

# ヘルマン・レースラーにおける 家憲と自律

——「ロessler氏王室家憲答議」註解——

藤 川 直 樹

## はじめに

所謂「お雇い外国人」として明治期のわが国において活躍した「ロessler」ことヘルマン・レースラー（Hermann Roesler, 1834-1894）は、旧商法の起草だけではなく、憲法および皇室典範の制定過程において助言者（「顧問」）の立場から「答議」を通じてドイツ的「国制知」を媒介した人物として知られている。<sup>(1)</sup> 戦前期日本の法秩序は帝国憲法および皇室典範を相互独立的な最高法規とする所謂「典憲二元体制」を形成して<sup>(2)</sup>いたが、その特徴をなす皇室典範の位置づけを巡っては、井上毅の質疑に対するレースラーの3件の「王室家憲答議」——①「家憲ハ私法ニ属スヘキ乎、又国法ニ属スヘキ乎」（明治20年1月21日答議）、②「家憲ハ政務ニ属スヘキ乎、家憲ヲ発スルニハ大臣ノ対署ヲ要スヘキ乎」（明治20年2月3日答議）、③「家憲ノ皇族会議ノ承認ヲ経テ改正スルコトヲ得

(1) レスラーに関する文献については、拙稿「ヘルマン・レースラー後任問題と第二帝政期ドイツの教授人事——レーム発信アルトホフ宛書翰を手掛かりに——」国家学会雑誌133巻1・2号（2020年）151頁註1を参照のこと。「国制知」概念はここでも瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制』（ミネルヴェ書房、1999年）による。

(2) 大石真『日本憲法史』（講談社学術文庫、2020年）296頁以下。

ルハ何ノ理由ナル乎」(明治21年3月23日答議)<sup>(3)</sup>——が一定の寄与を果たしたことが夙に指摘されてきた。<sup>(4)</sup>

むろん、その指摘はもっともである。しかしながら、受容の側面にはばかり気をとられると、ともすればレースラーと井上毅との間の懸隔が見

---

(3) 国学院大学日本文化研究所編『近代日本法制史料集6 ロエスレル答議・六』(東京大学出版会, 1983年)30頁以下, 74頁以下; 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)410頁以下, 469頁以下。

(4) 例えば小嶋和司は、「一月二日〔上記①〕および二月三日〔上記②〕の答議となった質問は、ドイツ制度の研究なくしては不可能で、前年秋の井上には無かった疑点である。シュタインの伊藤博文への講義筆記が「皇室皇族ニ関スル制規」を帝王「一家ノ私事」とすることを教え、また、その「帝室家憲意見」が「家憲ハ其目的条款、結構ニ於テ全ク他ノ法例ト其性質ヲ異ニスルモノ」と教えたことに出ると考えられる」とし、レースラー答議を紹介したうえで、「後に井上は『典範義解』において、「皇室典範ハ皇室自ラ其ノ家法ヲ条定スル者ナリ。故ニ公式ニ依リ之ヲ臣民ニ公布スル者ニ非ス」と述べ、憲法に「皇室典範ノ改正ハ帝国議會ノ議ヲ経ルヲ要セス」との規定をおいた…。明治二二年典範の基本性格は、この頃、確定的に教えられたことになる」と論じている(小嶋和司「明治皇室典範の起草過程——附、『典範義解』の成立・公表過程——」(1974年)『明治典憲体制の成立』(木鐸社, 1988年), 177頁以下)。

また、原田一明もレースラー答議について、「井上は次のような示唆を受けていた。すなわち、家憲=典範が国法と私法の二面性を有していること、したがって、王室の国法上の関係は国憲(憲法)に掲げ、私法上の関係は家憲に掲げるべきであること、しかし、この両者を区別することは困難であるから、できるだけ皇族に関する事柄を家憲で規定し、議院の議を経ないようにすべきであり、家憲は公布をする必要がない、などという教示である。…正に皇室典範を国法上如何に位置づけるか、その後、政府のみならず学説をも悩まし続ける難問の出発点をここに見出すことができるのである」とした上で、「典範は国法とは区別された皇室の「家法」であり、加えて、典範は、官報に掲載することで「公示」は行うが、公布はしない、すなわち、国务大臣の副署は必要としないという二つの法的対応」がレースラーの教示を承けたものであることを指摘している(原田一明「明治皇室典範と典憲二元体制:穂積八東から宮沢俊義へ」立教法学96号(2017年)199頁以下)。

過ぎされることにもなりかねない。そもそも、レースラー答議がドイツの王室家憲に関する唯一の情報源だったわけではない。「継受」史研究が「継受」側の主体的な選択を問題とすべきであるとすれば、受容の側面のみならず拒絶の側面にも留意を要しよう。従って、「典憲二元体制」の「継受」史的検討に際しては、レースラーその他の参照学説をドイツにおける王位継承法および家憲に関する学説の展開および布置にそれぞれ位置づけたうえで、制度形成期の日本の立法者がどのような観点から何を受容し、または受容しなかったかを詳細に検討する必要がある。「家憲」に関するレースラーの議論が同時代のドイツ法学における標準的見解かというのか否かも、これまでの研究では殆ど検証されることがなかったように思われるが、この作業を抜きにして、例えばその後の憲法学説における典憲二元体制の法解釈学的議論を分析しようとしても、そこには自ずと限界がある<sup>(7)</sup>。

(5) 例えば小林宏「井上毅の女帝廃止論——皇室典範第一条の成立に関して——」（初出1992年）『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）216頁以下は、井上がレースラー答議以前にブルンチュリ、ヘフター、シュタイン、シュルツェに接し、特にブルンチュリとシュルツェの所説に傾倒していたことを指摘している。なおヘフターの著作について小林宏「皇位継承をめぐる井上毅の書簡について——明治皇室典範成立過程の一齣」（初出1982年）『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）131頁は、大石眞の教示として、August Wilhelm Heffter, Beiträge zum Staats- und Fürstenrechte, 1829ではないかと推測しているが、王位継承順位に関する記述はないので、おそらく同じ著者のDie Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals reichsständischen Häuser Deutschlands, 1871であろう。

(6) レースラー答議を受けた井上毅の方針がブルンチュリの見解から逸脱するものであることは既に指摘されているが（小林宏「皇位継承をめぐる井上毅の書簡について」=前掲（註(5)）131頁）、その評価に当たっては両者の見解がドイツ法学における議論においてどのような位置を占めたかが明らかにされる必要がある（本稿第四章）。

(7) なお、いうまでもないが、本文の記述は法継受史研究に対する一種の問題提起であり、戦後日本における明治憲法・皇室典範制定史研究を牽引

そこで本稿では、研究史上は全くの既知史料に属するレースラーの3つの答議を、敢えて煩瑣の謗りを恐れず全文を逐一パラフレーズし、適宜註釈を加えるかたちで分析する。その際、近代ドイツ法学における「家憲」や「自律」(Autonomie)に関する議論状況にレースラーの所説<sup>(8)</sup>を位置づけながら、その特徴を明らかにし、井上毅および皇室典範・皇室典範義解との連続および断絶を示すこととしたい。なお、本稿では翻訳の問題に立ち入らないことを予めお断りする。

### 第一章 「君主私法」を如何に規律すべきか

——明治20年1月21日答議<sup>(9)</sup>

まず井上毅は次のように質疑を發する。

「家憲ハ私権ヲ規定シタル者ナル乎、又ハ公権ヲ規定シタル国法ニ属スヘキ者ナル乎。

若シ果シテ私権ニ属スヘキ者ナラハ、各国ノ現行セル家憲ハ其中ニ政

---

された諸先達に対する批判的言明を狙ったものではない。雑多な史料群を一から整理・検討し、憲法・皇室典範制定の道程を詳細に明らかにする作業には、蓋し想像を絶する多年の労力が費やされているのであって、その成果を享受する後進が研究史を無視して濫りに「ないものねだり」をすべきものではない。本稿もまた小林宏＝島善高・前掲(注(3))に至る基礎的研究の成果に全面的に依拠しており、ただ本文のような観点から、ドイツ法制史学の知見によってこれを補充しようとするものである。

(8) 本稿は拙稿「一九世紀ドイツ公法学における『君侯法』(一)～(五・完)——王位継承法理論の展開を中心として——」国家学会雑誌131巻7・8号、11・12号(2018年)、132巻3・4号、5・6号、7・8号(2019年)および拙稿「ドイツ第二帝政期における「領邦君主の家族」の身分と法学——ザクセン、コーブルク＝ゴータ、オルデンブルク——」額定其勞・佐々木健・高田久美・丸本由美子編『身分と経済(法制史学会70周年記念若手論文集)』(慈学社、2019年)の知見を前提とする。以下では参照に際してそれぞれ《拙稿「君侯法(一)」553頁》、《拙稿「領邦君主の家族」305頁》等と略記する。

(9) 国学院大学日本文化研究所・前掲(注(3))30頁以下；小林宏＝島善高・前掲(注(3))410頁以下。

事上ノ公権ヲ混雑シタル個条ヲ見出スニ似タリ。正当ノ法理ニ從フトキハ、此ノ混雑ノ個条ハ之ヲ家憲中ヨリ除キ去ルヘキ者ナル乎。

或ハ又家憲ハ一種特別ノ性質ニシテ、公権ト私権トヲ併セテ之ヲ規定スルヲ以テ其固有ナル本素トナス乎。」(以下、引用に際して旧字体は新字体に改める。)

《所謂「家憲」は私権を規定したものか公権を規定したものか。各国の家憲では統治に係る公権も規定されているように見受けられるが、理論上これは家憲から排除されるべきなのか、それとも両者が混在するのが「家憲」の本来のあり方なのか》(以下、引用史料の要旨を《》内に示す)。

これに対しレースラーは次のことを確認することから答議を始める。  
「君主ノ家憲ニハ其家族法及相続法ヲ掲ケ、而シテ此部分ヲ <sup>フリワートヒュル</sup>君主私<sup>ステンレヒト</sup>法ト称スルヲ常トス。凡ソ家族法及相続法ヲ私法ニ属スルヲ例トスルノ点ヨリ觀レハ、此部分ハ私法ニ属スルコト固ヨリナリ。故ニ之ヲ實際ニ適用スルニ当テハ、往々私法ノ原則ヲ以テ填補セザルヘカラザルコトアリ。又他ノ一方ヨリ觀ルトキハ、君主私法ナルモノハ又国法ニ属スルモノトス。何トナレハ君主私法ハ国家ニ勢力ヲ及ホシ、政事上ノ觀察ニ原ツクモノナレハナリ。故ニ之ヲ国法中ニ論列スルヲ常トス。君主私法ノ此両様ノ性質アルハ世襲君主国ノ本質ニシテ、国家統治ノ權ト並ニ相続法ノ如キ私法上ノ原則トヲ混和シテ一体トナシタルモノナリ。」

ここでは「君主私法」、すなわち私的君侯法 (Privatfürstenrecht) の性質が論ぜられて<sup>(10)</sup>いる。《家憲には領邦君主の家族法・相続法が規定されるが、これは「君主私法」(=私的君侯法)と呼ばれる。これは一面では私法に分類されるが、他面で公法的性格を否定できないのであり、両者が渾然一体となるのが世襲君主制国家の本質である》。私的君侯法

(10) 私的君侯法については拙稿「君侯法 (一)」554頁以下、拙稿「領邦君主の家族」305頁および335頁以下に掲げた文献を参照のこと。

の法体系上の位置づけはドイツでも争いのあるところであり、19世紀初期には私的君侯法が完全に私法に分類されたこともある。<sup>(11)</sup>その背景には成立途上の近代的国家秩序から旧帝制期以来の「私法的」諸関係を観念的に排除し、「公法」を純化しようとする傾向を読み取ることができる。<sup>(12)</sup>とはいえ、これまで「私的君侯法」と呼ばれていた領域が公法と私法の両領域に渉ることは否定しえない。そこで、1860年代以降の文献では、私的君侯法に公法的性質を認める穏当な理解が一般化する。<sup>(13)</sup>その限りで、レースラーの説明は当時の標準的理解に依拠したものといえる。特に、これを「世襲君主国の本質」と表現する箇所はH・シュルツェ『ドイツ国法序説』（1865年）の次のような記述を想起させる。

「ドイツ私的君侯法…は上級貴族固有の相続法・家族法である。それは上級貴族の特殊な身分的需要から生じたもので、少なくない点で通常の私法の諸原則から逸脱している。ドイツ上級貴族のこの固有の身分法は部分的には現在の、部分的には過去の、国法的地位によって本質的に条件付けられている。ここで国法が君主の家の相続法・家族法と不可分に融合していることに世襲君主制の本質が存する。しかし私的君侯法が全体として国法に属するわけではない。家とその構成員の私的関係に関するに過ぎない点、例えば純粹に私法的な家族信託遺贈

(11) 拙稿「君侯法（一）」584頁。

(12) Gottwald, S.25 は、クリューバーが私的君侯法を国法に位置づけることを拒絶したことは「封建遺制に対して《公法的》国家を防禦することの一つの徴表となった」と指摘しているが、適切である。更にヨルダンの私的君侯法否定について参照、拙稿「君侯法（二）」1034頁。

(13) 本文に掲げたシュルツェの他に以下の文献が例証的である。Heinrich Zoepfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts I, 5. Aufl., 1863, S. 584; Otto Mejer, Einleitung in das deutsche Staatsrecht, 1. Aufl., 1861, S. 16 Note 2; Karl von Kaltenborn, Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht, 1863, S. 179. 併せて参照、拙稿「君侯法（三）」253頁、288頁以下註24。

財産の相続や君主の私的遺産の民事的相続，人に対する私的後見や主権者および家の他の構成員の私的財産は，単に上級貴族の私法に過ぎない。…従って私的君侯法を全体としてドイツ国法に組み込もうとするのは正しくない。専らこの家族法・相続法が国法関係それ自体に直接的に作用し，或は国家基本法その他の国家的規範に根拠を有する限りにおいてのみ，ドイツ国法体系の内部に場所を有するのである。しかしここではまた私的君侯法は…独立した部門として取り扱われるのではない。国法に関連する私的君侯法の法理は，それらがまさに国家の当該諸関係に干渉する箇所て体系の内部に配置されるべきである。それらはここでは私的君侯法の一部としてではなく，同時に国法的でもある素材として検討される。憲法で主権の取得が論ぜられる箇所では，自ずと王位継承の理論も論ぜられるが，そこでは君侯の婚姻法の一定の諸原則も避けて通ることは出来ない。蓋し例えば家憲上の同格<sup>(14)</sup>出生の婚姻による出生は王位継承の一つの条件なのであるから。」

もっとも，本来的に私法としての性格を有する私的君侯法が公法領域にも規定力を有しているという認識は，反面で伝統的な私的君侯法と近代国法観念との厳しい緊張関係を再度認識させるものであり，やがて「君侯法」の概念を生み出すことになる。<sup>(15)</sup>レースラー答議がドイツ国法学におけるかような関心を共有するものであったかは問われる必要があらう。

さて，レースラーは右の引用に続けて次のように続ける。

「王族ハ婚姻ヲ結ヒ，後見ヲ置キ，又財産ヲ私有スルカ如キ私法上ノ関係ニ於テハ，一私人タリ。然レトモ世襲君主国ノ基礎トナリ，時宜ニ依リテハ王位ヲ継承シ，摂政タルコトヲ得ルノ点ニ於テハ，公人タリ。又王室ノ財産ヲ区別シテ，一ハ国法上ノ相続ニ抛ラシメ，他ノ一ハ私法上ノ相続ニ抛ラシム。即チ在位王ノ遺産ハ，嗣王ニ継伝スルモ

(14) Hermann Schulze, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 1865, S. 33f.

