

大隈条約改正反対論における憲法典至上主義

頴原 善徳*

はじめに

第一次世界大戦開戦の前年である1913年に発表した論文において、美濃部達吉は、大日本帝国憲法の特質として、次の五点を指摘した。1) 他の法律と異なり強制力がないこと、2) 憲法典の解釈を公定すべき一定の機関がないこと、3) 憲法典の固定性（容易に条文を変更できないこと）、4) 憲法典の運用の変遷性、5) 憲法典解釈の原則が他の法律の解釈の原則とは異なること。

このうち、4) の憲法典の運用の変遷性については、その原因として、①憲法典の固定性、②憲法典に法律上の強制力がないこと、③憲法典が運用の余地を広く残していることを挙げている。そのうえで、5) について説くなかで、「国家統治の大原則を定むることをのみ目的として居る」「憲法の解釈に付ては他の法律に於けるが如き窮屈の解釈法を採るべきものではない。就中条文の文字に拘泥することは憲法に於ては最も避くべき所である」あるいは「憲法の解釈は勉めて寛容なることを要するので、常に実際の必要と条理の要求とに鑑み、又実際の慣習を参酌せねばならぬ」と説いた。¹⁾

この美濃部の見解は、立憲制度の柔軟な運用のためには憲法典の相対化が必要であるということを説いたものである。しかし、美濃部が問題にしていないことがある。憲法典の解釈と運用は柔軟であればよいのか、という問題である。すなわち、「常に実際の必要と条理の要求とに鑑み」て憲法典を柔軟に解釈し運用することは、憲法典の正条に明定されていない事項について

*立命館大学文学部非常勤講師

は政策は憲法典による拘束を受けなくてもよいことを意味するのか、という問題が生じるのである。美濃部が「窮屈の解釈法」として批判の対象にしたのは、「条文の文字に拘泥する」憲法典の解釈の姿勢であり、いわば条文原理主義とでも呼びえるものであった。ところが、明定された規定をリジッドに理解することだけが条文原理主義でるとはいいがたい。なぜなら、憲法典の条文をリジッドにとらえるということは、正条に明定されていない事項については憲法上の拘束は存在しないと理解して自由に政策の立案と執行をおこなうことができるという考え方でもあるからである。

では、いかに改正の必要がほとんどない不文憲法的な要素を有する憲法典であっても、明定されていない事項について政策が自由に憲法典の解釈を確定することができる条件は何か。これがあきらかでないかぎり、条文原理主義は場当たりの政策の正当化に利用され憲法典のみならず立憲制度を動揺させることになりかねなくなる。

してみると、憲法典の遵守や尊重は、一義的ではないということになる。明定された条文さえ遵守していれば憲法典を尊重することになるという条文原理主義がありえる一方で、たとえ憲法典が明定していなくても立憲制度が当然の前提にしている事項に抵触すれば憲法破壊になりかねないとするいわば考え方もありえるわけである。後者は、明定されていない事項について制約があると考え、以て政策に対する憲法典の優位を主張するものである。いわば憲法典至上主義とでも呼びえる考え方である。問題は、明定されていない事項についての政策に対する法的な拘束の基準は何か、である。憲法違反であると政策を批判する場合、何を基準にして憲法典による政策の拘束を主張するのか。また、そのような憲法典至上主義が支持を得て政策を掣肘するほどの政治的な力を得る条件は何か。本稿があきらかにしたいのは、この問題である。

大日本帝国憲法発布後まもない時期における大隈条約改正に対する反対論（特に政府内において執拗に反対した井上毅の主張）は、我国の立憲制度

の歴史について上記の問題を考える好個の素材である。大隈条約改正に対する反対が外国人の大審院判事への任用に対するものであり憲法違反を理由とするものであったことは、周知のとおりである。反対論の主たる根拠として挙げられたのは、大日本帝国憲法第十九条「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」であったが、外国人判事の任用の禁止を明定していない。大隈条約改正反対論は、憲法典に明定されていない事項をめぐって外交政策を批判し、憲法典による外交政策の拘束を主張したわけである。

近年、大隈条約改正に関する研究成果がいくつか発表されている。藤原明久の研究²⁾と大石一男の研究³⁾は、諸外国の史料をも博搜して従来日本側の史料ばかりに依拠してきた研究では知ることができない外交交渉の過程を詳細にあきらかにした。大石の研究は、政府内における大隈条約改正を阻止した要因も分析している。川口暁弘⁴⁾は、内閣職権から内閣官制に至る過程に大隈条約改正をめぐる権力闘争を位置づけて描いている。小宮一夫の研究⁵⁾は、大隈条約改正をめぐる政治諸勢力の対抗を条約改正問題と政界再編問題の関連という視角から詳細に描いている。

これらの研究から学ぶことは多いが、先述した疑問になかなか答えてくれない。大石・川口両氏の研究では、政局のなかでいかに井上毅が大隈条約改正阻止のために策謀をしたかを詳細に描き強調しても、ではなぜ大隈条約改正を阻止しようとしたのかがわからないのである。井上の意図をめぐっては原田一明の研究⁶⁾や多田嘉夫の研究⁷⁾があるが、大隈条約改正と大日本帝国憲法の抵触を回避しようとした井上が条約改正中止に変説したという従来的見方とさほど変わっていない。また、佐々木隆は、大隈条約改正に協力した公人としての井上と大隈条約改正に反対する私人としての井上の二重性を指摘した⁸⁾。これらに対して、大石は、井上の姿勢を一貫したものとしてとらえ、「憲法や帰化法といった重要法令がいわば政争の具ならぬ「条約改正反対運動の具」とされた」と説明する⁹⁾。しかし、それが本当であるとす

ても、なぜ憲法典が「条約改正反対運動の具」として有効であったのか、については説明してくれない。

大隈条約改正に対する擁護論であれ反対論であれ、政治的主張を正当化するための方便であると断じる向きもあろう。しかし、先行研究とて真意や政治的動機を推測で断じているのが現状である。井上毅の政治的動機や真意について先行研究が推測と決めつけに終始せざるをえない以上、井上の主張の内容とそれが意味するものを再検討することを無意味であると考えすることはできないのである。また、いかに方便であったとしても、擁護論と反対論が拮抗したこと自体、憲法典の遵守や尊重をめぐる見解がいまだ自明ではなかったことの証左である。

以上を要するに、井上毅の政治的動機や行動ばかりを考察した先行研究とは異なり、井上の条約改正反対論を考察して、なぜ憲法典に明定されていない事項についてまで憲法違反であると説き、憲法典による外交政策を拘束するべきであるという憲法典至上主義を強硬に主張したのか、なぜそのような主張が（井上の政治的な工作が重要であったこともさることながら）政治的な力を得たのか、をあきらかにするのが本稿の目的である。

1. 井上毅の立憲独立国論

井上毅法制局長官が大隈条約改正の頓挫にあたって重要な役割をはたしたことは、すでに先行研究があきらかにしているとおりでである。1889年6月頃から改正条約案附属の公文（外務大臣宣言）のなかにある外国人裁判官任用に注目し始めた井上は、帰化法の策定に乗り出し、山田顕義司法大臣を動かして7月19日の閣議に提出させた。井上自身も閣議に列席して説明した。しかし、すでに米独両国と調印済みであるゆえ、帰化法を制定しても意味をなさない。そこで、すでに手交した公文にある外国人裁判官とは帰化した者のことであるという第二の公文を出すことを提議した。8月2日の閣議では、

大隈重信外務大臣が条約廃棄論を披露したのに対し、井上は条約改正の中止を主張するようになった。近年の先行研究では、井上が大隈条約改正に反対し条約改正阻止のために政府要人に対してさかんに工作をした様子が克明に描かれている。

井上が終始大隈条約改正に反対であったという指摘自体には、異存はない。ただし、以前から井上が外国人の帰化や公権の問題に強い関心があったことを軽視してはならない。大隈条約改正に関する先行研究は、そのことを知っているはずなのに言及しない。そうしないと、井上の策謀に満ちた政局史を描けなくなるからである。

大日本帝国憲法には、官職への外国人の任用を禁止する規定はない。ただし、伊藤博文の名で刊行された『憲法義解』には、この点についての解釈が記されている。第18条「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」については、日本臣民たるの要件には「出生に因る」と「帰化又は其の他法律の効力に依る者」の二種類があると述べたうえで、「選挙被選の権・任官の権の類、之を公権とす。公権は憲法又は其の他の法律に依て之を認定し、専ら本国人の享有する所として之を外国人に許さざるは各国普通の公法なり」¹⁰⁾と記しているように、外国人には公権の享有を認めていない。第19条「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」の説明のうち外国人の任用については、「日本臣民は均く文武官に任ぜられ及其の他の公務に就くことを得と謂ふときは、特別の規定あるに依るの外、外国臣民に此の権利を及ぼさざること知るべきなり」¹¹⁾と、「特別の規定」がないかぎり外国人の任官を否定している。

大日本帝国憲法発布の後に新聞・雑誌に逐条解説が連載されたが、外国人の任官の可否について論じるものはなかった。当然、『憲法義解』の第19条に対する説明のなかにあった「特別の規定あるに依るの外」に言及するものもなかった。¹²⁾

井上毅が以前より帰化法制を関心の対象としていた証拠として、大日本帝

国憲法起草過程における草案を挙げることができる。井上が本格的に憲法草案を起草する準備過程で外国人顧問に対して再三にわたって質疑を發したことは、すでに知られているとおりである。外国人の帰化をふくむ国民資格の得喪や公権の問題についても、1886年11月から12月にかけて質疑応答がくり返された。¹³⁾

