戦前期憲法学における 皇室法解釈論とドイツ法学

藤 川 直 樹

凡例

- 引用に際して正字（旧字）を新字に改めた。
- 引用文中の傍点は筆者による。
- 文献書誌は初出時に示し、爾後、適宜省略した。

序章

第一節 問題の所在

戦前期日本の法体系は大日本帝国憲法と皇室典範を頂点とする二元的法秩序を形成していたとされる⁽¹⁾。しかし、これを憲法ドグマティックとしてどのように基礎づけ、構成しうるかは一義的ではなく、帝国憲法と皇室典範の関係についても学説上争いがある。

関連する帝国憲法の規定は以下の通りである。

2条 皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ継承ス

17条1項 摂政ヲ置クハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル

74条1項 皇室典範ノ改正ハ帝国議會ノ議ヲ経ルヲ要セス

74条2項 皇室典範ヲ以テ此ノ憲法ノ条規ヲ変更スルコトヲ得ス

これらについて『帝国憲法義解』は次のように説明する。

(1) 大石真『日本憲法史』（講談社、2020年）296頁。

「若夫継承の順序に至ては、新に勅定する所の皇室典範に於て之を詳明にし、以て皇室の家法とし、更に憲法の条章に之を掲ぐることを用ゐざるは、将来に臣民の干渉を容れざることを示すなり。」(2条註釈)⁽²⁾

「摂政を置くは皇室の家法に依る。摂政にして王者の大権を総攬するは事国権に係る。故に、後者は之を憲法に掲げ、前者は皇室典範の定むる所に依る。蓋摂政を置くの当否を定るは専ら皇室に属すべくして、而して臣民の容議する所に非ず。…彼の或国に於て兩院を召集し兩院合会して摂政を設くるの必要を議決することを憲法に掲ぐるが如きは、皇室の大事を以て民議の多数に委ね、皇統の尊嚴を干渉するの漸を啓く者に近し。本条摂政を置くの要件を皇室典範に譲り之を憲法に載せざるは、蓋専ら国体を重んじ、微を防ぎ、漸を慎むなり。」(17条註釈)⁽³⁾

「蓋皇室典範は皇室自ら皇室の事を制定す。而して君民相関かるの権義に渉る者に非ざればなり。若夫改正の必要あるに当て之を皇族会議及枢密顧問に付するの条則の如きは、亦典範に於て之を制定すべき者にして、而して憲法に之を示明するの要用なし。…但し、皇室典範の改正に由り直接または間接に此の憲法を変更するの事あらしめば、憲法の基址は容易に移動するの不幸なきことを保たざらむとす。故に本条特に憲法の為に保障を存するの至意を示したり。」(74条註釈)⁽⁴⁾

また皇室典範62条は皇室典範自身の改正手続について「皇族会議及枢密顧問ニ諮問シテ之ヲ勅定スヘシ」と定めており、これについて『皇室典範義解』は次のように説明している。

「皇室典範は皇室自ら其の家法を条定する者なり。故に公式に依り之を臣民に公布する者に非ず。…蓋し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。又臣民の敢て干渉する所に非ざるなり。」(序)⁽⁵⁾

「…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。」(62条註釈)⁽⁶⁾

(2) 伊藤博文(宮澤俊義校註)『憲法義解』(岩波書店, 1940年) 25頁。

(3) 伊藤博文『憲法義解』44頁以下。

(4) 伊藤博文『憲法義解』122頁。

(5) 伊藤博文『憲法義解』127頁。

このように、『義解』においては、憲法事項（「君民相関かるの権義に渉る者」）とは区別された皇室事項（「皇室の事」）が想定されたうえで、これについては皇室が「自ら」定める「家法」である皇室典範によって規律されるべきものとされ、臣民の「干渉」ないし「公議」が「将来」に涉って排除されることが期待されるのである。

しかしながら、国法が憲法を頂点とする法秩序を形成することを前提とすれば、「家法」を単に分離するだけでは将来的な国法の規律要求に対する抵抗力を保障されえない。蓋し分離するか否か自体が憲法自体の判断に依存するからである。そもそも『義解』に示された思考も一様ではない。「君民相関かるの権義に渉る者」（憲法74条註釈）でないから「臣民の敢て干渉する所に非ざるなり」（典範義解序）というのであれば、そこには皇室事項を以て憲法秩序とは〈無関係〉な領域とみる、いわば消極的な理由による議会関与の否定があるに過ぎない。この論理は、皇室典範の規律事項が国家＝憲法秩序に関わる「国法」的性格のものとして理解される場合には、直ちにその根拠を失うことになる。現に、周知の如く、皇室典範は当初かような「家法」説的理解に基づき官報による公布は行われなかったが、その「国法」的意義が指摘されるに至り、公式令（明治40年）によって皇室典範の改正増補について国务大臣の副署と官報による公布が定められることになる。他方、「将来に臣民の干渉を容れざることを示すなり」（憲法2条註釈）という文言には、臣民の潜在的な関与可能性を暗黙裡に前提としたうえで、これを積極的に排除する趣旨も見える。しかし、その方策は皇室典範の形式上の分離に過ぎず、ここでも分離は保障を意味するものではない。

本稿では、戦前期憲法学における皇室法解釈論をドイツ法学継受の観点から検討することを目的として、帝国憲法と皇室典範の二元性がどのように構成されたのか、そしてその際にドイツの学説がどのように斟酌

（6） 伊藤博文『憲法義解』177頁。

されたのかを分析する。⁽⁷⁾これまでのところ、明治皇室典範の制定と改正については、戦後の優れた実証的研究の蓄積によってほぼその全貌が明らかにされて⁽⁸⁾おり、皇室制度形成期におけるヨーロッパ王室法制度の継受の側面についても優れた研究が公に⁽⁹⁾されている。しかし、実定法とし

(7) 既に筆者はドイツ君侯法を論じた旧稿において、「彼我の構造的差異に気を配りながら戦前期における我が国の皇室法制度・皇室法理論をドイツ「君侯法」の知見に則して再検討すること」を研究課題として提示したが(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)666頁以下)、本稿はこの課題に応えようとするものである。

(8) 稲田正次『明治憲法成立史の研究』(有斐閣, 1979年)254頁以下; 國學院大學梧陰文庫研究会編『梧陰文庫影印 明治皇室典範制定前史』(大成出版会, 1982年); 同編『梧陰文庫影印 明治皇室典範制定本史』(大成出版会, 1986年); 小嶋和司『明治典憲体制の成立』(木鐸社, 1988年)61頁以下, 171頁以下; 島善高『近代皇室制度の形成——明治皇室典範のできるまで』(成文堂, 1994年); 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); 同編『日本立法資料全集17 明治皇室典範(下)』(信山社, 1997年); 小林宏『日本における立法と法解釈の史的研究3 近代』(汲古書院, 2009年)105頁以下, 133頁以下, 171頁以下, 205頁以下; 笠原英彦『天皇・皇室制度の研究——天皇制国家形成期の法と政治——』(慶應義塾大学出版会, 2022年)。

(9) 小嶋和司「帝室典則について——明治皇室典範制定初期史の研究——」柳瀬良幹退職記念(有斐閣, 1972年)『明治典憲体制の成立』前掲(注8); 同「明治皇室典範の起草過程——附、『典範義解』の成立・公表過程——」杉村章三郎古稀記念『公法学研究・上巻』(有斐閣, 1974年)『明治典憲体制の成立』前掲(注8); 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3 近代』前掲(注8); 同「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合法の意義に寄せて——」(初出1984年)『日本における立法と法解釈の史的研究3 近代』前掲(注8); 同「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3 近代』前掲(注8); 赤坂正浩「女系による王位継承と同等性原則」『日本大学法学部創立百周年記念論文集(第一巻)』(日本大学法学部, 1989年); 笠原英彦「明治帝室制度の形成と伊藤博文・シュタインの「邂逅」——井上毅・柳

での皇室典範及び皇室法の解釈論に関する法学的研究は漸くその緒に就いたばかりであり、ましてこれをヨーロッパの学説と比較検討し、学説継受の観点から分析するものは、管見の限り、殆ど絶無といってよいように思われる。学説の比較史・継受史的研究が分析者の恣意的選択に基づく畸形にならないためには、学説継受の主体と対象地域の学説状況について包括的な見通しを有していることが求められる。本稿が専らドイツの学説のみを考察対象とするのは、その限りでは未だ不十分の誹りを免れないのであるが、かような留保のもとに法学における皇室典範論の比較史・継受史の一斑を明らかにしたいと考える。⁽¹¹⁾

原前光と福澤諭吉の帝室論」(2019年) 法学研究92巻11号(2019年)。

(10) その端緒を飾る原田一明「明治皇室典範と典憲二元体制：穂積八束から宮沢俊義へ」立教法学96号(2017年)は、制定過程における井上毅やレースラーの議論から穂積八束ら明治期の憲法学を経て宮沢俊義や清宮四郎ら昭和前期の憲法学に至る議論を素描している。本稿が改めて各論者の議論を詳細に紹介することは、それ故、「屋上に屋を架す」愚挙の趣きがあるが、本文に記述した関連からの分析に不可欠かつ読者の便宜に適うと同時に、原田の所見と異なる部分もあるので、読者諸賢のご海容を請う。

(11) もっとも、本稿では拙著『王統と国家——近代ドイツ公法学における〈君侯法〉の展開』(弘文堂、2023年)の知見を前提することとし、必ずしもドイツの法学説について立ち入らない。詳細については適宜同書の他、下記のドイツ語文献の参照を請う：Robert Martin Mizia, *Der Rechtsbegriff der Autonomie und die Begründung des Privatfürstenrechts in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main 1995; Bernd Albers, *Begriff und Wirklichkeit des Privatfürstenrechts*, Münster 2001; Dietmar Willoweit, *Standesungleiche Ehen des regierenden hohen Adels in der neuzeitlichen deutschen Rechtsgeschichte. Rechtstatsachen und ihre rechtliche Beurteilung unter besonderer Berücksichtigung der Häuser Bayern und Pfalz*, München 2004; Dorothee Gottwald, *Fürstenrecht und Staatsrecht im 19. Jahrhundert. Eine wissenschaftsgeschichtliche Studie*, Frankfurt am Main 2009 (但し最後の文献については多少の注意を要する。参照、拙著『王統と国家』17頁以下)。

第二節 学説分布の分析軸

一 戦前期憲法学における皇室典範解釈論の主要な論点は、概ね皇室典範の性質論と効力論に集約されよう。

(1) 皇室典範の性質論は、更に(イ)法規範としての皇室典範の規律事項の性質(≒主観的・客観的妥当範囲)に関する議論と、(ロ)法制作用の性質・根拠(ないし制定権の主体)に関する議論に区別される。前者は皇室典範が皇室の内部的事項に関して皇族を拘束する「家法」なのか、憲法秩序に関わる「国家的法規」ないし「国法」なのかという問題であり、後者は皇室典範が国家立法権を根拠とする国家制定法なのか(「国家法説」)、皇室の「自主権」に基づく自治法規なのか(「自主法説」⁽¹²⁾)という問題である。従って、各論者による呼称とは独立に、この意味での「家法説」と「自主法説」は厳密に区別される必要がある。但し、前者の問題について「国家的法規」をおよそ含まないと主張することは極めて困難であり、実際にそうした学説はごく少数に留まるから、本稿では後者の問題を軸に論じることとする。

(2) 皇室典範の効力論とは、皇室典範と帝国憲法、法律、勅令との効力的優劣の問題である。帝国憲法、法律、勅令それぞれ法形式との関係が議論の対象となるが、ここでは典憲二元主義との関係から、専ら帝国憲法と皇室典範の効力関係を探り上げる。憲法74条2項は「皇室典範ヲ以テ此ノ憲法ノ条規ヲ変更スルコトヲ得ス」と規定しており、ここから皇室典範改正手続によって憲法の規定を変更することができないことは「明らか」とされるが、逆に憲法改正手続によって皇室典範の規定を変更することができるか否かは一つの争点であった。そこで、ここでは憲法改正手続による皇室典範の改正可能性を肯定する学説を「憲法優位説」、否定する学説を「典憲同位説」と呼ぼう(論理的には「典範優位

---

(12) 本文における意味での「国家的法規説」と「国家法説」がいずれも「国法説」と呼ばれうるのと同様に、「自主法説」も「家法説」と自称または他称されうることに注意を要する。

戦前期憲法学における皇室法解釈論とドイツ法学

説」・「法律優位説」・「勅令優位説」・「無関係説」もありうるが、ここでは捨象する)。いわゆる典憲二元体制に親和的な学説は「典憲同位説」であるといえることができるが、以下では「典憲同位説」の可能性と限界が検討の中心になる。

さて、右の二つの論点の対立は論理的には①「国家法説」+「憲法優位説」、②「国家法説」+「典憲同位説」、③「自主法説」+「憲法優位説」、④「自主法説」+「典憲同位説」の4つのマトリクスに整理することができる。戦前期に提起された学説にはいずれの組み合わせも存在しているが、これらの論者をマトリクスに配置すると概ね下図のようになる（但し、所謂「二重法説」は「自主法説」に含めている）。

図 戦前期日本における皇室典範論の学説分布

		効力論		
		憲法優位説	典憲同位説	不明
性質論	国家法説	井上密, 市村光恵	穂積八束, 清水澄③, 上杉慎吉, 佐々木惣一, 酒巻芳男, 宮澤俊義, 黒田覚, 清宮四郎	一木喜徳郎, 美濃部達吉①
	自主法説	有賀長雄①, 清水澄①, 美濃部達吉③, 野村淳治	有賀長雄②, 清水澄②, 笈克彦, 美濃部達吉②	副島義一
	不明		末岡精一	

二 以下では、まず第一章において、「家法説」ないし「自主法説」を継承した有賀長雄、清水澄、副島義一、野村淳治の議論を順次検討する。これらの論者は王室家憲を自律（Autonomie）に基づく法規範とみるドイツの通例的見解に忠実に議論しているが、野村に見られるように、この構成は論理的にはドイツの支配的学説と同様の「憲法優位説」を帰結する。有賀は「自主法説」を「典憲同位説」と両立させようとするが理論的説明を放棄し、清水は「憲法優位説」から「典憲同位説」に翻意するに及び、やがて「自主法」を語ることを断念する。

戦前期日本においては、皇室典範の解釈論はドイツに準拠するよりも、

寧ろこれを対照像として捉える傾向が強かったといえる。第二章ではドイツの自律概念を拒絶した一木喜徳郎、井上密、市村光恵の「国家法説」を採り上げる。効力論に関する一木の立場は明らかではないが、井上は皇室典範を「勅令」の一種として位置づけ、市村は「憲法優位説」を明確に提示した。もっとも、「国家法説」を前提とすれば、皇室典範を憲法と同格の法規範と位置づけることは「自主法説」におけるよりも理論的ハードルは遥かに低い。第三章では戦前期日本で多数説を形成した「典憲同位説」がドイツを対照像として描くもう一つの形態として展開したことを示すと同時に、1930年代以降に活躍する世代がヴァイマル期ドイツ国法学に依拠してこれを再定位したことを見る。第四章では、こうした全体動向のなかで特異な位置を占める美濃部達吉の皇室法論を検討する。ドイツ法学継受史の観点から観察するとき、美濃部学説はドイツ第二帝政期の議論をいわば過剰摂取し、諸学説の相互矛盾を解消することなく合金した学説として立ち現れるであろう。

第一章 「家法説」＝「自主法説」の継承と典憲関係の 法学的構成の模索

第一節 有賀長雄

一 『憲法義解』に示された「家法説」ないし「自主法説」は、まず有賀長雄によって継承された。有賀は当初、『帝国憲法篇』(1889年)において「夫レ皇室典範ハ天皇ノ一家ノ私法ナリ、国家ノ公法ニ非ス、故ニ此ノ点ヨリ言フモ議會ヲ決議ヲ要セ〔サ?〕ルナリ。此ノ〔=帝国憲法74条2項に所謂〕憲法ノ条項ヲ変更スルヲ得ストハ其ノ私法ナルノ故ヲ以テ公法タル憲法ヲ動かスノ効力無キ義ヲ示スモノナリ」とし、皇室典範は「一家ノ私法」⁽¹⁴⁾であるが故に(家法説)、「国家ノ公法」すなわち

(13) 有賀長雄『帝国憲法篇』(忒書房, 1889年) 221頁。

(14) 同様の説明は帝国憲法第2条に関する記述に見える。有賀によれば、ドイツ諸国には家憲を憲法の一部とし、または独立の法令として国民に公

憲法系統とは無関係であるとして（いわば「無関係説」）、議会の決議の不要性と典範による憲法変更の理論的不可能性を導き出していた（帝国憲法74条2項は確認条項とされる⁽¹⁵⁾）。

二 しかしながら、1890年代になると有賀の理解に変化が訪れる。『帝国憲法講義』（1898年）において、有賀は帝国憲法2条に関して次のように述べている。

「皇位継承ノ事ニ就キテハ既ニ皇室典範ノ第一条ヨリ第九条マテノ間ニ於テ之ヲ規定シタレハ本条〔第2条〕ヲ憲法ニ掲クルノ要ナシト云フノ論アリ、今此ノ論ヲ駁スルトキハ本条ノ旨趣ヲシテ自ラ明瞭ナラシムヲ得ヘシ。元来皇室典範ハ帝室ノ家法ナレハ其一族ニ有効ニシテ国家全体ニ関係ナキモノナレト、本条ニ皇室典範ニ依リトアルニ因リ始メテ典範ハ一ノ公法ト爲リ、国家編成ノ重大ナル一部分ト成レルナリ。」⁽¹⁶⁾

つまり、皇室典範は元来「帝室ノ家法」であるが、憲法の条項において皇位継承について皇室典範が参照されたことによって皇室典範はその限りで「公法」となっているのである（「家法説」をベースとする「国家的法規説」）。無論、帝国憲法2条には「皇男子孫」と規定されている

示するものがある一方で、エスターライヒなど一部または全部を秘密にする国もあるが、それは外見を忌むからではなく「是レ皇室ノミニ関係スル一家ノ私法ニ過キス、其ノ職ニ在テ皇室ヲ輔弼スル者ノ外、之ヲ見ルノ必要無ケレハナリ」とする。また、有賀は「今方ニ治定セラレタル帝室典範ハ、之ヲ有司ニ示サレタルノミ、其未タ公布セラレサルモ此レヲ以テナリ」と述べて、皇室典範が公示されなかった理由を説明する（有賀長雄『帝国憲法篇』34頁以下）。

(15) こうした考えは同年に刊行された有賀の『国家学』（牧野書房、1889年）においても基本的に維持されている。曰く、「但此ノ条規ハ君位其物ヲ自ラ完ウセンカ為ニ設クル所ニシテ、君位ノ外ニ在ル物ニシテハ一切ノ関係無キ者ナルヲ以テ、決シテ立法ノ決議ヲ要セズ、人民ニ公示セン事ヲ要セズ、西洋諸国ニ於テモ多分ハ之ヲ秘密ニスルナリ。其重ナル部分ハ継嗣ニ関スル制度、娶嫁ニ関スル制度、摂政ニ関スル制度、皇族ニ関スル制度等ナリ、(B1) …」(262頁以下)。末尾の「(B1)」はブルンチュリに依拠することを示しているが、対応する典拠は不明。

(16) 有賀長雄『帝国憲法講義』（講法会、1898年）22頁以下。

から、皇祖の後裔であるべきことと男系男子であるべきことは「典範ヨリ抜粋シテ憲法ノ動カスヘカラサル一部分」であるから、この二つの点については皇室典範62条による改正は不可能であり、憲法改正の手續をとらなければならない。しかも有賀によれば、「以上ノ二点ニ関シテハ典範第六十二条ニ依リ皇族會議ニ附スルヲ用キス、何トナレハ既ニ此レヲ憲法ニ明文ニ載セタル以上ハ皇族トイヘトモ之ニ対シ特別ノ關係ヲ有スルヲ得ス、憲法ノ他ノ条項ト一般ニ皇族モ臣民トシテ之ヲ遵奉スルノ外ナケレハナリ⁽¹⁷⁾」。つまり、帝国憲法に組み込まれた皇位継承規律の変更は憲法改正のみによって行われうるもので、皇族（會議）の審議権ないし同意権は排除されるのである（皇位継承法の原則に関する「憲法優位説」）。

他方、帝国憲法74条の注釈において、有賀は皇室典範を憲法制定者たる天皇の権能の由来を示すという意味で「憲法ノ本源」ないし憲法の「一部」として位置づける。憲法の一部であるから「憲法ト典範トノ間ニ効力ノ輕重」はなく、また皇室典範が通常の立法作用の改変対象とならず、皇族の居住移転の自由の制限など憲法の例外を設けることができるとされる⁽¹⁸⁾。更に有賀は続ける。

(17) 有賀長雄『帝国憲法講義』23頁。

(18) 有賀長雄『帝国憲法講義』432頁以下：「皇室典範ノ帝国憲法ニ於ケル曾テ典範ハ憲法附属ノ法章ナリト論シタルモ再考スレハ是レ憲法ノ附属ニ非ス、寧ロ其ノ一部分ヲ為シ、而シテ憲法ノ本源ヲ為セルモノナリ、何トナレハ日本憲法ハ純然タル欽定憲法ニシテ君主ノ全權ヨリ出テ、典範ハ君主全權ノ由来及ヒ伝承ノ次第ヲ明記スルモノナレハナリ。典範ヲ以テ憲法ノ一部分ナリト為スハ即チ憲法ニ於テ其ノ典範ニ対スル交渉ノ場合ヲ規定シタル本条ノ在ルナリ、而シテ憲法ト典範トノ間ニ効力ノ輕重ヲ認メサルニ因ル、是レ典範ノ他ノ附属法令ニ異ナル所ナリ、他ノ附属法令ニ至リテハ其ノ条項ハ普通ノ立法作用ヲ以テ変更スルコトヲ得ヘク、又将来ニ於テハ憲法改正ノ手續ヲ經スシテ憲法ニ違反スル条項ヲ含蓄スルノ改正ヲ為スコトヲ得ス、之ニ反シ皇室典範ハ憲法ニ変更ヲ及ホサル限りハ皇族ノ權利關係ニ於テ憲法ニ違反スル改正ヲ其ノ条項ノ上ニ施スコトヲ妨ケス、例ヘハ皇族ノ居住移転ノ自由ニ対スル束縛ノ如シ」。

「学者ノ論ニ曰、『君主ノ家憲ニハ其ノ家族法及相続法ヲ掲ケタリ、而シテ此ノ二法ハ私法ニ属スルヲ例トスル点ヨリ見レハ君主家法ノ此ノ部分ハ私法ニ属スルコト明ナリ、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之ヲ補充セサル可カラズ、然レトモ又他ノ一方ヨリ觀ルトキハ君主家法ハ国法ニ属スルモノトス、何トナレハ君主家法ハ国家ニ勢力ヲ及ホシ、政治ニ關係ヲ有スルモノナレハナリ、故ニ又之ヲ国法中ニ論列スルヲ常トス、君主家法ニ此ノ兩様ノ性質アルハ世襲君主制ノ本質ニシテ、国家統治權ノ主格ト相続法ノ如キ私法上ノ原則トハ混和シテ一体ト為シタルモノナリ』ト。斯ク我カ帝国ノ君主家法、即チ皇室典範ハ一方ヨリ見レハ国法ニ属シ憲法ノ一部ヲ為スト雖、其ノ改正ハ前条ニ述ヘタル憲法改正ノ手續ヲ以テ改正スヘキ限ニ在ラズ、何トナレハ典範ハ君位ニ關係スルヲ以テ憲法ニ之ヲ引用スルト雖、亦一方ヨリ見レハ是レ君家ノ私法ニシテ君家独立ノ制作ニ属シ、臣民ノ公議ニ付スヘキニ非サレハナリ。皇室典範ノ条項ノ改正増補ハチノ第六十二条ニ依リ将来必要ノアルニ當テ皇族會議及枢密顧問ニ諮詢シテ勅定セラルヘキ所トス、即チ天皇ニ於テ皇族ノ家長タル權利ヲ以テ之ヲ議決シ玉ヘルモノニシテ皇族會議ト枢密顧問トハ唯タ意見ヲ上奏スルノミ、確決ノ權アルニ非サルナリ。然リト雖国家モ亦独立ノ編成アリテ一定ノ手續ヲ経ルニ非サレハ變更ス可カラサルモノタルヘシ、然ラサレハ憲法ノ担保ハ此ノ一点ヨリ破レテ君主随意ニ国憲ヲ動カスノ道ヲ開カントス、是ヲ以テ皇室典範ノ改正ノ為ニ憲法ノ条項ヲ變更スルコトヲ得サラシメタリ。⁽¹⁹⁾」

ここに所謂「学者ノ論」とは、レースラーの王室家憲答議（明治20年1月21日）⁽²⁰⁾に他ならない。有賀はレースラーを参照しながら、「君主家法」すなわち私的君侯法（Privatfürstenrecht）に関するドイツ法学の議論を受容し、これを直ちに日本の皇室典範の解釈論に応用しようとする

(19) 有賀長雄『帝国憲法講義』433頁以下。

(20) 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；小林宏＝鳥善高編『日本立法資料全集16 明治皇室典範（上）』前掲（註8）410頁以下。当該答議については参照、拙稿「ヘルマン・レースラーにおける家憲と自律——「ロエスレル氏王室家憲答議」註解——」神戸学院法学49巻3・4号（2021年）656頁以下。

(「我カ帝国ノ君主家法、即チ皇室典範」)。つまり、有賀によれば皇室典範は「国法」に属する「憲法ノ一部」であるが、それは「君位ニ関係スル」限りのことであり、「君家独立ノ制作ニ属」する「君家ノ私法」としての性格が失われたわけではない(「家法説」と「国家的法規説」の混合+「自主法説」)。それ故に「臣民ノ公議」に付することは適切ではなく、「憲法改正ノ手續ヲ以テ改正スヘキ限ニ在ラス」とされ、前に確認した帝国憲法2条規定の原則を除く条項について「典憲同位説」が主張されているのである。他方、皇室典範62条に規定された皇族会議及び枢密顧問の諮詢手續について、有賀は「天皇ニ於テ皇族ノ家長タル權利ヲ以テ之ヲ議決シ玉ヘルモノ」であり、諮詢手續は意見上奏を意味するものに過ぎないとしている。皇室典範を自主法すなわち「君家独立ノ制作」⁽²¹⁾と性格づけるに際して、これを専ら天皇の家長権に求める思考も、レースラー答議の論理を彷彿させる。また、私的君侯法に私法的側面と公法的側面の二重の性格を看取するレースラーの議論の影響のもと、〈皇室典範は「私法」、帝国憲法は「公法」に分類されるもので相互に無関係である〉とするかつての思考は、有賀において今や放棄される。寧ろ、接するからこそその憲法の独立性保障の意義が論ぜられるのである(「国家モ亦独立ノ編成アリテ…」以下の記述)。かように、有賀の立場は〈「自主法説」+「典憲同位説」(但し帝国憲法2条の規律事項については「憲法優位説」)〉であったといえることができる。

三 右のような議論は、その後、有賀長雄『国法学上』(1901年)にも受け継がれる。更に、ここでは「皇族自治の成典」たる皇室典範とドイツ法圏の家憲(Hausgesetz, Hausverfassung)との「同一」性、「皇族自治権」とドイツの自律(「王家の自治(独語 Familienautonomie)」)との同質性が附言されるに至った。

「日本の皇室典範は英吉利の朝廷に於て House Law と云ひ、独逸、奥

(21) 有賀長雄『帝国憲法講義』438頁：「典範ハ元首ノ国家ニ対スル立法権ヨリ発スルモノニ非シテ其ノ室家ニ対スル家長権ヨリ出ツルモノナリ」。

太利の朝廷に於て Hausgesetz 又は Hausverfassung と称するものと同一なり。⁽²²⁾

「…公家武家の特権は悉く廃止せられたるも、皇族の自治権のみは旧に依りて保全し、明文を設けて益々之を明確にしたり。此の如きは…天皇の全権を以て憲法を制定し、同じ全権を以て皇族の自治権を確保し給ひたりと説明するの實直なるに如かず、而して此の事たる決して日本の皇室に於てのみ之を觀るに非ず、所謂王家の自治（独語 Familienautonomie）は家督国家より一転して立憲国家の元首と為りたる立憲君主国の朝廷に於ても均しく見る所なり。⁽²³⁾」

(22) 有賀長雄『国法学上』（東京専門学校出版部、1901年）256頁以下（本文引用257頁）：「皇族自治の成典を皇室典範とす、即ち是れ我か皇族の家法なり…。…然るに皇族に限り其の家法を以て国家法令の上に加へ、憲法と相並ひて公然の効力を有せしむるの権あり、是れ皇族自治は天皇特権の一たる所以にして又国法学に於て其の法律関係を研究する必要の由て起る所なり。日本の皇室典範は英吉利の朝廷に於て House Law と云ひ、独逸、奥太利の朝廷に於て Hausgesetz 又は Hausverfassung と称するものと同一なり。外国に於ては君主の家法を以て別立の法章とする者あり、或は之を以て憲法の条文に編入する者あり、又は其の一部を編入して一部を別立とするものあり、然れとも孰れも君主の家法を以て憲法と相並ぶべき国法上の一章程なりと為すに於て一致せり、其の故は是れ其の本来の性質よりすれば一家の私法なりと雖、其の一家は国の元首たる公職を世襲する一家にして国家編成の枢要部と直接の關係あるを以てなり。（註）皇室典範制定の當時に於て内閣顧問たりしロエスレル博士の意見書に白…」。

(23) 有賀長雄『国法学上』250頁以下：「…公家武家の特権は悉く廃止せられたるも、皇族の自治権のみは旧に依りて保全し、明文を設けて益々之を明確にしたり。此の如きは一は皇家系統の混乱を予防し、一は帝室の威厳を保全するの趣旨に出でたりと説明し難きに非ず、然れとも大体の權利關係より言へば…各種の特権と均しく天皇は祖宗の時より其の近親をして国家普通の法制以外に立たしむるの權利を傳承し給ひ、立憲政体を採用するに至りても此の權利を廃し給はず、天皇の全権を以て憲法を制定し、同じ全権を以て皇族の自治権を確保し給ひたりと説明するの實直なるに如かず、而して此の事たる決して日本の皇室に於てのみ之を觀るに非ず、所謂王家の自治（独語 Familienautonomie）は家督国家より一転して立憲国家の元首と為りたる立憲君主国の朝廷に於ても均しく見る所なり」。

