

129 第五回東京法学院討論会の光景

〔『法学新報』第一一〇号 明治三十三年五月二十日〕

○第五回東京法学院討論会之光景

去月二十九日午後一時より第三教場に於て開かる問題は立作太郎氏に乞ふて發表したるものにて「当時国の一方か国際条約を實施するに付き憲法上法律を必要とする場合に於て議会の協賛を得ざる為め該法律が成立せざるときは他方は之に對して国際法上条約履行の責に任せしむることを得るや」と云ふ我國の學者中之を論定したる者甚だ鮮く却て国法學者の國際上の観点より之を研究したるものを見る立先生提出の際僕等に謂へけらく

国法学者の説明は国際法の区域を侵蝕せるものなりと是より先き先生は国際法の講義に於て此の問題に論及して積極的に断案を下せり但し其の理由に付ては詳言する所なかりき故に当日満場何となく積極論の方勢力を得たるか如く討論者には下森久吉、山口倭馬、竹村多傳重、小畑哲五郎、錦木研、村田次之吉、山本官市及び院友岡崎熊三郎、小山哲四郎など云へる一騎当千の将士我も我もと論拠を堅め消極論者には中西彦太郎、西野守藏、布施嘉吉、中野祐、中村重藏、院友鈴木喜太郎等矢面に立ちて踏み止まり隙間もあらは敵の城壘を打崩さんとあせりけり左れと消極論者には後詰の兵も続かされば頼み少なく見えにける僕は予てより此形勢を知りたれとも消極説を信して疑はざる者なれば又た一場の贅弁を弄して之れが殿りを為したれとも到底我軍勢を挽回する能はさりき尚ほ当日戸水会長来会せらる、等なりしか急用に迫られ又た花井、石山、卜部の諸先輩も大阪弁護士協会大会に赴かれし為め出席なかりしも近日独逸より帰朝したる中村進午先生は午後二時頃来会せられ出題者立先生も同四時過ぐる頃来会せられ討論終結の後立先生の説明ありて同六時散会せり立先生の説明を筆記したれば左に掲ぐ演説体を其儘にせるは当時の景況に髣髴たらしめんか為めなり読者請ふ僕の微衷を察せよ（大塚生記）

私は此の問題の提出者として一言茲に弁せなければならぬ責任ある者でありますか無論是れまで登壇せられた諸君は雄弁を鼓せられて詳しく論せられたること、存しますから今更私か贅言を添える必要はありますまいか併し之を出題致しました其の責

任の点より一言申上げて置きたいと思ふのです、所か私は過日来少々咽喉を痛めて居りまして講義の方も休んで居る位であるから長くシヤベルことは許さぬ又た大声を出すことも出来ませぬドウカ此の位な声で御免を蒙りたい、全体此の問題に付て私は外に主論者となつて呉れる者かあつたなら一方の主論者として意見を主張するか又たは学者の説を紹介するつもりでありました然るに不幸にして種々心配せられたに拘らず中村君は非常に多忙だそうでありまして強えて願ふと云ふことも御迷惑な事でありまして且つ承れば私と同様の意見——無論理由は違ふ所もありまして一方の論を主張することが少しく都合が悪い様になりまして致し方なく両極論者を説明せねばならぬ事になりました尚ほ其の説明に入る前に御辞わり申して置かぬはならんのは私は出題者として早くから来て諸君の御高説を承はるへき筈でありましたに已むを得ざる処より不時の取調べを頼まれました三時には来られる筈だつたのが殆んど一時間遅れまして諸君の御議論の大部分を伺ひ漏らしましたのは遺憾なのであります

大塚君と山本君の御説を拝聴しましたが其説に付て考へれば何れも劣らぬ論拠がある様でありまして敬服する点もありました殊に私は積極論を採る者でありますから反対論者の驍將の大塚君の説に付ては傾聴して居りました先生は（満堂微笑）先づ第一に国際法上の問題なることを言はれました其の通りです国法学者が之を論じて居るのは実に不思議だと言はれたのは私も同感なのであります、それから履行の責に任せしむることを得

