

新旧憲法の継続性

——天皇制を焦点に——

松 村 昌 廣

キーワード：立憲君主制，国民主権，天皇主権，君主大権，緊急事態

今日、わが国は政治，経済，社会の様々な分野で非常に深刻な機能不全に陥っているように見えるが，その根本的な原因はどこにあるのか。もちろん，各々の分野において個別具体的な原因はあるのだろうが，個別分野の機能不全がシステミックに連鎖し増幅する一方，社会全体が強い閉塞感に包まれている現状を考えると，国家の基本法である憲法が上手く機能していないのではないかと疑問が生じる。確かに，米国では四年毎の大統領選において，半ばお祭り騒ぎのなか国中で老若男女が外交・安全保障政策から同性愛など社会問題に至るまで喧々諤々論じ，その際必ずと言っていいほど憲法論争となる。つまり，米国では憲法が人々の生活の中に生きているといえるだろう。他方，わが国では日本国憲法を巡って全くそうした状況にはなく，憲法典として存在していても，実践での慣習と乖離しているのではないかと懸念される。いかにすれば，日本に十全機能する憲法を甦らせることができるのだろうか。

本稿はこうした問題意識を踏まえて，妥当と思われる西洋政治思想史的，政治学的視点を伏線として用いながら，わが国は一体どのような国家であるのか，その基本秩序はどのようなものなのか，その背後にある根本規範はどのようなものであるのか，これらの疑問を大日本帝国憲法（以下，旧憲法）と日本国憲法（以下，新憲法）のテキストを用いて分析する。その際，新旧憲法の間に継続性があるのか否か，逆に言えば，戦後日本国は新

たに生まれ変わったのかを新旧憲法における天皇制の在り方に焦点を絞って考察する。

1. 分析の焦点——新旧憲法に継続性は存在するか

憲法とは国家の根本規範、つまり国家の基本秩序の構成を表現している法であり、一国家の法体系上、他の規範（法）に対して明確に優越し且つ最高法規性を有していることはいうまでもない。逆に言えば、こうした最高法規性を有する規範である限り、当該規範は憲法の名称を有さなくとも実質的な憲法なのである。さらに、最高法規性の機能を持つならば、憲法は法典の形式ではなくとも慣習法の形式をとっても構わない。実際、英国は近代国家の中で最も早くから立憲君主制、議会制民主政治を発展させてきた国であるが、周知のように「憲法」と表記された成文法を持たない。しかし、英国には憲法があり、それは不文憲法（不成典憲法）の形で存在する。（より正確に言えば、英国の憲法の大部分は人身保護法、王位継承法、議会法など、様々な成文法からなり、この部分は「憲法」と名がつく法典がないという意味で不成典憲法を構成している。他方、英国の憲法の一部は慣習に基づく権力、国王の権能、貴族の権限、儀礼の様式からなる不文憲法である）。

こうした視点からわが国のケースを捉えたと、わが国は歴史的に見て文字による記録が存在する以前より今日まで千数百年以上、継続的に同一の家系の天皇を戴く国家秩序を維持してきており、その意味で天皇制を中核とした国家の基本秩序は極めて自生的である。⁽²⁾歴史的には、天皇の正統性は神話の時代に遡る祖先神から血統を脈々と継承してきたことにより、呪術的・宗教的なものを含む精神的・思想的・文化的な権威に基礎付けられてきた。つまり、歴史的には、天皇制はそうした正統性を受容するとの慣習に根拠を求めることができる。明治維新を経て、明治政府は近代化を押し進めるなか、1889年（明治22年）に大日本帝国憲法を發布し、その中で初めて天皇制を成文化した。⁽³⁾その後、わが国は第二次世界大戦（大東亜戦

争、太平洋戦争）に敗北し、連合国の占領下において、大日本帝国憲法を連合国が作成した原案に若干の修正を加えたのち、形式的にはその改正手続に従い、日本国憲法として全面的に改正した。確かに、新旧憲法を通じて天皇制は維持されたものの、旧憲法は天皇主権を規定していた一方、新憲法は国民主権に基づいているなど、実質面で両憲法は根本的に異なっており、これまでのところ両憲法の断絶を強調する捉え方が支配的である。管見では、総じて戦後の憲法学は半ば無批判に断絶性を前提に議論を展開してきており、主として米国による占領の下で米国流のリベラルな政治思想の移植により、戦後全く新たに日本国憲法が始まったと捉えてきたように思われる。

しかし、このような旧憲法を無視した新憲法研究には問題はないのか、新旧憲法には何らかの継続性が存在するのかとの疑問から本稿は構想された。以下、旧憲法から新憲法への改正手続と両憲法下における天皇の地位・役割・機能の変化に焦点を合わせ考察する。

2. 憲法の本質

憲法は本質的に慣習法である。つまり、不文憲法や不成典憲法であっても、それが法的確信をもって実践され且つ反復・継続されておれば、そうした法的確信が広く一般的に受け入れられていることになり、憲法は有効に機能している。他方、いくら憲法典の形で存在しても、そうした法的確信がなければ、憲法典は言わば空証文に過ぎない。典型的な例は、旧ソ連、中華人民共和国、朝鮮民主主義人民共和国の憲法典である。これらの国々の憲法典は充実した人権規定を有しているが、これらの国々で人権が不当に蹂躪されてきた状態を踏まえると、それらの人権規定は有効には機能していないといえる。更にこれらの憲法典のなかにおける人権規定の枢要性に鑑みると、憲法典全体が単なる紙切れと化していると捉えても過言ではない。

