

戦前日本における条約の国内法上の効力に関する 政府見解についての一考察

A Study of the Government's Views on the Effect of Treaties under
Domestic Law in Prewar Japan

額原 善徳*

はじめに

国家間の合意である国際約束（以下、単に条約と記す）の執行については、国際法が決めることではない。諸国家にゆだねられている。条約のなかには、憲法上の法律事項（特に国民の権利義務にかかわるもの）をふくんでいたり国内法制に関係する内容のものがある。本稿で条約という場合、このような条約を対象とする。

国際法が条約の執行方法について一律に決めてくれない以上、条約を国内法秩序のなかに取り入れるにあたって、国家意思の介在が必要になる。¹⁾ すなわち、条約の執行は、国家の国内における主権性に依存しているわけである。

条約の規定が実施立法を要する性質のものである場合（条約の内容を具体化・補完する必要がある場合や条約において特定の立法を約束した場合）、条約の執行のために当事国はそれぞれの立法の法制にしたがって立法措置をとる必要がある。問題は、条約が何らの特別な措置をとる必要がないほど十分明確にして直接適用可能な自動執行性を有する条約（self-executing treaty）を国内法秩序のなかに取り込む方法（条約の国内編入方式）である。当該条約が国内法上の効力

* 立命館大学人文科学研究所客員協力研究員

をもち国家機関や国民を拘束する要件が問題になるわけである。条約の執行が国家にゆだねられている以上、条約の国内編入の方式も諸国家によって異なる。

条約の国内編入方式について、国家によっては、一般的に条約の国内法上の効力を認める一般的受容方式と条約に国内法上の効力を認めず国内で執行するためには別にあらためて立法措置が必要であるという変型方式がある。²⁾したがって、ひとしく内容上は自動執行性を有する条約であっても、条約の国内編入方式いかんによっては当該条約の当該規定が自動執行性を有するものとして執行されるか否かは決まらないのである。³⁾

日本は日本国憲法の下においても大日本帝国憲法の下においても一般的受容方式がとられてきた、と説明されてきた。すなわち、条約は締結もしくは公布によってただちに（あらためて立法措置をとらなくても）国内法としての効力をもち国民を拘束する、と。⁴⁾大日本帝国憲法の下における慣行については、現在だけでなく戦前においてすでにそのようにみなされていた。政府自身が示した見解⁵⁾（本稿第Ⅲ節であらためて紹介する）のみならず、政府の実行を大日本帝国憲法の法理上問題がないと説く学説においても、法理上問題があると批判する学説においても、一般的受容方式をとってきたということについては同じ認識であった。⁶⁾

しかし、大日本帝国憲法の下におけるかような実行は、実定法上の根拠に乏しかった。せいぜい大日本帝国憲法第13条「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」と公式令第8条「国際条約ヲ発表スルトキハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス（第2項）前項ノ上諭ニハ枢密顧問ノ諮詢ヲ経タル旨ヲ記載シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣総理大臣年月日ヲ記入シ主任ノ国务大臣ト俱ニ之ニ副署ス」があるぐらいであった。前者は条約締結権の所在を規定しているにすぎないし、後者は条約の公布式を規定しているにすぎない。⁷⁾問題は、憲法典や憲法附属法令に条約に国内法上の効力を認め国民を拘束するという一般的な規定が存在しないなかで、一般的受容方式は自明にして自然なこ

とであったのか否か、である。

ここで通説が問題にしなかった次のような疑問を禁じえない。第一に、いかに条約締結権が天皇大権であると早くからみなされており、条約の国内編入方式について実定法の規定がなかった（したがって、自由に運用できる可能性があった）からといって、それが当初から一般的受容方式の根拠になりえたのか、である。換言すれば大日本帝国憲法起草者たちは何の迷いもなく条約の国内における執行について確信をもっていたのか、である。第二に、通説のように戦前の我国の政府見解が条約の国内法上の効力をみとめるものであったとしても、それは十分な一般的受容方式の慣行の蓄積に裏打ちされたものなのか、である。いまだ憲法習律（憲法慣行）とみなせるほど慣行が十分でない場合、何が一般的受容方式をとる条件になったのかを再検証する必要がある。先行研究は、慣行が形成されるに至る模索や葛藤を問題にしないのである。⁸⁾

旧稿⁹⁾でも記したことであるが、締結によってすでに定立され国際法上の効力が生じた条約を確実に執行できなければ、その国家の権力は強制力をもなった執行力という意味での主権性を疑われることになる。条約不履行のリスクを避けるために条約の円滑にして確実な執行を優先させるあまり憲法典に条約の国内編入方式について明定されていないことを根拠にして政府の自由裁量と断じたら、立憲制度との間に緊張が生じる可能性がある。憲法典を国内に通用させる権力の執行力という意味での主権性が疑われかねない。

憲法典に明定された法律と勅令をはじめとする命令だけが国民の権利義務にかかわり国民を拘束する法であるという見地（ここでは、条文原理主義や憲法典至上主義とでも呼びえるこのような憲法解釈の姿勢の是非は問わない）からすれば、憲法典に明確な根拠がない一般的受容方式はありえない。旧稿であきらかにしたように、実際に政府においても外国人顧問や法制局の官僚から変型方式をとらず一般的受容方式をとることは憲法破壊につながりかねないと

いう指摘がされたことがある。

このような立憲制度と条約の国内編入をめぐる緊張関係を射程に入れな
いかぎり、大日本帝国憲法の下における政府の実行や見解が所与の前提と
なったり自明の現象になってしまうのである。その結果、疑問に思っ
てしかるべきことについてこだわることもせずに現象の指摘にとどまっていたの
である。

変型方式をとっていなかったという意味では、反証となる事例が多数出
てこないかぎり、大日本帝国憲法の下において一般的受容方式をとっていた
ということ自体は誤りではない。また、時折表面化した政府見解が一般的受容
方式を是とするものであったということもあえて否定するべきことでは
ない。

本稿が問題にすることは、そのようなことではない。大日本帝国憲法の下
における我国の条約の国内編入方式に関する既存の説明は、なぜこのような
政府による実行が可能であったのかを考えてこなかった、ということであ
る。すなわち、学者による疑義は呈されつづけたとはいえ、憲法上の大きな
問題にならずに済んだのはなぜか、を問題にしてこなかったのである。

本稿は、これまで発表してきた旧稿の補遺も兼ねて、次のことを目的にす
るものである。すなわち、条約について大日本帝国憲法が条約締結権の所在
以外明定していないなかで条約を国内法秩序に円滑に組み込むために一般
的受容方式をとり政府の解釈もそうであったという常識に満足せず、政府の
解釈と実行の背景になったものを探ることを目的とするものである。¹⁰⁾

I. 条約の公布と国内法上の効力に関する実定法の欠缺

公文式(明治19年2月26日勅令第1号)には、条約の公布に関する規定がな
い。わずかに印璽に関する第16条第1項で、「国書条約批准外国派遣官吏委
任状在留各国領事証認状及三等以上勲章ノ勲記ハ親署ノ後国璽ヲ鈐ス」と規

定されているのみである。第2条と第3条で法律と勅令については明定されていた裁可や副署に関する規定は、条約については存在しない。

それまで太政官布告（内閣制度創設以降は内閣布告）として太政大臣（内閣制度創設以降は内閣総理大臣ならびに主任の大臣）の名で「奉勅旨」もしくは「奉勅」の体裁で条約を公布していた。公文式の制定以降は、勅令無号（番外勅令）として官報に掲載するようになった。実定法上の根拠がないまま慣行だけで条約の公布がなされたのは、公文式以前も公文式以後も同様であった。

実定法上の根拠がないまま番外の勅令としたところに、条約が法律と異なるのはもちろん一般の勅令とも異なる法であることを示していた、ということとはできる。しかし、勅令無号として公布しつづけたことは、天皇による特殊な命令という意味があつてのことなのか、それとも公布式を定められなかった結果としての処置に窮した曖昧な方式だったのか。公式令（明治40年2月1日勅令第6号）の制定までつづくこの措置が何らかの確信があつてのものだったのかは、あやしい。そのことは、大日本帝国憲法起草過程をみればうかがい知ることができる。すでに旧稿¹¹⁾で考察したことであるが、行論の必要上本稿では条約の公布と国内法上の効力の問題にしぼって整理しなおすことにする。

大日本帝国憲法は、条約については第13条「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」において条約締結権の所在を規定しているだけである。もし一般的受容方式の根拠と正当性を憲法典に求めようとすれば、第13条の規定を帝国議会などの関与を認めないという意味での条約締結権の無制限さを規定したものとみなし、条約の国内における執行についても何らの措置は必要がないと解釈するしかない。しかし、条約締結権から条約の執行のあり方をただちに導き出すことには無理がある。

第13条のような簡潔な条文は、起草当初から確定していたわけではなかった。井上毅の草案においては、条約締結権を天皇の権限としつつも、特定の種類の条約については議会の関与が必要であることを規定していた。¹²⁾

しかし、条約の締結に対する議会の関与を明記しないことは、井上の草案を排して条約に関する規定についてはロessler草案を採用した夏島草案第17条で確定した。この一事から、条約締結権を例外なく天皇の専権事項とすることは、早くから確定していたといえる。条約に関する夏島草案の条文は、

第十七条

天皇ハ外国ト条約ヲ訂結ス其条約ニ由リ国民服従ノ義務ヲ有スルモノ
ハ正当ノ式ニ依リ之ヲ公布スヘシ¹³⁾

というものであった。

しかし、実際にできあがった大日本帝国憲法第13条と比べればわかるように、ロessler草案も最終的には完全に採用されたわけではない。条約に関するロessler草案の条文は、

