

明治皇室典範と典憲二元体制；穂積八束から宮沢俊義へ

原 田 一 明

はじめに

I 明治皇室典範制定までの議論

II 典憲二元体制の位置づけ

III 皇室典範の性質をめぐる諸学説

おわりに

はじめに

本稿では、「憲法と皇室典範との関係」に関する明治憲法下の諸学説を整理するとともに、奥平康弘教授によって指摘された「天皇制を織り成すさまざまな構成物から成り立っている一大観念形態」である「皇室典範なるもの」¹⁾をいかに位置づけるべきか、その法的意味を明治憲法下の皇室典範と憲法との法的位置づけの議論に遡って検討することを目的とする。

勿論、いわゆる典憲二元体制の下における明治期皇室典範と通常の議会制定法と位置づけられた今日の皇室典範とが、同列に論ぜられないことは改めて言うまでもない²⁾。しかし、象徴天皇制については、明治憲法下の議論を受けて家産国家体制の克服、すなわち、国家内機関として皇位の法（＝権利）としての皇位継承法が国家（法）事項であるということを前提としながらも、日本国憲法下の象徴天皇制も、人類普遍の人権が認められない身分制の「飛び地」であるとの理解がなされている³⁾。

そのような状況において、皇位継承法、すなわち、皇位継承資格のあり方に

1) 奥平康弘『「万世一系」の研究』（2005年）8頁。

2) 佐藤功「法律と命令」同『憲法解釈の諸問題 第2巻』（1962年）246-248頁。

について、国法が皇位継承法を例外なく拘束し、憲法上の国家制度である象徴天皇制の皇位継承権を法律によって一方的に改廃、剥奪することが可能だとする近代的な法原理（国家法人説）による説明で、論じ尽くされたことになるのかどうか。本稿では、明治期の皇室典範をめぐる議論をたどることで、今日の皇位継承法や皇室典範のあり方についていささか立ち止まって考えるための手掛かりが隠されていないか、改めて検討してゆきたいと考えている。

また、これらの検討を進める上で、明治憲法下における憲法と典範との位置づけ（＝典憲二元体制）に関連して、「憲法」改正限界論と関係づけた議論を展開した穂積八束の考え方に着目するとともに、この穂積学説を理論的な前提として、宮沢の「皇室法」論が生み出され、戦後憲法学においても憲法改正限界論に依拠した八月革命説に繋がってゆくなど、正統学派としての穂積学説のその後についても検討を試みたいと思っている。

なお、本稿では、「皇室法」という概念を、佐々木惣一が説いたように、皇室典範及び皇室令を一括して称する意味⁴⁾、すなわち、宮沢俊義の表現によれば、「皇室典範の下に一大体系を形成している成文法の全体」、「形式的意味における皇室法、すなわち官務法の内容の概要」⁵⁾という広い意味で用いることにする。

I 明治皇室典範制定までの議論

1 皇位継承法と井上毅：その考え方の変遷

そこで、はじめに、明治皇室典範の制定過程における起草者意思として、と

3) 長谷部恭男『憲法（第4版）』（2008年）131頁。さらに、「制度体保障」の「典型」的な「問題」として「日本国憲法体制における民主制と天皇制との結婚」を指摘し、「制度体保障がなされた以上は、憲法典が存続する限り、その身分的特権は保障される。…（これが）元來市民的法治国の觀念には違背しているのだとしても。ただしそれは、普遍主義的な『人権』の論理ではなく、憲法律レベルにおいて飛び地のように保存された『身分』『特権』の論理であって、その反面として、かかる特権の故に身分的義務が伴う。そうした義務から解放されるために、『人権』を援用することは論理的に不可能である。」と述べる石川健治『自由と特権の距離〔増補版〕』（2007年）236-7頁。これに対して、シュミットの制度体保障理解に関連して、日本国憲法の象徴天皇制に制度体保障論を適用することに否定的な議論として、毛利透「制度体保障と国家」比較法史研究10『歴史のなかの普遍法』（2002年）215頁以下参照。

4) 佐々木惣一「皇室典範及皇室令」法学論叢20巻1号（昭和3年）99頁。

5) 宮澤俊義『皇室法』（昭和15年）1-2頁。

りわけ皇室典範の制定について中心的な役割を果たした井上毅の皇位継承法に関する考え方の変化についてごく簡単に確認しておくことにする。

そもそも憲法や典範の制定に着手した明治10年代において、井上毅は、皇嗣は天皇の生前の意思によって決定され、その決定なき場合にのみ皇室法規定である皇位継承法が適用されるべきであると考えていた⁶⁾。

また、この頃までの井上は、自身が実質的起草者であった岩倉「大綱領」でも「帝位継承法は祖宗以来の遺範あり別に皇室の憲則に載せられ帝国の憲法に記載は要せざる事」（明治14年7月の憲法意見書「大綱領」）とし、井上自らが明治15年頃に起草したとされる「憲法私案」でも、「第22条 日本国は万世一系の皇統を以て之を治む皇統の継嗣は皇室別段の典章を以て之を定むべし」との規定が認められる。

このことからすれば、すでにこの当時、「皇室の憲則」や「皇室別段の典章」が憲法の外に別個の法典として制定されることが予定されていたともいえるのであるが、ただ、それは後に典憲二元体制と称されることになるかなり詳細な「皇室法」を意味していたわけではなく、非常に限られた意味での「帝位継承法」⁷⁾が念頭に置かれていた。つまり、当時の岩倉や井上によって想定された皇室法典は、あくまでも憲法の規定する事項を補足する、いわば「附属的な法規」にすぎないと考えられていたことが確認されなければならない。

それでは、井上はなぜ皇位継承法を憲法に記載すべきではないと考えたのか。この点については、「皇位継承法に関する伝統を尊重するという立場からするものであり、具体的にいえば、皇嗣は天皇の意思により決定するという従来の不文の慣行を重んずることであった」⁸⁾ということであろうと思われる。

しかし、その後、井上は、ブルンテュリ等の影響を受けて、明治20年のは

6) この点、伊東巳代治とは考え方に違いがあったようである。例えば、伊東がその起案に深くかかわったと考えられる『大日本帝国憲法衍義』（平成7年、信山社、近代日本憲法学叢書2）では、「皇位を継承すべき皇族絶へて在らざるときは、皇位の継承は此の如きときの為に予め皇室典範に於て示明せる中の一に移るべし。然るに若し現行皇室典範予め規定せざる所の結果あるに至らんか、最後に皇位に即きたる天皇は、養子をなすに依り、遺命に依り及其他の合法の行為に依りて、皇嗣を指定するの権を有し得べし。」（10頁）と述べ、皇室典範42条の規定「皇族は養子を為すことを得ず」との規定について天皇は含まないと解して、遺命により養子をなすことに途を開いている。

7) 小嶋和司「帝室典則について」『行政行為と憲法』（昭和47年）397頁。

8) 小林宏「第三部 解説」梧陰文庫研究会編『梧陰文庫影印 明治皇室典範制定前史』（昭和57年）480頁。

じめごろまでに、皇位の継承は天皇の意思によらず、皇室法によって確定するという考え方に転換してゆくことになるのであるが、この点については、これまでの研究によってすでに明らかにされている⁹⁾。

そして、なぜ、このように井上の考え方が変わったのかについては、以下のよう整理することができる¹⁰⁾。

- ① まず、明治21年3月23日付のロエスレル答議では、皇位継承法の原則が明確に定められていないと、国土が分裂して禍乱を招くおそれがないとも限らないと指摘された。
- ② また、皇位継承法は公法（国法）に属すると認識された。公私未分離の家産国家であった中世とは違って、近代国家は国法、私法を峻別すべきであるとの所論に強い影響を受けた。公権利は公義務を伴うこと、国君といえども権利を随意にしてはならないことは自覚されていた。
- ③ 家憲は国法と私法の両者に属するが、王位継承権が公権であることは一般に是認されているとのロエスレル答議を受けて、天皇の意思によらない皇位継承法を予め確定する必要性があることを確信した。
- ④ 井上によって明治21年3月頃に起草された「皇室典範説明」の前文では、ヨーロッパの皇室法の歴史的沿革の検討¹¹⁾によって、皇室典範を憲法の上に位置づける考え方がとられた。
- ⑤ 以上のほかに、明治20年1月21日及び同年2月3日付のロエスレル答議によって、家憲への「議院の議」（＝議会の関与）の排除についても教示を受けていた。

上記の5点のうち、第2及び第3の点、即ち、ロエスレルによる「家憲私法に属すへき乎、又国法に属すへき乎の間」への答議によって、井上は、次のような示唆¹²⁾を受けていた。すなわち、家憲＝典範が国法と私法の二面性を有

9) 小林宏「皇位継承をめぐる井上毅の書簡について」同『日本における立法と法解釈の史的研究 近代』（平成21年、汲古書院）105頁以下所収、129-130頁（初出は國學院法学19巻4号、昭和57年）。

10) 鳥善高「井上毅のシラス論註解」同『律令制から立憲制へ』（平成21年、成文堂）217頁以下、237-241頁（初出は梧陰文庫研究会編『明治国家形成と井上毅』平成4年、木鐸社）。

11) 「欧羅巴家門法歴史上の沿革及其法制的系統第一、第二」小林宏＝鳥善高『明治皇室典範（下）』日本立法資料全集17（平成9年）948頁以下参照。井上はこれを明治21年3月10日に読んでおり、ヨーロッパ各国の House gesetz のあり方についての知識を得ていた。

していること、したがって、王室の国法上の関係は国憲（憲法）に掲げ、私法上の関係は家憲に掲げるべきであること、しかし、この両者を区別することは困難であるから、できるだけ皇族に関する事柄を家憲で規定し、議院の議を経ないようにすべきであり、家憲は公布をする必要がない、などという教示である。つまり、皇位継承法が公権であることから、皇位の継承については、あくまでも天皇の意思に基づくものではなく、国法によって予め定められる必要があることがロエスレルによって井上に対して伝えられていたのであって、これらの献言に基づいて明治22年皇室典範は制定されることになった。正に皇室典範を国法上如何に位置づけるか、その後、政府のみならず学説をも悩まし続ける難問の出発点をここに見出すことができるのである。

次に、上記の4点目に指摘されているように、典範の起草過程において典範を憲法より上位に位置づける典範上位の考え方が、井上によって主張されていたことも興味深い。ところが、すぐ後に概観するように、憲法制定過程における憲法及び皇室典範の改正条項に関してなされたロエスレルの答議や憲法義解の記述についての美濃部達吉の解釈など、憲法学説においては、むしろ憲法上位説が主張され、憲法と典範との関係を授權関係で説明しようとする考え方が登場する。ところが、明治40年の皇室典範増補の前後にかけての典・憲二元体制についての位置づけをめぐる検討を経て、後述するように、憲法上位説は学説からの厳しい批判を受けたのである。

以上からも明らかなように、明治憲法体制においては、皇位継承法を国法と位置付けることによって、憲法と典範との併存関係を理論的にいかに整理するかという難問が残された。ここでの井上の処方箋は、ロエスレルからの教示を受けて、典範は国法とは区別された皇室の「家法」であり、加えて、典範は、官報に掲載することで「公示」は行うが、公布はしない、すなわち、国务大臣の副署は必要としないという二つの法的対応で何とか典・憲の併存関係を説明しようとしていたのである。

