

《翻訳》

クリスティアン・シュターク

フランス革命とドイツ憲法

共訳者 渡辺 中 柏崎敏義 小橋 昇
齋藤康輝 宮原 均 柳 眞弘

まえがき

本稿は、Christian Starck, Die Französische Revolution und das deutsche Staatsrecht, JZ, 1989, S.601 ff. の全訳である。⁽¹⁾〈das deutsche Staatsrecht〉を直訳すれば「ドイツ国法」となる。論文の内容においては、憲法典のみならず、国家と法に関する思想、制度が扱われている。しかし、わかりやすくしようということで、「ドイツ憲法」とした。なお、訳出にあたっては共訳者が各自分担箇所を訳出し、それを全員で検討するという方法をとった。しかし、それでも思わぬ誤訳、不適訳があるかもしれない。ご教示頂ければ幸いである（条文については、樋口・吉田編『世界憲法集（改訂版）』を参照した）。

この論文の掲載は1989年7月7日号であり、フランス革命200年に際しそれがドイツに与えた意義を考察するにふさわしいものである。⁽²⁾1789年5月4日、三部会が国民議회를宣言したことに始まる、⁽³⁾長期にわたるフランス革命をどのように評価するかは、議論のあるところである。しかしたとえば、⁽⁴⁾「近代的な新しい社会や国家をつくり出した点」、「人間の権利が伸長した点」にその意義を認めることはできよう（もちろん逆に、人間疎外状況がもたらされたことも無視してはならないが）。いずれにせよともかく、近代憲法の出発点がそこにあるといえる。したがって、ドイツの憲法思想・状況を考察するにあたって、どの程度の影響があったかは別としても、フランス革命が

重要な事件であることに違いはない。

C・シュミットは、「フランス革命の国家理論は、その後の全時代を通じての政治理論にとってのみならず、近代憲法理論の実定法的法学の構成にと⁽⁵⁾っても根源となっている」と述べている。とはいえ、「半封建的なドイツ国民や支配層が、この革命の歴史的意味をはたしてどれほど理解できていたか⁽⁶⁾は、はなはだ疑問である」とみることもでき、シュターク教授もそのようにみている。

論文の内容は表題のとおり、ドイツの憲法状況についての概略史である。そして、フランス革命とのかかわりについては、まったく否定しているわけではないが、革命以前にすでにドイツには伝統的に人権思想があったことを強調する。さらにこんにちでは、連邦憲法裁判所による規範統制がフランスをリードしていることも強調されている。しかし問題はそこにのみあるのではない。たとえば、「フランス革命の第二段階における王政の廃止は、歴史の内在的論理に従っている。それには、あれほど強大で呵責ないフランス王政によって形成され、また国民一民主的革命の腐葉土として作用しえた中央集権を必要としたのである。」という部分に表されているように、権力構造をどのように捉えるのが重要なのである。そのことが人権の理解と、それと主権との関係を理解する根源である。このような関連において、本論文はわれわれに教示するところが大きい。

1994年3月23日から26日にかけて、フンボルト大学（ベルリン）でドイツ比較法学会（100回記念大会）が開催された。小林孝輔教授とともに渡辺，柳が出席し、シュターク教授にお会いすることができた。教授はこの翻訳作業に関心をもたれ、励ましの言葉を下さった。

[柏崎]

(1) シュターク教授の業績一覧については、菟原明「現在ドイツ公法学研究資料—Ch. Starck 教授研究業績一覧（1992年11月18日現在）」大東法学第3巻第2号

- （通巻第22号）参照。シュターク教授の基本権の理解については、渡辺中「ドイツにおける基本権の発展(1)(2)―シュターク論文によせて―」比較法制研究8号61頁、9号59頁を参照。
- （2）日本でも、長谷川他編『人権宣言200年記念 講座・革命と法』（全3巻）日本評論社、特集「フランス革命200年と近代法」法律時報61巻8号をはじめとして多くの出版物が刊行された。また、樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』東大出版会、1994年も参照。
- （3）シュターク教授はフランス革命の発端を三部会による国民議会の宣言にみている（このような見方はたとえば、ミシュレ「フランス革命」桑原武夫編『ミシュレ』中央公論社にもみられる。
- （4）註(2)法律時報17頁以下（遅塚発言）、20頁以下（杉原発言）。
- （5）C・シュミット、阿部・村上訳『憲法論』みすず書房。1974年、70頁以下。
- （6）小林孝輔『ドイツ憲法小史』学陽書房、1985年、89頁以下。また、C・F・メンガー、石川他訳『ドイツ憲法思想史』世界思想社、1988年参照。また、連邦議会が出版している、Fragen an die deutsche Geschichte は、写真等の挿入もあり興味深く読める。

フランス革命とドイツ憲法

- I 人および市民の権利宣言
 - 1 成立と内容
 - 2 イギリスとアメリカ：影響と相違
 - 3 国民—民主的要素
- II 1789年のドイツにおける状況
 - 1 法的、政治的状況についてのフランスとの相違
 - 2 ドイツ啓蒙哲学
- III 人権宣言に対するドイツの反動
 - 1 フランス革命の初期段階
 - 2 フランス革命の第2段階
 - 3 とくに国法において
- IV ドイツ国法の発展における人権宣言の意義
 - 1 ナポレオン時代
 - 2 三月前期におけるドイツ同盟
 - 3 1848年とその後

I 人および市民の権利宣言

1 成立と内容

この数ヶ月で、フランス革命という事件の発端から200年になる。すなわち、5月5日ベルサイユに招集された三部会の第三身分は、シエイエスやミラボーの影響の下に、6月17日、自ら国民議会と称したのである。国民に人気のあった総理大臣ジャック・ネケルが国王によって7月11日に解任された後、暴動が発生し、民兵が組織され、ついには7月14日バスティーユ襲撃が起った。第三身分の代表者からなる国民議会の創設のうちに本来の国家転覆（革命的）行為が見られなければならないのに、フランス人は、伝統的にバスティーユの襲撃とその破壊という目に見える事件を自分たちの偉大な革命の発端と考えている。

駐仏アメリカ公使トーマス・ジェファソンの助けをかりて6月に提案されたラファイエットの草案にもとづき、数週間の審議の後、人および市民の権利宣言は国民議会によって8月26日に採択された。この宣言は、革命の混乱とその後の経過の中で現実的、法的有効性を獲得することはなかったし、それどころかまったく無残に踏みにじられたが、それにもかかわらずフランスと世界にとって偉大な精神的意義を獲得したのである。それは主として、国家目的、人間の権利、国家権力の限界、国民主権、権力分立の必要性に正当性を与えた点にある。

人権宣言の17ヶ条は、その後1791年憲法の前文に取り入れられ、1946年10月27日の第4共和国憲法によって厳粛に確認され⁽²⁾、1958年10月4日の第5共和国憲法はこれに厳粛に従っている⁽³⁾。それは以下のような内容である。

国家目的として維持されるべき自然的権利（自由、所有、安全、圧制への抵抗）の保障（2条、12条）

権利の平等の保障と、共同の利益に奉仕する差別以外の差別の禁止（1条、6条）、

自由の定義とその限界（4条、5条）

一般意思の表明としての法律の定義（6条）、

刑事訴追に関する自由の保障（7条、8条、9条）、

法律に定められた範囲内での意見表明の自由の保障（10条、11条）、

共同の租税をその能力に応じて分担すべきすべての者の義務（13条）、および自らまたは代表者によってその内容の決定に参画するすべての者の権利（14条）、

官吏の報告義務（15条）、

憲法は権利の保障と権力の分立を前提にしているという規定（16条）

そして最後に、公共の利益のためであって、法律の規定に従い正当かつ事前の補償の下でなければ奪うことのできない、不可侵にして神聖な権利としての所有の特別な強調（17条）。

その前文によれば、厳粛な宣言を行う際に、人の不可譲かつ神聖な自然権

を規定することが重要なのではなく、それを認識する行為が重要なのである。すなわち、権利宣言は社会共同体の構成員に絶えずその権利と義務を想起させ、また立法および行政の行為が常にあらゆる政治制度の目的と対比されうることを可能にしようとしているのである。⁽⁴⁾人権の自然法的基礎づけが、とくに明確に人権宣言の諸条項に示されている。その諸条項は、禁止が立法者に向けられることによって立法の限界を設けている（5条、8条）。すなわち、法律は……禁止する権利をもたない、あるいは法律は……定めてはならない。アメリカ合衆国憲法第一修正は、フランス人権宣言の後すぐに連邦議会によって可決されたが、人権宣言にならって、連邦議会は……の自由を侵す……法律を制定してはならない、で始まっている。