第十一条 天皇ハ外国ニ対シテ帝国ヲ代表シ外国政府〔外国〕トノ条約ヲ
締結ス此条約ハ正当ノ公布ニ依リ臣民ニ対シ効力〔拘束力〕ヲ有ス¹⁴⁾

というものであった。後段の「此条約ハ正当ノ公布ニ依リ臣民ニ対シ効力〔拘束力〕ヲ有ス」は、かつて1870年代後半から1880年代前半に構想・発表された私擬憲法にも井上毅の草案にもなかった規定である。井上毅の草案と同様に条約締結に対する議会の関与を認める私擬憲法はあっても、条約の国内法上の効力が生じるための要件を明記したものはなかった。¹⁵⁾ロessler草案のこの規定は、公文式ではあきらかではない条約の公布に関する規定を明定するとともに条約の公布が有する意味を明示するものであった。

夏島草案ではこの規定を採用したものの、伊藤博文らが十分にこの規定を理解して明定する必要を強く感じていたか疑いなしとしない。第一に、夏島

草案に対するロesslerの意見は、多くの条文については「異議ナシ」とするものであったが、第 17 条の文言に対しては不満を示していた。すなわち、

第十七条

凡ソ臣民ヲシテ服従セシムルコトヲ要スル条約ハ法律ヲ公布スルト同一ノ式ヲ以テ公布センコトヲ勸告ス何トナレハ何等ノ条約ト雖モ均シク臣民ヲシテ服従セシムルニ至テハ法律ノ性質及効力ヲ有スレハナリ依テ更ニ左ノ如ク修正セラレンコトヲ望ム

上略 モノハ法律ノ公布式ニ依リ之ヲ公布スヘシ¹⁶⁾

と。一見したところ、ロessler草案第 11 条後段と夏島草案第 17 条後段は大差がない規定にみえる。しかし、天皇の権限をいかに規定するべきかについての井上毅の質疑に対する答議のなかで示したロesslerの試案第 15 条は、

第十五条 皇帝ハ外国ニ対シ帝国ヲ代表シ外国ト条約ヲ締結ス

此ノ条約ハ之ヲ公布スルニ依テ法律ノ効力ヲ得¹⁷⁾

というものであり、その意味するところはより明確であった。公布によって条約を法律に変えるのではなく、勅令をはじめとする命令とは異なる法とするとともに法律と同等の効力をもたせる、ということである。ロesslerにおいて重要なのは、条約の公布だけではなく、夏島草案第 17 条に対する意見にみられる「臣民ヲシテ服従セシムルニ至テハ法律ノ性質及効力ヲ有スレハナリ」に表現されているように、公布によって国民を拘束するためには条約が国内においては法律と同じ性質と効力をもつことなのであった。

第二に、夏島草案を修正するにあたって、伊藤博文たちがこの条文を扱いあぐねていた痕跡が残っている。夏島草案第 17 条「天皇ハ外国ト条約ヲ訂

結ス其条約ニ由リ国民服従ノ義務ヲ有スルモノハ正当ノ式ニ依リ之ヲ公布スヘシ」に対する修正は、以下のとおりである。「ニ由リ国民服従ノ義務ヲ有スルモノハ正当ノ式ニ依リ之ヲ公布スヘシ」を削除し、「ハ正式ノ公布ニ依リ臣民ニ対シ遵行ノ効力ヲ有セシム」と修正されている。その後、さらに、「ニ対シ遵行ノ効力」を削除し、「服従ノ義務」に改められている。これを条文のかたちで列挙すると、

天皇ハ外国ト条約ヲ訂結ス其条約ニ由リ国民服従ノ義務ヲ有スルモノハ正当ノ式ニ依リ之ヲ公布スヘシ

天皇ハ外国ト条約ヲ訂結ス其条約ハ正式ノ公布ニ依リ臣民ニ対シ遵行ノ効力ヲ有セシム

天皇ハ外国ト条約ヲ訂結ス其条約ハ正式ノ公布ニ依リ臣民服従ノ義務ヲ有セシム

となる。¹⁸⁾最後の条文が十月草案第17条になった。¹⁹⁾ここにも、伊藤博文らがロessler草案と夏島草案に対する意見の規定がもつ意味を十分には理解できていなかった可能性をみてとることができるのである。ロesslerとしては、国家間の約束である条約を国内法秩序に取り込んで国民を拘束させるための条件が重要であった。ゆえに、ロessler草案第11条の邦訳の表現では明確ではないが、夏島草案第17条に対する意見においては、国民の権利義務にかかわる法は法律の形式でなければならないという我国の立憲制度との調和の見地から、夏島草案第17条に対する意見として「法律ノ公布式ニ依リ之ヲ公布スヘシ」と説いたのである。

夏島草案第17条の修正試案からうかがい知ることができるのは、伊藤博文らとしては、国民を直接拘束する内容の条約がどれだけ締結されていくのか不明ななかで一般的に条約に法律と同じ効力を国内でもたせることを明定することに躊躇したということである。法律や命令とは異なる法である条

約にどのようにして国民に対する拘束力をもたせるかにとまどっていたわけである。

結局、十月草案浄写直後の修正によって宣戦・講和と条約締結を一つの条文で規定することになり、²⁰⁾ ロessler草案は不採用になった。その結果、憲法典起草者の条約をめぐる関心は、もっぱら締結段階にのみ向けられた。それが証拠に、上奏を経て枢密院へ諮詢された原案第13条「天皇ハ交戦ヲ宣告シ和親并ニ条約ヲ締結ス」の説明は、「恭テ按スルニ宣戦講和及条約ノ事ハ総テ至尊ノ大権ニ属シ議會ノ干涉ヲ仮ラス」「本条ノ掲クル所ハ専ラ議會ノ関涉ニ由ラスシテ天皇其ノ大臣ノ輔翼ニ依リ外交事務ヲ処スルヲ謂フナリ」とあるように、条約については締結に対する議会の関与の否定が主眼であった。²¹⁾ それはのちに『憲法義解』に反映された。²²⁾

枢密院における憲法草案審議(1888年6月22日)のさいにくり返しなされた伊藤博文枢密院議長の発言からも、締結段階での議会の関与の否定にこの条文の趣旨があることがわかる。条約の締結に対する議会の関与に憲法上の根拠を与えない意図であったことを確認することができる。

国内における効力と国民に対する拘束力に対する考慮という点では、法律の公布について明定している大日本帝国憲法第6条「天皇ハ法律ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命ス」ならびにその説明とは対照的である。天皇による法律の公布に関する規定は、井上毅の草案にもロesslerの草案にもあり、夏島草案第8条「天皇ハ法律ヲ裁可シ其發布及執行ヲ命ス」に反映された。井上毅もロesslerもこの夏島草案第8条には批判的な注文をつけておらず、十月草案浄写直後の修正によって「發布」が「公布」になったことを除けば、当初から法律の公布に関する条文は起草者たちの間で固まっていたといえることができる。

枢密院への諮詢案第6条(大日本帝国憲法第6条と同文)の説明によると、「天皇ハ法律ヲ裁可シ之ヲ議會ニ宣諭セラレ而シテ裁可ノ後更ニ式ニ依リ公布セシメ始メテ施行ノ効力アリ」²³⁾とあるように、法律は公布によって執行力

が生じるとみなされていた。

法律については、大日本帝国憲法の規定とその含意は、かように明瞭であった。ところが、ロessler草案にあった条約の公布については大日本帝国憲法は規定しなかった。十月草案まで伊藤博文らがロessler草案にあった条約の公布に関する規定をなんとか納得がいくかたちで条文に残そうと努力していた形跡があることは前述した。条約と法律は別異の法であるとともに国民を拘束する内容の条約がありえることを意識していた証左である。では、法律の公布と条約の公布とでは何が違うのか。

条約において法律案の裁可に相当するのは締結（批准を要しない署名締結条約もふくめれば）であろう。だが、いかに国内における執行を前提にして条約を締結しても、国家間の約束である条約を国内法秩序に組み込み執行するには、何らかのかたちでの国家の意思の介在が必要である。

そのことは、当時の我国において、外国人顧問からの助言によって注意を喚起されていた。たとえば、条約の公布に関するみずからの意見が採用されなくなったロesslerは、枢密院への諮詢案第13条について、

本条ニ於テハ天皇ノ締結シタル条約ノ効力ニ付一モ指定スル所ナシ抑
条約ハ列国交渉上ノ義務タル効力ヲ有スルト同時ニ法律ノ効力ヲ有ス
ヘキノ場合ニ於テハ法衙及人民ノ上ニ励行ノ力ナクンハアラサルナリ
試ニ各国ノ憲法ヲ繙閲スルニ概ネ条約ノ法律上ノ効力ニ関スル要件ヲ
指定セサルナシ想フニ日本ニ於テハ帝国議會ノ承認ヲ経ルヲ要セサル
ヘシト雖法律ト同シク正式ノ公布ヲ要スヘキハ之ヲ明文ニ掲ケサルヘ
カラス²⁴⁾

と批判している。条約の締結に関する規定だけでは不足であり、国家機関や国民に対する「励行ノ力」をもたせるための公布に関する規定を憲法典に明定しなければならないと説いているわけである。「日本ニ於テハ帝国議會ノ

承認ヲ経ルヲ要セサルヘシ」と記していることから、ロesslerにおいては公布によって条約を法律に転じるのではなく、帝国議会の協賛を経る通常法律と条約を異なる法とみなしたうえで条約が国内法上の効力をもち国民を拘束するための要件を重視していたことをここでも確認することができる。

また、十月草案浄写直後の修正によって条約に関する規定が簡潔なものになった後に井上毅が条約と財政の関係について質疑を発したのに対するモッセの答議は、次のような内容であった。

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。故ニ諸国ニ於テ、列国条約ヲ国内ニ公布スルニ當リ、之ニ附スルニ「該条約ヲ遵奉スヘシ」「該条約ニ從テ処置シ裁判スヘシ」等ノ命令ヲ以テス。²⁵⁾

モッセの場合、ロesslerとは異なり、条約の公布について憲法典へ明定することはかならずしも求めていない。モッセにおいては、公布にあたって条約文に「該条約ヲ遵奉スヘシ」などの命令をつけ国家による命令として国民を拘束することを明確にすることこそが重要であった。それが単なる国家間の約束にすぎない条約の内容を国内において執行できる要件であるというわけである。

