

論  
説

憲法第一章の規範科学的考察

——何故現在の天皇は天皇であり得るのか——

山下  
威士

目次

- 一 まず規範から考えよう
- 二 天皇氏と天皇位の区別
- 三 世襲原則——その第一次的規範の不存在
- 四 憲法慣習法と「日本国民の総意に基づく」
- 五 経過規定の適用
- 六 天皇は象徴であるか
- 七 皇族とは何か

- 八 天皇は如何なる性格の公務員か  
 九 天皇は如何なる性格の国家機関か

### 一 一 まず規範から考えよう

一 私は、ここ数年憲法学を規範科学として成立させるための条件を探索してきた<sup>(1)</sup>。しかしそれにしても、その際常に念頭から離れなかつたのは、その対極に設定されるべき憲法解釈の問題であつた。それは、前註引用の私の日本公法学会報告に際し、杉原泰雄氏より提出された私への疑問であつた。また同じく前註引用の樋口陽一氏批判の私の小論においても、氏の問題意識がより解釈の分野にあることは自明のことであるだけに、憲法解釈の問題は、私にとって絶えず気がかりとなつて残り続けていた。しかし私には、憲法解釈学がどのようにして科学として成立し得るのかについて全面的に答え得る用意は未だない。ただこのような、いわば私の宿題「規範科学的視座から憲法条文の意味説明が一体どこまで可能であるのか」について、ほんのひとつの具体的事例をとりあげて問題提起的になつても明らかにしてみようとするのが本稿の基本的意図である。

そのために本稿は、まず憲法第一章の天皇をとりあげてみた。というのも、今日においてすら天皇制こそなおタブー視されることのもっとも多い制度であることが、第一の理由である。少くとも規範科学的には、一切のタブーは批判されねばならない。そのことは、前註引用のすべての論稿で私の強調したことである。その方法が解釈にお

いてもまず貫かれるべきことを証してみたい。

第二の理由は、天皇制こそはそれを見る者の価値判断によつてもつとも評価の異なる制度であり、当然それが憲法解釈に際しても顕著にあらわれてくるはずの制度であるからである。にもかかわらず、この後半の「はず」は現出しない。すなわち、周知のように、天皇の章の条文解釈については、その解釈者がマルクス主義者であれ、天皇主義者であれ、その結論はほとんど変わらず、学説の争いは非常に少い。ということは、最初の予想とは違うにはせよ、私の採りあげるになおふさわしいテーマかも知れないことを暗示する。つまり、今日のように価値判断の中が極めて大であり得るにもかかわらず、なお大体同様の法解釈が行なわれているということは、憲法第一章の条文の規範的明確性がかなり高いと考えられるからである。それなら前述の私の意図、再言すれば、法解釈において規範科学的に発言し得るのはどこまでであり、どこから価値判断による決断・選択が介入せざるを得なくなるのか、を具体的に示すのにふさわしい条章であるということになるからである。

ところがいざ実際に条文をとりあげ、問題に立ち入ると、私には不明のことだらけであつた。

二 しかし実はこの不明さは、そもそも私の態度、すなわち、まず法規範からものごとを考えようとする立場が、従来の憲法学・憲法解釈の立場と相容れないためかも知れない。端的に言つて従来のわが国の憲法解釈は、法規範の説明を行うべき時に、事実の説明を行うことですませているという事態が多すぎはしなかつたであらうか。しかもそのような態度を正当化してはこなかつたか。例えば、戦前にあつて、寛克彦は「学問の中に於ても特に精神科学は終始体験と離れ得ぬもので、言葉の形式に拘泥したり思惟乃至説明の型(範疇)に滞むことは禁物である」と語つた。戦後にあつても事態は、基本的には同様である。例えば、戦後の主流は、いささかの規範性尊重の傾向を

示す<sup>(3)</sup>佐々木惣一の憲法解釈を「法実証主義的」「概念法学的」と非難し、「社会科学としての憲法学」を求めた。しかしその所謂「社会科学としての憲法学」とは、結局のところ憲法学が歴史学か社会学の内に解体没入するか、すなわち、法規範の説明を歴史的事実や社会的事実でもって代位するか、あるいは、「憲法学者の間では、ばくぜん」と憲法解釈に批判的な傾向が「社会科学としての憲法学」だと考えられていたような形跡<sup>(4)</sup>がある」と評されるようなものでしかなかった。

われわれが対象とすべき法・国家現象が、素材として見れば政治・社会・経済、あるいは、文化現象として存在するのは自明のことである。しかしわれわれが、憲法学という「苟も法規範科学の観点に立つ以上は、すべてこれ〔政治・文化等の諸現象〕を法規範に還元し、法現象として処理することが、学問上の第一義的要請である。<sup>(5)</sup>」私は、この中村弥三次の発言につけ加えるべき一言もない。われわれは、前代からの多くの遺産や歴史的事実を受け継ぎ、あるいは、目前に生起する多くの事実を知るが故に、無意識の内にそれらに依拠することにより、かえって思考を曖昧化する。すなわち、「自明のこと」として多くの問題を見逃すことになる。このような態度は、規範科学としての憲法学にとって決定的な致命傷ともなろう。したがって憲法制度は、すべてそれらが政治・文化現象として解明され得ることは当然にしても、まずひとたびは法規範の複合体としてその意味を明らかにされねばならない。

これまでのべた規範科学的観点から憲法を考えることを、私は、「外国人の視点から日本国憲法を見る必要<sup>(6)</sup>」と表現している。いわば規範について事実や「自明のこと」をもち出して説明をする―実は説明をしない―という態度をカッコに入れ、疑問を疑問として表面化させるための視点である。したがって以下に提出される疑問は、日本

に生れ育ち、教育をうけてきた人から見ればすべて極めて単純なものであり、そのあまりの単純さ故に、それこそ「自明のこと」と一言で片づけられかねないものばかりである。しかし本稿が前記のような立場から、敢えて「自明さ」こそを問題としていることに留意していただきたい。また本稿の提起した疑問があまりに単純素朴なものであり、それを推論するのにただ法規範と論理にのみ依拠するために、事実や自明さに依拠する立場から「非常識」という批判をうけることになるかも知れない。<sup>(7)</sup>しかし私は、前稿でのべたように「非常識である」という判定が学問的判定として果たして如何なる意味をもち得るものかまったく理解できないし、それ以上に学問の問題として「われわれは偏見は恐れるが、誤謬は必ずしも恐れるに及ばない」<sup>(8)</sup>と考えている。

なお附言するが、以上の私の立場からはそれこそ自明のことであるが、以下の説明に際して、とりあえずのところ解釈者の価値感・価値判断は一切関係ない。天皇制に対する価値感が解釈に影響を与えることは確かにしても、それが影響を与える前の所で議論を提起してみようというのが本稿の立場であるから。

ところで今日天皇の章の憲法学的説明を行なおうとする者のまず参照すべきは、針生誠吉・横田耕一『国民主権と天皇制』(一九八三)であろう。本書は、みずから称するところによれば、「漫然と既成事実を見すごす」ことなく、「必要に応じて比較憲法の見地から」「冷静な眼で」「憲法学の守備範囲の中で」天皇制にアプローチしたものである。これこそまさに本稿において私が採りたいと考えている態度である。したがって当然、私の本稿副題に掲げた疑問を始め多くの単純な疑問も当然そこに書いてあるだろう。ところがこの私の樂觀的予想は見事にはずれる。私の単純な疑問は、ほとんどすべて、まったく語られていないのである。何故であろうか。やはり天皇制は、それへの立ち入りを「冷静な」研究者にも躊躇させるタブーなのであろうか。それ以上に、本書にも、前述の歴史的事

実で法規範の説明を代位するわが国憲法学の傾向が強く表現されているためか、以下のような単純な疑問をすら「疑問」として提起させないのであるうか。何はともあれ本書の「パトスをおさえて冷静、冷徹なメスを入れることを私は拒否しない<sup>(10)</sup>」ということばをこそ、本稿もまた共有したいと思う。

なお本稿は、基本的には問いかけ・問題提起にこそ意義を見出し出しており、それらの間に私がどのように答えるかそれ自体はあまり重要ではない。しかし問題提起を行った者の責任上、問とそれに対する私の一応の答とをまとめておく。<sup>(11)</sup>

(1) 何故現在の天皇は天皇であり得るのか。

現在の天皇は、天皇位にある実質上の法的根拠を欠いている。しかし憲法第一〇三条により、「事務管理」型として、次に合法的に天皇位就任者が登場するまで、その地位に止り得る。

(2) 天皇が象徴であるのは、如何なる場合か。

天皇は、国家機関として行動している場合にのみ、象徴として扱つかわれる。

(3) 皇族とは如何なる概念か。すなわち、「天皇・皇族・一般国民」という分類があるが、その分類基準は何か。

理論上の皇族概念は存在の余地がなく、ただ実定法上の概念としてのみ皇族概念は存在する。したがって前記分類は非理論的なものである。

(4) 天皇は公務員か。もし公務員とすれば如何なる性格の公務員か。

天皇は国家公務員である。また国家公務員法上の一般職公務員である。

(5) 天皇は国家機関か。もし国家機関とすれば如何なる性格の国家機関か。

天皇は象徴という名の国家機関である。天皇は、内閣を最高機関とする行政権に属し、その統轄下にある下級行政機関である。

## 註

- (1) 私の「ハンス・ケルゼンと日本の憲法学」(一九八一年日本公法学会報告) 公法研究四四号一九八二、「憲法科学の方法論—ハンス・ケルゼンのイデオロギー批判を中心として—」 杉原編『憲法学の基礎第三卷』勁草書房一九八四、「タブーとしての憲法?—または憲法学における知的廉直のこと—」 法学新報九一巻一・二号一九八四。
- (2) 寛克彦『大日本帝国憲法の根本義』岩波書店一九三六・四頁。
- (3) もっとも私の判断では、佐々木惣一の「傾向」は、法思想上言うところの法実証主義と称するほどのものではなく、彼の対極に位置づけられることの多い美濃部達吉とほぼ同様の「立憲感覚」に裏打ちされ、したがってそのような価値感をその解釈の内にもち込んでいると思われる。とりわけ、佐々木『立憲非立憲』(一九一八)朝日文庫版一九五〇参照。
- (4) 長谷川正安『憲法学の基礎』日本評論社一九七四・一三頁。
- (5) 中村弥三次『日本憲法体系』厳松堂書店一九四二・二頁。
- (6) この表現は、鈴木孝夫の「外国語としての日本語」という着想にもとづくものである。「閉ざされた言語・日本語の世界」中公叢書一九七五、「ことばと社会」中公叢書一九七五。
- (7) その種の非難の例は、針生誠吉・横田耕一『国民主権と天皇制』法律文化社一九八三・二九三頁にすら見える(なお以下本書は、針生又は横田『天皇制』と略記する)。

(8) 齋藤响『方法』雄山閣一九四七・一七七頁。

(9) 横田『天皇制』二八五頁参照。

(10) 針生『天皇制』五頁。

(11) なお本稿においては前記のように解釈の性格そのものの議論は行なわない。それについては、大塚滋「純粹法学における法解釈の問題」都立大学法学会雑誌一九卷二号二〇卷一号一九七九、「イデオロギー批判としての法解釈」長尾他編『新ケルゼン研究』木鐸社一九八一収、古野豊秋「純粹法学における法の解釈」法学新報八九卷五・六号九・一〇号一九八二参照。

## 二 天皇氏と天皇位の区別

三 本稿の副題とされた「何故現在の天皇は天皇であり得るのか」という疑問は、もちろんここに用いられているふたつの「天皇」ということばが同じ意味に用いられているとすれば無意味な問となろう。いま詳細は憲法のテキスト類に譲るが、前者の天皇ということばが従来の憲法解釈において「私人としての天皇」といわれているものに大体該当し、後者のことばが「公人としての天皇」といわれているものに大体該当することは容易に理解し得よう。

しかしこの従来の用語法はそれ自体説明を要するかなり曖昧なものであり、思考を明確化するために、私は、こ

のことばの用法そのものに注目して、次のように区別してみたい。すなわち、前者の天皇ということばは、具体的な人を指称している。それは、実は山下さん、佐々木氏、横田様等と同様の呼称である。従来「天皇ハ無姓」といわれるにもかかわらず、天皇ということばがこのような姓氏として機能している。このように天皇ということばが姓氏として用いられている例は、「天皇様」「天皇氏」「天皇家」「皇族（天皇氏の家族・親族）」等少くない。これらの表現は、山下様、山下氏、山下家、山下氏の家族という表現とまったく同一の用法である。「天皇ノ崩御」という場合も、皇位という官職が死ぬことはないから、これまた姓氏としての用例である。私は、このような天皇ということばの用法を「姓氏としての天皇」と規定し、そのような用法の天皇を、以下において「天皇氏」と表現しよう。

これに対し、いまひとつの天皇ということばは、国家における地位（官職・機関等）を表現する。このことばは、通常憲法・憲法学においては「皇位」と表現されているものである。もともと「天皇」ということば自体が、「シロシメス」という何らかの行為、あるいは、その行為を行う立場を表現したことばであるから、天皇ということばをもつて「皇位」を表現する用法も理解され得る。このような用い方をされる天皇を、以下では、前の「天皇氏」に対比させて「天皇位」と表現することにしよう。天皇というこの一個同一のことばが、まったく異なるふたつの意味をもつことは、憲法学にとっては周知のことに属する。にもかかわらずその混同による混乱の例は少くない。