井上の「甲案」と「乙案」の前に起草された未完成の「初稿」(1887年3月頃)¹⁴⁾は、公権享有の条件と国民資格の得喪について、

第五条

日本帝国ニ於テ公権ノ享有ヲ得ル為ニハ日本国民タルヲ必要トス
日本国民タルノ身分ハ或ハ出生ニ由リ或ハ法律ヲ以テ定メタル要件ニ
從ヒ帰化スルニ由リテ之ヲ得¹⁵⁾

と規定し、外国人の任官については、

第六条

日本政府ヨリ任用シタル外国人ハ別段ノ約束アルニ非サレハ任用ノ間
帰化ノ国民トス
外国人ハ既ニ帰化法ニ依リ帰化シタルモ法律ヲ以テ特別ノ許可ヲ予フル
ニ非サレハ仍内閣員參事院議員両院議員及陸海軍将官タルコトヲ得
ズ¹⁶⁾

と規定していた。その後作成された「甲案」(1887年5月)第5条と第6条¹⁷⁾ならびに「乙案」(1887年4月下旬)第9条と第10条¹⁸⁾も、同様の規定であった。

この「初稿」には説明がつけられており、第5条の説明には公権に関する井上の見解が示されている。

公権トハ選挙被選ノ権任官ノ権ノ類ヲ謂フ陪審タルノ権新聞発行ノ権
公証人代言人タルノ権等之ニ属ス公権ハ専本国人ノ享有スル所ニシテ
之ヲ外国人ニ許サザルハ各国普通ノ公法ナリ¹⁹⁾

第1項で日本政府が任用した外国人は任官の間帰化した者とみなすことを
規定し第2項でいわゆる「大帰化」について規定した第6条については、

本国人又ハ帰化シタル外国人ニ非ザレハ公権ノ享有ヲ許サルハ前条
ニ既ニ之ヲ明言シタリト雖才能技術其人ヲ求ムルニ当リ外国人ヲ任用
シ官務ニ従事セシムルハ時宜ノ必要ニ由ル者ナリ之ヲ各国ニ参照スル
ニ或ハ其帰化ヲ待テ始メテ任用スル者アリ或ハ任用ト同時ニ帰化ノ効
力アラシメ任命状ヲ以テ帰化ノ証書ニ当ツル者アリ

内閣員参事院議員両院議員及陸海軍将官ニ至テハ国民至高ノ位地ヲ極
メ国事ノ枢要ニ当ル者ニシテ通常帰化ノ外国人ニ之ヲ許可セザルハ国
法ノ当然トス此点ニ付キ各国独逸ヲ除ク外或ハ通常帰化ト大帰化トヲ
分チ高官ニ用フルハ大帰化ニ限ルアリ大帰化ハ許多ノ要件アリ必議院
ノ法律ヲ以テ之ヲ付与ス或ハ特ニ法律ノ許可ヲ要スルアリ或ハ竟ニ任
用ヲ許サルアリ若夫一般ノ外国人ニシテ日本国ニ奉仕スル者我国法
ニ於テ之ヲ帰化ノ民トスルモ彼国法ニ於テハ仍ホ国民ノ身分ヲ失ハズ
即チ一身兩様ノ国民タル者ニシテ拳ケテ之ヲ至高ノ官ニ任スルカ如キ
ハ将来永遠ノ貽謀ニアラザルヘシ故ニ憲法ノ明文ヲ以テ茲ニ其限闕ヲ
明ニス²⁰⁾

との説明がなされている。外国人の任用が必要な場合があることは認めてお
り、「通常帰化」と区別される「大帰化」が必要なのは「至高ノ官」に任用
した外国人の二重国籍を防ぐためであるということがわかる。

ロessler「日本帝国憲法草案」(1887年4月30日ドイツ語原案脱稿)は、

国民資格の得喪と外国人の帰化ならびに任官について、

第五十条 国民タルノ資格ノ得喪ニ関スル原則ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム
政府ハ此規定ニ従ヒ外国人ニ帰化ヲ許ス大帰化ハ十五年間日本国ニ
滞在シタル者又ハ国家ニ対シ拔群ノ功労アリタル者ニ限り之ヲ許ス
大帰化ニ依ルニ非サレハ国会議員又ハ行政各部ノ長官、陸海軍隊ノ司
令官ニ任命セラレ及撰挙セラル、資格ヲ得ス²¹⁾

と、井上の草案にある「特別ノ許可」にあたる「大帰化」についても規定している。それに対して、伊藤博文らがこれらの草案を検討して作成した夏島草案（1887年8月中旬）では、

第四十九条

凡ソ日本臣民タルノ資格ノ得喪及帰化ニ関スル規則ハ法律ノ定ムル所
ニ依ル²²⁾

と、あまりにも簡潔な条文になっている。外国人の任用や「大帰化」に関する規定を削除している。これ以降、外国人の帰化や官職への任用に関する規定は復活しなかった。²³⁾しかし、官職への外国人の無条件の任用はしないというのが起草者の見解であったことは、枢密院における憲法草案審議のさいに配布された原案（諮詢案）の説明によってあきらかである。原案第18条「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」の説明のうち公権に関する箇所は、

公権トハ（一ニ政権ト云）選挙被選ノ権任官ノ権ノ類ヲ謂フ陪審タルノ
権新聞発行ノ権公証人代言人タルノ権之ニ属ス公権ハ憲法又ハ其ノ他
ノ成文法ニ依テ之ヲ認定シ専ラ日本人ノ享有スル所トシテ之ヲ外国人

ニ許サ、ルハ各国普通ノ公法ナリ²⁴⁾

と、井上の「初稿」第5条の説明に近い内容である。原案第19条「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」の説明は、

日本臣民ハ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得ト云トキハ外国臣民ニ其ノ権利ヲ及ホサ、ルコト知ルヘキナリ蓋一国ノ存立ヲ防護スルハ必其ノ存立ニ因テ以テ利益ヲ享受スルノ人ニ委任セラルヘカラス此レ各国国法ノ同ク執ル所ナリ但シ各国其ノ必要ニ依リ枢要ノ官及公権ノ執柄タル官吏ヲ除ク外陸海軍士官教官技術官外国公使ノ書記官訳官又ハ領事館ノ如キハ之ヲ外国人ニ任スルコトヲ許スアリ²⁵⁾

とあるように、井上の「初稿」の説明とは異なり、任用の間帰化したとみなすことも「特別ノ許可」により枢要の地位に任用することも明記されておらず、外国人の任官は認めない法意になっている。また、『憲法義解』の説明にある「特別の規定」やそれに類する文言がない。

憲法典起草者の見解は、上記の引用のとおりである。「初稿」や原案（諮詢案）の説明あるいは『憲法義解』の説明からうかがい知れるように、井上毅による帰化法の制定の提唱と大日本帝国憲法第19条の解釈は、井上の政治的策謀の有無にかかわらず、かならずしも唐突でもなければ無理なものもなかった。

ただし、条約改正問題とまったく無関係であったとはいいがたい。井上毅は、井上馨による条約改正のときも外国人裁判官の任用に反対したが、1882年に伊藤博文へ送付した月日不明の書翰においては、

全体、外国人ヲ任用して内国裁判官となす事、立憲国ニ而者決而有る間

布事ニ而、各国之憲法ニハ、

凡ソ国民ハ公権ヲ有ス、

又ハ政権ヲ有ス、又ハ均一ニ官吏たる之権ヲ有ス、等之明文有之、政権公権を有するハ、所謂国民権ニ而、決而外国人ニ及ぶ筈無之、故ニ又立憲国之人民ハ決而外国人之支配并裁判を受る之道理無之候ハ明白之事ニ而、三尺童も能知る事ニ可有之候、²⁶⁾

と説いている。「凡ソ国民ハ公権ヲ有ス」という規定だけで外国人には公権を付与しないという意味であると理解しているのは、のちの夏島草案第49条を批判しなかったこと（註22を参照）や大日本帝国憲法第19条との関係で興味深い。

また、1887年に井上馨外務大臣へ送った意見書においては、

外国ニ対シ権利ノ毀損ハ利益ノ毀損ヨリモ其国ノ命運ニ関係スルコト尤重大ナリ権利ノ毀損ハ内治干涉ヨリ甚シキハナク而シテ内治干涉ニシテ偶然ノ事変ニ生スルハ仍ホ一時ノ事タルヘキモ内治干涉ニシテ条約ニ根拠シ条約ノ明文ニ於テ間接又ハ直接ニ承認スルニ至テハ其国ノ主権ハ外国ノ外国ノ為ニ制限サルル者トナリ即チ半独立ノ邦タル位地ニ墜落シタル者ト謂ハザルコトヲ得ズ²⁷⁾

と記したうえで、

各国ノ憲法ニ国民ハ其自然ノ裁判官ノ裁判ヲ受クヘキコトヲ掲載セザルハナシ外国裁判官ハ国民ノ自然ノ裁判官ニ非ザルナリ若シ我カ憲法ニ此ノ一条ヲ除去スヘシトセンニ此条ハ本来自然法ヨリ来ルノ国民ノ権利ニ属スル者ナレハ反対ノ明文ヲ以テ此ノ権利ヲ剥奪スルニ非ザルヨリハ正条ナシト雖、立憲国ノ通義ニ於テ此ノ権利ハ不文ノ間ニ存スル

コトヲ認メザルヘカラズ即チ新条約ト矛盾スルナリ²⁸⁾

と、国民が自国民の裁判官による裁判を受ける権利を有することは憲法典の正条の有無にかかわらず「立憲ノ通義」であることが説かれている。

伊藤博文宛書翰における「立憲国ニ而者決而有る間布事」という表現や井上馨宛意見書における「立憲ノ通義」という語にみられるように、井上毅は立憲国家に共通する原則を強調して井上条約改正を批判したのである。

憲法典の正条に明定されていない事項について普遍的な「立憲ノ通義」に照らしてとらえるこのような姿勢は、大日本帝国憲法発布後も変わらなかった。1889年7月4日、井上は、大日本帝国憲法第19条と改正条約案附属の公文（外務大臣宣言）との抵触を指摘し、帰化法の制定が急務であるとの意見書を黒田清隆総理大臣と大隈重信外務大臣へ送付した。この意見書のなかで、次のように述べている。