2 明治20・21年ロエスレル答議からの示唆

ところで、明治22年に制定された帝国憲法73条1項では、帝国憲法の改正

12) ロエスレル『王室家憲答議』（明治20年5月）小林宏＝島善高『明治皇室典範（上）』日本立法資料全集16（平成8年）410-413頁所収。

については帝国議会の議を経ると規定されたが、皇室典範については、帝国議会の議を経る必要がない旨が定められた。この点、憲法義解によれば、「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されはなり」と解説されている。また、憲法 74 条 2 項について、義解は、「皇室典範の改正に由り直接又は間接に此の憲法を変更するの事あらしめは憲法の基址は容易に移動するの不幸なきことを保たさ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」と述べられている。このことは、要するに、憲法上位、すなわち、憲法保障の観点から、皇室典範は議会の関与を排除すると同時に、憲法の改正については、帝国議会の議を経ずに行うことはできない旨、定められたということができる。

これらの帝国憲法 73 条及び 74 条の起草に当たっても、実は、ロエスレル答議が大きな影響を与えた。そこで、前述したところではあるが、改正規定との係わりを含めて、改めてロエスレル答議の内容を、確認しておくことにしよう。

井上はロエスレルに対して明治 20 年初めから 21 年 3 月にかけて下記のように皇室典範に関する質問を発している。以下では、ロエスレルからの答議の順序に従って、時系列的にその内容をみてゆくことにする。なお、下記の①と②は、明治 20 年 5 月に、『ロエスレル氏王室家憲答議』¹³⁾として冊子に纏められ、印刷に付されて、典範制定の際の参観に供されている。

ここでのロエスレルの主張の骨子は、ごく大づかみに言えば、家憲と憲法との区別、家憲への議会の議（議会関与）の排除の二点に力点が置かれていた。

① 明治 20 年 1 月 21 日答議「家憲私法に属すへき乎、又国法に属すへき乎の間」

この問いに対して、ロエスレルは、「家憲は（公権と私権とを併せ持つ）一種特別の性質」で、それ「故に、王室の国法上の関係は之を国憲に掲げ、私法上の関係は之を家憲に掲ぐへしと言ふことを得へし。」と説くが、両者の線引きをするのは困難であるという。

「此区別を為すに付て、実際の効力は家憲は議院の議を経ずして之を定むることを得るも、憲法は必ず議院の議を経るに非ざれば変更することを得ざるに在り。故に上に言へる如く、憲法の区域を広むるに於ては、終に王族は私法上の関係に於ても亦全く独立を失ひて議院の束縛を被るに至るへし。」

13) 小林＝島『明治皇室典範（上）』410 頁以下参照。

そこで、皇室法事項はできるだけ家憲に規定するのが「君主国の本質及王室の独立に適當」である。なぜならば、「家憲は国王自ら之を制定するを得、議院の干渉を受けざるもの」だからであると述べている。つまり、ロエスレルは家憲の一部を憲法に規定することについては消極的で、「純然たる王家に関する事項」は「之を憲法より除くことを得へし」との示唆を与え、「此の家憲は公布するを要せず。」とした上で、さらに、憲法には次の規定を設けるべきであるとの提言を行っている。すなわち、

第1条 日本帝國は永遠に向て分割すへからざる統一の世襲君主国なりとす
第2条 帝位は家憲に従ひ皇族之を繼承す

この条項案が、帝國憲法第1条、第2条に影響を与えたことは明らかであろう。

② 明治20年2月3日答議「家憲は政務に属すへき乎、家憲を發するには大臣の對署を要する乎の間」

この問いに対して、ロエスレルは、家憲制定事項が「国王の政務」か否か、家憲が通常法律と同じく立法権の産物であるかどうかに関連すると答えている。しかし、「国王に属する最上の国権と、及王家の首長として均く国王に帰する最上の家長権とは、之を明白に區別せざるへからず。通常法律は国権より生じ、家憲は家長権より生ず。」そして、「家憲を發するの権は特権なり。…此特権に原つける規準は法律に非ず。亦命令に非ず。…主権者自ら發する所の家憲に在りては、唯之を内閣に通告するを要するのみ。」と述べ、さらに、「憲法は必しも国法全体を包括するものに非ず、憲法の成立あるか為に国法上一切の事件に関し家憲を制定するの特権を妨け又は制限するものに非ざればなり。故に近世独逸諸国の家憲は議院の参与を受けずして發行したるもの多しとす。」という。その上で、

「第一 皇帝は家憲を發することに関し最上の全権を有す。但憲法の制限に従ふべく、且皇族の権理を損し或は之を動かす場合に於ては其承諾を要す。

第二 宮内大臣は家憲に関する事務の取扱を為し、之に對署し、且之を施行す。然れとも此事たる、立憲の意義に於て効力を有するにあらず。又大臣責任の要件たらしむるに非ず。

第三 皇族及内閣に對するの通告は頒布に代用するものとす。其果して通告をなしたることを確認するか為には、総理大臣の對署あるを可とす。予め皇族

及内閣の意見を問ふは、政略上の美事なりと雖、国法上の必要あるに非ず。

第四 憲法を変更するに非ざる限りは議院の承諾を要せず。」とする。

なお、最後の第四に関連してロエスレルは、ハノーバー憲法 26 条を引用して「家憲は国会の承諾を要せず。但し家憲を以て現行憲法を変更するを得ず」との規定を憲法に設けるべきとの献策を行い、この規定が、明治 20 年 10 月草案では「皇室典範ノ変更ハ帝国議會ノ承認ヲ經ルヲ要セス」となり、その後の帝國憲法第 74 条の起源になったものと思われる。

③ 明治 21 年 3 月 23 日答議「家憲の皇族會議の承認を経て改正することを得るは何の理由なる乎」¹⁴⁾

さらに、ロエスレルは、イギリスやドイツのように、「王室家憲」を通常法律と同じと看做して、「議院の議決を以て王位継承法を有効的に変改して可なりとの原則を遵守」することに反対する。その上で、

「今其祖先の確定したる王位継承法は時々の踐祚者に於て独断を以て変改すへからざるものなり。且つ夫れ関係者の承認なく国王一人にて王位継承法を変改するときは、君主政体を弱め且つ国民に余害を及ぼすことあるべし。何となれば斯の如き変改は、正当なる統治者の地位を動揺し、王位の窺視者を生じ、内乱及国内の分裂を醸すものなればなり。」

と述べて、皇位継承法が君主・国王の意思のみで決定されるべきではないことも説いている。

後に、典範 62 条は、典範の改正・増補に際して、皇族會議、枢密顧問への諮詢手続を定めているが、「関係者の承認」を要件とする上記の議論は、その規定の源流であるともいえよう。

そこで、次に、これらのロエスレル答議を、典範・憲法の起草者トリオの一人であった伊東巳代治が明治憲法・典範の制定後に、いかに解していたかについても確認しておきたい。

3 伊東巳代治の見解；もう一つの起草者意思

明治 40 年の公式令及び典範増補制定という典憲関係を大きく変更した際の起草者の意思を確認するために、伊東巳代治の著作を手がかりに、その内容を

14) ロエスレル氏皇室家憲に関する答議（明治 21 年 3 月・9 月）小林＝島・前掲書（上）469 頁以下。

確認しておこう。ここでは、前述したロエスレル意見を継承し、家憲への帝国議会の関与を排除する議論が展開されている。

明治31年6月以降に著されたと考えられる伊東巳代治の『法律命令論』（憲政322）¹⁵⁾では、第十章「憲法、皇室典範及憲法付属法令」の第二節で「皇室典範と憲法との関係」が論じられ、「我か日本帝国の君主家法即ち皇室典範も是れ皇室の内部に於ては一の私法なりと雖も其の国家に対する関係より云へば国法に属し憲法の一部をなせり」として、皇室典範は、私法に属するとともに、国法であって憲法の一部でもあるという「両様の性質」を有すると論じられた。ここでは、後述するような美濃部の「二重法説」と同様な議論が展開されるとともに、その根拠として先にも紹介したロエスレルの見解が引用されている。

そして、皇室典範と憲法との間には一定の相互関係があるとして、皇室典範の条項は憲法改正の手續で改正することはできないとする。その理由について、典範では君位に関係する事項は憲法で定めているが、当該事項は、他方から見れば、「君家の私法」であり、「君家独立の制作に属し臣民の公議に付すべきものにあらざればなり」と述べられている。また、典範第62条の典範改正手續における皇族會議や枢密顧問への諮詢手續についても、「天皇に於て皇族の家長たる權利を以て之を独決したまへるものにして皇族會議と枢密顧問とは唯意見を上奏するに止まりて確定の権あるにあらざるなり。」と述べて、むしろ皇族會議等の権限を限定する考え方がとられている。

さらに、伊東は、憲法は皇位を継承した天皇が行使する統治権の条件を定める規定にほかならないから、「典範は先にして憲法は後なり故に憲法の及ぶ所は皆典範の覆ふ所にあらざるなし是を以て典範の条項をなすものは法律と雖も之を変更する効力を有せず」と典範優位説を主張するが、皇室典範は未だに公布されていないことから、なお公務員や人民に対して典範を遵守する義務を課することはできない。そこで、一般法律の変則を定めるには、具体的な条項を制定して「普通法律の一部として公布する必要を生ずるなり」としている。

つまり、不公布であったことを前提とするならば、典範等の皇室法は、一般

15) 有賀の証言によれば、「伊東巳代治子爵が法律命令論と云ふものを書いた、是などは私が大に手伝ったものの一つである。…伊東巳代治子爵、花房直三郎君、穂積八東君、私共が寄合せて色々研究をしてあれ（法律命令論）を拵へたものであります」とされている（有賀長雄「帝国憲法に於ける余の実験」『憲法記念早稲田講演』（明治42年）参照）。

国民との関係では法令として存在しなかったことになるのであって、このことからすれば、皇族に対しても、基本的には一般の国法が適用されると考えられていたのである。ただ、一般国法の中で皇族への適用が明確に排除されている場合は、その限りで、例外的に国法が適用されないと説かれており、後述する佐々木惣一と同様の立論が展開されていることも興味深い。

いずれにせよ、以上のような伊東の考え方は、その後、有賀に受け継がれ、美濃部・佐々木論争によって改めて注目されることになる。

そこで、ここではさらに、典範を不公布とした経緯についても、有賀長雄の大正4年にもなされた『皇室制度稿本』の記述を手がかりに、確認しておくことにしよう。

「皇室典範制定の時は憲法以前に在りて、國務大臣なるもの未だ有らず、随て公布の形式一定せざりしといふも一の理由なれど、事実を言へば、初め之を公然の規定と視做すことを躊躇したるなり。当時の事実を伝ふる者は曰く、典範を公布すべきや否やに就ては、憲法発布の数日前に至るまで議論一定せず、因て姑く権宜を以て中を裁し、正式に公布せざるも、亦之を秘密にせず、憲法発布式参列者に示さるの意を以て之を官報に印刷したるなりと。然るに明治二十二年より四十年に至る間に於て議論一変し、遂に之を以て憲法に並ぶ国家公然の法章と為し、四十年二月十一日の皇室典範増補は正式に之を公布し、且之に先だつ二月十日の公式令（筆者註第4条「皇室典範ノ改正ハ上諭を付して公布ス」）を以て、将来皇室典範を修正増補するとき之を公布するの形式までも一定せられたり、…斯く増補を公令として正式に公布せられたる以上は、増補以前の典範も公然の規程たることは疑を容れざる所と為れり。」その上で、公然のものとすに至った理由として次の3点を挙げている。「（一）皇室典範は立法の順序に於て帝國憲法よりも先きに制定せられ、帝國憲法に於て之を公認したる事」、「（二）内容の性質に於て公然なるべき事」、「憲法と対等のもの（効力）たる法理を含蓄する事」