明治維新までの日本は成典憲法を持っておらず、天皇制は伝統と慣習、

つまり慣習法に基づいていた。この慣習法には当然、成典憲法を持たないことも含まれていたから、突然「成典憲法」と称するものを作文しても、それは単なる紙切れにしかすぎず、規範としては有効とはなりえなかった。慣習法の根本にある伝統主義(traditionalism)では、慣習法が有効である限り、過去になされたことを現在も未来も永遠に継続して行わなければならない、明治維新後のわが国の人々(ここでは、まだ所謂「国民」は成立していない)が過去の慣習法から断絶した成文憲法を受容する余地は全くなかったと思われる。

逆に言えば、この時代、わが国で初めて人々に成典憲法を受け入れさせるためには、伝統的な慣習憲法の枠組みの中において、より上位の根本規範により成典憲法の正統性を確認し、その有効性を広く一般に受容させねばならなかった。そこで、大日本帝国憲法を發布するに際して、明治天皇は臣民ではなく、皇祖(天照大神)、皇宗(歴代天皇)、皇考(明治天皇の父、つまり孝明天皇)に対してその内容を誓約する告文^{こうもん}を出したのである。実際、大日本帝国憲法は第一条では「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」で天皇主権を定め、第二条「天皇ハ神聖ニシテ犯スヘカラス」で天皇を神格化し、第三条で「国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬ス」と天皇を統治主体と規定した。こうした意味で、大日本帝国憲法において最も重要な「第一章 天皇」は、慣習法を成文化したに過ぎないとも言える。

ただ、この成文化は単にそれまで曖昧であった慣習をできるだけ中立的に文言化したというものではなく、当時極めて侵略的な西洋帝国主義列強に対して日本のサバイバルを賭けて、近代化実現の手段とするとの明確な意図をもって、慣習を修正或いは歪曲してなされたと捉えるのが妥当であろう。この点、極めてスタンダードな西洋政治思想的分析を用いれば、旧憲法「第一章 天皇」が西洋におけるキリスト教に擬した形で「天皇教」ともいえるものを作り出したと捉えることができる。⁽⁴⁾

西洋近代国家では、キリスト教と結びついた王権神授説(divine rights of kings)が登場するが、この説は予定説(predestination)により「神の前の平等」が広く受容され、否定された。⁽⁵⁾ また、ウェーバー理論に依拠すれば、

近代化を推進するために不可欠な資本主義が本質的に「予定説」によるエートス (ethos) の変化によってもたされたという意味で民主制と表裏一体であると捉えられる。伝統主義の世界では、慣習と現状が永続し、「永遠の過去」が続くから、必要以上の富の蓄積やそのための労働は行われない。他方、「予定説」の下では、神に救済されるか否かは神によって予め決められており、人がいくら努力しても変えることはできない。だからこそ、自分が神に救済される予定を証明しようとして、却って人々は懸命に努力して経済的に成功しようとする。つまり、労働は極めて宗教的な活動であるといえる⁽⁶⁾。

こうした視点からは、旧憲法は「キリスト教の唯一絶対神」を「現人神である天皇」⁽⁷⁾に、さらに「神の前の平等」を「天皇の前の平等」に置き換え、立憲に必要なキリスト教の代替物として天皇制を利用したと分析でき⁽⁸⁾る。つまり、「予定説」における神と個人の間の関係を、天皇と臣民の關係に置き換えれば、「どんなことをしても日本は栄える」「天皇教を信じれば、もう怖いものはない」「日本の繁栄は神代のときにすでに予定されている」となり、戦前のわが国において旧憲法を遵守した慣習の強靱さを説明できる。ただし、「天皇教」が資本主義のエートスを産み発展させることはないから、明治政府は全国の小学校に二宮尊徳（金次郎）の銅像を建てることによって勤勉と労働を奨励せねばならなかったと言えよう⁽⁹⁾。

歴史的に、慣習法に基づいていた天皇制は、旧憲法において、その慣習法を成文化したが、果たしてそれは新憲法の下でどのように変わったのであろうか、それとも変わらなかったものであろうか。

3. 旧憲法から新憲法への改正

新憲法は旧憲法上諭第五段「将来若此ノ憲法ノ条項ヲ改正スルノ必要ナル時宜ヲ見ルニ至ラハ朕及朕カ継続ノ子孫ハ發議ノ權ヲ執リ此レヲ議會ニ付シ議會ハ此ノ憲法ニ定メタル要件ニ依リ之ヲ議決スルノ外朕カ子孫及臣民ハ敢テ紛更ヲ試ミルコトヲ得サルヘシ」及び第七三条「将来此ノ憲法ノ

条項ヲ改正スルノ必要アルトキハ勅令ヲ以テ議案ヲ帝国議會ノ議ニ付スヘシ」に基づき、その改正手続に則って制定された。しかし、新憲法は、天皇主権に立脚する旧憲法とは異なり、国民主権に立脚している。また、旧憲法は上諭第五段に明示してあるように、部分的改正しか想定していない。したがって、旧憲法の全文を改正した新憲法は旧憲法の改正手続によって有効に成立しようとすることは甚だ困難である。

