

<翻 訳>

イタリア憲法学の歴史的素描（1）

マウリツィオ・フィオラヴァンティ

[訳] 高橋利安*

[付 記]

本稿は、憲法制定議会選挙60周年の記念事業として刊行された『共和制体制の価値と原則（Valori e principi del regime repubblicano』、全3巻）の第1巻『主権と民主主義（Sovranità democrazia, Laterza, 2006）』1分冊に収録されたフィオラヴァンティ『イタリア憲法学の歴史的素描（*Profilo storico della scienza italiana del diritto costituzionale*）』の全訳である。本論文は、イタリア憲法学の歴史をその誕生から現状まで描いたイタリア本国でもほぼ唯一の論文と言われている。イタリア憲法学に関する情報がほとんど存在しない日本において、紹介する意味があると判断した。本論文は、憲章、法治国家、ファシズム、憲法制定議会、共和国、結論の6章構成であるが、今回は紙幅の都合から、第2章までとする。また、読者の便宜を考えて必要な事項に訳注を付した。

著者のフィオラヴァンティは、フィレンツェ大学法学部名誉教授で、長年、近代憲法史を担当した。近代立憲主義研究、イタリア公法学説史研究の第一人者で、イタリア国内だけでなくヨーロッパレベルでその研究は高く評価されてる。本論文に関連する主要な著作には以下のものがある。① *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2001, ② *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993, ③ *Lezioni storia*

* 広島修道大学 名誉教授

costituzionali. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento, Torino, Giappichelli, 2021. また、イタリア憲法学の歴史に関する以下の論文がある。*Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990; *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*. Donzelli, Roma, 1995.

イタリア憲法学の歴史的素描

1. 憲章（イタリア王国憲章）

イタリア憲法学は、その草創期において1861年の政治的・行政的統一の結果誕生した統一国家というはっきりと限定された研究対象に取り組んでいた。イタリア憲法学は、統一国家の構築、その定着、その政治的形態の定義に貢献するという任務を果たすために誕生したとさえ言える。この国家は、周知のようにピエモンテ・サヴォイア王家から継承した憲法典すなわち、1848年3月にカルロ・アルベルトによって欽定されたアルベルト憲章⁽¹⁾を持っていた。憲法学は、その歴史的展開の第一段階の当初は、憲章の注解が中心であった。実際、憲法学は、この憲章に自由主義的な型の政治的・憲法的体制の指導原則—この原則は、有名な1789年の人権宣言16条の「権利の保障が確かでなく、権力分立も定められていないような社会はすべて、憲法を持つものではない」という規定に表明されている—を少なくとも見いだせるという前提から出発していた。すなわち、憲法学による注釈という作業によって援助された憲章の正しい解釈が、権力と権利の保障の均衡を保つことができる政治体制或いは憲法秩序の構築に効果的に貢献すると考えられていた。

政治的・行政的な統一の直前あるいは直後の時代の憲法学者は、この路線を踏襲していた。ここでは、トリノ大学の憲法教授で下院議員でもあつ

たルイジ・アメデオ・メレガーリ (Luigi Amedeo Melegari)¹⁾ という人物を思い起こせば十分であろう²⁾。彼の1856-57年度の憲法講義は、憲法学の教授に適しかつ科学的な体系化の最初の真摯な取り組みであった²⁾。その講義の中に、憲法学は、憲法によって組織された権力 (potere costituito)³⁾ のみを取り扱うという基本原則をはっきりと見出すことができる。すなわち、憲法学の対象は、君主制、政治的代表 (議会)、この二つの権力の関係を定める政府形態、法律が保障することができるあるいは保障しなくてはならない権利に限定されるという原則で、それは、その後も繰り返し確認されることになる。憲法学において、革命という極めて例外的な時期の特殊な産物と見なされた結果、憲法制定権力という学説と現実が存在する余地は消滅した。いったん革命が終われば、もはや憲法制定権力を発動し続ける理由はない。なぜなら、制憲権は、自由主義的な政治・憲法形態に脅威を与えるものに他ならないからである。むしろ自由主義的な政治・憲法形態は、王室と国民との合理的で漸進的な合意を通じて徐々に定着させる必要がある。この目的のために、もはや、主権及び憲法制定権力という革命理論の敵となった憲法学は、明瞭な仕方では役割を果たした。メレガーリ自身、模範的に以下のように認めている。

憲章 (Lo Statuto) によれば、憲法によって創設された権限は、完全な主権性を持っている。権限の下または後ろに、権限を無効にできる未知の優越した権力が隠れているとするなれば、憲章による王室と国民との協定が廃棄され、我が国の自由の基本的な法律的基础が揺らぐことになる。我々にとって、憲法によって創設された権限の統合の中に体现されている

1) この点については以下の文献を参照。Carlo Ghisalbetti, *L. A. Melegari e i costituzionalisti dell'Unità*, in *Id., Stato e costituzione nel Risorgimento*, Giuffrè, Milano 1972, pp. 219 sgg.

