

立憲主義の概念と歴史

工藤達朗*

- I はじめに
- II 立憲主義の歴史的生成
- III 憲法テキストにおける「立憲主義」
- IV 立憲主義と他の憲法原理との対立
- V 立憲主義と憲法解釈論

I はじめに

「立憲主義」が注目されている。現実の政治動向をここでは別として、標題に「立憲主義」が含まれる著書や論文は数多く出版され¹⁾、複数の雑誌で特集が組まれている²⁾。戦前の佐々木惣一『立憲非立憲』も文庫化された³⁾。

にもかかわらず、立憲主義の意味が私には判然としないところがある⁴⁾。

立憲主義とは、広義では、国家の統治（国家による国民の支配）が憲法に従って行われることをいう。憲法に従って統治する国家が立憲国家である。しかし、憲法の内容は多義的である。ここでいう憲法とは何か。

もしも「固有の意味の憲法」を指すのだとすれば、すべての国家に憲法があるのだから

* 中央大学法科大学院教授

ら、国家はすべて立憲国家であり、非立憲国は存在しないことになる。この用法は無意味である。

また、「形式的意味の憲法」であるとも考えられる。憲法は名目にすぎず、実際は憲法を無視した統治を行う国があること⁵⁾を考えれば、国家の統治権力が憲法の定める手続に従って行使されることは重要である。それだけで恣意的統治が抑制され、統治の予測可能性が確保される。ただそうすると、立憲主義を守るとは、憲法(典)を守ることであり、「立憲」とは「護憲」の言い換えになる。このような用法は政治の場では意味があるかもしれない。しかし、立憲主義の母国であるイギリスが非立憲国となるだけではなく、成文憲法(憲法典)の内容・原理がいかなるものであっても、すべて立憲国家であることになる。この用法も無意味であろう。それに、内容の如何にかかわらず、「憲法は憲法だ」、だから守るべきだ、というのでは、「法律は法律だ」という原則⁶⁾と類似のメンタリティを感じられないでもない。また、この用法では、憲法改正が憲法の定める手続に従って行われる限り、立憲主義を守っていることになるはずだが、立憲主義に反することを理由に憲法改正に反対するのであれば、憲法典の中にある立憲主義の原理に反すると主張しているのであって、形式的意味の憲法の改正はすべて立憲主義に反するわけではないはずである。とすると、立憲主義でいうところの国家統治が従うべき憲法は、立憲主義を内容として含む憲法、「近代的意味の憲法」「立憲的意味の憲法」をさすと考えられる。

それでは、どのような制度や原理を備えれば立憲主義の憲法といえるのか。しかし、これがはっきりしない。立憲主義に基づくといわれる国々の政治制度はきわめて多様である。例えば、早くから立憲主義の国とされてきた、イギリス、アメリカ、フランスの3か国をみるだけでも、不文憲法の国もあれば成文憲法の国もあり、君主国もあれば共和国もあり、単一国家もあれば連邦国家もある。政治制度を見ても、議院内閣制もあれば大統領制もあるし、裁判所が違憲立法審査権を行使する国もあれば、そうでない国もある。これほど様々なのに、何が共通しているから、同じ立憲主義の国とされるのだろうか。

そこでまず、各国における立憲主義の歴史的生成を概観しよう。

II 立憲主義の歴史的生成

1. 中世立憲主義と近代立憲主義

「立憲的」意味の憲法と「近代的」意味の憲法が互換的に用いられるのは、近代になってはじめて立憲主義が成立したと考えるからである。けれども、近代以前の中世にも立憲主義と呼びうるものがあった。

ヨーロッパ中世の法観念は「古き良き法」という言葉で表現される⁷⁾。古い法とは、特定の誰か(人や国家)が制定したものではない不文の慣習法である。しかも、中世では、神があらゆる権力や権威の源泉だったから、法も神に由来するものと考えられた。したがって、法の内容は常に正しく、君主も法に拘束される。君主は法の下にある。人々は、あらゆる人に対抗して、君主の権力に対抗してさえ、法を守る権限と義務をもつ。君主が法を守らないときは、実力を行使して抵抗する権利を有するのである。

このように、君主の権力を法によって拘束し、人々の権利を守るという意味での立憲主義は、中世にも存在した。これを中世立憲主義と呼ぶことができる。中世では、国王にすべての権力が集中していたわけではなく、人々が様々な身分に属し、荘園と同業組合、都市などの中間団体が政治権力を分有していた。だからこそ、人々の実力行使によって法と権利を守る(自力救済)ことができたのである。中世立憲主義は、このような権力の分散状況に基づいていたのである。

その後、君主が分散していた政治権力を自己に集中し、身分制度を廃止して人々を一元的に支配する体制が登場する。このような君主による絶対的支配を正当化する観念が主権であった。近代主権国家の成立である。近代国家は、それまで政治権力を分有していた封建的な共同体を破壊して政治権力を国家に集中した。それによって同時に、共同体の拘束から解放された自由・平等・独立の個人が生み出されたのである。フランス人権宣言の正式名称「人と市民の権利宣言」が示すように、具体的な人間は、国家の一員である公的な市民と、社会の一員である私人とに分裂(Entzweiung)したものととらえられ、この私人が単なる「人」、本来の人間として人権の主体とされた⁸⁾。だからこそ、近代立憲主義は、公的な国家権力の介入から個人の私的領域(国家から自由な領域)を確保するのが憲法の役割だと考えるのである。この私的なものに対する積極的評価が、古代や中世には見られない近代に特有の考え方だといえる⁹⁾。個人はこの私的

領域において人権の主体として主権国家に対抗する。しかし、個人は（中世とは異なり）国家に対抗する実力をもたない。どのようにしたら、国家の権力を制限して自由を守れるのか、近代立憲主義の課題となるのである。

2. イギリス

「立憲主義の母国」と呼ばれるのが、イギリスである。イギリスは君主国であり、統治権力をもっているのは国王である。国王の統治が従うべき法を国王自身が制定できるとしたら、法は国王の統治の道具になってしまい、国王の権力を制限することはできない。イギリスの有名な法的文書、たとえば、マグナ・カルタ（1215年）、権利請願（1628年）、権利章典（1689年）は、イギリス人の「古来の自由と権利」を国王に認めさせた文書であるが、元来、これらの権利や自由は国王が制定した法に基づくものではなく、古くからの慣習に基づくものであった。それは神から発するから、国王といえどもその法には従わなくてはならないと考えられたのである。13世紀ブラクトン（Henry de Bracton, ?-1268）の「国王は何人の下にもあるべきではない。しかし神と法の下にあるべきである」との言葉は、中世立憲主義（法の支配）の表現であった。

