

# 協働アプローチによる“国民代表” — “受託者としての国家”論に基づく立憲主義 —

Collaborative Approach to ‘representative of all the people’:   
Constitutionalism based on ‘the State as Fiduciary’

佃 貴 弘

Takahiro TSUKUDA

## 1. はじめに

### 憲法尊重擁護義務をめぐる改憲問題

日本国憲法は、「天皇又は摂政及び國務大臣、國會議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」と定め（99条）、「この憲法が國民に保障する自由及び権利は、國民の不斷の努力によつて、これを保持しなければならない」と定める（12条前段）。この条項は、近代立憲主義の考え方に基づいて、國民が憲法を尊重・擁護する義務を負わず、國民が公務員に対して「憲法を尊重し擁護する」よう要求する権利があるという理解が有力に主張されている<sup>1)</sup>。

このような日本国憲法の定めに対し、自由民主党は「日本国憲法改正草案」（以下、「草案」と略記）で、102条1項で「全て國民は、この憲法を尊重しなければならない。」とし、同条2項で「國會議員、國務大臣、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」とする改正案を提示している<sup>2)</sup>。“草案”が102条1項を新設したのは、「憲法も法であり、遵守するのは余りに当然のこと」でそれを一歩進めて「憲法の制定権者たる國民も憲法を尊重すべきことは当然であること」

を理由とする。また、“草案”102条2項が公務員に課される「憲法擁護義務」とは、「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」であると述べている<sup>3)</sup>。

時代を遡って、2004年の自民党の「憲法改正草案大綱（たたき台）」（以下、「たたき台」と略記）に示された“草案”的前提を確認すると、憲法というものには、「國家と國民を対峙させた権力制限規範」という位置づけにとどまらず、「國民の利益、ひいては國益を護り、増進させるために、公私の役割分担を定め、國家と地域社会・國民とがそれぞれに協働しながら共生していく社会をつくっていくための透明性のあるルールの束」としての側面も有するとしている<sup>4)</sup>。

### 憲法上の義務を負う者は誰か？

ここで示した“草案”102条については、憲法学者から強く批判されている。愛敬浩二是、“草案”が國民が憲法を遵守するのは余りに当然であるという前提をおく点を批判する<sup>5)</sup>。立憲主義的憲法は国家権力を制約する規範であり、憲法が保障する権利は國家の國民に対する権力行使を制限することを目的としているからである。

しかしながら，“たたき台”をみると、国民が憲法尊重擁護義務を負うのは、憲法12条の「不斷の努力」という文言に由来しており、憲法99条や12条に変更を加えていないと考えているようである<sup>6)</sup>。ただ、それが、近代立憲主義の歴史を知らないという無知に起因するのか、「国民が決める憲法なのだから、決めた当人である国民はそれを守るべきである」という素朴さに起因するのか、国家権力に対する憲法の制約を弱めようとする本心に起因するのか、明らかではない<sup>7)</sup>。

もし、“草案”が国民に憲法上の義務を負わせているのは無知や素朴さに起因しているだけであれば、憲法の当該条項の改正を必要とする理由に乏しい。立憲主義と矛盾するような改正条項は、公法学の体系に適合するよう解釈されて、改正前と同じように運用されるに過ぎないと指摘のあるところである<sup>8)</sup>。

しかし、憲法の制約を弱めようとする本心に起因する場合、憲法の破壊をもたらすような本質的問題が生じかねない。また、かりに“草案”的立法者意思がその本心と異なるとしても、後の国家権力がその本心を示したとき同様の問題が生じうる。“たたき台”は、国家と国民が「対峙」する発想ではなく、両者が「協働」するという発想で憲法を考察する。近代立憲主義は、国家と国民を対峙させて国家権力を制限しようとしてきた。そのため、「対峙」から「協働」へ発想を転換させたとき、その説明の仕方によっては、立憲主義の考え方と大きく矛盾する危険性がある。そして、憲法の制約を弱めようとする本心に基づくほど、その危険性が高まる。

### 「対峙」ではなく「協働」が有すべき意味

かつて、私は、国家と国民の関係を対立構造として作出するのではなく、「協働」で考えるべきと論じたことがある<sup>9)</sup>。先のパラグラフ

に述べたことと、私が「協働」で考えるべきと論じたことは、自己撞着ではないかと思われるかもしれない。

しかし、先のパラグラフで私が危惧しているのは、「協働」という言葉を用いて、（近代立憲主義が批判する）身分社会への回帰を図ろうとする本心がある場合である。それゆえ、国家と国民の「協働」を論じるにあたっては、次に示す3点を前提とすべきである。

まず、法・憲法・法律が誰を名宛人とする規範であるかを明確にしておくことである。通常、憲法を議論する場合は立憲主義に依拠した内容の憲法（立憲的意味の憲法）を想定し、それが「憲法」という法典（形式的意味の憲法）の内容を議論する大前提となっている。そして、立憲主義・法の支配・法治主義が企図していた「法」とは、権力者を名宛人とする規範であり、国民に義務を課すための規範ではなかった。たしかに、法治主義に基づいて、議会の定める法律が国家権力の行使を正当化する根拠となっている。しかし、それは国民を代表とする議会と国家を代表する君主（行政）を対峙する文脈で議論されたものである点を留意すべきである。

次に、「協働」アプローチは近代立憲主義が採用してきたアプローチと異なるため、立憲主義の目的に反しないように留意しなければならないことである。伝統的な近代立憲主義の説明の仕方では、国家と国民を対峙させて、国民の自由を確保しようと考えてきた。この考え方には、歴史的意義もあり、きわめて重要である。ただ、国家と国民を対立構造として作出してしまうと、両者の適切なあり方をうまく論じられない要素があるのも事実である。協働アプローチは、国家と国民の関係をより適切に論じることができると考えられる。しかし、その意味が国家の行為に従つて国民が国家と協働決定するという意味であ

るとするならば、これまで形成されてきた歴史的意義を完全に無視することになる。したがって、立憲主義の目指す内容を踏まえて、協働アプローチを論じなければならない。

そして最後に、協働アプローチを立憲主義と矛盾しない形で論じるためには、憲法を国家側の行為規範として考えなければならないことである。憲法の本質的内容は、国民の生命・身体・財産を保護するために、国家に統治権を委託することにある。したがって、国家の行為規範を考察するには、信託関係に着目するのが有効である。この関係は、受託者が委託者を最大限に配慮する義務（信認義務）を受託者に課す点に特徴があり、立憲主義の考え方とも矛盾することなく国民と国家のより適切なあり方を説明できる。そして、国會議員が「全国民を代表」するという日本国憲法43条の文言を信託関係との類似性に着目して解釈すると、国家と国民が「協働」する関係という、対峙よりも適切な関係で論じることが可能となる。

### 本稿の目的と概要

本稿は、代表民主制がもつ長所・短所を再確認することで国家と国民の関係を観察し、国家と国民を対峙させる観点で説明されてきた立憲主義の考え方を捉え直し、国家の行為規範という観点で立憲主義の指し示す内容を再定義することを目的とする。

本稿の2. では、法の支配および法治主義の沿革をたどることにより、君主（国家側）と議会（国民側）を対峙させる発想で近代立憲主義が形成されてきたことを述べる。本稿の3. では、「国民代表」の概念が代理と異なると強調されてきたが、むしろ代理との類似性に着目すべきことを論じる。本稿の4. では、法律学の文脈から離れて、議員が「全国人民の代表」であることに起因する行為規範

の問題について論じる。本稿の5. では、「協働」という言葉が指し示す意味内容を国家の行為規範という観点から論じる。

## 2. 立憲主義に基づく国民代表の意味

### 憲法と法律は異なる——立憲主義と法の支配

憲法とは、国家の領土、国民、統治権などの、国家の根本体制に関する基礎的な内容を定めた法規範であるので、法の法としての位置づけが与えられている。さらに、法の法としての憲法は、授権規範・制限規範・最高法規としての特質を有しているとされる<sup>10)</sup>。

このような特質を有する実質的意味の憲法は、「憲法」という名称の法典（形式的意味の憲法）と概念上区別される。それでも、日本における形式的意味の憲法である「日本国憲法」を確認すると、それが「法律」ではないことは、その制定主体から明らかである。法律は国会の議決によって制定される（憲法56条、59条）のに対し、憲法の制定主体は国民であり（憲法前文1項）、その改正には国民投票が求められる（憲法96条）。

日本国憲法の条項を確認すると、最高法規・授権規範としての特質を有していることが明らかである。憲法は国法の体系のうちで最高の段階に位置づけられ（最高法規）、憲法に違反する法律・命令の効力は否定される（憲法98条1項）。そのような位置づけを与えているからこそ、国会・内閣・裁判所などの国家機関の組織とその組織が担うべき権限（憲法41条、65条、76条など）を配分することが可能となる（授権規範）。

