HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	歴史の基礎概念・公共性について［翻訳と解題・その1］
Author(s)	小出, 達夫
Citation	北海道大學教育學部紀要, 66, 71-94
Issue Date	1995-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/29460
Type	departmental bulletin paper
File Information	66_P71-94.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

歴史の基礎概念・公共性について［翻訳と解題・その1］

Geschichtlicher Grundbegriff : Öffentlichkeit, Bd. 1

小出達夫

この翻訳は西ドイツの歴史家であるW・コンツエ，W・コゼレック，O・ブルンナーたちが編集した歴史学事典『歴史の基礎概念』（“Geschichliche Grundbegriffe”全8巻，既刊1～7巻 1979—）の中の1項目である「公共性」（Öffentlichkeit ,Bd. 4., 1978, S. 413. ～467.）を訳出したものである。この事典はそのサブタイトル：Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschlandからわかるように，政治学を中心とする社会科学関係のドイツ語の基礎概念についての歴史事典である。1972年に第1巻が刊行され，事項別の最終巻である第7巻が出たのは1992年であった。第8巻（索引）はまだ未刊である。まさに歴史的な事業であるといってよい。この間に3人の共同編集者のうちブルンナーおよびコンツエが故人となった。「公共性」の項目の執筆担当者は LUCIAN HÖLSCHER である。彼はこのほかに“Industrie, GewerbeⅡ”“Internationale”“Kapital Ⅳ”“Utopie”などの4項目を執筆担当している。HÖLSCHERについては，この翻訳が完結したときに紹介することにしたい。

この翻訳について思いいたったのはそれほど深い意味があるわけではない。訳者の専門領域が教育行政であり，公共性概念が，public school や public administration のように，さらには我が国の教育基本法6条には「法律に定める学校は，公の性質をもつものであって」（英文教育基本法では be of public nature）とあるように，きわめて重要なキー・コンセプトをなしているがゆえである。また近代以降における「公共性」概念についてはそれを理論的実証的に検討・検証する素材はあるが，パブリックというローマン語系の言語やöffentlichというドイツ語に着目し，その語源から比較検討したものは少ない。さらには「公」概念が“国家”を意味したのはなにも日本だけではなくヨーロッパにおいてもそうであり，そうした歴史を含めてこの用語の変遷をギリシャ・ローマ時代さらには中世を経て検討しているこの事典にはおおいに興味を引かれるものがある。しかし今回はそのすべてをここに翻訳する余裕がない。解題を含めて本紀要の次号で実現したい。なお本歴史学事典の特定の項目を日本語で翻訳したものとしては，河上倫逸・常俊宗三郎編訳『市民社会の概念史』（以文社，1990）がある。これはM．リーデルが担当執筆した5項目中の4項目を翻訳紹介したものである。

Öffentlichkeit（公共性） 目 次

Ⅰ 序
Ⅱ “Öffentlich”
1 16世紀末までの用語史，意味史から見た諸側面（Aspekt）
2 中世の法律用語“Öffentliches Gericht”と“iudicium publicum”
Ⅲ “Publicus”
1 古代および中世における意味の諸要素（Bedeutungsspektrum）
2 初期近代における国法上の概念（der staatsrechtliche Begriff）

3 “Ius publicum”と“öffentliches Recht”（以上本号に掲載）
Ⅳ “Publikum”
1 古代における抽象的な概念から18世紀における社会的な階層概念へ（sozialer Schichtenbegriff）
2 市民社会の公的諸制度（die öffintlichen Institutionen）
3 18世紀における Publikum と Öffentlichkeit
Ⅴ “öffenteich”と“publicus” 18世紀における自然法上の基礎づけ（Begründungen）
1 Sprachgemeinschaft
2 “Sensus communis”と“public spirit”
3 理性（Vernunft）の公共性（Öffentlichkeit）：カント
Ⅵ “Öffentlichkeit”と“öffentliche Meinung”
1 Begriffsbildungen
a）“Öffentlichkeit”
b）“Publizität”
c）“Öffentliche Meinung”
2 フランス革命期における“öffentliche Meinung”
3 3月革命前（Vormärz）における“Öffentlichkeit”と“Öffentliche Meinung”
a）“Öffentliche Meinung”
b）“Öffentlichkeit”
4 ヘーゲル
5 マルクスおよび19世紀におけるブルジョア的公共性についての社会主義者の見解
Ⅶ 展望

Ⅰ 序

用語“öffentlich”—ここから18世紀後半に名詞の“Öffentlichkeit”が作られた—の概念史は本質的に二つの“意味の転換点”（Bedeutungsschwellen）によって構成されており，そのことがこの用語にその都度新しい次元の理解を付け加えてきた。つまり17世紀にあっては“öffentlich”は，近代的な国法（Staatsrecht）の形成の結果“staatlich”（国家的な）という意味を持つに至った。また18世紀末にはそれは啓蒙の理性の要求と密接な関係を持つことになった。いずれにおいても意味の転換は精神的に西ヨーロッパ諸国の発展により準備されたのであり，その発展は概念史的にはラテン語の“publicus”から派生したロマン語（romanishe Sprachen）の諸語形の中に現れている。これらの言語に比べるとドイツ語の“öffentlich”はより強く政治的・社会的アスペクト（側面）をもつとともに，視覚的で知的なアスペクト（visuell-intellektueller Aspekt）をも常に持っていたのであり，この後者はこの用語に独特の意味の両義性を与えた。19世紀にはこの両義性がこの概念“Öffentlichkeit”の重要なモメントになった。

概念はその使用方法の多義性の中に問題提起を含み，その説得力は様々の意味を一つの単語の中で同時に論じうる可能性の中にある。これらの意味は相互に関連しあっている，なぜならその概念に固有の問題意識は多様な意味の緊張状態の中に現れてくるからである。概念の使用をあきらめてその事柄について一層くわしく説明することはできるが，しかし叙述の明解さは概念の中にこそ見いだされる。このような意味において，“Öffentlichkeit”（公共性）は西・中央ヨーロッ

パの言語空間においては政治・社会生活に特有のカテゴリーである。Offenheit（公開性）のアスペクトは中世以来すでにドイツの法制度（Rechtsinstitutionen）を特徴づけており，近代国家の正当性問題に至るまで法制上の論争の本質的ファクターとなっていた。しかし18世紀はこの流れの中でもひとつの切れ目の時期をなしたのであり，その理由はここで生じた評価の変更ないしはより高い評価によって公共性ははじめて政治的理性の決定的な判断基準となったからである。今日では公共性は，西側の民主政体においてはほかの仕方ではもはや何が理性かを決定できないようなそうした理性のための保証として多方面にわたって出現している。

事柄の明白な自己顕現のなかに（in der öffentlichen Manifestation der Dinge）その事柄の明証性（Evidenz）の根拠があるにちがいないという考え方（ある事柄が自明の理であるということは，その事柄が公開されて現れているということの中に根拠を置くにちがいないということ—訳者）は，"öffentlich"という語にずっと以前から結び付いていた考え方である。別の言語は類似の表象をいいあらわすために別の言葉を使用する；この意味で例えば（öffentlichの）同義語としてはギリシャ語のパネロス（φανερος，目に見える）が通用するだろう。ドイツ語の"öffentlich"と同じように，政治的・社会的なアスペクトと視覚的・知的アスペクトとがどこにおいても結びついているわけではない。それにもかかわらず概念史的に調べていくと，"Öffentlichkeit"や"öffentlich"という用語の存在範囲よりもより広い範囲がそこにはかかわっていた。なかんずく"publicus"がもつ古代の意味伝統が与えた影響は，ロマン語や英語の"public" "publico"の意味に対してよりもドイツ語の形容詞"öffentlich"に対しての方がより少なかったなどとは言えない。ドイツ語とラテン語の意味上の密接な組み合わせは後期中世から18・9世紀に至るまで追跡でき，そこで"Publicum" "Publizität"は政治的・社会的な言語の中心概念になった。結局のところ類語の探求は，"offenbar" "gemein"などの同義語や，"geheim" "privat" "intim"などの反意語を考察に入れなければならなくなるだろう；しかしここでは"öffentlich" "publicus"の意味を直接明らかにするところでもあるので，それに必要な限りでのみこうした用語については検討することにする。用語"öffentlich"と，そのそれぞれの反対語に対する関係，特に"Öffentlichkeit"と"Geheimnis"の関係について明らかにすることが主要な問題であり，それが一貫して追求さるべきである。

Ⅱ．"Öffentlich"

1．16世紀末までの言語史的，意味史的な諸側面（Aspekt）

用語の"öffentlich"は，類語の"offenbar"と同じくすでに古高ドイツ語において"offen"から作られた。"offanlih"および中高ドイツ語の"offenlich"から16世紀の高地ドイツにおいて"offentlich"ならびに"öffentlich"という語型ができあがった[1)]。16世紀までは副詞的な使用法が形容詞的な使用法よりはるかに多く使われ，15世紀末までは"öffentlich sein"という表現がもっとも周知の語型であった—「明らかな」（"klar"）という意味の場合は"offensichtlich sein"であるが—。17世紀以来この語が表現したところの支配とか社会的公共団体（soziale Gemeinshaft）を形容する付加語的な表示は，ほんらいこの語の意味とは関係なかった。社会的な結合を言い表す類語は，18世紀までは"gemein"が支配的であった；"Gemeinshaft" "Gemeinsame" "Gemeinde" "gemeine Stadt" "gemeines Wesen"などである。ギリシャ語のコイノス（"κοινος"，共通の）とラテン語の"publicus"に対しても，"gemein"は普通のドイツ語の同義語であった[2)]。"klar"（明らかな），"deutlich"（明白な），"offensichtlich"（見たところ）などをだいたい意味したところの

"öffentlich"は，「公衆の前で話す，公的に語る」(vor der Gemeind und offenlich reden, Dicere publice) [3] のような表現においてのみ，"gemein"の意味に接近した。このような意味の近接は，"öffentlich"が社会生活の重要な側面を表示したということの中に現れただけではなく，逆に"gemein"が「ジャーナルな」("publizistishe") 意味をもつこともできたということの中にも現れた：1561年にMAALERはこの後者の意味を「至るところで公にする，一般的にする」(Allenthaben aussbracht. Vulgatus) と訳した[4]。"gemein machen" "offenbar machen" "offenbaren"などはこれと同意の表現であったし，これらはラテン語では"divulgare"（ひろめる），"promulgare"（告知する），"in lucem edere"（公に知らせる）などの用語で翻訳され，フランス語では"publier", "mettre en lumiere"（光りの中に知らせる），"divulguer"（知らす）などと翻訳された[5]。「開かれた場での共通の説教」(öffentliche gemeine Predigt) は，すべての人間，全人類にむけられた説教であった[6]。

