

国民主権と民主主義に関する一考察

— 一定住外国人の参政権をめぐる —

古 屋 等

I はじめに

日本国憲法の統治にかかわる基本原理のうち、「国民主権」の原理ほど、論者によってさまざまな解釈や説明がなされる例はないのではないだろうか。それは、「主権」そのものが多義的な概念であることによるが、そのみならず、「国民」の範囲や実質をどのように理解するかによって、憲法そのものの構成や国家権力の組織の面において、異なった結果が導かれるからである。これにさらに、「民主主義」の原理もあわせて理解するか、あるいは、これをもって「国民主権」の原理におきかえてしまうか、論者が主たる研究領域としてきた外国法の違いも手伝って、さらに複雑な相関関係がもたらされる。とりわけ、この二つの原理の対立が最も顕著にあらわれるのは、外国人の参政権をめぐる議論においてであろう。これを否定する者は、「国民主権」の伝統的な解釈から、国民とは日本国籍を有する者をいうため、外国人は主権にかかわる参政権は行使できないといい、これを容認する者は、「治者と被治者の同一性」という「民主主義」の原理から、これを外国人にも広く認めていこうとする。それぞれの原理が、大陸法（とりわけフランス法）および英米法（とりわけアメリカ法）に由来することはいうまでもないが、それぞれの解釈上の存在意義を認めつつ、両者を融合的に理解する術はないだろうか。たとえば、行政法学の領域でもっぱら論じられてきた「法治主義」と「法の支配」をめぐる議論において、前者を実質的法治主義の原理と解釈することにより、両者の接近性および近似性が説かれてきたように、上記の原理も有機的に理解することが

可能であるように思われるのである¹⁾。

筆者は、外国人に対する参政権の付与をめぐる議論の考察を通じて、この国民主権と民主主義の原理の相互関係を明示しようとするものであるが、それに止まるものではない。なおいっそうの検討は必要であるが、参政権の本質を政治的な意見表明権ととらえたうえで、これを広く外国人に認める立場をとりつつ、国政レベルと地方レベルにわけたうえで、選挙権と被選挙権、それ以外の国民参加制度、ならびに憲法改正権のそれぞれについて、外国人に対する保障の範囲と限界について、考察しようとするものである。主権をめぐることは、欧州連合にみられるような国家主権（国民国家）のゆらぎがみられる一方で、地方分権といった地域主権の主張も有力である。一方で、外国人の人権をめぐることは、人権の国際的保障や自由権の固有性のゆえに、これを広く認めていこうという議論が活発である。とりわけ、近年では、後国家的基本権とされる参政権についても、地方自治の本旨（住民自治）や永住者などの生活の実態を考慮して、地方選挙権を認めても憲法上禁止されるものではないとする判決もだされるにいたった（最高裁1995年2月28日判決民集49巻2号639頁）。しかし、被選挙権をはじめとした公務就任権については、なお「当然の法理」の壁を打ち破るまでにいたっていない。だが、単に国家意思の形成や権力の行使にかかわるがゆえに、外国人にその行使が禁止されるとするのは正当ではなく、より具体的に担当する事務の性質ごとに、関与不関与を決定すべきだと思うのである。すなわち、国家的な「主権」にかかわる対外的な独立に影響を与える事務と、それ以外にわけ、外国人であっても憲

法以下の法治体制にしたがって自力救済が禁じられている、その意味で自らの権力を信託しているとなされる国家権力については、特に支障がない限り、広くその行使を認めてもよいのではないかと考える²⁾。

これらの参政権の付与をめぐる議論は、究極的には「国籍」(国家への法的な所属)の問題に行き着くように思われる。国籍を重視すれば排他的になり、生活の実態に着目すれば融合的になる。むしろ、国籍の取得要件の緩和や二重国籍を認めることにより、問題の解決を図ろうとする議論もある。国籍を形式的とみるか実質的な要件とみるかという立場の違いもあろう。しかし、国籍は本人の国家に対する帰属意識をあらわす重要な指標であり、自己のアイデンティティを確立するうえでの重要な要素でもある。政治的な自己決定として、本人の意思は最大限に尊重される必要がある。であるならば、一方で国籍の選択にともなう「一定の限界」も認める必要があるのではないだろうか。すなわち、国籍は国家との関係において形式的ながらも実質的な要件をなしており、国家主権のような対外的な独立性にかかわる権限に関しては、その行使に一定の限界が認められると考えられるのである。すなわち、統治権のうち外交や防衛権に関する権限や、国家の存立や改革にまつわる憲法改正の権限については、形式的な国籍が主権の行使に実質的な限界をもたらすように思われる。したがって、決して一律にとらえられるべきではなく、国籍の有無によって憲法上で行使できる権利に相違が生じると考えられるのである³⁾。

国民主権に関する有力な論説によれば、国民の範囲を「政治的な意思能力のある者」として、プーブル主権の立場から、一定範囲の外国人に参政権が認められるとしており、わが国の憲法でも、15条1項(公務員の選定罷免権)、79条2項(最高裁判所裁判官の国民審査権)、93条2項(地方公共団体の長などの直接選挙権)、95条(特別法の住民投票権)および96条(憲法改正の国民投票権)の規定に、プーブル主権が要求する直接民主制ないし半代表制の要素が反映していると説いている。

しかし、選挙権と憲法改正国民投票権は区別されるべきであり、また選挙権も、被選挙権を含めて、国政選挙と地方選挙とでは、国家主権や住民自治との関連において、一定の区別がなされてしかるべきであると思われる。また、別の有力な論説によれば、「主権」をまず、「国の統治権そのもの」ととらえて、これが国民に由来するという正当性の契機から国民主権を理解しつつ、さらに「国のあり方を最終的に決定する権力」として、権力性の契機から国民主権を説明されている。筆者はもっぱらこの説に与するものであるが、ただこの説では、プーブル主権の理論的な枠組みが用いられているとは考えにくく、また、国民の範囲を国籍と切り離して理解していくうえでの手がかりに乏しいように思われる⁴⁾。

以下の論説では、同じく人権の享有主体である外国人(もっぱら定住外国人)に、政治的な意見表明を本質とする参政権を広く認めるべきであるという立場にたちつつ、「国民主権」と「民主主義」の理論の考察を通じて、外国人にいかなる範囲の参政権が認められるべきかを考察していく。その場合、「主権」の三つの概念を有機的に把握していくことを目的に、まず、統治権としての「主権」と憲法改正権を本質とする「主権」とを区別して、前者に由来する統治権の主体による国政参加の問題は、民主主義の観点から、後者の憲法改正権は、国家の存続にかかわるがゆえに国籍を必要とするという国民主権の観点から、それぞれ理解していくことにしたい。すなわち、前述のように、国の統治権は実在する人々の権力が(自力救済が禁じられた範囲で)国家に信託されたと考えられるところから、その行使のあり方は、現実に統治権に服している程度や規模に応じて、その信託者(服従者)の意見が反映されなければならないと解されるからである。しかし、国家との関係において論じられる主権は外国人には帰属しないと考えられるため、政治的な決定が合議によるか単独でなされるかを考慮しても、その行使に一定の限界が存在すると解せられる。すなわち、権限や事務の性質によっては、国籍が重要な意味

