

日清戦後における条約の国内実施と憲法典による規制

顛原 善徳*

はじめに

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」は、条約については締結権の所在を規定しているだけである。これを他の国家機関の容喙を許さない排他的な天皇大権とみなすのであれば、条約の締結に関しては疑義が生じる余地はない。しかし、条約の国内編入方式（国内法秩序への編入方式）については、公文式をはじめとする憲法附属法令でも不明であった。

伊藤博文の名で刊行された『憲法義解』の第13条に関する説明の趣旨は、条約の締結に帝国議会を関与させないというものであった。¹⁾ 条約の国内編入方式については、記していない。

条約の締結と国内編入方式は、国際法が決めることではない。各国の憲法典や憲法慣行が決めることである。

条約の国内編入方式については、一般的受容方式と変型方式の類型があると指摘されてきた。前者は、条約の国内法上の効力を何らの国内措置も必要とせず認めるものである。後者は、条約自体には国内法上の効力を認めず、条約の内容を国内において実施する必要がある場合には別個に国内法を制定するというものである。²⁾

日本は一般的受容方式に分類されるが、戦前と戦後では条約の締結のさいに議会による承認がなされるか否かが異なる。すなわち、戦後の日本においては、特定の種類の条約の締結には国会の承認が必要とされ、そのように実

* 立命館大学文学部非常勤講師

行されてきた。³⁾ それに対して、戦前の日本においては、条約の締結に対する帝国議会の容喙を否定してきたし、実際そのように実行されていた。

ここで問題になるのは、憲法上の法律事項（法律を以て定めるべき事項）にかかわる条約である。従来、戦前の日本における条約の締結と国内編入については、次のように説明されてきた。大日本帝国憲法の下においては、条約締結権は天皇に専属するゆえ条約の締結は帝国議会が関与することなくおこなわれた。一方、条約の国内法上の効力について何らの規定も存在しなかった。憲法上の法律事項をふくむ条約の国内法上の効力をめぐって学説の対立は存在したが、政府は慣行上条約に国内法上の効力を認めていた。⁴⁾

これ自体は、戦前の政府による実行の説明として誤りではない。しかし、すでに定着した慣行を概括的に説明しているにすぎない。

先行研究のなかでしばしば引き合いに出されてきたのは、条約の効力を生じさせる方式に関して日本政府の解釈およびその解釈の根拠となる法規に関する日露戦後の駐日蘭国公使からの照会に対する日本政府の回答案である。大蔵大臣・司法大臣・法制局長官の意見をもとにまとめた外務大臣回答案（1907年5月21日起草）には、

条約ハ其内容タル事項ノ如何ニ拘ラス帝国議会ノ参与ヲ許サス即チ仮令法規ノ性質ヲ有スル事項ヲ内容トスルモノト雖モ議会ヲシテ之ニ協賛セシメサルモノニ有之而シテ此種ノ条約ハ国法ノ一部トシテ公布ニ依リ当然一般ノ遵由カヲ有スルモノト解シ特ニ法律命令ヲ制定シテ之ヲ国法中ニ編入スルカ如キコトナク又条約ノ規定ニ抵触スル法律命令ノ規定ハ当然変更セラレタルモノト解釈致居候⁵⁾

と記されていた。

しかし、これは、条約を条約として公布することを規定した公式令（明治40年2月1日勅令第6号）制定前後の時期の話である。先行研究では、初期

議會期と日露戦後の間の考察が抜けている。大日本帝国憲法施行後に何らかの議論がなされた時期と慣行が確立したとおぼしき時期の間である。それゆえ、現象の指摘だけにとどまっていたのである。

確立された慣行に関する現象の指摘をするだけの先行研究では、わからないことが残る。条約の締結にも国内編入にも帝国議會を直接には関与させなかった慣行の形成は、いかなる条件によって可能であったのか、である。そのことは、条約の国内編入の類型のなかに戦前日本の慣行を当てはめるだけでは説明できない。

大日本帝国憲法の起草過程や施行後には、条約の締結や国内編入方式について疑義が呈されることはあった。しかも、民間で議論されていただけでなく、大日本帝国憲法起草者をはじめ政府の内部からも、立憲制度の見地から疑義が呈され従来の実行に対して批判がなされたのである。⁶⁾

しかし、その後は、立憲制度に抵触するとの批判が持続してなされたり大きな政治的問題になることはなかった。先行研究では、戦前の日本における慣行と日清戦前における憲法上の疑義に関する議論との関係がみえない。換言すると、憲法上の疑義が潜在化していった条件がわからないのである。

なぜ条約の締結にも国内編入にも帝国議會を直接には関与させない慣行が立憲制度の見地から大きな問題にならなかったのか。なぜあたかも帝国議會が政府の実行を黙認するようにして慣行が形成されていったのか。本稿は、それを日清戦後における議論と政府の実行のなかに探ることを目的とするものである。

I . 条約の締結と国内編入をめぐる日清戦後の議論状況

大日本帝国憲法施行以降、帝国議會は、条約の締結と国内編入の問題についてあまり積極的に行動しなかった。日清戦前の第6回帝国議會において、衆議院は、天皇は帝国議會の協賛を以て立法権を行使することを規定した憲

法第5条、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、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項などを根拠として、条約締結の結果として法律の制定・変更を要する事項および租税の賦課に変更が生じる事項は帝国議会の協賛を経るべきである、との決議をした(1894年6月1日)。⁷⁾ 日清戦時中の第8回帝国議会において、衆議院では大竹貫一らが貴族院では近衛篤磨が「日英新条約ニ関スル質問主意書」を提出した(1895年3月2日)。そのなかで、憲法第62条第1項を根拠にして、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ていないため憲法違反である、と述べている。⁸⁾ 日清戦後の第12回帝国議会において、西村亮吉・富田鉄之助が「日仏新条約書附属税目ニ関スル質問」を貴族院に提出した(1898年5月31日)。日仏通商航海条約附属税目(1898年3月31日公布)をめぐって「新ニ租税ヲ課シ及税率ヲ変更スルニハ法律ヲ以テ定ムヘキコト憲法第六十二条ノ命スル所ナリ因テハ政府ハ改正条約及関稅定率法ヲ實施スル際ニ當リ何如ニ之ヲ措置セントスル乎或ハ関稅定率法實施ノ己前ニ之カ改正ヲ為スノ見込ナル乎政府ノ答弁ヲ望ム」というものであった。⁹⁾

しかし、これらは持続する行動にはならなかった。政党機関誌や雑誌では日清戦時中に一時期政党人によって議論が展開されたが、これも長続きはしなかった。¹⁰⁾

条約の締結と国内編入をめぐって、初期議会期には三種類の憲法解釈があった。第一は、いかなる種類の条約の締結にも国内編入にも帝国議会の関与を否定する見解である。第二は、憲法上の法律事項をふくむ条約の締結には帝国議会の承認が必要であるという見解である。第三は、条約締結権は天皇に専属するが条約の国内編入には立法措置が必要であるという見解である。¹¹⁾

日清戦後も、同様の議論が新聞・雑誌においてなされた。条約改正によって締結された諸外国との通商航海条約(以下、改正条約と記す)と法律の規

定の間に抵触が目立つようになったからである。土地に関する外国人の権利の規定は、その典型である。

当時の雑誌論説における指摘を参考にしながら列挙すると、以下のとおりである。¹²⁾ 永代借地を認めた日英通商航海条約第 18 条第 4 項などと永代借地を認めていない民法第 604 条（土地の賃貸借の期間は 20 年）・第 278 条（永小作権の存続期間は 50 年）・第 268 条（地上権の存続期間は 50 年）。不動産抵当権を認めた日独通商航海条約議定書第 2 と地所賃入書入規則（明治 6 年 1 月 17 日太政官布告第 18 号）第 11 条（外国人への抵当すなわち書入を禁止している）。1896 年 3 月 31 日付マルシャル独国外務大臣宛青木周蔵駐独公使の公文と地所賃入書入規則第 11 条（外国人の土地所有を禁止）。この日独通商航海条約に関する公文は、日本の国内法によって設立された商事会社は、たとえドイツ国民が社員として加入していても日本の土地所有権を取得し占有できることを認めたものである。この公文の結果、ドイツ国民が土地所有権を取得する可能性が生じることとなった。

このような改正条約と法律の抵触の現実、日清戦後も条約の締結と国内編入方式について疑義が呈されつづけた原因となった。何らかのかたちで帝国議会の承認を経ないまま国内の法律を変更することができるのか否かが問題になるからである。

条約の締結と国内編入をめぐる日清戦後の議論状況の初期議会期における議論状況と異なる点は、憲法上の法律事項をふくむ条約の締結のさいの帝国議会の承認がほとんど主張されなくなったことである。

そもそも、憲法第 62 条第 1 項や第 21 条や第 37 条などを根拠にして条約の締結に帝国議会の承認が必要であると主張することには、無理があった。帝国議会が条約を承認したところで法律になるわけではないからである。¹³⁾ 法律事項に関する憲法典の条文を根拠にしながら、主張していたのは、法律案への協賛ではない。条約に対する帝国議会の承認を必要とする主張の多くは、条約の締結に対する帝国議会の関与を説くばかりで、それ以上掘り下げ

た議論をしなかった。条約と法律の抵触についても、説得力ある有効な解決策を示していなかった。

実際、条約と法律は異なるという見地からの批判を招きやすかった。条約はあくまで条約であって法律ではないという前提は、二つの憲法解釈の論拠になった。両者の争点は、条約という国内法を認めるのか否か、である。

一つは、条約が国民に対する拘束力を生じるためには法律として公布しなければならない、という憲法解釈である。条約の国内編入には立法措置が必要であるという見解である。国民を拘束する国民の権利義務にかかわる法は法律と命令のみであるということを根拠にしていた。たとえば、第6回帝国議会で衆議院の決議案に対して反対演説をした重岡薫五郎（自由党）¹⁴⁾は、雑誌『太陽』において、決議案を条約に対する帝国議会の承認を主張するものと理解して批判した。主張の骨子は、日本では天皇の条約締結権は無制限であるということと条約と法律は異なるということであった。¹⁵⁾その一方で、重岡は、近衛篤磨が主宰した議員・官僚・有識者・実業家の有志の集まりである条約実施研究会では、憲法上の法律事項をふくむ条約が国民に対して拘束力を有するためには法律が必要である、と説いた。¹⁶⁾

