

主権概念の研究（その三）

Treatises on Sovereignty

今 井 直 重

第七章 主権の構造

第一節 主権の本質的構造(その一)

- (一) 国家の法人格
- (二) 国家主権説
- (三) 国態論
- (四) 国民主権論

第二節 主権の本質的構造(その二)

- (一) まえがき
- (二) 統治権の意義
- (三) 国権と主権の意義
- (四) 国家主権と国民主権の関係
- (五) 統治権と統治権の総攬者
- (六) 主権の存する国民の総意
- (七) 主権の特性
- (八) 主権の限界

第三節 主権の本質的構造(その三)

- (一) 国権と主権
- (二) 国家法人説
- (三) 国家の機関
- (四) 主権の担荷者
- (五) 統治権の最高行使者

第四節 主権の本質的構造(その四)

- (一) まえがき
- (二) 統治権と主権
- (三) 主権における正当性の契機と権力性の契機
- (四) 静態主権と動態主権
- (五) 国民主権の意義

第七章 主権の構造

第一節 主権の本質的構造（その一）

（一）国家の法人格

イエリネック Jellinek は国家を法学的に考察して権利の客体と見る見方と権利の主体と見る見方と権利主体が権利客体を支配する関係と見る見方が存在するとする。国家を統治の客体と見る見方は中世の家産国家 (Patrimonialstaat) に存在したものである。これは領土及び人民を君主の所有物と見、国家の基礎づけを君主の所有権の上におくものであって、国家の公法的関係は私法的関係にならざるを得ない。国家の諸現象はすべて君主による私的な関係と見られる。イエリネックは家産国家思想の内容は不明瞭な前国家的な所有権秩序の仮定の上に立つものであるとする。かくのごとき旧家産国家理論 (ältere patrimoniale Theorie) に対して、君主は領土、人民の所有権を有するのではなく、支配権 (Herrschaftsrecht) を有するものであるとする新家産国家理論 (jüngere patrimoniale Theorie) が生じた。国家とは領土及び人民であって、国家が君主の支配の客体と考えられた。更にこれが発展して君主が人民を支配する関係、すなわち、君主が人民を支配するための権力的装置 (Machtapparat) が国家であると解せられるようになった。国家は君主が人民を支配するための技術的装置 (ein künstliches Triebwerk) と考えられた。しかし、この君主と人民との支配関係を^①超えた見えざる国家人格 (unsichtbare Staatspersönlichkeit) が^②考えられた。マイエル (Mayer) は国家を道徳人 (moralische Person) として捉え、アルブレヒト (Albrecht) は国家的装置の人格化によって見えない国家人格 (Staatsperson) を考えた。君主も人民もその生活において公共的利益のために権利義務をもつ領域と、私的な個人としての領域とがある。この公共的利益のための領域を、法的共同体 (Rechtsgemeinschaft) として独立せしめ、この領域においては、君主が自己自身のために権利をもつものではない。この領域では特殊なる見えない超個人的な人格が支配するとする。かくて国家は公共的

利益を表現する目に見えない人格である。君主は自己の支配を行うための装置としていた国家が法人格として独立したがために、この見えない人格の担荷者 (der Träger) と考えられるようになった。君主も人民も国家権力の主体ではなくして、見えない人格としての国家が国家権力の主体と考えられる。イエリネックは、国家を権利の客体 (Rechtsobjekt) とすれば、国家の上に立ってこれを支配すべき人が予想されるとする。かくのごとき人は国家の要素たるべきものであるから、国家の分裂を齎す結果となる。また国家を法的関係 (Rechtsverhältnis) と見ると、国家を構成する人が絶えず変更するから、そのたびに法的関係が変更せられ、国家の同一性 (Identität) が保持せられなくなる。かくて、残存充当主義の論法で、最後に国家を権利の主体 (Rechtssubjekt) として把握する一つの可能性が残される。国家を法学的に満足に説明し得る可能性は国家を権利主体とする説のみが残る。国家は固有の統治権を有する定住せる国民の社團法人である Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines seßhaften Volkes と結論した^④。国家は一定の組織を基礎として作られた団体であり、この団体は法的任務を行うべき抽象的な個体として承認せられ、現実には種々の権利義務の主体である。団体を実体とする人格者を社團法人という。しかして、国家と他の社團法人との区別は、国家がその支配権主体たる固有の地位を有する領土団体たる点にある。一般に国家の特質はその主権^⑤と称する包括的権利の主体たる点にある。国家の特質は主権を有する点にあるが、主権の本質はその国家が自主的に統治事項を定め得る権能、すなわち、権限の権限 (Kompetenz-Kompetenz) を有する点にある。国家がその権限を自ら定め得る権能こそ国家の自主性 (Selbstgenügsamkeit) すなわち、国家が固有の独立の存在を保持する最高の条件であるから、ここに主権の本質があると考えられる^⑥。しかして、国家の特質であるところの主権は社会契約説においては、国民主権主義の立場から国民に属するものとする。しかし、いかなる国家においても、国家の必然的な性質として国家それ自体が主権の主体でなければならない。ただいかなるものが国家の担荷者 (der Träger) であるか、いかなる機関 (Organ) が国家活動の主脳者たる地位にあるかは各国家の統治組織の問題であって、国家の必然的な性質ではない。主権が国民に属

するとは、主権の主体が国民にあるというのではなく、主権の主体は常に国家自身にあるのであって、ただ国民が統治権を発動する権能を有するという意味である^⑦。というのは、国家はこれを構成する国民の絶えざる変遷移動にも拘らず、これを超越して永続的の自同性を保有することができるからである。主権は最高意思力である。国家は目的を有し統治意思を有する人格である。人格の意思は単一でなければならない。単一なるがためには永続的な同一性を有しなければならない。しからざれば、それは人格の分裂である。国民は絶えず新陳代謝し変遷する。従って意思の恒久的同一性を保有することができない。国家はよくあらゆる変遷を超越して意思の同一性を確保することができるのである。それゆえに、単一意思力である主権は永続的自同的単一意思主体である国家に属すべきものと考えねばならない^⑧。かくして国家の本質的性格は主権を有する定住せる人類の統治団体であるということができる。

（註）

- ① Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 201. 中村哲 国法学の史的研究 69頁、大谷美隆 憲法学の基本問題 40頁
- ② 人格者 (Person) は常に不可分性 (Unteilbarkeit) 並びに自己同一性 (Sichselbstgleichheit) の意味における主体の単一性 (Einheit) を保有する。人格には人 (Person) 及び団体人 (Verbandperson) すなわち、法人 (Juristische Person) があり、法人のうち国家たる人格を国家人 (Staatsperson) という。
- ③ 法人は権利義務の主体たる資格、権利義務の帰属の終点である。わが民法36条において外国を法人として認めている。法人は自然人と同じく意思を有する。国家は法人であり意思を有する。意思を有する以上意思に基づいて行動するために機関を有する。機関の地位にある自然人の行為の効果が法人に帰属せしめられる。

ケルゼンによれば、人格とはある法律要件に対する法律効果の帰属点 (Zurechnungsendepunkt) である。法人が人格者であるというのは法的効果の帰属終点だからである。国家は法人であり、国家を構成する法主体の外に対する法律効果の帰属線の共通的一点としての帰属の終点 (Endepunkt der Zurechnung) である。(Kelsen, Über die Grenzen, S. 56)

- ④ Jellinek, op. cit., S. 183. 大谷美隆 憲法学の基本問題 42頁、黒田覚 日本

憲法論上 32頁

- ⑤ クラッベ Krabbe は、主権を国権の性質と見るに対して、主権の本質は法の拘束力又は通用力の優越性にありとする。しかして国際法に拘束せられその妥当性を承認する国法につき、国法の法力の主権性の標識を明らかにし得ないとする。単に対外的のみでなく、対内的にも、イエリネックによれば、法は国家によって作られるが、国家によって作られた法は逆に法を作った国家を拘束する。これが国家の自己義務づけ (Selbstverpflichtung des Staates) である。これによって、国家は単に権力を行使するのみならず義務を負い、自己自身を制限するのである。すなわち、対内的にも主権の自己制限がある。しかし自己制限は自律であって、他律と異なり、主権の最高独立性に矛盾するものではない。
- ⑥ 森口繁治 憲法学原理 23頁以下
- ⑦ 美濃部達吉 日本国憲法原論 114頁
- ⑧ 美濃部達吉 憲法撮要 18頁以下

(二) 国家主権説

一般に主権の帰属について三つの主体が考えられる。すなわち、主体が君主にある場合、これを君主主権 (La souveraineté monarchique) といい、主体が国民である場合、これを国民主権といい、主体が国家である場合、これを国家主権^① (La souveraineté de L'Etat) という。旧憲法においては、第1条に明示せられているごとく、主権の主体は天皇であったので君主主権であり、新憲法においては前文及び第1条に明示せられているごとく、主権が国民に存するのであるから国民主権である。すなわち、旧憲法より新憲法への変更は君主主権より国民主権への転換であり、君主国態より民主国態への国態の変革である。今国家について考えて見るに、国家はその固有の支配意思により活動する永続的の団体である。国家は国民により構成されるが、現在の国民のみが国家を構成するのではなく、国民は絶えず新陳代謝する。国家はそれらの変遷にも拘らず常に同一性を保持する単一体として永続する。かくのごとき恒久的なる人格において、時間空間を超越してその支配意思の同一性を保持することができるのであると考えられる。生成流転常なき自然人に意思の同一性を永続的に保有

することは不可能である。恒久的人格者たる国家において永久的に同一性を保持し得る。それゆえに、主権の主体は国家でなければならぬというのが国家主権の立場である。しかして国家自身は法人格で抽象的人格であるから自然人が国家の最高意思力を構成しなければならない。この最高意思力を構成する自然人を国権の担荷者（Träger der Staatsgewalt）^②という。国家たる法人格を担荷して国家の意思力を構成する自然人が君主である場合は一般に君主主権とよばれ、国民である場合は国民主権とよばれる。かくていかなる国家も本質的には国家主権であるから、君主主権も民主主権も区別する必要はないのである。^③国家主権説の立場にある限り、政態の区別はあるが、国態の区別はなくなる。しかして、この国権の担荷者は自己の固有の権利として国家統治の全権限を行使する権利を有する者である。君主国における国権の担荷者は君主であり、民主国における国権の担荷者は国民である。国権の担荷者はまた国家構成者とよばれる^④。アメリカ合衆国においては国民が主権者であり、旧憲法において天皇が主権者であり、新憲法においては国民が主権者であるというのは、いずれもこの担荷者たる意味においてである。見えざる人格としての国家の静態的象面から見て国家主権といい、国家の動態的象面、すなわち、担荷者の面より見て君主主権又は国民主権というのである。ケルゼンによれば、法人格たる国家は権利義務の帰属終点（Zurechnungsendepunkt）とせられ、権利義務を定めた諸法秩序の統一体である。

国権の担荷者は法律的には国家の権利義務の帰属終点を示す存在であって、国家のためにかかる権利義務の帰属終点への媒介をなす通過点（Durchgangspunkt）ではない。これに対して国家の機関は国家の権利義務の帰属終点ではない。それは国家の権利義務の帰属を媒介する手段である。国家機関によって定立せられた法律要件及び効果は国家機関自身に帰属することなく、それを通して背後に存する国家自身に帰属する。それゆえに、国家機関は国家の権義の通過点であって終帰点ではない。国家機関と国家担荷者との差異は、この権義の通過点であるか、終帰点であるかに存する。すなわち、国家機関は国家の作用及び効果の通過点たるに対して、国家担荷者はその終帰点である。例えば、新憲法において国家担荷者は国民であって、国会は国家の機関である。前文に

おいて「ここに主権 (sovereign power) が国民に存することを宣言し」とい
 い、第1条に「主権の存する国民 (the people with whom resides sovereign
 power)」とあるのは、国家の動態面たる国家を担荷するのは国民であるという
 ことを意味する。本質的静的には国家に属する主権が、現実的動的には国権の
 担荷者たる国民に属するとするのである。また法的には国民が一切の国家の作
 用及びその効果の帰属線における終帰点であり、国会 (The Diet) は法制定を
 なす国権の最高機関であって、法制定という国家の作用及び効果の通過点であ
 って終帰点ではない。旧憲法においては、天皇主体説と国家法人説における天
 皇機関説とが行われたのであるが、天皇は主権の動態面を担荷する国家構成員
 であったから、本体的には国家に属する主権を現実的に担荷していたのである。
 この意味において天皇主体説は成立するが、本質的意味における天皇主体説は
 成立しない。天皇機関説は天皇が国家の負載者である限り国家の機関ではない。
 天皇は国権の担荷者として主権の作用及びその効果の最終帰属者であって、単
 なる通過点ではなかった。天皇は国家機関よりも高次なる地位にあり、また国
 家自体^⑥よりは低次なる地位にあったのである。新憲法における国民の地位も同
 様でなければならない。かくのごとく、旧憲法においても新憲法においても本
 質的には国家主権説には変化はない。国家の動態面たる国家の構成員が天皇か
 ら国民に変更されたのであって、この意味における主権の帰属は君主主権より
 民主主権に移行したのである。主権の所在を以て国態を種別すれば、君主国態
 より民主国態への変革である。主権はまたその性質により種別して法的主権
 (legal sovereignty) と政治的主権 (political sovereignty) とに分ち得る。国
 家は法定立の源泉としての地位にあるもので、この性質を法的主権という。政
 治的主権とは現実の政治の動向に対して最終の決定力を有する性質をいう。一
 般に法的主権は国家自身に帰属し、政治的主権は君主国態においては君主に、
 民主国態においては国民に存するとせられる。新憲法前文の「自国の主権」
 (sovereignty) というのは法的主権をいうのであって、これは日本国自体に属
 するものである。また前文の「主権 (sovereign power) が国民に存することを
 宣言し」及び第1条の「主権 (sovereign power) の存する日本国民」の主権
 は、いずれも政治的主権をいうのである。従って法的主権は旧憲法においても

新憲法においても、ひとしく国家に帰属するものであって国家主権であるが、政治的主権は旧憲法においては天皇に存し、新憲法においては国民に存する^⑦のである。それゆえに、法的主権からいえば国態は変革せられないのであるが、政治的主権についていえば、君主国態より民主国態への国態の変革がなされたのである。

（註）

- ① 国家主権 (Staatssouveränität) の観念は国家人格の観念と不可分に結合しているのであって、国家権力の主体が君主でもなく国民でもない独立した人格としての国家そのものに存する。19世紀後半ドイツにおいて君主主権と民主主権との対立を止揚するものとして定立されたものである。（黒田覚 日本憲法論上 222頁）
- ② 国権の担荷者の観念は国権の主体を人格としての国家とし、君主を国権の担荷者とし自己固有の権利として国家統治の全権を行使する権限を有する者とする。（黒田覚 同上書）
- ③ 美濃部達吉 日本憲法原論 45頁
- ④ [中村弥惣次 憲法、行政法 163頁
- ⑤ 天皇と將軍、摂政等の関係において天皇は主権の担荷者であり、將軍や摂政は機関であるとする。
- ⑥ 大正14年制定せられた治安維持法の第1条における「国体の変革」において、国体の意味は昭和14年大審院の判例によって「万世一系の天皇君臨せられ統治権を総攬せらるゝことを以て我国体とす」となった。これは政治的主権の意味であって、かかる意味の主権の所在としての国体は変革されたことは疑を容れないのであるが、法的主権の帰属する日本国自体は毫も変革せられないから、この点における国体は不変であるといえる。（浅井清 日本憲法講話 11頁）
- ⑦ 浅井清 日本憲法講話 9、10頁

（三）国態論

法的主権は常に国家に帰属するものであるから、国家主権より他にないので^①国態種別の必要はなくなるのであるが、政治的主権が何人に帰属するかによ

て国態を分類することができる。これについて三潞博士は「国体とは主権の主体による国家の態様を謂う。即ち主権の所在 (locus) 如何に基づく。然し主権なるものは君主若くは人民によりて行はるゝに過ぎずして、如何なる国家に於ても、主権は国家に存し単に主権の作用が君主若くは人民によりて行はるゝに過ぎず。かくて国態とは主権の本体が何人の手に存するやによりて生ずるものにあらずして、主権の作用を行うものが何人なりやによりて生ずるものなり。主権の作用が君主の手にによりて行わるゝ国家は君主国にして、主権の作用が人民によりて行わるゝ国家は民主国なり^②」として主権を本体と作用とに分ち、主権の本体は国家に存し、主権の作用は君主又は人民に存するとせられる。主権の本体は国家主権の立場からどこまでも国家に帰属するものであるが、主権の作用は国権の担荷者に帰属するのである。主権の作用はこれを統治権と称することができる。主権の本体は唯一不可分であるが、その作用はこれを分つことができる。旧憲法第4条の統治権の総攬とは主権の作用たる統治権を三作用、すなわち、立法、行政、司法に分立されたものを総攬するという意味である。国体なる語は独語の Staatsform の訳語であって穂積八束博士の創訳である。博士によれば「国体という語は広く国家民族の特性を指称す。主権の所在如何は固より国の特色の一たるも之に限るに非ず。然し国家は専ら法理の方面より観察するときは主権の所在は極めて重要な特徴たり^③」として国体と国態とを分化していない。上杉博士は直截簡明に「国体は何人が主権者なりやというにあるのみ^④」として法理上の国態を意味している。美濃部博士は「国体とは建国の体制をいう。歴史的成果としての国家の倫理的特質を意味するもので法律的観念ではなく歴史的倫理的観念である^⑤」として歴史的倫理的意味における国体を指称する。この意味における国体は独語の Die Staatscharakter, 英語の The characteristic of the state, nationality をいうのであって、国柄又は国家の特性、その生い立ちや歴史的経過によって定まる。これに対して法律上の意味における国態は独語の Die Staatsform, 英語の The form of state に当るもので、政治的主権、すなわち、統治権の帰属によって定まるもので、その国の憲法によって条定せられる。教育勅語の「我国体の精華」とか明治9年元老院に賜った国憲起草の詔の「我建国の体」とか明治14年国会開設の勅諭の「立国の

体」とかはいずれも歴史的意味における国体であって、その国の建国の体制や国民性に従って、各国悉くその性格を異にするのである。この意味の国体はその国の歴史、伝統、風習、文化、国民性、国民の倫理的的感情等に基礎をおくもので、各国悉く国体を異にし同一なるものはない。たとえ法律の意味における国態は形式的に同じく君主国態であっても、その背後に存在する歴史的倫理的基礎によって内実的には千差万別である。これについて山崎又治郎博士は国体と国家の形態との区別を明らかにされ「国体と国家の形態とを区別して考える」と独語の Staatsform は国体でなく国家の形態である。これを以て国体を表現することはできない。政府公表の教育勅語の英訳には Fundamental character としている。これは国家の基本的性格を表現するものである^⑥とする。かくて国体概念の混乱を避ける方法として、国体と国家形態とを区別して考察することが適当と考える。この見地に立っていえば、新憲法が制定されても国体は不変である。国体は人為的形式的には変革されない。変革されたのは国家の形態である。すなわち、君主国態から民主国態に変革されたのである。次に国家形態、すなわち、国態について考察する。国態についてアリストテレス Aristoteles は政治学 (πολιτική) において、主権の所在によって分類し、主権が一人にある場合を君主国態 (βασιλεία) といい、少数者にある場合を貴族国態 (ἀριστοκρατία) といい、多数者にある場合を民主国態 (δημοκρατία) といった。これらは主権者が全体の共同善のために主権を行使する場合における国態であるが、もし主権者が私利を目的として主権を行使する場合には、君主国態は暴君国態 (τυραννίς) となり、貴族国態は寡頭国体 (ὀλιγαρχία) となり、民主国態は愚民国態 (ὀχλοκρατία) となると警告した^⑦。またマキアヴェリ (Machiavelli) はアリストテレスの三分法に代えて二分法を採用し、君主国態 (Monarchie) と共和国態 (Republik) の二つに分類した。イエリネックによれば、国態の分類は国家意思の構成の方法 (die Art der staatlichen Willensbildung) によって決定する。国家意思が憲法上一個人の自然的意思によって決定されるか、多数人によって技術的方法によって決定されるかのいずれかである。前者を君主国態 (Monarchie) といい、後者を共和国態 (Republik) という^⑧。またレーム (Rehm) によれば、国態を憲法形態 (Verfassungsform) と政治形態 (Regier

ungsform) とに分ち、前者は狭義の国態 (Staatsform im engeren Sinne) であって、国権の担荷者 (Träger der Staatsgewalt) による分類であり、後者は国権の最高行使者 (der oberste Ausüßer der Staatsgewalt) による分類である。レームにおいては国権の主体は国家であって、国権の担荷者は一時的に任命されたものでない国権の主体であり、見えない人格たる国家の目に見える負載者であって、国権の最高行使者は国権の担荷者自体であることもあり、他の者であることもある。一般に国態といわれるものはレームの憲法形態であって狭義の国態である。すなわち、国権の担荷者による分類である。^⑨

政態とは統治権がいかなる方法により行使せられるか、すなわち、統治権行使の方法よっての分類である。統治権行使の方法は憲法に条定されるものであって、これは憲法に規定されたる権力、すなわち、組織化されたる権力 (pouvoir constitué) に属するものであって、これによって政態を分類することができる。旧憲法の「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇ヲ統治ス」とは天皇が統治権の主体たることを規定するもので国態の規定であり、第4条の「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニヨリ之ヲ行フ」とあるは政態の規定である。第4条においては、主権の作用面たる統治権を三権を分立して行使し、且つその行使に当っては常に必ず憲法の条規によって行われることを規定するものである。新憲法前文の「ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」また「その権威は国民に由来し」及び第1条の「この地位は、主権の存する国民の総意に基く」とあるは国態の規定であって、前文の「国政は、国民の厳粛なる信託によるものであって……その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。」第41条の「国会は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である。」第65条の「行政権は、内閣に属する。」第76条の「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」とあるは統治権行使の方法を示すものであって、統治権はデモクラシーの原則に従って行使されるべきこと、立法、行政司法の三機関に分立して行ふべきことを規定し、民主政治の原則を明示している。Carl Schmitt は同一性 (Identität) の原則と表現 (Repräsentation) の原則とを以て政態の分類の標識とする。同一性の原則とは国民と政治的統一体との同

一觀念に存するのである。Heller によれば、多数決の原理による国民の意思の統一化によって政治的統一、すなわち、統一体としての国民が成立する。この政治的統一体は国民の総意の實在的存在であり、またその表現である。この場合に、国民は被表現者 (die Repräsentierten) であり、政治的統一体は表現者 (der Repräsentant) である。国民の政治的統一体はそれ自体として實在的な存在ではないから、人格的に表現されねばならない。かくして統治権の行使者は表現者であって、統治権の行使をうけるものは被表現者である。表現者と被表現者との間に同一性の存する場合に、これを自律主義といい、統治権の行使者と被行使者との間に同一性が存しない場合には他律主義といい得る。前者に基づく政治形態を民主政態 (Demokratie) といい、後者に基づく政治形態を専制政態 (Despotie) いう。民主政態のうち表現者と被表現者との全く同一なるものを直接民主政態 (unmittelbare Demokratie) といい、表現者と被表現者とはただ同一性を有するのみである場合代表民主政態 (repräsentative Demokratie) という。従ってわが国の政態は代表民主政態である。専制政態のうち統治権の行使者がその行使につき何等の制限をも加えられないものを絶対専制政態 (absolute Despotie) といい、統治権の行使者が君主である場合には、これを絶対君主政態 (absolute Monarchie) いう。統治権の行使者が君主であって統治権の行使につき憲法により制限が加えられる場合は、これを制限君主政態 (beschränkte Monarchie) といい、その制限は憲法に規定するところであるから、これをまた立憲君主政態 (konstitutionelle Monarchie) いう。旧憲法におけるわが国の政態は立憲君主政態であつた。^⑩

(註)

- ① 國態とは政治的主権の座所 (locus) による國家の形態をいう。
- ② 三瀨信三 法学通論 23頁
- ③ 穂積八束 憲法提要上卷 52頁
- ④ 上杉慎吉 國體憲法及憲政 42頁
- ⑤ 美濃部達吉 憲法逐条精義 73頁
- ⑥ 山崎又治郎 帝國の國體と帝國憲法 法学協會雜誌第31卷第6号
- ⑦ Aristoteles, Politica III, 3.

