

## 初期議会期における条約の国内編入をめぐる問題

穎原 善徳\*

### はじめに

立憲制度が定着していく条件は何か。いうまでもなく憲法典や憲法附属法令だけが立憲制度ではない。しかし、憲法典を制定した以上は、憲法典を通用させ法的安定性と実効性を確保するのが権力の課題であった。そのことは、憲法典発布後間もなくの時期に井上毅法制局長官が黒田清隆総理大臣に提出した意見書からうかがい知ることができる。そのなかで、井上は、「憲法ハ単一ノ法律ニ非スシテ専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」と述べたうえで、「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、憲法典を国内に権力の側が通用させていくことが重要であることを訴えた。<sup>1)</sup>

しかし、憲法典の通用といっても、そのさいに問題になるのは、憲法典に明定されていない事項の解釈と運用の方法である。憲法典で明定されていない事項については、あくまで憲法典の枠内で解釈するのか、普遍的な立憲主義（立憲制度の原則）や諸外国の事例を参照基準にするのか、がただちに問題になる。たとえば、国民を拘束する法の定立条件が問題になる。いかなる手続きを経て定立された法なら国民を拘束することができるのかを考えた場合、憲法典に明定されている法律や命令以外は国民を拘束する効力を有しないとみなすか否かが問われるわけである。

憲法典の枠内で運用することばかりに執着すると、どうしても憲法典の規定に示された原則というものがかならずしも貫徹しない領域が存在してし

\* 立命館大学文学部非常勤講師

まう。そのような領域をあくまで例外とみなすのか否かが問題になる。その顕著な例が一国の意思だけではどうにもならない事項である。諸外国との関係を優先させる必要がつきまとうがゆえに憲法典の枠内に閉じきれない問題とみなされがちな領域だからである。

戦前の日本における憲法上の法律事項をふくむ条約の締結と国内編入の方式をめぐる問題は、上記のことを考えるさいに好個の素材である。あまりに簡潔な条文である大日本帝国憲法第13条「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」のもとで、憲法上の法律事項をふくむ条約の締結と国内編入の方式は難問となるからである。国民を拘束する法を憲法典の枠内でのみとらえ、その定立には憲法典所定の手続きしか認めないのか、それとも「大権事項」の名のもとに条約締結権の所在以外に国民を拘束する法の定立の条件に関しては憲法典の枠外とするのか、という問題が生じるのである。

条約をどのように締結して国内編入し執行するのかについては、国際法が定めることではない。各国の憲法秩序にゆだねられている問題である。すなわち、条約締結にあたって議会の承認を必要とするのか。その場合、条約そのものについて議会で承認を求めるとか、あるいは条約と同じ内容の法律案を議会で提出するのか。それは、国際法が決めることなく、諸国家にゆだねられている問題である。

日本国憲法第73条は、条約締結権が内閣に属するとしたうえで、第3号で国会が承認すべき条約が存在することを示している。しかし、その基準を憲法典は明定していない。のちにいわゆる大平三原則と呼ばれる政府による説明が求められた所以である。<sup>2)</sup>

敗戦後連合国軍最高司令官総司令部から憲法改正草案を手交される前に幣原喜重郎内閣のもとで大日本帝国憲法の検討をおこなっていた憲法問題調査委員会（いわゆる松本委員会）においては、憲法第13条について次のような修正案が検討されていた。

## 第十三条

(甲案) 天皇ハ諸般ノ条約ヲ締結ス

但シ此ノ憲法ニ於テ法律ヲ以テ定ムヘキモノトシタル事項ニ関ル  
条約又ハ国家ニ重大ナル義務ヲ負ハシムル条約ハ国会ノ協賛ヲ經  
ルヲ要ス

天皇ハ条約ノ公布（及執行）ヲ命ス

条約ハ公布ニ依リ法律ノ効力ヲ有ス<sup>3)</sup>

これは、第9回調査会（1946年1月5日）で作成された甲案である。大日本帝国憲法はもとより実際に成立した日本国憲法とも異なり、特定の種類の条約に対する議会の協賛や公布によって法律の効力が生じるという規定までである。このような改正案が出されること自体、戦前日本の慣行が十全ではなかったことを示唆している。表面上は大きな政治的争点になったり学理上の議論はともかく憲法解釈をめぐる疑義が重大問題として持続して呈されることはなかったとしても、潜在的な問題が存在していたということの方がい知ることができるのである。

戦前日本における条約の国内編入をめぐる慣行については、条約にそのまま国内法上の効力を認めてきた、という説明がなされている。<sup>4)</sup> また、戦前の判例において条約の国内法上の効力をはっきり認めたものがある。<sup>5)</sup>

憲法典施行後間もなくの時期である初期議會期に条約の締結や国内編入の方式をめぐる帝国議会で問題になったことは知られている。<sup>6)</sup> では、戦前の学者による学理上の議論は別として、なぜその後条約の締結や国内編入の方式をめぐる大きな問題になることはなかったのか。戦前日本の慣行に関する説明は、我国に立憲制度が定着していく過程で何が潜在化していったのかをあきらかにしてくれない。憲法上の法律事項であるにもかかわらず、帝国議会の承認をいっさい受けずに条約が国内法体系に編入され国内法上の効力を有するという慣行が立憲制度に反しないものとされたのであれば、

何がその条件であったのか。憲法上の法律事項をふくむ条約を締結するだけでただちに国内法上の効力が生じたという戦前日本における慣行の説明だけでは、説明できないのである。そのことは、戦前日本における国際法学説に関する研究もしかりである。<sup>7)</sup> 本稿であらためて憲法典施行後間もなくの時期である初期議会期における官民の議論の検討を試みる所以である。

先行研究は、この問いになかなか答えてくれない。政治史研究の多くは、目立って政治的な問題になったことをあきらかにしようとはするが、大きな政治的争点にならなかったことには関心を向けない。ゆえに、憲法上の法律事項をふくむ条約の締結と国内編入をめぐって立憲制度に伏在する問題については無関心である。それは、初期議会期の政治史研究も条約改正史研究も同様である。

慣行が形成される過程における官民の議論について比較的詳細に考察したものとして、千葉功の研究がある。<sup>8)</sup> 初期議会期における官民の議論状況を手際よくまとめているが、外務省の「自律化」(外交政策をめぐる他の国家機関による干渉の拒否)の過程の分析に主眼があるため、単なる路線選択の問題で済ましてしまっている。その結果、あたかも条約締結権への帝国議会の参入の可能性があったかのように過大評価して、条約の国内法上の効力をめぐる議論が収束した結果いかなる問題が潜在化したまま残ったのかわからない。

以上を要するに、本稿は、大日本帝国憲法施行後間もなくの時期に条約の締結と国内編入をめぐる議論が何を問題として顕在化させたのかをあきらかにすることを通じて、議論の収束の結果として戦前日本の慣行によって立憲制度をめぐる何が潜在化したのかを探ることを試みることを目的とするものである。

## I. 条約という国内法を容認するのかという問題

大日本帝国憲法第13条は、簡潔な規定である。宣戦・講和権と条約締結権が天皇の権限であることを規定しているだけである。条約締結権に関する憲法典起草者の意図は、伊藤博文の名で刊行された『憲法義解』の説明を読むかぎり明確にみえる。すなわち、

恭て按ずるに、外国と交戦を宣告し、和親を講盟し、及条約を締結するの事は総て至尊の大権に属し、議會の參贊を仮らず。此れ一は君主は外国に対し国家を代表する主権の統一を欲し、二は和戦及条約の事は専ら時機に応じ籌謀敏速なるを尚ぶに由るなり。諸般の条約とは和親・貿易及連盟の約を謂ふなり。〔中略〕本条の掲ぐる所は専ら議會の関渉に由らずして天皇其の大臣の輔翼に依り外交事務を行ふを謂ふなり。<sup>9)</sup>

とあるように、第13条は、宣戦・講和のみならず条約の締結にも帝国議會を関与させないことを主眼としていた。このことは、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の答弁によっても確認することができる。伊藤は、草案第13条について、いかなる条約の締結においても帝国議會が承認することはないということをくり返し述べた。<sup>10)</sup>

以上から、条約をめぐる憲法上の権限については疑念をはさむ余地はなかったようにみえる。しかし、これらは、条約の締結には帝国議會の関与を認めないことが憲法第13条の法意である、と述べているだけにすぎない。憲法上の法律事項（法律を以て定めるべき事項）をふくむ条約を国内編入する条件については、何も語っていない。憲法上の法律事項をふくむ条約が国内法上の効力を有し条約が国民を拘束する条件については、不明なままであった。したがって、立法の条件として帝国議會の協賛を明定した憲法典の施行前における慣行を憲法典施行以降も継続してよいのかどうかについて問題

が残った。

しかし、伊藤博文らがあるこの点についてどれほど確信をもっていたかは、あやしい。<sup>11)</sup> 条約の公布式すら制定されていなかったからである。<sup>12)</sup> 憲法典起草過程において条約の公布式の明定の必要をヘルマン・ロesslerが一貫して主張していたにもかかわらずである。<sup>13)</sup>

憲法典施行後も、条約の国内編入の問題について統一した憲法解釈が政府内において共有されていたわけではなかった。たとえば、大蔵省の内部には、憲法上の法律事項をふくむ条約を締結する場合と条約の結果財政支出が必要になる場合には帝国議会の協賛が必要である、との意見があった。『松方家文書』のなかには、そのことをうかがい知ることができる大蔵省野紙に記された文書が存在する。<sup>14)</sup> いつ誰が何のために起草したものかは不明であるが、少なくとも大蔵省の内部においてこの問題を検討したことだけは知ることができる。国庫の負担を生じる条約については、条約そのものを帝国議会に付議する必要はなく歳出予算を調製して協賛を求めればよい、との見解を示している。一度可決されれば、既定の性質を有することになるから、以後は政府が同意しないかぎり廃除・削減されることはない。憲法上の法律事項をふくむ条約は、条約そのものを批准の前に帝国議会に付議して法律として公布すべきである、と主張している。批准前に帝国議会の協賛が必要であると説いているゆえ、特定の種類の条約については天皇の条約締結権を制約することを主張していることになる。

また、当時法制局にも条約の国内法上の効力に関して帝国議会の承認が必要な場合があるとの見解が存在したことを示す意見書がある。条約の国際法上の効力と国内法上の効力を区別して、憲法第13条により帝国議会の協賛なしで国際法上の効力が生じることを認めただうえで、条約の国内法上の効力は国家の命令によって生じるが、条約を施行するために法律の性質の命令を要するときは批准前における帝国議会の協賛と法律としての公布が必要である、という見解である。<sup>15)</sup> 同趣旨の別の意見書においては、日本の場合、

天皇が締結した条約が日本の臣民を拘束する効力に関しては大日本帝国憲法に明文がないが条約の締結のみを以てただちに日本国内に条約を実行できると論じることはできないとしたうえで、日本の憲法が認める法令は法律と命令の二種類のみであると論断している。<sup>16)</sup>

民間においても、一時期この問題がさかんに議論された。新聞・雑誌がこの問題について疑義を呈し本格的に論じるようになったのは、第1回帝国議会閉会後の1891年春以降になってからである。<sup>17)</sup>特に、1891年4月から8月にかけて議論が集中した。とりわけ問題になったのは、条約改正の結果としての協定関税率の変更には帝国議会の協賛が必要か否かであった。

