

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

Article 98 (2) of the Constitution of Japan for Overcoming Defect of
the Text of the Meiji Constitution

穎原 善徳*

はじめに

憲法典には、わざわざ明記しなければならないとは思われない条文が存在することがある。また、その文面からはただちにはあきらかではない意味づけや解釈がなされ定着している条文もある。

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」は、上記二つともに該当する条文である。一見したところ、条約ならびに慣習国際法などを遵守するという自明のことを規定しているにすぎない。敗戦後の憲法問題調査委員会(いわゆる松本委員会)が作成・検討した大日本帝国憲法の改正案には存在しない条文であり、総司令部案(GHQ草案)第90条「この憲法並びに憲法に従つて作られた法律および条約は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律または命令および詔勅または国務に関するその他の行為の全部または一部は、その効力を有しない」¹⁾を基礎にしているという経緯から、戦前の我国の対外的な行動に対する反省の条文とのみとらえる向きもいるかもしれない。

ところが、この日本国憲法第98条第2項は、条約の国内編入に関する一

* 立命館大学人文科学研究所客員研究員

般的受容方式の根拠になる規定と戦後の我国ではみなされてきた。²⁾ 条約をいかに国内法秩序に取り込むかは、国際法が決める問題ではなく、各国の憲法典や憲法慣行によって決まることである。すなわち、条約が国内で実現されるためには、条約が条約として国内法秩序においても効力をもつことを認めるのか否かをめぐる憲法典や憲法慣行という国家の意思が介在しなければならない。条約固有の効力として国内に適用されるわけではないのである。³⁾

条約の国内編入方式は、一般的受容方式、変型方式、承認法による受容方式の三類型に分類されることが多い。一般的受容方式は、正当な手続を経て有効に締結された条約の国内法上の効力を何らの立法措置も必要とせず認めるものである。変型方式は、条約自体に国内法上の効力を認めず、条約を国内法秩序に取り込み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。承認法による受容方式とは、変型方式とは異なり条約の内容を国内法として立法しなす必要はないが、法律の形式によって議会による条約の承認がなされなければならないというものである。⁴⁾ 周知のように、大日本帝国憲法の下における我国の慣行も日本国憲法の下における我国の慣行も、ともに一般的受容方式に分類されている。

第98条第2項を一般的受容方式の根拠とするのは、日本国憲法発布以降の学者による後付けの解釈にとどまるものではなかった。旧稿⁵⁾であらかじめしたように、すでに総司令部案手交後の日本国憲法成立過程において外務省によってかような意味づけが与えられており、第90回帝国議会における審議（特に貴族院における審議）のさいにも同様の文脈で質疑応答がなされていたのである。外務省は、第90回帝国議会に備えて作成した答弁資料において、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」に規定されている条約が最高法規の一つであることを根拠にして条約は公布され

ればただちに「国民及裁判所をも拘束する」との見解を示した。⁶⁾

そればかりではない。総司令部案が手交される以前の憲法問題調査委員会による大日本帝国憲法の大規模改正案である乙案には、第13条「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」の改正案として「条約ハ公布ニ依リ法律ノ効力ヲ有ス」という条約の国内法上の効力に関する直截な規定があった。⁷⁾

ここで次のような疑問を禁じえない。「条約ハ公布ニ依リ法律ノ効力ヲ有ス」にせよ「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」という条文は、我国における条約の国内編入方式を確定させるために憲法典にわざわざ明記するほど本当に必要な条文なのであろうか。

このような疑問は、外務省で実務を経験した者が記したものを讀むと、ますます深まる。たとえば、小松一郎は、日本国憲法の下では条約は公布により国内法としての効力を有すると解されているが、日本国政府は条約の国内の実施には通常は立法上の手当を必要とするという方針をとっている、と述べている。小松によると、国際法と国内法の関係をめぐる学説は、いずれの立場も現実の問題の処理に当たる実務者に処方箋を提供してくれるものとはいいがたい。そして、まったく理論的にいえば、条約は締結によって国内法上の効力を有するゆえ、既存の法律の不十分さや既存の法律との矛盾は自動的に解消されるはずであるが、このような解決は国民にとってわかりやすい国内法秩序の維持という観点からけっして褒められるものではない。したがって、日本国政府は、いわゆる国会承認条約を締結する場合には、条約上の義務の履行のために必要な法律(条約の「国内担保法」)を手当することを原則とするという立法政策を採用している。⁸⁾

また、すでに大日本帝国憲法の下において本当に憲法解釈上の異論を軽視もしくは黙殺できるほど慣行が確立していたのなら、かような条文は必要ないはずである。ましてや表面上は条約遵守の規定にすぎないものを一般的受

容方式の根拠とする必要はないはずである。

してみると、いかに総司令部案を基礎にせざるをえなかったとはいえ、なぜ衆議院の審議のさいに削除されかかった条文を修正のうえ外務省は憲法典に必要な規定として挿入を要求し、しかも一般的受容方式の根拠となる条文と認める必要があったのか。日本国憲法成立過程を眺めるだけではわからないのである。

先行研究は、丹念な調査のうえに貴重な成果を提供したのももふくめて、この疑問になかなか答えてくれない。日本国憲法第98条第2項成立過程をもっとも詳しく考察したのは、新正幸の研究⁹⁾である。しかし、あくまで成立過程をあきらかにしたものであり、いかなる課題の蓄積の上にこの条文が外務省によって重視されたのかがわからない。この点は、第98条第2項にある「確立された国際法規」をめぐる第90回帝国議会における審議状況をあきらかにした西岡祝の研究¹⁰⁾も、審議の状況を問題別に整理して積み残された問題点をあきらかにした加藤英俊の研究¹¹⁾も同様である。宮田豊の研究¹²⁾は、日本国憲法第98条第2項の成立過程だけでなく大日本帝国憲法の下における慣行と学説についても記しているが、第98条第2項が戦前の慣行や学説との関係でなぜ必要であったのかがわからない。

日本国憲法の下における条約の国内編入に関する研究のなかには戦前の我国における学説や慣行を紹介するものがあるが¹³⁾、やはり日本国憲法第98条第2項がなぜ必要であったのかが判然としない。たとえば、戦前の慣行・学説と日本国憲法第98条第2項の成立過程も説明したコメンタールは、第98条第2項について「立法措置を必要としないとする明治憲法下の慣行を遠景として、日本国憲法が条約の締結について国会の承認を必要とし(73条3号)、また、条約について天皇の公布を定めていること(7条1号)を近景として、直接には本項〔第98条第2項〕を根拠に、条約は別段の立法措置を要することなく国家機関および国民を拘束すると解すべきものであろう」と説明している。¹⁴⁾ここからは、日本国憲法の下における慣行と大日本帝国憲法

の下における慣行の連続性がわかるだけである。戦前と戦後の慣行の一致や連続性を指摘するだけでは、戦前に蓄積していた課題の克服という意味での条文の必要性がみえてこないのである。

本稿は、これまであたかも自明のようにみなされてきた大日本帝国憲法の下における条約の国内編入をめぐる憲法解釈や政府の実行にいかなる潜在的な問題があったのかを考察することによって、単なる慣行の連続ではなくいかなる課題の連続が大日本帝国憲法と日本国憲法の間にあったのか、をあきらかにすることを目的とするものである。なお、行論の必要上いくつかの旧稿と重複する部分があることをあらかじめ記しておく。

I. 憲法典の枠内における大日本帝国憲法第13条をめぐる憲法解釈の対立

大日本帝国憲法の下における日本における条約の国内編入の慣行は、条約の締結もしくは公布によって条約は国内法上の効力を有し特別な立法措置をとらない、というものであった。そのような総括をするさいに政府の公式見解として従来の研究¹⁵⁾において引き合いに出されてきたのは、我国における条約の効力に関する駐日蘭国公使からの照会（1906年9月30日付）に対する政府の回答案である。

林董外務大臣起草の回答案（1907年5月21日起草）には、大日本帝国憲法第13条は条約締結権を天皇に専属させているゆえ、帝国議会の参与を許さない、と記されている。そのうえで、「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」との見解を示している。¹⁶⁾ 我国では条約は公布によって国内法上の効力をもち国民に対する拘束力が生じる、と説いているわけである。

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）の公布後まもなくの時期のものである。公式令第8条は、条約の公布式について規定しているだけである。しかし、政府内において上記のような条約の国内法上の効力を自明と考える見解が一般的になっていたとすれば、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」の法意は条約の一般的受容方式を示すものであったということになる。

また、後年の帝国議会における横田千之助法制局長官の答弁は、すでに慣行と解釈が少なくとも政府内においては定着していたことを示すものとして挙げることができる。平和条約ノ実施ニ伴フ流通証券及工業所有権ニ関スル法律案の審議（第42回帝国議会貴族院）のさいに江木翼の質問に対してなされた答弁である。「一種ノ条約法規」という表現を用いて条約も国内法の一つであるという認識を次のように明言している。

憲法第二章ニ規定シテアル所ノ立法事項、此立法事項ヲ条約ニ依ッテ定メタル時ニ、之ヲ更ニ法律ノ形式ニ依ッテ議會ノ協賛ヲ経ルト云フコトニ政府ハ解釈シテ居ラス、条約ニ於テ法律ヲ作ルベキコトヲ約束シタ場合、此場合ニ於テハ政府ハ此条約ニ基イテ法律案ヲ提出イタシマスルガ、条約ソレ自身ニ於テ権利義務ヲ定メタ場合ニ於テハ、政府ハソレヲ以テ一種ノ条約法規ト見做シマス、新ニ其内容ヲ法律案トシテ議會ノ協賛ヲ請フト云フ解釈ヲ致シテ居ラス、¹⁷⁾

この質疑応答のさいに異論が続出するという事態にはならなかった。帝国議会においても同様の認識が一般化していたか、少なくとも異論を唱えるほどの問題ではないとみなされていたということになる。

