

憲法尊重擁護義務・再論

石 村 修

はじめに

同様のタイトルをもった論稿を、私は本誌の29号（1979年）に書いたことがある¹。同様のタイトルを冠した論稿をあえて書く場合には、自説を大幅に変えるか、前の論稿を書いた法環境との大きな変化を必要とする場合に限定されるであろう。先の論稿を執筆してから26年を経過したことになるが、別段自説を変えた訳ではない。憲法99（以下、憲法を略）条は、国家機関を構成しこれに公務として関与する全ての公務員に対して、法的な義務を課したものであるという考えに変化はない。問題は、後者の憲法環境の変化にある。公務員の憲法擁護義務を規定した99条は、憲法を実効的に行使する担い手である公務員に、「法の支配および法律の支配」を完遂させる方途として設けられた規定である。ところが、この99条を、憲法改正の大きな動きのなかで、その本質的な役割を変化させようとする動きが出てきた。それは、憲法改正議論と並行して実行されてきた、国家構造の改革にある。政治改革、行政改革、司法改革という改革は、実質的な憲法の変革を試みたことでもあった。憲法は改正がなくとも、統治構造は構造変化を遂げてきたのである。とくに、行政改革は、行政のスリム化を図

1 さらに、石村修『憲法の保障』尚学社、1987年、175頁以下において、本論文は全体のテーマである「憲法の保障」との観点から論じられている。この義務が憲法保障と関連する点については、第三章で論じる。

ると同時に、残された行政の役割を強化することを目論んでいた。こうした民営化の方向は、これまでの公務員の構造を変えるものであり、その影響は99条の本質にも影響することが想定される²。民営化は、公務員でなくなっても憲法との関係は権限上ではまだ密接である。彼らを法的に縛り、一定の責任をもたらすにはどうしたらよいであろうか。その解答が、国民の義務の強調であったとすれば、問題の本質を転換させる憲法の役割論の強調があったことになる。国民に憲法擁護をさらに求める憲法観を、本稿は問題とすることになる。

戦後日本国憲法が制定されてから、与党を中心にして提起された数度に及んでの憲法改正の提案にわれわれは対峙してきた。憲法制定直後に出された創造的な憲法の見直し案と、今日の憲法改正は「立憲主義」と向き合う方向を異にしているように思われる³。その度に、改正の内実が検証され、その改正の方向の誤りが指摘され、なんとか憲法改悪の実行は阻まれてきたことになる。

しかし、最近の自民党の憲法改正に向かう政治的動きは、これを実現するものとしての意気込みが顕著に現れるようになった。改憲への動きは手探り状態であったのが、本気で改憲を政治のスケジュールに収めた観がある。具体的には、読売新聞社の改憲案が先導の役割を演じた上で、自民党の「新憲法起草委員会」が立案した「新憲法草案」(2005年10月28日)、これに続く自民党の「日本国憲法改正草案」(2012年4月27日)、さらに、安

2 公務員像に法が期待する部分は、公務員法制の多様な実施に現れてくると思われる。この点について、筆者が分析した視点は、石村「猿払事件と堀越事件の距離」専修ロージャーナル11号、2015、11頁以下、を参照されたい。論点の本筋は、公務員の「公と私」の区分けにある。国民の憲法擁護義務が私人間に及ぼす効果について、榎透「国民の憲法尊重擁護義務と私人間効力論」専修大学法学研究所「公法の諸問題Ⅷ」2013、1頁以下。

3 この制定直後の東大の教員が中心となって構成された「憲法研究会」が示した案との違いを想起しておく必要がある。高見勝利「憲法改正」法学教室393号、2013年。

倍内閣の下での憲法改正の検討の動きは、これまでの憲法改正案とは本質的に異なる内容を目指している⁴。こうした流れは、選挙制度の改悪によって、過半数の支持をえなくとも安定多数を議会内で構成できる仕組みが作られ、その結果与党が連立をうまく組むことができれば、問題の憲法改正の三分の二の多数（96条）をえる可能性が見えてきたからである。改正する側はこの時点では徹底的に技術的な部分に拘ったように見えた。つまり、96条からして、憲法改正のための手続法が欠けているのは、立法の不作为であったという理屈を作って、「日本国憲法の改正手続に関する法律」の制定を当然視し、野党の一部の反対を押し切って着手した（2006年、施行は2010年）。次いで、憲法改正のターゲットを96条に求め、改正手続きの硬さを緩和しようとする試みを展開した。この試みは、各分野からその意図の危うさが指摘されるに及んで、改正する側は一応断念した格好になっている⁵。

この原稿を執筆している時点での改正の論点は、かつての「環境権」の条項設定でもなく、「国家緊急権」条項設定に変化している。この仕掛けは、安全保障システムに合わせる形での憲法の見直しであり、足りないものを補充していかなければならないという方向は同じであり、眼先で必要な、国民のコンセンサスをえやすいところからの改正を、仕掛けている点と同様である。その場しのぎの改正と受け止められてしまうが、改正を意図する側は、国民の側の憲法改正アレルギーを緩和化したいからこうした

