

憲法尊重擁護義務を基軸とした立憲民主政治の構築理論

大 芝 理 穂

目 次

はじめに
第1章 はじめに
第2章 民意について一問題の所在
第1節 民意は反映されるのか
第2節 民意の捉え方と手がかりとしての憲法第99条
第3章 憲法尊重擁護義務
第1節 憲法尊重擁護義務に関する諸議論
第2節 国会議員・国務大臣の憲法尊重擁護義務内容の考察
第3節 憲法尊重擁護義務を意味のあるものにするために
第4章 法的義務内容の考察
第1節 国民に委ねる理由と憲法理解の姿勢
第2節 判例に基づいた99条で追及される責任の内容
第3節 「人」の責任から「行為」の責任へ—司法によって追及されるべき責任とは
第5章 むすびと展望

第1章 はじめに

政治の場面において、「民意」という言葉が繰り返し使われているように思う。正当に選挙されて示された民意は、全国民の代表者たる国会議員（憲法43条）によって、集約されるだけでなく反映されるべきである。しかし民意は、現実の政治に反映されているのだろうか。集約した民意を反映するように見せかけて別のモノを政治に反映しようとしたり、国民が示した民意とは別の民意を反映しようとすることは、民主的基盤を持つ国会議員がすべきではないことであるが、現実には行われているように思われる。

本稿では、国会議員が民意を捻じ曲げて、別の

モノを現実政治に反映しようとする場合、憲法學上、何らかの歯止めをかけることができるはずであるという趣旨で論じる。選挙制度や国会での野党の役割が機能すれば、民意が反映された政治が実現するという学説も多く存在するが、本稿ではその点については触れない。憲法的価値を反映するという民意を集約するプロセスを、公務員の責任論の観点から考察する。これについて、憲法99条こそがその歯止めの役割を担うのではないかと考える。同条は、公務員の憲法尊重擁護義務を定めており、国会議員・国務大臣による、憲法を尊重擁護しない行為を止めることの手がかりになるといえるのではないだろうか。

よって、第2章では、昨今の国会議員の動向と新聞社による世論調査により、民意を捻じ曲げるような政治が行われているといえるのかどうかを考える。第3章では、憲法尊重擁護義務について、従来の学説の見解や99条違反が問われた事例から、国会議員・国務大臣の憲法尊重擁護義務をどのように理解すべきかを考察する。第4章では、まず、どのように国会議員・国務大臣の憲法尊重擁護義務を顕在化させるかを考える。次に、99条は、国や地方公共団体に対する裁判例でどのように扱われているかを確認し、裁判においてどのように扱われるべきかを考え、国会議員・国務大臣が負うべき義務の内実について結論を出す。

第2章 民意について一問題の所在

第1節 民意は反映されるのか

政治の場面で民意が捻じ曲げられた例に当たると思われる出来事について言及し、本稿で対象とする捻じ曲げられた民意とその結果としての政策

について確認する。

反映すべき民意というのは、憲法において個人の権利として定められているもの、あるいは明記されてはいなくても権利としてみることができるものについて主張することを想定する。例えば、良い環境で働きたい、平和に生活したい、といった民意は反映すべきであり、そのような民意については、実現に向けての政治が行われなければならないように思う。それが立憲主義に基づいた政治であるといえるはずだからである¹⁾。

逆に、そのような民意が反映されない状態は、立憲主義に基づく政治が行われていないということではないだろうか。一方で、他者危害のない範囲で自由を認めるとなると、現行憲法が想定していない内容の民意についても存在が認められることになるだろう。本来日本国憲法では、人権は広く保障されるべきであり、国家機関による権力行使については広範に認めず寧ろ制限していくべきと考えられている。そのような考え方に立脚すれば、国家機関による権力行使を広範に認めるべきという民意が表出されたとしても、そのような民意を実現するような政治は、憲法に沿った政治であるとは言えないのではないだろうか。社会契約にもとづく憲法が想定していない内容の民意についても、これも民意だからというように現実政治の場面に反映してしまうのは、立憲主義に基づいた政治が行われているといえないのではないか。

1) 立憲主義とは、論者によって多様な解釈が存在する文言であるが、「憲法によって国家権力に「縛り」をかけるという考え方」というのが憲法学における共通の理解であるといえるように思う。浦部法穂『憲法学教室 第3版』（日本評論社、2015年）、12頁。また長谷部恭男は、立憲主義が狭い立憲主義と広い立憲主義に区別できることを言及しており、先述の意味は広い立憲主義に含まれ、狭い立憲主義の意味内容は人の生活領域を公と私に分け、私の領域では自由が認められるべきであるが公の領域すなわち「多様な価値観をもつ人びとが集まった社会」では「社会全体の共通の利益」を大事にすべきだと考えている。狭い立憲主義について、国民の権利を保障することは、「じつは、よりよい民主主義の実現を支える」ことにつながるため、本稿においてもこの立憲主義の考え方に倣うものとする。長谷部恭男『憲法の良識』（朝日新書、2018年）、80-83頁。

憲法に反するような民意を反映しようとすることは、この国の憲法はこれだ、と認識している人々にとって、想定外な出来事である。憲法に反するような民意については、反映しないという選択を採る方が立憲主義に即しているとみるべきであろう。立憲主義に反している民意を反映すること、あるいは立憲主義に基づく民意を反映しようとするフリをして立憲主義に反する民意を反映しようとすることは、政権側が民意を捻じ曲げていると指弾せざるをえない。そのような、民意を捻じ曲げる行為は、あってはならない。

以下では、民意とはかけ離れているにもかかわらず民意の名の下に正当化される国家機関による政策と、憲法的価値の実現に希望を持っている民意とが対立した時に、前者のような政策は、民意により正当化されえないのではないかということ論証したい。

「民意を問う」という表現を使っている政権与党が実際の政治で行ってきたことと各新聞社による世論調査で表出された国民の意見を見比べると、たとえば、働き方改革について言えば、世論が求めていることではあるものの結果的に内容が民意にも憲法にも合わない実例として捉えることができ、安保関連法について言えば、民意に支持されたこと（政権与党となれたこと）を利用して世論にも憲法にも合わないことをしている実例であるということができるように思う。両者とも、政治を行う者たちにとって都合のよいことを、「民意」であるからと理由づけて実現しようとしている。「民意」をでっち上げて、「民意」として実現しようとしている例であるということができるのではないだろうか。憲法によってその存在を確認されることができ、選挙という民主的基盤をもつ公務員が、民主主義的にも立憲主義的にも反している政治を行っているということである。

第2節 民意の捉え方と手がかりとしての憲法99条²⁾

政府が民意を捻じ曲げているのではないかと述

2) 「民意」については、木下ちがや『ポピュリズムと「民意」の政治学』（大月書店、2017年）25、30-33頁を参照している。

べてきたが、民意はそもそも捻じ曲げられた存在であるかもしれない。民意は、集約されてから作り変えられるかもしれないし、集約する以前から作り変えられているかもしれない。もちろん歪曲されない場合もあるが、働き方改革や安保関連法をめぐるのは、捻じ曲げられた民意が政策に反映されていると評価することができるように思う。このような政権側にのみ「都合のよい民意」を「世論として表出された民意」と同意に扱い、まるで世論が支持しているかのようにして、捻じ曲げられた民意を現実の政治に反映しようとするのは、憲法に立脚した政治が行われていると到底いえない。民主的基盤によって正当な権力を与えられた人々が、彼らにとってばかり都合のよい政治を行うべきではないということは、先述した通りである。

政治の場面において実現されるべきものは、捻じ曲げられた後の民意ではなく、国民が常に持っている意見である。国民が有権者として選挙で投票する際に、何に基づいて投票するかを考えると、それは各国民が常日頃持っている意見であるはずだからである。このような国民の意見を基に権力を与えられた者たちが、国民の意見を捻じ曲げた民意を反映するという行為は、民主主義に反する行為ではないか。民意の反映と称して選挙前に公約として掲げていたことを実現しない、または選挙前に公約に掲げていなかったことを実現するという矛盾した事態に対して、国民が「我々が望む政治は、そうではないのですよ」と主張することが、政治に対する一定の効果をもたらすことがあってもよいのではないと思われる。

しかし、そのような政権側のみに都合のよい政治が行われた時、それらを止めるための制度は、無いに等しい。次回の国政選挙でそのような議員を選ばないということが、止める手段としては考えることができるが、その選挙までに行われた暴政の結果取り返しのつかない事態に陥ってしまっただけでは元も子もない。そのような歯止めとなる制度を考えるための手がかりとして、憲法99条を挙げる。

