

自由民主党日本国憲法改正草案 第1章「天皇」評注

—— 日本国憲法との比較検討 ——

法学部教授 榎 透

はじめに

本稿は、日本国憲法（以下、現行憲法という）と自由民主党日本国憲法改正草案（以下、「自民草案」という。2012年4月27日）における、それぞれの「第1章 天皇」（第1章には存在しない、関連する条文を含む）の比較を通じて、両者の天皇または天皇制度のイメージの異同を明らかにするものである。もっとも、現行憲法の解釈については、通説とそうでない有力説との間に著しい違いも存在し、また、実務上の取り扱いを含めると、現行憲法第1章の解釈論を展開するだけでも複雑な作業である。本稿では、現行憲法の解釈をする場合、本稿の目的に必要な限りで行うものとし、各条文の比較検討を試みるものの、コンメンタールのような詳細かつ逐語的な解釈論は展開しない。

I 前文

[自民草案] 日本国は、長い歴史と固有の文化を持ち、国民統合の象徴である天皇を戴く国家であって、国民主権の下、立法、行政及び司法の三権分立に基づいて統治される。

我が国は、先の大戦による荒廃や幾多の大災害を乗り越えて発展し、今や国際社会において重要な地位を占めており、平和主義の下、諸外国との友好関係を増進し、世界の平和と繁栄に貢献する。

日本国民は、国と郷土を誇りと気概を持って自ら守り、基本的人権を尊重するとともに、和を尊び、家族や社会全体が互いに助け合って国家を形成する。

我々は、自由と規律を重んじ、美しい国土と自然環境を守りつつ、教育や

科学技術を振興し、活力ある経済活動を通じて国を成長させる。

日本国民は、良き伝統と我々の国家を末永く子孫に継承するため、ここに、この憲法を制定する。

[現行憲法] 日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。

日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。

われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる。

日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ。

前文には憲法の理念が表される。現行憲法の前文は、「国民が憲法制定権力の保持者であることを宣言し」、「近代憲法に内在する価値・原理を確認している」¹⁾。すなわち、前文は、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義という諸原理を表明して近代憲法の価値を確認し、さらに、これらの三大原則が「人類普遍の原理」であると説いて、日本国民は「これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」こと

1) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）35頁。

を宣言した。

これに対して自民党は、「天賦人權説に基づく規定振りを全面的に見直」すなど、²⁾「日本にふさわしい憲法」をめざし、憲法草案を作成している。前文に関していえば、現行憲法前文における内容面の問題点として、①わが国の歴史・伝統・文化が踏まえられていない、②三大原則のうち「基本的人権の尊重」が述べられていない、③「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した」の箇所は、ユートピア的発想による自衛権の放棄である、という3つをあげる。³⁾自民草案の前文は、これらの問題点を克服すべく、自民党が考える「あるべき国の姿」と、そのための国民の役割（もちろん、国民は「人類普遍の原理」を追求するなど崇高な理想と目的に邁進するのではない）を提示するのである。ここには、『国民の人権を保護するための国家』とか『国民に奉仕する国家』といった立憲主義の基本視点は毛頭みられない⁴⁾。

そして草案前文の最初にあるのが、「日本国は、長い歴史と固有の文化を持ち、国民統合の象徴である天皇を戴く国家」という、国家の姿の中核を規定した文である。前半に登場する「歴史」とか「文化」とは本来多義的なものであるから「長い歴史」「固有の文化」が何を意味するかは不明である。ゆえに、そこには自民党が考える「歴史」や「文化」が盛り込まれると思われるが、それは万世一系の天皇とか、皇紀二六七六年、という世界観からくる「歴史」であり「文化」であろう。そして、後半で登場する「戴く」の語は、通常「上の者として敬い仕える」ことを意味するから、「天皇を戴く」とは「天皇を上の方として敬い仕える」ことになる。日本国憲法で「象徴」以外の何者でもなかった天皇は、国民の上位にあることが鮮明となる。これは国民主権を形骸化するものといえよう。⁵⁾

このように日本国は「長い歴史と固有の文化を持ち、国民統合の象徴である天皇を戴く国家」であって、日本国民は、そのような「良き伝統と我々の国家を末永く子孫に継承するため、ここに、この憲法を制定する」のである。自民草案では、日本国民が「天皇を戴く国家」という「伝統」を守るために、憲法が制定されるので

2) 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」(2013年) 3頁。

3) 同上5頁。

4) 横田耕一『自民党改憲草案を読む』(信教出版社、2014年) 31-32頁。

5) 「歴史」「文化」の多義性の問題につき、横田・同上32-33頁。「戴く」の分析につき、笹川紀勝「自民党『憲法改正草案』の分析——主に天皇制に即して——」法律論叢87巻6号(2015年) 73頁以下。

ある。ゆえに自民草案に基づくならば、国民の人権も「天皇を戴く国家」のために規定されていると考えられるのであって、国民の人権を保障する利益と「天皇を戴く国家」を守る利益とが衝突した場合には後者が優先されることになる。

Ⅱ 第1章「天皇」評注

1 第1条：天皇

〔自民草案〕 天皇は、日本国の元首であり、日本国及び日本国民統合の象徴であつて、その地位は、主権の存する日本国民の総意に基づく。

〔現行憲法〕 天皇は、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であつて、この地位は、主権の存する日本国民の総意に基く。

(1) 大日本帝国憲法と日本国憲法における天皇の地位

自民草案、現行憲法ともに、第1条は天皇の地位と根拠について定めている。ここでは、両者の差異を明確にする前提作業として、大日本帝国憲法と日本国憲法における天皇の地位の異同について簡単に触れておきたい。

大日本国憲法の下では、天皇は主権者の地位にあると定められていた（大日本帝国憲法第1条「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」）。また、大日本帝国憲法では、第4条で「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」とし、天皇が「元首」であり「統治権ヲ総攬」する地位にあることを明記していた。これに対して、現行の日本国憲法では、天皇は主権者ではなく、「象徴」と定められている。また現行憲法は、天皇を「元首」や「君主」であるとは明記していない。

(2) 断絶説と連続性強調説を振り返る

2つの憲法における天皇制度については、日本国憲法の制定に際し、大日本帝国憲法下の天皇制度はなくなったものの、当時のGHQの判断により天皇制度そのものは「象徴天皇制」という形で存置されたといわれる。⁶⁾しかし、この事実は憲法解釈という点からは注意を要する。というのも、同じ天皇制度・天皇といっても、大

6) 清宮は「天皇の制度は……日本固有の歴史、伝統あるいは国民感情を考慮し、尊重するという立場から、必要が認められて存置されたものである」とし、現在の天皇制度が日本の「歴史」や「伝統」を考慮したものであると説明する。清宮四郎『憲法I〔第3版〕』（有斐閣、1979年）152頁。

日本帝国憲法の天皇制度と日本国憲法のそれとでは、原理的に非常に大きな違いが存在するからである。そもそも2つの天皇制度については、基本的な考え方が大きく異なることから、本来は別の制度と理解すべきであって、たまたま同一人物が戦前と戦後双方の天皇に就任し、また制度の名称が一致しているだけにすぎない、と考えることも可能である⁷⁾。実際に憲法学説では、2つの天皇制度の関係について、「断絶性を認めつつも連続性を一定評価する解釈学説」と「断絶性に立脚する学説」という2つの理解がある。本稿では、前者を連続性強調説、後者を断絶説ということとする⁸⁾。

前者の連続性強調説は、大日本帝国憲法下の天皇制度と日本国憲法下の天皇制度を連続したものと一定程度評価し、日本国憲法の実定を確定規定と理解する。天皇制度は憲法制定以前にすでに存在し、日本国憲法はそれを確認し宣言したものであるという論理構造になる⁹⁾。この説によると、まず大日本帝国憲法における天皇の地位や権能を想定し、日本国憲法が天皇に対して明示的に権能を付与していない事柄であっても、憲法で明示的に禁止されていない事柄については、天皇は行為可能である¹⁰⁾と考える。まさに「引き算」的思考である。

7) 横田喜三郎『天皇制』（労働文化社、1949年）110-111頁。

8) 「断絶性を認めつつ連続性を一定評価する解釈学説」と「断絶性に立脚する学説」という表現は、横田耕一「統治構造理論における『連続性』と『断絶性』」公法研究40号（1978年）120頁。2つの説については、同上116頁以下、芦部信喜監修『注釈憲法（1）』（有斐閣、2000年）137-139頁〔横田耕一執筆〕。近年の業績では、矢島基美「『象徴天皇制』のジレンマ」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用』（信山社、2015年）175頁以下。簡明な整理として、木下智史・只野雅人（編）『新・コンメンタール憲法』（日本評論社、2015年）30-31頁〔木下智史執筆〕。