- ⑧ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 661. 政治形態は政態 (the form of government) であって統治権の最高行使者による分類である。わが国の通説としては国態とは区別せられる。
- ⑨ Rehm, Allgemeine Staatslehre, S. 171ff. 黒田覚 日本憲法論上 215頁、今中次磨 西洋政治思想史第一巻 85頁、原田剛 政治思想史概説 63頁、大西祝 西洋哲学史 196頁
- ⑩ 君主の有無によって君主国 (die Monarchie) と共和国 (die Republik) とに分れる。この場合の君主の標識 (Merkmal) は(1)独任機関であること(2)統治権の全部又は重要な部分を担任すること(3)対外的に国家を代表すること(4)一般国民と異なった身分を保有しその地位は世襲であること(5)歴史的伝統的に威厳の伴っていること(6)国家の象徴たる地位が与えられていること等であって、君主は歴史的なものであるから、君主の概念の標識も歴史的経験的の何等論理的定型と称すべきものがない。(宮沢俊義 憲法大意 9—10頁) わが天皇は(3)(4)(5)(6)の要件を充たすものであって君主である。天皇制を保持するわが国は君主国であるが、国態は民主国態であり、政態は立憲民主政態である。

(四) 国民主権論

新憲法における日本国民の意味について考察する。国民のうちに天皇が含まれるや否やの問題は憲法議会の中心問題であった。金森国務大臣は国民のうち^①に天皇を含むと答弁した。しかし一般には天皇を包含しないという解釈が多い。第1条の「この地位は、主権の存する国民の総意に基く」という規定において国民のうちに天皇が含まれると解することは不自然であり無理であり不合理であるとせられる。これについては天皇の二面性が考えられる。私の地位にある天皇と公の地位にある天皇とである。私の地位にある天皇は国民のうちに包含され、公の地位にある天皇は主権の存する国民の総意に基づくのである。天皇が国民のうちに含まないとすれば、天皇は領土でも主権でもなく、従って国家構成要素でないから、国家の外にある存在となり国家と関係なきものとなる。ある者は「天皇は国家及国民統合の象徴として一般国民とは異った特殊の地位にあり、然も血統に基く世襲の権利としてその地位を固有し、国民の中から選ばれ

てその地位に就くものでないから、国民とその法律上の地位を異にする。たとえ統治権は全く除かれたとしても、天皇は君主としての地位に在り、世襲君主国における君主はいかなる場合にも君主の資格を離れて一般国民と平等の地位にあることはなく、共和国の大統領が国民の一員であるのに反し、君主は国民の一員たるものではない。」とする。しかし天皇が他の国民と異なった特殊な地位にあるから国民のうちに含まないということはなく、国民のうちにあって自己以外の他の国民と異なった地位にあることは可能である。国民統合の象徴たる天皇はすべての国民に内在しているのであって、このすべての国民に内在する天皇が国民の統合力を保有しているのである。この国民のうちに内在する統合力の表現が天皇である。天皇が単に国民の外に超然としているものであるならば、国民と関係なきものであって国民統合の象徴であることはできない。天皇はすべての国民のうちに内在すると同時にその統合者としてすべての国民を超越するのである。超越 (transzendent) と内在 (immanent) とは相関的 (korrelativ) であって、国民内在天皇と国民超越天皇とは同一人の二面である。内在天皇は当然に国民のうちに含まれる。またある者は第14条の「すべて国民は、法の下に平等であって……」の規定においても、天皇を国民のうちに含めることはできないという。しかしこれは国民の権利義務を規定するものであって、もし天皇を含まないとすれば第11条に「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない」とあるから天皇だけが国民から除外されて基本的人権が保障せられず、従って享有することができないことになる。これは不合理といわねばならない。またある者は前文の「そもそも国政は、国民の厳粛なる信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」という宣言は Lincoln の government of the people, by the people, and for the people という民主主義の原理を表現するものであって、この意味における人民とは君主に対立するものである。新憲法の前文の国民も民主主義の原理によって天皇に対立した概念であるから、天皇はこの国民のうちから除外すべきものであるとする^④。しかし、わが国においては歴史的事実として天皇と国民とがかくのごとく対立したことはなく、むしろ親子のごとき親愛の関係にあったのである。仏革命前の欧大陸における an-

cien régime 当時の絶対専制君主と人民との関係のごとき対立関係はない。これをわが国の天皇と国民との関係に適用することは妥当ではない。天皇は国民と内在の関係において常に国民のうちにあるのであって、この事実から見ても天皇が国民のうちに含まれると解することは不合理ではない。これについて佐佐木博士は「ポツダム宣言にある people も君主に対照の国民というのでありません。国家の人です。……議会においてこれについて質問し質問の趣旨を明かにするために前述の私の意見をも述べたのであります。これに答えた政府は私の意見の如く右の Japanese people の people は君主に対照の国民ではなく、君主も国民も共に含むものであると言明しました」といっている。博士は国民という君主と対立概念のごとく誤解され易い用語を避けて、国人という語を使用される。^⑥

次に主権の存する国民について考察する。政治的主権 (sovereign power)^⑦ の存在する国民は主権の正当性の契機を含まねばならないがゆえに決して個別的国民を指しているのではないことは明らかである。ルソーによれば国民の個別意思 (volonté particulière) は個人的利益に執着している意思であるから正当性の根拠ではあり得い。またかかる個別意思の偶然に集合してできる国民のすべての意思 (volonté de tous) と国民の総意 (volonté générale)^⑧ とは区別されねばならない。国民主権を基礎づけ主権に正当性を与えるものは国民の総意である。国民の総意は常に公共の福祉 (bien commun) を実現しようとする意思である。公共の福祉を目指す意思は常に正しい (toujours droite) 意思である。国民の総意は公共の福祉と合致するがゆえに正しいのである。従って公共の福祉を実現しようとする意思によって国家の意思を決定することは正しい。国民の総意は個別意思を排除した純粋に公共的な国民意思の凝集したものである。それはまた国家意思でもある。かくのごとき公共的意思を有するものを公共的人格 (personne publique) といい、公共的人格はまた国家 (état) であり、主権者 (souverain) である。国家の構成員は人民 (peuple) であって、主権に参加するものは公民 (citoyens) である。国民の総意である主権の特性は権威 (autorité) である。それは単なる支配力 (domination) ではない。権威は価値の範疇に属するものとして評価せられる純粋に質的な品質であって権力ではない。そ

れは意思の価値である。意思の価値は被統治者に感知せられることにより被統治者の信頼を誘発する。主権には権威の要素と権力の要素とが結合している。権威の要素が権力の要素に優越するとき正規の権力 (*pouvoir régulier*) が存し、権力の要素が権威の要素に優越するとき不正規の権力 (*pouvoir irrégulier*) が存する。正常なる権力は意思の力が意思の価値に従属するときに生ずる。国民の総意の対象は道徳的文化的な共同生活の理念願望であって、かくのごとき対象を有する国民の承認満足は国民の同意作用である。これを受動的統治意思又は服従の主権 (*souveraineté de sujétion*) といわれる。国民主権においては服従の主権の意義が存在する。しかして服従の前に同意がなければならないから服従の主権の前には同意の主権が存在する。かくて国民の総意の正当性は更に国民の同意と服従によって基礎づけられることが必要なのである。かくのごとく主権の存する国民とは個別的な国民個人を指すのでなく、また国民個人の集合体 (*agrégation*) でもなく、国民の総意を構成する統一的全体としての国民である。統一的全体としての国民は個人の集合体と質的に異なる統一性の契機を有する。統一性の契機によって、個別的な不純さや利害観念が止揚せられた公共的人格として常に公共善を指向するものであり得る。かくして主権の正当性の契機が保持せられる。統一性の契機を含まない集合体は、個別性が止揚せられず個別者とひとしく不純さと利害観念に執着するがゆえに、正当性の契機は発見せられない。それゆえに、主権の存する国民とは国民の総意を構成する国民の統一的全体と考えられる。

次に実質的に国民の総意の構成に参加する公民 (*citoyens*) の性格について考察する。国民の総意の主体たる統一的な国民全体に対し、選挙意思の主体たる選挙民団 (*corps électoral*) の性格はいかなるものであるか。国民主権にあってはすべての国家機関は国民の代表機関である。立法機関や執行機関を選挙する選挙民団もそれらと同様に国民の代表機関と考えられる。選挙民団の行う選挙が国家機関を選定する行為としてその効果を生ずるのは、特にかかる行為をなし得る権能を有するからである。選挙民はそれ自身積極的統治意思の主体としての国家機関を構成するもので、消極的統治意思の主体としての総意の主体たる国民そのものと別個の地位にある。それゆえに、積極的統治意思たる代表意思

は国民の総意とは別個の地位にあるが、それはすべて国民の共同利益に関するを要することにおいて一様に国民の総意でなければならない。夫々の代表的国民意思が実現すべく努力する行為は、国民総意の代表行為として、その根柢において共同福祉達成の終局目的に集中せらるべきであるから、この点において、それは国民の総意と一致し得る。^⑨

次に総意を構成する技術的方法としての多数決原理（Majoritätsprinzip）^⑩について考察する。多数決における多数はその前に全体の存在を予想せずには成立し得ない。個別意思が合して多数をなしても、少数者がこれに服すべき理由は存在しない。多数決は決して全員一致の代用物ではない。多数意思が総意として妥当する根拠は共同利益がその決議に参加する個別意思の目標として前提せられるからである。個別者の投票は個別的意見を表明する個人としてではなく、全体社会の総意につき自己の印象を記載する社会人としてなさるがゆえに、多数意思は個別意思の集積を超えた共同意思として妥当する。多数決は妥当の前提条件として多数決とともに、少数者もまた一体性を前提するに足る利益的同質性の存在を要請する。もし多数と少数との間にこの同質性がなければ多数による少数の抑圧（Majorisierung）と化する。この同質性を前提とする多数決における多数と少数との分化は固定的なものではなく流動的不定的である。それは固定的不変の関係ではなく、共同的合成的の関係である。かくして国民代表は共同利益を目標として統合せられる。国民代表はそれによって総意の主体としての国民が個別者としての国民を支配し、それによって国民が主権の主体たり得る。ここに国民主権における多数決原理が正当づけられる。^⑪

（註）

① 美濃部達吉、横田喜三郎 新憲法と主権 1、20頁

リールマン（Liermann）によれば国民（Volk）の概念を共同体的国民（Gemeinschaftsvolk）と利益社会的国民（Gesellschaftsvolk）に分ち、共同体的国民は共同体的な基礎の上に立つ個性性を止揚した綜合的人格（Gesamtpersönlichkeit）である。これに対して利益社会的国民は個別的利害関係によって結合された集団であって綜合的な人格性を有しない。ヘラーはワイマール憲法（Weimar Verfassung）において憲法制定権力を有する国民はこの共同体的国民を意味

するとする。共同体の国民は国民総意の主体である。総意は常に公共善を意欲するものなるがゆえに、正当性の起源であるとともにそれはまた権威の淵源である。共同体の国民の総意において主権の正当性の契機と権力的な契機とが結合せられる。

- ② 美濃部達吉 日本国憲法原論 121頁
- ③ 美濃部達吉 横田喜三郎 前掲書 1頁
- ④ 美濃部達吉 横田喜三郎 同上 13頁
- ⑤ 佐々木惣一 憲法改正断想 93頁
- ⑥ 佐々木惣一 日本国憲法論 14頁
- ⑦ 国民が政治的主権の主体であるという場合に国民を全体としての国民と見ないで国家の政治に参与し得る特定の資格をもつ者、すなわち、選挙権者、積極的市民の全体 (Die Gesamtheit des Aktivbürger) とするものがある。例えばスイスのカントン (Kanton) である Schaffhausen, Basel 等の憲法における政治的主権の主体はこの積極的市民の全体である。国民が統治権の主体であるという場合の統治権は憲法の基礎としての権力 (pouvoir constituant) であって、憲法に規定された権力 (pouvoir constitué) ではない。
- ⑧ 尾高博士は「主権が国民にあるということは国家の法定立の最高権威が国民の総意であることを意味する。国民の総意はあらゆる法の根源であるけれども、それは何物にも制約されない絶対の力ではない。国民の恣意は許されない。法を定立するに当っては法定立の原理に従わねばならない。法定立の原理は法の理念である。それは公共の福祉を目指すところの正義と社会生活の平和と協力を可能ならしめる秩序との総和である。国民はこの目的に向って不断的努力をつづけるという責任を自覚してこそ法定立の最高権威者たるに値する。」とする。(法学概論 49—50頁)

国民の総意とは正しい法を作っていこうとする意思たることがその本質である。それは常に正しかるべき民主主義の立法の理念であり現実の立法、現実の政治の指向すべき目標である。ルソーは国民を主権者とする国家の立法は必ず国民の総意により行われねばならないと考えた。総意は決して事実上の国民全体の意思ではない。全体主義体制下の議会は権力者の弾圧を恐れて権力者の提案に賛成したもので、それは単に利己的なすべてのものの意思であって、各人の特殊意思の単なる集計であり、正しい立法意思ではなかった。国民の総意は常に正しい意思であり、常に国民の公共利益 (utilité publique) を目指し、公共の福祉 (bien commun) を実現してゆくものである。公共の福祉が法の正し

さの規準とし、この規準にかなった立法意思たることが国民総意の本質である。国民の総意は民主主義の窮極の理念である。国民主権は国民が主権者であるということによって導くのではない。国民精神が弛緩し墮落し輕佻浮薄な衆愚政治と化すれば、国民主権の意義はなくなる。それが常に正しい統治意思の理念を表現するときのみ尊さに値する。また主権は決して単なる力ではなく、政治上の力の上にあって一切の政治動向を制約すべき客観的な正しさである。それは正義であり理法である。（尾高朝雄 法の窮極にあるもの 55頁以下）

ギールケ Gierke は法の根源を實在する共同意識 (Gemeinbewusstsein) に求め、かかる共同意思 (Gemeinwille) あるいは一般意思 (Allgemeine Wille) を国家の実質 (Substanz) とした。彼によれば国家は共同意識を有する団体人であって、団体人は結合人 (Zusammengesetzte Person) である。共同意思は綜合意思であって集合意思ではない。

- ⑨ 渡辺宗太郎 国民主権 23、38、73、74、99頁

尾高朝雄 法の窮極にあるもの 57頁

Rousseau, Du Contrat Social, Liv. II, chap. I, 3.

- ⑩ 原田博士は「人間の理性は社会生活から非合理的な要素を除こうとする。人間理性の努力は国民に自律性と主体性を付与し、服従の主体は支配の主体となる。支配の原理は自己自身を支配すること (Herrschaft von sich selbst) となる。これは真正な意味における民主主義の基本要請である。支配の主体と客体とが合致する支配型式を内在的支配という。これにおいては客体は単なる支配の対象なのではなく、支配の根拠や動機や主動的担い手はこの主体的に媒介された客体の側にある。この場合における支配の根拠として国民主権主義が採用せられること又主動的担い手として選挙民団が思考されていることは、この事実を示すものである。このことは亦意思決定の技術的方法としての多数決原理にも示されている。」（政治と倫理 183—184頁）

- ⑪ 矢部貞治 政治学講義要旨 119、126頁

第二節 主権の本質的構造（その二）

（一）まえがき

国家において最も本質的な問題は、主権の問題である。主権概念が明確でな

いと、主権の帰属者、国態等の国法学上の本質的な問題が明晰性を欠くことになる。それゆえ、旧憲法並びに新憲法における主権概念を中心として、これに関連する問題、憲法改正の限界についてのべることにする。

旧憲法と新憲法において、最も顕著な差異は主権の帰属であって、旧憲法第1条は君主主権を明示していたが、新憲法はその前文第1項及び第1条において国民主権を宣言している。これは旧憲法の君主主権より新憲法の国民主権への国態 (Staatsform) の変革を意味するものである。しかし、他方において、国体 (Staatscharakter) の不変が主張せられている。また新憲法前文第3項において用いられている主権 (sovereignty) 及び第9条第1項に用いられている国権 (sovereign right) においては、国家主権を表明するものとする。更に、第41条における国権の最高機関 (The highest organ of state power) なる表現は、国会主権の感を懐かしめるものがある。

次に、新憲法においては、主権又は国権なる語が用いられ、旧憲法においては、統治権なる語が用いられている。これらの錯雑した術語について、その概念を明らかにすることが、主権概念を明確にするために必要である。そこで、私は旧憲法及び新憲法において用いられている統治権、国権、主権について私の解釈をのべ、更に、国家主権と国民主権との関係、国態と国体の意義、統治権者と統治権の総攬者の意義、主権の正当性及び制限についてのべ、併せて憲法改正の限界について考察しようと思う。

（二）統治権の意義

神勅を根本規範とする旧憲法の精神は、統治権なる語によって最もよく表現されている。統治は神勅のしらすという語から由来したものである。しらすとは天下を公のものとして、公のために治めることを意味する。これに対してうしわくという語が用いられる。うしわくとはものを私のものとして領有し、自らその主となることであって、天下を私有し、天下の主となることを意味する。憲法義解に「しらすとは統治の義に外ならず、蓋し祖宗其天職を重んじ君主の徳は八洲臣民を統治するに在て、一人一家の享奉する私事に非ず」とある。それゆえに、統治権は単なる支配権と異なり、国民全体の福利を完うするために

行われる国民に対する権利であるとともに義務である。佐々木博士は「統治権はこれを放棄することを得ないし、またこれを任意に行使用することの自由を有しないことは、それが権利たると共に義務たる性質を有するからである」といい、美濃部博士も「統治権は権利であると共に義務の性質を有する」という。統治権は国民全体の福利を増進するために行われる権利であり、義務である。統治権を以て、国民に対して命令強制する支配的権力と解し、旧憲法における統治権者としての天皇を絶対君主のごとく考え、旧憲法の君主主権が新憲法の国民主権と対立するものであると考えることは、わが国体の本質的性格を理解しない考察であると思う。

