

書評

Hisao KURIKI, Beiträge zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft—Gedanken des Volkes in der deutschen Staatsrechtswissenschaft—, Seibundo-Verlag Tokio 2009.

山田 秀

一 はじめに

1 本書は、栗城壽夫教授によるドイツ国法学に関する最初からドイツ語で書かれた論文集である。その本体をなす諸論文は、既にドイツでも屈指の出版社から公刊されたものでもある。この度の出版に際して、新たに大部の一章「第二章」が書き下ろされており、総頁が三四八頁にも及んでいる。

栗城教授は、我が国では押しも押されぬ国法学者として夙に名声を博しており、とりわけドイツ国法学ないしドイツ憲法学

においては第一人者である。その教授が、本論ではドイツ国法学形成史を論じており、附録Anhangとして、我が日本国憲法とドイツ憲法との比較などを織り交ぜながら、ドイツ語圏に向けて発信しておられる。もちろん我々日本人の研究者にとっても示唆多き論文集となつている。次に、全体の構成を紹介しよう。

目次
前書き

〔本論〕

第一章 十八世紀中葉から十九世紀中葉にいたるドイツ一般国

法(学)の役割

第二章 十八世紀ドイツ自然法における国民の思想「書き下ろし」

第三章 ドイツ国法学史における国民思想のはたらき

第四章 ドイツ法理論・国法理論史における「人権」なる語の用法について

第五章 ドイツと日本における一般国法(一般国家学)についての史的考察

附録

A 日本における国家行為の司法審査体系

B 日本国憲法の視角からみた民主主義と法治国家

C 東アジアの伝統における立憲国家、とくに日本を事例として

D ドイツ国法と日本国法

E 日本における人間、社会、国家

F 日本における憲法変更問題を巡る現状

人名索引

初出

二 本論に関連して

2 さて、以上の著作全体の構成のうち、ここでは主に本論に

ついて「以下では、便宜上本論と附録という風に区別して呼ぶ。」しかも思い切つて論点を絞つて、実質的には第一章と第四章を紹介しよう。

3 第一章において何時頃からドイツの何処で「一般国法」*Allgemeines Staatsrecht* という用語が生まれたか。それはどのような意図の下においてのことであつたか。その後その展開はどのようであつたか。こうしたことを、ドイツの各大学(ゲッティンゲン、ハイデルベルク、ヴイーン、フライブルク、ベルリン、ミュンヘン、テュービンゲン)開講科目名と開講年度学期及び教授者の名前を資料として掲載しつつ(三五―七六頁)、丁寧に論じている。

先に紹介された「一般国法」は、その文脈によっては一般国法を対象として扱われる学問的営為という意味で「一般国法学」*Allgemeine Staatsrechtslehre* と訳出できる類のものである。従つて、「一般国法(学)」と表記するならばより厳密にはなるであろうが、本書評においては一々断らずに原則として単に「一般国法学」と記す。

4 大学の正規授業科目として一般国法学が確認されるのは十七世紀末のことであるが、同世紀初めには既に「理論的基礎としての一般原理及び思想に基づいた国法学」が生まれていた。およそ国法学が存する限り国法の理論的基礎という意味での一般国法(学)は常に存在していたと言える。しかし厳密な意味での(一)一般国法学となると、これはおよそ十七世紀末から

十九世紀中期にかけて存在したという(二頁)。

今少し詳しく眺めてみよう。栗城教授によれば、一般国法学誕生の正確な時期確定は困難ではあるが、或る論者によると、一般国法学を開始したのはカスパル・ツィークラー(C. Ziegler)であること、その著作は一六八二年との由である。一七一七年にはザルツブルクで「一般国法及び国際法」の専任教授講座が開設された。十八世紀中葉インゴルシュタットでイクシユタット[Exstact]は、自然法に続いて、そしてドイツ法の前に、即ち両者の間で、「普遍的公法」das jus publicum universaleを講義している(三頁)。

ところが、十九世紀中葉に到ると様子が変わってくる。先ず独立の一般国法学講義が減少していく。ドイツ法への補遺の如く扱われることも見られる。規範的性格を失っていった様子は、カール・ガライス(C. Gails)に認められる。即ち、彼は一八八三年刊の『一般国法学』において、一般国法を実定法として主張し、人間本性由来の自然法や理性法を国法理論から排除した(四頁)。

