

象徴の法的意味に関する一考察

高 橋 洋

はじめに

「象徴」であることを理由とする、天皇の地位の強化ないし権威主義化が進んでいるように見える。千葉県知事が昭和天皇の病気快復祈願の記帳所を設置したことについて、その費用を昭和天皇が不当利得したとして、千葉県民が昭和天皇の相続人たる現天皇明仁氏を相手どって起こした住民訴訟において、最高裁第二小法廷1989年11月20日判決¹⁾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ことにかんがみ、天皇には民事裁判権が及ばないものと解するのが相当である」と判示した。この問題については、学説上、天皇に民事裁判権が及ぶという説が有力であるにもかかわらず²⁾、判決は、天皇は象徴であるからという1文でかたづけている。また福岡地裁1990年3月23日判決³⁾は、天皇裕仁の病気の際に、福岡県知事が皇居に赴いて記帳を行ったことは「その目的が日本国の象徴たる天皇に対する病気見舞いであり、・・・社会通念上著しく不相当なものとはいえない」とし、また記帳所の設置は、「天皇に対する見舞いの記帳を望む県民の利便を図るためになされたものであるが、天皇は日本国の象徴としてまた一つの国家機関としての地位も認められているのである

1) 判例タイムズ719, 124頁以下。

2) 重要判例解説平成元年度版14～15頁（日比野勤執筆）参照。

3) 判例タイムズ737, 126～127頁。

から、その地位にある者への県民の見舞いのための利便を図ることは地域住民へのサービス活動」であるとしている。さらに「天皇は、国民統合の象徴とされている憲法上の国家機関であって、このような要職にある者に対し病氣見舞いを行うことが社会通念上他の一般国民を不当に差別するものといえないことは明かである」としている。続いてその3日後の鹿児島地裁記帳所訴訟判決（1990年3月26日）も、次のようにいう。すなわち、「天皇は、日本国および日本国民統合の象徴とされていて、いわゆる国事行為を行うほか、憲法やその他の法令に基づくものではないけれども、国会の開会式への臨席や各種行事への出席等の、いわゆる天皇の象徴行為を事実として行っており、そこに、公的立場にある天皇を観念することができる場所、象徴としての立場にある天皇に対しては、多くの国民がその快復を願うことは容易に推察できることといわなければならない」⁴⁾とする。いずれも、天皇職が象徴であることを直接その理由とするものであり、象徴とされる国家機関が何故他の国家機関に比べて、あるいはその職にある者が何故他の国民や公務員に比べて、特別扱いされなければならないのかについての説明がない。問答無用の、木で鼻をくくったような論法である。

あるいは学説においても、佐藤幸治『憲法〔新版〕』が、「ここで『象徴』とされるものは、国旗などと違って人格であるため、その地位にあるものに対して象徴的役割にふさわしい行動をとることの要請を随伴するものとみななければならない、また、そのような役割にふさわしい待遇がなされなければならないという規範的意味が存することも否定できないであろう」⁵⁾と述べて、象徴的役割に「ふさわしい待遇」を、規範的意味として読み取ろうとする。

象徴規定からこのような規範的意味を読み取ろうとする判例・学説は、憲法

4) 判決原本10頁（判例集未登載）。また、この訴訟については、小栗実「大嘗祭違憲訴訟（一）——鹿児島県知事の大嘗祭出席についての住民訴訟の記録——」鹿児島大学社会科学雑誌第15号1991年9月参照。

5) 佐藤幸治『憲法〔新版〕』青林書院1990年4月、219頁。

上どのように評価されるべきであろうか。また、同時に佐藤（幸）教授のいう「象徴的役割にふさわしい行動をとることの要請」というのは、どのようなことを意味するのであろうか。この点も重要な論点となろう。

もともと象徴のとらえ方ないし論じ方をめぐっては、二つの型があることが指摘されている。すなわち「一つは、『天皇は単に象徴にすぎない』とし、その権能は極めて狭く且つ弱く、いわばあれどもなきが如きものであるということ」を強調する型で、他方は「『天皇は実に象徴であらせられる』とし、政治権力はもっていないくとも日本の国及び国民を指導するものであるということ」を強調する型である。⁶⁾このように、象徴という言葉が、全く正反対の二つのとらえられ方をしているのは、それがそれぞれの政治的立場を反映していることもあるが、この言葉が未だに法的概念として熟していないことの証左でもあろう。そのことから、「象徴だから」と言いさえすれば、なにごととも正当化されるような考え方もでてくる。「法に定めているということにこだわり、或いはこれに藉口して、象徴から法的な何ものかを引き出そうとする傾きがある。一度この無理を犯せば、象徴は無意味どころか何でも振り出す打出の小槌たる『魔器』と化する。一つ引き出した論理（非論理）と二つ目、三つ目・・・を引き出す論理とは同質であるから、『それを引き出せない』などと喰い止めようとしても無力である」⁷⁾という結城教授の憂慮を、筆者は共有するものである。本稿では、こうした状況をふまえつつ、象徴概念の規範性について、ささやかな考察を試みることにする。

6) 佐藤 功「象徴における消極性と積極性」『文献選集日本国憲法2・国民主権と天皇制』三省堂1977年、224頁以下。なお初出は国家学会雑誌66=11・12号。後に佐藤功『憲法解釈の諸問題2』有斐閣1962年に収録。

7) 結城光太郎「そう分りにくくない象徴天皇」ジュリストNo.933、192頁

I. 前提となる理解をめぐって

憲法の天皇条項をめぐっては、象徴概念を論ずる前に、いくつかの基本的な論点についての筆者の見解を示しておくことにしたい。これらの論点に対してどのような立場をとるかが、象徴規定の解釈に大きな意義を持つと思われるからである。