2) L. A. Melegari, *Sunti delle lezioni di diritto costituzionale date nella Università di Torino l'anno scolastico 1856-57*, Laudi, Torino 1857.

君主以外の君主はありえない。だから、憲法（*Costituzione*、制憲権の産物である）という概念は、我が国の実定公法、より一般的に言えば代議制君主政体の精神に反している³⁾。

メレガーリの「講義」の内容は、イタリア憲法学及び統一国家の建設を指導することを求められた政治階級の一般的確信の代表例と考えることができる。国家の建設を上手く成就させるためには、憲法制定権力型の起源を探求する必要は全くなかった。たとえ、エミーリア、トスカーナ、ナポリ県、シチリア、マルケそしてウンブリアの住民が1860年3月から11月の間に、それぞれピエモンテへの併合、従ってイタリア王国の形成を承認したプレシビット⁴⁾の中に、理論的には憲法制定権力の発露の可能性が見出されるとしても、むしろ、その起源は明確に否定された。というのもその起源の中に、主権の革命的側面に活気を与え、その結果、創設された権限の均衡とりわけ、君主と自らの代表を持った国民との合意を覆し得る人民的で民主的な方向を見出す可能性があったからである。

このことは、イギリス憲法モデル特にいわゆる「議会の無限の権限（*onnipotenza parlamentare*）」⁽⁴⁾のイタリア憲法学における大成功の基礎でもあった。すなわち、当時の自由主義者を困惑させていた制限のない権限を承認することのみが問題ではなかった。議会における国王というイギリスの原則に導かれた立憲君主政においては、代表するという政治的機能こそが、それ自体に憲法制定機能及び憲法改正機能を吸収するほど中心的なものであるという原則を定めることがむしろ問題であった。他の機能特にもう一つの主権を議会の上に位置づけるというのは、非常に危険な行為であった。政治形態の性格の最終決定権と理解された主権の獲得を目指す闘争に道を

3) Ivi, p. 60.

4) この点については、以下の文献を参照。E. Mongiano, *Il «voto della Nazione». I plebisciti nella formazione Regno d'Italia, 1848-60*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 177 sgg.

開くことで、憲法モデルを革命期に後戻りさせるからである。しかし、今は、安定、定着、専ら創設された権限としての主権、均衡と保障の時代である。

確かに、ともかく議会の「無限の権限 (onnipotenza)」が宣言されたことからいくらかの困惑も継続した。議会は、自らの思うままに憲章のいかなる部分も変更することができるのであろうか？このイメージは安定と均衡という自由主義の理念と明らかに対立するのではないか？さらに、憲法典自体と対立する議会の規範を前にしたとき何が起るものであろうか？憲法制定権力という時代遅れとなった理念を排除するために、廃棄しえないという優越性条項（君主国の永遠にして廃棄できない基本法 [アルベルト憲章前文]）を持った基本法としての憲章という理念そのものも排除する結果にならなかったか？

このような懸念の表明に対して、権威ある異論も存在した。私は、特にルドヴィコ・カサノヴァ (Ludovico Casanova)⁵⁾ に言及しているのである。カサノヴァは、ジェノヴァ大学の国内および国際憲法の教授で、1859-60年に最初に公刊され、後年に版を重ね、複数の大学で評判となった憲法の教科書⁵⁾の著者であった。カサノヴァのような「純粋な」学者は、教科書の中で、もはや広範な政治文化において支配的となっていた「無限の権力」モデルを完全に受容することは困難であると表明していた。このモデルを通して、何よりもまず拘束力を持った法規範としての憲法を結果として台無しにする懸念が存在した。すなわち「他のすべての法律に優越する法律でなければ、憲法は無だ。憲法から至高性を奪い、憲法を窮地に追い詰め、憲法を無視し、憲法の適用を中断した時、憲法は偽りとなる。」⁶⁾。カサノヴァが最も懸念したことは、明らかに憲法から規範性が徐々に失われることであった。憲法を守るために彼は、当時なお未知の道であった法律の憲法適合性審査を創設することもいとわなかった。議会は、「限定され、一定

5) L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, 2 voll., Lavagnino, Genova 1859-60.

6) *Ivi*, vol. I, p. 113.