憲法99条の憲法尊重擁護義務は、国政を担う公務員が自らの意思のみに基づく政治運営をすると

いった状況に対して、「本条に適合した政治である」と評価してくれるだろうか。私はそのようには思わない。立憲主義に反する内容の法律が作られようとするとき、あるいは立憲主義に反するような内容の憲法改正がなされようとしているとき、その歯止めとしての役割を担うことができる条文であると考えられる。しかし同条は、そのような機能を有するとの理解が表立ってされていない。よって次章では、憲法99条の憲法尊重擁護義務について、従来どのように理解されてきたか学説の確認を行う。さらに、列举される天皇又は摂政、及び国務大臣、国会議員、裁判官、その他の公務員の憲法尊重擁護義務の実現と比較を行い、現状の99条における国会議員・国務大臣に対する義務づけは妥当なものであるか否かを検証し、どのようにあるべきかを考える。

第3章 憲法尊重擁護義務

第1節 憲法尊重擁護義務に関する諸議論

1. 憲法保障について

憲法99条は、しばしば憲法保障の役割を果たすものであるといわれる。憲法尊重擁護義務とどのように関わってくるのかという点で、イェリネックやケルゼンなどが、憲法保障制度の中で、最終的に責任論で説明していることについて、99条解釈論に最も有益であるといわれる³⁾。

憲法保障とは、石村によると「ひとつのまとまりのある実定憲法秩序を前提として、この秩序を基本的に護る思想と制度を意味する」こと⁴⁾、さらに、立憲主義の枠組みを遵守しつつ、その機能が合憲的に作動しているかどうかを監視することであると定義する⁵⁾。つまり、憲法秩序が護られているか監視するまでが憲法保障という言葉の意

3) 石村修『憲法の保障』(尚学社、1987年)、176-179頁。

4) 石村修『憲法国家の実現』(尚学社、2006年)、4頁。

5) 石村修「今、憲法を護ることの意味」法学セミナー616号、2006年、47頁。

味かと思われる。憲法保障は、違憲審査がメインであるような説明がされることがあるが、石村は、両者が区別されなければ、両者の本質的な意味が失われてしまうと述べる⁶⁾。

石村は、憲法保障の課題として、①憲法保障の対象である「憲法」の概念、②憲法への侵害行為とは何か・どの時点で侵害か、③他の保障とは異なる特別の保障方法、④憲法保障の形態、について考えなければならないとし、考察を行う⁷⁾。石村によると、①は、「実質的意味の憲法」、つまり「基本的人権」の中核にある「個人・人間の尊重」原理が憲法保障の対象であるという⁸⁾。②は、「法規範創設に参与するすべての行為を国家行為とするならば、国法秩序への侵害行為者は、国家行為に限定されてよいのかかもしれない」とする一方で、個人による国法秩序への侵害に当たるのは、内乱罪の内の大逆罪であるとする（保護法益は、「国法の基本原則の保持」）⁹⁾。③は、ケルゼンの、i. 予防的方法、ii. 阻止的方法、iii. 人的方法、iv. 物的方法が有効であるが、実体的方法・手続的方法という裁判による事後的保障の区別を加えることで完全性が増すと述べる¹⁰⁾。さらに、レーヴェンシュタインによる、組織的方法・未組織的方法を加えることで、憲法に内在される非常的な憲法保障、超憲法的な保障（それぞれ、国家緊急権と抵抗権が考えられる）を含むことができるという¹¹⁾。④は、③で挙げた i から iv とそれぞれの実体的・手続的保障が該当する。予防的憲法保障の形態としては、「憲法の最高法規性、宣言的保障、憲法改正手続の厳格化、権力分立制、憲法意識の高揚」などが、匡正的憲法保障の形態としては、「違憲審査権、国民による憲法保障活動」が挙げられる¹²⁾。

「憲法保障のもっとも根本的なもの」が憲法尊重の理念であり、これが欠けては憲法保障制度の

意味がなくなるという¹³⁾。そのため、「憲法保障のための啓蒙的・教育的制度」が必要であると説く¹⁴⁾。

2. 国民が含まれるのか¹⁵⁾

この義務の対象者となるのは、公権力を持っている・持っていた機関であり、国民は対象ではない。なぜ国民という文言が入っていないかという理由について1989年時点の栗城壽夫の論稿によると、①国民が憲法を守るのは、制憲者として当然であるから②国民には憲法尊重擁護義務がないから③西ドイツのボン基本法の行き方をとらないようにするためあえて古典的立憲主義の立場を維持したからという3つ説が存在する¹⁶⁾。①は、憲法は国民によって制定されたことに建前上なっているから、自らその憲法を守るのは当然であるという論理である。②は、国民は憲法によって権利や自由を保護されるものであって「保護の客体が保護の手段によって義務付けられることがないのは当然だと」いう論理である。③について、②の立場と基本的に同一であるが、「近代憲法から現代憲法への転換を認識したうえで自覚的に近代憲法の立場を選択する」¹⁷⁾という違いがあるとされている。憲法尊重擁護義務は、ドイツにおける憲法忠誠と比較されることが多いのであるが、ドイツでは権力機関だけでなく国民にも忠誠義務を明示的に課している点で異なっている。これは、自由で民主的な政治によって独裁政権が誕生したことを省みているためであり、「自由で民主的な基本秩序」という憲法の基本原理を否定する思想に対

13) 同上、10-11頁。

14) 同上、11頁。

15) 以下を参照した。浦部法穂『「最高法規」の章を削除した『読売改憲試案』のお粗末』法学セミナー484号、1995年、72頁以下。水島朝穂「読売『憲法改正試案』にもり込まれた危険な意図」法学セミナー481号、1995年、7頁以下。石村修「憲法尊重擁護義務・再論」、専修法学論集第126号、48頁以下。石村修「憲法尊重擁護義務と最高権力者の言葉」、法律時報89巻5号、2017年、46頁。

16) 栗城壽夫「演習」法学教室102号、1989年、77頁。

17) 樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』（岩波新書、1979年）50頁以下。

6) 石村、前掲・注）4、3頁。

7) 同上、4頁。

8) 同上、6-7頁。

9) 同上、7-8頁。

10) 同上、8-9頁。

11) 同上、9-10頁。

12) 同上。

して」自由を認めないという考え方を憲法に明記していることと関係がある¹⁸⁾。③の考え方は、このようなドイツの考え方とは異なった「近代憲法思想に忠実に付き従い、「自由の敵」にも自由を認めつつなお自由を保持しようという行き方をとった」というものであると見ることができる¹⁹⁾。憲法尊重擁護義務が日本国民には課されないということを自覚することで自由の獲得を自覚することができ、公権力側はその自由が保持されることに尽力しなければならないということになる。

3. それぞれの義務内容

「天皇又は摂政」のみならず、列挙されているすべての公務員ごとに義務内容が変わるとする解釈は、99条について多くを論じてきている学者の間では多数説のように思われる。本稿では、そのような列挙されている公務員ごとに義務内容が異なるという見解に基づいて、その義務内容について確認する。

(1) 天皇又は摂政

天皇と摂政は、公的な存在であるが、99条に列挙される他の公務員とは違って国政に関与する権力を持たない。憲法上天皇と摂政には「国政に関する権能を有しない」（憲法第4条）ため区別されるという見解も存在する²⁰⁾。天皇は「日本国の象徴」であり、摂政は天皇に代わって国事行為を行う存在であることから、双方に対する憲法尊重擁護義務が存在することは当然であるが、その責任を負うのは内閣であるとされる²¹⁾。

天皇・摂政の憲法尊重擁護義務について、未だ考えられていない部分があるといえよう。

(2) 裁判官

裁判官についてのこの義務は、憲法や法律等で具体化が既になされている。憲法76条3項において良心に従うこと、独立して職権行使すること、この憲法及び法律にのみ拘束されることが規定されるため、99条に列挙される公務員の中でもかなり強い拘束が想定されていると解することができる²²⁾。また、「職務上の義務に著しく違反」と弾劾により罷免される（裁判官弾劾法2条）ことから厳格な法的義務が定められていることがわかる²³⁾。

一方において、長沼ナイキ基地訴訟第1審判決の中で福島裁判官は、「国家権力が憲法秩序の枠を越えて行使され、……憲法の基本原理に対する黙過することが許されないような重大な違反の状態が発生している疑いが生じ、……国民の権利が侵害され、または侵害される危険があると考えられる場合において、……憲法判断を回避するといった消極的な立場はとらず、その国家行為の憲法適合性を審理判断する義務があり、上記のような違憲状態があるにもかかわらず黙過することで、「本来裁判所が憲法秩序、法治主義（法の支配）を擁護するために与えられている違憲審査権を行使することさえも次第に困難にしてしまうと、結果的には、憲法第99条が、裁判官をも含めた全公務員に課している憲法擁護の義務をも空虚なものに化してしまう」と述べている²⁴⁾。

この判決によると、裁判官に対する憲法尊重擁護義務がより強いものであると解するべき理由は、他の公務員の憲法尊重擁護義務についてその義務が遂行されているか否かを判断する権力を有するがためであるということではないだろうか。他者が憲法を尊重擁護しているかどうかを判断するためには、まずは自己が憲法を尊重擁護しなければならない。さらに、憲法尊重擁護義務が意味のあるものであるためには、裁判官の違憲審査権を行使しやすい環境を整備しなければならず、さもなければ99条は無意味な条文となってしまう恐れがあるということである。99条が法的義務を定める