この条約文とは区別される遵奉の命令を意味する公布文は、直截な命令調ではないものの上諭というかたちでそれまでにも実行されてはいる。公文式の制定以降番外とはいえ勅令として公布されたことから天皇による遵奉（国民に直接関係がない条約の場合は条約の尊重）の命令と理解することはできる。ま

た、太政官制度の下で国内法と同じく布告として公布されていたのが勅令無号として公布されたことから、法律はもとより一般の勅令とも区別された法であることも看取することはできる。しかし、伊藤博文らがロエスラー草案の扱いに苦慮していたことから、確信をもってこのような措置をとったわけではないことがわかる。法律とも勅令をはじめとする命令とも異なる法として条約を国内に執行するための公布形式は、容易には見出せなかったのである。

Ⅱ. 日独通商航海条約にみられる条約と法律の関係の処理

条約の公布について実定法上の根拠がないなかで、問題になるのは条約の締結や公布がもつ意味である。伊藤博文や『憲法義解』が強調したように条約を締結するのは天皇の専権事項であることを前提にするにしても、当該条約が国民の権利義務にかかわる条約であるなら締結行為に国民に対する拘束力が内在されており、公布という手続によって国民に周知され、国内法上の効力が発生し国民に対する拘束力が発動するとみなすのか。この場合、条約が公布されるさいの上諭は、天皇による遵奉の命ということになる。政治的・軍事的条約のように国民の権利義務に直接にはかかわらない条約の場合は、当該条約の尊重という意味での遵奉の命になる。それとも、大日本帝国憲法の各条文を額面どおりに理解し、明定されていないことよりも明定されている規定のみを重視して、条約は直接には国民を拘束できず法律か勅令をはじめとする命令の形式が必要だと考えるのか。

大日本帝国憲法発布後から、民間だけでなく井上毅をはじめとして政府内でも条約の国内編入方式をめぐる議論がなされた。立憲制度のあり方として国民を拘束できる法に条約もふくめることができるのか否か（国民を拘束できる法は何か）をめぐる議論であったゆえ、それは表面的な憲法解釈論の応酬にとどまるものではなかった。

しかし、これについては旧稿²⁶⁾で考察してきたことであるから、本稿では立ち入らない。ここでは、現実には締結された特定の条約について、国内の法律に係る規定を有する条約を国内実施するにあたって条約の国内編入方式についてどのように理解されたのか、を問題にする。すなわち、条約締結権の所在以外実定法上の規定がないなかで、条約は公布されれば当然国内法上の効力をもち国民を拘束するという見解が我国においては条約の国内における執行について制約する実定法上の根拠がないという見地から自明のこととして共有されていたのか、を検証する。

本節では、既存の国内法との抵触がみられた日独通商航海条約（1896年4月4日調印、8月26日批准、11月20日公布）を事例にみてみたい。結果として条約の国内法上の効力を認めたとしても、条約の一般的編入方式ありきではなく、またかならずしも一般的に条約の国内法上の効力を認めた見解ばかりではなかったことを示す事例である。

日独通商航海条約は、第18条において「外国人居留地ヲ日本国市区ニ編入ノ場合ニハ該居留地内ニ於テ現ニ因テ以テ地所ヲ所持スル所ノ現在永代借地券ハ有効ノモノト確認セラルヘシ而シテ右地所ニ対シテハ右借地券ニ載セタル条件ノ外ハ別ニ何等ノ条件ヲモ附セサルヘシ」とあるように、ドイツ国民の我国における永代借地権を認めている。議定書第二においては、「両締約国ハ其ノ一方ノ臣民カ他ノ一方ノ版図内ニ於テ内国臣民ト同様不動産抵当権ノ取得及占有ヲ許スコトニ同意ス」と不動産抵当権を認めている。また、1896年3月31日付のドイツ外務大臣宛青木周蔵駐独公使の公文によって「帝国国法ニ従ヒ設立セラレタル商事会社ハ縦令独逸帝国臣民カ該会社ノ社員トシテ加入致候場合ト雖モ現行ノ帝国法律ニ従ヒ帝国内ノ土地所有権ヲ取得シ之ヲ占有シ得ヘキ旨ヲ同閣下ニ通知スル」とあるように、ドイツ国民がいる商事会社であっても、日本国内の土地所有権を取得し占有できることを通知した。

民法（明治29年4月27日法律第89号）は、永代借地を認めていない。民法

第 604 条は、土地賃貸借の期間を 20 年に限っている。民法第 278 条によると、永小作権の存続期間は 50 年までである。民法第 268 条によると、地上権も存続期間は 50 年である。ゆえに、民法は、永代借地を認めていないことになる。民法は日独通商航海条約調印の直後に公布されたものであるが、1899 年 7 月 17 日の条約実施のさいには既存の法律ということになる。

地所質入書入規則（明治 6 年太政官布告第 18 号）第 11 条「所ハ勿論地券ノミタリトモ外国人ヘ売買質入書入等致シ金子請取又ハ借受候儀一切不相成候」は、あきらかに外国人の不動産抵当権の取得を禁止している。「書入」とは抵当のことである。地所質入書入規則は、民法施行法（明治 31 年 6 月 21 日法律第 11 号）によって廃止されたが、第 11 条のみ存続した。すなわち、民法の施行日以降も外国人への土地の「売買質入書入等」は禁止されたままであることが我国の国内法で定められているのである。

地所質入書入規則は、青木周蔵駐独公使が送った公文とも抵触する。この公文の結果、ある場合にはドイツ国民が我国において土地所有権を取得する可能性が生じるからである。

以上のように、日独通商航海条約は、我国の国内法の規定に抵触する内容をもっていた。他の条約国は、最恵国条款の利益を有することとなる。

他方で、民法第 2 条は、「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」とあるように、内外人平等を原則として例外的に外国人の私権の制限を留保する規定であった。そこで、法令で禁止されていて条約で禁止されていない（あるいは条約の明条で許与されている）場合、我国における外国人の私権はどうなるのか、が問題になる。

日独通商航海条約の批准は、枢密院へ諮詢された。委員会の報告²⁷⁾は、議定書第二における不動産抵当権と公文の借地権に触れたのち、民法第 2 条の趣旨に立脚して条約を解釈し執行するべきであるとの見解を示した。すなわち、委員会報告は、「現今ノ国際公法ハ公権ヲ除ク外私法ニ属スル権利ハ内外人ノ別ヲナサス概ネ平等ニ享有セシムルヲ以テ普通ノ原則トナシ凡ソ文

明諸国ノ間ニ在リテ皆之ヲ認定スルコト、ナレリ而シテ我カ民法モ亦此ノ原則ヲ採納シ其ノ第二条ニ於テ「外国人ハ法令又ハ条約ニ由リテ禁止シタル場合ヲ除キ私権ヲ享有ス」ト規定セリ」と記されているように、私権の享有に関する内外人平等主義の普遍性を民法第2条も体现していると認めている。このようなことを強調しなければならなかったのは、従来我国では条約改正の過程で「我ニ不利ナル条件ヲ撤去セント欲」し「条約ニ明記スル事項ニ限り外国人ニ権利ヲ付与スルモノトナシ明文以外ノ事項ハ外国人其ノ権利ヲ有セサルモノト確信シ」てきたからである。²⁸⁾ 従来の理解は民法第2条に反するわけであるが、国家意思の不可分を根拠にして、「国際公法ノ通義ニ反セス民法ノ主義ニ遵由」して条約を解釈し執行するために、今後は次のような方針をとるべきであると結論を示している。

- 甲) 条約に明文がある事項は、国家においてあらかじめその権利を承認したものであるゆえ、法律を以てこれを左右することはできない。現行法令に掲げる反対の規定は効力を失い、将来禁止したり制限することはできない。
- 乙) 条約に明文がない事項で法令で禁止していないものは、外国人は権利を享有する。ただし、国家は必要に応じて禁止したり制限することができる。
- 丙) 条約上一般の規定によって外国人に権利を許与したもの（条約第1条による居住・旅行、動産・財産の占有・処分）は、禁止もしくは制限できない。しかし、国家の安寧を害し国民の発達を阻止する恐れがある場合、国家は自衛の権能によって特殊の制限を設けることができる。
- 丁) 条約に明文がなく法令に禁止または制限がなくても行用上において禁止または制限するものは、条約および法令上禁止または制限したものと同みなすことができる。たとえば、農業・牧畜・山林などの営業は、

条約に明文がなく法令において禁止または制限していない。しかし、現行法令によって外国人は土地を買い入れたり借り受けることができない。条約第一条第三条の目的にかぎって土地を借り受けることができるのみである。ゆえに、事実上農業・牧畜・山林などの営業はできない。

このように、委員会報告の全体の趣旨は、条約の規定と既存の法律の規定の抵触があった場合にどちらが優位にあるものかを直接説くものというよりも、民法第2条に示された主義にもとづいて条約を解釈し運用すべきことを今後の方針として示すものであった。甲)をみればわかるように、その結果はおのずと条約の規定を優先させることとなる。ただし、一般的受容方式ありきではなくあくまで民法第2条という国内の法律に示された私権の享有に関する内外人平等主義を条約の国内編入や国内実施にさいしての解釈と運用の方針の基準にしているところに、とかく先鋭化しがちな法理上・学理上の議論と異なる性質がこの委員会報告には示されていた。²⁹⁾あるいは、条約を円滑に国内実施するための政略上の便宜から結論を導き出したわけでもなければ、天皇の条約締結権は絶対・無制限ゆえに執行も無制限であると断定したわけでもなく、国内の法律を基準にして条約の国内編入に関する方針に関する見解を導き出したのである。

日独通商航海条約の批准をめぐる枢密院会議は、1896年7月11日に開催された。内外人平等主義に立つ民法第2条を基準にして条約を解釈するという委員会報告の趣旨に関する平田東助枢密院書記官長の説明³⁰⁾につづいて、委員の一人であった鳥尾小弥太顧問官は、次のように委員会報告について補足した。