多くの新聞・雑誌は、大日本帝国憲法第13条により条約締結権が天皇に専属することを原則としつつも、条約改正による協定関税率の変更のためには帝国議会の承認を経る必要がある、と主張した。その根拠は、憲法典の第13条以外の条文に求められた。すなわち、新税の賦課や税率の変更は法律を以ておこなうことを規定した第62条第1項、臣民の納税義務は法律によることを規定した第21条、そして法律は帝国議会の協賛を経る必要があることを規定した第37条である。当然、関税が租税であることを前提とする見解であった。すなわち、関税は租税である。租税の徴収と税率の変更には法律が必要である。臣民の納税義務は法律による。法律の制定・改廃には帝国議会の協賛が必要である。おおむねこのような主張であった。

ただし、憲法上の法律事項をふくむ条約に対する帝国議会の協賛という場合の「協賛」という言葉には注意が必要である。論者によって異なる意味で用いられていた。おおむね二つの意味で用いられた。一つは、条約そのものに対する帝国議会の協賛である。いま一つは、条約の内容を法律案にしたものに対する帝国議会の協賛である。

新聞によってはいかなる意味での「協賛」なのかわかりにくいものもある<sup>18)</sup>が、前者の意味での協賛についてもっとも明確で典型的なのは、改進黨系の新聞である『民報』である。『民報』は、あきらかに条約そのものに

対する帝国議会の協賛の必要を主張した。<sup>19)</sup>天皇の条約締結権を直接制約する憲法解釈である。ただし、それだけで手続きがすべて終わりなのかどうか、既存の法律と矛盾する条約を締結した場合は条約に対する協賛だけで本当に済むのかどうか、については不明である。<sup>20)</sup>

それに対して、『東京朝日新聞』や『東京新報』は、憲法上の法律事項をふくむ条約が国民を拘束するためにはあらためて法律を制定する必要があるという憲法解釈を示した。天皇の条約締結権の無制限を前提にして、条約そのものに対する帝国議会の協賛が必要であるという見解を否定した。したがって、この場合の「協賛」とは、通常の立法手続きすなわち条約の内容を法律案にしたものや既存の法律の改正案に対する帝国議会の協賛である。<sup>21)</sup>

条約そのものではなく法律案に対する帝国議会の協賛の必要を主張した新聞は、条約と法律は異なる法であることを根拠にして、条約自体に帝国議会が協賛しても条約を法律に変えることはできない、と説いた。あくまで条約が条約のまま国民を拘束することを否定したのである。先述した法制局の見解と同様に、法律と命令のみが国民を拘束するという見解であった。

しかし、同じ前提は別の結論をも導き出すことになる。すなわち、条約と法律は異なる法であるゆえにこそ、条約の締結や国内編入には帝国議会が関与する余地はないという見解である。そのことをくり返し雑誌において展開したのは、帝国大学法科大学教授の梅謙次郎であった。すでに千葉功が推測しているように、当時農商務省参事官でもあった梅は陸奥宗光農商務大臣の委嘱を受けて各新聞の主張や各国の憲法典ならびに憲法慣行を調査する<sup>22)</sup>とともに、みずからの見解を雑誌にあいついで発表した。<sup>23)</sup>大日本帝国憲法第21条と第62条は憲法第13条に制限を設けて天皇大権を拘束するのか否かという問いを設定して法律を以て定めなければならない国定関税率とは異なり条約による協定関税率は天皇大権に属し大日本帝国憲法第62条の例外であるとの見解を展開した梅は、条約に対する帝国議会の協賛のみならず条約の内容を法律案にして帝国議会の協賛を求める措置の必要をも否定し



た<sup>24)</sup>。

以上の憲法解釈の相違は、表面上は天皇の条約締結権と帝国議会の権限をめぐる問題であるかのようにみえる。条約締結権の自由をどこまで求めるのか、あるいは帝国議会の権限が及ばない法の領域があるのか否かをめぐる見解の相違であった。梅謙次郎は、立法権の範囲の限定を主張した。条約それ自体に対する帝国議会の協賛を主張した議論は、あきらかに天皇の条約締結権そのものを直接制限する憲法解釈であった。また、条約の内容を法律案にしたものに対する協賛を主張した見解は、間接的に天皇の条約締結権を制約することになる。なぜなら、国際法上条約が成立しても、帝国議会が法律案に協賛せず履行義務をはたすことができなくなる疑いのある条約を締結しがたくなるからである。

しかし、問題はそれにとどまらなかった。条約の締結と執行にあたって条約締結権の自由をどこまで認めるのかを論じるさいに基準とされたのは、条約という国内法を我国の立憲制度が容認するの否かという問題であった。すなわち、憲法典に明定された法律と命令のほかに国民を拘束する法として条約を国内において認めるの否かという問題であった。ひいては、憲法典の枠外の法の領域を認めるの否かであった。<sup>25)</sup> その点、法律と命令しかないという法制局の見解はわかりやすい。この問題も憲法典起草過程においてあらかじめ決められていたことではなかったことを表現している。条約を国内法として認めるということは、憲法典の外側の法の領域を認めるということの意味する。

では、なんらかのかたちでの帝国議会の協賛を主張する論者は、なぜかも憲法典の枠内で解釈しようとしたのか。また、憲法典の外側の法の領域を認めるということは、どういう憲法解釈を導き出すのであろうか。

## Ⅱ. 条約と法律の抵触

### ——条約による法律の変更は立憲的か否かをめぐる問題

国民を拘束する国内法として条約を認めるということは、条約の締結の条件としてだけでなく条約が国内法上の効力を有する条件としても帝国議会の承認を必要としない、という結論を導くことになる。そして、法律と命令のほかに条約をも国内法として認めるということは、憲法典の条文からはあきらかではない条約と法律の抵触問題を生むことになる。法律と命令の関係については、大日本憲法第9条但書に「命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス」と明定されていた。しかし、条約と法律の関係については、不明なままであった。たとえ条約という国内法を認め帝国議会の権限が及ばない法の領域を容認しても、はたして条約が既存の法律に抵触した場合に条約は既存の法律を当然のように自動的に変更するとみなすことができるのか否かという問題が残るわけである。この問題も、憲法典起草過程で詰めた議論がなされなかった問題であった。単純に考えれば、既存の法律を改正すれば済むことではある。条約の履行義務と矛盾することはなくなる。本来法理の問題ではなく条約と法律を一致させるべく努めるべき問題であるが、憲法典実施後間もなくの時期においては、疑義が呈された。

条約に対する帝国議会の関与を否定する論者からすれば、この答えは自明であった。条約は法律をも改廃する効力を有し、条約は自動的に既存の法律を変更するとみなすことができる、というものである。たとえば、内務省参事官兼法制局参事官の都筑馨六は、議会や世論を外交に対する阻害要因とみなし、

条約ハ批准ヲ経タルトキヨリ其国ヲ束縛スルモノナルガ故ニ之ニ違背セル法律勅令及其他ノ内国ノ規定ハ其条約ニ抵触スルガタメニ当然消滅スベキモノナリト信ズ帝国憲法ハ其第十三条ニ於テ条約ノ締結ヲ以

テ天皇ノ大権ノ施行ト為シ毫モ之ヲ制限セズ故ニ天皇ガ此大権ニ基因シテ締結セラレタル条約ハ議會ノ協賛ヲ経タル法律ヲモ変更スベキ効力ヲ有スベシ<sup>26)</sup>

と、条約の締結だけでなく条約が法律と抵触した場合についても明確に帝国議会の容喙を否定した。条約の締結だけでなく国内への執行においても国内的障害要因をできるだけ排除することを優先させれば、必然的に条約は帝国議会の協賛を受けた法律をも変更する効力を有すると断言することになるのである。

では、このような憲法解釈に疑義を抱く論者は、いったい何を問題にしようとしていたのか。政府内においてこの問題に敏感だったのは、法制局である。1891年に調印された改正万国郵便連合条約の批准にあたって、法制局（尾崎三良法制局長官）は、郵便条例と抵触する規定が存在することを指摘し、郵便条例改正の手続きをとる必要があると進言した。しかし、榎本武揚外務大臣は、法制局の進言を否定し、条約に抵触する法律の規定は条約の公布とともに自動的に変更されたとみなすとの見解を示した。最終的に内閣は、法制局の意見を採用しなかった。<sup>27)</sup>

法制局は、改正万国郵便連合条約と郵便条例の抵触によって唐突に条約と法律の関係に関心を有したわけではなかった。尾崎三良は前年（1891年）9月にあいついで条約と帝国議会の関係に関する外国人顧問から答議を受けていた。また、外国人顧問に対する質疑は、前任者の井上毅がすでに何度かおこなっていた。新聞・雑誌において協定関税率の変更に対する帝国議会の協賛の可否が議論されていたとき、みずからも諸外国の学説や制度や実行に目を通して検討しつつ<sup>28)</sup> 井上は同じ問題をめぐって主にヘルマン・ロesslerとアレッサンドロ・パテルノストロに対して執拗に質疑を發した。

ロesslerとパテルノストロの答議の内容は、対照的であった。ロesslerは、協定関税率の変更には帝国議会の協賛は必要ない、と答議した。憲

法第 62 条はあくまで国内の租税（これには国定関税率もふくまれる）に関する規定であるというのがロesslerの見解であった。<sup>29)</sup>それだけではない。条約に対する帝国議会の協賛の必要を否定したのは、いかに議会が条約に協賛したとしても条約が法律に転じるわけではないという見解のゆえでもあった。パテルノストロは、協定関税率の変更には帝国議会の協賛を経る必要があると答議した。憲法典の明文がないかぎり条約に対する帝国議会の協賛は必要ないと説いたロesslerに対し、憲法秩序の維持のためには憲法典の各条文を「調和」させて解釈し運用するべきであるとの立場をとるパテルノストロは、たとえ明文がなくとも憲法典全体から解釈すれば帝国議会の協賛は必要であると答えた。<sup>30)</sup>ただし、パテルノストロがいう帝国議会の「協賛」とは、締結の条件としての条約そのものに対する協賛ではなく、締結によって条約の国際法上の効力が生じた後に条約が国内法上の効力を有するための条件として帝国議会に提出された法律案に対する協賛を意味していた。<sup>31)</sup>

このように、協定関税率の変更と帝国議会の関与に関する両者の見解は、対照的であった。両者の答議を受けて、井上毅は、1891年6月6日付伊藤博文宛の書翰において、

関税法之件ニ付パテルノストロ氏ハ、ロessler氏ニ反対シ、当然議会ニ付スヘシとの説を主持スルものニ有之候、  
同氏答議ハ頗る詳細ニ涉リ、御参考ニも供スヘキものと奉存候間、写ニ而奉差出候、其第三回答議ハ、憲法ト国際法との関係ニ付、尤精確之持説を表候、<sup>32)</sup>

と、ロessler答議とパテルノストロ答議を対照させ、後者を推した。そして、別紙として三つのパテルノストロ答議を同封した。<sup>33)</sup>

この時期における井上自身の見解は、小池靖一衆議院書記官に対して条約

と国内法の関係について一書を編纂し公刊することをすすめた1891年6月24日付書翰から知ることができる。井上は、編纂するべき一書の結論として次のように記すことを提案した。

結論之主旨ハ、

日本憲法ノ成文ニ依レハ、天皇ハ絶対的ニ条約締結ノ權ヲ有シ玉フコト疑ナキモ、但シ同時ニ又条約ハ憲法カ国家機関議會ニ與ヘタル職權ヲ剝奪スルコト能ハズ、条約其ノ物ハ国际上ノ契約ニ過キズシテ外部即チ条約当事者ノ間ニ国家ノ義務ヲ生スト雖、未タ内部ニ向テ何等ノ權利義務ヲ生スルコトアラズ、若内部臣民ニ向テ義務ヲ負ハシメントスルニハ、必ヤ主權者ノ命令ヲ公布スルヲ要ス、而シテ此ノ命令ニシテ憲法ニ定メタル法律的ノ実体ニ属スヘキ者ニ係ルトキハ、議會ノ協賛ヲ經ルニ非サレハ憲法上ノ定規ニ合ハザル者トス、是ニ於テカ君主ノ特權ニ依リ締結セラレタル条約ニシテ、内部ニ効力ヲ及ホスニ當リ、議會ノ叶賛ヲ得ザルノ故ヲ以テ施行スルコト能ハザルノ困難ナル抵触ヲ生スルコトナシトセズ、是レ英國ニ於テ實際絶エテ見ザル所ナレトモ理論上誣フヘカラザルモノナリ、此ノ困難ヲ避ル為ニハ、唯タ条約締結ノ際、

