

否定説の態度に關聯して更に擧げらるべき第二の主觀的要素は、憲法法典に體現された立憲主義的自由主義に由來する政治的要素である。蓋し政黨の自由主義的イデオロギーの見地からすれば、憲法法典に表現され保證された立憲主義は、わが國民の與へられた自由主義的最少限度として飽く迄も擁護せらるべく、憲法は萬人に依て嚴かに遵奉せらるべきものであつて、なにかんづく歐洲の歴史に於て自由侵害の策源地帯と看做さるゝ行政權の領域に於て、之が濫用防止の最も有效なる手段と思惟せらるゝ國務大臣の輔弼及責任の、特に強調せらるべきは言ふ迄もなく、從て國務大臣の輔弼に關する憲法第五十五條の規定に反して生じた兵權の獨立、自由侵害の最も危険なる要素と思惟せらるゝ兵權の領域に於て、之を國務大臣の輔弼責任の外に置き、議會の監督、議會に依る問責の外に置かんとする統帥權獨立の組織が、強く拒否せられ否定さるべきは當然であると言はなければならぬ。否定説が慣行説の兵權獨立の客觀的、歴史的事實と、憲法第五十五條の關係に關する率直な見解あるにも拘らず、之を顧みず、前提を憲法法典に置いて單純に兵權獨立の法的存在を否定するに至たのは、獨り既に述べた様な方法上の誤つた動機からのみ來るのでは無く、一面に於ては以上の様な自由主義の政治的價值判斷にも由るものと言はなければならぬ。否定説が前に詳論した肯定説中の憲法法典説と同様に、等しく憲法法典を動かす可らざる基礎とし、出發點とするにも拘らず、兩者は其結論に於て相反し、一は憲法法典に基き兵權の獨立を法的に否定し、之が法的存在を拒否するに反し、他は同じく憲法法典に基いて之を肯定し、兵權の獨立を以て憲法法典に直接の基礎を有する憲法上の組織なりとする背反的現象も、亦同様に政治的價值觀の相違に由來するものであつて、兩者は等しく憲法法典を前提とするの立場を素朴に固執するの點に於ては、同一政治的價值を肯

定し、共に憲法法典に基本的に「擔荷」せらるゝ立憲主義的自由主義のイデオロギーを遵奉するものであるが、唯否定説は同じ立憲主義の中でも、其後期的發達の形相に於ける、政治的イデオロギーたる民主的、典型的議會主義の形式に於ける立憲主義を肯定するが故に、國務大臣、内閣を通じての議會の兵權に對する統制を不可能ならしむる兵權の獨立を、憲法上否定するに反し、肯定説は保守的な初期の立憲主義、特に典型的な立憲君主主義を肯定するが故に、兵權の獨立を肯定し、兵權の獨立を以て憲法法典自體に内在するの組織として、憲法上之を妥當するものとして説明するものに外ならない。

註 Ⅰ „In der Mathematik gehöret die Definition ad esse, in der Philosophie ad melius esse. Es ist schön, aber sehr schwer, dazu zu gelangen. Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihren Begriffen von Recht.“ Kritik der reinen Vernunft. (Karl Kehrbach) S. 560 Anm. 以上の中、法學者云々の最後の句は屢々引用さるゝ極めて著名な句であるが、カントは特に法學の幼稚なる状態を指示するがために此言をなしたものでない事は、前後の關係から見ても明瞭であつて、彼は寧ろ反對に法學の比較的に正確な状態を念頭に於て、定義の如何に困難なるかを示さんとしたものに外ならない。尙此定義の問題に就ては Kelsen, Das Problem etc., S. 13. Anm. 1. 比較對照。

Ⅱ 拙著、法律綱要、五四頁乃至一二三頁參照。

Ⅲ Ignatz Kornfeld, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, S. 22. f. u. 78; Fritz Sander, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsverfahung?, S. 20 f.; Derselbe, Staat u. Recht, Einleitung, S. 25; Derselbe, Kelsens Rechtslehre, Kampschrift wieder die normative Jurisprudenz, S. 101 f.; Staat u. Recht als Probleme der Phänomenologie u. Ontologie, Zeitschrift für öfthl. Recht IV Band, Heft 1. u. 2, S. 166 f.; 尚 Felix Somly, Juristische Grundlehre 2. Aufl., S. 105; Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts u. die clausula rebus sic stantibus, S. 128f. des. 151.

- 四 H. Kelsen, Das Problem der Souveränität u. Theorie des Völkerrechts, S. 98; Der soziologische u. der juristische Staatsbegriff, S. 94; Allg. Stl., S. 18—19; 拙譯、ケルゼン國家原理提要九頁參照。
- 五 此點に就ては一般的な法律哲學に關する代表的文獻、なかんづく比較的に近頃のものととして、ラスク、ラートブルフ、ハッテック、コンスタンフアトス、マイエル、ネルソン、パウムカルテン、ペーリング、フツサール、ソロモン、スタムラー等の外、特に Binder, Rechtsphilosophie, S. 212 f. 參照。
- 六 稻田周之助氏、法學新報、前出、八六頁。
- 七 前出(註三)參照。S. 1. 參照。
- 八 兵權獨立の法學的根據、早稻田政治經濟學雜誌第五號一二七頁。
- 九 此點はケルゼンの最も明瞭に指示する所である。曰く、„Eine Definition des Rechtes, die auf die Angabe einer spezifischen Differenz zwischen Recht und anderen ähnlichen Gegenständen hinausläuft, ist nämlich nur unter einer Voraussetzung möglich, die vom immanenten Standpunkt des Rechtssystems nicht besteht: dass das Recht zugleich weil im Vergleich mit anderen Gegenständen erkannt werden könne. Juristische Erkenntnis ober setzt das Recht als ausschliessliches, in sich geschlossenes System, als eine Welt für sich. Innerhalb dieses Systems ist die Frage: Was ist Recht? als Frage nach einer spezifischen Differenz, sinnlos, denn innerhalb dieses Systems gibt es nichts als Recht, ist alles Recht.“ Das Problem etc., S. 13—14. 尙此點に就ては Sander, Rechtsdogmatik etc., S. 31 比較參照。
- 一〇 勿論並へは極めて廣い意味に於て謂ひ、『超法的』な問題をも含めて謂ふ。
- 一一 Das Problem, S. 99 參照。尙其批判に就ては、拙論文、思考經濟の原理と規範法學の原理、社會科學第二號所載(今日に於ては、自分の見解は此論文に於て表示した所とは多少變つて居るが)の外に Sander, Rechtsdogmatik, S. 121 ff.; St. rat u. Recht, S. 115 7 f.; Wilhelm Jöckel, H. Kelsens Rechtstheoretische Methode, S. 181 ff.
- 一二 Leonidas Piliatic, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, Österreichische Zeitschrift für öf. l. Recht, III. Jahrg. 1917, S. 339 ff.

第三節 問題の本質と其方法的意義

„Wir brauchen nicht in Antinomien stecken zu bleiben, die sich zu ergeben drohen, wenn man nur das Entweder-Oder kennt. Die Philosophie als System hat sowohl dem Einen als auch dem Andern gerecht zu werden. Heterologie, nicht Antinomie muss die Lösung des theoretischen Menschen lauten.“

H. Rickert, System der Philosophie, S. 14.

„Aber Geist ist keine Denkform und Geist ist keine Seinsform, sondern er ist trotz der Abhängigkeit von beiden eine eigene Form; Geist ist Form des seienden Denkens.“

P. Tillich, Das System der Wissenschaften, S. 90.

以上第二節に於て、私は統帥權の獨立がわが國法上如何にして可能なるかの問題に關して、從來存する各種の見解を列擧論評して、其未だ直ちに満足すべからざるものなる事を指摘する所があつた。然らば問題は如何に之を解くべきか。問題に對する明確な而して比較的満足すべき解答は如何に之を與へ得べきか。之れ消極的、準備的なる學說批判に次いで生すべき此章の積極的任務であり、其本來の目的である。

第一款 法に關する二個の基本的問題

問題に對する解答を的確ならしむるがためには、先づ前提として、法に關する相互に其直接の目的を異にし方法を異にする二個の基本的問題の存在を意識し、兵權の獨立に關する問題が其雙方に屬し、從て二個の異なつた方法に依てのみ解き得べき問題なる事を明かにする事を必要とする。

第一項 法の形式問題と内容問題（法理論的認識と規範内容的認識）

然らば法に關する二個の可能なる基本的問題、從て亦、法的問題に對する二個の相異なる方法とは何を謂ふか。其一是法の形式に關する問題竝に是に應ずる方法であり、其二是法の内容に關する問題竝に是に基く方法である。茲に法の形式問題と謂ふのは、法の本質竝に是に基いて必然的に生ずる各種の基本概念に關する問題を指し、法の内容に關する問題とは、斯の如き概念を基礎として、法が有し得べき各種の可變的な内容に關する問題を意味する。前者は法に於ける必然的、不變的、持續的な要素に關する問題であり、之に反して後者は法に於ける可變的、歴史的、偶然なる要素に關する問題である。

唯、形式竝に内容なる語は種々なる意義に使用せらるゝ用語であつて、茲に謂ふ形式竝に内容の何なるかを明確ならしめ、誤解を避くるがためには尙次の二點に注意を要する。其一是意義の消極的限界であり、他の一は其積極的限界である。第一に消極的な側から言へば、茲に形式と謂ひ内容と謂ても、夫は認識論的意義に於ける形式及内容を意味するものでは無く、從て之を積極的に言へば、専ら方法論的意義に於ける形式竝に内容を謂ふものなる事に注意を要する。

蓋し認識論的意義に於ける形式竝に内容は、對象其ものゝ形式及内容であり、從て其形式は形式其ものであり其内容は内容其ものなるに反し、茲に謂ふ形式及内容は共に認識論的には既に對象たり、形式と内容の綜合的所産であり其要素ではないからである。之れ蓋し吾人の前科學竝に科學的領域に於ける認識判斷は、認識論的意義に於ける對象を前提とするものであつて、是を其直接の對象とするものでは無く、從て個々の科學に於ける判斷の形式竝に内容は、普遍的絶對的ではなく、勢ひ特殊化されざるを得ざるに由るものである。されば私が後に形式竝に内容の機能と言つても、固より超越論的意義に於て謂ふものではなく、主として形式論的意義に於て謂ふものなる事に注意すべく、兩者は之を混同せざらん事を必要とする。

斯の如く吾人の謂ふ形式及内容は、認識論的意義に於ける夫では無くして、専ら個々の科學的領域に於ける判斷の形式的內容竝に實質的内容に該當し、少くとも其一部に屬し、専ら方法論的意義に於て謂ふものに外ならないが、此範圍内に於ても、吾人の意味する所を明確ならしむるが爲には、更に第二の積極的制限を必要とする。蓋し形式と内容の概念は全部と一部、ア、プリアオリとア、ポステリオリ、論理上の前提と論理上の結果、實在認識の領域に於ける原因と結果、一般と特殊、抽象的なるものと具體的なるもの等の概念の場合に於けるが如くに、比較的、相對的な概念であつて、一の見地から觀て形式と思惟せらるゝものも、他の見地からすれば單に内容として現るゝ事あり得べく、觀察の見地の異なるに伴れて變化するを免れないからである。然し乍ら茲に謂ふ形式竝に内容の何なるかは前提上自ら明かであつて、是を一言にして言へば、法の形式とは法の自同的思惟竝に是に基く必然の概念を指し、而して法の内容とは斯の如き自

同的な要素に依て條件付けられ、是を前提とするに依て可能ならしめられ、意義を有し得べき対象を謂ふものである。法の形式竝に内容を以上述べた様な意義に限定して言へば、法の形式に關する諸問題は、之を既存の學問分化の事實に照應して示すならば、法律哲學の領域に屬し、法の内容に關する諸問題は専ら固有の法律學從て其個々の部門に屬し、固有の法律學は即ち法形式の具體的な適用領域としての個々の法律秩序の内容に關する、比較的一般的及個別的問題、竝に此等諸問題に對する解答の組織である。故に此意義に於ける法學は亦、個々多數の法規範を其分子とし、最高機關の權限法を其頂點として、階段的な、上下從屬の授權的關係に依て構成せらるゝ動態的なピラミッド式法組織を客體とし、其規範的内容を組織的に説明するを以て目的とする學であると謂ひ得るであらう。以上は法形式及法内容を直接固有の客體とする學のみを擧げたものであつて、他の見地から間接に之を客體とするものをも入れて言へば、其範圍は尙他の多くの領域にも及ぶべき事は勿論であるが、唯、之れ本論の目的には直接の關係を有たない問題であるから、茲に之を論ずる必要を見ない。

註一 此點に就ては F. Somló, Juristische Grundlehre, S. 2 ff.; R. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 6 ff., 並に是に對する S. Marcl (Sustanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, S. 67 ff.) J. Binder (Rechtsbegriff und Rechtsidee; Philosophie des Rechts, S. 123 ff., 254 ff.) 等の批判参照。尙 R. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, S. 7, 10 ff.

註二 認識論的意義に於ける形式と内容竝に方法論的形式に就ては Rickert, Der Gegenstand der Erkenntnis, S. 124 ff. 352 ff.; Pfänder, Logik, Jahrbuch für Philosophie u. phänomenologische Forschung, IV. (論理學の本質を論ずるの箇所参照。)

註三 其一例として Somló, S. 2 ff. に擧ぐる所を参照。

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

兵權の獨立が如何にして可能なるかの問題に對する解答を的確ならしむるためには、以上述べた意義に於ける法の形式及内容は明瞭に區別すべく、兩者は之を混同せざらん事を必要とする。而して兩者を區別すべき理由は専ら二の點に求め得られる。其一は法對象に於て形式及内容の有する理論的機能の相違であり、其二は此機能の相違に基く法形式及法内容認識の方法上の相違である。

第一に法形式及法内容は、其理論的機能に於て互に異なる。勿論形式と内容とは獨り相對的、比較的概念であるのみならず、亦、同時に相關的、對應的概念であり、不可分の概念であつて、一は他を離れて思惟するを得ないが、而も兩者は對象構成の機能に於て異なり、形式は其機能に於て能動的、構成的、積極的たるに反し、内容は受動的、被構成的、消極的であり、從て形式は夫自身に於て法的に無關係であり、法的に不合理なる所與の素材に統一と確定性を與へ、以て之を法的内容として認識するを可能ならしむる條件、内容認識の缺く可らざる前提條件であり、法認識の固有なる法則性であり、法的性質の起原とも謂ひ得べきものなるからである。

斯の如く法形式は法内容を可能ならしむる條件であり、或る對象を法的内容として思惟し認識するを可能ならしむる條件であるから、凡て法内容の認識は、唯、法形式の制限を越えず、法の本質條件に反せざる限度に於てのみ可能であ

つて、法の形式的條件に相反しては最早法の認識たり得ざるべき事は、之より生ずる必然の理論的結果である。故に例へば國家は主權を有するが故に「無制限」であり「絶對」であると言っても、國家が法的認識の客體たる限度に於ては、唯、法の本質に反せざる範圍内に於てのみ可能であつて、從て國家は法的に如何に「萬能」であり「最高」なりとは言へ、法の妥當性、法の拘束性を否定し、法に非ざるものを法とし、法たるものを法たらずとするを得ない。何となれば國家の「能力」——勿論、法的能力を謂ふ——は法形式に依て可能ならしめられたる能力であり、法の内容であつて、從て法形式は能力の前提であり、其左右し得べき範圍の外に在るからである。故に今、法の形式に關する認識を法の理論的認識と謂ひ、法の内容に關する認識を狹義に於ける法の規範的認識と謂ひ得べしとすれば、後者は前者の法則性の範圍内に於てのみ可能なる事に注意を要する。之れ敢て多言する迄もない當然の事理であるが、而も法内容の學的領域に於て屢々無視せられ忘却せらるゝ所であつて、此點は兵權獨立の認識に於ても重要な意義を有する事は後に述ぶべきが如くである。

第二に形式と内容とは其方法に於ても互に異なり、法形式及法内容の認識は其方法に於ても亦同一なるを得ない。蓋し法形式と法内容とは以上述べた様な機能的關係を有するの結果として、法内容の認識は法概念に依て可能ならしめられた範圍を逸脱するを得ず。從て法規範の組織的説明は疑はしき場合に於ては其前提の正否を検討すべく、規範内容の認識者は特定の法律秩序又は其一部としての特定の規範の説明に當て、其前提として豫定する所が果して法形式の内容たり、法概念の正しき適用領域たり得るか否かを自ら確定するを必要とする。換言すれば、法學者は屢々同時に法律哲學者たり、部分的、二次的なるものから全部的、本質的のものに向ひ、内容の認識から一步を進め、形式の確定に移ら

ざるを得ない。が而も何が法なるかの法概念確定の問題は、法の限界的問題であり、法の自同的思惟の問題であつて、複元的思惟の性質上、一のもの——法——と、他のもの——他の對象——とを比較し、法の種及種差を求むるに依てのみ解答せられ得べく、法をより大なる世界の一部とし、より包括的なる對象の部分とする見地、從て——法を基礎として言へば——超組織的、前體系的、廣き意義に於ける超法的な見地からのみ解答の可能なる問題であり、法を全部とし唯一の世界とする内容的な領域に於ける方法を以ては、全く不可能ならざるを得ないからである。

註一 哲學の對象としての全部の概念に就ては Rickert, System der Philosophie, S. 14 ff. の論述と Wundt, Einleitung in die Philosophie, S. 1 ff. の論述比較参照。

第二款 問題に對する既存學說の方法的態度

兵權獨立の問題は、本來夫自身に於ては我國法の特定の内容に關する問題であるが、唯、兵權「獨立」の特殊なる事態は、内容の前提に關する先決問題の解答を必要ならしむるものであり、從て問題は同時に亦、形式に關するものなりとするの思想は既存の學說に於ては、常に必ずしも明確に意識さるゝ事なく、此點に就ては從來、基本的に相反する見解の存在せる事に注意されなければならぬ。其一は法の内容的、狹義の規範的見地から問題を解き得べきものとするの見解であり、其二は唯、形式的、前提的問題の見地からのみ解き得べきものとするの見解である。今、便宜上、前者を其方法上の態度から觀て内容的見解と謂ふならば、後者は之を形式的見解と稱し得るであらう。兵權の獨立を以て憲法

法典に内在するものと看做し、以て之を法的に肯定せんとする憲法典説、竝に兵權の獨立を以て違憲なりとし、以て其わが國法に於ける妥當性を否定せんとする否定説は前者に屬し、慣習法説は後者に屬する。

- 註
- 一 本書五〇四頁以下参照。
 - 二 本書五六二頁以下参照。
 - 三 本書五四八頁以下参照。

第一項 内容的見解

以上兩説の中、兵權の獨立を以て法の内容的見地からのみ解き得べきものとする見解の維持し能はざる事は、既に詳論した所に依りて明確である。今、問題に對する積極的解答の前提上、批判の結論として簡單に之を要約すれば次の如く言ひ得よう。先づ憲法典説から出發して言へば、問題の見解は兵權の獨立を憲法典に據つて説明し、憲法典自身の規定に基いて統帥權の獨立が國務大臣の輔弼より獨立するものなる事を肯定せんとするものである。然し乍ら兵權の獨立を以て憲法典に内在するものとする憲法典説の維持し得ない事は、既に指摘した様に、問題の見解の自ら最も雄辯に證明する所であつて、憲法典を基礎とし、而して苟も妥當なる憲法解釋の手段に依る以上は、兵權の獨立は憲法典の規定と相容れず、從て問題の現象は違法なるものとして、當然に其法的妥當性を否定されざるを得ない。