(15) 拙稿「君侯法（一）」559頁以下，「君侯法（四）」394頁以下。



ノト<sup>皇室常</sup>産ヲ云、私法ノ原則ニ拠リテ相続シ得ルモノ<sup>君主ノ私</sup>トノ二様ニ分カル、カ如キ是レナリ。第二ノ部分ニ関シテハ、君主随意ニ之ヲ贈遺スルヲ得ヘシ。王族ノ王位ヲ継承スルハ国法ニ準拠スルモノナリト雖、何人カ王族ニ属スルヤ否ヤハ私法上ノ問題ニシテ、家憲ヲ以テ規定スヘシ。故ニ、王室ノ国法上ノ関係ハ之ヲ国憲ニ掲ケ、私法上ノ関係ハ之ヲ家憲ニ掲クヘシト言フコトヲ得ヘシ。」

まず、《君主には私人としての資格と公人としての資格があり、王位継承は国法に拠るものであるが、その前提として王族としての身分を有するか否かは私法上の問題である》という論旨は、先のシュルツェの引用からも明らかのように、当時のドイツでも共有された理解である。特に、「王族」身分の有無は身分的特別法としての私的君侯法によって決せられる私法問題であり、これに関する紛争は民事事件として通常裁判権の管轄に属すことは、1880年代に「上級貴族」である陪臣化された旧帝国直属身分（シュタンデスヘル）の家に関する帝国裁判所判決によっても確立される法理解である<sup>(16)</sup>。他方、《王室の財産は国法上の相続により君主に継承される皇室常産と私法上の相続により継承される私産に区別される》という論旨には幾分不明確な部分も残るものの、「国家的遺産（Staatsverlassenschaft）」と「私的遺産（Privatverlassenschaft）」の区別が考えられている可能性がある。しかし、このような「国家遺産」ないしレースラーの所謂「国法上ノ相続」は、1860年代には「相続」は私法的概念であり国法の説明にとって不適切であるという理由から排除<sup>(17)</sup>されていた。その限りで、ここには古い層に属する議論が顔をのぞかせ

(16) 拙稿「領邦君主の家族」330頁。シュタンデスヘルにも公法的権能があるため、その限りで領邦君主の家族法の問題と類似関係にある。

(17) 例えばシュルツェは次のように述べている。「われわれの国家生活の実践における国家理念の勝利によってはじめて、理論においても正しい見解に達したのである。とくに、ツェハリエによってすらなお堅持された国家遺産（Staatsverlassenschaft）の概念は完全に廃絶せられた。国家と国家権力はいかなる関係においても相続財産ないし遺産の客体ではない。



ている。

さて、仮に《王室の国法上の関係は憲法に規定し、私法上の関係は家憲に規定すべきである》という基準を一応立てられるとしても、実際の線引きは極めて困難である。

「然レトモ此兩者ノ間ノ分界ヲ定ムルハ甚タ困難ナリトス。即チ継承ノ順序ハ国憲ニ属スヘキヤ、又ハ家憲ニ属スヘキヤノ疑問ノ如キ是レナリ。巴威爾國ニ於テハ王位継承ノ順序ヲ挙テ之ヲ憲法ニ掲ケタリ。<sup>(18)</sup>普国ニ於テハ其憲法五十三條ニ於テ大要ヲ掲ケ、其詳細ヲ家憲ニ譲<sup>(19)</sup>レリ。故ニ普国ニ於テ男系ノ絶エタル後、女系モ亦王位ヲ継承シ得ルヤ否ヤノ争議ヲ生シタリ。<sup>(20)</sup>又普国憲法第五十四條ニ於テハ唯國王ノ丁年ヲ掲ケタレトモ、巴威爾ノ憲法第二章第七條ニ於テハ總テ王子王女<sup>(21)</sup>ノ丁年ヲ掲ケタリ。巴威爾ニ於テハ國王經費王族年金ヲ憲法ニ掲ケタ

---

君主の死亡によっても国家権力は法的には何ら変更されないのであり、国家権力と結びついた国家財産は国家人格の所有物に留まるのである」(Hermann Schulze, *Das preussische Staatsrecht I*, 1. Aufl., 1872, S. 206)。相続を「一般的法概念」として国法学に転用可能な概念と見る見解は、管見の限り、1900年代のレームの学説を俟たねばならない(参照、拙稿「君侯法(五)」606頁)。

(18) バイエルン憲法(1818年)では第2章第2条に長子権による男系系継承が定められ、第2章第3条以下に継承資格や男系断絶の場合の規定があり、王室家憲(1819年)第3章第1条では憲法の諸規定に拠る旨が規定されている。

(19) プロイセン憲法(1850年)では第53条に「長子権および男系系継承による王家男子の継承(erblich im Mannesstamme des Königlichen Hauses nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatischen Linealfolge)」が規定されるのみで、爾余の点は王室家憲(法典化されておらず複数形で表示される)に委ねられている。

(20) プロイセンにおける補充的女系継承の可能性についてはミールスおよびレンネがこれを承認する見解であるとされ(但しレンネの記述は一義的ではない)、シュルツェや後のボルンハークはこれを否定している。Vgl. Schulze (Fn. 17), S. 181; Conrad Bornhak, *Preussisches Staatsrecht I*, 1. Aufl., 1888, S. 172.

レトモ、普国ニ於テハ単ニ国王経費ノ条ヲ掲ケタルノミ。<sup>(22)</sup>例ヘハ憲法ニ於テ「王子ハ皆年金ヲ受クヘシ」ト定ムルヲ得ヘシ。然レトモ此憲法ニ謂フ所ノ王子トハ何如ナル人ヲ指スヤノ疑問アルトキハ、此事モ亦從テ之ヲ憲法ニ掲ケザルヘカラズ。從テ又王族ノ婚姻ニ関ル規定ナカルヘカラズ。<sup>(23)</sup>此ノ如クシテ、終ニハ家憲中ノ一切ノ事項ヲ挙ケテ之

(21) プロイセン憲法54条1項「国王は満18歳で成人となる」；バイエルン憲法2章7条「王家の王子および王女の成人は満18歳とする」。

(22) 「国王経費」は「チフヒリスト」とルビが振られているが *Civilliste* (いわゆる元首費) のこと、「王族年金」は「アパナージ」とルビが振られているが *Apanage* のことである。プロイセン憲法で対応する条文は59条(「国王信託遺贈基金 (*Kron-Fideikommißfonds*) には1820年1月17日の法律により御料地および御料林 (*Forst*) の収入を引き当てとされた定額給付金 (*Rente*) が保障される (*verbleiben*)」) である。御料地を王室の所有から切り離したことの引き換えに、御料地収入から王室への定額給付金を国庫還流に先立って控除するという制度(元首費)が憲法制定以前に導入され、憲法上も確認された。これに対し、王族年金については憲法上の規定がない。この点についてシュルツェは、王族がそれ自体として国庫に対する定額給付金請求権をもたず、元首費の配分が専ら国王の裁量に任されているのがプロイセンの制度の特徴であると指摘している(以上プロイセンの制度については *Schulze (Fn. 17), S. 168 ff.; Schulze, Einleitung, in: ders., Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser III, 1883, S. 618 ff.*)。バイエルンに関するレースラーの説明は憲法典に明文規定のあることを想起させるが、1818年の制定時の憲法には元首費および王族年金に関する規定は存在せず、憲法改正法律である「永続的元首費の確定に関する法律」(1834年7月1日)によって明文規定が設けられた(バイエルンの制度については *Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht I, 1. Aufl., 1884, S. 364 ff.*)。

(23) 《憲法に王族男子の王族年金受給資格を規定すれば、王族男子たる身分が憲法の規定から読み取れないといけないので、婚姻法についても規定がないといけないことになる》。ここで婚姻法が登場するのは、ドイツ私的君侯法において上級貴族の家族構成員の身分が(普通法上の婚姻要件に同格出生原理と家長許可が加重された)「家憲上適法な婚姻」によって始祖との間に男系血統による連結が成立することによって基礎づけられるからである。先に引用したシュルツェのテキストも参照のこと。

「憲法ニ掲ケザルヲ得ザルニ至ルヘシ。何トナレハ私法上ノ関係ニシテ、亦国法上ノ関係ヲ有スレハナリ。」

レースラーは憲法と家憲の規律領域を明確に区分することの不可能性をバイエルン憲法とプロイセン憲法によって例証している。本文では詳細に註解しないが、要するにドイツ諸邦においても具体的な規律を憲法と家憲のいずれに置くかは一定していないことが指摘され、寧ろそこには明確な線引きは不可能であるという結論だけが残される。実際、《領邦君主の家族法的規律も国法秩序に何らかの影響を及ぼすものであるから、国法に関する規定を全て憲法に置くべきだとすれば、特に家憲に置くべき規定は存在しないことになる》。このように冒頭における私的君侯法（「君主私法」）の定義の論理的帰結を提示してみせたうえで、レースラーは次のような実践的観点を導入する。

「此區別ヲ為スニ付テ、實際ノ効力ハ家憲ハ議院ノ議ヲ経ズシテ之ヲ定ムルコトヲ得ルモ、憲法ハ必ス議院ノ議ヲ経ルニ非ザレハ変更スルコトヲ得ザルニ在リ。故ニ上ニ言ヘル如ク、憲法ノ区域ヲ広ムルニ於テハ、終ニ王族ハ私法上ノ関係ニ於テモ亦全ク独立ヲ失ヒテ議院ノ束縛ヲ被ルニ至ルヘシ。」

《憲法と家憲の区別の実際的意義は、家憲の改正には議会の協賛は不要であるが、憲法改正には議会の同意が不可欠であることに存する。従って君主の家族法・相続法について憲法で広く規定するほど、それだけ議会の拘束を受けることになってしまう虞がある》。それでは、家憲の規律範囲を極大化することは考えられないか。

「他ノ一ノ方法ハ各個ノ事項ヲ家憲ニ掲ケ、憲法ニ於テハ唯々家憲ヲ引用スルコト是レナリ。此レ普国憲法ノ採ル所ナリ。然レトモ該国ニ於テハ一ノ規定、殊ニ王位継承、国王ノ丁年摂政ニ関スル規定ノミヲ憲法ニ掲ケタリ。<sup>(24)</sup> 此ノ規定ハ直接ニ国<sup>レギールングスレヒト</sup>ノ執行ニ関係ヲ有ス

---

(24) プロイセン憲法53条以下。

ル者ナリ。然ルニ丁年ノ最近親ニシテ摂政タルヘキ人ハ何人ナリヤハ、仍明確ヲ欠クカ故ニ、如此問題アルトキハ直チニ家憲ヲ以テ憲法ノ空闕ヲ補ハザルヘカラズ。<sup>(25)</sup> 果シテ斯ノ二三ノ点ニ於テ家憲ヲ以テ憲法ヲ補フヘキモノトセハ、何故ニ一切ノ事項ヲ家憲ニ譲ルヘカラザルヤ。且王室ノ関係ヲ内外ニ區別シ、国家ニ関ル事件ト王室ニ関ル事件トヲ分ツハ、實際ニ効力ナキモノナリ。何トナレハ君主国ニ於テハ王室ノ関係ハ同時ニ国家ノ事件ナレハナリ。例ヘハ国王ノ丁年女系ノ相続権ハ私法上ノ性質ニシテ、併セテ国法上ノ性質ヲ有スルカ如シ。仏国ニ於テハ独逸国ニ於テ家憲ニ掲ケタル事件ヲ国法、即チ「ボナパルト」家ニ関ル元老院ノ千八百五十二年十一月七日ノ決定書ニ掲ケタリ。而シテ此決定書ニ抛レハ、皇帝ハ皇室典<sup>スタット</sup> 憲ヲ以テ皇族ノ関係ヲ定メ、法律ノ効力ヲ有セシムルヲ得ヘキナリ。英国ニ於テハ議<sup>(26)</sup> 院<sup>バルメントスタット</sup> 法律ヲ以テ王子王女ノ関係ヲ定メタリ。<sup>(27)</sup>」

