

信託行為としての日本国憲法

橋 本 基 弘

はじめに

一 憲法と信託

二 憲法と信託的構成
おわりに

はじめに

「疑惑に正面から答えず、資料を要求されると『遅滞なく廃棄した』。批判に対しては『何ら問題はない』で押し通す」。不都合な出来事を『なかったこと』にして葬ろうとする姿勢からは、国民の代表としての誇りも責任感も感じられない¹⁾」。

このような憤りはどこから生まれるのか。国家が説明責任を果たさないことがなぜ問題なのか。そして、なぜ国家

は説明責任を果たさなければならぬのだろうか。

今から一〇年近く前、新井誠先生から「憲法に書いてある信託とはどういう意味ですか」と尋ねられたことがある。そのときどのように答えたのかは覚えていない。わが国屈指の信託法研究者を前に、中途半端な答えを出すわけにはいかないと考えた記憶だけが残っている。

そのときから時間は過ぎ、新井先生は、今春定年を迎えられる。同僚として過ごした時間の中で貴重な示唆を与えられたことは多い。学部間協定締結のため、ミュンヘン大学に同行した思い出もある。そのような中で、記念論文集の責任者である原田剛先生から寄稿を求められた際、新井先生から与えられた宿題をまだ提出していないことを思い出した。

この小論は、「日本国憲法における信託について論ぜよ」という先生から与えられた課題への解答である。いざ解答してみると、書き足りないところや論証不足も目立つ。新井先生の苦笑いを思い浮かべつつ、この小論をささげた。

一 憲法と信託

1 日本国憲法と信託

(1) 前文と九七条

日本国憲法には二か所「信託」が登場する。まず前文第一文には以下のように書いてある。

「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、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。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。」

次いで、九七条には「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」と書かれてある。

同一法令における同一用語は同じ意味で解釈すべきである。前文における「信託」と九七条における「信託」が同じ意味かどうかは、後に述べる。ここでは、まず前文が掲げる「信託」の意味を説明することにしよう。⁽²⁾

(2) 前文第一文の制定過程

この箇所は、「憲法改正草案」(マッカーサー草案を受け入れた日本政府は、一九四六年三月二日に作成した試案をもとにして、三月六日「憲法改正要綱案」を公表した。「憲法改正草案」は、これを草案の形に整えたものである)がそのまま反映されている。

この草案には、「そもそも国政は、国民の崇高な信託によるものであり、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、その利益は国民がこれを受けるものであつて、これは人類普遍の原理であり、この憲法は、この原理に基づくものである」とあったものが、若干の手直しをしたうえで衆議院の審議に付された経緯があ

る。⁽³⁾ さらに遡ると、GHQ民生局が作成した原案は、「この憲法は、国政は〔国民の〕厳肅な信託によるものであり、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受するという、普遍の原理に基づくものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令および詔勅を排除する」となっていた。⁽⁴⁾

帝国議会（衆議院）の審議において、金森國務大臣は「信託」を以下のように説明している。

「前文ノ「國政は國民の崇高な信託によるものであり、」ト云フコトノ此ノ意味ハ、国政全般ヲ指シテ居ル訳デアリマシテ、国ノ政治ハ、政治ヲ現実ニヤツテ居ル人ガ、自分ノ為ニヤルノデハナイ、国民全体ノ為ニヤツテ居ルノデアアル、斯ウ云フ考ヘ方デアリマス、詰リ国政ト云フモノガ動モスレバ為政者ガ自分ノ考ヘヲ実行シ、自分ノ為ニヤルト云フ一ツノ考ヘ方ガアリマシテ、ソレヲ此処デハツキリト、国政ト云フモノハ、ヤツテ居ル人ノ自分ノ心持デヤルノデハナイ、全ク国家全体ノ為ニヤルノダ、言換ヘレバ国民ノ其ノ総意ヲ国政ガ引受ケテヤルノダ、斯ウ云フ政治ト国民トノ關係、随テ又政治ヲ担任スルモノト国民トノ關係ヲココニ明カニシタ訳デアリマス」⁽⁵⁾

「第九十三条ノ信託（現九七条―筆者注）ハ、前文ニアリマス信託トハ幾分意味ガ違ツテ居ルノデアリマス同ジ信託ト云フ言葉デアリマシテモ、前文ニアリマス信託ハ、本来ハ国民ニ属スルモノデアリマス、ソレヲ承ケテ国政、即チ政治機関ガ運用シテ行ク、ダカラ本体ハ国民デアルケレドモ、ヤツテ行クノハ政治機関デアアル、斯ウ云フ意味デアリマス、ソレカラ第九十三条ノ信託ト云フノハ、是ハ大事ニ扱ハナケレバナラヌヌ本當ニ貴重ナ權利

デアル、永久ノ權利デアルカラ、自分ノモノデアルカラ叩キ懐シテモ宜イトカ、ソシテ風ニ心得テハイカヌノデアル、永久ノ權利トシテ大事ニ保存シテ行クベキモノデアル、斯ウ云ウ意味デ信託ト云フ言葉ガ使ハレテ居ル、即チ預カリ物ト云フヤウナ意味デ大事ニシテ行カウト云フ、サウ云フ氣持デアリマス」⁽⁶⁾

