

## 論説

# 「上皇」の法的地位

## ——皇室<sup>1)</sup>と裁判権に関する研究序説——

2020年4月入学

新井謙士朗

## I. 序章 前提

## 1 議論の前提状況

- (1) 社会的状況
- (2) 理論的状況

## 2 方法論

## 3 学説の状況

- (1) 憲法学説
- (2) 民事訴訟法学説
- (3) 刑事訴訟法学説
- (4) 小括

## II. 政府による天皇・皇族の法的地位の理解

## 1 憲法制定時の理解——金森徳次郎憲法担当国務大臣の答弁

- (1) 憲法審議過程での認識
- (2) 皇室典範審議過程での認識
  - a 天皇の権限・地位
  - b 皇族
  - c 法適用全般

## 2 憲法制定以後の見解

- (1) 改正刑法審議時の見解
- (2) 内閣法制局の見解——主に天皇に関して
  - a 天皇——総論
  - b 天皇——権限
  - c 皇族
- (3) 宮内庁の見解——主に皇族に関して

## 3 皇室典範特例法審議に現れた見解

- (1) 有識者会議における議論
- (2) 特例法審議時の政府の見解
- (3) 特例法自体の規定の検討

## 4 小括

## III. 裁判例による「天皇」・「皇族」の法的地位の理解

## 1 最判平成元年11月20日以前の諸裁判例の検討

- (1) 戦後直後の裁判例の検討
- (2) 東京高決昭和51年9月28日の検討

## 2 最判平成元年11月20日の検討

- (1) 第一審 千葉地判平成元年5月24日 (民集43巻10号1166頁)
- (2) 控訴審 東京高判平成元年7月19日 (民集43巻10号1167頁)
- (3) 上告審 平成元年5月20日第二小法廷判決 (民集43巻10号1160頁)

## IV. 「天皇」・「皇族」と裁判権

- 1 「天皇」と責任・裁判権
- 2 「皇族」と責任・裁判権

## V. 結論

## VI. 跋

1) 日本国憲法で法的概念として「皇室」が用いられるのは、憲法8条、88条のみであり、そこでいう「皇室」は、単に天皇と皇族を包括する概念に過ぎない、と解されている(宮澤俊義[芦部信喜補訂]『日本国憲法(全訂版)』144頁(日本評論社,1978))。憲法8条・88条と同趣旨の皇室経済法でこのような表現が用いられたのは、法文中に「天皇及び皇族」と書き、天皇について法律で規定することが日本人の法意識に適合しないから、という理由であった(川田敬一『皇室経済法』の成立過程)産大法学40巻3・4号626頁,642頁(2007))。実際に「皇室」が、そのような概念に過ぎないか自体は議論がありうるが、別稿に譲る。

上善如水，水善利萬物而不争，  
…，夫唯不争，故無尤。<sup>2)</sup>

## I. 序章 前提

### 1 議論の前提状況

#### (1) 社会的状況

平成31年4月30日、天皇の生前退位に関する皇室典範特例法（以下、特例法という）の規定により、憲政史上初となる、天皇の退位が行われた。そして、これに伴い、同じく憲政史上はじめて、「上皇」の地位が出現した。

本稿は、「上皇」の法的地位を明らかにしようとするものである。それはいかなる意義を有するか、そして、それはいかなる方法によりなされるのかについて、まず述べる。

第一に、理論的意義として、日本国憲法という法体系の中において、国法上、天皇の位置づけがいかなるものであるか、ということ明らかにすることである。憲法においては、「国民」はすべて法的に平等である（憲法14条1項）。しかしながら、「国民」の中に、特殊の「身分」<sup>3)</sup>が存在することは、否定できない。こうした身分の、位置づけを解明しようとするならば、当然、比較が必要である。これまでは「天皇」「皇族」「国民」の三身分<sup>4)</sup>の対比しか行いえなかったわけであるけれども、「上皇」の身分が出現した以上は、この身分との比較が可能となる。それにより、現実に妥当する憲法の姿をうかがうことが可能である。

本稿では、戦後の法体系における裁判権と天皇・皇族の関係を中心に考察することにより、天皇・皇族の法的地位を、そして、上皇の法的地位を考察しようとするものである。

無論、戦後の法体系の観察には戦前における皇室関係の法体系＝官務法体系の考察とその影響に関する検討・対比が必要である。しかし、それに関しては別稿を期しているから、もっぱらここでは戦後の法体系の観察にとどめる。

裁判権に着目する意義は、近代国家において裁判を受ける権利は、消極的地位に属する自由の領域を守るための承認を国家に対して求める、国民の積極的地位に属する重要な権利であるということ<sup>5)</sup>、さらに、「裁判」に参加できる、ということは、裁判制度から信頼された能力を有する身分として認められるという意義を有する<sup>6)</sup>、という議論からすれば、裁判権との関係は、「身分」を理解するために欠くことができないこと、という点に求められる。

第二に、実践的意義として、天皇・皇族と国民の間の法律関係に関する解決を与える必要がある、ということである。現在、後に論じるように判例は、天皇は裁判権に服さないものとしている（最二判平成元年11月20日民集43巻10号1160頁）。ただし、皇族に関しては判例が未だ存在しない（皇后に関し裁判権に服することを認める裁判例として、東京高判昭和51年9月28日判決時報（民事）27巻9号217頁がある）。しかしながら、刑事上の責任は別論として、民事上の裁判は何人との間にも発生しうるから、皇族に関する裁判権の理論を整理する必要がある<sup>7)</sup>。さらに、天皇の地位に即く場合に、皇族→天皇→上皇という身分変動が生じる。その各段階で責任が発生し、訴訟が提起される可能性がある。その段階に応じていかなる解決が図られるかを観察する必要がある。

#### (2) 理論的状況

これまで、天皇の地位に関しては、学説の中でも、あるいは学説と運用の間でも、対立

2) 『老子』第八章。

3) この場合の「身分」は、「出生にもとずいて当然に生ずる」「人的な法域の差」である。宮澤俊義『憲法（第三版）』108頁以下（有斐閣，1951）、小林直樹『憲法講義 上』178頁以下（東京大学出版会，1967）。

4) さしあたり、長谷部恭男『憲法（第7版）』（新世社，2018）123頁以下を参照。

5) Vgl. Jellinek, System der öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 121ff.

6) 蟻川恒正『尊厳と身分』第1章（岩波書店，2016）参照。

7) 前掲最判の事例でも、相続が請求原因となっており、民法上の原則は分割相続であり、皇族にも原則としてこれが及ぶと解されているから、現実に皇族に裁判権が及ぶかが審理の対象となる可能性はあった。

が最も顕著に現れるところであったと考えられる。戦後を通じ、政治的な動態に関しては、渡辺治らに代表される優れた諸論稿<sup>8)</sup>があり、法的な観点からは、「普遍的」な憲法の理念に沿う運用を提唱する、針生誠吉<sup>9)</sup>らの諸論稿に代表される、解釈学説は多く提供されてきたし、制憲期の構想をうかがうような研究は多数あるけれども、現実の動態を記述するような、現行法体系がどのような天皇像を描き出しているか、についての考察は、中村明が、制憲期から議会での答弁等を広く収集して考察した試みのほかには、あまりなされてこなかったように思われる<sup>10)</sup>。

また、日本を離れた君主制の観点からも、君主制の比較研究には、佐藤功<sup>11)</sup>や榎原猛<sup>12)</sup>の優れた業績があるが、どちらも裁判権からの免除には着目していない。本稿はこうした業績に異なる視点を付加することにもなる。

## 2 方法論

では、こうした目的をいかなる方法により実現するのか。

詳細は後述するが、まずは判例と行政府の見解を整理し、「現に妥当している」法の姿としての天皇の地位像を描き出したい。法学の役割は、現在存在する法秩序の像を描き出すことである。法学の役割いかんは極めて困難な問題であるが、「現に妥当している法体系」の叙述は、いかなる法学においても必要不可欠なはずである。殊に、各論者のイデオロギーが激しく切り結ぶ場においてはひとま

ず事実妥当している法を観察することが必要である。なお、「法」は強制規範である、つまり、「法義務」を「その矛盾対当に対し強制行為が結びつけられている行為」を言い、「法」とは「強制行為の要件とその制約要件を定める規範」を意味する<sup>13)</sup>ものとしても、ここで取り上げる論題はなお、「法」たることを失わない。なぜならば、裁判権の対象となるか否かは典型的に第二次規範だからである。また、もしなんらの法的権限を有しないなら「法」の対象外ではないか、と考えるなら、それは正しくない。それは、権限を「与えない」という意味において消極的に権限を配分する規定である点で「法」であるからである。

この時、法として何が妥当しているかを考えると、「法」の内容は最終的な有権解釈者が決定し、法の有権解釈者こそが「法」の最終定立者である<sup>14)</sup>。これは規範の審査権は何人も与えられているところ、その客観的意味を決定するのは、決定権を有する有権解釈者であるからである。「決定権」の所在は、その違反に対して制裁が設定されているかにより決定される<sup>15)</sup>。だから、裁判所が「裁判権が及ばない」と判断した地位を分析するためには、行政府の見解を分析しなければならない。そこで行政権内部の事務分配を見ると、内閣法制局設置法は3条で法制に関する事務を一般的に内閣法制局の事務としている<sup>16)</sup>。だから、裁判所の統制が及び得ない部分の規律は内閣法制局の見解がその最終的な内容と見ることができる。また、皇室に関する国家事務は宮内庁法1条2項が分配して

8) 渡辺治『戦後政治史の中の天皇制』（青木書店、1990）など。もっとも、高度経済成長期に形成された、会社共同体が崩壊した現在では新たな理論枠組みが求められる。

9) 針生誠吉『熟成期天皇制論』（三省堂、1993）など。

10) 中村明『象徴天皇制は誰がつくったか』（中央経済社、2003）。

11) 佐藤功『君主制の研究』（日本評論社、1957）。

12) 榎原猛『君主制の比較憲法学的研究』（有信堂、1969）。

13) H・ケルゼン（清宮四郎訳）『一般国家学』79頁以下（岩波書店、1971）、特に85頁以下参照。

14) H・ケルゼン（長尾龍一訳）『純粹法学（第二版）』229頁以下（岩波書店、2014）。特に、258頁以下参照。まさに、本稿の主題につき、「有権解釈権者」たることに注目したものとして、長谷部恭男「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅰ』14頁、15頁（1992）。

15) ケルゼン（清宮訳）・前掲注13)475頁以下、特に487頁以下を参照。

16) 内閣法制局設置法3条3号「法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること。」、5号「その他法制一般に関すること。」。

いる<sup>17)</sup>。

本稿ではまず、現に妥当する法として天皇の法的地位がいかに想定されているかを確定したい。それは、前掲最判が「象徴たることにかんがみ」と述べている、「象徴たること」の具体的な意味は、そのようにして確定するしかないからである。そこから翻って、このような想定を前提として、判例を分析し、そこから引き出さうる含意を特定したい。最後に、今次の特例法の趣旨を論じ、天皇・上皇と責任・裁判権の関係を叙述したい。

筆者は、天皇・皇族に関する裁判制度の展開を通史的に展望する予定だった。しかし、これを別稿に譲り、本稿は、その序論として、現行法体系下の状況を描き出すことに専念することにした。ゆえに、戦前の議論状況との連続性の点は考察の対象外とせざるを得なかった。この点については別稿を期したい。

### 3 学説の状況

#### (1) 憲法学説

前節に述べた検討に入る前に、まず学説において責任・裁判権との関係がどのように議論されてきたかを整理する。

まず、刑事裁判権との関係は、及ばない、と解するものが通説である<sup>18)</sup>。これは、皇室典範が摂政の在任中に不訴追特権を認める(皇室典範 21 条) という実定法上の規定を置き、これを天皇に類推することによる<sup>19)</sup>。

ただし、その内容については、①天皇は刑事上の責任を負わない<sup>20)</sup>、とするものと、②天皇は在位中は訴追を受けない<sup>21)</sup>、とするものの両者が考えられる。

また、学説の多くは、これは立法政策的な理由によるものであって、憲法自体の要求によるものではない、と解している<sup>22)</sup>。つまり、刑事責任を負い、刑事手続に関与できる法制度を、法律により、作ることは可能である、ということである。だから、憲法 1 条の規定から、当然に一定の内容を導くことはできないが、憲法 1 条の規定は、14 条 1 項の規定を排除する、一定の特権を認める根拠として働くことは認められると解しているのである<sup>23)</sup>。

次に、民事裁判権との関係では、前掲最判が登場する以前は、民事裁判権が及ばない、とするものはほとんどなく、天皇に関しては、「象徴たることにかんがみ」て、民事裁判権が及ばない、とする前掲最判がとる結論が明らかとなった後でも、これには反対するものが多数である。その根拠は、法理論的なものと法政策的なものに分けられる。

法理論的には、前掲最判の登場以前には、①国民の中に民事裁判権に服しない者を設けるならば憲法上の明確な根拠が必要であるが、そのような根拠がないこと<sup>24)</sup>、が主な論拠であり、前掲最判の登場後は、②戦前に民事責任が認められていたこととの権衡<sup>25)</sup>、さらに③国民の裁判を受ける権利を侵害する

17) 宮内庁法 1 条 2 項「宮内庁は、皇室関係の国家事務及び政令で定める天皇の国事に関する行為に係る事務をつかさどり、御璽国璽を保管する。」

18) 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法 上巻』96 頁〔樋口陽一〕(青林書院新社, 1984)、芦部信喜監修・野中俊彦ほか編『注釈憲法 (1)』143 頁〔横田耕一〕(有斐閣, 2000)。