憲法已ニ発スルトキハ仮令正条ノ明文ナシト雖国民ノ公権ヲ以テ之ヲ外国人民ニ及ホサルヲ主義タルコトヲ認知スヘキナリ何トナレハ是レ立憲ノ性質ナレハナリ況ヤ其ノ明条アルニ於テヲヤ若シ憲法ハ独リ日本臣民ノ享有ヲ明言スル積極体ノ正条アリテ之ヲ外国人ニ禁止スルノ消極体ノ文字ナキヲ以テノ故ニ外国人ニ公権ヲ分有セシムルハ憲法ニ背反スル者ニ非スト云ハハ是レ謬見ノ大ナルモノニシテ立憲主義ノ決シテ是認セザル所ナルベシ憲法已ニ日本臣民ノ公権ヲ以テ之ヲ外国人ニ分有セシメズ而シテ政府ハ条約又ハ条約外ノ公文ニ依リテ外国人ヲ任命シ之ヲ主権ヲ施行スル枢要ノ位地ノ一部ニ置クコトアラシメハ是レ政府自ラ憲法ヲ破壊スルモノニシテ此ノ条約ト憲法トハ決シテ両立スルコト能ハザルノ結果ヲ現出スヘキハ必然ナリ〔中略〕帰化セサル外国人ヲ以テ裁判官（即主権ヲ施行スル直接ノ官吏）ニ使用スルカ如キハ国ノ強弱大小ヲ問ハズ独立ノ立憲国ニ於テ決シテナキ所ナリ²⁹⁾

これを要するに、主権を施行する官吏への外国人の任用は、憲法典には明定されていなくても憲法破壊であり、その根拠は立憲主義であり独立した立憲国家の通義である、という内容である。井上の大隈条約改正に対する批判の骨子がここに集約されている。

立憲主義の普遍性は、同時に独立国家の条件の普遍性でもあった。「独立ノ立憲国」という表現にみられるように、井上が「立憲ノ通義」や「立憲主義」を強調するとき、それは国家の主権（国権）や独立と密接な関係を有するものとして説かれていたことがわかる。井上において立憲主義に対して内容を付与する基準は、国家の主権であり独立であった。「憲法ノ主義ヲ保護」するために帰化法案の内容を曖昧にしないようにする必要があると説いた1889年7月15日付の山田顕義司法大臣宛書翰では、「若シ憲法ノ主義ニシテ条約之為ニ敗壞セラレ、而シテ甘受黙過スルノ日本臣民ナラシメバ、トテモ立憲独立国タルノ望ナカルヘシ」と、「立憲独立国」の語を使用している。³⁰⁾

この見地よりみて外国人裁判官の任用が問題なのは、先に引用した黒田・大隈宛意見書のなかで記しているように、裁判官は「主権ヲ施行スル枢要ノ位地ノ一部」だからである。あるいは、すでに引用した井上条約改正を批判する意見書のなかで説いているように、「司法ハ主権ノ要素タル其一ナリ司法立法ノ公権アル官職ニ外国人ヲ用ヒザルハ独立各国ノ憲法ニ直接或ハ間接ニ明言スル所ナリ」³¹⁾ という理由によるものであった。

立憲諸国に共通する立憲主義の通義を国家の主権（国権）の維持に求める姿勢は、憲法典制定前後を通じるものであった。立憲主義の内容は、国家の主権の維持に矛盾しない憲法理解だったのである。井上は、帰化法制定を画策していた頃、先述した7月4日付の黒田・大隈宛意見書を同封した元田永孚宛書翰に「力所及罅漏を補塞して国権を保障する之外有之間布」³²⁾ と書き送っているが、国権論は井上の目的ではなく立憲主義の内容を定めるためのものであった。

Ⅱ. 国際社会における国家の主権性と憲法典

井上毅の見解は、いわば主権的立憲主義とでも呼びえるものであった。では、かような井上の立憲主義が成り立つ条件は何であったのか。

井上において、国権論の見地に立つ立憲主義は、井上条約改正のときに用意されていた。そして、大隈条約改正に対しては、条約改正の中止を主張した。すでに米独両国とは改正条約に調印しているわけであるから、条約が批准されて有効になれば井上が提起した帰化法の制定だけでは解決にならない。なぜなら、1889年7月19日の閣議に提出した意見書において井上も認めているように、法律を以て有効な条約を破ることはできないからである。³³⁾そこで、この閣議で井上は、公文中の外国人裁判官の任用は帰化法が許す範囲のものであるとの第二の公文を発する必要がある、と説いた。8月2日の閣議ではこのことが確認されたものの、8月8日には新たにロシアと条約を調印した。8月2日の閣議決定を無視して調印が断行されたことになる。このように事態の進行を阻止するためには、これら三国との調印済みの条約については批准をしないことが必要になる。8月22日付の黒田清隆総理大臣宛意見書において、井上は、条約が「憲法ノ主義ト矛盾ス」というのは批准延引のもっとも強い理由になる、と説いた。憲法の施行の余地を与えるために条約改正の遷延を各国が承諾するのは情誼上当然である、とまで述べている。³⁴⁾当然、未調印の諸国との改正交渉も中止するということになる。

ここで、憲法典を理由にした条約改正交渉の中止を列国が受け入れてくれる見込みがあったのか否か、という疑問が残る。近年の先行研究の見地からは、どのみち条約改正の阻止だけが井上の目的であり憲法典を理由にした交渉中止の成否は問題ではない、と説明されるであろう。そのことについてここで無理に推測をしたり井上の政治的な策謀という見方の当否を論じるよりも、国際社会のいかなる現実が憲法典もしくは立憲制度との関係において井上の見解のなかに表現されているのか、を考えてみたい。

そこでみておきたいのは、条約改正交渉が開始される前の1888年11月8日付で黒田清隆総理大臣の下間に答えるために井上が執筆した意見書である。そこには、1887年に頓挫した井上条約改正案が中止ではなく無期延期であり黒田内閣はそれを引き継いでいるゆえに交渉の自由度について困難を抱えているという理解のもと、外国人を裁判官に任用することはたとえ大審院に限定するとしても「到底許スヘカラザルノ譲与ナリ」としたうえで、次のように記されている。

コノ困難ノ位地ヲ脱離シテ更ニ新局面ヲ開キ第二ノ談判ヲシテ自由ノ活路ヲ得セシメントナラハ前度ノ改正案及談判筆記ヲ打消スニ足ルヘキ最高国法ノ力ニ倚頼スルコソ最モ適便宜ナル方法ナルヘシ幸ニ今憲法公布ノ日ニ臨メリ憲法ハ国家ノ至高法律ニシテ天皇ノ親裁ヨリ出ル者ナレハ其ノ一たび発スルノ日ハ内閣内外ノ政略ハ総テ此ノ憲法ノ条規ニ依準シ以テ将来ノ進路ヲ定メ或ハ過去ノ方針ヲ転セザルコトヲ得ザルハ内外人ノ皆認許スル所ナルベク敢テ異議ヲ挟ム者ナカルベシ蓋其ノ内外条約ノ明条ハ内国々法ニ依テ無効ナラシムルコトヲ得スト雖談判筆記又ハ未定ノ条約ニシテ其ノ中ニ憲法ノ許サ、ル所ノ条項ヲ包含スルコトアラバ我カ外交官ハ憲法ニ依テ以テ其ノ案ヲ改正スルノ当然ナルノミナラス彼レニ在テモ亦我カ憲法ヲ干犯シテ以テ其ノ許サル条件ヲ強フルノ権利ハ毫モコレアルコトナカルヘト此ノ事ハ欧州人ノ意中ニ間ハ、多言ヲ待タズシテ固ヨリ是認スル所ナルベシ何トナレハ憲法ノ効力ハ外交ヲ支配スルコト彼レノ平常習熟スル所ナレバナリ³⁵⁾

継承した井上条約改正案の改訂版である大隈条約改正案をいったん白紙に戻すためにやがて発布される予定の憲法典を理由にすることは列強の理解を得ることができる、と述べているのである。当時の日本の国際的地位の

低さを考慮に入れれば、額面どおり受けとれない楽観的な内容にみえる。

しかし、井上は、国際政治の権力政治的な側面を直視していなかったわけではない。そのことは、たとえば、壬午事変後の1882年9月17日付の「朝鮮政略意見案」にみることができる。井上は、この意見書において、ロシアによる朝鮮侵略の可能性を指摘した。そのさい、イギリスとフランスによるビルマと安南の支配を引き合いに出した。³⁶⁾ これは、国際政治における権力政治的側面を井上が認識していたことを示すものにほかならない。国際法による諸国家間の平等と相互尊重が保障されているという牧歌的な国際政治ではないことを認識していたことの証左である。

大隈条約改正についても、井上が楽観していなかったことをうかがい知ることができる。たとえば、調印済みの諸国に対する批准拒否と未調印の諸国に対する交渉中止のために日本の「憲法ノ主義」や「立憲ノ主義」に対する理解を求める列国への照会公文の必要を説く1889年10月の閣議案においては、列国が「不快ノ感情ヲ引キ起シ意外ノ要求ヲ」提出したり「連合強制ノ手段ヲ試ミル」可能性があることを想定している。³⁷⁾ 同様のことは、同月に山田顕義司法大臣に示した意見書においても、説かれている。すなわち、「各国政府又ハ公使ハ或ハ我カ批准ノ拒否及談判ノ中止ニ対シ連合シテ我レニ逼リ或ハ威迫ノ手段ヲ用ル歟又ハ論難スル所アルモ知ルヘカラス」³⁸⁾ と。条約改正の中止を強く主張しつつ、それにはリスクがともなうことを指摘していたわけである。

これが大隈重信外務大臣が1889年8月2日の閣議で披露した条約廃棄論がもたらす結果に対する予測³⁹⁾ であるならば、井上の政治的な意図を感じることができる。しかし、日本の「憲法ノ主義」や「立憲ノ主義」を根拠とする批准拒否と交渉中止という自己の主張に不利になるような見通しを井上は示したのである。

井上の見解の二面性は、わずか一年たらずの間に変説した結果でも単なる条約改正阻止のための方便でもないとするれば、何を表現していたのか。権力

政治的側面と憲法典もしくは憲法慣行を相互に尊重する国際社会の二面性にほかならない。井上が説くようなことが通用するためには、諸国家が厳しい権力政治をおこなうだけでなく相互に憲法典や憲法慣行を尊重していることを前提にしなければならない。