4 これらの改正案は、法律時報編集部編『憲法改正論』を論ずる』日本評論社、2013年、の資料編から以下引用する。

5 これへの客観的資料として、飯田泰士『憲法96条改正を考える』（弁護士会館ブックセンター出版部）2013年。この問題へは、樋口陽一を中心とする立憲主義擁護という憲法運動の副産物も生み出した。96条の改正問題は、戦後初期発表された鶴飼の論文が重要である。それは改正の動きを感じ取って、この条項をもって自らの規定内容を変更することができないことをこの時点で示していたからである。鶴飼信成「憲法改正の限界」世界1952年7月号。同、「憲法を守るとはどんなことか」世界1953年10月号。

動きをしたのであろう。憲法も法である限りで一切の改正を認めないということはありえない。筆者は、いかなる改正が日本国憲法の価値原理から認められうるかを考えてきた⁶。こうした筆者なりの拘りからすると、憲法の最後の条文である99条の改正案が気になっていた。本稿は古い論稿を掘り返す作業になったが、気になっていた点をこの時点で再論させてもらう機会と考えた⁷。筆者の本稿での主張は、なぜこの99条に「国民」を加えなければいけないのかという疑問から始まる。

一 99条改正案の構想

近年の憲法改正案の出発点は、読売新聞の改正案である。99条は消えてしまい、代わって憲法前文が全面改正され、全体として日本国民と憲法の関係が書き込まれ、最後に次のような1文章が付け加えられた。

「この憲法は、日本国の最高法規であり、国民はこれを遵守しなければならない。」

ここに公務員の文言を省いた理由を、「この場合の国民とは、一般国民のほか、公務員、国会議員などを指すのは当然である」としている⁸。99条が公務員に対して憲法尊重擁護義務を課している意味を全く無視した説明として以下、問題にしたい。

2005年の「新憲法草案」では、ほぼ現行のままであり、単に「負ふ」を

6 石村「憲法保障としての憲法改正限界論」専修法学論集33号、1981年。さらに、石村「憲法改正論の主旨と人権」全国憲法研究会編「憲法改正問題」法律時報増刊、2005年、14頁。

7 私が明治憲法に関する小さな新聞記事（朝日新聞、2014年5月10日、夕刊）を書いた時に、その記事への批判がインターネット上で書かれていた。これへの反論と言う意味でも本稿は書かせてもらう。

8 読売新聞社編『憲法 21世紀にむけて』読売新聞社、1994年、153頁。読売新聞という一つの新聞社が改正案を示すことに違和感をもつ。憲法擁護義務に国民を入れたことの問題を指摘したものとして、山内敏弘「戦後改憲論にみる立憲主義の欠落」比較憲法史研究会編『憲法の歴史と比較』日本評論社、1998年、69～71頁。

「負う」と表記を変えたに留まっていた。ところが2012年の「改正草案」(以下、2012年改正)は102条において、スタイルを一新している。本稿では、まずこの案の周辺に起こった改正案を問題にして行くことにしたい(下線は筆者による)⁹。

① 公益社団法人 日本青年会議所 日本国憲法草案 2012年10月12日

(憲法尊重擁護義務)

第一百十条「天皇又は摂政及び内閣総理大臣、国務大臣、国会議員、地方自治体の長及びその議会の議員、裁判官その他の公務員は、国民とともに、この憲法を尊重し擁護する義務を負う。」(下線部が現行と異っている。)

② 産経新聞 「国民の憲法」要綱 2013年4月26日

第一一二条(憲法の遵守義務)天皇または摂政、国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を遵守し、その条規に反する行為をしてはならない。

2 国民は、この憲法を遵守する義務を負う。

③ 自民党 日本国憲法改正草案

(憲法尊重擁護義務)

第一百二条 全て国民は、この憲法を尊重しなければならない。

2 国会議員、国務大臣、裁判官その他の公務員は、この憲法を擁護する義務を負う。

①から③への変化は、一定の方向を示唆している。全て現行の99条にある「天皇・摂政」の文言が削られている。それに代わって、「全て国民」の文言が入ってくる。国民と公務員の両者に憲法尊重義務を負わせる意向

9 注3の資料編を参照した。

が示されている。問題は①のように、全く同様の立場でもって、国民と公務員を位置づけることは本来的には不可能なはずである。そこで、②と③は両者の立場を同一条文中であるが、異なるものと扱うような配慮を試みている。「尊重」と「擁護」の言葉の使い分けもその意図であろう。実は、この区分して取り扱うようにしていたのは、モデルがあった。それは以下のイタリア憲法に見られる¹⁰。

第54条（憲法および法律の遵守義務）

- 1 すべての市民は、共和国に対する忠誠義務ならびにその憲法および法律の遵守義務を負う。
- 2 公職を付託された市民は、法律で定める場合には宣誓を行い、紀律と名誉をもってその公職を遂行する義務を負う。

この義務は、2項は日本国憲法99条に近い内容であるが、1項は共和国への忠誠を主にしたものであり、憲法改正の限界として明記された「共和政体」（1条、139条）との関係での忠誠義務という構造を理解しなければならない¹¹。ファシズム体制から自ら脱し、さらに王政をも廃止したイタリアが、その政体を維持して行く観点から求められた内容であり、1項と2項は全く別個の内容を規定したものと解しなければならない。また、イタリア憲法は、人民と市民を意図的に使い分けしている。主権の担い手は「人民」、基本権の担い手は「市民」となっている。この市民は、「社会関係に即した人権体系」を採用したものであり¹²、その延長にある54条と解