19) 芦部監修・野中ほか編・前掲注 18)143 頁〔横田耕一〕、佐藤功『全訂日本国憲法概説 (第 5 版)』346 頁以下(学陽書房, 1996)。

20) 清宮四郎『憲法 I (第三版)』173 頁(有斐閣, 1979)。

21) 佐藤功『ポケット注釈全書 憲法 (上) (新版)』57 頁以下(有斐閣, 1983)。

22) 無論、反対説もある。大石義雄『日本国憲法逐条講義』49 頁以下(有信堂, 1953)。

23) 小嶋和司『憲法概説』324 頁以下(信山社, 2004)などはこの趣旨である。

24) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』162 頁以下(有斐閣, 1954)(ただし、一般的無答責の根拠はない、とする)、樋口ほか・前掲注 18)96 頁〔樋口陽一〕。長谷部・前掲注 14)15 頁もこの点を強調する。兼子一編集代表・法学協会編『註解日本国憲法 上巻』103 頁(有斐閣, 1953)も、「明らかでない」とし、その結果、法学協会編『註解日本国憲法 下巻』1134 頁(有斐閣, 1954)は民事裁判権が及ぶ、との結論をとる。清宮・前掲注 20)173 頁も同様。反対に、責任を負わせるためには特別の規定が必要とする見解として、大石・前掲注 22)49 頁以下。佐々木・同 163 頁もその趣旨に読める。

25) 日比野勤「判批」重判平成元年度(ジュリ臨増 957 号)14 頁, 14 頁(1990)。

可能性があること<sup>26)</sup>、である。

①は有力な論拠である。憲法がこのような法制度を採用することを許容しているとしても、それを許容していること自体からは、ただちにそれが導かれるとは考えられないからである。また、よく検討すれば、②は根拠とされない。なぜならば、日比野評釈自身が言うように、責任と裁判権は分離して考えることができ、前掲最判も責任が生じない、とは言っていないからである。そして、戦前との均衡の面でも、戦前は「御料」という財団が当事者となり、天皇自身は当事者とならず、宮内大臣が訴訟追行を担当した<sup>27)</sup>。だから、当事者となることに関しては、戦前も天皇は当事者とならない<sup>28)</sup>から、戦前との権衡は問題とならないのである。ただし、これを憲法上の要求から民事裁判権が本来的に及ばない、としているのではなくて、実定法制上の理由にすぎない<sup>29)</sup>、と解せば、結局は、①に帰することになる。③も、国家免除等は認める以上、法的な根拠があれば裁判権免除を認めると解されるから、結局は①に帰することになる。つまり法理論上の最大の問題は明確な規定が存在しないのに裁判権の免除を認めること、である<sup>30)</sup>。

法政策的には、④法の下での平等を原則とする憲法の趣旨に反することである<sup>31)</sup>。法の下での平等原則の例外扱いはなるべく少ないほうがよい、という価値判断によるものであ

る。

ほかにも、被告となることだけではなく、効果が多様な民事裁判の作用が及ぶことを、一括して裁判権に服しないと否定することを粗雑とする見解もある<sup>32)</sup>。

一方、賛成する見解<sup>33)</sup>も、制度上、取引で天皇が当事者となる場合が考えられず、また、濫訴のおそれがあることを理由にするが、前者については、自動車の運転などの不法行為責任や工作物責任<sup>34)</sup>を考えていないし、後者は、理由がない場合は訴え却下の判決が出ると考えられるから、理由にならないと思われる。そして、憲法規定の解釈に関しては、伝統的な見地から、現実の利害から離れる必要がある、以外の理由を示さない。

## (2) 民事訴訟法学説

民事訴訟法学説でも、前掲最判のような裁判権に服さない、とする結論には反対するものが多数説である<sup>35)</sup>。その理由は、わが国にいる人にはいわゆる治外法権者を除き当然に裁判権が及ぶことを前提に、自然人は権利能力者となり（民法3条1項）、権利能力者は原則として当事者能力を有する（民訴法28条）、という一般的な原則からして、自然人である以上当然である<sup>36)</sup>、ということと、法の下での平等の原則とによる<sup>37)</sup>ようである。ただし、権利能力者であるから原告となる能力は有するが、「象徴としての性格」に鑑み、裁判権に服さないの、被告としての

26) 佐々木高雄「判批」法教116号100頁、101頁（1990）。さらに、戦前における類似の指摘として、野村淳治『憲法提要上巻』224頁（有斐閣、1932）。

27) 酒巻芳男『皇室制度講話』196頁以下（岩波書店、1934）。このような手法は、国家無答責の原則があったヨーロッパ諸国で普通に行われていた方法である。さしあたり、村上淳一『『良き旧き法』と帝国国制（3・完）』法協91号2巻1頁（1974）を参照。

28) 水島朝穂「判批」芦部信喜＝高橋和之『憲法判例百選Ⅱ（第三版）』350頁、351頁（1994）も指摘する。

29) 細野長良『民事訴訟法要義 第一巻』67頁以下（巖松堂、1920）。日比野・前掲注25)15頁、長谷部・前掲注14)15頁をはじめ、多くの評釈がこれを引く。

30) 刑事法同様、憲法1条の規定に基づいて特別な措置を講じることにしては許容する見解がある。佐藤・前掲注19)347頁。

31) 高野幹久「判批」法教126号別冊附録6頁、6頁（1991）など多数。

32) 水島・前掲注28)351頁、小沢隆一「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ（第7版）』352頁、353頁（2019）。

33) 小林節「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ（第6版）』358頁（2013）。

34) もっとも、現在は、不動産は国有財産となり、私有としては存在しないから、とりあえず、天皇に関しては考える必要はない。ただし、皇族に関しては、私有の不動産が存在しうるから、考慮が必要になる。

35) 三ヶ月章『民事訴訟法』244頁（有斐閣、1959）（兼子編代・法学協会編・前掲注24)1134頁の見解に従う）、小山昇『民事訴訟法』77頁（青林書院新社、1968）、新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』145頁（弘文堂、2011）。

36) 小山・前掲注35)77頁。

37) 林屋礼二『新民事訴訟法概要（第2版）』152頁（有斐閣、2004）参照。

当事者能力は有しない、とする説もある<sup>38)</sup>。

一方、判例を支持する学説もある<sup>39)</sup>。この場合の民事訴訟法学説の扱い方としては、人的効力の面で検討するものと、当事者能力の面で検討するものに分かれている。つまり、裁判権が及ばないとする類型の中にも、実は、a) 裁判権の人的効力の範囲外である、という立場と、b) 当事者能力を有しない、という立場があることになる。学説上裁判権が及ばないとする立場を取る場合は、a) の立場を取るものが大多数である<sup>40)</sup>。

つまり、整理すると、①裁判権が及ばない、②被告となる能力を有しない、③裁判権が及び当事者能力を完全に有する、の3類型が存在し、③が通説である、ということになる。厳密には、②の立場は論者の一人が言う「裁判権に服さない」<sup>41)</sup>、と言えるかは疑わしい<sup>42)</sup>。中島・前掲注38)214頁の指摘にある通り、原告であっても判決を受ける以上は、裁判権に服さないとは言えないからである。しかし、国際法上の裁判権免除を受ける者も訴える権利は奪われないと解されているから、このように考えるのであると思われる<sup>43)</sup>。裁判権との関係では、①とも③とも異なる類型であるから(片面的にしか服さない類型といえる)、このように分類するのが

妥当である。

①と②の差異は、①が「争いに関与すること」が「象徴たること」に反する、と考えるのに対し、②は、「訴えられること」<sup>44)</sup>が「象徴たること」に反する、と考えているように解される。③については、必ずしも「争いに関与すること」が「象徴たること」に反しない、と考えているわけではない。実定法制上の理由から特段の規定がない限り、通常原則に従うべき、との考えが根拠であろうから、ここでは「象徴たること」に対する判断を含まない、と解されよう。摂政以下の皇族に関しては言及はない。

### (3) 刑事訴訟法学説

上記の分野に比べれば目立たないが、実は刑事訴訟法学説でも議論はある。

最近の基本書では触れられていないが、伝統的には「刑事訴訟法の効力範囲」の下位類型として「人に関する効力」の項目が設けられ、そこで人的効力範囲が論じられる中で叙述されるのが通常であった<sup>45)</sup>。

そこではやはり、憲法学説と同様に、皇室典範21条の規定から、あるいは憲法1条を参照<sup>46)</sup>し、天皇には刑事裁判権が及ばない、とするものが通説である。

しかし、刑事訴訟法学が憲法学説より立ち

38) 斎藤秀夫『民事訴訟法概論(新版)』89頁(有斐閣, 1982)。戦前において同様の見解をとるものとして山田正三『改正民事訴訟法 第一巻』75頁(弘文堂書房, 1928)があるが、これには中島弘道『日本民事訴訟法』214頁(松華堂, 1934)から、原告も敗訴判決を受ける可能性があり、これは消極的確認判決となるから判決の効力を受けることになる、という趣旨の批判がある。

39) 林屋・前掲注37)152頁-153頁は判例と同じ理由で人的効力の範囲外と見て、結論的には賛成。

40) 林屋・前掲注37)152頁-153頁。河野正憲『民事訴訟法』44頁(有斐閣, 2009)、梅本吉彦『民事訴訟法』36頁(信山社, 2002)も同様。伊藤眞『民事訴訟法(第3版補訂版)』34頁(有斐閣, 2005)も、実際上困らない、として、人的効力の範囲外と見る。

41) 斎藤・前掲注38)89頁。

42) 岩淵正紀「判解」最判解民事篇平成元年度397頁, 400頁(1991)も「原告となって民事訴訟を提起した場合にも、その訴状は却下されることになろう」とする。

43) 外交関係に関するウィーン条約32条3項は、裁判権免除を享有する者が訴えを提起した場合には、本訴に関連して反訴を提起された場合には、反訴につき裁判権免除を受けられない、とすることから、自ら訴えを提起した場合には免除を一部失うことは、裁判権免除の性質を一般的には失わせない、と見ることができる。

44) 「敗訴すること」とは考えられないことは、注38で指摘した。

45) 近時の教科書がこの視点を失ったことは、最近の著名なテキストである、宇藤崇ほか『刑事訴訟法 第2版(Legal Quest)』(有斐閣, 2018)が、「刑事訴訟法の適用範囲」の項目を設けながら、その中で、時的範囲と場所的範囲のみを扱い、人的範囲をあえて省略する記述ぶりから明らかである。上口裕『刑事訴訟法(第4版)』(成文堂, 2015)も同様。

46) 斎藤金作『刑事訴訟法(合本版)』36頁(有斐閣, 1986)。ただし、同書は根拠として憲法3条を指示するが、憲法3条は「国事に関する」行為についての責任に関してしか規定しておらず、何故この条文を引くのかは不明である。

入って考えるのは、訴追以外の刑訴法上の処分である<sup>47)</sup>。柏木千秋は公訴提起に関連しない刑事訴訟法上の規定の適用はあり、ただ、強制の処分は許されない、と解している。摂政については、訴追を受けないだけで、取調べも可能である、とする。ただし、身体拘束に及ぶ処分は許されないと解している<sup>48)</sup>。皇族については記述がないから、適用範囲内とするようである。平場安治は「勿論解釈」によりやはり摂政の規定の類推から天皇の不訴追特権を認めるが、刑事裁判権の人的除外でなく訴訟障害とする<sup>49)</sup>。平野龍一はこれを批判し、裁判権が及ばず、その結果、証人義務等の刑事訴訟法上の義務にも服さない、と解するようである<sup>50)</sup>。高田卓爾は、訴追を受けない権利のみを認める。これは、「訴追を受けない」ということは、その前提として、責任が生じることを示しているのではないか、と考えるからである<sup>51)</sup>。

上記のように諸説があり、①刑事責任が生じるが訴追は受けない、②刑事責任は生じず、したがって訴追を受けることもないが、刑事手続法上の処分を受ける可能性はある、③刑事手続法の適用全般を受けない、のように整理できる。裁判権に服さない、と解するという見解は、結局、③の帰結を導くものである。

以上から見ると、不訴追特権以外についても、「強制の処分」を受けることは天皇の象徴たる性質に反する、という理解が刑訴法学上、存在するということはできよう。摂政についても、身体拘束に及ぶことは許されないと解する見解がある。理由は不明だが、国務大臣や会期中の国会議員との均衡であろうと考えられる<sup>52)</sup>。

#### (4) 小括

まず、民事でも刑事でも、裁判権と責任の

問題が峻別されていることは注意されてよい<sup>53)</sup>。つまり、戦前ですら民事責任が生じることは想定されていたのであり、責任自体が生じることは否定されていない、ということである。また、刑事責任についても、明文の規定がないことから、不訴追特権＝刑事裁判手続に参与することがない権利を有することは肯定されているが、刑事責任が生じるか＝刑事実体法自体の適用があるか否かについては議論が分かれている。

さらに、裁判権との関係についても、原告・被告という当事者として裁判権に服することと、証人等の関係者として裁判権に服することとは区別されている。例えば、刑事手続の中でも、勾引等の強制処分は許されないが、証人義務等は及ぶ、と考える学説がある。そして、本当に裁判権に服さない、と言えるのは、後者の関係でも裁判権に服さない場合である。