故に憲法典説の前提とするが如くに、憲法典の「歪み」なき效力を認むる以上は、前節に於て擧げた否定説、詳言すれば問題の現象を以て憲法第五十五條の規定に違反するものとして、其積極的、法的存在を拒否するの見解は、疑もなく正しい見解であり態度であると言はなければならない。然し乍ら否定説は單に問題に對する暫定的な解答としてのみ理論的意義を有するに止まり、之を以て課せられたる問題其ものを解き得たるものと思ふのは誤りであつて、内容法學的判斷能力の限界を忘れ、内容法學的唯我論の誤りに陥り、法内容を絶對化し、本末を顛倒するものであり、不可能なるものを可能ならしめんとする徒勞なる試みたるを免れない。何となれば否定説は既に指摘した様に、憲法典の規定なかんづく其第五十五條の規定の「歪み」なき妥當性を前提とするものであるが、問題の規定の内容と統帥權「獨立」の現象の間に於ける背反的關係の繼續的存在は、以て前提の妥當性を疑はしむるものであつて、從て問題の重心は最早法の内容的領域に在るのではなく、専ら其形式的領域に存するものなる事を示すものと言ふべきからである。

第二項 形式的見解

此點に於て、慣習法説竝に後に述ぶべき他の形式に於ける不文法説は、其基礎思想に於て、夫自身正しい見解であると言はなければならぬ。何となれば此等の見解は、勿論常に必ずしも明瞭な方法的意識を伴つて居るものとは言へないが、法其もの、概念を基礎として成文法に獨立なる法の可能なる事を認め、是に基いて兵權獨立の法的可能性を肯定せんとするものであつて、凡て内容の問題に關する正しき解答は、其前提とし先決問題とする形式に關する、正しき認識に依てのみ可能なりとする見地に立つものと言ひ得べきからである。勿論、茲に此等の見解を以て正しいと言ふのは、既に言及した様に、其基礎思想に關して言ふものであつて、其具體的實現に就ては、更に論究を要するものある事は、

尙後に述ぶべきが如くである。

第四節 「獨立」の基礎

問題の本質竝に問題解答の方法に關する説明は、之を以上の範圍に止め、以下私は以上の如き方法見解を基礎として更に積極的に問頭の解答に移らんと欲する。

第一款 「獨立」の理論的形式的基础

問題に答ふるがためには先づ前提として何が法なるかの、法の本質に關する問題を明かならしむる事を必要とする。勿論、法の本質を各方面から詳しく論究する事は、茲に私の目的とする所でなく、亦、其必要をも見ないが、今問題の解答上必要と思惟せらるゝ範圍内に於て述ぶるならば、次の如く言ひ得るであらう。

註一 法の對象性に關する詳論は拙著、法律綱要の第一編一一一八〇頁参照。

第一項 法の價值的、規範的性質

法の形式問題に關聯して第一に注意せらるべきは法の價值的、規範的性質である。法が夫自身に於て精神的、文化的現象の一部であり、從て單なる自然的、實在的な對象でないと共に、一方に於て法は同じ文化的、精神的現象の中に在

ても、特に規範的意義を有する對象なる事は、廣く承認せらるゝ傳統的な思想である。勿論、一派の學者は、實證法の規範的、價值的性質を否定し、法を存在的對象、特に實在的對象の領域に屬するものと思惟するが、斯の如き見解は價値竝に之に基く規範を以て超越的、絶對的な妥當性を有するものゝみに限り、妥當性の階段的構成を知らざる自然法學的形而上學的合理主義の謬^(四)想か、然らずんば表象と表象の内容、作用と志向の對象^(五)と少くとも後者の一部としての實在的對象^(六)とを混同する心理主義的思想の一の現れであつて、法の領域に於ける實在説は、其論理的結果に於ては、法を自然化し旨目化するに過ぎないものと言ふべく、斯の如き思想は、畢竟するに何が實在なるかを明かにせざるの罪に座するものと言はなければならぬ。

註一 此點に就て詳しくは前出、拙著、七頁以下、七三頁以下、一二四頁以下、一三〇頁以下等参照。

二 前出、拙著、八三頁以下参照。

三 前出、拙著、五四頁以下参照。其代表的典型的なるものとしては Fritz Sander, Kelsens Rechtslehre, S. 101 ff.; Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsfernhung? S. 1 ff. 特^(七)に S. 85 ff.; Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens, in Zeitschrift für öffentl. R., I, 5 u. 6 Hef., S. 468 ff.; Kornfeld, Allgemeine Rechtslehre u. Jurisprudenz S. 67 ff.

四 前出、拙著八六頁以下特に九九頁以下参照。

五 心理主義の批判に就ては E. Husserl, Logische Untersuchungen I, S. 50 ff.

六 實在の概念に就ては Rickert, System, S. 104 ff. 拙著前出三頁以下。

第二項 法的妥當性の本質

第三篇

我が國法に於ける統帥權の獨立 第十章 統帥權獨立の法學的基礎

されば法を以て規範であるとする事は、夫自身に於て正しい見解であり、思想であるが、唯、實證法の本質を正しく把握し認識するがためには、其妥當性の相對的性質を明確にする事を必要とする。蓋し吾々は、唯、實證法の相對的性質を明確に意識する事に依てのみ、一方に於ては自然法的獨斷の誤りを避け得ると共に、他の一方に於ては亦、法認識に於ける實在の方法的地位を正しく把握し得べく、兵權「獨立」の問題の正しい解答に到達し得べきからである。

存在性が「存在するもの」の認識標準、否、其法則性なるが如くに、妥當性は「妥當するもの」即ち「價值」の認識標準であり、否、其法則性である。されば存在性が其構成に於て單階的でなく階段的であり、客觀的存在の階段と主觀的存在の階段の二より成るが如くに、存在性に相對する對象の法則性である妥當性も亦、客觀的妥當性と主觀的妥當性の階段の二に分つて觀察する事を必要とする。其區別は専ら客觀對主觀の範疇的、超歴史的概念を基礎とするものである事は特に言ふ迄もなく、從て客觀的妥當性と主觀に獨立し、主觀が之を欲すると否とに拘らず、普遍的、無條件的に妥當するの性質を謂ふものであり、之に反して主觀的妥當性とは、主觀が特定の内容を欲し之を認むるの條件の下に於てのみ妥當するの性質を謂ふものである。故に第一の場合に於ては妥當性は主觀の作用と離れて思惟し得べく、主觀に超越するに反し、第二の場合に於ては妥當性は超越的ではなく、唯、主觀の作用と關聯してのみ思惟し得べく認識せられ得べきである。

ロ 客觀的妥當性

今、例を理論的領域に取つて言へば、 $\text{H} \times \text{H} = \text{H}^2$ なる數學上の命題であつて眞なるものとするれば、斯の如き命題は、假令、地球上の人類が、何人も事實上之を肯定する者なき場合に於ても、尙夫自身眞なるものとして妥當すべく、其妥當性は客觀的であり、主觀の作用とは獨立して之を思惟すべきものである。勿論、眞なる命題は事實上、何人も之を肯定する傾向がある事は之を否定し得ないが、然し乍ら客觀性の問題は、之を比喩的に言へば、いはゆる「事實の問題」ではなく、「法の問題」であつて、事實の一般性は以て認識の客觀性をトするに足らざる事は言ふ迄もない。

以上に於て私は、例を専ら理論的對象の領域に取つて論じたが、之れ單に説明の便宜に出づるものであつて、是がために客觀的妥當性は専ら理論的領域にのみ限らるゝものであり、非理論的對象の領域に於ては認め能はざるものと誤解せざらんことを必要とする。勿論、非理論的對象は其性質上、之を理論的に證明し基礎づけ得ない事は言ふ迄もなく、亦、斯くする事は夫自身誤りであつて、從て非理論的對象は唯、理論的に了解すべきものであるが、斯の如き見地からすれば、吾々は非理論的領域に於ても亦、容易に客觀的に妥當するものを了解し得べく、客觀的妥當性を認め得べきである。此點は理論的客觀的價値の實現を目的とする認識が、客觀的普遍的に妥當する非理論的價値を前提とするものなる事に依て之を知り得る。蓋し何人も正しき判斷の存在、其眞なる事の證明せられたる判斷の存在、其眞なる事の證明せられたる判斷の組織としての學、從て眞理の「實現體」又は理論的「財」の存在を疑はないが、而も他の一方に於て斯の如き理論的「財」又は理論的對象の「實現體」は、吾々が認識せんとする場合に於て、吾々が意識する眞理の妥當性を無條件的に承認する場合、詳言すれば眞理を眞理として肯定し、「認識の對象」をば其固有なる法則性に從てのみ承

「対象」に固有なる法則性以外の他の如何なるものに依ても左右さるゝ事なき場合に於てのみ可能であつて、從て眞理に對する「忠實の義務」は、此點に於て凡ての認識主觀にとつて、無條件的、客觀的に妥當する義務ならざるを得ないからである。換言すれば、義務を承認する意思是、理論上、眞理の實現に先だつたものであつて、眞理の探究は理論的領域に於て義務を遂行せんとする努力を前提とし、從て此點に於て認識判斷も夫自身に於て義務に基き、義務に違ふ行爲の一種と言ひ得べく、義務を認め義務を目的とする意思を以て客觀的、絶對的に價値あるものとして評價すべき事は、理論を目的とし眞理を探究する人々にとつても必然的であると言はざるを得ないからである。

ハ 主觀的妥當性

客觀的妥當性は、斯の如く獨り理論的領域に於てのみならず、亦、非理論的領域に於ても認められべきものであるが、其何れの領域に於けるとを問はず、妥當性の基準であり尺度たるものであつて、凡て妥當するものゝ究極の目的たるものである。されば主觀的妥當性は唯、此客觀的妥當性を前提とし、客觀的妥當性の基準に依てのみ其意義を有し得べきものであつて、此點に於て主觀的妥當性は客觀的妥當性の階段に對する向上の道程にある妥當性であり、主觀的に妥當するものは凡て何等かの範圍に於て客觀的に妥當するものを目的と目標とするものと言ひ得べきであらう。固より主觀的妥當性の階段も、必ずしも單階的ではなく、妥當性の範圍から言へば、更に一般的に妥當する階程と、單に個別的にのみ妥當するに止まる階程との區別を認め得る。衣食住、性生活の價値の如きは前者の型に屬し、實證法の如きも亦、然り。之に反して特定の一個人のみに限られたる趣味の如きは、恐らく後者の型に屬するものとして擧げ得るであ

らう。されば其範圍から言へば後者は妥當性の最低階段に屬し、前者は後者に比して一步を客觀的な側へ進めたものと言はれ得べきであるが、凡て此種の妥當性は、假令、其範圍に於て事實上全人類に及び、全人類に依て對象が妥當するものとして肯定せらるゝにせよ、其實から言へば、客觀的な妥當性とは基本的な「距り」を有するものと言はなければならぬ。「距り」は言ふ迄もなく妥當性が主觀的であつて、唯、主觀が評價する限度に於てのみ妥當し、從て主觀的作用に關聯してのみ、思惟せられ認められべきものなる事₍₁₎に在る。されば主觀的評價作用に獨立し、個々の主觀に「超越」して妥當する客觀的妥當性に比較して、主觀的妥當性が事實的なものとして思惟せられ、夫自身に於て非存在的なる「あるもの」としての妥當性が存在性と混同せられ、評價の對象たる妥當するものゝ固有性が、實在的、存在的な評價の作用の認識に没入せられ埋没せらるゝのは、部分的には主觀的妥當性の領域に於ける價値と、實在の相關的、相對的關係に由來するものと言はなければならぬ。

勿論、主觀的妥當性の場合に於ても、妥當するものと存在するもの、妥當性と存在性とは、概念上區別せられ得べく、區別すべきものであるが、兎も角も此種の階段に於ては妥當性は存在性と謂はゞ交互的、「組織的」關係にあるものなる事は注目せらるべく、此點は以て主觀的妥當性が客觀的妥當性と區別せらるべき基本的特質であり、少くとも特質認識の基本的標準と言はなければならぬ。されば之を極限的な見地からすれば、主觀的に妥當するものゝ領域は、形式的に言へば、純粹な價値從て純粹な妥當性と純粹なる存在、從て純粹なる存在性の關係と言ひ得べく、此點に於て主觀的妥當性の經驗的限界なる個々の主觀或は評價の作用は、純粹なる價値との關係に於て相對化されたる存在であり、評價の

作用に依て限界されたる妥當性は、純粹なる存在に依て相對化されたる價值であり、故に純粹なる價值、故に妥當性と純粹なる存在、從て存在性とは此領域に於ける對象認識の前提であるとも言ひ得るであらう。

二 法的妥當性の主觀的並に非理論的性質

實證法が、以上述べた二種の妥當するものゝ中に於て、主觀的に妥當するものゝ領域に屬し、其妥當性は専ら主觀的な階段の領域に屬するものである事は、既に言及した如くであつて、此點は現代に於て法を價值的なるものと思惟する學者の間に於ては異論の無い所と言ひ得る。蓋し實證法は普遍的に言へば夫自身に於て歴史的、文化的對象であり、可變的な對象であつて、其妥當性は經驗的に限られ、個々の主觀的評價作用に依て肯定せられ或は否定せらるゝを免れないのであつて、法の妥當性即ち其「ある事」は評價の作用に關聯してのみ認識し得べく、之を離れては認むるを得ないからである。勿論、法學に於て謂ふ法の效力は、茲に謂ふ法の妥當性とは必ずしも同一では無い。蓋しいはゆる法の效力は、以上述べた意義に於ける妥當性の内容化され特殊化されたものであつて、從て茲に謂ふ法の妥當性に比較して、より多くの屬性を有するものなるからである。然し乍ら内容化され特殊化されたものなるが故に、亦、形式を前提とし茲に謂ふ妥當性を前提とするものであつて、法效力の有し得べき各種の内容的、特殊的性質は、唯、妥當性の基本的性質に反する事なく、之と兩立し得べき範圍内に於てのみ可能であり意義を有するものと言はなければならぬ。此點は既に形式と内容の關係に關して述べた所からして明瞭であらう。

既に法の妥當性であつて、以上述べた様に主觀的であつて客觀的に非ずとすれば、ウィーン法學派の學者の如くに、「法論理的意義に於ける憲法」又は「基本的規範」の概念を設けて、以て法の妥當性を客觀的ならしめんとする事の徒勞なる事は明かである。何となれば、法は非理論的領域に屬する對象であつて、從て斯の如き非理論的對象を客體とする法の認識に於ては、論理は理論的領域に於けるが如き意義に於て構成的性質を有するものではなく、認識は寧ろ反省的、分析的性質、非理論的對象を理論的に了解するの性質を有するに止まり、從て假説は法の妥當性を左右し得べきものでは無いからである。純粹規範説の様に實證法は夫自身に於て規範として客觀的妥當性を有するを得ないが故に、此目的を達するが爲めに一の假説を認むべく、此假説に對する關係に於て、法は相關的に而も客觀的に妥當するものとして認識し得べきものとするは、法と論理とを轉換し、非理論的妥當性に強ゆるに理論的妥當性を以てせんとするものであつて、合理主義の非難を免れない。

ホ 法的妥當性の認識標準

以上論ずる所に依て觀れば、或る命題が法的命題として思惟せられ得べきがためには、少くとも二の要素を必要とするものと言はなければならない。其一は當爲の規範的要求であり、其二は此要求が其内容に從て事實上行はるゝ事である。第一の要素は法的妥當性の素材であると謂ひ得るならば、第二の要素は其積極的肯定的な形式であり、積極的肯定的な評價作用の客觀的認識標準であつて、法的妥當性其ものは此二要素の綜合的所産に外ならない。

以上擧げた二の要素の中、第一の點に於ては學者の間に見解の相違のある事は既に言及した如くであるが、第二の點に於ては學説上殆ど争の無い所であると言ひ得よう。何となれば法が或る範圍に於て事實上行はれ、其内容が事實上、

人の行爲に於て實現せらるゝ事を條件とするものなる事は、典型的な實在に於ては勿論、典型的な規範説としての純粹規範説の場合に於ても明かに承認せらるゝ所であつて、唯、前者の場合に在ては、問題の條件は法の本質^{コンディショナル・クォリフィカツト}、條件とせらるゝに反し、後者の場合に於ては單に事實上の條件^{コンディショナル・クォリフィカツト}とせらるゝの相違あるに止まるからである。

されば此意義に於ては、社會的實在に對する關係の考察は、法認識の方法上の争の外に在るものと言ひ得べく、「規範説」對「經驗説」たると、又は「法論理主義」對「反法論理主義」なるとを問はず、凡て其争の彼岸に在るものと言ひ得る。之れ蓋し法が精神の一領域たる事より生ずる當然の結果に外ならない。何となれば、精神は「テイルリツヒの言を籍りて言へば」「思惟の存在に於ける自己規定」であつて、單なる「思惟」にもあらず、亦、單なる「存在」にもあらず、是が本質の把握は唯、兩構成要素の超論理的考察に依てのみ可能であつて、從て其一意義領域としての法の場合に於ても、價值と實在の特異なる關係として、是が把握は關係の兩端に對する考察、從て一方に於ては客觀的な價値の妥當性と、而して他の一方に於ては實在に對する考察を外にしては不可能ならざるを得ないからである。

註一 Rickert, System, S. 132 ff. 拙著、前出、四七頁以下参照。

註二 „Das ist dass grosse Wunder und zugleich die stillliche Bedeutung der Wissenschaftlichen Erkenntnis, dass sie keine andern Motive des Fürwahrhaltens haben und anerkennen soll als die Gründe, die im Gegenstande des Vorstellens und in der Gesetzmässigkeit des Denkens selbst enthalten sind.“ Windelband, Einleitung in die Philosophie, S. 202.

三 拙著、前出、一三四頁以下参照。

四 拙著、前出、一六六頁以下比較参照。

五 「法論理的意義に於ける憲法」概念の批判に就ては、拙著、前出、一三七頁以下。拙文「規範法學の原理と思考經濟の原則」社會科學第二號所載。フアイヒンガーの擬制哲學を基礎として批判したるもの。他に Heller, Souveränität, S. 55, 132 ff.; Wolff, Grundlehre des Sollens, S. 142, 193; Schmitt, Verfassungslehre, S. 69; H. Triepel, Les rapports entre le droit interne et le droit international, Ruueil des cours de l'Académie de droit international, 1923, p. 87; Husserl, Rechtskraft u. Rechtsgeltung, S. 39 ff.; W. Jöckel, H. Kelsens rechtstheoretische Methode, S. 121; Sander, Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsanwendung? S. 106 ff.; Walz, Die Ursprungsnorm im System des Staats- und Völkerrechts, Archiv. d. öfthl Rechts, Neue Folge 19, S. 1 ff.; M. Stockhammer, Zur Souveränitätstheorie, Revue internationale de la Théorie de Droit, IV, S. 229 ff. 特に S. 245 ff. 其他ヒ・カッフマン、シェイナンド、スピーゲル等の書の外に第三款第五項註(三)の著書参照。

六 Tillich, System der Wissenschaften S. 17.