しかし、この言葉は、国王に権力を集中し、中間団体の特権を剥奪していこうとする17世紀に、新しい意味をもって復活した。王権神授説に基づき、国会やコモン・ロー裁判所を無視して絶対主義的統治を行おうとするジェームズ1世（James I, 在位1603-25）に対して、1612年、クック（Sir Edward Coke, 1552-1634）が「国王は何人の下にもあるべきではない。しかし神と法の下にあるべきである」と述べたのであった¹⁰⁾。国会と裁判所は、国王の絶対主義的統治に対して、法の支配の観念で対抗した。イギリスでは歴史的に国会と裁判所が対立することはなかったのである。この頃には、中世的な慣習法の優位という思想は、コモン・ロー裁判所の判例によって実定化され、コモン・ローの優位の思想に吸収されていった。国民の権利はこのような裁判所の判例の積み重ねの中から形成されていったのである。

* イギリスの成文憲法 ジェームズ1世の次男チャールズ1世（Charles I, 在位1625-49）は、ピューリタン革命においてクロムウェル（O. Cromwell, 1599-1658）により処刑された。国王の処刑によりイギリスは共和制となった。クロムウェルは、1653年にはクーデタにより議会を解散して「統治章典」を発した。これはイギリスで歴史上はじめての成文憲法典であった。しかし、彼の独裁政治に対して国民の不満が募り、1660年の王政復古につ

ながる。同年、統治章典は廃止された¹¹⁾。

絶対王政は1688年の名誉革命によって終わる。翌年12月、新しい国王は議会が可決した権利章典を公布した。これにより国民の権利が保障されるとともに、「国会主権」が確立した¹²⁾。ここに「国会」とは、国王と貴族院と庶民院によって構成された「国会における国王（King in Parliament）」を意味する。国会の立法権は万能であり、あらゆる事項について立法することができる。イギリスの不文の実質的憲法を構成するマグナ・カルタ等の法的文書も、通常の立法手続で改正することができる。王位に関する事項も法律で定めることができる（1701年の王位継承法）。裁判所は、国会の制定した法律を違憲として適用を拒否する権限はない。国王の行政は、国会の法律にしたがって行われる。国王の統治に対する他律的な法による拘束は、中世における慣習法から、近代における議会制定法に移行したのである。こうして、「法の支配」と「国会主権」の2つが近代イギリス公法の基本原理となったのである¹³⁾。

*議院内閣制の成立 行政権は、国王の固有の領域として残ったが、18世紀になると、国王に対する助言者の集まりであった内閣が、政治の中心となっていく。議院内閣制の成立である。そのきっかけは、ハノーバー朝のジョージ1世（George I, 在位1714-27）が、ドイツ出身のため英語がよくわからず、閣議に出席しなくなったことにある。1721年以降20年以上の長期にわたって国政を任せられ閣議を主宰したウォルポール（R. Wolpole, 1676-1745）が、最初の内閣総理大臣とされる¹⁴⁾。

イギリスの統治の在り方は、モンテスキュー『法の精神』11編6章「イギリスの国制について」¹⁵⁾によって理想化して紹介された。モンテスキューは、君主・上院・下院が立法の過程に参加し、三者がそれぞれ抑制と均衡を行う体制を構想した。モンテスキューの時代には、君主・貴族・人民が現実の政治勢力だったからである。中世とは異なり、人々は君主に対抗する十分な実力を備えていないため、抽象的な法の支配では国王の権力を制限できない。そこで、権力を権力で制限するのである。その影響は大きく、権力分立は立憲主義の不可欠の一部と考えられるようになる。

3. アメリカ

イギリスのジェームズ1世による新教徒への迫害を逃れて、メイフラワー号でアメリ

カへ渡った（1620年）人々がアメリカの父祖達である。立憲主義に基づく成文憲法が世界で最初に制定されたのは、そのアメリカにおいてであった。合衆国憲法に先行して制定された各州の憲法は、世界で最初に人権思想を条文化した憲法である。そして、アメリカ合衆国憲法は、モンテスキューの描いた権力分立を純粋な形で取り入れたといわれる。しかし、アメリカには（モンテスキューが前提とした）君主も貴族も存在せず、むしろ万能の議会の力を制限することが重要であった¹⁶⁾。同憲法は立法権と行政権の関係について、イギリスの議院内閣制ではなく、大統領制を採用した。大統領は国民から選挙で選ばれるため、議会と同じく民主的正当性を持ち、立法権と行政権は厳格に分離された。アメリカの権力分立は、モンテスキューの理論ともイギリスの現実の制度とも異なるものだったのである。

アメリカ合衆国憲法の制定にあたっては、憲法と法律、憲法制定権と立法権の区別が強く意識された。憲法を制定することができるのは、立法権を行使する議会ではなく、特別の憲法制定会議である。当時、人民主権論と結びついた議会万能論が唱えられており、立法権と異なる憲法制定権の観念は、議会の万能を抑制するものであった。議会が憲法を自由に変更することはできない。立法権と憲法制定権の区別は、立法から区別された憲法の最高法規性の観念につながる。憲法は議会が制定する法律よりも上位の規範だから、国の最高法規である。法律も憲法に反することはできない。では、憲法の最終的解釈権者はだれか。マーベリー対マディソン事件（1803年）で合衆国最高裁判所は、憲法の解釈、すなわち何が憲法の意味であるかを決定する権限は裁判所にあり、したがって、裁判所は違憲立法審査権を有すると宣言した¹⁷⁾。

世界ではじめて立憲的な成文憲法を制定したアメリカであったが、制定当初、アメリカ合衆国憲法には権利章典がなかった。修正1条から10条が付け加えられたのは、1791年である。また、憲法制定のきっかけとなったアメリカ独立宣言（1776年）が「すべての人は、平等に造られ、造物主により……奪うことのできない一定の権利を与えられている」としていたにもかかわらず、奴隷制度が存在していた¹⁸⁾。リンカン（A. Lincoln, 1809-65）大統領が奴隷解放宣言を発したのが1863年、南北戦争を経て憲法修正条項に奴隷制度の廃止が明記されたのは1865年になってからであった。

4. フランス

フランスではすでに成立していた絶対王政（アンシャン・レジーム）を革命によって一挙に転覆させなければならなかった。国民の憲法制定権力の観念を理論化し、来たるべ

き革命を正当化したのが、シイエスの『第三身分とは何か』¹⁹⁾である。彼は、「憲法をつくる力」と「憲法によってつくられた力」を峻別する。政府は、「憲法によってつくられた力」を行使するにすぎないから、憲法に拘束され、憲法を変更できない。これに対して、国民の有する「憲法をつくる力」は、憲法に優位し、いかなる実定法にも拘束されない万能の力であって、憲法をいつでも好きなように変更できる、というのである。同書が出版されてまもなくフランス革命が起これ、アンシャン・レジームを転覆し、新しい実定法秩序を構築した。この理論はフランス革命を法学的に正当化したのであった。しかし、いったん自己の望む憲法体制が成立してしまうと、この理論の中心にある実定法破壊的概念は、危険なものとなる。革命後の1791年憲法は、「憲法制定国民議会は、国民がその憲法を変更する時効にかからない権利を有することを宣言する」(7編1条1文)としながら、きわめて複雑な改正手続を定めていた。これは、憲法制定権力を事実上二度と発動しないものとして法の世界から追放したことを意味する。憲法制定権力は新憲法の制定で使い果たされ、憲法の中に吸収されてしまう。憲法制定権力は、成立した憲法の正当性原理の所在を示す概念となった。その後の学説も、「憲法制定権」と「憲法改正権」を区別し、実定法上は「憲法改正権」だけが認められるようになる²⁰⁾。

