

Title	十九世紀ドイツ憲法の普遍性と特殊性
Author(s)	栗城, 壽夫
Citation	聖学院大学総合研究所紀要, No. 46
URL	http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/reps/modules/xoonips/detail.php?item_id=2167
Rights	

聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository for academic archiVE

一九世紀ドイツ憲法の普遍性と特殊性

栗城 壽夫

1. 憲法に関する合意原理の現れ

1. プロイセン憲法の制定

大日本帝国憲法の準拠法となつたプロイセン憲法のドイツ語表記のしかたとして、*die preussische Verfassung von 1848, die preussische Verfassung von 1850*のほかに、*die preussische Verfassung von 1848/1850*というものがある。⁽¹⁾ こういう表記のしかたが行われているのは、一八四八年一二月に国王によって欽定されたプロイセン憲法が、議院の第一回召集後直ちに議院による修正に服せしめられるべしとする経過規定にもとづいて一八四九年一二月に召集された議院による修正を受けたうえで、一八五〇年一月に発効せしめられたからである。この表記のしかたは、単に正確を期するという意味をもっているだけではない。もちろん、こういう制定・発効のしかたがとられたのは、プロイセン国王の権力保持・強化を目的とするものであったことはいうまでもない。一八四八年の三月革命の過程で、普通・平等選挙制によつてすべての成年男子によつて選ばれたプロイセン国民議会による憲法案の審議の最中に、次第に力を取り戻してき

た保守派に押されて、国王は国民議會を解散し、その同じ日に憲法を欽定した。これは、一方で、革命的動きのなかで憲法制定の主導権を握るための措置ではあったが、他方で、憲法制定を行わずしては革命的動きを乗り切れないという状態をも反映していた。まさに、こういう状態のなかであつたので、あらためて憲法案を作り直す時間的余裕がなく、国王としては、国民議會がそれまで審議していた憲法案に若干の手直しをしてそのまま欽定せざるをえなかつた。しかし、この憲法案は、国民主権原理に立脚する一八三一年のベルギー憲法をもとにしていたので、君主主権の立場を強調しようとする国王の意図からはかけ離れていた。そこで、国王の立場の強化をはかる目的で、国王の目的にかなつた選挙法（＝三階級選挙法）によつて選ばれた下院及び上院に、国王の利益にかなつた方向での修正を行わせたうえで憲法を発効させるということが行われたのである。⁽²⁾

しかし、このような経過を辿つてプロイセン憲法が成立したことについて、国王の権力強化という観点からのみ見ることはできない。けだし、国王フリードリヒ・ヴィルヘルムは憲法に関して一貫して合意原理を信奉しつづけていたからである。そして、憲法欽定は緊急事態におけるやむをえぬ措置と考えられており、なんらかの形で合意にもとづく憲法制定という方法を実現しようと考えていたのである。その意味では、プロイセン憲法の成立は時間をずらした合意原理の実現と見ることができるとして国王がこのように考えていたのは、当時のドイツにおいて合意による憲法制定という思想が相当程度定着していたことを反映していたといえよう。エルンスト・ルドルフ・フーバーは、「国王は一八四八年の憲法を一方的に制定したが、経過規定によつて、憲法を一方的に修正する法的権利を放棄し、憲法修正については、真の立憲主義にいたるために、合意原理を実現した」と評している。⁽³⁾

2. プロイセン憲法争議

(1) 一八六一年、プロイセン政府は兵制改革に乗り出し、それを法案化して議会に提出したが、下院がそれを承認しそうになかったので提出を断念し、国王の勅令で兵制改革を行おうとした。改革の阻止の途を一旦閉ざされた下院は、次の手として、兵制改革に必要な費用を計上した一八六二年度予算案について、そのぶんだけを差し引いた残りの金額を承認するという挙に出た。政府は予算案全体の承認を求めて下院と折衝した。折衝がうまく行かず、しかし、憲法の廃止を迫る保守派の要求にもしたがわず、国王はむしろ、退位の途を選ぼうとしたが、周囲の説得によって退位を思いとどまると、一転攻勢に転じ、パリ駐在大使であったビスマルクを召還して首相の地位に据え、下院との対決の姿勢を固めた。首相となったビスマルクは暫くの間下院との妥協を試みたが、成功の見込みがないことを見きわめるや、議会の承認を受けることを断念し、予算なく統治を行う意思を議会にたいして表明した。この意思表示に際して、ビスマルクは合意原理を持ち出して、「立法府を構成する三つのファクターのうちの一つが予算を否認することによって、予算についての合意が成立しなかった場合には、白紙状態が存在することになり、こういう場合には、予算なしに国家事務を執行する政府の緊急権が発生する」と主張した。白紙の状態において予算なしに国家事務を執行する権利が国王にある根拠としてビスマルクは、憲法が明文をもって他の国家機関に委ねていないすべての権利は国王に留保されているということを挙げた。この趣旨は正式に予算なき統治の宣言として一八六二年一〇月一三日に議会で読みあげられた。⁴⁾

一八六三年一月、再開された議会において、当然のこととして、予算なき統治が論議の的になったが、ビスマルクは、自分にたいして加えられた非難にたいして、前述の趣旨を具体化して次の如く反論した。「憲法はすべての問題に

において、したがって、予算立法においても、三つの立法権力（即ち、国王、貴族院、衆議院）の間に均衡が成立することを堅く定めている。この三権力のいずれも他の権力を屈服へと強制することは許されない。それゆえ、憲法は妥協の途をとることを指示している。三つの権力のうちの一つの権力が自己の見解を教条主義的絶対主義をもって貫こうとすることに よつて妥協が不成立に終わる場合は、妥協の連鎖がこわれてしまい、それに代わつて紛争が生じ、紛争は権力問題と化する。その場合には、権力を掌握している者は自分の考えにもとづいた措置をとることができる。国家生活は一瞬たりといえども停止することはできないからである。憲法が議会にたいして認めている権利を縮減する意図は私には少しもない。憲法が認めている権利以上のものを議会が要求する場合には、私はそれを拒否する。そして、議会の要求にたいして国王の権利をねばり強く行使する。プロイセン国王はその使命を未だ果たし終わっていない。プロイセン国王は憲法の単なる裝飾部分となるほどには未だ成熟してはいない。プロイセン国王は議会主義的統治の機械的部分として位置づけられるほどには未だ成熟してはいない⁽⁵⁾。ビスマルクは合意原理を専ら下院にたいしてのみ、したがって、下院を屈服させるための論理としてのみ持ち出しており、それゆえ、「力は法に勝る」の主張を憲法の衣を借りて押し通すために持ち出したといわねばならない。しかし、ビスマルクが権力思考を押し通すためにも憲法のコアとしての合意原理を持ち出していることは注目されよう。実際、ビスマルクが合意原理を単なる権力思考の貫徹のための口実としてのみは考えていなかったことは、憲法争議の終結のしかたに示された。

(2) ビスマルクは、下院が政府の措置を違憲とする非難決議をしたにもかかわらず、また、下院が不信任決議をしたにもかかわらず（ただし、法的効力なし）、更には、下院の解散後の総選挙（一八六三年一〇月二八日）で再び政府反対派が多数を占める下院が成立し、政府反対の方針を一層推し進めたにもかかわらず、予算なき統治を強行しつづけたが、オーストリアとの戦争でプロイセン軍が大勝利したとの報が全国に伝わる状況のなかで行われた一八六六年七月三日の総選挙において、ビスマルク支持の議員が多数を占めるにいたった機を捉えて、議会に免責法案を提出し

