

女性天皇と法の下の平等に関する小論

根本 猛

一 はじめに

皇室典範第一条は「皇位は、皇統に属する男系の男子が、これを継承する」として、皇位継承権を男子に限定している。しかし、「皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ継承ス」(第二条)としていた大日本帝国憲法の場合と異なり、日本国憲法自体は、「皇位は、世襲のものであって、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」(第二条)として、世襲であることを要件とするだけで、男系主義には言及していない。そのことから、女性天皇を排除する皇室典範第一条は、性別による差別を禁止する憲法第一四条などどのような関係にあるのかという議論がなされてきた。⁽¹⁾

かつて、法の下の平等が絶対的な平等を意味するものではなく合理的差別は許容されるという前提から、女性天皇の排除が合理的であるという主張も散見された⁽²⁾ようだが、現在においてそのような主張はほとんどみられない。男女の区

別を正当化するためのハードルは以前に比べて格段に高くなっている。このことは、労働基準法上の女性保護規定や育児・介護休業をめぐる法改正や議論の流れに反映されており、男女の合理的区別の代表とされた強姦罪（刑法第一百七七条）の規定の仕方についてさえ、今や違憲説も有力である。⁽³⁾

したがって、女性天皇の排除が憲法第一四条の射程にあるが合理性が認められるゆえに許されることはほぼ不可能であり、現代の議論は、これがそもそも法の下の平等の問題なのか否かの一点に尽きるといつても過言ではない。

本稿では、この問題に関する学説の対立を整理し、私の考え方を提示してみたい。順序としては、まず、天皇が人権の享有主体か否かという論点を取り上げる。この論点は本稿のテーマに深く関連する。次に、本題の憲法第一四条との関連を論ずることとする。

(1) 皇太子よりも若い世代に皇族男子がいないこともあつてか、最近では、法律家以外でもこの種の論稿がよくみられる。方法論はともかく女性天皇に好意的なものとして、特集「女性天皇への道」論座一九九八年二月号。反対に、天皇制自体の問題に目を向けるべきであるという立場から、女性天皇論議に懐疑的なものとして、特集「天皇家の憂鬱——『女帝』論と皇室スキヤンダルの行方」月刊フォーラム一九九七年三月号。

(2) 伊藤正己『憲法』（新版）一三七—三八頁（弘文堂、一九九〇年）。

(3) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』第七章（信山社、一九九六年）、金城清子『法女性学のすすめ』（第四版）二〇五—〇七頁（有斐閣、一九九七年）。

二 天皇の人権？——法の下の平等などの人権の享有主体か——

天皇が人権の享有主体であるか否かについては、これを肯定する見解が多数であるように見受けられるが、なお、否定説も有力である。

その代表格の一人が長谷部恭男である。⁽⁴⁾

「天皇に対する数々の『人権侵害』は果たして正当化しうるであろうか」という問いに対して、通説は、天皇も人権の享有主体だが、皇位の世襲と職務の性質から必要最小限の特例が認められると説く、と整理する。しかし、長谷部はこの考え方を、「憲法の文言に手がかりがあれば、天皇と同様の人権の制約が他の国民についても認められる危険」があると批判して、次のように自説を展開する。

「普遍的人権を享有する平等な個人の集合としての国民が成立したのは、近代市民革命がそれまでの身分制秩序を破壊して国家権力を統一したことによってである。ところで日本国憲法の作りだした政治体制は、平等な個人の創出を貫徹せず、世襲の天皇制（憲法二条）という身分制の『飛び地』を残した。残したことの是非はともかく、現に憲法がそのような決断を下した以上、『飛び地』の中の天皇に人類普遍の人権が認められず、その身分に即した特権と義務のみがあるのも、当然のことである。したがって、天皇は（そして皇族も）憲法第三章という権利の享有主体性は認められない。この考え方からすれば、身分制秩序の『飛び地』の中に外側の男女平等の原則を持ち込んで、女帝が認められない（皇室典範一条）のは憲法違反だと主張するのは、論理の錯誤である」

また、佐藤幸治も、天皇が人権の享有主体か否かについては対立する両説があるとしつつ、「日本国憲法は、近代人権

思想の中核をなす平等の人間観とは異質の、『天皇』を存続せしめており、そのこととの関連で皇族も一般の国民とは相当違った扱い方をせざるをえず……、この種の事柄は、天皇・皇族も憲法の保障する『基本的人権』の享有主体であるとした上での特別扱いとして合理的に説明しうるのかどうか疑問の余地がある」と否定説に軍配を上げる。⁽⁵⁾

