

649
2031



0013446-000

649-2031

統帥権の独立

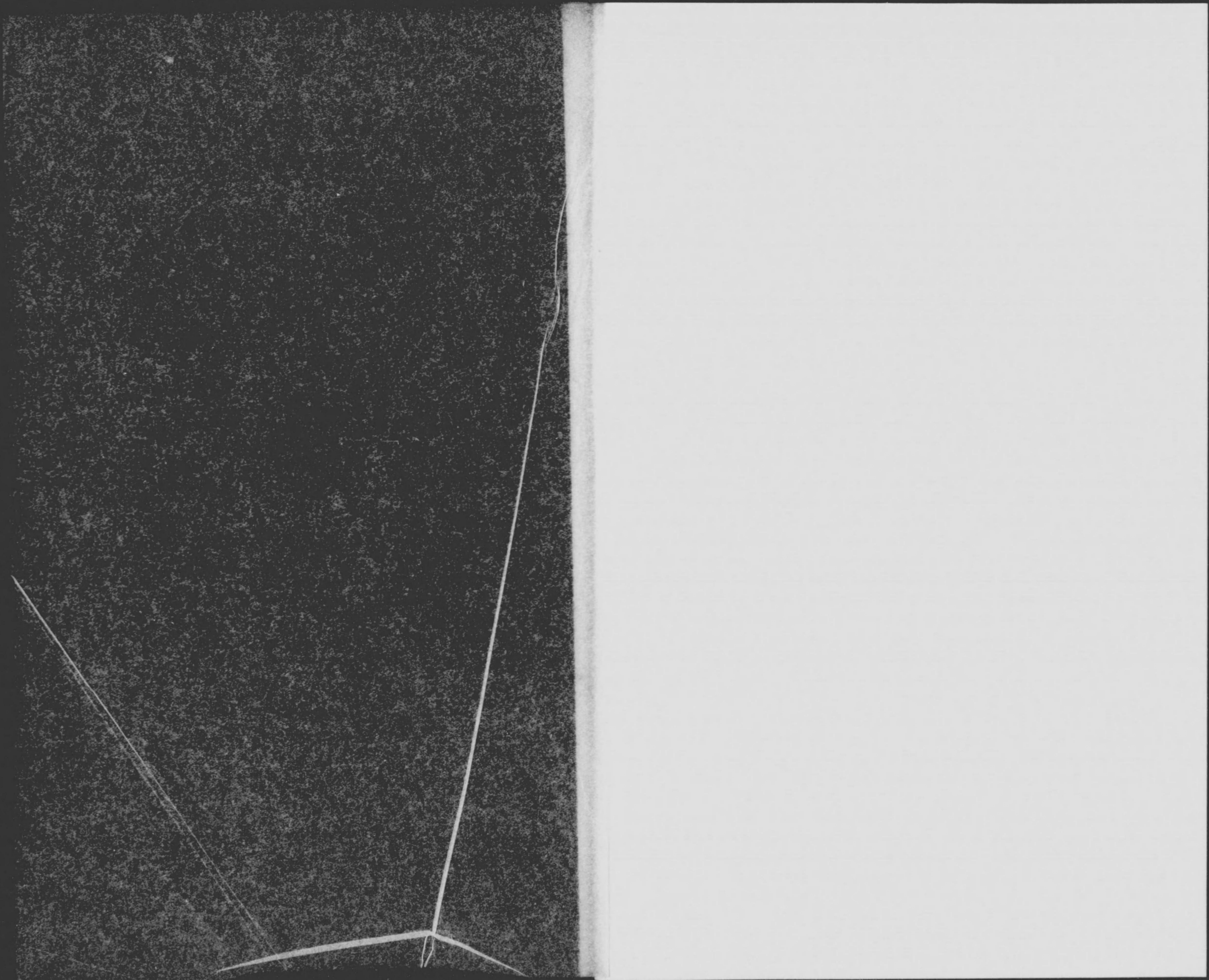
中野登美雄・著

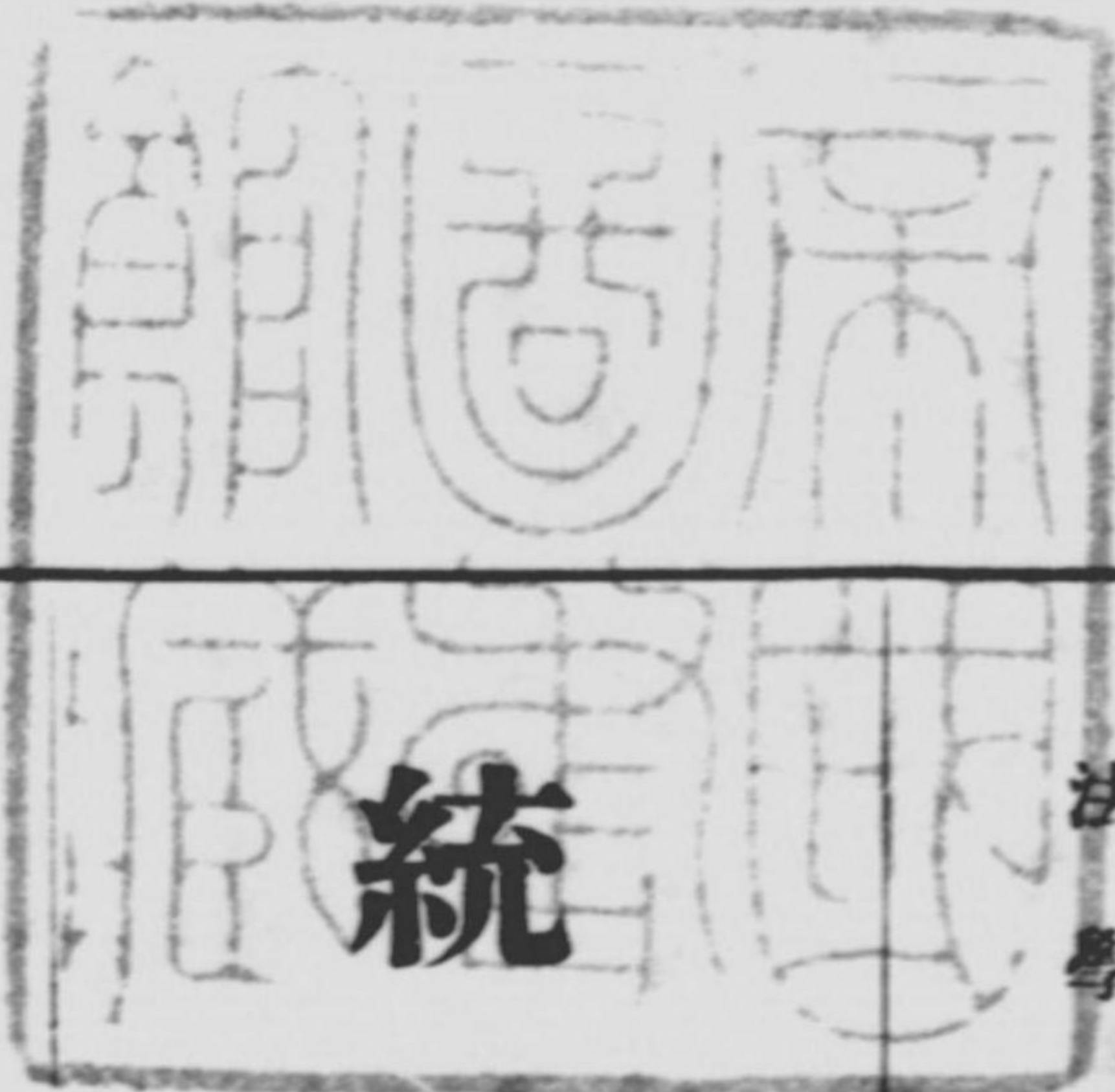
有斐閣

昭11

ACD







早稻田大學教授
法學博士

中野登美雄著

統帥權の獨立

東京書肆有斐閣



„Der Militär hat es mit augenblicklichen Entscheidungen zu tun, für den Politiker dagegen ist nichts verhängnisvoller als augenblickspolitik.

.....Wo aber die Augenblickspolitik des Militär in die Staatspolitik hineinragt, da entsteht der Militarismus, der nicht etwa identisch ist mit Wehrmacht und Wehrfähigkeit, sondern der Verwechslung ist von militärischen und politischem Denken. Wenn nun tüchtigen Militärs minder tüchtige Staatsmänner gegenüberstehn, wird der militärische Eingriff in die Politik permanent. Sie wird verworren, ungleichmässig, sprunghaft und erscheint den anderen Mächten als gefährlich, während sie doch allein gefährlich ist für das eigene Volk.“

A. Grabowsky, Politik, S. 221.

明治十一年十月十二日陸軍軍人訓戒

「朝政チ是非シ憲法チ私議シ官者等ノ布告諸規ヲ評論スル等ノ舉動ハ軍人ノ本分ト背馳スル事ニテ一人之レアレハ衆皆尤ニ倣ヒ遂ニハ在上チ輕蔑スル端チ生シ其ノ流弊測ラレサルモノアリ軍人ト雖モ自身本分ノ事ノ利害ニ於テ眞ニ見ル所アラハ穩當ナル方法ニテ其ノ意ヲ達スルコトモ難キニ非ス然ルチ喋々論辨チ逞フシ動モスレハ時事ニ慷慨シ民權ナトト唱ヘ本分ナラサルコトヲ以テ自ラ任シ武官ニシテ處士橫議ト書生ノ狂態トチ擬シ以テ自ラ誇張スルハ固ヨリアレヘカラサルノ事ニシテ深ク戒ムヘキコトタルハ勿論本分ノ事タルモ軍秩ノ次序チ經スシテ建議チナスハ許サレサル所ナルチヤ況ンヤ所管ナラサル官憲ニ對シ獻言等チ爲スコトチヤ之レ固ヨリ重キ禁制タリ又新聞雜誌ニ匿名書チ投シ時事ヲ論スル事モ亦本分ニ背クコトナリ畢竟軍人ハ軍籍ニ列スルノ初メニ當リ皇上ヲ奉戴シ朝廷ニ忠ナラント誓ヒシモノナレハ一念ノ微モ此ノ初心ニ愧ツルコトナカルヘシ」

序

本書は著者がさきに早稲田大學法學部に提出した學位請求論文であつて本年三月學位授與の認可ありしものである。其後内外に於ける國法竝に政治上の現象は種々なる點に於て著しい變化を示し、兵權獨立の問題に關して更らに論究すべき深く且つ廣汎なる問題を提供すると共に、一方に於ては亦た之に關聯して更らに討究を要する方法上の基本問題をも與へて居る。何れ此等の諸問題に就ては何等かの形式に於て新たななる研究を公表すべき機會があらうから、今は法規の要求する所に從ひ學位論文を原形のまゝに公にするものである。

昭和十一年盛夏

御殿場東山の山莊にて

中野登美雄

序

一

目次

第一編 總論	一七四頁
第一章 立憲制に於ける最高統帥の國法上の型態	一四九
第一節 統帥に關する狹義の立憲的組織と統帥權獨立の組織	一四九
第二節 兩基本型態の種類	一四九
第一款 狹義の立憲的組織と其種類 第一項國家元首主義の組織 イ普遍的國家元首主義の組織 □制限的國家元首主義の組織 第二項大元帥主義の組織	一四九
第二款 狹義に於ける立憲的組織の基礎思想 第一項狹義の立憲的組織に於ける政治的要求と軍事技術的要求 第二項政治的要求と軍事技術的要求調整の形式 イ閣内の組織 一武官大臣制と文官大臣制 二軍事委員會制と通常閣議制 □閣外の組織 一分權的統帥補助機關の組織 二集權的統帥補助機關の組織	一四九
第三款 統帥權獨立の組織と其種類 第一項獨立の法源 イ憲法上の正態(憲法に法源を有する組織、歴史的事實的意義に於ける變態)的組織 □憲法上の變態的組織(歷史的意義に於ける常態的組織、憲法變更の不文法規に法源を有する組織) 第二項獨立の範圍 イ人事包括主義の組織 □人事除外主義の組織 第三項最高輔佐機關の組織 イ分權的統帥最高輔佐機關の組織 □集權的統帥最高輔佐機關の組織	一四九

目次

一

第二章 狹義の立憲的組織の起原と其發達……………四一六

第一節 學說及學說批判……………四一五

第一款 問題に對する二個の假說

第二款 英國起原說と其批判 第一項英國起原說 第二項英國起原說の批判

第三款 佛國起原說

第二節 狹義の立憲的組織の起原……………五七四

第一款 概說

第二款 狹義の立憲的組織の原型

第三款 歴史的原型の内容

第三節 狹義に於ける立憲的組織の發達……………七四一六

第一款 過去一世紀半に於ける組織の普及 第一項大元帥主義 第二項國家元首主義 イ普遍的國家元首主義

一 普遍的國家元首主義の組織的淵源 二 普遍的元首主義の原型 三 普遍的國家元首主義の發達 □ 制限的國家元首主義

第三章 統帥權獨立の起原と其發達……………八七一七

第一節 學說及學說批判……………八七一八

第一款 問題に對する四個の假說

第二款 ナポレオン帝政憲法說と其批判 第一項ナポレオン帝政憲法說 第二項帝政憲法說の批判

第三款 スカンディナヴィア說(瑞典諸國憲法說)と其批判 第一項スカンディナヴィア說 第二項スカンディナヴィア說の批判

第四款 英國起原說及其批判 第一項英國起原說 第二項英國起原說の批判

第五款 獨逸起原說

第二節 統帥權獨立の起原……………一八一五

第一款 統帥權獨立の歴史的淵源 第一項主觀的要素 一 政治的技術的要素 イ軍の能率と統帥の獨立 □ 君主主義の理論と統帥權 二 政治價值的要素 イ自然法學說 □ マキヤベリズム (Ragione di stato) 三 法的要素(超法的絕對的國家觀) 第二項客觀的要素(前立憲時代に於ける組織)

第二款 統帥權獨立の歴史的原型 第一項憲法上の變態的原型(歴史上の常態的原型) イバイエルンに於ける組織 □ バイデンに於ける組織 ハ歴史的原型の内容 第二項憲法上の正態的原型(歴史上の變態的原型) イクルヘッセンに於ける原型 □ ハンノーヴァーに於ける原型 ハ歴史的原型の内容

第三節 統帥權獨立の發達……………一四一七

第一款 十九世紀前半期に於ける状態

第二款 獨逸に於ける兵權獨立の確立と獨逸聯盟の活動及普奧の組織

第三款 大戰前に於ける兵權の獨立

第四款 大戰後に於ける憲法上の趨勢 第一項戰後の新憲法に於ける兵權の獨立 第二項新憲法に於ける兵權組織の新たな傾向 一 土耳其憲法 二 波蘭 (一) 波蘭憲法 (二) 最高統帥權の行使に關する命令 三

第二編 獨逸及佛國に於ける統帥權

一 普國及獨逸帝國に於ける統帥權の獨立……………一七五—一三八

第四章 普國に於ける統帥權の獨立……………一七五—一三三

第一節 普國に於ける統帥權獨立の一般的意義……………一七五—一七九

第二節 前立憲時代に於ける陸軍軍政の二元的組織……………一七九—二〇七

第一款 前行政改革時代に於ける組織

第二款 シュタイン、ハルデンベルグの改革と二元的組織

第三款 一八一〇年九月二十七日の命令

第四款 一八一〇年官制改革以後に於ける二元的組織の凝成

第三節 立憲時代に於ける陸軍軍政の二元的組織……………二〇八—二三四

第一款 一八五〇年の憲法と舊組織の廢止

第二款 二元的組織の復活(狹義に於ける統帥權獨立制の發生)

第四節 海軍軍政に於ける二元的傾向……………二三四—二三八

第一款 憲法の採用と海軍軍政に於ける狹義の立憲的組織

第二款 二元的傾向の發生

第五節 參謀本部……………二二九—二三二

第五章 獨逸帝國に於ける統帥權の獨立……………二三二—二九〇

第一節 聯邦憲法と統帥權の獨立……………二三二—二三四

第二節 聯邦憲法成立當初に於ける法狀……………二三四—二四二

第一款 海軍の統帥

第二款 陸軍の統帥

第三節 聯邦憲法の下に於ける組織の變遷……………二四二—二五一

第一款 海軍に於ける組織の變遷 第一項 二元組織の復活 第二項 統帥輔佐機關組織の分權的傾向 **イ** 皇帝の海軍軍事官房 **ロ** 分權的統帥輔佐機關組織の確立(海軍中央司令官廳の廢止と軍令部の獨立)

第四節 世界大戰直前に於ける組織の概要……………二五一—二九〇

第一款 統帥大權 第一項 學說 **イ** 統帥權獨立の法的基礎に關する學說 **ロ** 統帥權の概念並に其獨立の限界に關する學說 第二項 實際 **イ** 實際の規準 **ロ** 以上の規準の下に於ける大戰前の副署の實際 一 軍務

A 軍令(海軍軍令をも含む) B 人事に關する軍事命令 C 勤務事項に關する軍事命令 二 軍政 A 組織編成に關する命令 B 服裝に關する命令 C 恩賞に關する命令 D 軍事司法に關する命令 三 概要 第二款 輔佐機關の組織 第一項 海軍の領域に於ける輔佐機關 **イ** 帝國宰相及其代理機關としての海軍卿並に帝

目次

國軍法裁判長 □海軍軍事官房 ハ海軍軍令部 二其他の直隸機關 第二項陸軍の領域に於ける輔佐機關の組織 イ陸軍大臣 □軍事官房 ハ其他の直隸機關

二 佛國に於ける統帥權……………二九一—三三八

第六章 現行憲法の下に於ける統帥權……………二九一—三三八

第一節 狹義の立憲的組織に於ける現行佛國憲法の地位……………二九一—二九二

第二節 現行憲法の一般的性質……………二九二—二九三

第三節 統帥の最高主體……………二九三—三〇一

第一款 行政の最高主體としての大統領と統帥權

第二款 大統領の統帥權と其範圍

第三款 大統領の軍事官房

第四款 最高統帥主體としての大統領の價值

第四節 非常最高統帥機關……………三〇一—三〇二

第五節 統帥權行使の憲法上の條件……………三〇二—三〇三

第一款 國務大臣の副署 第一項統帥機關としての陸軍大臣 第二項統帥機關としての國務大臣の價值

第二款 内閣

第三款 軍事委員會

第六節 國務大臣の下に於ける主要補助機關……………三〇三—三一一

第一款 參謀本部長

第二款 軍司令官

第三款 軍令諮問機關

第七節 統帥權に關する政府と軍司令官の權限の限界……………三一一—三三八

第一款 一九一三年九月二十八日の高等統帥に關する命令に於ける國務大臣と軍司令官の權限の限界

第二款 一九一五年十二月二日の命令に於ける權限の限界

第三編 我が國法に於ける統帥權の獨立……………三九一—三七九

第七章 我が國法に於ける統帥權獨立の型態……………三九一—三〇〇

第八章 我が國法に於ける統帥權獨立の歴史……………三〇〇—四八二

第一節 前立憲時代に於ける組織の發生……………三〇〇—三八五

第一款 前立憲時代に於ける組織と二元的組織の意義

第二款 明治維新と一元的組織(集權的輔佐機關の組織) 第一項前兵部省時代 イ明治元年一月十七日の官制(三職分課の制) □元年二月三日の官制(三職八局の制) ハ明治元年閏四月二十一日の官制(太政官官制)

軍務省) 第二項兵部省時代 イ明治二年七月八日の改革(兵部省官制) □四年七月の官制(卿の責任に

關する達、兵部省職員令、兵部省陸軍部内條例、太政官職制) 一海陸軍省官制の發達に於ける七月改正の地位 二改正官制に於て注目さるべき三點 a兵部省卿の地位及責任 b參謀局(陸軍)及三兵本部 c兵部省卿の資格(武官兵部省卿、武官大臣制の淵源) 第三項陸海軍省時代 一五年二、二八日陸海軍省の設置に關する達 五年十、十三日の海軍職制、同十五日海軍條例、六年五、二日の太政官職制 六年三、十二日陸軍省職制及び條例(第六局—陸軍文庫) 一七年六月の參謀局條例、七年十一月及八年十一月の陸軍條例其他(參謀局の省外設置)

第三款 二元的組織の發生 **第一項** 統帥機關の獨立 **イ** 參謀本部の獨立 **ロ** 監軍本部 **第二項** 軍政機關としての陸軍省 **第三項** 參謀本部長と陸軍卿の權限の限界 **第四項** 二元的組織の發生と獨逸の軍制並に其基礎思想の影響 **イ** 二元的組織と佛國軍制の影響 **ロ** 二元的組織と獨逸軍制の影響

第二節 前立憲時代に於ける二元的組織の發達と變遷……………三六五—四四六

第一款 海軍に於ける統帥權の獨立と陸海軍に互る集權的統帥輔佐機關の設置

第二款 分權的組織の復活(海軍に於ける二元的組織の廢止と陸軍參謀本部の獨立)と特異なる海軍兵權の獨立

第三款 監軍本部の廢止と監軍部の設置

第四款 陸海軍大臣

第五款 内閣及内閣總理大臣 **第一項** 官制改革と内閣の設置 **第二項** 十八年の内閣官制と兵權の獨立 **第三項** 十八年の内閣制度の特色 **第四項** 總理大臣の機務宣奏權と兵權 **第五項** 海軍に於ける統帥輔佐機關組織の變更と内閣の權限 **第六項** 帷幄上奏の機關と軍部大臣 **第七項** 我が内閣制度に對する普國內閣制度の影響 **第八項** 普國宰相(ハルデンベルグ官制)の權能と我が總理大臣權能の比較 **第九項** 二二年の内閣官制

と總理大臣の地位 **第十項** 新官制の下に於ける内閣制度の特質 **第十一項** 新官制の下に於ける帷幄上奏 **第十二項** 海軍大臣の帷幄上奏と所謂「軍部大臣の帷幄上奏」 **第十三項** 帷幄上奏事項の勅旨下付

第六款 國防會議及軍事參議官

第七款 前立憲時代に於ける組織の歴史的概観と其發生型態的特質 **第一項** 發生の時期 **第二項** 組織發生の機構

第三項 組織の發達と組織内容の變遷 **第四項** 兵權の獨立と「軍部」の獨立(軍政機關の帷幄上奏)

第三節 憲法實施後に於ける統帥權の獨立……………四四七—四八二

第一款 立憲制の下に於ける固有の意義に於ける統帥權獨立の發生

第二款 憲法實施當時に於ける組織の状態 **第一項** 最高統帥主體としての元首 **第二項** 軍事輔佐機關 **イ** 軍令又は統帥輔佐機關 **一** 陸軍に於ける輔佐機關 **A** 參謀總長 **B** 監軍 **二** 海軍に於ける輔佐機關 **A** 軍令輔佐機關としての海軍大臣 **三** 軍事諮詢機關 **A** 軍事參議官 **ロ** 軍政輔佐機關 **一** 陸軍に於ける輔佐機關 **A** 陸軍大臣 **二** 海軍に於ける輔佐機關 **A** 海軍大臣 **三** 内閣 **ハ** 參謀總長と陸軍大臣の權限の限界

第三款 憲法實施後に於ける組織の變遷 **第一項** 海軍軍令部の設置(海軍に於ける二元的組織の復活) **第二項** 育總監部 **第三項** 軍令及其公布形式 **イ** 軍令第一號發布前に於ける軍令と其發布形式 **ロ** 無形式主義と兵權の獨立 **ハ** 軍令第一號の内在的意義 **ニ** 公布されざる軍令と副署 **ホ** 軍令第一號と一八六一年の普國勅令

第九章 統帥權の獨立に關する學說の發生及其傾向の變遷……………四八二—五〇〇

第一節 初期の憲法學說と統帥權の獨立……………四八三—四九四

第二節 學說に於ける問題の發生と通説の傾向……………四九四—四九七

第三節 明治四十年代の文獻と肯定説の支配的勢力……………四九七—四九八

第四節 大正以後に於ける學説の傾向……………四九八—五〇〇

第十章 統帥權獨立の法學的基礎……………五〇一—六三二

第一節 問題……………五〇一—五〇二

第二節 學說並に其批判……………五〇二—五七九

第一款 學説の態様

第二款 肯定説 第一項補助的超法學的肯定説 イ歷史的肯定説 □目的論的肯定説 一政治的肯定説 八技術的肯定説 二自然法的獨斷 第二項固有の法學的肯定説 イ憲法法典説 □憲法法典説(廣義に於ける)の總括的批判 ハ習慣法説 二慣習法説の批判

第三款 否定説 第一項藤村氏の否定論 第二項花井氏の所説 第三項稻田氏の見解

第四款 否定説の總括的批判

第三節 問題の本質と其方法的意義……………五七九—五八八

第一款 法に關する二個の基本的問題 第一項法的形式問題と内容問題(法理論的認識と規範内容的認識) 第二項形式と内容の理論的機能的差異と兩者に關する問題の方法的差異

第二款 問題に對する既存學説の方法的態度 第一項内容的見解 第二項形式的見解

第四節 「獨立」の基礎……………五八八—六三二

- 第一款 「獨立」の理論的形式の基礎 第一項法の價值的規範的性質 第二項法的妥當性の本質 イ妥當性の構成 □客觀的妥當性 ハ主觀的妥當性 二法的妥當性の主觀的並に非理論的性質 本法學的妥當性の認識標準
- 第二款 法的妥當性より觀たる憲法第五十五條の意義 第一項内容的權原説 第二項不文法權原説 第三項法概念と法源 イ慣習法説の價値 □成文法としての兵權の「獨立」法 第四項憲法法典と統帥權「獨立」法の綜合的原理 第五項法律秩序の自同性と憲法の變化推移及革命

第十一章 統帥權獨立の概念……………六三三—六八三

- 第一節 統帥權の概念……………六三三—六七一
- 第一款 學説及其批判 第一項學説の型態 イ概念の認識標準 □方法上の傾向 第二項客體説及其批判 イ職時敵對行動客體説 □直接軍事行動客體説 ハ武器使用及之に依て條件づけられたる組織客體説 第三項客體説の動機 第四項主體説
- 第二款 統帥權の本質 第一項統帥權の固有性(形式的並に比較的無制限的性質) 第二項特別の法的支配關係としての統帥權 第三項軍人の服從義務 イ服從義務と勤務命令の審査權 □一般官吏の審査權 ハ軍人の勤務命令審査權 一上官の概念 二勤務事項 三命令の形式 二軍人の所謂「絕對的服從の義務」
- 第四項妥當性の人的限界 イ軍人 □狹義(固有)の軍人 ハ準軍人
- 第三款 統帥權概念の濫用 第一項統帥權の最高性又は絕對性 第二項統帥權と無制限性 第三項統帥權の比較

的形式的性質 第四項統帥權と其獨立性(其固有性の消極的表示としての獨立性)

第二節 統帥權獨立の概念……………六七一—六八三

第一項國體法の一部「國家形式法」としての統帥權獨立の法 第二項獨立法の内容 イ大元帥主義 □不可侵主義 ハ武官輔佐機關主義

第十二章 獨立の限界……………六八三—七〇元

第一節 理論的意義に於ける獨立の限界……………六八三—六九一

第一款 理論上の限界と内容的意義に於ける限界

第二款 理論的意義に於ける限界 第一項積極的並に消極的理論的限界 第二項積極的限界の典型的内容(運用上の妥當なる内容) イ用兵 □教育 ハ内務及懲戒に關する規律 二軍隊内部の組織 木檢閲 第三項消極的限界の典型的内容 イ軍の編制 □兵量の決定 ハ軍事官衙學校特務機關の官制 二任官徵募 木艦船、兵器、馬匹及其他の軍需品の規制及裝備

第二節 實際に於ける獨立の限界……………六九一—七〇七

第一款 實際に於ける獨立の規準 第一項積極的限界 イ國防 一官制に於ける用語例 二國防の概念 三國防

の對象的内容 □用兵 一官制に於ける用語例 二概念並に其内容 第二項消極的限界 イ涉外事項 □軍令の公布及施行 ハ豫算に影響する事項 二人事事項

第二款 輔佐の準備的過程に於ける獨立の制限 第一項輔佐統一の必要に基く權限の相互的制限 第二項協議事項(所謂混成事務) 第三項協議事項に關する制限の性質並に其效果 第四項制限の法的基礎 第五項帷

幄上奏

第二款 以上規準の下に於ける軍令の實際 第一項軍令 第二項公布されたる陸軍及海軍軍令に示された軍令事

項の範圍と陸海軍間に於ける實際の相違 イ軍旗旗章(陸軍、軍令事項。海軍、勅令事項。) □檢閲(海軍、軍令事項。陸軍、最近に至る迄は勅令事項。) ハ儀禮禮式(陸軍、軍令事項。海軍、勅令事項。) 二服裝(海軍、軍令事項。海軍、勅令事項。) 木軍區、常備隊の配備(陸軍、軍令事項。海軍、軍區は勅令事項。) へ兵の等級、職階、ト學校官制(海軍、勅令事項。陸軍、概して軍令事項。) 子教育(一般規定)(陸軍、軍令事項。) リ教範、操典、演習令(陸軍、軍令事項。) 又編制(陸海共に軍令事項。) ル賞罰、進級、休暇(陸、軍令、海、勅令事項。) ヲ戰時法規(海、軍令事項。) 第三項概観

第三節 統帥權獨立の將來……………七〇七—七〇元

第一編 總論

第一章

立憲制に於ける最高統帥の國法上の型態



„Institutionen allein sind niemals imstande, die Geschichte eines Volkes zum Bösen oder zum Guten zu lenken; stets kommt es auf die Personen an, welche von diesen Institutionen getragen werden. Die führenden Persönlichkeiten können aber nicht durch Verfassungen irgendwelcher Art erzeugt werden; sie sind immer die Frucht der gesamten sozialen Kräfte der Nation.“

G. Jellinek,
Regierung und
Parlament in Deutschland,
S. 36.

第一節 統帥に關する狹義の立憲的組織と統帥權

獨立の組織

固有の意義に於ける國務大臣を憲法上認めて居ない國家、竝に國務大臣を認むる國家の場合に於ても、行政權が専ら

第一編 總論 第一章

立憲制に於ける最高統帥の國法上の型態 第一節 統帥に關する狹義の立憲的組織と統帥權獨立の組織

合議制に基いて組織せられ、従ていはゆる國家元首を有せざる執行院制の政府組織を有する國家を除外して言へば、統帥權又は兵權行使の最高組織は二の異なつた型態に分つ事が出来る。其一は軍隊及艦隊に對する指揮命令を中心とする作用が、國家元首に對して獨立の地位を有する機關としての國務大臣の輔弼權限の下に行はるゝ事を、憲法上の要件とする組織であり、他の一は之に反して、統帥權が多少の範圍に於て國務大臣の輔弼又は參與無く、國家元首に依て單獨に行はるゝ組織である。後の場合に於ては、普通に元首を輔佐する一個又は數個の元首に直屬する補助軍事機關があつて、元首の統帥に關する權能は此等軍事機關の輔佐の下に行はれる。

第一の組織は其前提とする基礎思想から觀て、統帥權又は兵權に關する狹義の立憲的組織と謂ひ得るならば、是に對して第二の組織は統帥權獨立の組織と謂ひ得よう。兩者の基本的特質とする所は、統帥權獨立の場合に於ては、元首の權能に屬せしめられた統帥權は、國務大臣の權限に獨立し、従て憲法上其範圍内に於て寡頭的組織が行はれ、歴史的に言へば、前立憲時代の獨裁的組織が行はれるのであるが、狹義の立憲的組織の場合に在ては、統帥權は斯の如き意義に於ける獨立無く、従て他の一般の行政の作用と同様に、統帥權も亦、國家元首と國務大臣の共同の行爲に依て行はれる點に在る。

簡單に言へば、兩者の組織が互に區別せらるべき特質は、統帥權が國務大臣の權限に獨立するか否かに在る。この結果として、統帥權の獨立を認めて居る組織と、之を認めて居ない組織との區別は、同時に一面に於ては統帥權と稱する執行の作用に就て、議會の監督と稱せられる作用を、認むるか又は認めないかの區別であるとも言ひ得られる。蓋し議

會は立法の機關であるが、其權能は敢へていはゆる立法にのみ限らるゝものでないことは言ふ迄もなく、立法と共に議會の有する最も重要な權能は執行の監督であつて、國務大臣が議會に對する責任を有するものも、議會のかくの如き執行監督の權能に相應するものであるが、一方に於て國務大臣の責任は、一般に其權能に屬せしめられた事項にのみ限らるる事は言ふ迄もなく、従て國務大臣の權限に獨立する作用は、同時に議會の監督の權限外に置かれた作用であると言ひ得るからである。

故に、統帥權に關する以上二種の組織は、根柢に於て、統帥權の領域に於ける、オートクラシーとデモクラシーの基本的國家意思創定型態の一の表現に外ならないのであつて、統帥の獨立を承認する組織は、寡頭主義を、統帥權と謂ふ國家作用の、政治的に最も重大なる意義を有する領域に於て維持しようとするものであり、之に反して、獨立を認めない組織は、統帥の領域に於ても、他の一般の國家作用の領域に於けると同様に、立憲的組織を適用せんとするものである。

註一 其典型的なものとしては一方に於ては、權力分立制の國家—現代に於ては北米合衆國に依て代表さるゝが如き—、並に他の一方に於ては、瑞西に於て見る如き、執行院制の行政權の組織を有する國家を擧げ得る。前者の場合に在ては、大臣は權限の固有なる獨立無く、大統領の單なる補助的執行機關たる事に於て、而して後者の場合に於ては、大臣は議會に對して權限の獨立無く、議會の指揮に服するの義務を有するの點に於て、固有の意義に於ける國務大臣は存しない。

二 執行院制の組織であつて國務大臣を認むるものは殆ど無く、唯一の例として擧げられべきものは、恐らくダンテツヒ自由都市(Danestie, I. p. 432 et a. 參照。)であらう。佛國に於ける初期の共和制の下に於ける執行院制(此點に就ては拙著、國法及國法史の研究、一七八頁以下參照。)並に現代の瑞西に於ける其組織は共に、固有の意義に於ける大臣を認めて居ない。

三 ラーバンドは其名者、獨逸帝國國法第四卷に於て、軍令と軍政命令(Armeebefehl; Armeeverordnung)との區別を論じ、前者は後者とは異なり、君主の國務上の行爲は、國務大臣の副署を要すと謂ふ規定の適用を受けない事に於て、其特質を有すと言ひ、而して更に語を繼いで、「此凡ての國家に於て認められて居る原則は、普國に於ても嚴として行はれて居る……」と述べて居る。(Laband, Str. d. Deutschen Reiches, 4 Aufl. Bd. IV, S. 33 參照。)が、之れ若し統帥權の獨立を以て、凡ての國家—獨逸の州を意味するに止らず—に於て行はるゝものとなすの意なりとすれば、其獨斷なる事は言ふ迄も無い。尙同様の見解は Haenel, (Str. I. S. 521) Hecker, (Armeebefehl, im Stengels Vw WB. I. S. 63) Peckert, (Militärgesetzg., S. 42) Stengel (Pr. str., S. 102) Brie, (Staatsmin., im Stengels Vw WB. II. S. 488) 等に於ても見出される。美濃部達吉氏も亦、「君主の行爲が大臣の副署を必要とすと云ふの原則に二三の特別の例外」ある事を認め、而して其例として統帥權に基く命令、爵位勳章の授與、總辭職後に於ける大臣の任命等を擧げて、「以上は何れの國に於ても多く認めらるゝ所の例外なり……」と講述されて居る(明治四十三年度法政大學講義録一五六—一五七頁)が誤解され易い表示たるを免れない。

四 執行又は行政の領域に於て監督權と云へば、特定の條件の下に於て被監督機關の行爲を取消し又は停止するの權能を伴ふを普通とするが、議會と國務大臣の間には上下從屬の關係無く、議會は國務大臣を指揮命令する權能無く、議會は國務大臣の行爲が違法又は不當と思惟さるゝ場合に於ても、其行爲を停止し又は取消す權能を有しない。故に本來の意義に於て、議會の政府に對する監督權を云々するは誤りであるが、唯議會の有する或る種の形式的權能—質問、質疑、決議、彈劾—is、其準備的過程に於て、一般の意義に於ける監督權の準備的過程に於けると同様に、執行に對する監視の精神的活動を伴ふが故に、此點を基礎として議會の監督を云し得るに止まる。

第二節 兩基本型態の種類

第一款 狹義の立憲的組織と其種類

«L'opinion démocratique a trop souvent la terreur des chefs; elle tend à disperser le pouvoir, à éparpiller la responsabilité, à détruire l'autorité. Cette tendance aboutit très souvent à des erreurs graves dans la politique intérieure; il faut éviter celles qu'elle pourrait entraîner dans les choses militaires, car les conséquences en seraient particulièrement redoutables. Il ne faut donc pas rechercher une solution politique conforme à de prétendus principes; il faut chercher la meilleur solution militaire.»

J.—Berthélemy,
Le droit public
en temps de guerre.
VI, p. 22.

單に狹義の立憲的組織及び統帥權獨立の組織と言へば、仔細に之れを觀察すれば、兩者は其内容から觀て更に幾つかの組織に分類する事が出来る。統帥權獨立の組織に就ては次款に論ずべく、先づ狹義の立憲的組織に就て言へば、問題の法制は既に指摘した様に、統帥—茲では傳統的概念に従ひ軍の指揮命令を中心とする作用の意義に於て謂ふ—の作用が、國務大臣の輔弼の下に元首に依て行はるゝ組織である。この組織の下に於ては、國家元首は、苟も法律上國務大臣の參與あり輔弼ある以上、獨り出兵又は軍の移動を命ずるが如き一般的階段に於てのみならず、二次的、執行的な階段に於ても國家意思を構成し得べく、元首親ら直接に軍隊を統帥し、親ら軍の技術的統帥を内容とする行爲をなす事の、狹義の立憲的組織の概念に何等矛盾するものでないことは、尙國務大臣が國家元首の裁可の下に親ら軍を統帥する事の、問題の組織の概念に矛盾するものに非ると同様である。

然し、國家元首が、親ら直接に軍を指揮命令する場合に於ては、特に夫が戦時または國家事變の非常時であり、而して元首が政治的異望を有する様な場合に於ては、事實上、國務大臣の輔弼は其政治的效果無く、憲法は元首の軍事的行動に依て「破壊蹂躪」さるゝことなきを保し難い。事實上、此種の事例は、歐洲諸國に於ける立憲制度發達の初期に於て屢々有た所である。されば、實證法上の組織に於ても、一部の國法は國家元首が親ら軍の統帥に當る事を禁止して居るものがある。故に狹義の立憲的組織は、此點からして二個の型態に分つことが出来る。其一は用語の便宜上、國家元首主義の組織と謂ふならば、其二は之を大元帥主義の組織と謂ひ得よう。

註一 茲に大元帥主義と謂ふも、後に述べる統帥權獨立の組織の下に於ける様に、國務大臣の參與を除外する意義に於て謂ふのでは無く、統帥權に關する大臣の輔弼權限を前提とするものである。故に、問題の用語は統帥權獨立組織の場合に於ける様な意義にのみとる場合に於ては、茲に謂ふ大元帥主義の組織は、國家元首主義の組織型態に屬するものと言ひ得る。唯大元帥の概念は相對的概念であつて、國家元首が直接に軍を指揮命令する組織——狹義の立憲的組織——は、兵權獨立の組織に對しては立憲的組織として思惟されるが、同じく立憲的組織の中にあつても、元首が自ら個別的命令の形式に於て統帥することなく、此形式に於ける統帥は、是を他の特殊の機關をして行はしむる組織に比較して言へば、比較的に大元帥主義の要素を有する。茲に吾人が大元帥主義と謂ふのは、専ら此比較的意義に於て謂ふものであつて、統帥權獨立の組織の場合に於ける如き意義に於て謂ふものでないことに注意を要する。

第一項 國家元首主義の組織

國家元首主義の組織といふのは、既に言及した様に、國務大臣の輔弼を伴ふ國家元首の統帥に關する作用を、一般的作用の領域に限り、箇別的な、軍の直接の指揮命令の作用は、是を國務大臣の輔弼の下に行はれる元首の直接の權限か

ら除外して、特殊の機關をして是に當らしむる組織を指すものである。

憲法上の規定に於ては、此種の組織は、元首が親ら軍を指揮することを禁止するの形式に於て示されて居るが、親ら軍を指揮するといふのは、一見すれば元首が軍と共にあつて其指揮に當るを意味する様に思惟されるが、軍に對する空間的關係如何は、何等此組織の本質的條件を構成するものでない。國家元首が親ら戰場に在り、軍隊と共にある場合に於ても、此組織を規定する法の意義に於て、元首親ら軍を指揮せざる事のあり得ると共に、一方に於て遠く軍隊を離れた主都にある場合に於ても、通信設備の發達した現代に於ては、元首が親ら軍を指揮命令する事を思惟し得べき場合も可能である。元首が親ら軍を統帥すると云ふのは、元首が單に軍の組織に關して一般的形式に於ける法規を定め、或は戦時、事變に際して軍隊艦隊の出勤を命ずるが如き、特質的に政治的性質を有する權能を有つに止まらず、一歩進んで軍の行動、軍の技術的事項に關し、箇別形式に於て法規を定め、固有、本來の意義に於て軍を指揮命令することを指すものに外ならない。

斯の如き意義に於て、元首が親ら軍を統帥する事態は、通常、軍隊司令官又は其下に在る軍隊の指揮官が、所轄の軍隊を統帥すると同一の關係と信ぜられ、從て此關係に於ける最高統帥主體を傳統的に大元帥と稱する。故に斯の如き法的關係を認めず、之に相反する事態を内容とする組織は、從來の用語例上、國家元首主義の組織と謂ひ得よう。

憲法が自ら軍の統帥に當り得べき元首の權限に對して加へて居る制限は、必ずしも凡て一般的普遍的ではなく、憲法の中には單に部分的形式に於て制限するに止まつて居るものもある。故に國家元首主義の組織は制限の範圍を標準とし

て、普遍的國家元首主義の組織と、制限的—または部分的—國家元首主義の組織との二に分ち得られる。

八

註 一 ショセフバルテレーミーは現行佛國憲法に於ける大統領の統帥に關する權限に關聯して、「親ら軍を統帥する」の意義を解して、國務大臣の參與を排除するの意味に取り、現行佛國憲法は大統領が親ら軍隊を指揮する事を禁止して居ないのであるから、大統領は「統帥の權能を何等の監督何等の長上もなく、何等の制限もなく、また國務大臣の副署をも要せず、自由に行ふ可能性を有するもの」と言ひ、從て佛國の現行組織を以て、恰も兵權の獨立を認めて居るもの、如くに論じて居るが、佛國の現行組織を以て兵權獨立の組織と思惟する事の誤りである事は明かであつて、親ら軍を命令する云々の辭句は、バルテレーミーの主張する様な狹義にのみ憲法上使用されて居るのでは無く、一方に於て兵權獨立と同一意義に用ひらるゝ場合あると共に、他の一方に於ては、國務大臣の輔弼を前提とし、單に一般的形式に於ける法規制定の權能に相對して、簡別形式に於ける法規の制定、即ちいはゆる所分の權能をさす意義に使用される事あるに注意すべきである。バルテレーミーの所論に就ては J.—Barthélemy, Le droit public en temps de guerre, VI. Les pouvoirs publics et le commandement militaire (Extrait de la Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger; octobre-novembre-décembre, 1916) p. 17; 同氏著 Démocratie et politique étrangère p. 339 參照。同氏所論の批判に就ては、拙著、國法及國法史の研究の一八一頁以下參照。

II «À plus forte raison, le commandement suprême de toutes les armées ne s'exerce-t-il pas sur les champs de bataille; le voivode Putnik a pu tenir tête aux Autrichiens sans sortir de sa chambre de Malade. De son cabinet de l'Élysée, le Président de la République pourrait commander en personne les armées de terre et de mer.» J.—Barthélemy, Démocratie et politique étrangère, p. 340.