"öffentlich"と"gemein"は部分領域でのみその意味を交差しあったのであり，その区別はMaalerの場合はとくにそうであるが，(öffentlichに対する）反対概念である"geheim"（秘密の）や"verborgenlich"（隠された）という意味，また（gemeinに対する）反対概念である"besunder"（特殊の）や"sonderlich"（特別の）という意味の中にそれぞれ明確に認められた。ただし"publicus"はふつうは"gemein"と訳されたのであるが，既に"öffentlich"とも訳されていたのであり，その後17世紀になって両者（publicus, öffentlich）ともに"staatlich"という新しい意味を形成した。その際"öffentlich"が中世においてその意味の社会的アスペクトによってラテン語に近づいたというだけではなく，逆に"publicus"の方もまた古代においては"allgemein"（一般的な）とか"allen offen stehend"（すべてに開かれた）[7] などのようにドイツ語の"öffentlich"に近い意味を示すことがあった。通常意味の変遷をあらわすのに好んで使われる表示器であるラテン語による翻訳は，それ故この場合には（ドイツ語とラテン語の）両方の言葉を包みこむ共通の変遷過程のファクターとして見なされる。

"öffentlich"と同意の表現をギリシャ語で見いだすのはラテン語より難しい。コイノス（κοινός，公共の，共通の），デーモシオス（δημόσιος，公の，国の）は政治的共同体（das politische Gemeinwesen）をのみ意味するし，サペース（σαφής，明らかな），デーロス（δηλός，明白な），パネロス（φανερός，はっきりした）などは特にドイツ語の"öffentlich"[8]でいう明確さ（Klarheit. Deutlichkeit）の側面を意味する。両方の意味とも動詞のパイネスタイ（φαίνεσται ＝ erscheinen，現れる）に属する語彙グループの中でのみ結び付いている。アリストテレスの表現につぎのようなものがある：「見られること，そして白日のもとで往来すること」(ὁρᾶσθαι καὶ ἐν φανερῷ ἀναστρέφεσθαι ，ドイツ語では，見られそして公開の場で動くこと gesehen werden und sich in der Öffentlichkeit bewegen) [9]。パネロン（φανερόν，はっきりしたもの，目に見えるもの），つまりdas Offensichtliche（見えるもの）は，彼にとってはすべての確実な認識の対象ないし出発点としての意味をもった。なぜならアレーテイア（ἀλήθεια，真実）つまり真理（Wahrheit，もともとの意味は隠れていないもの"Unverborgene"）の認識のためには現象がもつ本質に対する洞察が必要であり，この洞察は現象（Erscheinungen，パネラ φανερά ）のありのままの明確さ（Klarheit）の中においてのみはっきり現れることができた。さもないと，見ることと理解することとの間が深淵で引き裂かれるという可能性が現れ，この深淵が人間を不幸に陥れた。これらはオイデイプス（Ödipus）とペンテウス（Pentheus）が神々の意志に反して悲劇的に盲目化したことの認識論的背景である[10]。パネロス（φανερός，はっきりし

た，目に見える）とかデーロス（δηλός，明白な，はっきりした）などの表現は，目に見えるということの多義性を通して，ソフォクレス（b. c. 496頃—406）やユーリピデス（b. c. 485頃—406頃）の場合には，体系的に作られた（angelegt）意味の両義性（アンビヴァレンツ）を与えられたのであり，この両義性が人間の盲目化を言語的に明らかにした（einsichtig machte）。

16世紀末まで"öffentlich"と結び付いていた意味のアスペクトが豊かで多様であったということは，他の言語（Sprachen）においては二つ以上の同義語を通してのみ表現できたということである。MAALERは1561年に"öffentlich"の同義語として，enucleate（判然と），insigniter（目立つように），aperte（あらわに），patenter（明瞭に），explicate（明白に），manifeste（明らかに），vulgo（公然と），foro（公的に），publice（公に），palam（あからさまに）などを挙げた[11]。このような表現によって，視覚的で知的な意味と社会的な意味のアスペクトは明確に区別することができた。こうした表現は，"öffentlichen"が言い表しているものの見方（Anschaungsweise）を示してはくれるが，"öffentlich"というひとつの言葉の意味についてはなにも示してはくれない。

"öffentlich"という言葉は，さらにまた一つの評価的な意味を含んだ。中世の隠喩によれば，悪徳は暗さを求め，徳は光りを求める。「名誉なことについては人は公然と行うが，悪徳は隅のほうにこっそり行くのを人は見る」（Die êre treit man offenlîchen, laster siht man in winkel slîchen[12]）と14世紀の半ばにHEINLICH DEM TEICHNERは言った。人間の行動は，その行動が公然と現れる光りの中においてはじめて人間の行動の判定を可能にする明確さ（Klarheit und Deutlichkeit）の尺度を獲得した。「明白な誤謬（"öffentlicher Irrthumb"），「明白な非常識」（öffentliche" Narrheit），「明白な奇跡」（öffentliches Wunder）について疑う人はいない；事柄が公然化する（öffentlich wurden）ことによって，事柄はそれが現にあるようなものとして己を示すのだ。「公然たる嘘についてはなんら答えるに値しない」（öffentliche Lüge ist keiner Antwort werth）とは，ルターによって何度も引用された諺であった[13]。そして彼は聖職について次のことを要求した：「聖職と神の言葉はそれゆえに太陽の如くに光っていなくてはならない，暗いところでこっそり歩くのではなく，日の光の下で公然と行動し，正しく教え，聖職を信頼していることを牧師も聴衆も確認でき，またかれらが聖職に不信感をもたないように目の前でよく見えるようにしなければならない。そのようにあなたもまたしなくてはいけない；もしあなたが聖職にあり，信頼できるように説教したいなら，公然と皆の前に歩みでて，誰をも恐れず，そうしてあなたはキリストによって誇ることができる：私は公然と（frey），開かれたところで（offentlich），世界を前に（fur der wellt）教え，片隅では何事もしゃべらない（Joh.18,20）」[14]。

支配者（Obrigkeit）は何事も隠してはならない，ということはまさに良き支配者のしるしであった。それゆえ彼によって打ち立てられた秩序はそれが公開されている（öffentlich）ことで同時にかつ正当とされた（rechtmäβig）。しかしこれらのことはルターの教義によれば教会に対しては同じように通用しなかった。教会は洗礼を受けた者の外的な共同体としてのみ世俗的な（weltlich）共同体をなすのであって，キリスト教徒の精神的な身体としては反対に隠されるのであった：「キリスト教徒とすべての聖なるものの愛と共同体は，隠れ，見えず，そして精神的なものとして現れる」とかれは言い，その根拠として次のように言った：「なぜなら，このような愛や共同体，援助などが人間のこの世の共同体と同じように公開されている（offentlich）ならば，われわれは見えないもの永遠によきものについて信頼したりそれらをほしがるよう訓練もされないし鍛えられることもないだろう」[15]。

2．中世の法律用語．“Öffentliches Gericht”と“iudicium publicum”

ゲルマン人の法（das germanische Rechtswesen）は，さまざまな形態の公的執行（öffentlicher Vollzug公的行刑）の中に組み込まれていた。犯人（Täter）による公然たる法侵犯からはじまり，その公開の判決を経て，公開の処罰，そして損なわれた法の贖いに至るまで，法の道（Rechtsweg）はある意味で一つの円を描いていたのであり，この手続きの正当な秩序はそれぞれの段階（Stationen）がもつ開かれた形式（öffentliche Forme）によって担保されていたといえよう。公的執行においては，（ある）犯罪と（その）処罰とは互いに対応していた：なぜなら両者は，それらが公然と現れる光りの中で司法的に拘束を受けるところの空間（in den Raum ihrer rechtlichen Verbindlichkeit）に入り込むからであった。法の理解（Rechtsverständnis この場合のRechtは裁判の意味が強い—訳者）にとって公開されている（das Öffentlichen）ということの基本的な意味は，初期近代（Neuzeit）までは，悪が犯罪として公然と自己を告白する（Manifestation）光りの中で獲得する明白さ（Evidenz）にあったのであり，そこで悪は自らの処罰を要求したのである：「17世紀までは」とミシェル・フーコー（Michel Foucault）は書いているが，「もっとも平凡で普通の悪およびもっとも非人間的な悪は，それが公開にさらされた時にのみ止揚され罰させられた。告白がなされ，処罰が執行されるところの公開性（Öffentlichkeit）の光りのみが，悪が出て来るところの暗闇を除く。悪の実現のサイクルというものがあり，悪が完成し消える前に悪は公開の場での告白や自己表明（Sich-Kundtun）を当然に通過しなければならない」[16]。「公的犯罪は・・公的治療を欲する」（Publica noxa...publica eget remedio）と中世教会法の教義（Rechtsgrundsatz）はいっている[17]。

そういうわけで裁判所の開かれた（öffentlich）形式—それはその公開性を制度上でも（institutionell）保証したのであるが—は，正しい判決の発見を確実にするという意味を持ったのである。“öffentliches Gericht”という呼称や，中世高地ドイツ語の“offen Gericht”という呼称は1285年[18]に見いだされるし，古代ゲルマンの法実務（Rechtspraxis 裁判実務の意味—訳者）にまでさかのぼるのであり，そこでは裁判を公開つまり開かれた天の下で挙行した，なぜなら“Ding”（裁判集会，民会）[1]は開かれた場で「行われた」（“gehegt”wurde 法廷を柵で囲むの意味—訳者）から。さらには，付加語としての“öffentlich”はより広範な規則（Vorschrift）と関連していた—たとえば裁判は太陽が上り下りる昼間に実施すること[19]，昼間に裁判を招集し判決を執行しすべての参加者に裁判時間を知らせること，裁判の場所を近付きやすいところにすること[20]，などの規則のように。しかし“öffentliches Gericht”という表現は中世の裁判制度がもつ特殊な区別には当てはまらない。つまりこの表現は，「不定期な」裁判（“gebotenes” Gericht）と「定期的な」裁判（“ungebotenes” Gericht）という区別[2]—それは裁判集会の参加者（Dingvolk）のちがい（誰しも参加できる，ないしは限定された者しか参加できないという区別）に関係するのであるが—にも当てはまらないし，参廷義務者（Dingpflichtigen）の身分による区別（グラーフ裁判[3]，フオークト裁判[4]などの区別）にも当てはまらないし，あるいは支配領域による区別（ラント裁判所，ガウ裁判所，ドルフ裁判所など）にも当てはまらない。「公の裁判」の法実務はむしろより古い起源をもつものと考えられ，最も純粋に王のフェーメ裁判所（Femegericht）[5]や自由裁判所（Freigericht）[6]の中に保存されていたように見える。自由裁判所はたいていの場合は少なくとも参審員（Schöffen）[7]や裁判当事者（Rechtsparteien）には近づきやすいものであったし，昼間おこなわれた。それに対して，フェーメ裁判所や自由裁判所の挙行に力を発揮した[21]ところの自由審判人（“Wissenden”）[8]の宣誓（Eid）やその訴訟手続き（Verfahren）は秘密にされた。

しばしば"öffentliches Gericht"と同義に使われる概念である"iudicium publicum"（「公共の裁判」の意味であるが，その実質は刑事裁判のことか—訳者）は，その中世的な変形の中においてもなお通用していたローマ法の伝統によって，"öffentliches Gericht"とは区別さるべきものであった。iudicium publicumの概念の起源とローマ法におけるもともとの意味は論争の余地のあるところであまり明確ではない。起元前2世紀の前半において初めて資料的に確証されるのであるが[22]，この概念は共同体（Gemeinde）が損害を受けた際に尋問（Inquisition）形式でローマの会計官（Quästor）[9]の前で開かれた新設の尋問裁判所（Quästionengericht）の名称の中に術語上の精確さを当時すでに獲得していた。