「信託ト云フ言葉ハ一ツノ沿革ノアルモノデアリマシテ、実ハ前文ヲ御説明申上ゲマスル為ニハ、其ノ基本ノ考ヘカラ申上ゲナケレバ分ラナイト思フデアリマス、基本ノ考ヘト申シマスルノハ、例ヲ取ツテ見マスレバ日本ノ法律制度ノ中ニ信託会社ト云フ風ナモノガアリマシテ、ソコニ信託ト云フ法律關係ガ行ハレテ居リマス、大体ハ法律關係ヲ指シテ居ル訳デアリマセヌガ、考ヘ方ハ其ノ考ヘデアリマシタ、本来政治ト云フモノハ国民ガ行フベキモノデアリマス、是ハ誰ガ考ハテモサウダラウト思ヒマス、併シナガラソレデハ国民ノ全体ガ政治ヲ行フコトガ出来ルガ、国民ガ一固マリニナツテ裁判ヲスルコトガ出来ルカ、国民ガ一固マリニナツテ或ル特定人カラ税金ヲ取立テルコトガ出来ルカト云ヘバ、是ハ出来マセヌ、ソコデ実行ノ面ニ於キマシテハ、政治ハ必ず或ル特殊ノ人ガ政治ヲシナケレバナラス、或ハ国会ニ於テ法律ヲ議スルトカ、或ハ内閣ニ於テ国ノ行政方針ヲ決スルトカ云フ風ニヤツテ行カナケレバナラスコトニナリマス、サウスルト、本来働クベキモノハ国民デアリマス、ケレドモ現実ニ行フモノハ議會ノ議員トカ役人トカ云フモノデアリマス」⁽⁷⁾

金森の答弁は、前文における「信託」と九七条の「信託」が異なる意味をもつものと考えられていたことを示している。前文における「信託」は、法的な意味での「信託」をある程度意識して用いられていたことが理解できる。

(3) 憲法解釈の反応

「信託」を憲法学者はどうとらえたのであろうか。

宮沢俊義の態度は素っ気ない。「『国政は、国民の厳肅な信託によるもの』とは、国の政治は、元来、国民のものであり（国民主権）、国民によって信託されたものであり、けつして、政治に携わる人たち自身のものではないから、常に国民に対する責任を忘れてはならない、という意味であろう」と述べるにとどまる。「信託」に特段の法的意味を見いださない姿勢といえる。

佐藤功の姿勢も宮沢と大きく異なることはない。

「この『信託』の文字を、直ちにそこに英米法における『信託』の法理が用いられていると解することはできないであろう。しかし、この『信託』の概念を、信託された者（受託者）は信託した者（委託者）の意思に反しないようにその信託された財産や業務を管理しなければならないという拘束を受けるという程度に理解するならば、この『国政は国民の信託によるもの』という文字は、国政はほんらい国民のものであり、国政の権力を行使する者のものではなく、それらの者はその権力を国民から信託されたものであり、したがって国民からの信託に背かないようにその権力を行使する責任を負うという趣旨を適切に表現しているといえよう」⁽⁹⁾と述べている。

一方、樋口陽一のスタンスはこれらとは少し異なる。樋口は、「信託」には、ジョンロック『市民政府論』の影響がみられるとする。そのうえで、前文における「信託」がアメリカ革命を経て日本国憲法にまで到達している思想を読み取ろうとしている⁽¹⁰⁾。ただし、このことから「信託」に何らかの法的意味を付与するかどうかは明らかにされては

いない。

「信託」の理解によって、個別の解釈問題の答えが変わるということは考えにくいかもしれない。前文の法的効力に関する問題もかわってくる。このことも影響して、憲法解釈において「信託」の意味の解明にこれまで労力が割かれてこなかったではなからうか。

けれども、政治学者の松下圭一が痛烈に批判したように、このような憲法学の姿勢は適切であったのだろうか。⁽¹¹⁾ 憲法があえて「信託」という言葉を用いた背景にあるもの、あるいは志のようなものには、個別の条文解釈の指針や姿勢に示唆を与えるところはないのであろうか。「信託」の観点から、日本国憲法を読み直してみるとどうなるか。これは検討するに値する作業のように思われる。松下の批判から、すでに半世紀が経過しようとしている。その間、憲法学の側から「信託」と向き合う研究がほとんど示されてはこなかったのも事実である。⁽¹²⁾

2 憲法と信託

(1) 信託の起源

日本国憲法前文第一文は、「アメリカその他の著名な歴史的文書を参考にしている」⁽¹³⁾。これをヴァージニア憲法（ヴァージニア権利章典が憲法に編入されたもの）および『フェデラリスト』と対照させたとき、三つの文書が同じ発想に基づくものであることがわかる。⁽¹⁴⁾

The constitution of Virginia Section 2.

信託行為としての日本国憲法（橋本）

That all power is vested in, and consequently derived from, the people, that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them.⁽¹²⁾

The Federalist 46 (James Madison)

The federal and State governments are in fact but different agents and trustees of the people, constituted with different powers, and designed for different purposes.⁽¹³⁾

The Constitution of Japan

Government is a sacred trust of the people, the authority for which is derived from the people, the powers of which are exercised by the representatives of the people, and the benefits of which are enjoyed by the people.⁽¹⁴⁾

信託とは、「財産権を有する者（委託者）が自己または他人（受益者）の利益のために当該財産権を管理者（受託者）に管理させる制度である。憲法の場合、委託者と受益者は同じである（自益信託）。この三つの文書を比較したとき、日本国憲法前文が最も明確に信託的構成を取っていることが理解できる。ヴァージニア権利章典から始まり、アメリカ独立の理論的基盤となったフェデラリストに影響を与え、合衆国憲法の制定を経て、世界的な規模で近代立憲主義を正当化した思想の背景には、この「信託」概念があったことは明らかである。