第二款 法的妥當性の認識標準より觀たる憲法第五十五條の意義

然らば以上述べた妥當性の認識標準より觀て、憲法第五十五條の規定は、兵權獨立に對する關係に於て如何に思惟せらるべきか。「國務各大臣は天皇を輔弼し其責に任ず。凡て法律勅令其他國務に關する詔勅は國務大臣の副署を要す」と曰へる問題の箇條の規定は、統帥權の「獨立」なる現象に對する關係に於て、尙、法的規律として思惟せられ得べきか。此點に就ては、私は消極的に解答するを以て妥當なりと思惟するものであつて、從て憲法第五十五條の規定を以て統帥權行使の方法に關する法規と看做し、天皇の統帥命令創定の方法に關する法規と思惟し、之を法的判斷の基準として、問題の規定の内容に反する統帥權の「獨立」、從て「獨立」なる創定の形式に依て發布せらるゝ統帥命令を違法であ

り、積極的法的性質を排除するものと判断するの、法學上無意義なるを信ずるものである。何となれば、統帥權の「獨立」は、一假令、其範圍如何に就ては實際上明瞭ならざるにせよ—夫自體に於て既に否定すべからざる客觀的な存在であり、形式的に其憲法法典に對する關係に於ては、憲法實施の當初から其根幹に於て一貫され來つた現象であつて、憲法第五十五條は、兵權の「獨立」に對する關係に於ては、憲法の實施以來會て適用せらるゝ事なかりし規定と看做さざるを得ないからである。換言すれば問題の規定は、之を規範認識の見地からすれば、統帥權の行使の方法に關する限度に於ては、規範内容と實在内容の背反關係が規範の概念と理論上兩立し得べき最大限度を越えた規定であり、更に之を實在說の見地からすれば、同じく問題の規定の表示する命題は、其志向する客體の因果關係の常則として、兵權「獨立」の現象に對する關係に於ては、既に其妥當性を實證する能はざるに至れる命題であり、眞ならざる命題なるからである。されば此意義に於ては、*„...leges tacite consensu omnium per demerendum abrogantur“* ⁽¹¹⁾と曰ひ、*„...connetur, abrogare potest etiam legem expresse prohibentem contrarium consuetudinem“* ⁽¹²⁾と言ふは、法の前提的領域に於ける判断としては當然であつて、法の固有性を規範の領域に求むると、又は事實の領域に求むるとを問はず、肯定せざるべからざる前提と言はなければならぬ。

註 1 „Alles positive Recht besteht aus Regeln, die in einem gesellschaftlichen Leben tatsächlich gelten.“ „Wird dieser Zusammenhang (Gleichmässigkeit) von Sukzessionen und Koexistenzen generell vorgestellter Erscheinungen) als ein schlechthin gewisser—vorgestellt, so heisst das Erkenntnisurteil „Naturgesetz“; wird er als ein bloss wahrscheinlicher, Ausnahmen zulassender, vorgestellt, so heisst das Erkenntnisurteil, „Regel.“ Kornfeld, S. 66

II Digest, I. 3. 32. 1

III H. Noldin, Summa Theologiae Moralis, I, P. 202; Somló, S. 338 以下引用。

第三款 「獨立」の法理的基礎

斯の如くに私は、統帥權「獨立」の關する限度に於ては、憲法第五十五條の規定は法的認識の基礎たり得べき性質を既に有せざる規定であると思惟するものであるが、然し乍ら以上の意義に於ける問題の規定の非拘束的性質は、未だ以て直ちに統帥權の「獨立」たる事態其ものゝ法的妥當性を立證するに足りない事は言ふ迄もない。何となれば妥當性の普遍的否定は尙、存在の否定と同様に、補充なき限り單に無であつて何等の意義に於ても有たり得ず、積極的效果を有し得べきものではないからである。されば、統帥權の「獨立」が法的に妥當し得べく、國家的法的意思の内容たり得べきがためには、夫自身或る根據を必要とし理由を必要とする。問題は専ら既に擧げた認識標準を基礎として解答せらるべきものであつて、此點からすれば比較的簡單であるが、其前に一應此點に關する二三の他の解答の試みを考察評價する所があらう。

第一項 内容的權原說

評價の對象たり得べきものは、既に述べた慣習法說の外に尙、二の異なる見解を擧げ得る。其一是内容的權原說とも

稱し得べきものであり、他の一は不文法權原説である。後者は形式的な見地から問題に答へんとするものであつて、此點に於て慣習法説と其基礎思想を等しくするものなるに反して、前者は専ら内容的見地から「獨立」を肯定し説明せんとするものである事に於て其特質を有する。内容的見地の妥當ならざる事は既に述べた如くであるが、茲に擧げた内容的權原説は憲法法典説と異なり、憲法第五十五條の規定に就ては形式的な見地を採り、内容的な見解は専ら之を「獨立」其ものゝみに限らんとするものであつて、從て内容説と謂つても全面的ではなく、部分的なる點に於て既に論述した憲法法典説とは區別せらるべきものである。其要旨は次の如く言ふを得よう。

凡て權能を有するものは法規が特に制限する所なき以上は、自ら妥當なりと信ずる方法に從て之を行ひ得べきものと言はなければならぬ。何となれば實證法は自然法とは異なり、其理念に於て實質的、靜態的な法ではなく、形式的、動態的、授權的な規律であつて、而して權能は其行使に於て意義を有し目的を有するが故に、法規が特に行使の方法を制限せざる以上は、權能の授與は當然に之が行使方法を自ら決定すべき補助的權限の授權を伴ふものと看做さざるを得ないからである。我國の憲法上、統帥權は第十一條明文の規定に基き、専ら天皇に屬し天皇の有し給ふ所である。故に既に憲法第五十五條の規定であつて統帥權に關する限度に於ては、理論上、其本來の意義を失ひ最早妥當するものに非ずとすれば、天皇は最早何等統帥權行使の方法に關して、憲法上の制限を有し給はざるものなるが故に、統帥の最高權能者として、天皇は御親ら權能行使の方法を定め給ひ得べく、統帥權の「獨立」は、憲法第五十五條の部分的變質と同時に其權原を第十一條の大權に於て取得し、統帥大權に據て法化されたるものと看做し得べきものである。

此見解は一見妥當なるが如くして、實は一貫し得ない見解なるを免れない。蓋し權能の授與は法規が特に制限せざる限り、權能行使の方法に關する決定權の授與を伴ふものなりとする此説の見解は、夫自身に於て法の内容的な見解であり、從て前提上、唯、内容的な場合にのみ適用され得べく妥當し得べきものであるが、内容的な見地からすれば、憲法は其第五十五條に於て、一般的形式に於て權能行使の方法を明示的に規定するものであつて、天皇の大權從て亦、統帥權の場合には、問題の解釋は全く適用の餘地なきからである。勿論此説は憲法第五十五條の規定が兵權獨立の事實に對する關係に於ては、既に其意義を有せざるものなる事を前提とするものであるが、元來、憲法第五十五條と兵權の獨立とは、問題の性質上不可分の關係を有するものであつて、從て憲法第五十五條に對する形式的見解の適用は、同時に一方に於て「獨立」其ものに對する形式的見解を豫定するものといふべく、此説の様子一方に對しては形式的見解を適用し、他の一方に對しては之に反して内容的見解を適用せんとするは、問題を破壊し問題の統一的觀察を放棄するものであつて、此説が矛盾に陥れるのは蓋し自然であると言はなければならぬ。

第二項 不文法權原説

其二は専ら形式的見地から「獨立」を肯定せんとするものであつて、此説は慣習法説と共に一括して之を不文法説と謂ひ得べきものであるが、慣習法説と強ひて區別せんとすれば、不文法權原説とも稱し得るであらう。

此説は統帥權の「獨立」を統帥權自體の「無條件的」、又は「絶對的」性質に求め、統帥權は其性質に於て無條件的

あり絶對的であると言はるゝ程に「強度」の服従を要求する權能であつて、其結果として命令の審査權^(三)は殆ど其實效を有せざるが故に、統帥權の「用」に違反する命令も尙、有効に行はれ得べきものとし、而して斯の如き統帥權の絶對的性質は、如何なる成文の規定にも基くものでなく、全く統帥權に關する不文律に由るものと思惟するものである。

然し乍ら此說に關して看過すべからざる事は、後にも述ぶる様に、統帥權は其概念上、本來、軍人にのみ妥當し、軍人を以て其人的效力の範圍とする作用であつて、從て其不文法的「絶對性」に基く命令審査權の制限も亦、軍人に限られ、軍人以外の機關又は個人に對しては本來其效果なく、況んや國務大臣の權能を制限し得べきもので無いことは言ふ迄もない。故に此說は、何が故に國務大臣の副署なき軍令が全く無効ではなく、尙、執行せられ得べきかの問題は之を説明し得べきにせよ、軍令に於ける副署の缺除——但しわが國に於て軍令が如何なる範圍に於て副署を缺除するかは、夫自身論究を要する問題である——從て國務大臣が統帥權に關して天皇を輔弼し奉ることなきの事態其ものは説明し基礎づけ得べきではなく、問題の見解は寧ろ反對に軍令に於ける副署缺除の法的瑕疵性、從て亦、兵權「獨立」の瑕疵性を前提とするものであり、其無瑕疵性「獨立」其ものを法的に説明するに足りないものと言はなければならぬ。^(三)

註一 此說の基礎思想に就ては本書二九四頁註四の書参照。

- 二 審査權の問題に就ては特に Max Ernst Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in Festschrift für P. Laband, S. 119 ff.; 同 Deutsches Militärstrafrecht, I, S. 116 ff. II, S. 29 ff.; P. Laband, I, S. 432 ff. Marschall, 9 378 ff.; Kelsen, Allg. StU., S. 287 ff.; Mehl, S. 198 ff. 美濃部氏著、行政法概要上卷三五四以下並一七五頁以下一般。
- 三 之れ著者が曾て採つた見解であるが、現在に於ては満足して居ない。

第三項 法概念と法源

1 慣習法説の價值

されば兵權「獨立」を説明し肯定し得べきがためには、結局、既に述べた様に法概念の基本的形式的見地に溯つて、成文法と等價的な慣習法の可能なる事を認め、慣習法の法形式又は法源に基礎を求むるに依てのみ可能なるが如くに思惟せらるゝであらう。私は此說の形式的、前提的思想に對しては贊同の意を表するものであつて、此點に於ては前にも言及して置いた様に、憲法法典説と内容的見解に囚はれたわが國の公法學界に於て、既に明治四十年代に、私の知る限り、他の凡ての學者に先んじて慣習法説を主張し、同時に是に關聯して其内容形式共に極めて優れた種々なる著書に於て、わが國に傳統的な法律國家説の克服に努力されて來た美濃部教授の貢獻や——公法の領域に於ける他の諸問題に於けると同様に——大なるものありと言はなければならぬ。

唯、慣習法説は兵權獨立の法源を指示するに止まり、其理論的基礎を説明するものではなく、從て成文法と等價的な慣習法——他の形式に於ける不文法は問題の外に在る——が如何にして可能なるかを説明するがためには、更に補充を必要とすべく、而して此點は法概念と法源とを區別する方法的意識の下に於てのみ可能であつて、唯、此前提より出發するに依てのみ慣習法説の基礎思想は、矛盾なく之を一貫し得べきものと言はなければならぬ。

蓋し慣習法説は兵權の獨立を以て慣習法に基くものとなすものであるが、之れ既に不文の「獨立」が、法なる事を前

提とするものであつて、何が故に「獨立」が法たるかを直接には説明するものでないと共に、一方に於て單に之を法源の問題として考察するも、わが國に於ける兵權の「獨立」を以て慣習法に基くものと言ふのは、凡て必ずしも正しいものとは言へないのであつて、此點に於て慣習法説の見解は、凡て既存の成文法に反して尙、效力を有する實定法は慣習法に限らるゝものとするの前提に立つものであつて、此限度に於て慣習法説を主張する學者の法源觀は、尙、内容的、法律國家的思想の範圍を全く脱するに至らず、其前提とする理論的基礎思想は未だ充分に一貫されて居ないからである。

ロ 成文法としての兵權の「獨立」法

蓋しわが國に於ける兵權の獨立は、「軍の統帥に關する天皇の行爲は別に定むる所に依り、參謀總長及海軍々令部長に於て各々之が輔佐の責に任すべく、國務大臣は之が輔弼の責に任せず」と曰ふが如き、直接の合理的な明文の規定に於て定められたものでない事は言ふ迄も無いが、而も其基本的な點に於ては問題の組織は、當初より直接間接に參謀本部條令、軍令部條令、内閣官制並に―いはゆる内規ではあるが―省部合議事務規定等に於て規定せられたものであると共に、一方に於ては兵權の獨立に關する軍部並に政府及議會其他關係諸國家主腦機關の實際も亦、直接間接に此等成文の規定を基礎として行はれ來つたものであつて、成文の根據に基かざる單なる慣行又は「確信」に依てのみ決して行はれ來つたものでない事も明かである。故に學者も亦、其憲法法典説の論者なると又は慣習法説の論者なるとを問はず、總て兵權の獨立を説くに當つては常に多少の範圍に於て此等成文の規定を引用し、直接間接に之を其説明の基礎として居る。

されば虚心坦懐な客觀的な見地からすれば、わが國に於ける兵權の獨立は、假令凡ての範圍に於てとは言ひ得ざるにせよ、少くとも種々重要な點に於て成文法を基礎とするものと言ふべく、唯、斯く觀ることに依てのみ兵權「獨立」の現象は、矛盾なく客觀的に了解され得べく説明され得べきものと言はなければならぬが、夫にも拘らず學者が兵權の獨立と不可分の關係を有する前記諸條令又は規定の「獨立」に對する法的授權的性質を否定し、獨立の法的性質を専ら獨立に關する慣行の内容に求めざるべからざるものと思惟するのは、之れ問題の諸條令が、「獨立」に關する限度に於ては憲法の規定に反し、從て兵權「獨立」の法的前提たり能はざるものと認むるに由るものであつて、夫自身、内容的法律國家的思想の現れであり、慣習法説の基礎思想とは距たること遠きものと言はざるを得ない。何となれば成文憲法の排他的、獨占的妥當性を否定し、成文憲法に相反する法規の可能なる事を認むる慣習法説の基礎思想からすれば、假令憲法の規定に反する成文の規定であつても、他の條件、法概念に内在する條件を具備するものなる限り、之を法とし從て成文法として肯定すべく、法創定の形式を一方に於ては慣習の自然的、非計畫的、非組織的な形式と、他の一方に於ては憲法法典に於て定められたる成文の、合理的、組織的な形式にのみ限る事は理由なきものと言はなければならぬからである。換言すれば、法を其創定の直接の表示形式から觀て成文法と慣習法の二に分ち、兩者を其權原に於て等價的なものとする事は夫自身に於て正しいが、成文法の最高階段を憲法に限らんとする事は、法の最高階段を成文法に限らんとするの誤りなると同様の理由に依て誤りであつて、此點に於て成文憲法に違反する成文法を認めない事を其暗黙の前提とする問題の見解は、法の内容的見地より觀たる成文法概念即ち憲法法典の定めた成文法概念と、何が成文の

法なるかの成文法の本質概念とを混同し、是に慣習法の成文法に對する對立的、等價的性質に關する法形式的理論を適用して、兵權の獨立は、憲法の規定—從て此說の前提によれば成文法概念—に違反するものなるが故に、成文法たるを得ず。從て兵權獨立の規範であつて、若し法たり得べきものとすれば、夫は單に慣習法の形式に於てのみ可能であると思惟するの誤りに陥つたものに外ならない。故に慣習法說の基礎とする方法的思想を明確に一貫し、問題に對して正しい解答を與ふるがためには、既に茲に詳論した様に、法形式と法内容を明かに區別すべく、問題の場合に於ては法概念と法源とを區別し、從て先づ第一に兵權「獨立」の事態が、法概念に包攝せられ得べきや否やを確定し、而して後、「獨立」の法源が何なるかを指示すべきものであつて、斯の如き見地からすれば、わが國に於ける兵權の「獨立」を以て慣習法にのみ基くものとする慣習法說の解答は、わが國に於ける兵權獨立の法現象上、部分的に修正せられざるを得ないものと言はなければならぬ。故にわが國に於ける兵權の「獨立」を慣習法の法源に依て説明せんとするのは、憲法法典の規定に反する内容を有する法を以て凡て慣習法なりとする廣き意義に於てのみ可能であつて、嚴格なる意義に於ては單に部分的にのみ妥當するに止まる。

ハ 法の認識標準より觀たる「獨立」

わが國に於ける兵權の獨立が如何なる範圍に於て慣習法なるかの問題に就ては別に論すべく、今叙上の見地から獨立の理論的基礎如何の問題に答ふるがためには、既に前に擧げた二の法認識標準を想起するを必要とする。即ち其一は當爲の主觀的要求であり、其二は是が肯定又は積極的評價の客觀的標準としてのいはゆる「事實上の效果性」である。今

先づ第一の標準から言へば、わが國に於ける兵權の「獨立」が當爲の主觀的要求の下に現れ且つ存するものなる事は言を俟たない所であつて、此點は寧ろ問題の前提と言つて宜い。故に問題は専ら「獨立」の現象が第二の標準に適合するの要素を有するか否かの點に在るが、此點に對する肯定的積極的解答も亦、容易である。何となれば兵權「獨立」に關する當爲の主觀的要求は事實上、關係の諸國家機關に依て所定的事實に適用せられ遵奉せられ來つたものであつて、斯の如き關係諸機關の行爲は、以て兵權獨立の主觀的要求に對する肯定的、積極的評價作用の客觀的表現と看做し得べきからである。勿論わが國に於ても仔細に觀察すれば、兵權獨立の要求は常に必ずしも例外なく遵守され來つたものとは言へない事例、換言すればいはゆる統帥權干犯の事例もあるであらう。然し乍ら當爲の要求が例外なく事實上行はれ實現せらるべき事は、法認識の客觀的標準の要求する所ではない。何となれば法は既に前にも述べた様に、其妥當性に於て主觀的であつて、單に比較的、一般的に妥當するに止まるものであつて從て肯定的、積極的評價作用の外部的客觀的認識標準としての事實上の效果性も、一般的なるを以て足り例外なき事を必要としなからである。事實上に於ても如何なる實證法も例外なく行はるゝものはなく、全く違反の伴はざるものは殆ど存せずと言ひ得べく、從て若し違反なき事が法の缺く可らざる要素とすれば、實證法は現實の世界に於ては殆ど思惟するを得ないと言はなければならぬ。一部の學者が規範の性質に關聯して、凡て其内容に於て性質上絕對に實在の内容と相違するを得ざるが如き規範は規範たるを得ずと言ひ、以て法規範の場合に於ても、其内容と實在内容の間には最少限度の離反の必要なる事を認めて居るのも、亦、吾人の見地からすれば以上の理由に依て了解される。

- 註 一 本書四九八頁註(一)並に五五〇—五五一頁註(二)(三)及(五)等に掲げた同教授の著書参照。
- 二 本書四四八頁以下の論述参照。
- 三 内容的意義に於ける法源と前提的意義に於ける法源は明かに之を區別すべく、前者の概念を以て後者の問題に答へ得べしとするの誤りであり、從て亦、内容的意義に於ける成文法の概念を以て、何が成文法の本質なるかの問題に答へんとするの徒勞なる事は既に學者の認むる所である。Soml, S. 330 ff.; Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, S. 2 f. (, Das Thema bedingt von vornherein ein Zurückgehen auf den letzten Grund der Entstehung und Geltung alles Rechts, d. h. also eine Aufsuchung und Feststellung derjenigen Momente und Voraussetzungen, welche die Annahme der Existenz eines Rechtsatzes über Haupt notwendig bezw. gerechtfertigt erscheinen lassen, und zwar nicht etwa nur im Interesse der Einreihung der Rechtslehre in ein philosophisches System, sondern wesentlich und unmittelbar im Interesse der Anwendung und Pflege des geltendes Rechts. " Soml, S. 333-334 45引用。) B. Schmidt, Gewohnheitsrecht, S. 2. (Soml, S. 334 Anm. 參照。)
- 四 拙著、法律綱要一三三頁。Kelsen, Allg. Stl., S. 18; Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates (als Manuskript gedruckt), S. 9: „Die fragliche Beziehung zwischen dem Inhalt eines Systems gültiger Normen und dem Inhalt des dem Normensystem zugeordneten tatsächlichen Geschehens lässt sich somit nur in der Weise bestimmen, dass eine obere und eine untere Grenze konstatiert, und nicht unter ein Minimum herabsinken.“ 同拙著、國家原理提要一一頁參照。

第四項 憲法法典と統帥權「獨立」法の綜合的原理

以上私は専ら法の形式的見地からして、憲法法典の内容に相反する法の可能なる事を論じ、是に基いて「獨立」の法的性質を肯定し、從て兵權の獨立がわが國法の一部であり、わが國法上妥當するものなる事を肯定したが、唯、此後の

點は以上の論述に於ては事實上の肯定たるに止まり、未だ理論上、直接に説明せられたものとは言ひ得ないのであつて、從て問題に答ふるがためには更に別個の説明を必要とする。蓋し以上二の問題は相互に其個性を異にし、第一の問題は法其ものゝ問題であり、種概念の統一の問題なるに反し、第二の問題は特定の法律秩序の問題であり、類概念の統一の問題であつて、法律秩序は法概念を前提とし、類概念は種概念を前提とするが故に、第二の問題に對する解答は、第一の問題に對する解答を外にしては不可能であるが、尙、法と法律秩序、種と類とは同一でなく、後者は前者よりも其内包に於て多く、より多くの屬性を有するが故に、わが國法上兵權の獨立が如何にして可能なるかの問題に答ふるがためには、種の統一性に對する認識の外に、更に類の統一性、其具體的表現としてのわが國法の統一を可能ならしむる要素を指示し、兵權獨立の法現象が果して此後の見地よりして、一體として統一的に認識せられ得べきや否やを論究するを必要とするからである。

