

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

——「胎中天皇」・「胎中皇子」の比較近代法史——

藤 川 直 樹

序 問題の所在

君主が直系の後嗣なく死亡した際にその寡婦が懐妊状態にある場合（以下「胎中事例」）の王位継承の帰趨について、わが皇室典範は明示の規定を有しておらず、学説においてはなお争いがある。⁽¹⁾胎児の皇位継承権を認め、先君の遺児の登極を望むは人情に適い、かつ継承にかかる紛議を避けるに資するよう見える一方、皇位継承が公法的性質の制度であるとすれば、相続に関する民法の出生擬制（旧民法968条；現886条1項）を直ちに適用することはできず、また未だ出生していないのであるから妊娠期間については空位となり、皇位継承権を有しない女子に生まれてこないとも、死産でないとも限らない。それ故に、胎児の皇位継承権を承認するならば皇位継承は極めて不安定なものとなる。また、胎児は自ら公務を行えないのであるから摂政の設置が必要となるが、摂政の設置事由は天皇が未成年の場合（旧皇室典範19条1項；現16条1項）、または「久キニ互ルノ故障ニ由リ大政ヲ親ラスルコト能ハサルトキ」（旧19条2項）ないし「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」（現16条2項）に限定されており、これに該当するか否かについても、やはり

(1) 参照、園部逸夫『皇室法概論』（第一法規、2002年）398頁以下。

疑問の余地が残る。それ故に、「天皇崩シ、皇子尚ホ胎中ニ在ルトキ、其ノ出生ヲ待チテ皇位ニ即キタマハンコトヲ望ムハ、至情ノ止ミ難キ所ナリト雖モ、皇位継承ノ規定ハ嚴ニ之ヲ解釈シテ、弛廢ノ端ヲ開クヲ避ケサルヘカラス、胎中皇子ヲ既ニ生レタルモノト看做スハ、明文ナケレハ、之ニ從フコトヲ得ス⁽²⁾」とするのが明治皇室典範のもとにおける通説的見解であり、現在においてもまた同様であるように見受けられる。

しかし明治期の皇室典範制定に際して参照されたヨーロッパ諸国に目を転じれば、事情は大いに異なる。胎児の王位継承権を明示に規定する憲法典も存在するほか、胎中事例の実例も稀ではあるが皆無ではない。古くは1316年にフランス王ルイ10世が死亡した際に寡婦たる妃の出産まで王弟フィリップが政務を摂し、胎児がジャン一世として生まれた例や、1328年に同じくフランス王シャルル4世が死亡した際に妃が妊娠中であつた例があり（但し女子の出産によりカペー家断絶）、19世紀には1885年にスペイン国王アルフォンソ12世が娘と妊娠中の妃を遺して死亡し、出産まで娘の即位（女系継承）が見合されて妃が摂政となり、翌年にアルフォンソ13世が生まれて国王となった例がある。更に注目すべきは、わが国の明治大正期憲法学における主要な学説参照地域であつたドイツ諸邦において、日本と同様に憲法典及び王室家憲に胎中事例に関する明示の規定が一部の例外を除いて存在しないにも関わらず、学説において胎児の継承権が自明視され、胎中事例における摂政設置の可能性もほぼ通説的に承認されていた事実である。

本稿は、明治大正期憲法学説と近代ドイツ公法学説との間に存するかかる解釈論的差異を分析し、その歴史的背景を明らかにすることを目的とする。一見些末に見えるこの論点を敢えて採り上げるのは、結論先取

(2) 上杉愼吉『新稿憲法述義〔第14版〕』（有斐閣、1942年）121頁（なお、以下では引用に際して、旧字体は便宜上新字体に改めている）。

(3) 1814年11月4日制定ノルウェー王国憲法6条2項および1815年8月24日制定1887年改正オランダ王国憲法17条（1983年改正現行憲法26条）。

的にいえば、それが君主制及び王位継承法の基本的理解を検討する際の格好の素材を提供するからである。本稿で明らかにするように、近代ドイツ公法学における王位継承法理解の根本的変容とそれに対応した方法的に反省された解釈論形成において、胎中事例に関する学問的議論は一定の進展を示しつつも、遂に整合的な解釈を提示するには至らないのであるが、このことは近代公法体系に再編されえない異質な古層が存在し続け、かつこの古層の上に解釈論が形成されたことを示唆するものであり、またその認識からいわば逆照射するかたちで各学説の意義を再評価することを可能にする。更に、このことを前提として、明治大正期における日本の皇位継承法論を検討するならば、表面的にはドイツの制度や学説に類似しているように見えるにも拘らず、実際には本質的に異なる諸理解が前提とされていることが明らかになる。皇室法・皇位継承法に関するこれまでの比較法史的研究は、女系継承などの制度比較に関心を集中させており、法解釈論を主題化することは稀であったように思われるが、本稿では胎中事例というマイクロな論点から日独の王位継承法論の相違を映し出してみたい。

第一章 近代ドイツ公法学における胎中事例

第一節 支配学説とその基礎——長子継承制の基本的理解

19世紀ドイツにおいて、胎中事例における胎児の継承権、より正確にはこの場合に王位継承を保留し、⁽⁴⁾ 摂政を設置して胎児の出生を俟つべきことは、一部の例外を除いて制定法の明文規定を欠いているにも拘らず、⁽⁵⁾ 学説上「疑いなく」などといった修辭とともに肯定されるのが通例であった。このような処理はいわば慣行として確立していたようである。

(4) ここで「保留」という曖昧な表現に留めているのは、その意味付けや法学的構成方法について学説が分かれているためである。

(5) 1849年制定(1850年廃止)のメクレンブルク＝シュヴェーリン大公国基本法65条及び、1902年制定のヘッセン大公国摂政法1条2項。

実際、君主の死亡によって男系断絶や傍系継承が想定される場合には、まず寡婦の懐妊の有無が確認された。⁽⁶⁾ 学問的には既に自然法論の時代にプーフENDORF『自然法及び万民法について』(1688年)がこの問題に触れ、妊娠中の母の腹上に王冠を載せたササン朝ペルシャのシャープール2世の事例に言及しているが、⁽⁷⁾ 詳細な議論の登場は19世紀末頃を俟たねばならない。

19世紀の文献を検討する限り、この問題を最初に取り上げたのはモール『ヴェルテンベルク王国国法・第1巻』(初版1829年)であったと考えられる。モールは王位継承資格の要件としての「適法な出生」に関して次のように説明する。

「なお、胎児は自らに属しうる全ての法的利益について既に生まれた者と等置されるのであるから [nasciturus pro nato habetur]、憲法典の『出生 (Geburt)』という表現は狭義において理解されるべきではなく、王位が空席化した (Thronerledigung) 場合には実際の出生によってその生死と性別が確定するまでの間、胎児も既に存在するものとして、より正確には男子として仮定されなければならない。…従って胎児が最高順位の権利者 (Nächstberechtigter) または唯一考えられうる男系であるならば、母の出産まで摂政を設置し、彼のために暫定的に王位が保管 (aufbewahren) されなければならないであろう。もし胎児が生きて生まれることなく、または女子であったならば、この時点での最高順位の権利者の即位 (Regierungsantritt) が先王の死亡に遡及して起算 (zurückrechnen) されなければならないであらう。⁽⁸⁾」

(6) 参照、谷口健治『バイエルン王国の誕生』(山川出版社、2003年) 4頁以下。

(7) Samuel Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo, 1688, Libri VII Cap. VII 10; dazu Heinrich Triepel, Das Interregnum, 1892, S. 53 ff.

(8) Robert von Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg I, 1. Aufl., S. 130, 134 N. 4; 2. Aufl., S. 159 f., 164 N. 4.

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

モールによれば胎中事例においては「胎児は既に生まれたものと見做す」という法命題を根拠として胎児のために王位が「保管」されるべきであり、その場合に摂政が設置され、継承者の確定後は先王の死亡時に遡及して統治が起算されるべきであるとされる。こうした理解は後続の文献、例えば普通ドイツ国法の標準的記述を提供するツァハリエ『ドイツ国法及び連邦法・第1巻』（第3版、1865年）においても異議なく承認⁽⁹⁾されている。同様の記述はレンネ『プロイセン君主制国法・第1巻』（初版、1856年）にも見られる。彼は次のように説明する。

「誰が最高順位の継承権者であるかという問題はいくつかの場合には疑問の余地がありうる。つまり最後の王位保持者（Throninhaber）が死亡時に王位継承能力を有する男系の子孫を遺さずして妊娠状態にある寡婦を遺した場合、或いはこの場合において最後の王位保持者に先立って男系子孫を遺さずして死亡した最高順位の男系男子の寡婦が妊娠状態にある場合である。未出生者は彼に与えられうる全ての利益について出生者と同様に扱われるから〔原注：L. 7, 18 u. 26 D. de statu hom., L. 231 D. de verb. sing., L. 137 D. de reg. jur., Sachsensp. Bd. I, Art. 33, Schwabensp. Art. 279, A. L. R. I, 1, §. 12, I, 9, §. 371, II, 18, §§. 10, 11〕、王位が空席化（Thronerledigung）した場合には現に出生して生死及び性別が確定するまで、未出生者は既に存在するものとして、より正確にはひとまず男性として仮定されなければならない。従って未出生者が最高順位の王位継承者ないし唯一の男系でありうる場合に

(9) 「例えば最後の占有者が懐妊せる寡婦を遺した場合、誰が最高順位の権利者であるかは一時的に疑いのあるものたりうる。しかしこれが決したならば、統治の移行（Anfall）は最後の君主の死亡の瞬間に遡及されなければならない。…暫定的摂政を要するその他の事由には、場合によっては最高順位の王位継承者をもたらす可能性のある懐妊せる寡婦の存在により、その出産を俟たねばならない事例が含まれる。」（Heinrich Albert Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht I, 3. Aufl., 1865, S. 346 N. 12, S. 410, N. 9.）

は、王位は暫定的に空けて置かれなければならないであろう〔原注：憲法典はこの場合にいて何ら規定していないにも関わらず、この場合に暫定的に摂政が立てられなければならないであろうことは自ずと理解される。未出生者が死産であるか女性である場合には、現在における最高順位の継承権者の即位は先王の死亡時に遡及して計算されなければならないであろう——参照，ツァハリエ…，モール⁽¹⁰⁾…。〕

ほぼモールの説明の引き写しではあるものの、モールが王位の「保管」と表現したものを「空けておく (offen halten)」と表現したこと、胎児の地位について学説彙纂やクセンシュピーゲル、プロイセン一般ラント法の規定を根拠として提示したことが彼の新規性であり、このことはレンネがモールの路線に従いつつも、胎中事例の法的説明を一段階詳細化したことを意味する。それと同時に、レンネのこの説明は、その後の議論に一定の方向性を与えることになる。第一に、学説彙纂などの典拠によって示される法関係は私法関係であると理解されうるが、王位継承が相続とは本質的に異なる公法的性格の制度であるとすれば、そもそも胎児に関するかかる法命題を適用すること自体の適切性が問われる。第二に、寡婦の妊娠期間中は王位を「空けておく」こととなるが、このことは空位 (Interregnum) を意味しないか。仮に統治の遡及起算という説明で補われるとしても、その期間中の摂政は一体何を代表することとなるのか。また第三に、この場合の摂政の設置は憲法典の規定との関係でどのように説明されるべきなのか。

既に別稿において明らかにしたように、王位継承を純粋な公法的制度として理解する見解は、1850年代以降、次第に支配的地位を占めるようになる⁽¹¹⁾。しかしながら、胎中事例に関していえば、かような立場に立つ

(10) Ludwig von Rönne, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie I, 1. Aufl., 1856, S. 127; 2. Aufl., 1864, S. 139; 3. Aufl., 1869, S. 156 f.; 4. Aufl., 1881, S. 171; (von Zorn bearb.) 5. Aufl., 1899, S. 224 f.