この不公布問題について若干の補足をしておけば、周知のように、憲法制定過程でも、義解の「公布（公表）」については議論となった。この点、起草者の間でも考え方が分かれていたが、結局、伊藤博文が公布に反対したことが決定的となり、これを受けて、井上と伊東巳代治が、伊藤の私著として憲法義解を出版するアイディアを提示したのである。

Ⅱ 典憲二元体制の位置づけ

1 穂積八束による典憲の位置づけ

以上のような皇室典範の制定前後の議論を前提として、明治皇室法制を理解する場合のいま一つの重要な論点とされたのが、明治憲法制定後の憲法と典範との理論的な位置づけとしての「典憲二元体制」の理解にかかわる問題である。つまり、明治40年の公式令及び典範増補の結果、典範を国法と位置づけたことに関する理論的、法体系的な説明をいかに行うかという難問であった。この典憲二元体制に理論的な説明を与え、注目された論者としては、穂積八束、酒巻芳男、宮沢俊義が挙げられる。以下では、それらの議論を順に見てゆくことにしよう。

まず、典憲の位置づけに関する議論の出発点は、何といっても穂積八束のそれである。そこでは、典範と憲法はともに「国家根本の大則」としつつも、皇室典範を法律命令と並べた上で、その形式及び実質を異にしているに過ぎない、と解された。すなわち、両者の相違は、その制定改廃手続という「形式」(＝手続)の違いとそれぞれの所管事項としての「実質」の違い、つまり、「一般政務」に関する規定は法令であり、典範は皇室内部の規範であるという違いが認められるとの前提からの立論であった。このことは、明治36年に、土方久元に代わって副総裁に就いた伊東巳代治の下、穂積が、帝室制度調査局御用掛を務めていた時期にものされた「皇室典範ト法律命令トノ関係ニ付テ」(国立国会図書館憲政資料室所蔵目録第一 憲政195, 明治36年)と題する文書でも、典範と法令との関係が論じられているが、そこでは「両々併ひ存して相侵さず」とされて、皇室事項については特別法である典範によって定められることが明確に説かれている。曰く、

憲法が皇室内部に関する規定を別に皇室典範に譲った理由に付き、「之(典範)を国法以外に置くの趣旨に非ず之を一般政務より分離し立法命令の権域の外に独立せしめ政務に関する法令制定の手続を以て之を紛更することを避くるの精神に出てたるならん」とする。その上で、「典範は憲法と共に国家の根本法たり唯典範は法律命令と其の形式及実質を異にするのみ形式を異にすると憲法上の立法命令の形式に由りて之を制定変更することを得ざるを謂ひ実質を異にすると典範は皇室内部に於ける関係を規定し法令は一般政務に関するの規

定たるを謂ふなり」とし、それ故に、「典範と法令とは共に国家の法則たるに拘はらず各々其の形式と実質とを異にするか故に両々併ひ存して相侵さず漫然二者の間に効力の強弱を謂ふは不可なり法令を以て典範の規定を紛更することを許さざるか如く亦典範を以て法令の規定を変更することを得ざるなり…皇室に關涉するの事項は専ら其の特別法たる典範に由りて裁断すべく一般政務に關するの事項は其の本領たる法律命令に由りて之を論すへきのみ」

そして、その後の『憲法提要 上』（初版、明治43年）では、典範と憲法の相違について、上記の明治36年の論考で言及されていた所管事項に基づく典範と法令との「実質」的な相違という点が背後に退いて、憲法と典範の改正手続の相違、とりわけ議会の議を経るか否かという「形式的効力」の観点からの区別であることが強調されて、典範を「皇家私事ノ内則ニシテ国法ノ一部ニ非サルノ主義」をとることを強く否定している。すなわち、

「(憲法と典範の) 二者ヲ別個ノ成典トシタルハ、立憲ノ制ニ則ルニ際シ、将来若治国ノ大法ヲ改正變更スルノ場合アルアラハ、其ノ議會ノ議ヲ經ルヲ要スル者ト其ノ議ヲ經ルヲ要セサル者トノ別ヲ明カニシ、紛更アルコトナカラシメント欲スルノ精神ニ出テタルニ外ナラサルナリ。此ノ義憲法第七十三條及第七十四條ニ照シテ明カナリ。憲法ノ改正ハ議會ノ議ヲ經ルヲ要シ、典範ノ改正ハ其ノ議ヲ經ルヲ要セス、而シテ典範ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得サルモノトス。國家根本ノ大則中、或ル者ハ之ヲ典範トシ、或ル者ハ之ヲ憲法トシ、別個ノ成典トシタルハ、此ノ形式的効力ヲ分ツノ必要ニ出テタルノ外ハ、他ニ意アルコトナシ。之ヲ誤解シテ、皇室ト國家トヲ絶對ニ分離シ皇家私事ノ内則ニシテ國法ノ一部ニ非サルノ主義ヲ取レルモノナリト為スコト勿レ。」(164頁)

2 昭和9年酒卷芳男『皇室制度講話』

この穂積の議論を前提として、その後の憲法と典範との関係を整理した著作としては、研究者の一面をも有し、「知られざる宮内官」¹⁶⁾とも称された酒卷芳男の議論が重要であろう¹⁷⁾。すなわち、酒卷によれば、憲法＝国家法と典範＝皇室法という言い方は、皇室を「家」と見る觀念と結びつき、さらに、兩

16) 御厨貴「宮中・皇室をめぐる政治史」『年報近代日本研究 20 宮中・皇室と政治』（1998年）3頁以下参照。

17) 酒卷については、梶田明宏「酒卷芳男と大正昭和の宮内省」『年報近代日本研究 20 宮中・皇室と政治』（1998年）123頁以下参照。

者はともに、国家統治の作用によって生ずる法であるにもかかわらず、憲法系統の法のみが国家の法と考えられることにつながりかねないとして、穂積が説いた「実質」の違いとしての所管事項に着目して、国家の法を「宮務法」と「政務法」との二系統に分類する着想を示している¹⁸⁾。

3 宮沢俊義『憲法講義案』

そして、この酒巻の議論を踏まえて、より一層明確に憲法と皇室典範との法体系的なあり方を提示しようと試みたのが、宮沢俊義である¹⁹⁾。宮沢は、昭和9(1934)年1月、教授に昇格し、同年3月の美濃部退官後、憲法第一講座の担任として、その年から東京帝国大学法学部で憲法の講義を始めた。そして、宮沢は、その講義の開始に合わせて、昭和9年から、私家版で『憲法講義案』を刊行している²⁰⁾。この講義案は、昭和12年を除いてほぼ毎年改訂されているが、その内容について大きな変更が加えられたのは、昭和9年の初版以降、昭和10年版、昭和13年版、昭和16年版であり、これが昭和17年の『憲法略説』となり、岩波書店から公刊された。

昭和9年及び10年版の『憲法講義案』では、皇室典範は、「国法の諸形式」として勅令等と同様、「大権による国家行為の一種」と位置付けられている。

「わが憲法は皇室に関する事項を議院の干与する立法機関の権能に属せしめることを避けるために大権行為の中に皇室典範という形式を設け、皇室に関する事項をもってその所管たらしめてゐる。皇室典範の性質については、これを一般の大権行為から区別して法人である皇室の定立する国家行為であると考える説もあるが、十分な根拠に乏しい。皇室典範も、勅令その他の形式と同じや

18) 酒巻芳男『皇室制度講話』(昭和9年)16頁。

19) 宮沢俊義『憲法略説』(昭和17年)235頁。さらに、宮沢『皇室法』(日本評論社、昭和15年)、中川善之助との共著『法律史』(昭和19年)119頁以下も参照。なお、宮沢は、戦後の論考の中で、「(明治)皇室典範は大日本帝国憲法とならぶ最高の法典であり、いわば日本の成文憲法の一部を為すものであった。」と述べ、宮沢の別稿では「必ずしも帝国憲法の下級の法形式ではなかった」(同「新皇室典範について」法律タイムズ2号26頁)との考え方を示し、「美濃部博士は皇室典範は大日本帝国憲法の下位にある法形式であり、その委任に根拠をもつものとされた。」と批判的な見解が示されている。宮沢俊義「x 新憲法関係法令の解説」同『憲法論集』(昭和53年)414頁所収415頁。

20) 以下、宮沢『憲法講義案』については、立教大学図書館所蔵の宮沢俊義文庫本を底本としたが、それに加えて、立教大学法学部の神橋一彦教授所蔵本も適宜参照させていただいた。神橋教授には、この場を借りて、篤く御礼申し上げたい。

うに、大権による国家行為の一種である。」（昭和9年版249頁、昭和10年版256頁）

宮沢の講義案の皇室典範に関する記述が大きく変化するのは、昭和13年版からである。ここでは、昭和15年に公刊されることになる『皇室法』の執筆準備の段階で得られた成果が取り入れられたものと推測される。

また、酒巻の『皇室制度講話』からの示唆を受けて、「宮務法と国務法」の区別が取り入れられたのも、昭和13年及び14年版からである。それまでは、国法の諸形式として、大権事項の中で皇室典範が扱われていたが、13年版からは、「憲法の動態」と章のタイトルも改められて、次のようにその構成が抜本的に改変されている。

第四章 憲法の動態

第一節 概説

第二節 宮務法の諸形式

第三節 国務法の諸形式

第四節 国法の形式の分化と権力分立主義

そして、昭和15年版までは、第一章 序説の第二節 日本憲法の法源には、「二 日本憲法の成文法源」が配置され、その中において、（一）宮務法、（二）国務法、（三）宮務法と国務法の関係に関する記述が登場する。その（三）では、次のように典憲二元体制の説明が加えられ、典範増補の結果、皇室に関する所管事項については、典範優位となった旨の説明がなされている。

「宮務法と国務法の間には上下軽重の差はない。両者の関係については憲法第七四條は『皇室典範ヲ以テ此ノ憲法ノ条規ヲ変更スルコトヲ得ズ』と定めてゐるが、その意は皇室典範改正手続をもって憲法改正手続に代へることは許されぬといふことにある。それと反対に憲法改正によって皇室典範を変更すること、すなわち、憲法改正手続をもって皇室典範改正手続に代へることが許されるかどうかについては、明文を欠くが、わが国法が成文法を宮務法と国務法の二大系統に分けた趣旨からいって、それは許されぬと解すべきであらう。」

「宮務法は宮務を、国務法は国務をそれぞれその所管事項とするが、宮務と国務が必ずしもつねに明確に区別せられぬ結果として、宮務が国務法の内容とせられ、国務が宮務法の内容とせられることもありうる。その場合はこの皇室に関するかぎりにおいては宮務法の規定が国務法のそれに優勝する（典範

第一増補七・八)。」

これが16年版では、官務法と政務法との関係についての説明は、「国法の諸形式」のところで記述されるように改められている。すなわち、

第一章 国法の諸形式

第一節 序説

第二節 官務法の諸形式

第三節 政務法の諸形式

第四節 判決

第五節 国法の形式の分化と権力分立主義

そこでは、次のような説明が注目される。

「わが国法の諸形式の大部分は成文の形式をとってゐる。そして、皇室典範および大日本帝国憲法（憲法典）がその最高の成文法形式であり、その他の諸法の形式はすべてそれらのいずれかの系統に属するものとせられてゐる。皇室典範の系統に属する成文法形式は官務法であり、憲法典の系統に属するそれは国務法（または政務法）である。