《詳細規定を家憲に配置し、憲法では家憲を引用するに留める方式はプロイセン憲法の採るところと云うが、プロイセン憲法においても

(25) プロイセン憲法56条1文は「国王が未成年またはその他恒常の故障により自ら統治することのできないときは、王位に最も近い成年の男系親(53条)が摂政を引き受ける」と規定する。ここでのレースラーの記述は《男系親の成年年齢は憲法上規定されていないから、王室家憲を参照しなければ摂政たるべき成人男系親は定まらない》という趣旨かと思われる。プロイセン王族の成人年齢について、1806年12月4日の上訴部(Obertribunal)判決は24歳としたが、家憲および実務では上記判例に反して18歳を王族の成人年齢としているといわれている(vgl. August Wilhelm Heffter, Die Sonderrechte der souveränen und der mediatisirten vormals reichsständischen Häuser Deutschlands, 1871, S. 261f.; Schulze (Fn. 22), S. 617)。

(26) 1852年11月7日の元老院決議を受けて、ナポレオン三世は1853年6月21日に帝室家憲(Statut réglant la Condition et les Obligations des membres de la Famille Impériale)を制定している。

(27) イングランド法についてはJulius Hatschek, Englisches Staatsrecht I, 1905, S. 656 ff. の記述に譲る。

一定の原則を憲法に規定している。しかし却って明確性を欠く部分が生じ、結局家憲によって補充しなければならないのであるから、専ら家憲で規定することも論理的には排除されないはずである》。そうだとすれば憲法か家憲かという問題は、畢竟議会の協賛の有無に還元されざるを得ない。現に、レースラーは次のように結論する。

「此ニ由テ之ヲ觀レハ、君主私法ニ於テ私法上ノ部分ト国法上ノ部分トヲ區別スヘカラザルノミナラズ、如何ナル事項ヲ法律若クハ憲法ニ掲ケ、如何ナル事項ヲ家憲ニ掲クヘキ乎ニ関シ確固ノ標準ナキカ故ニ、此問題ハ畢竟随意ノ断定ニ任カスヘキモノナリ。予ノ見ル所ニ拠レハ、此事項ハ可成家憲ヲ以テ規定スルコト世襲君主国ノ本質及王室ノ独立ニ適當スルカ如シ。」

要するに、《私的君侯法においては国法と私法の分離は不可能であり、憲法ないし法律で定めるべき事項と家憲で定めるべき事項に明確な線引きもできないのであるから、憲法・家憲をこれから新たに制定する場合には、随意の問題として処理してよい》。その際の基準は、議会の協賛に拘束される範囲をどのように設定するかということではない。日本の皇室法制整備にとってレースラーが提案するのは、《世襲君主制の本質と王室の独立にとってみれば成るべく家憲において規定すべきである》というものである。このことは、よく知られた重大な帰結をもたらす。

しかし、それに劣らず重要な問題は、レースラーがそもそも「家憲」というものをどのようなものと考えていたのかということである。実は、右の引用に続く次の箇所<sup>1</sup>に彼の基本的理解が示されているのである。

「蓋家憲ハ国王自之ヲ制定スルヲ得、議院ノ干渉ヲ受ケザルモノナリ。但時宜ニ依リテハ王族ノ既得權ヲ害セザランカ為、其王族ノ承認ヲ受クヘキノミ。此家憲ヲ制定スルノ權ハ国王ニ属スル家一長一權ヨリ生スルモノニシテ、私人ノ家族ニ於ケル關係ヨリ一層強大ナルハ政治上ノ理由アリテ然ルモノナリ。此政治上ノ理由ヲ觀察スルニ、国会ノ干

渉ヲ受ケシメスシテ専ラ家長タル国王ニ帰スルハ固ヨリ当然ノ事タリ。彼ノ貴族ノ家<sup>フハミリスタクツト</sup>法<sup>(28)</sup>スラ国王ノ承認ヲ受クルノミニシテ、国会ノ承諾ヲ要セザルニ非ズヤ。又家憲ハ現行法ノ一部ナルカ故ニ、他ノ法律命令ニ於ケル如ク国民ニ於テ之ヲ遵守スヘキモノナリ。」

《家憲は国王自ら制定することができるのであり、議会の干渉を受けない。但し、場合によっては、王族の既得権を侵害しないために、当該王族の承認を受けるべきであるに過ぎない。蓋し、家憲制定権は国王のもつ家長権に由来するもので、貴族の家憲すら議会の承認を要しないのであるから》。ここでレースラーは家憲制定権を君主の家長権 (Familiengewalt) に基づくものとしつつ、但し「王族ノ既得権」保護のために「其王族」の承認を要する場合があるとしている。ここで「既得権」とは、おそらく原文では *wohlerworbenes Recht* (ないしその複数形) であり、「其王族」とは家長たる君主の家憲制定行為によって既得権<sup>(29)</sup>を侵

(28) ここでいう「貴族ノ家法」とは1806年以降に陪臣化された旧帝国直属身分、所謂「シュタンデスヘル (Standesherr)」の家憲を指すものと思われる。「家法」は「スタツト」のルビからして家憲と理解すべきである)。1815年のドイツ同盟規約14条によりシュタンデスヘルも家憲制定権を保障されたが、新たに家憲を制定する場合には周知のために領邦君主に呈示すべきものとされた。

(29) 「既得権」が論じられる際に主として念頭に置かれているのは、王位継承権および財産権である (第三章で扱われる答議も参照のこと)。ドイツの王位継承や領邦君主の家の法的構造に関する伝統的説明は少なからず旧来のレーエン法理論に由来するが、それによればレーエンを最初に受封した始祖 (Ahnherr) ないし原始取得者 (erster Erwerber) の男系卑属 (男系親) はその血統によりレーエンに対する相続権を有するものとされ、レーエン相続はその都度の占有者 (家の当主) の人格ではなく始祖の人格を直接に継承するものとされている。むろん始祖は既に死亡しているからレーエンについては既に相続が開始している。それ故に、レーエン相続権は権利者によって生まれながらにして (正確には受胎によって) 既に取得された権利 (すなわち既得権) として理解されるのである (シュタールの説明については拙稿「君侯法 (二)」998頁以下)。この特質を封建法学 (Feudistik) は *successio ex pacto et providentia majorum* と呼んだ (vgl.

害される個々の王族を指すものと思われる。

家憲制定権ないし所謂「自律」(Autonomie)の根拠および主体についてはドイツにおいても争いがある。当時ドイツで優勢になりつつあったのはG・ペーゼラーとO・ギールケの〈上級貴族の家＝法人格を有するゲノッセンシャフト〉説であった。この説によれば上級貴族の自律は法人格を有するゲノッセンシャフトとしての上級貴族の家の性格に本源的に備わる権能であり、従って自律権の発露である家憲制定の主体は家長単身ではなく、<sup>(30)</sup>家長と男系親からなるゲノッセンシャフト的家それ自体であるとされる。これに対し、レースラーは家長権によって君主の家憲制定権を基礎づける見解をとっているため、家長の家憲制定権と個別の王族の既得権が対置され、王族は家憲制定の主体としては位置づけられず、その同意が家憲制定の条件とされるに留まる。実はこのような見解(以下、家長権説という)は家ゲノッセンシャフト説の有力化以前には<sup>(31)</sup>通説的な見解であり、レースラー答議の直近では1878年に家ゲノッ

---

Carl Friedrich Gerber, System des deutschen Privatrechts, 16. Aufl., 1891, S. 452 ff.)。また、レーエン財産の所有関係は男系親の「合有(Gesamthand)」とされているため(財産における既得権)、占有者は男系親の同意なくレーエンに対する実体処分ができないのが原則である。特に説明されているわけではないが、レースラー答議にはこれらを前提とする記述が散見される。

- (30) Georg Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen II 2, 1840, S. 13 ff., 35 ff.; ders., System des gemeinen deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 1873, S. 699 ff.; ders., Ueber die Stellung des bürgerlichen Rechts zu dem Familienrechte des hohen Adels, 1877, S. 16 ff.; ders., Die Familie des hohen Adels als corporative Genossenschaft, in: Grünhuts Zeitschrift 5 (1878), S. 540 ff.; Konrad Maurer, Autonomie, in: Bluntschli/Brater (Hg.), Deutsches Staats-Wörterbuch I, 1857, S. 612 f.; Otto Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht I, 1868, S. 413 ff.; ders., Die juristische Persönlichkeit des hochadeligen Hauses, in: Grünhuts Zeitschrift 5 (1878), S. 557 ff.; ders., Deutsches Privatrecht I, 1895, S. 148 f., 400; Hermann Rehm, Modernes Fürstenrecht, 1904, S. 103 ff.; Paul Oertmann, Die standesherrliche Autonomie im heutigen deutschen bürgerlichen Recht, 1905, S. 49 ff.



ンシャフト説に対する O・マイアーの有力な批判が『グリュンフート雑誌』に発表され、ベーゼラーやギールケとの論争に発展していた。<sup>(32)</sup>

他方、君侯法の権威シュルツェは家ゲノッセンシャフト説に傾斜しており、<sup>(33)</sup> おそらくその著作を通じて井上毅の知るところとなっており、実際、第三章に見るように、この点は井上によって再度質疑が寄せられることとなる。

最後にレースラーは次のように総括する。

「若シ家憲ノ一部ヲ憲法ニ掲クルトキ如何ナル事項ヲ掲クヘキヤハ、  
甚タ困難ナル問題ナリトス。或ハ総テ 国 <sup>スターツスゲワルト</sup> 権 ノ執行ニ直接ノ関係

(31) 19世紀後半の家ゲノッセンシャフト説が強い印象を与えるために、近年の研究では家長権説の存在が後背に退くこともあるが、家長権説はベーゼラー＝ギールケ説の台頭以降も主張され続ける (vgl. Dietmar Willoweit, *Standesungleiche Ehen des regierenden hohen Adels in der neuzeitlichen deutschen Rechtsgeschichte*, 2004, S. 179 ff.). 家長権説の例として Romeo Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 1837, S. 474 f.; Zoepfl (Fn. 13), S. 594; Heffter (Fn. 25), S. 83 ff. があり、更に次の註に示すマイアーの文献がある。いずれの論者も、家長の家憲制定行為について男系親の既得権侵害の不可能ないし男系親の同意権を肯定していることに注意を要する。

(32) Otto Mejer, *Zur Lehre von der Geschlechtsgenossenschaft des hohen Adels. Eine Revision*, in: *Grünhuts Zeitschrift* 5 (1878), S. 229 ff.; ders., *Zur Lehre von der Geschlechtsgenossenschaft des hohen Adels. Gegen Gierke*, in: *Grünhuts Zeitschrift* 6 (1879), S. 201 ff.; ders., *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 2. Aufl. 1884, S. 111 f. Fn. 8. これらについては Robert Martin Mizia, *Der Rechtsbegriff der Autonomie und die Begründung des Privatfürstenrechts in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, 1995; 西村貴裕「一九世紀ドイツ法学におけるゲノッセンシャフトの概念と私的君侯法——上級貴族の家の法理論的位置づけ」*比較法史研究* 8 (1999)。

(33) Hermann Schulze, *Das deutsche Fürstenrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung und gegenwärtigen Bedeutung*, in: Holtzendorff (Hg.), *Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung*, Bd. 1, 4. Aufl., 1882, S. 1271.

ヲ有スル事項ヲ憲法ニ掲ケルヲ得ト謂フヲ得ヘシ。然レトモ普国憲法ニ於テモ、最重要ナル事項即チ王位繼承ノ順序ヲ以テ、其憲法第五十三條ニ之ヲ家憲ニ讓レリ。且、上文ニ陳ヘタル如ク、男系ノ絶エタル後、女系ヲ以テ繼承スルヲ得ルヤ否ヤハ明文アラズ。又摂政ノ事ニ至テモ、其憲法（五十六條五十七條）ニ於テ總テノ場合ヲ包括セズ。例ヘハ最近親族均ク皆不能力ナル場合ノ如キ是レナリ。<sup>(34)</sup>又国王ハ特別ノ場合ニ於ケル共同摂政<sup>(35)</sup>或ハ政務代理者ヲ任シ得ルヤ否ヤヲ憲法ニ掲載セズ。普国ノ今王ハ其兄タル先王カ疾病ノ間、単ニ代理者トナリテ政務ヲ執リ、其後始メテ摂政ノ地位ニ就ケリ。故ニ普国憲法ノ此事項ニ関ル規定ハ甚不完全ナリ。巴威爾国ニ在テハ、此事ニ関ル規定ヲ一部ハ之ヲ憲法ニ掲ケ、一部ハ之ヲ家<sup>(36)</sup>法<sup>(37)</sup>ニ掲ケタリ。之ヲ要スルニ、国法ニ関ル事項ハ總テ憲法ヲ以テ定ムヘシト謂フヲ得ス。却テ純然タル王家ニ関ル事項ニシテ、国民ト主權者トノ間ノ關係ニアラズ。並ニ國權執行ノ原則ニ関涉セサルモノハ、之ヲ憲法ヨリ除クコトヲ得ヘシ。<sup>(38)</sup>奥国ノ憲法ニ於テハ、此王家ノ關係ヲ一モ掲ケルコトナシ。

(34) プロイセン憲法57條は成人した男系親が存在しない場合の対応を規定している。ここでは全ての男系親がその他の故障事由にある場合については規定がない、という趣旨であろう。