18) 辻村みよ子『憲法 第6版』（日本評論社、2018年）、178頁。

19) 樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂『注解法律学全集4 憲法Ⅳ』（青林書院、2004年）353、357頁〔佐藤執筆〕。

20) 佐藤功「国務大臣の憲法尊重擁護義務——奥野法相の改憲発言の憲法問題——」法学セミナー310号、1980年、101頁。

21) 石村、前掲・注）3、202-204頁。

22) 佐藤、前掲・注）20。

23) 石村、前掲・注）3、207頁。

24) 札幌地判1973年9月7日判時712号24頁。

条文であるとするための手がかりは、裁判官の憲法尊重擁護義務にも存在していそうである。

但し、現行の制度において、違憲審査は付随的なものであるとされる。内閣総理大臣として靖国神社を参拝したことについて違憲性が問われた裁判で、99条違反も主張されたのであるが²⁵⁾、「我が国の現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ、裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所が具体的事件を離れて抽象的に法律、命令等の合憲性を判断する権限を有するとする憲法上及び法令上の根拠は存在しない」という判例を引用し²⁶⁾、「裁判所が具体的事件について裁判をする場合に、法律、命令、規則等に則った判断と憲法の解釈の如何による判断とがともに前提となるとときには、まず前者の判断をなし、その判断を経た上で、なおも具体的事件の解決のため憲法の解釈が必要となる場合にのみ、憲法解釈について判断するのが裁判所における違憲審査の在り方であると解される」としている。

99条に列挙される、天皇又は摂政、国務大臣、国会議員、その他の公務員の憲法尊重擁護義務にも影響を及ぼす裁判所は、違憲審査を積極的に行うことによって99条の義務を果たしたことと評価されると捉えることができる。そのためには、現行の付随的違憲審査制を見直さなくてはならない。

(3) その他の公務員

その他の公務員については、国家公務員法6条1項、97条、地方公務員法31条、警察法3条、自衛隊法53条等においてそれぞれの公務員に服務の宣誓をなすべきと規定しており、宣誓を拒否することは、懲戒事由になりえる。これらをもって99条の具体化であると見られるものである²⁷⁾。

25) 高松高判2005年10月5日訟務月報52巻9号3045頁。

26) 最大判昭和27(1952)年10月8日民集6巻9号783頁を参照している。

27) 省略したが、服務の宣誓書について、1949年の人事院規則14-6と1966年の改正後の宣誓書とでは、内容が全く異なっていることを取り上げた。倉持孝司「憲法尊重擁護義務は誰の義務か——憲法の最高法規性を見て歩く」法学セミナー522号、ノ

実際に裁判でも、公務員が上司からの憲法に反すると思われる命令には従うべきではないのではないかという点が問題となった例がある²⁸⁾。

(4) 国務大臣と国会議員

「国務大臣」「国会議員」以外は、考察の余地はあるものの、99条に基づく何らかの法的措置がとられていることを確認した。では、「国務大臣」「国会議員」においてはどうか。憲法改正を定めた96条における憲法改正発議権をもつ国会議員よりも、国務大臣の方がより重い憲法尊重擁護義務を負うという解釈は存在するが、両方とも具体的な義務違反に対する規定が存在するわけではない。何をする・しないことが憲法に違反することであるという決まりもない。第三者による審査の対象とされることもなければ、どこかの機関が代わりに責任を負うこともない。国の政策を行う権力を与えられた公的な存在が何の責任も問われることがないというのは、権力に対して「どうぞ腐ってください」と言っているようなものであり、権力が腐敗しないようにするためにも、効力のある歯止めが必要であると考ええる。そのような理由から、次節では、「国務大臣」と「国会議員」の憲法尊重擁護義務についての具体化を考える。その義務は、倫理的・道徳的なものであるか否か、学説について、これまでも問われてきたであろう国務大臣・国会議員の憲法尊重擁護義務についての事例や判例を確認する。

第2節 国会議員・国務大臣の憲法尊重擁護義務内容の考察

1. 倫理的・道徳的規範にとどまるか

通説によると、憲法99条は倫理的・道徳的性質のものであるといわれる。すなわち、本条にいう義務について、「公務員が公務に従事する際の『心構え』を宣言したもので、『道義的義務』を規

ノ 1998年、93-95頁。石村、前掲・注)3、208頁。

28) 後掲・注)30の砂川事件や、君が代ピアノ伴奏訴訟におけるピアノ伴奏をするように命じた職務命令(最判2008年2月27日民集61巻1号425頁)もこのようなことの例にあたると思われる。

定したもの²⁹⁾や、「99条が公務員ないし私人が行った個別具体的な私法上の行為の効力を規制するものではないとするもの³⁰⁾」という説明がなされる³¹⁾。道徳的義務であるとする理屈としては、佐藤幸治が「本条の定める道徳的義務がこれによって、法律上の効果を生じていると解される」としているように、99条が直接的に法的義務を有していないとしても、下位法律等で義務あるいは義務違反の際の罰則について定める根拠と解することができる。しかしこのような解釈は、「憲法の定める法的義務の法律による具体化であるともみることができる³²⁾」。すなわち、99条のもつ倫理的・道徳的な性質によって下位法律等に規定を設けることが要請されたものであると見ることもできる一方で、99条は法的義務として下位法律等に規定することを要請していると解することができる、ということである。上で確認した国会議員・国務大臣以外の憲法尊重擁護義務の具体化についても同じく見ることができる。つまり伝統的な学説においては、倫理的・道徳的か法的かといった区別は、とりわけ重視されてこなかったというべきであろう。

99条が具体的な権利の根拠であるとして行うことができるかについて争われた裁判がある。自衛隊関係費を所得税から徴収することに対して、憲法に違反しない税金の使用法を採るように国へ要求できるとする「納税者基本権」が、憲法30条と99

条から導き出されるのではないかという主張に対して地裁は、「公務員の憲法尊重、擁護義務は、原理的、道徳的な義務であって、これらの条文を根拠にして右原告らが主張するような納税者基本権といった権利を導き出すことはできない」としている³³⁾。この判決に対して小林武は、「形式論のみで、一律に完全に閉塞されるのは、果たして妥当だろうか」としつつ、「堅忍不拔の絶対平和主義・非暴力主義の良心・信仰をもち、かつそれにもとづく対世の実践が既に定評を得ている人々が原告になっている」という本件においてという留保付きではあるものの、「原告個々の良心・信仰の自由を直接侵害するものとして、その訴えの主観性を肯認することも、可能かつ必要なのではあるまいか」としている³⁴⁾。つまり小林は、すべての主張に対して直ちに権利と認めることはできないが、条件によっては権利と認めるべき場合もあるという。99条は倫理的・道徳的規範にとどまらず、権利を導き出すことができるものであり、その限りにおいて、99条が法的義務を有すると解釈すべきであるという主張だと見るすることができる。

本稿においては99条によって何らかの効果が生じるということを証明することを目標としているため、倫理・道徳的規範であるという理解以外の立場に立ちつつ学説を確認する。

2. 尊重擁護すべきは何か

どのような法的効果が生じるかではなく、尊重擁護すべきものが何かを重視して考えるべきとする学説が小林武によるものである。小林は、99条から発言に対する責任を導くべきであるとする立場で³⁵⁾、「憲法尊重擁護義務の核心は、まさに、憲法的価値に対してとる態度、すなわち憲法の尊厳への誠実の有無にある」という³⁶⁾。国務大臣が憲法改正発言をすること自体が99条違反であるとするのではなく、その発言内容で判断すべきであ

29) 東京地判1958年7月31日行集9巻7号1515頁(砂川第1審判決)。この判決は、著名な砂川伊達判決とは異なるものである。東京都知事(原告)は、砂川基地の拡張のために砂川町長(被告)に対して土地に関する書類を送付し、返答を求めたが、被告がその手続をふまなかった。そのため、原告は、被告に手続をふまよう命ずる判決を求めた職務執行命令裁判請求事件である。参照、清水睦「職務執行命令訴訟(地方自治法一四六条)における審理の範囲——いわゆる砂川事件の判決——」、法学新報65巻11号79頁、1958年11月。被告は、原告の命令が憲法尊重擁護義務に反するため従わないと主張している。