5 十九世紀末のことである。一般国法学の講義は、「一般国法学」„Allgemeine Staatslehre“の講義に取って代わられた。初めのうち一般国法学の副題であった一般国家学は、やがて主題に格上げされ、逆に一般国法学は副題に格下げされ、そして消え去る。イェリネックこそ、ハイデルベルクにおいて一般国法学を正式に講じた最初の人である(四一五頁)。同じことは二

十世紀に入って(一九〇五—一九〇八年)オットー・マイヤー O. Mayerが実施した。この動向の背景には、例えば、法的側面に偏った国家論(即ち国法学)を、国家学や社会学によって補完しようとする動機が存した(五一六頁)。

こうして十九世紀中葉まで共同体、国家の正しい制度設計のための規範を提供する資格と役割を担っていた一般国法学は、国家及び国法の経験的事象のみを記述する学問ないし研究に取って代わられた(六頁)。それは現状追認の事実学に過ぎなかった。ナチス時代に『自然法の永遠回帰』を著したH・ロメン Rommenの法哲学者の鋭い史的把握がここに有力な傍証を得ているように私の眼に映る。

以上が、第一章全体の鳥瞰である。著者は七頁以降(詰り、第二節以降)十八世紀中葉から十九世紀中葉までの一般国法学の役割について詳論する。

6 ドイツ国法学成立に決定的な影響を与えた三源泉はボダン Bodinの主権論とホッブズHobbesの理論、そしてロック LockeとモンテスキューMontesquieuである(七、一一、一四頁)。そうとは言え、ボダンの主権論を無媒介的にドイツ法に適用するのは諸種の事情から不可能であった。主権論とアルトウジウス由来の国民主権論の混合から、二重主権論と混合政体論とが生まれた。それらがドイツ法学を規範学として成立させた(八頁)。この文脈でボダン理論、それに対してラインキング R. Reinkingが主張するドイツ帝国君主制国家形態に関する伝来

の見解、更にリムネウスRimneusの見解が紹介される(二〇頁)。7 ドイツ国法学に影響した第二源泉はホッブズ理論であった。この絶対主義主権論の力のために二重主権論は息絶えた。更に、ホッブズの契約理論のために、国家論および国法論を土台から構成する機会が与えられた(二二頁)。ホッブズ理論を緩和し、これをドイツに移植したのはプーフエンドルフPutendorfである。彼は大胆にも、その視点からドイツ帝国憲法を「変則的である形」*irregular und monströs*と形容した。国法学において、社会契約による国家と国家権力の説明、全体人格としての国家の説明、君主による全体人格の代表という理論が一般的見解となった。しかし、ホッブズとプーフエンドルフ流の見解はそのまま受容されたのではない。重大な変更を被る。特に全体人格を代表する支配者人格と並んで国民の人格が承認された。かくして、絶対主義主権論は緩和されることになったのだが、しかしここから又、問題が発生する。国法学は、二重主権論はもう維持しないが、それでも統一的国家権力の行使という考えを擁護しようとして、*imperans*(命令者)としての皇帝は*coimperantes*(共同命令者)としての帝国身分と協同して真の帝国主権を有するのだと主張する(二二―二三頁)。第二に、帝国主権と並んで各邦の主権も考慮される。第三に、国法学は基本法律をあくまでも破棄し得ないと宣言した。尤も、*das Prinzip der potestas [a] legis soluta*、即ち「主権は法律の拘束を受けなく」という原理を真つ向から否定することも出来ないもどかしさもあり、

問題状況は微妙であった。こうした時代にシュペーナー「*Spener*が活躍した(二三―二四頁)。

8 ロックとモンテスキューがドイツ国法学への第三影響要因であった。しかしこれも、例えばヴォルフChristian Wolffが国家契約に由来する権力分割を完全許容できるものとし、混合政体を通常形態とし、生得の人権を強調した。十八世紀後半、権力抑制ないし緩和に向けられた一般国法と実定国法との乖離を埋めるべく種々の理論が(*Justi, J.J.Moser, Epllen*) 模索された(二五―二六頁)。そうした努力の結果、領土高権の概念的把握や合理化と手を携えて、領土高権、即ち国家権力の制約・緩和の傾向は更に進み、そうした中、幾つかの原理や根本思想が論述されるようになった(二六頁)。