わが国法がかやうにその最高の成文法形式として皇室典範と憲法典の二法典を並存せしめる主義をとったのは『立憲の制を則るに際し、将来若治国の大法を改正変更する場合あるあらば、其の議会の議を経るを要する者とその議を経るを要せざる者との別を明かにし、紛更あることなからしめんと欲する精神に出でたるに外なら』ぬ」として穂積八束『憲法提要』164頁が引用されている（252-253頁）。

この説明が、昭和17年の『憲法略説』に受け継がれることになるのである。「官務法と政務法」のところでは、穂積八束の議論が参照され²¹⁾、16年版の講義案と同様の議論が展開されている。

4 宮沢『皇室法』と美濃部・佐々木学説

上述した宮沢の憲法講義案の作成経緯を垣間見ただけでも、昭和15年に上梓された『皇室法』の執筆から得られた知見の大きさを想像することは難しくはない。『皇室法』において、憲法と皇室典範というそれぞれに特有の性質を

21) 宮沢『皇室法』4頁では明確に穂積を引用している。

有する法形式について、宮沢は、次のような説明を与えている。

「立憲主義を採用するにあたり、一方において議會を設け、これをして重要な成文法形式の制定に参与せしめることが問題とせられると同時に、他方においてさうした議會の参与に対する限界を定めることが問題とせられた。そして、憲法の改正には議會を参与せしめることとすると共に、別に議會の参与の外にある皇室典範といふ成文法形式をみとめ、議會を参与せしめるに適しない皇室に関する事項はその形式で定めることとせられた。皇室典範といひ、憲法といふ。いづれも勅旨によって制定せられた成文法形式である。ただ、後者の改正については帝國議會の参与が許されるのに反して、前者の改正についてはそれが許されぬ点において、両者はたがひに區別せられる。」（『皇室法』5頁）

この宮沢の議論は、改正に際しての議會の関与の有無によって憲法と典範との相違を明らかにしている点で、前述した典範起草過程でのロエスレルの議論や穂積の見解と異なるところがない。

加えて、「宮務法と政務法の間には上下輕重の差はない。」とも説く。そして、憲法74条の意味についても、「その意は皇室典範改正手續をもって憲法改正手續に代へることは許されぬといふことにある。これと反対に憲法改正によって皇室典範を変更すること、すなわち、憲法改正手續をもって皇室典範改正手續に代へることが許されるかどうかについては明文を欠くが、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って、それは許されぬと解すべきであろう。」と述べて、「宮務法と政務法の二大系統」の採用と憲法及び典範の改正手續との関係を考慮している点も、前述し、また後にも述べるように、正しく穂積理論を踏襲するものだといえよう。

その上で、典範と憲法は改正手續や所管事項を異にしているが、国法の成文法形式であることに違いはないから、「一方は皇室といふ家の法であり、他方は国家の法であるといふやうな説明は、形容としてはともかく、法律的説明としては妥当ではない」と述べて、後述する自主法説や美濃部の「二重法説」を批判する。

また、昭和13年以降の宮沢は、「宮務法は宮務をその所管とし、政務法は政務をその所管とする。むろん、宮務法が政務をその内容とし、反対に政務法が宮務をその内容とすることも許されるが、政務を内容とする宮務法はいかなる場合にも政務法の規定に抵触することができぬ。反対に宮務を内容とする政務法はいかなる場合にも宮務法の規定に抵触することができぬ。」と述べて、そ

れぞれの所管事項については排他的な管轄が及ぶと説いていたのである²²⁾。

さらに、宮沢は、先にもみたように、わが国法の諸形式として典憲二元体制を説くが、その説明も、美濃部説を退けた上で、穂積八束説に依拠しているといえることができる。

しかし、この考え方は、有力学説からは、憲法義解の「皇室の家法」論に基づく批判を受けることになる。しかし、その一方で、穂積によって提示され、酒巻、そして宮沢を経て洗練された宮務・国務二分論は、確実に明治憲法下の憲法学説に受け継がれ、これによれば、宮務法の根本法が皇室典範で、しかも一種の国法であることから、典範に基づいて制定された皇室令、宮内省令等の宮務法も国法であると位置づけられている。

これに対して、美濃部や佐々木などの有力学説については、酒巻によって、皇室令等は、皇室内部法あるいは家法の側面をも有するとの考え方であると一括りに解され、この観点から、理論的に、一貫しないと批判された。酒巻自身は、宮務法は、すべて国家の統治権者たる天皇、又はその委任に基づいて発せられたものであるから、形式、実質ともに国家法たる性質を有すると考えられていた。

しかし、酒巻のように、美濃部と佐々木の議論を同列に並べた上で、その両者の議論には、同じ皇室令でも、国家法たるもの、然らざるものとの区別があると主張していると解して論難するのはやや乱暴に過ぎると思われる。両者の見解を仔細にみれば、美濃部と佐々木の議論は必ずしも同じだとはいえないからである。

そこで、改めて、美濃部の議論から、見てゆくことにしよう。美濃部は、皇室令、宮内省令はともに憲法の委任により皇室家長としての天皇が制定するものであって、その実質は国家の法たるものと、単に皇室内部の法（自主法）たるものとの両方があるとする。つまり、典範は、皇室の制定に係るものであるとともに国家法であると位置づけられ、この意味で、美濃部の見解は、「二重法説」と称された²³⁾。美濃部にあっては、皇室令は、すべて皇室の制定法であり、皇室の首長としての天皇が制定し、その規定内容（の実質）によって、国家法（＝国家的法規）であるものとそうでないものがあることは皇室典範

22) 宮沢『憲法略説』（昭和17年）236頁も参照。なお、金森徳次郎『帝国憲法要綱』（昭和5年、第16版）69頁以下も参照。

と同様だと考えられたのである。

これに対して、佐々木は、典範は国法であるとの理解を前提に、皇室令の性質については、国家の事務に関する規定は国家のみが定めるものであって、天皇が私人として皇室の首長として定めることはできないと説く。しかしながら、皇室の事務に関する規定は、天皇が私人として定めることは可能であるが、そのことからこれが皇室の自主法であって国家の法ではないということではできない。これを決定するのは、皇室の事務に関する規定を設けることが天皇の行動と考えられるか、国家の行動と考えられるかによって判断されることになる²³⁾と説く。さらに言えば、皇室の事務についても、そのほとんどすべてが国民の関心事であることは疑い得ないことから、皇室の事務についても、国家の行動として規定されるのが前提であるとされたのである。それ故に、どちらで定めるか疑わしい場合には、国家が定めると解されるべきであって、私人としての天皇が定めることはできないと主張されたのである（佐々木惣一『日本憲法要論訂正第五版』（昭和8年）178-182頁）。つまり、佐々木は、皇室の自主法という考え方を否定した上で、宮務法には、その内容上、皇室の事務について国家の制定法として定められたものと、全くの私人としての天皇の規則すなわち単純なる家法たるものがあり、そのような意味からすれば、美濃部とは異なっていて、皇室令の中には、結果として、単に私人としての天皇が定めた規則も含まれていると説かれたに過ぎないことになる。

つまり、略述した美濃部と佐々木との間には、宮務法の理解、さらには皇室典範の性格をめぐる、無視できない議論の相違がみられるのであり、この点は見過ごされるべきではない。そこで、以下、章を改めて、皇室典範と憲法との関係をめぐる当時の学説について、いま少し立ち入って、その概要を整理しておくことにしたい。

23) この点、宮澤は典範と憲法は相互に改正手続や所管事項を異にしているが、「わが国法の成文法形式であることにおいては両者の間に別段の相違はない。一方は皇室といふ家の法であり、他方は国家の法であるといふやうな説明は、形容としてはともかく、法律的説明としては妥当ではないであろう。」と批判する（宮澤『皇室法』6頁）。

Ⅲ 皇室典範の性質をめぐる諸学説

1 諸学説の紹介と検討

それでは、次に、明治40年の皇室典範公布後の典範の国法上の位置づけをめぐる憲法学説について概観する。皇室典範の性質をめぐって、美濃部達吉は、皇室典範を皇室の自主法（家法）とするか、国家法と解するか、という観点から、学説を3つに類型化し、美濃部自身は第三の途である「二重法説」を主張した。その三類型は、以下のように纏められている。

- (ア) 自主法（家法）説 ここでは、帝国憲法皇室典範義解の記述を前提に、皇室典範は自主法＝家法であるとする考え方が、有賀長雄、副島義一、清水澄、野村淳治などによって主張された。
- (イ) 国家法説 義解に依拠する自主法説に対して、皇室典範は国家の法であるとの見解が、東京帝国大学の穂積八束、一木喜徳郎、上杉慎吉、さらには金森徳次郎、京都帝国大学の井上密、市村光恵、佐々木惣一などの多くの学者によって説かれた。
- (ウ) 二重法説 上記の2説に対して、皇室典範は皇室の自主法（家法）であると同時に、国家の法であるとする考え方に立つのが美濃部達吉であった²⁴⁾。

以下では、これらの分類に従って、学説の内容をいま少し詳細に確認しておく。

(ア) 自主法（家法）説

この考え方は、皇室典範の性質については、明治憲法の起草者意思である憲法義解解釈を出発点に、典範＝家法説を前提に、憲法と典範のどちらを優越するとみるかで議論が分かれる。その典型的な議論は、有賀長雄の考え方で、家法説を前提としつつ、皇室典範が優位すると説いた。

有賀は「皇室典範と帝国憲法との関係」について、次のように述べる。「典範先つ存し、之を基として憲法を制定したるの順序は明なり」、「皇室典範は私

24) 美濃部『憲法撮要 訂正第五版』（昭和7年）108頁以下、同『逐条憲法精義』（昭和2年）109頁以下、同「皇室ノ事務ト国家ノ事務」国家学会雑誌30巻4号（大正5年）41頁以下。

法としては皇族自治の成典た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見做し、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てたるものにして皇室典範の關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^{いささか}も憲法を引用せざるにても、」典範が先ず存したことの根拠であると述べている。また、典範が憲法の一部であるといっても、すべてを憲法に編入しないで、典範の第1条を憲法第2条に抜抄したほかは、別の条項として規定した理由は、憲法の条項に編入した場合には、憲法改正手続によって改正が可能になる不都合が生ずるからであると述べている²⁵⁾。

次いで、副島義一は、「皇室典範は皇室の自主権に依り制定せられたるの法規なり」とし、「皇室典範は通常の家法規則の外に存することを許したるもの」である。そして、皇室典範で憲法の一般原則に反することを定めても、これを憲法違反として無効とすることはできないとする。「何となれば憲法に於ては苟くも皇室に關することは其の自主権に依り特例を設くることを許したるを以てなり。故に皇室典範の規定は他の法律命令に対しても亦優先権を有す。是れ憲法74条第2項の規定の解釈に由るにあらずして、皇室典範の元來有する性質に基づくなり。然れども皇室典範に於ては皇室に全く關係なき事を規定するを得ざるなり」と述べている²⁶⁾。副島は、典範を自主団体に關する自主法とした上で典範が優越するとしたのである。