形式的意味の憲法としての日本国憲法において、最高法規・授権規範の特質が定められていることは明らかである。残りの制限規範としての特質は、日本国憲法を支える立憲主義の考え方に基づいているというべきであ

る。近代立憲主義は、「国民の自由のために、君主の専制権力に制約を加え、国民参政、基本権の保障、権力分立、法の支配などの原則を実現する国家体制を要請する」ものである<sup>11)</sup>。その考え方は、17世紀イギリスにおける「法の支配」に由来している。

### 「法の支配」の沿革

「法の支配」の成立史で最も知られる事件は、1607年イギリス・ステュアート朝における、クック（Sir Edward Coke）とジェームズ1世の間にかわされた論争である。国王ジェームズ1世は、王権神授説に基づいて<sup>12)</sup>、国王大権を行使して法（コモン・ロー）を軽視した。これに対し、当時、コモン・ロー裁判所の首席裁判官の職にあったクックは、「国王は何人の下にもあるべきではないが、神と法の下にあるべきである（quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege.）」というブラクトンの言葉を引用して対抗した<sup>13)</sup>。この事件は、絶対君主といえども法には従わねばならないことを示したものとして「法の支配」の象徴的な事件として語りつがれてい<sup>14)</sup>。さらに、1628年、クックを中心に、国王大権の行使に対抗するため「権利請願」を起草し国王に提出した。この「権利請願」は、13世紀のマグナ・カルタを根拠にしながら、国王が恣意的な課税（1条）や不法な逮捕（3条）を禁止することを訴えたものである<sup>15)</sup>。

その後、名誉革命を経て、王権神授説は否定され、革命という事実をもって、国王の地位が国会の意思にもとづくことが確定し、「国会主権」が法原則として樹立された<sup>16)</sup>。

このような沿革が近代立憲主義の淵源であるが、「まだ完全に人権宣言の性格を有するものでない」と解されている<sup>17)</sup>。権利請願および権利章典は、特定の身分（諸侯など）に

対する特権を国王に認めさせたものであるからである。

### 法治主義の根拠——権力分立と国民主権

身分制を前提としない、人間であることにより当然に有する権利（人権の固有性）に基づいた人権宣言が登場したのは、18世紀の成文憲法からである<sup>18)</sup>。18世紀の人権宣言のなかで、本稿が注目したい要素は、権力分立と国民主権の考え方である<sup>19)</sup>。

まず、国王の恣意的な権力行使を制限する手段として、権力分立が考えられた。専制君主時代の国王は、すべての権力を持っていたため、自分で好きなようにルールを設定することができた。この場合、国王が何をしても許されることになるので、それを避けるために国王の権力をいくつかに分散し、それぞれの権力を対立させるという考え方が出てきた。17世紀イギリスの「法の支配」の原理は、国王権力から司法権と立法権を分離させることに成功したと説明できる。

それに加えて、国家権力を正当化する究極的な権威が国民に由来し、国家の意思を最終的に決定する権力を国民が行使するという国民主権の原理である<sup>20)</sup>。この原理から、国家権力がいくつかに分散されたとき、国民の代表からなる国会に優越的地位を与えるべきという考えが導かれ、国会によって事前に定められた法律に従った内容で、行政・司法が個別・具体的に行われるのであれば、国民の立場から見ればどのように行使されるのか予測可能となる。アメリカ「ヴァージニアの権利章典」（1776年）2条・5条およびフランス「人および市民の権利宣言」（1789年）3条・16条は、国民主権・権力分立を定める<sup>21)</sup>。

法治主義は、このような18世紀の人権宣言の流れを受けて、19世紀ドイツにおいて成立した原理である。法治主義（法律による行政

の原理）は、「行政活動が法律に基づかなくてはいけない」、「行政活動が法律に従って行われなくてはならない」ことを求める。それは、権力分立および国民主権を根拠とする。それゆえ、法律による行政の原理は、「権力分立思想の、行政法の平面における投影物」であり<sup>22)</sup>、そのねらいは「法律によって行政活動をしばることを通して、行政活動に対する予測可能性（法的安定性）を確保し、また行政活動に対する民主的なコントロールをおよぼそうとする」ことにあるとされる<sup>23)</sup>。

### 法治主義の発想——国家と国民を対峙

法治主義は、近代ドイツ行政法学を基礎づけたオットー・マイヤーにより提示され、明治憲法下の学説において採用されていた見解である。そして、マイヤーのいう法治主義は、先のパラグラフで述べたような自由主義に基づくものであった。

マイヤーは、法治主義（法律による行政の原理）をより具体化したものとして、法律の法規創造力（法律によってのみ法規を創造することができる）、法律の優位（法律が存在する場合には、行政活動はこれに反してはならず法律違反の行政活動は許されない）、法律の留保（行政活動を行う場合は事前に法律でその根拠が規定されていなければならぬ）という3つの原理に分けた<sup>24)</sup>。

マイヤーのいう法治主義は、自由主義が思想的基盤となっているので、本来は私人の権利・利益の保護を目的とする原則であった<sup>25)</sup>。そして、たとえば「法律の留保」の原則は、「国民の権利・自由に対する制限は、行政権には許されず、立法権（法律）に留保されるべきだ」<sup>26)</sup>という行政権の恣意を抑制する原則であった。それゆえ、法治主義の発想は、沿革では、国家と国民を対峙させたときに（国民側の）議会が（国家側の）君主・

行政に対して優位に立たせて統制するというものであったといえる<sup>27)</sup>。

### カナダ憲法における「法の支配」

憲法の教科書的説明では、「法の支配」は、法が民主的な手続きで制定され、法の内容が正当性をもつていなければならない点で「法治主義」と異なると説明され<sup>28)</sup>、「法律の留保」も法律に留保があれば、行政権による自由の制限ができると説明されてきた<sup>29)</sup>。しかし、塩野宏が指摘するように、これらは、「歴史的発展を省みないで単純化しすぎている点に注意しなければならない」<sup>30)</sup>。

実際のところ、ここまで文脈で「法治主義」を論じるのであれば、「法の支配」と大きな違いはない。イギリス憲法の伝統を受け継ぎつつ独自の体系をもつカナダ憲法<sup>31)</sup>において、「法の支配」は不文の憲法原則と認められている。そのリーディング・ケースとされるのがRoncarelli事件である<sup>32)</sup>。

この事件の概要は、次の通りである<sup>33)</sup>。原告のロンカレリは、州政府がエホバの証人の信者による宗教的文書配布を取り締まっていた当時、それらの事件の被告人となった信者380名の保釈保証金を支払っていた（ロンカレリ自身は配布行為をしていない）。州首相のデュプレシスは、酒類の販売免許をつかさどる委員会に圧力をかけて、ロンカレリの経営するレストランの酒類販売免許を取り消させ、今後永久に免許は与えない宣言させた。この免許取消しによって経営危機となったロンカレリは、デュプレシスを訴えた。最高裁判所は、免許取消しは、免許制度とは関係のない他事考慮に基づくものとして、法の支配に反する行為として違法と判断した。

このような意味合いでのみ「法の支配」を説明するのであれば、それを「法治主義」に置きかえても大きな違いはないと考えられる。

### 論拠——議会の意思と国民の意思を同一視

ここまで、与えられた紙幅の範囲内で単純化を避けつつ、法の支配と法治主義に関する説明を確認してきた。憲法学で指摘された「法治主義」の問題点は、それを支えてきた論拠を確認しなければ理解できない。

まず、法の支配と法治主義の沿革をたどれば、どちらも国家側の君主（行政）と国民側の議会を対峙させた図式で説明してきた。

そして、法治主義（とくに法律の留保）の考え方が正当化されるのは、議会の意思が国民の意思であると擬制できたからである。つまり、国民が選出した代表からなる議会が法律を制定するので、その法律は国民が自ら同意したものと捉えることができる。したがって、法律の範囲内において、行政権が国民の自由に対して侵害を加えることが許容されるのであると理解できる<sup>34)</sup>。

このような理解は、国民の自由（生命・身体・財産）の保護を目的とする自由主義の考えに適合し、法治主義（法律による行政の原理）は本来そのような法原理であった。しかし、法治主義が問題視されたのは、行政による自由の侵害を「法律」によって防ぐ原理であったために、法律の内容そのものに問題があつたときに行政権の不当な侵害を防ぐ方法が用意されていなかった点である<sup>35)</sup>。とくに、第二次大戦前のドイツ・日本において、非人道的な内容の法律が立法府によって定められ適用されたことに対する歴史的反省からきている<sup>36)</sup>。

この歴史的反省は、「国民の意思」という言葉が悪用される恐れがあることを示唆している。これは、当時のユダヤ系知識人が指摘するところである。経営学者のドラッカーは、ナチス時代のドイツにおいて、個人（少数者）を保護するための自由が多数者のためのものとして使われるようになったことを指摘して