(35) Mitregentschaft のこと。プロイセンでは共同摂政は否定されるのが通常であるが（Schulze (Fn. 17), S. 218; Rönne/Zorn, Das Staatsrecht der preussischen Monarchie I, 5. Aufl., 1899, S. 233), 他邦には共同摂政の例がある（vgl. Meyer/Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 8. Aufl., 2004 (unveränderte Ausgabe der 7. Aufl., 1919), S. 319）。

(36) (Regierungs-) Stellvertreter のこと。本文にあるようにプロイセンでは憲法の明文規定が存在しないにも関わらず、フリードリヒ・ヴィルヘルム四世の治世末期の1857年から翌年にかけてヴィルヘルム公子（後の国王ヴィルヘルム一世）が一時、政務代行者となった。プロイセンについては合憲説が有力だが、違憲論も根強い（vgl. Meyer/Anschütz (Fn. 35), S. 318 f. Fn. a [Anschütz]）。

(37) バイエルン憲法2章9條以下、1819年王室家憲65條以下。

(38) ここでいうエースターライヒ憲法としては1867年12月21日の「統治權

総テ之ヲ結論スルトキハ、世襲君主国タルコト及之ニ附帯スル王位継承ノ順序ハ之ヲ憲法ニ掲クルヲ要セズ。又政權ヲ有スル王家ヲ指定スルヲ要セズ。何トナレハ此關係ニ於ケル現状ハ憲法ノ発布ニ依テ変更スルコトナケレハナリ。此レ普国、巴威爾ニ於テモ亦然ル所ニシテ、其憲法ニ於テ単ニ国王及王室ト云フモ、「<sup>(39)</sup>ホーヘンツォルレルン」家「<sup>(40)</sup>ミッテルバッヘル」家ト云ヘルコトナシ。他ノ諸国、例ヘハ英国、白国、仏国等ニ於テ特ニ如此ノ篇章ヲ設クル所以ノモノハ、変革ノ後、新興王家ノ權ヲ法律上ニ認ムヘキノ必要アルカ故ナリ。日本ニ於テハ固ヨリ如此必要アラザルカ故ニ、皇族ニ関スル一切ノ規定ヲ家憲ニ譲ルヲ得ヘシ。此家憲ハ公布スルヲ要セズ。且從來ノ婚姻及相続上ノ關係ヲ保存シ、他日改正スヘキ時機ノ来ルヲ須ツヲ得ヘシ。

故ニ予ハ、此事項ニ関ル左ノ篇章ヲ憲法ニ掲クルヲ是ナリトス。

第一条 日本帝国ハ永遠ニ向テ分割スヘカラザル統一ノ世襲君主国ナリトス

第二条 帝位ハ家憲ニ從ヒ皇族之ヲ繼承ス

《家憲のうち統治権 (Regierungsrecht) の執行に直接関係する規定は憲法に掲載するという方針を立ててみたところで、やはり明確な線引きは不可能である。要するに国法に関する事項は全て憲法の管轄と理解することはできないのであり、国民と主権者との関係や統治権の執行に関しない事項は憲法から除外して差し支えない。世襲君主制であること、

---

および執行権の行使に関する国家基本法」(RGI. Nr. 145/1867) が考えられているように思われる。王家に関する規定は存在しない。エースターライヒ憲法の展開については参照、奥正嗣「オーストリア立憲主義の展開——厳しい政治的潮流の中で (1848年～1934年)——」(関西大学) 法学論集62巻4・5号 (2013年)。

(39) もちろんヴィッテルスバッハ (Wittelsbach) であり、翻訳者が W を M と誤認したものか。

(40) 既存の王権・王統が前提とされる限り、憲法の規定が権力創設的意義をもたないことは、後にレームも強調するところである。Vgl. Rehm (Fn. 30), S. 11 ff.

王位継承順位、王統の指定は憲法に規定する必要はないし、王族に関する規律は家憲に一切を譲ってよく、公布の必要もない。以上を踏まえ、レースラーは右引用の末尾の二か条を提案する。これが明治憲法の1条・2条の基礎となっていることは既に周知の通りである。但し、レースラー自身が不要とする世襲君主制規定が提案されている理由は右の引用だけでは依然判然としない。これについては後に検討する。

この答議の註解は以上であるが、その論旨はこれまた周知のように、次の通りである。すなわち、《公法と私法の混然一体となった私的君侯法の領域の規定を憲法典と王室家憲のいずれに置くかは当該法命題の法的性質から一義的に定めることが出来ない以上、実践的には畢竟、議会の関与をどの程度許容するかの問題に他ならない。世襲君主制の本質と王室の独立とを鑑みれば、議会の関与を避けるべく、憲法では家憲を参照指示するに留め、専ら家憲に規定すべきである》。

では、このような見解は当時のドイツの議論状況に照らしてどのように評価されうるのであろうか。まず、私的君侯法の領域の事項が論理必然的に家憲ないし憲法に割り当てられているわけではないということは、同時代の公法学者もひとまず同意することのように思われる。しかしながら、近代立憲制国家の構成原理として、少なくとも国法的性格の強い命題については家憲の領域から憲法典の規律領域に「取り戻す (vindizieren)」<sup>(41)</sup> のが立憲制の趣旨であるというシュルツェ<sup>(42)</sup>の見解は、ゲルバー＝ラーバント流の所謂「法学的方法」に立つ公法学者も含め、広く共有された実質的観点であったといってよい。何故なら実証主義的国法学の体系的基礎は国家の意思力たる国家権力 (Staatsgewalt) であり、その発露としての全般的な国家立法権であり、それを統禦する規範としての憲法だったからである。むろん、君主制権力の前国家性や家憲の自律性は必ずしも否定されたわけではない。しかし、それを憲法秩序の中に

(41) 原田一明・前掲 (注(4)) 197頁以下。

(42) Schulze (Fn. 33), S. 1269.

位置づけることが志向され続けたのである。そして王位継承の純公法的性質が一般に承認されると、その基本的原理については憲法典に規定されるべきであること、少なくとも私的君侯法が内在する分割相続の潜在的可能性に対しては、憲法典にしばしば明文化された国家の不可分性の絶対的優位が強調されたのである<sup>(43)</sup>。この場合において、近代憲法に編入された王位継承の基本原則を改変する場合に議会の協賛が必要となることは当然であったし、それは王統の家門的利害から国家の自立の実存性を保障する堡壘でもあったわけである。これに対し、寧ろ議会の関与可能性の徹底的排除を提唱するレースラーの答議が、同時代ドイツの公法学者の見解の趨勢に照らして、いわば逆行的性格を有したことは否定できない。私的君侯法と近代国法観念との緊張関係に対する関心も比較的希薄であるように見える。しかしそれにも関わらず、レースラーにとっても王位継承は公法的制度であり、王位継承権は公権であって、国家の不可分性が保障されるべきことは当然の前提であった。それ故にこそ、「日本帝国ハ永遠ニ向テ分割スヘカラザル統一ノ世襲君主国ナリトス」という国家不可分規定を置くことが提案されたものと考えられよう<sup>(45)</sup>。

(43) ゲルパーの場合については参照、拙稿「君侯法（三）」268頁以下。

(44) 「王位継承ノ公権タルコトハ一般ニ是認セラレタル所ナリ。何トナレハ其継承ノ物件ハ往昔ノ主義ニ從ヒ之ヲ国土ナリトスルモ、又近世ノ主義ニ從ヒ之ヲ主権全体ナリトスルモ、均シク公権ニ属スレハナリ。但シ国王ノ私有遺産ニ於ケル私法上ノ相続ハ全ク此レヨリ区別スヘク、而シテ王位継承権ハ独リ国法ノ觀察ニ依ルヘキナリ」（明治22年1月17日レースラー答議：国学院大学日本文化研究所・前掲（注（3））38頁；小林宏＝島善高・前掲（注（3））418頁）。王位継承を公法的制度であるとしつつも、王位継承権を私権とする学説は19世紀前半には寧ろ支配的であった。この点、レースラーはパイエルン系公法学によって先導された19世紀後半の支配的見解を共有している。王位継承権の性質に関する学説の変化については拙稿「君侯法（三）」を参照のこと。

(45) すなわち本稿の解釈では、「分割スヘカラザル統一ノ」という箇所に重点があるのであって、「世襲君主国」という文言は右の修飾句を受けるために置かれたものであるという理解になる。

## 第二章 「家憲」制定行為の性質

——明治20年2月3日答議<sup>(46)</sup>

次いで井上は、「家憲ヲシテ効力ヲ有セシムル為ニハ政務大臣ノ対署ヲ要スル乎。家憲ヲ定メテ之ヲ施行スルハ君主ノ政務ナル乎、又ハ其家事ニ属スル乎」と質疑を發する。これに対する答議は、前述の家憲の性質論を補足説明するものとなっている。

まずレースラーは次のように答える。

「此答ハ、又家憲ヲ發スルヲハ国王ノ政<sup>レギールングスアクト</sup>務ト見做スヘキヤ否ヤノ問ニ答フルニ由テ定マルモノトス。

此終リノ問ニ対シテ然リト答フル者ノ理由ハ左ノ如シ。

家憲ハ、通常ノ法律ト同シク一般ニ遵奉スヘキ規準ヲ設クルモノナルカ故ニ、立法権ヨリ生スルモノト見做スヲ得ヘク、又王位繼承ノ順序ノ如キ国法上ノ關係ヲ制定シ、或ハ国王ノ經費若ハ料<sup>アパナージ</sup>金<sup>(47)</sup>ノ如キ政府ニ義務ヲ負担セシムルノ点ヨリ見レハ、之ヲ称シテ国王ノ政務ナリト謂フヲ得ヘシ。

此ノ問ニ対シテ否ト答フル者ノ理由ハ左ノ如シ。

家憲ハ、通常ノ意義ニ於ケル法律ニ非ザルカ故ニ、立法権ヨリ生スルモノニ非ス。又議院ノ承諾及頒<sup>プブリカチオン</sup>布ノ如キ尋常ノ法律ノ要件ニ服従セサルハ一般ニ是認スル所ナリ。」

レースラーの整理によれば《家憲制定を統治行為（Regierungsakt）（「政務」）とする説によれば、家憲は通常<sup>(46)</sup>の法律と同様に一般的拘束力を有する限り立法権に由来するものであり、また王位繼承順位など国法的關係を規律し、元首費や王族年金などの給付義務を政府に対して基礎

(46) 国学院大学日本文化研究所・前掲（注（3））35頁以下；小林宏＝島善高・前掲（注（3））413頁以下。

(47) 前出の訳と異なるが、それぞれ「国王經費」と「王族年金」のことである。

づける点でも国王の統治行為と見るべきである。これに対して統治行為としての性格を否定する学説は、家憲は通常法律とは異なり、立法権に由来するものではないとし、議会の承諾や公布など法律制定要件を要求されないことを根拠とする。レースラーは後者の見解に立つ。

「国王ニ属スル最上ノ国権ト、及王家ノ首長トシテ均ク国王ニ帰スル最上ノ家長権トハ、之ヲ明白ニ区別セザルヘカラズ。通常ノ法律ハ国権<sup>(48)</sup>ヨリ生シ、家憲ハ家長権ヨリ生ズ。家長権ノ執行ハ政務ニ属セズ。「シュルチャー」氏ノ言ニ、此ノ場合ニ於テ、国王ハ立法者ノ資格ヲ以テ処理スルニ非ズ、其家族ヲ指揮スル首長トシテ処理スルナリ、ト云ヘルカ如シ。」

《通常の立法行為が国王の「最上ノ国権」(oberste Staatsgewalt?)に基づくものであるのに対し、家憲は「王家ノ首長トシテ均ク国王ニ帰スル最上ノ家長権」に由来するものであり、家長権の行使は統治行為ではない。》。このように説明したうえで、レースラーはシュルツェの記述を引証している。実際、シュルツェは『プロイセン国法・第1巻』(初版、1872年)において法源としての家憲を論じ、次のように述べている。

「王家の家憲は憲法典53条において引き続き法的効力を有するものとして承認されている。無論、それは家憲が憲法と矛盾しない限りのことである。憲法ないし通常法律の領域に介入するような新しい家憲(Hausstatuten)は、一般的原則によって、他のドイツ立憲国家の例と同様に、議会の同意を得た場合にのみ発令されるであろう。王家の純粋に内的な私的事項についてのみ自律的な家憲(autonominische Familienbeliebung)が及ぶのであり、この場合において国王は国家の立法者ではなく家族の指導的首長として、成人した男系親とともに、法を確定するのである。<sup>(49)</sup>」

(48) 「家長権」はここでもおそらく Familiengewalt であろう。

(49) Schulze (Fn. 17), S. 10. ここにいう Beliebung は Willkür や Statut と同義で、「自律的に定立された法」を指すものと思われる (vgl. Beseler, Sys-



レースラーの引用は右の末尾の部分に概ね対応する。しかしここでは「成人した男系親とともに」という一節が省かれている。確かに家憲制定についてシュルツェも国家の立法行為ないし君主の統治行為としない点ではレースラーの論旨に沿う引用であるが、シュルツェにとって家憲制定は家長および男系親からなるゲノッセンシャフトとしての「家」の行為に他ならない。それ故に、家長権説に立つレースラーは引用に当たってこの一節を削らざるを得なかったのである。