の場合には特別の形式に従う権限を憲法によって持っているに過ぎないから、裁判所は、違反しているすべての法律の適用を拒否することで、制限を越えていないか、形式が守られているかを監督する役割を持つことができる。]」⁷⁾。さらにこの議論において、拡散型の憲法適合性審査という北アメリカモデルに言及することもいとわなかった。このモデルは、憲法の優越性すなわち、初めて裁判所が承認した通常法律に優越する法規範としての有効性という観念に基づいたものであった。

確かに実際、孤立した見解であった。しかし、国の基本法としての憲法を追及することには、以下の基本的な対立が含まれているという重要な自覚の証言として残る。すなわち、一方に王室と国民との不可欠の結びつきとしての憲法、又は獲得された安定した均衡点の最終的な保障としての憲法、他方には、主権そして通常の権限を危険に陥れ、既存の均衡を全面的な見直しを促進する梃子となる憲法制定権力の産物としての憲法である。最初の憲法を望むためにその優越性を認めるとつねに第2の憲法に陥り、革命の恐ろしい歴史的時期を再現させる危険がある。

この未解決な矛盾は、その後の憲法学の考察も支配した⁸⁾。それでも、憲法の注解という形式におけるイタリア憲法学は、19世紀初頭のフランチェスコ・ラチヨピ⁶⁾ (Francesco Racioppi) とイグナツィオ・ブルネリ⁷⁾ (Ignazio Brunelli) の著作⁹⁾ にその到着点を見るになるであろう。この著作には、憲章の注解として形成されたイタリア憲法学によって確立された原則の明快で簡潔な表現を発見できる。

第一に、明白に確認され支持された憲法の優越性の探求である。すなわ

7) Ivi, p. 19.

8) この分野では、以下の文献が今なお基本文献である。Mario Galizia, *Profili storico-comprativi della scienza del diritto costituzionale*, Archivio Giuridico Filippo Serafini, Modena 1963; Id. *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano 1964, pp. 962 sgg. 憲章の注解書の中で最も流布し、重要なものは、ウルトツレ (Giovanni Urtoller) のものである。G. Urtoller, *Lo Statuto fondamentale del Regno d'Italia annotato*, Le Monnier, Firenze 1888.

9) F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, 3voll., Utet, Torino 1909.

ち、「憲法には、命令及び判決だけでなく、法律によっても浸食されない」固有の形式上の効力が対応するのが望ましい。また、「区別なくすべての国家機関の活動に境界線を引く際に憲法は、厳格でなくてはならない。」¹⁰⁾。憲法は、通常の立法手続に存在しない特別の方法によらなければ改正することができない。最後に、通常法律が最高法規に含まれる実質的及び形式的制限に実質的及び形式的に適合しているか否かの法的審査に道を拓くことができる。しかし、先行研究を受け継いだ憲法の優越性は、恐ろしい「憲法定権¹¹⁾」の再生というあらゆる仮説と厳格に分離されなくてはならない。さらに、憲法の優越性は伝統的な「議会の無限の権限」に対する制約として機能し得る。但し、この定式（「議会の無限の権限」）がイタリアにおいても絶対主義への復古および民主的憲法の誕生という二つの危険に対して国民代表の権限の拡大を保障してきたことを忘れてはならない。

第二に、執行権の優越的役割を想定しながらも法律、議会代表の役割も犠牲にしないという均衡のとれた政府形態の探求である。こうして、人民の代表にすべての規範制定権（立法権）と政治指針の決定権を与える革命理論と執行権の中に、政治代表に対してある意味での優先権を持つ国家のいわゆる「実質」を見出す、ほとんどドイツから伝来した新理論との間のある種の「第3の道」の構築を試みた。こうして、執行権は、「具体的かつ個別的な事例に関して自由裁量を持って、すなわち、法によって定められた領域における自由な自己決定権をもって活動する権限」¹²⁾として定義された。したがって、方針と自由裁量は持っているが、立憲政体に属しており、たとえ法律が明示的に定めていないとしても、国内法の総体に内在する制限及び拘束が存在することを前提としてなければならない。

最後に、アルベルト憲章システムにおいて個人の権利が占める位置である。結局、他の当時のすべての憲法と同様に諸権限、国王、代表の定義が

10) Ivi, vol. I, pp. 191 segg.

11) Ivi, p. 197.

12) Ivi, pp. 238 segg.