1. 確認規定か、創設規定か？

天皇という呼称は、長期にわたってある特定の家系の占有するところであった。また大日本帝国憲法も、天皇という名の支配者、つまり主権者が所与のものとして存在しており、その天皇が憲法を制定し、自らも憲法上の機関となったものであることを宣言した。日本国憲法の天皇の地位をめぐっては、その最も基本的なところで、憲法が天皇の存在を所与のものと認め、それを確認的に規定したものであるのか、それとも日本国憲法自身が新たに創設したものとみなすのか、ということが問題となる。⁸⁾もしそれが確認規定だとするならば、憲法の制定以前から存在する天皇制度を、公的な制度として認め、それを憲法の内部に取り込むということである。この場合、原則として、所与のものたる天皇制度がもっている様々な属性が、いったんその制度全体を形成するものとして認められ、その上で、憲法の規範に反することについてはその限りで否定される、ということになる。このような考え方は、横田教授によって「引き算的思考」と命名されている。それは、「まず帝国憲法時代の天皇の法的地位・権能・慣行のすべてを包括的に想定し、ついでそこから明かに日本国憲法と矛盾する部分を引き算して、残余物を天皇に帰属せしめる思考である。したがって、ここでは、明文規定がなくても、天皇に権能等が附与されることが起こ

8) 三輪隆『『象徴』天皇論の徹底』横田耕一＋江橋崇編『象徴天皇の構造』日本評論社1990年、46頁。

る。」⁹⁾ その場合、天皇の地位に誰が就くかを含め、天皇という概念自体が一種の規範性を有することとなる。

他方、天皇が創設的に規定されんとするなら、天皇の地位や性格をめぐる議論は全て憲法の規定から出発することになり、またそれが全てだということになる。仮に歴史的な検討が行われるにせよ、それは単に解釈の参考になるにとどまり、過去のありようが現在の天皇のありかたを拘束することはない。

本稿ではこの点を論ずるのが直接の課題ではないので、ここでは本稿の立場として創設規定説をとることについて、若干の理由を述べるにとどめる。

第一に、国民主権の憲法においては、憲法以前に存在しているのは、論理的にいつて国民だけである、ということである。憲法上の機関は全て憲法によって創設されるのであり、憲法規範とそれに基づく法律によって、その地位や権限を定められるのである。天皇は、それがそもそも（あるいは憲法制定時乃至はそれ以前に）、日本国民の統合を象徴している（あるいは、いた）から象徴とされたのではない。憲法によって象徴とされることによって、初めて天皇は象徴となったのである。所与のものが、そのまま憲法機関に取り込まれるということは、その憲法を定めた国民以外にはありえない。たとえ内閣や裁判所という機関が新旧両憲法に存在する場合においても、それが主権原理の転換にともなう憲法の廃止と制定にまたがるものであるなら、両者は基本的に別物である。

さらに、裁判所や内閣と異なり、天皇には、旧憲法下の制度を引き継がない実質的な理由が存する。それは、一つには、旧憲法下の天皇が神勅に基づく主権者として、世俗的権威と宗教的権威とをもって統治し、君臨してきた、ということである。これは国民主権とも、政教分離の原則とも相いれない制度である。第二に、とりわけ昭和天皇は軍国主義の時代の大日本帝国を象徴していたのであり、平和主義を掲げる日本国憲法にとって、彼の人格が象徴するものは、

9) 針生誠吉・横田耕一『国民主権と天皇制』法律文化社1983年、286頁（横田執筆）。

まさに否定の対象であった。だからこそ、彼がいかに「平和主義者」だったかということが、おりにふれて、マスコミによるキャンペーンの最大の課題になったのである。

そのような制度を、所与のものとして「確認」することはできない。つまり、制度のたてまえそのものが全く異なるのであって、実質的にも、日本国憲法の天皇と、大日本帝国憲法の天皇とでは、呼称だけが同じで、あとは全く異なるものと考えざるをえない。

ところで、この創設規定説に対して、奥平教授は次のような疑義を投げかける。すなわち、天皇が象徴であることに関して、「裸の天皇に『象徴』という着物をおおったからといって、その天皇が突如として『象徴』になったのではな」く、「なんらかの過去の、『天皇』にかんするイメージがあり、これを所与の前提としてはじめて、天皇の象徴機能を憲法が語ることができたのであ」ること、さらに第1条の天皇が「裕仁氏そのひとであることにつき、だれも疑いをさしはさまなかったのであ」って、このことは「創設」説ではうまく説明ができない、と指摘する。¹⁰⁾最初の指摘に関していえば、たしかに社会的事実としての象徴は、多くの場合、歴史的な経過の中で生まれてくるものであり、象徴と象徴されるものとの関係が、歴史的産物であることを否定するものではない。しかし、歴史上、大きな社会的変化があったときに、新しい国旗を定め、記章を変えることはよくあることであって、そうした意図的な象徴関係の創出を否定することはできない。日本国憲法は、天皇を法的な象徴として定めたのであり、確認したのではないと言わざるをえない。当時の日本において、戦前から戦後への転換を象徴するものとして最も不適当なものが天皇であったからこそ、憲法は天皇を「象徴」と定めざるをえなかったのである。もし天皇が歴史的経緯の中で本当に日本を、そして日本国民の統合を象徴していたのであれ

10) 奥平康弘「いま、天皇制を問うづける意味」横田耕一・江橋崇編『象徴天皇制の構造』日本評論社1990年、15～16頁。

ば、そんなことを憲法に書き込む必要はなかったであろう。したがって、象徴は、過去の名辞としては戦後日本の象徴たりえない天皇を、象徴たるよう、法的概念として拘束することになる。

2. 連続か、断絶か？

前項で、創設規定説がとられるべきであることを述べたが、創設規定説をとっても、大日本帝国憲法の天皇と日本国憲法の天皇との継承・連続の問題は提起されうる。たとえば、佐藤(幸)教授は、天皇の制度を、「日本国憲法が、従来の政治的・法的制度に修正や限定を加えつつ継承的に『創設』」¹¹⁾したものと主張される。この見解は、表面的には「創設規定説」をとりながら、中身においては連続するという、わかりにくいものとなっている。何故「継承的に『創設』」したといえるのか、規範的な理由づけが不明である。