国法ニ關係スル或部分ニ付テハ、議會ノ叶賛ヲ經ルノ後ニ効力ヲ有ス、(パテルノストロ氏意見參看)

トノ一條ヲ保ツノ(レゼルフ)一方法アルノミ

との大意ニいたし度候、高見如何、御垂教奉冀候、<sup>34)</sup>

これによると、大日本帝国憲法の解釈として条約締結権は天皇に専属するものの、条約は憲法典に規定された国家機関の権限を侵犯することはできない。条約が臣民の権利義務を直接規定するわけではなく、国内的効力を生じさせるためには主權者の命令が必要である。それが憲法上の法律事項に関す

るものであれば、帝国議会の協賛を経ることが必要である。以上が井上の見解である。すでに締結した条約を前提にして条約の国際法上の効力と国内法上の効力を区別しているから、ここにいう「協賛」とはパテルノストロと同様に条約そのものに対する協賛ではなく法律案に対する協賛であることがわかる。<sup>35)</sup>

外国人顧問に対する井上の質疑がかならずしも 1891 年の新聞・雑誌における議論に触発されたものではないことは、前年の春にロessler とパテルノストロに質疑を発したことによって知ることができる。公布のみによって条約の罰則規定を直接国民に適用できるか否かという質疑であった。<sup>36)</sup> 小池宛書翰の内容からもわかることであるが、この質疑も協定関税率の変更をめぐる問題だけが井上の関心の対象ではなかったことを示している。ロessler は、議会の承諾を必要とせず法律の体裁を以て公布すればよい、と回答した。<sup>37)</sup> パテルノストロは、立法上の権限に関することを規定する条約の条項がある場合はかならず法律を要する、と回答した。<sup>38)</sup>

また、井上が外国人顧問に質疑を発したのは、結論そのものを与えてもらうためではなかった。たしかに、井上は伊藤宛書翰でパテルノストロを推した。また、小池宛書翰には「パテルノストロ氏意見参看」と記されている。これらを読むかぎり、井上がパテルノストロに学びパテルノストロの答えにしたがったとみることができる。

しかし、井上がパテルノストロに全面的に影響を受けたと断じるのは、早計である。井上がかならずしもパテルノストロに結論そのものを求めたわけではないことは、憲法典起草過程においてすでにみずからの見解を有していたことからわかる。井上の憲法草案には、特定の種類の条約は議会の承認を経なければ効力をもたないという規定が存在していた。しかも、事前に得ていたロessler 答議に反してまでそのような条文を設けたという経緯がある。

<sup>39)</sup> 井上の草案と見解は結局採用されなかったが、みずからの草案を提出した後もロessler から答議を得ていたにもかかわらず、井上は憲法典発布や施

行の後も執拗に外国人顧問に質疑を發した。そのさい、井上は、「立憲国ニ於テハ」関税を国民に適用するためには議会に付議する必要があるかという質問の仕方をした。<sup>40)</sup> 別の質疑のなかで「独り推算法ニ依リテノミ」法律を改廃する条約が施行の効力を有するためには帝国議会の協賛を経る必要があるといえと述べた<sup>41)</sup> ように、井上も、憲法第13条からだけは法律を改廃する条約が効力を有するためには帝国議会の協賛を経る必要があるという憲法解釈をすることができないことを自覚していたからである。憲法典起草過程における自身の見解が採用されなかった結果憲法典に明文が存在しない以上、普遍的な立憲制度の条件を参照基準にするしかなかったわけである。

してみると、井上の質疑は結論ではなくそれを支える根拠を求めるものであったと考えるほかないということになる。みずからの見解の憲法慣行としての実現可能性（憲法典に明定されていなくても憲法解釈として問題ないのか、そして他国にも了解可能なほど立憲制度の通義たりえるか否か）を探るために質疑を發したのである。

ロesslerとパテルノストロの答議は、協定関税率の変更には帝国議会の協賛が必要か否かをめぐって、対照的であった。また、帝国議会の協賛に関する明文が憲法典に必要か否かをめぐっても見解を異にしていた。しかし、その一方では、立憲制度に共通の原則をめぐって、ロesslerとパテルノストロは、見解を異にしていたわけではなかった。共通していた立憲制度の原則とは、条約は法律を当然には変更できない、ということである。ロesslerは、法律は法律によらなければ改廃できないことは「立憲制ノ諸国ニ通スヘキ原則」であり、<sup>42)</sup> ある事項については「真正ノ法律」「真ノ法律」が必要である、と説いた。<sup>43)</sup> 議会による条約の協賛について規定した明文がない憲法においては、「立憲制度ノ性質、精神、目的」によって定めると説いたパテルノストロは、法律事項を条約によって制定・改廃したら「立憲制度ノ精神、目的、担保」にもとる、と述べた。<sup>44)</sup>

このようなことを彼らが強調したのは、なぜか。そこでみておきたいのがパテルノストロ答議の一節である。

第十三条ノ解釈ニ付テハ如何ナルモノヲ以テ正当ナリトスルヤ。本条ハ憲法中ノ他ノ条ヲ離レテ明ニ立憲（即チ制限セラレタル）君主国ノ元則ニ適合シタル貴国憲法全体ノ意義ヲ離レテ觀察ヲ下スヘカラス。〔中略〕条約ハ国法ノ一部トナルハ実ニ然リ。然レトモ条約カ国法ノ一部トナルニハ其ノ条約ハ憲法上有効ナルヲ要ス。然ルニ若シ其ノ条約ニシテ、根本法（憲法）ノ規定ニ又ハ立法権ヨリ生スル法律ノ規定（日本ニ於テハ天皇ハ議會ノ協賛ヲ以テ之ヲ作ル（第五条））ニ違反スルトキハ、憲法上有効ナリト云フヘカラス。天皇ハ其ノ権力、即チ憲法（第四条）ノ規定ニ從ヒ、其ノ身ニ有セラル、総テノ大権ヲ施行セラレサルヘカラス。然レトモ、第十三条ノ大権ヲ施行シナカラ、亦憲法ノ総テノ他ノ諸条ヨリ生スル条件及制限ヲモ遵守セラレサルヘカラス。然ラサレハ大権ハ制限ナキモノトナリ、憲法全体ハ天皇ノ意思ニ依リ左右セラル、ニ至ルヘシ。是レ、立憲主義ノ精神ヲ減尽スルモノニ非スヤ。<sup>45)</sup>

ここには、憲法典の条文にあきらかに抵触する条約を締結し執行することだけが憲法違反なのではなく、条約を国内編入する方式においても憲法違反がありえることが示されている。条約の国内編入の手続きによる憲法破壊を警告しているのである。この場合の憲法破壊とは、憲法上の法律事項をふくむ条約の執行方法によっては憲法典の他の条文を無効にしてしまうことである。パテルノストロがいう「立憲」の意味（立憲主義の基準）は、憲法典の条文による権力の制限というシンプルなものであったが、制限された天皇大権の根拠を憲法第4条に求め、憲法典に制限された統治権総攬者としての天皇を想定していた。天皇の意思によって憲法典が左右されてしまうと述べているように、法律は法律を以てのみ変更できるという原則に例外を設けて



条約が自動的に法律を変更するとみなす憲法解釈と運用は、天皇が憲法典の枠外にいる無制限の存在とみなすことになり天皇が憲法破壊をすることを容認することになるということを警告したのである。<sup>46)</sup>憲法典施行後の外国人顧問の答議は、もし条約が法律を当然変更できるとみなす憲法解釈と運用をすればいかなる事態になりえるかを井上毅に知らしめるものであった。<sup>47)</sup>

このことは、主権者に関する都筑馨六の見解と比較すれば明確になる。条約の締結に対する帝国議会の関与を否定した都筑は、天皇を条約による法律の改廃をもできる無制限の主権者とみなした。<sup>48)</sup>また、梅謙次郎の見解にみられるように、条約の締結と履行の円滑さを優先させれば、憲法解釈上の疑義が生じたときに憲法上の法律事項をふくむ条約の国内編入についてはどうしても憲法典の「常則」では説明できない「例外」であると説明するしかなかった。<sup>49)</sup>それが立憲制度に反しないのは憲法第13条にしたがったからである、という説明がなされた。<sup>50)</sup>条約の締結のみならず執行についてまでいかなる意味でも帝国議会の関与を否定することを説明しようとするれば、憲法典の枠外の法を国内に強制する主権者を想定することになるのである。パテルノストロが憲法第4条を根拠にしてあくまでも天皇を憲法典の枠内の統治権総攬者とみなそうとしたのとは対照的である。<sup>51)</sup>

### Ⅲ. 憲法解釈確定の困難と議論の収束

梅謙次郎と都筑馨六の主眼は、外交の迅速・秘密と条約の締結・執行の円滑さを確保するために、帝国議会の関与をできるだけ排除することであった。法理上の議論も憲法典の条文に照らした解釈も、すべてこの結論を正当化するためのものにほかならなかった。イギリスと異なり政党と議会政治が未熟あることを根拠にしてイギリスの憲法慣行を参照できないことを説いき、帝国議会に付議したら条約改正は永久に困難であると断じたり、<sup>52)</sup>世論や帝国議会の意向に左右される政治的安定性と執行力を欠いた政府による

弱い外交は国際的な信用を損ない諸外国からの軽侮を招くであろうと述べた<sup>53)</sup>のは、主張の目的を正直に示している。あるいは、いかに憲法第21条や第62条に従って法律につくりなおしたとしてもそれは法律を以て定めることにはならないとしてすでに締結された条約によってすでに法が定立されていることを梅が強調した<sup>54)</sup>のも、それを示すものである。彼らからすれば、帝国議会（特に衆議院の政党勢力）も一般の世論も、当面の課題となっている条約改正をはじめとする外交の阻害要因になりこそすれ、外交の後援として期待できる存在ではなかった。

しかし、実際には帝国議会や世論を完全には無視できないという現実があった。<sup>55)</sup> 実際、伊藤博文は、枢密院における憲法草案審議で天皇の条約締結権が帝国議会によって拘束されることを否定する一方で、外交政策を明示することは便宜上必要な場合もあると述べていた。<sup>56)</sup>

また、梅や都筑の主張に対して、日本の国権や国益を毀損する条約を締結しかねない事態を憲法典による拘束によって防遏することを試みる見解を対置させることができる。実際、憲法典起草過程における井上毅「初稿」第16条「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バ其効ヲ有セズ」の説明にあるように、政府が恣意的に条約を締結するどころか国益や国権を毀損すると疑われる条約を国家間の力関係の結果締結してしまうかもしれないという見地から、特定の種類の条約には議会の承認が必要だという見解も、存在していた。<sup>57)</sup> 井上が自己の案が採用されなかった後も、みずからの見解に沿った憲法慣行の実現可能性を探ったことは、前述したとおりである。

ただし、憲法典に明文があろうとなかろうと、条約を締結した後に帝国議会の承認を経るという慣行をただちに形成することは容易ではなかった。現実の実行においては帝国議会による否決の結果条約の不履行という事態を生むかもしれないからである。井上はそれが国際的な問題を生みかねないことを自覚していた。この困難を回避する方法としてパテルノストロが提示し