しかしながら同時に、フランス人権宣言では、二律背反に陥りかねない法律概念が用いられている。すなわち、一方では、すでに述べたように、法律は自然権に拘束されるものとして理解され、他方では、法律は一般意思の表明とみなされている。一般意思を自然権が意味するものすべての表明と理解し、単純に一般意思を多数決原理と同一に扱わない場合にのみ、そしてその限りでのみ、⁽⁵⁾なんら矛盾はない。理性概念としての一般意思は定言的命令の中でも表明されているし、また次のようなゲーテの言葉にみられるように、⁽⁶⁾その時代の啓蒙思想に対応している。すなわち、

「われわれは、われわれの言語に、Kind（子ども）に対応する Kindheit という語と同様の Volk（民衆）に対する Volkheit という言葉を必要とする。教育者は Kindheit に耳を傾けなければならないのであって、Kind ではない。したがって、立法者でありかつ統治者は Volkheit に耳を傾けなければならないのであって、Volk にではない。Volkheit はいつも同じで、理性的、永続的、純粹かつ真実である。しかし Volk はけっして、真に欲するところのものを知ろうとはしない。このような意味で、法律は Volkheit を一般的に表明する意思であるべきであり、またそうでありうる。この意思是、大衆によって表明されることはないが、しかし理性のある人々であれば聞きとることのできる意思であって、また理性のある人々であればこの意思を満足させ

ることができ、善良な人々であればすすんでこの意思を満足させる。」一般意思の理性的拘束がなくなるときにはじめて、そしてこの一般意思が純粋な多数決と同一視されるときには、法律は、性質上つねに少数者をも保護すべき自然権の宣言と矛盾することになる。⁽⁷⁾

シエイエスはこの問題について非常に早くから認識しており、そして1795年に国民公会の鑑定意見の中で次のように説明した。⁽⁸⁾「憲法は義務づける法律の統一体であるか、それともそうでないかのどちらかである。憲法が法律の統一体であるならば、この憲法典の番人はどこにいるのか、その判定者はどこにいるのかが問われることになる。この問題について、回答を見出さなければならない。市民生活においてこの問題をないがしろにすることは理解できないし、またもの笑いの種であるのに、政治生活において、諸君はこの問題をなぜ黙認するのか。いかに重要なものであれ、法律は無視される可能性がある。それゆえ、それを遵守させる必要性があるのである。」この目的のためにシエイエスは憲法審査委員会を要求した。しかし彼はこの要求を貫かなかった。フランスにおいても他のヨーロッパの国においても19世紀には裁判官による法律の審査は認められなかった。法律と基本権との一致は立法手続によって実現されるものとみなされていた。

2 イギリスとアメリカ：影響と相違

先に、アメリカにおいて1776年に成立したいくつかの権利章典がフランスの人権宣言に影響を及ぼしていたことは、しばしば強調されている。⁽⁹⁾革命によるイギリス母国からの独立は、国家創設の契機となった。その国家創設にあたっては、政治哲学において承認されていた自然権を実定法の中に取り入れ、そして自然権を実効的な方法で白人の移住者の間に妥当する法秩序の基礎とした。アメリカの権利章典の実現は、少なくとも二つの理由から、フランス人権宣言の実現よりも容易であった。一方で、これらの権利章典は、イギリスの法状態に結びつけることができた。イギリスでは、100年も前の1689年の権利章典によって、政府の性格の問題、すなわちその権威の源泉お

よび政府の活動の態様が、全く実用主義的、非哲学的に決定されていた。その結果、これらの問題は、イギリス史において二度と持ち出されることはなかった。⁽¹⁰⁾ 他方で、北アメリカにおいては、アンシャン・レジームは存在せずに、何週間もの危険な航海を経て母国イギリスからはるかに離れた新大陸で新たに出発したことが重要である。けれども1689年の権利章典において旧来から認められてきた権利と自由を引き合いに出したのとは対照的に、アメリカの権利章典における権利は、時代の最先端にたつて、哲学的に定式化された。すなわち、すべての人は、生まれながらにして、等しく自由、独立である……。⁽¹¹⁾

1689年のイギリスの権利章典は、イギリス革命の終わりに現れ、一つ一つ数え上げられた国王の特定の恣意的な行為を不法なものとして斥け、また臣下の特定の権利を新たに保障することにより、旧来の権利と自由を不動のものとした。1789年のフランスの人権宣言は革命の初期に現れ、自然権と国家権力の制限を宣言し、規定した。その自然権と国家権力の制限はすべての国家と人間に妥当すべきものであり、それ自体憲法であるというよりむしろ憲法を含む法の哲学的基礎なのである。人権宣言のこのような哲学的もしくは道徳的性格は、とりわけ16条に明確に現れている。そこではこう述べられている。権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていないすべての社会は、憲法をもたない。明らかにここでは、憲法制定ではなく、憲法制定者に対する国家哲学的な嚮導だけが語られている。なぜならば、決定的に重要である権力分立の態様については人権宣言は何も言及していないからである。それゆえに国民議会も、自ら承認し、1789年に宣言した諸原則に基づいて、1791年の憲法を制定したのである。

アメリカの権利章典は確かに1689年のイギリスの権利章典に結びつくものであるが、権利および国家の基礎を表明している哲学的水準ゆえに新しい出発を意味する。それによって意図された、北アメリカにおいて新たに創設された諸邦の特別な状況の抽象化は、権利章典に表明された国家哲学的理念の起源たるヨーロッパにおいて、権利章典を受け継ぐことを可能としたのであ

る。それにもかかわらず、アメリカの権利章典とフランスの人権宣言との相違をゲオルグ・イエリネクは、⁽¹²⁾適切にも次のように定式化した。

「アメリカ人がすでに生まれながらに持っているものを、アメリカ人は自らおよびすべての自由な国民に対して、永久の所有物として宣言しようとしたのであった。それとは対照的に、フランス人は、彼らがまだ持っていなかったもの、つまり一般的諸原則に対応すべき制度を認めようとしたのである。この点にアメリカの権利章典とフランスの人権宣言の最も重要な違いがみられる。すなわち、アメリカの権利章典では制度が個人の権利の承認に先だって行われていたのに対し、フランス人権宣言では制度が後回しとされていたのである。」

3 国民—民主的要素

人および市民の権利宣言で重要なのは、自由とそれに対応する国家権力の制限、つまり国家絶対主義の克服だけではなく、国家権力を新たに国民に基礎づけること（3条）である。このことは、特に三部会の国民議会への革命的転換に現われている。国家権力を国民に基礎づけることは、まず身分制的多元主義を克服すること、そしてそれとともに国家権力を強化することである。そこでルイ16世はすでに1788年8月8日、国家の財政危機の克服のために三部会を招集し、「影響の点でも効果の点でも国民の真の会議」を可能にするように熟慮を求めた。⁽¹³⁾ライヒへの侵攻とともにこの国民思想がドイツに移入された。このライヒは「ドイツ国民の」と呼ばれていたが、形態が古く近代国民国家ではなかったし、しばしば弱体化し、新たな理念に耐えることができず、1806年に滅亡したのである。

ヨーロッパ秩序へのフランス革命の襲撃は、人権的要素よりも、絶えず明白に際だっていた国民—民主的要素における方がはるかに強かった。この国民—民主的要素は、革命的事件の初期にも示されているように君主制と合致したし、また立憲君主制に至ることもできたのである。⁽¹⁵⁾人権的要素が後退し、国民—民主的要素が強く現れたフランス革命の第二段階における王政の廃止

は、歴史の内在的論理に従っている。それには、あれほど強大で呵責ないフランス王政によって形成され、また国民一民主的革命の腐葉土として作用しえた中央集権を必要としたのである。⁽¹⁶⁾同時にここには、なぜ「フランス革命」がドイツにおいては勃発しなかったのか、あるいは継受すらされなかったのかという問題に対する最初の回答がある。このような腐葉土がドイツには欠けていたのである。なぜならば、ライヒという観念は、中央集権国家を構成するためにはあまりにも広範すぎたために無力だったし、そしてその間に主権を有するようになった領邦は、国民統一体の体面を保つことはできなかったからである。