いま一つは、日本では締結（もしくは公布）によって条約の国際法上の効力だけでなく国内法上の効力も生じる、という憲法解釈である。いかなる種類の条約の締結にも国内編入にも帝国議会の関与を否定する見解である。条約は条約として国民を拘束するという見解である。たとえば、外務省を退官して大阪毎日新聞社にいた原敬は、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による承認の必要も法律案の提出の必要も否定した。¹⁷⁾

日清戦後において憲法上の法律事項をふくむ条約の締結には帝国議会による承認が必要であると主張した数少ない例は、新聞『日本』の陸羯南である。条約の締結にも国内編入にも帝国議会の関与を否定する論者は、無条件

で条約が条約として国民を拘束すると説いていた。それに対して、帝国議会による条約の承認を以て条約が国民を拘束する条件である、と説いたのが陸であった。「条約を法律視する方法は如何」との社説の題名からもわかるように、陸は、条約に対する帝国議会の承認によって条約は国内で法律と同じ効力をもつようにするべきである、と説いた。¹⁸⁾ 両者の相違は、条約が条約のまま国民を拘束する条件は何か、であった。

条約が国内において法律と同じ性質や効力を有するためには条件が必要であるという陸羯南の見解は、大日本帝国憲法起草過程におけるヘルマン・ロesslerの主張に似ている。ただし、ロesslerの場合は、公布によって条約は法律と同じ性質を有することを憲法典に明定するべきことを一貫して主張していた。¹⁹⁾ しかし、そのような規定は、憲法典だけでなく他の法令においても明確なかたちで実定化されることはなかった。

日清戦後に条約の国内法上の効力に関する規定を実定法に明定するべきであると提言したのは、東京帝国大学法科大学教授の穂積八束である。穂積は、国民を拘束する法に関する法理と条約の円滑な実施の必要という現実との整合性をつけようと模索していた。

穂積は、大日本帝国憲法発布直後から、国民を拘束する法は法律と命令のみであり条約は法律を変更できない、と説いていた。²⁰⁾ 憲法上の法律事項をふくむ条約の国内編入のためには立法措置が必要である、という憲法解釈である。

初期議会期には、このような見解を前提にして、条約を国内編入するための立法措置のさいには帝国議会には協賛の義務がある、と説いた。²¹⁾ 条約は法律を変更できず条約は国民を直接拘束できないという法理と条約の誠実な履行との両立をはかる見解であった。

日清戦後は、このような協賛義務説を説かなくなった。かわって、穂積は、法典調査会法例修正案第2回会議（1897年12月1日）において、新たな提言をした。法例修正案第2条「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法

令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」をめぐって、条約の国内法上の効力について疑義を呈するとともに、法例のなかで法律・命令とは別に条約は国内で効力を有するの可否かを闡明にするべきことを主張した。しかし、憲法上の大権事項に関する問題を法例という法の適用に関する法律で定めるのは適切ではないという理由で、穂積の主張は採用されなかった。²²⁾

この法典調査会における穂積の発言の趣旨は、この後に発表された新聞の論説により明確に記されている。穂積の論説は、二つの法理を前提にしていた。一つは、法律・命令によらなければ国民は拘束されないことは「立憲政治の下にある国民の通義」であるということである。いま一つは、法律の変更は法律を以てしなければならないのは「憲法の原則」であるということである。これらは、それまでの穂積の主張と変わらない。そのうえで、「公布せられたる条約は国内に於て法律と同一の効力を有すると謂ふ国法の原則」が「憲法にも明言せられず法律にも概括的に宣言せられざる我国の如きに於ては条約は条約としての本来の性質に随伴する効力の外は之を有せざる者と見るの外なし」と述べている。穂積は、実定法上の根拠がない以上は一般的受容方式をとることに反対したわけである。そこで、「法規の総則」たる法例に「公布せられたる条約は司法上行政上法律と同一の効力を有す」という一項を設けることによって条約をめぐる「法理」と条約の円滑な履行という「立法方針の主義」「政策の便宜」との両立という問題を解決できる、と提言した。²³⁾

穂積は、法例の制定は、条約の国内法上の効力を実定法によって明確にする好機である、という。しかし、この穂積の提言は実現しなかった。第12回帝国議会における法例修正案の審議では、議論されることすらなかった。

そして、憲法上の法律事項をふくむ条約の締結には帝国議会の承認が必要であるという主張も、条約の公布とは別にあらためて立法措置が必要であるという主張も、憲法解釈をめぐる大きな政治問題にはならなかった。日清戦

後の帝国議会の行動には反映されなかった。

初期議会期に条約は国民を拘束することができないとの見解を示していた織田萬（1899年9月から京都帝国大学法科大学教授）は、日清戦後になると、条約は条約として公布されることによって国内法上の効力を有する、と説くようになった。そのなかで、改正条約のなかには憲法上の法律事項があるにもかかわらず条約が国内法上の効力をもつための法律案を政府が提出せず帝国議会在法律案の提出を請求しなかったということは、第6回帝国議会における衆議院の決議は暗黙のうちに取り消されたものとみなすほかはない、と述べている。²⁴⁾ 日清戦後の立法の現実が政府のみならず帝国議会も法律と命令以外に条約という国内法を認めたことを表現している、と説いているわけである。

一方、外務官僚の倉知鉄吉は、憲法解釈が確定しないまま、天皇が大権によって締結した以上は条約は国際法上の効力を有するのみならず国内に公布したら国内法上の効力を有するゆえ憲法上の法律事項をふくむ条約であっても条約とは別に法律を設ける必要はないという慣行が漸次確定しつつあることを指摘した。条約を国内編入するための特別立法を故意にしなかったといわざるをえず、その結果条約はその内容のいかんにかかわらず公布によって国内法上の効力を有するという公的な憲法解釈が定着しつつある、というのが倉知の結論である。²⁵⁾

両者とも、公布のみによって条約の国内法上の効力が生じるという慣行が確立されつつあることを指摘している。そして、帝国議会在条約の締結や国内編入について何ら要求しなかったことを指摘している。ただし、倉知はそのような事態に疑問を抱き、織田は日本においては法理上も問題ないとしている点において、両者の見解は異なる。

ここで問いたいのは、一時的にはあれ初期議会期に政府内外で議論された条約の国内編入をめぐる問題がなぜ日英通商航海条約をはじめとする改正条約の実施準備過程で大きな政治問題にならなかったのか、である。また、

なぜ帝国議会は強い要求をしなかったのか、である。

先に紹介した憲法解釈があたかもすべての条約の規定が直接適用可能なほどの自動執行性を有しているという極端な想定にもとづいた法理上・学理上の議論にこだわりすぎていたため多くの者の関心をひかなかったからであろうか。あるいは、多年にわたる念願であった条約改正がかなりの程度達成され、改正条約の実施期限が迫るなかで憲法上の法律事項をふくむ条約に対する帝国議会の承認や条約を国内編入するための特別立法を要求する余裕がなかったからであろうか。たとえそうであったとしても、次のような疑問を禁じえない。では、このような一見したところ既成事実を蓄積していっただけのようにもみえる慣行の形成は、なぜ立憲制度に反するものとされなかったのか。

Ⅱ. 条約の実施立法——憲法典による拘束と条約による拘束

条約をめぐる政府の憲法解釈は、確定していたようにみえる。少なくとも条約締結権については、政府の見解は明白であった。『憲法義解』の憲法第13条の説明は、条約の締結に対する帝国議会の関与を否定するものであった。²⁶⁾

条約と法律の抵触の問題についても、一見したところ確定していたようにみえる。第12回帝国議会のさいに貴族院に提出された西村亮吉・富田鉄之助の質問書に対する外務省作成の答弁案は、「条約ノ締結ハ憲法第十三条ニ依リ天皇ノ大権ニ属スルヲ以テ条約ニ於テ税率ヲ定メタル場合ハ憲法第六十二条ニ依ルノ限ニ在ラス随テ政府ハ関稅定率法ヲ実施スルニ先チ之ガ改正ヲ加フルノ要ナシト認ム」というものであった。²⁷⁾

また、1891年にウィーンで調印された改正万国郵便連合条約（明治25年6月23日勅令無号）第5条第5項（商品見本の制限を改正した）と郵便条例第209条の抵触をめぐる第一次松方正義内閣の態度も、条約と既存の法律の

抵触に対する政府の見解が日清戦前にすでに確定しつつあった印象を与える。法制局から郵便条例を改正する必要があるとの意見が出されたにもかかわらず、榎本武揚外務大臣は、郵便条例中郵便条約と抵触するものはおのずから消滅するとの見解を示し、政府は何らの措置もとらなかった。²⁸⁾ 日清戦後の1897年にワシントンで調印された改正万国郵便連合条約(明治31年12月20日勅令無号)の結果商品見本の重量制限をさらに変更した²⁹⁾ さいにも、郵便条例改正などの措置はとられず、既成事実となっていた。

しかし、他方では、政府内において条約をめぐる憲法解釈がかならずしも確定していたわけではないことを示す事例がある。たとえば、日独通商航海条約・領事職務条約の批准をめぐる枢密院会議(1896年7月11日)においては、不動産抵当権の取得を許可した議定書第2と外国人への土地の抵当を禁止した地所質入書入規則第11条の抵触について疑義が呈され、条約による法律の自動的な変更の可否に関する質疑応答がなされた。

第一読会において本野一郎外務大臣秘書官兼外務省参事官は、「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」と述べた。³⁰⁾ しかし、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」と批判したのに対して、「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。西園寺公望外務大臣も、「法令ノ条約ニ抵触スルモノハ其効力ヲ失フハ勿論ナリ然トモ之ヲ自然ニ帰シタルモノト為スカ又ハ別ニ立法上ノ手續ヲ以テ之ヲ改廢スルカ其辺ノ所ハ本官ニ於テハ茲ニ確答スル能ハス」と述べている。³¹⁾ してみると、西園寺と本野の答弁は、条約が法律を自動的に消滅させることをかならずしもよしとするものではなく、条約の履行を優先させるべきことを説いているだけであることがわかる。何らかの法的手当をするか否かは政府しだいである、と答弁するしかなかったわけである。

条約の規定が既存の法律の規定と抵触した場合にどのように処理するの

かという問題になると、一般論として憲法解釈を確定することを避けたのである。改正万国郵便連合条約と郵便条例の抵触をめぐる第一次松方正義内閣の態度と比較すると、かならずしも政府内において確定した見解が共有されていたわけではなかったことをうかがい知ることができる。