さらに、かつての水田珠枝との論争⁽⁶⁾において、天皇制や皇室典範は、個人の尊厳・平等、自由主義などの憲法原理が支配しない世界であり、天皇制の民主化・平等化・自由化は天皇制の長期存続を前提とした改善・改良の提唱となり、無意味のみならず有害であると断じた奥平康弘も、基本的にこの立場であると思われる。⁽⁷⁾

まず、「『憲法が保障する権利』が天皇・皇族にも」及ぶ及ばないは、制度がもつ特殊制約要因が優先するのか、逆に『憲法が保障する権利』の普遍性こそ貫徹するのかという選択にほかならないので、個別具体的に検討するしかない」と述べるが、通常、人権は個別具体的な検討を経て初めて及ぶものではないので、この記述は天皇の原則的な人権享有主体性を否定したものとみるべきだろう。そして、選挙権、婚姻の自由、信教の自由などを、個別具体的に検討して、結論としては、制限されるのはやむを得ないとする。

女帝問題に関しては、「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」と突き放している。

しかし、退位の自由に関しては、「ふつう憲法学では、このこと、つまり天皇に退位の自由がなく、皇太子・皇太孫に身分離脱の自由がないのは、天皇制を存続させるうえで不可欠であり、この程度の不自由は合憲である、と解されている」が、「天皇・皇族が、ふつうの人間になりたい、『憲法が保障する自由』を全面的に享有したいと欲する、問題のこの局面にあつては、思想・信条の自由が原理的にはたらくべき」（強調、奥平）で、「退位の自由、身分離脱の自由の禁

止は、違憲の疑いがある」として、大方の理解とは一線を画している。

これに対して、天皇の人権享有主体性を肯定する論者は多い。

宮澤俊義は、天皇も国民に含まれるが、「その地位の世襲制とその特殊な憲法的役割の性質とにもとづき、法律で多かれ少なかれ一般国民とちがった取扱いを定めることが許される」とする。⁽⁸⁾

また、芦部信喜も、天皇の人権を認めたくえで、参政権、婚姻の自由、財産権、言論の自由などに対する一定の人権制約は「合理的」とする。⁽⁹⁾

最近の論者として、植野妙実子は、次のように主張する。⁽¹⁰⁾

「……天皇の存在は、日本国憲法になつてその性格性が否定され、人間として認められたものである。したがつて、天皇は世襲の特殊な職務を国家機関として行うにすぎない。その国事をつかさどる限りにおいて、天皇の権利は制限される。つまり、すでに政治的行為は否定されているが、さらに職務を遂行するにあたり、政治中立的な無色透明性が要求されるので、人間にとつて最も重要な政治的表現の自由は制限される。しかし、その他の点については、人間としての権利を有するとみるべきであろう。たとえば、結婚や離婚についての権利や自由意思は有しているとみるべきである」

両説の対立は、つまるところ、天皇制がもつ特殊制約要因が優先するのか、人権の普遍性こそが貫徹するのかという選択にかかわることになる。後者を重視するのが肯定説であり、天皇制という制度の特殊性には人権の普遍性は貫徹し得ないとみるのが否定説と思われる。

天皇とか国王とかの特別な存在を認めることは、自由と平等を基本理念とする近代の人権思想の対極にあるもので、近代市民憲法が保障する人権は国王から闘い取つたものという沿革からも国王に人権の観念をいれる余地はないという

否定説の主張にはうなずける点も少なくない。

しかし、現代の人権論において、さまざまな制約は有り得るが天皇や皇族も人権の享有主体であるという理解が主流になつてゐるのは、なんといつても、天皇や皇族も生身の人間であり、人権は、人種・性別・身分などの区別なく、ただ人間であるというだけで享有できるという、人権の普遍性に照らすとき、「天皇・皇族には人権はない」という説明に違和感が大きいことによるものとみられる。人権とはそもそも何か、そして、基本的人権の尊重という日本国憲法の基本原理からすれば、その大原則は、制約があつたとしてもできるかぎり貫こうという肯定説の立場のほうだが、考え方の筋道として、どちらかといえば正しいように感じられる。

肯定説に疑問を感じるのはその先である。天皇にも人権があるとすれば、それでは、広範な人権制約が是認されるかという議論に進まなければ論理が一貫しないだろう。肯定説の多くは、簡単にその人権制約をみとめてしまふ。この点を、否定説からは、人権はそんなに簡単に制限されていいのかと突かれるが、これは明らかに否定説に理がある。

具体的には、天皇が受けている人権制約のなかには、表現の自由や婚姻の自由など通常の文脈では手厚い保護に値すると考えられているものも多い。その場合、憲法学は、二重の基準やLRAの原則に照らしてその人権制約が正当化されるか吟味してきた。しかし、この問題に関してはそういうことがなされた気配はない。

