

主権の概念

田上 穰治

一

日本国憲法は、主権の概念を二種の意味に用いている。前文第一段および第一条で、主権が国民に存するとあるのは、君主主権に対するもので、国の政治のあり方を最終的に決定する権力の意味に解される。また前文第三段で自国の主権とあるのは、国家そのものの政治的地位が最高かつ独立であることを示すものであって、関係諸国の国民に対し直接に統治権を行使することができる条約機構⁽¹⁾、ならびに連邦の支分邦のような非国家的団体および非主権的国家⁽²⁾から通常の家を区別する基準を意味する。前の意味での主権は、少くとも歴史的には、憲法を定立することができる最高の権力であって、政治的概念であつたのに反して、後の意味の主権は法律的概念であることに注意しなければならない。政治の現実においては、国家権力が必ずしも国内にあって最高でなく、日本国憲法の定める地方公共団体のように広い範囲の統治権をもつものが予想される場合があり、また国家権力が必ずしも対外的に独立、平等でなく、近年の国際情勢では、東西いずれかのブロックの中にある、国家は相互の関係で多くの制約を受けている。けれど

もこのような二種の主権概念は、密接な関連があるのであって、国権の最高独立性は、中世のヨーロッパにおいてオマ教皇、皇帝および封建諸侯との対立抗争を通して確立された君主主権に由来するものであり、また前世紀における立憲政体の発展によって君主主権と国民主権の区別が相対化され、政治的概念から法律的概念に移移することが認められる。さらに、国会の主権と法の支配を指導原理とする立憲政体において主権概念は、非常事態の法理を通して新たな問題を提示するのである。⁽³⁾

(1) Karl Loewenstein, *Souveränität und zwischenstaatliche Zusammenarbeit*, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 80 (1955), S. 9 ff.

(2) エリネックは前世紀の連邦支分邦を主権のなす国家とみてゐるが (G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1929, S. 486 ff.)、本稿では主権を国家の要素と解する。

(3) 例えばカール・シュミットは非常事態において政治的な決定を下す者が主権者である、と主張する (Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 1934, S. 11 ff.)。これは民主政治における多数者の政治的決定権を絶対的なものとし、それが窮極においてあらゆる規範の拘束を受けないことを強調する学説であるが、非常事態では国民が決定権をもたないのであるから、国民主権を否定することになる。

二

ボオダンが明らかにした主権概念は、フランス政治史から抽象化した結論を普遍的な原理に変えたものであって、

国王の主権は、アンリ三世治下の内乱の渦中においてフランスを統一するため必要な手段を意味するものであった。一方において彼は、主権の真の特徴 (*vrayes marques*) として立法権、戦争と平和の権、高官任命権、最高裁判権、忠誠と服従を求める権、恩赦権、貨幣鑄造権、課税権を挙げているが、このような主権概念の積極的内容は、当時のフランス国王が保有した統治権にはかならない⁽⁴⁾。他方において彼は、国家を定義して、多数の家族およびこれに共通するものの正当な支配であつて主権を伴うものとする (*République est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine*)⁽⁵⁾。この意味の主権は、ロオマ教会、帝国および等族の支配を否定する消極的性質をもち、これらの勢力と国家を区別するに止まり、積極的に国家の本質を明らかにするものではない。ボオダン以前の学説が、主権の要素として外面的独立のみを認め、皇帝、フランス国王と同様に封建諸侯についても *suprema potestas* あるものとしたのに対して、ボオダンは、主権概念のすべての要素を統合して比較級の *souverain* を最上級の形容詞たらしめ、*superioritas* を *summa potestas* に変じたのである⁽⁶⁾。

このような主権概念の発展はフランスにかぎられず、広く中世以降の教会、帝国、封建諸侯等との抗争を通して国権が確立される歴史的政治的事情の中にもみ出されるのである。ギリシャにおいてもアリストテレスは、国家の特色を自足性 (*Autarkie*) に求めたが、それは上位の国家から独立して存在する能力をあらわす倫理的範疇であつて、現実の国家よりもむしろ理想的な国家に認められるものであり、最高権力を意味しない⁽⁷⁾。また古代ロオマでは帝国に對抗できる勢力がほかになかったから、国権の内容および限界が究明されなかった。*maiestas, potestas, imperium* 等の用語は、単にロオマ民族の偉大な権力を示すに止まり、他の権力からの独立を意味するものでなかった⁽⁸⁾。これに反し