たしかに、事実の世界では、新旧の天皇制は連続している面が少なくない。その連続の象徴は、いうまでもなく前天皇裕仁その人である。奥平教授の指摘するように、「第1条でいう『天皇は』の『天皇』は、ほかのだれでもなく、旧憲法にもとづき、当時合憲かつ適法に天皇であったところの裕仁氏そのひとであることにつき、だれも疑いをさしはさまなかった」¹²⁾といえる状況があった。しかし、だれも疑わなくとも、大日本帝国憲法第三代天皇裕仁が、引続き日本国憲法の初代天皇をやるのは、あくまでも一つの選択肢であったのであり、それ以上のものではないのである。

したがって、新しい天皇に誰が就くのかということは、憲法論上、大きな問

11) 佐藤(幸)・前掲書221～222頁。

12) 奥平・前掲論文16頁。ただし、そう単純に言えないことは、昭和20年代に多くの自称天皇がでてきたことからわかる。そしてこのことは、現在の天皇家が天皇を占めることの正当性を問う大きなチャンスであったと思われるが、天皇不適格訴訟も、裁判所が実質審理に入らずに却下したこともあって、憲法学界の関心を引くにはいたらなかったようである。天皇たることを主張した人間も、自身が南朝の系統に属することを主張していたのであって、家系の正しさだけを争えば、勝敗は明らかであった。保阪正康『十九人の自称天皇』悠思社1992年、149頁以下参照。

題となりうる。日本国憲法第2条は「皇位は世襲のもの」というが、世襲の出発点となる初代天皇をだれにするかの「第一次規範」がないからである。¹³⁾ 規範の解釈の際に、正確な事実認識が必要であることは、言うまでもない。結果として、同じ人物が、新旧の両憲法にまたがって、天皇という同じ名称の機関の地位にあった、ということは事実であるが、しかし、評価すべき事実は、それだけではない。何よりも主権原理の変更、国家の世俗化、などが重要であろう。そうした事実を評価するならば、天皇制度は新旧両憲法において断絶しているものであり、したがってまた、旧憲法下での法制度や「伝統」を、今日の天皇制度の運営の際に持ち出すことはできないといわざるをえない。

3. 君主ないし元首か、単なる象徴か？

天皇の性格をめぐる論点の一つとして、天皇が君主であるのか、それとも元首であるのか、はたまたいずれでもなく、「単なる象徴」なのか、というものがある。この点では、天皇が君主であるか、元首であるかは、定義の問題であるとする見解¹⁴⁾が有力である。しかし、君主や元首は歴史的に形成された普遍的な制度として、一定の内容を有しており、最近の各国の憲法状況において、それらの形式化が目立つものの、少なからぬ規範的意味を持っているといっ

13) 山下威士「憲法第1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——」新潟大学法政理論第17巻第1・2号1984年9月、40頁以下。

14) たとえば、樋口陽一他編『注釈日本国憲法上巻』青林書院1984年、62頁（樋口執筆）は、天皇が君主かどうかについては「ことがらは概念の定め方の問題であるから、前提とされている用語法が明確になってさえいれば、どちらの考え方をとることもできる」とする。しかし、「ことがら」がそう単純ではないのは、同じ執筆者が、問題が元首の場合には、「君主概念と同様、ここでも、直接には、『元首』概念の使い方をどう約束するかの問題」（64頁）としながら、「限定的な新しい意味においてあれ天皇を『元首』とすることが、実は、通常 of 立憲の意味での『元首』の役割を天皇にあたえる結果につながってゆく可能性があること」、「しかも、わが国では、ふつうの立憲的な『元首』概念の域をこえて、神権的『元首』概念への復帰を求める志向すら見られるだけに、『元首』概念を流動化させることは、適切でない」（64～65頁）として、元首については、概念の定義の流動化によって天皇を元首とよぶことに反対していることに表れている。ただし、樋口教授は、『憲法』（創文社1992年、116頁）では、元首についても「用語法の問題」という立場をとっている。また、佐藤（幸）・前掲書、224～225頁参照。

よい。また、後述のように、君主や元首と「単なる象徴」とでは、象徴としての機能に違いがあると考えられる。君主概念ないし元首概念が持つ歴史的 content や国際慣習法に支えられた規範性が問題となる以上、これを定義の問題だとして、曖昧なままで済ますことはできない。¹⁵⁾

君主のメルクマールについては、たとえば佐藤(幸)教授は、「伝統的に君主とされるものは、概ね、(1)特別の身分を背景に一般に世襲的にその地位が継承される独任制機関で、(2)統治権の重要部分を掌握し、少なくとも行政権の主体ないし調整権的権能を有し、(3)対外的に国家を代表する権能を有し、(4)国家的象徴性を備える、という点に共通性をもっているといわれる」¹⁶⁾として、以上の4点をあげる。教授によれば、天皇は、(1)と(4)の要素を有し、また一定の対外関係的行為をなすのであって、最近の立憲君主制の動向等にてらして、「天皇も君主といえないことはない」ということになる。

しかし、これらの要素のうち(1)の要素は、(2)もしくは(3)の要素と結びついてはじめて、その意義をもちうるといえるであろう。しかも、この世襲という要素は君主に独特なものではなく、封建制下のいわゆる家産官僚制の時代には広く存在した制度であろうと思われるからである。¹⁷⁾したがって、世襲制だけでは、天皇職の封建的性格を指摘することになっても、君主の概念に結びつけるには薄弱であろう。そこで、次に天皇の「権能」について見ておこう。