III J. K. J. Buddens, Die Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien, S. 99. (Marschall v. Bieberstein, S. 48) 參照。Frisch, Verantwortlichkeit etc., S. 57; 此等の學說は實證法上の規定の影響の下に生じたものであつて、同一用語を用ひた憲法上の規定に就ては、一八〇九年六月七日の瑞典憲法 § 7, (Piltz, III, S. 73) 一八三一年九月三十日ブラウンスミュイヒ憲法草案 § 133 Abs. II (Piltz, I, S. 92) 一八三一年一月五日のグルヘスマン憲法 § 107 (Piltz, I, S. 527) 參照。

イ 普遍的國家元首主義の組織

茲に普遍的國家元首主義の組織と謂ふのは、上に述べた様な意義に於ける、禁止の一般的形式に於て認めらるゝ組織を指すものであつて、從て此組織の下に於ては、元首は其戰時なると平時なるとを問はず、親ら直接に軍を統帥するを許されないものであつて、禁止的規定の意義に於て軍の統帥を可能ならしむるが爲には、別個の統帥機關を必要とする。

歴史的にいへば、普遍的國家元首主義の組織は、その淵源を佛國の初期の共和憲法に有するものであつて、其最初の出現は共和三年の佛國憲法に求め得べく、而して其定型を得たのは一八四八年の佛國共和憲法に於てあり、十九世紀後半期に於ては、一八七三年のデュフォールの佛國憲法草案に於てのみならず、現行佛國憲法制定の際、バルトに依て提出された修正案(註)に於ても現れたが、現代に於ては一九二四年の土耳其憲法(註)及一九二七年の希臘憲法(註)に於て、同一組織の採用されて居るのを見出す事が出来る。

普遍的國家元首主義の組織の下に於ては、既に述べた禁止的規定の當然の結果として、直接に軍を指揮命令するが爲には、元首以外の特殊統帥機關を必要とする。而して何が斯の如き機關なるか、其組織權限如何に就ては、等しく普遍的元首主義を採る憲法にあつても規定は一樣でなく、此點に關して憲法は直接に積極的規定を定めて居るものと、然らざるものとの二種に分たれる。憲法が何等積極的に直接規定を定めて居ない場合に於ては、當該事項に就て一般に官制々定權を與へられて居る機關は、其妥當と信する所に從て、何が斯の如き統帥の機關なるかを定め得べく、從て軍務の

大臣が自ら軍隊統帥の任務に當り得べく、或は他の特殊の機關を設けて之に當らしめ得べきである。

一八四八年の佛國憲法は此例に屬し、同憲法は其第五十條に於て「大統領は軍を統帥す、但し如何なる場合に於ても親ら指揮するを得ず」と規定したが、如何なる機關が直接に軍を統帥する機關なるかに就ては、直接に規定する所なく、之れが規定は憲法の下に置ける一般の執行的組織法規の規定に委ねた。

之に反して一九二四年の土耳其憲法は、等しく普遍的國家元首主義を採つて居る憲法だが、前に述べた意義に於ける軍統帥の任に當る機關の何なるかに就ては、直接には單に平時の場合に就てのみ憲法に於て之れを規定し、參謀總長を以て統帥の最高機關たらしめ、戰時に就ては内閣の提案に基き、大統領が適當なる機關を設くべきことを規定して居る。

註一 此憲法はナポンド憲法草案及びシャヨパン憲法の影響の下に (Duguit et Monnier, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France, XXVI et suiv.*, p. 46 et 74 參照) 行政の最高機關を合議制の執行院型に基いて組織し、統帥の權能もまた他の執行の作用と同じく、五人の執行官から成るデクレクトアールに授けられた。而してデイレクトアールの執行官は、單獨の資格に於ても亦全部としての資格に於ても、其在任中は勿論、退職後に於ても二箇年は軍を指揮命令し、又は軍隊司令官の職に就くを得ない旨の規定を設けた。同憲法第一四四條參照 (Duguit et Monnier, p. 96)。 (詳細は拙著國法及國法史の研究一三二頁並に其註參照)。

此憲法の曰ふ軍を指揮命令するを得ずとは、専ら直接の統帥を指すもので、統帥の權能其ものを禁止するの趣旨では無い。此點に於ては此憲法第一四四條の規定は、普遍的國家元首主義の歴史的淵源と看做し得べく、吾人が上に述べた普遍的國家元首主義は、此憲法第一四四條の禁止の規定を、單獨制の執行最高機關に移し、同時に元首を輔弼すべき機關として獨立の地位を有する、國務大臣を認むる事に依て生じたものと言ひ得る。吾人が共和三年の憲法に於ける組織を以て、普遍的國家元首主義の歴史的淵源といひ、歴

史的原型または起原と謂はないのは、此憲法が固有の意義に於ける國務大臣を認めない事に由るものである。

共和八年の憲法と共に同一組織を規定した憲法としては、尙一八〇一年の和蘭憲法 (第四十二條) を挙げ得る。(此憲法に就ては Politz, II, S. 165 參照) 更に共和三年の憲法と相俟つて同じ淵源の一として注目すべきものは、北米合衆國聯邦憲法制定議會に於てなされた修正案である。一七八七年のフェデラルコンヴェンションに於て、一全權は大統領は自ら軍を指揮命令する能はざる旨の規定を憲法に採用すべき事を主張した。此案は採用さるゝに至らなかつたといひ、普遍的國家元首主義の思想の、憲法制定議會に於ける、歴史上最初の現れと言ひ得べく、特に注目に値する。"On August 27, another power suggested by the Committee was granted to the President, without debate, (so far as appears from Madison's Notes), that of Commander in Chief of the army and navy of the U. S. and of militia of the several States, which called into the actual service of the U. S. A." Such a power had been vested in the state Governor in practically all the state constitutions; and in some the Governor had few powers or functions other than military." Charles Warren, the Making of the Constitution, Boston 1928, p. 530. 此著者は更に註に於て次の様に述べ居る。"Luther Martin, in his letter to the Maryland Legislature in 1788, said: 'Objections were made to that part of this Article by which the President is appointed Commander in Chief of the army and navy of the United States of America, and of the militia of the several States; and it was wished to be so far restrained, that he should not command in person; but this could not be obtained. Arguments were made in the State Convention of 1788 in Virginia and North Carolina, against the power of the President to take command of the army and navy in person.'" 尙 The Federalist (Everyman's Library) p. 379 及 Esmelin, *Droit Constitutionnel*, (1921) II, p. 144 比較參照。

II Art. 50: « Il (le président de la République) dispose de la force armée, sans pouvoir jamais la commander en personne. » Duguit-Monnier, p. 239; Hélie, *Les constitutions de la France*, p. 1107 et 1113; 尙一八二二年九月二十三日のホルトガル憲法第二百一十一條第六項參照。(Politz, II, S. 313)

III 同様な禁止の規定は、一八五二年のナポレオン三世憲法第六條の統帥權に關する規定が、一八七〇年の普佛戰爭に於ける佛國の戰敗に齎らした結果に鑑み (但しナポレオン三世が自ら佛軍を指揮したのは、開戰當初の二週間だけ)、他は陸軍大臣が巴里から

命令指揮した Denkwürdigkeiten Boon, II, S. 710 參照。)一八七三年 Dufoure の憲法草案第十四條に於て採用されたのみならず、(Esmein, II, p. 114 並に拙著、國法及國法史の研究一七三頁參照。)一八七五年の現行憲法制定の際に於ても、Barth によつて同一趣旨に基づく修正案が提出された。(此案の詳細の説明に就くは Sirey, Recueil des Lois, série II, 1875 No. 4; 尚上掲 Esmein, II, p. 144 及 J. Barthélemy, Le droit public en temps de guerre, IV, p. 16 參照。)マントの修正案が大統領マント元帥の反對によつて採用されるに至らなかつたことは、特に記す迄も無く著名な事實である。

四 Art. 40: « Le commandement suprême de l'armée restant dans les attributions de la grande Assemblée Nationale, en tant que personne morale, est personnel par le président de la République. Le Commandement effectif des forces militaires est exercé, en temps de paix, conformément à une loi spéciale, par la direction de l'état-major général, et en temps de guerre par une personne désignée par le président de la République, sur la proposition du Conseil des ministres. » B. Mirkiné-Guetzevitch, Les Constitutions de L'Europe Nouvelle, p. 355.

五 Art. 31: « Le président de la République est le magistrat suprême de l'État. Il est le chef des armées de terre et de mer, qu'il ne peut cependant jamais commander. » B. Mirkiné-Guetzevitch, p. 207; Daresto, Les Constitutions Modernes (1928) I, p. 644.

六 二參照。

七 四參照。

ロ 制限的國家元首主義の組織

普遍的國家元首主義の組織は、元首が親ら直接に軍を指揮する事を、例外なく一般的に禁止する組織であるが、之れに反して制限的國家元首主義の組織は、一般的普遍的に禁止すること無く、單に部分的、條件的に禁止するに止まる組織である。此種の組織は禁止の條件が、憲法上如何に定めらるゝかの點から觀て更に二に分ち得られる。其一は禁止が停止條件的に定めらるゝものであり、而して他の一は之に反して解除條件的に定めらるゝものである。第一の組織は、

停止條件的、制限的國家元首主義の組織と稱し得るならば、第二の組織は之に對して解除條件的、制限的國家元首主義の組織と謂ひ得るであらう。第一の組織の場合に在ては、禁止の効果は一定の條件の發生ある迄停止せられ、一定の條件の發生あるに依て、從來單に潜在的に存するに止まつた禁止が、現實に其効果を獲得するに反し、第二の組織の下に於ては禁止は潜在的で無く、既に其効果を現實にするものであつて、從て條件は未だ現實にせざる効果を現實ならしむる要素では無く、反對に既に現實なる効果を解消するの意義を有するものであつて、禁止は條件の發生に依て解除せらるゝものである。

以上何れの場合に於ても理論上から云へば、條件は種々なる内容を取り得るが、實證法上の現象に於ては、事實上唯二に限られて居る。第一の停止條件的、制限的國家元首主義の組織の場合に於ては、條件の内容をなすものは戰時状態であつて、國家元首は戰時状態の發生と共に、親ら直接に軍隊統帥の任に當る事を禁止せられ、別に法規の定むる所に從て、軍の統帥は他の機關に授權せられ、軍隊の指揮命令は専ら此特殊機關に依て行はるゝ事を必要とする。更に第二の解除條件的、制限的國家元首主義の組織の下に於て、現行實證法上、條件の内容を爲すものは、特定の國家機關の意思表示であつて、國家元首は本來、親ら直接に軍を統帥するを禁止され、唯、特定の國家機關が同意する場合に於てのみ、元首は親ら軍隊を統帥し得べきものとせらる。

凡て制限的國家元首主義は、普遍的國家元首主義又は次に述べべき大元帥主義の組織とも異なり、實證法上、近時の現象に屬し、舊時の憲法には見當らず、専ら大戰後に新に制定せられ又は改正せられた憲法に於て存するに過ぎない

が、之れを具體的に言へば、第一の停止條件的、制限的國家元首主義の組織は、之を一九二〇年のエストニア憲法^(一)、一九二一年のポーランド憲法^(二)、及一九二二年のリトアニア憲法^(三)等に於て見出し得べく、而して第二の解除條件的、制限的國家元首主義の組織は、一九二五年の智利新憲法^(四)が之を採つて居る。此點に於て智利の憲法は第二の組織の唯一の例であつて、此憲法の下に於ては、大統領は唯、上院の承諾ある場合に於てのみ親ら軍隊を統帥し得べく、然らざる場合に於ては親ら直接に軍隊を統帥するの權能を有たぬ。

制限的國家元首主義の組織の中、停止條件的、制限的國家元首主義を採る組織の下に於ては、國家元首が軍を親ら直接に統帥する權能は、戰時狀態の發生と共に、法律上當然に禁止せらるゝの結果として、軍隊統帥の權能は別個の軍事機關に委任せらるゝを要する事は、前に言及した如くであるが、如何なる機關をして戰時に軍隊統帥の任に當らしむるかには就ては、此種の組織を採つて居る憲法は、普遍的國家元首主義を採る憲法とは異なり、憲法に於て直接に原則の規定を設け、特別の法律又は行政權の法規に依て、其權限の規定せらるべき軍隊總司令官をして之に當らしむべき事を定めて居る。總司令官なる單獨制の機關をして全軍隊の統帥に當らしむる事を認むるの點に於ては、近時の憲法は舊時の憲法と其主義を異にする。蓋し舊時の民主的憲法は戰時軍隊に對する指揮命令の權能が、單一人に集注するを危險視して、總司令官の任命を禁止^(七)し、分權的な統帥の組織を採て居たからである。此點に於て舊時の規定は政治的考慮に重きを置き、軍本來の性質使命を輕視するの嫌あるを免れないのであつて、近時の規定は技術的に疑も無く一段の進歩を示すものと云ふべく、而して軍隊と國民の關係の健全なる發達が、後者の規定を可能ならしむるに至た基本的要素なる事

は言ふ迄も無かつた。

註 I Art. 80: «Des la déclaration de mobilisation générale, ou des l'ouverture des hostilités, le gouvernement de la République passera le commandement en chef des troupes au généralissime nommé par lui, et dont les pouvoirs sont délimités par une loi spéciale.» Daresté, I, p. 430.

II Art. 46: «Le président de la République est en même temps le chef suprême des forces armées de l'État, sans pouvoir toutefois exercer le commandement en chef en temps de guerre.» Daresté, II, p. 286; Mirkine-Guetzevitch, p. 264.

III Art. 42: «Le président de la République est le chef suprême des forces armées de l'État. En temps de guerre il nomme un commandant en chef.» Daresté, II, p. 118; Mirkine-Guetzevitch, p. 238. 註文は「エストニア憲法」の「エストニア」の語の「エスト」に依り異なる。故に「エスト」に替へた。

註 IV Verfassung vom 18. September 1925 (Daresté, IV p. 82 et s. 參照)

註 V Art. 72: „Besondere Befugnisse des Präsidenten sind: 13. Die Verfügung über die Streitkräfte zu Land und zur See, ihre Organisation und ihre Verteilung, wie es für gut findet. 14. Die persönliche Befehlsgewalt der Streitkräfte zu Land und zur See mit Zustimmung des Senates. In diesen Fall kann der Präsident der Republik an jeden beliebigen von chilenischen Truppen besetzten Ort residieren.“ 尙智利憲法が固有の意義に於ける大臣制度を採つて居る事は特に注目すべく、此點に於て、南米、中米の諸憲法中異彩ある憲法である。大臣の選擇に就ては同憲法第七十五條參照。

六 前掲註 I 及註 III 參照。波蘭憲法は比較的に詳細に機關規定を定むる。Art. 46: «Le président de la République est en même temps le chef suprême des forces armées de l'État, sans pouvoir toutefois exercer le commandement en chef en temps de guerre. Le Commandement en chef des forces armées, en cas de guerre, est nommé par le président de la République sur la proposition du conseil des ministres, présentée par le ministre de la guerre, lequel est responsable devant la Diète des actes du commandement en temps de guerre comme de toutes les questions touchant la conduite des armées.» Daresté, II, p. 286-87.

七 一七九三年六月二十四日の佛國憲法第百十條。《Il n'y a point de Generalissim.》共和三年の佛國憲法第百八十九條。《Le commandement générale des armées de la République ne peut être confié à un seul homme.》一七九八年四月二十三日の和蘭憲法第百十一條第三項。„ Das Generalcommando über die Flotte und Armee wird niemals einer und dieselben Person, nach auch je eines von beiden, einen, oder mehreren; oder allen Mitgliedern des Vollziehungsrates und eben so wenig einem abgetretenen Mitglied desselben eher, als nach Verlauf von zwei Jahren nach seinem Austritt übertragen.“ 以上二款は Duguit et Monnier, p. 77: 100; Piltz, II, S. 134 参照。

第二項 大元帥主義の組織

統帥に關する狹義の立憲的組織の一型態としての大元帥主義の組織は、國務大臣の參與を行爲成立の條件とする點に於て、一方に於ては等しく大元帥主義の組織と見做さるゝ統帥獨立の組織と其性質を異にし、他の一方に於てはまた國家元首親ら軍の統帥に當り得べく、何等の意義に於ても、元首が親ら直接に軍隊を指揮命令することを、憲法上禁止されて居ないことに於て、同じ基本的型態に屬する國家元首主義の組織と區別せらるべき特質を有する。元首の權限を中心として言へば、斯の如き大元帥主義の組織は、前項に於て述べた國家元首主義の組織に比較して寡頭的であつて、國家元首主義の組織は共和國に於ける統帥の典型的組織なるに反して、大元帥主義の組織は、立憲君主國の發達した型態としての議會政治制の君主國並に議會政治制の君主國を模範として組織された、議會政治制の共和國に於ける統帥に關する典型的組織であると言ひ得る。

されば一般憲法史上に於ても大元帥主義の組織は、國家元首主義のそれに比較して早くから現れたものであつて、最初の例は一七九一年九月三日の佛國憲法に見出し得べく、歐洲大陸に於ては、佛國の九月憲法及同一組織を採た一八一四年のルイ十八世の欽定憲法の影響のもとに、白耳義、獨逸に於ける民本的君主國、西班牙、和蘭、葡萄牙、伊太利其他の君主國に移植され、また一方に於ては歐洲大陸の影響とは獨立に、英國に於ても一八〇六年グレンヅキル内閣以來漸次發達して、十九世紀後半期に於て確立さるゝに至つたことは後に論ずる通りである。獨り君主國に於てのみならず、共和國に於ても、佛國が第三共和制度のもとに、プログリー及ブレゾオバドール等の議會政治論者の理論の影響の下に、強い形式に於て英國の政治組織を模範として議會政治を採用するや、此組織が行はるゝに至り、更に世界大戰後の大陸の共和憲法に於ても亦採用さるゝに至つた。現時此組織の行はれて居るのは、君主國としては英國をはじめ白耳義、ブルガリア、丁抹、和蘭、伊太利、一八七六年の憲法の下に於ける西班牙、ユーゴ・スラヅキア、羅馬尼亞等に於て、あつて、共和國としては、南米を暫く外にして云へば、アルバニア、フィンランド、リトアニア、チエツコ・スロヅキア、獨逸等に於て、ある。

大元帥主義の組織に於ては既に述べた様に、國家元首主義の組織の場合に於て見る様な、禁止的規定の無い結果として、國家元首は國務大臣の輔弼の下に親ら軍隊を指揮命令し得るが、憲法上の實際に於ては平時と戰時とに依て異なり、平時に於ては軍務大臣に直隸する參謀總長または參軍があつて、其輔佐のもとに主任の國務大臣が、元首の同意を経て一切の軍務を管掌するを普通とし、戰時に於ては法律命令または其他の執行權の法規に依り、君主、大統領または其非

常代表機關が、内閣の議決を経た軍務大臣の提案によつて總司令官を任命し、軍の統帥は専ら此機關に委任せらるるを普通とする。

- 註 一 元首が親ら直接に軍を統帥することは、必ずしも國務大臣の輔弼の排除を意味するものではない。大元帥主義の組織を以て狹義の大元帥主義即ち統帥獨立の組織と同一視することの、誤りなることは既に論じた如くである。(八頁註二) 國家元首が親ら軍隊統帥の任に當ることを認むる組織を以て、直ちに統帥獨立の組織と思惟するバルテレミーの見解の妥當でないことは、佛國に於てもかくの如き見解は獨りバルテレミーによつてのみ主張されるに止まり——但し一七九一年九月三日の憲法の一部となつた一七九〇年二月二十八日乃至三月二十一日の法律に關聯して、同様の見解はエリーによつて主張され、ルイ十八世の欽定憲法のもとに於てはエロ一によつて主張された——他の學者の同説を支持するものなきによつても推して知り得べきのみならず、同様の組織を採用する伊太利、白耳義などに於ても類似の學説は前者に於てはかつてクリスマン、バルマー等により、又後者に於てはケルシヨープ、シロン等により主張されたに止まるによつて見ても、問題の見解の基礎の甚だ疑ふべきを知り得よう。Helle, Les constitutions de la France, p. 104; Hello, Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science social et politique, 3^e édit. t. II, p. 237; Diago Soria Crispan, Philosophie du droit public traduit de l'Italien, 3^e édit. Bruxelles 1853—54, IX, p. 108; L. Palma, Corso di diritto costituzionale, II, pag. 454; Oswald de Kershowe de Denterghem, De la responsabilité des ministres dans le droit public belge, 1867, p. 42; Giron, Dictionnaire, III, p. 353 參照。拙著、國法及國法史の研究一七頁及び一四三頁參照。
- 二 後出、狹義の立憲的組織の起原の章參照。詳細は拙著、前出、一一四頁乃至一二七頁參照。尙キーランド憲法第六條 (Pöhlitz, III, S. 12.)
- 三 拙著、前出、一四三頁以下參照。
- 四 Art. 68 並し Art. 89 比較參照。Dareste, I, p. 360; P. Errera, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien, S. 47; Orban, Le droit constitutionnel de la Belgique, II, p. 265 et suiv.
- 五 主なるものは次の如し。

イ 一八四八年より一八五二年に至る迄のクルウツェン憲法、Gesetz von 26. October 1818 über Abänderung einer d. Kriegswesen betr. Bestimmung des § 107 V. U. (Zacharia, Verfassungsgesetze, II, S. 115) 並し § 28 V. U. vom 13. April 1852 (Zacharia, S. 72) 參照。

ロ フランシエツトイヒー一八三二年十月十二日の憲法第五十五條 (Posener, Die Staatsverfassungen des Erdballs, S. 137 以下特に S. 141 並し S. 16.) 尙、一八三一年九月三十日の憲法草案第二百二十九條 (Pöhlitz, II, S. 307 及 342 比較、因みに一八三二年八月二十七日の第二の憲法草案に於ては、兵權獨立の規定は削除されてゐる。(同案百五十五條參照。Pöhlitz, II, S. 983)

ハ 一八四八年より一八五六年に至るまでのルクサンブルク (同國憲法第四十五條 Zacharia, S. 405) 同様の組織は一八六六年ルクサンブルクがその一員たりし獨逸聯盟が解散された結果として君主主義の制限より離脱し、二年の後新たなる憲法制定せると共に再び採用された。後の點に就ては一八六八年十月十七日の憲法第三十七條及第八十一條參照。(Posener, S. 673 特し 677 及 80.)

ニ 一八三二年二月十二日の勅令以後一八五二年六月二日軍總司令官の廢止に至るまでのバーデン (Waltz, S. 297; Marschall, S. 23 並し Bad, V. Bl. 1852, S. 72; Marschall S. 102, Ann. 359)。詳細は拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節三、バーデンの項參照)。

ホ 一八四八年より略一八五九年まてに至る普國 (Unverfentlichte Handbille des Königs Friedrich Wilhelm IV, Disch Revue 32 IV, 151, November 1907, Marschall, S. 30 に據る。) 詳細は拙文、普國及び獨逸帝國に於ける兵權獨立の發達參照。

ク フランクフルト國民議會の憲法 Marschall, S. 26 以下參照。

六 一八一二年の西班牙憲法第七十一條のホ及イ並し第二百二十五條 (Pöhlitz, II, S. 282.)

七 一八一五年八月二十四日の憲法第五十九條 (Pöhlitz, II, S. 212.)

八 一八二二年九月二十三日の憲法第二十條 (Pöhlitz, II, S. 312.) 一八二六年の憲法第十六條 (Pöhlitz, II, S. 336.)

九 一八四八年の基本法第五條 (Posener, S. 614; 拙著、前出、一一三頁の註(五)の書參照)。

十 後出、狹義の立憲的組織の起原を論ずるの章に於て詳論する。

- 一一 前同前。
- 一二 前出、拙著一七〇並びに三四四頁以下参照。
- 一三 拙著、前出、三四四頁以下参照。
- 一四 拙文、英國憲法における兵權獨立の變遷参照。
- 一五 註(四)参照。
- 一六 第十一條第十八條一五四條 (Constitution du Royaume de Bulgarie, Daresté, I, 374.) 参照。
- 一七 但し Goos-Hansen, Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark, S. 56 参照。一八六六年發布の憲法の下に於ける法狀は、現行の憲法即ち一九一五年改正の憲法の下に於ても行はるゝものと思惟すべく、この見解を否定すべき何等の法規をも見出し得ない。Daresté I, p. 399 所掲同憲法諸條参照。
- 一八 Art. 59. Constitution du 30 novembre 1887. Daresté, II, p. 239 参照。
- 一九 E. Brusa, Das Staatsrecht des Königreichs Italien, 1889, S. 44 ff.; Orlando, Principi di Diritto Costituzionale 4 ediz., pag. 215.
- 二〇 Posada, Spanisches Staatsrecht 1914, S. 132. und 138 ff.; Art. 40 u. 52 参照。Daresté, I, p. 463.
- 二一 Art. 49, Daresté, II, p. 449.
- 二二 Art. 88, Daresté, II, p. 369.
- 二三 Art. 75, Daresté, I, p. 43.
- 二四 Daresté, I, p. 501 参照。この憲法は特に戦時に於ては、統帥の權能を他の機關に委ね得べきことを規定してゐる。これ伊太利其他に於て從來實際上行はれて来た例を豫想したものであらう。後の點に就ては拙著、前出、一一二頁参照。
- 二五 Daresté, II, p. 118.
- 二六 Daresté, II, p. 834; L. Adamovitch, Grundriss des Tschechoslovakischen Staatsrechtes, S. 139 参照。
- 二七 Meyer-Anschütz, S. 1030; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 105; J. Hatschek, Deutsches

u. preussisches Staatsrecht, I, S. 457 ff. 同 Das Reiches Staatsrecht, S. 262 ff.

第二款 狹義に於ける立憲的組織の基礎思想

第一項 狹義の立憲的組織に於ける政治的要求と軍事技術的要求

«Mais le plus grand ennemi de la technicité, c'est l'esprit d'égalité. Le premier souci d'un peuple démocratique n'est pas nécessairement d'être bien gouverné, mais de ne pas reconnaître de supérieur, d'avoir le sentiment qu'il se gouverne lui-même.»

J.—Barthélemy, *Le Problème de la compétence dans la démocratie*, p. 15.

«Le commandement militaire doit jouir d'une grande liberté dans la conduite des opérations militaires; mais il faut se garder des erreurs de principe sur la nature de cette liberté. Ce n'est pas une indépendance analogue à celle du pouvoir judiciaire:..... Au contraire, le gouvernement demeure responsable des actes du commandement militaire; celui-ci ne saurait donc aucunement revendiquer à son égard une indépendance analogue à celle d'un pouvoir constitutionnel. L'indépendance reconnue au commandement militaire, c'est celle du technicien, à l'égard d'un supérieur dépourvu des connaissances techniques; le supérieur s'incline devant le spécialiste, mais il n'abdique pas.»

J.—Barthélemy, *Droit public en temps de guerre*, VI, p. 34.

委しく言へば、狭義の立憲的組織の内容に就ては、尙種々論述すべき點もあるが、茲には之を省略して單に問題の組織の根柢に存する立法上の基礎思想に言及し、狭義の立憲的組織に於ても、一面に於て、憲法にも重要な影響を有する二三の困難なる軍事的政治的問題の存在する事に就て、注意を惹いて置きたい。

既に論述した様に、狭義の立憲的組織は、軍隊に關する國家の行政作用も、他の一般の行政作用と同様に、根柢に於て國務大臣の參與を必要ならしむる所の組織である。此點に於て問題の組織は、根柢に於て相互に相反する傾向を有する要素から構成された組織と謂ひ得る。其一是軍事上技術上の理念と謂ひ得るならば、他の一は立憲的政治的理念とも謂ひ得べき要素である。前者の見地、軍事上技術上の見地から言へば、軍務は凡て軍事の専門的知識を有する者に依て管掌さるべきものであつて、素人または軍事的規律に服しないものが、軍務の根柢に關與し決定の權能を有する事は許されないが、一方に於て國務大臣制の基礎とする立憲的組織は、其前提とする自由平等の思想の結果として、國政の總てに就て——少くとも其根柢に於て——素人の參與權を主張し、從て軍務の領域に於ても、軍事専門家の排他的、獨裁的權能を排する。立憲政治の實現は、他の領域に於けると同様に、兵權の領域に於ても亦勿論、技術的要求を絶對化せんとする軍事専門家の主張の、政治的要求乃至理念に對する、多少の程度に於ける從屬に俟たざるを得ないのであるが、狭義の立憲的組織に於ける問題は、此從屬をいかなる範圍に止むべきか、如何にせば兩者の要求を出來得べき限り満足せしむべきかにある。

註 一、これ獨り兵權の領域に限らるゝものではなく、一般的に立憲の組織そのものに就ても、或る範圍内に於て妥當することは勿論で

ある。デモクラシーと技術の一般問題に就ては J.—Barthélemy, Le problème de la compétence dans la démocratie, Paris 1918 參照。此問題に就ては恐らく最も内容に富める良著と言ひ得るべあらう。

II «L'amateurisme est dans l'essence même de la démocratie: elle se définit le gouvernement par les gouvernés eux-mêmes, c'est-à-dire par des incompetents.....Mais le plus grand ennemi de la technicité, c'est l'esprit d'égalité. Le premier souci d'un peuple démocratique n'est pas nécessairement d'être bien gouverné, mais de ne pas reconnaître de supérieur, d'avoir le sentiment qu'il se gouverne lui-même. Les fonctions publiques doivent donc rester ouvertes à tous.....» J.—Barthélemy, p. 15.

第二項 政治的要求と軍事技術的要求調整の形式

此問題の解決は、第一に軍隊に關する立法權の留保を如何に定むべきか、第二に行政權に委ねられた範圍内に於て、政府と軍隊との關係に關する組織權限を如何に定むべきかの二個の問題の解決を前提とするが、今第一の問題は暫く措き、單に後者の範圍内に於て言へば、此點に關する從來の立法及實際は更に二に分つて觀察するを便宜とする。其一是政府の内部的組織の問題であり、他の一は政府の軍隊に對する外部的組織の問題である。

1 開内の組織

一、武官大臣制と文官大臣制

先づ政府の内部的組織に於て軍隊との關係を如何に定むべきかの問題に就て言へば、此點に關する從來の慣例は凡て二の型に分たれて居る。其一是軍部大臣を任命するに當つては、原則として陸海軍の將官より採用せんとするものであ

つて、之に依て軍事専門的知識に對して直接に内閣に於ける獨立の發言と創議の權を與へんとするもので、内閣に於ける軍部の組織的代表主義又は、わが國に於て廣く行はれて居る用語を以てすれば、武官大臣制の組織とも稱し得べきものである。其本來の意義に於ては、武官大臣制とは、軍部大臣が將官より任命せらるゝを、法規上必要とするの組織を指すものであるが、此本來の意義に於ける武官大臣制は、獨り兵權獨立の組織を採る國家に於て存するに止まり、兵權に關する狹義の立憲的組織を採る國家に於ては、武官大臣制は唯政治上の慣例として存するに止まる。他の一は之に反して軍事上の専門的知識に對し、斯の如き特權を認めず、凡て軍事に關する審議と決定の權は是を他の一般の國務と同様に、一般政治家の判斷と責任に保留するの組織である。故に第一の組織に對して此後の組織は、文官大臣制又は素人軍部大臣制の組織と謂ひ得よう。

慣例上の武官大臣制は兵權に關する狹義の立憲的組織を採る國家に於ては、從來主として、佛蘭西^(一)、白耳義^(二)及伊太利^(三)等に於て行はれた所であるが、議會政治制の國家に於ては、凡て大臣は之を政黨から採るを必要とするが、武官大臣を政黨から規則的に採る事は實際上困難であつて、從て現時一般に行はれて居るのは第二の素人軍部大臣制である。

二、軍事委員會制と通常閣議制

以上第一の組織は、平時と戦時の區別無く一様に見出さるゝ組織であるが、茲に述べんとする第二の組織は、戦時を中心として觀察したものであつて、其區別は戦時に於ける組織の區別に外ならない。軍事委員會の組織は大戦中先づ英國に於て現れ、次いで間もなく佛蘭西に於ても英國の例に倣つて採用された所である。

其目的とする所は、之に依て政府と軍部の協力を一層有効に確保し、以て戦争の政治的竝に軍事的目的の達成をして容易ならしめんとするに在る。其組織は國に依て必ずしも同一でなく、亦同じ國家に於ても時に依て同一で無いが、今例を佛蘭西に取つて言へば、一九一七年末に於ては會議は總理、大藏、軍需、海軍及び陸軍の諸大臣を以て組織された。會議は大統領の臨席の下に開かれ、凡そ軍事に關する重要事項は凡て此會議に於て審議決定せらるゝを要し、其議決事項は關係國務大臣又は軍隊に到達せられ、大統領又は主管大臣の名に於て執行せらる。其軍事上の専門的知識に對する關係に於て特に注意せらるべき點は、前に總司令官たりしジョツフル元帥が、此會議に於て政府の軍事最高顧問として其發言權を與へられた事であつて、之れリョーテー將軍の陸相任命^(四)と相俟て、佛國戦時内閣の基礎を強固ならしめた所であつた。

然し乍ら軍事委員會の制は、唯二三の國家に於て行はれたに止まり、一般から云へば寧ろ異例に屬し、從來多くの國家に於ては戦時に於ても亦平時同様に、普通閣議制に據るを例とし、特別な組織を認めない。勿論、國防會議其他類の機關は、此等の國家に於ても屢々見受けられる所であつて、歐洲の國家中には直接に憲法の規定を以て是が設置を命じて居るものすらある。然し國防會議は敢て此種の國家にのみ存する組織では無く、軍事委員會の組織を採る國に於ても亦設置されて居るのみならず、其性質に於ても亦全く異なり、國防會議は普通、諮問機關であり、其働きに於ても特に戦時を目的とする機關では無く、常設永續の機關であつて、内閣中の内閣とも云ふべき軍事委員會と區別せらるべきは言ふ迄も無い。

註 一 Henri Hervieu, *Les Ministres 1893*, p. 108; B. Dupriez, *Les Ministres etc.*, II, p. 517; J.-Barthélemy, p. 167 參照。此原則は主として舊時に於て行はれ、近時に至ては例外の多キものに注意せしむ。佛國は十九世紀末葉以來英國の例に倣つて來た。

II «Les ministres belges sont choisis non parmi les hommes techniques, mais parmi les membres du Parlement et plutôt parmi les représentants que parmi les sénateurs. Une seule exception est régulièrement faite à cette règle: le ministre de la guerre est toujours un soldat, un général en activité.» Dupriez, I, p. 213; Errera, S. 59; Orban, II, p. 288.

III Dupriez, I, p. 285. «Les ministres de la guerre et de la marine sont choisis parmi les hommes techniques; mais s'ils ne sont déjà sénateurs, ils reçoivent généralement la dignité sénatoriale en même temps que le portefeuille ministériel.» 尚 E. Brusa, *Das Staatsrecht des Königreichs Italien*, 1889, S. 44 ff.; V. E. O. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, 5 ediz., pag. 215 並に其註及 Casanova, *Diritto const.*, II, pag. 39; Parma, *Curso di diritto const.*, II, pag. 454 e seg. 比較參照。

四 故に一例を擧げて言へば、英國に於ても海軍大臣(The First Lord of Admiralty)が同時に海軍武官たるものと禁止する法規も無くまた習慣も無いのであるが、事實上二六八八年の「光榮ある革命」以來、海軍大臣の大多數が文官であつたのは、専ら此理由に由るものであつて、此點に於て吾人はトッドの論述を引用し得る。曰く、「But in as much as it is essential, in a representative form of government, that the First Lord of Admiralty, should be a minister of the crown it will rarely happen that a naval officer will be found in Parliament who is properly qualified for this office; it is therefore, of necessity, generally given to a civilian.」 Todd, *Parliamentary Government in England*, II, p. 59.

五 拙著、前出、一九〇頁參照。

六 Général Lyantey の陸相任命の理由に就ては J.-Barthélemy, *Les pouvoirs publics et le commandement militaire*, p. 43 et s. 參照。

七 羅馬尼亞憲法第二百二十二條(一九二三年の改正) «Il sera crée un conseil supérieur de la défense du pays qui sera

chargé, d'un façon permanente, de prendre les mesures nécessaires à l'organisation de la défense national.» (Daresse, II, p. 376.)

八 佛國では Conseil supérieur de la Guerre と稱せらるゝものが是に該當する。(Décreté du 6 mai 1890) マルテレーニ、前出、二三頁參照。

九 波蘭に於ける國防會議 (Daresse, II, p. 386 note 參照) も恐らく一般の國防會議と其性質を同じくするものであらう。

ロ 閣外の組織

狭義の立憲的組織は、軍權の文政權に對する從屬を主義とするの組織であつて、從て正しき専門の軍事技術的要求も、往々内閣に於て正當なる考慮を與へらるゝ事無く、其結果はいはゆる統帥權の「干犯」を招致し易い。斯の如き危険は狭義の立憲的組織の下に於ては、獨り内閣に於て、軍事的、専門的知識の組織的に代表されて居ない文官大臣制の組織の下に於てのみならず、慣例上の武官大臣制の組織の下に於ても亦生じ易い。何となれば、大臣の連帶責任に基く、内閣に於ける一致の議決も、事實上に於ては多數決に依て定められざるを得ないのであつて、少數者たる軍部大臣は、結局多數者たる他の大臣の意見に従はざるを得ないからである。

以上の如き状態は、平時に於ては兎も角も、戰時又は事變の際に於ては、種々重大なる結果を來さざるを得ないのであつて、從て狭義の立憲的組織を採る國家に於ても、戰時政府と軍隊の關係を如何に定むべきかの問題は、最も解決の困難なる問題と看做されて居る。これ著者が前に言つた政府と軍隊の外部的關係を如何に定むべきかの問題に該當するものであつて、今、世界大戰中及び大戰後の立法を對象として云へば、此問題に關する戰時の組織には大體次の如き區

別を見出し得る。

一、分權的統帥補助機關の組織^(二)

茲に分權的統帥補助機關の組織と謂ふのは、全軍隊又は主力軍隊の指揮命令權を、總司令官なる單一の最高統帥補助機關の權限の下に置く事無く、全軍隊又は主力軍隊を適宜分割し、之を各司令官の統帥の下に置き、而して全體に對する最高指揮と統制とは、之を軍部大臣を通じて内閣に保留するの組織を指すものである。此組織は共和主義の傳統的精神に基くものであつて、一七九三年の佛國憲法に於て最初に最も明瞭なる形式に於て現れたものであるが、其現代に於ける代表的組織は佛蘭西に於て見出し得べく、佛蘭西に於ては一九一五年十二月十二日の命令に至る迄は行はれた所である。

此組織の下に於ては、政府と軍司令官の權限の限界は熟した用語では無いが、「對戰計畫」と「交戰計畫」(Kriegsplan 二. Operationsplan)の標準に依て定めらるゝものであつて、第一、主要敵軍の指定、第二、戰爭の目的を達するがために必要な人員、資材給與及其配置、第三、主力軍の聯絡協調を確保し、軍事行動の有效なる指揮統制を確保する事等は、専ら政府の權限に屬し、之に反して交戰計畫の確定及び實行は、各軍司令官の權限に委ねられ、各軍司令官は政府に依て指示された目的を達するがために必要な、作戰計畫の確定及び之が實行に就ては、全き自由を與へられる。

斯の如き組織が果して問題の妥當なる解決と言ひ得べきや否やは、戰爭の規模狀況に依て異なり、一概に斷定するを得ないが、唯、茲に注目せらるべきは、此組織は往時に於ては主として國內政治的見地から辯護是正せられ、軍事的獨

裁權の危險を理由として主張せられたのに反し、現代に於ては主に軍統帥の技術的見地から主張せられ、總司令官に依る有效なる全軍統帥の不可能を、其是正の根據とする事である。然し乍ら此後の場合に於ける様な、軍隊統帥の技術的、内在的見地から言へば、此組織の技術的價值は甚だ疑ふべく、組織是正の理由も亦薄弱と言ふべく、總司令官主義の組織を以て寧ろ妥當且つ實現の可能なる組織と謂ふべきであらう。何となれば總司令官に依る全軍統帥の技術的困難は、其下に於ける補助機關の組織如何に依ては、之を排除する事必ずしも困難では無いと共に、一方に於ては、戰線から遠く離れた政府所在地から、軍部大臣を通じて多頭的な内閣に依て發せらるゝ命令を以ては、果斷、迅速且つ適切な指揮と統制は、多くの場合に於て期待し得ないのであつて、問題の分權的補助機關の組織は、獨り軍統帥の技術的見地からしてのみならず、軍隊統制の一般的見地から言ふも、所期の目的を達する所以では無いからである。

されば此組織を大戰の初年に於て實施した佛蘭西の實際に就て見るも、陸軍大臣が内閣の議を経て、ルー・サンドミニクから、戰線に在る軍司令官に發する命令は、猶ナポレオン三世がチュールからクリミア遠征軍司令官に發せる命令に比較せらるべく、有效適切なるを得なかつたのであつて、佛國が開戦後の苦き經驗に鑑み、戰爭の遂行に缺く可らざる命令の統一を確保するは、唯本來の軍事行動に對して責任を有する總司令官が出陣するに於てのみ可能なることを認め、開戦後一年餘にして從來の組織を廢棄し、一九一五年十二月二日附の命令を以て新に總司令官の職を設け、ジョッフル將軍を之に任命し、主力軍の統帥に當らしむるの已むなきに至たのは、蓋し當然と言ふべきであらう。

二、集權的統帥補助機關の組織^(三)

斯の如くに、分權的統帥最高補助機關の組織は、平時に於ては兎も角も、戦時に於ては妥當なる組織と言ひ得ないのであつて、大戦後の新憲法が國家元首主義の組織を採る場合に於ても、舊時の共和憲法の場合に於けるが如くに、總司令官の任命を禁止する規定を設けて居ないのみならず、一部の憲法は積極的に總司令官の任命を規定して居るのは此理由に由るものである。されば佛國も開戦の第二年目には總司令官主義を採るの已むなきに至る事は上に言及した如くであるが、此組織は實質的に兵權の獨立を確保せんとするものであつて、政府の一般責任の下に統帥權の獨立を實現するを以て其目的とするものと言ふを得よう。何となれば此組織の下に於ては、政府は單に戦争の政治的目的を確定し、軍司令官任免權の下に軍事行動を監督するの權能を保留するに止まり、既に述べた分權的組織の下に於て内閣が軍部大臣を主管として行つた軍の最高指揮命令の權能は、此組織の下に於ては總司令官の權限に委ねられ、總司令官は軍隊統帥の技術的領域に於ては「絶對の獨立」と、完全なる自由」とを有するものと看做されて居るからである。

此組織が狹義の立憲的組織と果して兩立し得るか否かは、學者の間に多少争のある問題であるが、戦時に於ける組織としては恐らく最も適當な組織の一と云ひ得べきものであらう。唯此組織は之を效果あらしむるが爲には、政府の側に於ける大なる識見と技術とを必要とし、又政府と軍部の強い相互的信賴と節制を必要とするが、戦時に於ては節制は殊に軍部の間に於て往々行はれ難く、從て民主的な國家に於ては此組織は、實際に於て永く行はれ難い傾向がある。此點も亦佛蘭西の實際が良く之を實證した所である。

此故に狹義に於ける立憲的組織の基本的精神を失ふ事なくして、戦時に於ける軍の統帥を有效適切ならしむるが爲には、同時に一方に於て政府内部の組織に何等かの改革の施さるゝ事を必要とする。之を從來の實際に就て見るに、改革の主要なる手段は大體に於て二に分たれる。其一は戦時委員會の組織であり、而して他の一は武官大臣制である。其内容に就ては既に前に述べた所であるから再言しないが、兩者は共に佛國が大戦中、既に述べた總司令官主義を廢棄し、分權的組織に復歸するに當つて採た所であつて、後者の改革に基く組織は一九一六年十二月廿六日から翌年三月廿日迄に亘つて行はれ、前者に基く組織は一九一七年三月廿日から以後一貫して行はれた所である。以上二の組織の中、孰れがより妥當な手段なるかは、抽象的に斷定するを得ないが、佛國に於ては一般に後者が満足なものと看做さるゝもの^(五)の如く、而して政府と軍司令官の權限の限界は、大體に於て開戦當時の夫と異ならない。

註 一 以下に就ては拙著、前出一九四頁以下參照。

II «J'estime qu'il est impossible à un seul homme de commander toutes les armées françaises; cela dépasse les forces humaines.» Général Goiran, devant le Sénat, Séance du 19 juin 1911. Journ. off., p. 638. (J.—Barthélemy, p. 21)

三 以下に就ては拙著、前出、一九八頁以下。

四 エストニア、リトアニア、ポーランド等は之に屬する。前款、第一項、ロ、註一、三、六參照。

五 J.—Barthélemy, Les pouvoirs publics et le commandement militaire, p. 48 參照。

第三款 統帥權獨立の組織と其種類

„Ein grosser Fürst muss die Leitung seiner Truppen selber übernehmen. Sein Heer ist seine Residenz, sein Interesse, seine Pflicht, sein Ruhm. Alles bestimmt ihn dazu.“

Friedrich der Grosse,
Antimachiavell,
S. 12.

茲に統帥權獨立の組織と謂ふのは、既に述べた様に、國家元首の權能に屬せしめられた軍隊の指揮命令を中心とする作用が、國務大臣の權限に多少の範圍に於て獨立し、從て憲法上其範圍内に於て前立憲的組織が行はるゝの組織をさすものである。統帥權獨立の組織に就てもまた狹義の立憲的組織の場合に於けると同様に、仔細に觀察すれば更に幾つかの型態に分ち得るが、その中特に重要な意義を有する區別の標準は凡そ三を擧げることが出来る。その一は獨立を可能ならしむる法源であり、その二は獨立の範圍であり、その三は統帥に關する最高補佐機關の組織である。以下順を追うて以上三個の標準を基礎として統帥獨立の基本的型態を記述しよう。

第一項 獨立の法源

立憲國家に於ては極めて稀な例外に屬する不文憲法の國家を外にして云へば、統帥獨立の組織はその法律上の基礎が如何なる法規にあるかの標準から見ても、憲法の成典に直接その法的基礎を有するものと、憲法變更の、又はこれに準すべき不文法規にその基礎を有するものと二個の型態に分ち得られる。立憲の内容的な基礎法則から言へば、第一の型態は統帥獨立の憲法上の正態であり、第二の型態は憲法上の變態であるが、歴史上事實上の見地から見、または内容的觀察の前提となるべき法形式的觀察の見地からすれば、之れに反して第一の正態的組織はむしろ例外の現象であつて、變態に屬し、前の憲法上の意義に於ける變態的組織型態が、事實上の觀察に於ては常態として現れる。

以上の如き法源から見た組織の區別は、統帥權獨立に關する問題に對して極めて重要な關係を有する。蓋し統帥の獨立が、憲法自體の規定によつて直接に、または憲法自體の授權の規定のもとに法律または他の法規によつて認めらるゝ、第一の憲法上の正態的組織の場合に於ては、その法的基礎は簡單明瞭であつて、いはゆる統帥權の獨立が果して適法なるや否やの問題は、通常生ずる餘地を有たない。故に問題は獨立の範圍如何の點に集注せられ、比較的簡單であるが、之れに反して第二の組織の場合、憲法上の變態的組織、傳統的固有の意義に於ける統帥獨立の組織の場合に於ては、組織夫自身は、憲法の規定に反して發生し維持さるゝに至つたものと思惟せらるゝものであつて、從て第一の型態に於ては問題の前提として肯定せられ、夫自身疑ひの對象たり得ない客體が基本的問題として思惟せられ、從てまた此第二の組織型態のもとに於ては、第一の組織のもとにおける基本的問題は、統帥獨立の法的可能性が、積極的に解答せらるる場合に於てのみ、初めて更にとり扱はるべき第二の問題として現れる。故に問題は憲法上の正態的組織に於けるより

もはるかに複雑であり困難ならざるを得ない。

かくの如く憲法上の變態的組織のもとに於ては、問題は組織の性質、對象の構成上勢ひ複雑であり困難ならざるを得ないが、一方に於て吾人は上に述べた組織の區別を明瞭に意識することによつて、從來傳統的意義に於ける統帥の獨立に關して、多くの研究が陥た無用なる困難を豫め排除し、問題に對する明瞭的確なる解答を比較的容易ならしめ得べきである。蓋し別に論すべきが如くに、統帥の獨立に關する從來の學說が有する多くの矛盾と誤謬は、一面に於て組織の前提に對する明瞭なる概念を排除し、憲法上の變態的組織を以て恰も憲法自身に初めから内在し、從て、憲法にその法源を有する憲法上の正態的組織なるが如くに思惟する擬制に由來するもの少くないからである。この點に於て、法源から見た組織の區別を明瞭に意識することは、固有の意義における統帥權獨立の問題をして純正ならしむるに重要な、方
法上の意義と價値を有するものといはなければならない。

註一 此意義に於ける法形式及び法内容に就ては Somol's, Juristische Grundlehre, S. 5 ff. 比較參照。

イ 憲法上の正態(憲法に法源を有する組織、歴史的事實的意義に於ける變態)的組織

いはゆる統帥獨立の組織は是を有する國家に於て、大多數の場合、憲法の規定に反して發生するに至たものであつて、初めから憲法の規定にその直接の基礎を有するものは極めて少く、一八〇九年の瑞典憲法、一八一四年の諾威憲法、一八二一年のクルヘッセン憲法(一八四八年に一時廢止され一八五二年に復活)、一八三三年のハンノーヴァ憲法、一八五六年のルクサンブルグ憲法、及び現代に於ては匈牙利並にアルバニア新憲法に於ける組織をあげ得るに止まる。故に現

行の憲法であつて問題の組織を認めてゐるものは、瑞典、^(三) 諾威、^(四) 匈牙利及びアルバニアの四憲法にのみ限られてゐる。

註一 §§. 7, 15, 38, 106 der V. vom 7. Juni 1809. (Pöhlz, III, S. 73 ff.); Aschehoug, Das Staatsrecht der vereinigten Königreiche Schweden u. Norwegen, S. 36.

