

大日本帝国憲法起草過程における条約締結権

穎原 善徳*

はじめに

第一次世界大戦中の1916年に、美濃部達吉は、条約に対する帝国議会の権限について論文を発表している。そのなかで、諸外国の事例を紹介したのち、我国のあるべき憲法解釈について論じた。美濃部の見解は、大日本帝国憲法第13条を根拠にして、条約締結権は無条件に天皇大権に属するゆえ条約の締結にあたっては事前・事後を問わず帝国議会の協賛を要しない、というものであった。ただし、美濃部は、条約の執行にあたっては帝国議会の同意を必要とする場合もある、と述べている。すなわち、条約の執行に関して帝国議会が協賛権を有する可能性として、1) 条約の内容が既存の法律を変更する場合、2) 条約の内容が憲法上法律を要する事項に関する場合、3) 条約において特定の法律を制定することを約束した場合、4) 条約が国家に金銭上の負担を負わせる場合を挙げ、このうち1)と2)は帝国議会の協賛を必要としないと断じたうえで、

蓋シ、憲法上法律ヲ要スル事項ニ付テハ原則トシテハ法律ニ依ラネバ之ヲ定ムルコトハ出来ヌコトハ勿論デアルケレドモ唯条約締結ノ大権ハ此ノ原則ニ対スル例外ヲ為スモノデアツテ、若シ条約ヲ以テ規定セラレタナラバ其ノ条約ニ依リテ直ニ法律ト同一ノ効力ヲ生シ、国内法規トシテ国民及一般官庁ヲ拘束スルノ力ヲ生スルモノトナスノdeal。

* 立命館大学文学部非常勤講師

と、あくまで天皇の条約締結権が優先されることを強調した。また、立法に対する帝国議会の協賛権を無意味にすることになるという予想される批判に対しては、条約を以て既存の法律を変更する場合があるといっても関税法や著作権法などの限られたものしかない、と説いている。¹⁾

この美濃部の見解には、憲法上の立法事項（法律事項）といえども帝国議会の権限が及ばない領域が存在することが示されている。法律や命令の他に人々の権利義務に直接かわる法が存在することが示されているわけである。命令も帝国議会が関与しないものであるが、大日本帝国憲法第9条によると命令は法律を変更してはならないことになっている。

では、他国との意思の合致によって定立される条約の場合は、どうなのか。美濃部は、天皇の条約締結権を規定した憲法第13条は帝国議会の立法協賛権の例外である、と断じている。たしかに、美濃部がこの論文を発表した時期においてもいまだ立法事項をふくむ条約は多くはなかった。だから、美濃部は例外であるということができた。では、かような美濃部の見解は、大日本帝国憲法起草過程においてすでに疑う余地のない自明なことであったのか。

ここには、次のような問題がふくまれている。人はいかなる主体と手続きによって決定された法に服従するのか、という問題である。議会による人々の権利の制約の決定を重視する論者と国際社会や国際法に信を寄せる論者とは、見解が異なってくる。そして、立法事項をふくむ条約がいかなる意味でも議会の承認という手続きを経ない場合、次のことが問題になる。すなわち、法律と異なる法として国家間で定立された条約をいかにして国民を拘束するものとして強制できるのか、という問題である。

条約の締結や国内に対する実施のさいにいかなる国家機関が正当な権限のもとに参加するのは、国際法が決定することではない。条約の締結とは、条約に拘束されることについて国家として同意を表明することである。そのような国家意思の形成にどの国家機関が関与するのは、諸国家の憲法秩序によって各々決定されることである。すなわち、条約の締結や執行にあつ

て議会の承認を必要とするのか。その場合、条約そのものについて議会に承認を求めるのか、あるいは条約と同じ内容の法律案を議会に提出するのか。それは、国際法が決めることではなく、諸国家にゆだねられている問題である。したがって、日本としてはどうするのが問題になる。

大日本帝国憲法において条約締結権について規定したのは、天皇大権の一つである第13条である。

第十三条 天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス

諸外国の憲法典の条約締結権に関する条文と比較すれば、その相違は一目瞭然である。当時の多くの諸国家の憲法典においては、何らかのかたちでの条約に対する議会の関与が規定されていた。たとえば、プロイセン憲法(1850年1月31日)第48条は、宣戦権ならびに条約締結権が国王の権限とする一方で、特定の種類の条約については議会の承認を条約が有効になる条件としていた。ベルギー憲法(1831年2月7日)第68条も、特定の種類の条約については議会の承認を条約が有効になる条件としていた。イタリア憲法(1848年3月4日)第5条も、同様である。²⁾

なぜ、大日本帝国憲法第13条は、かくも簡潔な条文なのか。そして、なぜ、議会の関与に関する規定が皆無なのか。憲法典の普遍性を重視すれば、諸外国の憲法典の規定と同様にしたはずである。本稿であらためて大日本帝国憲法の起草過程について再検討するのは、上記のような疑問を禁じえないからである。

大日本帝国憲法第13条に議会による条約の承認に関する規定がなかった理由は議会の権限をできるだけ制限するためである、と答えるのは容易である。たとえば、伊藤博文の名で刊行された『憲法義解』の第13条の説明を読むかぎりでは、憲法典起草者たちの意図は明確であるように思われる。すなわち、

恭て按ずるに、外国と交戦を宣告し、和親を講盟し、及条約を締結するの事は総て至尊の大権に属し、議会の参贊を仮らず。此れ一は君主は外国に対し国家を代表する主権の統一を欲し、二は和戦及条約の事は専ら時機に応じ籌謀敏速なるを尚ぶに由るなり。諸般の条約とは和親・貿易及連盟の約を謂ふなり。³⁾

とあるように、宣戦・講和権と条約締結権は、すべて天皇に専属し、議会の容喙を必要としないというものである。その理由は、対外政策の一元性を確保する必要があることと、機密と迅速を要する、というものである。

ところが、憲法典起草過程においては、条約に議会を関与させないことはかならずしも自明のことではなかった。条約の締結が天皇の専権事項であることは、大日本帝国憲法の起草に関与した者に共通する見解ではあった。その一方で、国際法上有効に成立した条約を国内に執行するにあたってすべての条約が議会の関与を必要としないか否かについては、意見がわかれていた。外交の一元性と機密・迅速性を重視するならば、議会が関与する余地をなくした方がよいというのは、容易に理解できる。いまだ議会が開設されていない時点において、政局が外交の蹉跌のもとになるような制度を憲法典に明記することを回避するのは、当然である。

しかし、このように考えるのは、あくまで憲法典起草者たちが議会を条約の締結と執行から排除することを意図して、その意図どおりに憲法典が起草され制定されたということを前提にしてのことである。はたして、本当にそうであろうか。

先行研究は、上記の疑問になかなか答えてくれない。大日本帝国憲法成立史については、すでに稲田正次の浩瀚な研究⁴⁾がある。憲法草案の確定や成立時期の推定など学ぶべき点は多く本稿では各草案の名称などは稲田に従ったわけであるが、いかんせん大日本帝国憲法成立過程の全容を復元することに主眼があるため、個々の問題点については焦点がぼやけてしまう恨み

がある。⁵⁾

大日本帝国憲法第13条については、檜山幸夫の研究⁶⁾がある。国家意思と天皇の意思と国務大臣の意思の関係など重要な指摘がなされているが、主たる関心は宣戦・講和権に向けられている。条約締結権の規定については、憲法典起草者間の見解の相違や対立に対してさほど関心はないようである。また、初期議会期における議論状況については千葉功が明らかにしている⁷⁾が、憲法典起草過程に考察の目は向けられていない。この他、戦前の日本における条約締結権の問題については、紹介や言及がなされてきたことがある。⁸⁾しかし、政府の実行と学説の紹介が多く、やはり条約締結権に関する大日本帝国憲法第13条の規定と成立過程が有する意味がわからない。