此問題に對する積極的、肯定的な解答は、憲法法典と兵權の「獨立」を内容とする法とが、共に其效力の基礎に於て同一なるものとして認識せられべき場合に於てのみ可能である。然らば憲法法典並に兵權「獨立」の法は、果して其效力の「始祖」を共同にするか。此點に對しては然りと答ふる事が出来る。蓋し帝國憲法が法として效力を有する所以は、夫が天皇の制定し給へるに依るものであると共に、他の一方に於ては兵權「獨立」法の法たる所以も亦、天皇の制定し給へるに依るものと看做し得べく、兩者は天皇の御意思に於て其效力の共通の主觀的基礎を有し、憲法法典並に兵權獨立の法が共に法として行はるゝは、天皇の御意思の客觀的表現と看做さるゝがために外ならないからである。之を

法前提的、形式的意義に於て言へば、わが大日本帝國は天皇を以て法の最高の主觀的淵源とし、而して天皇の御意思に基く命令^{インペラティブ}の實現——其事實上の效果性——を以て其妥當性の外部的、客觀的認識標準とするに依て構成せらるゝ共同體であり統治の團體であつて、此意義に於ける國家は、之を法前提的、法形式的意義に於ける國家と謂ひ得るならば、天皇竝に其命令實現に關與する國民を其構成要素とする組織は、法形式的意義に於ける憲法と謂ひ得べく、斯の如き國家從て其憲法を前提とするに依て可能ならしめられたる法規範の全體は國法であり、其内容に現れたる統治組織の全體は、法内容的意義に於ける國家、而して其最高組織基本法は、之を法内容的意義に於ける憲法と謂ひ得るであらう。^(一)憲法法典竝に兵權獨立法は、共に此最後の意義に於ける憲法の一部に止まる。

註一 以上各種の憲法概念に關する詳細なる論究は、他の機會に保留せざるを得ないが、傳統的な憲法概念が再吟味を必要とすることは明かである。此點に就いては Staat und Staatsgrundgesetz, Staatsverfassung und Staatsverfassungsgesetz, Internationales Zeitschrift für Theorie des Rechts, VI, S. 106 ff. 其他シエニット竝にスメント等の書参照。

第五項 法律秩序の自同性と憲法の變化、推移及革命

以上わが憲法と兵權獨立法の關係に關して述べた所は、之を一般化して、學者のいはゆる憲法の「變化」竝に「推移」の問題に適用する事が出来る。凡て憲法の規定に反する内容を有する規範は、常に必ずしも單なる習律ではなく、夫が法の認識標準に合致するの要素を具備し、憲法と其妥當性の形式的淵源を同じくするものである限り、同一國家の法として認識し肯定せられ得べく、從て問題の現象は最早、單なる「變化」又は「推移」として思惟せられ得べきものでは

なく、憲法の變更——勿論、實質的意義に於ては——はあるが——と看做さるべきものと言はなければならぬ。されば此限度に於ては、憲法の「變化」竝に「推移」を以て、憲法の「破壊」又は革命に比較する事は固より妥當ではない。何となれば憲法の破壊又は革命^(二)は、獨り主觀的に憲法竝に之に伴つて憲法の淵源其形式的前提を否定するの意義を有する強力的行爲なるのみならず、客觀的にも——即ち其實現された場合に於ては——既存の淵源とは別個、新たな淵源を發生せしむるものなるに反し、問題の現象の場合に於ては、主觀的には既存の淵源の肯定に出發するものであつて、何等之を否定するの意義を有しないのみならず、客觀的にも何等新たな法律秩序の發生を招致するものではなく、單に同一法律秩序の内部に於ける法の部分的變更を招致するに止まるものなるからである。換言すれば、問題の現象は革命でなく發達であり、新たな動的的原理の發生でなく、既存の動的的原理の展開に外ならない。

此故に法律秩序が自同的なるや否やの認識標準は、専ら既に述べた意義に於ける法前提的憲法に於ける主觀的淵源、即ち法の内容的創定過程の逆進的分析に依て、最後に到達せらるべき法律效力の形式的基礎としての淵源の自同性に求めらるべきものであつて、此意義に於ける淵源であつて同一なる限り、法律秩序の單一性、其統一性は、之に基く法現象の内容的矛盾に依て妨げらるゝものでなく失はるゝものでは無い。何となれば此意義に於ける淵源又は淵源法は、内容的意義に於ける妥當性の起原であり其基礎たるものであるから、規範内容の矛盾は、法の認識上、矛盾律の原理に從て廢除せられ得べきからである。唯、茲に注意すべき事は、此意義に於ける淵源は假説ではなく法の概念に依て構成せられ意義附けらるゝ對象なる事である。^(三)

註 I Laband, Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, S. 2 ff.; G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 1 ff.; Hatschek, Konventionenregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Rechte, im Jahrbuch des öfFl. Rechts der Gegenwart, III, S. 1 ff.; Tezner, Konventionenregeln und Systemzwang, Zeitschrift für dasprivat-u. öfFl. Recht der Gegenwart, XLII, S. 587 ff. 比較参照。以上の中、ラバント及ハッチェックは内容的見解に終始し、エリネック及テツネルは經驗主義の範圍を出て居ない。特にテツネルはエリネックが政治現象と法現象の關係を基礎として最高機關の行爲が其適法なる事の推定を受くべき事の原則を擧げ、Solange niemand zur Einsprache Berechtigter gegen einen Akt dieser Organe rechtliche Einwendungen erhebt oder ihn für unwirksam erklärt, müssen sie als rechtmäßig angesehen werden, selbst wenn eine buchstäbliche Interpretation einer Verfassungsbestimmung zu einem anderen Resultat führen würde. (Allg. Stl., S. 18, 49) Verfassungsänderung etc., S. 21 ff., 29 ff. 参照。)と言(るに對して)一步を進め、Die Praxis behält eben immer das letzte Wort. と言(つて居る(S. 624))が、之れ謂は「一の模寫説」あり、實際も法たり得べきがためには、法の概念を必要とする事を忘れた議論に外なからず。

II S. Rohatyn, Die juristische Theorie der Revolution, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, IV, Heft 7/8, S. 193 ff.; 特(に) S. 218 ff.; Binder, Philosophie des Rechts, S. 623 ff., Raushenberger, Die Staatsrechtliche Bedeutung von Staatsreich und Revolution, Z. öfFl. R., II, S. 113 ff.; Graf zu Dohna, Die Revolution als Rechtsbruch und Rechtsquelle, 1923; Schanze, Revolution und Recht, Z. f. Rechtsphilosophie, III, S. 225 ff.; Herrfahrdt, Revolution und Rechtswissenschaft, 1930.

III タルゼンの基本的規範の概念の満足すべからざる事は、既に前に言及したが、其論理主義並に相對主義に對する最も基本的な批判は Borna Horath, Die Idee der Gerechtigkeit, Z. f. öfFl. R., VII, S. 503 ff. に於て見出し得る。尙、外に M. Stockhammer, Zur Souveränitätstheorie, Internationale Z. f. Theorie des R., IV, S. 228 ff. 参照。

第十一章 統帥權獨立の概念

以上第十章統帥權の獨立がわが國法上如何にして可能なるやの問題を論ずるに當つて、私は論述の便宜上、何が統帥權として志向せらるゝかは既に知られたるものとして之を豫定し前提としたが、既に獨立の理論的基礎に關する問題の解答せられたる以上は、更に一步を進め、斯の如くして可能ならしめられたる統帥權の獨立とは何を意味するかの問題を、更に詳細に論究する事を必要とする。以下此問題に答ふるに當つて、私は先づ前提として何が統帥權なるかの問題より出發し、而して後、何が其獨立であり亦、其範圍なるかの問題に論及する所があらう。蓋し統帥權獨立の判斷は統帥權を主格とする判斷なる事は言ふ迄もなく、從て何が統帥權の獨立なるかを明かにするがためには、先づ何が統帥權なるかを確定し、明確に認識するを要するからである。

第一節 統帥權の概念

第一款 學說及其批判

第一項 學說の型態

1 概念の認識標準

統帥権の概念を如何にして定むべきかに就ては、既存の學説は概念認識の決定的標準を何れに求むるかの見地から觀て、二の異なつた型に分ち得る。其一は一般に統帥の作用と看做されて居る國家作用を、其客體たる個々の對象の側から觀察し、一定の實質的、對象的標準を歸納し、以て何が統帥権なるかの問題に答へんとするものであり、而して其二は問題の作用を専ら其妥當範圍の人的要素の側から觀察し、一定の標準を指示し、以て形式的に統帥権の概念を發見、確定せんとするものである。今、便宜上、前者は之を客體説と稱するならば、後者は之に相對して主體説と謂ひ得よう。之を論理的形式的に言へば、以上の兩者は相互に背反的關係に立ち、一方の肯定する所は他方の否定する所たるの點に於て特質を有し、更に之を實質的に言へば、一方は概念の決定的標準を統帥作用の人的效力の範圍に求めんとするに反し、他の一方は妥當性の人的標準は之を敢て否定するものではなく、意識的又は無意識的に寧ろ之を前提とするものであるが、唯、之のみを以ては未だ統帥作用と他の作用とを明確に區別する能はざるものとし、從て對象的領域に其標準を求め、之を概念認識の決定的要素たらしめんとする點に於て、前者と區別せらるべき特質を有する。

之を具體的に言へば、統帥権の概念を定むるに當つて、軍隊に關する國家の作用を狹義の軍行政と軍令又は統帥との二作用に對する分類に始まり、兩者の内容を積極的に舉示して、軍行政を以て軍隊に必要な物的並に人的條件を給備する作用とし、軍令又は統帥の作用を以て直接の軍事行動を客體とする作用又は命令とするが如き、又は武器の技術的使用、並に之に依て條件づけられたる組織を客體とする作用を軍令又は統帥とし、之を技術的並に法的に可能ならしむる手段としての軍行政に對立せしめ、或は更に統帥を以て戰鬪行爲を客體とする作用とし、又は軍の勤務並に人事に關

する事項を擧げて之を軍令の特質的内容とし、以て軍の經濟又は豫算に關する事項、並に軍の外部的關係を内容とする軍政に對立せしむるが如き、其他間接ではあるが、君主の資格を國家元首と大元帥に分ち、又は同一區別であるが一般國政の首長としての資格と軍隊の指揮者としての資格に別ち、統帥を大元帥又は軍の指揮者としてなす行爲に限るが如きは、何れも直接又は間接に客體説の基礎思想に立つものであり、其個々の現れに外ならない。

ロ 方法上の傾向

されば方法的意識に於ても、主體説と客體説との間には、可なりの隔りのある事に注意を要する。蓋し客體説は、何が統帥権の概念なるかの問題に答ふるに、統帥権の概念を前提とするに依て可能ならしめられたる個々の對象の歸納的觀察を以てせんとするものであつて、可變的なるものを以て不變的なるものと思惟するの嫌あるを免れざるに反し、主體説は意識的に客體説の方法を拒否し、個々の客體に對する歸納的觀察を離れ、統帥権に關する志向其もの、反省分析乃至考察に依て普遍的な要素を發見せんとするものであつて、其方法的意識に於てより明瞭であり、批判的であると言ひ得べきからである。勿論、主體説が如何なる範圍まで一貫されべきかは、夫自身別に論究を要する問題であるが、其基礎思想に於ては此説は、客體説に一步を進めた見解であると言ひ得べきである。以下、統帥権の概念に關する著者の見解を積極的に展開するに當つて、必づ順序として、稍、詳細にわが國に於ける各種の客體説に就て評價し、以て吾人の見解を基礎つくる所があらう。

註一 此等各種の見解に就ては、本書二五頁以下參照。わが國に於ける學説に就ては以下に於て之を述べる。

二 茲に主體説を以て批判的であると言つても、超越論的意義に於て謂ふに非ざる事は勿論であつて、統帥權の概念に關する限度に於ては、論理上の見地からすれば、主體説の概念も客體説の概念と同様、等しく抽象化された一般概念であり、従てより完全なる一般概念たるに止まるものであつて、歸納的概念なる事に於ては同一である。一般法學の領域に於ける從來の、いはゆる批判的方法と批判主義の關係に就ては特に Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, S. 19 ff.; 同 Philosophie des Rechts, S. 118 ff. に於けるシュタムプラー批判参照。

第二項 客體説及其批判

作用の客體たる對象の性質を基礎として統帥權の概念を定めようとする我國に於ける客體説は、主に獨逸に於ける學說の影響の下に在るものであつて、學說の歴史から言へば此説は、既に前にも述べた様に、主に十九世紀前半期に於ける獨逸聯盟憲法、北獨逸聯邦憲法並に普國の一八六一年一月の軍令の副署に關する勅令、及獨逸聯邦憲法等の規定の影響の下に、先づマックス、フォン、ザイデルに依て目的論の見地から主張せられ、ゲオルグ、マイエル、シュミット及ヘーネル等の學者に於て其有力なる代表者を有するに至る學說であるが、大體に於て三の異なつた傾向に分れて居る。其一は直接の軍事行動を客體とする作用を以て統帥權と看做すものであり、其二は武器の使用並に是に依て條件づけられた組織を客體とする作用を以て統帥權とし、而して其三は戰時敵對軍事行動を以て統帥權の作用内容と思惟するものである。

今便宜上、第一説は之を直接軍事行動客體説と謂ひ得るならば、第二説は武器の使用並に是に依て條件づけられたる

組織客體説と謂ひ得べく、第三説は簡單に戰時敵對行動客體説と謂ひ得るであらう。外延から言ひ概念の適用せらるべき客體の範圍から言へば、第二説は最も廣く、第一説之に次ぎ而して第三説は最も狭いが、其中第三説は結果に於て同一内容を有する學説をわが國に於て有するの外は其支持者なく、一般に行はれて來たのは他の二説であつてわが國に於ても亦廣く行はれて居る。

1 戰時敵對行動客體説

統帥權を對象上、戰時敵對行動に限らんとする説は、元來此説の最初の主張者であるギュンベルの場合に於ては、統帥權が何なるかの概念確定の一般的問題に對する解答として與へられたものではなく、主に獨逸皇帝と軍事上の特權を有する二三の州に於ける元首の、軍事に關する特權の問題に關して唱へられたものであつて、従て統帥權の概念を如何に定むべきやの一般的見地から之を批判する事は當を得ないのであるから、茲には勿論ギュンベルの説としてではなく、ギュムベルとは異なつた一般的見地から、結果に於て同一内容を有するわが國に於ける一部の學説として専ら論評するに止めるが、此説の誤りである事は一見して明白である。

簡單に言へば此説は、法以外の見地少くとも問題の場合に於ては、二次的補助的意義を有するに過ぎない見地から法律上の對象を認識し意義づけようとする點に於て方法上の誤りに陥り、更に此誤りの實質的結果として單に對象の一部に止まるものをば、直ちに全部なるが如くに思惟するの誤りに陥たものである。勿論、目的論の見地から觀、技術的觀察から言へば、軍隊は一手段であつて、軍隊に關する各種の作用、例へば軍隊を組織編成し維持し訓練する行動は、總

て國家の防衛と謂ふ單一の目的に依て統一せられ一體として認識せられ得べく、從て戰時に此目的の遂行實現に對して機會を與ふる敵對用兵の權能が、各種の作用中最も重大なる意義を有することは疑を容れない。

然し乍ら之れ單に政治上、技術上の見地からのみ然かく言ひ得べきに止まり、法律上の内在的見地、行爲の法的構成乃至性質を認識しようとする見地から言へば、統帥行爲は戰時又は事變の非常時なると平時なるとに依て異なる所なく、現實に敵軍を控へて軍力の發動を命じ、敵を撃破するがために軍を指揮命令する作用も亦、可能なる敵を豫想して戰時事變の非常時に備ふるがために軍を訓練する各種の準備的作用も等しく統帥の作用であり、同一權原に基き同一の法的性質を有するものであつて、統帥を前者にのみ限り、後者を統帥の作用より除外すべき何等の法律上の理由を見出し得ないのである。對象の法的構成と其政治的社會的意義づけとは之を同一視すべきではない。後者は夫自身に於て、亦更に法運用の領域に於て重要な働きをなすものである事は勿論であるが、其適用は或る限界的な場合を除いては、唯、前者を前提とし、前者に反せざる範圍内に於てのみ正しく、法學の領域に於ては此點に於て一の補助的意義を有するに止まるものと言はなければならぬ。故に後者を以て前者を認識し得べきものとする前提の下に立つ問題の見解が獨り理論的に妥當でないのみならず、實際の法的現象を説明し得ない事は當然である。

蓋し如何なる國家に於ても、統帥は決して戰時又は事變の非常時にのみ限らるゝ作用ではなく、統帥權の概念を前提とする「統帥權の獨立」は、決して戰時又は事變の際にのみ限られては居ないからである。されば戰時敵對行動客體説の當を得ない事は明かであるが、此點は此説を主張する論者自身が、反面に於て認むる所であると言ひ得る。何となれ

ば、論者は一方に於て統帥權の概念を、戰時敵對軍事行動の實質的標準に依て定めんとしながらも、他の一方に於ては、統帥權の獨立を獨り戰時又は事變にのみ限る事なく、平時に於ける軍事上の作用に對しても之を認めて居るからである。

ロ 直接軍事行動客體説

以上論じた戰時敵對行動客體説は、獨り學者の間に於てのみならず、實際家の間に於ても其支持者を有しない一之れ政治的に觀ても極めて自然であるが、一見解であるが、之に反して直接軍事行動客體説は、獨逸に於けると同じく、わが國に於ても亦多くの支持者を有する學説であるが、其未だ満足し得ない見解なる事に於ては前説と同様であり、本末を顛倒する見解なるを免れない。蓋し此説は單に統帥權の可能なる内容、其一部の内容を指示するに止まり、何が故に統帥權は斯の如き内容にのみ限られざるべからざるかの法律上の理由は、何等此説に於ては示されて居ないからである。

本來、統帥權と謂ひ軍令權と謂ふ、共に作用の權原、作用の性質を基礎とした概念であつて、作用が個々の場合に於て有し得べき内容、其客體たるべき事項の性質とは本質的關係を有しない概念である。統帥權は其内容から言へば、或は單に武器の使用を客體とする事あり得ると共に、或は單に其準備的行爲と思惟せらるべき事項を其内容となし得べく、又は武器の使用とは特別な因果關係又は目的關係を有せざる事項を内容となし得べきである。例へば裁縫、掃除、厨房、書記の勞務の如きは其一例であるが、其如何なる内容を以て現るゝを問はず、其作用であつて同一性質を有する以上は其内容とする客體の性質は問題ではない。凡て内容は權原に依て同一範疇に屬する行爲として一様に思惟せられ自同的

に認識される。故に客體自身の性質に依て、何が統帥權であるかの問題に答へんとするのは、本末を顛倒するものであつて、統帥權の概念を前提とし、純帥權の概念に依て可能ならしめられた内容に依て統帥權其ものを定めんとし、統帥權其ものと思惟するものであり、少くとも概念の適用範圍と概念其ものとを混同するものに外ならない。

故に亦、此種の學説が統帥權に關する實證法上の現象を説明し得ない事も自然であると言ふべきであつて、法現象の事實に於て一般に統帥權として思惟せられ取扱はれて居る現象は、決して論者の主張するが如き標準の範圍に限られて居ない。蓋し此説に依れば、統帥權は武器の使用及軍の運動を以て直接の客體とする事に於て其特質を有する作用であつて、從て他はともあれ、其前提となるべき軍隊内部の組織に關する個別的竝に一般的な規定又は命令は、統帥に屬しないものと言はなければならないが、實際に於ては軍隊内部の組織は、廣き範圍に於て統帥事項として取扱はれて居るのみならず、軍の固有なる運動又は武器の技術的使用に非ざる事項も、廣き範圍に亘つて統帥事項の内容として取扱はれて居るからである。