上記のような責任と裁判権の組み合わせにより、グラデーションに様々な見解が主張されているのが実情である。ただし、学説は憲法上の原則である平等原則を重視し、民事裁判権に服し、民事裁判上の当事者能力を享有することを認めるものが多い。憲法学説で顕著なこの思考は、民訴法学説でも見られるが、刑訴法学説では、意外にも微弱である。それは、憲法学説自身が、刑事関係では、責任の発生や裁判権の及ぶことを否定する傾向を見せていることに関係すると考えられる。しかしながら、裁判権が免除される根拠について深く論及したものは見受けられない。

これは、裁判権の免除や責任の不発生の根拠が、「象徴」という規定に由来するが、この概念自体が明確な内容を与えられておらず、実質的には、どのような根拠により、このような効果が生じるのか、明らかにされて

47) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要(7訂版)』47頁(創文社, 1972)はこれを示唆するが、結論は出していない。

48) 柏木千秋『刑事訴訟法』23頁(有斐閣, 1970)。

49) 平場安治『改訂刑事訴訟法講義』30頁(有斐閣, 1954)。

50) 平野龍一『刑事訴訟法』55頁(有斐閣, 1958)。むしろ、後者の考慮から、前者の結論を引き出す記述ぶりである。

51) 高田卓爾『刑事訴訟法』31頁(青林書院新社, 1971)。

52) 高田・前掲注51)31頁は、これらは刑事裁判権の問題ではないとする。

53) ただし、渡辺康行ほか『憲法Ⅱ総論・統治』102頁[工藤達朗](日本評論社, 2020)は、裁判権が及ばないなら責任を認めても「意味はあまりない」とする。

いないことが原因である。つまり、「象徴」性からこのような効果を導くことは、「よい法律論」<sup>54)</sup>であり得ていない、と言える。そして、これに反対する諸説も、そもそも根拠自体が不明確だ、ということ批判のみであり、それ自体は正当な批判と考えられるが、実質的にその内容に立ち入った検討を行い得ていない、と考えられる。だから、本稿の具体的な目標は、①象徴性が一体何を意味し、法的にどのような効果を与えるものか、を明らかにしたうえで、さらに、②そこから引き出される、天皇・皇族と裁判権・責任の関係についての結論を示し、最後に③その理論が上皇との関係でどのように適用されるのかを示すことである、ということになる。

## II. 政府による天皇・皇族の法的地位の理解

### 1 憲法制定時の理解——金森徳次郎憲法担当国務大臣の答弁

#### (1) 憲法審議過程での認識

本章では、政府による法的地位の理解を描き出す。最初に、以後の政府の憲法解釈の基礎となっている制憲期の構想を確認し、次いで、憲法施行以後の政府の見解を追う。そこで特に裁判権との関わりにおいて重要な意味を持つ昭和22年刑法改正を分析した後に、内閣法制局による理解を整理する。

憲法制定議会で憲法関連の答弁を一手に担

当したのは、金森徳次郎憲法担当国務大臣である。そこで、以下では金森答弁を追うことで、憲法制定時の法的地位の理解を確認する。

天皇が「憧れの中心」<sup>55)</sup>である、ということがわが国「国体」の意味であり、法律の意味の「国体」は変更されたが、前者の意味の国体は変更されていない<sup>56)</sup>、という制憲議会を通じ観察される政府見解は著名である。これをより詳細に見ていくが、このような作業は、これまで多くなされているから、基本的にはこれによる<sup>57)</sup>。

憲法1条の国民とは天皇を含むすべての日本国家を構成する自然人であり<sup>58)</sup>、国体とは憲法以前の、国家を成り立たせる国民の心理面の事実的基礎である<sup>59)</sup>。天皇制とは、天皇を政治の中心とし、国のその他の面とも深い結びつきをもって、天皇を中心に描きながら、国の働きが行われていくことをいう<sup>60)</sup>。そして、天皇は公正無私であるべきである<sup>61)</sup>とされる。

そして、その権能は象徴としての性質に接着したものに限定された、適切な範囲とされる<sup>62)</sup>。その際、重視されたのは、皇位の世襲と政治上の無答責に適合するということである<sup>63)</sup>。後者の政治上の無答責の根拠は1条の象徴性であり、4条の規定はそれを実質的に保障する制度である。また、政治上の無答責の理由は「国そのものが仰ぎ見るがごとき尊い地位」であることに求められ、それゆえ、政治上・刑事上の責任を帰属させることができない<sup>64)</sup>。一方で、民事責任が生じう

54) 平井宜雄「法律学基礎論覚書(1)~(9)・完」ジュリ916号96頁、918号102頁、919号78頁、920号82頁、921号79頁、923号72頁(1988)、926号73頁、927号86頁、928号94頁(1989)[同『法律学基礎論覚書』(有斐閣、1989)所収]。

55) この表現の創案は佐藤達夫である。中村・前掲注10)44頁。

56) 中村・前掲注10)48頁。なお、佐藤の着想は穂積八束によるという。中村・同42頁以下。

57) 佐々木弘通「判批」法協110巻2号275頁(1993)など、以下は主に中村・前掲注10)による。

58) 「第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録第二回」10頁以下(昭和21年7月1日)。戦前の、佐々木説に言う「国人」を国民と言い換えたものである。参照、佐々木惣一『日本憲法要論(訂正5版)』189頁(金刺芳流堂、1933)。

59) 「第九十回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第三号」22頁(昭和21年9月3日)。

60) 中村・前掲注10)100頁。

61) 「第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録第六回」73頁(昭和21年7月5日)。

62) 中村・前掲注10)101頁、106頁以下。

63) 中村・前掲注10)133頁以下。

64) 中村・前掲注10)109頁。

ることは確認されている<sup>65)</sup>。

天皇は上記のような一定の権能を持ち、それは国家の重大な権能である。それは象徴たるにふさわしい権限を持たなければ、象徴性が害される結果をもたらしかねないからである<sup>66)</sup>。例えば認証はそれにより効力を生じる重い権能である<sup>67)</sup>。しかし、こうした権能を超えて裁可権や拒否権を認めなかったのは、実際には責任が生じないにもかかわらず、政治的、あるいは実際的な問題として、責任が生じるような外形が生じ得ることを懸念したためである<sup>68)</sup>。ただし、助言と承認は別個の手続であり、提案に対し承認をする場合も存在しうる<sup>69)</sup>。

以上のような制憲期の見解を要するに、天皇は憲法第1条の「象徴」であることから、刑事裁判権の対象とならず、また政治上の責任を負うこともない、ということになる。しかしながら、1条の「象徴」性を実質的に保障する目的で積極的な権限と消極的な政治上の無権能を規定している、ということになる。一方で、民事上の責任に関しては、こうした問題とは関係がないので、一般法が及ぶと考えられているようである。

## (2) 皇室典範審議過程での認識

皇室典範の審議過程では、天皇の権限や皇族の範囲など皇室全般にわたる議論がなされた。ここから抽出される見解は、以下の通りである。

### a 天皇の権限・地位

まず、皇室会議は国政に関わる事項を議論

する場であり、その開催を天皇の権能とすることは、憲法の趣旨に適合しない<sup>70)</sup>。天皇の皇族の監督権は公的な事項に関連する場合は憲法4条の趣旨に反し、私法上の権能ならば皇室典範の規定事項でない<sup>71)</sup>。ただし、懲戒の要素は、皇室典範12条の規定に実質的に考慮されてはいる<sup>72)</sup>。

また、責任についても、天皇は国の姿を体現し、全国民の尊敬が集中すべき地位であり、このような地位に対し尊厳を害するような責任を問う考えは生じない、として、21条の類推を含め、政治上・刑事上の責任を負わないこと、しかしながら民事上の責任を負いうること、は繰り返し確認されている<sup>73)</sup>。

天皇の退位を認めない理由は、国の中心が動揺することを避けるためであり<sup>74)</sup>、胎中皇子の皇位継承権を認めないのは、国の中心をはっきりさせる意味で、正当な血統の要請を後退させたものである<sup>75)</sup>。

天皇も国際法上の責任を負う可能性はある<sup>76)</sup>。

### b 皇族

憲法下の制度として皇族の尊厳を維持することになっている<sup>77)</sup>。

天皇・皇族の婚姻は、皇族会議の議決を経る必要がある。これは、皇室に調和しない血統を排除するためであり<sup>78)</sup>、皇族の範囲を嫡出に限るのは、その決議を経ていない庶出子は、皇族の適格を認めることができず<sup>79)</sup>、国民の道義心が庶出子を認めていないことも理由である<sup>80)</sup>。ただし、皇族の範囲に入ら

65) 「第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録第十九回」386頁(昭和21年7月22日)。

66) 中村・前掲注10)97頁、112頁以下、203頁以下。

67) 中村・前掲注10)147頁以下。

68) 中村・前掲注10)107頁以下。この理由で「元首」の表現も回避されている。中村・前掲注10)87頁以下。

69) 「第九十回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第九号」28頁(昭和21年9月10日)。

70) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第二号」3頁(昭和21年12月7日)。

71) 「第九十一回帝国議会貴族院皇室典範案特別委員会議事速記録第三号」4頁(昭和21年12月18日)。

72) 「第九十一回帝国議会貴族院皇室典範案特別委員会議事速記録第四号」3頁(昭和21年12月19日)。

73) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第四号」20頁(昭和21年12月11日)。

74) 前掲注73)26頁以下。

75) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第三回」11頁(昭和21年12月9日)。

76) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第四回」34頁(昭和21年12月11日)。

77) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第三回」10頁(昭和21年12月9日)。

78) 前掲注77)9頁。

79) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議録第三回」11頁(昭和21年12月9日)。「正式な婚姻」から生じた子に限定するのは、ヨーロッパでは普通だが、これは同等婚原理などの存在によるものである。例えば、

ないだけで、財産上の関係は民法による。

婚姻が皇族関係の基礎であり、離婚の場合は基礎が破壊されるため、皇族の身分を離れるが、配偶者の薨去の場合は、基礎が破壊されないで、離れない<sup>81)</sup>。

皇族が皇位継承順位を変更される場合、第一順位の移動は第二順位と入れ替わる<sup>82)</sup>。

摂政は公的なことだけを行い、後見については民法の一般規定に任せる<sup>83)</sup>。摂政を皇族に限る理由は、天皇の権能は憲法により天皇の根本的性格と密着し国の象徴たる本質に応じた限度の権能となり、その法定代理に当たる摂政は天皇の場合の精神を踏襲し、皇族に限定するのが相当である<sup>84)</sup>。皇位継承権を有しない皇后・皇太后・太皇太后に摂政就任資格を認めたのは、特別な意味の拡張である<sup>85)</sup>。

国民の中で特別な地位が認められる部分は少ないほうがいいので、皇族の中で離脱が認められない親王の範囲は旧典範よりも狭く規定した<sup>86)</sup>。

### c 法適用全般

天皇・皇族と民事・刑事の関係は特例を生じうる。これは憲法が予定していることであり、皇位継承に関連し憲法上の一般原則を排除する特別規定を設けることが想定されている<sup>87)</sup>。民法と皇室典範の関係は一般法と特別法の関係になる<sup>88)</sup>。相続・行為能力などである。戸籍法については皇統譜が特別な意味合いを持つ<sup>89)</sup>。

原則、天皇、皇族、摂政は一般私法に従う<sup>90)</sup>。これに関しては、最高裁の判断を受ける可能性は想定されている。その内容に関しては、刑事・民事の両関係で、特例をなるべく作らない方針である<sup>91)</sup>。摂政は、在任中に訴追を受けただけで在任中の行為で処罰される可能性は存在する<sup>92)</sup>。

成年の特例で、天皇・皇太子・皇太孫の成年を18歳としているのは、摂政の特例を避ける趣旨である<sup>93)</sup>。

上記 a から c の見解を要約しよう。まず、旧皇室典範で天皇が有した皇族に対する監督権は、公法上の権能であれば憲法に反し、私法上の権能であれば皇室典範の規定事項でない、という理由で否定された。おそらく民法が改正され、戸主・親族会の権能は否定されたから、私法上もこのような権能が存在するとは言えないだろう。しかし、実質的には懲戒権は皇族会議の権能に移行している。

皇族関係の基礎は皇族会議の決議を経た正式な婚姻と、それに基づく出生である。

天皇・皇族については、「皇位継承」に関係する民事・刑事上の特例は認められる。これは憲法が予定していることである。しかしながら、国民の中に特別な地位を認める部分は少ないほうがよいので、その特例は限定している。

vgl. *Schulze, Lehrbuch des deutschen Staatsrecht, Bd. 1, 1 Aufl., 1881, S. 394ff.* だから、これはむしろ旧法下の考えに近いどころか、ある意味では、旧法下より「封建化」したと言える。

80) 前掲注 79)10 頁。

81) 前掲注 79)10 頁。

82) 「第九十一回帝国議会貴族院皇室典範案特別委員会議速記録第三号」11 頁 (昭和 21 年 12 月 18 日)。

83) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議速記録第四号」31 頁 (昭和 21 年 12 月 11 日)。

84) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議速記録第五号」42 頁 (昭和 21 年 12 月 12 日)、「第九十一回帝国議会貴族院特別委員会議速記録第四号」4 頁 (昭和 21 年 12 月 18 日)。