(11) 拙稿「一九世紀ドイツ公法学における『君侯法』(三)」国家学会雑誌

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

論者、例えばヘルト⁽¹²⁾、ゲルバー⁽¹³⁾、G・マイアー⁽¹⁴⁾なども、当初は胎中事例における上記の処理を特段問題視していない。だが、彼らは摂政の説明に際してこれを前提しているに過ぎず、胎児の継承権それ自体を検討したわけではなかった。実際、純粹な公法的制度としての王位継承法理解が貫徹されるにつれ、胎児の継承権をそれ自体として承認することの落ち着きの悪さは次第に表面化してくる。

他方、胎中事例をモールやレンネのような私法的命題に抛らずに説明することがなされていることにも注意が必要である。例えばビューラウ『ザクセン王国憲法・行政法』(1832年)は次のように述べる。

「国王の死亡の後にその妃が懐妊しており、または公女に出産が見込まれ、その胎児が男子であったならば相続順位により王位に対する資格があるような場合には、一般的法原則 (allgemeine Rechtsgrundsätze) により、ここでもただ摂政が設置され、王家の新たな構成員の出生を俟って初めて、国王未成年による摂政が継続されるべきか、最高順位の王位継承者が実際に王位の資格があるのかが決せられるべきである。…このことは事物の本性にも適う。何故なら、最高順位の王位継承者が王位に就き、しかし後に優位する権利者 (näher Berechtigter) が生まれた場合、国王は再びその位を放棄しなければ⁽¹⁵⁾ならないという憂慮すべき事態が発生してしまうからである。」

132卷3・4号(2019年)248頁以下。

(12) Joseph Held, System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus II, 1857, S. 285 N. 1. 但しヘルトはここで胎中事例については議論しないという旨を述べているに過ぎない。

(13) Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S. 104 N. 1.

(14) Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 1. Aufl., 1878, S. 204.

(15) Friedrich v. Bülow, Darstellung der Verfassung und Verwaltung des Königreiches Sachsen, 1832, S. 53, 58 N. 5.

ここでは胎児の出生を俟つことが「一般的法原則」によって説明されている。それ自体は精度の低い説明方法であるが、「事物の本性 (Natur der Sache)」が引き合いに出され、またそのようにしなければ胎児が男子として出生し、「優位する権利者」が発生した場合には国王が退位しなければならないという指摘によって補完されている点が注目される。

同様の指摘は後にザイデル『バイエルン国法・第1巻』(初版, 1884年)にも見られる。

「王位継承順位において母胎にある未出生者も考慮されうるかという問題は、憲法によっては決せられない。私法の準則はこれについてはそれ自体として決定的ではありえない。しかし、この問題を肯定することは一般的法観念に適う。更に、王位が空席化した際の未出生者を跳躍すると、事後的に男子が生まれた場合に憲法の王位継承順位に混乱をもたらすことになるということが考慮されうる。何故なら憲法の王位継承に関する諸規定はかような跳躍を考慮していないからである。⁽¹⁶⁾」

ビューラウとザイデルの指摘はわれわれの考察にとって決定的な意味を持つ。そもそもドイツの文献における標準的説明を再構成すれば、王位継承は「王位の空席化 (Thronerledigung)」, つまり王位 (Thron) が担い手から切り離され遊離する (ledig になる) ことによって発生し、王位は継承資格 (Thronfolgerecht) を持つ者のなかから王位継承順位 (Thronfolgeordnung) に従って最高順位の権利者 (Nächstberechtigter) に法定的 (ipso jure) に移行 (anfallen) する (Thronanfall——明治大正期の用語における「踐祚」⁽¹⁷⁾に対応する)。この前提において、ビュー

(16) Max v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht I, 1884, S. 395, 2. Aufl., 1896, S. 193.

(17) Thronanfall は Erbanfall (相続開始による相続財産の相続人への移行) のアナロジーで把握された言葉である。訳語として戦前の用語に倣うこと

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

ラウラの指摘を踏まえるならば、ドイツにおいて王位継承とは、単に国王の死亡または退位の「その瞬間」に「その都度」の継承順位に従って「継承」する者を決定するといった性質のものではなく、始祖 (Ahnherr) を起点とする客観的な系譜的序列において最高順位の権利を有する者が「常に」王位を「保持 (innehaben)」すべきものと理解されていることが明らかとなる。従って、胎中事例のように、即位した君主に「優位する権利者」——このように観念すること自体がドイツ王位継承法観念の特性を示す——が事後的に発生した場合に、劣後する権利者（例えば傍系男子）が王位を保持していることは違法かつ違憲な状態であると理解されるのである。胎児の継承権が肯定されるのは相統法由来の命題によるだけではなく、寧ろこのような長子継承制 (Primogenitur) に関する基本的な理解によるものなのである。

第二節 支配学説の陥穽——寡婦懐妊中の「君主」の所在

もっとも、胎中事例において摂政設置のうえで王位が「保管」されるべきことが長子継承制から導かれるからといって、そのことが直ちに胎児が胎児として王位を継承するということを意味するわけではない。他方、寡婦の妊娠期間を空位 (Interregnum) と理解することは、王位は法定的に間断なく継承されるべきであるとする支配的な世襲君主制理解に背馳しかねない。そこでモール以来、継承権者の確定によって先王の死亡時に遡及して即位したものと看做すといった説明がなされてきたわけである。こうした説明はシュルツェ『プロイセン国法・第1巻』(初版、1872年) にも依然として見られる。⁽¹⁸⁾

は許容されうが、法学の文脈を離れた一般的な踐祚観念を連想させる虞は残る。

- (18) 「〔世襲君主制に空位は存在しないという〕この準則の例外があるとすれば、最後の国王が懐妊した寡婦を遺し、それ故に、他の息がない場合に、胎児が最高順位の権利を有する期待者であるような場合であろう。もっとも、この場合においては、摂政を設置したうえで期待される出生まで王位

しかし、空位といった説明を避けるためとはいえ、即位が遡及起算されるという説明はいかにも技巧的かつ擬制的な説明である。将来における最高順位の継承権者の出生を考慮するとすれば、ビューラウの記述に示唆されているように、死亡の時点における最高順位者が暫定的に即位し、男子の出生を俟って退位するといった選択肢はないか。実際、1830年のイングランド摂政法はこのような方法を予定していた。まさにこれを模範として胎中事例に対処すべきことを主張して通説に異を唱えたのが、キルヒェンハイムの『摂政』（1880年）であった。この教授資格論文は胎中事例について立ち入った検討を加えた早い段階の著作であるが、彼は次のように論じる。すなわち、胎中事例においては通常は摂政を設置して胎児の出生を俟つものと解されているが、胎児自体は法主体ではないから国権の担い手（Träger der Staatsgewalt）が存在しないことになるし、国権の担い手がいなければ代理人である摂政もまた存在し得ないはずである。仮に「摂政」が設置されるとしても、それは通常の摂政とは本質的・概念的に異なり、寧ろ空位に近いものになってしまう。更に死産または女子の出産の場合には最高順位の権利者が即位するが、先王妃の妊娠期間中は即位できないから国王たるべき者が国王としての権利を行使できないという事態になってしまう。即位の遡及起算などおよそありえない。そうだとすれば、イングランド摂政法の規定と同様に、死亡時に既に生まれている最高順位の権利者が暫定的に即位し、もし継承能力ある優先的な権利者が出生したならば退位して摂政として統治を継続するものと考えてべきである。仮に胎児が男子であっても、胎児であった期間について即位を遡及起算しないからといって国王としての権

は空けておく（offenhalten）のでなければならぬであろう。しかし子が死んで生まれ、または女子であったならば、直ちにこの時点で最高順位の者の即位が先王の死亡の瞬間に遡って起算（zurückdatieren）されなければならない。」（Hermann Schulze, Das Preußische Staatsrecht I, 1872, S. 202; 2. Aufl., 1888, S. 195 f.）

利が毀損されるわけではないし、そもそも留保条件を附した王位継承
だったのであるから退位するものとしても不都合はないでないか。——⁽¹⁹⁾

(19) 「摂政が必要となる第三の、全く異なる種類の事例は、君主または男系男子の死亡に際して寡婦が懐妊状態で遺され、胎児が最高順位の王位継承権者でありうるという事例である。これはその珍しさから諸邦憲法では殆ど考慮されていないが、1316年のフランスの事例など、既に何度も生じていることである。ここでは国法的構成は困難である。出産があって初めて権利が決められる。君主の死亡時における権利者は直ちには王位に就くべきではないのだろうか。この場合、もしそのために王位を空席とされるところの子が死産となり、或いは女子として生まれるならば、かの権利者はその権利を縮減されることとなってしまう。生まれていない子は決して王位の担い手になれない。しかし王位の担い手が欠けるわけにはいかないものであるから、ここでは他の事例とは全く異なる種類の摂政であるということも明らかである。何故なら王位の担い手のいないところでは、代理人もまた存在しえないからである。〔この場合に摂政が設置されるとすれば〕この摂政は主権者の名において主権者に代わって統治するのではないのだから、通常の意味における摂政ではありえない。こうした考えこそ、また特に1831年のイングランド摂政法の審議に際して表現されたところものである。全ての懸念を払拭し、(死産または継承権を有せず生まれてくる可能性のある)胎児に対する『摂政』の設置は不可能であるという見解に対応し、また推定される王位相続人の権利縮減を避けるためには、推定される王位相続人が後に生まれてくる国王の遺児の権利を留保しながら王位に就くというのが唯一の途である(上記のイングランドの法令もこの方法を採用した)。摂政設置が誤っているのは、決定がその出生にかかっているところの子が死産または女子として生まれた場合、真の王位相続人が権利を縮減されてしまい、即位の遡及起算は不可能だからである。しかし現実には男子が生まれた場合、この問題を上記の意味で解決することにおいて、子が胎児であった期間についての即位の遡及起算が考えられないからといって、誰も損害を受けないからである。また、統治を引き受けた者が退位し、または『摂政』となることは、生まれきたるべき相続人の権利を『留保して』統治を引き受けていたに過ぎないのであるから、ここに異常性は存在しない。そのような条項は全く懸念を拭うに十分であり、そしてこの方法は形式的な『摂政』——ここでは全く異なる概念が示されており、我々が摂政と呼ぶものより空位(Interregnum)に近いであろう——を設置するよりも簡明かつ正当である。このようにして、この実践的には稀で、

このように、キルヒェンハイムは明瞭な対案を提示したのである。

キルヒェンハイムの指摘は、伝統的見解に対する理論的批判として無視できない内容を含むものであり、ブリーとザイデルの好意的な書評に示されるように、その指摘は学界において広く受容されるようになる。⁽²⁰⁾しかし、対案それ自体は学界の大勢の容れるところとはならなかった。それは、留保を附して王位を継承した君主が外在的事由によって王位を喪失することは君主制原理と矛盾するものであると考えられたからである。そもそも解除条件を附した王位継承というものは私法においてと同様に存在しないという指摘も、既にクラウト『後見・第3巻』(1859年)によってなされていたが、⁽²¹⁾例えばボルンハーク『プロイセン国法・第1巻』(初版, 1888年)は、胎児自体に王位が移行する(“Thronanfall an einem Embryo“)という異論のありうる説明をしながらではあるが、「国王の支配を国王の意思に反して時間的に制限することは君主制原理と矛盾する。これに反し、支配を遡及起算することには何ら法的懸念は存在しない」と指摘している。⁽²²⁾同様の観点から、ハンケも『ドイツ国法

しかし精密な国法上の問題はイングランド法学を範として決せられるべきである。」(Arthur v. Kirchenheim, Die Regentschaft, 1880, S. 65 ff.)

