

「憲法」概念と憲法学（その二）

ードイツ憲法（学）史を背景とする「日本憲法学」¹

堀 内 健 志

（目 次）

- 1 「近代憲法」の背後にあるフレーム
- 2 「憲法」概念と「国制」史
- 3 古代から啓蒙期までの「憲法」概念
- 4 「近代憲法」の現在まで
- 5 わが国の学界に未知の情報
- 6 結び－日本語としての「憲法」訳語

1 「近代憲法」の背後にあるフレーム

1789年のフランス人権宣言16条にそのエッセンスが明示されている通り、「近代憲法」は、権利の保障を目標として、そのための手段として権力分立体制を確立することをその内容とする。そして、今日の憲法学も多くなおこれにもとづいてその二大要素を各説するのが慣わしとなってきた。

けれども、これが一つの国家構造・組織の基本秩序であるならば、その「近代憲法」の原理を成り立たしめ、法規範体系として存立せしめている基盤は何か、その背後にある「憲法」は、いかなるものであるのかを問うてみる必要があるであろう。

それは、つまるところ「実質的意味での憲法」ないしは「国制」のレヴェルの問題である。

2 「憲法」概念と「国制」史

「近代憲法」以前の「憲法」の本来の意味の起源を歴史的に辿る場合、原語である *constitution*、もしくは *constitutio* という言葉の語源を遡ることが一つの方法であるが、もう一つには *constitution* の語意である「構造」「構成」「組織」という意味をもつ用語、たとえば *Status*, *Verfassung*, *Grundgesetz*, *Lex fundamentalis* といった言葉の用語法の変遷を究明することもなされる。

が、これらの何れにも、方法論としての問題が含まれている。前者においては、いったい

constitution の語源を探るのか、そうではなく constitutio のほうを探るのかによってその意味が異なってくる可能性がありうるし、別の、たとえば *Verfassung* ならばまたそれなりに別の起源があり得よう。他方、後者においては、「憲法」概念にあらかじめ「国家の基本秩序」なる内容物を想定して、これに該当するいくつかの用語を拾い挙げるということになるので、そのような作業の限界に、つまり、「憲法」の意義を究明するという厳密な概念措置にならないということに留意する必要がある。

いずれにもせよ、しかし、これらの点について従来わが国の憲法学は、ほとんど深く立ち入った研究をしてきてはいなかったのではなかろうか。

すでにも指摘したように、「憲法」概念の分類において、「実質的意味の憲法」を法規範に限定し、「国制」を事実上の世界のものとして、簡単に両者を峻別・分離して、そこに潜む厄介な問題を回避してきているのではなかろうか。

第一に、「近代憲法」が「国家の存立」を前提としているという場合にも、まずこれが事実の世界の出来事であるとして、そのような事実とは何か。G・イエリネクは社会学的国家概念を措定するが、これとて、物理学的な物自体というのではなく、新カント学派のいういわゆる認識作用の結果もたらされたる対象であって、国民の心理的精神作用に基礎を置くしかない。²

第二に、また、「国家の存立」を硬直的に捉えるのではなく、たとえば、R・スメントのごとく「国家は…毎日くりかえされ国民投票によって生きる」というようなダイナミックな統合の精神的現実態として把握したり、³ましてや、C・シュミットのごとく「憲法」を「政治的統一体の態様と形式に関する全体決定」を下す「政治的意志・命令」⁴に依拠せしめる場合にも、これらを単に事実の世界の出来事とか「国制」とかとして法規範の意味での「実質的意味の憲法」から遠ざけていいものかどうかは問題である。

第三に、この「国制」と「国家の構造・組織の基本秩序」とはどのような関係にあったであろうか。たとえば、*Status* を取り出して「憲法」の意味を汲み取るとしても、はたして、そこに「組織法（規範）」が明確に自覚されていたかどうか。法というよりも事実的状态を指していたと言えないだろうか。かりに、「秩序」という意味、つまり無秩序ではないということが言えても、そこに、W・ブルクハルトの所説に見られるごとき「行憲法」に対置されたる法規範が意図されていたか、⁵さらにはこれに国王を拘束する効力まで有する意味が付与されていたのかどうか、疑問なしとしない。かかる効力はやはり近代立憲主義以降になって明確になったものであろう。

これを逆に言うならば、近代以前においても「国家」と「憲法」との密接なる関連のもとに用いられた *Verfassung*, *constitution* には、その制定手続及びその産物としての *Verfassen*, *constitutio*, *Verfaßt* などの語源も登場するのであるから、そこには「国家の構造・組織の基本秩序」という文字通りの規範制定の意味も全くなかったとは言い切れないのである。

第四に、「近代憲法」の立憲主義のもとでは、憲法によって保障される「国民の権利」「人権」は法的に確保されなくてはならない。つまり、何らかの手段によって法的意味づけを与えられなくては

ならない。「憲法」の法的意味、法規範性が強く意識されざるを得ない。「法治国家」とか「法の支配」とかの原理で言われるものは、端的には「法的憲法」ということになる。

もっとも、19世紀初頭のドイツでは、憲法典の国民の権利規定は法的というよりも政治的宣言ぐらいにしか理解されなかったのではあるが。

が、21世紀への転換期を迎え、次第にまた「法的憲法」の妥当性が薄らいで来ていることが指摘されている。危機の時代に遭遇していることもあるが、かつてのいわゆる「消極国家」から社会福祉など国家任務の増大にともない国家が「憲法」のなかで処理し切れない政治的・社会的諸問題の決定を「憲法」外の諸団体などに委ねることになると、そこでは、開かれたる社会における政治学的な力の学によって勝敗が決せられかねない。「政治的憲法」の季節にいたる。が、そこでは、永年の努力によって獲得されてきた人間の英知の結晶である公平・正義の学たる「法的憲法」学の歴史的任務・使命を改めて、思い起こすことが必要とされる。

第五に、うえの「国家の存立」のところでも暗示したのであるが、「憲法典」の変更にもかかわらず、「国家は不変で、存続する」という場合に、しかし、「憲法典」じしん「国家の構造・組織の基本秩序」を規定するものであるから、「国家」がなにも変わらないはずはないのである。国家学、国法学における「国家」も究極的に人間の意識のなかに映るもの、心理作用であるならば、その意識の変化により、絶えず移り行くものと見なくてはならないであろう。そのように考えたときに、今日のたとえば、R・アレクシーの言うごときいわゆる「討議理論」⁶にも通ずる広義での人間・社会のなかでの討議・決定に基づいて「国家」じしんが「存立」しうるということではないだろうか。

3 古代から啓蒙期までの「憲法」概念

「憲法 (Verfassung)」概念についての近年の研究、Zwei Studien von Heinz Mohnhaupt und Dieter Grimm, Verfassung, Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart 1995は、古代から現在までの「憲法」の概念史であり、ドイツの憲法史叢書四七巻に収められている。

このうち、前半の憲法Ⅰの部分は古代から啓蒙期までで、ハインツ・モーンハウプト氏が担当し、後半の憲法Ⅱの部分は近代以降につきディーター・グリム氏が担当している。この分担・区分はこれまで見てきたように、やはり「近代憲法」とそれ以前とに際立った特徴が存するとの合理的判断があるからであろう。