このように天皇ということばを使いわけることになると、副題の問は「何故現在の天皇氏（したがって裕仁氏）は天皇位にあり得るのか」となる。あまりにも単純至極な問であるためか、ほとんどの憲法解釈書でふれられることのない問である。わずかに宮沢俊義が「日本国憲法の天皇は、明治憲法の天皇に「相応する地位」〔第一〇三条

の文言」ではないが、明治憲法時代の天皇が引きつづき日本國憲法のもとでの天皇であるべきことは、天皇制について、明治憲法以来の世襲制をみとめてのことからも、当然のことと考えられる」と語っている。しかしこれはまったく説明になっていない。第一に宮沢自身が、実質論としては旧憲法下の天皇と現憲法下の天皇とが「相応する」ものでないことを認めることによつて自己の議論を否定している。とすれば名のみ共有するこの天皇について、現憲法独自の規定―就任についての―が必要である。第二に、現憲法が旧憲法と同じ世襲制という手続規定を定めているからといって、同じ家系のものが世襲するべきであるということにはならない。もちろん詳細は本稿全体の課題であるが、この宮沢の文章には、天皇制といえは「皇紀二六〇〇年余ノ天皇制」と即座に考え、現憲法から考えてみようとする規範科学性を著しく欠く日本の憲法学者の傾向が如実に表現されている。

四 この問に対する第一の解答例は、「彼は天皇だから」というものではなからうか。実に簡明至極なものであるが、相手が日本人であればかなりの同意を得るかも知れない。現に私が自分の講義で学生諸君に前記の問を尋ねた時、得た答ではこれが一番多かつた。しかしこの答の意味するところは極めて多義的である。

この答を解析すると、要するにこの答は「天皇は天皇だから、天皇位にあり得る」と答えているわけだから、その前文「天皇は天皇だから」を、(イ)「天皇は天皇氏」という姓氏」をもっているから」と解する場合と、(ロ)「天皇は天皇位をもっていたから」と解する場合とがあり得る。もちろんこの後者の場合は、当然のことながら「天皇は天皇位をもっているから」という現在形では、後文と同一になり同語反復になつて何事も語らないことになるから、時称を過去にしなければならぬ。したがつてこの後者(ロ)の場合、この種の答は、大日本帝國憲法下の状況を現在にもち込むことによる論証法(後述の第二の解答例)か、あるいは、その過去の状況をそのまま現在に継続させる

ことを合法化する何らかの根拠を前提とする論証法（後述の第五の解答例）を意味することになる。その詳論は、該当の個所で行なう。

これに対し前者(イ)の場合、この種の解答は、明らかに前述のふたつの天皇ということばの用法、すなわち、天皇氏と天皇位との混同の例である。この解答の誤りは、例えば、イギリスにおいて、KingとかCrownというファミリー・ネームをもつ人が必ずしもKingとかCrownという地位につくとは限らないことからしても明らかである。

さらにまた天皇氏というのが姓氏である限り、それは単数・複数いずれでもあり得る。現に皇族は「姓氏ノ別ナク一大家族ヲ作ルモノ」といわれる。これに対し天皇位というのは、かつての古代スパルタのような二重王位制を認めていると解しない限り、現在のわが国においては単数でしかあり得ない。とするならば、たとえ前記(イ)の場合のこの種の解答「天皇は天皇氏という姓氏をもつから天皇位につく」ということを認めたとしてももちろん本来誤った解答だが、何故その天皇氏の内の裕仁氏が現在天皇位にあり得るのかの説明には、なおなり得ない。

五 もっともこのような私の推論に対し、天皇ということばにおいて、天皇氏と天皇位とは「混同」という如き消極的・否定的なものではなく、意識的に読み込まれたものとして積極的・肯定的に考えてみようとする解釈があり得るかも知れない。<sup>4</sup>すなわち、憲法第一条の「天皇」というひとつのことばを、(イ)、「天皇氏が天皇位につく」、(ロ)、「その「天皇位が日本国の象徴である」と二重に読もうとするわけである。この態度は、当然第二条についても同様に「皇位」というひとつのことばを、(イ)、「天皇氏が天皇位につく」、(ロ)、「その「天皇位は世襲である」と読むことになろう。

しかし第一条について、もし「天皇」にこのふたつの意味を読み込むと、「天皇位」のみならず、「天皇氏」もま

た「日本国・日本国民統合の象徴」となってしまう。ところが後述するように、象徴であるのは天皇位のみであり、天皇氏ではない。とすると第一条の文意よりして、この天皇は天皇位と解するしかない。第二条は、その文言上からも明らかなように天皇位のことである。天皇ということばが天皇氏と天皇位を表現し得ることは明らかであるが、天皇位（皇位）ということばが天皇氏を表現し得るという用法はあまり例を見ないであろう。

## 註

- (1) 上杉慎吉「新稿憲法述義」有斐閣一九二四・九一頁、成沢光「シル、シラス、シロシメス」『政治のことば』平凡社選書一九八四・四四頁以下、また二二四頁も参照。
- (2) 宮沢俊義「日本国憲法〈全訂版〉」日本評論社一九七八・八二六頁。
- (3) 美濃部達吉「憲法撮要〈改訂五版〉」有斐閣一九三二・二五九頁。
- (4) このような解釈の可能性は、私の本報告を検討してくれた「Allgemeine Staatslehre」を読み続ける会「研究会において提出されたものである。いつものことながら本稿も、同研究会の諸氏に多くのものを負っている。

### 三 世襲原則—その第一次的規範の不存在

六 現在のわが国にあって天皇位への就任原則を定めているのは、直接には憲法第二条と皇室典範第一条とであ

る。したがって副題の問に対し、「現在の天皇は憲法と皇室典範の定める世襲原則によって天皇位にあり得る」とするのが、第二の解答例となる。

ところが、この憲法規定も皇室典範規定も、なるほど天皇位が「世襲による」ことは定めているが、それが何故「天皇氏」の世襲でなければならないのかは何処にも定めていない。そもそも論理的に考えればわかることだが、「世襲原則」「世襲による」というのは、いわば一種の第二次的な規範である。「世襲」というからには必ずその前提に、先行規範として、すなわち、いわば第一次的な規範として、例えば、「ブルボン家の世襲」とか、「ホーヘンツォルレン家の血をひくもの」とかの具体的な指示規定がなければならない。「世襲原則」というのは、いわば天皇位に就くための手続的規定であり、その前提に「誰が天皇位に就く」のかを定める実体的規定が必要である。例えば、「オランダノ王位ハオレンヂ・ナツサウ公ウイルム・フレデリック陛下ニ属ス、而シテ左ノ条項ニ従ヒ、ウイルム・フレデリックノ正統後裔之ヲ世襲ス。」（オランダ王国一八一五年憲法第一〇条）「国王の憲法上の権力は、レオポール・ジョルジュ・クレチヤン・フレデリック・ド・サクス・コプール陛下の直系、実系かつ嫡系の子孫が、男系により、長子相続法の順序により、かつ、女子及びその女系の子孫を永久に排除して、世襲する。」（ベルギー王国一八三二年憲法第六〇条）歴史上著名なのは、イギリスの「王位継承法 The Act of Settlement」（一七〇一）第一条の規定である。またわが国においても植木枝盛がその日本国憲案第九六条（一八八一年八月ころのもの）に「日本国皇帝ノ位ハ今上天皇睦仁陛下ニ属ス」と定めていたのも、このことを明確に意識していたためと思われる。そしてこれらの規定を前提にして、オランダ王国憲法第一条や植木案第九七条は、その皇帝位の継受の方法を定めている。

ところがわが国の現在の法規定はいずれも「天皇位に就くものは世襲原則により選出する」と定めているだけである。したがって法規定上は、「天皇位に就くもの」は、「天皇家の世襲」でも、「佐々木氏の世襲」でも、「横田氏の血をひくもの」でも誰でもよいわけである。それにもかかわらず、「天皇位は世襲原則による」と定められているだけでただちに「天皇氏の世襲」と考えるのは、前述の天皇氏と天皇位との同一視を、天皇ということばを媒介にして、暗黙の内に、あるいは、意識的に行っているか、または大日本帝国憲法下の印象をそのまま日本国憲法下にもち込んでいるにすぎない。

七 ももちろん現在の天皇氏（裕仁氏）も、大日本帝国憲法下においては、合法的に天皇位に世襲原則にもとづいて就任したのであろう。そのようにのべることがただちに現憲法下における前記の問への解答に規範上ならないことは自明のことであるが、後の解答例、とりわけ、第五の論証法的前提にもなるので、その就任の根拠を少し考えてみよう。

大日本帝国憲法下において、「天皇氏が天皇位に就く」という第一次的規範を定めていたのは、何であつたらうか。現憲法とほとんど同文の旧憲法第二条については、前述のような問題があろう。

では旧憲法第一条が、その種の第一次的規範を定めていたのであろうか。同条の「万世一系ノ天皇」というのは、天皇氏にも天皇位にもとれる。規範上は天皇位と解すべきは後述のとおりであるが、これを敢えて天皇氏と解すれば、まさに第一条が前記の第一次的規範を定めていたものと解される。

その趣旨をより明確化し、はっきりと天皇位就任についての第一次的規範を定めているのは、旧憲法の上諭であり、あるいは、美濃部達吉が「上代ノ古法<sup>(2)</sup>」と表現し、佐々木惣一が「実質的憲法<sup>(3)</sup>」と表現した「天壤無窮ノ神勅」

である。それは、この大日本帝国〔瑞穂国〕は「是吾子孫可王之地宣爾皇孫就而治焉行矣」と天皇氏の祖ニニギノミコトについてのべているから、まさに前記の第一次的規範を表現していた。<sup>(4)</sup>この趣旨を文言上でも明記しようとしていたのは、元田永孚の国憲大綱第一条「大日本国ハ天孫一系ノ皇孫万世ニ君臨ス」<sup>(5)</sup>であった。したがって大日本帝国憲法下においては、「天皇氏が天皇位に就く」、そして「その天皇位は天皇氏の世襲による」という天皇位就任についての第一次的規範も、第二次的規範も明確に存在した。

八 もっとも旧憲法第一条のみに議論を限れば、次のような問題もあり得る。前述のように、この「万世一系ノ天皇」という文言は、もしそれが事実を前提とする規範であるとするならば、すなわち、「万世一系であった」という事実を前提として「天皇氏が統治すべし」と命令しているものとすれば、第一条は当然前記の第一次的規範を含意しているものと解し得よう。そのように解する時、大日本帝国は天皇氏という家族の持ちものとして、この条文・文言は家産国家思想を端的に表明するものとなる。まさにこのために京都学派の遠祖ともいべき井上密は、大日本帝国憲法第一条をもって「家産思想説、即ち欧州の中世に於て国家を以て国王の所有権と為せるが如く、国家を以て天皇統治の客体としたる法律思想幼稚なる時代の遺産規定と為」<sup>(6)</sup>した。

これに対し、第一条が全体として規範的に解される、すなわち、「万世一系と考えられるべき」――したがって事実上は天皇氏の血統が途中で断絶していても、空位時代があつてもかまわないことになる――「天皇位が大日本帝国を統治すべし」という意味に解されるならば、この場合、第一条には前記の第一次的規範は含まれないことになる。そして規範としては旧憲法第一条は、後者のように解されるのが当然のことであろう。だからこそ現実に天皇位に就いているものが、北朝系であろうと、南朝系であろうと、あるいは、途中で事実として中断があらうと、血

統・由来について曖昧なものが混在していようと、規範としては「万世一系」であり得るのである。

ところでもし旧憲法第一条が後者の意味において解されるとすれば、その条文は、実は *The King never dies* とまったく同様のことをのべることとなり、したがって旧憲法第一条とその第二条とはほとんど同一の意味内容を有することになる。戦前にあっても規範主義的傾向を多少なりとも有していた佐々木惣一が、同第一条をほとんど無意味な条文と看做し、明確に規範科学としての憲法学を標榜した中村弥三次が、万世一系であるのは「宝位」〔天皇位〕であるとしたのもこのためであった。また旧憲法起草審議に際して、神権的天皇制の信仰を共有しない H・ロエスラーが、同第一条を単に世襲君主制の原理を示すだけの「万世分割スヘカラサル世襲君主制トス」という文言をもってとり替えるよう提議したのも、外国人の客観的な眼から見た立場として当然の提案であつたらう。

九 現在の天皇氏〔裕仁氏〕は、大日本帝国憲法下においては、「天壤無窮ノ神勅」・旧憲法上諭・第一条等の、いずれにせよ存在していた天皇位就任要件を定める第一次的規範にもとづき、そして旧第二条の世襲原則というその第二次的規範にもとづき、天皇位に合法的に就いた。ところが彼は、一九四六年一月一日に、詔書（所謂「人間宣言」）をみずから発表した。この詔書は、まさに前述の「天壤無窮ノ神勅」を中核とする思想を否定するものであるから、彼は、自己が天皇位にあることの法的根拠をみずから否定したわけである<sup>10</sup>。