をもつ場合があると考えられるのである⁵⁾。

II 人権の国際的保障と参政権

1. 外国人と政治的な表現の自由

人権とは、人間であることにより当然に有する生来の権利とされてきた。しかしこの人権には、国家とのかかわりにおいて、前国家的に有する自然権的な自由権と、国家の存在を前提とし、これに参加またはこれにより保障される、参政権および社会権の区別がなされてきたことは周知の通りである。いわゆる「人の権利」と「市民の権利」の区分がこれに相当し、ドイツにおける「人権」(Menschenrechte)と「市民権」(Bürgerrechte)の区別もこれに対応する⁶⁾。日本国憲法も、第3章の「国民の権利及び義務」において基本的人権を保障しているが、これは必ずしも日本国民のみを対象としたものではなく、権利の性質上適用可能なものは、外国人にも保障されるという「性質説」が通説をなしている。これは、法務大臣による在留延長の許可をめぐる、外国人の政治的活動を理由にこれを拒否した処分を合憲とした、マクリン事件最高裁大法廷判決(1978年10月4日民集32巻7号1223頁)において採用された立場である⁷⁾。この判決は、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」であるとしつつ、「政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き(傍点筆者)、その保障が及ぶものと解するのが、相当である」と述べている。しかし、ここで問題とされるべきことは、本来的な人権とみなしうる政治的な活動の自由についても、外国人であることを理由にこれが規制され、制約される場合があることを認めている点である。

外国人に対する権利保障は、あくまでわが国に在留する外国人を対象とするものであるから、日

本に入国する権利などは日本国憲法によっても保障されないことは、通説や国際慣習法が認める通りである。しかし在留の延長や、日本に在住する定住外国人による事前の再入国申請を不許可とした「森川キャサリン事件」などは、法務大臣による裁量を不当に拡大したとも解しうる点で問題がないとはいえない。とりわけ、それは各判決とも、在留期間中における政治活動や当時の外国人登録原簿への指紋押捺の拒否など、政治的な意思決定に基づく行動を理由になされた拒否処分を妥当として承認したことにある。表現の自由が外国人に対しても認められるべき人権であることはいうまでもない。ここで、表現の自由が保障されるべき根拠は、それが民主的な国家形成や維持のための重要な手段であるからであり、それがゆえに、その制約は必要不可欠な場合に、必要最小限度の範囲内に限られるものであった(二重の基準論)。しかし、そのような参政権的な色彩を帯びることを理由に、外国人に対して政治的な表現が制約されることは、わが国が民主的な国家として形成される重要な基盤をも揺るがしかねない、危険性をはらんでいるといわざるをえない⁸⁾。

同じく後国家的基本権とされる社会権は、これまでの通説では、各人の所属する国によって保障されるべき権利であり、当然に外国人に対しても保障されるものではないとされてきたが、国際人権規約や難民条約への加盟を契機に、国民年金、福祉年金、児童扶養手当等の受給資格要件から国籍条項がはずされたことは周知の通りである。このほか、そもそも国籍要件がなかった健康保険や雇用保険などの被用者保険に加えて、生活保護法についても、永住者のほか生活に困窮する外国人に対して日本国民に準じて保障されるようになってきていることは、国際協調主義をとるわが国の憲法の趣旨に照らして、人権保障の拡大という意味からも望ましいことである。しかしながら、参政権について従来から外国人に門戸が開かれてこなかったことは、この権利が有する政治性もさることながら、国民主権原理との関係において、改めて検討されるべき課題を提供しているように思

われる⁹⁾。

2. 外国人と参政権（とりわけ公務就任権）

参政権には、選挙権・被選挙権のほか、広義には公務就任権や国民投票権が含まれる¹⁰⁾。ただし、従来の学説や判例はこれらを特に区別することなく、一律に国民主権の原理から外国人の参政権を否定する傾向が強かった。唯一、公務就任権に関しては、「当然の法理」により、公権力の行使や国家意思の形成にたずさわらない限りで、地方公共団体を中心に（例外的に）認められてきたにすぎない。法律で明確に国籍条項が規定された公務としては、日本の対外的な主権を代表する権限を有する外務公務員が典型的であるが（外務公務員法7条1項）、「日本国民は」という規定のもとに、衆議院議員、参議院議員ならびに地方公共団体の議会の議員および長の被選挙権が否定されている（公職選挙法10条）。そのほか、国家公務員法および地方公務員法そのものは国籍条項を規定しないものの（国家公務員法38条，地方公務員法16条参照），前者を受けた人事院規則8-18は，採用試験に関して，日本国籍を有しない者は，国家公務員採用I～III種試験のほか，国税専門官採用試験，労働基準監督官採用試験，法務教官採用試験，外務省専門職員採用試験，航空管制官採用試験，皇宮護衛官採用試験，刑務官採用試験，入国警備官採用試験，航空保安大学校学生採用試験，海上保安大学校学生採用試験，海上保安学校学生採用試験，気象大学校学生採用試験を受けることができないとされている（8条3号）。

このうち外務公務員は，対外的にも日本を代表する任務を有するため，日本国籍を有する必要は法的にも理解できるものの，それ以外の公務に関しては，日本国籍を必要とする実際上の根拠に乏しいように解せられる。しかも「日本国民」の要件は，日本国憲法が規定するところではなく，その第10条を受けて制定された国籍法の規定に依存するため，その規定のしかた自体にも問題があるといわざるをえない。これらの公務就任に関連してより問題なのは，国民や住民の参加によって担われるべき国や地方自治体の重要な任務が，公職

選挙法による選挙権または被選挙権の有無，あるいは，選挙人名簿への登録にかからしめられていることにより，外国人による就任の機会が奪われていることである。たとえば，中央選挙管理委員会委員（公職選挙法5条の2第2項），選挙管理委員会委員（地方自治法182条1項），投票・開票・選挙立会人（公職選挙法38条1項・62条1項・76条）のほか，都道府県の公安委員会委員（警察法39条1項），都道府県および市町村の教育委員会委員（地方教育行政の組織及び運営に関する法律4条1項），人権擁護委員（人権擁護委員法6条3項），民生委員（民生委員法6条1項）などをあげることができる。その他，司法の分野において近年重要性を増している検察審査員（検察審査会法4条）や，裁判員（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律13条）なども，職務の性質上，外国人も当事者になる可能性が大きい分野であるため，国籍を理由に関与の機会を一律に奪うことは，人権保障の観点からも重大な問題があるといわざるをえない¹¹⁾。