H・モーンハウプト氏については、少なくともドイツ国法学者学会の会員名簿には名前がなく、「国制」史の歴史家かもしれないが、不詳である。⁷

もう一人のD・グリム氏のほうは先頃まで連邦憲法裁判所の判事であり、ビーレフェルト大学教授(その後ベルリン・フンボルト大学教授[VVDStRL60, S.683による])であって、もちろん国法学者学会会員である。⁸

以下、この文献に依拠しながら、まず、近代以前の「憲法」概念との関連で、注目すべき点を列記

することにしたい。

まず第一に、本書序文において⁹、Konstitution, Status, Lex fundamentalis, GrundgesetzをVerfassung概念のParallelbegriffeやAlternativbegriffeであると言っている。これらの概念、特にわが国ではconstitutionとVerfassungとが何の断りもなく互換的に用いられてきているが、ここでは一応の関連が述べられている。けれども、この点はもう少しの吟味が必要となろう。

第二に、H・モーンハウプト氏は、古代のギリシャ語のPoliteiaについて、都市国家の秩序と国家諸形体を挙げてコロンの結んでいる。このような意味を有したということであろうか。同様に古代ローマについては、constitutioとstatus rei publicaeが挙げられている。¹⁰

そして、中世及び初期近代の用語・概念法として、StatusとConstitutio、ConstitutioとInstitutioが並べられ、また、VerfassungはコロンのVereinbarung, Abfassen, Ordnen、つまり合意、取り決め、秩序づけと結ばれている。ここで、Verfassungにもこのような「憲法」の「合意」の要素、取り決める「手続」の要素が含まれていることが伺い知られる。¹¹

第三に、人体にたとえてある対象を分析・説明するいわば身体比喩学(Corpus-Metaphorik)が、医学や政治学においてConstitutioの説明に用いられたということが述べられる。¹²

第四に、lex fundamentalisとconstitutionとがならべられるが、16世紀フランスで、国王の拘束という意味が含まれるのかどうか問題とされる。¹³

第五に、文献上VerfassungとVerfaßtesつまり、「産物」としての意味のものが並べられていることが確認される。¹⁴

第六に、Lex fundamentalisとGrundgesetzeが並べられている。「基本法」という意味であろう。¹⁵ また、Statusをライヒの国家形体とも並べている。¹⁶ この語は旧体制の状態を維持するとき意味をも含みうる。

第七に、二重「憲法」概念？という表現が出てくる。¹⁷ まるで二重「法律」概念と同じような表現である。その意味するところは、法的状態としてのそれと、法外的状態としてのそれ。そして、コロンの国家とStatistikを並べているが、この意味はよくわからないが、いましがた見たごとくドイツでは18世紀初めまでVerfassungとZustandがjus publicumの確立の際、交換概念austauschbare Begriffeに留まるのであったが、この包括的憲法概念から、18世紀半ば以来国家の法的憲法要素が次第に独立化することが明らかになったということを示唆するものごとくである。

第八に、ConstitutionがNation国民と関連づけられるのはヴァッテルVattelによってであるという。¹⁸ そして、次第にこのVerfassungが立法よりもワンランク上のものであることも明らかになっていく。¹⁹

4 「近代憲法」の現在まで

つぎに、D・グリム氏による近代立憲主義以降の「憲法」についての説明を見よう。²⁰

まず第一に、そこではイギリス、北アメリカ、そしてフランスにおける憲法概念が通看されたのち、ドイツの事情について、a 当初、旧来の体制が **Konstitution** の意味とされたうえで、これを維持・防御することが計られたが²¹、b 次第に、国民の自由の条件としての形式的憲法の必要が唱えられていく。憲法の実質的内容も豊かにされ、憲法改正権も語られる²²。c 契約理論もこの当時の要請に資するものであった。

第二に、19世紀のドイツは、憲法（闘争）の時代である。²³ここでも、一方では、a 歴史的発展の産物としての憲法に対して、b 自由確保の手段としての憲法、憲法典の必要が唱えられる。c 欽定憲法と約定 **paktiert** 憲法の区別は、いずれも相対化されてしまう。ここには、憲法国家に対する保守派的な正当化論が認められる。d しかし、この頃には、もう、契約理論的な憲法の基礎づけから、制定法的な憲法の基礎づけへの自由主義的転換が認められるのである。e 「実質的・形式的意味の憲法」の用法で整理される事態があると、D・グリムは述べている。²⁴

第三として最後に、法的憲法の固定化と危機が語られている。²⁵ a もはやこの段階では、自然法からの離脱が明白となり、憲法の実定化が確立する（19世紀後半から20世紀）。b けれども、この時期には他方では、憲法が権力関係の表現であるとも理解される。c 激動期においては、国家存立が憲法に優位し、さらには、憲法と憲法律が同一ランクのものとされる。d 国家への統合という視点からみる R・スメントによれば、憲法律はいまや単なるそのための手続的側面へと融解する。e ましてや、C・シュミットにいたっては、憲法律は決断主義のもとに融解する。f ここに、憲法がもっぱら規範であるとする H・ケルゼンの理論をよそに、**seinmässig** なものが有力に主張されることとなり、かくて、規範的憲法の終焉を迎えるのである。社会的・政治的本質が暴露されることになる。

D・グリムのこの結論づけは、まことに憲法に内在する本質をえぐり出すものであるが、ただ、本稿における「法的憲法」と「政治的憲法」の関連については、改めて吟味することにしたい。

5 わが国の学界に未知の情報

i さきにも少し触れたが、まず **Verfassung** の起源についてである。これと **Konstitution** は、今日結論的には、両者とも同義語として使用されている。どちらも a 状態、b 秩序、c 文書形式の作成或は取り決めや作成されたものの全体、という要素を含んでいる。が、細かく言えば、**Konstitution** はより古い概念として古代ローマ、中世にそのルーツが求められるに対して **Verfassung** はドイツにその起源がある。

すなわち、**Verfassung** が公的に最初に確認されたのは、**virfazsunge** という形式でであるが、1346年12月21日の証書に由来するのである。そこでは、国王 **Falkenstein, Hanau**, そして、**Eppstein** とライヒ都市であった **Frankfurt, Friedberg** そして、**Gelnhausen** との間で、創設された仲裁裁判所の権限について取り決めに締結しているのである。内容は移住の安全のためのものである。

名詞形式も動詞形式もあって、**virfafsunge**は争う当事者の調停で契約の性格を示している。その後、1470年に**Verfaßung**という文書の用法となり、15世紀末以来**verfassen**,**Verfassung**が見られるようになる。

この、疑いなく**Verfassen**に付随し、都市や市民にとって法的安定性に役立つところの文書性の要素は、けれどもその一つの局面を示すものに過ぎないものである。

これとならんで、**Verfassen**は伝来の法的素材の新たな命令・形式の活動でもあるのである。1520年の**Fryburg im Prißgow**の新都市法の序**Vorred des nüwen stattrechts zu Fryburg im Prißgou**はそのことを認識させるのである。