たのは、世論や帝国議会の意向を察することや国内政治上の工作のほかは条約の留保条件付の署名や締結しかなかった。<sup>58)</sup>それは条約の速成ということを考えて場合、現実的であったとはいいがたい。

一方、憲法典の条文に照らした場合、条約の締結にも国内編入にも帝国議会は関与できないという憲法解釈は、あながち乱暴な議論ではなくそれなりの根拠と正当性を有していた。そのことは、次のことによって確認することができる。

第一に、大日本帝国憲法の他の条文とは異なり、第13条には但書がない。第9条・第10条・第40条などには但書があるのと対照的である。また、条約に関する規定は、他の条文にはない。第二に、諸外国の憲法典には議会の条約に対する承認に関する規定は存在するが、大日本帝国憲法第13条には但書や第2項がない。憲法典起草過程において参照されたと思われる他国の憲法典の条約締結権に関する条文には特定の種類の条約に対する議会の承認の規定があるにもかかわらず、である。<sup>59)</sup>そのことは憲法典起草者も自覚していた。枢密院における憲法草案審議のさいに、伊藤博文枢密院議長はプロイセン憲法第48条との相違を強調している。<sup>60)</sup>

しかし、憲法典の条文に明文の但書が必要か否かということについては、疑義が残る。その例として、天皇大権とされる憲法第10条・第12条・第13条（宣戦権）・第15条に対する国債や予算外支出に関する第62条第3項そして国家の歳出に対する帝国議会の協賛を規定した第64条を挙げることができる。憲法典の他の条文によって天皇大権が制限されることはないという解釈に対する反証を挙げることができるのである。

大日本帝国憲法は、不文憲法的な要素を多分に有する憲法典であるゆえに、このように法理によってあらかじめ原理的に確定することができるものではなかった。外交の優先を強調すれば、憲法典の枠外の無制限な主権者を想定しなければならなくなる。憲法典の常則に対する例外としかいいようがなく、憲法第13条にしたがったゆえに憲法違反ではないと強弁するしか

いのである。一方、条約それ自体に対する帝国議会の協賛といっても、立法に関する帝国憲法の条文を根拠にしながら、条約それ自体に対する帝国議会の協賛を以てたれりとした。その結果いかにして法律にするのか不明であるゆえ、法理上杜撰な議論となってしまうのである。

条約の内容を法律案にして帝国議会の協賛を求めるべきであるという憲法解釈は、バテルノストロ自身も説いていたように、通常法律案の審議と異なり修正することはできないわけであるから、<sup>61)</sup> これも法理としては問題が残る憲法解釈である。また、この憲法解釈は、条約の履行と憲法上の手続きにしたがった法の定立が両立するように無理に説明しようとすれば、帝国議会の協賛が義務であることを当然のこととする憲法解釈に行き着いてしまう。憲法典発布後間もなくの時期に示した憲法解釈において法律と命令だけが国民を拘束する法であると説いていた穂積八束は、<sup>62)</sup> 2年半後には条約は国家機関を拘束して立法と行政の自由を奪うとの見解を示すようになった。穂積によれば、国家は条約を履行する責務を負うが、法律が条約を変更できないのと同様に条約も法律を変更できない。穂積の場合も、条約と法律が異なることを根拠にして、法律事項をふくむ条約を執行するにあたって立法措置があらためて必要であるとしている。そのさい、法律案の修正も否決も不可であることを結論としている。<sup>63)</sup> 無理に法理にこだわると、かようにあまりにも形式主義的な協賛義務説になるのである。

してみると、あらかじめ憲法解釈を法理や学理によって原理的に確定するのは困難な問題であったということになる。そもそも、憲法上の法律事項(法律を以て定めるべき事項)とはいっても、そもそも法律と命令の区別すら確定しきれていなかったというのが現実であった。

政府およびその周辺では、条約の国内編入をめぐる問題について憲法解釈を原理的に確定しかねていた形跡がある。明治40年勅令第6号公式令(1907年2月1日)が制定され条約は条約として公布されるようになるまで勅令無号という番外の勅令というかたちで条約を公布しつづけていたのも、条約の

国内編入の方式を確定できなかったことを表現しているが、それ以外にも、たとえば次のような事例からうかがい知ることができる。

大隈条約改正案の修正案を締盟各国に送付するべく作成され1890年2月8日に閣議決定された青木周蔵外務大臣起草の覚書に「帝国政府ニ於テ顯然タル立法部ノ反対ノ為メニ完全ナル実施ヲ得難キ条約ヲ締結スルハ断シテ之ヲ為スヘカラサルモノト確信スル」<sup>64)</sup>と記されていたのに対して「条約締結ハ 天皇ノ大権ニ属シ議會ノ得テ容喙スヘカラサルハ憲法正文ノ規定スル所」<sup>65)</sup>であると批判して条約に対する帝国議会の関与を否定した伊東巳代治が改正万国郵便連合条約批准のさいに枢密院書記官長として示した見解は、含みをもたせる曖昧さを残すものであった。改正万国郵便条約の公布は勅令を以てすればよいとの見解を示しつつ、<sup>66)</sup>改正万国郵便連合条約と郵便条例の抵触問題には明確な回答を避けた。商品見本の大きさと重量を規定した改正万国郵便条約第5条第5項と郵便条例第209条があきらかに抵触していたにもかかわらずである。しかも、

若夫レ条約ノ効果ニ至リテハ条約ハ

天皇ノ大権ニ属スト雖以テ法律ヲ変更スルノ効力アルコトナシ其ノ理由ノ如キハ目下ノ疑義ニ関係スル所ナキヲ以テ今敢テ之ヲ贅セス<sup>67)</sup>

と、条約は法律を変更できないとの見解を示した。できるだけ条約に帝国議会を関与させたくない一方で、条約が自動的に法律を変更することを認めるか否かという問題を突きつけられると、躊躇せざるをえなかったのである。

憲法解釈の確定を躊躇するかのような同様の姿勢は、日清戦後の日独通商航海条約（1896年4月4日調印、11月20日公布）の批准をめぐる枢密院会議においてもみられた。第二読会において副島種臣枢密顧問官が「若シ条約ヲ以テ法令ヲ打消スコトヲ得ルトセハ国家カ有スル処ノ立法権ハ全ク蹂躪セラレタルニ均シ」と疑義を呈したのに対して、西園寺公望外務大臣は確答

を示すことができなかつた。<sup>68)</sup> また、第一読会で「条約法律共ニ国家ノ意志ナリ若シ法律カ条約ニ抵触セハ反対ノ法令ハ自然消滅スヘシ」<sup>69)</sup>と述べた政府委員の本野一郎も、第二読会では「条約ト法令ノ一般ノ関係ニ付キ将来如何ナル事カ規定セラル、ヤ否ハ外務省ノ知ラサル所」であると述べている。<sup>70)</sup>

これらの事例にみられる曖昧な姿勢は、憲法上の法律事項をふくむ条約や既存の法律に抵触する条約の履行を優先させることに対する躊躇が存在していたことを示している。いかに条約の円滑な履行のためとはいえ憲法上の法律事項にかかわることを原理的に確定することに危惧と躊躇を覚えずにはいられないという態度である。

憲法上の権限の問題としてあらかじめ憲法解釈を原理的に確定できる問題ではなく、現実の政治における自然の変化や発達にまかせる問題であった。そのことに自覚的な者がいたことは、すでに憲法典起草過程の1887年5月のロessler答議において指摘されていたことによって確認することができる。井上毅の質疑に対する1887年5月30日付のロessler答議は、君主の条約締結権と議会の関係について、「蓋此問題タル、法律上ノ問題ニアラスシテ、実力上ノ問題ナリ」<sup>71)</sup>とあるように、あらかじめ憲法典によって確定すべき問題ではないと説いた。また、年月日不明だが初期議会期であろうと思われる起草者不明の意見書は、条約締結と法律制定の必要の問題は、

憲法上権限ノ争ナレトモ之ヲ判定スルモノハ勢力ノ強弱如何ニアルモノナリ故ニ政府ノ勢力ニシテ議会ノ勢力ヨリ強大ナルトキニハ容易ニ己ノ欲スル所ノ法律ヲ制定スルコトヲ得ルナランカナレトモ若シ政府ニシテ議会ヲ左右スルコト能ハサルトキハ頗ル困難ナル位地ニ立ツナラン依テ此疑問タルヤ後日ノ實際ニ依リ判決セラル、モノニシテ今日ヨリ予メ理論ヲ以テ確定スヘキモノニアラサルナリ<sup>72)</sup>

と記している。

現実の政党の行動は、条約の締結もしくは国内編入に対する帝国議会の承認という憲法慣行の実現可能性を高めるものではなかった。政党は、この問題に対して積極的な関心を示さなかった。一時期といえどもあれほど新聞・雑誌で議論がなされたり報じられていたにもかかわらず、である。条約改正案の内容こそが条約改正をめぐる政党の主たる関心の対象であった。自由党は、協定関税率の変更に帝国議会の協賛を必要とするか否かという憲法解釈の問題にまったく関心を示さなかったわけではないが、<sup>73)</sup> 自由党にとって主たる関心の対象は、条約の国内編入の方式や条約と法律の関係あるいは帝国議会の権限をめぐる問題ではなく、自党の主張を改正条約案にいかん反映させるかということであった。特に、関税自主権が回復されて関税率が国定になった場合の事態を想定した海関税法案の提出に熱心であった。改進黨は、当初は条約改正問題に熱意を示さずにいたが、やがて対外硬運動に参加していった。<sup>74)</sup>

新聞や雑誌における議論も、どれだけ強い関心を有して本気でこの問題について議論しようとしたものであったのか、あやしい。持続する議論にならなかったこと自体、新聞が真剣にこの問題を追究しようとしていたわけではないことを示している。<sup>75)</sup>

そもそも、憲法典発布直後の時期新聞・雑誌における憲法第13条の解説は、積極的に帝国議会の権限を主張するものではなかった。疑義を呈しても及び腰の願望の吐露にとどまった。条約締結権が天皇に専属することを原則としつつ、条約の種類によっては何らかのかたちでの帝国議会の承認を必要とするのではないかと、との指摘をするにとどまった。<sup>76)</sup>

1891年の協定関税率をめぐる議論は、長続きしなかった。1892年に改正万国郵便連合条約が批准・公布されるさいには、ほとんど問題にしなかった。<sup>77)</sup> たしかに、条約改正問題に比べればこの条約は、強い関心を引くようなものではないし、我国の国益に重大な影響を有するものとはいいがたかっ

た。しかし、既存の法律との抵触が問題になる条約がまだまだ少なかった時期において、議論になりえる格好の条約であった。その意味で、憲法上の法律事項をふくむ条約の締結や国内編入をめぐる疑義を呈する議論は、言論界においては一過性の話題でしかなかった。

政党が帝国議会において行動を起こしたり政党機関誌<sup>78)</sup>や新聞・雑誌で論じ始めるようになったのは、初期議会期の末期すなわち日英条約改正が達成される頃になってからである。そのさいに説かれたことは、かつての新聞・雑誌における議論と変わらないものであった。1894年6月1日、鈴木重遠(立憲革新党)は、次の決議案を緊急上程して即日賛成多数で決議された。

条約ノ締結ハ天皇ノ大権ニ属スト雖モコレカ為メ新タニ法律ノ制定ヲ要シ又ハ法律ニ変更ヲ生スヘキ事項及租税ノ賦課変更ニ関スル事項ハ憲法第五条第三七条第六二条及第六三条ノ成文ニ由テ当然帝国議会ノ協賛ヲ經ヘキモノトス茲ニ之ヲ決議ス<sup>79)</sup>