さて、家憲制定行為が統治行為ではないということについて、レースラーは説明を続ける。

「家憲ハ又国法上ノ関係ニ於テ政府ニ義務ヲ負担セシメ得ルモ、此レニ依テ上陳ノ意義ヲ変スルモノニ非ズ。是レ王国ニ於テ国ト王家トヲ連絡スルノ必要ヨリ生スルモノニシテ、王家ノ家族法ヲ制定スルニ依リ同時ニ又国法ノ一部ヲ制定スルニ過キズ。家憲ヲ以テ政府ニ負担セシムル所ノ義務ハ、国王ト政府トノ間ニ於テ存否随意ナルモノニ非ズ。此義務ハ固ヨリ自然ニ存スルモノニシテ、政府ノ本性及必要ヨリ生シ、家憲ニ之ヲ掲クルハ特ニ之ヲ明言シ、且其範圍ヲ限ルニ過キザルナリ。」

《確かに家憲によって政府に義務が発生することがあるが、それは君主制国家において王室と政府とを連絡する必要から生じるものであって、家族法の制定によって国法の一部が制定されるものに過ぎない。家憲に基づく政府の義務は、およそ（君主制の）政府というものの性質から導かれる「自然的」に発生するものである》。後述のように憲法典が当然に国法の全体を包括するものではないとされることの裏面として、家憲によって国法が定められることはありうるというのである。では、その根拠は何か。

「家憲ヲ発スルノ権ハ特権ナリ。而シテ此権ハ古来王家ニ属スルノミ

---

tem (Fn. 30), S. 71)。

ナラズ、独逸国ニ於テハ凡テノ往時ノ帝国直轄ノ諸侯ハ勿論ニシテ、又其一部ハ貴族ニ属シタリシナリ。此特権ニ原ツケル規準ハ法律ニ非ズ。亦命令ニ非ズ。高等貴族ノ家憲ニシテ其効力ヲ得ル為ノ要件ハ、之ヲ主権者ニ奏上シ、且最上官庁ニ通告シテ遵奉セシムルヲ以テ足レリトス。況ンヤ主権者自ラ発スル所ノ家憲ニ在リテハ、唯之ヲ内閣ニ通告スルヲ要スルノミ。」

《家憲制定権は領邦君主の家や陪臣化された旧帝国諸身分の家、更には一般貴族にも一部認められた特権である。この特権に基づく規範は法律・命令ではない。「高等貴族」(シュタンデスヘル)の家憲の効力要件は主権者に呈示し、最上級官庁に通告することなのであるから、況や主権者が(家長として?)自ら制定する家憲は内閣に通告すれば足りる》。確かに旧帝制期においても家憲制定権を特権として説明するものも存在しないではない<sup>(50)</sup>、またシュタンデスヘルの家についてはドイツ同盟規約によって旧帝制期の自律権が特権として保障されたという理解がなされている<sup>(51)</sup>。もっとも、国法学的文脈において近代の領邦君主の家憲制定権を殊更に「特権」と説明することがあるか、聊か疑問なしとしない<sup>(52)</sup>。そのことは措くとしても、特権には権原(Rechtstitel)が必要であるとすれば、旧帝制国制瓦解後の近代的立憲制において単に「特権」であるというだけで家憲のもつ国法的効力の説明が可能であろうか。その点、レースラーの説明からはこの「特権」の存立根拠はなお明らかではない。

(50) 近世における自律に関する学説史的展開についてはvgl. Edgar Loening, Die Autonomie der standesherrlichen Häuser Deutschlands nach dem Rechte der Gegenwart, 1905, S. 23ff.

(51) Mejer, Zur Lehre von der Geschlechtsgenossenschaft des hohen Adels. Eine Revision (Fn. 32), S. 256.

(52) むろん、私法学の領域において、上級貴族一般が通常の私人には認められない自律権を有する限りでこれを「特権」と説明することはありえようが、それはここでの問題ではない。

しかしその特権には一定の限界があるとレースラーは述べる。

「然レトモ主権者ノ家憲ヲ発スル特権ハ元来家長権ナルカ故ニ、固ヨリ制限ナキモノニ非ズ。故ニ王族ノ現ニ有スル既得権利ヲ動カスモノニ至リテハ少ナクモ其承諾アルヲ要ス。又家憲ヲ以テ現行ノ憲法ヲ変更スル場合ニ当テ議院ノ承諾ヲ要スルハ固ヨリナリ。但シ凡ソ国家ニ関渉スル事件ハ、其憲法ニ掲ケザルモノニ就テモ亦議院ノ承諾ヲ要スヘシトノ説ニ至テハ、之ヲ不当ト謂ハザルヲ得ズ。何トナレハ憲法ハ必シモ国法全体ヲ包括スルモノニ非ズ、憲法ノ成立アルカ為ニ国法上一切ノ事件ニ関シ家憲ヲ制定スルノ特権ヲ妨ケ又ハ制限スルモノニ非ザレハナリ。故ニ近世独逸諸国ノ家憲ハ議院ノ参与ヲ受ケズシテ発行シタルモノ多シトス。」

第一に、《家長権であるが故に、本人の承認なくして王族の既得権を變動させることはできない》。こうした論理連関を提示するということは、逆から言えば、君主が国家元首としての資格において行使する国家の立法権に対して既得権は障害とならないということが前提されているということを示唆させる。少なくとも、家長権が公権力でないからこそ既得権を侵害できないということなのか、既得権が依然として立法一般に対して抵抗力を保持しており、況や家長権に対してはそうであるということなのか問われる。

第二に、《憲法典の規律を変更する場合には議会の承認を要する。但し、憲法典で規律されていないものについてまで議会の承認を要するものとはできない。国家的事項全てが憲法典に包括されるわけではなく、特権たる家憲制定権は憲法の成立によっても制限されていない》。要するに憲法制定以前において領邦君主は「特権」として家憲制定権を有しており、それは憲法制定後（立憲制への移行後）も憲法の外で維持されているのだというのが、憲法と家憲の関係に関するレースラーの基本的な理解なのである。

さて、レースラーは続いて質疑の趣意に立ち戻る。

「大臣対署ノ事ニ関シテハ、實際一定ノ例規ナシ。或ハ諸大臣若ハ一名ノ大臣対署スルコトアリ。或ハ然ラザルコトアリ。其対署ヲ要スル国ニ於テモ、此ニ依テ以テ憲法上ノ効力ヲ有セシムル要件トナスニ非ズシテ、単ニ事務上ノ効力又ハ政略上ノ効力トナスニ過キザルナリ。予ハ宮内大臣ノ総テ王家ノ事務ヲ掌ル点ニ依リ、其対署ヲ以テ足レリト信ス。又其対署ハ此レニ依テ責任ヲ負フヘキ憲法上ノ効力ヲ有スルニ非ズ。何トナレハ大臣ノ責任ハ專國王ノ政務ニノミ関スルモノナレハナリ。且国權ト家長權トハ均シク主權者ノ一身ニ会換スル者ナリト雖、此兩ツノ者ハ判然之ヲ區別セザルヘカラズ。即チ巴威爾國王ハ新タニ家憲ヲ発スルニ当リテ言ヘルコトアリ。日ク、〔「朕ハ王家ノ最上首長タルノ資格ヲ以テ家憲ヲ発スルノ權ヲ有ス」ト。<sup>(53)</sup>此言ヤ、家憲ヲ発スルハ国家ノ首長タルノ資格ヲ以テセザルコトヲ徵明スルニ足ル。普国ニ於テモ王家ノ事ハ一モ政務ト見做サ、ルカ故ニ、憲法上ノ事務執行ニ関ル原則ヲ家事ニ適用スルヲ得ズ。<sup>(54)</sup>」

《家憲に大臣副署を要するかについては、実務上の定則はないが、副署をする場合であっても実務的・政治的理由で行われるのであって、家憲制定は統治行為ではないから、大臣責任といった憲法上の効力を有するものではない。また領邦君主の一身に総攬された統治権と家長権は厳

(53) 1808年のバイエルン王室家憲を指すものか。「朕は王家の第一の主権的首長として (als erstes souveraines Königliches Haupt Unserer Familie) この〔旧法改廃効果をもつ新しい家憲制定の〕権利を有するものとす…」(Schulze, Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenthümer I, 1862, S. 321)。但し、この家憲は国家法律 (pragmatisches Staatsgesetz) という建前であった。

(54) レンネ『プロイセン君主制国法』に次のような記述がある。「国王は王家の主張として特別の権利を有する。王室構成員に対する上級監督 (Oberaufsicht), 王位信託遺贈および王家信託遺贈に関する権利がこれに含まれる。しかしこの関係は王室家憲および王室契約によってのみ判断されるべきものであり、プロイセン憲法の対象に含まれない」(Rönne, Das Staatsrecht der preussischen Monarchie I, 3. Aufl., 1869, S. 169f.)。

密に区別されるべきである》。この箇所はこれまで分析してきたところから円滑に理解される説明であろう。

最後にレースラーは次のように総括する。

「此レニ由テ之ヲ觀レハ、左ノ原則ヲ理由アルモノトス。

第一 皇帝ハ家憲ヲ発スルコトニ関シ最上ノ全権ヲ有ス。但憲法ノ制限ニ従フヘク、且皇族ノ権理ヲ損シ或ハ之ヲ動カス場合ニ於テハ其承諾ヲ要ス。

第二 宮内大臣ハ家憲ニ関ル事務ノ取扱ヲ為シ、之ニ對署シ、且之ヲ施行ス。然レトモ此事タル、立憲ノ意義ニ於テ効力ヲ有スルニアラス。又大臣責任ノ要件タラシムルニ非ズ。

第三 皇族及内閣ニ對スルノ通告ハ頒布ニ代用スルモノトス。其果シテ通告ヲナシタルコトヲ確認スルカ為ニハ、総理大臣ノ對署アルヲ可トス。予メ皇族及内閣ノ意見ヲ問フハ、政略上ノ美事ナリト雖、国法上ノ必要アルニ非ズ。

第四 憲法ヲ変更スルニ非ザル限りハ議院ノ承諾ヲ要セズ。

此事タル、学者ノ著書ニ未タ其論說ヲ經タルコトアラザルカ故ニ、實際国王ト国会トノ間ニ爭議ヲ生スルニ易キヲ以テ、予ハ「ハンノフェル」憲法第二十六条ノ如キ一條ヲ憲法ニ掲クルヲ可トス。日ク「」家憲ハ国会ノ承諾ヲ要セス。但シ家憲ヲ以テ現行憲法ヲ変更スルヲ得ズ」ト。」

副署の問題を措けば、レースラーの趣意は、《君主は家憲制定の全権を有するが、憲法の制約に服す。また王族の権利の改廃の場合にはその承諾を必要とする。但し、家憲制定に際して王族の意見を予め聴取すべき国法上の義務はない。家憲制定行為が憲法を変動しない限り議会の承認を要しない》というものである。ここでレースラーは末尾においてハノーファー憲法26条の例によって「家憲は議会の承認を要しないが、家憲によって憲法を変更することはできない」旨を憲法に規定することを提案している。この条項が明治憲法74条の原型となることは、夙に指摘

されてきたとおりである。ところで、明治憲法74条2項は皇室典範改正によって憲法を改正できないことを定めるが、逆に、憲法改正によって皇室典範を改正できるかは戦前期における憲法学上の一つの論点であった。レースラーの答議がこの点について何らかの示唆を与えうるかは検討の価値があろう。

まずレースラー提案の理由は《憲法を変更しない限り議会の承認を要しないということが学者のテキストで議論されていないから、君主と議会との憲法争議に発展しかねない》というものである。実際にドイツの公法学者がこの点を等閑視していたかは、既に見たシュルツェの記述を見れば疑問の余地があるように思われるが、重要なのはハノーファー憲法を参照することの含意である。ここで参照されているのは1840年憲法であるが、先立つ1833年ハノーファー国家基本法26条は次のように規定していた。

「王家の内的関係は国王が家族の首長として家憲によってこれを定める。但し、国王によって発令され、一般議会に通知されるべき家憲は、相続に関する限り、議会の同意なしに変更されるべきではない。」

ここでは一定の場合について家憲に議会の同意が必要とされた。しかし、国王の権能を議会の同意によって制約するこの憲法は、王弟エルンスト・アウグストによって王位継承者の権利の侵害として指弾され、1837年の王位継承に伴って廃止されることとなる。<sup>(55)</sup>その後<sup>(55)</sup>に成立した1840年憲法26条は次のように規定する。

「1項 国王は家族の首長として、家憲によって王家の内的関係を規定する権能を有する。但し、それによって統治継承者の諸権利を侵害することはできない。

2項 家憲は一般議会の同意を要しない。但し、家憲によって現行の憲法典の条項を変更することはできない。」

---

(55) いわゆるハノーファー憲法紛争と家憲の問題の関係性については拙稿「君侯法(一)」591頁以下。

レースラーが参考にすることを提案した文言は26条2項の規定である。この規定は、ハノーファー憲法紛争後の妥協の産物として理解される必要がある。すなわち、一方において男系親の既得権を侵害しない限りでの家憲の自律性が前提され、これを憲法典によって承認すると同時に(1項及び2項1文)、他方において立憲制の根幹である憲法秩序の自律性を護持する(2項2文)のである。家憲は伝統的君主制権力が統御する前憲法的領域として近代立憲制の憲法秩序と並列的に存在する対立項であり、26条2項2文の趣旨は伝統的君主制の立脚する家産的理屈に基づいた憲法秩序への侵蝕を阻止するものである。逆に、君主の側が敢えて家憲の領域を憲法の領域に組み込むことは必ずしも想定されてはいないから、憲法によって家憲を変更できないという条項は置かれていない。<sup>(56)</sup>法源としての憲法の優位もいまだ自明ではない。但し、君主の意向と王統の利害は対立しうる。立憲制においても君主が主導的位置を占めることに変わりがないのに対し、王統を構成する男系親の同意権は排除される。それ故に、1840年憲法は26条1項2文によって男系親の既得権(およびそれに基づく同意権)を保障したのである。