以上を要するに、大日本帝国憲法第13条の条約締結権に関する規定の起草過程を再検討して条約に対する議会の関与が憲法典に規定されなかったことの意味を考えるのが本稿の課題である。

I. 条約と議会の関係

条約締結権を規定する条文をめぐって、憲法典起草者の間で意見が常に一致していたわけではない。当初から、井上毅とヘルマン・ロesslerの間には一致点と相違点があった。

条約締結権が天皇の大権事項であるという点においては、両者の見解の間には異同はなかった。したがって、条約を締結する段階においては、議会が関与する余地はないということになる。また、条約が国民を拘束するためには何らかの条件が必要であり、その条件を憲法典に明記するという点においても、一致していた。

井上とロesslerの相違は、条約に対して議会に承認権を付与することを憲法典において規定するか否か、であった。井上はこれを認めるべきであるとし、ロesslerは否定した。この場合の承認権とは、批准の段階における

条約そのものに対する承認権ではありえない。なぜなら、条約締結権は天皇に専属する排他的権限であるからである。井上の草案にみられる議会の条約承認権とは、条約が国内において効力をもつための条件であった。また、すべての条約に対して議会在承認権をもつわけではない。特定の種類の条約に対してである。

夏島草案（八月草案）の作成以前に起草された井上毅の「甲案試草」「乙案試草」には、特定の種類の条約が国内的効力をもつ条件として議会の承認を必要とすることが規定されていた。

甲案には、天皇の大権事項に関する条文がない。上諭において、「外国ト戦争ヲ宣告シ和平ヲ講盟シ交際ノ条約ヲ締ヒ及交際スルハ総テ朕カ攬ル所ノ大権ナリ」⁹⁾と記したうえで、

第二十一条 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¹⁰⁾

と、国境を変更する条約と財政的負担をとまなう条約と国民の公権を制限する条約は両院の承認を経なければ効力をもたないことを規定していた。

甲案に先行して完成したといわれている乙案は、

第四条 交戦ヲ宣告シ及外国ト条約ヲ結フハ天皇ノ大権ニ由ル¹¹⁾

と、宣戦権と条約締結権が天皇大権であることを明記する一方で、

第二十四条 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¹²⁾

と、甲案第21条と同じ内容の条文を設けている。

これらの条文にみられる「其効ヲ有セス」という場合の効力とは、条約の国際法上の効力を意味するのか国内法上の効力を意味するのか、条文の文言だけではわかりにくい。しかし、井上が参照したと考えられるプロイセン憲法第48条やベルギー憲法第68条あるいはイタリア憲法第5条など諸外国の憲法典の条文から、条約締結権が天皇に専属することを原則として、特定の種類の条約は両院の承認を経なければ国内において効力をもたず執行できないという意味であることがわかる。

甲案・乙案を起草する前に発した天皇大権の規定方法に関する井上の質疑に対して、ロesslerは1887年2月8日付の答議のなかで試案を示した。条約締結権については、

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¹³⁾

とあるように、条約の締結であれ国内的効力が生じる条件としてであれ、議会の関与にはまったく言及しない内容であった。あらかじめこのような答議を受けていたにもかかわらず、井上はロesslerの見解と異なる内容の草案を起草したのである。

特定の種類の条約には議会の承認が必要であるという規定は、井上が甲案・乙案起草のさいに唐突に考え出したものではなかった。すでに1882年4月から5月に起草したといわれる井上の憲法草案においてもみられたものである。

この草案は、

第二十条 戦ヲ宣シ和ヲ約シ及外国ト条約ヲ結フコトハ総テ天皇ノ総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両議院ニ報告シ及式ニ依リ公布スベシ但シ国財ヲ費シ国疆ヲ変スルノ条約ハ

両議院ノ承認ヲ経ベシ¹⁴⁾

とあるように、条約締結権が天皇に専属することを規定したうえで、秘密条約を除いて内閣から両院に報告して公布することを規定していた。そして、財政的負担をとまなう条約と国境を変更する条約は、両院の承認を必要とすることも但書として明記されていた。

特定の種類の条約は議会の承認を経ることを必要とするという井上毅の見解は、当時においてはかならずしも特異なものではなかった。たとえば、三次にわたる元老院国憲按も、宣戦・講和権と条約締結権が天皇の権限であると規定したうえで、財政的負担をとまなう条約と国境を変更する条約は両院の承認を経てはじめて効力をもつことを規定していた（いずれの国憲按においても第1篇第1章第7条）。¹⁵⁾

類似の規定は、1870年代末から1880年代初頭に作成された民間の私擬憲法にもみられた。たとえば、共存同衆「私擬憲法意見」（1879年3月頃）には、

第二十七条 皇帝ハ外国ト諸般ノ条約ヲ為ス

但国財ヲ費シ若クハ国強〔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¹⁶⁾

と、井上の1882年の草案と同様の条文がある。唯一異なるのは、宣戦・講和に関する規定が、共存同衆案では別の条（第25条）に記されているということである。嚶鳴社「嚶鳴社憲法草案」（1879年末）も、第21条で宣戦・講和が天皇の権限であることを規定し、条約の締結については、第23条に共存同衆案と同文の規定を設けていた。¹⁷⁾

井上の憲法構想と比較されることが多い交詢社「私擬憲法案」（1881年4月25日）は、

第六条 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ヒ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関税ヲ更改スルノ条約ハ予メ之ヲ元老院国会院ノ議ニ附スヘシ¹⁸⁾

と、宣戦・講和権と条約締結権が天皇に属することを同じ条のなかで規定したうえで、関税率を変更する条約はあらかじめ両院に付議するべきことを規定している。関税率を変更する条約のみ天皇の条約締結権は制約されることになる。

これらと異なるのは、立志社の草案である。立志社「日本憲法見込案」(1881年9月19日カ)の場合は、

第六十六条 国帝ハ国益ヲ計ルカ為メ外国政府ト国会ノ議決ニ由テ条約ヲ結盟スルヲ得¹⁹⁾

とあるように、条約締結権が天皇に専属するわけではなく、条約締結のさいにも議会の議決を必要とする規定になっている。また、議会在承認すべき条約の種類に制限を設けていない。

井上毅の甲案・乙案とともに伊藤博文らが夏島草案の土台としたヘルマン・ロesslerの「日本帝国憲法草案」は、これらの憲法草案と対照的である。井上の甲案・乙案と前後して提出されたロesslerの草案は、条約締結権について、

第十一条 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ヲ有ス²⁰⁾

と規定していた。1887年2月8日付の答議に示された試案と同様に、条約に対する議会の関与についてはまったく規定されていない。条約が国民に対して効力を有する条件として公布が必要であることを記しているだけである。²¹⁾

他の条にも、立法事項をふくむ条約は議会の承認を経なければ国内的効力もしくは国民に対する拘束力をもたない、という規定はない。他方で、ロesslerの草案においても、法律は議会の承諾を必要としているし(第4条)、新税徴収も議会の承諾を必要としている(第88条)。だからといって、憲法典の全体から立法事項をふくむ条約を国内に執行するさいには議会の承認を求めるという運用を想定していたわけではない。明らかにすべての条約に議会の承認が必要ではないという趣旨の草案であった。そのことは、この時期の井上毅の質問に対するロesslerの答議によって確認することができる。