(20) Max v. Seydel, in: KritV 23 (1881), S. 451; Siegfried Brie, in: GrünhutsZ 8 (1881), S. 598.

(21) Wilhelm Theodor Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts III, 1859, S. 167.

(22) 「また、憲法典には言及されていないが、国王の死亡に際してなお次に王位に対して権利を有するかも知れない男系男子の出生を俟つべき場合も、久しきに亘る妨げとして理解されるべきである。望まれるべき国王は疑いなく(unzweifelhaft)既に生まれたる未成年の国王と同視されるべきであり、そうだとすれば摂政が設置されるべきであろう。懸念を生ぜしめようとすれば、それは場合によっては国王が生まれなかもしれないという事情によるものである。ここでは二つの可能性が考えられる。一つは胎児に次いで権利を有する男系男子が国王として統治を引き受けたいうで、国王が生まれたならば直ちに退位して摂政として統治を継続するというものであり、もう一つは彼が摂政として統治を引き受けたいうで、国王が生

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

における摂政及び領邦君主の代理』(1887年)において、王位保持権の喪失が君主に属する事由のみによるという原理と矛盾し、かつ退位は完全な任意によるものであって事後的事情に条件付けられえないと批判している。もっとも、ハンケも安易に即位の遡及起算を想定するのではなく、私法と同様に端的に主体なき権利を承認し、私法の胎児保護人 (*curator bonorum ventris nomine*) の類推によって摂政が設置されるべきことを主張しており、更にこの場合の摂政が通常の場合の摂政とは異なることを認めつつ、それは摂政の概念を毀損するものでないと補足して⁽²³⁾いる。またザイデルも、書評においてはキルヒェンハイムに賛意を示し

まれなかった場合に初めに遡って国王の支配と見做すか、このいずれかである。即位の遡及起算などありえないとして後者の解決に反対する者は、最高順位の男系男子の国王としての支配は、彼に優位する男系男子が少なくとも胎児として存在する間、完全に憲法違反であるということを見落としている。更に、国王の支配を国王の意思に反して時間的に制限することは君主制原理と矛盾する。これに反し、支配を遡及起算することには何ら法的懸念は存在しない。寧ろ、推定的摂政が国王の名において行った全ての統治行為は自己の名においてなされた統治行為であると見做されるべきである。胎児への王位の移行 (*Thronanfall an einem Embryo*) は、それ故に摂政設置の効果をもたらすものに他ならない。」(Conrad Bornhak, *Preußisches Staatsrecht I*, 1. Aufl., 1888, S. 193 f.; 2. Aufl., 1911, S. 203.)

(23) 「しかしそのような退位は…王位の権利 (*Thronrecht*) がその担い手から分離されるのはその一身自体に存する事情、すなわち死亡と退位のみによるという原理と矛盾する。しかし退位は完全に任意にのみなされるものであり、王位相続人の出生のような事後的な事情の出来に予め条件付けられるものではありえない。胎児に適切に配慮するための私の考える最も正当かつ簡明な方法は、同様の状況において私法において採用されているそれである。すなわちその権利無能力を承認したうえで権利を他の者に暫定的に移譲することなく胎児に保留 (*reservieren*) し、この権利を他の者に管理させることである〔原注：私法の胎児保護人 (*curator bonorum ventris nomine*) の類推；これも一時的に誰にも属しない財産を管理し、主体なき権利を行使するものである〕。従って胎児は国王になるわけではないが、最高順位の男系男子が国王になるわけでもない。ただし、国家に一時的に国王、すなわち国権の担い手が存在しないという事態が発生する。

ていたものの、自らの体系書においてはその説に従うことなく、君主が未成年の場合の類推によって摂政を設置すべきことを主張する。しかし、やはりザイデルもまた、この処理があくまで憲法典の明示規定からかろうじて引き出されうる類推に過ぎないことを強調し、この場合の摂政が通常(24)の摂政とは異なることに注意喚起しているのである。

このように、キルヒェンハイム学説は支配学説に対して正当な批判を加えるものであったものの、解決案それ自体に支持を集めることはなかった。その間、1885年から翌年にかけてのスペインの事例では、伝統的見解に従い、胎児のために王位継承を保留し寡婦たる王妃が摂政の任を担った。その後著されたキルヒェンハイムの『ドイツ国法教科書』(1887年)は、胎中事例についてイングランドの模範に倣うことができるとしながら、男子出生の場合には前君主の死亡から出生までの期間は

しかし果たして国王は国家の存立にとって、担い手は国家権力の諸権利の存続にとって、およそ例外が存在し得ないほどに必要なのであろうか。そうではあるまい。精神疾患を有し、または生死不明の失踪した国王が国家にどのような役に立つのだろうか。それは他の者が『彼に代わり』、彼の名において国家を統治するというがために過ぎない。他方、私法において同様の状況において主体なき権利の想定がなされている。何故に公法においてそれを避けるのだろうか。国家権力の諸権利も妊娠期間中は人間の担い手なく存続するだろう。それは摂政によって行使される。確かにこの摂政は既に存在する国王に代わってではなく期待される国王に代わって支配するもので、つまり特定の国王の名において支配することができないのであるから、通常(24)の摂政とは区別される。しかしこの逸脱は摂政の概念を毀損するものではなく、少なくとも実務的には暫定的王位継承に比して不都合は少ないのである。」(Ernst Hancke, *Regentschaft und Stellvertretung des Landesherrn nach deutschem Staatsrechte*, 1887, S. 17 f.)

(24) 「この事例は未成年の場合と同様に取り扱われるべきである。何故ならこの点について憲法典は明示の規定を欠いているので、これが唯一提供される類推であるからである。ただしあくまでも類推であって、それ以上ではない。何故ならこの種の摂政が通常(24)の摂政と本質的に異なることは明らかだからである」(Max v. Seydel, *Bayerisches Staatsrecht I*, 1. Aufl., S. 455; 2. Aufl., S. 227.)

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

「特殊な摂政」となるのだと説明を修正するが、⁽²⁵⁾ いわば即位に代えて摂政統治を遡及起算するものであり、本来の理論的一貫性はもはや崩れてしまっているようにも見える。

即位の遡及起算か、それとも留保を附した王位継承か、という二者択一は、前節に見たような基本的な長子継承制理解を前提としたうえで、胎中事例の場合に空位となる事態を避けるという目的に出るものであった。これに対し、この事例を端的に空位の事例として理解すべきではないかとする見解が現れた。それがトリーペルの博士論文、『空位』(1892年)である。トリーペルは胎中事例について新規な解決策を提示するのではなく、寧ろ伝統的な対応を前提に分析を加えているが、彼の整理によれば、モール以降の構成は、或いは私法の諸命題を援用して胎児を主体と見做し、或いは胎児に継承権がないことが明らかになった場合に最高順位の継承権者の即位を遡及起算するといった擬制で糊塗するなど、⁽²⁶⁾ 国法学の理論として甚だ不十分なものに留まっていた。そこで彼は、キルヒェンハイムの指摘を承け、胎中事例において胎児は法主体ではないのだから一時的に国権の担い手たる君主が欠ける事態、すなわち空位状態が出来しているとするのである。⁽²⁷⁾ トリーペルによれば、国家の法人格を前提とすれば国家が意思形成可能である限り、国家人格は存続するのであるから、国権の担い手が一時的に不在となっても国家の存続には影響しない。君主制国家といえども君主のみが国家意思の形成要素なのではないのだから、国家理論上も空位はありうる。但し、その場合には国権の担い手が存在しないのであるから、君主制・貴族制・民主制の⁽²⁸⁾ いずれでもない、とされる。また、この場合の摂政は実際上の必要から

(25) Arthur v. Kirchenheim, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1887, S. 196.

(26) Heinrich Triepel, Das Interregnum, 1892, S. 58 ff. [insbes. 60f.].

(27) Triepel (Fn. 26), S. 61 f., 63 ff., 66.

(28) Triepel (Fn. 26), S. 63 ff., 69 ff.

設置されるものに過ぎず、通常の場合の摂政とは異なり代表されるべき君主（国権の担い手）が存在しないのであるから、後者の場合の摂政とは本質的に異なるものと考えられるべきであるとして、具体的には無答責特権を享受しえず、また君主が存在しないのであるから、元首費給付請求権を有する者も存在しないという帰結が導かれるのである。⁽³⁰⁾

第三節 トリーペル以降の学説状況——空位理論に対する一般的評価とレーム理論

キルヒェンハイム論文以降、国法学において胎中事例に関して集中的な法学的検討が加えられた。しかし、トリーペル以降の国法学文献を一瞥するならば、ここでも依然として胎中事例における伝統的処理は全く自明視され続けたことが観察される。試みに体系書・教科書の類を紐解けば、普通ドイツ国法文献ではG・マイアーの改訂版⁽³¹⁾をはじめとして、アルント⁽³²⁾、アンシュッツ⁽³³⁾、イエリネク⁽³⁴⁾、各邦国法文献ではシュテンゲル⁽³⁵⁾、ツォルン⁽³⁶⁾、シュヴァルツ⁽³⁷⁾、フーブリヒ⁽³⁸⁾、オーピッツ⁽³⁹⁾、O・マイアー⁽⁴⁰⁾、ザ

(29) Triepel (Fn. 26), S. 86 ff.

(30) Triepel (Fn. 26), S. 80.

(31) Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 5. Aufl., 1899, S. 249 f.

(32) Adolf Arndt, Staatsrecht und Verwaltungsrecht, in: Birkmeyers Encyclopädie, 1. Aufl., 1901, S. 844; 2. Aufl., 1912, S. 803.

(33) Gerhard Anschütz, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, in: Holtzendorff/Kohler (Hg.), Encyclopädie, 6. Aufl., 1903, S. 575; 7. Aufl., 1914, S. 134.

(34) Georg Jellinek, Besondere Staatslehre, in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden Bd. 2, 1911, S. 175 f.

(35) Hermann Schulze/Carl von Stengel, Das Staatsrecht des Königreiches Preußen, 2. Aufl., 1894, S. 44.

(36) Ludwig von Rönne/Philipp Zorn, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie I, 5. Aufl., 1899, S. 224 f.

(37) E. Schwartz, Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat, 1896,

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

(41) イデル改版, (42) ザルヴァイ, (43) ゲッツ, (44) ヴァルト, (45) W・ヴァン・カルカー,
(46) シュッキングらの文献が伝統的命題を繰り返す立場であり, 講義原稿レ
ヴェルではここにラーバント(47)を加えることができる。他にもベルナ
(48) ツィクや後述のレームもこの立場であり, 摂政に関するモノグラフにお

S. 163.

- (38) Eduard Hubrich, Preußisches Staatsrecht, 1909, S. 188.
- (39) H. G. Opitz, Das Staatsrecht des Königreiches Sachsen I, 1884, S. 145, 165 N. 10. なお, オーピッツは胎中事例について, 直近における出産が見込まれる場合には摂政設置は不要であろうとしている。
- (40) Otto Mayer, Das Staatsrecht des Königreiches Sachsen, 1909, S. 107.
- (41) Max v. Seydel/Graßmann/Piloty, Bayerisches Staatsrecht, 3. Aufl., 1912, S. 96.
- (42) Otto von Sarwey, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg Bd. 1, 1883, S. 47, 58 f.
- (43) Karl Göz, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1908, S. 69.
- (44) Ernst Walz, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, 1909, S. 48.
- (45) Wilhelm van Calker, Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, 1913, S. 39.
- (46) Walter Schücking, Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg, 1911, S. 65.
- (47) Paul Laband, Vorlesungsmanuskript, BArch N2161/1, Bl. 75. シュリユーターによる刊本 (Paul Laband (bearbeitet von Bernd Schlüter), Staatsrechtliche Vorlesungen, 2004) では省略されているので, 翻刻すると次の通り: „§23. Regentschaft u. Stellvertretung [/] I. Eine Regentschaft oder Reichsverwesung tritt ein, wenn der Souverain dauernd oder zur Zeit regierungsunfähig oder unbestimmt ist. Dies findet statt in folgenden Fällen. [...] 2. Unbestimmtheit des Thronfolgers ist vorhanden: [/] a.) wenn der Souverain ohne Hinterlassung thronfolgefähiger männlicher Abkömmlinge, jedoch mit Hinterlassung einer schwangeren Wittwe stirbt. [/] b.) wenn beim Tode des Throninhabers der nächstberufene Agnat ohne thronfähige Descendenz, jedoch mit Hinterlassung einer schwangeren Witte (*sic!*) gestorben war. [/] c.) wenn die Thronfolge unter mehreren Prätendenten streitig ist, aber der Übernahme der Regierung ein Hinderniß im Wege steht (Braunschweig).“
- (48) Edmund Bernatzik, Republik und Monarchie, 1892, S. 38.