30) 水戸地判1977年2月17日判例時報842号22頁(百里基地訴訟)。

31) 阿部照哉「演習」法学教室No.39、1983年12月号、82頁。

32) 樋口他[佐藤執筆]、前掲・注)20。

33) 東京地判1988年6月13日判時1294号13頁。

34) 小林武「軍事的国費支出と良心・信教の自由」法学セミナー34巻4号、1989年、131頁。

35) 小林武「国務大臣の憲法尊重擁護義務にかんする一試論」南山法学5巻3号(1981年)、41-42頁。

36) 同上、54頁。

るというのである。小林は、「憲法自身が許容しかつ期待している「改正」の範囲と内容をともなった改憲論議」、すなわち「憲法の基本原理をより発展させる方向」であれば、その発言は、たとえ現行憲法を改正しようという趣旨であったとしても、「憲法典を歴史的に進歩させるための論議」であるため尊重擁護義務に反するものではないという³⁷⁾。「99条の示す憲法尊重擁護義務の正しい理解のためには、それを見わける法律観と歴史観の双方にまたがる賢明さが要求されて」おり、「憲法の基本原理を発展させる方向がどこにあるのかを把握すること」が必要であると述べている³⁸⁾。このような考え方によって、99条違反であると主張しても形式的な判断しかされてこなかった部分が、実質的な内容について考慮されるための希望となるように思う³⁹⁾。「憲法の基本原理を発展させる方向がどこにあるのか」という問いへの応答は容易ではないと小林も指摘しているが⁴⁰⁾、それほど研究されずして憲法を改正すると発言することはやはり問題であると思う。

3. 法的義務説・政治的責任説

(1) 「法的義務」とは何か⁴¹⁾

内野は、99条の理解について法的義務をもって「是とすべき」としている。この内野による法的義務説は、「99条の義務に背く行為は違憲の行為」という意味でとらえるべきである。このように理解するための前提が存在する。それは、憲法の尊重擁護義務は憲法規範の客観的な順守に限られる、「憲法遵守限定説」というものである。この学説の対となる学説が、憲法規範への精神的（倫理的・道徳的）な支持を含むとする「憲法支持包含説」というものである。内野は、99条を法的義務説で理解するためには、まず憲法遵守限定説に立脚しなければならないとする。憲法支持包含説を採るとすると99条を倫理的な義務である

と理解したことになるようである。法的義務の内容については、「かりに」「具体的な法的効果」を99条から「ただちに引き出すものではないとしても」法的義務説を採用したことになるとしていることから、99条から原則「具体的な法的効果」が導かれると考えているようである。また、99条を倫理的義務と理解すると、「憲法の他の諸条項も道徳的・政治的指針を規定したものである、とする理解が、論理的に導かれる可能性もあろう」という。つまり、倫理的義務にとどまるべきではなく、倫理的義務と解することで導き出される効果があるということである。「法的義務」という言葉の解釈次第で学説の捉え方が変わるという。以上のような学説の整理を行ったうえで内野は、「大臣の発言が21条によって保障されるか否かという問題と、それが99条違反になるかという問題は、別個独立の論点である」との理解を示している。

内野は、99条の文言の「この憲法」とは何を指すかについて言及しており、「この憲法」が国家机关の解釈とされる場合があることを示すも、それが必ず正しいとは限らないという。「この憲法」の中身は、上の「憲法遵守限定説」の説明で示された「客観的な遵守」を指していると思われる。さらに「このような立場からは、職務上の命令に対する「公務員の抵抗権も」「根拠づけられる」という。

(2) 政治的責任説

佐藤功による学説は、99条が政治的責任を課すにとどまると解釈されるものである。99条が根拠となって政治の場にて起こった憲法改正発言や違憲行為要請の表明などについて、説明責任を始めとする政治的責任を追及することができるという見解である。佐藤は、国務大臣の憲法尊重擁護義務に反する疑いのある発言について、とりわけ厳しく言及しており、99条から生じる責任・義務を積極的に追及すべき旨を論じている。しかし、その責任・義務の性格は、より強い拘束力を持つであろう法的なものではなく、道義的な意味を含むと理解される政治的なものであるとする。

佐藤は、憲法尊重擁護義務について「一般の法

37) 同上、54-55頁。

38) 同上、55頁。

39) 小林、前掲・注) 34。

40) 小林、前掲・注) 35、55頁。

41) 内野正幸「公務員の憲法尊重擁護義務」、法学セミナー416号、1989年、116-117頁を参照。

律の場合と同じように強制されるものではない」とし、法的義務説を採用することを否定するが⁴²⁾、それゆえに「公務員や国家機関には憲法を尊重し擁護する政治的・道義的責任がそれだけ強く要求される」と説く。

その責任の内容について佐藤は、99条に列举されている裁判官の義務と比較することで明確にしている。佐藤は裁判官の義務について、とりわけ違憲審査権を持つことで「憲法の番人」と呼ばれることに着目し、この意味で憲法尊重擁護義務が「裁判官に対して最も強く要求されるといってもよい」とする⁴³⁾。しかし裁判官の役割は、「憲法事件がその前に提起されたときにはじめて発揮されるにとどまる」ため、「受動的・消極的」であるとしている⁴⁴⁾。これに対して、国会議員・国務大臣がたずさわる立法や行政や政治は、積極的な性質をもち、それらの立法や行政が「裁判所によって違憲ではないと判断されたとしても、それによって議員や閣僚は憲法尊重擁護義務を完全に果たしたものとはいえない」とする⁴⁵⁾。

佐藤は、99条が憲法25条のプログラム規定と同様の性質を強くもつと指摘し、プログラム規定説の「法律やその委任によって各省大臣によって定められる生活保護基準が、裁判所によって仮に違憲ではないと判断されたとしても、それはあくまで一線より下廻れば違憲・違法であるというその一線を下廻るものではないということ」を判断したにすぎず、……生活保護基準を高めることに努力することが、議員や閣僚の任務である」という解釈を使って、99条についても憲法尊重擁護の質を高めることの努力が必要であるという解釈が可能であると指摘する⁴⁶⁾。よって佐藤は、裁判官よりも国会議員・国務大臣の憲法尊重擁護義務の方が「積極的に且つ不断に果たされなければならない、また法的な責任に限られない」とする⁴⁷⁾。こ

の文章からは、裁判官によって法的責任を追及された場合は、法的責任も負うものとの見解も読み取れるであろう。国会議員・国務大臣が政治家であるから政治的責任の存在が確認できるものであるが、政治の世界では憲法破壊の機会と可能性が付き物であることにも触れ、国会議員・国務大臣の憲法尊重擁護義務は「強く要求されているといわなければならない」と主張している⁴⁸⁾。先に述べられた「一般の法律の場合と同じように強制されるものではない」との主張の意味が、単に法的義務説を否定することを意味するものではないことがわかる。すなわち、佐藤による政治的責任説は、法的な判断の如何によらず履行すべきものであるというかなり強い意味をもつものであると思われる。

以上のような政治的責任は、国民主権を理由にした国民による監視をもってして担保されるとの見解である⁴⁹⁾。佐藤は、国民こそが最後の「憲法の番人」でなければならないとし、その役割を担うためには国民の「憲法への忠誠」についても要求されるべきとの立場である⁵⁰⁾。

(3) 国民による公務員の弾劾制度⁵¹⁾

石村は、「99条は法的義務と解して始めてその存在意義がある」⁵²⁾と言っていることからわかるように、99条に法的義務があることを認めている。ただし、「法的義務の中に道徳的義務からの要請を多く読み取ることも可能」⁵³⁾とも言及しており、法的義務と道徳的義務という学説が対立するという構図ではなく、法的義務の中に道徳的義務が含まれる場合があることを示していると理解できる。

石村の考えは、違憲立法審査権、憲法違反を是正する義務を99条に基づかせることで、公務員の憲法侵犯に対する制裁（罷免・懲戒等）の根拠ができるとし、「国務大臣等の憲法侵犯行為について、弾劾制度が設けられていないこと」を立法の

42) 佐藤功『日本国憲法の課題』（学陽書房、1976年）、180頁。

43) 同上、182頁。

44) 同上。

45) 同上、182-183頁。佐藤は、国務大臣を「閣僚など」と表記している。

46) 同上、183頁。

47) 同上。

48) 同上。

49) 同上、185頁。

50) 同上、186頁。

51) 石村、前掲・注）3、175頁以下、第4章。

52) 同上、195頁。

53) 同上、196頁。

不完全さといえることができるという学説に由来するものとみられる⁵⁴⁾。国会議員・国務大臣にどのような責任を負わせるかについて、99条が要請する責任は、「国民の信託を受けた公務員の義務を示す」ため、「国民に対する責任の態様は、民事、刑事責任とは異なった、懲戒責任」であるべきだといふ⁵⁵⁾、その懲戒責任の根拠としてさらに憲法15条を引き合いに出している。「憲法15条の精神は、公務員に対する国民の監視を第一とするものであり、そのかぎりでは公務員の責任は、決まって受難の責任にまで至る」⁵⁶⁾。15条は、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」という文言であるが、石村は、国民固有の権利たる公務員の罷免権の行使こそが99条に違反する行為をした公務員の懲戒責任を現実のものにするというのである。権力者による憲法違反の行為は、国民によって責任が果たされるということである。また、責任の内容と法的義務との関係について考えると、公務員は、特別の「職業的責任」を負うが、それは、懲戒責任と説明されると主張し、「公務員がその職務上、公法関係において一定の裁量権限を持つ場合、その裁量を誤って用いた場合でも、この責任は現れる」ため、「公務員がこうした責任を負う構造が成立する以上、憲法尊重義務にあっても、それは法的義務の範疇に属する」としている⁵⁷⁾。また、公務員の行為により利益を受ける者（本人）と公務員（代理人）との関係を接近させることにより公務員の義務の不明瞭化を防ぐべきであり、「こうした努力によって、民主的近代憲法における99条の存在意義は確たるもの」になるという⁵⁸⁾。