16世紀の立法・立法実践の用語では、それ故、法律テキストの**Verfassen**の概念の中に、その計画的に秩序づける編成(取り決め)**Abfassung**の意味において、固有の役割が帰属しているのである。法的に秩序づける要素は、**Verfassen**との密接なる結合関係にあらわれている。²⁶

ii では、この**Verfassung**が、「近代憲法」以前において、どのような経緯を経て近代へと引き継がれてきたのであろうか。その多義性のなかに、味わい深い次のような点が注目される。

第一に、**Verfassung**の実質的意味のものや憲法典の前形式の発生は、ライヒではなくまず初めにローカルな領域においてであったこと。国家の生成、**Staat**概念を考える際にもこのことが重要となろう。²⁷

第二に、その後**Verfassung**が、ライヒ法律に基づく軍事的危険防衛はじめ、より広く戦争－経済－市民－憲法というように用いられるようになる。²⁸

第三に、**Verfassung**は、17世紀初頭以来**Haus**と密接なる関連に立っているということがあった。主として王位継承に関する契約又は規則でもって、王家は一つの法的に確立した一義性を与えたのである。ラント統治及び行政のための包括的組織規則が1674年以来**Regiments-Verfassung**と称されたのに対して、貴族のファミリーの内部秩序は**Geschlechtsverfassung** (1695年)と称された。²⁹わが国の明治憲法期の皇室典範に当たるのであろうか。

第四に、このように、王家の**Haus**秩序支配者とラントシュテンデ間の全法関係が17世紀前半に文書化されるようになり、このテキストは**Verfassung**という表現をとったのであり、18世紀初め以来、ラントシュテンデの特権を印刷公表することが多くなり、1763年ヴュルテムベルクのラント基本憲法もその例である。³⁰これが、後の19世紀ドイツのラント憲法へ影響を与えていること明らかであろう。

第五には、18世紀のドイツ公法学はこのようなライヒ憲法の状況について二つの相対照的な見方をしていたということである。一方では、政治的現実に保守的のほまれをもって接する立場、もう一つは理性法的・理論的観念を重視してこれをとがめる改革者の批判をする立場である。³¹

こうした立場の相違は、隣国のフランス革命への反応などにはっきり現れているのである。プッター **Pütter**は、ライヒ憲法を全体として幸運な**Verfassung**と称している。ヘーベルリン **Häberlin**は、フランス、ポーランド、イギリス、スウェーデン、ハンガリーとの比較から、我々の

Konstitutionは全てのほかのものにまさるべく役立つものであることを強調している。³²

他方においてしかし、憲法愛国心 *Verfassungspatriotis* や父国憲法 *vaterländische Verfassung* は、逆に啓蒙主義的理性或は自然国法の革命或は改革観念から導かれ得たのであり、これらは平等、自由、人権のなかにあらゆる憲法の本質的骨格を見たのである。そして、ここに1798年ヨハンウイヘルムペテルセン *Johann Wilhelm Petersen* は、自由の完全な発展を可能とする社会的憲法 *eine gesellschaftliche Verfassung* を達成する「法治国 *Rechts-Staat*」の概念を刻印づけたのである。³³ また、クルーク *Krug* は、1797年ドイツに関して生まれながらにしての人権に最もふさわしい別の憲法を要求した。その要求は共和制的なものを承認することにほかあり得ないのである。これらの憲法はしかし、18世紀末に憲法草案はなくはなかったが、実現のチャンスを持たなかったのである。

かくて、19世紀初頭までの旧ライヒ憲法は政治的に完全に変化したヨーロッパの国法秩序の中で、ますますもって、時代遅れの道をとることになった。

ちなみに、このような理性的法治国の観念と現実政治的主張との相克は、ドイツの後の時代にもまた顔を出すのであって、かかる関連の構図は憲法学の複合的性格を知る上で、一般的にも示唆するところがあるように思われる。このことが、以下の展開へも関連を持続することになるのである。

iii そこで次に、啓蒙期以降の「近代憲法」についての注目点に目を転じていくことにしよう。

第一に、「憲法」の固有の意味に「手続」の側面と「産物」の側面があるということは、前にも指摘したが、実は近代初期のドイツにおいて、「近代憲法」に成り切れない形でもかかる二つの側面が認められた。それは、まず北アメリカやフランスで「近代憲法」へと展開していた当時、ドイツではなおカイザーのもとの *Verfassung* は経験的概念として用いられていたが、この状態はただ、基本法 *Grundgesetze*、或は *leges fundamentales* によつてのみ刻印づけられる。これと自然法論的契約論が結合する。すなわち、この契約論において契約は三構成を成していて、つまり自然状態を放棄し国家を結成する契約 (*pactum unionis*)、統治形体の確立 (*pactum ordinationis*)、支配者に服する宣言 (*pactum subiectionis*) から成り立っている。この中の第二の契約が次第に「憲法契約」として、その対象が *Staatsverfassung* と称されるのである。そして、この憲法契約と基本法は一つのものの二つの側面として現れる。つまり、憲法契約はそのプロセスを目指しているに対して、基本法はその産物 *Produkt* を示しているのである。憲法は契約的に創られ、基本法的に定められた国家の政治的状态であるとされる。しかも、ライヒ公法学では、ここでもちろん国民の *pactum ordinationis* の代わりにカイザーとライヒシュテンデ間の契約が当てられることになる。

かかる憲法解釈によると、憲法のない国家というのは存在しない。憲法が欠けているところでは、自然状態が支配する、ということになる。が、ここでは憲法内容については、アリストテレスのシェーマに固執し発展しないままで、法典形式もない。近代立憲主義は別の道を行くのである。これがドイツの固有のあり様であると言うまでもあるまい。³⁴

第二に、「近代憲法」の起源について、これもあまり確かに語られていないごとくであるから、こ

ここで展開しておこう。

近代立憲主義はイギリスで発展するが、そこでは完結していない。Constitutionはアングロサクソンの用語ではまず初めに、形式的に発せられた個別法律を意味するに他ならない。かかる意味において、法定立にLordsとCommonsの関与をもつ。しかし、これはstatuteという表現に押しのけられる。これに対して支配行使の種、方法はform of governmentと言う。17世紀にconstitutionはけれども、新たな意味で登場する。一部は、form of governmentと同義に、一部はfundamental lawsと同義にである。1610年ジェームス I 世の新税要求についての議会討議において、ホワイロックWhitelockeは、国王の決議がthe natural frame and constitution of the policy of this kingdom に対して違反すると表明した。

1649年チャールズ I 世は、王国のfundamental constitutionsに違反するとされた。これに対して、1653年のクロムウエルCromwellの成文憲法はconstitutionでなくInstrument (documentと同義) of Governmentと言った。

ロックは、彼の1669年北カロライナ憲法草案をそれにもかかわらず明らかにFundamental Constitutions of Carolinaと呼んでいる。このドキュメントにはconstitutionの二つの根源が合わさっているのである。ここで、120のFundamental Constitutionsがthe sacred und unalterable form and rule of government of Carolina for everであるべきと言うとき。

公式のテキストとしては、constitution概念は、1688年ジェームス II 世の退位との関係で初めて見られるのである。国王はto subvert the constitution of the kingdomについて罪を義務づけられている。名誉革命以来、単数形でのBritish constitutionがしっかりした用語法に属することになるのである。この表現はその時、たえず国家組織の基本的規則に関わるものである。そして、これへの違反には、国民は抵抗権を持つのであり、まもなくアメリカの植民者がこれを用いることになるのである。³⁵