井上は、甲案と乙案を提出した後も、外国人顧問に再三にわたって質疑をおこない、憲法典の内容について検討をつづけた。1887年5月24日には、条約と議会の関係についてロesslerに対して質疑をしている。質問の趣旨は、諸外国の憲法典にみられる議会に対する条約の通報の意味(通報が単なる知照を意味するのか、それとも議会は通報を受けた条約について異議を表明することができるのか)というものであったが、ロesslerの答議の内容は、議会に対する条約の通報の意味に加えて条約締結権に関するものであった。

ロesslerは、5月30日付で答議した。ロesslerの基本姿勢は、条約の締結に議会を関与させることに反対するものであった。議会が条約の締結に干渉すれば、場合によっては他国と戦乱が発生しかねないとまで述べて、条約はあくまで国家間の関係によって締結するものであると説いている。そして、条約の国内における実施のさいに議会の承認を必要とすれば、君主の条約締結権は間接的に議会によって制約されることになるゆえ、議会による条約の承認は議会の勢力が発達した場合にのみ認めるべきものであり、憲法典においてあらかじめ議会による君主の条約締結権の制限を規定するべきで

はない、というのがロesslerの見解であった。²²⁾

夏島草案²³⁾は、条約締結権について、

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
有スルモノハ正當ノ式ニ依リ之ヲ公布スヘシ

と規定していた。他の条においても、条約に対する議会の関与にはまったく言及していない。この点、ロesslerの意向が反映されていると見てよい。それが証拠に、井上毅の草案を検討する過程で、伊藤博文は特定の種類の条約に対する議会の承認の規定を削除した。他方で、国境の変更については、

第三条 日本帝国ノ疆域ハ現在ノ統一ニ属スル版図タルヘシ
国疆ノ変更ハ専ラ法律ニ依ル

と、議会が関与する余地を残したゆえ、井上の考えは部分的に反映されたといえることができる。この第3条の国境の変更が講和条約をはじめとする国際条約の結果による場合をも想定しているのか、換言すれば第3条は第17条の例外として想定されていたか否かについては、夏島草案の条文だけでは判然としない²⁴⁾。

これ以降、特定の種類の条約については議会の承認を経なければ効力をもたないという規定が追加されることはなかった。十月草案では、領土・国境に関する規定も削除された。かくして、条約締結権を規定する条文に対する井上毅の意見は、大日本帝国憲法第13条には反映されなかった。

問題は、なぜ井上は特定の種類の条約に限定するとはいえ条約締結後の議会の承認を条約が国内において効力をもつための条件とするということ憲法典に明記することにこだわったのか、である。井上が伊藤に比して議会の権限を広く認めるべきであると考えていたからというのは、十分な説明で

はないと私は考える。²⁵⁾

通常、条約に対する何らかのかたちでの議会の関与については、外交の民主的統制の発達として説明されてきた。しかし、大日本帝国憲法の起草過程では、いまだ議会は開設されていない。未知なる議会を前提にして民主的統制を加えるというのは、あまりにリスクが高い主張である。議会在常に国益のみを基準にして承認するか否かを決定するとはかぎらないからである。そして、いかに条約締結には議会は関与できず条約に対する国内的効力の付与にしか関与できないとしても、政府は議会の承認を得られる可能性が低い条約を締結できなくなってしまう。

井上の見解は、甲案と乙案を起草する前に第一試案として作成した「初稿」の説明にすでに表現されている。「初稿」のなかには、天皇の条約締結権を直接規定した条文はない。ただし、その第 16 条において、

第十六条 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兩院ノ認可ヲ經ザレハ其効ヲ有セズ²⁶⁾

と、条約の効力発生要件について規定している。国境を変更する条約と国家・国民に義務を負わせる条約が効力をもつためには両院の承認が必要である、というものであった。第 16 条の説明によると、条約締結権は天皇に専属し、他の国家機関は条約の締結に容喙できない。第 16 条は、その例外である。この第 16 条の説明には、

外交ノ事ハ天皇ノ大権ヲ以テ之ヲ政府ニ統ヘ議院ノ干涉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ケ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其他一般ノ外交事務ニ至テハ既定ノ後ニ於テ政府ハ事状ヲ具ヘテ之ヲ議院ニ通報スルニ止

マリ之ヲ詢議スルコトナシ²⁷⁾

と記されている。特定の種類の条約は議会の承認を必要とすると条文に明記する目的は、国家の対外主権（国権）の確保にほかならなかった。

してみると、外交はともすれば対外主権（国権）を侵害しかねないものであるということを井上は前提にしていた、ということになる。ゆえに、憲法典において国家間の関係によって決まることに対する抵抗のための規定を明記しておく必要があったわけである。

ここから、条約の締結というものが場合によっては国家間関係によって左右され決せられるということを井上が強く認識していたことをうかがい知ることができる。²⁸⁾ 井上が危惧していたのは、政府による恣意的な条約締結よりも、他国の意向に左右される条約の締結とそれによる国法体系の変容であった。

井上は、国民の権利義務にかかわる条約が議会の承認を経てはじめて効力をもつのは諸外国の憲法典に共通のことである、と説いていた。たとえば、夏島草案に対する逐条意見において、「国民ノ義務ニ係ル条約ハ国会ノ認可ヲ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」²⁹⁾と述べ、十月草案を検討する過程でロesslerに対して質疑をおこなったときにも、「凡ソ外国条約ノ権ハ、君主ニ属スト雖、通商条約并ニ国又ハ国民ノ負担義務ニ係ル条約ハ、議會ノ承諾ヲ經テ始メテ効力ヲ有スルハ、各国憲法ノ同キ所ナリ」³⁰⁾と記している。上記のこととあわせ考えれば、諸外国に共通の事例を強調するのは、あながち伊藤博文ら他の憲法典起草者たちを説得するためだけの理屈とはいいがたい。むしろ、国際政治や国際法の権力政治的側面を前提とした相互に尊重し合う諸国家に共通の防壁を井上が看取していた可能性がある。したがって、1887年5月30日付ロessler答議にみられる他国の意向を斟酌して条約は締結されるゆえ議会の関与は必要ないという説明³¹⁾は、井上にとってはより警戒心を抱かせるものでこそあれ、到底納

得できるものではなかった。

Ⅱ. 条約の公布式

大日本帝国憲法の起草過程において、井上毅は、特定の種類の条約は議会の承認を経なければ国内において効力をもたないとの規定を明定することにこだわった。それに対して、ヘルマン・ロesslerは条約の公布式に関する規定を憲法典に明記することに一貫してこだわった。

ただし、秘密条約以外のすべての条約の公布が必要である、とロesslerは考えていなかった。なぜなら、井上の質疑に対する1887年11月2日付のロesslerの答議においては、「秘密条約ニアラサル条約ト雖、必ス之ヲ頒布スヘキモノニアラス。唯、政府之ヲ便宜ナリト認ムル場合ニ於テノミ、頒布スヘキナリ」³²⁾と述べているからである。してみると、ロesslerが公布式に関する規定を憲法典に明記するべきであると考えていたのは、国民を拘束する内容の条約であった。その公布式は法律と同じ性質と効力を有するためのものでなければならない、というのがロesslerの主張である。

ロessler草案では、この点について不明瞭であった。しかし、先述した1887年2月8日付の答議に示された試案第15条には、すでに示されている。また、夏島草案第17条に対する「憲法草案修正意見」(後述)にも、記されている。ロesslerにおける国民を拘束する条約とは、立法事項をふくむ条約(特に国民の権利義務にかかわる条約)であるということは、これらによってうかがい知ることができる。