条約の結果として法律の制定や変更および租税の賦課について変更が生じる事項については帝国議会の協賛を経る必要があるという内容であるが、ここにいう「協賛」の意味が不明である。賛成演説を読み比べれば、<sup>80)</sup> 議論を詰めることなく急遽建議案が提出されたことをうかがい知ることができる。<sup>81)</sup>

これ以降、政党機関誌ならびに一部の新聞において協定関税率の変更には帝国議会の協賛を経る必要があるとの議論がなされたり<sup>82)</sup> 第8回帝国議会において質問がなされることはあった。<sup>83)</sup> しかし、イギリス以外の諸国との改正条約が調印されていくなかで持続する運動や議論にはならなかった。<sup>84)</sup>



## おわりに

初期議会期における憲法上の法律事項をふくむ条約の締結や国内編入をめぐる見解の相違は、表面上は単なる国家機関の権限をめぐる憲法解釈の相違にみえるものであった。しかし、それにとどまるものではなかった。二種類の法の国内における通用をめぐる見解の相違であった。二種類の法の通用とは、憲法典の通用（国内における定着）と条約の通用（円滑な条約の締結ならびに執行）であった。条約の国内編入という憲法典においてかならずしも明定されていない事項の運用のさいに、あくまで憲法典の枠内で処理するのか、それとも立憲制度が憲法典の枠外の法をも容認するとみなして運用するのか、の相違である。憲法典施行後まもなくの時期であるということと条約改正がいまだ達成されていないという状況のもとでの葛藤であった。ゆえに、憲法上の法律事項をふくむ条約の締結や国内編入については、憲法典の枠内で考えることと円滑な条約の締結・執行のいずれを優先させるかという択一的な議論になりがちであった。それは、自動執行性を有する条約ばかりを念頭において条約によって既存の法律を恣意的に改廃できる憲法典の枠外の主権者を想定してもよいのか否かを議論するという極端な想定にもとづくものであった。

では、かような極論による憲法解釈の相克を解消する現実の条件は、何であったのか。換言すると、なぜ議論が早期に収束し大きな政治的問題にならなかったのか。改正条約締結後の現象だけを眺めれば、条約改正のかなりの達成と改正条約実施準備のために憲法解釈をめぐる議論が持続することなく収束していったということ是可以する。しかし、それだけでは、一時的な現象の説明にすぎないとともに、なぜ条約の国内法上の効力を認めるといふ戦前日本の慣行が立憲制度に反するものとされなかったのかを説明できない。

極端な想定にもとづく憲法解釈を現実の政府の実行が解消する条件となったのは、国民を直接拘束する法の定立が憲法典の枠内でおこなわれたこ

とである。すなわち、通常の立法手続きによっておこなわれたことである。

憲法上の法律事項をふくむ条約の国内編入のさいの政府による実行は、条約の国内法上の効力の問題を原理的に確定するものではなかった。それが可能であったのは、自動執行性を有する条約がきわめて少ないという条件のもとで、多くの場合実施立法が必要だったからである。この場合の実施立法とは、条約の内容を具体化することだけを指すのではなく、条約において特定の立法を約束した場合のことをもふくむ。<sup>85)</sup> 政府は「命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス」という但書の制約を有する大日本帝国憲法第9条による独立命令によって条約を実施するよりも、法律案を帝国議会に提出し協賛を求める実施立法をおこなっていった。それは法理によって導かれたものというよりも立法政策上の判断によるものであった。

ただし、帝国議会の協賛を経る実施立法がなされても、問題は残る。一つは、条約による拘束のもとでの立法であるという問題である。いま一つは、自動執行性を有する条約の存在である。

前者は、すでに国際法上の効力を有した条約の拘束のもとにおける実施立法であるという現実である。<sup>86)</sup> 条約を履行する意思がある以上、条約が立法を拘束するのは当然である。条約の締結とは、当該条約の拘束を受けることに対する同意の表明だからである。条約の締結の時点で国家は条約の拘束を受けることに同意したことになる。したがって、その履行意思がいかんして形成され確定されるのか、という問題が残ることになる。条約の締結に帝国議会は関与していないからである。

とはいえ、実施立法は通常の立法手続きを経てなされたわけであるから、可否決も修正も帝国議会の自由意思にゆだねられていた。この結果、条約の締結に対する直接的な容喙を否定された帝国議会が間接的に条約の締結を制約する余地は存在したのである。なぜなら、実施立法のさいに帝国議会が否決したら、条約の履行義務をはたすことができないからである。条約の不履行とそれにとまなう国家責任を回避するためには、政府はあらかじめ帝国

議会の意向を察したり法律案を通過させるべく帝国議会に理解を求めるほかはないが、これはもはや条約の国内編入をめぐる法理の問題ではなく政略の問題である。国権や国益をいちじるしく損なうと疑われる条約でないかぎり、条約の不履行による国際的なリスクをおかしてまで帝国議会は否決することはなかった。

たとえ条約に淵源があろうとも直接的には法律が国民を拘束しているということになったわけである。これは、条約を履行する意思にもとづく条約による立法の拘束と立憲制度のもとにおける国民を直接拘束する法の定立の条件とを両立させるものであった。かくして、立憲制度に反していると強く疑われ政治的な紛議になったり持続する強い批判が高まることはなくなった。

いま一つの残された問題は、自動執行性を有する条約の存在である。いかに自動執行性を有する条約が少なかったとはいっても、条約の規定が国民を拘束することになるという問題や条約が既存の法律を変更できるか否かという問題が残ることになる。しかし、実際には「条約に別段の規定がある場合にはその規定による」という意味の国内法律の規定をふくむ法律案に対してほかならぬ帝国議会みずからが協賛していった。<sup>87)</sup> また、もし自動執行性を有する条約が多くなったり帝国議会が実施立法のさいに否決して条約を履行できない事態が生じれば、別の措置をとる余地は残されていた。憲法典の起草者意思はともかく、大日本帝国憲法はそれを禁止していなかった。その意味では、条約の国内法上の効力を認めるという慣行が形成されたというよりは、憲法第13条の不文憲法的な運用を継続させたという方が正確である。

以上の結果、憲法典の現実の運用においては、条約の国内法上の効力は大きな政治問題にならなくなり、条約の締結や国内編入をめぐる法理上の疑義は後景に退いたのである。

## 注

- 1) 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。
- 2) 大平三原則をふくめた戦後日本における国会承認条約に関する運用については、さしあたって中内康夫「条約の国会承認に関する制度・運用と国会における議論——条約締結に対する民主的統制の在り方とは——」(参議院事務局企画調整室『立法と調査』330、2012年)を参照。
- 3) 「憲法問題調査委員会議事録」(芦部信喜ほか編著『日本国憲法制定資料全集』(1)日本立法資料全集71、信山社、1997年) 375頁。
- 4) 高野雄一『憲法と条約』(東京大学出版会、1960年) 126頁。
- 5) 岩沢雄司「条約の国内適用可能性——いわゆる "SELF-EXECUTING" な条約に関する一考察——」(有斐閣、1985年) 28頁。
- 6) たとえば、林修三「条約の国内法上の効力について」(『法学教室』No.7、1963年) 35頁。松澤幸太郎「明治憲法下の外交大権における条約締結権限——コールグロヴ博士の考察——」(『筑波法政』第61号、2014年) 175～176頁。
- 7) 山本草二「国際法の国内的妥当性をめぐる論理と法制度化——日本の国際法学の対応過程——」(『国際法外交雑誌』第96巻第4・5合併号、1997年)。小林友彦「『国際法と国内法の関係』を論じる意義——日本の学説の展開過程に照らして——」(『社会科学研究』第54巻第5号、2003年)。
- 8) 千葉功『旧外交の形成——日本外交 1900～1919——』(勁草書房、2008年) 第I部第1章2。
- 9) 伊藤博文『憲法義解』(宮沢俊義校註、岩波文庫、1940年) 40～41頁。ちなみに、枢密院における憲法草案審議のさいに配布された諮詢案(原案)の説明では、『憲法義解』の「議会の参賛を仮らず」は「議會ノ干渉ヲ仮ラス」という表現であった。「帝国憲法枢密院諮詢原案・説明」(『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)。
- 10) 寺島宗則枢密院副議長が米独両国の憲法に触れたあと、条約を君主権や政府のみにゆだねることは不都合であると述べたのに対して、伊藤博文枢密院議長は反論した。伊藤は、憲法典の規定として条約に対する帝国議会の承認を義務づけることを否定した。『枢密院會議事録』一(東京大学出版会、1984年) 206～207頁。また、寺島は、国土の交換のような人民の負担に関係する条約をも議会に付議しないのか、と質問した。伊藤は、すべての条約を国会に付さないと答弁した。副島種臣顧問官は、敗戦のさいの講和条約による償金や割地のことに言及し、これらは人民の権利に関するものゆえ議会の議に付する必要があると述べた。副島の発言に対して、伊藤は長い答弁をおこない、寺島顧問官に対して述べた第13条の趣旨を再び強調した。そのなかで、敗戦の場合には講和条約を議会に付議しても意味がないことを説いている。同前、

208～210頁。

- 11) ちなみに、『尾崎三良日記』1891年9月8日条によると、伊藤博文は尾崎三良法制局長官に対して、「閣議ノ改正ハ議會ノ協賛ヲ要スルヤ。伯ノ論ハ条約締結ノ權ニ在リ。然レドモ他ノ論者ニ異リ、従前ノ条約既ニ議會ノ協賛ナシニ締結シタルニ依リ、其継続トシテ仍ホ協議ヲ要セズトノ事ナリ」と、従来の慣行の延長のままでよいと述べるにとどまった。伊藤隆・尾崎春盛編『尾崎三良日記』中巻（中央公論社、1991年）523頁。
- 12) 明治19年勅令第1号公文式（1886年2月26日）においては、条約の公布式は規定されていなかった。当時の慣行では条約は勅令無号として公布されていた。それ以前は、太政官布告・太政官布達として公示されていた。条約を勅令無号として公布した最初の例は、明治19年勅令無号メートル条約加入（『官報』第837号、1886年4月20日、189～193頁）である。
- 13) 詳しくは、顛原善徳「大日本帝国憲法起草過程における条約締結権」（『立命館大学人文科学研究所紀要』No.105、2015年）を参照。
- 14) 「憲法第十三条ニ依ル天皇ノ条約締結権ニ関スル疑義」（『松方家文書』第五七冊憲法五、マイクロフィルム版R31）。
- 15) 「条約ノ国内ニ対スル効力他」（『陸奥宗光関係文書』書類の部61-32、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
- 16) 「意見書 日本国ニ於テ国際条約ノ効力」（『陸奥宗光関係文書』書類の部93-10、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。法制局罫紙ではなく蒟蒻版に記されたこの意見書も、条約の国際法上の効力と国内法上の効力を区別し天皇が締結した条約が日本の臣民を拘束する効力を有するためには法律としての公布が必要であるとの内容から、法制局の見解を記したものであることがわかる。
- 17) ただし、『東京朝日新聞』は、すでに大隈条約改正反対論が喧しかった時期にも、憲法典・条約・法律の間の効力の優劣に関する問題を論じるにあたって、条約の国内編入の方式についても論じていた。『東京朝日新聞』1889年9月17日～9月21日号社説「憲法、法律、条約」。
- 18) いかなる意味の「協賛」なのかわかりにくい例として、『読売新聞』1891年4月15日号社説「条約改正に関する一大疑問」。『郵便報知新聞』1891年4月23日号論説「通商条約と帝国議會」がある。
- 19) 『民報』は、批准奏請前に帝国議会の協賛を求めるべきである、と論じた。『民報』1891年4月10日社説「内閣の意見を問はん」。
- 20) このような条約自体に対する帝国議会の協賛の必要を説く議論は、条約に対する協賛の後いかなる措置をとるのかわからないものばかりである。協賛必要論のなかで立法措置の不要を断言した珍しい例は、城数馬「海関税と帝国議會」（『国民之友』第128号、1891年8月23日）である。