さらに、これまで戦後わが国憲法学における有力な学説（「革命有効説」）によれば、新憲法は実質的に旧憲法の改正手続の限界を超えているため有効には成立せず、結局、実質的に新たな憲法として制定されたと捉えられてきた。旧憲法の根本規範（法秩序の一切の規範の根拠となる最後の仮説、最終的な公理）は天皇主権（第一条）、天皇の神格化（第二条）、統治主体としての天皇（第三条）であるに対して、新憲法の根本規範は国民主権（前文と第一条）、基本的人権の最高法規性（第九七条）である。これらの根本規範は憲法の基本的性格を構成し、また憲法の根拠または基礎をなしている。新旧両憲法の根本規範のこのような相異により、旧憲法の改正条項に基づいて新憲法へ改定することはできない。というのは、「法律の制定や改正によって、その法律の上位にあり、その法律の根拠をなし、またその法律の基本原則を定めているところの憲法を変更できないのと同様に、憲法改正によって、その憲法の上位にあり、その憲法の根拠をなし、またその憲法の基本原理を定めている根本規範の部分を変更することは、⁽¹²⁾論理的・法的に不可能である」と考えざるをえないからである。つまり、旧憲法の改正としては、その根本原理を改正することは法律的に不可能であるからである。「(改正)とは、既存の法を前提とし、その既存の法の基礎をなす基本的性格の同一性を保ちながら、これに変更を加えるものであり、法が『改正』を容認し、予想しているのもそのためである」⁽¹³⁾から、憲法が自らの存在を否定するような基本原則を否定する改正は常にできない。したがって、新憲法が旧憲法の改正手続による全文改正を現在において変更することは、旧憲法の基本原理や基本的性格、即ち根本規範を完全に変更したことになり、形式的に旧憲法の改正手続を踏んだからといって正当

な憲法改正とはいえない。

佐藤功は日本国憲法成立時には、既に天皇主権は否定されており、つまり憲法制定権力は国民に移っていたと考えるしかないと捉える。つまり、ポツダム宣言は「最終的ノ日本国ノ政府ノ形態ハ、日本国国民ノ自由ニ表明スル意思ニ依リ決定セラルヘキモノトス」とあり、これは国民主権へ変更することを受託したことを意味するとの論理である⁽¹⁴⁾。憲法的には一つの革命があったということになる。ただし、ポツダム宣言の受諾及び降伏文書の締結は旧憲法第十三条に定める天皇の講和大権に基づいていた。同条が明示するように、講和大権により可能なのは講和条約締結であり、憲法改正でないから、そもそも憲法改正に法的な根拠があるのか極めて疑わしい。さらに、軍事占領下にあった日本国民が日本国政府の形態を決するに際して、その意思を「自由に表明」できたかどうか、具体的に検証する必要がある。一般に、占領下でそうできたかどうか極めて強い疑義がある。この点は、非常に興味深い論点であるが、本稿の設定テーマを大きく外れているので、別の機会に譲ることとする。

また、主権とは①「領土とその上にある人民を管轄する権力」（領土権）、②「国家の意思」、③「国家の意思の性質としての最高性あるいは独立性」、④「国家の意思が構成される場合に、それを最終的に決定する最高の力」を意味する。①～④は密接に関係しており、どれ一つを欠いても主権は存在しえない。①②は論理的に当然不可欠である一方、③がなければ④もあり得ないことに注目すべきである。

新憲法は前文で「主権が国民に存することを宣言」しているが、同憲法が公布された1946年11月3日、施行された1947年5月3日ともに、わが国は連合国軍による占領下にあり、主権を有していなかった。このことは、1952年4月28日に発効したサンフランシスコ講和条約第一条が「(a)日本国と各連合国との間の戦争状態は、第二三条の定めるところによりこの条約が日本国と当該連合国との間に効力を生ずる日に終了する」、「(b)連合国は、日本国及びその領水に対する日本国民の完全な主権を承認する」としていることから明らかである。国民主権は国民の意思を「最終的に決定する

最高の力」であるが、占領下の日本では「最終的に決定する力」は連合国にあった。したがって、主権を享受していなかった日本国民が国民主権を宣言し、新憲法を公布、施行したことになる。それでは、新憲法の正体は何であるのかは非常に興味深い問いであるが、これまた本稿の設定テーマを大きく外れるため、別の機会に譲ることとする。

他方、国民主権の理念上の根拠は新憲法10章「最高法規」第九七条にある。同条は「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在および将来の国民に対し、犯すことのできない永久の権利として信託されたものである」と規定する。この人間の尊厳の原理が形式的に同条の最高法規性を支えるとともに、新憲法全体を規定している。換言すれば、新憲法は基本的人権を具体化する価値秩序の表明である。

しかし、基本的人権が新憲法において最高法規性を有し、その政治思想的な根拠が「人類の多年にわたる・・・努力」に存するとしても、旧憲法を改正して成立した以上、形式上或いは手続上の根拠は旧憲法にあるといわねばなるまい。そもそも、明治維新以前のわが国に憲法（典）なる概念そのものが存在しなかったところ、明治天皇がその祖先及び祖先神に誓約する形で旧憲法によって「臣民権利義務」（第二章第十八条～三二条）を与えた。したがって、こうした意味では、新憲法における基本的人権の礎は根源的には明治天皇の神勅によって築かれといわねばならず、ある意味、旧憲法における「臣民義務権利」が新憲法における基本的人権に拡大される形で置き換えられたともいえる。

こうして新旧憲法に断絶よりも継続性を見出すことは、憲法改正時の日本国政府が「新旧両憲法の間には、基本原理の変更はない」、つまり國體は維持されたと主張したため⁽¹⁵⁾、既に指摘したように講学上は根本規範の変更があったとの有力な説があるにもかかわらず、一定の説得力を持つといえよう。ここで云う「基本原理」が具体的には何であるかを把握するには、1945年8月10日のポツダム受諾に関する日本国政府から連合国への申入れを振り返らねばならない。同宣言第十二項は日本政府に対して「・・・日