夏島草案の条約締結権に関する条文には、かならずしもロesslerの意向が十全に反映されているとはいえない。たしかに、条約と議会の関係については、井上毅の意見を斥けてロesslerの意見を採用したとすることができる。また、夏島草案第17条の条文全体も、ロessler草案と類似している。

しかし、夏島草案第17条の条約の公布式に関する規定は、かならずしも

ロesslerの意見をそのまま採用したものとはいいがたい。夏島草案第17条の該当箇所は、「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」である。ロessler草案の該当箇所は、「此条約ハ正当ノ公布ニ依リ臣民ニ対シ効力ヲ有ス」である。一見したところ、たいした相違はないようにみえるが、ロessler草案では公布が国民に対して拘束力をもつ要件であることが明示されている。

実際、ロesslerは、夏島草案第17条には満足していなかった。公布という手続きを媒介にすることなく条約がただちに国民を拘束することはできないことを憲法典に明定することにロesslerがこだわっていたことは、これ以降の彼の意見をみればわかる。

ロesslerは、夏島草案に対する「憲法草案修正意見」において、夏島草案第17条に対して注文をつけている。すなわち、

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。何トナレバ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バナリ。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ベシ。³³⁾

とあるように、法律と同じ公布式により公布するという条文に修正するべきである、と主張した。

ロesslerとしては、単なる「正当ノ式ニ依」る公布だけでは不十分であり、国民を拘束する内容の条約は法律と同じ性質と効力を有するものとして公布することを憲法典において規定することが必要であると考えたわけである。

ロesslerが条約の公布式に関する規定を憲法典の条文に明定することにこだわっていたのに対して、井上毅はさほどこの規定には積極的ではな

かった。井上が1882年起草した「憲法草案」第20条には、「式ニ依リ公布スベシ」とあるように、条約の公布式に関する規定は存在したものの、甲案と乙案にはかような規定はなかった。第一試案である「初稿」にもなかった。

井上の場合、条約の公布式を規定することにさほど強い関心があったとはいいがたい。少なくとも、ロesslerほどにはこの規定に執着していたわけではなさそうである。たしかに、夏島草案に対する井上の「逐条意見」には、条約の公布について説いてはいる。井上は、夏島草案成立直後の1887年8月末に夏島草案に対して修正を求める「逐条意見」を提出した。当然、特定の種類の条約は議会の承認を経なければ効力をもたないという規定を採用しなかった第17条に対しても、批判をしている。この「逐条意見」において、井上は、二つの主張をしている。一つは、国民の義務にかかわる条約を国会の承認を経ずに公布するというのは、各国憲法に例がなく、世論の反対を受けるといふものである。いま一つは、国民の義務にかかわらない条約だからといって公布しないのは、国民を隔絶することになるといふものである。なお、条約は法律と同一の効力を有する、とも論じている。³⁴⁾

しかし、この意見ですら、条約の公布の必要を説きながら、条約の公布式に関する規定を憲法典に明記するべきであるとまでは主張していない。夏島草案に対する「逐条意見」で井上が記しているのは、中途半端な公布式に関する規定を憲法典に明記することに対する批判であった。夏島草案第17条に対する井上の意見の主眼は、あくまで国民の権利義務にかかわる条約は議会の承認を経るべきであるという点にあった。

なぜ、ロesslerは、条約の公布式の憲法典への明記にこだわったのか。わざわざ憲法典において条約の公布式を規定する必要はないはずである。また、憲法典に必須の規定ではないはずである。

ロesslerが条約の公布式を憲法典において明定することにこだわったのは、条約に対する議会の関与を否定しつつ条約を国民の権利義務に関する法にするためであった。法律と同様のことを国内に実施するにあたって議会

が関与できない法の形態が存在することを憲法典によって確定し保障するためであった。そのことは、枢密院における憲法草案の審議の直前に書かれたロesslerの「憲法草案意見概要」からうかがい知ることができる。

この意見書では、原案（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」³⁵⁾に対して、次のように述べている。

第十三条 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勵行ノ力ナクハアラサルナリ試ニ各国ノ憲法ヲ繙閱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國議會ノ承認ヲ經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³⁶⁾

この段階になっても、あいかわらず条約に対する議会の承認を否定する一方で、国民に対して法律と同じ効力をもつためには法律と同じ公布が必要であることを憲法典に明記すべきことを主張しており、いかにロesslerが条約の公布式に関する規定にこだわっていたかを確認することができる。しかし、重要なのは、条約はあくまで国家間の権利義務を規定するものであり、法律とは異なるものであることを示していることである。このことは、議会が関与する余地がないことを意味している。議会の協賛を必要とする法律とは異なる以上、立法事項をふくむ条約を以て直接国民を拘束することはできない。それでも、議会の承認を必要としない条約を議会の協賛を必要とする法律と同じく国民に執行することを制度化させるためには、条約の公布式に関する規定を憲法典に明記し有無をいわず通用させる必要があるとロesslerは考えたわけである。

Ⅲ. 井上毅とロesslerの意見の不採択

条約締結権に関する条文に対するヘルマン・ロesslerの考え方は、一貫していた。第一に、条約締結権は天皇に専属し議会は条約の締結にも執行にも関与することを憲法典において規定するべきではない、というものであった。³⁷⁾ 第二に、条約の公布式に関する規定を憲法典に明記するべきである、というものであった。すなわち、国民を拘束する内容の条約の場合、条約が公布によって法律と同じ効力を有することを明定することを主張した。

前者の主張は、大日本帝国憲法第13条に反映された。しかし、後者の主張は、採用されなかった。夏島草案から十月草案を経て二月草案へ至る過程で、条約の公布式の明記というロesslerの主張は、否定されていった。井上毅だけでなくロesslerも、自己の主張を貫徹できなかったことになる。

十月草案では、

第十七条 天皇ハ外国ト条約ヲ訂結ス其条約ハ正式ノ公布ニ依リ臣民
服従ノ義務ヲ有セシム³⁸⁾

とあるように、条約の公布式に関する規定そのものは残されたものの、条約が法律と同じ効力をもつための規定とはいいがたかった。

なぜ伊藤博文らが夏島草案に対するロesslerの修正意見を黙殺するような十月草案にしたのかは、不明である。しかし、伊藤らのかたくなまでの躊躇は、公布という手続きを経るだけで法律と同じ性質と効力を条約にもたせることを憲法典に明記した場合、議会がみずからの権限を主張し介入する余地が生じることを警戒していたことをうかがわせる。特に、条約が既存の法律に抵触した場合、その可能性が生じる。条約と抵触する既存の法律を改正する措置が必要になる可能性があるからである。

このように考えると、憲法典起草者たちは、条約の公布式に関する規定に

ついて苦慮したであろうことは、想像に難くない。³⁹⁾ 結局、十月草案の浄写直後の修正によって、条約の公布式に関する規定そのものが削除された。

稲田正次の研究によると、十月草案を浄写した直後にいくつかの条文に対して修正がなされた。⁴⁰⁾ 条約締結権に関する条文も、その一つである。夏島草案と十月草案においては、宣戦・講和権と条約締結権は、別々の条において規定されていた。夏島草案では、第 16 条が天皇の宣戦・講和権を、第 17 条が天皇の条約締結権を規定している。十月草案も、同様である。