したがって彼は、自己が天皇位を保持する合法性を失ったわけであるから、その時当然退位するべきであつた。いやあるいは、法解釈としては、彼は、その宣言によって自動的に退任したと解され、後に合法的な根拠にもとづいて天皇位を占めるものが選出されるまで、事実上その地位を占めているにすぎない、いわば「事務管理型天皇」とでもいふべき地位にあると解されるのかも知れない。これは総辞職後の内閣が、次の内閣が合法的に構成される

までなお事務管理型内閣 *Geschäftsregierung* としてその地位に止まりつつづけるのと同様のことであろう。もちろんこの場合、この内閣について第七一条が必要であるのと同様に、天皇位の事務管理を合法化する法規範が提示されねばならないが。

もっともそのいずれにせよ、天皇自身は「人間宣言」を発表しておきながら、みずから一九四七年一月二日のマッカーサー宛書簡や、一九五二年五月三日の独立記念式典において、退任の意志のないことを表明しているから、<sup>(11)</sup> 彼自身は前述の「人間宣言」の法的意味をまったく理解していなかったわけである。

このように旧憲法下において、現在の天皇氏が天皇位に合法的に就いたということが、ただちに現憲法下においても彼が天皇位にあつてよいという法的根拠づけにならないことは明らかである。とすれば以上の行論からも判明するように、現在の天皇氏が天皇位にあり得ると答えるためには、一方では、「天皇氏が天皇位に就く」ということを定めた天皇位就任についての第一次的規範を見い出すことができればよいのであり、さもなければ、旧憲法下において合法的に天皇位に就いたということを現憲法下にそのままもち込み得る法的根拠を見い出すことができればよいということになる。

一〇 なお附言しておくが、現憲法第二条の「世襲原則」規定は、天皇氏の明仁氏については、彼が次の天皇位に就任する要件を定めたことになる。天皇氏の裕仁氏が、如何なる根拠によるにせよいままきにそれを問題としているのであるが、天皇位に就いていることは間違いないから、その血をひくと認定された明仁氏は、第二条にしたがつて天皇位に就き得る。

したがって明仁氏にとつては、世襲原則は天皇位の継受根拠となり得る。もっとも裕仁氏が自己の意志にもとづ

いて明仁氏にその地位を譲渡するわけではなく、明仁氏の天皇位への就任は、前任者の死去によって法上当然に発生するものであり、したがってそれは継受ではなく、就任なのであるが。

ただ明仁氏の場合にも、裕仁氏がもし天皇位にあり得る法的根拠なくして天皇位にあるということになれば、その違法性は継受されると考えるべきかも知れない。もしそうだとすると、やはり裕仁氏についてその地位にあり得る法的根拠を確認しておかないと、明仁氏の実天皇位もあやうくなりかねないであろう。

#### 註

- (1) 家永・松永・江村編『明治前期の憲法構想』福村出版一九七〇・二四四頁。
- (2) 美濃部『憲法撮要』二二一頁。
- (3) 佐々木『日本憲法要論〈訂正版〉』金刺芳流堂一九三三・三三〇頁、『我が國憲法の独自性』岩波書店一九四三・一五六頁以下。なお上杉慎吉『帝國憲法』有斐閣一九二二・五〇二頁以下の説明も同様である。
- (4) 伊藤博文『憲法義解』岩波文庫版一九四〇・二二頁。小林直樹『憲法講義〈新版〉(上)』東大出版会一九八〇・八七頁以下参照。
- (5) 稲田正次『明治憲法成立史(上)』有斐閣一九六〇・四八九頁より引用。
- (6) 里見岸雄『帝國憲法概論』立命館出版部一九四二・二七一―二頁より引用。私は不運にして未だ井上の主著と目されている講義テキスト『講述・大日本帝國憲法講義』を見ることができないが、その論文「統治権の主体」(星島二郎編『上杉士博対美濃部博士・最近憲法論』実業之日本社一九一三収)や、鈴木安蔵『井上密』大日本帝國憲法講義』(『日本憲

法学史研究』勁草書房一九七五)、家永三郎「初期の京都帝国大教授(井上密・岡村司)の憲法思想」(『日本近代憲法思想史研究』岩波書店一九六七)の紹介する、井上の「神聖不可侵」条項の解釈、法人擬制説の主張、あるいは、統帥権の独立の否認等を見る限り、「全く我国に於ては稀なる学説といふべく」(前引の里見の評)、「稀な学者の大胆さ」をもった学者というべきであろう。

(7) 佐々木『日本憲法要論』三二二頁以下。もつとも佐々木「我が国憲法の独自性」一六〇頁以下の叙述は怪しくなる。ここで佐々木の非難する、井上密の「帝国憲法第一条の解に於て、帝国憲法が法たるの故に、事実を説明するものではない、という見地」(佐々木「前掲」一六三頁より引用)こそ正当とすべきものである。

(8) 中村『日本憲法体系』五八頁。

(9) 稲田『明治憲法成立史(下)』有斐閣一九六二・二四八頁より引用。

(10) なお本稿において、所謂「八月革命説」については、私の考えが充分に固っていないのでふれないものとする。

(11) 横田『天皇制』二六〇頁参照。

#### 四 憲法慣習法と「日本国民の総意に基く」

一一 ここではまず前述のように「天皇氏が天皇位に就く」ということを定める天皇位就任についての第一次的規範が存在すると主張する考え方を検討してみよう。そのひとつの論証方法、副題の問題に対する答としてみれば第

三の解答例は、この第一次的規範が、現憲法下において憲法慣習法として既に成立している、その故に現在の天皇氏は天皇位にあり得ると答えるものである。

この解答は、議論としては最も簡単なものであろうが、明らかに事実の世界の問題に答をズラしているために、その慣習法なるものの実証ははなだ困難であろう。例えば、尋ねてみればよい。そのような憲法慣習法の成立・存在を語り得る根拠は何か（法源の問題）、あるいは、そのような慣習法が何時成立したのか、と。

この後者の成立時点のみについても考察は難しい。その憲法慣習法は一九四七年五月三日の憲法施行と同日に成立したのであろうか。もしそうではないとすれば、すなわち、その日にその種の憲法慣習法がまだ成立していないとすれば、次のふたつの考え方が成立することになる。(イ)、第一は、その日までなお部分的ながら残存していた大日本帝国憲法によって裕仁氏はその地位に合法的にあり得たが、現憲法施行時より後は、前述の憲法慣習法が成立するまでは天皇位を事実上占有するにすぎなくなる。あるいは、(ロ)、第二の可能性として、前述のように一九四六年一月一日の詔書「人間宣言」によって天皇位保持の合法性を彼は失っているとすれば、その時点から、新憲法施行時を経て、前述のような憲法慣習法の成立するまで天皇位を事実上占有する状態にあったことになろう。

もちろんこの議論に際して一九四七年五月三日以前の慣習法、例えば「皇紀二六〇〇年余ノ伝統」というような憲法(!!)慣習法をもち出すことはできない。問題は日本国憲法下のものであり、慣習法といえども規範体系としては日本国憲法の統制下にあるものだからである。<sup>(1)</sup>

いずれにせよ憲法慣習法として前記の第一次的規範の存在を論証しようとする説明は、いわば民法の取得時効の論理と同様の構造をもつものであるから、ある程度の時間の継続とその明認方法を必要とするであろう。

一二 この第一次的規範の存在を憲法慣習法によって論証しようとするのと同一の思考様式を示すものは、現在の天皇氏が天皇位にあり得るのは、憲法第一条の「日本国民の総意に基く」からである、すなわち、現在の天皇氏は「日本国民の総意に基く」推戴をうけて天皇位に就いているのであると考えようとするものである。この副題の問題に対する第四の解答例は、「天皇制の存在根拠は：日本国民の総意による」というのが今日の通説であるそうだが、<sup>(2)</sup>一般的に極めて受け容れられやすい論理であろう。

このような天皇位保持の理由を「日本国民の総意に基く」かせようとする論証方法は、現行憲法の正当性を獲得するために用いられている論法と非常によく似ている。周知のように現行憲法は、占領下制定の故に憲法としての正当性を疑われ続けてきた。これに対し、例えば、芦部信喜は、西ドイツ憲法裁判決にならいつつ、憲法の正当性の要件を、「(1) 憲法が民主的方法で生れ、施行後つねに国民の自由な選挙によって確認されてきたこと、なかならず、(2) 憲法の内容が社会国家的要素によって補完された自由法治国家の発展の伝統にもとづいていること」とする。<sup>(3)</sup>

この内、後者の要件は実質的内容にかかわり、価値判断を前提にするから、今は考慮の外に置いてよいであろう。前者の形式的要件を、芦部信喜は「擬制ではない」と考える。このために彼の議論はかなり理解困難となる。前者の要件には、(イ)、憲法成立時、と、(ロ)、施行後の選挙とにおけるふたつの国民意識が見られる。わが国の場合、憲法成立時について、彼の判断によれば「国民の憲法に対する何らかの意思表示があったとみることとも不可能である。：けれども、マッカーサー草案の発表前後の時期において、すでにかんがりの国民の意識の中に、：新しい憲法のイメージが描かれていたこと〔は〕：いくつもの世論調査・憲法意識の研究によって明らかにされている」となる。<sup>(4)</sup>

「現行憲法の成立手続における欠陥を治癒する」のは、(イ)については、当時広く存在したといわれる「新しい憲法

についての国民の意識」である。(四)については、「現行憲法が、施行後、年を重ねるごとに、国民の中に国民の憲法として定着しつつあることは、いくつもの世論調査・憲法意識の研究によって明らかにされている」ことである。このように彼は、国民の意識、とりわけ、総選挙に表現された国民の意識を決定的に重視するにもかかわらず、その文章にすぐ続けて次のように書く。「(ということは)総選挙の結果が…(つまり)自民党が国会で多数をしめてきた事実も、国民による現行憲法の間接的承認の意味をもたない」と。(五)一体この文章は何を意味し得ているのだろうか。自分の主張をすぐに自分で否定しているようなこの複雑な文章を読んでいる内に浮びあがってくるのは、結局この「国民意思」なるものは擬制ではなからうかという疑いである。

大西芳雄は、この「国民の総意」を直截にひとつの擬制と考えた。すなわち、「憲法制定権力とは、かような憲法の国民的正当性を示す概念にはかならない。それは事実的な権力、または事実的な決断作用を示すものではなくて、憲法の妥当根拠が国民的正当性にあること、すなわち憲法が国民に帰属する関係をあらわす構成概念として理解しなければならぬ」と。(六)この「国民の総意」「国民の憲法制定権力」が一種の擬制であることは、芦部信喜も補完的な説明として「政治の根本建前」という表現を用いるところからしてもある程度承認しているのではないかと思われる。私自身、憲法の正当性の根拠としての「憲法制定権力」や「国民の総意」という概念が、如何に事実的表現を与えられているにせよ、憲法学・規範科学の立場から見ると一種の規範にすぎぬこと、端的にはひとつの擬制でしかあり得ないことを永年にわたって論じてきた。詳細は旧稿に譲るしかないが、そこで明らかにしたように、この種の「国民の総意」とは「国民の、明示の・暗黙の・推定的な意志」である。(七)それが推定的 *Konkludente* なものですら足りるとなれる限り、その意思の擬制性は明瞭である。(八)

現行憲法の正当性論や、この第四の解答例が採用する「日本国民の総意」は意思の擬制である。すなわち、日本国憲法を正当とする「日本国民の総意」、あるいは、「天皇氏を天皇位に就ける」「日本国民の総意」は、それが具体的に何時、何処で存在したのかをまったく問題にし得ず、論証されないし、またその必要もない性格のものである。強いて言えば、一九四七年憲法制定以降、同憲法に対する反対が国民全体の意志とならなかつたこと、本稿の文脈で言えば、一九四七年憲法制定以降、天皇氏が天皇位にあることに対して、国民の側から異論が、全体の意思と言いつ得る程には、唱えられるにいたつていないという事実の内に、この「日本国民の総意」が読みとられることとなるのかも知れない。しかし、「反対がない」「異論が少い」という「何もなし」ということがらを、積極に解するか、消極に解するかは、まさにそれぞれの解釈者の価値判断の問題であり、規範科学的視座よりすれば、いずれの判断も恣意的といわざるを得ない。例えば、戦後三〇年間余にわたる自衛隊の存在に対する国民の側からの異論が、全体の意思と言いつ得る程には、唱えられるにいたつていないという事実を根拠にして、国民による自衛隊承認の「意思」をそこに読みとるか否かについての今日の憲法変遷論の議論を考えれば、この恣意性は明らかである。

このように、この第四の解答例の「日本国民の総意」を援用する議論が、第三の憲法慣習法の存在を援用する議論と共に特定の事実の存在を擬制的に前提とする点において、同一の構造をもち、したがって同一の難点をもつことが明らかとなろう。

一三 ところでこの「日本国民の総意に基く」という第四の論証方法が前述のように憲法学界の通説的意見に適合的と思われるが、同時に、通説は、第一条は個々の天皇の進退にはかわらない、したがって個々の天皇を「日本国民の総意に基」いて退位させることはできないと語る<sup>10</sup>。本当に通説が後半を主張するものなら、前半の、この