て、中世に発展した主権は、当初は防衛的で後に攻撃的になった政治的概念である。

第一は、君主の政権 (*imperium*) がロオマ教皇の教権 (*sacerdotium*) に対して確立された歴史である。それは、神を愛する者の団体である神の国 (*civitas Dei*) と罪によって神から離れた者の団体である地の国 (*civitas terrena*) を区別するアウグスチヌスの学説と、直接の関連がない。アウグスチヌスの神国論 (*de Civitate Dei*) の名称は、詩篇の神の都に由来するもので、必ずしも政治的国家を意味しないのみならず、その論旨は、教会がロオマ帝国の滅亡について責任を負うべきものでないとするにあり、皇帝が教会に服従する義務ありとするものではなかった。⁽⁹⁾ この説から中世の学者は、公同教会と世界帝国とが大宇宙の模倣すなわち小宇宙 (*microcosmos*) として神の意思による調和を保つべきものとする社会学的原理を演繹し、Luk, XXII 38 に基づく二剣説 (*Zweischwerttheorie*) において、教権と政権のいずれが優越するかが論争された。⁽¹⁰⁾ けれども主権概念を明らかにするものは、その学説史よりもその発展した歴史的・政治的事情である。教皇レオ三世がカアル大帝に戴冠式を行なった先例は、その後歴代の皇帝について踏襲され、さらにウォルムス条約によって司教任命権 (*investitura*) が皇帝から教皇に移り、教権の絶対優位となったが、その後フランス国王フィリップ四世は、教会の免税特権を廃して教皇ボニファキウス八世と衝突し、三部会は王権と王国の自由を擁護することを議決し、フランス軍が教皇を捕えてこれを憤死させた。その後六代七十年にわたり、アヴィニヨンの教皇はフランス国王の庇護を受けることになった。さらにドイツの国王ルウドウィヒ・デル・バイエルはアヴィニヨンの教皇と争い、レンゼの選挙侯会議は選出された国王が教皇による加冠をまたず当然に皇帝となるものとし、ルウドウィヒの召集したフランクフルト国民議會は、この宣言を帝国の憲法として認めた。これは、

帝権が人民の任意の服従に基づくものであって、神はその遠因に過ぎないとする、マルシリウス・バタヴィヌスの学説が用いられたことを示している。⁽¹¹⁾

第二は、国家ないし国王に対して皇帝の支配が衰退した歴史である。ホオヘンシュタウフェン家の衰微により、ヴェニスに次いでフロレンス、ピサがイタリイ国王としての皇帝に服従しない都市 (*civitates superiores non recognoscentes*) であることを宣言した。かくて当初は、皇帝からの付与または時効によって取得した特権と考えられていた自由都市の独立から、十五世紀には、上位の権力の支配を一切受けない団体のみを *res publica* と認めるようになった。⁽¹²⁾ イギリスは地理的環境から、十三世紀頃すでに帝国の支配を離れていたが、リチャード二世は国会の記録に、その国の完全な帝王 (*entier Empereur de son Roialme*) と記されてゐる。⁽¹³⁾ フランスでは教会からの独立と関連して、皇帝に対しても王権の独立が強調された。

第三は、封建制・等族との関係で国王が最高の権力を取得した歴史である。封建制度は、カアル・マルテルが王の私領 (*Allodium*) を家臣に与えて封土 (*Fiefdom*) としたことに始まる。諸侯は所有権を留保して封土の収益権を与え、家臣はこれに対し軍役その他の義務を負うもので、この土地領有権と統治権の結合は、世襲的なものであった。ところでイギリスでは、ウィリアム征服王が一挙にこの封建制を打破し、諸侯の裁判権を排除して直接に国民を支配するに至ったが、フランスではカベエ王朝以来、封建制の覆滅に数世紀を要したのみならず、等族を完全に制御したことに特色がある。ドイツの場合と異なり、フランス国王は自己に帰属した封土を一年以内に諸侯に封ずる義務がなかったから、すべての土地が封土である (*nulla terre sans seigneur*) に拘わらず、国王は自ら諸侯の地位を取得す

ることができた。この現象は十二世紀初めルイ六世の治下に始まり、国王の裁判区 (*prévôtés*) は一二〇八年に三八であったのが、一二二三年には九四となった。フランス国王は最高裁判権のほか、警察権、軍事権、立法権までも掌握し、十三世紀末には諸侯の上にあつてフランス全土の *sovrain* と称せられるに至つた。⁽¹⁴⁾

- (4) G. Jellinek, a. a. O., S. 455, 462.
- (5) Vgl. Hancke, Bodin, eine Studie über den Begriff der Souveränität, S. 8.
- (6) G. Jellinek, a. a. O., S. 453.
- (7) Gierke, Johannes Althusius, S. 229; G. Jellinek, a. a. O., S. 436 ff.
- (8) G. Jellinek, a. a. O., S. 439.
- (9) Rehm, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, S. 156, 157.
- (10) G. Jellinek, a. a. O., S. 441.
- (11) G. Jellinek, a. a. O., S. 442, 473.
- (12) Rehm, a. a. O., S. 193, 194; G. Jellinek, a. a. O., S. 445.
- (13) Hatschek, Englisches Staatsrecht, Bd. I, S. 75.
- (14) G. Jellinek, a. a. O., S. 446—449.