天皇は、第6条所定の内閣総理大臣および最高裁長官の任命の他、第7条で10項目に及ぶ国事行為を行うことになっている。そして、第4条第2項の国事

15) ただし、法解釈は多くの場合、大前提たる法概念の「定義の問題」である。君主の場合には、直接には、憲法上の天皇という概念が、君主という、法的ではない、より一般的な範疇に属するかという問題であるから、単なる用語の説明のように見える。しかし、実際には、そうしたより一般的な範疇に含ませることによって、その範疇が持つより広い意味を、再度天皇概念にもぐり込ませることがありうる、ということに注意しなければならない。元首の場合には、国際慣習法上の概念でもあるから、「定義の問題」は、まさに憲法解釈によって結論を出すべき課題だといってよい。

16) 佐藤(幸)・前掲書、224頁

17) 辻 清明『新版日本官僚制の研究』東京大学出版会1969年、3頁以下参照。

に関する行為の委任も含めて、全て内閣の助言と承認が必要であり、また、この内閣の助言と承認は、天皇の国事行為それ自体に関する助言と承認を意味すると解されるから、結局天皇の国事行為とは、その性質において多少の違いはあれ、全て形式的・儀礼的行為ということが出来る。しかも、内閣の助言と承認という名の、指示もしくは命令に基づいて行われるものであり、そこには、国家意思の形成に実質的に関与する余地すらない。つまり天皇は、まさに「国政に関する権能」を一切与えられていない存在である。このような、国政に自己の意思が入り込む余地が憲法上存在せず、定型的な業務のみをこなす立場にある機関を、君主とよぶことはできない。

(ii) 天皇が元首であるかどうかについても、問題になりうる。現在、政府が天皇を実質的に国家元首として扱っている¹⁸⁾だけに、この点は、君主概念以上に実質的な意義を有する。

ここでも、元首の定義あるいはそのメルクマールが問題となるが、亜（準）元首としてとらえる説¹⁹⁾があるものの、学説の多くは元首ではないととらえているといっていよいであろう。²⁰⁾

元首とは、発生史的には、国家有機体説にしたがって、「統治権を総攬し、行政権の首長であると同時に、対外的代表権をもつ君主」を、国家の頭になぞらえていったものであったが、「やがて国家有機体説とは無関係に、行政権の首長にして対外的代表権をもつ存在を元首と称するようになり、さらには専ら対外的代表権に着眼して元首がいわれるようになった。」²¹⁾

日本国憲法の天皇の場合、対外的代表権が問題になろう。第7条に列举され

18) 元首扱いの実態については、さしあたり、横田耕一『憲法と天皇制』岩波新書1990年、82頁以下参照。政府は、国会でも、天皇は一種の元首であるとの答弁を繰り返している。山内一夫＝浅野一郎編『国会の憲法論議』ぎょうせい1984年、125、130、131頁。

19) 小林直樹・「象徴・君主・元首」ジュリストNo.933、83頁以下

20) たとえば『註解日本国憲法』有斐閣1953年、69頁。宮沢俊義＝芦部信喜『全訂日本国憲法第2版』日本評論社1978年、46頁。樋口陽一他・前掲『注釈』64頁。

21) 佐藤（幸）・前掲書225頁。

た国事行為のなかには、「全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証すること」、「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」、「外国の大使及び公使を接受すること」、といった対外関係の行為がならんでいるからである。しかし、これらの行為から対外的代表権を引き出すのは、困難だといわざるをえない。小林(直)教授が亜元首といっているのは、事実上の元首扱いを考慮に入れた上で、「実体の最も客観的な把握」として主張されているものであり、「憲法学上は誤り」²²⁾といえるであろう。

しかし、そもそもは大日本帝国憲法の第4条にあった「元首」という言葉が削られた、ということの意味が考えられなければならない。この点について、その元首規定は無用だったという見解もあるが²³⁾、それは、大日本帝国憲法では、天皇が統治権の総攬者であるがゆえであった。もし天皇が元首であるとするなら、天皇が対外的にも形式的・儀礼的な事務のみを行う日本国憲法の下では、大日本帝国憲法以上に、元首規定を盛り込む必然性があったといえよう。そうしなかったのは、日本国憲法が、天皇は元首でないとしていることの表れである。

II. 象徴の規範性をめぐって

前節では、天皇という国家機関は、日本国憲法によって新たに創設されたものであること、旧憲法下の天皇制とは連続しておらず、むしろ断絶したものとして考えるべきであること、そして天皇が、世界の憲法史上で一般的に見られる君主や元首ではないこと、等を確認した。それでは天皇とは、いったいどのような国家機関としてとらえられるべきであり、またどのような権能を有し、そしてどのような制約を負っているのだろうか。とりわけ、日本国憲法第1条

22) 小林・前掲論文、89頁。

23) 柳瀬良幹「元首と象徴」『元首と機関』有斐閣1969年所収、41頁。

は、天皇の地位について「日本国の象徴であり日本国民統合の象徴」と規定する。それでは、この「象徴」概念は、憲法上の概念として、いかなる規範的意味を持ちうるのでしょうか。すなわち、天皇は「象徴」であることによって、いかなる権能を持ち、いかなる職務を遂行し、いかなる義務を負うのか。あるいはまた、「象徴」たる天皇は、国家機関の中で、どのような地位を有することになるのか。そして、国民は、この「象徴」規定によって、何らかの義務を負うことになるのでしょうか。以下、これらの点についての考え方を整理し、合わせて若干の命題の提起を試みることにする。

1. 象徴たる天皇はいかなる天皇か

上記の問題を検討する際に、その前提として、象徴とされる天皇はいかなる天皇なのかという問題がある。これについては、三つの見解が対立している。一つは、天皇位についている人格としての個人がそうだ、という考え方である。たとえば清宮教授は「天皇が、(中略)象徴であるとは、天皇の御一身が、日本国または日本国民統合という無形の抽象的存在を、有形的・具体的に表現または体現する」²⁴⁾のだという。通説とされる。これに対し、天皇を公的天皇と私的天皇とを分け、公的天皇にのみ象徴性を認める、有力な見解がある。²⁵⁾そして長谷川教授によれば、その公的天皇の基準は国事行為以外にないとされるから、結局、象徴とされるのは、国事行為を行っている天皇だけであり、私的な行為を行っている天皇は象徴たりえないことになる。第三に、自然人としての天皇ではなく、天皇という地位、すなわち皇位に象徴性を認める見解がある。²⁶⁾