3. 外国人と国民審査・国民投票制

その他，国政への意思伝達のための重要な機会を提供する国民審査・国民投票制においても，外国人の権利は否定されている。最高裁判所裁判官の国民審査権（憲法79条2項），憲法改正のための国民投票権（同法96条）がそれである¹²⁾。ただし，このうち後者については国民主権の理解から，厳密に日本国籍を有する者に限定されると解されることは，改めて詳述することにしたい。また，「地方自治」についても憲法は各種の規定をおいているが，一つの地方公共団体にのみ適用される特別法の住民投票についても，地方自治法262条1項によって準用される公職選挙法の規定により，外国人の投票権が否定されている。さらに問題は，地方公共団体における直接民主制の実現のために不可欠な各種の請求権，すなわち，条例の制定改廃請求権（地方自治法12条1項），事務監査請求権（同法12条2項），議会解散請求権（同13条1項），ならびに，議会の議員や長，副知事・副市町村長，選挙管理委員，監査委員，公安委員会委

員および教育委員会委員の解職請求権（同13条2・3項）も、それぞれ「日本国民たる普通地方公共団体の住民」という規定により、外国人に対する保障が除外されていることである。この点には、国民主権の原理と憲法15条1項の規定を引き合いにだして、ことさらに住民に日本国籍を要求している問題性が潜んでいるといえる¹³⁾。

Ⅲ 外国人参政権をめぐる判例と学説

1. 外国人参政権をめぐる判例

外国人の参政権が争われた代表的な判決として、国政レベルでは、参議院議員選挙権をめぐる国家賠償請求が争われた、日本在住でイギリス国籍のヒッグス・アラン氏による訴訟（大阪地裁1991年3月29日判決、大阪高裁1992年7月31日判決、最高裁1993年2月26日判決）、在日朝鮮人3世の李英和（リ・ヨンファ）氏を代表とする「在日外国人参政権'92」（略称「在日党」）によって提起された、参議院被選挙権訴訟（大阪地裁1994年12月9日判決、大阪高裁1996年3月27日判決）をあげることができる。一方、地方参政権に関しては、さきのアラン氏によって提起された二つの訴え（取消訴訟および国家賠償請求訴訟）（大阪地裁1994年1月28日判決、大阪高裁1995年1月31日判決、最高裁1995年4月25日判決）、在日韓国人の金正圭（キム・ジョンギョ）氏により選挙人名簿の不登録をめぐる争われた訴え（大阪地裁1993年6月29日判決、最高裁1995年2月28日判決）、在日韓国人の李鎮哲（リ・ジンチョル）氏らによって提起された訴え（福井地裁1994年10月5日判決、名古屋高裁金沢支部1996年6月26日判決、最高裁2000年4月25日判決）がある¹⁴⁾。

このうち、アラン氏の国家賠償請求訴訟において、原告は、憲法15条1項にいう「国民」とは、国籍保持者のみならず、社会の構成員として日本の政治社会における政治決定にしたがわざるをえない者をいうと解すべきであると主張した。しかし大阪地裁は、参政権の後国家的権利性、および国民主権の原理から、憲法15条1項による国民は

日本国民のみを対象としているとして訴えを退けている。また大阪高裁は、これに加えて参政権の公務性をもその理由にあげている。この最高裁判決、およびアラン氏による地方選挙権訴訟においても、各裁判所はマクリーン事件最高裁判決を引用しながら、参政権は国家の主権と不可分の関係にあるため、その性質上外国人に認められるものでないことを明言している。なお、地方参政権に関して裁判所は、憲法92条の地方自治の本旨により、地方の事務が住民の意思に基づいて行われることが制度的に保障されていることを明らかにしながらも、国と地方の同質性を理由に、憲法93条2項にいう「住民」も日本国民たる住民であることを要件としている¹⁵⁾。

李英和氏らの参議院被選挙権訴訟に関しても、原告らは、国民主権の実質を人民による自己統治という民主主義の原理に理解したうえで、「代表なきところ課税なし」の原則から、納税者たる定住外国人には被選挙権も保障されていると主張する。さらに、国際人権規約のB規約25条が、すべての市民に政治に参与する権利を認めているところから、原告らにも選挙権および被選挙権があることを主張する。しかし、大阪地裁は、憲法15条1項にいう国民は、国民主権の原理から日本国籍を有する者をいうのであって、定住性をもって他の外国人と区別される憲法上の理由をみいだせないこと、また納税義務も、定住外国人を他の外国人から区別する理由にはならないことをあげている。

なお、地方参政権に関して許容説を提示することになった判決が、一連の金正圭地方選挙権訴訟である。原告は、「定住者」が憲法15条1項の「国民」に含まれる根拠として、憲法前文が全世界・全人類的な民主主義を目標としており、そのために「地球上にいる人は、どこか一箇所で、自分の属する地域の政治に参加すべき」であることをあげている。この「どこか一箇所」とは、「参政権の性質上、その人が定住している地域でなければならない」。また、憲法93条2項の「住民」も、「利害関係民主主義」および「地方自治の理

念」から、当該地域の「居住者」でなければならぬとする。また、新たな論点として、「日本で生まれ、日本で教育を受け、日本の社会に生活の本拠を置いてきた」生活の実態、「原告らあるいはその父祖らは、日本国籍保持者」であったが、第2次世界大戦後、日本国籍を喪失した歴史的経緯、そして各国の立法状況から、法律改正による地方参政権の導入の可能性を指摘する¹⁶⁾。

しかし地方裁判所は、これまでの判例どおり、「国民主権原理」および「国と地方の同質性」の理論にしたがって、原告らの主張を退ける。最高裁判所も、憲法15条1項にいう「国民」と憲法93条2項にいう「住民」の解釈について、地裁と同様の立場にたちつつも、法律改正による地方参政権の導入の可能性に関しては、地方自治の特殊性に鑑みて、「永住者等」にこれを認めることも憲法上禁止されるものではないと述べている。すなわち、「憲法第8章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である」。

2. 外国人参政権をめぐる学説

この判決は、それまで学説で主流を占めていた外国人に対する国・地方にわたる選挙権否定説を、地方選挙権に限って許容させる大きな転機となったことは周知の通りである。学説は、外国人に対する参政権の付与が憲法上禁止されているか、許容されているか、あるいは、これを積極的に認めて外国人に対する参政権の付与が憲法上要請され