9) 宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）53頁は、日本国憲法第1条の規定は「天皇の国の象徴以外の役割を原則として否認することのほかは、天皇の象徴としての役割を、創設的に規定したのでなく、単に宣言的に定めたにすぎない、と解すべきである」とする。

10) 「引き算」的思考は、横田・前掲注8）120頁の表現。そこでも、引用されているが、宮沢俊義は「日本国憲法は、明治憲法の下で天皇がもっていた政治的な権能を全面的に否定し、その君主たる性格にも根本的変革を加えながら、国家の象徴たる役割だけは、ひきつづき、みとめている」とする。宮沢俊義『憲法〔改訂5版〕』（有斐閣、1973年）196頁。また、芦部も、この規定の趣旨は天皇が「統治権の総攬者としての地位が否定され国政に関する権能をまったくもたなくなった結果、象徴としての地位が前面に出てきたのである」と説明し、2つの天皇制度の連続性を踏まえた象徴天皇制の説明をしている。芦部・前掲注1）46頁。同旨、鶴岡信成『憲法』（岩波書店、1956年）264-265頁。

これに対して、後者の断絶説は、大日本帝国憲法下の天皇制度と日本国憲法下の天皇制度を断絶したもの（つまり、「象徴天皇制」というこれまでとは異なる新しい制度ができた）と捉え、日本国憲法の天皇規定を創設規定と理解する。この説によれば、日本国憲法が天皇に対して明示的に権能を付与していない事柄については、天皇は一切の行為をすることができない¹¹⁾。大日本国憲法¹²⁾の天皇制度と日本国憲法の天皇制度との関係をどのように理解するかによって、具体的な解釈論にも差異が生じることには注意を要する。

（３）「象徴」

「象徴」という言葉は、「鳩は平和の象徴である」というように、「抽象的・無形的・非感覚的なものを具体的・有形的・感覚的なものによって具象化する作用ないしその媒介物を意味する」¹²⁾。現行憲法では、天皇は、「日本国の象徴」であり「日本国民統合の象徴」である。つまり、日本国および日本国民統合を具体的に示すものが天皇になる。自民草案でも、天皇は「日本国の象徴」であり「日本国民統合の象徴」とされることから、天皇の象徴性は現行憲法と変わらない。両者の大きな差異は、象徴に加えて「日本国の元首」であることを明記しているか否かであって、自民草案は天皇を元首と明記した。

現行憲法の定める「象徴」については、以下の２つの留意点を指摘したい。第１は、憲法第１条の「象徴」から法的意味を導出するか否かである。天皇の象徴性から天皇の民事裁判権を否定したり、第６条（３）でみる「象徴としての行為」を肯認したりすること、また、「不敬罪に相應する表現行為は制約できる」¹⁴⁾と考えたりすることは、「象徴」から法的意味・効果を導く例である。しかし、仮にそこでいう「象徴」から法的意味を導くことを認めるとしても、それは必要最小限度のものでなければならない。また、これらの例は、大日本帝国憲法下での天皇の「象徴」性

11) 横田・前掲注 8) 120-121頁。また、断絶性を強調する学説として、横田（喜三郎）・前掲注 7)。

近年では、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第 3 版』（有斐閣、2013年）44頁。

12) 芦部・前掲注 1) 45頁。

13) 最判1989年11月20日民集43巻10号1160頁。

14) 石村修「天皇と不敬罪」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 6 版〕』（有斐閣、2013年）355頁の表現。なお、石村は、最大判1948年 5 月26日刑集 2 巻 6 号529頁における齋藤・霜山・澤田意見が現行憲法下における不敬罪の存続を認めていることからすると、「今日の象徴天皇制においても、不敬罪に相應する表現行為は制約できるという法構造は残ることになる」と指摘する。

を引き継いだものと理解できることから、適切な「引き算」が行われているのかという問いを立てられよう。

第2は、現行憲法第1条は天皇を「日本国」および「日本国民統合の象徴」と規定しているが、この規定から天皇の積極的な統合作用を果たすと考えことは憲法解釈としては妥当ではない、ということである。通説はこの規定を「国民統合の姿をそのまま表す」という意味と捉えるから、ここから天皇の新たな権限を新たに導出しない¹⁵⁾。しかし、「象徴」という語の曖昧さから、論者の読み込みによって、「天皇によって精神的な一体性が確保される」¹⁶⁾という見解も存在する。また、法的な統合作用を認めない場合でも、「実際の国民心理においては、天皇は『国民を統合する』ものとして存在することになろう」¹⁷⁾という指摘もある。

自民草案前文によれば、天皇は「戴く」存在であることから、憲法が国民に対して天皇を敬うことを強制する政治的動きが生じうる。自民草案の天皇「象徴」規定について、日本国憲法のそれと同様に解すべきであるとしても、「象徴」の曖昧さは論者の自由な読み込みを誘引するものといえよう。

(4) 天皇の地位の根拠

天皇の地位は何に根拠づけられているのであろうか。大日本帝国憲法下の天皇の地位は、天照大神という神の意思、つまり神勅に基づくものと理解されてきた。これに対して、現行の日本国憲法および自民草案では、それぞれの第1条をみてわかるように、天皇の地位は「主権の存する日本国民の総意に基(づ)く」とされている。ゆえに、日本国憲法の下も、自民草案の下でも、天皇制度は絶対的なもの、変更不可能なものではなく、国民の総意により、廃止も含めて変更可能なものである。

(5) 天皇は君主か？、元首か？

現行憲法下で、天皇を君主あるいは元首と考える人は存在する。現行憲法では明

15) 横田耕一「天皇の存在意義——国民主権と天皇制(2)——」樋口陽一編『講座憲法学2主権と国際社会』(日本評論社、1994年)。「国民統合の姿をそのまま表す」という表現は横田論文245頁から引用。樋口陽一他『注解法律学全集 憲法I』(青林書院、1994年)63頁〔樋口陽一執筆〕。

なお、「統合」に関する近年の論考として、高橋・前掲注11)44頁、徳永達哉「『日本国民統合』の『統合』とは何かを考える」熊本ロージャーナル8号(2013年)37頁以下、西村裕一「情念の行方——象徴・代表・天皇制」論究ジュリスト13号(2015年)100頁以下。

16) 田上穰治『憲法入門』(青林書院、1977年)145頁。

17) 横田・前掲注15)245頁。

文の規定は存在しないが、天皇は君主や元首といえる存在であろうか。この問いに対する答えは、結論からいえば、君主・元首のそれぞれをどのように定義するかによって決まる。

君主に共通の標識としては、①独任機関であること、②統治権の重要な部分、少なくとも行政権を有すること、③対外的に国家を代表する資格を有すること、④一般国民とは違った身分を有し、したがって、多くの場合、その地位は世襲であること、⑤その地位になんらかの伝統的な威厳ないしカリスマ的な威厳ないし後光が伴うこと、⑥国の象徴たる役割を有することなどが存在し、現行憲法下の天皇は、②③を充たしていないことから、天皇を君主とはいえない¹⁸⁾。もっとも、君主が民主化され君主の権能が名目化されてくるにしたがって、君主の要件は①④のみで良いという見解も一部にはある。この見解に従えば、天皇も君主と呼ぶことは可能である。結局のところ、君主の定義如何によって天皇が君主であるかどうかが決まることから、この問題を論じたところで生産的な法的議論は期待できない¹⁹⁾。

また、元首は、一般には国の首長を意味し、国家を生物に例えた場合（国家有機体説）にその頭の部分にあたることに由来した概念である。したがって、元首とは、対外的にその国を代表する地位と権限を持つ者のことであるが、国内的には統治権や行政権を持つ者を元首と呼ぶことになる。ゆえに元首の要件のうち、特に重要なものといえるのは、外国に対して国を代表する権能（条約の締結、大使・公使の信任状を発受する権能）であるが、天皇は外交関係においてはそのような権能を認められていない。日本国憲法の第7条には、天皇の国事行為として、「五 国務大臣及び法律の定めるその他の官吏の任免並びに全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証すること」「八 批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証すること」「九 外国の大使及び公使を接受すること」とあるが、「認証」とは一定の行為が正