註二 §§ 28, 31 der V. vom 4. Nov. 1814 (Pöhlz, III, S. 104); Aschehoug, S. 36; Morgensterne, Das Str. d. Königreichs Norwegen, S. 54 參照。

註三 § 10: „Die oberste Stelle in der Verwaltung der Churfürstenthums, mit Ausschluss der reinen Militäranglegenheiten, ist, als Unser unmittelbares Organ, das Staatsministerium.“ 尚、この箇條の第二十の乃至四十五參照。(Pöhlz, I, S. 574); 外、この副署に關する § 26 の規定 (Pöhlz, I, S. 574—578) 及び特に軍務者に關する詳細なる規定。 § 29 參照。(Pöhlz, I, S. 579 ff.) (Organisationsurkunde v. 29. Juni 1821; § 107 V. v. 5. Jan. 1831; § 82. V. v. 13 apr. 1852. (Pöhlz, I, S. 627; Zachariä, S. 372)

註四 „Die reine militärischen Angelegenheiten, insbesondere die innere Organisation der Armee und die Anstellung u. Einlassung der Officiere gehen von Könige aus ohne dass es dabei der Dagwischenkunft des Ministerii bedarf.“ § 155, Grundgesetz v. 26. Sept. 1833. (Pöhlz, III, S. 598) 一八四八年の變更に就ては Zachariä, S. 372 參照。同様の組織は一八二三年十月十二日の勅令 (Pöhlz, I, S. 268) 並に一八三一年十一月十五日の憲法草案第八章第一條のB並に特に第六條の既に規定した處に於てある。(Pöhlz, I, S. 332 ff.)

註五 Art. 45 V. v. 27. Nov. 1856 (Zachariä, I, S. 179 u. S. 188.) 尙一八五六年の欽定憲法に就ては Gyschen, S. 20 ff. 參照。但し一八六八年の新憲法の制定と共に獨逸聯盟によつて強制された從來の組織は廢止された。現行憲法は勿論狹義の立憲的組織を採てゐる。同憲法第三十七條參照。(Dareste, II, p. 167)

註六 § 13 «Le régent exerce le pouvoir exécutif par le ministère responsable exclusivement devant l'Assemblée nationale. Toutes ses actes, y compris les décisions relatives à la force armée, ne sont valables que s'ils sont revêtus du contreseing du ministre responsable compétent. Cette disposition ne concerne toutefois, pas les droits constitutionnels relatifs à l'armée, qui appartiennent au régent en ce qui concerne la direction, le commandement

et l'organisation intérieure de l'armée nationale.—) (Add. Loi 17 de 1920) Daresse, II, P. 31; B. Mirkin-Guelzevich, p. 430 參照。アルメニア憲法に就ては Daresse, III, P. 14. 參照。

七 第十五條參照。此規定は一一二一年に修正された處であつて、修正の條文はダレスト第二卷四八八頁に掲げてある。參照。なほ瑞典及び諾威の法狀に就ては後に述べる機會があらう。

八 Art. 28, 31 (Daresse, II, p. 210)

ロ、憲法上の變態的組織(歴史的事實的意義に於ける常態的組織、憲法變更の
不文法規に法源を有する組織)

統帥獨立の組織は既に言及した様に、大多數の場合に於ては、其法律上の基礎を直接に憲法の規定に有するものでなく、其發生に於ては寧ろ憲法上の規定に反するもので、社會的政治的勢力のもとに久しく維持せられ、後に既成の事實として特異なる法學的範疇の下に、特殊の法的組織として是正せられ法化せらるゝに至たもので、此意義に於ては問題の組織は、憲法變更の特異な不文法規に其法源を有する組織といはなければならぬ。

統帥の獨立が國法學及び國家學上傳統的な問題として固有特殊な意義をもつに至つたのも、またこの憲法上の變態的組織に於て、あつて、普通國法學上統帥獨立の組織といへば、主としてこの歴史的事實的觀察の意義における常態的組織、憲法上の意義における變態的組織を指すものである。ゆゑに統帥獨立の組織としてその著名なるものはいづれもこの組織型態に屬し、舊普國特に一八五九年以後に於ける法制、その建設より一九一八年十月二十八日の法律に基く憲法の修正により統帥獨立の廢止に至る迄の獨逸帝國、獨逸聯盟のもとに於ける獨逸諸國、奧太利等に於て存在した組織は

皆この型態に屬するものであつて、わが國に於ける組織もこの型態の組織に比較せらるべきものであることは後に詳論すべきが如くである。

- 註
- 一 拙文、國法の固有性と統帥權の固有性(外交時報第六百二十號第二十三頁參照)。
 - 二 詳細は後出、統帥獨立組織の起原の章、特に普國及び獨逸帝國に於ける兵權獨立の發達に關する論述。
 - 三 拙文、前出、註二參照。
 - 四 拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節の三並びに四、なほ後出、統帥獨立組織の起原及び發達に關する論述參照。
 - 五 拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節の二參照。
 - 六 第十章參照。

第二項 獨立の範圍

統帥獨立の範圍から見た型態とは、國務大臣の權限に獨立する軍に關する執行の作用を定むるに當つて、憲法または法令が用ひた限界の標準に關する型態を指すものである。憲法法令ならびにこれを基礎とする學説は、一般に獨立の標準を大元帥としての資格に於て行はれる元首の行爲に求め、之れを獨立事項として狹義の軍行政特に主として豫算に影響する軍の他の行政作用と區別する。

しかし統帥事項を一定の内容を指示して普遍的に定めんとすることは困難であるから、法及び實際はこの場合統帥の範圍に屬しない特定の事項をあけて、以て消極的に獨立の範圍を定めんとして居る。ゆゑに理論上統帥獨立の概念をいかに思惟すべきかの問題を離れて、單に準備的記述的に獨立の型態を發見せんとすれば、觀察の中心を専ら上述の列舉

事項におき、これを基礎として型態を定めなければならぬ。此點から見れば獨立の範圍に關しては組織は、人事事項な
かんづく將校の任免をも統帥の範圍に入るゝものと、然らざるものとの二種に區別することが出来る。

註一 此種の表示を用ひた最初の憲法上の規定としては、一八〇九年六月七日の瑞典憲法を擧ぐべきであらう。此憲法は其第七條に於て特異な獨立を認めた統帥事項の範圍を定めて、統帥とは、„...worunter dasjenige verstanden wird, welches der König als oberster Befehlshaber über die Kriegsmacht zu Lande und zur See unmittelbar besorgt.“と曰つて居る。Pöhlz, III, S. 73. 尙獨逸に於ける恐らく最初の例としては、一八三一年九月三十日のフランシェットイヒ憲法草案第百二十九條第二項を擧げ得る。„Diejenigen höchsten Verfügungen, welche der Landes-herr als oberster Befehlshaber der Truppen erlässt, bedürfen der Kontrainsignatur nicht.“ Pöhlz, I, S. 942; Marschall, S. 48 及び Anm. 167 も之を擧げて居る。以上の外更に同様の用語は一八三一年一月五日のクルヘッセン憲法第百〇七條に於ても見出し得べく、(Pöhlz, I, S. 627 參照。)一八五二年の同國憲法第八十二條の規定も亦同じ。(Marschall, S. 49 Anm. 170 參照。)北獨逸聯邦憲法第八條第十九條第六十三條第六十四條第六十五條等に於ける Bundesfeldherr (H. Triepel, Quellen-sammlung, S. 208, 211 ff. に就て條文參照。)の文字も亦屢々同様の意義に解せられて居る。例へば Laband, Das Str. d. Deutschen Reiches, 4. Aufl, IV, S. 83 ff. 參照。獨逸に於ける學說の影響のもとに我國に於ても明治十五年一月軍人に賜はつた勅諭(法規分類大全、政體門、三、詔勅式、三十九頁。帝國昌學會編。歴代詔勅集下卷、軍事三十四頁。)に於ける「大元帥」なる文字(朕は汝等軍人の大元帥なるぞ……云々)もわが國の學者によつて同様に解されて居る。典型的な一例としては吉見金三郎氏著「日本憲法論」五百九頁に於ける論述を擧げ得よう。委しくは第十章參照。

二 獨逸に於ては恐らく上に述べた法規定の影響の下にてあらうが、Buddens, Min. Verantwortung, S. 99 (Marschall, S. 48) によつて主張され、近時に至つては特に Friesch, S. 38. に依り唱へられ、佛國に於てはエロー(第一節第一款第二項、註(一)の書四〇頁參照。)により、また我が國に於ても同様の説ある事は後に論ずべきが如くである。

イ、人事包括主義の組織

先づ之を憲法上の正態的組織即ち憲法上の規定に基礎を有する統帥獨立の組織に於て言へば、一八三三年九月二十六日のハンノヴァー憲法の下に於ける組織^(一)を擧げ得べく、憲法上の變態的組織則ち直接憲法典に其法源を有しない統帥獨立の組織に就ては、特に其典型的なものとして普國並びに墺太利を擧げる事が出来よう。

一般に信ぜらるゝ所に依れば、普國及び舊獨逸帝國に於ける兵權獨立の模範となつたものは、一八六一年ウィルヘルム一世の軍令の副署に關する勅令^(二)であるが、これによれば軍の人事、勤務、および「軍令」——「軍令」は普國に特殊な名稱で、普通の軍令ではなく軍隊に對する告諭^(三)に過ぎない——であつて豫算に影響しないもの、又は軍行政の他の領域に互らないものは軍務大臣の副署なく受命者に交附通達せられ、而して當該事項は別に定められた手續によつて軍務大臣に告知される。これ純軍事事項として信ぜらるゝものであつて、この事項は全く國務大臣の參與を外にして國王に依り獨立に決定せられ、從て憲法上大臣の責任範圍外にあるものと信ぜられた事項である。

勿論實際に於てはこの規定はそのまゝに行はれたものではなく、上に述べた規定の趣旨であつて、二三の例外を除いて一貫して實際に行はれたものは、軍隊に對する告諭ならびに所分の性質を有する人事に關する規定のみであつたに過ぎず、他の事項に就ては上記の勅令によつて本來純軍事事項に屬するものと雖、實際に於ては是に屬しないものとして取り扱はれたものがあると共に、一方に於ては反對に勅令の規定上、本來純軍事事項に屬さないものであつて、しかも實際に於ては純軍事事項として副署を伴はざりしものがあつたのである^(六)。

故に問題の勅令は決して統帥權の範圍を明瞭に示したものと云ふを得ないものであるが、兎も角も一般にはしかく信

ぜられたものであつて、茲に獨立の範圍に關する一例として擧ぐることは無意義ではないと信ずる。

普國のほかと同様に人事包括主義の典型的組織として擧ぐべきものは、一八四九年の欽定憲法のもとにおける奧太利に於て實際に行はれた組織である。當時の奧太利に於ても國王はひとり軍の運動、純軍事上の命令の基本的變更、戰時における軍需品の非常所置、防禦築造物の建設等を專行するのみならず、參謀將校及び將官の人事に關する事項も亦國務大臣の權限とは獨立し、特殊の補佐機關の補佐のもとに國主の專行した所であつたのである。

註 一 三五頁註(二)參照。Politik, III, S. 598. 一八三一年十一月十五日の憲法草案第八章第六條の規定も本質的に同様である。Politik, I, S. 333. 參照。

二 Laband, IV, 33. 參照。

三 勅令の全文は Graf Hue de Grais, Heer und Kriegsmarine Handbuch der Gesetzgebung in Preussen und dem Deutschen Reich, III, 1.) S. 37 ff. に在る。

四 此點に就ては Marshall, S. 204 ff.

五 1. „Armeé-Befehle, sowie Ordres, welche Ich in Militär-Dienst-sachen oder Personal-Angelegenheiten erlasse, werden ohne Gegenzeichnung expedirt.“ 3., Ausserdem verleiht es in Bezug auf die von Mir in Armeé-Angelegenheiten getroffenen Bestimmungen, welche Ich dem Kriegs-Minister nicht durch Ordres bekannt mache, bei dem bisherigen Verfahren so dass derselbe von Allen rechtzeitig Kenntniss erhält.“ 第二條の規定は同時に非純軍事事項に關する規定をふくむ命令または所分に關するものである。

六 詳細なる論述はマリーシャル二百七頁にあり。參照。

七 拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節中二、イ註(一八)參照。

ロ、人事除外主義の組織

上に述べた組織に相對するものは人事特に將校の任免を獨立の領域から除外する組織であつて、憲法の規定に直接その基礎を有する組織の例としては、一八三一年九月三十日のブランシュワイヒ憲法草案のもとにおける組織を指摘し得よう。この草案はその第二百二十九條に於て、國王の行爲は國務大臣の副署を必要とすることを規定したが、同一箇條の第二項はこれが例外を認め、國王が軍隊の最高司令者としてなす所分は副署を必要とせずといひ、同時に一方に於ては軍の最高指揮者としての行爲に屬しない軍事上の作用をあげ、一般的にこれを以て國家元首としてなす行爲と見なし、特に軍人の召集、軍の行政ならびに軍法裁判判決の承認又は拒否の外に將校の任命をあげて居る。一八五二年以後一八七〇年に至るバーデンに於ける副署の實際に現れた組織も亦同様である。わが國における組織がこの形態に屬するか否かは後に詳論する。

註 一 Politik, II, S. 942 參照。

二 拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節三、バーデンの項參照。特に(2)の註三參照。

第三項 最高輔佐機關の組織

統帥獨立の組織の下に於ては、元首は國務大臣の固有の權限より獨立した統帥の權能を、親ら他の特殊の輔佐機關を俟たずに行ひ得べきであるが、事實は如何なる國家に於ても、最高統帥機關としての元首を輔佐すべき特定の機關があつて、統帥の作用は専ら此等特殊輔佐機關の輔佐の下に行はれる。故に統帥獨立の組織は、獨り獨立の法源並に獨立の

範圍から觀て型態を確定し得べきのみならず、最高統帥機關としての元首を輔佐すべき最高輔佐機關の組織權限からも組織の型態を發見し得べく、而して此點より見たる型態の如何は、一方に於て特定の國家に於ける統帥獨立組織の發生の了解に重要な意義を有するのみならず、同時に一面に於ては、其國家に於ける政治的軍事的イデオロギー發達の狀態を表示するものとして、重要な意義を有する。

今以上の見地から觀察すれば統帥獨立の組織は、最高輔佐機關組織の側からして集權的型態と分權的型態の二種に分ち得べく、一般國家又は法機關構成の基本的型態は亦、統帥輔佐機關の場合に於ても重要な説明の手段たるものであるが、概して言へば統帥獨立の組織は、多くの場合分權組織型態を採り、集權的型態に於て現れるものは稀であると言ひ得る。蓋し之れ統帥獨立の組織は獨立を認めない狹義の立憲的組織とは異なり、オートクラシーの理念を基礎とするものであり、軍隊に關する法律上の作用を、憲法上獨立の地位を有する國務大臣の權能より何等かの範圍に於て獨立せしめ、元首の獨裁する所たらしめんとするものであるから、既に獨立した作用の範圍内に於ても之れを他に一般的に委任することなく、元首がこれを行ふに當つても集權的輔佐機關を設けず、分權的機關、事項の性質を基礎とする數箇の分權的機關の輔佐に依らんとすることは、自然であると云ふべきであるからだ。

1. 分權的統帥最高機關の組織

分權的統帥最高輔佐機關の組織と云ふのは、國家元首と全軍隊の間に介在する包括的な單一の統帥に關する中央機關なく、全軍隊に對する統帥の作用は、多少の範圍に於て決定權を有する數箇の機關の輔佐の下に、君主に依て行はるる

の組織を指すものである。

此型態に於て思惟さるべき第一の組織として挙げなければならぬものは、一八五九年特に一八八三年以後一八八八年に至る迄の普國に於ける陸軍軍政の組織である。此組織にあつては一般の軍行政は勿論、統帥に關しても國王の下に於ける最高の機關は陸軍大臣であるが、之れ單に憲法規定の表面たるに止まり、法の實際に於ては人事に於ても亦高等統帥に於ても、國王の下に於ける最高の輔佐機關は軍事官房長であつた。

(一) 軍事官房長は普通陸軍中將又は大將の中から任命せらるゝ國王直接の輔佐機關であつて、其權限は二種に分たれる。一は軍事官房長としての本來の職務であつて、軍事に關する文書の出納を管掌するの外、國務大臣の謁見上奏、軍人竝に其家族に對する特旨賜金、國王の行幸、軍事上の諸儀式等に關する事務である。他の一は統帥及び統帥に關する輔佐機關としての權限であつて、此後の事項に就ては軍事官房長は毎週三回、國王に定期謁見奏上するの權を與へられ、其裁可を得た命令は直接軍隊に之れを傳ふるの權能を有するもので、唯豫算に影響し、又は軍の行政事務に關するものは、國務大臣の同意を要するの制限を受けたに止まる。

侍從武官長は軍事に關する國王の輔佐機關として、極めて古い歴史を有する機關であるが、憲法實施後、統帥に關する最高輔佐機關として現れたのは一八五九年の事で、此年陸軍省人事課長の權限を委任せられ、初めは單に省内の一課長一機關として陸軍大臣に從屬し、且つその權限としては重要ならざる人事事項に就てのみ大臣と獨立して所理し得るに過ぎなかつたものであるが、其後漸次に其權限を擴張し、遂に陸軍大臣の支配から全く獨立し國王に直屬する機關と

なるに至たものである。^(七) マーシャルに據れば、一八八三年の豫算面に於ては陸軍省の人事課は單に名のみ止め、詳しくは軍事官房の項参照と記されてゐたといふ事であつて、之に依て見ても、此時には既に軍事官房長が完全に人事課長の権限を吸収するに至たものと言ひ得べく、國王の私の機關と見なさるゝ程に國王に對して個人的親近の關係を有する軍事官房長が、國務大臣の権限に屬する事項の一部を兼任するに至た事は、統帥の獨立、統帥に關する大臣の権限を制限し、國王の專斷的権限を擴大するに至らした最も重要な要素の一言はなければならぬ。

(二) 同一時代の普國に於て、軍事官房長以外に軍の統帥事項に關して國王を輔佐する任務を有したものは、參謀總長^(九)である。參謀總長の権限は我國に於ける夫と大體に於て同じく、平時に於ては作戰用兵の計畫を中心とする事項を管掌し、戰時に於ては大本營にあつて國王を輔佐するの任務を有する^(一〇)。而して參謀總長が普國に於て帷幄上奏の権限を與へらるゝに至たのは一八八三年の事であつて、此年に至て參謀總長は初めて國務大臣に獨立し、國王に直屬する地位を持つに至たものである。

以上の法狀は一八八八年以後に於ても持續したが、唯ウイールヘルム二世の即位後は帷幄上奏の範圍は擴張され他の軍事機關にも及び^(一一)、參謀總長、軍事官房長等の從來保有し來つた獨占的地位は失はれて、分權的傾向は一層強く現れ、之れと共に反面に於て國王の大元帥としての主働的地位が、更に明瞭に表示されるに至つた。

第二に同様に典型的な分權的統帥輔佐機關の組織として擧ぐべきものは、一八八九年以後に於ける獨逸帝國海軍の最高統帥輔佐機關の組織である。海軍に於ても亦陸軍の場合に於けると同様に、皇帝を輔佐する海軍の軍事官房長があ

つて^(一二)（一八八九年新設）、陸軍軍事官房長と同様の権限に於て皇帝を補佐すると共に、一方に於ては海軍軍令部長即ち海軍參謀總長があつて^(一三)、海軍に關する作戰用兵の事務を司り皇帝を補佐し帷幄上奏の權を與へられてゐた。他に別に陸軍の場合に於けると同じく教育總監、鎮守府長官、艦隊司令長官等も亦皇帝直屬の機關として上奏の特權を有したのである^(一四)。

軍事官房長の権限に關する點を外にして言へば、我國に於ける海陸統帥輔佐機關の構成も、以上述べた獨逸に於ける組織に比較され得べきものであつて、等しく分權的組織の型態に屬する事は、尙後に詳論すべき^(一五)が如くである。唯上にも言及した様に、我國に於ける侍從武官長は獨逸に於て存したその如くに、同時に命令の権限を有する事なく、本來の近侍の機關たるに止まる事に於て、獨逸の組織と區別さるべき特性を有する事に注目さるべきである。

註 一 獨逸憲法上の規定に於てのみならず、(Art. 41, 46 參照)國務大臣の議會に於ける答辯に於ても、陸軍大臣は少くとも高等統帥に就ては自ら上奏の権限を有し、軍事官房長は單に從屬的二次的事項に就てのみ獨立の権限を有するが如くに説明されてゐる。一八六二年十月三日當時の陸軍大臣ローンが下院に於てなした説明（一八六二年普國下院速記録四卷二〇三三頁）參照。重要な部分 Marschall, S. 160 に引用あり。參照。

II Marschall, S. 164 比較參照。

III Marschall, S. 158 參照。

四 『統帥』に關する事項が國務大臣に獨立する人事課長の權能として公に聲明されたのは、一八六二年十月三日のローンに依る下院に於ける説明に依るものと言はれて居る。此點に於ては Marschall, S. 159 參照。ローンの下院に於ける聲明の全部は Weldemar Graf Roon, Kriegsminister von Roon als Redner, Bd. 1, S. 339-341 に在り、參照。

五 此帷幄上奏機關は專制政治に普遍的な秘密政治の軍政の領域に於ける一型態であつて、此機關の存在が普國に於て特に注目な

惹くに至つたのは、フリードリヒ大王の没後間もなく行はれた軍政に關する統一官廳組織樹立の時代、一七八七年六月二十五日の軍務總監部設定の勅令に於てであつて、此勅令は一方に於て軍務總監部の形式に於て、新たに軍政に關する單一の集權的なる中央官廳を設けて、從來の統一なかりし組織状態を改革せんとしたが、他の一方に於ては尙國王の特に親任する臣を集めて國政を議する秘密政治の弊風を脱せず、軍隊の使用、用兵の作用は之を特に軍務總監の權限から除外し、國王の別に定むる機關の輔佐する所に屬せしめた。いはゆる國王の別に定むる所の機關とは、國王の軍事官房を統裁する侍從武官長又は國王の副官とも稱すべき *der vortragende Generaladjutant* であつて、公の官制上軍務總監部に所屬すると否とに拘らず、事實上獨立の地位と權能を有し、統帥に關する國王の最高輔佐機關たりしものであつた。爾來時に依て多少の相違はあるとは言へ、此機關は殆ど一貫して維持され来たものであつて、此組織は十九世紀の初め行政組織の基本的な近代的改革を試みたスタイン、ハルデンベルグの立法に於ても全く一掃されるには至らず、一八一〇年軍事官房長の軍務省内人事課長任命に依つて維持され、一八四八年代には陸軍大臣を凌駕する勢力と權限を有するに至つたもので、Boyer が一八四一年陸軍大臣として入閣を求めらるゝや、其職責を全ふするがために人事課長の更迭を以て就任受諾の條件としたのを以て見ても、その如何に強大なる勢力を有するかを知り得よう。唯一八四八年憲法の制定採用と共に一時此軍政の領域に於ける秘密政治の形式は廢止されたが、普國に於ける君主主義の傳統は固より一朝一夕に此組織を廢棄するを許さず、一八五九年に至つて再び現はるゝに至つたものである。詳細は第五章參照。

六 此年 *Generalmajor von Manuteuffel* の人事課長兼任を命ぜらるゝに依つて一八四八年憲法の採用と共に表面より消失するに至つた組織が再び現るゝに至つたものである。Marschall, S. 157; Hüfer, *Kabinet-regierung*, S. 559 參照。權限に就ては同じく Marschall, S. 157 Anm. 598 並に *ローン* の下院に於ける説明(上註一)參照。

七 此地位の如何に強大なる勢力を有したかは註の五に於ても述べたが、憲法施行後に於ても先づマントイフェルの陸軍大臣ローンとの衝突に於て示された。唯ローンの勢力はしぶゝながらも國王をしてマントイフェルをシュレンスウイヒ總督に轉補せしむるに至り、軍事官房長、陸軍人事課長の不當なる勢力の擴大は一時抑止された。此點に就ては *Denkwürdigkeiten aus dem Leben des General = Feldmarschalls Kriegministers Grafen von Roon*, II, S. 226—230 參照。尙 Marschall, S. 157 參照。) プルメテイルの時代に至つては人事課長の大員に對する獨立は決定的なものとなるに至つたのであつて、省内の一課として人事課を

事實上廢止するに至つた一八八三年三月八日の勅令は、此結果にすぎないと信ぜられてゐる。Marschall, S. 162 參照。

八 Marschall, S. 162 參照。但しマイヤー、ユルビエールに依れば一八二四年に既に完全なる獨立を得たものゝ如くである。

„Die Abt. für persönliche Angelegenheiten war bis 1824 ein Department des Kr = Min. und steht jetzt noch in dessen Etat, bildet aber das selbständig dem Kaiser unmittelbar unterstellte Militärkabinet.“ Hue de Grais, *Heer u. Kriegsflothe*, I, S. 2, Anm. 2; „Ausserhalb des Kriegsministeriums, wenn auch in seinem Etat geführt, steht die Abteilung für die persönlichen Angelegenheiten. Sie bildet bis zum Jahre 1834 ein Departement des Kriegsministerium und wird deshalb noch heute in der Rangliste an der alten Stelle hinter dem allgemeinen Kriegs = Departement aufgeführt. Jetzt führt sie die Bezeichnung „Militär = kabinett Sr. Majestät des Kaisers und Königs.“ Meyer und Courbiere, *Grundzüge des Deutschen Militärverwaltung*, S. 80.

九 此機關に就ては Bronfart von Schellendorf, *Der Dienst des Generalstabes*, S. 8 ff, 218 ff; Laband, IV, S. 100; Marschall, S. 163 ff; Meyer-Courbiere, S. 89 ff.

一〇 Bronfart, S. 218; Courbiere, S. 115 ff.

一一 參謀總長が規則的な上奏權を與へられた時期に就ても研究者の間に意見の相違がある。私が上に記したのはマーシャルの見解に據つたものであるが、之れに反してアロンフアルトに依れば其時期は遙かに早く、前立憲時代の一八二一年に始まり、此年 *Milning* が上奏權を與へられたに始まる。(Bronfart, S. 11—13) 併し乍ら上奏の權能を參謀總長が其權限事項に關して國王に奏上し裁可を仰ぐ權能の意義、特に規則的に此意義に於て上奏する權能の意義にとる場合——而して、之れ上奏の普通固有なる意義である——に於てはアロンフアルトの見解は正しいものと言ひ得ない。蓋しマーシャルも指摘してゐる様に *Roon* の傳記(II, S. 712)に依れば、參謀總長が一時的にはあるが上奏權を與へられたのは *Roon* の提案に基き一八六四年に行はれたのであつて、それ以前に於ては參謀總長は軍司令官と同様の關係に於てのみ國王に直屬するに止り、規則的には勿論、暫定的にも上奏し裁可を仰ぐ權能は與へられてゐたものではないからである。參謀總長が一八八三年に規則的な上奏權を與へられたといふ事實の根據に就ては Marschall, S. 168 Anm. 636 參照。

一二 Inspekteur der Feldartillerie (砲兵監 1839) Kavallerie-Inspekteur (騎兵監 1835) General-Inspekteur Kavallerie

1838, (騎兵總監) Marschall, S. 166 Ann. 625; Meyer-Courbiere, S. 99 ff, 參照。

一三 Meyer-Courbiere, S. 62; Marschall, 182 參照。

一四 Meyer-Courbiere, S. 62; Laband, IV, S. 121; Marschall, S. 181, 參照。

一五 Marschall, S. 183; Meyer-Courbiere, S. 63 參照。

一六 後出、第八章の論述參照。

ロ、集權的統帥最高輔佐機關の組織

集權的型態は分權的型態と異なつて國務大臣の固有の權限に獨立した統帥に關して、國家元首に直屬する單一の集權的な中央機關を認むるものであつて、分權的型態の場合に於ては、概して國家元首の主働的地位が明確に現はるゝに反して、此集權的組織型態の下に於ては元首の主働的地位は薄弱なるの傾向を有する。

集權的組織の顯著なる例は、一八五九年から七〇年に亘つて行はれた普國に於ける海軍の統帥輔佐機關の組織に求め得る。蓋し普國に於ける海軍中央官廳の組織は、一八四八年海軍に關する軍務がアダルベルト公を委員長とする海軍委員會の提案に基いて、軍務省の管轄に屬せしめられたに始まるものであるが、一八五九年に至つて從來總理大臣の主管に屬する海軍官廳の權限の下に置かれた統帥が、海軍の軍政から分離獨立した海軍司令官廳に移されて以來、一八六一年海軍省の設置を経て一八七〇年獨逸帝國建設の結果、普國の海軍が帝國に移される迄は、海軍司令官は國王の海軍統帥に關する唯一の包括的輔佐機關であつたからである。

更に同様な集權的組織は一八三二年二月十六日の勅令に依り、前年十二月十七日の下院の決議に基いて從來の組織の

廢止さるゝに至る迄のバーデンに於ける陸軍統帥輔佐機關の組織、並に一八六五年より翌年に亘て別箇の名稱の下に設置され維持された同國に於ける輔佐機關の組織に於て見出し得る。一八三二年二月十六日の勅令に依て廢止さるゝに至る迄は、統帥に關して國王を輔佐する任務を有する唯一の集權的機關は軍事官房長であつたが、之に反して一八六五年に至て新たに設けらるゝに至る機關は總司令官の形式に於てあつた。

- 註 一 Rönne, III, S. 154, Ann. 501; Marschall, S. 172 參照。
- 二 Marschall, S. 173, Ann. 655; Rönne, I, S. 680, Ann. 4, 參照。
- 三 Rönne, I, S. 680, Ann. 4; Marschall, S. 174 參照。
- 四 Rönne, I, S. 680, Ann. 4; Marschall, S. 176 參照。
- 五 拙文『獨逸に於ける兵權獨立史』の一節三、バーデンの項、特にイ、ロ、並に其註參照。
- 六 上掲拙文イの註(九)並にロの註(三)參照。
- 七 上掲拙文ハの(二)參照。

第二章 狹義の立憲的組織の起原と其發達

第一節 學說及學說批判

第一款 問題に對する二個の假說

統帥に關する狹義の立憲的組織、換言すれば統帥の領域に於ても、他の行政又は執行の作用の場合に於けると同様に、

國務大臣の輔弼責任の原則を認むる組織の起原如何に就ては、二個の假説を思惟することが出来る。其一は問題の組織の起原を英國に求むるものであり、他の一は之れを佛國に求めんとするものである。第一の假説は便宜上是を英國起原説と言ふならば、第二の假説は之れに對應して佛國起原説と稱し得よう。

註一 勿論立憲の法制又はいはゆる法治國家制度の發生普及上、特に重要な意義を有するものとしては英國佛國以外には米國を擧げなければならぬ。Jellinek, Allg. St. R. S. 515 ff.; 同 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (參照) 特に其發生の時期から云へば、米國の組織は州憲法の形式に於ては佛國の組織に比して早い、米國の組織は州の場合に於ても亦聯邦憲法の場合に於ても普通固有の意義に於ける國務大臣を認めないのであるが、一方、統帥權獨立の組織從て之れに關聯して狹義の立憲的組織は、唯國務大臣の制を有する組織に於て固有の意義を有する事は既に前に論じた如くであつて、從て吾人の研究目的の關する限度に於ては米國の組織は問題の外に至る。

第二款 英國起原説と其批判

第一項 英國起原説

問題の對象の歴史的起源を英國に求めんとする假説の基礎思想は、之を簡單に言へば次の如き形式に於て表示し得よう。統帥に關する狹義の立憲的組織は、其歴史上の起原を英國に求め得る。蓋し狹義の立憲的組織は、一方に於て議會並に國家元首に對して特異な責任を有する國家元首輔佐の機關として國務大臣の存在を前提とするのみならず、同時に一方に於ては亦かくの如き國務大臣が統帥に就ても輔弼の責任を有する事を、其概念の缺くべからざる要素とするが、

代議制は勿論、亦無責任の特權を有する國王を輔弼し其責に任ずる機關としての國務大臣の組織も、共に英國に於て其近代的形式における最初の發生を有するのみならず、一方に於ては此組織の根柢に横はる自由平等の基礎思想に關聯して、英國に於ては早くから文政——議會並に其統制の下にある政府——に依る軍政の統制、軍事機關の政府並に立法機關に對する直接間接の從屬は、獨り政治上並に法律上の根本原則として主張され又承認され來つたのみならず、實際に於ても此原則は「權利請願」^(四)「權利章典」^(五)「治安條例」^(六)「毎年法」^(七)等の法律に於て部分的に示されて居たと言ひ得るからである。

なかんづく問題にとつて決定的なる關係を有する軍總司令官の國務大臣に對する從屬の原則は、英國に於ては既に一八〇六年グレンヴィル内閣組織の際に確立されたものと言ひ得る。蓋し此年ピットの後を繼げるグレンヴィル内閣即ち當時の英國のいはゆる The ministry of all the Talents の組織せられんとするに當つて、二月一日グレンヴィルに依て提案された軍部に於ける移動に關し、國王ジョージ三世は之れを以て國王の動かす可らざる軍事大權を干犯するものとし、凡て軍隊は直接に國王に屬する總司令官を通じて國王の命令の下に在るものであつて、(Commander-in-Chief) 又はウェリントン以後の名稱に依れば (General Commanding-in-Chief) 軍の招募、給與及び服裝を除いては國務大臣の參與は許されざるものとして拒否し、一方グレンヴィルは斯くの如き大權の非立憲的なるを指摘して譲らず、これがため内閣の成立は一時頓座せんとしたが、國王は遂に其の裁可なくしては變更を行はざる事を條件として提案に同意するに至り、茲に暗雲は一掃され軍隊も亦他の國務的作用と同じく等しく國務大臣の輔弼に屬し、その指揮監督の下に在るの

原則は確立さるゝに至たものである。^(九)爾來此憲法上の原則は一貫して維持され、獨り國王輔弼の任に當る政治家の側に^(一〇)おいてのみならず、國王輔佐の最高專任軍事機關^(一一)の側においても亦明白に承認さるゝに至たものであつて、即ち狹義の立憲的組織は英國に於ては一八〇六年にすでに動かす可らざる地歩を獲得したものである。^(一二)

註 一 勿論封建法上特殊階級並に團體の代表は之よりさき歐洲大陸の諸國に於て存した (Jellinek, *Allg. Stl.* S. 570 ff.; R. Holzmann, *Französische Verfassungsgeschichte*, S. 30; 172 ff.; 207 ff.; R. Schöder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, S. 663) が、其代表が全國民に亘り且つ其性質に於ても自由であつて拘束的でない近代議会は、獨り英國に於て初めて發生したものであつて、Simon de Montfort の一二五四年に於ける努力に端を發し、而して一二五九年の模範議會に於て確定的となつた組織を以て近代的議會の嚆矢とする。Jellinek, S. 574 ff.; Esmein, I, p. 80 et suiv.; Gneist, *Englische Verfassungsgeschichte*, S. 263 ff.; Stubbs, *Constitutional History of England*, vol. II, p. 173 ff. (chapter XII) 簡單なる記述は Homersham Cox, *The Institutions of the English Gov.*, London 1863, chapter III.

II Frisch, S. 44 ff.; 110 ff.; 156 ff.; Jellinek, *Ausgewählte Schriften u. Reden*, II, S. 108 ff.; Esmein, I, p. 162 et suiv. 參照。

三 其例に就ては Todd, *Parliamentary Government in England*, II, p. 52, 517 參照。

四 權利請願 (1628) の内容は數項に亘つてゐるが、其中軍事に直接の關係を有する事項は二項であつて、一は法に反して軍人を個人の住居に宿泊せしめたる事、其二是違法なる戒嚴の宣告に基く自由の剝奪である。Lieber, *Civil Liberty*, p. 478; Gneist, *Engl. Verfassungsgeschichte*, S. 550; 其一般的性質に就ては Jellinek, S. 411; 386.

五 議會は權利章典に於てシェームス二世が其在位中犯した各種の違法なる行爲を列擧指摘し——列擧された中、軍事に關するものは議會の同意なくして平時常備軍を設け維持したる事、並に軍人を個人の住居に宿泊せしめ私生活の自由を犯したる事の二である——而して將來斯くの如き違法を再び犯さざらしむるがために、英國臣民既定の法狀に基いて更に改めて臣民の權利を宣明してゐるが、軍事に關するものは議會の協賛を外にして常備軍を平時に於て維持する事の違法なる事を明にして居る點である。Lieber, 494

參照。

六 治安條例は、一六八九年に初めて制定されたものであつて、一六九八年から一七〇一年迄の期間を除いては毎年繰返して制定され、其效力が一ヶ年間に限らるゝにより毎年法として知られてゐる。現時に於ては軍事法と稱され而して其基本的内容は舊時のものと著しき相違を持つて居ない。其内容とする所は一方に於て國王に對して軍隊の維持に關する權能を授權すると共に、同時に一方に於ては各年度に於て維持さるべき兵額を定め、並に之に必要な豫算に協賛を與ふる議會の決議を併せて表示するに在る。詳しくは Halschek, *Englische Stl.*, II, S. 276; Dicey, *Law of the Constitution*, 8 th ed. p. 295; Todd, I, p. 321; Lowell, I, p. 123 參照。

七 前註六參照。

八 Sir Thomas Erskine May, *The Constitutional History of England*, vol. I, (14 th ed) p. 104—105; Todd, vol. I, p. 56—57, 參照。

九 'To the doctrine thus expressed the king assented; and thus the sole remaining branch of the public service heretofore considered as in a certain extent exempted from ministerial interference, was brought under ministerial control.' Todd, *ibidem*, p. 57.

一〇 後の時代に於ける政治家の見解主張に就ては特に記す迄もないが、比較的古い時代に於ける其顯著なる事例としてはケンパー、ケレンビル、シドニー、ハーバート、マンモールを始め其他極めて多數の人々を擧げ得よう。Todd, I, p. 325 ff.; II, p. 537; 542 ff. 參照。

一一 Lord Wellington は既に一八三六年に次の如く明言してゐる。'The Commander-in-Chief cannot at this moment move a corporals guard from London to Windsor, without going to the civil department for authority; he must get a route.' Todd, *ibidem*, p. 542.

ウエリントン侯は一八二七年——一八二八年並に一八四二年——一八五二年その彼の逝去に至る迄總司令官の椅子を占めた。同様に軍權の文權、軍部の政府に對する從屬の原則を認むる見解は、同じく總司令官であつた Lord Hill (1838—1842 迄在任) Lord Hardings (一八五二年——一八五六年迄在任) Duke of Cambridge (一八五六年) 其他の軍事當局等に依つても表示されたが、

此點に就ては Todd, II, p. 541, 542, 544, 545, 549, 561 等參照。

一 海軍の場合に於ても立憲的組織は古くから行はれ來つた。英國に於て海軍に關する中央官廳の設けられたのは一五二二年のヘンリー八世の下に於て始まると云はれてゐる。(Todd, II, p. 539; Geist, Eng. Verwaltungsrecht, S. 591 參照。其以前の歴史に就ては Stubbs, Cons. His. II, p. 311; III, p. 95 ff.) が『光榮ある革命』以前に就ては組織は單頭的であり、國王自身親ら直接に總司令官として海軍軍務を統理した事實もあり、國王は此地位に基く權能を以て國王の一般の大權とは異なる特殊の大權——後の大陸の憲法上の文獻に於けるいはゆる大元帥としての特異なる大權に比較さるべき——と思惟したが、(In early times the crown delegated this power to officers who were at first styled guardians of the seas, and afterwards admirals. The office of admiral thus forms one of the prerogatives of the crown, but is distinct from that of the sovereign, and is capable of being conferred, either partially, or in full, upon a subject.' Todd, II, p. 580. 尙 Cox, I, p. 718 參照。)一六九〇年此組織は變更され合議制の機關となり十八世紀の初期一時合議制は中絶した。其後再び復活し爾來今日迄維持されて來た。然し合議制と云つても立憲政治の慣習法規に立法は、最高權を海軍大臣に (The First Lord of Admiralty) 與ふるに至て居て、海軍大臣は海軍の統帥並に軍政の凡てに就て絶對の責任を有し、最高の監督權を有する事は英國の實際及び學說の一致する所である。Anson, vol. II, p. 198 ff; Todd, II, p. 594 ff 參照。外に前出第二節第二款第二項註(四)參照。'As respect the navy, ever since the act of 1690, authorising the placing of the office of Lord High admiral in commission, the delegation of the royal authority in the government of the navy has been absolute and entire; and the responsibility for the administration thereof has, from the epoch of the Revolution, been considered as resting upon the First Lord of the admiralty.' Todd, II, p. 530.