ていると解するか、という三つの立場にわけられる。そしてこれらの見解は、国政および地方参政権の区別にしたがって、①全面禁止説、②全面許容説、③全面要請説、④国政禁止地方許容説、⑤国政禁止地方要請説、⑥国政許容地方要請説の六つにわけて考察することが可能である。ただし、被選挙権を含めた学説の詳細な分析・検討については別稿にゆずることとし、本稿では、国民主権と民主主義の相互関係の考察に必要な限りにおいて、外国人参政権を容認する学説のおもなものを紹介するにとどめたい¹⁷⁾。

まず、国民主権と国籍の相互関係について、浦部教授は、16世紀のフランスにおいて、絶対王政を支えた「君主主権」論に対抗する概念として「国民主権」が登場したことに着目し、ここでいう「国民」とは、君主や封建の特権階級以外の人々（人民）を総称するものであったことを指摘する。したがって、主権者たる国民に国籍が必要とされたわけではなく、むしろ主権者たる者に国籍が（ひいては参政権が）付与されたわけであって、国籍は参政権が付与される前提条件ではなかったとされている¹⁸⁾。そして国民主権を、「国の政治のあり方を最終的に決定する権力が国民にある」趣旨にとらえ、その本質を「民意にもとづく政治」に求めて「民主主義政治」と同じ実質をもつとし、人民による自己統治を不可欠の要素とする。そこで、政治的決定にしたがう者は、当然にその決定に参加できなければならないところから、主権者たるべき者は、「民主主義の観点から、その政治社会における政治的決定にしたがわざるをえないすべての者」であるという。そこで、参政権の付与にあたっては他の人権と同様に、「国籍」ではなく「生活実態」が重視されるべきであるという¹⁹⁾。

また奥平教授も、国民主権原理の成立のいきさつからいっても、また実際のはたらきからいっても、この原則にとっては、国籍のあるなしは決して重要ではないとしたうえで、「当該国家社会を構成し当該国家権力に服属するふうのひとが（シェイエス〈Sieyès, Emmanuel Joseph, 1748-

1836)のいわゆる「第三身分」＝「すべてのひと」、国家意思の最高決定者であるという点にこそポイントがある」とされる。そこで、「たまたま、ここでふつうのひとの圧倒的多数は同時に同一国人であるから、自国人中心主義的な統治制度が出来上がった」わけであって、どんな形にせよ参政権を外国人に与えることは国民主権の原則に反するということと結びつくわけではないとされている。「その外国人が、ふつうの国民と違わないのだとすれば、そのひとを仲間に加えても、ふつうのひとが主権的地位にあるという意味の国民主権の原則は、全然ゆがむところがない」。そして、「等しいものは等しく扱うべし」という原則から、永住権をもつ「外国人」(なかんずく「在日」朝鮮人・韓国人・台湾人)たちの生活実態は、日本国民と「等しい」がゆえに、参政権資格において「等しく扱うべし」という主張がでてくるとされている²⁰⁾。

さらに江橋教授は、世界人権宣言21条や国際自由権規約25条を引き合いにだしながら、「およそすべての人間には、地球上のいずれかの国と自治体で政治決定に参加する権利がある」として、「地球民主主義」ともいわれる理論を展開されている²¹⁾。ここで「地球民主主義」とは、「すべての人間に、地域住民、国民、地球市民という三層で政治的な自己決定、自己実現を保障する政治システム」であるとし、「その人間にとって政治的に最も重要な場所、つまり、その人間の生活の本拠としている場所」において参政権が行使されなければならないとする²²⁾。国民主権という「国民」を、「国籍」保有者と「国籍」なき「生活の本拠」者とをあわせて理解するものであり²³⁾、その前提には、国際化にともない国家主権の枠組み自体が変容しており、また人々の国際的な移動の活発化により、国民国家の枠組みも希薄化していることがあげられている。

その他、ヨーロッパにおいて永住者に参政権が認められてきた例を参考に、国民と外国人の二分法を避け、両者の中間的な存在として「永住市民」(デニズン)を認め、二重国籍の取得を含めて、

参政権を認めていくべきであるとする見解²⁴⁾や、フランスのプーブル主権の理論によりながら、従来の国民や住民の概念には未成年者が含まれていたことから、政治的意思能力がある者を主権行使の主体である「市民」と称して、現行法上の「永住者」は「永住市民」として参政権を認めることができるとする見解が存在する²⁵⁾。しかし、以上の考察を通じて明らかなことは、いずれも国民主権の本質を民主主義におきかえて理解されているのではないか、と思われることである。それぞれの理論的発祥を別にし、後者はアメリカ合衆国の建国に際して採用されたところから、国籍を前提としないがゆえに、外国人に対する参政権を容認するうえで好都合であるが、しかし、国民主権にはこれとは区別される固有の意義が存在すると考えられるのである。したがって、両者を明確に区別したうえで、相互の連関を明らかにする必要があるのではないだろうか。すなわち、国民主権は国家権力の帰属と国家設立(改編)の意思の所在を問題としており、前者は民主主義の理論と融合的であるが、後者は国民主権に固有の原理であると考えられるのである。換言すれば、国民主権は国家がどのように組織されるかという静的な概念であるのに対して、民主主義は国家権力がどのように行使されるべきかという、動的な概念である理解することができるのではないだろうか。

IV 国民主権をめぐる考察

1. 主権の概念

これまで「主権」(sovereignty)とは、もっぱら、①国家権力そのもの(統治権)、②国家権力の最高独立性、③国政についての最高(最終)決定権という、三つの意味で用いられてきた。①の統治権とは、立法権・行政権・司法権など、国を統治する権利ないし権力の総体を意味し、②の国家権力の最高独立性とは、国家権力の対外的な独立性と対内的な関係における最高性を、そして③は、「国の政治のあり方を最終的に決定する力ま

たは権威」を意味するものとされている。そして、これらが帰属する主体をめぐり主権論が展開されてきたといえるであろう。そもそも「主権」概念は、フランスにおける絶対王政の成立過程において、国王権力が対外的にはローマ教皇や神聖ローマ皇帝に対して独立しており、対内的には封建領主・自由都市に対して最高であることを基礎づける政治理論として主張されたものであった²⁶⁾。したがって、②の主権が本来の趣旨を示すものであり、当時は君主が国家と同視され（「朕は国家なり」）、国家は君主の所有とされたところから、主権の三つの概念は有機的に君主に結びついていた。この点、ジャン・ボダンが、主権を「国家の絶対的で永続的権力」とし、その最高・独立・不可分性から、君主主権を正当化したことはあまりにも有名である。彼は主権の内容として、立法権、宣戦講和権、官吏任命権、最終審裁判権、恩赦権、貨幣鑄造権、課税権をあげていた²⁷⁾。しかし、市民革命の結果、国民主権が確立するようになると、一体的に理解されていた主権概念が分解され、国民との関連で理解される必要がでてきた。市民革命の原動力ともなった社会契約説によれば、国民が社会契約を通じて国家を設立したとされるわけであるから、国政のあり方の最終決定権をもあわせもつことは必然である。ただし、複数の国民が最高・独立であるということは論理的にも矛盾があり、とりわけ、これらの国民による具体的な国家権力の行使のあり方をどうするかについて、議論が生じたであろうことは想像にかたくない²⁸⁾。