いてもシュタンゲ⁽⁴⁹⁾、フロインド⁽⁵⁰⁾、ハーゼ⁽⁵¹⁾、ボルク⁽⁵²⁾、シュナイダー⁽⁵³⁾らの博士論文が同様の見解である。キルヒェンハイム説はほぼ一致して拒絶され、また胎中事例を端的に空位とする見解は若干の論者（ハチェック、カルカー）に受容されたものの、世襲君主制の法定継承原理の建前がなおも強調された⁽⁵⁴⁾。キルヒェンハイムやトリーペルの指摘は正当なものとして受容された反面、正面から空位と理解することにはなお抵抗が見られ、理論上は空位か遡及起算かという問題は残り続けたわけである。

この問題は単なる言葉遊びや概念遊戯ではない。実務上深刻な問題たりうることに留意が必要である。トリーペルの主張に従えば、胎中事例における妊娠期間中は空位であるから、胎児の出産まで元首費（Ziviliste）給付請求権の主体が存在しない。必ずしも明らかではないものの、ここでは給付対象期間すなわち給付額の減少も含意されているのかもしれない。他方、在位期間の始期が先王死亡時に遡及起算されるのであれば、元首費は通常通りに給付されるはずである。ところで、元首費制度は本来、領邦君主の家産たる御料地（Domänen）を国有化する代償として御料地収益（地代等）を領邦君主の家政に還流させるという側面を有し、領邦君主及びその親族に身分相応の生活を保障するための制度で

-
- (49) Otto Stange, Beiträge zur Lehre von der Regentschaft und Regierungsstellvertretung nach preußischem Staatsrechte, 1895, S. 29.
 (50) Ismar Freund, Die Regentschaft nach preussischem Staatsrecht, 1903, S. 29 ff.
 (51) Harald von Haase, Die Regentschaft in Sachsen, 1908, S. 11 ff.
 (52) Walter Borck, Regentschaft und Regierungsstellvertretung, insbesondere nach preußischem Staatsrecht, 1912, S. 43 ff.
 (53) Konrad Schneider, Errichtung und Aufhebung der Regentschaft in Preußen unter Berücksichtigung der Verfassungen der anderen deutschen Gliedstaaten, 1912, S. 14 は胎児のための摂政（Regentschaft ventris nomine）を不可とし、プロイセン憲法56条以下の規定の類推適用により「暫定統治」が布かれるべきであるとする。
 (54) Hubrich (Fn. 38), S. 188.

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

あると説明される。⁽⁵⁵⁾各領邦の憲法または王室家憲の規定にもよるが、元首費は宮廷 (Hof) や家 (Haus) の事務の経費に充当されるだけでなく、宮廷官吏の俸給に充てられることもあるようである。⁽⁵⁶⁾それ故、王統が連続しているにもかかわらず、元首費の給付が停止または額面が削減されるとなると、宮廷機能の維持にも差し支えるという不都合が生じかねない。イェリネクは遺稿『特殊国家学』において、摂政を設置して胎児の出生を俟つ場合には即位を遡及起算すべきであると主張したうえで「このことは例えば元首費給付請求権に関して意味を持ちうる」と記しているが、⁽⁵⁷⁾蓋しかような考慮が背景にあったものと考えられる。

ところで、この時期に君侯法及び王位継承法論に関して独特の議論を展開していたレームは胎中事例をどのように理解していたのであろうか。レームは次のように説明する。

『胎児の将来の権利』は既に法秩序によって『確保 (Wahrung)』されている (民法典1912条)。最後に統治していた君主の配偶者がその死亡または退位に際して、または死亡または放棄した最高順位の権利を有する家族構成員の配偶者が同様の時点において、懐妊状態にある場合、王位は男系親または女系親における生存する最高順位の権利者に移行せず、その出生によって現時点で最高順位の権利を有する者に優位する王位保持者 (Throninhaber) が生じるか否かが決するまで一種の空位 (ein Interregnum) となる、というのが⁽⁵⁸⁾現行法の命題である」。

レームにとって胎中事例における伝統的な取り扱い、そしてこの場合が空位となることは、もはや現行法 (geltendes Recht) として疑義の対

(55) 元首費制度に関する正確な分析は他日を期したいが、さしあたり Triepel (Fn. 26), S. 80 をみよ。

(56) Hermann Rehm, Modernes Fürstenrecht, 1904, S. 367.

(57) Jellinek (Fn. 34), S. 176.

(58) Hermann Rehm, Modernes Fürstenrecht, 1904, S. 393.

象ではない。ここで問題となりうるのは、レームが胎児の継承権を論じるに際して民法典の規定に言及している点であろう。ここにはレーム君侯法論の特徴が現れている。既に別稿において明らかにしたように、レームは私法学を模範とした公法学を思考したラーバントの影響下にあり、ラーバントと同様に私法学において彫琢された諸概念を一般的法概念に昇華して公法の概念構成に利用するという方法によって君侯法論を構築している。周知のごとくラーバントは法人や組合、契約といった概念を公法にも通じる概念として援用していたが、レームは君侯法論において相続や後見、胎児保護も一般的法概念として理解している⁽⁵⁹⁾のである。後見及び胎児保護に関して、このことは摂政と後見に関する次の引用箇所にもよく示される。

「今日、摂政は国家元首に対する後見（Vormundschaft）ではないと述べることは、それによって民事法の後見に関する諸命題が摂政に適用されてはならないということを明確にせんとする限りで全く適切である。しかしそれによって、摂政と後見が本質的に類似（wesensähnlich）するものではないということを表現しようとするのであれば、それは正当ではない。もっとも、通説はかような理解に傾斜しているのだが。…しかし、もし立憲的国法が特別の摂政制度を創設していなければ、現在でも依然として未成年の君主に代わる統治の行使は母権ないし未成年後見であり、禁治産となった君主に代わる統治の行使は成年後見であり、未だ出生せざる君主に代わる支配の行使は民事法の意味における胎児保護人（Leibesfruchtpflegschaft）であつたであろうということは、今日なお言いうる。…民法典1627条及び1793条によれば、母の親権と後見人の後見的権能は子ないし被後見人の一身（Person）に配慮する権利を含む。この権能に含まれるところの、子または被後見人の一身に関わる事項におけるその代理に係る権利が、

(59) 拙稿「一九世紀ドイツ公法学における『君侯法』（五・完）」国家学会雑誌132巻7・8号（2019年）598頁以下。

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

私法上の事項に限られるものではなく、公法上の一身的事項に及ぶことを疑う者はない。国籍ないしゲマインデの構成員資格の取得及び喪失は、確かに人格の公法生活の事象であるが、公の官署における国籍ないしゲマインデの構成員資格の附与または国籍離脱の申請を行うことが後見人の管轄であることを疑う者はない。…或いは訴訟、生活保護その他の公的扶助請求権の行使、軍役その他の免除申請において被後見人が後見人によって代理されていることを想起せよ。このことが法律によって特に規定されていない場合であっても、被後見人の一身に係る公法的事象に対する配慮は法定代理の管轄に属す。それ故、最高の国家機関性の行使は一身に係る義務ではなく保持者の一身の権利（「継承権」）なのであるから、これまた同様なのである。…後見の管轄がかように解釈されるべきであるとすれば、同じことは後見と本質的に類縁関係にある保護（Pflegschaft）についても当て嵌まる…。もっとも、不在者保護は財産に関する事項についてのみ可能であるが（民法典1911条）、胎児はそれ自体として『その権利の擁護のために』、配慮が必要な限りにおいて、保護人を得ることができる（民法典1912条）。王位保持もまた将来権の一つである。⁽⁶⁰⁾

ここでは、胎中事例において摂政が設置されるのは私法における胎児保護人を淵源とするものである、ということが指摘されている。摂政、後見及び胎児保護のいずれも「他者による配慮を要する君主の一身的事象（persönliche Angelegenheiten）」の代理である点で選ぶところはない。但し、近代ドイツ諸邦憲法の多くで設けられている摂政制度は、特に君主の統治権の代理行使を後見人の管轄から区別するものに他ならない。それ故に、摂政制度を導入した諸邦においては「出生が想定される最高順位の王位期待者に因る摂政は従ってそれ自体として胎児保護人選任の形式においてなされうるであろうが、しかしかような配慮は後見か

(60) Rehm (Fn. 58), S. 433 ff.

ら隔離されているのであるから、統治権のかような行使を保護人に委ねることは立法者の趣意ではないということから出発してよい。寧ろ未成年摂政の類推により胎児摂政（Leibesfruchtsregentschaft）が設置されるべきである⁽⁶¹⁾とされるのである。

レームの解釈論は、既にハンケによって示された胎児保護制度の類推による解決案を、相続・後見・保護を「一般的法概念」として利用することを通じて公法学的に再編成したものと位置づけることができる。更に、レームが胎中事例に関連して提示する応用的な論点も見逃せない。すなわち、君主の死亡時の最高順位の継承権者の即位後に寡婦たる王妃の懐妊が発覚した場合、胎児の出生または死産によって正当な最高順位の継承権者が確定することを条件として退位することはありうるし、⁽⁶²⁾かかる事態を懸念してそもそも期限の条件を附して即位を拒否することも可能であり、⁽⁶³⁾もし即位後に実際に優先順位を有する継承権者が生まれた場合には、従前の王位保持者は法的に当然に（ipso jure）——退位によらず——王位保持権を喪失するのだというのである。⁽⁶⁴⁾つまり、従来の議論では君主の死亡時に寡婦の懐妊が認識されていることが前提とされていたのであるが、レームは更に事後的に発覚する場合についても考察を加えたわけである。なお、前二者の事例では王位継承秩序と当事者意思の問題が関連してくるが、レームはこうした条件を附した意思行為が例外的に許容されうるのは系継承制（Linealfolge）に対する長子継承原理（Primogeniturprinzip）の優位によるものであると論じている。⁽⁶⁵⁾

(61) Rehm (Fn. 58), S. 435.

(62) Rehm (Fn. 58), S. 430 f.

(63) Rehm (Fn. 58), S. 427 f.

(64) Rehm (Fn. 58), S. 428 f.

(65) Rehm (Fn. 58), S. 432 f.