Ⅱ 1789年のドイツにおける状況

1 法的、政治的状況についてのフランスとの相違

ドイツにおいては、したがって、国民国家と呼べるような統一国家は存在しなかった。ドイツの領土は分裂していたがゆえに、フランスとは異なって国民代表はどこにも見出しえなかった。たしかにこの点にフランスとの極めて重大な相違がある。ひとつの相違はさまざまな相違をもたらす。自国内で対抗勢力のなかったフランス絶対主義王政は、多くの新しい問題に直面しそれに対応する能力すらなかった。必要な改革はなされず、国家財政は破綻し、側室は王に干渉し、そして行政運営は混乱をきたしていた。18世紀の後半、フランスでは国内政治の上では王政が衰退し続け、また対外政策の上では影響力を喪失した。君主の権威は地に落ち、支配体制の正当性は微塵に碎かれ⁽¹⁷⁾た。「革命とは弱きものを排除し、強きものを産み出す」⁽¹⁸⁾。

それに対して、ドイツの領邦で構築された絶対主義は、影響力を持ち続けてきた身分制国家的要素やライヒ裁判所による特定の権利保護を付与した法的団体としてのライヒによって、制約されていた。しかし、その権利保護は、信教の自由だけに限定され、さらにラント高権に服していない「ライヒ市民」の諸権利を恣意的に侵害するラント高権に対してのみ効力をもちえ⁽¹⁹⁾たにすぎないのである。それと同時に、ドイツの絶対主義は啓蒙的で改革的であ

った。プロイセンとオーストリアには、フリードリヒⅡ世、マリア・テレジア、ヨーゼフⅡ世というその時代の頂点にあってきわだった支配者がいたものであり、その啓蒙主義は貴族、その他のドイツ諸邦および王室にまで広まったのである。ドイツでは、貴族は国家のために軍や行政の役務を果たしていた。貴族は、フランスとは異なり尊敬され、また彼らが社会的基準となることで市民階級出身の高級官吏に模範として影響を与えたのである。君主制の正当性は、ドイツでは疑問の余地はなかった。「フランス革命に感銘してしばしば生じ、さらには社会的に抛り所を失った者たちによる無責任な中傷とみなされる、諸侯に対する激しい憎悪としての若干の意見を除けば、君主制の廃止は知識階級によって要請されてはいなかったし、また望まれてもいなかった」⁽²²⁾。知識階級の政治意識および彼らと既存の諸関係と社会的理念的結合が、ドイツにおける革命的雰囲気を抑えることができた。

国法上の制度は変化しうるものとみなされていた。ヨハン・シュテファン・ピュッターはすでに1777年に、ラントシュテンデを「全国すべての臣民の代表」であると考えていた。⁽²³⁾ 改革を考え、議論すればするほど、革命を考えなくなった。こうした改革の基準として、1789年以前にすでに、イギリスにおける立憲国家の展開や北アメリカにおける国家創設のための憲法モデル⁽²⁴⁾の要素が論議されていた。

フランスとドイツとの間のその他の違いを探るなら、パリという都市の特殊性を考慮しなければならないだろう。パリに匹敵する都市はドイツにはなかった。パリは革命を引き起こしたフランスの首都であった。しかし、ウィーンもベルリンも大衆のほとんどすべての知的、批判的可能性を結集したドイツの首都ではなかった。⁽²⁵⁾ 革命が始った頃、パリには約70万人が住んでいた。同じ頃、ウィーンの人口は20万人、ベルリンは16万人、ケルンとミュンヘンはそれぞれ4万人であった。

2 ドイツ啓蒙哲学

ドイツにおける啓蒙哲学には、二つの潮流があった。19世紀の間ずっと影響を及ぼし続けた古い潮流は、支配者が安全と福祉を保障しなければならないという国家目的に方向づけられた支配者の義務を前提とする。支配者の義務というこの理論は、ライヒ国制の正当性と結びつけられていた。⁽²⁶⁾すなわち、この理論は、⁽²⁷⁾支配者も限界づけられる根本法という契約法的観念に基づいていた。⁽²⁸⁾ライヒ国制はライヒ裁判所への訴えの可能性を予定していたし、さらに自由を保障するための部分的な権力分立が行われていた。クリスティアン・ヴォルフは、まさにのちの立憲主義の意味における限界づけられた君主の支配権を語っている。⁽²⁹⁾

啓蒙哲学のこの古い潮流は、公共の福祉が何を必要とし、臣民にとって何が善なのかを単独で決定する啓蒙的支配者をなお対象としているのに対して、カントで頂点に達した新しい潮流は、市民の自由と権利を創出し、それによって国家の改革を目的としていた。⁽³⁰⁾この新しい潮流には、国家の任務に関する教義について多様な表現が見出される。有名なゲティンゲン大学国法学者ピューッターは、まだラテン語で述べているが、⁽³¹⁾1770年に警察の任務を *cura avertendi mala futura* (=危険防止) と述べ、そして *promovendae salutis cura proprie non est politiae* (=本来警察の任務ではないが、福祉を増進させること) をつけ加えた。この引用句は、当時起こりつつあった国家目的に関する理解の変遷を表わす初期の表現である。すなわち、国家は臣民の至福⁽³²⁾を配慮するのではなく、市民の権利と自由を保障しなければならないのである。⁽³³⁾

1784年、人および市民の権利宣言の5年前に公表されたプロイセン一般法典の草案は、まさしく啓蒙哲学の新しい潮流の意味において次のように規定している。⁽³⁴⁾すなわち、「社会の福祉が要請する限りでのみ、国家はその市民の自然の自由を制限することができる。」のちに、これに対応するものがフランスの人および市民の権利宣言5条の中にみられる。草案の基本権類似規定は、その中に無政府状態へと導く原因が見られたので、のちにフランス革命の展開を目の当たりにして放棄された。それらは一般法典(1791年)やの

ちの一般ラント法（1794年）にはもはや見られない。プロイセンの立法には現実の状態に先行する概念が根底にあったことを強調することが適切であれ⁽³⁵⁾ば、同じことがフランスの人および市民の権利宣言についてもいうことができる。プロイセンの立法において人間の生来の自然的自由を強調することは、国家権力の正当化を意味するのである。

Ⅲ 人権宣言に対するドイツの反動

1 フランス革命の初期段階

人および市民の権利宣言はドイツでは大いに賞賛された⁽³⁶⁾。しかし、懷疑もなかったわけではない。というのも、国民議会が国家財政の破綻や物価高騰⁽³⁷⁾にもかかわらず、形而上学的真理を公表したからである。また、とくに抽象的な平等概念、および自然的自由と市民的自由の混同に対しては、激しい拒絶も表明されていた。とりわけユストゥス・メザーは1790年と1791年のベルリン月刊雑誌に掲載した論文でその拒絶を表明している⁽³⁸⁾。賞賛、懷疑、拒絶はフランス革命前になされたのと同様の議論によって根拠づけられた。フランス革命は隣国のドイツ人を政治的なものに駆り立てたのではなく、ドイツの政治的なものとの取り組みを活性化したのである⁽³⁹⁾。

とくに詩人の中には幸福感に満ちた賞賛をおくる者があった。ここではドイツ国法が問題となっているのだが、次の引用が認められよう。すでに1789年にフランス革命の賛歌を書いているフリードリヒ・クロップシュトックは、もはや侵略戦争は行わないという1790年5月24日の国民議会の決議に際して、⁽⁴⁰⁾「私たちではなく、あなたたち」（„Sie, und nicht wir“）という頌歌の中で次のように書いている。「私に百声あるならば、ガリアの自由を讃えよう。／……………それはなにものももたらさなかったのか！ いや、世にもっとも恐ろしいもの／戦争という怪物が鎖につながれたのだ。」

ほとんど同じ時期に、クリストフ・マルティン・ヴィーラントはフランス⁽⁴¹⁾の国家革命に関して非政治的考察をしている。「……………フランス革命が当初もう少しでドイツ全土で見られたという捉え方が、多くの人々の間で次第に

変わってきたということはまったく当然のことである。そして、次のように考える人々の数が増加するであろう。すなわち、国民議会があまりにも越権的であること、不正で圧制的であること、民主的専制を貴族・君主の専制に代置したこと、一方では性急で賢明でない命令によって、他方では扇動によって、自由という陶酔の杯で酔ってのぼせあがった人民を途方もない放埒へと駆り立てたこと、さらに刷新することが望ましいという口実のもとに、世界でもっとも優れた国のひとつをあらゆる残虐と無政府状態というまったく果てしない悲惨に落としめたということである……」。ヴィーラントはこの点で、計画の大きさと目的のために背負い込まなければならない激動という予想できる事態をみているにすぎない。