更に注目すべきは、皇室典範の効力論に関する次の議論である。

「本邦に於ては皇室典範は私法としては皇族自治の成典なると同時に其の国法上の關係に於て帝国憲法の一部を成せるものと看做し、而かも立法の順序に於て憲法に先き立つものと看做すなり、何となれば帝国憲法は天皇より出でたるものにして皇室典範の関する所は天皇の皇位に在ればなり、換言せば憲法は皇室の家憲に因り皇位を繼承し給へる天皇か此の地位に在るの故を以て統治権を行ひ給へるの条件なればなり。又憲法に於て所々に典範を引用しなから、典範に於ては毫も憲法を引用せざるにても、典範先づ存し、之を基として憲法を制定したるの順序は明なり。典範は憲法の一部を成せるものなりと雖、其の全文を憲法の条項中に編入せず、皇位に関する典範の第一条を憲法第二条に援抄したるの外、悉く之を別章と爲したる所以のものは単に便宜の問題のみに非ず、別に理由の存するあり曰他なし、憲法の条項中に編入するときは憲法改正の手續に依り改正することを得るに至るへし、然りと雖典範は性質に於て同じ手續きに因り改正すべきものに非されはなり。換言せば典範は天皇の統治権に関連するを以て之を憲法に引用すと雖亦一步より見れば皇族内部の典型にして、君家独立の制作に属し、國民の利益に依り動かすべきものに非ず、故に國民を代表する議会の議決に附すべき理由なければなり。故に帝国憲法第七十四条第一項に於て『皇室典範の改正は帝國議會の議を経るを要せず』と規定し、別に典範の第六十二条に於て『将来此の典範の条項を改正し又は増補すべきの必要あるに當ては皇族會議及枢密顧問に諮詢して之を勅定すへし』と規定したり。…但し憲法の改正に依り典範の条規に変更を及ぼすことを防止するの条文は存せず、故に将来憲法の改正に依り典範に間接の変更を來たすの事實なしと謂ふ可からず、然れどもこの場合は更に之に依りて典範を改正するの手續きを爲すまで其の効力を生ぜざるなり。夫れ然り、然りと雖、國家も亦其の目的に依りて定まれる獨立の編制ありて一定の手續きを経るに非されは此の編制を変更せざるを以て立憲の原則とす、而して皇室典範の改正増補の爲に憲法に変更を及ぼすときは立憲の担保は此の一点より破れむとするを以て帝国憲法第七十四条第二項に於て『皇室典範を以て此の憲法の条規を変更することを得ず』と規定したり、是に於て憲法と典範とは恒に並ひ行はれなから畛域を異にして兩々相侵さるの關係灼然なり。」⁽²⁴⁾

皇室典範は「皇族自治の成典」（私法）であると同時に「帝国憲法の一部を成せるもの」（国法）であり、皇位・統治権の前提に関するものとして憲法に先行する地位にある。そして、憲法の一部であるにも関わらず、法典とされた趣旨は、憲法改正手続の対象としないということに他ならない。それ故に、皇室典範の規律領域について行われる憲法改正は、皇室典範の同形的改正を経て初めて効力をもつ、言い換えれば憲法改正と皇室典範改正の双方が必要であるというのである。ここでは、帝国憲法と皇室典範が競合する事項の変更について憲法改正手続のみで足り、憲法規定事項については皇室典範改正手続を不要とした『帝国憲法講義』（1898年）の立場が修正されているのである。

四 有賀はしばしば「家法説」の論者として言及される。それは右に見た限りでは誤りではない。しかし、有賀は皇室典範の「家法」的側面と並んで「国法」的側面を強調しており、それは明治40年公式令・皇室典範増補に至る「国法説」的観念への転換の基礎を形成するものであったことを見落としてはならない。実際、「国法説」的理解の形成に主導的役割を果たした伊東巳代治の『法律命令論・法律篇』（国立国会図書館所蔵、1898年頃成立）の皇室典範に関する所説は、既に見た有賀『帝国憲法講義』の記述の引写し⁽²⁵⁾とあってよい。それ故にこそ、明治40年以

(24) 有賀長雄『国法学上』258頁以下。

(25) 伊東巳代治『法律命令論 命令篇・法律篇』（信山社、2004年）516頁以下：「学者ノ説ニ依レハ君主ノ家憲ハ其ノ家族法及相続法ヲ掲ケタルモノナリ而シテ此ノ二法ハ元來私法ニ屬スルヲ以テ君主家法ノ私法ニ屬スルコト明ナリ故ニ之ヲ實際ニ適用スルニ當リテハ私法ノ原則ヲ以テ補充セサルヘカラス然レトモ又他ノ一方ヨリ觀ルトキハ君主家法ハ国法ニ屬ス何トナレハ君主家法ハ国家ニ勢力ヲ及ホシ政治ニ關係ヲ有スルモノナレハナリ故ニ又之ヲ国法中ニ列論スルヲ常トス君主家法ニ此ノ兩様ノ性質アルハ世襲君主國ノ本質ニシテ国家統治權ノ主格ト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^{博士只テ爾レ}我カ日本帝國ノ君主家法即チ皇室典範モ是レ皇室ノ部内ニ於テハ一ノ私法ナリト雖モ其ノ国家ニ對スル關係ヨリ云ヘハ国法ニ屬シ憲法ノ一部ヲナセリ然レトモ又我カ憲法ニ於テハ

降も有賀は自説を変更する必要を見出さなかった。

有賀の皇室典範論を論じる際に主として引用される『帝室制度稿本』(1915年)は、皇室典範の性質に関して「皇室典範は我が皇室の家法なり。家法は各国の君主皆之れあり。英国に於ては House Law といひ、独逸、奥太利の間に於ては Hausrecht 又は Hausverfassung といへり。我が皇室典範は憲法発布式の時を以て始めて公示せられたり。然れども是れ此の時に於て新たに編纂せられたるに非ず。明治天皇が祖宗の遺意を明徴して子孫の為に永遠の銘典を遺したまへるものなること、典範の義解にも言へるが如し」と論じたうえで、「然るに典範の法章としての性質に関しては、典範の義解に於て言ふ所と今日實際に於て採用せらるゝ所の理論との間に幾分の相違あり⁽²⁶⁾」として、その変容を次のように説明している。

皇室典範ト憲法トノ間ニ一定ノ関係アリ以テ憲法ノ自余ノ部分ト異ナル所以ヲ明示シタリ即チ典範ノ条項ハ憲法改正ノ手續ヲ以テ改正スヘキ限ニアラストセリ何トナレハ典範ハ君位ニ関係スルヲ以テ憲法ニ之ヲ引用スト雖モ是レ一方ヨリ見レハ君家ノ私法ニシテ君家独立ノ制作ニ属シ臣民ノ公議ニ付スヘキモノニアラサレハナリ皇室典範ノ条項ノ改正増補ハ其ノ第六十二條ニ依リテ将来必要アルニ当リテ皇族會議及枢密顧問ニ諮詢シテ勅定スヘキ所ナリトス即チ天皇ニ於テ皇族ノ家長タル權利ヲ以テ之ヲ独決シタマヘルモノニシテ皇族會議ト枢密顧問トハ唯意見ヲ上奏スルニ止マリテ確定ノ權アルニアラサルナリ。然レトモ国家モ亦独立ノ編制アリテ一定ノ手續ヲ終ルニアラサレハ變更スヘカラサルモノタルヘシ然ラサレハ憲法ノ担保ハ此ノ一点ヨリ破レテ随意ニ國權ヲ動カス道ヲ開クニ至ルベシ故ニ皇室典範ノ改正ノタメニ憲法ノ条項ヲ變更スルコトヲ得サラシメタリ」。——有賀は伊東の『法律命令論』の作成にも関与していた(参照、有賀長雄「帝國憲法に於ける余の実験」早稲田大学編輯部編『憲法紀念早稲田講演』(早稲田大学出版会、1909年)42頁以下。併せて参照、三浦裕史「解題」伊東巳代治『法律命令論 命令篇・法律篇』所収8頁；原田・前掲(註10)194頁)。なお原田は、伊東の議論が有賀に受け継がれたと述べている。本稿はひとまず反対方向の影響関係を想定するが、伊東から有賀へと考えるべきであるとするならば、その根拠について教えを請いたい。

(26) 有賀長雄『帝室制度稿本』(1915年)5頁。

すなわち、ヨーロッパの王室「家法」においても「君位相統の事は国家の編制に重要な関係」があるため王位継承に関する部分は憲法の一部とし、または独立の法令として公布しているが、他の部分は「君家の私事」として公布しないだけでなく、秘密にしていることもある。このことが日本の皇室典範制定者にも影響を及ぼし、「初めは動もすれば之を以て皇室の私事と為さんとする傾」もあったことは義解の説明が示すとおりである。皇室典範が「国家公然の法章」であれば「臣民に関係あると否とに論なく」公布すべきであるが、「初め之を公然の規定と視做すことを躊躇」した。しかし、明治40年までに議論が一変し、憲法と並ぶ国家公然の法章と考えるようになった。皇室典範増補が正式に公布された以上は、増補以前の典範も「公然の規程」たることは疑いを容れない。では公然のものとするようになったのはなぜか。第一に、「皇室典範は立法の順序に於て帝国憲法よりも先きに制定せられ、帝国憲法に於て之を公認したる事」である。帝国憲法は天皇の権力を淵源とするから、皇位に関する規定はこれに先行するものと考えられたのであるが、しかし憲法以前に制定され憲法において公認された法章は、その性質上も国家公認ものだと考えなければならない。第二に、「内容の性質に於て公然なるべき事」、すなわち皇位継承や摂政設置は国家的事項であり、その他の事項も一般に人民と官庁を拘束する規定である。第三に、「憲法と対等のものたる法理を含蓄する事」である。帝国憲法74条2項は「典範と憲法とが互に他を打ち消す効力あるものに非ざれば…無意味に属す」。それは「一の法律が他の法律を変更するが如く、典範も憲法を変更する効力あるが故に、殊さら此の明文を立て、以て典範に因り憲法を変更する途を永遠に塞ぐ必要」があるからである。但し、皇室典範には憲法によって変更できない旨の規定がないことが付記される⁽²⁷⁾。

かように、有賀は明治40年以降も〈「自主法説」+「典憲同位説」〉を維

(27) 有賀長雄『帝室制度稿本』6頁以下。

持したのであるが、『皇室制度稿本』において皇室典範は「家法」と表現されることはあっても、もはや「私法」としては性格づけられていないことに注意が必要である。寧ろ強調されるのは、「土地人民」に対する私産の支配、すなわち「家督国家」（家産国家）の克服の上に構築されたヨーロッパ君主制の「宮中府中の別」・「国家と王室の分岐」との対照における、天皇の職務の本来的「公然」性（要するに「シラス」型統治の観念）に他ならない。有賀によれば、「家督国家」観念は武家支配において大名所領との関係では発生することになったが、大政奉還によって再び旧に復することとなった。それ故に「明治の初には宮中府中の区別」はなく、ただ立憲制導入に対して國務大臣の輔弼による事務が区別されるに至って「宮中府中の別」が生じたが、「然りと雖、之が為に宮中の事は天皇の私事と為らず、唯々憲法上の責任に関係なきものと為りたるのみ」。それ故に、「本邦に於ては、宮中も府中も俱に天皇が其の天祖の遺命に因る公然の職務を行ひたまへる所以の編制にして、其の間に公私の分別を為すことを得べからず、随て宮中の制度も亦府中の制度と等しく公然のもの」なのである。⁽²⁸⁾ なお、同様の議論は既に有賀長雄「国家ト宮中トノ關係」⁽²⁹⁾（1901年）においても展開されており、有賀が明治40年皇室典範増補における「国法説」への「転換」に単に追従したわけ⁽³⁰⁾ではないことには再度留意すべきである。

五 このように、有賀は当初、皇室典範を帝国憲法と競合しない「一家ノ私法」として理解していたが、次第に「私法」的側面と「公法」的側面を兼ね備えた「家法」（ないし「自主法規」）として位置づけ、これを帝国憲法と対等の効力を有する法形式と理解するようになる。その変

(28) 有賀長雄『皇室制度稿本』1頁以下。

(29) 有賀長雄「国家ト宮中トノ關係」国家学会雑誌167号（1901年）1頁以下。

(30) 寧ろ、有賀は皇室制度調査局において積極的に関与したと考えられる。参照、有賀長雄「帝国憲法に於ける余の実験」44頁以下。

化を媒介したのはレースラー答議との接触であった。但し、「典憲同位説」を主張するに際して根拠となったのは帝国憲法74条2項と典憲分離の趣旨であった。井上毅の「シラス」論を継承し、ヨーロッパ君主制の「家督国家」的原基との対照像として天皇制度を觀照する有賀にとって、レースラーが後に観念したような既得権構成は問題とならなかった。他方、それにも関わらず、皇室典範を「家法」と性格づけるに際しては、「家憲 (Hausgesetz, Hausverfassung)」を「家の自律 (Familienautonomie)」に基づく法規として理解するドイツ的観念を用いることには最後まで抵抗を感じなかったのが有賀学説の一つの特徴であろう。無論、同時代のドイツにおいては君主の家の「自律」及びそれに基づく「家法」と、国家の立法権及び憲法・法律との効力関係は華々しく議論され、概ね「憲法優位説」の優勢のうちに推移しつつあったが、それらの議論が参酌された形跡はない。寧ろ、次第に混戦模様を呈する同時代のドイツ公法学の議論に右顧左眄せず、端的に「公法」的規律を含む法形式の効力を巡る技術的・実定的問題として処理することが有賀の戦略であったということが恐らく可能であろう。しかし、「自律」と国家の立法権を巡る理論的問題は残された。

第二節 清水澄

一 皇室典範が皇室の「自律」に基づく「家法」ないし「自主法規」であるとすれば、それは憲法によって規律される国法秩序によって許容される範囲でのみ効力を有するのではないか。こうした観点に立つ学説を唱えたのが清水澄であった。

清水は『国法学・憲法篇〔第17版〕』(1920年)において、皇室典範の制定作用について「要スルニ皇室典範ハ皇室ノ自主権ノ作用ニ依リテ制定セラレタルモノナリト論スルヲ以テ至当ト信スルナリ」と述べ、『憲

(31) 参照、拙著『王統と国家』第3章・第4章。

法義解』・『皇室典範義解』もまたこの「自主権説」を採るものと論じる。清水によれば、「皇室ノ自主権」は地方公共団体の「自主権」と同様の「皇室ナル団体カ団体員ヲ拘束スルカ為ニ規則ヲ発スルノ権」であり、「皇室典範ハ天皇カ皇室ノ首長トシテ其皇室ニ属スル所ノ自主権ヲ発動セシメテ以テ之ヲ制定シタルモノ」である。つまり、「皇室ノ自主権」は皇室という団体が当該団体構成員を拘束する規則制定権であり、それは家長としての天皇が行使するものとして位置づけられている。清水によれば、それがために皇室典範は公布されず、その制定に際して国务大臣の副署を具えず、また皇室典範改正に議会の議決を必要としないこととされているが、しかし皇室典範は「性質上」は内容上も「皇室ノ私事ノミノ規定スヘキモノ」であるところ、「實質上」は憲法・法律で規定されるべき事柄を含んでおり、「一面ヨリ云ヘハ国法ノ一種ニ属スルモノ」がある。かように「皇室典範ハ其形式ト實質ト相抵触ス」るが、「而シテ其抵触スルニ至リタルハ独逸諸国ノ皇室又ハ王室ニ存在スル家法ノ沿革ニ基クモノナレハ之ヲ説キ以テ我カ皇室典範ノ説明ニ資セント欲スルナリ」として、皇室典範の置かれた問題状況をドイツ諸邦の王室家法の沿革と端的に接続して説明しようとする。⁽³²⁾

清水によれば、ドイツの「王室ノ家法ナルモノ」(すなわち王室家憲)は公法・私法の区別が分明ではない時代に制定されたものであり、摂政と後見、王位継承と相続が「同一ノ性質」のものと認められたためにこれらを王室家憲に規定することに疑問が持たれなかった。しかし、その後、公法と私法の区別がなされるようになり、王位継承や摂政に関する規定の公法的性質が承認されると同時に憲法制定が行われ、その結果として実質的憲法事項及び法律事項が明確となった。しかし既存の家憲から実質的憲法事項及び法律事項を削除し、これを或いは憲法に加え、或

(32) 清水澄『国法学・憲法篇〔第17版〕』(清水書店, 1920年) 242頁以下。以下では第17版に依拠して論じるが、その骨格は既に『国法学・憲法篇〔初版〕』(清水書店, 1904年) 178頁以下に見える。

いは法律として制定するのは煩瑣であるので、多くの領邦においては従来の家憲の規定はその儘にして、憲法事項に関する規定は憲法典と、法律事項に関する規定は法律と同一に取り扱うこととし、「而シテ此等ノモノヲ除キタル以外ノ純然タル皇室若ハ王室内部ノ私事ニ関スル規定ノミヲ真ニ家法トシテ取扱フコトト為」したのである。それ故に、表面上は家憲上の条項であっても実際には「家法」として扱われないものがあるのがドイツ諸邦の現状である。清水によれば、「然ルニ我カ皇室典範ハ独逸諸国ノ家法ヲ参照シテ制定シタルニ依リ右所述ノ諸国ノ例ニ於ケルカ如ク憲法事項及ヒ法律事項等ヲモ包含スル家法ト殆ント同一ノ内容ヲ有スルニ至リタルモノニシテ而カモ其皇室典範全般ヲ皇室内部ノ私事ノミヲ規定シタル家法トシテ取扱ヒシナリ是レ皇室典範ノ形式ト實質トカ適合セサルニ至リタル所以」である。つまり、「外国ノ家法ノ規定ノ表面ニ誤ラレ皇室ノ自主権ノ作用ヲ以テ純然タル家法事項ノミナラス憲法事項、法律事項ヲモ規定シタルニ依ルモノ」なのである。清水はこのように皇室典範制定時の「家法」観念に比較法的批判を加えた上で、「故ニ将来機ヲ見テ…純然タル皇室家法ト為ス」か「或ハ独逸諸邦ニ於ケルカ如ク姑息的ニ典範中ノ憲法事項ハ憲法典ト同一ニ取扱ヒ法律事項ハ法律ト同一ニ取扱」うことが不可避であったとし、明治40年公式令はまさに后者の解決が図られたと理解するのである。しかしそれは、清水の表現を借りれば、「姑息的」解決に過ぎない。従って、皇位継承（帝国憲法2条）及び摂政（帝国憲法17条）の「委任」による規定を除き、「其他ノ憲法事項及ヒ法律事項ヲ皇室典範ヲ以テ定メ而カモ其規定ニ付憲法及ヒ法律ト同一ノ取扱ヲ為ササルハ立憲政治ノ下ニ於テ当ヲ得タルモノト云フヲ得サルナリ」。つまり、「皇室内部ノ私事ニ関スル規定ハ皇室ノミニ関スルモノナリニ依リ皇室ノ自主権ヲ以テ之ヲ規定スルハ固ヨリ至当ナリト雖モ憲法ニ規定スヘキ事項若ハ帝国議會ノ協賛ヲ経テ定ムヘキ法律事項ヲ前述ノ如ク皇室典範中ニ皇室ノ自主権ヲ以テ規定シタルハ当ヲ得サルコト」であるから、「其規定ハ無効ナルヤ否ヤ」が論

(33)
点となる。

これについて、清水は皇室の「自主権」の特殊性によってこの論点を切り抜けようとする。曰く、「抑々自主権ナルモノハ其効力単ニ自主権ヲ有スル団体内部ノ規定ノミニ関スルモノナルニヨリ自主権ヲ以テ団体以外ノモノニ対シ効力ヲ及ホスヘキ規定ヲ設クルコトヲ得ス又其規定ヲ以テ一国ノ法律命令ニ抵触スルコトヲ得ルモノニアラスト雖モ特ニ憲法ハ我カ皇室ニ対シ強大ナル自主権ヲ認メ其自主権ノ作用ヲ以テ憲法事項及ヒ法律事項ヲ定ムルコトヲ許シタルニ依リ皇室典範中ニ憲法事項及ヒ法律事項ヲ規定スルモ無効ニアラス又其規定カ法令ニ抵触スルモ…不当ニアラサルナリ」。つまり「自主権」は性質上は「団体内部ノ規定」であり、団体構成員のみを拘束するものであるが、皇室については憲法自体が皇室に対して憲法事項・法律事項を規定することを許容しているのである。その実定憲法上の根拠は帝国憲法2条, 17条, 74条及び75条(「憲法及皇室典範ハ摂政ヲ置クノ間之ヲ変更スルコトヲ得ス」)であるとされるが、憲法74条2項は「反面ニ於テ自主権ノ作用ニ基ク皇室典範ハ憲法以外ノ総テノ法令ヨリ効力ニ於テ優ルコトヲ認メタルモノ」とし(34)て解釈されることになる。

無論、皇室の「自主権」の効力が憲法自身による許容に依拠しているとすれば、その論理的帰結は「憲法優位説」でしかありえない。清水曰く、「憲法ヲ以テ皇室典範ヲ変更スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ法ニ明文ナキカ故ニ学者ノ間ニ多少議論ノ存スル所」であり、「憲法ト皇室典範トハ其改正ノ手續ヲ異ニシ殊ニ皇室典範ノ改正ニ付テハ議會ノ喙ヲ容ルルコトヲ許ササルニ由リ憲法ヲ以テ皇室典範ヲ変更スルコトハ全然之ヲ許ササルノ精神ナルカ如」きであるが、皇室典範の中で「皇室内部ノ私事ニ関スル規定ニ就テハ憲法事項ト全然無関係ナルヘキニ依リ此点ニ関シ憲法ノ皇室典範ニ対スル効力ヲ考フルノ必要」はないとしても、

(33) 清水澄『国法学・憲法篇〔第17版〕』244頁以下。

(34) 清水澄『国法学・憲法篇〔第17版〕』247頁以下。

「其他ノ〔憲法事項・法律事項に係る〕規定ニ関シテハ憲法ヲ以テ皇室典範ヲ變更スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス」。何故なら「同一ノ事項ヲ二箇以上ノ形式ヲ以テ規定スルコトヲ得ル場合ニ於テハ必ス其各形式ノ間ニ効力ノ優劣ナカルヘカラス而シテ我カ国法上ニ於テハ憲法ヲ以テ他ノ一切ノ形式ヨリモ強キ効力ヲ有スルモノト為スヲ正トスル」⁽³⁵⁾からである。この限りで、清水は〈「自主権説」+「憲法優位説」〉を採るものといえることができる。

二 しかし、清水は「憲法優位説」の立場を放棄し、「典憲同位説」に転換していく。清水は「皇室典範の性質につきて」（1922年）において帝国憲法74条2項を論じて曰う。「茲に一言注意すべきは該条項は只皇室典範を以て憲法の条規を變更し得ざることを定めたるに止まれるに依り、憲法を以て皇室典範の条規を變更し得ることを定めたるものにあらざること是なり」。それは「各々其の改正手続を異にす」るからである。曰く、「憲法及皇室典範は我国の根本法規として相対立する以上は、将来皇室典範を以て憲法にて規定すべき事項を新に定むることを得ざると共に、憲法を以て皇室典範にて定むべき事項を新に定むることを得ざること勿論なり」⁽³⁶⁾。この言明が、『国法学・憲法篇』におけるかつての主張、すなわち皇室典範における憲法事項は憲法による改正を受けうるということと矛盾することはいうまでもない。清水がこの論文で強調するのは、皇室の「自治権」が本来的に広範囲に及ぶものであったこと（「古来皇室の自治権は其の範囲最も広く、国家の統治権も其の範囲内に及ぶことを得ず」）、そしてそのような「自治権」が憲法制定によって廃止されず、却ってその前提として維持されたことである。この論文でも皇室典範の沿革上の前提としてドイツの王室家憲が「自治権」によることが紹介さ

(35) 清水澄『国法学・憲法篇〔第17版〕』213頁以下。

(36) 清水澄「皇室典範の性質につきて」『太陽』28巻8号（1922年）（清水澄博士論文・資料集刊行委員会編『清水澄博士論文・資料集』（原書房、1983年）66頁以下所収）68頁。

れており、『国法学・憲法篇』の記述について指摘した意味において順接的な参照が行われたということになるが、この論文ではかような自治権の憲法に対する従属性は暗黙裡に否定され、寧ろ前憲法的自治権が憲法制定後も不可侵のものとして前提ないし維持されていることに重きが置かれているということができる。この限りで清水の議論はドイツの少数説（レームの学説⁽³⁷⁾）に接近したといえることができる。

三 その後、清水は皇室の「自主権」ないし「自治権」を次第に語らなくなる。例えば『帝国公法大意』（1925年）においては「皇室典範ハ皇位ノ継承、摂政、太傅等ニ関スル事項ヲ規定セル皇室内部ノ大法ナリ我国ハ天皇ヲ以テ統治権ノ本体ト為シ民族ハ天皇ヲ中心トシテ統一發展ス故ニ皇位ト国家トハ同体ニシテ分離スヘカラス皇位ノ大法ハ即チ国家ノ大法ニシテ憲法ト皇室典範トハ相寄り相合シテ共ニ国家ノ根本法ヲ為シ其ノ効力優劣差等アルコトナシ」とし、また「我国ニ於テハ国家ハ一系ノ皇統ノ相寄りテ終始シ古今永遠ニ亘リテ一アリテニナク皇室ノ大法ハ即チ国家ノ根本法ニシテ憲法ト皇室ノ大法トハ相寄り相合シテ国家ノ根本法ヲ為シ其ノ形体ヲ異ニスルモ實質ハ相通シテ統治ノ用ヲ為シ兩々孤立セス軽重ノ差ナク上下ノ区分ナシ漫ニ之ニ優劣ヲ認メタルハ天皇ヲ統治権ノ主体トセル我カ国体ノ民族觀念ニ反ス⁽³⁸⁾」と繰り返す。帝国憲法と皇室典範とが管轄領域と改正手続を異にしつつも共に天皇の統治権を淵源とする「国家ノ根本法」ないし「特権ノ形式ニ於ケル国家成文法⁽⁴⁰⁾」であることが強調される。ここにはもはや「自主権」ないし「自治権」を語る余地はないように見える。

清水の右の議論の効力論上の帰結が「典憲同位説」となることは殆ど自明である。

(37) 拙著『王統と国家』259頁以下。

(38) 清水澄『帝国公法大意』（清水書店、1925年）89頁、90頁。

(39) 清水澄『帝国公法大意』91頁。

(40) 清水澄『帝国公法大意』92頁。

戦前期憲法学における皇室法解釈論とドイツ法学

「元来我が建国ノ体制…天皇即チ統治ノ主体ニシテ皇室ノ事務ト政府ノ事務ト相並合シテ統治ノ大法ヲ為シ立憲ノ政体ヲ採用スルニ當リハ議會ヲシテ参与セシメ一ハ其ノ参与ヲ許サスト雖其ノ国家ノ大法タルニ於テハ優劣差等アルコトナシ…既ニ優劣ナキコトヲ根基ト為スモノニシテ既ニ何レモ優劣ナキ国家ノ根本法ナル以上ハ性質上憲法ヲ以テ皇室典範ヲ變更スルヲ得サルモノト斷セサルヘカラス」⁽⁴¹⁾

もっとも、清水は『逐条帝国憲法講義』（1934年）において多少詳しい説明を加えている。

「憲法ヲ以テ皇室典範ヲ變更スルヲ得ルヤ否ニ付テハ議論アリ予ハ皇室典範ハ憲法ト並立シテ我が国ノ根本法ヲ為スモノナレハ其ノ効力ニ優劣ナク一ヲ以テ他ヲ變更スルヲ得サルモノト解ス然ラサレハ議會ニ於テ皇室典範ノ規定ニ関スル事項ヲ決議スルコトナリ明ニ憲法七十四条第一項ノ趣旨ニ反ス」⁽⁴²⁾

「皇室典範ト帝国憲法トハ共ニ相對立シ国家最高ノ根本法トシテ各特殊ノ畛域ヲ有シ互ニ相侵スヘカラス…帝国憲法ト皇室典範トハ其ノ規定範圍ヲ異ニスルヲ以テ其ノ抵触ノ虞アル場合ハ皇位繼承及摂政ノ規定ノ如キ憲法ト皇室典範トノ双方ニ跨リテ規定セラルヘキ事項ニ止レリ故ニ本条第二項ノ明文モ其ノ範圍ニ限定セラルルコト勿論ナリ然ラハ帝国憲法ヲ以テ皇室典範ヲ變更スルコトヲ得ヘキヤ否之ニ付テハ何等ノ明文ナキヲ以テ可能ナルカ如ク考フル人ナキニアラスト雖皇室典範ハ憲法ト相並立シテ国家ノ根本法ヲ為ス不磨ノ大典ニシテ其ノ効力優劣アルヘキモノニ非ス加之前段所述ノ如ク憲法ト皇室典範トハ其ノ規定スヘキ内容ヲ異ニスルヲ以テ国務ニシテ且ツ皇室ニ関スル事項以外ニ於テハ兩法ノ規定カ相抵触スル場合アルコトヲ考フルヲ得ス若憲法カ純然タル皇室ニ関スル事項ヲ規定スレハ無効ナルト共ニ皇室典範ヲ以テ純然タル国務ヲ規定スレハ是亦無効タルヘキモノナリ」⁽⁴³⁾

清水は、国家事項と皇室事項の明確な切り分けが可能であるという必ずしも自明ではない前提から出発しているが、ここで現行法において憲

(41) 清水澄『帝国公法大意』91頁以下。

(42) 清水澄『逐条帝国憲法講義』（松華堂，1934年）60頁以下。

(43) 清水澄『逐条帝国憲法講義』533頁以下。

法・皇室典範双方に跨る規律領域である皇位継承及び摂政に関する憲法改正による規範変動については語るところがない。しかし、憲法による皇室典範の改正可能性は、清水がここで除外している「国務ニシテ且ツ皇室ニ関スル事項」においてこそ問題であるはずである。無論、「一ヲ以テ他ヲ変更スルヲ得サルモノト解ス」以上は「典憲同位説」が帰結されるはずであろう。このように、皇室典範に関する「自主法説」をドイツの「自律」論に順接して唱えていた『国法学・憲法篇』の段階と比して、ここでの理論的省察の深度および解釈論の精度は後退しているように見えるが、こうした事態を理解する鍵はおそらく、清水が自説を改めるに際してまず「自主法説」を維持したままに「典憲同位説」に移行しようとしたという文献史的事実にあるように思われる。しかし、国家秩序の枠内で認められるに過ぎないであろう「自主権」に基づく法秩序を憲法秩序に並置することは理論上容易ではない。