2. 国家法人説

そこで、国家権力は君主や国民といった自然人に帰属するのではなく、元来国家が有するものであるという考え方があらわれてくる。19世紀後半から20世紀にかけてドイツで展開された国家法人説がそれであり、わが国でも、戦前から戦後にかけて有力に主張された見解でもある²⁹⁾。イェリネックに代表される国家法人説によれば、法人としての国家の意思を「国権」、その国権の属性としての最高独立性を「主権」、国権の内容としての立法権・行政権・司法権などの諸権利を「統治権」

として区別して、「主権」概念が本来的な意味に限定して使用されたことが伝えられている。そして「国家意思を構成する最高の機関意思」の所在に応じて、君主主権や国民主権を論じることができものの、国権そのものの効果は依然として国家に属する（国家がその主体である）ことには変わりはない。このような考え方は、国家主権論とも呼ばれている³⁰⁾。この理論は、主権概念を区別して使用した点に意義があり、国家（意思）の最高独立性を説明するのに便宜的ではあったが、なおも、その判定主体が君主か国民であるかの問題に解決をもたらすものではなかった。そこで、もっぱら今日では、国家権力の対外的な独立性という②の主権は、国家との関係で「国家主権」として論じることが一般的になっている。

3. 国民主権の概念

そこで、以上のような主権のうち、①および③の意味での主権が国民に属することの意味が問われなければならない。しかし、ここでは国民の概念をどう設定するかによって複雑な相関がもたらされる。しかも、主権の本質を権力とみるか、権力の正当性の根拠とみるかの違いに応じて、これらの関係はさらに複雑なものとなる。まず、国民の範囲の理解として、国民全体とみるか有権者とみるか、あるいは政治的な意思能力者とみるかの違いがあり、国民全体とした場合には、これを観念的な存在とみるか、具体的な存在とみるかが区別されている。ナシオン主権の理論は、国民を前者の立場でとらえるものであり、抽象的・観念的な国籍保持者の総体であるナシオン（nation）が権力の担い手とされたため、具体的な権力の行使はその代表者によって、選挙民から自由な立場で行われると理解された。その創成期には、民衆の政治参加を排除する理論として機能したことが知られており、代表制については制限選挙制と純粋代表制が特色とされている。一方でプーブル主権は、実在する人民＝プーブル（people）が権力の行使にあるとされたため、直接民主制を本則とするが、現実の政治運営において代表制が採用される場合であっても、選挙民による意思の拘束が

必要とされるため、普通選挙制と命令的委任が前提とされることになった。これらのフランスにおける主権論は、歴史的な考察を含めて、ここで子細に検討される必要があるが、本論との関係で指摘すべきことは、プープル主権論では、国家権力の所在の問題は別として、国家権力の行使のあり方や担い手を論じる際には、民主主義と共通の理論的な土台が用いられているのではないか、ということである³¹⁾。

すなわち、①の意味での国民主権概念によれば、国家権力の由来が問題とされており、ひいては、その本来的な所有者が問題とされている。この意味での国民主権は、国民に権力の源泉が求められるため、国家権力の正当性を基礎づける根拠として機能する。一方で、このような国家権力が憲法によってどのように組織されるべきかという問題は、憲法制定権にかかわっており、憲法制定後は憲法改正権と制度化されたうえで、③の主権が意味する国政の最終決定権が国民に留保されるという、権力性の問題に転化する。したがって、国民主権の正当性の契機と権力性の契機には一元性があるともいえる。しかし、以上の考察を通じて明らかなのは、あくまで、国家権力の源泉（ないし所有）とその（憲法による）組織化の問題は、その実際の行使や担当者（代表論）から区別して論じられるべき事柄であって、むしろ、組織法的な問題として議論されるべきではないかということである。一方、国家権力の行使のあり方を論じることは、手続法的な、作用法的な問題であり、もっぱら（法律の制定という意味での）立法によって具体化される事柄である³²⁾。実際に、プープル主権の説明に際しても民主制や代表制の用語が用いられており、「誰が」国家権力の担い手であるかという、英米でいう「人民により」（＝主体）に重点がおかれた理論となっている。しかも、ルソーに代表されるプープル主権論によれば、主権の本質が全人民の一般意思に求められたため、これを立法意思と同視することによって、もっぱら立法権との関係において主権が論じられることになった。しかし、国民主権の本来的な解釈によれ

ば、人民による参加は、行政権ならびに司法権にもおよぶうると考えられるのである³³⁾。

4. プープル主権の意義

フランスにおける主権論の意義は、むしろ国家との関係において主権を論じたことにあるように思われる。すなわち、国家権力の由来にかかわる理論や、シェイエスに代表されるような、主権の本質を憲法制定権力とみなして、国家権力の組織化が議論されたことである³⁴⁾。さらに、プープル主権は国家権力の所有者を実在する人民全体にみいだした点に固有性があり、それによってその行使者の一般性が導かれた。以降の代表制の議論は民主主義の理論と共通性をもっており、ナシオン主権の理論との対抗の過程で、国家的な所属（国籍）の要件が希薄化されたことによって、選挙権の拡大がもたらされることになった。換言すれば、プープル主権論には、国家権力の所有（国民主権）とその行使（民主制ないし代表制）の問題を架橋した功績がある。主権者の範囲が未成年者を含むすべての者に拡大されたことは、国家権力の行使に限界をきたすところから、民主制とのかかわりにおいて、国民の範囲が有権者や政治的意思能力者に限定されることになった。しかし、これはあくまで立法論にすぎないと考えられるのであり、本来的にすべての者が主権者であることを前提として、政治的な意思決定能力に限界があるところから、未成年者などには選挙権が制約されることになった、と理解した方が妥当ではないだろうか³⁵⁾。

したがって、プープル主権の理論によって、国家権力の所有者とその行使者の同一性がもたらされることになった。そこで、その場合の国民（人民）とは、憲法以下の法にしたがって自らの権力に拘束を受けている者、換言すれば、国家に対して権力を信託しているすべての者と理解することができ、国家権力への拘束の程度や期間など生活の実態に応じて、外国人にも権力行使のあり方について意見表明の機会が認められることが必要になる。その場合の意見表明は、人間が本来的にもっていると考えられる一切の権力におよぶのであり、