大部分を占めていた憲章¹³⁾において、個人の権利は控えめな領域を占めるに過ぎなかった。他方、当時の文化によって、権利の本当の基礎は憲法典すなわち憲章ではなく、憲章自体が定めているように法律にあった。ただし、憲章の文言を尊重していれば、憲章の規定を越えて法律を公布されることも可能であった。我々の憲章の注解は、この分野ではもはや明快であることができない。なぜなら『わが憲章は、個人に権利を与えているのではなく単に権利を推定しているに過ぎない。一方、個人の主観的権利の法律的存在及びその真の内容は特に権利を規定している法律によって決まり、権利を探求する必要は法律の中にある』¹⁴⁾。

こうして、憲章の注解という形式における憲法学の発展の頂点においても、例の矛盾、すなわち、真正の規範性を持った基本法の探求には、すくなくとも権利の問題に関しては、基本法の規範性は、議会の通常法律による媒介が必要となるという矛盾が再び現れるのである。すなわち、国民の代表と国王の双方の同意から生ずる法律の効力なしには、本当の個人の権利の帰属の法的根拠を欠くことになる。

2. 法治国家

18世紀から19世紀への移行の中で、憲章の注解という形と結びついた憲法学の生涯の第一局面はもはや終わりを告げつつあった。この局面において、憲法分野における科学的考察は、次の二つの制限に苦しんでいた。すなわち、一方で、憲章の個別条項に正確に言及する必要に付き物の制限であり、他方で憲法のモデル並びに議会及び君主の役割に関する政治的議論の中に直接、批評活動の必要条件を探る傾向という反対ともいえる方向性である。

13) 以下の文献を参照。 *I diritti fondamentali nello Statuto albertino*, in A. Romano (a cura di), *Enunciazioni e giustificabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee*, Giuffrè Milano 1994, pp. 44 sgg.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2002. pp. 17 sgg.

14) Racioppi, Brunelli, *Commento allo Statuto del regno*, cit., vol. II, p. 34.

換言すれば、一方では、憲法学者の意見は、憲章の個別条文の適用から生じる個々の問題に余りにも限定され、結びつけられていた。他方では、異なった点に関する憲法学者の意見は、全体的なコンテクストにおいては、多くの政治評論家の意見と混同される傾向にあった⁽⁸⁾。法学部における教育に関するという法学部内部の視点からは、特に、民法の古くから続く文化的・学問的支配性に比して、憲法は周辺的な役割に止まり、この混乱の影響は悲惨なものであった¹⁵⁾。

憲章の注解という伝統的な形式が徐々に衰退しつつあった18世紀の80年代の終わりに、憲法学の方向転換すなわち新たな局面の開始のための条件が成熟した。ヴィトリオ・エマヌエーレ・オルランドをこの現象の代弁者とすることにしよう。なぜなら、彼が、1889年1月8日、パレルモ大学で行った行政法及び憲法講座の開講講義 (*prolusione*) には、公法研究において明らかになりつつあった方法論上の革命の基本計画が含まれていたからであった¹⁶⁾。

オルランドは、憲法そして行政法¹⁷⁾に関する真正の『公法学の法律学的再構築』を提案した。この再構築は、この時点まで公法研究を特徴づけてきた2つの乱用と闘うことを必要とした。すなわち、『法における理論的要

15) この点に関する最新データは、以下の文献を参照。F. Lanchester, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 323 sgg.

16) V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Id. Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 3 sgg. オルランドの方法論上の革命については、以下の文献を参照。M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, 2voll., Giuffrè, Milano 2001, vol. I, pp. 23 sgg.; G. Cianferotti, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano 1980; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, pp. 28 sgg. グロッシの著作は、18世紀末の法文化のより広範な文脈で議論している。

17) Orlando, *I criteri tecnici*, cit., p. 4. 憲法学と並行して発展した行政法の動向については、以下の文献を参照。G. Cianferotti, *Storia della letteratura amministrativa italiana*, vol. I, *Dall'Unità alla fine dell'Ottocento*, Giuffrè, Milano 1998.

素から逸脱である単なる哲学的考察の乱用』とすでに触れた乱用（憲章の個別条文の解釈への集中）に必然的に伴って生じた『実務の要素の過剰である解釈論的論述の乱用である。』¹⁸⁾。

オランダの批判は、ある側面で哲学的要素が過剰で、他の側面でラーバント学派の場合のように帝国の公法上の法律の解釈に囚われすぎているドイツを含んだヨーロッパ公法学全体に及んでいた。オランダは、確かにドイツに注目していたが、その主たる対象は、サヴィニーや法の歴史学派の中に認められるドイツ法律学のそもそもの原型にあった。公法の分野でも法律学のモデルを提示するためには、この原型から再出発する必要があった。法律上の原理及び制度を構築する役割を果たし、2つの過剰すなわち哲学及び法解釈の過剰が克服されるレベルに位置づけられる。

なぜなら、科学は個別の規範の解釈をはるかに超えたものであると同時に固有の原理の体系を展開させた結果、純粋に哲学的な性格の議論に助力を求める必要はもはやなかった。そのモデルとは、サヴィニーという象徴的人物を媒介した私法の歴史的モデルであり、その最終目標は、それゆえ「私法と同じように公法も体系的に配置された法律的原則の総体であると見なされることであった」。さらに、国家、主権、政府、主権の公権といった基礎概念から始まる公法上の概念が、私法学者にとって法的人格、所有、義務、家族といった概念がそうであると同程度に公法学者にとって、確実なものとするのであった¹⁹⁾。