（三） 国権と主権の意義

国権とは国家の意思力を包括的に見て指称するものである。（佐々木博士）また、国権とは法人格を有する意思主体である国家の意思力を指す観念である。（美濃部博士）すなわち、国権とは国家という意思主体の意思力をいうのである。しかして、国家の意思力は二つの特性を有する。すなわち、最高性と独立性である。この最高性と独立性とは絶対性と区別されねばならない。絶対性は他者との一切の関連を超越した観念であるが、最高性と独立性とは他者との関連において成立する観念である。国家の意思力は、対内的には、国家内のいかなる個人及び団体の意思力にも優越する意思力として、最高なるものであり、対外的には、自国外のいかなる意思力によっても制約をうけることのない意思力として、独立なるものである。かかる最高独立なる意思力を特に主権ということが出来る。しからば、かかる国家の最高独立なる意思力たる主権がどこに存在し、いかにして発動するかについて考察する。

（四） 国家主権と国民主権の関係

私は主権の構造において二面を考える。それは主権の本質面と現象面とであって、主権はこれを本質的主権と現象的主権に分つことができる。君主主権、国民主権、人民主権等という現象的な要素を捨象すると、純粹に本質的な主権に還元する。かかる本質的主権は現象的主権の存在の根拠となるものである。

現象的主権の主体が変更して、君主主権が国民主権となっても、本質的主権それ自体は国家人格に固有であって不動である。現象的主権は君主、少数者、国民全体、プロレタリアート全体等に属することができる。本質的主権は、国家人格に固有なるもので、国家は本質的主権を固有することによって、その恒久性と自己同一性を保持することができる。本質的主権は、現象的主権の主体の変動を超越して、国家に帰属し、国家がその恒久性と自己同一性を保有することのできるのは、本質的主権を固有するがためである。もし現象的主権のみを以て主権とすれば、その主体が変更する毎に国家の主権が変動し、国家の恒久性と自己同一性は失われる。かくては君主主権の日本と国民主権の日本とは異なる国家であり、君主主権の日本の行為の効果は国民主権の日本には発生しないことになる。しかるに、君主主権における日本の行為の責任は、依然として国民主権の日本に負荷されている。これは国家の同一性を意味するものであって、国家の同一性は主権の同一性による。現象的主権は君主主権、国民主権、人民主権等であっても、本質的主権は国家に固有なるものであって、ここに国家主権の成立理由が存在する。国家主権を以て君主主権と国民主権の妥協的な、国民主権に対する君主主権擁護のための教説であると解することはできない。国家主権と国民主権や君主主権とはその次元が異なる。現象的主権は君主、国民、人民（プロレタリア）等に帰属するものであって、その主体の変遷が行われているのである。

本質的主権は常に国家人格に帰属するものであるから、これを基準として国態を種別することは不可能である。それゆえに、現象的主権の主体によって国態を種別する。旧憲法においては、統治権の主体が天皇であったから、君主国態であり、新憲法においては、国民全体が統治権の主体であるから、大同民主国態（人民民主国態に対して）である。それゆえ、現象的主権の主体の変遷により、国態の変革が行われるのである。

（註1） 私は現象的主権を統治権と名づける。その理由は現象的主権と統治権が概念的に一致するがためである。現象的主権（統治権）の主体たる自然人又はその団体は、法人格としての国家を担荷して、国家意思を最終的に構成するものであるから、これを国家負載者又は国家構成員と名づける。

（註2） 国態と混同され易いものに国体がある。これは国家の歴史的倫理的な基本的性格を表わす概念であって、建国の体制や国民の個性等によって、各国それぞれ国柄（国体）を異にしている。勿論、同一国家においても、国家は発展し、変遷するが、その基本的性格の同一性は保持されている。それゆえに、国体は憲法の変更や統治権の主体の変動によって改変されない。すなわち、国体は不変である。

（註3） 国態は統治権の主体による国家の形態である。国態の変革は憲法改正の限度を越えたものであると考える。すなわち、実定憲法の条項のうちにおいて、改正不能とされる絶対的憲法条項と改正可能とされる相対的憲法条項とが存在する。国態の規定は憲法の最も本質的なものであるから、国態の変革は絶対的憲法条項の変更であって、憲法改正の限度を越えたものである。これは旧憲法の廃棄を意味する。ここに憲法改正の限界が存在する。

（註4） 国家に帰属する本質的主権を表わすために、日本国憲法前文第3項に *sovereignty* なる語を用い、また第9条には *sovereign right* という語を用いている。これらはいずれも主権の静態的な面を表現している。国民に帰属する動態的な面を示すために、前文第2項及び第1条に *sovereign power* なる語を用いている。これは統治権力としての主権の発動的な作用面を表現している。私は前者をまた主権静態と名づけ、後者を主権動態と名づける。各国の憲法においても *All powers*, *All the powers*, *Sovereign power*, *All state power*, *All public power*, *Alle Staatsgewalt*, *Tous les pouvoirs*, 等の用語があって、これらはいずれも国民に帰属する主権の動的な作用的性格を表現している。

（四） 統治権と統治権の総攬者

旧憲法第1条は天皇が統治権者であることを明示し、新憲法の前文第1項及び第1条は国民全体が統治権者であることを宣言している。これらはいずれも国態の規定である。しかし旧憲法第4条は天皇の統治権の最高行使者たるの地位を規定するものであって、政治形態 (*Regierungsform*) を表わすものである。旧憲法においては天皇は統治権の主体であるとともに統治権の最高行使者であった。立法権、行政権、司法権のすべてが天皇によって統一的に行使せられた。天皇は立法権の首長であり、行政権の首長であり、司法権の首長であった。これ

が天皇の国家の最高機関としての地位であった。しかし、統治権の主体としての天皇の地位は国家負載者としての地位であった。新憲法における国民全体の地位も国家負載者として、統治権の主体としての地位である。国民全体は統治権の最高行使者たる地位にあるのではない。立法権の最高行使者は国会であり、この意味において国会は国権の最高機関として、執行権を制約する。また行政権の最高機関は内閣であり、司法権の最高機関は最高裁判所である。

（註1） 国家担荷者、すなわち、統治権者と統治権の最高行使者との区別は天皇と将軍との関係において見る事ができる。天皇は国家の負載者であり、統治権の主体であったが、将軍は統治権の最高行使者であって、天皇の任命に基づいて、天皇の授權によって、統治権を行使していた国家の機関であった。将軍は統治権者ではなかった。このことは王政復古、天皇親政の概念によって表現されている。天皇は統治権者であったが、将軍は統治権の最高行使者であった。この統治権の最高行使権を天皇に返還することが王政復古であった。もし統治権までが将軍に帰属していたとすれば、将軍は天皇によって将軍に任命せられ、統治権の行使を委任せられる必要はない。しかし将軍は天皇の委任に基づいて統治権の最高行使権を掌握していたにすぎない。それゆえに、統治権者と統治権の最高行使者とを区別する必要がある。

（註2） 旧憲法第1条は統治権者の規定であり、国態を表示するものである。同第4条は統治権の最高行使者を規定するもので政態を定めている。

（註3） 形式的には君主主権と国民主権とは統治権の主体を異にするのみであるが、実質的には大なる差異が存する。君主主権においては、統治権者としての天皇は統治権の内容たるすべての権能も直接に行使したので、自己の意思を率直に統治に反映させることの可能性が保障されていた。しかし、国民主権における統治権者としての国民は、すべて間接に統治権を行使するにすぎない。それゆえに、国民の総意を率直に統治に反映することは容易ではない。国民が直接行使する国民発案、国民罷免、国民投票は単なる請願権(16条)、憲法改正の承認権(96条)、最高裁判所裁判官の国民審査(79条)等であって、国民が直接選挙した国会でさえ、正しく国民の総意を代表しない場合が生ずる。そこで国民主権における国家意思としての国民の総意の率直な実現が、君主主権における国家意思としての天皇の意思の率直な実現に比して困難な理由が存在する。

（六）主権の存する国民の総意

統治権の主体としての国民は個別国民を意味するものではなく、国民全体を指すものである。個別国民はそれぞれ利己的な個性をもった意思の所有者であるから、純粋に公共的人格である国家の意思を構成することはできない。公共的な国家人格の意思の形成は国民個人の個別性を止揚した純粋な公共性によって統一された国民全体でなければならない。かくのごとき国民全体の意思が国民の総意であって、純粋に公共的な性質によって、一切の権威の正当性の根拠であり得る。国民の総意はルソーの一般意思 (*volonté générale*) によって表現せられる。それは常に公共の福祉 (*bien commun*) を目指すものであって、国民の個別意思 (*volonté particulière*) やかかる個別意思の集合である、個別性の止揚も統一性の契機も含まない集合意思 (*volonté de tous*) と異なるものである。かかる意味においてヘーゲルの普遍意思 (*der allgemeine Wille*) とその性質を同じくする。利己的な利害関係に捉われて不自由な個別意思を超越した自由な意思の主体は、個人や個人の集合ではなく、普遍者である。この普遍者の自由意思が個別意思を克服した最高の意思であり、自己の意思によるのほかいかなる他の意思によっても制約されない自己規定性の意思である。国民個人の特殊意思を止揚して公共的普遍意思となるとき国家意思となる。国民の総意はかくのごとき純粋公共的なロゴスの意思たることによって統治権の主体となり、国家意思の形成者たることができる。ここに主権の正当性の根拠が存在する。

（註1） 具体的には国民の総意は国民の一部の選挙民団の多数決によって形成されねばならないのである。かかる選挙民団の多数決が個人的な恣意の集積であってはならない。それは公共的なロゴスの契機によって統一された理念において全国民の理念と合致する意思でなければならない。国民主権の正当性の根拠は国民の総意の純粋性公共性によるのであるが、それが理想的に行われるか否かは、国民個人の品質による問題であって、これは利害対立の階級意識の捨象を前提としなければならない。階級意識を捨象して公共的精神に基づいて選挙がなされるべきであるとの要請によってのみ正当性が保障され得る。もし階級意識を

以て選挙が行われるならば、国民の総意の実質は優位階級の意思の仮象 (Schein) にすぎなくなる。異質的な階級対立の甚だしい社会において、いかなる方法によって最も正しく理性的国民の総意を具体的に表現することができるかということは研究を要する問題であって、現在の選挙法は同質性の社会における抽象的人間を前提としている。すべての国民個人に公平な利益の分配ということは階級社会においては困難であり、この困難さは階級の間隔に比例する。

(註2) ナチスのごとき民族的国家においては、真正の指導者はその人格のうちに民族精神と民族意思を具現する。それゆえに、民族はその民族の理念に適合する人格を指導者としての権威の担い手として承認する。ここに自由主義的法治国家の議会主義に代って、指導者を通して表現せられる民族の共同意思が現われる。それはルソーの一般意思のごとく抽象的な、個人主義的國家の意思の表現ではなく、具体的な、客観的な民族的意思の表現である。この点についてはソヴェートのごとき階級的対立のない国家においても同様である。

(七) 主権の特性

主権の特性は権威であって、単なる支配力ではない。権威は価値より発する。価値は被治者の認証によって信服を誘発する。主権における正当性の要素は権威の要素である。権威の要素が主権における本質的なものである。憲法前文第1項に「国政は、国民の厳粛なる信託によるものであって、その権威は国民に由来し」とあるは、統治権の権威は国民の正しい総意から由来するものであることを意味する。国民の総意は公共の福祉、正義の理念を内含する意思である。公共の福祉、正義の理念の実現は統治の目的であり、これによって、統治権は正当づけられる。主権は単なる政治的実力であってはならない。主権は権威、正当性を有する力である。その価値的、規範的な力によって実効性を発揮する。かくして、主権の最高性は正義の価値に裏づけられた正当性を有する権威によって保障されねばならない。単なる政治的な実力の支配は可能としても、支配関係の正当性の保障は得られない。理性的人間の社会においては、いかなる社会的行動も理性の認証が要請される。人間が理性的存在である限り、理性の認証を避けることはできない。いかなる独裁者と雖も、国民の意思を無視して、その恣意を行うことは不可能である。かかる恣意も正義、衡平、公共の福

祉、国民の基本権の尊重、道義等の理念によって正当化されねばならない。

(Ⅶ) 主権の限界

主権は対内的には最高であり、対外的には独立であるが、それは自ら限界がある。この限界は、主権が単なる無制限な非合理的な強制的支配力ではなく、理性的な正しい権力であるとともに義務の観念を含むものであることを証するものである。しかし、主権の制限は他律的な制限ではなく、自律的制限であるから、主権の最高独立性と矛盾するものではない。主権の制限について次の三つのものが考えられる。

(1) 主権の権威は正当であり、正義の理念を内含するものであるから、憲法制定権力としての主権においても、正義の理念に背反した憲法の制定は行われてはならない。これについては、絶対君主国家の主権を論じたボーダンの論、主権者たる絶対君主と雖も、神法と自然法とによって制限されねばならないことを論じた。これは主権の理性的制限を認め、ここに主権の正当性の契機を見出そうとしたことが窺われる。日本国憲法の前文第1項にも「この憲法は人類普遍の原理に基くものであるから、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」と定めている。ここに憲法改正の限界がある。

(2) 対内的には、主権行使の方法において制限をうける。憲法制定権力によって憲法を制定し、憲法に基づいて法律を制定し、これらを執行するために命令を制定する。しかし、法によって成立した国家機関を通してこれらを執行するという法治主義の原則によって、主権の行使は恣意的であり得ない。ここに主権の対内的制限がある。

(3) 対外的には、国家は国際法上の人格として、国家存立上必要欠くべからざる権利と義務が認められている。すなわち、主権の尊重、自己保存権、独立権、平等権、領土権、自衛権等が認められている。各国が自国の利益のために他国を侵犯したり、世界の平和を乱し正義人道に反する行動をすることは、国際社会の一員として自律的にもなし得ないところである。国際関係を離れては、国家の独立、安全は保障されないので、国家は国際法を尊重し、これを遵守すべき義務がある。国際法は全人類の法理念の顕現であって、その妥当領域の広

汎さと、普遍性において、国内法より一層高次なものと考えられる。

（註） 憲法の制定又は改正に当って国際法の原則に違背する規定を設けることは、主権の正当性に反するものとして避けられなければならない。現在各国の憲法において、憲法の規定を国際法の内容に一致せしめ、あるいは国際法を国内法の構成部分とし、あるいは国際法を国内法に優先せしめ、あるいは国際法による主権の制限を定めている。また国際法規や条約を国内法と同様に国民に遵守の義務を課している。（日本）それゆえに、憲法の改正は国際法の普遍的原則によって制限される。国際法による主権の制限を定めるものは、イタリア憲法第2条第2項、フランス憲法前文第15項、国際法の国内法に対する優位を定めるものはイタリア憲法第10条、フランス憲法第26及び28条、国際法が国内法の構成部分として定めるものスペイン憲法第7条、バイエルン憲法第88条、ヘッセン憲法第67条、その他、アルゼンチン憲法第31条、ハイチ憲法第127条、ワイマル憲法第4条、オーストリア憲法第9条等がある。日本憲法第98条に「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守する」と規定している。これは国際法規が憲法によって制約されないことを表わすものである。それゆえに、国際法によって憲法の改正は制限をうけるのである。更に憲法前文第3項に「（国際）政治道德の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等の関係に立たうとする各国の責務である」とのべ、第4項に「日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ」と宣言している。この崇高な理想とは世界恒久平和であり、これが国際道德の法則であって、これを尊重し、遵守することは主権国家としての当然の義務である。これによって主権は制限せられ、憲法も限界づけられる。

第三節 主権の本質的構造（その三）

（一）国権と主権

日本国憲法第41条に「国会は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である」と規定する。まず国権（state power）という語はドイツにおいて創造

されたもので、Staatsgewalt の訳語である。ドイツにおいては幾多の邦 (Land) がドイツ連邦 (Reich) を構成しているのであって、各邦には全面的に最高、独立なる主権 (Souveränität) が認められないので、アメリカ合衆国の各州におけるごとく、連邦に委譲しない限りの権力が各邦に留保されている。この連邦に委譲しない限りにおいて各邦に留保されている権力については、各邦は何等の連邦の制肘なく自主的にそれを行行使することが認められている。それが国権といわれるものである。それゆえに、各邦はある限界内において自主的に自己の意思を決定してこれを行行使する権力を保有している。各邦には主権はないが、国権が存在する。最高独立なる主権は連邦のみに認められるのである。しかし、日本のごとき単一国家においては、国権は国際法による自己制限のほかは、何等他の権力によって制肘をうけることなく、全く国家固有の自主的権力であって、最高独立であるから主権というべきである。

美濃部博士は国権を国家の意思力という意に解される。すなわち、あらゆる国家活動の源泉は国家意思の決定に俟たねばならないのである。この国家活動の源泉たる国家意思の決定力が国権である。しかして、国権が何等他の権力の制肘をうけることなく、最高独立なる性質を有するときに、この性質を主権的性質といい、かかる主権的性質を有する国権が主権といわれるのである。これについて博士は「主権は最高又は独立の意に用いられる。これが主権という語の本来の意義であって、その語の沿革より謂うも主権は Sovereignty の訳語である。Sovereignty とは本来他の如何なる権力によっても支配せられない国家の権力を意味する。主権を対外主権と対内主権とに区別するのは、この意味においてである。対外主権とは国家の意思力(国権)が外に向って独立なることを意味し、対内主権とは国家の意思力(国権)が内に向って最高なることを意味する。この意味において主権は国家の意思力(国権)そのものでもなく、国家の権利でもなく、国家の意思力に属する性質(本質的属性)である。」とする。^②

しかし日本国憲法の前文に「ここに主権 (Sovereign power) が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」また「この法則(政治道徳の法則)に従ふことは、自国の主権 (Their own sovereignty) を維持し、他国と対等関係 (Sovereign relationship) に立たうとする各国の責務である」とあり、第1条

に「この地位(天皇の地位)は主権 (Sovereign power) の存する日本国民の総意に基く」とある。この意味における主権は、美濃部博士のいわれる最高独立なる国家人格自体の意思力と、かかる最高独立なる国家人格の意思を構成する所謂国家の最高機関意思との両者を含むものと考えられる。国家自体の意思と国家意思を構成する最高機関意思を峻別されたことは博士の卓見である。

しかるに日本国憲法において、憲法前文の第1項及び第1条に定められている国民に存する主権 (Sovereign power) と前文第3項の国家自体に存する主権 (Sovereignty) との差異について、一般に十分な認識が欠けているようである。これについて浅井清博士は『新憲法においてはどこに主権があるものとしているのであろうか。先づ前文の初めに、主権が国民に存することを宣言し、とあり、また第一条に、主権の存する日本国民とあるから、主権の主体は日本国民と考えなければならない。しかし前文の終りの方には、自国の主権とあるからこの場合の主権の主体は、日本国自体と考えなければならない。それゆえに、主権の主体が二つ考えられるのである。しかしながら、これは法的主権 (Legal sovereignty) と政治的主権 (Political sovereignty) とを区別して考えると、矛盾していないことが解るのである。国家は法人であり、自ら統治意思を有するものである。法治主義国家においては、すべての国家の統治は国法に従って行われなければならない。国法を制定する権力は国家人格自体に存するのであって、これを法的主権というのである。法的主権は日本国自身がこれを有していると考え得る。これに対して、この法的主権を構成する権力を有するものが政治的主権者であるということが出来る。国法は主権者としての国家人格の命令であるが、かかる国法の制定を行うもの、即ち法的主権の構成者は国民全体であるから、政治的主権は日本国民に存するというべきである。故に前文の自国の主権 (Their own sovereignty) は法的主権であり、また前文の「主権が国民に存することを宣言し」及び第一条の「主権の存する日本国民」の二つの主権 (Sovereign power) はいずれも政治的主権をいうのである。新憲法における主権在民(国民主権)の主権は政治的主権を指すもので、法的主権を意味しない。明治憲法においても、国家法人説の立場より見れば、法的主権は国家にあったのである』とのべている。^③

ここに浅井博士の法的主権というのは美濃部博士の国家人格の意思力としての主権の意味であって、これは国家自体に属すべきものである。それゆえに、法的主権は当然国家に帰属する。ダイシー（A.V. Dicey）は法的主権は国家の法を定立する国家の最高機関である議会に帰属し、政治的主権は法的主権の帰属者である議会の背後にあってそれを制肘する権力を有する国民に存するとし^④た。法的主権はまた議会主権（Parliamentary sovereignty）ともいわれる。政治的主権は法的主権の根源であって、実定法の圏外において究極の権威を把持するものである。国民は議会における最も優越的な地位にある庶民院議員を選挙する権利を有するがために、国家意思の終局の決定者である。それゆえに、政治的主権は国民に存するとする。これについて、国家の政治的動向を最終的に決定する権力を有するものを以て政治的主権者となし、これを国民とすることについては賛意を表すが、法的主権を単に権限と解してこれを議会に存するとすことに疑問がある。議会は国家の最高機関であるが、主権者ではない。法的主権を法定立上の権限と解せずして、法律の意味における主権（Sovereignty in legal sense）と解し、政治的主権を政治の意味における主権（Sovereignty in political sense）と解すべきである。法律の意味における主権は純粹に靜態的な主権であって国家人格に帰属すべきものである。政治的主権は現実の政治の動向に対して最終の決定力を有する動態的な主権であって、君主国態においては君主に、民主国態においては国民又はその一部に存するのである。法的主権は、前憲法においても現憲法においても、国家自体に帰属するのであって、国家主権であるが、政治的主権は、旧憲法においては天皇に存し、新憲法においては国民に存するのである。^⑤

