

書肆心水提供サンプル／個人使用の範囲でお願い致します

天皇制の国民主権とノモス主権論

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

書肆心水提供サンプル／個人使用の範囲でお願い致します

尾高朝雄著

天皇制の国民主権とノモス主権論

政治の究極は力か理念か

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

書肆心水

## 本書について

本書の底本は尾高朝雄著『國民主權と天皇制』（一九五四年、青林書院刊）です。初版の刊行は一九四七年ですが、初版刊行の後に本書の「ノモス主権論」などをめぐって尾高朝雄（東京大学教授・法哲学）と宮沢俊義（東京大学教授・憲法学）の間で論文による論争が起きました（その経緯は本書第七章第一節に記されています<sup>①</sup>）。本書の底本は、その「親しい同僚同士の論争」を踏まえて第六章と第七章が加えられた増補版です。論争の中心となつた「ノモス主権論」は法学の議論として大きな射程を持つもので、國民主權と天皇制の関係論にとどまるものではありません。

本書の論点を分析的に言うならば、「國民主權と天皇制の関係論」と、その議論に応用された「ノモス主権論」の二つからなっています。著者は國民主權と天皇制の関係を考察するために本書を著したのですが、法哲学者としての議論の重点はむしろ「ノモス主権論」にあつたといえるでしょう。この法哲学上の大問題の帰趨に比べれば天皇制に関する問題は二次的なものにすぎないという考え方を著者は示しています<sup>②③</sup>。

そこで、本書の特徴をよりよく示すために、今回刊行のこの新版においては書名を「天皇制の國民主權とノモス主権論」とし、また著者の立場の特徴を示すものとして「政治の究極は力か理念か」という副題を加えました。

尾高朝雄は論争相手の宮沢俊義にくらべ、現在一般にはほとんど無名です。その理由としては、一九五六年五月にベニシリン・ショックのため急逝したこと（尾高は一八九九年生）など、さまざまな事情が考えられるでしょうが、憲法学界にとつてはその理由は明白で、尾高・宮沢論争の結果が宮沢の勝利とされて、そ

の後、尾高の「ノモス主権論」は折にふれて振り返られることはあっても、積極的に検討されることがほとんどなくなつたからであるといわれています<sup>①</sup>。宮沢が憲法学界に大きな影響力を持ち、その学問の繼承者である若部信喜らもまた憲法学界に大きな影響力を持つたことも無関係ではないでしよう。

本書は五十年以上も前の出版物ですが、國民主権と天皇制の関係を法学的に論じたものとしては、両者の関係を積極的に合理化するという点でユニークなものです。またノモス主権論についても、法哲学の議論としては、果たして尾高・宮沢論争をもつて解決済というべきかどうか再検討する価値があるでしよう。

また、底本の刊行された時代と現在では國民主権と天皇制の関係を論じる条件が異なつてきています。現行憲法制定時には、そもそも國民主権と天皇制が両立するものであるかどうかが問題となりましたが、憲法施行から六十五年以上を経た現在、「国体」というテーマをめぐって議論されることは全くなくなり、國民主権と象徴天皇制の並存は歴史的に定着したといううに十分な時間が経過しています。そして國民主権も天皇制も廃される現実的な見通しは当面ないといってよいでしょう。天皇制廃止の意見をもつ最もまとまつた集団である日本共産党においても、「天皇制を『容認』したとする報道が一部にみられますか、それは事実に反します」としつつ、「日本国憲法は國民主権を明記し、國民代表たる国会を通じた変革を可能とする政治制度を定めています。あらゆる進歩を阻んだ戦前の絶対主義的天皇制とは違つて、天皇の制度が残つたいまの憲法のもとでも、日本共産党がめざす民主的改革は可能です」としています<sup>②</sup>。すでに相当な年月のあいだ現に存在し、なお今後も社会に大きな変化が生じないかぎりは継続して存在すると推測するに十分な理由がある國民主権と天皇制の並存は、どのように説明しうる事態なのでしょうか。本書はその点においてユニークな議論を展開する稀有な存在意義をもつています。この意義は、本書が刊行当時にもつっていたそれとはまた違つたものであるといえるでしよう。

註

(1) 本書一四六—一五四ページ。

(2) 本書二五四ページ。

(3) 例えば本書一二五ページ。「この種の考え方を克服しようとする私の『法哲学的な理論が、実力としての主権の否定に到達することは、やむを得ない。』の大問題の帰趨にくらべれば、『天皇制のアポロギヤ』の」ときは第二次的な問題にすぎない。」

(4) 時本義昭著「ノモス主権と理性主権」の「はじめに」。『龍谷紀要』第一九巻(二〇〇八)第一号(GiNii論文PDFオープンアクセス)。なお、この論文の冒頭に掲げられた「要旨」には次のようにある。

「尾高朝雄のノモス主権論においては、抽象的な理念であるノモスに主権が帰属させられる。また、純理派は、革命期において、主権の帰属主体が『個別的で具体的』であったことが議会による無制限な支配や多数派による圧制をもたらしたとして、抽象的な存在である理性に主権を帰属させることを主張した。いずれにおいても、主権の帰属主体が抽象化されることによって主権の帰属主体自らによる主権の行使は不可能となり、その結果として主権の帰属と現実における主権の行使とが分離され、主権の行使は内在的に制限される。ところで、カレ・ド・マルベールの国民主権論における国民も抽象的な存在であることから、ノモス主権＝理性主権＝国民主権となる。やがて、宮沢俊義の国民主権論も、『誰でも』によって構成される国民が抽象的な存在であることから、この等式における国民主権に含まれる。その結果、意外にも、主権の帰属主体に関する限り、宮沢・尾高論争における理論的な対立要素はなくなるのである。」

(5) 二〇〇四年一月四日『しんぶん赤旗』「天皇制を『容認』したか？」(<http://www.jcp.or.jp/akahata/aik3/2004-02-04/0204faq.html>)

天皇制の国民主権とノモス主権論

目次

序言三  
はしがき一五

第一部 国民主権と天皇制

第一章

新憲法をめぐる国体論議

- 一 新憲法による国民主権主義の宣言 一六
- 二 新憲法成立の経過 三二
- 三 国体に関する論議 四〇

第二章

主権概念の批判

- 一 実力としての主権 五五
- 二 法の理念としての主権 七〇
- 三 法の理念と現実の権力意志 六六

第三章

国民主権の原理

- 一 国民主権主義と君主制 九七
- 二 国民主権主義と国家契約説 一二一
- 三 法の理念としての国民の総意 三四四

第四章

天皇統治の伝統

- 一 天皇統治の実体 二九五

一三九

九七

五五

一八

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

二五二  
天皇統治の理念の  
國民主権と天  
皇統治 一七一  
天皇 一八三  
國民主権と天皇制  
論をめぐる論争

<b>第七章</b> 事実としての主権と當為としての主権 一 二四五 二 五六 三 五六	<b>第六章</b> ノモスの主権について 一 二三四 二 三四〇九 三 三四九 四 三六九 五 三六九 六 三六九 七 三六九	<b>第二部 ノモス主権論をめぐる論争</b> 一 國民の総意による政治 一五二 二 象徴としての天皇 一八三 三 新憲法における國民主権と天皇制の調和 一九五	<b>第五章</b> 新憲法における國民主権と天皇制 一六〇 二 天皇統治の理念 一五二 三 現実政治による天皇統治の理念の悪用 一五三
--	--	---	---

# SAMPLE Shoshi-Shinsui.com

天皇制の國民主権とノモス主権論

政治の究極は力か理念か

## 凡例

一、本書の底本は、尾高朝雄著『国民主権と天皇制』（一九五四年、青林書院刊）である。本書の初版は一九四七年（国立書院刊）であるが、底本の青林書院版は初版の増補版である。増補の事情および内容について序言に著者が記している。

一、本書の書名「天皇制の国民主権とノモス主権論——政治の究極は力か理念か」は本版刊行所によるものである。その変更命名の理由については前掲「本書について」に記載した。

一、第一部・第二部の区分は本版刊行所が設けたものである。

一、下段の記述は論の流れを追う縁となるようにとの考え方から本版刊行所が本文の記述から抽出したもので、尾高朝雄のものとの著作には存在しない。

一、片仮名語は人名を含め、長音記号を使用して現今一般的の表記に近づけて表記した。

一、拗音と促音の仮名は現今一般的の慣例により小さい字で表記した。（またごく一部、旧仮名遣いで表記されているところは新仮名遣いで表記した（著者同時代の引用文も含む）。但し文献名中の仮名遣いはそのままとした。）