9 理論的に最も重要な原理は国民の根本権力であった。ヴォルフに萌芽的にみられたものをユステイヤーが更に展開する。彼によれば、自分で立てた法則以外の何物をも有しない精神的ないし理解力ある存在としての人間は、国家内で自己立法した法則、即ち法律に服する。何故と言うに、意思と諸力を一致させることによって国民の根本権力が成立し、この権力が根本法律のみならず、最高権力を与える他のすべての法律の基礎となっているから(二六―二七頁)。こうして、実際上の権力行使機関の権力と国民の根本権力が共存するための理論が提供された。基本法律*Grundgesetz*の思想ないし原理における新たな要素として、一般国法の基本命題が実定法律と並んで国家の基本法

律Grundgesetzeに数えられ、しかも前者は変更不可とされ、後者は利害関係者全員の明示ないし黙示の同意でのみ変更可能とされる。

この外、論者（マルティニMartin¹⁰、ピュターPutler）によって制約と自由の趣加減に相違が認められる自由と財産の原理だとか（八一―九五頁）、モンテスキューに依拠して特にユステイによって主張された王権と混合政体思想の区別原理だとか（九一―二〇頁）、更に古く存在したが君主によって否定されて来たものをモザーMoserやピュターが復活した代表原理だとか（二〇―二二頁）が論じられ、最後に国家目的としての共同善原理das Prinzip des Gemeinwohls als Staatszwecksが論じられる。この二つでは特にクライトマイヤーKreitmayerが共同善原理を一般国法学の第一原理と捉えたことが記されている。尤も、当時マルティニやピュターは制限的に、ないしは否定的にこれを捉えていたという。栗城教授の叙述は如何にも公平で、このPeter Preu, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, 1983という文献を挙げて、それに対する批判的研究に注意を促される（二二頁）。これより時代はおおよそ百年後であるが、カトリック社会倫理学の基本方向を打ち出したレオ十三世教皇は、共同善を「神に次ぐ、社会の始原的且つ終局的法則」と規定している。〔尚、二十世紀初頭パウル・ラーバントPaul Labandが国法の論述から国民を排除し国家目的の法的性格を否認したことが一七五頁に言及してある。〕共同善創出にこそあらゆる共同

体の、とりわけ国家の存在目的があるのであって、ここから国法学や憲法学で語られる憲法が権力に対して授權規範としてと同時に制限規範として機能する理由が知られるのである。

10 上述諸原理はドイツ実定国法の諸原理として大きな意義を有した。その事情を当時の代表的ドイツ国法学者ピュターによって確認しておこう。即ち、彼は一般国法の根本原理を高く評価し、実定国法を論究する際にしばしばこれを援用した。方法論上でも国法、特に国法学に一般原理が不可欠である所以を強調した。それらは、自然本性が各人に教えるものであって、健全な人間理性が明瞭に知るもの、事物の自然本性に存する真の正義である（二二頁）。

11 英国法に範を求めつつも絶対主義に好意的態度を崩さないピュターと並んで、当時は仏革命に感銘を受けた著述をしたシュレーツァーSchlözerとヘーベルリンHaberlinがいる。

シュレーツァーは、公衆を動員しようとした（三二―三四頁）。ヘーベルリンは社会契約思想、国民主権説、自然的自由を主張したが、同時にこれら諸原理はドイツ帝国憲法において既に実現されていると見た。

12 十八世紀後半の国法学は全体としてみると、一般国法の原則を発展せしめ、実定国法上の問題解決のための基準としてこれを強調した。国法の諸制度は一般国法学の根本概念と一致せしめられた。いわゆる基本法律は社会契約と同視され、選帝侯による皇帝選挙は国民主権と同視され、帝国裁判所は自由と同

視された(二五頁)。

13 さて、十九世紀初めから既に新しい憲法状況が現象しつつあったが、これは勿論ナポレオンによる(プロイセンを除く)ドイツ征服などを受けてのことである。国法学の世界でも変化が生じつつあった。必ずしも自然法論的・立憲主義的観点に立たない一般国法学の論者(シュマルツ[*h. Schmaltz*])だけでなく、一般国法学の反対論者(ツァハリエ[*K. S. Zachariae*])も登場した。それでも十九世紀半ばまでは尚、政治学及び国法学に自然法論的国法学が影響を及ぼしていた。ロテック[*C. v. Rotteck*及びクリューバー[*J. Klüber*]のお蔭であつた(二六頁)。