いる<sup>37)</sup>。それは、かつて特権とよばれたものを「自由」という言葉にすり替えたことを意味し、立憲主義が目指す方向と逆行するものである。

したがって、法治主義にまつわる問題は、「法治主義」を「法の支配」に置きかえることではなく、「議会の意思」をどこまで「国民の意思」と同一視してよいのかという点にあるといえる。この「議会の意思」と「国民の意思」の関係については、国民代表の意味と密接に関わるので、3. で述べよう。

### 3. 国民「代表」の意味

#### 代表（間接）民主制——「代表」の意味

憲法43条1項は「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」と定めている<sup>38)</sup>。この点については、「議員が、国民によって選任されることと、国民の代表者とみなされることとは、近代議会の本質的性格である」<sup>39)</sup>と解してきた。

同項の「代表」の意味については、法的代表ではなく、政治的代表を指すと解されている<sup>40)</sup>。その理由は、次の2つである。1つは、近代以前の身分制議会のような命令委任（選挙母体の訓令に拘束され、訓令を守らないと召還される）を禁止していることである。もう1つは、議会を構成する議員は、特定の選挙母体の代表ではなく、全国民の代表とされることである。したがって、政治的代表においては、自由委任の原則が成り立ち、「議員は議会において、自己の信念に基づいてのみ発言・表決し、選挙母体である選挙区ないし後援団体等の訓令には拘束され」ず、「国会における発言・表決の自由が保障される」とされている。

命令委任を禁止し自由委任の原則を採用するという2つの理由から、同項の「代表」が

法的代表ではないと説明され、代表は（民法上の）代理と異なる概念であると説明される。民法上の代理は、「本人に対して直接にその効力を生ずる」（民法99条1項）のに対して、現実の国民の意思と議員の意思との一致は要求されないからである。

ただ、このことは、憲法の教科書的説明にあるように、「国民の意思と議員の意思との間に不一致が存在するにもかかわらず、あたかも一致があるかのように説くことによって、実際上の不一致をおおい隠す」性格も有している<sup>41)</sup>。したがって、「議員の地位の国民意思（具体的には選挙）による正当化が強調され、国民意思と代表者意思の事実上の類似が重視されるようになり」、社会学的代表が取り入れられるようになったと説明される<sup>42)</sup>。

### 民法上の代理制度との対比・類推

この国民代表の理論を民法上の代理との対比・類推で考える場合、民法の教科書的説明を踏まえると、次のような疑問が生じる。

憲法学説が法的代表ではなく政治的代表と述べたのは、命令委任ではなく自由委任であるという点で、（民法上の）代理の法律効果と異なることが理由である。しかし、その点で代理と異なるのであれば、（民法でいう）使者と代理人の違いを述べているのではないかとも考えられる。

代表が代理と異なるのは、「代表者は被代表者の現実の意志と矛盾する行動をなすこともあります」ことを根拠とする<sup>43)</sup>。しかし、それは、また長谷部恭男が指摘するように、「代表の意思と被代表者の意思の一致が要求されないのは、法的代表における法人の機関や後見人の場合でも同様である」<sup>44)</sup>。

憲法が定める国民「代表」の意味内容を理解するには、代理の歴史・存在理由・基本構造にまで立ち入った検討が必要である。以下

では、この点について検討していこう。

### 代理制度の歴史・存在理由・基本構造

代理は、歴史的に、社会的経済的必要性から発展してきた制度である。イギリス法制史の大家ホールズワースが指摘するように、原始社会においては、当事者は自ら契約を締結することができ、その意思表示は本人同士が直接なされていたと考えられている。しかし、近代社会に突入し始めた17世紀初頭に、イギリスで代理法が急速に発達した<sup>45)</sup>。これは、この時期における経済活動領域の拡大が影響している。この時期において代理制度が必要とされたのは、経済活動領域の拡大にともなう意思決定の不便さからきている。それは、地理的要因で自ら契約を締結することが困難になったという社会背景があった。

また、代理制度には私的自治の拡張と私的自治の補充という2つの機能があると、民法学説で指摘されている<sup>46)</sup>。1つは、代理人を介することにより、広範な地域で多量の取引を行うことが可能となり、本人の活動範囲が拡張する機能がある（私的自治の拡張）。もう1つは、取引能力がない（取引能力が制限されている）者は、自分では取引できないので、代わって取引をしてくれる者を介在させることで、本人の制限された能力を補充する機能がある（私的自治の補充）。

日本民法における任意代理は、次のプロセスを経て成立する。まず、本人が代理人となる者に代理権を授与する（代理権授与行為）。代理人は、本人から与えられた権限の範囲内で、取引の相手方に代理人であることを示して（顕名）、契約などを締結することで本人と相手方との間で効力が発生する（民法99条1項）。代理の場合、法律要件が充足しているかどうかは（本人ではなく）代理人の事情で判断する（民法101条）。

## 法律効果——使者と代理の比較から

通説的見解が政治的代表と解するのは、代表機関（国会）の行為が被代表者（国民）の行為とみなされるといった、代理の法律効果であると解すべきでないと考えているからである。また、議員は、選挙民の指図に拘束されず、自己の信念に基づいて議会で発言できると解される（自由委任の原則）ことも理由とされる。

しかし、この「指図に拘束される」という考え方には、代理というよりも、「使者」という別の他人のための事務を処理する制度を想定しているように思われる。

使者と代理の違いで本稿で着目すべき点は、本人と代理人・使者との間における意思決定の判断の仕方である。

使者は、本人が決定した意思表示（効果意思）をそのまま相手方に伝達するので、使者が意思を決定するわけではない。使者が本人の意思表示を誤った内容で伝えた場合、本人の真意と表示とが食い違っているために錯誤（民法95条）によって無効となると解されている。使者による意思表示の伝達は、本人の意思表示と一致することが求められる。

これに対し、代理では、代理人が意思表示をする。（任意）代理における代理権の具体的範囲は、代理権授与行為によって決まる。代理人が代理権の範囲を越えて契約を締結した場合は、無権代理行為となり、契約の効力は本人に帰属しない<sup>47)</sup>。

しかし、代理人は、授与された代理権の範囲内であれば、意思を決定することができる。このことと、命令委任を禁止し自由委任を原則とするという議論とは、必ずしも矛盾しない。その法律効果だけで、政治的代表であると説明するのは十分に論証されていないと考えられよう。

## 対外関係——意思の一致・不一致

さらに、憲法学説のなかで、代表と代理が異なるという場合に、自覚的に区別されなかった視点がある。それは、他人のための事務を処理する制度には、対内関係（事務処理者が本人のためにどのような仕事をする義務があるか）と対外関係（事務処理者が対外的にどのようなことをする権限があるか）、という2つの要素からなるということである。そして、日本民法の総則で定められた代理制度は、このうちの対外関係について定めたものである<sup>48)</sup>。対内関係は、契約の問題と解され、債権法（契約法）の問題とされる。

この対外関係とは、端的に言えば、代理人が相手方に対してなした意思表示を本人の意思表示とみなしてよいかという点である。

本人は、代理人の行為が代理権の範囲内であれば無効と言うことはできない。また、その行為が代理権の範囲を超えていたとしても、取引の相手方が「代理人の権限があると信すべき正当な理由」があると証明すれば、表見代理により有効な代理行為として扱われる（民法110条）。

国民代表の意味におけるこの文脈は、議会と行政（君主）との関係に置きかえられる。この関係において法治主義が唱えられたのは、先述した沿革を確認すれば、その議会の意思を（主権者である）国民の意思とみなすことになったことがわかる。

日本国憲法においても、内閣は国会が制定した「法律を誠実に執行」することが定められており（憲法73条1号）、行政に対する法律の優位、ひいては法治主義の根拠そのものとなっている。国会が国民の代表機関であるということは、この文脈においても、代理と異なるとはいえない。

### 対内関係——代理権授与行為

さらにいえば、この点は、対外関係について述べたに過ぎず、代理関係の一部分を述べているに過ぎない。対内関係（議会と国民の関係）について検討しても、代理の類似性が認められる。

代理人は本人に対して善管注意義務（民法644条）を負うと解されるが、代理権の行使に際して代理人が負う義務は、そのまま直ちに代理権の制限となるわけではない<sup>49)</sup>。これに対して、代理権の範囲を超えた行為は、民法110条によって無効となる<sup>50)</sup>。このことは、代理人は与えられた代理権の範囲内において自由裁量があるということができる。

このことを踏まえて、国民代表の文脈においても同様に、国民から与えられた代理権の範囲で議員に裁量の余地があり、その委任の内容が広範な範囲で与えられていると解することができ、それはこの論点に関する通説的見解と矛盾しない。