第四節 摂政設置事由の構成

最後に残る問題は、胎中事例における摂政の設置を具体的な憲法典または王室家憲の規定との関係でどのように理解するかである。実定法状況は領邦ごとに異なるが、通常、摂政の設置事由としては君主が未成年である場合、または久しきに亘る故障のある（dauernd verhindert）場合の二類型で理解される。前者は疑いのない事実によるものであるので摂政設置の必要性に疑問の余地はないが、後者は「故障」があるといえるか否かは実質的判断の問題であり、そのための手続を必要とするという違いがある。

こうした類型論において、胎中事例をどのように構成するかについて明確に一致した学説は存在しなかったといつてよい。但し、かつてはツェハリエのように久しく故障のある場合に包摂する者があったのに対し、1870年代以降の学説においては、憲法典に規定された上記二類型のいずれにも当然には当て嵌まるものではないという理解に概ね収斂する傾向が見られる。無論、故障のある場合に含める論者も少なくないが、⁽⁶⁶⁾胎児が継承能力を有しない女子として生まれた場合にはその間の摂政を故障ある「君主」の代理であったと説明するのは整合的ではないという指摘は説得力をもつ。⁽⁶⁷⁾かといって、未だ出生していないのであるから君主の未成年の場合に包摂するわけにもいかない。空位事例だと理解するとしても制定法における摂政設置要件との接点が必要である。もちろん、⁽⁶⁸⁾憲法典に規定はないが「自明」であるという説明では法的に構成したとはいえないが、⁽⁶⁹⁾実際上は摂政を設置するほかないのであるから文言に齟齬があっても適用せざるをえない側面は否定できない。

(66) Bornhak (Fn. 22), 1. Aufl., S. 193 f., 2. Aufl., S. 203; Göz (Fn. 43), S. 69.

(67) Opitz (Fn. 39), S. 145.

(68) Schwartz (Fn. 37), S. 163.

(69) Otto Mayer (Fn. 40), S. 107.

他方、胎中事例を「王位継承者が不明の場合」という類型に包摂する試みが普通ドイツ法の文献に現れるようになる。既に19世紀末の文献において胎中事例をこのような類型として説明するものがあったが、1902年に成立したヘッセン大公国摂政法1条2項は明文規定によってこのような類型化を採用した（「王位の空席化の際に王位継承者の人身が不明のとき」⁽⁷⁰⁾）。その後アンシュッツも普通ドイツ国法の議論としてこれを摂政設置事由の第三類型として記載している⁽⁷¹⁾。普通ドイツ国法の説明範型は各領邦国法の記述にも一定の影響を及ぼしているが、しかし明文規定から逸脱した類型の創設となることには変わらない。

総じて、1900年頃には胎中事例において設置される摂政を未成年摂政の類推とするのが概ね基本的な見解であると理解されていたようであるが、このことはハンケによって指摘され、レームによって理論的にも整理された胎児保護人との類似性を考慮すれば自然な理解であるように見える。無論、このように理解するとしても君主が存在しない点で本質的には異質なものと了解されるようになることは、既に繰り返したところである⁽⁷³⁾。

小括

ドイツにおいては直系後嗣なき君主の死亡の際に妃が妊娠している場合に王位継承を保留し胎児の出生を俟つという方式は、キルヒェンハイ

(70) Großherzoglich Hessisches Regierungsblatt, 1902, Nr. 15.

(71) Anschütz (Fn. 33), 6. Aufl., 1903, S. 575; 7. Aufl., 1914, S. 134.

(72) こうした「相場感覚」を得るには博士論文クラスの文献が参考に値する。通常理解として未成年摂政の類推による説明を紹介するものとして例えば Freund (Fn. 50), S. 30 を挙げることができる。

(73) 但し、本文における以上のような理解は、摂政を君主の代理機関として理解することを前提とする。そもそも君主の代理機関ではなく、一定の場合に設置される国家機関であると考えれば (Anschütz (Fn. 33), 6. Aufl., 1903, S. 575; 7. Aufl., 1914, S. 135), 君主不在の問題は回避されうるであろう。しかしこの点の分析は別稿を必要とする。

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

ムの異論を除いて、確立慣行ないし慣習法として自明視された。⁽⁷⁴⁾しかし、これを法学的に説明することには多分に困難が伴った。とりわけ王位継承の純公法的性質が学説の圧倒的支持を得ると、私法的な法命題を列挙するような説明方法ではもはや十分とは考えられなくなる。しかしここで注意すべきは、胎児の継承権の有無という問題設定がなされることがある⁽⁷⁵⁾としても、この問題は寧ろ本質的には長子継承制の問題として理解されていたということである。それ故に、胎児が存在する限り王位は傍系に移行しない⁽⁷⁶⁾、少なくとも胎児が継承資格をもって生まれれば長子継承制に従って速やかに王位が回復されなければならないといった理解が議論の前提だったのである。

争点となったのは、胎中事例において寡婦の妊娠期間が空位となるのか、それとも継承者の確定後に先王の死亡時に遡及して在位期間が起算されるのか、この場合に摂政が設置されるとして何を代表するのか、そして摂政の設置を具体的な憲法典に規定された要件との関係でどのように説明すべきなのかということであった。これらの論点については19世紀を通じて理論的検討の進展が見られ、徐々に共通理解が形成されていくが、一義的な通説が成立するには至らなかった。グラスマンのように立法論的解決への期待と実践的衡量に託しながら公法学解釈論としての一種の諦念を示す論者が存在するのも無理からぬところがある。⁽⁷⁷⁾

(74) Borck (Fn. 52), S. 43.

(75) 本文に検討した論者のほか、モーイも「ここで胎児も考慮されるべきことは当然である」と述べている (Ernst v. Moy, Staatsrecht des Königreichs Bayern I, 1840, S. 112.)。

(76) Haase (Fn. 51), S. 12 f. はザクセン王国憲法6条の規定(「長子権及び男系系継承により (nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatischen Linealfolge)」)を根拠として、長系が疑いなく断絶するまでは王位は幼系に移行しないと論じる。

(77) 「更に摂政の設置は王位が空いた時点において、最高順位の男系男子が誰か直ちには明らかにならなかったり、国王ないし最高順位の男系男子の寡婦がこの時点において妊娠状態にあたりして、後継者が不確定

テツナーは、近代国法に依然として家産的要素が見られるとして、これが最も鋭く立ち現れる事象の一つとして王位継承における胎児に対する配慮を挙げている⁽⁷⁸⁾。この指摘は一面において正当な核を含んでいる。ゲルバー＝ラーバント以降の近代国法学の展開において胎中事例に対する決定的な説明を得られなかった事実は、これが近代立憲君主制国法の諸原理に体系的・整合的に編入し切れない異物であり続けたことを示唆する。しかし、それが実定法解釈学である限り、それを全く無視することはできなかった。第二帝政期の公法学における王位継承法論及び君侯法論は、総じてこの種の負荷を宿命づけられていたのである⁽⁷⁹⁾。

第二章 明治大正期憲法学説における 「胎中皇子」・「胎中天皇」論

第一節 支配学説とその論拠

ドイツにおける議論状況とは対蹠的に、明治大正期憲法学においては胎児の継承権を否定するのが多数の有力論者によって主張された支配的見解であった。穂積八束⁽⁸⁰⁾、清水澄⁽⁸¹⁾、有賀長雄⁽⁸²⁾、副島義一⁽⁸³⁾、上杉慎吉⁽⁸⁴⁾、市

(ungewiss)である場合にも必要である。…この場合には胎児に王位継承権が保管されるべきであるが、ここには疑いなく異常性 (Anomalie) が存し、それは国家継承制度に私法の基本命題を引き移すことによるのみ説明されうる。この場合について君主権の一般的基本命題から諸規定を導出しようとするいかなる試みにおいても、この異常な事例に対しては実定的な制定規範のみが法を創設しうるということが認識されるであろう。実践的衡量からは出生まで摂政を設置することが最も役立つということは認められるべきである。何故なら時間的に限定された王位継承権なるものは、国王の人格の外ではなく国王の人格に存する事由、すなわち死亡および退位のみが国王の支配権を終了せしめるという原理に反するからである。」(Josef Grassmann, *Das Recht der Regentschaft in Preussen und im Deutschen Reiche*, in: AöR 6 (1891), S. 495 f.)

(78) Friedrich Tezner, *Die Successions- und Verwandtenrechte des Prinzen Alexander von Oldenburg*, 1905, S. 89.

(79) 筆者旧稿の基本的テーゼである。拙稿(注59), 638頁, 663頁以下。

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

(85) 村光恵、(86) 佐々木惣一、(87) 佐藤丑次郎、(88) 宮澤俊義などは皆この説を採っている。有力な公法学者では美濃部達吉のみがドイツ流の解決を提唱しているに過ぎない。

支配学説の第一の論拠は、皇位継承は国家の基本原理に関り紛議を許さない性質のものであるから憲法及び皇室典範の明文規定を基準とすべきであるが、胎中事例については明文の規定は存在しないというものであった。この立場を最も明確にしているのは穂積の次の説明である。

「又典範ノ条文ニハ遺腹ノ胎児ノ継承ノ資格アルコトノ明言ナシ。明言ナキカ故ニ其ノ資格ナキモノト解セサルヲ得サルナリ。抑々皇位継承ノ順位ハ明文ニ依リ厳正ニ之ヲ解スルコトヲ要ス、比附援引シテ之ヲ文字ノ外ニ及ホスハ乱階ヲ為スノ虞ナシトセス。蓋典範ノ明文ヲ以テ継承ノ順序ヲ確的ニ列挙セルモノハ、毫末ノ疑義ヲ将来ニ遺セサルノ用意ニ出テタルナリ、胎児ノ継承権ノ存否ヲ言ハサルハ即チ之ヲ認めサルノ明証ナリ。或ハ謂フ胎児ノ継承権ノ事ハ立法者ノ遺忘ニ由リ洩レタルナラント、言何ソ礼ヲ失フノ甚シキヤ。抑々胎児ノ継承権ノ事ハ諸国普通民法ニ其ノ規定アリ、又外国ノ憲法典範ニモ条文ノアルアリ、内外実例ノ存スル皆人ノ知ル所、何ソ今国家ノ大典ヲ制定スルニ當リ此ノ大事ヲ遺忘スルカ如キコトアルヲ想像スルコトヲ得ン。又或ハ言フ皇位ノ継承ニ付テハ胎児ハ既ニ生レタル者ト看做スモノナリト。此ノ解何ノ拠ル所アルコトナシ。例セハ民法ニハ特ニ明文ヲ掲載

(80) 穂積八束『憲法提要・上巻』（有斐閣書房，1910年）240頁以下。

(81) 清水澄『国法学第一編憲法篇〔第12版〕』（清水書店，1919年）382頁以下。

(82) 有賀長雄『皇室制度稿本』（1915年）37頁以下。

(83) 副島義一『日本帝国憲法論』（早稲田大学出版部，1905年）171頁以下。

(84) 上杉（注2）121頁。

(85) 市村光恵『帝国憲法論〔第8版〕』（有斐閣，1922年）322頁以下。

(86) 佐々木惣一『日本憲法要論』（金刺芳流堂，1930年）346頁。

(87) 佐藤丑次郎『帝国憲法講義〔第4版〕』（有斐閣，1935年）67頁。

(88) 宮沢俊義『憲法略説』（岩波書店，1942年）77頁。

シ、胎児ハ家督相続ニ付テハ既ニ生レタルモノト看做ス…。此ノ例外ヲ法文ニ掲明スルノ必要アル所以ハ、此ノ明文ナクシテハ此ノ特例ヲ認ムル能ハサルニ出ツルナリ。典範ニハ皇位継承ニ付キ何等此ノ類ノ明文ナシ、何ゾ濫リニ比附シテ法ノ擬制ヲ大典ノ上ニ認ムルコトヲ得ン。加之典範ハ明白ニ皇位継承ノ資格ヲ男子ニ限り男子ニ非サレハ其ノ資格ナシトス。胎児ハ男女ノ別ヲ認ムルコト能ハス、典範ノ意ハ胎児未タ生レサルノ間、皇位ノ空曠擬似ノ中ニ置クコトヲ許ササルニ在ルコト推シテ知ルヘク、從ヒテ此ノ解ノ断シテ過ラサルヲ信ス。⁽⁸⁹⁾」