14 当時の一般国法学最大の寄与は、「公共的なもの」*das Öffentliche*の原理と領域の強化と拡大であつた。権力を「公」権力として、即ち、万民のための万民による正当化を通じて権力を現象させるといふ社会契約論による見解は、換言すると、万民によって承認されるが故に公共的であるとされる権力についての観方は、ルソーの見解と相伴つて以前にもまして(エプレン[*Eppelen*]やロテックにより)主張された(二七頁)。この間、領土、国民、領土高権に関する解釈の対立が論者の間で繰り広げられた(二七―二八頁)。

一般国法学の寄与として、更に、代議制と立憲主義の促進と定着とが挙げられる。イエリネク[*Jeinek*]は至当にもこれを「立憲主義一般国法学」と呼んだ(二九頁)。

15 著者は、全国民の代表者という性格に基づき代表者の拘束

委任が否定されるも、代表者の全国民との意見の一致を確保すべく議会活動の公開やその他の諸制度、国民の司法参加、刑事手続の公開などが要求されたことを論ずる。しかし、不思議なことにと著者は附言して、国法学者間での意見の相違にも拘らず、君主が国民の一般意思の統合機関として殆ど全学者によつて承認されていた、という(三一頁)。例えば、アレーティン[*Arétin*]は、選出された代表の自力で社会内の対立を克服できない状況下で立憲君主制が必要とされると考え、又、ロテックは、理想的な総体意思は二つの機関、即ち自然的機関と人工的機関、言い換えると、国民の多数ないし領邦議会と君主ないし政府に担われ、両者が対等相互に関与すると考えた(三二頁)。

16 エルダン[*S. Jordan*]は、社会契約の締結後も国民は道徳上の人格として(詰り法律上の人格として)君主(実はこれも自本人ではなく法律上の人格なのだ)に対峙し続けると考えた。ロテックは、「国家という理想的な総体人格の内部に」二つの人格が生まれると考えた(三三頁)。

この二重人格性については、両者が同じ根から生じているという限りに於いて、両者間に相互作用関係が見出される。

公共的なものは、内容に着目すると、万民のための配慮という要素と万民による正当化の契機とを擁する。方法に着目すると、同一の契機と多様性の契機とを含む。「統一の契機は課題であり、多層的な努力の結果として実現されるべきものである。この統一実現には二つの人格性のみならず多くの層が参加しな

ければならない。」(三三頁)

17 ドイツ国法学に一貫して流れる思考様式は十九世紀前半に公共的なものの領域(公法領域)での法・権利保護を廃止した。若干の立憲主義議會制度に貢献した部分が認められなくてはならないにしても、やはり議會制度の発達をも阻害した。こうした学問は、しかし、ゲルバーやラーバントによって葬られる。しかし、彼らは自然法思想も社会契約思想も否定したばかりでなく、国家という閉じた人格を国法体系の出発点並びに中心点に据えた。著者は締め括っている(三三―三四頁)。

三 ドイツ憲法における「人権」という用語について

18 本論のなかで法哲学専攻の私にとつて最も興味をそそられたのは、この「人権」という用語について論じられている章である。さて、どのような内容展開になっているのだろうか。

人権がドイツ憲法史上初めて明定されたのはボン憲法(ドイツ連邦共和国基本法)においてである。ところが、同憲法は人権Menschenrechteのみならず基本権Grundrechteも明定している。この「二重規定制度」Zweigtisigkeitは、そしてこの「特別の道」[「が道」] Sonderwegは如何に理解すればよいのだろうか。最終結論としては、法的拘束力を有するのは基本権のみで、人権は基本権の基礎にとどまる由である(二九七頁)。勿論こうした説明と大同小異の諸説があるようだが、私に理解しづらい文がその次に登場する。「何れにせよ基本権は、現在

多数説が言うように、基本的に人権と同一視することが出来る。」(二九八頁)と。

十八世紀後半、仏革命以前に既に人権がドイツの学問領域でも出版界でも盛んに論じられていたが、そしてそうした事情は十九世紀も六十年代まで続いたが、七十年代からは影を潜めるようになったという。そうした史的事情を考慮して、著者は「人権」という用語の使用の歴史を辿ることを通じて、ドイツの己が道という問いに答えようとする(二九九頁)。