主権が単純な政治的権力たるに止まらず、正当な権力として価値づけられることは、右に述べた君主主権の確立された歴史においても認められるが、それはやがて君主を国民の団体としての国家の構成要素と解する法学的理論構成に発展し、政治的な君主主権の概念から法学的な国家主権の概念を生ぜしめるのである。

イタリイ都市に関する団体説が国家の団体的性格を明らかにし、十五世紀の古典主義が古代の國家觀を導入したほか、上述の教權と政權の思想に由来する plenitudo potestatis の學說もまた專制君主を正当なものと価値づけた。エネアス・シルヴィウスが中世の伝統にしたがって、皇帝のみを summa potestas の行使者とし、帝國のみを完全な國家であるとしたことは、フリイドリと三世治下の現實と著しい對照を示す理想型を主張したのに過ぎない。十二世紀ないし十五世紀の政治學文獻は、封建制に比較的無關心であつて、あたかも西ロオマ帝國が中世末期まで本質を維持していたような感を抱かしめるが、このことは國王が等族を制圧するのに有利であつた。文芸復興と宗教改革によつて、フランス國王の地位は原始固有の權利に基づくものと解され、十六世紀のツウルウス學派は國王の權力を地上最高のものと説明した。これと反對に、フランスの實定法に基づき等族君主政を主張する學說もあつたが、共和政體は問題とされなかつた。⁽¹⁶⁾

ボオダンの學說は上述のように、主權を最高權力と認めて、教會および帝國の支配を否定する對外主權ならびに國內の封建諸侯に優越する對內主權において主權概念の消極的性格を明らかにするとともに、封建諸侯の統治權に由来する具體的な權能を列挙して、主權概念の積極的内容を明らかにした。前者は、十二世紀以來、註釈學派が指摘する「元首は法律に拘束されぬ」(Princeps legibus solutus est.)とするウルピアヌスの法理に由来し、君主主權の本質のほか、國權の最高獨立性を示すものであるが、後者は君主主權の常素たるに止まるのであつて、權力分立および地方分權によつて統治權の一部が國會、裁判所等の獨立機關の行使するところとなり、または地方公共團體等に委讓されても、當然には君主主權と矛盾せず、反對に統治權の多くが君主に帰屬しても最高獨立性を伴わなければ、君主

主権は認められない。けれども主権が正当な権力であるためには、法的に無制約とすることができず、ゲルマン固有の普通法は王権に対する自然法の優位を示しており、元首に関するロオマ法の原理も十二世紀以降においては法的無制約を意味するものでない。民族の法的確信から生ずる *ius* と統治者の命令としての実証的な *lex* とを区別して、主権もまた神法 (*ius divinum*) または自然法 (*ius naturale*) の制約を受けるのであり、さらに自然法的根拠をもつ実定法もまた主権を拘束すると解された。⁽¹⁶⁾ また主権概念の積極的内容としての統治権は、権力の性質上、憲法、法律その他の実定法に制約されるものであるから、君主の地位をロオマ法的な主権者とみるか、多くの統治権の集積とみるかは、著しい差異がある。

殊にイギリスでは、チュウドル王朝の君主が政教兩権の首長となったのは (*Act of Supremacy*) ロオマ法の主権論を有利と考え、また当時ロオマ法が大陸諸国に共通な *ius gentium* として外交上尊重され、反対にイギリスの普通法の用語が難解のため外国で真価が認められなかったことから、大学の教会法の講座をロオマ法の講座に改め、ボオダンの主権論が公認された。スチュワートのジェームス一世は、法が国王の自律的規範に過ぎず、普通法の下において国会の同意によってのみ変更できる正常な権能のほか、公共の福祉のため普通法を破ることができる非常の権能を保有することを主張した。けれども一六二八年権利請願の審議にあたり、上院が国王の主権を認める修正を加えたことに対し、コオクはイギリスで主権論をとることに反対し、続いて十七世紀の革命によりロオマ法的な主権が否定された後は、かつてエドワード一世以来の判例が普通法上の特例として認めた地位 (*prerogative*) の集積に君主の特色が求められ、原則としては、政府および公務員がその行動につき一般の市民と同様の法に従い、通常裁判所におい