第二項 英國起原説の批判

以上述べた英國起原説は極めて妥當なるが如くに思はれるが、併し仔細に之を検討するに於ては此説を直ちに肯定す

る事は、許されないものと言はなければならぬ。而して其理由は次の諸點に在る。

其第一は組織技術的理由とも言ひ得べき理由である。蓋し統帥に關する狹義の立憲的組織は、既に述べた様に、單に軍に關する元首の法律上の行爲が、凡て少くとも其根源に於て國務大臣の參與の下に行はるゝの組織であるが、斯くの如き組織を行政の實際に於て實現し確保するがためには、一方に於て國家元首以下の軍事上の凡ての機關少くとも統帥に關する機關が、直接間接に國務大臣の監督の下に置かれ、從て國務大臣に獨立し専ら國家元首に直屬し、其命を執行するが如き機關の發生の餘地ならしむるが如き組織の存在を必要とし、唯斯くの如き權限分配の集權的組織の存在を前提としてのみ、軍隊の統帥に關する國務大臣の包括的責任の原則は之れを法執行の實在的階段に於て維持し實現し得べきである。併し斯くの如き法狀の事實上、英國に於ける憲法及び行政の實際に於て實現さるゝがためには、十九世紀に入つて後も尙數度の官制改革を必要としたものであつて、而して其實現さるゝに至たのは略一八七〇年代に於て、あると云ふべきものであつて、問題の組織又は其憲法上の根本原則の確立を、論者の説に於けるが如くに、一八〇六年に求めんとする事は此點に於て誤りであると言はなければならぬ。

蓋し英國に於ては、對象の性質に基く統一的中央官廳組織の發達するに至たのは一般に遅く、中央官廳の組織は、大陸の夫に比して寧ろ混然たる不統一の状態にあるを免れなかつたものであるが、なかんづく軍政の領域に於ては二三の歴史的、政治的並に軍事的理由に依て此缺陷は著しく、軍隊に關する國家の事務は陸軍の領域に於ては内務大臣、軍務大臣、陸軍大臣及び總司令官等の數箇の機關の權限に分屬すると共に、一方に於ては總司令官は必ずしも凡ての點に於

て陸軍大臣の指揮命令を受くるものではなく、或る種の事項に就ては國王に直屬し帷幄上奏の權能を與へられて居たのであつて、斯くの如き法狀は決して軍務に關する國務大臣の輔弼責任に關する明瞭なる觀念を基礎としたものであるとは斷定することを得ない。されば組織の細則に關する點は暫く別にするも、一八〇九年即ち論者が組織確立の年とする一〇六年を経る事三年後に、國王ジョージ三世が豫め國務大臣と協議又は後者の提案に基く事なく、其歴史的特權を行使してサーデヴィッドダグタスをヨーク侯の後任として總司令官に任命するの告知を總理大臣に下した如き、或は又更に比較的後の時代に至ても統帥の獨立を主張した議員のあつた事は敢て怪むに足りないものであつて、之れを國王が陸軍大臣の任命に當つて其辭令に對する補充的詔勅に於て、國務大臣に獨立する總司令官專屬の權能として特定の保留事項を列記するの慣例竝に此保留事項に關聯して總司令官に與へらるゝ上に言及した帷幄上奏と併せ考察するに於ては、原則の確立を一八〇六年時代に求むる論者の主張の餘りに明確であつて、果して其客觀的なるやを疑はざるを得ない。

假りに今論者の主張を認め、原則の確立を一八〇六年の既に述べたグレンヴィルに依る歴史の抗争に求め得べしとするも、之れ單に英國國法に於ける組織の起原を示すに止まり、之を以て直ちに一般憲法史上に於ける狹義の立憲的組織夫自體の起原と思惟する事は誤りであると言はざるを得ない。何となれば英國に於ても問題の組織は其憲法上の原則の起原を一八〇六年に有するに止まり、從て其以前に於ては統帥獨立の原則は多少の範圍に於て行はれ、又は少くとも斯の如き大權の否定を確證すべき憲法上の原則の存在せざりし事は、論者自身も反面に於て承認する所であるが、一方狹義の立憲的組織は次に論述すべきが如くに、之より以前既に佛國に於て英國に於けるよりも更に適確且つ詳細なる形式

に於て實現されてゐたからである。

註一 此點は既に一七九〇年二月の佛國の各省組織に關する法律の審議に於て Barnave の明瞭に認識した所である。詳細は拙著、國法及び國法史の研究百二十五頁並に後出の論述(次項)參照。

二 之れより前、英佛戰爭の經驗に鑑みて一七九四年に軍制の重要な改革が行はれたが、此改革を外にして一八七〇年の改革に至る迄には尙一八五四年(クリミア戰爭の經驗に基いて行はれたもの)の改革があつた。其詳細に就ては茲に記述するを得ないが(詳細は拙著英國憲法に於ける兵權獨立の變遷參照)、要するに其目的とした所は一方に於て從來極めて分權的であつた軍政に關する官廳の組織を改革して集權的組織を樹立し、出來得る限り軍務に關する事項は之れを陸軍大臣の權限の下に集中せしめ、責任の所在を明確且つ容易ならしむると共に、他の一方に於ては此點に關聯して極めて解決の困難なりとせられた總司令官の陸軍大臣に對する、完き憲法上の從屬關係を確立せんとするに在たのである。而して此等の目的は一八七〇年の改革に於て遺憾なく初めて實現されたものであつて、(此點に就ては一八七〇年の改革に關してアンソンの様に述べてゐる。曰く、'From this line for ward there has been no question of separate responsibility or independence on the part of the Commander-in-Chief,' vol. II, p. 200) 一八七〇年以後の改革は畢竟するに行政的意義を有するものに過ぎない。

三 Hatchek, *Englisches Staatsrecht*, II, S. 615 參照。

四 軍政の全般に亘つて國王を輔弼し議會に對して其責に任ずる統一的機關の組織を缺いた理由は凡そ三を挙げ得よう。其一是シドニー、ロック、ホーリントン、ブローク等の人々を通じて廣く勢力を有するに至つた Check and balance の思想であつて(此等の人々の思想とモンテスキューの權分立説ならびに其の基礎としての組織關係に就てはハッチェツク、上掲の書に詳細なる論述がある。參照)、比較的に獨立な數個の機關に權限を分屬せしめ、分權主義非單頭的合議的組織の主義によつて、權能の濫用を防止しようとする政治的理由である。其二、英國は地理上の關係によつて歐洲大陸諸國における様に強大な陸軍を維持するの必要がなく、從て行政上軍制は他の諸國に於ける様に重要な地位を持たざりしがために議會の注意を惹くこと尠く、且つ軍隊の維持特に常備軍の維持は既に前に述べた様に、英國憲法史上國王の單獨の權能に基く限度に於ては違法と見なされた事實は、軍隊が治安條令または毎年軍事法の形式に於て與へらるゝ議會の協賛のもとに維持される様になつた後、國民及び議會をして軍隊に對する一種の強い反感を抱かしむるの原因となり、議會は軍隊を以て已むを得ざる弊害として消極的に之れを取扱ふに止まり、立憲制度の一部として積極的

に合理化し組織化するに充分な關心を持たなかつたことである。その三として擧ぐべきものは國王の軍隊に對する關係である。國王が其法律上ならびに其政治的經濟的勢力を維持するが爲めに、古來國王の特權プレロガティヴと見なされた軍隊に對する直接の權能を議會によつて干渉せらるゝことを虞れ、直接に國王の命令の下に立つ國務大臣以外の機關をして統帥其他の重要な軍事上の權能を行はしめ、議會の勢力下に在る國務大臣の干渉を排除せんとした、凡ての君主國において多少の程度に於て見出さるべき固有な傾向である。

五 拙文、英國憲法に於ける兵權獨立の變遷——參照。尙 Dupriez, t. I, p. 171; Todd, II, p. 531 ff.

六 此機關は一七九四年に設けられたものであつて、一九〇四年の廢止に至る迄一貫して維持されたものゝ如くである。Anson, II, p. 194; 206.

七 總司令官の權限に屬する事項は(一)統帥、軍の規律。(二)軍人の任命、昇進の二を主とするものであつて、是等の事項は保留事項として一八五四年以來陸軍大臣任命の際に都度詔勅で告知さるゝを例とした(Gneist, Engl. Verwaltungsgesch. II, S. 522 Anm. 12)に保留規定の引用がある。參照。此點に就ては尙前出、拙文參照)が、一八六一年 Sir G. C. Lewis の任命の際以後を保留の例を存しないが(Todd, II, p. 539 參照)、かくの如き保留は古來一般に認められ、又十七世紀の革命後王政の復古に當つても法律によつて承認された(Statute 13 Car. II c. 6. 引用は Cox, p. 506 に在り)軍事大權の殘留であり、その表示に外ならない。尙陸軍大臣と總司令官の權限に就ては前出拙文のほか Gneist 前出 265 並に特に Todd, II, 530 ff. 參照。

八 總司令官が上奏し得べき事項は、一、毎年度要すべき兵量の決定、二、服裝に關する事項、三、武官の任命並に昇進等の三項に亘るものであつて、前に述べた保留事項に該當する。但し第一の兵量の決定は、まづ内閣に於て議決したものを總司令官が内閣よりの正式の通告に基き國王に上奏するものであつて、單なる形式に止まるものゝ如くである。之れに反して第二の服裝に關する事項に就ては、總司令官に於てまづこれを定め、上奏裁可を経、而して後之を陸軍大臣に告知するものであつて、陸軍大臣は視ら其意見を表示し得べく、必要と思惟する場合に於ては國王に上奏し得ることは勿論であるが、發案上奏の權は専ら總司令官に屬する。但し提案の事項であつて經費に影響を及ぼすものは事前に大臣と協議して其同意を要する。最後の任命及び昇進に就ては、初任の場合には總司令官より人名及び官名を記した表記を豫め大臣に送致するが、別に事前の協議を俟たず國王の裁可を仰ぎ、後に其執行を大臣に通告する。他の任命昇進等は事前に協議を必要とする。Todd, II, S. 562 ff. 參照。

九 Upon the resignation of the Duke of York, on March 17, 1809, George III., without waiting for any communi-

cation from his ministers on the subject, wrote to the Premier (the Duke of Portland) nominating Sir David Dundas to be Commander-in-chief. He was appointed accordingly, and retained the office until 1811, when it was again conferred upon the Duke of York.' Todd, II, p. 553, note 1; Jesse, Life of George III., Vol. III, p. 532.

一〇 Todd, I, p. 324; II, p. 542 參照。

一一 Todd, II, p. 539.

一二 Todd, II, p. 561 參照。

一三 Todd, II, p. 530; I, p. 324 參照。

第三款 佛國起原說

統帥に關する狹義の立憲的組織の歴史的起原を英國に求めんとする見解の妥當でない事は、以上詳論した所によつて明かであらう。私の見る所を以てすれば、問題に對する正しい解答は英國の憲法史に求むべきものではなく、寧ろ佛國の立憲史に求むべきものである。

第二節 狹義の立憲的組織の起原

第一款 概 說

立憲制度または近時廣く行はれる言葉を藉りていへば、議會主義の法制はその歴史的起原を英國に有するものである

ことは特に強調するまでもなく廣く熟知されてゐる事實だが、同時にまた廣く多くの國家に行はれるに至た立憲國法上の重要な制度であつて、英國以外の國家における法制の歴史的發達の結果に負ふものゝ少からざることも注意すべき事實である。この關係において佛國は米國と共に最も光彩ある貢獻を爲した國家といふべく、佛國民が十八世紀末の革命後十九世紀中葉に至る迄の間に於て有した多くの憲法及び其下に於ける法制に於て、或は議會の構成に選舉權の制度に各省組織に、或は行政救済の組織に或は行政裁判の制度に、また狹義の立憲君主主義ならびにこれに關聯して欽定憲法主義の組織に與へた新たな貢獻は、孰れも以上述べた意義に於て觀察されるべきもので、佛國が十九世紀前半期に於て歐洲大陸に於ける立憲運動の指導者と見なされ、立憲制度の實驗所と見なされたのは敢て必ずしも過當とはいはれない。

統帥に關する狹義の立憲的組織も亦、各省組織に關する合理的な組織の樹立に關聯して發生したものであつて、佛國に於て問題の組織が如何にして發生したるかは、既に筆者が別の箇所において詳細に論述したところであるから茲に再論するの要を見ないが、此點に於て佛國は立憲の祖國である英國に制度的に一步先じたものであつて、佛國が未だ兵權に關する狹義の立憲的組織を有するに至らなかつた間に、すでに一七九一年九月三日の憲法に於て極めて明瞭な形式に於て之れを實現するに至た。蓋し國務大臣の輔弼責任が議會の存在と相並んで立憲制度の缺く可らざる組織であることは、當時佛國における識者の最も明瞭に認識したところであつて、而して國務大臣なる組織の設置をして意義あらしむるがためには、その輔弼の範圍を國家元首の國務に關する權限の『全部』に亘らしむべく、從てまた軍に關する作用も、

その統帥であると否とを問はず、當然に國務大臣の權限と責任の範圍内にあるべきもので、軍に關する作用の全部または一部を國務大臣の輔弼事項の範圍以外におくことの許されぬものであることは、當時に於ける佛國の立法者によつて認識せられ且つ強調されたところであつた。英國に發達した立憲の法制に對する明瞭な理論的反省と、行政權に對する強烈な反感と不信の念のもとに組織された佛國の民本的君主憲法に於て、統帥に關する狹義の立憲的組織は獨り憲法上の原則に於てのみならず、各省大臣の權限を詳細に規定した各省組織の法律に於て確保されたことは、蓋し當然と言ひ得べきであらう。

註 一 拙著、國法及國法史の研究百〇七頁以下參照。

二 拙著前出、百十七頁以下參照。

三 拙著前出、百十九頁參照。

四 詳細は Robert Redlob, Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, 3 u. 4 Kapitel; Egon Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant.

第二款 狹義の立憲的組織の原型

以上概説するが如くに、狹義の立憲的組織の起原は、専ら一七九一年九月三日の佛國憲法の下に於ける組織に求めらるべきものであるが、此點は更に詳しく論ずる事を必要とする。蓋し九月憲法は後に權利章典として其一部を成すに至た一七八九年八月二十六日の人權及公民宣言と共に、從來歐洲の學者に依て各方面から殆ど餘蘊なき迄に詳細に討究さ

れ、文獻も亦夥しい量に上つて居るにも拘らず、國家組織上最も基本的な意義を有する兵權に對する關係に於ては、軍事専門家の技術的見地よりするものを外にしては、研究として見るべきもの極めて少く、なかんづく九月憲法が狹義の立憲的組織を採用した最初の憲法であり、組織として文政權に依る兵權の統制を最も明瞭なる形式に於て實現したる最初の憲法たるの事實は、私の知る限りに於ては、從來何人も之を明確に論證したものが無く、佛國の學者の間に於てすらも此基本的な問題に就ては、全く誤つた見解が行はれて居るのを見受けるからである。著者が以下多少の重複を意識しつつも問題の詳論を敢てするは此の理由に由るものであつて、以て専門の學者間に於ける從來の謬見を訂正し、佛蘭西國民が國民議會を通じて此問題の解決に對して與へた憲法史上の貢獻を、明確ならしめんとするの趣旨に出づるものに外ならない。

問題の論究に當つて先づ第一に注目すべきものは、佛蘭西憲法集の編者エリーの見解である。彼は九月憲法の内容を構成するに至つた一七九〇年二月二十八日—三月二十一日の法律第一條が、「國王は軍の最高首長なり」と曰へるの規定を説明して、「國王は大元帥たるを以て親ら軍隊を統帥し得べく此場合に於ては國務大臣の輔弼を要せず」と曰て居る。此見解は從來一般に承認されたものゝ如く、之に對する反駁は文獻上見るを得ないのであるが、然し乍ら仔細に之を検討するに於ては其維持し能はざる見解なる事は、次の三點からして明瞭であると言はなければならぬ。其一は九月憲法の一般的基本的特質から觀て、其二は兵權並に國務大臣の副署及責任に關する憲法及其施行法律の規定から觀て、而して其三は此等關係法規の審議制定に當つて行はれた國民議會に於ける討論に現れた立法の明瞭なる精神から

して、ある。以下順次此等の各觀點からエリーの見解の維持すべからざる事を指摘論證すると共に、併せて狹義の立憲的組織が如何なる形式に於て初めて九月憲法の下に現れたかを論述する所があらう。

順序として先づ第一の點から論ずれば、問題の九月憲法を以て兵權の獨立を認めたものとする見解の一貫し能はざる事は、此憲法の一般的性質から觀て既に明であると云はなければならぬ。蓋し兵權の獨立は君主主義的思想と事實上不可分の關係を有するものなる事は後に論ずべきが如くであつて、從て唯、君權の強固なる國家に於てのみ發生し存續し得べく、民主的非寡頭的な國家に於ては存し得ない組織であるが、九月憲法は既に廣く知らるゝ如くに、名は君主國憲法であるが、其實に於ては一の民主憲法たるに止まり、憲法は形式上尙君主制を維持したとは言へ、當時の佛國は其實體に於ては世襲の元首を戴く一共和國に過ぎず、ルッソーの過激なる民主主義的自然法學說に對する心酔と、革命に依りて其極に達した王權に對する不信反感の激情の下に、國家組織の改革に従事し、直接間接に議會の指揮監督の下に立たざる如何なる政府の權能をも認めざらんとした國民議會が、兵權の獨立を認め國王をして法制の最も危険なる破壊者と看做された軍隊に對する關係に於て、議會の監督と國務大臣の責任の外に行動し指揮命令するの自由を得せしめたものとする事は、單に想像する事すらも困難ならざるを得ないからである。

斯の如くエリーの主張が其根據に於て甚だ疑ふべきものなる事は、九月憲法の反君主的傾向、積極的に言へば其根柢とする民主主義的基礎思想からして既に明であるが、問題の見解の維持し得べからざる事は、一步を進め、之を直接に憲法明文の規定に就て觀、兵權並に大臣の副署、並に責任に關する法の規定を一瞥するに依て更に明である。何となれば

は憲法は一方に於て其第四章第一條^(九)に於て行政權は國王に專屬すと曰ひ、又其軍隊に對する關係に於ては國王は軍の最高首長であると曰つて居る^(一〇)が、同時に他の一方に於ては國王に授權された行政權行使の條件並に之に關聯する大臣の責任を規定し、凡て國王の命令は主任大臣の副署なくんば執行さるゝを得ず。國王の命令は、其文書に依るものなる口頭の命令なるとを問はず、凡て大臣の責任を免するものに非ずと曰つて居るからである^(一一)。

勿論國務大臣の副署並に責任に關する憲法の規定は一般的であつて、憲法は何等直接に兵權に關する大臣の副署及責任に就て規定する所は無いとは言へ、憲法は一般的抽象的形式に於て之を規定するが故に、亦特に除外的規定の無い以上、問題の規定は當然兵權に對しても適用せらるべきは文理上當然であると言はなければならぬ。だが此點は更に之を國民議會に於ける國務大臣の責任に關する討論に徴して一層明瞭である。蓋し國務大臣が立憲君主國の國法上如何に重要な意義を有するものなるかは、國民議會の最も明瞭に認識した所であつて、其一般は Trinit-Fargéan が一七九一年四月七日の國民議會の席上に於てなした各省組織に關する報告演說に於て大臣の責任を強調し「Messieurs, au moment où le plan de l'organisation du ministère a été soumis à votre délibération, vous avez désiré de connaître ce qui en fait le complément, ce qui assure l'exécution des règles que vous allez prescrire sur cette importante matière; en un mot, ce qui a été considéré comme une des plus sûres garanties de la Constitution, dans les premiers instants dans la France: je veux dire la loi de la responsabilité des ministres.

Les principes de la responsabilité sans laquelle il ne peut exister ni liberté, ni constitution sont……」と極言^(一二)して居る

事實に依て見るも之を知り得べく、從て若し憲法であつて兵權の獨立を認めたものとすれば、憲法は明確な除外的規定を設くべき筈であつて、憲法が何等の除外的規定を定めて居ないのは、以て問題の規定が其のいはゆる立法の精神に於ても普遍的な規定であり、從て亦、兵權に對しても必然適用さるべき規定なる事を證するものに外ならない。

勿論以上は専ら憲法典の見地から論究したものであつて、從て憲法典の下に於ける兵權の實際が如何なる状態に在るか、未だ之に依ては知るを得ない。然しながら當時に於ける佛蘭西の國法上狹義に於ける立憲的組織が、決して單に憲法典の文面にのみ止まつた制度で無かつた事は、九月憲法の下に於ける關係法規の規定、並に其立法の沿革を一瞥するに依て明である。先づ之を一七八九年十月三日の公權の組織に關する法律に就て見るに、其第十八條は既に國務大臣の副署に關する立憲の大則を宣言して「Aucune ordonnance du Roi ne pourra être exécutée s'il n'a été signé par Sa Majesté et contre-signé par un secrétaire d'état ou par l'ordonnateur du département.」と規定^(一三)して居るが、此點は更に一七九一年四月二十七日乃至五月二十五日の各省組織に關する法律に於て、特に明確に定められ、其二十四條は「國王の命令及び内閣の議決は其規定事項の性質に従ひ各擔任の國務大臣の副署なくして執行さるゝを得ず、大臣にして死亡し又は辭職せる場合に於ては臨時所管事務を擔任するものに於て副署^(一四)すべし」と曰ひ、更に第二十五條は「其口頭なる文書の形式に於けるものなるとを問はず、如何なる場合に於ても國王の命令及内閣の議決は大臣の責任を免除することなし^(一五)」と曰て居るのであつて、而して此等の規定が何等の例外も認めざる規定であり、兵權にも當然適用さるべき規定なる事は、此等の規定に關する立法の沿革に依て明である。何となれば國民議會に於て D'Aménil の報告した最初の草

案に於ては、上記第二十四條の *aucune ordie du Roi* の句は *relatif a l'administration* なる句に依て制限されて居たのであつたが、大臣の責任をして國王の國務上の行爲の總てに及ぼさしむるが爲には、大臣責任の範圍を狭からしむるが如き疑を生ぜしむる *relatif a l'administration* の句は、之を第二十四條の規定より削除すべしとする *Regraund* の動議に由つて削除さるゝに至たものであつて、大臣の責任及副署は、何等の例外なく國王の國務上の行爲の總てに及ぶべきものとする點に於ては、此法案の討議に参加した議員の一致した所なるからである。

されば此法律は各省の組織並に權限を規定するに當つて、以上の原則の實際に於ける實現を確保するがために、行政の作用を其性質に従て洩れなく數個の區域に分類し、各區域に就て所管の一省を設け、以て國務大臣の輔弼權限と責任に屬せざる如何なる國王の國務上の行爲をも發生するの餘地無からしめ、其陸海軍省の所管を規定する第十條及第十一條に於ては、獨りいはゆる狹義の軍政のみならず、軍の統帥に關する事項をも大臣の權限に屬せしめて居る。

九月憲法を以て兵權の獨立を認めたものとする見解の誤りである事は、以上詳論した所に依て明であらう。此故に兵權に關する九月憲法の基本的意義は、エリーの主張するが如くに兵權の獨立を認めた點に在るのでは無く、反對に狹義の立憲的組織を最初に、而も最も明瞭なる形式に於て採用し實現した憲法たる事に求めらるべきものと言はなければならぬ。勿論立憲制度は佛蘭西國民の創設に係るもので無く、英國を其祖國とするものである事は著名なる事實であつて、從て立憲的意義に於ける大臣制度と言ひ、亦佛蘭西の九月憲法が採用し規定した多くの兵權に關する憲法上の保證も、基本的に既に英國に於て發達したものを移植したものに外ならないが、唯、英國に於ける國法上の制度は、豫め

一定の理論に基いて計畫し組織されたものでは無く、個々の場合に於ける實際の必要に應じて改められた長き歴史的發展の結果であつて、從て形式上種々なる點に於て矛盾あり遺漏あり、政體の善惡を争ふの愚を嗤ひ、其實を採るを以て満足する英國民の實際的な内在的見地を離れては、了解し得べからざるものゝ存する事は當然である。されば兵權に就ても亦同様であつて、英國に於ける議會主義の發達は、國務大臣の輔弼責任の範圍を、漸次國王大權の各領域に及ぼさしめ、軍の統帥に就ても狹義の立憲的組織の樹立せらるべき事は避け難き傾向であつたが、佛國が初めて憲法を採用した十八世紀末に於ては、既に前に述べた様に兵權の領域に於ける國王の歴史的權力を一掃し、之を明確な形式に於て近代化するの實際的機會を生ずるに至らず、兵權の領域に於ける國王の「大權」は尙未だ全く其歴史的痕迹を失ふには至て居なかつたものである。

佛蘭西に於ては歴史的事情は英國に於けるとは其傾向を異にし、憲法の個々の必要に基く偶然な長い歴史的發展の結果では無く、革命に依り自然法學說の精華と、ブラツクストーン・デュロルム・モンテスキュー等の著書を通じての英國立憲制度の精神的、觀念型態的觀察及北米に於ける立法の成果に基いて行はれた組織的立法の結果であつて、佛蘭西が其基礎思想を英國に得たにも拘らず、英國が未だ實現し得ざりし兵權の組織に於ける王權の立憲化を、立憲の祖國に一步先じて明瞭なる形式に於て實現するを得たのも亦、實に叙上の歴史的事情と革命立法をして異彩あらしめた佛國民の理論的精力に由るものに外ならない。

註一 其中特に代表的なものとしては次の書が挙げられ得よう。R. Redslob, Die Staatstheorien der französischen National.

Versammlung von 1789; E. Zweig, Die Lejre vom pouvoir constituant 1909; Esmein, Histoire du droit français, édit. Genestal; Duguit et Monnier 註; Hélie, Les Constitutions de la France 1880; Pöhlitz, III; Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français 4 édit. 1921; Duvergier de Hauranne, Histoire du gouvernement parlementaire en France I; L. Dupriez, Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique 1892, II, p. 249 et a. s.; 入権及公民權宣言に就ては Jellinek, S. 413 bei Ann. 4 參照。

II Duvant-Lassalle, Droit et législation des armées de terre et de mer. 8 vol. Paris 1842—1846. 其中最も優れたものゝみ。

III 此點詳細に就ては拙著、國法及國法史の研究一〇七頁以下參照。

IV Hélie, Les constitution de la France. 參照。

V Hélie, p. 104 參照。

VI Hélie, p. 104: «Le Roi est chef d'armée. Il peut par conséquent, quand il veut, en prendre le commandement en personne, et dans l'exercice de ce commandement, il n'a besoin de l'intermédiaire d'aucun ministre.»

七 拙著、前出、一一五頁參照。テインは其有名な佛國史第一卷に於て此點に關し次の如く述べて居る。「La Constitution nouvelle réduit le Roi au rôle de président honoraire, suspect et contesté, d'une Éfat désorganisé. Entre lui et le Corps législatif elle ne met que des occasions de conflit et supprime tous les moyens de concorde. Sur les administrations qu'il doit diriger, le monarque n'a point de prise, et, du centre aux extrémités de l'État, l'indépendance mutuelle des pouvoirs intercale partout la tiédeur, l'inertie, la désobéissance entre l'injonction et l'exécution.» Toine, Les Origines de la France contemporaine, la Révolution, vol. 1^{er}, p. 278. 尙他にエリネッタ法律命令論中、佛國に於ける命令の歴史に關する論述、テュプリー第二卷二五三頁以下參照。

八 國民議會の討論の内容に就ては Redlob 前出の著なかんづく國民主權及行政權に關する章の論述參照。行政權に對する反感と不信が如何に強烈なりしかは、既にカイエーに於て明瞭に示された所であつて、テュプリーは此點に關しデシャルダンの言を引いて次の如く説いて居る。「Parmi les sentiments que manifeste le peuple dans les cahiers des États-Generaux,

aucun n'est plus général, ni plus intense. «L'une des parties les plus remarquables des cahiers, dit M. Desjar-dins, est assurément celle qui, dans presque toutes est consacrée aux crimes et délits commis par les ministres et les agents du pouvoir exécutif. Ici l'accord est complet: un sentiment aussi ancien en France que la monarchie elle-même se donne libre carrière, la défiance poussée jusqu'à la haine à l'égard des ministres, êtres nécessairement malfaisants, dont il est par malheur impossible de se passer.»

九 «Le pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du Roi.»

一〇 Art. 1. (Hélie, p. 285. 參照)。

一一 Art. 1. (sect. IV.) (Hélie, p. 281. 參照)。

一二 M. Lepelletier Saint-Fargeau, au nom des comités de constitution et de jurisprudence. Séance du mardi 7 avril 1791. Archives parlementaires, 1^{re} Série, t. XXIV, p. 625 參照。第一輯及第二輯等の佛國議會の古い議事録は憲法史並に憲法理論の發達の研究にとつては缺く可らざる資料であるが、他の大學の圖書館は知らないが、少くともわが早稻田大學の圖書館に於ては遺憾乍ら古いものは勿論新しいものすらも全く備へられて居ない。著者が本書並に他の著書に於て利用したのは、凡て自己の研究上部分的にはあるが特に蒐集したものであつて、著者の珍重する所である。

一三 Hélie, p. 45. 參照。

一四 «Aucun ordre du Roi, aucune délibération du conseil ne pourront être exécutés, s'ils ne sont contre-signés par le ministre chargé de la division à laquelle appartient la nature de l'affaire. Dans le cas de mort on de démission d'un des ministres, celui qui sera chargé des affaires interim répondra de ses signatures de ses ordres.» Hélie, p. 224 參照。

一五 «En aucun cas, l'ordre du Roi, verbal ou par écrit non plus que les délibérations du conseil ne pourront soustraire un ministre à la responsabilité.» Hélie, p. 224 參照。

一六 M. Regnaud, «Avant que vous passiez à un second article, permettez moi de vous observer qu'il nous est échappé dans le précédent quelque chose d'assez important. Vous avez mis: Aucun ordre du roi relatif à

l'administration, mais il me semble que c'est aucun ordre du roi, quel que soit cet ordre, qu'il faudrait.》

M. Demeunier, rapporteur, 《Mais pour sa maison ?》 M. Prieur, 《Je demande comme le préopinant, que l'on supprime relatif à l'administration.》

M. Demeunier, rapporteur, 《Cela ne se peut pas.》

M. Prieur, 《Je suppose qu'il a un ordre pour arrêter un citoyen, votre expression d'administration rempli pas tous les objets. Aucun ordre du roi, cela remplit tout.》

M. Barnave, 《En mettant les mots : aucun ordre du roi, il ne peut rester aucune obscurité dans l'article, puisqu'il est dit après qu'ils seront contresignés du ministre chargé de la division à laquelle appartiendra la nature des affaires.》

M. Demeunier, rapporteur, 《Si l'Assemblée croit pas que les mots relatifs à l'administration soit suffisant, je propose de mettre : Aucun ordre du Roi relatif à l'administration non plus qu'à aucune partie du service public ; car aucun ordre comprend tous les autres.》

M. Bouleville-Dumetz demande que l'article soit mie aux voix avec la modification proposée par les préopinants. L'Assemblée décrète que dans l'article 1^{er} les mots relatifs à l'administration seront supprimés. Séance du mardi 7 avril 1791 Archives Parlementaires 1^{re} Série, XXIV, p. 627—628.

一十 故ニエリネットが此各省組織の法律ニ關聯シテ、Es ist erstmal im der Geschichte, dass das Princip der Arbeitsteilung in der Administration vollständig durchgeführt wird, das erstmal, dass Minister in dem verwaltungsrechtlichen Sinne des Worts dem Monarchen zur Seite treten. (Jellinek, Ausgewählte Schriften u. Reden, Bd. II, S. 98.) と言つて居るのは極めて正しいが、尙吾人は附加して、獨り行政上の意義に於つのみならず、憲法上の意義に於ても亦然りと云ふ事が出来よう。

一八 國王の國務上の行爲と國務大臣の責任の範圍とを一致せしめ、國王の國務行爲にして大臣の輔弼責任のもとに行はれざる行爲を全く無からしめんとする此憲法上の原則を、行政上の實際に於て實現するが爲には、次の二の條件を遵守するを要する。其第一

は各國務大臣の權限を規定する各省官制は、必ず法律を以て規定し命令を以て規定するを禁止する事であつて、第二の條件は各省官制を制定するに當て、國王の行爲が必ず常に孰れかの大臣の輔弼のもとに行はるゝ様に、權限を遺漏なく各大臣に分配することである。第一の條件の必要なる所以は、プロシヤ其他舊獨逸聯邦分子國に於て存した様に、命令を以て官制を定め故意に或種の事項を以て國務大臣輔弼の範圍より除外するが如き結果を防止するにある。第二の條件は積極的に憲法の原則を實現せんとするものであつて、各大臣の權限を國王の國務上の行爲が必ず孰れかの大臣の輔弼責任のもとに行はるゝやうに洩れなく分配するにあらずんば、立憲制度のもとに於ける國務大臣の責任なるものは其本來の意義を失ひ、國王に認めた神聖不可侵の特權は立憲制度とは全く相容れぬものとならざるを得ない。以上の二條件が國務大臣の責任を確保するが爲めに極めて重要なものなることは佛國民議會の明瞭に認識した所であつて、此點は Barnave が前記各省組織に關する法案討議の席上明瞭に述べて居る。稍長いが左に引用しよう。

《Or, pour nous déterminer sur ce point il me parait de toute évidence que la division du nombre des départements et leurs limites respectives sont un objet législatif.

La Constitution a crée le roi dépositaire du pouvoir exécutif : elle a voulu en conséquence qu'il nommât les agents qui exercent pour lui ce pouvoir exécutif suprême ; mais elle doit vouloir, elle doit établir que les fonctions en soient gérées d'une manière qui convienne à l'intérêt public, qui ne puisse dans aucun cas grever l'Empire on élever la responsabilité.

La Constitution donne au roi le pouvoir exécutif et le droit d'en nommer les agents ; mais elle donne nécessairement au Corps législatif le droit de régler le nombre de ces agents, de leur distribuer leurs fonctions. Il est évident que de la manière dont le ministère se compose dépend on utilité qu'il peut devenir nul ou absolu et s'arranger de façon à éluder la responsabilité. C'est donc à la législation que tient essentiellement l'organisation du ministère.》 Séance du samedi 9 avril 1791. Arch. Parlementaires t. XXIV, p. 664.

一九 《Le ministre de la guerre aura : 1^o la surveillance et la direction des troupes auxiliaires qui doivent remplacer les milices ; 2^o de l'artillerie, du génie, des fortifications, des places de guerre et des officiers qui y commanderont, ainsi que de tous les officiers qui commanderont les troupes de ligne et les troupes auxiliaires ; 3^o

il aura également la surveillance et la direction du mouvement et de l'emploi des troupes de ligne contre les ennemis de l'État, pour la sûreté du royaume, ainsi que pour la tranquillité intérieure.」Helle, p. 222 參照。

110 Art. 253. 此制限は大體に於て二種に分ち得る。第一は軍隊の維持及組織に關するもので、九月憲法は英國の Mutiny act に倣ひ軍隊の維持兵額、軍人の進級に關する規定、懲戒に關する規定等を毎年法律を以て規定する事である。軍隊は國民軍と常備軍とに分たれ、常備軍は國王の命令のもとに立ち専ら外敵を防ぐ目的の爲に存し、國民軍は専ら國內に於ける秩序の維持及法律の執行の爲に存するものである。地方自治團體又は其他の行政官廳の要求に由て發動し、唯、動亂にして一縣全部に亘る場合に限り、國王の命令のもとに發動せしむるの規定を設けて居る。國民兵に就ては其武斷化するを防止するが爲に、種々なる自治的規定を定めて居るが詳細は此處に論じない。第二の制限は専ら用兵に關するものであるが、統帥に關する大臣の責任の外、軍隊を動員し得べき場合を制限し、且つ法王は開戦を宣言するの權なく、唯、議會閉會の場合、外敵に對して國家を防衛し又は同盟國を援助するの緊急の必要ある場合に限り動員し得べく、内亂の場合に於ては秩序の紊亂にして一縣全部に亘る場合にのみ、地方官廳の要求を待たずに軍隊を發動し得るのである。前の場合に於ても議會は隨時軍事行動を中止せしめ得る權を與へられて居る。

111 英國詩人は英國人の實際的性質に就て次の如く歌つて居る。For forms of government let fools contest; That which is best administered is best.

112 前款參照。

第三款 歴史的原型の内容

九月憲法は既に述べた様に君主の兵權に關する地位を規定して「國王は軍の最高長官なり」と曰ひ、國務大臣の輔弼並に副署に關する制限を外にしては、兵權の行使に就ては別段の制限を規定して居ない。故に此憲法の下に於ては、國

王は國務大臣の輔弼を以てする以上は親ら陣頭に立て軍を指揮命令し得べく、或は國務大臣又は特殊軍事機關をして軍の統帥に當らしめ得べく、此點に於て狹義に於ける立憲的組織の歴史的原型は、大元帥主義の組織を以て其内容としたものと謂ひ得べく、國家元首が親ら軍を統帥するを部分的又は全部的に禁止する國家元首主義の如きは、別個な歴史的發達の結果であつて、歴史的原型の内容では無い。之れ蓋し當時の立憲君主思想の下に於ては、統帥に關する憲法上の保證は統帥に關する國務大臣の輔弼、統帥に對する大臣の參與に基く制限を以て其限度とし、其以上に國家の兵權に對して制限を課する事は、立憲君主制の健全なる基礎思想と相容れざるものと思惟されたに由るものに外ならない。されば獨り佛蘭西に於ける歴史的原型に於てのみならず、十九世紀前半期に於て共に狹義の立憲的組織を採るに至た多くの君主國憲法例へば一八一四年のルイ十八世の欽定憲法を初めとし、一八三一年の白耳義憲法、獨逸に於ける民本的君主國其他西班牙、葡萄牙、和蘭陀、伊太利、英國國法等が、何れも大元帥主義の主義を採たのは蓋し自然と云ふべきであらう。唯、佛蘭西に於ける歴史的原型の内容に關聯して更に一言すべき事は、以上擧げた諸國の憲法は同じく大元帥主義を採るとは云へ、孰れも議會政治制の國家に屬するに反して、九月憲法はモンテスキューの權力分立論を専ら基礎とした憲法であつて、從て同じく狹義の立憲的組織と言ても、九月の憲法の下に於ける歴史的原型は叙上諸國に於ける組織に比較して幾分寡頭的であり、兵權は此點に於て議會の統制に對して比較的に獨立の地位に置かれた事である。

註一 本編第一章第二節第二項參照。

註二 同第一項參照。

註三 前註に同じ。參照。

四 此點に關する詳細は Duguit, La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789, p. 17ff.; Redlob, Die Staatstheorien etc., s. 332 ff. 參照。

五 但し此點は強調するを得ない事に注意を要する。デュギイ、前出、一九頁參照。

第三節 狹義に於ける立憲的組織の發達

第一款 過去一世紀半に於ける組織の普及

以上第二款に於て詳論した様に、統帥に關する狹義の立憲的組織は、英國に於て發達した立憲の制度を歐洲大陸に移植した佛國の九月憲法に於て其起原を有するものであるが、爾來此組織は共和の動亂時代及び帝政憲法の時代を除いては、ルイ十八世の欽定憲法に於ても、また一八三〇年のいはゆる七月革命の改正憲法に於ても維持されたのみならず、また議會政治制の共和憲法の下に於ても一貫されたものであつて、問題の組織は九月憲法、ルイ十八世の欽定憲法、並に一八三〇年の改正憲法の影響の下に白耳義、和蘭、西班牙、葡萄牙其他一八一九年以後一八三〇年代に於ける諸國の多くの憲法に於て規定上認められ、一八三一年の白耳義憲法を通じて伊太利を初め十九世紀の中葉に至る時代に於て、改正若しくは新に制定された進守的君主憲法に於ても採用され、一八四八年の立憲運動の際に於ては、フランクフルトに於ける獨逸國民議會の憲法に於てすらも採用された所であつて、爾來此組織は廣く進歩的な君主憲法並に議會主義の共和憲法に於て、當然な組織として行はるゝに至たものである。英國に於ても一八〇六年ジョージ三世との抗争に於て、

グレンヴィル内閣に依て明確にさるゝの機會を得た統帥權の權限に對する從屬の原則は、一八五四年並に一八七〇年の陸軍行政改革に依て實現確保さるゝに至た事は既に言及した如くである。而して現時に於ては此の狹義の立憲的組織は大臣制度を認むる殆んど凡ての國家に存し、最早立憲國家に於ては動かすべからざる基礎を獲得するに至り、統帥權獨立の組織を採て居るのは獨り匈牙利及日本のみ止まる。現在に於ては未だ立憲國家の列に位しては居ないが、わが友邦滿洲國も實質上統帥權の獨立を認めて居る事は世人の熟知する所の如く、從て遠からず憲法の制定發布せらるゝと共に、同國も亦兵權の獨立を認むる立憲國の一として擧げらるゝに至るであらう。

斯の如く狹義の立憲的組織が歐洲大陸に於ける最初の憲法と其發生を共にして以來、約一世紀半に亘る歴史は、正に其世界的普及の歴史であり其普遍的支配の歴史とも云ひ得べきものであるが、尙仔細に之を觀察するに於ては、此間、問題の組織は其内容に於て個々の國家の政治的社會事情に基き、種々なる發達と變遷を経たものであつて、而して此點は問題の組織の全般の發達變遷を知るが爲には重要な關係を有するが故に、以下吾人は前に試みた分類を基準として各主要なる組織に就て之を概説する所があらう。

註一 共和八年の憲法は王政廢止後に於て嚴格な意義に於て狹義の立憲的組織を採つた最初の且つ唯一の共和憲法である。蓋し此憲法は王政の廢止後失はれた國務大臣制度を復活した最初の共和憲法であつて、共和八年の憲法は、一方に於て王政廢止後の共和主義的傳統に従ひ、形式上合議制に基いて行政部の構成を定め、政府は任期十年にして無制限に再選せられ得べき三人の執政官を以て組織せらるべき事を規定したが(第三十九條)、他の一方に於ては從來の共和憲法とは異なり、行政權の最高機關に對しては無責任の特權を認め(第六十九條及七十五條參照)、之が憲法上の確保として大臣制度を採用し、其第五十五條に於て政府の行爲は其第一執政官に專屬する事項たるを問はず、其有效なるが爲には國務大臣の副署を必要とする事を規定して居るのであつて、統帥權の作用

も亦當然國務大臣の參與を必要とするからである。

Art. 55 : «Aucun acte du gouvernement ne peut avoir d'effet s'il n'est signé par un ministre.» 尚 Helie, p. 590 參照。

二 本編第一章第二節參照。

第一項 大元帥主義

狹義に於ける立憲的組織の原型が、大元帥主義の形式に於て現れたものである事は既に述べた如くであつて、茲に再言するの必要を見ないが、九月憲法の下に於ける大元帥主義の組織は、之を規定した憲法が甚だ短命なりし結果として、實施されて後幾何もなくして廢止され、一七九二年九月二十一日王政が廢止され共和制布かれて以後、ナポレオンの帝政を経て一八一四年其没落に至る迄は、佛國の兵權は別個の組織に依て支配されたが、大元帥主義は一八一四年王政の復古と共に復活し、欽定憲法の基礎とする強固なる君主主義と相俟つて確定的な基礎を獲得するを得た。當時佛蘭西に於ける著名な國法學者エローがルイ十八世の欽定憲法の下に於て兵權の獨立を主張したのも、勿論一面に於ては此憲法の強固なる君主主義的傾向に由るものであるとは言へ、他の一面に於ては亦此憲法が大元帥主義を採り國務大臣の參與に基く制限を外にしては、國王の統帥權に對しては何等の制限をも課する事なかりし事實に由るものであつて、憲法は單に國王は軍の最高首長なりと規定するが故に、國王は一般軍隊の上官と同様に他の機關の意思に拘束さるゝ事なく、自由獨立に軍を指揮命令し得べきものと誤解せるに由るものに外ならない。

ルイ十八世の欽定憲法の下に於て再現し強化せらるゝに至た大元帥主義は、之より後一八三〇年の革命後に於ても維持された。蓋し七月革命の結果に基いて行はれた憲法の改正は、革命の原因たりし欽定憲法第十四條の非常警察命令に關する規定を削除し、新に改正憲法第十三條に於て、國王は如何なる場合に於ても法律の執行を停止し又は法律の執行を免除するの權を有せざるべき旨の規定を追加したが、兵權に關しては何等の變更を加ふる事なく、舊憲法第十四條中の統帥權に關する規定は、改正憲法第十三條に於て其まゝに繼承されたからである。

佛蘭西に於ける狹義の立憲的組織は之より以後、國務大臣の制度が撤廢された時代及びナポレオン三世のシーザリズムが其固有の形式に於て維持された時代を除いては一貫して維持されたが、大元帥主義は一八四八年佛國が再び共和制に入ると共に廢止され、以後現行の第三共和憲法の時代に至る迄は佛國の兵權は、國家元首主義の組織及特異なシーザリズムの組織に依て支配されたものである事は別に述べべきが如くであつて、大元帥主義が現行憲法の下に於て再び現るゝを得たのは、現行憲法が専らプログリー及ブレゾオパラドル等の英國流の議會政治論を基礎として制定された事に由るものである。此點に就ては便宜上後に詳論する所があらう。以上は専ら佛蘭西に於ける大元帥主義の發達に就て述べたものであるが、同一組織は亦十九世紀前半期、佛國の九月憲法並にルイ十八世の欽定憲法の影響の下に、他の多くの君主國憲法に依ても採用された所であつて、此點は既に前にも述べた所であるから茲には之を省略する。

註 一 前節第三款參照。

二 拙著、國法及び國法史の研究一二七頁參照。

三 此間に於ける憲法並に兵權に關する組織の變遷に就ては、拙著、前出一二七頁—一三八頁參照。

四 Art. 14: 《Le Roi est le chef suprême de l'État, il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les réglemens et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État.》尙國王の神聖不可侵權竝に大臣の責任に關する同憲法第十三條の規定を比較參照。(Halle, p. 887.)