立法権のみならず執行権や裁判権にもわたると考えられる。しかし、その意味では、国家的な属性にかかわる主権（権力）については、国家的な所属が重要な要素をなしているため、国籍を有しない外国人には、決定的な意見表明権は存在しないと考えられる³⁶⁾。また、以上の意見表明は、政治的な最終決定にまでおよぶのかという問題がある。すなわち、被選挙権や公務就任権の問題であるが、これらは以上のような権力の性質と意思決定の方法（合議制か独任制か）の別に応じて決定されるべきであると思われる³⁷⁾。

5. 憲法改正権との関係

一方で、憲法改正権については、国家権力の組織にかかわるため、選挙権や被選挙権のほか、公務就任権などと区別して議論すべきであると考えられる。もとより、国家権力の提供者である外国人にも、その組織のあり方（憲法制定ないし改正）について意見表明する機会が与えられなければならないという議論もありうるであろう。しかし、憲法制定主体たる国民と憲法改正主体である国民には、観念的にも実体的にも相違があり、少なくとも憲法改正後に出生した国民や外国から来日した者は、すでに制定された憲法を（消極的であれ積極的にあれ）承認することによって、これに対して一定の意見表明を行っていると考えられる。すなわち、新たに出生した日本国民は、国籍の維持を通じて憲法に同意を与えていると考えられるのであり、来日した外国人は、入国に際してその国の憲法に一定の合意をなしたと理解されるのである。したがって、そのような憲法を改正しようとする際には、形式的にはあっても、その国の構成員となっていることが必要ではないだろうか。したがって、自らの国籍を変更する（意思決定を行う）ことによって、当該国家のあり方について最終的な責任を負うことができるのだと思われる。このような理解に際しては、ナシオン主権の理論的な枠組みを、現代的に修正したうえで援用することが可能であると思われる。すなわち、この場合の「国民」には、憲法の制定を通じて国家の構成員となった（社会契約者である）当時の国民（＝

国籍保持者）のみならず、憲法が制定された後も、その国家において国籍保持者から生まれたことにより、新たに国籍を取得することになった、現在の国民（憲法制定時からすれば将来の国民）も含まれると理解することができる。すなわち、フランスにおける伝統的な見解にしたがって、国民主権における国民を、特定の時点における有権者のみならず、「過去およびとりわけ将来の世代をも包含するもの」ととらえて理解することである³⁸⁾。であるとすれば、在日の2・3世の方々は、親の国籍のゆえに日本国籍とはならなかったのみで、積極的な国籍選択の意思が表明されているのであれば格別、そうでなければ現在の日本国籍者と実態は変わらないのであるから、日本国籍を有しないことは、憲法改正について意見表明する機会を排除する積極的な根拠にはならなくなる。しかし、国籍選択にかかわる自己決定は、国政参加についても選挙権や被選挙権、公務就任権などの行使と、憲法改正権を区別する指標となりうると思われるのである。

V 残された問題

以上のような理解によれば、国家権力の行使にあたる（その意味で参政権を有する）国民は、国家権力に服するすべての者ということになる。プール主権では、政治的意思能力がある者を念頭において理解されていたが、むしろ、本来的にはすべての国民が政治的な能力（意見表明権）を有することを前提に、未成年者などは、その意思能力に一定の限界があるため、法的に制約が行われているにすぎないと理解すべきであろう。その意味では、憲法改正権者である日本国籍者についても同様である。したがって、すべての国民が国家権力の源泉であるという意味において、国民主権に正当性の契機を求めるといふのであれ、憲法改正権が最終的に国民に帰属するという意味で、国民主権に権力性の契機をみいだすのであれ、「国民」の実質には相違がないことになる。ただし、後者については日本国籍を要求する点で、国民主権の理論

には固有の意義があると考えられる。その場合、主権の本質は、国家権力よりも憲法制定権ないし改正権におかれるべきであると思われる³⁹⁾。すなわち、憲法制定(=国家権力の組織)→国家権力の行使→憲法改正、という図式をとる以上、最初と最後の点で「国民」(この意味では国籍を必要とする)が決定権を握ることが必要で、具体的な権力行使のあり方については、その時々国家権力に服する、その意味で国家権力の信託者である「国民」(この意味では国籍を問わない)に、その権力行使についての意見表明権としての参政権が認められるべきであるということになる。

ただし、以上は国家権力に服している程度や規模を前提とした議論であるため、外国人に参政権を認めるにあたっては、わが国における滞在の状況に応じて、個別に検討する必要がある。したがって、今後さらにこの点の検討が進められるべきであるが、さしあたり一般永住者や特別永住者のような定住外国人には、国政レベルを含めて選挙権が認められてしかるべきであると考えられる。しかし、被選挙権については区別が必要である。政治的な意思表示に加えて、その決定を含むからである。紙幅の関係から詳細に説明することは別稿に譲りたいが、さしあたり概略を述べれば、民主主義の要素である合議と多数決の原理、ならびに、地方における住民自治の原則にしたがって、地方議会議員については被選挙権を認めても問題はないと思われる(許容)。ただし、国政レベルについては、国家主権にかかわる外交や防衛に関する意思決定におよぼざるをえず、国家主権を構成する対外的独立性にかかわる権力は、国家構成員のみが有すると理解されるため、国籍を必要とすると考えられる(禁止)。また、首長を含めた公務就任権については、法律ならびに条例にしたがう限り、住民自治の原理が反映されてしかるべきであると思われるが、しかし法による羈束には領域によって程度の差があり、公務の遂行に際して少なからず裁量が生じる余地がある。さらに、意思決定に際して機関の独任制と合議制を区別する必要があり、また、行政庁として組織を代表する権

限を有するかどうかを考慮に入れて、その行使を判断することが必要である。したがって、さしあたり都道府県知事や市町村長については、被選挙権に国籍を必要とするように考えられる。それ以外の公務については、事務の性質と意思決定の方式を基準にして理解していくことが可能ではないだろうか。

注)