一、送り仮名を多少加減し、読み仮名ルビを多少補つた。

一、漢字の用法が現今一般的なものと異なる場合、現今一般的なものに置き換えて表記した（例、帰著→帰着　著る→着る）。

一、鉤括弧の用法は現今一般の慣例によって整理した。

一、正誤を判断しかねる場合、あえて修正するまでもないだらう場合に附す「ママ」のルビは（ ）で括って「（ママ）」と表記した。

SAMPLE  
ShoshiStyle.com

## 序　言

日本国憲法が施行された昭和二二年に、憲法普及会によつて新憲法大系というシリーズが編集され、私もその一冊として、『國民主権と天皇制』という小著を書いた。そののち間もなく、出版者である国立書院が廃業してしまつたので、この本も絶版の形で今日にいたつた。いまその改版を、多少の字句の修正を加えただけで世に送るのは、晚秋の候にかびくさい浴衣を出して着るような気がしないでもないが、近ごろは憲法改正の議論がやかましくなつて、天皇の地位についても再検討が行われつつあるので、かつての私の発言をここでもう一度くりかえすことも、あながち無意味ではないと思い、青林書院の懇請を容れた次第である。

終戦後の日本は、国民主権の建前の下に議会民主制を実行して來たのであるが、その実績は、今までのところ、はなはだ香しくない。民主政治も現実政治である以上、筋の通らぬ駆けひきがともなうのは、やむを得ないが、今日の日本の議会政

治は、筋の通らぬことがあまりにも多すぎる。これを是正するためには、さまざまの現実的な配慮が加えられなければならないと同時に、国民の政治的行為に公共性もしくは道義性の筋金を入れることが、ぜひとも必要である。国民の厳肅な信託を受けて、実際の政治にたずさわる政党人にとって、その心構えがとくに必要であることは、いうまでもない。そういう角度から、国民主権ということの意味を考えなおすためにも、ここで私のかつての発言をもう一度くりかえして見たいと思う。

国民主権と天皇制についての私の主張に対し、その当時、宮沢俊義教授が二回にわたって懇切な批判を加えられた（『国家学会雑誌』、第六二巻、第六号、昭和二三年、および、同、第六三巻、第一〇・一一・一二合併号、昭和二四年）。これに対して、私も、私の立場を明らかにするために、その都度答えを書いた（『国家学会雑誌』、第六二巻、第一一号、昭和二三年、および、同、第六四巻、第四号、昭和二五年）。この論争は、單なる議論のやり取りである以上に、主権の問題を探究する上で、若干の建設的な意味をもつていて思うので、旧著の改版を出すにあたり、私の二つの答えを、第六章および第七章として再録することにした。私は、この機会に、富沢教授の学恩に対して重ねて感謝すると同時に、議論の一方である私の主張だけをここに収録したことの非礼につき、教授の海容を乞いたい。

昭和二九年一一月

尾高 朝雄

## はしがき

新憲法ができ上りつつあつたころ、多くの人々は、新憲法の採用しようとしている國民主権主義と、日本固有の天皇制とは、水と油のように融け合い難いものであると考えた。したがつて、新憲法の草案は、名目の上では天皇制を存置せしめているけれども、その内容は今までのそれとは全く違つたものに仕立て上げて、國民主権の原理の邪魔にならない程度で、伝統尊重のジェスチュアを示しているのである、と見た。

なるほど、新憲法成立の由来やその背景には、あるいはそのような考慮が働いていたかも知れない。しかし、でき上つた日本国憲法をば、日本国民がわれわれの憲法として受け取つた以上、そうなつたものならそれでよからうというような、日本人一流の「流れ次第の風次第」的な態度ですますことは許されない。新しい日本の建設の出発点たる國民主権主義と古い日本の歴史を担つてゐる天皇制とは、新憲法

の中で、木に竹を継いだように、間に合わせに結びつけられているだけであるのか、あるいは、その結び目を通つて、両者の間に生きた民族精神の血が通うようになる見込みがあるのか。新憲法が眞の「日本国憲法」として国民生活の中に深く根を下すことができるためには、この問題を第二の可能性の方向にむかつて解決するようあらゆる努力を傾注しなければならないと信ずる。

この小著は、著者自身の専攻する法哲学の立場から、この困難な問題についていささか思索して見た結果として生れた、一つの試論である。もともと憲法の専門家でもなく、まして歴史の知識にはいたって暗い上に、ほとんどこれを一気に書き上げたので、色々な間違いや、考え方足りないところがあるだろうと思う。したがつて、本書は、新憲法の解説書としての体裁や資格を備えたものではない。むしろ、読者諸賢に卒直に問題を提供し、この大切な事柄を共々に考えて行つて戴きたいというのが、あえてこれを公表する著者の本来の念願に外ならない。

昭和二二年中秋

尾高 朝雄

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

第一部 国民主権と天皇制

## 第一章 新憲法をめぐる国体論議

### 一 新憲法による民主権主義の宣言

昭和二年一月三日に公布され、昭和二二年五月三日から施行された日本国憲法は、国民主権主義を採用した。その趣旨は、新憲法の二つの場所に明白な言葉を用いて表明されている。すなわち、前文のはじめにあたって、日本国民は「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」といつているのが、その一つである。第二には、第一条で天皇が日本国の象徴であり、日本国民統合の象徴であるという地位に立たれることを規定するにあたり、「この地位は、主権の存する日本国民の総意に基く」といつているのが、それである。これらの明文の表現によつて、今日の日本が民主主義の徹底した形態たる国民主権主義によつて立つ国家であることが、明らかに示されるにいたつた。

憲法第一條の象徴天皇  
憲法前文の国民主権

## 第1章 新憲法をめぐる国体論議

元来、民主主義は、三つの点で国民を「主」とする政治の原理である。第一に、それは、国民が政治の「主体」であるという意味で民主的である。これをいいかえれば、国家の政治的権威は国民に淵源するということであり、更にいいかえれば、主権は国民に存するということに外ならない。次に、第二に、民主主義は、政治が国民の手によって行われるという「方法」において民主的である。もつとも、国民の手によって政治を行うといつても、国民のすべてが政治上の権力の行使にあたることは、事实上不可能である。そこで、民主政治は、実際には国民の中から選ばれた代表者による政治として行われる。そうして、第三に、民主主義は、国民すべての福祉を政治の「目的」とするという点において民主的である。すなわち、民主政治は、君主のための政治でも、国家のための政治でもなくして、国民のための政治でなければならない。故に、リンクマークは、民主主義の精神を要約して、「人民の、人民による、人民のための政治」であるといった。新憲法もまた、この三原則を前文の中にかかげて、「そもそも国政は、国民の厳肅な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」といつている。すなわち、新憲法はここでもまた、政治の方法および政治の目的とならんで、政治の主体が国民にあることを認め、国民主権主義の態度を明確に示しているのである。

しかも、新憲法は、いま引用した前文の言葉につづいて、「これは人類普遍の原理

三つの点で国民を主とする原理  
• 主体  
• 方法  
• 目的

三原則を前文の中にかげる

であり、この憲法は、かかる原理に基くものである」といつている。すべての権力の淵源は国民の意志に存するということ、その権力は国民を代表する政府によつて行われるということ、かくして行われる国政は、国民の人間としての福利の増進を目的としなければならないということは、アメリカ合衆国の独立およびフランス革命以来、民主主義の定言命令として確立されて来た。そして、それは、人間自然の本性に立脚する「人類普遍」の政治原理であるという意味で、「自然法」と呼ばれた。新憲法はこの自然法を認め、それが日本の国家構造の根本原理であることを宣言したのである。国家統治の大権は「皇祖の神勅」によつて永世変らず天皇に帰属し、政治の権力は臣民の「翼賛」によつて行われ、政治の目的は滅私奉公以て「国運の隆昌」を図るにあるとされて來た日本としては、誠に有史以来の大変革であるといわなければならぬ。

そこで、新憲法をめぐつて最も問題となり、最も真剣に論議されたのは、新憲法によるこの国民主権主義の採用が、日本古来の「国体」の変革を意味するかどうかということであった。

日本の国体とは、「万世一系の天皇」の統治を核心とする国家構造の基本原理である。この基本原理によれば、日本における統治権の主体は天皇である。統治権という言葉と主権という概念との間には、多少のニュアンスの相違があるが、それを大体として同義であると解するならば、日本における主権の所在は天皇であり、天皇

人類普遍の政治原理であるという意味で「自然法」と呼ばれる

新憲法の国民主権採用は国体の変革を意味するか

以外の何ものでもあり得ないと考えられていた。しかるに、新憲法は、卒然として、主権が国民に存することを宣言し、國民主権主義の建前に転換したのである。こういう考え方は、終戦前の日本では、全然介入の余地のない異端邪説とされていた。その異端邪説が、いまや「人類普遍の原理」として採用され、日本もまたそれに対する例外ではあり得ないことが、最も公然と、最も公式に認められたのである。一言にしていえば、主権在君が主権在民に切りかえられたのである。それは、まさに「万邦無比」と誇っていた日本の国体の変革ではないか。それをしも国体の変革ではないといふのは、全く理論上の根拠のない強弁にすぎないのでない。