て責任を問われるものとする、法の支配 (Rule of Law) の原理が發展した⁽¹⁷⁾。ただ学説においては、權利請願以後もボオダンの主權論のように、君主に強大な統治權を留保するものがある。例えばホッブスは、主權の内容を國家の目的から演繹しようとしたことで、ボオダンよりも一層体系的であった。主權者は訴追されず、刑罰を科せられず、治安の最高の保持者であり、信仰に關して最高の權威をもち、立法者たるとともに最高裁判權、戦争と平和の決定權、公務員の任免權を保有し、法律によらずして賞罰を科する權をもち、また榮譽の源泉である、と考えられた。これは一世紀の後、ブラックストンの唱えた君主の大權の学説において列挙する性質と同じである⁽¹⁸⁾。

このように君主主權の特色をその積極的内容に求める結果は、国内における君主以外の統治權の主体との差異を相對的ならしめ、君主に帰屬する統治權が次第に制限されるに伴って、君主主權が止揚されるのである。

(15) G. Jellinek, a. a. O., S. 450—452.

(16) Hancke, a. a. O., S. 28, 31.

(17) Hatschek, a. a. O., S. 602 ff.

(18) G. Jellinek, a. a. O., S. 463.

君主主權の法理は十八世紀のドイツにおいて、ウォルフの学説とこれに従うプロイセン一般州法の規定⁽¹⁹⁾に示されるように、当時の等族的な憲法と異なり、プロイセンおよびオーストリーの國家的統一をもたらした。ルイ十四世以後のフランスにおいて、國王の代官が等族による地方政治を圧迫したことも、同様の意味をもつ。ドイツ古帝國の崩壊した後、支分邦の君主⁽²⁰⁾はすべて等族の權利を廢止した。一八一五年ドイツ同盟議定書第十三条は、解放戦争の結果と

して、君主主権の憲法を定め、革命運動からこれを擁護すべきものとした。革命に対する防壁としてフランス保守派は、大革命以前からの伝統とトオリイ党の世界観にならって一八一四年憲法を制定したが、ここで国王が永い空位の後国民の要望により欽定憲法を發布し、主権の行使につき国民を参与させることを明らかにした。この君主主義は南ドイツ憲法およびウィーン最終議定書第五七条に伝わった。その直後メッテルニヒは君主政を脅かすナポリ、サルデニア、スペインの諸憲法を国際法違反とし、その干渉政策は、ウィーン会議が認めたスイス、自由市の例外を除き、君主主義をヨーロッパの基本原理たらしめた。当時の学説は君主の固有の統治権を国の憲法によって基礎づけることをせず、君権神授説およびマウレンブレツヒェル⁽²¹⁾の家産説が現われ、主権を国権の屬性、国家の要素とみるベルナチックもまた、君主に固有の権利を認める矛盾を犯している。けれどもマウレンブレツヘルの説を批判したアルブレヒトを始めとして、自然法的国家論に反対する学者は、国家主権と機関の関係を説明した。この国家法人説は警察国時代の国庫概念を発展させた学説であるが、君主主権と国民主権の対立を止揚する意味をもち、その後のドイツの通説となった。カアル・フリイドリヒ・ゲルバアによれば、主権は国権の屬性の一つに過ぎず、君主主権、国民主権の区別は政治運動の目標に止まり、君主の権利と主権とは無関係なのである。⁽²²⁾

君主その他国家の最高機関の地位が国民主権に基づくものとする思想は、ホッブスにおける絶対支配者、ブラックストンにおける専制国会、ルウソオにおける国民の総意の学説に認められるのみならず、ロック、モンテスキューからシエイエ、コンスタンに至る立憲学説に共通である。十六、七世紀の西ヨーロッパで君主主権説が政治の実際を動かしたように、立憲理論と民約説は、合衆国およびその各州の憲法、フランス革命時代の憲法、二月革命まで支配的

であつた憲法制定権の學說、ベルギー憲法等に強く影響した⁽²³⁾。けれども君主主權が歴史的に國家を統一するため必要な手段であつたのに対し、國民主權の法理は君主の統治を批判し、その正当性を究明するもので、前者が实力的要素を中心とするのに対し、後者は価値的要素に重要をおくものである。