19 十八世紀中葉前に既に人権思想が存在したか否かについては論争がある。プーフエンドルフやヴォルフの見解を紹介してから、人権はせいぜい人間の義務からの論理的帰結として承認されていたと著者はいう。

不可譲の自然的自由思想はブルンクヴェルJ. S. Brunnequellに萌芽的に見られ、十八世紀半ばから益々強くなっていった。しかし、「人権」という概念ないし用語は、人間の使命を実現するために国家状態において最もよく保護され得る権利という意味を担って登場した。始めて体系的に論じたのはシュレットヴァインJohann August Schlettweinであった。著者による任意のシュレットヴァインの著作からの引用は、存在論的観点からみて実に興味深い(二〇〇頁)。

20 かくして、自然法論と国家へのその応用自然法論である一般国法学は、人権に正しく対応すべく国家は如何なる態様で存在すべきかという問題と取り組むこととなった。重点は、国家

権力の制約に置かれる。先ず、国家活動を国家目的の実現に厳しく制約する。その目的は正しく解された万民の善によって測られる。その限りに於いて、共同の善は万民の私的善と一致する。第二に、国家権力の行使を万民の意思に基づかせる。社会生活における自治思想である。こうした思想をよく表現し得たものとして、著者は当時の書き人知らずの著書『国家及び最高権力の本質的諸権利について』を引用している(二〇一—二〇二頁)。

21 自然法論と一般国法学の人権思想は、国家目的と万民の意思に適うように、そして少なくともそれに背かぬよう統治者に対する要求を突きつける。第二に、そうした要求に政府が応えているか批判的に作用する。第三に、政治制度の改革要求を、特に人権保障及び国民代表を有する憲法の導人ないし形成要求を行う(二〇二—二〇三頁)。

22 意思主体ないし基本権力主体としての国民という考えは二重の点で意味がある。即ち、その意思は現実的なものでなく觀念的なし潜在的なものでありさえすればよい。第二に、従って、国民は觀念の基体として作用すればよい(二〇四頁)。

23 十九世紀前半にドイツ諸邦で存在した憲法は、領邦君主によって裁可されたのであったが、それは主として支配権力維持のための手段として有用だったからである。当然の結果として、それら憲法上国民に保障される権利は、それぞれ領邦君主によって初めて創造された(御上から授かった)権利であった。

国法学は、こうした君主原理からの影響を受けた憲法運用を前にして、詰り、権利保障に十分応えない憲法文書に如何に対応したであろうか(二〇四頁)。

裁可ないし・下賜・授与 *Okroyierung* による憲法であつても、国民の承認によって初めて法的拘束力を獲得するのであつて、その帰結として、国民の側からの同意なしには変更され得ないという(二〇四—二〇五頁)。

内容的に不十分な憲法は、これを補充・補強・補完すべく努力が払われることとなつたが、国法学「原文では *die Wissenschaft* となつている。」も一役これに買った(二〇五頁)。

24 この国法学は実定憲法を字句通りにではなく、自然法という基準で理解し註釈した。アレーティンとロテックの著書が代表的なものであるが、これによると、法は「理性によって」規定される。「そのような神聖な自然法の効力を否定する者は、結局すべての法を破棄するのである。」当時は既に反自然法論の批判的潮流が現われ始めてはいたが、自然法論と一般国法学も尚影響力を行使し得ていたので、「人権」という用語も多くの論者によって用いられていたのであつた(二〇六頁)。様々な用語、例えば、臣民の権利、国民の権利、バーデン人の国民権及び政治権などが実定憲法に使用された。多くの論者はこれらを「人権」という概念で一括して理解した。これは、「人間の原権利」とも「自然権」とも「不可譲の権利」とも呼ばれ、一般国法学のみならず他の法領域、ドイツ普通法、諸法の憲法教

科書にも登場するあり様であった(二〇六—二〇七頁)。

25 それでは、実定法で臣民に保障された権利を「人権」として解釈する実際上の意味は何処にあるのか。国家の義務を明確にすること、詰り、国民の権利を人権として無条件に尊重せしめることにある。それに止まらず、理性目的の追求可能性の成否を左右する外的諸条件を築き、或いは、美德や精神的・社会的文化への教養形成を左右し、真の啓蒙を可能にする補助手段を提供することにある(二〇七—二〇八頁)。

ドイツ普通法のマウレンプレッヒャー R. Maurenbrecher を始め多くの著者によって国家目的が基本的に人権保障に帰着せしめられることは注目に値する(二〇八頁)。