そこで近代立憲主義の実施の舞台は、北アメリカへ移る。イギリスで名誉革命後形成されていた用語法にしたがって、北アメリカのColonial Forms of Government或はColonial Chartersはすでに18世紀半ば頃まれならずconstitutionと称されている。イギリスと異なり、ここではこの表現は、明らかに成文の、法典に総括された法規範に関わるものであり、それは自国の国家権力の諸権限・限界をこれに対して拘束的に確立するものである。そして、この観念は1764年後、母国との争いの後イギリス憲法に対して転用されたのである。

イギリスのものとの相違は次の三点である。(1) 憲法が文書でしたためられねばならないこと a visible form、(2) 憲法は国民に由来し of the people、国家権力に対して unverfügbar でなくてはならないこと、(3) 内容的に、革命の経験後、単なる form of government から、人権の形で国家権力の実質的拘束へ拡大されている。人権の保護から、憲法はいまやその固有の意味を受け取るのである。1776年マサチューセッツのConcord Town Meetingはそうように宣言している。

最初の人権宣言は、ヴァージニアのそれであるが、特別に発せられた Constitution or Form of

Governmentという憲法の外に置かれた。が、そのまもなくして、権利宣言は憲法の構造部分となるのである。³⁶

このアメリカの憲法概念がフランスにおいて継受されることになる。が、まもなくして実現するアメリカの司法化し、形式化し、かつ内容のある憲法die *juridifizierte, formalisierte, inhaltlich aufgeladene Verfassung*は、フランスの理論には従来存しなかった。モンテスキューもド・ロルムも自由なイギリス憲法の名声を広げたがその際、全く伝統的な憲法概念を見ていた。ルソーも慣習法的な方向で憲法を見ている。つまり、*loix fondamentales*につき、*la forme du Gouvernement*を構成するものと捉えている。

この*Verfassung*と法規範は、ヴァッテルVattelにより初めて合同せしめられる。彼が*constitution*を*règlement fondamental*と定義するときである。そのような*règlement*はヴァッテルの場合国民からのみ由来しうる。しかし、なお特定の内容或は特定の形式に関しては確立されていないのである。これらのメルクマールは、革命において初めて、憲法概念に加わるのである。その際、シェイエスSiéyesが決定的な役割を演ずる。支配は彼にとって、国民により与えられたAmtとしてのみ正当化可能である。この委託関係を憲法が条件付けるのである。それ故に、国民が*pouvoir constituant*として憲法に上位する。憲法は支配命令を限定し、自然権を確保する。古い統治形体としての憲法と法規範そして法典形式が結合する。そして、秩序は国民から由来する。秩序は国家権力に限界を引く。最後に、秩序には人権が基礎とならねばならぬ。³⁷かくて、かの有名な人権宣言16条に、原則的に争わない憲法概念が規範的に拘束的な表現を持つことになったのである。いわく、

Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.

以上が、「近代憲法」の起源ということになるのである。

第三に、ここではドイツの「近代憲法」の特質を見ておくことにしよう。少し前にはドイツのKonstitutionについての防禦的な傾向を指摘したが、18世紀末Konstitutionを国民表決に基づくものとし、また、人権を憲法に結びつけた最初の論者は、ヴェデキントGeorg Wedekindである。³⁸ヴェデキントは、人権と権力分立、それ故国民代議がドイツにおいても自由であることの基準となるとして、1793年にフランス人権宣言16条さながらの表現を与えているのは興味を引く。

Kein Staat kann sich des Besitzes einer Konstitution rühmen,in dem die Gewährleistung der Menschen rechte nicht versichert noch die Absonderung der Gewalten genau bestimmt ist.

さて、このようにして、19世紀前半には憲法問題がドイツの内政の支配的テーマに高まることになり、ロテックCarl v.Rotteckの言うごとく憲法の時代³⁵を迎えることになる。が、この展開は単にドイツ憲法史という次元をこえて、今日のわが日本憲法学の諸問題やそのありかたを考える上で極めて示唆するところ大きいものがある。それをつぎに個々に見ていくことにしたい。

ドイツの「憲法の時代」には、立憲主義の敵対者も憲法の名においてその地位を弁護したのであ

る。つまり、一方ではリベラルな内容の形式的憲法典の要求であるに対して、他方では *status quo* の防禦者である。altständisch な近代憲法というものになるのである。

(行政の憲法) プロイセン憲法が制定される以前のプロイセンは、憲法が語られてもそれが直ちにすべて近代憲法を意味するのではなく、一つにはそれは国家・行政改革を意味した。国家がまずあってそこで憲法が制定されるものという観念が形成されるのであり、このことは、わが明治初期の明治憲法制定以前の「予備立憲期」⁴⁰にも似たような状況がここにもあり得たことを認識させる。そのことを以下に説明しておこう。

1810年の国王の憲法の約束 *Verfassungsversprechen* は明白に一つの憲法を言ったものではない。1808年12月16日の *Publikandum, betreffend die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden* では、新憲法は事務行政 *Geschäftsverwaltung* に最大限の統一性、力、活気を与えることを目的としていると言う。国参事院 *Staatsrat* の組織と憲法についてのより詳細な規定や地方一、財政一、警察官庁の再編が意図されているのである。これによって、より良い国家行政の原則を充足し、国家の福祉を継続的に新しく基礎づけることが可能となるのである。つまり、1806年後のプロイセンの第一の憲法問題は行政問題であったわけである。諸改革はフランスにおけるごとくに、国家を整備する市民社会の仕事を形成するものでなかったのである。政府憲法は国憲の前提であり、行政組織は憲法政策的な基本問題であったのである。

かくて、立憲主義的憲法 *Die constitutionelle Verfassung* は、ヴィンケ *Vincke* が言い表したごとく、改革の最後に、この幸運なる行政の将来を確保するものとして、榮譽を授ける最終点を設定すべく、約束されるものであったのである。国家全体に関して言えば、憲法という表現は解放戦争や行政改革終結後、初めて強力に反復するものである。ちなみに、当時 *Verfassung*、憲法典、*Konstitution* は、国家権力に対する国民の法的地位を確保する法律、ないしは文章化することを意味し、間接的にはラントシュテンデの存在、直接にはそれを憲法の部分に宣言し、ここで基本権が述べられているわけである。⁴¹

(自由憲法) 3月革命においては、まだ民主政的な国民支配ではなく、憲法の自由確保の側面が参政の側面よりも優位を獲得していたことは言うまでもなく、この立憲的制限がかえって国王の地位を確かなものにしたのである。⁴²

「憲法」概念にとってやや注目されるのは、当時の相当多数の著者たちがこの文書形式により、*Verfassung* の広義と狭義間に、或は *Verfassung* と *Konstitution* の間に境界線を引くのである。ツェーブル *Zoeplf* によれば、*Verfassung* は伝来のもの、又は実定的・法典的な確立に基づき得る。その後者に対して *Konstitution* 若しくは *Charter* の表現が当てはまるとする (1841年)。しかし、*Ekendahl* や *Buhl* などの若干の著者の場合には、文書性はすでに *Verfassung* の本来的メルクマールとして濃密にされている (S.120f.)。