そういう議論がさかんに主張されるにいたつたのは、すくなくとも普通の国家理論にいう主権の概念をそのまま認め、主権の所在によつて国体が分類されると見るかぎり、理の当然であるといわなければならぬであろう。

もつとも、明治憲法の解釈に関しては、天皇主権説はかなはずしも学問上の定説として異論なく通用していた訳ではない。むしろ、ドイツ公法学の影響を中心として受けた日本の有力な憲法学者たちは、ドイツに発達した國家法人説を受け入れて、統治権は法人たる国家そのものに帰属すると考えた。したがつて、天皇は主権または統治権の主体ではなく、統治権の主体たる国家の統治作用をつかさどる機関たる地位にあると説明した。満州事変の起る頃までは、かような国家法人説——天皇機関説——が最も有力な学説として行われていたのである。

主権在君から主権在民  
への切りかえ

国家法人説

天皇機関説

## 第二章　主権概念の批判

### 一 実力としての主権

新憲法は、主権が国民に存するということを宣言した。学者は、これを以て、疑う余地のない国体の変革であるという。なぜならば、主権が国民にあるというのは、主権が君主にはないということである。しかるに、日本では、主権は天皇にあるということになっていた。それが、国民主権主義になつたのであるから、天皇主権は否定されることになる。いいかえれば、天皇主権を中心とする国家の根本政治機構としての国体は、変革されたのである。日本では、国体という言葉は、法および政治上の国家の基本組織を意味すると同時に、君民の間の国民道徳的な情誼とか、君民をつなぐ国民精神的な一体感とかいうような意味にも用いられて來た。しかし、道徳的・精神的な意味での国体といえば、法的・政治的な意味での国体を予想し

て いるのである。君は上に位して民を治め、民は下に在つて君を敬うのでなければ、道德上・精神上の国体というのも成り立たない。しかるに、国民が主権者となり、天皇の地位も国民の意志によつて定まるということになれば、民と君との関係は逆転した形になる。だから、どう見ても、国体は変革されたといわざるを得ない。それが、新憲法の成立から導き出される一般的な結論である。

そうなると、日本が君主国であるかどうかも怪しくなつて来る。なぜならば、君主制か共和制かという区別は、国家における主権の所在によつて決定されるというのが、普通の考え方である。世襲によつて——きわめて稀には世襲以外の方法によつて——地位につくところの單一人が主権者であるのが君主制であり、国民が主権者であるのが共和制である。<sup>(1)</sup> のちに述べるように、西洋では、君主国といえども国民主義を採用しているのが普通であるが、主権の所在によつて君主制と共和制とを区分する考え方からいえば、さような国家は見かけ上の君主国であつて、真正の君主国ではない。しかるに、日本は、天皇が主権者として君臨する国家であつた。だから、日本は、真正の君主国であつた。君主国と名のつく国々は、今日の世界にも決してすくなくないが、それらは——日本を除いては——、いずれも眞の君主権の国ではない。純粹の統治形態として見た日本の国体の「万邦無比性」は、正しくそこに存した。それが、今度の新憲法によつて、日本もまた軒なみの非真正君主国にすぎないものとなつた。天皇制は存置されているというが、それは、天皇

君主制か共和制かという区別は国家における主権の所在によつて決定される

見かけ上の君主国

## 第2章　主権概念の批判

の皇統が存続し、それが一般の国民とは違った取りあつかいを受け、儀礼的・形式的に憲法上の或る種の機能を分掌するということを意味するにすぎない。それをしかも、なおかつ君主制といい得るか。論理の必然性は、これを否定するであろう。それは、統治形態としての天皇制の否定であり、実質の上で君主制から共和制への転換を意味するのではないか。論理の必然性は、これを肯定せざるを得ないであろう。新憲法をめぐる国体の論議が必死の形相を呈したのは、この避けがたい論理の帰結に対する価値観の闘争のしからしめたところであるといわなければならぬ。

しかしながら、この結論はいかにも論理的ではあるが、二つの前提の下に立てられている。その一つは、国家には主権と呼ばれる最高の政治的権力があつて、その権力は君主に帰属するか、国民に淵源するかのいずれかである、という前提である。他の一つは、日本では、最高の政治的権力としての主権は古来天皇に帰属して変ることがなかつた、という前提である。これら二つの前提を新憲法による国民主権の宣言と結びつければ、いまいうような結論が必然的に導き出されざるを得ない。しかし、それらの前提は、はたして正しいであろうか。それが、そもそももの問題である。第一に、主権という言葉を、さような最高の政治的権力と解してよいかどうかが問題である。第二に、国民主権とは、さような最高の政治的権力が現実に国民に帰属していることを意味するかどうかが問題である。第三に、日本では、はたしてさのような最高の政治的権力が天皇に存して変ることがなかつたかどうかが問

論理の必然性は統治形態としての天皇制を否定する

## 二つの前提

## 三つの問題

題である。本章では、まず第一の問題を考察することとしよう。そうして、第二・第三の問題は、順次に章を改めて論述していくこととしよう。

普通の用語法によれば、「主権」とは国家における最高の政治的権力のことである。国家における最高の政治意志決定の力であるといつてもよい。あるいは、これを、「統治権」ともいう。統治権という場合には、この権力の作用そのものの内容が表示される。なぜならば、この権力は、色々な方面にわたっての「統治」の働きを営むものだからである。これに対して、統治権が国家における最高の権力であって、それより更に上級の権力からの委任を受け、そこから派生したものではないということ、すなわち、統治権の「最高性」を主として表現しようとする場合には、同じ権力が主権と呼ばれる。だから、主権といつても、そこに意味されている実体は同じものであると見てよい。

国家には、かならずかのような主権的な権力意志の淵源がある。逆にいえば、一定の政治社会の中に主権的な権力意志の主体があつて、すべての政治上の決定はそこにさかのぼるということが、国家をして正に国家たらしめる所以である。国家における主権者は、その上に位するいかなる力をももたない。国家の基本体制を決定する力を有するものも、主権者である。その基本体制の下でどういう政治を行うかを決定する者も、主権者である。それが「対内主権」である。しかも、この主権は、外

主権とは国家における  
最高の政治的権力  
統治権  
統治権の最高性

国家における主権者は  
その上に位するいかなる  
力をももたない

対内主権

## 第2章　主権概念の批判

国との関係においても国家的な意志決定の最後の根拠となる。一国の主権者は、いかなる他国の権力にも、その意に反して服従するということはない。外国と条約を結ぶのも、戦争に訴えることを決意するのも、戦いに破れて和を乞うのも、すべて主権の作用である。それが「対外主権」である。故に、主権は、国家に内在するところの、万能の力である。万能の力は、絶対に自由である。絶対に自由な力にとっては、なそうとしてなし得ないことは一つもない。なし得ないと見えることも、実はその力の主体が、なさない方が利益だと判断しているためになさないでいるにすぎない。主権をば最高の政治的な権力と見るならば、その結果はこういうことになる。しかし、一体、それで差しつかえないであろうか。国家には、さような最高絶対の力をもつた主権者があり、その主権者の意志は、自分の意志による拘束以外の何らの拘束をも知らないものであつてよいであろうか。

主権が万能の力であるとすれば、それは根本において法の拘束をも受けないということになるであろう。主権は、法に拘束される力ではなくして、むしろ「法を作れる力」なのである。勿論、主権者が法を作った場合、かれは原則としてその法を尊重し、これにしたがつてその権力を行使して行くであろう。その意味では、主権は、自己の作った法によって自己自身を拘束する。それを、主権の「自己拘束」というのである。<sup>(3)</sup>しかし、主権が法によって拘束されるのは、主権者がそれを法と認めるかぎりにおいてである。これに反して、主権者が既存の法をもはや法とは認めない

## 対外主権

主権者の意志は自分の意志による拘束以外の何らの拘束をも知らないものであつてよいのか

ということになれば、かれはその拘束を無視して、新しい法を作り出すであろう。

その意味で、主権は法を超越する力である。法の下にしたがう力ではなくして、「法の上にある力」である。主権をば最高の政治上の権力と見るかぎり、そういう結論が必然的に出て来る。それにもかかわらず、人々は、主権をば最高の政治上の権力と解して怪しまなかつた。それが、在來の国家理論にいう主権である。しかし、それで差しつかえないのであるうか。そういう主権概念が今日でも維持されていて構わないのであろうか。

勿論、今日では法治主義が発達して来て、いかなる権力といえども法にはしたがわなければならないという原則が確立されている。政府は権力を行使するが、その政府の権力行使は、議会で制定された法律にしたがわなければならない。議会は立法権を行使するのであるが、議会での立法は憲法の精神にもとづいて行われなければならない。かように、一切の権力をば法によつて規律し、いやしくも法を無視する権力の濫用は許さないというのが、現代の法治国家の建前である。