第三節 副島義一

清水澄の『国法学・憲法篇〔初版〕』（1904年）の翌年に刊行された副島義一『日本帝国憲法論』（1905年）もまた、皇室典範の制定作用を皇室の「自主権」に求めつつ、それが憲法秩序の枠組においてのみ承認されうることを暗黙裡に前提して議論を組み立てていた。ドイツの王室家憲の変遷を清水と同様の図式で叙述したうえで、副島は「今翻て我邦の制度を見れば皇位継承の順序に関する事摂政を置くべき場合、摂政の順序に関する事等国家機関の組織に関する最も重要な事項を憲法に規定せずして皇室典範の中に規定せり、是れ欧州諸国の制度と大に異なる所にして従て皇室典範の性質に付ても亦未だ遽かに決定するを得ざる所以なり。然れとも余の考ふる所に依れば皇室典範は皇室の自主権に基⁽⁴⁴⁾く規定なりとするを以て適当なりとす」と論じる。

(44) 副島義一『日本帝国憲法論』（早稲田大学出版部、1905年）129頁以下（本文引用は130頁）。

副島によれば、そもそも皇室典範は公文式によって公布されたものではないのであって、「斯るものか国家法規たる効力を有すへき理由」はなく、「適法の公布なくして国家法規たる効力を有することは之なき所なり」。もし「国家法規」だとすれば他の法令に対する効力の如何は問題であり、また皇室典範の名のもとに公布せずとも「国家の命令として拘束力を有するもの」となってしまう。『憲法義解』には「皇室典範は君民相関かるの権義に渉るものにあらず」というが「正当の解釈」ではない。「何となれば皇室典範に於て如何なる人か天皇となり摂政となり、而して人民に対して統治権を執行すへきやを規定せること、又は人民より皇室に対する訴訟に関する規定の如きは皆以て君民相関かるの権義にあらずと謂ふけからされはなり」。但しこれらも「皇室の事」ではないとはいえない。「皇室典範は即ち此皇室に関する事を皇室の自主権に依りて特別の規定を為したるもの」である。

「自主権」の性質と効力に関する副島の説明は清水の『国法学・憲法篇』と大きく異なるものではなく、「自主権」が「国家の認定したる範囲内に於て」団体が当該団体の事項に関して拘束的規定を設定する権能であることが確認されたうえで、皇室については天皇が「皇室団体の首長」として行使するものであるとされる⁽⁴⁵⁾。この「自主権」に基づく法規範が「国家法規」に対して有する効力について、副島は次のように論じる。

「或は云く若し皇室典範か皇室団体の自主権に依る規定なりとせば国家内の団体の意思は常に国家の意思に従はざるへからざるを以て憲法中に特別の明文あるものを除く外は国家の他の法律命令に反する規定を設くることを得ず…と。然れとも自主権に依る規定は常に国家の規定に譲らざるへからずと謂ふことなし、唯其自主権の範囲の広狭に因りて其効力の強弱を定むることを得るのみ。而して皇室の自主権は其範囲頗る広大なるものにして苟も皇室に関する事は皆特別の規定を設くることを得、而して皇室典範

(45) 以上、副島義一『日本帝国憲法論』131頁以下。

の此広大なる範圍を有することは憲法も亦之を認めたるものと解することを得。故に憲法第七十四條第二項の規定は唯一般に皇室典範を以て憲法の條規を変更することを得すと規定したるものにあらずして、唯皇室に関する事を特別に憲法中に規定せる事項は皇室典範を以て変更するを得すとの規定なり、從て皇室典範に於ては憲法の規定に対して特別の規定となる事も尚ほ之を規定せり。…故に憲法に於ては苟くも皇室に関することは其自主權に依りて特例を設くることを許したるものと謂ふことを得、唯或る場合に例外として皇室に關係することも憲法に之を規定して皇室典範に制限を加へたるのみ、故に皇室典範に規定せることは他の法律命令等に対して優先權を有す。皇室典範の規定か此優先權を有する所以は憲法七十四條第二項に…（中略）…とあるを以て憲法の條規は之を変更することを得さるも他の法律命令等は之を変更し得ると云ふ解釈の結果に依るにあらずして、却て皇室典範は皇室の固有する一種特別の自主權に依る規定なるを以て他の法令に優先することを得るものなり。然れども皇室典範に於ては全く皇室に關係なき事項を規定することを得ず、何となれば自主權なるものは性質上其団体に全く關係なきことを規定することを得ざるへければなり。…皇室典範は皇室の自主權に依る規定なり、從て自主權に依る法規も亦憲法の淵源なりと謂ふことを得。」⁽⁴⁶⁾

確かに副島も、「自主權」だからといって常に「国家の規定」に劣後するとは考えない。しかしその際、念頭に置かれているのは、あくまでも憲法の下位の法令（法律・勅令等）である。法律・命令に並ぶ効力は憲法それ自体が許容している限りでのみ認められるものに過ぎない。憲法改正による皇室典範規律事項への介入を妨げうる論理を副島の記述に見出すことはできない。⁽⁴⁷⁾

(46) 副島義一『日本帝国憲法論』133頁以下。

(47) 原田・前掲（注10）183頁は「副島は、典範を自主団体に関する自主法とした上で典範が優越するとしたのである」と述べている。しかし引用されている箇所は皇室典範に帝国憲法の一般原則から逸脱する例外的規定を置くことができるという趣旨を含むに過ぎず、有賀についてと同じ意味で「典範の優位」（本稿の表現では典憲の同位関係、即ち憲法改正による皇室典範規律事項の規範変動の排除）を語ることはできない。

第四節 野村淳治

一 有賀、清水、副島といった初期の論者を別として、次章以降見るように1900年代以降は「国家法説」が優勢になっていく。そうしたなかで「自主権説」を唱えたのが美濃部達吉と野村淳治であった。美濃部達吉については後に章を改めて論じることとし、ここでは野村の議論を確認しよう。野村淳治『憲法提要上巻』（1932年）は、皇室典範の性質について次のように論じている。

「皇室は国家に対して独立の人格者たる性質を具備せらるゝ公の団体であつて、その団体に属する皇族に対して、これを拘束すべき法規を制定するの権（自主権）を有せらるゝのである。皇室典範及皇室令は皇室がこの自主権に基づいて制定せらるゝ法規であつて、それは国家がその統治権に基づいて制定する法律命令と性質を異にするものである。皇室典範及皇室令それ自体は当然に国家の法律命令の如くに一般臣民を拘束すべきものではないけれども、皇室典範の規定中、皇位継承及摂政に関する規定は憲法第二条及第一七条の委任規定に基づいて発せられたものであるから、それは国内に公布又は公示せらるゝと共に、憲法第二条及第一七条の延長的規定として、国家の法律命令と同じく、国内の一般人民及官庁を拘束する力を有すべきものである。皇位継承及摂政に関する規定を除き、その意外の皇室典範の規定は原則として皇室の自主権に服従せる皇族に対してのみ拘束力を有すべきものであつて、一般人民を拘束すべきものではない。然し乍ら皇室に於てその自主権に基づく皇室典範を制定せられた後に於て、国家自らその統治権に基づき皇室典範の規定を国家の法律命令と同じく実施せむがために、これを国内一般に公布してその遵由を命ずることは、国家の自由になし得べき所である。かくの如くにして皇室典範及皇室令に属する規定にして、国家に由つて一般人民に対して公布せられ、国家より遵奉を命ぜられたものが、国家自身の制定した法律命令と同様の効力を有すべきものなるのは言ふを待たぬ。明治四〇年の皇室典範増補の規定の如きは、公式令第四条に依り国内の一般人民に対して公布せられたから、それは国家自身の法規と同一の効力を有するものと認めらる。」⁽⁴⁸⁾

(48) 野村淳治『憲法提要上巻』（有斐閣、1932年）195頁以下。

右の記述は後に見る1910年代以降の議論の文脈抜きでは十分に理解しえないが、ここで重要なのは、「公の団体」としての法人格を有する「皇室」には「自主権」が備わっており、皇室典範は元来かかる「自主権」の行使として制定されたものであって、明治40年皇室典範増補は一旦「自主法規」として成立した法規範が公式令によって公布されることによって国家制定法としての効力を有するに至った、という論理である。つまり同一の法規範が「自主権」によって成立するとともに、国家制定法としての性格を附与されることがありうるという議論である。⁽⁵⁰⁾ また、

(49) 野村は皇室典範（及び皇室令）の自主法規としての性格について、次のように詳述する。曰く、「皇室典範及皇室令が皇室の自主権法規たるに付ては、これを制定せらるゝ皇室が国家内に於て独立の人格者たる団体の性質を具へられてゐなければならぬ。併し乍ら我国に於て皇室は国家に対峙する独立の団体たる性質を具へられてはゐない。従つてその法律上独立団体たる性質を具へられてゐない所の皇室が自から法規を制定せらるゝことはあり得ない。皇室典範及皇室令は皇室といふ公の団体の法規ではなくして、法律命令と同じく、国家自身の法規であると解しなければならぬと主張する人もある」。しかし皇室には世伝御料や宮内官吏・宮内大臣があり、国家の歳出歳入とは別の独自の歳出歳入がある。「皇室は国家内に於て独立の団体（公法人）たる性質を有せらるゝものと解するときは、その独立団体たる皇室が国家の財産及天皇の普通御料と異つた世伝御料を有せられ、その皇室が国家の官吏と異つた宮内官吏を有せられ、その皇室が国家の歳出歳入予算と異つた皇室会計予算を有せられ、その皇室が国務大臣の輔弼する国務と異つた皇室の事務を有せらるゝ所以を故障なく説明することを得る」。しかし皇室の団体性を認めなければ明快に説明することはできない。「従つて余は、皇室を以て国家内に於て独立の人格を有せらるゝ団体であり、皇室典範及皇室令はその自治団体の制定せらるゝ自主権法規であると認めるのを以て適当なりと信ずる」（野村淳治『憲法提要上巻』213頁以下）。

(50) 野村によれば、公式令による公布を論拠とする国家法説に対し、その事実を以て皇室典範は国家の法規であると論定すべき理由はないと批判する。野村は、国内法化される以前の条約を例に挙げながら、皇室典範及び皇室令についても同様であり、それらはそれ自体として直に国家の法規ではないが、国家及び国民に対しても重要な関係を有しうるので、「従つて公式令は、皇室典範の改正及皇室令が勅定せられた後に於て、これを国家

皇位継承・摂政に関する規定は憲法の延長的規定と位置づけられていることも見落とせない。

更に憲法は、憲法と典範が相互に並行する法規であることを予想し、皇室典範によって憲法を変更することを認めず、「皇室典範を皇室典範として改正する場合には、帝国議会の協賛を経るを要せざるものとなしてゐる」。皇室典範は憲法を変更することはできないが、法律に抵触する規定を設けて皇族について適用除外を定めることができるので、「皇室典範はその効力の上よりいへば、憲法の下、普通法律の上に位すべきものである。若も皇室典範が憲法及法律と同じく国家の法規であるとすれば、憲法はその憲法と普通法律との中間に位する重要な国家の法規たるべき皇室典範の改正に、国家の重要機関たる帝国議会の協賛を

の法規たる憲法、法律及命令と同じく国内に実施せむがために、国内に公布することゝなしてゐるのである」と論じる。確かに、現在では公式令によって公布することになっているから、国内に公布される皇室典範改正の規定は国家的法規と同様の効力を有するが、憲法・皇室典範自身に公布規定があるわけではなく、皇室の自主権法規に留まる規定もありうる。従って、公式令上公布すべきこととなっているからといって、皇室典範・皇室令が帝国憲法及び皇室典範上公布することを要する国家の法規であると論ずることはできない（野村淳治『憲法提要上巻』220頁）。

- (51) 野村は、自治権に基づく自主法規は国家の法律命令に抵触しない限度で規定を設けることができるに過ぎないという批判に対して、「国家の法規を以て」特定の自治団体の法規による国家の法令の適用除外を認めることは不可能ではないと論じる（まさに帝国憲法74条1項がこれを暗示するとする）。曰く、「皇室の自主権法規たる皇室典範を以て普通法律に抵触する規定を設けることを国家に於て認めるとしても、他方に於て皇室典範を以て国家の最高の意思表示たる憲法を変更することを得ずといふ制限を存置する以上は、皇室の自主権法規たる皇室典範の改正によつて国家の統一が阻害せらるゝに至る虞はない。皇室典範は国家の普通法律に対して狭い限度に於いて…除外例を設けることを得るけれども、憲法典範に対しては原則として除外例を設けることを得ない。従つて皇室典範は国家の最高法律たる憲法の制限の範囲内にある自主権法規であるといふことを得る。」（野村淳治『憲法提要上巻』221頁）

経ることを要せざるものとすべき訳がない」。では帝国憲法74条の規定は何ゆえに設けられたのか。それは、憲法と法律は国家の重要な意思表示であるから、国家の重要機関である帝国議会の議を経るべきものだが、「皇室典範はその効力の点に於ては憲法及法律の中間に位するものなるに拘はらず、憲法及法律の如くに国家の意思表示たる性質を具ふるものではなくして、寧ろ皇室といふ独立の公の団体の意思表示たる性質を具ふるものであるから、その改正及増補に際し国家の重要機関たる帝国議会の協賛を経ることを要しないのであらう。普通法律よりも強い効力を有する皇室典範の改正及増補に国家の重要機関たる帝国議会の協賛を経ることを要せざる所より觀察して、皇室典範は国家の法規ではなくして、寧ろ皇室といふ独立団体の制定せらるゝ自主権法規であると解釈するのが至当である」。『憲法義解』には臣民の権利義務に関わらない云々とあるが、皇位継承の規定などについては正しくない。しかし「かくの如きは寧ろ例外であつて、皇室典範は皇室の自主権法規として皇室内部の事項、天皇と皇族との関係、皇族相互の関係に付て規定を設けることを以て、その主なる任務とすべきものである」。それ故、皇室典範が臣民との関係を規律する場合には憲法の委任が必要であり、帝国憲法2条・17条がその委任規定であるとされる。⁽⁵²⁾

二 皇室典範の効力論に関する野村の見解は、右の議論に既に暗示されているともいえる。野村曰く、皇室典範と帝国憲法との関係については自主権法規と国家の法規の関係であるので原則としては一方が他方を変更しうべきものではなく、通常は自主権の作用に委ねているけれども、「憲法は、例外の場合に於て、憲法改正法律を以て皇室典範の規定する事項に付自から新たに規定を設け、その憲法改正法律の規定に抵触する皇室典範中の規定をして効力を失はしむることを、絶対的に禁止してゐるものであるとは認められない」。帝国憲法2条・17条は皇位継承・摂

---

(52) 野村淳治『憲法提要上巻』216頁以下。

政について原則を定め、その詳細な規定を典範に委任している。「従つて国家は憲法第二条及第一七条の規定に改正を加へ、憲法中に皇位継承及摂政に関し、現在の規定よりも一層詳細なる規定を設け、それと同時にその憲法の規定に抵触する皇室典範の規定をして効力を失はしむることを得べきものゝやうに考へられる」。その他の規定についても「憲法はその皇室典範の規定を変更するの力を有しないものであると仮定せば、皇室典範は場合に依つては憲法よりも強い効力を有することになる。…併し乍ら憲法はかくの如くに皇室典範が憲法と同等の効力を有して国家の統一を害するに至ることを恐らくは認めていないであらう。従つてかくの如き場合に於て、議会の協賛を経た憲法改正法律はこれに抵触する皇室典範の規定をして効力を失はしむるの力を有するものと解釈せざるを得ない⁽⁵³⁾」のである。かくして野村は皇室典範の「自主権法規」としての性質を認めながら、否、それ故にこそ、その効力が憲法改正権に劣位することを主張するのである（「憲法優位説」）。

三 ところで、有賀・清水・副島の皇室典範論ではレースラー答議を除き、ドイツのどのような学説を参酌したかは明示されていない。この点、野村の『憲法提要』は適宜ドイツ語文献を参照することによって、学説受容の消息を明らかにする。

「第二節参考書。レーム、近代皇室法（君主家法）二四頁。シュテンゲル及フライシュマン編、行政法辞典、第一卷、二九〇—二九八頁、掲載、シュイッキング、執筆論説、自主権。ギヤアルケ、独逸私法、第一卷、一四二頁以下及四〇〇頁。ホルツェンドルフ及コーラー編輯、法律学全書（一九〇三年）第二卷掲載、アンシュイッツ著、独逸国法大意、四六五頁。…〔以下邦語文献⁽⁵⁴⁾〕」

シュッキング（「シュイッキング」）とギールケ（「ギヤアルケ」）の文献はともに自律（Autonomie）に関する文献である。⁽⁵⁵⁾ここで興味深い

(53) 野村淳治『憲法提要上巻』225頁以下。

(54) 野村淳治『憲法提要上巻』233頁以下。

のは並列的に挙げられているレーム『現代君侯法』とアンシュッツ『ドイツ国法綱要』の対抗関係である。アンシュッツはこの箇所ですべて「由来と成立から観れば、全て法は語の広義における『国法』である。全て法は国家の意思である。この意思が国家から直接的に、または間接的に発していようと、また明示に（法律）または黙示（慣習法…）に表示されていようとである」と述べ、「近代国家の法制定権の独占（Rechtssetzungsmonopol）」⁽⁵⁶⁾を語っている。これに対し、レームはアンシュッツを批判して次のように述べる。

「王位の法関係は確かに国家事項となっているが、しかしそれと並んで国家に対して独立の、即ち国家に対して対等な君主の家の事項であり続けている。君侯家法（fürstliches Hausrecht）は、統治権を有する家の家法に関する限り、アンシュッツが王位継承に関して…考えるように、完全に余すところなく国家化（verstaatlichen）されているわけではなく、寧ろ君侯家法はドイツ支邦国法に依拠しない独自の法源としての性質を保持している。統治権を有する君侯の家はなお国家から独立の、即ち国家によって剥奪することのできない国権に対する権利を有している。但し、国家の機関として、即ち国家のため、国家全体の利益が要求するようにこの権利⁽⁵⁷⁾を使用しなければならず、王統の利益が要求するようにはではない。」

この両者を参考文献に掲げた野村の立場は、皇室典範を「自主権法規」と性格づける点においてはあくまでもギールケ及びレームの学説に左袒するものであった反面、国法＝憲法を優位させる点でアンシュッツ及び

(55) Walther Schücking, Art. Autonomie, in: Stengel/Fleischmann (Hg.), Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. 1, 1911, 290-298; Otto Gierke, Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895, S. 142 (非国家的な自律的法定立を肯定する), S. 400 (上級貴族の家は法人格を有するゲノッセンシャフト的の社団であるとする).

(56) Gerhard Anschütz, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, in: Holtzendorff/Kohler (Hg.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft II, Sonderabdruck, Leipzig 1903, S. 465.

(57) Hermann Rehm, Modernes Fürstenrecht, München 1904, S. 24.

シュッキングに与したものと見られる。レームが導き出す家法秩序と憲法秩序の同格性、即ち王位継承規律の改変に際する家憲と憲法双方の同形的改正の必要性には、野村は与していない。純然たるレーム説は、後述するように、野村の同僚である美濃部達吉によって一時的に主張されたに過ぎず、その後清宮四郎に継承された。

第二章 対照像としてのドイツと *Autonomie* の否定

第一節 一木喜徳郎

『憲法義解』に示された「家法説」ないし「自主法説」は当初、有賀長雄・清水澄・副島義一らに継承されたが、これを一早く批判し、「国家法説」を提示したのは一木喜徳郎であったと考えられる。

一木によれば、ドイツにおいて「家法」を「王室自治ノ権能」に基づくものと説明する者が多いのはかつて国家を王室の「御料」（家産）と観念した名残であって、家法は家の名声を維持するための規律として導入され、また「王族」（男系親）は帝国直属の身分を有して領邦君主に服従しなかったために家法の制定には王族（男系親）の同意が必要とされた。しかし帝国崩壊後は王族（男系親）も君主の臣に降り、王位継承は「一家ノ私事」ではなく「国家ノ公事」と観念されるに及び、家法は「王室ノ内事ニ限局」され、「国政」に関する規定は憲法・法律に定められた。ヴェルテンベルク憲法が王族間の関係を家憲において定めることとしていることやブラウンシュヴァイク憲法が「大公家内部ノ関係」について「大公」（公：Herzog）が議会の議決なく家法を定めることができるとしているのはこの表現であり、家憲がこの範囲の規律に止まる以上はこれを「王室自治ノ規定」と見ることも理由がないではない。⁽⁵⁸⁾

---

(58) 一木喜徳郎「皇室典範ノ性質」法学協会雑誌21巻（1903年）1248頁以下：「独逸諸国ノ家法ヲ論スル者ハ之ヲ以テ王室自治ノ権能ニ本ツクノ規定トナス者多シ蓋シ諸国ノ家法ハ往時国土ヲ視ルニ王室ノ御料ヲ以テシ之

しかし、ドイツの王室家憲とは異なり、皇室典範が実際に規定している事項は「国法ノ大則」であり、これを「皇室自治ノ規定」とみるのは適切でない。また仮に自治規定であるとすれば、原則として国家の意思表示である法律・命令に劣後することとなり、「皇室典範ノ品位ヲ降殺シ其輕シク変更セラレサルノ保障ヲ減却」してしまう。帝国憲法74条2項から推論すれば「皇室典範ハ憲法ノ条規ヲ変更スルヲ得サルモ普通法律ノ上ニ位シ皇室ニ関スル事項ニ付テハ其規定ヲ変更スルノ力」があることが導かれる⁽⁵⁹⁾。また、国家は皇室の自治権を明示に認めておらず、憲法制定以前に皇室の自治権の基づく命令が発せられた痕跡もないから、「元首ノ大権」のほかに「皇室ニ自治ノ権能」があるとは認めがたい⁽⁶⁰⁾。

ヲ諸子ニ分配スルノ慣習広ク世ニ行ハルルノ時ニ当リ其繼承ノ順序ヲ一定シ其分配ヲ制禁シテ以テ王室ノ家声尊嚴ヲ保ツノ趣意ニ出テタルモノ多ク且当時各国ノ王族ハ独逸帝国ニ直隸シテ各国君主ノ命ヲ奉スルノ義務ナク家法ノ制定變更凡テ其同意ヲ得ルヲ要セサルヲ以テ当時家法ハ能ク王室自治ノ規定タルノ実ヲ具ヘタリト謂フヘシ独逸帝国ノ瓦解ニ因リ各国王族モ各国君主ニ臣従シテ其権力ノ下ニ立ツニ至リ且統治権ノ性質ニ関スル思想モ亦全ク一變シ君位繼承ハ国家ノ公事ニシテ一家ノ私事タルニ止ラサルノ理普ク世ニ認メラルルニ及テ家法ハ漸ク其規定ヲ王室ノ内事ニ限局シ事ノ国政ニ渉ルモノハ憲法又ハ他ノ法律ヲ以テ之ヲ定ムルニ至レリ諸国ノ憲法ヲ定ムルニ当リ家法ノ規定ヲ其条章ニ移シタル者尠カラス又二三ノ憲法ハ明文ヲ以テ家法ノ範圍ヲ限定セリ「ウエルテムベルヒ」憲法カ王族ト族長タル君主トノ關係及王族相互ノ關係ハ別ニ家法ヲ以テ之ヲ定ムト規定セルカ如キ「ブラウンシュワイヒ」憲法カ大公家内部ノ關係ハ族長タル大公家法ヲ以テ之ヲ定ム家法ハ国会ノ同意ヲ経ルヲ要セス但家法ヲ以テ此憲法ノ規定ヲ變更スルコトヲ得スト規定セルカ如キ是ナリ家法ノ規定ニシテ其範圍此ノ如シトセハ王室自治ノ規定ヲ以テ之ヲ視ルモ亦必スシモ故ナシト為サス」。

(59) 帝国憲法74条2項からこれを導出することに対する批判として、副島義一『日本帝国憲法論』135頁。

(60) 一木喜徳郎「皇室典範ノ性質」1249頁以下：「皇室典範ハ皇位繼承ノ順序摂政ニ関スル事項等国法ノ大則ヲ定ムルモノ尠カラス皇室自治ノ規定ヲ以テ之ヲ視ルハ其実ニ適セサルナリ仮ニ皇室典範ヲ以テ皇室自治ノ規定ナリトセンカ憲法カ特ニ皇室典範ノ規定ニ譲リタルモノ（第二条第十七

憲法が皇室典範に一定の規定を委譲しているからといって、皇室典範が憲法の一部になったともいえない。従って、「皇室典範ハ皇室自治ノ規定ニ非ス又憲法ノ一部ニモ非ス法律命令ト同シク国家ノ命令ノ一種」であるに過ぎない。議会の協賛と大臣の副署を要しないことはこの結論を覆すに足りる論拠ではない。⁽⁶¹⁾

条) ヲ除クノ他国家ノ意志表示ナル法律命令ニ抵触スルノ規定ヲ設クルコトヲ得ス又国家ノ意志表示タル法律命令ヲ以テ其規定ヲ廃止変更スルヲ得ヘキノ理アリ是レ現ニ普国国法学者カ普国家法ト法律トノ関係ニ就キ論断スル所ナリ此ノ如クハ皇室典範第十章ノ規定ノ如キハ其効力ニ疑ヲ挟ムヘキ者少ナカラサルニ至ルヘシ是レ豈ニ皇室典範ノ品位ヲ降殺シ其輕シク変更セラレサルノ保障ヲ減却スルモノニ非スヤ憲法第七十四条第二項ニ曰ク皇室典範ノ条規ヲ以テ此ノ憲法ノ条規ヲ変更スルコトヲ得スト此ニ由テ之ヲ推セハ皇室典範ハ憲法ノ条規ヲ変更スルヲ得サルモ普通法律ノ上ニ位シ皇室ニ関スル事項ニ付テハ其規定ヲ変更スルノ力アルコトヲ知ルヘキナリ且自治ノ権能ハ国法ノ明カニ認ムル所ナラサルヘカラス之ヲ歴史ニ徴スルモ憲法制定前ニ在テハ国家ノ命令悉ク元首ニ出テ絶テ皇室ノ自治権ニ由リ命令ヲ発シタルノ痕ナシ而シテ憲法亦皇室ノ自治権ヲ認ムルノ規定ヲ設ケサルトキハ憲法制定ノ前後共ニ元首ノ大権ノ外皇室ニ自治ノ権能アルコトヲ認ムル能ハサルナリ。

- (61) 一木喜徳郎「皇室典範ノ性質」1250頁以下：「然レトモ皇室典範ヲ以テ憲法ノ一部ト見做スモ亦不可ナリ諸国憲法ハ明ニ家法カ憲法ノ一部ナルコトヲ定ムルモノナキニ非ス「バーデン」憲法カ統治権ハ千八百十七年十月四日ノ布告ニ依リ大公家ニ世襲ス此布告ハ家法ノ基礎トシテ憲法ノ要部ヲ成シ全文ヲ此憲法ニ収容シタルモノト認メラルヘシト云ヘルカ如キ「ヘスセン」憲法カ君位繼承ノ細則及摂政ニ関スル事項ハ家法ヲ以テ之ヲ定ム家法ハ此關係ニ於テ憲法ノ一部ト認メラルヘシト云ヘルカ如キ是ナリ然レトモ憲法カ規定ヲ皇室典範ニ譲リタルモノアルノ故ヲ以テ直ニ皇室典範ヲ憲法ノ一部ト見做スコトヲ得サルハ猶ホ憲法カ貴族院ノ組織ヲ命令ニ譲リ衆議院ノ組織ヲ法律ニ譲リタルノ故ヲ以テ貴族院令ヲ憲法ノ一部ト見做シ衆議院議員選挙法ヲ憲法ノ一部ト見做スコトヲ得サルカ如シ憲法第七十四条ノ如キハ皇室典範ノ明ニ憲法ノ一部ニ非サルコトヲ示スモノト謂フヘシ皇室典範ハ皇室自治ノ規定ニ非ス又憲法ノ一部ニモ非ス法律命令ト同シク国家ノ命令ノ一種ノミ憲法第七十四条カ特ニ皇室典範ノ改正ハ帝国議會ノ議ヲ経ルヲ要セサルコトヲ規定セルハ偶々以テ其国家ノ命令ナルコトヲ認メタルノ一証トスルニ足レリ議會ノ協賛ヲ要セス大臣ノ副署ヲ要セサルノ

以上のように、一木は皇室典範に関して「国家法説」を主張するものの、帝国憲法と皇室典範の効力関係について何も述べていない。しかし、「法律命令ト同シ」とする論旨からすれば、「憲法優位説」的思考によっていたと推認することができよう。

第二節 井上密

一木に続き、「国家法説」を主張したのは井上密「皇室典範ノ性質」(1908年)であった。井上によれば「皇室典範ハ皇室ノ自治権ニ基ツク内部ノ規定」ではない。「抑々自治権トハ(Autonomie)一国統治権ノ主体カ其国家団体内ニ於ケル一個人又ハ人格ヲ有スル一団体ニ其内部ニ対シ法令ノ認許シタル範囲内ニ於テ一定ノ規則ヲ制定スルノ権力ヲ指スモノナリ故ニ自治権ナルモノ、存在センニ其自治権ノ上ニ位スル権力主体ノ存在スルコトヲ要ス」。ところが、「我国ニ於テハ憲法第四条ニ依リ天皇カ統治権ノ主体ナルカ故ニ…天皇以上ノ権力者ナク皇室自治権ノ存在スヘキ前提ヲ欠クヲ以テ天皇ノ発令ニ関ル皇室典範ヲ皇室ノ自治権ニ基ツクモノト認ムルコト能ハサルハ頗ル明白ナル法理ナリ」。周知の如く、井上は天皇主体説をとるが、このことから皇室典範は端的に統治権の発動とされ、「自治権」——井上の理解によれば上位権力の存在を前提する——による規定であることが否定される。

この行論において、井上は、ドイツの王室家憲が自治権の発動と理解されていることの前提には旧帝国内制における領邦君主が帝国及び皇帝⁽⁶²⁾に從属する地位にあったことがあると指摘する。確かにドイツでも、例