85) 前掲注 84)4 頁。

86) 「第九十一回帝国議会貴族院皇室典範案特別委員会議速記録第三号」6 頁 (昭和 21 年 12 月 18 日)。

87) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議速記録第四号」21 頁 (昭和 21 年 12 月 11 日)。

88) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議速記録第三号」9 頁 (昭和 21 年 12 月 9 日)。

89) 「第九十一回帝国議会貴族院皇室典範案特別委員会議速記録第三号」4 頁 (昭和 21 年 12 月 18 日)。

90) 前掲注 89)4 頁。

91) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議速記録第四号」23 頁 (昭和 21 年 12 月 11 日)。

92) 前掲注 91)4 頁。

93) 「第九十一回帝国議会衆議院皇室典範案委員会議速記録第三号」9 頁 (昭和 21 年 12 月 9 日)。

## 2 憲法制定以後の見解

### (1) 改正刑法審議時の見解

前節では、制憲期の構想を概観したが、本節では、以後の見解を追う。

まず、本論稿の主題である、天皇と裁判権に関しては昭和22年の刑法改正が興味深い視点を提供する。昭和22年に行われた刑法改正では、占領軍の強い指示で不敬罪に関する規定が削除され<sup>94)</sup>、不敬罪に相当する内容は通常の名誉毀損により処罰することになった。これに伴い、刑法232条2項の規定が新設された。これは、「告訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ者カ天皇、皇后、太皇太后、皇太后又ハ皇嗣ナルトキハ内閣總理大臣、外國ノ君主又ハ大統領ナルトキハ其國ノ代表者代リテ之ヲ行フ」という規定である<sup>95)</sup>。

司法省刑事局によれば、この規定の趣旨は、「国民統合の象徴たる天皇がその被象徴者たる国民の一員の処罰を求めるといのは象徴たる性質に反する」こと、そして、「事実においてこれを期待し得ない」ことに求められている<sup>96)</sup>。また、天皇に対する憲法14条の適用は、「象徴たる性質に反せざる」限度で行われるから、特例は「当然である」とする。

皇后、太皇太后、皇太后に関しては、「天皇に準じて取り扱うべきであるとの趣旨」により、皇嗣は「次代の象徴たる予定者」として、同一の法的取扱が行われることとしている<sup>97)</sup>。

このような趣旨で提案された規定であったが、国会審議では、さらに、非親告罪化すればよい、との意見に対し、名誉毀損罪が伝統

的に親告罪であることに例外を設けることがふさわしくないために平仄を合わせたとの答弁があり<sup>98)</sup>、また、内閣総理大臣が告訴権者であるのは、政府の代表者たる内閣総理大臣がふさわしいと判断したためであること<sup>99)</sup>、内閣総理大臣が欠けている場合は想定されていないこと<sup>100)</sup>、さらに、告訴に当たっては、被害者たる天皇の意思に関係なく判断し<sup>101)</sup>、天皇には告訴権は残らない、それゆえに天皇には、事件の経過にかかわらず、政治上の責任その他の責任が及ばない<sup>102)</sup>、と考えていること、が明らかにされた。皇后以下の皇族に関しては、厳密には象徴ではないが、天皇にごく近い皇族であり告訴が事実上困難なことが天皇に準じて考えられるために「象徴から演繹して」天皇に準じた規定となっている<sup>103)</sup>。

つまり、刑事裁判に関しては、天皇が訴訟の客体になることだけでなく、訴訟の起動に関係することも忌避される、徹底した裁判権との断絶が企図されているのである。つまり、国民との間で相争う事態がこの憲法が予定する性格に反する、という判断である。「憲法の予定する性格に反する」ということは、むしろ本条の規定は、憲法上は否定される告訴権を内閣総理大臣に付与し、名誉毀損の法益侵害からの保護を欠くことがないようにした創設的規定である、と解される。さらに、これには、刑事裁判を提起し、関与すること自体が、政治上の問題に発展しうる可能性が考慮されている。そもそも、訴訟を提起する妥当性などが政治的な問題として取り上げられる可能性への配慮と考えられる。そして、その趣旨は厳密には象徴性を持たない皇族に対しても及ぶと解されている。

94) さしあたり、昭和22年2月25日吉田茂宛マッカーサー書簡を参照。邦訳は柚井林二郎編訳『吉田茂＝マッカーサー往復書簡集』292頁以下（講談社、2012）に所収。

95) 現在では現代語化されているが実質的な内容に変化はない。

96) 司法省刑事局編『刑法の一部を改正する法律解説書』19頁（1947）。

97) 前掲注96)19頁。

98) 「第一回国会衆議院司法委員会会議録第十五号」156頁以下〔佐藤藤佐発言〕（昭和22年8月7日）。

99) 前掲注98)157頁〔佐藤藤佐発言〕。

100) 「第一回国会参議院司法委員会会議録第十三号」21頁〔国宗榮発言〕（昭和22年8月13日）。

101) 前掲注98)158頁〔佐藤藤佐発言〕。

102) 前掲注98)158頁〔佐藤藤佐発言〕。

103) 「第一回国会衆議院司法委員会会議録第三十五号」322頁〔片山哲発言〕（昭和22年9月20日）。

なお、政府はここで、「天皇は日本國の象徴であり、日本國民統合の象徴であらせられる特別な地位に立たせられておりますので、刑法の適用はないものと解釋いたします。」との見解も示しており<sup>104)</sup>、天皇は刑法の適用が及ばない＝刑事責任を負わない、と解釋することが明らかにされている。

## (2) 内閣法制局の見解——主に天皇に関して<sup>105)</sup>

以下では、国会において示された、有権解釈者としての内閣法制局の見解をまとめる<sup>106)</sup>。

### a 天皇——総論

天皇は、天皇たる自然人を指すとともに、天皇という国家機関としての地位をも指す。天皇は「われわれの国民社会である日本國の姿を、またわれわれ日本國民の統合一体の姿を体现される」ものである。その天皇の行為は国家機関としての行為<sup>107)</sup>たる国事行為と、それ以外の事実上の行為に分けられ

る<sup>108)109)</sup>。後者のうち象徴としての地位に基づく性格が表出される行為が公的行為であり<sup>110)</sup>、それ以外を私的行為という。公的行為は、憲法解釈上認められ、天皇が象徴としての地位に基づいて公的な立場で行うものという<sup>111)</sup>。

天皇は憲法1条の意味では「國民」の構成員であるが、象徴たる地位に鑑み合理的な範囲の基本的な人権享有の制約を受ける<sup>112)</sup>。例えば、天皇は政治的に無色である必要から選挙権を有しない<sup>113)</sup>。

国事行為(3条、4条<sup>114)</sup>、7条)については、天皇の象徴性(1条)に着目し、国家機関としての天皇の権限として配分されている<sup>115)</sup>。天皇の象徴性は国家機関としての国事行為とは関係がない<sup>116)</sup>。国事行為に対する助言と承認は一個の手続で行いうる<sup>117)</sup>。天皇は権力を保持しない消極面のみならず国家と國民の統合を意識するという積極面を担う<sup>118)</sup>。4条は事実上の行為による国政への

104) 「第一回国会衆議院司法委員会會議録第十六号」163頁以下〔佐藤藤佐発言〕(昭和22年8月8日)。

105) これまで内閣法制局の見解を参照する文献は、主に衆議院憲法調査会事務局「基礎的資料」(2003)によっていると思われるが、これにとらわれず、直接、議事録からまとめる。なお、園部逸夫『皇室法概論』(第一法規、2002)も、同様の手法を取る。

106) 以下では、国会會議録から内閣法制局が示した見解を要約して掲げ、注にその箇所を網羅的に掲げた。これは、見解が慣習的に固定していることを示すためであり、同時に、将来のレファレンスに資するためでもある。そのため、引用が過剰になる部分があるがご海容願いたく思う。また、時系列的に変化を追う作業もなされてしかるべきであったが、基本的には一貫しているように見えるので、変化がある場合のみ注に示すことにする。

107) つまり、憲法という組織規範に授權された行為であり、その効果が国家に帰属するものである。

108) しかしながら、「国事行為」の範囲内にも、事実上の行為が含まれる。7条10号の「儀式」は事実上の行為であり法律上の効果を生じない。これを含め、法制局は、意思行為・公示行為・認証行為・事実行為に分類する。長く法制官僚を務め、最終的に長官に就任した、高辻正巳『憲法講説』276頁以下(良書普及会、1960)を参照。

109) 「第四十六回国会参議院内閣委員会會議録第二十六号」8頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月23日)、「第七十一回国会衆議院内閣委員会會議録第二十七号」8頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月7日)、「第七十二回国会衆議院外務委員会會議録第五号」16頁〔吉国一郎発言〕(昭和49年2月20日)、「第七十五回国会衆議院内閣委員会會議録第二十五号」16頁〔真田秀夫発言〕(昭和50年6月18日)。

110) 「第七十一回国会衆議院内閣委員会會議録第三十一号」28頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月19日)、「第七十五回国会衆議院内閣委員会會議録第六号」8頁、21頁〔角田礼次郎発言〕(昭和50年3月14日)。

111) 「第四十六回国会衆議院社会労働委員会會議録第六十号」13頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年7月31日)、「第七十一回国会参議院内閣委員会會議録第十六号」2頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月28日)。

112) 「第四十三回国会衆議院内閣委員会會議録第十四号」9頁〔高辻正巳発言〕(昭和38年3月29日)、「第七十六回国会参議院内閣委員会會議録第四号」15頁〔吉国一郎発言〕(昭和50年11月20日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会會議録第八号」15頁、16頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年4月19日)。

113) 「第九十一回国会参議院内閣委員会會議録第六号」13頁〔味村治発言〕(昭和55年3月27日)。

114) 「第四十六回国会衆議院内閣委員会會議録第九号」12頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年3月13日)。

115) 「第四十六回国会参議院内閣委員会會議録第二十八号」3頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月28日)。

116) 「第四十六回国会衆議院内閣委員会會議録第十一号」2頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年3月19日)、「第七十一回国会衆議院内閣委員会會議録第三十一号」27頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月19日)。

117) 「第四十六回国会参議院内閣委員会會議録第二十六号」9頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月23日)。

118) 「第八十七回国会衆議院内閣委員会會議録第八号」5頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年4月19日)。

影響をも否定する趣旨である<sup>119)</sup>。「天皇の政治利用」という問題設定は憲法4条との関連で生じるが法令上の規定はない。憲法4条は第三者の天皇の政治利用を直接に規定したものではない<sup>120)</sup>。

公的行為については、宮内庁法1条2項の規定により、「皇室関係の国家事務」として責任を宮内庁が負い<sup>121)</sup>、最終的には憲法73条の「一般行政事務」に当たるから内閣が責任を負う<sup>122)</sup>。公的行為の限界<sup>123)</sup>は、「国政に関する権能を有しないという精神を十分にそのまま実行するためには、そのような観念を設けて、その観念のもとに天皇の御行動について、事実上国政に影響を及ぼすようなことのないようにするという一つの考え方」に基づいてこの概念が設定されるため<sup>124)</sup>、①政治的影響力がなく、②内閣が責任を負い、③象徴天皇の性格に反しない<sup>125)</sup>、ということ画される。国事行為に限定があることにより象徴としての行為には限定がな

い<sup>126)</sup>。天皇の公的行為は事実上の行為であり法律による規律を要しない<sup>127)</sup>。助言と承認も不要である。

私的行為については、「憲法の趣旨に従って行われるようにいろいろ配慮する」のが「行政の責任」となっている<sup>128)</sup>。

#### b 天皇——権限

天皇の権限は、憲法に規定された権限であり、これは実質的な権限である。しかしながら憲法4条1項の規定により、国政に関する権能を有しないため、実質的には内閣が決定し、天皇が自らの意思により権限の行使を拒否することは「予定されていない」<sup>129)</sup>。

憲法4条2項の天皇の委任は、一定の行為の一定の機関に対する委任と、代理権を授与する委任が想定される<sup>130)</sup>。

7条の国事行為に関しては、3号の解散権は天皇が有し、内閣がこれに助言と承認を行う<sup>131)</sup>。これは2号の国会の召集も同様である。5, 6, 8号の認証は、それ自体は効力に

119) 「第百十二回国会参議院決算委員会会議録閉会後第一号」6頁〔大出峻郎発言〕(昭和63年5月26日)。

120) 「第百五十四回国会衆議院予算委員会会議録第十二号」22頁〔津野修発言〕(平成14年2月18日)。

121) 「第七十二回国会衆議院外務委員会会議録第五号」16頁〔吉国一郎発言〕(昭和49年2月20日)。

122) 「第七十一回国会衆議院内閣委員会会議録第二十七号」8頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月7日)、「第七十一回国会衆議院内閣委員会会議録第三十一号」28頁〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月19日)、「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第六号」9頁, 10頁〔角田礼次郎発言〕(昭和50年3月14日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第十五号」20頁〔茂申俊発言〕(昭和54年5月31日)。

123) 限界があること自体は「第四十六回国会衆議院内閣委員会会議録第十一号」4頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年3月19日)参照。

124) 「第七十一回国会衆議院内閣委員会会議録第三十一号」〔吉国一郎発言〕(昭和48年6月19日)。

125) 3要件は「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第六号」21頁〔角田礼次郎発言〕(昭和50年3月14日)で明らかにされた。「第百四回国会参議院予算委員会会議録第十六号」28頁〔茂申俊発言〕(昭和61年4月1日)、「第百十八回国会衆議院予算委員会会議録第十八号その一」3頁〔工藤敦夫発言〕(平成2年5月17日)。