（この用語の）中世での言語活用にとっては三つの意味が区別されねばならないが，それはしばしば重なりあったりもした[23]：“iudicium publicum”（ローマの刑事裁判—訳者）[10]は，a）ある場合には人民の訴え（Popularklage）という形式で行われた（geführt werden konnte)。ローマの国民訴権（actio popularis国民訴訟）は，公益（Gemeinwohl）が損なわれた場合には共同体の利益を代表せんとする者であれば誰しも原告になることを許した。ローマ法においては公訴権（actio publica）は国民訴権（actio popularis）とは区別され，国家の要求権（Forderungsrecht）を表示した。b）それ（iudicium publicum）は，教会の裁判手続きとは反対に世俗的な訴訟手続きを意味した（あちらについてはカイザーが，こちらについては教会が権限をもつ），c）またある場合には裁判手続きの公開の形式（öffentliche Form）を表現した。そしてこの最後の意味においてのみラテン語の概念は中世においてドイツ語の"öffentliches Gericht"と出会うことになったのは明らかである。

ローマ法の継承は，イタリアでは12世紀以降，ドイツでは15世紀末以降に強化され，それはöffentlichenについて深い意味転換を引き起こした。イタリア学派（mos itaricusイタリア様式）が広がるにつれて，裁判手続きの書面主義（Schriftlichkeit）が実現された。古い手続きがもっていた直接主義（Unmittelbarkeit裁判所による直接取り調べ—訳者）や口頭主義（Mündlichkeit当事者双方による直接の口頭弁論—訳者）が駆逐されたが，それはフランス革命以降になって再びあらためてブルジョア自由主義の政治綱領の中に採用された。カール五世（1500-1558. 神聖ローマ皇帝）の刑事裁判令（Halsgerichtsordnung—1532）の中では手続きの公開性（Öffentlichkeit）は「最後の裁判の日」（“endlicher Rechtstag”）[11]という意味のない形式に還元され，たった1日のその日の内に告訴が行われ，被告が有罪とされ（überführt wurde），すでにそれ以前に決っていた判決が告知されたのである[24]。意味の転換には更に11世紀末以降ドイツで形成された糾問訴訟（Inquisitionsprozess）[12]の導入が寄与することになった。なるほど古代ゲルマンの法廷においてもすでに参審員（Schöffen）と告訴側証人とは密接な関係にあったが，糾門訴訟の中では告訴と判決言いわたしとが官（Obrigkeit）の手中でぴったりと一致（gestraffte Vereinigung）しており，この一致が実体的真実の発見を目指したのであるが，それに反して古い親告訴訟（Akkusationsprozess）は原告・被告の当事者同志（Kontrahenten）の調停・和解（Vergleich)に似ていた。拷問の中で秘密は公開性(Öffentlichkeit）の光の中に引き出されるが，その結果自ら公けにした発言は客観的であるが隠された真実の単なる反映（Reflexe）であるとしてその評価は低かった。

16世紀初期の大刑法改革（Wormsの刑法改革1498年，Bambergの1507年刑法，カール5世の刑事裁判令Peinliche Halsgerichtsordnung 1532）によって糾門訴訟（Inquisitionsprozess）が刑事訴訟の一般的形態となった。その中で推し進められた官憲的な管理監督（obrigkeitliche Regie）の

強化は，ラント諸侯の支配目録（Herrschaftsinventar）の中に裁判を統合するのに貢献したのであり，こうして彼らは17世紀において裁判の統制を確立した。今やふつうには“Öffentliche Gerichte”や“iudicia publica”は，地方的な私的裁判（Privatgerichte）や特別裁判（Sondergerichte）とは反対に[25]，流血裁判[13]の管轄権をもつランデスヘルの上級裁判所（landesherrliche Hochgerichte）を言うようになった。これらの裁判所においては，ローマ国民がそもそも原告として登場する，というローマ法的フィクションがなお維持されていた。また裁判制度の機能的編成を指導した原理は，ランデスヘルが公共の利益（das öffentliche Interesse）を擁護しなければならないという原理であった：1697年に JOHANN CHRISTOPH NEHRING は次のように言った，「公共の裁判（iudicia publica）は，公の訴（offentliche Klage）の法律に由来し，その訴えは人民のうちのだれか１人に付与されるところの訴訟（Klagen）のことを言い，そのほかにそれは公の実刑裁判（offentliche-peinliche Gerichte）及び重罪刑事裁判（Halsgerichte）のことをいう場合もあり，それらには２種類あった―つまり１）Capitalia（肉体の裁判）―肉体・生命に関係するところの裁判，２）非肉体の裁判（non capitalia）―肉体・生命に関係のない裁判である」[26]。「公共の犯罪」（“öffentliche Verbrechen”）としては，異端（Ketzerei），暴動，殺人，窃盗などのように公共の安全（öffentliche Sicherheit）や共通の福祉（gemeines Wohl）を脅かすところのすべての不法行為（Delikte）が該当した[27]。公の違反行為（öffentliches Vergehen）は，公に（öffentlich），つまりふつうは共同体の前で（vor der Gemeinde）告白されかつその罪が償われねばならず，反対に秘密の違反は僧侶による秘密裡での訓戒や免訴ですませることができるという古い原則は，たしかにカソリックやプロテスタントの教会法では部分的には19・20世紀に至るまで維持されたが，しかしこの原則は初期近代の世俗法においてはもはや押し通すことができなかった。犯罪と処罰とがその公開の現れを通して手続きの合法性を証明するという法規にかわって，官（Obligkeit）が単に手続きの指導者としてだけではなく，手続きの合法性（Rechtmässigkeit）の保証者として現れ，公開性（Öffentlichkeit）の光りの中では手続きの正統性（Legitimität）をよりも官自らの正当性を誇示するところの法規が現れた。

Ⅲ．“Publicus”（「公の」）

１．古代および中世における意味の諸要素（Bedeutungsspektrum）

付加語としての“publicus”については，辞典的にはふつう二つの古い意味が区別される。ａ）「共同体としての国民（Volk als Gemeinde）ないしは国家のものである（gehörig）」という意味，ｂ）「全住民としての国民に固有のもので（dem Volk eigen），彼らに開かれ（öffentlich），共通（allgemein）している」という意味[28]。この区別の中には国家と社会，君主と臣民という近代の二分論が現れているが，こうした２分論はローマの「国家」（res publica）の諸関係とはまったくなじみのないものであった[29]。異論の余地なく“populus”（国民）から移転したところの形容詞の“publicus”はむしろ政治的秩序を言い表したのであり，この秩序の中で国民は統治権（das herrschende Recht）の有効範囲（Geltungsbereich）として現れると同時に，統治権の担い手や保証人としても現れた。それ故この表現（publicus）は，ひとつの空間（Raum）を示すと同時に立方主体（Rechtssubjekt 権利主体）をも示した。以下のように二つの用語を組み合わせた表現は，“publicus”の中に付与された表象の地平（Vorstellungshorizont）の広がりをしめしている。多くの場合“publicus”は役所の権力（Magistratsgewalt）を指示している；たとえば“imperium publicum”（公的命令権）[14]，“clementia publica”（公的寛容），“vincula publica”（国事犯用監

獄），“servus publicus”（公奴）[15]など。それに反してほかの場合は，“lux publica”[30]（“Sonne”）（公の光—太陽），“dies publica”（“Festtag”）（公の日—祭日），“verba publica”[31]（“Umgangssprache”）（公の言葉—日常用語）などの場合は，この形容詞はそれによって表現された事物がその中で活動している（wirksam war）ところの共同的な空間（sozialer Raum）を一般的に言い表している。とくに“publicus”は古代にあっては，戸外で，つまり家庭ではなく路上で起きるところの（in publico）すべてのものの象徴であった。同時にまた所有関係とは法的に反対の事物がこの用語で表現された：道路，広場，劇場，水道橋などは“publicus”と言われた；それに対して家長（pater familias）の家，その土地，かれに所属する家父長権などは，“privatus”（私的な）ものであった。名詞としての“Privatus”（私的なもの）はすでに早くから役所や神官とは逆に私人（Privatmann）自身を称した[32]。

中世におけるローマ法の継承の中で付加語の“publicus”は，「ローマ国民」（“populs Romanus”）の勢力範囲から離れて，人種的な限界をもはやしらないキリスト教の世界圏へと移転された。この世界圏はしかし遅くとも中世中期においてはもはや政治的統一をなしていなかったので，“publicus”は法律用語においては面積上の境界を設け得る法的統一（Rechtseinheit）をもはや表現できなかった。そしてむしろこの法的統一はキリスト教信仰の境界線と一致したので，その結果“publicus”は著しくその正確な意味を損なうことになった。法律用語のほかにもまたこの付加語は後期中世においてキリスト教の歴史や支配の範囲の特徴づけに用いられた。その意味で例えばペトラルカ（PETRARCA.1304-1374）はその作品「すぐれた男たちについて」（De viris illustribus）を次の問いで始めている。「この序列の中で第1の位置を，功績は少しもないのに年功によって，我々人類の共通の父（publicus pater）アダムが占めるというのはいかがなものか。彼について今さら苦情が持ち込まれても仕方がないのだがなんといえばよいものか」[33]と。我々の家系（Geschlecht）の共通の父親は誰かを問う問いの中においては，“publicus”は全キリスト教徒の世界圏とのみ関係しているのであり，その頂点にアダムが最初の人間として立った。同じような意味でCAROLUS BOVILLUSは1510年に人間について次のように言った；「自然の中でなにもないままに残されていたところを，力，影，形像および秩序によって補充したところの共通の被造物（publica creatura）」[34]としての人間と。人間は自然の中央に立っていたので，“publicus”は歴史的・政治的秩序と同様に自然的秩序をも言い表した。そのさいなお“publicus”を使って個々の場合何を意味していたかは空っぽのままだった（blieb offen）。この語の正しい意味を把握するためには，その都度古代の伝統や固有の理解を新たに確認することが必要である。そのためのひとつの事例を，“historia”（研究，物語り，歴史）という語で何が理解さるべきかという問いについてのFRANCESCO PATRIZI（1529-97．イタリア哲学者）の省察が提供してくれる[35]；過去についてみんなが知っている公共の回想：「共有されている記憶」（ein allgemeines, öffentliches Andenken : publica memoria），みんなに知らされているもの（darle in publico, darleの意味不明—訳者），私的なものの回想であるが，領主，役人，将軍のような公人（öffentliche Personen）についての回想（publiche persone「公人」）。（publicusの意味についての）古代から伝わる概念は正確ではなくあいまいであり，こうした個々の可能性を許すことになった。

カノン法においては，“publicus”と“privatus”の対立は，“支配に属する”か“従者に属する”かという世俗的な対立を言い表すか，“教会法上認められるか”それとも“教会法上義務がないか”という教会的な対立を言い表すか，あるいは最後にこれはまれであるが“世俗的”かそれとも“教会的”かという対立を言い表した。