故ヲ以テ国家ノ命令ニ非ストスルヲ得サルナリ」。

(62) 井上密「皇室典範ノ性質」京都法学会雑誌3巻2号(1908年)3頁以下:「例ヘハ独逸ノ古ニ於テ帝国(Reich)ニ皇帝(Kaiser)アリ其下ニ王(König)公(Herzog)及侯(Fürst)ナルモノアリタルトキニ当リ皇帝ノ権力ニ依リテ王家公家及侯家ニ自治権ヲ認メ其家族内部ニ関スルコトヲ規定セシメタルカ如キ…是等ハ皆其自治権者ノ上ニヨリ高キ権力者アルコトヲ前提トナス」。

えば1832年10月12日ブラウンシュヴァイク公国憲法23条は「公家の内部関係は家長としての領邦君主により家憲によって規律される。家憲は議会の同意を必要としない。但し、家憲によって領邦基本法に含まれる条項を変更することはできない」と規定するが、ここから「ブラウンシュワイヒ国ニ於テハ其君主自ラ憲法ヲ作り其憲法ニ於テ其公家ノ族長タル資格ニ於テ公家ノ家法ヲ制定シ得ヘキ自治権ヲ認メタルニアラスヤ即チ自治権ハ必シモ他ノ権力者ニ依リテ之ヲ認許セラル、コトヲ要セス国王ハ自己ヲ族長タル資格ニ置キ之ニ対シテ自治権ヲ認ムルモ可ナリト主張スルコト」は、「皮相ノ見解ニ陥リタルモノ」である。何故ならドイツ諸邦においては統治権の主体は国家であり、君主は国家の機関に過ぎないからである。ブラウンシュヴァイク憲法は「統治権ノ主体タル国家カ其機関タル公ニ対シ公家ノ族長タル資格ニ於テハ其公族ニ対シ自治権ヲ有スルコトヲ認メタルモノ」であり、右の自治権概念と矛盾するものではない。⁽⁶³⁾ 公布されなかったという事実も自治権説を基礎づけるものではない。⁽⁶⁴⁾ また、自治権的規定であれば皇室の内部関係を越える規定を設定

(63) 井上密「皇室典範ノ性質」4頁以下。

(64) 井上密「皇室典範ノ性質」5頁以下：「又或論者ハ皇室典範カ其制定ニ際シ公布セラレスト云フコトヲ理由トナシ國務ニ関ル法令ニアラスシテ自治権ニ基ツク内部ノ規定ナリト主張スト雖トモ是又充分ナル理由トナスニ足ラス何トナレハ其規定スル所ハ主トシテ皇室ニ関スルヲ以テ一般国民ニ告知セシムルノ必要ナキヲ以テ皇室内部ノ者及ヒ官府有司ニ告知セシメタルニ止メタルナルヘク且又当時公文式ノ規定アリトスルモ憲法制定以前ニ於テハ所謂專政主義ニシテ前ノ命令ニ反対スル後ノ天皇ノ行為ハ其命令ノ変更若クハ例外ヲナシタルモノト認ムヘキ時代ナルヲ以テ当時ノ公文式ニ依ラサル天皇ノ発令ハ悉ク國務ニ関ル法令ニアラスト断言スルコト能ハサレハナリ、況ンヤ明治四十年二月十一日ヲ以テ制定セラレタル皇室典範増補ハ宮内大臣及ヒ國務大臣之ニ副署シ官報ヲ以テ公布セラレシニ於テヤ憲法制定以後ニ於テハ其第五十五条第二項ヲ以テ凡テ法律勅令其ノ他國務ニ関ル詔勅ハ國務大臣ノ副署ヲ要スルコトヲ規定シ此規定ハ天皇一個ノ意志ヲ以テ変更廃除スルコト能ハサルカ故ニ天皇ハ國務ニ関ル有効ナル法令ヲ制定セント欲スレハ本条第二項ノ要件ヲ充タサ、ルヘカラス皇室典範

することはできないが、実際には「皇位ノ継承摂政ノ設定等…欧州諸国ニ於テハ当然憲法中ニ規定スル」事項や「人民ヨリ皇族ニ対スル訴訟及ヒ皇族ヲ勾引シ又ハ裁判所ニ召喚スヘキ条件場合等…民事訴訟法裁判所構成法若クハ刑事訴訟法等ニ於テ規定スヘキコト」が含まれており、「是ヲ皇室内部ニ関スル規定ナリト云フハ曲言スルモノ」と言わなければならない。⁽⁶⁵⁾——このように、井上は単なる沿革論や規律内容の対比を越えて、「自治権」の概念の前提に立ち返りつつ、日独国制の根本的相違、すなわちドイツの国家主権と日本の天皇主権の相違を指摘するのである。

さて、かように「自主法説」が否定される以上、井上において皇室典範は「国家法」でしかありえない。もっとも、井上によれば、皇室典範は憲法の一部ではない。確かに憲法に規定されて然るべき事項が皇室典範に譲られているが、憲法と同一の事項を規定するからといってそれが憲法の一部になるわけではない（井上は会計法が憲法の一部ではないことを例として挙げている）。確かに、「欧州ニ於テハ憲法制定ニ際シ其以前ヨリ存在スル王室家法ヲ以テ憲法ノ一部分ナリト憲法ニ於テ規定シ新ニ憲法規定中ニ王位継承ノ資格及順序又ハ摂政設置ノ条件場合等ヲ規定スルノ勞ヲ省略セルモノ」があるが、「斯ノ如キハ其憲法ノ規定アル国ニ於テ之ヲ云フコトヲ得ルニ止マリ我国ノ如ク皇室典範ヲ以テ憲法ノ一部トナスト云フ規定ナキトキハ主張」⁽⁶⁶⁾することはできない。

それでは皇室典範はどのような効力をもつ国家法なのか、井上によれば、皇室典範は憲法と法律の「中間ニ位スヘキ効力」を有する。その際、井上は、帝国憲法74条2項を根拠として、皇室典範は憲法の条項を変更

増補ニ関シ天皇カ此要件ヲ充タシ國務大臣ノ副署ヲ以テ之ヲ公布シタル所以ノモノハ天皇自ラ之ヲ以テ國務ニ関ル法令ト認メ賜ヒタルニアラスシテ何ソヤ」。

(65) 井上密「皇室典範ノ性質」6頁以下。

(66) 井上密「皇室典範ノ性質」8頁以下。

しえないがその他の法令は変更しうるとし、或いは憲法以外の国法が憲法を変更しえないことは当然であるから帝国憲法74条2項は皇室典範に憲法以外の法令の改廃力を言外に示したものであるとする説明を一蹴する（前述の一木及び清水の説が念頭にあると見られる）。⁽⁶⁷⁾井上はここで、「我憲法第七十四条ト最モ之ニ類似セルブラウンシュワイヒ憲法第二十三条トヲ対照比較シ我憲法第七十四条ノ本義ヲ明ニ」せんとする。曰く：

「此規定ノ意義ハ憲法ハ公家内部ノ規定ヲ以テ家法ニ一任シ法律其他ノ国法ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ許サス而シテ家法ニ依リテ之ヲ規定スルニ當リテハ仮令立法事項ニ関スルコトアルモ公家内部ノコトナル以上ハ国会ノ協賛ヲ要セス然レトモ憲法ニ於テ存在スル規定ナル以上ハ仮令公家内部ニ関スルコトナルモ家法ニ依リテ之ヲ変更スルコトヲ許サルト云フニ在リ即チ本条末項ハ憲法ハ家法ヲ以テ変更スルコトヲ得サレトモ法律其他ノ国法ハ之ヲ変更シ得ヘキコトヲ示スモノニアラス公家内部ノ關係ハ元來家法ノ独占的規定ニ屬シ法律其他ノ国法ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ許サ、ルカ故ニ法律ト家法ト触接スルコトナシ從テ家法ヲ以テ法律ヲ變更シ得ルヤ否ヤノ問題起ルコトナシ唯憲法ハ君位繼承ノ資格順位及摂政設置ノ条件場合等ヲ規定スルノ必要アリテ公家内部ノ關係ニ関シテモ亦規定スルコトアルカ故ニ家法ト触接スルコトアリ其触接ニ際シ其抵触ノ調和解決トシテ家法ヲ以テ憲法ヲ変更スルコトヲ得スト規定セルナリ故ニ此末項ヲ解釈シテ家法ヲ以テ憲法ヲ變更シ能ハサレトモ法律ハ此限りニアラストナルカ如キハ其根本ニ於テ誤謬アルモノナリ」⁽⁶⁸⁾

つまり「公家内部ノ關係」は家憲の「独占的規定」であり、法律その他の国法形式の容喙が排除されており、他方で憲法はこの領域についても規定するものであるから「抵触ノ調和解決」として家憲によって憲法的条項の変更不可能が規定されているのである。翻って日本では憲法上に皇室典範の独占的規定事項を定めておらず、ブラウンシュヴァイクとは「多少趣ヲ異ニス」としても、その精神は「其意義ヲ同フスルモノ」

(67) 井上密「皇室典範ノ性質」9頁以下。

(68) 井上密「皇室典範ノ性質」11頁以下。

である。即ち、帝国憲法74条は1項において皇室典範なるものを認め、その改正は仮に立法事項であっても議会の協賛を要しないことを示し、皇室典範の改正によってその範囲内に限り法律を変更することがありうることを明らかにしたものである。従って、皇室典範の法律に対する効力は帝国憲法74条1項から導かれるべきであり、同2項は憲法との抵触を解決する規定として理解されるべきである。⁽⁶⁹⁾そして、皇室典範は自治権に基づく規範でも、憲法の一部でも、また帝国議会の協賛を要する法律でもない以上、井上は消去法的に「皇室典範ハ勅令ノ一種ナリ」と結論するのである。⁽⁷⁰⁾

第三節 市村光恵

井上密の学説は市村光恵によって発展的に継承された。天皇主体説を採っていた『憲法要論』(1904年)において既に井上の学説が殆ど祖述されているが、⁽⁷¹⁾その主著と目される『帝国憲法論』(1915年)においても「皇室典範ハ皇室内部ノ事ヲ規定スル国法ニシテ其効力ハ憲法ノ下法律ノ上ニ在ルモノナリ」⁽⁷²⁾として「国家法説」+「憲法優位説」の立場が鮮明にされている。ここでは後者に準拠して市村の見解を検討する。

市村によれば皇室典範の規律事項は皇室内部事項であるが、その性質は「国法」(国家制定法)であって「自主権」による規範ではない。市村によれば、ドイツでは王室家憲を *Autonomie* に基づく規範とするのが「通説」であるが、専ら沿革によるものである。即ち、ドイツにおいては14世紀以降、ローマ法の伝播に対抗して親族相続関係を家法として

(69) 井上密「皇室典範ノ性質」12頁以下。

(70) 井上密「皇室典範ノ性質」14頁。

(71) 市村光恵『憲法要論』(有斐閣書房, 1904年) 151頁以下。なお、市村光恵『憲法大意』(寶文館, 1906年)や、天皇機関説への移行後の市村光恵『国家及国民論』(国民大学会, 1914年)、市村光恵『憲法精理』(松華堂, 1925年)には皇室典範に関する記述はない。

(72) 市村光恵『帝国憲法論』(有斐閣書房, 1915年) 252頁。

規定することでその適用を免れようとし、かつ領邦は帝国に直属する主権を欠く存在であったために、家憲制定権は「各君家ノ自主権」と見做された。帝国崩壊と主権（「地方高権」）獲得後もそのような理解が維持されたが、王位継承法は家産相続ではなく国家の「公事」に関する法規範であり、「私法」ではなく「公法」であるという観念が生じた結果（市村は学説の発展についてレーム『現代君侯法』の参照を指示する）、君主-家族関係についても国家の「公事」に関する法規範は議会の協賛を要するものとされ、「自主権」によって定めうるのは純然たる家族内部関係に限定されると考えられるに至ったものである。そしてこの観念が国家法人説・君主機関説と結合して王室家法＝「自主権」説として結晶して我が国に影響を及ぼしているのである。⁽⁷³⁾——最後の件は統治主体

(73) 市村光恵『帝国憲法論』257頁以下：「王室ノ家法ヲ以テ自主権ニ基ク法規ナリトスルハ独逸学者ノ通説ナリ是レ彼レノ沿革ニ基クモノニシテ強チ攻撃スヘキニアラス元來現今ノ独逸各国ハ其昔独逸帝国ニ隸属セル諸侯タリシヲ以テ事実上ニモ法理上ニモ主権ヲ有セス唯十四世紀以來羅馬法ノ侵入ニ連レテ王室ハ從來慣行シ來リタル特別法ニ依リテ其王室ノ親族関係相続関係ヲ規定シ之レニ依リテ羅馬法ノ適用ヲ免レントシ別ニ王室ノ家法ヲ制定セルモノナリ而シテ諸侯ハ尚ホ名義上ハ其上ニ皇帝ト称スル主権者ヲ戴キシヲ以テ其家法ヲ定ムル権能ハ各君家ノ自主権ト見做サレタリ独逸帝国ノ頽廢ト共ニ各国ハ地方高権ヲ取得シ完全ナル国家ノ形体ヲ具フルニ至リシト雖モ尚ホ此思想ハ保存セラレ地方君主カ發スル家法ハ彼レカ国家ノ機関トシテ發スルニアラスシテ唯其王族ノ族長トシテ自主権ニ依リテ發スルモノナリト見做サレタリ近世国家思想ノ發達ト共ニ君位継承法ハ王室財産相続法ニ非スシテ国家ノ公事ニ関スル法ナリ諸侯ノ家系継承ヲ定ムルハ私法ニ非スシテ公法ナリトノ観念ヲ生セル結果（学説ノ沿革ハレム「近世ノ王室家法」一九〇四年一頁以下ヲ参照スヘシ）君主一家内ノ関係ト雖モ国家ノ公事ニ関係スル法規ニ至リテハ議會ノ協賛ヲ得ルニ非サレハ之ヲ定ムルコトヲ得サルニ至リ…王室自カラ定メ得ヘキモノハ純然タル一家内ノ関係ニ止マルヘキモノトスル思想確定セラレステ此思想ハ近世ノ国家法人説即チ国家カ統治主体ニシテ君主ハ国家ノ機関ナリトスル観念ト結合シテ王室家法モ亦自主権ニ基ク法規ナリト観念セラルルニ至リ独逸学者ノ多数カ之ヲ唱ヘ延テ我国ニモ亦其影響ヲ及ホスニ至レリ」。

説と「自主権」説の相反性を説く井上密の理解を受けた議論であろう。

しかし、市村によれば、日本の皇室典範を「自主権」に基づく法規と見ることはできない。第一に、自主法と謂いうるためには、その主体は法人格を有する団体でなくてはならないところ、皇室はかような性質を具備していない（市村は上級貴族の家を法制定権を備えた団体とするギールケ⁽⁷⁴⁾の所説を引きつつ、その議論は我が国には妥当しないとす）。第二に、皇室典範が当初、公布されなかったのは、法的性質を左右する問題ではなく、単なる事実の問題に過ぎない。第三に、自主法であれば法律命令に抵触しえないところ、皇室典範の改正に議会の協賛が不要であるなど、性質上当然のことが取えて帝国憲法に規定されている理由を説明することができない。寧ろ、この規定は皇室典範が国家法であるからこそ意味をもつものである。更に、第四に、天皇主体説から出発する場合には皇室典範を自主権と説明することには論理的な無理がある（この件は清水澄を念頭に置いた議論であろう⁽⁷⁵⁾）。

効力論については憲法改正によって皇室典範の内容が効力を失うことはありうるとされる。

「憲法ト皇室典範ノ規定トカ抵触スル場合ニハ典範ハ其効力ヲ失フ是レ憲法ノ効力カ典範ニ勝ル当然ノ結果ナリ…憲法ヲ改正シテ其中ニ皇室ニ関スル規定ヲ収納スルハ敢テ不可能ノコトニアラサルカ故ニ将来此ノ如キ憲法ノ改正アラハ典範ト憲法トハ抵触シ其部分ニ於テハ典範ハ其効力ヲ失フニ至ルヘシ。」⁽⁷⁶⁾

第三章 「典憲同位説」の確立

第一節 末岡精一

ところで、『憲法義解』・『皇室典範義解』に示された帝国憲法と皇室

---

(74) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895, S. 148.

(75) 市村光恵『帝国憲法論』258頁以下。

(76) 市村光恵『帝国憲法論』264頁。

典範を分離・並立させる思考がドイツ憲法学の通常の思考と異なることは当初から認識されていた。前述の有賀の他、末岡精一『比較国法学』（1899年）もまた次のように述べ、日独（ここではプロイセン）を対比的に描き出している。

「普国ニ於テモ亦タ憲法ヲ制定スルニ際シ、君位継承ノ事ハ已ニ王室典範ノ規定アルガ故ニ、之ヲ認メ、憲法ニ於テハ只ダ君位ハ皇統男子ノ男子ノ長幼、近親ノ順次ニヨリ継承スベキコトト定メタルノミ…。而シテ憲法ト王室典範ノ関係ハ、我国ノ憲法ト皇室典範トノ関係ト、法理上ニ異ル所アリ。即チ普国ニテハ憲法ヲ以テ皇室典範ヲ変更スルコトヲ得ベシ、我国ニ於テハ憲法ヲ以テ皇室典範ヲ変更スルコトヲ得ズ、（法理論ニ大関係アリ、普国ニテハ憲法性質修正手續ニテ国最高ノ命令ナリ、以テ他ノ法規ヲ支配ス我憲法モ矢張然ルモ皇室典範ハ之ト並立ス⁽⁷⁷⁾。）」

しかし皇室典範の法的性質について、末岡は詳しく論じておらず、「法理上」の相違が何故に生じ、また生じうるのかについて論じるところがない。既に見たように、「自主権説」の立場からの「典憲同位説」の主張が理論的限界を抱えていたとすれば、その成否は皇室典範を「国家法」と位置づけることが可能か否かに依存することになる。

第二節 穂積八束

実際、皇室典範を「国家法」として性格づけることによって帝国憲法との同格性を基礎づけることが、戦前期の多数の憲法学者によって主張されることになる。その先鞭をつけた代表的論者こそ穂積八束であった。

穂積は当初、「帝国憲法ノ法理」（1889年）において、「国王死せず」の法諺に表現された国家法人の「無窮」性の観点から、皇位継承は「皇室ノ定メニシテ国法上ノ定メニアラス」という命題を導出する他に類のない独特の議論を提示し⁽⁷⁸⁾、また皇室典範については公布及び臣民の遵守義

(77) 末岡精一『比較国法学』（博文館、1899年）31頁。

(78) 穂積八束「帝国憲法ノ法理」（1889年）上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』（有斐閣、1913年）23頁以下（第2条注釈）：「第一 皇位継承ノ法

務がない限りで法律・勅令とは異なる法規であり、帝国憲法74条は法律・勅令の制定手続によって改変しない原則を示したものであると説明するに留めていた。特に帝国憲法との効力問題については、皇室典範と帝国憲法は原則として規律範囲を異にするものとしつつも、「万一ニモ相衝突スルノ条項アル時ハ憲法ニヨラサル可ラス」として⁽⁷⁹⁾⁽⁸⁰⁾いた。

理 皇位継承トハ天皇ノ権ヲ得ル順序ト申スコトニシテ此憲法ニテ定メタル所ハ皇男子孫ト申ス標目ヲ定メタルニ過キス他ノ事ハ皆皇室典範ノ示ス所ニ依ヘク而シテ皇室典範カ法律上ノ価値即チ其法力如何ニ至リテハ第七十四条ニ於テ説明スヘシ皇男子孫タル事ヨリ以外ノ資格ハ此憲法ニ於テ定メル事ヲナス又他ノ法律ヲ以テハ定メル事ノテキヌ者ナル即チ皇室典範ニ於テ定メタル所ハ法律ヲ以テ改正シ得サルナリ皇男子孫ナル資格ハ女子ノ血統並ビニ女子自身ノ皇位ニ登ルヲ許サル法ナリトス皇位継承ノ法理ニ向テ普通私法上ノ相続ト同シキ法理ヲ適用セントスルノ説アレトモ是謬見ニシテ且無用ノ説トイウヘキノミ夫レ国家ハ公法上ノ法人ニシテソノ法人ノ体ヲ成ス者ハ即チ君主ナリ甲ノ君主崩御シ乙ノ君主即位セララルニ方タリ公法ハ之ヲ目シテ法人ノ變化ト成サス王者不死ナル古諺ハ蓋シ法理ヲ認メタル者ナリ抑モ国家ノ法理上ノ主体即チ法人タル性質 *Persönlichkeit* ハ無窮ニシテ皇位継承ナル者ハ専ラ皇室ノ定メニシテ殆ント国法上ノ定メニアラスト言フベキナリ唯政治上ノ定メタルノミナリ先帝ト今帝トハ法律上同一ノ人ヲ組成シ建国以來歴代帝王ノ行為ハ悉皆今帝ノ継続スル者ナリサレハ憲法ノ上ニ即位ノ事ヲ掲ケサルモマタ同一ノ法理ニ出タル者ニシテ即位ナルモノハ国法上之ヲ待チテ主権ノ讓渡カ完成シタリト申ス効力アルニアラス即位ノ例ヲ行ハストモ皇帝御ノ時ハ瞬間ヲ待タスシテ皇太子即チ君主ナリ法理ハ決シテ皇位ノ空虛ヲ認メサレハナリハノーブル国王嘗テソノ父王ノ発布シタル憲法ヲ破ラント欲シ彼ノ憲法ハ父王ノ発付セラレタル者ナレハ我ノ知ル所ニアラス我ハ別ニ新憲法ヲ制定スヘシト主張シタルコトアリシカ前述ノ理由ニ依リ先王ト今王トハ法律上別人視スヘキ者ニアラストノ説勝ヲ制シテハノーブル王ノ意見ハ行ハレサリキ又先頃普国先帝崩殂ノ時モ其崩殂ハ皇太子ニ報シタルニアラスシテ皇帝ニ報シタリ我邦モ同シ理由ニテ先帝ト今帝トハ法理上別人視スベカラズ然ラサレハ国家ト皇帝トヲ別ニスル推論ニ陥リ為ニ国体ヲ損スヘケレハナリ」。

(79) 穂積八束「帝国憲法ノ法理」140頁以下：(第74条注釈)「皇室典範ハ法律ニアラス法規ノ一種ニハ相違ナキモ勅令ニモアラサルナリ其勅令ト異ナル処ハ之ヲ第三者ニ向テ臣民ノ奉戴スル義務ヲ生セサルノ点ニ在リ何トナレハ之ヲ布告セサル者ナレハナリ若シ之ヲ布告スレハ勅令ノ一部ヲナス

ところが穂積は『憲法提要上巻』（1910年）において異なる見解を唱えるに至る。

「皇室典範ト帝国憲法トハ共ニ国家ノ根本大法タリ。二者ハ時ヲ同フシテ制定発布セラル。其ノ形体ヲ異ニスルモ、其ノ実質ハ相通シテ用ヲ為ス、兩兩孤立セス、輕重ノ差ナク、上下ニ分ナシ。独、将来若其ノ条項ヲ改正スルノコトアルニ当リテハ、二者各々其ノ手續ヲ異ニス、一ハ議會ノ議ヲ要セス一ハ之ヲ必要トス。唯此ノ分界ヲ紛スコトヲ許ササルナリ、故ニ憲法ハ此ノ将来ニ向フテノ万一ヲ慮リ、典範ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得サルヲ明言ス、典範ノ改正増補ノ名ニ於テ、議會ノ議ヲ逃レ、以テ憲法改正増補ノ実ヲ為スノ事ナキヲ警戒スル者ナリ。又憲法ノ条項ノ改正増補ノ名ニ於テ典範ノ実質ヲ改變スルハ亦之ヲ許ササルハ、二者ヲ明画シテ各々別個ノ成典トシ、其ノ變更ノ手續ヲ異ニスルノ義ニ照シテ明白ナリ。…按スルニ、典範ヲ以テ憲法ヲ變更スヘカラサルコトハ特ニ明文ノ示ス所ナリ、憲法ヲ以テ典範ヲ變更スルコトハ之ヲ許スモノナルカ。然ラス、抑々我カ建国ノ制体ハ皇位即チ国家ノ首脳タリ、皇室ノ事務、政府ノ事務、之ヲ混

者ナリ茲ニ臣民ノ奉戴スル義務生セスト云ヒシコトハ勿論法律上ノ見解ニシテ決シテ皇室典範ヲ蔑視シタル見解ニハアラサルナリ故ニ議會ノ協賛ヲ終ルヲ要セスト明文ヲ以テ明示セリ此レ皇室典範ニ定メタル事項ハ立法又ハ勅令ノ手續ヲ以テ之ヲ變更セスト云フ原則ヲ示シタルモノナリ皇室典範ヲ以テ此憲法ノ条規ヲ變更シエサルコト本条明文ニ掲載セリ然シテ憲法ト典範トノ二者相矛盾セサル所以ハ其効力ノ及フ区域ヲ異ニスレハナリ万一ニモ相衝突スルノ条項アル時ハ憲法ニヨラサル可ラス」。

- (80) その後、1902年に皇族講話会において行われた穂積八束「皇室典範講義」では次のように述べるに留め、潜在的抵觸可能性を捨象して論じている：「典範ト憲法ト輕重アリヤト云ヒマスレバ決シテ輕重ハゴザリマセヌ。…典範ト憲法ト抵觸スル場合ハ如何ト云フ問題ガ起リマセウガ、元來此ノ二ツノ法典ハ各々其ノ規定スル事項範圍ヲ異ニシテ居リマスカラ規定ガ抵觸スル憂ヒハナイト心得マス。憲法ハ國務ニ付テノ最高ノ法典デアリマス。典範ハ皇室ノ御家法ニ付テノ最高ノ法典デゴザリマス。國務ト皇室内部ノ御事トハ事柄ガ異ナツテ居リマシテ、各定ムル所ノ範圍ヲ異ニシテ居リマスカラ、二者併立ツテ最高ノ法典トシテ少シモ抵觸スル所ハゴザリマセヌ。」（穂積八束『皇室典範講義・皇室典範増補講義』（信山社、2003年）9頁以下）。

シテ法制ヲ為セリ。近ク立憲ノ制ニ則ルニ際シ、更ニ議會ヲ開設シ政務ノ重要ナル者ハ之ヲ参与ノ權アラシム、茲ニ於テ議會ノ参与ヲ許スノ事務ト、之ヲ許ササルノ事務トノ分界ヲ明画シ、紛議ヲ将来ニ断ツノ要ヲ見ルニ至レリ。典範ト憲法トヲ分離シテ制定シタルハ全ク此ノ故ニ出ツルナリ。今若憲法ノ改正増補ノ名ニ於テ典範ヲ變更スルコトヲ許サハ即チ此ノ立憲當初ノ精神ヲ没却スルノ事トナラン、憲法第七十四條第一項ニ、典範ノ改正ハ議會ノ議ヲ経ルヲ要セスト謂ヘルハ、正ニ議會ノ議ヲ容ルルコトヲ許ササルノ義ヲ掲明スルモノナリ。而シテ典範ノ改正ハ別ニ其ノ要件手續ヲ典範第六十二條ノ明文ニ具フ、此ノ要件手續ニ依ルニ非サレハ之ヲ改正増補スルコトヲ許ササル亦知ルヘシ、憲法法律ヲ以テ典範ヲ變更スルヲ許ササルノ意言ハスシテ明カナリ。…皇室ノ大事ハ議會ノ議ニ付スルヲ許ササルノ精神ニ出テタル者ナリ。此ノ精神アリ、此ノ明文アリ、憲法ヲ以テ典範ヲ變更スヘカラサルノ義疑ヲ容ルヘキ余地ナキナリ。我カ典範及憲法ハ相合体シテ治国ノ大法ヲ成ス、實質的ニ憲法ト謂フトキハ此ノ二法典ヲ含有スル者ナリ。⁽⁸¹⁾…」

ここには「自主権」としての皇室典範もなければ、「家長」としての天皇もまた存在しない。穂積によれば、そもそも近代日本の国制構造の中核が「皇位」である以上、「皇室ノ事務」と「政府ノ事務」とは「混シテ法制ヲ為」すことは明らかである。重要なのは議会の関与がありうる領域とそれが排除された領域の区別に他ならない。つまり、帝国憲法と皇室典範とはその改正手続に議会が関与するか否かで区分された実質的憲法の形式的表現の種別に過ぎない。而して、かくして分離された以上は議会の関与する憲法改正手続による領域侵犯も（憲法上？）許されないというべきである。こうして穂積は憲法制定時の典・憲の分離に一種の憲法改正権の限界を見出すのである（「⁽⁸²⁾典憲同位説」）。

(81) 穂積八束『憲法提要上巻』（有斐閣書房、1910年）172頁以下。

(82) 原田・前掲（注10）180頁以下、164頁は、国体政体二元論との関連でこの憲法改正限界論を理解する如くであるが、端的に帝国憲法の条文構造に即した議論であり（「此ノ精神アリ、此ノ明文アリ」）、典憲二元主義自体が改変不能な「国体」的部分であるという議論ではない。

ここで気づかされるのは、穂積はドイツの学説を引用していないにも関わらず、憲法と家憲の区別を専ら議会関与の有無に見出すレースラー答議の論理が踏襲されていることである。然るに、レースラーが王室家憲の「家法」的性質または「家」の基体をなす王族の有する既得権（王位継承権・相続権）によって基礎づけようとした家憲の相対的独立性を、穂積は端的に憲法制定に際する分離にその根拠を求める。その際、皇室典範は、天皇（皇位）が主権ないし憲法制定権力によって制定した、いわば「もう一つの憲法」として位置づけられるのである。このような〈国家法説〉+「典憲同位説」の主張は、上杉慎吉を始め、清水澄（前述）、佐々木惣一、酒巻芳男、宮澤俊義によって継承され、更にヴァイマル期ドイツ公法学説の理論を摂取した黒田覚と清宮四郎によって理論的再定位が試みられる。

第三節 上杉慎吉

上杉慎吉は穂積八束の学説を継承し、皇室典範=「家法」説を否定しつつ、主権者たる天皇が実質的意味における憲法を憲法系統と皇室典範系統に分離し、これらを相互不可侵的な秩序として設定したものと理解する（「国家法説」+「典憲同位説」）。その際、上杉はドイツ王室家憲に関する自律（Autonomie）論に準拠した議論自体を不適切なものとして拒絶する。上杉は『新稿憲法述義』（1924年）において、次のように井上密とは異なる理論的経路において「家法説」的理解をドイツの国家法人説・君主機関説と関連させつつ、国家の公事／王室の私事といったヨーロッパ的観念は日本の「国体」に適合的ではなく、皇室の事務もまた国家的事項であると指摘する。⁽⁸³⁾