此點は獨り獨逸に於てのみならずわが國に於ても亦、同様であつて、統帥權の限界に關するわが國の實際に於ける規準如何に就ては別に論ずるが、今一例を擧げて之を説明すれば、軍旗、服裝、兵の等級規定、軍區等は、夫自身に於て軍の運動又は武器の使用の型に屬する事項ではなく、寧ろ軍の組織に關する事項であるが、わが國に於ては海軍は別とし、少くとも陸軍の領域に於ては軍令を以て定められ、從て實際に於ては統帥事項であり統帥權の作用内容と看做されて居る。同様に教育竝に教育營造物等は、夫自身に於て軍の運動でもなくまた武器の使用でもないが、わが陸軍に於て

は多くの場合、軍令を以て規定せられ、從て實際上、統帥事項として取扱はれて居る。勿論、統帥權獨立の實際に於て統帥權として取扱はれ思惟されて居る作用は、常に必ずしも客觀的、學問的意味に於ける統帥權の概念に合致するものでなく、學問上の見地から觀て統帥權の作用たるものも、實際に於て統帥權の作用に非ざるものとして取扱はるゝ事あると共に、一方に於ては亦、學問上から觀て統帥權以外の國家作用と思惟せらるゝ事項も、實際に於ては屢々統帥權の作用として取扱はれ、「獨立」の範圍内に置かるゝ場合がある。されば實際は本來、夫自身に於て學問的認識の素材たるに止まるものであつて、私は實際を以て認識證明の基礎とし標準とすべしと言ふものでない事は勿論であるが、客觀的に觀ても叙上の現象は—假令、其凡てに於てとは言はざる迄も少くとも部分的に—以て統帥權の作用の一の現れであり、統帥權概念の適用せられ得べき個々の事例と看做し得べきものであつて、之を統帥の作用内容に非ざるものとするは、其理由なきものと言はなければならぬ。

斯くの如くに問題の見解は、獨りわが國に於ける實證法上の現象に反し、之を客觀的、統一的に矛盾なく説明し得ないのみならず、他の一方に於ては亦、此説を主張する人々自身の論旨にも相反するものである、何となれば、論者は軍に關する執行の作用は、凡て統帥の作用か、然らずんば狹義の軍行政かの何れかの作用に分類し得べく、此等の二範疇の外に出でざるものとするが、軍隊内部の組織に關する一般的又は個別的規定は、論者の標準を以てすれば、統帥權の作用に屬するものでないと言はなければならぬ事は既に指摘した如くであつて、從て此種の作用は、論者の前提上、狹義の軍行政に屬すべきものと言はざるを得ないが、而も論者は狹義の軍行政を以て軍の人的竝に物的條件を給備する作

用なりとなすが故に、^(一九)軍の内部的組織に關する前記の對象の之に屬しない事は明瞭であつて、從て亦、軍に關する執行の作用に非ざるものと言はなければならぬ結果に到達するからである。されば學者が一方に於て自ら此困難を認め、「軍政と軍令とは……其性質を異にし又其機關を分つと雖も二者の間には截然たる區別を設くる能はず」と説いて居るのは蓋し自然である。^(二〇)

故に問題の如き不満足なる結果を避くるがためには、論者の主張する標準を変更すべく、而して問題の對象を以て一般に信ぜらるゝ所に從ひ狹義の軍行政に屬せざるものとする以上、統帥に關する論者の概念を新たにしなければならぬ。換言すれば、困難は統帥權を以て實質的に客體の側、對象の側から求めんとするに出づるものであるから、問題に對する積極的解答は論者の觀點を放棄し出發點を変更して、更に普遍的、一般的な要素に觀察の規準を求むべく、客體を離れ専ら作用其ものゝ性質に觀點を置き、統帥權の個々の作用乃至其具體的な現れよりも、寧ろ作用其もの、作用の權原に觀點を置く事に依てのみ可能であり、實質的な觀かたではなく、形式的な觀かたに依るに由てのみ可能であると
言はなければならぬ。

ハ 武器使用及之に依て條件づけられたる組織客體説^(二一)

以上述べた直接軍事行動客體説に比較すれば、表題の學説は困難少く、實質的見解中に於ては恐らく最も優れた學説であると言ひ得るであらう。然し乍ら此説も亦、客體を表準として統帥權の概念を定めようとする限度に於ては、同様の困難を避け得ないものであつて、他の實質的見解との相違は、程度の問題であり、質に於ける相違ではないと言はざ

るを得ない。蓋し既に指摘した様に、此説を主張する學者の擧げて居る様な標準は、假令、夫自身に於て正しいものとしても、客體を基礎とする限度に於ては常に統帥權の概念を前提とするものであつて、從て論者の問題に對する解答方は、猶、何が原因なるかの問題に答ふるに結果の指摘を以てし、又は更に適切に言へば、何が法律上の權能であり權原なるかの問題に答ふるに、個々の場合に於ける特定の具體的な効果を以てするに等しく、問題を前提とするものでありこそすれ、問題に答ふるものではないからである。

のみならず此説の擧げて居る標準は、一見的確なるが如くして實は不的確なるを免れない。何となれば此説が指示する客體の一方の要素である組織は、此説の前提とする目的論的關係の性質上、如何に武器を使用するかに依て其範圍を異にせざるを得ないが、今一般的に觀察して、武器の使用竝に之に基く組織は凡て統帥の領域に屬するものとするれば、統帥權は軍隊に關する凡ての國家作用を包含するものと言ふべく、從て軍制に關する立法も亦、狹義の軍行政も、軍法裁判權の組織も共に統帥權の現れであり、其作用内容たるを免れない。然し乍ら統帥權を斯の如き廣汎なる意義に取る事の當を得ない事は勿論であるから、論者は一方に於て統帥權の範圍を限界するがために、前にも言及した様に、いはゆる狹義の軍行政の概念を對立せしめ以て統帥權概念の内包を事實上増加し概念の適用範圍を制限せんとする。之れ最も明瞭に論者自ら主張する標準の妥當ならざる事を證明するものと言はなければならぬ。何となれば、若し問題の標準であつて正しきものとすれば、何が統帥權なるかを認識するがためには問題の標準を唯一の基礎とすべく、他の標準を必要とせず、從て問題の標準の外に別に狹義の軍行政の概念を必要とするの理由なく、統帥の作用を確定するがために、

問題の標準に包攝せられたる対象を更に狭義の軍行政の概念に依て制限せんとする事は誤りであり有害無用ならざるを得ないのであつて、論者が問題の標準の外に更に狭義の軍行政の概念を必要と思惟し、事實上、多少の範圍に於て二元的な態度を取るの事實は、以て論者の見解の誤りなる事を示すものに外ならないからである。

今、方法的意識の不徹底に基く以上の矛盾を暫く外にし、論者が事實上採つて居る二個の標準を認むるの前提に立つて論ずるも、尙、斯の如き標準は、自身に於て缺陷を有し、不満足なるを免れないと言はなければならぬ。何となれば、論者が事實上採つて居る二個の標準、即ち統帥と狭義の軍行政とは、論理上、互に背反的對立的關係を有する概念では無く、却つて相互に補充的性質を有する概念であつて、從て斯の如き標準を以てする以上は、軍に關する國家の作用は、事態の性質上、兩者の何れにも屬せざる、第三の、中間的領域を生ずべきは必然である。いはゆる混成事務なるものは即ち斯の如き混血的、兩面的な対象に該當し、統帥並に狭義の軍政の雙方に亘り、何れの一方にも專屬する事なき特異なる作用に屬する事項であるが、斯の如き中間的領域事項の存在乃至發生は、實際的には勿論、理論的にも對象の分類として夫自身甚だ拙劣であり、當を得ざるものなる事を示すものと言はなければならぬ。

註一 本書第五章第四節第一款の論述(二五七頁以下)参照。

二 本書二五七頁以下参照。

三 本書二六八頁註(二五)参照。

四 わが國に於て類似の見解は、市村光惠氏が兵權獨立の法理的基礎に關聯して述べて居る統帥權の概念に於て見出し得る。蓋し同氏は一方に於て「兵馬の統帥とは組織されたる國の軍隊に對して最上命令權を有すと云ふ義なり……」と言て居るが、(行政法原理一〇八二頁。改訂帝國憲法論第十一版八五七頁参照)。他の一方に於ては、兵權獨立の理由を専ら兵權の「本質」に求め、而して兵權

の基本的性質を説明して次の如くに言て居るからである。曰く「軍隊の使用は國家的秩序の下に働くものにあらず。換言すれば國法の秩序の下に働くものにあらず。國家保護の爲めに敵に對して軍隊を動かし人民を殺戮し家屋を破壊するが如きは國家の目的を達するがために最も有力なるの手段たりと雖此の如き行爲を支配するものは自國の國法にあらずして國際法の條規なり。内亂の鎮壓も亦然り……」と。(前出、帝國憲法八六〇頁)同氏は更に軍令の副署に關聯し、軍令と軍政とを如何に區別すべきかの問題に關して「軍務行政は其名の示すが如く行政の作用なり。然らば行政の作用に共通なる要素を具へざれば又軍務行政にあらず。行政とは國家の對内作用中立法にもあらず司法にもあらず作用を謂ふ。戰爭は數國家の兵力の争にして國家の對外作用に屬するが故に行政にあらず。從て専ら用兵に關する命令ならば軍令にして國務大臣の副署を要せず、兵力の使用に關聯して臣民に命令する場合には軍事行政上の命令として初めて大臣の副署を要するなり。此ことは國內に於て交戰主體と認められたる反徒に對する兵力の使用の場合に於ても亦同一に論ずるを得べし……」と言て居る。(前出、憲法論八六四頁)以上引用した市村氏の所論は、其殆ど凡ての點に於て當を得て居ないが、同様の見解は亦同氏の行政法原理、一〇八四頁にも示されて居る。尙、統帥に基く行爲を以て國法の外にあるものとする同氏の見解に對する批判に就ては、本書五二九頁以下参照。

五 竹井耕一郎氏(行政法、前出、一九八頁参照)は、或る論者は二者(統帥と編制を指す)の區別をなし、而して言ふ。「統帥とは敵の戰鬪力を破砕せんとする陸海軍の行動を言ふとせるは未だ穩ならず、統帥の事は必しも戰時のみに起るものにあらず其時に在ても天皇は兵馬の全權を統帥し給ひ守備を嚴にして以て國の威力を保たざるべからざるなり」と言て居る。竹井氏は説の出所を示して居ないが、氏のいはゆる「或論者」とは有賀長雄氏を指すものである事は疑を容れない(有賀氏は其國法學、下卷、二六三頁に於て「統帥とは敵の戰鬪力を破砕せんとする陸海軍の行動を云ふものにして……」と言て居る)のであつて、從て竹井氏は有賀氏の説を以て戰時行動客體説と看做すものであるが、竹井氏の見解が果して正當なるかは疑はざるを得ない。何となれば有賀氏は統帥を其究極の目的から觀て定義して居るのであつて、從て有賀氏の見地からすれば、此目的に依て意義附けられ得べき行動ならば、獨り戰時又は事變に於ける行動のみならず、平時に於ける準備的行動も亦、統帥と謂ひ得べく、平時に於ける軍隊の行動を客體とする作用を以て統帥の作用なりとする事は、毫も有賀氏の定義と矛盾するものではないからである。故に私は有賀氏の見解を以て、竹井氏の様に戰時行動客體説と看做す事なく、寧ろ之を直接軍事行動客體説に屬するものと考へる。

六 美濃部達吉氏も其著、憲法撮要(三版五六六頁)に於て軍令權の「正當なる範圍」を論じ、四の標準を擧げ、其第一、軍隊の

軍事行動を指揮するの權に關聯して「……軍令權の作用としては唯、既に出勤を命ぜられたる軍隊の行動に付きて之を指揮統帥するに止まる。」と説かれて居る。故に此點からすれば同氏の見解も亦、戰時行動客體説に屬するが如くに思はれるが、同氏の眞意が他にある事は、同氏が擧げらるゝ他の三個の標準から見て明瞭である。(憲法提要、五六七頁參照)。

七 市村氏、行政法原理、一〇八三頁及帝國憲法論、八六〇頁參照。

八 獨逸に於ける此説の支持者に就ては本書二六五頁參照。

九 わが國に於て此説に屬する學者としては次の人々を擧げ得るであらう。織田萬氏、改訂増補行政法講義各論、卷下、五五四頁以下並に同氏、行政法講義、全、明治四十三年、九二五頁—九二七頁。「凡そ軍事に關する國權の作用は分て二とす。軍令權の作用及軍政權の作用はなり軍令權とは軍隊の統帥即ち兵力の運用に關するの權にして天皇獨裁の大權に屬し……其作用は全く自由なるを要し行政法規を以て拘束すべき限に在らず又國務大臣の輔弼の責に任ずることなし。……軍政とは即ち直接に兵力の運用に關するに非らず只準備供給を爲すに止まるものにして約言すれば兵力の養成を掌るの行政なり。」(各論、五五四—五五五頁)川手忠義氏、日本英米比較憲法論、二七〇頁乃至二七一頁。「陸海軍の統帥とは軍司令の意味なり軍司令とは軍隊及軍人を統一し直接軍事上の作戰軍器の行使等を命令するを謂ふ。陸海軍の編制及常備兵額を定むる事は軍事の行政の範圍に屬す即ち戰闘力に關する人及物の整備に關する行爲なり。」岡實氏も亦、直接軍事行動客體説の妥當なることを認めて居る。同氏、行政法論綱、全、八五六頁。「今軍令及軍政の區別に關する獨逸の學説を示さん其説に曰く「直接なる軍事上の行動を目的とする命令は軍令に屬し兵力の爲めに人及物を準備するを目的とする行政は軍務行政なり而して軍隊又は軍艦の運動、武器の使用及軍人の使用を目的とする命令は即ち軍令にして軍隊に武器を渡し被服を供し其他軍人の一身上の事項に關する命令は即ち軍事命令なり」と此説たる軍の編制に關して論究せざるも其軍令及軍行政の區別は略々其當を得たるものなり。」藤村守美氏、大日本帝國憲法講義、一〇六頁「軍令は本條の統帥權より來るものにして軍令事項は即ち統帥事項の要部に從ひ國軍の集散操縱を爲すことなり換言すれば實戰擬戰を目的として軍の活動を起すものなり單に普通の活動に屬するものは寧ろ次條の編制に從ひ軍隊官府の活動なり。」佐野章邦氏、實用憲法、二〇八頁。……然れども其戰闘力即ち兵力の準備供給を目的とする國家の作用たる軍政は必しも大權行政作用に屬せず唯常に大權行政作用に屬するものは直接軍事行動を目的とする陸海軍の指揮即ち軍令及之に牽連する陸海軍の編制及常備兵額を定むることのみ關するものなり。」副島義一氏、日本帝國憲法論、六六六乃至六六七頁。「軍司令とは軍隊及軍人を統一し及直接の軍事上の動作即ち陸海軍の運動、武器の行

使及軍人軍屬の使用を命令するを云ふ。狹義の軍行政とは戰闘力の準備、方法手段を整備する行爲なり即ち人及物を備具するに在り。例へば軍隊艦隊の武器、服裝及防禦を備附する類の如し……吉見謙三郎氏、日本憲法論、五〇四頁乃至五〇五頁。「是の如く兵馬の大權は陸海軍隊を編制及統帥するの權力なるが故に陸海軍の行政即ち軍政と同じからず、軍政とは例へば兵員を徵募補充し若くは服役免役延期及猶豫を裁決するが如き單に軍隊を組織すべき準備行爲又は兵器彈藥糧食被服馬匹器具材料の如き軍需品の調達及び陸海軍營造物の管理等總て軍隊の外部に立ちて兵力を維持供給すべき行爲を指し常に臣民の自由及財産に關係を有するも兵馬の大權は軍政に依りて已に召集せられたる軍隊を編制及統帥するの權力にして軍隊の内部に止り直接に臣民に關係を及ぼすことなし……同五〇九頁。「陸海軍の統帥權は大元帥なる資格に依り軍隊を進退する者にして……大元帥たる資格を以て發する命令とは直接に軍隊の動作を命ずる場合のみを指し武官の任免を行ふが如き個々の軍人に對するに止まり軍隊を目的とせざる場合は勿論假令ひ軍隊其者を目的とするも直接に其動作を命ずるに非らざるときは號令に非らずと謂はんとす。」伊藤博文、憲法講義(第十版二三乃至二四頁)及び有賀長雄氏(國法學、下卷、二六四乃至二六五頁)も亦、同様の見解に屬するものと言ひ得る。尙、木下孫一氏、日本憲法要論、一五三頁。小原新三郎氏、行政法、完、三一三頁。末松借一郎氏、行政法、完、三二六頁。島村他三郎氏、行政法要論、二七七頁以下。松本順吉氏、行政法各論、二三一頁參照。

一〇 例へば教育及檢閲の如きは其一例である。伊藤博文の憲法講義は此種の事項を以て専ら統帥權の作用外に屬するものとし、いはゆる狹義の軍行政に屬するものと看做して居り(義解二四頁參照)檢閲に就ては明治十一年十二月四日「陸軍郷上申本書と本部の權限の大略」も亦、同様の見解の下に在る(本書三七頁註二參照)が、實際は必ずしも然らず。教育は陸軍に於て而して檢閲は海軍に於て——但し最近(昭和八年四月十二日軍令第二號參照)に至ては、陸軍に於ても亦、同じ「軍令の形式に於て規定せられ、統帥の領域に屬するものとして取扱はれて居る。教育に就ては大正二、二、五、軍令、陸、第一號。大正三、二、二三、軍令、陸、第三號。大正三、四、十、軍令、陸、第四號。大正六、八、一、軍令、陸、第四號。大正六、十一、二六、軍令、陸、第八號。大正七、十一、一二、軍令、陸、第二一號。大正八、十二、五、軍令、陸、第二八號。大正九、八、七、軍令、陸、第八號。大正九、十、二八、軍令、陸、第十四號。昭和二、十二、二〇、軍令、陸、第五號。等參照。各兵科の教範及操典等に就ては、明治四〇、十、二一、軍令、陸、第八號。同二二、軍令、陸、第九號。明治四二、十一、八、軍令、陸、第七號。明治四四、五、二四、軍令、陸、第三號。明治四五、三、六、軍令、陸、第二號。大正四、十二、二〇、軍令、陸、第十六號。大正六、十一、二七、軍令、陸、第八號。

大正七、六、二四、軍令、陸、第十七號。大正七、九、二八、軍令、陸、第十八號。大正七、十一、十一、軍令、陸、第二〇號。大正七、十一、十二、軍令、陸、第二一號。大正七、十一、二一、軍令、陸、第二二號。大正八、十一、二九、軍令、陸、第二七號。大正九、二、二、軍令、陸、第一號。大正九、五、十五、軍令、陸、第四號。大正九、十、十六、軍令、陸、第十二號。同日、軍令、陸、第十三號。檢閲に就ては明治四四、六、二、軍令、海、第一號。大正三、十、六、軍令、海、第九號。大正四、十、一、軍令、海、第三號。大正十三、一、二四、軍令、海、第二號。外に昭和八、四、十二、軍令、陸、第二號等参照。

十一 海軍に於ては陸軍に於けると異なり、軍旗、旗章、服装規定並に等級表等は勅令にて定められて居る。旗章に就ては大正三一、二一、勅、第十一號。大正四、十一、一、勅、第一九三號。大正九、五、二八、勅、第一七八號。昭和三、十、勅、第二四七號。服装に就ては大正三、二、二六、勅、第二四號。大正四、十一、勅、第一九二號。大正七、十、勅、第三六七號。大正七、十一、勅、第三八〇號。大正八、十、勅、第四三四號。大正九、一、勅、第二〇號。大正十、一、勅、第七號。大正十、六、勅、第二九七號。大正十一、一、勅、第四號。大正十一、四、勅、第二二七號。大正十一、九、勅、第四二三號。大正十三、二、勅、第四四號。大正十四、三、勅、第一八號。昭和三、十、勅、第二四五號等参照。等級に就ては大正九、一、勅、第十一號。昭和四、十二、勅、第三八七號。昭和五、十一、勅、第二二八號等参照。