ゲティンゲン大学国家学教授アウグスト・ルートヴィヒ・フォン・シュレツァーは、1791年に自ら編集した国家広報 (StatsAnzeigen)⁽⁴²⁾ という広範な影響力と質の高さゆえに著名な政治雑誌で次のように述べている。⁽⁴³⁾ 「世界中みてもドイツ人民ほど失われた人権を穏やかにとり戻すことに成熟した人民はいない、と思われる……。なるほど革命はゆっくりとではあるが、起ったのである！ 啓蒙はフランスと同様に下から起った。しかしその啓蒙は上をも駆りたてた。ドイツほど教養のある君主はどこにいるだろうか。……王侯たちは王侯たちのままであるが、ドイツ人はすべて自由人になった……」。シュレツァーのこのような見解には、ドイツの多くの知識階級と一般人民の考えが表現されている。君主政体の広範な改革によって促進される解放を人々は望んでいた。⁽⁴⁴⁾ 国家広報の同じ号で、人および市民の権利宣言がフランス語で掲載されており、シュレツァーが脚注で次のように解説している。「この宣言には欠陥があり不完全であることは否定できない。だからこの宣言は、共通の文化によって成年になっていく全ヨーロッパ人の法典となるであろう……。」

若きフリードリヒ・ゲンツは、1791年に、フランス革命の中に現実における哲学の転換をみている。⁽⁴⁵⁾ 革命の呪縛から解放され、自分で翻訳したフランス革命に対するパークの考察について研究したあと、ゲンツは人および市民

の権利宣言について次のようになり高く評価している。⁽⁴⁶⁾「権利宣言は、フランスの新体制を基礎づけるものであり、この100年の歴史で最も重要な文書のひとつである。権利宣言はすでに学問上考察されているだろう。というのも、それは人間にとって限りなく関心のある対象について、世界の中で最も開けた国における理論家たちの省察と論議の結果を述べているからである。権利宣言は政治的にもっと考察されなければならない。なぜならば、大国フランスの国制が表面的にはそれを基礎にしていたからであり、新秩序がそれとともにあり、大部分はそれに由来していたからであり、時代のこの新しい福音書が新しい政治的宗教をもたらし、またヨーロッパのすみずみまで意識の中にほぼ共通の革命をもたらしたからである。」そのような宣言の最も重要な規定あるいはむしろそのような宣言が賢明にも持つことのできる唯一の規定は、国家の権力者にも服従者にも、一方ではその社会的権限の限界を、他方ではその義務の限界を指図するために、暫定的な規準として役立つものであろう。

ヴィルヘルム・フォン・フンボルトはベルリン月刊雑誌に1792年に匿名で書いた論文（Bd. 19, 1792, S. 84 ff.）で、国民議会は理性という単純な原理に基づいて完全に新しい公共建築物を築こうと試みた、と批判した。そのような国制は栄えるはずがない。理性は目の前の材料を組み立てる能力を持っているが、新しいものを生み出す力を持っていない。

2 フランス革命の第2段階

1792年の9月虐殺、1793年1月の国王の処刑のあと、またリヨン、ナント、⁽⁴⁷⁾ヴァンデにおける大量処刑を行った1793-94年の恐怖政治のあと、ドイツではフランス革命に対する見方が急速に変化した。「ドイツジャコバン党」という小さなグループは、革命以前の圧制を理由にその残虐行為を正当であるとした。⁽⁴⁸⁾他方、ジャコバン党支配に関して言われていることは、⁽⁴⁹⁾民主的であると考えられているフランスが寡頭政治になるかもしれないということである。クロップシュトックは、1792年にジャコバン党を次のように批判した。

「あなたがたが大蛇をほら穴に追い込まず／その入口に岩を置かなければ／
毒牙が自由を／あなたがたが創造した自由をハツ裂にするだろう」。⁽⁵⁰⁾

君主制の廃止と王の処刑は、君主制の正当性というヨーロッパ共通の立憲原理への侵害であるとみなされ、また圧倒的多数で立憲君主制を導入し、権力分立によって自由を保障しようとしたドイツ人をふるえあがらせた。作家たちは、人および市民の権利宣言に関連づけられた「衆愚政治」⁽⁵¹⁾におそれおののいた。このことが権利宣言の信用を失わせ、直接にプロイセンの大々的な法律の企図に影響を与えたのである。⁽⁵²⁾フランス革命の原理を高く評価する人たちはジャコバン主義を拒み、あるいはカントのようにフランス革命の理念構成だけを研究した。⁽⁵³⁾専制や無政府状態への恐怖がドイツでは啓蒙的楽観主義に水をさした。⁽⁵⁴⁾歴史経験や信頼できる制度を超越するむき出しの理性は、永遠の革命へといたる。⁽⁵⁵⁾急進的グループが人民の一般意思を決定し、まさに人民の名で暴力をふるうとき、神の恩寵による君主制を廃止することが自由を保証するものではないことが突然わかった。フランス人は宣言の理性的原理の法的保護を実現しなかった、とみられた。クロップシュトックは、1789年の幸福感に満ちた言葉がすでに引用されたが、1795年には次のように書いている。⁽⁵⁶⁾「善良なるフランス人も高貴なフランス人もその約束からはなにももの／彼らの身に起こったことからはなにもものも生まれなかった。／雄弁が魅惑的な口調でいかに語ろうと、／いかに熱狂させようとも。／ところが、起こったことはどれももっと激しい言葉でしか語れない／身の毛もよだつことばかり……。」

人および市民の権利宣言の理念は、軍制を変革した国民総動員によって、また革命の成果を確かなものにし他の国々に広めるための戦争遂行によって、ドイツでは広範囲にわたって信用を失った。フランス王国を守るためのヨーロッパ君主国による介入は、革命の信奉者によって国民一民主的自治権への侵害、つまり新たな正当性原理への侵害とみなされた。逆に、この原理とその他の人および市民の権利宣言の理念が、革命軍による近隣諸国への介入の根拠とみなされた。⁽⁵⁷⁾

3 とくに国法において

ドイツの国法においては、フランスの人および市民の権利宣言と矢継ぎ早に発布された1791、1793、1795年憲法に対する直接的な反応はなかった。なぜならば、さしあたり旧ライヒと領邦が存続していたし、ドイツライヒ法と領邦法が効力を有していたからであった。それにもかかわらずフランス革命は、その精神的、軍事的放射という点では、津波のようにドイツライヒ法と領邦法の防波堤を侵食していった。この防波堤は1806年までに完全に崩れ、これまでとは異なった構造で再び築き上げられなければならなかった。その限りでは、革命は弱きもののみを攻撃し崩壊させる、という表現は適切である。

権利カタログももたず、1789年権利宣言との関連もない1799年執政政府憲法の原則をいくつかのライン同盟邦が継受したことについては、ここでは考察しない。⁽⁵⁸⁾それよりも重要なことは、フランス民法典がバーデン大公国に導入されたこと（これは1900年まで効力をもった）と、のちにフランス刑事訴訟法が適用されることになるライン左岸地方において陪審裁判およびその他の刑事訴訟の近代原則（1791年憲法第3部第5章第9条参照）が継受されたことである。このフランス刑事訴訟法は、主にイギリスから継受した刑事訴訟の自由主義的原則（すなわち陪審裁判、裁判の公開と口頭弁論、裁判官による自由心証主義）⁽⁵⁹⁾を採用していた。これらの原則は、その地方以外では1848年になってはじめて導入された。

隣国における明白な事件は、ドイツにおいては、⁽⁶⁰⁾アングロサクソンの範例や啓蒙的な理性を越えて事態が進展した。世界史の転換点たるフランス革命は、ドイツにおいても時代を画する意義を有しているといっても誤りではない。⁽⁶¹⁾ドイツ人もフランス人も、フランス革命という事件から自由を保障する立憲国家的制度が必要であることを学んだ。これは、ヨハン・アダム・ベルクがフランス共和国の最新の憲法に対して批判した1795年の自然法、国法⁽⁶²⁾および国際法の研究において述べたことであった。この経験については、イギリスの状況の中に実際の模範があった。

19世紀を支配した重要な観念のひとつである立憲主義は、合理的原則に従った共同体の再編成を可能とし、しかも信頼に足る法制度の継受と絶えざる発展をも可能とした。⁽⁶³⁾立憲主義思想は、ドイツにおいてはフランス革命という事件を通じて、「思想とこの思想を抛り所とする行動の純真さ」から現れてきた。⁽⁶⁴⁾人々は、君主制統治と、ドイツ法の伝統を抛り所として立憲君主制に至るべき改革を抱いていた。国家の基本秩序としての憲法は、市民の法的地位を定め、権力分立によってこの地位を保障し、そしてこの権力分立により代表という方法を用いて市民に国家権力の行使へ参加させるものであった。⁽⁶⁵⁾憲法に定められた市民の法的地位は平等を要請し、また特権を否定する。⁽⁶⁶⁾自由は、特権によってではなく、平等な権利によって実現するのである。⁽⁶⁷⁾シュレツァーは、「自由と平等は国家の目的であって、国家の犠牲ではない」と鮮明に定義している。結局、至福という包括的な国家目的に対する批判も立憲主義思想から明らかとなるのである。自由と安全の保障（フランス人権宣言2条）が国家目的として前面に押しだされた。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾

フランス革命において重要な意義を有していた国民主権という要素はドイツに入り込むことはまずなかったし、その意識もなかった。フランスにおいて立憲主義とナショナリズムは初めから互いに結びついていたが、ドイツでは立憲主義はまず各邦において現れ、そこで永続的に形成されたのである。

IV ドイツ国法の発展における人権宣言の意義

1 ナポレオン時代

ドイツ国法における人権宣言の理念の影響は、伝統的な身分制に強く刻印されたドイツ的な自由思想やドイツにおける啓蒙的絶対主義の改革能力が考慮された場合にはじめて、理解できる。それゆえ、まず国民主権という観念や国民の憲法制定権力という観念は問題にならない。憲法制定には、等族の旧来の権利を考慮しなければならなかった。その後の19世紀の諸憲法が契約に基づいていた限りで、この身分制的自由思想はとくに明確に現われる。⁽⁷⁰⁾人および市民の権利に関しては、すでに上述したように、ドイツにおいても革

命前の時代に対応した自然法的観念が支配していた。それよりも逆に考慮されなければならないことは、1799年以降のフランス憲法にはもはや自然的人権の思想が現われなかったこと、したがってその限りでこの思想の衰弱ないし疲労が起こっていたことについてである。

ドイツにおいて目覚めつつあった国民感情は、ナショナリズムに向けて先頭を切っていた革命とナポレオン時代のフランスによって燃えに燃えた。⁽⁷¹⁾「責任を自覚した平穏な『改革』は、統制不可能な逸脱の危険性を有していたフランス革命に対するドイツの現実的対応となり得た。」

ナポレオン時代のドイツにおける国法の発展については、フライヘル・フォム・シュタインが重要な役割を果たした。ゲティンゲン大学においてピュッターの下でライヒ国法を学び、イギリス立憲思想に影響を受けたシュタインは、反絶対主義の立場をとり、絶対君主制と同様に国民主権および民主主義を拒否した。啓蒙主義の理念との論争の中で獲得されたシュタインの確信は、国民の身分制的構成、自治制度への国民の関与、および彼がフランス革命の「空想的自由」と区別した政治的自由の概念へとシュタインを導いた。

たしかにプロイセン改革は实际的、時間的にはフランス革命と関係がある。したがって、フランス軍の勝利によるプロイセン邦の崩壊は、国内の脆弱さをさらけだした。しかしながら、とりわけフライヘル・フォム・シュタインが実行に移したように、プロイセン改革は人および市民の権利宣言ではなく、⁽⁷²⁾「旧来のドイツ的自由」と結びついている。シュタインは自然法に向いていたのではなく、具体的な歴史状況やドイツの伝統を出発点としている。おそらくシュタイン流の改革にとって1789年の理念の影響は間接的なものであり、しかもそれは時代精神としてイギリスに端を発する自由主義的観念によって影響を受けた限りにおいてである。⁽⁷³⁾

1807年10月9日の勅令による土地取引の解放は、公共の保護および農民の保護のための多くの制限を含んでいた。さらに、フランスとは違って、信託遺贈を維持し形成するための可能性を存続させたのである。シュタインは、大家族、団体そして個人と国家との間にある他の勢力の中にあらゆる専制主

義に反対する安全装置を見たが、君主によって、あるいは大衆に代わって行動すると称している集団や個人によって専制主義が行われたかどうかについては無関心だった。

他方では、1808年のプロイセン市制は、奇妙にもフランスの自治体法と結びついている。というのは、フランスの法文や土地財産に基づいた地方住民の構成も継承されているからである。しかし、歴史家はフランスの自治体法の継受について論じることとはできないという点で意見が一致している。⁽⁷⁴⁾プロイセンの都市が有する真の自治行政の地位とは対照的に、フランスの地方自治体はナポレオン制定の諸法典によって、内部的な自主性をもたない単なる国家行政区画であった。

2 三月前期におけるドイツ同盟

ドイツ同盟の憲法である1815年6月8日のドイツ同盟規約は、旧ライヒ連合で保障されていた信教の自由の権利（16条）や「ドイツ同盟邦の臣民」の他邦への移住の権利（18条）を新たに認めた。さらに13条においては、「すべての同盟諸邦においては身分的議会制憲法を採用する」という規定が見られ、その規定は南ドイツ諸邦がすでに憲法を制定してしまったあと、1820年5月15日のヴィーン会議最終議定書において、君主主権が強調され存続された。1818年以降および1830年以降、注目すべきドイツの列強オーストリアとプロイセンを除いて、二つのグループに分かれてドイツのほとんどの領邦で発布されるこの身分的議会制憲法は、公民に確約されるあらゆる権利カタログを含んでいる。その限りで、模範となるのはもはや人権を規定するのではなく、フランス人の権利しか規定していない1814年6月4日憲章である。⁽⁷⁵⁾他方で、ヨーロッパにおいてはすべての人間に帰属する自然権の観念がずっと生きており、憲法学の教科書で取り扱われていた。ヨハン・クリスティアン・フライヘル・フォン・アレティンは、1824年に、個々に列挙された市民的政治的自由の権利を原権とみなし、こうした諸権利の大部分は今日新しい憲法においてすべての公民に承認されていると述べている。⁽⁷⁶⁾

立憲君主制の憲法が自然権について語らず、また、フランスの憲章が人権宣言と関連をもたないということは、協約憲法か欽定憲法の形をとっており、これらが革命に基づいていない結果である。したがって、たとえばロベルト・フォン・モールは著書⁽⁷⁷⁾『ヴェルテンベルク憲法』において、基本権を自然法から導出することを避けている。1819年のヴェルテンベルク憲法が契約的基礎⁽⁷⁸⁾を有していたことが想起される。自然権の宣言および1789年、1791年の国家権力の民主的基礎づけと比べると、フランスは王政復古へと歩みを戻した。また、啓蒙的絶対主義という前立憲主義時代と比べ、南ドイツ諸邦は憲法の発布によって一歩先じた。イギリス人がすでに100年以上前に成し遂げ、19世紀ヨーロッパにおける標準的な国家形態であった立憲君主制を、ヨーロッパの中央でフランスと南ドイツ諸邦が採用した。さらに、フリードリヒ・クリストフ・ダールマンは1815年に、新しいヨーロッパは個々の国民性のあらゆる違いにもかかわらず共通する基本的性格を持っており、それゆえに相似⁽⁷⁹⁾の憲法を施行できると述べた。一般に、目的に適った国家の構成に価値を認める者はすべて次のことに意見が一致するであろう。すなわち、新しいヨーロッパがひたすら志向した憲法の基礎がイギリスにおいて最も純粋に形成され、保持されているということである。

フォン・アレティン⁽⁸⁰⁾は立憲主義的制度における市民の権利の保障を以下のように書いた。君主は国家契約によって、立法の際には代表と協力するよう義務づけられる。それによって次のことが実現される。すなわち国民は、一方で市民的自由を侵すような法律に対して同意を拒むことができ、他方で市民的自由が守られあるいは高められるような法律を自ら提案する権利があること、そして国王は、立法権に対して同様の積極的、消極的関与をしなければならないということである。国民代表が憲法に反するような法律に賛成することは予期されていない。専制や無政府状態に対する予防線とみなされる立憲君主制による自由の保障は、フランス革命の経験の後、とくにドイツでは一般的に不可欠なものと認識された。

もしフランス革命（1789—91）が君主による執行権および市民の代表によ

る立法権を備えた、第一に希求されていた立憲君主制を実現し、それが、必要とされる経済、社会の改革を断固として指導していたとすれば、新生フランスは、ドイツの各邦がその吸引力から逃れることのできない模範を提供することになったであろう。⁽⁸¹⁾ 君主正統主義的なヨーロッパの同質性は破られることはなかったであろうし、またとくに権力分立による人権保護のための制度的諸条件が、いっそう確実なものになったであろう。