諸国家が相互に憲法典もしくは憲法慣行を尊重していることを井上が看取していた形跡は、次の事例で確認することができる。井上は、大日本帝国憲法起草過程において、条約締結権に関する条文を起草するにあたって諸国家の憲法典の相互尊重を前提にしていた可能性がある。井上は、諸国家の憲法典や憲法慣行において条約の締結や国内的効力の付与に議会の関与を認めていることを知っていた。そして、みずから起草した草案にそれを反映させた。すなわち、「初稿」第16条は、「外国条約ニ由リ国疆ヲ変更シ又ハ国及人民ニ義務ヲ負ハシムル者ハ両院ノ認可ヲ経ザレハ其効ヲ有セズ」⁴⁰⁾と規定していた。「国及人民ニ義務ヲ負ハシムル者」の意味が判然としないが、「甲案」第21条では、「外国条約ニ由リ国疆ヲ変更シ又ハ国ノ負担ヲ起シ及国民ノ公権ヲ制限スルニ渉ル者ハ両院ノ認可ヲ経サレハ其効ヲ有セス」⁴¹⁾となっている(乙案では第24条にあり、同文)。

夏島草案でこの規定が無視されると、逐条意見において、「国民ノ義務ニ係ル条約ハ国会ノ認可ヲ経スシテ独之ヲ公布スルニ止マルハ各国ノ憲法ニ例ナキ所ナリ」「此ノ如キ新奇ノ条ハ我國民輿論ヲ攪起スルノ媒介タルヘシ」⁴²⁾と批判した。議会の条約承認権を憲法典で規定することと現実の日本の国際的地位に鑑みて議会がいかなる判断をするかということとは別問題であるが、「初稿」に付された説明には、議会を条約の締結に対する歯止めにする必要があることが記されている。

外交ノ事ハ天皇ノ大権ヲ以テ之ヲ政府ニ統ヘ議院ノ干渉スルコトヲ得ル所ニ非ズ本条特ニ掲ケタル事項ニ就テ例外ヲ設クル者ハ蓋国土國權ノ為ニ無形ノ重疊ヲ設ケテ以テ之ヲ保障シ及國民ノ利益ヲ防護シ

テ百世ノ長計ヲ誤マルコト無ラシメントスルナリ其他一般ノ外交事務ニ至テハ既定ノ後ニ於テ政府ハ事状ヲ具ヘテ之ヲ議院ニ通報スルニ止マリ之ヲ詢議スルコトナシ⁴³⁾

通常は外交の民主的統制の文脈で条約締結への議会の関与が説明されるが、この井上の説明によれば国権の確保のための規定であることがわかる。議会を歯止めにしなければならないほど国際政治が権力政治的側面を有していることを看取していたのである。同時に、外交の迅速性と矛盾する規定を諸国家は相互に認め合っていることになる。井上は、国際政治の権力政治的な側面をみるとともに、憲法典や憲法慣行の相互尊重をもみていたのである。それゆえに、憲法典に議会の条約承認権に関する規定を明定するべきであると主張したわけである。

では、なぜ諸国家は相互に憲法典や憲法慣行を尊重するのか。国際社会も国際法も、諸国家の主権（諸国家の権力の主権性）に依存しているからである。国家の主権は、ともすれば国際法の妥当性や国際社会の組織化を阻害する要因としてみなされがちである。また、事実としてそのような現象が存在したことも否めない。⁴⁴⁾

しかし、国家の主権は、国際法の定立や国際社会の組織化の阻止要因ばかりではなかった。国際法を創造し国際法に拘束され国際法を国内へ執行する力を有するのも、国家の主権である。条約をはじめとする国際約束の確実な執行は、国家の権力の主権性が機能しなければ不可能であった。国際社会が単一の政府や執行機関や最終的な審判機関を欠いていたことは、しばしば指摘されてきたことである。それゆえ国際社会や国際法がしかたなく主権国家に依存するしかない、という消極的理由だけでは、国家の主権の存在意義を説明できない。国際法に拘束されることを引き受け人々に対する拘束力を国際法に付与するのは、国家の主権しかないのである。それゆえ、国家の主権は、国際法の妨げだけではなく国際法の不可欠の前提でもあった。

たとえば、国際法は、条約の国内実施について各国に任せてきた。条約の国内実施には、主権性を有する権力による受容の決定が必要になる。それゆえ、条約の国内編入のさいに国際と国内を区別しその二元性を強調する者もいた。

大日本帝国憲法起草過程におけるモッセの答議は、そのような見地からの国際社会に対する観察を示すものである。井上は、二月草案作成以後の検討過程において、条約を施行するための経費について議会は承認を拒むことができるか否かについて1888年2月12日付でロesslerとモッセに質問している。1888年2月15日付のモッセの答議は、条約の国際法上の効力と国内法上の効力とを区別する見解にもとづくものであった。国際と国内を媒介するのは、主権性を有する国家の意思である、ということが示されている。

抑々条約ナルモノハ、締約者双方ノ間ニ於テ義務ヲ生スルノミ。即チ両国ノ条約ハ単ニ其政府ト政府ノ間ニ於テ義務ヲ生スルノミ。其国ノ人民ニ対シテハ、唯其政府カ自己ノ政權ヲ以テ之ヲ命スルトキヲ俟チテ、始メテ遵守ノ義務ヲ生スルノミ。国民カ之ヲ遵守スヘキ義務ノ源泉ハ、条約自己ニアラスシテ、政府ノ命令ナリ。⁴⁵⁾

しかし、それだけでは、なぜ諸国家は相互に憲法典や憲法慣行を尊重しあうのか、の答えにはならない。諸国家が相互に憲法典や憲法慣行を尊重しあうのは、相互の予測可能性を少しでも確保するためであった。

国家の主権が法の安定性による他国からのある程度の予測可能性をも意味しているものでなければ、国際秩序は保てない。権力政治的側面が冷厳としてあるからこそ、予測可能性が諸国家間に存在しなければ国際社会は存立できないのである。そのためには、憲法典や憲法慣行によって法の決定や執行に関する規範が明確にされていることが望ましい。そして、憲法典に明定されていない事項については、立憲国家の通義にしたがった運用がなされて

いることが望ましい。

そこでもておきたいのは、井上毅が黒田・大隈・山田の三大臣に送った1889年9月15日付の意見書である。このなかにおいて、井上は、主権の作用にかかわる官職に外国人を任用しない「憲法ノ主義」を「内外ノ政略」のために「抹殺」するべきではないと述べたうえで、次のように説いている。

東洋ノ外交政略ハ極メテ困難ノ位地ニ居リ外国ハ我カ憲法ノ主義ヲ認メザル者ノ如シ若外国ノ意ヲ迎ヘテ条約ノ必成ヲ期センカ憲法ノ主義ヲ抹殺セサルコトヲ得ス是レ土耳其ノ已ニ一タヒ憲法ヲ布クノ後更ニ国会ヲ開テ憲法ヲ廃止ニ帰シタル所以ナリ当局ノ責アル者宜シク扱フテ其ノ一ニ居ラサルヘカラズ若両者ノ間ニ牽強弥縫セントセバ將タ其ノ愈々出テ、愈拙ナルヲ見ルニ過キサランノミ⁴⁶⁾

ここで重要なことは、同じ意見書のなかで「立憲各国」に共通の「憲法上ノ原則」や「憲法ノ主義」を説き⁴⁷⁾、別の意見書では外国人裁判官を任用しないことが「国ノ強弱大小ヲ問ハズ独立ノ立憲国ニ於テ決シテナキ所ナリ」⁴⁸⁾と記していることである。憲法典もしくは憲法慣行の相互尊重が立憲国家に共通の立憲制度の原則に支えられているという現実が存在する一方で、「外国ハ我カ憲法ノ主義ヲ認メザル」ゆえにこそ外国の意を迎えて条約の必成という政略を優先させればいよいよ「憲法ノ主義」を「抹殺」することになる、との見解である。憲法典の運用に対する懐疑がますます日本の権力の主権性に対する諸外国の懐疑を招来することを井上は恐れたのである。

してみると、井上が諸国家に共通の立憲制度の原則をくり返し説いたのは、諸国家における憲法典や憲法慣行の相互尊重が相互の予測可能性確保のためであることを洞察していたからである、ということになる。予測可能性の確保は、共通する立憲制度の原則によって担保される。井上が立憲主義の通義を執拗に説いたのは、自己の主張を正当化したり自己の主張に説得力を

もたせるためではなかった。立憲国家において当然の原則を外交政策のために歪めることは、主権性を有していない国家であることを表現することになり、法の安定性や国家間の予測可能性をいちじるしく損なってしまうからである。

井上の懸念は、諸外国から日本の憲法秩序の安定性の低さを疑われることにあった。したがって、1889年10月に井上毅が起草した諸外国への照会公文書⁴⁹⁾では、我国の「立憲ノ主義」を実施できなければ法の空白が生じると哀願とも恫喝ともとれる文言を記さざるをえなかった。照会公文書において、改正条約附属の公文が我国の国権と国民の権利を毀損し国民の利益に反する義務を負わせるものであるとの世論が極点にまで達し、国内の安寧を保持しがたくなり外国人の安全を保障するのが困難になると述べ、我国の「立憲ノ主義」とその実施に対する理解を求めたのは、予測可能性の確保という憲法典の機能を示したものである。単なる条約改正中止のための内容空疎な脅しではなかった。

Ⅲ. 条文原理主義が有する危険

憲法典が発布されただけでは、他国による憲法典の尊重や予測可能性の確保にはつながらない。では、他国による憲法典の尊重や予測可能性の確保を可能ならしめる条件とは何か。国内における憲法典の浸透と定着である。憲法典は定立されればそれですむものではない。これを国内に持続して浸透させなければならない。浸透させ定着させるのは、権力の側である。なぜなら、雑誌『国民之友』が大日本帝国憲法発布直後の論評において、我国の場合は「切迫なる必要によりて憲法を発布せられたるにあらず」「日本人民の心と憲法と相恰当して而して憲法出でたるにあらず、成文の憲法出で、而して人民の心之に導かる、なり、民心は実に憲法より数歩の後にあり」⁵⁰⁾と述べるような状況が存在していたからである。「民心は実に憲法より数歩の後に