また、清水澄も、皇室に關する事項は、「皇室の自治権」に屬するから、皇室典範で定めるべきであるとして、さらに、皇室の自治権は慣習上古來からすでに存在することは疑いなきことであり、帝国憲法の制定に際してこれを廃止したとの根拠もない。皇室の自治権はこれを制限する直接の規定がないことから、その範圍も広く皇室に關する事項であつて直接に國家又は國民の權利義務に關連しないものは自治権によって定めることができるとする。それ故に、皇室の祭祀及び儀式から財産關係に至るまで皇室自らこれを定めることができる

25) 有賀長雄『国法学』（明治36年以後明治40年以前）71-72頁。同『国法学 上』（明治36年）256-260頁も同趣旨を説いている。

26) 副島義一『日本帝國憲法要論 第7版』（大正13年）48-50頁。

のみならず、皇族の誕生婚姻その他皇族の身分に関することも一切皇室において規定できると論じている。「要するに皇室典範は皇室の自治権に基く根本法規にして、其の中には国家の事務及国民の権利義務に関する規定を包含するを以て、其の点より見るときは国法の一なり。是れ公式令第四条に於て皇室典範改正規定を公布するに当り宮内大臣と共に國務大臣も副署することと定めたる所以なり。」²⁷⁾とする。

このように、清水は、皇室典範を皇室の自治権に基づく根本法規としながらも、国の事務や国民の権利義務に関わる事項を規定することから、国法の一つでもあると説いたのである。

最後に、美濃部より三歳年下の国法学担当の東京帝国大学教授野村淳治²⁸⁾の見解を見ておこう。野村は、「皇室典範は皇室の自主権に基づいて発布せらるる自主権法規であり、これに反し憲法は国家の統治権に基づいて発布せらるる国家の法規である。」と主張する。その上で、「皇位継承及摂政に関する規定を除き、その^(ママ)以外の皇室典範の規定は皇室の自主権に基づいて制定せらるる法規であって、国家の統治権に基づいて制定せらるるものではない。それにも拘はらず、その自主権法規を以てその欲する所に従って自由に皇族に対する法規を定めた場合に於て、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っては憲法よりも強い効力を有することになる。これがために国家内に憲法及皇室典範の二つが最高法規として相対立するの結果を生じ、この両種の法規の相互に抵触する場合に於て、一般人民及官庁はいずれの規定に従ふべきかを知ること能はず、国家の統一は阻害せらるるに至ることを免れないやうになる。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ゐないのであろう。従っ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。」²⁹⁾とする。したがって、例外的には「憲法改正

27) 清水澄「皇室典範の性質につきて」『清水澄博士論文・資料集』(昭和58年)70頁(初出は『太陽』28巻8号(大正11年)である)。

28) 1876-1950年、明治34年助教授採用、明治41年教授昇進(国法学講座)、因みに、寛克彦が明治33年助教授採用、36年教授(行政法講座、41年から大正6年まで法理学兼任)。

29) 野村淳治『憲法提要 上巻』(昭和7年)226頁。また、野村淳治先生述『憲法講義』(昭和13年)94頁以下参照。

法律を以て皇室典範の規定に反する規定を設け、これに因ってその憲法改正法律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るものと考える」と論じている³⁰⁾。

以上のように、野村は、「典範が憲法と同等の効力」を有する典憲二元体制に否定的で、典範を「自主権法規」と位置付け、それ故に、国家の統治権に基づく憲法とは異なるとする。ところが、憲法と典範とが抵触する場合には、これまでの有賀などの議論とは異なって、憲法優位説をとり、憲法に反する典範の規定は無効になるとして、憲法改正によって典範の規定を無効とすることも可能であると説かれている。以上からすれば、野村の考え方は、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に近いと見ることもできるのであって、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。

(イ) 国家法説

国家法説を検討する場合には、何よりもまず、穂積学説の独自性を確認しておくことが重要である。つまり、穂積は、典範と憲法との位置づけの議論と憲法改正限界論とを理論的に接合した点で、明治憲法体制理解の出発点をなしているということが出来るからである。

正統学派と称され、明治40年の典範増補の制定にも深くかかわった穂積八東は、すでに先にも紹介したように、「典範と憲法との関係」について次のように論じている。すなわち、「皇室典範と帝国憲法とは共に国家の根本大法たり。…其の形態を異にするも、其の實質は相通して用を為す、両々孤立せず、輕重の差なく、上下の分なし。獨、将来若其の条項を改正することあるに当りては、二者各々其の手續を異にす、一は議会の議を要せず一は之を必要とす。唯此の分界を紛^{まぎれ}ることを許さざるなり、故に憲法は此の将来に向ふての万一を慮り、典範を以て憲法を変更することを得ざるを明言す、典範の改正増補の名に於て、議会の議を逃れ、以て憲法改正増補の実を為すの事なきを警戒する者なり。又憲法の条項の改正増補の名に於て典範の實質を改変するは亦之を許さざるは、二者を明画して各々別個の成典とし、其の変更の手續を異にするの義に照して明白なり。蓋皇室の大事は典範之を定むるを本領とし、統治大権の行動は憲法之を定むるを本領とす、各々其の領域を分割して相侵さず、

30) 同上 227 頁。

両々相調和して治国の大法を成す者なり。』³¹⁾

以上のように、穂積は、憲法と典範の両者を「国家の根本大法」と位置づけたうえで、「皇室の大事」は典範に、「統治大権の行動」は憲法に規定し、両者は相互に独立して「相調和して治国の大法」であると論ずるのである³²⁾。

また、穂積は、前述した明治36年の論考の中では、形式と実質とに議論を分けた上で、法形式上においては、典範は憲法改正手続によらないことから、国法ではあるけれども、議会が関与する国法によって典範を変更することはできないと説いていた³³⁾。しかし、典範が国法改正手続に基づかないのに、なぜ国法と位置づけることができるのか。穂積自身も、おそらくこの説明だけでは十分な説得力を持ち得ないことを自覚していたと思われる。そこで、この点を補強するために、「国体は古今永遠に互りて動くことなく政体は時勢の宜に従ひて変遷す」³⁴⁾との認識を前提として、次のような憲法改正限界論に絡めた議論を展開する。

曰く、「按するに、国体の根本は典範及憲法の能く左右し得べき所に非ず、主権は憲法に由りて成立せず、何ぞ憲法を以て之を移動することを得ん。憲法第一条の、『大日本帝国は万世一系の天皇之を統治す』と謂ひ、典範第一条の、『大日本国皇位は祖宗の皇統にして男系の男子之を継承す』と謂ふか如きは、歴史既遂の事実たる建国大本の宣明にして、国家自ら自己の存在を告白する者

31) 穂積八束『修正増補 憲法提要』（昭和10年）96-97頁。

32) 一木喜徳郎も、典範は、「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74条が典範改正には帝国議会の議を経るを要しないと規定したのは、「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」として、皇室典範は「国法ノ大則」を定めたとする。一木「皇室典範の性質」法学協会雑誌21巻9号（明治36年）参照。

33) 穂積と同様、帝室制度調査局御用掛を務めた奥田義人は明治42年11月、中央大学学会名古屋支部で、「皇室典範と憲法との関係」と題する講演を行ったが（法学新報20巻1号、明治43年）、その中で、典範と憲法の二つは「相並で国家の根本法」で、「決して家法のみが独り国家の根本法である訳でない」といい、さらに、「我が皇室典範は決して皇室の家法に止まらず其実質は皇室に関する一切の事項を規定せる命令であって、憲法が一般国務の根本法であると同時に、皇室典範は皇室に関する事項の根本法である」。「皇室に係る事項は広き意味に於ては固より国務であるに拘らず細大総て之れを皇室典範に譲りて以て一般国務と区別し、政治的紛更を皇室に及ぼすが如き憂ひのない様にしたものと信じます。」と述べている。つまり、奥田は、帝国議会の議を経ないことの意味として、典範改正論議には「政治的紛更」を及ぼさないという観点から説明している。今日の典範改正論議との関連からも興味深い記述である。

34) 穂積八束『修正増補 憲法提要（第7版）』（昭和15年）345頁。

なり。法は主権の創設する所にして主権は法の創設する所に非ず、典範憲法の条項の改正は何ぞ国体其の者を損益するの力かあらん。独政体は国体を移動することなくして変遷す。憲法を制定し若は改正するは統治権行動の形式を定むるに在り。茲に典範及憲法の条項の改正を謂ふは此の政体の末に係るものたるは言はすして明かなり。」³⁵⁾

ここで穂積は、憲法改正の根拠を、憲法典の改正手続といった憲法典に依拠する規定ではなく、憲法典を超え、典範・憲法がともに依拠し、これを拘束する「根本規範」を「主権」＝「国体」と位置づけ、典憲二元体制を説明するための立脚点とするとともに、憲法・典範の改正の限界を、その「主権」＝「国体」にもとめたのである。つまり「国体」については、憲法及び典範各々の改正手続によっても改正することができない「限界」であると説いた。逆に言えば、憲法・典範の改正手続によって改正可能であるのは、「政体の末に係るもの」に限定されたことになる。

そして、この穂積学説こそが、宮務・政務の二元体制の正に出発点となる理論的基盤を与えた。つまり、この穂積学説が、前述したように、酒巻、そして宮沢へと受け継がれ、典憲二元体制の理論的整備が進められていったといえるのである。

改めて穂積八東学説の特長をまとめれば、次のような点を指摘することができる。第一に、憲法典の基本構造の安定を前提として、国体・政体二元論に立って、国体の根本は典範・憲法によっても改正できないとする。その上で、第二に、穂積学説が出色なのは、上記の典憲二元体制の位置づけと「主権」＝「国体」を根拠とする憲法改正限界論を理論的に巧みに組み合わせた説明を行った点にある。つまり、典憲二元体制という明治憲法構造の理論的な理解（説明）という点で、穂積学説はやはり「正統」の地位を占め続けていたのであって、とりわけ国体と政体との区別や国体に関する憲法改正限界論と絡めた憲法と典範の二元体制といった理論的に一貫した説明としての見事さにはやはり目を見張るものがある。

その後、穂積学説は、宮沢や清宮四郎³⁶⁾を介して、戦後憲法学において根本規範に関する憲法改正限界論という形を取って蘇る³⁷⁾。しかし、宮沢によ

35) 穂積・前掲書 93 頁。なお、穂積学説については、長尾龍一「穂積憲法学」同『日本法思想史研究』（昭和 56（1981）年）131 頁以下参照。

る穂積学説の継承は、単に憲法改正限界論自体のためになされたものではない点に留意が必要である。宮沢においても、穂積と同じく、改正限界論への言及が必要とされたのは、憲法と典範をめぐる法的位置づけや皇室法の検討を通じてであって、この点への理論的な枠組みの必要から、宮沢も、穂積八束学説に依拠したことを見逃してはならない。正しく宮沢の『憲法略説』では、次のように、「国体」概念が用いられ、憲法と典範を取り結ぶ役割を担わされ、穂積の議論を髣髴とさせるわが国家の根本原理としての国体論（＝根本法の根本法）が展開されているからである³⁶⁾。少し長くなるが、煩を厭わず引用しておく。

「大日本帝国は万世一系の天皇永遠にこれを統治し給ふ。これわが肇^{ちようこく}国以来の統治体制の根本原理であり、これをわが国家における固有且つ不変な統治体制原理とする。それは、いふまでもなく、宏遠なるわが肇国の伝統のうちにおいて発生したものであり、諸諸の古典に伝経られる皇孫降臨の神勅以来、天照大神の神孫この国に君臨し給ひ、長^{とこし}へにわが国土および人民を統治し給ふべきことの原理が確立し、それがわが統治体制の不動の根底を形成してゐる。