本国国民ノ自由ニ表明セル意思ニ從ヒ平和的傾向ヲ有シ且責任アル政府」を樹立することを要求した。これに対して、日本政府はポツダム宣言の内容に関して、「天皇ノ国家統治ノ大權ヲ変更スルノ要求ヲ包含シ居ラサルコトノ了解ノ下ニ（“with the understanding that the said Declaration does not comprise any demand which prejudices the prerogatives of His Majesty as a sovereign ruler”）」⁽¹⁶⁾ 受諾すると通告した。しかし、日本政府は連合国（正確には、バーンズ米国务長官による四国回答文通報）がこの旨確認せず、単に「天皇及日本国政府の国家統治の権限は・・・連合国最高司令官の制限の下に置かるるものとす（傍点部は当時の外務省訳であるが、正確には「従属するものとす」と訳すべきである）」（“...the authority of the Emperor and the Japanese Government to rule the state shall be subject to the Supreme Commander of the Allied Powers.”）、「日本国ノ最終的ノ政治形態ハ『ポツダム』宣言ニ遵ヒ日本国国民ノ自由ニ表明スル意思ニ依リ決定セラルベキモノトス」（“The ultimate form of Government of Japan shall in accordance with the Potsdam Declaration be established by the freely expressed will of the Japanese people.”）⁽¹⁷⁾ と回答しただけであったところ、天皇の名において一方的に「國體ヲ護持シ得テ」ポツダム宣言を受諾した旨、「終戦の詔勅」を発した。この経緯から明なように、國體とは天皇制のことである。ただし、連合国は天皇制を維持する旨、明示的に確約していなかったことから、黙示的に天皇制維持を受容したと捉える日本政府の解釈は単に希望的観測に過ぎなかったともいえる。仮に、連合国による黙示的受容があったとしても、具体的にどのような形で天皇制を維持するかは連合国の判断に左右されるものであったといわねばなるまい。

新旧憲法はともに天皇制を第一章において規定していることから、形式的にわが国の基本原理に継続性が存在すると主張することは可能である。他方、既に記したように、旧憲法の根本規範は天皇主権であり、新憲法の根本規範はそれを否定した国民主権であることから、國體は変更されたとも理解できる。新憲法の根本規範が普遍的な基本的人権であり国民主権であることに鑑みると、血統・世襲を存在要件としている天皇制は論理矛盾

であり、その存在は前近代の残滓であるといった評価もありえる。

したがって、新旧憲法が国家の基本的秩序を共有しているのかを判断するには、わが国の國體は維持されているのか、つまり、新旧憲法における天皇制の在り方が根本的に変更されたか否かを形式面と実質面の双方で精査してみなければならない。

4. 新旧憲法における天皇制の在り方

1) 形式面

旧憲法における天皇は神格化され且つ主権者でもあった。これに対して、新憲法における主権は国民に存する一方、天皇の地位は「日本国の象徴であり日本国民統合の象徴」にしかすぎない（前文及び第一条）。権能面では、新憲法における天皇は国会の指名による内閣総理大臣の任命と内閣の指名による最高裁判所長官の任命を行う他（第六条）、「・・・（新）憲法の定める国事に関する行為のみを行い」（第四条）、その「・・・すべての行為には、内閣の助言と承認を必要と（する）」（第三条）。これらの国事行為とは①憲法改正、法律、政令及び条約の公布、②国会の召集、③衆議院の解散、④国会議員の総選挙の施行の公示、⑤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の認証、⑥大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権の認証、⑦栄典の授与、⑧批准書及び法律の定めるその他の外交文書の批准、⑨外国の大使及び公使の接受、⑩儀式の実施、である（第七条）。したがって、新憲法における天皇の機能は国事を遂行する手続面で必要不可欠である一方、天皇が独自の意思で国事行為を行えないこととなっている。さらに、新憲法下の天皇の権能は明確に特定され且つその行使には極めて厳しい制約が課されている。

とはいえ、こうした限定と制約は範囲や程度の差はあれ、例えば、「国王は君臨すれども統治せず（The King reigns, but does not govern/Rex regnat et non gubernat）」が確立されている典型的な立憲君主制下の英国

における国王大権 (Royal prerogative) と本質的に異なるところはない。英国王 (女王) と内閣の関係は国事行為に対する「内閣の助言と承認」を必要とする天皇と内閣の関係に本質的に同じである。国王大権には内政面では①内閣総理大臣 (首相) を含む国務大臣の任免, ②議会の招集, 閉会, 解散③法律への同意, ④ 公務員の任命及び統制, ⑤軍幹部の任命, ⑥英国における軍隊の配備命令, ⑦勅選弁護士⁽¹⁸⁾の任命, ⑧旅券の発行及び取り消し, ⑨死一等の減刑, ⑩栄典の授与, ⑪法人団体設立許可があり, 外政面では⑫条約締結, ⑬宣戦布告, ⑭軍隊の海外派遣・配置, ⑮ (新たな国家の) 国家承認, ⑯外交官の信任及び接受がある。このうち, ①②③④⑨⑩⑪⑫⑯は天皇の権能と殆ど同一だといえる。また, ⑤⑥⑬⑭に関しては, 日本国憲法第9条「戦争放棄」による国権そのものに対する制約であり, 直接的には天皇を念頭に課されたものではない。⑦⑧⑮は単に制度上の差であると言っても過言ではないだろう。

したがって, 新憲法における天皇の地位と権能は, 西洋政治思想史及び政治学の視点を踏まえれば, 絶対王政から立憲による制限君主制に展開する延長線上に位置付けられ, 極めて強い制限を課せられた立憲君主制であると捉えるのが妥当であろう。これは, 万一皇統が絶え, 天皇がいなくなった場合には, 上に挙げた天皇の果たすべき役割は遂行されず, 新憲法による国家秩序は機能しなくなることからも明白である。このように捉えれば, 新憲法における天皇は最早旧憲法における天皇主権と総攬権を喪失しているが, 逆説的ながら潜在的に大権を保有しているとも言えよう。