しかし、以上のような政府見解に示されている条約の国内編入に関する認識は、大日本帝国憲法発布・施行のときから政府内外においてかならずしも自明のものではなかった。そもそも、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、条約締結権の所在しか規定していなかった。ここからは、条約の国内編入方式はただちには導き出せない。すなわち、条約において国民の権利義務や憲法上の法律事項と目されることを規定した場合、条約をどのように国内法秩序に組み込み執行するのかがわからないのである。大日本帝国憲法の他の条文にも条約の国内法上の効力を直接規定したものはなかった。

大日本帝国憲法には、条約の公布に関する規定もなかった。先に紹介した駐日蘭国公使に対する外務大臣回答案は、条約は公布によって国内法上の効力をもつことを記している。しかし、大日本帝国憲法は第6条「天皇ハ法律ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命ス」は、法律の公布について記しているものの、条約の公布については言及すらしていなかった。法令の公布式を定めた公文式（明治19年2月26日勅令第1号）にも、条約の公布に関する規定はなかった。¹⁸⁾公式令が制定されるまで条約の一般的受容方式の実定法上の根拠になりえるものがなかったのである。¹⁹⁾

公文式の下では、慣行として勅令無号（番外勅令）として公布し官報勅令欄に掲載した。番外とはいえ勅令として公布するということは、天皇の命令（あるいは天皇の名による国家の命令）として国民に当該条約の遵奉を命じ服従を強制するための公布であるのか、それとも単なる天皇の名による公示にすぎず執行には別途の措置が必要なが予定されているのかはわからない。条約の公布の性質すら確定されていなかったのである。

大日本帝国憲法の起草に先行して制定された公文式はもとより大日本帝国憲法起草のさいにも、条約の公布については規定しなかったのではなく規定できなかつたのであろうことは、容易に推測できる。それが証拠に、大日本帝国憲法起草過程において条約の公布に関する規定に伊藤博文らが悩まされ苦労した形跡がある。

井上毅の甲案・乙案にはなくロessler草案にあったのは、条約の公布に関する規定である。すなわち、「天皇ハ外国ニ対シテ帝国ヲ代表シ外国政府

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」(第11条)とあるように、条約は公布によって国民に対する拘束力をもつことが明記されていた。²⁰⁾これを基礎にしたであろう夏島草案第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」の検討と修正は、曲折を経た。最初「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」と修正した。その後、さらに「ニ対シ遵行ノ効力」を削除し、「服従ノ義務」に改めた。²¹⁾これが十月草案第17条「天皇ハ外国ト条約ヲ訂結ス其条約ハ正式ノ公布ニ依リ国民服従ノ義務ヲ有セシム」²²⁾になった。さらに、十月草案浄写直後の修正では、宣戦・講和に関する規定と一括し「天皇ハ交戦ヲ宣告シ和親并条約ヲ締結ス」(第16条)という簡潔な条文になった。²³⁾

かくして、大日本帝国憲法においては、我国における条約締結権の所在だけを明記するにとどまった。いかに条約を国内で執行するかについては、法制度上は何も整備・確定されなかった。

大日本帝国憲法が条約の国内編入について規定していない以上、伊藤博文の名で刊行された『憲法義解』の第13条の説明も、この問題について説明しようがなかった。すなわち、「和戦及条約の事は専ら時機に応じ籌謀敏速なるを尚ふ」ゆえ「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、議会の参賛を仮らず」「本条の掲ぐる所は専ら議会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」²⁴⁾と外交の迅速性と円滑さの必要を理由にして帝国議会の参与を否定しているが、ここに記されているのは、あくまで条約締結権のことだけである。

このような制度上の現実の下で、大日本帝国憲法発布・施行後に第13条に関する解釈がわかれた。条約は公布によって国内法上の効力をもち国民を拘束するという解釈は、自明ではなかったのである。

新聞・雑誌の論説もふくめて、条約の締結のさいに帝国議会の承認が必要であるという見解は、ほとんどなかった。²⁵⁾ 解釈がわかれたのは、条約締結権が天皇に専属することを前提にした条約の国内編入方式についてである。すなわち、憲法上の法律事項をふくむ条約は国内法上の効力をもち国民を直接拘束するのか否か、である。

『憲法義解』が外交の迅速性と円滑さの見地から帝国議会の容喙を否定したのは、あくまで条約の締結についてであった。条約の締結のみならず条約の国内編入についても『憲法義解』と同様の見地から説いたのが梅謙次郎であった。²⁶⁾ 梅は、大日本帝国憲法第21条と第62条は第13条に制限を設けて天皇大権を拘束するものなのか、それとも第13条は第21条と第62条の例外であり条約中の関税は法律を以て定めるものではないとすべきか、という問いを設定して、条約によって定める事項は憲法の「常則」を以て論じることが出来ない「例外」であると断じた。そして、条約の締結に対する帝国議会の承認だけでなく、条約の国内編入のさいの帝国議会の関与（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）をも否定した。憲法第13条の解釈として帝国議会のあらゆる意味での関与を否定した梅が根拠にしたのは、外交に必要な「熟練巧者」を多数の者に求めることは不可能であることと大日本帝国憲法のいくつかの条文にある天皇大権を制限する但書や第2項が第13条に存在していないことであった。²⁷⁾

初期議会期に新聞・雑誌において目立った見解は、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、というものであった。条約の国内編入方式の三類型でいえば、変型方式に該当するものである。²⁸⁾

一方、当時の政府関係者がこぞって梅謙次郎のような憲法解釈をしていたわけではない。外国人顧問もふくめて政府関係者のなかには、梅のような見解よりも先行して変型方式による条約の国内編入の必要を説く者がいた。しかも、大日本帝国憲法起草にかかわった者のなかにも存在したのである。

大日本帝国憲法起草過程において条約に何らかのかたちで議会を関与させることを構想していた井上毅²⁹⁾の主張は、憲法第13条の条文をみればわかるように、否定もしくは黙殺された。³⁰⁾十月草案浄写直後の修正によって条約に関する条文は簡潔になったが、それを提案したのは井上であった。³¹⁾これが井上の変説によるものでなければ、みずからの主張が採用されないなかで条約が帝国議会の関与がなく公布のみによって国民を拘束するという規定が残ることを避け解釈と運用の余地を設けるための提案であったとしか理解できない。

大日本帝国憲法が發布されたあと起草過程と同様に条約について執拗に外国人顧問に対して質疑を発した井上毅の関心は、条約締結の後に帝国議会の協賛を経る法律が必要か否かに向けられた。³²⁾変型方式による運用の可能性を探ったわけである。

大日本帝国憲法起草過程で特定の種類の条約の締結ではなく国内編入のさいに法律があらためて必要であるという見方を井上毅に提供したのは、アルベルト・モッセである。モッセは、条約の国際法上の効力と国内法上の効力の区別の必要を指摘したうえで、条約は「締約者双方ノ間ニ於テ義務ヲ生スルノミ」であり「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」と説いた。条約が憲法上の法律事項をふくんでいる場合、「政府ノ命令」は憲法典所定の立法の手續を経て公布されなければならない、というのがモッセの見解である。すなわち、憲法典に別段の明条がないかぎり「条約ニシテ憲法上、立法ノ手續ヲ履ミテ施行スヘキ事件ヲ包含スルモノハ、之ヲ内地ニ施行シテ国法上ノ効力ヲ得セシムルニハ、代議院ノ承認ヲ経サルヘカラス」と。モッセによると、これに反すれば「違憲ノ処置」である。³³⁾

同様の見解は、大日本帝国憲法發布後のアレッサンドロ・パテルノストロの答議にもみることができる。パテルノストロも、憲法上の法律事項をふくむ条約は憲法典所定の手續を経なければ国内で有効にはならないことを説

き、憲法第13条の解釈と運用については憲法典の他の条文との関係を考慮しなければならぬとの見解を示した。そのさい、憲法第13条を無制限な規定とみなして運用すれば、「立憲主義」に反すると説いた。すなわち、「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」と。³⁴⁾

井上毅自身がたどり着いた見解は、「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権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」³⁵⁾ というものであった。モッセヤパテルノストロによる憲法解釈上の忠告・助言を是とするものであった。

井上毅の後任の尾崎三良法制局長官に提出されたハインリヒ・モスターフの答議も、憲法上の法律事項をふくむ条約を執行するためには「憲法上立法ノ方式」にしたがって定めなければならない、と説いた。モスターフによると、もし条約をただちに国内に有効な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条約を以て定めることができることになり、「立法ノ原則」を破壊することになる。³⁶⁾

条約の国内編入方式のあり方を探るさいの井上毅の関心は、憲法典の定着であった。大日本帝国憲法起草過程において、井上は憲法典の条文しただいで世論を激昂させて憲法典の基礎が動揺することを危惧していた。夏島草案に対する逐条意見のなかで井上が憲法を設けて議院を開く以上は相当の権限を議院に与えなければならない、と主張したことはよく知られている。憲法を設けて議院を開く主要な目的は権力の均衡を保ち偏重の専横を防ぐためである、とした井上は、特に質問権・請願受理権・建議奏上権を憲法にお

いて議院に与えなければ十年または二十年を出ずに世論が沸騰して憲法改正をうながし根本基礎を動揺させかねない、と述べたのである。³⁷⁾

このことを念頭において夏島草案第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」に対する井上の批判を読めば、条約の国内編入に関しても、憲法典の規定しただいでその基礎が動揺することを危惧していたことがわかる。すなわち、「国民ノ義務ニ係ル条約ハ国会ノ認可ヲ經シテ独之ヲ公布スルニ止マルハ各国ノ憲法ニ例ナキ所ナリ（縦令国会ノ認可ヲ要セザルモ亦必結約ノ後ニ之ヲ国会ニ通知シ及其文書ヲ供出ス）此ノ如キ新奇ノ条ハ我國民輿論ヲ攪起スルノ媒介タルヘシ」と。³⁸⁾