五 大元帥主義は既にナポレオン没落後の最初の憲法へある、いはゆる『元老院憲法』La Constitution sénatoriale——但し國王の裁可を得るに至らず——に依つても認められ、亦いはゆる『復権の百日』の間にパンジャマン・コンスタンに依て起草され、多少の修正を経てナポレオンの採用する所となつた追加憲法も亦、同様に大元帥主義を採用した。此點に關する詳細は拙著、前出一三八頁以下參照。

六 Hello, Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique, 3^e édit. 1848, t. II, p. 237: 《Le chert a voulu que le roi pût commander les armées de terre et de mer; le commandement est un acte essentiellement personnel; il exclut l'intermédiaire des ministres. Le roi rest inviolable, les ministres ne sont responsables ni de la prise de commandement, ni des ordres donnés par le prince en tant que général.》尙拙著、前出一五〇頁註四及五參照。

七 此憲法の寡頭的性質に就てはシャトウブリアンが最も明瞭に之を指摘して居る。《Le roi, dans cette monarchie, est plus absolu que ses ancêtres ne l'ont jamais été, plus puissant que le sultan à Constantinople, plus maître que Louis XIV à Versailles.》《S'il l'étend tout marche. Il est si bien tout par lui même, qu'ôtez le roi, il n'y a plus rien.》Chateaubriand, De la monarchie selon la charte 1816, p. 28 et 29. 其他シャトウブリアンに就ては拙著、前出一四八頁參照。君主主義の思想と此憲法の關係に就ては本編第三章第二節第一款第一項のロの論述竝に其註參照。

八 勿論、國務大臣に關する欽定憲法の規定は不充分であつて、憲法は一方に於て國王は神聖にして侵す可らず、國務大臣は其責に任ずと曰ひ、更に附加して行政權は國王に屬す(第十三條)と規定して居るが、副署に關しては何等の規定をも設けて居ないのみならず、其負擔すべき責任の範圍に就ても、一七九一年九月三日の憲法に於けるが如き明瞭なる規定を缺いて居る。併し乍ら欽定憲法が兵權の獨立を認めたのでは無く、狹義の立憲的組織を採たものである事は、當時佛國の憲法理論及實際に對して支配的な勢力を有

つて居たパンジャマン、コンスタン及びシャトウブリアン等の立憲論に徴して明かであるのみならず、憲法の下に於ける實際に就ても明瞭である。當時の立憲論に於ける兵權の思想に就ては茲に省略せざるを得ないが(此點に關する詳細は拙著、前出一四三頁——一四八頁參照)今後の點に關して簡単に言へば、狹義の立憲的組織が獨り憲法の規定に於てのみならず實際に於ても行はれて居た事は、一八一四年五月十三日の陸海軍省官制(Art. 1. 0. mai 13, 1814. Bulletin des lois, 7^e série t. 7, p. 135)の規定を見るに依て明かである。何となれば此官制の規定する所に依れば、陸海軍大臣の權限は獨り狹義の軍政に就てのみならず軍の統帥にも及び、從て國王の統帥に關する命令は當然陸海軍大臣の輔弼事項に屬するからである。(Art. 1: 《Le ministre de la guerre est chargé: 1. de la direction de la surveillance et de l'entretien de l'armée et du travail sur les formations militaires;》海軍大臣に就ては O. Juin 15, 1814; O. Juillet 21, 1815; O. dec. 13, 1817. 參照)故に一方に於て參謀本部官制も發布されたが、參謀本部長は國務大臣の補助機關たるに止まり大臣に對して獨立の地位を有するの機關では無く、陸海軍大臣は國王の下に於ける統帥の最高機關であつた。されば亦、憲法は大臣の副署に就ては何等規定する所は無かつたが、實際に於ては大臣副署の制度は嚴格に行はれたものであつて、軍令も亦其例外に屬するものでない事は、一八一八年二月八日の臨時副署に關する命令の規定に依つて見て知り得よう。蓋し此勅令は不在其他の事由に依り、國務大臣が自ら副署する能はざる場合を目的として發布されたものであるが、勅令は斯の如き場合に於ては臨時副署すべき大臣を指定すべき事を規定し、如何なる場合に於ても副署の例外例を認めて居なからである。(No. C. H. 3. Art. 1: 《En l'absence ou dans le cas de péchement de l'un de nos ministres secrétaires d'état, ainsi que dans le cas où nous n'aurons pas nommé à l'un des départemens du ministère, les actes de l'administration de ces départemens ne pourront être contresigné que par celui de nos ministres d'état que nous nommerons à cette effect.》Bulletin des lois, 7^e série t. 10, p. 153.) 故に統帥權の作用が行政權の他の作用と同様に大臣の輔弼と副署を必要とする事は、當時の憲法學者の間に於ても殆ど異論が無かつた所である。(《Tous les actes (les actes de l'autorité du Roi) doivent être signés de l'un des ministres, afin que la responsabilité puisse être exercée contre le ministre signataire; afin que les egens ministériels aient dans cette signature un moyen qui avertisse, quand il y a lieu, exécuter ou atténuer le fait de leur concours à l'exécution d'un acte contraire aux lois, ou prohibé et réprimé par nos lois pénales.》Lanjuinais, Constitutions de la Nation française, Paris 1819, t. 1, p. 271; 其他

Baron de Gerando, *Institutes du droit administratif français*, Paris 1823, t. I, p. 151 et s. 參照。

九 ルイ十八世の欽定憲法に於ける非常警察命令に就ては、拙著、國法及國法史の研究一頁以下、特に三五頁以下に詳細なる論述あり。

一〇 «...sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles mêmes ni dispenser de leur exécution.» 詳細は拙著、前出八二頁以下參照。

一一 兵權の獨立を否定し、兵權も亦他の一般の國務と同様に國務大臣の權限及責任の範圍内に置かんとするは、立憲制の發達に伴ふ自然の傾向である。されば立憲制の通常型態である議會政治が強固なる基礎を得るに至らば一八三〇年以後の佛蘭西に於て、立憲的傾向の發達に進行する兵權獨立の認められざるべき事は當然であつて、憲法は其第十二條(舊憲法第十三條)に於て國王の神聖不可侵權及び國務大臣の責任に關するルイ十八世の憲法の規定を文字通りに繼承すると共に(Duguit et Monnier, p. 214 參照)、一方に於ては官制(Bouchené Lefer, *Droit public administratif*, Paris 1862, p. 281 參照)も亦憲法の精神に逸ひ國務大臣をして國王の下に於ける最高の軍務官廳たらしめ、大臣に獨立する何等の統帥機關をも認めて居ない。此點に關しては學者の見解も亦一致し何等異論あるを見受けなく。(Macared, *Cours de droit administratif*, Paris 1844, t. I, p. 102; Fouvert, *Éléments de droit public et administratif* 3^e éd., t. I, p. 41; Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, t. 4, p. constitutionnel, t. 4, p. 165; Duvent-Lassalle, *Droit et législation des armées de terre et de mer*, t. I, p. 456 et s. 參照。)更に詳しくは拙著、前出一五五頁以下を參照。

一二 本編第一章第二節第一款第二項參照。

第二項 國家元首主義

大元帥主義の組織を君主國に於ける狹義の立憲的組織の典型的內容と言ひ得るならば、國家元首主義の組織は之に反して共和國に於ける狹義の立憲的組織の典型的內容と言ひ得べきものであつて、從て前者が獨り狹義に於ける立憲的組

織の原型として他の組織に先んじて現れたのみならず、多くの君主國、竝に君主國に於ける行政權の最高組織を模範として組織された議會政治制の共和國に於て見出さるゝに反し、國家元首主義は其發生に於て前者に後れ、其淵源又は原型に於ても君主國に於ては無く民主國に於て現るゝに至る事は怪むに足らぬ。

イ 普遍的國家元首主義

一、普遍的國家元首主義の組織的淵源

普遍的國家元首主義の組織的淵源は之を仔細に觀察すれば、二の異なつた側に求め得る。其一は北米合衆國に於てあり、而して他の一は佛國に於てある。茲に北米合衆國に於ける淵源と云ふのは既に言及した様に、一七八七年北米合衆國憲法制定議會に於て一代表に依り提出された普遍的國家元首主義の組織を目的とする修正案を指すものであるが、唯次に述ぶべきが如くに、普遍的國家元首主義の歴史的原型は専ら佛蘭西に於て現れたものであり、其直接の淵源も亦専ら佛蘭西の憲法史に求めらるべきものであつて、米國に於ける淵源は唯間接の意義を有するに止まり、何等佛國の歴史的原型に對して直接の歴史的關係を有するものと認むるを得ない。故に米國に於ける淵源に就ては前に別的關係に於て述べた所を以て之に代へ、茲には専ら佛國に於ける淵源に就て論述するに止める。

今以上の見地からすれば、問題の組織的淵源として第一に擧ぐべきものは共和三年の佛國憲法第一四四條の規定である。蓋し此憲法の下に於ては行政の最高機關は、チロンド憲法及びジャコバン憲法の影響の下に執行院制の形式を採り合議制に基いて組織せられ、行政部は議會に依て選任せられ、而して議會に對して責任を有する五人の執行官に依て構

成せられたが、此憲法は其第一四四條に於てディレクターの執行官は單獨の資格に於ても亦全部としての資格に於ても、其在任中は勿論退官後に於ても二ケ年間は軍隊を指揮命令し、又は軍隊司令官の職に就くを得ざるべき事を規定して居るからである。此規定の結果として軍隊の指揮命令権は必ず特殊の機關に委任するを必要とするが、此機關に就ても憲法は亦制限を加へ、一方に於てはジャコバン憲法第一一〇條の規定に倣つて總司令官の任命を禁止すると共に、他の一方に於ては各軍隊司令官の任期を單に戰時中のみ制限し平時に於て之が任命を禁止して居る。勿論今日から見れば、斯くの如き規定は非實際極まるものであつて、思惟するを得ない規定であるが、軍隊が動亂の巢窟たりし當時に於ては亦、已むを得ざりし規定であつたと言ひ得るであらう。

以上述べた共和三年の憲法の規定は其後の憲法に種々なる影響を與へたものであつて、其影響の第一は、佛國の政治的勢力の下に在り且つ佛國憲法を模範として制定された一八〇一年の和蘭憲法に於て之を見出し得べく、影響の第二はナポレオン没落後佛國の假政府が憲法起草委員會をして作らしめた憲法草案に於て之を見出し得べく、亦十九世紀後半期に於てはデュフォールの一八七三年の佛國憲法草案及一八七五年現行佛國憲法制定の際バルトの提出した修正案に於ても見出し得られる。以上の中、ナポレオン没落後の假政府の試みは君主憲法であつて、假令憲法の草案たるに止るにせよ、君主憲法が君主に對して親ら軍を指揮命令するを禁止した事は特に注目し値するものであつて、他に同種の例は全く之を見るを得ない。

註一 本編第一章第二節第一款第一項イの註五參照。

- 二 此憲法に就ては拙著、前出、一三二頁以下參照。
- 三 此憲法草案に就ては、Duguit et Monnier, p. 26 et s.; Esmein, Histoire du droit français, p. 45 et s. 參照。
- 四 此憲法と兵權の關係に就ては、拙著、前出、一二八頁以下に論述がある。
- 五 Art. 132: «Le pouvoir exécutif est délégué à un directoire de cinq membres, nommé par le corps législatif, faisant alors les fonctions d'assemblée électorale, au nom de la nation.» 尙執行官の任期は五年であつて毎年一人改選せられる。執行院の定足数は三人と定められ、各執行官は三ヶ月毎に交替して議長として議事を統裁する。詳しくは同憲法第六章參照。Hélie, p. 448 et s.
- 六 Art. 144: «Il (le Directoire) dispose de la force armée, sans qu'en aucun cas, le directoire collectivement, ni aucun de ses membres, puisse la commander, ni pendant le temps de ses fonctions, ni pendant les deux années, qui suivent immédiatement l'expiration de ces mêmes fonctions.» (Hélie, p. 449.)
- 七 Art. 110: «Il n'y a point de généralisme.» (Hélie, p. 384.) 拙著、前出、一三〇頁參照。
- 八 Art. 289: «Le commandement général des armées de la République ne être confié à un seul homme.» (Hélie, p. 460. 參照。)
- 九 Art. 238: «Les commandants ou chefs de terre et de mer ne sont nommés qu'en cas de guerre; ils reçoivent du directoire exécutif des commissions révocables à volonté. La durée de ces commissions se borne à une campagne; mais elles peuvent être continuées.» (Hélie, p. 453 et s. 參照。)
- 一〇 Art. 42: „Sie (die Staatsregierung) verfügt über die Flotten und Kriegsschiffe der Republik, der Oberbefehl aber über diese Macht kann persönlich keinem Mitgliede derselben anvertraut werden.“ Verfassung vom 16. Akt. 1801. (Pöhlitz, II, S. 165)
- 一一 此憲法草案に就ては拙著、前出、一四〇頁並に Duguit et Monnier, p. 85 et s. 參照。
- 一二 此點に就ては拙著、前出、一七三頁並に Esmein, II, p. 114 參照。
- 一三 詳しへは Sirey, Recueil des lois, Série II, 1875 No. 4 Esmein, II, p. 114; J. Barthélemy, Les pouvoirs

publics et le commandement militaire, p. 16 參照。

一四 Art. 19: «Le Monarque, ni l'héritier présomptif de la couronne, ne peuvent, en aucun cas, commander personnellement les armées.» (Duguit et Monnier, p. 201.)

二、普遍的國家元首主義の原型

以上述べた様な淵源の影響の下に普遍的國家元首主義が、狹義の立憲的組織の内容として正式に現るゝに至たのは比較的遅く、其原型として挙げらるべきものは一八四八年の佛國憲法の下に於ける組織である。蓋し狹義の立憲的組織は、従前の君主憲法の下に於けると同様此新共和憲法の下に於ても亦維持されたが、新憲法は共和の傳統的精神に従ひ、大統領が親ら直接に兵權を行ふ場合の政治的危険を顧慮し、其第五十條に於て大統領が親しく軍隊を統帥するを禁止したからである。唯斯の如き規定が何程の實際的效果を有し得たかは甚だ疑ふべく、大統領は一般の文武官の任免に就ては國務大臣の副署を必要とするが、獨り國務大臣の任免に就ては憲法上の制限なく大統領の獨裁に委ねらるゝの點から見れば、上記第五十條の規定は殆ど其效果なしと言ふも過言では無く、而して此點は一八五二—二年の歴史の明かに實證した所である。

註 一 拙著「前出一五九頁並に Hélie, p. 1102 et s.; Duguit et Monnier, p. 232 et s. 參照。

二 Art. 67: «Les actes du Président de la République, autres que ceux par lesquels il nomme et révoque les ministres, n'ont d'effet que s'ils sont contre-signés par un ministre.» Duguit et Monnier, p. 211; Hélie, p. 1108. 他に詳しへは D. 27 dec. 1844; D. 21 dec. 1844; D. 22 juill. 1846. 等の陸海軍省官制の規定參照。

三 Art. 50: «Il dispose de la force armée sans pouvoir jamais la commander en personne.» Duguit et Monnier,

p. 239 參照。

四 上註二參照。

五 Berton, L'Évolution constitutionnelle du Second Empire, p. 7 et s. 參照。

三、普遍的國家元首主義の發達

一八四八年の佛國共和憲法は、十九世紀に於て普遍的國家元首主義を採た唯一の憲法であつたが、世界大戰後の新憲法に於ては二の共和國憲法に於て現るゝに至た。其一は一九二四年四月の土耳其憲法に於てあり、他の一は一九二七年六月の希臘憲法に於てある。新憲法の規定中特に注目せらるべきものは土耳其憲法の規定であつて、一八四八年の佛國憲法又は一九二七年の希臘憲法の様に、單に國家元首の直接統帥に關する禁止的規定を設くるに止まらず、更に積極的に憲法に於て直接に統帥の任に當るべき機關を指定するの點に在る。斯の如くに憲法が直接に統帥機關又は統帥機關設定の方法を規定する所以は、憲法が統帥機關の設定に特に重きを置いた結果であつて、國家元首の權能に關する禁止的規定は専ら政治的考慮に出でた規定と言ひ得るならば、統帥機關に關する積極的規定は専ら技術的考慮に出でた規定と言ひ得べく、兩者は相俟つて國家元首主義本來の目的を達せんとするものである。

註 一 土耳其憲法に就ては B. Mirkin Guezevitch, p. 355. 希臘憲法に就ては Guezevitch, p. 207; Daresle, I, p. 644 參照。

二 全文に就ては本編第一章第二節第一款第一項イの註七及八參照。

ロ、制限的國家元首主義

第一編 總論 第二章 狹義の立憲的組織の起原と其發達 第三節 狹義に於ける立憲的組織の發達 八五

制限的國家元首主義は既に述べた様に、狹義の立憲的組織の發達の結果であつて、實證法上近時の現象であり、舊時の憲法に於ては見出すを得ず、専ら歐洲大戰後の憲法に於て採用さるゝに至つたもので、其最初に現れたのは一九二〇年のエストニア憲法に於てあり、次いで一九二一年のポーランド憲法及一九二二年のラトヴィア憲法に於て現れたものである。

制限的國家元首主義が同じ狹義の立憲的組織の中に於ても特に注目せらるゝ所以は、此主義の組織は、一方に於て普遍的國家元首主義の組織の如くに、單に機械的に元首の軍統帥を禁止する事無く、禁止の範圍を單に戰時にのみ止むると共に、一方に於ては亦戰時中、軍の統帥に當るべき機關を定め而して之を定むるに當つては、軍統帥の技術的必要を尊重し、舊共和主義の憲法の場合に於ける如くに特に分權主義に依る事なく總司令官の任命を認めた點に在る。

註一 本編第一章第二節第一款第一項ロ、註一一、一二、一三參照。

二 前註同所註一四及一五參照。

第三章 統帥權獨立の起原と其發達

第一節 學說及學說批判

第一款 問題に對する四個の假說

統帥權の獨立を認むる組織の歴史的起原如何の問題に就ては、凡そ四個の假說を思惟する事が出来る。其一は問題の起原をナポレオンの帝政憲法の下に於ける制度に求めようとするものであり、其二はスカンディナヴィア諸國の憲法に、其三は英國の憲法に、而して其四は獨逸、奧太利等の諸國の制度に求めんとするものである、蓋し是等諸國中、英國が世界に於ける立憲の祖國であることは言ふ迄もなく、而も政治的自由の祖國と看做された英國に於ても、十九世紀の初葉までは統帥權の獨立は固有なる『大權』として認められ來つたものであつて、此點に於て英國は立憲の祖國なると共に、また同時に統帥權獨立の祖國であると言ひ得べきが如く、一方、英國以外の他の諸國に就て觀るも、夫は概して他の歐洲諸國に比較して早く憲法を採用した國家に屬し、奧太利及び普國を除けば、何れも十九世紀の前半期に立憲制度を採た國であると同時に、また孰れも統帥權の獨立または類似の組織を認めて居た國家であつて、此等の諸國に問題の制度の起原を求めんとするは必ずしも理由なきものとは言はれないからである。

第二款 ナポレオン帝政憲法説と其批判

第一項 ナポレオン帝政憲法説

此説の一見妥當なるが如くに思はれる所以は主に次の三點に在る。統帥權の獨立は多くの場合に於て前立憲時代から存在した傳統的な兵權に於ける二元的傾向^(一)、詳言すれば軍の統帥及び人事事項を、軍政に關する他の事項特に軍の經濟に關する事項と區別し、之を別個の機關の權限に屬せしむる傾向に基いて生じたものであるが、此二元的傾向は佛國に於ては古くから存したもので、特に帝政憲法の下に於ては此傳統的な傾向は、主に軍の經濟いはゆる狹義の軍行政を専ら管掌する軍政省なる新たななる省の組織^(二)に於て表現され、統帥の獨立は既に行政的意義に於て認められて居た事は之れ其理由の一である。第二、のみならず、統帥を中心とする事項と狹義の軍行政の二元的傾向は、帝政憲法の下に於ては、決して單に大臣の下に於ける機關の分立に於て存したのに止まつたのではなく、一步進めて皇帝の下に於ける大臣其ものゝ權限の上にも示され、軍の統帥に關する事項は直接に皇帝の權限の下に置かれたものであつて、^(三)此限度に於ては統帥權は大臣の權限に獨立したものと云はれ得る。最後にナポレオンの帝政憲法は、年代的に最初に統帥權の獨立を認められたものと信ぜられる前に擧げた、スカンディナヴィア諸國の憲法並に獨逸諸國の憲法に先だつた憲法^(四)であつて、即ち統帥權の獨立を認むる組織は近代の憲法史上、先づナポレオン帝政の下に於て生じ、ナポレオンの政治的又は軍事的勢力の直接又は間接の影響の下に、又はナポレオンの帝政の下に於て統帥權の獨立を可能ならしめ發生せしめたと同じ^(五)

又は類似の歴史的事情の下に、佛國に於ける組織の影響とは獨立して、他の諸國にも後に發生し設けらるゝに至たものと思惟し得べきである。

註 1 „Die Vereinigung sämtlicher des Landheer betreffenden Dienstzweige unter der Autorität eines einzigen Staatssekretäre reicht bis 1630 zurück: die Verwaltung blieb nichtestsweniger vom dem Kommando und den Personalfreigen, die direkt unter dem König standen, getrennt; unter Napoleon I. war es noch so, und die endgültige Verschmelzung vollzog sich erst unter der Restauration.“ Lebon, Das Staatsrecht der französischen Republik, 1886, S. 88.

舊制の下に於ける統帥の機關に就ては拙著「國法及國法史の研究」百二十三頁註(十)の外更に次の書參照。A. Esmeine, Cours élémentaire d'histoire du droit français, 14^e éd., p. 431; R. Holzmann, Französische Verfassungsgeschichte, S. 430; L. Dupriez, Les Ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique, 3^e éd., t. II, p. 252; De la Constitution de l'Administration militaire en France (著者不明) Paris 1817, p. 100 et suiv.

II Bouehéné-Léfer, Principes et notions élémentaires du droit public-administratif, 1862, p. 282; Const. de l'administration militaire en France, p. 192 參照。但し此組織に於ける傾向は、新制の下に於てはナポレオンの帝政憲法の下に於て初めて現れたものではなく、既に執政官憲法の下に於て一八〇二年 (Art. 17 vent. an X, art. 3.) 従來の陸軍省の外に新に軍務省 Ministère de l'administration de la guerre を設け、従來陸軍大臣の管掌して來た狹義の軍行政を此新設の機關に移管した事實に於て示されたものがある。軍務省の長官は Le directeur-ministre de l'administration de la guerre と稱し、當初に於ては陸軍大臣に對して對等の地位を有しなかつた (前出 De la Constitution etc., p. 192, note 2) が後には獨立の地位を獲得し、帝政憲法の下に於ては grands offices de l'Empire の一として認められた。De la Constitution etc. p. 192; Léfer, p. 212 note 2 et suiv.; Rossi, Cours de droit constitutionnel, t. IV, p. 313; Dupriez, Les Ministres etc., t. II, p. 291. 參照。

III 前出 Lebon, S. 88.

四 瑞典に於ける最初の近代的憲法は一八〇九年(Politz, III, S. 72 参照)、ノルウェーの憲法は一八一四年(Politz, III, S. 92)に發布されたが、之に反してナポレオンの帝政憲法は廣く知られて居る様に一八〇四年に形式的に成立したものである。Sénatus-Consulte du 28 Floréal An XII; Helle, Les Constitutions de la France, p. 717. 参照。

五 十九世紀歐洲諸國に於ける行政組織の發達は、一七九一年四月二十七日乃至五月二十五日の各省の組織に關する法律(拙著、國法及國法史の研究百十八頁以下並に Helle, p. 219 et suiv. 参照)に始まり、共和八年ブルユヴェイオース二十八日(一八〇〇年二月十七日)の行政区劃に關する法律によつて完成された佛國に於ける行政機關の組織、詳言すれば事務の性質に基づく分業を基礎とする中央集權の行政組織の影響を外にしては、了解するに困難なる事は既に學者に依つて指示された處である。(G. Jellinek, Die Entstehung der modernen Staatsidee, Ausgewählte Schriften u. Reden, II, S. 45 ff.; 同く、Entwicklung der Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie, 同書, S. 83 ff. 特に S. 94 ff.; 同く、Allg. Stt., S. 524 ff.; E. v. Meier, Die französische Einflüsse auf die Staats-u. Rechtsentwicklung Preussens im XIX Jahrhundert, I, Einleitung, Kap. 6; u. II.)

勿論、佛國に於ける行政組織の他の歐洲諸國に對する一般的影響は、未だ以て直にナポレオンの下に於ける軍の統帥並に狹義の軍行政に關する二元的組織の他の歐羅巴諸國に對する影響を示すものとは言はれないのみならず、一方に於ては後にも述べる様に、廣義に於ける軍政に關する二元的傾向は他の君主諸國家に於ても多少の程度に於て古くから存するもので、敢て佛國に固有、特異なる現象では無いが、軍政に於ける二元的組織が模範と思惟された佛國の行政組織に於て見出された事實は、之をナポレオンの軍事的並に政治的勢力と合せ考ふるに於ては、佛國に於ける問題の組織が他の諸國に對して新に軍政に關する二元的組織を採用するの動機となり、又は少くとも既存の類似の制度を近代的に強化するに與つて力ありしものと思惟するは必ずしも理由なきものと言はれないであらう。佛國の制度の影響を受くる事の多かりし南獨逸諸國(Jellinek, Ausgewählte Schriften u. Reden, II, S. 103 ff.; 並にペーリツ『歐洲憲法』に掲げてある一八〇八年以後、ライオンランド諸國及びオランダ、スウェーデン等の諸憲法参照)の場合を外にして言ふも、吾々は其一例を恐らく普國に於ける行政組織の歴史に求め得よう。蓋し歴史上著名なスタイン、ハルデンベルグの行政改革は、固より一面に於ては普國固有の歴史的事情に基礎を置いたものであるとは言へ、他の一面に於ては既に言及した様に佛國の制度に負ふ處尠くなく(E. v. Meier, Die französische Einflüsse etc. II; G. Jellinek, Schriften u. Reden, II, S. 102 ff. 但し

反對説がある。M. Lehmann, 普國年報(一九〇八年五月)に於ける論述参照)、普國に於ける改革が他の國務の領域に於てはレアルシステムに據る各省組織を確立したるにも拘らず、軍の行政に關しては尙二元主義を排除するに至らなかつたのは、之れ單に普國に於ける傳統にのみ由來するものと斷定すべきには無く、部分的には恐らく佛國に於ける制度の影響に由るものと言ふべきに非ざるか。

第二項 帝政憲法説の批判

然し仔細に觀察すれば、此見解は維持する事が困難であると言はなければならない。蓋し問題の見解は其論據として一七九一年五月の各省組織に關する法律に始まり、數次の改革立法を経、共和八年五月の行政区劃に關する立法に於て完成せる、佛國に於ける集權的行政組織の他の歐洲諸國に對する一般的なる歴史的影響、並に政治的及び軍事的に強大なる勢力を有したナポレオンの帝政の下に於ける、軍政に關する二元的組織の存在を指摘するが、軍政に關する二元的組織は、獨り佛國に固有なる現象でないのみならず、佛國に於てもナポレオンの帝政時代に初めて現はれた組織でもなく、從て此説の様にナポレオンの帝政憲法又は其下に於ける組織を基礎として、統帥權獨立の組織の歴史の起源を説明し得べきものと信するは當を得ないからである。

先づ第一に軍政に關する二元的組織の傾向は、佛國に特殊固有な現象と思惟するは誤りである。何となれば軍に關する國家の行政中、軍の統帥及人事に關する事項を、軍の經濟又は其他の事項と組織的に區別し、前者を國家元首直接の權限の下に置かんとするの傾向は、軍政の領域に於けるオートクラシーの發現として多くの國家に於て比較的後に至

る迄も存在したものであつて、獨り佛國に於てのみならず、普國に於てもまた其他の獨逸の君主諸國家に於ても、或は
 埃太利、瑞典に於てもまた英國に於ても見出し得た現象なるからである。のみならず、單に佛國に就て觀るも、問題の
 二元的組織は決して新制の下に於て初めて認めらるゝに至つたものでなく、既に久しく一の基本的傾向として革命前の專
 政時代に於て存在した現象であり、而して革命以後に於てもナポレオンの帝政時代に初めて現れたものではなく、帝政
 時代に於ける組織は一八〇二年の命令（共和十年ヴァントース十七日發布）に依て設置された組織の維持繼續されたも
 のに外ならない。故に單に時期の點から云へば、問題の起原は之をナポレオンの帝政の下に於ける組織に求むるより
 も、寧ろ執政官憲法又は其下に於ける組織に求むべきであらう。唯執政官憲法に於て明に示された獨裁的傾向は、帝政
 憲法に於て組織的に完成したものである事は勿論であつて、而して軍政に於ける二元主義は、オートクラシーの特殊の
 現れとして、根底に於てシーザーリズムと其軌を一にするものであるから、此意義に於て問題の起原をナポレオンの帝
 政に求むる事は一應は理由が無いでは無い。

だがそれにしてナポレオンの帝政の下に於ける軍政に關する問題の組織の、他國家に對する歴史的影響を證明する
 事は極めて困難なるばかりでなく、假令これを實證し得たとするも、之を以て直ちに統帥權の獨立を認むる組織の起原
 を説明し得たものと信するは、問題の的を逸したものと云はざるを得ない。蓋し固有の意義に於ける統帥權獨立の組織
 は、國務大臣の組織の存在を前提とするものであつて、國家元首の權限内に置かれた他の作用に於ては、國務大臣の輔
 弼を必要とするにも拘らず、獨り統帥と稱せらるゝ作用に就てのみは、或は憲法直接の規定に基き、又は他の特異な法

源に基いて、國務大臣の參與を必要としないものと認めらる組織をさすものである事は既に前に述べた如くであるが、
 ナポレオンの帝政憲法は、此憲法を模範として制定された第二帝政憲法の場合に於けると同様に、いはゆるシーザーリ
 ズムの憲法であつて、獨り議會の組織權限の型態に於て他の普通の憲法と異なるのみならず、皇帝を輔佐する機關に於
 ても亦同様で、此憲法の下に於ては、大臣はいはゆる國務大臣では無く、單なる行政の長官——而も皇帝の下に於ける
 最高の行政長官ですらもない——であつたに過ぎない。されば帝政憲法の下に於ける統帥權の獨立は、立憲的意義に於
 ける統帥權の獨立、即ち普通に憲法學上で謂ふ様な固有特殊な意義に於ける統帥權の獨立では無くして、行政的意義に
 於ける獨立であつて、從て問題の組織は統帥獨立の一の淵源たり得るが其原型たり起原たるを得ないものであると言は
 ざるを得ないのである。

註一 後出統帥獨立の淵源に關する論述。

二 前出、分權的統帥最高輔佐機關の組織に關する論述並に其註及後出、普國に於ける統帥權獨立の發達に關する論述參照。

三 拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節、二、埃太利、三、(バーデン)、四、(バイエルン)。

四 一七七二年八月二十一日の基本法第十七乃至第二十一條參照。(Pöhlz, III, S. 63—64.)

五 前出、狹義の立憲的組織の起原に關する論述中の英國起原說に關する論述參照。

六 前註一に於けるルモンよりの引用並に特に De la Constitution de l'Administration militaire en France, p. 100 et
 suiv.

七 前項註二參照。

八 此點に就ては拙著、國法及國法史の研究一三六頁以下參照。更に Duvergier de Hauranne, t. I, p. 549 et suiv. 帝政の
 に於ける大臣並に議會の地位はデュブリエーに依つて極めて明瞭に記述されて居る。《Ainsi les ministres s'identifient avec la

personne même de l'Empereur : devant lui ils ne sont que des serviteurs passifs, attendant ses ordres pour en assurer l'exécution ; devant les autres corps constitués, ils commandent au nom de leur maître. Ils n'ont de responsabilité effective qu'envers lui seul ; leurs actes ne sont soumis à aucun autre contrôle qu'à celui du chef irresponsable qui les a ordonnés. Ce sont moins des conseillers de l'Empereur que des agents d'exécution ; on leur demande moins des avis et des conseils que des renseignements. La Constitution ne les a pas réunis en un conseil plus ou moins organisé et l'Empereur n'a pas pris l'habitude de les appeler à délibérer sur les ordres qu'il entend leur donner. Devant le Sénat et le conseil d'État, remplis tous deux des créatures de l'Empereur, les ministres parlent avec toute l'autorité du maître. On ne les voit point paraître aux séances des Corps législatif ; il suffit au gouvernement de se faire représenter par quelques conseillers d'État auprès de cette institution impuis-sante et muette. C'est que le rôle de cette assemblée se borne au vote des mesures que le gouvernement juge bon de lui présenter ; et l'Empereur ne se gêne guère pour promulguer par simple décret délibéré en conseil d'État toutes sortes de dispositions que ont un vrai caractère législatif, sans que jamais le Sénat esservi songe à contester la constitutionnalité de ce procédé. Le sénatusconsulte de l'an XII donne au Corps législatif le droit de dénoncer à la Haute Cour impériale les ministres qui ont donné des ordres contraires aux lois et aux constitutions de l'Empire. Garantie illusoire qui ne lui assure pas la moindre parcelle d'influence.》L. Dupriez, Les Ministres etc., t. II, p. 233. 尚ナポレオンの佛國の一般政治組織並に特に其大臣に對する態度に就ては Antoine Guillois, Napoleon, II, p. 15 et suiv ; 28 et suiv. 參照。

第三款 スカンディナヴィア説(瑞典諾威憲法説)と其批判

第一項 スカンディナヴィア説

瑞典並に諾威の憲法は、歐洲大陸に於ける他の多くの憲法よりも古い歴史を有し、特に統帥權の獨立を認めた獨逸諸國の憲法に先だつて發布された憲法であると共に、又統帥權の獨立を憲法自ら其明文の規定に於て認めたものである事も明瞭である。故に若し論述した様に、ナポレオンの帝政憲法に問題の組織の起原を求め能はざるものとすれば、一方に於ては統帥權の獨立を認めたものと信ぜられて居る獨逸、奧太利諸國の憲法に歴史的に先だち、他の一方に於ては、ナポレオンの帝政憲法の下に於けるよりも遙かに普通の意義に於ける國務大臣、國務大臣の通常の型態に接近した大臣の制度を採用した、此等スカンディナヴィア諸國の憲法に之を求むべきものである様に考へられる。

第一にスカンディナヴィア諸國の憲法は、一般に多くの歐洲諸國の憲法中でも最も早く制定された憲法の一であるのみならず、特に同じく統帥權の獨立を認めた獨逸等の憲法に先だつて制定された憲法である。蓋し瑞典の近代的意義に於ける憲法は、廣く知られて居る様に、十九世紀の初期、一八〇九年六月七日に發布され、而して諾威の憲法は一八一四年五月三十一年に發布されたもので、佛國、ポーランド、和蘭、西班牙其他一二の小國家の場合を外にしては、他の憲法よりも其發生に於て早きのみならず、統帥權の獨立に關しても、憲法に於て直接に之を認めた最初の獨逸系の國家であるクールヘッセン(一八二二年の憲法)、ハンノーヴァー(一八三三年の憲法)等よりも古い歴史を有するからである。

第二に瑞典及び諾威等の憲法の下に於ける國務大臣は、佛國の第一及び第二帝政憲法の様ないはゆるシーザーリズムの憲法又は北米合衆國憲法の如き權力分立主義の憲法に於ける大臣とは異なり、國家元首に對して獨立の法地位を有し

ない單なる行政の長官たるに止まるのではなく、一面に於て獨立の地位、少くとも獨立の憲法上の責任を有する國王輔佐の機關であつて、從て此點に於てスカンディナヴィア半島に於ける國家に於て憲法上認めらるゝ統帥權の獨立は、固有の意義に於ける統帥權の獨立、又は少くとも吾人が前に述べた様な意義に於ける憲法上の意義に於ける統帥權獨立の正態的組織に近く、スカンディナヴィア説は此故に前項に於て述べたナポレオンの帝政憲法説よりも、はるかに問題の起原を説明するに適はしい假説と言ひ得る様に思はれる。

- 註 一 此憲法の全文は Politz, III, S. 72 ff. にあり、參照。尙其歴史的發達に就ては Politz, III, S. 58 ff.; J. H. Aschoung, Das Staatsrecht der vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen (Marquardsens Handbuch des Öffentlichen Rechts, IV, II, 2), 1886.
- 二 其全文は Politz, III, S. 101 ff. に在り。此憲法に就ては Politz, III, S. 92, 101 の他に Aschoung, S. 10; Bredo Morgenstierne, Das Staatsrecht des Königreiche Norwegen, Das Öffentliche Recht der Gegenwart, XIII, 1911, S. 1 ff. 參照。
- 三 一七九一年九月三日の佛國憲法が歐洲大陸に於ける最初の近代的憲法である事は云ふ迄もないが、勿論時間的にはポロランド憲法は一七九一年五月三日に發布されたもの、佛國の九月憲法に先だつとは云へ、其近代的要素に關する限り一七八九年以後一七九一年に至る期間に於て制定され、九月憲法の内容となれる個々の立法の影響の下にあつたものである。此點に就ては Jellinek, Allg. Stl., S. 523, 上記ポロランド憲法に就ては Politz, II, S. 120 ff.
- 四 和蘭憲法(一七九八年四月三十日發布)に就ては Politz, II, S. 120 ff.
- 五 ショセフ・ナポレオンの一八〇八年七月六日の憲法を別として云へば、一八二二年三月十九日のコルテス憲法を以て最初の近代的憲法とする。Politz, II, S. 263 ff.; Jellinek, Allg. Stl., S. 523, 參照。本文に於ては一八〇八年七月六日の憲法を眼中に置いた。

六 何れも佛國の勢力の下に立てるもの、スキス憲法(一七九八年四月十二日) (Politz, III, S. 128 ff.)、ルツカ(一八〇一年十二月二十六日) (Politz, II, S. 339 ff.)、伊太利共和國憲法(一八〇二年一月二十八日) (Politz, II, S. 377 ff.)、伊太利王國憲法(一八〇五年三月二十七日及六月五日) (Politz, II, S. 388 ff.) 等を等なものとする。其他に就ては Politz, III, 613 ff.

七 Politz, I, S. 573 ff.; Politz, III, S. 571 ff. 此等の憲法に就ては前出法源に基く統帥獨立の型態に關する論述參照。

八 前項並に拙著、國法及國法史の研究一六一頁以下、Berton, L'Évolution constitutionnelle du Second Empire, p. 28 et suiv. 參照。

九 瑞典及び諾威に於ける國王輔佐の機關は其權限から觀て二に分ち得る。其一是國務院であつて、之れ此等の憲法の下における固有の輔佐機關である。其二是國務院に於て國王に國務を報告奏上し、國務院の輔佐を経て決定した國王の行爲に副署する機關である。前者は國王に於て親ら政務を處理する能はざる故障のあるがため、國王に代つて行ふ作用を除いては全く獨立の決定權なく、單に國王の附議する國務に就て其意見を奏上する輔佐の機關で、何等普通の意義に於ける行政事務を管掌する機關ではない。之に反し後者は一般に同時に行政の長官たる地位を有し、主任の大臣が國務を報告し國王の國務上の行爲に副署し奉行する。以上の點に就ては一八〇九年の瑞典憲法第四條第五條第九條第三十八條 (Politz, III, S. 72, 73, 77, 78.)、並に一八一四年の諾威憲法第五條第十二條第十三條第二十八條乃至第三十二條 (Politz, III, S. 102, 104, 105) 參照。

一〇 輔佐機關の獨立は種々なる憲法上の規定に於て表はれて居るが、就中、國務院に於ける輔佐機關の忌憚なき意見の表示に關する規定、副署の拒絶に關する規定等は議會に於ける彈劾規定と相俟つて重要な意義を有する。(瑞典憲法第九、三十八、百五乃至百七各條 Politz, III, S. 73, 77, 89, 90; 諾威憲法第三十條第七十五條 Politz, III, S. 104, 108)

第二項 スカンディナヴィア説の批判

以上述べたスカンディナヴィア説は帝政憲法説に比して更に一步を進めた見解であるが、なほ此説もまた種々なる困難あるを免れない。疑もなく瑞典及諾威の憲法は、廣き意義に於て、憲法自ら明文の規定に於て統帥權の獨立を認め

最初の近代的憲法^(三)であると言ひ得るが、此等兩國家に於ける統帥權の獨立は、此等の國家に於ける他の多くの憲法上の制度と同様に、スカンディナヴィア半島に於ける特殊な歴史的事情に基くものであつて、一方に於て統帥權獨立の前提とする大臣責任の原則に於て、他の立憲國家に於ける夫れと異にする所あるのみならず、此點に關聯して統帥輔佐機關の一般國務輔佐機關に對する關係に於ても、また他の國家に於ては見出し得ない特異な要素を有する。故に、等しく統帥權の獨立といふも、瑞典並びに諾威に於ける組織は一般の統帥權獨立組織とは異なつた、夫自身に於て別個特異な型を成すものと言ふべく、此點に於て問題の組織に依て一般、普通の意義に於ける組織の起原を説明せんとするの妥當なるを得ない事は、猶スカンディナヴィア諸國の憲法を以て大陸諸國に於ける憲法の發生並に發達を説明せんとするの妥當ならぬと異ならぬからである。以下更に稍詳しく其理由を説明する所があらう。

先づ一般的前提的な點から云へば、スカンディナヴィア半島の國家に於ける國王輔佐の機關は、他の一般の立憲國家に於ける國務大臣とは其憲法上の地位と性質とを異にする事である。仔細に觀れば其相違は種々なる點に亘つて見出し得るが、今其主要なるものを擧げるならば大體に於て次の諸點に之を求め得られる。其第一は責任の範圍に關し、其第二は輔弼の性質、其第三は副署の性質に關するものであつて、此等の三者は固より相互に關聯するものであるが、以下説明の便宜上各々分けて之を述べよう。

順序として責任の範圍から云へば、一般の立憲國家にあつては國務大臣の責任は、他の一般の行政の機關とは異なり普遍的であり「絶對的」であつて、其輔弼した事項に就ては「絶對」の責を負ふものであるから、其意見であつて國家

元首の容るゝ所とならぬ場合に於ては其職を辭すべく、元首の命に藉口して其責を免れ得ないものとされて居る。之れ國務大臣は元首の命令を執行するに止まる補助機關ではなく、元首に對して獨立の地位を有する機關である事からして生ずる當然の結果に外ならない。瑞典及び諾威の憲法の下に於ては之とは異なり、國王輔佐の機關は、以上の様な意義に於ての普遍的責任を有する機關ではなく、單に限定的、制限的な責任を有する機關たるに止まる。何となれば、國王は憲法の定むる所に從て其國務上の行爲をなすに當て、豫め國務院 (Regering) に附議し其意見を求むるの義務を有し、而して國務院を構成する個々の輔佐の諸員は、附議された事項に就て議事記録に關する憲法上の規定に基き必ず其意見を表示すべく、國王の爲さんとする行爲であつて憲法又は法律に違反し、又は一般に有害なりと明かに思惟せらるる場合に於ては必ず強く之に反對すべく、而して其意見は之を國務院議事録に登録せしむるを要し、其表示した意見に就ては凡て責に任すべきであるとは言へ、此等の憲法の下に於ては國務上の行爲は、實體的には國王單獨の意思に依て構成され成立するものであつて、輔佐機關の意志は單に其準備的、形式的要素に止まり、國務行爲の内容に關して國王の意思と相俟ち、之と等價的な拘束的要素ではなく、輔佐機關は此點に於て、國王の憲法上の諮詢的補助機關に過ぎず、從て國王の國務行爲であつて假令憲法又は法律に反し、若しくは一般に有害なる場合に於ても、國務院に於ける輔佐の機關であつて憲法の定むる所に從ひ、之に反對し又は之とは異なる意見を表示した事の、國務院議事録により證明せられ得る場合に於ては其責を免れ得べきである。

以上述べた様な責任の制限は、單に國務院に附議された事項に關し、國王に對して其意見を表示し國王の諮詢に答ふ

るに止まらず、同時に主任の大臣又は其代理機關、若しくは國王が國務院に於て國務を奏上するが爲め特に定められた機關として、國王の國務上の行爲に副署するの職責を有する機關^(一三)に於ても、其國務院における輔佐機關としての行爲の關する限度に於ては、等しく適用せらるべきは勿論であるが、責任の制限は尙また副署の機關としての資格に於ける行爲に就ても認め得べきである。蓋し一般の立憲國家に於ては副署は尙後にも論ずる様に、輔弼の終局的積極的法形式として國家行爲の本案に對する元首の署名と相俟つて、之と等價的な構成的意義を有する作用であるが、此等スカンディナヴィア半島の國家に於ては、副署は一般に國務院に於ける輔佐機關の意見と同様に構成的意義を有するものでなく確認的公證的意義を有するに止まり、既に國務院の諮詢を経て國王單獨の意思に依り決定した本案——即ち國務院の議事に記録された國王勅裁の本案——に合致するものである事を確認するの意義を、其第一次的意義として有するに過ぎないのであつて^(一五)、從て副署者の責任もまた副署の關する限度に於ては確認の範圍に限られ^(一六)、いはゆる立憲的責任には及ぶものでない。瑞典憲法が明文の規定を以て、副署の機關は第一に、國王の行爲が國務院の議事録に記された決定の原案に一致するものなる事に就て其責に任ずるものである事を定め^(一七)、また諸威の憲法も同様の趣旨を意味するものと思惟し得べき類似の規定を設け^(一八)、同じ憲法の下に於て學者が副署の拒否權を認めて居ない^(一九)のも、共に上に述べた趣旨を明かにするものに外ならない。

唯以上述べた副署に伴ふ責任の限定性に對する唯一の例外は、憲法に違反する國務行爲に關して存在する。何となれば瑞典憲法は其第三十八條に於て明示的に之を認め、國王の決定であつて憲法に違反する場合に於ては、副署の任に當

る機關は先づ國務院に於て之に反對の申立をなすべく、國王に於て尙該決定の發布さるべき事を主張する場合に於ては、副署を拒否し其職を辭するの權利と義務を有する事を規定して居るからである。されば此規定に基き國王の行爲が憲法に違反する場合に於てのみは、副署は確認的作用の外に尙構成的意義を有し、副署に伴ふ責任もまた此限度に於て立憲的意義を帯び、副署の機關は國王に對して此範圍に於て獨立の地位を有するが、これ唯一の例外であり、此明文の規定は以て反面に於て同時に問題の憲法の下に於ける副署の原則的非構成的性質を指示するものと云ふべく、國王の行爲が法律に違反し又は公益に反するものと思惟さるゝ場合に於ても、該行爲が既に述べた様に原案に合致する場合に於ては副署は之を拒絶し得べきものでなく、副署の機關は之に對して其責を負ふを必要としないものである事を明にするに外ならない^(二一)。

スカンディナヴィア半島の國家に於ける國王輔佐機關の有する責任が、一般の立憲的國家に於けるとは異なり、普遍的でなく限定的なる事は、以上述べた所によつて明かであらうと信ずる。然し乍ら半島の國家に於ける輔佐機關の有する地位の特殊性は、獨り其責任の範圍に於てのみ存するに止まらず、第二にまた輔弼の法的性質に於ても明かに認められる。此點は第一の點を論述するに當つて既に言及した所であるが、更に改めて簡單に云へば、問題の國家に於ては、輔弼は他の一般の立憲國家に於けるとは異なつて、元首の國家行爲に對する署名または署名及び捺印と相俟つて、國家行爲の構成に於て之と等價的精神的な事實的な作用ではなく、夫自身に於て副署とは別個な法形式であるのみならず、其法的價值に於ても何等構成的意義を有せず、元首單獨の意思に依つて構成せらるゝ國家行爲の決定に必要な、準備

的手續的な過程たるに過ぎない。

最後に特異性はまた副署に於ても見出す事が出来る。此點もまた既に度々言及した所に依つて知り得べき様に、スカンディナヴィア半島の國家に於ては副署は一般の立憲國に於けるとは異なつて、既に述べた瑞典憲法第三十八條の規定する場合を外にしては、確認的意義を有するに止まり構成的な作用ではない。故に此點に於て問題の國家における副署は、歴史的に云へば前立憲時代に於て廣く行はれた副署と基本的に其性質を同じくするものであつて、いはゆる國務大臣の副署ではなく、從て副署する主任の大臣又は其代理機關の責任も、固有の意義に於ける輔弼の責任でない事は勿論、前に述べた此等の國家に於て認められてゐる國務院に於ける輔佐機關に特有な責任でもないのである。特に此後の點は既に述べた様に、此等の國家に於ては輔佐は國務院の會議に於て一定の手續の下に行はれ、其自身に於て別個な法的過程なる事に依て明である。但し國王の國務上の行爲を執行する責を有する行政の長官は、一面に於て同時に國務院に議席を有し其意見を述べ得べき輔佐機關であるから、副署の主任大臣又は其代理機關であつて、同時に前に述べた様な限定的な意義に於ける輔弼の責を有する事あるは、詳しく説明する迄もなからう。

之を要するに、スカンディナヴィア半島の國家に於ける國王輔佐の機關は、其法的性質に於て、一方に於ては一般の立憲國に於ける國務大臣とも異なり、また他の一方に於ては、固より前立憲時代の寡頭制の國家に於ける行政の長官とも異なるものであつて、畢竟するに半島の特殊な地理的事情、其住民の性質等に關聯して發達した固有な社會的政治的組織に基礎を有する、夫自身一種特別な組織と言はざるを得ない。

故に、斯の如き特有な輔佐機關の組織を前提とする半島の國家に於ける統帥權の獨立も、他の國家に於けるとは異なつた性質を有すべきは之から生ずべき當然の結果であつて、之れ吾人がスカンディナヴィア説の妥當ならざる第二の理由として擧げざる可らざる點である。先づ之を瑞典憲法に就て觀るに、統帥に關する事項は外交事項と同様に國務院に附議せらるべき事項の範圍から除外せられ、國王が特に定めた機關の輔佐の下に置かれて居る點に於て國法上特殊な地位を有するが、國務院は既に述べた様に其非常機關として作用する場合を外にしては、専ら國王の諮詢機關たるに止まり、普通の立憲國に於けるが如くに一般臣民並に國家を直接に拘束し得べき行爲の決定に、國王と並んで参加し得べき獨立の地位を有するものではなく、從て同じく統帥權の獨立と云ふもスカンディナヴィア半島の國家に在ては、統帥に關する國家意思の決定が、國王に獨立する機關の參與の外に置かる事を意味するのではなく、單に國務院諮詢事項の外に在るを意味するに過ぎないのである。

加ふるに、統帥權の獨立を認むる他の一般の國家に於ては、統帥に關する事項は普通に狹義の軍行政を管掌する國務大臣以外の特殊な軍事機關の管掌に屬せしめられ、權限の獨立は同時に之を有する機關組織の區別を伴ふが、問題の國家に於ては必ずしも然らず、國務院の諮詢事項より除外され獨立せしめられた統帥事項も、狹義の軍行政を管掌し之を國務院に於て國王に奏上し、國王の軍行政に關する國務行爲に副署する主管の軍務大臣の併せて管掌し得べき所であつて、此點に於てもまた問題の國家に於ける統帥獨立の組織は、統帥獨立の他の一般の型態と區別せらるべき特異性を有するものと云はなければならぬ。

統帥權の獨立を認むる普通の國家に於ては、國務大臣の權限に對する統帥權の獨立は、其當然の結果として統帥事項の國務大臣の責任範圍、其固有の意義に於ける副署範圍よりの除外を伴ふか、問題の國家少くとも瑞典の憲法の下に於ては、統帥權の獨立は國務院の權限に對する獨立を意味するが、統帥事項の立憲的責任に對する獨立又は後者の範圍よりの除外を意味するものではない。何となれば統帥事項は國務院の諮詢事項より除外されてゐるとは言へ、一方に於て統帥事項に關する國王の行爲は、既に述べた様に國王の定むる一定の機關の輔佐の下に行はるゝ事を要し、而して輔佐機關は其輔佐に就ては、國務院に諮詢せらるゝ國務事項に就て、副署者たる主任の大臣又は長官の有する憲法上の責任と略同様の憲法上の責任を有するからである。即ち第一に瑞典憲法第三十八條の規定する所に従ひ、國王の統帥輔佐機關は國王の決定であつて、憲法に違反するものと思惟する場合には、前に述べた様に反對の意見を國務院に於て表示すべく、國王であつて強ひて其行爲の發令を主張する場合に於ては、副署を拒否し其職を辭するを必要とするのみならず、一方に於ては尙ほ同憲法第十五條の定むる所により、統帥輔佐機關の意見であつて國王の決定と一致しない場合に於ては、統帥輔佐機關の輔佐意見竝に國王の決定に對する異議は、之を文書に記録し國王之に署名するを要し、更に國王の行はんとする所であつて危険なるか、又は執行の手段に於て不充分なりと思惟するゝ場合に於ては、統帥輔佐機關は國王に對して軍事參議會の召集を要求するの義務を有する。^(二五) 凡て此等の點に就ては統帥輔佐機關は憲法上の責任を有し、議會は責任の審査に當つて、統帥輔佐機關の輔佐記録は他の國務輔佐機關の場合に於けるとは異なり其提出を要求するを得ないとは云へ。^(二六) 審査の結果責任ありと思惟する場合には於ては彈劾し得べく、統帥輔佐の機關は或は其職を免

ぜられ又は刑罰を課せらるゝ事あり得べきである。^(二七)

以上は専ら瑞典憲法に就て述べたものであるが、諸國憲法の下に於ては、統帥事項は外交事項と同じく國務院諮詢事項の範圍から除外せられ、特殊な單獨機關の輔佐の下に國王に依り所理さるゝ點に於ては瑞典憲法に於けると同様であるが、唯だ諸國に於ては瑞典に於けるとは異なつて、統帥輔佐の機關は憲法上の責任を有せず、且つ統帥事項に關する國王の行爲は、副署をも必要となさざるものとせらるゝ點に於て特質を有し、此點に於ては問題の組織は、瑞典に於ける組織よりもより大なる程度に於て、統帥權の獨立を認むる他の一般の國家に於ける組織に近似するものと云ひ得るであらう。然しそれにしても、此等の國家に於ては統帥權獨立の前提たる輔佐機關の地位、性質に於て、他の國家に於ける輔佐機關のそれと著しく相違するものある事は既に述べた通りであつて、從て此點に於てスカンディナヴィアの國家に於ける統帥權獨立の組織は、他の國家に於ける組織とは其型を異にするものと言はなければならぬ。

註一 此批判的考察に於て吾人の基礎とする所の憲法は、問題の關係上、一八〇九年の瑞典憲法及一八一四年の諸國憲法である。此等の憲法は今日に至る迄、茲に吾人の取扱ふ問題に關聯する諸規定に於ても、種々なる改正が行はれたが、此批判の關する限度に於ては、此等の改正は茲に論ずる必要を見ない。改正の箇條、時期及内容に關しては Darste, Les Constitutions modernes, t. II³, p. 46 et suiv.; 同く Les Constitutions modernes, t. II⁴, p. 485 et suiv.; t. II¹, p. 204 の文獻 F.O. Freiherr von Nordenflycht, Die schwedische Staatsverfassung in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 1861.