18) 宮沢・前掲注9) 45-46頁。なお、清宮は、君主は、①単一人で構成する機関であること、②その地位が世襲であること、③その地位に伝統的な威厳を伴うこと、④統治権、少なくとも行政権の一部を持つこと、⑤象徴的機能が認められること、⑥対外的に国家を代表すること、⑦その行為について責任を負わないことなど、という7つの標識を示し、④⑥が十分に備わっていないことも、残り5つを充たしていることから、「これを君主といっても、あえて誤りというべきほどのものではない」と説明する。清宮・前掲注6) 184-185頁。

19) 樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、1998年）129頁、野中俊彦他『憲法Ⅰ 第5版』（有斐閣、2012年）108-109頁〔高橋和之執筆〕。宮沢は、元首の要件として、「主として、対外的に国家を代表する資格を有する国家機関」とした上で、天皇にはそのような資格がないことから、元首でないとする。宮沢・前掲注9) 46頁。

規の手続きで成立したことを公に証明する行為であり、「接受」とは接見する事実上の行為であるから、天皇には形式的・儀礼的な行為しか認められていない。したがって、このような意味において天皇を元首とは呼べない。もっとも、このような形式的・儀礼的行為を行う機関でも元首と呼んで差し支えないという説もあり、この考え方によれば、外交に関する一定の国事行為を行う天皇も元首と呼ぶことが可能であるといえる。結局のところ、元首も君主と同じように、元首をどのように定義するかによって天皇が元首であるかどうかが決まる。²⁰⁾

しかし、天皇が元首であるか否かという問題は、法的なものというよりも、実際上のものであろう。実務慣行では、天皇は外交上元首として扱われている。しかし、これまで元首という概念自体が何らかの実質的な権限を含むものと一般的に考えられてきたことを考慮するならば、天皇を元首とすることは、天皇の権限を実質化させることにつながるおそれがあり、また天皇を権威づけ、それを政治的に利用することにつながる可能性も存在する。²¹⁾

この点で、自民草案は天皇を明確に元首とすることから、天皇が元首であるか否かを問う必要がない。そもそも自民草案の作成者である自民党は、「元首」を「国の第一人者」と定義し、「我が国において、天皇が元首であることは紛れもない事実です」という前提で検討している。しかも、天皇の元首明記に対する反対意見として、「世俗の地位である『元首』をあえて規定することにより、かえって天皇の地位を軽んずることになる」という意見を紹介している。²²⁾このように天皇の元首化（憲法の中に天皇元首規定を設けること）は、天皇の権威を強化するものとして政治に利用され、国民もそのような権威に従うことを求められる危険がある。²³⁾

20) 樋口・前掲注19) 127-128頁、野中他・前掲注19) 109-111頁〔高橋和之執筆〕。

21) 横田耕一「天皇」横田耕一他『現代憲法講座 上』（日本評論社、1985年）51-55頁、同『憲法と天皇制』（岩波書店、1990年）83-89頁。以下、本稿で再引用する際、前者は横田・前掲注21)「天皇」、後者は横田・前掲注21)『憲法と天皇制』と表記する。

22) 自由民主党 憲法改正推進本部・前掲注2) 7頁。

23) 「『元首』とはっきり書かれれば、日本国民にも『天皇陛下が日本でいちばんえらい方だ』という自覚が生まれ、いままで以上に天皇陛下をうやまう気持ちになるでしょう」。自民党の憲法改正草案を爆発的にひろめる有志連合『あたらしい憲法草案のはなし』（太郎次郎社エディタス、2016年）18頁。また、笹川も「政治情勢いかなによって元首化は国民生活全体に大きなあるいは深刻な影響を与えるであろう」と説明する。笹川・前掲注5) 86頁。

2 第2条：皇位の継承

〔自民草案〕 皇位は、世襲のものであつて、国会の議決した皇室典範の定めるところにより、これを継承する。

〔現行憲法〕 皇位は、世襲のものであつて、国会の議決した皇室典範の定めるところにより、これを継承する。

(1) 皇位の世襲と皇室典範の法的地位

自民草案第2条は、「皇位」の継承、すなわち天皇の地位の継承に関して定めた規定であり、現行憲法第2条との間に文言上の差はない。したがって、自民草案においても、現行憲法と同様に、①皇位は世襲であつて、②皇位継承の詳細は国会の議決した皇室典範に定められる。

①の点では、自民草案と現行憲法は、どちらも皇位が世襲であることを定めている。「世襲」とは、ある地位につく資格が一定の血統に属する者に限られることである。こうした世襲を前提とする天皇制度は、人は生まれながらにして平等である旨を説いた近代立憲主義（日本国憲法では、法の下での平等を定めた第14条）と大きく矛盾する。ただし、憲法じしんがこの矛盾をそのまま定めていることから、憲法を解釈する際には、矛盾は矛盾として受け入れなければならない。²⁴⁾ もっとも、「世襲」から天皇の例外性を強調して、天皇の平等原則からの逸脱を許容する考え方があるが、これは先にみた連続的な思考と親和的といえよう。²⁵⁾

②の点では、皇室典範という名称の法は、大日本帝国憲法下から存在する。しかし、大日本帝国憲法下の皇室典範と、現行憲法下のそれとでは、法的性格が異なる。すなわち、前者の皇室典範は宮務法体系の頂点にあつて、政務法体系の頂点である大日本帝国憲法と同等かそれよりも上位の法であると理解されている（上論に「典憲」という言葉がある）のに対して、後者のそれは「国家の議決した」とあることから法律であつて、最高法規である憲法に服するものである。²⁶⁾

自民草案では、「戴く」対象であることから天皇は近代立憲主義の例外的存在であつて、ゆえに皇位の世襲が平等原則の例外というのは当然のことである。このよ

24) 浦部法穂『憲法学教室 第3版』（日本評論社、2016年）525頁。

25) 横田は「連続性を強調する視点からは……天皇・皇族を包括的に第三章の主体から排除する論が展開されている」とする。横田・前掲注8）123頁。

26) 横田耕一「『皇室典範』私注」横田耕一・江橋崇編『象徴天皇制の構造』（日本評論社、1990年）105-106頁。

うに自民草案は連続性強調説とその思考を共有しつつ、「国会の議決した皇室典範の定めるところ」による皇位継承を定めていることから、皇室典範が憲法を頂点とする法体系に内在する法であると捉えている。

(2) 皇位継承を巡る問題①：女性天皇

ここでは皇位の継承に関する現実的問題を2つほど触れておこう。第1は、女性天皇を巡る問題である。自民草案と現行憲法は、どちらも皇位が世襲であることしか定めていない。現行の皇室典範は、その第1条で、「皇位は、皇統に属する男系の男子が、これを継承する」と定め、女性の天皇を認めていない。現行憲法の下では、このことが男女差別として憲法第14条の定めた平等規定に違反するかどうかの問題になる。

これについては大きく2つの説に分けられよう。規範論理的に言えば、最高法規である憲法に矛盾する内容の法律の規定は無効になるから、通常法律であって法体系の中で憲法の下位に位置する皇室典範第1条は、女性の天皇を排除すべき合理的な理由が存在しない限り、憲法第14条違反となると解釈することができる（第1説²⁷⁾）。この説は単に規範論理的な整合性を求めるだけでなく、可能な限り平等を説いた近代立憲主義と皇位の世襲制度との矛盾を少なくするように解釈することによって、近代立憲主義と矛盾する天皇を可能な限り無化しようと考えているものといえよう。

これに対して、皇室典範第1条は憲法第14条違反の問題ではないと理解する説もある（第2説²⁸⁾）。この考え方は、天皇の「伝統」「歴史」に着目するなど、天皇は近代立憲主義とは元々矛盾した存在であることから、両者の整合性を図りようがない

27) 針生誠吉・横田耕一『国民主権と天皇制』（法律文化社、1983年）242-243頁〔横田耕一執筆〕。皇位の継承を男系男子に限定した皇室典範の規定を「違憲の疑いがあると思われる」とするものに、君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996年）280頁、また、同規定を「合理的理由のない差別的取扱い」とするものに、辻村みよ子『憲法 第5版』（日本評論社、2016年）167頁。

28) 樋口・前掲注19) 130頁、芦部・前掲注1) 46頁、浦部・前掲注24) 525-526頁。奥平は、女性天皇を認めないことが憲法14条に違反すると主張に対し、「そもそも『人権』論や『平等』論を否定し排除した先の、天皇という特別に特権的な地位への就任チャンスに関連して、もう一回『人権』論や『平等』論を復活させるのは、どんなものだろうかという発想がある」として消極に解している。奥平康弘『憲法学Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）42頁。