しかしながら、権力を規律するところの法は、結局は何らかの政治上の権力によって作り出される。下級の官庁の権力は、種々の行政命令によつて規律される。しかし、その行政命令は上級官庁の意志によつて作られるのである。上級官庁の権力行動は、法律によつて規律される、しかし、その法律は議会の意志によつて作られるのである。法律を作る議会の意志は、憲法によつて規律される。しかし、その

### 法治主義

主権は法を超越する力であり、法の下にしたがう力ではなくして法の上にある力

権力を規律するところの法は、結局は何らかの政治上の権力によつて作り出される

憲法は、——その憲法は誰によつて作られるか。憲法は、主権者の意志によつて作られるのである。眞正の君主国では、憲法は君主の意志によつて作られる。それが、「欽定憲法」と呼ばれるのである。これに對して、国民が主権者であるならば、憲法は国民の意志によつて作られる。それがいわゆる「民定憲法」である。故に、主権者は「憲法の上にある力」であり、「憲法を作る力」である。しかば、主権者が憲法を制定するには、いかなる法に準拠すべきであるか。——すくなくとも、法を実定法と見るとき、主権者の主権行動を規律すべき法はない。憲法の上には、主権者の意志決定がある。しかし、主権者の意志決定の上には、もはや法はない。それが、主権を以て国家における最高の意志決定の力と解することの、当然の帰結である。法治主義といえども、主権者の権力の上にはもはや手が届かない。したがつて、主権者はその意志のままにいかなる憲法をも作ることができる。それは、最後の段階においての法に対する力の優越である。が、はたしてそれで差しつかえないのであろうか。主権とは、いかなる憲法をもその意のままに作り得る万能の意志力であつてよいのであらうか。

主権をば特に「憲法を作る力」としてとらえた点で、憲法学説史上、特に重要視せらるべき学者は、フランス革命の指導的理論家たるシエイエスである。シエイエスは、まず、国家の中で作用する権力を、二つの段階に區別して考えた。その一つは、「憲法によつて組織された権力」(pouvoir constitué) である。憲

主権者は憲法を制定するにはいかなる法に準拠すべきか

主権とはいかなる憲法をもその意のままに作り得る万能の意志力でありますか

### シエイエスの論

憲法によつて組織された権力

### 第三章 国民主権の原理

#### 一 国民主権主義と君主制

もしも主権という言葉をば、国家の中で作用する最高・絶対の権力という意味に解するならば、主権は国民に存するか君主に属するかのいずれかであって、それが同時に両者に属するということは、論理的に不可能である。なぜならば、一つの国家の中で最高なもの、絶対なものは、ただ一つしかない筈だからである。故に、主権は国民主権か君主主権のいずれかである。主権の所在という点から見た国家の基本形態は、共和制か君主制のいずれかである。したがつて、君主国家が国民主権主義を採ることは、実質の上では共和制への転換を意味するであろう。こういう論理の筋道を念頭に置くために、新憲法による国体の変革が特に深刻な問題として論議せられざるを得なかつたことは、前に述べた通りである。

しかしながら、実際には、国民主権主義と君主制とは決してさように論理的に考えられるほどに両立し得ないものではない。それどころか、今日の世界に現存する君主国家の多くは、国民主権主義に立脚している。それらの国々は、政治の原理としては国民主権主義を採用しながら、それにもかかわらず国王を廢止せず、君主制を維持している。単に現実の制度として、国民主権主義と君主制とが両立しているばかりではない。理論の上からいっても、国民主権主義と君主制とは、古くからかならずしも矛盾しないものとして取りあつかわれて来た。主権は国民にあるからといつて、当然に共和制にならなければならないという訳ではなく、その国家に君主があつても少しも差しつかえないと考えられて来た。

それでは、論理上矛盾している筈の国民主権主義と君主制とは、どうして現実の制度の上ばかりでなく、国家の政治理論の上でも両立することができるのでしょうか。外でもない。それは、「委任」という法理によるのである。すなわち、主権はもともと国民にあるのであるが、国民がその権力を君主に「委任」している場合には、国民主権の原理を動かすことなしに、君主が国民の上に君臨することになるというのである。

この考え方は、西洋ではきわめて古い歴史を有する。その中でも、最も古い、しかも最もはつきりした形態として、古代ローマの王制を考察して見よう。

伝説によれば、紀元前七五三年頃ローマによってローマ国家の基礎が築かれて

国民主権主義と君主制とは論理的に考えられるほどに両立し得ないものではない  
理論の上でも古くから国民主権主義と君主制とはかならずしも矛盾しないものとされた  
委任という法理

以来、タルクィニウスにいたるまで七代の王がつづいた。これらの王は、普通のように世襲によつて王位を継承するのではなく、国民の中から選ばれ、王となれば終身その位に在るが、王が死ねば、新王は、改めて国民の選挙によつて決定されたという。しかし、その後の学者の研究によると、王の就任が選挙によつたというのは事実ではなく、後任の王は前任者の指名によつて決められたというのが、通説となつてゐる。<sup>①</sup>しかしながら、それが事実ではなかつたにしても、王が選挙によつて国民の中から選ばれた、という伝説は、国家の政治組織についての古代ローマ人の根本観念を示すものとして、注目に値する。なぜならば、王の権力といえども王が最初から固有していたのではなく、国民の「委任」にもとづいて発生したという考え方がある、この伝説の中に明らかに示されているからである。

イエリングによると、この古代ローマの王制は、もともと軍隊組織から発達したものであり、王は元來は軍司令官であつた。<sup>②</sup>軍隊は、戦争という目的にしたがうために、かならずピラミッド型の組織をもつ。そして、ピラミッドの頂点に位する軍司令官には、その部下に対する絶対の命令権が与えられる。平時いかにデモクラティックに生活している国民といえども、軍隊に入れば鉄のような命令・服従の関係にしたがわなければならない。そうでなければ、戦争には勝てないのである。古代ローマ人の軍隊もそのようにして組織され、軍司令官は生殺与奪の絶対権を掌握した。ところが、戦争につぐに戦争を以てした当時の事情のために、いつしかこの

国民の選挙による王の就任

王は元來は軍司令官

1926, pp. 413-434.

## 二 國民主権主義と國家契約説

今までの論述は、國民主権主義と君主制とがかなりずしも論理で考えられるよう矛盾するものではなく、西洋では両者の両立が制度上も理論上も広く認められて来ていることを示すためになされた。しかし、それではまだ、國民主権の原理そのものの意味を正面から明らかにしたことにはならない。日本の新憲法における國民主権と天皇制との関係をどう解釈すべきかを見定めて行くためには、更にさかのぼって國民主権それ自体の意味をもつとはつきりと擱まなければならぬ。しかるに、西洋近世の政治理想が國民主権主義を基礎づけるためにかかげた理論は、國家契約説である。国家契約説については、すでに簡単に触れて置いたけれども、ここで改めてそこから出発しつゝ、國民主権の原理を考察して行くこととしよう。

国家契約説が解決しようとした当面の根本問題は、人間の「自由」と国家生活の「拘束」ととの間の矛盾である。西洋近世における人間の自覚は、とりもなおさず、人間の自由の自覚であった。すべて、人間は自由に生れている筈なのである。ところが、現在、人間はすべて自由であるかというと、決してそうではない。人間は、すべて国家生活をいとなんている。国家には権力の組織があって、国民の行動を拘束

國民主権自体の意味

国家契約説

人間の自由と国家生活の拘束との間の矛盾

している。そこにはまた、法秩序が行われていて、国民の生活を規律している。専制主義の下では、その拘束は特に著しいが、専制政治が廃止されたとしても、すでに国家の一員として存在する以上、人間はもはやその思うままに自由勝手な行動をする訳には行かない。これは、一見、人間の自由の理念と矛盾するように考えられる。なぜ、自由なるべき人間が、国家生活の拘束に甘んじなければならないのか。自由と拘束との間のこの矛盾は、一体どう解決さるべきであろうか。そこに、人間の政治的な自由の自觉とともにならう原理的な問題があつた。

これに対して、国家契約説は次のように答える。

なるほど、国家の一員としての人間は、権力の統制に服従し、法の規律によつて拘束を受けている。しかし、生活に統制があり、行動に規律があるということは、それだけではかならずしも自由の理念と矛盾する訳ではない。それでは、統制や規律が自由の理念と矛盾するのは、どういう場合であるか。それは、その統制・規律が、統制され、規律されている人々の意志とは無関係に行われている場合である。さような統制・規律は、「他律」の拘束である。他律の拘束は、自由の否定である。しかしながら、さればといつて、人間は決してただ統制・規律のない自由の生活を楽しんでいればよいという訳には行かない。統制・規律を知らない自由は、放恣・放縺にすぎない。もしも人間にさような放恣・放縺を許すならば、人間相互の関係は無秩序となり、絶えず生命・財産の危険にさらされなければならないであろう。これ