ドイツにおける君主制の立憲主義化がフランス革命と歴史的に関わっているととしても、またドイツ諸憲法の基本権カタログが人権宣言に刺激を受けたとしても、立憲君主制はイギリスで最初に創造されたものであり、またそれは18世紀ドイツが組織的に発展させたものなのである。立憲君主制は抽象的な構築物ではなく、自由の制度的保障および市民階級の政治参加という二つの根本思想に基づいている。

19世紀前半の立憲君主制下での基本権の実際の意義については、当時の人々はそれを貫徹することの弱さを批判している。ロベルト・フォン・モール⁽⁸²⁾は1850年、ヴュルテンベルグの基本権に関して次のように述べている。政府とシュタンデスヘルの議会は、「30年間にわたり、単に原則だけで、したがって直接適用される可能性もないまま憲法典に規定されている国民の自由を、適切な立法によって現実のものにしようとする試み」にすべて抵抗してきた。ハインリヒ・アルバート・ツァハリーエは、1818年以降成立したドイツの諸憲法について回顧的に同じように述べている。⁽⁸³⁾「人身および財産の自由、思想の自由などの不可侵を外見上声高らかに確約するだけでは、たいていの場合それについて明確に理解できず、結果としてなんらの重要な現実的意味を有しえなかった。そしてまた、法律によって認められた自由には別の本質的な保障が欠けており、検閲という圧迫があり、糺問手続や権利保護の萎縮が支配していたため、かかる確約は警察や行政に対してその現実的意味をほとんど完全に失っていた。」

これらの引用文には、憲法の優位が確保されていないという問題が提示されている。立憲君主制の組織的制度的条件は国王、国民代表、第二院が共働

して制定する立法に基づいてのみ基本権の効力を認めることができる。このように成立した法律が基本権を侵害しうることは、三月前期においてまったく観念されなかったわけではないが、立憲制度の枠の中ではなんらの救済策も講じられなかった。この問題は、19世紀の後半、いわゆる基本権法律の助けをかりて解決された。⁽⁸⁴⁾ すなわち、基本権法律により個々の権利およびその範囲が法律上確定されたのである。

3 1848年とその後

フランスにおける二月革命は嫌悪されるようになった君主制の崩壊をもたらし、短期間のうちに共和制を再興させたが、⁽⁸⁵⁾ ドイツにおいては1848年の三月革命は政体の変革をもたらすことはなかった。立憲主義的原理に基づいて統一的なドイツ国家を創設しようとするドイツ国民議会の試みは頓挫した。しかしこのことはドイツの列強プロイセンとオーストリアの立憲主義化をもたらした。

フランス人権宣言のドイツへの遠方効果は確かに確認できる。ドイツ国民議会がドイツ国民の代表として活動しているという状況は、やはり1789年の事件を想起させる。もっともドイツ国民議会は（1789年のフランスとは異なって）既存の国家秩序を変更するのではなく、新たな国家秩序をまずもって創設しようとしていた。こうした要求に基づき問題となったのは、国民主権に基づく憲法の制定である。すなわち、ドイツ人の皇帝は確かに強大な地位を占めるべきであるが、しかし国民議会によって指名され、単に憲法上定められた権能の範囲内で活動することが許されるだけである。基本権は立法より優位にあるはずだとされた。あらかじめ国家権力をこのようにして合法化しておくことは古きドイツの伝統と結びついている。⁽⁸⁶⁾

1789年のフランスと1848年のドイツにおける目だった類似点は、ドイツの基本権もまた時間的に憲法に先だって発せられたという点に見出される。⁽⁸⁷⁾ しかしドイツ国民の基本権は、フランスの人および市民の権利よりも具体的であり、ライヒの全領域で施行され、実定法としての効力をラントの国家権力

⁽⁸⁸⁾
 に対しても要求することができた。ドイツの君主たちは1849年、ドイツ国民議会の要求に対し断固として自らの主張を貫き通し、その後基本権は1851年8月23日の同盟決議によって廃棄された。そのことによって、ラントの国家権力に対し、誰も現実基本権を引き合いに出すことはできなくなった。しかし、そこから同時に基本権の重大性と実定性とを推論することができる。フランスでは、1814年の復古主義においても、1851年の第二帝国においても、人および市民の権利宣言を無効にするとは考えられていなかった。なぜならば、フランスではその宣言の中で掲げられていた権利をいずれかの裁判所に対して訴求するという考えには思い至らなかったからである。ライヒ法上の基本権は廃棄されたが、この基本権は、プロイセン憲法の中に、また各邦において、たいてい刑事手続にかかわる基本権を継受する中に、そしてドイツ一般国法学の様々な学問的表現の中に次々と影響を及ぼしていった。

1871年、ドイツはオーストリアを除き、国家統一を実現した。この統一、すなわち1789年の遠方効果を明らかにした国民国家思想は、1867年に始まり、1871年の諸邦間の条約によって基礎づけられたのであって、ドイツ国民議会によるものではない。憲法上確立された基本権への無関心、それはドイツ帝国憲法で明らかになったのだが、その無関心をフランス国民と分けあった。フランス国民は当時、第三共和国憲法を制定しており、そこでは基本権または人権宣言への言及を試みたが果たせなかった。ドイツと同様フランスにおいては、実定（制定）法のみを根拠とする反自然法的思想が広く支持されていた。基本権が保障される限りでいえば、いわゆる基本権法律という法律に基づいて行われた。北ドイツ連邦およびライヒにおいては、1867年から1910年の間に全部で18の基本権法律が発布された。⁽⁸⁹⁾基本権の注目すべき発展はさらに行政裁判所、すなわち当初はプロイセン上級裁判所、のちにはプロイセン上級行政裁判所によってなされたのである。⁽⁹⁰⁾

同時代に、フランスではコンセイユ・デタが、特徴的なやり方で、1789年の人権宣言を基準として用いず、基本権類似の一般的法原則を用いていた。そのため、平等原則は、通常の成文法と同等に法源を示す、不文の一般法原

⁽⁹¹⁾
則とみなされた。

基本権は、フランスとドイツにおいて立法者が制定したとおりに効力を有しており、法律による行政の原理を通して保護された。⁽⁹²⁾基本権は形而上学の高みからおろされ、実定法の中に取り込まれた。自然法的に考えられた人権から実証主義的形式的な法律適合性の原理に至る発展は、フランスもドイツも、進歩とみなされうる。より厳密に言えば、憲法上の基本権の宣言にもかかわらずこれまではなされてこなかった、国家の執行権に対する個々の市民権の効果的保護の方向での進歩とみなされうる。

第一次世界大戦後、ドイツ国民議会は、今や既存の国家統一に基づき、国民権を示して民主的法治国家的憲法を制定した。これによってドイツ人は、1789年の人権宣言の国民一民主的要素を極めて遅れて実現するのである。ヴァイマル憲法は、ドイツ人の基本権と基本義務についての広範なカタログを内容としており、それはフランクフルト憲法の規定するドイツ国民の基本権と本質的に結びついている。基本権保護を強化し、それどころか立法者を基本権に拘束するという傾向にもかかわらず、⁽⁹³⁾基本権保護は、ヴァイマル憲法が効力を有していた短い期間、すでにこれまで達成していた水準をほとんど超えていない。

基本権ならびにフランス人権宣言の遠方効果に関する歴史書のさしあたり最後のページをひらけば、全く意外なことが明らかとなる。国家社会主義の支配によるにがにがしい経験のあとで、ドイツ人は1949年の基本法の発布にあたって基本権の問題に新たな回答を与えた。まず第一に、世界のすべての人間共同体、平和および正義の基礎とみなされる旧来の人権の考え方をういている（基本法1条2項）。さらに、立法を含めてすべての国家権力が基本権に拘束される（基本法1条3項）。このような規範化は、基本法19条4項ならびに連邦憲法裁判所の組織と権限（基本法93条、94条）により、訴訟法上の効力が付加されている。基本権による立法者の拘束と、法律と基本権を一致させるために裁判上の法律統制の可能性によって、フランス人権宣言に少なくとも理論上は内容とされていた法律に対する基本権の優位（5条、8

条)が、実行に移されている。基本法は、ここでは、ヨーロッパにその源を有する⁽⁹⁵⁾アメリカ憲法の中で合衆国連邦最高裁判所によってすでに早くも実践⁽⁹⁴⁾されていた法律に対する憲法の優位と結びついている。

このことから、立法権に対しても人権の効力を確保するという本質的な点において、ドイツはフランスを追い越した。そのフランスは、第二次世界大戦後でも、第4共和国憲法の制定に当たっては、法律は単に一般意思を表わすものであり、それゆえ司法審査に服さないというドグマに固執していた。1958年第5共和国憲法により設立された憲法院は、公布以前の法律（一部は義務的に、一部は申立に基づいて）の合憲性を審査する任務を有している（憲法61条）。1971年以来憲法院は、この審査基準として1958年憲法がその前文⁽⁹⁶⁾で述べている人および市民の権利宣言も用いている。