1）世俗的領域にあっては，公務（officium publicum）を付与されている政務官（Magistrat），役人（Beamte），税徴収官（publicani）などは，公的な権限ないし権力（auctoritas, potestas publica）をもっており，彼らは“personae publicae”（公人）と呼ばれた。また多くの合成語が官房制度の中にもみられる：“notarius publicus”（公証人），“instrumentum” “archivum” “testimonium publicum”（公の文書，記録，証言）などなど。しかし“publicus”という用語の用法の基礎には国家の概念はなかった：“res publica”という表現はたしかに一般的に共同体（Gemeinwesen）の表示として使われているが，しかし具体的には共同体の所有ないし使用にあるところのもの，つまり国庫収入（vectigaria），建造物（aedificia），土地（loci），道路（viae）などのように“res privatae”（私的なもの）の反対物を言い表した：公共（publica）の土地（locus），家屋（domus），農地（rus），道路（via）など。“utilitas publica”（公共の利益）もまた，それはしばしば“ius publicum”（公法）の定義に引き合いに出されるが，それは公共の福祉（das öffentliche Wohl）を一般的にしか意味せず，その際国家の具体的な表象を含むことはなかった。

2）教会領域においてカノン法は，ひとりないし私人の前でのみなされる誓約（Gelübde）である“votum privatum”（私的な誓約）と，十字架や聖遺物の前あるいは教会関係者がいる中での誓約である“votum publicum”（公的な誓約）との間に区別をつけた。“Nuptiae publicae”（公的な結婚）は“nuptiae clandestinae”（秘密の結婚）とは逆に共同体の前で結ばれた結婚（die vor der Gemeinde geschlossenen Ehen）を言った[36]。“Publicus”は，それ故しばしばすべての人の前で（“coram publico”公衆の前で）行われる，ないし祝われる（“solemnis”儀式ばった）ところの，教会の正式の儀式（Rechtsakte）や慣習（Institutionen）を正当化する意味をもった。“publicus”という用語の中で，教会は素人（Laien）や世俗的支配に対する彼らの外的な関係を定めた。それに反して神に対する教会の内的な関係にはわずかの光が投げられたのみだった。グラテイアーヌス（GRATIAN. 1158没，イタリア教会法学者，『グラテイアーヌス法令集』）によれば，重要な例外がウルバヌス２世（UrbanⅡ.ローマ教皇，在位1088-99）にまでさかのぼる規程の中にある。“lex publica”（一般法規，公の法規）はここでは一般人（ordo publicus）のために教会によって発せられた規則を言い，“lex privata”（個人法規，私的な法規）は神により自然人に対して植えつけられた法律であり，それはすべての“lex publica”の上に位置した：「なぜなら個人法規の方が一般法規より価値が高いからである」（Dignior est enim lex privata quam publica）[37]。しかしこのような分類には，“leges publicae”（公的な法）という表現は従わないのであり，グラテイアーヌス以前の法体系（Sammlungen）の中では，皇帝法（leges imperiales）ないし世俗法（leges saeculi）は，神の法（leges divinae）や教会法（leges ecclesiae）とは反対に，“leges publicae”（公的な法）という言葉で表現された[38]。

2．初期近代における国法上の概念

絶対主義的および自然法的な国法（Staatsrecht）の形成により，16世紀末期以降，付加語の“publicus”の意味を厳密に規定する動きが普遍的に現れ，その結果中世における多様な使用法とは逆に今やこの言葉に“staatlich”（国家的）という特定の意味をのみもたせることになった。それには100年間にわたる意味の転換期を必要としたのであり，この意味の転換はユグノー戦争の時期にフランスから始まったのであるが，ドイツでは18世紀になって初めて完結したものと見なされることができる。この意味の転換の基礎には西ヨーロッパ諸国に共通な宗教戦争の経験があり，それは宗教上の違いを超えて法を創設する（Fundierung des Rechts）必要性を助長した。本

質的な刺激は，戦争を国家間の紛争に制限することで統制可能な形態の中に入れるという後期16世紀のフランスの法律家たちの努力からまず出発した（“la guelle en forme”形式の中にある戦争）[39]。ボダン（Jean Bodin,1530-96）の主権論（Souveränitätslehre）が重要な位置を占めた；それに従えば国王（König）は国内平和の確保のためにすべての法律（Gesetz）に優先する主権を持つとされた。ボダン自身は「国家についての六つの本」（“Sechs Büchern über den Staat”）の中で“publicus”や“public”という表現によりなにか新しい意味を結び付けているわけではないが，彼の理論はこの言葉の意味に特定の限定を結果的に与えることになった：いまやそれのみが正当とされた国家間の戦争においては（国内の戦争はもはや正当とはみなされなかった一訳者）主権的な国家の首領は互いに“personae publicae”（公人）としてたちむかったが，他方“personae privatae”（私人）は，紛争の解決のためには国家の裁判所に訴え出るしかなかった（戦争に訴えることはだめという意味，Fedeの禁止一訳者注）。“bellum publicum”（公的な戦闘）という表現は16世紀に入るまでは公然と宣言された戦争（öffentlich erklärten Krieg）を意味した。いかなる状況の下で人は戦争を遂行する権利を持つかを決定するのが“bellum iustum”（正義の戦争）の教義であった。しかし宗教上の市民戦争においては（何が正義かについては）様々な解釈にもとづくのでどちらが正しいことのために戦っているかを決定することはできなかった。それゆえ戦争に関する法の形成がBALTHASAR AYALA（1548～1584）やALBERICO GENTILIS（1552～1608イタリア法学者，1587年オックスフォード大学教授，国際法学者）のような国家論学者の主要な関心事となった：「下記の条件さえ整ってさえいれば，たとえ正しい理由からなされるのでないとしても，その戦争は正しいということができるだろう。というのは“正しい”にもいろいろな意味があるからである。・・・かならずしも公正と正義を意味せず，ある種の充足を意味する場合がある。・・・同様にある戦争を正しいといえるのは交戦権を有する者達によって公的かつ合法的になされているからである。」[40]。正しい戦争の形式的な概念は外部の敵を同等者（Gleiche）として認めるが[41]，内政上の反対者については可能性の上だけの敵（実際には戦争し得る相手ではない一訳者）としてそれを排除した（auschied），そしてこの敵とはいまや“bellum publicum”（公的な戦争）はなく不法の戦いのみがありえた[42]。戦争遂行の正式な基準を満たすところの戦争，つまり戦争が主権者の間で遂行されるところの戦争のみが公的でかつ正しい戦争とみなされた[43]。HUGO GROTIUS（1583—1645，オランダ法学者）の場合1625年に古典的な区別が現れた：「戦争についてまず第1になすべき，そしてもっとも必要な分類は，私的なものか，公的なものか，混合的なものかということである。公的なものとは裁判権を有するものによってなされるもの，私的なものとはそうでないもの，混合的なものとはある面では公的ある面では私的なもののことである。」[44]

国内法において統一最高権力の認証は，社会契約の学説によって助長された。THOMAS HOBBES（1588—1679）は“public”という付加語を一貫して全市民の政治意志が統一的に代表された最高国家権力の特徴づけに使った。しかし彼の学説は，イングランドの議会制政府システムなくんずく1688年以後のシステムの中ではその拘束性を失った。国家を組織する諸様式と市民の社交の様式（Geselligkeitsformen）とが，ここでは“public”という用語の中で互いに結び付いて維持された[45]。

ドイツでは“publicus”という用語は,法律用語においては特に地域支配(Territorialherrschaft)の解体と結びついた。つまりそれは教会や学校制度，倫理秩序（“disciplina publica”公共の規律），普遍的な安寧秩序などの管轄権の統一的把握と結びついたのであり，こうした事態はとく

にプロテスタント諸侯の支配地で16世紀の半ば以降急速に進展した。政治的な全体身体（Gesammtkörper）として国家を統一的に特徴づけることはしかしゆっくりと進んだ。“res publica”（国家）という概念はローマ法の伝統においては，普通は“utilitas publica（公共の利益）（あるいはまた“salus publica”「国家の安全」，“bonum publica”「公益」）によってのみ政治的行為（Handeln）の最高目的として一般的に定義されたのであり，さらにそれ以上に何か具体的な質を共同体（Gemeinwesen）に付加したわけではない[46]。アルトゥジュース（JOHANNES ALTHUSIUS,1557-1638，ドイツの政治・法学者）は，様々の都市や邦（Provinzen）の連邦的な結合を「公的結合」（consociatio publica）と呼んだし（1614）[47]，「一般的権力（potestas publica universalis)」（国家権力 Staatsgewalt）と「特殊公的権力（potestas publica specialis)」（官職権力 Amtsgewalt）とを区別した[48]。THEODOR REINKINGKは，それに反して“res publica”（国家）の絶対主義的定義に与した：「国家の成立は正しく支配する者および服従する者の相互の義務と権利に基づく。・・・支配する者がおり，服従する者がおるということは自然の秩序である。支配権とは国家に従属する人および物に対する至上にして合法的な国家権力のことである」[49]。

17世紀の行政用語の中には“publicus”を伴った新しい合成用語がたくさん出てくるが，それらはいまや新しい“staatlich”な秩序をさし示しており，その中心に諸侯（Fürst）がランデスホーハイトの代表者として立った[50]。この付加語によって諸侯国家の包括的な生存配慮の権限（Fürsorgeanspruch）が表示されており，この権限は個々人の私的領域とはなお境界を画すものではなかった。この配慮の権限が18世紀においてどこまで拡張し得たかを，WIESANDの“res publicae”の定義が明らかにしてくれる：1762年に彼は書いた；「公共のもの（res publicae)」とは物（Sache）であり，それは「Republicに属するか，君主に属するかであり，川，森，塩泉などがそれである。・・・さらにローマ人が共同のもの（res communes）と呼び，だれもがそれを利用でき，だれもが自己の所有物とはできない物，たとえば空気，水のようにその使用においてくみ尽くせない物などは，今日ではひとしく君主の権限に属する」，と[51]。“publicus”と“privatus”との概念上の対立は，法を二つの異なった視点によって実質的（materiell）に整理した19世紀における公法・私法の違いの意味で理解されてはならない[52]。むしろこの対立は，実質的な法関係（materielle Rechtsverhältnisse）が広範に保存されているもとにあって，初期近代ににおける法の概念的な形式変化（Formveränderung）に貢献したのであり，この変化がまた実体的な法（das materielle Recht）の変化をもはじめて引き起こしたのであった。それゆえに17世紀にはすべての支配権は“publicus”という用語をともなって表示されたのであり，この支配権が自律的な最高権力（Obrigkeit）の行政的ないし司法的な秩序化機能の基礎を築いた。政治権力の多段階的な所有者による封建法的なヒエラルキーは，当面はそれと関係することはなかった。“publicus”と“privatus”の対立の中で本質的に現れてきたのは，法規（Rechtsakt）の担い手（“personae publicae”「公人」）と法規の名宛人（Adressaten）との機能的な分裂であった。身分的秩序は放棄されなかったとはいえ，諸身分はその結果いたるところで諸侯に対しては“privati”（「私」）として対立し，そこでは諸身分は諸侯の最高権力の担い手（Träger）ではなかった。諸侯自身も公と私の領域におけるこうした機能的分裂から例外的ではなく，そこでは彼の私財は彼の持つ国王直領地（Domänenvermögen）や国家財産（Staatsvermögen）から区別され，私的支出は諸侯としての代表的義務から区別された。同じ意味でたとえばCHRISTIAN WEISE（1642-1708ドイツの教育家・小説家）によれば，“Staatsklugheit”（国家知）に対しては“Privatklugheit”（私の知）が対