先述した第12回帝国議会の貴族院に提出された質問に対する答弁案も、憲法第62条は協定関税率とは無関係であると記しているにとどまるものであった。条約による法律の自動的な変更を断言したものではなかった。

条約の締結と国内編入のいずれにも帝国議会の関与を認めない憲法解釈は、条約と法律が抵触した場合には、法律の規定は消滅するとみなす見解であった。たとえば、初期議会期に条約に対する帝国議会の承認は不要であると説いた都筑馨六は、「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」と断じ、³²⁾ 日清戦後の原敬も法律に対する条約の優位を「公法上の原則」と述べた。³³⁾

先述した改正万国郵便連合条約のような場合もある一方で、政府はかならずしもかような憲法解釈のとおりに行なったわけではなかった。条約の規定と既存の法律の規定の抵触は法律によって解決した場合もあった。

たとえば、前節で記した土地にかかわる外国人の権利については、次のような法的な手当をした。永代借地権については、民法施行法(明治31年6月21日法律第11号)第45条で「外国人又ハ外国法人ノ為メニ設定シタル地上権ニハ条約又ハ命令ニ別段ノ定ナキ場合ニ限り民法ノ規定ヲ適用ス」と規定し、とりあえずの措置をとった。その後、条約にいう永代借地権と民法にいう地上権は性質が異なっていることを明確にするために、永代借地権ニ関スル法律(明治34年9月21日法律第39号)を制定した。³⁴⁾ 抵当権については、外国人ノ抵当権ニ関スル法律(明治32年3月16日法律第67号)を制定した。この法律は、外国人の抵当権を認めることを直接規定したものではないが、あきらかに外国人の土地抵当権を認める場合があることを想定して

いる。³⁵⁾ 外国人の土地所有権については、最終的には後年の法律によって認めるようになった。外国人ノ土地所有権ニ関スル法律（明治43年4月13日法律第51号）を経て外国人土地法（大正14年4月1日法律第42号）が制定されたことは周知のとおりである。³⁶⁾

このほか、改正条約によって認めた外国人の株式取得に関する権利について、次のような法的な手当をした。取引所法中改正法律（明治32年3月10日法律第58号）を制定して、取引所法第11条第1項「帝国臣民ニ非サレハ取引所ノ会員、株主又ハ仲買人トナルコトヲ得ス」から「株主」を削った。鉱業条例中改正法律（明治33年3月30日法律第74号）を制定して、鉱業条例第3条第1項「帝国臣民ニ非サレハ鉱業人トナリ又ハ鉱業ニ関スル組合員又ハ会社ノ株主トナルコトヲ得ス」から「株主」を削り、「帝国臣民又ハ帝国ノ法律ニ従ヒ設立シタル会社ニアラサレハ鉱業人トナリ又ハ鉱業人トナルコトヲ得ス」とした。³⁷⁾

改正条約の実施準備期であった日清戦後に日英通商航海条約をはじめとする改正条約や条約改正の条件となった万国条約（著作権保護に関するベルヌ条約や工業所有権保護に関するパリ条約）の実施立法が多くなされたことは、すでに知られているとおりである。法典調査会の考察を中心に改正条約実施準備過程をあきらかにした小林和幸の研究によると、政府が帝国議会に提出したあきらかに条約実施関係の法律案は、第13回帝国議会だけでも22件あり、修正されたものもあったがすべて可決された。³⁸⁾

条約の規定が曖昧なら（国内で直接適用が可能なほど具体的でないならば）、条約の実施のために必要な立法をおこなうのは当然である。条約で特定立法を約束した場合も、立法をおこなうのは当然である。

大日本帝国憲法施行以前にも、条約の実施立法はなされていた。たとえば、条約に対する法整備の事例として、日米犯罪人引渡条約（明治19年10月8日勅令無号）に対する逃亡犯罪人引渡条例（明治20年8月10日勅令第42号）があった。³⁹⁾あるいは、日本朝鮮両国通漁規則（明治23年1月8日勅

令無号) 第7条～第10条⁴⁰⁾のように条約が罰則を規定した事例もある一方で、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日太政官布告第18号)のように条約によって特定の立法を約束して実施した事例もあった。⁴¹⁾

大日本帝国憲法施行以降は憲法上の法律事項とみなした事項を法律を以て定めるのは、当然といえば当然ではある。実際、政府は、条約の実施立法を多くの場合は勅令(独立命令)でおこなわなかった。たとえば、1891年にウィーンで調印された改正万国郵便連合条約(明治25年6月23日勅令無号) 第18条の結果、郵便連合万国郵便切手類保護法(明治25年6月18日法律第3号)を制定した。憲法典による規制ははたらいていたのである。

ただし、これは、大日本帝国憲法施行以後であってにもかかわらずしも自明のことではなかった。郵便連合万国郵便切手類保護法の制定をめぐって異論もあったからである。改正万国郵便連合条約に対する枢密院の審査報告は、郵便連合万国郵便切手類の模造・偽造した者を罰するには郵便連合万国切手類保護法は必要なく命令ノ罰則違犯ニ関スル罰則ノ件(明治23年法律第84号)の範囲内(1年以下の禁錮もしくは200円以下の罰金)で対処すればよいと記していた。⁴²⁾

改正条約実施のための法整備をおこなうにあたって、政府は、憲法上の法律事項と判断した場合は法律で定めるようにした。国民を拘束する法を定立する条件をできるだけ憲法典にしたがって充たしていったのである。

一方、帝国議会は、改正条約実施のための法律案に協賛することによって、政府による改正条約締結やベルヌ条約・パリ条約への加入の正当性を間接的に承認したことになる。そして、このことは、みずからが関与することなく締結された条約の拘束を受けることをも承認したことを意味している。

また、条約の実施立法のさいの帝国議会による協賛は、条約が国内における立法の基準となること⁴³⁾を帝国議会が受け入れたことをも意味している。

できるだけベルヌ条約やパリ条約と権衡をもたせるべく条文を設けた著作権法や特許法は、その典型である。それは、法律案起草の段階から意識されていたことであった。

たとえば、法典調査会第5回委員総会における著作権法案の審議（1898年12月17日）をみると、日本国民や無条約国民に対して適用される事項についても、条約の規定に合致するように条文を設けるようにしたことがわかる。著作権の保護期間に関する第7条第1項「著作権者原著作物第一発行ノ日ヨリ十年内ニ其ノ翻訳物ヲ発行セサルトキハ其ノ翻訳権ハ消滅ス」について村田保が「十年内ト云フノハ随分長イモノデアリマスナ」と発言したのに対して、主査委員の道家齊は、「此十年ハ条約デ極マツテ居リマスカラドウモ動カス訳ニハ往キマセヌ」と答弁している。⁴⁴⁾ 実際、ベルヌ条約の1896年パリ追加規定第1条第3には、「原著作物最初発行ノ日ヨリ起算十箇年内ニ同盟国ノ一ニ於テ其ノ保護ヲ請求セムトスル国語ニ翻訳シタルモノヲ公ニシ若ハ公ニセシメテ其ノ権利ヲ使用セサリシトキハ翻訳ノ特権消滅スルモノトス」と記されている。

あるいは、著作権の期間の計算に関する第9条「前六条ノ期間ハ著作者死亡ノ年又ハ著作物ヲ発行シ又ハ興行シタル年ノ十二月三十一日ヨリ起算ス」について、主査委員の穂積八東は、「「著作者死亡ノ年又ハ」ト入レマシタノハ第三条ニ「死後三十年」トアリマスカラ死亡シタ年例ヘバ六月ニ死シダ者デモ恰モ其年ノ十二月三十一日ニ死シダモノトシテ翌年カラ算ヘルト云フ精神デアリマシタ其事ニ付テハ条約ノ計算ノ仕方括ガスウ云フ計算ノ仕方ニ為ツテ居リマス畢竟便宜規定デアリマス」と説明している。⁴⁵⁾ 実際、ベルヌ条約第5条第4項は、「本条ニ規定セル各場合ニ於テ保護ノ期限ヲ計算スル為メニハ著作物ヲ公ニシタル年ノ十二月三十一日ヲ以テ其ノ発行ノ日ト看做ス」と規定している。

このような方針によって起草された法律案に対しても、帝国議会は修正はすることはあっても否決することなくことごとく協賛していった。戦前の日

本における条約の締結や国内編入に関する慣行の形成は、締結に帝国議會を関与させなかったり条約の国内編入のための特別立法をおこなわなかった政府の実行だけでなく、帝国議會自身の行動の結果でもあったのである。

Ⅲ. 条約の規定を優先させる規定をふくむ法律

日清戦後の日本においては、改正条約の実施立法が必要な場合が多かったという現実の下で、政府はできるだけ法律案を帝国議會に提出した。しかし、直接適用可能なほど明確で具体的な条約の規定と既存の法律の規定の抵触という問題が残る。ただし、すでに田畑茂二郎が指摘しているように、条約の内容が直接適用可能なほど具体的であっても、条約の当事国の憲法秩序によって当該条約の規定が直接適用可能か否かが左右される。⁴⁶⁾

日清戦後の日本政府は、外国人の土地に関する権利などについての新規立法以外に、条約と法律の抵触問題を解決するもう一つの措置をとった。それは、先述した法例に「公布せられたる条約は司法上行政上法律と同一の効力を有す」という一項を設けるという穂積八束の提言とは異なるかたちで条約の国内法上の効力を認める措置であった。すなわち、法例に包括的な法律の委任を明定するのではなく、個別の立法による承認（もしくは追認）である。

現在の日本の法律のなかには「条約に別段の定があるときは、その規定による」「条約に別段の定があるときはこの限りでない」（法律によって規定の仕方や文言が異なる）という規定を設けているものがある。特許法（昭和34年4月13日法律第121号）第25条第3号・第26条、鉱業法（昭和25年12月20日法律第289号）第17条、電波法（昭和25年5月2日法律第131号）第3条、著作権法（昭和45年5月6日法律第48号）第5条などである。

大日本帝国憲法施行以前にも、類似の規定は存在した。たとえば、電信関係の法令である。海外電機通信ハ万国電信公法ニ從ヒ取扱（明治11年3月15日工部省布達第4号）は、海外電信は万国電信公法（1875年調印の万国