126) 「第四十六回国会参議院内閣委員会会議録第二十六号」8頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月23日)。

127) 「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第二十五号」16頁〔真田秀夫発言〕(昭和50年6月18日)、「第百十八回国会衆議院予算委員会会議録第十八号その一」3頁〔工藤敦夫発言〕(平成2年5月17日)。

128) 「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第六回」9頁〔角田礼次郎発言〕(昭和50年3月14日)。

129) 「第四十六回国会衆議院内閣委員会会議録第九号」12頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年3月13日)、「第四十六回国会参議院内閣委員会会議録第二十八号」3頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月28日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第八号」16頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年4月19日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第十五号」20頁〔茂申俊発言〕(昭和54年5月31日)。

130) 「第四十六回国会参議院内閣委員会会議録第二十八号」4頁〔高辻正巳発言〕(昭和39年4月28日)、ただし現在の法律では後者は規定がないため行い得ないことになる。

131) 「第二十六回国会衆議院議院運営委員会会議録第十一号」4頁〔林修三発言〕(昭和32年2月20日)、「第四十六回国会衆議院予算委員会会議録第二十一号」7頁〔林修三発言〕(昭和39年10月5日)、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第八号」17頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年4月19日)、「第八十七回国会衆議院法務委員会会議録第十四号」20頁〔真田秀夫発言〕(昭和54年5月23日)、「第九十一回国会衆議院予算委員会会議録第十一号」9頁〔角田礼次郎発言〕(昭和55年2月15日)、「第九十一回国会衆議院法務委員会会議録第六号」18頁〔角田礼次郎発言〕(昭和55年3月5日)、「第百四回国会衆議院決算委員会会議録第二号」28頁(昭和61年2月24日)、「第百四回国会参議院予算委員会会議録第十六号」14頁〔茂申俊発言〕(昭和61年3月28日)、「第百四回国会衆

影響はなく、権威を添える目的の行為である<sup>132)</sup>。10号の儀式は事実行為であり、天皇が主宰する<sup>133)</sup>国家の行事としてふさわしいものとして合理的に考えられる<sup>134)</sup>儀式を言う。

元首が外国に対し日本国を代表する機関を表すならば天皇は元首である<sup>135)</sup>。

### c 皇族

皇族については、皇族となる範囲は皇室典範の規定によるが、天皇・皇族の直系血族であつても、嫡出に限定されている。

皇族には国事行為は存在しないものの、公的行為は存在するため、公的行為と私的行為の二分論となる。皇族の公的行為は、その行

為の趣旨、性格等から純粋な私的行為にとどまらず、国としてその行為を行うことに関心をもち、人的・物的な援助が相当である側面を公的性格と言ひ、これを有する行為が公的行為である<sup>136)</sup>。

皇族の公的行為の制約についても、天皇の公的行為に関する制約が準用される<sup>137)</sup>。

皇族についても皇位継承の観点から合理的な範囲で基本的人権の享有を制限される<sup>138)</sup>。

### (3) 宮内庁の見解——主に皇族に関して

皇室に関する事務を担当する宮内庁の見解は、主として皇族の法的地位に関して有権解釈となる。そこで宮内庁の見解を見ると次の

議院法務委員会会議録第四号」18頁〔茂申俊発言〕（昭和61年4月8日）、「第百十三回国会参議院内閣委員会会議録第十七号」〔味村治発言〕（昭和63年10月20日）、「第百十四回国会参議院内閣委員会会議録第四号」25頁〔大森政輔発言〕（平成元年6月20日）、「第百二十六回国会衆議院政治改革に関する調査特別委員会会議録第九号」21頁〔大出峻郎発言〕（平成5年4月21日）、「第百四十七回国会衆議院決算行政監視委員会会議録第二号」13頁〔津野修発言〕（平成12年4月3日）、「第百九十二回国会衆議院内閣委員会会議録第三号」21頁〔横島裕介発言〕（平成28年10月21日）など、一貫した見解で変化がない。ただ、天皇が解散を提案することが認められるとして、制憲期の見解を維持する「第十三回国会参議院法務委員会会議録第五十七号」14頁〔佐藤達夫発言〕（昭和27年6月16日）は今日の理解からは変更されたと見るべきであろう。

132) 「第四十三回国会衆議院内閣委員会会議録第十七号」11頁〔高辻正巳発言〕（昭和38年5月16日）。

133) 「第四十六回国会衆議院社会労働委員会会議録第六十号」〔高辻正巳発言〕（昭和39年7月31日）。

134) 「第三十一回国会衆議院内閣委員会会議録第十五号」7頁〔高辻正巳発言〕（昭和34年3月6日）、「第百十三回国会衆議院決算委員会会議録第十号」17頁〔味村治発言〕（昭和63年11月8日）。

135) 「第四十六回国会衆議院予算委員会第一分科会会議録第一号」40頁〔高辻正巳発言〕（昭和39年2月17日）、「第四十六回国会参議院内閣委員会会議録第二十八号」2頁〔高辻正巳発言〕（昭和39年4月28日）、「第五十五回国会参議院予算委員会会議録第十三号」21頁〔高辻正巳発言〕（昭和42年5月13日）、「第六十五回国会参議院予算委員会会議録第六号」12頁〔高辻正巳発言〕（昭和46年3月3日）、「第七十一回国会参議院内閣委員会会議録第六号」2頁〔吉国一郎発言〕（昭和48年6月28日）、「第七十二回国会衆議院内閣委員会会議録第七号」17頁〔吉国一郎発言〕（昭和49年2月22日）、「第八十七回国会衆議院内閣委員会会議録第八号」18頁〔真田秀夫発言〕（昭和54年4月19日）、「第七十五回国会衆議院内閣委員会会議録第六号」10頁〔角田礼次郎発言〕（昭和50年3月14日）、「第百十三回国会参議院内閣委員会会議録第十七号」16頁〔味村治発言〕（昭和63年10月20日）、「第百十三回国会参議院内閣委員会会議録第四号」14頁〔大出峻郎発言〕（昭和63年10月11日）、「第百十三回国会参議院外務委員会会議録第二号」22頁〔大出峻郎発言〕（昭和63年11月8日）、「第百十八回国会衆議院予算委員会会議録第六号」4頁〔工藤敦夫発言〕（平成2年5月14日）、「第百五十一回国会衆議院予算委員会会議録第十七号」38頁〔津野修発言〕（平成13年5月15日）など繰り返し確認されている。制憲期には、「元首」の語を使用することが責任を発生させる権限を有する外形を生じさせることに対する配慮から、これを使用しなかったが、国を代表する者を元首とするならば、そのような側面は存在する（前掲第四十六回会議録40頁〔高辻正巳発言〕）とか、いわゆるヘッダの地位にある者を言うならば前掲第七十一回会議録2頁〔吉国一郎発言〕などの留保をつけて、肯定する。制憲期にも実質的には同様の見解であったことについては、中村・前掲注10)194頁を参照。これは、国際礼讓の上で元首が必要である、という考慮からであろう。小嶋・前掲注23)329頁を参照。国内法的には、国家に必ずしも元首が存在する必要はない。

136) 「第百十八回国会衆議院内閣委員会会議録第三号」13頁〔大森政輔発言〕（平成2年4月17日）、「第百十六回国会参議院内閣委員会会議録第一号」13頁〔工藤敦夫発言〕（平成元年11月16日）も、大嘗祭の「公的性格」に関するものであるが、皇室全体の「公的」性格についての定義と見ることができる。

137) 「第百四回国会参議院予算委員会会議録第十九号」28頁〔茂申俊発言〕（昭和61年4月1日）。

138) 「第二十八回国会衆議院内閣委員会会議録第十二号」13頁〔高辻正巳発言〕（昭和33年3月11日）、「第四十三回国会衆議院内閣委員会会議録第十四号」9頁〔高辻正巳発言〕（昭和38年3月29日）、「第四十六回国会衆議院予算委員会第一分科会会議録第一号」38頁〔高辻正巳発言〕（昭和39年2月17日）、「第七十六回国会参議院内閣委員会会議録第四号」15頁〔吉国一郎発言〕（昭和50年11月20日）。

ようになる。

まず、皇族には、皇位継承権を持つ意味で責務があり国家的な配慮もある<sup>139)</sup>。そして、皇族は一つの国家的機構における職業に当たる<sup>140)</sup>。法律上は規定がないが、成年後は公的な活動を行うなど、成年前と異なる立場となる<sup>141)</sup>。その地位は各種の特権を有する公的な地位であり、また、皇族費を受ける点からも、政治的中立性が要求される<sup>142)</sup>。皇族費は品位保持の目的で割り当てられている。品位保持とは皇族として相応しい生活を言う<sup>143)</sup>。これは皇族としての生活・交際の面で見劣りしない程度を言い、具体的には宮家を維持しうる程度である<sup>144)</sup>。

責務として、皇族は皇位継承権を持つ意味において、特定の団体や主義・主張のために政治的主張を行うことは不相当であり、また、職業に就くことは可能であるが<sup>145)</sup>、特定の団体のために職業を行うことは適当でない、という制限がある<sup>146)</sup>。選挙権・被選挙権も有しない<sup>147)</sup>。その代わり、国家的な配慮の一つとして、皇族費が割り当てられている。これは職業の制約の代償の面がある<sup>148)</sup>。

天皇・皇族の一般的なお世話は宮内庁の国家事務である<sup>149)</sup>。皇族の公的行為の基準は天皇の場合と同様である。皇族の公的行為は宮内庁が責任を持ち、最終的には内閣の責任である<sup>150)</sup>。私的行為には基本的に関与しな

い。しかし、行事への出席の場合は、公的・私的を問わず、宮内庁が趣旨・目的を判断し、調整を行い決定することになる<sup>151)</sup>。

### 3 皇室典範特例法審議に現れた見解

#### (1) 有識者会議における議論

「上皇」の地位は特例法によりはじめて現行法に現れることになったから、天皇・皇族と区別された上皇に関する法状況は特例法が議論されて以降の状況を分析する必要がある。

特例法の立案は天皇の公務の負担軽減等に関する有識者会議(以下、有識者会議という)の議論を参考とする形で行われた。それゆえ、有識者会議の最終報告は政府の見解の基礎となっている部分があるから、その限りにおいてこれを扱う。

有識者会議の最終報告が退位後の天皇の地位に関して重視したのは、「歴史と伝統」及び、「国民の理解と支持」であり、これに「象徴や権威の二重性」を避ける、という視点が加わっている<sup>152)</sup>。

そこで、天皇の名称を含まず、歴史的・国民的に定着している「上皇」の称号が妥当である、と判断された<sup>153)</sup>。敬称や儀礼に関しては天皇に準じるべきである、それはかつて「天皇」の地位にあったからである<sup>154)</sup>。そ

139) 「第三十一回国会衆議院内閣委員会会議録第五号」17頁〔宇佐美毅発言〕(昭和34年2月6日)。

140) 「第二十八回国会参議院内閣委員会会議録第二十一号」9頁〔瓜生順良発言〕(昭和33年4月1日)。

141) 「第十三回国会衆議院予算委員会第一分科会会議録第三号」2頁〔宇佐美毅発言〕(昭和27年2月22日)。

142) 「第二十八回国会参議院内閣委員会会議録第十八号」9頁〔宇佐美毅発言〕(昭和33年4月1日)。

143) 「第十三回国会衆議院内閣委員会会議録第五号」2頁〔宇佐美毅発言〕(昭和27年2月13日)。

144) 「第七十五回国会参議院内閣委員会会議録第九号」17頁〔宇佐美毅発言〕(昭和50年5月29日)。

145) 「第八十回国会衆議院内閣委員会会議録第八号」27頁〔宇佐美毅発言〕(昭和52年3月22日)。

146) 「第二十四回国会衆議院内閣委員会会議録第三十六号」16頁〔宇佐美毅発言〕(昭和31年4月17日)。

147) 「第二十八回国会参議院予算委員会会議録第九号」23頁〔宇佐美毅発言〕(昭和33年3月10日)。

148) 「第百一回国会参議院内閣委員会会議録第五号」9頁〔山本悟発言〕(昭和59年4月12日)。

149) 「第百四回国会参議院大蔵委員会会議録第十号」8頁〔山本悟発言〕(昭和61年4月24日)。

150) 「第四十八回国会参議院予算委員会第一分科会会議録第三十五号」12頁〔瓜生順良発言〕(昭和40年4月21日)。

151) 「第百二十六回国会参議院内閣委員会会議録第四号」8頁〔宮尾盤発言〕(平成5年4月27日)。

152) 有識者会議「最終報告」3頁(平成29年4月21日)

([https://www.kantei.go.jp/jp/singi/koumu\\_keigen/pdf/saisyuhoukoku.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/koumu_keigen/pdf/saisyuhoukoku.pdf))。

153) 有識者会議・前掲注152)4頁。

154) 有識者会議・前掲注152)10頁。有識者会議ではオランダのような退位後に一般の王族の待遇に戻る外国の事例の紹介や、大石眞の「上皇」の称号に「殿下」の敬称を付す提案があったが、これは採用されていない。

して「天皇」の公的な地位を退くから、公的な面に関与する、摂政・皇位継承・皇室会議に関与することは適当でない<sup>155)</sup>。

公的活動に関しては、二重性回避の観点から、象徴性に由来する活動は一切を新天皇に譲るとの理解が適切である<sup>156)</sup>。

## (2) 特例法審議時の政府の見解

上記のような有識者会議の見解を踏まえて、立法府との間の議論の取りまとめを経て、特例法案が立案され、平成 29 年 5 月 19 日に内閣より法案が提出され、6 月 1 日以降、国会で特例法案が審議された。