(2) ヴァージニア権利章典

ヴァージニア権利章典作成の中心的執筆者は、ジョージ・メイソン (George Mason) であるといわれている。⁽¹⁵⁾ 独学

で弁護士となったメイソンは、当然英国法にも通曉していた。この法律知識をもとにして、英国議会の圧政に対抗し、アメリカ独立戦争の知的根拠を提供した人物でもあった。⁽²⁰⁾一方、メイソンは、ヴァージニア権利章典を執筆するにあたり、ジョンロックの著作を下敷きにしたといわれている。⁽²¹⁾このことから推測すると、ヴァージニア権利章典における「信託」は、英国法の下敷きになっている思想やロックの『市民政府論』を導き出した思想と近代憲法を媒介する役割を演じているとえいるであろう。⁽²²⁾

(3) 統治と信託

もちろん、ヨーロッパの伝統的思考にも「信託」に近い考え方がなかったわけではない。「統治する者」と「される者」の権力関係は、必ず正当性を必要とする。無制約かつ一方的な力関係であったわけではない。「徳」あるいは「善」の裏付けのない支配は、決して正当なものとはみなされなかつたのである。統治に当たる者が備えるべき資質、政治を行うにあたっての倫理ともいえるべきなのである。「力」にあたるラテン語 *virtus* が同時に「徳」を表していることが象徴的である。⁽²³⁾また、「信託」を意味する *fiduciary* における *fid* は信頼を意味するが、およそ、為政者による統治を政治形態として認める社会においては、「信託」は不可欠な要素であった。

ただし、J・S・マローイが指摘するように、「信託」には、「任せた以上は自由に統治する」という裁量論と「任せられた限りは義務を果たしてもらう」という責任論が併存することも否定できない。⁽²⁴⁾このうちのいずれを重視するのかによって、政治理論あるいは憲法理論としての「信託」概念は、そのあり方を変えるのである。「信託」理論は、権力の正当化根拠としても用いられ、逆に抵抗のシンボルとしても活用される。まさに諸刃の剣である。

また、社会科学の概念としての「信託」には二つのアプローチが考えられる。ひとつは市民社会の構成要素として

の信託であって、主として信頼や倫理にかかわるものである。マーロイは、これを「市民社会学派 (The civic school)」と呼ぶ。もう一つは、法学的アプローチ (The legalist school) であって、主として政治機構のあり方に関心をもつ視点である。⁽²⁵⁾ 前者は、共同体の規範や社会制度と信頼やコミュニケーションの関係という心理的要素に力点を置く。後者は、信託が実現されるために必要な政治制度を検討する。「信託」には、規範的概念と記述的概念があるが、この二つのアプローチに対応しているといえよう。

3 ジョンロックと「信託」

(1) 革命思想としての「信託」

ジョージ・メイソンを経由して、アメリカ建国に影響力をもったのがロックの政治理論であるならば、ロックの思想における「信託」の考え方を整理しておく必要がある。

ロックにおける「信託」はどのように形成されたのであろうか。この点について、先に引いたマーロイがきわめて明快な整理を行っている。以下、マーロイの説明をもとにして、「信託」理論が国政上の概念 (constitutional concept) となる経過をたどっておこう。

「信託」、すなわち、委託者とその利益の管理保全を受託者に委ねる関係は、古くから認められてきた。アテネの民主制においては、市民の安全を保全するために guardianship の制度が採用されてきたが、これは受益者である市民の側からの監査 (audit) を受け、場合によっては、その職責 (accountability) 違反として弾劾されることもあった。アリストテレスは、この制度を民主制の特質として描き出している。しかし、プラトンは、受託者における裁量権を重

視して、受託者に最大限の権限を認めるべきだと主張し、逆の立場での論陣を張っている。後にアウグステイヌスは、プラトンの考え方を継承し、受託者の権限を擁護した。したがって、カトリックに対するプロテスタントの抵抗は、プラトナーアウグステイヌスのな信託理論を否定するところから出発する。⁽²⁶⁾

一六世紀になると、急進的な抵抗思想が登場する。この思想は、権力正当化として用いられてきた信託の考え方に對して、責任重視の信託理論を打ち立てる。その際参照されたのはローマ法における *fiducia* であつた。権力は、その受益者たる市民の信頼に背くことはできず、市民の固有権 (*property*) を侵害できない。ローマ法における財産法理論を政治理論に応用したのがフランス・カルバン派であつた。とくに、ローマ法上の後見人制度 (*tutorship*) をエージェント・プリンシパル関係に見立てて、受託者の責任を導き出したところに特徴が見いだされる。これは、スコットランドのユマニスト、ジョージ・ブキャナンにも引き継がれ、ローマ法上の責任理論と人民主権論が結びつき、財産法上の信頼違反に対する損害賠償請求権、原状回復請求権のアナロジーとして、権力への責任追及権を正当化したとされている。⁽²⁷⁾

場面は、チューダー朝およびステュアート朝のイングランドに移る。最初に権力批判への概念として「信託」を援用したのは、ジョン・ポネット (John Pone) の *Shorte Treaties of Politike Power*, 1556 であるという。ただし、この時点での「信託」は、被治者からの信認が与えられているという手続的側面が強く、何をもって責任を果たしたのかという実体的な側面は重視されてなかったといわれている。だが、この「信託」理論が議会主権を導き出す導線となり、イングランド内戦における水平派 (*The Levellers*) に理論的な支柱を提供するのである。水平派たちは、「信託」を既存秩序破壊の正当化根拠として用いると同時に、新しい秩序を構築する根拠としても用いた。その際、彼らは、

「信託」を政治理論としてのみならず、法律理論としても活用した。この段階に至って、「信託」は、国制 (constitution) の一要素として、法的な概念にまで高められたといえよう。ここから、議会開催の定例化や総選挙の制度化が図られ、英国国民は、「実質的判断権を行使できる公的な場面に入ることができたのである」⁽²⁸⁾。ロックの「信託」理論は、このような背景の中から登場するのである。