古代ローマでは、皇帝が即位するとき君主法を發布し、ローマ人民がこれによつて皇帝にその主權を讓渡する思想が明らかにされた⁽²⁴⁾。ただレムはこのことを統治契約とみる説に反対し、その理由として、君主法が *lex* であつて *pactum* と稱せられないこと、およびそれが皇帝に義務を生ぜしめず統治權を設定するに止まることを挙げてゐるが、理念的な契約たることにほかならない。註釈學派はこの君主法による主權の移轉の解釈について論争し、國民が永久に權利を回復できない絶對的な讓渡とみる立場が、君主主權を絶對とする法理となり、國民が統治權の實質を留保し、その行使を解除条件附で元首に許容したものとする立場が、國民主權を強調する法理となつたことは、周知の通りである。國民主權の法理は、君主の統治を直接に理由づける統治契約よりも、國民統合を基礎づける社会契約において一層明らかになるが、教會の解釈が國家の起源を、人類の原罪によつて必要となつた神の意思に求め、これを個人の意思に求めることを異端としたため、文芸復興と宗教改革を経た近世に至つて社会契約説が現われた。けれどもホッブス、ルウソオ、カント等の學說に明らかなように、いわゆる社会契約は歴史的事實でなく、國權に合理的根拠を与えるためであつて、契約締結者としての國民全体を主權者とすることは、直接には統治の目的を示すに止まり、この意味の國民が主權者としての君主のように、最高獨立の支配を行うことを意味するものではない。現実に統治を最終的に決定する國民としては、普通選舉制における選舉人團が考えられるが、統治の理念としての國民全体

の利益には未成年者、禁治産者のような選挙権のない者が含まれるほか、統治が広く過去から将来にわたる永続的な国民全体の利益を目的とすべきことは、個人の人格価値を直接に肯定する人格主義 (Individualism) の世界観の要請である。政治的意味における国民主権は、現実に政治を決定することができる国民にかぎられるが、多数の国民を擁する現代の国家では直接民主政に多くを期待することができないことで、君主主権が立憲制により本来の最高独立性を維持できなくなったことと似ており、また主権者たる国民が国家の利益に奉仕することによって価値づけられることも、君主の地位と共通している。いいかえれば人権を尊重する現代の法秩序にあつては、君主および参政能力ある国民の集団は、いずれも最高絶対の権能をもつことが許されないのみならず、その権能は常に永続的な団体としての国家の利益に一致することによって法的に正当化される。この意味で君主主権と同様に国民主権の概念も相対化されたのであつて、それは君主、選挙人団等が国内の統治権をもつ一般の機関に比して相対的に優位を保つことを示し、窮極の法的価値ないしは妥当性の根拠を意味する主権は国家に認められるに至つた。

なお主権の積極的内容として一切の統治権をこれに含ましめる学説は、封建の遺制である君主以外の個人または国内の団体の統治権を主権の篡奪とみなすものであつたが、君主主権および国民主権の相対化に伴つて、このいわば大規模な収用の擬制に関する法理は近代的な国家概念を形成し、一切の統治権を国権の要素と認めるようになった。⁽²⁵⁾ また国民主権の概念において永続的な国家とその最高機関としての国民とを区別する必要があるのと同様に、君主主権の概念においても連綿たる王統とこれを構成する個々の君主とを区別しなければならない。イギリスの君主の権能は十七世紀二回の革命によって次第に法律的な制約を受けることになつたが、譲渡できない教区財産と司教の地位に関

する教会法が類推されて、連綿たる王位が法人格をもつものと解され（The King never dies）、イギリスの国家は君主の構成するこの単独法人（corporation sole）におきかえられている。例えば立法・司法および行政の三権はこの意味の君主すなわち王統に属するのであり、国家に対して私有財産の返還または補償を請求するには、この意味の君主に対する権利請願の形式が用いられたのである。君主が悪を行うことをえな⁽²⁶⁾（The King can do no wrong）とする原則は、一九四七年までは国家に賠償責任がないことを含むものであった。要するにイギリスの君主は、自然人としては単独法人の機関とみることが出来るほか、君主と議會は受託者としてこれらを超越する目的のために統治すべきものと解されるから、ドイツの国家法人説と大差がないのである。

- (19) 市民および市民権のない者に対する国家の権利義務は、すべて元首が総攬する (§1 Teil II Titel 13 ALR)。
- (20) Nassau, Württemberg, Baden, Hessen-Darmstadt, Bayern 等。
- (21) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 87 ff.
- (22) G. Jellinek, a. a. O., S. 466—474.
- (23) G. Jellinek, a. a. O., S. 465, 466.
- (24) Rehm, a. a. O., S. 166.
- (25) G. Jellinek, a. a. O., S. 464, 465.
- (26) Hatschek, a. a. O., S. 61 ff., 621 ff.