唯一, 英国王と天皇との顕著な差異は, 首相任命権の行使の在り方にある。通常, 日英とも衆議院 (下院) において過半数の議席を占めた政党の党首が首相となり, 日英の君主は両者とも独自の意思で首相を選択, 任命できない。しかし, 英国王には総選挙後の下院において過半数を占める政党が存在しない時, 比較第一党又は比較第二党の党首に打診し首相に任命する権能がある。実際, このような国王 (女王) の大権発動により, 1929年と1974年には比較第一党の党首が, 1924年1月には比較第二党の党首が首相に任命された。また, この国王大権を踏まえれば, 論理的には, 英国

王（女王）は政治家以外の民間人を首相に任命する選択肢、連立政権を樹立する選択肢など、これら二つの政党の一方若しくは両方と調整を開始する権能を有すると考えられる。さらに、これまで例はないが、通常、国王は首相が任期満了前に下院を解散すると決断すれば、その助言に従って解散せねばならないが、その助言を拒否すれば事実上首相を解任することとなり、国王（女王）は限定的な解任権を有すると解することもできる。⁽¹⁹⁾

他方、天皇が国会の指名による首相任命、内閣の指名による最高裁長官任命、内閣の助言と承認による国事行為について拒否することができるか否か（つまり、事実上、天皇に拒否権があるか否か）は必ずしも明白ではない。確かに、条文上、天皇にこうした拒否権がないのは明白であるが（新憲法第三条及び第四条）、実際には御名御璽（勲記には、国璽）を伴う文書を発することを含め、天皇による任命や国事行為がなければ、つまり形式的要件を欠けば、法的に有効に成立しえず、天皇は実質的に拒否権を行使しうることになる。

これに対して、天皇が「内閣の助言と承認」を拒否できるかどうかに関して、主要な学説ではそうした事態は概ね想定外と扱っており、いわば思考停止の状態にある。

天皇の側では内閣の助言なくしては何ごとをも発議しないように自制し、内閣の側ではつねに積極的に天皇に助言することに努めるということがこの制度のほんらいの趣旨にほかならない。すなわちこの意味では、天皇からの積極的発議は本条の予想するところではな⁽²⁰⁾い。

天皇は、内閣の助言と承認に絶対に拘束される。天皇が内閣の助言と承認を拒否するということはおよそ法的には考えられない。このことはそもそも大臣助言制の本質から当然である。事実問題として、もしも仮りに天皇が拒否するという事態が生じたときは、内閣はあくまで天皇の反省を求め、内閣の助言と承認に基づいて行動することを要求すべきであるというほかはない。それにもかかわらず、なお、かつ天皇がそれに従わないというような場合は、⁽²¹⁾憲法の予想するところではない。

また、新憲法制定当時においては、第90帝国議会貴族院委員会（昭和21年9月10日）以下のような議論がなされた。

下条康麿君（同成会）：例えば今の天皇が衆議院を解散すべしと仰せられた場合、内閣が承認すれば宜し、しない場合にはそれが行われない訳であります、その逆の場合で、内閣から衆議院を解散すべしと云うことを申上げた場合に於て、天皇の側に於て御取上げにならないことが出来るのでしょうか。国務大臣（金森徳次郎君）：民主政治の通例と申しますか、立憲政治の基本原則と申しますか、斯様な場合には自ら一定の解釈があるものと思うのであります。それは助言と云う言葉の斯う云う場合の使い方の上に含んで居る意味と致しましては、単に言葉を以て、知識を申上げると云うのではなくて、佐々木委員が前の機会に能く言われましたように、飽く迄もこのような方針を以て御行動を願いたいと云う内容的なる主張を含んで居るものと解します。その主張を含んだ意味に於て助言と云う言葉を御解釈を願いたいと思うのであります。極めてこれを法理的に緻密に言って、今下条委員から御尋ねになりましたような場面は、法律学の教室に於ては固より論結しなければならぬ問題とは思いますが、斯様な場合には先ず立憲政治の常道に依って動くものとする程度に於て御答えを申し上げたいと存じて居ります。⁽²²⁾す。

したがって、万一天皇が頑として「内閣の助言と承認」を拒否した場合、現在の新憲法と皇室典範の下ではこれを容易に覆すことはできない。国会は新たに法律を制定して天皇の国事に関する行為を委任させることはできるが（新憲法第四条2）、その法律は天皇によって公布されなければ法的に有効にならないから、天皇がその公布を拒否すれば、結局、国事委任に対する天皇の拒否権行使を覆すことはできない。また、新憲法にも皇室典範にも天皇の廃位規定はない。確かに、摂政に「天皇の名でその国事に関する行為」を行わせることはできるが（新憲法第五条）、摂政を置けるのは「天皇が成年に達しないとき」（皇室典範第一六条1）又は「天皇が、精神若しくは身体の重患又は重大な事故により、国事に関する行為をみずからすることができないとき」（同第一六条）に限られるから、単に「内閣の助言と承認」を拒否した場合には摂政を置けず、天皇の拒否権行使を

覆すことはできない。⁽²³⁾したがって、摂政を置くには皇室典範の改正が必要である。しかし、天皇が法律である改正典範の公布を拒否した場合、改正は有効に成立しない。さらに、万一改正が有効に成立したとしても、摂政が「内閣の助言と承認」に従う保証はない。結局、こうした天皇による事実上の拒否権行使を排除するには必要な憲法改正を行うしかないであろう。

このように新旧憲法の天皇制を形式面から分析する際、新憲法における天皇の権能はその潜在的な部分まで含めると、一般に認識されているほど有名無実のものではなく、むしろ英国王の大権を一層限定した程度の権能を有していると解するのが妥当であろう。