10 田近肇訳「イタリア憲法」、初宿・辻村編『新解説 世界憲法集 第3版』、2014年、三省堂、140頁。

11 現憲法は、国民投票によって共和制を選択し、新生イタリアを宣言した政体を1条で掲げ、これを憲法改正の限界（139条）としたのである。こうした対ファシズム条項の性質は、抵抗権へと結びつくことになる。こうした理解は、法学部内藤光博教授にもアドバイスをもらった。参照、ボルゲーゼ・岡部史郎訳『イタリア憲法入門』有斐閣、1969年、11頁以下。

しなければならない。日本国憲法99条とは、求められているものが異なっていると考えなければならない。

ところが③はどうやら異なる内容を意図している観がある。また、2項の公職にある者の宣誓と公職遂行の義務は、宣誓のなかに憲法と法への尊重義務が組みこまれており、公務員の職務上の責任体制（28条）を明確にする上で必要な内容である。イタリア憲法の54条をもって、自民党案の③と同じ内容であると説明するのはこうして困難と言わなければならない。つまり、憲法擁護の精神構造は日本国憲法にも存するが、それを公務員と同じレベルで構成することが、本来的に成立しないこと、さらに、国民の国家への忠誠は、国民の精神的な自由を認める日本国憲法とは本来的に一致しないものであることを、以下論証して行くことにする。それが本稿の主たる目的となるであろう。

改正に至る道程でいかなる議論がされたのかを最初に明らかにしておく必要がある。2005年4月の参議院憲法調査会では、国民にもこの義務を課すべきか否かについて、賛否に別れた意見があった。国民を加えるに賛成の意見として、「責務として追加すべき」（自由民主党）、主体として「国民も含まれる」がある。逆に、これを否定する見解は、「これは憲法の権力制限規範としての性格を縮小し、憲法を国民の行為規範とするものであり、近代立憲主義的憲法を否定し、人類の歴史的英知から離脱する」との重要な指摘があった。同じ年に出された衆議院の膨大な「憲法調査会報告書」でも、ほぼ同様の議論が繰り返されていた。賛成論として、「憲法には国民のあるべき姿を明記すべきであるとの観点から、国民の権利とともに義務についても明確にすべきである」とし、また、有事・緊急体制への対処の観点から、「憲法体制を守る義務を国民に課することが国防の義務を芽生えさせることにつながる」として、国民の憲法擁護義務を明記すべ

12 注10の田近, 113頁。

きとする意見があった。他方で反対は、「憲法が国家権力による国民の権利の侵害を防ぐための規範であるという法の支配、立憲主義の立場から」という見解が示されていた。当時の調査会の雰囲気如実に再現されているような見解の対立であり、論点の内容がこれによって見え隠れしている。憲法の存立の根本に連なる見解の対立とも考えられる。99条に国民を入れるべきとする論理構成に、戦前の国防国家体制を想起するのは行きすぎなのかもしれないが、国民の国家に対する貢献を期待する結果から、憲法擁護を本気で考えているとすれば、憲法と国家の関係を根本的に考え直さなければならぬ。

最後にここでは、自民党案の提案理由を、Q & A から紹介しておく。ここでは慎重に、1項と2項を区別した意図を明らかにし、1項では「憲法の規定に敬意を払い、その実現に努力する」の程度の意味であり、「飽くまでも訓示規定」であるとする。他方、2項はこれと区別し、「憲法の規定が守られない事態に対して、積極的に対抗する義務」を求めたとある。法的義務説を提示したものとしては評価できるものであるが、対処方法が明確ではない。これが怪しげな解答であると思われる理由は、1項を「訓示規定」と説明する点にあるであろう。必要もないことを憲法に書き込むには、それなりの明確な根拠が必要である。また、2項の内容も、これがかつての猿払事件で示された特殊な刑事責任を追及する義務まで主張するものであったとすれば、「特別権力関係」の再来として疑問視しなければならなくなる。これだけの解答では、とうていその真意を確認することは困難になるが、ここに示された改正案を基にして、以下、反論を試みることにしたい。

二 1条と99条の関係

日本国憲法は103カ条からなりたっているが、実質的には99条で終わる。すると、本稿で問題としている99条は、日本国憲法の最後を飾る憲法の総

括的な条文ということになり、憲法制定者とすれば、それなりの思いを本条に込めたと考えて良いであろう。すると初めの1条と最後の99条は、はじめと終わりであるから、実質的な関連性があるものと構造上からは考えて良いのではないだろうか¹³。つまり、1条と99条は、それぞれ別の役割をもって規定されたものであると同時に、相互に関連性をもって規定されたものと考えなければならないであろう。自民党の改正案は、同じ内容を持ってくることを意図し、憲法の動的な規範構成を無視しようとしているから、問題なのである。

