデルベルク時代の著作 618
  - (4) プロイセン勤務時代 621
  - (5) フランクフルト時代 622
2. クリューバーの一般ドイツ憲法学 622
  - (1) ドイツ憲法の2部構成 622
    - (i) ドイツ憲法の2部構成 622
    - (ii) 第1部 同盟法 622
    - (iii) 第2部 同盟加盟ドイツ諸国家の憲法 623
  - (2) ライヒ時代の憲法学の伝統の継承 625
    - (i) 断絶 625
    - (ii) 継続 625
    - (iii) 伝統継承の重視 626
    - (iv) 論述方法に現われている伝統重視 627
    - (v) 問題点 627
  - (3) 自然法・一般憲法学の受容 628
    - (i) 自然法にたいするクリューバーの態度についての諸論者の見方 628
    - (ii) 自然法にたいするクリューバーの積極的態度 628
    - (iii) 自然法、或いは、一般憲法学を受容した事がうかがわれる理論構成の例 629
      - a) 人間 629
      - b) 君主 629
      - c) 国民 629
  - (4) 立憲主義にたいするシンパシー 630
    - (i) 立憲主義にたいするシンパシー 630
    - (ii) 憲法にたいするクリューバーの考え方 630
      - a) 憲法 (Grundverfassung = Constitution) の定義 630
      - b) 憲法の制定 630
      - c) 憲法の改廃 631
    - (iii) 国民代表制に関する考え方 631
      - a) 国民代表制にかかわる語句の用法 631
      - b) 国民代表制のためのキャンペーン 631
      - c) 国民代表の位置づけ 632
    - (iv) 政府にたいする世論の媒介者としての国民代表 633
    - (v) 国民代表の構成に関する基本思想 633
    - (vi) 国民代表の権限 633
    - (vii) 国民代表制の憲法の精神を体現している憲法規定 633
  - (5) 漸進主義 634
  - (6) クリューバーにおける自然法と実定法との交錯 635
    - (i) 自然法と実定法との共存 635

- a) 自然法論の社会契約への収斂 635
- b) 社会契約の二面性 635
- (ii) 事実としての社会契約 636
  - a) クリューバーにおける社会契約 636
  - b) 事実としての憲法契約 637
- (iii) 理念としての社会契約 639
  - a) 理念としての社会契約の持つ意味 639
  - b) 理念として追求し続けるべき法原則の内容 640
- (iv) 総括 640
  - a) 自然法の実定法化への内在的傾向 640
  - b) 自然法としての社会契約、実定法としての憲法典 640
  - c) 自然法から実定法への指示 641
  - d) 事実及び理念としての社会契約 (憲法契約) 641
  - e) 社会契約と憲法 (= 根本法) との同一化 641
  - f) 自然法と実定法との協動的共存 641

## 附 録

### I モーザーの理論 ..... 651

#### 第1節 モーザーについて ..... 651

1. 生涯 651
2. 学問 654

#### 第2節 モーザーのランデスホーハイト (領邦高権) 理論 ..... 656

1. ランデスホーハイトの一般的性格 656
2. ランデスホーハイトの限界 659
  - (1) 帝国による制約 660
  - (2) 領邦内部における制約 661
3. ランデスホーハイトと領邦臣民 663
  - (1) 臣民の義務 663
  - (2) 臣民の人身にたいする君主の権利 664
  - (3) 臣民の財産にたいする君主の権利 664
4. ランデスホーハイトと立法権 665
  - (1) ランデスホーハイトと立法権との関係 665
  - (2) 法律の意義 666
  - (3) 領邦等族議会の立法参与 666

### II ピュッターの理論 ..... 673

#### 第1節 ピュッターについて ..... 673

1. 生涯 673
2. 学問 675
  - (1) 業績 675
  - (2) 学問の傾向 677
  - (3) 学問上の意義 677

#### 第2節 ピュッターのランデスホーハイト (領邦高権) 論一般 ..... 678

1. ランデスホーハイトの国家権力的性格 678
2. ランデスホーハイトと一般的国法 679
3. ライヒによるランデスホーハイトの制約 680
  - (1) ライヒ皇帝の留保権による制約 680
  - (2) ライヒの体制による制約 681



4.	ラントシュテンデ(領邦等族議會)による ランデスホーハイトの制約	682
<b>第3節</b>	ランデスホーハイトの構成要素=個別的統治権限	683
1.	行使方法を基準とする統治権限の分類	683
2.	一般的統治権	684
3.	特殊的統治権	688
	(1) 本質的統治権	688
	(2) 偶然的統治権	691
<b>III</b>	ヘーベルリンの理論	698
<b>第1節</b>	ヘーベルリンについて	698
<b>第2節</b>	ヘーベルリンの国法理論	700
1.	国家の基礎構造一般について	700
2.	国家権力行使の基本原理 =ランデスホーハイト(領邦高権)論一般	702
	(1) 憲法制定としての基本的法律制定	702
	(2) ライヒとラントとの権限の配分について	703
	(3) ランデスホーハイトの限界	703
	(4) 最高権力にたいする制度的制約	704
3.	ランデスホーハイトの構成要素	705
	初出一覧	712