この宣戦・講和権と条約締結権を別々の条文で規定するという点についても、ロesslerの見解は十月草案まで反映されていたといえる。井上毅の甲案では、上諭において宣戦・講和と条約締結が天皇大権であることが示されていた。乙案では、第 4 条において宣戦と条約締結が天皇の権限であることが規定されていた。それに対し、ロessler草案では、第 10 条で宣戦・講和が天皇の権限であることが規定され、第 11 条で条約締結が天皇の権限であることが規定されていた。

それが十月草案浄写直後の修正によって、

第十六条 天皇ハ交戦ヲ宣告シ和親并条約ヲ締結ス⁴¹⁾

と、一つの条文にまとめられた。同時に、条約が臣民に対して効力をもつための条件としての公布に関する規定が削除された。ロesslerがもっともこだわっていた規定が削除されたわけである。

宣戦・講和権と条約締結権の二ヶ条を統合し条約の公布式に関する規定を削除した修正第 16 条は、二月草案と三月浄写案を経て、ほぼそのまま枢密院における憲法草案の審議の原案（諮詢案）になった。

夏島草案では別々の条文であった宣戦・講和権と条約締結権に関する条文を一本化してなお且つ条約の公布式に関する規定を削除するように提案したのは、実はほかならぬ井上毅であった。この井上の提案は、夏島草案成立

直後の「逐条意見」においてではなく、十月草案成立直前における夏島草案の修正案（註（39）を参照）に対する意見においてなされた。

夏島草案の修正案に対する意見として、井上は次のように述べている。

第十七条 外国条約云々

此条ハ各国ノ例ニ依ラズシテ特ニ新案ヲ掲ケタルハ殊ニ憲法中有意ノ制作ナルカ如ク、而シテ恐ラクハ前途永遠ノ為ニ内外ニ対シ良好ナル政略ニ非サルヘシ

若シ各国ノ普通ニ依遵スル「国民負担ノ義務ニ係リ及通商ニ係ル条約ヲ議院ニ付スル」ノ要件ヲ避ケントナラハ左ノ修正按ニ依ルモ亦可ナラン

本条ヲ前条ニ併セ「天皇ハ外国ニ対シ交戦ヲ宣告シ条約ヲ締結ス」而シテ正式公布云々ハ畢竟贅文ナルヲ以テ之ヲ削ルヘシ⁴²⁾

若干の字句の相違こそあれ、十月草案浄写直後の修正が井上の意見を伊藤博文らが容れた結果のものであることがわかる。ここにみられる「正式公布云々ハ畢竟贅文ナルヲ以テ之ヲ削ルヘシ」という文言からも、井上が条約の公布式に関する規定の明記にはさほどこだわっていなかったことを知ることができる。

条約締結権を規定する条を宣戦・講和権の条と一本化するということは、対外政策は自国の意向によってはどうにもならないことを強調する条文になる。十月草案における領土・国境規定の削除とあいまって、いよいよ国際関係によって決定される領域が厳然と存在することを強調する条文となった。当然、議会が関与する余地がない領域であることを示す条文になる。

十月草案浄写直後の第17条の修正は、あたかも井上の乙案にもどって乙案第4条だけを残しそれに対する但書のような内容の第24条を削除しただけであるようにみえる。そして、特定の種類の条約が国内において効力をもつためには議会の承認を必要とするという規定を削除するように提案した

のは、一見すると井上の変説のようにみえる。みずからの主張が憲法草案に反映されないなかで伊藤らの意向に沿うような提案をしたようにみえるわけである。⁴³⁾

しかし、井上は、完全に納得してみずからの主張を放擲しこのような提案をしたわけではない。というのは、条約に対する議会の関与を憲法典において制度化することを完全には諦めていなかったふしがあるからである。それが証拠に、夏島草案の修正案に対して再修正を提案して以降、なおもロesslerに対して条約と議会の関係について質疑をおこなっている。質問日は不明だが、ロesslerの答議は11月2日であり、井上の提案が反映された十月草案浄写直後の修正の前後の時期であろう。ロessler草案が条約に対する議会の承認をまったく認めていないことの理由に加えて、条約の公布の意味についても質問をする内容であるが、ロesslerは前者の質問に対しては、「予ハ既ニ詳細ノ意見ヲ述ヘタルコトアレハ」と述べて回答を避けた。⁴⁴⁾

これ以降、井上は、条約によって生じる支出に関する質疑⁴⁵⁾を除いて、条約に対する議会の関与の問題については沈黙するようになった。井上は、十月草案に対する逐条修正意見⁴⁶⁾を提出しているが、そこには宣戦・講和権ならびに条約締結権については何も書かれていない。

それでも、十月草案浄写直後の修正の前後の時期においても条約と議会の関係に無関心ではいられなかったということは、井上としては、自分の意向が容れられない状況のなかで、せめて簡潔な条文にして解釈と運用の余地を残しておくしかなかった、ということの意味している。

井上馨による条約改正交渉に対する批判と反対運動、そして三大事件建白運動へ至る当時の状況下において伊藤博文らがますます条約に対する議会の関与に対して否定的な態度をとったであろうことは、いうまでもない。したがって、十月草案前後における井上毅の行動は、伊藤博文らの意図はともかく、解釈と運用の余地を残す簡潔な条文にしておくという次善の策をとったとしか理解できない行動なのである。

1887年5月30日付のロessler答議には、外交をめぐる政府と議会の関係を今後の情勢にゆだねるべきであると主張しているように理解できる箇所がある。「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」⁴⁷⁾と記されているように、あらかじめ憲法典によって確定すべき問題ではないということである。これが最終的に井上をして議会の条約承認権に関する規定を憲法典に明記することをいったん放棄させた理由の一つとなったのではなかろうか。したがって、大日本帝国憲法第13条は、起草者意思としては条約の締結に議会を関与させないことを意図した条文であっても、議会の関与を全面的に禁止した条文にはなっていないのである。すなわち、解釈と運用の余地を残した規定になっているのである。

以上の経過は、一見したところ、井上毅ならびにロesslerの見解の否定と伊藤博文ら他の憲法典起草者たちの主張の貫徹のようにみえる。大日本帝国憲法の起草過程でいかなる意見の衝突がなされたのかは、具体的には知りようがない。しかし、伊藤らが条約の締結と国内に対する執行のさいに議会を関与させることをあらかじめ明確に制度化することを避けたことやのちに刊行された『憲法義解』の説明から、紆余曲折はあったにせよ一貫した見解のもとに井上とロesslerの意見を斥けていったようにみえるわけである。

もし一貫した見解があったとすれば、それは外交における不確定要素をできるだけ減らすことである。換言すれば、不確定要素となる議会の関与を避けて外交の一元性と迅速性を確保することである。

外交の一元性と迅速性を確保するために議会が関与することを制度化しないという考えは、枢密院における憲法草案審議に提出された原案（諮詢案）第13条の説明や審議のさいの伊藤博文の答弁にも表現された。原案（諮詢案）第13条の説明には、

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渉

ヲ仮ラス此レーハ君主ハ外国ニ対シ国家ヲ代表スルニ由リ主権ノ源流ヲ純一ニセンコトヲ欲シニハ和戦及条約ノ事ハ専ラ時機ニ応シ深く謀リテ速ニ断シ事帷幄ノ中ニ決スルヲ尚フニ由ルナリ〔中略〕本条ノ掲クル所ハ専ラ議會ノ関渉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⁴⁸⁾

と記されている。また、枢密院第一審会議第二読会（1888年6月22日）において、特定の種類の条約は議会に付議する必要はないのかという寺島宗則枢密院副議長や副島種臣枢密顧問官の質問に対して、伊藤博文枢密院議長は君権主義やプロイセン憲法第48条とは異なることを強調して外交はすべて議会の容喙を許すべきではないとの答弁をくり返しおこなった。⁴⁹⁾