### 議論の焦点——代表権授与の範囲

民法上の代理制度を踏まえて、法治主義および代表民主制を前提とする議会の位置づけを考えれば、国民代表と代理との類似点がかなりあることがわかる。対外関係（行政との関係）においては、議会の意思を「国民の意思」とみなすことで、議会の優位を確保する必要がある。また、対内関係（国民との関係）においては、国民から与えられた範囲内で議会の行動が許されており、議会のあらゆる行為が「国民の意思」とみなされるのではない。これらの特徴は、民法上の代理との大きな違いはないからである。むしろ、国民代表を考察するには、代理との類似性にもっと着目すべきである。

そして、国民代表の意味の議論は、国民が議会に対し、どこまで代表権の範囲を授与し

ているのかが焦点となる。その範囲は、先ほど述べた法治主義が抱えていた問題と深く関わっている。通説的見解が国民代表の意味を政治的代表としたのは、命令委任（議員が国民からの指示に拘束される）を否定する点にある。かりに命令委任であると解すると、議員が公益（国民全体の利益）ではなく私益（有権者の利益）を目指して行動しなければならなくなるからである。社会の構成員すべてが私益を追求した場合、民主主義を貫徹した決定ができなくなるという学術的な指摘がある<sup>51)</sup>。このような民主主義の矛盾を回避するには、議員に自由裁量の余地を与えて、国民全体の利益を目指して行動する可能性を与えなければならないからである<sup>52)</sup>。

このような理由で、命令委任を禁止して自由委任の原則を採用する説明には、説得力がある。しかし、自由委任の原則があるからとして、議員に完全な表決の自由があると説明してしまうと、議員自身の利益をはかけて国政を専断する危険もある。このことから、「選挙民による議員のコントロールの手段を常時、確保すべきだとの結論」が導かれる。それが通説的見解が社会学的代表を取り入れている理由であり、それは直接民主制の要素を一部取り入れていることも含意する。

## 4. 代表民主制における立憲主義の意味合い

### ルソー流民主主義の難点

本稿の3. で、憲法43条1項の「代表」の意味は、代理と異なると捉えるよりも、代理との類似性に着目すべきことを述べた。そして、同項の「代表」を政治的代表と解しつつ、社会学的代表を取り入れる通説的見解を、代理との類似性に着目して捉えれば、本人から与えられた代理（代表）権の範囲の問題であると置きかえられる。そこで、4. では、代

表民主制における立憲主義の意味合いを説明するため、いったん法律学の文脈から離れ、政治学・経済学の文脈で確認しよう。

社会学的代表の考え方は、国民の代表者が選挙民の意思をできるだけ忠実に反映すべきことを求める。この選挙民の意思と代表者の意思との事実上の一致が求める考え方は、ルソーの『社会契約論』に示されたような直接民主制の考えに行き着く<sup>53)</sup>。

多くの国は、直接民主制ではなく、代表民主制（間接民主制）を採用する。憲法の教科書的説明をすれば、その理由は、「多くの国民は、諸種の国政問題を判断し、処理するだけの政治的素養と時間的余裕とをもたないから、直接民主制を高度に実現することは妥当ではない」。しかし、「国民は、国政をみずから決することはできなくても、国政を担当するに適した者を選出する能力はある」からである<sup>54)</sup>。

より詳細に説明すれば、次のことが指摘されている<sup>55)</sup>。ルソー流の直接民主制には、(1) 共同体の構成員が独立した個人で互いに平等であること、(2) 共同体の規模は小さく争点は十分に簡素なものであること、(3) 構成員は政治参加に積極的であること、という条件を必要とする。しかし、このような民主主義が現代社会で通用するには、2つの難点がある。第1の難点は、現代の複雑化した政治制度では上記(2)のような条件を満たすことが困難である点である。第2の難点は、ルソー流民主主義は、上記(3)のように構成員が政治的情報を十分に持つて政治に参加すると想定されている点である。

### 難点①——政治共同体と規模の問題

そこでまず、ルソー流民主主義の第1の難点について検討しよう。最大の要因となるのは、上記(2)の条件、民主主義を構成する

共同体の規模（人口と領域）である。

アメリカの政治学者ダールは、人口と領域が大きくなるとその決定にかかる多くの時間と費用がかかるなどを理由に、「デモクラシーの単位が小さくなれば、それだけ市民参加の可能性が大きくなり、市民が政治的決定を代表に委ねる必要性は減少する。単位が大きくなれば、市民にとって重要な諸問題を処理する能力は大きくなるが、市民が代表に決定を委ねなければならない必要性も増大する」と述べている<sup>56)</sup>。

政治共同体と規模の関係については、バーリ＝ミーンズによる「所有と経営の分離」を参照すると理解しやすい。それによれば、いくつかの会社形態を調べてみると、次のことが観察できる<sup>57)</sup>。規模の小さい会社の場合、出資者がその会社を所有し、人事権を保有しつつ、出資者自らで経営が行われている。しかし、会社の規模が大きくなると、出資者自ら経営するのではなく、経営を専門とする者がそれに携わるようになる。さらに、会社が巨大化すると、出資者（株主）の地位が多くの者に分散され、その中には投機目的で経営に関心のない者もあらわれる。

バーリ＝ミーンズによる記述的内容から、規模の大きな政治共同体において、積極的な政治参加を求めるることは困難であり、（会社よりも規模の大きい）現実の国家にそのような想定を求めるのはもっと困難であるといえよう。それゆえ、国民の代表者による議会によって、規模を小さくするという代表民主制（間接民主制）の考え方方が導かれる。

### 難点②——エージェンシー問題

次に、ルソー流民主主義の第2の難点について述べよう。先述したルソー流民主主義の条件(3)は、共同体の構成員が十分な情報を持ち、自己の利益と社会の利益を知ってい

るという前提として仮定されている。

この仮定に従えば、出資者は、企業経営者が出資者の目的に従って行動しているかを完全に監視でき、その目的に反する行動をとる経営者に対して解雇権行使できる。したがって、すべての当事者が十分な情報を持つていれば、各自が自己の効用最大化を図ろうとしても、出資者の効用最大化を図る行動を採用することとなる<sup>58)</sup>。このような監視コストがなければ、代理人がどのような行動をとろうと、本人の指示通りに行動することとなる。

しかし、現実には、代理人を立てれば、本人自ら行動すれば生じえないコストが存在し、それはエージェンシー・コストといわれるものである。ジエンセン＝メックリングによれば、本人に生じるエージェンシー・コストとして、代理人が指示通りに行動しているかを監視するコスト（モニタリング・コスト monitoring cost）や、何らかの損害が生ずる場合に備えて損害分散を図るコスト（ボンディング・コスト bonding cost）、代理人に違反もなく損害が出ているわけでもないが、やはり自分で行動する場合とは完全に同じにならないことをやむをえないとして甘受するコスト（残余ロス residual loss）が生ずる<sup>59)</sup>。

このエージェンシー・コストが生じるため、代理人は本人の不備につけ込んで、悪徳的に自己利益を追求することができる（機会主義的行動 opportunistic behavior）。この機会主義的行動によってもたらされる問題（エージェンシー問題）は、「隠れた情報」と「隠れた行動」の2つが原因となっている<sup>60)</sup>。まず、本人は代理人に関する情報のすべてを共有してはおらず、代理人のみが有する「隠れた情報」が存在する。この隠れた情報があるために、本人が不適切な代理人を選択してしまう場合がある（逆選択 adverse selection）。また、代理人の行動のなかには、本人が監視

しても発見できないような「隠れた行動」がある。代理人の隠れた行動は本人に見つからないので、代理人はそれに乘じて代理人自身の利益を追求する可能性がある（モラル・ハザード moral hazard)<sup>61)</sup>。この逆選択とモラル・ハザードが、代理人の機会主義的行動を引き起こしている。

政治学・行政学の文脈では、有権者を本人とし政治家を代理人とする関係、政治家を本人とし官僚を代理人とする関係で、エージェンシー問題を捉え、それを踏まえた制度の説明や政策の展開が議論されている。たとえば真渕勝は、官僚の機会主義的行動を抑制するには、政治家の監視を強化して官僚の行動に絶えず目を光らせる方法（監視コスト）と、政治家自身が政策形成を行って監視コストを下げる方法（立法コスト）を挙げている<sup>62)</sup>。これを国民と議会の関係の文脈で言えば、選挙民が間接民主制の前提に議員を監視するか、直接民主制をとるかということに置きかえられる。しかし、真渕が指摘するように、「政策形成に必要な専門知識が高度化したために、政治家には自前で政策を作ることができないだけでなく、行政に委任したのちに官僚の行動を有効に監視することもできなくなっている」<sup>63)</sup>。同様の理由から、選挙民が議員を監視しましたは直接的に参加するのは、困難が伴うように思われる。

### 限定合理性に基づくエージェンシー理論

これまで、ルソー流民主主義の条件と難点について述べてきた。この考え方は、政治共同体の規模として小さいものを想定し、その構成員は十分な政治的情報と政治的能力を有することを想定している。しかし、現実の政治共同体の規模は大きいため、直接民主制を導入することは困難であり、それが多くの政治共同体で代表民主制を採る理由とされる。