(2) ロックと「信託」理論

ロックは、『市民政府論』の中で、trust や fiduciary の語を用いて「信託」関係を説明している（以下、加藤節訳『統治二論』を用いる）。

「自らの基礎の上に立ち、それ自身の本性にしたがって、つまり共同体の保全のために行動する、設立された政治的共同体においては、ただ一つの至高の権力しかありえない。それが立法権であって、他の権力はすべてそれに従属し、また従属しなければならぬ。しかし、立法権力は、特定の目的のために行動する単なる信託権力（原文は fiduciary electricity 以下原文との照合は筆者）⁽²⁹⁾ にすぎないから、国民の手には、立法権力が与えられた信託に反して行動していると彼らが考える場合には、それを移転させたり変更したりする最高権力が残されている。なぜならば、ある目的を達成するために信託によって与えられたいかなる権力もその目的によって制約されるので、その目的があきらかに無視されたり、反対を受けたりするときはいつでも、その信託は必然的に失効せざるをえず、その結果、その権力は再びそれを与えた者の手に戻り、彼らは、それを、自分たちの安全と保障のためにもつともふさわしいと思われるところへ改めて委ねることができるからである」⁽³⁰⁾（一四九）。

「(一)において、おそらく、君主あるいは立法部が信託 (Trust) に背いて行動しているかどうかを誰が裁定すべきなのかという例の疑問が生じるであろう。君主が正当な大権を行使しているに過ぎないのに、悪意をもった党派的なものたちがその疑問を人民の間に広げ (問題を煽) るかもしれない。そこで私としては、それに対して、人民が裁決者であるべきであると答えよう。というのは、信託を受けた者 (Trustee) またはその代理人が正しく、また寄せられた信託に沿って行動しているかどうかの裁決者としては、彼に代理を委任した人、従って、彼に代理を委任することによって、委任された者が信託 (Trust) に沿わなかった場合にはその者を罷免する権力を依然として保持する人を措いて、他に誰もいないからである」(二四〇)。⁽³¹⁾

このような記述からすると、政治理論及び国制上の理論としての「信託」概念は、ロックにおいて一つの完成形を見たといえるのではなからうか。それは、権力の正当性を裏付けるものであり、また権力を批判する概念でもあり、抵抗権を導き出す政治的概念でもあった。「信託」こそが、権力の存続 (さらには国家の存続) を是とするか非とするかを判断する鍵となる。

一方で、「信託」の目的としてロックが描く、固有権の保護、市民の安全は、信託契約を超えた権力行使を必要とする場合がある。自然災害や外国からの侵略がその典型である。この場合、信託目的を実現するため、個別に与えられた「信託」に背いた行動が求められる。今日、国家緊急権として議論される事態にも対応することもまた国家に求められはしないだろうか。ロックは、これを「大権 (Prerogative)」として考察している (一六二)。⁽³²⁾

ロックは、大権行使が信託目的に沿う限り正当であると答えている。けれども、大権行使が信託目的に適合するか

どうか、あるいは大権が信託に背くものかどうかは、市民にもわからず判断できないことが多い。⁽³³⁾このことから、ロックの「信託」概念は、国家の正当化よりむしろ、国家基盤の脆弱化、不安定化を招く危険性があると指摘する論者もいる。すなわち、「信託」は、自然状態から脱して、固有権を保全するため国家を作るといふ物語を正当化する概念でもありつつ、国家の存続を危機にさらす二面性をもつものであることも忘れてはならないというのである。⁽³⁴⁾そして、アメリカ革命は、まさにこの二面性⁽³⁵⁾をどう解決するのかをめぐって人類の英知が費やされた実験でもあった。

二 憲法と信託的構成

1 アメリカ革命と信託

(1) ロックとアメリカ革命

アメリカ革命、すなわちアメリカ独立戦争から独立宣言、合衆国憲法の制定に至る過程において、ロックがどのうに、あるいはどの程度影響力を及ぼしたのかは、不明なところが多い。憲法学者は、property（固有権）概念の継受により、あるいは、抵抗権によって、ロックとアメリカ革命の連続性を説明しようとする。いわば、断片から全体を説明しようとする試みであるといえる。

ロックの『統治二論』が公にされたのは一六九〇年であるから、そのコピーは大西洋の対岸に届いていたのは間違いない。ジョージ・メイソンは、そのコピーから「信託」や「抵抗権」あるいは新しい政治機構の設計について学んだのであろう。ジョージ・メイソンの同志である、マディソンもジェファークソンも同様であったと思われる。

合衆国憲法制定の戦略的な重要性は、成文憲法を制定することで、憲法に反する政治体制や秩序を否定すると同時に、新しい政治体制や秩序を成文憲法によって正当化することにある。この観点からすると、人民の「信託」を得られていない政治は、憲法に違反するものとして許されず、「信託」に沿う政治だけが憲法適合的で、許されることになる。

では、「信託」が文書（成文憲法）として作成されるたことにはどのような意味があつたのだろうか。英国を代表する政治学者、サー・アーネスト・バーカー（Sir Ernest Barker）は次のように述べている。

「われわれは、黙示の信託（implied trust）で満足しない。明示的な信託を必要とする。われわれは、契約当事者としての人民（convenated people）のような考え方を好む。それこそがわれわれの確信であり、われわれの宗教的な歴史の重要な要素である……われわれは、自分たちのコミュニティーや政府を作るに際して、単に黙示の同意をしているだけでは足りない。われわれには、実際に定められ、書かれた契約が必要なのだ。われわれは、単に黙示の信託証書（trust-deed）を定めるのではなく、現実の指定書をもつことになるだろう。つまり、それは立法府の優位でも、人民（間違はなくわれわれは人民なのだ）の優位でもなく、いわば憲法の優位を選択するということなのだ」³⁶。