2) 実質面

既に指摘したように、旧憲法は天皇主権に基づき天皇に総攬権を与えていたが、天皇は常に自ら国政を親裁したわけではない。具体的には、総攬権の行使は①立法権の行使に対する帝国議会の協賛（旧憲法第五条）、②首相を筆頭とする国务大臣による輔弼（第五五条1）、③法律及び詔勅に対する国务大臣の副署（同条2）、④枢密院の諮詢（第五六条）を必要とした。天皇の無答責は旧憲法の文言上も慣習の上でも、まさに英国式の「君臨すれども統治せず」に極めて近い状況が存在したため、論理的な帰結であったと分かる。

実際、日清戦争開戦の際、当時の日本政府は明治天皇の意向を無視して準備を進めた。明治27年7月25日、牙山で日本陸軍が清軍を攻撃しつつあることを知った明治天皇は大いに怒って攻撃中止命令を出せと要求したが、結局、当時の伊藤内閣によってこの要求は完全に無視された。実際、明治天皇は「これは朕の戦争ではない」と、予定を覆して開戦報告のための皇祖と皇考の御陵への勅使派遣を取りやめた。こうした天皇と政府の関係は、既に明治22年には大日本帝国憲法が發布されており、その立憲君主国制の下では、国家秩序として当然に天皇の意志よりも政府の意志が優先せねばならなかったことにより説明される。⁽²⁴⁾このケースによって、天皇の総攬権を厳しく制限する立憲君主制が確立したといえるだろう。

他方、旧憲法下、天皇が総攬権を行使して親裁したのは、2・26事件と所謂「終戦のご聖断」の二回だけである。前者は昭和11年（1936年）、日本陸軍の青年将校を中心に行われたクーデターである。この時、東京は反乱軍に占領され、首相暗殺の情報が流れるなど、政府は全く機能しなかった。そのため、軍首脳が反乱を鎮圧すべきかどうか逡巡する中、昭和天皇が反乱軍認定を親裁して、事態を收拾させた。後者は、1945年、御前会議（天皇臨席の元老、閣僚、軍部首脳の「最高戦争指導者会議」）で戦争継続か終戦かを決断できないなか、昭和天皇がポツダム宣言の受諾を親裁した。注目すべきは、どちらのケースも非常事態での出来事あり、前者の場合は天皇を輔弼すべき内閣が実質的に存在しなかったし、後者の場合は存在しても機能しなかった。⁽²⁵⁾まさに、「終戦の詔勅」にあるように、昭和天皇は「・・・深ク・・・帝國ノ現状トニ鑑ミ非常ノ措置ヲ以テ時局ヲ收拾セムト欲シ」、総攬権を行使した。つまり、昭和天皇は旧憲法に違反したとはいえない。また、旧憲法は、帝国議会が有効に機能しないような緊急事態において、天皇に次の会期の帝国議会まで法的に有効な勅令を発することを認めていた（旧憲法第八条）のも同様の趣旨である。

このように実態面から、旧憲法における「国務大臣の輔弼」と新憲法における「内閣の助言と承認」を比較対照してみると、旧憲法下における天皇が緊急事態措置をとる権能を明示的に保有して以外、新旧両憲法下における天皇の権能に実質的な相違はあまり存在しないといっても過言ではない。とはいえ、新憲法には、衆議院が解散され存在しない状況を想定した参議院の緊急集会の条項はあるが（第五四条2及び同条3）、緊急集会を開くことができないような非常事態やその開催を求めるべき内閣が実質的に存在しない場合や存在しても全く機能しない場合にはどうするのかといった意味では、何ら緊急事態条項はない。確かに、現行のわが国の法制には、「災害緊急事態の布告」（災害対策基本法第一〇五条）、「緊急事態の布告」（警察法第七一条）があるが、いずれも内閣総理大臣が正常に機能していることを前提としており、また採り得る措置も限定的であることから、真の意味で緊急事態法制とはいえない。たとえ今後、新憲法の制

約を前提に緊急事態基本法の類を制定したところで、全ての状況を想定することはできないし、かといって、いかなる状況にも対処できるような包括的な委任規定を置けば違憲にならざるをえないであろう。

それでは、国家存亡の非常事態において、新憲法における天皇には何ができ何ができないのであろうか。管見では、こうした状況は正に想定外であるため、従来の憲法学では全く論じられてこなかった。しかし、仮に大規模で深刻な武力紛争の可能性が必ずしも高くはないとしても、平成23年3月11日の東北地方太平洋沖地震による震災と今後それと同規模又はそれ以上の大地震が首都機能の集中する関東・東京地方に勃発する可能性が必ずしも排除できないことを踏まえると、緊急事態措置と天皇の関係を初歩的にでも考察しておく必要があるだろう。というのは、新憲法における憲法改正手続は衆参両院で各々総議員の三分の二以上の賛成を得て、国会が発議し、その後国民投票において過半数の賛成を獲得せねばならないため、現在、憲法を改正して緊急事態条項を追加することは容易ではなく、それまでは既存の新憲法の枠組みで対処せねばならないからである。

まず、天皇が「国政に関する権能を有しない」(第四条)を字句通り理解し、第七条の国事行為リストが例示ではなく包括的であり、天皇はそれら以外の行為をおこなってはならないと解釈するならば、天皇は国政に関して全く親裁できない。しかし、少なくとも講学上、自然法の次元では、憲法が国家に「座して死を待つ」ことは定めているとは考えられないから、超法規的な措置として緊急事態措置を採ることはできるという解釈もありえよう。

次に、「終戦の詔勅」のように内閣が存在しても決定できない場合に、「内閣の助言と承認」があれば、天皇は緊急事態措置を親裁できるという解釈もありえよう。そのためには、第七条の国事行為リストが例示であり、そこのない国政事項でも親裁できると解することができねばならない。この点、新憲法の第一章の記述順は「内閣の助言と承認」(第三条)が「(天皇は)この憲法に定める国事のみを行い、国政に関する機能を有しない」(第四条)に先行しており、この点に着目するならば、緊急事態に限定し