第三説が正当であるように思われる。「天皇の御一身」を象徴とすることの

24) 清宮四郎『憲法Ⅰ(第三版)』有斐閣1979年、154頁。

25) 長谷川正安『憲法解釈の研究』勁草書房1974年、119頁以下。

26) 山下・前掲論文、62頁。

不合理さは、山下教授の指摘するとおりである。²⁷⁾このような考え方は、天皇の私的側面と公的側面との区別を曖昧にし、「私人としての地位」と「象徴としての地位」を分けても、結局は後者が前者を覆いつくすことになりかねず、天皇の象徴としての絶対化を招きかねないものである。

2. 象徴規定の法的意味にかかわる学説の検討

象徴規定の法的意味をめぐっては、いくつかの意見にわかれる²⁸⁾。A説は、象徴規定の法規範性を否定する見解（柳瀬良幹）である。B説は、日本国憲法の天皇が、「旧憲法との対比において、天皇が象徴としての役割以外の役割を原則としてもたないことを定めた点を重視し、『象徴』規定の消極的な規範的意味を強調する。」²⁹⁾これが通説と言われるが、しかしこの消極的な規範的意味をどこまで押し進めるかについては、議論の余地がある。また、積極的な意味をどこまで認めるかについても、議論はわかれ、「象徴としての行為」を公的な行為として認める見解と、それを公的行為として認めない見解とが対立する。またC説として、「象徴」規定から「元首」たる地位を認めるものさえある。

象徴の消極的意味が、旧憲法の第4条が「天皇ハ国ノ元首ニシテ」と規定しているのに対し、「象徴」と規定することによって、旧憲法下の天皇の地位を否定することにある、という点については、広範な一致があるといつてよいだろう。すなわち、天皇はもはや「元首」でなく、「単なる」象徴となった。しかし、このように、象徴を、元首を否定するものととらえても、象徴に含まれる中身を膨らませていくなら、それは限りなく元首に近い概念になりうる。実際にそのようなものとして、政府による憲法実務が行われてきているし、また裁判所でもそのような判決がでてきていることは冒頭でふれた。いわく、象徴

27) 山下・前掲論文、62頁。

28) 以下の整理については、樋口他・前掲『注釈』72～74頁（樋口執筆）のまとめになった。

29) 樋口他・前掲『注釈』、72頁。

だから記帳所を設けよ、象徴だから民事裁判は及ばない、などなど。このような象徴のインフレ現象は、それが何らかの論理操作を経ずに、象徴規定から直接法的意味を引き出すことによって生じている。つまり論証抜きに「象徴」規定による天皇の神聖化が進められているとあってよい。このような状況に対して、何らかの歯止めが必要であることはいつまでもない。それどころか、「象徴」は、逆にこうした天皇の神聖化を許さない規範的意味を有しているものと考えられるのである。そこで、象徴の法的意味について、すなわち、これまで各論者によって、象徴概念から規範的に引き出される効果として取り上げられてきた論点について、若干の考察を加えてみたい。

(1) 象徴としての行為

天皇が行うことのできるのは、「国事行事」と「私人としての行為」に、さらに「象徴としての行為」を加えて、三種類の行為になる、というのが清宮教授の説であった。このいわゆる「象徴行為説」をはじめ、「国事行為」と「私的行為」以外に第三の範疇を認める説には様々なヴァリエーションが存在する³⁰⁾が、清宮教授の説は、それを象徴概念から直接引き出してくるところに特徴がある。つまり、教授によれば、まず、「天皇には、日本国家を構成する特別の一員として、象徴としての地位、国家機関としての地位および私人としての地位の三つの地位が認められている」ことを前提に、「象徴の機能は、その静態において認められるのが普通であるが、人間象徴という、むしろ異例に属する天皇においては、その動態における行為も問題になりうる。実際の例として、国会の開会式に参列して『おことば』を賜う行為、外国の元首との親書・親電の交換、公的な色彩をもった国内巡幸などがある。これらは、(中略)単

30) 中村睦男「国事行為ないし天皇の私的行為」ジュリストNo. 933, 112頁以下及び芦部信喜他編『演習憲法』青林書院新社1973年, 76頁以下(浦田賢治執筆)参照。

なる象徴としての天皇の行為とみなされるべきものである。」³¹⁾ また、このような行為は「公的性質の行為であるから、天皇が単独に行いうる行為ではなく、内閣の直接または間接の輔佐と責任とにおいて行われるべき行為である」。³²⁾ このように、「象徴行為説」にしる「公人行為説」にしる、そうした第三の範疇の行為を、天皇の単独行為として認める説はなく、内閣の輔佐と責任もしくは助言と承認を要するとするのが普通である。となれば、天皇は自らの意思に基づいて「象徴行為」ないし「公人行為」を行うことができるわけではなく、それは内閣の意思に基づくものといわざるをえない。結局、天皇が「国事行為」と「私的行為」以外に何ができるかという問題は、内閣が天皇に何をさせることができるか、という内閣の権能の問題である。こうした権能は憲法のどのような条項に由来するものであろうか。政府は、憲法第73条の「他の一般行政事務」に含まれると解しているようであるが、たとえば国会の開会式での「おことば」や外国訪問、さらにはその際の「おことば」は、国会召集詔書への単なる署名よりも格段に実質性を伴う行為である。こうした行為を天皇に要求するのに、その根拠が「他の一般行政事務」でいいのだろうか。極めて疑問である。