先に示したイタリア憲法も、共和政体の宣言（労働に基礎をおく民主的共和国）で始まり、共和制の憲法での位置付けを確認して終わっている。日本国憲法1条は、明治憲法との決別を宣言する意味で、天皇主権ではなく、国民主権を明記した。その限りで「象徴天皇制」を前段に置き、後段の国民主権は、憲法全体を見渡す位置に置かれたことになる。国民主権は、すでに前文で高らかに宣言されていたことであり、1条はその意味では確認の意味しかないとも解釈できる。条文は関連付けて、体系的に理解すべきことからすれば、前文から1条を経て15条、44条さらに96条へと繋がって行く動態構造を、実効的に解釈することがまず重要になってくる。そして国民主権の構造を理解した上で、国家の構成員に対する憲法理解へと進むべきであろう。それは換言すれば、主権の意味を問い直し、主権者と憲法の間を確認し、その限りで憲法を構成する国家構成員（国家公務員）のありようを考えることを意味している。

国民主権の理解に関しては、学説の上では各時期に応じて、大論争が行われてきた。日本国憲法におけるもっとも重要な論争が展開されてきたこ

13 この考え方に気が付いたのは、石村『憲法への誘い』右文書院、2014年、第3章を書いた時であった。憲法を一つの完結した「物語」と解する動向に合わせたことになる。憲法学者が語る物語について、愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』日本評論社、2012年、第5章、を参照。

とになる。それは国民主権が採用した国民主権の「意味と構造」をめぐるものであった¹⁴。初期の有力説であった国家法人説を背景にした理解は、国家の意思力に独自性を与えるものであるが、明治憲法とは異なり天皇主権を唱える必要のない国制にあって、もはや国家を中心にした構造に固執することはない。それでも、国体論の呪縛から離れるためには、主権の実態を確認する意味での論争も必要であった。それが「尾高・宮沢論争」であった。他方で、国民の憲法制定権力が有する正統性や権力性に着目すると、そこには実際にこうした作業に関与したことの認識をもたない国民にとって、空虚な議論となり、この宣言された国民主権が意味のないものとなってくる可能性がある（国民主権のイデオロギー性）¹⁵。実態のない国民主権を学問的に論じる意味は、憲法が定着するに応じてむなしなものになって行く点は致し方なかったのかもしれない。国民の中に含まれている民族的契機（エスノ）が政治動向として盛んになるに応じて、純粹、国民概念に付帯する場面の検証が必要になってくる¹⁶。

こうして、国民主権を科学的に説明することは、特殊、日本国憲法に向き合う姿勢が、「改憲と護憲」の悲劇的な対抗のなかで進んできたことと

14 渡辺康行「主権の意味と構造」石川・大石編、ジュリスト増刊『憲法の争点』16頁。

15 この論争点が、杉原・樋口論争に集約されるが、本稿ではこの論点には触れる余地はない。参照、愛敬浩二、「国民国家と国家主権・国民主権」山内敏弘編『新現代憲法入門』235頁。憲法制定権力のイデオロギー性は、多くの論者からそれぞれの語り口で説明されるようになっていく。権力という力で規範が制定される構造の問題、国民主権を言い換えた場合の「国民」の役割をどのように説明するかの問題、憲法制定権力を発動する場面にそれを規定しているものは何か、等々の疑問は尽きない。そこで、主権論を憲法から消去することを提唱することも考えられている。モデルとしてフランスに拘るかドイツに拘るか、という点にも関連することになるかもしれない。参照、杉原泰雄『憲法と国家論』有斐閣、2006年。

16 「demosとしての国民」と「ethnosとしての国民」の区別は、国民の真の姿を明らかにする上で、とくに、日本では必要なことであった。樋口陽一『憲法 近代知への復権』東京大学出版会、2002年、176頁以下。

深く関係している。この点は章を改めて論じることとして、まず、本稿の目的からすれば国民の憲法で構成された国家への向き方を規範的に示すことが重要になってこよう。憲法の冒頭の1条に込められた意味を解析し、他の条文との関連性を構成しなければならない。1条は、憲法と国家の関係を整理しており、その点で憲法の課題を明らかにする。そのような役割をもった国民主権であるとするならならば、次の諸点を考えることが重要になってくる。1 動的に国家を構成し、国家を変動化させる出発点として国民総体を考える。2 国家の構成体としての国民個人を国民総体から抽出し、そこに基本権の実態的な保障を与える。3 民主主義の構成体である国民は、具体的には日々の政治活動を政治構成体に向けることによって、日常的に貫徹されなければならない。4 基本権は、個人の存立を確保し、これを高めるためのものでなければならない。5 憲法は、以上の諸点を実効的になるように整備され、構成されなければならない。これが「憲法国家」(Verfassungsstaat)の構造である。1条は以下に続く条項の総論的な役割をもっていることを確認し、2条以下の条文は、これとの関係で解釈して行かなければならない。そして、憲法条文を体系的に理解して行く最後の条文として、最高法規の章があり、99条に辿りつくのである。

日本国憲法の10章の「最高法規」の章は、第9章の改正条項と併せて、この憲法の規範的な実態を総括的に表している。この章のルーツを辿れば、アメリカ合衆国憲法第6条にその原型を求めることができる。その意図は「憲法の楔」と呼称されているように、連邦の設立・維持を第一目的としていたが、それに加えて主要な公職にあるものの憲法への忠誠を求めている。大統領の憲法への宣誓(確約)(2条1節⑧)と並んで、「上院議員、下院議員、州議会議員、合衆国および州のすべての行政官と司法官」にも「憲法を支持する義務」を求めている(6条③)。こうした宣誓という形式