- 1) 筆者は飯塚和之先生の監修による、茨城大学人文学部法律コース編集『エレメンタリー法学』(尚学社・2009年)において「第5章 世界の法制度」および「第9章 外国人と法」を執筆する機会をえた。本稿は、このうち外国人の参政権をめぐる議論について、本学で比較法学と教養科目の憲法学を担当しながら、行政法学を研究領域とする筆者が、飯塚先生のご退職を期して、献呈させていただくものである。なお、法治行政と法の支配の原理の相互関係については、上野幸彦・古屋等『国家と社会の基本法』〔補訂版〕(成文堂・2010年)118頁～119頁参照。
- 2) 本稿の議論は、まず主権の本質論にかかわって国民主権と国家主権、ならびに、選挙権の法的性格(公務か権利か)の詳細な検討が前提とされることはいうまでもないが、これらについては以下にかかげる先行研究によりながら、外国人参政権の問題に必要な限りでとりあげたいと思う。なお紙幅が限られているため、以下の注では代表的な文献のみをあげさせていただくこととする。
- 3) 国籍の選択を国家の所属に関する自己決定ととらえるならば、国籍の取得要件の緩和によっても問題が解決するわけではなく、また二重国籍の容認も、国際法上の「国籍唯一の原則」または「国籍単一の原則」にしたがえば問題があるといわざるをえない。手塚和彰『外国人と法』〔第3版〕(有斐閣・2005年)5頁参照。なお、国民の要件としての国籍などについて、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂・2011年)106頁以下参照。
- 4) 国民主権をめぐる議論について、本稿は、杉原泰雄教授と辻村みよ子教授の業績に負うところが大きい。杉原泰雄『国民主権の研究』(岩波書店・1989年)

- 3頁以下, 同『憲法と国家論』(有斐閣・2006年) 126頁以下, 辻村みよ子『憲法』〔第3版〕(日本評論社・2008年) 58頁以下, 同『市民主権の可能性』(有信堂・2002年) 19頁以下。ただし, 国民主権には正当性と権力性の2つの契機がともにみいだしうるという立場から, 芦部信喜教授の見解を出発点とすることにしたい。芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法』〔第5版〕(岩波書店・2011年) 41頁以下, 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』(有斐閣・1995年) 243頁, 同『憲法制定権力』(東京大学出版会・1994年) 3頁以下。
- 5) 本稿では, 出入国管理及び難民認定法による「永住者」, および, 日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法による「特別永住者」をあわせて「定住外国人」とし, 一般外国人や難民と区別して扱うことにしたい。芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣・1998年) 130頁, 辻村・前掲『憲法』144頁, 手塚・前掲書60頁以下。なお, 「定住外国人」について, 徐龍達「定住外国人の地方参政権」同編『定住外国人の地方参政権』(日本評論社・1992年) 5頁以下, 「永住市民」について, 辻村・前掲『市民主権の可能性』248頁以下参照。
- 6) 芦部・前掲『憲法』83頁, 辻村・前掲『憲法』126頁。
- 7) マクリーン事件について, 高橋=長谷部=石川編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕6頁~7頁(齋藤靖夫執筆分), および同書に掲載の判例参照。なお, 参政権を中心とした外国人の人権享有主体性について, 芦部・前掲『憲法学Ⅱ 人権総論』131頁以下, 後藤光男『共生社会の参政権』(成文堂・1999年) 125頁以下, 同『国際化時代の人権』〔改訂版〕(成文堂・1999年) 29頁以下, および拙稿・前掲『エレメンタリー法学』121頁以下参照。
- 8) 森川キャサリン事件について, 高橋=長谷部=石川編・前掲『憲法判例百選Ⅰ』8頁~9頁(山下威士執筆分), 永住者の再入国の自由について, 芹田健太郎『永住者の権利』(信山社・1995年) 202頁以下参照。なお, 外国人による政治活動の自由について, 萩野芳夫「外国人の定住と政治的権利」・岡崎勝彦「定住外国人の政党活動の自由」とともに徐龍達編『共生社会の地方参政権』(日本評論社・2000年) 所収148頁以下・179頁以下参照。
- 9) 外国人に対する社会権の保障に関する従来の見解として, 宮沢俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕(有斐閣・1989年) 241頁。なお, 近年の保障の動向について, 手塚・前掲書320頁以下, 芦部・前掲『憲法学Ⅱ 人権総論』136頁以下, 辻村・前掲『憲法』146頁以下, および拙稿・前掲『エレメンタリー法学』126頁以下参照。
- 10) 参政権の範囲について, 芦部・前掲『憲法』252頁。外国人の公務就任権について, 手塚・前掲書231頁以下, 後藤・前掲『共生社会の参政権』170頁以下, 芹田・前掲書293頁以下, 加島宏「定住外国人の公務就任権」徐編・前掲『定住外国人の地方参政権』所収86頁以下, 山内敏弘『人権・主権・平和』(日本評論社・2003年) 229頁以下参照。
- 11) その規定はつぎのとおりである。「参議院議員の被選挙権を有する者の中から」(公職選挙法5条の2第2項), 「選挙権を有する者」(地方自治法182条1項), 「選挙人名簿に登録された者の中から」(公職選挙法38条1項・62条1項・76条), 「当該都道府県の議会の議員の被選挙権を有する者」(警察法39条1項), 「当該地方公共団体の長の被選挙権を有する者」(地方教育行政の組織及び運営に関する法律4条1項), 「当該市町村の議会の議員の選挙権を有する住民」(人権擁護委員法6条3項), 「当該市町村の議会の議員の選挙権を有する者」(民生委員法6条1項), 「当該検察審査会の管轄区域内の衆議院議員の選挙権を有する者の中から」(検察審査会法4条), 「衆議院議員の選挙権を有する者の中から」(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律13条)。
- 12) 「衆議院議員の選挙権を有する者」(最高裁判所裁判官国民審査法4条), 「日本国民で年齢満18年以上の者」(日本国憲法の改正手続に関する法律3条)。
- 13) 外国人の地方参政権を容認する学説は, 憲法15条1項と憲法93条2項の規定の違いをとらえて, 前者が公務員の選定罷免権を「国民」に保障しているのに対して, 後者が地方公共団体における選挙権を「住民」に保障しているところから, ①後者は前者の特別規定であること, ②前者は選定罷免権が国民から奪われないことを保障した規定であること, ③こ