一方、これらに対しては、強力な反対運動が形成された。それは、つまり国家は単に自由と財産

の確保を目的とした個人の集団体、市民社会ではなくヘーゲルの言う *das sittliche Gemeinwesen* であって、その憲法は単につくられたものではない。が、それは結局、憲法は具体的・歴史的 *Sein* の表現となすことになる (S.121f.)。

(欽定憲法と協約憲法 *oktroierte und paktierte Verfassung*) 元来、上に見たような改革的憲法も歴史的憲法も契約理論とは調和しにくい。1818年5月バイエルン憲法はドイツの重要な国家の最初の近代憲法として発せられたが、これは協約ではなく欽定されたものである。これに対して当初アレティン *Aretin*、ベール *Behr*、シュメルツィング *Schmelzing* は欠点として指摘したが、その後、ベールは実践的態度をとり、アレティンも欽定憲法も国民に受容されることにより実効ある憲法となるのだと、理論と実践の宥和をうまくやる。

かかる構成は、後期契約理論の最も決定的な代表者であるヴェルカー *Carl Theodor Welcker* に受け継がれる。自由社会としての国家は契約法律によって成立する。その法律はすべての社会の法律のように契約なのである。直接のものであれ間接のものであれ。この後者が狭義での法律と言われる。結局、単に欽定された憲法は全く *Verfassung* ではないのである (1841年)。もっとも、ドイツの現実にこれが徹底されうものかは問題であったが。そして、ヴェルカーはこの場合でも憲法がより少なく有効であるということにならないとなす。この謎は、憲法典は単に欽定されるにすぎないということにより解決される。ヴェルカーにとり、これはしたがって、まず始めに単に憲法提案なのである。双方的、契約的な、自由で忠実なる受容・確約 *Annahme und Zusicherung* がこれを初めて憲法となすのである。国民がその命ぜられた憲法典を友好と感謝をもって祝福することが必要なのである。かくて、協約憲法と欽定憲法の対置はそれでもって排除される。憲法契約は再び黙示的に締結されるという犠牲を払ったとしてもこの理論は保護されているのである。⁴³

ここに、法規範の妥当性と実効性の組み合わせを読み込むのは、かなり苦しいが、しかし、ドイツの公法学にはこうした古くよりかかる思考経験の先駆けが認められるということは、興味を引くところである。

(契約から法律への転向と保守派の憲法国家への接近) 契約的構成は、絶対国家の条件のもとではむしろ臣民の利益の憲法的重要性を与え、この根拠にもとづきアンシャンレジームの憲法状態を批判する可能性を示すものである。それ故に、契約的構成は本当は、生まれ *Genese* ではなく、内容を目指しているのである。しかも、かような状況のもとではカントが明らかに認識したごとく事実的契約締結は必要でないのである。契約観念はむしろあらゆる公的法律の合法性の試金石 *Probierstein* としてのみ機能するのである。したがって、憲法の実施・確保という法政策的意味を持ったのである。ヴェルカーとは違いロテック *Carl v. Rotteck* はこの問題に注目したのである。特にロテックにとりひとたび保障された憲法を国王による一方的な変更或は取り消しに対して遮断することが重要である。憲法律はまさにそれが *konstituiert* な権力を拘束することによって特別扱いされたのである。ロテックは結局契約カテゴリーは私法でない憲法には適用され得ぬとする (1836年)。モール *Robert v. Mohl* はヴェルテムベルクの協約憲法について、憲法形式は、法律であり、単

にその歴史的な発生根拠たる契約であるとする(1840年)。⁴⁴

他方、保守派のシュタールはヘーゲル同様、自由・財産保護に関してのみ定義づけられるリベリズムの国家を拒否し、*sittliche Anstalt*であるとする。憲法はその文書化や国民代議のなかに認められるが、国家は憲法によって初めて基礎づけられるのではなく存在する国家の秩序を確実にし、発展させる機能を持つにすぎないとする。⁴⁵先に見た当時のドイツの政治状況を反映しているであろう。

(実質的・形式的意味の憲法) この時期にはしかし、憲法について国法学者のもとで広いコンセンサスが形成されてきていたことも看過できない。憲法が国家形体を対象とし、このもとに最高権力のトレーガー(支配形体)の規定(アリストテレスの三分類)のほか、たいていその行使形式(統治形体=制限、無制限国家権力)を理解し、かつこの後者にはとくに基本権が数えられる。その一つのスタンダードな定義は、例えばツェーブル *Zoepfl* に見られる。すなわち、そこで憲法 *Verfassung* とは、ある国家において、支配-及び統治形式に関する、すなわち、国家権力や国民の権利、及びそれらの相互関係の組織に関して妥当する法基本命題 *Rechtsgrundsätze* の総体である(1841年)。この定義は、今日においてなお用いられている、後のG・イエリネクの憲法の定義に相似するものであって、すでにこの時期にかかる理解が形成されていたことには、驚きを禁じ得ないのである。

さて、上記の「二重憲法概念」とは、憲法律以外の憲法と憲法律による包括的・広義での行政法が生じうること、つまり、対象的にそれによりこの最高権力が行使されるべき人或は機関(*Personen oder organe*)の規定またいかにしてそれがなされるべきかについての形式や様式(*Formen oder Weisen*)を意味する憲法概念とすべての基本法的に定められるものを包括するものが存しうとするロテックの説明によるものであるが、これもすでに1830年に見られたことは、やはりわが国の公法学では知られていなかったことではなかろうか。⁴⁶

(法的憲法と権力関係憲法)・(憲法の分類) まず、初めにここでは、今日わが国の通説的「憲法」概念の分類の原型が、19世紀半ばにすでに見られたということを紹介しておこう。

1868年ヘルト *Joseph v. Held* は *Verfassung* の表現の四つの周知の意味を区別する。(1) 組織化された国家統一の全状態。そこに属する法律学的でないモメントを含めて。(2) 憲法に関する法命題、制度の総体。(3) 立憲的制度を含む、その憲法法的一部分。(4) 成文の、立憲の基本法。それにすべての同性格をもって付随する法令と一緒に。⁴⁷

ただ、(1) には、法的憲法も含まれているという点は、今日の通説的説明とは少し違うが、こちらのヘルトの分類のほうが合理的ではないか。いずれにしても、この分類は後の憲法書に繰り返し書き継がれていくことになる。このうちの(4)は少なくとも大陸での通常の用法とされている。

(契約説の効用の喪失と憲法の実定化) この(4)の慣例の背後には、1848年の革命でもって、憲法国家が究極的に貫徹されたという事実がある。これでもって、憲法理解をめぐる古い論争の若干のものは終わることになる。最も目立ったものは自然法的根拠づけの消滅である。すでにパウ教会において、自然法的論者は少数となっている。19世紀後半には現実主義的色調が持続するのである。