---

(83) ここでは上杉慎吉『新稿憲法述義』（有斐閣、1924年）を基礎として論じるが、上杉慎吉『帝国憲法述義』（有斐閣書房、1914年）の論旨も同様である。曰く、「…皇位継承を定むる所の皇室典範は天皇が自ら定められたる何人が主権者たるかの法であつて素より国法の一種であります、唯

「欧羅巴諸国ニ在リテハ、本来国家ハ国王ノ私領ニシテ、中世ニ在リテハ、国政ハ皆国王ノ私事トシテ行ハレタリ、從テ王位相續ノ規定ノ如キハ、固ヨリ王室一家ノ私法タル性質ヲ有セルハ当然ナリトス、然ルニ現代国家成立シ、立憲政体ノ行ハルルニ至ルト共ニ、国家ハ国民国家トナリ、国家ハ一ノ法人ニシテ、国王ハ其ノ機関トシテ、公法上ノ権限ヲ有スルモノトセラレ、之ヲ国王ノ私事ト區別スヘシトスルニ至リ、王位繼承、摂政ニ関スル規定ノ如キハ、国家ノ機関ノ構成組織ヲ定ムルモノナルカ故ニ、最早ヤ王室ノ内規ニ非ス、国法ノ一部ヲ成スモノナリトセラルルニ至レルナシ、我カ国ニ在リテハ全然之ト其ノ本質沿革ヲ異ニシ、皇位ト国家ハ一ニシテ

憲法及一般法律とは其制定の手續を異にし、独立の法典を為して居るに過ぎない、一家の私事を定むるの法とする欧羅巴中世の制度を以て我皇室典範を論ずることは出来ませぬ、我国に於ては素より皇室の私事を云ふことは無いのである、皇室の事は全部公事であります、随つて私事を定むる私法と云ふものも無いのである、皇室の私事なるものが無く一切公事であることは我国体の一の特色と申さなければならぬ、天皇は主権者であつて、天皇の行為は全部公の行為であります、天皇の行為に公私の別はありません、我古い制度に於ては明かに天皇の一切の行為は公事たることを認めて居る、寧ろ公私の區別を致さぬのであります、…従つて皇室典範なる皇室一家の私法があるべき道理はないのであつて、憲法及一般法律と同じく公の法典であります、憲法及皇室典範を制定せらるゝに當つて皇位繼承の事其他特に皇室に關係ある事は特に憲法より離して皇室典範を以て規定せられたのであります、諸国の例を見ますと、近世に至て中世に於けるが如く君位繼承の順序を定むる法の如きものは君主の一家の私法とは見ざるに至りましたけれども、之を憲法の中に編入したのもあるのであります、我国に於ては憲法制定の際特に皇室典範を別にして之を分離し相互に廃止変更することを得ざるものとせられた、憲法第七十四条に「…(中略)…」とあります、又「…(中略)…」とある、之を皇室典範は皇室一家の私法であつて、帝国議会の喙を容るべき性質のものでないと云ふのではなくして、其性質に付ては憲法と異なる所はない、實質上の憲法の一部であるけれども、形の上に於て憲法と區別し、憲法改正の手續を以て皇室典範を改正することを得ざるものとしたのであります、此皇室典範と憲法とを形式上嚴格に區別したことは我皇室典範の一特色であつて、深く意を用いられた所であらうと考へます」(211頁以下)。なお、上杉愼吉『国民教育帝国憲法講義』(有斐閣書房, 1911年)及び上杉愼吉『帝国憲法綱領』(有斐閣書房, 1912年)には皇室典範に関する記述は乏しいのでここでは触れない。

分レス、皇位継承ノ事ノ如キハ、初メヨリ最モ重要ナル国家ノ根本法トセラレタリ、皇室ナル一家ノ存在セサルハ我カ国体ノ本質ニ属シ、皇室ノ私事ナルモノナク、天皇ニ私ノ地位行為ナルモノ、存スルナキハ、我カ国体ト離レサル固有ノ制度ナリ、故ニ憲法ト共ニ皇室典範ヲ裁定シ、天皇皇室ニ関スル事項ヲ規定セルモ、故ノ如ク其ノ国家ノ公法タル性質ハ失ハサルナリ、故ニ皇室典範ハ之ヲ公布スルコトナカリシモ、後明治四十年皇室典範増補ノ制定セラルルヤ、之ヲ公布シ、臣民ニ対シテモ率由ノ効力アル国法ナルコトヲ明カニセリ、要スルニ皇室典範ハ、大日本帝国憲法ト相並ンテ、我カ国家ノ実質の憲法ノ淵源タルモノナリ。⁽⁸⁴⁾」

上杉によれば、皇室典範が「憲法法典」に付属し、または憲法法典の一部を構成するものではないこと、そして皇室典範が憲法改正による改変を受けないことも（「憲典同位説」）、ヨーロッパとの対比において理解される。

「歐羅巴諸国ニ在リテ、王位継承ニ関スル規定ヲ、憲法ノ実質的一部分ナリトスルニ至レト共ニ、或ハ之ヲ憲法ノ条項中ニ移シ、又ハ形式上憲法ノ一部分ナリト定メ、又ハ憲法以下ノ効力ヲ有シ、何時ニテモ憲法ヲ以テ改ムルコトヲ得ルモノナリト為セリ、我カ国ニ於テ、此ノ主義ニ従ハサリシハ、我カ国体ノ根本ニ本ツクモノニシテ、我カ法制ノ一特色ナリトス、大日本帝国憲法ト共ニ、皇室典範ヲ制定スルヤ、之ヲ以テ形式上憲法ト相對立スルノ根本法ト為セリ、皇室典範ハ皇室ナル一家ノ内規ニ非ス、所謂ル自主権ノ規定ニシテ「君民相関ルノ権義ニ渉ルモノニ非ス」ト為スヘカラサルモ、形式上憲法ト分離シ、之ヲ変更スルハ、皇族會議及枢密顧問ニ諮詢シテ、之ヲ勅定スルノ、特別ノ手續ニ依ルモノトシ…、帝國議會ノ議ヲ経ルヲ要セス…、憲法ヲ以テ皇室典範ヲ變更スルコトヲ得ス、皇室典範ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得サルモノト為セリ…。⁽⁸⁵⁾」

従って、帝国憲法と皇室典範は「相並ンテ根本法」をなし、全て「国家ノ法令」はそれらの下に「二大系統」をなす。憲法と典範によって「国務」と「皇室典範系統ノ事務」は分離されているが、「此ノ二大系統

(84) 上杉慎吉『新稿憲法述義』253頁以下。

(85) 上杉慎吉『新稿憲法述義』255頁以下。

ノ區別ハ、純粹ニ形式上ノ區別」に過ぎず、「皇室ノ私事」と「國務」との區別、天皇の「皇室ノ家長タル地位」と「統治権者タル地位」との區別は存在しないとされるのである。⁽⁸⁶⁾

第四節 佐々木惣一

一 佐々木惣一『日本憲法要論』(1930年)もまた、「皇室典範ハ国家ノ法ナリ。天皇ハ国家ノ機関トシテ国家ノ立法作用ヲ行ヒ皇室ニ關係アル事項ヲ規定スル法ヲ制定シタマフナリ。決シテ、皇室ナル団体ガ皇室ノ事項ニ関シテ立法権ヲ有シ、天皇ガ皇室ノ機関トシテ皇室ノ立法作用ヲ行フテ法ヲ制定シタマフニハ非ズ。然レバ皇室典範ヲ以テ皇室ノ自主権ニ基ク自主法ナリト解スベカラズ」⁽⁸⁷⁾と述べて、皇室典範の自主法的性格を否認し、天皇が皇室に関連する事項について国家機関として立法権を行使したものと断定する。

佐々木が「自主法説」を否定する根拠は、自主法であるためには皇室が法人格を有する団体である必要があるところ「皇室ヲ一般ニ法人ナリト解スベキ理由」は存しないこと、また「凡ソ自主法ハ其ノ主体ナル団体自身ノ事項、即チ其ノ構成、作用、構成員、構成員外ノ所屬者ニ関スル事項ヲ規定スルヲ得ルモ、其ノ団体ノ事項以外ノ事項ヲ規定スルヲ得ズ。殊ニ国家ノ行動ヲ規定スルガ如キハ自主法ノ能クスル所ニ非」ざるところ、皇室典範は皇室事項以外も規定していること、自主法の効力は「国家ノ法」(国家制定法)に劣後するところ、これに優位する効力を附与されるのは「唯国家ノ法ニ依テ認メラレタル場合ニ限」り、この場合はそれ自体が「国家ノ法」⁽⁸⁸⁾となるのであって、この理屈が皇室典範にも妥当すること、である。

効力論に関しては帝国憲法74条1項を間接的根拠として、「典憲同位

---

(86) 上杉愼吉『新稿憲法述義』256頁以下。

(87) 佐々木惣一『日本憲法要論』(金刺芳流堂, 1930年) 178頁。

(88) 佐々木惣一『日本憲法要論』178頁以下。

説」を導き出している。

「帝国憲法ヲ以テ皇室典範ヲ変更スルコトヲ得ズ。是レ直接法ノ明文アルニ非ザレドモ、間接ニ推論スベシ。帝国憲法第七十四条第一項ハ…（中略…ト規定ス。是レ直接ニハ皇室典範ナル形式ヲ有スルモノトシテ之ヲ改正スルニ帝国議會ノ議ヲ経ザルコトヲ定ムルモ、其ノ規定ノ基ク所ハ、現ニ皇室典範ニ規定セラレタル事項ヲ変更スルニハ帝国議會ノ議ニ上サルノ一般精神ニ在リ。其ノ規定セラル、形式ノ如何ヲ問ハザルナリ。從テ帝國議會ノ議ヲ経テ制定セラルベキ帝國憲法ヲ以テ皇室典範ヲ変更スルヲ得ズ。」⁽⁸⁹⁾

このような考えは既に「皇室典範及び皇室令」（1928年）に示されて⁽⁹⁰⁾いるが、その後『我が国憲法の独自性』⁽⁹¹⁾（1943年）にも受け継がれた。

(89) 佐々木惣一『日本憲法要論』181頁。

(90) 佐々木惣一「皇室典範及び皇室令」法学論叢20巻1号（1928年）1頁以下（佐々木自身の説は51頁以下）。

(91) 佐々木惣一「我国の憲法の独自性について（二一）」公法雑誌5巻7号（1939年）93頁以下、同『我が国憲法の独自性』（岩波書店、1943年）325頁以下：「天皇は御一人である。祖宗の皇統に出づる皇子孫の中如何なる方が天皇たるかは、帝国憲法自ら之を定めず、皇室典範の定むる所に譲る。帝国憲法は、万世一系の皇子孫たるべきこと及び皇男子孫たるべきことを定むるに止まり、其の他の点は皇室典範に依り定めらるゝ。帝国憲法第二条に…（中略）…とあるは此の意である。皇室典範は天皇之を制定したまふ。然しながら、天皇が皇室典範を制定したまふの大権は、帝国憲法に依り授けられたるものではなく、帝国憲法を制定したまふの大権其のものと同じく、天皇之を有したまふ。天皇之を有したまふは、天皇が成文憲法たる帝国憲法を待たないで、不文の憲法に依り、統治権を総攬したまふてゐるからである。此の天皇の大権に依り、帝国憲法及び皇室典範の二者は、初めより、別々の大権の作用として制定された。帝国憲法の授権に基て、天皇が皇室典範を制定したまふのではない。然れば、帝国憲法第二条に…といふに所謂「皇室典範ノ定ムル所ニ依リ」とあるを見て、帝国憲法に依る授権あるものと解してはならぬ。…今日、法律中或条項に於て、「命令ノ定ムル所ニ依リ」なる文句を用ゐることは屢々之を見る。この場合には、其の法律の規定以外に命令を以て、本来法律を以て規定すべき事項を規定すること、即ち、其の規定の授権又は委任をなすものと解せらるゝことが多い。かゝる意味に於て、皇位継承に付て、帝国憲法と皇室典範の関係を

二 しかし、ここで問題とすべきは佐々木の皇室典範論とドイツ法学との関り方である。佐々木は右の「皇室典範及び皇室令」において「皇室典範の性質に就て、往々、ドイツの王室の家法が引例とせられる。故に、之を問題とせざるを得ない」として次のように論じている。

「世界大戦前、ドイツの諸君主国に於ては、国王の制定した、所謂家法(Hausgesetz)なるものがあつて、主として、民事法的性質の事項を規定してゐた。それが、其の王室の自主法であつて、又、王室が法人であつたことは、一般に認められてゐる。即ち、其の王室は自主権を有する団体であつたのである。尤も、王室の自主権の起源に就ては、ドイツ学者間にも議論がないではないが、今通説と思はれるものに依れば、第十四世紀の頃、ドイツ連邦の下に在つた王族は、国家の普通法の発達の結果、自己の地位の危険に陥ることを思ひ、之に対抗せんとする、運動を起した。各王家は、その王族の統一をつくるが為、自ら、独別の家族法、財産法を定めた。やがて、ドイツに、ローマ法の原則の採用せられるや、各王家は、其の特別の地位の力に依り、自ら自主権を獲得し、之に依て、自己に対するローマ法の原則の適用を避け、且、純粹ドイツ的なる特別法を作ることにつとめた。然るに、諸王家が各自作った家法、及び、之と共に発達した慣習法は、原則に於て一致するから、遂に、王族全部に通ずる所の慣習法を生じ、それが、個々の王家の家法と並立して損することゝなつた。右慣習法を「普

見るに、帝国憲法が天皇に、皇室典範を以て皇位継承の事を規定したまふの授権を為したのではない。故に、皇室典範は帝国憲法の委任に基て制定せらるゝものではない。両者の関係は法律の命令に対する授権又は委任の如きものではない。帝国憲法は、たゞ皇室典範の定むる所に従ふのである。即ち、帝国憲法は自ら之を規定せず、皇室典範の規定する所に譲るのである。皇室典範なる規則の性質は茲に論ずべき範囲のことではないが、之に付種々の議論があるから、次のことを一言する。皇室典範は国家の公の規則であつて、皇室の私の規則ではない。天皇が皇室典範を制定したまふは、国家の事を行ひたまふのである。此の点皇室典範は華族の定むる家範と其の性質を異にする。…家範は有爵者の家の私の規則である。有爵者が家範を制定するは其の家の事を行ふのである。皇室典範が国家の公の規則であるとして、国家法なるか皇室自主法なるかに付ても議論があるが、私は国家法であるといふ見解に従ふものである。」

通ドイツ私的王室法 (gemeines deutsches Privatfürstenrecht)」と云ふ。⁽⁹²⁾

ここではドイツの家憲(「家法」)が法人としての性格を有する王家の「自主法」であることについて、シュッキング及びギールケの前出著作(第一章第四節参照)と並んでエルトマンの『現代ドイツ民法におけるシュタンデスヘルのアウトノミー』(1905年)⁽⁹³⁾が引証されているほか、自律権の沿革に関するレームの『シュタンデスヘルの家の人格』(1911年)⁽⁹⁴⁾における所説とギールケの議論との対立にも目配りされている。⁽⁹⁵⁾

佐々木は続ける：

「ドイツ連邦の崩壊と共に、其の各王家は其の権力を回復し、前記の特別の自主権を維持したこと、勿論である。然るに、後、ドイツ民法制定の際、民法と従来の王室の自主法との関係問題となり、結局、支分国の王及び王族に付ては、其の家法又は其の国法が別段の定を設けない範囲に於てのみ、民法を適用する、ことゝした (Artikel 57 Einführungsgesetz zu Bürgerlichen Gesetzbuche 参照)。此のことに就ては、今詳説するを要しないが、本論に於て参考とすべきは、其の家法の規定中、王室首長たる地位の継承、即ち、王位継承に関する規定と国家の法との関係である。ドイツ支分国が、如何なる方法を以て、王位継承に関する従来の王室家法を取扱つたか。或国の憲法は王位継承に関して、何等の規定をも設けなかつた。此等の国に於ては、王位継承の事項は、依然として、王室の自主権に依て規定せられることを得べく、其の規定は王室の自主法である。又、或国の憲法は、王位継承に関して、王室の家法に依り、一定の原則に従ふ、ことを規定した (Art. 53 Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat 参照)。此等の国に於ては、王室の家法中、王位継承に関する法は、国家の憲法となつたのである。其の範囲に於て、王室は自主権を失つたのである。」⁽⁹⁶⁾

---

(92) 佐々木惣一「皇室典範及び皇室令」46頁以下。

(93) Paul Oertmann, Die standesherrliche Autonomie im heutigen deutschen bürgerlichen Recht, Erlangen 1905.

(94) Hermann Rehm, Die juristische Persönlichkeit der standesherrlichen Familie, Straßburg 1911.

(95) 佐々木惣一「皇室典範及び皇室令」47頁。

つまりドイツ諸邦においても、憲法典において家憲の規定が参照された限りにおいて、家憲の王位継承規定は「国家の憲法」となっており、その範囲で自主権は失われているのである。右引用部の末尾に附せられた注では、「アンシュッツ、シュツキングの所説に依る」ことが明言されている。実際、アンシュッツはプロイセン憲法53条を引いたうえで「〔この条文は〕成文・不文の家法全体を、王位継承に関する限り、その内容を実質的に変更することなく、憲法に変容しようとしたものと解されるべきである。王室家憲の引用 (Allegat) は上記の事物範囲におけるこれらの規範の完全かつ余すところのない国家化 (Verstaatlichung) を意味するものであり、これらの規範は今日、王位継承の実質を規律する限り、単に憲法の統合的構成部分であり、さもなくば無である。従って、王位継承順位は家法と憲法に二重に定位しているのではなく、専ら憲法に定位している」と述べ⁽⁹⁷⁾、シュツキングも諸邦憲法を類型化しつつ「第二のグループの憲法は家憲を参照すること (Bezugnahme) によって、王位継承秩序全体を憲法のなかに編入している。…ここでは、君主の家の自律はその権能 (Kompetenz) を喪失している」と述べている⁽⁹⁸⁾。

しかしアンシュッツとシュツキングの論述は、王位継承を依然として自律の協働的管轄権として理解することができるか——王位継承法の変更について自律への参加権をもつ男系親の同意が必要か——という論争の文脈のなかで理解されるべきものであり⁽⁹⁹⁾、両者とも法形式としての王室家憲それ自体が自律の産物（「自主法規」）としての意義までも喪失したという結論を導くものとは断定しえない。ここでは王位継承事項について、シュツキングが「君主の家の自律はその権能を喪失した」と表現

(96) 佐々木惣一「皇室典範及び皇室令」47頁以下。

(97) Gerhard Anschütz, Deutsches Staatsrecht, Holtzendorff/Kohler (Hg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Bd. 4, 1914, S. 129.

(98) Schücking (Fn. 55), S. 293.

(99) 参照, 拙著『王統と国家』第4章。

している（つまり「自律」それ自体は必ずしも消滅していないことを含意する）のに対し、佐々木が「王室は自主権を失つた」と説明している（つまり「自主権」それ自体が消滅したとする）のは、事柄の実質においては「自律」=「自主」権の範囲を論じている点では同一であれ、思考段階には無視しえない微細な懸隔があるように思われる。現に右のような理解から、佐々木は次のように続け、ドイツの王室家憲が（憲法による引用の限りで）およそ家法としての性格それ自体を喪失し、国家制定法としての性格を帯びるに至ったという理解を示すのである。

「余は、今、ドイツの制度其のものを説明することを目的とするものではないが、唯、其の王室法の自主法である、といふ意味を探り、其の、我国の皇室範典〔ママ〕の意味と異なること、及び、彼に於て我を説き得ない、ことを知りたいと思ふ。前に述べた所に依れば（一）、先づ、ドイツ王室の家法の成立の由来を注意すべきである。それは、国家の普通法、殊にローマ法継受後の法の原則の適用から、免れようと努力して、意識的に創造したものである。然るに、我国に於ては、前に述べた如く、皇室範典所定の事項は、古来、一般の国法の中に規定せられてゐたのである。且、後に述べるが如く、皇室範典を国家の法とするも、之が為に、皇室が普通の法の適用を受けること、はならない。皇室範典は法の一種の形式であつて、之に於て、皇室に関する普通の法を排除することを得べく、又普通の法は当然には、皇室に適用せられない。故に、王室の自主法を制定して、以て、王族をして、普通の国家の法の適用から免れしめよう、とする如き、ドイツ法的の意味は、我国に於ては、全く存在し得ない。（二）次に、ドイツ王室の家法の規定が、世界大戦の時まで、行はれた根拠に注意せなければならぬ。前に述べた通り、其の規定の大部は、ドイツ連邦国の法、及び当該支分国の法が特に其の効力を認めた結果、行はれたのであるが、其の中の最も重要な、王位継承の法の如きは、憲法に取り入れらるることに依て、国家の法となつたのである。即ち、かゝる法は最早家法ではない、国家の法である。これが、帝国憲法第二条に、「皇位ハ皇室範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ継承ス」とあるに相当する。故に、皇室範典を、ドイツの家法に比較しようとするならば、ドイツの憲法中に取り入れられた家法に比較すべきものである。而して、ドイツの、其の家法は、実は、既に国家の

法となつてゐて、家法ではない。然れば、帝国憲法に所謂皇室典範の説明に当て、之に相当する所の、ドイツの法を引用するならば、寧ろ、之を説明して、国家の法だと云はなければならない、ことゝなるであらう。故に、皇室典範を自主法なりとする者が、ドイツの王室法を引用することは、当を失すると思ふ。⁽¹⁰⁰⁾」

そして、このような理解から、佐々木はドイツの学説に倣った「自主法規説」に対して痛烈な批判を浴びせるのである。それは、一木喜徳郎以来の「国家法説」の論者がドイツ王室家憲が自主法であることを前提としてこれを対照像として日本の皇室典範を論じてきたのとは異なる理路を辿るものであった。

「有賀博士は…（中略）…と云ひ、清水博士は…（中略）…と断ぜらる…。我皇室典範が、ドイツ王室の家法を、かくまでに、母法と云ふて差支ないほどに、模倣したものであると、いふ点に就ては、余は今右両博士の教へられること以外に、自ら、研究してゐない。併し、清水博士の所説に依るも、それは唯皇室典範の規定する事項のことであつて、之に依て、ドイツ家法が自主法である、といふ性質をも継受した、と考へるの必要はない。其の性質は、全く、我国法制の体系の問題として考ふべきである。而して、皇室典範が、自主法として性質上規定すべからざる事項を規定すると、するならば、寧ろ、我国に於ては、始めより、之を自主法としない趣旨であつた、と云ふべきではあるまいか。右の如き規定を有すとしつゝ、寧ろそれを自主法なりと云ふのは、実は、実際の法的現象に徹して問題を解決するのではなく、無意識の裡に、始めより、自主法である、といふ予断を前提しての考のやうに思はれる。井上博士、一木博士、市村博士、上杉博士等は、余と同じく、ドイツ王室の家法（上杉博士は、広く、欧羅巴諸国の皇室の家法に就て説明せらる）を自主法とし、我皇室典範は之と異なる、ことを説明せられるが、説明の方法は、余と全く異なる⁽¹⁰¹⁾…。」

(100) 佐々木惣一「皇室典範及び皇室令」48頁以下。

(101) 佐々木惣一「皇室典範及び皇室令」50頁以下。

第五節 筧克彦

もっとも、ドイツないしヨーロッパの王室及び王室家憲に関する学説を対照像とすることは、当然には「家法説」の否定を導かない。佐々木がドイツ第二帝政期後期の学説を参照してドイツ王室家憲もまた「国家法」であると理解したのとは反対に、ドイツにおいて学説対立を惹起した国家と王統との相克関係それ自体を日本における国家・皇室関係の対照像として理解し、皇室典範の「家法」としての性格を寧ろ強調したのが筧克彦であった。筧は『大日本帝国憲法の根本義』（1936年）において次のように述べている。筧は曰う：

「皇室典範は皇室（又皇家）の家憲・家法・家範である。然し諸外国に於ける帝室（又帝家）・王室（王家）乃至公侯伯家の家法とは国家・国法との関係に於て其の性質を異にする。諸国の帝王家等は何れも国家と二つならぬ存在ではない。帝王等の君は国と特殊の関係を有すれども、帝王等の家は帝王等と特別の関係を有するのみで、直接に国其の者と特別の根本関係を有つものではなく、元より国の中心ではない。又帝王等の家族は全く人民と本質を同じうする。我が皇室は国家によりて認めらるゝに及びて始めて国家の一部分を成す自治団体たるものとは異なる。自治団体ではなく、自主団体である。（「所謂機関説」は常に自主と自治という本来上最も重要なことを混同して居る。）皇国と共に無始の始より存する自主団体にして皇国と不二の存在である。もとより天皇様が皇室の大本とましまし天皇様の自主たり給ふことが皇室の自主たせらるゝ所以であり『天皇様即皇室』の自主が皇国をして自主団体たらしめつゝあることである。大本中心といいます「…天皇様」の御人格の拡張が皇室となり、皇室と二つならぬ天皇様の御拡張が皇国である。…諸外国に於けるが如く、帝家・王家等と其の国民との関係が対等（平等）にして独立全部相対的なるとは全く趣を異にする。されば外国には皇帝・王侯あれども其の実質に於て天皇様無く、外国に帝太子・王世子・帝王族在りて皇太子・皇族無きと同じく、外国には帝室・王室・公侯の家ありて皇室・皇家あることなし。名称のみの問題ではなく、其の実質に於て重大なる差異を存するのである。」（欠字⁽¹⁰²⁾省略）

こうして筧にとって「皇室典範は『皇国の中心として国家と不二なる

皇室』の根本法典⁽¹⁰³⁾』として理解されるが、こうした天皇・皇室と国家との「対立抗争」を超絶した「表現帰一関係」を「根基」とする「皇国」⁽¹⁰⁴⁾において、もはや「家法説」と「国家法説」の対立自体が止揚されることはいうまでもない。少なくとも本稿の分析にとって、筧説を「国家法説」と対置される意味での「自主法説」として整理することの意義は乏しい。実際、効力論に関する筧の所説は、大方の想定通り、「国家法説」に基づく「典憲同位説」と殆ど差異を示すことがない。

「皇室典範の改正については、憲法七十四条に二項に分つて定められてある。先づ第一項に於て…（中略）…と規定してある。其の意味は憲法の条項を改正して皇室典範の条項を変更し得ざるをいふのである。…皇室典範第六十二条に…（中略）…と規定せられてあるに拘はらず、典範ならぬ憲法の方にわざわざ皇室典範の改正は帝国議会の議を経るを要せずと記るされたるは、たゞ同じ事を重ねて書かれたのではなく、帝国議会の議に付して論評せしめてはならぬといふ実質有る命令である。議会の議決より超越せしむべしとの義であるから、帝国議会の議に付することを要件とし議決を経て改正したる憲法の条項を以てしては典範の条項を改正し得ぬといふことである。典範は典範独自の改正の手續により改正せらるべきものである。」⁽¹⁰⁵⁾

第六節 酒巻芳男

酒巻芳男は『皇室制度講話』（岩波書店、1934年）において、帝国憲法と皇室典範という「二大根本法」に系列化された法秩序を「国務法」・「宮務法」と呼び、対置する。酒巻は、皇位継承及び摂政を定める皇室典範は「形式的意味における憲法」であるとし、次のように述べる。

「故に普通法学者が皇室典範を以て「家」の自治法なると同時に一種の国

(102) 筧克彦『大日本帝国憲法の根本義』（岩波書店、1936年）202頁以下。

(103) 筧克彦『大日本帝国憲法の根本義』207頁。

(104) 筧克彦『大日本帝国憲法の根本義』123頁以下。

(105) 筧克彦『大日本帝国憲法の根本義』209頁以下。

戦前期憲法学における皇室法解釈論とドイツ法学

法であつて、憲法の一法源であると説くのは未だ至らざる所あるものと云ふべきである。…広義に於ては形式上の意味から云つても憲、典の二大國憲が憲法であり、その中天皇及皇族を主眼とするものが皇室典範であり、一般國民統治に関する方面を主眼とするものが大日本帝國憲法である。⁽¹⁰⁶⁾」

酒巻の所謂「國務法」・「宮務法」は通常、「國家法」・「皇室法」と呼ばれるが、酒巻によればその基礎となる觀念は正しくない。

「然し此の名稱は、皇室を家と観る概念、國家の統治權と皇室の統治權とを全く異なる權力と観る思想から起つて居るものであつて、その誤れることは既に前に述べた通りである。余の信ずる所に依れば此の兩系統の法は均しく國家統治の作用に依て生ずる法である。従てその一方をのみ國家法と稱し、恰も憲法系統の法のみが國家の法なるが如く呼びなすは面白くない。寧ろ之は夫々國務法、宮務法と名付けた方が良いと思ふ。」⁽¹⁰⁷⁾

酒巻によれば、「典範と憲法とは相俟つて我が國の根本法を構成する。故に皇室典範と帝國憲法との効力は同等のものである」。従つて「憲法を以ても亦皇室典範を変更し得ない」とされる（「⁽¹⁰⁸⁾憲憲同位説」）。酒巻は佐々木とは異なり、皇室典範の制定は憲法の委任によるものではないとしつつ、⁽¹⁰⁹⁾「宮務法」は統治權者である天皇またはその委任に基づくものであり、形式的にも實質的にも國家法たる性質を有するとする。どのような事項を「宮務法」とすべきかは専ら立法論の問題であり、權限踰越の問題は生じないとされる。曰く：

「宮務法限界の問題は立法主義の問題であつて、決して立法權限の問題ではない。それは國務法、宮務法均しく統治權の作用に依る制定法たるが故である。故に或る事項に就き、それが主として宮務に関する事項なりや否や、又如何なる範圍に於て國務と關係を有するやの認定に関しては宮内大臣及國務大臣の輔弼の責任に関する事項であるが、家長權に屬せざるが故

(106) 酒巻芳男『皇室制度講話』（岩波書店、1934年）15頁以下。

(107) 酒巻芳男『皇室制度講話』16頁。

(108) 酒巻芳男『皇室制度講話』17頁。

(109) 酒巻芳男『皇室制度講話』18頁。なお、佐々木は後に委任關係を否定するようになる。上記（注91）の引用を参照のこと。

に無効なりと云ふ問題は生ぜざるべき筈である。…立法論として、それは憲法に、又公式令に規定した法が妥当であるといふ批評はあり得ても、効力の問題は生じ得ないものと思ふ。⁽¹¹⁰⁾」