- 21) たとえば、『東京朝日新聞』1891年4月10日号社説「法律と条約」は、天皇大権に制限を加えて帝国議会の協賛を経なければならないとする『民報』を批判している。『東京新報』1891年4月28日号社説「一種の憲法違反」は、条約に対して帝国議会在協賛しても法律にはならないことを説いている。
- 22) 千葉功『旧外交の形成——日本外交 1900～1919——』（勁草書房、2008年）13頁。梅謙次郎「条約締結ニ関スル英国憲法ノ規定 他諸外国ノ例」（『陸奥宗光関係文書』書類の部 93-5、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。また、新聞・雑誌における主張や報道も調査し整理していた。梅謙次郎「条約ニヨル関税変更ニ帝国議会ノ協賛ヲ要スルカ否カノ論拠」（『陸奥宗光関係文書』書類の部 61-30、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。朝比奈知泉「関税条約に関する梅、城両氏の論文を読む」（上）（『国民之友』第129号、1891年9月3日）を挙げているから、9月以降に作成したものである。
- 23) この時期、梅謙次郎は同趣旨の論文を複数発表している。「条約ヲ以テ関税ヲ変更セント欲スルトキハ帝国議会ノ協賛ヲ要スルヤ否ヤ」（『納税議員月報』第2号、1891年5月20日、第3号、1891年6月20日）。「条約を以て関税を変更せんと欲するときは帝国議会の協賛を要するや否や」（『法律政紀』第6巻第60号、1891年6月10日、第6巻第61号、1891年7月11日）。「条約ヲ以テ関税ヲ変更セント欲スルトキハ帝国議会ノ協賛ヲ要スルヤ否」（『法学協会雑誌』第9巻第7号、1891年7月1日）。「条約ヲ以テ関税ヲ定ムルニハ帝国議会ノ協賛ヲ要スルカ」（『国民之友』第126号、1891年8月3日）。
- 24) このような梅謙次郎の見解に対しては、批判がなされた。城数馬「海関税と帝国議会」（『国民之友』第128号、1891年8月23日）。太芳生「梅博士の関税論を読む」（『日本』1891年8月12日・13日）。同「再び梅博士の関税論に就て」（『日本』1891年9月5日・7日）。太芳生とは、翌年に「改正万国郵便連合条約に就て、疑議」（『日本』1892年7月5日）を寄稿した太田芳造であろう。朝比奈知泉「関税条約に関する梅、城両氏の論文を読む」（上）（『国民之友』第129号、1891年9月3日）。同「条約ヲ以テ関税ヲ変更セント欲スルトキハ帝国議会ノ協賛ヲ要スルヤ否ヤ」（『納税議員月報』第3号、1891年6月20日）。朝比奈は『東京新報』主筆であった。梅は、朝比奈に対する反論を発表している。梅謙次郎「読朝比奈知泉氏駁論」（『納税議員月報』第4号、1891年7月20日）。このほか、外務省政務局勤務の秋山雅之介による梅に対する批判論文がある。秋山雅之介「条約ヲ以テ関税ヲ変更セント欲スルトキハ帝国議会ノ協賛ヲ要スルヤ否ヤ」（『法学協会雑誌』第9巻第11号、1891年11月1日、第9巻第12号、1891年12月1日）。秋山は、天皇の条約締結権は無制限であり例外についての但書がないことを根拠にして前出の城の見解を批判した。他方で、条約の締結と条約の履行を混同してはならず法律案として議会の協賛を経た後に法律として天皇が裁可して公布と執行を命じる必要があると述べて、梅の見解を否定した。また、『陸奥宗光関係文書』には、法制局野紙に記された梅謙次郎に対する批判の文書がある。「法学協

会雑誌所載梅謙次郎論文批判」(『陸奥宗光関係文書』書類の部 93-7、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。

- 25) 梅謙次郎は、もし憲法第 62 条などを根拠にして条約による協定関税率の設定や変更  
に帝国議会の協賛あるいは法律が必要だというならば、現行条約の領事裁判権ははた  
して憲法典に矛盾しないといえるのかと問いかけている。憲法典に矛盾するか否かで  
は説明できない法も現実に存在するということを説いたわけである。これは、憲法典  
の枠外の事実を直視せよと主張していることを示している。梅が条約を以て定めるべ  
きことはまったく天皇の大権に属し憲法の常則を以て論じるべきではないと述べる  
とき、憲法典の枠外の法の定立があるということを強調しているのである。梅謙次郎  
「条約ヲ以テ関税ヲ変更セント欲スルトキハ帝国議會ノ協賛ヲ要スルヤ否」(『法学協  
会雑誌』第 9 卷第 7 号、1891 年 7 月 1 日) 5 頁。
- 26) 都筑馨六「条約締結権論」(『国家学会雑誌』第 66 号、1892 年 8 月 15 日) 455 ~ 456  
頁。
- 27) 詳しくは、顯原善徳「万国郵便連合条約と郵便条例の抵触をめぐる問題」(『立命館大  
学人文科学研究所紀要』No 103、2014 年)を参照。なお、すでに千葉功氏がこの抵触  
問題に言及していたにもかかわらず、先行研究として紹介し忘れた。手落ちがあった  
ことをお詫び申しあげる。
- 28) この時期、井上が外国人顧問に質疑を發するだけでなくみずからも諸外国の学説や実  
行などに目を通して検討していた形跡がある。『梧陰文庫』のなかには、それをうかが  
わせる史料がある。たとえば、欧米の諸学者の学説を整理し紹介した「國際条約ト国  
法トノ關係」(『梧陰文庫』B-3683、マイクロフィルム版 R64)の表紙には、「二十四年  
五月十五日読之」とある。また、齋藤浩躬衆議院書記官は、「関税条約ヲ議會ニ付スヘ  
キヤ否ニ関スル欧米諸国憲法ノ例証」(『梧陰文庫』B-3669、マイクロフィルム版 R64)  
を井上に提出していた。小池靖一衆議院書記官からは、通商条約における関税規定に  
対する帝国議会の権限を検討するための翻訳資料の提供がなされていたようである。  
1891 年 6 月 8 日付小池宛書翰で「関税ニ関スル議會之権限ニ付ては、有益なる資料を  
与へられ感激奉存候」と記している。さらに、井上は、法制局において翻訳するため  
の資料提供を依頼している。1891 年 6 月 8 日付小池靖一宛井上毅書翰(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) 396 頁。
- 29) 「ロエスレル氏関税条約ノ議會協賛ニ関スル答議」1891 年 4 月 25 日(國學院大學日本  
文化研究所編『近代日本法制史料集』第七、國學院大學、1984 年) 260 ~ 264 頁。
- 30) 「関税率ニ関スルパテルノストロ氏答議」[1891 年 4 月](國學院大學日本文化研究所  
編『近代日本法制史料集』第十一、國學院大學、1989 年) 219 ~ 224 頁。
- 31) パテルノストロ答議にいう「協賛」はかならずしも明瞭ではないが、1891 年 5 月の答  
議を読むかぎり、パテルノストロは条約の締結のさいに帝国議会の協賛を求めるべき  
であると主張したわけではないようである。条約が国内法の一部となる条件について

論じていることから、条約の国内法上の効力（国内編入）の話であることがわかる。「国際法ト国法ノ関係ニ関スルパテルノストロ答議」〔1891年5月〕（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十二、國學院大學、1990年）10頁。また、後日帝国議会の協賛を得られない条約を天皇が軽率に締結できなくなると記している（9頁）からである。あるいは、「執行ニ必要ナル協賛」（同前、4頁）を期待できない条約を政府は軽率に締結できないことについても述べている。また、締結（批准）によって条約は「完結」するとも述べており、帝国議会の協賛を条件とする「執行」と区別している（同前、4頁・5頁）。すなわち、天皇が条約を締結してしかる後に帝国議会の協賛を求めるという内容になっている。また、「協賛ノ拒絶ハ、宛モ批准ノ拒絶ノ如ク」（同前、9頁）とあるように、協賛の拒絶と批准の拒絶を別物として並べているから、締結（批准）のさいの協賛の必要を説いているわけではないようである。「執行」にあたって帝国議会の協賛がなければ国際的な「困難」をもたらすことについても記している。また、「議院ノ認可」の意味について説明した齋藤浩躬衆議院書記官兼大蔵省参事官（1892年1月1日現在）宛答議（1891年）では、「法律案ノ認可を議院ニ請求」するために「他ノ法律案ト同様ノ提出ヲ為」すべきことを説いている。「議院ノ認可ニ関スルパテルノストロ氏答議」齋藤浩躬宛〔1891年〕（同前、115頁）。

- 32) 1891年6月6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）185頁。
- 33) 同封されたパテルノストロ答議は、秘書類纂中に確認することができる。三点あり、いずれも法制局罫紙に記されている。「関税ニ付パテルノストロ氏答議」（伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第九九巻秘書類纂 財政一、ゆまに書房、2014年）197～270頁。井上毅の手許に残された同じ答議は、以下のものである。「関税率ニ関スルパテルノストロ氏答議」〔1891年4月〕（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十一、國學院大學、1989年、219～224頁）。「関税率ニ関スルパテルノストロ氏答議」〔1891年5月〕（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十二、國學院大學、1990年、1～2頁）。「国際法ト国法ノ関係ニ関スルパテルノストロ答議」〔1891年5月〕（同前、3～12頁）。伊藤博文宛書翰中に記されている「第三回答議」とは、この最後のものである。
- 34) 1891年6月24日付小池靖一宛井上毅書翰（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）396～397頁。
- 35) また、1891年6月3日付ロessler宛質疑で「施行ノ効力」と明記しているからも、井上の関心が条約の締結ではなく国内法上の効力の条件としての帝国議会の「協賛」であったことがわかる。「ロessler氏国際法ト国法トノ関係ニ関スル答議」1891年6月3日（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第七、國學院大學、1984年）271頁。
- 36) この質疑は、この年に井上毅が起草した各省大臣に罰則制定の権限を付与する法律案