あるなり」とあるように、放置しておけば国内に憲法典は浸透しないのである。

ここでみておきたいのは、1889年春に井上毅が黒田清隆総理大臣に提出した意見書である。そのなかで、井上は、「憲法ハ単一ノ法律ニ非スシテ專徳義ニ依テ成立スル者ナリ故ニ立憲ノ美果ヲ収ムルハ憲法ノ条文ノミニアラザルナリ」と述べ、「憲法ノ徳義」とは「君主ノ徳義」「輔相ノ徳義」「議會ノ徳義」である、と説いた。井上は、「輔相ノ徳義」の一つとして「誓テ憲法ノ精神ヲ維持スル事」を挙げている。「輔相ノ徳義」という以上、一見したところ内閣の憲法遵守のみを説いているようにみえる。しかし、よく読めば憲法典を国内に通用させることを主眼とする意見であることがわかる。

誓テ憲法ノ精神ヲ維持ストハ蓋憲法ハ国ノ生命ナリ国民ニシテ憲法ヲ遵守スルノ精神微弱ナルトキハ從テ国家ノ健全ヲ望ムヘカラス〔中略〕我カ 天皇陛下ハ憲法発布ノ初ニ於テ祖宗ニ宣誓シタマヘリ即チ内閣ニ於テ仮令形式上ノ宣誓ヲ行ハレストモ各大臣ノ間ニ良心ニ誓約シ著ハシテ一篇ノ明文トナシ之ヲ天皇ニ上奏シ以テ聖旨ノ隆渥ナルニ対揚セラルルハ欠クヘカラサル当然ノ義務タルカ如シ内閣ニシテ此ノ至誠奪フヘカラサルノ精神アラシメハ自然ニ以テ議會ヲ感動シ以テ人民ヲ感動シテ協心戮力憲法ヲ遵守シテ永久不動ノ基礎ヲ成スノ結果ヲ期スヘキナリ⁵¹⁾

内閣の憲法遵守は、憲法典を国内に定着させるための条件にほかならないのである。憲法典を浸透させ定着させるといっても、あからさまに強制力をともなって人々に義務づけることを意味するのではない。内閣自身が憲法典に反する行動をとらないことによって、憲法典を浸透させることを求めているのである。それが憲法典を空文化させないための条件であった。当然、国家の主権に反しないかたちで解釈し運用することが必要であった。さもなけ

れば、憲法典が対外従属の根拠になっていると国民にみなされてしまうからである。

してみると、1889年7月4日付で黒田・大隈に提出した前出の帰化法制定の必要を説く意見書に、

憲法発布セラレテ中外ノ瞻仰スル所タリ政府ハ進テ従前法律規則ノ憲法ノ正条又ハ精神ニ矛盾スル者ヲ排除シ憲法ノ効力ヲシテ十分完全ナラシムルコトヲ務メサルベカラス之ヲ現今内閣ノ責任トス
若シ今日新ニ発スルノ法律又ハ中外ノ条約ニシテ憲法ト相矛盾スル者アラシメハ立憲ノ大事去ラン⁵²⁾

とあるのは、近年の先行研究がいうように大隈条約改正の阻止が井上の一貫した目的であったとしても、それが憲法典の国内への浸透のためであったことがわかる。換言すれば、大隈条約改正が憲法典の浸透を阻むことを井上が危惧していたことがわかるのである。

ただし、内閣みずからが憲法典を遵守することによってあたかも国民を善導するかのように憲法典を持続的に浸透させ定着させるといっても、ことはそう単純ではなかった。なぜなら、大日本帝国憲法は、変更が予想される事項は憲法附属法令にゆだね、正条に規定がある場合でも簡潔な内容であったため、不文憲法的な要素を有する憲法典だからである。⁵³⁾ そのため、長期間改正をする必要がなかったともいえるが、大きな問題を潜在的にはらんでいた。

それをうかがい知ることができるものとして、枢密院における憲法草案審議のさいの伊藤博文枢密院議長がよく知られている発言をみてみたい。伊藤は、一方では、第一審会議第二読会において、原案第4条「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シテ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ施行ス」について、「此ノ憲法ノ条規」以下の削除を主張する発言に対して、

本条ハ此憲法ノ骨子ナリ抑憲法ヲ創設シテ政治ヲ施スト云フモノハ君主ノ大権ヲ制規ニ明記シ其ノ幾部分ヲ制限スルモノナリ又君主ノ権力ハ制限ナキヲ自然ノモノトスルモ已ニ憲法政治ヲ施行スルトキニハ其君主権ヲ制限セサルヲ得ス故ニ憲法政治ト云ヘハ即チ君主権制限ノ意義ナルコト明ナリ是ヲ以テ本条ナケレハ此憲法ハ其ノ核実ヲ失ヒ記載ノ事件ハ悉ク無効ニ属セントス〔中略〕統治権ハ元来無限ナルモノナレトモ此憲法ヲ以テ之ヲ制限スル以上ハ其ノ範圍内ニ於テ之ヲ施行スルノ意ニシテ統治権ハアレトモ之ヲ濫リニ使用セサルコトヲ示スモノナリ故ニ此ノ憲法ノ条規ニ依リ云云ノ文字ナキ時ハ憲法政治ニアラス無限専制ノ政体ナリ⁵⁴⁾

と、君権の制限を強調しつつも、他方では、第一審会議第一読会の劈頭に、原案の大意について、

我国ニ在テ〔憲法政治の〕機軸トスヘキハ独り皇室アルノミ是ヲ以テ此憲法草案ニ於テハ専ラ意ヲ此点ニ用キ君権ヲ尊重シテ成ルヘク之ヲ束縛セサランコトヲ勉メタリ或ハ君権甚タ強大ナルトキハ濫用ノ虞ナキニアラスト云フモノアリ一応其理ナキニアラスト雖モ若シ果シテ之アルトキハ宰相其責ニ任スヘシ或ハ其他其濫用ヲ防クノ道ナキニアラス徒ニ濫用ヲ恐レテ君権ノ区域ヲ狭縮セントスルカ如キハ道理ナキノ説ト云ハサルヘカラス⁵⁵⁾

と、広範な君権の確保に努めたことを説いている。

ここで問題にしたいのは、この二つの発言の間の矛盾ではない。「其ノ幾部分ヲ制限スル」ことと「成ルヘク之ヲ束縛セサランコトヲ勉メタ」ことの間には大きな隔たりはない。注目にしたいのは、原案第4条について「君主ノ権力ハ制限ナキヲ自然ノモノトスルモ」あるいは「統治権ハ元来無限ナルモ

ノナレトモ」と述べた箇所である。元来は無制限な君主の権力をどれだけ憲法典の枠内に封じ込めたのか、という問題が残るわけである。そうすると、不文憲法的な要素を有する憲法典ゆえにこそ、憲法典や憲法附属法令に明定された枠内に収まりきれない領域の存在が予想される。天皇の自由な主権を発動させてしまう領域をつくってしまう可能性を有していたのである。原案の大意に関する伊藤の説明と相まって、第4条の天皇に関する説明から、そのことをうかがい知ることができる。ということは、憲法典や憲法附属法令の正条に明定されていない事項は憲法上禁止されていない事項とみなす考え方のもとに政策を遂行する余地が残るわけである。⁵⁶⁾

大隈条約改正に対する批判が高まったさい、大隈の与党である改進黨系の新聞が大隈条約改正の擁護をおこなったことは、すでに知られているとおりである。ひとくちに改進黨系新聞といっても、論点によっては主張に相違があった。⁵⁷⁾ それでも擁護のしかたに共通していたのは、条文原理主義と呼びえる論法と実利主義であった。ここでいう条文原理主義とは、憲法典の正条で禁止されていなければ問題ない、という見解である。実利主義とは、少しでも実現可能であるならば領事裁判権撤廃という実利を何をおいても優先させる考え方である。

改進黨系新聞の条約改正賛成論の目的は大隈条約改正の擁護にあったわけであるが、その根拠として述べているのは、現行条約改正のためには多少の譲与はしかたがない、というものであった。かような実利主義的な外交論を正当化するためには、憲法論を展開する必要がある。なぜなら、大隈条約改正に対する批判の多くは、大審院への外国人裁判官の任用が大日本帝国憲法第19条に抵触する、というものであったからである。これに対して、改進黨系新聞は、憲法第19条は日本の臣民だけを対象とするものであり外国人の任官を禁止するものではない、との解釈を示した。⁵⁸⁾ それだけでなく、『憲法義解』の説明にある「特別の規定」を法令と目して、『憲法義解』の説明は法令による憲法上の原則の変改を可能ならしめる解釈であると批判さ

えした。⁵⁹⁾そして、居留地に憲法典の効力が及ばない現行条約こそが憲法違反である、と主張した。⁶⁰⁾

外国人を裁判官に任用してはならないことは、井上においては、「立憲独立国」の見地からして、憲法典に明定されているか否かにかかわらず当然のことであった。しかし、いかに外国人裁判官の任用に反対する井上毅の見解が従前からのものであるにせよ、憲法典の正条には明定されていない。ゆえに、改進黨系新聞のごとき主張が出てきた。井上が伊藤に対して、

憲法上之義解ハ様々なるを妨げずとは申なから主義原則ニ至てハ必一定なるを要せざるへからず、然るに近来英学社会ニ憲法義解中十九条ニ係る駁撃簇々世ニ現れ（憲法雑誌、東京輿論新誌、時事新報、朝野、毎日等）クダラヌ事申ならべ候、成程最の事ニ而、公権私権之別ハ英国学者の余り唱へぬ事と相見え、英学先生達ハロヂツク法而已ニ而十九条を讀下シ、註解を批難するものニ有之候