具体的な制度として、公務員（国務大臣・国会議員）の弾劾制度を導入すべきとしている。歴史的に、公務員の弾劾制度は、戦後、公法研究会によって導入が図られ、昭和22年国家公務員法第77条で弾劾による罷免が規定された時期があったと

いう⁵⁹⁾。しかし、後の改正で弾劾が「離職」の規定に変えられてしまったことを挙げている⁶⁰⁾。離職とは、具体的には失職や懲戒免職、退職を含む言葉であるが、「他にそれぞれに該当する条文がある以上」離職としたこの条文に積極的意義を見出すことができなくなったことを問題としている⁶¹⁾。元人事院総裁・浅井清が、「『弾劾』ということは、……国務大臣その他特殊の地位に在る官吏を問責する制度」であり「一般の行政官吏にまでこれを拡充すべきでない」と、弾劾を離職と改めた理由について主張していることを挙げる⁶²⁾。これに対し石村は、弾劾は、政治的資格を失わせるというある意味で刑事制裁よりも重大な制裁であり、15条は弾劾制度を完備して始めて「意味をもつもの」であるから、国会議員・国務大臣のリコール制度がない現状は「規定の不備」であると批判を述べる⁶³⁾。近年において、執政権という概念が登場し行政領域が拡大したことに伴って、行政訴訟の拡大による責任追及の余地ができたというが、弾劾制度が欠けている現状は「憲法上好ましくない」としている⁶⁴⁾。

4. 学説・事例に対する私見

(1) 学説の整理

通説、判例は共に倫理的・道徳的規範であるという理解であるが、法的義務の前提に倫理的・道徳的規範を位置付けている論者が内野、石村である。ここで倫理的・道徳的規範説と法的義務説が必ずしも対立関係にある学説であるとは考えられていないことがわかる。また、政治的責任説は、道徳的義務と並んで紹介される場合もある⁶⁵⁾。99条は倫理的・道徳的義務か法的義務か政治的責任

54) 同上、188-190頁。

55) 同上、178頁。

56) 同上。

57) 同上、196頁。

58) 同上、196-197頁。

59) 同上、197頁。

60) 同上。

61) 同上。

62) 同上。

63) 同上、198頁。

64) 石村「憲法尊重擁護義務と最高権力者の言葉」、前掲・注) 15。執政権については、石川健治「統治のゼマンティック」、憲法問題17、2006年、80頁を参照している。

65) 石村、前掲・注) 3、188頁。小林、前掲・注) 35、38頁。

を負うものかという伝統的な学説の対立は、3点全てが対立関係にあるべきではなく、倫理的・道徳的義務であることを前提に、法的義務説と政治的責任説とが存在すると考えるべきではないか。そのように理解することで、裁判所は、少なくとも倫理的・道徳的義務であるから法的判断は行わないという論理を選択できなくなるのではないだろうか。よって、倫理的・道徳的に発言や行為を省みるのみとするか99条によって義務が生じ責任を負うとするかを同列のものとして判断することができると思うのである。

(2) 憲法の何を尊重し擁護するのか

憲法の基本原理に違反する行為に対して、「憲法違反であるので是正してください」という主張が、一定の法的拘束力をもって存在することができるかと、上で確認した大臣の発言について、99条に違反した行為であるということができ、それについての是正要求が法的拘束力をもって可能になるのではないか。内野による学説理解では否定された大臣の発言に関する99条の法的義務適用であるが、小林説においては、99条が法的義務であると見ることで法的規制が可能になるのではないだろうか。

(3) 99条によって生じる義務・責任の検討

内野説は、違憲訴訟を提起することを前提にしている。国務大臣の発言について99条の法的義務を追及することは、明確に否定しているが、倫理的・道徳的義務説のリーディングケースである砂川第1審のような、比較的下級の公務員が職務内容について99条違反ではないかと訴える、公務員の抵抗権についての裁判においては有意な解釈として機能するものと思われる。

佐藤功による政治的責任説の検討を行う。石村は、政治的責任説について「道徳・政治的義務説」と称し、国民による公務員の監視が必ずしも実質的に追及されるものではないとしている⁶⁶⁾。道徳的義務と政治的義務とでは、意味内容にあまり大差がないとし、「下位規範法律に制裁が規定

されないかぎり」において99条違反であるからといって道徳的責任、政治的責任が生ずるのみであると批判的に述べている⁶⁷⁾。しかし、佐藤功による学説は、法的義務説を否定するものではなく、法的義務の他に責任が存在するとすれば、政治的責任であるという主張であった。政治的責任とは別に、法的義務から生じる責任について考えなければならないし、「責任」という点についても検討を行う必要がある。

石村の、憲法第15条1項を根拠に加えた弾劾制度の整備について、過去に弾劾制度が存在した点から、現在でもその可能性を探ることができる。弾劾制度といっても、制度設計によってさまざまな解釈が可能であるが、石村が15条1項の国民の公務員選定罷免権を根拠にしていることから、罷免を決定するのは国民であると想定されていると理解することができる。すなわち、当該制度の設計の如何はひとまず措くこととしても、当該制度が設けられていることにより、国会議員・国務大臣は、憲法違反の言動を慎むようになるのではないかという効果は期待できよう。

第3節 憲法尊重擁護義務を意味のあるものにするために

ところで、現行の制度には弾劾制度は存在しないわけであるが、そのような現状において法的義務説を採るか政治的責任説を採るかという議論は、その区別が明確ではないという指摘がある⁶⁸⁾。さらに蟻川は、政治行為の責任が問われたとして、そのことが法的問題であると判断され裁判として争われたとしても、判決には統治行為論が援用され、裁判所の審査にはなじまないと宣告される蓋然性が高いと指摘する⁶⁹⁾。このようなことでは、法的問題であると認識されたとしても、法的に問題解決できる役割が不在であることをいいことに、倫理的・道徳的責任あるいは政治的責任を追及するにとどまりそうである。裁判所が法的判断を下

67) 同上、188-189頁。

68) 小林、前掲・注) 35、38頁。蟻川恒正「「憲法の番人」に関する考察」法律時報88巻5号、2016年、12頁。

69) 同上、蟻川。

66) 石村、前掲・注) 3、188頁。

さないとする、一体誰が法的判断を下すことができるのだろうか。

蟻川は、苫米地事件最高裁判決と砂川事件最高裁判決において採用されている統治行為論について、その政治的な出来事に対する判断を最終的には国民が「憲法の番人」として判断することを期待した「逸すべからざる消息」があるという⁷⁰⁾。両事件の最高裁判決における統治行為論は、「憲法適合性判断が最終的に委ねられるのが国民であるとされている」特徴がある⁷¹⁾。しかし蟻川は、統治行為論の法的性格から国民に判断を委ねるとするのは、論理的必然性があるとは言えないため、国民が「憲法の番人」であるとした両判決の意味を探るべく、1952年から1971年まで最高裁判官であった入江俊郎の報告を参照している⁷²⁾。入江は、裁判所が「政治の領域と対決した場合」に、司法がそこに「踏み込む」ことを警戒していたと、蟻川はいう⁷³⁾。

国民は、先述したように99条によって憲法尊重擁護義務を負わされている存在ではないが、統治者が憲法を守るように監視するという意味の義務は負うとしている⁷⁴⁾。また、仮に国民が「憲法の番人」であったとしても、どのようなことでその「憲法の番人」たる役目を果たしたとされるのかという問題もある⁷⁵⁾。このような理解の上で蟻川は、「国民として」ではなく「個人として」の役割に期待すべきであるとしている。「公権力担当者が憲法を守らなければならないのは、民主主義の故ではなく、「立憲主義の要請である」ことに着目し⁷⁶⁾、主権者たる国民としてではなく個人という立憲主義によって根拠付けられる存在として表象されることで、憲法を公権力担当者に対して守らせることができるし、守らせたかど

うかは個人自身が自覚できるとする⁷⁷⁾。個人に課せられた政府が「憲法をさぼる」ことを監視する義務とは、「不断の努力を尽くす」ことである⁷⁸⁾。これが「個人の尊厳」の要請であるといい、国民が憲法の番人であるということを理論付けている⁷⁹⁾。