- の決定を閣議に請求する意見書と関係があるかもしれない。この意見書のなかで井上は、「又現ニ外国ト締結スル条約中罰則ヲ付スルモノアリ（朝鮮漁業条約）而シテ条約ハ以テ直接ニ内国人民ニ向テ罰則ヲ布令スヘカラズ此ノ場合ニ於テハ省令ニ罰則ヲ附シ以テ条約ノ施行ヲ疏通セザルヘカラズ」と、条約は直接国民に罰則を布令するものではないという見解を示している。井上毅「命令罰則法請議案」1890年（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）212頁。ここに記されている「朝鮮漁業条約」とは、日本朝鮮両国通漁規則（1889年11月12日調印、1890年1月8日公布、1月11日施行）のことである。
- 37) 「条約ノ附加刑ノ適用ノ問」1890年5月13日（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）122～123頁。法律の体裁を以て公布するべきであるというのは、ロesslerが憲法起草過程においてもこだわっていた問題である。
  - 38) 「天皇大権ト条約締結ニ関スルパテルノストロ氏答議」1890年5月9日（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十一、國學院大學、1989年）15～22頁。
  - 39) 詳しくは、穎原善徳「大日本帝国憲法起草過程における条約締結権」（『立命館大学人文科学研究所紀要』No.105、2015年）42～43頁を参照。
  - 40) 「ロessler氏関稅条約ノ議會協賛ニ関スル答議」1891年4月25日（答議日付）（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第七、國學院大學、1984年）260頁。「関稅率ニ関スルパテルノストロ氏答議」〔1891年4月〕（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十一、國學院大學、1989年）219頁。
  - 41) 「ロessler氏國際法ト国法トノ關係ニ関スル答議」1891年6月3日（答議日付）（『近代日本法制史料集』第七）271頁。「國際法ト国法ノ關係ニ関スルパテルノストロ答議」〔1891年5月〕（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十二、國學院大學、1990年）3頁。
  - 42) 「ロessler氏國際法ト国法トノ關係ニ関スル答議」1891年6月3日（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第七、國學院大學、1984年）273頁。なお、尾崎三良法制局長官宛の「ロessler氏海關稅ニ関スル答議」1891年9月15日（同前）9頁でも同じことを説いている。9月12日付質疑（同前、7頁）をみれば、前任者の井上毅の質疑に対して遅れて答議が寄せられたわけではなく、尾崎自身も質疑を発していたことがわかる。
  - 43) 「ロessler氏関稅条約ノ議會協賛ニ関スル答議」1891年4月25日（『近代日本法制史料集』第七）263頁では、裁判所の構成のような国権の執行に関する事項については、条約の批准だけではなく帝国議会在自由改廢でき天皇の裁可を要する「真正ノ法律」が必要である、と説いている。また、「ロessler氏國際法ト国法トノ關係ニ関スル答議」1891年6月3日（同前）273～274頁では、大日本帝国憲法によると条約によって処理できない事項として、i) 憲法、憲法附属法令（選挙法、裁判所構成法

など)の改正、ii) 現行法律の廃止・変更、iii) 憲法第2章に規定している臣民の権利、iv) もっぱら内政に属する事項を列挙し、法律の必要が生じるときは「真ノ法律」が必要である、と説いている。

- 44) 「関税率ニ関スルパテルノストロ氏答議」〔1891年4月〕(國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十一、國學院大學、1989年)220頁・221頁。
- 45) 「国際法ト国法ノ関係ニ関スルパテルノストロ答議」〔1891年5月〕(國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十二、國學院大學、1990年)10～11頁。
- 46) 同様のことは、モスターフも、次のように述べている。もし条約をただちに国内に有効なる法律の一部とするならば、その結果国家は法律を以て規定すべき事項を規定する条約を以て定めればよいこととなり、「立法ノ原則ヲ破碎スル」ことになる。「立憲制ノ国」においてこのようなことはありえない。「海関税ニ関スルモスターフ氏意見」1891年9月14日(國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第二十、國學院大學、1999年)52頁。
- 47) なお、法制局の意見書も、条約によって国民の権利が脅かされる事態を想定して、同様の警鐘を鳴らしていた。国際法上は憲法違反の条約も有効であるゆえ条約を以て憲法典を左右することができるとしたうえで、憲法典によって保障されている臣民の権利は危険にさらされていると説いた。「条約ノ国内ニ対スル効力他」(『陸奥宗光関係文書』書類の部61-32、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。梅謙次郎の見解を批判した別の意見書も、司法共助条約や犯罪人引渡条約を議会の協賛なしで適用することは憲法典による保障を受けた臣民の権利の動揺を招くと説いている。この意見書も、パテルノストロ答議と同様に、立憲制度の本義を天皇大権の制限に求め、憲法第4条がそれを体現していると述べている。「法学協会雑誌所載梅謙次郎論文批判」(『陸奥宗光関係文書』書類の部93-7、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。いずれも、法制局野紙に記されたものである。前者の「一、条約ノ国内ニ対スル効力」は、太田芳造「改正万国郵便連合条約に就て、疑議」(『日本』1892年7月5日)の「第一」とほぼ同じ内容である。後者にいたっては、太芳生「再び梅博士の関税論に就て」(『日本』1891年9月5日)、太芳生「再び梅博士の関税論に就て」(続)(『日本』1891年9月7日)と全体にわたってほぼ同じ内容である。太芳生は太田芳造のことであろうが、法制局の意見書の関係は不明である。
- 48) 都筑馨六「条約締結権論」(『国家学会雑誌』第66号、1892年8月15日)456頁。
- 49) 梅謙次郎「条約ヲ以テ関税ヲ変更セント欲スルトキハ帝国議會ノ協賛ヲ要スルヤ否」(『法学協会雑誌』第9巻第7号、1891年7月1日)5頁。
- 50) 梅謙次郎「条約ヲ以テ関税ヲ定ムルニハ帝国議會ノ協賛ヲ要スルカ」(『国民之友』第126号、1891年8月3日)12頁。
- 51) 1891年6月24日付小池靖一宛書翰のなかで、井上毅も「主権者」の語を使用している。しかし、「若内部臣民ニ向テ義務ヲ負ハシメントスルニハ、必ヤ主権者ノ命令ヲ公

布スルヲ要ス、而シテ此ノ命令ニシテ憲法ニ定メタル法律的ノ実体ニ属スヘキ者ニ係ルトキハ、議會ノ協賛ヲ経ルニ非サレハ憲法上ノ定規ニ合ハザル者トス」(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、396～397頁)とあるように、井上がいう「主権者」とは憲法典によって制限された統治権総攬者のことである。

- 52) 梅謙次郎「条約ヲ以テ関稅ヲ変更セント欲スルトキハ帝國議會ノ協賛ヲ要スルヤ否」(『法学協會雜誌』第9巻第7号、1891年7月1日)15頁。梅謙次郎「条約締結ニ関スル英國憲法ノ規定 他諸外國ノ例」(『陸奥宗光関係文書』書類の部93-5、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。なお、都筑馨六も同様のことを述べていた。都筑馨六「条約締結権論」(『国家学会雜誌』第66号、1892年8月15日)461頁。
- 53) 梅謙次郎「条約ヲ以テ関稅ヲ変更セント欲スルトキハ帝國議會ノ協賛ヲ要スルヤ否」7～8頁。都筑馨六「条約締結権論」461～462頁。
- 54) 梅謙次郎「条約ヲ以テ関稅ヲ変更セント欲スルトキハ帝國議會ノ協賛ヲ要スルヤ否」7頁。
- 55) 大石一男の研究によると、初期議会期における政府の条約改正方針は、常に世論と帝國議會の動向への配慮によって規定されていた。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4章以下。
- 56) 『枢密院會議議事録』一(東京大学出版会、1984年)207頁。
- 57) 詳しくは、顕原善徳「大日本帝國憲法起草過程における条約締結権」(『立命館大学人文科学研究紀要』No.105、2015年)48～49頁を参照。
- 58) 「國際法ト國法ノ關係ニ関スルパテルノストロ答議」〔1891年5月〕(國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十二、國學院大學、1990年)。井上毅の質疑は、憲法典の明文によって条約締結権に制限を設けていない以上、法律を改廃する結果をもたらす条約は帝國議會の協賛を経なければ効力をもたないことを「推理法ニ依リテノミ」論斷することができるが、「國際上ノ實際ニ於テ」生じるであろう「困難」を回避する方法はないか、というものであった(3頁)。これに対するパテルノストロの答議は、9～10頁。先に引用した1891年6月24日付小池靖一宛井上毅書翰の後半に「唯タ条約締結ノ際、國法ニ關係スル或部分ニ付テハ、議會ノ叶賛ヲ経ルノ後ニ効力ヲ有ス、(パテルノストロ氏意見參看) トノ一條ヲ保ツノ(レゼルフ) 一方法アルノミ」(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、397頁)とあるのがパテルノストロ答議の結果であることは明白である。
- 59) たとえば、大日本帝國憲法第13条に相当するプロイセン憲法(1850年1月31日)第48条の条文は、下記のとおりである。

第48条〔宣戦布告・講和〕国王は宣戦を布告し、平和条約を締結し、外国の政府とその他の条約をも締結する権利を有する。通商条約である場合、あるいはそれによって国に負担が課せられ又は個々の国民に義務が課される場合には、

有効となるためには議会の承諾が必要である。(高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』第5版、信山社、2007年、66頁)。

- 60) 伊藤博文は、「是レ天皇ノ締約権ニ制限ヲ加ユルノ意ニ出テタルモノニシテ本条ノ主義ト大ニ相反スルモノアリ」と述べている。『枢密院会議議事録』一(東京大学出版会、1984年)204頁。
- 61) 「関税率ニ関スルパテルノストロ氏答議」[1891年4月](國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第十一、國學院大學、1989年)224頁。
- 62) 穂積八東「帝国憲法ノ法理」(承前号)、『国家学会雑誌』第27号、1889年5月15日)。穂積は、条約締結権は天皇にあり帝国議会の干渉外にあることを前提にして、臣民を拘束するものは法律か命令のほかにはないゆえ国家間に合意を以て成立した約束である条約は国内の臣民に対しては拘束力がない、と説いた。そして、条約は法律を変更することができないゆえ条約の履行のために法律の変更を要するときは立法の手續きを以て帝国議会の協賛を経る必要がある、と述べている。295～297頁。
- 63) 穂積八東「条約ハ立法ヲ検束ス」(『法学協会雑誌』第10巻第11号、1892年11月1日)。穂積八東「条約ハ立法ヲ検束ス」(『伊東巳代治関係文書』書類の部73、国立国会図書館憲政資料室所蔵)と同文である。この穂積八東の論文に対しては、批判がなされた。石渡敏一「立憲君主国ニ於テハ外国条約ハ議會ヲ拘束セス」(『法学新報』第21号、1892年12月20日)。織田萬「条約ノ性質ニ就キテ疑ヲ穂積博士ニ質ス」(『法学協会雑誌』第11巻第2号、1893年2月1日)。
- 64) 1890年2月8日「閣議決定覚書」(日本学術振興会編纂『条約改正関係日本外交文書』第三巻、日本外政協会、1945年)633頁。
- 65) 「条約改正ニ付伊東巳代治覚書」(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第123巻秘書類纂外交十、ゆまに書房、2015年)178頁。
- 66) 「万国郵便条約並万国郵便為替約定ノ件審査報告案」(『枢密院審査報告』明治二十五年、2A-15-7 枢 C2、国立公文書館所蔵)。
- 67) 「条約ノ効果ニ関スル憲法上ノ疑義ノ件審査報告」(同前)。
- 68) 『枢密院会議議事録』六(東京大学出版会、1984年)84～85頁。
- 69) 同前、83頁。
- 70) 同前、87頁。なお、すでに小林和幸がこの枢密院会議に言及している。小林和幸「明治二七年調印の改正条約実施準備について」(『日本歴史』第509号、1990年)59頁。
- 71) 「外国条約ヲ議院ニ通報スルノ問」1887年5月30日(國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第二、國學院大學、1980年)158頁。
- 72) 「条約締結ト法律制定トノ関係」(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第117巻秘書類纂外交四、ゆまに書房、2014年)155～156頁。
- 73) たとえば、第1回帝国議会閉会後の1891年4月の自由党条約改正委員会の決議には、「海関稅權ハ直ニ之レヲ回復スル事」と並んで「海関稅率ヲ定ムルハ国会ノ協賛ヲ経ベ