しかし、大日本帝国憲法第13条は、本当に一貫した見解のもとに確定されたものであろうか。なぜなら、条約の締結と執行に議会を関与させることを否定しても、その条約が立法事項をふくむ場合に国法体系のなかになかに位置づけるかについて議論をしていた形跡がないからである。特に、条約の条文が既存の法律の条文に抵触した場合、いかなる法的手続きをとるのかについて議論を重ねた痕跡がみられない。大日本帝国憲法第13条だけでは、条約の実施立法と同様に条約と抵触する既存の法律の改正案を議会へ提出するのか否かすらわからないのである。

この点は、大日本帝国憲法第9条とは対照的である。第9条は、

第九条 天皇ハ法律ヲ執行スル為ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令ヲ発シ又ハ発セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス

と、命令が法律を変更できないことが明記されている。そして、枢密院における憲法草案審議の原案（諮詢案）第9条の説明には、

恭テ按スルニ本条ハ法律ト命令トノ區別ヲ示ス者ナリ蓋法律ハ必議會ノ承認ヲ經而シテ命令ハ専ラ天皇ノ裁定ニ出ツ凡ソ臣民ノ為ニ身体財産ノ權利ヲ規定スルハ必法律ニ依ル〔中略〕蓋法律ト命令ト臣民遵守ノ義務ニ於テ異同アルコトナキナリ但シ命令ハ用キテ以テ身体財産ノ權利ヲ制限スルコトナカルヘク（（民ニ依ル））法律ハ以テ命令ヲ變更スルコトヲ得ヘク命令ハ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス（（之ヲ依ル））若両々相矛盾スルノ事アルニ至レハ法律ハ常ニ命令ノ上ニ効力ヲ有スルコトヲ得此レ乃憲法ニ於テ法律ヲ敬重スルノ義ヲ証明スル者ナリ⁵⁰⁾

とあるように、法律は常に命令に対して優位にあることが確認されているのである。しかし、条約を国法体系においていかに位置づけるかについては、不明なままであった。

条約の位置づけを確定できないだけでなく、条約の公布のあり方についてもどこまで確信を有していたかあやしい。というのは、条約の公布式を憲法典に明記するというロエスラーの案を排したものの、憲法典以外の法令によって明確に制度化されていなかったからである。公文式においても規定されることなく、ただ勅令無号として『官報』勅令欄に掲載され公布されるのが慣行となり始めていただけである。⁵¹⁾

してみると、立法事項をふくむ条約（特に、国民の権利義務にかかわる条約）を締結しても、それがいかなる効力を以て国民を拘束するのかについては、いまだ確固たる見解が用意されていなかったということになる。条約は法律や命令とは異なる法であり、公布という手続きを経てはじめて国内における効力が生じるという見解や慣行だけが漠然と存在していたにすぎなかったわけである。

おわりに

条約締結権に関する条文の起草・修正の過程とその帰結は、現象的には井上毅ならびにヘルマン・ロesslerの敗北すなわち伊藤博文らの主張の貫徹のようにみえる。あるいは、議会の権限の広狭をめぐって憲法典起草者間の見解が対立した結果行き着いた妥協の産物のようにみえる。しかし、それはあまりに皮相な見方である、と私は考える。

大日本帝国憲法第13条を起草する過程でみられた意見の対立と帰結が表現しているのは、あらかじめ憲法典に規定できない事項が存在したということである。それは、人々はいかなる法になら拘束され服従するのか、という問題である。特に、国民の権利義務にかかわるものや新たな負担を課するものについて、人々を拘束するにふさわしい法の形態は何か、という問題である。

井上は、拘束の条件として議会の承認を憲法典に明記する必要を説いた。ロesslerは、その条件として法律と同質の効力をもたせるための公布式の規定を明記することを主張した。伊藤らは、それらの規定を憲法典に明記する必要はない、と考えた。

一見、外交の一元性と迅速性の確保を目的に伊藤博文らが明確な意図を有していたかのようである。しかし、伊藤らがどこまで確信をもっていたのかは、あやしい。条約の国法体系における位置づけについて何も説明していないからである。第9条に命令は法律を破ることができないという規定がある一方で、条約締結については君主主義を強調するばかりで条約の位置づけについては何も語らない。公布式についても、憲法典に規定しないどころか、公文式においてすら規定しないままであった。

憲法典起草者おのおのの主観はどうあれ、大日本帝国憲法第13条の成立過程は、議会がまだ開設されていない時点においてはあらかじめ明確に規定しようがない事項があることを表現していたのである。議会が外交に対し

てどれだけの見識を有するかは不明である。外交問題を国内政治に利用するかもしれない。国益についてどれだけの合意を調達できるかも不明である。場合によっては、憲法典によって権限を付与された国家機関である議会（正確にいうと各議院）の反対を根拠にして国家間の関係のなかで決定された条約の内容に抵抗する必要が生じるかもしれない。それが可能であるためには、議会がともすれば不十分な情報にもとづいて政府の外交を批判しがちな情緒的で無責任な一般の世論に左右されないことが条件となる。そして、条約の締結と執行について諸外国を納得させるにたる憲法解釈と憲法慣行を早期に確立する必要がある。それらは未知数なのである。

大日本帝国憲法第13条は、条約に対する議会の関与の余地を完全に禁止したわけではない。ただ宣戦・講和権とならんで条約締結権が天皇大権の一つであることを規定しているだけである。換言すれば、第13条は、条約の締結は議会の権限が及ばない領域であることを示しているにすぎない。

国家間の法の定立は、条約の締結によってなされる。しかし、条約を国内に執行するにあたって、議会の承認を要するか否かは未定である。特に、臣民の権利義務を条約によって規定してもよいのか否かについては、確信をもてなかったはずである。たしかに、伊藤は、外交に対する議会の関与を否定した。しかし、第13条に明記されていないかぎりにおいては、帝国議会の条約に対する関与は禁止されてはいないということになる。条約の国内的効力発生の条件として帝国議会が関与できるか否かについては、第13条は規定していない。場合によっては、自動執行性をもたないゆえ法律による条約内容の具体化が必要な条約の実施立法や条約において特定の立法をおこなうことを約束したときだけでなく、条約と同じ内容の法律案を議会に提出して協賛を求めるという立法措置をとることも禁止されていない。特に、既存の法律に抵触する条約を締結した場合には、その必要が生じる可能性がある。これらのことは、未定であり制度化されなかったということである。⁵²⁾

あとは、慣行の蓄積しだいである。憲法典の条文のみを重視し運用する憲

法典至上主義とでも呼びえる見地——この場合も、第13条のみを金科玉条にするのか、憲法典全体から解釈を導き出すのか、見解がわかれるであろう——により運用していくのか、あるいは立憲主義の内容を日本の外部から調達して運用するのか、政治と外交の現実によだねられるしかなかったのである。

憲法典が権力の組織や行使の手続きについて何でも詳細に規定するものであるというのは、幻想である。大日本帝国憲法起草過程は、憲法典においてあらかじめ明確に規定できない事項を発見し削除する過程であった。条約締結権を規定した第13条は、その典型的な条文である。

註

- 1) 美濃部達吉「国際条約ニ関スル議會ノ権限」(『法学協會雑誌』第34巻第12号、1916年)14～18頁。
- 2) 各条文の翻訳は、次のとおりである。

プロイセン憲法

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

高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』第5版(信山社、2007年)66頁。

ベルギー憲法

第68条 国王は、陸海軍を統帥し、戦を宣し、講和条約、同盟条約及び通商条約を締結する。国王は、これらの行為について、国家の利益及び安全に支障ない限り、直ちに、適当な説明書を添えて、両議院に通告するを要する。