II 28. Verfassung vom 7 Juni 1809 (Schweden): „Der König lässt sich im Staatsrathe alle Regierungsangelegenheiten vortragen, und werden daselbst abgemacht, ausser den ministeriellen, oder demjenigen, was die Verhältnisse mit fremden Mächten betrifft, dasjenige, was das Commando angeht, worunter dasjenige verstanden wird, welches der König als oberster Befehlshaber über die Kriegsmacht zu Lande und zur See unmittelbar

besorgt." (Pöltz, III, S. 73) 第十五條參照。(Pöltz, III, S. 74.)

§. 28. Verfassung vom 4. Nov. 1814 (Norwegen): „Die Vorstellungen über die Besetzung der Aemter und andre Sachen von Wichtigkeit (ausgenommen diplomatische und eigentlich militärische Commandosachen), sollen im Staatsrath von dem Mitglieder vorgelesen werden, zu dessen Sache sie gehören, und die Sachen werden von ihm, dem im Staatsrath gefassten Beschlusse gemäss, expedirt.“ (Pöltz, III, S. 104.)

§. 31: „Alle vom Könige selbst ausgefertigte Befehle (mit Ausnahme der militärischen Commandosachen), sollen von dem norwegischen Staatsminister contrasignirt werden.“ (Pöltz, III, S. 105.) 趣旨に於て同様の規定は五月三十一日の憲法に於ても見出される。蓋し十一月の憲法は或る種の修正の下に五月憲法を基礎としたものなるからである。五月憲法第三十條及第三十五條參照。(Pöltz, III, S. 94, 95.) 大陸諸國の憲法であつて明文の規定を以て統帥權の獨立を認めた最初の例は、スカンディナヴィア半島の國家に於けるよりも遙かに遅く、一八二一年のクールヘッセン憲法に於て之を求め得べきに止まる事は既に述べた通りである。

三 瑞典及諾威の憲法が此等の國家に於ける特殊な歴史的事情を基礎とし、一般の憲法とは其型を異にする事は既に認められて居る。Jellinek, Allg. Stl., S. 521; Aschehoug, ibidem, S. 1 ff.; Dareste, II⁴, p. 479 suiv.; Hervieu, Les Ministres etc., p. 45 et 222, et 349.

四 故に國務院の制度、國務輔佐機關の權限並に責任に關する規定〔上註二並に後出註八、九參照〕の如きも一八〇九年の憲法に於て始めて現れたものではなく、其歴史的基礎は成文の形式に於ては、一七一九年の基本法に求め得られる。此點に就ては Aschehoug, S. 36; Pöltz, III, S. 58 ff. 但しウィットマンには一七七二年以後の基本法のみが掲げられてある。

五 Hervieu, p. 223; Aschehoug, S. 111 ff.; H. v. Frisch, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchste Magistrate, S. 54 ff, 254 ff. 參照。

六 獨立の法的性質に就ては別に論ずるの機會があらうが、此點に就ては H. Kelsen, Allg. Stl., S. 339 ff. Mehl, Allg. Verwaltungsrecht, S. 21 ff. 特に S. 41 參照。

七 一八〇九年瑞典憲法第四條第七條及一八一四年十一月の諾威憲法第五條第二百八條參照。Pöltz, III, S. 72, 73, 102, 104.

八 瑞典憲法第九條 „Ueber alle Gegenstände, welche beim König im Staatsrath vorkommen, soll Protocol gehalten werden. Die gegenwärtigen Staatsminister, Staatsrath, Hofkanzler, und Staatssecretair, oder diejenige, welche der letztgenannten Dienste verrichten, sind verbunden, ihre Meinungen zu äussern und zu erklären.....“ Pöltz, III, S. 73.

諾威憲法第三十條 „Im Staatsrath wird über alle die Sachen, die darin verhandelt werden, ein Protocol geführt.

Ein Jeder, der Sitz im Staatsrath hat, ist verpflichtet, seine Meinung mit Freimüthigkeit zu sagen, welche der König verbunden ist zu hören.....“ Pöltz, III, S. 104—105.

九 瑞典憲法第九條 „..... Sollte es irgend unvernünftig eintreffen, dass der Beschluss des Königs offenbar gegen die Regierungsform, oder die öffentlichen Gesetze des Reichs stricke; so liegt es den Mitgliedern des Staatsraths ob, kräftige Vorstellungen dagegen zu machen.....“ 此箇條には尙次の注目すべき責任規定がある。..... Wenn irgend eine besondere Meinung im Protocol nicht angeführt wird; sover den die zugegen Seyenden angesehen, dass sie den König in dem Beschluss, den er gefasst, bestärkt haben. Für den Rathschlag sollen die Mitglieder des Staatsraths verantwortlich seyn, so wie es im 106 §. weiter hierüber festgesetzt ist.“

諾威憲法第三十條 „..... Findet irgend ein Mitglied des Staatsraths, dass des Königs Beschluss der Staatsform, oder den Reichsgesetzen widerstreitet, oder augenscheinlich für Norwegen schädlich ist; so ist es seine Pflicht, kräftige Vorstellungen dagegen zu machen, und seine Meinung in Protocolle beizufügen.....“

此箇條には前に掲げた瑞典憲法第九條に於けると同様の責任規定がある。..... Derjenige, der nicht solchergestalt protestirt hat, wird angesehen, als wenn er mit dem Könige eingewesen, ist dafür verantwortlich, und kann vom Odelsling vor dem Reichsgerichte zur Rechenschaft gezogen werden.“ 尙責任に關する詳細な規定は瑞典に於ては一八一〇年二月十日の法律 (Franz Hauke, Die Lehre von der Ministerverantwortlichkeit, Wien 1880, S. 52; Dareste, II⁴, p. 489 note 1) に依り、而して諾威に於ては一八二八年七月七日の法律 (Hauke, S. 54; Dareste, II⁴, p. 210, note 2) に依り發布された。

- 10 上註八の引用參照。
- 11 瑞典憲法第九條 „……Doch behält der König sich allein vor, zu beschliessen……“
- 諾威憲法第三十條 „……Indess ist es diesen (dem Könige) vorbehalten, seinen Beschluss nach seinen eigenen Ermessen zu fassen……“ 故コトウケルモ „Zunächst gilt nach schwedischem Staatsrecht der Satz, dass die Staatsrätthe den König nach bestem Wissen und Gewissen in Uebereinstimmung mit des Reiches Grundgesetzen zu berathen, aber nicht zu “regieren “haben.“ と云フ。ヘルキヤーも亦瑞典憲法第九條に就テ「Cet article de la Constitution suédoise démontre qu’ en Suède le roi ne règne pas seulement, il gouverne, mais il est strictement tenu, avant de mettre ses projets à exécution, de consulter le Conseil des ministres.」と記シテ居ル。 Hauke, S. 52; Hervieu, p. 222. 尚 Aschehoug, S. 35, 111, 125 參照。
- 12 Aschehoug, S. 11, 196 參照。
- 13 瑞典憲法第五條は國務院の組織を定め、國務院が九人の國務參議官——内七人は専任の參議官、他の二人は司法大臣及び外務大臣——より成り、參議官は國務院に附議さるべき凡ての事項の審議に與るものなる事を規定した後、更に特定の事項に關して國務院の審議に參與し得べき機關を擧げ次の如く規定してゐる。 „Jeder Staatssekretär, oder derjenige, welcher seinen Amte vorsteht, hat Sitz und Stimme im Staatsrathe, wo dasjenige vorträgt oder wo der König etwa dasjenige vorkommen lässt, was zu seinem Berufe gehört. ……“ 他は尚諾威憲法第二十八條及第二十九條參照。 Pöhlitz, III, S. 104.
- 14 瑞典憲法第九條第六條及第七條。諾威憲法第三十條、第七十五條の六參照。 Pöhlitz, III, S. 73, 89, 90; 104, 108.
- 15 瑞典憲法第三十八條 „Alle, vom Könige ausgehende, Expeditionen und Befehle, welche das Kommando betreffen, sollen um gültig zu sein, von dem Vortragenden contrasigirt werden, welcher verantwortlich ist, das sie mit dem darüber geführten Protocol über einstimmen. ……“ Pöhlitz, III, S. 77. 諾威憲法第二十八條及第三十一條參照。 Pöhlitz, III, 104, 105.
- 16 上註一五參照。
- 17 諾威憲法第三十二條參照。 Pöhlitz, III, S. 105.

18 Aschehoug, S. 196. „Selbst der Staatsminister welcher laut § 31 des R. G. den Beschluss des Königs zu kont raigniren hat, ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Paragraphen verpflichtet, dies zu thun. Er kann sich somit keine andere Verantwortung als die wegen unrichtiger Protokollirung und Ausfertigung des kontraigniren Beschlusse ziehen.“

19 瑞典憲法第三十八條 „……Sollte der Beschluss des Königs gegen die Regierungsform striete; so hat er darüber in Staatsrathe Vorstellungen zu machen. Besteht der König dennoch darauf, dass ein solcher Beschluss ausgefertigt werden; so ist es des Vortragenden Recht und Pflicht, seine Contrasignation dazu verweigern, und als Folge hiervon sein Amt niederzulegen, welches er nicht eher zurücknehmen darf, als bis die Reichsstände sein Verhalten geprüft und bewährt haben. Inzwischen sollen sein Sold und die belkommenden Einkünfte der übrigen Dienste ihm verbleiben.“ Pöhlitz, III, 77.

20 此れ學者によつて一の憲法上の缺陷と看做されて居る所である。Aschehoug, S. 112. 但し學者は又一方に於て憲法十六條の權利保證に關する規定を以て此缺陷を補ふに足るものと看做して居る。上掲の書參照。

21 瑞典憲法第七條。諾威憲法第二十八條。上註十三參照。

22 瑞典憲法第十五條 Pöhlitz, III, S. 74 諾威憲法には瑞典憲法第十五條に比較せらるべき規定は存しない。何人をして統帥の輔佐機關たらしむべきか並に輔佐の形式に就ては國王の定むる所に依る。此點に就ては Aschehoug, S. 128 參照。

23 Aschehoug, S. 38, 並ニ 128 參照。

24 Pöhlitz, III, S. 74 所載の條文參照。

25 憲法第五五條參照。Pöhlitz, III, S. 89. 此點は諾威憲法に於ても同一である。同憲法第七十五條第六號參照。Pöhlitz, III, S.

89—90.

26 第六六條參照。Pöhlitz, III, S. 89—90.

27 諾威憲法第二十八條。Pöhlitz, III, S. 104.

28 Aschehoug, S. 128 參照。

第四款 英國起原説及び其批判

第一項 英國起原説

ナポレオンの帝政憲法説竝にスカンディナヴィア説が、共に典型的意義に於ける統帥權獨立制の起原を説明するに足らない事は、以上吾人の詳論した所に依つて明かであらうと思ふ。吾人の觀る所を以てすれば、問題の起原は之を佛國に求むべきものでもなく、またスカンディナヴィア諸國の憲法に見出さるべきものでもなく、専ら獨逸系の諸國家に求めらるべきものである。だが此點に關する吾人の見解を積極的に展開論述する前に、尙第三説としての英國起原説に就て論評するを必要とする。

蓋し英國が立憲の祖國であり、立憲の基本的制度が其最初の發生と發達とを英國に有する事は、茲に敢て説明する迄もなき著名な事實であると共に、一方に於て既に前にも述べた様に、英國に於ても統帥に關する狹義の立憲的組織の原則が確立さるゝに至たものと看做されて居るのは、いかに之を早く見積もる論者の見解に従ふも十九世紀當初の事であつて、一八〇六年ジョージ三世に對するグレンヴィルの歴史的抗争に依り、統帥の作用も他の一般の國務と同様に國務大臣の輔弼の範圍内に屬し、從て其指揮監督の外に在る能はざる事の承認せらるゝに至る迄は、なほ統帥權の獨立は英國に於て殘存したものと云ひ得べく、即ち之を積極的に云へば、英國は此點に於て立憲の祖國であると共に、また同時に統帥權獨立制の祖國であり、統帥權獨立の組織は歴史上先づ第一に英國に於て發生し、後に其影響の下に漸次、他の

國家に採用さるゝに至たものであると云ひ得べきが如くに思はれる。

註一 前出、狹義の立憲的組織に關する論述中、英國起原説及其批判の項參照。

第二項 英國起原説の批判

單に時間的な見地から言へば、統帥權を以て國務大臣の輔弼權限の外に在る國王の「大權」なりとする組織が、先づ第一に英國に於て現るゝに至たものであるとするの見解は、疑ひもなく正しい事實に立脚するものである。何となれば、他の歐洲諸國家に於て統帥權の獨立又は少くとも類似の憲法上の組織が明瞭な形式に於て現れた最初の例は、一八〇九年の瑞典憲法に於てある事は既に述べた所の如くであるが、英國に於ては是より既に三年前に、統帥權の獨立は極めて顯著な形式に於て其崩壞の過程を開始し、ハンノーヴァー王朝以來漸次に強固な地歩を獲得し來つた議會政治の原則は、其寡頭制克服の手を、王權最後の而して極めて危険なるべき殘骸たる統帥の大權に下して居たからである。

然し以上の事實は、單に統帥權の獨立が歴史上他の諸國に先だつて英國に發生したものである事を示すに止まり、英國が固有の意義、典型的意義に於ける統帥權獨立の組織の祖國である事を立證するものでない事は言ふ迄もなく、從て問題を解くがためには、英國に於ける組織と後年大陸に於て發生し、獨逸の諸國に普及するに至る組織の間に、歴史的影響、歴史的繼續關係の存在する事を指示するを必要とすべく、此點を明白にし得ない以上、英國起原説は未だ以て其目的を達し得たものとは言ひ得ない。果して然らば兩者の間には歴史的繼續又は影響の關係の存在する事を示し得る

か？吾人の知る限度に於ては、此問題の肯定を可能ならしむべき歴史的事實は之を求むるに困難であつて、吾人は英國に於ける立憲制度の大陸諸國に與へた影響の歴史的觀察からして、寧ろ反對に問題を否定するものであつて、大陸の諸國中、獨逸、奧地利等の國家に存在した典型的な統帥權獨立の組織は、英國に於ける組織の影響の下に發生したものでなく、専ら此等の諸國における特殊な事情に基いて生じたものであつて、自らに固有な起原を有するものと思惟するものである。

獨逸、奧地利等の國家を中心として生ずるに至る大陸に於ける統帥權獨立の組織が、英國に於ける制度の影響の下に發生したものでなく、英國の制度とは獨立に、此等の國家における特殊なる事情の下に成立したものである事は二の點から推して知る事が出来る。其の一は積極的な理由とでも言ひ得るならば、他の一は消極的な理由とも稱し得べきものである。先づ第一の理由から言へば、統帥權の獨立と稱する立憲法上の特異な現象は、後に詳論する様に、前立憲時代に於て既に久しく行はれて來た兵權の領域に於ける二元的組織^(三)、即ち軍隊の指揮命令を中心とするいはゆる統帥權の作用を、軍隊に關する他の作用いはゆる狹義の軍行政と組織的に分離し、軍の行政に關する一般の輔佐機關とは異なつた特別な軍事機關の輔佐の下に、國家元首親ら之を行ふの組織が、其儘に立憲時代に於ても依然として維持さるゝに依て生ずるに至るものであるが、斯の如き二元的組織または少くとも其傾向は、大陸の諸國に於ても王權の稍や強固な國家に於ては古くから存したものであつて、佛國に於て然り、獨逸、奧地利に於てもまた然りであつた^{(四)(五)}。されば憲法の採用が革命の結果ではなく、時勢の進運に基く歴史的進化的所産たりし國々に於ては、統帥權の獨立は、英國における制度の影響

響とは獨立に、固有な歴史的事情の下に發生し得べかりしものであつて、此點に於て、大陸における問題の組織の歴史的認識は敢て英國起原説を必要としない。

のみならず今暫く以上の點を外にして觀察するも、英國の憲法が歐洲大陸諸國の憲法に與へた歴史的影響の一般的性質は、英國に於ける統帥獨立の制度が大陸における同一組織の模範となり、後者が前者の歴史的影響の下に發生するに至るものと思惟するを困難ならしむるものと言はなければならぬ。蓋し英國の立憲制度が大陸の諸國に與へた最も顯著な歴史的影響は、一七九一年九月三日の佛國憲法に於て其成果を得た十八世紀末葉と、一八一四年のルイ十八世の欽定憲法^(七)に於て其典型的な代表を得た二の時代に於て行はれたが、其中初めの時代に於ては英國憲法の與へた影響は主に間接であり、英國の制度及び自然法學派の思想の影響の下に樹立された北米の大陸に於ける立憲の制度^(九)、並にブラックストーン、モンテスキュー、デュロルム等の文獻を通じて爲されたものであるが、英國に於ける統帥獨立の組織が此時代に於て大陸の諸國に影響を與へたものと思惟するの困難なる事は、多言する迄もなく明である。何となれば多くの基本的な點に於て直接に其模範となつた北米の諸憲法は、兵權に關する二元的組織を有しなかつたのみならず^(一〇)、一方に於て此時代に立憲制度を大陸に移殖した佛國の九月憲法は、其成立の事情からして統帥權の獨立を認むるには餘りに民本的であり、事實に於ても統帥權の獨立を認むる事なく、却つて兵權に關する狹義の立憲的組織を採用したものである事は吾人の既に論述した所であるからだ。

故に英國に於ける統帥權獨立の制度であつて若し大陸の諸國に影響を與へ得たものとするれば、夫れは専ら一八一四年

のルイ十八世の欽定憲法に始まる第二の時代に於て、あるが、此點に關しても、吾人はまた大陸の諸國に依る英法繼承の一般的、基本的目的から觀て問題の可能性を否定せざるを得ない。蓋し此第二の時期に於て英國が大陸の諸國に於ける制度立法の模範となつたのは、第一の時代に於ける様に間接に米國の民主的成文憲法を通じて、^(二三)はなく、直接に議會政治制の君主國として、^(二四)あつて、而して統帥權の獨立が國務大臣の普遍的包括的責任を基礎とする議會政治の理論、軍權の文政に對する從屬を動かす可らざる原則とする、英國に於ける立憲主義と矛盾するものである事は云ふ迄もなく、論理的理論的な佛國民、佛國の憲法制定者が此最も重要な點を看過し、既に一八〇六年に於ける歴史的抗争の結果として基本的な點に於て崩壊し、當時實際に於て行はれて居た英國の議會政治に於て原則的に否定されて居た統帥權の獨立を繼承したものと思惟することは、其理由なきものと言はざるを得ないからである。

英國起原論の維持すべからざる事は更にまた事實の最も雄辯に證明する所である。何となれば佛國及び白耳義の憲法は勿論、其下に於ける實際の一般は、統帥權に關しても狹義の立憲的組織を採用し、從て統帥權の獨立を認めて居ないからである。國民主權を標榜^(二五)し、君主は臨御するも支配せずとする『立憲主義』シャトウブリアン、バンジャマンコンスタン、テイエール等の論者^(二六)によつて強調され代表された思想を基礎とした白耳義の憲法が、統帥權の獨立を認めなかつたのは自然であるが、獨り白耳義の憲法のみならず、白耳義の憲法とは反對に君主々義に出發し、其發布の前文に於て『佛國に於ては國權は國王の一身に在り』^(二七)とすら宣言したルイ十八世のいはゆる欽定憲法もなほ統帥權の獨立を認めず、統帥權の作用も一般の國務と同様に國務大臣の輔弼の下に置いた事は吾人の前に詳論した如くである。^(二八)勿論此等の

憲法の下に於ても統帥權の獨立を認めた學者が全く無かつたのではないが、之れ特異な政治的見解を基礎とする誤つた憲法の解釋によるものであつて、實證法に基礎を有しないのみならず、一般の學者並に憲法の下に於ける實際の支持する見解でもない。^(二九)

既に憲法立法の指導者であつた佛國並に白耳義に於て、以上述べた様に何等統帥權の獨立を認むる所なく、英國に於ける同一制度の影響を受けたものと看做す事が出来ないものとすれば、獨逸の諸國に於て行はれた統帥權獨立の組織を以て英國に其起原を有し、其影響の下に成立するに至つたものと思惟する事の理由のない事は明かであらうと思ふ。何となれば此等の國家は其憲法上の立法に於ては、主として佛白の影響の下に立てるものであつて、而して既に佛白において統帥權の獨立を認めて居なかつたものとすれば、統帥權の獨立に關して他の國家に影響を與へる何等の餘地を有せざりしものと言はなければならぬからである。況や前に言及した様に獨逸の諸國に於ては、外國憲法とは全く獨立して統帥權の獨立を歴史的に可能ならしむべき強固なる王權と、其自然の現れとしての兵權に關する二元的組織の、既に久しく前立憲時代から存した事實あるを顧みるに於ては、英國起原論の根據なきは容易に之を知り得るであらう。

註 一 前出、統帥獨立の組織と其種類に關する論述、特に法源を基礎とする型態の項參照。

II G. Jellinek, *Ausgewählte Schriften u. Reden*, II, S. 116 ff; Todd, I, p. 46 ff. 參照。

III Lebon, *Das Staatsrecht der französischen Republik*, S. 88; *De La Constitution de l'Administration militaire en France*, p. 100 et suiv.

四 第四章及第五章の論述参照。

五 拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節、早稻田政治經濟學雜誌第十五號三一頁以下。

六 拙著、國法及國法史の研究第百十五頁以下参照。G. Jellinek, Allg. Stl., S. 523; E. v. Meier, Französische Einflüsse,

II.

七 此憲法の一般に就ては拙著、前出第百四十二頁以下並に Meier, *ibid.*, II; G. Jellinek, S. 526; M. v. Seydel, Staatsrechtliche u. politische Abhandlungen, S. 175 ff.

八 Huytens, *Dissussions du Congrès National de la Belgique*, 5 vol 1844; Thomissen, *La Constitution de Belgique* annotée, 1879.

九 G. Jellinek, Allg. Stl., S. 515 ff. Bes. S. 523.

一〇 此點に就ては特に R. Redlob, *Die Staatstheorien der Französischen Nationalversammlung von 1789* 参照。ブラクストーン、モンテスキュー等の著に就ては茲に特に掲ぐる迄もなく廣く知られて居る。ホルムの著書は初め英文で著はされた。The Constitution of England, p. 510. と題し其第二版は一七七五年に出版され (R. v. Mohl, *Die Geschichte der Literatur der Staatswissenschaften*, I, S. 233 u. Ann. 1.) 後に著者に依つて佛譯され共に多くの版を重ねた名著である。佛譯の Constitution de l'Angleterre と題する。私の引用したのは一七八四年版である。

一一 前出、普遍的國家元首主義の組織、註一参照。米國の諸州に於ても亦固より統帥權の獨立は存しない。

一二 拙著、前出一一四頁以下。

一三 此點に就ては特に J. Barthelény, *L'Introduction du Régime parlementaire en France* etc., p. 14 et suiv.

一四 Art. 25: «Tous les pouvoirs émanent de la nation.»

«Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution.»

Art. 78: «Le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même» Posener, S. 4 u. 10; 註 Huytens, *ibid.*, I, p. 192 et suiv. v.; P. Errera, *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien*, S. 47; M. Vauthier, *Das St. d. Kr. Belgien*, S. 50.

Art. 63: «Le personne du roi est inviolable, ses ministres sont responsables.» Posener, S. 9.

Art. 64: «Aucune acte du roi ne peut avoir d'effet s'il n'est contresigné par un ministre, qui par cela seul, s'en rend responsable.» Posener, S. 9.

一五 Chateaubriand, *De la Monarchie selon la Charte*, chapitre IV. *Oeuvres de Chateaubriand* Paris 1857, p. 44 et suiv.; Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, II, vol. éd. par Edouard Laboulaye; テーホーンに就ては Duvergier de Hauranne, *Histoire de Gouvernement Parlementaire en France* X. P. 398. 註一は拙著、前出第百四十三頁—百四十八頁並に百五十五頁以下。

一六 エンラは白耳義國王の有する統帥權其他各種の大權を擧げた後説明して次の如く言つて居る。„Diese bedeutende Reihe darf nicht vom Prinzip des parlamentarischen Regimes selbst isoliert werden, das in unserem Lande die politische Stellung des Königs beherrscht. Dieser kann keine seiner Prärogativen ausüben ohne Einvernehmen mit einem Minister, der die vollrechtliche Verantwortung für diese Handlung auf sich nimmt.“ S. 47. 註 Orban, *Le Droit constitutionnel de la Belgique*, II, p. 228 et 268; Vauthier, S. 59 参照。

一七 «……Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du Roi,……» Duguit et Monnier, *Les Constitutions* etc., p. 183. 註憲法の制定に就ては Duvergier de Hauranne, II, p. 156 et suiv.; Beugnot, *Mémoires*, II, p. 31 et suiv.; Simon, *L'Elaboration de la Charte constitutionnelle*; 問題の前文は Beugnot の手に成つたものへあつて、君主主義なる語の公文書に於て初めて表はれたるのも此佛國憲法起草委員會に於てであると云はれて居る。Capéfigue, *Histoire de la Restauration*, II, p. 31 参照。

一八 前出、拙著第百十二頁以下に詳細な論述がある。

一九 前出、狭義の立憲的組織と其種類、特に大元帥主義の組織に關する論述中の註一の文献参照。

二〇 上註、一六及一八参照。

第五款 獨逸起原説

既に典型的意義に於ける兵權獨立の起原であつて以上論述した様に佛國に求むべきものでなく、スカンディナヴィア諸國に求むべきでなく、亦英國にも求めらるべきものでないとすれば、結局問題に對する解答であつて若し可能であるとすれば、其は唯だ獨逸に之を求むるに依てのみであると云はなければならぬ。事實上問題に對する比較的満足な解答は唯此見地に依てのみ與へらるゝのであつて、以下私は稍詳細に之が組織的論證を試むる所があらう。

第二節 統帥權獨立制の起原

第一款 統帥權獨立の歴史的淵源

典型的意義に於ける兵權獨立の組織が如何にして獨逸諸國に於て發生するに至つたかを説明するためには、第一に兵權獨立の政治的技術的理由と、第二に立憲制度の採用前に於ける組織の實際を一應説明することを必要とする。蓋し此等の事項は一は主觀的要素他は其表現としての客觀的要素として、互に相關聯して立憲制の下に於ける兵權獨立の組織の發生に不可分の關係を有する要素なるからである。

第一項 主觀的要素

一 政治的技術的要素

1 軍の能率と統帥の獨立

兵權獨立の組織に關する淵源の一として第一に擧げなければならぬ極めて一般的な楔機は、軍隊の能率を確保しようとする技術的理由である。蓋し強固なる軍隊は、國家の存立及び其發展に缺く可らざる條件であつて、從て軍隊の能率を確保し戰爭の目的實現を確保するに必要な各種の組織を樹立し維持することは、立法に當る者の基本的任務の一である。而して此目的を實現するが爲には、統帥權の獨立は最も基本的な要素と言はざるを得ない。何となれば命令の統一、其果斷と迅速並に祕密の確保は、軍の能率を發揮するに本質的な條件であつて、而して此要求は唯統帥機關が一般の國務並に軍政の機關と獨立し、從て國家元首に依て大元帥としての資格に於て直接に行はるゝ場合に於てのみ最も良く充たされ得べきものであつて、統帥權が一般國務機關の責任の下に行はれる場合に於ては、此要求の完き實現は不可能ならざるを得ない。

以上の様な技術的理由は、統帥權獨立の前提として各時代を通じて廣く學者立法者並に軍事専門家に依て意識的若くは無意識的に認められ來つた基本的思想である。此種の技術的要求は、既にマキアベリに依つて簡單明瞭な形式に於て表示され、十七世紀伊太利の有名な軍學者モンテツクコリーが其著 *Memorie della guerra* に於て *Consulti adagio e tosto esssequiscusi* (畫策を慎重に執行は迅速に) ⁽¹⁾ *Sia la salute dell' Esercito legge suprema* (軍の福祉は最高の法なり)、
Chi pensa à tutte le cose minna ne fa, e chi à poche singura (考慮し過ぐるものは行ひ得ず、考慮の淺きものは誤り

易し)と言へるも亦同様の思想を簡単に表はしたものに外ならないのであつて、之を實證法上の事實に就て見るも、既にルイ十四世は其一六六六年に發した一般行政なかつく軍務に關する訓令(訓)に於て「……que les résolutions doivent être promptes, la discipline exacte, les commandemens absolus, l'obéissance ponctuelle」と言て居る。故に普國に於ける兵權の獨立に關聯して、著名な一八六一年一月十八日の軍令の副署に關する勅令に於て、國王ウイールヘルム一世が軍令より國務大臣の副署を除外する此勅令發布の理由に關聯して、國務大臣の軍令に對する副署は軍務に有害であり齟齬と不安定を生ぜしめ、緊急を要する軍務の處理を遲滞せしむと言ひ、國王の旅行、動員、戰時等の事例を擧げて其弊を指摘(五)して居るのは蓋し自然と云ふべく、古くは十九世紀前半期から現代に至る迄各國の國法學者が兵權の獨立を説明するに當つては、常に軍の能率を其理由の一として擧げて居るのは、亦當然であると言はなければならぬ。

註 一 M. Charles Loundre, Oeuvres Politiques de Machiavel, Le Prince, liv. I, chap. X, XIV; Discours XXI, liv. II, chap. VI, XXX, XXXIII, liv. III, chap. XV, XXXIII, XXXVIII 等參照。

二 Montecucoli に就つては Max Jahns, Geschichte der Kriegswissenschaften 1890 II Abt., S. 1162 ff. 參照。

三 以上の訓言は彼が其著の第一卷第三章の冒頭に掲げた六ヶ條の中から引用したものと云ふべし。Jahns, S. 1173 參照。

四 Mémoires de Louis XIV pour l'instruction du Dauphin, annotées par Charles Dreyss, Paris 1860, II, p. 123. (Robert Michels, Zur Soziologie des Parteiwesens 2 Aufl., S. 40 註參照。)

五 ……Dieses Verfahren (國書の手紙を指す) ist dem Dienste nachtheilig; es entstehen daraus Irrungen und Unsicherheiten und der Umstand, dass die Kommando-Ordres contrasignirt werden, führt bei dringenden und ohne Zeitverlust zu erledigenden Angelegenheiten Verzögerungen in der Expedition herbei. Dies hat sich auf Meinen Reisen, wenn der Kriegs = Minister Mich nicht begleitete, besonders aber bei der letzten Mobilmachung vielfach

herausgestellt. Diese Missstände würden bei dem Ausbruch eines Kriegs und während desselben noch mehr hervortreten."

六 R. v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, I, S. 230 (1874年出版); L. Stein, Verwaltungslehre, I, S. 179; Oswald de Kerchove de Denterghem, De la Responsabilité des ministres dans le droit public belge 1867, p. 96 et suiv. «En effet, l'intérêt de la nation exige que le commandement soit donné à un seul, afin qu'il y ait dans la conduite de la guerre cette promptitude d'action, cette certitude de coup d'oeil, cette unité de vues qui appartiennent seulement aux chefs irresponsables. En face de l'ennemi, on ne peut discuter la valeur d'un ordre; il faut l'exécuter on le pays court risque d'être compromise.»; J. I. Thonissen, La Constitution belge annotée, 3^e édit., p. 219. «L'emploi fructueux des armées exige avant tout l'unité dans le commandement et la promptitude dans l'exécution.»; Giron, Dictionnaire de droit administratif et de droit public 1895, III, p. 353. 3. 註 Héevo, Du Régime constitutionnel, édition de 1846, t. II, p. 241 et suiv.; Soria de Crispan, Philosophie du droit public 1855, t. IX, p. 106; Seydel, Commentar zur Verfassungs = Urkunde für das Deutsche Reich, S. 175; Rönné, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, S. 301; Bornhak, Preussisches Staatsrecht, III, S. 39; Laband, IV, S. 35; Hecker, Armeebefehl, im Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechtes, I, S. 63; Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I, S. 192; 其他編纂の學者に就つては Marschall, S. 37 Anm. 127 參照。

ロ 君主主義の理論と統帥權

以上の軍事的技術的理由は、兵權獨立の重要な淵源の一であるが其全部ではなく、是のみを以ては未だ問題の組織の發生を了解するを得ない。何となれば斯の如き技術的な思想は、多少の程度に於て獨り君主國に於てのみならず、共和制の國家に於ても専門家に依て認められた所であつて、從て之れのみを基礎とする場合に於ては、兵權の獨立は獨り

君主制の國家に於てのみならず、共和制の國家に於ても見出し得べきものと言はざるを得ないが、實際に於ては兵權の獨立は君主國に於て發生し存續普及したもので、共和制の國家に於ては一般に其例を見ないからである。故に典型的意義に於ける兵權の獨立は更に別個の淵源を必要とする。

此點に於て特に重要な意義を持つものは、君主主義のイデオロギー(二)に現れた王權若しくは大權の政治的法律的思想である。一八一四年のルイ十八世の欽定憲法の前文に於て其歐洲に於ける最初の公文的な表現を有し、而して獨逸に於てはルイ十八世の憲法の主なる影響の下に制定された南獨逸諸國の憲法、なかんづく一八一八年五月二十六日のバイエルン憲法第二章第一條の規定に於て其最初の定式(三)を得、更に一八二十年五月十五日のウィーンの議定書第五十七條の規定を経て爾來多くの君主國憲法の規定に於て遵奉された君主々義の思想によれば、凡て國家統治の權能は如何なる場合に於ても常に君主の意思に出づるものであつて、此點に於ては前立憲時代の場合に於けると將た立憲主義の法制に於けるとを問はず一様に云はれ得る。勿論立憲制の下に於ては、君主の權能は憲法の規定に基いて行はるゝことを要し、從て一定の制限を免れないが、然し憲法は君主の權能を其の行使の方法(quod exercitium)に於て制限するの意義を有するに止まり、毫も其の權能の實體(quod ius)を制限するものでない。蓋し憲法は君主の欽定する所であつて、君主は前立憲時代に於て享有した圓滿無制限な統治の大權を、唯其の行使の方法に於て自發的に自らの意思に基づき制限するに依りて生ずるものであつて、君主の自己制限に外ならないからである。如何に統治の權能が行使の方法に關して制限せらるるにせよ、其制限が君主の自己制限に基く以上は、統治の權能は實體に於ては依然として完全無缺であつて、君主は從

て立憲制度の下に於ても之を享有し、「國權の總ては君主の一身に於て結合せられ、統治の大權は君主が之を總攬する所なるからである。

斯く君主は立憲制の下に於ても統治權の總攬者としての總ての國權を其一身に於て結合し、統治に對する「自己に固有なる權」を有するのみならず、君主は行政權の首長として一方に於ては議會の參與を許さざる作用を有すると共に、他の一方に於ては亦國務大臣の輔弼參與を許さざる作用を有するを必要とする。いはゆる大權(クローンレヒテ)とは此種の作用を意味するものであつて、其根柢に於ては國際法の領域に於て尙主張せられて居る所の自然法學的色彩を脱しない國家基本權、又は舊時の自然法學の認めた個人の基本權に比較さるべき君主の自己保存の基本權とも言はれ得べきものである。勿論一二の例外はあるが概して云へば、大權は初めは議會の參與を許さざる君主の權能を意味したものであつて、第二の意義に於ける大權は、議會の勢力が強化し國務大臣の議會に對する政治的責任の避くべからざるに及んで之れを出來得べき限り防止し、直接には勿論間接にも議會の容喙を許さざる權能の範圍を維持せんとする努力の結果として現るゝに至るものである。第一の意義に於ける大權に就ては茲に論ずるの必要を見ない。統帥權の獨立に關して注意さるべきものは、専ら後の意義に於ける大權であつて、統帥權は君主主義の思想に於ては、各種の大權の中特に重要な意義を有する權能の一を成すものである。

此種の大權論者は其實證的形式に於ては多くの場合權力的主權論の思想を前提(一)とすると共に、他の一方に於ては亦、家産國家並に宗教的神權的國家觀の基礎思想に出發して既に述べた様に、君主に對して國家統治に對する自己固有の權を

認め、君主を以て唯一最高の地位を有するものとし『主権者』たるものとする。主権の本質とする所は、自ら其権能の範圍を獨立に決定し得べき能力に於て現るゝものであつて、而して此権能は窮極に於て兵權に其實質的基礎を有するが故に、^(一四)君主は常に親ら軍隊の首長として軍に對する直接の指揮命令權を有すべく、他の機關の制限を受くる事なく親ら自由に排他的獨占的に統帥の權能を行ひ得べきものなる事を絶対の必要とする。故に後に詳論するが如くに、歌洲に於ける君主主義の國際的擁護者を以て任じた獨逸聯盟が、自由主義的革命運動の一過した一八四八年以後の第二の保守主義的行動時代なかつく一八五一年より一八五五年に亘る期間に於て、軍令に對する國務大臣の副署と責任を規定するクルヘッセン及ハンノーフェル憲法の規定を以て、君主の軍隊に關する權能を奪ふものとし、聯盟憲法第五十七條を中心とする諸規定に違反するものとして之が改正を要求したのは、^(一六)蓋し自然と云ふべきであらう。十九世紀に於ける君主主義の理論的代表者であるスタールが、明示的形式に於てこそ兵權の獨立を認むるには至ては居ないとは云へ、尙一面に於ては君主の行爲中に國務大臣の副署を要しない範圍の存立を認むると共に他の一方に於ては亦、軍隊は獨り主権者たる君主に對してのみ忠順の義務を負ふべく絶対的服從の義務を負ふべきものである事を認め、獨逸聯盟會議が既に一八四八年のクルヘッセンの法律に關聯して表示したと同じく、軍人に對し憲法遵守の宣誓の義務を課するを以て君主の權能と相容れず、國家の福祉と兩立する能はざるものとして強く之を拒否して居るのは、畢竟するに根柢に於て同一思想に出づるものであつて、わが國一部の學者が「兵馬の統帥の大權は之を他に委任すべからず、蓋し兵馬の權ある所實權のある所にして兵馬の大權を他に委任する時は實權も亦他に移るべければなり。兵馬の權は他に委任すべからざる

と等しく他の容喙を許すべからず、其命令は一般國務上の命令と異なり絶対に自由なることを必要とす。』と言つて居るのも亦同様の基礎思想を率直に表明するものに外ならない。

十九世紀前半期歐洲の大陸に於ける立憲制度發達の初期に於て、極めて重要な憲法史上竝に精神史上の働をなした君主主義の何なるかに就ては、茲に詳論するを得ないが、以上の様な大權の思想は、此君主主義に内在する基本的な要素であつて、獨り前立憲時代——勿論其前身とし歴史の淵源の一としての君主主權論の形式に於てはあはるが——に於てのみならず、特に立憲の初期に於て此思想が如何に強大なる勢力を有したものであるかは、憲法が兵權の獨立と相容れない明文の規定を有するにも拘らず、君主の歴史的的政治的地位を確保し、議會竝に内閣の勢力を抑止するため多くの國に於て君主竝に官僚軍人等に依て唱へられ實行された顯著な事實に依て見るも、其一端を知る事が出來よう。

註 一 君主主義に關する文獻の中なるものは Friedrich Brockhaus, Das Legitimitätsprinzip. Lpz. 1868, S. 135 ff.; E. Kaufman, Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes 1906; H. O. Meisner Die Lehre vom monarchischen Prinzip 1913. 特ニ S. 32 ff.; O. Hintze, Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung i. d. Preuss. Jahrb. 1911, S. 386 ff.; P. Simon, L. Elabration de la charte constitutionnelle de 1814. 1906, p. 21 et suiv.; F. J. Stahl, Das monarchische Prinzip, Eine staatsrechtlich politische Abhandlung Heidelberg 1845, S. 1 ff.; Derselbe, Rechts- und Staatslehre 1870, II, S. 372 ff.; G. Jellinek, Regierung u. Parlament in Deutschland, S. 6 ff. 一般的なものとして G. Jellinek, Allg. Stl., S. 468 ff. わが國に於ては美濃部氏の君主主義に關する論文があつた事を記憶するが参照し得べしとを遺憾とする。

II Duguit et Monnier, p. 183 et 184; Hélie, p. 885 et 886; Politz, II, S. 89 u. 90; Simon, p. 127 et suiv.; 參照。前文の中に於て君主主義に關聯する特に重要な辭句を擧ぐれば次の如し。"La divine Providence, en nous rappelant dans

nos Etats après une longue absence, nous a imposé de grands obligations.....Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du Roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice, suivant la différence des temps.....nous avons reconnu que le voeu de nos sujets pour une charte constitutionnelle était l'expression d'un besoin réel;.....nous avons dû nous souvenir aussi que notre premier devoir envers nos peuples était de conserver, pour leur propre intérêt, les droits et les prérogatives de notre couronne.....nous avons volontairement, et par libre exercice de notre autorité royale, Accordé et Accordons, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la Charte constitutionnelle qui suit.》其前文の發意は就く Duvergier de Hauranne, Histoire du gouvernement parlementaire en France, II, p. 177 et suiv.; Simon, p. 6. III et suiv. 127 et suiv. 卷二 Meisner, S. 32 ff. 參照。

三 國體に於ける君主主義の點を以て Jellinek, S. 468 ff.; Kaufmann, S. 1 ff.; Meisner, S. 160 ff. の論述比較參照。

四 §. 1., „Der König ist das Oberhaupt des Staates vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt, und übt sie unter den von Ihm gegebenen in der gegenwärtigen Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus.“ Bayer. Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 Tit II. (Pöhlz, I, S. 134) 其他全く同一の規定はバーナウ憲法(一八一八年八月二十二日)第五條(Pöhlz, I, S. 462) ウナレルマンヌル憲法(一八一九年九月二十五日)第四條(Pöhlz I, S. 435) ヴァンナ憲法(一八二〇年十二月十七日)第四條(Pöhlz, I, S. 677) 等に見出される。

五 但しライノスネルに依れば問題の形式の最初の公文に於ける表現は一八一六年のいはゆる議會案に求むべきものがある。Meisner, S. 165, 215. S. 216—217 參照。

六 „Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souverainen Fürsten besteht; so muss, dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmte Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden.“ Pöhlz, I, S. 33; Meyer, Corpus Juris Confederationis Germanicae, II, S. 109.