なぜ自由なるべき人間が国家生活の拘束に甘んじなければならないのか——国家契約説の回答

統制や規律が自由の理念と矛盾するのはどういう場合であるか

他律の拘束

放恣・放縺を許せば人間関係は無秩序となる

を防ぐためには、多数の人々の間に国家を作り、権力による統制を行い、法を以て各人の行動を規律する外はない。国家は、かような必要によつて生れた。しかも、國家の必要を認めるすべての人々の合意を基礎として生れた。だから、国家が存在し、國法の規律が行われても、それは国民の閑知しない他律ではなくて、すべての国民がその必要を認め、それが行われることに同意しているところの、「自律」の拘束である。自律の拘束は、自由の理念とは矛盾しない。あたかも、人が自らの生活の捷とするために座右の銘を選び、それを行動の規準とすることが、自由の理念と何ら矛盾するものではなく、むしろ、眞の道徳的な自由への道であり得ると同様に。

## 自律の拘束

国家契約説はかように説く。かように説く国家契約説は、もとより国家肯定論である。国家の存在を必要とし、國法の規律が人間の共同生活にとつて不可欠であることを認める理論である。その点で、この説は、無政府主義とは反対の立場に立つ。しかしながら、同じ国家肯定論であつても、国家をどの程度まで積極的に肯定するかという点になると、議論の立て方によつて大きなへだたりが生じて来る。前にも述べたように、近世の国家理論の中には、二つの動向が互にからみ合い、対立し合つて現れて来た。一つは、近代主権国家の強化をうながすのに役立つための理論であり、他の一つは、権力の濫用を戒めて、国民の人間としての権利を確保して行こうとする動向である。国家契約説は、これら二つの理論動向のどちらとも結びつき、どちらからも利用される立場に置かれた。その相違は、理論のいかなる立て

国家の必要を認めるすべての人々の合意と

国家をどの程度まで積極的に肯定するか

近代主権国家の強化と  
国民の権利の確保

方から生ずるか。それを知るには、更に国家契約の内容に分析を加えて行かなければならぬ。

近世の国家理論の発達に深い洞察の眼をむけたギエルケによると、国家契約と呼ばれるものの中には、二つの違った意味が含まれている。その一つは、「社会契約」である。互に孤立して存在していた筈の人間の間に、どうして相互依存の社会生活が成立したか。国家契約説は、この問いに答えて、それは、すべての人々の間の合意によると説く。その場合にいう国家契約は、社会生活の必要を認め、自ら社会的共存の関係に置かれることを承認するところの合意、すなわち、社会契約である。ところで、社会生活には規律がなければならない。秩序が存在しなければならない。

社会生活の規律と秩序とが保たれるためには、社会の中に権力・服従の支配関係が確立されなければならない。さよう、権力・服従の支配関係によつて秩序づけられた社会が、国家なのである。それでは、本来互に平等であるべき筈の人間と人間との間に、どうして支配・服従の関係が成立したのであらうか。それは、国家契約の第二の要素たる「支配契約」によるのである。すなわち、この場合にも、人々は国家の中に政府という権力の中枢ができる、各人が政府の命令に服従することを必要と認め、すんで支配関係の成立することに同意したのである。これらの二つの要素、つまり、社会契約と支配契約とを併せたものが、いわゆる「国家契約」に外ならない。<sup>①</sup>

ギエルケの説

社会契約

支配契約

社会契約と支配契約との合併が国家契約と

## 第3章 国民主権の原理

ところで、ギエルケは、国家契約のこの第二の要素たる支配契約を更に分析して、その中に二つの違った意味が含まれていることを指摘する。その結果として、同じ国家契約説から君權絶対主義を導き出すこともできるし、それとは正反対の国民主権主義に到達することもできるのである。

国家契約説は、国家に内在する支配関係が、天から与えられたものでも、神によって作られたものでもなくして、人間の作ったものであることを認める。人間は、いわば、各個人のもつ力を結合して、これを社会の中心点に統一し、そこに、権力の行使者としての政府を作り上げたのである。故に、政府の権力は政府それ自身に淵源するのではなく、もともとは各個人がもつていたのである。しかし、もしも国民から政府への権力の移管が完全な「譲渡」であったとするならば、契約の効果として国民はその固有の権力を全く失い、政府もしくは支配者が絶対の支配権を取得したことになる。支配者はその思うがままにこの支配権を行うことができ、国民はもはや、これを否定することも、自分の手に取り戻すこともできない。故に、支配契約を権力の譲渡であると見るならば、国家契約説は、君權神授説がなしたのと同様に君權絶対主義を基礎づけ、国家の中央集権の無条件の確立に奉仕することができる。

これに反して、もしも国民が、自己の権力を政府に「譲渡」したのではなく、單にこれを「委任」したにとどまるならば、政府の行使する権力の真の所有者は、依

支配契約の中の二つの  
違った意味

国民から政府への権力  
の移管が完全な譲渡で  
あつた場合

国民が権力を政府に譲  
渡したのではなく委任  
したにとどまる場合

然として国民である。したがつて、政府は、國民から委任された範囲内でのみその権力を行い得るのであって、その範囲を越えた権力行動に出でることは許されない。そうした権力の濫用が行われた場合には、國民はその命令にしたがう義務がないばかりでなく、政府の権力を否定して、これを國民自らの手に取りもどすことができる。それが國民主權主義の立場である。故に、國家契約説から出発して國民主權主義に到達するためには、國家契約の中に含まれた支配契約をば、國民から政府への権力の「委任」を意味するものと解釈しなければならない。<sup>(2)</sup>

ギエルケによつて分析された國家契約説のこれらの二つの型は、それぞれホップスおよびルーソーをしてこれを代表せしめることができるであろう。

前にも述べたように、ホップスは、人間をば本来利己的・闘争的な性質を有するものと見た。すなわち、ホップスの見るとところによれば、「人間は人間に對して狼である」(homo homini lupus)。したがつて、自然のままに放任された人間の生活は、「万人に対する万人の闘争」(bellum omnium contra omnes)の状態である。しかし、人間は、さような本性を有すると同時に、また理性の持ち主でもある。そこで、人々は、絶えざる闘争の危険にさらされた状態に終止符を打つために、各人の間の合意によつて国家を成立せしめた。しかも、人間が、飽くことを知らない利己的な動物であり、少しでも自由を与えられれば、たちまち、他人の利益を侵害してはばかりない性格を有する以上、各人の合意にもとづいて成立した国家は、國民に對して徹

国家契約説から出発して國民主權主義に到達するには、権力は政府に委任されたものと解釈しなければならない

ホップスの説

## 第3章 国民主権の原理

底した統制を行ひ得るだけの強力無比の権力組織をもたなければならない。国家生活を営みながら、しかも自由を享有しようと考へるのは、人民の空しきヴァニティである。国家は、旧約聖書のヨブ記に描かれた巨大な怪獣レヴァイアサンのごとき絶大な力を以て、かような人民の空しき虚栄を蹂躪せねばならぬ。ホップスは、かくのごとき前提とかくのごとき推理とによって、いかなる君權神授思想にも勝るとも劣らない國權絶対主義を説いた。

これに對して、ルーソーの場合には、国民の合意によつて國家が成立し、権力の中枢が組織されても、主権はあくまでも国民の手にある。ルーソーによれば、国家の中に政府が樹立されるのは、国民の一方的な意志によるのである。政府は、国民の意志を法として、それにもとづいて組織される。ギエルケは、政府と国民との間の権力服従關係の成立をば、権力の委任を内容とする契約の効果と見たのであるが、ルーソーにとつては、それはもはや契約ですらあり得ない。なぜならば、政府がいかなる組織をもつかは、全く国民の一方的な意志によつて定まるからである。故に、政府はいかなる場合にも国民の主人ではない。主権者は常に国民であり、政府は常に国民の公吏である。国民が政府の組織として君主制を選んだ場合にも、君主は、政府の最高の公吏であつて、決して主権者ではない。<sup>③</sup> ルーソーは、かように説いて、國家契約説から完全な国民主権主義を導き出した。前に挙げたシエイエスの憲法制定権力の理論のごときも、このルーソーの学説の一つの發展に外ならぬ