フランス人は、革命の高まりの中で、人および市民の権利宣言をもって先んじた。フランス革命に付随したすさまじい現象のために、人権は信用を失った。そのためドイツでは、すでに1789年以前に展開していた、人権を法典に明記するという構想を放棄してしまった。両国における人権の実効性に関しては、その展開はほとんど同一方向に進んでいる。国家社会主義の時代のにがにがしい経験のあとで、ドイツは基本法において、人権の伝統に存在する基本権を立法者をも拘束するものとして宣言し、規範統制を用いて基本権を保障することによって、先んじた。そしてフランスはこの方法であとに続いたのである。

註

- (1) *Antoine de Rivarol*, *Journal politiquenational des états-généraux et de la Revolution de 1789* (1790), zitiert nach *Rivarol*, *Politisches Journal eines Royalisten* 5. Mai bis 5. Oktober 1789, hrsg. v. Johannes Willms, 1989, S.36f., 57. の同時代人の意見を参照。また、註13の記載も参照。
- (2) 前文：フランス人民は、1789年の権利宣言によって確立された人および市民の権利と自由……を厳粛に再確認する。
- (3) 前文：フランス人民は、1789年宣言によって定められたような、人権および国民主権の原則に対する愛着を厳粛に宣言する。

- (4) ……フランス人民の代表者たちは、……人の譲りわたすことのできない神聖な自然的権利を、厳粛な宣言において提示することを決意した。この宣言が、社会体のすべての構成員に絶えず示され、かれらの権利と義務を不断に想起させるように。立法権および執行権の行為が、すべての政治制度の目的とつねに比較されうることで一層尊重されるように。
- (5) Vgl. *Christian Starck*, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970, S. 129 f.
- (6) *Maximen und Reflexionen* Nr. 154 (Hamburger Ausg.) Nr.682 (Hecker).
- (7) それに対応する緊張関係が初めからあるということは、確かに正当にも、
Gerd Kleinheyer, Art., „Grundrechte, Menschen- und Bürgerrechte, Volksrechte“, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1069f. で詳しく述べられている。また、vgl. *Ernst Rudolf Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte Seit 1789*, Bd. 1, 2. Aufl. 1967, S. 10f.
- (8) *Emmanuel de Sieyès*, *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire* proposé le 2 thermidor, prononcée à la Convention Nationale le 18 du même mois, l' an III de la République (1795), imprimée par l'ordre de la Convention Nationale, Paris, S. 3, 7; それと、アメリカの環境については、vgl. *Christian Starck*, *Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Starck/Weber* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Bd. I, 1986, S. 28ff.
- (9) 最後に、*Hasso Hofmann*, *Die Herkunft der Menschenrechtserklärungen*, JuS 1988, S. 841, 844.
- (10) また次の、*George Burton Adams/Robert L. Schuyler*, *Constitutional History of England*, London 1938, S. 357f. も参照。
- (11) バージニア権利章典第一章は、ペンシルバニア権利宣言第一条に一致している。
- (12) *Georg Jellinek*, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1904/1919), in: *R. Schnur* (Hrsg.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, 1964, S. 66.
- (13) 適切な文献として、*Robert Redslob*, *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789*, 1912, S. 60. そこでは、「1789年6月17日の宣告は非常に広範囲に影響を与えている。それは新しい時代と古い時代の断絶を意味している。」と述べている。Vgl. *Abdruck der Erklärung vom 17. juni aaO*, S. 59 FN1.
- (14) *Eberhard Schmitt*, *Die französische Staatskrise von 1788/89 und die Anfänge einer Reformpolitik „vom unten“*, in: *Hans Maier /E. Schmitt* (Hrsg.), *Wie eine Revolution entsteht*, 1988, S. 81, 82, 88. より引用。
- (15) それについては、vgl. *E. R. Huber*, (Anm. 7), S. 17.
- (16) 当時の状況では非常に大きく増大した都市パリもそこに入る。それについては、vgl. *Johannes Willms*, Paris, 1988, S. 57ff.
- (17) *E. R. Huber* (Anm.7), S.7. さらに、歴史書の中の叙述の他に、ハンス・メイアーとエバーハルト・シュミット編集の „*Wie eine Revolution entsteht*“, 1988 を

参照。

- (18) *Bertrand de Jouvenel*, Über die Staatsgewalt, 1972, S. 257.
- (19) *Heinrich Albert Zachariae*, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 1. Bd., 3. Aufl. 1865, S. 436; *Christoph Link*, Menschenrechte und bürgerliche Freiheit, in: FS für Willi Geiger, 1974, S. 277, 280ff.; *Rainer Wahl*, Die Entwicklung des Deutschen Verfassungsstaates, in: HbDStR I, 1987, S. 10.
- (20) *Antoine de Rivarol* (Anm. 1), S. 79f. の劇的な表現を参照。
- (21) *Rudolf Vierhaus*, Deutschland im 19. Jhd., 1987, S. 44f., 47.
- (22) *Vierhaus* (Anm. 21), S. 197f.
- (23) *Johann Stephan Pütter*, Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte, 1777, S. 182f.
- (24) *Vierhaus* (Anm. 21), S. 204, 206f. mit weiteren Nachweisen; *Hans Erich Bodeker*, Menschenrechte im deutschen publizistischen Diskurs vor 1789, in: Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 392ff. フランスにおいてもイギリスモデルの継受が議論された。それについては, vgl. *August Wilhelm Rehberg*, Untersuchungen über die Französische Revolution, 2. Teil, 1793, S. 19ff.
- (25) 詳細で観点の豊かな *Hans Maier/Eberhard Schmitt* (Hrsg.), Wie eine Revolution entsteht. Die Französische Revolution als Kommunikationsereignis, 1988. とくにユンゲル・ヴィルケ, テーオ・シュタメン, パウル・ルートヴィヒ・ヴァイナハト, トマス・シュライヒの論文を参照。 *Rivarol* (Anm.1), S.67ff. も参照。
- (26) それについては, *Heinrich Albert Zachariae* (Anm. 19), S. 435f. の客観的叙述をみよ。
- (27) *Pufendorf*, De iure Naturae et Gentium (1672), lib. 7 cap. 6 § 10.
- (28) *Vierhaus* (Anm. 21), S. 37ff., 192ff.
- (29) *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, Bd. 1 (1764), Prolegomena, §§ 1ff.
- (30) *Thomas Würtenberger*, Die politischen Theorien, in: Jürgen Ziechmann (Hrsg.), Panorama der friderizianischen Zeit, 1985, S. 39, 45f. の記述を参照。
- (31) *Institutiones iuris publici Germanici*, 1770, lib. VI cap. 3 § 331; zitiert nach der 4. Aufl. von 1787.
- (32) それについては, *Christoph Link*, Naturrechtliche Grundlagen des Grundrechtsdenkens in der deutschen Staatsrechtslehre des 17. und 18. Jhd., in: Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 215, 228f.
- (33) *Michael Stolleis*, Untertan-Bürger-Staatsbürger, in: *Vierhaus* (Hrsg.), Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung, 1981, S. 65, 75ff.; zu Pütter siehe *Link* (Anm. 32), S. 230.
- (34) *Gerd Kleinheyer* (Anm. 7), S. 1062 より引用。