パテルノストロらが我国における条約の一般的受容方式は憲法破壊をもたらしかねないと説いたのも、厳格な解釈と運用による憲法典の定着が条約の執行や外交の円滑さよりも優先されるべきであるという見解を強く表現するものであった。外交や条約を特別扱いせず国民の権利義務にかかわる立法に関する憲法典の内容を厳格に解釈して運用しなければ、立憲制度の基礎が危うくなるとみていたのである。憲法典の定着に心を砕いていた井上毅³⁹⁾は、パテルノストロ答議を重視した。⁴⁰⁾

大日本帝国憲法第13条は他の条文の「例外」であると説いた梅謙次郎は、条約の締結のみならず国内編入すなわち執行の円滑さの確保を重視した。しかし、それは単なる外交の便宜のための主張にとどまるものではなかった。条約の内容を法律案にしたものを帝国議会に提出した場合、「若シ不幸ニシテ議会ハ自由ニ之レを議定スルノ権アリト主張シ既ニ天皇ガ批准シ賜ヒタル条約ノ条項ヲ変更セント欲スルニ当リ天皇議會ノ議決ヲ納レ賜ヒテ前条約ヲ取消サント欲シ賜フカ諸外国ハ必ス之レヲ承諾セサルヘク又之レヲ承諾スルトシテモ今後容易ニ条約ヲ締結シ肯セサルヘク大ニ諸外国ノ侮ヲ受クルニ至ラン」と梅がいうとき、そこには条約を確実に執行できない権力が諸外国の信用を失うことに対する危惧が表現されている。条約の確実な執行

は、法に対する服従を強制する力の性質という意味での権力の主権性を確保・維持するためには必要なものとして理解されていたのである。

大日本帝国憲法発布・施行後まもなくの時期においては、憲法典の厳格な解釈・運用による定着と条約の確実な執行は、競合関係にあるものにとらえられていた。条約の国内編入についてパテルノストロらが我国における条約の一般的受容方式を憲法破壊につながると警鐘を鳴らしたのも、梅謙次郎が条約のことは「常則」では説明できない「例外」と述べたのも、ともに憲法典の厳格な解釈や運用と条約の確実な執行の抵触を意識してのものだったのである。

Ⅱ. 大日本帝国憲法の下における変型方式の主張が意味するもの

憲法典の条文のみに根拠を求めれば、条約の国内編入方式をめぐって決着をつけようとしても、議論は平行線をたどるしかなかった。結局は、条約の締結もしくは執行に条件をつける規定であれ条約の国内法上の効力を示す規定であれ憲法典に明文がない以上、法理上の解決は困難な問題であった。憲法典の枠内では解釈を確定しようがなかったのである。⁴¹⁾

法理上の整合性を無理にでもつけようとするれば、次のようなおよその他の論者の支持を得られない議論にいきついでしまう。一つは初期議会期の一時期穂積八東によって説かれた協賛義務説であり、いま一つは日露戦争前後の時期における清水澄の「執行法律」必要説である。

大日本帝国憲法発布後から穂積八東は、憲法第13条の解釈として変型方式を説いていた。その内容は、国家間の合意によって成立する約束である条約と法律は異なる法であることを根拠にして、条約は直接には国民を拘束することができず条約が国民を拘束するためには帝国議会の協賛を経る立法措置が必要である、というものであった。⁴²⁾ この見解自体は、後年になっても変更されることなく説かれつづけた。

穂積は、一時期だけでとはいえ、正当に締結され国際法上有効になった条約が国内で効力をもつためには立法が必要であるが帝国議会は協賛の義務をもつ、との見解を示した。⁴³⁾ 穂積によると、条約ははじめから立法・行政の条件にしようとして締結するものであるゆえ、条約は国内の行政・立法を制限する。法律と命令のみが国民を拘束するという見解と条約の確実な履行を両立させようとするれば、このような見解になるのである。⁴⁴⁾

穂積とは異なる方法で対立する憲法解釈の整合性を探ったのが日露戦争前後の時期の清水澄である。清水の論は、憲法上の法律事項は法律を以て定めるといふことと条約の確実な履行の両立の方法を探るものであった。この点では穂積の協賛義務説と同じであるが、清水の場合は帝国議会の協賛を経るという手続にこだわらなかった。

清水によると、憲法上の法律事項は法律によって定めなければならない。したがって、法律事項をふくむ条約を国内で実施するためには、法律を制定しなければならない。しかし、清水の表現を用いれば、その「執行法律」の制定には帝国議会の協賛は必要ない。手続よりも形式の方が重要であるというのである。穂積と異なり法律案に対する帝国議会の協賛の自由を確保することと条約不履行という事態を回避するために清水が導き出したのは、帝国議会の協賛がなくても法律が成立するという異例を憲法第13条に定めたものと解しても不当ではない、という見解であった。⁴⁵⁾

条約の確実な履行を優先させるとともに、無理にでも帝国議会の協賛という手続をとらせようとする穂積と法律という形式を重視することによって帝国議会の関与を否定しようとする清水の相違である。両者ともに、条約不履行による国家の国際法上の責任が発生することを回避するための苦肉の解釈であった。

以上のように、あくまで憲法典の枠内で我国が採用すべき条約の国内編入方式を探れば、議論は平行線をたどるか、大方の支持を得られないほど極端にして実現が困難な解釈を示すことになるのである。穂積の協賛義務説を

実行しようとしても、実際に帝国議会在協賛を拒否すれば穂積が狙った条約不履行の回避が不可能になる結果になる。清水がいうような「執行法律」を実行すれば、憲法上の法律に二種類が生じることになり（憲法上定かではない法律という法の形式が新たに生じることになり）、憲法違反の誹りを免れない可能性がある。

条約の国内編入方式として変型方式を我国の慣行にするべきであるという主張には、条約の内容を法律にして公布するにしても帝国議会在法律案に対して協賛しなかった場合に条約不履行という結果になるリスクの問題が内包されていた。条約の国際法上の効力と国内法上の効力を区別する以上、変型方式の必要を主張する論者のなかには、国家間では条約は有効なままであっても国内には執行できなくなることを容認する見解が出てくるようになった。

たとえば、日清戦後には協賛義務説を説かなくなった穂積八東は、条約と法律の性質の相違を前提にして、国民を拘束する法は法律と命令のみであり立法の手續をとらなければ国民を拘束できない、との見解を示しつつけた。そのさい、「時ありては国家自衛の為に条約に違反しても必要な法令を強行することあり得べし、而して其条約違反の法令は法令として国法上効力なきに非ず、相手国に対する条約違反の国際法上の責任は之に拘はらざる別の問題なり」⁴⁶⁾と条約違反の立法も政策としてはありえることであり国内法上は有効であることを説くようになった。

上杉慎吉も、条約を公布しただけでは国内における効力が生じるわけではなく、条約が憲法上の法律事項をふくんでいる場合は、帝国議会在協賛を経た法律の形式で国内に対して命令しなければならない、と説いた。⁴⁷⁾そして、条約と法律の齟齬による条約の不履行については、穂積と同様に、「外国ニ対スル条約カ、国内法ノ成立セサルカ為ニ、不履行ニ帰スルコトアルハ之ヲ免ルルコトヲ得ス」⁴⁸⁾と述べた。

なぜこのような条約違反を容認してまで条約の国際法上の効力と国内法

上の効力の区別に固執したのか。

前節で紹介したパテルノストロは、一般的受容方式では憲法典の運用が天皇の意思に左右されてしまいかねないということについて忠告したが、条約の締結行為自体は恣意的ではありえない。相手国がある問題だからである。また、パテルノストロも変型方式を推奨する以上、そのような意味で忠告したわけではない。一国の意思では左右できないうなれば恣意を超えた法の定立とその制限なき国内での執行こそが問題であった。

そこでみておきたいのが、大日本帝国憲法起草過程における井上毅の第一草案である「初稿」の説明である。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」の説明として、「外交ノ事ハ天皇ノ大権ヲ以テ之ヲ政府ニ統ヘ議院ノ干渉スルコトヲ得ル所ニ非ズ本条特ニ掲ケタル事項ニ就テ例外ヲ設クル者ハ蓋国土国権ノ為ニ無形ノ重壘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」⁴⁹⁾と記されている。ここには、一国の意思では制御できないゆえに「百世ノ長計ヲ誤マルコト」がありえる条約という法の領域が存在することが意識されていた。その危険を回避するために議会の関与という「無形ノ重壘ヲ設ケ」る必要が説かれているわけである。

パテルノストロ答議にしてもモスターフ答議にしても、憲法典がまだ定着せず憲法慣行が十分に蓄積していないなかで条約の一般的受容方式が常態化すれば、憲法典によって法律事項を定め国民の権利義務に関する事項について立法手続を定めていても、条約によってそれが骨抜きにされ国内法秩序が条約に規制されることに警鐘を鳴らすものであった。条約の規定が既存の法律の規定を自動的に変更することが常態化すれば、なおさらである。

してみると、穂積八束が「外交関係ハ内治関係ヨリ重シト説クアレトモ是レ全然政策ノ論ニシテ法理ノ論ニ非ス。且ツ政策論トシテモ予ハ寧ろ国内関係ヲ主位ニ置キ外交ハ国内ノ平和ト幸福トヲ全ウセンカ為ニ行ハルルモノ

ニシテ従タルヘク随ヒテ輕シト云ハント欲スル者ナリ。外国ニ対スル条約上ノ義務ト国家ノ安寧秩序ト両立セサル場合ニ於テハ政策トシテハ寧ろ対外關係ヲ犠牲トシテモ国ノ運命ヲ救済スヘキニハアラスヤ。對外關係ハ対内關係ヨリモ重シ故ニ条約ハ法律ヨリモ重シト云フノ議論ハ法理トシテモ政策トシテモ其前提根拠ナシト信ス」⁵⁰⁾ といふとき、一国の意思を超えた法の領域で決定されることが国民を拘束する法として絶対化することへの危惧と警戒が表現されていたといふことができる。