（註）

- ① ウィーン議定書第2条によると、「独逸連邦は公法上の権利主体にして、其版図内の独逸各邦に対して上級の地位に立てる共同団体である。連邦はそれを構成する各邦の権利義務と同じからざる権利義務を有し、國際法上独立の人格を有する」とある。同第9条「連邦は財産権の主体として私法上の義務を負い、またその決議により連邦の意思を表示すべき機関を有し、この議決は連邦の各邦に対して直接に義務を生ずる。」同第23条「連邦主権はその履行を強制する

手段として、強制執行権を有する。」（ゲオルク・マイエル ドイツ国法論 14 6頁）

- ② 美濃部博士は、主権を国権の性質の意に解されるが、主権はまた国家の最高機関の意思の意にも用いられるとする。国家の最高機関意思とは、国家のすべての活動を統率し、その源動力となるべき意思である。国家の最高機関意思が国家のいかなる機関に存するかは、その国の政態（私は国態という）により異なる。かかる最高機関意思が君主に属するとき、これを君主主権といい、最高機関意思が、国民全体に属するとき、これを国民主権という。君主国態においては、君主が主権者であり、民主国態においては、国民全体が主権者であるといわれるのはこの意味においてである。それゆえに君主又は国民が主権を有するということは、国家内において国家の意思を決定すべき最高の原動力が君主の意思又は国民の総意に発することを意味する。

これに対して国家が主権を有するということは、国家自身が他国の制肘をうけることなく、また国家内のいかなる部分的な権力によっても制限を加えられることなく、最高独立な自主的意思によって国家活動の方針を決定することのできる権力を有するということを意味する。この場合に、最高独立なる国家意思を構成するものが国家の最高機関意思である。（美濃部達吉 憲法撮要 42、43頁）

- ③ 近世欧州において君主が最高独立の地位にあることを表示するときに *souverain* という語を用いたのであるが、これが今日の主権概念の起源である。それゆえに、主権の本質は最高独立にある。これより最高独立の権力を表わす場合に主権というのである。しかし、主権という語を用いるときに、法的主権という場合と政治的主権という場合の二つがある。英国においては法的主権 (*legal sovereignty*) は国会における国王 (*King in Parliament*) にあり、政治的主権 (*political sovereignty*) は選挙権を有する国民 (*electorate*) にあるとする。法的主権は最高独立なる意思の主体であるから当然国家であるべきであるが、立法権と国会至上主義の立場から、国会における国王に法的主権が存するとする。また英国にては国王は不死であって、*King never dies* 国王は国家自体を表示する公法人 (*public corporation*) である。国王は立法権も行政権も司法権も行うのである。立法権を行う国王が *King in Parliament* である。*King in Parliament* が国家を表現する公法人であり、国家人格そのものと見做されるのである。行政府における国王 (*King in government*) も司法府における国王 (*King in judicature*) も国家を表現する国王ではない。政治的主権は選挙権

を有する国民全体に存するのであって、選挙権を有する国民が国家意思を具体的に構成するものとせられる。選挙権を有する国民には、成年に達すればすべての国民なのであるから、政治的主権は国民に存するといえることができる。

（浅井清 憲法講話 8、9頁、同 憲法精義 34、35頁）

④ Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p. 66ff.

⑤ 浅井清 日本憲法講話 9頁以下

（二）国家法人説

美濃部博士の憲法学説の基底をなすものは国家法人説である。博士はゲオルク・イェリネックの国家法人説を唯一の正当なる学説であるとせられる。イェリネックによれば「国家は本来の統治力を備えている土地に定着した人類の団体的単一体である。」（Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit selbsthafter Menschen）国家が永続且つ統一的の団体たるの性質は唯国家を以て、それ自体一個の人格者とし、統治権の主体であると解することによってのみこれを説明することができる。これは今日において最も広く行われる学説であってまた唯一の正当なるものである。^①

一般に人格とは法学的には権利能力を有し、権利義務の主体となり得る能力を有するものをいう。国家が人格者であるということは、国家が権利能力を有し、一切の権利義務の主体たり得る能力を有するものであることをいうのである。自然人以外のもので法律上権利義務の主体たる能力を有するものが法人といわれる。この意味において、国家は一種の法人である。^②

多数の人類が集合して共同生活をなし、その全体が統一的単一体をなすことは人類の生活における自然の事実である。この人類の統一的単一体たる団体が人類各個人と別個に独立して存在することも自然の事実である。この自然の事実に基づいて、人類各個人を法律上の人格者とすると同様に、この団体を法律上の人格者とするのである。しかして、人格者はすべて自己の利益を主張することのできる意思を有するものである。意思がなければ自己の利益を主張することのできる能力、すなわち、権利がなく、意思の主体としての人格もない。団体が人格者であるというときは、必ずその団体に意思の能力のあることを要する。団体は一定の目的を有する人類の結合であるから、団体は必ずある一定の目的

を有する。団体が一定の目的を有することを認めることは、団体に意思能力のあることを認めることである。意思能力がなければ、目的を意思することも遂行することも不可能である。これ団体が法律上人格を認められる所以である。勿論団体の意思もその団体を構成する人類の意思であるから、団体の意思も人類の意思より出づるのであるが、団体の目的のためにする意思活動は、単なる人類各個人の意思ではなく、それらすべてを超越した団体の統一的意思と考えなければならない。この場合に、団体の意思を構成する人類を意思機関^③というのである。

人類と団体との異なるところは、人類は人として出生することによって当然法律上の人格を有するのであるが、団体は法律によって特にその団体に法律上の人格を認められることによって人格者たり得るのである。法によって人格を認められるまでは、団体は一つの人類の結合であって法律上の人格者ではない。その意思機関は事実上の意思機関であって、法律上の意思機関ではない。

主権的団体である国家も当然一種の法人であるが、国家は他の法人と異なる性質を有する。国家以外の法人は、国家によりその法人格を認められることによって、はじめて法人たり得るのであるが、国家は人類の団体が主権的性質を取得して、国家となることによって、法律上の人格者となり得るのである。勿論国家人格については、対外的には他国から国家人格としての承認（国家の国際社会における人格、すなわち、国際人格の承認）が必要である。国家法人格を否定する論者が国家を以て法人とすれば、国家が法に基づいて、国家以上の団体によって法人格を認められるのであるから、国家法人成立以前に、国家以上の団体と国家に法人格を附与する法の存することが必要であるとする。しかし、国家は人類の団体が主権的性質を取得することによって成立するのである。その主権的性質の取得は、国家の憲法において条定されることによってなされる。例えばアメリカ合衆国の主権的性質は、アメリカ合衆国の憲法の制定とともに発生し、それと同時に国家（アメリカ合衆国）が成立したのである。それゆえに、憲法の制定と国家の発生とは同時である。しかして憲法の制定はある団体の機関がこれを行うのである。憲法は国家によって制定された法ではなく、ある団体の機関によって制定された法であるが、その制定によって、その団体

は主権的性質を帯びて国家となるのである。それゆえに、憲法の制定は同時に国家の成立であり、国家があって憲法が制定されるのではない。この意味において、憲法は国家成立の要素であるということができる。国家は憲法によって成立する法律上の人格者である。^④

国家が法人であるということは、国家が権利能力の主体であり、その権利能力は法人の目的によって定まるものである。一般に法人の権利能力の範囲は法律上認められた法人の目的の範囲に限られる。しかし国家の目的は国家以外の法人のごとき限定された目的ではなく、無制限なものであるから、その権利能力も無制限といわねばならない。しかして国際法において国家の権利能力を制限しているものはこの限りではない。

国家の権利能力は無限であるが、国家が他の法人と区別される特質は、国家が統治権の主体であるという点にある。国家は単なる法人ではなく、それは、統治権の主体たる法人である。国家は自己の固有の権利として統治権を有し、国民に対して統治を行うのである。国家が法人格者であることは次の諸点において認識せられ得る。すなわち、(1)国家は永続的な、歴史的な団体であって、治者の交替、被治者の新陳代謝によって継続が中断されるものではない。(2)国家は不可分なる統一的団体であって、それ自体の意思を有すること。(3)国家が自己の目的を有し、その実現のために活動していること。それゆえ、法律上より国家を見るときは、国家とは一定の地域を基礎とする法人(団体的人格者)であって、自己に固有なる統治権を有するものである。^⑤

(註)

① 国家を以て独立の抽象的人格とする見解はいずれの時代にも多少その痕跡を認めることができる。17世紀の自然法学者 Hugo Grotius, Thomas Hobbes 等によって明瞭に認証された。しかし、それが一般の定説となるに至ったのはドイツの国法学者の功績によるものである。1837年 Albrecht は Maurenbrecher の国法学に対する批評論において明確にこのことを論じたのである。Georg Jellinek (Allgemeine Staatslehre, 1900, S. 181) 等の論述によって一般の通説となるに至ったのである。

② 法人 (juristische Person) という語の代りにドイツの学者、特に Gierke 及び

その学派の人々は集合人（Gesamtperson）又は団体人（Verbandsperson）と定義している。すなわち、その意思を何人によって構成されるにせよ、その意思構成者によって主張せられる目的の主体たるものが人格である sie dem zu seiner Realisierung erforderlichen Willen rechtliche Kraft verleiht. 法人の意思は法人の機関の意思によって構成される。この場合に法人の機関は自己のためにその意思能力を用いるのではなく、団体の目的のためにその意思能力を用いるのである。意思は目的を達する手段である。目的の主体は同時にその手段の主体でなければならない。ベルナチックが法人を以て目的の主体であるが意思の主体としないのは事実上の意思と法律上の意思能力とを区別しないことによるのである。

- ③ Affolter は法人格を以て、自己以上の地位にあるところの法によって与えられるものとしている。従って国家は国際法上の人格として対外的には一個の人格であるが、対内的には国家以上の団体によって制定された法に基づいて国家人格を得ているのでないから、人格を有することができないとする。Das staatliche Gesetz ist etwas internes, die Verleihung der Persönlichkeit an ein Subjekt kommt. これに対して Savigny は権利能力を有する者は本来は人間のみであるが、法の力により人間以外の者も権利能力を附与することができる。それゆえ、法人とは法により構成された人格（künstliche gebildete Person）であるとする。
- ④ Seider, Das juristische Kriterium des Staates, S. 58.
- ⑤ イェリネックは「法律上の観念としては、国家は固有の統治権を備えた定住せる国民の団体である。また近代の慣用語を用いていうときは、国家は固有の統治権を具えた領土団体であるということが出来る」とする。（Allgemeine Staatslehre, S. 161）

（三）国家の機関

国家は統一的の意思を有する人格者である。しかし国家人格の意思は国家を構成するところの人類の意思である。この国家の意思を構成する人類は、それが国家の意思を構成する地位において、これを国家の機関という。すべての統一的に組織された団体は、その意思を構成する機関を有する。団体はその機関によってはじめて意思能力を有するのである。国家も国家団体として国家機

関を有し、その機関によって国家意思が構成され、意思能力を有することができる。国家の機関たる地位にある人類が法の定めるところに従って国家のためにその意思を表示すれば、国家の意思たる効果を有するのである。これらの人類は国家機関たる地位においては、それ自身人格を有するものではない。機関とはそれが独立の人格を有するものではないことを表明するものである。^①

国家の機関はそれぞれ一定の職分を有し、各種の機関はその職分に応じて国家人格を代表し、国家機関として活動することができるのであって、その職分外においては、国家を代表することもなければ、国家機関として活動することもできない。国家機関がその職分として処理することのできる国家事務の範囲が機関の権限（Kompetenz）である。国会が法律、予算を議決するのも、天皇が内閣の助言と承認をもって衆議院を解散するのも、最高裁判所が違憲立法の審査を行うのも、すべてこれらの機関が国家の権利を国家に代って行うのであって、自己の権利を行うのではない。これらの権利の主体はただ国家のみであって、国家の権利を行うについて、その権限が各種の機関に配分されているのである。しかして国家の機関と国家の機関たる地位にある人類とは異なるものである。機関たる地位にある者は、もとより人格者として、権利を有し義務を負う主体である。国家の機関としては、いかなる場合においても、権利義務の主体たるものではなくして、国家機関の行うところの権利は国家の権利であり、国家機関の負うところの義務は国家の義務である。

国家の機関と機関の地位に当る者とを区別することを要する。国家の機関たる地位を充たす者は人類であるが、その機関としての権能を行うのは自己の目的のためにするのではなく、国家の目的のためにするのである。国家の機関としての地位は、その地位に当る者が交替しても不変に永続的に継承されてゆく。国家機関は常に同一のものとして認められ、その機関意思は機関人の交替にかかわらず継続的に効力を有する。君主国態における君主の意思は国家意思を構成するものであって、君主の崩御によって消滅するものではない。英国において国王は単独法人（sole corporation）であって、国王は歴代同一体として相継承して、永続的に英国の国家意思を構成するのである。国王の行為は国家機関としての行為であって、国王個人の行為ではない。同じ国家目的のために存

する国家機関の行為は、国家人格自体の行為として認識されるのである。国家機関は国家の権利の主体ではないが、機関権能の主体である。

国家の機関は直接機関と間接機関とに区別せられる。直接機関とは憲法に基づいて国家機関の地位に当る者をいう。すなわち、直接に憲法上にその権能の根拠を有するものをいうのである。それゆえ、直接機関はその権能を行うについて、他の機関の制肘をうけることなく、常に独立してその権能を行うものである。直接機関は国権を発動する権能を有するものがあり、また他の国家機関を制限するものがある。前者が主動機関であり、後者が制限機関である。国民に対する国権の発動は主動機関によって行われる。制限機関はそれの同意を得なければ主動機関が法律上有効な国権の発動をなすことを不可能にする権能を有する。

直接機関のうち、自己に固有なる権限を有するものと他の直接機関を代表して、その機関に属する権限を行うものとがある。前者が原始機関であり、後者が代表機関である。例えば前憲法においては天皇は直接機関であって、何ものをも代表することなく、自己の名において国家の権能を行う国家の原始機関であった。また旧幕時代における将軍は代表機関であって、天皇の代表機関として、天皇の名において国家の統治権を行使したのである。摂政も同様に天皇の代表機関であって、天皇の名において統治権を行うものである。また民主国家においては、国民全体が国家の原始機関として国家の権利を自己の名において行うのである。国会は国民全体の代表機関として、国民の名において国家の権能を行使する。美濃部博士によれば、旧来の学者は統治権の体と用とを区別して君主は統治権の体を有し、摂政は用を行うといい、また国民が統治権の体を有し、議会がその用を行うという説明をするのであるが、これは全くの誤れる見解である。君主も国民も自ら国家の権利主体ではなく、原始機関として、他の機関を代表することなく、国家の権利を行うのである。

二つ以上の直接機関が同時に並び存する場合に、そのうちの一つの機関が主動機関であって、他の機関が制限機関である場合があり、またいずれも主動機関であることもある。前者は旧憲法における天皇と議会のごときものである。主動機関たる直接機関は天皇のみで、議会は君主の国権の発動を制限する権能

を有するにとどまり、自ら国民を拘束すべき権能を有しない。

国家諸機関のうちいずれか一つが最高の地位を有するものである。二つ以上の機関で互に対等独立の地位を有することは国権の統一を破るおそれがあるからである。この場合に最高の地位を有する直接機関が国家の最高機関である。最高機関は国家に国家活動の原動力を与える機関である。最高機関の意思に基づくのでなければ、国家活動は行われ得ないのである。最高機関の活動の停止は、国家活動の停止をもたらす。それゆえ、これを原動機関ともよばれる。前憲法においては天皇がこの地位にあったのである。また一般に民主国家においては国民がこの地位にあるのである。

（註）

- ① Gierkeは機関を以て不完全なる人格を有するものとなし、これを機関人格(*Organpersönlichkeit*) 又は不完全人格 (*unvollkommene Persönlichkeit*) と称する。彼によれば、法人には完全なる権利能力を有するものと然らざるものとがある。完全なる権利能力を有しないある種の権利義務の主体は、これを不完全人格者又は関係的人格者(*relative Person*)と称する。国家の機関たる国会、内閣、裁判所その他の機関はいずれも法人ではなく、一般的な権利能力を有しないが、ある種の権利義務の主体である。これらのものは国家の機関たる地位において、憲法上の権限を有する。それゆえ、全く人格を有するものではないとすることができない。これを機関人格とすることができるとする。ギールケは一方において機関は法人ではなく、権利能力を有しないことをのべ、他方においてこれが権利義務の主体であるとする。権利能力を有しないものが、どうして権利の主体たることができるであろうか。(Gierke, *Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtssprechung*, S. 171ff. Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die jurische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, S. 169ff. und S. 213ff. Jellinek, *Öffentliches Recht* S. 224ff. *Allgemeine Staatslehre*, S. 512ff.)

君主が国家の機関であるということは、君主が国家を代表するもので、君主の意思が国家の意思を表現する法律上の効力を有することをいうのである。

（穂積八束 憲法提要 213頁以下）また上杉博士も天皇を国家の機関と見る学理は理論上実験上疑なきところにして、予が常に主張するところなり。（上杉慎

吉 帝国憲法 38頁）国家とは統治権の主体たる抽象的人格なり。この抽象人格を組織する実体は自然人なり。これを統治権の総攬者という。予がこれを主権者というを欲せざるは、抽象的人格とその実体とを区別するを觀念上必要なりとすればなり。（上杉慎吉 国体及び政体 29頁）国家人格説を是認し、国家人格を以て主権者とし、天皇を以て統治権の最高の統一的行使者としている。然るに美濃部博士に反駁を加えて、余は天皇を以て主権者なりとなし、美濃部博士は人民全体の団体を以て統治権の主体なりとなす。余は我国を以て君主国となす。美濃部博士は我国を以て民主国となす。天皇は國家の機関なり。団体の役員なり、団体は人民全体なり。天皇は団体のために働くところの使用人として存在す。これ実に美濃部博士の所説なりといっている。

（四）主権の担荷者

美濃部博士の國家機関の解釈に対して、中村弥三次教授の見解は最も注目値するものである。國家機関とは法律上國家に代って諸般の法律要件を定立して、その法律効果の帰属を媒介する一定の職権を有するものをいうのである。國家機関については、機関地位と機関担荷者との区別をせねばならない。機関地位または機関とは、國家のためにある特別の法律要件を定立してその効果を媒介し得べき法律上の地位をいい、機関担荷者とはかかる地位を担当する人格者をいう。前者は単なる法律上の地位であって、何等の法人格をもたないのに対して、後者はかかる法律上の地位を保有し、それに附着する権能を行使し得べき職権の主体であり、更にこれを適法且つ適当に行使すべき職務の主体である。この場合に機関担荷者は機関人格者といわれる。^①

機関人格者はその機関人格を保有する個人と区別しなければならない。個人はその生活の全体に亘って國家の機関を担荷する者ではなく、彼の行為が法律上機関の行為として妥当する限度においてのみ國家の機関人格者と認められるのである。機関人格者とそれを保有する個人との相違は、それに帰属する権利義務の種類について認めることができる。國家のためにある機関作用を行うべき権能を自己に保有して、他のものの干渉を排斥し得る権利のごときは、その機関地位に必随する職務上の権利であるから、機関人格者の上に帰属すべきものであることはいふまでもない。これに対して、機関人格を保有することに對

してある一定の給付をうけあるいは退職後に退職金又は年金をうける権利のごときは機関地位そのものとは何等の関係をもちたない。これらは個人に専属すべき権利である。前者に帰属するものはこれを示すに職権又は職務なる語を用い、後者に帰属すべきものは単に権利(又は義務)なる語を用いる。

次に国家と似て非なるものに国家構成者がある。国家構成者とは国家の法人格を担荷する自然人(単数又は複数人の結合体)をいうのである。しかし、その担荷者の自然人たる全生活部面に亘って国家を構成するという意味ではない。単に国家人格を構成するに必要な生活部面においてのみである。例えば君主国態における国家の国家構成者は君主個人(単数)であり、民主国態における国家の国家構成者は人民(複数人の結合体)である。国家と国家構成者とは時には同一の存在のごとくに考えられる。アメリカ合衆国においては、アメリカ合衆国人民が主権者とせられ(アメリカ合衆国という国家人格が主権者であって、アメリカ合衆国人民は主権の担荷者であるのであるが)英国においては、英国王が主権者(実際は国会内における国王 King in Parliament が主権者)であるとせられる。(英国自体が英国の主権者であって、国会内における国王は英国という国家人格の主権の担荷者である。)わが国においては、前憲法にては天皇が主権者とせられ(日本国という国家人格が日本国の主権者であって、天皇は主権の担荷者であったが)また現憲法においては国民全体が主権者とせられる。(日本国自体が日本国の主権者で、国民全体は日本国の主権の担荷者である。)中村弥三次教授はこの主権の担荷者のことを国家構成者とよばれるのである。^③

主権者を静態的象面から見て国家であるといい、動態的象面から見て人民全体、国王等というのである。動態的象面から見た主権者が国家構成者、すなわち、主権の担荷者である。国家なる法人格は国家人格に附随する一切の権利義務の帰属点であり、かかる権利義務を定めた諸法規の統一体であって、それ自体は静態的観念的存在であるが、国家の法人格を現実構成する国家構成者(主権の担荷者)は国家人格の一切の機能を実現する動態的實在である。この問題について私は次のごとくに考える。