電信条約)の規定にしたがって取り扱うことを規定していた。電信取扱規則改定(明治12年5月27日工部省布達第9号)は、第9篇第8章において「海外電報ハ同盟諸国ノ會議ヲ以テ時々定ムル所ノ電信万国公法ニ拠リテ取扱フヘシ」と規定していた。また、電信条例改定(明治18年5月7日太政官第8号布告)第51条は、「海外電報ハ同盟諸国ノ會議ヲ以テ定ムル所ノ万国条約書ニ拠リテ取扱フヘシ」と規定していた。⁴⁷⁾

日清戦後は、改正条約実施のための法律をはじめとするいくつかの法律において、「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」「条約ニ別段ノ定アルトキ……ハ此限ニ在ラス」「条約ニ別段ノ規定アルモノハ各其ノ規定ニ依ル」という規定を設けた。民法(明治29年4月27日法律第89号)第2条・第36条、民法施行法(明治31年6月21日法律第11号)第45条、著作権法(明治32年3月4日法律第39号)第28条、船舶法(明治32年3月8日法律第46号)第3条、水難救護法(明治32年3月29日法律第95号)第23条、関税法(明治32年3月14日法律第61号)第1条第1項、郵便法(明治33年3月13日法律第54号)第56条、郵便為替法(明治33年3月13日法律第55号)第16条、電信法(明治33年3月14日法律第59号)第45条、永代借地権ニ関スル法律(明治34年9月21日法律第39号)第1条などである。

このような規定は、現在では「注意的な規定」とされている。⁴⁸⁾条約が国内法上の効力を有することを創設的に規定したわけではなく念のために確認的に規定したものであるという意味である。

公式令(明治40年2月1日勅令第6号)制定直後の時期には、少なくとも政府内では注意的な規定とみなされるようになっていた。そのことは、条約の国内法上の効力に関する戦前の日本政府の公式見解として先行研究が紹介してきた1906年の駐日蘭国公使からの照会に対する日本政府の回答案(前述)から知ることができる。その経緯と詳細な内容については、先行研究に譲る。ここで示しておきたいのは、外務省からの照会(1906年10月16

日付)に対する岡野敬次郎法制局長官の回答(1907年5月18日付)に、「我現行法中条約ノ規定アル場合ヲ除外スル主旨ノ規定ヲ有スルモノ無キニ非ス例ヘハ民法第一編第一章第二条、第二章第三十六条、関税法第一条、著作権法第二十八条等ノ如キ是レナリ然レトモ是レ唯注意的ノ規定タルニ止マリ当該条約ハ此等ノ規定ヲ待タス其ノ性能ニ依リ当然国法ノ一部タリト解スヘキナリ」と記されており、外務大臣起草の回答案(1907年5月21日起草)に反映された⁴⁹⁾ことである。

日清戦後の立法において政府が創設的な規定として設けたのか注意的な規定として設けたのかという問題よりも重要なのは、「条約ニ別段ノ規定アルモノハ各其ノ規定ニ依ル」という規定を法律において定めたことである。⁵⁰⁾当然帝国議会の協賛という手続を経たものである。

このような規定が帝国議会の協賛を経た法律によって定められていたことの重要性は、次のことからうかがい知ることができる。著作権法案の内務省原案では、第4章「外国著作者ノ保護」の下に第46条から第51条を設けていた。これらは、ベルヌ条約の規定をほぼそのまま写したような規定であった。⁵¹⁾法典調査会では、この第4章をまるごと削除して「外国人ノ著作権ニ付テハ著作権保護ニ関スル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」という第27条を挿入した。第5回委員総会(1898年12月17日)における主査委員の穂積八束の説明によると、将来のベルヌ条約改正による立法の煩雑さを回避するためであった。⁵²⁾先述したように、穂積は、大日本帝国憲法発布以降、国民を拘束するのは法律と命令だけであると主張していた。

また、一木喜徳郎は、法典調査会第7回総会(1899年6月24日)における帝国ノ臣民又ハ法人ニ於テ外国人又ハ外国法人ノ為ニ永久存続ノ意思ヲ以テ設定シタル地上権又ハ賃借権ヲ取得シタル場合ニ関スル件ノ審議のさいに、主査委員として、条約の国内法上の効力を認めることを前提にした発言をしている。すなわち、一木は、日独通商航海条約の往復公文で永代借地

権を認めることになったことを挙げ、民法施行法第45条「外国人又ハ外国法人ノ為メニ設定シタル地上権ニハ条約又ハ命令ニ別段ノ定メナキ場合ニ限り民法ノ規定ヲ適用ス」の結果、民法に定めている地上権・賃借権の規定は、条約を以て保障した永代借地権に関して適用しないことは明瞭である、と述べた。⁵³⁾ 一木は、近衛篤磨を中心とする条約実施研究会の第1回研究会(1897年9月9日)において、報告者として、条約は国民に対する拘束力をもたないゆえ法律や命令の公布が必要であり、条約が法律と抵触する場合は法律を改正しなければならない、と説いていた。⁵⁴⁾

条約と法律の区別を主張した穂積と一木が職掌上法理や学理と現実の立法を区別して自説を抑えたと思像することも可能ではある。⁵⁵⁾ しかし、第I節で紹介した穂積の提言を想起するとき、少なくとも穂積の場合にはかような規定を法律を以て定めることは容認が不可能だったとは思われないのである。すなわち、帝国議会の協賛を経た何らかの法律のかたちで条約の国内法上の効力を認めるという点においては、妥協可能な方法であった。このような規定を帝国議会の協賛を経た法律によって定めることは、条約は直接国民を拘束することができず法律と命令のみが国民を拘束できると主張する論者でも受け入れることが可能な条件だったのである。

帝国議会における審議では、「条約ニ別段ノ規定アルモノハ各其ノ規定ニ依ル」という規定をめぐるほとんど問題にはならなかった。条約の国内法上の効力についても、大きな問題にはならなかった。

たとえば、民法中修正案第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」は、第9回帝国議会では議論の対象にすらならなかった。⁵⁶⁾ 第2条については、その後有名な民法第二条修正案をめぐる論争がなされただけである。関税法案第1条第1項「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」は、帝国議会における審議では問題にされなかった。初期議会期に一時的とはいえそれほど協定関税率の変更のさいの手續が議論の対象にされたにもかかわらず

ず、である。

かろうじて「条約ニ別段ノ規定アルモノハ各其ノ規定ニ依ル」という規定について質疑応答がなされたのは、郵便法案と船舶法案と著作権法案である。

郵便法案第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」については、貴族院の委員会（1900年2月9日）において外国郵便の規定がなくなっていることについて岡部長職が質問したのみである。しかも、第56条を示した政府委員の簡潔な答弁で納得している。⁵⁷⁾ということは、条約の国内法上の効力をめぐって疑義がなかったことを示している。なお、先述した改正万国郵便連合条約と郵便条例の抵触問題は、これによって解消されたことになる。

船舶法案第3条「日本船舶ニ非サレハ不開港場ニ寄港シ又ハ日本各港ノ間ニ於テ物品又ハ旅客ノ運送ヲ為スコトヲ得ス但法律若クハ条約ニ別段ノ定アルトキ、海難若クハ捕獲ヲ避ケントスルトキ又ハ主務大臣ノ特許ヲ得タルトキハ此限ニ在ラス」は、将来締結されるかもしれない条約だけではなく、すでに締結された条約も念頭においたものであった。貴族院本会議（1898年6月1日）における船舶法案第3条をめぐる質疑応答では、曾我祐準が現在いかなる「条約ニ別段ノ定」があるのかという質問をし、政府委員の田健治郎は沿海貿易に関する日英通商航海条約第11条を挙げた。⁵⁸⁾帝国議会が条約に国内法上の効力を与えるための特別立法を要求しない以上、すでに条約が国内法上の効力を有していることを前提とした質疑応答であった。質問者は、条約の国内法上の効力について疑問を抱いていなかったのである。

同様のことは、著作権法案第27条「外国人ノ著作権ニ付テハ著作権保護ニ関スル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」についてもみられた。⁵⁹⁾同条は、加入が予定されている既存の条約を念頭においたものである（著作権法公布は1899年3月4日、ベルヌ条約加入は4月18日）。⁶⁰⁾貴族院の委員会（1899年1月25日）において、菊池武夫は、「此二十七条ハ

何か無ケレバ困ルト言フ所カラ出タノデゴザイマスカ、大シタ奇ナル箇条デモナイ様デアリマスガ……」と質問している。⁶¹⁾ 質問者は、日本においては特別立法をすることなく条約が国内法上の効力を有しているということを自明の前提としていたのである。⁶²⁾

「条約ニ別段ノ規定アルモノハ各其ノ規定ニ依ル」という規定だけでは条約の国内編入方式は不明である。しかし、帝国議会の議員たちの態度をみればわかるように、条約の国内法上の効力を自明のことと考えていた。また、たとえそのような認識が多く議員の間で共有されていなかったとしても（多くの議員が条約の国内法上の効力について深く考えていなかったとしても）、条約を国内編入するための特別立法が結局おこなわれなかったことは、日本においては公布のみによって条約が国内法上の効力を有することを帝国議会が認めたことを表現しているのである。日本における条約の国内法上の効力について、政府は帝国議会に承認（あるいは追認）を求めたことになる。⁶³⁾ 帝国議会の意思も関与して成立した「条約ニ別段ノ規定アルモノハ各其ノ規定ニ依ル」という規定をふくむ法律が蓄積していくことによって、すでに締結された条約の国内法上の効力を自明視する慣行が形成されていったのである。当初から条約が国内法上の効力を有することを当然のことと考えていたことを示す注意的な規定であったか否かがここでの問題ではない。問題は、このような規定が帝国議会の意思によって承認されたことである。帝国議会の協賛を経ていることである。実施立法を必要とする条約が多かったことに加えて、直接適用可能な自動執行性を有する条約の規定について帝国議会が国内での適用を承認したことによって、誰も立憲制度に反すると思わなくなっていたのである。

おわりに

戦前の日本における条約の締結と国内編入の慣行は、政府と帝国議会の双

方の実行によって形成された。政府は、条約の実施立法をおこなうさいに、多くの場合には帝国議会の協賛を経て法律を制定した。国民を拘束する法を定立する条件を充たしていったのである。条約の締結後に実施立法が必要なケースが多ければ、条約不履行による国際的な国家責任の発生というリスクは、実質的には条約の国内編入のための特別立法をおこなうのと変わらなくなる。したがって、外交の便宜や円滑さを優先させるあまり実施立法が困難になるほど日本の国益や国権をいちじるしく毀損すると疑われるような条約を締結することが困難になった。⁶⁴⁾ その意味では、条約の締結に対する帝国議会による規制が間接的にはたらく実行を政府はしたのである。