Ⅲ. 美濃部憲法学における条約の国内法上の効力

大日本帝国憲法の下で我国における条約の一般的受容方式を妥当とする憲法解釈を示して変型方式をとらない政府の実行⁵¹⁾の正当性を説いたのは、美濃部達吉である。条約は公布によって国内法上の効力をもち国民を拘束するという見解を美濃部が示し始めたのは、日露戦時中の1905年である。条約の国内編入に関する戦前の美濃部の見解は、体系書から引用・紹介されるのを常としている。⁵²⁾公式令の制定以前から結論を固めていたことを示すためにも、あえてここではこの問題についての美濃部の初期の見解を紹介しておく。

1905年6月15日に開催された法理研究会において、美濃部は条約の国内法上の効力について講演し、それをめぐって討論がなされた。学者の間ではこの時期になっても未解決の問題として意識されていたことを示している。その講演録が『法学協会雑誌』に、討論要旨が『法学協会雑誌』と『国家学会雑誌』に掲載された。⁵³⁾以下、講演録から紹介する。

美濃部の結論は、次のようなものであった。条約によって国民の権利義務を定める条約は、公布によって直接国民に対する拘束力をもつ。ゆえに、従来の日本の慣行は、憲法上正当なものである。そして、条約は公布によって法律と同様の効力が生じるゆえ条約によって法律を廃止・変更できるが、法

律によって条約を廃止・変更できない。

条約を締結する国家の意思と条約を執行する国家の意思が相反することはありえないという国家意思不可分論によって条約の国際法上の効力と国内法上の効力を区別することを否定した美濃部は、正当な締結手続を経て国際法上有効に成立した条約はかならず執行できなければならない、と説いた⁵⁴⁾。そして、我国の憲法上天皇は無条件に条約締結権をもっているゆえ国内法上も条約の規定を無条件に執行できる、というのが美濃部の結論の前提であった。

国民の権利義務に関する国民を拘束する法は法律と命令のみであるという見解と異なり、条約も法律・命令とならんで法規の淵源になると断じたわけである。あくまで条約の確実な執行を優先させ、我国における一般的受容方式の正当性を説く憲法解釈であった。すでに公式令制定以前から、公文式の下における条約の国内編入について政府の実行を正当化する見解を示していたのである。

条約は執行するために締結するのであり条約を締結した以上執行の方法を確保しなければならないと説く点においては、美濃部の見解は穂積八束が一時期唱えていた協賛義務説や清水澄の「執行法律」必要説と同様である。⁵⁵⁾ 憲法上の法律事項について国民を拘束できる法は帝国議会の協賛を経た法律だけであるということにこだわった穂積は、条約の確実な執行の方法を帝国議会の協賛の義務に求めた。清水はその方法をあくまで法律という形式に求め、帝国議会による否決の結果としての条約不履行という事態を避けるために帝国議会の協賛を経ない「執行法律」を公布することを主張した。それに対して、美濃部の場合は、条約不履行を回避するために条約の国内編入のための法律の公布の必要をも否定した。

美濃部も、かつての梅謙次郎と同様に、憲法上の法律事項をふくむ条約が公布によって国内法上の効力をもち国民を拘束するのは憲法上の法律事項に関する規定（ある事項は帝国議会の協賛を経た法律によって定めなければならない

いという憲法典の規定) に対する「例外」であるといわなければならなかった。⁵⁶⁾ それでも従来の政府の実行を正当化できたのは、第13条の条約締結権以外は憲法典の正条だけを解釈の根拠にせず、憲法典自身が国家の外側の法的世界を想定して例外を容認していることをも立論の根拠にしたからである。

美濃部は、条約の国際法上の効力と国内法上の効力を区別する学説が条約の内容を法律案にしたものを議会在が否決することによる条約違反を当然のこととするを批判して、次のように国家が国際社会に入って「国際団体」の一員になった以上はその国家の憲法は条約を遵守する義務を認めている、と説いた。あきらかに穂積八東・上杉慎吉の見解に対する批判にもなる内容であった。

若シ「グナリスト」ノ言フヤウニ条約ノ国法上ノ効力ト国際法上ノ効力トヲ区別シマスト云フト、其結果ハドウナルカト云ヘバ、外国ニ於テハ既ニ完全ニ条約ハ成立シテ居ルケレドモ、ソレヲ国内ニ執行スル為メニハ更ニ議会在ノ協賛ヲ要スルノdealカラ、ドウカスルト議会在デ協賛シナイコトガアルカモ知レナイ、サウスルト外国ニ向ツテハ完全ニ義務ヲ負フテ居リナガラ、其義務ヲ実行スルコトガ出来ナイト云フ結果ヲ生ズル、〔中略〕即チ「グナリスト」ノ説ニ拠レバ、条約違犯ノ結果ヲ生ズルト云フコトハドウシテモ憲法上已ムヲ得ザル事實dealト申シテ居ルケレドモ、国家ガ既ニ国際関係ニ這入ツタ以上ハ、国家ガ条約ヲ守ル義務ガアルト云フコトハ其国ノ憲法ノ認メテ居ル所ト謂ハナケレバナラナイト思フ苟モ国際団体ニ這入ツテ居ル以上ハ国際法上ノ確定ノ法規即チ条約ヲ守ルト云フ義務ハ其国ノ憲法ニ於テ既ニ認メテ居ル所ト謂ハナケレバナラヌト思フ、憲法ガ条約ニ違犯シテモ仕方ガナイモノdealト云フコトヲ認メテ居ルト云フコトハドウシテモ認メラレナイ、ドウシテモ憲法ハ条約ヲ守ラネバナラヌト云フコトヲ認メテ居ルト謂ハナ

ケレバナラスト思フ、所ガ「グナイスト」ハ憲法違反〔条約違反カ〕ト云フコトヲ以テ憲法上当然避クベカラザルコト、シテ居ルノdeal、ソレハ私ハ憲法ノ精神ニ背ク話dealト思フ。⁵⁷⁾

初期議会期のパテルノストロ答議に顕著にみられるように、変型方式による条約の国内編入の必要を主張した論者は、憲法典に明定されていない条約の国内編入の問題については、憲法典の他の条文との調和を重視して解釈し運用しなければならない、と説いた。美濃部の場合、憲法上の例外が許される根拠を憲法典の外側の世界すなわち国際社会における国家の法的義務に求めたのである。憲法典は条約違反を想定したものではないという解釈である。換言すれば、大日本帝国憲法は国際社会の構成国としての立場に反しないように起草されたと考え、そのような立場に反しないように解釈・運用すべきであるという主張をしたのである。

それは、国際社会が憲法典以前の存在であることを前提にして（憲法典以前に国際法によって規律される国際社会が先行して存在していたことを前提にして）、国際社会における法的義務の存在が憲法典にかならずしも明定されていないことについての解釈と運用の枠組みになることを示したものであった。

以後の著作において美濃部は持論を固めていったが、大枠は以上紹介した内容と同様である。⁵⁸⁾条約の確実な執行を優先させ条約の国内編入方式としての一般的受容方式の正当性を説く憲法解釈は、こうして美濃部によって一応の確立をみたのである。

しかし、穂積八束からすれば、国家意思不可分論にもとづく美濃部達吉のような憲法解釈は、憲法典が許さないものであった。そして、「是レ純然タル専制時代ノ論ナリ。立憲制ノ下ニ此ノ類ノ大胆ナル議論ヲ聞ク壮快ハ壮快ナリ、唯国法ノ之ヲ許サルヲ如何セン。〔中略〕国家ノ意思タルカ故ノ一事ヲ以テ憲法ノ条規ヲ蹂躪スルコトヲ許サルナリ」との批判にみられるように、立憲主義に反するものであった。⁵⁹⁾

条約と法律の相違を強調して大日本帝国憲法の下における条約の国内法上の効力を否定する論者は、憲法典の明条がないことを根拠の一つに挙げた。条約は国内法の一部であるとか条約は法律と同じ効力を国内においてもつという明条である。

たとえば、穂積八東は、「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と謂ふ国法の原則ある国に於ては国法の委任により条約の公布が間接に法律の制定と同一の効力を有し得べし、然し此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看るの外なし」⁶⁰⁾と述べたが、同じ論説のなかで言及されているアメリカ合衆国憲法を念頭においたものである。

この点について、穂積と同じく我国における条約の一般的受容方式を否定した上杉慎吉は、帝国議会が法律案に対する協賛をしないことによる条約不履行という困難な事態を回避するためには、「北あめりか合衆国ニ於ケルカ如ク、条約ハ国法ノ一部ヲ成スモノナリトスルノ規定ヲ設クルヲ、最モ便利ナリト為スヘキカ」⁶¹⁾と述べている。ただし、上杉は憲法改正を説いたわけではない。むしろ、かような明条が憲法典にないかぎり自説が正当であると述べているのである。

梅謙次郎が第13条に他のいくつかの条文にある但書や第2項がないことを自説の根拠の一つにした⁶²⁾のと反対に、穂積らはアメリカ合衆国憲法第6条第2項「この憲法、この憲法に従って制定される合衆国の法律、及び合衆国の権限に基づいて既に締結され、または将来締結されるすべての条約は、国の最高法規であって、すべての州の裁判官は、各州の憲法または法律にこれに反する定めがある場合にも、これに拘束される」⁶³⁾のような条約の国内法上の効力を一般的に認める条文がないことを自説の根拠の一つにしたわけである。⁶⁴⁾