ところで、内閣の助言と承認とは、そのことに何らかの実質的な決定権があるわけではなく、実質的な権限の保持者は別途決められており、その決定に基づいて内閣が助言と承認を行って天皇に国事行為を行わせるわけであるから、「国事行為」以外の公的行為についても他に実質的な決定権者がいなければならない。それについて言及がないのは、片手落ちであろう。

結局、内閣が、明確な権限規定もないままに、天皇に公的な行為をなさしめることは、憲法違反といわざるをえない。

また、象徴の場との関係で、天皇が象徴的機能を発揮するには、その「場」

31) 清宮・前掲書、152～154頁。

32) 清宮・前掲書、155頁。

が用意されていないことを問題とする見解もある。³³⁾しかし、象徴たる天皇にどのような象徴の場を用意するかはまさに憲法制定者の判断の問題であり、少ないという主観的判断に基づいてさらに公的な場を要求することは許されないとと思われる。

(2) 天皇の責任

大日本帝国憲法では、第3条が「天皇ハ神聖ニシテ侵スベカラズ」と定め、天皇に責任が及ばないようにになっていた。しかし、日本国憲法にそのような規定は存在せず、第3条で、「天皇の国事に関する全ての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ」こと、そして第4条で「国政に関する権能を有しない」とされていることの結果、政治的責任を免除されることになる。この点では異論はない。ただしこの政治的無答責の理由づけが、「天皇が責任を負わないことは、世襲の天皇の象たる地位から当然生ずる結果」³⁴⁾だとすると、問題はそう単純ではない。なぜ象徴であると免責されるのか、確たる理由づけが示されていない。

また、天皇の私的行為に関連して天皇の刑事責任および民事責任はどうなるのか。「象徴としての天皇には刑事責任を否定する点で争いがなく、民事上の責任については、特に天皇を除外する理由はない、というのが通説である」³⁵⁾とされる。ここでも、象徴であることが刑事免責の理由とされることには問題があろう。「摂政の刑事責任に関する皇室典範第21条の規定から類推して、天皇もまたその公の地位、即ち象徴たる地位にある間は訴追されないものと解するのが妥当」³⁶⁾という説明が有力であるが、この説明では天皇の刑事免責が

33) 黒田 覚「天皇の憲法の地位」『文献選集日本国憲法2・国民主権と天皇制』1977年、221頁。なお、初出は『公法研究』10号。

34) 清宮・前掲書、173頁。

35) 樋口他・前掲『注釈』、96頁。

36) 法学協会『註解日本国憲法』68頁。

典範から生ずるのか、それとも憲法上のものなのか、判然としない。もし憲法上の保護であるとするなら、結果として憲法を下位法の規定から解釈しており、適当ではない。それよりも憲法第75条に規定する国務大臣の訴追についての内閣総理大臣の同意権の方が重要であろう。³⁷⁾ この規定では内閣総理大臣それ自体の訴追についてはふれられていないが、「検察機関の不当な圧迫を受けるのを防ぐための制度」³⁸⁾だとすれば、内閣総理大臣についてもこの適用があるのは当然であろう。そして、内閣総理大臣に比べれば政治的な重要さは異なるものの、天皇についても、その在任中の刑事免責の余地であろう。しかし、もしこの刑事免責を、天皇を君主にみたてての君主制原理からの派生物と見るなら、そこには、多分に大日本帝国憲法の天皇像が反映しているといわざるをえない。現在の天皇が「国民のために」存在するのであれば、刑事罰に問われるような人物は象徴としてふさわしくないからである。

民事免責については、冒頭に掲げた最高裁判決が、民事裁判権が天皇に及ばないことを象徴のみを理由として結論づけている。象徴だと何故民事裁判権が及ばないか、その短絡的な理由づけには、ただ啞然とするばかりである。民事免責については、刑事訴追のような政治的な理由による圧迫という理由は考えられない。象徴となった人物に対する特権の付与については、最低限、実定法上の根拠が必要であろう。それがない以上、象徴規定のみから、しかも象徴が何たるかについての説明もなく、裁判権を否定することは許されない。

(3) 象徴にふさわしい待遇

天皇が象徴とされたことに対応して、「象徴にふさわしい待遇」を求める見解があることはさきに指摘した。天皇が、日本国を象徴し、日本国民の統合を

37) 笹倉秀夫「＜象徴＞とは何か」『世界』1989年4月号、121頁。

38) 清宮・前掲書、313頁。

象徴する以上、それにはふさわしい待遇が必要となることはある意味で当然であろう。また、形式的とはいえ、国家の最上級機関の構成や活動にかかわる事務に携わるわけであるから、そちらの観点からも、それ相応の待遇が求められよう。しかし上述の見解には、そうした当然と思われることだけを言うのではない含意があるように思われる。そこにはいくつかの問題点がある。

まず第一に、そのことを憲法上の規範的要求として持ち出すことの意味が問われなければならない。日本国憲法は、その第49条で「両議院の議員は、法律の定めるところにより、国庫から相当額の歳費を受ける」と定め、また第79条第6項および第80条第2項で、それぞれ最高裁と下級裁の裁判官について、「すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない」と定める。後者の規定が裁判官の身分保障と一体のものであることは広く認められていることであり、また前者についても、国民の代表として、また国権の最高機関の構成員として、「相当額の」歳費ないし報酬を受けることは決して不当なことではない。それが憲法上保護される必要があることも認められよう。しかし、その水準が不当に高いものであってはならないことも、また当然である。その点で、天皇に対する待遇も、こうした国会議員など、とりわけ三権の長とのバランスが考えられなければならないだろう。憲法上の規範的要求とすることは、そういうことである。