このような条約の実施立法は、一方では帝国議会に条約不履行によって国家責任が生じることをもふくめた判断を政府がゆだねたことを意味する。⁶⁵⁾ 帝国議会による法律案への協賛は、結果として政府による条約締結の正当性を承認するものでもあった。他方では条約が立法を拘束することを帝国議会が承認することも意味していた。

条約を履行する国家意思がある以上は、条約が立法を拘束するのは当然である。条約の締結とは、国家が条約の拘束を受けることを承認することを意味する行為だからである。条約を遵守し誠実に履行するということは、将来にわたって条約に抵触する立法をしないという意味での立法の拘束をも受け入れることをも意味する。そして、締結された条約が条約当事国の立法内容に対して指針や基準を与えることを受け入れることをも意味する。

問題は条約が立法を拘束する条件である。条約の締結に対する帝国議会の承認を求める主張は、論者たちの自覚とは別に、条約が立法を拘束する条件について議論を掘り下げの可能性を有していた。しかし、条約締結権が天皇に専属することを前提にする（これ自体は大日本帝国憲法の解釈上唯一の解釈ではなくとも無理な解釈ではない）かぎり、実施立法のさいの法律案に対する帝国議会の協賛の蓄積は、みずからが関与せずに締結された条約が立法（帝国議会にとっては立法協賛権の行使）を実質的には拘束することを帝国

議会自身が受け入れたことを示していた。かくして、政府と帝国議会が慣行を形成していくなかで、条約が立法を拘束する条件をめぐる問題は、追究されることなく沈潜していった。

また、政府は、条約に国内で直接適用可能なほど明確で具体的な規定があれば条約の規定に譲るという規定をふくむ法律案を帝国議会に提出していった。包括的に条約の国内法上の効力を認める規定を設ければよかったのに、わざわざ個別の法律で規定していった。それは、帝国議会が条約の国内法上の効力を承認（というよりも追認）していく過程であった。

大日本帝国憲法施行以前は、条約を国内編入するための特別な措置をとらなかった。条約の国内法上の効力を自明視していた。大日本帝国憲法施行後の法律案に「条約ニ別段ノ規定アルモノハ各其ノ規定ニ依ル」という規定を設けて帝国議会が協賛したことは、従前からの条約の国内編入方式を踏襲することを帝国議会が承認（追認）したことを意味する。政府は、わざわざこのような措置を積み重ねていったのである。⁶⁶⁾

このような政府の措置や運用は、条約の締結や国内実施に対して憲法典をはじめとする立憲制度の規制がかかっていたことを示している。国民を直接拘束する法を定立するさいにできるだけ憲法典所定の手続をとったからである。

では、なぜかくも立憲制度の規制が政府の実行にかかっていたのか。そこでみておきたいのが、初期議会期にアレクサンドロ・パテルノストロが大日本帝国憲法第13条については憲法中の他の条を離れて解釈するべきではなく立憲君主国の原則に適合するように解釈するべきであると主張した答議のなかで、国際法学者カルロス・カルボの著書から引用した次の一節である。

君主ノ批准権ハ、何レヨリ来ルカ、明ニ各国ノ内国憲法ヨリ来ルモノナリ。……而シテ此主権ノ執行ハ、此ノ憲法ニ依リ広クセラレ狭クセラレ、

。有。効。条。件。ニ。モ。従。属。セ。ラ。ル。コ。ト。ア。リ。故ニ君主ハ、己レヲ支配スル所ノ公法ニ依リ規定セラレタル境域、制限ノ内ニ於テ批准ヲ為スコトヲ得、而シテ国内及国外ニ於テ公法ヲ遵守シ及尊敬セシムルノ特別職務ヲ有セリ云々（圏点は井上毅による朱点）⁶⁷⁾

最後の圏点の箇所に注目してもらいたい。憲法典をはじめとする法を遵守し内外に対して通用させることに君主の「特別職務」があることを説いているのである。

質疑を發した井上毅自身も、大日本帝国憲法發布後間もなくの時期に黒田清隆総理大臣に提出した意見書のなかで、「憲法ハ單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、次のように説いていた。

我カ天皇陛下ハ憲法發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對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⁶⁸⁾

政府は、ディレンマを抱えていた。憲法典を通用させることと条約を誠実に履行することのディレンマである。

権力は、憲法典を通用させなければ、みずからの主権性を維持することはできない。この場合の通用とは、対内的には強制力をともなって法を執行しつづけることである。対外的には、他国に自己の法を尊重させることである。

一方、権力は、条約を履行することができなければ、主権性を維持することはできない。主権国家並存の国際社会である以上、国際法はその執行と法的安定性の維持を諸国家の権力の主権性に依存していた。そして、みずからが制定した憲法典を通用させることができない権力は、条約を国内に強制力をともなって執行する主権性を維持することができない。国民を拘束する法を定立する憲法典所定の手続を無視する実行では、場合によっては、条約の履行の便宜のために政府が憲法典を通用させることができていないとの疑義すら生じかねないのである。

こうしてみると、条約に対する帝国議会の承認を主張した陸羯南が条約締結への議会の容喙が「十九世紀の大原則」であると説き、条約の締結に議会が関与しなければ法律による禁止が容易に条約によって破られることになると述べた⁶⁹⁾のは、あながち机上の空論ともいえない。あるいは、条約は直接国民を拘束せず条約が国内法上の効力を生じるためには法律を制定しなければならぬと主張した山脇玄が君主の権利と議会の権利のうち一方に偏重するおそれをなくすのが「立憲制度の本義」であると説き、憲法上の手続を軽視して条約の履行を優先させれば条約が憲法典を左右することができるようになり憲法上保障された臣民の権利が有名無実になる危険を指摘した⁷⁰⁾のも、あながち机上の空論とはいえない。

陸羯南も山脇玄も、立憲制度の通義を説いていたのである。憲法典や憲法附属法令に明記されていなくても、立憲制度にかなう運用をしていないという疑いがついてまわれば、権力の正統性と主権性は確固たるものにはならない。戦前の日本の立憲制度について「外見的立憲制度」や「未熟な立憲制度」などと指摘して能事畢れりとするよりも考察すべき問題がここにあるのである。

註

- 1) 伊藤博文『憲法義解』（宮沢俊義校註、岩波文庫、1940年）40～41頁。

- 2) たとえば、齋藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社、2002年）18～20頁。ほかに「承認法」による編入方式がある。条約の内容を国内法として立法しなおすのではなく、議会の承認を法律の形式でおこなう方式である。第二次世界大戦後のドイツ・イタリア・フランス・ベルギー・オランダなどがこの類型に入るとされている。イギリスは「変型」方式であるというのが、実際には種々の形式をとってきた。藤田晴子「英国における条約の締結と議会の権能」（国立国会図書館調査立法考査局『レファレンス』113、1960年）30～37頁。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）14頁・15頁・18～19頁。
- 3) ただし、日本国憲法第73条第3号から国会承認条約の存在が予想されるものの、いかなる種類の条約の締結に国会の承認が必要なのかは憲法典に明定されていない。いわゆる大平三原則の表明が必要であった所以である。大平三原則をふくめた戦後の日本における国会承認条約に関する運用と議論については、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。
- 4) 高野雄一『憲法と条約』（東京大学出版会、1960年）126～132頁。樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅳ〔第76条～第103条〕』（注解法律学全集4、青林書院、2004年）345～346頁（佐藤幸治執筆）。
- 5) 先行研究では、外務省条約局第二課『条約ニ関スル先例研究』（一）（国際法先例研究第一輯、1943年1月、外務省調書条二27）2～10頁を使用しているものもあるが、もとの史料は「条約ノ効カヲ生スヘキ方式ニ関シ蘭国公使ヨリ照会一件」（外務省記録2.5.1.72「条約ノ国法的効カニ関シ解釈一件」外務省外交史料館所蔵）である。一又正雄執筆の調書においては、史料に加工がなされている。
- 6) 顕原善徳「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）。同「初期議会期における条約の国内編入をめぐる問題」（『立命館大学人文科学研究所紀要』No.111、2017年）。
- 7) 「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。
- 8) 「第八回帝国議会衆議院議事速記録」第39号（『官報』号外、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。近衛篤磨らによる貴族院への質問書の提出については、『近衛篤磨日記』（1895年2月20日・21日・23日・25日・26日・3月2日）に若干の記述があるが、いかなる経緯によって質問書の提出に至ったのかは不明である。かろうじてわかるのは、質問書の草案を起草したのは富田鉄之助であり谷干城・曾我祐準らと相談して質問書をまとめ近衛が提出者になったということである。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、協定関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。小林和幸「初期貴族院における「対外硬派」について」（『駒澤大学文学部研究紀要』第62号、2004年）191頁・200頁註（28）も参照したが、質問書提出の経緯は不明である。
- 9) 「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」（外務省記録1.5.2.2-3「帝国議会関係雑纂質問及答弁ノ二」外務省外交史料館所蔵）。
 - 10) 穎原善徳「初期議会期における条約の国内編入をめぐる問題」（『立命館大学人文科学研究紀要』No.111、2017年）220頁註（82）。
 - 11) 同前、187～191頁。
 - 12) 当時改正条約と既存の法律の抵触について論じたものとして、以下のものがある。鳩山和夫「日独条約を評す」（『太陽』第3巻第1号、1897年1月5日）。佐藤宏「新条約論（承前）」（『改正条約実施内外雑居準備会雑誌』第5号、1898年8月25日）。倉知鉄吉「条約ト法律事項」（『法政新誌』第3巻第20号、1899年3月20日）。有賀啓太郎「条約ト法律トノ関係」（『行政法協会雑誌』第3巻第3号、1899年11月25日）。
 - 13) すでに初期議会期には、ヘルマン・ロesslerによって批判されていた。「ロエスレル氏関税条約ノ議会協賛ニ関スル答議」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）262頁。「ロエスレル氏海関税ニ関スル答議」1891年9月15日（同前）9頁。
 - 14) 「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）388～389頁。
 - 15) 重岡薫五郎「日英条約は帝国議会の協賛を要すべきや如何」（『太陽』第2巻第1号、1896年1月5日）。
 - 16) 「条約実施研究会第一回第二回速記録」（辻治太郎編『条約実施研究会速記録』1898年8月15日）33～36頁。稲生典太郎編『内地雑居論資料集成』4（原書房、1992年）所収。条約実施研究会とその活動については、稲生典太郎『条約改正論の歴史的展開』（小峯書店、1976年）530～533頁ならびに稲生典太郎「内地雑居論の消長とその資料」（稲生典太郎編『内地雑居論資料集成』1、原書房、1992年）20頁を参照。
 - 17) 「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）。「条約と法律規則の抵触」（『大阪毎日新聞』明治30年12月13日）。『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。国際法学者の中村進午も、日本