条約カ公布セラレ実行ノ場合ニ於テハ条約ニ明文ヲ掲ケタルモノハ勿論、縦令明文ナキモ別段ノ法令ヲ以テ禁止セサルモノハ内国人同様私権

ヲ享有スルコト、ナルヘシ然ル上ハ第一ノ問題ハ条約カ有効ナル上ハ条約ニ矛盾スル所ノ法令ハ消滅スヘシ故ニ従前ノ法令ノ内ニハ全部消滅スルモノアリ又一部消滅スルモノモアラン此問題ニ付テ委員会ニ於テ考究シタルニ条約其物カ法律ト等シキ効力ヲ有スルトセンカ否ナ条約ハ法律ヨリ強大ナルカヲ有スルカ故ニ別ニ法令ヲ改正スルコトナク条約公布ト同時ニ消滅スルト云フコトニ委員会ニ於テハ決定セラレタリ³¹⁾

既存の国内法令に抵触する条約が締結された場合、どちらが優位にあるとみなすのかという国内における両者の形式的効力関係について「別ニ法令ヲ改正スルコトナク条約公布ト同時ニ消滅スル」という理解を委員会の決定として示している。政府委員の本野一郎外務大臣秘書官兼外務省参事官も、「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」との見解を示した。³²⁾

このようなやりとりだけを読めば、条約は公布によって国内法上の効力をもち条約に抵触する既存の法令は自動的に廃止されるものとみなされるという見解がこの時期には固まっていたようにみえる。したがって、次のような副島種臣顧問官による批判が出てくるのも無理はなかった。

総テ法律ハ外国人ヲシテ之ニ服従セシムル為メ発表シタル国家ノ意思ナリト信ス然ルニ法律カー箇条タリトモ条約ノ為メニ打消サル、トキハ条約ノ意思ト全ク反対ス〔ママ〕即チ土地抵当権ニ関スル法令ハ条約ノ為メニ打消サレタリ左スレハ条約ハ何処迄法律ヲ蹂躪スルカ測リ知ルヘカラス〔中略〕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本官ハ法令ヲ以テ外国人ニ土地抵当権ヲ許与スルニ於テハ或ハ賛成ヲ表スルヤ知レサレトモ条約ニ依テ法令ヲ打消スト云フ事ニ至ツテハ全然同意ヲ表スル能ハ

ス³³⁾

副島は、日独通商航海条約の内容そのものを批判しているわけでもなく、条約の内容が国内で実施されることに反対しているわけでもない。条約を締結し国内実施するための手続の問題を説いているわけである。その後の発言において、

外国人カ不動産ヲ抵当ニ取ツテ金ヲ貸スト云フ事柄杯ニ付テハ不同意ヲ表セス併シ条約ニ依テ法律カ消滅スルト云フ事ハ甚遺憾ナリ〔中略〕今日ニ当リ外国人ニ対シテ自由ヲ許与スルハ異存ナキモ之レカ為メ法律ヲ崩スト云フハ残念ノ至ナリ法律ヲ改ムルノ必要アラハ宜ク法律ヲ以テ之ヲ改ムヘシ条約ヲ以テ之ヲ消滅セシムルハ不可ナリ法律ヲ制定スルニハ其職掌アリ条約モ又然リ左レハ此兩者ヲシテ互ニ抵触セシメサルハ即チ条約ノ精神ナリ法令ヲ改メント欲セハ条約締結ノ前法律ヲ以テ之ヲ改廢セサルヘカラス条約ナレハ何事ヲモ為スヲ得ヘシト為スハ不可ナリ³⁴⁾

と述べていることからわかるように、副島は条約と国内法令を抵触させない立法政策をとらなかったことを批判したのである。したがって条約の締結と実施の必要からであったとしても、憲法典所定の権限ある国家機関による通常の立法手続があれば異存はなかったということである。

条約と国内法令の抵触について、政府委員の本野もどれだけ一貫した法理上の考えがあったかは、あやしい。というのも、条約の規定がすべて国内法に対して優先されるわけではないことを説く場面もあったからである。すなわち、鳥尾小弥太が日独通商航海条約第1条にある「各種動産ノ占有」の文言について、日本国民に限り日本銀行および横浜正金銀行の株主になることを許している日本銀行条例（明治15年6月27日太政官布告第32号）第5条なら

びに横浜正金銀行条例（明治20年7月7日勅令第29号）第5条に抵触するのではないかと述べた³⁵⁾のに対して、本野は「此権利ヲ与フルト否トハ日本ノ立法権内ニ存在ス」として、両条例によって外国人が株主になることを禁じていることについては条約によって消滅しない、と述べている（委員会報告でいうと、丙）に該当するか）。³⁶⁾また、「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」であると一般論として条約と法令の関係について断言することを避け、たうえて、「本官ハ法典調査委員ノ一人トシテ調査会ノ議ニ預リタルヲ以テ該調査会ニ於ケル議論ヲ承知シ居ルヲ以テ此ニ一言スヘシ調査会ニ於テハ該布告〔地所質入書入規則〕ハ条約ト相抵触スル廉アルヲ以テ条約ニ適合スル様ニ該布告ヲ改ムヘシトノ説行ハレ居レハ多分民法施行規則ニ於テ其ノ通りニ改メラルヘキ事ト信ス」と述べたように、現実の措置として立法措置がとられるであろうことを予測している。³⁷⁾

現実の措置は、副島が望み本野が見通しを立てたようになった。陸奥条約改正の結果の改正条約の実施にあたって、日清戦後多くの立法がなされた。³⁸⁾自動執行性を有する条約が少ないなかで、条約の実施立法が必要な場合には通常の立法手続がとられるという実行が蓄積されていったのである。外国人の土地に関する権利も、時間こそかったが法整備がなされていった。

永代借地権については、民法施行法を経て永代借地権ニ関スル法律（明治34年9月21日法律第39号）が制定され、外国人の永代借地権が保護されるようになった。³⁹⁾不動産抵当権については、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）が制定され、土地所有権を認められていない外国人が抵当不動産を売却するための制度を整備した。外国人の土地所有権については、法整備に年月がかかった。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）が制定されたが、施行期日を勅令に委任したにもかかわらずその勅令は制定されず、法律は施行されなかった。その後、外

国人土地法（大正 14 年 4 月 1 日法律第 42 号）が制定され、原則として外国人ならびに外国法人の土地所有権を認めた（規定のしかたとしては、外国人・外国法人による土地所有を前提として特別の場合に外国人の土地所有を禁じることができるというものであった）。外国人土地法第 9 条により、地所質入書入規則ならびに外国人ノ土地所有権ニ関スル法律は廃止された。

Ⅲ．公文式改正の試みと公式令の制定

公文式の改正（明治 22 年 12 月 30 日勅令第 139 号）のさいに条約の公布式に関する規定は追加されなかった。しかし、不文のままでよいとされていたわけではなかったことは、公式令第 8 条をみればわかる。

条約を勅令無号ではなく条約として公布する公式令第 8 条は、

第八条 国際条約ヲ発表スルトキハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス

前項ノ上諭ニハ枢密顧問ノ諮詢ヲ経タル旨ヲ記載シ親署ノ後御璽ヲ
鈐シ内閣総理大臣年月日ヲ記入シ主任ノ國務大臣ト俱ニ之ニ副署ス

という条文であった。公文式の制定や大日本帝国憲法の発布から時間がかったわけであるが、条約を法律や命令から独立した法として公布することができるようになったのである。しかし、憲法習律とみなせるほどに慣行が十分に蓄積された結果公式令第 8 条ができたかどうかは疑問である。換言すれば、自動執行性を有する条約の規定を既存の国内法令の存在にかかわらず優先させて執行できるという確信が政府に本当にあったのか、ということである。

公文式の改正は内閣官制の制定にあわせた国务大臣の署名に関する 1889 年の改正のみであったから、公式令にいたるまで条約の公布に関する規定を実定法化する試みはなかったと思われるがちである。しかし、公式令起草まで

の間に条約の公布に関する規定を入れる改正の試みはあった。

1900年の公文式改正の検討のさい、条約の公布に関する規定が挿入された。1900年8月16日閣議決定された。⁴⁰⁾「附則」によると、1900年10月1日から施行することになっていた。いかなる経緯でこの改正案が策定され実行されるにいたらなかったのかは不明である。

閣議請議書は改正の要点の一つとして「三 予算及条約ノ公布ニ関シ新ニ規定ヲ設ケタルコト」を挙げ、公文式改正案第1条は、

第一条 法律、命令、予算及条約ノ公布ハ官報ヲ以テス

法律、勅令、予算及条約ノ公布ハ上諭ニ依ル

というものであった。公式令第8条とは異なり、条約に関する規定は独立しておらず、公文式第1条に条約と予算を加えただけであった。

当然のように条約の公布に関する規定が入れているのはいかなる事情と意図によるのかは、これだけではただちにはわからない。公布によって国内法上の効力を生じることが当然のことになった証左とみるべきであろうか。あるいは、いかに無号（番外）とはいえ勅令として公布して官報の勅令欄に掲載することに問題を感じた結果だったのか。判然としないわけである。

法制局（平田東助法制局長官）からの照会（1900年5月18日付）に対して、外務省（高平小五郎外務総務長官）は条約の公布については言及しなかった（1900年5月22日付）。改正案第1条第2項の規定に閣令・省令の公布を包含しないようにすべきである、と述べるにとどまっている。⁴¹⁾

1903年9月17日、伊東巳代治帝室制度調査局副総裁が伊藤博文総裁に対して公文式改正の必要を説いた。⁴²⁾伊東は6項目の理由を記していたが、条約の公布を明記する必要があるについては言及すらされていなかった。

しかし、1900年の公文式改正の試みのさいに条約の公布について明記さ

れたことからわかるように、公式令起草過程において条約の公布に関する規定を不要と考えていたわけではなかった。ただし、当初から迷うことなく条約を条約として公布する心算であったかわからない草案が存在する。秘書類纂のなかには公式令の草案があるが、そのうちの帝室制度調査局罫紙に記された一つ（上論案ならびに説明付）は、条約を詔勅として公布することが規定されていた。