我国のいくつかの法律には条約に規定がある場合はそれに譲る旨の規定

が設けられている⁶⁵⁾が、政府はそれらを注意的な規定とみなした。すなわち、条約が公布によって国内法上の効力をもつことを自明のこととして念のために記した確認的な規定とみなした。たとえば、先に引用した駐日蘭国公使への外務大臣起草の回答案には、「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へ共（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」と記されている。⁶⁶⁾あるいは、これも先に引用した江木翼の質問に対する横田千之助法制局長官の答弁のなかには、「江木〔翼〕君ノ掲ゲラレタ例〔関税法・著作権法など〕ノ中ニモ必ズ是ガ法律ヲ改メテ出シタト云フ意味デナイモノガアル、条約ノ規定ニ斯ウ云フモノガアルゾト云フ所ノ注意喚起ノ法条デアル、例外法ニ対スル一般法規ニ於テ他ニ例外法ガアルト云フヤウナ意味ヲ書イタ条項ト云フモノハ今日アルノデアリマスル」⁶⁷⁾との発言がある。

しかし、穂積八束らにとっては、個々の法律にあるこのような規定は、創設的な規定であった。⁶⁸⁾条約が国内法上の効力をもつことが一般的に認められていることを前提にして注意喚起のために念のために確認的な意味で指示した規定ではなく、これらの規定によって個別に条約の国内法上の効力が認められたという意味である。したがって、条約の国内法上の効力に関する実定法上の根拠といっても、例外的なもののみなされることになる。一般的・概括的な規定が憲法典にないかぎり、一般的受容方式による条約の国内編入は認められないものであった。⁶⁹⁾

慣行が蓄積されていっても、憲法典に条約の国内法上の効力を一般的に認める明条が存在しないなかで、政府の実行に対する批判となる憲法解釈が戦前を通じて根強く説かれつづけたのである。しかも、多数説であった。⁷⁰⁾憲法典の正条に条約の国内編入にかかわる規定がなければ、いかに法理上・学理上の議論にすぎず憲法解釈をめぐる大きな政治問題にならなかったとは

いっても、問題が解消しているとはいいがたかった。

憲法典に明条がないゆえ我国では一般的受容方式は成り立たないという穂積八束や上杉慎吉の見解をあまりに法理にこだわりすぎた論であるとか自説を正当化するための方便もしくは牽強附会の説とみるのはたやすい。しかし、美濃部達吉も、以上のような議論状況の影響か否かは不明であるが、大日本帝国憲法の下においては解釈だけでは限界があり憲法典に条約の一般的受容方式に関する規定がある方がよいと考えるようになったいたふしがある。それが証拠に、大日本帝国憲法の改正の可能性が生じると、条約の一般的受容方式を示す明文を憲法典の正条に挿入することを提起した。

幣原喜重郎内閣の下で設置された憲法問題調査委員会に提出した意見書のなかで、美濃部達吉顧問は、大日本帝国憲法第13条の改正意見として「条約ハ公布ニ依リ法律ノ効力ヲ有スルコトヲ明示スベシ」⁷¹⁾と記した。天皇大権の縮小と帝国議会の権限の拡大という意味での民主化が意識されていた当時の風潮においては、諸外国の憲法典を参照して特定の種類の条約の締結に対する帝国議会の承認を挙げるはずである。やがて他の委員たちの改正私案と同様に、美濃部自身の改正私案にも条約締結に対する帝国議会の承認の規定が盛り込まれることになった⁷²⁾が、松本烝治委員長の依頼に応じて大まかな改正意見を起草したさいに条約の公布に関する規定の追加の必要を真っ先に挙げた意味は大きい。それほど美濃部にとっては、条約の国内編入に関する規定の明定は、大日本帝国憲法改正の機会があれば第13条の改正事項として優先されるべきことだったのである。

おわりに

条約の国内編入方式などわざわざ憲法典に明記するほどの事項ではないのかもしれない。しかし、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」は、

条約の一般的受容方式の根拠となる条文とみなされてきた。文面だけをみれば単なる条約ならびに慣習国際法などの遵守の規定にもかかわらずこの条文をそのように解釈してきたのは、憲法典の正条に条約の国内編入方式に関する根拠を必要としていたからにはほかならない。

大日本帝国憲法には、間接的にでも条約の国内編入方式に関する正条はなかった。起草過程において条約締結権の所在について確定できても、起草者たちは条約が国民を拘束する条件（あるいは条約という国内法を認めるのか否か）については決めかねた。ロesslerが条約は公布することにより法律と同じ効力が生じるという規定を明定することを主張したのに対して、起草者たちはとまどった。憲法上の法律事項（特に国民の権利義務にかかわる事項）を条約によって定立するだけでなくそのまま国内で執行してよいのか否かについては、確信がもてなかったのである。

憲法典に明定しなかったことにより、我国では大日本帝国憲法発布・施行後疑義が呈された。政府内においても一般的受容方式と憲法典の関係を疑い変型方式の模索がなされたことがあった。しかも、憲法典起草者の一人であり起草過程から憲法典の定着に心を砕いていた井上毅によってである。

大日本帝国憲法の下における条約の国内編入方式について一般的受容方式をとるべきかあるいは変型方式をとるべきかという憲法解釈の相違は、表面上は条約という国内法を認めるのか否か（国民を直接拘束できる法は何か）をめぐる見解の相違でもあった。換言すれば、条約の規定が国民を拘束する条件をめぐる見解の相違であった。国内におけるいかなる手続を経て定立された法ならば国内で効力をもち国民を拘束できるのか、である。

それは、法の執行の正当性をめぐる見解の相違でもあった。いかなる手続を経た法ならば執行の正当性を担保し服従への強制を可能ならしめるという意味での権力の主権性を確保・維持できるのか、である。変型方式を主張する憲法解釈は憲法典に明定された手続の執行を重視し、一般的受容方式を主張する憲法解釈は条約の確実な執行を重視した。憲法典の厳格な解釈と運

用による定着と条約の履行は、競合関係にあるものととらえられていたのである。

条約を確実に執行できなければ、権力の主権性が諸外国より疑われてしまう。確実な執行のためには、円滑さが必要である。円滑さの確保のためには、阻害要因をできるだけ排除する必要がある。一方、国家機関による憲法典の忠実な運用による憲法典の定着が損なわれても、権力の主権性は疑われかねない。憲法典を執行できない権力が国家の組織に関わる新たな法をつくったところで執行力がない権力であると諸外国からも自国民からもみなされるだけである。憲法典の各条文を厳格に解釈するのも、外交の便宜を重視して憲法典との矛盾がないことを主張するのも、ともに憲法典の運用が権力の主権性を担保し法の執行の正当性を確保するためのものであることを示している。

憲法典の厳格な執行と条約の確実な執行がともすれば競合関係になることを（あるいは、競合関係になるとみなされることを）克服したのが日本国憲法第98条第2項である。憲法典という最高法規のなかの最高法規の章において条約を誠実に遵守することを明定するということは、条約の執行にあたって国内法上の障碍がないものとするを前提にしている⁷³⁾。すなわち、条約の国内法上の効力について疑義をはさむ余地がないことを意味しており、一般的受容方式を認めたことになる。条約の国内法上の効力を認め条約を誠実に遵守し履行することが日本国憲法という憲法典を誠実に遵守することになるというわけである。

大日本帝国憲法の下において現実には条約の実施立法が必要な場合が多かったという条件の下で憲法典所定の手続によって立法措置をとりつづけたという政府と帝国議会の実行によって、条約の国内編入方式をめぐる立憲的な運用か否かの問題は表面上潜在化した。しかし、それが解消ではなかったことは、大日本帝国憲法改正の機会が生じたときに条約の国内編入に関する条文の挿入が主張されるというかたちで表面化したことによって知ること

ができる。不文憲法的な要素をふくむ簡潔な憲法典には、条文（直接規定している条文はもとより、解釈を導くことが可能な条文もふくむ）がないかぎり決着がつかず潜在化する問題が内包されていたのである。

憲法問題調査委員会において、美濃部達吉は大日本帝国憲法第13条改正案として条約の公布と国内法上の効力に関する規定の挿入を提起し、それが委員会的大幅改正案に反映された。総司令部案にもそれを基礎とした憲法改正草案（1946年4月17日発表）もしくは帝国憲法改正案（6月20日帝国議会議に提出）にも条約の公布と国内法上の効力を直接規定した条文はなかった。しかし、外務省が第90回帝国議会議に備えて作成した答弁資料には、最高法規の章にある「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」（帝国憲法改正案第94条）という条文を条約の一般的受容方式を示すものとみなす内容がふくまれている。外務省がこの条文を重視していたことは、衆議院における審議のさいに「並びにこれに基いて制定された法律及び条約」が削除されることが確定されそうになったとき現在の第98条第2項になる条文の挿入を提案したことからわかる。⁷⁴⁾

美濃部の提起による憲法問題調査委員会案と総司令部案以降の改正案とでは、条約の国内編入方式について誰が読んでも理解できる明条の有無の相違はある。しかし、この機会に条約の一般的受容方式の根拠を憲法典の正条によって明確にしようとする意図は共通していた。直接的であれ解釈を介在させるという意味での間接的であれ、条約の国内編入方式についての規定を欲していたという点においては総司令部案手交の前後を通じて連続していたわけである。

してみると、大日本帝国憲法第13条をめぐる解釈論は、大きな政治問題にならなかったとはいえ、実際の運用に直接の影響を及ぼさない学者による法理上・学理上の議論にとどまるものではなかったのである。むしろ、学者

が相異なる見解を示したり場合によっては相互に批判をしたのは、根本的な解決をみないまま潜在化していた問題がときどき表面化したものであるとみるべきである。

大日本帝国憲法発布から数十年たって憲法典に条約の一般的受容方式を読みとることができる（すでに日本国憲法起草過程で読みとった）規定を設けるにいたった。これは、戦前と戦後の単なる慣行の連続を意味するものではない。あるいは慣行の自然な継続ではない。憲法典に明条がないなかで戦前から法理上・学理上の見解という体裁ではあるがときどき表面化した潜在的な課題を克服するための条文であった。この意味において、大日本帝国憲法第13条の解釈と運用の歴史は、日本国憲法第98条第2項成立史であったといえるとともに、いかなる規定を憲法典に入れるべきかを模索する過程であったともいえるのである。