第四の解答例は、まさに現在の天皇の個々の地位にかかわるもの故に適合的でないことになる。

しかしこれはどうであろうか。「日本国民の総意」は、天皇制という制度そのものは改廃し得るのに、その制度を個々の充足する人については力をもち得ないとは。(実はこの議論の背景にも、論者は意識していないにしても、その言うところの「日本国民の総意」が擬制的なものにすぎないということが、無意識裡にせよ作用しているのであるが。)この通説的意見は、ちようど財産権の保障の説明に際して、私有財産制度そのものは改廃し得ないが、個々の財産は侵害し得るとする—これまた通説的—意見と反対の論理を展開することになるわけである。これらの判断の使い分けの根拠は一体何であろうか。財産権の場合、制度的保障とか、人權の本質的部分の保障とかの法理が援用されるわけであるが、前者の天皇制の場合は如何なる法理によるものであろうか。もしこの法理が説得的に説明されない限り、前記の天皇制についての通説的意見は、現在の天皇氏を退位させたくないという自己の有する価値判断にもとづくものと称されても仕方があるまい。

この天皇個人の廃立はできないという意見は、それを可能とすると「天皇を政治上の争いの渦中にひき入れること」によって、かえって憲法の趣旨に反することになると考え<sup>(11)</sup>る。しかしこの根拠づけはどうであらうか。これは天皇を中立的超越的なものと考えようとする発想にもとづいているが、主権者たる国民の出でるところに「政治上の争い」は当然のことであり、この国民が議論し得ないところに、つまりその政治上の争いから天皇を隔離しておく必要はどこにもない。否それどころか、すぐ次にのべるように〔一四〕第一条後段の文言は、まさにそれと反対のこと、すなわち、しつかり天皇制について国民が議論し考えるべきであると定めているとすら解し得るのである。第三・四条の天皇の非政治性(天皇が政治的に行動してはならない)ということと、主権者たる国民が天皇制

や個々の天皇の廃立について議論するという政治性（国民が政治的に行動する）とは、直接に結びつくものではない。現実に天皇が戦後社会において保守安定機能を果たしていることは明らかであり、それを前提としつつなお、天皇を「政治上の争いの渦中にひき入れるべきでない」と主張するとすれば、その主張のイデオロギー性をこそ問題としなければならないであろう。

もちろん、天皇制を「日本国民の総意に基」かせ、したがって個々の天皇の廃立も「日本国民の総意に基」いて可能とする、それなりに論理一貫した意見もある。<sup>(12)</sup>

一四 次に、この「日本国民の総意に基く」という第四の解答例について、その第一条の読み方についての異論もあり得る。例えば、第一条の「この地位」とは、「天皇位」そのものではなく、「天皇の象徴たる地位」のことであるという意見である。<sup>(13)</sup> もしこのような解釈によるとすれば、「日本国民の総意に基」いて決めることのできるのは、天皇「天皇位」を象徴とするか否か、あるいは、それ以外の性格を天皇「天皇位」に附与するか否かだけとなる。このように解すれば明らかに、第一条は、天皇位への就任条件を定めたものにはならず、この第四の解答例はそもそも成立しないことになる。

なおより基本的にはこの第一条後段の文言は、元来規範的には無意味な文言であることが注意されるべきである。考えてみればすぐわかるように、憲法上の制度で「主権の存する日本国民の総意に基」づかないものがあり得るであらうか。言うまでもなく、あり得ない。したがって本文言は自明のことを再確認したにすぎず、それにより何事かを規範的に作り出しているものではない。せいぜいの所、(イ)、旧憲法下の天皇制の根拠づけと異なることを特記したにすぎない。しかしとりたてて特記されていない、例えば国会にしても、それが立法権を有する根拠づけが、旧

憲法の場合と異なることは自明である。とすると特に天皇制の場合、人々がその自明性を誤り易いから特に注意したというべきであろうか。いわば国民啓蒙・国民教育用の文言であるということになろう。(ロ)、しかしその文言も法規定である以上冗文と考えるべきではなく、できるだけ規範的意味をもち得るように解すべきかも知れない。とするとこの文言は、天皇制について、他の制度にもまして「国民の総意」で考えよ、とりあえず第一条前段のように定めておくが、できるだけ早い内に「国民の総意」によって考え直してみよ、という指示規定と読めるかも知れない。

いずれにせよ本文言はそれ自体としては内容をもたない規定であり、したがって本文言に依拠して何事かを決めるようにするのは誤りということになろう。この第四の解答例もそうだし、すぐ前にのべた問題、すなわち、天皇制そのものの廃立は可能だが、個々の天皇の廃止は不可能という議論を本文言を根拠として議論することはできないと思われる。

一五 さらにこの「日本国民の総意に基」いて副題の問に答えようとする解答例は、憲法解釈上不都合な結果となる。それは、次代の天皇位保持者となるべき明仁氏について考えれば明白となろう。

彼及び彼以降の天皇位就任候補者の場合、前述のように、天皇位への就任要件は憲法第二条の世襲原則であった。ところがいま新たに憲法第一条の「日本国民の総意に基く」天皇位への就任要件が登場したわけである。ここに天皇位への就任要件が、二重化、あるいは、二本化する。すなわち、明仁氏は、(イ)、自分が裕仁氏の血すじをひくことを証明することにより第二条の要件を満たすと共に、(ロ)、「日本国民の総意に基く」推戴をうけたことを立証しなければならなくなるか、あるいは、(イ)(ロ)そのいずれかを証明するだけで足りるということになる。

このふたつの要件が合致する必然性はどこにもない。したがって天皇位就任要件が二重化したと解すれば別だが、

就任方法が二本化したと解すると、明仁氏以降にあつては、世襲原則（第二条）にもとづく天皇位就任資格者(イ)と、「日本国民の総意に基く」（第一条）天皇位就任資格者(ロ)とが同時に出現する可能性も出てこよう。ましてや後者の「日本国民の総意」は、前述のように推定的意思の擬制で足りるのであるから、その可能性はなおさらに強い。何時「自分が『日本国民の総意に基』いて天皇位に推戴された」と主張して天皇位を要求するものが現われないうとも限らない。この時に、世襲という血の連続性という「事実」——実はこれもまた規範によって設定された事実——にすぎないのだが——と、「日本国民の総意」という推定的意思の擬制という「事実」——規範的事実——と、いずれを尊重すべきなのであろうか。憲法第二条と第一条と、いずれが優越するのであろうか。戦前的な「万世一系」性からすれば第二条が優越することは疑いないが、現憲法下においてはこの議論は採り得ない。事実性という観点からしても、前者が優越すべきか。しかし、国民主権という大原則からすれば後者か。もちろん、前述のように、天皇位就任要件の二重化という解釈テクニクを用いるとすれば、この難点は避け得るわけであるが。<sup>(14)</sup>

## 註

- (1) 私の「憲法の法学的性質」『現代法の諸領域と憲法理念』学陽書房一九八三・七七頁以下の国法体系論参照。
- (2) 横田『天皇制』二三八頁参照。
- (3) 芦部信喜「憲法の正当性」（一九六二）『憲法制定権力』東大出版会一九八三・一六五頁。
- (4) 芦部「憲法の正当性」一六六頁。
- (5) 芦部「憲法の正当性」一六七頁。

- (6) 大西芳雄「国民主権について」(一八五六)『憲法の基礎理論』有斐閣一九七五・二九頁。
- (7) 芦部「補論」『憲法制定権力』三四三頁。
- (8) 私の「イデオロギー概念としての憲法制定権力」早稲田法学会誌一九七〇・七八頁。
- (9) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, 1957, Berlin, S. 91, 尾吹善人訳『憲法理論』創文社一九七二・一一六頁。
- (10) 佐藤功『憲法(上)〈新版〉』有斐閣一九八三・四二頁、樋口陽一『注釈日本国憲法』青林書院新社一九八四・六八頁。
- (11) 樋口『注釈日本国憲法』六九頁。
- (12) 横田『天皇制』二九六頁参照。
- (13) 佐々木惣一『日本国憲法論〈改訂版〉』有斐閣一九五二・一五六頁。
- (14) この天皇位就任についての第一次的規範の存在を何らかの方法によって論証しようとする方向に、他にも、国際法によるものや、条理(法)によるものを考えることができる。

## 五 経過規定の適用

一六 前章にのべた第三と第四の解答例は、いずれも「天皇氏が天皇位に就く」という天皇位就任についての第一次的規範の存在を論証しようとするものであった。これに対しより形式的に副題の間に答えようとするのが、次にのべる第五の解答例である。

憲法第一〇三条は、「この憲法施行の際現に在職する國務大臣…並びにその他の公務員で、その地位に相応する地位がこの憲法で認められてゐる者は、法律で特別の定をした場合を除いては、この憲法施行のため、当然にはその地位を失ふことはない。但し、この憲法によって、後任者が選挙又は任命されたときは、当然その地位を失ふ」と定める。ところで現在の天皇氏について、(イ)、彼が「公務員」であること〔後述する〕、(ロ)、「その地位に相応する地位がこの憲法で認められてゐる」こと、(ハ)、法律、すなわち、皇室典範等で「特別の定」をしていないこと、(ニ)、しかも「後任者」が選出されていないこと等から考えて、完全に本条が適用されよう。したがって現在の天皇氏は、大日本帝国憲法下において保持していた天皇位を「当然には」失なわない。以上が、副題の問に対する経過規定を用いての解答例である。

この経過規定を用いる解答例はそれなりに秀れたものといえよう。(イ)から(ニ)までの要件を見る限り、この論証方法は形式上は完全なものである。これに対する反対論は、したがって(イ)から(ニ)までの要件についての実質的判断をもつてすることにならう。

このような議論に対する反対の第一のものは、前記の(ロ)にかかわる。すなわち、旧憲法下の天皇と現憲法下の天皇とはその名称を共通するだけであり、その本質はまったく異り、したがってひとつの経過規定如きで処理できないものであるとする反対論である。しかしこれは、宮沢・尾高の国体論争や佐々木・和辻のそれを参照しても明らかのように、ひとつの価値判断に一個人的には私も正当とは思ふが<sup>(1)</sup>、憲法法文上そのことは何処にも明記されていないのではなからうか。

またこの種の解答例に対する第二の反対は、(イ)にかかわるもので、そもそも天皇は「公務員」ではないとするも<sup>(2)</sup>

の、および、同じ結論になるが、天皇が一般的には公務員であることは認めるにしても、第一〇三条の解釈として、同条の「公務員」には天皇は入らないとするものである。この種の解釈は、天皇以外の公務員の経過処置は第一〇三条で処理されるが、天皇という公務員の経過処置は第一章に譲られているという(3)ことを根拠とする。もちろん、この解釈の場合にも、第一の反対論と同様の、旧憲法下の天皇と現憲法下の天皇とはあまりに違いすぎるといふ価値判断、さらには、天皇はその他の公務員と同じレベルで議論するものではないという価値判断が、その裏に秘められていよう。しかしこの種の価値判断そのものの評価はともかく、前記の根拠づけについてのべれば、憲法第一章はその何処においても旧憲法下の天皇が現憲法下において如何なる処遇を受けるべきかについてまったく規定していない。もちろんこの時に、この種の解釈を採る人が第一条がそうであると答えるとすれば、その場合、この議論は第四の解答例の「日本国民の総意に基く」という議論に移行することになるわけである。したがって本稿の論脈からすれば、当然第一〇三条は「公務員」についての経過的処遇の原則規定なのであるから、天皇の場合も、第一章中に適用条文が見い出されない以上、本条で処理されるべきこととならう。

ましてや形式上においても、この経過規定を天皇に適用しようとする解釈は、一九四五年八月一〇日の連合軍への申し入れ、八月十一日の同回答に対する日本政府側の解釈をも根拠にあげることができよう。第一〇三条の制定意図が「枢密院、貴族院、行政裁判所など、天皇制を支えた旧憲法上の絶対主義的統治機関は憲法施行時まで廃止せず(4)に利用した。しかし、さらに旧憲法上の外見的立憲主義機関は、この憲法施行後も、一定期間存続させられ(5)利用された」とすれば、まさに本条により、天皇そのものも「廃止せずに利用された」と考えられるべきであらう。

註

- (1) 横田「天皇制」二二三頁以下参照。
- (2) 佐藤「憲法」有斐閣一九五五・六〇九頁。
- (3) 宮沢「日本国憲法」八二六頁。
- (4) 佐藤功「日本国憲法概説〈全訂版〉」学陽書房一九八一・二五四頁参照。
- (5) 浦田賢治「第一〇三条」有倉編「基本法コンメンタール憲法〈新版〉」日本評論社一九七七・二二六頁。

## 六 天皇は象徴であるか

一七 このように考えると、「何故現在の天皇は天皇であり得るのか」という副題の問に対しては、理論的には、一方に「天皇が天位にある」という天皇位就任についての第一次的規範の存在を、憲法慣習法としてか、または「日本国民の総意に基く」として仮定することによって答えようとするものと、他方に第一〇三条の経過規定を適用して答えようとするものがあり得ることとなる。私自身は後者の説明の方が問題が少いと思いはするが、既存の憲法解釈におけるわが国特有の思考の歪みを指摘することを任務とする本稿においては、そのいずれを正当とすべきか決着する必要はないであろう。ただこの副題の問が、決してわかり切ったことでないことを理解してもらえばよい。