第七節 宮澤俊義

酒巻の整理を承けて、宮澤俊義『皇室法』(1936年)は、皇室典範を頂点とする「宮務法」と帝国憲法を頂点とする「国務法」(ないし「政務法」)に二元化された国法秩序を想定する。このような理解からは、やはり帝国憲法74条は皇室典範の改正に帝国議会の関与を認めない趣旨であると解釈され、「典憲同位説」が採られることとなる。曰く：

「皇室典範と憲法とは相ならんでわが国法における最高の成文法形式であり、両者の間には上下軽重の別は存しない。両者の関係については、憲法第七四条第二項に…(中略)…と定められてゐる。この規定は皇室典範改正手続をもつて憲法改正手続に代へることが許されぬといふ趣旨であるが、逆に憲法をもつて皇室典範の条規を変更すること、換言すれば、憲法改正手続をもつて皇室典範改正手続に代へることは許されるであらうか。この点については、…明文は存しないが、それが許されぬことは疑ひないとおもはれる。わが国法が憲法のほかに最高の成文法形式として皇室典範をみとめた理由が専ら「皇室の事」を「臣民の公議」の外におくことにあり、その結果として皇室典範の改正には帝国議会の参与が排斥されてゐる以上、かやうに解すべきことは当然といふべきであらう。⁽¹¹¹⁾」

宮澤は『憲法略説』(1942年)においても、憲法改正による皇室典範の改正は「わが国法が成文法を宮務法と政務法の二大系統に分けた趣旨からいつて、それは許されぬと解すべきであらう」として、このような理解を繰り返している。⁽¹¹²⁾

---

(110) 酒巻芳男『皇室制度講話』21頁。

(111) 宮澤俊義『皇室法』(日本評論社、1936年)6頁。

(112) 宮澤俊義『憲法略説』(岩波書店、1942年)236頁。

第八節 黒田覚

ところで、1930年代になると国家の法制定権と皇室の自律権との関係ではなく、規範構造分析に基づく皇室法論が展開されるようになる。上記の酒巻及び宮澤の議論もその一つの表現といえることができようが、これを本格的に展開したのが黒田覚『日本憲法論中』（1937年）であった。

黒田によれば、皇室典範はその規定事項の多くが「国家の根本組織に関するもの」である限り、「その性質は国法と称すべきもの」であり、「皇室に関する事項…を規定する国法」であるというべきである。皇室典範は改正について自律するが、このことは皇室典範が国法であることと矛盾するものではなく、「典範が皇室の家法であると云ふのは、その規定する事項が、皇室に関するものであると云ふ意味に於てのみ云ひ得るのであつて、これは典範自体の法的性質を示すものではない」。黒田によれば、しばしば用いられる「皇室の自律権」という表現も不正確であり、「皇室典範の自律」⁽¹¹³⁾というべきであるとされる。

皇室典範と帝国憲法の二元性は、黒田においては憲法改正権の限界論と絡めて議論される。黒田はまずC・シュミットに依拠しつつ、「憲法の基礎に存する憲法制定権力の破壊」すなわち「国体の変更」は「憲法の破壊（Verfassungsvernichtung）」であり、日本においては「帝国憲法の改正の方法によつて、全体としての帝国憲法を成立せしめる固有の基礎に変更を加えることはできない」と論じる。具体的には帝国憲法1条は「我国に於ける憲法制定権力の所在を宣言」する「所謂国体的規定」であり、2条及び3条もこれと「直接関連をもつ国体的諸原則」として73条による憲法改正作用は及ばない。これに対し、帝国憲法4条は「所謂政体的規定」に属するものであり、国体的規定とは異なり論理的な改正不能を帰結するものではないが、「帝国憲法制定の精神」のみならず、とりわけ「憲法上論は、帝国憲法の立憲主義的憲法としての根本的性格

---

(113) 黒田覚『日本憲法論中』（弘文堂，1937年）258頁以下。

を変更せしめるやうな改正を許さないものと見ねばならない」とされる。⁽¹¹⁴⁾

黒田によれば、皇室典範もまた、憲法制定権力を直接の基礎とする法形式である。憲法制定権力は帝国憲法1条に宣言されており、皇室典範もまた他の法令と同様に憲法制定権力のみ⁽¹¹⁵⁾に妥当根拠を有する限りにおいて帝国憲法の下位にある法形式であるが、問題は「第一条の基礎の上に成立している憲法の〔その他の〕諸規定と、皇室典範との関係」、つまり「皇室典範が憲法第一条に於て宣言せられてゐる憲法制定権力に直接に基いてゐるのであるか、またはこの第一条の基礎の上に成立してゐる憲法の諸規定に基いてゐるか」である。この点、帝国憲法による「一般的な授権」が存在しないことは、皇室典範が「憲法第一条に於て宣言されてゐる憲法制定権力の直接の基礎の上に立つてゐることを示すものと解すべき」である。従つて帝国憲法と皇室典範の間には委任関係は存在せず、帝国憲法2条および17条の規定も皇位継承及び摂政に関する事項が「本来皇室典範の規定すべき事項」であることを明らかにしつつ、「事柄自体が国家組織に重大な関連をもつために、特に注意的に規定したものと見るべきであらう」と解される。憲法の委任によるものでない以上、委任を取り消して憲法自体に規定することはできない。黒田はこのことを以下のように要約する。

「帝国憲法と皇室典範との上位下位の関係を問題とする場合に、帝国憲法中に憲法制定権力の所在が宣言せられ、皇室典範もその基礎の上に成立してゐると云ふ意味に於ては、帝国憲法は上位であり、皇室典範は下位である。これに反して、憲法的諸規定も皇室典範も共に、直接に憲法制定権力の基礎の上に成立してゐると云ふ点では、帝国憲法と皇室典範とは、同順位である⁽¹¹⁶⁾と云はねばならぬ。」

かような議論を踏まえれば、効力論に関する黒田の立場は自ずと明らかである。

(114) 黒田覚『日本憲法論中』264頁以下。

(115) 黒田覚『日本憲法論中』269頁以下。

(116) 黒田覚『日本憲法論中』273頁。

「私は、第七四条第一項が…（中略）…と規定し、また皇室典範自体が、その特殊な改正方法を規定してゐる点から見て、帝国憲法を以て皇室典範を変更し得ないものと解する。けだし帝国憲法を以て皇室典範を変更し得るや否やは、帝国憲法中の皇位継承・摂政に関する規定のやうな不可變的部門に対応する皇室典範の皇位継承・摂政に関する部門に於ては、最初から問題とならない。その以外の部門に於て問題となるのであるが、これ等の部門を憲法改正の方法によつて改正し得るとするのは、皇室典範の自律主義を有名無実たらしめるものだからである。」⁽¹¹⁷⁾

黒田は、「唯一言すれば、かやうな消極説は、前述の帝国憲法と皇室典範との同順位的構造の認識の上にも、矛盾なく成立し得るのであつて、若し両者の同順位的構造の認識を排斥するならば、むしろ積極説がその論理的帰結として生じるであらう」と敢えて附言し、理論的認識による二者択一を迫るのである。⁽¹¹⁸⁾

第九節 清宮四郎

法段階論的見地から黒田と同様の分析を提示したのが清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」⁽¹¹⁹⁾（1940年）である。

清宮はまず帝国憲法と皇室典範の存立・通用の規範的根拠（「実定国内法内在的根拠」）を論じる。清宮によれば帝国憲法を制定した「明治天皇の欽定行為を根拠づける法規範」は「天祖の神勅に淵源し、建国以来不文法として存在してゐた、わが国法秩序の根本規範」、すなわち『わが日本国は万世一系の天皇が統治すべき国家であり、わが国においては万世一系の天皇が統治の主体、『主権者』であり、『憲法制定権者』であるべき』旨を示す法規範に求められる。従つて帝国憲法の第1条はかかる「根本規範を宣示・表明するものであり、憲法制定行為に關す

---

(117) 黒田覚『日本憲法論中』275頁以下。

(118) 黒田覚『日本憲法論中』276頁。

(119) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」京城帝国大学法学会編『法と政治の諸問題』（岩波書店、1940年）。

る授權規範，他の憲法の条項の法的根拠たるべき根本規範」であり，「形式上は帝国憲法的一条項でありながら，性質上は帝国憲法の法的根拠，授權規範，帝国憲法，いな，すべての国法の存立・通用の根拠たる法論理的性質を具有する特殊・独自の法規範なのである」⁽¹²⁰⁾。これに対し，「憲法改正規範」及びその他の「普通の憲法規範」は直接に根本規範に基づいており，憲法改正の場合には「憲法改正規範の改正」は帝国憲法73条ではなく根本規範に基づき，その他の憲法規範は直接的には憲法改正規範に通用根拠を有する⁽¹²¹⁾。同様のことが皇室典範に当て嵌まる。明治天皇の欽定にかかる皇室典範の法的根拠は根本規範であり，改正増補についても改正増補規範は根本規範に根拠を有し，改正増補による規範は改正増補規範を直接の通用根拠とする⁽¹²²⁾。

黒田の場合と同様に，かような規範構造の整理において既に授權関係に関する清宮の理解が示されている。すなわち「根本規範を宣示する帝国憲法第一条は，帝国憲法並びに皇室典範，従つて，すべての国法の，授權の淵源であり，通用の究極の基礎たる法規範」であり，帝国憲法及び皇室典範はそれぞれ独立に直接的に根本規範に授權根拠を有する規範であり，従つて，「帝国憲法第一条は別として，一般に帝国憲法と皇室典範とが授權関係に立つと認める余地はない」のである。帝国憲法2条及び17条1項についても同様であり，清宮はこれらの条項を——里見岸雄の表現を借りつつ——次のように理解するのである。

「帝国憲法・皇室典範制定者は，皇位継承・摂政といふやうな事項は，「宮務」であると同時に「国務」にも属する事項と看做し，典・憲双方にそれについての規定を設けたが，その場合，憲法は憲法，典範は典範で，

(120) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」7頁以下。なお，清宮は根本規範の規範的根拠の問題に触れることを忘れないが（10頁以下），ここでは立ち入る必要はない。

(121) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」12頁以下。

(122) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」14頁以下。

戦前期憲法学における皇室法解釈論とドイツ法学

それぞれ独立に規定を設けたものと解するより仕方なく、憲法における、皇室典範の定めるところによる、との文言は、単に、皇位継承についての詳細の規定、摂政を置く場合に関する規定は、別に制定される皇室典範中に設けられる旨を表はすに過ぎぬものと解すべきである。典・憲両者の規定は、以上のやうな意味においての「双照扶規」の関係に立つのである。要するに、帝国憲法の規定と皇室典範の規定とについては、根本規範を示す憲法第一条と典範の規定との間には授權関係が認められるが、憲法の他の条項と典範の規定との間には授權関係は認められないものと解すべきである。⁽¹²³⁾」

更に清宮は帝国憲法と皇室典範の効力関係を論じ、「いづれの一方をもつてしても他方を廃止・変更することが出来」ない「消極的同位関係」として性格づける。効力関係は法規範相互の間に共通の所管が存在することが前提となるが、清宮は「漠然と皇室に関する事項が宮務であり、国家に関する事項が国務であり、前者は皇室典範の所管に属し、後者は帝国憲法の所管に属するといふと誤解を招く虞れがある」のであり、「むしろ、逆に、帝国憲法の触れるところはすべて国務となり、皇室典範の触れるところはすべて宮務となつてゐるのである」として、皇位継承及び摂政に関する事項は帝国憲法と皇室典範の共通の所管事項ないし「競合的所管たる事項」となっていると整理する。それ故に、「無関係説」は競合的所管を無視し、憲法2条、17条、74条を無意味化する説として退けられる。「憲法上位説」（本稿の所謂「憲法優位説」）に対しては、授權関係が認められないだけでなく、「同位関係を直ちに推知せしむるに足る、実定法上の規定が存する」として憲法74条を挙げる。清宮は、帝国憲法74条1項に所謂帝国議会の議を経るを「要セス」は「許サス」の義であり、帝国憲法73条に基づいて皇室典範規定事項を改正することも不可であるとするのである。⁽¹²⁴⁾ 清宮はいう。

「憲法と典範の関係は、両者の間に所管の競合は存しながら、しかも、互

---

(123) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」24頁。

(124) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」25頁以下。

ひに他を侵し得ないといふ、異例の関係であり、例へば、典・憲いづれかにおいて、女帝を認める規定を設けるときは、当然に他方の規定の変更を来すといふ…積極的同位関係は認める余地はないのである。典・憲いづれかにおいて女帝を認める規定を設け、他方が現行のままであるやうな場合には、新規定はその効力を発し得ない。典・憲おのおの独立に、しかも相呼応して、改正が行はれる場合にのみ、競合的所管事項の改正は有効に行はれ得る。⁽¹²⁵⁾」

更に、清宮は憲法74条を「帝国憲法と皇室典範との効力関係を明らかにし、憲法改正行為と典範改正行為の所管、限界を示す規定」であると解釈し、かかる「消極的同位関係」それ自体をなんらかの法的手段によって変更することも——「直接に根本規範による場合を想定すれば格別として」——「法的に不可能である」と結論するのである。⁽¹²⁶⁾

第一〇節 里見岸雄

最後に、やや年代が前後するが、「国体学」的見地から皇室典範を論じた里見岸雄の見解を確認しておきたい。里見は『国体法の研究』(1938年)において、皇室典範を「国体附属法」と理解したうえで、帝国憲法告文に所謂「茲ニ皇室典範及憲法ヲ制定ス」という文言を基準に解釈を施そうとする。

里見はまず、後述する美濃部達吉の皇室概念論を念頭において、佐々木惣一とともに皇室が民法的意味における「家」ないし「法人」ではないことを確認する。里見にとって、「民法的『家』に非ず、民法的『法人』に非ざる事を本質とする皇室を、民法の『家』の概念、民法の『法人』の概念を以て解決しようとする事その事が、既に解釈の基準を誤れるものであると曰はねばならぬ」⁽¹²⁷⁾のである。「皇室」の概念に関する里見の結論はこうである。

(125) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」38頁。

(126) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」39頁以下。

(127) 里見岸雄『国体法の研究』(錦正社、1938年)799頁。

戦前期憲法学における皇室法解釈論とドイツ法学

「皇室典範は、天皇、皇族を総括しての皇室に関する重要事項を規定してはゐるが、皇室なる団体の性質、団体の権利、団体の義務、団体の規則を立てたものではなく、従つて、典範に現れた皇室とは、決して、法律的意思に於ける『皇室』ではないといふべきだ。故に、『皇室典範』の名義は、『大日本帝国憲法』の名義とは聊かその趣を異にしてゐるものと曰はねばならぬ。即ち皇室とは厳密なる法上の名義ではないが、天皇及び皇族の御一団を総括して、皇室と称へる社会的根拠に依つた名称であつて、是れを、法的に、又、国家的に転用する事の至便至当なるが故に、『典範』の上に『皇室』と冠したるものと考へるのが、⁽¹²⁸⁾ 穩当であらうと思ふ。」

次に里見は皇室典範の性質を論じる。ここでも皇室典範を皇室の家長としての天皇の制定に係る法規とする美濃部達吉の所説が批判の対象である。里見によれば、皇室典範の上諭を読む限り「『遺訓ヲ明徴』にしたまふ御資格は、祖宗肇国の初めに定まれる昭乎たる大憲を、『日本帝国ノ宝祚』を継承したまへる天皇としてであつて、この意義を離れたる『皇室の家長』たる御資格といふ意味は⁽¹²⁹⁾ 拝し得られない」。また帝国憲法の告文が「典憲ヲ成立シ」、「茲ニ皇室典範及憲法ヲ制定ス」と帝国憲法と皇室典範の双方に言及していることを根拠に、里見は次のように続ける。

「若し、美濃部博士の言ふ如く、憲法は統治権に基き、而して典範は皇室家長たるの資格に基きて制定せられたるものであるとするならば、その制定資格には非常な差が存するから、法の制定根拠が異なる訳である。果して然らば、典範と憲法とが等しく、『惟神ノ宝祚ヲ承継シ』『茲ニ皇室典範憲法ヲ制定ス』といふ事は、資格の混同であり、根拠の紛更である事となり、且つ、この制定せられたる典範も憲法も等しく惟フニ此レ皆皇祖祖宗ノ後裔ニ⁽¹³⁰⁾ 貽シタマヘル統治ノ洪範ヲ紹述スルに外ならざる事を理解する事が出来ぬ。」

更に帝国憲法と皇室典範の関係については「典憲能所関係」という用

---

(128) 里見岸雄『国体法の研究』802頁。

(129) 里見岸雄『国体法の研究』810頁。

(130) 里見岸雄『国体法の研究』810頁以下。

語を用いて論じ、憲法と典範とは「双照扶規の關係」であるとする。

「典憲及び憲法は、各形式に於て独立せる法であつて、その地位は全く對等である。然しそれは、両者が無關係だといふ意味ではない。典範及び憲法は極めて密接な關係即ち、双照扶規の關係に立つてゐるのである。憲法は典範を照し、典範は憲法を照し、互に相照しつつ、各々その任とする處を規律し、依つて以て、互に扶け合つて、天皇統治の權を遺憾なからしめんとしてゐるのである。⁽¹³¹⁾」

その効力論上の帰結が「典憲同位説」であることは敢えていうまでもない。

「典範そのものは、制定法としての帝国憲法と何等の能所關係なく別箇の法として、典範そのもの、憲法そのものよりも一層根源的の權威根柢によつて制定せられたものであるから、それは將來万一改正せらるゝが如きことありとするも、何等帝國議會の議を経るの要なきのみならず憲法の支配をも排除する處の、憲法とは全然別系統に屬する獨立の法的体系である。…憲法第七十四条は、決して憲法と典範との能所關係を定めたものではなく、反對にある条項を中心に兩法の能所關係を否認した明文である。…帝國憲法には、何等の方法を以てするも、皇室典範そのものを改正する機能が無いのであつて、それは、憲法と相對して根本法の一たる典範に憲法そのものを改正する權能無きと同理由だ。⁽¹³²⁾」

里見は大筋において佐々木惣一の学説に従っており、佐々木の皇室典範論に「国体学的」衣装を着せたと表現してもあながち誤りではあるまい。

(131) 里見岸雄『国体法の研究』817頁以下。

(132) 里見岸雄『国体法の研究』836-839頁。なお清宮は、里見の議論について「典・憲制定の根柢を『憲法よりも根源的な、』憲法以上の『国体事実』にもとめられるのは、もしそれが根本規範による授權規範的根柢づけを看過するものであるならば、…賛同し難いところである」と述べている(清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との關係」23頁)。

第四章 参照準拠国としてのドイツの可能性と限界

——彷徨う美濃部達吉

第一節 「国家法説」の美濃部——『憲法講話』(1912年)まで

これまで検討した論者とは異なり、参照準拠国としてのドイツの可能性を最も真剣に追及し、それとともに度重なる改説を余儀なくされた人物こそ、美濃部達吉に他ならなかった。

美濃部は当初、一貫して皇室典範＝「国家法」説を主張していた。美濃部はまず、「皇室典範ノ性質ヲ論シテ皇族ノ特殊地位ニ及フ」(1904年)において、一木喜徳郎に従って皇室典範は「単純ナル皇室内部ノ家法ニ非スシテ憲法ト相並ンテ国家ノ最モ重要ナル法規ノ一」であるとしたうえで、大臣の副署や公布手続を欠いた皇室典範その他の皇室関連法令が国家制定法の「例外法」としてなぜ妥当するのかを「皇族ノ特殊地位」を論じることによって明らかにしようとする。美濃部によれば、「外国ノ法理」によって「皇族ト法律トノ関係」を論及することはできない。

「此ノ問題ハ之ヲ外国法ノ下ニ於ケル法理ニ依リテ決スルコトヲ得ス。維新以来殊ニ憲法制定ノ以後ニ於ケル我国ノ法制ハ外国法ノ影響ヲ受クルコト極メテ多ク公法及ヒ私法ノ凡テノ法系ヲ通シテ外国法ノ法理ニ則ラサルモノ殆ント之ナキニ至レリト雖モ独リ皇室ノ地位ニ至リテハ我国特殊ノ団体ニ基キ万国比類ナキノ君民忠愛ノ関係ニ基キ今日ニ於テモ尚我国特殊ノ法理ヲ存ス。此ノ点ニ於テハ外国法ノ法理ハ多クノ参考ヲ供スルニ足

---

(133) 美濃部達吉「皇室典範ノ性質ヲ論シテ皇族ノ特殊地位ニ及フ」法学新報14巻5号(1904年)8頁。美濃部はもし皇室典範が「皇室内部ノ家法」だとすればその効力は国法に及ばず、法律命令によって改変されうることになるが、法律命令に優位する効力を認めながら、「国家ノ命令」ではなく皇室の自治権に基づくものとする有賀長雄の学説は「自家撞着」であると批判する(8頁以下)。更に、皇室典範は憲法以前に制定されたものであるということを根拠とすることも適切ではなく、副署の原則は既に太政官制においても認識され、法律・命令については公式令において明文化されていることが指摘される(9頁以下)。

ラサルナリ。例へハ外国法ノ下ニ於テ皇族ハ唯特別ノ明文アル場合ニノミ
 普通ノ法律ノ適用ヲ受ケスト云フコトカ定説ナリトスルモ是レ毫モ我国ニ
 於テ同一ノ解答ヲ為スノ理由ト為スニ足ラス。⁽¹³⁴⁾

美濃部は、皇族もまた「国家ノ臣民」であることを確認する。従って、
 主権国家においては国家の命令は絶対的権力であり、国家の構成員の意
 思は国家の意思に劣後するのであるから、「皇族ノ自治」・「自治権」は
 国家の命令を超える効力を有しない。但し、「皇族カ一般臣民ト異ナリ
 テ特殊ノ地位ヲ有スル所以ハ皇族ヲ支配スル国家法規ハ一般臣民ヲ支配
 スル国家法規ト異ナレルコトニ在リ」、一般臣民に対する法規は明文の
 規定がなくとも一定の場合には皇族に対して適用されず、皇族に対する
 国家法規は形式的にも副署を備えず、公布の手続がとられないという相
 違があるに過ぎないのである。⁽¹³⁵⁾ それ故に、美濃部は次のように結論する。

「皇室典範ハ憲法及ヒ法律ト均シク国家ノ法規ニシテ皇室内部ノ家法ニ非
 ス、独逸諸国ニ於ケル Hausgesetz ノ如キハ全ク之ト比較シ得ヘキモノニ
 非ラス、其ノ大臣ノ副署ナキハ其ノ国家ノ法規タルヲ妨クルコトナシ、何
 トナレハ我国特殊ノ歴史ト特殊ノ国体トニ基キ皇室ノコトハ全ク君主ノ独
 裁ニ任シ臣下ノ之ニ容喙スルコトヲ許サス、憲法第五十五条ハ之ニ適用セ
 ラルルモノニ非ラサレハナリ。其ノ結果トシテ皇室典範ハ其レ自身ニ於テ
 直接ニ臣民ヲ羈束スヘキ効力ヲ有ス…。」⁽¹³⁶⁾

ここでは前提として、皇族が臣民であることから、皇族の「自治権」
 に基づく法規が国家制定法に優位しないことが導かれている。こうした
 主張はドイツにおいても広く共有された見解であり、憲法的規律は「自
 律」の実質的主体である男系親の同意に拘束されることはないという文
 脈で頻りに論拠とされた。⁽¹³⁷⁾ もっとも、Hausgesetz が全く王室内部の家

(134) 美濃部達吉「皇室典範ノ性質ヲ論シテ皇族ノ特殊地位ニ及フ」12頁。

(135) 美濃部達吉「皇室典範ノ性質ヲ論シテ皇族ノ特殊地位ニ及フ」13頁以
 下。

(136) 美濃部達吉「皇室典範ノ性質ヲ論シテ皇族ノ特殊地位ニ及フ」45頁。

(137) Conrad Bornhak, Preussisches Staatsrecht I, 1. Aufl., 1888, S. 166,
 348 f.

法であって「国家ノ法規」でないということは必ずしも一般的にいうことではない。⁽¹³⁸⁾ また、国家制定法との関係に関しては1900年施行の民法典施行法57条が領邦君主の家族に関する限りでの王室家憲の規律事項について民法典の適用除外を規定しており、私法関係においても王室家憲の規定が臣民の争訟において考慮される余地がなかったわけではない。⁽¹³⁹⁾ いずれにせよ、ここでの美濃部の Hausgesetz に関する言説は、有賀長雄によって媒介された日本版のイメージによって規定されていると同時に、ドイツの Hausgesetz を対照像として皇室典範を理解しようとする一木の姿勢を継承するものである。

ところで、この年には、ドイツにおいてこの法領域に関する体系的著作としてH・レームの『現代君侯法』（1904年）が刊行される。美濃部はこの著作を早速「近世皇室法論」として『国家学会雑誌』に紹介しているが、「余は未だ全部を通読するに暇あらざるか故に、爰には其の大要をだに紹介するを得ず」などと述べて序文の要約と目次の翻訳に終始している。⁽¹⁴⁰⁾

実際、レーム君侯法理論との邂逅は短期的には意味を持たなかった。『日本国法学・上巻上』（有斐閣、1907年）においても皇室典範は「国家ノ制定法規」であり「皇室ノ自治権ニ基ク家法」ではないとされている。⁽¹⁴¹⁾

(138) 本稿で繰り返し論及するように、美濃部はG・マイアの所説に多くを負っている。しかしマイアは立憲制導入後の Autonomie の範囲を語るに過ぎず、ドイツに現に存在する Hausgesetz（憲法の構成部分とされたものや法律的効力を有するものもある）を完全に説明し尽くしたものではない。拙著『王統と国家』202頁の引用箇所を参照のこと。

(139) 参照、拙著『王統と国家』216頁以下；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）309頁以下。

(140) 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。

しかし、ドイツの家憲に関する理解には若干の深化が見られる。美濃部によれば皇室典範を「皇室ノ家法」とする説は「独逸諸国ノ王室家法 (Hausgesetze)」と比較してこれらを同一視するものであるが、ドイツの家憲は「特殊ノ歴史的沿革」に基づくものであり、皇室典範と比較することはできない。美濃部はその「沿革」を次のように描き出す。すなわち、ドイツの王室家憲は中世以来の諸侯領において発展してきたものであるが、一般人民とは異なり諸侯の「一族」は「帝国直隸者 (Reichsunmittelbar)」として諸侯権力 (立法権・裁判権) に服従せず、帝国法律を除き、その法律関係は自ら定めるところとなった。また、14世紀以降、各家の「一族間ノ協約」によって相続順位と不可分性が定められた。その時期の「家法」は「侯室自治規定」としての実態を備えた (美濃部はここで一木喜徳郎の前出論文と並んで、ボルンハークの『プロイセン国法・第1巻』(1888年)の参照を指示している⁽¹⁴²⁾)。然るに、神聖ローマ帝国崩壊後は領邦が主権国家となり領主君主の家族も国権に服することとなり、また王位継承は私的相続ではないということが明瞭に理解されるようになったので、家法は王室内部の私事に限り、国務に関するものは憲法または法律によって規定するに至ったのである。更に美濃部は、皇室典範の改正に帝国議会の協賛が不要とされていることについて、G・マイアー『ドイツ国法教科書〔第5版〕』(1899年)を引きながら、ドイツにおいても王位継承など国務に関する事項を「王室家法」に規定するものがあるが、その場合でも国務に関する限り議会の協賛が必要であることについて学説の一致があり、「王室ノ自治」によって規定することができる事項が「純然タル王室内部ノ私事」に限られることを確認する。

(141) 美濃部達吉『日本国法学上巻上』(有斐閣書房, 1907年) 308頁。

(142) Bornhak (Fn. 137), S. 80 ff.

(143) 美濃部達吉『日本国法学上巻上』309頁以下。

(144) Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 5. Aufl., Leipzig 1899, S. 233.