かように、家憲と憲法の二元的秩序は、1840年のハノーファー憲法では26条1項および2項の双方において規定されたというべきである。しかし、レースラーは26条2項に対応する条項を提案するに過ぎない。これでは明治憲法74条2項の解釈として、憲法改正によって家憲を改正することは敢えて妨げられない、という理解を排除しない。蓋し、それも君主制政府の「随意」の問題たりうるからである。しかし、レースラーが積極的にそのように意図していたとも考えにくい。何故なら、彼は家憲制定権を家長たる君主の権能と理解したうえで、男系親の既得権によって制約されるものとしていたからである。家長権説にあっては既得権に基づく男系親同意こそが「家」共同体の表現でもある。しかしな

(56) Vgl. Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981) 485ff.; 後掲のレースラー答議(第三章)を参照のこと。



から、このような既得権概念はドイツでは既に1850年代から抗立法的意義を剥奪され、王位継承権の立法的改変に対する王族男系親の同意権も1870年代以降、国法学の文献では否定的に理解されるようになって<sup>(57)</sup>いた。実際、レースラーの議論もまた、この概念を巡って根底から動揺することになる。

### 第三章 家長権の変容と動揺する既得権

#### ——明治21年3月23日答議<sup>(58)</sup>

翌明治21年3月に入り、井上毅は次のように質疑を行っている。

「王室家憲ノ改正ハ、皇族会議ノ承認ヲ経ヘキハ、各国王家ノ一般ニ是認スル所ナリ。

此承認ノ権利ヲ解釈スルニ、二ツノ説アリ。甲ハ、王室家憲ハ其王室ノ祖先ヨリ伝来セルモノニシテ、国王一人ノ専意ニ改正スルコトヲ得ル所ニ非ス、独り皇族ノ集会ヲ以テノミ之ヲ改正スルコトヲ得ヘシト云云。

乙ハ、家憲ヲ創立シ又ハ改正スルハ、王室ノ家父タル国王ノ特権ニ在リ、但シ皇族中既得ノ権利ヲ損害セサル為ニ皇族会議ノ承認ヲ経ヘキナリト云云。

右ノ二説、何レカ正当ノ解釈トスルヤ乞教。」

レースラーが家長権説を主張するのに対して、井上はドイツの有力学説である家ゲノッセンシャフト説を対抗させて理解を深めようとするのである。これに対するレースラーの回答はこうである。

「英国及時トシテ又独逸国ニ於テ其例ヲ見ルカ如ク、王室家憲ヲ以テ単ニ通常ノ法律ト同一ニ看做ス時ハ、独裁君主国ニ於テハーノ制限ナク君主ヨリ其家憲ヲ発布スルコトヲ得。而シテ立憲君主国ニ於テハ其

---

(57) 拙稿「君侯法（三）」257頁以下、「君侯法（四）」。

(58) 国学院大学日本文化研究所・前掲（注（3））74頁以下；小林宏＝島善高・前掲（注（3））469頁以下。

家憲ヲ発布スル必ス国会ノ決議ヲ経ヘシトノ結果ヲ生スヘシ。何トナレハ王族ノ男子ハ君主ノ臣民ニ属シ、唯々上院議官トナリテ、其家憲ノ議定ニ参与スル場合ヲ外ニシテハ、其一身ニ附着スル特権ヲ有スルコト能ハサレハナリ。故ニ英国ニ於テハ、議院ノ決議ヲ以テ王位継承法ヲ有効的ニ変更シテ可ナリトノ原則ヲ遵守ス。以上ハ、学者ニ依テ（例之ハマイエル氏国法論第八十六条）独逸国ニ於テモ亦行ハル、原則ナリト主張スルモノアリ。然レトモ、予ハ之ヲ不当ナリト信ス。」

《ドイツでも実例のあるように、王室家憲を一般の法律と同視すれば、絶対君主制では君主が無制限に家憲を発することができるが、立憲君主制においては議会の協賛によって拘束される。王族は君主に対しては臣民であり、上院議員として参与することはあっても、それ以上の特別な権能をもたない。イギリスではこの理解によって議会の決議で王位継承法を定めており、ドイツでもこれを原則と理解する学者がないではないが、不当である》。王族が君主に対して臣民であることは、この時期のドイツでは神聖ローマ帝国崩壊後の重要な変化の一つとして理解され、王族がもはや立法による王位継承制度の改変に対して同意権を有しないことの根拠とされたものである。その代表的論者の一人がG・マイアーであり、ここで参照される『ドイツ国法教科書』第86節はその趣旨が提示される著名な箇所である。マイアーは次のように述べる。

「王位継承に関する諸原則が憲法によって規定されている限り、その変更が憲法制定行為であることは自明である。もちろん、それらが君主の家族の家憲に依拠するに過ぎない場合には、家憲による改正は可能である。しかしこの場合の家憲は国家の立法機関の同意を要する。立憲的憲法の導入以降、君主の家の内的諸関係だけが自律的規範の排他的規律に服し続けているのであって、国家およびその諸関係に関わる法律的规定は国民代表の協働なく発令されえないのである。古い理解によれば、継承に関する既存の原則は、男系親の既得権に抵触する限り、全ての男系親の同意によってのみ変更されうると考えられた。

この原則は今日の国法にはもはや妥当しない。何故なら男系親の諸権利は私権ではないからである。従って、王位継承順位の変更は男系親の同意なく憲法制定の手續によってなされるのである。但し、当該家において妥当する法原則において家憲制定行為が男系親の協賛のもとに成立するとされている場合、家憲改正にあたっては男系親の同意が必要である。しかし、この場合においても、男系親の活動は主観的請求権の放棄ではなく、客観的法命題の制定における参与としての性格を有するものである。<sup>(59)</sup>」

そこでレースラーは、王室家憲が法律であるとした場合の法的不都合を掘り下げる。

「今其不当ナル所以ヲ明ニセンニ、王室家憲ヲ通常ノ法律ト同視スル主義ニ対シテ、王室家憲ヲ通常法律ノ如キ公布式ヲ要セサルノ事情アリ。各国ノ王室家憲ヲ観ルニ、全ク公布セラレサルモノアリ。或ハ之ヲ告示スル通常ノ法律公布ノ式ニ依ラス、又王室家憲ナルモノハ通常ノ法律ト異ナリ其最大部分ハ裁判所及行政庁ニ於テ之ヲ踐行スルヲ得サルモノナリ。何トナレハ君主ノ一族ニ係ル裁判管轄ハ、単ニ君主ニ属シ、時トシテ所謂家族評議員ノ参同ヲ得テ裁判ヲ為コストアルニ過キサレハナリ。家憲ニ原由スル訴訟ニシテ主権者ニ対スルモノハ、全ク之ヲ禁ス。何トナレハ主権者ハ、如何ナル裁判ヲモ受ケサルモノナレハナリ。」

《王室家憲が実際に公布されない事例があり、また家憲は行政官庁・裁判所において実施することができない》。後者については「君主ノ一族ニ係ル裁判管轄」が問題とされているが、1877年制定のドイツ帝国司法改革諸立法の規定が念頭に置かれているものと思われる。しかし、これに続く第三の指摘がここでは重要である。

(59) Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., 1885, S. 210f.; Meyer/Anschütz (Fn. 35), S. 283ff.

(60) 参照、拙稿「君侯法（四）」417頁以下。

「其他家憲ヲ修正スルニ当リ、一般ニ若クハ唯々一定場合ヲ限り皇族男子ノ承認ヲ要スヘキヤノ議論モ、亦其当ヲ得サルモノトス。何トナレハ通常ノ法律ヲ修正スルニ当リ、必スシモ関係者ノ承認ヲ要セサルモノニシテ、其関係者ハ若シ其既得権ヲ損害セラルトキハ、之レカ賠償ヲ請求シ得ルニ過キサルモノナレハナリ。」

この箇所の趣意は一見して明らかではないが、文脈によって条件節を補い、《(もし家憲を通常法律と同視するのであれば) およそ既得権一般がそうであるように、王族の既得権はせいぜい損害賠償請求権を基礎づけるに過ぎず、立法に際して王族の承認を調達する必要性はないはずであり、それにも関わらず男系親の承認を議論するのは矛盾である》という意味で理解できようか。しかし仮にそうだとすれば、《王族の承認権が論点である以上は、家憲が国家制定法ではないことが前提となる》というのであるから、論点先取の論理的誤謬だということにもなる。

更に次のような政治的考慮も展開されるが、概ね既出の議論であるので註解を省く。

「政事上ノ顧慮モ亦此ニ大ナル価値ヲ有ス。即王族中相互ノ関係、殊ニ王位継承ノ秩序ハ、議院ノ議題ト為スヘカラサルモノナリ。何トナレハ若シ之ヲ議院ノ議題ト為ストキハ、英国ニ於テ屢々其例アル如ク、議院ハ国王ノ制可ナキニモ拘ラス王位ヲ自由ニ廢立スルニ至リ易ケレハナリ。」

以上の検討を経て、レースラーは家憲の本質を明らかにしていく。

「抑モ王室家憲ノ原則ハ、二様ノ制度ヨリ由来シタルモノナリ。即チ一ハ自<sup>アウトノミー</sup>治ノ権、詳言セハ高等貴族カ通常ノ家族法ニ異ナル所ノ特別ノ家族法ヲ設定シ得ル権利ヨリ生シ、一ハ王族ノ首長ノ不羈独立ナル家族権<sup>(61)</sup>ヨリ生シタリ。昔時君主ノ主権未タ今日ノ如ク發達完備セサリシトキ、就中独逸諸国ノ王公カ未タ主権ヲ有セシテ独逸皇帝ニ臣属

---

(61) 「家長権」のことであろう。

シタルトキ（例之ハ日本昔時ノ諸侯ノ如シ）ニ於テハ、其家憲概シテ契約若クハ遺言書ノ体裁ヲ有シタリ。然リ而シテ、当時ニ在テモ其家憲ヲシテ親族ノ男子ノ承認ヲ経テ始メテ効力ヲ得セシムヘキ如キ一般ノ原則アルコトナク、唯々此関係ニ於テ王公各家族ニ於テ自ラ定ムル所ノ規約ニ依レルノミ。故ニ新ニ家憲ヲ作ルニ当リ、家族中一切ノ男子ノ承認ヲ要スルコトハ、昔時ニ於テモ決シテ通則トナラサリシ（ゲルベル氏独逸民法論第二十九条）。然ルニ独逸帝国ノ滅亡ニ依リ独逸諸国ノ王公真ノ主権者トナリタル以来、其君主ニ属スル王族権<sup>(62)</sup>モ亦猶ホ其政權ノ如ク王権ノ性質ヲ有シ、即チ其王族権ニ関シテハ議院ノ承認モ王族男子ノ承認モ要セサル不羈独立ノ権ヲ有セサルヲ得サリシ。此ニ於テ王室家憲ナルモノ主権者ノ自<sup>アウトノミ</sup>治ニ属シ、即チ不羈独立ノ王族憲典トナリ、主権者ヨリ出ツル其他ノ法典ト一般国家元首ノ主権ヨリ流出シタルモノトシテ其制定者自身之ヲ遵守スヘキモノトナレリ。昔時ニ於テハ、家族契約、相続規約、家法等ノ名称ヲ用ヒタリシニ、今日一般ニ家憲ナル名ヲ用ヒルニ至リシ所以モ畢竟ノカ為メナリ。」

レースラーによれば、家憲は自律（Autonomie）と家長権（「家族権」）の二つの起源をもつ。《神聖ローマ帝国において諸侯が主権を獲得せず皇帝に直属していた段階では、家憲は契約や遺言の形式であった。しかしこの時期にも家憲が有効であるためには「親族ノ男子」の承認がなければならぬという一般的原則はなく、「王公各家族ニ於テ自ラ定ムル所ノ規約」に依るのみであった。家憲制定に際して全ての男系親の承認を要するという事は旧帝国期においても通則となっていない》。レースラーはこのように述べて、ここで「ゲルベル氏独逸民法論第二十九条」を参照指示する。ゲルバー『ドイツ私法体系』第29節は初版から第4版（1853年）までは「自律」、第5版（1855年）以降は「自律？」と題し、<sup>(63)</sup>いわゆる上級貴族の自律について論じている。疑問符が附せられるのは、

(62) これも「家長権」のことであろう。

(63) Carl Friedrich Gerber, System des deutschen Privatrechts, 1. Aufl., 1848,

1854年に公表された論文において、ゲルバーがいわゆる自律から法源（法命題を創設する自治的立法権）としての性格を否認し、既存の法制度を前提とした法律行為（法関係を設定する意思行為）と性格づけたことと関連する。<sup>(64)</sup>第29節は「法の生成について」と題された章の一部であり、通説的に主張された法源としての自律に疑義を突きつけたわけである。もっとも、このような見解は概ねゲルバーの単独説といってよい。しかも、ゲルバー『ドイツ私法体系』第29節の各版の本文および脚注にレースラーの右引用箇所<sup>(65)</sup>の趣旨に合致する記述を見出すことはできないのである。それだけに、おそらく不適切なこの参照関係は、少なくともレースラーのベーゼラー＝ギールケ的自律理解に対する立場を象徴的に示すものといってよい。

《しかし神聖ローマ帝国の崩壊により諸侯は主権を獲得し、「王族権」（家長権）は議会の協賛にも男系親の同意にも拘束されない君主の専権に帰し、家憲は「主権者ノ自治（アウトノミー）」に属したため、家憲も通常の法律もともに主権者から発せられたものとして制定者も含めて遵守すべきものとなり、名称も家憲（Hausgesetz）となった》。かくして、レースラーにおいて自律はいわば家長権に吸収されるのである。

このように歴史的展開を述べた上で、レースラーは次のようにいう。

「王族男子ハ、君主ニ対シテ實ニ一般ノ臣民タルノミナラス、又特ニ君主ノ家族権ニ服従スヘキモノニシテ、其家族権ハ主権ノ一ナルモノ

---

S. 58 ff.; 4. Aufl., 1853, S. 60 ff.; 5. Aufl., 1855, S. 62 ff.

(64) Carl Friedrich Gerber, Ueber den Begriff der Autonomie, in: AcP 37 (1854); ders., Nachträgliche Erörterungen zur Lehre von der Autonomie, in: JheringsJb 3 (1859). 参照, 拙稿「君侯法（三）」268頁; Mizia (Fn. 32), S. 183 ff.