合衆国憲法は、成文化された信託証書にほかならない。この憲法の歴史的意義は、憲法を実定法化することによって、信託目的を明示し、信託財産の管理方法を定め、違反行為の判定方法と、信託契約破棄の正当性を定めたところにある。優位すべきは実定憲法であつて、英国のような議会主権でも、フランスのような人民主権でもない、第三の

道こそアメリカ合衆国憲法の採用した憲法優位の政治体制であった。⁽³⁷⁾

(2) 公益信託としての憲法

一方、アメリカ革命における「信託」の承継をロックとは別の経路から説明する学説もある。これは、英国法における「信託制度」こそが合衆国憲法制定に影響を及ぼしていると考えられるものである。ロバート・ナテルソン (Robert C. Natelson)⁽³⁸⁾ は、先に引いたマーロイと同様、「信託」概念が古くから認められており、一七世紀英国における様々な政治闘争の理論的裏付けとなってきたことを指摘する。その過程で、「信託に基づく政府 (fiduciary government)」の観念が形成され、これが合衆国建国のリーダーたちに共有されていたと考えている。

「信託に基づく政府」の考え方は、単に理念的なものにとどまらない。これは、私法上の「信託」概念を借用し、これを政府の編成に援用するものであつて、すぐれて法的な性格を帯びているとナテルソンはいう。⁽³⁹⁾ 建国の祖であるハミルトンらは、ほとんどが法律家であつて、英国で形成され、アメリカが継受した「信託」理論を知らなかったわけではない。彼らが国家を「信託」の観点から正当化しようとしたとき、それは法的な意味合いを帯びていたはずである。⁽⁴⁰⁾ 国家の形成に当たっては、国家目的が掲げられるべきであつて、その目的の実現にあつて、人々が為政者に管理運営を委ねる。これは、一種の公益信託であつて、憲法もまたこの信託制度の別名であるという。おそよ国家が形成され、政治を行う者とその政治の利益を共有する者が区別されたとき、あらゆる国家は、委託者たる人民と受託者たる権力者との間に形成される、公益信託としての性格をもつに至る。

国家が「信託」によってできあがり、憲法が信託証書であるならば、為政者は、私法上の「信託」と同様な義務を

負う。そこで、ナテルソンは、為政者には五つの義務が課せられるという。すなわち、①委託者の指示に従う義務 (the duty to follow instructions)、②善管注意義務 (the duty of reasonable care)、③忠実義務 (the duty of loyalty)、④公平義務 (the duty of impartiality)、そして⑤説明責任 (the duty to account) である。⁽⁴¹⁾ これら五つを詳細に分析する余裕はないが、その中でとりわけ興味深いのは、①と④ではなからうか。

ナテルソンは、公益信託として、アメリカ合衆国が掲げる目的は General Welfare であるとする。⁽⁴²⁾ 合衆国憲法の冒頭に掲げられるこの文言こそが合衆国の目的であるという。この目的に背く行為は受託者たる為政者の義務に反することになる。アカウントとは、とりわけ資金管理について問題となるが、信託法上のアカウントビリティは、それにとどまらない。むしろ、上記①～③の義務が十分に果たされているかどうかを説明できなければならないという意味に解するべきであろう。そう考えると、説明責任は、為政者の報告責任にとどまらず、説明が合理的になされることを求める、実体的な概念として考えなければならぬ。もし、この説明に納得がいかなかった場合、人民には受任者を解任する権利が留保されている。合衆国大統領に対する弾劾手続は、これを具体化したものである。

ナテルソンの立論には、他にも興味深く、参考にすべき内容にあふれている。しかし、ここでは先を急ぐしかない。以上のような系譜に属する日本国憲法は、「信託」の観点からどのように理解されるべきであろうか。次にいくつかの論点をあげて検討することにした。

2 「信託」としての日本国憲法

(1) 裁量と責任

先に見た、帝国議会における「信託」の議論は、興味深い論点を提供している。鈴木周次郎議員は、次のような質問を行った。

「只今ノ御説明デドウモ納得ガ行カナイト私ハ存ジマス、信託シタト云フコトニナリマスレバ、即チ物的現象ニモ心的現象ニモ之ヲ信託シタコトニナル即チ第一条ノ象徴ト云フコトト関連シマスレバ、天皇主権説デアルト云フヤウニモ考ヘルノデアリマス、ドウモ国民ト共ニ一緒ニナルト云フヤウナ、此ノ間カラノ含蓄アル言葉デ御濁シニナツテ居ルヤウダガ、此ノ象徴ト信託ト云フコトヲ今少シハツキリ御説明願ハレヌモノカ、又第九十三条ノ永久ノ権利トシテ信託セラレル、是モ私達ハドウシテモ信託シタ以上ニハ之ニ服従スベキ義務ガアルト思フ其ノ意味カラ言ヒマスレバ、此ノ憲法ノ最後ノ断定ヲ下ス上ニ於テ又之ヲ履行スル上ニ於テ、悪イ所ノ政治家ガ出来タナラバ、内閣ノ助言或ハ其ノ他ノ文章ガアリマスガ、ソレニ依ツテ専制政治ニ近イ所ノ政治ヲ行ヒ得ルヤウナコトニナリハシナイカ、即チ信託ト云フモノト象徴ト云フモノト混同サセナイ方法ヲ考ヘタコトガアルカドウカ、立法技術トシテ之ヲ御伺ヒシタイ」⁽⁴³⁾