立して現れ，後者は“öffentliches Amt”（公の職），“officium”（公の職務），“munus publicum”（公の義務）などを遂行する場合においては意味をなさなかった。また“Staatsinteresse”（国家利益）には“Privatinteresse”（私的利益）が，“Staatsperson”（国家人）には“Privatperson”（私人）が対立した[53]。実質的に諸侯を彼より低い高権（Obrigkeiten）から区別したのは，諸侯のもつ権利（Recht）がはるかに多かったということのみであったが，しかしライプニッツ（G. W. LEIBNIZ,1646-1716）が強調したように，この量的な違いの中に“iura territorii”（領域法）と“iura territoriaria”（領地法）との質的な違いがあった[16]：「いくつかの高権（Hoheitsrecht）はなおも完全なランデスホーハイトになっていないのであり，このランデスホーハイトはその全範囲において出現しなければならないし，それは実施において完全ではなくとも少なくとも権限においては全面的に現れていなければならない」[54]。

17世紀末ごろドイツでは法律用語の上で，“publicus”を伴うラテン語の表現に対する同義語として“öffentlich”をともなう合成語が増大した：“officium publicum”（公務）に対しては“öffentliche Bedienung”（公の官職）や“öffentliches Amt”（公職）が，“servus publicus”（公僕）に対しては“öffentlicher Diener”（公吏）が，“notarius publicus”（公証人）に対しては“öffentlicher Schreiber”（公の書記）といったように[55]。古くから使われていた“gemein”という用語は，その結果しだいに法律用語から排除され，“publicus”と“öffentlich”が“staatlich”へ意味転換したようにはいかなかった。“öffentliches Gericht”（公開の裁判），“öffentliches Verbrechen”（公共の犯罪），“öffentliche Anklage”（公共の告訴）のような古い時代の表現様式は，国家との関係からいっていまや“staatliche Gerichte”(国家の裁判)[56]など特定の意味を得た。“öffentlicher Krieg”（公の戦争）とは，17世紀までは公開の場（öffentlich）で宣言され公開の場で遂行された戦争（“bellum commissum”遂行された戦争）のことをいった[57]。SCHÜTZ による GROTIUS の翻訳の中において，“bellum publicum”（公共の戦争）の翻訳語としてこの表現（öffentlicher Krieg）が1707年に初めて現れた[58]。“öffentliches Amt”（公の職）とは，たとえそれらが封建法上の多様な身分の一部であったにしても，諸侯国家（Fürstenstaat）に従属する全ての役職や統治権（Herrshaften）の統一的な呼称であった[59]。“öffentlich”という表現は，それゆえにラテン語の“publicus”と同じく，法領域（Rechtssphäre）を公的ならびに私的な領域に基本的に分類するという意味で，法律用語の統一化に貢献したのである。

その結果この言葉はその本源的な意味からは遠ざかることとなった。“staatlich”（国家的な）という意味で“öffentlich”と呼ばれたものは，当然に（eo ipso）すべての人に開かれているわけではなかった。そしてこの意味転換とともに公的なもの（das Öffentlichen）自体についての理解の転換も生じたのであり，そこでは諸侯国家の行政が既存の公共性（Öffentlichen）自体についての理解の転換も生じたのであり，そこでは諸侯国家の行政が既存の公共性（Öffentlichkeit）の諸形態をかれらの支配的な秩序形成権（Ordnungsanspruch）の下に従属せしめ，警察秩序（Polizeiordnung）をとおしてさらに深く私人の家庭及び職業上の生活にまで食い込むことになった。娯楽（Vergnügen）の多様な形態—たとえば賭け事のような—は，それらが浪費的であり結局自殺とか無統制な熱狂や神の侮辱とかになってしまうという理由で，この警察秩序により国家的秩序の勢力圏からは禁止されてしまった[60]。水晶占い師や，星占い師，魔法使いなどは，迷信の助長が彼らのせいであるという理由で，18世紀には公共の広場への出入りを禁じられた。公開での娯楽の諸形態の貧弱化は特に底辺層の人々に当てはまった。なぜなら貴族や都市市民層はその代わりに新しい形態の私的な社交（Geselligkeit）を発展させることができたのであり，ここからはか

の底辺層は除外されたのであった。結局国家的秩序として公的秩序を仕上げた結果，ひとつの空間が社会から区切られ，そこにおいてはこの秩序に適合できない者が把捉されてしまった：すなわち犯罪人，無為徒食の者，貧乏人，病人，狂人などが[61]。

こうした人間に対しては18世紀の始めより“公的な”施設（“öffentliche” Anstalten）が設置され，この倒錯した公共性理解が制度的に管理された公共性（institutionell verwaltetene Öffentlichkeit）の18世紀における否定的な条件を示している。

3．“Ius publicum”と“öffentliches Recht”

TERENZの一節は，古代の史料の中に紀元前2世紀の前半において“ius publicum”（公法）の概念があることを裏付けている[62]。しかしなおそこからはRechtが公法（ius publicum）と私法（ius privatum）とに基本的に分類されたと結論づけることはできない。キケロ（CICERO, MARCUS TULLIUS, B.C.106-43）がはじめてこの対立についてしばしば述べており[63]，彼は“ius publicum”（公法）とはその有効範囲が人民（populus）つまりローマ国民（Volk）であるところの法であると理解した。法素材（Rechtsmaterie）の分類原理として，“ius publicum”と“ius privatum”の区別が最も強くでたのは疑いもなく古代後期の法典編纂の進行中においてであった。ユスチニアヌの法典編纂において有名になったウルピアーヌス（ULPIAN, DOMITIUS 170頃-228，ローマの法学者）は法の定義（Legaldefinitionen）は，“ius publicum”の概念を“publica utilitas”（公益）の概念に結び付けたものであるが，その際にみられた公の法（das öffentliche Recht）は公の利益（der öffentliche Nutzen）を目的とすべきであるという考え方はおそらくギリシャの影響に帰せらるべきであろう[64]：「この研究の主題は二つ，すなわち公法と私法である。公法はローマ人社会の事柄に関わるもの，私法は個々人の利害に関わるものである。というのはある利害は公的，ある利害は私的だからである。公法は祭事，祭司，官吏に関わる。私法は三つに分かたれる。なぜなら自然法，万民法，市民法の集まったものだからである。」[65]。さらに新しい表現によれば，私法から公法を分かつ境界設定は（目的・対象・領域などの一訳者注）事物に即して（sachbezogen）なされることになった[66]。またその主体（Subjekt）としては，ローマの市民（populus Romanus），カイザー，国庫（Fiskus），公職者（Amtsträger）などが登場し，より後になってからは，国際法（Völkerrecht），宗教儀式の礼拝規則（sakrale Kultordnung），人法・家族法・相続法（Personen-,Famirien-,Erbrecht）などがそれに加えられた。

中世においては，法の分類原理としての区別は偶然に（gelegentlich）引き継がれただけであって原理的に引き継がれたわけではない。“ius publicum”の短い定義は，セビーリヤのイシドール（ISIDOR VON SEVILLA 560頃-636 スペイン・カソリック教会の教会博士，聖人）とGRATIAN[67]によればカノン法（CIC, Codex Juris Canonic）の中に見いだされ，それは中世教会法（Dekretisten）にみられる類似の定式化と同じくULPIANの法の定義に依存しており，ある時は私法とは逆に公の利益（utilitas publica）を目的とした法を言い表し，ある時は（特にGRATIAN以前の法史料ではそうであるが）カノン法とは反対に世俗法を言い表した。“ius publicum”と“ius privatum”との間には，法を一貫して貫く体系的な区別はカノン法には存在しなかった[68]。

14・15世紀のイタリアの注釈者がはじめてローマ法を基準にして同時代の法を批判し，新たな体系化を始めた。ローマ法大全（Corpus iuris）は，彼らには理性の法（ratio scripta）として，また異議を差し挟むべきではない権威としてみなされた。しかしながら彼らが本質的により強く継

受したのは国法的規定よりも私法的側面であって，国宝的規定の方は封建法的な支配秩序とは縁の遠いものであった。ローマ法の影響はイタリアからドイツに移り，15世紀の終わり頃ドイツではそれまでの様々に異なっていた法的伝統（Rechtstraditionen 法的慣習）を統一的に把握するという関心が強く現れた。フランクフルトの帝室裁判所（Reichskammergericht）[17]の設置（1495），ウィーンの帝国宮廷顧問会議（Reichshofrat）[18]の設置（1497）は，ドイツの国家統一（Reichseinigung）の道の第1歩であり，その土台を共通のドイツ法がつくるものとされた。帝国法（reichsrechtlich）レベルの立法に取り組んだのは，カールス5世の刑事裁判令（Peinliche Halsgerichtsordnung 1532）や，1530，1548，1577年の帝国警察令（Reichspolizeiordnung）[19]であった。16世紀の末期以来公法（ius publicum）の形成はラント地区における発展とより強く結び付き，アウグスブルクの宗教和議[20]以降はラントでの自治（Autonomie）が帝国の統一を破壊し始めた。

16世紀において継受されたローマ法の一部は，さしあたりは封建法の支配秩序については手を触れないままであった。帝国法の学説・文献（Literatur）の中ではそのほとんど大部分が私法（ius privatum）に属するものであった[69]。“ius publicum”と“ius privatum”の区別は，最初は特に継受されたローマ法大全のパンデクテンの素材（Digestenstoff 学説彙纂の素材）の体系性に対する人文主義的（humanistisch）に影響された関心に端を発するものであった（ここで人文主義的とはギリシャ・ローマの古典に対する関心をもったという意味—訳者）。法をふたつの部分に基本的に分けるというのではなく，統一的な法システムの内部で高権的な特別法（obrigkeitliche Sonderrechte）を除々に排除していくことが概念的に区別することの意義であった[70]。ある本のタイトルの中に“ius publicum”という概念がはじめて登場したのは1568年であり，それはNICOLAUS VIGELIUS の“Institutiones iuris publici”（『公法提要』）であった[71]。16世紀においてはふつう公法（ius publicum）は，法源（Rechtsqullen），官庁・教会，司法・国庫，都市・税ならびに公職などについての入門的教義として私法（ius privatum）の前におかれたが，しかしそれは法の素材（Rechtsstoff）全体のなかではほんの一部でしかなかった。ius civile（キヴィタスに関する法，つまりローマ法）に関する Donellus のコメンタール（1589）は，両方の法に共通する法文のすべてをなおも私法に入れていたのであり，公法（ius publicum）は，例外でしかなかった。私法（Privatrecht）はそれゆえに一般法（gemeines Recht）としてすべての生活領域についての条理法的な（subsidiär）法規範として通用した。

公法に関する学科（Disziplin）は，16世紀末に宗教戦争で覆われた西ヨーロッパ諸国において新たに開始された。フランスとオランダでローマ法の概念と手本（Vorlagen）とがアリストテレス政治学の継受（Politik-Rezeption）の影響のもとで独自にさらに手を加えられた。ここが出発点となってライヒにおける公法学（publizistische Wissenshaft）への影響が現れた。イェナでは，アルメウス（ARUMAEUS）を中心にしてひとつの影響力の大きい学派がつくられた[72]。1636年には，Ingolstadt 大学が専任の教官をもつ学科を作った。しかし専門科目の対象についてのイメージ（Vorstellung）は，17世紀においてはきわめて多岐に分かれていた。ラント行政の立て直しに強い関心をもっていた古くからのひとつの方向（Ordenburg, Obrecht）とならんで，コーンリング（Herrman Conring 1606-81，ドイツの学者，医学，政治学，法学史）以来ローマ法の伝統に対しドイツ法の伝統を強調する法史学の学派が広がった。それと同時にこの学派にとってはラントの諸侯国ではなく帝国がただちに公法の主体（Subjekt）としての価値をもった—これはアナクロニスムであり，これをプーフェンドルフ（PUFENDORF, SAMUEL 1632-94，ドイツの法