オランダの計画は、抽象的なものと見られるかもしれない。しかし、非常に具体的なものであった。なぜなら、彼は法律家に彼らの言葉で語り、占めるべき場所すなわち憲法学という場所を示した。政府形態、議会及び君主の役割並びに権利及びその基礎付けに関する伝統的な論述は、異なったレベルで、すなわち法治国家に関する革新された理論の内部で、書き直さなければならない。また、増大しつつあった社会への国家介入に由来す

18) Orlando, *I criteri tecnici*, cit., p. 7.

19) Ivi, pp. 12, 20.

る新しい現実への対応が特に迫られていた行政法の間所も示した。

科学的な計画は、直ちに実現することはない。なお数十年間は公法学者のかかなりの部分は、慣れ親しんだ道を進み続けた。しかし、オランダ革命は、それでも大きな影響を与えた。80年代から新世紀の初頭にかけて、新しい原理に基づく教授モデルが浸透し始めた。オランダ自身1889年に『憲法原理 (*Principi di diritto costituzionale*)』を、2年後の1891年に『行政法原理』 (*Principi di diritto amministrativa*) を公刊した。10年後の1901年には、オランダの最も優れた弟子であるサンティ・ロマーノ (*Santi Romano*) が、その著書『行政法原理』 (1901年) によって、師によって開始された方法論上の革命を行政法の分野で完成させた²⁰⁾。

その間に、科学的議論が展開される場所が作られた。まず、雑誌である。パレルモでは、オランダ自身が、明確に公法の科学的再構成を目的とした『公法紀要 (*Archivio di Diritto pubblico*)』を1891年に創刊した。この雑誌の創刊は、非常に重要な意義を持つ出来事と言える。と言うのも、公法の法律家に完全な自立性をもって学問上の専門性を展開できる場所を提供する最初の試みを告げるものであったからである。また、この専門性とは法律家の他の分野の専門性とは異なるだけでなく、同時に政治評論家という大雑把な分類とも無縁であった。わずか6年間とこの雑誌の継続期間がかなり短いものであったとしても、この流れは拡がり、いくもの変遷を経て20世紀の50年代に至った。そして1951年に『公法季刊雑誌 (*Rivista trimestrale di Diritto pubblico*)』を創刊することで、公法の法律家は、共和国憲法の施行後も彼らの学問的アイデンティを何度も再編させていくであろう²¹⁾。

雑誌の脇に学問分野の独自性を確立する重要な手段がもう一つ置かれた。すなわち、公法学の集団的で体系的な作品を目指した体系書である。『公法

20) M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 67 segg., 405 segg.

21) 18世紀及び19世紀の公法雑誌の変遷については、以下の文献を参照。Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. 1, pp. 201 segg.

紀要』最終号（1896年12月）に、オルランドが提案した継続的な企画のプログラムが掲載された。その計画とは、『最初のイタリア行政法大全（*Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*）』の創刊である。第1巻は翌年、1897年に公刊されるが、『大全』は複数の巻に分かれ、各巻には、小型の専門書ともいえる専門論文が頻繁に公表され、その中には、法律学のその後の発展にとって重要な意義を持つこととなるものもあった。第1巻における、法源問題を中心に取り扱ったオルランドの序論または主観的公権に関するサンティ・ロマーノ論文²²⁾を思い起こせば十分であろう。また、1901年に刊行された第3巻に収録された、公行政の意思表示、行政行為の類型及びその欠陥の可能性、さらに行政訴訟の問題性に関するフェデリコ・カメオ（*Federico Cammeo*）⁽⁹⁾、オルランド及びサンティ・ロマーノ論文もその例として挙げることができる²³⁾。これらの論文の全体は、主権、合法性及び個人の権利に関する原理に関する確かな観念と一緒に、国家及び社会における国家の役割についての確固とした見解を表明しており、まさに憲法学の領域に客観的に位置付けられる。

18世紀から19世紀にまたがる数10年間に、憲法学は大人になり、教えるための基本的な教科書を製作し、学問上の自己確認の有力な手段を構成する雑誌および集团的論稿という手段を組織した。この点から見れば、それ以前の段階からの飛躍は全く明確であった。憲法学者は、もはや歴史的・

22) V. E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo (i presupposti, il sistema, le fonti)*, in Id. (a cura di) *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 10 voll., Società Editrice Libreria, Milano 1897–1918, vol. I, pp. 3 sgg., 1043 sgg.; S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, ivi, pp. 111 sgg. サンティ・ロマーノの論文は以下の著作に再録されている。Gli scritti nel Trattato Orlando, Giuffrè, Milano 2003.