を媒介にして憲法の遵守を求める方途は、宣誓という行為の精神に作用する効果を考慮してのことであった¹⁷。

他方、10章には基本権保障を確認した条項もあり(97条)、「この憲法」で始まる内容の共通性と総括性は、アメリカ憲法の最高法規の質を超えている感がある。この章は、総司令部案に至って初めて最高法規(至上法)として導入されたが、原案は現行の97条を欠き、98条2項の内容を欠いていた¹⁸。97条が、11・12条を総括する意図で、ここに収まったということは、この憲法の価値原理をここで明確にしたことと理解し、基本権が国法全体を構成する核になっていることを意図し、憲法保障の実態を表すことを意味している¹⁹。本条に積極的意味を認める論者は多くなった。その理由づけは、1 憲法の最高法規性の実質的根拠を示した、2 将来の発展性を明確にした、3 抵抗権の根拠、と広範囲に及んでいるとされた²⁰。最高性の探究の要請も加味しながら憲法の内容を考えた場合、最高法規を規範論として探求し続ける作業、求められた頂点にある最高法規性の内実を明らかにすることを必要とした。この難解な作業の一端は、すでに別稿で述べてきたことなので²¹、ここでは繰り返さない。最高法規と憲法遵守の

17 注1の二章「憲法宣誓の論理」参照。宣誓は本来、宗教宣誓を基本とし、宣誓する人物の心を縛ることによって、その効果を最大限に引き出すことを意図していた。その点で宗教を媒介としない、「確約」も用意しておかなければならなかった。同時に、人ではなく、規範に対する宣誓であることは、法の支配の実現として重要である。

18 新正幸「憲法第十章『最高法規』の立案過程」新=鈴木編『憲法制定と変動の法理』所収、木鐸社、1991年、233頁。さらに、石村修「憲法規範の運用—最高法規性」『憲法国家の実現』尚学社、2006年、30頁以下。

19 石村修「憲法の最高法規性と改正」法学教室、1992年6月号、48頁。

20 畑尻剛「第十章 最高法規」小林・芹沢編『基本法コンメンタール 憲法(第4版)』日本評論社、1997年、395頁。

21 注18の36頁以下。さらに、R. パールは憲法優位を確保するために憲法裁判権の確保を条件とする。小山剛監訳『憲法の優位』慶応義塾大学出版局、2012、216頁以下。

関係だけに問題を絞って指摘しておく。

私は憲法遵守の要請根拠をハートの規範論に求め「その体系は本原的な妥当性の諸基準により、妥当性をもつ行動ルールは、一般的に遵守されなければならない」という命題に求めた²²。さらに、憲法制定に関わる主観作用を客観化させるためにも、ケルゼン流の根本規範の存在を仮説として設定し、主権性と客観性の融合を考えた。こうして法秩序総体のなかにおいて、順次上から下に向かう法規への遵守が説明される²³。こうして根本規範の定立者の「人は憲法を遵守すべし」という客観的な命題から演繹された、「人は憲法を遵守すべき」という主権的な当為要請が導かれる。しかし、人は憲法を遵守すべしという命題は、これに関わる人物がこれに主権的にかかわる宣言を行う必要が出てくる。その意味で、憲法が大統領を始めとして憲法宣誓を求めたのには理由があった。しかし、一般に国民はこの宣誓を行うことはなく、唯一、外国人が帰化をする際の重要な要件として求められてきたことになる²⁴。憲法制定権力を使用せずに、憲法の存立を正当化し、憲法の遵守を一定の憲法の担い手に求める場合には、それなりの論理と意味を明らかにする必要がある。形式的な意味において、憲法の遵守を求めることができるのは、明示的な遵守を求める作為的な行為が必要なのであり、憲法宣誓はその形式を充たすための条件である。本稿の遵守義務の実質的な構造は、憲法の構造及び意味とに関係し、憲法との関係で定まる担い手の位置と関係することが明らかになった。

22 H. L. Hart, *The Concept of Law*, London, 1961 p. 113. ハートの見方に近いのが、阪本昌成であり、「究極の確認のルール」という経験的事実を最高基準とする。『憲法理論（第2版）』成文堂、1997年、87頁。

23 古野豊秋『違憲の憲法解釈』尚学社、1990年、38頁。

24 例として、国籍法5条1項6号が根拠となる。「私は日本国憲法及び法令を守り、定められた義務を履行し、善良な国民になることを誓います」。

三 憲法国家と憲法忠誠

憲法という成文化された規範は、主権国家と関係して説明されることが多い。私もこのテーマについてはすでに執筆したことがあり、動態的な分析をもって憲法に包摂された国家像を説明する必要があるとしてきた²⁵。つまり、単なる静態的な時間に固定的な状態（秩序）ではなく、内外の動因によって絶えず変化し、良い状態になることを努力する秩序によって作られた近代憲法に包摂された国家であり、これを「憲法国家」と名付けてきた。プラトンやアリストテレスの時代以来、憲法国家と医学が同様の性格をもっていると指摘されたのは、それぞれが理想的な良好な状態になることを絶えず求めてきたからであった。これを理論化して国家と憲法の有りようを整除してきたのが近代啓蒙主義であり、ここに至って憲法国家の有りようが明確になったと考えられる。