もちろん、代表民主制をとったとしても、選挙民が十分な政治的情報をもち、政治参加に積極的であれば、議員の機会主義的行動を抑止できるくらいに監視が可能である。しかし、現実には、選挙民はすべての政治的情報を有しているわけではなく、専門性が求められる争点においては（限られた時間のなかでは）選挙民が判断するのは困難である<sup>64)</sup>。

このように、エージェンシー・コストが存在するために、代理人が本人の目を盗んで裏切るような機会主義的行動をとることが論じられている。それとともに、エージェンシー・コストがゼロであれば、代理人がどのような行動をとろうと、本人の指示通りに行動することとなることが論じられている。

ここで論じられているのは、エージェンシー・コストの大きさと代理人の機会主義的行動をとるリスクの高さとの相関関係である。しかし、この事実から何らかの規範を導出できるわけではない。

エージェンシー問題の解決については、従来、エージェンシー・コストを下げればよいという考え方で議論される傾向があった<sup>65)</sup>。エージェンシー・コストを下げることができれば、代理人が機会主義的行動をとりにくくなる。そして、行為規範として、監視を不斷に行うべきことが論じられがちであった。本人が監視コストを十分にかけることができれば、代理人を介した行為は本人が直接行った行為と同じものとなる。

しかし、この議論には、「もし可能ならば」という条件がつくというべきである。本人が代理人の行動を四六時中監視していなければならないのであれば、代理人を頼むことの存在意義がなくなりかねないからである。しかも、現実の人間には、認知上の制約・計算上の制約があり、エージェンシー・コストをゼロにすることはできないからである。

現実の人間は、政治学者・経営学者ハーバート・サイモンが指摘するように、合理的に行動しているとしても限定的（bounded）であり、全知的ではない<sup>66)</sup>。まず、実際の人間の意思決定は、あらゆる選択肢を認知しているのではなく、個人が保有している情報は不確実である。さらに、情報の不確実性に加え、個人が限られた時間のなかで最も適切な選択肢（最適解）を実際に計算して選び出すのは困難である<sup>67)</sup>。したがって、現実の意思決定者は、選択に際してある水準を満たした「ほどほどの（good enough）」選択肢があれば、（それが最適な選択肢ではなかったとしても）他の選択肢を探すのをやめてそれを採用するという行動原理をとる。このような選択の仕方を、サイモンは「満足化（satisficing）」とよんでいる。

サイモンの限定合理性の考え方から、本人・代理人間における監視のあり方について、次のような示唆を与えることができよう。監視コストが非常に小さければ、代理人を介しても本人が監視すれば、本人が自ら行動することと同じ結果となる。この場合、本人が自ら行動するよりも、広い範囲で数多くの行動を執り行うことが可能となる。しかし、現実には、完全な監視が困難なほどの監視コストがあるので、代理人が機会主義的行動をしていたとしても、一定の水準を逸脱していない限り多めに見られるという行動原理が採用されている。これは、不確実な情報のもとで行う場合における、合理的な行動である<sup>68)</sup>。

## 「不断の努力」の意味

このような4. の議論を踏まえ、憲法学の文脈に立ち戻ろう。この文脈では、その議論は、国民代表の概念の対立に密接に関わる。

国民代表に関わる通説的な見解は、政治的代表を基盤に社会学的代表の考え方を取り入

れる解釈である。この社会学的代表の考え方には、国民（本人）が議会または議員（代理人）の行為を不斷に監視することを志向して、議員の意思と国民の意思とを、事实上合致させようとするものである。

近代立憲主義は、身分社会を脱却するため、「理性的で強い個人」を国民の人間像として想定する。近代思想を基盤とするこの人間像に依拠すれば、国民は国家を十分に監視できることを前提におくことになる。この近代思想の理想を追求すれば、ルソー流民主主義の考え方につながるので、直接民主制の考え方につながる。

また、代表民主制を採用するとしても、国民の不断の監視によって直接民主制と同様の帰結を導くという考え方に行き着きやすい。これは、立憲主義に依拠した「不斷の努力」（憲法12条前段）の解釈に適合する。国民と議員の関係における「国民代表」概念の捉え方は、そのまま国民（個人）と国家の関係の捉え方に直結するからである。つまり、国民が「国民の不斷の努力」によって「憲法を尊重する」ことの意味は、国家権力への監視であると解すべきである。したがって、「国民代表」概念もそれに適合するように解釈しなければならない。

しかし、その監視のあり方は、認知上・計算上の制約があるために、国民が議員（ひいては国家）を四六時中監視する方法を採用することは困難である。そのため、国民が要求する水準を超えていれば、そこで監視することをやめて、代表者である議員に委ねることになる。

もっとも、国民と議員（ひいては国家）との関係を依存関係と捉えることは、近代立憲主義の考え方と相容れない側面がないわけではない。しかし、日本国憲法上、議員を（選挙民ではなく）「全国民の代表」とする前提を

踏まえれば、そこでいう「国民の意思」とは個別具体的な個人の意思を指すのではなく、「国民」という団体として意思を形成していると解さなければ説明がつかない<sup>69)</sup>。

このような団体を権利主体とする場合、つまり法人が活動する場合には、代理人（理事）を必要とする。民法では、法人と理事の関係を「代表」と表現するが、その実質は代理である。法人の理事、会社の取締役などの「代表」には、取引活動の範囲を拡張する側面がある（私的自治の拡張）。しかし、理事が必要とされるのは、法人だけでは活動できないので、代わりに活動する者が必要となるという側面も有している（私的自治の補充）<sup>70)</sup>。「国民代表」の概念もまた、この2つの側面を有しており、その実質的内容は代理と同じである<sup>71)</sup>。

しかし、これは本人の視点からみている議論であり、代理人の視点で説明されていない。そのため、それだけでは、代理人の行為規範を適切に導き得ない。

したがって、国民代表における、代理人の行為規範とは何かが次の問題となる。これに答えるには、本人と代理人の関係にかかる議論（信託理論）を参照することが有効である。

5. では、この点について述べよう。

## 5. 行為規範としての「協働」の意味合い

### 国家（受託者）の行為規範——信託理論から

代表民主制を、ルソーの「イギリスの人民は自由だと思っているが、それは大まちがいだ。彼らが自由なのは、議員を選挙する間だけのことだ、議員が選ばれるやいなや、イギリス人民はドレイとなり、無に帰してしまう」<sup>72)</sup>という意味に捉えるべきではない。議員の選出は、1回限りのものではなく、継続性を有しているので、その点において適切で

はない。

さらに、国民と議員（ひいては国家）との関係においては、継続的な何らかの義務を見いだすべきである。そのためには、国民と国家との間で、どのような合意がなされたのかという考察を必要とする。この考察には、立憲的意味の憲法がいかなる政治思想に基づいて形成してきたかという点に立ち戻ることが必要である。

立憲主義を支える政治思想を再確認すると、社会契約論が通常言われるような契約とは性質を異にしていることに気づく。遠藤比呂通は、ロックの社会契約論が（服従契約ではなく）信託概念を応用した理論であるとして、次のように説明する<sup>73)</sup>。「ロックは、統治者が明白に市民に従属することを強調するために信託概念を用い、権力は人民から受託者たる統治者に委託されたと主張したのである。したがって彼によれば、もし受託者が信頼を裏切り、任務に背いた行為をした場合、人民はその信託を撤回できることになる。つまり、受託者たる統治者の責任は、条件付きの革命権である抵抗権によって最終的に担保される、とロックは考えていたのである」。

この考え方、「そもそも国政は、国民の厳肅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。」という憲法前文の趣旨にも合致し、国政を国民から信託された者が主権者たる国民に対して負う「透明性と説明責任の原則」を導く根拠となっている<sup>74)</sup>。

### 信認義務——株式会社の取締役を例として

立憲主義を支える政治思想が信託理論であるとすれば、信託における委託者と受託者の関係のあり方について検討すれば、それが国民と国家の関係のあり方を考察することにも

役立つ。

信託における委託者と受託者の関係は、英米法において、信認関係（fiduciary relationship）とよばれている。この関係は、イギリス信託法に由来し、（任意）代理における本人と代理人、（株式）会社における会社と取締役の関係において、同様の関係が成り立つと解されるようになった<sup>75)</sup>。

この信認関係は、契約関係と本質的に異なると解されている<sup>76)</sup>。それを私なりの説明で行えば、次のようになる。典型的な契約関係においては、契約当事者は自己の利益を追求して、両者の交渉の結果、妥結すべき内容を確定していく関係であると説明できる。これに対し、信認関係においては、一方が他方を最大限に配慮して内容を決定していく関係であると説明でき、そのやり方は両当事者を対峙させるものではないと説明できる。