るやと云ふ点に付て当然損害賠償の問題に非らずと解釈せられたが之れは少し謂て置かねばならぬ事があるので即ち此の問題は国際法上の問題である国際法上責任あるや否やを聞くので之を責任あると致しました所が国法上は或は其の責任を尽すの道なきこともあるかも知れぬ、けれども国法上此の道かないからと云つて決して国際法上責任の有無を動かすものではない之に付ては詳しく積極消極両方の論拠を紹介する時に述へること、と致しまして尚ほ大塚君は数千年來の沿革を引いて（大笑）大に説かれたか其の議論の要点は実に条件説でありまして即ち此の問題の如き場合には条件が成就せぬ議会の協賛を経て法律が出来ること云ふことが条約より生ずる義務の条件となつて居る然るに此の条件が成就せぬ故義務がないとコウ云ふのでありまして私の狭き学識に依りて知る範圍に於ては消極論としては此の外に考え及ばぬのであります或は此の外にも理屈を付けて述べられた方もありますか其れは存じませんが先づ消極説を採用するにば之れが唯一の論拠である大塚君も此の説を採るので、併し何故に条件が附て居ると云ふのであるか私は不幸にして此の点に關する大塚君の論旨を聞漏らしました条件説を主張するには何故に条件とするかを説明せなければなりません、山本君が条件説の本拠に切り込んで此の問題は畢竟意思解釈問題である故に当事国双方たる者が条件附義務を負はんと意思なりしことを証明せねば消極論は立つまいと云はれたのは至極同感で若し此の証明が出来なければ自ら壊れるかと思ふ

る積りであります色々学者の名前などは略しましてラバンドは曰く、エリネツクは曰くと云ふ様な事なしに述べましよう固より同じ論者の中でも理由とする所は千差万別でありますけれども要するに大同小異である小異はありますが大同である故に私は両論者の論拠に就て模範的議論を立て、見様と思ふのであります而して其の可否の判断に付ては諸君に一任致します

先づ消極論者の方の強い論拠を言ひましよう大塚君が説かれた文では幾らか足らぬ所がある一寸爰に注意して置きますのは私が消極論の方を前きに紹介するのは少し理由があることで消極論者に証明の責任即ち何故当事国の意思が条件附義務を生ずるにありしやを証明するの責任あるからである凡そ条約解釈の問題に付ては其の条約の文面通りに解釈しなければならぬのであります今此の問題に付て考えて見ますれば文面通りにては其の義務を確定的に負はせるものに違ひない然るに条件説は別に何とも書いてなくとも其の条約を実行するに付て法律を必要とする場合には議会の協賛を経て法律を作ることが条件であるとコウ云ふのであるから条約の解釈に關する一般原則の例外を主張するものと謂はねばならぬ而して例外を主張するには先づ自ら証明の責任を負はなければならぬのは言を俟たので従て此の消極論の方から御話しをする必要がある

消極論の論拠とする所は二つ考へることが出来るので第一は強い論拠であります、それは凡そ憲法に於て条約の実施には議会の協賛を経て法律を作ることと必要とする場合にマダ議会の協賛を経ざる前に當て確定的、の單純なる、即ち条件附に非ざる

義務を負ふと云ふことは其の国の憲法の許さる所である或は
一步進めて憲法違反であると言ふ人もあるが是れは言ひ過ぎで
あらうと思はれるが少くとも憲法上不能である斯る憲法のある
場合に其の国家が議会の協賛を必せずして確定的義務を負ふは
不能の事に属すると云ふのが極めて重きを置かれて居るのであ
ります

今一方の議論の立つ点即ち第二の論拠は国際法上条約を締結す
るに当り一方の国家は他方の意思外表に関する機関の権限及び
其の権限に対する制限を知る義務あると云ふ元來国際法上の意
思外表に関して国法の規定で其の権限を定め若くは其権限の制
限を定むる場合は之を三つに分つことを得るのであります

第一、意思外表に関する権限を定むる所の国法上の法規即ち何
人が外部に対して国際法上の意思外表を為すことを得るやを
定むるの規定

第二、意思外表に対する制限を定むる所の国法上の規定例へば
条約の批准に関して帝国議会の協賛を経なければならぬとす
るが如きもので国際法上意思外表をする者は元首の外にない
唯た元首が此の意思外表をするに付て国法上先づ帝国議会の
協賛を経べしと云ふ様な規定がある之れはホンの内部の制限
であります

第三、意思外表に制限を加ふるに非ずして国際法上意思外表を
為したる結果として権利義務を生ずる其の権利義務を実施す
るに付て国法上制限を付したる場合即ち例へば条約の締結に
は何等の制限がなく別に手続を要せぬけれども併し其の条約

を実施する、条約上の義務履行には議会の協賛を経ることを
必要とする之れは意思外表其者に対する制限ではなくして其
の意思外表の結果に対する制限であります此の區別は大塚君
もせられた様に聞取りました