フランス革命後も、フランスでは政治体制の変動が繰り返されたが、ヨーロッパ諸国の憲法に直接の影響を与えたのはフランスであった。他の国々が立憲主義を取り入れたのもフランスの影響によるものである。

フランス人権宣言16条は、「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社会は、すべて憲法をもつものではない」と述べて、「権利の保障」と「権力の分立」を立憲的意味の憲法の条件であると宣言した。実定憲法の下で、立法・行政・司法の三権が並立するが、国民主権を前提に、国民を代表する議会が他の権力に優位するように制度化された。議会の制定する法律は一般意思の表現であり、この法律によって権利が保障されると解されて、裁判所の違憲審査権も認められなかった²¹⁾。

*フランス人権宣言16条の「社会」は、ロックにおいて社会契約によって設立される社会が、市民社会=政治社会=国家であるのと同じく、国家と社会が区別される以前の公私を包括した全体社会である。しかし、他方で宣言は、人の権利と市民の権利を区別する。ここで人とは社会を構成する私人であり、市民とは国家の意思形成に参加する国民(公民)であるから、国家と社会の区別に対応している。人権宣言のどちらの側面を重視するか、学説の理解には相違がある²²⁾。

5. ドイツ

他方、19世紀ドイツでは、「立憲主義」とは「立憲君主制」と同義であり、「議会主義」に対立するものと捉えられた²³⁾。

君主が国家の権力（主権）の主体であり、その権力を自由に（あるいは恣意的に）行使することができるならば、君主の権力は法的には無制限である。それが絶対君主制である。これに対して、君主が国家権力を総攬する建前になっていても、その権力を行使するさいに憲法上の制約に服す場合には、立憲君主制が成立する。

立憲君主制は、19世紀のヨーロッパ、とくにドイツで一般的に見られた国家類型であった。19世紀ドイツでは、各ラントで憲法制定が相次いだ。これらの憲法は、王政復古後のフランスで1814年に制定された欽定憲法である憲章シャルトを模範としたもので、同じく君主が制定した欽定憲法である。それらの憲法の特徴が「君主制原理（das monarchisches Prinzip）」である。君主はすべての国家権力を総攬するが、憲法の規定に従って国家権力を行使する。立憲主義を取り入れた君主制、すなわち立憲君主制である。ここでは国民も国民代表（議会）を通じて国家権力の行使に関与した。制限選挙とはいえ国民から選挙によって選出される国民代表によって構成される議会が設置され、議会は立法や予算に関与する。議会の同意がなければ、法律も予算も成立しない。君主の側で議会の関与を排除するための憲法改正を行おうにも、議会の同意が必要である。そうすると、元来は君主が制定した欽定憲法であるにもかかわらず、憲法制定権力の主体、主権の所在が不明確になってくる。主権は君主にあるのでも国民にあるのでもなく、ただ国家にのみあるという国家法人説は、ドイツの立憲君主制に適合的な理論であった。

このようなドイツ的立憲君主制が、君主主権（君主制原理）と国民主権（民主制原理）を融合させた独自の政治形式なのか、それとも君主主権から国民主権への移行過程における妥協的政治形式にすぎないのか、学説では現在でも議論されている²⁴⁾。

*プロイセン憲法争議 プロイセン憲法は、国家の収入および支出のすべては、毎年予算に計上されるべきこと、予算は毎年法律で確定することを定めていた（同法99条）。法律の成立には、国王と上下両院の一致が必要である（同法62条）。1862年、軍備拡張を進めようとする国王ヴィルヘルム1世（Wilhelm I, 在位1861-1888）と、それに反対する議会が対立し、予算が成立しなかった。同年首相に就任したビスマルク（O. v. Bismarck, 1815-1898）は「欠缺理論（Lückentheorie）」を主張した。予算が成立しなかったときどうする

かについて憲法典は何も規定していない。ここには「欠缺」がある。憲法の規律がない以上、国王の政府は自由に活動することができる、として、議会の同意を得ずに予算を執行した。この状態は1866年まで続いた。

1866年の普墺戦争でプロイセンがオーストリアに圧勝した後、ビスマルクは議会との妥協を図り、議会に免責法案を提出して、議会の承諾なしに行われてきた歳出に対する議会の事後承認を求めた。議会がそれを可決し、憲法争議は終わった。

明治憲法71条が前年度予算執行主義を採用したのは、予算不成立からプロイセン憲法争議のような事態が生じることを「立憲的に」回避しようとした苦心の結果であった²⁵⁾。

6. 日本

ドイツの君主制憲法を模範として制定されたのが、日本の明治憲法である。

明治政府は、「憲法」の語よりも前から「立憲」の語を用いていた。1875(明治8)年には「漸次ニ国家立憲ノ政体ヲ立テ」ることを約束し、1882(明治15)年に「欧州各立憲君治国ノ憲法」取調べのため、伊藤博文をヨーロッパに派遣したときの勅語にも、「立憲」の語が繰り返し使われている²⁶⁾。明治憲法草案を枢密院で審議しているとき、「臣民の権利」に反対する森有礼に対して、伊藤博文が、「抑憲法を創設するの精神は、第一君権を制限し、第二臣民の権利を保護するにあり」と応じたのは、明治憲法によって立憲主義を導入しようとしたことの証である²⁷⁾。

明治憲法下で東西の立憲学派を代表する美濃部達吉と佐々木惣一は、明治憲法の基本原理の1つとして立憲主義をあげる。どちらも、主権の所在とは無関係な「政体」(立憲政体)の問題とする。美濃部によれば、立憲政体の中心思想は、①国民自治の思想と②自由平等の思想である。ただし、①は国民主権を意味するのではなく、議会制度と国民的政府または責任政治の原則を意味する。彼によれば、議会制度と立憲制度はほとんど同意義である。また、国民的政府も議院内閣制に限られず、内閣が国政について議会と国民に責任を負い、議会や国民は国政を批判・論難する自由を有する。②の組織原理としては、権力分立主義と法治主義があげられる²⁸⁾。明治憲法も、議会制度を設け、法治主義と責任政治の原則を認めているので、(強大な君主主義によって制限されてはいるが)立憲主義を採用しているのである²⁹⁾。佐々木も、立憲主義国家の制度は一様ではないが、立憲主義の精神には1つの本質的要素があるとして、立憲主義とは、国民の自由の保全を目的とし、手段として権力分立を定め、統治権の発動に国民を参加させる政体をいうとする。そう考えれば、明治憲法も立憲政体をとっていることになるのである³⁰⁾。