- の国民には将来の国民である外国人も含めて理解できること（近藤敦『「外国人」の参政権』（明石書店・1996年）270頁）、④その他、憲法94条により、地方公共団体は法律の範囲内で条例を制定できることなどから、国政への影響は少ないとしている。しかし、最後の④の点は、一定の条件のもとに上乘せ条例が容認されるようになった近年の状況下では採用することはできないと思われる。拙稿・前掲『国家と社会の基本法』109頁～110頁参照。
- 14) 外国人参政権をめぐる判例について、近藤・前掲『「外国人」の参政権』232頁以下、同・前掲『外国人参政権と国籍』（明石書店・1996年）111頁以下、辻村・前掲『市民主権の可能性』250頁以下、手塚・前掲書225頁以下参照。
 - 15) ヒッグス・アラン「国政・地方参政権へのわたしの主張」徐編・前掲『定住外国人の地方参政権』所収223頁以下参照。
 - 16) 金正圭「在日韓国・朝鮮人と地方参政権」徐編・前掲『定住外国人の地方参政権』所収234頁以下、近藤・前掲『「外国人」の参政権』232頁以下、高橋＝長谷部＝石川編・前掲『憲法判例百選Ⅰ』12頁～13頁（後藤光男執筆分）参照。
 - 17) 外国人の地方参政権をめぐる学説の展開について、近藤・前掲『「外国人」の参政権』259頁以下、辻村・前掲『憲法』148頁以下、同・前掲『市民主権の可能性』252頁、後藤・前掲『共生社会の参政権』160頁以下、長尾一紘『外国人の参政権』（世界思想社・2000年）2頁以下、甲斐素直「定住外国人の参政権」日本法学66巻2号（2000年）163頁以下参照。
 - 18) 浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐編・前掲『定住外国人の地方参政権』所収55頁以下、同『憲法学教室』〔全訂第2版〕（日本評論社・2006年）483頁～484頁。
 - 19) 浦部・前掲「日本国憲法と外国人の参政権」60頁。
 - 20) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣・1993年）54頁～56頁。
 - 21) 江橋崇「外国人の参政権」樋口＝高橋編『現代立憲主義の展開 上：芦部信喜先生古希祝賀』（有斐閣・1993年）187頁。
 - 22) 江橋崇「定住外国人の地方参政権と民主主義」徐編・前掲『共生社会の地方参政権』所収69頁～70頁。
 - 23) 後藤・前掲『共生社会の参政権』163頁。
 - 24) 近藤・前掲『「外国人」の参政権』12頁・116頁・270頁。もともと、イギリスにおいて帰化することなく市民権を取得した外国人を *denizen* と呼んだことがこの言葉のルーツとされている。
 - 25) 辻村・前掲『憲法』149頁・369頁、同・前掲『市民主権の可能性』50頁以下・175頁以下・258頁以下。
 - 26) 芦部・前掲『憲法』39頁、同・前掲『憲法Ⅰ 憲法総論』223頁、杉原・前掲『国民主権の研究』41頁、辻村・前掲『憲法』63頁、同・前掲『市民主権の可能性』27頁、浦部・前掲『憲法学教室』474頁、樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院・1998年）72頁、伊藤正己『憲法』（第3版）（弘文堂・1998年）94頁、佐藤幸治『憲法』（第3版）（青林書院・1997年）57頁、野中＝中村＝高橋＝高見著『憲法Ⅰ』（第3版）（有斐閣・2001年）35頁、栗城壽夫＝戸波江二編『憲法』（補訂版）（青林書院・1997年）60頁、松井茂記『日本国憲法』（有斐閣・1999年）130頁。
 - 27) 芦部・前掲『憲法Ⅰ 憲法総論』225頁、辻村・前掲『憲法』66頁、浦部・前掲『憲法学教室』475頁、樋口・前掲書74頁、伊藤・前掲書94頁、松井・前掲書130頁。
 - 28) それは主権が、唯一・不可分性を有すると理解されたからにはほかならない。この点について、芦部・前掲『憲法Ⅰ 憲法総論』231頁。
 - 29) 芦部・前掲『憲法Ⅰ 憲法総論』225頁、杉原・前掲『憲法と国家論』40頁以下、辻村・前掲『憲法』64頁、樋口・前掲書80頁、佐藤・前掲『憲法』56頁、栗城＝戸波・前掲書64頁。
 - 30) 杉原・前掲『憲法と国家論』152頁、芦部・前掲『憲法Ⅰ 憲法総論』228頁。
 - 31) 本稿において、プープル主権論における「主権」の理解については、杉原教授の論説にしたがい、国家権力をあてることにしたい。杉原・前掲『国民主権の研究』41頁以下、同・前掲『憲法と国家論』181頁以下、同「国民主権の構造と意義」駿河台法学14巻1号（2000年）5頁、辻村・前掲『市民主権の可能性』28頁・34頁。なお、民主主義についても詳細な考察が不可欠であるが、本稿ではさしあたり、「人民の、人民による、人民のための政治」という標語

にみいだされる「治者と被治者の同一性」に民主主義の本質をおくこととしたい。ただし、「人民の」「政治」が意味するように、民主主義原理に憲法制定権力の由来が含まれるとした場合には、プーブル主権との距離がほとんどなくなることになり、改めて考察を必要とすることになる。辻村・前掲『市民主権の可能性』100頁。

- 32) この考察は、行政法学における組織法と作用法ないし手続法の理論に基づいている。これによれば、憲法とは国家の組織と権限分掌を定めた国の組織法であると考えることができ、現実の国家権力（権限として分掌された各権力）の行使は、作用法として具体化された法律によらなくてはならないことになる。拙稿・前掲『国家と社会の基本法』114頁以下参照。
- 33) ルソーによる人民主権論について、杉原・前掲『国民主権の研究』142頁以下、佐藤・前掲『憲法』58頁参照。もちろん、国政のあり方の最終決定権という意味でも、その意思表示（行使）のあり方を問題とする場合には、直接民主制や間接民主制が議論されることは当然ありうることである。しかし、この意味での主権の重点は、国家が（その権力を含めて）憲法の制定や改正を通じてどのように組織されるべきかという点にあり、そのような権限（とりわけ改正権）が国民に帰属するという、あくまで組織法的な議論であるということである。
- 34) シェイエスは主権の本質を憲法制定権力にみいだが、その意義は「憲法を作る権力」と「憲法によって作られた権力」である立法権や執行権などの区別がなされたことにある。すなわち、立法権は憲法によって作られたものとして、立法権と憲法制定権力が区別される契機がもたらされた。佐藤・前掲『憲法』59頁、伊藤・前掲書100頁。なお、シェイエスの人民主権論については、杉原・前掲『国民主権の研究』182頁以下、同・前掲『憲法と国家論』156頁以下、栗城＝戸波・前掲書74頁以下参照。
- 35) 「国民主権の原理は民法上の行為能力と権利能力とのアナロジーで説明しうる」（栗城＝戸波・前掲書71頁）。樋口・前掲書82頁、浦部・前掲『憲法学教室』482頁参照。なお、ルソーによる人民主権論によれば、

人民とは政治的意思能力を有する成年男子が想定されており、女性や未成年者などは当初から除外されていたことが伝えられている。辻村・前掲『市民主権の可能性』36頁。

- 36) したがって、国会議員の選挙に際しては、この点にかかわる意思決定も含まれるため、外国人に対する選挙権はあくまで許容されるにすぎないと解される。
- 37) それはいうまでもなく、参政権が政治的な意見表明を本旨とし、民主主義が多数決に集約される合議を本質としているからにはかならない。
- 38) 近藤・前掲『「外国人」の参政権』192頁。
- 39) 芦部・前掲『憲法』41頁、佐藤・前掲『日本国憲法論』395頁。