右三種の場合の中で第三の場合が本問題に関係するので斯る国
法上の制限ある国家と契約を締結するには其の制限のあること
を知らなければならんと論ずるのであります

此の二個の立脚点に依りて消極論即ち言ひ換ゆれば条件説のか
らだが出来上るのである今此の国家の一方を名けて甲国と致し
まして其の甲国の国法に於て条約を実施するに付て議会の協賛
を必要とする、法律を必要すると云ふ場合では第一の論拠と
して此の甲国が未だ議会の協賛を経ない前に確定的の義務を負
ふことは其の憲法上不能である一国の機関たる者は不能なる事
をする意思あるものと推定することを得ない故に甲国は決して
此の不能なる事をする意思がない確定的の義務を負ふ意思がな
いものと推定しなければならぬ結局条件附の義務を負ふ意思あ
るに過ぎないと言ふ更に乙国の方より觀察して第二の論拠を楯
とし乙国たる者は甲国の国法を知らなければならぬ義務がある
従て甲国の憲法で条約を実施するに付て制限を附して居ること
を乙国の方では知るものと看做すべきものである乙国は之を知
るが上に平時關係に於ては一国は他の国家をして其の憲法に違
反し若くは憲法上不能の事を為さしむることを欲せざる意思あ
るものと推定する、尚ほ又た第一の立脚点に立戻りて甲国は斯
の如き憲法を有する場合に於て条約批准に依り確定的の義務を

負ふは憲法上不能とする所である故に相手方なる乙国も之を強ゆる意思なきものと推定しなければならぬ即ち乙国は甲国に確定的の義務を負はして憲法上不能の行為を為さしむるを欲せざるものと看做すべきものである結局条件附の義務を負はせる意思あるに過ぎないと云ふ之を要するに甲国は条件附の義務を負ふの意思あり乙国にも亦た条件附の義務を負はせんとの意思あり双方条件附の考えがありしものなるを以て縦令其の条約文面上明言がなくとも条件附の権利義務を生ぜしめたものと云はねばならんと云ふのが条件説の大体でありまして唯今私の述べたのは恐らく条件説の最も完全なる形に於けるものであると信じます此の条件附条約であると云ふ論拠が立つとすれば此の問題は消極に決するのは言を俟たん話しでありますからそれは略します

次に積極論者の説明に移りますが積極論者は先刻も申しました通り双方の意思を証明するの責任がないのでありまして普通の討論会に於きましては積極論者が先づ証明を為す所の責任を荷ふのでありますけれども此の問題では違ふのでありまして、それは畢竟条約の解釈の原則より来るのであります……デ一休私が此の問題を扱ひましたのは抑も趣意のある事で一つには国際法と国法との関係を研究するに付て太甚だ便宜であるからである今一つの理由は余り此の問題に付て論じたものが国際法の本にないからで、国際法の書物にあることは大概一定して居つて議論の余地かないものが多い又否らざる部分に付ては種々外国の本を引きズリ出して調べなければならん事が大変面倒であり

まするから困る、此の問題はソウ云ふことはない殊に諸君は国法学の講義などで之に関する講義を聴かれたことがあるだろうと思ひます兎に角主として国法と国際法との関係が注意出来るソコで積極論者か国法と国際法との関係に付て説を立て、曰ふのですが先づ其の立脚点として国法と国際法は別ものである抑も国法は一個の国家の意思で出来るもので其の国家の成立や又た機関の権限やなどを規定する即ち国家と人民との関係、公法上の団体と人民との関係を定むる独乙の「スターツ、レヒト」……公法上の意味を有する然るに国際法は其の基因に於ても其の主体に於ても全く国法とは異なりまして国際団体の各国家の意思が相一致して始めて出来る国法か単独の国家の意思で成立するとは大に趣きを異にするのでありまして又た国際法の主体は交戦主体なることもあります但其の重なるものは国家である国法の如く人民が主体であると云ふことはない此の如く国際法と国法とは其の基因に於ても主体に於きまして相違がありましてソウして此の根本的の差異からして生ずる結果と致しましては第一に条約に付て国法上の成立と国際法に於ける効力発生とは異なると云はざるを得ない即ち条約の国法上の効力は一國の法規に依りて定まるものであるけれども国際法上の効力は各条約であつても国法上履行の道がないこともない訳に行かぬのであります