日本の明治憲法も立憲君主制の憲法に分類することができるが、天皇の権力の源泉はあくまで天皇自身または皇祖の神勅にあり、権力の制限は自己制限にすぎなかった。憲法の「臣民の権利」も天皇の恩恵と考えられた。「外見的立憲主義」と呼ばれることが多いのはそのためである。

Ⅲ 憲法テキストにおける「立憲主義」

立憲主義の歴史を振り返ると、各国には様々な立憲主義が存在していることがわかる。そうすると、ここにあるのは一個同一の立憲主義なのか、それとも複数の異なる立憲主義なのか、という疑問が生じる。言い換えれば、立憲主義の諸要素のうち、何が立憲主義のコアなのか、ということである。日本の学説はこの点をどのように考えているのだろうか。そこで、次に、日本の憲法のテキストは「立憲主義」をどう定義ないし説明しているのか、確認してみることにしよう。

① 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第7版）』（岩波書店，2019年）

立憲的意味の憲法は、「自由主義に基づいて定められた国家の基礎法」であり、立憲主義とは、「専断的な権力を制限して広く国民の権利を保障する」思想である（5頁）。中世の法の支配の原理が近代自然法思想によって新たに基礎づけられることによって、近代立憲主義が生まれた（5～6頁）。立憲主義は（もともと自由主義に基づくものであるが）社会国家と矛盾せず、民主主義とも結合するとされる（16～17頁）。

①と近い説明は、次の②にも見られる。

② 渋谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣，2017年）

「法の支配の原理を、自然権思想と巧みに組み合わせた創り上げられた」のが立憲主義という政治思想である（2頁）。立憲主義の原理として、a：法の支配、b：人権保障、c：権力分立をあげる（43～44頁）。権利（自由）保障という目的のため、統治権を分割（権力分立）し、それを定めた憲法によって政治を支配（法の支配）するのが立憲主義であるから、立憲主義と民主主義は本来次元が異なる、とする（3頁）。

①②によれば、法の支配と自然権思想が組み合わされたものが立憲主義である。そうすると、自然法思想を排除したドイツや日本（ここではⅡ 5・6でみた19世紀ドイツの憲法や日本の明治憲法の意味で用いる）は、——美濃部や佐々木の理解とは異なって——立憲主義ではないことになる。①と②では国民主権ないし民主主義との関係が異なるようにも見えるが、どちらも国民主権を立憲主義の不可欠の要素とはしていない。①と②は法

の支配を立憲主義の淵源とする点で共通である。

これに対して、次の③は法の支配に言及しない。

③ 樋口陽一『憲法（第3版）』（創文社，2007年）

樋口は他の文献³¹⁾では、立憲主義を端的に「権利保障と権力分立によって権力を制限しようとする原理」と定義しているが、③でも、「立憲的意味の憲法にとって不可欠な構成要素は、権利保障と権力分立であり、国民主権は必ずしもそのように位置づけられていない」とする（12頁）。ただし、主権国家によって個人が作り出された点を重視し（同頁）、主権と人権の連関と緊張を強調している（27頁）。「近代立憲主義は、権力の国家への集中を前提とした上での、権力制限の試み」である（31頁）。

権利保障と権力分立はフランス人権宣言の定式であり、フランスの典型性にこだわる樋口の特徴がここにも現れている。国民主権を立憲主義の要素とはしていないため、先のドイツや日本も立憲主義に含まれそうであるが、「権利」を自然権ととらえれば、ドイツや日本は立憲主義から除かれることになる。

次の④は①～③を融合したかたちになっている。

④ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第4版）』（有斐閣，2017年）

「立憲主義とは、国の統治が憲法に従って行われなければならないという考えをいう」（19頁）。これはいわば広義の立憲主義であるが、近代立憲主義は、「自由の保障」・「法の支配」・「権力分立」・「人民主権」の4つをその基本原理とする（21頁）。「自由の保障」と「権力分立」というフランスモデル（③）のほかに、（①②と同じく）「法の支配」があげられ、さらに、「人民主権」が加えられている。これまで見た①～③は立憲主義の要素として、「人民主権」も「国民主権」もあげていなかったのが、④においてはじめての登場である。ここでもまたドイツや日本は立憲主義から除かれることになりそうであるが、④の特徴は、立憲主義を「立憲君主政モデル」と「国民主権モデル」に分けるところにある（30頁）。すなわち、英米仏も独日も同じ立憲主義ではあるが、異なるモデルだというわけである。「真の（近代）立憲主義」と「外見的立憲主義」の区別に近いようにも思われる。

①～④では、ドイツや日本は立憲主義ではないか、立憲主義であるとしてもその端（隅っこ）に位置づけられているが、ニュアンスの異なる定義をするテキストがある。

⑤ 小嶋和司『憲法概説』（良書普及会，1987年）

専制政体を不当として成立したのが立憲政体である（4頁）。人民に対する支配権の行使を制約するもので、a：法による行政の制度と、b：責任政治の原則を内容とする。なお、aは国民代表議会の立法と、司法権の独立、したがって権力分立を含む。bは大臣

責任制であるが、明治憲法下では大臣の政治責任を議会で追及することができたから、責任政治の原則が達成されていたとする理解と、議院内閣制が確立していなければならないとする理解がある（5～10頁）。

ここには、法の支配も権利（自由）の保障も項目としてはあげられていない。議会制定法で政府の権力が制約されるので、「法＝法律の支配」があれば十分であり、近代自然法や自然権も不要である。⑤ではドイツや日本も立憲主義の主要メンバーに含まれることになる。

⑤と同じく責任政治の原則をあげるのは、次の⑥である。

⑥ 大石眞『憲法講義 I（第3版）』（有斐閣，2014年）

立憲主義は、a：権利の保障，b：権力分立，c：責任政治の3つの原則からなる。aとbを不可欠の要素とする点はフランス人権宣言と同じであるが、制度的な担保としてcを加える点が特徴的である。さらに、立憲主義は国民の国政参加の契機含む「立憲民主主義」である。ただし、国民主権を不可欠とするものではないようである。国民に国政参加の権利が与えられ、議会の一院が国民代表によって構成されていれば要件を充足するのであれば、明治憲法下の日本も立憲主義を採用していたといえることになる。

若干のテキストを眺めたにとどまるが、それでも、立憲主義の要素として何をあげるか、違いがあることがわかる。まず、立憲主義の要素として「法の支配」をあげる学説（①②④）とあげない学説（③⑤⑥）があるし、次に、立憲主義の要素として「国民主権（人民主権・民主主義）」をあげる学説（④）とあげない学説がある（議会の設置と国民の政治参加についても、それを前提とするもの〔⑤⑥〕と別次元とするもの〔②〕に分れる）。