ここでは胎児の継承権を含め、およそ皇位継承に一切の紛議が生じないよう皇室典範の明文規定に専ら依存すべきことが前提とされる。更に、立法者の意思としても、欧州の事例を認知しながら明文の規定を設けなかったこと自体が胎児の継承権を否認する趣旨であることが指摘される。また、ここでは相続における出生擬制の規定が適用されないことが当然の前提とされる。佐藤丑次郎は「然レドモ民法九六八条ハ家督相続ニ関スル規定ニシテ、皇位ノ継承ハ本来家督相続ニ非ザルガ故ニ、同条ヲ皇位継承ノ場合ニ適用スルコト能ハズ。而シテ皇室典範ハ胎内ニアル皇胤ニ関シテ例外的ニ規定スル所ナキガ故ニ、從テ胎内ニアル皇胤ハ皇位ノ継承ニツキ既ニ生レタル者ト看做スコトヲ得ズ⁽⁹⁰⁾」といい、佐々木も「天皇崩御ノ際母胎内ノ兒即チ所謂胎中皇子ハ皇位継承ノ資格ヲ有セズ。蓋シ所謂胎中皇子ノ地位ニ就テハ我制定法上何等ノ規定ナシ。家督相続ニ付胎児ヲ以テ既ニ生レタルモノト看做ストスル民法九百六十条ハ固ヨリ適用セラルベキニ非ズ。故ニ条理ニ依テ決スベシ。抑モ皇位継承ノコトハ我国ノ国体ニ関スル最モ重要ナル根本原則ナレバ、之ヲ明確ニスルコトヲ要ス。故ニ我国法ハ此ノ点ニ付制定法ニ於テ詳細ノ規定ヲ設クルノ主義ヲ取ル。從テ制定法上明ニ皇位継承ノ資格ヲ認メラレザル者ハ皇位継承ノ資格ナシトスルヲ条理トスルナリ⁽⁹¹⁾」と述べて、およそ「国

(89) 穂積(注80)240頁以下。

(90) 佐藤(注87)67頁。

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

体」に関する基本原則に関する事項である以上、制定法によって明確化された内容を基準とするのが「条理」だと論じるのである（佐々木のこの論法は後に述べる美濃部学説への当て擦りとして理解されうる）。更に、清水澄は暗黙裡にドイツの議論を念頭におきつつ、実質論に踏み込みながら「胎児ヲ生レタルモノト視ルハ一ノ法律上ノ擬制ナルニ因リ明文ヲ有スルニアラサレハ此ノ如ク認ムルヲ得サルモノナリ…一步ヲ譲リテ明文ナキトモ尚ホ此原則ハ行ハルルモノトスルモ皇位継承ハ利益ノ問題ニアラサルナリ故ニ此原則ヲ皇位継承ノ場合ニ適用スルコトヲ得サルモノトス」と述べている。⁽⁹²⁾

支配学説が第二の論拠とするのは「天皇崩スルトキハ皇嗣即チ踐祚シ…」と規定する旧皇室典範10条の文言である。市村は「皇位ハ一日モ空フスヘカラス天皇崩御アレハ皇嗣直チニ即位スルハ典範ノ規定スル所ニシテ又別ニ未カ人格ヲ有セサル胎児ノ継承権ニ付キ何等ノ規定スル所無キヲ以テ見レハ胎児ノ有無ニ拘ラスシテ継承ノ順位ヲ定ムヘキモノナリト解スルヲ適当トス」といい、また副島は「若し…継承権を有する者は先づ懐胎皇子に避け直ちに天皇となることなく、懐胎皇子の死体または皇女子として出生したる時に限り始めて皇位に即くことゝすれば、…君主国の元則に反するに至る虞なしと雖とも、懐胎皇子出生する迄は天皇の位を空しうすることになるへし、是亦皇室典範の規定に反す。蓋し皇室典範第十条には…〔中略〕…とあるゆへ天皇崩するときは皇嗣は必ず踐祚せざるへからず、今天皇の位を空ふするときは是れ例外の事に属す、凡へて例外は明文の規定なき限り之を推定するを得ざるなり」と述べている。⁽⁹⁴⁾ 清水も「胎児カ其後死産シタルトキ若ハ女子ナリシトキハ前君主ノ死亡ヨリ此出産ニ至ルマテノ間皇位ヲ空クセシメタルノ結果ヲ生スル

(91) 佐々木（注86）346頁。

(92) 清水（注81）382頁以下。

(93) 市村（注85）323頁。

(94) 副島（注83）172頁以下。

⁽⁹⁵⁾ナリ」と述べて、皇位が空白化することに懸念を示している。

第三の論拠は、胎中事例において摂政を設置することは、旧皇室典範19条の規定との関係で不可能だということである。副島は「摂政を置くべき場合は皇室典範第十九条に規定せり、此場合の外に摂政を置くを得ず、即ち天皇のなきに摂政のみを置くを得ず懐胎皇子の場合に摂政を置くは此第十九条の規定に反するなり⁽⁹⁶⁾」といい、清水は「未成年者ニ対シテ摂政ヲ置クノ明文アルモ胎児ニ対シテ摂政ヲ置クノ明文ナキニ因リ胎児繼承スルモ摂政ヲ置ク能ハサルノ結果ヲ生スルナリ⁽⁹⁷⁾」と述べている。

従って、支配学説によれば、胎中事例においては胎児の繼承権を認めず、既に生まれている男系男子の中の最高順位者が皇位を繼承することとなる。つまり皇位繼承は天皇の崩御の瞬間を基準として決せられる。しかもこの場合、仮に当該胎児が男子として出生したとしても、既に即位した天皇の直系子孫が断絶しない限り、皇位を繼承する機会はない。市村は「従テ皇兄弟ニシテ踐祚セハ仮令後日ニ至リ胎児カ出生セラルルモ之レニ対シテ位ヲ讓ル必要ナク皇位繼承ハ常ニ現在ノ天皇ヲ標準トシテ其順位ヲ定メサルヘカラス⁽⁹⁸⁾」といい、また清水はより明確に「繼承ノ順序ハ繼承ノ必要ナル事実生シタルトキニ於テ之ヲ見ルヘキモノニテ…胎中ノ皇子ハ前君主死亡ノトキ繼承ノ資格ヲ有スルナラハ第一ノ繼承ノ順序ニ立ツモノナリト雖モ既ニ他ノ者正当ナル順序ヲ以テ繼承シタル後ニ至リ前君主死亡ノトキニ遡リテ繼承ノ順序ヲ争ハントスルハ誤レルモノト謂フヘキナリ故ニ其胎中ノ皇子ハ男子ナリトスルモ現君主ノ死亡ノ後ニ至リ現君主ヨリ見テ繼承ノ順位上第一ニ位スル場合ニアラサレハ繼承スルコトヲ得サルモノナリ⁽⁹⁹⁾」と述べている。もとより、この帰結のあ

(95) 清水（注81）383頁。

(96) 副島（注83）173頁。

(97) 清水（注81）383頁。

(98) 市村（注85）323頁。

(99) 清水（注81）384頁。

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

種の不合理性は認識されていないではなかった。実際、副島は「故に皇室典範の明文の解釈上は懐胎皇子のある場合に於ても天皇の位を空ふして摂政のみを置くを得ず、既に存在せる継承権を有するものは直ちに天皇となり、懐胎皇子の有無に顧慮するを要せずと謂はざるべからず。然れども是れ實際上頗る不穩当の事態にして皇室典範の欠点なり」と述べているのである。⁽¹⁰⁰⁾

ところで、これらの論者はドイツの公法学説に通暁しており、ドイツの基本的な理解を知っている。その上で彼らはドイツの標準的見解をも批判の対象とするのである。市村は「ゲー、マイヤーハ此場合ニ於テ皇子ノ出生迄摂政ヲ置クヘシト論ス然レトモ何等法律上ノ根拠ヲ援用セサルヲ見レハ氏ノ仮想ニ過キサルヘシ元來摂政ハ天皇ノ名ニ於テ大権ヲ行フモノナリ摂政ノ存在ハ天皇ノ存在ヲ前提トスルハ我憲法ノ原則ナリ故ニ未タ天皇タラス又人格アラサル胎児ニ付テ摂政ヲ置クト云フハ何等の根拠ナキ空論ナリ」といい、副島も「ゲ・マイエルは…〔中略〕…と云へるも、是れ憲法又は王室家法に規定の存する場合に限るなり」と述べている。⁽¹⁰¹⁾ この種の批判は、明治大正期日本の皇位継承法解釈論が如何に制定法の明文規定を厳格な基盤としていたかを物語るものであろう。⁽¹⁰²⁾

第二節 美濃部達吉の「胎中天皇」論

明治大正期憲法學において胎中事例について胎児の継承権を肯定し、これをいわば「胎中天皇」として承認する學説は美濃部達吉によって主張された孤立した見解に留まり、また孤立奮闘の故か、その口吻は時として激しい。美濃部は既に『憲法講話』（1912年）において、胎児の継

(100) 副島（注83）173頁。

(101) 市村（注85）323頁。

(102) 副島（注83）174頁。

(103) 美濃部は一木も同説だと述べるが、出典不明。講義ベースだとしても講義筆記（『理論的憲法一名国法学』など）による限りドイツ国法学の議論の祖述であるように見受けられ、皇室典範の解釈論とは判断しがたい。

承権を肯定し、これを否認して「正系」が断絶していないにも拘らず傍系に皇位を移すことは「国体」に反するものであると批判していたが、⁽¹⁰⁴⁾その後の論文「胎中天皇」(1917年)では更に熱量を高めて日本の支配的見解に異を唱えている。

美濃部によれば支配学説の見解は「帝国政体ノ根本義ニ戻リ、皇室典範ノ解釈ヲ誤ルノ甚シキ者デア」り、「帝国ノ皇位ハ子孫直系相伝フルコトヲ正法トスルコトハ我国開闢以来万世ニ通ズル大法デアッテ、帝国政体ノ根本義デアリ…今現ニ皇子在マス場合ニ於テ、仮令天皇崩御ノ際尚御誕生ニ至ラナイトスルモ、之ヲ差措キテ傍系ニ伝フルコトハ断ジテ我ガ国法ノ趣意デハナイ⁽¹⁰⁵⁾」。美濃部によれば、胎中事例の場合にはとりあえず摂政を設置し、男子として生まれれば先帝崩御の時点に遡って在位していたものと看做し、女子として生まれるか死産であった場合には最高順位の皇族が先帝崩御時に遡って即位したものと看做せば足り、そうすれば「法律上ノ空位」⁽¹⁰⁶⁾も存在するものではない。

では相続法の出生擬制の可否についてはどのように考えるのであろうか。美濃部によれば、「民法ニ『胎児ハ家督相続ニ付テハ既ニ生レタルト看做ス』ト規定シテ居ルノハ敢テ民法ガ新ニ此ノ法則ヲ創設シタモノデハナクシテ、旧来既ニ存シテ居ッタ相続法ノ原則ヲ成文ニ示シタニ過ギヌ。仮令其ノ明文ガ無イトシテモ、尚胎児ノ相続権ヲ認ムルコトハ相続ノ血統主義カラ生ズル所ノ当然ノ事理デアッテ、正シク世界共通ノ法