そのうえで美濃部は「独り我国ニ於テ皇室典範ノ改正ニ全ク議會ノ議決ヲ要セサルモノト為セルハ蓋シニ我カ歴史上ノ特別ノ国情ニ基クモノ」であるとして、『憲法義解』の論理を否定するのである。⁽¹⁴⁵⁾

『憲法講話』(1912年)においても、皇室典範を「国家法」とする見解が維持される。とりわけ明治40年の公式令の制定及び皇室典範増補によって「一般の国家法規と同じく」副署・公布を要することとなったことから、「今日に於いては形式の上に於いても、皇室典範が決して皇室の内事に関する家法と見るべきものではなく、国家の法規であることが明に承認せられた」とされる。⁽¹⁴⁶⁾更に、ヨーロッパの君主制に対する日本の「特色」の一つは「皇室法規殊に皇室典範に付ては全く帝国議会の議に付せず専ら天皇の大権にのみ留保せられて居ること」に求められ、⁽¹⁴⁷⁾帝国憲法74条についても「是も日本の固有の国情に基いた規定でありまして、外国の憲法に於いては王室に関する事項でも、国家的法規である以上は国会の協賛を要するのが一般の例であります、我が国に於いては我が固有の国体上、縦令国家的法規と雖も事の皇室に関するものは、人臣の敢て与るべきものでないと云ふ理由に依つて国会の協賛権は全く除

(145) 美濃部達吉『日本国法学上巻上』310頁以下。

(146) 美濃部達吉『憲法講話』(有斐閣書房, 1912年) 521頁以下。更に、521頁に曰く:「皇室典範の性質に付いて能く観察すると、それは決して単純なる皇室の家法たるものではないのでありまして、其の大部分は最も重要な憲法的法則を定めたものであります。殊に皇位継承及摂政に関する法則は国家組織の最根本的法則といふべきものであります。皇室典範の中で純然たる皇室内部の家法と看做すべきものは唯其の小部分のみに止まつて、大部分は国家に重要な関係ある性質の法規であります。」

(147) 美濃部達吉『憲法講話』(有斐閣書房, 1912年) 70頁。美濃部はここでも、皇室典範は「皇室内部の家法」ではなく、「国政に関する国家の法規」であると述べ、ヨーロッパの「王室法」は国家法規と関わる限り議会の議決を要し、王室だけで決められるのは「純粹の王室法、即ち国家の政治に関係のない王室内部の事柄にのみ限る」のに対し、皇室典範規律事項については国家事項に関しても帝国議会の議に掛からないことを「日本の憲法の著しい一の特色である」とする(70頁以下)。

かれたのであります」と述べて、日本の「国体」の特殊性に基礎づけようとする。⁽¹⁴⁸⁾

このように、『憲法講話』に至るまでの美濃部は一本喜徳郎に従って「国家法説」を採っており、その際、一本と同様にドイツの「家憲」イメージを対象像として皇室典範を論じていた。但し、本稿の意味における効力論に関する立場は必ずしも明らかではない。

第二節 「皇室ノ事務ト国家ノ事務」(1916年)と「皇室ノ大権」(1918年)

一 しかし、法理研究会における報告が転機となる。「未定稿」であることが明記された「皇室ノ事務ト国家ノ事務」(1916年)において、美濃部は「皇室典範ハ国法タルト共ニ皇室法タル二重ノ性質ヲ有ス」とする(佐々木惣一の所謂)「二重法説」を唱えるに至る。

この論放はその題目の通り、大正期に入って大礼使官制問題⁽¹⁴⁹⁾において争われた皇室の事務と国家の事務の区分を示すことを試みたものである。美濃部によれば国家の事務と皇室の事務は法律上、明確に区分されるものであり、「皇室ノ事務トハ皇室ノ機関ニ依リ皇室ノ経費ヲ以テ行ハルル所ノ事務」に他ならない。⁽¹⁵⁰⁾しかし、国家と皇室の密接不可分の関係に鑑みれば両者の実質的区別は不可能であり、別の基準が求められなければならない。⁽¹⁵¹⁾

そこでまず、美濃部は「皇室大権ノ性質及範囲」を論じる。美濃部によれば、「皇室大権トハ皇室ノ首長トシテノ天皇ニ属スル大権」⁽¹⁵²⁾であり、

---

(148) 美濃部達吉『憲法講話』522頁。

(149) 参照、国分航士「明治立憲制と「宮中」——明治四〇年の公式令制定と大礼使官制問題——」史学雑誌124編9号(2015年)1560頁以下(美濃部が勅令説を主張したことについて1562頁以下)。

(150) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」国家学会雑誌30巻4号(1916年)582頁。

(151) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」585頁以下。

(152) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」587頁。ここで美濃部は皇室

その第一に挙げられるのが「皇室自治権」、すなわち「皇族ノ権利義務ニ付テハ原則トシテ国家法規ガ其ノ効力ヲ及ボスコトヲ得ズシテ皇室ニ於テ自ラ之ヲ定ムルヲ得ヘキ権利」である。⁽¹⁵³⁾ 無論、この意味での「皇室大権」は国家の権力に制限を加えるものであるが、それは国家が承認した結果であり、それ故に「皇室大権」の根拠は「国法」ないし「国家ノ法規」に求められなければならない。

「国家ガ此ノ如キ義務 [= 皇室の自治領域を承認することに伴う諸々の義務] ヲ負フハ国法ガ自ラ之ヲ認ムルノ結果ナラザルベカラズ。国法ノ承認ノ基クニ非ザレバ皇室ト雖モ此ノ如キ権利ヲ保有シ給フヲ得ズ、何トナレバ国家ハ最高ノ権力団体ニシテ如何ナル権力ヲ以テスルモ国家ノ意思ニ反シテ国家ヲ制限スルヲ得ザルニハ国法ノ根本原則ヲ為スモノナレバナリ。サレバ皇室大権ノ法律上ノ根拠ハ専ラ之ヲ国法ニ求メザルベカラズ。国家ノ法規ニ依リテ認メラザル限リハ、皇室ノ大権ニ依リテ自ラ其ノ権利範圍ヲ定ムルヲ得ベキモノニ非ザルナリ。」⁽¹⁵⁴⁾

然るに、「国家法規」がどのように皇室大権の範囲を定めるかについては「欧州諸国ノ国法」との間に「著シキ差異」があるという。すなわち、ヨーロッパにおいては議会の議決によって定まる憲法及び法律が国家の最高意思であるから、「随テ王室ノ権利ニ関シテモ国会ノ議決ニ依リテ定メラレタル憲法又ハ法律ニ依リテ之ヲ変更スルヲ得ベ」きであり、イングランドにおいてはこれが疑いのない原則として確立している。更

自体が法人として権利主体となるのか、それとも天皇が権利主体なのかという問題に言及しつつ行論それ自体には関係のない論点として措くが、基本的には皇室法人説を正当と考えていると付論している。

(153) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」588頁。美濃部は「皇室自治権」を国家に対する皇族の「治外法権 (Immunität)」とも呼んでいる。

(154) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」593頁。「皇室自治権」については588頁にも「国法ガ此ノ特権ヲ認ムルノ結果トシテ」云々と述べられている。

(155) 原文には「国家」とあるが、その後にかけて「君主国ナラバ其ノ議決ノ後更ニ君主ノ裁可ヲ経テ定メラレタル」とあるので、「国会」の誤りであろう。

に、美濃部はドイツの議論状況について次のように述べる。

「独逸ニ於テハ多少ノ異説ナキニ非ズ、殊ニ「レーム」ハ其大著『近世皇室法』ヲ初メ種々ノ論著ニ於テ王室ノ権利ハ国法ニ依リテ変更スルヲ得ザルコトヲ主張セリト雖モ、是レ大多数ノ学者ノ否定スル所ナルノミナラズ、近時巴威倫ニ於テハ憲法ノ改正ニ依リ在位中ノ王ヲ廢シテ摂政親王ヲ立テ、王位ニ即ケタル実例アリ。憲法又ハ法律ノ改正ニ依リテ王室ノ権利ヲ左右シ得ベキコトハ独逸ニ於テモ一般ニ承認セラル、所ト謂フヲ得ヘシ。」⁽¹⁵⁶⁾

そのうえで美濃部はドイツないしヨーロッパとの比較において日本皇室法の独自性を主張する。

「獨リ我國ニ於テハ此等ノ諸国ト異ナリ憲法及法律ヲ以テハ侵スコトヲ得ザル国法ノ存スルモノアリ。皇室ノ大権ハ実ニ此ノ如キ国法ニ其ノ根拠ヲ有スルモノニシテ、而シテ此ノ種ノ国法ハ全ク議會ノ議決権ノ外ニ置カル。換言スレバ我が国法ノ下ニ於テハ国会ノ議決ニ係ル憲法ノ改正又ハ法律ニ依リテハ皇室ノ大権ヲ変更スルヲ得ザルモノナリ。」⁽¹⁵⁷⁾

ここでのドイツの学説状況への言及は極めて象徴的である。美濃部が主張しようとしているのは、ドイツにおいて一般に受容されることのないレームの学説が日本皇室典範解釈論として命脈を保つ可能性である。実際、「皇室大権」が議会の掣肘を受けないことから、皇室典範の効力論として「典憲同位説」が導かれるのである。

「皇室典範ハ憲法ト並行シテ互ニ相侵スルヲ得サルノ効力ヲ有ス。憲法ニハ…憲法ノ改正ニ依リテ皇室典範ヲ変更スルヲ得ザルコトヲ規定セスト雖モ、是レ皇室典範ガ憲法ト其ノ制定手續ヲ異ニスルコトヨリ生ズル当然ノ事理ニシテ、…国会ノ議ヲ経テ定メラルル憲法ノ改正ニ依リテハ之ヲ変更スルヲ得ザルコトハ明文ヲ待タズシテ明ナリ。」⁽¹⁵⁸⁾

皇室典範の性質論は、美濃部のこの論攷においては効力論に後に初めて提示される。

(156) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」594頁。

(157) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」594頁。

(158) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」595頁。

戦前期憲法学における皇室法解釈論とドイツ法学

「其ノ性質ニ於テハ皇室典範ハ国法タルト共ニ皇室法タルニ重ノ性質ヲ有ス。…皇室典範ハ天皇ガ国ノ元首トシテ及皇室ノ首長トシテノ重ノ御地位ニ於テ制定シ給ヘルモノニ外ナラザルナリ。」⁽¹⁵⁹⁾

こうした説明を要するのは、「皇室大権」それ自体が「国法」にその法的根拠を持たざるを得ないとしつつ、美濃部が皇室典範に「皇室ノ権利ヲ定ムル国家法規」ないし「皇室ノ大権ニ関スル国法ノ法源」を求めているからである。国家と皇室を橋渡しする結節点は天皇をおいてありえない。

二 更に美濃部は「皇室ノ大権（一）」(1918年)において、「皇室ノ国法上ノ地位及皇室ノ大権」を詳しく検討しようとする。その際、次のような一節からこの論攷は説き起こされる。

「日本ニ於ケル皇室法ト国法トノ関係ハ他ノ諸国ニ於ケルモノトハ頗ル異ナツテ居リ、日本ノ特殊ノ研究ヲ要スルモノデ、外国ノ例ヲ以テ之ヲ推スコトハ出来ヌ。最モ著シイ二ノ例ヲ言ヘバ、外国ニ於テハ王位ノ継承ハ国家ノ憲法又ハ法律ニ依リテ定マツテ居ルノデ、之ヲ改正スルニハ国家ノ協賛ヲ得ナケレバナラヌガ、日本ニ於イテハ皇位ノ継承ハ専ラ皇室法タル皇室典範ニ依リテ定マツテ居リ、而シテ皇室典範ハ憲法ト同等ノ効力ヲ有ツテ居ルモノデ、憲法ノ改正ヲ以テモ皇位継承法ヲ変更スルコトハ出来ヌ。⁽¹⁶¹⁾〔第二の例は省略〕」

美濃部はこのことをある種の前提として確認したうえで、この論攷では専ら皇室の法人格を論証することを試みている。美濃部によれば皇室は天皇を家長とする家族団体であり、公法人の一つである。その際、皇室典範にも「皇室経費」・「皇室会計」・「皇室ニ対スル忠順」など皇室を権利主体と暗示するものがあり、また宮内省、内大臣、皇族会議など国家の機関ではなく皇室の機関とされているものがあることが論拠として

---

(159) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」595頁以下。

(160) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」593頁、594頁。

(161) 美濃部達吉「皇室ノ大権（一）」国家学会雑誌32巻1号（1918年）66頁。

挙げられている。「皇室の機関」「皇室の官吏」といった表現はまさに皇室自ら権利主体であることの証拠である。そして法人であるとすれば、「皇室ハ疑モナク公法人デア⁽¹⁶²⁾ル」。

しかし美濃部によれば皇室は通常の公法人とは異なり、「国家ノ元首タル天皇ガ同時ニ皇室ノ家長タル地位ニ在マスコト」による「唯一無ニノ地位」を有する。それによって「法律上ノ地位ニ重大ナル差異ヲ生ズル」として、「自治権ノ行使」について国家が監督権を有しないことと並び、「皇室ノ自治権ハ皇室ニ関スル事柄ニ付テハ国家ノ意思ニ勝ルノ効力ヲ有スルコト」を挙げている。これについて美濃部は「此ノ点ハ尚後ニ説明スベキ所」としつつ国家が「若シ自ラ自己ノ意思ヲ制限シテ或ル一定ノ事柄ニ付テハ他ノ団体ノ意思ニ依リテ拘束セラルル」ことを定めたとしても「国家ノ最高性」を妨げるものではないとしたうえで次のように続ける。

「況ンヤ皇室ハ天皇親ヲ其ノ家長ノ地位ニ在マスノデアツテ、皇室ノ意思ハ即チ天皇ノ意思ニ外ナラヌノデア⁽¹⁶³⁾ルカラ、国家ノ意思ガ皇室ノ意思ニ依リテ拘束セラルルコトハ言ヒ換フレバ国家ノ意思ガ天皇ニ依リテ制限セラルルコトニ外ナラヌノデア⁽¹⁶³⁾ル。其ノ国家ノ最高性ヲ妨ゲナイコトハ勿論デア⁽¹⁶³⁾ル。」

美濃部はこの論攷の続編を書き継ぐことなく、従って「尚後ニ説明」されることもないが、天皇は最高機関としての国家元首でもあるからという論理を想定しうるのであろう。いずれにせよ、国家の一種の自己制約によるものではありながら、しかし皇室の「自治権」が「国家ノ意思ニ勝ルノ効力」をもつといった説明になっていることが重要である。

第三節 『憲法提要』初版（1923年）から第5版（1932年）への転回

1920年代になると、美濃部は自身の体系書・注釈書に自らの皇室法論

(162) 美濃部達吉「皇室ノ大権（一）」67-76頁。

(163) 美濃部達吉「皇室ノ大権（一）」77頁以下。

を組み込んでいくが、その過程で大きく学説を転回することになった。確かに、『憲法提要〔初版〕』（1923年）においては、皇室典範の性質について「皇室ノ家長トシテノ天皇ノ裁可スル所ニ係ル、即チ直接ニハ皇室ノ意思ニシテ、此皇室ノ意思ガ同時ニ国法タル効力ヲ有スル」ものとされ⁽¹⁶⁴⁾、また効力論においても次のように「典憲同位説」が開陳されていた。

「皇室典範ト憲法トハ其効力ニ於テハ対等ノ関係ニ在リ。皇室典範ヲ以テ憲法ヲ変更スルコトヲ得ザルト共ニ、憲法ノ改正ニ依リテモ皇室典範ヲ変更スルコトヲ得ズ。…後者ニ付テハ明文ナシト雖モ、憲法ト皇室典範トハ權力ノ基ク所ヲ異ニシ、随ツテ其制定手續ヲ異ニスルモノニシテ、前者ハ議會ノ議決ヲ經テ国ノ元首トシテノ天皇ノ裁可スル所ナルニ反シ、後者ハ皇族會議及枢密顧問ノ諮詢ヲ經テ皇室ノ家長トシテノ天皇ノ裁可スル所ナルガ故ニ、一ヲ以テ他ヲ変更スルヲ得ザルハ事理ノ当然ナリト謂フベシ。」⁽¹⁶⁵⁾

ところが、翌年改訂された『憲法撮要〔第2版〕』（1924年）の記述に変化が見られる。

「憲法ノ改正ニ依リ皇室典範ヲ変更スルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ明文ナシト雖モ、皇室典範ハ憲法ノ根柢ノ下ニ国法タル効力ヲ有スルモノナルヲ以テ、其根柢法ノ改正ニ依リ皇室典範ヲ動かシ得ベキハ当然ナリ。然レドモ其根柢法タル条項ニシテ改メラレザル限リハ他ノ条項ノ改正ニ依リテハ皇室典範ヲ変更スルコトヲ得ズ、何トナレバ憲法ト皇室典範トハ權力ノ基ク所ヲ異ニシ、随ツテ其制定手續ヲ異ニスルモノニシテ、前者ハ議會ノ議決ヲ經テ国ノ元首トシテノ天皇ノ裁可スル所ナルニ反シ、後者ハ皇族會議及枢密顧問ノ諮詢ヲ經テ皇室ノ家長トシテノ天皇ノ裁可スル所ナルガ故ニ、其根柢法ニシテ存スル限リハ、一ヲ以テ他ヲ変更スルヲ得ザルハ事理ノ当然ナレバナリ。」⁽¹⁶⁶⁾

ここには皇室典範が憲法を根柢として国法的効力を有することから

(164) 美濃部達吉『憲法撮要』（有斐閣、1923年）110頁。

(165) 美濃部達吉『憲法撮要』110頁以下。

(166) 美濃部達吉『憲法撮要〔第2版〕』（有斐閣、1924年）110頁以下。

「其根拠法」の改正によって皇室典範を変更しうることが明言されるに至っているのである（「憲法優位説」）。なお、ここでは、「其根拠法タル条項」と「他ノ条項」とが区別されている。ここでいう「其根拠法タル条項」は帝国憲法2条、17条1項、74条1項と理解する事が可能であるが、憲法改正によって「他ノ条項」に従来の皇室典範規律事項について異なる規定を置くことは果たして許されないか。「其根拠法ニシテ存スル限りハ」という一句から推察すれば、当該条項の改正を先行させることによって初めて憲法の「他ノ条項」による皇室典範の変更が許されるという論理を読み取ることができる。しかし「其根拠法」を改正する作用と「他ノ条項」を改正する作用が同一であるとすれば、何故に一回的な改正によって変更することができないのであろうか。こうした不徹底は第4版（1926年）⁽¹⁶⁷⁾や『憲法精義』（1927年）⁽¹⁶⁸⁾にも見られるが、最後の第5版（1932年）では全く払拭されることになる。

「皇室典範と憲法との効力の関係に付ては、皇室典範は憲法の根拠の下に国法たる効力を有するものなるを以て、皇室典範を以て憲法を変更することを得ざるに反して、憲法の改正に依りては皇室典範を変更することを妨げず。…後の原則は其の明文なしと雖も、憲法は国家の最高の意思にして、皇室典範も其の下に在り、其の授權に依り定められたるものなるを以て、是れ当然の原則と認むべきものなり。」⁽¹⁶⁹⁾

(167) 美濃部達吉『憲法撮要〔第4版〕』（有斐閣、1926年）110頁以下。

(168) 美濃部達吉『憲法精義』（有斐閣、1927年）733頁以下：「皇室の自律権は憲法に依つて定められ、而して皇室典範は此の皇室の自律権に依つて制定せられたのであるから、皇室典範は憲法の基礎の下に其の効力を有するものである。随つて皇室典範を以て憲法の条規を変更することを得ないのは当然であつて、本条第二項はその旨を明言して居る。之に反して憲法第二條、第十七條文は本条〔74条〕の規定が改正せらるれば、それに依つて皇室典範の効力を動かし得べきことは勿論で、その意味に於いては憲法の改正に依り皇室典範を変更し得るものと言はねばならぬ。即ち憲法と皇室典範とは対等の効力あるものではなく、憲法の方が基礎であつて、皇室典範は其の下に効力を有し、前者は後者に勝る効力あるものである」。

(169) 美濃部達吉『憲法撮要〔第5版〕』（有斐閣、1932年）107頁。

更にこの間、美濃部は「日本憲法の特徴（二）」（1926年）において「皇室自治主義」ないし「皇室自律主義」を論じ、憲法優位説を次のように論じている。

「此の故に憲法と皇室典範とを以て全然対等の地位を有する国家の二大基礎法であり、兩者互に相犯すことを得ないものとするの説は正当ではない。憲法が基礎であつて、皇室典範はそれに基いたものである。国家統治権の大本は一に憲法に依つて定まり、而して憲法に基いて皇室自治の大権が存するのである。…随つて又憲法の改正に依つて皇室典範を変更することが全然不可能なりとする説も正当の見解ではない。（拙著『憲法撮要』第一版に憲法を以て皇室典範を変更するを得ずと曰つたのは誤である。第二版には訂正した）単に理論の上から言へば、例へば憲法第二条を改正して、憲法自身に皇位継承の事を規定し、第十七条を改正して憲法自身に摂政の事を規定し、随つて其の限度に於て皇室典範を変更したとしても、それは勿論正当なる憲法改正の行為であつて、皇室典範は其の効力を之に譲るの外はない。」⁽¹⁷⁰⁾

なお、この時期の美濃部のテキストには日独の比較について注目すべき記述が見られる。第一は、同じく「日本憲法の特徴（二）」の次の記述である。曰く：

「…西洋の諸君主国の憲法に於ては、其の規律は必ず国の憲法又は法律を以て定まり、之が制定及び改正には必ず議会在之に関与することを以て、当然の原則として居る。…唯旧独逸諸国では封建時代から伝はつた旧諸侯家の家法に於て領地相続の原則を定めたものが、立憲制度に移つてから後も、憲法に依つて有効と認められ、其の儘立憲君主国における君位継承の規律として継続して居たものが多かつたけれども、独逸の憲法学者の定説としては、此の場合に於ても、其の家法を改正して君位継承の規律を変更する為には、必ず国会の同意を要するものと解せられて居た。独逸日本の憲法は皇位継承に関する規律を以て全然議会の権限の外に置いて居るのであつて、嘗に皇位の基礎が国会の議決に存することの思想を形式の上にも排斥して居るのみならず、将来之を改正すべき必要を生ずる場合が有

---

(170) 美濃部達吉「日本憲法の特徴（二）」国家学会雑誌40巻2号（1926年）170頁以下。

つても、議会は之に与る権能を有たないのである。⁽¹⁷¹⁾」

ここで、美濃部は君主制期ドイツの学説について、家憲改正による王位継承法の変更には一般的に議会の同意を要したという「定説」理解に立っている。しかし、これは必ずしも鵜呑みにはできない。勿論、憲法に規定された規律を変更する場合には（家憲のみならず）憲法改正手続を要するから、議会の同意を要することに疑いないが、ここで文脈上問題となっている如く、憲法典に規律がなく家憲に委ねられていると考えられる場合は、憲法の規律に抵触しない範囲で家憲改正による規律の変更が可能であるというのが、例えばアンシュッツの学説であり、シュッキングもこれを支持している。蓋し、美濃部は（アンシュッツによって批判される）G・マイアーの学説——家憲改正による王位継承法の変更の場合には議会の同意が必要であるとする——に依拠したのであろう。⁽¹⁷²⁾

他方、第二に、『憲法精義』（1927年）第2条注釈の次の記述は、ドイツにおける憲法と「自律」との問題が、「王嗣」（ここでは個別の王位継承権者全員と解して差し支えあるまいか）の同意を巡るものであるという正確な理解を示している。

「プロイセン旧憲法五三条にも略本条と同様に…（中略）…といふ規定がある。その他のドイツ諸邦にも同様の規定の有るものが尠くない。文言に於いては極めて本条の規定と類似して居るけれども、趣意に於いては甚だ異なつて居つて、ドイツの学者は一般に、憲法の此の規定に依つて従來の王室家法が憲法の内容の一部を為すに至つたもので、随つて此の以後に於いては王室家法の変更は、憲法改正の法律に依つてのみ為すことを得べく、勿論議会の議決を必要とするもので、旧來の王室家法の如くに王嗣の変更に王嗣自身の同意を要するものではないことを認めて居る。即ちドイツ諸

---

(171) 美濃部達吉「日本憲法の特徴（二）」165頁以下。

(172) Siehe nur Georg Meyer/Gerhard Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, T. 1, 7. Aufl., München/Leipzig 1914, S. 287 ff. この論点はオルデンブルク大公位継承問題において顕在化している。詳しくは参照、拙著『王統と国家』第4章第3節。

戦前期憲法学における皇室法解釈論とドイツ法学

邦の憲法に於いては…（中略）…といふ明文が有つても、それは王室の自律権を認めたものではなく、却つて王室家法をして憲法の一部たらしめたものであるが、わが憲法は同じ規定に依つて皇室の自律権を認め、議会の関与を排して居るのである。⁽¹⁷³⁾」

第四節 「皇室典範及皇室令の性質——佐々木博士に答ふ」（1929年）の怪

このように美濃部の皇室法論は1916年以降においても玉虫色の変化を見せていた。その間、佐々木惣一が「皇室典範及び皇室令」（1928年）において美濃部学説を「二重法論」と称して批判を加えているが、⁽¹⁷⁴⁾これに対して美濃部は「皇室典範及皇室令の性質——佐々木博士に答ふ」（1929年）を著して反論を試みた。その冒頭、美濃部は、「成るべく簡単に博士の所説に答へ、併せて卑見の述べ足りなかつた所を補はうと思ふ」と宣言している。しかしながら、仔細に検討するならば、実際には自説を防禦するものではなく、寧ろこれまでの自説を事実上放棄しながら新規の学説を——にも関わらず批判に対する補足説明を装いながら——提唱する論攷であることが明らかとなる。

第一に、皇室法人格論を見よう。美濃部は佐々木の批判に応えつつ、皇室が法人である所以を説き、皇室の法人としての性質を認めなければ法現象の説明に困難が出てくることになろうと論じた後に、唐突に次のように述べ始める。

「併しながら、実を言へば、皇室を法人と見るや否やは、主としては形式上の法律的構成の問題に止まり、實質上にはさまで重要の關係の有る問題ではない。…自主権又は自治権の問題に付いて見ても、博士は自主権を

---

(173) 美濃部達吉『憲法精義』108頁以下。

(174) 佐々木惣一「皇室典範及び皇室令」（1928年）（二重法説の命名については8頁以下）。この点、原田・前掲（注10）184頁は「自主法説」・「国家法説」・「二重法説」の三類型への整理を美濃部の発案に求めているが、佐々木の誤りであろう。管見の限り、美濃部が自身の学説を「二重法説」と呼ぶことはないように思われる。

有しうるは唯法人に限るとせられて居るけれども、若し『法人』といふ觀念を制定法上形式的に法人として承認せられて居るもののみ限定して用ゐるならば、自主権を有するものは必ずしも此の意味に於いての法人に限定すべき理由は無い。…それであるから、皇室に付いても制定法上形式的に法人として認められて居るや否やは、皇室の自主権を論ずる上に於いて、必ずしも是非とも断定しなければならぬ問題ではない。皇室が其の實質的性質に於いて志尊を家長として仰ぎ皇族を其の家族とする永久的生命を有する家族団体であることは争を容れない所で、…此の団体たる性質が認めらるる以上、仮令制定法上形式的に法人として認められて居らぬとしても、尚団体の自治を認むることに於いて支障は無い。⁽¹⁷⁵⁾

かつて美濃部は、「自治権ノ主体ハ必ス法人デナケレバナラヌ。皇室ニ自治権アルコトヲ認メテ、而モ皇室ノ法人タルコトヲ認メナイノハ明白ナル矛盾デアル」とまで断じていた。⁽¹⁷⁶⁾ そうであるとするならば、自身の法律構成にとって何よりも拘るべき点であったはずである。ところが美濃部は議論の前提を一方的に動かそうとする。美濃部は続ける：

「若し皇室が法人であるとすれば、皇室自身が自治権を有する主体であり、天皇は皇室の機関として此の権利を行はせたまふものと見るべきであるが、若し法人に非ずとすれば、皇室の家長たる地位に於いての天皇が其の家長大権の一部として此の権利を有したまふものと見るの外はない。自分は前の見解を以て正当なりとするものであるが、仮令後の見解を取るとしても、尚之を『皇室自治の大権』と称することを妨ぐるものではない。何となれば、皇室は仮令法人ではないにしても、尚一の団体であることは争なき事実であり、而して此の団体に関する事項に付いて、国家の支配の外に立ち、団体の長としての天皇の定めたまふ所に任かされて居るとすれば、それは団体の自治に外ならぬからである。」⁽¹⁷⁷⁾

ここで美濃部は〈皇室法人格の肯定→皇室の機関としての天皇〉と〈皇室法人格の否認→家長としての天皇及び家長大権〉という二つの概

(175) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質——佐々木博士に答ふ」国家学会雑誌43巻9号(1929年)1337-1339頁。

(176) 美濃部達吉「皇室ノ大権(一)」75頁。

(177) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1339頁。

念連関を対抗させて、いずれにしても皇室が団体であることには変わりないと論じているわけである。ここには団体の自治という社会的現象を提示するのみで法学構成に正面から向き合わない美濃部の学問的態度が窺われるだけではない。ここでは「家長としての天皇」という観念が皇室法人格を認めない見解から採り得るものとされており、かつて「事務」論文及び「大権」論文において専ら「家長としての天皇」が語られていたこととの平仄が問われざるを得ない。

このように法学構成を軽視する態度は、同時に、自らの皇室法人格論の論理的帰結ないし射程に自覚的でないということの意味する。美濃部は、皇室が法人ではないことを認めたとしても、として次のように続ける。

「要点とする所は、皇室典範が直接に国家の統治権に基づいて制定せられたものであるや又は皇室家長としての大権に基づいて制定せられたものであるやに在る。而して自分は皇室典範が皇室の家長としての天皇の制定に係るものであることを信じて疑はないものであり、此の意味に於いて自分は皇室典範を以て皇室自律の法であると主張するのである。⁽¹⁷⁸⁾」

かように皇室を厳密に法人であると構成しなくとも説明できる現象であったとすれば、そのことはそもそも美濃部が実際には家長権としての皇室大権を語っていたに過ぎないことの論理的帰結ともいえよう。「当局宮内官が常に其の当事者とせらるるのであるから、皇室又は天皇の何れを其の権利主体と見るやは形式上にも之を決すべき必要が無いのである」⁽¹⁷⁹⁾などと、皇室を法人として構成することの財産法的意義に関する希薄な感覚が窺われるのもこれと無関係ではない。まさに美濃部にとっての問題は一貫して「皇室大権」ないし家長権であったということができるのであり、それ故にこの論攷においても皇族に対する監督権などは家長権として説明した方が自然であるといった議論が繰り返されるので

---

(178) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1340頁。

(179) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1337頁。

(180)
ある。

第二に、「二重法説」批判に対する反論を見よう。美濃部は曰う：

「自分が皇室典範を以て国家法であると曰つて居るのは、…皇室典範が其の實質に於いて国家的法規であるといふのであつて、敢てそれが国家の立法であることを主張するのではない。いな、自分は皇室典範が国家の直接の立法に成ることを否定し、皇室の制定に係ることを主張するもので、随つてそれが同時に国家法であると言つても、国家の制定法といふ意味に於いてするものでないことは勿論である。自分の主張する所は唯それが皇室の制定に係る国家的法規であると云ふに止まる。皇室典範が皇室の制定法であると同時に国家の制定法であるとする主張であれば、博士の非難も或は当るであらうけれども、自分の主張に対しては、其の非難は全く当らないものと言はねばならぬ。」⁽¹⁸¹⁾

しかし、この論述が「皇室典範ハ天皇ガ国ノ元首トシテ及皇室ノ首長トシテノ二重ノ御地位ニ於テ制定シ給ヘルモノニ外ナラザルナリ」と断言した「事務」論文の記述と矛盾する遁辞に過ぎないことは言うまでもない。もっとも、「事務」論文の枠組では憲法から皇室典範への授権を語る必要性はないのであり、その限りでは『憲法撮要〔第2版〕』で「憲法優位説」に移行して以降、「事務」論文と同じ意味での「二重法説」はもはや採っていないかと観ることもできる。この論文の冒頭において「憲法優位説」への改説を明言している「日本憲法の特徴（二）」を念頭におきつつ、「唯『日本憲法の特徴』の一篇を全く参照せられなかつたのは遺憾である」と注記しているのは、或いはかような趣旨と理解する余地はあろう。⁽¹⁸²⁾

更に美濃部は次のように続ける：

「皇室典範が皇室の制定法であると主張しながら、それが同時に国家の制定法であるといふのは、明白なる矛盾のやうで、博士は殊に之に反対せら

---

(180) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1340頁。

(181) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1360頁以下。

(182) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1331頁。

戦前期憲法学における皇室法解釈論とドイツ法学

るのであるが、皇室典範は其の実質に於いては国家的法規を含み、而して国家的法規を定むるの権は本来は国家の統治権に専属するものであるから、皇室が皇室制度に付き国家的法規を定むるの権を有するのは、国家から其の権力を委任せられたものでなければならぬ。自分は先に述べた如く国家が憲法に依り其の立法権を皇室に委任したと主張するもので、換言すれば、皇室制度に関しては皇室が国家の立法機関とせられて居るとするものである。而して国家機関の行為は即ち国家の行為に外ならぬのであるから、皇室典範は直接には皇室の制定法であり皇室の意思としての効力を有するものであるが、其の実質が国家的法規である限度に於ては、皇室が国家の立法機関たる地位に当るものであり、随つて間接にはそれが国家の意思⁽¹⁸³⁾であると言ひ得られないではない。」