婚姻の自由を明示的に保障する日本国憲法は、個人主義の立場から、夫婦は別個の独立した人格という近代的家族観を具現したものと見えよう。天皇家にはこれはあてはまらないわけだが、この天皇家のいわば「前近代的」家族観を疑問視する向きは少ない。⁽¹⁾けれども、それが、憲法自体の要求かとなるとどうだろう。夫婦一体となつた公務執行のあり方は現在の皇室典範や宮内庁の実務に基づくものにすぎない。天皇・皇族の職務を果たしていくうえで、配偶者がテロリストだろうが外国人だろうが、その天皇・皇族さえきちんとやってくれば憲法上は問題ないはず、というのは書生

論だろうか。

表現の自由については、その制約が法的なものであるという前提に立てば、その根拠法はないから、憲法自体の当然の帰結ということになるのだろう。しかし、現在の日本国憲法の条文程度で、それを具体化する法律がなくても、表現の自由の規制が導かれるなら、否定説がいう「憲法の文言の手がかりがあれば、天皇と同様の人権の制約が他の国民についても認められる危険」がまさに現実のものとなる。厳格司法審査、明確性の理論、過度の広汎性の理論といった、表現の自由に関する憲法学の輝かしい研究の成果はどこへ、という感を私は抱く。

人権はあるが天皇だというだけで——たいしたチェックもなく、広範な人権制約はOKというなら、人権はないと説明するほうがよほどフェアだし、一般国民の人権についての否定説の懸念ももつともである。すなわち、しばしばいわれるように、両説の「相違は、天皇……について現行法制が認める種々の特例ないし天皇に解釈上認められない人権を、説明する道筋の違いであり、実際の結論には……ほとんど相違はない」⁽¹²⁾ならば——現状追認の結論ありきでその説明の仕方に過ぎないならば否定説のほうが妥当である。乱暴な言い方をすれば、肯定説はこれだけ広範な天皇に対する人権制約の一つや二つを違憲だ——百歩譲って現状は合憲だがここまでやれば違憲になるといつて初めて存在価値があるはずで、どこまで制限しても天皇だから合理的というなら何のための「天皇の人権」かということになる。人権はお題目ではなく、具体的に保障されることこそ肝要というのが現代憲法の潮流である。

(4) 長谷部恭男『憲法』一三二—一三三頁(新世社、一九九六年)。

(5) 樋口陽一他編『注釈日本国憲法』一九五頁(青林書院、一九八四年、佐藤幸治執筆)。

(6) 奥平康弘「性差別と天皇制とを問題にする視点」法学セミナー三七八号(一九八六年)。

論争相手の主張は、水田珠枝「差別撤廃条約と皇室典範」エコノミスト一九八五年一月二二日号、「性差別を国の象徴にすることはできない」季刊教育法一九八六年四月号、「奥平康弘氏の『性差別と天皇制とを問題にする視点』に反論する」法学セミナ一三八一号（一九八六年）。その要旨は、皇位継承の男系主義は女子差別撤廃条約違反であり、皇族女子差別は女性一般の差別と共通する性格をもつとする。

(7) 奥平康弘『憲法Ⅲ』三六頁（有斐閣、一九九三年）。

(8) 宮澤俊義『全訂日本国憲法』三二―三三頁（日本評論社、一九七八年）。

(9) 芦部信喜『憲法』（新版）八六―八七頁（岩波書店、一九九七年）。

(10) 植野妙実子「女性天皇問題」杉原泰雄・樋口陽一編『論争憲法学』五二頁（日本評論社、一九九四年）。

(11) 異なる観点からだが、違憲説を唱えるものとして、横田、後掲注（15）一二九頁。

(12) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』一一八―一九頁（有斐閣、一九九四年）。

もっと率直に、「両説とも、天皇の地位に関する憲法の規定に照らして、皇室典範その他の法令の合憲・違憲を論じているのではなく」、「両説は、むしろ、憲法のみならず皇室典範の定める天皇の特権や制限をも所与の前提としたうえで、そうした特殊な地位を説明するためにはいかなる法的説明がすぐれているか、を議論しているのである」という指摘もみられる。戸波江二他『憲法（2）』三六頁（有斐閣、一九九二年、安念潤司執筆）。

三 皇位繼承と憲法第一四條

天皇の人権享有主体性を否定する論者は、一致して、皇位繼承の男系主義が違憲であるという見解に反対する。人権のなかで、天皇制や世襲制と最も遠いところにある法の下の平等が、これらに妥当しないと考えるのは自然な論理である。