然処、余之件と違ひ、国民公権之如きハ、憲法中之一成文たる原則主義ニ有之、是レすら疑義ある位ニてハ、日本之憲法学之未熟なる事、外国人よりも哄笑を受可申、ソレも政事家之運用ならハとも角も、純然たる学問社会ニて僻見を唱へ候事、以之外也と存候⁶¹⁾

と、刊行の許可を求める書翰のなかで記し、わざわざ『内外臣民公私権考』⁶²⁾を執筆し1889年9月に刊行しなければならないほど、憲法第19条の解釈をめぐる大隈条約改正を憲法違反とする見解に対する異論が出たのである。

井上においては、改進黨系新聞のような実利主義的外交論に支えられる外交や外交上の便宜を優先させる大隈条約改正は、危険なものであった。目的達成のために譲与してはならないことまで譲与して、次の交渉は列強の既得権益を出発点としてしまうからである。すでに井上条約改正のときに、井上はそのような外交の危険性を次のように指摘していた。

十五年ノ後ニ回復スルノ目的ハ一ノ夢想ニ過キザルベシ何トナレバ明文ヲ以テ満期ノ後ニ訂正スベキ完全平等ノ条件ヲ予約スルニ非サル上ハ彼レノ既得之権利ハ決シテ抛棄スルコトヲ望ムヘカラズ而シテ満期後ノ第三ノ改正条約ハ必此ノ第二ノ条約ヲ相続シ又ハ此ヲ以テ基礎トシテ或ハ更ニ相当スヘキ代価アル要求ヲ為スコト恰モ第二ノ改正ノ第一ノ条約ノ既得権ニ対シ回復ノ困難ナルト同一ナルヘケレバナリ⁶³⁾

井上は、大隈条約改正のさいにも、同様の危惧を示した。1889年8月2日の閣議において大隈重信外務大臣が条約廃棄論を示したのちの8月22日付の黒田清隆総理大臣宛の覚書において、条約改正を承諾する国と承諾しない国が生じた場合に最惠国条款によって困難が生じることを指摘して、それを解決する「一転策」として、

- 第一 十分ナル譲与ヲシテ彼ノ希望ニ対ヘ以テ新条約ヲ完結ス
- 第二 先ツ改正ヲ承諾スル国ヲ結合シテ新条約ヲ履行シ改正ヲ承諾セサル国ニ向テ旧 条約ヲ棄却ス
- 第三 改正ヲ中止ス⁶⁴⁾

という三つの選択肢を示して第三の条約改正中止を主張したさい、

若一転策ヲ断行スルコト能ハズシテ事情ノ成行ニ任セ或ハ改正ヲ承諾セル強大国ノ東洋政略ニ誘ハレ又ハ改正ヲ承諾セル国々ノ勢ヲ結合シテ改正ヲ承諾セザル国ヲ脅迫シ遂ニ其ノ承諾ヲ得ルノ結果ヲ望ムヘシトノ奇策ヲ僥倖シテ以テ前途ノ困難ヲ破ラント欲セハ談判ノ運歩益々進ムニ従ヒ我カ政府ハ深ク窞中ニ陥リ前後ニ敗ルヘカラザルノ障害物ニ阻テラレ進退共ニ窮マリ終ニ各国ノ和好ヲ破ルカ又ハ第一策ノ譲与ヲ忍ヒ憲法ニ矛盾セル条約ヲ締結スルノ不韙ノ罪ヲ犯シ以テ困難ヲ免

ル、ノ已ムヲ得ザルニ至ルヘシ⁶⁵⁾

と、大隈の外交方針がいかに当初の目的から離れて制御がきかないまま進行していく危険性ははらんでいるかを説いている。

井上が恐れたのは、権力政治的要素を有する国家間関係のなかで外交の制御がきかなくなり、譲歩を重ねる事態にいたることばかりではない。憲法典の解釈を外交の結果が拘束することをも警戒した。井上条約改正のときは、憲法典制定前から条約によって憲法典の内容が拘束されることを恐れた。特に、主権の行使にかかわる規定に制約がかかるのがもっとも問題であった。たとえ、我国が独自に憲法典を起草して制定しても、条約との関係で実質的に空文になってしまうのである。大隈条約改正のときは、いまだ施行されていない憲法典の解釈が条約によって確定してしまうことを恐れた。特に、主権の行使にかかわる規定の解釈と運用の先例が条約によってつくられてしまうのが問題であった。改進黨系新聞のなかには、外国人もしくは帰化した外国人に関する例外規定を裁判所構成法に設ければよいとの見解を示すものもあったが、⁶⁶⁾ いかにもまだ制定されていないとはいえ⁶⁷⁾、主権の行使にかかわる憲法附属法令の内容を条約の締結や実施の都合によって規定することをそれは意味していた。

井上条約改正と大隈条約改正のどちらの時期においても井上毅の論法が同じなのは、当然のことであった。ファナティックな条約改正反対論や国権論ではなく、国家間関係によって憲法典の内容や解釈が確定してしまうことを防ぐのが井上の目的であった。憲法典制定の前後という相違はあるが、両方の時期とも外国人裁判官の任用については、制度上は不文であったことに変わりはない。不文のまま主権の行使にかかわる事項について他国へ譲歩してそれが定着してしまう可能性があったのである。井上がいう憲法破壊とは、そういうことであった。

それゆえ、憲法典による外交の拘束を必要としたのである。先に引用した

1888年11月8日付の黒田宛意見書でも、いまだ憲法草案の第二審会議も開かれていない時点で、

立合裁判ヲ設クルハ大審院ニ限り猶忍フヘキノ事ナリトノ政略ナリトセハ此レ乃憲法ノ精神ト矛盾シ立憲ノ独立国タル権理ヲ傷害スルコトヲ免レズ何トナレハ凡ソ立憲ノ国ハ其ノ国臣民ノ権利義務ヲ尊重スル為ニ皆憲法ノ明条ニ於テ（本国臣民ハ本国ノ官職公務ニ就クコトヲ得、而シテ外国人ハ帰化ニ依ラザレハ本国臣民タルノ権利ヲ有セズ並ニ高等ノ官職ニ就クコトヲ得ズ）トノ主義ヲ掲ケテ之ヲ保障確守スレバナリ故ニ此ノ外交政略ヲ断行セラレハ憲法ハ廢紙ニ歸スヘシ⁶⁸⁾

と、憲法典と大隈の「外交政略」を二者択一のものとしている。また、翌1889年9月15日付の黒田・大隈・山田宛意見書においては、「憲法ノ主義重キ歟、寧口外交ノ政略重キ歟方今政府ハ其ノ一ヲ撰ハザルコトヲ得ザルノ時期ニ遭遇シタリ」と、三大臣に「憲法ノ主義」と「外交ノ政略」の二者択一を迫っている。⁶⁹⁾「憲法ノ主義」と「外交ノ政略」を対置させ大臣たちに二者択一を迫るかたちで憲法典による外交の拘束の必要を説き、国家の主権もしくは国家の独立の維持を基準とする立憲主義の理解のもとに、憲法典を理由にした条約改正の中止を進言した。そのような意味での憲法典至上主義であった。それは、大隈条約改正交渉開始直前から変わっていない姿勢であり、政局によって大きく変転するものではなかった。

おわりに

井上毅が内閣による憲法典の遵守を憲法典の国内における通用の条件としたのに対し、改進黨系新聞は領事裁判権の撤廃によって憲法典の領域ないへの完全な通用を大隈条約改正擁護のさいに説いた。前者は憲法典の垂直的

な（国民への）普及を説き、後者は憲法典の水平的な（地理的な）普及の必要を主張した。このような見解の相違は、憲法典の尊重と遵守の基準が実は一元的ではなかったことを表現している。条文解釈をめぐる争いについては、大隈条約改正に対する反対論も擁護論も法理上の水掛け論の様相を呈したことはまちがいない。しかしながら、何を以て憲法典を通用させるかをめぐっては、憲法典の機能をめぐる深刻な問題をはらんでいた。憲法典の正条に明定されていることのみを遵守するのか、それとも正条に明定されていないことにもそれを破ったら憲法破壊とみなさざるをえない原則が存在しているのか、によって憲法典による外交の拘束の可否が決まるという問題である。

これが大日本帝国憲法がなるべく変更しなくてもよい憲法典として制定された結果であることは、あらためていうまでもあるまい。あらかじめ変更が予想される事項を憲法典からはずして憲法附属法令などにゆだねたことは、憲法典を「祖宗ノ遺訓」による「不磨ノ大典」と性格づけるだけでは人為によっては変更困難な法の領域を確保するには不十分であったことを表現していた。憲法典起草過程は、可変の領域（憲法附属法令）と不変の領域（憲法典）を仕分けする作業であった。それが、憲法典の運用における陥穽を生み出すことを必然的にした。人為を及ぼしてはならない領域を狭くとらえることを許すもとなった。自己が考える国益実現のための政策目標を優先させるために、条文さえ遵守すれば憲法典に違反せず立憲主義にかなうという考え方を生み出したのである。条文原理主義とでも呼びえるかような考え方は、一方ではリジッドに条文をとらえて政策を拘束するとともに、他方では条文に明記されていないことは何をしてもよいという発想のもとにもなる。外交政策の場合、憲法典の条文にさえ反していなければよいという発想のもと、国家間の力関係のなかでいつのまにか譲歩に譲歩を重ねる危険を招来する可能性があるのである。

かような事態を抑制し憲法典が外交を拘束するためには、憲法典の解釈と

運用をめぐる考え方である立憲主義に誰もが異論をはさめない単なる条文の遵守以上の内容を付与する必要があった。それが国家の権力の主権性の護持であった。主権性の指標になるのは、独立国家に共通の原則であった。条文原理主義は、そのような自明にみえることですら侵蝕しかねない憲法典の自殺の要素をはらんでいたのである。本稿で条文原理主義と区別される立憲主義の理解を憲法典至上主義と呼んだのは、このためである。それは、不文の領域のうち国家の権力の主権性の維持という見地から不変であるべき事項をあきらかにして以て憲法典そのものを護持する考え方である。