それと相関して国家権力ないし立法権の本性上の限界は人権であった。その帰結は、国家権力への服従拒否(不服従)の権利承認であった(二〇八頁)。

26 以上を踏まえると、人権は国家権力の限界であると同時にその根拠でもあることが判る[前述9をも参看]。かくして憲法は人権保障手段と看做され、そればかりか人権と同視された程である。こうして、憲法文書に反する立法や規定から解放される国民の権利が主張され、憲法違反の支配者の命令は効力を否認され、被治者には憲法に適合する服従が求められた(二〇八—二〇九頁)。

27 人間が同時に市民であり、市民が同時に人間であることから、国民は人間として最高度に尊重されなければならないと帰

結される。その中の重要な権利に政治的自由も含まれるが、これは個人に対してのみならず市民全体に対しても認められたことが極めて重要である(二〇九頁)。

とりわけ言論出版の自由が聖なる人権と捉えられ、それも万民の始原的権利であるという理由からだけではなく、国家の法及び権利の基盤という政治的観点からもそうされた。従って、あらゆる検閲が絶対的に且つ永久に退けられた(二一〇頁)。

28 十九世紀半ば(一八四七年)に刊行された『国家事典』の「人権」(シュトゥルヴェ Gustav v. Struve 執筆)の項目を見ると、人は永久不可譲の身体的生存権を有するとともに、国家によってその素質に応じた教養・教育を保障される永久不可譲の権利をも有する。しかし現今(十九世紀中頃)では金持ちだけがその恩恵に浴している。すべての授業は無償であるべきで、特に児童らの生活必需品は欠けることがないよう、国家とゲマインデが支援しなくてはならない、とある(二一〇—二一一頁)。

29 十九世紀前半「国民権」Volkrechteが市民ないし臣民の権利を指す言葉として、三つの背景の下に、登場していた。第一に、人権思想の根底にある合理主義的・個人主義思想に対抗して、歴史的に生成し組織を成す全体の価値を強調する国民思想として登場した。第二に、真の総体意思の主体としての国民が領邦等族の形態という制度化された手段を、即ち絵空事ではなく現実的な集団を獲得した。第三に、三月革命前の政治的現

実の中、君主と国民との二重性が姿を現し、前者に対して後者を強調する必要が生じた(二二二―二二三頁)。

国民権は十八世紀に既に知られており、ピユターは抵抗権をこれに含ましめていた。エーアハルト J. B. Ehrhard は国民に革命権を認めた。それに対し、カントは国民権の聖域としてただベンの自由を擁護しただけであった。又、君主と国民という二重見解を改めて定義したのはロテックであった(二二二頁)。

しかし、ツェプフル Heinrich Zoepfler が「国民権」を最も明快に説いた学者であった。詰り、実質的それと形式的それを説いた。彼は国民権の担い手を個々人と国民全体に見出したが、大局的には個々人の人権という観点から国民権を考えた。更に彼は国民権の有効化・実行化のための法律上の機関を重視した(二二三頁)。

要するに、「国民権」という用語は、一方で「人権」と競合する側面を、他方で人権として把握される権利の保護をより実効的にする側面を有した(二二四頁)。

30 有機体思想は、「国民権」という用語の使用を促進した。なるほどこの思想は有機体・組織体全体の価値を強調ないし重視する傾向があるのは容易に予想できるが、この思想を説いた論者には人権を擁護する論者が少なからず含まれた(グレーヴェル Grävel, ベーリッツ Politz, エルダ、シュニットヘナー Schmitthener)(二四―二五頁)。

31 人権思想とこれに基づいた革命前の政治状況批判もある一

定程度寄与する形で三月革命の勃発、フランクフルト国民会議の招集が見られた。だが「人権」という用語は見られない。どういうことだろうか。なるほど以前と比較すると国民の権利はより強調されてはいるが、仏革命や人権宣言の基礎にある思想を前提にしようとは欲しなかった(二二五頁)。

パウロ教会では、詰りフランクフルト国民会議では、個人よりも全体が、抽象よりも歴史的・具体的なものが、人類一般的なものよりも国民的なものが、更には、個々人の自己支配よりも社会的責任が強調された。こうした理由から、詰り、人権と国家権力の妥協の産物として、人権よりも「基本権」が優先されたと了解できよう(二二五―二二六頁)。