ここではこれまでの論攷に見られなかった〈「国家の立法機関」としての皇室〉という観念が提示されている。無論、引用文全体の婉曲表現はある種の試論であることを思わせる。だが、この行論は別の理論的批判を惹起する。皇室が全く国家機関であるという前提に立てば、「国家機関の行為は即ち国家の行為に外ならぬのであるから」皇室典範は直接には国家の制定法であるという、美濃部の議論とは反対の帰結が寧ろ自然であり、「直接には皇室の制定法であり皇室の意思としての効力を有するもの」とは断じえない。また、結局、皇室典範は皇室の制定法でありかつ国家の制定法であるという「二重法説」そのものの説明に着地しているのであるから、「皇室典範が皇室の制定法であると同時に国家の制定法であるとする主張であれば、博士の非難も或は当るであらうけれども」などと言を左右するのではなく正面から反論すべきであらう。これについては後に検討する。

他方、皇室典範の効力論については議論の深化が見られるとあってよい。特に、皇室典範が国家的規律を含みうる根拠について、佐々木がこれを皇室典範それ自体に見るのに対し、美濃部は憲法にその根拠を求め

---

(183) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1362頁以下。

ようとする。

「併しながら、我が憲法上の原則としては立法権には帝国議会の協賛を要するものであり、而も皇室典範の改正には其の協賛を要しないものとせられて居るのであるから、それは立法の一般原則に対する例外であり、而して例外には憲法上必ず其の限界が無ければならぬ。皇室典範が仮令博士の主張せらるる如き国家の制定法であるとしても、典範自身に於いて自ら其の規定し得べき事項の範囲を定め得るものと為すことは、憲法上の立法原則に対する例外たることの性質に反するものと言はねばならぬ。」⁽¹⁸⁴⁾

要するに、美濃部にとって、憲法上の根拠なく議会の協賛を経ない国家制定法なるものを認めることは立憲主義ないし法治国家原則を掘り崩す思考として忌避されるべきものであった。それ故にこそ、皇室典範を憲法の授權に基づく皇室の「自主法規」として捉える必要があったのであろう。なお、美濃部は帝国憲法74条を「凡て皇室制度に関する国家の立法権を憲法に抵触しない範囲に於いて皇室の自治に一任する旨を示した規定」と解し、「決して博士の解せらるる如く、皇室典範は国家の制定法ではあるけれども議会の議を経るを要しないといふ意味ではなく、皇室の事は皇室自ら定むべきものであるから議会の議を経るを要しないという意味であつて、『皇室ニ於テ之ヲ定ム』といふ意味の文字が暗黙の中に包含せられて居るのである」が、自治を目的として「皇室典範」に委任されている以上は皇室自身の事項に限られるとして、委任とその限界を定めた規定と読むのである。⁽¹⁸⁵⁾

第五節 美濃部学説の検討

以上、美濃部学説の構造と変容を跡付けた。最後に1916年以降の美濃部説をドイツ公法学の議論とも対照しながら検討しておきたい。

一 まず、注目すべきは、「事務」論文及び「大権」論文において、美濃部が明確に「典憲同位説」から出発していることである。それ以前

(184) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1345頁。

(185) 美濃部達吉「皇室典範及皇室令の性質」1346頁以下、1351頁。

の論放、例えば『日本国法学』や『憲法講話』においては、比較法的見地から、議会の協賛が全く排除されているのが日本皇室典範の特質であることが強調されていた。無論、これらの言明は、本稿の意味における「典憲同位説」とは必ずしも同定できないものの、かような前提を共有していたと推測することは可能であろう。それ故にこそ、「事務」論文から1920年代初頭までの美濃部にとっては皇室典範の性質論こそが主題となるのである。換言すれば、効力論における典憲同位関係は彼にとっては寧ろ論証の前提であって、論証の対象ではなかったと考えられる。従って、美濃部の学説は〈「国家法説」+「典憲同位説」〉（但し後者はテキスト上の言明としては欠けたピースであり、推定に止まる）から〈「国家法説」かつ「家法説」+「典憲同位説」〉へ、そして〈「家法説」+「憲法優位説」〉へと推移したと考えられる。つまり清水澄とは逆パターンの推移過程を辿ったといえる。

二 次に、皇室典範の性質論についてみれば、美濃部は(1)法人格としての家の自律、(2)家長としての天皇による制定（皇室大権）、(3)国家机关としての皇室という三つの思考を提示している。これらはいずれもドイツの学説に典拠ないし対応学説を発見することができる。

(1) ドイツにおいては領邦君主の家を含む「上級貴族の家」を「法人格を有する社団」と見る学説が支配的である。この学説によれば、「上級貴族の家」は独立の法人格として財産法その他法関係における権利義務の主体であり、また家憲はこの「法人格を有する社団」の自律的立法であり、家長その他家族構成員の法律行為の産物ではないとされる。この学説の主唱者はベーゼラー及びギールケであり、公法学においてはシュルツェ及びレームが支持するところである。⁽¹⁸⁶⁾

(2) 他方、「上級貴族の家」の自律を団体としての家ではなく家長の自律として理解し、家憲を家長としての君主の制定に係る法形式とみる

(186) 拙稿「ヘルマン・レースラーにおける家憲と自律」667頁以下に書誌を示した。レームの所説については Rehm (Fn. 57), S. 103 を見よ。

見解も有力である。第二帝政期においてはO・マイアー (Otto Mejer) を代表的論者とし、皇室規範制定過程において助言者として重要な役割を果たしたレースラーもこの立場に立つ。当時の公法学の文献においても王室家憲を君主の家長権の産物とする見解が主張されることも稀では⁽¹⁸⁷⁾ない。無論、この学説は自律権の基礎を法人としての家に求める上記の説と矛盾する。

(3) 法人格ある社団の「自律」であれ家長権による制定であれ、王室家憲は概して家長たる君主とその他の男系親との合意によって成立する法形式である。かような憲法上の位置づけを欠く男系親の協働を近代的国法体系のなかに組み込むための理屈が、「国家の特殊立法機関」としての家ないし男系親という考え方である。こうした発想はJ・ヘルトとG・マイアーによって提示され、イェリネクによって継承されたものである。こうした構成は領邦レベルにおける男系親の同意権を巡る争訟をドイツ帝国憲法76条の「憲法争訟」に包摂して帝国の裁定権を基礎づけるという実践的関心を伴っていた。⁽¹⁸⁸⁾なお、レームも『現代君侯法』においてかような言辞を用いていることにも留意されるべきである。⁽¹⁸⁹⁾この説を採る場合、家憲制定作用は国家の立法権に帰すこととなり、前述の両学説と当然には両立しない。そのためには例えば機関人格論を採用するなど理論的問題を処理しなければならないであろう。

三 このように、ドイツ法学の撰取ないし参照という観点から捉える場合、美濃部の議論は本来相互に矛盾ないし緊張関係に立つドイツの諸

(187) 同じく拙稿「ヘルマン・レースラーにおける家憲と自律」667頁以下。

第二帝政期後期の公法学文献としては例えば Otto Mayer, *Das Staatsrecht des Königsreichs Sachsen*, Tübingen 1909, S. 94 を見よ。

(188) 参照、拙著『王統と国家』202頁以下 (G・マイアーの引用箇所を参照されたい)、249頁以下。

(189) Rehm (Fn. 57), S. 24. この箇所については本稿第一章第四節に既に引用した。但し、レーム自身は法解釈学的議論としての「国家の特殊立法機関」説には批判的である。参照、拙著『王統と国家』274頁。

学説を無造作に合金したものとして立ち現れることとなる。

美濃部は「大権」論文において、自治権の主体は必ず法人格でなくてはならないという命題から出発した。しかしドイツの学説が「法人格を有する社団」としての性格を強調するのは、家長以外の構成員の協働権を単なる既得権主体としてではなく団体意思形成の積極的要因として考慮するためであるのに対し、美濃部学説においては皇族の協働権に重心が置かれるわけではなく、専ら家長としての天皇の「皇室大権」に解消されている。従って、皇室を法人格であると構成することの意義は実際には極めて乏しい。それ故に、当初の「事務」論文においても法人格の問題には必ずしも決定的な比重は与えられなかったし、⁽¹⁹⁰⁾「皇室典範及皇室令の性質」に至っては重要な問題ではないと開き直ることができた。そもそも、それぞれ相対立する学説を継承した皇室法人格論と家長大権論とは皇室典範の根拠論として矛盾するものであり、その矛盾は「皇室典範及皇室令の性質」において漸く意識されたということができよう。また、ドイツにおいて「上級貴族の家の法人格」論は私法学分野で展開され、元来、法解釈論的には家産の所有権（派生的には家産に対する相続課税の可否）や民事訴訟の当事者適格の問題を中核的な関心事としていたのに対し、既に見たように、美濃部において財産法の諸問題に対する関心は概して希薄であったことが指摘できる。

四 それでは、何故に美濃部は皇室法人格論及び「自主法説」に拘ったのであろうか。無論、一般的に「家」ないし中間団体への関心が伏在することが指摘できるかもしれないが、それだけではない。まず、先に指摘した学説推移からすれば、純然たる「国家法」ではなく「自主法」でもあるとするとともに、「事務」論文以降の美濃部説の眼目があったはずである。「事務」論文以降の最初期の「自主法説」は法解釈論の問題としては議会の協賛が排除されることを説明する以上の積極的意義に

---

(190) 美濃部達吉「皇室ノ事務ト国家ノ事務」587頁。

乏しく、それすらも論証すべき目標ではなく議論の前提であったことは既に確認した通りである。そして「自主法説」に移行した結果、却って「自主法規」が憲法の下位法規であることを承認せざるを得ず、本来前提であったはずの「典憲同位説」をもはや採りえなくなった、にも関わらず、なおも「自主法説」を維持したという経緯がある。従って、上記の問いは、皇室人格論及び「自主法説」を主張するに至ったのは何故かという問いと、後年まで維持したのか何故かという問いに分節して検討するのが便宜であろう。

第一に、「事務」論文の主張についていえば、明示的に名前の出ているレームの君侯法論の影響を考えるのが自然であろう。⁽¹⁹¹⁾ もっとも、レームが領邦君主の家の「自律」が領邦国法において現に妥当する法であることを示すことによって国法秩序と家法秩序の並立構造を論証しようとしたのに対し、美濃部の場合は帝国憲法と皇室典範の並立を前提として皇室典範の「自主法規」たる所以を説こうとしたという論理的順序の相違がある。要するに、典憲同位関係を前提としてドイツに対応する学説を求めた結果として、最も体系的な議論としてレームの君侯法論が参照されたと考えられる（但し「事務」論文においても、典憲同位関係から出発しつつも、性質論を論じた後に再度その帰結として効力論が論じられることになるのは論理的順序からして当然である）。もっとも、第一に、「事務」論文においてレーム学説は「王室ノ権利ハ国法ニ依リテ変更スルヲ得ザルコトヲ主張」したとされているが、レームは「自律」の協働的作用ないし男系親の同意なく国家制定法のみによって一方的に規律できないと主張するに過ぎず、憲法及び法律が王室事項に規律権限をもたないなどと主張していない。問題は男系親同意の要否であり、こ

---

(191) 原田・前掲(注10)175頁注44もレームの影響可能性に着目する。但し、原田は美濃部における典範義解への依拠を語るが、美濃部の立場が「国家法説」から「自主法説」に切り替わったという本稿の理解からは直ちには賛同できない。

れは美濃部の皇室法人格論において論点として十分に意識されたとはいえない。第二に、レーム君侯法論の体系的特徴は法人格を備えた「自律」の主体たる「広義の家」（男系親を中核として構成される社団）と君主の家長権に服従する「狭義の家」を区別することに存しているが、美濃部においては法人格論と家長権論が同次元で融合されており、レームの二重概念は継承されていない。そして第三に、その一般的な定式化にも関わらず、レームが問題としたのはあくまでもドイツ帝国の枠組における領邦国法と家憲の関係であり、上位の主権的組織としてのドイツ帝国及び上位規範としての帝国法（具体的には民法典施行法57条）——つまりは主権国家及び国家法——による両者の関係調整が想定されていた。これに対し、日本について同様の上位規範を措定することが不可能であることはいうまでもない。レームの君侯法論すら最終的には「国家」の概念を操作することによって議会及び国民との関係における相対的な「自律」を主張する方向に収斂することになったが、美濃部もまた結局「憲法優位説」に移行するほかなかったのである。⁽¹⁹²⁾

第二に、「憲法優位説」への改説後も「自主法説」の維持を試みた理由については、佐々木への反駁から明らかになるように、議会の協賛を要しない国家制定法なるものを認めるとその限りで法治主義に穴が開くことになってしまうという意識が働いたと考えられる（本章第四節）。『憲法撮要〔第2版〕』以降の美濃部は、あくまでも憲法を最上位規範とし、その授権のもとに自治団体としての皇室が議会の介在から相対的に自由に「自律」という心像を保ったわけである。但し、「自主法」であるということによって本来前提としていたはずの典憲同位関係がもはや自明ではなくなったことは既に述べた通りである。

五 最後に、佐々木惣一の所謂「二重法説」についていえば、美濃部自身は当初「事務」論文において皇室典範は天皇が国家元首と皇室の家

(192) 以上の記述のうち、レームに関しては参照、拙著『王統と国家』第4章第2節。

長の二重の資格で制定したものと論じていた。その後、佐々木の批判を承けて明確性を欠く言辞を弄することになるが、ドイツ法学の知見を借りるならば、皇室典範は「二重法」であると正面から認めることも可能であったであろう。例えばルクセンブルクにおいては大公家家憲を改正したうえで議会の議決を経てこれに法律的効力を附与した実例があり⁽¹⁹³⁾、またレームも法律制定と家憲制定に必要な過程を経たうえで一つの法令として公布されることがあると説明している通りである。もとより、美濃部が「事務」論文においても、佐々木への反論において国家機関としての皇室の観念を援用した段階にあっても、かようなドイツの議論を念頭に置いていた可能性は十分であろう。蓋し美濃部が一貫して参照してきたG・マイアー『ドイツ国法教科書』が「王位継承に関して妥当する基本命題の変更は、…それらの基本命題が王室家憲のみに依拠している場合、家憲によってなされる。しかしその場合の家憲には国家の立法機関の同意が必要である」と述べるのは、まさに「二重法説」的な構成を行うものに他ならないからである。

結章 明治皇室典範解釈論とドイツ法学

一 本稿では戦前期の主要な憲法学者の皇室典範解釈論を性質論および効力論に着目して分析してきた。皇室典範の性質論と効力論は如何なる関係にあったか。皇室典範は制定当初、議会の協賛事項からの除外を狙って、皇室の制定する「家法」として理解された。しかし、実際の皇室典範が事実として天皇及皇族の内部事項のみに関わるという意味での文字通りの「家法」ではなく「国家的法規」を含むことは制定後早い段階で広く共有され、そのことを前提したうえで皇室典範は「自主法」であるかそれとも「国家法」かという形で議論された。しかし、皇室典範

(193) 参照、拙著『王統と国家』293頁。

(194) Vgl. Rehm (Fn. 57), S. 53 ff. [insbes. S. 55].

(195) Georg Meyer (Fn. 144), S. 233.

が「自主法」であるとするならば、あくまでも皇室典範は国家の最高法規としての憲法によって授権ないし承認された範囲で他の国法形式に優越する効力を有するに過ぎず、憲法それ自体に対する独立性を主張することはできない。他方、憲法の改正によって皇室典範規律事項が改変されるとすれば議会の関与を排除することはできないのであり、憲法改正過程における議会の協働すら排除されるべきであるとするならば、皇室典範を帝国憲法と対等かつ独立の「国家法」として位置づけ、その根拠を天皇の制定行為に求める他ない。従って、帝国憲法と皇室典範の分離と相互独立を強調するならば「国家法説」に傾き、そうではなく皇室が制定した「家法」であるとする建前に忠実であろうとすれば「自主法説」に傾くが、それと同時に「典憲同位説」を主張することは論証のハードルが高く、その場合には「憲法優位説」に落ち着かざるを得ないという論理的な分水嶺が存在したわけである。⁽¹⁹⁶⁾ 無論、「国家法説」に立てば、帝国憲法と皇室典範を並列的効力のある最高規範として位置づけることも、典範を憲法の下位に位置づけることもありうる。このような図式によって、概ね戦前の皇室典範性質論を整理することが可能であり、学説の分布については既に序章第二節に図示した通りである。

美濃部達吉の学説は、しばしば「二重法説」と呼称される。しかし本稿ではこれを敢えて正面から論じなかった。それは本稿がこの概念を分析概念として有効ではないと考えているからである。この概念は佐々木

---

(196) 原田・前掲(注10) 181頁は「自主法説と憲法上位説をいささか強引に関連させた美濃部学説」といった表現を用いており、「自主法説」と「典憲同位説」の接合こそ論理的に自然な議論であるとする前提を有しているかの如くであるが、本稿はこれを共有しない。敢えて同様の表現をすれば、自主法説と典憲同位説を強引に関連させたのがレースラー答議であり、憲法義解の立場であるということになる。正確には、原田はおそらく典憲同位関係をデフォルトとして捉えているものと思われるが(175頁に「典憲二元体制ということをも前提とすれば」という表現が現れる)、憲法学の議論としては本来当然の前提ではなく理論的に説明することを要する事柄であるように思われる。

惣一のポレーミクに由来するが、佐々木の議論は「排除的見地」と「並立的見地」とを対置するところから始まり、「二重法説」を美濃部単独の学説として整理している⁽¹⁹⁷⁾。しかしその整理方法自体、佐々木の戦略的選択に過ぎず、「並立的見地」が論理矛盾であるという批判もさほど自明ではない（参照、第四章第五節）。美濃部が「自主法」であると同時に「国家法」であるという際の心像も変容を蒙っている。また、確かにやや異なる理路を辿るものであるが、有賀や野村の議論も十分に「二重法説」として位置づけられうるはずである⁽¹⁹⁸⁾。重要なのは、皇室典範を「自主法」として性格づけている場合に、如何なる理屈で国法的効力をもつことを説明しているのかということである。「二重法説」という分類項目を別途に立てることの分析的意義は乏しい。

〈「国家法説」+「典憲同位説」〉の結合が穂積八東に由来することは疑いを容れない。穂積もまたドイツとの対比を披露してはいるものの⁽¹⁹⁹⁾、ド

(197) 佐々木惣一「皇室典範及び皇室令」5頁以下。

(198) 原田・前掲（注10）194頁以下は例えば伊東巳代治の議論を「二重法説」に近い学説と位置づけているが、佐々木のみ濃部批判の趣旨に鑑みれば正確ではない。単に皇室典範が私法・公法の「両様の性質」をもつか否かではなく、問題は皇室典範の成立・妥当の根拠を二重に定位しうるのかということに外ならない。この点、既に見たように、有賀は憲法第2条の規定によって初めて皇室典範が「一ノ公法」となっているという理解を示しており（有賀長雄『帝国憲法講義』23頁）、また野村も「国家自らその統治権に基づき皇室典範の規定を国家の法律命令と同じく実施せむがために、これを国内一般に公布してその遵由を命ずることは、国家の自由になし得べき所である」として公式令によって公布された皇室典範増補に「国家の法規と同様の効力」を認めているのであり（野村淳治『憲法提要上巻』196頁、220頁）、本稿がこの両者を「二重法説」のヴァリエーションと表現するのはそれがためである（なお、原田・前掲（注10）181頁は「野村を美濃部『二重法説』の延長線上に位置づけることもできよう」と評価するが、結論において適切である）。

(199) 穂積八東『皇室典範講義・皇室典範増補講義』408頁以下：「欧羅巴諸国等ニ於キマシテ憲法ト王室ノ家法トヲ別ケマスル所以ハ種々アリマスル、便宜上ノ理由モアリマス、然シナガラ其法理上ノ理由ハ国家ト其王室

イツの家憲及び国法学説に彼の「国家法説」的理解の形成に際して参照されえた材料を——特定はできないとしても——見出すことができないではない。例えばバイエルンの公法学者ザイデルの学説がそれである。ザイデルは国家法人説・君主機関説を拒絶する君主主体説の代表的論者であり、既に穂積の国体と政体の区別もザイデル学説を想起させるものであるが、⁽²⁰⁰⁾ザイデルは自らが解釈対象とするバイエルン王室家憲（1819年）の制定過程について次のように述べ、憲法と家憲との規律配分は専ら立法者としての国王の裁量によるものと断じているのである。

「王族の諸関係に関する国法と家法の区別は無制約的王権の時代には必要ではなかった。何故なら君主の立法活動は全く拘束されていなかったから、立法活動の対象が何であるかは形式の点で違いを齎さなかったからである。だから1816年の家憲は…『国事法律（ein pragmatisches Staatsgesetz）』と宣言されたのである。この法的関係が別のかたちで形成されるようになったのはバイエルンが立憲国家になってからである。『国王、王位継承、摂政』に関する憲法第2章の規定の確定に際して、王家に関する如何なる条項を憲法典に配置し、如何なる条項を家憲に配置するかという問題が生じざるを得なかった。何故なら、憲法に採録される条項は将来的には憲法的法律の手続のみによって、つまり国民代表の協働を得てのみ、変更されうることになるから、この問題はいまや重要な意味を獲得したのである。憲法制定者が憲法と家法の境界をどこに引こうと欲するかは、無論、⁽²⁰¹⁾憲法制定者の裁量の問題であった。…」

トノ関係ガ我が国ニ於ケルト異ツテ居ルカラノコトモアリマス、国ノ統治者トシテ政府ノ上ニ立ツ地位ト、王室一家トシテ其家ノ家長タル地位ト別ノモノデアルト云フヤウニ観念致シマシテ、王室ノ私ヲ以テ国家ノ公ヲ素スコトハ出来ナイト云フ趣意デアリマス、従ツテ欧羅巴諸国ニ於ケル王室ノ典範ハ尚ホ平民ノ家ニ於ケル家法ト同ジ性質ノモノデゴザリマシテ…（後略）」。

(200) 拙著「ドイツ立憲君主政における王統と国家——ヘルマン・レームの公法学」国家学会雑誌126巻3・4号（2013年）318頁，345頁以下。

(201) Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht I, 2. Aufl., Freiburg i. Br./Leipzig 1896, S. 204. なお、ザイデルは1816年王室家憲から1819年王室家憲の変遷について「憲法典は議会の同意以外の国王立法権の制約を知らな

既に前稿に見たように、ザイデルの見解は、部分的にはレースラー答議のなかでも言及されており、またヨーロッパの王室家憲にも通じた穂積⁽²⁰³⁾にとって、ザイデル学説やバイエルン王室家憲の実例は既知のものであったはずである。ザイデルにおいて、家長権が「私法的権力ではなく国法的権力である」と位置づけられている点にも、留意されて然るべきであろう。⁽²⁰⁴⁾無論、ザイデルは憲法改正権の限界を示すという意味での「典憲同位説」に相当する学説を唱えているわけではなく——主権者たる国王が更なる自己拘束を欲しても差し支えない——、またバイエルン王室家憲が官庁による遵由を予定し、官報にも掲載されたという実定法的前提の相違も無視することはできない。それ故に、ザイデルから穂積へという継承ラインを安易に想定することはできないが、それでも憲法制定権力論的構成によって〈「国家法説」+「典憲同位説」〉を提示した際⁽²⁰⁵⁾の一つの着想の源にはなりえたのではないか。少なくとも、既存の家憲の「国家化」を語るアンシュッツやシュッキングといった論者の議論も

い。従って、議会の同意が必要でないならば、君主の立法権はおよそ拘束されない。家憲制定ないし更に国家立法行為について王家男系親の協働を要求する憲法の条項は存在しない。…既に述べた憲法及び法律の規定を除けば、1808年から1818年の間に、王家の諸関係を法律的に規律するための国王権限の縮減を齎すような法的経過は存在しない」(S. 206 f.)と述べた後、それにも関わらず、1819年家憲の制定においては男系親同意の調達が必要であるという旧来の観念が動員され、1834年家憲の部分改正でも踏襲されたが、それ以上の家憲立法に際しては男系親同意はもはや調達されることないことを紹介したうえで「従ってこの旧来の見解は克服されたものと考えてよい」と結論している (S. 207 f.)。

- (202) 拙稿「ヘルマン・レースラーにおける家憲と自律」202頁以下。
 (203) 穂積八束『皇室典範講義・皇室典範増補講義』419頁以下に「諸外国王室家法ノ編成大要」が紹介されている。
 (204) Seydel (Fn. 201), S. 173.
 (205) バイエルンの実例及び学説の影響関係——レースラーもバイエルン出身者である——については、更に詳細に検討する価値があるかもしれないが、本稿では立ち入れないので、今後の課題としたい。

佐々木惣一によって紹介されていたことは既に見た通りであり、「国家法説」の参照可能性が欠けていたわけではないことは再度確認されるべきであろう。

二 以上の分析を経て、戦前期皇室典範解釈論とドイツ法学の関係に関する本稿の結論を述べるとすれば、略以下の6つのテーゼに集約することができよう。

(1) 皇室典範解釈論におけるドイツ公法学説の順接的受容は全体としては限定的であった。ドイツにおける家憲論は確かに「自主法説」の論者にとっては範型となりえたが、「国家法説」にとっては——参照可能な学説は存在したが少なくとも言明される限りでは——寧ろ対照像として機能した。⁽²⁰⁶⁾ 皇室法に関しては他にもまして彼我の相違が強調されたわけである。

(2) ドイツ的な議論を撰取したと考えられる「自主法説」にあっても、ドイツの議論はごく表面的に撰取されたに過ぎない。ドイツにおける自律論や家の法人格に関する議論は(君主を除く)王族の地位や団体としての家の内部的意思決定に関する問いを含んでいた。これに対し、日本においては「自主法」や「皇室ノ法人格」が語られる場合であっても、こうした問いは殆ど看取できない。皇族会議・枢密顧問への諮詢も、議会の協賛を経る憲法改正・法律制定とは異なる手続であるという消極的意味しか与えられておらず、「家」の法であることの積極的意義が提示されているわけではない。この点に最も拘った美濃部の場合ですら、「皇室大権」として家長の権能の問題に解消された。

(3) 要するに、ドイツにおいては男系親の同意が問題であったのに対し、日本においては議会関与の排除が問題であった。議会の関与を憲法改正も含めて恒久的に排除するためには典憲同位関係を措定しなければ

---

(206) この点で、佐々木惣一がドイツ第二帝政後期の公法学説を寧ろ「国家法説」の立場に引き付けて参照したことには独自性がある(参照、第三章第四節)。

ならず、そのためには皇室典範を「国家法」、即ちもう一つの憲法として理解することが必要であった。蓋し、「自主法」と典憲同位関係を理論上両立させることは至難の業だからである。ドイツにおけるレームの君侯法論におそらく触発されて、1916年以降の美濃部はかような困難な路線を取って進もうとしたが、結局は挫折に終わった。レームの競合管轄論は美濃部門下の清宮によって日の目を見ることとなる。

(4) ポスト君主制期のドイツ語圏で新たに形成・発展してきた憲法制定権力論と法段階論に依拠した黒田と清宮の卓越した皇室法論に鑑みれば、寧ろ立憲君主制期において形成されたドイツ国法学の諸概念・諸論理から脱却して初めて、典憲二元主義を高度な理論的水準において構成することが可能になったといえよう。⁽²⁰⁷⁾

(5) しかし、このことを逆説的にいえば、第二帝政期のドイツ国法学がかなりの程度において参照枠組として機能しているからこそ、『憲法義解』の理解において明治皇室典範が内包した「自主法」と典憲同位関係との緊張関係が意識されざるを得なかったといえることができる。つまり、ドイツ法学説の受容を阻害した要因は学説の側ではなく、皇室典範という固有物それ自体の性格に存したのである。

(6) まさにかような皇室典範の解釈問題を惹起し、その後の憲法学の議論を規定し続けたものこそ、皇室典範制定過程において調達されたレースラー答議にほかならなかった。上に述べた日本憲法学の皇室法論の特徴はいずれもレースラー答議のうちに準備されていたというべきであろう。第一に、「家法」説の実質を家長権に求めるとともに、「家法」たることの意義を議会の排除としてのみ理解する消極的理解がそれであり、実際の制度設計において君主の恣意的措置への対処が皇族会議の設

---

(207) 無論、天皇を憲法制定権力の主体として想定することは、既に穂積に先駆を見出すことができる。但し、既に見たように、穂積は厳密な意味での憲法制定権力論によって「典憲同位説」を基礎づけたわけではない。その限りで、本稿は原田・前掲(注10)と必ずしも見解を共有しない。

置と諮詢手続によって満足され、その実定法的前提が疑われなかった限り、「家法」（ないし「自主法」）の積極的意義をそれ以上に敢えて論じるべき必要性が感じられることはなかった。第二に、かように議会の排除ということがレースラー答議における「家法説」（ないし「自主法説」）の要の議論となり、その後の典憲同位説の根拠となったにも関わらず、レースラー自身は答議を重ねるうちに、最終的には家長権を「主権ノー」に還元する思考を示すに至る。皇族の既得権に関する議論も、立法による既得権改廃の法論理的不能を基礎づけるものではなく、憲法典における実定化提案も退けられた⁽²⁰⁸⁾。かくしてその後の憲法学は、「自主法説」を理論的に突き詰めて「憲法優位説」を受け容れるか、「典憲同位説」を採って皇室典範を端的に統治権によって基礎づける（「自主法説」を放棄する）かの選択を迫られることになる。かような戦前期憲法学における皇室法解釈論の対立と展開は、既に前稿に示唆したように、皇室典範の制定過程におけるドイツ法学説のいわば歪な受容に端を発していたのである。

（附記）本稿は JSPS 科学研究費 19K13487 および 19H01296 の成果である。

---

(208) 参照、拙稿「ヘルマン・レースラーにおける家憲と自律」。なお、レースラーがまずハノーファー憲法26条2項を、後に同1項を参照した条項を提議したのに対し、1項2文由来の既得権保障条項が受容されなかった結果、その後の学説においては同憲法26条1項2文を除く条項と類似するブラウンシュヴァイク憲法23条が専ら言及されることとなった（参照、第二章第一節・第二節）。