学者，歴史家）は彼の本『ドイツの国の事情について』（"De statu imperii Germaniae" 1668）の中で攻撃した。彼は帝国を「怪物」（"monstrum"）と呼び，それは政府形態についての古典的でアリストテレス的な分類にはもはや当てはまらないものだとした[21]。この匿名で出版された本は法史学学派の専門家たちのなかで激しい反対に会い，この反対は30年後にトマジウス（CHRISTIAN THOMASIUS 1655-1728，ドイツの法学者・哲学者）をしてこの学派の絶望的な状況を嘆かせるほどにありあまる材料を残した。トマジウスに関しては自然科学的な実証の理念をめざし，科学をして確実な基礎の上に打ち立てることができるようにと，法（Ius）と歴史（Historie）の結合の中に固有の真理概念（あるいはWahrscheinlichkeit—真実らしさ）を打ち立てる努力をした。Halleでの彼の教授活動により公法（das ius publicum）は18世紀において特にドイツのプロテスタントの国家の中で大きな人気を得たが[73]，この専門科目に明確な限界を付与することには成功しなかった。18世紀においても公法は法の他の多くの部分と並ぶその一部でしかなかった。公法（öffentliches Recht）と私法（Privatrecht）との基本的な体系的区別についてはカント（KANT, IMMANUEL 1724-1804）が初めて『道徳形而上学』（"Metaphysik der Sitten" 1797）の中で着手した。「自然法の最高の分割は自然の法と社会（gesellshaftliche）の法への分割ではなく，自然の法と市民（bürgerliche）の法への分割でなければならない，つまり第1の法は私法（das Privatrecht）と呼ばれ，第2の法は公法（das öffentliche Recht）と呼ばれる[74]」。"öffentliches Recht"という新しい概念は，さしあたり"ius publicum"の用語上の翻訳ではあるが[75]，其の際に以下のような意味（Nebensinnn）を含んでいた—このような法は，単に"staatlich"という意味においてのみ"öffentlich"であるのではなく，不可欠な公開性（die notwendige Publizität）という意味で"öffentlich"であるのであり，カントによれば法（Recht）と政治（Politik）を一致させるためにはすべての法律（Gesetz）がこのことを必要としたのであった[76]。

"自然の"法と"市民の"法を合理主義的に区別するカントとはちがって，ロマン派（Romantik）は公法と私法を法自体の自然的な基礎の内部にある二分法に還元した：つまり個々の人間とならんで，民族（Volk）が第2の自然的な法源として現れた。ロマン派の傑出した法理論家であるザヴィニー（SAVIGNY, FRIEDLICH KARL VON, 1729-1861，ドイツの法学者，歴史法学，プロイセン法相）は，国家を「精神的な民族共同体の有機体（leibliche Gestalt）」として理解し，それは「不可視の自然体（Naturganzes）」としてすべての人間の基礎に位置づくものとされた[77]；国家においてはじめて，民族はその「真の人格」をもつとされた[78]。私法（Privatrecht）と国家法（Staatsrecht）とが法（Recht）を二つの分野に分けたのであるが，彼は国家法の為に今や「公法（öffentliches Recht）という一般的な名前」を推奨したのであり，その下に民事訴訟（Zivilprozess）と刑法（Kriminalrecht）とが把握さるべきだとした[79]：「最初のはその対象に国家をもつものであり，言い換えれば民族の有機的現象（organische Erscheinung）であり，第2のは個別の人間を取り囲む法的関係の全体である」[80]。二つの法の間には「厳密に定められた対立が存在し，私法においては個々の人間がそれ自体目的であるのに対して，公法においては全体が目的であり個々人は従属したものとして現れる。そして個々の法関係は手段（Mittel）としてのみ個の存在やその特別な状態とかかわる」。[81]。

原　　注

1）KLUGE/MITZKA 18. Aufl. (1960), 519.

2）Vgl. Oecolampad auf der Berner Disputation am 16. 1. 1528, LUTHER, Sämtl. Schr., hg. v. Joh.

Georg Walch, Bd. 17 (Halle 1745), 2210: Jeder weiss, dass κοινος, oder κοινόν ist als viel als gemein.

3) MAALER (1561), 312, s. v. offentlich

4) Ebd., 167, s. v. gemein.

5) Ebd., 312 u. NATHANAEL DHUEZ, Dictionnaire allemand-françois-latin (Leiden 1642), 145. 272.

6) LUTHER, Randglosse zu 2. Mose 6, 3, WA Dt. Bibel, Bd. 8 (1954), 215.

7) s. u. S. 420

8) Vgl. WILHELM PAPE, Handwörterbuch der griechischen Sprache, Bd. 4: Deutsch-Griechisches Lexikon, 3. Aufl. (Braunschweig 1872), 588, s. v. öffentlich.

9) ARISTOTELES, Rhet. 1385a.

10) Vgl. REGINALD DEPYS WINNINGTON-INGRAM, Euripides and Dionysus. An Interpretation of the Bacchae (Cambridge 1948), 164.

11) MAALER, 312.

12) Zit. THEODOR GEORG v. KARAJAN, Über Heinrich den Teichner, in: Denkschr. d. kaiserlichen Akad. d. Wiss., phil.-hist. Kl., Bd. 6. (Wien 1855),149, Anm. 217.

13) Zit. GRIMM Bd. 7 (1889), 1180 u. ERNST THIELE, Luthers Sprichwörtersammlung (Weimar 1900), 55 mit weiteren Belegen.

14) LUTHER, Wochenpredigten über Matth. 5-7 (1530/32), WA Bd. 32 (1906), 303.

15) Ders., Eyn Sermon von dem Hochwirdigen Sacrament des Heyligen Waren Leychnams Christi, WA Bd. 2 (1884), 752f. 同様に"offenbar"は同じ意味で一般的に使われていた。"offenbar sunder"はラテン語では"publicanus"と表示された；LORENZ DIEFENBACH, Glossarium Latino - Germanicum mediae et infimae aetatis (Frankfurt 1857), 470.

16) MICHEL FOUCAULT, Wahnsinn und Gesellschaft. Eine Geschichte des Wahns im Zeitalter der Vernunft [franz. u. d. T. : Histoire de la folie], dt. v. Urlich Köppen (Frankfurt 1973), 136.

17) ···*gab das uf vor mir un vor den burgeren···an offeme gerichte*, Urkundenbuch der Stadt Basel, Bd. 2, hg. v. R. WACKERNAGEL u. R. THOMMEN, Nr. 509 (Basel 1893), 291; vgl. RWB Bd. 4 (1939), 309f.

18) ···*want sick de sunne verhoget und de dach verclairet heft* ···*dat ik hir moge he ghen eyn apen vrig gerichte*, zit. PAUL WIGAND, Das Femgericht Westphalens (Hamm 1825), 365.

19) JACOB GRIMM, Deutsche Rechtsalterthümer, 4. Aufl., Bd. 2 (Leipzig 1899), 411. 439. 477. 501. 531.

20) Zit. NIKOLAUS KINDLINGER, Münsterische Beiträge zur Geschichte Deutschlands hauptsächlich Westphalens, Bd. 3/2 (Münster 1792), 651.また秘密のフェーメ裁判も屋外での審議といったような公開での行刑の形式に固執したし，公開の場での刑の執行に固執した。

21) SALVATOR RICCOBONO, Fontes iuris Romani antejustiniani (Florenz 1941), 5. 17. 87.

22) Zu dieser Unterscheidung vgl. HANS MÜLLEJANS, Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum (München 1961), 64. 68. 78. 89. 108ff. 144. 177.

23) Zit. ebd., 113.

24) Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V von. 1532, § 78, hg. v. GUSTAV RADBRUCH

(Leipzig 1926), 43. Vgl. HERMANN CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2 (Karlsruhe 1966), 414.

25) STIELER (1961), 1557.もっとも狭い裁判管轄区域をしかもたない低級裁判所もまた"öffentliche Gerichte"とよぶこともできた；vgl. KASPER STIELER, Vade-mecum juridicum sive compendium scientiae juris privati (Nürnberg, Jena 1683), 422.

26) JOH. CHRISTOPH NEHRING, Manuale iuridico-politicum, 5. Aufl. (Frankfurt, Leipzig 1697), 520.

27) Vgl. ZEDLER Bd. 25 (1740), 564, Art. Oeffentliches Verbrechen.

28) KARL ERNST GEORGES, Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch, 12. Aufl., Bd. 2 (Hannover 1969), 2021ff., s. v. publicus.

29) 国家と社会をひとつの形容詞の"öffentlich"の中に凝縮した二分法をラテン語の"publicus"にまで移し替えることは，自由主義者のCARL THEODOR WELCKERの場合に明らかに認められる：「ドイツ語の"öffentlich"はラテン語の"publicum"と同様に三つの異なった概念を表している。第1には，政治的な事柄（das Politische）あるいは国家とか共同体（das Gemeinwesen）とかに関係するものを表す。・・第2にはすべての個々の市民（Bürger），ソキエタスないし団体（Genossenschaft）の参加者すべてに関係するものであり，財（Gut）とか権利（Recht）あるいは負担（Last）とか義務（Pflicht）としてこうした人すべてに共通なものを表す。第3に最後として，秘密でないもの（das Nichtgeheime）を表す」，Art. Öffentlichkeit, ROTTECK/WELCKER Bd. 12 (1841), 256.

30) CICERO, Verr. 2, 5, 35; *o lux immensi publica mundi:* OVID, Met. 2, 35.

31) SENECA, Epist. 3. "Publica (meretrix)" bezeichnete die Dirne, "publicum est" so viel wie "es ist allgemein".（"Publica（娼婦）"はDirne（娼婦）を云う，"publicumである"ということは"それは共通のもの"というのと同じだ）

32) *Hic qualis imperator nunc privatus est*（「司令官であるようなこの男はいまや私人である」），PLAUTUS, Capt. 1, 2, 63.

33) PETRARCA, De viris illustribus（『優れた男達について』），in: ders., Prose, ed. Guido Martelotti u. a. (Mailand, Neapel 1955), 228.

34) CAROLUS BOVILLUS, Liber de sapiente（『賢人についての書』）(Ausg. 1510/11), hg. v. Raymond Klibansky, abgedr. in: ERNST CASSIRER, Individuum und Kosmos in der Philosophie der Renaissance (Leipzig, Berlin 1927; Ndr. Darmstadt 1963), 355.