それから又た第二の結果として国際法の規定と国法とが調和を得ないのは怪むに足らないとコウ云ふことで、此点に付ては大

塚君も謂はれましたが之を調和しようとするのが消極論の起る動機とも云ふべきものであり升若し之を調和しない時には非常に悪い結果を生ずると云ふのか条件説……ウー又た協賛義務説の出て来る本である、で条件説になると国法に重きを置いて若し議会の協賛を条件としたのであるとしなければ困るではないかと云ふ、此の条件説の出る原動力に向つて先生（満堂復た微笑）が着眼せられたが今言ふ通り此の調和と云ふことが条件説に付ても協賛義務説に付ても動機となつて居るのでありまして協賛義務説の方は反対に国法上の効力を軽く見て居るのでモウ条約で約した事は違反することが出来ないから、それで国内法上縦令明文がなくとも議会の方で眼を眠つて協賛をせなければならぬと云ふ風に国際法の方を立て、国法を動かさんとする傾きがある要するに此の二説は反対ではあるけれども其の根本は調和にあるだらうと思はれる唯だ協賛義務説の方は純粹の国法上の議論であるから之れは申上げませぬ、成程国法と国際法とは別ものだと云ひながら法規……「レヒト」と云ふ事は統一して食ひ合はなければいかんと云ふことは当然出て来る考えで殊に国際法と国内法とを共同の原則で以て説明せんとすることは極めて宜しい事で又た吾々も望む所である乍併国際法は国法とは特別の發達をして居る大塚君も論ぜられた様に二つのものが食ひ合はぬと云ふことは歴史の結果仕方がない、之れを食ひ合はせるには一方に於ては国法の変化、發達を要するし又た一方には国際法の方も變化發達して行つて両方より相近よつて遂に完全になるを俟たなければならぬ、之れは実に容易なもの

でない故に現今の状態に於ては国際法と国法との衝突は奈何ともす可らずと云ふに帰するのであります、尤も現今に於ても此の問題に付ては必らずしも調和の道がない訳ではない条件説の様な無理な事を担ぎ出さないでも調和の出来る方法が幾らもある第一には国法上条約を実施するに付て議会の協賛を経ることを要する国に於ては其の条約の批准をする前に議会の協賛を経て置くので之れは最も良い方法であります第二の方法は条約の明文中に議会の協賛を経ることが条件なることを明言するのである、条約を締結するにはコウ云ふ条件を付ける丈の余地がある此の余地があるにも拘らず之れを附けなかつたとすれば、それは偶ま以て条件附なぞの義務は負はずとも済む確定的に負ふても困ることがないと云ふ意思あることを窺ふに足るのであります或は確定的に負ふたのは其国元首の考え違ひであつたかも知れぬ併し苟くも条件でないとすればそれが後日出来ないとした所で其の国の機関の都合で条約を無効にすると云ふことは取り苦い之を要するに国際法と国法とを調和するのは望ましい事ではあるが現今の状態に於て出来ない相談である

国法と国際法とが別ものであると云ふ結果として第三には条約締結当事国の一方は他方の国際法上の意思外表に関する機関の権限又たは其の制限に付て国法上の規定如何を知るの義務は当然出て来ぬ、国法と国際法とは別ものである故に特別の理由がなければ国法上の規定を知るの義務はない然らば特別の理由がある場合は果してドウであるかと云ふに先程消極論者の論拠を述べる時に申しました通り意思外表の衝に當る機関の権限又たは

其の制限に付ての国法の規定は三種に分つことが出来る

第一は何人が意思を外表する機関なるやを定むる所の国法上の規定で之れは国際法も度外視せぬ併し国際法は国法を認めざる可らずと云ふ一般的の理由より来るのではなくして苟くも意思外表と云ふものがあるには正当なる権限あるものと認められた者が外表したるものにあらずれば国際法上国家の意思外表でない換言すれば国家の意思外表は果して存するや否や個人の意思外表に止まるか国家の意思外表なるかと云ふ点は国際法上に於ても定めなければならん必要がある然るに其の或人の行為が個人の意思外表なるや將た又た国家の意思外表なるやを見るには国法の規定に依らなければならぬ之れは疑ひない事で誰でも異論はない

第二の場合例へば元首の条約批准権に制限を加へ議会の協賛を経なければならんとか或は又た独逸の憲法にある様に元首が戦争の宣言をするには「ブندスラート」聯邦議会の同意を得なければならんと云ふ規定、之れは意思外表其者に加へられたる制限である此の点に付ては必らずしも説が一致して居らぬ私は有力なる説を信じて居るので前に申しました通り何人が意思外表をする権限あるかは国際法上調べなければならぬ其の結果国法の規定に拠るのでありますが乍併此の場合其の権限に付て制限を加へたのであつて相手国は此の制限をも知らなければならんかドウかと云ふ事で之れは元首と聯邦議会とが共同して外部に向つて意思を発表するのではなくして意思外表をする者は元首である聯邦議会の同意と云ふこと