十二 軍旗旗章等に就ては大正六、四、九、軍令、陸、第一號参照。陸軍管區に就ては明治四十、九、十七、軍令、陸、第三號。明治四三、三、十一、軍令、陸、第二號。大正二、七、四、軍令、陸、第六號。大正七、五、二九、軍令、陸、第十六號。大正九、八、七、軍令、陸、第十號。大正十四、四、六、軍令、陸、第二號等参照。兵卒等級表に就ては、明治四十、十、十、軍令、陸、第五號。大正四、八、二十一、軍令、陸、第八號。大正四、九、十三、軍令、陸、第十號。大正九、四、十、軍令、陸、第三號。大正十一、十、軍令、陸、第十一號。大正十四、四、軍令、陸、第六號等参照。服装規定（服制と異なる事に注意を要す。海軍の場合亦同じ。）に就ては明治四五、二、二四、軍令、陸、第一號。大正三、一、二二、軍令、陸、第一號。大正四、七、四、軍令、陸、第五號。大正四、九、二、軍令、陸、第九號。大正四、十一、四、軍令、陸、第十四號。大正五、十二、二八、軍令、陸、第四號。大正六、十六、軍令、陸、第七號。大正七、九、三十、軍令、陸、第十九號。大正七、十二、十八、軍令、陸、第二四號。大正八、四、十一、軍令、陸、第十四號。大正八、八、十九、軍令、陸、第二十三號。大正九、八、軍令、陸、第七號。大正十、六、軍令、陸、第六號。大正十一、九、軍令、陸、第九號。大正十四、四、軍令、陸、第九號。昭和三、四、軍令、陸、第二號。昭和三、十、軍令、陸、第九號。

六號等参照。

十三 上註(十)参照。

十四 明治四一、一、二五、軍令、陸、第五號（戸山學校條例）但し現在に於ては勅令にて規定されて居る。大正十四、四、二七、勅、第一五六號参照。明治四一、一、二五、軍令、陸、第七號（騎兵實施學校條例）明治四一、一、二五、軍令、陸、第八號（要塞砲兵射擊學校條例）明治四一、一、二五、軍令、陸、第九號（士官學校條例）明治四十、五、四、軍令、陸、第十三號（陸軍大學校條例）明治四四、四、四、軍令、陸、第二號（砲工科學校條例）大正元、八、二七、軍令、陸、第三號（步兵學校條例）大正元、八、二七、軍令、陸、第四號（戸山學校條例）大正四、五、二二、軍令、陸、第四號（砲兵工科學校條例）大正四、七、八、軍令、陸、第六號（中央幼年學校條例）大正四、七、八、軍令、陸、第七號（野戰砲兵射擊學校條例）大正七、五、二九、軍令、陸、第八號（重砲兵射擊學校條例）大正七、五、二九、軍令、陸、第九號（士官學校條例）大正七、五、二九、軍令、陸、第十號（地方幼年學校條例）大正八、三、二六、軍令、陸、第三號（地方幼年學校條例）大正八、四、十、軍令、陸、第七號（工兵學校條例）大正八、四、十、軍令、陸、第八號（航空學校條例）大正八、四、十、軍令、陸、第九號（砲工科學校條例）大正八、四、十、軍令、陸、第十號（騎兵學校條例）大正八、四、十、軍令、陸、第十一號（砲工科學校條例）大正八、四、十、軍令、陸、第十二號（重砲兵射擊學校條例）大正八、八、十九、軍令、陸、第二六號（砲工科學校條例）大正九、八、七、軍令、陸、第九號（士官學校條例其他三條例廢止の件。新條例は同日別に勅令にて發布された。八月九日の官報参照。）大正十四、四、六、軍令、陸、第七號（飛行學校條例）大正十四、四、六、軍令、陸、第四號（野戰砲兵學校條例）大正十四、四、六、軍令、陸、第五號（重砲兵學校）等参照。

十五 但し陸軍に於ても必ずしも一貫されて居ない。例へば士官學校及幼年學校條例等は、大正九年八月迄は軍令にて規定されて来たが、夫より以後は勅令を以て定められて居る。戸山學校、教導學校、工科學校、通信學校、經理學校、獸醫學校等に關する條例等も亦、勅令の形式を採て居る。勅令主義の一貫されて来た例は、經理、軍醫、獸醫諸學校の場合である。海軍に於ては學校は凡て勅令主義に依て規定されて来た事は後に述ぶるが如くである。

十六 此點に就ては後に論述する所があらう。

十七 規準を實際に求めんとするは、問題に答ふるに問題を以てするものであつて、問題の解答ではなく、解答の放棄に外ならぬ。若し主観的な實際に規準を求め得べきものとすれば、法學は無用の長物たるを免れ得ないのであつて、客體説の有する誤りも、少くとも部分的には一特に獨立の範圍を如何に定むべきかの問題に關聯する動機と相俟つて一正に斯の如き樂觀的、無批判的な態度に負ふものと云ふべく、著者の強く反對する態度であり見解である。尙此點に就ては本款、第二項の論述參照。

十八 勿論一部の學者は編制權の作用をも狭義の軍行政の外に置き、後者を一般民衆に對して「直接の權利義務の關係を生ずる」軍に關する作用に限つて居る。其典型的なものとしては、島村他三郎氏、行政法要論二七七頁以下の論述を挙げ得るであらう。同様の見解に就ては尙、吉見氏帝國憲法論、五〇三頁。市村氏、行政法、一〇八一頁（但し部分的）、同氏、憲法論亦同じ。清水氏、憲法論、一二五二頁。岡實氏、行政法論綱、八四九頁等參照。同氏は通説の見解（Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1924, I, S. 1 ff. bes. S. 7 ff.; Feiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 8. 並に G. Jellinek, Allg. StU., S. 617 ff. 參照。通説に對する反對論に就ては特に Merkl, Allg. Verwaltungsrecht, S. 1 ff. 特に S. 45 以下參照。）に従ひ、大權の作用（即ち獨逸の學者の謂ふ Regierung 佛國の學者の謂ふ Gouvernement 米國の學者の謂ふ politics と或る點に於て比較せらるべき）と行政の作用（Verwaltung, Administration, administration）とを區別し、「軍の統制」編制の消極的限界として（一）軍の統制編制に關する諮詢參制機關の管掌事項、（二）軍令を以て定めらるる事項、（三）國家戰關力の構成分子のみを客體とする作用等を挙げ、「行政軍務」を積極的に表示して「一般人民に對し直接に權利義務の關係」を生ずる軍に關する國家の作用と言つて居る（二七九頁參照）。勿論、之を論述の範圍を定むべき主觀的目的の問題として觀れば、行政の概念を如何に定むべきかは全く各著者の自由に屬するが、客觀的見地からすれば、立法作用の一部と看做さるべき大權の作用を除く他の大權の作用を以て行政作用の外に置く事は、當を得たものと言ふを得ないのであつて、斯の如き見解は必然的に國家作用の三分主義の理論的前提と矛盾するを免れない。唯、いはゆる大權の作用は行政作用の限界的概念であつて、此點に於て各省大臣以下の機關の作用とは、其性質、其權原に於て凡て等質的であると云へない事は言ふ迄もないが、限界的概念なるが故に之を外にして行政の作用は認識するを得ないと共に、一方に於て亦、此限界的概念は他の作用、即ち立法並に司法の限界的概念と互に對立するものであつて、大權の作用を行政の外に置かんとするは、畢竟するに内容的な觀方であり、理論的には一貫し得ないものと言はなければならぬ。島

村氏の説かる、いはゆる行政軍務の概念を検討し批判する事は茲に私の目的とする所でないが、唯、茲に注意すべき事は、島村氏のいはゆる「行政軍務」に於ける行政概念は大權作用に相對する執行の作用としての行政概念よりも、更に狭い概念であつて、同氏は少くとも三の、或る範圍に於て錯綜する標準を念頭に置かれて居る事である。其一是立法に關する大權の作用を除く他の大權作用に相對する作用としての標準であり、（一）軍の統制、編制、外交の如きは天皇の大權に屬し行政機關の作用として之を行はず」と謂へる場合の「行政」は此標準を前提とする。其二是國務大臣の輔弼なくして行はるる大權の作用に相對する作用としての標準であつて、同氏が軍令を以て規定せらるる事項は行政に非ずと説かれて居るのは此理由に依るものである。何となれば若し第一の標準のみを基礎とするものとすれば、特に「軍令」の形式を指示するの必要なからである。其三是各省大臣以下の行政組織の外部に對する國家作用としての標準である。行政の作用を此最後の意義に取る事は、他の學者の間にも亦、行はれて居る。松本順吉氏、前出、二二二頁。小泉新三氏、前出、三一九乃至三二〇頁。末松借一氏、前出、三二六頁。吉見三郎氏、日本憲法論、五〇五頁。清水氏、憲法論、一二五二頁參照。

十九 副島氏、前出、六六七頁。「狭義の軍行政とは戰關力の準備、方法、手段を整備する行爲なり即ち人及物を備具するに在り、例へば軍隊艦隊の武器、服裝、防禦器を備附する類の如し。其他織田萬氏、前出、五五五頁。門手氏、前出、二七一頁。岡實氏、前出、八五六頁。佐野章氏、前出、二〇八頁。吉見氏、前出、五〇五頁。有賀氏、前出、下卷、二六四頁。木下友三郎氏、前出、五六頁。類似の見解は末松氏、前出、三二六頁。松本順吉氏、前出、三一二頁等にも見出される。

二〇 織田萬氏、行政法講義、前出、五五五頁。兩者を明確に區別する事の困難なる事は、類似の見解を探る殆ど凡ての學者の直接間接に承認する所である。藤村氏、前出、一〇六頁。岡實氏、前出、八五〇頁。島村氏、前出、一七七頁。木下友三郎氏、前出、八三頁。吉見氏、前出、五〇一頁。有賀氏、前出、下卷、二六二頁、二六四乃至二八五頁。尙、美濃部氏、憲法撮要、前出、九七頁。市村氏、憲法論、前出、八六四頁參照。

二一 此説の獨逸に於ける支持者に就ては本書二六五頁並に其註參照。
二二 わが國に於ては純然たる「武器の使用及之に依て條件つけられたる組織客體説」は見當らないが、此型に依て比較的によく意義つけらるべきものとしては、木下友三郎氏の見解を挙げ得るであらう。「統帥權及編制は其性質を異にし其機關を異にし國務大臣の責任を異にすること上述の如くなるを以て如何なる行爲が統帥權に屬し如何なる行爲が編制權に屬するやを區別することを要す

るは勿論なれども憲法には何を統帥権とし何を編制権とするかの明文なきを以て之を區別するは困難なる問題に屬す、今事の大體より觀察して其區別を立つる事決して難きにあらず例へば國防用兵即ち國防計畫、作戰計畫、艦隊の編制、配置、教育練習、平時戰時の指揮命令は統帥権に屬し、軍隊艦隊の經理、徵發は編制権に屬する等の如し。行政法講義各論、五九乃至六〇頁。尙、美濃部氏憲法撮要、五六二頁以下、軍令權と軍政權の限界に關する論述參照。

第三項 客體說の動機

客體說、即ち作用の内容を標澤として統帥権の概念を確定せんとする諸見解の妥當でない事は、以上論述するが如くであるが、然らば何故に問題の見解は斯の如き妥當ならざる方法を探るに至れるか。此點に於て客體說は一方に於て何が統帥権なるかの理論的問題、從て何が之を基礎として生ずべき統帥権獨立の可能なる範圍であり、國務大臣の輔弼副署なくして行はれ得べき軍事上の行爲の範圍なるかの問題と、他の一方に於ては何が統帥権獨立の實際に於て統帥権として取扱はれ、從て國務大臣の輔弼副署の範圍外に置かるゝ軍事上の行爲の範圍なるかの問題とを混同し、從て統帥権に關する「法の問題」と「事實の問題」と區別する事なく、後者の見地から得た解答を以て直ちに前者の問題に答へ得べきものと思惟するの誤りに禍されたものと言ひ得る。

統帥権が何なるかの問題は、其發生の實際的動機に於ては疑もなく主として統帥権獨立の問題に起因し、獨立の範圍を如何に認識すべきかの問題に關聯するものであつて、而して獨立は憲法法典の規定に基くものでなく、全く別個の法規、一見其法源の何れに之を求むべきやの明瞭ならざる法規に根據を有するものであるから、學者が主觀的意義に於け

る統帥権と、客觀的、學問上の意義に於ける統帥権とを混同し、後者の問題に答ふるがために専ら「獨立」の實際に現れた「統帥権」に據らんとし、實際に現れた個々の獨立事項を規準として其主格たる統帥権の何なるかを認識せんとするは、妥當ではないが心理的には蓋し自然であらう。然し乍ら「獨立」の實際は兵權獨立の組織を探る何れの國に於ても決して一定の客觀的標準に基いて行はれ來つたものではなく、歸納的に確定し得べき標準を有せざるのみならず、假令、一定の型を見出し得べきものとするも、斯の如き型は統帥権其ものではなく、統帥権を前提とするものであつて、從て客觀的に統帥権獨立の範圍と必然的な關係を有せず、斯の如き二次的、非本質的な方法を以ては何が統帥権なるかの問題は勿論、之を前提とする獨立の問題は之を解き得べきものではない。されば何が統帥権なるかの問題は不確定的主觀的なる「獨立」の實際―獨立の實際が素材として考慮さるべき事は言ふ迄もないが―とは獨立して定めらるべきものであつて、實際の後を追ひ、實際を反覆記述―而して通説は決して實際の正しい記述でも無い―するに依ては其目的を達し得ないものと言はなければならぬ。換言すれば問題は唯、通説が反面に於て意識的又は無意識的に前提として居る統帥権其ものに關する反省的考察に依てのみ解き得べきも、實質的な觀方から形式的な觀方に移り、より普遍的、一般的な要素に規準を求むる事に依てのみ、矛盾なく行はるべきものである。

第四項 主體說

茲に主體說と謂ふのは統帥権概念の規準を作用の客體たる對象其ものに求むる事なく、個々の對象の歸納的觀察を離

れ、専ら個々の対象の前提とする作用夫自體の反省的考察に依て、より一般的、普遍的なる標準としての妥當範圍の人的要素を指示し、以て何が統帥權なるかの問題に答へんとする見解を指すものである。之を廣く言へば、統帥權「獨立」の限界を如何に定むべきかの問題に關して唱へられた「大元帥」對「國家元首」說を初めとし、「所分」對「命令」說、竝に「技術的支配」對「一般的支配」說等は、何れも其客體とする概念に於て形式的であり、作用の性質又は權能者の機關資格を基礎とし、作用の客體たる対象を基礎とするものではなく、此限度に於て凡て此等の見解は形式的に主體說と共通の性質を有するものと言ひ得るが、唯、凡て此等の學說は多少の程度に於て統帥權其ものゝ概念を前提とするものではあるが、直接に統帥權の概念を目的とするものではなく、而して統帥權其ものに就ては此等の諸說に屬する學者は多くは既に述べた客體說に屬するものであるから、茲に特に之を論究するの必要を見ない。のみならず其多くは獨逸、奧太利等に於て行はれたものであつて、わが國に於て行はれて居るのは、獨り最初に擧げた「大元帥」對「國家元首」に止まる。

嚴格な意義に於て主體說を採る學者は極めて稀であつて、此說は前にも述べた様に、獨逸に於てはマーシャル、フオン、ビーバーシュタインの主張する所である。わが國に於ては同様の見解は見受けられない。主體說が作用の内容を離れて如何なる範圍に於て一貫し得べきかは問題であらうが、此點は以下に於ける吾人の論述に於て自ら明かとならう。

註 一 本書二五七頁以下參照。

二 此區別はわが國に於ける初期の憲法上の文獻に於て見出さる、「戰將」對「軍將」の區別に比較さるべきものである。(壁谷

可六、上野太一郎共著、帝國憲法、解、一一四頁參照。) 勿論一方に於ては大元帥、元帥、元首等の語も用ひられたが、例へば關直彦著、大日本帝國憲法、二三乃至二四頁。岸本氏著、憲法要領、六三頁。磯部、憲法註釋、六四頁。元田、外二氏、六三頁等參照。) 當時に於ては兵權の獨立は意識さるゝ事なく(本書四八三頁以下參照。一例を挙げれば、(元田肇外二氏、帝國憲法要義は憲法第十一條を註釋して「天皇は一國の元首蒼生の父母なれば政權は固より兵馬の權をも掌握し給ふものにして陸海軍の大元帥たり……」と言ひ(六二頁)、更に第十二條編制及兵量權を論ずるの箇所に於ては「天皇既に陸海軍の大元帥たるの權力を有し給へり隨て陸海軍の將校を任免し或は命令を下し又は城塞砲臺の建築を命じ兵器艦隊の監督等を爲すの權力無る可からず隨て軍制も編制せざる可からず常備兵士の定額をも定めざる可からず然らざれば一朝事變に際し大元帥と爲り諸將を指揮し能く戡定の功を奏し以て邦家の安きを保つ事能はざる可し是れ本條の規定ある理由なり」と言つて居る。) 從て後年の區別に於けるが如き基本的意義を有するものではない事に注意を要する。兵權獨立の意義に於ける區別に就ては、吉見得三郎氏、前出、五〇八乃至五〇九頁。市村氏、行政法原理、一〇八三頁。同、憲法論、八五九頁。副島義一氏、前出、二九二頁。清水氏、前出、一二四八頁。太田嘉太郎氏、前出、二二四頁。竹井耕一郎氏、前出、一九八頁。美濃部氏、憲法撮要、二二五頁。有賀氏、前出、二四〇頁、二六四頁參照。上記區別の否定說に就ては、佐々木惣一氏、日本憲法要論、六八八頁竝に兵力量決定に於ける政府及軍部の關係改造、昭和五、七、一、一〇七頁參照。

三 本書二五九頁竝に其註參照。

第二款 統帥權の本質

第一項 統帥權の固有性(形式的竝に比較的無制限的性質)

然らば統帥權の概念は如何に之を思惟し確定すべきであるか。今、簡單に之を表示すれば、統帥權とは國家に對し現實に服務の關係に在る軍人を其效力の人的範圍とする國權の作用であつて、他の作用と比較して其内容に於て亦、作用の構成に必要な形式的條件に於て最も制限の少い作用であると言ひ得よう。換言すれば統帥權とは軍人を其效力の人

的範圍とし、而して一般臣民の國權に對する從屬關係は勿論、他の如何なる特別の從屬關係とも異なる極めて「高度」の從屬關係を内容とするに於て、其靜態的特質を有する特別の權力、特別の法的支配に外ならない。統帥權は軍人を其效力の人的制限とし範圍とする外は、作用の内容に特別な制限なく、從て特定の對象的標準を擧げて確定せらるべき概念ではなく、専ら其權原の性質を基礎として他の作用と區別せらるべき權能なる事に於て、一の形式的概念であると共に、亦、比較的無制限である高度の權能であつて、此點に於て他の作用と區別せらるべき性質を有する權能なる事に於て亦、同時に獨立固有なる概念であると言ひ得るであらう。

第二項 特別の法的支配關係としての統帥權

國家と個人の公法上の關係は、關係構成の法的基礎から觀て一般統治の關係と特別統治の關係、即ち學者のいはゆる「特別の權力關係」の二に分たれる。前者は國家構成としての個人の第一次的、普遍的身分たる受動的身分に基く義務を其要素とするものであり從て一般的なるに反し、後者は内容的な、特殊の資格、特定の法的基礎に出づるの義務を其要素とするものであり、從て特殊であるに於て其特質を有する。納稅、兵役、警察義務に基く關係の如きは即ち前者の一例であり、國家に對する勤務關係、營造物の利用關係、國家に依る監督の關係の如きは後者の事例に屬する。兵役義務に基き現實に國家に對して勤務の關係に置かれた召集中の軍人が、國家に對して有する關係も亦、特別の公法上の關係であり、いはゆる特別の權力の關係に外ならない。唯、斯の如き關係に於て國家が有する權能は他の特別の權力關