主権はこれを本体面(Noumenon)と現象面(Phenomenon)とに分けて考えることができる。主権の本体面は不変であって、これは国家に固有なるもの(in-

herent) である。主権の恒久性と同一性より考えて、主権の座は当然に恒久的に同一性を保持する人格であるところの国家に属すべきものである。これに対して、主権の現象面はあるいは君主を通じて、あるいは国民全体又はその一部を通じて発動するものである。主権の発動面は変遷する。主権の本体面を静態主権又は恒常主権 (Stationary Sovereignty) といい、主権の発動面を動態主権又は動的主権 (Actual Sovereignty) といえることができる。^④ 静態主権は常に国家人格に帰属するのであるが、動態主権は君主あるいは国民全体又はその一部に属する。この動態主権の帰属者を国権の担荷者といわれるのである。^⑤ 憲法第1条の主権の存する国民というのは、国家の動態主権の帰属者、すなわち、国権の担荷者が国民であるということを意味するのである。本体面たる静態主権は国家自体に属するのであるが、現象面たる動態主権は国権の担荷者としての国民に属するものと考えられる。現憲法においては国民が一切の国家の統治権の作用及びその効果の帰属線における終帰点であり、国会は国家の意思を決定する国権の最高機関であり、国家の意思決定という国家の作用及び効果の通過点であって終帰点ではない。旧憲法においては天皇主体説と国家主体説（天皇機関説）とが行われたものであるが、これに対しては賛意を表し難い。天皇は国権の担荷者であって、動態主権が天皇に属していたのである。天皇が動態主権の主体であるという意味においてであれば、天皇主体説は成立するが、静態主権の主体であるという意味においてならば、天皇主体説は国家主権の立場（静態主権は国家に存する）からは成立し得ない。

天皇機関説は国家主権の立場において説かれるのであるが、天皇が国権の担荷者である限り、それは国家の権利義務の帰属終点であって、それらの通過点であり媒介者である国家の機関ではない。天皇は国権の担荷者として動態主権を担荷し、主権の作用及び効果の終帰点であって、単なる通過点ではなかった。新憲法における国民の地位も、旧憲法における天皇の地位と同様でなければならない。かくのごとくにして、旧憲法においても、新憲法においても、静的主権の帰属者が国家自体であり、国家主権であるということには変化がない。動態主権の帰属者たる主権の担荷者が天皇から国民に変更されたのである。動態主権の帰属者という意味において、君主主権より国民主権に移行したのである。

動態主権の帰属者、すなわち、主権の担荷者を以て国態を種別すれば、君主国態より民主国態への変革である。

（註）

- ① 国家主権の観念は国家人格と不可分に結合しているのであって、国家権力の主体が君主でもなく、国民でもない独立した人格としての国家そのものに存する。19世紀の後半ドイツにおいて、君主主権と民主主権との対立を止揚するものとして定立されたものである。（黒田覚 日本憲法論上 222頁）
- ② E. Jenks, The Book of English Law, p. 153ff.
- ③ 国権の担荷者の観念は国権の主体を人格としての国家とし、主権の担荷者たる君主又は国民を自己固有の権限として、国家統治の全権を保有するものとする。（黒田覚 同上書 128頁）
天皇と将軍、摂政との関係について見るに、天皇は国権の担荷者であり、将軍や摂政は国家の機関であり、天皇によって任命され統治権を行使したのである。（拙著 憲法序説 94頁）
- ④ Adolf Dock, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich der Grosse, S. 52ff.
- ⑤ Rehm, Staatslehre, S. 57ff.

（四）統治権の最高行使者

明治憲法第1条に「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」とあって、天皇が統治権者（主権の担荷者、動的主権の帰属者、国家構成者）であった。また第4条に「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ。」とあり、天皇が統治権のすべての作用（Alle Rechte der Staatsgewalt）（1818年のバイエルン憲法の規定）、すなわち立法、行政、司法の作用を統一的に行使し、天皇は統治権の作用の統一的行使者、最高行使者（Der oberste Ausführer der Staatsgewalt）であった。それゆえ、明治憲法における天皇は第1条によって主権の担荷者であり、第4条により統治権の最高行使者であった。従って明治憲法においては君主主権であり、その動的主権（統治権）は天皇に帰属し、天皇は動的主権者として、日本国憲法における国民全体と同じ地位

にあったのである。

美濃部博士は明治憲法における天皇の地位を国家の最高機関とせられた。国家機関とは国家の意思を構成する地位にあるものをいい、最高最終の国家意思の構成者が天皇であるから、天皇を以て国家の最高機関とされた。しかし明治憲法における天皇も、日本国憲法における国民全体も国家の機関というよりも国家の構成者（担荷者、国家人格の最高最終の意思を構成する者、動的主権の帰属者、主権の担荷者）というのがより適当である。統治権に伴う一切の権利義務の帰属終点（Zurechnungsendepunkt）は機関というよりも国家の担荷者（Der Träger des Staates）、国権の担荷者（Der Träger der Staatsgewalt）というべきであるからである。国家の機関とはかかる統治権に伴う一切の権利義務の帰属終点をいうのではなく、通過点（Durchgangspunkt）をいうのである。それゆえ、日本国憲法においては、国民は国家の構成者であり、国権の担荷者である。国民の代表者で組織する国会が国権の最高機関である。国民全体が国家の最高機関であるということは適当ではない。美濃部博士は他者によって附与されたものでも、委任されたものでもない、固有の権力を有するものを原始機関といわれる。そしてこの原始機関が国家の最高最終の意思を構成するものとして、国家の最高機関とよばれるのである。この見解に従えば、日本国憲法においては、国民全体が国家の最高最終の意思構成者として国家の最高機関であるということになる。統治権に伴う一切の権利義務の帰属終点は国家の最高最終の意思の構成者である国民全体でなければならない。統治権に伴う一切の権利義務の帰属終点たる国民全体は国家の構成者であり、国権の担荷者である。国家構成者によって統治権の行使を委任されているものが国家の機関であって、国会はかかる統治権の行使を委任されている機関のうち最高のものであるから、国権の担荷者の最高機関であるということが出来る。すなわち、国会は国権の最高機関（Highest organ of state power）であると定められた理由である。それゆえ、国会は統治権に伴う権利義務の帰属終点ではなく、通過点であるということができる。

国家機関と国家構成者との差異は、統治権に伴う一切の権利義務の通過点であるか、終帰点であるかに存する。すなわち、国家機関は統治権に伴う一切の

作用及び効果の通過点たるに対して、国家構成者はその終帰点である。例えば、新憲法において国家構成者は国民全体であって、国会は機関である。憲法前文に「ここに主権が国民に存することを宣言し」といい、また第1条に「主権の存する国民」と定めているのは国家権力の動態面を担荷するのは国民全体であるということを意味する。本質的静態的には国家に属する主権が、現実的動態的には主権の担荷者たる国民全体に属するものとするのである。また法的には国民が一切の国家の権義の作用及び効果の帰属線における終帰点であり、国会は国家の権義の作用及び効果の通過点であって、終帰点ではない。

明治憲法においては、天皇主体説と国家法人説における天皇機関説とが行われたのであるが、天皇は主権の動態面を担荷する国権の担荷者であり、国家構成者であった。天皇は本質的には国家に属する主権を現実的に担荷していたのである。天皇主体説の説くごとく、天皇が国家活動の主体であるのではなく、国家活動の主体は国家人格自体である。天皇はただ国家人格を担荷する地位におかれていたのである。また天皇機関説の説くごとく、天皇は国家の機関ではなく、天皇が国家人格の担荷者である限り、国権の担荷者として、統治権の作用及び効果の最終帰属者であって、単なる通過点ではなかったのである。すなわち、天皇は国家機関よりも高次なる地位にあり、また国家人格自体よりも低次なる地位にあったのである。新憲法における国民の地位も同様でなければならない。かくのごとくして、旧憲法においても、新憲法においても、本質的には国家主権説には変化はない。国家権力の動態面を担荷する国家構成者が天皇から国民全体に変更されたのであって、この意味における主権の帰属は、君主主権より民主主権に移行したのである。^①

しかし、天皇は他方においては（明治憲法第4条）統治権行使の最高機関（主動機関）として立法、行政、司法の作用を統一的に行う地位にあったのである。天皇の主動機関に対しては制限機関として帝国議会、國務大臣、裁判所があったが、現憲法の国会は立法権以外の統治権の作用たる行政及び司法を含めての最高機関であるのであろうか。国会は決してかかる地位にあるものではない。明治憲法においては、國務大臣は天皇の行政権行使の輔弼機関であったのであるが、現憲法における内閣は最高の行政機関である（65条）。決して国会の下に

ある行政機関ではない。また司法権についても、明治憲法の裁判所は天皇の代表機関にすぎなかったのであるが、現憲法においては、最高裁判所が司法の最高機関である(76条)。ただ国会は全国民を直接に代表し(43条)、内閣の首班である内閣総理大臣は国会によって選ばれ(67条)、内閣は行政権の行使については国会に対して責任を負い(66条)、衆議院は内閣不信案を可決して内閣の総辞職を要求する(69条)等のことによって、行政権の行使を制限するにすぎない。また司法に対しても国会は弾劾裁判所を設けて罷免の訴追をうけた裁判官を裁判する権限を有するにすぎない(64条)。むしろ国会の立法権は裁判所の違憲立法審査権によって司法権の制肘をうけているのである(81条)。これらの点について見ても、旧憲法の「國務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス」(55条)、「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」(57条)と大いに異なるのである。それゆえ、国会は決して行政権の最高機関でもなければ、司法権の最高機関でもない。しかるに、旧憲法における天皇は、その第4条、5条、55条、57条によって、一切の統治権の作用を行使する最高機関であった。この点において現憲法の国会の地位と異なるものがある。また天皇が国家の最高機関という場合と国会が国権の最高機関という場合における最高機関の意味に大なる差異があることが看取され得るのである。

(註)

- ① 国家の主権の構造をその静態的な面と動態的な面とに分けて考察することができる。前者を主権の体 (*majestas realis*) 静態的主権、形式的主権、抽象的主権 (*souverainete in abstracto*) といい、後者を主権の用 (*majestas personalis*) 動態的主権、実質的主権 (*souverainete in concreto*) とよばれる。静態的主権は国民、国土をその成立要素とした複合成態で、恒久的人格である国家自体に属し(静態的主権は国家の本質的属性)動態的主権は国家人格の担荷者である国民全体に属する。これについては日本国憲法の前文に「この法則に従ふことは自国の主権 (*sovereignty*) (静態主権)を維持し、またここに主権 (*sovereign power*) (動態的主権)が国民に存することを宣言し」として、英文においては国家に存する主権(主権の体、静的主権)と国民に存する主権(主権の用、動的的主権)とを区別している。それゆえ、国家人格は静的主権の帰属者であり、国民全体

は動的主権の帰属者である。この場合、国民全体が国家の構成者または主権の担荷者といわれるのである。静的主権の帰属者である国家人格は恒久的にあらゆる国家以外のものの変遷を超越して、人格の同一性を保有して継続してゆくのであるが、動的主権の帰属者である国家の構成者、主権の担荷者は変遷する。国家主権というときには、静的主権が国家人格に存し、国民主権とは動的主権が国民全体に存することをいうのである。（拙稿 法政論叢第9号）

更に国態論において、国家主権と国民主権又は君主主権とが両立し得るや否やを見るに、以上の見解を以てすれば、当然に両立し得るのである。静的主権の立場においては、常に国家主権であるが、動的主権の立場においては、それが国民全体に存する場合国民主権であり、それが君主一人に存する場合君主主権である。美濃部博士は前者は国態の問題であり（静的主権）、後者は政態の問題であるとせられる（動的主権）。しかし、主権の帰属の問題はすべて国態の問題であって、国態は動的主権の帰属によって区別されるべきものである。静的主権の帰属については全く問題は生じないから（常に国家人格に帰属し国家主権である）美濃部博士は国態は論議がなく差別がない。議論があり差別があるのは政態のみであるとされる。しかし美濃部博士の政態といわれるものは、これが本来の国態であり、論議があり、差別があるのである。

第四節 主権の本質的構造（その四）

（一）まえがき

新憲法と旧憲法とにおいて最も顕著なる差異をなすものは主権の帰属についてであって、旧憲法第1条において「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」と定め、また第4条において「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」と条定し、国家統治の大権は専ら天皇に帰属することを定め、君主主権（la souveraineté monarchique）を原則としていたが、新憲法においてはその前文に「日本国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し……ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」といい、また「……政治道德の法則は、普遍的なものであり、この法則に

従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等の関係に立たうとする各国の責務である……」とのべ、更に第1条において「天皇は、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であって、この地位は、主権の存する日本国民の総意に基く」と規定し、主権が国民に存することを宣言し、国民主権 (la souveraineté nationale) の原則を明示したのである。すなわち、これは旧憲法の君主主権主義より新憲法の国民主権主義への転換であって、君主国態 (Monarchie) から民主国態 (Demokratie) への変更を意味するものであって、正しく国態の変革である。^①かくのごとく、その所在が国態種別の基準となる主権とはいかなる性格のものであるか、^②また主権とその所在との関係がいかなる状態においてあるか、すなわち、主権の構造について更に論究することとする。

(註)

- ① 国体 (Staatscharakter, national character) とは国家の歴史的倫理的特性を表現する語であって、その国の建国の体制や国民性等により各国それぞれその国家の特性、すなわち、国体を異にする。これに対して国態 (Staatsform, form of state) とは主権の所在による国家形態をいうのであって、主権が一人の自然人に帰属する場合、これを君主国態といい、複数の自然人に帰属する場合、これを共和国態という。(横山又次郎 憲法学 269頁以下、里見岸雄 国体法の研究 204頁)
- ② 国態種別の基準を主権の所在 (locus) におくことは通説であるが、主権が一体いかなる性格のものであるかは議論のあるところである。穂積博士は簡明に「国体は主権の所在によりて定まり、政体は主権行動の形式によりて分たる」とのべている。(穂積八東 憲法提要上巻 98頁)

(二) 統治権と主権

新憲法においては主権なる語が用いられているが、旧憲法においては主権なる語が用いられずに統治権なる語が用いられる。これは大いに意味のある用語であって、旧憲法の精神は全く統治権なる語によって表現せられ、新憲法の精神は主権なる語のうちに含蓄されているのである。すなわち、旧憲法はその精神を神勅に源由するものであって、神勅の「瑞穂国是吾子孫可王之地宜爾皇孫

就而治焉」により、天祖の子孫たる天皇が日本国の君主としてこれを統治すべきものであることを表示したものである。たとえこれが神話であるとしても、奈良朝初期に至るまでの国民の確信として、古事記や日本書紀のごとき正史に明記されている事柄であるから、根拠なき虚言ではあり得ない。この治^ツすなる語が統治を意味する。「しらす」という語の意味は「ものをその本性に従って宜しきを得るように治めていく」ことであり、天下を公のものとして天下のために天下を治めることを意味する。これに対する語として「うしわく」という語が用いられる。「うしわく」とは、ものをわがものとして領有し自らそのもの^①の主となることであって、天下を私有して自ら天下の主となることを意味する。これについて伊藤公も「しらす」とは「天下を調べたまい、平けたまい、公民を恵みたまい、撫でたまう」ことであると解釈している^②。また明治元年明治天皇の下された御宸翰に「朝政一新ノ時ニ膺リ天下億兆一人モ其処ヲ得ザル時ハ皆朕ガ罪ナレバ今日ノ事朕自ラ身体ヲ勞シ心志ヲ苦メ艱難ノ先ニ立チ烈祖ノ尽サセ給ヒシ蹤ヲ履ミ治績ヲ勤メテコソ以テ天職ヲ奉ジテ億兆ノ君タル所ニ背カザルベシ」とある。佐々木博士は「しらす」すなわち、統治とは国民全体をして能く共同生活を為さしめるとともに、国民各自をして各々そのところを得しめることであるとされる^③。

かくのごとく、統治権は天皇が徳を以て国家全体の立場において国民をして各々その処を得しめるためにせられる使命を意味するものであって、かかる統治の意味はわが国に固有のものである。国家は国民の団体であり、国民の福利を完うすることが国家の目的であるから、統治権はその目的を達するために存する権利であるとともに義務である。すなわち、統治権は国家と国民との双方の利益のために存する国家の権利であるとともに、国民に対する義務であり、国家は国民全体の福利のために統治すべき義務がある。統治権はこれを放棄することを得ないし、またこれを任意に行使することの自由を有しないことは、それが権利^④たると同時に義務たる性質を有するものであるからである。美濃部博士も統治権は国家の利益のために国家の意思を以て土地及び人民を支配し得る権利である。しかしこの統治権は権利であるとともに義務たる性質を有する^⑤とのべている。

以上のごとく統治権は国民をして各々その処を得しめ、国民全体の福利を増進するために行われる 国家の権利であり義務である。これを単に支配的権力 (Herrschergewalt) と解し、旧憲法における天皇を以て絶対君主 (absoluter Monarch) のごとく考え、旧憲法における君主主権を以て新憲法の国民主権に対立するものと解するは、わが国体の本質的性格を理解しない皮相な考察といわねばならない。

(註)

- ① 亙理章三郎 国民道徳本論 127頁
- ② 伊藤博文 憲法義解 11頁
- ③ 佐々木惣一 日本憲法要論 280頁
- ④ 佐々木惣一 同上書 38—39頁
- ⑤ 美濃部達吉 日本国憲法原論 38頁

(註1) 中島重博士は、統治権は全体社会の発達、すべての人々の人格の完成のために、その職能活動をなす国家の有する権利であるとする。(中島重 日本憲法論 46頁)

森口繁治博士は、統治権は独逸語にて Herrschaftsgewalt というから一種の支配権であるとし、支配権を説明するに命令、強制する権力であるとするは全く現実を無視する説明であって、もとよりこれに賛成することはできない。統治権は決して命令、強制を内容とする包括的な権利ではなく、むしろ義務的な内容をも有するものである。統治権の一作用であって命令強制の面が最も強く現われる行政作用について見るに、行政の重要な部門をなす専売事業、救済事業、教育事業、通信事業、交通事業等にあつては、国家の行政行為が命令強制ではなく権利行為でもない。また財務行政の一部たる国債の償還や利払いのごときは義務の履行であって、権利の行為ではないとする。(森口繁治 憲法学原理第一分冊 114—115頁)

伊東巳代治伯は統治を shall be reigned over and governed と英訳し、統治権を right of sovereignty としている。(Commentaries on the constitution of the Empire of Japan, by Count Miyoji Ito p. 2, 7) 松波仁一郎博士は仏語で統治を régné et gouverné, 統治権を la souveraineté と訳し、独語で統治を regiert, 統治権を Staatsgewalt と訳している。(The Japanese Constitution in English, French and German, by Dr. N. Matsunami p. 21, 35) 英、

仏、独語とも全く同一であって、日本国体に適合する特殊性の表現は発見されない。（田畑忍 憲法学の基本問題 294頁）

一般に統治権（Herrscher-macht, Hoheitsrechte, rights of sovereignty）は①国民を支配しその意思を規律する力。②法の認める権利、すなわち、法上の権利であって、単純な実力ではない。③主権の動的な作用面を指称する。主権を体と用とに分ち、用を統治権という。従って統治権はこれを動的な主権（actual sovereignty）とも称することができる。動的な主権に対して主権の体を静的な主権（stationary sovereignty）と称することができる。（三浦信三博士 近世法学通論 22頁、及び拙著 憲法序説 63頁以下）

統治はまたアリストテレスの政治の理念である配分的正義（justitia distributiva）を意味するものと考えることができる。配分的正義とは各人に対して各人の分に応じて正当に国家の利益を配分して各人をして各々そのところを得しめることをいうのである。（Aristoteles, Ethica, 1130a 14-1131a 9. 拙著 憲法序説 5頁）

（註2）「しらす」とは統治の義に外ならず、蓋し祖宗其天職を重んじ君主の徳は八洲臣民を統治するにあつて、一人一家の享奉する私事にあらざることを示されたり。これすなわち憲法の拠て以てその基礎となす所なり。（伊藤博文 憲法義解 11頁）

（三）主権における正当性の契機と権力性の契機

新憲法において主権なる語とともに国権なる語が用いられている。すなわち、第9条において「日本国民は、正義と秩序とを基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と……」といい、また第41条に「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」と定めている。

国権（state power, Staatsgewalt, sovereign right）とは国家の意思力を包括的に見て指すものである。^①また美濃部博士は国権とは法人格を有する意思主体である国家の意思力を指す概念であるとする。^②かくのごとく国権は国家という意思主体の意思決定の能力であつて、意思主体のもつ意思決定の能力、すなわち、意思力を包括的に見て指称するのである。国家の意思力は決して命令強制する権力としてのみ発動するものではなく、国家が国民の福祉を増進するた

めに行う意思力をいうのであって、それは義務の観念をも包含するものである。しかして、主権とは国家の最高独立なる意思力をいうのである。^③すなわち、主権の特性はその最高性 (die Höchtheit) 及び独立性 (die Unabhängigkeit) にあるのであって、国家の意思力の特性は国家が統治を行うに際し、対内的には最高の意思力として国家内のいかなる意思をも制約して国民を統治し、対外的には他のいかなる意思によっても制肘をうけることのない独立の意思力として存立することにある。前者は対内的に最高性を示すものとして対内主権 (die innere Souveränität) といい、後者は対外的に独立性を示すものとして対外主権 (die auswärtige Souveränität) といわれる。