(65) 因みに、ゲルバーの『ドイツ国法綱要体系』第29節は「王位継承資格（Berufung zur Thronfolge）」と題するものであり、奇しくもこの問題に関連する主題が扱われているが、やはり同様に対応する記述を見出せない（vgl. Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S. 89 ff.）。

ナレハ、其家憲ハ王族男子ノ承認ヲ得ルニ非サレハ有効ノモノタラスト為スヲ得ス。蓋シ立憲制度ハ、君主ノ主権ニ対シテ議院ノ承認ヲ除クノ外、別ニ制限ヲ設ケサルモノナリ。而シテ又議院ノ承認権ハ家憲ノ公布マテニ達セサルカ故ニ、君主ハ此関係ニ於テ、憲法若クハ既定ノ家憲ニ於テ明カニ其制限ヲ明記セサル以上ハ、毫モ制限セラレサルモノトス。是レ、バイエルン、ウユールテンベルヒ、ハノーフル、等ノ諸国王室家憲ノ公布ニ当リ實際認メタル所ナリ。バイエルン国ニ於テ、千八百十九年ノ王室家憲ハ王族男子ノ承認ヲ経テ之ヲ発布シタレトモ、其承認タル、当時ノ議事録ニ明カナル如ク単ニ王族男子ノ王位継承権ニノミ係レリ。<sup>(66)</sup>王位継承権ニ関シテハ實際ニ於テ王族男子ノ承認ヲ求メザルヘカラサルコトハ、尚ホ下文ニ於テ之ヲ詳説スヘシ。仏国ニ於テモ亦、千八百五十年十一月七日ノ元老院決議ハ「国王ハ其王族各員ノ上ニ立テ完全ナル家族権ヲ有シ並ニ法律ノ効力アル憲典ヲ設ケテ王族ノ権利義務ヲ定ムルノ権ヲ有ス」ト明言シタリ（ザイデル氏バイエルン国法論第一卷四百十九葉以下）。」

《男系親は君主に対する一般臣民の一角であるだけでなく、君主の家長権に服すべきものである。家長権は主権の一つであるので、家憲は男

---

(66) レースラーの参照指示を手掛かりとするならば、Seydel (Fn. 22), S. 422 Fn. 1 が「全ての男系親の同意なくして継承 (Succession) に関する規定を確定することはできないであろう」とするツェントナー (v. Zentner) の発言を紹介しているのが対応箇所であろうか。但し、この脚注に対応する本文においてザイデルは「1818年の閣議では、国王は王家の関係については全ての男系親の同意を得てのみ、憲法に関する点については更に (außerdem) 議会の同意を得てのみ、法的に規定することができるのだとする見解が支配的であった」と述べており (S. 422f.), またツェントナーは閣議の別の期日において「王位継承と摂政についてのみ議会の同意がなければ改正しえないのであって、家憲の他の規定は男系親の同意と既存の形式の遵守に条件付けられているに過ぎないのである」と論じていたことが紹介されている (S. 417f. Fn. 2)。本稿では議事録を直接参照することができなかったが、参照されたザイデルのテキストにはレースラーの記述に対応する論述を見出すことはできなかった。



系親の承認がなければ有効ではないということではできない》。ここでは聊か唐突に家長権（「家族権」）が「主権ノーナルモノ」として位置づけられ、それ故に家憲は男系親の同意を要しないものとされる。ドイツの学説においても家長権の性質は必ずしも明確にされているわけではないものの、ここでの議論を概ね同時代における一定の学説動向に準拠したものと理解することはひとまず可能である。寧ろ、そうであるからこそ、レースラー自身のこれまでの答議との齟齬が明確に浮かび上がってくる。<sup>(67)</sup>これについては直ぐ後に論じよう。

さて、レースラーは次のように続ける。《立憲制は君主の主権に対し

---

(67) 家長権について共通理解を括りだすことは困難である。例えば、家長権は旧帝国国制の崩壊による君主と男系親の格差——一方における主権獲得と他方における帝国直属身分の喪失——によって基礎づけられることがあるが（Maurenbrecher (Fn. 31), S. 474; Zoepfl (Fn. 13), 593f.）、旧帝制期に家長権が存在したかのような記述も見られる（Meyer/Anschütz (Fn. 35), S. 984）。当時の学説に照らして、家長権を「主権ノーナルモノ」と断言しうるかはなお検討の余地があるが、ザイデルのように「この家長権は私法的権力ではなく国法的権力である」（Seydel (Fn. 22), S. 357）とする者、更にシュテンゲルのように「家長権は国家権力の構成部分（Bestandteil）として立ち現れる」（Carl von Stengel, *Das Staatsrecht des Königreichs Preußen*, 1894, S. 47）とすら論じる者もあることからすれば、レースラーの所説はドイツの学説状況から殊更に逸脱するものとはいえない。

なお、家長権についてはレームの説明が参考になる。「高権と家長権の区別から、家長権は国家権力の流出物ではないと結論してはならない。確かに、家長権が実定法的意味における統治権・国家高権の概念に含まれない限り、それは国家権力の構成部分（Bestandteil）ではない。家長権の行使は統治行為ではなく、従ってそれが有効であるために国務大臣の副署を必要としない。しかし、それは国家権力から分岐したものである。家長の地位は国家的利益において設定され、国家元首の地位の一種の従物（Pertinenz）を構成する。1833年10月19日の婚姻に関するブラウンシュヴァイク＝リュネブルク家憲（Schulze I 488）はこのことを適切に特徴づけている。曰く、統治権を有しない構成員の婚姻に対する監督権はそれ自体として既に本質的に主権において基礎づけられている、と」（Rehm (Fn. 30), S. 89）。

て議会の承認の他に制限を設けるものではない。そして議会の承認権は家憲制定行為に及ばないのであるから、憲法及び家憲に特段の規定がない限り、君主は一切制限を受けない」。つまり立憲制が君主制原理を前提とした議会的拘束として理解されるために、その反対解釈として、憲法または家憲による——レースラーの用いない言葉でいえば——君主の「自己拘束」以外に制約要素はない。レースラーはその実例としてバイエルン、ヴェルテンベルク、ハノーファーの王室家憲を挙げている。確かにヴェルテンベルク王室家憲は男系親同意なく公布された家憲であり、そのためにヴェルテンベルク国法学の初期の論者であるR・モール<sup>(68)</sup>は、19世紀前半の論者としては珍しく、憲法改正手続による王位継承順位の変更に対する男系親同意権を否定する見解を主張していた<sup>(69)</sup>。しかしこれは例外的事例と見る必要がある。ハノーファー王室家憲は男系親である王弟の承認を経てはいないものの、ヴェルフェン家を構成するブラウンシュヴァイク公家当主（外国の国家元首！）の承認を得ているのであり<sup>(70)</sup>、また王弟の同意を得なかったことが憲法紛争の一つの火種となったことに留意が必要であろう。更にレースラーの故国バイエルンについては、確かに1816年の王室家憲は国家元首としての君主によって制定された法律であったが、1819年の王室家憲は男系親の同意のもとに発布されたものであった<sup>(71)</sup>。

(68) 1828年のヴェルテンベルク王室家憲の上諭には「…かくして朕は枢密顧問官の諮詢を経、また議会の協賛が適切な点については忠実なる議会の同意を得て制定すること以下の如し…」(Schulze (Fn. 22), S. 512) とある。

(69) 拙稿「君侯法(二)」1016頁以下。

(70) 1836年のハノーファー王室家憲の上諭には「…かくして朕は、総本家に関わる限りにおいてブラウンシュヴァイク公殿下の了解を得て、また議会の協賛が適切な点については忠実なるハノーファー王国議会の憲法上の同意を得て制定すること以下の如し…」(Schulze (Fn. 22), S. 490) とある。

(71) 1819年のバイエルン王室家憲の上諭には「王家男系親の同意を得て (mit Zustimmung der Agnaten Unseres Hauses)」の文言がある (Schulze (Fn. 53), S. 337)。

ここでレースラーはM・v・ザイデルの『バイエルン国法・第1巻』(1884年)を参照する。実際、バイエルン王室家憲の説明だけではなく、右の引用冒頭からの論理展開が全体としてザイデル理論を彷彿とさせる。ザイデルはいう。

「憲法典は議会の同意による制約以外の国王立法権の制約を知らない。従って議会の同意が必要でない場合、君主の立法権はおよそ拘束されない。家憲制定行為ないしおよそ国家立法行為に王家の男系親の協働を要求するような憲法の条項は存在しない。<sup>(72)</sup>」

以上の検討から次のことが明らかになったと思われる。すなわち、レースラーは前年の答議においては家長権と統治権を区別し、家憲制定が統治行為でないことに重点をおいていた。それに対し、この答議では自律と家長権の区別を前提に、家憲制定が改めて家長権に引き付けて理解される。家ゲノッセンシャフト説的な「自律」理解に対しては極めて冷淡な態度が貫かれる。他方、家長権は「主権ノーナルモノ」とされることによって、統治権との区別が相対化されることとなった。特に、男系親同意権を否定するザイデルの議論<sup>(73)</sup>に接続することによって、既得権の問題についてここに齟齬が生じざるをえない。つまり、右のような理論的前提に立つ限り、レースラーが先の答議で主張してきたはずの男系親の既得権(承認権)の存立の余地はいまや疑わしいものになるのである。

ところが、レースラーは次のように述べて、男系親の既得権をなおも擁護しようとする。

「然リト雖モ、予ハ王室家憲ヲ以テ王族男子ノ正当ナル既得権、就中王位継承権及財産権ヲ変改スルトキニハ、王族男子ノ承認ヲ要スヘキモノト信ス。是レ既得権ナルモノハ、新法ノ発布ニ当リ可成丈ケ之ヲ保存セサルヘカラサルト、若シ之ヲ損害スルトキハ関係者ニ賠償ヲ与

---

(72) Seydel (Fn. 22), S. 421.

(73) Seydel (Fn. 22), S. 389 mit Fn. 3.

ヘサルヘカラサルトノ普通ノ原則ヨリ生スルモノナリ。斯ル場合ニ於テ、賠償ハ必スシモ必要ノモノニアラスト雖モ、而モ可成丈ケ公平ノ処置ヲ望マサルヘカラス。今夫レ、王族男子ノ権利就中王位継承権ハ極メテ重大ナル権利ニシテ、之ニ対スル賠償ハ容易ニ付与シ得ヘカサルモノナリ。要スルニ其賠償ハ王族男子ノ意ニ違ヒテ之ヲ定ムルヲ得サルモノニシテ、必ス之レト協合一致ヲ要スルモノナリ。其他此ニ拵ケタル王族ノ権利ハ君主ノ主權ト殆ト同等ノモノニシテ、唯々之ヲ履踐スルニ時ノ前後アルノミ。顧フニ、君主ノ権利ト言ヒ王族男子ノ権利ト言ヒ、共ニ其祖先ヨリ伝来セシモノニシテ、今其祖先ノ確定シタル王位継承法ハ時々ノ踐祚者ニ於テ独断ヲ以テ変改スヘカラサルモノナリ。<sup>(74)</sup>且ツ夫レ関係者ノ承認ナク国王一人ニテ王位継承法ヲ変改スルトキハ、君主政体ヲ弱メ且ツ国民ニ余害ヲ及ホスコトアルヘシ。何トナレハ斯ノ如キ変改ハ、正当ナル統治者ノ地位ヲ動揺シ、王位ノ窺覷者ヲ生シ、内乱及国内ノ分裂ヲ醸スモノナレハナリ。斯ノ如キ悲歎スヘキ实例ハ、西班牙国ニ於テ之ヲ為シタリ。千八百三十三年、西班牙国皇フェルヂナント七世カ皇女バベルニ王位ヲ襲カシメンカ為メ自己ノ専断ヲ以テ其家憲ヲ変改シ、以テ正当ノ相続者タル弟帝ドン、カルトスヲ擯ケタル以来、今日ニ至ルマテ五十年間内乱打続キタル先例ハ、實ニ以殷鑑トナスニ足レリ。」

《王位継承権及び財産権を中核とする既得権については男系親の承認

(74) 《祖宗より受けついで権利をその時々君主が独断で改変すべきではない》。君主の権利と男系親の王位継承権及び財産権を纏めて「君主ノ権利ト言ヒ王族男子ノ権利ト言ヒ、共ニ其祖先ヨリ伝来セシモノ」とするのはレーエン法の *successio ex pacto et providentia majorum* を表現したものとといえよう（註29を見よ）。このような伝統的な王位継承権理解は批判に晒されながらも19世紀中頃まで見られるが、少なくとも1870年代以降のドイツ公法学においてはもはや支持されていない。若干の例証として参照、拙稿「君侯法（一）」585頁以下、600頁以下、603頁以下、「君侯法（二）」985頁、999頁、1003頁、1008頁、1011頁以下、1017頁、「君侯法（三）」250頁、260頁、266頁以下、274頁以下、「君侯法（四）」411頁。