ここには、立憲主義のコアとは何かのとらえ方の違いがある。④が立憲主義を「君主政モデル」と「国民主権モデル」に分類することはすでに見たが、後者の「国民主権モデル」に含まれると思われる英米仏が同一の立憲主義であることを否定するのが、次の⑦である。

⑦ 阪本昌成『憲法 I 国制クラシック（全訂第3版）』（有信堂高文社，2011年）

近代立憲主義はフランス型とアメリカ型の2つのモデルに区別されなければならない。前者は純粹理論型・超越論型、後者は経験型・伝統重視型である。どちらが本当の立憲主義かといえば、アメリカ型である。アメリカ型は、民主主義の行き過ぎに歯止めをかける思想であり、「立憲主義＝法の支配＝権力分立」という等式に基づくものである。そして、当然にドイツ型とも異なる。

阪本昌成は他の著書³²⁾で、「法の支配の実現こそその〔立憲主義の〕コアだ」（151頁）、「立憲主義とは、『法の支配』という思想の別称だ」（185頁）と述べている。そして、フ

ランス革命をモデルとして、人民主権を立憲主義の要素とすることはできない。なぜなら、人民主権論こそ「全体主義の母胎となった」（193頁）のだからである。

⑦のように様々な立憲主義を区別すると、もはや立憲主義という共通の概念は必要ないのではないかという疑問が生じるほどである。いずれにせよ、何が立憲主義の構成要素であり、その中の何が立憲主義のコアというべきものなのか、学説の一致は見られないことは確認することができたので、次は他の憲法原理との関係で立憲主義の概念を考えることにする。

IV 立憲主義と他の憲法原理との対立

近代憲法を構成する原理は立憲主義に限られない。近代立憲主義と他の憲法原理とはどのような関係にあるのか、矛盾・対立するのか、融合・一致するのか、どう解されているのかをしてみることにしたい。

なお、ここで2つの原理が「矛盾対立する／しない」という言葉の意味が問題になる。例えば、国民主権と天皇制、主権と自由、経済的自由と社会権、表現の自由とプライバシーなど、2つの原理・制度・権利が矛盾・対立するといわれることがあるが、これに対して、これらの原理等は一国の憲法の中に併存しているのだから矛盾も対立もしていないといわれることもある。確かに、一方が他方に優位し、その結果劣位の原理が否定されてしまうわけではない。しかし、一方から他方が導出され、あるいは派生するわけでもない。両者は互いに制約しあっているのである。このように、2つの原理が互いに制約しつつ併存していることをここでは「対立」と呼ぶ。

1. 立憲主義と民主主義

民主主義の前提である普通選挙制は、男子普通選挙制に限っても19世紀末から20世紀にかけて、婦人参政権の実現は20世紀になってようやく実現した国が多い。立憲主義はそれ以前から存在した。立憲主義または権力分立は、たとえ制限選挙であっても国民代表によって組織される議会を設置し、立法や予算の決定に参加させることが最低限の要請であるから、この限りでは立憲主義と民主主義は（国民が国政に参加し、君主の権力を制限する点で）矛盾しない。しかし、国民が主権をもち、国民の意思が統治権力の内容を決定すべきであると考えられるようになると、両者の間に緊張関係が生まれ

る³³⁾。立憲主義とは、もともと（君主の）主権を制限するものであった。主権が法を超越した権力である以上、それが国民主権であっても制限すべきことは同じだからである。

*自由主義と民主主義 立憲主義の不可欠の構成要素である権力分立は、自由主義的な組織原理であって、いかなる権力とも——民主主義的な権力とも——対抗するものであると説明されるとき³⁴⁾、立憲主義＝自由主義と民主主義は対立的に把握されている（対立説）。これに対して、リベラルでない民主制はもはや民主制ではなく、民主制の否定である、として、民主主義と自由主義を融合的に捉える学説³⁵⁾も有力である（融合説）。定義の問題なので、どちらが正しいとはいえないが、前者のとらえ方では、ルソーの社会契約論は民主主義的であるが自由主義的ではない——個人はすべての自然権を譲り渡して結合（国家を形成）するため、国家に対抗する権利は残っていないので、人権宣言の自由主義思想とは相容れない——とされるのに対して、後者のとらえ方では、自由を保障していない以上そもそも民主主義的ではないとされることになる。これは一般の理解とは異なる。融合説は、民主主義の定義を工夫することで立憲主義との矛盾を回避しようとするが、成功しているかどうか疑問がある。

それでは、対立する原理である立憲主義と民主主義をどのように併存（調和）させるべきなのか。

立憲主義を民主主義に優先させる解釈は次のように考える。近代立憲主義の観念によれば、民主主義革命によって成立した国家の権力も制限されなければならない。憲法制定によって国民の権力は憲法に内在化し、国家の機関が憲法によって組織される。憲法の外にある国民の権力は、民主主義革命による憲法制定という一回限りの現象によって消滅するのである。憲法の上にあった国民主権は憲法の中の民主的政治過程を組織する原理となる。国民でさえ、憲法制定権力を憲法制定で使い果たしてしまった結果、憲法上の機関となる。憲法の上には何もなく、憲法自体が主権者であるかのような観を呈する。

これに対して、民主主義を優先させる解釈もある。それによれば、国民主権は憲法の効力根拠である。主権が憲法によって拘束されていても、それは主権の自己拘束にすぎない。いざとなれば主権は憲法の拘束をはねのけることができるのである。カール・シュミット（C. Schmitt）の憲法制定権力論がその典型であるが、日本では、尾高・宮沢論争における宮沢俊義の立場がまさにこれである。

尾高朝雄³⁶⁾が、主権者といえども決してオール・マイティではなく、いかなる権力者も従わなければならない正しい筋道、越えてはならない「政治の矩」が存在すると主

張し、それを「ノモス」と呼んだのに対して、宮沢俊義は、主権の主体はノモスのような規範ではなく、具体的な場合に決定を下すことのできる具体的人間でなければならない、と批判した。政治のあり方がノモスに従わなくてはならないとしても、ノモスの具体的な内容は明らかではないから、誰かがノモスの具体的な内容を定めなくてはならない。「その『誰か』がここでいう主権の主体である」。「『ノモスの具体的な内容を最終的に決めるのは誰であるか』。この最後の問いが、ここでの問題である。これに対して、ノモスだと答えることができないことは、あまりに明白であろう」³⁷⁾。主権者たる国民を拘束する法の存在を想定してみたところで、主権者はその方の内容を自ら決定できるのであるから、主権者を（他律的に）拘束する法は実は存在しないというのである。

この尾高・宮沢論争は、「宮沢説の完勝であった」と一般に解されている³⁸⁾から、日本の憲法学は民主主義を立憲主義に優先させているかといえば、その辺がはっきりしない。けれども、もしも主権を拘束する法の存在を主張するのであれば、宮沢の勝利を肯定的に評価することはできないはずである³⁹⁾。