(104) 「皇位は正系に伝ふと云ふことが日本の憲法上及皇室法上の最も重要な原則であることは申す迄も無いことで、皇位が万世一系であることが、日本の政体の根本原則である以上は皇位は出来得る限り天皇の正系に伝ふべきものであることは、言ふを俟たない所であります。…苟も正系の皇子がある以上は必ず其の皇子に伝へなければならぬので、之を動かすと云ふことは非常に重大なることで、我が国体に反するの甚しいのであります」(美濃部達吉『憲法講話』(有斐閣, 1912年) 115頁)。

(105) 美濃部達吉「胎中天皇」法学志林19巻11号(1917年) 2頁以下。

(106) 美濃部(注105) 3頁以下。

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

律的確信トモ言フベキモノデア⁽¹⁰⁷⁾ル」。そして皇室典範解釈はつねに皇祖皇宗の遺訓を標準としなければならず、天孫降臨以来、「直系主義」であることに疑いはないし、「皇室典範ハ皇室及国家ノ基礎タル大典デア⁽¹⁰⁸⁾ッテ厳肅簡潔ノ文字ヲ以テ大原則ヲ規定シテ居ルノデア⁽¹⁰⁹⁾ルカラ、単ニ其ノ文字ノミニ依リテ之ヲ正解スルコトハ出来ヌ。苟クモ眼光ヲ紙背ニ徹シテ其ノ精神ヲ理解スルノ明アラバ、敢テ皇位継承ノ順序ノ疑論多キヲ歎ズルヲ要セズ、又敢テ民法…ノ如キ明文ナキカ故ヲ以テ胎中皇子ノ継承権ヲ否定スルヲ要シナイデア⁽¹¹⁰⁾ラウ」。美濃部は「皇長子アラサルトキハ…」と規定する旧皇室典範2条以下を根拠条文として挙げると考⁽¹¹¹⁾えているようであるが、ここには条文に囚われない法学的実証主義(rechtswissenschaftlicher Positivismus)の解釈方法も垣間見える。更に美濃部はヨーロッパの王位継承実務及び学説において異論なく胎児の継承権が認められている事実を指摘したうえで、「是レ実ニ血統主義カラ生ズル当然ノ条理⁽¹¹²⁾」であると論じている。⁽¹¹³⁾

更に皇室典範10条との関係については、皇嗣が失踪した場合を例にとり、事実上神器を承けることが出来ない場合はありうると論じつつ、そもそも皇位継承が間断なく連続するというのは法的観念であるから、皇嗣が一時不定のことがあってもこの原則が破られるものではないとする。⁽¹¹²⁾また、摂政設置に関する明文規定との関係については「末節ノ論」と一蹴し、「摂政ヲ置クベキ場合ノ所謂未成年ハ胎中ニ在マス場合ヲモ包含スルモノト解スベキハ勿論デア⁽¹¹³⁾ル」と述べている。

(107) 美濃部（注105）4頁以下。

(108) 美濃部（注105）7頁。

(109) 美濃部（注105）11頁。

(110) 学説として美濃部はザイデル、G・マイアー、アンシュッツ、シュルツェの名前を挙げている（美濃部（注105）14頁）。

(111) 美濃部（注105）14頁以下。

(112) 美濃部（注105）7頁以下。

(113) 美濃部（注105）13頁。

美濃部は学界の通説に対抗し、尋常ではない熱量を伴って「胎中天皇」を論じている。それは彼が皇室典範を「眼光ヲ紙背ニ徹シテ其ノ精神ヲ理解」し、そこに「万世一系」の「国体」を見出したからに他ならない。美濃部は次のように述べる。

「我カ帝国ハ皇統ノ万世一系ヲ以テ政体ノ根本義ト為シテ居リ、帝国ノ国体ガ世界ニ比類ナキ所以モ亦実ニ之ニ基イテ居ル。皇位ヲ出来得ル限り直系ニ伝フルヲ要スルノ原則ハ此ノ根本主義ヨリ生ズル当然ノ結果デアッテ、如何ナル原則ト雖モ之ヨリモ優レル重要ナル原則ハ無イ。」⁽¹¹⁴⁾

美濃部の皇位継承法理解にとって「直系主義」の維持こそ「万世一系」の「国体」の根本義に関する重大事に他ならなかった。「胎中天皇」を否定して「直系主義」を崩すならば「是レ実ニ皇統ヲ二系ニ分ツノ端ヲ開クモノデ、皇統ハ一系ニシテ分ツベカラザルノ原則ニ反シ、却テ国家禍乱ノ源ヲ為スノ虞アリトイフベキデア」り、「南北朝ノ変乱」はその先例なのである。⁽¹¹⁵⁾ここに、「国体」をドイツ国法学由来の国体 (Staatsform) から区別して非法学的概念にしたうえで、憲法解釈の準則として活かそうとする「国体論者」美濃部達吉の面目躍如を見ることができよう。⁽¹¹⁶⁾⁽¹¹⁷⁾

(114) 美濃部 (注105) 15頁。

(115) 美濃部 (注105) 12頁。

(116) 参照, 川口暁弘「憲法学と国体論——国体論者美濃部達吉——」史学雑誌108巻7号(1999年)1290頁以下。

(117) 美濃部は他の著作においても「胎中天皇」を論じる際にはしばしば「国体」に言及している。例えば前掲注(104)に引用した『憲法講話』における言明があり、またコメントールでは「皇位の継承に関しては胎児もその権利を有することが出来る。民法には『相統ニ関シテハ胎児ハ既ニ生レタルモノト看做ス』といふ規定が有る。皇位の継承に付いては、憲法にも皇室典範にも此の趣意の規定を設けて居らぬけれども、併し是は世襲主義から生ずる当然の原則であつて、敢て明文の規定あるを待たないものである。民法の規定も敢て之に依つて新な原則を作つたのではなく、既に久しく認められて居た不文法上の原則を文字に書き示したものに外ならぬ。それは苟も血統に重きを置く以上は、当然に認められるべきもので、若し

第三節 検討

前節までに見たように、日本では胎児の皇位継承権を否定する見解が支配的地位を占めており、これを肯定する見解は美濃部の単独説に留まった。このことは明瞭な対照を示すドイツの学説状況との対比において、如何に評価されうるであろうか。

まず、支配学説は同時代のドイツにおける学説に知悉しながら、意識的に胎児の継承権を否定している。それは第一義的には皇室典範に明文規定がないからである。しかし第二帝政期のドイツにおいては、ゲルバー＝ラーバント的な「法学的的方法」ないし「法学的実証主義」の影響下に、制定法の文言から相対的に自由な概念操作による法解釈が主流を形成しており、王位継承法もまたその例に漏れるものではなかった。ドイツにおいても憲法典や王室家憲に胎中事例に関する明文規定は殆どの場合に存在しなかったが、胎児の継承権は全く自明視された。しかしそれは究極的には慣習法として説明されるべきものであって、理論的説明には困難が伴わざるをえなかった。これに対し、日本においては皇室典範の明文規定を決定的な準則とする見解が支配的であった。このことは日本において抽象的な概念によって皇室法を解釈する手法が必ずしも確立していなかったことを意味する。無論、皇室典範の諸規定から抽象的な原則を抽出することは行われるが、そこから典範の文言を超えてその「欠缺」を補充するには至らなかった。だが、そもそも、胎中事例に係る慣習法が存在しないところに、公法解釈論として整合的に説明困難か

それを認めないとすれば、正統の嫡子でありながら、全くその相続権が奪はるゝ結果となり、血統主義の思想と相容れないものである。それは又日本に於いてのみ認めらるゝ原則ではなく、血統主義の相続法に於いては世界的の原則である。況んや皇位継承に関しては、血統に重きを置かるべきことは、普通の相続法に百倍し、それがわが国体の基礎を為して居るのであるから、此の原則の認めらるべきことは、固より言ふを俟たない」(美濃部達吉『逐条憲法精義』(有斐閣, 1927年) 105頁以下) と述べている通りである。

つ原理的・実践的な諸問題（例えば空位や退位）を併発する法制度を明文規定の枠外で敢えて学問的に構築すべき必然性もなかったのである。本稿では詳しく論じないが、明治大正期の憲法学において、日本国家は「家産国家」ないし「家督国家」（Patrimonialstaat）とは無縁であり、皇位継承は相続の延伸ではないということが当初から強調されるが、胎児の継承権の否認はその端的な表現というべきであろう。とはいえ、副島によっても指摘されているように、支配学説の立場をとれば、皇位が傍系に移行した後に胎児が男児として出生した場合に「不穏当」な帰結をもたらすことは否めない。

実際、日本でも皇室典範制定過程においては胎児の継承権を前提する規定が構想されていた。制度取調局において作成された草案⁽¹¹⁸⁾以来、「皇室制規」⁽¹¹⁹⁾や「帝室典則」⁽¹²⁰⁾にも胎児の継承権を認める趣旨と理解される条項が用意されていた。これについては既に「帝室典則」に対する宮中顧問官の審議において胎児の性別によって摂政設置の有無が変動してしまうのではないかと⁽¹²¹⁾いった懸念が示されたものの、その後、柳原前光起案の所謂「柳原初稿」（明治20年1月12日）第13条（「天皇崩スルニ当リ皇后遺胤ヲ懐妊シ又ハ正当ノ継承者本邦ニ在サル時ハ之ヲ待チ止ヲ得ス皇位ヲ空フスルコト」⁽¹²²⁾）や井上毅起草の「皇室典範草案」（明治20年2月）第12条（「天皇崩シ皇嫡子孫ナク皇后ニ遺腹ノ皇子ナル時ハ其誕生ヲ待

(118) 小林宏・島善高編『日本立法資料全集16 明治皇室典範（上）』（信山社、1996年）341頁（「皇室法草案一」8条、10条）、344頁（「皇室法草案三」19条、20条）。特に右の「皇室法草案三」20条は胎児が皇位継承者として出生した場合に新帝が讓位すべきことを規定するものとして注目される。

(119) 「第八 遺腹ノ皇子皇女ハ皇位ヲ継承スルコト天皇在世中ノ皇子皇女ニ異ナルコトナシ」（小林・島（注118）346頁）。

(120) 「第五 遺腹ノ皇子ハ皇位ヲ継承スルコト天皇在世中ノ皇子ニ異ナルコトナシ」（小林・島（注118）354頁）。

(121) 小林・島（注118）365頁。

(122) 小林・島（注118）371頁。

君主が懐妊の妃を遺して死亡するとき

ツコト応神天皇ノ例ニ依ル但シ其間摂政ヲ置クハ第二十条ニ依ル」)、そして柳原起草の所謂「柳原再稿」(明治20年3月14日)第10条(「天皇崩シ皇嫡子孫ナク皇后遺胤ヲ懐妊スル時ハ其誕生ヲ待コト応神天皇ノ例ニ依ル」⁽¹²³⁾)に受け継がれた。注目すべきは、第一に、柳原草案がいずれも胎中事例において空位となることを正面から承認している点であり(初稿43条, 再稿18条・39条), 第二に、井上草案が説明として応神天皇の例に触れた上で「独乙ノ学士『シュルチェ』氏遺腹子ノ事ヲ論シテ曰王位ハ一日モ曠クスヘカラス故ニ空位ハ立君ノ主義ニ違フ者ナリ但シ先君遺腹ノ子アリテ他ニ子ナキトキハ遺腹子応ニ継嗣ノ権ヲ得ヘシ此ノ時ニ於テ其誕生ヲ待ツノ間王位ヲ空クセザルコトヲ得ス遺腹子若女子ニ係リ或ハ娩生セザルトキハ次列ノ継嗣位ニ即クヘシ」と述べた点である。⁽¹²⁴⁾ところが、この規定はその後の起草過程において削除される。柳原は「皇室典範備考」(明治20年4月)において「皇后遺胤懐妊ノ事ヲ載スル時ハ空位ノ条ヲ不可不設且天皇崩スル時皇嗣即チ踐阼スルノ条ニ不符抑遺腹云々ノコト各国憲法及家法ニ於テ無明文以是削除ス」⁽¹²⁵⁾と述べており、その後、成案に至るまでこの種の規定は姿を消す。つまり、一旦は胎児の継承権の明文化が予定され、ドイツの通説的理解が明示に参照されたのであるが、最終的に皇室典範の起草者は当時最先端のドイツ国法学と同様の結論、すなわちこの場合に空位の問題を避けることは出来ないという認識に達したわけである。もっとも、草案の規定は欧州でも特に明文の規定が設けられていないという理由とともに削除されており、胎児