第十二条 国際条約ノ発表スヘキモノハ上諭ヲ付シ詔勅トシテ公布ス

前項ノ上諭ハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣総理大臣年月日ヲ記入シ外務大臣ト俱ニ之ニ副署ス

恭テ按スルニ従来国際条約ヲ内国ニ公布セラル、ノ形式ハ一定シタリト雖果シテ何種ノ発令ニ属スルヤニ関シテハ見解頗ル岐異セリ其ノ之ヲ番外勅令ト看做スノ論ハ稍々信ナルニ近シト雖条約締結ハ本ト憲法上大権ノ一ニ属ス本令既ニ大権ノ施行ニ関スルモノヲ以テ之ヲ詔勅トナスノ義ヲ取ルトキハ則チ条約モ亦詔勅ナラサルヘカラス且従来ノ慣行ニ於テ条約ノ公布ハ必ス批准ノ正文ヲ付ス（此ノ書ヲ見ル有衆ニ宣示ス云云）其ノ体裁全ク詔勅ニ外ナラス因テ本文ノ如ク規定ス⁴³⁾

説明は、条約の公布式を不文のままにしておいてよいと考えられていたわけではなかったことを示している。また、公文式の起草や大日本帝国憲法の起草のさいに実定法化しなくてもかまわないと考えられていたわけではなく何らかの迷いがあるて実定法化できなかったことを間接的に示している。

1900年の公文式改正案とは異なり、条約の公布を法律や命令から独立した条文にしている。詔勅として公布するとは、条約を法律や命令と異なる法であることを表現するために条約の締結が大権事項であることを重視した規定の方法であったことがわかる。いまだ条約を条約として公布することに

迷いがあったとも受けとることができるが、秘書類纂にある別の菟蕪版の草案（説明なし。帝室制度調査局における審議のさいの配布資料の議題番号付）では、公式令と同じ規定になっている。詔勅として公布するか条約として公布するか、いずれにしても通常の法令とは異なる法として条約を公布する意図であったことをうかがい知ることができるわけである。

第九条 国際条約ノ発表スヘキモノハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス

前項ノ上諭ニハ枢密顧問ノ諮詢ヲ経タル旨ヲ記載シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣総理大臣年月日ヲ記入シ主任ノ國務大臣ト俱ニ之ニ副署ス⁴⁴⁾

1904年10月12日⁴⁵⁾、伊藤博文帝室制度調査局総裁は、各条に説明を付けた公式令草案を上奏し、内閣に付議することを奏請した。条約を条約として公布する規定になっており、ここでも条約が「大権ノ発動ニ因ル特殊ノ公文トシテ効力ヲ有スル」が強調されている。それが独立の条文になっている根拠とされた。

第九条 国際条約ヲ発表スルトキハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス

前項ノ上諭ニハ枢密顧問ノ諮詢ヲ経タル旨ヲ記載シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣総理大臣年月日ヲ記入シ主任ノ國務大臣ト俱ニ之ニ副署ス

恭テ按スルニ從來ハ概官報勅令ノ欄ニ於テ之ヲ公布シタリ然レトモ条約ハ大権ノ発動ニ因ル特殊ノ公文トシテ効力ヲ有スルカ故ニ更ニ特立ノ公式ニ依ルノ制ヲ立テ本条ノ如ク規定シタリ而シテ法律勅令俱ニ必内閣総理大臣ノ副署ヲ要スルモノトシタル以上ハ条約ノ公布モ亦均ク内閣総理大臣ノ副署ニ須ツモノタルヘキヲ以テ主任ノ國務大臣ニ限り之ニ副署スルノ例ヲ改メ更ニ連署ノ制ヲ取レリ又諸般ノ国際条約ハ必枢密顧問ノ諮詢ニ付セラルヘキコト載

セテ枢密院官制ニ詳ナルヲ以テ其ノ旨ヲ上諭ニ記載スルコトトナシタリ⁴⁶⁾

帝室制度調査局が上奏した公式令草案では、条約の公布は第9条であった。条文自体は公式令第8条とまったく同じである。1904年10月12日の上奏の時点で条文は疑義をはさまれないほど確定していたことになる。

一時的に草案のなかにみられた詔勅としてであれ、条約としてであれ、条約が法律や命令とは異なる法として公布する意図であったことは、枢密院における審議のさいに政府委員が示した趣旨説明によって確認することができる。枢密院における政府委員（岡野敬次郎法制局長官）の趣旨説明は、法律でもなく勅令でもない条約の公布式の必要を説くものであった。やはり条約の公布式を不文のままにしておいてよいと考えていたわけではなかったことを示している。また、この時期には条約という国内法の存在を政府内では認めていたことを示している発言である。

第四國際條約ノ形式モ亦現行公文式ニ規定ナシ從來條約ハ概ネ勅令ノ欄ニテ公布セラレタルモ我カ国法上ノ解釈トシテハ條約ハ法律ニアラス勅令ニアラス一種格別ノ公文ナリトス之カ勅令ノ欄ニ於テ公布セラルルハ此ノ解釈トモ抵触ス唯公文式モ其ノ形式ヲ定メサルカ故ニ公式令ニ於テ明カニ之ヲ定メタルナリ⁴⁷⁾

公式令第8条の条文は、かならずしも条約の国内法上の効力を認める規定ではなかったということもできる。公式令第8条は、単に条約の公布形式を定めたにすぎないということもできるからである。

しかし、少なくとも法律事項をふくむ（特に国民の権利義務にかかわる）条約については、公布によって国内法上の効力を認めると政府においてみなしていたことは、同じ頃駐日蘭国公使の照会に対する回答案からうかがい知るこ

とができる。すでに先行研究でも引用・言及されているものであるが、何がこの時期の政府における条約の国内法上の効力に関する認識の根拠になっていたのかを確認するために、あらためてみておきたい。

駐日蘭国公使は、1906年9月30日付林董外務大臣宛書翰を以て条約の効力を生じさせる方式に関して日本の解釈およびその解釈の根拠となる法規などを承知したいと照会した。外務大臣は、阪谷芳郎大蔵大臣・松田正久司法大臣・岡野敬次郎法制局長官に対して意見を求めた（1906年10月16日付。法制局長官へは外務次官発）。

各大臣と法制局長官の回答をまとめて1907年5月21日に起草された外務大臣回答は、

此種ノ条約〔法規ノ性質ヲ有スル事項ヲ内容トスルモノ〕ハ国法ノ一部トシテ公布ニ依リ当然一般ノ遵由力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例ヘハ千八百九十六年四月四日調印ノ日独議定書第二号ノ規定ヲ以テ外国人ノ不動産所有権、質権及抵当権ヲ禁制シタル明治六年（千八百七十一〔三〕年）第十八号布告ノ例外法ト認メ明治三十二年法律第六十七号ニ於テハ直ニ「土地ノ抵当権者タル外国人カ増価競売ヲ請求スルニハ」云々ト規定シタルカ如キ右解釈ノ顯著ナル一例ニ有之右ノ如ク法規ノ内容ヲ有スル条約ヲ公布スルノ方式ハ從來之ヲ官報勅令欄ニ掲載スルニ在リタリシカ本年二月公式令ノ改正ニ依リ官報条約欄ニ掲載スルコトト相成申候

帝国現行法規中ニハ条約ノ規定アル場合ヲ除外スル主旨ノ規定所々ニ散見致居候ヘ共（民法第二条、第三十六条、関税法第一条、著作権法第二十八条等参照）右ハ単ニ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本然ノ性能ニ依リ当然国法ノ一部ヲ構成スルモノト解

スヘキモノニシテ現ニ帝国政府カ諸外国政府ト締結シタル通商航海条約附属議定書中ニ定ムル協定税目ハ関税法ノ施行ニ先チ条約所定ノ期日ヨリ実施セラレシ次第ニ有之帝国ニ於テハ租税ニ関スル条約ト雖モ必スシモ法律制定ヲ待チテノ後ニ其實行力ヲ生スルモノニハ無之候⁴⁸⁾

というものであった。この時期までには条約は公布によって国内法上の効力を有するという認識が政府内で固まりつつあったことがわかる。外務大臣回答案と法制局長官回答は公式令公布以後のものであるが、他は公式令以前に起草されたものである。したがって、公式令第8条を根拠にして我国における条約の国内法上の効力を認める見解ではなく、それまでの実行の蓄積に依拠してかような見解を示したことがわかる。

しかし、外務大臣回答案と各省の外務大臣宛回答をよく読むと、かならずしもそうではないことがわかる。第一に、外務大臣回答案の引用文のうち、前半の日独議定書と明治6年太政官布告との抵触に関する箇所は司法大臣回答を基礎とするものである。また、後半の民法第二条などを「注意的ノ規定」と説明する箇所は、法制局長官回答を基礎とするものであり、協定税目に関する箇所は大蔵大臣回答を基礎とするものである。外務大臣回答案は、それらをつなぎ合わせただけである。外務省としての独自の見解がないのである。したがって、条約の国内法上の効力について過去の実行に立脚した確定した見解が外務省にはなかったのではないかと疑うことができる。

それがう穿ちすぎた邪推であるとしても、第二に、外務大臣回答案のもとになった司法大臣回答や法制局長官回答をよく読むと、十分な実行の蓄積の上に条約の国内法上の効力を認める見解を有していたわけではないことをうかがい知ることができる。司法大臣回答では「当省主管ノ民事刑事ノ実体及手続ニ関スル諸法規ト条約トノ関係ニ関シテハ従来ヨリ次ノ如キ方針ニ出テタリ即チ或ル現行法律ニ規定シタル事項ト異リタル事項ヲ条約ニ定メタル場合ニ於テ該条約カ批准セラレ且公布セラレタルトキハ該条約ハ其規