通商条約及び国家に債務を負わしめ、又はベルギー国民を個人的に拘束するおそれのある条約は、両議院の同意を得た後でなければ、その効力を生じない。

領土の割譲、交換又は編入は、法律にもとづかなければ、これを行うことができない。いかなる場合にも、条約の秘密条款は、公示の条款に違反することができない。

清宮四郎訳『ベルギー国憲法』(憲法正文シリーズ(3)、有斐閣、1955年)27頁

イタリア憲法

第5条 行政権は、国王に属す。国王は、国家の元首とする。国王は、陸海軍を統帥し、戦争を宣言し、講和条約、同盟条約、通商条約その他の条約を締結する。

ただし、国家の利益と安全が、これを許すときは、すみやかに、適当な説明を付して、これらの条約を、両議院に通告するものとする。財政上の負担または領土の変更を伴う条約は、両議院の承認を経るまでは、その効力を生じない。

S. ボルゲーゼ『イタリア憲法入門』（岡部史郎訳、有斐閣、1969年）177頁。

- 3) 伊藤博文『憲法義解』（宮沢俊義校註、岩波文庫、1940年）40頁。
- 4) 稲田正次『明治憲法成立史』上巻・下巻（有斐閣、1960年～1962年）。
- 5) なお、特定の問題に対する考察を試みた研究もある。たとえば、会計の章に焦点をしばった坂井雄吉の研究がある。また、内閣制度ならびに内閣に関する憲法草案の規定と政治情勢の関係を分析した坂本一登や川口暁弘の研究がある。坂井雄吉『井上毅と明治国家』（東京大学出版会、1983年）第三論文（初出は、『国家学会雑誌』第90巻第9・10号、1977年）。坂本一登『伊藤博文と明治国家形成——「宮中」の制度化と立憲制の導入——』（吉川弘文館、1991年）。川口暁弘『明治憲法欽定史』（北海道大学出版会、2007年）。憲法典起草過程における議会の予算議定過程と内閣に関する規定ならびに内閣制度のあり方を考察することを通じて日本の立憲制度の特徴を抽出しようとした近年のものとして、坂本一登「明治憲法体制の成立」（岩波講座『日本歴史』第16巻 近現代2、岩波書店、2014年）がある。
- 6) 檜山幸夫「明治憲法体制と天皇大権——宣戦講和権と戦時認定権——」（一）（『中京法学』第24巻第3・4合併号、1990年）。
- 7) 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）第I部第1章2。
- 8) たとえば、高野雄一『憲法と条約』（東京大学出版会、1960年）第4章第2節1。林修三「条約の国内法上の効力について」（『法学教室』No.7、1963年）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。山本草二「国際法の国内的妥当性をめぐる論理と法制度化——日本の国際法学の対応過程——」（『国際法外交雑誌』第96巻第4・5合併号、1997年）。小林友彦「[国際法と国内法の関係]を論じる意義——日本の学説の展開過程に照らして——」（『社会科学研究』第54巻第5号、2003年）。この他、外務省調書に依拠して戦前における条約に関する実行の先例を紹介したものとして、中村道「条約に関する戦前の日本の実行——『国際法先例彙輯』を素材として——」（『神戸法学雑誌』第54巻第2号、2004年）がある。
- 9) 「甲案試草正文」（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。
- 10) 同前、63頁。
- 11) 「乙案試草」（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。ちなみに、条文につづく「(参照) 各国ニ於テ宣戦講和ノ權ヲ掲クル者左ノ如シ」との文言から、この条文の規定は宣戦権のみならず講和権を

もふくんでいることがうかがわれる。

- 12) 同前、197 頁。
- 13) 「君主特権ヲ憲法ニ列叙スル当否ノ問」(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。同じものは、『秘書類纂』所収の甲案に付されている。「甲案試草 附ロエスレル、モスセ両氏答議」(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第 75 卷 秘書類纂憲法四、ゆまに書房、2012 年) 37 頁。
- 14) 井上毅「憲法草案」(1882 年 4・5 月)(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) 462 頁。この草案は、岩倉具視のために憲法の綱領を起草した井上毅が条文化した私案であり、岩倉と憲法調査のため滞欧中の伊藤博文へ提出されたものである。稲田正次『明治憲法成立史』上巻(有斐閣、1960 年) 第 12 章第 3 節を参照。
- 15) 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) 174 頁・180 頁・220 頁。
- 16) 同前、188 頁。
- 17) 同前、193 頁。
- 18) 同前、282 頁。
- 19) 同前、403 頁。
- 20) 「日本帝国憲法草案」(伊藤博文文書研究会監修『伊藤博文文書』第 79 卷 秘書類纂 憲法八、ゆまに書房、2013 年) 14 頁。ここでは、諸種存在するロエスラー草案の邦訳のなかで確定邦訳とされる『秘書類纂』所収のものを示した。稲田正次『明治憲法成立史』下巻(有斐閣、1962 年) 105 頁を参照。ただし、第 11 条については、『秘書類纂』所収の邦訳と『梧陰文庫』の邦訳すなわち「日本帝国憲法草案」(ロエスラー案邦訳草稿)(『梧陰文庫』A-62、マイクロフィルム版 R2) は、同文である。「ロエスラー氏起案日本帝国憲法草案」明治 20 年 4 月(『伊東巳代治関係文書』書類の部 2、国立国会図書館憲政資料室所蔵) も、しかりである。ロエスラー草案のドイツ語原文とその邦訳成立経緯については、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 卷第 1 号、1969 年) を参照。のちに小嶋和司『明治典憲体制の成立』(小嶋和司憲法論集一、木鐸社、1988 年) に収録。
- 21) ただし、この「効力」という訳語には、問題がある。この訳文を以てただちに国内的効力もしくは国内法的効力を指していたか否かについては、躊躇を禁じえない。なぜなら、ロエスラー草案のドイツ語原文とその邦訳成立経緯を検討した小嶋和司によると、ロエスラー草案には不適切な訳文があることがすでに指摘されているからである。小嶋によると、第 11 条もその例であり、「拘束力」が訳語として適切であるとのことである。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。
- 22) 「外国条約ヲ議院ニ通報スルノ問」(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。稲田正次『明治憲法成立史』下巻(有斐閣、1962年) 65～66頁によると甲案を伊藤博文に提出したのは1887年5月23日であるから、井上毅はその翌日に質疑をしたことになる。
- 23) 「欠題(夏島憲法草案)」(『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)。
 - 24) ただし、伊藤博文による甲案の修正過程においては、天皇の条約締結権と国境を変更する条約・財政的負担をとまなう条約・国民の公権を制限する条約は議会の承認を経なければ効力が生じないことを規定した甲案第21条の修正案として、領土について規定した甲案第4条の末尾に加えることを検討している形跡がある。「甲案試草正文」(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) 63頁。
 - 25) 議会に相応の権限を付与するべきであるという井上毅の意見については、稲田正次『明治憲法成立史』下巻(有斐閣、1962年) 229頁ならびに坂井雄吉『井上毅と明治国家』(東京大学出版会、1983年) 169～171頁を参照。
 - 26) 「初稿」(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。
 - 27) 同前、265～266頁。
 - 28) 井上毅がヨーロッパ国際社会における国家平等原理だけではなく国際政治や国際法の権力政治的な側面を把握したうえで対外問題に対処しようとしたことについては、長谷川直子「西欧国際体系の受容と井上毅」(梧陰文庫研究会編『井上毅とその周辺』木鐸社、2000年)を参照。
 - 29) 井上毅「逐条意見」明治20年8月(『伊東巳代治関係文書』書類の部6、国立国会図書館憲政資料室所蔵)。
 - 30) 「外国条約ノ件」(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) 61頁。
 - 31) 「外国条約ヲ議院ニ通報スルノ問」(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) 159頁。領土・国境規定の削除も、国際関係に左右されることを当然の前提としてロesslerは夏島草案に対する「憲法草案修正意見」において進言していた。ロessler「日本憲法修正案ニ関スル意見」(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) 15～16頁。その結果、十月草案において削除された。ロesslerが夏島草案第3条第2項の「国疆ノ変更ハ専ラ法律ニ依ル」を不要の条文とした理由には、国境の変更は列国との交渉や宣戦・講和(戦争)によってなされるものであり、議会の権限に属するものではないことが挙げられていた。すなわち、議会ができないことを指摘するとともに、一国の政治の埒外にあるものであることを明確化したのである。大日本帝国憲法起草過程における領土規定ならびにその削除が有する意義については、奥村弘「大日