- 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、日本の場合各国との条約は常に公布して国民に遵奉させる効力をもたせている、と説明している。中村進午講述『日英通商航海条約積義』（東京専門学校、1896年）341～349頁。中村進午『新条約論』（東京専門学校、1897年10月19日）12頁・58頁。
- 18) 『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。陸羯南は、初期議會期にも協定関税率の変更について帝国議会の承認の必要について論じていた。『日本』1894年5月3日号社説「通商条約と議會」（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。ただし、この社説は、条約に対する帝国議会の承認というよりも、法律案に対する帝国議会の協賛について論じているようにも見える。
 - 19) 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紀要』No.105、2015年）50～53頁。
 - 20) 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）。
 - 21) 穂積八東「条約ハ立法ヲ檢束ス」（『法学協会雑誌』第10巻第11号、1892年11月1日）。この穂積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）。日清戦後も、名指しこそされていないものの、穂積の協賛義務説は批判された。原嘉道「法律ト条約」（『行政法協会雑誌』第1年第1巻、1897年9月15日）。有賀啓太郎「法律ト条約ノ関係（承前）」（『行政法協会雑誌』第3巻第5号、1900年1月29日）。織田萬「条約ノ締結ト議會ノ職権」（『法律学経済学内外論叢』第1巻第6号、1902年12月11日）。
 - 22) 「法典調査会法例議事速記録」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』26、商事法務研究会、1986年）38～41頁。
 - 23) 穂積八東「条約及条約法」（『東京日日新聞』1898年1月1日）。穂積八東「条約及条約法」（『法政新誌』第9号、1898年2月20日）は、仮名遣い以外『東京日日新聞』掲載の論説と同文である。この穂積の意見は、名指しこそされていないものの、立作太郎によって憲法の精神に反するものであると批判された。法例に「公布せられたる条約は司法上行政上法律と同一の効力を有す」という一項を加えると、憲法第二章に規定する法律事項を命令によって規定できるという法律を制定することもできるようになってしまう、というのが批判の根拠である。立作太郎「条約と法律との関係」（『改正条約実施内外雜居準備会雑誌』第1巻第4号、1898年7月10日）24～25頁。穂積の提案は帝国議会の立法協賛権を有名無実にする点において憲法の精神に反す

るものであると批判した雑報「穂積博士の『条約及条約法』」（『国家学会雑誌』第132号、1898年2月15日）も、立作太郎執筆であろうか。なお、法典調査会法例修正案第2回会議よりも前に刊行された穂積八束『国民教育憲法大意』においては、次のことを記していた。天皇の条約締結権は条約の内容もふくめて無制限であるが、条約を以て法律に代えることはできない。条約によって臣民を拘束しようとするれば、条約を公布して遵由することを命じる（臣民は条約の当事者として条約を履行する責任をもたないが、国家が命じることに服従するのは当然である）か、条約を施行する法令を発する必要がある。初期議会期に発表した「条約ハ立法ヲ検束ス」では国家機関が拘束されることを強調し協賛義務説を説いたが、この本では場合によっては公布によって国民が国家の命令に拘束され服従を強いられることを説いている。穂積八束『国民教育憲法大意』第3版（八尾書店、1897年8月18日）122～125頁。初版は、1896年9月24日刊行である（未見）。

- 24) 織田萬「条約ノ締結ト議会ノ職権」（『法律学経済学内外論叢』第1巻第6号、1902年12月11日）。
- 25) 倉知鉄吉「条約ト法律事項」（『法政新誌』第3巻第20号、1899年3月20日）。倉知は、1899年3月公使館三等書記官・ドイツ在勤に任じられた（1899年7月着任）。
- 26) また、第6回帝国議会における衆議院の決議を批判した意見書には、条約締結権は絶対に天皇大権に属するとして、関税条項をふくむ条約にも帝国議会の承認は不要である、と断じている。「条約締結権ト帝国議会トノ関係ヲ論ス」（『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）。枢密院野紙に記されたこの意見書は、『大隈文書』にもある。「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）。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。
- 27) 「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」（外務省記録1.5.2.2-3「帝国議会関係雑纂質問及答弁ノ二」外務省外交史料館所蔵）。外務省野紙に記されたこの答弁案に「本案之通大蔵省へ協議ノ上答弁スヘキ積ヲ以テ起草相成タル処手続未済中議会ノ解散ヲ命セラレタルニ付本書發送相成ラス」と追記されているように、1898年6月10日に衆議院は解散された。
- 28) 詳しくは、顕原善徳「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紀要』No.103、2014年）を参照。なお、すでに千葉功『旧外交の形成——日本外交一九〇〇～一九一九——』（勁草書房、2008年）14頁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。
- 29) 改正万国郵便連合条約（ワシントン条約）の概要については、山口修『外国郵便の一世紀』（国際通信文化協会、1979年）103～107頁を参照。
- 30) 『枢密院会議議事録』六（東京大学出版会、1984年）83頁。なお、この会議について

は、すでに小林和幸が紹介している。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・62～63頁。

- 31) 同前、84～87頁。
- 32) 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頁。
- 33) 「新条約実施準備」第十一条約と法律規則の抵触(『大阪毎日新聞』1897年12月13日)。ただし、原は、同じ論説のなかで、現実には行政機関と立法機関が条約実施に支障をきたす法令を改正・廃止したり必要な新規立法をするべきである、とも説いている。
- 34) 奥田義人法制局長官による永代借地権ニ関スル法律案の説明。「第十五回帝国議会衆議院永代借地権ニ関スル法律案委員会会議録」第一回(1901年3月21日)1頁。
- 35) 「外国人ノ抵当権ニ関スル法律案理由書」によると、「土地ノ抵当権者ナル外国人カ増価競売ヲ請求スルニハ競売ニ於テ第三取得者カ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高価ニ抵当不動産ヲ売却スルコト能ハサルトキハ提供金額ニ十分ノ一ヲ加ヘタルモノト競落価格トノ差額ヲ負担スヘキ旨ヲ附言スルコトヲ要ス」という1条だけのこの法律は、外国人の土地所有権が禁止されていることを前提にして、外国人が土地の抵当権者である場合に抵当権の濫除に関する民法第384条第2項を適用できない事態を解決することを直接の制定目的とするものであった。「外国人ノ抵当権ニ関スル法律ヲ定ム」(『公文類聚』第二十三編明治三十二年卷三十七、2A-11-類870、国立公文書館所蔵)。なお、第13回帝国議会貴族院本会議(1899年3月3日)における政府委員の梅謙次郎による説明も参照。「第十三回帝国議会貴族院議事速記録」第39号(『官報』号外、1899年3月4日)607～608頁。梅謙次郎「外国人ノ土地所有権」(『法学志林』第4号、1900年2月5日)22頁も参照。
- 36) 谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法』(1)総則(1)(有斐閣、1988年)238～239頁(三浦正人執筆)。
- 37) ただし、鉱業条例第3条の修正の経緯は、単純ではなかった。法典調査会に提出された農商務省の原案では、株式などの取得を許した改正条約と合わせるため第3条の「株主」を削除していた。農商務省は、1898年5月と9月の時点では、鉱業条例第3条の改正の必要を認めていなかった。「条約実施準備ノ為法令ノ制定又ハ改正ヲ要シ其他行政上処理ヲ要スルモノハ条約実施要項ニ準シ取捨補足シ案ヲ具シテ条約実施準備委員会ニ提出セシム」(『公文類聚』第二十一編明治三十年卷十五、2A-11-類785、国立公文書館所蔵)。「条約実施ノ為メ新タニ法律ヲ制定シ又ハ改正ヲ加フルヲ要スヘキ事項ニ関シ外務大臣ヨリ回送ニ付法典調査会総裁ヘ回付ノ件」(『公文雜纂』明治三十一年卷十一、2A-13-纂446、国立公文書館所蔵)。ところが、11月には、改正条約において内国商事株式会社株式の取得は担保されているゆえ鉱業条例第3条を改正する必要があるとの見解を示すようになった。「条約実施ニ必要ナル事項ニシテ法律ノ規定ヲ要スルモノ等提出方訓令ニ依ル農商務省回答法典調査会ヘ回付ス」(『公文類

- 聚』第二十二編明治三十一年卷十六、2A-11-類 819、国立公文書館所蔵)。法典調査会第6回総会(1898年12月19日)において、主査委員の穂積八束は、外務省の見解を問い合わせて、公の秩序に関係して国家が必要と認める場合には制限してもよいと考え、日本銀行条例第5条や横浜正金銀行条例第5条のように鉱業に関しては外国人を株主にしないように農商務省の原案を修正したと報告した。その結果、法典調査会は、鉱業条例第3条修正の要なしとして政府に回答した。「法典調査会行政裁判法及行政裁判権限法委員会議事速記録」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』27、商事法務研究会、1986年)15～25頁。しかし、第14回帝国議会の衆議院においては、第3条の株主を削るよう修正した。委員長報告によると、その理由は改正条約との関係からも外国人に株の取得を認めないのは窮屈すぎ日本の法律に従って設立した会社であれば差し支えないというものであった。「第十四回帝国議会議事速記録」第十八号(『官報』号外、1900年2月3日)333頁。貴族院本会議では、谷干城が国益の見地から衆議院の修正に反対したが、衆議院修正のとおり可決された。「第十四回帝国議会議事速記録」第二十三号(1900年2月13日)478～479頁・482頁。政府は、衆議院の修正を受け入れて、最終的に鉱業条例第3条から「株主」の語が削除された。
- 38) 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)74～75頁註(42)。小林は、法律案の附属理由書あるいは本会議における提出理由の説明演説において改正条約実施にともなう旨の説明がなされていることを判断の根拠としている。著作権保護に関するベルヌ条約ならびに工業所有権保護に関するパリ条約への加入と両条約の実施立法については、下記を参照した。著作権法百年史編集委員会編『著作権法百年史』(著作権情報センター、2000年)第2編第1章第1節～第3節(吉村保執筆)。特許庁編『工業所有権制度百年史』上巻(発明協会、1984年)第2期第1章。なお、本稿のテーマとは直接の関係はないが、近年パリ条約への加入にいたる過程について内外の史料にもとづいて詳細な分析をした研究成果が発表されている。鶴岡聡史「近代日本の産業財産権政策——パリ条約加盟をめぐる日英米の政治過程の分析——」(特許庁委託『産業財産権研究推進事業(平成22～24年度)報告書』知的財産研究所、2012年)。同「国際社会における近代日本の産業財産権政策——パリ条約加盟と日清・日露戦争——」(特許庁委託『産業財産権研究推進事業(平成23～25年度)報告書』知的財産研究所、2013年)。同「近代日本の産業財産権と条約改正——外交と内政——」(特許庁委託『産業財産権研究推進事業(平成24～26年度)報告書』知的財産研究所、2014年)。
- 39) 日米犯罪人引渡条約の締結過程と条約内容ならびに逃亡犯罪人引渡条例については、神山晃令「明治期の犯罪人引渡条約と政治犯不引渡原則」(國學院大學『国史学』第121号、1983年)84～89頁を参照。
- 40) 日本朝鮮両国漁漁規則ならびに1908年の改訂については、海野福寿「明治期におけ