一方、天皇も人権の享有主体であるとする論者は、この論点をめぐっては、見方が真つ二つに分かれる。かつては合憲説が主流だったが、近年の国内外の男女平等への動きを反映して、現在では違憲説も有力である。

合憲説は枚挙に暇がないほどだが、世襲制が認められる以上、男系男子主義も憲法一四條の男女平等原則の例外として許されるとする芦部の見解がその典型とみられる。⁽¹³⁾

また、宮澤も、女帝排除には直接触れないが、皇位の世襲制は、法の下に真つ向から衝突するが、憲法が容認するところとして、具体的には、天皇や皇族男子の婚姻の自由の制約や一般人とは異なる成人年齢は、法の下に平等には反するが憲法が許容するとする。⁽¹⁴⁾

他方、違憲説の代表格が横田耕一で、女帝の否定は性別による差別を禁じた憲法一四條の平等原則に違反すると主張する。世襲を理由に平等原則の例外を大幅に容認する説はとらないという立場から、横田は、「皇位の世襲制はたしかに平等原則の重大な例外といわねばならないが、そのことを理由として天皇・皇族を全面的に例外とする立場には賛成できない。原則に対する例外は、必要最小限であるべきであるから、例外は皇位の世襲制と必然的に関連する限りにおいてあるべきである」とする。⁽¹⁵⁾

また、「皇位継承資格者は国民の一部に過ぎず、その一部における不平等は必ずしも平等原則違反ではない」として女帝否定を肯定する説は、平等原則の理解を誤っている」として国家公務員における男女差別をあげる⁽¹⁶⁾。平等原則の適用ありとすれば、この点は横田の指摘どおりであると私も考える。

天皇の人権享有主体性に積極的な植野は、「……天皇もさまざまな国家機関の一つである。ここでも平等な運用が必要だとは考えられまいか。天皇が、『日本国の象徴であり日本国民統合の象徴』であればなおのこと、平等は必要とされる。日本国民には、男性も女性も含むからである」として、男系主義を違憲とする。そして、「……天皇には権利はないので平等の主張はできない、したがって女性天皇は制度として主張できないという」解釈に対して、「思わず納得させられてしまうが、実はそうではない。実際、ノルウェーでは、平等原則の適用により、男女双方の世襲が認められた」と批判する⁽¹⁷⁾。

辻村みよ子も、「憲法上の象徴天皇の地位・権能と世襲原則からは、憲法一四条・二四条に抵触する皇室典範の形式的
(18)
不平等規定を合理化する積極的根拠は見いだせない」として、違憲説をとる。

天皇制や特に皇位の世襲は、法の下の平等の対極にあるものである。いうまでもなく、出生に基づく差別——天皇家に生まれなければ天皇にはなれない——は法の下の不平等の典型である。そうした局面に、法の下の平等を、できるだけにせよ、適用できるのだろうか。具体的に検討してみよう。

皇室典範の規定は簡単にいうと、男系主義、直系優先、長系優先である。男系主義が違憲だとすると、ほかの二つはいいのだろうか。直系優先は下々の決まりもそうなっているから目をつぶっても良さそうだが、問題は長系優先である。長系優先は、法の下の平等や個人の尊厳を基調とする憲法第二四条と現在の家族法が捨て去ったものではなかったか。⁽¹⁹⁾
それが天皇家では構わない——男系主義はだめだが——という説明はどうなるのだろうか。長系優先も、性差別と同様、

長い差別の歴史をもっているし、生まれによる差別である。そうすると、憲法第一四条の問題だという主張を貫徹するならば長系優先も違憲にならざるを得ない。その場合には、皇位継承の順位を法定できなくなる。

杉原泰雄は、男系主義を違憲とする論者のなかでこの論点に言及する数少ない一人である。杉原によれば、「……日本国憲法が、性による差別を明示的に禁止し（一四条一項）、その例外として男系主義を明示せず、しかも世襲主義が男系主義を不可欠としていないところからみて、男系主義は違憲と判断される」とする一方で、「……直系主義、長系主義も、男系主義と同様に平等原則との関係で問題となりうるが、皇位継承をめぐる混乱をより確実に回避するための措置として許容されるものと解する」という。⁽²⁰⁾ 揚げ足取りで恐縮だが、しかし、長系主義も世襲の不可欠の要素ではない。男系主義が長系主義より格段に悪いという憲法上の根拠が必要である。