わが国家におけるこの固有にして不変な統治体制原理を国体といふ。…国体の原理は…とりわけ憲法第一条において…簡明に、且つ厳肅に宣明せられてゐる。国家の固有・不変な統治体制原理はその国家成立と共にすでに存するのであり、成文法の規定を俟って始めて存するのではない。…憲法第一条等の規定はすでに存するわが国家の根本原理を宣言したもので、別段創設の意味をもつものではない。…そこで定められる国体の原理は帝國憲法または皇室典範によって基礎づけられてゐるのではなく、反対に帝國憲法または皇室典範が、従つてまたわが国法の全体がそれによって基礎づけられてゐると考ふべきである。その意味でそれをわが国法における根本法の根本法といふことができる。ある

36) 清宮の憲法改正限界論については、高見勝利教授によって、「この清宮の憲法改正限界論（筆者注、清宮「憲法改正作用」同『国家作用の理論』（1968年）165-166頁）は、…宮澤の議論と同質であり、『憲法略説』において明示された明治憲法の国体規定（第一条）に関する限界論を理論的に定礎するものであった」と評されていることに注目しておきたい（高見勝利『宮澤俊義の憲法学的研究』（2000年）319頁）。

37) 長尾龍一編著『穂積八束集』（2001年）413-415頁。

38) この点について、宮沢俊義文書C55-4『日本憲法一般について』の中には「国体と政体とを区別する学説に就て」（大正14（1925）年頃と推定）と題する論考があり、穂積八束の国体政体二分論に対する批判が展開されている。

ひは憲法の基礎がそこにあるといふ意味でそれを制憲権（Pouvoir constituant）の原理だと考へることもできる。

すべて国体に関する規定は、かやうに帝國憲法によって創設せられたものではないから、それは形式的には帝國憲法の一部をなしてゐても、實質的にはそれ以前のものと考えられなくてはならぬ。その当然の結果として、憲法の定める憲法改正に関する規定はもとよりそれに対しては適用はない。」³⁹⁾

上記がまさに穂積学説を下敷きにした説明であることは明白であつて、国体・政体の二元説を峻拒した美濃部説からの離反（長尾龍一）を明確に示しているとともに、「明治憲法下の『国体』は…まさに改正を許さない憲法の根幹をなすもの」であるゆゑに「ポツダム宣言の受諾に伴う法的意味における革命の結果、主権者となった国民が新たに憲法を『制定』したと捉えるいわゆる『八月革命』説が日本国憲法成立の法理として」唱えられる根拠を与えたのである⁴⁰⁾。なお、上記の限界論に関連して、憲法典に規定される改正手続は、「憲法」に基づく「憲法法律」の所産にすぎない。そうであれば、それによって改変されうるのは「憲法法律」に限定され、「憲法」や「憲法をつくる力」（Verfassungsgebende Gewalt）の変更はできないという C・シュミットの限界論を思い起こさせることもすでに指摘されている通りである⁴¹⁾。

ウ) 二重法説

上記の 2 説に対して、皇室典範は皇室の自主法であると同時に、国家の法であることができるとする考え方に立つのが美濃部達吉の二重法説であつた。この美濃部説に対して、佐々木は「体系的・論理的方法を重視する実証主義的な憲法解釈」という観点から、論理性を欠いた美濃部の場当たりのな解釈を激しく攻撃した。以下では、この美濃部・佐々木論争を振り返り、その概要をまとめておくことにしよう。

2 佐々木による美濃部「二重法説」批判

すでに言及したように、皇室典範の性質をめぐって、佐々木と美濃部との考え方の違いは明らかである。佐々木によれば、美濃部学説は、皇室典範を皇室

39) 宮澤『憲法略説』（昭和 17 年）73-75 頁。

40) 芹沢齊「[[第 1 章] 天皇] 同ほか編『新基本法コンメンタール 憲法』（2011 年）15 頁。

41) 長尾・前掲書 415 頁。

の自主法であると同時に、国家の法であると説く「一種独特の」「二重法説」であると解し、この考えは背理であると批判した。佐々木は、前述したように、皇室典範は国家の法であって、皇室の自主法ではないと説き、「国家法説」に立つ。加えて、美濃部の二重法説に対しては、皇室典範の性質とは、国家の法であるか、皇室の自主法であるのかのどちらかであるはずで、その両方であるということとはできないと批判する。すなわち、ある法が国家の法であるか、皇室の自主法であるかは、その法の制定者が国家であるか、国家以外の自主団体かによって決定される。したがって、同一の法の制定者が、国家であって同時に他の自主団体であるということは考えられない。それ故に、同一の法が国家の法であると同時に自主法であるということとはできないと説いたのである。確かに、同一事項について国家の法と自主団体の自主法の両者が併存することはありうるが、このことは、同一の法が同時に国家の法であり自主法であるということの意味するのではなく、同一事項について、国家の法と自主法との両者が共管する事項があるというに過ぎない。同一であるのは、所管事項であって法ではないと佐々木は批判するのである⁴²⁾。

この佐々木の批判を受けて、美濃部は、「国家法」の意味を実質的に解すべきであると反論した。その主張のポイントは、皇室典範がその実質において国家的法規であるという点にあるのであって、それが国家の立法であると主張するものではないとする。つまり、皇室典範は「皇室の制定に係る国家的法規である」というに止まり、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主張するものではないと説くのである。そして、皇室の自主法というのは、制定者から見た観念であるから、「典範の全部が皇室自主法であることは勿論であり、唯其の実質に於いて或は同時に国家法たらざるものも有り得るといふにとどまる。」という。

ところが、美濃部は、さらに、いったんは自説ではないとした皇室の制定法と同時に国家の制定法であることの矛盾について、次のような反論を展開する。

すなわち、「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されたものでなければならぬ。」として、「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

42) 佐々木「皇室典範及皇室令」69-70頁。

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、随って間接にはそれが国家の意思であると言い得られないではない。」⁴³⁾と述べている。

なお、美濃部は、「憲法は国家の最高意思にして、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」と説き、授權関係に依拠して憲法を典範の上位規範であると位置づけている⁴⁴⁾。

この点についても、佐々木は、美濃部に対して、「皇室典範を以て憲法を変更するを得ないと共に、憲法の改正に依りても皇室典範を変更するを得ない」のではないかと批判する。美濃部は、典範も憲法の下に在ることから、憲法の改正によって典範を変更しうことは当然であると主張する。これに対して、佐々木は、憲法 74 条を根拠に、典範の改正は議会の議を経ることを要しないとして、もし憲法の改正に依り典範を変更するならば、議会の議を経て典範を変更することになって憲法 74 条の趣旨に反することになると反論した。

以上の議論を踏まえて、その後の典憲二元体制ということを前提とすれば、佐々木の批判が正鵠を射ていることは歴然で、宮沢は、おそらくそれらの議論などをも踏まえたうえで、理論的な整理を穂積学説に求めたのではないかと思われる。

43) 美濃部「皇室典範及皇室令の性質」国家学会雑誌 43 巻 9 号（昭和 4 年）30-32 頁。

44) 美濃部達吉『憲法撮要』（昭和 7 年）107 頁。なお、美濃部がなぜ二重法説に固執したのか、その考え方の根拠を何に求めたのか、典範義解に依拠したと答える以外、決定的な証拠を見出すことはできない。ただ、美濃部が、ドイツ帝政期後期公法学者として活躍したヘルマン・レームの『現代王室法』（1904 年）のごく簡単にではあるが、その紹介を試みていることは注目に値する。そして、この書の序文を訳して、大多数の国法学者が「立法に依りて一方的に王位継承権を廃止し又は制限するも権利の侵害に非らずと為すの事実にある」として、レームはこの考え方に反対で、「独逸に於ては専制国より立憲国に移れるは決して一躍して変化したるに非らず、漸次の変遷に依りて成りたる成果なり、君主は国家より其の権力を与へられたるに非らずして数百年来の祖先と共に其の宗室より権力を伝へられたるなり、…果して然らば今日の君主は此の家に属する権力を全然国家の意思の下に隷属せしめたりと看做し得べきか」などの議論を紹介している。なお、レームについては、藤川直樹「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（平成 25 年）101 頁以下参照。

3 明治40年典範増補7条及び8条の意味：佐々木と美濃部

ところで、筆者はかつて、明治40年の皇室典範増補の起草過程についていささかの検討を加えたことがあるが⁴⁵⁾、そこでは、憲法と典範との効力関係、典範と法律命令の効力関係などが問題とされた。以下では、その旧稿を補うべく、上述した二重法学説を手がかりに、典範増補に関する佐々木と美濃部の学説を対比しつつ見ておくことにしたい。まず、典範増補第7条と第8条の規定内容を確認しておこう。

典範第一増補第7条「皇族の身位其の他の権義に関する規程は此の典範に定めたるものの外別に之を定む。皇族と人民とに渉る事項にして各々適用すべき法規を異にするときは前項の規程に依る」

典範第一増補第8条「法律命令中皇族に適用すべきものとしたる規定は此の典範又は之に基づき発する規則に別段の条規なきときに限り之を適用す」

この兩条について、美濃部と佐々木とでは、その理解の仕方に大きな相違が見られた。

まず、佐々木は、皇族への法律・勅令の適用については、明治40年の皇室典範増補の制定の前後でその扱いが大きく変化したとの理解を示す。すなわち、典範増補の制定以前においては、法律・勅令を皇族に適用するか否かについて明文の規定がなく、また不文法としてもこれを適用しないという原則があったということはできないとする。それでは実務上は、どのように処理されていたかといえば、一般には法律・勅令が皇族にも適用されると考えられ、その不都合を回避するために、法律の中に、特に皇族に関する規定を設けて、一般人に対する取扱いとは異なる取扱いを定めて対応してきたとする⁴⁶⁾。したがって、佐々木の理解によれば、典範増補以前においては、一般に法律・勅令は皇族にも適用されていたと解されたわけである。

他方で、佐々木は、典範増補の制定以後は、「其の以前の法律状態は一変せられた」として、原則の変更がなされたと解する。つまり、40年増補により、①法律・勅令は、原則として皇族には適用されないこと、②しかしながら、皇

45) 原田一明「明治40年皇室典範『増補』考」國學院法学第40巻4号(2003年)189頁以下。

46) 佐々木「皇室典範及び皇室令」92頁以下。そこでは、皇室の特例の定めとして、徴発令14条1項(明治15年)、裁判所構成法38条、50条2項(明治23年)、刑事訴訟法130条1項(明治23年)、民事訴訟法296条1項(明治23年)が挙げられている。

室典範及び皇室令において法律・勅令を皇族に適用することを定めた場合、及び法律・勅令自身において皇族に適用すべきものとし、かつ、皇室典範及び皇室令において、これと異なる規定が置かれていない場合には、その法律・勅令を皇族に例外的に適用するということが認められ、典範の特殊性に基づき、典範第一増補第7条及び第8条の規定が特に定められ、特別に皇族に対する法律・勅令の適用が排除されることになったと説かれたのである⁴⁷⁾。

これに対して、美濃部は典範第一増補以前においても、すでに皇族は一般国法の適用を受けないという不文の原則が存したとして、それ故に、典範増補は、この不文原則を明文化したものに過ぎないと主張して、佐々木の考え方を批判した⁴⁸⁾。曰く、