このようにかなり理論的にも困難な問であるにもかかわらず、この種の問が、これまでの憲法解釈・註釈書においても、天皇制の憲法学的研究書・論文においても——もちろん、それらの数は尨大であり、その過半をも見たわけではないから確言は慎しまねばならぬが、傾向的にはあまり誤っていないと思われるが——提起されたことはないし、したがって当然のことながら答えられようとしたこともない。それらの天皇の章についての説明は、ほとんどすべてが憲法の条章をくりかえすだけか、あるいは、天皇制の社会的政治的機能の説明〔政治学的社会的説明〕であり、その歴史的由来の説明〔歴史学的説明〕で埋められていた。もちろん、その種の説明もそれはそれとして重要な説明ではあろうが、あくまで説明〔経験的因果法則的説明〕として、規範的解明に代り得るものではない。憲法学が法学である限り、それで充分とはいえない。

規範科学としての憲法学は、単なる事実を扱うのではなく、あくまでも規範から出発しなければならぬ。ましてや日本国憲法は、みずから最高法規であることを主張しているから〔理論的にはともかく、解釈の立場においては、これは絶対的所与でなければならぬ〕。したがって副題のような問の議論に際して、大日本帝国憲法下の、あるいは、それ以前の歴史的事実をもち出すのは、まさに「前代からの墮性的思考の残存物」以外のなものでもあるまい。

一八 このような思考傾向は、わが国の憲法学者のほとんどが一致して語る「天皇は日本国の象徴である」<sup>(1)</sup>という説明に際しても明らかに看取される。

第一条の「天皇は日本国の象徴である」という文言は、規範論理的には一体何を意味しているのであろうか。例えば、「天皇は、戦前にあつては統治権プラス象徴性をもっていた。しかし現憲法下においては無権力となり、象

徴性のみが残った」という、横田耕一の適切な命名によれば「引き算的思考」といわれる考え方が<sup>(2)</sup>ある。このような考え方が誤りであるのは明白である。何故なら現憲法下において天皇が日本国の象徴であるのは、その第一条によって「天皇を日本国の象徴と扱うべし」と定められたから初めて、「天皇は日本国の象徴」となったのだから。事実において、すなわち、日本国民の意識において、天皇が日本国の象徴として意識されていたとか、そのようなものとして機能していたとか、いかなかったとかいうことは、当面一切関係ない。ましてや古代より天皇が日本国の象徴として働いていたか否か、まったく無関係である。

現憲法下の天皇の有する象徴性は「規範<sup>(3)</sup>であ<sup>(3)</sup>」って、憲法規範による創造物である。歴史的天皇制の神秘性<sup>(4)</sup>を理解し得ない外国人たるGHQの人々が「この憲法において創造的に天皇が象徴とされる<sup>(4)</sup>と考えたというのも、客観的・科学的に当然のことである。ところが日本の憲法学者になると急にこのあたりの理解が怪しくなる。前註(3)引用のように、このような法理にある程度の理解をもっていたと思われる佐々木惣一ですら、天皇の象徴性は「古来実質憲法として認められて<sup>(5)</sup>いる」と語って<sup>(5)</sup>いたり、今日の通説形成に大きな影響を与えている佐藤功は、「もしもこのような『あこがれの中心』論に表現された相互〔天皇と国民と〕の信頼と敬愛とが過去の歴史の上にも国民の意識の上にも存在しないという立場に立つならば、このような天皇の象徴性の根拠は根底からくつがえらざるを得ない<sup>(6)</sup>」とする。このような説明は、まさに事実上のことから憲法規範を説明しようとする典型であらう。

次に、憲法第一条前段の「天皇は日本国の象徴である」という文言は、とりあえずは「天皇が日本国を表現する」という以上の意味をもたない。それ以上の意味を「象徴」ということばに与えるには、まず日本国憲法の他の条文

が天皇にどのような意味を与えているかを考えない限り説明できない。多くの憲法学書において行なわれる、「象徴」ということばの語義（的定義——したがって実は自分の意味させたいと思うことがらを、あらかじめ読み込んでいるにすぎない）や、その欧米における使用例からなにごとかをひき出そうとするのは、解釈手続上誤っている。<sup>(7)</sup>

一九 さらに本問についてもっとも注意すべきことであるが、今日象徴性をもつのは天皇位であつて、天皇氏ではない。<sup>(8)</sup>この意味で第一条の「天皇」ということは、第二条の「皇位」ということばと明らかに同じ意味を有する。もしそうではなく、天皇氏という個人が日本国家を象徴し、日本国民統合を象徴するとすれば、既に古く北一輝によって指摘されていた滑稽きわまりない状況が現出することになる。すなわち、彼は指摘する。「天皇の象徴する」国家に美男子もあるべく頗る長芋に似たる面相もありと云ふべく、国家が鼻を垂らし居る時代もあるべく頭が追々禿げる国家もありと云ふに至るべし。独乙の国家は愚を極めたる鬚を有して驕慢に満てる演説をなし、英國の国家は一婦女子と婚して接吻することあり。君主が傷つくときには国家が痛しと呼び、君主が散歩する時には国家は散歩すべく、又君主が他に漫遊するときには国家は地球の上を移動し他の国家と衝突し他の国家の表面を滑り行くべし。<sup>(9)</sup>

したがって天皇氏も天皇位を離れては、なんら象徴ではない。天皇氏が「日本国の象徴」という特殊な地位にあるために種々の特別の待遇を受けることは法上当然であるにしても、その地位を離れる限り、なんら特別の待遇を与えられる権利も必然性もない。現憲法上天皇氏が特別視されるのは天皇位——後述のように、それは国家機関としてなんら特別のものではない——にある限りであり、彼の常住坐臥ではない。したがって現在の天皇氏について、「天皇ニ私ナシ」——家産国家思想の典型的表現——ということはある得ず、また「寝ル間ニスラ国民ノコトヲ愁ヘテ夜モ

行ラレス」という態度を採ることもなら要求されていない。大体後者の如き態度を採ることは、近代公務員制度(10)—その忠実義務は決して全人格的なものではなく、その勤務関係内のものにすぎない—の原則に悖り、基本的に主権者たる国民に対し甚しく僭越な態度というべきものであろう。(11)

二〇 また選挙権、表現の自由、行動の自由等についても、一般の、あるいは、特別の公務員と同様に扱えば足りる。そもそも「選挙権を行使する天皇」というのは「日本の象徴にふさわしくない」という発想は何処から出てくるのであろうか。明らかに「官吏」は政治から超然として、政治よりもより高度の国家そのものを体現するというような、ドイツや戦前のわが国の官憲国家特有の思想の残滓以外の何ものでもない。もし今日なお特別権力関係が公務員関係に適用あるものとすれば、その限度で公務員の自由が制約されると同様程度の制約が天皇についても存すると考えれば足りる。(13)

天皇氏が東京第一区の選挙民として一票を投じるのは、「日本の象徴」たることにはなら関係のない行動であらう。このことを宮沢俊義は「天皇が『象徴』であるというのは、天皇の公の職務についていうのであって、天皇が国民の一人として選挙権をもつことと原理的に矛盾するものではない」と明言する。(14) まったく正当な議論である。彼は、何故か新版では削除したが、旧版の『憲法Ⅱ』では「立法論としていえば、選挙の当日、天皇が『われ関せず』と宮廷に引っこんでいるよりも、投票所へ出かけて、国民の一人として、一票を投ずることとしたほうが、天皇を神の座から人の座に引きおろした憲法の精神に適合しはしないか」とすら語っていた。(15)

今日天皇氏に対する人権の制約を、そもそも天皇制そのものが非合理的非民主的なもの故止むを得ないとして是認する議論もある。しかしそれは、天皇制を非合理的非民主的とする自己の価値判断に依拠しての、憲法規範その

ものに即するべき憲法解釈努力の自己放棄に他ならない。天皇制そのものに賛成するにせよ反対するにせよ、少くとも現憲法上の制度として天皇制は存在しているのである。そうである以上は、憲法体系内においてできるだけ規範整合的にあらしめるよう努力することが、憲法解釈に求められているはずだからである。

二一 天皇位がその属性として象徴性をもつ。ところで、その象徴性というものはある行為・状態に付随する性格であるから、何らかの行為・状態が象徴性をもつことになる。その行為は、日本国憲法上は「国事行為」と称されるものしかない。したがって天皇位というのは、第六・七条の国事行為を行う地位であり、その行為を行うと第一条により「日本国の象徴」という性格を与えられる地位であるということにならう。

もしこのように解し得るとすれば、従来の憲法解釈の採っていた「象徴たる地位」と「国事行為を行う地位」とを分ける必然性<sup>(16)</sup>はないことになる。そのふたつの地位とは共に天皇位のことであるから。このように考えれば、天皇の保有する地位は天皇位のみであり、それが憲法によって第一条においてその行為の性格づけ（「日本国の象徴」が、第六・七条においてその行為の内容が表現されているということになる。この「象徴たる地位」と「国事行為を行う地位」とを敢えて別個のものとして区別しようとするために、前者については、行為の性格づけのみが語られ、ためにその行為の内容が不明であるということになり、後者については、行為の内容のみが語られ、ためにその行為の性格づけが不明であるという結論にならざるを得ない。したがってこの種の議論は、前者について「象徴たるにふさわしい行為」<sup>(17)</sup>なるものを、憲法規範外の社会的歴史的事実の内から適当に見出し補充しようとすることになるのである。この種の解釈は、憲法の規範構造を無視して、自己のあらかじめ持っている日本人としては「自明のこと」とされている——「天皇とはこういうもの」、あるいは、「天皇とはこういうものであるべきで

ある」という観念でもって憲法解釈を行っているにすぎない。

また応々にして天皇の象徴性と国旗の象徴性が異なるかのように説明されるが、それもこの点の誤解にもとづく。国旗には「行為がない」とか「静的なもの」と称される。しかし象徴というのは、ある行為・状態の属性である。国旗の場合にしても、それが「日本国を象徴する」のは、国旗としての使用状態（国旗の「行為」と呼んでもさしつかえない）にある場合のみである。白地に適当な大きさの赤い丸のある長方形の布が、いかなる状況においても国旗、すなわち、「日本国を象徴する」わけではない。国旗（正確には国旗と称される布片）で弁当箱を包んでいる時、日本国が弁当箱を包んでいるのであろうか。その種の使用の場合には、ただ日の丸の模様の入った風呂敷があるにすぎない。したがって日本国を象徴する天皇位と対比せられるべきものは、国旗として使用された国旗（ことばの正当な意味での国旗）のみであろう。もちろん、国民感情としては、弁当箱を包んだ日の丸模様の風呂敷を見て「日本国が汚された」と感じることもあるかも知れない。しかし前述の天皇の場合と同様に、国旗が国旗であり得るのは、すなわち、日の丸模様の布片が日本国を象徴するのは、憲法規範〔現在は憲法慣習法〕にもとづくためであって、決して国民感情によるためではない。

註

(1) いま本稿で「日本国の象徴」と「日本国民統合の象徴」を区別して論じる必要はないので、第一条前段をこのように省略して表現する。

(2) 横田『天皇制』二八六頁。

- (3) 佐々木惣一『日本国憲法論』一五四頁。
- (4) 横田『天皇制』二〇六頁より引用。
- (5) 佐々木『日本国憲法論』一六四頁。
- (6) 佐藤功『日本国憲法概説』二六二頁。
- (7) 同旨、柳瀬良幹『元首と機関』有斐閣一九七〇・四六頁以下、小島和司『憲法概観』有斐閣一九七五・一〇八頁、新正幸『天皇』『憲法講義(上)』有斐閣一九七九・三二〇頁等。
- (8) このことを明言するのは、長谷川正安『象徴の法的意味内容について』公法研究一〇号一九五四。
- (9) 北一輝『国体論及び純正社会主義』(一九〇六)『著作集第一巻』みすず一九五九・二二三頁。
- (10) 鞆飼信成『公務員法(新版)』有斐閣一九八〇・一頁以下参照。
- (11) このことは「天皇即国家」(上杉『憲法述義』九五頁―六頁、『帝国憲法』五三〇頁以下)と考えない限り、戦前においても憲法学的には自明のことと思われる。野村淳治『憲法提要(上巻)』有斐閣一九三三・一四七頁、二四三頁以下、市村光恵『帝国憲法論』有斐閣一九一七・二八一頁以下。なお私の『平和と人権の法』南窓社一九八〇・二二三頁以下も参照。
- (12) 佐藤功『日本国憲法概説』二六六頁、伊藤正己『憲法』弘文堂一九八二・二二八頁。
- (13) 鞆飼『公務員法』二五二頁以下参照。
- (14) 宮沢『憲法Ⅱ(新版)』有斐閣一九七一・三二二頁。
- (15) 宮沢『憲法Ⅱ』有斐閣一九五九・三〇六頁。
- (16) 清宮四郎『憲法Ⅰ(三訂版)』有斐閣一九七九・一五三頁以下、伊藤『憲法』二二九頁以下。

(17) 伊藤『憲法』一三二頁以下。黒田覚「天皇の憲法上の地位」公法研究一〇号一九五四参照。

## 七 皇族とは何か

二二 このように考えてくれば、天皇家にある天皇氏がその限りで法的に特別の待遇を受けるべきことは当然といえ、その私的関係者である妻や子が法的に特別の待遇を受けるべき謂れは何もない。