23) F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in Orlando (a cura di), *Primo Trattato*, vol. III, pp. sgg.; V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, ivi, pp. 633 sgg.; S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrativa*, ivi, pp. 507 sgg.; Id., *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, ivi, pp. 1169 sgg.

比較的知見を備えた憲法の優れた注解者ではなく、むしろ、国家とその主権、合法性、行政とその裁量、君主の役割を含んで歴史的に形成された議院内閣制における政府、個人の権利という原理を学説という形態で構築する者である。

今や、その内容の変化を検討することが残された。この検討の総括は、継続性と非継続性という要素が相互に交差するかなり複雑なものである。この意味で典型的な領域は政府形態である。オルランドは、「議院内閣制に関する法学的研究 (*Studi giuridici sul governo parlamentare*)」において、君主と国民との合意および均衡についての憲章上の伝統、すなわち、国民代表の存在を認め、君主制原則と急進的な型の人民主権という2つの極論を明確に拒否するという伝統を、再び俎上に載せた²⁴⁾。議院内閣制は、二つの柱、すなわち国王の裁可と議会の多数派に基礎を置いているという彼の解答は、統一期に活動した憲章の注解者のそれと本質的には大きな相違はなかった。このように意図された議院内閣制の法律学的意味におけるという呼称によって付与される新しい要素もあった。この二元主義で均等のとれた政府形態は、人民主権および君主制原理といった拒否すべき「政治的」解決に対置された、法治国家に固有で特別な政府形態なのである。新しい事実とは、「法律的」と「政治的」という対置が、公法学の法律家の学問上の専門性を、自立して発揮させる領域を構想するという役割を果たしたことである。

同じことは、主観的公権についても言えるはずである。すでに見たように憲章の注解者は、権利を確実に憲法に委ねず、むしろ、国王と政治代表の合意の産物である法律に法的側面における完全な存在を求めていた。この方針に従い、法治国家の法律家は、特にドイツから伝来した新しい法学文献も基礎としながら、さらに一步前進した。すなわち、国家の主権の表現を通じた自己制約（制限）という国家の能力に基づいて、公権を論じる

24) V. E. Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in Id., *Dritto pubblico generale*, cit., pp. 345 sgg.

という「法律学」に固有の方法を敗北し乗り越えられたと考えられた自然法論あるいは社会契約論に基づく「政治的」方法に対峙して提示した²⁵⁾。

憲法の概念の運命は、より複雑であった。我々がすでに見たように、憲章の注解者は、真生の基本法の探求と憲法の背後に憲法制定権力の亡霊が蘇る恐怖との間を揺れ動いた。今や、新しい憲法学は、避けることができないと思われていた憲法制定権力の排除²⁶⁾と同時に通常法律に対抗できる憲章の優越的適法性を確実に定義することは不可能であることを確定させた。この結果、実質的に憲法適合性審査という手段の実施が不可能となった。

オランダ自身も憲法適合性審査と建設途上にあった法律の優越に基づく法治国家との両立の不可能性を率直に認めることとなる。何故なら、憲法適合性審査によって、法律への不服従に対する合法的な根拠が与えられ、その結果、「国家の法律的安定」の欠かせない支柱と理解された「法律の有効性」が危険にさらされるからである²⁷⁾。この領域においても18世紀から19世紀の間の新しさは、憲法学の内容だけでなく、「政治的」と「法律学的」との激しい対立の内部に位置づけられたという事実である。今や憲法は、これまで以上に制憲議会の始原的な意思として理解された「政治的」主権を呼び起こさないという条件でのみ、至高の規範として認められる。

憲章の規範性に関する体系的ではあるが問題を孕んだ叙述は、サン

25) Romano, *La teoria dei diritti pubblici*, cit., passim.

26) この意味の例は、以下の文献に示されている。Id., *Costituzione*, in *Il digesto italiano*, vol. VIII, t. 4. Utet, Torino 1899–1903, pp. 352–53, そこでロマーノは、以下のように言っている。「憲法を制定する権力または権能は、立法権と区別された秘密の性格のゆえに、公法の基本的概念のカテゴリーの中にその場所を見出せない」。この問題の全体については、ヨーロッパレベルでの比較的視点も含めて、以下の文献を参照。P. Pombeni (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Il Mulino, Bologna 1992.

27) V. E. Orlando, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in A. Bruniati (diretta da), *Biblioteca di scienze politiche*, vol. V, Utet, Torino 1890, pp. 957–58.