29) 渋谷は第2説の立場に立ち、女性天皇が特殊な例外で「男系男子が、伝統的な天皇の地位のあり方とすれば、それは、憲法が当然の前提としているものと考えられ」、「天皇の地位自体が、

と突き放して解釈したものともいえよう。この2つの解釈方法は、決定的にその方向性が異なるものの、両者ともに天皇が立憲主義とそもそも矛盾する存在であるという共通の認識に立つ。

それでは、自民草案ではどうであろうか。同案でも憲法が国の最高法規であることに変更はない（第101条）。そして、性差別禁止に関する法の下での平等規定は、現行憲法と自民草案（第14条）との間に文言上の違いは基本的にないことから、平等規定との関係からすれば、上の第1説も第2説もとりうる。しかし、前文で「歴史」と「伝統」を重んじる姿勢を示し、そこでいう「歴史」「伝統」が女性天皇は中継ぎ天皇であることを含むと理解するならば、この案を提唱する自民党は第2説を採用すると思われる。また、これまで現天皇家の男系の血筋で皇位を継承しているとされることから、女系天皇については当然に憲法上認められないことになる。

さらに、近年、皇位継承者の確保という点からしばしば登場する、いわゆる太平洋戦後に皇籍離脱した旧宮家の男子を皇籍に戻して皇位を継承させるという主張についても、対象となる男子が約70年も前に皇籍離脱した者の子孫であるが、このような者が天皇の地位についたことはない。ゆえに、「歴史」や「伝統」を重んじる立場からすれば、自民草案でも憲法上認められないものといえよう。もっとも、皇籍離脱していた者が天皇になったのは、宇多天皇と醍醐天皇の2例がある。しかし、宇多天皇が臣籍降下していたのは3年間にすぎず、その後皇族に復籍し、父・光孝天皇の皇太子になった。また、醍醐天皇は、父・宇多天皇が臣籍降下していた源定省のときに出生し源維城を名乗っていたが、その後父の即位とともに皇族に復籍した。このように宇多天皇と醍醐天皇の例は、現在主張されることのある旧宮家の男子の皇族復籍と皇位継承の話とは異なる。もっとも、世襲と養子をとることは矛盾しない（現在は皇室典範第9条で、天皇・皇族は養子をとることを禁止されているにすぎない）。

（3）皇位継承を巡る問題②：生前退位

皇位の継承に関する現実的問題の第2は、天皇の生前退位を巡る問題である。現行憲法には、皇位が世襲であることしか定めていない。現行の皇室典範は、その第

全体として14条の例外であるから、性質上憲法14条の適用外の事項に、再び14条を適用することにも矛盾がある」とし、「天皇の地位の断絶性を認めない限り、皇室典範の改正によって、女系または女子の天皇を定めることはできない」と説明する。渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣、2013年）54-55頁。

4条で、「天皇が崩じたときは、皇嗣が、直ちに即位する」とあり、天皇の生前退位を認めていない。生前退位は、法律でどのような制度設計をするかという問題は残るが、現行憲法では禁止されていないというべきであろう³⁰⁾。また、自民草案でも、現行憲法と文言の変更がないことから禁止されていないと考えるべきである。

しかし、2016年に天皇が生前退位の意向を示したが、これには消極的な見解がある。その代表的な理由は、次の2つであろう。第1は、生前退位の理由が公務の負担であるならば、退位をしなくとも、公務の見直しをすれば良いし、必要に応じて摂政を置くことで対応が可能である、というものだ。また、そもそも天皇の「公務」とは何であるのか、という根本的な問題も出されている³¹⁾。第2は、天皇の自由退位を認めると、天皇の意思とは関係のない強制退位であるとか、政治利用を生む危険性があることから、それらを回避する、というものである³²⁾。

さらには、天皇の生前退位は国体の破壊に繋がるという³³⁾、保守派からの強烈的な批判が出されている。「何よりも、天皇の生前御退位を可とする如き前例を今敢えて作る事は、事実上の国体の破壊に繋がるのではないかとの危惧は深刻である。全てを考慮した結果、この事態は摂政の冊立（さくりつ）を以て切り抜けるのが最善だ、との結論になる」という意見である³⁴⁾。ここでいう「国体」の中身は詳らかでないが、生前退位の問題があるべき「天皇」像へと関係する。現行憲法でも自民草案でも、このことは同じである。

3 第3条：国旗及び国歌

〔自民草案〕 国旗は日章旗とし、国歌は君が代とする。

30) 奥平は、天皇の退位の自由を認めないことは「違憲の疑いがある」と指摘する。奥平・前掲注28) 41頁。

31) 横田耕一「憲法からみた天皇の『公務』そして『生前退位』」世界886号（2016年）41-42頁。

32) 1984年4月17日参院内閣委員会における山本悟宮内庁次長（当時）の答弁を参照（参議院会議録情報 第101回国会 内閣委員会 第6号）。この種の議論については、長谷部恭男「象徴天皇制と『生前退位』——憲法から考える」世界887号（2016年）116頁を参照。

33) 「産経新聞」2016年7月16日付朝刊〔小堀桂一郎のコメント〕。

34) 同上。なお、摂政を置くことについては、「明治の皇室典範をつくるときにこれまでの皇室のことを詳しく調べ、生前退位のメリット、デメリットを熟考したうえで最終的に生前譲位の否定となった。その判断は重い。生前譲位を否定した代わりに摂政の制度をより重要なものに位置づけた。そうした明治以降の伝統を尊重すれば譲位ではなくて摂政をおくことが、陛下のお気持ちも大切にすし、今考えられる一番いい方法ではないか」という意見もある。「朝日新聞」2016年7月14日付朝刊〔百地章のコメント〕。

② 日本国民は、国旗及び国歌を尊重しなければならない。

〔現行憲法〕 なし

自民草案第3条は、国旗と国歌について規定する。国旗および国歌については、現行憲法にはその規定はないが、現在、国旗及び国歌に関する法律（平成11年8月13日法律第127号。以下、「国旗・国歌法」という）にその定めがある。その法律によると、「国旗は、日章旗」（第1条）、「国歌は、君が代」である（第2条）。「日章旗」とは、いわゆる「日の丸」のことである。自民草案では、①「国旗は日章旗」、「国歌は君が代」であることを憲法の中に明記することで、それらが憲法事項であることを示し、それだけでなく、②国民に対する国旗および国歌への尊重義務を課している。そして、③これらの規定が「第1章 天皇」の中に置かれている。

自民草案第3条の特徴の第1は、「国旗＝日章旗」、「国歌＝君が代」を憲法事項にしたことである。現行憲法との関係では、「日章旗（日の丸）」（以下、「日の丸」）・「君が代」を国旗・国歌とすることについて、日本国憲法にそぐわない³⁵⁾、君が代はその歌詞の内容から違憲である³⁶⁾といった指摘のように、「日の丸」や「君が代」が現行憲法にそぐわないという見解も根強い。「日の丸」は天皇制との結合により大日本帝国を象徴してきた、また、「君が代」はそこでいう「君」が天皇であって、その歌詞は天皇の世が永遠に続くことを祈る歌であると理解されることから、両者ともに国民主権に抵触する、あるいは、ふさわしくないと考えるのである。自民草案は両者をそれぞれ国旗・国歌として憲法の中に定めることで、「日の丸」「君が代」の憲法適合性については疑問を差し挟む余地をなくすものといえる。

自民草案第3条の特徴の第2は、国民に対する国旗および国歌への尊重義務を課していることである。スポーツ大会やコンサートなど国や地方公共団体の主催ではない私的な行事でも、国旗や国歌の尊重が義務づけられることになろう。とりわけ教育現場は深刻である。国旗・国歌法は、学校教育現場における卒業式・入学式などの式典の混乱をなくすという理由で1999年に制定された。しかし、それは混乱を

35) 奥平は、「日の丸」「君が代」が戦前において国旗・国歌としての性格を持ったのは「天皇制的権力構造からわり出されたイデオロギーおよび、それに裏うちされた軍国主義・侵略主義の諸政策などの合算」であったとし、「両者はともに、日本国憲法において否定された大日本帝国を表徴するもの」と説明する。奥平康弘「国歌・国旗・元号」奥平康弘・杉原泰雄『憲法学 6 統治構造の基本問題Ⅲ』（有斐閣、1977年）187-189頁。