三

主權的な國權の实力的要素は、その固有の機關が立法權、行政權および司法權に関する原始的な政治決定 (Politische Entscheidung, Deizision) の權能をもつことにある。その最高機關が君主たると否とを問わず、組織および權能を自主的に決定し、これを執行できることである。連邦制および權力分立の國家にあっては、最高機關が明らかでないのが常であるから、本来の意味における君主主權、國民主權の概念は維持されないが、國家の機關組織は國內の団体と異なり、外部の機構から獨立した固有の統治權能を保有するものでなければならない。歴史的に君主主權について認められた最高、獨立性が、立憲政においては全体としての國の統治組織に移行したのである。地方団体、かつてのエルサス・ロートリンゲン、イギリスの特許状による植民地は、いずれも國家の法律により組織が定められ、限られた自治權をもつに過ぎず、國の立法によってその組織法を改正できるから、國家ではない。⁽²⁷⁾

次に國權の價值的要素は、右の实力的要素がもつばら國家の自然的な目的、使命によって正当化されることにある。いかえれば國家機關の定立する実定法秩序が、他の國家または國際社會における実定法に妥当性の根拠を求めるものであってはならない。國權の实力的要素が政治學的、社會學的意味の主權をあらわすのに對して、國權の價值的要素は法學的意味の主權をあらわすものである。ところで近世の人格主義的世界觀の下において國權は、何らかの憲法を定め、立憲政體を認めなければ正當化されない。行政權および司法權が法に拘束されるのみならず、立法機關もまた法的拘束を受けるのであって、國權に服する個人および団体が、その人格を承認されることに基づき、國權に

より奪うことのできない権利を保障される。革命によってこの憲法秩序を破壊することは、単純な實力に止まり、それが新たな憲法を定立して正当化されなければ主権的な国権は成立しない。

このような国家主権を認めて古代のような世界国家 (*civitas maxima*) を認めないかぎり、国際法の拘束力は個々の国家の自律的制限に過ぎないことになるが、それは国家が自由に国際法の拘束を離脱できることを意味しない。国際関係においても、国権は自己を正当ならしめるため、自然法に制約されることを要する。自然法の制約の下に、法が国家の自律たること (*staatliche Selbstverpflichtung*) は、カント学派において、倫理規範の内容がいずれに由来するかを問わず、その妥当性についてみれば理性の自律 (*sittliche Autonomie*) たることと同様である。この意味で主権を積極的に定義すれば、国家の作用を適法ならしめる法秩序を定立するについて国権に認められた完全な自律性 (*ausschliessliche Fähigkeit rechtlicher Selbstbestimmung und Selbstbindung*) である。それは最高、独立な性質とみることもできる。⁽²⁷⁾

(27) G. Jellinek, a. a. O., S. 489—496.

(28) Ibid., S. 475—484.

国家に主権を認める学説に対して、二種の批判が加えられる。第一は、連邦制および国際社会の組織化に伴って、国家の主権的性格を否認する傾向である。ドイツ支分邦、スイスのカントン、合衆国各州は、いずれも自己の意思に基づく憲法をもち、固有の組織とこれに伴う原始的な統治権が認められるから、主権のない国家とも考えられる。けれども連邦が、次第に支分邦に対して最高かつ独立な地位を取得し、国家連合と本質的に区別されるようになるとき

は、南北戦争以後の合衆国におけるように、支分邦は通常の地方団体に接近し、主権をもつ連邦のみが国家として認められるに至る。ドイツにおいても、自由市を除き各邦が君主制を維持し、連邦の皇帝はプロイセン国王をもつて充てた時代にあつては、国家連合と必ずしも峻別されず、支分邦は主権のない国家と解される傾向があつたが、ワイマル憲法以後は、主権のない支分邦は法論的に国家の性格を失つた。ところが第二次大戦以後、国際連合によって国際社会の組織化が急速に進み、また東西ブロックの対立により、各ブロックにおける国家はいずれも集団安全保障の体制をとる傾向があり、ここに前世紀の連邦制におけると同様の現象が認められる。あたかも主権が支分邦から連邦に移り、支分邦は主権のない国家と考えられたように、現代の国家は国際組織のために主権を制限され、かつての支分邦と同じく主権のない国家に推移する傾向がみられる。

もとより国連憲章においては、国連の基礎が加盟国の主権平等の原則にあり、他国の国内管轄権の事項に干渉しないことを明らかにしている⁽²⁰⁾。国連の国際法委員会の国家の権利義務に関する一九四九年宣言もまた、国家の主権を認め、各国がその政体を決定する権能、領土高権と対人高権を保有すべく、相互の法的平等と他国の内政、外交に干渉しない義務を明らかにし、ただ戦争またはその威嚇を用いない義務、および国際法の拘束を受ける義務において主権の制限を認めるに過ぎない。けれども政治の実際においては、国家の平等と独立が擬制に止まり、東西各ブロック内にあつて経済的、軍事的、政治的に国家間の結合が強化されてきた。前世紀後半における国際的協力関係は、経済、交通、法制、文化のような範囲に止まったが、今日は仲裁裁判、少数民族の保護、集団安全保障、戦争の放棄のような政治的協力が著しくなつてゐる。⁽²⁰⁾西ドイツ基本法は、法律によって連邦の高権を国際機構に移譲できるものと