ティ・ロマーノによって「イタリア公法学 (*Diritto pubblico italiano*)」²⁸⁾ という表題が与えられた著作の中にも認められる。まず、我々は、その著作に、我々が何度も出会った次の確信を再び確認する。すなわち、イタリア統一国家の起源は、真の制憲行為ではなかった。なぜなら、統一の年に行われたプレシビットは他国のピエモンテへの併合を確認する価値を持つに過ぎなかったからである²⁹⁾。また、なお第一に、人民主権原則に基づく憲法の優越性に対するという懸念は強かったということである。しかし、ロマーノの著作には、あいまいさと矛盾を含んでいた。一方で、合憲性審査を始動させるほどの通常法律に上位する正真正銘の憲法的合法性が存在しないことを強調している。この点に関して、ロマーノは以下のように明言している。「イタリア法には、通常立法権の上位にある立法権は存在しない。立法権は、最高の権限であるが、司法権を含むいかなる他の権力による審査を受けることはありえない。」³⁰⁾。しかし、すぐ後で困難で問題を孕んだ探求を行っている。それは、立法機能に内在すると考えられる制限および憲章の改正の無制限性と同様、憲章改正の可能性への制限を意味する制限の探求である³¹⁾。

同じことは、自由権についても言えるはずである。一方で自然権学説の決定的な没落は、自由権を国家及び、特に、いかなる方法でも対抗できない国法に先行する領域に位置づけることを不可能とした。しかし他方で、ロマーノは、権利を国家公権の単なる一部門に変えることは不可能であると警告した。そして、主観的公権を法治国家に対する否定的命題（アン

28) この著作は、マックス・フーバー⁽¹⁰⁾により、サンティ・ロマーノに対して『イタリア王国憲法 (*Staatsrecht des Königreichs Italien*)』として執筆を求められた。1914年8月の初めにフーバーに渡す準備は整っていた。しかし、第一次世界大戦の勃発がその実現を阻んだ。手稿は、ロマーノ文書の中から発見され、刊行された。S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano 1988.

29) Ivi, p. 19.

30) Ivi, p. 233. 本書の後の部分で、ロマーノは、イタリア公法学からの憲法的適合性審査の排除をもはや議論の余地のないものと判断している (Ivi, p. 373)。

31) Ivi., pp. 234 sgg.

チテーゼ)の中に、認めることができると考えた³²⁾。すなわち流布していた学説に従って、主権的公権は、国家が自らに課した制限に由来することを認めた。この点でもまた、自由権の副次的ではない重要性は、国の公法の分厚い覆いの下で何かが動き始めていたという一般的な文脈に位置づけなければならない。ローマノ自身にとって人民全体は最終的には、国家機関に還元することはできないものであった。むしろ人民は、国家機関以上の存在、すなわち「基本的で一般的な基礎」であり、「協同体的な絆で相互に結ばれた多元的な主体」として公法に現れる³³⁾。法律学の中での領域を明確かつ平易に提起をすることで自らのアイデンティティー獲得した憲法学は、明らかに成人し、この領域の外を見ながら新たな一步を踏み出すことができると考えた。

〔訳 注〕

- (1) アルベルト憲章については、高橋利安「イタリア王国の憲法構造」日伊文化研究、第50号(2012年)、2-11頁、同「アルベルト憲章と議院内閣制」土肥秀行・山手昌樹編著『教養のイタリア近現代史』ミネルヴァ書房(2020年)73-86頁を参照。なお、アルベルト憲章の全訳は、北村暁夫・小谷眞男編『イタリア国民国家の形成 自由主義の国家と社会』日本評論社(2010年)、293頁以下に収録されている(小谷訳)。
- (2) (1805年2月19日-1881年5月22日) 貧しい農民の家庭に生まれる。パルマ大学法学部卒業後、1831年の自由主義者の反乱に参加し、有罪となり国外追放され、フランスに移住。1832年マルセイユでマッツィーニ出会い、「青年イタリア」の主要な協力者の一人となった。しかし、マッツィーニの蜂起主義、反キリスト教主義、共和主義の立場に疑問を抱き、運動の一線から退き学問の世界へ。ローザンヌ大学で1838年から教職に就き、1841年5月には、政治経済学と国際法の正教授となった。これを契機にマッツィーニグループとの関係を断絶。1848年にトリノ大学公法講座の正教授として招聘された。1850年には講座名は、憲法と変更され、イタリア半島で最初に設置された憲法講座となる。1859年国務院の評議員に任命されるまで教鞭を取った。この10年間に、アルベルト憲章を基礎としたイタリア憲法文化の形成と普及に貢献し、学生の利用のために石

32) Ivi., pp. 93, 96.

33) Ivi., p. 137.

版印刷され、わかり易く説明された『講義』は、憲法学の重要な出発点とされている。Cfr., Italo Birocchi, Ennio Corte, Antonello Mattone e Marco Nicola Miletta (Diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. II., Bologna, il Mulino 2013, p. 1324.