注

- 1) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程——連合国総司令部側の記録による——』I 原文と翻訳（有斐閣、1972年）303頁。ちなみに、総司令部案手交直後の外務省仮訳は、「此ノ憲法並ニ之ニ基キ制定セラルル法律及条約ハ国民ノ至上法ニシテ其ノ規定ニ反スル公ノ法律若ハ命令及詔勅若ハ其ノ他ノ政府ノ行為又ハ其ノ部分ハ法律上ノ効力ヲ有セサルヘシ」というものであった。「日本国憲法（マ草案外務省仮訳）」昭和21年3月（『入江俊郎関係文書』15-7、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
- 2) 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）28～30頁。
- 3) 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。
- 4) 齋藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社、2002年）17～20頁。
- 5) 穎原善徳「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』No.122、2020年）。
- 6) 「憲法擬問擬答」（『佐藤達夫関係文書』109「憲法草案擬問擬答」、憲法R8、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
- 7) 憲法問題調査委員会「憲法改正案（乙案〔入江修正案〕）」（芦部信喜・高橋和之・高見勝利・日比野勤編著『日本国憲法制定資料全集』（1）憲法問題調査委員会関係資料等、

- 日本立法資料全集 71、信山社、1997年) 295頁。
- 8) 小松一郎『実践国際法』第2版(信山社、2015年) 272~274頁。松田誠も、同様のことを記している。条約と法律の抵触の問題について、松田は次のようにいう。条約が法律に優位するという国際法と国内法の優劣関係に関する学説上の通説のみに依拠して何らの法的手当をすることなく条約を締結することは実務常識に反し、実際にはほとんどない。学説上はどうかであれ、実際には立法府が制定する法律が日本の国内法体系の大黒柱をなしており、法規範としての精緻さと一貫性に鑑み、法律レベルにおける手当が必要である。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』Vol.10、2011年) 312~313頁。なお、小松は、担保法を手当てする原則の例外として自動執行性がある条約を挙げているが(274頁)、他方でどのような規定ぶりの条約であれば自動執行力のある条約にあたるのかについてあらかじめ一般的・抽象的に判定する一律の基準を示すことは困難である、とも述べている(287頁)。
 - 9) 新正幸「憲法九八条二項立案過程の分析」(一)(福島大学『行政社会論集』第1巻第3・4号、1989年)。同「憲法九八条二項立案過程の分析」(二)(福島大学『行政社会論集』第2巻第2号、1989年)。総司令部案の起草過程についての研究成果として、新正幸「憲法第一〇章「最高法規」の立案過程」(新正幸・鈴木法日見編『憲法制定と変動の法理——菅野喜八郎教授還暦記念——』木鐸社、1991年)がある。
 - 10) 西岡祝「日本国憲法第98条第2項(「確立された国際法規」条項)およびボン基本法第25条(「一般国際法規」条項)の成立史」(その1)(福岡大学『法学論叢』第18巻第3号、1974年)。
 - 11) 加藤英俊「憲法第九八条第二項の成立と解釈」(東北大学『法学』第50巻第7号、1987年)。
 - 12) 宮田豊「憲法第九十八条第二項」(京都大学『法学論叢』第62巻第3号、1956年)。なお、宮田の日本国憲法第98条第2項の解釈は、通説とは異なる。条文を字義どおりに解釈した宮田にいわせれば、日本国憲法第98条第2項は「国際法の国内法化」の規定ではなく、同様の表現を使えば「国際法遵守義務の国内法化の規定」である(32頁)。したがって、条約の国内法上の効力に関する規定が存在しないという点においては、大日本帝国憲法の下における状況と何ら変わっていないのである(39頁)。
 - 13) 高野雄一『憲法と条約』(東京大学出版会、1960年) 126~133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。
 - 14) 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) 346頁(佐藤幸治執筆)。
 - 15) 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。

- 16) 「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)。駐日蘭国公使からの照会を受けて、外務省は関係各省庁に照会した。引用した箇所は、岡野敬次郎法制局長官の回答(1907年5月18日付珍田捨巳外務次官宛岡野敬次郎法制局長官回答)を基礎にしたものである。「条約ノ国法的効力即チ法律命令ト同一ノ効力ヲ有スルヤ否ニ付テハ従来帝国政府ハ其ノ法規的性質ヲ有スル事項ヲ内容トセルモノハ之ヲ以テ国法上権義ノ準則ヲ為スモノナリトスルノ主義ヲ採レリ帝国憲法第十三条カ「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」ト規定シ条約ノ締結権ヲ以テ天皇ノ大権ニ専属セシメ帝国議會ノ参与ヲ許サス且其ノ内容タルヘキ事項ニ何等ノ制限ヲ加ヘサリシモノ亦此ノ慣行ヲ認メタル結果ニ外ナラス故ニ斯ノ如キ条約ハ国法ノ一部ヲ成シ一般ノ遵由力ヲ有スルヲ以テ特ニ法律又ハ命令ノ制定ヲ必要トセス又条約ニ牴触スル法律命令ノ規定ハ之ニ因リテ当然変更セラルルモノトス」。
- 17) 「第四十二回帝国議會貴族院議事速記録」第十一号(1920年2月12日)252頁。
- 18) 詳細な分析をした大石眞「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)によっても、その事情はわからない。
- 19) 内閣官制第4条に合わせた明治22年12月30日勅令第139号による改正につづいて、1900年にも公文式改正の可能性があった。1900年8月16日に閣議決定された改正案第1条は、「法律、命令、予算及条約ノ公布ハ官報ヲ以テス(第2項)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。5月18日に平田東助法制局長官は各省に意見を照会したが、高平小五郎外務総務長官の回答(5月22日)は条約の公布の規定には言及しなかった。「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)。閣議決定までされながら改正が実行されなかった事情もふくめて詳細については不明である。公式令第8条が条約の一般的受容方式を前提にしたものであるとすれば、この1900年の改正案も同様の趣旨のものであった可能性がある。しかし、この後に帝室制度調査会が作成した公式草案のなかには、「第十二条 國際条約ノ發表スヘキモノハ上諭ヲ付シ詔勅トシテ公布ス」と条約を詔勅として公布することを規定するものがあった。その説明には、「恭テ按スルニ従来國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發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條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條約モ亦詔勅ナラサルヘカラス且従来ノ慣行ニ於テ條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」と記されている。「公式令草案」(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』Ⅱ 伊藤公雜纂十一、ゆまに書房、2016年) 279~280頁。条約を条約として公布することによって国内法上の効力が生じるという認識はいまだ自明のものとして政府関係者の間で共有されていなかった可能性をうかがい知ることができる。1904年10月10日に伊藤博文帝室制度調査局総裁が上奏した公式令草案においては、条文番号こそ異なるものの公式令第8条と同じ条文になった。「公式令ヲ定ム」明治40年1月31日(『公文類聚』第三十一編 明治四十年 卷一、2A-11-類 1025、国立公文書館所蔵)。
- 20) 「ロエスレル氏起稿 日本帝国憲法草案」[明治20年4月30日脱稿] 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。小嶋和司によると、ロエスラー草案第11条の日本語訳の「効力」のドイツ語原文の意味は「拘束力」である。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。初出は、小嶋和司「ロエスレル「日本帝国憲法草案」について」(東北大学『法学』第33巻第1号、1969年)。
 - 21) 「欠題(夏島憲法草案)」明治20年8月完成10月修正 内閣野紙(『伊東巳代治関係文書』書類の部8、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。
 - 22) 「夏島草案(一〇月草案)」明治20年10月 内閣野紙(『伊東巳代治関係文書』書類の部9、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。
 - 23) 同前。
 - 24) 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。
 - 25) 例外として、次のものがある。改進黨系の新聞である『民報』は、批准奏請前に帝国議会の承認を求めるべきである、と論じた。『民報』1891年4月10日号社説「内閣の意見を問はん」。また、城数馬は、条約のままでも法律の性質があるとして条約中の関税に関する事項を帝国議会に付議することに反対する一方で、批准前に帝国議会の承認を求める必要を説いた。城数馬「海関税と帝国議会」(『国民之友』第128号、1891年8月23日) 14~15頁。城は、大日本帝国憲法発布直後の逐条解説のなかでも、条約の締結に対する帝国議会の承認の必要を説いていた。城数馬『大日本帝国憲法詳解』(協和書店、1889年) 64~71頁。
 - 26) 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) 13頁が推測しているように、当時帝国大学法科大学教授と農商務省参事官を兼任していた梅は、おそらく陸奥宗光農商務大臣の委嘱により我国の新聞・雑誌の論調や諸外国の憲法典ならびに憲法慣行を調査した。『陸奥宗光関係文書』に調査結果をまとめた文書が残されている。「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」梅謙次郎(『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)。「条約締結ニ関スル英国憲法ノ規定 他諸外国ノ例」梅謙次郎 農商務省野紙(同前)