た。免責法案の提出に関しては、ビスマルクを支持する者のなかにも反対があつた。けだし、ビスマルクの理論によれば、予算なき統治は合憲、合法であつたから、行為の違法性の承認をふまえて、その責任を免除してもらふことを議会に求めることは筋が通らないと考えられたからである。しかし、ビスマルクは、免責法案は違法性や責任を認めることを趣旨とするものではなく、単に予算にもとづかずに行われた行財政についての議会の事後承認を求めることを趣旨とするという説明で反対する者たちを説得して、免責法案を議会に提出し、一八六六年九月三日、下院において二三〇対七五の多数による承認にこぎつけ、四年間にわたる憲法争議を終結させた。可決された免責法は、次の如く定式化されていた。第一条「当法律に添えられている国家収入と国家支出の一覽表は、一八六二年、一八六三年、一八六四年、一八六五年に関して憲法によつて定められた毎年財政年度の開始前に合意されるべき予算法の代わりとして決算及び政府の免責の基礎となるべきものである」。第二条「政府にたいして、一八六二年初頭以来、法律によつて確定された予算法なしに行われた行政に関して、毎年度の決算書の提出の後に政府の免責に関する議会の議決が行われることを条件として、免責が与えられる。その結果、政府の責任に関して、行政がこの間法律によつて確定され、事前に公布された予算にもとづいて行われたが如くにみなされることになる」⁽⁶⁾。ビスマルクがこのような免責法案を議会に敢えて提出したことは、合意にもとづく国政運営にあたらうとするビスマルクの態度の現れであつた⁽⁷⁾。

(3) プロイセン憲法争議、とりわけ、その解決のしかたは、プロイセンの憲法構造に関して決定的なことをもたらした⁽⁸⁾。即ち、プロイセン憲法にはいわゆる君主主義原理は明文の規定としては含まれていなかった。したがつて、憲法所定の手続にしたがつて予算法が成立しなかつた場合の憲法の欠缺をうめる権利をもつものとしては、国民、したがつて、下院も考えられることができた。現に、憲法争議中の総選挙で政府反対派が多数を占めたときには、国民の意思こそが憲法の欠缺をうめるべきであり、この国民の意思にしたがつて政府は退陣すべきであるという主張が行われた。これにたいして、ビスマルクは、憲法の欠缺をうめる権利をもっているのはプロイセンでは国王であり、国王はこの権利

にもとづいて国家存立のために必要な措置を講ずることができると主張し、且つ、この主張を貫徹することに成功した。いわば、ビスマルクは憲法上は不文の憲法原理としての君主主義原理を根拠として憲法争議を解決し、そのことによつてプロイセン憲法にも不文の憲法原理としての君主主義原理が含まれていることを一般的に承認させることに成功した。この意味で、憲法争議の解決のしかたは、プロイセン憲法にも君主主義原理が妥当するか否かという問題に決着をつけたことができる。

しかし、逆に、憲法争議の解決のしかたは、君主主義原理の意味を限定する役割をも果たした。即ち、君主主義原理は「憲法の欠缺をうめるのは君主である」という意味（＝権限の推定が君主に有利に生ずるという意味）をもつものとして理解された。したがつて、通常の場合には、国政は立法院の三つのファクターの間の合意にもとづいて運営されるべきものであるという合意が固まったとすることができる。現にビスマルク自身、妥協を通じて合意にもとづく国政運営という憲法の地盤に復帰したいという強い意思をもつていたし、免責法案の提出を通じてこの意思を具体的に示し、また、免責法案を可決した議会も憲法が合意にもとづく国政運営を命じているとすることを確認し合つたということができる。フーバーのいうように、免責法案の政府による提出、議会によるその承認は、合意にもとづく国政運営のためにそれぞれが一定の譲歩をし合つたことを意味しており、免責法は政治的妥協のシンボルであつた。⁽⁹⁾

3. ハノーバー憲法争議

このように憲法制定及び憲法運用が合意原理にもとづいて行われるべきであるという考えが人々の意識に定着し、人々を動かすという現象は、一九世紀の前半においても見られた。例えば一八三七年から一八四〇年にかけてのハノーバー憲法争議の場合にも、それが見られた。⁽¹⁰⁾

(1) 一八三七年ハノーバー王国では死去したヴィルヘルム四世の後を継いでその弟エルンスト・アウグストが国王の地位についた。もつとも、エルンスト・アウグストは国王の憲法宣誓を受け取るために集会していた議会を停会し、憲法で定められた憲法宣誓を行わなかったため、即位したといえるかどうかは微妙であった。エルンスト・アウグストがかかる拳に出たのは、王位継承者たる自分の同意なしに支配者としての権利の放棄が行われているということを理由として、かねてから一八三三年の国家基本法を攻撃していたからである。エルンスト・アウグストは、憲法宣誓をしないまま国王としての活動を開始し、一八三七年七月の国王声明で「一八三三年の国家基本法は国王にとつて形式的にも実質的にも拘束力をもつておらず、更に多くの点において不十分である。十分な法状態を創出するために、この国家基本法を変更するだけで十分か、それとも一八一九年の国家基本法を復活しなければならぬかを検討することにす」と宣言した。更に、エルンスト・アウグストは議会を解散し、それに続いて、一八三七年十一月一日の国王声明で「一八三三年の国家基本法の無効、しかも当初より無効と宣言し、且つ、一八一九年の国家基本法で定められていた身分制議會を召集して、それに憲法補充についての新しい提案を提出すると宣言した。注目すべきことは、無効の第一次的理由として——王位継承者としての自分が同意していなかったことを第二次的理由にまわして——一八三三年の国家基本法は、国王と議会との間の契約としてのみ法的効力を獲得することができるが、その契約が行われていない、ということが挙げられていることである。⁽¹⁾この場合の契約として考えられているのは、国王と身分制議會との契約であり、合意原理は専ら国王の権力を強化する方向で持ち出されている。しかし、立憲主義の基本原則としての合意原理を持ち出さざるをえなかったところに、時代の趨勢が現れていた。しかし、一八三三年の国家基本法によって設置され、一八三七年当時存在していた議会との合意はどうなるのか？

(2) エルンスト・アウグストの声明にたいしてゲッティンゲン大学の七教授は一八三三年の国家基本法にたいして行った宣誓によって拘束されるとし、この国家基本法を議会との合意によらずに一方的に廃棄した国王にたいする抗議

声明を出した。国王は七教授を解職し、更に、そのうちの三人を国外追放に処した。

ハノーバーはもちろんドイツ全土の世論は熱狂的にゲッティンゲンの七教授を支持・支援した。また、七教授のほうでも影響力のある刊行物を通じて世論に訴えた。

(3) そのうえ、ウイーン最終議定書五六条は、明らかに効力をもっている憲法を憲法の定めた手続によらずしては変更しないことを加盟各国に義務づけていたので、本来同盟議会が職権をもつてこの問題に介入すべきであった。ハノーバー国王は一八一九年の国家基本法にもとづいて議会選挙を実施し、一八三八年二月二〇日、新しい議会を召集し(ただし選挙区によつては代表を選ぶことを拒否したので定数はみだされなかった)、憲法争議は法的にも事実的にも終結したとして、同盟議会の介入を防ごうとした。しかし、新しく召集された議会は一八三八年三月、国王による一八三三年国家基本法の廃棄の有効性に疑問を呈する議決をし、更に、国王が新しく提出した新しい憲法案の審議にあつても「国王の即位前に合法的に存在していた憲法はそれにもとづいて設立された国民代表が同意を与える場合でなければ有効に廃止もしくは変更されることはできない」という決議を行い、一八三三年の国家基本法が効力をもちつづけているという立場を表明した。それに続いて議会の有志やハノーバーの多くの都市が相次いで同盟議会に憲法争議の解決を求めて異議申立てを行った。ドイツ同盟議会自体は、形式的要件がみたされていないことを理由として異議申立てを却下したが、立憲主義的諸国家、とりわけ、バイエルンやバーデンは、一八三三年のハノーバーの国家基本法は有効に発効したのであるから、それを憲法の定める手続によらないで廃棄することはウイーン最終議定書五六条違反にあたるとして、同盟議会の介入が必要であると主張した。しかし、同盟議会は、一八一九年の国家基本法にもとづいて選挙された議会が召集され、憲法問題を契約的な方法で解決する態度を示しており、既に憲法争議は解決されているとす

るハノーバー政府の説明を受け容れて、介入の根拠がないという決議をし、ハノーバーの政府反対派の要求を却けた。

(4) 同盟議会の態度に失望した第二院の議員たちは、国王による議会再開の後、国王が再度提出した憲法案の審議

に入り、一八四〇年八月、新しい憲法を可決した。憲法は一八四〇年八月六日発効した。一八四〇年憲法は多少国王の権限を強化してはいたが、立法に決定的に参与する国民代表議会の設立、個人の基本権の保障を含んだ近代的立憲国家体制を定めており、国王自身に憲法侵犯の汚名を着せ、国を三年に及ぶ激しい憲法争議に陥れてまで制定しなければならないほどのものではなかった。