- (3) 憲法を制定する実権「憲法制定権力 (pouvoir constituant)」あるいは簡略化して制憲権といい、憲法によって組織化された権力 (pouvoir constitué), つまり統治権 (立法権・行政権・司法権) および憲法改正権と対比される。このような理論を説いたのは、フランス革命時の政治家シェイエスであった。(渋谷秀樹『憲法第3版』34頁, 注32)。
- (4) 国会主権のイタリア版である「議会権限の至高性」の理論は、君主主権と人民主権との間の第3の道であった。この理論は、制憲権の亡霊を追い払うために使われた。また、この理論は、新しい憲法体制を正当化することに貢献する君主と人民との協定の象徴であった。Giuseppe Mecca, *The Omnipotence of Parliament in the Legitimization Process of 'Representative Government' under the Albertine Statute (1848–1861)*, in Ulrike Müßig (Editor) *Reconsidering Constitutional Formation, I, National Sovereignty. A Comparative Analysis of the Juridification by Constitution*, Springer Nature, 2016, p. 207.
- (5) (1979年12月7日–1853年9月26日) 1822年ジェノヴァ大学法学部卒業。弁護士を経て1837年ジェノヴァ大学法学部の私法概論の教授に任命されたが、1843年政治的理由で退職。1848年に新設された憲法・国際法講座の教授に就任。主要な著作は、死後の1858年から1860年の間に公刊された『国際法講義』と『憲法講義』。疑いなく『憲法講義』は、アルベルト憲章の系統的な注釈の企ての一つであり、それゆえ、彼はイタリア憲法学の創始者の一人と見なされている。cfr., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. I, p. 474.
- (6) (1862年10月3日–1905年2月7日) ナポリ大学法学部卒業、ローマ大学の憲法の非常勤講師を経て、1901年カリアリ大学憲法講座正教授に就任。比例代表制の支持者。1901年に『注解』第1巻が刊行されたが、完成を見ることなく1905年に43歳に死亡。『注解』は、共著者、ブルネッリによって完成された(1909年)。
- (7) ボローニャ大学法学部卒(1892年11月28日)。1901年から26年まで、フェッラーラ大学で憲法を担当。しかし、1926年12月に職務遂行を妨げる結社・政党への参加しないことを求めた宣誓書の提出を拒否し、退職。訳注(7)で触れたように『注解』の完成者として知られている。
- (8) この点について、オリヴィエ・ジュリアンは「イタリアでは、党派的学説のほかに、何ら学問的主張を行うことのない『注釈』だけの文献が増大した」と指摘している「ヨーロッパにおける実証主義：4つの段階」(井上武史訳) 岡山

大学法学会雑誌, 第60巻第3号(2011年2月), 139頁。また, 主にドイツを念頭に置いた憲法学の方法論的転換に関する指摘は, イタリアの状況の理解にとっても, 重要である。「政治的次元で影響を受けやすい憲法という素材は, 冷静に議論されなければならない。しかしながら, 実証主義は, 対象に関する中立原則を掲げるものとして。そうした冷静さを帯びるものであり, 20世紀初頭の注釈学派が行わなかった別の主張を展開した。それは, 科学性の要求である。科学性の要求とは次のように主張しようとするものである。すなわち, 私法学との比較を可能とするような方法論的基礎に基づいて, 公法学一般, とりわけ憲法学を確立することである。このことが特に顕著だったのはドイツであり, ここでは, 1850年以降, 憲法学(あるいはドイツで国法学と呼ばれていること)に『真に科学的な取り扱い』を付与することが重要になる。というのも, 対象(通用している諸憲法)が安定していたために, そうした対象に関する科学すなわち憲法学が可能であるように思われたからである。さらに, 民法学とローマ法学が圧倒的に支配していた法学部の内部で制度的な定着を確保するために, 憲法学の威厳を主張することも重要であった。』。同論文, 2-3頁。

- (9) (1872年7月20日-1939年3月17日) 18世紀から19世紀に架けてのイタリア行政法学の創設者の1人。ピサ大学法学部を最高得点で卒業(1894年)。最初の体系書(『行政法の諸問題(Questioni di diritto amministrativo, 1900年)』)の公刊を機にカリアリ大学法学部行政法講座教授に就任。パドヴァ, ボローニャ大学を経て, 1925年フィレンツェ大学に転職。法学部長(1935-1938)。ユダヤ系であることを理由に人種法により解任(1938)。
- (10) ハンス・マックス・フーバー(1874年12月28日-1960年1月1日, チューリッヒ)は, スイスの法学者。元・ハーグ国際裁判所長官。1902年から1914年までチューリッヒ大学で国際法, 憲法, 教会法を教えた。