七 Entwurf der Verfassungsurkunde des Königreichs Sachsen vom 1. März 1831 Absch. I. § 4. (Pöhlz, I, S. 205); Sachs. Verf. § 4. (Pöhlz, I, S. 220.) Coburg=Saaefeld, Verf. v. 8. Augst 1821 Titel I. § 3 (Pöhlz, I, S. 806); Hannover, Verfassungsurk. v. 15. Nov. 1831 Kapitul. II. § 1 (Pöhlz, I, S. 317; Churhessen, Verf. v. 5. Januar 1831 Absch. II § 10. (Pöhlz, I, S. 615); Altenburg, Grundgesetz v. 29. April 1831 § 4. (Pöhlz, I, S. 857); Branschweig, Entwurf e. neuen Landchaftsord. v. 27. Aug. 1832 § 3. (Pöhlz, I, S. 963) Hohenzollern-Sigmaringen, Verfassungsurk. v. 1832 § 3. (Pöhlz, I, S. 1072); Braunschweig, Landchaftsordnung v. 12. Oct. 1832 § 3. (Pöhlz, I, S. 1193); Hohenzollern=Sigmaringen, Verf. v. 11. Juli 1833 § 4. (Pöhlz, I, S. 1227) Hannover, Grundgesetz v. 23 Sept. 1833 § 6. (Pöhlz, I, S. 1265) Meiningen, Grundgesetz, v. 23. Aug. 1823 § 3. (Pöhlz, I, S. 834) Altenburg, Grundgesetz, v. 29. April 1831 § 4. (Pöhlz, I, S. 857); 其體に就く Meyer=Anschütz, S. 272 Anm. 8 參照。

八 此種の憲法の普通論義を以て G. Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach Preussischen Staatsrecht, S. 2 ff. 參照。又 耶林 The Ordinance Power of the Japanese Emperor, Baltimore 1923. p. 3 ff.

九 Stahl, Das Monarchische Princip, S. 14, 18, 25.; Derselbe, Rechts=und Staatslehre, S. 383, 385, 393, 401 ff.

十 „Wie sich nun die Ministeranlage nach monarchischen Princip nicht weiter erstrecken kann als auf Verfassungsverletzung, so die Kontrassignatur nicht weiter als auf Anordnungen und Verfügungen, also nicht auf königlich Erklärungen. Diese, mündlich oder schriftlich, öffentlich oder privat, können keiner Schranke unterliegen. Wer da regieren darf und soll, der muss auch seine Gesinnung, in der er regiert und die er bei jeder einzelnen Massregel hat, aussprechen dürfen.“ Stahl, S. 397.; Derselbe, Das Monarchische Princip, S. 21—22. 又 F. Hauke, Ministerverantwortlichkeit, S. 6, Anm. 5.

十一 ハイネリッヒ・トライチケは其著名な政治學第一卷第三十九頁に於て、何が主權の核心なるかの問題に答へて次の如く論述して居る。曰く、„Dieser Kern liegt juristisch in der Befugnis, den Umfang der eignen Haubtsrechte selbst zu bestimmen, politisch im Recht der Waffen. Ein Staat, der keine Waffen hat, der nicht im Stande ist noch seinem

Ernennen das Schwert zuziehen, ist unterthan der höheren Gewalt, welche für ihn das Kriegsrecht hat.“ 更に曰く、
 „Die Souveränität oder, die dem Staat allein zusteht, ist ihrem Begriff nach die höchst Gewalt.“ Die Wahrheit
 bleibt: das Wesen des Staates besteht darin, dass er keine höhere Gewalt über sich dulden kann. Wie stolz und
 wahrhaft staatsgemäss hat das Gustaf Adolf ausgesprochen mit den Worten: „Ich erkenne Niemand über mir als
 Gott und das Schwert des Siegers.“ H. Treitschke, Politik, I, S. 39.

一二 此點に就くは Meisner, S. 110 ff. に詳細の論述あり、參照。

一三 上註十一の引用文參照。

一四 上註十一の引用文の他にスタールの論述は特に注目し得る。Stahl, Rechts- und Staatslehre, S. 565, 572 ff. 參照。

一五 Die deutsche Bundes-Acte 參照。全文は Philipp Anton Guido von Meyer, Corpus Juris Confederationis
 Germanicae, II, S. 1 ff.; Politz, I, S. 10 ff. に在り參照。獨逸聯盟は正統主義に基礎を有する事は言を俟たずとは言へ、最初か
 ら明確なる君主主義のプログラムを有したものは無く、君主主義が獨逸聯盟の動かす可らざる基礎となり、加盟諸君主國の憲法立
 法上の義務となるに至たのは聯盟規約第十三條 (Art. XIII: In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung
 stattfinden) (此箇條の發生に就ては Meisner, S. 170 參照) 規定の内容に的確な執行的意義を與へた議定書第五十七條 (上註
 六參照) の規定に依るものであつて、而して後者はバイエルンの立憲黨の代表者 Gentner が議會に對して與へられた諸權利に對し、
 君主國の性質をより強力に表示するの目的を以て、一八一八年四月二十一日の大臣會議の席上に於てなせる提案に基くものである。
 Seydel, Bayerisches Staatsrecht, I, S. 169 Anm. 2; Jellinek, S. 471; Meisner, S. 203 參照。

一六 後出。

一七 Stahl, Recht- und Staatslehre, S. 397, 572 ff. 參照。

二 政治價值的要素

イ 自然法學說

以上述べた君主主義の理論に於ける大權の思想と竝んで統帥權獨立の重要な淵源の一をなすものは、超法的國家主
 權主義の思想に屢々現れる統帥權觀であつて、往時に於けるよりも寧ろ比較的近時に於て廣く見出される兵權獨立の理
 論的淵源であるが、其萌芽は古くから存在するものである。

此思想に内在する理論的傾向に於て示された所に依れば、統帥權の獨立は、統帥權其もの性質夫自體から生ずる必
 然の結果であつて、此限度に於ては兵權の獨立は實證法に超越し、從て實證法の左右し得べからざる對象である。蓋し
 兵權の獨立を理論的に説明せんとする一部の學者は、憲法の反對規定の存在するにも拘らず、兵權が獨立する特異なる
 現象の理論的基礎を戰爭の超法的性質に求め、統帥は軍の戰鬪行爲を客體とする作用なるが故に、統帥は國法の外に在
 り其制限外に立つものであつて、從て亦國務大臣の輔弼を統帥權の領域にも及ぼさんとする憲法上の規定は、適用の不
 可能なる規定であり空文であつて、從て統帥權は法の規定の如何に拘らず、全く夫自身の性質に基いて獨立の地位を有
 するものと主張するからである。

此點に於て兵權獨立の思想は自然法學說の影響の下に在るものであつて、自然法學上の思想は、兵權獨立の重要な
 淵源なる事を否定するを得ない。自然法學派が自然狀態と國家狀態とを區別し、前者を以て實證法效力の基礎に關する
 假説たる社會契約の前提たらしめた事は著名な事實である。いはゆる自然狀態の性質如何に就ては學者に依て見る所を
 異にするが、ルッソーと共に立憲的民本思想及制度の發達に大なる影響を與へたロックの説く所に依れば、此自然の狀
 態はホッブスの説く様に bellum omnium contra omnes の慘忍なる狀態ではなく、寧ろ理性に基く命令の遵守せらるゝ

平和の状態であつて、而して此状態に於ては各人は、自然法上、生命自由及び財産の安全を保持し、各人の幸福を追究する何人も亦神と雖奪ふ可らざる天賦の權利を有するものであつて、從て各人は其權利を防衛するが爲に總ての必要な手段を講じ得べき補助的權利を有し、自然法に反し自然法上の權利を侵害するものに對しては、自然法を執行し違反者を處罰する權利を有する。自然法學說に従へば斯の如き自然の状態は、獨り社會契約の締結前即ち國家社會の成立以前に於ける各人間の關係に於て存在するのみならず、既に國家の成立した後にも尙國家相互間の關係に於て存在し、又社會契約の破棄によつて國家内に於ける治者被治者相互間の關係に於て發生し得べきものである。

斯の如き自然法學上の思想から觀るならば、戰爭が實證法の内容に非ざる事は言ふ迄もなく明瞭な事實である。何となれば戰爭は國際關係の可能なる一内容であつて、國際關係は自然權を吸収し、何が各自の權利義務なるかを確定すべき共通の超各自的な組織なき状態、即ち自然状態の一型態に外ならないからである。兵權獨立論と重要な關係を持つ戰爭超法論も、其理論的方面に於ては、組織的共同體の法以外に實證法を認めない此自然法學的思想の影響の下に立つものである。勿論戰爭の超法的性質を主張する論者は、敢へて國際法の法的性質を否定するものではなく、國際法の法的性質を承認する點に於ては、彼等も亦通説の説く所と異ならないのであるが、其の國際法觀は國法から獨立する國際法の法的存在を否定するものであつて、其理論的結果に於ては尙いはゆる國際法否定論者の説く所と同一に歸着する。何となれば戰爭の超法論者は法效力の基礎を一般の通説と同様に、當事者たる國家自らの承認に求め、國家の自己制限によつて國際法の效力を説明せんとするからである。彼等が國際法の法的性質を承認し、其規定内容たる戰爭の法的性質を

否定するの矛盾に陥れるは、之れ戰爭は國際法の承認者たる國家自體の存在を危殆ならしめることあるが爲であつて、國家の存在を前提とする實證法本來の性質と矛盾するものと信するの結果である。

以上の點に於ては、統帥權獨立論は自然法學說と單に間接の關係を持つものに過ぎない。其の直接の關係は、専ら戰爭は國家保存の目的の爲めに存する手段であるが故に、法によりて制限せらるゝ事なく、法の上に立ち法に超越するものであるとする思想に於て直接に現れる。《On doit concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lieu social, ou, l'on dit, dans l'état de nature. L'exercice de leur volonté est libre et indépendant de toutes les formes civiles. N'existant que dans l'ordre nature, leur volonté, pour sortir tout son effet, n'a besoin que de porter les caractères naturels d'une volonté. De quelque manière que une nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les hommes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême.》^(六)

此種の自然法的國際觀は、今日に於ても消滅した思想とは言へないのであつて、國際法學者が法學的に認め得べからざる自己保存其他二三の『基本權』を國家の國際法上の權利として認むるが如きは、一種の自然法論なる事に既に一部の學者に依つて指摘された所である。^(七)既に國際間の關係は一種の自然状態(status naturalis)の關係なりとし、國家は個人と同様に自己保存の無制限なる『權利』を有するものとせば、國法の目的は唯如何なる機關が對外關係に於て國權を行使すべきかを定むるに於て其限界を有し、國家保存の目的の爲に如何に個々の場合に於て國權を行使すべきかは、専ら國家を代表する機關が理性の命する所に從て之を決定すべく、此點に關しては國法上の制限を加ふる事は無意義であ

り、國法自體の前提とする自然法に反する徒勞なる企と言ふべきである。故に國家保存のためにする統帥の作用も、専ら國家の自己保存を目的とする最高の規範を唯一の標準とし制限とすべく、故に亦統帥の作用が法制限の下に立つものに非すと信ずるのは蓋し自然であらう。

現代に於ては舊時の『内容の不變的な自然法』の可能を認むるものは、舊教的學說の領域を外にしては見受けられな
いが、此既に根底に於て失はれた自然法學的思想は、統帥權其ものゝ性質を出發點として其獨立を説明しようとする人
人の理論や政治論に於て今尙其痕跡を認め得べきのみならず、統帥權を以て國法の外に在るものとする説に於ても認め
得べく、況んや自然法的思想の尙全く勢力を失ふには至らなかつた十九世紀前半期時代に於て斯の如き思想が、次に述
ぶる *ragione di stato* ^(八) 竝に超法的國家觀と相俟つて、意識的又は無意識的に兵權獨立の發生を助成し支持したもので
ある事は、思惟するに困難では無い。

註 一 後出第十章參照。

二 此點に就ては一般的には Jellinek, *Allg. Stl.*, S. 205 ff.; Otto v. Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien 1913*, S. 264 ff. bes. S. 297 ff.; Stahl, I, S. 90 ff. 148 ff. 參照。

三 “Hereby it is manifest that during the time men live without a common power to keep them all in awe, they are in that condition which is called war; and such a war, as is of every man against every man.”
Leviathan, Part I, ch. XIII.

四 J. Locke, *Two Treatises of Government*, Bk. II, ch. II. 參照。

五 ロックは外交に關する權能を意味する彼のいはゆる聯盟權に就て次の如く論じて居る。曰く“‘There is another power in

every commonwealth which one may call natural, because it is that which answers to the power every man naturally had before he entered into society. For though in a commonwealth the members of it are distinct persons still, in reference to one another, and, as such, are governed by the laws of the society, yet, in reference to the rest of mankind, they make one body, which is, as every member of it before was, still in the state of nature with the rest of mankind. Hence it is that the controversies that happen between any man of the society with those that are out of it are managed by the public, and an injury done to a member of their body engages the whole in the reparation of it. So that under this constitution the whole community is one body in the state of nature in respect of all other states or persons out of its community.” “And though this federative power in the well or ill management of it be of great moment to the commonwealth, yet it is much less capable to be directed by antecedent, standing, positive laws than the executive, and so must necessarily be left to the prudence and wisdom of those whose hand it is, to be managed for the public good. For the laws that concern subjects one amongst another, being to direct their actions, may well enough precede them. But what is to be done in reference to foreigners depending much upon their nations, and the variation of designs and interests, must be left in great part to the prudence of those who have this power committed to them to be managed by the best of their skill for the advantage of the commonwealth.” J. Locke, *Two Treatises of Government*, Ch. XII, 145, 147.

六 J. Sévès, *Qu'est-ce que le tiers état*, p. 115—116.

七 古くは部分的に G. Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, S. 310 ff.; 特 L. Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, Kapitel 38—9 參照。後者は最も包括的な基本的批判である。

八 自然法學說と *ratio status* の關係に就ては Gierke, S. 239; Meinecke, *Die Idee der Staatsräson*, S. 259 ff.

ロ マキヤベリズム (*Ragione di stato*)

兵權の獨立は二の點に於てマキヤベリズムと重要な關係を有する。其一は兵權獨立の技術的要求に於てあり、而

して他は其前提たる價值としての *Ratione di stato*⁽¹⁾ に於てある。以上の中第一の點に就ては既に之を論じた。茲に特に述べべきものは從て専ら後の點に關する關係に於てある。

«Partout où il faut délibérer sur un parti d'où dépend uniquement le salut de l'État, il ne faut être arrêté par aucune considération de justice ou d'injustice, d'humanité ou de cruauté, de gloire ou d'ignominie; mais, rejetant tout autre parti, ne s'attacher qu'à celui qui le sauve et maintient sa liberté.»⁽²⁾

國家保全の目的のためには凡てを犠牲に供して可なりとするマキャベリの思想は、常に多數の有力なる反對論者を有すると共に、亦一面に於ては尠からざる有力なる遵奉者と權力論の形式に於て最も勇敢なる主張者を有する思想である。salus poluit suprema lex の標語は民主國に於ける此思想の可能なる表現形式と言ひ得べく、マキャベリズムは其君主國なると民主國なるとを問はず、直接間接に近代政治の根柢に横はる一大勢力たりしものであつて、兵權の獨立が憲法の規定に反して實現せられ維持せらるゝに至た所以は、之れ一面に於て統帥の獨立は戰爭の目的を達し國家を保全し國權の擴張を可能ならしむるに適合するの組織であり、從て窮極に於て *ragione di stato* に依り是正せられ得べきものなりとする意識に出づるものに外ならない。

註 一 『國家存在の理由』に關する最も包括的研究は Friedrich Meinecke, Die Idee der Staatsräson in der neuen Geschichte 2 Aufl. 1925 頁 68。マキャベリに就ては同書三十一頁以下參照。

二 Oeuvres politiques de Machiavel, p.p. 559—560. (Traduction Peris, éd. par Charles Laurende.)

三 詳しくは Meinecke, S. 61 ff. 參照。

三 法的要素

超法的絶對的國家觀

以上述べた各種の要素外に、更に最後に挙げなければならない主觀的要素は、兵權獨立の主觀的法的基礎としての超法的絶對的國家觀である。蓋し凡て法律上の制度は、革命に基く法的現象の如くに、既存の法的秩序に對する辯證的絶對的背反的關係に於て現るゝ現象の場合を外にしては、假令客觀的に觀て違法なる組織も、法的制度とし法的妥當性の要求を伴て現るゝ場合に於ては、常に其發生及存續に於て其法的基礎に關する是正の意識を伴ふものであつて、從て兵權獨立の場合に於ても亦斯の如き意識を前提としたものである事は言を俟たないが、既に述べた各種の要素は兵權獨立の間接又は實質的基礎たり淵源たるものではあるが、其直接又は法的形式的基礎たるものではなく、兵權獨立の歴史的淵源に關する説明は、此後の點に關する説明を外にしては完きをでないからである。

茲に超法的絶對的國家觀と云ふのは *princeps legibus solutus est* と謂ひ *quod princeps placuit leges habet vigorem* と謂ふマキャベリズムを法化した絶對國家的法的思想を指すものであつて、此種の絶對的國家思想は普遍的價值を擔荷する實體的國家を認め、法は斯の如き實體の所産であつて、國家が法に依て拘束さるゝのは、法の上にある國家自らが自己に加ふる制限に由るものとする廣く行はれて來た一派の實體的超法的國家觀の基礎思想を成すものである。斯の如き基礎思想からすれば、法は國家の所産であり、國家に内在する目的の手段なるが故に、國家の最高目的である國家自體の保全及權力の擴張に最も適合する兵權の獨立は、當然に國家の欲する組織と言ひ得べく、從て亦適法なる制度と思

惟せらるべく、兵權の獨立と矛盾する憲法の規定は斯の如き見地にとつては單なる文法的な誤りであり、表現の錯誤たるに止まるが如くに思はるゝであらう。學者が軍隊を以て國法の外に在り、從て兵權に對しては憲法の規定を適用するを得ずとし乍らも、——而も之を理由として——尙兵權の獨立を以て國法上の組織なりとするが如き矛盾を敢てし、或は一方に於て戰爭を以て法の内容なりとするを否定し乍ら、他方に於て之を國權の非常作用なりと論ずるが如き、何れも普通の法規に依て拘束されない轉變自在なる絶對的精神を認むる、半ば自然法學的な國家觀の近代的表现と看做し得べく、其本質に於てマキャベリズムの形式化であり法學化と云ふべきであらう。

註一 後出第十章二節參照。

第二項 客觀的要素

前立憲時代に於ける組織

最後に尙一つ兵權獨立の淵源として擧げなければならぬのは、前立憲時代に於ける兵權に關する實證法上の組織と實際である。勿論兵權に關する前立憲時代の組織は、其自身に於て部分的に上に述べた各種の要素の結果と思惟すべく、此等の要素に並行する獨立の要素では無様に思はれるであらうが、立憲時代に於て兵權獨立の組織が憲法の規定に相反して發生し又は規定に基いて生ずるに至つた實際の過程から言へば、前立憲時代に於て既に存した兵權に關する組織は、他の主觀的要素と相互に關聯して互に或程度迄區別せらるべき、固有なる發生的淵源的意義を有するものと言

ひ得べきものである。

軍隊に關する國家の作用は、司法の作用と共に國家行政の作用の中に於ても最も早くから分化し組織化された作用であつて、而して民衆の政治的勢力の微弱であり王權の強固なる國家に在ては、軍の指揮命令を中心とする作用は、多くの場合に於て専ら君主の直接管掌に屬せしめられ、君主を輔佐する機關も亦他の一般行政の場合とは異なり、専門の軍事機關たりしものであつた。此状態は君主が直接に何等國務を掌ることなく、實務に知識經驗なき少數の寵臣を集めて事を議する、いはゆる祕密政治、陰謀政治の陋弊が排除され、一般國務の領域に於ては責任を本位とする行政の組織の樹立せらるゝに至て後も、直接に君主の歴史的政治的經濟的地位に至大の關係を有するものと思惟された或る種の作用の範圍に於て、尙維持されたものであつて、いはゆる榮譽權、恩赦權、兵權等は即ち此種の作用であつた。唯、此種の事項も多くの國家に於ては國權の大衆化し、國權重心の向下的傾向と共に漸次「國務」化され、從て一般行政組織の内部に吸收さるゝに至たが、獨り最後の軍隊に關する作用のみは、豫算の關係上已むを得ないものを除いては、時に依り國の歴史的政治的事情に依て多少の相違はあるが、概して叙上の近代的な組織の改革に影響さるゝ事少なく、比較的に後に至る迄も舊來の組織が維持されて來たものである。「朕は軍務大臣なり」と曰ふを以て傳統的標語とした軍國主義の舊普國に於ては勿論、一般に略同様な歴史的事情の下に在つた奧太利に於ても、バーデン、ウユルテンベルグ、ザクセン其他の獨逸の諸君主國に於ても、亦瑞典、諾威等の國家に於ても程度の相違こそあれ、此傾向は一般的な現象であつたものであつて、英國の如き立憲の祖國と稱せらるゝ國家に於てすらも、前に述べた様に兵權の獨立は十九世紀の當初

に於て尙主張せらるゝを免れなかつたものである。わが國に於ても後に詳述する様に、兵權の輔佐に關する獨立主義の組織は極めて集權的なりし太政官の組織にも拘らず、既に明治十一年以來一貫して維持されたものであつて、統帥を中心とする作用は他の一般の國家的行政の作用とは組織的に區別せられ、一般の輔佐に執行の機關としての太政大臣に其の下に於ける各省卿又は後の各省大臣の管掌には原則として屬する事なく、參謀本部長、後には參軍、軍令部長等の名に於て現るゝに至つた特殊機關の輔佐の下に行はれ來たものであつて、わが國に於ても兵權獨立の組織的萌芽は、既に前立憲時代に求められ得べきものである。

註 I Franz Hauke, Die Geschichtlichen Grundlagen des Monarchenrechts 1894, S. 135; Derselbe, Die Lehre von der Ministerverantwortlichkeit 1880, S. 6 Anm. 5; Stein, Verwaltungslehre, I, S. 86; Frisch, S. 351 ff. 參照。

II Bornhach, Preussische Staats- und Rechtsgeschichte, S. 337.

第二款 統帥權獨立の歴史的原型

以上述べた様な各種の主觀的竝に客觀的要素の歴史的综合——其範圍竝に主たる要素如何は國に依り組織の種類に依りて必ずしも同一では無いが——の下に發生するに至つた立憲制の下に於ける兵權獨立の原型は、其歴史的原型に法的意義から見て二の型に分けて記述する事を必要とする。其一は憲法法典自體の明文の規定に基いて設けられた兵權獨立の組織——即ち吾人が前に述べた意義に於ける憲法上の正態的組織、歴史的原型に於ける變態的組織——であり、其二は憲法法典の規定に反して生じた組織であり、憲法變更の不文法に基礎を有するの組織——即ち憲法上の變態的組織、歴史

的意義に於ける常態的組織——である。以上二の組織の中、第一の組織は歴史的に別個な事情の下に在た瑞典及諾威等に於ける組織の場合を除けば、時間的には第二の組織の後に發生したもので、此點に於て兵權の獨立は、歴史上憲法上の變態的形式を採て發生したものと云ふべく、此事實は一方に於て問題の組織が、同時に少くとも、獨逸に於ては最後迄持續した組織なるの事實と相俟て興味ある現象たるを失はない。

註 一 前出三四頁參照。

第一項 憲法上の變態的原型（歴史上の常態的原型）

イ バイエレンに於ける組織

先づ順序として憲法上の變態的組織、憲法學上固有の意義に於ける兵權獨立の組織に就て云へば、其最初の歴史的原型は、之を一八一八年五月廿六日の憲法の下に於けるバイエルン及同年八月廿二日の憲法の下に於けるバーデン等の南獨の諸國に求め得られる。蓋し一八一八年のバイエルン憲法はウエストフアリア王國憲法を模範として欽定された一八〇八年の基本法——但し實施さるゝに至らず——に比較して立憲的に一段の進歩を示した憲法であつて、なかなづく當時の自由主義的思想に於て立憲制度の基柱と信ぜられて居た大臣制度に就ては、從前の憲法に比して更に一步を進め、國務大臣の對議會責任を認め議會に對して大臣彈劾權を與へ、而して兵權を特に國務大臣の責任の外に置くが如き何等の規定をも有せざりしにも拘らず、憲法上の實際に於ては兵權は極めて廣き範圍に於て獨立し、統帥權は専ら陸軍大

臣以外の別個の機關の管掌に屬したからである。此點は一八二二年九月廿六日並に九月三十日の命令の直接に定めた所に依て明であつて、國王マキシミアン・ヨゼフは第一の命令に依ては、軍の統帥に屬する事項の管掌をレーデ元帥 (Feldmarschall Fürst Wrede) の權限に移すと共に、更に第二の命令に依ては陸軍大臣の憲法上の責任を制限して、陸軍大臣は獨り豫算の遵守に就てのみ議會に對して責任を負ふべく、軍の組織人事技術及び統帥に關する事項に就ては、國王に對してのみ専ら其責に任すべき事を規定した。

勿論兵權の斯の如き特殊地位並に之に基く陸軍大臣の特異なる地位は、實質的に言へば、敢て一八一八年の憲法の下に於て初めて發生したもので無く、其端は既に一七九九年に於けるフライヘル・フォン・モントゲラス (Frlr. v. Montgelas [Montgelas] 後の Maximilian Graf von Montgelas) の行政改革時代、又は少くとも一八〇一年國王マキシミアン・ヨゼフが軍の統帥を親らするに至つた際に發するものと言ひ得べく、爾來個々の點に於ては固より變遷を経たとは言へ、其根本精神は種々なる形式を通じて一貫して認められ來たもので、新憲法の下に於ける前記の實際は、畢竟するに斯の如き歴史的傳統が、偶々獨逸聯盟とバイエルン憲法の高度の君主主義的寮圍氣の壓力の下に、強く明確なる形式に於て現るゝに至つたものに他ならないが、兎も角も斯くの如き特異なる法狀が存続する餘地なき新制度の下に於て依然として維持せられ、兵權の獨立が憲法の規定に反して發生するに至つた事は注目すべく、此點は特にバイエルンが獨逸に於ける君主主義的定式の最初の實現者であり、十九世紀前半期に於ける君主主義的運動の一指導者たりし事實と相俟つて、甚だ興味深い現象であると言はなければならぬ。

一八二二年九月廿六日の命令に依て設置された統帥に關する特殊機關の制は、之より後一八二九年に至る迄行はれ、同年一月三十一日の命令に依て廢止され、軍の統帥に關する事項は陸軍大臣の管掌と責任の下に置かるゝに至つた。然し乍ら兵權の獨立は依然として存置されたものであつて、此命令は單に兵權に關する特別輔佐機關の組織を廢止したに止まり、兵權の獨立其ものは毫も之に依て影響さるゝ所なく、陸軍大臣は此命令に基き同時に獨立したる兵權の最高輔佐機關たる地位を得るに至つたものである。⁽¹¹⁾ 前記一八二九年一月三十一日の命令の一方に於て特別輔佐機關の組織を廢止すると共に、他の一方に於ては陸軍大臣の責任を定めて陸軍大臣は本來國王に對してのみ責任を負ふべく、議會に對しては獨り豫算の遵守に就てのみ其責に任すべしと曰ひ、軍の統帥は勿論豫算に關する事項を除く他の一切の軍政作用をも陸軍大臣の對議會責任の外に置き、獨立の領域に屬せしむるに至つたのは、⁽¹²⁾ 此點を明にするものに外ならない。

註 一 次註參照。

二 其全文に就ては Pöhlitz, I, S. 132 ff.; 其發生の歴史に就ては Pöhlitz, I, S. 129 ff. 並に Seydel, Bayerisches Staatsrecht, 2 Aufl., I, S. 100 ff.; Seydel-Grossmann-Plöchy, I, S. 35 ff. に簡單なる記述あり。

三 全文は Pöhlitz, I, S. 30 ff. に掲げあり。

四 全文は Pöhlitz, I, S. 95 ff. 尙此憲法に就ては Seydel, I, S. 97 ff.; Seydel-Grossmann-Plöchy, I, S. 34 ff. 參照。其ウハストフアリア憲法に對する歴史的關係に就ては Pöhlitz, I, S. 96; Seydel, I, S. 98; Anschütz, Deutsches Staatsrecht in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, IV, S. 43.

五 Pöhlitz, I, S. 95.

六 Pöhlitz, I, S. 146. 參照。

七 Titel. X § 4-6. (Pöhlitz, I, S. 146-147) 參照。

八 Karl Weber, Neue Gesetz- und Verordnungsammlung für das Königreich Bayern, II, S. 457. (Seydel, II, S. 534 Anm. 62 註九。) 參照 Marschall, S. 113 參照。

九 詳しくは拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節、早稻田政治經濟學雜誌第十五號五十二頁以下參照。

一〇 バイエルンは十九世紀前半期獨逸に於ける君主主義的運動の指導者たる地位を有したものであつて、『國王は國の元首にして國權を總攬し』云々との憲法上の君主主義的定式が、獨逸に於て最初に憲法の規定として現るゝに至たのも、ウエルテンベルグ憲法草案(一八一六年の議會案第一章第一條)を外にして言へば、一八一八年のバイエルン憲法に於て、君主主義と不可分の關係を有する兵權の獨立が、其固有の特質的な形式に於て君主主義的定式の代表者たるバイエルンに於て最初に實現さるゝに至たのは、蓋し自然であると言ふべきであらう。ウエルテンベルグの憲法草案と君主主義的定式の關係に就ては Meisner, S. 217 ff. 君主主義的定式の歴史に於けるバイエルン憲法の地位に就ては Jelinek, Allg. StU., S. 470 Anm. 2. 參照。

一一 Seydel, I, S. 534; Marschall, S. 113; 前出、拙文五十八頁。

一二 Marschall, S. 113; Seydel, I, S. 512 Anm. 3. bes. S. 113. 參照。

ロ バーデンに於ける組織

以上述べたバイエルンに於ける制度の外に、尙固有の意義に於ける兵權獨立の歴史的原型として擧げ得べきものは、一八一八年八月二十二日の憲法の下に於けるバーデンの組織^(一)である。蓋しバーデン憲法^(二)はバイエルン憲法に次て制定された獨逸に於ける初期の憲法であつて、此憲法は一方に於てバイエルン憲法と同様に其第五條に於て君主主義的定式を掲げ、國王は『國權を總攬し此憲法の條規に據りて之を行ふ。國王は神聖にして侵すべからず』^(三)と曰つて居るが、他の一方に於ては、憲法は直接に國務大臣の副署を規定する所は無かつたとは言へ、尙其第六十七條に於て議會の國務大臣彈劾案を認め、國務大臣は議會に對して責任を有するものなる事を承認し、從て第六十七條の規定に基いて發布された

一八二〇年九月五日の責任法も亦、直接に元首の國家行爲に對する國務大臣の副署式を規定した。されば憲法並に其下に發布された責任法の趣旨からすれば、軍の統帥も當然に國務大臣の輔佐の下に行はるべく其責任の下に在らざるを得ないが、實際は之と異なり軍の統帥は既に憲法發布前から久しく行はれて來た慣行^(六)に基き、大臣に對して獨立の地位を有する特殊な軍事機關(Generaladjutant)の輔佐の下に直に國王に依て行はれて居たのであつて、此法狀は問題の組織を以て違法なりとする豫算委員會の報告^(九)に基き、之が改正を求めた下院の請願に依り、一八三二年二月十六日の勅令に依て廢止せらるゝに至る迄行はれたからである。

註 一 詳しくは拙文前出上註一一、四二頁以下參照。

二 全文に就ては Pöhlz, I, S. 461 ff. 其制定の沿革に就ては Pöhlz, I, S. 459 ff. 並に E. Walz, Das Staatsrecht des Grossherzogtums Baden, S. 4. ff.

三 Pöhlz, I, S. 462 參照。

四 §. 67: „..... Sie (die Kammern) haben das Recht, Minister..... wegen Verletzung der Verfassung oder anerkannt verfassungsmässiger Rechte förmlich anzuklagen.....“ Pöhlz, I, S. 466.

五 Frisch, Die Verantwortlichkeit etc., S. 65 bei Anm. 2 參照。

六 此點に就ては拙文、前出四二頁參照。

七 拙文、前出四三頁並に所掲の文獻、尙一八二二年十二月卅日バーデン政府は下院に於て次の如き注目すべき見解を公にして居る。曰く、..... ein Staatsbeamter für sich, unabhängig, ohne Unterordnung unter die oberste Staatsbehörde, etwa auf unmittelbaren Befehl des Regenten handelt, wie dies nach unserem jetzigen Staats-organismus besonders bei dem Kriegsministerium geschehen kann, wenn ein solcher Beschluss fasst, die nicht von der obersten Staatsbehörde ausgegangen und genehmigt sind, so kann die Verantwortlichkeit auch nur ihm allein treffen.“ Pöhlz, I, S. 466.

の記す所に依れば、之に對しては議會側は何等の反對も無かつたと言ふ事である。S. 18 Anm. 32 参照。

八 一八三一年バーデン下院豫算委員會 (Marshall, S. 32, Anm. 70.) は問題の制度の缺陷を指摘して、陸軍省が各々固有且つ相互に獨立なる長官即ち陸軍大臣と侍從武官長を有する三部から構成せらるゝ點に求め、兩者の中陸軍大臣のみ國家最高官廳の一員であるが、陸軍大臣は軍事官房長の直接に執行する事項に就ては固より責任を負ふ能はざる事を述べ、而して此法狀の大臣の責任に關する一八二〇年の法律に違反する事を指摘し、其理由を述べて次の如く言へ居る。…… indem sie (die Organisation) unmittelbare Verfügungen und Beschlüsse des Regenten veranlasst, welche häufig die Verfassung oder verfassungsmässige Rechte betreffen müssen, ohne dass dieselben von einem Mitglied der obersten Staatsbehörde ausgehen und unterzeichnet sind. . . .

九 一八三一年十二月十七日の建議は下院單獨の意思に基き、上院との一致の議決に成つたものでは無かつたが、元首の採納する所となり、問題の組織は翌年二月十六日の勅令に依て改正されて Generaladjutantur の官制は廢止されると共に、一方に於ては陸軍大臣は統帥に關しても責任を負ふべく、軍令は凡て國務大臣たる陸軍大臣の調署を要し、陸軍大臣を経て軍隊に移達さるべき事が規定さるゝに至つた。尙其後の變遷に就ては、拙文、前出四五頁以下並に其箇所に掲げた文献参照。

ハ 歴史的原型の内容

以上述べた所に依て觀れば、固有の意義に於ける兵權獨立の歴史的原型、又は兵權獨立の憲法上の變態的組織に關する歴史的原型は、其個々の内容からすれば決して一樣ではなく種々なる區別を認め得る。茲に其凡てに就て述べる事は其必要を見ないが、今其中特に重要な意義を有する獨立の範圍及輔佐機關の組織如何の二の標準から觀るならば、次の諸型式を指示し得られよう。

順序として先づ獨立の範圍如何の觀點から云へば、問題の歴史的原型は其内容に於て、大體、軍の人事、勤務並に組織等の事項に獨立の範圍を限るものと、獨立の範圍を更に擴めて豫算に關する事項を除く一切の軍務事項に及ぼさしむるものとに二に分ち得る。第一の組織はバーデンに於ける原型に於て見出し得べく、而して後の組織はバイエルンに於ける實際、なかんづく一八二九年一月三十一日の命令以後の實際に於て之れを求め得られる。今日から觀れば、獨立の範圍を豫算に關する事項を除く一切の軍政事項に及ぼさしむるが如きは、想像する事すらも困難であつて、立憲的發達の甚しく幼稚であつた獨逸に於てすら、尙著しく保守的な學者として知られて居たバイエルンのマックスフオン、ザイデルの様な國法學者でさへも、一八八〇年代に於て問題の組織を評して陸軍大臣の立憲的責任を制限する狭きに失せるものと言へ居る程だが、獨逸に於ける立憲制度樹立の初期に於ては、斯の如き廣き範圍に亘る軍政權の獨立は敢て珍らしい現象ではなく、獨立の範圍を人事、勤務、組織等の事項に制限するの主義は、此點に於て寧ろ歴史的發展の結果であると言はるべきものである。

範圍の問題から轉じて更に輔佐機關の組織如何の問題に就て見るも、歴史的原型は亦其内容に於て異なり二の異なる型を見出し得る。其一是獨立した作用なかんづく統帥事項をば陸軍大臣に獨立した軍事機關の管掌に屬せしめ、元首は専ら此機關の輔佐の下に統帥の權能を行ふ特殊輔佐機關の組織であり、其二是斯の如き特殊輔佐機關を置く事なく、一般軍政の主腦機關たる陸軍大臣をして同時に之が輔佐の任に當らしむるの組織であり、從て獨立した國權といはゆる『國務』輔佐の權能が陸軍大臣に於て人的に結合し、同一人が異なつた資格に於て元首を輔佐するの組織である。第一の組織は一八二二年九月二十六日から同二十九年一月三十一日に至る迄バイエルンに於て行はれて居た組織、或は憲法

發布後一八三二年に至る迄バイエルンに於て行はれて居た組織、又は憲法發布後一八三二年に至る迄バーデンに於て存した制度に於て之を見出し得べく、而して第二の組織は一八二九年一月三十一日以後に於けるバイエルンに於ける原型(九)が之に該當する。

以上述べた二の組織の中、第一の特殊輔佐機關組織の歴史的原型に就ては、尙二の點に注意するを必要とする。其一は以上述べた歴史的原型の場合に於ては、特殊輔佐機關は凡て集權的に組織され、單一且つ單獨の構成を有する機關が包括的集權的に兵權に就て元首を輔佐し、分權的に組織された數個の機關が各々特定の事項に就て元首を輔佐するの組織は存せざりし事である。のみならず元首を輔佐する機關は同時に一面に於て命令の機關であつて、後年普國又は獨逸帝國に於て現るゝに至つた分權的組織又は、わが國に於て設けらるゝに至つた集權的組織の場合に於けるが如くに、本來調査研究の機關たる參謀本部長又は參謀總長の名に於て稱せらるゝ機關が輔佐の任に當るの例は、未だ現るゝに至らざりし事は之れ注目さるべき點の第二である。之れ當時此等諸國に於ける軍事的發達は尙幼稚であつて、後年に於けるが如き分業的組織を必要とせざりしに由るものである事は多言する迄も無い。

- 註 一 拙文、前出四三頁註(1) Marschall, S. 101.
 II Allerh. Handschr. v. 30. Sept. 1822; Marschall, S. 113. 拙文、前出五五頁註(1)。
 III Form. Verord. v. 31 Jan. 1829 § 5: „Uns altein, den Ständen des Reiches aber nur in Bezug auf die Nachweisung des für die Armee bewilligten Budgets verantwortlich ist.“; Seydel, I, S. 513; Marschall, S. 113.
 IV Seydel, I, S. 512 Anm. 2. (S. 513) 參照。

- 五 G. Jellinek, Allg. StR., S. 111, 116. 參照。
 六 次の款に於ける論述參照。
 七 本項イの論述參照。
 八 本項ロの論述參照。
 九 本項イの論述參照。

第二項 憲法上の正態的原型 (歴史上の變態的原型)

既に言及した様に固有な歴史的事情の下に發生した瑞典及諸威等の憲法を外にして言へば、憲法上の正態的組織、換言すれば憲法典の規定に其直接の基礎を有する兵權獨立の組織は、前に論述した憲法上の變態組織或は固有の意義に於ける兵權獨立の制度に比較して其歴史上の發生に於て後れ、其歴史的原型は年代的に云へば、先づ一八三一年一月五日のクールヘッセン憲法の下に於て現れ、次で一八三三年九月二十六日のハンノーヴァー憲法に於て現れるに至つたもので、同様の規定は一八三一年九月三十日のブランシュヴァイヒの改正議會法案に於ても設けられたが成立せず終つた。勿論此等の國家に於ても兵權の獨立は之を實質的に言へば、バイエルン及びバーデン等の憲法上の變態的組織を有する諸國に於けると同様に、歴史的に既に前立憲時代から久しく行はれて來たものであつて、敢て憲法の下に於て初めて設けられた制度では無いが、唯後者の諸國に於ては王權の基礎極めて強固であつて、從て兵權の獨立は敢て憲法明文の規定を俟つ迄も無く、否、正確に云へば憲法の規定に反しても尙表現するを得たに反し、問題の國家に於ては事情は

之れと異なり、王權は然く強固では無く其民權に對する勢力均合の關係は極めて微妙な状態にあつたがため、兵權の獨立は唯憲法明文の承認の下に於て存するを得たものである。されば憲法上の變態的組織を有する多くの國家に於ては兵權の獨立は引續き維持せられ、國家の基本的變革に依りてのみ自然に消滅するに至たが、問題の諸國に於ては後にも述ぶるが如くに、時代の經過と共に議會の強硬なる反對に依り、一應廢止するの已むなきに至たのは自然であると言はなければならぬ。

註 1 Entwurf d. revidierten Landtschaftsordnung v. 30. Sept. 1831, §. 123: „Um den verfassungsmässigen Gang der Staatsgeschäfte und die Staatsbeamten wegen ihrer Verantwortlichkeit zu sichern, sind die unter der höchsten Unterschrift des Landesherrn erlassenen Rescripte und Verfügungen nur alsdann vollziehbar, wenn sie mit der Contrasignatur eines stimmführenden Mitgliedes des Staatsministeriums versehen sind.“

Diejenigen höchsten Verfügungen, welche der Landesherr in seiner Eigenschaft als oberster Befehlshaber der Truppen erlässt, bedürfen der Contrasignatur nicht. Zu diesen Verfügungen sind indess diejenigen nicht zu rechnen, welche der Landesherr in Beziehung auf Militairangelegenheiten nur als solcher erlassen kann, insbesondere also nicht:

- 1) die Ernennung von Officieren,
- 2) alle die Militairverwaltung, so wie die Aushebungen und Recrutierungen betreffenden Anordnungen,
- 3) die Bethätigung oder Verwerfung kriegsgerichtlicher Urtheile.“ Pöhlz, I, S. 912.

イ クールヘッセンに於ける原型

クールヘッセンに於ても兵權の獨立は、ウイルヘルム二世の即位後間もなく發布された一八二二年六月二十九日の行

政組織に關する勅令⁽¹⁾に於て既に實質的に規定された所であつて、一八三一年の組織は本質的に此組織を承認したものに外ならないが、兎も角も此憲法は兵權の獨立を直接に規定した獨逸に於ける最初の憲法法典であつて、特に注目に値する。勿論兵權の獨立を規定したと言つても、憲法は組織的な體裁、文法的表示的に簡明な形式に於て規定したのでは無いが、而も憲法が兵權の獨立を認めたものである事は疑を容るゝ餘地なく、此點は同憲法第一〇七條及第一〇八條の規定する所に依りて明瞭である。何となれば上記第一〇八條は、各省大臣の輔弼及副署を規定し各省大臣は元首の國家行爲に副署し、其責に任すべき事を規定すると共に、一方に於て憲法は、其前條第一〇七條に於て各省の制を定め其所管を規定して居るが、而も同條は其陸軍省の管掌を定むるの箇所に於て『軍の最高首長として國家元首』に專屬する事項を其權限より除外して居るのであつて、大元帥として元首が親らする純軍務事項は陸軍大臣の輔弼並に副署の外に在る事を規定したものに外ならないからである⁽²⁾。

註 1 Pöhlz, I, S. 573 ff. 參照。 §. 10: „Die oberste Stelle in der Verwaltung der Churfürstenthums, mit Ausschluss der reinen Militairangelegenheiten, ist, als Unser unmittelbares Organ, das Staatsministerium.“

Dasselbe ist, nach den Hauptzweigen der Verwaltung, in vier Departements abgetheilt.