36) 横田・前掲注21)『憲法と天皇制』117頁。

なくすどころか、公立学校教師に対して国旗と国歌への起立斉唱義務を課する契機となり、その義務の違反者に対する処分とその処分の違憲性・違法性を争う訴訟を生み出した。³⁷⁾ いわゆる起立斉唱訴訟においては、近年、思想及び良心の自由に対する侵害を理由にしばしば争われるが、斉唱については「君が代」の違憲性と公務員の憲法尊重擁護義務違反³⁸⁾を主張する戦略もありうる。しかし、自民草案が「国旗＝日章旗（日の丸）」と「国歌＝君が代」を憲法事項とすることで、少なくともこの戦略はその前提を失う。また、これまでは地方公務員たる公立学校の教職員の起立斉唱拒否が問題であったが、自民草案は国民に対する国旗および国歌への尊重義務を課することから、教職員に対してだけでなく、生徒や式典に出席する保護者等に対しても起立斉唱が強制される可能性が生じる。³⁹⁾ そもそも国民が国旗および国歌に対して否定的な態度をとることは許されない、という事態もありうる。

自民草案3条の特徴の第3は、国旗と国歌に関する規定が「国旗及び国歌」といった章に置かれるのではなく、「天皇」の章に置かれていることである。そもそも国旗や国歌は国家の統合機能を果たすシンボルといえようが、現行憲法下においても「日の丸」や「君が代」が天皇の権威強化を図る役割を担っているとの指摘が従来なされてきた。⁴⁰⁾ 自民草案は、国旗・国歌と天皇との関わりを正面から認め、現行憲法以上に「日の丸」や「君が代」が天皇の権威強化に資するものとなろう。そして、それは、国旗および国歌に対する国民の尊重義務を通して、国民は天皇に対する尊重義務を課されるに等しい事態に陥る可能性がある。

4 第4条：元号

[自民草案] 元号は、法律の定めるところにより、皇位の継承があったときに

37) 例えば、「君が代」ピアノ伴奏拒否訴訟（最判2007年2月27日民集61巻1号291頁）、起立斉唱拒否訴訟（最判2011年5月30日民集65巻4号1780頁等）。

38) 土屋英雄『自由と忠誠』（尚学社、2002年）、同『思想の自由と信教の自由——憲法解釈および判例法理（増補版）』（尚学社、2008年）は、「君が代」の斉唱・伴奏を巡る問題で、「君が代」の違憲性を強調した議論を行う。また、拙稿「『君が代』ピアノ伴奏拒否事件にみる思想・良心の自由と教育の自由」社会科学年報（専修大学社会科学研究所）第44号（2010年）82頁、同「判批・起立斉唱職務命令に違反した教員に対する懲戒処分の適法性」平成27年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）1492号（2016年）19頁。

39) 自民草案Q&Aは、「国旗・国歌をめぐる教育現場で混乱が起きていることを踏まえ、3条に明文の規定を置くこととしました。」とする。自由民主党 憲法改正推進本部・前掲注2）7頁。

40) 横田・前掲注21）『憲法と天皇制』112-118頁。

制定する。

〔現行憲法〕 なし

自民草案第4条は、元号について規定する。元号については、現行憲法にはその規定はないが、元号法（昭和五十四年六月十二日法律第四十三号）にその定めがある。元号法によると、「元号は、政令で定める」（第1項）、「元号は、皇位の継承があつた場合に限り改める」（第2項）および附則からなる。第2項からすると、いわゆる一世一元制が採用されている。自民草案では、①「皇位の継承があつたときに」元号を定める（一世一元制）ことを憲法の中に明記し、それらが憲法事項であることを示している。そして、②この規定は「第1章 天皇」の中に置かれている。仮に自民草案が憲法典として成立した場合でも、そこでは「法律の定めるところにより」とあることから、元号法が改正されな限り、現行の仕組みと変わるところはない。⁴¹⁾

もっとも、「一世一元制は、主権者としての天皇の存命と元号とを結びつけた、明治憲法に特有な制度であり、天皇の主権制を否認した現在の憲法のもとで……法律上の根拠を与える方法によってであれ、国家制度上正式に存続せしめることは、憲法の国民主権原理と抵触するとおもわれる」⁴²⁾というように、天皇の存命期間＝在職期間と元号との結合の現れである一世一元制には、現行憲法の下では憲法に抵触するとの異論が出されていた。自民草案は、一世一元制を憲法事項とすることによって、こうした異論を排除できる。一世一元制が、日の丸・君が代とともに天皇の権威強化を図るものであるならば、⁴³⁾憲法はそうした異論を排除し天皇の権威強化を推し進める役割を担う。

5 第5条：天皇の権能

〔自民草案〕 天皇は、この憲法に定める国事に関する行為を行い、国政に関する権能を有しない。

41) 自民草案Q&Aは、「現在の『元号法』の規定をほぼそのまま採用した」とする。自由民主党憲法改正推進本部・前掲注2）8頁。

42) 奥平・前掲注35）188頁。

43) 横田・前掲注21）『憲法と天皇制』108-112頁。なお、自民党の憲法改正草案を爆発的にひろめる有志連合・前掲注23）20頁は、元号を憲法に書き込むのは「日本が『天皇をいただく国』であることをはっきりさせ、国民が元号をもっとおもんじるようになってほしいからです」と指摘する。

〔現行憲法〕 第四条① 天皇は、この憲法の定める国事に関する行為のみを行ひ、国政に関する権能を有しない。

自民草案第5条は、天皇の権能、すなわち天皇が憲法に定める国事行為を行うこと、国政に関する権能を持たないことを定める。大日本帝国憲法が、天皇は立法・司法・行政などすべての国の作用を究極的に掌握し、統治権を総攬する権限を持つと規定していた（統治権総攬は第4条）ところ、現行憲法第4条第1項および自民草案第5条は「国事」と「国政」を区別し、天皇が前者の「国事に関する行為」を行い、後者の「国政に関する権能」を持たないことを定めている。「国政に関する権能」とは、国政についての実質的な決定権・関与権を意味することから、天皇は国の政治に関わることは一切認められていない。

現行憲法第4条第1項によって、天皇が行うことのできるものは「国事に関する行為」である。それでは、「国事に関する行為」とは何か。現行憲法の解釈では、「国事に関する行為」（略して「国事行為」という）は、具体的には現行憲法第6条、第7条、第4条第2項に定められているが、それらは政治に関係のない形式的・儀礼的行為をいうと理解されている。そしてこの形式的・儀礼的行為であるところの「国事に関する行為」であっても、天皇は任意に行うことができず、現行憲法第3条の規定に基づき「天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要と」されている。つまり、天皇は、現行憲法が定める「国事に関する行為のみ」を行うことができ、そのような国事行為であっても、内閣の「助言と承認」を必要とするのである。

自民草案第5条においても、天皇は形式的・儀礼的行為であるところの「国事に関する行為」を行うことができる。しかし、自民草案と現行憲法とでは、大きな相違が2つある。第1は、現行憲法が天皇が行うことのできるものを「この憲法の定める国事に関する行為のみ」と限定しているのに対して、自民草案はそのような限定がないことである。第2は、現行憲法が天皇の国事行為には内閣の「助言と承認」が必要であるとしているのに対して、自民草案は第6条第4項において「内閣の進言を必要とし、内閣がその責任を負う。ただし、衆議院の解散については、内閣総理大臣の進言による」と定めていることである。この両者の相違については、次の第6条で説明を加えたい。

6 第6条：天皇の国事行為等

[自民草案] 天皇は、国民のために、国会の指名に基づいて内閣総理大臣を任命し、内閣の指名に基づいて最高裁判所の長である裁判官を任命する。

② 天皇は、国民のために、次に掲げる国事に関する行為を行う。

- 一 憲法改正，法律，政令及び条約を公布すること。
- 二 国会を召集すること。
- 三 衆議院を解散すること。
- 四 衆議院議員の総選挙及び参議院議員の通常選挙の施行を公示すること。
- 五 国务大臣及び法律の定めるその他の国の公務員の任免を認証すること。
- 六 大赦，特赦，減刑，刑の執行の免除及び復権を認証すること。
- 七 栄典を授与すること。
- 八 全権委任状並びに大使及び公使の信任状並びに批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証すること。
- 九 外国の大使及び公使を接受すること。
- 十 儀式を行うこと。