- (35) W. コンツェおよび R. コーゼレックに関して, *Stolleis* (Anm. 33), S. 73.
- (36) それについて詳しくは, *Bödeker* (Anm. 43), S. 258–286 参照。
- (37) *Trenck von Tonder* (1789), zitiert nach *Bödeker* (Anm. 43), S. 267f; auch *Rivarol* (Anm. 1), S. 8 4. 国民議会は, 国民を形而上的理論および抽象化によって率いようと試みた。
- (38) *Justus Möser*, *Sämtliche Werke*, Bd. 9, 1958, S. 155ff., 179ff., 182ff., 191ff.; とくに, *J. Droz*, *L'Allemagne et la Révolution française*, 1949, S. 340ff. 参照。
Alain Renaut, *Retionalisme et historicisme juridiques*, in: *Droits* 8 (1988), S. 145ff.
さらに, *August Wilhelm Rehberg*, *Die französische Revolution*, 2. Teil, 1793, S. 405ff. による重要な拒否の意見が挙げられるだろう。
- (39) *Vierhaus* (Anm. 21), S. 198.
- (40) *Klopstocks Oden*, 2. Band, 1798, S. 141.
- (41) *Träger/Schaefer* (Hrsg.), *Die Französische Revolution im Spiegel der deutschen Literatur*, 3. Aufl. 1989, S. 33f. を引用。
- (42) *Schlözers StatsAnzeigen* Heft 61 (April 1791), S. 96, 85f.
- (43) *Hans : Erich Bödeker*, *Zur Rezeption der französischen Menschen- und Bürgerrechte*, in: *Günter Birtsch* (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, 1981, S. 270, weitere Beispiele für Abdrucke S. 266.
- (44) *E. R. Huber* (Anm. 7), S. 13; *Vierhaus* (Anm. 21), S. 190.
- (45) *Über den Ursprung und die obersten Prinzipien des Rechts* in: *Berlinsche Monatsschrift*, Bd. 17 (1791), S. 370ff.
- (46) *Friedrich Gentz*, *Betrachtungen über die Französische Revolution*, Teil II, 1793, S. 175, 180.
- (47) 人間の絶滅の程度について, いまのところ, *René Sédillot*, *Hat Sich die Revolution gelohnt?* 1989, *passim*.
- (48) それについては, *Vierhaus* (Anm. 21), S. 199; 弁護するものとしてたとえば, *Jakob Philipp Siebenpfeiffer*, *Abdruck in Quellen zum Politischen Denken der Deutschen im 19. und 20. Jahrhundert* (Frhr. v. Stein–Gedächtnisausgabe) Bd. III, 1979, S. 423, 425. から引用。
- (49) *Anonymus* in *Berlinische Monatsschrift* Bd. 21 (1793), S. 341, 347f.
- (50) 註40で挙げた版, 153, 154頁から引用。
- (51) *James J. Sheehan*, *Der deutsche Liberalismus 1770–1914*, 1983, S. 57 f.; *Vierhaus* (Anm. 7), S. 213f.
- (52) *Kleinheyder* (Anm. 7), S. 1065; 上述 II 2 を参照。
- (53) *Peter Burg*, *Kant und die Französische Revolution* 1974, S. 262.
- (54) *Stolleis* (Anm. 33), S. 80f.
- (55) 同様のことを, ゲンツはアダム・ミュラーへの手紙 (1819) の中で述べている。in: *Quellen* (Anm. 48), S. 215ff.
- (56) この頌歌は註56で引用した版の223頁に掲載してあるが, *Zwey Nord-*

amerikaner という題名である。

- (57) *E. R. Huber* (Anm. 7), S. 18.
- (58) *E. R. Huber* (Anm. 7), S. 88ff.
- (59) Vgl. *Robert v. Hippel*, *Der deutsche Strafprozeß*, 1941, S. 42. フランスにおける特別裁判所などによるいくつかの原則の空洞化については, vgl. *Erich Schwinge*, *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, 1926, S. 4f.; さらに, *Wolfgang Sellert*, Art. "Schwurgericht, Geschworenen-gericht", in: HRG, 31. Lfg. 1988, Spalte 33ff.
- (60) 適切な文献として, *Peter Häberle*, 1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates, JöR 37 (1988), S. 35, 50.
- (61) E. R. フーバーの全 7 巻からなる大著憲法史は, 1789 年以降のドイツ憲法史というタイトルをつけている。
- (62) *Vierhaus* (Anm. 21), S. 107, 283. から引用。この論文は匿名のようである。
- (63) このような伝達については, *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, 1967, S. 165ff.
- (64) *R. Wahl* (Anm. 19), S. 9.
- (65) それについては, *A. L. v. Schlözer*, *Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungslere* 1973, S. 37; vgl. *E. R. Huber* (Anm. 7), S. 4, 14; *Diethelm Klippel*, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jhd.*, 1976, S. 150f.
- (66) *Schlözer* (Anm. 65), S. 102.
- (67) *Württemberg* (Anm. 30), S. 51.
- (68) *Schlözer* (Anm. 65), S. 7.
- (69) *Stolleis* (Anm. 33), S. 84f.
- (70) *Kleinheyer* (Anm. 7), S. 1056.
- (71) これと次の引用については, *Wolfgang von Hippel*, in: ders. (Hrsg.), *Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit?*, 1989, S. 9.
- (72) Vgl. *Ernst Schnabel*, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, 3. Aufl., 1947, S. 353.
- (73) *Schnabel* (Anm. 72), S. 350ff.; *Wilhelm Isenburg*, *Das Staatsdenken des Freiherrn vom Stein*, 1968, S. 25ff.; カントの法理論の影響については, *Peter Burg*, *Die Verwirklichung von Grund- und Freiheitsrechten in den Preußischen Reformen und Kants Rechtslehre*, in: Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, 1981, S. 287ff.
- (74) *Isenburg* (Anm. 73), S. 126. から明らかである。
- (75) *Wolfgang v. Rimscha*, *Die Grundrechte im suddeutschen Konstitutionalismus*, 1973, S. 39ff.
- (76) *Johann Christian Freiherr v. Aretin*, *Staatsrecht der constitutionellen Monar-*

- chie, 1824, S. 159; ならびに1838年第2版153頁以下では、カール・フォン・ロテックが憂慮している。Conrad Cucumus, Lehrbuch des Staatsrechts der Konstitutionellen Monarchie Baierns, 1825, S. 11; Friedrich Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, 1845, S. 558; Heinrich Zoepfl, Grundsätze des allgemeinen und constitutionell-monarchischen Staatsrechts, 1841, S. 42, 116f.; ders., Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, Bd. 1, 5. Aufl. 1863, S. 93f.; さらに, Dieter Grimm, Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in: Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 234, 238f. より明らかである。
- (77) Robert v., Mohl, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Bd. I, 2. Aufl. 1840, S. 313f.
- (78) E. R. Huber (Anm. 7), S. 334.
- (79) Friedrich . Christoph Dahlmann, Ein Wort über Verfassung (1815), Quellen zum politischen Denken (Anm. 48), S. 104. から引用。
- (80) v. Aretin (Anm. 76), S. 176, 229, 232, Note 1; さらに, ツェーフルと H. A. ツェハリーエに関しては, Grimm (Anm. 76), S. 242f. 参照。
- (81) Wolfgang v. Hippel, Einleitung zu ders. (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit?, 1989, S. 12.
- (82) Robert v. Mohl, Die Geschichte der württembergischen Verfassung von 1819, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 6 (1850), S. 44.
- (83) Heinrich Albert Zachariae (Anm. 19), S. 441.
- (84) そのような問題は国法に関する文献の中でずっと以前より検討されている。たとえばカール・ザロモ・ツェハリーエは国家論全40巻の第2巻354頁（1820年）で、「プレス自由を保障する」法律について言及している。その他に、西ドイツで直接フランスから継受した刑事訴訟に関する近代的原則についても参照することができる。
- (85) 1848年2月26日から1852年11月7日までのいわゆる第2共和国である。
- (86) Rainer Wahl (Anm. 19), S. 19.
- (87) 1848年12月27日帝国法律(RGBI. 1848, S. 49, 57).
- (88) Heinrich Albert Zachariae (Anm. 19), S. 442.
- (89) Ernst Rupolf Huber, Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem, in: ders., Bewahrung und Wandlung, 1975, S. 138f.; Grimm, (Anm. 76), S. 265.
- (90) Ulrich Scheuner, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 139ff.
- (91) Jacques Robert/Jean Duffar, Libertés publiques et droits de l'homme, 4. Aufl. 1988, S. 87.
- (92) ドイツについてはわたしの知るところでは, Grimm (Anm. 76), S. 264f. 参

照。

- (93) それについては, vgl. *Christian Starck*, Entwicklung der Grundrechte in Deutschland, in: Immenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 89, 98ff.
- (94) *Marbury vs. Madison*, 1 Cransh 137, 177 = 2 Law Ed. U. S. 60, 73 (1803).
- (95) 詳細は, *Christian Starck* (Anm. 8), S. 15ff. 参照。
- (96) とりわけ, vgl. *François Luchaire*, La protection constitutionnelle des droits et des Libertés, 1987, passim; *Robert/Duffar* (Anm. 91), S. 92; *Christian Starck*, Der Schutz der Grundrechte durch den Verfassungsrat in Frankreich, AöR 113 (1988), S. 632ff.; *Rainer Arnold*, Prinzipien des Grundrechtsschutzes im französischen Verfassungsrecht (Sudetendeutsche Akademie der Wissenschaften und Künste. Sitzungsberichte der Geisteswissenschaftlichen Klasse, Heft5), 1988, passim.