政府としての第一の懸案は、有識者会議同様、象徴・権威の二重化の問題を避けることであり、第二の懸案事項としては、強制的な退位や、恣意的な退位が認められる結果を生じかねないことであった<sup>157)</sup>。

第一の懸案事項に関しては、称号を「天皇」が含まれない、「上皇」とすることにより、天皇が二人並立するという外観を避ける配慮がされている<sup>158)</sup>。

第二の懸案事項に対しては、国会がその都度、諸事情を考慮することで対応することとしている。しかし、強制的な退位を認めないならば、天皇の意思が要件に入るべきだが、これは、天皇の退位は国政に関する事項であり、かつ、これは憲法の掲げる国事行為に入らないことから、4 条の規定に抵触する可能性を考慮して、要件とはしていない<sup>159)</sup>。

退位後の活動については特に定めがなく、宮内庁と相談する形となる<sup>160)</sup>。

## (3) 特例法自体の規定の検討

上記のような政府の見解を踏まえて、次に、特例法の条文自体を検討しよう。

特例法 3 条 4 項は「皇族の例による」としている。これは上皇后に関する 4 条 2 項の規定と対比すれば分かるように、上皇は皇族ではない、ということである。

それでは、上皇は、天皇と皇族、どちらに近いのか。具体的な法適用を見る。

まず、3 条による皇室典範の適用の関係をみると、2 項により、典範 23 条の適用は天皇と同様であり、3 項により、典範 25 条・26 条・27 条の適用も天皇と同様である。そして 4 項の適用が除外される典範 2 条、28 条 2 項、3 項、30 条 2 項と、性質上適用がない、典範 1 条、2 条 1 項、3-8 条、11-21 条、24 条、5 章を除くと、実際に「皇族の例による」ことになるのは、典範 2 条 2 項 (1 項に該当する皇族がない場合の皇位継承に関する規定)、9 条 (養子の禁止)、10 条 (婚姻) だけである。そして、これらの条文は、見れば分かるように、天皇と皇族の扱いが同様であるもののみである。そして、適用除外に関しても天皇と差異が生じるのは、摂政に関する規定と、成年に関する規定のみである。前者に関しては天皇の公務に関する法定代理であるから上皇に関係がなくなるのは当然であり、後者に関しては上皇は普通は 20 歳を超えているであろうし、そのうえ、成年となる年齢は民法の平成 30 年改正により、すべての人が 18 歳となるから、意味がない。

そして、附則 4 条は、刑法 232 条 2 項の適用に当たっては、天皇の例によると規定する。附則 4 条については国会では議論がなかったが、これは、少なくとも、「天皇」との近さが天皇・皇后・皇太后・太皇太后・皇嗣とは同等であることを示す規定である。だからこれだけでは、「天皇に準じている」だけなのか、天皇と同等の性質を認めるものなのかは、明らかではない。

そこで、宮内庁法附則 2 条 3 項を見ると、上皇職の長は、上皇侍従長とされている。これは天皇以外の皇族は、皇太后・皇嗣に関しても「皇太后宮大夫」「東宮大夫」であり、侍従の名称が使われないことに鑑みれば、上

155) 有識者会議・前掲注 152)7 頁以下。

156) 有識者会議・前掲注 152)14 頁。

157) 「第百九十三回国会衆議院議院運営委員会会議録第三十一号」3 頁、7 頁〔菅義偉発言〕(平成 29 年 6 月 1 日)。

158) 前掲注 157)3 頁〔菅義偉発言〕。

159) 前掲注 157)7 頁以下〔横島裕介発言〕。

160) 「第百九十三回国会参議院天皇の退位等に関する皇室典範特例法案特別委員会会議録第二号」5 頁〔菅義偉発言〕(平成 29 年 6 月 7 日)。

皇は天皇と同等の性質が認められていると判断できる。

このような法適用体系を見るならば、上皇は国家機関としての「天皇」の地位を退いても、なお法的身分は天皇と見ることが妥当であると考えられる。

#### 4 小括

上記から導かれる結論は、天皇は国家そのものを象徴する地位であり、それは日本国という「社会」を意味的に構成する、法以前の事実的な関係を認識し、憲法の規定に具現化させたものである<sup>161)</sup>。そして、その「象徴」たることは、公正無私であること、あらゆる政治的・刑事的責任を問われないことを要求する。3条や4条、あるいは8条の規定はこうした象徴の性質が事実として疑念を持たれ、責任発生の外形が生じることを回避するための保障となる、いわば「制度的保障」<sup>162)</sup>の規定である。つまり、天皇・皇族が実際的な権限を有し得ない制度を作ることにより、政治的問題や責任の外形の発生をも避ける、ということで、天皇及び皇室制度全体の保持を図る趣旨なのである。

一方で、国事行為として規定された権限は、前述の規定が消極的に制度体を保護する規定であったのに対して、積極的に機能を発動させる場を作ることによって制度体を保障する性質の規定である。それは、天皇の象徴たる機能に密接に関係している、内容的には実質的な権限である。そして、量的には、前述の、事実的な構成の機能を働かせるために必要最小限度とされている権限である<sup>163)</sup>。しかし、政治的問題や責任の外形の発生防止を目的とする4条の規定により、国政に関する権

能を持たないので、内閣の助言と承認を待たずに権限を発動し、あるいは拒否することが不可能となる、という関係に立つ。

以後の実務はこの趣旨を徹底した。まず、当初は、認証に効力発生の効果が想定されていたが、以後の実務は効力に影響がない、と見解が変化していった。また、当初は助言と承認を別個の手續と解していたが、以後の実務は、国事行為に対する助言と承認は一個の手續と解し、結果的に、提案に対する承認が生じうる可能性も排除した。ただし、この場合も、積極的な機能の発動の面に配慮して、「実質的に」内閣が決定をしている、などと表現し、権限の所在が天皇にあることが意識されている。

また、私的行為の中から、象徴性が表出する行為として析出された「公的行為」のカテゴリーを設けて、これについては明示的に内閣が責任を負う体制を取るとともに、「公的行為」に該当しない類型の行為である、天皇の私的行為に至るまで「配慮」する責任を負う、と考えるようになった。これは、「公的行為」に対し、内閣が最終的には責任を負う当然の結果である。なぜならば、いかなる行為が公的行為に当たり、あるいは当たらないか、ということは、すべての行為につき把握していなければ、判断できないし、また、国事行為とそれ以外の行為とは異なり、私的行為と公的行為は、判然と区別することが不可能だからである<sup>164)</sup>。

そして、皇族に関しても、天皇の象徴たる性質に密接に関係し、また、皇位継承の可能性がある、という観点から、その行為に公的な性格が認められ、それにつき、責任を負わしめることが妥当でなく、かつ、ふさわしい品格を保持することが要求される制度が採用

161) 同旨、伊藤正己『憲法（第三版）』131頁以下（弘文堂、1995）。このような見方は、国家を社会・政治・法の混合した社会的複合成態と見る尾高朝雄の見解に非常に親和性が高い。尾高朝雄『国家構造論』（岩波書店、1948）参照。そうであれば、尾高→清宮と続く公的行為論の系譜に連なる見解が政府の見解に一致するのは必然とも言える。石川健治「解説」尾高朝雄『国民主権と天皇制』257頁以下所収（講談社、2019）参照。

162) 最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁〔津地鎮祭判決〕の意味における、いわゆる「制度的保障」である。

163) 黒田覚「天皇の憲法上の地位」公法10号1頁、13頁以下はこの問題を扱い、国事行為のみでは、「象徴としての機能の場」として不十分と見る。

164) 佐藤幸治編『要説コンメンタール 日本国憲法』52頁〔日比野勤〕（三省堂、1991）は、天皇の私的行為から政治的な問題が生じた場合にも、内閣の責任となる、と見て、この方向を示唆する。

されている以上は、天皇と同様に、その行為に関しては、私的行為に関しても「配慮」するという責任を負わざるを得ない。しかも、明文がなくても、権利は制限される。皇族は厳密に言えば、天皇ではないから、象徴性を持たないはずであるが、天皇の象徴性に密接に関係しているという理由で、各種の制限や特権が認められているのである。そしてこのような皇族の身分上の特性に鑑み、皇族会議は皇族身分の取得に関する審査を行う機関の役割を担うことが期待され、現行法上、その権能を有している。

しかしながら、前記の根拠に鑑みれば、すべての皇族に等しくこの趣旨が及ぶのではなく、天皇を中心とし、天皇と皇位継承に係る度合いが強いほど、この趣旨が強く及ぶと思われる。それは、天皇との密接な関係により一種の象徴性が派生してくることに鑑みれば当然である。公的行為に関して定義が異なること、また、私的行為に関しては、天皇の私的行為に関しては憲法の趣旨に従うように配慮する責任を負うにもかかわらず、皇族の私的行為に関しては、基本的に関与しないとしているなど、「配慮」に濃淡があるのは、これを示していると考えられる。つまり、象徴たる性質に由来する各種の制約や特権は、天皇と皇位継承からの距離に従い、強弱があり得る<sup>165)</sup>。そして、その制限と特権は、なるべく減少させる方向であるが、明文なく創設されているのが実態である。

こうして見ると、実際には、憲法1条の「国民」と3章の「国民」は意義が異なり、3章の基本的な人権が天皇・皇族にも基本的には及ぶ、とされているのは、むしろ、3章の「国民」に入る、というよりは、皇室典範と皇室令の体系が消失したために、皇族の権利義務関係に関する明文規定を喪失したので、最も一般的な「国民」の身分をデフォルトとして、そこから明文のない天皇・皇族の身分の権利義務の内容を画定する、という営為が行われている、というのが正確ではないかと思われる。

る。

上皇については、特例法においては、「象徴性と権威の二重性」を回避する、という考慮がされている。しかしながら、このような考慮が生じるのは、法律の規定により、現に「象徴性」を失わしめることは、できない、ということを表している。それは、「象徴性」が、事実として、属人的に生じるものであることの当然の帰結である。また、法適用体系は、天皇にほぼ完全に同様であり、人的な法域という観点からは、天皇と同様である、と言ってよい。すなわち、上皇とは、法的な身分は天皇であり、ただ、国家機関としての天皇の地位を退いた人である、ということができる。

### Ⅲ. 裁判例による「天皇」・「皇族」の法的地位の理解

#### 1 最判平成元年11月20日以前の諸裁判例の検討

##### (1) 戦後直後の裁判例の検討

本章では、前掲最判に至るまでの裁判例を含めた、裁判例に見られる理解を追う。この分野の裁判例は少ないため、前掲裁判例に至るまでの展開は、容易に追い難いが、可能な限りで分析をしたい。

まず、戦後直後、東京地裁昭和26年2月19日命令がある。これは訴状を却下する命令である。ここでは、「法の下での平等と云う点より見れば可能である」とはしながらも、「法の目的たる秩序維持と云う観点からすれば夫は明に否定さるべきである。」とされる。それは、「法律秩序維持のための手段として役立たずして、却つて其の動揺と破壊とをもたらすからである。」とし、ゆえに、「天皇は国の安全のために一般に裁判権に服しないと為すべき」とする。しかしながら、括弧書で、財産権上の請求に付ては別途の考慮を必要とすべき理由がある、と留保を付している。そ

165) 成田頼明「天皇・皇族と国内法令の適用」ジュリ933号146頁(1989)は、この方向を示す。なお、同論文は、天皇・皇族に係る一般の法令適用に関し、広く概観しており、本稿の直接の対象とならなかった、法令適用関係に関して紹介している。

して、効果として、訴状の送達不適法の結果をもたらす。この地裁の命令は、財産権に関する請求には裁判権が及ぶ余地を残す。だから、一般にと言いながら、公的な性格に注目しているということができる。

抗告審たる東京高裁昭和26年6月29日命令は、「天皇不適格確認」という訴訟物については裁判権が存しない、とする。ゆえに、「結局においては相当である」とし、理由づけは認めていない。つまり、高裁は、裁判権が一般に及ばない、という結果は認めていないと解される。むしろ、对人的な効力の制限というより、訴訟物という物的な効力範囲の制限である、と解していると言える。

## (2) 東京高決昭和51年9月28日の検討

その後、いくつか裁判例があったようであるが、特殊な事例であるとされている<sup>166)</sup>。その中であって、本決定は皇族の裁判権に関する珍しい決定である。原審は皇后は公的活動に関しては民事裁判権に服しない、として訴状を却下したようであるが、本決定は、「わが国の民事裁判権は、原則としてわが国内にいるすべての人に及ぶのであり、皇后が日本国の象徴であり、日本国民総合の象徴である天皇の配偶者であることは、皇后に対する民事裁判権を否定すべき理由となるものではない」とした。

注目すべきは、原決定が、「公的活動」に関しては、民事裁判権を否定する、という態度を取ったことである。前掲東京地裁命令や、以降で見ると、前掲最判の第一審でも、「公的性格」に注目して天皇の裁判権を否定する、という判断がなされていることから判断すると、少なくとも地裁レベルでは、「公的」性格を有しているか、によって民事裁判権に服するか否かを判断する、という態度が取られていたのではないかと、いうことを推測させる。それではなぜ、公的活動性に着目したか、については、次節で論じる。