「基本権」ないし「国民権」は、「人権」を優越したが、他方で「基本権」は「人権」と同じ意義を担い、人権思想の擁護者でもあり得た(二二六頁)。

32 三月革命後、政治的にも頭が冷やされて来て、又、国法学でも「人権」という語の使用例が稀になっていった。それは一方で、人権思想がその使命をよく果たし得たこと、他方で、人権思想を掲げる政治勢力及びそれと提携した国法学が人権思想が制度的に実現されたことに満足したことによって了解される。「ここで原文は "folgen" を使っているが、私の語感では "annehmen" とか "einsehen" が相応しく、その趣旨で紹介する」(二二六―二二七頁)。

「基本権」と呼ばれるのが実務でも国法学でも浸透しつつあつ

た、実定法で保障された国民権は、以上の如き経過を辿り、人権との関連を失い、果ては用語の使用のみか、その思想上でも人権との関連を失った(二二七頁)。

33 国法学を含む法学は、実定法だけを法と認め、実定法で保護される「べき」権利を人権として解釈する可能性を放棄したのである(二二七頁)。

34 こうした学問状況下でも「人権」を使用し続ける一連の論者がいた。有機体思想を理論の根底に据えた学者群で(ヘルト「Held」、ツェップフレ、カルテンボルンC. v. Kaltenborn、ハインリヒ・アーレンスHeinrich Ahrens)、ヨハン・カスバル・ブルンチュリーJ. C. Bluntschliが特筆され、その著作から重要箇所が引用されている(二二八頁)。

反対に、同じ有機体思想家群の中にも「人権」を使用しない論者も見られた(ビューラーFr. Bülar、C. Fr. v. Gerberゲルバー)(二二八頁)。

35 有機体思想は、一方で個々人の価値を全体のために引き上げる可能性を有しつつも、他方では個々人が全体に参加する価値を、その意味で個々人の価値を引き上げる可能性を有した。十九世紀を通じて、前者の可能性から後者の可能性へとその重心を移していった限りで有機体思想は、人権思想の担い手の役割を演じたのであった。しかし、この可能性も実現された制度を絶対的に定立する国法学、即ち、実定国法主義によって崩壊せしめられた。

ヴァイマル・ライヒ憲法のドイツ人の基本権も、人権として解釈される可能性を有しなかった。そして、これはフランクフルト帝国憲法のドイツ国民の基本権とは異なるものであった(二一九―二二〇頁)。

四 おわりに

36 以上において、私の興味の赴くままに栗城教授の力作の或る側面のみを紹介してきた。本書を取り上げて論評を行う適任者は、先ずは国法学に素養ある憲法学者、それもドイツ法に通じた憲法学者であろう。私がここで自分のあまり知らない領域の問題を論じた本書の書評を買って出たのには、四つの理由がある。第一はまことに単純な理由で、著者から献本されたという事実。それに何らかの形でお礼を申し上げたい。その一つの現われが書評となった。しかし、もっと実質的な理由がある。

37 それは一九九七年九月十六日から十九日に互って開催された第四回ヨハネス・メスナー記念国際シンポジウムに日本側からの主報告者の一人として栗城教授が参加して下さったことである。その前年であったかメスナー協会日本支部長の水波朗博士から栗城教授の第四回シンポジウムへの参加要請の打診依頼に始まり、日本側の窓口として教授との連絡に当たった私は、教授のお人柄を直接知る機会が与えられた。又、開催地南チロール(北イタリア)ブリクセンでの栗城教授のご報告「国民の基礎合意の守護者としての憲法裁判」は、それは見事で、報告後

の質疑応答の場面では、参加者のオーストリア人、ドイツ人、スイス人、イタリア人学者がドイツ判例を引証しつつ詳細解答される栗城教授の学識の広さと深さ、その真摯さに深い感銘を受けていたのを今でも記憶している。

38 さて、昨年暮れに、栗城教授は、教授のドイツでの拠点とも言うべきフライブルク大学のライナー・ヴァール教授(Prof. Reiner Wahl)を日本に招聘され、熊本大学にて法曹養成研究科と法学部との共催の下、ヴァール教授による講演会実施の機縁を与えられた。その講演原稿の翻訳が『熊本法学』本号に同時に掲載される。