係に於て有する國家の權能とは異なり、著しく強大なる權能として現れ、他の權能の場合に於ては人的及對象的に種々なる制限の下に置かるゝに反し、問題の權能の場合に於ては人的制限を外にして對象的に特別の制限なく、從て個々の對象を基礎として實質的に定めらるべき權能でなく、専ら人的制限を基礎とし作用其ものゝ權原に其特質を求めらるべき權能なる事に特異性を有する。

されば統帥權の概念を明かならしむるがためには、先づ其妥當性の人的限界を認識する事を必要とし、何が軍人たるかを確定する事を必要とする。統帥權が軍隊を離れて思惟し能はざる概念であり、之を構成する軍人を以て其妥當性の人的限界とする概念なる事は、一般に承認せらるゝ所である。勿論、一部の學者は統帥權を以て組織せられたる軍隊を客體とする作用であると言ふが、軍隊は夫自身一の組織であり、從て組織せられたる軍隊なる表示は、別段の説明なき限り屋上屋を架するの嫌あるのみならず、軍隊は常に軍人を以て其構成員とするものである事は言ふ迄もなく、論者のいはゆる軍隊は統帥權の妥當範圍の關する限り、軍人の概念に依て更に適切に示す事が出来る。

註 一 いはゆる「特別の權力關係」(美濃部氏、行政法撮要上卷、一二〇頁參照)の概念は、ラーバンドが獨逸帝國官吏の地位を説明するがために初めて提唱した概念であつて、爾來、更に他の領域にも應用せらるゝに至つたものがある。其一般的性質に就ては Lehndt, I, S. 433; Otto Mayer, I, S. 102; Jellinek, System, S. 215; Fleiner, S. 155 ff. Thoma, Polizeibefehl im Bad Recht, S. 18 ff. 美濃部氏、前出、一二〇頁以下參照。尙 Merkl, S. 129 ff. 比較。

二 自身の區別一般に就ては Jellinek, System, S. 81 ff. 參照。

第三項 軍人の服從義務

イ 服従義務と勤務命令の審査権

今、後に述ぶべき統帥権の妥當性又は效力の人的限界に關する標準を前提として言へば、統帥権の基本的性質は其作用に對する制限が極めて微弱であつて、從て之を作用が究極に於て歸屬せらるゝ國家の側から觀察すれば、極めて「自由」であり、從て此意義に於て亦、極めて強大なる權能として現れ、反對に受命者の側から言へば極めて「高度」の從屬關係、服従の義務を内容とする作用として思惟せらるゝに在る。

此點に於て統帥権の基本的性質を明瞭ならしむるがためには、軍人に對して認めらるゝ命令審査権の限界如何を明かにし、軍人の有する審査権が他の國家機關、なかんづく其中に於ても一般に最も從屬的地位を有するものと看做さるゝ行政官吏に比較して、如何により大なる制限を受くるかを明かにするを便宜とする。蓋しいはゆる命令審査権の制限は反面に於て服従義務の強度性を意味し表示するものに外ならないのであつて、審査権に對する制限の大なる事は、以て軍人の有する地位の特異性を示し、亦、其服従する統帥権の特質を示すものに外ならないからである。

ロ 一般官吏の審査権

之を廣く言へば、いはゆる審査権の問題は、獨り國家機關たる地位を有する個人の場合に於てのみならず、國家機關たる地位を有せざる個人即ちいはゆる臣民たる個人の場合に於ても當然に生ずる問題であるが、今、吾人の目的上、問題の範圍を單に官吏たる地位を有する個人にのみ限つて言へば、問題は官吏は如何なる範圍に於て上官に依て下されたる命令の適法性を審査し得べきかに在る。此點に就ては學說史上凡を四の異なる型の解答を見出し得る。其一は受命

者に對して無制限なる審査権を認むるものであり、其二は反對に普遍的に審査権を否定し、從て無制限的に服従の義務を肯定するものであり、其三は以上兩者の折衷説と言ひ得べきものであつて、受命者に對して一應審査権を認むるが、決定権は之を上官に保留し、上官の意見を以て決定的なるものと看做すもので、普通に *Resonstrationstheorie* (再審要求説) と謂はるゝものは即ち之に屬する。其四は受命者に對して制限的に特定の事項に就てのみ審査権を肯定するものであつて、此説は審査権を單に機關の權限を定むる法規並に命令、形式を定むる法規に關聯してのみ審査権を認め、命令の内容に關する法規に就ては審査権を認めざるを普通とする。形式的效力審査説と謂はれて居るものは即ち之に屬する。

問題は在來は實證法上の規定を基礎として判斷せらるべきものであるが、唯、實證法は何れの國に於ても機關の審査権に關する一般的原则を定めて居ないのみならず、行政の領域に於てするも何等一般的规定と看做し得べきものなく、從て學説は多くの場合に於て専ら理論上の見地から問題に答へ、行政組織の性質、行政組織に對する技術上の見地又は政治的價值判斷の見地から問題に答ふるを普通とする。以上擧げた各種の典型的見解も多くは斯の如き見地から與へられた解答であるが、此限度に於ては理論的基礎に於て薄弱な見解たるを免れないと言はなければならぬ。何となれば法理上の一般の見地から言へば、凡て法律上の機關は法を基礎とし、適法なる法規に基いて作用すべきものである事は言ふ迄もなく、從て凡て機關たる地位を有する個人は、其行政官吏たるか否かを問はず、其課せられたる命令を執行し之に服従するに當つては、法が特に制限する所なき限り、該命令が果して適法に構成せられたるや否やを自ら審査すべ

く、而して唯、適法なる命令にのみ服従し拘束せらるべきものなる事は當然の事理と言はざるを得ないが、一方に於て當該命令の適法なるや否やは、唯、命令の法的構成を條件づくる一切の法規を基礎とするに依てのみ判断せられ得べきものであつて、審査の範囲を特定の事項にのみ制限する事は理由なきものと言はざるを得ないからである。

されば實證法上の根據なく、單に政治上の見地又は行政組織の目的の見地から判断して、官吏に對して無制限なる審査權を認め、或は之を普遍的に否定するの見解は勿論、審査權を特定の事項にのみ制限せんとする事も亦、客觀的な觀方であるとは言ひ得ない。勿論、以上述べた各種の見解の中、今日一般に行はれて居るのは、最後に挙げた形式的效力審査説であつて、而して此説はわが國に於ても亦、廣く認められて居るものゝ如くである。^(二五) 通説がわが國法上果して根據ある見解なるか否かは夫自身論究を要する問題であるが、^(二六) 今、暫く通説を肯定するも、官吏の上官の命令に對する服従義務は命令の形式的效力、詳言すれば下命者竝に受命者が當該事項に就て一般に權限を有するや否や、竝に當該命令が所定の形式手續を具備するや否やの三點に互て審査の權能を認めらるゝ限度に於て制限せらるゝを免れない。何となれば行政官吏は適法性に關する決定權を有せざるにせよ、決定權を有する機關に於て命令が違法なりしものと認定された場合に於て、服従の拒否は制裁を免れ得べきからである。

ハ 軍人の勤務命令審査權^(二七)

然らば軍人の場合に於ては果して如何。勿論、純理論上の見地から言へば、他の一般の機關の場合に於けると同様に軍人の場合に於ても、實證法上、制限の規定なき限り、受命者は上官の命令に服従し、之を執行するに當つては自ら慎

重忠實に命令の違法なるや否やを審査すべく。唯、適法なる命令にのみ服従すべきものである事は當然であつて、此限度に於ては軍人と雖、決して無制限なる服従義務、盲目的な從屬を要求せらるゝものではない。然し乍ら之れ單に一般の見地からのみ然く言ひ得るに止まり、實證法上の現象に於ては、軍人は其國家に對する特別の「權力關係」に基いて有する「高度」の服従義務、更に適切に言へば上官の命令に對する「即時」迅速なる服従を要求せらるゝの結果として、命令の審査權は其發動の實際的效果に於て著しく制限せらるゝを免れない。明治十五年一月、軍人に賜りたる勅諭に「……下級のものには上官の命を承ること實に直に朕が命を承る義なりと心得よ……」とあるが如き、或は陸軍軍人軍屬讀法が其第三條に於て「長上の命令は其事の如何を問はず直ちに之に服従し抵抗干犯の所爲あるべからざる事」と曰ひ、更に陸海軍刑法が各々其第四章に於て抗命に關する峻嚴なる刑罰規定を設け、^(二八) 或は軍隊内務書が其第六條に於て「部下たる者其の上官に服従するは如何なる場合を問はず必ず嚴重なるべし。部下に非ざる受命者に對する場合も亦之に同じ」と曰ひ、更に其第八條第一項に於て「命令は謹て之を守り直に之を行ふべし決して其當不當を論じ其原因理由等を質問するを許さず」と曰て居るが如きは何れも叙上の趣旨に由るものに外ならない。

一 上官の概念^(二九)

今、便宜上、審査事項に關する通説の標準を基礎とし、先づ之を上官の概念に就て觀るに、一般の行政機關の場合に於ては、制服の定めなき機關の場合に於ては勿論、制服の定めある機關の場合に在つても、單に外形のみに依て判断せられ得べきものでない事は言ふ迄もなく、從て審査は複雑であり機關の構成に關する凡ての法的條件に互らざるを得な

いが、軍人の場合に在つては之と異なり、上官の概念の内容は受命者の審査の關する限度に於ては比較的簡單であつて、受命者は先づ第一に下命者が軍人なるか否かを判断し、第二に下命者が命令關係上、機能的——即ち直接——に又は階級的——即ち間接——に自己の上に在る軍人たるか否かを審査するを以て足り、而して斯の如き判断は、一般の行政機關の場合に於けるとは異なり、制服——其定色、竝に肩章、袖章、襟章其他の附屬制標——竝に四圍の狀況に依て容易に之を下し得べく、斯の如き標準に依て下命者が自己の上位に在る機關として思惟せらるゝ場合に於ては、受命者は直らに其命令に服従すべく、遲疑逡巡するを許されない。

二 勤務事項 (三五)

勤務事項に就ても亦、同様であつて、一般行政機關の場合に於ては、職務事項は空間的竝に人的範圍に關する制限を外にして言ふも、對象的に狭く限界せらるゝに反し、軍人の場合に於ては其勤務事項の範圍は甚だ廣く、他の一般の機關の場合に於ては其職務事項の外に在るものと思惟せらるゝ事項も、軍人の場合に於ては其當然の勤務事項と看做される。勿論、軍人の場合に於ても勤務事項は一定の限界がある事は當然であつて、軍刑法の禁止せるの事項の如きは固より其範圍外に在るが、唯、斯の如き當然の制限を外にして言へば、他の機關の場合に比較して其範圍に於て著しく廣き事は明瞭である。其範圍の如何に廣汎なるかは、軍隊内務書、艦船令等を一瞥するに依て明であつて、獨り戦闘及演習の目的のためにする兵器、艦船の使用、其保管、教育、竝に各種文筆の事務、警備等のみならず、普通の場合に於ては個人の私生活に屬する厨房、裁縫、掃除竝に或る範圍に於ては一身上の事項にも及ぶ事實に依て見ても其一般を知

り得るであらう。之れ蓋し軍隊は現代國家組織の内部に於ては、身命を全部に獻ぐる最高の獨立なる精神的、準家族的團結であつて、従て其活動も單に之を個々の生活領域に限る能はざるに依るものに外ならない。

三 命令の形式 (三六)

命令の形式又は手續夫自體に就て觀るも亦制限少く、一般に軍事上の命令は迅速簡單なるを尙ぶの結果として特別な形式を有せず、命令の内容趣旨を的確に了解し得べき限度に於ては、形式と手續は命令權を有する者の裁量に委ねらるゝを普通とし、假令、一定の形式手續を必要とする場合に於ても、之に關する審査は殆ど實效なく、上官に依て下された命令が、假令、形式的缺陷を有する場合に於ても其缺陷は上官の權能に依て吸收補填せられ、従て受命者に對する關係に於ては缺陷なき行爲と同一の拘束力を有するを免れない。一部の學者が國務大臣の副署なき命令も、軍隊に對する關係の限度内に於ては、尙有效であり拘束力を有するものとし、此見地から兵權獨立の現象を説明し得べきものと思惟するものも此理由に依るものである。

ニ 軍人の所謂「絶對的服従の義務」

既に命令の審査であつて軍人の場合に於ては、軍紀に依て擔保せらるゝ高度の服従義務の結果として、以上の如き種々なる制限を受くるを免れないものとするれば、統帥權が他の國家作用、軍人以外の機關を受命者とする國家の作用に比較して、其拘束力の「密度」竝に範圍に於て極めて高度の命令權として思惟せらるゝ事は當然であると言はなければならぬ。統帥權が「絶對」の權能であり、軍人は統帥權に對しては「即時」「絶對的」「無條件的」に服従の義務を有する

ものと言はれて居るのは、畢竟するに此理由に由るものに外ならない。

註(一) 一般的には特に美濃部氏、行政法下巻七〇八頁以下。有賀氏、國法學下巻、二九二頁以下の外に尙、次の書参照。Laband, IV, S. 147 ff.; O. Mayer, II, S. 196 ff.; Haenel, Str., I, S. 477 ff.; Hecker, Armeebefehl und Armeeverordnung, in Stengels W. B. d. Deutschen Verwaltungsrechts I, (1 Aufl.) S. 63 ff. u. 144 ff.; Marschall, S. 385 ff.; Rehm, Oberbefehl u. Staatsrecht, S. 9 ff. 参照。

II 此問題に就つては多くの文獻の中、特に F. W. Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen, im Archiv f. öff. R., I, S. 108 ff.; K. Binding, Handbuch des Strafrechts, I, S. 804 ff.; Laband, I, S. 431 ff.; O. Mayer, II, S. 184 ff.; Meyer-Anschütz, S. 764 ff.; Anschütz, Str., in Encyclopädie, II, S. 590 f.; Marechall, S. 378 ff.; M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in Festschrift f. P. Laband, S. 119 ff.; Kelsen, Allg. Stl., S. 285 ff.; Merk, S. 197 ff.; Robert de Lacour, Le Resistance aux Actes de l'Autorité publique, p. 289 et s. (此最後の書物は國權一般、從て立法、司法及行政の違法な作用に對する「反抗權」の問題を比較法學的並に學說史的に取扱へるものであつて、其き作であると言ひ得る。本文三五九頁、ドクトル論文。わが國の文獻では既に前に屢々引用した古い行政法の書物の外に、特に美濃部氏、上巻、三五四頁以下。尙、副島氏、行政法、四二九頁、野村諒治氏、行政法總論、二一四頁。佐々木氏、行政法論、一七九頁等参照。

III 此點は既に獨逸に於てはプロックハクスなかんづくマキシヤルがラーバンド、ヘーネル、ハツケル等の基礎思想に基いて明瞭に論究した所であつて(本書二五九頁(註)四参照)。「個々の點に於ては固より異ならざるを得ないが、其基本的傾向に於ては私も亦此見解に同意を表するものがある。

IV Kelsen, Allg. Stl., S. 288; Merk, S. 197 参照。

V 個々の見解に就つては Freund S. 108 ff.

VI 此說に關しては Freund 前出の外に M. E. Mayer, S. 140.; Merk, S. 197.; 尙 de Lacour, p. 304 et s. 参照。

VII 舊時の學說は多く是に屬する。此說に就つては Freund, S. 118 ff.; 立法例に就つては Meyer-Anschütz, S. 394 Anm. 9 の外

に Zacharia, Str. II, § 137 N. 14. 佛國の判例も此型に屬するもの如し。此點に就つては de Lacour, p. 325 et s. 参照。

V 、「Dem Monarchen ist er (der Staatsdiener) Treue und den Anordnungen seiner Vorgesetzten Gehorsam schuldig; jedoch ist er von der eigenen Verantwortlichkeit für die Vollziehung widerrechtlicher Befehle nur dann befreit, wenn er ihre Zurücknahme vergebens zu erwirken versucht hat.」 Gerber, Grundzüge des Staatsrechts 3 Aufl., S. 118. 並に同所註(六)参照。其他の例に就つては Freund, S. 124 ff.; Laband, I, S. 432 Anm. 2. 其立法例に就つては Meyer-Anschütz, S. 594 Anm. d. 参照。尙、カメルマン二九五頁の f の説比較参照。

九 之れ通説である。其代表的見解としては Laband, I, S. 434 f. の見解を擧げ得る。同様の見解に屬する他の學者に就つては Meyer-Anschütz, S. 595 Anm. g. 参照。

十 一部の學者は内容に關する審査をも認め、實質的效力に關する審査をも肯定する。其代表的な學者としては M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl, S. 143. 参照。外に Loening, Rehm, Bornhak 等も亦、同様の見解なるもの如く居る。(M. E. Mayer, S. 143 Anm. I. 参照。)

十一 舊時に於ける個々の立法例に就つてはアンホエエ及マイエル、アマンタマン(上註(七))並にマイエル、アマンタマン(上註(八))の書参照。

十二 其代表的な事例としては Gerber, S. 118 Anm. 6.; Laband, I, S. 432 f.; Meyer-Anschütz, S. 595. 具體的に示すにラーバンドは内容に關する審査を拒否するの理由として、「Würde man dieselbe (die Prüfung) auf die Frage ausdehnen, ob die vorgesezte Behörde die festehenden Rechtsvorschriften materiell richtig ausgelegt und angewendet hat, so würde man das System der Behördenorganisation und die Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, sondern geradezu auf den Kopf stellen.」と言つて居る。

十三 審査を制限せんとする此種の見解の基礎思想の典型的表現としては G. Jellinek, Allg. Stl., S. 18., Ein zweiter wichtiger Grundsatz, den politische Erkenntnis die Rechtswissenschaft lehrt, besagt, dass die Vermutung für die Rechtmässigkeit der Handlungen der obersten Staatsorgane spricht.; O. Mayer, I, S. 95.