だとすると従来の憲法学において日本人（「広い意味の日本国民」）の内に、「天皇、皇族、一般国民（広義の国民）」を区分することにも問題が出てこよう。天皇位がそれなりに特殊なものとはいえ、その本質において内閣総理大臣、国会議員、あるいは、文部教官等と同様の、公務員の占めるべきひとつの地位にすぎない。天皇位において行うべき職務が特殊なものであり、その職務を遂行するためには特別の訓練が必要であるとしても、少くとも第六・七条の国事行為については、その必要性はまったく私には思えないが、天皇位就任のために訓練中の「日本国民」を、その訓練という目的以上に特別視する必要はない。わが憲法は前述のように、国事行為を行っている天皇位が日本国を象徴するとしているのであるから、「象徴になるための訓練」というのはあり得ない。訓練は、天皇位において行う憲法上・法律上の行為についてなされれば足りるのである。

したがって天皇位に就任するための訓練を受けている「日本国民」は、その限度で特殊な地位を有するにしても、それを「皇族」という身分概念にまで固定化して特別視する必要はないのではなからうか。それは例えて言えば、

同族経営の会社において、父である社長の位置に将来就任するために社長業を見習い修業中の息子たる社員の地位と同様のものであるにすぎない。建前〔法〕上は、だからといってこの社長〔地位〕見習い中の社員を社長又は社長に準ずるものとして身分上特別に処遇する必要はまったくくない。否それどころか、一般社会では最近ではそのような社員を一般の社員とまったく同様に扱う方が適切であるとさえ言われる。

将来天皇位に就くかも知れないものについて以上のように言い得るとすれば、ましてやそのものの妻あるいはさらには現に天皇位にあるものの妻について、その理由から特別の処遇を受けるべき理由はまったくくない。現行法制下では、周知のように皇后を始めとして女性には天皇位就任の可能性はまったくくない—それが良いか悪いかはいま問う必要はない。だとすると皇后以下の女性の場合、先ほどの「見習い中」という特殊事情も存在しない。にもかかわらず夫の地位に随伴して特別の処遇を受けるといふのは、社会的風習にすぎず、公職に関してはあり得ることではない。天皇位にあるものの妻、そのものの兄弟、あるいは兄弟の妻なども同様であろう。

皇族概念について特に節を設けて説明した小林直樹の場合、それは「出生にもとづいて当然に生じた」人的な法域の差によって成立する<sup>(2)</sup>という。しかしこの場合でも、女性たる「皇族」の内には、皇后を始めとしてこの規定からはみ出すものが多数出てくることになる。

二三　そこで、これまで皇族とはどのようなものと解されてきたのかを考えてみよう。前述のように天皇には二義あった。これを適用してこの皇族概念を考えてみよう。ということとは、より論理的には日本人の内に「天皇、皇族、一般国民」という三種の人間類型がどのようにして設定されたのかを、その分類の基準は一体何なのかを尋ねることとなる。

まず最初に、この分類中の「天皇」を天皇位と考えてみよう。この場合、天皇位というのはひとつの地位・機関概念であるから、これと並列されるべきものは、国会議員、内閣総理大臣、最高裁判所長官、あるいは、文部教官等であろう。もちろん、同様の意味で「日本国民」をあげることもできる。この時、少くとも前記分類中の「天皇」と「一般国民」とは、憲法上の機関としての対比となる。すなわち、国家機関の内の、直接機関であり、さらにその内の原始機関としての「日本国民」と、それに対立するものとしての、間接機関にすぎず、しかしなお憲法上の必要機関である「天皇」との対比ということになろう。<sup>(3)</sup>ところでこれらと同じ意味で「皇族」というなら、それは如何なる機関なのであろうか。明らかにこの意味で「皇族」概念は存在の余地がない。

次に、前記分類中の「天皇」を天皇氏と考えてみよう。その場合、それに対比されるべき「一般国民」とは何か。「一般国民」の内には、姓氏は、佐々木、横田、山下を始めとして無数にある。したがって姓氏としての天皇と対比されるべきものは、この無数の姓氏ということになろう。では「天皇氏」「佐々木氏、横田氏、山下氏……」と対比されるべきものとして「皇族」とは何であらうか。

皇族はすべて姓氏は天皇氏である。<sup>(4)</sup>したがって前記の分類は、この意味においては、「天皇氏、天皇氏の家族・親族、佐々木氏・横田氏・山下氏……」という対比を示すことになる。これでは、分類基準として、(i)姓氏と、(ii)本人と家族・親族という二種のものがあることになる。したがってこの分類を姓氏のみで考えれば、「天皇氏という姓氏をもつ人々」と「それ以外の姓氏をもつ人々（一般国民）」ということになり、さらにその前者の細分類として、「天皇氏本人、天皇氏の家族・親族」を考へることになろう。かくしてこの場合も、「天皇氏」「一般国民」と並列されるものとしての皇族概念は存在し得ない。

そこでまた最初にもどつて前記分類中の「天皇」を天皇位と考へて、その分類は、その天皇位という地位・機関を眼中に入れて日本国内の日本国人を分けたものと考へてみよう。この場合、「天皇位を占める人」と「天皇位を占めない人」という分類を作ることができよう。この場合の分類にもとづけば、皇族というのは、「天皇位を占める可能性のある人」とでもいうことになるか。とするとこの分類は、応々にして言われるように国民の一般的分類ではなく、天皇位という特殊の観点にもとづく分類とならう。

この第三の分類基準によれば、現在の法制上、皇后・皇太子妃等の出生によらない所謂「皇族」も、内親王・女王等の出生による所謂「皇族」もすべて女性である限り、皇族に入らなくなる。それ以上に前述のように、天皇位を占める可能性をもつということを法的に特別に身分として固定しなければならぬ必然性はない。天皇位そのものが特殊なのであつて、天皇氏という姓氏をもつことが特殊なのではない。また「天皇位を占める可能性をもたない」ということを分類基準とすれば、日本国内在留の外国人もすべてこれに該当しよう。

以上から、まずこの分類中の「天皇」を姓氏として考へる限り、「天皇〔氏〕」、「その他の姓氏をもつ」一般国民」でこの分類は足り、それらと並列するものとしての皇族概念は考へられない。そしてこのような姓氏の分類は、憲法学上は無意味に近い。天皇という姓氏がめづらしいものであることは間違いないが、それ以上にめづらしい姓氏はいくらでもある。<sup>(5)</sup>

次に、この分類中の「天皇」を天皇位として考へる限り、「天皇〔位〕」、「内閣総理大臣、国会議員、…等の」一般国民〔の占める地位〕でこの分類は足り、やはりそれらと並列するものとしての皇族概念の存在する余地はない。憲法学的には、皇族概念は強いて言えば「天皇氏という姓氏をもつ人々の内の、天皇位につく可能性をもつた人々」

として存在し得よう。しかしこれは現行法制上の「皇族」概念と合致せず、また前述のようにその種のもを分類項目として特別扱いをする必要はない。

従来極めて自明のように「天皇、皇族、一般国民」という日本人の分類を用いてきたが、それにしても一度立ち入ってその分類基準を尋ねてみると、このように曖昧である。にもかかわらず「皇族」という概念を用いてなら怪しまないのは、天皇という地位の分析不十分による過大視・特殊視によるものであり、これは天皇氏と天皇位との混同によるものであり、これまでの天皇の歴史に依拠する「墮性的思考の残存物」のために他ならない。

註

- (1) 清宮『憲法I』八六頁、伊藤『憲法』一〇三頁。
- (2) 小林『憲法講義(上)』一七五頁。
- (3) 機関論については、美濃部『憲法撮要』四六頁以下参照。
- (4) 三笠宮・秩父宮等は姓氏と考えられるべきではなく、屋号・通称であってその本姓はあくまでも天皇氏と考えられるべきであろう。
- (5) 例えば、唄バイ、軒ノキ、面ホホアテ、坏アクツ、皇スメラギ、丸マル、神カミ、千明チギラ、目片メカタ、初宿シヤケ、福宿フスキ、功力クヌギ、金箱カネバコ、孕石ハラミイシ、運天ウンテン、色摩シカマ、鯨越ナマズゴシ、規矩キク、十代田ソシロダ、多出村タテムラ、舍利佛シヤリホツ、御手洗ミタライ、三ヶ月ミカツキ、西大立自ニシオオダチメ、五百篠頭イヲキベ、源五郎丸ゲンゴロウマル(以上すべて実在のものである)。

## 八 天皇は如何なる性格の公務員か

二四 天皇は公務員かという問に答えるためには、まず公務員、とりわけ、国家公務員の一般的な概念を明らかにすることが必要である。もつともこのような一般概念は一見して考えられる程に簡単なものではなく、今日の学説は大体「実定法規の問題として処理する外はない」と考えている<sup>(2)</sup>。それによれば、今日の国家公務員とは、「国によって任用され、国の公務を行い、国から給与を受ける者」とされる<sup>(3)</sup>。この場合の「任用の方法はどのようなものであれ」<sup>(4)</sup>かまわない。

このような規定よりする限り、天皇が国家公務員であることはほとんど疑問の余地がない<sup>(5)</sup>。にもかかわらず、天皇は象徴であるからとか、特殊な地位をもつものであるから「公務員」というような「卑俗な」範疇に入らないと考えるのは、天皇が主権者だった時代の印象の名残り以外の何ものでもない<sup>(6)</sup>。

さらに個別実定法上での規定に関して天皇は公務員とされるかについて、以下憲法上のもものと、行政法上のもものとを区別して個々に検討してみよう。

### 二五 まず憲法条文の公務員概念を個々に検討してみる。

(イ) 第七条五号の「官吏」に天皇が入るか。この「官吏」という用法は、所謂「天皇の官吏」に近い用法であろう。しかしそれがどのようなものにせよ同条の意味から考えて、この「官吏」概念には天皇は入らないであろう。

(ロ) 第一五条一項の「公務員」に天皇が入るか。本項の「国民の選任・罷免」は、直接・具体的に行なわれる必要

はない、当該公務員の任免が、最終的に国民の意思に遡及し得ればよいと考えられている。したがって本条に「言う公務員は極めて広い観念であり、広く国民の代表者という観念とひとしい」と言われる。<sup>(8)</sup>

このように解されるとすれば、天皇の地位は第一条により「日本国民の総意に基く」ものであるから、本条の要件を満たしていることになる。それ以上にもし本条が「公務員は国民の使用人であるとする趣旨を明らかにしたものの」とすれば、なおさらに本条の意味で天皇は公務員であることになろう。<sup>(9)</sup>

(イ) 第五条二項の「公務員」に天皇が入るか。(ロ)の趣旨に明らかなように、本項は文字どおり天皇にも適用されねばならない。これと反対の結論を導き出し得る根拠は、まったく見出し難いであろう。

(ニ) 第五条三項の「公務員」に天皇が入るか。現在天皇の地位は「主権者たる国民の総意に基く」とはいえ、その具体的な選出手続は、第二条により世襲原則にもとづき、選挙手続にもとづくわけではないから、本項は適用し得ない。したがって第五条三項の「公務員」に天皇は入らない。

(ホ) 第一六条の「公務員」に天皇が入るか。今日の請願権は、請願を提出し、その受理を求めるだけの権利であり、それ以上の義務づけを請願受理者に与え得るものではない。だとすればこの種の請願について、その範囲を狭く解する積極的理由は乏しい。したがって本条の「公務員」概念を、第五条一項のそれよりもせばめて解しなければならぬ根拠はない。例えば、その「公務員」の「罷免」に直接国民が関与しないということをもって、あるいは、請願の向けられた相手側がその種の権限「罷免」の如き)に関与しないということをもって請願の受理を拒否する必要もないであろう。さらに天皇は「国政に関する権限を有しないのであるから天皇に対する請願は意味がない」というのも一理あるにしても、このために請願をなし得ないとする必要はないであろう。したがって第一六条の

「公務員」に天皇が入らないと解しなければならぬ理由はない。実定法上の問題としては、請願法第三条は天皇への請願を規定することにより、このことを認めている。

(ハ) 第三六条の「公務員」に天皇が入るか。天皇が国民に対して拷問や残虐な刑罰を加える可能性があるとかないとかは、本条そのものには関係がない。もちろん、本条が、警察・検察・監獄関係の公務員を念頭においてのものであることは当然のことであるにしても、本条の対象たる公務員をその種のものに限る必要はない。とりたててその他の公務員を排除しなければならない積極的理由はないと思われる。したがって第三六条の「公務員」に天皇も入ることにならう。

二六 (ト) 第七三條四号の「官吏」に天皇が入るか。同条の官吏とは、「国家の一切の公務員を指す。…従つて、それは行政部の職員に限らず、国会職員や裁判所職員もここにいう官吏である。」<sup>(14)</sup>したがって国家に勤務するもの内、国会議員だけを除いた他のすべての国家公務員が、本条にいう「官吏」である。ただその「官吏」の内、内閣がその「事務を掌理する官吏」の範囲は、法律によつて、すなわち、国家公務員法によつて定められる<sup>(15)</sup>というのが本条の趣旨である。したがつて本条にいう「官吏」は、第七條四号にいう「官吏」と同義ではない。天皇が第七三條四項に言う「官吏」であることは確かだが、その「事務を内閣が掌理する官吏」であるかは、法律を参照するべきであらうが、憲法解釈そのものとしては比較的簡単に得る問題である。