信認関係における受託者の委託者に対する一連の義務は、信認義務（fiduciary duty）とよばれる。信認義務には、注意義務、忠実義務、競業禁止義務、守秘義務、公平義務、分別管理義務、報告義務などがあるとされる<sup>77)</sup>。これらの義務のなかで柱となるのが、注意義務と忠実義務である。

たとえば、会社法における株式会社の取締役は、その会社の「代表」である。そして、取締役には、会社・株主の利益に合致した行動をとる義務（忠実義務、会社法355条）と、その立場にある善良な管理者であれば当然払うであろう注意を払って経営にあたる義務（注意義務：会社法330条、民法644条）が課される。注意義務・忠実義務に違反する取締役の行為は、会社に対する債務不履行となるので、その取締役は会社に対して損害賠償責任を負うことになる（ただし、民法415条の一般原則ではなく、会社法423条が適用される）。この責任は、本来は会社自身が追及

すべきであるが、取締役間の同僚意識などからその責任追及が行われないおそれがあるので、株主が会社の権利を行使し訴えを提起することを認めている（株主代表訴訟、会社法847条以下）。

### 信認義務の法的内容と道徳的内容

信認義務は、以上のような内容および法律効果を有している。さらに、企業倫理の文脈では、信認義務の法的意味を超えた内容、道徳的内容をも含ませようとする議論も展開されている。

たとえば、スーパーに牛乳を買いに行く事例における企業と消費者の関係のような、契約関係一般において信認義務を展開する議論がある<sup>78)</sup>。その議論によれば、市場には情報の非対称性があり、企業の提供する財の価値を正確に知ることに限界がある。そのため、消費者は、企業のブランド力を信頼して行動する。この行動原理では、企業のブランド力が重要となるので、「消費者のために忠実に」行動することでブランド力を高めるべきであると論じる。

しかし、ここで論じられている義務は忠実義務のように見えるけれども、法律上の義務としての忠実義務と異なる性質のものである。まず、信認関係は、一方が他方の事務を委託する関係であることを前提としているので、典型的な売買契約のような関係では委託関係という前提が見られないからである。次に、信認義務は、信認関係の内部関係における義務であり、たとえば取締役の会社に対する義務である。信認義務は、会社と（会社が提供する財の）消費者との関係（外部関係）において、当然に成立する義務ではない。

取締役の信認義務は、会社（という法人）に対する義務であり、株主や消費者に対する義務ではない。しかし、取締役間の同僚意識

などからその責任追及が行われない可能性があるため、取締役の信認義務違反行為などが投資家（株主）の利益を害するおそれがある。それが、株主が会社の権利を行使して提起する訴え（株主代表訴訟）の制度趣旨となっている<sup>79)</sup>。株主代表訴訟は、株主による取締役の機会主義的行動を監視する手段の1つとして位置づけられる。

取締役の責任で争われる基本的な争点は任務懈怠責任（会社法423条1項）である。取締役の職務行為に法令違反行為があれば、忠実義務（会社法355条）違反に基づいて、会社は取締役の任務懈怠責任を追及できる。

しかし、そのような義務違反がない場合、企業の経営に関しては不確実な要素があるために、一定のリスクを伴う経営判断が必要になることもある。したがって、取締役にはある範囲の裁量権が認められている。そして、その裁量権の範囲内で行われた経営判断に著しい不合理性がなければ、注意義務に違反しないと解されている（経営判断原則）<sup>80)</sup>。

法律上の義務として定められた信認義務（注意義務・忠実義務）の内容は、このようなものである。この信認義務から、たとえば会社と消費者との間に（道徳的義務ではなく）法的義務が直接的には導出できない<sup>81)</sup>。

したがって、道徳的責任としての信認義務と法的責任としての信認義務は、区別しなければならない。会社と取締役の内部関係を超えた文脈では、道徳的責任として論じることができても、法的責任として論じることはできない。会社と消費者のような外部関係において、信認義務を理由に法的義務があると論じれば、詭弁を含むことになる。

ただ、信認義務が指示する内容を道徳的義務と解した場合、感情や信念を論拠にしているので、義務を履行する保証はない。しかし、道徳的義務として論じるには、一定の意味が

ある。それについては、国家と国民との関係において、説明しよう。

### 国家・国民関係における信認義務

ここまで、信認義務の内容を説明するためには、信認関係の1つである会社と取締役の関係で説明してきた。この信認義務を国家・国民関係の文脈で説明すれば、それは国家が国民に対して有する様々な義務を指す。それは、実質的意味の憲法に定められた国家権力の制限を意味し、それは立憲主義や法の支配が目指す目標と同じである。

ただ、国家の国民に対する信認義務として論じる場合、伝統的な説明を繰り返しているのではない。伝統的な説明では、国家の恣意的な権力行使を制限するために、国民による不断の監視が求められると説かれてきた。

しかし、この捉え方は、国民・国家の対立構造を作出しているために、両者の関係をうまく説明できていない側面も有している。「国家と国民を対峙させて、国家権力を制限する」という説明だけでは、「国家が何をしてはならないか」という消極的情報しか獲得できず、国家の行為規範を導くのに十分な情報を提供できないからである。

社会契約論は、国家が国民に対して最大限に配慮する義務を課すための議論と解することができる。つまり、国民と国家の関係は、委託者と受託者の関係（信認関係）であり、忠実義務から国家による機会主義的行動を抑止することができる。さまざまな人権条項は、国民・国家関係の文脈における信認義務の役割を果たしている。

国家が国民のために最大限に配慮して行動するという前提をおいたとき、国家側で必要とされる情報は「国家は国民のために何をすべきか」という積極的情報である。この場合、立憲主義の観点から許容される選択肢のなか

から、最適な選択肢を選ぶという行為規範が導かれ、信認義務の意味内容を明確にすればするほど国家の行為規範を明確にすることが可能となる。

このような行為規範で考えることにより、国家と国民が「協働」する関係という、対峙よりも適切な関係で論じることができる。

### 6. おわりに

#### 委託者としての国民、受託者としての国家

伝統的な憲法学の説明では、「国家と国民を対峙させて、国家権力の行使を制限する」という立憲主義で語られてきた。しかし、国会議員が「全国民を代表」するという日本国憲法43条の文言を代理関係・信託関係との類似性に着目して解釈すると、国家と国民が「協働」する関係という、対峙よりも適切な関係で論じることができる。

多くの国家では、民主主義の規模の大きさから間接民主制を採用し、日本国憲法43条1項もそれを採用することを表明している。同項の「国民の代表」について、通説的見解は、命令委任を禁止する趣旨から、代理関係と異なると主張する。しかし、代理関係を外部関係と内部関係に分けて検討すると、「国民代表」を代理関係としてみるべきことがわかる。外部関係（議員・議会と国家・行政の関係）において法律の優位を正当化する根拠として「議員・議会の意思」を「国民の意思」とみなす必要がある点、内部関係（議員と国民の関係）において国民から与えられた裁量権の範囲内で自由に発言・表決できる点で、代理関係と異なるからである。

もっとも、このような観点で間接民主制を説明すると、現状肯定的になりがちになると政治学の文脈から批判のあるところである<sup>82)</sup>。しかし、本稿で主張したいのは、現

状を説明しそれを前提とした国家・国民関係のあり方を論じる点にある。そして、現実の政治共同体の規模を踏まえると、代表民主制（間接民主制）を採用することが不可避である。この民主制を採用する場合、全国民の代表である議員が国民の監視をかいくぐって、悪徳的に自己利益を追求する行動をとる恐れがある（エージェンシー問題）。このような議員の機会主義的行動を抑止するために、国民の「不斷の努力」による監視が必要であると説かれる。しかし、国民が国家を四六時中監視すると膨大なコストがかかるので、監視コストを軽減するような制度が求められる。

そこで本稿が着目するのが、信認関係（信託関係・代理関係）である。国家と国民の関係を信認関係としてみることで、国家が国民のために最大限に配慮する義務（信認義務）を導くことができるからである。国家の信認義務を前提とした場合、「国家と国民が協働する」という意思決定方法が採用され、両者のより適切な関係を導きうると考えられる。

## むすび

本稿の主張は、国家と国民の関係を信認関係とする発想に基づいて、国民を委託者とし国家を受託者として捉えることで、国家のより適切な行為規範を導くものである。その内容は、国民と国家の協働決定によるものであり、立憲主義と矛盾するものではない。それは、日本国憲法前文の「国民の厳謹な信託」という文言の趣旨にも合致する。

しかし、そこでいう「協働」とは、国家の行為に国民が従うことによって、国家と国民の協働行為となるという意味ではない。信認関係において国家のとりうる選択肢は、国民から与えられた信認義務の範囲内で許されている。国家がその範囲を無視する行動を選択すれば、その行為は立憲主義と矛盾すること

となる。国家・国民関係における信認義務は、立憲的意味の憲法の指し示す内容を含んでいるからである。したがって、立憲主義の枠組みで考えることが、「協働」を論じるときの大前提である。