鈴木木の質問の要点は、「信託」がおまかせとなつてしまい、信託した以上は、為政者の決定に従う義務が課せられることにならないかという点にかかわる。この問題に対して、ロックは抵抗権をもって、合衆国憲法は比較的短い任

期での選挙と弾劾制度をもつて答えようとした。また、合衆国憲法第二修正が掲げる「武器を保有する権利」も抵抗権の一手段として理解することもできる。⁽⁴⁴⁾ 既述のとおり、「信託」からは「裁量」と「責任」が導き出される。ちょうど代表の概念において、命令委任の可否が議論されるのに似ている。

(2)「全国民の代表」

これはまた、エドマンド・バーク (Edmund Burke) が問題提起した、代表のあり方にもかかわる論点である。⁽⁴⁵⁾ 有権者の委任を受け、その個別利益を政治過程で実現する delegate か、委託を受けた以上は、自らの判断において受託者の利益を実現する trustee かがここでも問われている。日本国憲法の場合、憲法四三条一項にいう「全国民の代表」とは、後者を指すというのが一般的な解釈である。⁽⁴⁶⁾

この問題は、政党制との関係でも難しい問題を生じさせる。今日、政治過程において政党が果たす役割は大きく、政党抜きに民主政治を考えることは難しい。国民の間にある、多様な利害を集約し、これを国家の意思決定に反映させる装置として、政党は政治の重要なアクターとなっている。したがって、政党の凝縮性（政党の意思に対する拘束性）⁽⁴⁷⁾ が高くなると、個々の代表者は、政党の利益の代弁者として行動せざるを得なくなる。有権者の個別意思からはいったん切り離されたうえで、政党の個別利益を代弁するという、一種のパラドクスに陥ることは避けられない。

一方で、インターネットの普及やSNSを通じて、個別の有権者に直接話しかけることや、有権者から情報を入力することが格段に容易になっている現状も無視できない。そうすると、選挙制度の設計にもよるが、個々の代表者は、党議拘束と有権者意思に挟撃されることになりかねない。⁽⁴⁸⁾ 党議拘束は、trustee model を前提とした「全国民の代表」観念とどう整合性を取るのだろうか。

(3) 国会の地位

人々が信託を行う相手は立法機関であるから、ロッキは議会に至高の権力を認めた(二三六)⁽⁴⁹⁾。議会は、固有権制限に根拠を与える機関であるから、人々を代表して同意を与える機関として位置づけられることになる。日本国憲法が国会を最高機関と位置づけた理由は、この「信託」行為から説明できる。前文がいう「かかる原理に基づく」とは「信託」のことを意味する。この点、日本国憲法は、二九条一項(財産権)、三〇条(納税の義務)、三一条(適正手続)の三つの条文で、代表者の同意に基づいてのみ権利の制約が可能であることを定めている。固有権(財産権 property)保障や調整の役割を国会に担わせた趣旨がここに表れている。⁽⁵⁰⁾

従来、憲法四一条にいう「国権の最高機関」が法的な意味をもつのか、政治的な美称にとどまるのかという議論が行われてきたが、実りある議論であったとはいえない。ロッキが議会の地位をこれほどまで強調した背景には、当時の英国における政治状況が控えていたのは間違いない。英国流の議会主権の考え方を正当化し、これを強化するために必要な論理構成がここに表れているともいえる。日本国憲法が「国権の最高機関」という言葉を用いた背景には、そのような歴史と思惑があったことを念頭に置く必要がある。そのうえで、「信託」理論からすると、これは、同じ条文にある「唯一の立法機関」とあいまって、国家目的実現の受託者たる国会の役割を明らかにしたものと考えれば十分である。

(4) 抵抗権と憲法擁護義務

国民と国家との間の信託契約が履行されるためには、履行義務の担保手段が用意されていなければならない。ロッキは、契約不履行の判断権が人々に留保されていることを繰り返し確認し、最終的には抵抗権によって、国家を作り

替える権利を認めている。

ただし、抵抗権を実定法上の権利にとらえることにはいくつかの難点がある。固有権を保護する制度として国家を作った以上、「信託」としての憲法は、秩序維持の方向で機能させる必要がある。すでに述べたとおり、抵抗権は、常に既存の秩序を否定する方向で作用するから、いきおい国家は不安定化して、国家を作る意味が損なわれてしまう。

この問題について、アメリカ合衆国は、連邦制や権力の分立、あるいは党派間の競争をもって答えようとした。ただし、武器を保有する権利が実定憲法に取り込まれたことによって、合衆国憲法は、常に秩序を混沌化させる契機を孕むことになったことにも注目しておきたい。通常の信託履行手段で対応しきれない義務違反に対して、憲法条文として、抵抗へのトリガーが用意されているからである。

(5) 九七条の「信託」

九七条の「信託」に目を移そう。この条文は、もともと二一条、一二条とワンセットで構想されたものであった。すなわち、「以下、この憲法によって日本国民に与えられ、保障される基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果である。これらの権利は、時と経驗のるつほのなかで、その永続性について苛烈な試練を受け、それに耐え残ったものであつて、現在および将来の世代に対し、永久に侵すべからざるのとする義務を課す神聖な信託として、与えられるものである」との条項の次に、「この憲法によって定められた自由、権利および機会は、国民の自律的協力によつて保持される。従つて、これらの自由、権利および機会は、国民の側に、これに対応する義務、すなわち、その濫用を防止し、常に共同の福祉のために用いる義務を生ぜしめる」との文言が置かれていたのである。⁽⁵⁾ここ