し(二四)、イタリイ憲法にも同様の規定がある(二)。このような国家間の協力關係が地域的、歴史的、文化的基盤を伴うならば、独立国相互の國際秩序から国家連合を経て連邦に發展する可能性があるのである。

(26) Loewenstein, a. a. O., S. 2ff. 9ff

国家の主権に対する第二の批判は、君主、国民等の主権を否認する結果、憲法上の直接機關相互の差異が相對化され、例えば国家における階級的對立が看過され、また君主主権の憲法と国民主権の憲法の區別も明確を欠くことにある。主権者としての日本国民は国会を通してその権能を行使するが、旧憲法の帝國議會もまた国民を代表する機關であつて、もし直接民主政の採用および天皇の権能の縮小に国民主権の特色を求めるとすれば、旧憲法の君主主権との差異は相對的である。けれども法の前に平等の原則を認める憲法においては、社会権のような例外規定を除き、階級的對立が法理上否定される。また立憲政体の権力分立によつて、最高機關の地位が相對的となるのを免れない。往時の自然法的國家論は君主、貴族団体または國民のいづれたるを問はず、主権が一つの機關に屬すべきものとし、ホッブスは多數の機關に分屬することを國家の崩壞する原因と考へた。それは自然人の心が不可分なことを類推したもので、同時に封建制にみられる國家の二元性に反對するものであつた。けれども大陸と異なり、イギリスでは上述のように國民を代表する國會と單獨法人としての君主とに、國權の重點がおかれ、これにならつてモンテスキューが權力分立をとねえ、カントは三権を獨立な人格として論じた。ただ政治の實際でフランス革命期の憲法は、立法院に權力統合を認め、學說上でも國民主権の下位原理として権力分立を認めるに過ぎなかつた。合衆國憲法前文は國民が三権を授与したのであつて、憲法改正の方法により三権を左右できるものとし、シェイエもまた憲法制定權と憲法に基づ

く三権を區別して、國權の本来の一体性は憲法改正權の行使にあらわれとされている。コンスタンおよび一八一四年フランス憲法の採る立憲理論は、議院内閣制の立場から嚴格な權力分立に反対した。⁽³⁰⁾

西ヨロップ型の立憲政治は、法の支配の原理を認める。ダイシイによればこの原理は、政府の権限が法的授權を必要とし、その自由裁量により行使さるべきでないこと、および政府と公務員はその行動について一般市民と同様な法に拘束され、通常裁判所において責任を問われることにある。後の点は、行政に固有な行政法とこれを適用する特別な行政裁判所を認めるドイツ、フランス型において歪められるが、イギリス、アメリカにおいても國家機能が最近拡大されるに伴い行政機關の特別な権能が増加し、次第に行政法が発達するに及んで、その差異は狭められている。

また國會が主權的地位をもつイギリスでは、法の支配が法政策的意味をもつ原理に止まるか、法規範のないし法分析的な原理であるかが、憲法学で論争されている。⁽³¹⁾けれどもこの原理により、第一に、政府および行政庁の行使する統治權は、それが立法、行政または司法のいずれの性格であるかを問わず、國會の制定した法律または立証され承認された慣習法（普通法）による授權を必要とし、その範圍もこの授權の限界によって定まるのである。統治權の發動を事實上必要ならしめる事態、または政府の任務、國家の利益等の援用は、いずれも法的根拠として不充分とされる。第二に、行政庁の権力的行為がこのような特別な法的授權に基づくかどうか、また授權の限界内に止まっているかどうかは、司法審査に服するのである。ただ宣戰、外國政府の承認、條約の締結、併合のような Acts of State について例外が認められ、イギリスではそれが事實上、君主の外交大權に含まれるか否かについてのみ司法審査が及ぶのである。⁽³²⁾このような立憲政体において、國家の最高機關としての主權を考えるとすれば、法の支配の例外が認められる