対内主権は国家内にあるすべての個人、団体及び物に対する優越性を有するから、その権力は国家内におけるすべての個人、団体及び物を支配し得る最高の権力 (suprema potestas) である。対内主権は更に対人高権 (Personalhoheit) と領土高権 (Landeshoheit) とに分たれる。前者は人に対する国家の最高の支配権を意味し、国家がその国民に対し、国内にあると国外にあるとを問わず最高の支配権を有するものとする。それゆえ、対人高権はまた対人主権 (persönliche Souveränität) ともいわれる。後者は領土に対する国家の最高の支配権、すなわち、領土内にある一切の人と物に対する支配権を意味する。領土内にある人と物とに対しては、それが自国に属すると外国に属するとを問わず、国家はこの支配権を有する。領土高権は領海や領空をも含める意味において領域高権 (Gebietshoheit) ともよばれ、領土に対する主権の表現と見て領土主権 (territoriale Souveränität) といわれる。

対外的には国家権力の行使につき他の国家との関係において全く不羈独立であって、自己の意思によるのほか何ものの拘束をもうけない完全なる権力 (plenitudo potestatis) である。かくて主権を有するということは、この最高独立なる意思力を有するということである。

主権概念の創設者たるボーダン (Jean Bodin 1530-1596) は主権とは国家の絶対且つ恒久的な権力であるとする。(majestas est summa in cives ac subditos legibusque solta potestas)^④ 彼によれば主権は最高、恒久、超法的、単一的権力として現われる。それゆえ、内部的には国内における他のすべての権力はこ

の最高権から由来することを意味し、外部的には全く不羈独立の権力で、神法、自然法(*leges naturae et divinae*)のほかには他の何ものにも制約をうけないものである。主権は人間社会に存立し得る最高の意思である。いずれの団体にも決定的な意思力がある。国家は包括的全体的な団体であるから、その意思力はすべての団体を覆い尽すものでなければならない。主権は国家の本質的属性であり、最高政治的権力 (*imperium politicum*) であり、一切の実定法の根源をなす法的権能性 (*imperii leges*) である。かかる主権の定立によって、国家はあらゆる制約から除かれる。主権国家はそれ自体の意思によるのほかいかなる意思によっても制限されることがない。かく主権は絶対、恒久、最高、独立な国家の権力であるが、この主権の最高性、絶対性には単に権力的な契機 (*Machtsmoment*) のみならず、正当性の契機 (*Legitimitätsmoment*) をも発見されるのである。すなわち、彼は主権者は、自然法と神法によって制限されねばならないとする^⑤。イェリネックによれば、主権は国家権力の特殊性を示すものであって、国家権力の内部に対する最高性、外部に対する独立性を意味する。しかし、かくのごとき最高独立なる主権は絶対無制限なる権力ではない。外部的な権力によって法的には何等拘束されないが、法秩序設定(国内法及び国際法)の方法によって自己を制限するものである^⑥。

一般に主権とは国家の統治のあり方を最終に決定する権力である。従って、主権は国家活動の一切を決定する最高の権力である。しかし、これだけでは主権は単なる独裁的権力であって、主権の真の価値と権威が発見されることができない。主権は単に権力的な契機のみを含むものではなく、正当性の契機をも含まねばならない。主権における正当性の契機が主権に主権としての価値と権威を与えるのである。正当性には一切の実定法の根源としての正義の理念が内含されている。この一切の実定法の根源としての正義の理念に適合するときに正当性が存するのである。主権の権威はその権力にあるのではなく、正義の理念をその正当性の契機として内含するところに存する。勿論主権は一面において最高の国家意思決定の権力であるが、その権力は単なる政治的实力ではなく、規範的な価値を内含するものであらねばならない。正当性の契機は主権を単なる社会的實力としての力から正当化された力 (*legitimierte Macht*) に高める

機能をもつ。主権の最高性は正義の価値によって裏づけられた権威によって保障されねばならない。ルソー(Rousseau)においても、主権の所在である国民の総意(volonté générale)は常に公共の福祉(bien commun)を実現しようと目指す意思であり、それは常に正しい意思(toujours droite)であるとする^⑦。すなわち、主権は総意の行使(l'exercice de la volonté générale)であり、主権的権威は総意自体である(l'autorité souveraine n'étant autre chose que la volonté générale)。総意に基づかない命令はすべての正当性を欠くのである。真正の主権はかかる総意に存するのである。国民各自の個別意思(volonté particulière)は個人の利害にのみ執着している意思であるから常に正しくない意思である。かかる個別意思が利害関係によって偶然に一致してできる集合意思(volonté de tous)は国民の真の総意ではない。かくして、ルソーは主権の所在たる総意はその正当性のゆえに最高性の権威を保有するものであるとする。ケルゼン(Kelsen)は純粹法学の立場から国家権力を本質的に特色づける主権性は規範的秩序の属性としてのみ意味を有するものであるとする。この規範的国家的秩序の最上位にある規範が根本規範(Grundnorm)である。国家法秩序は各種の法の段階的構造において成立する。特殊な具体的なものから一般的な抽象的なものへと階層をなし、実定法秩序においては実定的意味における憲法(Verfassung im positivrechtlichen Sinne)が最上位にある。下級の段階の法は上級の段階の法からその妥当性を導き出す。しかして実定法的意味における憲法はその妥当性を根本規範から導き出すのである。根本規範はそれ以上の規範をもたぬ最高規範であり、一切の法の妥当性の淵源である。この根本規範の国家法秩序における最高性、始原性を主権性というのである。それは一切の法の正当性の根拠として実定法的意味における憲法から区別された法論理的意味における憲法(Verfassung im rechtslogischen Sinne)^⑧である。かくてケルゼンにおいては、規範主義(Normativismus)の立場から、主権者における権力的要素は排除され、主権は純粹に法的な正当性そのものとなった。ケルゼンの規範主義に対して主権の権力的要素を強調して、主権を政治的な実力として決定主義(Dezisionismus)の立場から主権を論ずるものにカール・シュミット(Carl Schmitt)がある。シュミットは主権を以て憲法制定権力(Verfassungsgeb-

ende Gewalt) と見る。憲法を制定しあるいは改廃するものは、その国家の最高の政治的な意思力である。一切の実定法秩序の最高に位する憲法の基礎にはこれを制定する者の政治的意思が存在する。これが憲法制定権力である。憲法制定権力はこれを拘束するもののない無制約の最高権力であって、一切の法の上にあつて法を作る権力である。すなわち、それは国家の基本形態を決定し得る力 (Macht) をもつところの政治的な意思である。この意思の決定が法の最終の根拠である。それは一切の法の決定の思考 (Entscheidungsdenken) である。^⑨ ケルゼンにおいては主権性たる根本規範は正当性の契機のみを含み、権力の契機を含まない主体性のない概念であったが、これに反して、シュミットにおいては主権たる憲法制定権力は権力の契機のみを含み、正当性の契機を含まない単なる政治的な力となった。しかし主権の概念には正当性の契機と権力的な契機との両者を含まねばならない。^⑩ この正当性と権力性との主権概念における関係はパスカル (Pascal) の実力を伴わない正義は無力であり、正義を伴わない実力は圧制である (La justice sans la force est impuissante : la force sans la justice est tyrannique) という言葉によって表現せられることができる。^⑪ 純粹法学においては、規範が規範を生むというのが主体性のない規範がいかにして規範を生むことができるであろうか。規範が規範を生むためには力の契機、すなわち、意思の力がその間に介在しなければならないのである。^⑫ しかし、規範主義の立場に立つクラッベ (Krabbe) によれば、人が人の上に立って支配することは不合理である。人を支配し得るものはただ法のみである。法が人の王であつて、一切の権力は最高の法に従うべきである。法は規範であり、規範たるの妥当性において実効性を有する法を作り出す力をもつ法の生成の窮極にある法以上の法として、これを根本規範 (Grundnorm) とする。^⑬ しかしてこの最上級の規範は社会的、政治的な実力を規範化したものであると考えられる。最上級の規範が下位規範へ具体化し、個別化して妥当し、法秩序に実効性 (Wirksamkeit) を与えるのは、規範が正当性の契機を有するとともに実力によって保障されているからであつて、力の契機をそのうちに含むからである。すなわち、力の法への転化 (Transformation der Macht zum Recht) である。またシュミットの主権としての憲法制定権力は決定主義の立場から権力的な契機が強調され、

正当性の契機が無視されているようであるが、この権力的要素も結局は自然法の理念によって認証せられたものであって、自然法の理念にその正当性の基礎づけを有する力である。自然法の理念によって認証せられた力がすべての実定法の源である憲法制定権力である。かくして憲法制定権力のうちにも力の契機と正当性の契機を含むものであると考えられる。田畑博士は「法規範の妥当性の究極の基礎としての憲法制定権力を単なる力とは考えない。憲法制定権力の観念それ自体、権力的契機と同時に正当性の契機を含んで居り、法規範の体系がその最終の妥当性の根拠を憲法制定権力に発見し得ることは、この憲法制定権力のうちに含まれた正当性の契機を通して始めて可能であると考ええる」といわれる^⑭。この点を明らかにしているのはシェイエ（Sieyès）である。シェイエも憲法制定権力（*pouvoir constituant*）を以て主権とする。彼も決定主義の立場から国家秩序の最高の段階においては法の上に力があるとする。

この最高の力は最早いかなる法によっても拘束されない万能の力である。この力によって憲法が制定せられるのである。一般に国家法秩序は憲法制定権力から憲法へ、憲法から憲法によって組織化された力（*pouvoir constitué*）へと階層をなすものである。しかし、かかる憲法制定権力を構成するものは国民の統一的なる共同意思（*volonté commune*）である。国民の共同意思は憲法の上にある。国民の共同意思を拘束する法は存しない。君主の権力も憲法によって組織化された権力にすぎない。その合理性の根拠はすべて憲法制定権力に由来する^⑮。しかし憲法制定権力はその正当性の根拠をいづくに求むべきであるか。その根拠を最早実定法には求むことはできない。それは一切の実定法の上にある自然法の理法に求めなければならない。自然法は理性の要請であり、一切の法に優越し、一切の法を指導する規範である。この自然法の普遍的な理性的規範が憲法制定権力に正当性の契機を与えるものである。憲法制定権力は法を超越する政治的な力であるとともに理性的な正当性の契機を含むものである。すなわち、それは権力的契機と正当性の契機とを内含するものである^⑯。かくのごとくして主権概念において権力的契機と正当性の契機とが完全に結合しているのであって、この正当性の契機こそ近代国家における主権概念の本質的要素なのである。この正当性の契機によって単なる社会的政治的な力として

の主権力は正当化された主権力に高められることができるのである。

（註）

- ① 佐々木惣一 日本国憲法論 181頁
- ② 美濃部達吉 日本国憲法原論 37頁
- ③ 美濃部達吉 憲法撮要 42頁
- ④ Bodin, *Les six livres de la république*, liv. 1, c. 8.
- ⑤ Bodin, *op. cit.*, liv. 1, c. 8.
Adolf Dock, *Souveränitätsbegriff von Bodin*, S. 42ff.
- ⑥ Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 481.
- ⑦ Rousseau, *Du Contrat Social*, Liv. IV, c. 1.
- ⑧ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 248ff.
- ⑨ Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S. 7ff.
- ⑩ 黒田覚 日本憲法論上 231頁
- ⑪ Pascal, *Pensées*, sec. 298.
- ⑫ 尾高朝雄 法の究極にあるもの 72頁
- ⑬ Krabbe, *Die moderne Staatsidee*, S. 9ff.
- ⑭ 田畑忍 憲法学の基本問題 278頁以下
- ⑮ Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?* p. 65ff.
- ⑯ 尾高朝雄 法の究極にあるもの 78頁以下

（註1） ボーダンが主権について *La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République.* と規定した。すなわち、ボーダンにおいては、主権は最高の権力性と理性とによって支配力を有するのである。主権の最高権力も自然法と神法とによって制限せられる。主権は実定法によって制限されない権力であるが、市民に対しては法を制定する権力である。（Bodin, *Les six livres de la République*, I, chap. 8）

（註2） デュギー（Duguit）によれば、法規範が拘束力をもつとは社会秩序を破壊するものを社会力で抑圧することが正しくあり、社会的相互依存、維持のために必要であると考えからであって、それは社交感情（*sentiment de la socialité*）と正義感（*sentiment de la justice*）とによって形成されている。法を作る国家の権力は絶対的なものではなく、社会相互連帯的秩序の維持のために必

要と認められるような制限をうける。為政者は欲するがままに支配する（sic volo, sic jubeo）という恣意的な権力をもつものではなく、必ず客観的な法の支配の下に立たねばならない。（Léon Duguit, Manuel de Droit Constitutionnel, sec. 7）

ラスキー（H.J. Laski）によれば主権を有する国家と雖も対外的には自ら人類の平和と利益の保持のために守らねばならない法則がある。また対内的には国家の構成員が主権の決定を受容れるか、拒絶するかによって自ら制限が含蓄されている。（Laski, The problem of sovereignty, p. 12ff.）

（註3）クラッベ（Krabbe）によれば法の制定される基礎は国民の法的意識又は協同団体全体の正義感にあるとする。（Krabbe, Die moderne Staatsidee, S. 9ff.）

（註4）カール・シュミット（Carl Schmitt）は憲法を絶対的憲法概念（absoluter Verfassungsbegriff）と相対的憲法概念（relativer Verfassungsbegriff）とに分ち、絶対的憲法は国家権力の源泉や国態を規定するものであり、憲法制定権力の所在を表現する。一切の法則性、規範性がこの決断に基づいてのみ、またその範囲においてのみ妥当する。この決断が憲法の実体をなすものである。（Schmitt, Verfassungslehre, S. 22ff.）明治憲法第1条の「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」とは憲法制定権力が天皇に存し、一切の国家権力の正当性の最終の根拠が天皇に存するの意味を規定する。相対的憲法とは憲法律（Verfassungsgesetz）をいい、実定的意味における憲法より根本規範的条項を除いたものである。

（註5）ダイシー（A.V. Dicey）は主権を法的主権（legal sovereignty）と政治的主権（political sovereignty）とに分ち、法的主権は法が法として妥当する最終的根拠であり、政治的主権は主権の政治的活動面である。すなわち、法的主権は専ら主権の体、主権の静態面をいい、政治的主権は主権の用、主権の動態面を示すものと考えられる。（Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p. 66ff.）

（四）静態主権と動態主権

一般に主権の帰属について三つの主体が考えられる。すなわち、主権の主体が君主である場合、これを君主主権（la souveraineté monarchique）といい、主権の主体が国民である場合、これを国民主権（la souveraineté nationale）とい

い、主権の主体が国家である場合、これを国家主権という。明治憲法においては、第1条において明示せられているごとく、主権の主体は天皇であったので君主主権であり、新憲法においては前文及び第1条に明示されているごとく、主権が国民に存するのであるから国民主権である。それゆえ、旧憲法より新憲法への変更は君主主権より国民主権への転換であり、君主国態より民主国態への国態の変革である。

今国家について考えて見るに、イエリネック (Jellinek) は国家は固有の統治権を有する定住せる国民の社団法人である (Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines seßhaften Volkes) とした。^① 国家は一定の組織を基礎として構成せられた団体であって、団体を実体とする人格者を社団法人という。しかして、国家と他の社団法人との区別は国家がその支配権主体たる固有の地位を有する領土団体たる点にある。一般に国家の特質はその主権と称する包括的権利の主体たる点にある。主権の本質はその国家が自主的に統治事項を定め得る権能、すなわち、権限権限 (Kompetenz-Kompetenz) を有するにある。国家がその権限を自ら定め得る権能こそ国家の自主性 (Selbstgenügsamkeit) 換言すれば、国家が固有の独立の存在を保持する最高の条件であるから、ここに主権の本質があると考えられる。^② しかして、国家の特質であるところの主権は社会契約説においては国民主権主義の立場からは国民に属するものとするが、いかなる国家においても、国家の必然的の性質として国家それ自体が主権の主体でなければならない。ただいかなるものが国家の担荷者 (Der Träger) であるか、またいかなる機関 (Das Organ) が国家活動の主脳者たる地位にあるかは、各国家の統治組織の問題であって、国家の必然的な性質ではない。主権が国民に属するとは主権の主体が国民にあるというのではなく、主権の主体は常に国家自体にあるのであって、ただ国民が統治権を発動する機能を有するという意味である。^③

かくて国家はその国民より構成せられ、国民は絶えず新陳代謝するが、国家はそれらの変遷にも拘らず常に同一性を保持する単一体として永続する。かくのごとき恒久的な人格において、よく時間空間を超越してその支配意思の同一性を保持することができるのである。生滅流転常なき自然人に意思の同一性を

永続的に保有することは不可能である。恒久の人格者たる国家において、その永続的同一性を保有し得るのである。それゆえ、主権の主体は国家でなければならないというのが国家主権の立場である。しかして、国家自体は法人格であるから自然人が国家の最高意思力を構成しなければならない。この国家の最高意思力を構成する自然人が国権の担荷者 (Der Träger der Staatsgewalt) といわれる。国家たる法人格を担荷して国家の意思力を構成する自然人が君主である場合には、一般に君主主権とよばれ、それが国民全体である場合には、国民主権とよばれる。いかなる国家も本質的には国家主権であって、君主主権も民主主権も区別する必要はないのである。国家主権説の立場にある限り、政態の区別はあるが国態の区別はなくなる。^④

国権の担荷者は自己の固有の権利として国家統治の全権能を発動する権限を有する者である。旧憲法においては天皇が主権者であり、新憲法においては国民が主権者であるというのは、いずれも国権の担荷者たる意味においてである。

主権はこれを本体面 (Noumenon) と現象面 (Phenomenon) とに分けて考えることができる。主権の本体面は不変であって、これは国家に固有なるもの (inherent) である。また主権の恒久性と同一性より考えて、それは恒久的に同一性を保持する人格であるところの国家に属すべきものである。これに対して、主権の現象面はあるいは君主を通じて、あるいは国民全体又はその一部を通じて発動するものである。主権の発動面は絶えず変遷する。主権の本体面を静態主権又は恒常主権 (Stationary Sovereignty) といい、主権の発動面を動態主権又は動的主権 (Actual Sovereignty) といえることができる。^⑤ 静態主権は常に国家それ自体に帰属するのであるが、動態主権は君主あるいは国民全体又はその一部に帰属する。この動態主権の帰属者が国権の担荷者といわれるのである。^⑥ 国権の担荷者は法律的には国家の権利義務の帰属終点を示す存在であって、国家のためにかかる帰属終点への媒介をなす通過点 (Durchgangspunkt) ではない。これに対して、国家の機関は国家の権利義務の帰属終点ではなく、国家の権利義務の帰属を媒介するものである。国家機関と国権の担荷者との差異はこの点に存するのである。^⑦ かくのごとく国家機関と国権の担荷者との差異は、この国家の権利義務の通過点であるか、終帰点であるかに存する。すなわち、国家

の機関は国家の作用及び効果の通過点であるが、国権の担荷者はその終帰点である。新憲法において、国権の担荷者は国民であって、国会は国家の機関である。新憲法の前文において「ここに主権 (Sovereign power) が国民に存することを宣言し」といい、第1条に「主権の存する国民 (The people with whom resides sovereign power)」というのは、国家の動態主権の帰属者、国権の担荷者が国民であるということを意味するのである。本体面たる静態主権は国家自体に属するのであるが、現象面たる動態主権は国権の担荷者たる国民に属するものと考えられる。これを法的に考察して、国民が一切の国家の作用及びその効果の帰属線における終帰点であり、国会は、国家の意思を決定する国権の最高機関であって、国家の意思決定という国家の作用及び効果の通過点であり、終帰点ではない。旧憲法においては、天皇主体説と天皇機関説とが行われたのであるが、これに対しては賛意を表し難い。天皇は国権の担荷者であって、動態主権が天皇に属していたのである。天皇が動態主権の主体であるという意味においては、天皇主体説は成立するが、静態主権の主体であるという意味においては、天皇主体説は国家主権の立場からは成立し得ない。天皇機関説は国家主権説の立場においてとなえられたのであるが、天皇が国権の担荷者である限り、それは国家の権利義務の帰属終点であって、それらの通過点である国家の機関ではない。天皇は国権の担荷者として主権の作用及びその効果の最終帰属者であって、単なる通過点ではなかった。新憲法における国民の地位も旧憲法における天皇の地位と同様でなければならない。かくのごとくにして、旧憲法においても新憲法においても、静態主権の帰属者が国家自体であるという国家主権たることには変りはない。動態主権の帰属者たる国権の担荷者が天皇から国民に変更されたのである。動態主権の帰属者という意味において、君主主権より国民主権に変更したのである。動態主権の帰属者、すなわち、国権の担荷者を以て国態を種別すれば、君主国態より民主国態への変革である。