39 もう一つの理由は、栗城教授は私の恩師水波朗先生の最初の門下生であることに関わる。水波先生は、九州大学に助教として着任された当初は、川村又介教授(後の最高裁判所裁判官)の下に、そしてその後は林田和博教授の下にあった。即ち、公法学講座の助教である。そしてこの時代に新進の栗城教授を指導された。水波先生はその後間もなく重心を公法学、国法学から法哲学へと移していかれた。水波先生の薫陶を受けた多くの者は、こうした事情から、法哲学者としての先生の下で、法哲学を研究することとなった。水波門下の高弟が、そしてこの言葉は通常の意味のみでなく年齢の意味でも通用するが、栗城教授であるならば、低弟が私なのである。その意味で、栗城教授と私は同門であり相弟子である。

40 そこで、最後になるが、自らの不遜を顧みずに述べるなら

ば、これほどの情報を正確に収集し分析し叙述されるのである以上、栗城教授にしか出来ないもう一つ先のこと、即ち、教授の法価値論に根差した視点からの叙述が出来ないものであろうか、否、出来た筈である。そして、水波門下の私としては、それこそを第一に望むのである。膨大な資料の発掘とその展開は、それ自体学問的に重要であり、大変な労を要する一大事であろう。しかし、敢えてそれを超えて論じて欲しかった。それは、ひょっとしたら私のまったくのお門違いの感想かも知れない。何となれば、「前書き」に十八、十九世紀のドイツ国法学で実質的な、自然法論に基礎をおく理論の構築と深化とが志向されていたことが述べられ、その後こうした姿勢の喪失、即ち、実証主義的な傾向の学説の勢力拡大という状況が教授によって嘆かれているからである。それに、近代に見られる自然法論と古典的ないし伝統的自然法論とは、少し中身を尋ねてみると、実は随分と違うのである。そこで、私としては、是非是非、教授がフライブルクでお世話になったと言われるホラーバツハ教授(Prof. Alexander Hollerbach)同様、カトリック自然法論(或いは伝統的自然法論)の観点から、全篇を書きあげて頂きたい(頂きたかった)との思いが強い。極めて簡潔な筆致ではあるが、そして本質を突いた仕方、実は我々共通の恩師水波朗先生が、「国法学の形式的対象——ドイツ国法学派の終焉——」(トマス主義の憲法学)所収)で論じられ(「ここにいう形式的対象はスコラ学でいう *objectum formale* であり、対象を本質

的に規定する形相formaに基づいて眺められた外ならぬその対象objectumであることを知らねばならないが」、更に遺著『自然法と洞見知——トマス主義法哲学・国法学遺稿集——』の第十章「日本国憲法解釈論と二十世紀の哲学——新カント派観念論の奇異な残存——」において詳細にしかも説得的に論じておられる。この道筋で栗城教授にも存分に論じて欲しいと思った。

41 このような無い物ねだりを言いながらも、しかし、私は本書の価値を少しも疑わない。後学の者も、栗城教授の響に倣い、外国の、世界の学者研究者に向けて、当該国においても十分通用する水準の研究成果を発信しなければならぬだろう。その模範をここに示して頂いたことに深い感謝と感歎を覚える。

42 附録(A~F)の部にも興味深い記述が満載されているが、Dからほんの少しだけ紹介したい。最初に美濃部達吉博士がドイツ留学で師事したのがイエリネクであったこと、国家法人説がドイツと我が国では対照的に働いたことが指摘される(三〇五―三〇六頁)。戦後も、立憲君主制と決別したドイツと象徴天皇としてそれを維持した我が国とが対比される(三〇八―三〇九頁)。又、ドイツが「立憲主義」Konstitutionalismusに代え「憲法国家」Verfassungsstaatを使用するに到ったのと対照的に我が国は従来からの立憲主義を使用し続けているとの指摘が見られる(三〇九頁)。特に興味を惹かれるのは、栗城教授が日本人特有の思考様式、考え方の癖を指摘している箇所である(三一一―三一二頁)。一つ、自己主張は慎まねばなら

ない。一つ、他人の眼を気にしなければならない。一つ、目立ったことをしてはならない。一つ、極端は避けねばならない。更に、制度化された公共性には制度化されていない公共性からの不慮の滋養が必要であることなどが指摘されている(三二四―三二五頁)。

最後に、本書をその全体像において紹介することが出来ず、はなはだ不十分な書評の謗りを免れないことを書き添えて、著者と読者にご海容を請わねばならない。