定ノ範囲内ニ於テハ当然現行法ニ変更ヲ加ヘタルモノト為スコト是レナリ」と記しているが、「憲法發布以來日ヲ閲スルコト僅カニ十数年ニ過キサルカ故ニ条約中此例ニ該当スルモノ甚タ多シト云フヲ得ス」とも記している。そして、「当局者カスカル解決ヲ採ルニ至リタル理由ニ至テハ多数ノ見解アリテノ確定シタル理由トシテハ未タ茲ニ説述スルノ機会ニ到着セス」と記していることから、ある確定した法理や学理にもとづいて自動執行性をもつ条約の規定を特別な措置なしに国内へ執行したわけではないことを証言しているわけである。

第三に、司法大臣回答の冒頭にある「一ノ条約ニ依リテ国家カー一定ノ立法ノ措置ヲ採ルヘキ旨ヲ約シタル場合ハ和蘭公使来書ニ於ケルカ如ク明白ノ解釈ヲ得ヘシ」や法制局長官回答の末尾にある「国際条約中立法上ノ措置ヲ採ルヘキ旨ヲ協約シタル実例ナキニ非ス此ノ場合ニ於テハ条約ノ目的ヲ達スル為其ノ規定ニ従ヒ立法ノ措置ヲ為ササルヘカラサルハ別ニ言ヲ須ヒサルナリ」は、条約において特定の立法を約束した場合に通常の立法措置をとることを説明したものである。第二点とあわせ読むと、このような実施立法の方が多かったことを示唆している。実際、旧稿であきらかにしたように（そして、前節でも述べたように）、陸奥条約改正の結果必要となった改正条約の実施立法のように実施立法が必要な場合（条約の内容を国内で執行するために法令によって具体化する必要が挙る場合や条約において立法の約束をした場合）には、その立法は憲法典所定の通常の立法手続によってなされた。

第四に、法制局長官回答に「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」は「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本然ノ性能ニ依リ当然国法ノ一部タリト解スヘキナリ」と記されている。「条約ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外」（著作権法第28条）などの規定を「注意的ノ規定」（条約が国内法上の効力をもつことを個々の立法によって創設したものではなく、わざわざ規定しなくともよい当然のことを念のため注意喚起のために規定したもの）とこの当時からみなしていたのは興味深

い。⁴⁹⁾しかし、かような規定は、立法意図はともかく、帝国議会の協賛を経る通常の立法手続を経た法律に置かれているものなのである。帝国議会の協賛の意思が反映されてこのような規定がふくまれる立法がなされたわけである。⁵⁰⁾場合によっては我国における条約の国内法上の効力についての注意的な規定ではなく創設的な規定と理解することも可能であった。⁵¹⁾

してみると、自動執行性をもつ条約の国内編入の蓄積のみによって外務大臣回答案(というよりも外務大臣宛の司法省回答と法制局回答)がつくられたわけではないことがわかる。むしろ、自動執行性をもつ条約が少ないという現実の条件の下で、憲法典所定の立法手続によって条約の国内実施がなされる必要が多く、またそのように立憲制度を動揺させることなく実行してきた蓄積⁵²⁾があつてこそ、条約を条約として公布し国内法上の効力を認めるという一般的受容方式を公式令によって制度化することが可能だったといえるのである。

おわりに

本稿は、憲法典や憲法附属法令に実定法上の根拠もなく憲法習律とみなせるほど十分な慣行が蓄積されていたわけではないなかで、大日本帝国憲法の下における条約の一般的受容方式の実行と政府見解がなぜ可能となったのかを探ろうとしたものである。

大日本帝国憲法の下において一般的受容方式をとっていたといっても、変型方式がとられなかったことを意味するにすぎない。政府によるあからさまな一般的受容方式の実行の十分な蓄積がなかったから可能であったわけである。

日本国憲法の下では第7条により条約の公布が規定されている。大日本帝国憲法の下におけるのと公布文こそ異なるが、憲法典に条約の公布に関する規定がたしかに存在するのである。これだけならば、日本国憲法第7条第1

号「憲法改正、法律、政令及び条約を公布すること」は条約の公布主体を規定しそれが内閣の助言と承認を条件にしておこなわれる天皇の国事行為の一つとして規定されているにすぎないといえる。しかし、日本国憲法起草過程において法制局はこの条文に、外務省は日本国憲法第98条第2項「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」の原型である帝国憲法改正案第94条「この憲法並びにこれに基いて制定された法律及び条約は、国の最高法規とし、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」に我国における条約の国内法上の効力の根拠を求めた。現在における評価と解釈はともかく、少なくとも当時においては、日本国憲法第7条と第98条第2項の条文が条約の一般的受容方式の根拠とみなされていたのである。⁵³⁾

しかし、公文式にせよ大日本帝国憲法にせよ、その制定過程はもちろん施行後もしばらくは条約を条約として公布することができなかった。条約が法律や勅令とは異なる法であることは感じていても、公布文を上諭として付けること以外できなかったのである。

公式令第8条は、駐日蘭国公使の照会に対する同時期の回答案を読み合わせると、一見したところ条約の国内法上の効力についての確信に裏打ちされた条文にみえる。国民の権利義務にかかわらない条約の場合はともかく、条約の公布ならびに公布文としての上諭は単なる公示や条約の尊重を命じるものにとどまらず遵奉の命の意味を明確にしたといえることができる。したがって、公式令によって条約の公布の手続が明定された以上、公布の手続によって条約が国内法上の効力をもち国民を拘束することが制度上あきらかになったということはできる。条約も法律や命令などとならんで国民を拘束する法として認められたわけである。

しかし、駐日蘭国公使の照会に対する外務省回答案（ならびにその基礎となった各省の外務省に対する回答）は、条約の一般的受容方式という慣行の十分な蓄

積の上に記されたものとはいいがたいものであった。駐日蘭国公使が照会してきたから回答案を用意し、あくまで従前の措置をまともただけである。今後方針を改める意向はない一方で、積極的に憲法解釈を示したものとはいいがたかった。また、本稿第Ⅱ節でみたように、条約の国内法上の効力や条約と法律の国内における形式上の効力関係（どちらが優位であるか）についての一般的な法理・学理ではなく、あくまで国内法秩序の整合性を優先させる思考も存在した。

実定法上の制約がないゆえ条約の円滑な国内への執行のための措置をとるために条約の国内法上の効力を認めるという理解だけではなく、実施立法の必要が多かったという現実のなかでの立憲制度に反しない実行の蓄積こそが条約に国内法上の効力を認めることを可能にした側面もあったのである。「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場合を除く外」といった我国の法律にある規定を注意的な規定とみなそうが創設的な規定とみなそうが、帝国議会の協賛を経る立法手続によってこのような規定をふくむ法律が成立していった以上、憲法解釈をめぐる政治問題になるほど憲法違反や憲法破壊の措置であるという批判を受けることはなかった。

こうしてみると、戦前の我国における条約の国内編入のあり方が一般的受容方式であったのは当然もしくは自然なことであったと決めつけるのは、再検証の余地がある。通説のようにそれが疑義をはさむ余地がない慣行だといっているのであれば、わざわざ敗戦後の我国において法制局も外務省も、大日本帝国憲法の改正案の特定の条文にすぎるように条約の国内法上の効力に関する根拠を求める必要はなかったはずである。本稿は、戦前の政府見解と慣行とみなされてきたものがかならずしも十分な慣行のうえに成り立ってきたわけではないことを指摘するにとどまる限界をもつものであるが、残された課題として公式令以降の戦前の我国における実行を地味な作業を承知でおこなう必要があることを最後に提言しておく。

注

- 1) 高野雄一『全訂新版 国際法概論』下(弘文堂、1986年)63頁。田畑茂二郎『国際法新講』上(東信堂、1990年)58頁。
- 2) このほか、条約の内容を立法しなおすのではなく法律の形式で議会の承認を得るという「承認法」による受容方式もある。条約の国内編入方式については多くの文献で説明がなされてきたが、齋藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社、2002年)18～20頁の説明がわかりやすい。
- 3) 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『国際法新講』上(東信堂、1990年)59頁註(1)。
- 4) 高野雄一『憲法と条約』(東京大学出版会、1960年)126～132頁・153～164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頁～28頁。法学協会『註解日本国憲法』下巻(有斐閣、1954年)1472～1473頁。樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法徳『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)など。
- 5) 1906年の駐日蘭国公使の照会に対する日本政府の回答案に示された見解がいくつかの研究において紹介されてきた。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)34～35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。このほか、第42回帝国議会貴族院における横田千之助法制局長官の答弁(1920年2月12日)もある。顚原善徳「憲法典の条文の欠缺とその克服としての日本国憲法第九十八条第二項」(『立命館大学人文科学研究所紀要』No.129、2021年)128頁。
- 6) 顚原善徳「憲法典の条文の欠缺とその克服としての日本国憲法第九十八条第二項」(『立命館大学人文科学研究所』No.129、2021年)を参照。
- 7) このほか、公式令(明治40年2月1日勅令第6号)第13条「国書其ノ他外交上ノ親書、条約批准書、全権委任状、外国派遣官吏委任状、名誉領事委任状及外国領事認可状ニハ親署ノ後国璽ヲ鈐シ主任ノ國務大臣之ニ副署ス外務大臣ニ授クル全権委任状ニハ内閣総理大臣之ニ副署ス」があったが、鈐印と副署に関する規定であり、条約の国内編入とは直接的な関係はない。鈐印に関する規定は、公文式(明治19年2月26日勅令第1号)にもあった。第16条第1項「国書条約批准外国派遣官吏委任状在留各国領事証認状及三等以上勳章ノ勳記ハ親署ノ後国璽ヲ鈐ス」である。また、枢密院官制及事務規程(明治21年4月30日勅令第22号)のうち枢密院官制第6条「枢密院ハ左ノ事項ニ付会議ヲ開キ意見ヲ上奏シ勅裁ヲ請フヘシ」は第4号として「新法ノ草案又ハ現行法律ノ廃止改正ニ関スル草案列国交渉ノ条約及行政組織ノ計画」と記