- キ事 国会ハ海関税ニ関シ其税率ヲ定メ若干年間之レヲ変更セサルコトヲ約シタル条約ヲ認諾スルモ不可ナキ事」という項目があった。「自由党幹事通知書」（『河野広中関係文書』書類の部 329、R22、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。なお、この自由党条約改正委員会決議については、伊藤之雄『立憲国家の確立と伊藤博文——内政と外交 1889～1898——』（吉川弘文館、1999年）97頁を参照。
- 74) 小宮一夫『条約改正と国内政治』（吉川弘文館、2001年）第3章～第5章。
- 75) 論じた新聞・雑誌も皆無ではなかったが、断続的であった。たとえば、『東京朝日新聞』1894年4月21日号社説「理屈と利害、関税と議会」。『日本』1894年5月3日号社説「通商条約と議会」（西田長寿・植手通有編『陸羯南全集』第四巻、みすず書房、1970年、493～494頁）。老楽生「条約締結権ト関税協賛権」（『国民之友』第226号、1894年5月13日）。
- 76) たとえば、『東京朝日新聞』は、条約と帝国議会の関係を考えるにあたって第13条のほかには第62条第3項「国債ヲ起シ及予算ニ定メタルモノヲ除ク外国庫ノ負担トナルヘキ契約ヲ為スハ帝国議会ノ協賛ヲ経ヘシ」だけが関係条文であるとしたうえで、条約締結には帝国議会はまったく容喙できないと諦めるしかないのか、と疑問を提示するだけにとどめている。「通俗憲法註釈」（『東京朝日新聞』1889年2月20日）。『郵便報知新聞』は、通商条約や国費を増減する性質の条約には議会の承諾が必要である諸外国の制度と大日本帝国憲法第13条の相違を指摘しているだけである。「憲法私解」（続）（『郵便報知新聞』1889年2月20日）。
- 77) 論評した数少ない例として、次のものがある。太田芳造「改正万国郵便連合条約に就て、疑議」（『日本』1892年7月5日）。擎天架海生「改正万国郵便条約に於ける国法問題」（『東京日日新聞』1892年7月12日）。
- 78) 大久保端造「条約的海関税と議会の権利」（『自由党党報』第60号、1894年5月10日）。1894年4月28日の自由党臨時大会・大演説会における演説である。同前、34頁を参照。ちなみに、大久保は、すでに第一議会開会前から協賛必要論を説いていた。大久保端造『国法要論』（博聞社、1890年1月10日）72～74頁。
- 79) 「第六回帝国議会衆議院議事速記録」第15号（『官報』号外、1894年6月2日）386頁。なお、この衆議院の決議に対して批判的な見解として、枢密院弭紙に記された「条約締結権ト帝国議会トノ関係ヲ論ス」1894年（『陸奥宗光関係文書』書類の部 61-29、国立国会図書館憲政資料室所蔵）がある。『大隈文書』にも枢密院弭紙に記された「条約締結権ト帝国議会トノ関係ヲ論ス」1894年（『大隈文書』A2802、マイクロフィルム版 R80）があるが、こちらには「帝国憲法第十三条ニ付各国憲法参照」が付されている。
- 80) 鳩山和夫（改進黨）の賛成演説は、天皇が大権を行使するにあたって、帝国議会の協賛を経るべきものは協賛を経て行使し、協賛を必要としないものは協賛なくして行使されると述べるにとどまった。「第六回帝国議会衆議院議事速記録」第十五号（『官報』

- 号外、1894年6月2日) 386～387頁。それに対して、鈴木充美(自由党)の賛成演説は、条約そのものに対する協賛を否定し、法律案に対する協賛の必要を説いている。同前、388頁。なお、『河野広中関係文書』には、条約改正の結果関税率が改正された場合、「憲法第二十一条同第六十二条ニ従ヒ議會ノ協賛ヲ經ヘキモノナリト信ス」と主張する文書がある。「条約改正シ海関稅ヲ改メントセバ政府ハ議會ノ協賛ヲ要スルヤ否ノ件」(『河野広中関係文書』書類の部337、R22、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。欄外に「鈴木氏起艸」と記されているが、鈴木充美か鈴木昌司であると思われる。
- 81) 稲生典太郎によると、条約改正の達成が目前であることを悟って鈴木重遠に緊急上程させたとのことである。稲生典太郎『条約改正論の歴史的展開』(小峯書店、1976年) 441頁。
- 82) たとえば、第6回帝国議会解散直後の『自由党党報』の時事欄では、鈴木重遠らによる決議案提出と決議に言及して、関税に対する帝国議会による協賛の必要を説いた。「関税と協賛権」(『自由党党報』第62号、1894年6月15日)。1894年9月の『自由党党報』では、党論として日英通商航海条約を論評するなかで、やはり憲法第62条と第21条を根拠として国定関税率のみならず協定関税率の変更は帝国議会の協賛を経る必要があることを主張している。「日英新条約」(『自由党党報』第68号、1894年9月15日)。内容から推測するに、森本駿の執筆か。森本駿「協定税率論」(『自由党党報』第80号、1895年3月13日)を参照。同日の時事欄も、同趣旨である。日清戦時中の第8回帝国議会の会期中には、『読売新聞』が条約のうち法律の制定・変更や租税の賦課変更をきたすべき事項はかならず帝国議会の協賛を経なければならないと主張する論説を連載した。「条約改正と帝国議会の協賛権」(『読売新聞』1895年1月18日～20日)。その約20日後に高田早苗は『立憲改進黨党報』に同趣旨の論説を発表している。高田早苗「条約改正と帝国議会の協賛権」(『立憲改進黨党報』第38号、1895年2月12日)。なお、『読売新聞』と高田早苗の関係については、佐藤能丸「ジャーナリスト高田早苗」(早稲田大学大学史資料センター編『高田早苗の総合的研究』早稲田大学大学史資料センター、2002年)を参照。
- 83) 1895年3月2日に衆議院では大竹貫一(大手倶楽部)らが、貴族院では近衛篤磨らが「日英新条約ニ関スル質問主意書」を提出した。そのなかで日英通商航海条約の議定書と附属税目は帝国議会の協賛を経っていないため憲法違反である、と述べられている。「第八回帝国議会衆議院議事速記録」第39号、1895年3月3日) 656頁・663～665頁。「第八回帝国議会貴族院議事速記録」第32号、1895年3月2日) 426～430頁。この件については、『近衛篤磨日記』に若干の記述があるが、いかなる経緯によるものなのかは不明である。1895年2月20日・21日・23日・25日・26日・3月2日。近衛篤磨日記刊行会編『近衛篤磨日記』第一巻(鹿島研究所出版会、1968年)4頁・6頁・8頁・12頁。山本茂樹『近衛篤磨——その明治国家観とアジア観——』(ミネルヴァ書房、2001年)74頁も参照したが、協定税率の変更は帝国議会の協賛を経なけ

ればいけないという趣旨の質問には触れていない。第12回帝国議会においては、西村亮吉・富田鉄之助が貴族院に「日仏新条約書附属税目ニ関スル質問書」を提出した。その内容は、憲法第62条を根拠に協定関税率の変更を法律を以てするのか否かというものであった。条約における協定関税率は第62条と無関係であるとの答弁案が外務省によって用意されたが、衆議院解散のため沙汰止みとなった。「西村亮吉外一名提出日仏新条約書附属税目ニ関スル質問並ニ答弁」1898年5月31日（外務省記録1.5.2.2-3『帝国議会関係雑纂 質問答弁』第二巻、外務省外交史料館所蔵）。

- 84) 日清戦後も、改正条約実施準備の過程において、条約の締結や国内編入には帝国議会の承認を必要としないという見解がある一方で、疑義を呈する議論も散見される。たとえば、原敬「条約は議会の協賛を要せず」（『大阪毎日新聞』明治30年12月11日）と同「条約と法律規則の抵触」（『大阪毎日新聞』明治30年12月13日）は、憲法典において条約が天皇大権に属することを規定し明文の除外例がない以上は帝国議会は容喙できないとして、協定関税率の変更のさいの帝国議会の協賛も法律案の提出も否定するとともに、条約と法律が抵触した場合には条約の執行を優先させ法律の施行を停止するか法律を改正するかの二途しかない、と説いた。『大阪毎日新聞』に連載された論説「新条約実施準備」とその補遺は、のちにまとめられ原敬『新条約実施準備』（大阪毎日新聞社、1898年5月31日）ならびに原敬『新条約実施準備補遺』（大阪毎日新聞社、1899年5月6日）として刊行された。原敬全集刊行会編『原敬全集』上（1929年、原書房復刻、1969年）ならびに外務省編『条約改正関係日本外交文書』追補（日本国際連合協会、1953年）に収録されている。中村進午も、我国においては憲法第13条によって天皇は条約を締結する大権を有するゆえに帝国議会が容喙することはできないとしたうえで、我国においては各国との条約は常に公布して臣民に遵奉させる効力をもたせている、と説明している。中村進午『新条約論』（東京専門学校、1897年10月19日）12頁・58頁。一方、陸羯南は、条約締結権の議会による制限を認めている欧米諸国の憲法典と法律事項は帝国議会の協賛を要するという大日本帝国憲法の原則に照らしても条約の法律事項はかならず帝国議会の協賛を経て有効にするべきである、と主張した。『日本』1897年2月13日号社説「条約と立法権（十九世紀の原則と憲法及法律）」（西田長寿・植手通有編『陸羯南全集』第五巻、みすず書房、1970年、503～505頁）。『日本』1897年2月14日号社説「条約を法律視する方法は如何」（同前、505～506頁）。原敬も参加した条約実施研究会（1897年9月9日の第1回研究会）において、報告者の一木喜徳郎は、条約を以て関税率を定めた場合には法律として臣民に向かって公布しなければならない、と述べた。辻治太郎編『条約実施研究会速記録』（1898年8月15日）（稲生典太郎編『内地雑居論資料集成』4、原書房、1992年）390～401頁。
- 85) 条約によって特定の立法を約束し実際に立法がなされた日清戦前の事例として、たとえば海底電信線保護万国連合条約（明治18年7月17日太政官布告第17号）第12条

にもとづく海底電信線保護万国連合条約罰則（明治18年7月17日太政官第18号布告）や改正万国郵便連合条約（明治25年6月22日勅令無号）第18条にもとづく郵便連合国郵便切手類保護法（明治25年6月18日法律第3号）の制定などを挙げる事ができる。

- 86) この場合の条約による立法の拘束とは、一時期穂積八東が述べたような意味でのそれではない。穂積の協賛義務説は、条約の内容を法律案としたものに対する修正権はもちろん可否決権すら認めないものであったからである。日清戦後、さすがに穂積はそのような極論を説かなくなった。
- 87) たとえば、民法（明治29年4月27日法律第89号）第2条「外国人ハ法令又ハ条約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私権ヲ享有ス」、著作権法（明治32年3月4日法律第39号）第28条「外国人ノ著作権ニ付テハ条約ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外本法ノ規定ヲ適用ス但シ著作権保護ニ関シ条約ニ規定ナキ場合ニハ帝国ニ於テ始メテ其ノ著作物ヲ発行シタル者ニ限り本法ノ保護ヲ享有ス」、郵便法（明治33年3月13日法律第54号）第56条「郵便物ニ関シ条約ニ別段ノ規定アルモノハ各其ノ規定ニ依ル」など。初期議会期に問題になった協定関税率については、関税法（明治32年3月14日法律第61号）第1条第1項に「輸入貨物ニハ関稅定率法ニ依リ関稅ヲ課ス但シ条約ニ於テ特別ノ協定アル貨物ハ其ノ協定ニ依ル」という規定が設けられた。通常、このような規定は、条約において国内法の例外を設けることを創設的に可能にしたものではなく注意的な規定もしくは確認的な意味をもつにとどまる、と説明されている。松田誠「実務としての条約締結手続」（北海道大学『新世代法政策学研究』10、2011年）312頁を参照。してみると、帝国議会みずからが条約の国内法上の効力を一般的に認めていることを示す条文をふくむ法律案に協賛して、条約の国内法上の効力については、事実上黙認を積み重ねていったことになる。