(5) 国王エルンスト・アウグストにたいするハノーバー国民の抵抗及びドイツ全土の一般国民の支持・支援は、国王に一八三七年一月の国王声明を撤回させ一八三三年の国家基本法を復活させることには成功しなかったが、しかし、頑強な抵抗運動は国王をして自分から国王が嘗て信奉した反動的原则から見ても期待できる以上に自分が違法に廃棄した憲法に非常に近い憲法案を提出させるにいたった。E・R・フーバーは、クーデターにもかかわらずハノーバーにおいて立憲国家体制が維持されたのは、一八四〇年頃には、世論が勇気をもって自己の立場を主張する場合には、君主はもはや世論を絶対的な専断をもって無視することができなくなっていたからである、と述べている。⁽¹²⁾

別の観点からいえば、エルンスト・アウグストが言ったのとは別の意味で憲法は契約的合意にもとづいて成立し、変更されなければならないという意識が相当程度定着・普及していたからであった。

また、この場合、デイルヒャーの指摘するように、一八三三年の国家基本法は国王にたいして国家の統一化、直接化、統合化という利益をもたらし、国民にたいして国民代表議会の設置、基本権の保障という利益をもたらし、両者を相互的結合関係においたという意味で、実質的な契約関係を設定したのであるから、実質的な契約関係の基礎にある国家基本法の変更も契約的方法で変更されなければならないという意識が生み出されていたのである。⁽¹³⁾ そうであるから、当時、国王と議会との合意による変更こそ法の方法である、という意識が確立されていたのである。⁽¹⁴⁾

II. ドイツにおける憲法制定

1. 憲法制定

(1) ドイツでは、一九世紀初頭幾つかの国で、占領していたナポレオンの直接・間接の影響の下に行われていたれば先駆的憲法制定があつたが、本格的憲法制定は一八一五年のドイツ同盟規約一三条の要求にこたえるところから始まつた。一八一八年バイエルン、一八一八年バーデン、一八一九年ヴュルテンベルク、一八二〇年ヘッセンにおける憲法制定がそれであつた。⁽¹⁵⁾これらの国々における憲法制定は、ヴュルテンベルクの場合を除けば、君主による欽定であつた(この点、憲法制定の第二波として行われた三〇年代の中部ドイツ諸国の場合でも事情は同じであつた)。これらの国々では基本的に君主のイニシアティブの下に官僚の手によつて憲法草案が作成され、君主の名において憲法が制定された。憲法制定の理由はこれらの国々においてほぼ同じであつた。

(a) ドイツ同盟規約一三条(「加盟各国において議会的憲法が行われるであろう」)によつて憲法制定を義務づけられた以上、同盟が「議会的憲法(Landsländische Verfassung)」のモデルを作つて加盟各国に押しつけてくるに先立つて、自主的に憲法制定を行うことが新たに獲得された主権を維持するゆえんであると考えられたこと。⁽¹⁶⁾

(b) ナポレオンのドイツ占領にともなう領土の整理・統合の結果、拡大された領土に新しく編入された、これまで様々な支配者の支配に服していた人々に、一体感を抱かせ、住民を統合するための手段として憲法制定

が適當であると考えられたこと。⁽¹⁷⁾

(c) 神聖ローマ帝国の解体にともなう世俗化・陪臣化の結果として新しく領土に編入された各種の帝国直属身分に制度化された活動の場を提供して落ち着かせるためには、そのための制度としての議會を設けること、そのための法的基礎として憲法を制定することが必要と考えられたこと。⁽¹⁸⁾

(d) 窮迫した財政事情を解決するために、議會によつて定期的に税を承認してもらつて制度を設ける必要があり、そのための法的基礎として憲法を制定する必要があつたこと。⁽¹⁹⁾

(e) 一八世紀末から始められ、そしてナポレオン占領下で促進された国家的統治の合理化・効率化・近代化を継続的に推進していくための手段として、憲法が有効・適切な手段と考えられたこと。⁽²⁰⁾

(2) これらの国々における具体的な憲法制定にたいする国民ないし住民からの働きかけは殆どなかつた。むしろ、憲法制定は秘密裡に行われたといえる。その意味では、これらの国々における憲法制定は君主による欽定であつた。しかし、憲法欽定という直接的経過の背後に憲法制定を求める国民の声が間接的要因として存在していたことを看過することはできない。

(a) 後述するように、一八世紀後半のドイツにおいて自然法論によつて憲法制定の必要性が説かれていたこと。

しかも、地の国々では憲法が制定されているのに、ドイツでは現実に憲法制定が行われていない事態に直面して、自然法論が「憲法の代わり」をなすという説明がなされていたこと。⁽²¹⁾「憲法の代わり」という觀念は「代わり」に安住させる機能をいとなみましたが、また、「憲法そのもの」を追求させる機能をもいとなんだ。⁽²²⁾

(b) 一八世紀末にはドイツにおいても現実に憲法に関する討議が行われるようになり、そのなかから国民の憲法制定権力を基礎とし、且つ、近代立憲主義の本質的要素を含んだ幾つかの憲法草案が作成され、発表された。⁽²³⁾

(c) ナポレオンがその支配下にあるドイツ諸国にたいして憲法制定を要求したこと。この場合、ナポレオンはドイツ国民の間に憲法制定の要求があることに着目し、この要求をみたしてやればドイツ支配が国民によって受け容れられやすくなると考えた。⁽²⁴⁾

(d) ナポレオンにたいするいわゆる解放戦争において、ドイツ諸国の君主・政治家・将軍たちが国民にむけて解放戦争への参加の呼びかけを行ったが、その呼びかけのなかで、解放戦争に勝利した場合に憲法制定を行うという約束をしたこと。これも、国民の間に憲法制定の要求が高まっていたことを前提していたということが出来る。

(e) 解放戦争の後始末をするために一八一四年から一五年にかけて開かれたウィーン会議において、ドイツ統一の問題とやらんで憲法の問題が論議の的となったが、統一問題についてはドイツ同盟というゆるやかな国家結合体を結成することで決着がつけられ、憲法問題に関しては、前述の如く、ドイツ同盟規約一三条に「加盟各国において議会的憲法が行われるであろう」という規定を盛りこむことで決着がつけられた。確かに一三条の規定は不明確で、且つ、拘束力の弱い規定ではあったが、しかし、このような規定でも盛りこまれたのは、憲法制定の約束の履行を見守る一般国民の耳目を意識したためであった。⁽²⁵⁾

2. 憲法理論の対応

憲法理論としては、こうした国民の憲法制定の要求という事実と君主による憲法の欽定という事実とを調和させるための理論構成として、憲法は国民の承認によって法的効力を獲得するという理論を打ち出した。そして、国民の承認として、事実上の承認を援用した。⁽²⁶⁾そして国民の承認によって法的効力を発生した以上、国民もしくはその代表による承

認がなければ変更されえないという結論を引き出した。この理論は、国民もしくはその代表による同意もしくは承認がなければ一旦効力を発生した憲法の変更ができないということを主張するところに、現実的・実践的意義があった。

3. 二元主義的体制の固定性と弾力性

(1) 君主がイニシアティブをとり、且つ、基本的には君主の権力の維持・強化を目的としたものであるにせよ、ともかく憲法が制定され、国民代表の国政参加のための制度としての議会が憲法によって設けられ、国民に——臣民の権利としてではあるにせよ——一定の権力が憲法によって保障され、憲法にもとづく国政運営、即ち、立憲主義が開始された。立憲主義の現れとして現実に国政運営にかかわるファクターとして、君主及びその下の政府と国民（選挙民）及びその代表としての議会（とりわけ下院）が制度的に設けられ、それぞれの地位・権限が憲法によって定められた（ただし、いわゆる君主主義原理が憲法のなかに含まれていたため、君主のために有利に権限の推定が行われえた⁽²⁷⁾）。これによって、二つのファクターが対向する二元主義的体制が憲法によって制度化された⁽²⁸⁾。