は内部の制限に止まるので国際法上の事に非ずそれ故に之を知悉する義務は性質上相手国の負ばぬ所であるとコウ云ふ説で今日最も有力な学説であります積極論者は一に之を採るので当事国の一方は他方の意思外表の機関の権限に加へられた内部の制限は知らないこと云ふことが国際法上出来る其の結果例へば独逸皇帝が聯邦議会の同意を経ないで宣戦の布告をしたとすれば国際法上立派な宣戦と云ふことが出来る其の宣戦は無効となることはない、条約の場合に於ても同じ事で批准をするに帝國議会の協賛を要するけれども外部に対する意思外表……即ち批准と云ふ事に付ての内部の制限である故に之を経ないで批准したとしても相手国はそんな事を知るに及ばぬ苟くも元首のした批准なる以上は立派なもので条約は明文通りに効果を生ずるのであります但し本問題の場合には之れとは違ふ

第三には意思外表其者に対する制限ではなくして意思外表の結果權利義務が生ずる其の權利義務を履行するに付ての制限である国法上コウ云ふ制限を加へる国がある、之れは第二の場合よりは更に一層内部に立入つた制限でありまして本問題は之れに入れることが出来る第二の場合でさへ知るに及ばぬのですから此の場合は勿論なので勿論解釈は本問題に付て利用せらるゝ、だらうと思ひます

故に本問題の場合に於て条件附であると云ふ様な説を唱へて当事国の一方は他方の内部の制限、条約履行に関する内部の制限を知らなければならんと云ふには必らずや其れ丈の理由を証

明せなければならん一般原則より言ふと国法は国際法と別ものであると云ふ点より此の如き制限を知る義務を有せぬ即ち意思外表の結果に対する制限に関する国法の規定を知らねばならんと云ふ義務は国際法上決してないと云ふのは自然の論結である、此の論結に反して内部の制限をも知らなければならんと謂ふには特別に其の理由を挙げなければならぬ、即ち第一の場合の如く特別の理由があることを第三の場合に於ても証明せなければならぬので此の特別の理由は或は慣習法で極まつて居るからと云へるかも知れませんが現に或学者の如きは之を断言して居る併し此の如き義務が慣習上果して認められて居るが此の証明は事実上難しとする所で殊に各国の国法は実に区々マチマチであります或は批准に付て制限して居るものあり或は実施に付て制限し又た或国の国法では条約と云ふものは協賛を経ずして自然法律の効力を生ずると云ふことになつて居るのみならず各国の国法上の議論としても定まらぬことが多い日本なら日本にしても解釈が定まつて居らね他の国に於ても同じです要するに各国々法の差異と各国々法の解釈の困難とは実に著しきものであります此事を考へると国際法上条約当事国の一方は相手国の機関の制限を知らなければならんと云ふ様な事は酷な事而又た慣習でコウ云ふ義務が認められそうもないのであります是の如く国法と国際法とは別ものであると云ふ立脚点からして第一に国法上の条約の効力と国際法上の効力と相一致せぬことがあるのは已むを得ない第二に国際法の規定と国法の法規とが調和を得ないのも怪しむに足らない第三に国際法上意思外表の

権限に対する国法上の内部の制限は他国は之を知悉するを要せないと云ふ論結を生ず此の第三の論結よりして本問題の如き条約実施の条件として議会の協賛を経なければならんと云ふ国法上の制限ある場合に於ても特別の理由があるにあらざれば相手国は之を知る義務がないと云ふこと(マツ)になる然らば特別の理由があるかと云ふに別段慣習もなきこと故此の上は積極論者の道は滑かなのであります即ち条約解釈の問題に立戻つて来る条約解釈の原則としては反対の事情なき以上は条約の明文に書いてある丈の意義に解釈すべきものである然るに当事国の一方が条約を実施するに付て議会の協賛を経なければならんと云ふことは其の条約面に書いてなかつたものでありますから之れは矢張原則に照らして条件と云ふことはなきものと解せなければならんとコウ云ふのであります

大体両方の曰ふことはコンナものであります、まだ話したい事があるけれども私も疲れて最早堪えられませんし又時間も遅くなりますから此位にして置きましょう(拍手喝采)

(附記) 別に先生の校閲を経たるものに非ざれば誤謬の点多かる可し読者乞ふ恕せよ