「…明治四十年の典範増補の制定以前に於いても、一般の法律勅令は原則として皇室に適用せられなかったもので、典範増補第七条及び第八条は決して従前の法律状態を一変したのではなく、従来既に存在して居た慣習法上の原則を成文を以て明白にしたに過ぎぬものと信ずる。」

このように述べて、典範増補以前においても、皇族には戸籍法が適用されず、市町村制による市町村住民や公民としての権利義務をもたないこと、所得税を課せられず、徴兵令による兵役義務をも負わなかったことなど、これらの例は、国の法令が一般に皇族に適用されないことが原則であったことを示しているとする。その上で、佐々木が徴発令、裁判所構成法などで皇族に対する例外規定が設けられたということは、その例外規定がなければ、原則として一般規定が皇族に適用されることを意味していると説いたことにつき、「それだけを以て同様の例外規定の無い総ての場合に反対の原則が行はるるものと解釈するのは極めて危険である。斯かる断定を為す前には、現実の慣習法と社会的信念とに付いて深く考察する必要がある。」と反論した。また、佐々木が言うように、増補によって法律状態が一変したというならば、このような根本的変革を必要とするに至った「特殊の立法の理由」がなければならないが、それは認

47) なお、酒巻は、その著書のなかでは両者の見解に反駁して、増補の两条は国家法の当然の結果であって、本来の国法上の原則であるとして、増補第7条及び第8条の規定は皇室典範制定当時は規定がなくとも、当然にこのように解釈されるべきと考えられた事について、その後議論が生じたことから、従来の法慣習を成文化して議論の余地がないようにしたとの考え方を示している。同『皇室制度講話』参照。

48) 美濃部『憲法撮要』248頁以下。

められないとも論じている。

さらに、典範増補以前においても皇族が原則として法律命令の適用を受けなかったことは、単に慣習法上認められるばかりでなく「憲法自身に於いて既に承認せられて居る原則であると信ずる。」と述べて、次のように主張する。曰く、「それは憲法七十四条の規定から抽き出し得べき所で、…同条は皇室制度に付いての皇室の自治権を認めたものであり、而して其の自治権は直接に憲法に依って与へられて居る結果として、憲法は外の国の法令より優る力を有する、其の結果として皇室の自治権（即ち天皇の家長大権）の及ぶ限度に於いては、皇室は唯其の自治権に服するに止まり、一般には国の法令に服従しない地位を有するのである。自分は之を『皇室治外法権の原則』と称して居る。皇室の治外法権は皇室の自治権の反面の結果であって、法律命令よりも優越なる自治権が与えられて居る結果、法律命令の適用が皇室に対しては原則として当然に排除せられるのである。」

要するに、典範増補第7条及び第8条は、憲法74条により認められている皇室自治権＝皇室治外法権を根拠として定められたもので、したがって、両条は、「憲法に依り既に初より其の適用が排除されて居たものが、典範増補に依り其の限界を明白にしたに過ぎぬ。」とされたのである⁴⁹⁾。

しかしながら、この美濃部の立論については、2度の典範増補（改正）（明治40（1907）年と大正7（1918）年）の意味からすれば、そのまま受け入れることはできない。すなわち、明治40年典範増補には、時代に適應するための改正という側面と、明治22年に制定された皇室典範の原則を改めるという側面の2つが併存されていたからである。つまり、典範増補第1条から第6条までにおいては、皇族を臣籍に降下する制度が規定されたが、それらは、永世皇族主義という原則法を変更するものではなく、「時ニ随テ宜ヲ制スル道」（典範増補義解）、すなわち時代の変動に適合させるための改正というものであった（朝鮮王公族の法的地位を定めた大正7年増補も同趣旨）。しかし、上述した増補第7条と第8条は、皇族の国法上の地位を定める皇室典範の原則法を変更することを意味したが、その際に、典範本文への但書方式をとらず、増補形式を採用す

49) 以上については、美濃部「皇室典範及皇室令の性質」国家学会雑誌43巻9号（昭和4年）41-46頁参照。なお、美濃部の見解については、「皇室ノ事務ト国家ノ事務」国家学会雑誌30巻4号、「日本憲法の特徴」国家学会雑誌40巻2号も参照。

ることによって、増補1条から6条までの陰に隠されて、その原則変更を表面化しない「政略」としての機能を果たしたとの証言が、有賀長雄によってなされており、この点は、別稿ですでに指摘したところである⁵⁰⁾。この有賀の理解によれば、明治40年の皇室典範増補第7条及び第8条は、明治22年制定の皇室典範に対する新たな「原則法」の定立を意味していた。つまり、典範も憲法の下にあるとして、典範増補制定以前においても、一般の法律勅令は、原則として皇室には適用されず、したがって、増補7条、8条は従前の法律状態を一変したのではなく、従来すでに存在していた慣習法上の原則を成文を以て明白にしたに過ぎないとする美濃部の考え方は、明治40年増補の意図とは全く異なっていたことになる。

これに対して、佐々木は、典範増補7条、8条の規定は、典範増補によって初めて認められたものであると理解した。つまり、特に皇室に関連しない一般規定については、皇室典範を以て、皇室に関しては、その適用を排除することができると典範増補によって定められたわけであるから、増補以前において、原則として、法律・勅令が皇族にも適用されていた状態は一変したと解されたのである。

以上の美濃部・佐々木論争から見えてきたことをまとめると、次の諸点を指摘することができる。第一に、美濃部の「憲法上位説」に典型的に示されているように、美濃部の議論には、典憲二元体制を前提とした憲法と典範との効力関係を前提とした検討の不十分さが見受けられる。第二に、佐々木の典範増補7条及び8条理解は、理論的な帰結としても、典範増補の制定過程に照らしても、美濃部の議論に比べて、その精緻さは、上述したところからも明らかであろう。第三に、しかしながら佐々木の議論も、あくまでも憲法規定を前提とした議論、すなわち、憲法改正規定を前提とした説明にとどまっているという限界がある⁵¹⁾。すなわち、①憲法が特に皇室に関係して規定を設けている場合は、憲法74条2項の規定から、「帝國憲法ハ国家最高ノ法ナレバ、皇室典範トノ関係ニ於テモ亦性質上強キ力ヲ有ス」。したがって、帝國憲法の皇室関連規定を変更することで、皇室典範の規定を変更することは可能になる。②その一方で、一般国民との関係を定めた皇室関係規定以外のその他の憲法規定を皇室

50) 原田一明「明治40年皇室典範『増補』考」209-211頁。

51) 『日本憲法要論 訂正第五版』（昭和8年）179-181頁。

にも適用しようとする場合には、「帝國憲法中一般ノ規定ハ皇室典範ヨリモ弱キカラ有ス」とされる。したがって、帝國憲法に規定された一般国民との規定を変更することで、皇室典範の規定を変更することはできないことになる。ここでは、一方で、穂積や宮沢とは異なり、典憲二元体制の法的根拠については論じられず、他方で、後述するように、清宮のように競合的所管事項である点も考慮されていない、という限界が認められるのである。

4 根本規範・憲法改正の限界論の観点からの典憲二元体制理解；清宮四郎と黒田覚⁵²⁾

以上のような典範の性質や典範増補7条、8条の意味などをめぐる佐々木と美濃部の論争を契機として、昭和10年代になると、典範と憲法との関係については、憲法改正限界論との関係を踏まえた新たな議論の展開がみられた。

その筆頭は清宮四郎で、清宮によれば、典範増補により「原則」は変更されていないとする美濃部解釈を前提として、憲法74条1項及び典範増補第7条の1項、2項を引用した上で、次のような議論を展開する。

「皇室に関する事項については、原則的に法律を以ては規定出来ない、ここにまず立法行為の限界がある。しかしながら、普通の法令も、皇室に関する事項を全然条定し得ないのではない。例外的に、普通の法令も皇室に対して効力を及ぼし得る。それは皇室法自ら認めている（典範増補8条）。即ち、この場合は、普通の法令と皇室法と競合的である。但し、かかる場合に、それらの法令は、法の明文にもある通り、皇室典範・皇室令と抵触することは出来ない（典範増補同上）。」これは憲法74条1項が皇室典範の改正には帝国議会の議を要しないと規定し、「皇室自律主義を認める以上、当然の結果である。かくて、普通の法律と皇室法と競合的の事項でも、事の皇室に関する限り、普通の法律は皇室法と抵触し得ず、形式的効力においてこれに劣るということは、学者も等しく認めるところである」と述べて、美濃部（憲法撮要248頁、493頁）、佐々木惣一（日本憲法要論181頁、272頁）、野村淳治（憲法提要上（昭和7年）231頁）等の諸著作を挙げている⁵³⁾。

52) 清宮「国家における立法行為の限界」（初出は昭和9年9月）同『国家作用の理論』（1968年）61頁、清宮「帝國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』（昭和15年）24頁、黒田覚『日本憲法論 中』（昭和12年）264頁以下参照。

53) 清宮四郎「国家における立法行為の限界」61頁。

しかし、この議論がいささか正確を欠くことは、上述した美濃部と佐々木の議論の相違などからも明らかであろう。このことから、典範増補7条、8条によって、憲法を中核とする「国家法」の体系の中に組み入れられていた皇室典範の体系という憲法制定時の原則が典範増補によって変更され、政務法と併存する宮務法の法体系が認められたと説く、有賀や佐々木の議論の方が上述の美濃部やそれを前提としているように見える清宮の議論よりも、典範増補の意味を正確に把握していたということができよう。

ところが、清宮は、帝国憲法と皇室典範の法的根拠を根本規範としての憲法第1条に求めたうえで、憲法・典範の改正規範は根本規範に、その他の規範は憲法・典範の改正規定にそれぞれの通用根拠を見出す。このことから、憲法と典範との関係については、授權関係と効力関係とを区別し得ると説いたのである。つまり、授權関係は、典範の規定と憲法第1条との間にのみ認め、憲法の他の条項との間には認められないとした。この点で、清宮は、一般的な憲法上位説に基づいて、皇室典範は憲法の授權に依拠する皇室自主法規であると説く美濃部説とは袂を分かつことになる。

次に、効力関係であるが、両者の間には所管事項の競合が認められるにもかかわらず、典範、憲法のそれぞれの制定の趣旨さらには憲法74条の規定からみて、両者の規定内容は相互にそれぞれを侵害することができない、特異な「消極的な同位関係」に立つとする。ここでも、典・憲の間に上下関係があるとして憲法をもって上位とみなす美濃部説とは異なって「同位説」（佐々木・黒田）に与する。すなわち、憲法と典範とは、所管事項が競合する場合はあるが、規定内容の抵触が生ずることはないと考えられたのである⁵⁴⁾。

「…典・憲両者の間には、所管の競合は存しても、典・憲制定の趣旨及び憲法第74条に、皇室典範の改正には帝国議会の議を経るを要せず、皇室典範をもって憲法の条規を変更し得ず、と規定せられてゐる点から見て、典・憲両者の規定内容は互ひに他を侵し得ないといふ、ちょっと、普通の法令の間には見られない、消極的同位関係が存するからである。憲法上位説が、典・憲両者の間に規定内容の抵触が生じ得るとなすのは、厳密にいふと、正しくない。」⁵⁵⁾