書類の部 93-5)。

- 27) 梅謙次郎「条約ヲ以テ関稅ヲ變更セント欲スルトキハ帝國議會ノ協贊ヲ要スルヤ否」(『法学協會雑誌』第9巻第7号、1891年7月1日)。同「条約ヲ以テ関稅ヲ定ムルニハ帝國議會ノ協贊ヲ要スルカ」(『国民之友』第126号、1891年8月3日)。後者は、憲法第21条と第62条は第13条に制限を設けて条約の項目であっても関税に関するものはかならず法律を以て定めるべきであるとして天皇大権を拘束しようとするものなのか、それとも第13条は第21条と第62条の範囲を狭めたものであり条約中にふくまれる関税は別に法律を以て定めるかぎりではないとするべきか、という問いを設けている。その他の梅謙次郎の論説については顕原善徳「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)212頁註(23)を、梅に対する当時における批判については同拙稿212頁註(24)を参照。ちなみに、日清戦後に近衛篤磨を中心に結成された条約実施研究会の第1回研究会(1897年9月9日)において、梅はかつて公表した自説を維持できないかもしれないと発言している。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)22頁(復刻版410頁)。この日の研究会で報告者として一木喜徳郎は、次のように我国における条約の国内編入方式として変型方式が必要であることを論じた。我国において条約が国民を拘束するためには、法律や命令を発しなければならない。改正条約の条項が法律と抵触する場合には、法律を改正しなければならない。条約によって関税率を定めた場合でも、法律や命令として公布しなければならない。同前、2~10頁(390~398頁)。梅の発言は、この一木の報告を受けてのものであり、将来は一木の説に近い考えになるかもしれないというものであった。
- 28) 典型的な新聞として、『東京朝日新聞』と『東京新報』を挙げることができる。条約の締結に対する帝國議會の承認の必要を否定するとともに、条約と法律は異なる法であるという前提に立って、法律と命令のみが国民を拘束することができる、と説いた。詳しくは、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)189~190頁。
- 29) 井上毅の第一草案である「初稿」第16条は、「外国条約ニ由リ国疆ヲ變更シ又ハ国及人民ニ義務ヲ負ハシムル者ハ兩院ノ認可ヲ經ザレバ其効ヲ有セズ」という条文であった。「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頁。井上の乙案は、第4条で条約の締結を天皇の大権とする一方で、第24条で「外国条約ニ由リ国疆ヲ變更シ又ハ国ノ負担ヲ起シ及国民ノ公權ヲ制限スルニ渉ル者ハ兩院ノ認可ヲ經サレハ其効ヲ有セズ」と規定していた。「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。甲案は上諭において

条約の締結をふくめた大権事項を列举し、乙案第24条と同文の第21条を設けていた。「甲案試草正文」井上毅〔明治20年5月〕内閣野紙〔前掲『伊藤博文文書』第77巻秘書類纂 憲法六〕11頁・63頁。「両院ノ認可ヲ経サレハ其効ヲ有セス」とは、条約の国際法上の効力なのか国内法上の効力なのか、条文だけでは判然としない。旧稿では、条約締結権を天皇に専属する大権と井上が考えていたことから国内法上の効力であると断じたが、異論はあるかもしれない。「初稿」第16条の説明には外交のことは天皇大権ゆえ議院が干渉できないが「例外」を設けたこととその理由が記されているからである。また、井上が参照したと考えられるプロイセン憲法（1850年）第48条やベルギー憲法（1831年）第68条やイタリア憲法（1848年）第5条も根拠にしたが、これらがどのように運用されていたかを詳細に知らない以上、旧稿における断定は根拠薄弱なものと批判されても今のところは甘受するしかない。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）41～43頁。各憲法条文の日本語訳の引用は、同前、63～64頁註2）。なお、田畑茂二郎『国際法』第2版（岩波全書、1966年）298～299頁註（2）は、ポワル・ド・ヴィッシェによる条約締結方式に関する各国憲法の分類を紹介しているが、ベルギー憲法（1831年）とイタリア憲法（1848年）は一定の条約についてはその国内実施に国会の同意を必要とする類型に分類されている。小嶋和司『憲法概説』（1987年、信山社復刻、2004年）376頁は、条約に国内法としての効力を取得させるために両議院の同意を要求するものとして、ベルギー憲法（1831年）、プロイセン憲法（1850年）を挙げている。ベルギー憲法については、水上千之「条約の国内的編入と国内的効力」（『広島法学』第16巻第4号、1993年）294頁も、同様の説明をしている。

- 30) 詳しくは、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）。
- 31) 同前、55～56頁。
- 32) 詳しくは、顕原善徳「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）193～199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——」（『立命館大学人文科学研究所紀要』No.124、2020年）66～69頁。
- 33) 「条約ニ依テ生スル義務ノ金額ハ、国債ト同ク法律上国民ノ義務トナリ、議院ノ議ヲ容レザルヘキ乎ノ間」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）125～127頁。詳しくは、顕原善徳「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所紀要』No.124、2020年）57～59頁。ちなみに、モッセは、上記答議と同じ趣旨のことを大日本帝国憲法に関する講義（憲法第13条については、1890年3月6日の第9回講義）でも述べている。アルベルト・モッセ講述（花房直三郎通訳）『大日本憲法講義』（近代日本憲法学叢書別巻1、信山社、

- 1995年) 380～391頁。この講義では、条約の国内編入についてイギリス型(条約の国内編入方式の三類型でいえば、変型方式)を推奨し、法律案に議会の協賛が得られなかった場合に起こりえる困難の回避方法についても述べている。
- 34) 「国際法ト国法ノ関係ニ関スルパテルノストロ答議」〔明治24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) 3～12頁。
- 35) 〔明治24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。同趣旨の内容を詳しく展開したものとして、「関税改正ニ関スル帝国議會ノ関係ヲ論ス」内閣野紙(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第99巻 秘書類纂 財政一、ゆまに書房、2014年)がある。この無署名の文書の内容と考証については、顛原善徳「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所紀要』No.124、2020年) 69頁・84～86頁註52)を参照。
- 36) 「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。同じくらしいの時期に法制局が作成したと思われる文書も、憲法上の法律事項をふくむ条約の規定は帝国議会の協賛を経た法律として公布しなければならないとの憲法解釈を示した。そして、帝国議会の協賛が得られなかった場合を想定して、条約履行義務を諸国家に負わせる国際法が憲法上の規定に対して優位にあるわけではないと説いた。そのようなことになれば、条約によってその国の憲法を左右することができることになり、国民の憲法上保護された権利は危険を免れないからである。「条約ノ国内ニ対スル効力他」法制局野紙(『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)。山脇の印が捺されているが、山脇玄法制局第一部長である。後年山脇は若干字句を改めてこの文書と同じ内容の論説を発表した。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)。
- 37) 稲田正次『明治憲法成立史』下巻(有斐閣、1962年) 228～230頁。
- 38) 「逐条意見」井上毅 明治20年8月 宮内省野紙(『伊東巳代治関係文書』書類の部 6、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。なお、稲田正次『明治憲法成立史』下巻(有斐閣、1962年) 222～223頁も参照。
- 39) 井上毅が憲法典の定着に心を砕いていたことは、大日本帝国憲法発布後間もない1889年春に黒田清隆総理大臣へ呈した意見書にも表現されている。「立憲施政意見」井上毅 黒田清隆総理大臣宛 明治22年春(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) 83～84頁。詳しくは、顛原善徳「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所紀要』No.124、2020年) 62～63頁。
- 40) 井上毅がパテルノストロ答議を重視したことについては、拙稿同前 66～69頁を参照。
- 41) このような問題をあらかじめ決めようがないことは、大日本帝国憲法起草過程におい

て外国人顧問のヘルマン・ロesslerが予見していたことである。条約と議会の関係に関する井上毅の質疑に対する答議のなかで述べたことである。ロesslerの結論は、条約の締結もしくは執行に議会の承認を求めることに反対する内容であったが、そのなかで「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。君主ノ行政権ニシテ独立ナルトキハ、議院モ、其権ニ従属セシメサルヘカラス。故ニ議院ノ認可ハ、議院ノ権力発達シ、王者其独立ヲ失ヒタルトキニ限り、之ヲ受ルノ必要アリ。又此問題ハ専ラ便否ニ関スル者ナリ」と説いている。「外国条約ヲ議院ニ通報スルノ問」明治20年5月30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』第二、國學院大學、1980年）158～159頁。

- 42) 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）。
- 43) 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）。
- 44) 帝国議会の協賛の自由を否定する穂積八東の論文は、批判を受けた。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）。織田はこのなかで憲法上の法律事項をふくむ条約については変型方式の必要を説いていたが、日清戦後には一般的受容方式の妥当性を説く立場に転じた。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）。条約の国内法上の効力について議論がなされた日露戦時中の法理研究会において、穂積八東はかつて自分が説いた協賛義務説を改め、現在では帝国議会の協賛の自由を認めていると述べた。雑報「法理研究会記事（条約の国法上の効力問題）」（『法学協会雑誌』第23巻第7号、1905年7月1日）1049頁。ちなみに、この研究会の討論のさいに発言した寛克彦は、協賛義務説を支持した。
- 45) 清水澄『国法学』第一編憲法篇（日本大学、1904年）552～562頁。同じ趣旨のことは、清水澄「立法事項ニ係ル条約ヲ締結スルトキハ議會ノ協賛ヲ要セサルヤ」（憲第21号問題）（『法典質疑録』第62号、1903年7月25日）ならびに同「立法事項ヲ包含シタル条約ハ我國ニ於テハ如何ナル形式ヲ以テ臣民ヲ拘束スルコトヲ得ルヤ」（『法学志林』第7巻第7号、1905年6月10日）で説かれていた。前者では曖昧な点が残ったが、後者の論文において清水の見解は明確になっている。ちなみに、『国法学』第一編憲法篇の訂正増補第三版（1906年）以降には、『法学志林』の論文が再録されている。すべての版を確認することはできなかったが、改版増補第八版（1915年）には再録されていない。ちなみに、公式令が公布された直後、清水は条約を条約として公布することを規定した第8条について、一般的受容方式を示すものと理解した。すなわち、「従来条約ハ概官報勅令ノ欄ニ於テ之ヲ公布シタルモ公式令ニ於テハ条約トシテ之ヲ公布スルコトナセリ之極メテ至当ノコトナリ何トナレハ勅令ニアラサルモノヲ勅令ノ欄ニ於テ公布スルハ理由ナキノミナラス条約ヲ条約トシテ公布スレハ条約