2. 立憲主義と社会国家

歴史的に見ると、近代立憲主義は自由主義の思想に基づいて、国家の統治権力が市民社会に介入することを抑止する。社会の秩序は前国家的な、国家にとって所与の領域である。社会の領域において人々は自由かつ自己の責任に基づいて生活することができる。だからこそ、国家の介入は必要最小限にとどまらなければならないのである。これに対して、現代の社会国家は、市民社会に積極的に介入し、人々に人間らしい生活を保障しようとする。人々はもはや国家の援助なしには生活を維持していくことができない。社会の秩序は前国家的性格を失い、立法者が形成・計画・操作すべき対象となる。立憲主義と社会国家をどうしたら調和的に解釈できるか、問題とされてきた。

ドイツでは、法治国家の観念が立憲主義の中心をなす。基本法 20 条と 28 条は、ドイツ連邦共和国は「社会的法治国家」であるとす。この概念について、フォルストホフ (E. Forsthoff)⁴⁰⁾が、1953 年のドイツ国法学者大会で、法治国家と社会国家は憲法のレベルでは両立不可能であり、社会国家は立法と行政のレベルで実現されるべきであると述べて、議論となった。その後の学説は、フォルストホフに反対して、法治国家と社会国家を憲法レベルで融合的に解釈している。その結果、フォルストホフにとって、基本権は抽象的で孤立した個人の国家から自由な領域を確定するものであるが、ヘッセ (K. Hesse)⁴¹⁾は、このような基本権理解では現実の自由は保障されないとする。現実の自

由は、国家による計画と給付に頼らざるを得ない。国家が何もしなければ、国家から自由な領域は社会的権力が活動する場になってしまう。だから、法的な自由は、客観法の一部として内容を形成され制限された自由と理解しなければならないというのである。法治国家に第一次的な価値を認めるフォルストホフからすれば、ヘッセは社会国家のために法治国家を犠牲にしていると映るだろう。ただし、ヘッセも、自己責任に基づく自由が国家の包括的活動によって失われることは許されないとしている。

日本国憲法も、自由権とともに社会権を保障しているから、立憲主義（法治国家）と社会国家の両要素を取り入れていることは明らかである。両者は、歴史的背景も国家観も異なる⁴²⁾が、学説は一般に、精神的自由には個人の国家からの自由な領域として前国家的性格を認めるのに対して、社会権や財産権には国家（民主的立法者）による形成の対象としての性格を与えている。前者は立憲主義（法治国家）的、後者は社会国家的にとらえたうえで、「国家からの自由」を基本とする学説が有力である。フォルストホフが両原理を対立するものととらえ、ヘッセが両原理を融合させているのに対して、両原理を並立・共存させているわけである。1つの憲法の解釈としてそのような使い分けが可能なのか理論的には疑問の余地がある反面、憲法自体が矛盾する原理を取り入れているのだから、かえって憲法に忠実な解釈であるともいえよう。

*福祉国家・社会国家批判 福祉国家の登場によって国家はもはや国民（基本権）の敵ではなく保護者になったとして、国家からの自由を不要とするかのような意見に対して、日本の憲法学は批判的であったが、社会国家・福祉国家の観念そのものに対しては肯定的であった。これに対して、マルクス主義⁴³⁾の側からは、福祉国家は、国家独占資本主義下の支配のイデオロギーであるとされた。国家独占資本主義体制では、階級支配を維持するために、独占資本と国家が癒着し、国家が全面的に経済過程に介入することになるが、福祉国家は、階級支配や階級対立を隠蔽するためのイデオロギーにすぎないとする。しかし、1991年のソ連消滅とともに、社会主義が体制選択の選択肢から脱落してからは、このような批判はほとんどみられなくなった。

今日重要なのは、自由を至上の価値とするリバタリアニズムからの批判である。リバタリアニズムは、国家の強制による自由の制約を最小化するため、政府の役割も最小化することを目指すので、立憲主義と共通した部分をもつ。他方で、福祉国家（かつては社会主義国家も）は典型的な「大きな政府」として攻撃対象とされる。なぜなら、福祉国家は人々の（経済的）自由の領域に介入するために政府権力を強大化せざるをえず、福祉政策を実現するための負担を国民に強制するので、自由や権利を侵害するからである。日本でも、福祉国家は

自由な国家とはならない、という論者が注目されている⁴⁴⁾。

3. 立憲主義と平和主義

立憲主義は、法の支配を内容とするのだから、法秩序が通用することを前提とし、法秩序が通用するには国内の平和が維持されていなければならない。その限りでは立憲主義と平和主義は相互補完の関係にあるといえる⁴⁵⁾。

しかし、日本国憲法9条の平和主義との関係では議論がある⁴⁶⁾。一方では、9条を完全非武装の絶対平和主義と解した上で、同条にもかかわらず自衛のための実力組織である自衛隊が存在するのは、立憲主義に反すると主張される。この場合の立憲主義は、形式的意味の憲法、憲法9条という条文を意味していることが多いように感じられる。完全非武装では国民の生命や自由・財産を実効的に保護できないとの批判に対して、それこそが理想に殉じる正しい生き方であると反論する。しかし、これに対しては、このような解釈は、公と私の区別を無視して、特定の生き方を全国民に強制するもので、逆に立憲主義に反するとの主張もある⁴⁷⁾。立憲主義の理解をめぐる対立がここにも存在する。この対立は、9条の解釈とつながるので、これ以上ここでは触れない。

V 立憲主義と憲法解釈論

ここまで来ても、結局、何が立憲主義であるか判然としないままである。

10年ほど前、愛敬浩二は、『立憲主義とは何か』と尋ねたら、憲法学者は一様の回答をするのだろうか」と問い、「これはどうもむずかしそうである。あえて極論すれば、日本憲法学においては、『立憲主義の復権』に伴って、立憲主義の理解は『混迷』を深めているようにさえ思われる」と述べていた⁴⁸⁾。10年以上経過しても状況は変わっていないようである。本稿も、愛敬の結論をもう一度確認したにとどまる。

もちろん、憲法上の基本概念であって内容が一義的に明らかではないものは、国民主権や法の支配、権力分立などたくさんある。これらの概念は、憲法理論的にも法思想史的にも重要なものであるが故に繰り返し（あるいは、果てしなく）議論されている。立憲主義もそのような概念の1つとして今後とも議論されていくことになるだろう。

憲法理論的・法思想史的にはそれでよいとして、憲法解釈論上の概念としてはどうだろうか。立憲主義の要素の1つとしてあげられる（その意味では立憲主義よりもより具体

的な下位概念である)「権力分立」について、小嶋和司は、「『権力分立』のみを決め手とする解釈論は、避けなければならない」、「『権力分立』関係の解釈問題は、なるべく他の条規との関連を基準として決せらるべきである」などの5つの提言をしている⁴⁹⁾。自分自身の権力分立イメージを基準とした判断は、学問としての客観性や説得性を持ち得ないとするのである。そうであるとすれば、この提言は、権力分立よりもさらに抽象的な立憲主義にはより強く当てはまるだろう。