第二に、それでは、現在の天皇および皇族に与えられている待遇をどう考えるか、ということがある。それは象徴としての威厳を維持し、国家機関としての事務を行うことを保障し、またその報酬と考えるには、社会常識的な水準を逸脱していないだろうか。³⁹⁾ しかもこうした待遇が、国民一般に対するものと比べて、ますます特殊な待遇とっていいものになっている、という状況にある。まさに現代の君主とっていい待遇になっているのではないか。このよ

39) ここでは、一つ一つの数字はあげないが、さしあたり高橋紘『象徴天皇』岩波新書1987年、南方紀洋『天皇に関する12章』晩聲社1981年を参照されたい。

うな現実については、それはまさに「象徴」としての待遇を越えたものであり、それが国家ないし公共団体によって行われるとき、憲法違反の問題を生ずる。その端的な例が大嘗祭であろう。大嘗祭の宗教的性格は別としても、これは皇室内部の当主の代替わりの儀式にすぎない。政府は、この皇室内部の行事に25億7000万円の費用を使った。⁴⁰⁾ 国事行為としての即位の礼をやったうえに、さらに大嘗祭を「公的行事」として行うことは、いかに皇位が世襲とはいえ、屋上屋を重ねるものであり、許されない支出にあたるといえよう。いったい、内閣総理大臣が、自分の家でその就任の個人的な儀式を行う際に、公費を支出することが許されるだろうか。

(4) 象徴と思え—社会心理的效果

象徴とは、「抽象的・非感覚的なものを、具体的・感覚的なものによって具象化する場合のその媒介物をいう」⁴¹⁾が、憲法は、天皇を、日本国ならびに日本国民の統合を具象化するものとしているわけである。その際、天皇を見て日本国を思うように強制されるわけではない。それは、個人の内心の自由の問題だからである。ところが、そうではない意見もある。たとえば、「国民は天皇を国家の姿として国民統合の現れとして仰ぎ見るべきことが要求せらるるのである。それは単に倫理的感情的の要求たるに止まらぬものではなく、憲法の正文を以て定められて居るのであるから、必然に法律的観念たるもので、即ち国民は法律上に天皇の御一身に対し国家の及び国民統合の現れとして尊崇すべき義務を負ふのである。国家の尊厳が天皇の御一身に依り表現せられ、国民は何人も其の尊厳を冒瀆すべからざる義務を負ふものである」⁴²⁾という意見がある。こうした見解は、ただ単に戦前の指導的公法学者の戦前的な理論なので

40) 南日本新聞1990年11月12日付朝刊。

41) 佐藤 功『日本国憲法概説〈全訂新版〉』学陽書房1974年、251頁。

42) 美濃部達吉『日本国憲法原論』有斐閣1948年、221頁。

はない。これは日本国憲法下での、君主制イデオロギーのもっとも明快な定式化であろう。そしてまた、現在の政府の考え方を端的に表しており、この考え方に従って、様々な施策が行われていると考えることができる。その例は、学習指導要領における天皇を敬愛することの強制、君が代の強制等々、枚挙にいとまないほどである。⁴³⁾

他方、あこがれの中心としての皇室という議論がある。これは、上記のいわば剥き出しの君主制イデオロギーに衣をまとったものであり、今日のマスメディアの主要な論調であろう。⁴⁴⁾そして、このマスメディアの論調は、日常的にはこの憧れ論を基調にして皇室への「親しみ」を再生産しながら、何かことあるときには、上記の剥き出しの君主制イデオロギーの先兵となる。皇太子明仁(当時)の結婚、昭和天皇の在位50周年や60周年、そして代替わりと、その都度マスコミあげての大キャンペーンが繰り広げられてきた。こうしたことによって培養された皇室への親しみ感情は、「タブー化を容認し、タブーにふれる者をキジも鳴かずば撃れまい、という目でしか見ないという、強い同調性向」⁴⁵⁾の基盤となるのである。

繰り返しになるが、現在の天皇が果たす象徴機能は、国民が一つの国家において共同生活を営んでいることを映し出しているだけであり、消極的・受動的なものである。天皇が積極的に統合作用を果たそうとしたり、ましてや天皇を中心に、天皇を崇め奉るという共通の信条において、精神的な統合を実現しよ

43) たとえば最近の例では、埼玉県朝霞市長は、県立高校の二十周年記念式典で、君が代斉唱に際して着席したままだった生徒が約半数いたのに対し、その来賓としてのあいさつの中で、「国歌を歌わない者は市職員に採用しない」旨の発言を行ったという。

44) たとえば自由人権協会マスメディア小委員会「検証・天皇報道」(法学セミナー増刊『検証・天皇報道』1989年、101頁)は、朝日新聞「天声人語」の、「皇室に対しても、俗にいうひいきの引きだおし」にならぬ、節度ある、温かいファン、といった姿勢を保っている。歴史の歯車を逆転させてはならぬ、との堅い信念のもとに象徴天皇制を支持し、人間天皇に好意を寄せながら、建国記念日や元号、『君が代』の歌詞などの非科学性には批判的な目を向ける」という姿勢を紹介している。まさにマスメディアの穏健的王党派の立場が端的に表明されている。

45) 芦部信喜・佐藤 功・田中英夫・福田歓一「〔座談会〕象徴天皇の四二年と今後の課題」(ジュリストNo.933、20頁)での福田教授の発言。

うとするものではない。もしそのようなことになれば、戦前の体制に近いものになるだろう。それは、大日本帝国憲法から日本国憲法への転換を、天皇主権から国民主権への転換を無視するものである。

(5) 政治的中立

さて、佐藤(功)教授によれば、象徴は二つの方向で作用する。⁴⁶⁾すなわち、一つは、象徴が象徴されるものをあたかも鏡に映すかのごとく、そのまま表現する場合であり、二番目の方向は、象徴が積極的に象徴されるものの一部を捨象し、一部を抽象化して表す場合である。天皇が国民の統合を象徴するとき、それはあくまでも前者のような、鏡としての象徴であり、したがってそれは国民の中に何らかの対立があることを前提とし、それを含んだ上での象徴作用にはかならない。それゆえにこそ、天皇が象徴作用を営むのは国事行為という極めて限定された行為においてのみなのであって、天皇の行為が対立する一方の立場に立つことを鮮明にするような行為においては、天皇は国民の統合を象徴することができない。もしそのような行為を公的なものとして行うなら、その行為は憲法に違反する。だからこそ、憲法は、天皇に政治的権能を与えなかったのであり、政治的中立を義務づけているのである。