憲法によって構成された国家を想定することは、憲法が対象とするのは国家組織の総体であって、憲法が対象とするのは国家権力機関に対する拘束力であって、国民を直截に対象とするものではないことを、何よりも確認しておく必要がある。この憲法観を打ち立てた「近代立憲主義」の理念からして、明治憲法のような天皇主権、そして、完全な国民主権に至る過程で構築された、国家法人説の発想は、真の憲法国家においては否定されなければならないことになる。こうして、本稿の主題になる、国民による憲法遵守義務が、こうした憲法観に相応しないものであることを論証して置かなければならない。憲法の役割は、国家機関を拘束することによって、具体的には国家機関が憲法における多様な命題を国家機関に委託することになり、当面は立法機関の法律を制定するという役割が目されることになる。例えば、保護義務の観点でも一定の基本権は立法を経ることを求める場合がある。多くの基本権が国民に付帯することを憲法は宣言するが、

25 石村修「憲法と国家」山内敏弘編『新現代憲法入門（第2版）』法律文化社、2009年、4頁。

立法を経ることによって実現される基本権もある。前者は防御権として構成され、後者の制度は立法による作為を求める²⁶。憲法は多様な基本権を内包すると同時に、制限規範として国家機関に向かうことになる。

すると、国家機関ではなく、国民に直接に法的義務を課すことが、上記の憲法観からは矛盾したものになることは明白である。この点に関して、国家が教育国家化してしまい、全方位に国家が押し出してくる危険性を感じとり、国民への義務論の押しつけへの懸念を多くの論者がもつに至るのは、不思議なことではない²⁷。ところが、この「国民にも憲法遵守を」という要請は、古いテーマであり、人は多くを意図しないまでも、平気で国民のこの義務を他の義務と同様なものとして日常化してきた傾向がある。その最大の誤りは、国民の実質的な立ち位置を見誤っていたことにある。

明治憲法では、天皇主権であるから臣民や官吏の地位は、天皇との人的な関係にあり、その意味で天皇に下付された憲法への恭順の対応が求められた。「……朕カ現在及将来ノ臣民ハ此ノ憲法ニ対シ永遠ニ従順ノ義務ヲ負フヘシ」（憲法発布勅語）と規定し、官吏服務規律と合わせた²⁸。この上諭に書き込まれた文言内容は、不磨の大典であるこの憲法の特質を言い表したものと解すれば、特殊にこの憲法の本質を表しているものであった。

日本国憲法の制定後、この99条の解釈に関連して、さらに国民を加えることの可能性に安易に賛成する論者が多かった。著名なものを紹介すると、宮沢俊義は「本条は、国民は憲法を尊重し、擁護する義務を負わないとい

26 こうした観点から基本権を体系的に説明する論者が多くなった。例えば、小山剛『基本権の内容形成—立法による『憲法価値の実現』尚学社、2004年を参照。

27 例えば、樋口陽一「国家からの自由と『憲法からの自由』」憲法問題17（2006年）号、143頁。「権力を持っている人々にとっての束縛をとり払って、邪魔にならない憲法にしよう、というのがいまの改憲主張なのです」西原博史『『個人に優しい改憲論』と立憲主義』憲法理論叢書16号（2008年）、177頁以下。

28 この内容については、石村修「明治憲法における官吏の義務の二面性」高柳信一古稀『現代憲法の諸相』専修大学出版局、1992年。

う趣旨を含むものではなく、国民のそうした義務は、当然のこととして前提とされていると見るべきである」と言い切る²⁹。また、清宮四郎も軽い気持ちで、ソヴィエト憲法130条を紹介しながら、「わが憲法でも、国民の自覚をうながす意味で、国民の憲法尊重擁護義務をかかげた方がよかったと思われる」と述べる³⁰。こうした理解に警鐘を發して、国民を規定しないことの積極的意味を説いたのは、おそらく小林孝輔が始めであろう。「憲法明文は、その尊重義務を公務員に課することによって、国民のため、権力の過多、限界の逸脱を防ごうとする。この点よりみれば、権力の客体である国民に対し義務付けがないのは、当然といわなければならない」³¹。この変形は後に各種のものがある。ドイツ流の憲法忠誠ではないことを強調するもの³²、憲法制定権力の保持が国民に有る以上は、99条に書き込まれていなくとも、国民のこの義務はあるとの考え方も維持されている³³。

多様な見解が示されているなかで、「この義務が国民に有るかかどうかは程度の問題ではなく、憲法の本質にある」と小林孝輔が提起した、憲法観の違いによるとの考えに、賛同するものが増えてきた。立憲主義への理解が浸透すること、国民の憲法制定権力者論の危うさ、そして、改憲論者と異なり、国民の精神的自由を確保する観点から、国民の擁護義務の否定は、理由があるところであった。渋谷は、「私人は義務付けられるか」との見出しで、こうした義務が「法の支配」の原理に反するとした。つまり、「法の支配は、統治権を現実に行使する立場にある者には、その権限行使において、法に定められた準則に違反し、またはその権力の濫用をなす危