(2) 近時、一九世紀のヨーロッパ憲法史の研究において、比較憲法的研究及び発展史的研究の意義が注目され、その成果も発表されている⁽²⁹⁾。例えば、キルシュによって「国民国家的発展とヨーロッパ的共通性との間の緊張関係のなかの一九世紀の憲法タイプとしての君主政的立憲主義」という観念が打ち出され、このタイプに属するものとして、①議会の優位をもった立憲主義（一七九一年、一八三〇—四八年のフランス、一八三二年のベルギー、一八一四年以降のノルウェー、一八五二年以降のピエモンテ、一八六〇年以降のイタリー、一八六〇—六五年のバーデン）、②ナポレオンのボナパルティズム、③一八一四年のフランス憲法を模範とする、君主の優位をもった立憲主義（南ドイツ諸国、プロイセン、第二帝政）の三種類が挙げられている⁽³⁰⁾。もちろん、議会の優位、君主の優位といっても種々の段階がある

ので、この三種類はそれぞれ更に分岐することになる。この分類によれば、南ドイツ諸憲法、プロイセン憲法、更には第二帝政の憲法は一八一四年のフランス憲法と同じカテゴリーに入ることになる。その意味で「ドイツの特別の途(Deutscher Sonderweg)」は簡単に語れないことになる。⁽³¹⁾ とりわけ、憲法が君主或いは議会に割り当てている権限を固定的・静止的なものと見ないで、弾力的・発展的に見て行使のしかたに着目するならば、同じドイツ型も時代によって異った様相を呈する。例えば、明文もしくは不文の原理としてすべてのドイツ憲法の基礎にある君主主義原理についても、最大限に活用して議会の独立した活動を否定する名目として援用することもあれば、権限の推定の意味で憲法の規定の意味の不明確な場合にだけ用いるということもあれば、立憲主義の精神をもとにして考えれば憲法規定の意味は明確であるとして権限推定規定を活用しないということもありうる。その場合には、前記③タイプが實際上①タイプに移行することになる。このように、可能性としては③タイプから①タイプへの移行の余地があり、その意味で君主の大臣任命権と議会の大指名権の違いを厳格に考える必要はないということになるが、しかし、また、可能性はあったが現実にはそうならなかったということも、重視する必要がある。

(3) ドイツにおいて議院内閣制に移行する可能性がありながら、現実には移行しなかった原因をヴァールは、メンタリテイの問題に帰着させる、即ち、議会の側に主体的に政権を担当する用意がなかったということに原因を求める。⁽³²⁾ メンタリテイを広く捉えれば、理論構成もそれに含まれるともいえるが、理論構成に独自性を認めれば、移行にとって適合的でない理論構成が議会を支持する立場からも打ち出されていたということが重要である。

この理論構成というのは、憲法の制定・運用に関する合意原理である。憲法は国民の合意によって制定・運用されるべきである、という原理は立憲主義一般に共通の原理であるが、国民の合意という場合の国民が初めから異なったファクターとしての狭義の国民(君主を除くすべての人)もしくははその代表としての議会と君主とに分けられ、両者の間に合意が形成されるべきであるとする原理は、ドイツ特有のものではないかと思われる。これを、この意味での合意原理

の源にまで遡って検討してみることにする。

III. 憲法における合意原理の生成

1. 最初の憲法概念における合意原理の不存在

近代的意味における憲法概念を最初に打ち出したのはクリスチャン・ヴォルフの弟子でスイス人のエマー・デ・ヴァッテル (*Emer de Vattel*) であって、ヴァッテルはその著「*Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*」(1758)において、憲法概念を打ち出した。以下、ヴァッテルの憲法概念の特質を述べる。⁽³³⁾

(a) 統治に関するあらゆる基本的なルールを一つの統一的な文書に総括

クリスチャン・ヴォルフが一七五四年の著作で複数の *Grundgesetze* について論究していたの⁽³⁴⁾にたいして、ヴァッテルは種々の *Grundgesetze* を一体として把握し、*Constitution* の名のもとに総括した。

(b) 憲法 (*Constitution*) の定義

「公権力の行使の態様を規定する基本法は、国家の憲法をなす。憲法のなかで、政治体としての *Nation* が行動する形式が示され、*Volk* が如何に、また、誰によって統治されるかが示され、また、統治者の権利・義務が如何なるものが示される。この憲法は、基本的に *Nation* がそれにしたがって政治的共同体設立の目的たる利益の獲得のために共同して活動するシステムの提示である。⁽³⁵⁾」

(c) 憲法と法律との区別

「立法は国の憲法を変更することはできない。けだし、立法者はその権限を憲法から得ているからである。」
「何故立法者は、自己の権威の基礎をこわすことなしに、憲法を変更することができようか？」⁽³⁶⁾

(d) 政治的法律と市民的法律との区別

「法律とは公権力によって制定され、共同体のなかで遵守されなければならない規範である。法律はすべて国家と国民の福祉を志向するものでなければならない。」⁽³⁷⁾

「直接に公共の福祉を目的として制定された法律が、政治的法律である。そのうち、その相互の協同によって国家の憲法を構成するものが、基本法である。」⁽³⁸⁾（即ち、ヴァッテルは*Grundgesetze*を複数形で考えつつ、その総体を単数形の憲法として観念しているわけである。）

「私人相互の権利及び行態を規制する法律が、市民的法律である。」⁽³⁹⁾

(e) Nationの憲法制定権力

「国家の憲法は、国家の安全性及び共同体の目的を達成する能力にとって決定的である。それゆえ、政治的共同体を構成したNationは国家の憲法に強く利害関係をもち、自分自身にたいする関係において、とりわけ、最善の、且つ、状況に最も適した憲法を選択する義務を有する。Nationはこの選択を行うことにより、その自己の維持、その公共の福祉、その完全性、その幸福の基礎を創る。」⁽⁴⁰⁾

「善き憲法もしくは悪しき憲法のもたらす重大な結果にかんがみ、また、できるだけ善い憲法、できるだけ適切な憲法を制定すべき不可避の義務にかんがみると、Nationはそれなしにはこの義務が達成されえないすべてのことにたいして、権利を有する。それゆえ、Nationが自ら憲法を制定し、保護し、改善し、且つ、政府に関するすべてのことを自己の裁量によって、なんびとからも妨げられずに規制する完全な権利を有していることは、明らかである。政府はNationの福祉と幸福に関して、Nationのためにのみ設けられているにす

ぎない。⁽⁴¹⁾

(f) 憲法改正権力

「Nationが憲法に関して悪しき経験をした場合には、疑いもなくNationに憲法改正の権利が帰属する。⁽⁴²⁾」
（ヴァッテルは、憲法改正は通常の場合には多数決で行われ、少数派はそれに従わねばならない、としたが、共同体の支配に服する条件とされた統治形態が変更される場合には、変更は多数決できまるとしても、変更反対の人々は変更に服する必要はなく、共同体を離脱することができるとしている。⁽⁴³⁾）

(g) 基本法の契約的構成の否定

モーンハウプトは、ヴァッテルの述べるところを解釈して、ヴァッテルは自己決定権をもった政治的団体としてのNationを新しい優越的な決定権力として導入したと述べ、最高の決定権力としてのNationの新しい原則的優位はNationのみが憲法を制定する権限を有することを意味するとし、憲法はNationから発しない如くなる介入も受けまいとしたうえで、このNationの自律的地位はそれまで行われていた基本法の契約的構成の根拠を奪ったとしている。⁽⁴⁴⁾ それゆえ、政治的共同体としてのNationの構成のしかたはともかくとして、構成されたNationが憲法制定権力の主体とされ、Nationがその一方的な行使によって、したがって複数主体間の契約によらずして憲法が成立するものとされている、と解することができる。もつとも、Nationの成立について契約理論がとられておれば、Nationによる憲法制定権力の行使が合意原理にもとづいていると解する余地はあるが、その点は明らかではない。

2. 自然法論における憲法契約概念の系譜

(1) 初期の自然法論

(a) プーフェンドルフ (*Samuel Pufendorf, De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, 1673*)

ドイツにおける社会契約論の創始者たるプーフェンドルフにおいては、結合契約と服従契約との間に、統治形態に関する決定がおかれていたが、しかし、統治形態に関する決定は契約としては構成されていない。ただし、服従契約において支配者と国民とが契約関係におかれており、この二つの人格の対向という構成は、一九世紀中葉にいたるまでの国家の二元的構成の出発点をなすものである。⁽⁴⁵⁾