かりに立憲主義の制度に共通のものはなく、共通性があるとすれば、立憲主義の精神とでもいうものだけであるとしよう。立憲主義が単なる「精神」であるならば、かつて佐々木惣一が述べたように、政府の行為は違憲であってはならないが、違憲ではなくとも、非立憲であってはならない、という「心構え」の問題になってしまう。それでは憲法解釈論にはならないだろう。それでも、立憲主義の精神の中身を探ると、自由主義であったり、民主主義や議会主義であったり、権力分立や法治国家(法の支配)であったり、裁判官の独立や違憲審査権であったり、基本権の保障であったりする。その時々文脈で何をさしているのかを考えなければならない。

もし立憲主義の精神を憲法解釈論の中に取り込もうとするのであれば、立憲主義といわずに(立憲主義を決め手とするのではなく)、その時々より具体的な原理・制度・権利を主張した方がよい。しかも、違憲審査制を前提とした憲法解釈にとっては、具体的な条文と無関係な抽象的原理は、基準として役に立たないのだから、決め手とすべきは憲法規定である。例えば、個々の基本権規定の解釈をしているときに立憲主義を論拠に付け加えたところで、それで解釈の「厚みが増す」ことはそうはないだろう。立憲主義の精神は、個々の憲法規定の解釈の中に吸収されてこそ(言い換えれば、解釈で立憲主義を持ち出す必要がなくなったときに)憲法解釈論として活けるといえよう。

〈追記〉

本稿は2018年度中央大学特別研究期間制度の成果の一部である。

注

- 1) 代表的なものとして、佐藤幸治『立憲主義について』(左右社、2015年)だけをあげる。
- 2) 法学教室428号(2016年5月号)の特集「立憲主義ってなんだ?」、公法研究80号(2018年)の特集「立憲主義と法治主義」。
- 3) 佐々木惣一『立憲非立憲』(講談社学術文庫、2016年)
- 4) 雑誌の特集が組まれたのも、立憲主義という言葉が先行して、その意味内容があいまいだったことが理由になっているのではないか。他国でも「立憲主義」の語は必ずしもポピュラーではない。

- 赤坂正浩「ドイツにおける『立憲主義』」法学教室 428号(注・2) 25頁は、ドイツの立憲主義は、時代が限定された「特殊な憲法史学的概念」で、今日ではむしろ「立憲国家」の概念が用いられているとする。また、山元一「フランスにおける『立憲主義』」同誌 30頁も、「フランス憲法学では立憲主義という観念はあまり一般的ではない」という辻村の認識に賛成している。
- また、日本の現状について、西村祐一「わが国の立憲主義の歴史的考察」公法研究 80号(注・2) 135頁は、立憲主義は「憲法学界においてはそれが何かについての共通理解が得られないままに憲法学者のアイデンティティを支え続ける一方で、市民社会においては『国体』による支えないままに中空を浮遊しているのではないか」とさえ述べている。
- 5) カール・レーベンシュタインのいう「名目論的憲法 (die nominaristische Verfassung)」である。Vgl. Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 3. Aufl., 1975, S. 152. レーベンシュタイン(阿部照哉=山川雄巳訳)『新訂現代憲法論』(有信堂, 1986年) 187頁。
 - 6) グスタフ・ラートブルフ(小林直樹訳)「実定法の不法と実定法を超える法」同『実定法と自然法』(東京大学出版会, 1961年) 251頁。
 - 7) フリッツ・ケルン(世良晃志郎訳)『中世の法と国制』(創文社, 1968年), 芹沢斉「立憲主義」芦部信喜編『憲法の基本問題』(有斐閣, 1988年) 4頁以下参照。
 - 8) 渡辺康行=宍戸常寿=松本和彦=工藤達朗『憲法 I 基本権』(日本評論社, 2016年) 7頁〔工藤〕参照。
 - 9) バンジャマン・コンスタン(大石明夫訳)「近代人の自由と比較された古代人の自由について」中京法学 33巻 3・4号 161頁(1999年3月10日) 参照。
 - 10) その場面を描いたものとして、高柳賢三「法の優位」同『英米法の基礎』(有斐閣, 1954年) 160-163頁。
 - 11) 田中英夫『英米法総論上』(東京大学出版会, 1980年) 130頁以下。
 - 12) 田中・注 11) 137頁以下。
 - 13) このようにまとめてしまうと、イギリスにおける「法の支配」は議会制定法である「法律の支配」のことにように思われる。これについて、樋口陽一『比較憲法(全訂第3版)』(青林書院, 1992年) 131頁は、「建前上は万能なはずの議会の制定法も、実質的・内容的には、かつての法の支配の中身を近代法として再編成しながらとりこんだものなのであり、そのような意味あいでは、国会主権と法の支配という2つの原理が両立しているのである」と指摘している。ダイシーによる両原理の関係の説明は、A・V・ダイシー(伊藤正己=田島裕訳)『憲法序説』(学陽書房, 1983年) 388頁以下。
 - 14) 小嶋和司「内閣制度」同『憲法学講話』(有斐閣, 1982年) 74頁。あわせて、田中・注 11) 142頁以下。
 - 15) モンテスキュー(野田良之ほか訳)『法の精神(上)』(岩波書店, 1987年) 211頁。
 - 16) 阿部斉「立憲主義について」下山瑛二=高柳信一=和田英夫編『アメリカ憲法の現代的展開 2 統治構造』(東京大学出版会, 1978年) 3頁。
 - 17) 田中・注 11) 239頁以下。
 - 18) 木下智史「立憲主義の原型と変容」公法研究 80号(注・2) 3頁。
 - 19) シエス(稲本洋之助ほか訳)『第三身分とは何か』(岩波文庫, 2011年)。
 - 20) 樋口・注 13) 71頁以下。
 - 21) 樋口・注 13) 67頁以下。
 - 22) 前者を重視する近時の代表的な論者として、水林彪「近代憲法の本源的な性格」戒能通厚=榎澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』(日本評論社, 2008年) 21頁。これに対して、工藤達朗「市場のグローバル化と国家の位置づけ」公法研究 74号(2012年) 10頁以下参照。
 - 23) 赤坂・注 4) 23頁。
 - 24) Vgl. E.-W. Böckenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 112 ff. エルンスト=ヴォルフガング・