つまり、清宮は、憲法上位説と授權関係で構成される美濃部説を批判したう

54) 清宮四郎「帝国憲法と皇室典範との関係」5頁以下。

55) 清宮・前掲論文35-36頁。

えで、典・憲を同位関係としつつ所管の競合を認める佐々木や黒田に対して、それらはあくまでも消極的な同位関係という「両者の間に所管の競合は存しながら、しかも、互いに他を侵し得ないといふ、異例の関係」であって、たとえば女帝を認める場合にも、どちらか一方で規定すれば他方の規定の変更が帰結されるという積極的同位関係は認められず、それを認めるためには、「典・憲おのおの独立に、しかも相呼応して、改正が行われる場合にも、競合的所管事項の改正は有効に行はれ得る。」との独自の典憲二元体制理解が示されていることになる。

このことから、皇室典範の改正手続を定めた、憲法74条1項2項はともに、根本規範に基づくものであり、かつ典・憲「二大法典」を制定した趣旨からも、74条は、憲法改正、典範改正行為の効力・限界を明示した規定であって、憲法73条に基づいても変更することはできない。つまり、「憲法74条は、第1項も第2項も、ともに、帝国憲法と皇室典範との効力関係を明らかにし、憲法改正行為及び典範改正行為の所管、限界を示す規定」ということになる。したがって、典憲両者の関係を変更することは、直接に根本規範による場合を想定することのほか、法的には不可能と解されることになる。清宮の議論においても、根本規範によって根拠づけられている典・憲の関係は憲法改正の限界だと考えられていたといえよう。

このように根本規範を憲法改正の限界と解する点で、清宮の見解も穂積学説を踏襲しているとみることができるようになる。清宮の議論も、根本規範、消極的同意関係さらには憲法改正限界論という概念を駆使することで、何とか典・憲二元体制という明治憲法の特徴を法理論的に説明しようと格闘した論考の一つだと位置づけることができるからである。ここで、繰り返して確認しておきたいのは、以上のような清宮の議論も、要するに、穂積学説の延長線上に立っていると見えてくる点である。

他方で、京都学派の黒田覚は、「帝国憲法の改正の方法によって、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。」憲法第1条は憲法制定権力の所在の宣言規定であり、帝国憲法第2条、第3条も第1条と直接関連を持つ「国体的諸原則」であるとして、憲法改正権の限界であると論ずる。その上で、「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、同順位であると云はねばならぬ。」とする⁵⁶⁾。また、帝国憲法によって皇室典範を変更することができるかについては、憲法74条1項の規定を前提に、「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」として、憲法典の中の皇位継承とか摂政規定について憲法改正によって改正することができることは、「皇室典範の自律主義を有名無実たらしめるもの」で、「且つ帝国憲法と皇室典範とが、本来規定すべき事項の範囲を異にしてゐるのであるから、かやうな問題の現実に発生し得る余地は、ほとんどないと見ねばならぬからである。」と皇室事項に関する憲法改正の可能性を消極的に解している⁵⁷⁾。以上のような黒田の立論も、憲法と典範を国法形式としては同順位であり、しかも両者は所管事項を異にするから、共管事項はありえないとの観点からの議論だといふことができるのである。

このことから、典範と憲法は、共に憲法第1条で宣言されている憲法制定権力の直接の基礎の上に立っているのであって、帝国憲法自体に規定すべき事項と皇室典範に規定すべき事項とが内容的に二分されていると解されることから、両者の間には委任的關係はないとする⁵⁸⁾。したがって、この点で、黒田もやはり、皇室典範は憲法の授權によってその一定の規定事項を定める皇室自主法規であると説く美濃部説を批判しているのである⁵⁹⁾。

そこで、以上のような清宮や黒田の議論に共通するのは、典範と憲法との関係を理論的に詰めて検討した結果、ともに所管事項（効力的な同位関係）、根本規範、憲法改正限界論という展開をとっている点である。ここで明らかなように、清宮や黒田は表面的には、ハンス・ケルゼンやカール・シュミットなどの学説に依拠しているようにみえるものの、それらの議論は、意識的か否かは別にして、結果的に穂積八束の議論に近づくことになる。つまり、一般的な理解

56) 黒田覚『日本憲法論 中』（昭和13年）273頁。

57) 黒田・前掲書276頁。

58) 黒田・前掲書271-273頁。

59) 清宮四郎も、皇位継承、摂政については典憲双方に規定を設けているが、これはそれぞれ独立に規定したのであって、帝国憲法と皇室典範とについて、「根本規範を示す憲法第1条と典範の規定との間には授權關係が認められるが、憲法の他の条項と典範の規定との間には授權關係は認められないものと解すべきである。」と述べている（清宮「帝国憲法と皇室典範との關係」24頁）。

としては、立憲学派である美濃部や佐々木などによって完膚なきまでに打ちのめされたと考えられた穂積学説は、実はケルゼンやシュミットを媒介に、清宮や黒田によって典・憲の位置づけをめぐって蘇り、その後は宮沢によって装いも新たに戦後憲法学の中に確かな足跡を残すことになったともいえるのである⁶⁰⁾。このことから、穂積学説の「正統」性とその後の数奇な運命の皮肉を思わざるを得ない。

ところで、清宮は、憲法74条を根本規範から導かれると考えて改正権の限界であると説き、黒田は、典範も憲法も共に、憲法第1条の憲法制定権力に基づくことから、両者は同位であって、委任関係にはないとして、典範事項は憲法改正の限界であると論じていた。

この点について、美濃部は、憲法改正案の内容についての限界として、「其の改正は第一条に示された『大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス』ることの原則を覆へすものであることを得ない。それは『万世一系』の文字に依って示されて居る所で、憲法義解にも国体の大綱は万世に亙り永遠恒久にして移動すへからすと雖政制の節目は世運と共に事宜を酌量して之を変通するは亦已むへからざるの必要たらずむはあらずと曰って居る。その所謂『国体ノ大綱』とは第一条の原則を意味することは明瞭である。」⁶¹⁾

すなわち、美濃部は、義解の立法者意思ではなく、黒田の議論と同様、第1条の規定に限界論の根拠を求めていることになる。ただ、美濃部は、再三指摘したように、憲法と典範との法理論的な説明に際して、二重法説や憲法上位説によって説明しようとしたために、結局のところ、典憲二元体制に関して論理的に一貫した説明をなし得ず、憲法改正限界論の位置づけについても不明確とならざるを得ない結果となった。

これに対して、佐々木は、一国の憲法は国家の根本法であるから、これを濫りに改正すべきではないが、一般に法は社会事情の変遷に応じて改正する必要があるものであり、憲法もその例外ではない⁶²⁾と述べた上で、次のような無限界論を展開したことは周知のところである。

「我国の君主国にして且我国君主の万世一系なることは固より憲法の制定に

60) 高見・前掲書15頁以下参照。

61) 美濃部達吉『逐条憲法精義』（昭和2年）723頁。

62) 佐々木惣一「憲法ノ改正」（初出大正4年）同『法の根本的考察』（昭和40年）7頁。

依て始めて生したるに非ずして建国以来の事象なり。然れとも一度憲法制定せられて之を其の中に規定したる以上は、我国の君主国たること及び我君主の万世一系たることは憲法上の事項に属し、従て憲法制定以後に於ては別段の定なき限、苟も憲法改正の手續を以てするに於ては、我国の君主国なること及び我国君主の万世一系なることをも改正し得と云はざるを得ず。而して別段の定なし。然らば則ち我憲法に依れば法上に於ては我国体をも変更し得るの途ありと云ふの外なけん。」⁶³⁾

佐々木は、憲法典に「別段の定」がないから改正に限界はない、したがって国体の変更も可能であるとした上で、明治憲法は国体の保障が不十分であるから、「憲法の中に憲法改正の手續を以てするも国体に関する規定を変更し得ざることを規定すべきのみ」と「国体」を憲法改正手續から除外する旨の憲法改正をなすべきことを説いている。憲法改正限界論について、美濃部と佐々木はその結論においては、限界論と無限限界論と異なるが、その立論は共に憲法典の条項から憲法を見るという点で一致していたことになる。

おわりに

最後に、以上において概観した諸点から得られた幾つかの論点についていささかの感想を述べて、本稿を閉じることにしたい。

第一に、皇室典範の法的性質については、明治22年の制定時には、ロエスレルのアイディア等を参考に、家法（自主法）論、典範上位説、不公布などによって説明された。ところが、明治40年の典範増補前、帝室制度調査局では典範を国法として位置付けるという困難な課題に直面した。この点、明治憲法学説では、佐々木による美濃部の二重法説への厳しい法理論的観点からの批判がなされたが、特異な形の典・憲二元体制をとらざるを得なかったことから、佐々木による徹底した批判にもかかわらず、自主法説を完全に排除し去るまで徹底することができず、典憲二元体制の一貫した法理論的説明をなすこともできなかった。したがって、立憲学派の憲法学説においても、典憲二元体制の下での典範の性質論として家法説、二重法説という典範制定時の起草者意思が生き残り続ける結果となった。

63) 佐々木・前掲論文40頁。

第二に、皇室典範の性質について国法説、二重法説は共に、典範が国家の法の性質をもつことを前提とした議論である。そこで生じる問題は、議会が関与する(議会の議による)国法によって典範を変更することができるか、共に国法である典範と憲法が二元的に共存する体制をいかに説明するかという点に収斂することになった。ところが、美濃部や佐々木の議論は、相互の批判に熱心なあまり、典・憲二元体制の法理論的な位置づけについては、必ずしも説得的で、体系的な説明を与えることができなかった。

第三に、穂積はこの問題について、帝室制度調査局以降、継続してその検討を行うことになるが、穂積が見出した理論的到達点は、国体と政体との区別、憲法改正限界論とを組み合わせることで理論的に一貫した解答を提示することにあった。つまり、穂積によれば、憲法改正の根拠は、憲法典の改正手続といった憲法典の条項に依拠する議論ではなく、憲法典を超え、それを拘束するものとしての「主権」＝「国体」にもとめられたのである。この主権論に基づく憲法改正限界論を剔出しえたことによって、おそらく初期の明治憲法学説で唯一、典・憲二元体制や典範と憲法との関係について、法理論的な説明を提示することができたといえよう。

最後に指摘しておきたいのは、美濃部、佐々木を含めた立憲学派の憲法学説は、ついに典範と憲法との関係について理論的に穂積に対抗する説明を提示しえなかったという点である。そのようなこともあって、国法説と憲法改正限界論とを組み合わせた穂積学説の真価は、皮肉にも、皇室法の検討や典・憲二元体制の位置づけに真剣に向き合った宮沢俊義によって見い出された。さらに憲法改正限界論に至っては、穂積が想像だにしていなかった「八月革命説」を経て、戦後憲法学に橋渡しされるという運命を辿ることになる。その意味で、晩年の穂積が自身の学説を「世ノ風潮ニ合ハス、後進ノ熱誠ヲ以テ之ヲ継続スル者ナシ、今ハ孤城落日」と嘆いたことを文字通りに受け止めてよいものかどうか。穂積学説をもはや検討に値しない過去の遺物として簡単に葬り去ってしまってもよいのかとの想いが去来する。明治憲法の根本問題であった典憲二元体制の法理論的な位置づけに関する宮沢、清宮、黒田などの諸説を概観してゆくと、穂積の議論を単にアナクロニズム的国体憲法学者の所説として片付けることはできないのではないか、あくまでも、「正統学派」として、明治国家法体系の構築のための法理論を提供した学説として、むしろ再評価されるべき姿がそこには浮かび上がってくるように思われてならない。