## ルーソーの説

政府が樹立されるは国民の一方的な意志によるもので、契約ですらあり得ない

国民に對して徹底した統制を行ひ得るだけの強力無比の権力組織

い。

しかも、ルーソーの契約説のもの学説史上的きわめて重大な意義は、ルーソーが、国家契約を、はじめてはつきりと国家存立の「論理的」な根拠として説いた点にある。ルーソー以前の学者は、国家契約ということを、大なり小なり「歴史的」な事実であるかのごとくに考える傾きがあった。最初は国家のない生活をしていった人類が、やがて、さような原始自由生活の危険と不都合とを痛感し、実際に契約を結んで国家を作ったかのように説く傾向があった。しかし、さような国家契約の「事実」があつたということは、何らの証拠もない臆測にすぎない。実際には、人間は最初から集団社会生活を営んでいたのであり、その集団には——いまだ国家と名づけるには足りないにしても——すでに或る程度の権力の組織が存在していたと見る方が、はるかに事実に近いのである。これに反して、ルーソーは、はじめからさような歴史上の事実は問題にしなかつた。ルーソーが問題にしたのは、人間自由の理念と一見矛盾するようと思われる国家制度は、どうすれば正当な根拠をもつものとして是認され得るか、ということであった。<sup>(1)</sup>もしも国家制度にともなう人間生活の拘束が、拘束される人間にとつての他律の拘束であるならば、そういう国家の制度は、人間自由の理念に照らして是認され得ない。故に、国家は、どういう由来・来歴をもつものであるにせよ、常にそれが、国民の自発的な合意によつて成立したものであるかのごとくに組織立てられていることを必要とする。いいかえるならば、國家

ルーソーの契約説のもつ学説史上的きわめて重大な意義は、国家契約をはじめてはつきりと国家存立の論理的な根拠として説いた点

人間自由の理念と一見矛盾するようと思われる国家制度はどうすれば正当な根拠をもつものとして是認されるか

はすべて、国民の意志にかなうような組織をもち、その組織は、常に国民の意志にしたがって運用されて行かなければならない。それは、とりもなおさず国民主権の原理である。ルーソーは、そういう国家のみが自由の理念と矛盾するところのない制度として是認され得ると見たのである。

自由の理念に照らして是認せられ得る国家制度は、国民の意志によつて運用されなければならない。しかし、実際問題としては、国民の全部が直接に権力の行使をつかさどるということは、不都合でもあるし、事実不可能でもある。そこで、国家の中には、特に権力の行使にあたるための「政府」が組織される。その政府を組織するのは、主権者たる国民の主権行動であるが、すでに政府が組織され、その政府が権力の行使にあたることになれば、国民はこれに服従しなければならない。国民が、政府の権力を認めて置きながら、その政府の命令に服従しないで勝手な行動をするようでは、国家存立の意味は失われてしまわざるを得ない。だから、政府を中心項として考えて見ると、国民はその両端にあって、全くことなる二つの立場に立つことになる。すなわち、国民は、国民全体としては政府の上にある。その場合の国民は主権者であり、政府は主権者たる国民の意を体して、権力の行使にあたつている。これに対して、国民は、個々の国民としては政府の下にある。その場合の国民は、主権者ではなくて、政府の権力に服従するところの臣民であるにすぎない。<sup>(5)</sup> ルーソーは、かように説いて、国家の中で占める国民の一人二役の立場を明らかに

自由の理念に照らして  
是認せられ得る国家制  
度は国民の意志によつ  
て運用されなければな  
らない

政府を中心項として考  
えて見ると、国民はその  
両端にあって全くこと  
なる二つの立場に立つ

## 第五章 新憲法における国民主権と天皇制

### 一 国民の総意による政治

新憲法に示された国民主権と天皇制との調和を図るためには、原理的な論究を必要とすると同時に、国民主権主義の制度上の運用、ならびに象徴としての天皇の地位を、新憲法そのものについて吟味して行かなければならない。ところが、これまでの考察は、原理的な論究に忙しくて、新憲法がこれらの点をどう規定しているかを具体的に叙述する暇がなかつた。国民主権主義は西洋に発達した政治の原理であつて、その根本は自然法であり、「人類普遍の原理」であるにせよ、実際の運用についてはいくつかの制度化した型がある。新憲法はその中のどれを採用しているか。また、新憲法は天皇を「日本國の象徴」および「日本國民統合の象徴」として規定したが、象徴としての天皇は憲法上若干の儀礼的な機能を営むこととなつてい

国民主権主義の実際の運用にはいくつかの制度化した型がある

る。それはどういうことを意味するか。——順次それら二つの点を明らかにした上で、その結果をこれまでの原理的な論究と結びつけ、結論として「新憲法における民主権と天皇制の調和」を求めて行くこととしよう。

国民主権主義は、政治の根本の主体をば国民にあるとする。しかし、国民が政治の主体であるといつても、国民の考えはまちまちであるし、国民の要求も複雑に分岐・対立している。それらの分岐・対立する国民の意志を、その分岐・対立したままの形で政治の上に実現して行くことは、不可能でもあるし、無意味でもある。そこで、国民主権主義は、個々の国民の意志によつて政治を行うのではなく、「国民の総意」によつて政治の方針を決めて行くという原理に落ちつく。中でも、一国の政治の根本方針を定める憲法は、まず以て国民の総意によつて作られなければならぬ。新憲法は、この原則を明らかにするために、前文の冒頭にあたつて、日本国民は「主権が国民に存することを宣言し、ここにこの憲法を確定する」とい、第一条に天皇の地位を規定するにあたつても、「この地位は主権の存する日本国民の総意による」といつている。

ところで、「主権の存する国民の総意」とは、分岐・対立する国民の意志の分岐・対立したままの形ではなく、各個別々の国民の意志の単なる集計でもなく、さような個別・特殊の利害を超えた「正しい統治意志の理念」であると考えられなけれ

国民主権主義は個々の国民の意志によつて政治を行うのではなく国民の総意によつて政治の方針を決めて行く

主権の存する国民の総意とは個別・特殊の利害を超えた正しい統治意志の理念

ばならぬ。そうなると、今度は、その国民の総意をどういう方法でとらえるかが、大きな問題となる。その場合に、「国民の総意」は多数の個人意志の集計ではなく、個人意志を超えた国家または民族の「全体意志」であると考え、その全体意志は単一の指導者の指導意志となつて現れると見れば、独裁主義になる。これに対して、民

主主義は、独裁主義を断乎として排斥し、国民の総意を現実に把握する方法として、「多数決原理」を選ぶ。すなわち、国民の選挙によって、多数の投票を得た者を国民

の代表者とし、国民代表の機関が複数の人々によって構成されている場合には、更にそこでの審議もまた多数決により、かくして決定された国民代表機関の意志を以

て「国民の総意」の表現とするのである。特に、今日の多数の民主国家では、国民代表の議会——新憲法では「国会」という——が専ら立法をつかさどると同時に、行政の上にも大きな発言権をもつような仕組みになっている。それが議会中心の民主主義である。日本国憲法もこの型にしたがい、その第四一条に、「国会は、国権の最高機関であつて、國の唯一の立法機関である」と規定した。

立法は、民主主義の国家作用の中心をなす最も大切な機能である。国民の総意にとづいて正しい法を作り、その法によって国民生活を規律すると同時に、権力行使の筋道を正すというのは、民主主義の根本の建前である。だから、立法には、なるべく多くの国民が直接に参与するような仕組みにして、法律は国民投票の多数によつて決定するようにならなければならない、という考え方がある。それが「直接民

#### 多數決原理

#### 国民代表の議会

立法は民主主義の国家作用の中心をなす最も大切な機能

国民の総意をどういう方法でとらえるか

主主義」である。直接民主制を正面から採用すれば、議会は、立法審議機関ではあっても、立法機関ではなくなる。議会で審議するのは法律案であって、その法律案が法律となるためには、国民投票——レフエレンダム——にかけて、国民多数の賛成を得なければならないのである。更に、それでもまだ不十分であるといって、国民の側から法律案を提出するようにする国民発案——イニシアティヴ——の制度もある。国民投票や国民発案のような直接民主主義の制度が実施されている代表的な国がスイスであることは、広く知られている。

しかし、一般的にいうならば、どういう法律を作つたらよいかを決めるには、各方面におよぼす利害得失の周到な考慮と、高度に専門化した技術的な知識とを必要とする。したがつて、立法問題について素人の多い国民が直接に法律案の検討にあたり、その可否を決定するという方法は、かえつて適当でない場合が多い。また、大人口を擁する大国家では、一々の法律を国民投票で決めるとなると、手づきだけで大変である。そこで、多數決原理に或る程度の指導者原理を結びつけ、国民の中から公選された議員を以て議会を組織し、立法は国民代表の議会で行うという方法が、一番実際にかなつていいことができる。それが「間接民主主義」である。国会をば国の「唯一の立法機関」であると規定する新憲法は、もとより間接民主主義に則つてゐる。いいかえるならば、新憲法では、国民発案はもとよりのこと、立法に関する国民投票も原則としては認められておらない。ただ、憲

直接民主制を採用すれば、議会は立法審議機関ではあっても立法機関ではなくなる

法案には各方面におよぼす利害得失の周到な考慮と高度に専門化した技術的な知識が必要  
多數決原理に或る程度の指導者原理を結びつけ、立法は国民代表の議会で行うのが間接民主主義

## 第5章 新憲法における国民主権と天皇

法の改正だけは、国会の審議のみを以て決するには事があまりに重大であるという意味で、衆議院・参議院の総議員の三分の二以上の賛成を以て改正案を発議し、国民の直接の承認を要することを定めた。すなわち、第九六条は規定している、「この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行われる投票において、その過半数の賛成を必要とする」と。