場合でなければならぬ。いいかえれば、主権的な機関は法の支配を超越する政治的決定の権能をもち、その限度で特別の法によって正当化されるものである⁽³³⁾。

イギリスの国会は最高機関であつて、国会の制定する法律による授權または大権もしくは普通法に基づいて政府が立法権を行使する場合にも、原則として国会の定める法律を廃止または変更するをえないのみならず、政府の定める法規は遲滞なく、かつなるべく施行前に国会に提出しなければならぬ。けれどもこれのみならば、国会が政府に優越するに過ぎず、法の支配の例外とはいえない。またイギリスの裁判所は国会の定める法律について実質的審査権がないほか、形式的審査権もない。したがつて国会が立法権を濫用しても、その法律の効力を法廷で争うことができず、この意味で国会は無制限の立法権をもつ結果となるが、フランスのように成文憲法が法律にまさる形式的効力をもつかぎり、国会の立法権は実体的に制限されるから、国会に主権的地位を認めることができない。イギリスの国会が主権ありとされるのは、それが通常の立法手続によって憲法的原理を変更できるからである。イギリス国民の伝統的な基本権は、国会の立法権を拘束するものでない。国会は遡及効ある刑罰法を制定することが許されるほか、政府の違法な措置、殊に非常事態における措置を免責法(Act of Indemnity)によって承認することができる。また議院内閣制によって国会と内閣が緊密に結合することから、一般的な法律によって政府に非常措置の権能を付与する必要はなく、個別的な法律により具体的な場合にかぎつて特定の権能を付与することができる⁽³⁴⁾。要するに、国会は憲法および一般的な法律を例外の場合に破る権能があるのであつて、このような法の支配の例外は国会の主権を示すものである。なおイギリスの憲法が成文憲法でなく、その基本原則は普通法裁判所の判例によるところが大きい結果、

国会の定めた法律に基づく緊急措置について司法審査が制限される傾向は、国会の主権的地位を明らかにする意味がある。例えば、往時の人身保護停止法 (Habeas Corpus Suspension Act) は、一定の期間人身保護手続を求める特権を停止し、暴動の鎮圧等のために犯罪の立証なく逮捕し、または保釈金があっても釈放しない権能を政府に与えるけれどもそれは停止期間中、司法審査を許さないのに止まり、期間経過後は関係者が、逮捕の理由がなかったことを主張して、訴追または損害賠償を求めることができる。したがって政府は非常事態の終了した後、免責法を求めるのが例であって、免責法の成立後は、行政機関の措置が非常事態を避けるため善意でとったものかどうかにかぎり、司法審査ができる。これに反して、第一次および第二次大戦における授權法は、執行機関に逮捕その他の鎮圧措置に関する広範囲の授權を定め、事後に訴追または損害賠償の訴を提起することができないとし、殊に第二次大戦の授權法は広汎な授權を含むため免責法を不要ならしめた。⁽³⁵⁾

最高の政治的決定 (Decision) は、憲法の制定と改廃、および非常事態の特別措置に示される。明治憲法は欽定憲法であって、その改正の発議は勅命に留保され、また戦時および国家事変の場合には国民の基本権の保障に拘わらず大権を発動することができたから、天皇の主権的地位は明らかであった。憲法制定権は論理的に成文憲法の規定に先行し、また憲法改正手続の規定は明治憲法が存続し本質が維持される通常の改正に関するもので、憲法の廃止を正当化する根拠とはならないが、憲法は天皇の自律的規範であって、厳密に言えば天皇を拘束せず、あたかもイギリスの国会と憲法の関係に比すべきものであった。日本国憲法は明治憲法の改正手続によって制定された。それが連合国総司令部の管理下で行われ、かつ改正権の限界を越えたことで、革命であり憲法の継続性が否認されるとしても、国民

投票によらず憲法議會が独立に制定したものでなく、この意味で国民が憲法制定権を発動したとはいえない。将来の憲法改正は、国会の發議と国民投票によって行われるから、国会を国権の最高機關とする第四十一条と相俟って国民主權が明らかかなようであるが、わが国会はイギリスの国会と異なり、憲法に拘束されて司法審査が法律に及ぶのみならず、憲法改正は第九六条を媒介として現行憲法の基本原則を前提とし、これによって拘束されるから、この点でも現実の参政能力ある国民の全体が主權的地位をもつといえない。したがって日本国憲法にいわゆる国民主權は、天皇主權を否定する消極的意味のほか、国民の総意すなわち参政能力ある国民の多数の意思によって政治を決定すべきものとする民主政治が、法の支配と相俟って憲法の基本原則たることを示すものである。国会を国権の最高機關とする規定が国会に主權的地位を与えるものでないのと同様に、国民主權の字句が選挙人団を主權者たらしめるものでもない。むしろ主權は歴史的拡がりをもつ永続的な国民の団体にあり、それは国内法的に言えば、国会、政府、地方公共団体等による統治を正当化する法的理念にほかならないのである。

(30) G. Jellinek, a. a. O., S. 497—501.

(31) Griffith-Streeet, *Principles of Administrative Law*, 1952, pp. 18—22.; Wade-Phillips, *Constitutional Law*, 1953, pp. 48—58.

(32) Max-Planck-Institut, *Staatsnotrecht*, 1955, S. 66 ff.

(33) ケネギは、主權的な多数者の支配が法治国原理と背馳する要素を含むものと論じている (Werner Kügi, *Rechtsstaat und Demokratie*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti)。

- (34) Max-Planck-Institut, Staatsnotrecht, S. 60 ff.
- (35) Ibid., S. 77, 78.