憲法43条1項において「全国民の代表」とされる議員には、少なくとも2つの要素に基づいた信認義務があると解される。1つは、選挙を通じて示された政策への支持である。もう1つは、立憲的意味の憲法に示された人権規定が指し示す内容である。とくに、後者は、（選挙民の代表ではなく）全国民の代表とされる根拠としてふさわしい要素である。

しかし、それゆえに、議員（ひいては国家）が国民のために最大限に配慮して行動しているという前提をおいて議論したとしても、次に示す2つの問題が発生する。1つは、本人の「複数性」といわれる問題がある点である。それは、「複数の本人がいるなかで各自の持つ要求が相互に対立している場合、代理人にはどちらの要求にも応えられないことを利用して、自らの判断で行動する余地が生じる」というものである<sup>83)</sup>。もう1つは、全国民に「将来の国民」が含まれているという点である。かりに「全国民」という団体の意思を想定できたとしても、「将来の国民」をその構成員として現実に意思決定させることは不可能である。

ここに示した2つの問題から、「全国民」という団体の意思とその構成員の意思にギャップが生じうる。そのためには、「国民の意思」が指し示す意味内容は何かという問題を検討し、憲法上の権利行使のあり方を捉え直すことが必要となる。

この検討には、数による正当化では足らず、理性的判断による正当化が不可欠となる。しかし、紙幅の都合もあるため、この点については別稿で論じることとした。

**注**

- 1) たとえば、野中俊彦ほか『憲法II（第5版）』（有斐閣、2012年）400頁〔高橋和之〕、愛敬浩二『改憲問題』（筑摩書房、2006年）214頁。
- 2) 自由民主党「日本国憲法改正草案」は、下記のURLから入手可能である。  
[https://www.jimin.jp/policy/policy\\_topics/pdf/seisaku-109.pdf#page=27](https://www.jimin.jp/policy/policy_topics/pdf/seisaku-109.pdf#page=27)
- 3) 自由民主党憲法改正推進本部『日本国憲法改正草案Q&A（増補版）』（平成25年）37–38頁。  
[https://www.jimin.jp/policy/pamphlet/pdf/kenpou\\_qa.pdf#page=43](https://www.jimin.jp/policy/pamphlet/pdf/kenpou_qa.pdf#page=43)
- 4) 2004年11月17日に発表された自由民主党の「憲法改正草案大綱（たたき台）」は、憲法改正問題を批判的に理解する上で参考となる基礎資料として、全国憲法研究会編『法律時報増刊 憲法改正問題』（日本評論社、2005年）347–62頁に再掲されている〔本文で引用した箇所は348頁〕。
- 5) 奥平康弘ほか編『改憲の何が問題か』（岩波書店、2013年）256–57頁〔愛敬浩二〕。
- 6) 前掲「憲法改正草案大綱（たたき台）」注4)『憲法改正問題』349頁。
- 7) この部分の議論は、同様のことを定めた2004年の読売新聞の憲法改正試案に対してなされた、毛利透の議論を参照している。毛利透「國民主権原理と改憲論」前掲『憲法改正問題』注4)24頁。
- 8) このような指摘は、毛利・前掲論文注7)25頁など、すでに存在している。
- 9) 拙稿「自律・自己立法に基づいた憲法哲学の批判的検討」名古屋大学法政論集250号（2013年）。
- 10) 憲法規範の特質に関する伝統的な理解については、清宮四郎『憲法I〔第三版〕』（有斐閣、1979年）16頁以下を参照。
- 11) 清宮・前掲書注10) 8頁。
- 12) ジェームズ1世は、1598年に匿名で『自由なる君主国の真の法（The True Law of Free Monarchies）』を著し、王権神授説を表明している。
- 13) Prohibitions Del Roy, (1607) 77 Eng. Rep. 1342 (K.B.) 1343; 12 Co. Rep. 63, 65.
- 14) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第六版』（岩波書店、2015年）14頁。田中英夫『英米法総論 上』（東京大学出版会、1980年）111頁。伊藤正己・田島裕『英米法』（筑摩書房、1985年）27–28頁。
- 15) この点については、高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波書店、1957年）55頁の田中英夫の解説を参照した。
- 16) 田中・前掲書注14) 135–38頁。伊藤＝田島・前掲書注14) 30頁。
- 17) 宮沢俊義『憲法II〔新版〕』（有斐閣、1979年）4–6頁。
- 18) 宮沢・前掲書注17) 8頁。
- 19) このパラグラフにおける説明にあたり、石川敏行ほか『はじめての行政法 第3版補訂版』（有斐閣、2015年）37–39頁を参照した。
- 20) 国民主権に、正当性の要素と権力性の要素があることについては、芦部・前掲書注14) 41頁などを参照せよ。
- 21) さらに、人および市民の権利宣言（フランス人権宣言）では、罪刑法定主義（8条）・租税法律主義（14条）を定めて、国民の予測可能性を確保している。
- 22) 藤田宙靖『行政法入門 第6版』（有斐閣、2013年）39頁。
- 23) 藤田・前掲書注22) 55–56頁。
- 24) 塩野宏『行政法I〔第六版〕』（有斐閣、2015年）77–78頁。より専門的には、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣、1962年）第2章とくに111頁を参照。
- 25) 藤田・前掲書注22) 68–69頁。
- 26) この表現は、芦部・前掲書注14) 20頁注による。
- 27) 大橋洋一『行政法I〔第2版〕』（有斐閣、2013年）24頁。
- 28) たとえば、清宮・前掲書注10) 8–10頁。芦部・前掲書注14) 13–15頁。ただし、説明の便宜から、「形式的」の文言を省略した。
- 29) 憲法の教科書的説明では、明治憲法下における法律の留保が「法律に基づくかぎり権利・自由の制限・侵害ができる」という意味に捉えられていたと指摘されている。芦部・前掲書注14) 20頁注などを参照せよ。
- 30) 塩野・前掲書注24) 78頁注3。
- 31) 1867年憲法法律9条で、カナダの執行権が連合王国の女王にあると定めている。女王は、勅許状により、カナダ総督に全権委任する形をとっている。この点については、松井茂記『カナダの憲法』（岩波書店、2012年）45–46頁などを参照せよ。

- 32) Roncarelli v. Duplessis, [1959] S.C.R. 121 (Can.).
- 33) 事案の概要是、松井・前掲書注31) 42–43頁を参照。See also, Evan Fox-Decent, Sovereignty's Promise 23–25 (2011).
- 34) この説明については、大橋・前掲書注27) 29–30頁を参照した。
- 35) 塩野・前掲書注24) 78頁注3。
- 36) 藤田・前掲書注22) 68–69頁。この点については、多くの憲法・行政法の教科書で指摘されている。
- 37) Peter F. Drucker, *The End of Economic Man* (Transaction Publishers 1995) (1939). [P·F·ドラッカー (岩根忠訳)「経済人の終り」高宮晋編『ドラッカー全集第1巻 産業社会編』(ダイヤモンド社, 1972年) 62–63頁。]
- 38) このパラグラフにおける憲法学説については、次の文献を参照している。清宮・前掲書注10) 69, 199–201頁。芦部・前掲書注14) 292–94頁。長谷部恭男『憲法 第6版』(新世社, 2014年) 313–14頁。
- 39) 清宮・前掲書注10) 200頁。
- 40) 「代表」が法的意味ではなく政治的意味のみを有するという通説的見解を確立したのは、次の論文である。宮沢俊義「国民代表の概念」(1934年)『憲法の原理』(岩波書店, 1967年)所収。
- 41) 芦部・前掲書注14) 293頁。
- 42) 芦部・前掲書注14) 294頁。日本国憲法上、議員の免責特権(憲法51条)を定めていると同時に、国民による公務員の選定・罷免権(憲法15条1項)を認めていることを根拠に、政治的代表(純粹代表)と社会学的代表(反代表)の折衷的立場であると解するものもある。たとえば、赤坂正浩「宮沢俊義『国民代表の概念』を読む」法学教室247号(2001年) 43頁。
- 43) 清宮・前掲書注10) 69頁。
- 44) 長谷部・前掲書注38) 314頁。
- 45) W.S. Holdsworth, *A History of English Law* 222–29 (n.d.) 同書の出版年は、1930年代と推測される。
- 46) 四宮和夫・能見善久『民法総則〔第8版〕』(弘文堂, 2010年) 293–94頁。
- 47) もっとも、追認(民法113条)・表見代理(民法110条)・代理権の濫用(民法93条ただし書類推適用)によって、契約が有効となる場合がある。
- 48) たとえば、四宮=能見・前掲書注46) 295頁。
- 49) たとえば、本人のために不動産を購入する代理人が不注意で利用価値があまりない土地を購入してしまった場合、代理人が善管注意義務違反による責任を本人に対して負うことはあっても、その土地を購入する取引そのものが無効とはならない。四宮=能見・前掲書注46) 303頁。
- 50) なお、代理権の範囲内の行為であっても、その権利を濫用したような事案の場合、民法93条ただし書の類推適用により無効となる判例がある。たとえば、最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁、最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁。
- 51) これは、アローの「一般不可能性定理」やセンの「リベラル・パラドックス」とよばれるものである。紙幅の都合上、詳細は割愛し、典拠となる文献のみを示す。Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* (2d ed. 1963). Amartya Sen, *Choice, Welfare and Measurement* (1982). [A·セン(大庭健・川本隆史訳)『合理的な愚か者』(勁草書房, 1989年)。]特に、センは、他者配慮的な個人が少なくとも1人いれば、このようなパラドックスが生じないと論じている。Id. at 314. [邦訳90頁。]
- 52) このような指摘は、長谷部・前掲書注38) 317頁、長谷部恭男『権力への懐疑』(日本評論社, 1991年) 第5章などから読み取ることができる。
- 53) この点は、憲法学におけるナシオン主権(純粹代表制)とプープル主権(半代表制)との対比に基づいている。詳細は、長谷部・前掲書注38) 315–21頁を参照せよ。また、プープル主権に基づく民主制は、政治学の文脈では、参加民主主義ともいわれている。
- 54) 清宮・前掲書注10) 68頁。
- 55) 蒲島郁夫『政治参加』(東京大学出版会, 1988年) 41–43頁。
- 56) Robert A. Dahl, *On Democracy* 105–10 (1998). [R·A·ダール(中村孝文訳)『デモクラシーとは何か』(岩波書店, 2001年) 145–51頁。]
- 57) Adolf A. Berle, Jr. & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932). [A·A·バーリー, G·C·ミーンズ(北島忠男訳)『近代株式会社と私有財産』(文雅堂書店, 1958年)。]また、この点については、菊澤