議会は、立法に関する国民代表機関であり、普通に国民代表制度といえば議会制度のことを意味するほどにまで、その地位は重大なものとなっている。しかし、広い意味で国民代表という場合には、「主権の存する国民の総意」にしたがつて行政を行ふ政府も、国民に代つて司法権を行使する裁判所も、その中に含まれるものと見てよい。その中、政府の構成については色々な方法があり得るが、議会中心の民主主義では、内閣は議会の多数党によつて組織され、または議会の指名によつて内閣の首班を定めるという仕方が用いられる。新憲法もまたこの方式を採用して、「内閣総理大臣は、国会議員の中から国会の議決で、これを指名する」（第六七条）ものとした。

これは、政府に対する議会の優越であり、権力に対し法の比重を重からしめようとする民主主義の根本態度の現れである。しかしながら、この方針は、その反面

憲法の改正だけは国民の直接の承認を求める  
普通に国民代表制度と  
いえば議会制度のこと  
を意味するが、広い意  
味で国民代表という場  
合には政府と裁判所も  
含まれる

また議会に万能の権限を与えることとなり、議会の多数を獲得しさえすれば、何ごとでもなし得ないことはないという、いわゆる多数党横暴の弊を生むおそれがある。それは、ふたたび、権力を以て法を左右せしめるという結果を招く。国家において、力に対する法の面を代表している筈の議会が、かえって力によつて法を破る場所とならないとはかぎらない。この弊を防ぐためには、司法権をつかさどる裁判所に法令審査の権能を与え、議会の制定した法律が、——それと同時に、政府の発する各種の法令が、——憲法に違反してはいなかどうかを裁判所をして鑑別させるという方法がある。それが、アメリカ合衆国で行われている裁判所の「違憲立法審査権」の制度である。この制度を採用すれば、そのかぎりにおいて司法権が立法権の上に優越することになる。日本国憲法もこれにならつて、裁判所の法令審査権を認めた。第八一条に、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」といっているのが、それである。

最高裁判所に違憲立法審査権を認めることは、最高裁判所をば「憲法の番人」たらしめることである。しかし、最高裁判所の裁判官といえども人間である。人間である以上、その判断が常に正しいとはいひ得ない。例えば、国会が思い切つて革新的な立法を行おうとした場合、最高裁判所の空気が保守的であれば、国会の立法をば憲法の精神に反するという理由で阻止することも、しようと思えばできる。その

多数党横暴の弊

違憲立法審査権

最高裁判所を憲法の番人  
人とする

# SAMPLE Shoshi-Shinsui.com

第一  
部

ノモス主権論をめぐる論争

## 第六章 ノモスの主権について

### —

私は、國民主権と天皇制について國家学会編『新憲法の研究』の中で論じ、同じ考え方をおしひろめて、『新憲法大系』の一冊として『國民主権と天皇制』という小著を書いた。これに対して、宮沢俊義教授は『國民主権と天皇制』についてのおぼえがき」という論文を『國家学雑誌』(第六二巻第六号)に発表し、私の理論を懇切に批判せられた。私は、教授から受けたこの学恩に対して深く感謝すると同時に、その批判に答える責任を感じる。この小論は、その「答え」である。

國民主権と天皇制の問題についての私の議論は、一方からいえば、一種の政治論である。その目的は、日本国憲法にあらわれた「象徴としての天皇」の地位に、單なる間に合わせや気やすめというだけではない意味を与えると同時に、明治憲法から

宮沢俊義の批判への応  
答責任

象徴天皇の地位に、單なる間に合わせや気やすめというだけではない意味を与える

の移りかわりが、「木に竹を継いだ」ような細工ではなくて、その間に「生きた民族精神の血」を通わせて見たいというにあつた。それ故に、私の意図は、「一言でいえば、新憲法における天皇制のアポロギヤである」（前掲『国家学会雑誌』、三三頁）といわれる宮沢教授の言葉は、まさにその通りであり、それはまた、小著を読まれた読者のだれにでも、一目瞭然であるに相違ない。

明治憲法の下では、天皇は日本における統治権者であり、その地位は絶対に尊厳なものとして仰がれていた。そこには多分に神がかり的な狂信があり、その線から一步でもそれた考え方を許すまいとする横暴な強制が加わってはいたけれども、永い間の教育の力もあって、天皇尊崇の氣もちが大多数の国民の胸に純真にしみ込んでいたという事実もまた、否定できない。太平洋戦争の慘澹たる敗北は、天皇統治の美名にかくれていた幾多の不正や不合理を、白日の下にさらけ出した。心ある国民は、天皇制を今まで通りの形で維持し得ないことを知った。しかし、新憲法ができるときの諸般の事情からいって、新しい天皇制の規定の仕方が国民の多くを承服せしめ得るかどうかには、大きな疑問があつた。私は、『新憲法の研究』の中に書いたように、「日本人がよほどの軽薄な国民でないかぎり、今日となつてはかえつて黙して語らない国民精神の底流に、二千年來の伝統と考えられている國家組織の根本性格をここで全く変えてしまうことに対する、無言の反撃がひそんでいること」（同書、二一頁）をおそれた。新憲法の天皇制が、過去の伝統にまつわる弊害を一掃す

ると同時に、日本民族の歴史的つながりを中断しているわけではなく、國民主権の理念とよく調和し得るものであることを立証しようとした私の試みは、新憲法が日本の民主政治の将来に禍根を残すことがないようにしてみたいという、いわば「政治的」な老婆心のあらわれにほかならない。

しかし、私がこの問題を論じた意図は、決してそれだけではない。私は、それと同時に、この問題をば、自分自身の專攻する法哲学の立場から考察して、私が正しく考える一般的な理論を、日本の国家体制という特殊の場合にあてはめて見ようとくわだてたのである。

私は、例えば拙著『法の窮極に在るもの』の中で述べているように、法が政治によって作られ、政治によって支えられ、政治によつて変革されるものであることを、一応は認める。ところで、法を作り、法を支え、法を動かして行く政治には、いろいろな理念があり、理想があるが、対立する政治動向のどちらが勝ち、どちらが立法や法の変革の主導権をにぎるかは、理念の優劣ではなくて、結局は実力の問題だと考えられている。政治は実力の抗争である。実力の抗争によつて進展する政治の世界では、強いものが勝つ。勝ったものが、その思う通りの法を作る。それをそのまま認めるることは、実力が法に優越するという関係を承認することである。マイト・イズ・ライトという命題を、真理として肯定することである。そうして、人は、そのように政治の方向を最後的に決定するのが主権の作用であるという。さような考

正しいと考える一般的  
理論を法哲学の立場から  
日本の国家体制という  
特殊例にあてはめる

政治は実力の抗争  
実力が法に優越すると  
いう関係の承認

## 第6章 ノモスの主権について

え方もまた、主権をば、法を思う通りに動かし得る実力としてとらえている。しかし、法は、はたしてかくのごとくに政治の意のままに動かされる傀儡にすぎないであろうか。主権とは、法を思うがままに動かす政治的な最高決定力と解されてよいものであろうか。

私は、法哲学を専攻する者として、そこに最も重大な問題を見出す。そうして、この問題をば、法実証主義のように実力決定論の方向へはもって行かないで、いかなる政治上の実力といえども法の根本原理にはしたがわざるを得ない、という結論にみちびいて行こうと思い、かつ、そうすることが可能であると信じている。

なるほど、法は政治によって作られ、政治によって支えられ、政治から見放されれば、実定法としての効力を喪失する。しかし、法をその意のままに動かしているかに見える政治にも、その則るべき筋道がある。それは、与えられた具体的な条件の下で、できるだけ多くの人々の福祉ができるだけ公平に実現して行かなければならぬという筋道である。この筋道を無視したり、ふみにじつたりする政治や実力は、やがて多くの人々の不満をつのらせ、王座から脱落せざるを得なくなる。私は、かような政治の正しい筋道をば、「政治の矩」と名づけ、あるいは「ノモス」と呼んだ。いかなる政治も、ノモスにはしたがわなければならない。したがつて、政治の方向を最終的に決定するものを主権というならば、主権はノモスに存しなければならない。それが、私のいう「ノモスの主権」である。

## 第七章 事実としての主権と當為としての主権

### —

国民主権と天皇制の問題をめぐって宮沢教授と私との間にくりひろげられた論争は、烏鵲の争いのように交互に一手ずつ打ちつづけて、もう二年あまりの時を経た。もうこのあたりで終止符を打たないと、御見物の読者諸賢もたいくつせられるであろうと思う。また、学問上の論争は囮碁の争いとはちがうから、何目のちがいでどちらが勝ったというようなことは、見定め得ない。論争のもつ意味は、一つの問題についてちがつた立場からの意見や理論を打ちつけ合うことによつて、共同の真理を見つけ出して行くところにある。そこで、私は、宮沢教授に対しても失礼にあたるかも知れないけれども、論争の形での意見のやり取りはこのくらいにして置いて、二人の間の主権論議によつて、どういう点が明らかにされ得たかという建設