これに対して、高裁がこの視点を導入しなかったのは、公的活動に関しても民事裁判権は及ぶ、と解したか、名誉職活動は公的活動

ではない、と判断したかのいずれかと見られるが、公的活動性に言及がない以上、前者である可能性が高い。しかし、本決定から、天皇に関して一定の帰結を導くことも困難である。

## 2 最判平成元年11月20日の検討

本判決は天皇の民事裁判権との関係について判断した最初の最高裁判例とされる。事案としては、千葉県が昭和天皇の病氣平癒の祈願のため、記帳所を設けた行為にかかる予算支出行為が違法な財政的支出である、として千葉県に代位して、千葉県知事を被告として、また、これによる不当利得返還債務の相続を理由に、天皇を被告として訴訟を提起した、というものである。以下では下級審の段階から分析を進めていく。

### (1) 第一審 千葉地判平成元年5月24日 (民集43巻10号1166頁)

日本国憲法において天皇は日本国民の総意に基づき日本国及び日本国民の統合の象徴とされ、内閣の助言と承認に基づいて国事行為を行うものとされている。かかる天皇の象徴という特殊な地位に鑑み、公人としての天皇に係わる行為については、内閣が直接に又は宮内庁を通じて間接に補佐することになり、その行為に対する責任もまた内閣が負うことになるので、天皇に対しては民事裁判権がないと解すべきである。

天皇が記帳所において国民から病氣平癒の見舞いの記帳を受けるということは、天皇の象徴たる地位に由来する公的なものであり、したがって天皇の右地位を離れた純粹に私的なものであるとみることはできない。

ここでも「公的性格」に注目している点<sup>167)</sup>が、重要である。つまり、民事裁判権一般に対する判断をする姿勢は示されておらず、公的性格を持たない、「純粹に私的な」関係における裁判権には服しうる、という理

166) 岩淵・前掲注42)402頁は、判例集未掲載のいくつかの裁判例を挙げている。

167) 森英樹「判批」法セ419号120頁、120頁(1989)は、「公的」と言えるかに疑問を呈する。

解を示しているのである。そして、公的な行為に関しては民事裁判権に服しない理由として、内閣・宮内庁が天皇を補佐し、その責任を負うから、天皇に別途、責任を負わせる必要がないため、裁判権がない、という実質的な論拠を挙げ、公的な行為から私人に損害が生じた場合の私人の救済につき配慮をしていると解される。つまり、私的な行為は内閣・宮内庁が責任を負わないから、このような救済のブランクが生じうる点を考慮したと思われる。つまり、上記のような地裁レベルの判断の背景には、救済に関する実質的な考慮が潜んでいた、と言えるだろう。

しかしながら、前章で検討したように、宮内庁、最終的には内閣は、天皇・皇族の私的行為についても、「十分配慮する」という責任を負うため、必ずしもこれだけでは、公的活動に限り裁判権に服さない、とする論拠とはならない。しかも、これはそもそも責任を負わないという責任のレベルの問題であり、裁判権には服する、ということではないか、という問題がある<sup>168)</sup>。

(2) 控訴審 東京高判平成元年7月19日  
(民集43巻10号1167頁)

日本国の民事裁判権は、国際慣例や国際法上の原則により例外が認められている、外国国家及び治外法権者を除き、本来わが国にいるすべての人に及ぶべきものである。しかしながら、天皇は、日本国憲法において、主権者である日本国民の総意に基づく、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴という地位にあるとされているから、主権者である一般の国民とは異なる法的地位にあると解せられる。もとより、天皇といえども日本国籍を有する自然人の一人であって、日常生活において、私法上の行為をなすことがあり、その効力は民法その他の実体私法の定めるところに従うことになるが、このことから直ちに、天皇も民事裁判権に服すると解することはできない。仮に、天皇に対しても民事裁判権が及ぶとするなら、民事及び行政の訴訟において、天皇といえども、被告適格を有し、また証人

となる義務を負担することになるが、このようなことは、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であるという、天皇の憲法上の地位とは全くそぐわないものである。

そして、このように解することが、天皇は刑事訴訟において訴追されることはないし、また、公職選挙法上選挙権及び被選挙権を有しないと、一般に理解されていることと、整合するものというべきである。

控訴審では、これまで地裁レベルで見られた、「公的活動」という視点がなくなり、天皇の民事裁判権一般の問題として捉えていることが分かる。民事裁判権は「わが国にいるすべての人に及ぶべき」という一般論を確認した後で、天皇の法的地位が一般の国民とは異なる、とする。そして、私法上の行為一般には実体法の効力が及ぶと解し、それゆえ、私法上の責任の発生は認めるようでありながらも、そのことだけでは民事裁判権に服するとは解さずに、天皇の「象徴たる地位」にそぐわない、としてこれを否定している。その際の論拠は、第一次的には、①民事裁判権に服すると被告適格を有すること、②証人義務を負うこと、そして副次的に、③刑事訴訟上の特権との権衡、そして④参政権を有しないこととの整合性、の4つの論拠を挙げる。

それぞれ検討しよう。まず、③は論拠とならないように思われる。なぜなら、不訴追特権ならば国務大臣や会期中の国会議員も有しているが、これらの人々が民事裁判権に服さない、という理解は皆無だからである。だから、これは③と④をあわせて、その背後にある論理が根拠とされていると言わなければならない。そうすると、刑法232条2項の根底にある考えと同様に、やはりそもそも裁判手続自体に関与することが尊厳を害すること、そして、裁判を通じてその訴訟追行の当否等により政治的な問題が生じうる危険性が考慮されているのである、と考えられる。

②の証人義務を負うことが「象徴たること」を害する、という根拠になるのは、刑法232

168) 日比野・前掲注25)15頁。

条2項等の訴訟に関する手続との類推で言えば、1) 被象徴者たる国民の有利・不利になる証言を行うことが象徴たる性質に反する、ということになろうが、2) 証言をした場合に、その内容が誤っていれば、なんらかの政治的・刑事的責任が発生する外形が生じ得ること、かもしれない。3) そもそもなんらかの義務を負う、ということが象徴たる性質に反する、ということもできるかもしれないが、これは、憲法98条が憲法擁護義務を定め、天皇がこれを負う以上、なんらかの義務を負うこと自体は象徴たる性質に反しない、というべきだろう。結局、1) あるいは2) またはその両方が根拠であると思われる。

そして、①については、「訴えられる」＝「責任がある」という外形を発生させる可能性が顧慮されていると考えられる。ただ、ここでは「被告適格」と言い、「原告適格」を否定しなかった点は一応注意に値する。後に述べる最高裁の趣旨は、原告適格をも認めない判断と解されるが、この高裁の判断は、「原告適格」は理由に入れていないため、原告として「争いに関わる」ということは認めるかにも解される。しかし、原告適格を認めれば、反訴被告となる可能性を認めざるを得ないのは前述の通りであるから、本判決も原告適格をも認めない、と解するのが自然であろうと考えられる。だから、やはり本判決も「争いに関わる」こと自体を認めないものである。

### (3) 上告審 平成元年5月20日第二小法廷判決(民集43巻10号1160頁)

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。したがって、訴状において天皇を

被告とする訴えについては、その訴状を却下すべきものであるが、本件訴えを不適法として却下した第一審判決を維持した原判決は、これを違法として破棄するまでもない。

以上のような一審、控訴審の分析を前提に<sup>169)</sup>最高裁の判断を分析すると、本判決の力点は、民事裁判権に服することを選択し得ないことにある、と考えるべきである<sup>170)</sup>。だから、民訴法学説における②の考えは否定されたことになる。外国元首や国家免除との大きな相違はこの点にある。自らの意思によっても裁判手続に関与する可能性を奪っているのである。それは、「訴状を却下すべき」との判示にも見られる。本来、裁判管轄権の存在は訴訟要件だから、訴状審査の段階でなく、訴訟要件の段階で判断されるべきである<sup>171)</sup>。しかし、訴状が送達されてしまうと、そこから訴訟に関与し、場合によっては、応訴により裁判権免除を放棄したような外形が生じるのである。もちろん、本件の最判の解釈からすれば、応訴した場合も裁判権を及ぼさないと考えられるが、それと外形の発生は別の問題である。

そして、こうした見解は親告罪の場合に告訴権を与えない刑法の選択とも一致する。つまり、この点で、現行の法体系は、一貫して「裁判に関与すること」そのものを拒否している、と解することが可能である。そして、これは制憲時以来の政府の一貫した見解と一致する態度であり、裁判所が統治機構に関しては、謙抑的な判断を行っている、とも言えよう。

169) 本件の調査官解説である岩淵・前掲注42)400頁は「原判決が…比較的详细な理由を述べており、本判決がこれをさらに否定していないことは、本判決の考え方を理解するうえでも参考になる」とする。

170) 岩淵・前掲注42)400頁も「放棄ということは考えられない」として、同様の指摘をする。

171) 梅本・前掲注40)263頁はこれを最高裁の誤りとして指摘するが、本稿はそう捉えない。なお、本件の訴状は一旦地裁で却下されており、東京高裁平成元年4月4日決定(判時40巻1～4号34頁)は、「天皇の法的地位に基づき、本件訴状の送達が可能であることを意味するものと解する余地があるとしても、右の法的地位が直ちに訴状の送達を不可能とするものとはいえない。仮に天皇の法的地位及び本件請求の内容に照らし、右請求を不適法とすべき事由があるとしても、右は訴えを却下すべき事由に該当するものであって、これを訴状却下の根拠とすることはできない。」として却下を不適法として本件の裁判に至った経緯があり、最高裁がこれを踏まえずに判断したとは考えられない。

## IV. 「天皇」・「皇族」と裁判権

### 1 「天皇」と責任・裁判権

上記を通して見えたのは、「天皇」には、まず、刑事面では、刑法の適用を受けず、刑事上の責任は発生しない、刑事裁判権の対象ともならず、刑事手続法の適用も受けない、ということである。対して、民事上の責任は発生する、しかし、民事裁判権の対象とはならない、それどころか、主体的に訴訟に参加する意思を表明したとしても、これに参加することはできない、という結果である。これは、そもそも「争いに関わる」ということ自体が、「象徴たる性質に反する」という思考の帰結にほかならない。そして、このような規範は、当然に「争いになるような行動をしてはならない」という行為規範をも要求すると考えられる。そのように想定された「尊厳」は、裁判制度に参加することを認められた、そして、そのような制度に能動的に参加しうる能力を証明した、という意味での「尊厳」とは、まったく異なる論理と言わなければならない<sup>172)</sup>。ここから、近代法が前提する「身分」とはまったく異質な「身分」の性質を見ることが可能である。それが、この皇室が憲法に認められたという法的事実が、古い身分制の「飛び地」の承認として捉えられ、正調の「制度体保障」と称される由縁であると考えられる<sup>173)</sup>。沿革的に見ても、憲法1条・2条は制度体保障の規定であり、3条・4条・6条・7条・8条はその制度的保障なのである<sup>174)</sup>。

さて、ではこのような法適用の特例を認められた場合に具体的に不都合が生じないか、が問題となる。地裁レベルではこの点にもつぱら配慮が向けられていたと考えられることは、先に述べた通りである。しかしながら、私的行為に関しても、宮内庁・内閣の責任が及ぶ、という理解からすれば、天皇の私的行為から生じた損害に関しては、国家賠償法1条により、宮内庁・内閣の責任による損害として国に賠償を求めることが可能である<sup>175)176)</sup>。この点で、私人の保護に欠ける点はなく、その結果として、国が獲得する求償権の相手方は、宮内庁長官あるいは内閣総理大臣となる。結局、天皇に責任が生じる外形は存在しないから、象徴性に反する事態は生じない。

つまり、このように、裁判権が及ぶことを認めなくとも不都合が生じないということ的前提にして、憲法1条・3条・4条の趣旨である、「責任の外形の発生の回避」と、訴訟追行等から生じうる「政治的問題の発生の回避」を徹底しようとしたのが、前掲最判の結論であり、それは、制憲時には想定されていなかったが、政府の制憲時以来の構想に合致するものであった。

ここから考えれば、刑事手続面では、刑事責任は発生せず、刑事手続に係るすべての処分は、天皇自身の責任に係る場合は責任の外形を発生させ、他人の刑事責任に係る場合にも、「争い」への関与の外形を生じさせ、あるいは、証言等の内容により、政治的な問題や、それによる責任の外形が発生し得るから、これは許されない<sup>177)</sup>、と解すべきであろう。

172) 対等な当事者の対立に対し、中立な第三者が審判を下す、という意味での「裁判」が日本では、近代に至るまで存在しなかったことが、影響しているかもしれない。

173) 石川健治『自由と特権の距離（増補版）』162頁以下（日本評論社、2007）。

174) II参照。

175) 責任が発生しているが、それは訴求できない、という状況が存在すれば、その状況を発生させた機関の固有の責任を追及できる。この意味で、「訴求できない責任」は、無意味なものではない。そもそもこのような責任が生じていないとすれば、このような訴求は不可能である。

176) 佐藤幸治『日本国憲法論（第2版）』554頁以下（成文堂、2020）は、宮内庁長官が訴訟担当者となる制度を採用すれば、天皇が当事者とならないから天皇について発生した責任に関する事件を裁判することも可能と解するが、このような方式は認められるだろう。戦前の制度と同様である。

177) もし、証言の内容から政治的な問題が発生しないようにするため、証言内容は内閣が事前に承認したものに限る、というような制度を採るとすると、行政権と司法権の間の権限分配の問題を発生させかねないし、また、