つまり、12条と13条を根拠に99条の義務の実質性を担保しようということである。個人としての国民が、公務員、とりわけ国政に直接関わることをできる人々に対して制限をかけるということである。この「個人としての国民」とは、水島朝穂の「立憲主義を理解する国民」と言い換えることができる⁸⁰⁾。13条を根拠に公務員が憲法尊重擁護義務を守っているか否かを国民の側が積極的に考えるべきであるとする奥野の議論についても同様のことを国民あるいは個人に期待していると読める⁸¹⁾。

国民が個人として公務員を監視するということは、並大抵ではない。また、日々の暮らしに精一杯になるあまり、憲法問題ばかりでなく現在の自己に直接的には関係のない話題について、考える余裕がないという国民が多数であるとは上述した⁸²⁾。だからといって政治を完全に委任してしまうと、私的な信念を実現するために権力を使うことをも許してしまうことになりかねない。国務大臣や内閣総理大臣といった地位にある人々によって民意を捻じ曲げられてしまっても、気づくことすらできないかもしれないし気づいた時には遅いかもしれない。国民は、そのような状態にならないように、憲法を理解しなければならない。

77) 同上。

78) 同上。

79) 同上。「個人の尊厳」というのは、立憲主義の要請である。現代憲法教育研究会編『憲法とそれぞれの人権 第3版』（法律文化社、2017年）、2-13頁〔中富公一執筆〕。

80) 水島朝穂「「憲法番人」をめぐる抑制と均衡の力学」法律時報86巻8号、18-24頁、特に24頁。蟻川も同論文を参照している。

81) 奥野恒久「2017年衆議院選挙と「安倍改憲」、法の科学49号（2018年）、190頁以下。

82) 同上。

70) 同上、14頁。

71) 同上。

72) 同上。蟻川は、入江俊郎「統治行為」公法研究13号（1955年）75頁、90-91頁を参照している。

73) 同上、蟻川、14頁。

74) 同上。蟻川は、高橋和之「天皇の国事行為に思う」世界525号（1989年）104頁、108頁を参照している。

75) 同上。

76) 同上、15頁。

第4章 法的義務内容の考察

第3章を受けて、新たに考察すべき問題が明確になった。第一に、国民に求められる憲法理解の程度に関連して、99条の義務を国民に委ねることの限界が存在するという問題である。第二に、99条から生じる責任が何をもって果たされたとするべきであるかということと、その判断を誰がするべきであるかということは、考え直される余地がある、ということである。これらの問題を考えることによって、99条に法的義務を認めることの意義を明確にする。

第1節 国民に委ねる理由と憲法理解の姿勢

1. 民主主義的側面からの理由

「民主制の最後の拠り所である「主権者・国民」が憲法の番人であるといわれる⁸³⁾。

2. 立憲主義的側面からの理由

主権者としての国民説（1条）、選定罷免権を根拠にした説（15条）、個人としての「憲法の番人」説（12、13条）、抵抗権説（12、15条）、すべての学説の根拠が憲法の条文に存在し、99条と合わせて理解することで効果を発生させることができる。

つまり、政治に関する最終判断を国民に委ねることは、民主主義的にも立憲主義的にも当然の帰結であるといえることができるのである。以下では、99条と国民の関係を手がかりに国民の憲法解釈の程度を検討する。

3. 9条が求める国民の憲法理解

佐藤幸治は、99条を「法的性質のものと解すべき」と示唆しつつ、国民の憲法尊重擁護義務について述べる文脈で、「憲法制定権力者である国民は、国家権力機構を構成する「公務員」に対してそうした法的義務を課し、憲法典の確実な実施をはかろうとするとともに、憲法典の究極的保障を

制定権力者自らの中における自発的な自由への共感に求め、そのような形において責任を担うとしているのだと解される」という⁸⁴⁾。ここで確認されたいことは、「立憲主義を理解した国民」でなくとも、憲法と無関係ではないということである。

憲法に関心のある人と関心のない人との間には、そのまま放置しておくだけでは共感が生まれない。憲法保障の課題において、「憲法保障のための啓蒙的・教育的制度」が必要であると説かれていたが⁸⁵⁾、この「自発的な自由への共感」を生むためにも必要であるように思われるが、誰もが本当に大切に思うことに対しては、寛容になれないことも確かであり⁸⁶⁾、「自発的な自由への共感」を生むために「啓蒙的」なアプローチを行うことは適切とはいえないのかもしれない。

「啓蒙主義的でない、市民の憲法意識への接近方法」について考察したのが木下智史である⁸⁷⁾。木下は、「市民の憲法解釈」という2004年の論考の中で、「憲法解釈に市民の解釈が影響」することから、「啓蒙主義的でない、市民の憲法意識への接近方法」について、アメリカ合衆国における「ポピュリズム憲法学」を参考に論じている⁸⁸⁾。木下は、「一回の人民投票や議会選挙だけで、「市民の真の意思」が測られると想定するのは、ふつうの市民が常に政治的な意識を覚醒させているという非現実的な前提に立つものであり、「ポピュリズムであるようにみえて、……実は啓蒙主義的である」と述べている⁸⁹⁾。

「市民の憲法意識が実効的な憲法のあり方に決定的な意味を有」し⁹⁰⁾、「憲法を支えるのは国民

84) 樋口他〔佐藤執筆〕、前掲・注）19、356-358頁。

85) 石村、前掲・注）4、11頁。

86) J・S・ミル〔斉藤悦則・訳〕『自由論』（光文社文庫、2012年）、26頁。ミルは、信教の自由に対する困難に関してこのように述べているが、このことは、信教の自由に限ったことではなく、自分の信条や、たとえ一時的な感情であったとしても同じことが言えるのではないかと認識して使用する。

87) 木下智史「市民の憲法解釈」、公法研究66号、2004年、149-159頁、153頁。

88) 同上、151-153頁。

89) 同上、156頁。

90) 同上。

83) 石村、前掲・注）4、11頁。

意識のありようにかかっている」ことを再認識しつつ⁹¹⁾、日本の憲法学が啓蒙主義的であったことを省みて、「啓蒙主義的でない、市民の憲法意識への接近方法」、すなわち「あるがままの、「ふつうの市民」の憲法解釈・憲法意識」に最も近い立場として、アメリカ合衆国で有力となりつつあるといわれている「ポピュリズム憲法学」について論じる⁹²⁾。

体系的な説明ではなく従来の民主主義的な憲法学との区別でとらえると、ポピュリズム憲法学とは、「従来の主流憲法学に存在するエリート主義への批判的視点である」という⁹³⁾。木下は、自他ともにポピュリズム憲法学であると認めているアメリカの学者、マーク・タシュネット、リチャード・パーカー、アキール・アマー、ジャック・バルキンらの主張を5点にまとめている。①「憲法を一般の法律よりも高次の法とし、憲法の役割を、多数決により制定される法律から少数者の権利を保護することのあるとする、憲法についての一般的な見方も、多数者を構成する人々が誤りを犯しやすく、少数者の権利を侵害しがちであるという「一般人の政治的エネルギーに対する軽蔑」に基づくものということになる」という主張⁹⁴⁾、②住民投票制度を是とし、議員による討議や、裁判所や「共和政体」の保障に頼るのではなく、「イニ

シアチブを立ち上げるなどして積極的に応答すべき」とであるという主張⁹⁵⁾、③民主的正統性を欠く裁判所による違憲審査制や司法審査はなくてよいという主張⁹⁶⁾、④人民はいつでも憲法改正や統治の形態の変更、改廃ができるとする「人民の憲法制定権力の発動を解放」の主張⁹⁷⁾、⑤「人民の自己統治という理念＝「薄い憲法」に……十分深くコミットしていれば、裁判所による違憲審査などなくても、憲法の基本的な枠組みは自動執行的に守られていく」という主張である⁹⁸⁾。これらの主張には批判があるが、木下は、「憲法の実現にとって人民の意思が決定的な意味をもつと説くポピュリズム憲法学の根幹が否定されているわけではない」という⁹⁹⁾。

国民が「国家権力の行使を正当づける究極的な権威」であり、「国の政治のあり方を最終的に決定する権力」を行使するものであることは、国民主権を根拠に認められていたはずであるが、「市民がどのような形で「究極的な権威」を現し、「最終的な決定権」を行使するか」が問題であるという¹⁰⁰⁾。木下は、「人民の真の意思」をどのように顕在させるか」という点において、「市民の意思」の「代表機関」は、「市民の意思」を「篡奪」する「危険が常に存在する」ことを指摘し、それを防ぐシステムとしての「違憲審査制を含む

91) 同上、150-151頁。木下は、小林直樹『日本人の憲法意識』（東京大学出版会、1968年）、1頁から引用している。

92) 同上、153頁。

93) 同上、153頁。木下は、ポピュリズム憲法学の意味について、阪口正二郎の論稿を参照するよう述べており、阪口によると、ポピュリズム憲法学におけるポピュリズムとそれ単体のもつ意味とは、内容が異なるとされる。ポピュリズム憲法学とは、アメリカにおける立憲主義への懐疑から起こり、「立憲主義と民主主義が対立する場合には民主主義を選択すべき」という、リベラル派・ラディカル系の立場をとる側からの議論である。阪口正二郎「アメリカ憲法学における民主主義論の動向と立憲主義の動揺——ポピュリズム、共和主義、リベラリズム」憲法問題13号、2002年、112頁以下、113-115頁。