③ 天皇は、法律の定めるところにより、前二項の行為を委任することができる。

④ 天皇の国事に関する全ての行為には、内閣の進言を必要とし、内閣がその責任を負う。ただし、衆議院の解散については、内閣総理大臣の進言による。

⑤ 第一項及び第二項に掲げるもののほか、天皇は、国又は地方自治体その他の公共団体が主催する式典への出席その他の公的な行為を行う。

[現行憲法] 第六条 天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する。

② 天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。

第七条 天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、左の国事に関する行為を行ふ。

- 一 憲法改正，法律，政令及び条約を公布すること。
- 二 国会を召集すること。
- 三 衆議院を解散すること。
- 四 国会議員の総選挙の施行を公示すること。
- 五 国务大臣及び法律の定めるその他の官吏の任免並びに全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証すること。

- 六 大赦，特赦，減刑，刑の執行の免除及び復権を認証すること。
- 七 栄典を授与すること。
- 八 批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証すること。
- 九 外国の大使及び公使を接受すること。
- 十 儀式を行ふこと。

第四条② 天皇は，法律の定めるところにより，その国事に関する行為を委任することができる。

第三条 天皇の国事に関するすべての行為には，内閣の助言と承認を必要とし，内閣が，その責任を負ふ。

(1) 国事行為の内容

自民草案の第6条は国事行為等を定めている。現行憲法では，天皇の国事行為について，第6条で内閣総理大臣と最高裁判所長官の任命を定め，また第7条で10の国事行為を列举し，さらに第4条第2項で国事行為の委任という国事行為について定めている。自民草案は，現行憲法で3つの条文に分かれていた国事行為に関する規定を第6条（それぞれ第1項から第3項）にまとめている。現行憲法が定める国事行為についても，「天皇の象徴的機能の『場』を用意することを通じて，国民が天皇が象徴としての地位に立つことを抵抗なく受け入れるようにするための社会的心理的な雰囲気醸成を企図している」⁴⁴⁾と評価する意見もあることから，自民草案における国事行為は，天皇の象徴・元首としての機能が遂行される場として，国民が天皇を元首や象徴として受け入れる雰囲気を醸成するものとなろう。

現行憲法，自民草案ともに，天皇は国政に関する権能を持たないことから，天皇は国事行為について実質的な決定をすることができない。ゆえに国事行為は形式的・儀礼的行為であって，これらの国事行為の内容を実質的に決定することのできる者を憲法自体が定めている。例えば，現行憲法第6条第1項では，天皇は内閣総理大臣を任命するが，誰を内閣総理大臣にするかを決めるのは国会であると定め，同条第2項では，天皇は最高裁長官を任命するが，誰を最高裁長官にするかを決めるのは内閣であると定める。しかし，現行憲法第7条第2号，同条第3号について

44) 芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本コンメンタール憲法』（日本評論社，2011年）39頁〔山元一執筆〕。なお，横田は憲法が天皇に国事行為を行う権能を付与したことによって，「憲法は天皇が象徴機能（国民統合作用）を果たす『行為の場』を，十分に用意している」と評価する。横田・前掲注15）254頁。

は、憲法上実質的決定権の所在が書かれていないことから、とりわけ後者については大きな論争になった。いわゆる解散権論争である。⁴⁵⁾これは、天皇の国事行為に対する内閣の「助言と承認」が大臣助言制に基づくものと理解するか否かという問題、ひいては、現行憲法の象徴天皇制を大日本帝国憲法と連続したものと捉えるか、断絶したものとして捉えるかという問題にもなる。⁴⁶⁾自民草案では、この論争に関して第54条第1項で「衆議院の解散は、内閣総理大臣が決定する」と定め、解散権の所在を明確にするとともに、⁴⁷⁾内閣ではなく内閣総理大臣が解散権を持つとしたのである。

(2) 「内閣の進言」

天皇の国事行為は形式的・儀礼的行為であるが、現行憲法ではこの行為に内閣の「助言と承認」を必要とする。これに対して、自民草案は天皇の形式的・儀礼的行為である国事行為に内閣の「進言」、ただし衆議院の解散については内閣総理大臣の「進言」を必要とする。この変更について、自民党は「天皇の行為に対して『承認』とは礼を失すること」をその理由にあげている。そして、自民党は「従来の学説でも、『助言と承認』は一体的に行われるものであり、区別されるものではない」という説が有力であり、⁴⁸⁾『進言』に一本化した」と説明する。

たしかに、現行憲法に関する学説は、国事行為について憲法の要求している内閣の「助言と承認」とは何を意味するのかという点について、①「助言」と「承認」

45) 日本国憲法はどの国家機関が衆議院の解散を実質的に決定できるかということを明確に定めていない。第69条には「内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない」とあって、衆議院による内閣不信任決議案の可決または信任決議案の否決の場合に総辞職を選ばない限り、内閣が衆議院を解散することを想定しているといえるが、それ以外の場合について憲法は解散権について沈黙している。そこで、通説・実務は、憲法第7条第3号「衆議院を解散すること」という天皇の国事行為に対する内閣の「助言と承認」が、解散を実質的に決定する手続きにあたると解し、第7条第3号の「助言と承認」が内閣の衆議院解散権の根拠になるという解釈論を採用した。

46) 解散権論争における通説（宮沢・前掲注9）105頁）については、天皇は、そもそも国政に関する一切の権能を有しないという前提で考えるならば、国事行為はそもそも形式的・儀礼的なものにすぎず、したがって、内閣の「助言と承認」に国事行為の実質的決定権は含まれないはずであり、また、形式的にせよ天皇が衆議院の解散権を持つという構成は、国民主権原理に合致しないという批判がある。浦部・前掲注24）526-528頁。

47) メディアの報道では現在でも、衆議院の解散は首相の専権事項であるといわれることがあるが、現行憲法下では法的に正しくない。

48) 自由民主党 憲法改正推進本部・前掲注2）8頁。

の2つのうちいずれかが必要とされる、②国事行為の事前に行われる内閣の「助言」と事後に行われる内閣の「承認」の両方が必要である、③「助言と承認」という1つの行為が、国事行為に際して要求される、という主要3説があり、通説は③説をとり、実務でも③説による取り扱いを行っている。しかし、③説が通説となったのは、①説については、国事行為について天皇がイニシアティヴを持っていることになることから現行憲法4条の趣旨に反する、②説については、内閣の事前の助言に基づいて行われた天皇の国事行為について事後の承認が必要である理由が不明である、という理由によるものである。⁴⁹⁾ここには、天皇に礼を失するなどという発想は微塵もない。しかし、自民草案は日本を「天皇を戴く」国家として規定し、第6条で「進言」という、通常は上位の者へ意見を申し述べることを意味する語を用いることによって、天皇が内閣よりも上位に位置し、それゆえ天皇の権威を高めるものといえよう。

(3) 天皇の公的行為

天皇が公的行為を行うことができるか否かは、現行憲法解釈を巡る大きな問題であった。というのも、天皇は国家機関としての国事行為を行うことができ、また、天皇は私人として、テニスや散歩を楽しむなど私的行為をすることもできる（「大喪の礼」「即位の礼」などの代替わりの儀式の問題もある）。しかし、実際には、天皇は地方巡業に出かけ、国会開式に出席して挨拶をするなど、国事行為として憲法に列挙されている行為とはいえない、また純粋な私的行為ともいえない行為をしている。ゆえに天皇のこれらの行為について、憲法上どのように評価すべき（許容される）かが問題となったのである。

憲法学説はいくつかの考え方に分かれている。まず、国事行為と私的行為のほかに、憲法上許容される第3の類型の行為「公的行為」があると考え、理論化した学説がある（三行為説）。この立場に立つ第1の学説は、⁵⁰⁾象徴行為説である。この説によれば、天皇には国家機関としての地位と私人としての地位のほかに、象徴としての地位がある。そして、憲法が象徴天皇を認めている以上、憲法は国政に関する権能を有しないという制限の下に、象徴として何らかの公的行為をなすことを容認しているものと解する。この説が考える公的行為は、非政治的な行為でなければな

49) 長谷部恭男『憲法 第6版』（新世社、2014年）75頁。

50) 清宮・前掲注6）154-155頁。

らず、また公的性質を持つために天皇が単独で行えるのではなく、内閣の直接または間接の補佐と責任とにおいて行われなければならないとされる。⁵¹⁾

第2の学説は、公人行為説である。⁵²⁾天皇に限らず、内閣総理大臣や最高裁判所長官などの国家機関は、その地位にあることに伴って、その権限に属するとはいえないが、私的行為ともいえない行為を行うことがある。それは、その地位に伴って社交上要請される、儀礼的な事実行為である。国家機関である天皇もまた、公人として、社交的・儀礼的行為を行うことも当然ありうる。このような天皇の公人的行為は、国事行為ではないため、内閣の助言と承認に服さないものの、「皇室関係の国家事務」として、内閣総理大臣の分担管理に属し、内閣総理大臣が責任を負う。⁵³⁾