- している。この第6条第4号は、明治23年10月8日勅令第216号による改正で「列国交渉ノ条約及約束」に改められ、昭和13年12月21日勅令第774号による改正で「国際条約ノ締結」に改められた。いずれにしても、条約の締結過程における手続に関するものではあっても、国内編入方式とは関係がない規定である。
- 8) 例外として千葉功前掲書10～15頁がある。同書は、変型方式をとるイギリスのような国家が存在した以上、「日本が条約に国内的効力を認める立場を取るのには、必ずしも自明の路線選択ではなかった」(11頁)として、初期議会期における政府内の複数の見解を紹介している。しかし、1906年の駐日蘭国公使の照会に対する日本政府の回答案については、条約の国内編入は一般的受容方式をとるという解釈を政府が「既成事実の積み重ねによって定着させ」た結果として言及している(15頁)。たしかに我国では変型方式の実行を積み重ねたわけではない。しかし、政府の公式見解なるものが一般的受容方式の慣行の十分な蓄積の上に裏打ちされた確信に立脚するものであるのか、疑問なしとしないのである。
- 9) 額原善徳「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所紀要』No.111、2017年)183～184頁。同「日清戦後における条約の国内実施と憲法典による規制」(同前、No.115、2018年)66～67頁。同「明治期日本における条約の国内編入をめぐる問題——近代日本における憲法典定着の条件——」(同前、No.124、2020年)51～52頁。
- 10) 本稿は、条約の公布がもつ意味(どのような意味が与えられ、実際にどのように機能したのか)を十分に考察するために、本来ならば公文式の制定過程も視野に入れて考察すべきなのであるが、史料的な制約ゆえに断念せざるをえない。いかに公文式の主眼が法律と命令の区別ならびに起案・裁可・公布式・施行期日の明定にあらうとも、なぜ条約については規定せず勅令無号(番外)という措置をとりあえずとったのか不明なのである。公布や公文式について詳細にあきらかにした大石眞の研究によってもわからない。大石眞「公布再考」(『國學院法学』第17巻第3号、1979年)。同「憲法附属法としての公文式——その制定過程と改正問題を中心に——」(梧陰文庫研究会編『明治国家形成と井上毅』木鐸社、1992年、のちに大石眞『日本憲法史の周辺』成文堂、1995年に収録)。
- 11) 額原善徳「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)。
- 12) 井上毅の甲案は、上諭で条約締結権が天皇ノ大権の一つであることを記したうえで第21条として「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」との条文を設けていた。乙案は、第4条で条約締結権が天皇の大権であることを規定するとともに、甲案と同文の第24条を設けていた。それ以前に起草された未完の草案である「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サレバ

- 其効ヲ有セス」は、甲案第 21 条ならびに乙案第 24 条と同趣旨であるが、説明が付けられている。それによると、外交は天皇の大権であるが、特定の種類の条約について例外を設けたのは、「国土国権ノ為ニ無形ノ重畳ヲ設ケテ以テ之ヲ保障シ及国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」という目的のためであった。国土・国権ならびに国民の利益をまもる手段として特定の種類の条約の締結に議会を関与させることを必要と考えていたわけである。「甲案試草正文」井上毅〔明治 20 年 5 月〕内閣野紙（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）11 頁・63 頁。「乙案試草」井上毅〔明治 20 年 4 月〕内閣野紙・宮内省野紙・制度取調局野紙（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）43 頁・197 頁。「初稿」井上毅〔明治 20 年 3 月頃〕宮内省野紙・内閣野紙（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。
- 13) 「欠題（夏島憲法草案）」明治 20 年 8 月完成 10 月修正 内閣野紙（『伊東已代治関係文書』書類の部 8、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
 - 14) 「ロエスレル氏起稿 日本帝国憲法草案」内閣野紙（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）14 頁。ロエスラー草案の邦訳文とドイツ語原文と対比して考察した小嶋和司によると、「外国政府」は「外国」が正しく「効力」は「拘束力」が正しい。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）51 頁。
 - 15) たとえば、元老院「日本国憲按」（第一次案）（1876 年 10 月）第 7 条「皇帝ハ戦ヲ宣シ和ヲ講スルノ権ヲ有ス然レトモ国財ヲ費シ国境ヲ変スルガ如キ条約ハ元老院ノ承認ヲ得ルニ非サレハ其効力ヲ有セス」（174 頁）。「嚶鳴社憲法草案」（明治 12 年末）第 23 条「皇帝ハ外国ト諸般ノ条約ヲ為ス（第 2 項）但国財ヲ費シ若クハ国疆ヲ変改スルノ条約ハ国会ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ其効力ヲ有セス」（193 頁）。共存同衆「私擬憲法意見」（1879 年 3 月頃）第 27 条「皇帝ハ外国ト諸般ノ条約ヲ為ス（第 2 項）但国財ヲ費シ若クハ国強〔疆〕ヲ変改スル条約ハ国会ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ其効力ヲ有セス」（188 頁）。交詢社「私擬憲法案」（1881 年 4 月 25 日）第 6 条「天皇ハ法律ヲ布告シ海陸軍ヲ統率シ外国ニ対シ宣戦講和ヲ為シ条約ヲ結ビ官職爵位ヲ授ケ勲功ヲ賞シ貨幣ヲ鑄造シ罪犯ヲ宥恕シ元老院国会院ヲ開閉シ中止シ元老院議員ヲ命シ国会院ヲ解散スルノ特権ヲ有ス但海關稅ヲ更改スルノ条約ハ預メ之ヲ元老院国会院ノ議ニ附スヘシ」（282 頁）。井上毅「憲法草案」（1882 年 4 月・5 月）第 20 条「戦ヲ宣シ和ヲ約シ及外国ト条約ヲ結フコトハ總テ天皇ノ總攬スル所ニ由リ成約ノ後其密約ニ係ル者ヲ除ク外内閣ヨリ兩議院ニ報告シ及式ニ依リ公布スヘシ但シ国財ヲ費シ国疆ヲ變更スルノ条約ハ兩議院ノ承認ヲ經ヘシ」（462 頁）。頁数は、家永三郎・松永昌三・江村栄一編『新編 明治前期の憲法構想』（福村出版、2005 年）のものである。
 - 16) 「日本帝国憲法修正案ニ関スル意見」ロエスレル 内閣野紙（伊藤博文文書研究会監修

- 『伊藤博文文書』第82巻 秘書類纂 憲法十一、ゆまに書房、2013年）33頁。
- 17) 「君主特権ヲ憲法ニ列叙スル当否ノ問」〔明治20年〕2月8日ロessler答議（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）36頁。
 - 18) 「欠題（夏島憲法草案）」明治20年8月完成10月修正 内閣野紙（『伊東已代治関係文書』書類の部8、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
 - 19) 「夏島草案（一〇月草案）」明治20年10月 内閣野紙（『伊東已代治関係文書』書類の部9、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
 - 20) 十月草案浄写直後の修正については、稲田正次『明治憲法成立史』下巻（有斐閣、1962年）285～286頁を参照。
 - 21) 「〔帝国憲法枢密院諮詢案・説明 全七六条〕」〔明治21年5月〕（『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）。諮詢案第13条の説明は、若干の字句の相違こそあれ浄写三月案でその原型ができあがっていた。「〔大日本帝国憲法（浄写三月案）〕」〔明治21年3月〕内閣野紙（『伊藤博文関係文書』（その1）書類の部233、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
 - 22) ただし、諮詢案第13条の説明にあった「欧州ノ旧例ニ依ルニ」から「本条ノ掲クル所ハ専ラ議會ノ関涉ニ由ラスシテ天皇其ノ大臣ノ輔翼ニ依リ外交事務ヲ処弁スルヲ謂フナリ」までの箇所は、修正をほどこされて『憲法義解』では附記に移されている。また、諮詢案の説明の附記には議會に対する外交報告に関する記述があったが、『憲法義解』では削除されている。『帝国憲法義解・皇室典範義解』（国家学会、1889年4月24日）20～21頁。伊藤博文『憲法義解』（宮沢俊義校註、岩波文庫、1940年）40～41頁。改版（2019年）43～44頁。
 - 23) 「〔帝国憲法枢密院諮詢案・説明 全七六条〕」〔明治21年5月〕（『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）。『憲法義解』の説明では、「法律ヲ裁可シ式ニ依リ公布セシメ及執行ノ処分ヲ宣明ス裁可ハ以テ立法ノ事ヲ完結シ公布ハ以テ臣民遵行ノ効力ヲ生ス」とあるように、「施行ノ効力」を「臣民遵行ノ効力ヲ生ス」とあらためて、公布によって法律が国民に対する拘束力をもつことをより明確に示すようになった。『帝国憲法義解・皇室典範義解』（国家学会、1889年4月24日）7頁。伊藤博文『憲法義解』（宮沢俊義校註、岩波文庫、1940年）29頁。改版（2019年）29頁。
 - 24) 「憲法草案意見概要」ヘルマン・ロessler述 伊東已代治訳 明治21年6月 枢密院野紙（『伊東已代治関係文書』書類の部16、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
 - 25) 「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問」明治21年2月15日モッセ答議（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。大日本帝国憲法施行後、同様のことを井上毅の後任である尾崎三良法制局長官宛のモスターフ答議も説いていた。モスターフによると、条約そのものより生じる権利義務の関係は、単に条約国

相互の間に存在するのみであり、両国の国民には関係がない。条約上の義務履行の任は国家にのみある。「国法上ニ於ケル条約ノ効力」は、国家が憲法上一定の方式に準拠して国家機関や国民に対してその条約を遵守すべき規定であるとして「発布」するときにはじめて生じる。条約の締結は、国際法上の行為として条約の「履行」から区別しなければならない。法律に属すべき条約は、「立法上ノ形式」によって公布すべきである。その「法律」を公布するさい単に「条約文」のみを官報に掲載するだけでは公布の条件をみたしたとすることはできない。かならず条約文に「裁可文」をつけなければならない。日本において条約を公布するさいには、かならず条約書に「裁可文」を前置することを望む。「海関税ニ関スルモスターフ氏意見」明治 24 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）50～53 頁。