(b) ヴォルフ (*Christian Wolff, Institutiones iuris naturae et gentium, 1754*)

ヴァッテルの師であったクリスチャン・ヴォルフにおいても、結合契約と服従契約との間に国家の制度もしくは組織に関する国民の決定がおかれている。ヴォルフにおいても、支配権力を自己に留保するか他者に委ねるか、いかなる条件で委ねるかについての決定、支配者の選定は、国民の決定として行われるとされているが、国民がこのような政治的基本的決定の担い手として位置づけられながら、無条件・無制限の権力を他者に委ねることができる⁽⁴⁶⁾とされていることが注目される。また、ヴォルフにおいても、服従契約によって国家における支配者と国民との二元的構成がとられている。

(c) アッヘンヴァル／ピュッター (*Achenwall-Pütter, Elementa Iuris Naturae, 1750*)

アッヘンヴァル／ピュッターにおいても、国家設立が結合契約と服従契約との二段階で行われることが説かれている。アッヘンヴァル／ピュッターにおいて注目されることは、国家構成の理論の重点が服従契約か

ら基本法に移され、基本法の概念が前面に押し出されていることである。更に、アッヘンヴァル／ピュッターにおいて注目されることは、プーフエンドルフやヴォルフにおいて基本法に相当するものが国民の決定によると構成されていたのに対して、契約として構成されていることである。基本法は、契約として構成されることによって、支配者と国民の両当事者の同意がなければ変更されないとされている。即ち、基本法の契約としての構成は、基本法の存立保障の意味をもっている。なお、アッヘンヴァル／ピュッターにおいては、基本法は複数存在するものとされている。⁽⁴⁷⁾

(d) ユステイ (*Johann Heinrich Gottlob von Justi, Natur und Wesen der Staaten, 1771*)

国民の基本権力の思想を打ち出したユステイにおいては、基本法は国民の一方的命令として構成されている。しかし、この構想は貫徹されていない。ユステイの考えは次の如くである。

(i) 国民はその基本権力にもとづいて基本法を制定する。基本法は最高権力のありか及び行使のしかたを定める。

(ii) 国民は基本法を変更することができる。

(iii) 最高権力を行使する支配者は基本法の下にあり、基本法によって拘束される(ユステイは基本権力と最高権力とを区別し、前者を国民に、後者を支配者に帰属させる。国民の基本権力は、基本法の制定と支配者の選任をした後は休止状態に入るものとされている)。

(iv) 基本権力の担い手たる国民から、最高権力の担い手たる支配者への権力の委譲は、契約によって行われる(これによって、国民と支配者とは契約当事者として同位関係におかれることになる)。

このようにしてユステイにおいて国民が支配者の上に立つ一元的结构が、国民と支配者が並ぶ二元的结构へと屈折させられているということが出来る。⁽⁴⁸⁾

(2) 自然法論の現実化、具体化、絶対化

一八世紀八〇年代以降、自然法論は変化をとげる。クリッペルはこの変化を現実化（人間の権利は自然状態において妥当するだけでなく、国家状態においてこそ妥当するものという主張）、具体化（人間の権利一般の保障を要求するだけではなく、人間の権利に属する具体的権利を挙げてその保障を要求するもの）、絶対化（人間の権利の不可譲性、不可侵性の主張）として捉える⁽⁴⁹⁾。その結果、自然法論のなかから個人の権利の保障の要求とならんで国民の政治参加の要求が掲げられ、制定されるべき憲法の内容について要求が出されるだけでなく、憲法制定に国民がかかわるべきだという要求が出され、その一つの現れとして憲法契約の観念が登場する⁽⁵⁰⁾。例えばコッタ（*Christoph Friedrich Cotta, Einleitung in das natürliche Staatsrecht mit Anwendung auf das Reich und Teutsche Staaten*, 1786）は、結合契約と服従契約のほかに、政府の形式、行使、取得について定める憲法契約の必要性を説いた。もともと、コッタの立論は身分制議会の国政参与権を保証している「基本法」を社会契約のなかに組み入れようとするもので、君主と身分制議会との身分制的二元主義を反映するものであった⁽⁵¹⁾。これに対して、民主的共和政をもって憲法理想とし、しかもそれを理想にとどまらず現実のものとしようとしたベルク（*Adam Johann Bergk, Untersuchung aus den Natur-, Staats- und Völkerrecht mit einer Kritik der neuesten Konstitution der französischen Republik*, 1796）は、社会契約を結合契約、憲法契約、服従契約の三段階から成るものとしたが、しかし、社会契約をもって互いに権利を保護し合うための、すべての人のすべての人との契約として考えていた。そもそもベルクは社会契約のコンセプトの意義を、国家に法的に組織された憲法を与える必要性を主張するところに見出しており、憲法を導入することは人間の義務であり、国家の義務であると考えていた。したがって、憲法契約の締結＝憲法制定にはすべての人が参加すべきものとベルクは考えており、且つ、代表者の選挙を通じて参加すべきものと考えていた⁽⁵²⁾。ベルクが全員によるにせよ代表者を通じての憲法制定を考えていたのにならして、ライスラー（*Johann Philipp Achilles Leisler, Natürliches Staatsrecht*, 1806）は、憲法契約の方法

として全員による直接投票を考えていた。ライスラーは、法原則の支配を実現するための制度を設立するために結合契約が締結される必要があること、結合契約のなかには制度を設立することの合意が含まれているが、制度の具体的な態様についての合意を行うために憲法契約を締結することが必要であると主張する。ライスラーは、憲法契約という語を使っているが、憲法契約は有識者によって起草された憲法プランを承認するとの国民の意思表示によって行われるものとし、その場合、すべての人によって承認される必要はなく、大多数の国民によって承認されれば十分であるとしている。ライスラーは、更に、国民によって承認された憲法も絶対的に正しいものではなく、相対的にのみ正しいものであるから、国民は一度導入した憲法を変更してよいだけでなく、誤りを発見した場合には、変更しなければならぬと説いている。⁵³

(3) 憲法制定にたいする自然法論の要求

このように、社会契約論のなかで憲法契約という要素の意義が増大したということは——統治形態に関する先行形態があったとしても——いうまでもなく、憲法の重要性が増大したことにもとづいている。もちろん、それは、自然法論自身が成文憲法の制定を要求したことの反射効なのであるが、自然法論は、このような要求に関連して、次のようなことを行った。

(a) 制定されるべき憲法の内容として、個人の権利及び集団の権利としての国民の権利の保障、国民代表の国政参加、権力分立などを盛りこむことを要求した。⁵⁴

(b) そもそも社会契約論は現存国家の正当性を判断する基準を掲げるといふ機能をいとなんだのであるが、憲法契約が独自の意義をもつようになると、憲法をもっているかどうかということや、如何なる憲法をもっているかということをも現存国家の正当性の判断基準とするようになった⁵⁵(もつとも、これは、特に一九世紀に入ってからのことである)。

- (c) 現存国家が憲法を未だ制定していないところでは、自然法論は、理論として提起されているものが基準として適用されるべきことを主張し、この基準を適用して国家の具体的措置の合法性・違法性の判断を發表した(「憲法の代わり」としての機能)⁵⁷⁾。

3. ドイツの合意原理

憲法契約の觀念に見られるように、ドイツでは、主として、憲法制定に関する合意原理は契約、しかも君主(支配者)と国民との間の契約として、構成された。

(1) 国民の憲法制定権力の行使による憲法制定という構成の可能性もあり、現にそのような考え(国民の基本権力による国家基本法の制定)をとった論者もあったのであるが、しかし、そういう場合でも君主(支配者)に特別の地位(国民集会の召集権、国民集会における指揮権)が認められたり、憲法を実施する君主(支配者)と国民との関係が契約関係として構成されたりして、この論理は貫徹されなかった。

(a) 貫徹されなかったのは、ドイツでは、君主(支配者)の特別の地位を認めざるをえないという事情があったからである。

(b) また、契約として構成したほうが双方当事者を拘束することができ、とりわけ、国民の立場から考えて、君主(支配者)を拘束する効果が大いということも考えられた。

(c) また、ドイツにおける考え方の伝統として、人格の二元性(ものごとを二つの人格の対向関係として捉える考え方)という考え方が根づいていて、これも契約という思想と結びつき易かったと思われる。