(123) 小林・島(注118)435頁。更に18条にはこの場合に空位となることが想定されている。この10条については井上毅の発案によって「遺腹ノ皇子アル時ハ」と変更され、また18条は「国王は死せず」の格言に倣って崩御時に皇位に就くものとする伊藤の判断により削除されることとなった(「皇室典範・皇族令草案談話要録」小林・島(注118)452頁, 454頁以下)。

(124) 小林・島(注118)405頁。

(125) 小林・島(注118)467頁。

の継承権を否定する趣旨か、⁽¹²⁶⁾それとも解釈と運用に委ねる趣旨かはなお判別しがたい。しかし、その後の憲法学における解釈論は本稿で見た方向に傾いたわけである。

これに対して美濃部説はドイツの通説的理解に忠実なドイツ直輸入型の議論に見える。特に即位の遡及起算を前提する彼の学説はキルヒェンハイムとトリーペル以降の理論状況には必ずしも対応していない。天皇の崩御時には妃の懐妊が発覚していなかった場合にどのように取り扱われるべきかといった問題も想定されていない。また、摂政設置事由の説明についても、ドイツでは未成年摂政の類推とされるのであって、当該規定に端的に包摂されるものと考えられているわけではない。もっとも、美濃部が皇位継承について「皇嗣不明ナル場合」という類型を用いて議論していたことは、ドイツの議論を広範に摂取して論拠として運用していたことを示す。無論、美濃部の「胎中天皇」論の白眉というべきはおそらく胎児の継承権の論証である。制定法の明文規定の背後に存する「相統ノ当然ノ条理」を指摘することによって暗黙裡に公法と私法の垣根を越える彼の論法は、⁽¹²⁷⁾彼が早い段階でその著作を日本に紹介していたレームの君侯法論の見解とも通じるところがある。ここでは美濃部の主張の核心にある「万世一系」の制度的確証及び「国体」への言及と「普遍的」な「血統主義」とがいわば順接的な関係として接続されるとともに、これがドイツ的な理論構成によって調和させられているのである。

ところで、ドイツにおける胎中事例に係る法命題は胎児に対する配慮という私法的命題に根拠を有する命題が慣習法として確立したものであり、これに関する法学的構成はこれを実定的前提としつつ、かような一

(126) なお、明治皇室典範では「皇伯叔父」が継承権者として挙げられ（6条）、天皇の亡父の兄が存在しうることが前提とされている。継承順位の変更を超えて、胎中事例において胎児を跳躍することまで考慮されたか否かは不明。

(127) 美濃部達吉「「レーム」教授の「近世皇室法論」」国家学会雑誌19巻9号（1905年）111頁以下。

種の家産的遺物を近代的国法体系に組み込むかたちで展開されざるを得ず、そこには自ずと一定の限界があったことは前章に見た通りである。この体系の軸をなしていたのは国家法人格の理論であるが、この理論は、19世紀中頃以降、王位継承に起因する王統の家産的利害からの国家領域の分割可能性を克服すべきポレーミッシュな性格を帯びていた。他方、長子継承制は、確かに元来は家の繁栄を目的として家ごとに導入された制度であり、男系断絶の場合の分割可能性をなおも排除するものではなかったものの、しかし歴史的には領邦の不可分性をある程度担保してきた重要な要素であり、また近代的国法原理の前身として評価する向きも有力に存在した⁽¹²⁸⁾。這箇の事情は当初「比較法制史」講座担当者であった美濃部達吉にとって既知の事柄であっただろうが、このことからすれば、美濃部によって——ありうべき南北朝的皇統分裂の危機との対抗において——ドイツ的な長子継承制理解に接近した「直系主義」ないし「万世一系」の理解が示されるのも十分に理解可能な事態であろう⁽¹²⁹⁾。

事実、美濃部は皇室典範における皇位継承順位について「西洋の語で謂ふプリモゼニチュア即ち長系継承法と謂ふべき順位に依るのであります⁽¹³⁰⁾」と述べて、長子継承制のイメージを働かせており、その限りで「胎中天皇」を承認することは順当な帰結だったともいえよう。そして支配学説がこれに反して胎児の皇位継承権を認めないとき、そこでは寧ろ長子継承制とは異なる皇位継承理解が前提されていたと考えざるを得

(128) 代表的なものとして Hermann Schulze, *Das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenthümern und seine Bedeutung für die deutsche Staatentwicklung*, 1851 が挙げられる。

(129) 島善高『律令制から立憲制へ』（成文堂、2009年）第四章「井上毅のシラス論註解」・第六章「『万世一系の天皇』について」は、井上毅の「万世一系」および「シラス」の理解がヨーロッパ前近代に一面において観察される国家の家産的理解との対照によって形成されたことを明らかにしている。その限りで、これらの観念と近代ドイツ国法学の国家法人説・君主機関説との間における問題関心の一定の通底性を指摘できよう。

(130) 美濃部（注104）100頁以下。

ないであろう。

結 皇位継承法・皇室法の継受史への展望

ドイツにおける王位継承秩序は同時に王位保持秩序として理解されており、長子継承制のもとにおいては系譜上における長系優位の序列に基づく最高順位者が常に王位を保持すべきものと理解された。それ故に、胎中事例においては、胎児が男子として出生する可能性に何らかの方法で対応されるべきであると考えられ、ドイツにおいては王位継承を保留し、摂政を設置してその出生を俟つという方式が妥当と理解された。但し、近代ドイツ公法学の展開においてその法学的構成が一義的に明確な解決に至ったわけではなかった（第一章）。これに対して明治皇室典範における憲法学説の理解においては、皇位継承法は文字通りに皇位の継承に係る秩序に過ぎず、系譜上の絶対的起点を観念するのではなく「現時点」の天皇をその都度に相対的な基準として、その崩御の際にその時点の最高順位者の継承権者が皇位を継承し、次代の天皇が崩御すれば再びその例によって皇位が継承されるものと理解された。系譜の起点からして曖昧に説明され、またその長系が常に皇位にあるべきものとされたわけでもなく、胎中事例の場合には皇位を取得した傍系の断絶まで半永久的に皇位継承の機会がないこともありうべきものと理解された。この状態が違法なもの、長系の権利を侵害するものと理解されることもなかった（第二章）。

もっとも、かような差異の前提に、憲法や皇室典範の規定の仕方の相違があったことも指摘しておかなければならない。ドイツ諸邦の憲法、例えばプロイセン憲法53条は「王位は王室家憲に依り王家の男系において長子権及び男系系継承により相続される（Die Krone ist, den Königlichen Hausgesetzen gemäß, erblich in dem Mannsstamme des Königlichen Hauses nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatischen Linealfolge）」というように、「長子権」、「男系系継承」といった一般的・抽

象的な概念を用いて規定している。しかも王権は憲法によって創設されたものではないという君主制の基本的理解から、かかる規定も従来の王位継承法を変更しない宣言的な規定として概ね理解されている。それ故に、一般的な長子継承制理解により、こうした規定であっても胎児の継承権は認められ、また認められざるを得なかった。これに対し、明治皇室典範は「祖宗ノ皇統ニシテ男系ノ男子之ヲ継承ス」(1条)と規定したうえで、2条乃至7条において現時点での天皇を起点として皇位継承順位を具体的に列記している。穂積八束は、皇室典範の規定が具体的な例示によるもので抽象的な原則を掲げず、ために厳密な法理は暗示されるに留まる憾みのあることを指摘しているが、⁽¹³¹⁾起草者の説明や学問的には長系優位などの抽象化された説明はなされるものの、いずれにせよ「長子権及び系継承」といったドイツ型の規定はなされなかった。それは、元来そうした抽象的な皇位継承の法原理を前近代史が有していなかったからであると同時に、一見そうであるように見えるのとは異なり、そもそもドイツ的な長子継承制や系継承制が皇室典範によって「採用」されたわけでもなかったからであると考えられる。特に庶子の補足的継承権が長系優位主義と一定の方法で結合された結果、系継承制が貫徹されず、皇位継承順位は常にその時々⁽¹³²⁾の天皇を相対的の起点として算定されざるをえないものとなっていた。なにより憲法学も——美濃部はともか

(131) 穂積(注80) 238頁以下。

(132) 明治皇室典範は一方で天皇の直系卑属(「皇子孫」)と各親等の傍系親を等級化して継承順位を定めているが、他方で4条から8条までの規定では「皇子孫」及び各等級の傍系親のそれぞれで嫡子・嫡系が優位するものとされている。「皇子孫」が一範疇に括られた結果、次のような事態が生じうる。例えば皇嫡次子と既に死亡した皇嫡長子の庶長子が存在するときには皇嫡次子が継承する。しかし皇嫡長子が存命であれば皇嫡長子が継承し、その長子たる庶子が第一位の継承権者となる。つまり系統基準と嫡庶基準の序列が転倒しうる。実際、このような綻びは皇室典範の成立後に柳原前光によって問題提起されたが、結局退けられることとなった(参考、島善高「第一部 明治皇室典範の制定過程」小林・島(注118) 118頁以

くとして——ドイツの長子継承制とは異質なものとして皇室典範における皇位継承法を理解したのではないかとも想定されうる。もとよりドイツ的な長子継承制が実装されるための前提は、系譜の起点となる始祖及び系図が確定していることであるが、この点、南北朝正閏の問題があり皇統に不確定の部分も残った当時の日本の状況において⁽¹³³⁾、ドイツ的な長子継承制の原則を貫徹しえないことはいうまでもない。支配学説もかような状況を考慮していたとも考えられよう。しかし皇室典範制定後も胎中事例に関して皇室典範増補を含む法令整備が図られた形跡があり⁽¹³⁴⁾、傍系に移行すべきか否かという問題は実務的にも検討対象とされたようであるが、もはや紙幅も尽きたので、その検討は別の機会に譲らざるを得ない。

〔本稿は JSPS 科学研究費 19K13487 の助成を受けたものである。なお、本稿執筆にあたり、国分航士（九州大学）、酒井智大（東京大学）の両氏から有益なコメントを頂いた。〕

下)。この問題について詳細な検討を加えたものとして小林宏「明治皇室典範における皇位継承法の成立——西欧法受容における律令法の意義に寄せて——」（初出1984年）（小林宏『日本における立法と法解釈の史的研究 第三巻 近代』（汲古書院、2009年）所収）がある。小林は、庶子の継承順位がヨーロッパ（特にイギリスなど）における女系継承権を参考として設定されたことを指摘する。

(133) 長慶天皇が公式に皇統に加えられたのは昭和に入った1926年のことである。関連して参照、野村玄「安定的な皇位継承と南北朝正閏問題——明治天皇による『御歴代二関スル件』の『聖裁』とその歴史的影響」大阪大学大学院文学研究科紀要59号（2019年）。

(134) 宮内公文書館には「〔胎中皇嗣に関する典範増補審議過程関係書類 昭和8年〕」（識別番号90926）・「胎中皇嗣二関スル典範増補制定順序他／昭和8年」（識別番号91091）なる史料が所蔵されている由であるが、現時点では未見である。