てそうした親裁を許容する余地はあるかもしれない。

さらに、国会も内閣も存在しないか存在しても全く機能していないような究極的な状況においては、天皇に本来、国会の指名に基づいてなされるべき首相の任命を親裁することを受容してもよいかもしれない。こうした超法規的措置を認めなければ、究極の緊急事態において新憲法は機能せず、日本国は瓦解してしまうことになる。

5. 結 語

ここまで、本稿では西洋政治思想史的、政治学的視点を伏線として用いながら、わが国は一体のどのような国家であるのか、その基本秩序はどのようなものなのか、その背後にある根本規範はどのようなものであるのか、これらの疑問を新旧憲法のテキストを分析することによって考察してきた。分析の結果は、新憲法によって新生日本が始まったと捉える従来の支配的な固定観念に挑戦するものであり、寧ろ新旧憲法に強い継続性が存在することを見出した。本稿では、新旧憲法とも立憲君主制に基づいているが、天皇は旧憲法よりも新憲法における方が一層強い制約を課されているに過ぎないと論じた。

こうした観点から捉えて、本稿は紋切型に旧憲法は「天皇主権」、新憲法は「国民主権」に各々基づくと捉える危険性を喚起し⁽²⁶⁾、むしろ緊急事態措置を採る者が誰かに着目した。嘗てドイツの政治学・法学の泰斗であるカール・シュミット (Carl Schmitt) は「主権者とは、例外状況にかんして決定をくださる者をいう」とした⁽²⁷⁾。なぜなら、「平時の現行法規があらわしているような一般的規範では、絶対的例外は決して把握しえず、したがってまた、真の例外事例が存在しているという決定は、完全には根拠づけられないからである。」⁽²⁸⁾ さらに、シュミットは「主権者は現に極度の急迫状態であるかいなかを決定すると同時に、これを除去するためになにをなすべきかをも決定するのであ(り)」⁽²⁹⁾、そして「平時の現行法秩序の外に立ちながら、しかも憲法が一括停止されうるかいなかを決定する権限を持つが

ゆえに、現行法秩序の中にある⁽²⁹⁾」と考えた。こうした意味で、旧憲法における天皇は主権者であったが、緊急事態措置条項を持たない新憲法における国民は完全な意味において主権者ではありえない。新憲法の国民主権主義は看板倒れといわざるをえない。

どうやら、戦後六十数年、わが国の取り巻く内外の「平和と安定」はこうした新憲法に内在する曖昧さを覆い隠してきたが、今後わが国が直面する内外の状況がますます厳しさを増すなか、大規模災害や武力紛争を始めとする緊急事態・非常事態を覚悟せねばならず、最早そうした曖昧さを放置することは極めて危険であり受容しがたいといわねばなるまい。とすれば、今後、国民主権を貫徹させるために早急に憲法改正をして緊急事態条項を追加するか、もしくは立憲君主制に反しない形で超法規的に非常事態に限り天皇による大権の行使を許容するか、選択せねばならないであろう。そうした選択を「国民の総意」(新憲法第一条)によって行うことで、わが国がどのような国家であるのか、その目鼻立ちが明確になるであろう。

(本稿は桃山学院大学総合研究所共同プロジェクト「21世紀の日本の安全保障(Ⅲ)」の成果の一部である。)

注

- (1) 例えば、英語では、constitution が国家の政治的統一体の組織や構造を意味する用法もあるため、「憲法」律を指すためには、constitutional law を用いる場合がある。
- (2) この点に関して、さらに議論を展開するには、「正統性 (orthodoxy)」や「正当性 (legitimacy)」などの概念を用いて、秩序と価値観の関係を詳細に分析せねばならない。そうすることは本稿の主要なテーマを逸脱することになるから、別の機会に譲ることとし、以下に暫定的な試論を示しておく。

元来、国家の基本秩序は国家社会における利害対立を調整・解決するために出現した自生的な自然法や慣習法によって維持されてきた。仮に統治権力の掌握と国家秩序の維持が武力に基づく場合でも、その政権の構成する秩序が伝統的価値または一般的に受容されている価値と一致していれば、その政権に一定の正統性があるものとして慣習的に受容され

る。ただし、ここで言う正統性とは呪術的・宗教的なものを原初とする精神史・思想史を含む歴史的・文化的な基礎付けがあれば獲得される場合が多く、例えば投票のような、秩序に対する被支配者の直接的、明示的な同意は必ずしも必要ではない。被支配者は非論理的、非合理的な状況（革命など）からくる新たな秩序形成であっても、正統性があればそれを受容する。

ローマ帝国崩壊後、西欧に存在した様々な自生的で地域的な秩序はキリスト教世界の拡大とともに、封建制さらには絶対王政へと変転した。この過程が西洋政治史における近代への移行であるが、こうした展開において、専断的な王権を制限して広く国民の権利を保障する憲法を制定しようとの潮流（立憲主義）が支配的になった。周知のように、英国ではオランダとともに早くも17世紀において政治的基礎を確立したが、18世紀になるとフランスでは暴力的な革命による急激な移行過程を経た。とりわけ、後者のように、革命国家はそれに先立ち存在していた自生的秩序を暴力によって転覆することで成立したため、革命及び革命国家は人類の普遍的な理念・思想・論理で構成された価値体系の呈示により正当性を主張した。その意味で、革命は伝統的価値または一般的に受容されている既成価値の否定である。このタイプの別例には、英国植民地から独立革命戦争を経て、普遍的理念・思想に基づいて文字通り社会契約に基づく人造国家として建国された米国がある。