- 26) 顕原善徳「初期議會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）。同「明治期日本における条約の国内編入をめぐる問題——近代日本における憲法典定着の条件——」（『立命館大学人文科学研究紀要』No.124、2020 年）。同「憲法典の条文の欠缺とその克服としての日本国憲法第九十八條第二項」（『立命館大学人文科学研究紀要』No.129、2021 年）。
- 27) 「日独通商航海条約及領事職務条約（委員会報告）」（『枢密院審査報告』、2A-15-7- 枢 C6、国立公文書館所蔵）。これには、多数の加筆・修正がなされている。修正後の浄写された委員会報告は、決議書にある。「日独条約決議書」（『枢密院決議』明治二十九年七月十一日決議、2A-15-11- 枢 F146、国立公文書館所蔵）。これには批准書案や条約文（一連の交換公文もふくむ）はもちろん、関連する現行法の一覧も添付されている。
- 28) 日清戦後もそのような理解が存在したことは、たとえば第 10 回帝國議會に明治民法第 2 条を、「外国人ハ法律又ハ条約ニ認許シタル場合ニ限り私権ヲ享有ス」と改正しようとする民法中改正法律案が提出されたことから知ることができる。これをめぐる論争もふくめて詳しく考察したものに大河純夫「外国人の私権と梅謙次郎」（一）（『立命館法学』第 253 号、1997 年）がある。
- 29) そもそも民法第 2 条が一般的受容方式を前提にして起草されたのか否かは不明である。顕原善徳「日清戦後における条約の国内実施と憲法典による規制」（『立命館大学人文科学研究紀要』No.115、2018 年）76～77 頁註（56）を参照。
- 30) *「日独通商航海条約領事職務条約」明治 29 年 7 月 11 日（国立公文書館所蔵『枢密院會議事録』第六卷、東京大学出版会、1984 年）78～81 頁。
- 31) 同前、81 頁。
- 32) 同前、83 頁。
- 33) 同前、84～85 頁。
- 34) 同前、86 頁。

- 35) 同前、81～82頁。
- 36) 同前、83頁。
- 37) 同前、87頁。条約の国内法上の効力や法令との関係について法理上の議論を避ける同様の姿勢は、西園寺公望外務大臣の発言にもみられた。日独通商航海条約第1条と日本銀行条例・横浜正金銀行条例の抵触について食い下がって疑義を呈した鳥尾に対して、西園寺は明確な回答を避け、「此等ノコトハ經濟上大ナル關係ヲ有スルニ依リ主務タル大蔵大臣又農商務大臣ト打合ヲ為シタル後決定セントスルノ意ナリ」と述べるにとどまった。同前、84頁。また、立法手続について批判をした前出の副島の発言に対しても、「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続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」と明確な回答を避けている。同前、85頁。
- 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)は、日清戦後の法典調査会における立法準備作業を丹念に調査し考察したものである。なお、顓原善徳「日清戦後における条約の国内実施と憲法典による規制」(『立命館大学人文科学研究所紀要』No.115、2018年)も参照。
- 39) 民法施行法は、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」と規定していた。しかし、これでは都合が悪いことがわかったため、永代借地権ニ関スル法律が制定され民法施行法第45条が廃止された。法律案の理由書には「条約ヲ以テ保障セラレタル永代借地権ハ民法上ノ地上権ト其ノ性質ヲ異ニスルヲ以テ之ニ関スル特別ノ規定ヲ制定スルノ必要アリ是レ本案ヲ提出スル所以ナリ」と記されている。「永代借地権ニ関スル法律ヲ定ム」(『公文類聚』第二十五編 明治三十四年 卷十九、2A-11-類924、国立公文書館所蔵)。奥田義人法制局長官による法律案の説明によると、次のとおりである。民法制定のときに、条約において認めている永代借地権はいかなる性質のものであるのかについて議論が生じ、民法にいう地上権と類似のものであろうという解釈で民法施行法第45条を置いた。これによって、今まで条約の下に設定した永代借地権が民法にいう地上権であることを認めた。ところが、その実質を調べてみると、条約に認めた永代借地権と民法にいう地上権は性質が大いに異なっている。また、条約には永代借地権と規定しているのに民法ではこれを地上権と名づけているゆえ、外国人には理解できず外国人はおおいに疑いをもった。そこで、外国人又ハ外国法人ノ権利ノ目的タル不動産ニ関スル件中改正ノ件(明治32年12月28日勅令第458号)において、外国人居留地に設置した地上権とは条約にいう永代借地権の意味であるということを示すために「地上権(永代借地権)」と記した。しかし、民法にいう地上権と条約にいう永代借地権の性質が異なっているということをあきらかにすることはできない。取り扱い上においても種々混雑を生じて来たので、やむをえず新たに法律を制定して条約にいう永代借地権を民法外の一つの物権として認める必要を政府は認め、この法

- 案を提出した。「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」第一回（1901年3月21日）1頁。外国人の疑念と第1条に「民法中所有権ニ関スル規定ヲ準用ス」と規定したことの意味については、貴族院における村田保の説明（1901年3月24日）がわかりやすい。外国人又ハ外国法人ノ権利ノ目的タル不動産ニ関スル件中改正ノ件（明治32年12月28日勅令第458号）において「地上権（永代借地権）」と表記した結果、外国人は消滅することがありえる権利である「地上権」に引きつけて理解して不安を抱くようになってしまった、と説明している。そこで、所有権の方へ引きつける必要が生じた。「第十五回帝国議会貴族院議事速記録」第十八号（『官報』号外、1901年3月24日）296頁。
- 40) 「公文式中改正勅令案ノ件」明治33年8月16日（『公文別録』未決並廃案書類一、2A-1-別135、国立公文書館所蔵）。
- 41) 1900年5月18日付の内閣書記官長・各省次官宛平田東助法制局長官の「公文式中改正ニ関シ照会案」別紙では、次の条文であった。
- 第一条 法律、命令、予算及条約ノ公布ハ官報ヲ以テス
前項ノ公布ハ上諭ニ依ル
- 改正案第1条第2項の上諭による公布という規定に閣令・省令の公布を包含しないようにするべきであるということは、逓信省の回答（1900年5月21日付）、大蔵省の回答（5月22日付）、農商務省の回答（5月23日付）、司法省の回答（5月24日付）、海軍省の回答（5月24日付）、内務省の回答（6月4日付）でも指摘されていた。
- 42) 「公文式ノ改正ヲ必要トスル理由」〔明治36年〕帝室制度調査局罫紙（『伊東巳代治関係文書』書類の部208、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。晨亭会「伯爵伊東巳代治」下（晨亭会、1938年）15～17頁を引用・紹介する研究もあるが、若干の字句の相違こそあれ、伊東巳代治関係文書と同内容である。年月日は、先行研究と同様1903年9月17日付伊藤博文宛伊東巳代治書翰（『伊藤博文関係文書』二、塙書房、1974年）434～435頁による。公式令制定の経過については、従前の諸研究に比べて丹念に調査した近年の研究として国分航士「明治立憲制と「宮中」——明治四〇年の公式令制定と大礼使官制問題——」（『史学雑誌』第124篇第9号、2015年）を参照した。
- 43) 「公式令草案」（伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』Ⅱ伊藤公雑纂十一、ゆまに書房、2016年）279～280頁。
- 44) 「公式令草案」（伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』Ⅱ伊藤公雑纂十一、ゆまに書房、2016年）181頁。梶田明宏「解題」（伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』Ⅱ伊藤公雑纂十四、ゆまに書房、2016年）242頁によると、こちらの草案の方が後の段階のものである。
- 45) 上奏案の日付は1904年10月10日だが別の史料では10月12日であることについては、国分航士「明治立憲制と「宮中」——明治四〇年の公式令制定と大礼使官制問題——」（『史学雑誌』第124篇第9号、2015年）11頁・32頁註（42）。

- 46) 「公式令ヲ定ム」(『公文類聚』第三十一編 明治四十年 第一巻、2A-11- 類 1025、国立公文書館所蔵)。
- 47) 「海軍局事務官特別任用令、公式令」明治 39 年 12 月 26 日(国立公文書館所蔵『枢密院會議事録』第十巻、東京大学出版会、1984 年) 555 頁。
- 48) 「条約ノ効力ヲ生スヘキ方式ニ関シ蘭国公使ヨリ照会一件」明治 39 年 10 月(外務省記録 2.5.1.72「条約ノ国法的効力ニ関シ解釈一件」外務省外交史料館所蔵)。林董外務大臣は、西園寺公望総理大臣に対して、本件は日本政府の見解を外部に公表するものであり重大であると認められるとの理由により、閣議決定を請求した(明治 40 年 5 月 21 日起草、5 月 25 日発送)。しかし、閣議は開催されなかった。1907 年 9 月 30 日に閣議開催を督促したが、そのままとなったようである。
- 49) 現在では、我国の法律のなかにあるこのような規定は、注意的な規定とみなされている。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・32 頁註(106)・32 頁註(108)。保坂洋彦「条約と国内法」(『法の支配』№107、1997 年) 8 頁。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。
- 50) 日清戦後の改正条約の国内実施のあり方をふくめて、日本の国内法におけるいわゆる注意的な規定については、顥原善徳「日清戦後における条約の国内実施と憲法典による規制」(『立命館大学人文科学研究所紀要』№115、2018 年) 58 ~ 63 頁を参照。
- 51) 我国における条約の国内法上の効力を認めない論者は、創設的な規定とみなしていた。たとえば、穂積八東『憲法提要』下巻(有斐閣書房、1910 年) 76 ~ 777 頁。市村光恵『帝国憲法論』(有斐閣書房、1915 年) 860 頁。
- 52) 顥原善徳「日清戦後における条約の国内実施と憲法典による規制」(『立命館大学人文科学研究所紀要』№115、2018 年) を参照。
- 53) 詳しくは、顥原善徳「日本国憲法第九十八条第二項成立過程再考」(『立命館大学人文科学研究所紀要』№2020 年) を参照。