35) FRANCESCO PATRIZI, Della historia dieci dialoghi, dialogo quarto（『対話の歴史について，第4の対話』）(1560), 20, Ndr. in: ECKHARD KESSLER, Theoretiker humanistischer Geschichtsschreibung (München 1971)。

36) RUFINUSによれば，"clandestina coniugia"（「秘密の結婚」）は，*sine praesentia testium, sine sollempnitate traductionis, benedictionis et velaminis* **vollzogen**（「承認もなく，引き渡しの儀式や祝福の儀式やヴェールの儀式もなく」行われる。」）Summa decretorum 2. 30, 5.

37) Zit. MÜLLEJANS, Publicus und Privatus, 104.

38) Ebd., 67. 74f. 80. 88. 93.

39) Zum Folgenden vgl. CARL SCHMITT, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (München, Leipzig 1922), 9 ff.

40) BALTHASAR AYALA, De iure et officiis bellicis et disciplina militari（『法および戦争の義務ならびに軍の規律について』1582), 1, 2, 34, ed. John Weslake, Bd. 1 (Washington 1912), 22. AYALAが戦争

においては一方のみが正しいという見解を理性的なものとして認めたとしても，平和の確保を可能とするためには，両者ともに正しいとする考え（Lehre）を代表した: *utrinque iustum bellum esse posse*（「正しい戦争が両方の側においてありうる」），ebd. 1, 2, 35 (p. 23).

41) *Itaque hostis, quo cum geritur bellum, et qui aequalis alteri est*（「かくて敵とは，その敵と戦争がなされる敵であるが，かつもう一方のものとは相等しい資格をもつという敵」），ALBERICO GENTILIS, De iure belli (1588), 1, 2, ed. Coleman Phillipson, Bd. 1 (Oxford 1933), 18.

42) *Porro autem et publica sit contentio oportet. Neque enim bellum est rixa, pugna inimicitia, privatorum*（「さらにまた公的な比較もあらねばならないし，実際戦争といえども私人の争い，憎悪の争いであったりするような戦争ではないのだから），ebd. 1, 2 (p. 18).

43) Ebd. 1, 2 (p. 22).宗派上で中立的な国法に基づく控訴をもってして，国家的に承認できない宗派を訴追することは，もしもその宗派の支持者が公共の安寧を脅かすのであれば，いまや可能となった：「さらに国家の残りの部分から自分を引き離し，かつ外の国家をして自分の国家に対してけしかける者は，公の状態を攪乱するものであり，残った市民たちにとっては不正な輩である。」，ebd. 1, 10 (p. 66).

44) HUGO GROTIUS, De iure belli et pacis libri tres l, 3, 1 (Frankfurt 1626), 51.（『戦争と平和の法に関する3巻本』第1巻）

45) 国家と社会の利益とがかみ合うようになったことは，17世紀のイギリスの国法にとって特徴的な施設である「会社」（company）の事例によって明らかである：それは私的な事業家の連合として，国家的な独占を授けられ，賃借料を払うのとは反対に，関税の徴収や図書の検閲やロンドンの街頭の照明などのような公共的な機能を代表した。

46) WALTHER MERK, Der Gedanke des Gemeinen Besten in der deutschen Staats-und Rechtsentwicklung, in : Fschr. Alfred Schultze, hg. v. W. Merk (Weimar 1934), 415ff.
ドイツ語においては"gemeiner Nutz"は，"gemeines Wesen"という新しい表現がそれにかわるまでは，フランス語の"le bien public"（公益）と同様に，17世紀においてはなおも共同体（Gemeinwesen）の目的を表示することとならんで共同体それ自体を表示した。

47) JOHANNES ALTHUSIUS, Politica methodice digesta 5, 1 (3. Aufl. 1614), Ndr. hg. v. Carl Joachim Friedlich (Cambridg/Mass., Leipzig 1932), 38 f.

48) Ders., Dicaeologicae libri tres, 2. Aufl. (Frankfurt 1649), 118.

49) THEODOR REINKINGK, Traktatus de regimine seculari et ecclesiastico, 5. Aufl. (Frankfurt 1659), 3.

50) Vgl. ZEDLER Bd. 29 (1741), 1139, Art. publicum.同様にフランス語においても以下のような新しい合成語が見られる，"ministère public","charge public","officier public"などが；Vgl. FEW Bd. 9 (1959), 560 ff.

51) GEORG STEPHAN WIESAND, Juristisches Hand-Buch, この中では新旧時代のドイツ法がその原典から説明されているし，あいまいな単語や熟語の理解が明らかにされているし，もっとも注意すべき事柄がアルファベット順に短く論じられている（Hildburghausen 1762), 923.

52) s. u. S. 429 f.

53) CHRISTIAN WEISE の言語使用については以下のもの参照：GOTTHARD FRÜHSORGE, Der politische Körper (Stuttgart 1974), 31.

54) GOTTFLIED WILHELM LEIBNIZ, Teutschvaterländische Gedanken über einige Stellen der neuesten Wahlkapitulatiion (Frankfurt, Leipzig 1766), 10.

55) Vgl. ZEDLER Bd. 25 (1740), 550 ff. "Publica persona"はNEHRINGによれば「公の職についている人間であり，それゆえまた公証人（Notarius書記）とよばれるひとである」，Manuale iuridico-politicum (s. Anm. 25), 733. "sttatlich"という意味においてはじめて"öffentlich"は"publicus"に対するドイツ語の同義語として"offenbar"に対抗して自己の意味を明確に確立した。"iudicia publica"を"offenbare Gerichte"と訳したSTIELERの翻訳は異例だった，Vademecum (s. Anm. 25), 422. "offenbar"を伴う個々の合成語でこうした意味でなお18世紀においても伝えられていたのは例外的なものであり，例えば「公証人」(notarius publicus) に対する「公の書記」("Offenbar-Schreiber") などである，FRISCH, Dt. lat. Wb. (1741), 29.

56) ZEDLERは裁判権（Gerichtsbarkeit）を"eine öffentliche Gewalt"（「公の権力」）と呼んだ。そして彼は，この「公の権力」は官吏としてのその資格において官吏に帰すべきものである，とした。「裁判権を他の人に分配することは私人には許されないし，ここでは和解・示談は締め出されているので，さまざまな訴訟を解決するために何人かの私人を選挙で選び出すことがよくある。」Bd. 10 (1735), 112f., Art. Gerichtsbarkeit oder Gerichte。

57) Vgl. MAALER, 312, s. v. offentlich.

58) Vgl. HUGO GROTIUS, Drei Bücher vom Rechte des Krieges und des Friednes, übers. v. P. B. S. SCHÜTZ (Leipzig 1707), 85.

59) SCHÜTZは1707年に"‥*aut privatus aut publicis personis*"（「私的なあるいはまた公的な人物」）を"‥*entweder den Privatpersonen oder denen, welche in öffentlichen Ämtern leben*"（「私人に，さもなくば公共の職についている人に」）と訳した，ebd., 152.

60) Vgl. GUSTAV KLEMENS SCHMELZEYSEN, Polizeiordnungen und Privatrecht (Köln 1955), 291, Anm. 17.

61) Vgl. FOUCAULT, Wahnsinn und Gesellschaft (s. Anm. 16).

62) TERENZ, Phorm., v. 412.

63) CICERO, De orat. 1, 201; Rep. 1, 3; Brut. 214. 267. 269.; Balb. 34; Rab. perd. 17.

64) Vgl. ARTUR STEINWENTER, Utilitas publica — utilitas singulorum, in: Fschr. PAUL KOSCHAKER, Bd. 1 (Weimar 1939), 71 ff.

65) Dig. 1, 1, 1, 2; ähnlich Institutionen 1, 1, 4.

66) Vgl. MARTIN BULLINGER, Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung (Stuttgart 1968).

67) *Ius publicum est in sacris et sacerdotibus et magistratibus*（「公法は教会，司祭，政務官の中にある」），ISIDOR VON SEVILLA, Etymologiae 5, 8; GRATIAN, Decreta 1, 11.

68) Vgl. MÜLLEJANS, Publicums und Privatus (s. Anm. 22), 98 f. 187.

69) Vgl. zum Ganzen BULLINGER, Öffentliches Recht, 16 ff.

70) So ALTHUSIUS, Dicaeologicae libli tres l（『正義論3巻』第1巻），21 (Herborn 1617).

71) NICOLAUS VIGELIUS, Institutiones juris puplici（『公法提要』）(Basel 1568).

72) DOMINICUS ALMAEUS, Discursus academici de iure publico (Jena 1617/23); vgl. auch zum Folgenden NOTKER HAMMERSTEIN, Ius und Historie. Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und 18. Jahrhundert (Göttingen 1972).

73) 17世紀の後半以降になって公法（ius publicum）についての書物が増えた。

74) KANT, Methaphysik der Sitten, Rechtslehre, Eintheilung der Methaphysik der Sitten überhaupt,

AA Bd. 6 (1907), 242.

75) GUSTAV HUGO は1817に書いた：「公法，それは・・・ここ30年来ドイツでは単に国家法（Staatsrecht）ではなく公共的な法（öffentliches Recht）であり」と。Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 5. Aufl., Bd. 1 (Berlin 1817), 9 (§ 6).

76) s. u. S. 447.

77) FRIEDLICH CARL v. SAVIGNY, System des huetigen Römischen Rechts, Bd. 1 (Berlin 1840), 21 f.

78) Ebd., 23.

79) Ebd., 27.

80) Ebd., 22.

81) Ebd., 23.

訳　　注

以下の訳注は訳者の便宜で作ったものである。テキストの中には古代，中世の法律用語に関する多くの専門用語が出てくる。これらの用語についてその意味がわからないとテキストの文旨を解読できない場合がある。したがって最小限度の用語について簡単な解説をここに付すことにした。参考文献は主としてミッタイス＝リーベリッヒ『ドイツ法制史概説（改定版）』（世良晃志郎訳）と原田慶吉『ローマ法（改定）』（有斐閣全書）によった。

［1］Ding：古くはゲルマン時代のキーウイタス（"civitas"ゲルマンの国家）の国制上の中心機関を古語でDing（民会）といった。民会は定期的に開かれたが，臨時の集会（"gebotenes" Ding）もあった。全員一致制であり，「聖別された円の中で開かれ，周囲に儀式的な板囲いが行われた」という。政治的・司法的機関でありかつ軍事的機関でもあった。なおH・ミッタイスの『ドイツ法制史』に登場するDingの訳語として世良は「裁判集会」を当てている。(H. Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte, ein Studienbuch, neubearbeitet von Heinz Lieberich, Ⅱ. engänzte Auflage, München, 1969.　邦訳：ミッタイス＝リーベリッヒ『ドイツ法制史概説（改訂版）』，世良晃志郎訳，S. 46f, 66, 120)

［2］"gebotenes" Gericht：ゲルマン時代の臨時の民会を"gebotenes" Dingと称した，フランク時代の人民裁判所は6週間毎の定期裁判集会のほか，その中間期に必要に応じて臨時裁判集会が開かれ，これを"gebotenes" Gerichtといった。これには裁判集会民は出席の義務はなかった。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 46., 120ff. 参照

［3］グラーフ裁判所：フランク帝国時代の地方行政区の基本単位はグラーフシャフト（Grafschaft）であり，ゲルマン地方では既存のガウを地方的前提にし，そこにグラーフが配置された。グラーフは元来は軍の支隊の指揮者を言ったらしいが，さらに民事上の権限，警察権，財政権（課税権）をも獲得し，裁判官としての機能をはたす中央政府任命の官職を意味した。しかし実際は当該地方の土地所有貴族にこの官職は引き渡され国王の任命権は無実化した。裁判集会との関連では当初は判決の執行を委任されたがついで名誉議長さらには真の議長となり，グラーフシャフト内の裁判所の裁判長となることでグラーフ裁判所が成立した。これは裁判に関する貴族支配制を意味した。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 111f., 120ff.