(2) 契約という構成をとるとしても、すべての人のすべての人との契約という構成もありえたのであるが、ドイツ

では、そうはならず、全体として、君主（支配者）と国民との契約として構成された。

(a) すべての人のすべての人との契約という構成をとった論者も少なくなかったのであるが、しかし具体的に論を進めていくにつれて君主（支配者）と国民との契約という構成をとることになった。例えば、ペーリッツは、憲法契約がすべての人の間で結ばれるということを認めておきながら、⁽⁵⁸⁾具体的な理論の展開においては、次のように述べている。「…しかし、このような憲法契約において、二つの部分、即ち、君主と国民とが二つの平等なファクターとして、二つの同権・同義務の道徳的人格として現れるから、更に、二つの部分は同じように憲法契約の規定に合意しているから…：…けだし、君主は憲法契約においては国民と同じ同権の契約当事者であるからである」⁽⁵⁹⁾。或いは、また、フレーベルは次のように述べている。「制定された憲法の形成は、それゆえ、この理論にしたがえば、憲法契約に関与した最初の当事者、即ち、原則として君主と国民との間の後継契約によって行われる」⁽⁶⁰⁾。

このようになるのも、ドイツにおいては、君主に特別の地位を認めざるをえないという事情があつたためである。

(b) 社会契約論のなかに服従契約という要素が残っているかぎり、憲法契約の要素の比重が増し憲法契約が前面に押し出されたとしても、結局二つの主体の間の契約という構成にならざるをえないと思われる。

(3) 立憲主義思想の生成・発展にたいする社会契約論の意義を強調し、社会契約論のなかでの憲法契約論の意義を強調するローリンは、憲法契約が中心的地位を占めるにいたつた国家（社会）契約論が立憲主義的憲法論にたいしていとなんだ機能として、国家及び国家権力の理論的正当化の機能、国家権力及び君主の支配の理論的制限の機能、（憲法を君主の一方的攻撃から護るという意味での）憲法維持・安定化の機能とならんで、憲法制定過程を説明し、立憲主義的憲法制定の妥協的性格を明らかにする機能を挙げている。⁽⁶¹⁾ローリンはそれに関して、次のように説明している。「契

約論的論証は、憲法の成立に少なくとも二つの当事者が参加したという観念を支持しただけでなく、同時に、憲法が妥協的な構造をもっているということ、君主の利益と市民の利益との間の妥協をはかろうとする構造をもっているということを支持した（このことは、憲法の妥当要求、安定化要求を下支えした⁽⁶²⁾）。即ち、ここでは、憲法契約が君主と国民との間で結ばれるものであることが前提されている。そして憲法制定をこのような憲法契約にもとづくものと見ることが当時のドイツの現実にマツチし、且つ、憲法を定着させるのに役立ったと見ている。そして、一九世紀初頭の憲法が實際上契約によつてではなく、欽定によつて制定されたことに關しては、当時の契約論者が形式的には黙示の契約を援用して欽定憲法を肯定的に説明し、内容的には憲法が国民の権利を承認したことによつて憲法契約の理念が実現されたとする論拠で欽定憲法を肯定的に説明したことを紹介して、ローリンは憲法契約論が当時の状況に照らしてみても維持されうるとしている⁽⁶³⁾。

(4) 自然法論はとりわけその憲法契約論によつて憲法制定を要求し、欽定されたものではあつたが現実に制定された憲法を、正当化した。したがつて、制定された憲法の説明は、自然法的憲法理論の独壇場であつた。しかし、一八三〇年頃を境として自然法論は新しく登場してきた有機体思想に憲法理論の主流の座を明け渡すにいたつた。これは、時代の思想風潮が、一般的・抽象的・理性的なものに代わつて、個別的・具体的・歴史的なものを尊重するようになり、また、個人の立場よりは全体の立場を重視するようになってきたからであるが、それだけではなく、有機体思想のほうでも、それまでの憲法にたいする消極的・拒否的態度をやめて、憲法にたいして協調的・調和的となり、要するに立憲主義化をとげたからであつた⁽⁶⁴⁾。

そもそも、有機体思想は、国家及び国家権力の統一性の強調、元首の地位の強調、身分的編成の重視、国家全体を貫く客観的法則（＝国民全体の利益の実現）の支配の信奉などを特徴としていたが、次第に、全体と部分との密接な結合を説く理論的枠組みのなかで部分のほうに重点を移すようになり（「全体なければ部分なし」から「部分なければ全体

なし」へ)、また、国家全体を貫く客観的法則についても君主単独の認識・実現の主張から、君主と議会との共同作業による認識・実現の主張へと、重点を移すようになった。こうなると、国民代表議会を設置している立憲主義的憲法と親和的であり、そのうえ、君主主義原理を基本原理としているドイツ型憲法と一層調和的であった。⁽⁶⁶⁾

立憲主義化した有機体思想において特徴的なことは、君主と議会との協働 (Zusammenwirken) というコンセプトが強く打ち出されていることである。例えば、代表的な有機体論者であったブルンチュリは、立憲君主政の説明において、国家有機体の首長としての君主になお他の分枝にたいする優越的地位を認め、且つ、国政に関する現実的なイニシアティブの権利を認め、議会的政府 (＝議院内閣制) の導入に反対しているのであるが、しかし、憲法及び法律の制定に首長と分枝とを含む国民全体が参加すべきことを主張し、憲法制定に関しては、欽定・契約・国民議会による一方的制定のそれぞれを不可とし、首長の指導の下でのすべてのファクターの協働を要求し、通常の立法に関しては、両議院が君主と共同して一つの立法権をもつと説明し、いずれのファクターも単独では立法権をもたないと説明している。この説明は、議会の地位の引き揚げを主眼とするものではなく、国家権力の不可分性の強調を主眼とするものであるが、しかし、これまでは、国家権力の不可分性の強調のためには、君主による全国家権力の独占という図式が用いられてきたのに、そうしないで、君主と議会への立法権力の共同帰属という図式を打ち出しているところに、変化が見られるのである。⁽⁶⁶⁾

このような意味において、首長と部分、君主と議会との協働関係が、国家全体を貫く客観的法則の内容となつていくことができる。そして、協働ということは、換言すれば、合意原理に相当するといえよう。そうすると、合意原理が自然法論においては社会契約の現れであったとすれば、有機体思想においては、合意原理に相当する協働原理は客観的法原則の現れであったということができよう。

(5) 合意原理にせよ協働原理にせよ、一九世紀七〇年代までのドイツ憲法理論にとって、君主とそれ以外のものと

が合意を結ぶ、或いは協働するということが特徴的である。この点、協働という場合、君主とそれ以外のものというところが合意されているということが出来るが、合意という場合、既述の如く、全員が全員と合意を結ぶという構成もありえたけれども、一九世紀に入ると、専ら君主とそれ以外のものとの合意として構成されるようになった。抽象的段階では、全員と全員との合意ということが考えられえたが、現実に憲法が制定され、運用されるようになった段階では、君主とそれ以外のものとの合意に収斂されざるをえなかつたのであろう。そして、このことがドイツ的特色ということが出来る。

(6) 一九世紀七〇年代以降になると、有機体思想に代わつて実証主義的憲法学が憲法理論の主流の座についた。実証主義的憲法学の特色は、憲法問題を法人としての国家の意思発動の問題として捉え、内容的に制限のない国家意思の発動の形式が厳格に遵守されることを追求するところにある、国民の合意にもとづく国政運営とか、君主と議会との協働による国政運営というような実質的なものを憲法学のなかに持ちこまないところに反面の特色があつた。ただし、実証主義的憲法学は、一九世紀後半において、議会の法律発案権の保障、議会の法律承認権の尊重、議会の予算承認権の尊重などを通じて、国政にたいする議会の影響力が高められた段階を固定化し、それを国家意思の形式に即して論究するものであつたから、それは、君主と議会との関係を国家機関相互の関係としつつ、引き揚げられた議会の地位を確保する機能をいとんだ。⁽⁶⁷⁾ それゆえ、実証主義的憲法学は、実質的に見れば、憲法・法律の制定・改廃には議会の同意が必要であるという意味での合意原理の維持・確保に貢献したということが出来る。しかし、実証主義的憲法学は国政運営における合意原理の進展に貢献することはなかつた。実質的に見れば、実証主義的憲法学は、国政運営における合意の形成が議会のイニシアティブの下に行われる方向での積極的提案をすることはなかつた。