憲法典による権力の拘束こそが立憲主義の内容であるとのみ信じている人には受け入れがたいであろうが、何を基準にして権力を拘束するのが明確でないかぎり、権力を拘束することが自己目的になるか依拠すべきものが憲法典の条文だけになってしまう。主権の護持が立憲主義の内容を規定することを忘却した場合、二つの結果を招来することになりかねない。

一つは、外交政策の内容が他国の内政干渉を招来するものであると少しでも疑われるものであるとき、主権概念は対外主権と対内主権に分離されてしまうことである。主権の作用は対外的な従属を国内に強制するだけの対内主権とみなされてしまうのである。そのさい、権力による憲法典の施行に対して疑念が抱かれることになる。それは、憲法典の自殺である。

いま一つは、憲法典の解釈と運用が国家間関係の結果である条約によって確定してしまうことである。大隈条約改正についていえば、日本の国際的地位が低い現実のなかで、いまだ憲法典が施行されていないにもかかわらず、かような先例が定着してしまいかねなかった。

憲法典は、条文原理主義という獅子身中の虫をはらんでいる。条文原理主義が国家の主権性と独立を毀損すると感じられたとき、憲法典至上主義⁷⁰⁾が政治的な力を得るのである。

註

- 1) 美濃部達吉「制定法規としての憲法の特質」(『三田学会雑誌』第7巻第4号、1913年10月)。特に、10～14頁。
- 2) 藤原明久『日本条約改正史の研究』(雄松堂、2004年)第3部。
- 3) 大石一男『条約改正交渉史 一八八七～一八九四』(思文閣出版、2008年)第1章～第3章。
- 4) 川口暁弘『明治憲法欽定史』(北海道大学出版会、2007年)第3章第3節第1項。
- 5) 小宮一夫『条約改正と国内政治』(吉川弘文館、2001年)第2章。
- 6) 原田一明「明治二十二年帰化法案作成をめぐる憲法論議について」(梧陰文庫研究会編『井上毅とその周辺』木鐸社、1988年)。
- 7) 多田嘉夫「明治二十二年大隈重信条約改正の挫折と井上毅」(梧陰文庫研究会編『井上毅とその周辺』木鐸社、2000年)。
- 8) 佐々木隆『伊藤博文の情報戦略——藩閥政治家たちの攻防——』(中公新書、1999年)第2章1。
- 9) 大石一男『条約改正交渉史 一八八七～一八九四』(思文閣出版、2008年)139頁。別の論稿では、「反対派の動機が果して何であるのかについては、それが単に「条約改正を阻止することである」という以外の解答は困難である」と述べている。大石一男「条約改正問題をめぐる対抗と交錯——1887～94——」(日本国際政治学会編『日本外交の国際認識と秩序構想』国際政治139、2004年)50頁。
- 10) 伊藤博文『憲法義解』(宮沢俊義校註、岩波文庫、1940年)46～47頁。
- 11) 同前、48頁。
- 12) 「大日本帝国憲法解釈」(『東京日日新聞』1889年2月20日)。「憲法私解」(『郵便報知新聞』1889年2月21日)。高田早苗「通俗大日本帝国憲法註釈」(『読売新聞』1889年3月2日)。「帝国憲法義解」(『時事新報』1889年3月3日)。「憲法論」第九(『毎日新聞』1889年3月8日)。「憲法一斑」(『国民之友』第46号、1889年4月2日)21頁。ただし、憲法第18条についての『時事新報』の解説は、外国人には日本国民同等の権利はないと記している。「帝国憲法義解」(『時事新報』1889年3月2日)。
- 13) 小嶋和司「明治前期国籍立法沿革史」(小嶋和司『明治典憲体制の成立』小嶋和司憲法論集一、木鐸社、1988年)295～297頁。初出は、小嶋和司「明治前期国籍立法沿革史」(東北大学『法学』第39巻第2号、1988年)。
- 14) 年代推定は、稲田正次『明治憲法成立史』下巻(有斐閣、1962年)43頁による。以下、年代推定は同書に依拠している。ただし、正誤表にない誤植が散見されるので、史料の引用については同書によらなかった。
- 15) 井上毅「憲法義解未完草稿〔井上毅憲法草案初稿〕」[1887]年〔3〕月頃(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第77巻 秘書類纂憲法六、ゆまに書房、2012年)189頁。

- 16) 同前、197頁。
- 17) 井上毅「甲案試草正文」1887年5月(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第77巻 秘書類纂憲法六、ゆまに書房、2012年)27～29頁。条文は、次のとおりである。
- 第五條
日本帝國ニ於テ公權ノ享有ヲ得ル為ニハ日本國民タルヲ必要トス
日本國民タルノ身分ハ出生ニ由リ或ハ法律ヲ以テ定メタル要件ニ從ヒ歸化スルニ由リテ之ヲ得
- 第六條
日本政府ヨリ任用シタル外國人ハ別段ノ約束アルニ非サレハ任用ノ間歸化ノ國民トス
外國人ハ既ニ歸化法ニ依リ歸化シタルモ法律ヲ以テ特別ノ許可ヲ予フルニ非サレハ仍内閣員參事院議員兩院議員及陸海軍將官タルコトヲ得ス
- 18) 井上毅「乙案試草」1887年4月(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第76巻 秘書類纂憲法五、ゆまに書房、2012年)61頁、69頁。条文は、次のとおりである。
- 第九條
日本帝國ニ於テ公權ノ享有ヲ得ル為ニハ日本國民タルヲ必要トス
日本國民タルノ身分ハ或ハ出生ニ由リ或ハ法律ヲ以テ定メタル要件ニ從ヒ歸化スルニ由テ之ヲ得
- 第十條
日本政府ヨリ任用シタル外國人ハ別段ノ約束アルニ非サレハ任用ノ間歸化ノ國民トス
外國人ハ既ニ歸化法ニ依リ歸化シタルモ仍内閣員參事院議員兩院議員及陸海軍將官タルコトヲ得ズ但日本帝國ノ為ニ異常ノ功勞アルニ因リ特別ノ許可ヲ予フル者ハ別段トス
- 19) 井上毅「憲法義解未完草稿〔井上毅憲法草案初稿〕」〔1887〕年〔3〕月頃(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第77巻 秘書類纂憲法六、ゆまに書房、2012年)193～194頁。
- 20) 同前、197～199頁。
- 21) ロエスレル「日本帝國憲法草案」(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第79巻 秘書類纂憲法八、ゆまに書房、2013年)33～34頁。
- 22) 「欠題〔夏島憲法草案〕」明治20年8月完成10月修正(『伊東巳代治關係文書』書類の部8、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。
- 23) 井上毅は、夏島草案に対する逐条修正意見において、この点について批判していない。井上毅「逐条意見」明治20年8月(『伊東巳代治關係文書』書類の部6、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。「甲案」と「乙案」において明記したのは、憲法中には重要な原則を示し特別の規則は特別の法律を以て定めた方がよい、というロエスラーの答議に從った結果であろうか。「國民權ノ得失ヲ、憲法ニ掲クルト、之ヲ別法ニ讓ルトノ可否、並外國人歸化ヲ許スニ寛嚴ノ間」(國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史

料集』第一、國學院大學、1979年）131～133頁。強い抵抗を夏島草案以降の修正意見でも示さなかったのは、モッセの答議に従った結果である可能性がある。条約との抵触により憲法典を改定する結果になることを回避するべきである、という意見である。ただし、モッセが憲法典に明定しない方がよいと述べたのは、国民の資格の得喪に関する規定である。「国民権利ノ憲法ニ規定スルノ得失ニ関スルモッセ氏答議」1886年12月2日・3日（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十、國學院大學、1988年）80～82頁。井上が憲法典に明定するか法律に譲るかについてさほどこだわっていたわけでもなさそうであったことは、井上条約改正案の外国人裁判官任用を批判した伊藤博文宛の意見書にみることができる。1887年6月6日付伊藤博文宛井上毅「外国人官吏任用意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第一、國學院大學図書館、1966年）523頁。また、井上は、外国人の官吏任用と「大帰化」の規定を盛りこんだ「国民身分法」を起草し、同年の7月17日に伊藤博文へ提出している。小嶋和司「明治前期国籍立法沿革史」（小嶋和司「明治典憲体制の成立」小嶋和司憲法論集一、木鐸社、1988年）303～306頁。浅川晃広『近代日本と帰化制度』（溪水社、2007年）78～80頁。

- 24) 「帝国憲法枢密院諮詢原案・説明」明治21年（『三条家文書』書類の部37-2、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
- 25) 同前。
- 26) [1882年]伊藤博文宛井上毅書翰（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第四、國學院大學図書館、1971年）72頁。
- 27) 1887年7月12日付井上馨宛井上毅「条約改正意見案」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第一、國學院大學図書館、1966年）529頁。
- 28) 同前、537頁。
- 29) 1889年7月4日付黒田清隆・大隈重信宛井上毅「国民身分及帰化法意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年）155～156頁。
- 30) [1889年]7月15日付山田顕義宛井上毅書翰（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第四、國學院大學図書館、1971年）643頁。
- 31) 1887年7月12日付井上馨宛井上毅「条約改正意見案」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第一、國學院大學図書館、1966年）530頁。国権の作用の一つである司法の官職に外国人を任用することに対する批判は、別の意見書でもなされている。1888年11月[8]日付黒田清隆総理大臣宛井上毅「条約改正意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年）。[1889年]9月15日付黒田清隆・大隈重信・山田顕義宛井上毅「条約改正意見」（同前）186頁。
- 32) 1889年7月4日付元田永孚宛井上毅書翰（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第四、國學院大學図書館、1971年）592頁。
- 33) [1889年]7月19日付「条約改正意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料