的な面を、すこしくふりかえって見ることとした。

鳥鷺の争いになぞらえたついでに、二人の間の打ち手を簡単に辿って見ると、次のようなになる。

先番は私で、私の小著『国民主権と天皇制』（昭和二年一二月）——本書第一章——第五章——が黒の第一石の役わりをつとめた。もつとも、私自身としては、この小著によつて宮沢教授に対する「論争」の第一石を投じたつもりはなかつたのであるが、その中で、憲法の審議にあたつた議会における教授の国体変革論を引用して、そこに私の「ノモス主権論」を展開する一つの手がかりを求めたので<sup>(1)</sup>、教授はこれを教授の理論に対する私の「批判」として受け取られたのである。<sup>(2)</sup>

この、黒第一石の構想は、こうである。

新憲法ができ、主権は国民に存するということが宣明され、したがつて、在來の天皇の統治という原理は否定されたので、多くの学者や思想家は、それによつて日本の国体は根本から変革されたものと見てゐる。しかし、從来の天皇の統治という原理をただちに天皇の主権と見、天皇が日本の政治を最後的に決定する「力」を有していたというふうに解することには、多くの疑問がある。また、新たに、主権は國民に存するということになつたからといって、國民の意志ならば何ごとをもなし得るという万能の「力」を、國民が獲得したのだと考へることも、正しい見方であるとは思えない。およそ現実のいかなる政治上の力といえども、そのような意味で

宮沢の国体変革論にノモス主権論展開の一つの手がかりを求めた

従来の天皇統治の原理をただちに天皇主権と見、天皇に政治を最後的に決定する力があつたとすることへの疑問と、万能の力を國民が獲得したとすることへの疑問

## 第7章 事実としての主権と當為としての主権

万能である資格はない。政治には、それにしてがつて政治の「行わるべき『矩』」がある。力には、それにしたがう場合にのみ、その力を正当な権力として意味づけ得るところの根本の筋道がある。それは、法の理念であり、「ノモス」である。ノモスはあらゆる政治上の力の上にある。日本国民は、かつて、天皇の統治という形の中に、実はかようなノモスの実現を待望して來た。今日の国民主権の原理も、国民の意志による国民のための政治こそ、政治を正しい政治ならしめる唯一の方式であるといふ信念に立脚している。して見れば、天皇統治から国民主権への移行は、政治に対する国民の他力本願の態度をぬぐい去つて、ノモスにしたがう政治の建設を国民自らの双肩にならうといふ覚悟を表明したものであるという意味で、大きな変化であり、格段の進歩であるには相違ないが、国民精神の歴史的連續性を中断するような荒療治の変革と解せられる必要はないのではないか。

これに対して白番の宮沢教授の打った第二石は、「国民主権と天皇制についてのおぼえがき」という論文（昭和二三年六月）となつてあらわれた。

白による第二手の意味するところは、こうである。

天皇の主権と国民の主権とが対立し、二者択一の関係に置かれているとき、さらに入れら両者の上に、両者ともどもにそれにしてがうべきノモスという非人格的な理念をもつて来る——故に、これを「ノモスの主権」という——ことは、両者の対立をぼやかして、天皇主権の廃止という冷厳な手術の傷口に繻帶をほどこそうとす

ノモスはあらゆる政治上の力の上にあり、日本国民はかつて天皇統治の中にノモスの実現を待望して來た

(宮沢)ノモスの主権は天皇主権と国民主権の対立をぼやかすもの

る試みである。しかし、そのような試みは、主権の所在の問題を回避しているだけであって、主権とは何であるか、その主権はどこにあるか、ということについて、何ごとも答えていない。主権という概念は多義的に用いられているが、ここにいう主権とは、「国家の政治のあり方を最終的にきめる力」をいう。主権は、具体的な政治のあり方を決定する意志であるから、当然に、何人かをその主体にもたなければならぬ。君主主権の場合には、主権の主体は君主である。これに反して、国民主権の場合には、国民が——国民の中のだれそれではなく、ましていわんや、君主という特別の資格をもつた人間ではなくて、国民のだれでもが——政治のあり方を最終的にきめる立場にある。だから、君主主権と国民主権とでは、根本の建前がちがう。天皇主権と国民主権とは、互に全く相容れ得ない反対の原理に立脚している。

もちろん、だれが主権のない手になろうとも、その主権を用いるにあたって、正しいノモスの理念にしたがうように努力しなければならないというのは、きわめて自明な政治の格率である。だが、そのような政治の格率をもち出したところで、いまいった主権の所在の問題における根本の対立が緩和されたことにはならない。したがって、主権はノモスにあるということによつて、天皇主権から国民主権への転換の変革的意義にヴェールをかけようとする試みは、天皇制を国民主権の原理と調和させるための熱意に燃えるあまりの、多分に感情的・前理論的な議論であるといわざるを得ない。

(宮沢) 主権は具体的な政治のあり方を決定する意志であるから、当然何人かをその主体にもたなければならない

(宮沢) だれが主権のない手になろうとも主権を用いるにあたつて正しいノモスの理念にしたがうように努力しなければならないといふのは、きわめて自明な政治の格率

(宮沢) 多分に感情的・前理論的な議論

第7章 事実としての主権と當為としての主権

この白のするどい攻め手に対する黒の応手は、私の「ノモスの主権について」という論文（昭和二三年一月）――本書第六章――であった。<sup>(1)</sup>

ここでは、黒は、やや立論の重点を動かし、天皇制の受けた打撃の傷口に紺帶をするという政治的意図よりも、現実政治の方向をきめるものは実力か理念かという法哲学的な問題を前面におし出して、その角度から白の布陣への対抗を試みた。その趣旨はこうである。

宮沢教授によれば、主権とは「国家の政治のあり方を最終的にきめる力」をいう。

しかし、国民が主権をもつといわれる場合、はたして、国民は政治のあり方を最終的に決定する「実力」を有するか。どこかにそのような実力を有する者があるには相違ないにしても、それは、その国の国民ではない場合もあるだろうし、その国民の一部分や少数者であることもすくなくないのではないか。それにもかかわらず、民主主義の憲法が主権は国民にあるというのではなく、そのような実力がどこにあるかという「事実」に対する社会学的分析を行っているのではない。政治のあり方をきめる社会学的な実力がどこにあるにせよ、主権は国民にあると宣言している以上、そこにいう主権を「政治のあり方を最終的にきめる力」と解することは、もはや適当とはいえない。むしろ、いまや、主権を「実力」としてとらえる概念構成は、原理的に否定せらるべき段階に來ているのである。政治のあり方をきめる力が何人の手にある場合にも、その力は、正しい政治の筋道にしたがって行使されねば

現実政治の方向をきめるものは実力か理念かという法哲学的な問題

政治のあり方を最終的に決定する実力の所在

主権を実力としてとらえる概念構成は、原理的に否定せらるべき段階に來ている

ならぬ。その筋道を示すものは、法の理念であり、ノモスである。民主主義の国では、国民は、現実の政治がノモスの筋道にしたがって行われるかどうかを、監視する立場に立っている。そうして、民主主義が正常に行われるようになれば、国民の自由な批判や自由な投票によつて、大まかにではあるが、政治の舵を取つて行くことができる。そのとき、政治のあり方をきめる力が国民の「多数」の手ににぎられたからといって、多数の力ならば何ごとをもなし得ると見るならば、そのような見方は、ふたたび実力主義への逸脱を犯しているのである。政治のあり方をきめる力が国民の手にあればあるほど、国民は、多数の意見できめたことを、そのもたらす結果と経験とに照らして是正し、現実の政治を正しいノモスの筋道に近づけて行く責任をになつてゐる。それが、国民主権という言葉の真に意味するものである。ギリシャのむかし、ソフィストが、正しいとは強い力をもつ者がきめたことであるといつたとき、ソクラテスは、どんな強い力をもつ者といえどもしたがわなければならぬ正しさがあるということを説いた。宮沢教授の主権論は、ソフィスト的実力主義ないしは実証主義に近いのではないかろうか。

黒の第三石がこう論じて、局面をやや新たな方向にむかつてきりひらいて行こうとしたのに対し、白は依然として最初の布石の筋を手堅くつらぬきつつ、なおかつ、黒の着手に応じて多角的な論陣を開いた。それが、宮沢教授の論文「ノモスの主権とソフィスト」（昭和二四年一二月）である。<sup>(5)</sup> この白の応手のもつ多角的な意味を

現実の政治を正しいノモスの筋道に近づけていく責任をになつていて、それが、國民主権の真に意味するもの

現実の政治を正しいノモスの筋道に近づけていく責任をになつていて、それが、國民主権の真に意味するもの