民事手続面からは、責任の発生は認められる。しかし、それと責任の外形は異なる。裁判への関与が責任の外形を発生させるから民事裁判権に服さない、とすれば、その他の義務を負うこともあり得ない、と解すべきであろう。民事執行も同様である。責任を負う外形を生じさせ得ないことから、破産手続に関しても同様に解すべきである。

つまり、天皇は完全に裁判権に服さない。

## 2 「皇族」と責任・裁判権

皇族、という身分は、天皇の地位に即く可能性を有する者及びその配偶者・嫡出卑属である者の身分、として特定される。その地位は、出生によるものについては、単純に血縁のみでなく、婚姻に関する皇族会議の決定を経た正式な婚姻を原因とする出生による取得に限られている。出生以外による取得はやはり皇室会議の決議を経た婚姻による取得に限られる。さらに、皇族会議は懲戒的な皇籍離脱の決定を行うことも可能である。つまり、皇族会議が皇族身分の取得に関しては監督機関の役割を果たすことが期待されている。だから、責任の所在に関しても、第一次的には皇室会議が判断するという制度になっていると解し得る。

そして、皇族も例外的規定なき限り一般規定の適用を受けるが、その身分上、実際には不明確ながら天皇に準じて明文・不文により法令の適用が制限されている。裁判権に関しても「争いに関与しない」・「政治的問題を発生させない」趣旨は、天皇と同様に及ぶから、天皇と同様の例外的性格を認める必要がある。しかしながら、その例外的性格の強さは、Ⅲで見たように、①天皇との親族関係の近さと②皇位継承の可能性の高さにより規定され、強弱があるものとされている。だから、その制限の判断は、こうした①・②の要素に加え、③「責任の外形の発生回避」の必要性（実際に責任が発生する事態の回避の趣旨をも含む）と、④内閣の責任の及び方と

いった要素をより実質的に衡量して判断すべきである。

つまり、皇后・皇嗣は天皇の配偶者、あるいは天皇の予定者ということで、特に象徴性との連続性に強く配慮する趣旨が及ぶ。これは刑法 232 条 2 項から明らかである。しかしながら、他の皇族については、私的行為に関する宮内庁の関与は天皇や内廷皇族に比べれば薄い。それゆえに、内閣が私的行為に関しても責任を最終的に負う体制が整っているとはいえ難いから、天皇と同様に扱うことはできない。

以上のような理由で、まず、天皇に準じて扱われる三后と皇嗣、に関しては天皇と同様に民事責任の発生を認めながらも民事・刑事の裁判権に服さない、と扱う必要がある、と考えられる。これは刑法 232 条 2 項により、告訴権が奪われる代償と見ることができよう。特に皇嗣に関しては、刑事責任は発生しない、と考える必要が高い。なぜならば、天皇に即位した際に、刑事責任が発生していない状態であるという外形がある必要があるからである。もし発生していたが、刑事訴追を受けないにすぎない、と考えられるような外形が発生すれば、それは責任の外形が生じたことになるからである。さらに、典範 11 条 2 項の「やむを得ない特別の事由」があっても、適用されないの、これに関する実質的な対処は、皇族会議による、皇位継承順位の変更やそれに続いて行われる懲戒の趣旨の皇籍離脱により考慮すべきである。

他の皇族に関しては、皇位とのつながりが薄いから、刑法の適用は及び、刑事裁判権には服しないと考え、皇籍離脱の後で刑事裁判に服する、と考えるのが妥当であろう。皇室典範 21 条が摂政について「訴追されない」と明定していることは、その他の皇族の場合は及ぶのではないかと、という反対解釈を導くから、これは採用し難い、という難点があるが、21 条の規定は、確認的な規定であると解すべきである。また、皇位継承順位との関係で遠い皇族が摂政に就任する場合が想定さ

例えば、宣誓義務を免除するとか、政治的問題に発展しうる証言は拒絶できる特権を付与する、というの、実体的真実発見の面から考えるならば、妥当とは思われない。

れて、明確な規定が必要となった、と解することもできる<sup>178)</sup>。在任中の行為につき退任後に訴追を受ける可能性がある、という政府の見解は、退任後に皇族の身分を離脱せず、そのままの身分で訴追を受ける可能性に関しては何も語っていない、と解釈すべきである。明文がないにもかかわらず、このような特権を認めることに対する批判に対しては、権利面でも明文なく、「象徴としての性質」から、選挙権や被選挙権が奪われることから、義務面でも明文がなくとも、同様に「象徴としての性質」から、特権を認めることは必ずしも権衡を失せず、また、皇籍を離脱させられるという重い制裁が存在し、かつ、その後には刑事裁判権に服することを考えれば、認めてもよいと思われる。

その他の刑事法上の処分については、証人義務に関しては証言内容によっては政治上の問題が生じる可能性があるから、否定に解し、その他の強制処分も刑事裁判権に服すると解すると、責任の外形が発生し得るから、行えない、と解すべきである。任意処分は、公開の法廷で証言する場合に比べれば政治的責任が生じる危険は低い、なお危険を排除できず、認められないと解される。戦前との均衡が問題となるが、戦前は皇族は軍人になり、貴族院議員ともなる慣例であり<sup>179)</sup>、日本国憲法下と異なり、責任が発生し得る地位につくことは予定されていたから、そもそも「責任の外形の発生回避」という考慮は及ばない。つまり、責任の外形の回避という趣旨の強度が異なるから、戦前の規定との均衡は、ひとまず問題とならないのである。

民事裁判権に関しては、前述の通り裁判権に服する者に対しては、何人に対しても訴えを提起することができるから、裁判権に服することを認めると、濫訴のおそれがある。ただし、これは裁判所がまったく理由がなければ

ば訴え却下判決をすればよいから、それだけでは理由にならないのは前述したとおりである<sup>180)</sup>。だが、もし手違いで手続に参加する行動を取った場合には、裁判権免除を放棄したと解される可能性も生じ、また、訴訟追行を行うことは政治的問題や責任の外形を生じさせ得るから、妥当でない。前掲最判の、原告適格を有しないと判断の趣旨に鑑みれば、この要素が重要だろう。だから、責任の外形発生回避の趣旨が強く及び、内閣の責任が全面的に及んでいる、三后・皇嗣・内廷皇族には裁判権が及ばない、と解するのが相当である。しかしながら、内閣の責任が及ぶ範囲が異なるため、宮家に属する皇族に対しては、民事裁判権も及ぶ、と解する必要がある。なぜなら、一般に、民事責任は刑事責任よりも軽微であり、皇籍離脱をさせてから責任を問うまでの必要は存在せず、典範11条の「やむを得ない事由」と認定することはできないし、また、民事責任を生じる事由があると、常に離脱させる方法を取ることになると均衡を失する結果になるからである<sup>181)</sup>。

皇族たる身分取得前に発生した責任は、もちろん内閣の責任が及ばないから、この責任に関する訴訟については、裁判権が及ぶと考える必要があると思われる。なぜならば、私人の救済の面から考えると、この場合に皇室会議の決議が刑事的責任はともかくとして、民事的責任発生事由が存在しない担保の趣旨までも含むかは、極めて微妙であり、これにより、皇室会議の責任に起因するとして国家賠償を認めることは、因果関係という要件面からも、困難である。皇族たる身分の取得により民事上の賠償請求が不可能となり、損害を被った、という構成が考えられるが、現行法の下では婚姻による以外の後天的な皇族身分の取得原因は認められていないから、この場合は皇位継承の可能性の考慮は及ばない

178) 現行皇室典範上の摂政の不訴追特権は国務大臣の不訴追特権との権衡で規定されたものであり、沿革的には、摂政令4条の規定に遡る。

179) さしあたり、酒巻・前掲注27)61頁参照。ただし、戦前でも皇族が裁判に巻き込まれるような事態を想定することが避けられたのは勿論である。それが理由で皇室裁判令は長く制定されなかった。高久嶺之介「大正期皇室法令をめぐる紛争(上)・(下)」同志社大学社会科学32号159頁(1983)、34号106頁(1984)参照。

180) I 3(1)参照。

181) 無論、訴訟追行に関する危険は常に存在するから、成田・前掲注165)152頁が示唆するように、明確な法整備が必要と考える。

と解され、その分責任の外形の発生回避という目的を後退させ、民事裁判権が及ぶ、と解するほうが簡明である。そのため、皇位継承の可能性が存在する皇籍復帰が、法律上認められた場合、その場合は別段の考慮を必要とし、責任の外形発生回避の目的を優先し、その皇位継承との近さに対応して、民事裁判権が及ばない、と解すべき場合があり得る、とするのが妥当である。

そして、上記のように責任と救済の分配を考慮し、その均衡が保たれる範囲でのみ、憲法第1章の趣旨に則り、天皇・皇族と裁判権の関係を特別の関係に置くことが可能であると解することによってのみ、現行法体系上の構造と最高裁の判断から論理的に導かれる結論と、合理的な理由のない区別を排除する平等原則という憲法上の諸原則を調和させることが可能である。

## V. 結論

上皇の法的地位は、裁判権との関係では、IVに見た責任と裁判権の適用の両方から見る必要がある。諸外国の例では退位した国王は民事・刑事の両方の責任を負い、裁判手続にも入らされるという制度設計が多い<sup>182)</sup>が、今回は、こうした比較法的な視座を離れて現行法体系の分析を行う。

上皇の法的地位は、法的身分としては、天皇であり、国家機関としての天皇の地位を退いたものと見るべきである<sup>183)</sup>。それゆえに、法的な取扱いとしては、「天皇」たる法適用が通用し、したがって、裁判権は上皇にも及ばない。これは刑事にも民事にも共通する。それゆえ、刑事責任は上皇にも発生しな

い。

この結論を実質的に支持する論拠は、前述の要素を検討すれば、もし、②国家機関としての天皇の地位を退いた後に裁判権が及び得るという結論を認めると、それが天皇在位中の行為に基づいた責任を原因として訴えるものであれば、天皇に責任が発生していたという外形を生じさせる可能性があり、また、退位後の行為により責任が生じることも、「天皇」の地位にあった人が責任を負う、という意味で、天皇が責任を負う外形を生じさせる可能性があり、また、③皇位継承の可能性は希薄であるものの、①天皇位との密接性でも、上皇は、かつて機関たる天皇の位にあった人であり、天皇たる人の父である点で、天皇の配偶者である皇后や天皇の母である皇太后と同等以上の密接性を認めることができる、という点に求められる。

そして、このような結論は、伝統にも適う<sup>184)</sup>。

## VI. 跋

上記の論旨は実定法制を観察し、歴史的・実定法的な素材から抽象して得られた理論から論理的に得られる結論を論述したものであり、憲法第1章の現実的機能の説明に対しては、それなりに説得力ある議論として、十分に成立し得るものである。しかしながら、それゆえの限界があることもまた、事実である。例えば、憲法の所期する理念に関する諸構想に関しては、意図的に論及を避けた。それは、まず、その前提として、現実の法動態を認識する必要がある、という当初の問題意識の結果である。さらに、本論考は制憲時以

182) たとえばベルギーでは前国王に対し認知訴訟が提起され、スペインでは前国王は刑事訴追される可能性がある。なお、ドイツにおける退位後の君主と裁判権については、vgl. Gescher, Der Thronverzicht, 1. Aufl., 1919, S. 48ff.

183) II 4 参照。

184) 春名宏昭「太上天皇制の成立」史学雑誌 99 卷 2 号 157 頁 (1990) 参照。古代の天皇は退位後に太上天皇となっても変わらず同等に天皇であり、天皇としての権限を有していた。9 世紀に入り、太上天皇を辞退し、新天皇から太上天皇号を宣下される、という形式を取るようになるが、「太上天皇を辞退」する、ということは、一旦は太上天皇であったということであり、中世になっても、天皇退位後の太上天皇に対する尊号宣下の場合の詔書上の表現と、不登極帝としての太上天皇の尊号宣下の場合の対象者の詔書上の表現も厳密に書き分けられていることを通じこれが認識できる、とする。箕敏生「太上天皇尊号宣下制の成立」史学雑誌 103 卷 12 号 2039 頁 (1994) も参照。

来の行政の実践を司法権が敬讓した領域を満たすために活用したが、絶えず続くその歴史的運動は、立法事実ならぬ「立憲事実」を变容させている可能性もある。だから、本稿が示したのは、ひとつの観察点からの、時代という制約を受けた、仮説にすぎない。しかし、その仮説は、現在の実定法という所与の前提からは、証明されたものであると、信ずる。

### \* 謝辞

本稿は筆者が令和2年度に執筆したりサーチペーパーに加筆・修正を施したものである。

指導教官たる恩師・石川健治先生には憲法講座の伝統に則り「不指導の指導」として自由放任を貫き、筆者の一種独特なスタイルを温かく見守っていただいた。だが一方で、演習の場におけるご指導や、银杏並木での邂逅の折の懇切なご教示などの明示的なご指導から、先生の振る舞いを拝見して看取される学問的姿勢に至るまで、陰に陽に多大なご薫陶を給わった。この場をお借りして厚く御礼申し上げます。この場をお借りして厚く御礼申し上げます。

本稿は筆者の執筆した初の論稿であり、至らぬ点が多いが、筆者が自由に泳いだ結果としてなんとか到達した地平であり、ご海容のうえ、今後の進境を見守っていただきたく思う。

(あらい・けんしろう)