抽象的概念からの空の宣言は、古い社会の克服の際には良い役割を果たしたが、その目的を本質的に充足したる以降は、これらの概念は次第にその信用を失ったのである。

ヘルトは、契約カテゴリーを憲法にとり完全に不適合なものとして退ける。国家や国家権力は、人がその行使について規定を創設してしまう前にすでに存在するのである。この基礎に立って、後にツォルン **Philipp Zorn** は、国法的にみてすべての憲法は、欽定されるのであり、協約憲法は国法的に構成し得ないとする (1895年)。⁴⁸ 他面では、憲法の創設可能性はもはや原則的に争われない。パウ教会にとってもこのことは全く自明のことである。1848年4月3日予備議会 **Vorparlament** は、憲法制定国民会議の結成のために、来るべきドイツ憲法の決定は、この選出される憲法制定国民会議にのみ唯一委ねられるべきことを決定したのである。保守派もこれ以降創られた憲法に次第に満足し始めるのである。レオポルト **v. ゲルラッハ Leopold von Gerlach** は欽定プロイセン憲法とともに神は正しい道を歩んでいると言う。総理大臣マントイフェル **Ministerpräsident Manteuffel** はフリートリヒ・ヴィルヘルムIV世に、確かに憲法により君主は一定の弱化を経験した。しかし、その一方的後退 **Rücknahme** はさらにより大きな弱化を意味すると述べる (1855年)。保守派のスローガンはしたがって、もはやそれに戦うことなくして、憲法の改善ということであった。⁴⁹

(権力関係の表現としての憲法) とかく、法規範と事実の対置は抽象的論理の世界で語られる。けれども、これからみるように、それは実は憲法史の現実的政治状況のなかで実際にもかもしだされ、論者もかかる局面で唱えた立論であったということは、見逃し得ないものがある。

ラスカー **Eduard Lasker** はプロイセン憲法政治の結果として1861年の彼の回顧において障害と破壊 **Hemmung und Zerstörung** のみを見るのである。リベラリズムは、それ故に憲法の実効性がその法的妥当性でもって直ちには与えられなかったという認識を認めるものである。この不一致の説明についてローレンツ **v. シュタイン Lorenz von Stein** は1852年すでに、憲法は法律の法からではなく、諸関係の法から生ずると述べているのである。このことはしかも、プロイセンでは外見的立憲主義 **Scheinkonstitutionalismus** を許した。彼より前にフランス憲法の急激な変化の後、サン＝シモン **Saint-Simon** は、統治形体よりも財産のほうが重要であり、この財産憲法が社会機構 **édifice social** の現実の基礎を形成するのだという確信に至ったのである。

この端緒はさらにラサール **Ferdinand Lassalle** によって受容され、ポピュラーになったこと、余りにも有名である (**Über Verfassungswesen** 1862)。ラサールは要請と現実を比較する。この活力 **tätige Kraft** を彼はしかし、憲法律のなかでなく、政治的・社会的諸権力 **Mächte** のなかに見い出すのである。ラントに存する事実上の諸権力関係が憲法であると見る。それでもって、法的なものの背後に再びより古い状態的な憲法概念が浮かび上がる。これは憲法典の勝利の道によって次第に押し退けられていたものであったが、いまや社会・経済的に基礎づけられた権力状態として精確に表現されたのである。ラサールも法的憲法の勝利の道をももちろん変化する諸権力関係の結果と見なすのである。しかし、この法的憲法は事実的なものに依存し留まるのである。それは諸権力関係と調和する程度においてのみ妥当性を持ちうるのである。紙切れに書かれたものは、それが事柄の現実

の状態に、事実上の諸権力関係に矛盾するときは全く効力を持たないのである。ラサールの憲法理解は、生成する社会学によって受容されることになるのである。マックス・ヴェーバー **Max Weber** は憲法を国家における、命令により共同体行為に影響を与える可能性を決する事実上の、特定の権力分配の種と定義づけるのである。⁵⁰かくて、プロイセン憲法闘争はラサールの権力理論のためのテストケースとして妥当しうるのである。

(憲法典・憲法・国家の関係) 法律学的には、もちろん個々憲法条項の正しい解釈だけが問題であるにすぎないとしても、当時その背後には二つの異なった法的憲法概念が現れているのである。リベラル派にとっては、憲法は憲法以前の **vorkonstitutionell** 国法との完全なる断絶を惹起したのである。国王のすべての権限は彼の無制約な完全な権力の流出物であったが、いまやそれは憲法の実定的創設物なのである。ここでは、憲法は国家活動の正当性の根拠として現れる。憲法の外には権限の空間は与えられない。逆に、保守派の国法学は、この崩壊をまさに否認し、国法的連続性を論証しようとするのである。カルテンボルン **Carl v. Kaltenborn** の場合 (1863年)、とくに、国家権力のトレーガーとしてのドイツ国王の地位は憲法典によって始めて法的に創られるのではなく、より詳細に定められ、制限されているのである。制約がないところではオリジナルな国家権力が残る。ザイデル **Max v. Seydel** はそのために彼の『バイエルン国法』(1884年)を「支配者」でもって始めていて、その後で初めて「憲法」が続く。そこでは本質的にラントシュテンデや行政官庁を扱っている。ボルンハック **Conrad Bornhak** にあっても (1896年)、共和国はその憲法によってのみ、そしてこれでもって法生活へ入りうるのであるが、君主国はつねに国家人格の存在をすでに前提としているのである。これが憲法の採用によっても触れられずに留まるのである。結局、共和国の最初の憲法は、公法の唯一の基礎である。これに対して、立憲君主国の憲法は、一部分の秩序にすぎないのである。前者は「憲法」、後者は「憲法典」とのみ称されうるといふ。⁵¹もっとも、かかる用法は興味深い、今日維持されていないこと言うまでもあるまい。しかし、この用法によれば、わが国明治期の「憲法」は「憲法典」の意味のものということになるだろう。

さらに、他方においては市民層が1848年の出来事を通して、彼らが自らの力だけでは国民統一体を確立することは出来ないという教訓を得、国民国家の生成には統治者の役割が必要とされた。かくて、国家権力を憲法からではなく、憲法を国家権力から説明するということとなる。法学はその描写を「国法 **Staatsrecht**」と呼ぶ習わしとなり、「憲法」はその完全ではない一部分としてのみ現れる。そうすると、かかる法律学の態度からは「憲法」と「単純法律」は広く同置されるようになり、いずれも国家権力の基礎でなくして、流出物となる。結局、両者の違いは改正の加重性にのみ、或はラーバントの言うごとく強化された「形式的法律力」⁵²に求められることになる。

が、両者の区別はもともと内容の重要性にその根拠が存したということをゲルバー **Carl Friedrich v. Gerber** がなお意識していたのであるが (1880年)、忘却されているのである。⁵³

かくて、「憲法」と「憲法典」との同一性へと至るのであるが、これすなわち、法実証主義の到来である。しかし、これから後の展開はまた、「憲法」概念に関する新たな重要な示唆をもたらすこ

となるのであって、これについては改めて検討する場所を持つことにしたい。

6 結び—日本語としての「憲法」訳語

さて、ここでは前稿（その一）の第一章で取り上げたわが国の代表的諸見解のなかに見られた「憲法」の分類法中、いったい明治期に訳語として成立した「憲法」の意味はいかなるものであったかということを確認しておくことにしよう。