象徴行為説や公人行為説は、国事行為と私的行為のほかに、「公的行為」という第3の種類の行為を概念する。憲法上明記されていない行為を天皇に認める背後には、連続性を強調する思考がある。自民草案は、第3の行為である公的行為を憲法に明記することで、この論争に決着をつけるものとなる。

これに対して、三行為説には、公的行為の範囲の不明確性、また天皇の公的行為について内閣が統制する憲法上の根拠がないといった問題があることから、学説では第3種類の行為を認めない考え方も存在する。憲法が認めているのはあくまで、

51) 同上。なお、この説に対して、象徴規定を創設規定とみる立場から、象徴規定から独自の法定効果を導き出すことに批判がある。横田・前掲注21)「天皇」40-41頁。また、象徴行為説の大きな問題点として2つが指摘される。第1の問題点は、この説が法的概念である機関とそうでない象徴とを峻別し、両者の違いを理由に、機関としての行為と象徴としての行為との区別を導出することである。しかし、日本国憲法は天皇という機関に象徴としての役割を期待していると考えるべきである。第2の問題点は、象徴としての行為を内閣のコントロールに服すると考える際の憲法上の根拠が弱いということである。象徴行為は、国事行為と異なり、憲法上内閣の助言と承認を要求されていない。象徴行為説は内閣の補佐と責任を必要と説明するが、そのような憲法上の規定は存在しない。しかも、天皇がその補佐に拘束されるという憲法上の根拠も存在しないし、天皇が単独で象徴行為を行ったときに内閣がその責任をとる必要もないことになる。野中他・前掲注19) 137-140頁〔高橋和之執筆〕。

52) 高辻正己『憲法講説 全訂第2版』（良書普及会、1980年）287-289頁。これを支持するものとして、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、1987年）303頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）522頁。

53) 公人行為説には、憲法7条10号の「儀式を行うこと」ことから分かるように、憲法が儀礼的な事実行為をも国事行為中に取り込んでいることからすると、憲法は国事行為以外の公人行為を禁止していると解すべきである、という批判がある。また、天皇の公人行為に対する内閣のコントロールの問題については、象徴行為説と同じ批判が当てはまる。つまり、天皇が公人行為を行う場合に、内閣の指示に従わなければならない憲法上の根拠が存在しない。野中他・前掲注19) 140-141頁〔高橋和之執筆〕。

国事行為と私的行為の2類型にすぎないというものである（二行為説）。この説には、憲法に列挙された国事行為以外の公的な儀礼的行為すべてを憲法7条10号の「儀式を行うこと」に含まれる、つまり国事行為とみる説（国事行為説⁵⁴⁾と、国事行為に密接に関連する行為のみを「準国事行為」とみる説（準国事行為説⁵⁵⁾がある。また、天皇は憲法所定の「国事行為」を行う権限を持ち、それ以外の公的行為を行うことは違憲であるという説もある。この説は、大日本帝国憲法と日本国憲法との間にある断続説の立場に立ち、天皇に関する憲法の規定を創設の規定と理解することから、憲法に明示された権限以外について、天皇が権能を行使することは憲法上ありえない。ゆえに、「公的行為」のような第3のカテゴリーを創出することは憲法に適合せず、「国事行為」概念を明文の規定を超えてその範囲を拡張することに反対の立場をとることになる⁵⁶⁾。

天皇は本来、現行憲法下では「国事に関する行為のみ」を行うことができるのだが、現実には様々な公的行為を行っている。「のみ」という限定の意を表す語があるにもかかわらず、実務および多くの憲法学説は天皇による憲法に規定される以外の行為を憲法上正当なものだとしてきた。ここには現実に生じている公的行為に対する法的コントロールのあり方を模索する姿勢を看取できる一方で、とりわけ三行為説については連続的思考を読み取ることが可能である。憲法に明記されていない公的行為について天皇が行うことは、国事行為以上に「天皇の存在を示す場として機能している」⁵⁷⁾。天皇の公的行為を認めることには、自民草案も現行憲法下での公的行為を容認する憲法学説も変わりがないことから、天皇の象徴機能は従前通り、しかも憲法上のお墨付きを得た上で果たされることになるだろう。

54) 鶴飼信成『憲法における象徴と代表』（岩波書店、1977年）42頁。この学説は、天皇の行為を限定的に捉える点で合理的であるが、憲法でいう「儀式を行ふ」とは、通常は儀式を主催し執行する意味であることから、それに儀式や各種の式典に参列する行為まで含めて解することは、文理上かなり難点がある。横田・前掲注21)「天皇」43-44頁。なお、高橋和之は「儀式を行うとは、儀式的・儀礼的行為を行うことと解することも不可能ではなく、そう解することにより天皇の公的行為を国事行為に限定することができる」とする。高橋・前掲注11) 46頁。

55) 清水陸『憲法（改訂版）』（南雲堂深山社、1979年）435-436頁。「準国事行為」の例としては、国会召集との関係で、開会式での「おことば」があげられる。しかし、この説も公的行為の範囲を絞る意図は妥当であるとしても、「密接に関連する」の意味が必ずしも明確ではないという批判がある。また、そもそも準国事行為を認める憲法上の根拠がどこにあるのか、という問題もある。横田・前掲注21)「天皇」44-45頁。

56) 横田・前掲注21)「天皇」45頁、浦部・前掲注24) 533頁。

57) 横田・前掲注15) 256頁。

7 第7条：摂政

〔自民草案〕 皇室典範の定めるところにより摂政を置くときは、摂政は、天皇の名で、その国事に関する行為を行う。

② 第五条及び前条第四項の規定は、摂政について準用する。

〔現行憲法〕 第五条 皇室典範の定めるところにより摂政を置くときは、摂政は、天皇の名でその国事に関する行為を行ふ。この場合には、前条第一項の規定を準用する。

自民草案第7条は、摂政について定める。摂政は必ずしも憲法上の定義を与えられていないが、第1項で「天皇の名で……国事に関する行為を行う」とあることから、天皇の代理機関として国事行為を行う。なお、現行憲法の解釈では、天皇が国事行為以外の公的行為を行うことができると理解する場合、その根拠を公人としての行為に基づく立場（公人行為説）は、摂政がそのような公的行為を行うことを認める。これに対して、天皇による公的行為の根拠を象徴としての行為に基づく立場（象徴行為説）は、摂政がそのような公的行為を行うことはできないとする⁵⁸⁾。自民草案では公的行為は憲法事項であるが、摂政が当該行為を行えるかは明確でない。

8 第8条：皇室への財産の譲渡等の制限

〔自民草案〕 皇室に財産を譲り渡し、又は皇室が財産を譲り受け、若しくは賜与するには、法律で定める場合を除き、国会の承認を経なければならない。

〔現行憲法〕 皇室に財産を譲り渡し、又は皇室が、財産を譲り受け、若しくは賜与することは、国会の議決に基かなければならない。

第88条

〔自民草案〕 （皇室財産及び皇室の費用）全て皇室財産は、国に属する。全て皇室の費用は、予算案に計上して国会の議決を経なければならない。

〔現行憲法〕 すべて皇室財産は、国に属する。すべて皇室の費用は、予算に計上して国会の議決を経なければならない。

皇室財産については、自民草案、現行憲法ともに、第8条と第88条ともに規定されている。大日本帝国憲法では、第66条で「皇室経費ハ現在ノ定額ニ依リ毎年国庫

58) 芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編・前掲注44) 36頁〔芹沢斉執筆〕。

ヨリ之ヲ支出シ将来増額ヲ要スル場合ヲ除ク外帝国議會ノ協賛ヲ要セス」と定められ、皇室経費は増額の要求をしない限り帝国議会のコントロールを必要としなかった。これに対して、日本国憲法は皇室財産を国の物と明記し、皇室の費用や皇室の財産の授受についても財政民主主義が貫徹し国会の議決を経ることを明記している。なお、「皇室」とは、天皇と皇族であり、ここでは私人としての天皇と皇族の財産が対象となっている。