94) 木下、同上。木下はここで、Richard D. Parker, "HERE THE PEOPLE RULE": A Constitutional Populist Manifesto 73-75 (1994). を参照している。

95) 同上、153-154頁。木下はここで、Mark V. Tushnet, *Fear of Voting: Differential Standards of Judicial Review of Direct Legislation*, 1996 Ann.Surv. Am. L. 373, 379-83. Richard D. Parker, *The Revitalization of Democracy: Power to the Voters*, 24 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 179 (2000). を参照している。

96) 同上、154頁。木下はここで、Mark V. Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Courts* (1999). を参照している。

97) 同上。木下はここで、Bruce Ackerman, *WE THE PEOPLE: Foundations* 6, 267-68 (1991). Akihil Reed Amar & Alan Hirsch, *FOR THE PEOPLE: What The Constitution Really Says About Your Rights* 7-18 (1998). を参照している。

98) 同上、154-155頁。木下はここで、Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Courts*, pp. 50-53. を参照している。

99) 同上。

100) 同上、156頁。

権力分立制」は必要であると述べる¹⁰¹⁾。このように、「国民主権をとる多くの憲法が権力分立制を維持しているのは、自由の保障のためばかりでなく、「市民の真の意思」を顕在させるために、さまざまな国家機関間の抑制・均衡が有効であるからにはかならない」ため、ポピュリズム憲法学と立憲主義とは、長期的には矛盾しないと主張する¹⁰²⁾。

この主張は、市民の意思＝民意であるとする、民意は民意の代表機関によって篡奪される危険性を常にはらんでいることを第一に述べている。それを防ぐためには、市民が「ふつうの」憲法解釈・憲法意識をもつことと、「違憲審査制を含む権力分立制」が「正常に」機能することとが求められるということを示しているかと思われる。99条の義務内容を国民に求める学説は、ポピュリズム憲法学がカギを握っていることは確かであるかと思われる¹⁰³⁾。次節では、「人民の真の意思」を顕在させるための「違憲審査制を含む権力分立制」に関連して、裁判例における99条の扱われ方に対する私見を述べたい。

第2節 判例に基づいた99条で追及される責任の内容¹⁰⁴⁾

裁判所は、99条を理解する際に倫理的・道徳的義務説に立ち、そのことによって法的判断を行わないと主張していると思われる。しかし、司法判断を行わないということは、司法判断を行うこともできるが今は行わないということであるとも考えることができる。倫理的・道徳的義務ではなく法的義務であるとすれば、司法判断を行うかもしれないということである。法的義務説に立った場合に生じる効果のうち、99条それ1つから生じるべき効果は、99条から司法判断が行われる状態ではないだろうか。

101) 同上。

102) 同上。

103) 木下は現在、「ポピュリズム憲法学と立憲主義に関する総合的研究」を行っている。<https://kaken.nii.ac.jp/grant/KAKENHI-PROJECT-18H00797/>を参照（最終閲覧日：2018年11月20日）。

104) 省略したが、ここで参照した判例は、前掲・注）29、前掲・注）30である。

1. 判例

(1) 消費税・消費税法違憲訴訟

消費税・消費税法違憲訴訟は、選挙時に掲げた公約とは正反対の政策である消費税導入を行ったとして、リース業を営む原告が被告である国に対して国家賠償請求をし、被告の行為の違憲性が問われた。第1審では¹⁰⁵⁾、原告は「消費税法は国民全体の意思に背くものであるから、消費税法は憲法15条2項、99条に違反し無効であり、これを制定した国会議員の立法行為は違憲、違法である」と主張したが、地裁は、「国民の自由な言論及び選挙を通じて解決されるべき国会議員の政治的責任の問題」とし、99条の政治的責任説を採りつつ、個人としての「憲法の番人」論をもって解決を図るべきであるとの理解を示しているようにも読むことができる。その上で地裁は、「ある法律が憲法に違反するか否か、国会議員の立法行為が国家賠償法上違法と評価されるか否かを判断するにあたっては、全く関係のないことがらであって主張自体失当である」と述べる。裁判所の管轄外の問題であることに加え、主張が不適当であると断言しているのである。

これを受けて原告は、同様の主張で控訴するが、高裁は¹⁰⁶⁾、「国会は国の唯一の立法機関であり、両議院は国民を代表する選挙された議員で組織されていることから、本件消費税法が国会において可決された以上、それは国民の意思に基づくものとみなされ」とし、99条違反ではないと判示した。政治的批判をすることは自由であるが、裁判所が法律の正当性について調査するということは、「間接的民主制……を無視するものといわざるを得ない」と判断したのである。これが以後の上告審でもそのまま引き継がれ¹⁰⁷⁾、「原審の判断は正当として是認することができ」とされた。上告審では、裁判官の憲法尊重擁護義務の内容である違憲審査を行っていないとの批判的主張が加えられただけでなく、抵抗権や国家権力の憲法尊重擁護義務違反を新たに主張したが、検討されることはなかった。

105) 岡山地判1990年12月4日判時1424号47頁。

106) 広島高裁1991年12月5日。

107) 最判1993年9月10日。

(2) 納税者基本権

第3章で挙げた、99条が納税者基本権の根拠となるとの主張についてである。原告は、敬虔なクリスチャンであり、「キリスト教徒として絶対平和主義の信条をもつ」ため¹⁰⁸⁾、自分たちが納めた税金が軍事費に使われることを拒否する権利を主張した。地裁では¹⁰⁹⁾、99条と憲法30条とを併せることによって納税者基本権の根拠となり、これによる納税拒否が原告側から主張されたが、「憲法尊重擁護義務は、原理的、道徳的な義務であって、これらの条文を根拠にして右原告らが主張するような納税者基本権といった権利を導き出すことはできない」と判示された。さらに高裁において原告は¹¹⁰⁾、30条のみを根拠にするのではなく、抵抗権に基づく納税拒否と良心的軍事費拒否の権利を主張した。抵抗権は、2章で確認した学説を採るとすると、99条だけでなく憲法のあらゆる条文が根拠となるが、高裁は「現行憲法上明文をもって抵抗権の存在を認めた規定はなく、また、抵抗権の成立する法的根拠やその行使のための条件、態様等をめぐって意見の対立があり、いまだ具体的かつ明確な権利として確立しているとはまではいえない」とし、抵抗権を根拠にする「理由がない」とするだけでなく、原告らの主張を「独自の見解である」から採用しないとしている。さらに、「国費の支出の違憲を理由に租税の賦課・徴収の違憲・違法や租税の支払拒否権を問題とする余地」はないと断言している。

(3) 西宮市健康保険条例改正行為・過程の違憲性

「国民健康保険法と同法施行令の下で、平成11年に西宮市健康保険条例は改正され、国民健康保険料の所得割額が市県民税額方式から旧ただし書方式に改められた」事例は、「本件条例改正行為又は改正過程での市当局者等の行動は憲法……99条に違反」するのではないかと争われたものである¹¹¹⁾。原告は、被告である西宮市長に対し、「本件条例改正が憲法違反であることを認識していた

のに、西宮市議会や西宮市運営協議会でそれを説明しなかった……行為は憲法99条に違反する」と主張し、「このような違法な行為により制定された本件改正条例は違法であり、違法な改正条例に基づく本件各処分も違法である」という。この主張に対する裁判所の検討は、「本件条例改正が憲法や法律、政令、条例等に違反する違法なものであるとは認められない」と先に断言し、「それに、憲法99条は公務員の憲法擁護尊重義務を規定しているが、この義務は倫理的・道徳的性質のものであり、同条から直ちに具体的な立法行為（条例の改正を含む。）が違法になるものではない」と判示する。すなわち、99条の倫理的・道徳的義務説を採用しない立場からは、具体的な立法行為に対して、直ちに違法で無効となるような効果があると考えることができるとのことではないだろうか。

2. 99条の解釈をめぐる裁判所のとるべき立場

(2)において、「国費の支出の違憲を理由に租税の賦課・徴収の違憲・違法や租税の支払拒否権を問題とする余地」はないとされた点、(3)において、99条から「直ちに具体的な立法行為が（……）違法になるものではない」とされた点が、それぞれ注目されるべきである。国に対して、新たな憲法上の権利を主張したり、憲法違反の行為をしているのではないかと主張したりするためだけの制度は、現行制度上存在しない。国家賠償請求訴訟など、主観的な訴えを起こすことでしかこのような訴訟を提起することができない。憲法第98条1項を根拠に、住民訴訟（地方自治法第242条の2）のような制度が整備されるべきであると主張されるところである。しかし、98条1項を根拠とした場合、国に対する客観的な権利主張や違憲行為を訴える制度が現行法上存在しないことは、政府の立法不作為であることが帰結になってしまう。政府による立法を待っていても、一向に制度化されないのではないだろうか。政府による立法が待てないから、主観的な訴えを起こすという「苦肉の策」を取らざるを得ないのではないだろうか。この状況を打開するためには、99条から「直ちに具体的な立法行為が」違憲となるといえ