に抵抗権的な要素を見る解釈は、あながち不当とはいえない。⁽⁵²⁾

「信託」の観点からすれば、九九条「公務員の憲法擁護」は、このような前提と合わせて解釈する必要がある。これは、また前文第一文の最後の「われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」ともかわり、自然権たる固有権を否定するような憲法改正、法律制定が行われようとするとき、国民は抵抗をする権利をもち、また抵抗の義務を負うことを示唆しているといえないであろうか。

おわりに

ナテルソンのいう、国家が「信託」に際して負う五つの義務（①委託者の指示に従う義務 *the duty to follow instructions*、②善管注意義務 *the duty of reasonable care*、③忠実義務 *the duty of loyalty*、④公平義務 *the duty of impartiality*、⑤説明責任 *the duty to account*）は、これらを履行させようとする国民の意思あるいは行動によらなければ履行されない。その意味で「信託」という言葉には、ある種の緊張感が含まれている。秩序を形成し、維持する力とこれを破り、作り替える力がコインの表と裏に併存している。

「憲法は守られて当たり前であるとか」、「何もしなくても憲法は守られる」というような幻想は捨てなければならぬ。日本国憲法を「信託」の観点から読むことは、このことにあらためて気づかされることでもある。憲法秩序を維持発展させていく担い手は、*We the People* だ⁽⁵³⁾という意識は、「信託」に端を発している。⁽⁵⁴⁾

- (1) 京都新聞二〇二〇年七月三〇日社説 <https://www.kyoto-np.co.jp/articles/-/110745> (二〇二〇年七月三一日閲覧)
- (2) 「信託」の観点から日本国憲法の理解を深める必要があることは、すでに松下圭一が指摘していたところである。松下圭一『ロック「市民政府論」を読む』(岩波書店・一九八七年)一三頁。しかし、松下の指摘が憲法学において深められたとはいきれない。ただし、愛敬浩二「近代立憲主義思想の現象 ジョン・ロック政治思想と現代憲法学」(法律文化社・二〇〇三年)は、この課題に答えようとする重要な業績としてあげておかなければならない。「信託」理論との関係では、八木秀次「日本国憲法の思想—15—国民主権論の先駆—ロックの信託理論」発言者四七号(一九九八年三月号)一一二—一七頁、がある。わが国におけるジョン・ロック研究の概要については、山田園子「戦後日本におけるジョン・ロック研究(下)」(広島法学四〇巻一号(二〇一六年))が日本国憲法との関係での研究について紹介している。
- (3) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫「日本国憲法の制定過程Ⅱ解説」(有斐閣・一九七二年)一一二頁。
- (4) 同一一頁。
- (5) 衆議院帝国憲法改正委員会一九四六年七月一日 http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/s210711-1i0.htm
- (6) 同。
- (7) 同。
- (8) 宮沢俊義・芹部信喜『全訂 日本国憲法』(日本評論社・一九七八年)三七頁。
- (9) 佐藤功『憲法(上)〔新版〕』(有斐閣・一九八三年)一一頁。
- (10) 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅰ(前文・第一条〜第二〇条)』(青林書院・一九九四年)二二—二二頁。
- (11) 今から四五年以上も前に松下圭一が指摘した憲法学の在り方についての疑問は、今日もなお未解決のまま残されているのではなからうか。松下圭一『市民自治の憲法理論』(岩波新書・一九七五年)六頁など参照。
- (12) 松下は、驚くほど綿密に「信託」が憲法解釈にどう反映されるべきかを明らかにしている。具体的な提言の当否は別として、憲法学がこの提言に向き合っていないのが不思議である。松下・前掲二七頁以下参照。
- (13) 高柳・大友・田中前掲一〇九頁。
- (14) 松下圭一・前掲一九頁以降参照。

- (15) The Constitution of Virginia, June 29 1776. The Avalon Project: The Constitution of Virginia. June 29, 1776. ヴァージニア憲法はこの条文は、その後瞬く間にいくつかの州憲法に採用されていた。https://www.law.gmu.edu/assets/files/academics/founders/VAConstitution.pdf
- (16) https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text
- (17) https://japankantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html
- (18) 新井誠『信託法【第四版】』（有斐閣・二〇一四年）三頁。
- (19) George Mason University. Antonin Scalia Law School. The Man, George Mason. https://www.law.gmu.edu/about/mason_man
- (20) メイソンはその後合衆国憲法制定会議の有力メンバーとして活躍した。しかし、最終案に署名することはなかった。連邦憲法が奴隷制を存続させていたからである。そのため、ジェームスマディソンやハミルトン、ジョージワシントンのように、その後連邦政府の重要なポストを経験する起草者とは異なり、その後多くが語られることはなかった。メイソンは、an almost forgotten man in the pantheon of Revolutionary heroes、とも呼ばれている所以である。メイソンの影響は、アメリカのみならず、フランス事件宣言にも、そして日本国憲法にも及んでいる。Center for Civil Education, George Mason: The Reluctant Founder. https://www.civiced.org/resources/curriculum/mason
- (21) Id.
- (22) ション・ロックの思想、とりわけ抵抗権の思想がアメリカにおいてどのように継受され、発展させられたのかについては、大森雄太郎『アメリカ革命とジョン・ロック』（慶応義塾大学出版会・二〇〇五年）が詳細な検討を行っている。一人の思想家の著作が新しい国家の建設においてこれほどまでに影響を及ぼした例はほかにない。
- (23) 山本芳久『トマス・アクイナス 理性と神秘』（岩波新書・二〇一七年）五〇頁。
- (24) J. S. Maloy, Two Concepts of Trust, *The Journal of Politics*, Vol.71, No.2, (2009) at 496.
- (25) Id. at 493.
- (26) Id. at 478-7.
- (27) Id. at 497-8.