自民草案は、第8条において、皇室財産の授受について「国会の議決」を要求するのではなく、「法律で定める場合を除き、国会の承認を経なければならない」と変更されている。それは、①国会の意思決定たる「国会の議決」から、国会の同意を取り付けるという意味の「国会の承認」へ、という変更である。「国会の承認」「国会の議決」ともに、皇室財産の授受を国会による民主的コントロールの下に置くことを意図したものであるが、この授受を決定する主体が異なる。②「法律で定める場合」には国会の承認を経ずに皇室財産の授受が可能になるが、「法律で定める場合」の具体化如何によって、民主的コントロールの範囲の広狭が確定する。現行憲法の下でも、皇室経済法第2条は、a「相当の対価による売買等通常の私的経済行為に係る場合」、b「外国交際のための儀礼上の贈答に係る場合」、c「公共のためになす遺贈又は遺産の賜与に係る場合」、d「毎年四月一日から翌年三月三十一日までの期間内に、皇室がなす賜与又は譲受に係る財産の価額が、別に法律で定める一定価額に達するに至るまでの場合」の「一に該当する場合においては、その度ごとに国会の議決を経なくても、皇室に財産を譲り渡し、又は皇室が財産を譲り受け、若しくは賜与することができる」と定めているところ、「同項所定程度の皇室の財産授受については、本条が初めから国会の議決による監督を必要としないと考えていたのであり、そのことを法律でもって確認したものと解されている」と説明される。⁵⁹⁾自民草案にいう「法律で定める場合」が、この皇室経済法第2条の内容を指すのであれば、民主的コントロールの範囲は変わらないことになろう。

Ⅲ 憲法尊重擁護義務

[自民草案] 第102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。

59) 同上45頁〔芹沢斉執筆〕。

〔現行憲法〕 第99条 天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。

現行憲法では「第十章 最高法規」中の第99条で、自民草案では「第11章 最高法規」中の第102条で、憲法尊重擁護義務を定めている。両者の違いは、①自民草案には、現行憲法になかった国民の憲法尊重義務が明記されたこと、②現行憲法に存在していた天皇および摂政の憲法尊重擁護義務が、自民草案にはないことである。

①に関して、現行憲法の憲法尊重擁護義務規定については、義務を負う者を公務員として、国民をそこに含めていない。これは、日本国憲法が国家権力を縛るとい⁶⁰⁾う立憲主義憲法であることからくる当然の帰結である。国家権力は憲法を遵守し、国民は国家に憲法を遵守させる存在である。これに対して、自民党は「憲法制定権者たる国民も憲法を尊重すべきことは当然である」とし、「憲法も法であり、遵守するのは余りに当然のことであって、憲法に規定を置く以上、一步進めて憲法尊重義務を規定した⁶¹⁾」と説明する。この説明によれば、国民が当然に憲法尊重義務を負うのは、憲法も法だからである。このように詳しい理由づけもないまま、憲法は国民にとって権利の法典から義務の法典へと転化する危険がある⁶²⁾。もっとも、憲法は国家権力を抑制する法であるとか、憲法を遵守すべきは国民ではなく国家であるという考え方は、現在どの程度国民に根付いているのであろうか⁶³⁾。

②に関して、自民草案は天皇および摂政に憲法尊重擁護義務を課していないところ、自民党はその理由について「政治的権能を有しない天皇及び摂政に憲法尊重擁護義務を課することはできないと考え⁶⁴⁾」たからであると説明する。これも「天皇が内閣より上位に立つことを示⁶⁵⁾」したもので、「天皇の権威を高める試みである」。しかし、立憲主義を否定しないのであれば、国の元首である以上、天皇は憲法尊重擁

60) 石村修『憲法国家の実現——保障・安全・共生——』（尚学社、2006年）14頁、阪口正二郎「憲法尊重擁護の義務」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）32頁、愛敬浩二「憲法尊重擁護義務と国民」奥平康弘・愛敬浩二・青井未帆編『改憲の何が問題か』（岩波書店、2013年）254-255頁。

61) 自由民主党 憲法改正推進本部・前掲注2）37頁。

62) 愛敬・前掲注60）258-260頁参照。

63) 横田・前掲注4）26-27頁参照。

64) 自由民主党 憲法改正推進本部・前掲注2）38頁。

65) 横田・前掲注4）38頁。

護義務を負うと考えるべきであろう。⁶⁶⁾

むすびにかえて

第1章「天皇」に関する現行憲法と自民草案との違いを確認しつつ、両者の天皇または天皇制度のイメージの異同を明らかにしてきた。現行憲法の「天皇」条項については、そもそも大日本帝国憲法のそれとの関係が問題であった。原理的にまったく異なるといえる両憲法は、連続性を重視するか、断絶性を強調するかで、日本国憲法下の天皇像が違ったものになる。前者の連続性強調説は、大日本帝国憲法の「天皇制」を現行憲法下でも残存し、現行憲法に明記されていない種々の事項について、現実を追認する役割を果たしてきたといえよう。女性天皇の否認、日の丸・君が代・元号の使用、公的行為の容認、衆議院の解散権論争に見る内閣の「助言と承認」の役割などが、その様々な例である。そして、それらの多くは「伝統」と「歴史」のある天皇の権威強化に大きな役割を果たしているといえる。⁶⁷⁾

自民草案との比較は、現行憲法の実天皇条項をどのように理解するかによっても、大きく異なる。先にみた断絶説に基づくならば、現行憲法と自民草案との間には内容上の大きな差異が生じる。断絶説は、現行憲法上にその根拠のない権威強化につながる、種々のものを認めないからである。しかし、大日本帝国憲法と現行憲法との間の連続性を強調する思考に基づくならば、現に行われている諸行為は、自民草案でも根拠づけられ、そのまま行われるであろう。自民草案における天皇に関する改正点は、すでに実現しているのである。⁶⁸⁾もちろん、現行憲法と自民草案における「天皇」に対する基本的位置づけは決定的に異なる。現行憲法に「天皇を戴く」といった発想はない。ゆえに、現行憲法の下で行われている諸事項は、自民草案の下では「天皇を戴く」国家の名の下に実施されることになる。

2016年8月8日の天皇の生前退位の意向表明は、その後のメディアの反応から推測すると、国民の天皇に対する関心の高さをうかがわせる。しかも、天皇の存在は、

66) 愛敬・前掲注60) 257頁。なお、天皇の憲法尊重擁護義務については、石村修『憲法の保障——その系譜と比較法的検討——』（尚学社、1987年）202-203頁、石村・前掲注60) 51-52頁。

自民党によれば、自民草案は立憲主義自体を否定していないと説明される。自由民主党 憲法改正推進本部・前掲注2) 6頁。

67) 天皇の権威強化の諸手段については、横田の諸論考を参照。ここでは、横田・前掲注21) 『憲法と天皇制』77頁以下をあげておく。

68) 横田・前掲注4) 39頁。

昭和天皇が体調を崩した1988年において秋祭りの中止や娯楽番組の放送取りやめなど自粛ムードが漂ったように、国民の生活にもしばしば多大な影響を与える。さらに、天皇コラージュ事件のように、天皇に否定的な表現を「不敬」や「不快」などとして、そうした表現を許容しない雰囲気が現在の日本社会にも存在すると思われる。また、学校教育現場やスポーツに関連する行事などにおいて、その参加者が自分の「思想及び良心」にかかわらず、天皇制の「記号」たる「日の丸」「君が代」の起立斉唱を求められている。天皇を取り巻く問題は国民の基本的な人権にも影響を及ぼし、現行憲法の憲法解釈学説における連続性の思考は「根深く天皇制の残滓を留め」「現実中存在する天皇像や、その根拠を提供している」⁶⁹⁾。そして、天皇への崇敬を当然視する風潮が現在の日本社会にあるとすれば、そのような中で天皇の権威強化を図る憲法解釈や憲法改正は、人権保障に負の作用をもたらすといえる。⁷⁰⁾

石村修は「天皇（制）に関しては言及を抑制する傾向があり、それが憲法第1章の規範的な制約からくるものであったとしたら問題は大きい……。天皇への自由な表現活動を保障して、はじめて憲法99条の趣旨が活かされるのではないだろうか」⁷¹⁾という。憲法尊重擁護義務は憲法保障の重要な制度であることから、立憲主義憲法である日本国憲法の崩壊を防ぐには、権威強化の動きに抗しつつ、天皇への自由な思想・表現活動を保障することが必要である。この基本を確認して本稿を閉じることとする。

69) 古川純「天皇・日の丸・君が代——天皇制の記号」横田・江橋編・前掲注26) 223頁以下。

70) 横田・前掲注21)「天皇」55頁。

71) 横田・前掲注21)『憲法と天皇制』207頁以下。

72) 石村・前掲注14) 355頁。