ヲ以テ直ニ人民ヲ拘束シ得ルモノナルコトヲ明ニ示スヲ得レハナリ固ヨリ条約ヲ締結シタル場合ニ其公布ヲ以テ直ニ人民ヲ拘束シ得ルヤ或ハ執行法律若ハ執行命令ヲ必要トスルヤ否ニツキ学者間ニ議論ナキニアラスト雖法令ノ形式ニアラサレハ人民ヲ拘束スルヲ得ストノ明文ナキ以上ハ統治者カ条約ヲ締結シ且之ヲ以テ人民ヲ拘束シ得サルモノニアラサルナリ」と。清水澄「公式令ヲ讀ム」(『法学新報』第17巻第3号、1907年3月1日)6頁。この時点で「執行法律」必要説を主張する意味はなくなったわけである。

- 46) 穂積八東「条約及条約法」(『東京日日新聞』1898年1月1日)。
- 47) 上杉慎吉『新稿 憲法述義』(有斐閣、1924年)629~630頁。
- 48) 同前、631頁。
- 49) 「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。
- 50) 穂積八東「条約法理問答」(『法学協会雑誌』第23巻第10号、1905年10月1日)1366頁。
- 51) ただし、条約の実施立法(国内法によって条約の内容を具体化したり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の立法)が必要な場合には、政府は憲法典所定の通常の立法手続をとった。すなわち、憲法上の法律事項については、勅令をはじめとする命令で済ませずに、帝国議会に法律案を提出して協賛を求める憲法典所定の手続をとった。陸奥条約改正の結果としていくつもの実施立法がなされたのは、その典型である。詳しくは、穎原善徳「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)。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、あきらかに改正条約実施関係の政府提出法案は、第13回帝国議会だけでも22件あった。修正された法律案もあったが、すべて可決された。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)。
- 52) 高野雄一『憲法と条約』(東京大学出版会、1960年)127頁(『憲法撮要』)。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(『憲法撮要』)。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頁(佐藤幸治執筆)(『逐条憲法精義』)など。
- 53) 美濃部達吉「国内ニ於ケル条約ノ効力(法理研究会講演)」(『法学協会雑誌』第23巻第8号、1905年8月1日)。討論要旨は、雑報「法理研究会記事(条約の国法上の効力問題)」(『法学協会雑誌』第23巻第7号、1905年7月1日)ならびに雑報「条約の国法上の効力(六月十五日法理研究会に於ける討議の大意)」(『国家学会雑誌』第19巻第7号、1905年7月1日)である。この講演の準備のために執筆したか講演直後に執筆したか不明であるが、『国家学会雑誌』には論文も掲載されている。美濃部達吉

- 「条約ノ国内ニ於ケル効力」(前掲『国家学会雑誌』第19巻第7号)。のちに美濃部達吉『憲法及憲法史研究』(国法学資料第二冊、有斐閣書房、1908年)に収録されており、末尾に「(三十八年六月稿)」と記されている(201頁)。このほか、関連する論文として、美濃部達吉「条約ノ締結ト其ノ執行トノ関係ニ関スル諸学説ヲ批評ス」(『国家学会雑誌』第19巻第8号、1905年8月1日)がある。
- 54) このような見地から、美濃部達吉は条約の批准を再定義した。美濃部によると、批准は条約を完成する国家の意思を決定するだけでなく、条約上の権利義務を国内においても執行するという国家の意思を決定することをふくむ行為である。美濃部達吉「国内ニ於ケル条約ノ効力(法理研究会講演)」(『法学協会雑誌』第23巻第8号、1905年8月1日)1168頁。
- 55) 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)946頁。清水澄『国法学』第一編憲法篇(日本大学、1904年)556頁。
- 56) 美濃部達吉「国内ニ於ケル条約ノ効力(法理研究会講演)」(『法学協会雑誌』第23巻第8号、1905年8月1日)1164頁・1169頁。
- 57) 同前、1160～1161頁。
- 58) ただし、条約に関する美濃部達吉の見解は、かならずしも一定にして不動であったわけではない。条約の締結については、一時期それまでと異なる見解を示すこともあった。ただし、条約の国内法上の効力に関する見解については変化がない。第一次世界大戦後の対独平和条約について、国家の運命に重大の関係を有し国内法上の効力をも有する多くの条項をふくんでいるものについては臨時議会を召集して付議する新例を開いたならば立憲政治の本旨に適する処置であった、と述べている。美濃部達吉「国際連盟と帝国憲法との関係」(『国家学会雑誌』第34巻第1号、1920年1月1日)82～83頁。同様のことは、他の著作でも述べている。すなわち、日本の憲法上の理論としては条約の締結には帝国議会の承認を必要としないが、立法権が帝国議会の協賛を要することを憲法が認めているゆえ、条約の内容が国内法を定めるものであるときは、事情が許さざり批准に先だてて帝国議会に提出して承認を求めるのが穏当である、と述べた。それだけでなく、日本の従来先例が帝国議会の承認を求める方法をとらなかったのは遺憾である、とまで記している。美濃部達吉『憲法撮要』(有斐閣、1923年)463頁。なお、訂正第四版(1926年)476頁にもあったこの叙述は、改訂第五版(1932年)では消えている。
- 59) 穂積八東「条約法理問答」(『法学協会雑誌』第23巻第10号、1905年10月1日)1363～1364頁。
- 60) 穂積八東「条約及条約法」(『東京日日新聞』1898年1月1日)。
- 61) 上杉慎吉『新稿 憲法述義』(有斐閣、1924年)632頁。
- 62) 外国憲法との比較によって大日本帝国憲法第13条の解釈をする場合もあった。たとえば、伊藤博文は、枢密院における憲法草案審議のさいに、通商条約など特定の種類

の条約に対する議会の承諾の必要を規定したプロイセン憲法第48条と諮詢案第13条「天皇ハ交戦ヲ宣告シ和親并ニ条約ヲ締結ス」の違いを強調した。国立公文書館所蔵『枢密院会議議事録』第一巻（東京大学出版会、1984年）205頁。ただし、『憲法義解』第13条の説明と同様、これはあくまで条約締結権についての話である。清水澄や美濃部達吉も、大日本帝国憲法の起草者がモデルにしたプロイセン憲法やベルギー憲法と憲法第13条が異なることを以て、我国においては条約の締結に帝国議会の承認を必要としないとの解釈を示した。清水澄『国法学』第一編憲法篇（日本大学、1904年）557頁。美濃部達吉「国内ニ於ケル条約ノ効力（法理研究会講演）」（『法学協会雑誌』第23巻第8号、1905年8月1日）1164～1165頁。本文で記したように、清水の場合、憲法上の法律事項をふくむ条約であっても、帝国議会による否決による条約不履行という事態を避けるために帝国議会の協賛を経ない「執行法律」を公布すべきことを主張した。美濃部の場合、天皇が無条件に条約締結権をもつことから当然天皇は無条件に条約を執行できるとの見解を導き出した。

- 63) 高橋和之編『新版 世界憲法集』（岩波文庫、2007年）70頁（土井真一訳）。
- 64) この他、戦前の日本における国際法と国内法の関係に関する二元論の代表的論者であった立作太郎は、国際法と国内法が立法者や当事者の相違などによる別異の法規であることを前提にして国際法は当然には国内法の一部にはならない、と論じた。国際法が国内法の一部になるためには憲法典の明文か国内法上の不文的原則が必要になると説いた立は、「アメリカ憲法の如きは、条約が国内法上に於ても最高法律の地位を有すべきを明白に定めて居り、ドイツの憲法にも同様の規定を存するも、仮令此の如き明文が存せざるも、国内法上の慣習法規として、公布されたる条約が国内法上法律と同一の効力を有すべきを認むることがあり得べきである。然れども是の如き成文法的又は慣習的なる国内法上の規則を存せざる以上は、条約は当然臣民を拘束し、又は之に当然国内法上の権利を与ふるものでは無いのである」と述べた。立作太郎『平時国際法論』（日本評論社、1930年）28～29頁・574～575頁。
- 65) たとえば、「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」（明治29年4月27日法律第89号民法第2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ナキ場合ニ限り民法ノ規定ヲ適用ス」（明治31年6月21日法律第11号民法施行法第45条）、あるいは「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」（明治32年3月8日法律第46号船舶法第3条但書）などの規定である。
- 66) 「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」明治39年10月（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）。この箇所も、岡野敬次郎法制局長官の回答にもとづくものである。「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」。

- 67) 「第四十二回帝国議会貴族院議事速記録」第十一号（1920年2月12日）252頁。
- 68) 穂積八束『憲法提要』下巻（有斐閣書房、1910年）776～777頁。市村光恵『帝国憲法論』（有斐閣書房、1915年）860頁。市村も条約の国内法上の効力を認めない立場であった。
- 69) ただし、穂積八束の場合、憲法典でなくても法律に条約の国内法上の効力を明確にする概括的な規定があればよいという見解を示したことがある。日清戦後の法典調査会法例修正案会議でそのような規定を挿入することを提案し、新聞・雑誌でも同趣旨の見解を発表した。詳しくは、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』No.115、2018年）49～50頁。
- 70) 法学協会『註解日本国憲法』下巻（有斐閣、1954年）1472頁。
- 71) 「調査会資料（美濃部稿）」（芦部信喜・高橋和之・高見勝利・日比野勤編著『日本国憲法制定資料全集』（1）憲法問題調査委員会関係資料等、日本立法資料全集71、信山社、1997年）140頁。
- 72) 「美濃部顧問私案」美濃部達吉 昭和20年12月22日提出（同前）166頁。
- 73) ただし、周知のように、日本国憲法第98条の「国の最高法規である」「この憲法」と第2項の「日本国が締結した条約及び確立された国際法規」の優劣については、解釈がわかれる。
- 74) 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』No.122、2020年）。