本帝国憲法の基本原理について——憲法義解を中心に——」（『日本史研究』550、2008年）が重要且つ興味深い考察をしている。

- 32) 「外国条約ノ件」（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）62頁。
- 33) ロエスレル「日本憲法修正案ニ関スル意見」（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。
- 34) 井上毅「逐条意見」明治20年8月（『伊東巳代治関係文書』書類の部6、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
- 35) 「帝国憲法枢密院諮詢原案・説明」明治21年（『三条家文書』書類の部37-2、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
- 36) ヘルマン・ロエスレル述、伊東巳代治訳「憲法草案意見概要」明治21年6月（『伊東巳代治関係文書』書類の部16、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。この意見書については、稲田正次『明治憲法成立史』下巻（有斐閣、1962年）568頁を参照。
- 37) ただし、ロesslerの考えにおいて条約の実施立法のさいには議会の協賛を要するか否かについては、不明である。また、条約と法律が抵触した場合の措置についても、この時期には明言していない。ちなみに、後年井上毅の質疑に応じて答議したさいには、条約は自動的に既存の法律を変更できないと答議している。「ロエスレル氏国際法ト国法トノ関係ニ関スル答議」1891年6月3日（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第七、國學院大學、1984年）273頁～274頁。
- 38) 「夏島草案（一〇月草案）」明治20年10月（『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）。
- 39) 条約の公布式に関する規定をどうするかについて伊藤博文らが苦心していた痕跡を認めることができる。ここで改めて夏島草案の条文を示すと、

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當ノ式ニ依リ之ヲ公布スヘシ

 というものであった。この夏島草案第17条に対する修正試案は、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當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」を削除し、「服従ノ義務」に改められている。これが十月草案第17条となったわけであるが、憲法典起草者たちにとって相当悩ましい規定だったことがうかがわれる。なお、欄外には、「普国憲法第四十八条ノ明条ヲ參酌シタルニ因ルト雖モ我邦ニ於テ」と書きかけの書き込みがある。プロイセン憲法第48条を意識しつつも異なる規定にあえてしていることがわかる。「欠題（夏島憲法草案）」明治20年8月完成10月修正（『伊東巳代治関係文書』書類の部8、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。
- 40) 稲田正次『明治憲法成立史』下巻（有斐閣、1962年）285～286頁。

- 41) 「夏島草案（一〇月草案）」明治20年10月（『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）。
- 42) 井上毅「憲法逐条意見」（第一）1887年（井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第一、國學院大學図書館、1966年）573頁。この逐条意見は、井上毅「逐条意見」明治20年8月（『伊東巳代治関係文書』書類の部6、国立国会図書館憲政資料室所蔵）とは異なるものである。後者は、夏島草案成立直後の「逐条意見」である。稲田正次『明治憲法成立史』下巻（有斐閣、1962年）は、その後に刊行された『井上毅伝』中の「憲法逐条意見」については、補註3～4頁で説明している。しかし、夏島草案第17条の修正案に対する井上毅の意見については、検討を加えていない。
- 43) ちなみに、1887年9月28日の伊藤博文首相の地方長官に対する訓示を起草したのも、井上であった。伊藤は、この訓示において、宣戦・講和権と条約締結権を人民にゆだねることを否定した。「地方長官へ訓示 附草稿」（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）220～221頁。この訓示を起草したのが井上毅であることについては、稲田正次『明治憲法成立史』下巻（有斐閣、1962年）490頁を参照。
- 44) 「外国条約ノ件」（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）61～62頁。
- 45) 「条約ニ依テ生スル義務ノ金額ハ、国債ト同ク法律上国民ノ義務トナリ、議院ノ議ヲ容レザルヘキ乎ノ問」（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）121～127頁。「条約ニ依テ生スル義務ヲ補給スル為ニ議會ハ租稅ヲ拒ムノ權ナシト云コトヲ得ル乎ノ問」（『近代日本法制史料集』第三）128～133頁。
- 46) 「夏島草案（一〇月草案）」明治20年10月（『伊東巳代治関係文書』書類の部9）の各条に付されている朱書の修正意見がそれである。稲田正次『明治憲法成立史』下巻（有斐閣、1962年）321頁を参照。
- 47) 「外国条約ヲ議院ニ通報スルノ問」（國學院大學日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第二、國學院大學、1980年）158頁。
- 48) 「帝国憲法枢密院諮詢原案・説明」明治21年（『三条家文書』書類の部37-2、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。原案（諮詢案）第13条の説明は、いわゆる浄写三月案第13条の説明と一部の字句を除いてほぼ同じである。「大日本帝国憲法（浄写三月案）」明治21年3月（『伊藤博文関係文書』書類の部233、国立国会図書館憲政資料室所蔵）。両者の関係については、稲田正次『明治憲法成立史』下巻（有斐閣、1962年）348頁を参照。
- 49) 『枢密院會議事録』第一巻 明治二十一年 [上]（東京大学出版会、1984年）204～213頁。
- 50) 「帝国憲法枢密院諮詢原案・説明」明治21年（『三条家文書』書類の部37-2、国立国

会図書館憲政資料室所蔵)。原案(諮詢案)第9条の説明も、第13条の説明と同様に、一部の字句を除いて浄写三月案第9条の説明とほぼ同じである。

- 51) 明治19年勅令第1号公文式(1886年2月26日)においては、条約の公布式は規定されていなかった。当時の慣行では条約は勅令無号として公布されていた。それ以前は、太政官布告・太政官布達として公示されていた。条約を勅令無号として公布した最初の例は、私が確認したかぎりでは明治19年勅令無号メートル条約加入(『官報』第837号、1886年4月20日、189～193頁)であるが、誤りがあるかもしれない。法令の公布については、大石眞「公布再考」(『國學院法学』第17巻第3号、1979年)がある。また、公文式については、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)が詳細な分析をしている。しかし、史料的な制約のためであろうか、いずれの論考によっても条約の公布についてはよくわからない。
- 52) なお、大日本帝国憲法で保障された建議(第40条)・上奏(第49条)という手段によって帝国議会在間接的に政府の外交を掣肘することは、まったく不可能ではないが、現実には政府による条約の締結に有効な影響力を行使する手段となりえるか否かは、疑問である。三沢潤生・二宮三郎「帝国議会と政党」(細谷千博ほか編『日米関係史 開戦に至る十年 1931-41年』3 議会・政党と民間団体、東京大学出版会、1971年)4～5頁。