- 研宗『組織の経済学入門』(有斐閣, 2006年) 5-6頁も参照している。
- 58) この点については、菊澤・前掲書注57) 92-93頁を参照。
- 59) Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. Fin. Econ. 305, 308 (1976). この点については、菊澤・前掲書注57) 154-55頁を参照。その他、プリンシバル・エージェント論の先行業績として、次のものを挙げておく。Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 Am Econ. Rev. 777 (1972).
- 60) 隠れた情報と隠れた行動を用いて、エージェンシー問題を論じたのは、アローである。Kenneth Arrow, *The Economics of Agency, in Principals and Agents: The Structure of Business* 37, 38 (John W. Pratt & Richard J. Zeckhauser eds., 1985). この点については、菊澤・前掲書注57) 95頁も参照。
- 61) 本稿に関連する形で、逆選択とモラル・ハザードを説明する際、曾我謙悟『行政学』(有斐閣, 2013年) 22-24頁を参照した。
- 62) 真渕勝『行政学』(有斐閣, 2009年) 268-70頁。
- 63) 真渕・前掲書注62) 269頁。
- 64) ここでは、「限られた時間のなかでは」という条件がつく。インフォームド・コンセントなどを根拠とする説明責任の議論は、長い時間をかけてでも本人に決定させるべきであるというものであり、その議論の前提として時間の制約を捨象している。
- 65) これは、経済学における「コースの定理」に関する解釈を踏まえて述べている。この定理は、R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1 (1960), reprinted in *The Firm, the Market, and the Law* 95 (1988). [ロナルド・H・コース(宮沢健一ほか訳)「社会的費用の問題」『企業・市場・法』(東洋経済新報社, 1992年) 111頁。] で示されたもので、①取引費用がゼロの場合にいずれの法ルールを選ぶにせよ効率的な結果がもたらされるが、②取引費用が正の場合には効率的な結果がすべての法ルールのもとで生じるとは限らない、という特徴がある。
- 経済学者は「コースの定理」を①の特徴を強調する形で解釈されてきたが、コース自身は②の特徴を強調しようと考えていた。R.H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law, reprinted in The Firm, the Market, and the Law*, supra note 65), at 1, 13 & 15. [コース「企業・市場・法」前掲邦訳 15, 17頁。]
- 66) この段落の説明は、次の論文に依拠している。Herbert A. Simon, *Rational Decision Making in Business Organizations*, 69 Am Econ. Rev. 493, 503 (1979). [ハーバート・A・サイモン「企業組織における合理的意思決定」(稻葉元吉・吉原英樹訳)『システムの科学 第3版』(パーソナルメディア, 1999年) 281-82頁。]
- 67) これは、暗号解読のたとえで説明するとわかりやすい。暗号の解読方法(最適解)は、必ず存在する。しかし、最適解が存在しているとしても、あらゆる人が最適解を選ぶことにはならない。利用者でないものがその解読方法を見つけるには膨大な時間がかかるからこそ、暗号の利用価値があるからである。
- 68) マカビンズとシュワルツは、監視コストを軽減できることなどの理由から、四六時中監視する「警察巡回型監視 (police-patrol oversight)」よりも、逸脱した行動をしているという情報を得たときに是正する「火災報知器型監視 (fire-alarm oversight)」の方が望ましいことを述べている。Mathew D. McCubbins & Thomas Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, 28 Am J. Pol. Sci. 165, 167 (1984). この点については、真渕・前掲書注62) 269-70頁も参照。
- 69) プープル主権のように具体的市民によって構成される直接民主制を論じたとしても、その集合体に不可分に主権が帰属するので、国民という団体で考察しなければならない。この点については、長谷部・前掲書注38) 317頁を参照。
- 70) 四宮=能見・前掲書注46) 294頁。
- 71) 民法の概念として「代理」と「代表」を区別する実益はないことについては、注70) に掲げた文献のほか、長谷部恭男「国民代表の概念について」法学協会雑誌129巻1号(2012年) 175頁注3を参照した。
- 72) ルソー(桑原武夫・前川貞次郎訳)『社会契約論』(岩波書店, 1954年) 133頁〔第3編第15章〕。
- 73) 横口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』(北樹出版, 2000年) 247頁〔遠藤比呂通〕。

- 74) 宇賀克也『行政法概説 I [第5版]』(有斐閣, 2013年) 61頁。
- 75) この点については、道垣内弘人『信託法理と私法体系』(有斐閣, 1996年) 31-40頁を参照。
- 76) この点について詳しくは、タマール・フランケル(溜箭将之監訳)『フィデューシャリー——「託される人」の法理論』(弘文堂, 2014年)および樋口範雄『フィデューシャリー[信認]の時代』(有斐閣, 1999年)を参照せよ。
- 77) 注意義務・忠実義務以外の信認義務については、新井誠『信託法 第4版』(有斐閣, 2014年) 249-307頁など、信託法29条から39条までに関する概説書の解説を参照せよ。
- 78) 高巣『ビジネスエシックス [企業倫理]』(日本経済新聞出版社, 2013年) 368-69頁は、契約関係と信認関係を情報が対称であるか非対称であるかで区別するが、法律的意味ではそのような理由で区別されていない。また、同書487-88頁は、情報が非対称であるから、消費者は、詳細に調査することをやめて、ブランド名を信頼して行動することを述べる。しかし、これは、先述した限定合理性と満足化について述べたに過ぎず、法的意味の信認義務とは異なる。
- 79) 神田秀樹『会社法〔第17版〕』(弘文堂, 2015年) 265頁参照。
- 80) 経営判断原則の説明については、その先例とされる、東京地判平成16年9月28日判時1886号111頁の判決文を参照した。神田・前掲書注79)
- 224頁も参照。
- 経営判断原則が認められるのは、株主代表訴訟が濫用されて、リスクのある経営判断を事後に都合よく責任追及することを抑止する意味合いがある。ハイリスクの経営判断に対し、うまくいけば追及せず、失敗したら追及するという場当たり的な責任追及方法は、経営判断の全体から見れば不合理だからである。この点については、近藤光男編『判例法理 経営判断原則』(中央経済社, 2012年) 3-23頁を参照せよ。
- 81) ダスキン株主代表訴訟事件控訴審判決(大阪高判平成18年6月9日判時1979号115頁)のように、消費者対応のましさが信認義務違反となつた株主代表訴訟の事例はある。しかし、それは食品衛生法違反という法令違反行為が介在しているからである。この事例については、前掲『経営判断原則』注80) 308頁を参照せよ。この事件は、上告受理申立ての不受理が決定したことにより確定した(最判平成20年2月12日決定平成18年(受)第1720号ほか数件の上告受理事件)。
- 82) この点については、蒲島・前掲書注55) 39-41頁が引用・要約するJack L. Walker, *A Critique of the Elitist Theory of Democracy*, 60 Am Pol. Sci. Rev. 285 (1966) の論旨を参照。
- 83) 伊藤光利・田中愛治・真渕勝『政治過程論』(有斐閣, 2000年) 265頁〔真渕勝〕。