29 宮沢俊義『全訂 日本国憲法』日本評論社、1978年、820頁。

30 清宮四郎『憲法 I (第三版)』有斐閣、1979年、27頁。

31 有倉遼吉・小林孝輔編『基本法コンメンタール憲法(新版)』日本評論社、1986年、324頁。

32 佐藤幸治『憲法(第3版)』青林書院、1995年、47頁、同趣旨、樋口・佐藤・中村・浦部、『注釈 日本国憲法 下』青林書院、1988年、1509頁。

33 岩間昭道「99条」『要説コンメンタール 日本国憲法』三省堂、1991年、395頁。

険性が常にあるから」³⁴、これを監視する必要がある、それを99条は求めていると解することが正しいのである。この憲法観は、自民党憲法改正案に対して批判する論者の共通認識になり、以下の論稿ではこの国民の憲法遵守義務が批判されている。愛敬は、「国民支配の道具」として義務条項が改正案には多く含まれ、その中に国民の憲法遵守義務もあると見る。これらはまとめて「ナショナリズムに過度の依存をした社会統合が追求され始めている」ことを原因とする³⁵。阪口もこの義務に「近代立憲主義の論理自体を放棄しようとする極めて『ラディカル』な選択を強いるものである」との危険性を読み込んでいる³⁶。阪口は同時に、この路線が特殊な憲法忠誠も求める根拠になることも指摘する。国家への忠誠は全体主義国家の定番であるが、憲法忠誠は特殊な憲法保障の形態である。この点については、少し慎重な分析が必要になる。日本国憲法での憲法保障と（西）ドイツで言われてきた「戦う民主制」に現れた憲法保障とは明確なズレがある。

ドイツの憲法忠誠は、戦間期においてスイス憲法が周辺国への対抗という形で描かれた特殊な法制を、戦後の西ドイツが冷戦を意識して模倣し、自己の国制を定めながらこれに対抗するイデオロギーを「自由で民主的な基本秩序」（FDGO）という価値に表現した（18・21条）³⁷。さらに、教授に憲法忠誠を求め（5条3項）、連邦官吏法は、官吏の任用の要件として、

34 渋谷秀樹『憲法 第2版』有斐閣、2013年、526頁。

35 愛敬浩二「憲法尊重擁護義務と国民」、奥平・愛敬・青井編『改憲の何が問題か』2013年、260頁。

36 阪口正二郎「自民党改正草案と憲法尊重擁護義務」前掲、注、108頁。ほぼ同様な指摘として、井口秀作「最高法規・改正手続」民主主義科学者協会法律部会編「改憲を問う」法律時報増刊、2014年、136頁。

37 注1の259頁「スイス連邦共和国における国家保障」参照。ドイツの憲法保障の変化については、石村『憲法国家の実現』尚学社、2006年、第4章「統一後のドイツの憲法保障」、憲法保障の役割は変わってきており、それは日本にも同様の傾向を見せている。

このFDGOを遵守することを求め（7条1項の2）、この内容を加味した宣誓を拒否した場合には解任がありうることを定めている（28条1項）。冷戦構造にあって、この憲法忠誠は、「戦う民主制」というありがたくない名称を与えられ、公勤務者への一定の精神的な締め付けを行使してきた。しかし、冷戦が終結し、冷戦の象徴である「ベルリンの壁」が崩壊し、ドイツ統一が起こり、EU憲法体制が形成されるに至って、この構造は本質的に変化すること必然的になった。公と私が区別される生活を享受できる体制をもつことができるに及んで、ドイツの憲法忠誠に付加されてきた特殊なマイナス・イメージは払拭される傾向にある。もはや、99条に特殊なイデオロギーである「憲法忠誠」を想起して考える時代は、時代遅れであると言わなければならない³⁸。

四 立憲主義と憲法擁護—まとめ—

中世立憲主義からの近代立憲主義の変容を意識する上で、社会契約という約束で形成された市民社会にあって、憲法が一定の役割をもたなければならないということになる。そこで立憲主義とは、権利・自由を保障し、権力分立を定めた近代憲法によって国家統治が行われることを意味している³⁹。立憲主義をこのように定義した結果、「国家は国民生活にみだりに介入すべきではないという消極的権力観」が定着する⁴⁰。しかし、これへの変形が二つの理由から生じてきた。一つは、護憲という論理からして、国民も市民と言う観点から政府と一体となって憲法を擁護していかなければならないというものである。別の見方は、国家と国民との協働関係を強

38 阪口正二郎「憲法尊重擁護の義務」大石・石川編「憲法への争点」ジュリスト増刊、2008年、32頁。

39 芹沢育「立憲主義」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』青林書院、2008年、137頁。

40 芦部信喜『憲法 新版』岩波書店、1997年、16頁。

調しようとするものであり、国民も政府と一体となって国家の目標を実現することが求められる。憲法調査会で、自民党の長岡洋治は、「近代立憲主義から一步踏み出し、憲法を再構築する」という意欲を示した⁴¹。しかし、この憲法観は国民にも一定の義務を求めることになり、憲法が国民に対する行為規範となることを目論んでおり、ここに旧来からの憲法観と一線を画すものを見いだすことができよう。