を必要とすべきである。何故なら既得権はできるだけ尊重されるべきであり、既得権侵害の場合には損害賠償をすべきことが普通の原則だからである。もっとも、賠償は必ずしも必要のものではないが、なるべく公平な対応が望まれる。そして男系親の権利のなかでも王位継承権は重要な権利であって、これに対する賠償は容易ではなく、男系親の意に沿わない額を決定しなくてはならなくなるので、(既得権侵害が見込まれる場合は)必ず男系親の承認を得るべきなのである》。レースラーはここで既得権が一般的に抗立法的性格をもはや有しないという前提から出発し、損害賠償の要否に限定して議論を展開している。その限りでは19世紀中葉以降の既得権論<sup>(75)</sup>が明確に下敷きになっている。しかし彼は、このような損害賠償の問題に縮減された既得権概念から出発することによって、王位継承権の不可奪性を導き出している。少し後には王位継承権侵害に対する損害賠償の不可能性から端的に損害賠償請求権の発生を否定する学説があるが、損害賠償が不可能であるがゆえに王位継承権を侵害することはできないのだという理屈は19世紀前半にS・ヨルダンに見られた論理である。<sup>(76)</sup>

ところで、ここで重要なのは、右のような既得権に関する説明が王位継承権や家憲の性質から論理必然的に導かれる解釈学的帰結と叫ぶのか、それとも国制構想のうえでの望ましい選択という意味での立法政策的判断なのかということである。確かに既得権は尊重されるべきであるというのはドイツにおいても根強い法感覚である。<sup>(77)</sup>しかし、少なくとも主権の作用に対しては既得権(およびそれに基づく同意権)というものの存立の余地はないという理論的前提を一旦とってしまった以上、既得権尊重は畢竟政策的問題としての色彩を色濃く帯びることにならざる

(75) 参照、拙稿「君侯法(三)」284頁、307頁註163。

(76) 拙稿「君侯法(二)」1002頁、1033頁以下註89・90、「君侯法(五)」595頁。

(77) 再びゲルバーのケースについて参照、拙稿「君侯法(三)」273頁以下。

をえない。実際、右のパラフレーズに続く箇所は、既存の王位継承権の蹂躪が如何に君主制国家の安定を損ねるかという政治的考慮をスペインの事例によって示そうとするものである。

要するに、かように旧い既得権の論理と最新の実証主義的公法学の既得権否定の論理とが混在しているのがレースラー答議の特徴であった。これを1860年代以降の公法学の新しい「法学的方法」に対する旧い国家学的系譜に連なるレースラーの方法的立場の表現と見ることもできよう。この矛盾の故に、レースラーはこの答議の末尾に次のように加えなければならなかった。

「此問題ニ関シテハ学者ノ論スル所其説ヲ異ニシ、且動モスレハ君主政体ヲ脆弱ナラシムヘキ危険アルカ故ニ、予ハ憲法ニ於テ明カニ左ノ二点ヲ確言スルヲ良シトス。即チ（第一）議院ノ承認ナクシテ家憲ヲ制定公布スルノ権（第二）既得権ハ王族男子ノ承認アルニアラサレハ之ヲ変改スヘカラサル事、是ナリ」

レースラーが「此問題ニ関シテハ学者ノ論スル所其説ヲ異ニシ」と述べているのは、G・マイアーや特にバイエルン系の公法学者（ザイデル）の所説を念頭に置いたものであろう。とりわけ1870年代以降、王位継承に対する男系親の既得権ないし同意権に対しては否定的な見解が支配的になる。<sup>(78)</sup>王室家憲が家長権の発露であり、而して家長権は「主権ノー」であるとするレースラーの議論を論理的に一貫させると、ドイツにおける支配学説と同様に、男系親の承認は法的性質の上で不可欠ではないということになり、国制構想における一種の政策的判断として既得権尊重が謳われるということにならざるをえない。だからこそレースラーは、家憲制定権が議会の協賛に拘束されないということとともに、男系親の既得権不可侵について憲法上に明文規定を設けることを提案するのである。つまり、前年の答議には盛り込まれていなかったハノーファー憲法

---

(78) 拙稿「君侯法（四）」、「君侯法（五）」。

26条1項に対応するような、実定憲法による既得権保障である。

#### 第四章 井上毅と皇室典範の理解

レースラー答議の趣旨のうち、明治憲法及び皇室典範において実際に採用されたのは、皇室典範を「家法」と位置づけて憲法系統から切り離し、議会の協賛を排除したことのみである。「家法」であるということの趣旨が家の自律なのか家長の権限なのかは曖昧であり、また改正増補にあたっては皇族会議の議を要するものとされたが、既得権を侵害される個別の皇族の同意権は憲法にも皇室典範にも明示されることはなかった。

既得権構成がとられなかったことの原因はさまざま考えられよう。当時現に存在した具体的な男系皇族の顔ぶれも考慮要素の一つだったかもしれない。しかしここでは学知継受の観点から、J・C・ブルンチュリ（Johann Christoph Brunner）の所説が参考になる。彼の『一般国法』（1852年）は、1870年代から加藤弘之の翻訳で『国法汎論』として知られ、広く読まれていたのみならず、レースラー答議やシュタイン意見と並び、井上毅の王位継承理解に影響を与えたことが知られる。このブルンチュリは王位継承および家憲について次のように述べている。

「王位継承権は近代国家体制においては憲法（Staatsverfassung）によって規定され、その重要な部分をなす。従って王位継承権は、現に統治権を有する君主の個人的意思に依拠するものではないから、代表制においても遺言や相続契約、更には王統の家憲（Hausgesetz）によってすら憲法に反する変更はできない。…王位継承権の国法的意義から、代表制国家という発展した体制において、王位継承権の変更は憲法改正と同一の手続によって、すなわち代表機関全体の行為によってなされうる、ということが導かれる。君主以外の王統の構成員の同意は、その際、望ましいものではあるものの、憲法それ自体において要求されているのでない限り、法律による政治的権利の変更に権利者



の同意が必要でないのと同様に、もはや必要ではない〔…ツェプフル『ドイツ国法』215節およびシュタール『法哲学・第2巻』267頁はここでなお、男系親に王位継承に対する既得権(jus quaesitum)が帰属しているとする旧い私法的見解を主張している。〕<sup>(79)</sup> (□内は原注)

ブルンチュリが王位継承は憲法によって定められるのが近代国法の通則であるとするのに対し、井上毅は皇室典範を憲法から分離する構想を抱いており、その限りでレースラー答議が皇室典範の法典化とそれに対する議会の関与の排除という方向性を補強しえたことは確かであろう。<sup>(80)</sup> しかしながら、男系親の同意は政策的に望ましいものであるとしても法的には不要であり、既得権論は旧い私法的理解に立つものであるとするブルンチュリの見解は、ドイツ公法学史の観点においても19世紀後半の支配的見解の先駆として位置づけられうるものであり、井上が好んで参照したシュルツェもまたかような理解に立つ。<sup>(81)</sup> とりわけ井上の「シラス」論が天皇制度・皇位継承の鞏固な公的性格を基礎とする限り、レースラーの既得権論の前提は受け容れがたいものであっただろう。そして、君主による恣意的な王位継承順位の変更に対する警戒についても、既得権不可侵が法理上当然の帰結でないのであれば、政策論としても既得権構成に拘る必要性はなく、皇位継承順位が明確に法定され、議会類似の

(79) Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 1. Aufl., 1852, S. 355 f.; Bd. II, 2. Aufl., 1857, S. 30 f.; Bd. II, 3. Aufl., 1863, S. 33; Bd. II, 4. Aufl., 1868, S. 32 f.; 6. Aufl., 1885, S. 159 f. 原注からの引用箇所は第2版までは存在しない。第3版でツェプフルの名を挙げて、第4版以降はシュタールの名も挙げて、既得権論が旧い私法的理解に属することが指摘されている。

(80) 小林宏「皇位継承をめぐる井上毅の書簡について」= (注(5)) 129頁以下、小林宏「井上毅の女帝廃止論」= (注(5)) 219頁、原田一明・前掲(注(4)) 200頁以下。

(81) 拙稿「君侯法(三)」259頁以下。

(82) 拙稿「君侯法(四)」392頁以下。

(83) 鳥善高「井上毅のシラス論註解」(1992年)同『律令制から立憲制へ』(成文堂, 2009年) 217頁以下。

制約機構が備われば十分だということになる。<sup>(84)</sup>レースラーのもつ該博な国家学的知見は国制構想に対して有益な資料を提供したとしても、法理論としての一貫性・必然性を欠くものであった限り、日本の立法者に取捨選択の余地を与えることとなった。他方、整合的・体系的解釈はその後の法解釈学の課題となる。

『皇室典範義解』には、「皇室典範は皇室自ら其の家法を条定する者なり。…蓋皇室の家法は祖宗に承け、子孫に伝ふ。既に君主の任意に制作する所に非ず」、「皇室典範は天皇立憲を經始したまへる制作の一として、永遠に伝へ、皇室の宝典たり」、「皇室典範に於ては独皇族會議と枢密顧問に諮詢するに止まり、憲法と同一の軌轍に依らざるは何ぞや。蓋皇室の事は皇室自ら之を決定すべくして之を臣民の公議に付すべきに非ざればなり」とあり、<sup>(85)</sup>主語は「皇室」と「天皇」の双方が現れて一致をみない。天皇が祖宗代々の遺訓に拘束されている限りで皇室典範は天皇の「任意」によるものではないが、天皇によって制定されたことには変わりはない。そもそも皇室典範は「枢密顧問ノ諮詢ヲ經皇室典範ヲ裁定シ朕カ後嗣及子孫ヲシテ遵守スル所アラシム」(皇室典範上諭)ものであつたから、<sup>(86)</sup>皇族の同意は問題とならないといえる。もっとも、皇室の家長

(84) なお、家長権説は1806年3月30日のナポレオン帝室家憲(Statut de famille impériale)に定式化され、ライン同盟諸国に伝播したと考えられているが(Rehm (Fn. 30), S. 88), シュルツェはこの時期に制定された家憲の精神を「ナポレオンの専制精神」と呼び、立憲制期における家憲をその克服と捉えている(Schulze (Fn. 33), S. 1267)。その対極にあるのが例えばザイデルの見解であり、彼はシュルツェを批判して、国王が臣民に対すると同様に家族構成員に対して支配者として接するのは「国法的必然」であったとする(Seydel (Fn. 22), S. 413)。このような対立軸に対して井上がシュルツェ側に立っていたことがこの質疑の前提であるが、レースラー答議はザイデル的前提から出発しながらもその帰結の政治的危険性を示しており、その限りで井上の理解の方向性を強化したものであるといえることができる。

(85) 伊藤博文(宮澤俊義校註)『憲法義解』(岩波文庫, 1940年)127頁, 177頁。

としての天皇が皇室を代表するという理屈も可能であり、また改正について皇族会議への諮詢手続を予定することで法制定主体としての皇室の「団体」的性格を反映したということも不可能ではない。従って、皇室の「家法」といっても、団体としての「家」の制定法なのか、天皇の家長権による制定法なのかは一義的には定まらない。かような理論的検討は学説に委ねられることになる。

当初「家法説」を前提とした皇室典範が、明治40年に至り、伊東巳代治を中心に、「国法説」的な理解に移行したことはよく知られている<sup>(87)</sup>。明治40年の皇室典範増補の直後、第一号の「皇室令」として公布された「皇族会議令」では議事について次の如く定められた。

「第八条 皇族会議ノ議事ハ皇室典範第九条第六十二条ノ場合ニ於テハ出席者三分ノ二以上ノ多数ニ依リ其ノ他ノ場合ニ於テハ過半数ニ依リ之ヲ決ス。

第九条 皇族会議員ハ自己ノ利害ニ関係スル諸事ニ付キ表決ノ数ニ加ハルコトヲ得ス。」

ここにはもはや厳密な意味で既得権（同意権）を有する男系親の団体として皇室を位置づける余地はない。ドイツ的な自律と既得権の論理はここに退けられたのである<sup>(88)</sup>。

---

(86) ドイツの王室家憲の上諭には往々にして「男系親の同意のもとに (unter Zustimmung der Agnaten)」などの文言が挿入されている (1819年バイエルン王室家憲の例は上記 (注(71)) 参照)。

(87) 小林宏＝鳥善高・前掲 (注(3)) 150頁以下, 原田一明・前掲 (注(4)) 195頁以下。

(88) 念のために附言すれば、ドイツでは家憲制定ないし自律は多数決ではなく全会一致によると解されている (Rehm (Fn. 30), S. 324f., 362f.)。蓋し元来男系親は既得権の担い手であり、その権利関係の変動には関係する権利者全ての同意を要したからである。Loening (Fn. 50), S. 34ff. も併せて参照のこと。

## おわりに

本稿ではドイツ法学説史を補助線として、レースラーの王室家憲答議を分析してきた。レースラーの議論には家憲や自律、王位継承法を巡る観念的変動のさまざまな層に属する論理が混在していた。そのなかには当時のドイツ公法学において克服されつつあった議論も含まれており、特に既得権に関する主張は、より新しい層に属するドイツの学説を独自に撰取していた日本の立法担当者によって受け容れられなかった。

明治皇室典範成立以後の学説には、皇室典範の制定過程や沿革をもって「家法説」ないし「自主権説」を唱えるものがある。しかし制定過程の事実についてこれを「家法」・「自主権」というとしても、その意味は一義的ではなく、少なくともドイツ的な「家憲」や「自律」との間には乖離がある。このことが、その後の憲法解釈学における皇室典範の性質論に影響を留めることになる。そのある種の混乱の起源の一つは、レースラーの王室家憲答議に求めることができよう。

〔本稿はJSPS 科研費課題「近代日本の皇位継承・皇室制度とドイツ法学——制度と学知の継受史——」（若手研究 19K13487）の成果の一部である。〕