ダイシー (A.V. Dicey) は主権をその性質により種別して法的主権 (legal sovereignty) と政治的主権 (political sovereignty) とに分ち、法的主権は法を定立する国家の最高機関である議会 (Parliament) に帰属し、政治的主権は法的主権の帰属者である議会の背後にあってそれを制肘する権力を有する究極の国

家意思の決定者である国民に存するとし^⑨た。法的主権は従って議会主権 (Parliamentary Sovereignty) ともいわれる。議会とは King in Parliament であって、国王と貴族院と庶民院の三者の結合体である。法的主権は国王と貴族院と庶民院に帰属するのである。政治的主権は法的主権の根源であって、実定法の圏外にあって究極の権威を把握するものである。国民は議会における最も優越的な地位にある庶民院議員を選挙する権利を有するがために、国家意思の終局の決定者である。それゆえに、政治的主権は国民に存するとする。これに対してオースティン (John Austin) は、英国における主権者は国王と貴族院と庶民院の選挙民団体 (King, peers and the electoral body of the commons) であって、これが国家意思の決定的主権者 (a determinate human superior) であるとする。オースティンにおいては政治的主権と法律的主権との混淆が見られる^⑩。ダイシーはこの点を明確に分離したのである。これについて、私は国家の政治的動向を最終的に決定する権力を有する者を以て政治的主権者となし、これを国民となすことについては賛意を表するが、法的主権を法定立の権限と解して、これが議会に存するとなすことに疑問がある。議会は国家の最高の機関ではあるが主権者ではない。法的主権を法定立上の権限という意味に解せず、むしろ法律の意味における主権 (Sovereignty in legal sense) と解すべきであり、政治的主権は政治の意味における主権 (Sovereignty in political sense) とすべきである。法律の意味における主権は純粹に静態的な主権であって、国家に帰属するものである。政治的主権は現実の政治の動向に対して最終の決定力を有する動態的な主権であって、君主国態においては君主に、民主国態においては国民又はその一部に存するとせられる。新憲法の前文において「この法則に従ふことは、自国の主権 (their own sovereignty) を維持し」とあるは、法的主権をいうのであって、これは日本国自体に属するものである。また前文の「主権 (sovereign power) が国民に存することを宣言し」及び第1条の「主権 (sovereign power) の存する日本国民」の主権は、いずれも政治的主権をいうのである。従って法的主権は、旧憲法においても新憲法においても、ひとしく国家自体に帰属するのであって、所謂国家主権であるが、政治的主権は旧憲法においては天皇に存し、新憲法においては国民に存するのである^⑪。それゆえ

に、法的主権からいえば、国態の変革はないのであるが、政治的主権についていえば、君主国態より民主国態への国態の変革がなされたのである。

（註）

- ① Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 183.
- ② 森口繁治 憲法学原理 23頁以下
- ③ 美濃部達吉 日本国憲法原論 114頁
- ④ 美濃部達吉 同上 45頁
- ⑤ Adolf Dock, Die Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Großen, S. 52ff.
拙稿 憲法序説 63頁以下
- ⑥ Rehm, Staatslehre, S. 57ff.
Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 472ff.
- ⑦ 中村弥三次 憲法 164頁以下
- ⑧ Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p. 66ff.
- ⑨ Austin, Lectures on Jurisprudence, I, p. 98.
- ⑩ 浅井清 日本憲法講話 9頁以下

（註1） ケルゼン (Kelsen) によれば人格とはある法律要件に対する法律効果の帰属点 (Zurechnungsendepunkt) である。国家が人格者であるというのは、それが法的効果の帰属終点だからである。国家は国家を構成する法主体の法律効果の帰属線の共通的一点としての帰属の終点 (Endepunkt der Zurechnung) である。(Hans Kelsen, Über die Grenzen, S. 56) 一般に法人とは権利義務の帰属の終点である。わが民法第36条において、外国を法人として認めている。法人は自然人と同じく意思を有し、その意思に基づいて活動する。それがために、国家の意思を決定し、国家活動を執行する機関を必要とする。機関の地位にある自然人の行為の効果が法人に帰属せしめられるのである。

（註2） イェリネック (Jellinek) によれば、法は国家によって制定せられるのであるが、国家によって制定せられた法は逆に法を制定した国家を拘束する。これが国家の自己制限 (Selbstbeschränkung des Staates) である。これによって国家は単に権力を行使するのみならず、定立せられた法に準拠して活動する義務を負い、自己の意思によって自己を義務づける (Selbstverpflichtung des Staates) のである。(Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 386ff.)

（註3） クラッベ (Krabbe) は主権の本質は法の拘束力又は実効性の優越性にあるとする。しかして、国際法に拘束せられ、その妥当性を承認する国家の標識を明らかにし得ないとする。(Krabbe, Die moderne Staatsidee, S. 41ff.) この点について、イエリネックの国家主権の自己制限、自己義務づけを以て説明せられるが、私はこれを国家の理性的要請と考えたい。(拙稿 憲法序説 34頁)

（註4） ギールケ (Gierke) は法の根源を実在する共同意識 (Gemeinbewußtsein) に求め、かかる共同意思 (Gemeinwille) あるいは一般意思 (Allgemeiner Wille) を以て国家の実質 (Substanz des Staates) とした。彼によれば国家は共同意識を有する団体人であって、団体人は結合人 (Zusammengesetzte Person) であり、不可分の統一体で、単なる集合体ではない。共同意思は綜合意思であって、集合意思ではない。(Otto Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. II, S. 41)

（註5） 国家主権 (Staatssoveränität) の観念は国家人格の観念と不可分に結合しているのであって、国家権力の主体は君主でもなく国民でもない独立した人格としての国家そのものに存する。19世紀の後半ドイツにおいて、君主主権と民主主権の対立を止揚するものとして定立されたものであるとする。(黒田覚 日本憲法論上 222頁)

（註6） 国権の担荷者の観念は国権の主体を人格としての国家とし、主権の担荷者たる君主又は国民が自己固有の権限として国家統治の権力を保有するものとする。(黒田覚 同上書 128頁)

天皇と将軍、摂政等との関係について見るに、天皇は国権の担荷者であり、将軍や摂政は国家の機関であり、天皇によって任命せられ、天皇の名において統治権を行使したのである。(拙稿 憲法序説 64頁)

（四） 国民主権の意義

法的主権は常に国家に帰属するものであるから、国家主権よりほかにないので国態種別の必要は生じないが、政治的主権が何人に帰属するかによって国態が分れる。国体なる語は独語の Staatsform の訳語であって、穂積八束博士の創訳である。「国体という語は広く国家民族の特性を指称す。主権の所在如何は固より国家の特色の一たるも之に限るに非ず」として国体と国態とが分化し^①ていない。上杉博士は直截簡明に「国体は何人が主権者なりやというにあるの

み」^②として法理上の国態を意味している。美濃部博士は「国体とは建国の体制をいう。歴史的成果としての国家の倫理的特質を意味するもので、法律的観念ではなく、歴史的倫理的観念である」^③としている。これは歴史的倫理的意味における国体を指称する。この意味における国体は Die Staatscharakter, the characteristic of the state, nationality をいうのであって、国柄、国性を表わすのである。これに対して、法律的の意味における国態は Die Staatsformen, the forms of state に当るもので、政治的主権、すなわち、統治権の帰属によって定まるもので、その国の憲法によって条定せられている。これについて山崎又次郎博士は、国体と国家の形態とを明らかにし「国体と国家の形態とを区別して考えると独語の Staatsform は国体ではなく 国家の形態である。これを以て国体を表現することはできない。国体とは英語の The fundamental character of a state であって、国家の歴史的倫理的な基本的性格を表現する」^④とのべている。私は国体概念の混乱を避ける方法として国体と国態とを区別して考察することが適当と考える。この見地に立っていえば、新憲法においても国体は不変である。国体は人為的形式的には変革されることはできない。それゆえ、新憲法によって変革されたのは国態である。国態が君主国態から民主国態に変革されたのである。