国民統合とはいえ、実際に国民が何等の矛盾・対立なしに統合されているわけではなく、様々な政治的利害を異にする階級や集団に分裂しているのは周知のことである。憲法の規定する国民統合とは、このような分裂した諸個人、諸集団、諸階級が、同じ日本国民として、同じ憲法の下で共同生活を営んでいる、ということを表しているにすぎない。だからこそ、君主という政治主体とは異なって、天皇は没政治的に国民統合を象徴するのである。

このことから結論づけることができるのは、国民の間に多様性が存在すると

46) 佐藤(功)・前掲「象徴における消極性と積極性」224頁以下参照。

き、そしてその多様性が憲法によって保障されているとき、天皇はそうした多様性の中の一つの集団だけを代表するような行為を行うことができない、ということである。そのことの典型が政治であり、そして宗教である。

(6) 宗教的中立性

宗教については、憲法は個人の信教の自由を認めると同時に、政教分離の原則を定めた。この政治と宗教の分離については、当然のことながら天皇の行為に及ぶのであり、天皇が公的な行事として宗教儀式を行えば、そのことは憲法違反の評価を受けることになる。

しかし、ここで問題にしようとしていることは、そういうことではない。天皇は象徴であるゆえに宗教儀式を行えない、ということなのである。つまり、象徴は、国民が日本国という統一国家を形成していることのみを「統合」として表現しているのであり、それ以外の、国民間に多様性の存することについて、その一方を代表する形で表すことはできないからである。その点に君主が持つ象徴機能との決定的な違いがある。君主の象徴機能は、自らが政治的な主体として存することを基礎としており、それは常に自らがよって立つ政治的な立場からの国民の積極的な包摂作用を営もうとする。しかし、日本国憲法での天皇制が、こうした君主の持つ統合・象徴機能を否定されていることは明らかであり、自ら積極的な統合・象徴機能を営むことができず、すでにある統合を象徴することができるにすぎない。このことは、象徴されるべき統合の中身が限定されるということであり、統合作用を果たすための行為が限定されるということである。結局、天皇は国民の宗教的統合を象徴することはできず、またしたがって、宗教行事それ自体を公的に行うことができないということになる。

ところで、天皇に人権享有主体性を認めるかどうかについては、学説に争いのあるところである。筆者は、天皇個人の私的地位を認める立場から、憲法上保障された人権について、他の国民同様保障されなければならないとする考え

方をとる。したがって宗教の自由についても保障され、宗教上の儀式を私的に行うことは自由である、と一応言うことができると思う。しかし、その宗教自体がその天皇個人ないし天皇家と緊密に結び付いているなら、これは別の問題が生ずる。すなわち、宗教の自由と政教分離を規定した日本国憲法の下で、そのような家柄の者が天皇の地位に就く資格があるのかが、問われなければならない。現在の天皇家は、神道と密接に結び付いた家柄であり、その宗教の中では、まさに一つの信仰の対象という地位すら占めている。このような天皇家が、宗教上の中立を求められる天皇位に就くことがそもそも問題なのである。しかも大嘗祭というような、自らが神となるような意味合いを持つとされる儀式を行うことは、まさに憲法に合致しない。天皇の宗教的自由は、その意味での制約を免れないであろう。⁴⁷⁾ 結局、天皇たるものは、政治的・宗教的な禁欲が求められているのである。

Ⅲ. 結びにかえて

天皇が日本国憲法によって創設されたものであり、またそれが大日本帝国憲法の天皇とは名称以外に継承関係を持たないとすれば、現在の天皇制度は、日本国憲法の規定からのみ形成されるものでなければならない。憲法が定めているのは、天皇の地位は主権者である国民の「総意」に基づくものであること、その働きは日本国および日本国民の統合を象徴することであること、その地位につく自然人は世襲によって定まること、そのありかたは法律によること、内

47) ところが、逆の意味での天皇の信仰の自由の制約を説く論者がいる。芦部信喜教授は、次のようにいう。「信仰の自由が世襲の天皇制の在り方を排除するような意味を持ってくるかという点、(中略) 世襲制度で明治憲法時代の天皇家が現在の象徴天皇の地位を受け継いでいるという限りにおいては、天皇がその地位をみずからあくまで保持される以上、天皇の信仰の自由はその範囲で、制約を受けてもやむを得ないのではないのでしょうか。」「神道是天皇家に代々受けつがれてきた宗教ですから、世襲によって天皇の地位につき、その地位を保持しようとする以上、神道を信仰する以外はないではないか。」(前掲座談会での発言。23頁。) ここには、本稿が批判しようとしてきた見解が凝縮しているように思われる。

閣の助言と承認によって一定の形式的・儀礼的行為をなすこと、特定の財産上の行為に国会の議決が必要なこと、これだけである。他の憲法原則との関係で問題となりうるのは実は「世襲」規定だけである。この世襲規定から、他の憲法原則を後退させて天皇の地位を強化し、活動範囲を広げていくのは話が逆であって、憲法の国家機関としては例外的に国民主権にそぐわない世襲という就任原則に従う以上、その活動はより限定的なものとならざるをえないと考えるべきである。

結局、象徴とは、天皇に何らかの権能や特権を附与するものではなく、また、国民に対して特定の行為を要求するものでもない。そうではなく、天皇は、「日本国の象徴及び日本国民統合の象徴」であるためには、政治的・宗教的な中立を厳守すべきである、というのが、ここでの結論である。