108) 小林、前掲・注) 34。

109) 前掲・注) 33。

110) 東京高判1991年9月17日判時1407号54頁。

111) 神戸地判2004年6月29日判自265号54頁。

るようにすべきであると考え。すなわち、99条を法的義務説と解釈することをもって、まだ審議中の法案から既に施行されている法律までについての違憲訴訟を提起できるように解釈するべきではないだろうか。2章の結論部分で示した、99条の法的義務に基づく是正要求が、どのようにして法的義務をもつようになるかという点について、裁判所が判断することによって法的義務をもつようになるというべきである。裁判所がそのように判断することができるようになるための学説が必要になるのであるが、これについては本章3節で述べる。

憲法第81条は、「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」と規定する。「一切の法律、命令、規則又は処分」とは、「厳密に限定されるものではな」く、例示的列举と解することも妥当であるといわれる¹¹²⁾。さらに、立法府の裁量権との関係で限られることにはなるが、国家機関の不作为についても違憲審査の対象となると解される¹¹³⁾。裁判所が立法内容についての判断ができるとすることの妨げになるものは、形式的には無いのである。よって、99条の法的義務説をもって、国を相手取った客観的な違憲訴訟が提起できるとすべきである。

第3節 「人」の責任から「行為」の責任へー司法によって追及されるべき責任とは

99条をもって違憲訴訟が提起されて、違憲審査が行われるとする。その審査は、何を審査すべきだろうか。どのような効果が生じるかについてより区別することに重点を置いて考えるためには、何に対して課されるべき義務かということも考える必要があるのではない。実は、当然のようであるがゆえに、何に対して課すものとするべきかということの考察が抜け落ちているように思う。誰に対して課されるものかと問われれば、もちろん99条に列举されている公務員に対してである。そうではなくて、誰の、何に対しての憲法尊重擁護義務であるべきか、である。

この問題提起は、どのような責任を負うものかという議論と少し類似するように思う。法的・政治的というレベルではなく、より具体的であり、抽象度の増すレベルにおける責任問題である。すなわち、刑事責任・民事責任・懲戒責任といったレベルでの責任論である。これについては石村がすでに言及しており、刑事・民事ではなく懲戒責任を負うべきとの見解を示している¹¹⁴⁾。何をもちて懲戒による責任と定義するかを「その人が苦痛に思うこと」とすると、公務員にとって最も苦痛であると考えられるのは、その職務に二度と携われないということであると考えられるため、懲戒責任をもってしかるべきであるということである。なるほど、憲法を尊重擁護していないというある種の「思想」をもった者を公務員に採用すべきではないということが読み取れる。

しかし、そのような内容の責任は、ドイツの憲法忠誠を彷彿とさせる。すなわち、そのような責任を取らせるとすることは、日本においてはいささか強力すぎるのではない。上で確認した通り日本国憲法は、自由の敵にも自由を認めつつなお自由を保持しようということを目指しているものである¹¹⁵⁾。この点ともすれ違いが生じるのではないだろうか。

この懲戒責任論は、憲法を尊重擁護していないと思われる思想に対しては無意味である。内心が表出されるのは、その内心にもとづく行為があった場合である。その行為に対しての責任を取るのが公務員たる「人」である、という帰結に由来するのがこの懲戒責任論であると思われる。では、行為に対する責任を取るのがその行為主体である「人」であるという帰結は、憲法尊重擁護義務にも妥当する帰結であるということができののだろうか。この論点が、何に対して課されるべき義務かという問いの求める応答である。

99条に違反する、だけではなく、他の憲法の条文に反する行為や発言が厳しく追及されたり、もっと世俗的なことで責任論を持ち出されたりするときに、役職に就いている「人」はその役職を辞任することや、役職に就いていなくてもその組

112) 浦部・前掲・注) 1、384-385頁。

113) 同上、385頁。

114) 石村・前掲・注) 3、178頁。

115) 樋口他〔佐藤執筆〕、前掲・注) 19。

織から脱退することがしばしばある。このような排除的思考による措置がとられる場合とは対極的な、排除ではなく問題行為の行動主である「人」の問題性を許すという組織の側の判断も考えられる。

思うに、排除的な措置は、他者からの批判にさらされる「人」を排除し、組織内の平穏を守ろうとする行動であるといえる。その「人」は、この意味において、組織から危害分子であると認識されていると見ることができる。よって、危害分子を排除することで、責任を取ったと見せることができる。いわゆるトカゲのしっぽ切りとよばれる場合も、同様な思考によるものであると考えられる。しかし、「人」を排除するという表面的な措置で解決を図ろうとするもので、憲法を尊重擁護しているか否かという論点については、必ずしも解決されたとは言えないのではないだろうか。故に責任を取ることができたか否かについても曖昧なままであるし、その点について曖昧にする目的で上記措置が取られる場合さえ否定できない。

一方で、「人」による問題となる行為を許す立場において、行為や発言について説明することをもって責任を果たせたため、違反事実がないと説明するため、職務を全うすることで責任を果たすため、などの説明をもって、その「人」が職務を続投する場合がある。これらは、どのような措置をもって「責任をとる」とするかという説明を行ったという点においては、説明責任を負っていると評価できる。しかし、そのようなことで、十分に責任が果たされたということができないのではないか。そのように感じる要因は、その説明に対する反論がまだあり得るからである。一度反論が提起されたとなると、その反論する者が納得するまで討論し、妥協点を見つけることに至って初めて、説明責任を果たしたといえることができるのではないだろうか。ただ一方的に説明しているだけでは、説明責任を果たしたとはいえない。このようなことは、民主主義の一形態である討議・熟議民主主義の求める政治でもある。民意を基盤にする政治家たちは、民主主義が求める政治を行うべきものである。民主主義に基づく説明責任を果たさない限り、責任を取ったとはいえないと考え

る。

以上のことを考えると、「人」が責任をとるように求めるのは、99条の要請ではないのかもしれない。憲法を尊重擁護していないと思われる「人」に責任を取らせるべきではないとすると、憲法を尊重擁護していないと思われる「行為」自体に責任があると考えられないのではないだろうか。「行為」自体の責任とは、憲法を尊重擁護していないと思われる行為を違憲即無効であると判断されるべきであるということである。問題となった「行為」は、憲法に立脚して憲法的価値が無いと判断されることで、憲法に立脚した「行為」に近づく努力がなされることが期待される。そうすることで、立憲主義的な「行為」、本稿においては政治が、実現へと近づく¹¹⁶⁾と考える。その判断を行うのは、裁判所である。第2節で述べたように、立法過程を含む立法行為に対する違憲審査を99条に照らして行うべきである。

第5章 むすびと展望

民意が反映されない政治について、99条の憲法尊重擁護義務に違反する行為であるか否かを、裁判所に提起することができるようにするべきである。裁判所は、99条の倫理的・道徳的義務を採用することを理由に司法審査を避けることは、道理に合わない。99条の倫理的・道徳的義務は、99条の法的義務説と政治的義務説の前提であると理解すべきであるからである。したがって、問題とされた行為が、99条に違反するのかどうか、違反するのであればどのような法的責任が導き出されるかを裁判所が判断すべきなのである。裁判所に提起するのは国民である。国民は、政治家が憲法を

116) 責任という言葉について考えるようになったのは、大屋雄裕「人格と責任——ヒトならざる人の問うもの」『AIがつなげる社会』(弘文堂、2017年)、344頁以下、に触れたことがきっかけである。大屋は、責任について、瀧川裕英『責任の意味と制度——負担から応答へ』(勁草書房、2003年)の2章を参考にしている。本稿において責任内容について考えようと意識的に参照したわけではないが、これらの文献に触れたことが3章3節に間接的な影響を与えているかもしれないため、注釈に記しておく。

尊重擁護しているか監視する責任があるといえる。その意味において国民は、立憲主義を理解しなければならない。

今後の展望を述べる。①99条が法的義務である明確な根拠や99条を根拠とした権利について②訴訟の制度設計③外国文献（たたかう民主制、ポピュリズム憲法）④代表概念や国民像を中心として、さらに研究を進めたい。本稿は、国会議員・国務大臣による権力の暴走ともいえる現象に対し、政治において実現すべき憲法的価値とは何かと問うことによって、憲法上の制限を加えることができるという理論の一助になったことを願いたい。しかし、このような課題に対応する理論は、実際の社会において実現されなければ机上の空論である。実現できるようにするためには、上記のような根本的な問題をより深めて考察することから始めなければならないように思う。