国態について、アリストテレス (Aristoteles) は政治学において政治的主権が一人にある場合を君主国態 (Basileia) といい、少数者にある場合を貴族国態 (Aristokratia) といい、多数者にある場合を民主国態 (Demokratia) と名づけた。これらは主権者が全体の共同善 (bonum commune) のために主権を発動する場合における国態であって、所謂主権の正当性が保持せられる場合である。私利を目的として主権が発動せられるならば、君主国態は暴君国態 (Tyrannis) となり、貴族国態は寡頭国態 (Oligarchia) となり、民主国態は愚民国態 (Ochlocratia) となると警告した。イエリネックによれば、国態の分類は国家意思の構成の方法 (Die Art der staatlichen Willensbildung) によって決定するのである。国家意思が憲法上一個人の意思によって決定されるか多数人によって技術的方法によって決定されるかのいずれかである。前者は君主国態 (Monarchie) ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ㏀ ㏁ ㏂ ㏃ ㏄ ㏅ ㏆ ㏇ ㏈ ㏉ ㏊ ㏋ ㏌ ㏍ ㏎ ㏏ ㏐ ㏑ ㏒ ㏓ ㏔ ㏕ ㏖ ㏗ ㏘ ㏙ ㏚ ㏛ ㏜ ㏝ ㏞ ㏟ ㏠ ㏡ ㏢ ㏣ ㏤ ㏥ ㏦ ㏧ ㏨ ㏩ ㏪ ㏫ ㏬ ㏭ ㏮ ㏯ ㏰ ㏱ ㏲ ㏳ ㏴ ㏵ ㏶ ㏷ ㏸ ㏹ ㏺ ㏻ ㏼ ㏽ ㏾ ㏿ 㐀 㐁 㐂 㐃 㐄 㐅 㐆 㐇 㐈 㐉 㐊 㐋 㐌 㐍 㐎 㐏 㐐 㐑 㐒 㐓 㐔 㐕 㐖 㐗 㐘 㐙 㐚 㐛 㐜 㐝 㐞 㐟 㐠 㐡 㐢 㐣 㐤 㐥 㐦 㐧 㐨 㐩 㐪 㐫 㐬 㐭 㐮 㐯 㐰 㐱 㐲 㐳 㐴 㐵 㐶 㐷 㐸 㐹 㐺 㐻 㐼 㐽 㐾 㐿 㑀 㑁 㑂 㑃 㑄 㑅 㑆 㑇 㑈 㑉 㑊 㑋 㑌 㑍 㑎 㑏 㑐 㑑 㑒 㑓 㑔 㑕 㑖 㑗 㑘 㑙 㑚 㑛 㑜 㑝 㑞 㑟 㑠 㑡 㑢 㑣 㑤 㑥 㑦 㑧 㑨 㑩 㑪 㑫 㑬 㑭 㑮 㑯 㑰 㑱 㑲 㑳 㑴 㑵 㑶 㑷 㑸 㑹 㑺 㑻 㑼 㑽 㑾 㑿 㒀 㒁 㒂 㒃 㒄 㒅 㒆 㒇 㒈 㒉 㒊 㒋 㒌 㒍 㒎 㒏 㒐 㒑 㒒 㒓 㒔 㒕 㒖 㒗 㒘 㒙 㒚 㒛 㒜 㒝 㒞 㒟 㒠 㒡 㒢 㒣 㒤 㒥 㒦 㒧 㒨 㒩 㒪 㒫 㒬 㒭 㒮 㒯 㒰 㒱 㒲 㒳 㒴 㒵 㒶 㒷 㒸 㒹 㒺 㒻 㒼 㒽 㒾 㒿 㓀 㓁 㓂 㓃 㓄 㓅 㓆 㓇 㓈 㓉 㓊 㓋 㓌 㓍 㓎 㓏 㓐 㓑 㓒 㓓 㓔 㓕 㓖 㓗 㓘 㓙 㓚 㓛 㓜 㓝 㓞 㓟 㓠 㓡 㓢 㓣 㓤 㓥 㓦 㓧 㓨 㓩 㓪 㓫 㓬 㓭 㓮 㓯 㓰 㓱 㓲 㓳 㓴 㓵 㓶 㓷 㓸 㓹 㓺 㓻 㓼 㓽 㓾 㓿 㔀 㔁 㔂 㔃 㔄 㔅 㔆 㔇 㔈 㔉 㔊 㔋 㔌 㔍 㔎 㔏 㔐 㔑 㔒 㔓 㔔 㔕 㔖 㔗 㔘 㔙 㔚 㔛 㔜 㔝 㔞 㔟 㔠 㔡 㔢 㔣 㔤 㔥 㔦 㔧 㔨 㔩 㔪 㔫 㔬 㔭 㔮 㔯 㔰 㔱 㔲 㔳 㔴 㔵 㔶 㔷 㔸 㔹 㔺 㔻 㔼 㔽 㔾 㔿 㕀 㕁 㕂 㕃 㕄 㕅 㕆 㕇 㕈 㕉 㕊 㕋 㕌 㕍 㕎 㕏 㕐 㕑 㕒 㕓 㕔 㕕 㕖 㕗 㕘 㕙 㕚 㕛 㕜 㕝 㕞 㕟 㕠 㕡 㕢 㕣 㕤 㕥 㕦 㕧 㕨 㕩 㕪 㕫 㕬 㕭 㕮 㕯 㕰 㕱 㕲 㕳 㕴 㕵 㕶 㕷 㕸 㕹 㕺 㕻 㕼 㕽 㕾 㕿 㖀 㖁 㖂 㖃 㖄 㖅 㖆 㖇 㖈 㖉 㖊 㖋 㖌 㖍 㖎 㖏 㖐 㖑 㖒 㖓 㖔 㖕 㖖 㖗 㖘 㖙 㖚 㖛 㖜 㖝 㖞 㖟 㖠 㖡 㖢 㖣 㖤 㖥 㖦 㖧 㖨 㖩 㖪 㖫 㖬 㖭 㖮 㖯 㖰 㖱 㖲 㖳 㖴 㖵 㖶 㖷 㖸 㖹 㖺 㖻 㖼 㖽 㖾 㖿 㗀 㗁 㗂 㗃 㗄 㗅 㗆 㗇 㗈 㗉 㗊 㗋 㗌 㗍 㗎 㗏 㗐 㗑 㗒 㗓 㗔 㗕 㗖 㗗 㗘 㗙 㗚 㗛 㗜 㗝 㗞 㗟 㗠 㗡 㗢 㗣 㗤 㗥 㗦 㗧 㗨 㗩 㗪 㗫 㗬 㗭 㗮 㗯 㗰 㗱 㗲 㗳 㗴 㗵 㗶 㗷 㗸 㗹 㗺 㗻 㗼 㗽 㗾 㗿 㘀 㘁 㘂 㘃 㘄 㘅 㘆 㘇 㘈 㘉 㘊 㘋 㘌 㘍 㘎 㘏 㘐 㘑 㘒 㘓 㘔 㘕 㘖 㘗 㘘 㘙 㘚 㘛 㘜 㘝 㘞 㘟 㘠 㘡 㘢 㘣 㘤 㘥 㘦 㘧 㘨 㘩 㘪 㘫 㘬 㘭 㘮 㘯 㘰 㘱 㘲 㘳 㘴 㘵 㘶 㘷 㘸 㘹 㘺 㘻 㘼 㘽 㘾 㘿 㙀 㙁 㙂 㙃 㙄 㙅 㙆 㙇 㙈 㙉 㙊 㙋 㙌 㙍 㙎 㙏 㙐 㙑 㙒 㙓 㙔 㙕 㙖 㙗 㙘 㙙 㙚 㙛 㙜 㙝 㙞 㙟 㙠 㙡 㙢 㙣 㙤 㙥 㙦 㙧 㙨 㙩 㙪 㙫 㙬 㙭 㙮 㙯 㙰 㙱 㙲 㙳 㙴 㙵 㙶 㙷 㙸 㙹 㙺 㙻 㙼 㙽 㙾 㙿 㚀 㚁 㚂 㚃 㚄 㚅 㚆 㚇 㚈 㚉 㚊 㚋 㚌 㚍 㚎 㚏 㚐 㚑 㚒 㚓 㚔 㚕 㚖 㚗 㚘 㚙 㚚 㚛 㚜 㚝 㚞 㚟 㚠 㚡 㚢 㚣 㚤 㚥 㚦 㚧 㚨 㚩 㚪 㚫 㚬 㚭 㚮 㚯 㚰 㚱 㚲 㚳 㚴 㚵 㚶 㚷 㚸 㚹 㚺 㚻 㚼 㚽 㚾 㚿 㜀 㜁 㜂 㜃 㜄 㜅 㜆 㜇 㜈 㜉 㜊 㜋 㜌 㜍 㜎 㜏 㜐 㜑 㜒 㜓 㜔 㜕 㜖 㜗 㜘 㜙 㜚 㜛 㜜 㜝 㜞 㜟 㜠 㜡 㜢 㜣 㜤 㜥 㜦 㜧 㜨 㜩 㜪 㜫 㜬 㜭 㜮 㜯 㜰 㜱 㜲 㜳 㜴 㜵 㜶 㜷 㜸 㜹 㜺 㜻 㜼 㜽 㜾 㜿 㝀 㝁 㝂 㝃 㝄 㝅 㝆 㝇 㝈 㝉 㝊 㝋 㝌 㝍 㝎 㝏 㝐 㝑 㝒 㝓 㝔 㝕 㝖 㝗 㝘 㝙 㝚 㝛 㝜 㝝 㝞 㝟 㝠 㝡 㝢 㝣 㝤 㝥 㝦 㝧 㝨 㝩 㝪 㝫 㝬 㝭 㝮 㝯 㝰 㝱 㝲 㝳 㝴 㝵 㝶 㝷 㝸 㝹 㝺 㝻 㝼 㝽 㝾 㝿 㞀 㞁 㞂 㞃 㞄 㞅 㞆 㞇 㞈 㞉 㞊 㞋 㞌 㞍 㞎 㞏 㞐 㞑 㞒 㞓 㞔 㞕 㞖 㞗 㞘 㞙 㞚 㞛 㞜 㞝 㞞 㞟 㞠 㞡 㞢 㞣 㞤 㞥 㞦 㞧 㞨 㞩 㞪 㞫 㞬 㞭 㞮 㞯 㞰 㞱 㞲 㞳 㞴 㞵 㞶 㞷 㞸 㞹 㞺 㞻 㞼 㞽 㞾 㞿 㟀 㟁 㟂 㟃 㟄 㟅 㟆 㟇 㟈 㟉 㟊 㟋 㟌 㟍 㟎 㟏 㟐 㟑 㟒 㟓 㟔 㟕 㟖 㟗 㟘 㟙 㟚 㟛 㟜 㟝 㟞 㟟 㟠 㟡 㟢 㟣 㟤 㟥 㟦 㟧 㟨 㟩 㟪 㟫 㟬 㟭 㟮 㟯 㟰 㟱 㟲 㟳 㟴 㟵 㟶 㟷 㟸 㟹 㟺 㟻 㟼 㟽 㟾 㟿 㠀 㠁 㠂 㠃 㠄 㠅 㠆 㠇 㠈 㠉 㠊 㠋 㠌 㠍 㠎 㠏 㠐 㠑 㠒 㠓 㠔 㠕 㠖 㠗 㠘 㠙 㠚 㠛 㠜 㠝 㠞 㠟 㠠 㠡 㠢 㠣 㠤 㠥 㠦 㠧 㠨 㠩 㠪 㠫 㠬 㠭 㠮 㠯 㠰 㠱 㠲 㠳 㠴 㠵 㠶 㠷 㠸 㠹 㠺 㠻 㠼 㠽 㠾 㠿 㡀 㡁 㡂 㡃 㡄 㡅 㡆 㡇 㡈 㡉 㡊 㡋 㡌 㡍 㡎 㡏 㡐 㡑 㡒 㡓 㡔 㡕 㡖 㡗 㡘 㡙 㡚 㡛 㡜 㡝 㡞 㡟 㡠 㡡 㡢 㡣 㡤 㡥 㡦 㡧 㡨 㡩 㡪 㡫 㡬 㡭 㡮 㡯 㡰 㡱 㡲 㡳 㡴 㡵 㡶 㡷 㡸 㡹 㡺 㡻 㡼 㡽 㡾 㡿 㢀 㢁 㢂 㢃 㢄 㢅 㢆 㢇 㢈 㢉 㢊 㢋 㢌 㢍 㢎 㢏 㢐 㢑 㢒 㢓 㢔 㢕 㢖 㢗 㢘 㢙 㢚 㢛 㢜 㢝 㢞 㢟 㢠 㢡 㢢 㢣 㢤 㢥 㢦 㢧 㢨 㢩 㢪 㢫 㢬 㢭 㢮 㢯 㢰 㢱 㢲 㢳 㢴 㢵 㢶 㢷 㢸 㢹 㢺 㢻 㢼 㢽 㢾 㢿 㣀 㣁 㣂 㣃 㣄 㣅 㣆 㣇 㣈 㣉 㣊 㣋 㣌 㣍 㣎 㣏 㣐 㣑 㣒 㣓 㣔 㣕 㣖 㣗 㣘 㣙 㣚 㣛 㣜 㣝 㣞 㣟 㣠 㣡 㣢 㣣 㣤 㣥 㣦 㣧 㣨 㣩 㣪 㣫 㣬 㣭 㣮 㣯 㣰 㣱 㣲 㣳 㣴 㣵 㣶 㣷 㣸 㣹 㣺 㣻 㣼 㣽 㣾 㣿 㤀 㤁 㤂 㤃 㤄 㤅 㤆 㤇 㤈 㤉 㤊 㤋 㤌 㤍 㤎 㤏 㤐 㤑 㤒 㤓 㤔 㤕 㤖 㤗 㤘 㤙 㤚 㤛 㤜 㤝 㤞 㤟 㤠 㤡 㤢 㤣 㤤 㤥 㤦 㤧 㤨 㤩 㤪 㤫 㤬 㤭 㤮 㤯 㤰 㤱 㤲 㤳 㤴 㤵 㤶 㤷 㤸 㤹 㤺 㤻 㤼 㤽 㤾 㤿 㥀 㥁 㥂 㥃 㥄 㥅 㥆 㥇 㥈 㥉 㥊 㥋 㥌 㥍 㥎 㥏 㥐 㥑 㥒 㥓 㥔 㥕 㥖 㥗 㥘 㥙 㥚 㥛 㥜 㥝 㥞 㥟 㥠 㥡 㥢 㥣 㥤 㥥 㥦 㥧 㥨 㥩 㥪 㥫 㥬 㥭 㥮 㥯 㥰 㥱 㥲 㥳 㥴 㥵 㥶 㥷 㥸 㥹 㥺 㥻 㥼 㥽 㥾 㥿 㦀 㦁 㦂 㦃 㦄 㦅 㦆 㦇 㦈 㦉 㦊 㦋 㦌 㦍 㦎 㦏 㦐 㦑 㦒 㦓 㦔 㦕 㦖 㦗 㦘 㦙 㦚 㦛 㦜 㦝 㦞 㦟 㦠 㦡 㦢 㦣 㦤 㦥 㦦 㦧 㦨 㦩 㦪 㦫 㦬 㦭 㦮 㦯 㦰 㦱 㦲 㦳 㦴 㦵 㦶 㦷 㦸 㦹 㦺 㦻 㦼 㦽 㦾 㦿 㧀 㧁 㧂 㧃 㧄 㧅 㧆 㧇 㧈 㧉 㧊 㧋 㧌 㧍 㧎 㧏 㧐 㧑 㧒 㧓 㧔 㧕 㧖 㧗 㧘 㧙 㧚 㧛 㧜 㧝 㧞 㧟 㧠 㧡 㧢 㧣 㧤 㧥 㧦 㧧 㧨 㧩 㧪 㧫 㧬 㧭 㧮 㧯 㧰 㧱 㧲 㧳 㧴 㧵 㧶 㧷 㧸 㧹 㧺 㧻 㧼 㧽 㧾 㧿 㨀 㨁 㨂 㨃 㨄 㨅 㨆 㨇 㨈 㨉 㨊 㨋 㨌 㨍 㨎 㨏 㨐 㨑 㨒 㨓 㨔 㨕 㨖 㨗 㨘 㨙 㨚 㨛 㨜 㨝 㨞 㨟 㨠 㨡 㨢 㨣 㨤 㨥 㨦 㨧 㨨 㨩 㨪 㨫 㨬 㨭 㨮 㨯 㨰 㨱 㨲 㨳 㨴 㨵 㨶 㨷 㨸 㨹 㨺 㨻 㨼 㨽 㨾 㨿 㩀 㩁 㩂 㩃 㩄 㩅 㩆 㩇 㩈 㩉 㩊 㩋 㩌 㩍 㩎 㩏 㩐 㩑 㩒 㩓 㩔 㩕 㩖 㩗 㩘 㩙 㩚 㩛 㩜 㩝 㩞 㩟 㩠 㩡 㩢 㩣 㩤 㩥 㩦 㩧 㩨 㩩 㩪 㩫 㩬 㩭 㩮 㩯 㩰 㩱 㩲 㩳 㩴 㩵 㩶 㩷 㩸 㩹 㩺 㩻 㩼 㩽 㩾 㩿 㪀 㪁 㪂 㪃 㪄 㪅 㪆 㪇 㪈 㪉 㪊 㪋 㪌 㪍 㪎 㪏 㪐 㪑 㪒 㪓 㪔 㪕 㪖 㪗 㪘 㪙 㪚 㪛 㪜 㪝 㪞 㪟 㪠 㪡 㪢 㪣 㪤 㪥 㪦 㪧 㪨 㪩 㪪 㪫 㪬 㪭 㪮 㪯 㪰 㪱 㪲 㪳 㪴 㪵 㪶 㪷 㪸 㪹 㪺 㪻 㪼 㪽 㪾 㪿 㫀 㫁 㫂 㫃 㫄 㫅 㫆 㫇 㫈 㫉 㫊 㫋 㫌 㫍 㫎 㫏 㫐 㫑 㫒 㫓 㫔 㫕 㫖 㫗 㫘 㫙 㫚 㫛 㫜 㫝 㫞 㫟 㫠 㫡 㫢 㫣 㫤 㫥 㫦 㫧 㫨 㫩 㫪 㫫 㫬 㫭 㫮 㫯 㫰 㫱 㫲 㫳 㫴 㫵 㫶 㫷 㫸 㫹 㫺 㫻 㫼 㫽 㫾 㫿 㬀 㬁 㬂 㬃 㬄 㬅 㬆 㬇 㬈 㬉 㬊 㬋 㬌 㬍 㬎 㬏 㬐 㬑 㬒 㬓 㬔 㬕 㬖 㬗 㬘 㬙 㬚 㬛 㬜 㬝 㬞 㬟 㬠 㬡 㬢 㬣 㬤 㬥 㬦 㬧 㬨 㬩 㬪 㬫 㬬 㬭 㬮 㬯 㬰 㬱 㬲 㬳 㬴 㬵 㬶 㬷 㬸 㬹 㬺 㬻 㬼 㬽 㬾 㬿 㭀 㭁 㭂 㭃 㭄 㭅 㭆 㭇 㭈 㭉 㭊 㭋 㭌 㭍 㭎 㭏 㭐 㭑 㭒 㭓 㭔 㭕 㭖 㭗 㭘 㭙 㭚 㭛 㭜 㭝 㭞 㭟 㭠 㭡 㭢 㭣 㭤 㭥 㭦 㭧 㭨 㭩 㭪 㭫 㭬 㭭 㭮 㭯 㭰 㭱 㭲 㭳 㭴 㭵 㭶 㭷 㭸 㭹 㭺 㭻 㭼 㭽 㭾 㭿 㮀 㮁 㮂 㮃 㮄 㮅 㮆 㮇 㮈 㮉 㮊 㮋 㮌 㮍 㮎 㮏 㮐 㮑 㮒 㮓 㮔 㮕 㮖 㮗 㮘 㮙 㮚 㮛 㮜 㮝 㮞 㮟 㮠 㮡 㮢 㮣 㮤 㮥 㮦 㮧 㮨 㮩 㮪 㮫 㮬 㮭 㮮 㮯 㮰 㮱 㮲 㮳 㮴 㮵 㮶 㮷 㮸 㮹 㮺 㮻 㮼 㮽 㮾 㮿 㯀 㯁 㯂 㯃 㯄 㯅 㯆 㯇 㯈 㯉 㯊 㯋 㯌 㯍 㯎 㯏 㯐 㯑 㯒 㯓 㯔 㯕 㯖 㯗 㯘 㯙 㯚 㯛 㯜 㯝 㯞 㯟 㯠 㯡 㯢 㯣 㯤 㯥 㯦 㯧 㯨 㯩 㯪 㯫 㯬 㯭 㯮 㯯 㯰 㯱 㯲 㯳 㯴 㯵 㯶 㯷 㯸 㯹 㯺 㯻 㯼 㯽 㯾 㯿 㰀 㰁 㰂 㰃 㰄 㰅 㰆 㰇 㰈 㰉 㰊 㰋 㰌 㰍 㰎 㰏 㰐 㰑 㰒 㰓 㰔 㰕 㰖 㰗 㰘 㰙 㰚 㰛 㰜 㰝 㰞 㰟 㰠 㰡 㰢 㰣 㰤 㰥 㰦 㰧 㰨 㰩 㰪 㰫 㰬 㰭 㰮 㰯 㰰 㰱 㰲 㰳 㰴 㰵 㰶 㰷 㰸 㰹 㰺 㰻 㰼 㰽 㰾 㰿 㱀 㱁 㱂 㱃 㱄 㱅 㱆 㱇 㱈 㱉 㱊 㱋 㱌 㱍 㱎 㱏 㱐 㱑 㱒 㱓 㱔 㱕 㱖 㱗 㱘 㱙 㱚 㱛 㱜 㱝 㱞 㱟 㱠 㱡 㱢 㱣 㱤 㱥 㱦 㱧 㱨 㱩 㱪 㱫 㱬 㱭 㱮 㱯 㱰 㱱 㱲 㱳 㱴 㱵 㱶 㱷 㱸 㱹 㱺 㱻 㱼 㱽 㱾 㱿 㲀 㲁 㲂 㲃 㲄 㲅 㲆 㲇 㲈 㲉 㲊 㲋 㲌 㲍 㲎 㲏 㲐 㲑 㲒 㲓 㲔 㲕 㲖 㲗 㲘 㲙 㲚 㲛 㲜 㲝 㲞 㲟 㲠 㲡 㲢 㲣 㲤 㲥 㲦 㲧 㲨 㲩 㲪 㲫 㲬 㲭 㲮 㲯 㲰 㲱 㲲 㲳 㲴 㲵 㲶 㲷 㲸 㲹 㲺 㲻 㲼 㲽 㲾 㲿 㳀 㳁 㳂 㳃 㳄 㳅 㳆 㳇 㳈 㳉 㳊 㳋 㳌 㳍 㳎 㳏 㳐 㳑 㳒 㳓 㳔 㳕 㳖 㳗 㳘 㳙 㳚 㳛 㳜 㳝 㳞 㳟 㳠 㳡 㳢 㳣 㳤 㳥 㳦 㳧 㳨 㳩 㳪 㳫 㳬 㳭 㳮 㳯 㳰 㳱 㳲 㳳 㳴 㳵 㳶 㳷 㳸 㳹 㳺 㳻 㳼 㳽 㳾 㳿 㴀 㴁 㴂 㴃 㴄 㴅 㴆 㴇 㴈 㴉 㴊 㴋 㴌 㴍 㴎 㴏 㴐 㴑 㴒 㴓 㴔 㴕 㴖 㴗 㴘 㴙 㴚 㴛 㴜 㴝 㴞 㴟 㴠 㴡 㴢 㴣 㴤 㴥 㴦 㴧 㴨 㴩 㴪 㴫 㴬 㴭 㴮 㴯 㴰 㴱 㴲 㴳 㴴 㴵 㴶 㴷 㴸 㴹 㴺 㴻 㴼 㴽 㴾 㴿 㵀 㵁 㵂 㵃 㵄 㵅 㵆 㵇 㵈 㵉 㵊 㵋 㵌 㵍 㵎 㵏 㵐 㵑 㵒 㵓 㵔 㵕 㵖 㵗 㵘 㵙 㵚 㵛 㵜 㵝 㵞 㵟 㵠 㵡 㵢 㵣 㵤 㵥 㵦 㵧 㵨 㵩 㵪 㵫 㵬 㵭 㵮 㵯 㵰 㵱 㵲 㵳 㵴 㵵 㵶 㵷 㵸 㵹 㵺 㵻 㵼 㵽 㵾 㵿 㶀 㶁 㶂 㶃 㶄 㶅 㶆 㶇 㶈 㶉 㶊 㶋 㶌 㶍 㶎 㶏 㶐 㶑 㶒 㶓 㶔 㶕 㶖 㶗 㶘 㶙 㶚 㶛 㶜 㶝 㶞 㶟 㶠 㶡 㶢 㶣 㶤 㶥 㶦 㶧 㶨 㶩 㶪 㶫 㶬 㶭 㶮 㶯 㶰 㶱 㶲 㶳 㶴 㶵 㶶 㶷 㶸 㶹 㶺 㶻 㶼 㶽 㶾 㶿 㷀 㷁 㷂 㷃 㷄 㷅 㷆 㷇 㷈 㷉 㷊 㷋 㷌 㷍 㷎 㷏 㷐 㷑 㷒 㷓 㷔 㷕 㷖 㷗 㷘 㷙 㷚 㷛 㷜 㷝 㷞 㷟 㷠 㷡 㷢 㷣 㷤 㷥 㷦 㷧 㷨 㷩 㷪 㷫 㷬 㷭 㷮 㷯 㷰 㷱 㷲 㷳 㷴 㷵 㷶 㷷 㷸 㷹 㷺 㷻 㷼 㷽 㷾 㷿 㸀 㸁 㸂 㸃 㸄 㸅 㸆 㸇 㸈 㸉 㸊 㸋 㸌 㸍 㸎 㸏 㸐 㸑 㸒 㸓 㸔 㸕 㸖 㸗 㸘 㸙 㸚 㸛 㸜 㸝 㸞 㸟 㸠 㸡 㸢 㸣 㸤 㸥 㸦 㸧 㸨 㸩 㸪 㸫 㸬 㸭 㸮 㸯 㸰 㸱 㸲 㸳 㸴 㸵 㸶 㸷 㸸 㸹 㸺 㸻 㸼 㸽 㸾 㸿 㹀 㹁 㹂 㹃 㹄 㹅 㹆 㹇 㹈 㹉 㹊 㹋 㹌 㹍 㹎 㹏 㹐 㹑 㹒 㹓 㹔 㹕 㹖 㹗 㹘 㹙 㹚 㹛 㹜 㹝 㹞 㹟 㹠 㹡 㹢 㹣 㹤 㹥 㹦 㹧 㹨 㹩 㹪 㹫 㹬 㹭 㹮 㹯 㹰 㹱 㹲 㹳 㹴 㹵 㹶 㹷 㹸 㹹 㹺 㹻 㹼 㹽 㹾 㹿 㺀 㺁 㺂 㺃 㺄 㺅 㺆 㺇 㺈 㺉 㺊 㺋 㺌 㺍 㺎 㺏 㺐 㺑 㺒 㺓 㺔 㺕 㺖 㺗 㺘 㺙 㺚 㺛 㺜 㺝 㺞 㺟 㺠 㺡 㺢 㺣 㺤 㺥 㺦 㺧 㺨 㺩 㺪 㺫 㺬 㺭 㺮 㺯 㺰 㺱 㺲 㺳 㺴 㺵 㺶 㺷 㺸 㺹 㺺 㺻 㺼 㺽 㺾 㺿 㻀 㻁 㻂 㻃 㻄 㻅 㻆 㻇 㻈 㻉 㻊 㻋 㻌 㻍 㻎 㻏 㻐 㻑 㻒 㻓 㻔 㻕 㻖 㻗 㻘 㻙 㻚 㻛 㻜 㻝 㻞 㻟 㻠 㻡 㻢 㻣 㻤 㻥 㻦 㻧 㻨 㻩 㻪 㻫 㻬 㻭 㻮 㻯 㻰 㻱 㻲 㻳 㻴 㻵 㻶 㻷 㻸 㻹 㻺 㻻 㻼 㻽 㻾 㻿 㼀 㼁 㼂 㼃 㼄 㼅 㼆 㼇 㼈 㼉 㼊 㼋 㼌 㼍 㼎 㼏 㼐 㼑 㼒 㼓 㼔 㼕 㼖 㼗 㼘 㼙 㼚 㼛 㼜 㼝 㼞 㼟 㼠 㼡 㼢 㼣 㼤 㼥 㼦 㼧 㼨 㼩 㼪 㼫 㼬 㼭 㼮 㼯 㼰 㼱 㼲 㼳 㼴 㼵 㼶 㼷 㼸 㼹 㼺 㼻 㼼 㼽

によれば国態を憲法形態 (Verfassungsform) と政治形態 (Regierungsform) とに分ち、前者は狭義の国態 (Staatsform im engeren Sinne) であって、国権の担荷者による分類であり、後者は国権の最高行使者 (der oberste Ausüßer der Staatsgewalt) による分類である。レームにおいては、国権の主体は国家であって、国権の担荷者は君主又は国民であり、国権の最高行使者は国権の担荷者自体であることもあり、他の者であることもある。一般に国態といわれるものはレームの憲法形態である。すなわち、国権の担荷者による分類である。旧憲法第1条の「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」とは、天皇が統治権の主体、すなわち、国権の担荷者であることを規定する国態の規定である。第4条の「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニヨリ之ヲ行フ」とあるは、国権の最高行使者が天皇であることを規程する政治形態の規定である。新憲法第1条の「主権が国民に存す」とは国態の規定であり、第41条の「国会は、国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である。」第65条の「行政権は、内閣に属する。」第76条の「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」とあるは、それぞれの分野における統治権の最高行使者を定めるものである。

次に政治的主権の存する国民について考察する。政治的主権の存在する国民は主権の正当性の契機を含まねばならないがゆえに、決して個別的国民を指しているのではない。ルソーのいうごとく国民の個別意思は個人的利益に執着している意思であるから正当性の根源ではあり得ない。国民主権を基礎づけ主権に正当性を与えるものは国民の総意である。国民の総意は常に公共の福祉を実現しようとする意思である。従ってそれは常に正しい意思である。国民の総意は個別意思を排除した公共的な国民の意思の凝集したものである。かくのごとき公共的意思を有するものを公共的人格 (personne publique) といい、公共的人格は主権者 (souverain) である。主権の特性は権威 (autorité) であって、単なる支配力 (domination) ではない。権威は意思の価値より発するものである。意思の価値は被統治者に感知せられることにより被統治者の信頼を誘発する。主権における正当性の要素とはこの権威の要素である。権威の要素が権力の要素に優越するとき正規の権力 (pouvoir régulier) が存し、権力の要素が権威の

要素に優越するとき不正規の権力 (*pouvoir irrégulier*) が存する。正常なる権力は意思の力が意思の価値に従属するときに表われる。国民の総意は常に道徳的文化的な共同生活を志向するものであって、かくのごとき理念の実現に対する国民の承認満足は国民の同意作用である。これを受動的統治意思又は服従の主権 (*souveraineté de sujétion*) という。かくて国民の総意の正当性は更に国民の同意と服従によって基礎づけられるのである。主権の存する国民は国民の総意を構成する統一的全体としての国民である。統一的全体としての国民は個人の集合体と質的に異なる統一性の契機を有する。統一性の契機によって個別的な不純さや利害観念が止揚せられた公共的人格として常に公共善 (*bien commun*) を指向するものであり得る。かくして主権の正当性の契機は保持せられる。統一性の契機を含まない集合体は個別性が止揚せられず、個別者とひとしく不純さを含み、個人的利害観念に執着するがゆえに、正当性の契機は発見せられない。それゆえ、主権の存する国民は国民の総意であって、統一的全体としての国民でなければならないのである。^⑥

(註)

- ① 穂積八束 憲法提要上巻 52頁
- ② 上杉慎吉 国体、憲法及憲政 42頁
- ③ 美濃部達吉 憲法逐条精義 73頁
- ④ 山崎又次郎 帝国の国体と帝国の憲法(論文)
- ⑤ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 611.
- ⑥ Rousseau, Du Contrat Social, Liv. II, ch. 1, 3.

渡辺宗太郎 国民主権論 23頁以下

- (註1) 原田博士は「人間の理性は社会生活から非合理的な要素を除こうとする。この人間理性の努力は国民に自律性と主体性を付与し、服従の主体は支配の主体となる。支配の理想型は自己自身を支配すること *Herrschaft von Sich Selbst* である。これは民主主義の基本的要請である。支配の主体と客体とが合致する支配型式を内在的支配という。これに於ては、客体は単なる支配の対象ではなく、主体的に媒介された主動的な客体である」とする。(原田綱 政治と倫理 183頁)

- (註2) 尾高博士は「主権が国民にあるということは国家の法定立の最高権威が国

民の総意であることを意味する。国民の総意はあらゆる法の根源であるけれども、それは何物にも制約されない絶対の力ではない。国民の恣意は許されない。法を定立するに当っては、法定立の原理に従わねばならない。法定立の原理は法の理念である。それは公共の福祉を目指す正義と社会生活の平和と協力を可能ならしめる秩序との総和である。国民はこの目的に向って不断的努力をつづけるという責任を自覚してこそ、法定立の最高権威者たるに価する」とする。（尾高朝雄 法学概論 49—50頁）

国民の総意とは正しい法を作ろうとする意思である。それは常に正しかりべき立法の理念であり、現実の政治の指向すべき目標である。総意は決して事実上の国民全体の意思ではない。全体主義体制下の議会は、権力者の弾圧を恐れて権力者の提案に賛成したもので、それはすべて利己的な意思であって、正しい立法意思ではなかった。国民の総意は常に正しい意思であり、常に国民の公共利益 (*utilité publique*) を目指し、公共の福祉 (*bien commun*) を実現していくものである。公共の福祉が法の正しきの規準として、この規準にかなった立法意思たるものが国民総意の本質である。国民主権は国民が主権者であるということによって尊いのではない。国民精神が弛緩し、墮落し、軽佻浮薄な衆愚政治と化すると、国民主権の意義はなくなる。それが常に正しい統治意思の理念を表現するときのみ尊さに値する。また主権は単なる権力ではなく、政治上の力の上にあって、一切の政治動向を制約すべき客観的な正しさである。それは正義であり理法である。（尾高朝雄 法の窮極にあるもの 55頁以下）