- ベッケンフェルデ (村上淳一訳) 「19 世紀ドイツ立憲君主政の国制類型」F・ハルトゥング = R・フィーアハウス他著 (成瀬治編訳) 『伝統社会と近代国家』(岩波書店, 1982 年) 487 頁。あわせて、栗城壽夫「ドイツ型立憲君主政」同『19 世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社, 1997 年) 393 頁、赤坂正浩「立憲主義のドイツ的理解」同『立憲国家と憲法変遷』(信山社, 2008 年) 25 頁参照。あわせて、ライナー・ヴァール (栗城壽夫訳) 「1866 年までのドイツにおける立憲国家の発展」同 (小山剛監訳) 『憲法の優位』(慶應義塾大学法学研究会, 2012 年) 121 頁。
- 25) プロイセン憲法争議について, 山田晟『ドイツ近代憲法史』(東京大学出版会, 1963 年) 35 頁, F・ハルトゥング (成瀬治 = 坂井栄八郎訳) 『ドイツ国制史』(岩波書店, 1980 年) 361-374 頁, 明治憲法 71 条について, 石川健治「『真ノ立憲』と『名義ノ立憲』」木村草太ほか『『改憲』の論点』(集英社新書, 2018 年) 211 頁参照。
- 26) 日本における「立憲」概念の変遷について, 西村・注 4) 126 頁参照。
- 27) 工藤達朗=畑尻剛=橋本基弘『憲法 (第 5 版)』(不磨書房, 2014 年) 28 頁以下 [工藤]。
- 28) 美濃部達吉『憲法撮要 (改訂第 5 版)』(有斐閣, 1930 年 [復刻版, 1999 年]) 59 頁。これに対して, 同『憲法講話』(岩波文庫, 2018 年) 72 頁以下では, 立憲政体・制度の特色として, ① 国家公民主義, ② 民政主義, ③ 法治主義の 3 つをあげる。① は, 封建的な身分制社会を打破して, 公民の平等を実現したこと, ② は国民に参政権が与えられ, 治者の一員となったこと, ③ は, 国民の自由を尊重し, 法律によらなければ国民の自由を侵すことができないことをそれぞれ意味するという。
- 29) 美濃部・注 28) 『撮要』123 頁。
- 30) 佐々木惣一『憲法要論』(金刺芳流堂, 1930 年) 87-8 頁。
- 31) 大須賀明=栗城壽夫=樋口陽一=吉田善明編『憲法辞典』(三省堂, 2001 年) 473 頁。
- 32) 阪本昌成『新・近代立憲主義を読み直す』(成文堂, 2008 年)。
- 33) 高橋和之「西欧立憲主義はどう理解されたか」同編『日中における西欧立憲主義の継受と変容』(岩波書店, 2014 年) 6 頁。
- 34) 清宮四郎『憲法 I (第 3 版)』(有斐閣, 1979 年) 89 頁以下。
- 35) 宮沢俊義「清宮四郎『権力分立制の研究』(紹介)」同『憲法論集』(有斐閣, 1978 年) 436 頁, 芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』(有斐閣, 1992 年) 51-3 頁。
- 36) 最近文庫化された, 尾高朝雄『国民主権と天皇制』(講談社学術文庫, 2019 年) 参照。
- 37) 宮沢俊義『国民主権と天皇制』同『憲法の原理』(岩波書店, 1967 年) 297-8 頁。
- 38) 杉原泰雄「解説」同編『国民主権と天皇制 (文献選集日本国憲法 2)』(三省堂, 1977 年) 6 頁。
- 39) 立憲主義と民主主義の関係をどうとらえるかの問題は, 裁判所に違憲立法審査権が与えられている憲法では, 裁判所と議会 (および国民) の権限解釈の問題となる。詳しくは, 坂口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社, 2001 年) 参照。日本の最高裁判所がこれまで強く自己抑制的な態度をとっていたことはよく知られる。具体的解釈論として, 司法権の限界として統治行為論をとるなら民主主義を優先させたことになり, 最高裁長官の任命に再度の国民審査は不要だとすれば立憲主義 (裁判官の独立) を優先させたことになる。ほかにも, 財政民主主義と財政立憲主義について, 両者を同義で扱う学説と区別して (対立する概念として) 扱う学説がある。
- 40) Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates (1954), in: ders. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 165 ff.
- 41) Konrad Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes (1962), in: Forsthoff (Hrsg.) (N 40), S. 557 ff.
- 42) 渡辺ほか・注 8) 11 頁参照 [工藤]。
- 43) マルクス主義からの福祉国家批判として, 例えば, 鈴木安蔵編『現代福祉国家論批判』(法律文化社, 1967 年), とくに第 1 章「現代福祉国家の概念と本質」の 3 論文 (鈴木安蔵・針生誠吉・清水陸)。ドイツの社会的法治国家の批判は同書 175 頁 (影山日出弥)。
- もともと立憲主義のイデオロギー性を早くから批判したのは, マルクス主義であった。立憲主

義は、国民主権にしろ人権にしろ、すべての国民または人に対して普遍的に保障される建前である。しかし、現実と建前は異なる。立憲主義は現実の階級支配を隠蔽するイデオロギーに過ぎないと批判する。すなわち、国民主権といっても、すべての国民が平等に国政に影響力をもちうるわけではない。実際には資本家階級の利益にかなう政治が行われているだけで、労働者階級の利益は無視され、国政から排除されている。国民主権の実態は、すべての国民による自己統治ではなく、資本家階級による労働者階級の支配である。また、すべての人が基本権の主体であるとされるが、実際に基本権を行使できるのは、財産をもつ資本家階級に属する人に限られ、労働者にとって基本権は絵に描いた餅にすぎない、というのである。そのほか人権の虚偽性批判について、樋口陽一『国法学 人権原論（補訂）』（有斐閣、2007年）50頁以下。

- 44) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ（第3版）』（成文堂、1999年）77頁。
- 45) 国内平和が維持できない内乱状態では、立憲主義の危機が訪れることになる。工藤達朗「国家緊急権と抵抗権」中央ロー・ジャーナル 16巻1号（2019年）99頁。
- 46) 長谷部恭男「立憲主義」大石眞=石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）7頁。なお、長谷部恭男『憲法（第7版）』（新世社、2018年）によれば、権力者の恣意を許さず、個人の自由と権利を保障するためにのみ国家は存在する。「この近代立憲主義と呼ばれる思想」は、国民の自由を護る目的のために、国家の活動を厳格に制限するのが立憲的意味の憲法（10-11頁）。憲法原理として、①国民主権、②権力分立、③法の支配などをあげるが、①は主権概念の見直しや、憲法制定権概念の否定を含む。いわば、立憲主義と整合するように牙を抜かれたものとなっている。
- 47) 長谷部・注46)『争点』のほか、同『憲法と平和を問いなおす』（ちくま新書、2004年）128頁以下（「平和主義と立憲主義」）。あわせて、愛敬浩二「立憲主義」戒能=棚澤・注22) 268～271頁参照。
- 48) 愛敬・注47) 264頁。
- 49) 小嶋和司「権力分立」同『憲法と政治機構』（木鐸社、1988年）245頁。