［4］フォークト裁判所（Vogtsgericht）：インムニテート裁判権のひとつ。インムニテートはグラーフシャフトの及ばない治外法権的な国王による免除地であり，グラーフ貴族制に対抗する国王の処置から生まれた。そこではグルントヘルは彼の隷属民（農民）に対しては農民間の仲裁者として私的裁判を開廷していたが，重大な刑事事件についてはグラーフが管轄権をもちグルントヘルは彼の隷属民をグラーフにひきわたさなく

てはならなかった。しかし其の際グルントヘルはかれに弁護人をつけることができ，これをVogtと称した。しかしのちにグルントヘルの裁判所（インムニテート裁判所）は隷属民にかかわるすべての事件を担当することになり，もともとは非国家的な裁判所であったものが，インムニテートと結びついて国家機能の担当者にまで高められた。そこではフォークトがグルントヘルの代理人として裁判権を行使した。このフォークト裁判所はグラーフ裁判所の管轄以外のインムニテートの地域での（国家的）裁判所として中世的国制の重要なひとつとなった。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書S. 134ff.

［5］［6］Femegericht：グラーフ裁判所やフオークト裁判所と異なり皇帝直属のラント裁判所でランデスホーハイトの支配を免れた。特にヴェストファーレンのフェーメ裁判所が著名。この裁判所は元来はヴェストファーレンの正規のグラーフ裁判所であった。これらの裁判所はFreigerichtと呼ばれ裁判権の保有者はFreigraf,その陪席者はFreischöffenと呼ばれた。こうした地方では強力な自由農民層が維持され，グラーフ裁判所は貴族裁判所とはならず，帝国との関係を維持し，国王による罰令権も授与された。刑事（流血）裁判は臨時裁判集会で行われ7人の自由審判人（Freischöffen）の出席でよく，裁判手続きも最初は完全に公開であった。にもかかわらず，秘密裁判所（“heimliche” Gerichte）と言われた。フェーメ裁判所（veme＝刑罰）という名称もこのような刑事裁判所への転化と関連している。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書S. 362ff.

［7］Schöffen：フランク時代の人民裁判所の裁判集会には少なくとも7人の常置の判決発見人がおかれており，これがのちのSchöffen（審判人，参審員）の先駆である。フランク時代の末期の人民裁判所の改革の中で，一般的裁判協力義務も自由民への重圧となり，常置的な判決発見人の制度の形成以降自由民の法発見への不断の参加の習慣は失われた。カルル大帝のときに審判人制度（Schöffenverfassung）が導入され，年3回の定期グラーフ裁判集会のみが全民衆参加で開かれ，臨時裁判集会は審判人だけで運営されるようになった。かれらは一定以上の土地所有者であり，職務の宣誓を行い定期裁判集会でも判決発見人となった。かくして判例の統一性は高まった。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書S. 120., 174f.

［8］自由審判人（Wissende）：フェーメ裁判所の刑事裁判（臨時裁判集会）の開催には7人の自由審判人が出席すれば足りた。Femegenossenという語があるが，これは自由審判人団体の存在を表示しており，この団体は全ドイツにひろがっていた。団体への加入は宣誓により行われ，この宣誓は秘密保持の義務を課した（“Wissende”）。自由審判人には諸都市の参事会員なども加入し，14・5世紀には一時は10万人の“Wissende”がいたという。自由審判人自身は単独宣誓で自己を雪冤する特権をもっていたので無頼漢たちもフェーメ団体に競って加入した結果起訴された人の権利が保護されない事態も生まれた。15世紀のなかば以降ラントの裁判権が強化され，この国王直属の裁判所は存在理由を失うことになった。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書S. 363ff.

［9］Quästor：会計官。ローマの県に置かれた政務官。訴訟等の指揮にあたる官職で，中央には民事裁判を司る法務官（praetor）のほかに，とくに市場における奴隷家畜の売買に関して告示を発する官として按察官（aedilis curulis）がおかれた。会計官は県において按察官の告示を採用して告示権を行使した。この場合告示とは法の解釈を示し，関係規定のないところを補い，改廃するなどの命令的機能を含んだ。これらの告示による法律を名誉法といい，万民法や自然法と区別した。原田慶吉『ローマ法』（改定），有斐閣，S. 10ff. 参照

［10］iudicium publicum：ローマ法においては違法行為は公の犯罪と私の不法行為に別れる。前者は刑事裁判（iudicium publicum）において，後者は民事裁判（iudicium privatum）において審判を受けた。不法行為が公共の利害に関するときは，市民の誰しも国家の名において訴えを提起することができた。またこの訴えにより課せられた罰金を国庫，訴えの提起者，あるいはその双方に帰属せしむるところの国民訴権（actio popularis）を発生した。原田，前掲書p. 219f.

［11］「最終裁判日」：自白の獲得のための拷問は13世紀にまでさかのぼり，世俗裁判所，教会裁判所の双方

で行われた。拷問はすでに予審の段階で用いられたが，決定的なことは拷問による自白が中世の終わりころには，主弁論（「最終裁判日」der "endliche Rechtstag"）ではもはや取り消し不能なものとなったということである。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 502.

［12］Inquisitionsprozess：糾問訴訟。刑法の分野ではすでに中世末に，親告手続きから糾問訴訟への移行が行われた。この手続きは刑事訴訟の重点を官庁による予備手続きに移し，したがって最終裁判期日の価値を低下させた。犯罪を発見し訴追することは官憲国家の影響の下に全く官庁のしごとになり（職権手続），そのための特別の起訴官庁が設置された。私的な告訴はほとんど無意味となり，真実の発見は裁判所の仕事になった。糾問訴訟は自白の獲得を目指し，上訴の保証はなかった。被疑者は訴訟経過に介入する可能性はほとんどなく，裁判の客体になるのみであった。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 426., 501.

［13］流血裁判所（Blutgericht）：中世中期の地方における主たる裁判所はグラーフ裁判所であった。世俗諸侯たちはこのグラーフシャフトを手中にすることに成功したが，いくつものグラーフシャフトを自ら管理することは不可能であり，裁判権の行使を代理裁判官に委任した。かくして一方での諸侯におけるグラーフシャフトの集中と他方での裁判管轄区の独立化が生じ，グラーフシャフトは形骸化し，グラーフは最終的にラント裁判所にとって代わった。また人口の増加やフェーデ制度の一般的な野蛮化に直面しグラーフ裁判所は実効の少ないものとなり，ラント平和運動の進行とともにここに流血裁判権が出てくるところとなった。いまや流血裁判権が上級裁判権の特徴的な標識となった。流血裁判権の担い手は領国の裁判所（ラント裁判所，ゴー裁判所，ツェント裁判所）であった。ラント平和にとり重要なことは犯罪の処罰であり，ラントにとり有害な反社会的分子の処罰であった。流血刑（死刑，身体刑，首手刑）は上級裁判所の特色をなし，下級裁判所は懲戒刑を特色とした。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 284-290.

［14］imperium publicum：imperium は「命令権」であり，法務官（訳注10参照）の告示は命令権に基礎をおいた。また元老院の長（皇帝）の発する勅法は，命令権に関する法律（lex de imperio）によって民会がすべての権力と命令権を皇帝に付与したがためと説明されている。勅法には，告示（edictum），裁決（decretum），指令（mandatum），解答（rescriptum）の4形式があった。原田：前掲書 S. 11., 16.

［15］servus publicus（公奴）：奴隷のなかでも公売に付せられず公共の勤務に服する「公奴」がいた。彼らは特有財産の半の遺言処分権と，自由人との婚姻が許され，奴隷中の特権階級を構成した。原田：前掲書 P. 51.

［16］「領域法」と「領地法」との区別についてはさだかではないが，領邦の内部で機能している法（Recht 権利）の区分であり，前者は領邦内の下級の Obrigkeit の職にある者の権利・法を含み，およそ領域内にある上級・下級の「公人」のもつ法・権利の全体を表し，後者は領邦内の最高権力である領主のみに専属する領邦全体の法・権利を意味していると考えられる。その上でこの後者の「領地法」がランデスホーハイトにならなければならないのに，そうなっていない現状をライプニッツが指摘したものと解される。なおこの項については石川武氏の御教示を受けた。

［17］帝室裁判所（Reichskammergericht）：帝国の改造計画は15世紀以降近世初期にいろいろ考案された。その目的は帝権と帝国等族との間の調整にあった。全体的にはこの改造は失敗におわり皇帝と帝国との対立を激化した。とはいえ改造計画について無視できない。その最初の成果は永久ラント平和令の制定（1495）とその実施である。この平和令の実施のために既存の王室裁判所（das königliche Kammergericht）は帝室裁判所（Reichskammergericht）に変更され，これには皇帝と等族とが参加した。この裁判所の働きで16世紀にはフェーデ制度が死滅した。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 457f.

［18］Reichshofrat：帝国改造計画は帝室裁判所の設置以外にも，帝国議会（Reichstag）の改革や帝国代表者会議（Reichsdeputation）の設置などとならんで，帝国宮廷顧問会議（Reichshofrat）の設置がある。これは1

495年に帝国等族により皇帝の手からもぎとられた王室裁判所に代わるものとして整備され，これには等族は発言権を全くもたなかった。この会議は1559年まではハプスブルグ家の世襲領の管轄権をももち皇帝の親裁も可能であった。1527年にはこの会議は純粋な裁判所に転化した。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 462.-469.

［19］Reichspolizeiordnung：帝国の立法については，1495年の永久ラント平和令やアウグスブルグの宗教和議（Religionsfriede 1555），ヴェストファーレン平和条約（1648）などのほか，国制法上のものとして1532年のカロリナ法典（カールス５世刑事裁判令）とならんでこの一連の帝国警察令があげられる。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 473.

［20］アウグスブルグの宗教和議：これは永久ラント平和令を信仰の問題にも拡張したものである。これにより信仰選択の権利が形式的にも帝国等族に付与され，かくして彼らは改宗決定権，宗教罰令権をもった。これ以降は官吏の任命に至るまで新旧両教同権の原則が行われ，等族の勢力は一層固められ，難攻不落のものとなった。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 452f.

［21］1648年のヴェストファーレン平和条約は1654年の最後の帝国議会の決定に取り入れられることで最後の帝国基本法となった。この平和条約は帝国等族に完全な領国主権を承認した。かくしてこの帝国はおよそアリストテレスの国家類型のどれにも合致しないので，プーフェンドルフはこれを“monstro simile”（怪物に似たもの）と名付けた。ミッタイス＝リーベリッヒ：前掲書 S. 460.

（追記）このテキストの訳出にあたっては，ドイツからの日本語研修生（北大）である Jens Meydam さんの全面的な協力を得た。さらに古典語の訳については田中利光教授（北大言語文化部）の，また中世・近世の法律用語については石川武教授（北大名誉教授，拓殖大学北海道短期大学学長）の大変に明快な御教示を得ることができた。ここに心から感謝の意を表するものである。