IV. ドイツ憲法の普遍性と特殊性

1. ドイツ憲法の普遍性と特殊性

ドイツにおいても立憲主義的憲法が制定され、それによって議会が設置され、それをふまえて合意にもとづく国政運営ということが国政運営の基礎とされ、それに反することが非難され、それに合致することが賞賛された。この点では、ドイツ憲法も他の国々の憲法と共通の普遍性をもっていたといえることができる。しかし、その合意は、他の国々の憲法の場合、すべての人が平等な立場において相互的に合意を形成するのとは違って、基本的に、君主という特別の地位をもっているものとそれ以外のもの（＝国民）との間の合意として理解され、また、この理解にしたがって国政運営が行われた。この点にドイツ憲法の特異性があった。

2. ドイツの特異性の原因

(1) 合意原理が常に初めから特別の地位を認められた君主とそれ以外のものとの契約として構成されているところからも明らかのように、合意形成に関して君主に特別の地位が与えられていることに、特異性の原因がある。そして、これは、結局、三月革命の失敗から明らかのように、保守的勢力に支えられた君主の権力が強大であって、それに対抗すべき市民階級の政治力が弱かったことにもとづいてい⁽⁶⁸⁾た。

(2) 合意原理の弾力的理解・運用の欠如

(a) 合意原理を弾力的に理解・運用すれば、君主の同意の要素を形式的なものとするともできるとに、そこまでふみこんだことは行われなかった。例えば、大臣任免について、君主の任免権を形式的なものとして捉え、議会の決定を君主が承認するという形で合意原理が成立するはずであるが、そこまでのふみこみは行われなかった。

(b) 一九世紀自然法論における人格の二元性の固執、有機体思想における君主の元首としての特別の地位の固執、実証主義的憲法学における形式的なものの固執が、これらの理論から合意原理の弾力的理解能力を奪った。

(c) 一九世紀前半において議会の独立した活動を否定する名目として最大限活用された君主主義原理の意味転換を行って、君主主義原理と立憲主義とを対抗関係におくのをやめて、君主主義原理を議会主義原理との対抗関係においてドイツ諸国が議院内閣制を導入するのを防ごうとしたフリードリヒ・ユリウス・シュタールの理論の影響力が強かった。⁽⁶⁹⁾ シュタールにおいては、議会主義原理と君主主義原理とが原理的に異なったものとして対置され、運用によって議会主義原理に移行する可能性が否定されていた。

注

- (1) 例えは、*Rainer Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Suhrkamp, 2003, S. 313.
- (2) プロイセン憲法の成立過程については *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3, Nachdruck der 2. Aufl. von 1970, Verlag W. Kohlhammer, 1978, S. 35—53.
- (3) *Huber* (Ann. 2), S. 33 f.
- (4) *Huber* (Ann. 2), S. 306 f.
- (5) *Huber* (Ann. 2), S. 309 f.
- (6) *Ernst Rudolf Huber* (Hg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 3. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, 1986, S. 102.
- (7) プロイセン憲法争議の経過については *Huber* (Ann. 2), S. 275—369.
- (8) 例えは、*Rainer Wahl*, Der Konstitutionalismus als Bewegungsgeschichte, in: Ulrike Müßig (Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Mohr Siebeck, 2006, S. 222 f.
- (9) *Huber* (Ann. 2), S. 368. これにたいして、ベッケンフェルデは、ビスマルクは当時の政治状況のなかでは君主主義原理を貫徹することはできなかったのであり、したがって免責法案を提出したのは当然のことであったのであり、君主主義原理を貫徹できなかった以上君主主義原理に立脚する立憲君主政はその存立の根拠を失っていたと見る。*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: Ders. (Hg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815—1918), Kiepenheuer & Witsch, 1972, S. 157 f. 同は、憲法をもちついでこの決断の所産と見ると、種々の立場の調整の産物と見るかの違いがある。
- (10) ハノーバー憲法争議の経過については *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2, Nachdruck der

2. Aufl. von 1968, Verlag W. Kohlhammer, 1975, S. 91—115.

- (11) *Huber* (Ann. 10), S. 95.
- (12) *Huber* (Ann. 10), S. 114 f.
- (13) *Gerhard Dilcher*, Zum Verhältnis von Verfassung und Verfassungstheorie im frühen Konstitutionalismus, in: G. Kleinheyer/P. Mikat (Hg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte: Gedächtnisschrift für Herman Conrad, Ferdinand Schöningh, 1979, S. 73.
- (14) *Dilcher* (Ann. 13), S. 78 f.
- (15) 第一波の憲法制定について *Dieter Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776—1866, Suhrkamp, 1988, S. 71 ff.
- (16) *Elisabeth Fehrenbach*, Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815—1871, R. Oldenbourg Verlag, 1992, S. 3. *ケーテンントロイブ Robert Goldschmit*, Geschichte der badischen Verfassungsurkunde 1818—1918, Braunsche Hofbuchdruckerei, 1918, S. 26.
- (17) *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, Nachdruck der 2. Aufl. von 1967, Verlag W. Kohlhammer, 1975, S. 73.
- (18) *Huber* (Ann. 17), S. 73.
- (19) *Huber* (Ann. 17), S. 73.
- (20) *Grimm* (Ann. 15), S. 72.
- (21) *Diethelm Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Ferdinand Schöningh, 1976, S. 184 ff.
- (22) *Klippel* (Ann. 21), S. 187.
- (23) Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland: Texte deutscher Verfassungsentwürfe am Ende des 18. Jahrhunderts, Hrgs. und mit einer Einleitung von *Horst Dippel*, Keip Verlag, 1991. 本書においてライッセルは、当時の憲法に関する討議の状況を解説し、自由民主的な憲法運動は一八四八／四九年に始まるのではなく、一八〇〇年頃に始まるとしたうえで、当時出された憲法草案を収録している。
- (24) *Grimm* (Ann. 15), S. 59.
- (25) *Grimm* (Ann. 15), S. 69 f.

(26) *Huber* (Ann. 17), S. 318; *Jan Rolin, Der Ursprung des Staates*, Morh Siebeck, 2005, S. 137, 146 ff.

(27) 南ドイツ諸国の憲法には、明文の規定として君主主義原理が盛り込まれていた。例えばバイエルン憲法第二章第一条は次のような文言から成っていた。「国王は国家の元首であつて、国家権力のすべてをその一身に統合するものであり、それらに国王が決定し、この憲法典のなかに盛りこんだ規定にしたがつて行使する」。この君主主義原理の意味は必ずしも明確ではなかった。最初のうちは、ドイツ同盟のほうでウィーン最終議定書第五七条に「自由都市を除いて、ドイツ同盟は主権的君主たちから構成されているから、そのことから生ずる基本概念にもついで、すべての国家権力は国家元首の下にとどまつていなければならないのであつて、主権者は特定の権利の行使に際してのみ議会の参与を受けるように議会的憲法によつて拘束されるにすぎない」という文言を盛りこんで、この文言が表現する君主主義原理をドイツ同盟の基本方針としてその遵守を加盟各国に義務づけ、こうした方法で加盟各国の憲法に含まれている君主主義原理の解釈を指導した。そしてドイツ同盟は一八三〇年代までは加盟各国の議会が独立した動きをするのをおさえるための名目として君主主義原理を用いた。しかし、一九世紀の後半になると、君主主義原理の解釈にドイツ同盟が影響力を行使することはなくなつた。ドイツ諸国の憲法に共通の理解（＝一般ドイツ憲法学）としては、権限の推定規定として抑制的に用いられるようになった。ただし、君主主義原理は一九世紀後半には政治的に重要な意味をもつて援用された。即ち、議院内閣制の導入を防ぐための名目として用いられた。

(28) 二元主義的体制というのは、君主・政府と国民・議会とがそれぞれ独立のファクターとして対向している体制である。しかし、二つのファクターが同じ比重をもっているわけではなく、憲法上は君主・政府の方に大きな比重がかけられていた。更に憲法が定めている以上に一方が他方の比重を低下させようとする傾向があり、その時は二元主義体制がそれを防ぐ機能をいとなむ。一九世紀前半においては、二元主義体制は君主・政府による議会の独立性の否定の動きを封ずる機能をとнами、一九世紀後半には、二元主義体制は議院内閣制の導入をおさえる機能をいとなんだ。また、一九世紀の前半において、議会が政権を自ら担当する用意も見込みもないので、専ら政府の批判・攻撃を事とする態度をもつて二元主義的に評することがある。

(29) *Wahl* (Ann. 8), S. 199 ff.