天皇は自己の行う公的行為について「すべて内閣の助言と承認」を必要とし、しかも天皇のこれらの行為について「すべて責任は内閣が負う」——もちろん、この内閣の責任は、自己が助言と承認を行ったことに由来する責任であり、決してもともと天皇が無答責であるが故に（そんなことは法令上何処にも定められていない）、その天皇の

行為について内閣が代位して責任を負うという種類のものではない。この憲法条文からしても、本条の、内閣がその「事務を掌理する」という要件に天皇以上にピッタリと該当する例を見出し難い程であろう。

これに対し宮沢俊義は、「天皇は、国の公務に従事する公務員の性格を有すると考えられるが、その権能および選任は、憲法で別に定められているところから見て、ここにいう「官吏」には含まれないと解する。」<sup>(16)</sup>しかしこの解釈はおかしい。憲法が別に定めていても本条で重ねて規定していけないという理由はなく、もしこのように憲法が別に定めているものは第七三条の「公務員」に入らないとすると、裁判官や会計検査院（勤務者）も同様となる。もちろん、両者とも第七三条が適用され、形式上は国公法の規定に服する。<sup>(17)</sup>この宮沢の解釈は、現存の国公法から逆に本来の「官吏」概念を確定しようとするもののように思われる。一般に「官吏」概念は公務員概念よりも狭いとされるが、それも一概には言えないと思われる。憲法ひとつとりあげても種々の官吏概念があり、<sup>(18)</sup>一律には論じられず、個々に判定すべきであろう。

(イ) 第九九条の「公務員」に天皇が入るか。この条文に天皇が列記されている以上、この間に対する答はいずれにせよ実益の少ないものではあるにしても、天皇を公務員と考えるのか否か、あるいは、公務員の中でも特別のものとするのか否かの評価の表われる問として、憲法学上必ずしも無意味な論点とはいえない。

例えば、宮沢俊義は、本条の文言を「及び」で切断し、「天皇又は摂政」と「國務大臣…その他の公務員」の二種のものが憲法尊重擁護義務を課せられていると考える。<sup>(20)</sup>これは、「又は」よりも「及び」の方が文章が切れているという法文作成上の知識と、天皇を公務員に入れたくないという意識のためであろうか（但し、宮沢自身は後に引用するようにこの種の意識を明確に批判している。<sup>(21)</sup>この後者の意識は、「摂政ハ官吏ニ非ス」<sup>(22)</sup>という戦前の常識

を受け継いだものかも知れない。宮沢は、憲法自体が「(天皇は公務員にほかならないが)天皇や摂政を、國務大臣や国会議員なみに、『公務員』として扱うのは妥当ではないと考えたのであろう」とする。<sup>(23)</sup>しかしこれは、彼自身がそう考えているというにすぎず、また「又は」と「及び」の使い方も、必ずしも彼の言うとおりの用法に限られないと思われる。<sup>(24)</sup>また、「天皇または摂政も、憲法下に一定の公務を執行する国家机关であるから、本条のように区別するのはおかしい」という条文への批判もある。<sup>(25)</sup>とすれば当然「おかしくないように」条文を読むことができるものなら、そうすべきではあるまいか。

第九九条を「公務員」概念を中心に考えたとすれば、次の四種の読み方が可能であろう。

(1) 「天皇」と「摂政及び國務大臣」その他の公務員。この場合、本条の「公務員」には天皇は入らない。戦前の憲法感覚からすればこの読み方が妥当かも知れない。

(2) 「天皇又は摂政」と「國務大臣」その他の公務員。この場合、本条の「公務員」に天皇は入らない。これが宮沢以下の通説の読み方である。

(3) 「天皇又は摂政及び國務大臣」裁判官」と「その他の公務員」。この場合、天皇だけではなく、憲法が名称を列記したのも、本条に言う「公務員」に入らない。いわば特に憲法にかかわりをもつ公務員とそうではないものとの区別。したがってここに列記されたものには、「その他の公務員」よりもっと重い憲法尊重擁護義務が課されているとでもいう解釈に根拠を与えることになろうか。

(4) 「天皇」その他」の公務員。この場合、天皇以下のものは公務員の職名を列記したことになり、当然本条の「公務員」に天皇は入ることになる。

以上の四種の解釈の内、通説が説くようにいずれの解釈を採用しても実益の差がないものとすれば、しかも天皇が公務員であること自体は当然とするのなら（前掲の宮沢や小林孝輔の意見を見よ）、本条についてのみわざわざ天皇を「公務員」からはずさなければならぬ理由はないと思われる。したがって前記(4)の解釈を採用すべきである。それ以外の解釈を採用とすれば、それなりの根拠、すなわち、「天皇は公務員である」という原則から逸脱することを可能とさせる根拠を挙げねばならないであろう。

(1) 第一〇三条の「公務員」に天皇が入るか。前述のように「二六」、通説は本条の「公務員」に天皇が入らないとするが、その根拠は論理的には説明されていない。文言上は、天皇が本条の「公務員」に入らないとする積極的な根拠はない。

したがって天皇は、一般的に公務員であることは疑いないが、憲法の個別条文としては、第一五条一項、二項、一六条、三六条、七三条四号〔官吏〕、九九条、一〇三条の意味での「公務員」である。

二七 次に天皇は、行政法上、すなわち、基準法としての国家公務員法上の「公務員」であるか。この問題を扱う前にまず先決問題として、この国公法が適用されるのは、すべての国家公務員か、あるいは、同法が適用されない国家公務員が居るかを検討しなければならない。この点について、本法第一条二項は、その適用範囲をみずから定めて「もっぱら」「憲法第七三条にいう官吏」としている。前記のように「二六(ト)、憲法第七三条の「官吏」とは、国会議員を除く「一切の公務員」を指すと解すればこの先決問題は簡単に解決し得る。

しかし今日の通説は、憲法第七三条に言う「内閣の掌理する官吏」というのは「国家公務員のうち、その事務が内閣によって所掌されるものをいうとみるべきである」とする。<sup>(26)</sup>ところが国公法第二条は、その第三項九号で「国

会の事務総長」、一四号で「国会職員」、一三号で「裁判所職員」を列記している。もちろん同条は、これらの職を特別職として本法の適用対象からはずしたものである。しかし論理的に考える限り、形式的には本法がこれらの職にも適用されているということを前提にするからこそ、本条でもって本法の適用を実質的にはずすためになされた処置である。もしそうではなく、形式上も本法がこれらの職に対し適用されないものなら、同条に本法の適用されないものをわざわざ列記する必要はないのである。したがって法解釈としては、第一条の規定する本法の適用対象である「もっぱら」「憲法第七三条にいう官吏」には、これら第二条列記のものをも含めて解しなければならぬ。もし形式的にも本法の適用をこれら第二条列記の職がうけないとすれば、本法の適用を受けないことが形式上明らかな国会議員と同様に、そもそも第二条に列記する必要がなかったのである。

このように考えると憲法第七三条の「官吏」を「一切の公務員」と考えれば何ら問題がない。しかし通説のように解するとした場合、国公法については、その適用対象の「官吏」は憲法よりも広いものとなる。それが本法の「もっぱら」の意味であろうか。もっともこの「もっぱら」という文言は、私のように憲法第七三条の「官吏」を「一切の公務員」と解する立場からすれば、前記の理解とは反対のものとなる。すなわち、国公法は、原則として「一切の公務員」を対象とするが、そこからはずれるものが全然存在しないわけではない（例、国会議員）ということの意味する。したがって、この「もっぱら」によって、国公法の適用対象たる「官吏」は、憲法上の「官吏」よりも狭いものとなるわけである。例えば、前記の「国会の事務総長」「国会職員」「裁判所職員」等は、内閣は、その任免はもちろん、その身分、職務等について一切「掌理」しないものだからである。<sup>(27)</sup>

以上のように私は、国公法は形式的には、国会議員を唯一の例外として、その他のすべての国家公務員に適用さ

れると解される。このような解釈の妥当性は、かつて本法の第一条において、「…（この法律で国家公務員には、国会議員を含まない。）」と明文の注意書をもって本法の適用を受けないものを規定したということからも根拠づけられよう。

二八 このように国公法がすべての国家公務員に適用される〔形式上〕とすれば、当然天皇もまた同法上の「公務員」と考えられ、同法の適用を受ける〔形式上〕ことになる。

これに対する異論の可能性は、いま述べたばかりの国会議員と天皇とを同様に考え得た場合のみであろう。すなわち、天皇は、国会議員と同様に、何らかの根拠をもって国公法の適用をうけない、したがって国公法上の「公務員」ではないということが立論できた場合である。しかし、かつて国会議員が明文をもって本法の形式的適用対象から除かれようとしたという経緯からみても、本法の適用除外は非常に限定的である。その国会議員を適用除外とするカッコ書きが後に削除されたということが、本法の適用除外例をその他にも認めるためという趣旨でなされたものと解することができるであろうか。

あるいは、国会議員を本法の適用除外とするのと同様の根拠づけが、天皇にもあると解し得るか。もちろん、その場合、「天皇は日本国の象徴だから」というのは根拠づけにならない。前述のように、その「象徴」ということばの意味内容として「偉い」とか、他の官職と同等に列記できない程の「尊厳性を有する」とか、「国民の総意の体现者」とか、「国民を代表して内閣をコントロールする職務を有する」というほどの地位をもつかいいうことをあげることができないからである。

二九 それでは天皇は国公法の適用を受ける「公務員」であるとした上で、次の可能性を考えてみよう。すなわ

ち、国公法は、形式上第一条で本法の適用対象を規定した上で、第二条で実質上本法の適用を受けないものを特別職と称して列記している。天皇は、この第二条の特別職公務員か、あるいは、それ以外の一般職公務員か。これが次の問題である。

その第二条の何処にも「天皇」ということばはない。しかし第二条三項一〇号に「宮内庁長官：宮内庁のその他の職員」とある。この内に「天皇」が含まれるか。もともと「国公法の原案として連合国総司令部から日本政府に提示されたものでは、天皇も公務員であるとされ、その特別職の筆頭にあげられてあつた。」<sup>(29)</sup>とすると本号に天皇が含まれて特別職公務員と解される可能性がある。何故か理由は不明であるが、できあがった国公法の特別職から天皇は削られた。宮沢は、その処置について「天皇を國務大臣や裁判官とならべて『国家公務員』などと考えるのは恐れ多い、というような気持がひそんでいなければ、幸いである」<sup>(29)</sup>と記している。その削除を行った当事者の本當の気持はどうであれ、現憲法解釈の建前からしてそのような気持を考える必要はあり得ないから、この削除を積極的に解することはできないであろう。とすれば、天皇は第二条三項一〇号によって「特別職国家公務員」ということになるのか。ただこの場合、同条の特別職の列举は限定的列举とするのが通説であるから、<sup>(30)</sup>それに対するより適切な応答が必要となるかも知れない。

もっともより同条に即して言えば、何故「宮内庁長官：職員」が特別職なのか疑問がある。例えば、鵜飼信成は「地位職務に重要な特殊性があり、一般職とは扱いを異にする必要のある職」<sup>(31)</sup>とし、中村博は、その特殊性を「いわゆる『側近奉仕』」<sup>(32)</sup>に求め、自由任用が適当とされた職と説明している。これはいわば「宮内庁長官：職員」を天皇の私的雇員と考えるものであり、もしそうならそも／＼公務員概念からはすすべきであろう。

もし国公法第二条の列挙を厳格な限定的なものと解するとすれば、天皇は、国公法の形式的適用をうけるのもちろんであるが、第二条により本法の実質的適用を除外されることもなくなり、したがって一般職国家公務員ということになる。現行法上では論理的にはこの可能性がもつとも説得的である。ただ現在天皇位への就任、その身分、任務等については皇室典範という特別法がある。したがって天皇は一般職国家公務員とする可能性をとつても、皇室典範が国公法に対する特別法の位置にあつて、まず天皇の職務、身分等については皇室典範が適用され、その限りで国公法の適用が停止されるということになるか。

## 註

- (1) 国家公務員法の専門家である中村博ですら、『実定法上の公務員』の観念を抽出する作業は、一見容易に見えるもの、  
 実質は寔に困難なものであつて、私としては一応思い止らざるを得なかつた」(『国家公務員法』第一法規一九七六・一頁)  
 としている程である。
- (2) 鶴飼信成『公務員法』(新版)、有斐閣一九八〇・五五頁。
- (3) 中村『国家公務員法』二三頁、四一頁、田中二郎『行政法』(全訂版)(下I)、弘文堂一九八三・一六七頁。
- (4) 中村『国家公務員法』三九頁。
- (5) 宮沢『日本国憲法』五六八頁、『憲法Ⅱ』(新版)、有斐閣一九七一・三二二頁。
- (6) その典型は、里見岸雄『日本国の憲法』錦正社一九六二・三〇三頁以下に見られる。ここでは里見は、「天皇が公務員と称される国家機関構成員の中に入らない唯一の例外的国家機関である」(三〇五頁)とのべる。