というのも、確かに江戸時代の末期から明治維新にかけて原語としてすでに見たごとき *constitution* や *Verfassung* などの言葉がわが国に伝えられ、それらについて様々の訳語が当てられかつ訳されたのであるが、それらが「憲法」のどのような意味においてであったのかということは、必ずしも定かになっているわけではないからである。つまり、訳語として「憲法」のほかには国憲、政体、朝憲、国綱などの様々の言葉が当てられたということは良く知られているところではある。また、「憲法」の言葉が制定法のごとき意味に用いられたこともある。しかし、その後明治15年勅語により伊藤博文が「憲法取調」べのためにプロイセンへ派遣される際に、公的に定まるとされる「憲法」は、いかなる意味のものであるか。

ここで、ドイツに見られたごとき「国家の旧来の政治状態」という意味でないことはほぼ間違いないところであろう。この意味であれば、明治維新の改革は無用であったのだから。つまり、単に「国制」の事実的な意味のものはここでは、とくに必要とされなかった。

「国家の基本秩序」という意味での「実質的憲法」という場合でも、その規範的拘束力が希薄であるならば、さきの「国制」と同じである。国家権力を拘束するワンランク上の「憲法規範」というのであれば、明治期にそのような体制は当初確立していなかったのであるから、そのような体制を導入することは意図されたものである。が、そうすると、この国家形体、及び統治形体の要請はその進んだ形式は「権力分立」原理の導入ということであり、明治憲法、つまり大日本帝国憲法は極めて不完全ではあっても曲がりなりにもそのようなものを意図していたということは出来よう。

結局、そうしてみると、明治期に「憲法」として意図され、或はそのように表現されていたものは言わば「近代立憲主義憲法」の成文化ということであったと言えるのではないだろうか。

わが国では「憲法」と言えばすぐこの「成文」の「近代立憲主義憲法」のことを連想する習わしはこの時期にすでに成立したもののごとくである。「憲法」が *constitution* というよりも *constitutional* という形容詞化したものを内容とする「成文の」「国家の基本法」こそわが国の「憲法」概念の出発点であったということになる。

このことはこのこととして確認したうえで、しかし、今まで展開して周知のごとき様々の「憲法」概念の用法が存し、またそれらがそれ相応の憲法政治の状況を反映して唱えられたということは、今日の「憲法」の意味を考える上で決して意味なしとしないのである。そしてまた「憲法学」はそのような多様な任務・課題に答えなくてはならないのである。

- ¹ このタイトルは、わが国の憲法学理論がその端緒において、ドイツの憲法(学)史上の現実において闘わされた諸問題をやや抽象化されて形成されたものを含んでいることを明らかにするものである。従って、このことはわが国の憲法学理論の歴史的制約性を検証することになる。しかし、このことは直ちにかかる理論を否定することまでを意味するわけではない。わが国の憲法学の内容豊かな文化的結実を知り、かつその十分な理解とその限界を明らかにすることによってより一層確かなるその運用、改善、洗練化の一助となることを期待出来るであろう。
- ² G. Jellinek, a.a.O.S.174f.
- ³ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928 in; *Staatsrechtliche Abhandlungen* 1968 S.136f., S.237f.
- ⁴ C. Schmitt, *Verfassungslehre* 1928 S.20-S.24.
- ⁵ 今日の公法学界においてすら、いまだに〈組織法・行憲法〉の意味がはっきりと理解されていない現状は、なぜかわしいほどであるから。
- ⁶ Vgl. R. Alexy, *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*; in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) Beiheft* 44, 1991 S.30-S.44.堀内訳「R・アレクシーの『理性法体系の観念と構造』」弘前大学『人文社会論叢社会科学篇』創刊号(1999年)65頁以下。
- ⁷ 国際書房のカタログ356号(2001)にH. Mohnhaupt; *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht, Gesammelte Aufsätze* 2000という文献が掲載されている。
- ⁸ 同じく国際書房のカタログ355号(2001)によると、2000年D.Grimm氏の連邦憲法裁判官退官シンポジウムが行なわれている。Albers, M / M. Heine / G. Seyfarth (Hrsg.) *Beobachten, Entscheiden, Gestalten: Symposium zum Ausscheiden von Dieter Grimm aus dem Bundesverfassungsgericht*. 2000.
- ⁹ *Verfassung, Vorwort*.
- ¹⁰ a.a.O.S.5ff.
- ¹¹ a.a.O.S.14ff.
- ¹² a.a.O.S.25ff.個人をその身体構造において国家組織と比較することは、ヘラクレス以来のギリシャ哲学の思考モデルの一部を成すものである。constitutio もその一例である。
- ¹³ a.a.O.S.36ff. ちなみに、近代以前の「基本法」、1576年以来のフランスの *lois fondamentales*、1596年英国のフランシス・ベーコンの *Fundamental laws* は、すでに国王に対する拘束性を指すものであった(*Verfassung*, S.38, S.44.)。H・モーンハウプト氏は、S.48で、かような国家生活の上位規範となり、政府の判断基準となるごとき *Constitution* 概念は、この当時(17・8世紀)、大陸ではまだ確認され得ないのであり、高度に発展したイギリス憲法文化の表現と評さるべきものであるというが、別の箇所では、例えばS.62では、ドイツの1713年のフリードリヒ・ヴィルヘルム I 世のプロイセン布告には少なくともかなりこれに近い規範性が付与されていたと述べていて前後関係がやや不明である。また同様に、S.61, 62では、16世紀への転換の頃以来ドイツで国家の最高ランクの法規範として *lex fundamentalis* 概念が用いられ、*Verfassung* と競合していることも述べられている。
- ¹⁴ a.a.O.S.49.
- ¹⁵ a.a.O.S.62ff.
- ¹⁶ a.a.O.S.66ff.
- ¹⁷ a.a.O.S.71.
- ¹⁸ a.a.O.S.91f. 18世紀のフランスでは *Constitution* 概念は政治用語として指導概念となっていた。1758年 *Emer de Vattel* は *Droit des gens* で自己決定権をもつ政治団体としての国民の新たな原則的優位により、これのみが *Constitution* を発する権限があるとした。これによって、アリストテレス流の国家組織の要素やモンテスキュー、フランス人権宣言 *Art.16*にあるごとき実質的憲法概念に見られた普遍妥当性が否定されることになる。
- ¹⁹ かくて、例えばシャイデマンテール *Scheidemantel* は1782年あらゆる *Staatsverfassung* は単一形式と秩序を要求すると宣明した。が、結局それは実現しなかったものであり、1800年に著されたオーバー・ニーダーバイエルのラント自由宣言 *Erklärung der Landesfreyheit von Ober-Niederbaiern* は、それ故に1508年以来のラントの諸自由の最古の版を集めたものであった。そのサブタイトルは現在のバイエルン国憲の主要法典 *Haupturkunde der gegenwärtigen bayerischen Staatsverfassung* というものであった。国民が審議に加わら

ず、それ故に憲法 **Konstitution** の名を与え得ないものであったのである (a.a.O.S.99.)。

²⁰ a.a.O.S.100ff.