- 篇第二、國學院大學図書館、1968年) 166頁。
- 34) 1889年8月22日付黒田清隆宛井上毅「条約改正意見」(同前) 179頁。ただし、黒田宛井上書翰は、8月27日付である。1889年8月27日付黒田清隆宛井上毅「覚書」(『黒田清隆関係文書』書類の部 86-12、北京社マイクロフィルム版 R6、鹿児島県歴史資料センター黎明館所蔵)。
- 35) 1888年11月〔8〕日付黒田清隆宛井上毅「条約改正意見」(同前) 57頁。
- 36) 1882年9月17日付井上毅「朝鮮政略意見案」(井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第一、國學院大學図書館、1966年) 312頁。井上毅がヨーロッパ国際社会における主権国家間の平等原理だけでなく国際政治や国際法の権力政治的な側面(特に、ヨーロッパ諸国間の原理と非ヨーロッパ地域に対する原理の二重原理)を把握したうえで対外問題に対処したことについては、長谷川直子「西欧国際体系の受容と井上毅」(梧陰文庫研究会編『井上毅とその周辺』木鐸社、2000年)を参照。
- 37) [1889年10月] 井上毅「条約改正意見」(井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年) 196頁。
- 38) [1889年] 10月井上毅「条約改正意見」(同前) 202頁。
- 39) 井上毅は、条約廃棄に反対し条約改正の中止という「一転策」の必要を説いた黒田清隆宛の覚書において、列強の連合脅迫の可能性について説き、国家の命運を賭してまでも条約廃棄を執行するべきではない、と主張した。1889年8月22日付井上毅「条約改正意見」(同前) 178頁～179頁。井上が条約廃棄の危険性を警告したのは、これだけではない。1889年9月2日、井上は、松方正義大蔵大臣へ条約廃棄について警告する書翰を送った。そこには、条約の廃棄を宣告すれば、イギリス政府は公使の退去を命令するか艦隊を東京湾へ入れて公使を通じて要求を提出し、やがて駐日ドイツ公使らの仲裁を経て、結果的には大隈改正案よりも不利で「憲法矛盾」をふくむ新条約の調印を強制されるであろう、と記されている。[1889年] 9月2日付松方正義宛井上毅書翰(井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第四、國學院大學図書館、1971年) 535頁。
- 40) 井上毅「憲法義解未完草稿〔井上毅憲法草案初稿〕」[1887]年〔3〕月頃(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第77巻 秘書類纂憲法六、ゆまに書房、2012年) 265頁。
- 41) 井上毅「甲案試草正文」1887年5月(同前) 63頁。乙案は、伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第76巻 秘書類纂 憲法五(ゆまに書房、2012年) 197頁。
- 42) 井上毅「逐条意見」明治20年8月(『伊東巳代治関係文書』書類の部 6、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。
- 43) 井上毅「憲法義解未完草稿〔井上毅憲法草案初稿〕」[1887]年〔3〕月頃(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第77巻 秘書類纂憲法六、ゆまに書房、2012年) 265～266頁。

- 44) 田畑茂二郎『現代国際法の課題』（東信堂、1991年）26～35頁。
- 45) 「条約ニ依テ生スル義務ノ金額ハ、国債ト同ク法律上国民ノ義務トナリ、議院ノ議ヲ容レザルヘキ乎ノ間」（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第三、國學院大學、1980年）126頁。
- 46) [1889年]9月15日付黒田清隆・大隈重信・山田顕義宛井上毅「条約改正意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年）187頁。
- 47) 同前、187頁。
- 48) 黒田首相・大隈外相宛井上毅「国民身分及帰化法意見」1889年7月4日（同前）156頁。井上は、同様のことを1887年にも井上条約改正を批判するさいに説いていた。1887年6月6日付伊藤博文宛井上毅「外国人官吏任用意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第一、國學院大學図書館、1966年）523頁。
- 49) [1889年10月]井上毅「条約改正意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年）196頁～198頁（照会公文甲案）。200頁～201頁（照会公文乙案）。
- 50) 「憲法一斑」（『国民之友』第42号、1889年2月22日）28頁。
- 51) 1889年春黒田清隆宛井上毅「立憲施政意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年）84頁。
- 52) 1889年7月4日付黒田清隆・大隈重信宛井上毅「国民身分及帰化法意見」（同前）155頁。
- 53) この点について、増田知子は、大日本帝国憲法には「政権交代をはじめとする政治過程に登場するはずの、主要な権力保有者は憲法上に出てこない」ゆえ、「大日本帝国憲法は成文改正をそもそも必要としていない、政治権力の規制という点では空疎な憲法であり、「不磨ノ大典」は装飾にすぎなかった」とまで述べている。増田知子「近代史における憲法研究の動向」（『歴史評論』No.715、2009年）38～39頁。
- 54) 『枢密院会議議事録』第一卷 明治二十一年 [上]（東京大学出版会、1984年）173頁。
- 55) 同前、157頁。
- 56) 枢密院における憲法草案審議のさいの君権の擁護と君権の制限に関する伊藤博文の説明については、鈴木正幸の考察がある。鈴木によれば、君権の擁護とは実際には議会に対する政府の権限の擁護を意味していた。また、君権の制限とは政府に対する君権の制限を意味していた。鈴木正幸『国民国家と天皇制』（校倉書房、2000年）。天皇と内閣と帝国議会の関係を考えればたいへん鋭い読みであると思うが、憲法典そのものや憲法典に規定された国家機関どうしの関係（権限）を超えて権力が発動したとみなされ正当化される事態を生み出してしまうという側面をも、伊藤の主観や意図にかかわらず君権擁護論が有していることを軽視してはならない、と私は考える。
- 57) 改進黨系新聞でも、『郵便報知新聞』と『朝野新聞』は帰化法の要不要をめぐる見解を異にするようになっていった。前者は1889年8月2日の閣議で外国人裁判官を

帰化させることが確認された後になっても帰化不要論を展開しつづけた。このような改進黨系新聞の足並みの乱れについては、五百旗頭薫『大隈重信と政党政治——複数政党制の起源 明治十四年 - 大正三年——』（東京大学出版会、2003年）91～92頁を参照。

- 58) たとえば、「条約改正問答」（『郵便報知新聞』1889年7月7日）。「条約改正の得失を判断するの標準」（『読売新聞』1889年8月1日）。「憲法及び伊藤伯、伊藤伯及び条約改正」（『毎日新聞』1889年8月10日）。
- 59) 「伊藤伯ハ憲法第十九条の解釈を誤る」（『読売新聞』1889年8月4日）。「憲法及び伊藤伯、伊藤伯及び条約改正」（『毎日新聞』1889年8月6日～13日）。社説「伊藤伯は別に憲法に勝るの法令あるを認めたる歎」（『朝野新聞』1889年8月10日）。
- 60) たとえば、「改正条約の得失を論ず」（『朝野新聞』1889年7月18日）。「名義論と得失論」（『郵便報知新聞』1889年7月27日）。「条約改正論」第四（『毎日新聞』1889年8月1日）。憲法第24条「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハル、コトナシ」と憲法第57条「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」に対する違反である、と論じている。
- 61) [1889年]8月30日付伊藤博文宛井上毅書翰（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第四、國學院大學図書館、1971年）157頁。
- 62) 井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第三（國學院大學図書館、1969年）586～603頁。ちなみに、原田一明「明治二十二年帰化法案作成をめぐる憲法論議について」（梧陰文庫研究会編『井上毅とその周辺』木鐸社、2000年）410頁によると、『内外臣民公私権考』の奥付の日付は9月13日であるが、実際に刊行されたのは9月23日だったようである。
- 63) 1887年7月17日付伊藤博文宛井上毅「条約改正意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第一、國學院大學図書館、1966年）541頁。
- 64) 1889年8月22日付黒田清隆宛井上毅「条約改正意見」（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年）177頁。
- 65) 同前、180頁。
- 66) 「改正条約の得失を論ず」第三 裁判権の事（承前）（『朝野新聞』1889年7月16日）。「条約改正ハ憲法第五十八条に違反せず」（『読売新聞』1889年8月21日）。
- 67) 裁判所構成法案は、枢密院の諮詢を経て1889年7月15日に内閣へ戻されている。楠木誠一郎によると、裁判所構成法案の審議は、条約改正交渉の進行とは無関係に進められた。また、1887年11月14日に始まる法律取調員会の審議から1890年2月10日の公布にいたるまで、外国人裁判官任用問題はまったく話題にのぼらなかった。楠誠一郎「裁判所構成法制定小考」（中村勝範編著『近代日本政治の諸相——時代による展開と考察——』慶應通信、1989年）344～345頁。
- 68) 1888年11月〔8〕日付黒田清隆宛井上毅「条約改正意見」（井上毅伝記編纂委員会編

『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年）56頁。

- 69) [1889年] 9月15日付黒田清隆・大隈重信・山田顕義宛井上毅「条約改正意見」（同前）188頁。
- 70) ただし、憲法典至上主義とはいっても、井上毅は先行する条約を破ることができるまでは考えていなかった。あくまで条文原理主義に対する反対としての憲法典至上主義であった。大隈条約改正が頓挫した翌年に、小松原英太郎埼玉県知事は、憲法典によって条約を破ることはできないという井上の見解を山田顕義司法大臣に書き送っている。

憲法ト領事才判トノ事ハ矛盾スル所ナシ、何トナレハ現行条約ニ拠レハ外国人ハ治外法権ヲ有スレハ也、治外法権ヲ有スル者ニ対シテハ、其人之国法ニ依リテ其才判所ノ才判ヲ受クヘキコトハ、万国普通ニ行ハル、所ニシテ、之ニ関シ別ニ世論ヲ来スヘキ理無之、即チ各国公使等ノ例ヲ見テ知ルヘシ、且国際条約ハ憲法ニ依テ破ルコトヲ得サルモノ也、此二個ノ理由ニ依リ、現行条約ノ存続スル限りハ、外国人ニ対スル訴訟ニ就テハ外国ノ才判所ノ才判ヲ受クルハ当然ナリトノ意見ニ有之候、（1890年1月21日付山田顕義宛小松原英太郎書翰、日本大学編『山田顕義関係文書』二、日本大学、1991年、203～204頁）