- (7) 宮沢『日本国憲法』二一九頁、佐藤『憲法(上)』二三九頁。
- (8) 佐藤『憲法(上)』二三七頁、中村睦男『注釈日本国憲法(上)』青林書院新社一九八四・三三八頁、室井力『第一条』有倉編『憲法〈新版〉』日本評論社一九七七・七七頁。
- (9) 宮沢『日本国憲法』二一九―二二〇頁。
- (10) 鞆飼『公務員法』五四頁も「天皇もまた当然公務員の概念に包摂されることは疑をいれない」とする。
- (11) 浦部法穂『注釈日本国憲法(上)』青林書院新社一九八四・三六〇頁。
- (12) 佐藤『憲法(上)』五六七頁。
- (13) 宮沢『日本国憲法』三一頁、佐藤幸治『注釈日本国憲法(上)』青林書院新社一九八四・七六三頁。
- (14) 佐藤『憲法』有斐閣一九五五・四二七頁。
- (15) 反対、覚道豊治『第七三条』有倉編『憲法〈新版〉』二二六頁。
- (16) 宮沢『日本国憲法』五六八頁。
- (17) 中村博『国家公務員法』三〇頁。
- (18) 永田一郎『官吏』杉村・山内編『行政法事典』ぎょうせい一九七五・七六頁以下、「官吏」『行政百科大辞典第一巻』ぎょうせい一九七七・三二八頁。
- (19) 宮沢『日本国憲法』五六九頁参照。
- (20) 宮沢『日本国憲法』八一―九頁以下、同旨、佐藤『憲法』六〇―一頁。
- (21) 宮沢『日本国憲法』五六八頁。鞆飼『公務員法』五五頁。
- (22) 市村光恵『帝国憲法論〈三版〉』有斐閣一九三〇・三二九頁、上杉慎吉『憲法述義』一二七頁、『帝国憲法』六六五頁参

照。

- (23) 宮沢『日本国憲法』八一—八二〇頁。
- (24) 「又は」という接続詞と「及び」という接続詞をどう使い分けるかという問題になると、これは、法制局参事官の「立法技術修習の」卒業論文になるくらい中々難しい。（林修三『新版法令用語の常識』日本評論社一九五八・七頁）そしてこの元法制局長官は結論として「又は」と「及び」の使い方は、結局は語感とその場合／＼に表現しようとする規定の趣旨とをかみあわせて考えるほかなく、…確立した用例〔がある〕…わけではない」（一〇頁）とする。
- (25) 小林孝輔「第九九条」有倉編『憲法（新版）』三三四頁。
- (26) 中村『国家公務員法』三〇頁。
- (27) このことは通説も認めている。例えば、中村『国家公務員法』三〇頁。
- (28) 鶴飼『公務員法』五六頁、六五頁、中村『国家公務員法』五三頁。なおこの注意書きは、昭和二四年の国公法改正により削除された。
- (29) 宮沢『日本国憲法』五六八頁。
- (30) 中村『国家公務員法』四八頁。
- (31) 鶴飼『公務員法』六五頁。
- (32) 中村『国家公務員法』五三頁。

## 九 天皇は如何なる性格の国家機関か

三〇 天皇は国家機関である。天皇の象徴たる地位が国家機関であるのか、あるいは、国事行為を行う地位が国家機関であるのかは議論があり得るにしても、いづれにせよ天皇が国家機関であること自体については異論はない。私は前述のように、天皇位とは、国事行為を行うという職務をもつ国家機関であり、それを行う限りで国家機関たるにすぎない<sup>(1)</sup>と考へ、また国事行為を行う限りで日本国・日本国民統合の象徴であるにすぎないと考へるから、もちろん前述の疑問は成立しようもない。私の立論からすれば、「天皇位という国家機関」といつてもよく、その場合は地位に注目しての表現となり、「国事行為を行う国家機関」といつてもよく、その場合は行為に注目しての表現となり、また「象徴としての国家機関」といつてもよく、その場合は属性に注目しての表現となる。いづれの表現も同一の対象を指すことになる。ではこの天皇位という国家機関は、憲法上の国家機関として如何なる性格を有するものであろうか。

まず第一の可能性として、天皇位とは、国会・最高裁判所・内閣と並ぶ、あるいは、その上にある憲法上の機関であると解することができよう。もつともこの後者の「その上にある」というのは、実は比喩的表現にすぎず、憲法構造上は、その前者の「と並ぶ」と同じ意味しかもたない。何故なら現在の憲法条文上、第四一条によって国会が「国権の最高機関」であり、国権ということばをどのように解するにしても、結局国家機関中では国会が「最高の」位置を占める<sup>(2)</sup>。したがってそれより上位の国家機関は、主権者たる国民以外には考えられないからである。こ

の、いわば第四権的地位を天皇に認めようとする論者、例えば、天皇は立法・司法・行政ではない特別の権限、すなわち、それらに含まれない「残余権」を行使するという者（星野安二郎）も、このことは認めている。あるいは、天皇は君主として「中立的調整的権力」を行使するといわれる場合（黒田覚）も、あくまでも前記の憲法構造を前提にした上での、あくまでも対等者としての調整役にすぎないであろう。<sup>(3)</sup>

このような第四権的地位をもつ天皇という国家機関は、間接機関ではなく、直接機関であり、その内の原始機関であり、さらにその内の統治機関ということになるのであろうか。<sup>(4)</sup>しかしこのように国家機関の性格づけを考えれば明らかなように、そしてまた現憲法が国家権力を三権に分割し、三機関に分属させていると解される限り、このような第四権・第四機関を想定する考え方は成立し得ない。

これに対し、「儀礼的・名目的な行為は行政権に含まれない」、あるいは、「そもそも国家作用の性格を有するものではない」と天皇の行為を解することにより、それを立法権・司法権はもちろん行政権でもないものとする見解がある。<sup>(5)</sup>そしてこのように論じる者は、そもそもその種の位置づけは、「それ程重大な問題ではない」とする。しかしそうであろうか。私には、この議論は曖昧すぎ、まったく採ることができないように思われる。まず第一に、天皇の行為が「儀礼的・名目的な行為」にすぎないかどうか、周知のとおり議論のあるところである。第二に、この種の行為が「本来の国家作用でない」としたら、一体どのような作用なのであろうか。そもそも「国家」の作用ですらないのか。「本来の国家作用でない」ものが憲法上定められているとすればそれ自体興味をそそる問題であり、一体如何なる作用であるのか是非説明する必要がある。あるいは、非権力的作用は国家作用ではないと考えているのであろうか。だとすれば現代の行政法学の初歩的知識の欠落といわねばならないが、第三に、天皇がいかなる

国家機関であるかを、例えば宮沢自身も認めるように「行政権に属する」ということを明らかにすることは、わが国の天皇制を神秘化して把握したく思う蒙昧主義に対抗して重大な寄与をなし得る。したがってまさに実益があると言ふべきであろう。おそらくこの種の議論も前述の「中立的調整的権力論」と同様に、天皇は立法・司法・行政の三権のいずれにかかわらず「統治」を行うものであるといった明治憲法下で形成された考え方を無意識の内に前提としているのではないだろうか。

三一 そこで三権分立を前提として考えることにすると、天皇は行政権に属することになろう。その消極的理由づけとしては次のとおりである。実質論からして天皇の行う職務は法規範を定立する作用としての立法事項ではなく、またすべての法律上の争訟を裁断し、犯罪人に刑罰を科する作用としての司法事項でもなく、さらに形式論からして、天皇は、国会を中心とする立法機関構成員ではなく、また裁判所という司法機関構成員でないことは明らかだからである。また積極的理由づけとしては、わが国の通説的な行政権の定義づけである控除説からして、天皇は立法権・司法権事項を担当するものでないことは明らかであるので、その他のものとして行政権に属することになるからである。天皇が行政権に属する国家機関であることは、このように不可避的結論と思われる。

ところで行政機関としての天皇について、その位置づけに関してふたつの可能性がある。その第一は、天皇は、例えば会計検査院のように、内閣から独立した行政機関である（会計検査院法第一条）と解する可能性である。もちろんこの場合、会計検査院と同程度の独立性の保障の必要性が、天皇について憲法文言上読みとれるかが論点となる。ところが憲法第三条は、逆に天皇の内閣への依存性を非常に強く語っている。

この第一の可能性がほとんどないと解されるとすれば、第二の可能性を考えねばならない。すなわち、現憲法構

造上の原則にもどって、憲法上例外が明記されていない限り、内閣が行政権の最高機関であり、その他の行政権所属の国家機関はすべて下級行政機関である。<sup>(7)</sup> もっともこの下級行政機関にも内閣に対する独立性に依じていくつものものを区別し得る。第一は、「内閣の所轄の下」（国公法三条）にあるとされながら、法律によるその強い独立性の保障のために「内閣の下部部局ではない」<sup>(8)</sup>とされる人事院である。第二は、国家公安委員会、公正取引委員会等の所謂「独立行政委員会」である。第三は、その他のものである。しかし形式上はこれらはすべて「内閣の統轄下にある」機関、すなわち、「下級行政機関」である。とすれば、天皇は、人事院や独立行政委員会と同様の独立性もつか否かはずれにせよ、形式上は「下級行政機関」と解するしかない。

このような結論は、外国人から見れば当然のことであろう。「GHQも内閣の地位と比較した場合、それよりも高い地位を考えていないふしがある。」<sup>(9)</sup> 横田耕一も「人民↓国会↓内閣↓天皇という序列を自然」<sup>(10)</sup>としていた。この表現では、天皇が国会、内閣と別個の権力機関（「第四権的機関」）の印象を与える点で「人民↓国会↓内閣（↓天皇）」<sup>(11)</sup>とでも訂正されるべきであるが、いずれにせよ当然の論理的認識である。

もちろん、このように天皇位を「下級行政機関」という国家機関―間接機関であり、憲法上の必要機関である―と位置づけることと、天皇位が「日本国を象徴する」という機能を果たすということは、まったく対立も、矛盾もない。何度も繰り返すようであるが、政党政派の争いから超然としていなければ「日本国・日本国民統合の象徴」となり得ないということはない。それをそうではないと考えるのは、近代公務員制度の本質をまったく理解せず、ピスマルク・ドイツや絶対天皇制日本の超然官僚制時代の印象を背景にもつためにすぎない。

また「下級行政機関」に対し、日本国民がそれを「仰ぎ見ない」とか、「尊敬しない」とかいうことも、たとえ

あり得たにしても、それは事実の問題にすぎず、規範的にはまったく問題にならない。そのことは、例えば、一介のヒラ教授にすぎない私が、その職務において対外的に大学を代表して会合に出席し、その発言が大学全体の発言とされる―その外見が如何に重々しくなく、周囲の人々から見ても大学の代表としての「威厳」に欠けているとしても―ことを考えれば明らかであろう。日本国〔大学〕を象徴〔代表〕するからといって、それが必ず最高位の機関でなければならぬという必然性はない。一体誰が「象徴〔代表〕」機能をもつかは、それぞれの組織体の根拠規定によつて定まることにすぎない。

三二 以上、憲法の天皇の章について、いくつかの疑問を提出したが、いずれも従来の憲法学において、われわれの目前の事実や歴史的な記憶・印象に引きずられて曖昧化されていたものである。例えば、その典型は、本稿において意図的に数多く引用した宮沢俊義である。彼は、天皇について非常に脱神話的な眼をもちつつも、明確な言は常に避けようとしているかのようである。本稿は、これらの疑問に対する答そのものを提出することよりも、これらの問題を一度憲法規範そのものに照らしあわせて考え得ることを考えてみようとするものである。

私の「規範科学の立場」というのは、前稿<sup>(11)</sup>でものべたように何事かを提示しようとするよりも、われわれがわかり切ったこととしていることが、果してわかり切っているのかを尋ねることにより成立するものであった。その意味で、これまでのべた問もあまりに自明のことを敢えて問題にしているのではないかと思われるかも知れない。しかしその自明さに安居している限り科学は成立し得ないだろう。まさに針生誠吉ののべるとおり、「〔算克彦らの国体憲法学を〕戦後内在的に克服せず、笑殺し、民主政への安易な『転向』によつて外在的にたなあげした〔戦後憲

法学の) その非科学的態度こそが重要な問題である。<sup>(12)</sup>

註

- (1) 橋本公巨『日本国憲法』有斐閣一九八〇・四四九頁。
- (2) 私の「国会の憲法上の地位と権能」田口・川添編『憲法〈増訂版〉』法学書院一九七八・一〇三頁以下参照。
- (3) 横田『天皇制』二八九頁より引用。
- (4) これらの機関概念の詳細は、野村淳治『憲法提要(上巻)』有斐閣一九三三・一三三頁以下、美濃部『憲法撮要』四六頁、『日本憲法』有斐閣一九二二・二八七頁以下、および、それらの源流としての G.Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900, 3 Aufl, 1913(1959), S. 540ff.
- (5) 宮沢『日本国憲法』四九六頁。
- (6) 「支配」の観念と自覚的に形成された天皇「統治」の観念について、成沢光「統治」『政治のことは』平凡社選書一九八四・二二三頁以下、特に二三四頁以下参照。
- (7) 宮沢『日本国憲法』四九六頁以下。
- (8) 宮沢『日本国憲法』四九九頁以下。
- (9) 横田『天皇制』二〇六頁より引用。
- (10) 横田『天皇制』二〇六―七頁。
- (11) 私の「憲法科学の方法論」『憲法科学の基礎第三巻』一八九頁以下。

(12) 針生『天皇制』一六八頁。

△一九八四・四・二二稿了△