²¹ 1789年以後、一連の著者たちはライヒ憲法を **Konstitution** と称するのがならわしとなった。ライヒも憲法を持つということが強調されたのである。そのような表明の背後にはしばしば革命防止の意図が現れてくるのである。**Reinhold**や**Wieland**も同様である。ドイツはよき **Constitution** を持っているということである。フランス憲法とドイツライヒ憲法の間の根本的違いは、それでもって否定されている。両者は単に一つの憲法概念の遊びの幅を形成するのみである。フランスが示すメルクマールは概念必然的なものとしては見えないとするのである。ダールベルク **Dahlberg** はライヒ憲法を継続的な神的創造物と言う。エーベルハルト **Eberhard** もフランスとの対比で曰く。憲法は **John Adams** を引用して言及するのであるが、合意が書かれた紙或は羊皮ではなくして、国民がそれにしたがって統治される基本法の全体であると (a.a.O.S.108f.)。とは言え、しかし、フランスの先例にならい形式的憲法 **Konstitution** のなかに初めて契約観念の実現を見る意見が次第に高まっていくことになるのは否定できない。それは、また後で見ることにする。

²² 但し、ここでもドイツ特有の把握が認められる。すなわち、フィヒテ **Fichte** は国民がおよそ国憲 **Staatsverfassung** を恣意的に変える権利を持つのかと問い、答えとして、理性原理に反する憲法は変えられねばならぬ。理性適合的憲法は変えられてはならぬというものである (1789年)。不可変更の核と可変の **Modifikation** を区別する。カント **Kant** はこれに対して欠陥のある国憲は主権者の同意でもってのみ、それ故に、改革によって、革命によってではなく、許されると言う。その理由は、カントが憲法と国家を同置するにある。主権者に対する抵抗はそれ故に市民憲法或は国家をおよそ崩壊することになろうと考える。悪しき憲法よりももっと悪いということになる。憲法リフォームが理性的ということになる。国民の基本的権力の信奉者はこれと親交を結び得ない。ベルク **Bergk** は法違反政府に対する暴動 **Aufstand** と憲法変更、新憲法発布の義務がある革命 **Revolution** を区別する。シュレーザー **Schlöser** はフランス革命に警戒的である (a.a.O.S.112f.)。

²³ a.a.O.S.115.

²⁴ a.a.O.S.126.

²⁵ a.a.O.S.127ff.

²⁶ **Verfassung**, S.22-S.25.

²⁷ a.a.O.S.53. 例えば、改革運動の中心的政治組織であったシュヴァーベン同盟 (1488年の防衛同盟) などでは、**Verfassung** とは言わず、**Ordnung der Ainung** (1500、1512年)、**Veraynung** (1488年)、**Aynung** (1496、1522年) と言った。但し、1500年のエスリンゲン共同決議でのみ **Verfassung** 概念が現れている (a.a.O.S.54.)。1531年以降、**Verfassung** という表現がしばしば現れている。同年12月27日のフランクフルト決議では、明らかに憲法草案の作成 **die verfertigung und versigelung der Verfassungsbrieffe** についての規定が採用されている。この目的は軍事防衛と思想の保障にあった。が、いずれもこの憲法はライヒとの関係は存しない (a.a.O.S.55.)。

²⁸ a.a.O.S.56-S.59. なお、その後の18世紀の辞書、文献においても **Verfassung** が単独の概念としてなお確立してはいなかったのである。フリッシュ **Frisch** の1741年の辞典で、ラントの憲法 **Verfassung eines Landes** を **leges, consuetudines rebionis** と同置しているが、これを動詞形式の **fassen** のところで、その最後の第四の場所で言及しているにすぎない。**Verfassung** は、さらに **Kreisverfassung**, **Teutsche Staats-Verfassung**, **Kriegsverfassung**, **Religions und weltlichen Verfassungen**, **Landes-und Steuer-Verfassung**, **Justiz-Verfassung**, **politische und ökonomische Verfassung**, **Verfassung der Handelsgesellschaft**, **Universitätsverfassung**, **Zinsverfassung**, **Toskanens moralische Verfassung**, **Creyß-Verfassung** (モーゼルの1754年の **Haupt-Register** も **Verfassung** はなく、**Crays-Verfassung** である), **Landes-Verfassung** と様々の用法が見られた (S.88-S.90.)。

²⁹ a.a.O.S.61.

³⁰ a.a.O.S.75-77. このことは、ライヒにおいても見られた。すなわち、カイザーとライヒシュテンデ間に選挙による降伏 **Wahlkapitulation** の形で文書的契約が存し、これが憲法法的に義務づけるより高次のランクを持ち得た (S.78.)。

³¹ a.a.O.S.83. なお、こうした状況については **E.-W.Böckenförde**, **Gesetz und gesetzgebende Gewalt** 1958 S.53-

S.209に詳しい。また、堀内『ドイツ「法律」概念の研究序説』（多賀出版、1984年）、堀内『続・立憲理論の主要問題』（信山社、1997年）327頁以下も参照されたい。

³² *Verfassung* S.83-S.84. さらには、Florencourt、Günter Heinrich Berg、Hartlebenなども大筋で同旨。

³³ a.a.O.S.86f.

³⁴ *Verfassung*, a.a.O.S.101f.

³⁵ a.a.O.S.102f.

³⁶ a.a.O.S.104f.

³⁷ a.a.O.S.105f. 1789年7月9日の国民議会の憲法委員会におけるJean-Joseph Mounierの報告が引用されている。

³⁸ a.a.O.S.110-S.112. ちなみに、ベルク Bergkにとっては、市民の自由はむしろ権力分立憲法において初めて確保される。シュタイン Karl Frh.vom und zum Steinは、1806年プロイセン国は国憲 *Staatsverfassung* を有しない。最高国家権力が元首と国民代議（但し、ここで *Stellvertretern der Nation*）に分配されていないとする。ダールマン Dahlmannは、国民代議が欠けているなら空手品 *Gaukelspiel*、半分ないし四分の一憲法 *halbe und Viertelverfassung* であると言う。

さらに、1841年オスターマン Ostermannは、この当時のプロイセンは代議制は存するがなお、単に審議権 *beratende Stimme* のみを持つに過ぎず、立憲君主制と言えぬとする（a.a..S.126f.）。

³⁹ a.a.O.S.115.

⁴⁰ かかる言い方が中国で行なわれその重要性が付与されることにつき、大石・高見・長尾編『対談集憲法史の面白さ』（信山社、1998年）38頁の山室信一氏の発言。

⁴¹ *Verfassung*, a.a.O.S.117f.

⁴² a.a.O.S.119-S.120. そのためにも、憲法典の必要性が導かれ得たのである。この法典化の中に憲法のより高次の発展段階を見るのはシュミットヘンナー Schmitthennerであった（1845年）。

⁴³ a.a.O.S.123f.

⁴⁴ a.a.O.S.124f.

⁴⁵ a.a.O.S.125f.

⁴⁶ a.a.O.S.127.

⁴⁷ a.a.O.S.127.

⁴⁸ a.a.O.S.128f.

⁴⁹ a.a.O.S.129f.

⁵⁰ a.a.O.S.130-S.132.

⁵¹ a.a.O.S.132f.

⁵² この「形式的法律力」の精確な意味については、堀内・ドイツ「法律」概念の研究序説前掲書66頁など。

⁵³ *Verfassung*, a.a.O.S.134. この点は、かつて小嶋教授が語られていたことを記憶している。