- る条約の形式と締結手続き」（『駿台史学』第108号、1999年）35～36頁が簡潔に説明している。ちなみに、日本朝鮮両国通漁規則の締結については、井上毅法制局長官が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のなかで問題にしたことがある。すなわち、「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。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。
- 41) 海上犯罪を規制することを目的とした海底電信線保護万国連合条約には、多くの研究が言及している。さしあたって、山本草二『国際刑事法』（三省堂、1991年）265～277頁を参照。
 - 42) 「万国郵便条約並万国郵便為替約定ノ件審査報告案」1892年5月26日配布（『枢密院審査報告』明治二十五年、2A-15-7 枢C-2、国立公文書館所蔵）。
 - 43) 条約が立法の基準を与えるという意味で立法を拘束することについては、下記の研究が参考になった。小沢隆司は、刑法典編纂のさいの海賊罪と黒人奴隷売買罪とからなる「万国公法ニ対スル罪」の一章を設けるというボワソナードの提案の意義を説明するなかで、海底電信線保護万国連合条約に言及して、「当時の国際社会は、日本も加盟した海底電信線保護万国連合条約のように海上犯罪の規制につき各締約国の国内刑事立法権に対し条約上の基準と条件を課し始める段階に至っていた。国際条約が国内立法権に制約を課すというのは別に不平等条約体制による主権侵害だけではなく」と述べている。小沢隆司「日本刑法制定史論の新たな視角——「法典編纂の国際的条件」再考——」（『法制史研究』47、1997年）172頁。また、園田暁子は、著作権保護条約と著作権法の関係について、「国際著作権法が各国の著作権法にある一定の基準を与え、そして保護強化の推進力となった」と述べている。園田暁子「1830年代から1960年代にかけての国際著作権法整備の過程における著作権保護に関する国際的合意の形成とその変遷」（特許庁委託『平成18年度産業財産権研究推進事業報告書』知的財産研究所、2007年）52頁。
 - 44) 「法典調査会銀行条例、著作権法案等委員会総会議事速記録」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』27、商事法務研究会、1986年）74頁。
 - 45) 同前、75～78頁。
 - 46) 田畑茂二郎『国際法』I〔新版〕（法律学全集55、有斐閣、1973年）172～173頁註（8）。同様の説明は、岩沢雄司によってもなされている。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）79～84頁。
 - 47) 日本電信電話公社海底線施設事務所編『海底線百年の歩み』（電気通信協会、1971年）127頁。

- 48) おのおの列挙している法律は異なるが、以下の研究を参照。高野雄一『憲法と条約』（東京大学出版会、1960年）161頁。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）30～31頁。保坂洋彦「条約と国内法」（『法の支配』No.107、1997年）8頁。
- 49) 「条約ノ効力ヲ生スヘキ方式ニ関シ蘭国公使ヨリ照會一件」（外務省記録2.5.1.72「条約ノ国法的効カニ関シ解釈一件」外務省外交史料館所蔵）。この回答を紹介した研究を例示すると、以下のとおりである。高野雄一『憲法と条約』（東京大学出版会、1960年）128～129頁。林修三「条約の国内法上の効力について」（『法学教室』第一期No.7、1963年）35頁。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）27～28頁。千葉功『旧外交の形成——日本外交一九〇〇～一九一九——』（勁草書房、2008年）15頁。
- 50) このような規定が必要だったのには、無条約国民に適用する法律の問題という事情があった。条約実施準備会の委員総会（1897年7月6日）で配布された議案には、次のものがあった。二をみればわかるように、無条約国民のことを想定すれば、法律の改正が不要な場合もあったのである。

○条約ノ実施ニ際シテ条約ト法律ト其規定ヲ異ニスルモノハ凡ソ左ノ諸項ニ依リ之ヲ処理スヘキヤ

- 一、法律ノ規定中条約ニ抵触スルモノアリト雖モ其抵触ハ条約ノ有効期間ニ止マルヲ以テ別ニ之カ為ニ法律ヲ改正スルノ必要ナシ
- 二、法律ノ規定ハ条約国人ニ対シテ施行スルコトヲ得サルモノト雖モ清国人又ハ無条約国人ニ対シテハ之ヲ施行セサルヘカラス故ニ条約ト法律ト相抵触スル規定ハ国家ノ必要ニ依リ之ヲ改正スルモノ、外条約ノ結果ニ由テ之ヲ改正セス（「条約実施準備委員総会議案」（自第一回至第五回）『目賀田家文書』第九号二一、ゆまに書房マイクロフィルム版R5）。

著作権法第28条（政府が帝国議会に提出した著作権法案では第27条であった）に關する水野鍊太郎による解説も、同様の趣旨である。ベルヌ条約に規定があれば、条約国の国民は条約の規定の適用を受ける。日本国民や無条約国の国民は、あくまで日本の著作権法によって保護される。条約に別段の規定がない場合、条約国（著作権保護に関する二国間条約が締結されれば、ベルヌ条約加入国だけとはかぎらない）の国民もしかりである。ただし、日本における無条約国民の権利の享有は、「帝国ニ於テ始メテ其ノ著作物ヲ発行シタル者ニ限り」という条件付である。水野鍊太郎『著作権法要義』（有斐閣書房、1899年）106～114頁。

- 51) 第46条は、ベルヌ条約第2条・1896年パリ追加規定第1条第1ならびに1896年パリ解釈宣言書第1に相当する。第47条は、ベルヌ条約第3条に相当する。第48条は、ベルヌ条約第2条第2項後段「他国ニ於ル右權利ノ享有ハ其ノ本国ニ於テ許与スル保護ノ期限ヲ超過スルコトヲ得ス」に相当する。第49条は、ベルヌ条約第11条第3項

- に相当する。第50条は、ベルヌ条約第14条と終局議定書第4と1896年パリ追加規定第2条2に相当する。第51条は、1896年パリ追加規定第2条2に相当する。「著作権法ヲ定ム」(『公文類聚』第二十三編明治三十二年卷三十四、2A-11-類867、国立公文書館所蔵)。
- 52) 「法典調査会銀行条例、著作権法案等委員会総会議事速記録」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』27、商事法務研究会、1986年)84～85頁。
- 53) 「法典調査会行政裁判法及行政裁判権限法委員会議事速記録」(同前)32～34頁。
- 54) 「条約実施研究会第一回第二回速記録」(辻治太郎編『条約実施研究会速記録』1898年8月15日)1～13頁。稲生典太郎編『内地雑居論資料集成』4(原書房、1992年)所収。
- 55) 穂積八束が自説を抑制したことはある。法典調査会における鉱業条例中改正法律案の審議(1898年12月19日)のさいに、条約と法律が抵触した場合にはどちらの効力が優るのかという河村讓三郎の質問に対して、穂積は「其点ハ以前ノ条約実施準備委員会ノ時分ニ委員中デ話シ合ヒハ度ビタ々出マシタ、マダ余リ主義メイタ問題デアツテ實際問題ニ移ラスノデアリマシタカラ立派ニ決議ヲシテアルト云フコトデアリマセヌケレドモ先ツ其時分ノ条約実施準備委員会ノ多数ノ人ノ考ハ法律ト条約トガ抵触シタ場合ニハ条約ノ方ガ力ガ多イト云フヤウナ意見ガ多数デアツタノデゴザイマス私自身ハ少シ学問論トシテ、ソレニ疑ヒヲ持ツテ居リマス同意ヲ得ヌデアリマシタケレドモ多数ハサウ云フ意見デアリマシテ其説ニ従ツテ審査シタノデゴザイマス」と答えている。「法典調査会行政裁判法及行政裁判権限法委員会議事速記録」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』27、商事法務研究会、1986年)22頁。
- 56) 大河純夫「外国人の私権と梅謙次郎」(一)(『立命館法学』第253号、1997年)29頁。同論文は、民法第2条修正案をめぐる論争の経緯について詳細な考察をしている。ちなみに、いわゆる明治民法第2条は、旧民法人事編第4条「外国人ハ法律又ハ条約ニ禁止アルモノヲ除ク外私権ヲ享有ス」を若干の字句を修正したうえで継承したものである。旧民法第一草案では第5条「外国人ハ法律ニ明瞭ノ禁止アルモノヲ除クノ外私権ヲ享有ス」であった。再調査案第5条「外国人ハ法律又ハ条約ニ禁止アルモノヲ除クノ外私権ヲ享有ス」に修正された理由は不明である。史料的な制約のためか、手塚豊「明治二十三年民法(旧民法)における戸主権——その生成と性格——」(手塚豊『明治民法史の研究』(下)手塚豊著作集第8巻、慶應通信、1991年)や高橋良彰「旧民法典中ポアソナード起草部分以外(法例・人事編・取得編後半)の編纂過程」(『山形大学歴史・地理・人類学論集』第8号、2007年)によってもあきらかにされていない。かろうじて「カルクード氏民法人事編ニ関スル意見第四回」(〔1888年〕11月14日印行)が「条約ニ依リ」という文辞を挿入し「各外人ハ其国籍又ハ其宗旨ノ何タルヲ問ハス法律又ハ条約ニ依リ別段ニ規定シ有ラサル限ハ同一ノ私権ヲ享有ス」とす