- (28) Id at 500.
- (29) 本稿では、ロックの原文を John Locke, *Two Treatises of Government* Student edition (Cambridge Text in History of Political Thought, 1988) によった。
- (30) ジョン・ロック『完訳 統治二論』(加藤節訳 岩波文庫・二〇一〇年) 四七三頁。
- (31) 同五八六頁。
- (32) 同四九〇頁。愛敬前掲九五頁。
- (33) Emily C. Nacol, *The Risk of Political Authority: Trust, Knowledge and Political Agency in Locke's Second Treatises*, *Political Studies* vol.59, p.580 (2011) は、信託違反に対する反抗 (rebellion) がどう判断されるのか、誰にやりこむ判断されるのか、ロック「信託論」の最大の課題であると述べる (at 586)。
- (34) それでも、ロックは「信託」を重視しており、この概念がロック政治理論の中核的な意味をもつとするものとして、Tan Wei Kee, *What does Locke Mean by "Trust", and Why is it so Important to him*, [https://www.e-ir.info/2009/12/02/ what-does-locke-mean-by-%e2%80%9ctrust%e2%80%9d-and-why-is-it-so-important-to-him/](https://www.e-ir.info/2009/12/02/what-does-locke-mean-by-%e2%80%9ctrust%e2%80%9d-and-why-is-it-so-important-to-him/) 参照。
- (35) その意味では、ロックの「信託」概念は、委託者・受託者間の「信頼」ではなく、「不信」を基礎として組み立てられているとする見方にも頷けるところがある。See, John Dunn, *The Concept of 'trust' in the politics of John Locke*, in *Philosophy in History* (Alasdair MacIntyre et al. ed. 1984) 280.
- (36) Sir Ernest Barker, *Natural Law and the American Revolution*, in *Traditions of Civility* (1948), at 342.
- (37) See Dieter Grimm, *Constitutionalism* (2016), at 75.
- (38) Robert G. Natelson, *The Constitution and the Public Trust*, 52 *Buff. L. Rev.* 1077 (2004).
- (39) Id. at 1088.
- (40) Id. at 1124.
- (41) Id. at 1088.
- (42) Id. at 1169.
- (43) 衆議院帝国憲法改正委員会一九四六年七月一日 http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/

s210711-1i01.htm

- (44) District of Columbia v. Heller, 554 U. S. 570 (2008)。スカリア裁判官法廷意見参照。
- (45) エドマンド・バーク「プリストル到着ならびに投票終了に際しての演説」『エドマンド・バーク著作集2 アメリカ論、プリストル演説』(中野好夫訳、みすず書房・一九七三年) 九二頁―九四頁。
- (46) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第七版』(岩波書店・二〇一九年) 三〇二頁。ただし、芦部は、このような単純な理解を退けている。個々の代表者は有権者の個別利益を代弁しないが、「国民意思と代表者意思の事実上の類似が重視される」代表観(社会学的代表)が求められるとする。芦部は明言していないが、この代表観によると、代表者は、法的にはともかく、事実上有権者意思を代弁するよう行動すべきだということになるであろう。そうすると、この代表観もまた trustee model に基づいているといえよう。
- (47) 政党の凝縮性については、高安健将「現代英国における政党の凝集性と議員候補者選定―党執行部と選挙区組織の権力バランスの変容―」年報政治学六二巻(二〇一一年) 二一四―二一七頁参照。
- (48) Christina Leston-Bandiera, Towards a "Trustee Model? Parliamentary Representation in the Internet Era: The Portuguese Case, Parliamentary Affairs (2012) 65 p429。端的な場合、党の決定に従うことで、党からの公認を得られたものの、党の方針と有権者意思が食い違う場合、厳しい審判がなされる危険性がある。
- (49) ロック・前掲四五―五六頁。
- (50) ちなみに、この三つ条文がここに並べられていることには意味がある。これらは、いずれも国民の固有権に対する侵害が国民代表の同意に基づいてのみ可能であることを明確にした条文である。憲法三〇条は、急遽日本側の意向に基づいてここに挿入されたとされている。この条文は、明治憲法二二条のコピーであることは明らかであるにせよ、憲法に取り入れられた以上、「この個所に置かれていること」に積極的な意味を見出すべきではなからうか。財産権への制限、課税、刑罰という、国民にとっての負担は、いずれも法律の根拠によってのみ正当化されることを明らかにしたものと解釈すべきである。拙稿「税理士のための憲法入門二・三」(税務弘報二〇一九年二月号、三月号参照)。
- (51) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫前掲一五〇―一五二頁。なお、拙稿「憲法二二条について」(白門八四〇号(二〇一九秋) 二七頁参照)。

(52) 樋口他前掲二四一頁（佐藤幸治執筆）。

(53) United States Constitution, Preamble. 日本国憲法の冒頭の一文「日本国民は」は、*“We the Japanese People”*であるが、これをなぜ「われわれ日本国民は」と訳さなかったのか。憲法制定権力の所在、あるいは憲法制定の主体が明確になることを恐れたためであろうか。

(54) 結局、憲法を規範として成立させている要因は、国民の力でしかない。違憲審査制度は、憲法の規範性を担保する一つではあるが、それがすべてではない。この点で、近時主張されている *Popular Constitutionalism* や *Political Constitutionalism* の考え方は、ともすれば見過ごされがちなの点にかかわっている。See e. g. Larry D. Kramer, *The People Themselves* (2004).

（本学法学部教授）