- 1) in das Ministerium der Justiz,
- 2) in das Ministerium des Innern,
- 3) in das Ministerium der Finanzen,
- 4) in das Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten, und des churfürstl. Hauses.“ §. 30: „Die obere Leitung derjenigen Sachen, welche nicht bloß aus militairischen Gesichtspunkte zu beurtheilen sind, solle gemeinschaftlich

durch Unser Staatsministerium und Unser Generalkriegsdepartement geschehen, und in den geeigneten Fällen soll deshalb zwischen beiden Behörden communiciert werden, welches auch mündlich geschehen kann, indem der Chef des ersten Kriegsdepartements, oder in dessen Auftrag der Direktor der einschlägigen Abtheilung, zur Berathung im betreffenden Ministerialdepartment zugezogen wird.“ Organisationsurkunde v. 23. Juni 1821. (Pöhlitz, I, S. 574, S. 579.)

- 二 全文に就ては Pöhlitz, I, S. 628.
- 三 同じく Pöhlitz, I, S. 627 f.
- 四 Marschall, S. 19 u. Anm. 54 参照。

ロ ハンノーヴァーに於ける原型

英國と人的結合の關係に在たハンノーヴァー王國に於ても亦、クールヘッセンに於けると同じく、兵權の獨立は實質的に既に前立憲時代に於て存在し、一八三二年十月十二日ジョージ四世の發布した行政組織に關する勅令第一條の規定した所であつて、一八三一年十一月十五日の憲法草案も亦明瞭な形式に於て兵權の獨立を認めたと。該憲法草案は議會の審議の結果として種々なる修正を経たが、兵權の獨立に關する規定は殆ど其儘に採用され、憲法第一五五條第一項の規定となつたもので、同條は『純軍務事項、特に軍の組織及將校の任免は國王に出で省の輔佐を要せず』と規定して居る。

註一 ハンノーヴァーの國法上の變遷なかんづく其佛國との關係に就ては Pöhlitz, I, S. 261 ff. 参照。一八三三年九月の憲法は事實に於て國王の承認する所とならず、一八三七年十一月二十七日國王エルンストアウグストは憲法に依り拘束せられざるべき事を宣言

するに至た。此點に就ては Pöhlitz, IV, S. 88 f. 参照。

二 同條第一項は次の如く規定して居る。„Die oberste, Uns unmittelbar verantwortliche Behörde für alle Verwaltungszweige, mit Ausnahme der rein militärischen Angelegenheiten, ist für Unsere ganzes Königreich Hannover Unser Staats- und Cabinetsministerium.“ Pöhlitz, I, S. 268 参照。

三 全文に就ては Pöhlitz, I, S. 316 ff.

四 Entwurf eines Staatsgrundgesetzes v. 15. Nov. 1831, Kap. 8, § 6: „Die rein militärischen Angelegenheiten soweit es dabei nicht auf Veränderungen in der Belastung der Unterthanen und auf Verfügungen über ausserordentliche Geldmittel ankommt, insbesondere die innere Organisation der Armee und die Anstellung und Entlassung der Officiere, gehen vom Könige aus, ohne dass es dabei der Dazwischenkunft des Ministerii bedarf.“ Pöhlitz, I, S. 333.

五 同様の趣旨は一八三二年五月議會問題に當りて發せられた勅勅にも現れて居る。„Die bewaffnete Macht und deren Einrichtung, so wie alle, sie betreffende Anstellungen, Anordnungen und Befehle sollen wie bisher, so auch in Zukunft, allein von Uns und Unsern Nachfolgern an der Regierung abhängig seyn, und es soll in den rein militärischen Angelegenheiten selbst nicht der Dazwischenkunft des Ministerii bedürfen.“ Declaration vom 11. Mai 1832. Pöhlitz, I, S. 345.

六 Grundgesetz v. 26 Sept. 1833, §. 155: „Die rein militärischen Angelegenheiten, insbesondere die innere Organisation der Armee und die Anstellung und Entlassung der Officiere, gehen vom Könige aus, ohne dass es dabei der Dazwischenkunft des Ministerii bedarf.“ Pöhlitz, I, S. 1292.

ハ 歴史的原型の内容

以上述べた憲法上の正態的組織に關する歴史的原型の場合に在ては、兵權獨立の範圍は憲法上の變態的組織の場合に

於ける兵權獨立の範圍に比較して概して狭く、其比較的の廣い場合に於ても獨立の範圍は、『軍の内部的組織——勤務事項を含む——竝に人事』を其主要なる内容となすものと言ひ得る。之をハンノーヴァー憲法に就て觀るに、同憲法は第一五條第一項に於て獨立の領域に保留された事項を明示して『……特に軍の内部的組織及び將校の任免に關する純軍事事項』と云て居る事は既に言及した如くであつて、獨立の範圍をば豫算の執行を除く一切の軍務に及ぼさしむるが如き廣汎なる兵權の獨立は、問題の種類の原型の場合に於ては見出し得ない。

唯政府の解釋としては獨立を極めて廣汎なる範圍に亘つて認めんとする傾向は、此種の原型の場合に於ても全く無かつたものでは無く、一八三一年憲法實施の下に於ける最初の議會に於てクールヘッセン政府は、人事が獨立の範圍に屬するや否やの問題に關聯して其憲法上の解釋を公にし、憲法第一〇七條第一項の規定が軍務に及び得べきものとなせるは著名な事實である。一見すれば斯の如き見解は同國憲法の規定の形式上如何にも妥當なるものゝ如く、特に此點は問題の憲法第一〇七條第一項の規定と、其先驅を有せる一八二二年六月二十九日の行政組織に關する勅令第三〇條の規定とを比較するに依て明瞭なるが如くに思はれるであらう。何となれば後者は純軍事事項即ち獨立の領域に保留された事項を表示するに制限的形式を以てし、純軍事事項に屬せざる事項を詳細に例示するに依て、間接であり消極的ではあるが、何が純軍事事情なるかを明瞭ならしめんとしたるに反して、憲法は斯の如き制限的形式に依る事なく、獨立事項を表示するに單に軍の最高首長として國家元首に屬する事項と謂ふに止まつて居るからである。然し乍ら斯の如き解釋は單に政府一方の主觀的な見解たるに止まり、國法の實際に於て一般に承認された解釋でなかつた事は、政府が陸軍大臣

彈劾の威嚇を伴へる議會の強硬なる反對に遇ひ、遂に一方に於ては陸軍大臣を免ずると共に他方其解釋を放棄し、議會側の解釋に同意するの已むなきに至た事實に依ても明であつて、結局、兵權の獨立を以て既に組織されたる軍隊の指揮命令に關する固有の統帥事項にのみ限り、從て人事竝に編制を獨立の外に置かんとするブアイフェルに依て代表された議會側の見解が、國法上承認された解釋として行はるゝに至た。後にも述べる様に、クールヘッセン憲法に於ける兵權の獨立は、一八四八年に於て廢止さるゝに至したが、其端は既に此一八三一年に於ける政府側の慘敗に發せるものに外ならぬ。

兵權輔佐機關の組織如何に就ては問題の原型の場合に於ては、憲法上の變態的組織の場合に於けるとは異なり必ずしも凡て明瞭であるとは言はれないが、唯クールヘッセンの場合に於ては輔佐機關は陸軍大臣が同時に之に當つたものであつて、特殊輔佐機關の主義に依らざりし事は明である。問題は唯ハンノーヴァーに於ける組織如何であるが、憲法實施前に於ては特殊輔佐機關を設くるの主義を採たものゝ如く、恐らく憲法の下に於ても同様の制度が引續き行はれたものではあるまいかと思はれるが、此點を明瞭ならしむる資料を有せざるを遺憾とする。

註一 前出口の註五參照。

二 此點に就ては Marschall, S. 49 f.

三 Organisationsurkunde v. 23 Juni 1821, § 30. 1—8 參照。Polltz, I, S. 579 f.

四 稍々長いが念のため左に引用して置く。S. 107: „Die einzelnen Zweige der Staatsverwaltung: die Justiz, das Innere,……, das Finanzwesen, das Kriegswesen, so weit solches nicht für den Landesherrn als obersten Militärbefehl ausschliesslich gehört, und die auswärtigen Angelegenheiten sind hinsichtlich der Kompetenz stets sorgfältig von

einander abgegrenzt zu halten. Keines dieser Departments darf jemals ohne einen verantwortlichen Vorstand seyn. Ein solcher kann zwar zwei Ministerialdepartments, jedoch nicht mehrere, zugleich verwalten. Er bleibt aber stets für jedes derselben besonders, so wie überhaupt hinsichtlich der zum Staatsministerium kommenden Angelegenheiten seines Departments.....auch dann, wenn er darüber nicht selbst den Vortrag gehalten hat, verantwortlich.“

尙副署に關する第一〇八條は次の如く規定して居る。

§. 108: „Der Vorstand eines jeden Ministerialdepartments hat die, von Regenten in Bezug die Regierung und Verwaltung des Staats anzugehenden, Anordnungen und Verfügungen, welche in sein Departement einschlagen, zum Zeichen, dass die betreffende Angelegenheit auf verfassungsmässige Weise behandelt worden sey, zu contrasignieren, und ist für die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit ihres Inhaltes persönlich verantwortlich. Hinsichtlich derjenigen Angelegenheiten, welche mehrere oder sämtliche Departments betreffen, haben deren Vorstände gemeinschaftlich zu contrasignieren, und zwar mit persönlicher Verantwortlichkeit eines jeden für die Gegenstände seines Departments. Durch die gedachte Contrasignatur erhalten solche Anordnungen und Verfügungen allgemeine Glaubwürdigkeit und Vollziehbarkeit.“ Pöltz, I, S. 627—628.

五 Marschall, S. 50 u. Anm. 174 參照。

六 Verordnung v. 10. Feb. 1831, §. 1.; Marschall, S. 95 Anm. 314.

七 Marschall, S. 93 參照。

第三節 統帥權獨立の發達

第一款 十九世紀前半期に於ける状態

大戦前の獨逸の國法學者は、統帥權の獨立を以て、獨逸の立憲君主國國法上、敢て憲法の規定に俟つ迄もない、不文の當然自明なる組織なるが如くに言つて居るが、立憲制度が獨逸の諸國に採用された十九世紀前半期時代に於ては、法制の實際に於ても亦學說の上に於ても、決して然く明瞭な疑の餘地の無い普遍的な現象では無かつたものである。

勿論他の多くの君主國に於けると同様に、獨逸の諸君主國に於ても、兵權の獨立は前立憲時代の末期に於ける行政組織なかつく軍政官廳の組織(二)に就て見るも知り得る様に、凡ての諸國に於て實質上多少の範圍に於て行はれて居たものであると共に、一方に於ては亦王權の強固であつた國々に於ては、憲法の採用後に於ても、其行はれた時期の長短、範圍の大小に差異こそあれ、軍隊に關する或る種の作用は、憲法の規定の如何に拘らず、多くの場合國務大臣の立憲的權限と責任の範圍から除外せらるゝを普通とした。されば小國は別として單に有力な國家に就てのみ言ふも、既に述べたバイエルン及バーデン等の國家に次いで立憲國家の序列に入るに至たウエルテンベルグ(三)に於ても亦、一八二〇年獨逸諸國に於ける憲法發達の第一期に於て最後に憲法を採用したヘッセン(四)に於ても、或は佛國に於ける七月革命の影響の下に在た一八三〇年代、獨逸に於ける立憲的發達の第二期の時代に於て制定發布されたザクセン(五)憲法の下に於ても、兵權の獨立は實際に於て行はれ、而して憲法上正態的組織としては、一八三一年にはクールヘッセンに、一八三三年にはハンノーヴァーに於て實現され、別に一八三一年にはブラウンシュワイヒに於ても、同様の試みの憲法草案に現れた事は既に述べた如くである。

故に學說に於ても固有の意義に於ける兵權の獨立は當時既に理論上承認せられ、有力なる學者であつて之を以て憲法

上適法であり且つ妥當とする者は、必ずしも一二に止まらなかつたが、なかんづく著名なものとしては、獨逸に於て國務大臣の責任に關する最初の包括的な研究を著した學者として著名なブデウスを始め、獨逸諸國に於ける行政組織の研究者として知られたビュロー^(七)に十九世紀獨逸に於ける公法學並に國家學の代表者の一人であるロベルト・フォン・モール等を擧げる事が出来る。何れも其意見は一八三〇年代から四〇年代の間に發表されたものであるが、なかんづくブデウスの如きは、君主が親ら軍隊を指揮命令するは『王位の至寶』^(八)であると言ひ、統帥權の獨立は獨逸の立憲法制上敢て憲法明文の規定に俟つ迄もない當然自明な制度であると論じ、モールも亦其著書『ウエルテンベルグ國法』^(九)第二版(一八四一年)に於て此問題を取扱ひ、前者に一步を進めて、『憲法の規定に於ては豫期されて居ないとは言へ、國務大臣の副署は事の性質上亦一定の慣習法上、軍の勤務命令には及ばない』と斷言して居る。慣習法説は後年獨逸に於て廣く行はるゝに至つた見解であるが、其最初の主張者は單に此モールに求められる。

然し乍ら、以上の様な學說や實際が當時の獨逸諸國に於て決して一般に動かし得ない基礎を有したものである。一面に於て當時同様の強さを以て現れた反對の學說並に法制のあつた事實に徴して明である。先づ之を法制に就て見るに、問題の組織が敢て憲法明文の規定を俟つ迄も無い當然自明な制度で無かつた事は、前に述べた様に、クールヘッセン、ハンノーヴァー、ブラウンシュワイヒ等の諸國の憲法又は憲法草案が兵權の獨立を明示的に規定した事實に依りて知り得る。蓋し此等の憲法又は憲法草案が明文の規定を以て特に之を定めた事は、問題の制度が當時の法的政治的意識に於て未だ明文の規定を俟たざる自明の組織となつて居なかつた事を、少くとも消極的に立證するものに外ならないからである。

のみならず同一事實は亦統帥權の獨立を否定する狹義の立憲的組織の當時の獨逸に於ける存在に依りて更に積極的に證明される。狹義の立憲的組織は其發生の時期から言へば、一八三〇年代のものと一八四八年代のもの、二に分れ、前者は佛國の七月革命に依りて惹起された立憲運動の結果に成り、後者は同様に佛國に於ける政治的社會的革命的運動の所産であるが、一八三〇年代に於ては、既に言及した様に、バーデン之を採用し一八三二年議會の請願に基き傳統的な兵權の獨立が廢止され、兵權の凡ての作用に對する國務大臣の權限と責任が認めらるゝに至りて確立されたが、ブラウンシュワイヒに於ても議會の立憲的勢力が強固であつて、兵權の獨立を樹立しようとする憲法立法上の勢力が一八三一年に失敗に歸した。

獨逸に於ける有力なる國家であつて一八三〇年代に狹義の立憲的組織を探り又は維持したものは以上の二國に止まるが、之に反し一八四八年の立憲運動時代に於ては更に増加し、既に存する兵權の獨立を廢止して狹義の立憲的組織を探た國家としてはクールヘッセン^(一〇)があり、新に憲法を制定すると共に之を採た國家としては、當時獨逸聯盟の一員となつて居た小國ではあるが、ルクサンブルグ^(一一)の他に特に普國がある。以上の中クールヘッセンとルクサンブルグに於ては、共に獨逸聯盟の干渉に依りて、前者に於ては一八五二年、更に後者に於ては一八五六年に至りて組織を廢止し兵權の獨立を認むるの已むなきに至したが、ルクサンブルグは一八六八年に前の組織に復歸し、爾來狹義の立憲的組織は引續き行はれた。なかんづく歐洲の憲法史上兵權の獨立制度の發生並に發達と不可分の關係を有し兵權獨立の典型的な國家である普

國が一八四八年憲法の制定發布と共に、既に久しく行はれて来た歴史的な組織を撤廢して、狹義の立憲的組織に據た事^(一七)は、たとへ巴里の二月革命の反映たりし柏林の市街戦に強ひられた結果であり、僅か十年足らずの短い期間に限られた暫定的な現象に過ぎなかつたとは言へ、問題にとつて重要な意義を有つものであつて、一八四九年ウイルヘルム四世が其閣臣に與へた詔書^(一八)に於て國務大臣の憲法上の地位を諭示して、國務大臣は議會に對して憲法及法律遵守の責に任すべき事を述べ、更に陸軍大臣の責任に言及して國務大臣の責任に關する憲法上の一般原則は亦、當然に陸軍大臣にも適用せらるべく、從て陸軍大臣は君主の命令に籍口して議會の彈劾を免るゝを得ず、陸軍大臣は君主の國務上の行爲從て亦軍事上の命令に就ても、副署すべく其責に任ずるを要する旨を諭して居るのは特に注目し得る。以上は専ら獨逸の個の國家に於ける例を擧げたものであるが、以上の外に尙最後に同様の事例として擧げるべきものは、一八四八年フランクフルトに於けるいはゆる獨逸國民議會の制定に係る獨逸聯邦憲法である。此憲法は國民議會が獨逸皇帝として選出した、前に述べたウイルヘルム四世が帝位を辭退するに依て立消えとなつた夢の様な憲法ではあるが、兎も角も獨逸の國民的運動の所産たる基本法が兵權の獨立を認めず、狹義の立憲的組織に據らんとした事は注目すべく、而して『憲法制定議會』を以て自任し國民主義の理想に出發した^(一九)セントパウロ教會に於ける自由主義や其選出した憲法起草委員會が、躊躇する所なく問題の組織を認めた事は蓋し當然と言ふべきであらう。

斯くの如くに獨逸に於ける有力な國家であつて狹義の立憲的組織を採たものは、敢て一二に止らなかつたのであるから、議會側の憲法解釋に現れた見解に於ても亦君主並に政府の見解に於ても、兵權は他の作用と同じく國務大臣の輔弼

制限に屬すべきもので、憲法上明示的な除外規定の無い以上、兵權の獨立は存し得ないものとする思想は、相當に廣く且つ根強く行はれたものであつて、兵權の獨立が獨逸諸國に於ても自明な法理で無かつた事は、君主主義に於て亦、軍國主義に於て從て亦、獨逸の特質的な國家精神を代表し其指導的地位に在た晉國自ら、其欽定憲法の下に於て狹義の立憲的組織を肯定したる事實が、最も雄辯に之を示すものと言はなければならぬ。

されば一七九一年の佛國憲法の歴史に精通し亦、ルイ十八世の欽定憲法及一八三〇年の改正憲法や一八三一年の白耳義憲法の下に於ける法狀に通じ、バンジャマン、コンスタン、シャトオブリアン、テイエール等の立憲論^(二〇)の影響の下に在た當時の獨逸公法學者の側に於て、兵權の獨立に反對する見解の存在した事も自然であつて、ムルハルト及ペーリツヒの見解の如きは此點に於て其代表的なものとして知られて居る^(二一)。モールの如きも其著『ウエルテンベルグ國法』第二版に於て、既に言及した様に、慣習法説を主張して居るにも拘らず、其第一版(一八二九—三二)に於ては何等問題に觸れて居ないと言はれて居る^(二二)のは、之れ單なる偶然に歸すべきでは無く、寧ろ學問上考慮の結果に出でた沈黙と看做さるべきものであらう。

之を要するに、獨逸に於て兵權の獨立が既成の公法上の現象とし慣習法に基くものとして一般に信ぜられ確固たる規範的性質を有するに至たのは、獨逸に於ける立憲主義の初期に於ては無く十九世紀後半期の時代に求むべきものである。十九世紀前半期に於ては兵權の獨立は、尙動搖の時代に在るを免れなかつたのであつて、獨逸諸國は奧太利と共にナポレオンの没落後は、四十一箇國の多數から成る獨逸聯盟に於て、『君主主義』の保護機關と國民大衆の自由運動、立

憲運動抑壓の強固なる機關を有つたものであるが、保守主義はやゝもすれば佛國に於て度々捲起される革命的自由運動に依て侵され易い状態にあつた。一八三〇年の際に於てもさうであつたが、特に一八四八年の際には此危険は甚だしく感ぜられた。前にも述べたブラウンシュワイヒ、ルクサンブルグ、クールヘッセン等に於ける兵權獨立の撤廢と狹義の立憲的組織の樹立、柏林の革命運動と普國國王ウイールム四世の活動、ハンガリーの立憲運動^(三五)、ウイーン^(三六)の三月革命等は何れも危険を如實に示したものに外ならない。

- 註 一 Rönne, Reichsstaatsrecht, I, S. 301 其他に就つて Marschall, S. 39 u. Anm.
 二 弗蘭ツに就つて Marschall, S. 85 ff. u. Anm.
 三 Mohl, Das Str. d. Königr. Württemberg, 2 Aufl. I, S. 230.
 四 Anschütz, Deutsches Str., in Enzyklopidie der R.w., S. 43; Pölitz, I, S. 635. (Art. 74.) 參註。
 五 Pölitz, I, S. 220 ff.; Otto Meyer, Das Str. d. Königr. Sachsen, S. 252 Anm. 5.
 六 Marschall, S. 23; Robert v. Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, I, S. 31 ff. 參註。
 七 (Buddens) Die Ministerverantwortlichkeit in constitut. Monarchien, 1833, S. 93 u. S. 14: „Nicht jeder Befehl des Monarchen bedarf der Beschränkung durch Konkurrenz des Ministers. Handelt der Monarch nicht als Monarch, z. B. als General, so tritt dieselbe nicht ein. Um Krieg und Frieden zu beschliessen, bedarf der Monarch der ministeriellen Mitwirkung; denn dies ist eine Regierungsangelegenheit, worin nur der Monarch, als solcher, entscheiden kann. Ist aber der Krieg beschlossen, ist das Herr marschirt und der König kommandiert es selbst, so kann er ohne alle ministerielle Konkurrenz dasselbe im Heere befehlen, was jeder andere Generalissimus auch befehlen könne.“ Hauke, S. 6. Anm. 5; Marschall, S. 23, S. 48. 參註。ローンは前出國家學及文獻史第一卷に於てベノデマスの著書に關して次の如く説く。居る。„Eine ausführliche und im Ganzen achtungswerthe, jedoch im streng rechtswissenschaftlichen Theile schwache Abhandlung.“ „Es ist nicht blos die Theorie gegeben, sondern auch, mit dankens-

werthen Fleisse, eine geschichtlich-kritische über die verschiedenen positiven Bestimmungen.“ S. 312.

八 F. Bürau, Die Behörden in Staat und Gemeinde, 1836, S. 24.

九 R. v. Mohl, Das Str. d. Königr. Württemberg, I, S. 230.

一〇 Marschall, S. 24 參註。

一一 Gesetz v. 26. Oktober 1848 über Abänderung einer d. Kriegswesen betr. Bestimmung d. § 107 VII; Zacharia, II, S. 115; Marschall, S. 20 u. 28;

一二 Art. 45. Verfassung des Grossherzogtums Luxemburg, v. 9. Juli 1848; Zacharia, S. 456 ff. 參註。憲法は一八三一年の白耳義憲法を模範として制定されたものといふ。Gyschen, Das Str. d. Grossherzogtums Luxemburg, S. 79。此憲法は特に國王の軍事上の行爲に關する副署に就て規定はして居ないが、國務大臣の副署に關する第四五條の一般規定は當然軍令にも適用せらるべきものと思惟されたのであつて、其基礎とする國民主權的思想から見て——此點は一八五七年獨逸聯盟會議憲法委員會の強調した所であつて、聯盟規約と相容れざるものとされた所である。(議事録一八五七年七三。尙一八五七年議決二二七。一八五一年議決三九。Meyer-Zoepl, Corpus Juris Confederationis Germanicae, II, S. 560, 665, 666。)——當然といふ。

一三 LVIII. Beschluss, die Vorlagen v. Österreich u. Preussen, das ihnen übertragene Bundescommissorium in der Kurhessischen Angelegenheit betr., v. 27. März. 1852, IX. Sitzung § 90 (Meyer-Zoepl, II, S. 572); § 82 der Verfassung v. 13. April 1852 (Zacharia, II, S. 72); Marschall, S. 33 參註。

一四 XXXIV Beschluss, die zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit u. Ordnung im Deutschen Bunde zu treffenden Massregeln betr., v. 23. August 1851 (Meyer-Zoepl, II, S. 560); CXXIV. Protokoll, die Verfassung d. Grossherzogtums Luxemburg betr., v. 4. December 1856 (Meyer-Zoepl, II, S. 665); CXXVI Beschluss, die Verfassungsangelegenheit Januar 1857 (Meyer-Zoepl, II, S. 666); 一八五六年十一月二十七日の欽定憲法は、獨り統帥の作用のみならず、榮典の授與、大臣の任命及大臣の訴訟行爲をも副署範圍から除外した。(Zacharia, Fortsetzung I, S. 179, 183.) 他に Marschall, S. 35 u. Anm. 註に Gyschen, S. 79, 80, 81 參註。

一五 Constitution du 17 octobre 1868, Art. 37: «Le grand-duc commande la force armée.»; Art. 45: «Les décisions

du grand-duc et doivent être contresignées par un conseiller de la couronne responsable, à l'exception de celles qui ont pour objet la collation à des étrangers de décorations non destinées à récompenser des services rendus au Grand-Duché.》(Darrest, II, p. 167, 168, 172.) 註 Cyschen, S. 98 ff. 參照。

一六 Cyschen, S. 80, 81; Darrest, II, p. 167 et suiv. 參照。

一七 詳しくは次章參照。

一八 次章參照。

一九 此點に就ては Marschall, S. 26 ff. 參照。

二〇 國民議會の性質及び事務の一般に就ては特に Anschutz, in Enzyklopädie, S. 48 ff.

二一 拙著、國法及國法史の研究一四二頁以下參照。

二二 Marschall, S. 20 f.

二三 Marschall, S. 24 bei Anm. 80.

二四 獨逸聯盟の活動の全貌を知るに足るべき資料は大體に於て既に引用した Meyer-Zaepf, Corpus Juris Germanicae 三卷 二六三頁。

二五 J. Ulbrich, Das österreichische Staatsrecht, S. 35 ff. 其結果たる立法に就ては E. Bernatik, Die österreichischen Verfassungsgesetze, 2 Aufl., S. 78 ff.

二六 Ulbrich, S. 38 ff. 立法に就ては Bernatik, S. 101 ff.

第二款 獨逸に於ける兵權獨立の確立と獨逸聯盟の活動及普塊の組織

然し乍ら一八四八年の運動が失敗に歸すると共にバランスは一變し、普國並に墺太利及び南獨の諸國に依て指導された獨逸の『君主主義』獨逸式保守主義は之より以後最早動かす可らざる地歩を獲得するに至た。自由運動の抑壓後に於

ける獨逸聯盟會議の活動は極めて目ざましいものがあつた。其中に於て特に統帥の獨立に關聯するものを挙げれば、ドレスデンに開かれた大臣會議の委員會が、獨逸一部の憲法に於て軍人に課せられた憲法遵守の宣誓を以て、之れ軍人と文官とを同一視するものであつて、斯の如き規定は國家の福祉と兩立する能はずとし、其撤廢を決議し、軍隊にとつて唯一の規範は國王の命令たるべき事を宣言した事は其一である。一八五二年から一八五五年の間に於て聯盟議會は統帥の獨立を否定し、狹義の立憲的組織を兵權に就ても規定したハンノーフェル憲法、クルヘッセン憲法並にルクサンブルグ憲法等の規定を以て聯盟の憲法に違反するものと宣言し、聯盟會議の議決に依る命の下に、又は其宣言の趣旨に基いて此等憲法に於ける問題の規定は廢止され、兵權の獨立は再び設定さるゝに至た事は其二である。

獨逸聯盟會議の以上の如き活動は、獨逸諸國に於ける統帥の獨立に對して強固なる實證法上の根據と政治的確信を與へたものであつて、此點に於て獨逸聯盟は君主主義の擁護者として其十九世紀前半期に於ける活動と相俟つて、獨逸に於ける兵權獨立の法的並に政治的凝成と其發達に、至大なる影響を與へたものと言はなければならぬ。

獨逸聯盟會議の議決活動と共に獨逸に於ける兵權獨立の生成並に發達に最も根本的な關係を有するものは、獨逸聯盟の指導者であり盟主であつた墺太利及普國に於ける組織と實際であつて、獨逸聯盟會議の態度は基本的に普塊兩國の組織の反映と言ふも必ずしも過言でない。されば墺太利に於ては一八四八年に於ける革命的暴風の一過後、同國に於ける最初の憲法の下に於て、既に固有の意義に於ける兵權獨立の發生を見、一八六七年の基本法の下に於ても再び現るゝに至たが、普國に於てもウイールヘルム四世が革命運動の雰圍氣の下に聲明した陸軍大臣の立憲的責任の趣旨は、自由運動

の抑壓後間もなく無視せられ、皇太子ウイルヘルムの攝政時代に復活された兵權の獨立は最早動かす可らざるものなるに至た。^(六)なかつく普國の組織と實際とは、奧太利が覇權を失つて以後は、北獨逸聯邦^(七)及獨逸帝國の建設を通じて獨逸全體の組織となるに至たものであつて、獨逸に於ける兵權獨立の發達は、此意義に於て普國に於ける組織の發達其ものであると言ふも誤りでない。

註 I Beschlüsse der Bundesversammlung seit ihrer Wiedereröffnung am 10. Mai 1850 (Meyer-Zoepfl, Corpus Juris Germaniae, II, S. 517 ff.); Zacharia, 48 ff. 參照。

II B. Ver. Prot. 1851, S. 255 ff. (Marschall, S. 32 Anm.)

III 前款參照。

IV 拙文、獨逸に於ける兵權獨立史の一節(前出)三一頁以下。

V Ullrich, S. 77; Frisch, S. 356 ff.; Marschall, S. 43 ff.; Hauke, Die Geschichtlichen Grundlagen des Monarchenrechts, S. 134; Schmid, Oberbefehl, im Österreichisches Staatswörterbuch, III, S. 730; Bernatik, S. 695.; Kommando... sowie die Organisation steht bezüglich ihrer dem Monarchen "ausschliesslich" zu. Diese Gesetzstelle interpretiert man gewöhnlich so, dass damit die Krone bei Ausübung der militärischen Gewalt von der sonst geforderten Mitwirkung der Minister ebenso entbunden bleibt, wie bisher."

六 次章參照。

七 北獨逸聯邦に於ける法狀に就ては Laband, Staatsrecht, IV, S. 33 ff. 參照。

第三款 大戰前に於ける兵權の獨立

兵權獨立の發生竝に發達と不可分の關係を有する普國の組織に就ては次章に詳論するが、以上概説するが如くして發生し凝成強化さるゝに至た獨逸の諸國に於ける兵權獨立の制度は、其寡頭的性質上民主主義の理念と相容れないものである事は言ふ迄も無く、従て唯特殊な事情の下に在る國家に於てのみ存し得べく、制度として著しく其普及性を排除するを免れなかつたものである事は自然である。

事實に於ても兵權の獨立は、歴史的に別個獨立の發達を來した瑞典及諾威等に於ける場合を外にしては、殆ど獨逸及奧太利匈牙利等の國家にのみ其存在を限られたものであつて、私の知る限りに於ては、恐らく瑞典及諾威等の影響の下に十九世紀前半期に於ては丁抹^(八)に於て、而して後半期に至ては日本^(九)に於て採用されたに止まり、其他に於ては獨逸とは憲法の歴史的系統又は型を異にする諸國に於ては固より、獨逸諸國の歴史的影響の下に其憲法を採用した諸國、例へば土耳其(一八七六年十二月二十三日の憲法)、ブルガリア(一八七九年四月十六日—二十八日の憲法)、モンテネグロ(一九〇五年十二月十九日の憲法)等に於ても亦、著しく寡頭的なりし露國(一九〇六年四月二十六日の基礎法)に於ても移植されなかつたのである。唯學說としては兵權の獨立は佛蘭西^(五)、白耳義^(六)、伊太利^(七)、西班牙^(八)、葡萄牙^(九)及希臘^(一〇)等の憲法に就ても主張されたが、之れ單に一部の人々の特異なる見解たるに止まり、一般の學者の支持する解釋でない事は勿論、政府の實際に根據を有する見解でもない。

されば十九世紀前半期に於て、殆ど週期的に歐洲大陸に押し寄せた民主主義的運動の怒濤と闘つて其存在をかり得た兵權の獨立も、十九世紀の後半期獨逸帝國の建設と共に普國を通じて、獨逸に於て普遍的な最早動かす可らざる基礎を

獲得するに至る時には、列國の法制竝に政治的法的イデオロギーに於て殆ど孤立の状態に在たものと言ひ得る。が而も寡頭主義、軍國主義の金城鐵壁と看做された獨逸帝國竝に奧太利聯邦に於ても、時代の大勢には抗し難く、大戰の直前一九一一年傳統的な學說を破つて、兵權の獨立を或る意味に於て否定するの見解を主張するものあるに至^(一)たが、レームの様な學者すらも、大戰勃發の前年ストラスブルグ大學に於てなしたウイルヘルム二世の皇帝即位二十五年紀念式講演^(二)に於ては、可なりに妥協的な見解を表示するに至た。然し此種の新なる理論上の傾向はやがて來るべき運命の警鐘となつたもので、兵權の獨立は獨逸竝に奧太利^(三)に於ても其王政及憲法と前後して運命を共にするに至た事は、世人の記憶に尙新なる所である。

- 註一 兵權の獨立は、榮典授與權の獨立と共に少くとも一八四九年の憲法の下に於ては認められたものゝ如く、次に引用するゴース及びハンセンの述ぶる所から推して知り得るべからう。„Ferner ist gelehrt worden, dass die ministeriale Kontratsignatur nicht bei Beschlusse des Königs notwendig sei, welche er in seiner Eigenschaft als „Kriegsherr“ oder als „Chef des königlichen Hauses“ fasst. Aber auch die Richtigkeit dieser Sätze wird von anderer Seite bestritten. Mit Bezug auf den ersten Punkt hiess es im Grundgesetz von 1849 § 23: „Der König hat die oberste Gewalt über die Land- und die Seemacht“; eine entsprechende Bestimmung findet sich indes nicht im jetzt geltenden Grundgesetz und schon aus diesem Grunde scheint es unzulässig zu sein, dem Könige eine besondere Stellung als Kriegsherr einzuräumen, welche ausserhalb des allgemeinen Begriffes der Regierungshandlungen fallen würde.“ Goos-Hansen, Das Str. d. Königr. Dänemark, in Handbuch d. Öfftl. R. Bd. IV, S. 47.
- 二 第三編參照。
- 三 此等諸憲法の全文は Posener, Die Verfassungen des Erdballs. にあり、參照。

- 四 W. Gribawski, Das Str. d. Russch. Reiches, S. 48 ff.
- 五 拙著、國法及國法史の研究一七、註(一一)°一四三註(三)一八二頁等參照。
- 六 大元帥主義の項、特に註(一)の文獻參照。
- 七 上註(六)に同じ。
- 八 Frisch, S. 363 Anm. 5 參照。
- 九 上註に同じ。
- 一〇 上註に同じ。フリュシユの見解の妥當く無い事は、サリボロスの様な比較的獨逸の學說の影響の下に在る學者すらも、統帥に關する大臣の責任を認めて居る事實に依つて見ても明かである。„Für den Oberbefehl über die Truppen ist die Gegenzeichnung nicht erforderlich trotz Art. 30 und 32 der Verfassung, die nicht ausdrücklich diese Ausnahme erwähnen. Aber es besteht Ministerverantwortlichkeit.“ N.W. Saripolos, Das Str. d. Königreichs Griechenland, S. 77 Anm. 4.
- 一一 Marschall, S. 371 ff.
- 一二 H. Rehm, Oberbefehl und Staatsrecht, S. 5 ff.
- 一三 Meyer-Anschütz, S. 1029.
- 一四 Kelsen, Die Verfassung Deutschösterreichs, im Jahrbuch des öfftl. R. der Gegenwart Bd. IX; Oesterreichisches Staatsrecht, S. 188 ff. 參照。

第四款 大戰後に於ける憲法上の趨勢

第一項 戦後の新憲法に於ける兵權の獨立

世界大戰後に於ける民主的趨勢は最早兵權の獨立を許容するの餘地なく、兵權の獨立は、東洋は別とし、歐洲に於て

は既に述べた瑞典及諸威等の場合を外にしては獨逸の舊憲法と共に消滅し、戦後の新憲法の下に於ては唯匈牙利及び一九二八年のアルバニア⁽¹¹⁾憲法に於て存するに止まる。例を匈牙利にとつて言へば、一九二〇年法律第一號第十三條は明文を以て兵權の獨立を規定し次の如く曰て居る。曰く《Le Légent exerce le pouvoir exécutif par le ministère responsable exclusivement devant l'Assemblée nationale. Toutes ses décisions et tous ses actes, y compris les décisions relatives à la force armée, ne sont valables que s'ils sont revêtus du contreseing du ministre responsable compétent. Cette disposition ne concerne toutefois pas les droit constitutionnels relatifs à l'armée, qui appartiennent au régent en ce qui concerne la direction, la commandement et l'organisation intérieure de l'armée nationale.》匈牙利及びアルバニアの組織は憲法上の正態的組織であるが、同時に亦戦後の新憲法に於ける兵權獨立の唯一の例であつて、憲法の變態的組織は吾人の知る限りに於ては、戦後の新憲法の下に於ては未だ現るゝに至ては居ないが、將來に於ても之が發生を見る事はあるまいと思ふ。

註 一 Loi 1 de 1920 sur le rétablissement du régime constitutionnel et sur la réglementation provisoire de l'exercice de l'autorité suprême, §. 13. (Add. Loi 17 de 1920) Darest, II, p. 34.

二 アルバニア新憲法に就ては次頁の註一六參照

第二項 新憲法に於ける兵權組織の新たなる傾向

斯の如く兵權の獨立は世界に於ける民主的傾向の結果として戦後の新憲法に於ては殆ど其跡を絶つに至り、從て狹義

の立憲的組織は現在に於ては世界の列國に於て殆ど普遍的な組織となつて居るが、唯同じ狹義の立憲的組織を採るに當ても、戦後の新憲法は戦前の多くの憲法とは異なり、兵權に關する特殊な規定を設け、一方に於ては飽く迄も兵權に對する大臣の責任を保持するの主義を一貫すると共に、他の一方に於ては兵權の獨立に關する技術的要求を尊重し、既に一度政府の一般責任の下に軍統帥の責任者を任命した以上は、統帥の獨立を尊重して外部よりの干渉を排除せんとする趣旨の規定を設けて居る。左に參考のための其主なるものを引用して置く。

一 土耳其憲法⁽¹²⁾ (一九二四年四月)

Art. 40 : «Le commandement suprême de l'armée rentrant dans les attributions de la Grande Assemblée Nationale, en tant que personne morale, est personnifié par le Président de la République. Le commandement effectif des forces militaires est exercé, en temps de paix, conformément à une loi spéciale, et en temps de guerre, par une personne désignée par le président de la République, sur la proposition du Conseil des ministres.»⁽¹³⁾

二 波 蘭

(一) 波 蘭 憲 法⁽¹⁴⁾ (一九二一年三月)

Art. 46 : «Le président de la République est en même temps le chef suprême des forces armées de l'État, sans pouvoir toutefois exercer le commandement en chef en temps de guerre. Le commandant en chef des forces armées, en cas de guerre, est nommé par le président de la République, sur la proposition du conseil des ministres, présentée

par le ministre de la guerre, lequel est responsable devant la Diète des actes du commandement en temps de guerre comme de toutes les questions touchant la conduite des armées.^(R)

(二) 最高統帥權の行使に関する命令^(五)

Art. 1 : « Le président de la République, en qualité de chef suprême des forces armées de l'État, en exerce le commandement par l'intermédiaire du ministre des affaires militaires. Il promulgue les décrets se rapportant aux questions qui n'exigent pas une loi ; il renvoie.

a) En vertu d'une résolution du conseil des ministres, prise sur la proposition du ministre des affaires militaires ou du chef de l'état-major général ;

b) Sur la proposition du ministre des affaires militaires, en ce qui concerne les commandants de division ainsi que les postes équivalents ou supérieurs.

c) Il confère les grades d'officiers subalternes et supérieurs.

2. Le ministre des affaires militaires commande directement les forces armées de l'État et dirige les affaires s'y rapportant. Les nominations et révocations des emplois militaires non réservés par le président de la République relèvent de la compétence du ministre des affaires militaires ou des officiers supérieurs institués par lui à ces fins.

Le ministre des affaires militaires est responsable de toute son action dans ce domaine devant la Constitution et le

Parlement.

3. L'inspecteur général des forces armées prouvé au post de chef suprême. Il remplace en permanence le ministre des affaires militaires pour toutes les questions concernant la préparation des forces armées et la défense de l'État au cas d'un conflit armé. Il élabore et contrôle tous les travaux de mobilisation et d'opérations.

4. Sont soumis directement à l'inspecteurs des armées l'état-major général, avec son chef, ainsi que les inspecteurs de l'armée et les officiers soumis à leur ordre.

5. Les propositions concernant la nomination au titre de commandant et aux emplois supérieurs sont examinées par le ministre des affaires militaires, d'accord avec l'inspecteur général des forces armées.

6. Le ministre des affaires militaires, et l'inspecteurs général des forces armées font partie du comité de la défense de l'État, dont un acte spécial du gouvernement déterminera la composition et les attributions.^(K)^(P)

三 フインランド憲法^(六) (一九一九年七月十七日)

§. 30. « Le président a le commandement en chef des forces armées de la Finland ; en temps de guerre il peut le transférer à un autre. »

§. 34. « Les décisions du président sont prises en conseil sur rapport du ministre duquel ressortit la question.

Les décisions du président doivent, pour être valables, être signées par le président et contresignées par le ministre

qui a rapporté l'affaire. La présente disposition ne s'applique toutefois pas aux questions mentionnées aux articles 32 et 47. Si la décision du président concerne le conseil entier, elle est contresignée par le rapporteur compétent du conseil.

Le mode de rapport et le contreseing des décisions du président en ce qui concerne le commandement militaire et les nominations militaires sont réglés par des dispositions spéciales. Celui qui contresigne la décision du président est responsable de la régularité de l'acte qui contient cette décision.⁽²⁾

四 エストニア憲法⁽¹⁰⁾ (一九二〇年六月)

Art. 80 : « Dès la déclaration de mobilisation générale, ou dès l'ouverture des hostilités, le gouvernement de la République passera le commandement en chef des troupes ou généralissime nommé par lui, et dont les pouvoirs sont délimités par une loi spéciale. »

Art. 81 : « Le gouvernement de la République a le droit de rendre des ordonnances et décrets relatifs à l'armée dans les limites et dans les formes prévues par les lois. »⁽¹¹⁾

五 希臘憲法⁽¹²⁾ (一九二七年六月)

Art. 72 : « Aucun acte du président de la République n'a de force et n'est exécuté s'il n'est contresigné par le ministre compétent, que sa signature suffit à rendre responsable..... »

Art. 81 : « Le président de la République est le magistrat suprême de l'État. Il est à la tête des armées de terre et de mer, qu'il ne peut cependant jamais commander ;..... »⁽¹³⁾

六 ラトヴィア憲法⁽¹⁴⁾ (一九二二年二月)

Art. 42 : « Le président de la République est le chef des forces armées de l'État. En temps de guerre il nomme un commandant en chef. »

Art. 53 : « Le président de la République n'en court aucune responsabilité politique pour ses actes. Tous les décrets du président de la République doivent être contresignés par le président du conseil ou par le ministre compétent, lesquels deviennent ainsi responsables de ces décrets, sauf les cas prévus dans les articles 48 et 56. »⁽¹⁵⁾

註 一 Guetzevitch, p. 351 et suiv.

二 Guetzevitch, p. 355.

三 Daresté, II, p. 275 et suiv.

四 Daresté, II, p. 286.

五 Daresté, II, p. 286 note 2 參照。

六 Daresté, II, p. 286 note 2.

七 一九二六年十月二十五日の命令は大統領を議長とする國防會議を設置した。國防會議の任務とする所は、動員及軍の組織に関する計畫を審議樹立するに在り。Daresté, II, 287 note 參照。

八 Daresté, I, p. 496 et suiv.

九 Daresté, I, p. 502.

- 一〇 Daresté, I, p. 479 et s.
- 一一 Daresté, I, p. 490.
- 一二 Daresté, I, p. 621 et s.
- 一三 Daresté, I, p. 643 et 644.
- 一四 Daresté, II, p. III et s.
- 一五 Daresté, II, p. 118 et 119.

一六 (雜賢註一) Constitution du 1^{er} décembre 1928. Art. 73: «A l'exception de ce qui regarde le haut commandement, tous actes quelques du roi, pour être valides exécutoires, doivent avoir le contreseing du président du conseil des ministres et du ministre competent.» Art. 176: «Toutes les forces armées de l'Etat forment un corps et sont sous le commandement et les ordres absolus du roi.» Art. 177: «Le roi peut, en temps de guerre, confier à un officier d'un haut grade le commandement effectif des opérations. Quand le roi assume lui-même le commandement général effectif, il est directement responsable devant la nation pour tout ce qui concerne l'exécution des opérations.» Art. 179: «Le roi, en qualité de commandant général des forces armées, impartial, sans intermédiaire, les ordres au commandant de la défense nationales.» Art. 184: «Le commandant de la défense nationale et le chef de l'état-major sont les conseillers naturels du roi dans les questions militaires, qu'il décide seul. Le roi, dans des circonstances importantes, peut former aussi un conseil militaire.» (Darest, III, p. 14, 23 et s.)

第二編 獨逸及佛國に於ける統帥權

一 普國及獨逸帝國に於ける統帥權の獨立

«Savez-vous ce que J'admire le plus dans le monde? C'est l'impuissance de la force pour organiser quelque chose. Il n'ya que deux puissances dans le monde: le sabre et l'esprit. J'entends par esprit les institutions civiles et religieuses. A la longue, le sabre est toujours battu par l'esprit.»

Discours de Napoléon prononcé dans la séance du Conseil d'Etat du 4 mai 1802.

Autoine Guillois,
Napoléon,
t. II, p. 7

第四章 普國に於ける統帥權の獨立

第一節 普國に於ける統帥權獨立の一般的意義

普國に於ける兵權又は統帥權の獨立は、獨り兵權の獨立其ものゝ一般理論に對して基本的に重要な關係を有するの

第二編 獨逸及佛國に於ける統帥權 第四章 普國に於ける統帥權獨立の一般的意義 第一節 普國に於ける統帥權獨立