国民を99条に書き込むことを主張する論者は少ない。しかし、読売新聞の改正案にも関係してきた西は、自民党案に正面から賛同を示している。国民が書かれていないことについて「国民は当然に憲法を尊重し、擁護する義務があり、いわずもがなのことであるとされている。けれども、そんなふうを読むことのできる国民は、何人いるであろうか。この憲法をつくったのが国民ならば、それを国民が尊重擁護していくのはあたりまえである。それゆえ、多くの国の憲法には、国民に憲法遵守する義務を課している。憲法の尊重擁護義務を定めている第九十九条に、国民を加えられてしかるべきであろう」⁴²（濁点石村）。ここで「多くの国の憲法」といっているが、別の本では、ドイツとイタリアの例を挙げるに留まっているが⁴³、ドイツとイタリアの憲法忠誠を、ここで99条と同じ意味で扱えないことはすでに述べてきた。憲法に向かう公務員の職務行為の本質と国民の憲法への向かい方の根本的な違いを、別にする説明が西にはある。確かに、比較憲法の条文をひも解いてみると、アジアの近代立憲主義がまだまだ不十分の国家において、国民（人民・公民）の憲法遵守を求めている条文を見つけることはできる。朝鮮民主主義共和国憲法82条、カンボジア王国憲法49条、

41 朝日新聞、2005年4月29日、朝刊。高市議員も「憲法改正作業にあたり、国家や国民のあり方、それぞれの責務を明らかに打ち出していくべきだ」と述べている。

42 西 修『日本国憲法を考える』文芸春秋、1999年、217頁。同じ趣旨で、浜谷英博「国民の義務」西編『エレメンタリ憲法（新訂版）』成文堂、2008年、195頁。

43 西 修『憲法改正の論点』文芸春秋、2013年、143頁。

ラオス人民共和国47条、スリランカ民主社会主義憲法53条がそれである。しかし、これを「多くの憲法」の例として指摘するのは、私はいささか躊躇せざるをえない。日本国憲法は、人民民主主義を指向するものではないからである。

99条は、天皇以下の国家を構成し、公務を司るもの全てを対象にしているが、その義務が負う責任対応は、その職制に応じたものでなければならない。冒頭で述べたように、猿払事件の当時と異なり、現在は公務の範囲を限定化し、その点で責任対応も相対化することが試みられている。また、自民党の改正案は、「天皇、摂政」を意図的に外し、天皇を元首化することのなかで問題を意図的にズラそうとしている。公務の相対化はともかく、天皇をこの条項から外すことは、天皇制の本質を変えることであり、天皇が公務を行っている以上は、その地位は憲法と国民との関係で理解すべきことである。進んで憲法を遵守することを宣言した、現在の天皇の意思を忖度すれば、99条に収まる天皇を天皇自身も望んでいると解される。天皇は、その地位が「内閣と承認と責任」にあることからして、99条にあっても、個人には責任が帰属しないシステムになっている点は明治憲法時代と変わりはない。

99条に規定された公務員は、憲法で本来許容された権限を行使している場面で、99条の要請にしたがうべきものと解される。公務員個人が負う精神的な軋轢は、職務を遂行するという限りのものと解していかなければならない。その場合に公務員に過剰な憲法忠誠が求められた場合は、比例原則に違反するものとして処理しなければならない⁴⁴。

民営化と行政改革の時代は、公務員の職制を多様化させ、伝統的な公務

44 渡辺洋の意欲的な問題認識はこの点にある。「憲法保障における公務員像」ドイツ憲法判例研究会編・講座 憲法の既判力 第1巻『規範力の観念と条件』信山社、2013年、195頁以下、同「憲法における公務員制度」法学新報、119巻9・10号、2013年、645頁以下。

員像を変革させている。新自由主義という効率を旨とするイデオロギーは、否が応でも公務員と国家との向き方を変質させている。ドイツでの「保障国家論」はこの点で一定の支持を獲得し、他方で、公務員の現実的な地位を変え、それに対応する責任を認めている⁴⁵。ドイツの「官吏と公務被用者」への2分類は、伝統的な官吏制度を維持しながら、民営化に対応する新しい時代の公務員像を意図している。つまり、ワイマールからの「伝統的な諸原則」（ドイツ基本法33条5項）から成る制度は、時代に合わせて変化したことになる⁴⁶。日本でも内閣に留保された執政行為は（65条）は、議会と並んで高度な執政行為を実行しなければならない。その点で、99条における国務大臣と国会議員は、格別な憲法保障の任を受けているのであり、「その他の公務員」の憲法保障とは意味を異にしていると考えられる。したがって、ここに、これらの職務を遂行する者と同じようにして、国民を含めるわけにはいかない。これが本稿のささやかな結論である。

*本年度ご退職の先生方には、長きにわたってお付き合いいただいた。
拙稿をもって、各先生への私からの御礼の気持ちとした。

45 保障国家論は、それへの評価はともかく、一定の地歩を確実にしている。板垣勝彦『保障行政の法理論』弘文堂、2013年、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』尚学社、2013年。

46 石村「ドイツ官吏法における政治的自由」晴山一穂他『欧米諸国の「公務員の政治活動の自由」』日本評論社、2011年、106頁。