法の下の平等の例外に、法の下の平等をあてはめようとするから、皇位継承順位が法定できないという問題が生ずるのであって、このケースは、世襲制が法の下の不平等の典型であることの証左である。法の下の不平等の典型である世襲制について、「平等原則の例外は最小限に」といつても、それは所詮叶わぬ話ではなからうか。憲法第一四条や第二四條は、男女差別も長幼の差別もいけないといっているのに、その片方はだめで他方は構わないという根拠に、二つの条項はなり得ないと私は考える。

野中俊彦が「すでに平等原則がなによりも禁ずる『生まれつきの身分による差別』を前提として成り立っている制度の中では、通常それに随伴するそれと同質の差別あるいはそれ以下の第二次的な差別は、一般的な平等原則のカバーする領域からはずれた問題だととらえたい」としているのは正鵠を得たものであり、皇位継承順位の長系優先について、「これはこどもの平等な相続権を認める民法の原則に反するし、憲法の平等原則に形式的には反しているといえなくもない」とやや遠慮した言い方をしているが、法の下の平等が原則的には皇位継承順位にも妥当するという立場によるな

ら、端的に違憲といふべきだろう。

結局、仮に天皇や皇族が人権の享有主体であるとしても、天皇や皇族は、法の下の平等の外にある存在と考えたほうが良いのではないでなからうか。逆にいえば、皇位継承に関する男系主義を違憲とする根拠として憲法第一四条の法の下の平等は不適切であるというのが本稿の結論である。

(13) 芦部、前掲注(9) 四三頁。なお、清宮四郎『憲法I』（新版）一六一頁（有斐閣、一九七一年）。

(14) 宮澤、前掲注(8) 五七―五八頁。ただし、法の下の平等に関する天皇や皇族の特別扱いの範囲は、皇位の世襲制との関連において必要最小限に限るのが憲法の問題に適合するともいう。宮澤の念頭にあるのは選挙権の問題のようである。『憲法II』（新版）三一―三三頁（有斐閣、一九七四年）。

(15) 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』一〇八頁（日本評論社、一九九〇年）。

(16) 同一三頁。

(17) 植野、前掲注(10) 五八頁。

しかし、続けて、「女性はだれでも、天皇に男性しかなれない（皇統に属する男系の男子であるにしても）のを不平等だと思ふ。男性は限定は付されてはいても、いずれにせよ男性がなるので不平等だとは感じないのである」とするのは、法律家の議論としてどんなものだろう。『私は女だからよく分かるわ。男のあなたには分からないでしょう』式の男女の感じ方の違いに依拠する論理は、かつての性差別を支えた時代遅れの性ステレオタイプと一脈通ずるところがあると評しては言い過ぎか。

なお、ノルウェーは一九九〇年に、ベルギーは一九九一年に、それぞれ憲法を改正して、王位継承に関して、それまでの女性排除から男女平等に改めた。ただし、まず直系を優先し同順位の中なかでは長系を優先するという原則は維持している。▽

- (18) 辻村みよ子「女性の権利と『平等』」杉原泰雄・樋口陽一編『論争憲法学』二〇八—〇九頁（日本評論社、一九九四年）。
- (19) 民法第九〇〇条は法定相続に関して、「子……又は兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は、相等しいものとする」（第四号）と規定している。

宮澤は、憲法第二四条第二項に関して、次のようにいう。

「明治民法では、家督相続において、法定推定家督相続人が原則として独占的に相続し、その法定推定家督相続人を決定する場合に、長子は幼子に優先し、また男子は女子に優先するとされた。これは、本項に違反するので、新民法は、それを全廃した。新民法では、家の廃止に伴い、家督相続は消滅し、遺産相続だけが、相続としてみとめられる。相続の順位を定める場合にも（民法八八七条以下）、同じ親等の直系卑属・直系尊属または兄弟姉妹のあいだで相続分を定める場合（同九〇〇条）にも、長幼または男女によって差別されることなく、すべて平等に取り扱われる」。宮澤、前掲注（8）二六三—六四頁。同頁、樋口陽一他編『注釈日本国憲法』五六三—六四頁（青林書院、一九八四年、中村睦男執筆）。

また、野中も「伝統的要素を抜きにして、純粹に論理だけの問題としてみれば、長子相続だけが唯一の選択肢なのではなく、たとえば末子相続でも一向にかまわないのである」とする。後掲注（21）二四頁。

- (20) 杉原泰雄「憲法Ⅱ」四九四—九五頁（有斐閣、一九八九年）。
- 横田は、直系主義・長系主義をとる皇室典範第二条についての注釈では、平等原則に言及していない。前掲注（15）一一四頁。

- (21) 野中俊彦「天皇制と男女平等原則」佐藤幸治他編『ファンダメンタル憲法』二三—二四頁（有斐閣、一九九四年）。