るべきことを提言しているのを確認できるだけである。「民法編纂二関スル諸意見並雜書」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書』10、商事法務研究会、1988年)463頁。なお、外国会社に関する条文には、第一草案の段階からすでに「条約」の字句があった(第7条)。

- 57) 「第十四回帝国議會貴族院郵便為替法案、電信法案、郵便法案、鉄道船舶郵便法案特別委員会」第1号(1900年2月9日)5頁。
- 58) 「第十二回帝国議會貴族院議事速記録」第十号(『官報』号外、1898年6月2日)122～123頁。なお、水難救護法案第23条「本章ノ規定ハ条約ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス」も、すでに存在している条約を念頭においたものである。吉井幸蔵委員長は、貴族院本会議における委員会報告のなかで、従来の「特別条約」は改正条約にもかかわらず依然残る、と述べている。「第十三回帝国議會貴族院議事速記録」第41号(『官報』号外、1899年3月7日)651頁。「特別条約」とは、日英難破船費用償還約定(1878年12月4日議定)や日米両国間難破船費用償還約定(1880年5月17日調印)であろうか。水難救護法案第23条については、質疑応答がなされなかった。
- 59) 著作権法案を起草した水野鍊太郎によると、条約にある別段の規定とは、たとえば著作権保護を享有するための条件および方式の履行である。ベルヌ条約第2条第2項前段によれば、ベルヌ条約加盟国の著作者またはその承継人が他国において著作権の保護を享有するためには、その著作物をはじめて発行した国の著作権法に規定している条件および方式を履行する必要がある。解釈的宣言書第1によると、ひとたびその国法が規定する条件および方式を履行すれば、もはや他国においては何らの条件および方式を履行しなくても当然著作権の保護を受けることができる。その結果、日本の著作権法第15条第2項の規定は、同盟条約において保障する外国の著作者に対しては適用されないことになるわけである。また、著作権の期間も条約にある別段の規定に該当する。ベルヌ条約第2条第2項後段には、「他国ニ於ル右權利ノ享有ハ其ノ本国ニ於テ付与スル保護ノ期間ヲ超過スルコトヲ得ス」とある。日本の著作権法に従えば、著作権の期間は著作者の終身および死後30年である。しかし、イギリス法における著作権の期間は、著作者の終身および死後7年である。著作権の期間に関する日本の著作権法第3条以下の規定は、イギリス人に適用されない。条約の規定によりイギリス法にしたがうことになる。水野鍊太郎『著作権法要義』(有斐閣書房、1899年)108～109頁。
- 60) 著作権法案第27条は、法律案提出の時点においては加入が予定されているベルヌ条約を念頭においていたわけであるが、貴族院の委員会において「著作権保護二関スル条約」を削って「条約ニ別段ノ規定アルモノヲ除キ」に修正された。加藤弘之委員長の報告によると、条約でなく一般の条約でも著作権に関する規定がないとはいえないからである。また、ベルヌ条約未加入の国の国民の著作権を保護するため、「但シ著作権保護二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適用ス」という但書を加えた。「第十三回帝国議会貴族院議事速記録」第21号(1899年2月8日)278頁。

- 61) 「第十三回帝国議会貴族院著作権法案委員会速記録」第1号(1899年1月25日)15頁。ただし、政府委員の水野鍊太郎は、「是ハ御説ノ通り別ニナクテモ宜イカモ知レマセヌガ条約其モノガ法律ト同ジ効力ヲ持ツト言フ疑ヲ避ケル為メニ茲ニ条約ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外云々ト言フコトヲ書イタ方ガ宜カラウト言フノデ書キマシタノデ別ニ強イ意味ハナイデゴザイマス」と、含みのある答弁をしている。なお、衆議院永代借地権に関する法律案委員会(1901年3月21日)において花井卓蔵が「国民ニ公布サレタル条約、法律ト同ジ力ヲ持つテ居ルモノニ向ッテ」と発言したのも、条約が公布によって国内法上の効力を有することを当然のように考えていたことを示している。「第十五回帝国議会衆議院永代借地権ニ関スル法律案委員会議録」第1回(1901年3月21日)5頁。
- 62) なお、貴族院著作権法案特別委員会における著作権法案の審議中に、木下廣次は、原案第27条「外国人ノ著作権ニ付テハ著作権保護ニ関スル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」を第1項とし「著作権保護ニ関スル同盟国ニ属セサル著作権者ハ同盟条約ニ別段ノ規定ナキ場合ニ於テハ帝国ニ於テ始メテ其著作物ヲ発行シタルトキニ限り本法ノ保護ヲ享有ス」という第2項を追加することを提起した。この修正案をめぐる質疑応答のなかで、菊池大麓は、条約と法律が抵触した場合に条約が優位になることは普通のことゆえ第二十七条第一項は削除するべきである、と発言した。政府委員の水野鍊太郎は、条約優位を認めてしまえば第二十七条第一項はなくてもよいが法律論としては議論があるから残した方がよい、と答弁した。菊池にとっては法律に対する条約の優位は自明のことであったが、法律案起草者としては法理上の疑義が存在することを前提にして一般論として条約優位を確定することなく個別の法律のなかで明定するべきであると考えていたわけである。「第十三回帝国議会貴族院著作権法案特別委員会速記録」第5号(1899年2月3日)8頁。
- 63) 条約の国内法上の効力を自明の前提とする立法は、条約に明確な規定がある場合には条約に譲るという規定をふくむものばかりではない。条約に関する罰則をふくむ法律案の成立も、条約の国内法上の効力を前提にしたものであった。海底電信線保護万国連合条約罰則(明治35年3月19日法律第27号)第3条・第4条は、条約の特定の規定に違反する国民の行為を罰するためのものである。電信条例の廃止などの結果として海底電信線保護万国連合条約罰則(明治18年7月17日太政官布告第18号)を廃止し、新たに海底電信線保護万国連合条約罰則を法律として制定した。第3条・第4条は、条約を国内編入するための特別立法がなされないうが、あきらかに条約の規定が国民を拘束することを前提して設けられたものであった。村上謙「わが国における条約および慣習国際法の国内的効力」(『時の法令』No.688、1969年)20頁を参照。ただし、村上は、海底電信線保護万国連合条約罰則(大正5年3月7日法律第20

- 号) 第3条を例にしている。
- 64) 実際、改正条約については、日本の国益や国権を損なうものであるという批判が存在した。鳩山和夫「日独条約を評す」(『太陽』第3巻第1号、1897年1月5日)。佐藤宏「新条約論」(『改正条約実施内外雑居準備会雑誌』第1巻第4号、1898年7月10日)。また、ベルヌ条約加入に対する批判も存在した。鳩山和夫「万国版權保護同盟加盟上の注意」(『太陽』第4巻第3号、1898年2月5日)。「新条約ノ実施以前ニ於テ我国ノ政府カ国际上ノ義務トシテ為サ、ルヘカサル事項」(『改正条約実施内外雑居準備会雑誌』第1巻第1号、1898年4月10日)。東京書籍出版業者組合『万国版權保護同盟条約加入ニ関スル意見書』(1897年7月)。山本武利・有山輝雄監修『新聞史資料集成』明治期篇第10巻新聞法制・著作権(ゆまに書房、1995年)所収。帝国議会における著作権法案の審議では、翻訳権をめぐるベルヌ条約への加入に対する批判が貴衆両院で出た。「第十三回帝国議会貴族院議事速記録」第13号(『官報』号外、1899年1月20日)152頁。「第十三回帝国議会衆議院著作権法案審査特別委員会速記録」第1号(1899年2月20日)1~2頁。
- 65) 条約実施研究会において報告者として日本においては条約は国民に対する拘束力がなく法律や命令が必要であると説いていた一木喜徳郎は、質疑応答では、法理一点張りではなく現実の運用についてもコメントをしている。法形式上は条約と法律を区別しても、この理論にしたがって実行すると国際的な困難を生じる可能性がある、と述べている。「条約実施研究会第一回第二回速記録」45~46頁・63頁。(辻治太郎編『条約実施研究会速記録』1898年8月15日)1~13頁。稲生典太郎編『内地雑居論資料集成』4(原書房、1992年)所収。実施立法のさいの帝国議会による法律案の否決についても、同様のことをいうことができる。
- 66) ただし、公布によって条約の国内法上の効力が生じることを自明のこととみなしたとしても、条約を国内実施するにあたってあらためて法律と命令を制定した方がわかりやすいなどの立法政策上の判断から政府が何らかの措置をとるか否かは、そのときどきの判断しだいである。ちなみに、日清講和条約(1895年5月13日勅令無号)第5条の国籍選択約款については、いまだ国籍法を制定していないにもかかわらず、条約の公布のみにとどまった。また、日清通商航海条約(1896年10月28日勅令無号)第6条には、無免許旅行者(旅券を携帯しない日本臣民が清国内地を旅行した場合)には300両以下の罰金を科すことが規定されていたが、条約の公布のみにとどまった。「条約ト法律トノ関係ニ就テ」(外務省記録B.0.0.0.16「国際法問題雑件」外務省外交史料館所蔵)。
- 67) 「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)8頁。
- 68) 1889年春黒田清隆宛井上毅「立憲施政意見」(井上毅伝記纂編委員会編『井上毅伝』史料篇第二、國學院大學図書館、1968年)84頁。

- 69) 『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』第五卷、みすず書房、1970年）503～505頁。
- 70) 山脇玄「法律ト条約ノ関係ヲ論ス」（『行政法協会雑誌』第1巻第5号、1898年1月18日）。初期議會期に作成されたと思われる同趣旨の法制局の意見書が『陸奥宗光関係文書』にある。無署名であるが、山脇の印が捺されている。「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）。ちなみに、1890年に入省し1893年に退官して弁護士になるまで農商務官僚であった原嘉道も、日清戦後に、条約中国民の権利義務に関する事項は別に法令を制定して公布しなければならない、との見解を雑誌に発表した。原嘉道「法律ト条約」（『行政法協会雑誌』第1年第1巻、1897年9月15日）。原が陸奥宗光農商務大臣の下で法制局の意見書に目を通す機会があったか否かについては、不明である。