(30) *Martin Kirsch, Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert: Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer*

- Verfassungstyp: Frankreich im Vergleich, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, S. 386 ff. (*Wahl* [Anm. 8], S. 206 ㄷ-ㄹㄴ)
- (15) *Wahl* (Anm. 8), S. 203.
- (16) *Wahl* (Anm. 8), S. 218.
- (17) ㄱㄱㄷ ㄷ ㄷ Die Klassiker des Völkerrechts, Bd. III ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ *Wilhelm Eurer* ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ (J. C. B. Mohr, 1959) ㄱㄱㄷㄱㄱㄷ.
- (18) ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ *Hasso Hofmann*, Recht — Politik — Verfassung: Studien zur Geschichte der politischen Philosophie, Alfred Metzger Verlag, 1986, S. 278.
- (19) *Emer de Vattel*, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, Deutsche Übersetzung von Wilhelm Eurer, J. C. B. Mohr, 1959, S. 40 f.
- (20) *Vattel* (Anm. 35), S. 44. ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ *Gerald Storz*, Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Graz, 1974, S. 15 f. ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ
- (21) *Vattel* (Anm. 35), S. 41.
- (22) *Vattel* (Anm. 35), S. 41.
- (23) *Vattel* (Anm. 35), S. 41.
- (24) *Vattel* (Anm. 35), S. 41.
- (25) *Vattel* (Anm. 35), S. 43.
- (26) *Vattel* (Anm. 35), S. 43.
- (27) *Vattel* (Anm. 35), S. 43.
- (28) *Vattel* (Anm. 35), S. 43 f.
- (29) *Heinz Mohaupt*, Verfassung (I), in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, Klett-Cotta, 1990, S. 859.
- (30) ㄱㄱㄷ ㄱㄱㄷ *Hiso Kuriki*, Der Gedanke des Volkes im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, in: *ders.*, *Beiträge zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft: Gedanke des Volkes in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Seibundo, 2009, S. 87 ff. ㄱㄱㄷ

- (46) 以上「Kuriki (Anm. 45), S. 99 ff. 参照。」
- (47) 「Kuriki (Anm. 45), S. 106 ff. 参照。」
- (48) 「Kuriki (Anm. 45), S. 113 ff. 参照。」
- (49) *Klippel* (Anm. 21), S. 68, 114 ff., 119 ff., 124 ff.
- (50) *Kuriki* (Anm. 45), S. 113; *Rolin* (Anm. 26), S. 39.
- (51) *Rolin* (Anm. 26), S. 39.
- (52) 「Kuriki (Anm. 45), S. 154 ff. 参照。」
- (53) 「Kuriki (Anm. 45), S. 162 ff. 参照。」
- (54) *Rolin* (Anm. 26), S. 139 f.
- (55) *Klippel* (Anm. 21), S. 183, 187.
- (56) *Rolin* (Anm. 26), S. 138 ff., 143.
- (57) *Rolin* (Anm. 26), S. 143; *Klippel* (Anm. 21), S. 184 ff.
- (58) *Karl Heinrich Ludwig Pölitiz*, Die Staatswissenschaften im Lichte unsrer Zeit, 1. Teil, 2. Aufl., J. C. Hirrichsche Buchhandlung, 1827, S. 112.
- (59) *Karl Heinrich Ludwig Pölitiz*, Das constitutionelle Leben, nach seinen Formen und Bedingungen, Hahn'schen Verlags-Buchhandlung, 1831, S. 59.
- (60) *Rolin* (Anm. 26), S. 144 ff. 参照。
- (61) *Rolin* (Anm. 26), S. 141 ff.
- (62) *Rolin* (Anm. 26), S. 145.
- (63) *Rolin* (Anm. 26), S. 146 ff.
- (64) *Rolin* (Anm. 26), S. 153 ff., 218 ff.; *Kuriki* (Anm. 45), S. 169 f.
- (65) 栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社、一九九七年)、一九六―二〇六頁、三〇五―三三五頁。
- (66) 栗城・前掲注(65)の「一三〇頁」「二〇一―二〇三頁」。

(67) 栗城・前掲注(65)、四六七―五〇五頁。

(68) 例えば、*Thomas Ellwein*, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, Isar Verlag, 1954, S. 142.

(69) ヴァールは、シュタールが憲法の精神に適合しないほどに高度に保守的であったこと、シュタールの理論構成が立憲主義の枠内で許される発展をドラスティックに狭めたこと、議会がノーマルな政治的発展の枠内で立憲主義の修正ないし内部的変種として達成しえたことをシュタールが体制破壊的と断罪したことを指摘している。Wahl (Anm. 8), S. 225. シュタールの理論についてのは、*Friedrich Julius Stahl*, *Das monarchische Prinzip: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, 1845; *Ellwein* (Anm. 68), S. 82―93 参照。

参考文献

栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社、一九九七年)。

Ernst Wolfgang Böckenförde, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in: *ders.* (Hg.),

Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815―1918), Kiepenheuer & Wirtsch, 1972.

Gerhard Dittler, *Zum Verhältnis von Verfassung und Verfassungstheorie im frühen Konstitutionalismus*, in: G. Kleinheyer/P. Mkat (Hg.), *Beiträge zur Rechtsgeschichte: Gedächtnisschrift für Herman Conrad, Ferdinand Schöningh*, 1979.

Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland: Texte deutscher Verfassungsentwürfe am Ende des 18. Jahrhunderts, Hrsg. und mit einer Einleitung von *Horst Dippel*, Keip Verlag, 1991.

Thomas Ellwein, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, Isar Verlag, 1954.

Elisabeth Fehrenbach, *Verfassungsstatut und Nationsbildung 1815―1871*, R. Oldenbourg Verlag, 1992.

- Robert Goldschmidt*, Geschichte der badischen Verfassungsurkunde 1818–1918, Braunsche Hofbuchdruckerei, 1918.
- Dieter Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866, Suhrkamp, 1988.
- Hasso Hofmann*, Recht — Politik — Verfassung: Studien zur Geschichte der politischen Philosophie, Alfred Metzler Verlag, 1986.
- Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, Nachdruck der 2. Aufl. von 1967, Verlag W. Kohlhammer, 1975.
- Ders.*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2, Nachdruck der 2. Aufl. von 1968, Verlag W. Kohlhammer, 1975.
- Ders.*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3, Nachdruck der 2. Aufl. von 1970, Verlag W. Kohlhammer, 1978.
- Ders.* (Hg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 3. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, 1986.
- Martin Kirsch*, Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert: Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp: Frankreich im Vergleich, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999.
- Diethelm Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Ferdinand Schöningh, 1976.
- Hisoa Kuriki*, Der Gedanke des Volkes im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, in: *ders.*, Beiträge zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft: Gedanke des Volkes in der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Seibundo, 2009.
- Heinz Mohrhardt*, Verfassung (I), in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 6, Klett-Cotta, 1990.
- Karl Heinrich Ludwing Pölitiz*, Die Staatswissenschaften im Lichte unsrer Zeit, 1. Teil, 2. Aufl., J. C. Hirrichsche Buchhandlung, 1827.
- Ders.*, Das constitutionelle Leben, nach seiner Formen und Bedingungen, Hahn'schen Verlags-Buchhandlung, 1831.
- Jan Rolin*, Der Ursprung des Staates, Morth Siebeck, 2005.
- Friedrich Julius Stahl*, Das monarchische Prinzip: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung, 1845.
- Gerald Stourzh*, Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Graz, 1974.
- Emer de Vattel*, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, Deutsche Übersetzung von Wilhelm Eurer, J. C. B. Mohr, 1959.
- Rainer Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Suhrkamp, 2003.
- Ders.*, Der Konstitutionalismus als Bewegungsgeschichte, in: Ulrike Müßig (Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Mohr Siebeck, 2006.