今日では、過去数百年に亘る西欧の覇権、とりわけ政治文化的覇権の結果、元来、極めて西欧近代に特殊である人権保障、権力分立、民主制を是とする価値は他の文化圏を啓蒙（西欧化）することによって、一定の普遍性を帯びようになっている。

- (3) 明治維新から大日本憲法発布までの天皇制をいかに理解するかは極めて重要な問題であり、それは西洋政治思想史的な観点からだけでなく日本法制史的な観点からも検証されねばならないだろう。ただ、これは本稿のテーマを大きく逸脱するため、別の機会に譲ることとする。
- (4) 小室直樹『痛快！ 憲法学』集英社インターナショナル、2001年、第11章。
- (5) 小室、同上、第4章。
- (6) マックス・ヴェーバー（著）、大塚 久雄（翻訳）、『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』岩波文庫、1989年。
- (7) 旧憲法の時代には、「(大日本帝国) 臣民は天皇の赤子」、「一視同仁」等の表現が用いられた。

(8) 小室, 前掲, 第11章。

(9) 同上, 216頁。

(10) 同上, 213頁。

(11) 新憲法を有効であると捉える学説には, ①後発有効説, ②原状回復説, ③時効有効説, ④改正無限説, ⑤革命有効説, ⑥国際法・条約優位説, ⑦正当説, ⑧承諾謹慎説がある。

① 新(占領)憲法は制定時には瑕疵があり無効であったが, 60年以上も施行されてきており, 後発的, 事後的に有効となった。

② 占領状態が事実面において終了したとしても, 法律面においては, 占領下で強制された法制度が未だに効力を有している限り, その法制度に拘束されている状況が継続しているので, 「原因たる状況」が終了したことにならない。

③ (引用文献の発表時点で) 50年(現時点では, 六十数年)の間に日本国民が現行憲法に一度も「ノー」と言わなかったということにおいて, これを承諾したという理屈が成り立つ。

④ 憲法の改正に限界を認めない。

⑤ ポツダム宣言の受諾により帝国憲法の根本規範に変更が生じ, 「天皇制の根拠が神権主義から国民主権主義」に変化して「革命」が起こった。

⑥ 国内法である旧憲法に国際法であるポツダム宣言・降伏文書が優先する。

⑦ 憲法の名に値するものは, その出自や来歴, 歴史や伝統によって決定するものではなく, その内容と価値体系(国民主権主義, 人権尊重主義, 戦争放棄平和主義など)の優越性を意味する「正統性」によって決定する。

⑧ 昭和天皇が新憲法の上諭を以て公布したから, 有効である。

以上は, 南出喜久治『占領憲法の正體』国書刊行会, 平成21年, からそのまま若しくは一部修正して抜き出した。引用箇所は多岐に分かれるため省略した。

(12) 佐藤功『日本国憲法概説』学陽書房, 全訂第二版第11刷, 昭和57年, 21頁。

(13) 同上, 17頁。

(14) 同上, 53頁。

(15) 同上。

(16) <<http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/01/010/010tx.html#tc009>> (2011

年11月20日閲覧)。

- (17) *Ibid.* 訳文に関しては、<<http://www.max.hi-ho.ne.jp/nvcc/WA11.HTM>> (2011年11月20日閲覧)，を参照。
- (18) Clare Dyer, “Mystery lifted on Queen’s power”, *The Guardian*, October 21, 2003 <<http://www.guardian.co.uk/politics/2003/oct/21/uk.freedomofinformation>>, accessed on December 20, 2011. For detailed information, see: Lucinda Maer and Oonagh Gay, “The Royal Prerogative”, the Library of the House of Commons, December 20, 2009, <<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-03861.pdf>>, accessed on December 20, 2011.
- (19) Maer and Gay, *Ibid.*, p.5.
- (20) 衆議院憲法調査会事務局「象徴天皇制に関する基礎的資料—最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会」(平成15年2月6日及び3月6日の参考資料)，平成15年2月，衆憲資第13号，18頁 <[http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/shuken013.pdf/\\$File/shuken013.pdf#search='象徴天皇制に関する基礎的資料'](http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/shuken013.pdf/$File/shuken013.pdf#search='象徴天皇制に関する基礎的資料')> (2011年12月20日閲覧)。この部分は、佐藤功、『憲法（上）・（下）〔新版〕』有斐閣，1983年，54頁，からの引用。
- (21) 衆議院憲法調査会事務局，同上，19頁。この部分は、佐藤，同上，57頁，からの引用。
- (22) 衆議院憲法調査会事務局，同上。
- (23) このような場合，日本の政権は大正天皇の御世のように，無理やり天皇を病気にして摂政を立てることもあろう。
- (24) 小室，前掲，222頁～225頁。
- (25) 同上，226頁。
- (26) 東北地方太平洋沖地震において，米国はその海軍，海兵隊，空軍を中心とする部隊を大量に投入し枢要な役割を果たすなか，その空母，強襲上陸艦，大型輸送機は救出・救援作戦において自衛隊にはない機動能力を発揮した。とりわけ，福島県で勃発した原子力発電所事故への対処では，日本政府が十分機能しなかった一方，必要な機材やノウハウを提供した。一部では，米政府は首相官邸に連絡員を常駐させて事故対応を主導したのではないかと報道されたことから，日本の主権者は米国である，つまり，未だ日本は実質的に米国の占領下にあるとの皮肉な見方でもないわけではない。
- (27) C. シュミット（著），田中浩／原田武雄（訳）『政治神学』未来社，

第9刷，1989年，11頁。

(28) 同上。

(29) 同上，13頁。