十四 Kelsen, S. 289; Merk, S. 198 f. 参照。

十五 副島氏、行政法、四二九頁。野村氏、二二二頁。但し美濃部氏、上巻、三五六一三五七頁の見解は之と異なる。内容に就ても亦、審査の機能を認める。

十六 實證法上の規定に就ては野村氏、二二三頁以下参照。

十七 美濃部氏、下巻、七二〇頁以下並に Marschall, S. 385 ff. 参照。

十八 明治十五年三、九、陸、達、乙第十六號。軍屬讀法第三條も「長上の命令は其事の如何を問はず直ちに服従すべき事」と曰て居る。但し海軍軍屬宣誓の規則(明、四一、九、二九、海、達、第一一〇號)には、之に該当する規定なし。

十九 陸軍刑法(明、四一、四、十、法律第四六號)第五十七條乃至第五十九條。其註釋に就ては、岡村峻兒氏、陸軍刑法講義、一五二頁以下参照。岡村氏の著書は、私の知る限り、ちか頃に於ける唯一の軍事刑法に關する著述である。わが國に於ても獨逸のヘツケル及マックス、エルンスト、マイエルの軍事刑法(陸軍、二巻)に比較せらるべき作の出でん事は大に希望されるべきである。岡村氏の著述も良き作である。海軍刑法(明、四一、四、十、法律、第四八號)第五十五條乃至第五十七條参照。

二十 軍隊内務書、大正十、三、十、軍令、陸、第二號(大正十二、三、二四、軍、陸、第一號改正)。但し其第九條に於ては「軍隊を裨益するに足ると信ずる所は、上官を輔佐するの至情を以て進んで之を上官に開陳するは各級の軍人特に幹部の義務とす然れども一度上官の決定したる事項に對しては假令意見を異にするときと雖常に已を慮くして専心上官の意圖を達することを勉む可し」と曰て居る。

二十一 一般的には美濃部氏、行政法上巻、三五四頁以下。軍事上の上官に就ては Laband, IV, S. 147; Marschall, S. 388 ff.; M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht, II, S. 10 ff. 陸、刑、第十六條並に海、刑、第十二條。前者は「上官と稱するは命令關係ある陸軍人間に於て命令權を有する者を謂ふ。命令關係なき者の間に於ては官等、等級又は階級の上なる者は之か上官に準ず但し兵卒は下士勤務上等兵を除く外總て同等とす」と曰て居る。陸軍刑法の規定と其趣旨に於て亦、同様である。岡村氏、前出五三頁は第一項の上官を「純正長官」と謂ひ、第二項の長官を準長官と謂つて居る。獨逸の學者(例へば M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht, II, S. 10 ff.) は上官を一般の上官と直接の上官 (das allgemeine Vorgesetztenverhältnis) (das direkte Vorgesetztenverhältnis) の二に分つて居るが、わが軍事刑法の規定に於ける狹義の上官、即ち岡村氏の謂ふ純正上官は直接の上官に該当するものに外ならない。

三三 茲に機能的又は直接に自己の上位に在る者と謂ふのは、例へば師團長以下の將校及兵卒の所屬師團長に對する關係、旅團長以下の將校及兵卒の所屬旅團長に對する關係の如き、凡て現實、且一般的に勤務上自己の上に在る者か、又は一般的にはないにしても特定の勤務に關聯して現實に自己の上位に在る者、例へば軍曹の廻番勤務伍長に對する關係の如きを指す。命令關係上、上位に在るものは階級上上位、又は少くとも同等なるを普通とするが、之れ例外の無い原則に非ず。

三三 之れ軍刑法の準上官に該当する。上註(二二)参照。

三四 陸軍服制(明、四五、二、二四、勅、第十號)及海軍服制(大正三、二、二七、勅、第二三號)参照。

三五 美濃部氏、下巻、七二〇—七二二頁。Laband, IV, S. 147 ff.; M. E. Mayer, I, S. 67 ff.; Marschall, S. 388 ff.; M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl, S. 150 ff. 等参照。

三六 故に美濃部教授は「軍人は其一身上の生活行動に付ても軍の紀律に關係するもの多く職務に關係なき私生活の範圍として認むべきもの甚だ狭し。隨て軍人に對する命令は一見私生活に屬すと認むべきものに付ても多くの場合に於て尙有效の命令たるを失はず。殊に入營中及戰時に於て陣中に在る軍人は其總ての生活行動に付き上官の命令に服す。」と説かれて居る。(下巻、七二二頁) Laband, IV, S. 148. „Man kann nicht eingehen, zu welchen einzelnen Leistungen der bei den Fahnen befindliche Soldat rechtlich verpflichtet sei; seine Gehorsamspflicht ist vielmehr inhaltlich eine unbegrenzte; er muss jedem dienstlichen Befehl des Vorgesetzten nachkommen, so weit er es vermag.“ M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl, S. 150. „Eine ausserhalb der abstrakten Zuständigkeit des Befehlenden liegende Weisung ist allerdings alles eher, als ein Befehl in Dienstsachen, sie ist nämlich überhaupt nicht Befehl eines Vorgesetzten. Denn die abstrakte Zuständigkeit deckt sich in militärischen Verhältnissen mit der Vorgesetzten-Eigenschaft, sie reicht soweit als die Kommandsgewalt. Wenn also feststeht, dass jemand als Vorgesetzter befohlen hat, so ist auch zweifellos, dass er innerhalb seiner Kompetenz gehandelt hat. Daher ist eine Überschreitung dieser Kompetenz wo immer die Befehlsgewalt auf dem Rang beruht, überhaupt undenkbar.“

三七 M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl, S. 151 ff.; Deutsches Militärstrafrecht, I, S. 68 ff.; Marschall, S. 387 ff.; 外に軍隊内務書、前出、第十章、特に第五十七條第五十九條乃至第六十條。陣中要領書(大正三、八、二七、軍、陸、第八

號)第二章、第十八條乃至第二十八條參照。

二八 抽象的一般的な形式に於ける法規範を外にし、上官の命令は之を廣く言へば、獨り固有の意義に於ける命令、即ち文法的意義に於ける命令の形式—其口頭に依ると否とを問はず—を以て現るゝ作爲不作爲の要求のみならず、作爲不作爲を内容とする希望をも指すものである。此意義に於ける命令は之を廣義の勤務命令と謂ひ得よう。其特質とする所は勤務上の作爲又は不作爲を内容とする法的慾求なる事に在り。從て此意義に於ける命令は實質的意義に於ける勤務命令と謂ひ得よう。狭き意義に於ては上官の命令は固有の意義に於ける命令の形式を以て現るゝ作爲不作爲の要求を指すものであつて、此意義に於ける命令は専ら「命令」の形式を概念の重心とするものであるから、之を形式的意義に於ける命令と謂ひ得る。本文に於て上官の命令と謂ふのは廣き意義に於て謂ふものであつて、軍刑法の謂ふ上官の命令も亦、決して單に狭義の命令のみを指すのではなく、非形式的な命令をも含むものと解せらるべきである。獨逸の學者は實質的意義に於ける命令を *Befehl in Dienstsachen* 形式的意義に於ける命令を *Dienstbefehl* と謂て居る。M. E. Mayer, I. S. 72 u. Anm. 1. 參照。

二九 陣中要務令第二章第十八條以下、軍隊内務書第十章第五十七條以下參照。

三〇 Brockhaus, Das deutsche Heer und die Contingente der Einzelstaaten, S. 85 ff.; Marschall, S. 394 ff.

第四項 妥當性の人的限界

以上論述した様な極めて高度の服従義は唯、軍人にのみ妥當し、軍人に於て其妥當性の積極的人的限界を有する事は學說竝に立法例に於て例外なく承認せらるゝ所であるが、唯、軍人なる語は法律上、常に必ずしも同一意義に用ひらるゝ語ではなく、法令のいはゆる軍人には種々異なつた型を見出し得べき結果として、統帥權の人的限界を如何に確定すべきかは、學者の間に於ても説の相違あるを免れない問題である。

イ 軍人

此點に於て法律上、軍人たる地位を有するものは之を二の型に分つて觀察する事を必要とする。其一は狭義又は固有の意義に於ける軍人であり、而して他の一は軍人に準ぜらるべき地位を有する個人である。茲に狭義又は固有の意義に於ける軍人と謂ふのは、陸海軍の部隊に在つて服役又は勤務中の者を指し、而して軍人に準ぜらるべき者とは陸海軍軍屬竝に陸海軍所屬の學生及生徒を謂ふものである。今、例を軍刑法の列擧する所に取つて言へば、第一の狭義又は固有の意義に於ける軍人は(一)未入營者及歸休兵を除く現役陸海軍軍人、(二)召集中の在郷陸海軍軍人、(三)召集に依らず部隊に在つて軍人の勤務に服する者(陸軍)(四)志願に依り國民軍隊に編入せられ服役中の者等を含む者である。之に反して第二の軍屬及軍所屬の學生及生徒とは、陸海軍に勤務する現職の高等文官、判任官、同待遇者竝に所定の形式に從て宣誓し、陸海軍の勤務に服する囑托、雇員及委托學生生徒を除く軍所屬の學生生徒を意味する。

ロ 狭義(固有)の軍人

以上擧げた二の型の軍人中、第一の型に屬する軍人は、其勤務の主たる内容から言ひ又其身分から言つても軍の主體を構成するものであつて、此意義に於ける軍人が固有の意義に於ける軍人として、(法令に依り特に其獨立を認められたる職務に従事する場合を除く)専ら軍の統帥に服する主體である事は、學說竝に立法例に於ても一般に認めらるゝ所であると言ひ得よう。わが陸海軍刑法は獨逸の軍刑法とは異なり陸海軍の文官其他の軍屬竝に特に勅令を以て除外せるものゝ外は、軍所屬の學生及生徒をも廣く一般的に軍刑法の支配の下に置けるにも拘らず、特に之を軍人に準すべきものとして本來の意義に於ける軍人と區別して規定して居るのも亦叙上の思想に基くものに外ならない。

勿論、外國の學者の中には、固有の意義に於ける軍人を更に狭く觀て、略、戦闘員に該當するものみに限り、經理藥劑、軍僧、法務官其他の直接に戦闘の主體たらざる者は之を除外するものもある。獨逸の學者マーシヤル、フォン、ビーベルシユタインの如きは其一人として擧げらるべきものであらう。^(一四)然し乍ら之れ獨逸の軍刑法が將校相當官及是に準ぜらるべきものは、平時に在つては單に部分的に軍刑法に服せしめ、唯、戦時に於てのみ普遍的に其適用を受くべきものとなせるに由るものであつて、わが國に於ける如くに、軍紀上戦闘員と同様に取扱はるゝ法制の下に於ては、固有の意義に於ける軍人をいはゆる戦闘員にのみ限る法律上の理由無きものと言はなければならぬ。

ハ 準 軍 人

されば固有の意義に於ける軍人の統帥權本來の支配領域に在る事は、わが國法上疑を容れないが、唯、既に擧げた第二の型に屬する者が、果して固有の意義に於ける軍人と同様に統帥權の客體と看做し得べきか否かは、疑の餘地なきを得ない問題であつて、此點に就ては學者の觀る所も亦、必ずしも一致して居ない様思はれる。^(一六)

勿論、わが國の軍刑法は、既に言及した様に、獨逸の軍刑法とは異なり、準軍人も亦、固有の意義に於ける軍人と共に、等しく其支配の下に置いて居るのであつて、此限度に於て準軍人も、軍紀上、基本的に狹義の軍人と同一の地位を有するものと言ひ得べく、後者と同様に殆ど「無條件的」なる服従の義務を有し、等しく軍の統帥に服するものと看做し得べきものゝ如くに思はれるであらう。然し乍ら他の一面から觀れば、此等のいはゆる準軍人は現役の軍人を以て充つべき勤務に服する者でなく、其勤務の性質に於て固有の軍人と同一でなく、其身分上の制限の個々の内容に於ても亦

異なるものであるから、單に軍の刑法上同一規律に服するの故を以て、統帥の法理上狹義の軍人と同一視するは、恐らく妥當なりとは言ひ難いであらう。軍刑法が特に軍人に準ずるものとして、固有の軍人と用語上區別して居るのも、單に其職責の事實上の性質の差異に基くものでなく、寧ろ統帥に對する關係の性質上の相違を前提とせるに由るものと言ふべきである。故に準軍人であつて若し固有の意義に於ける軍人と同様に統帥に服するものとなれば、唯、軍隊司令官の命令下に置かるゝ場合に限るものと言はなければならぬ。

註 一 此點に就ては Hecker, Militärpersonen, in Wörterbuch d. deutschen Verwaltungsrechts, II, S. 125 ff.; Marschall, S. 397 ff.; Laband, IV, S. 205 ff.; Doehow-Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts 3 Aufl., S. 540 ff.; M.E. Mayer, I, S. 41 ff. 外にわが國法上の文獻及資料としては、特に有賀氏、國法學、下卷、二九二頁以下。美濃部氏、行政法下卷、七一〇頁、同、憲法撮要、同、憲法精義、四一八頁以下。清水氏、憲法編、五二五頁。副島氏、憲法、七六八頁以下。市村氏、憲法、四五七頁以下。佐々木氏、憲法、二六四頁以下比較参照。陸軍刑法、第八條及第九條。海軍刑法、第八條及第九條。岡村氏、陸軍刑法講義、三五頁以下等参照。

II Hecker, III, S. 126 ff.; Laband, IV, S. 205 ff. v. Marschall S. 397 ff. 比較参照。帝國憲法第三十二條のいはゆる軍人の何なるかに就ても、わが國憲法學者の見解は一致して居ない。上註(一)擧げた文獻比較参照。

三 兵役法(昭和二、三、三一、法律、第四七號)、第十七條第一款、第十一條及第十六條及外に岡村氏、前出、三五頁参照。

四 兵役法前出、第十一條第十四條第十六條、兵役法施行令(昭和二、十一、三十、勅、第三三〇號)、第三十四條、海軍召集規則(昭和二、十二、一、海、省令、第二二號)、第二條第四項等参照。

五 陸軍に就ては兵役法第三條第五條及陸軍武官服役令(昭和二、十一、三十、勅、第三三二號)第一、第七、第十六の各條、海軍に就ては兵役法第三、第五の兩條並に海軍武官服役令(昭、二、十一、三十、勅、第三三三號)第五、第八、第十八乃至第十九の各條参照。

- 六 召集中の在郷軍人に就ては岡村氏、前出、三六頁の外に、陸、刑、第十三條、陸軍召集規則（昭、二、十一、三十、陸、省令第二五號）第一、第二、第四八、第一〇二の各條及海軍召集規則（前出）第二條等參照。
- 七 岡村氏、前出、三八頁參照。陸軍の學校、官衙、軍隊、特設機關並に特務機關等に在つて（陸、形、第十九條參照。）、現役軍人を以て充つべき勤務に服する者を指す。（明、四〇、七、十、勅、二六〇號、軍隊、官衙學校、附屬衛生部員及獸醫の補充に關する件、第一項、明、四一、一、二三、勅、第六號、豫備役、後備役憲兵科下士上等兵補充の件、第二項等參照。）
- 八 明、三七、十二、六、勅、第二三三號、國民兵役に在つて召集せられたる者及國民軍編入志願者に關する件、第二條參照、尙岡村氏、前出、四二頁參照。
- 九 軍刑法は以上の外に尙、軍人として「制服着用中の者」を擧げて居る（陸、刑、第八條。海、刑、第八條參照。）が、此等の者は現に陸軍又は海軍官憲の指揮の下に在る場合にのみ統帥の客體として思惟さるべきものであらう。立法理由に就ては岡村氏四一頁參照。
- 一〇 陸、刑、第十四條、海、刑、第十條等參照。尙、岡村氏前出、四三—四五頁參照。
- 一一 陸軍人軍屬讀法（明、十五、陸、乙第十六號）、軍人讀法を受くべき者の誓文（明、十五、陸、達、乙第十七號）海軍軍屬宣誓規則（明、四一、海、達、第一一〇號）參照。
- 一二 陸軍刑法を適用せざる陸軍所屬の學生、生徒に關する件（明、四一、十、九、勅、第二五五號）海軍刑法を適用せざる海軍所屬の學生、生徒に關する件（明、四一、九、二四、勅、第二二二號）參照。
- 十三 M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht, I, S. 47 ff. 參照。
- 十四 Marschall, S. 401. 是と異なる見解に就つては Laband, IV, S. 207; Hecker, 前出 II, S. 126 參照。
- 十五 M. E. Mayer, I, S. 49 參照。
- 十六 上註（一）に擧げた文献比較參照。

第三款 統帥權概念の濫用

以上論述した統帥權の基本的性質、廣く學者に依て意識的又は無意識的に承認せられ前提とせらるゝ性質は、往々誤まつた意義に解せられ、其本來の性質と相容れない意義を有する用語に依て表示せられ、學說並に實際に於て濫用せらるゝを見受ける。而して此傾向は兵權獨立の認めらるゝ國家に於て特に著しく、わが國に於ても其事例なきを保し難いのであるから、以下、以上述べた基本的性質を基礎として濫用の事例を指摘し、統帥權の正しき概念を更に敷衍説明しておく事は敢て無益の業ではあるまいと思ふ。

第一項 統帥權の最高性又は絶對性

統帥權が夫自體に於て最高の性質を有し絶對的であることは、屢々、學者並に軍事専門家によつて主張せらるゝ所なるのみならず、同様の思想の表示は又法の規定に於ても見出し得られる所である。舊獨逸帝國憲法第十七條の規定の如きは其一例である。然し乍ら最高又は絶對なるの語は、法學の領域に於ても常に必ずしも同一意義に用ひられて居るのではなく、此點に於て少くとも二の異なるつた用語例を見出す事が出来る。其一は最高級の意義、論理的意義に於ける全部の意義に用ひらるゝ場合であり、其二は比較的相對的意義に用ひられる場合である。統帥權の最高性又は絶對性を文字通りに全部的意義に取る場合に於ては、統帥權の固有性に對する表示としての最高性は、其理論的結果に於ては國權の統一性國家の統一性を破壊するか、然らざれば國權の一部であり其一作用に過ぎない統帥權の絶對化によつて、國法の主權的性質は統帥權に吸収せられ、國權の他のすべての作用の統帥權に對する絶對的從屬を招致すべく、統帥權の固

有性を高調する論者が、一方に於て前提とする統帥權と他の國權の作用の共存と相互的獨立の觀念は之を認むることを得ない。故に統帥權を以て國權の一作用とし、國法の一部とする前提に立つ以上、統帥權のいはゆる最高性は必ずや相對的意義に於て言ふのでなければならぬのであつて、絕對的意義に取るべきではない。此點は統帥權の最高性を強調する通説によつても一面に於て承認せらるゝ所であると言ひ得る。何となれば通説を主張する如何なる論者と雖、一方に於て統帥權が國法の一部であり、國權の一作用である事を其基礎思想に於て否定するものなきと共に、他の一方に於ては國法が固有なる性質を有し、國家が主權的性質を有するものである事は一般に承認せらるゝ所なるからである。

然し通説は勿論、此正しき前提を一貫することなく、統帥權のいはゆる「獨立」、即ち統帥權の獨立を認めて居ない憲法典の規定の統帥權の獨立を認むる法規に對する從屬を以て、統帥權其ものゝ本來の性質としての固有性、即ち軍人に對して「無條件的」な服従を要求し得べき高き權能としての性質より當然に生ずるものゝ如くに思惟し、統帥權のいはゆる内部的高級性又は寡頭性を外部に轉化し、統帥權の比較的高級性を絕對化するの誤りに陥つて居る。此點に於ては統帥權獨立の法的基礎を憲法典に求めんとする學説も、亦憲法以外にもとめんとする學説の一部もまた同様であつて、一例を擧げて言へば統帥權の固有性を説明し、其「國務」に對する獨立を論證するがために、統帥權が國法の制限外にあるの理由を以てせんとするが如き、或は實權は兵權の所在に伴ふが故に兵權は天皇に直屬すべく他に委任すべからず、從て國務大臣の輔弼外にあらざる可らざるを以てするが如き、或は既に言及した様に、分割す可らざる君主の資格を國家元首の資格と大元帥の資格との二に分ち、是に依て統帥權の固有獨立性を示さんとする如き、何れも同一基礎思

想のもとに立つものである。すべて此種の學説の主張するところは、統帥權の最高性または固有性を絕對的意義に解する前提に於てのみ一貫し得べきものであつて、その主張の論理的結果からすれば、此等の學説は統帥權の固有性を絕對的意義にとる學説と看做し得べきものである。唯、此等學説の維持し得べからざる事は既に詳論した所であるから、再説するを避け、茲には單に統帥權の固有性を無意識的に絕對化せんとする通説と、現時なほ行はれて居る一派の主權論の關係に就て一言しておくに止める。

主權はこれを一般的に言へば、法の固有性を指すものであつて、現象の因果關係または空間的關係に對する表示に非ることは一般に承認せらるゝところであると言ひ得べく、唯、此意義に解するによつてのみ法學上の傳統的問題としての主權の概念は、固有妥當なる意義を有し得べきである。故に主權の性質としてのいはゆる最高性を力の最高性または最高なる力、絕對的なる權力の意義にとることの誤りであつて、法の領域に於ける權力説の維持す可らざる事は、既にルツソーによつて最も明瞭に指摘された所であつて、權力的主權論は因果關係自身の性質と相容れない獨斷に過ぎない。然し實證法は一面に於て權力を前提とし、權力と或る範圍に於て並行的終始關係を有つものであることも亦疑を容れない。實證法學は常に事實上行はれ遵奉さるゝ法を其間接の一般的對象とし、何等の意義に於ても遵奉されない規律は何人も是を實證法と思惟するものなく、斯くの如き對象は學問的研究の發生、從て學問の事實上の成立に缺く可らざる所の對象に對する社會的一般的關心を缺如し、從て學的研究の對象たり得ない。

此故に方法上、法と權力、法の事實上の擔保とは嚴格に區別すべきもので、混同すべきではないが、實際に於てはや

もすれば此兩者は混同され易く、法の固有なる性質、事實的觀察の對象としては存し得ない性質としての主權は、事實上の力と混同せられ、事實上の權力の性質として主張せらるゝを免れ難い。主權論に於ける權力説が主權概念の發見以來、各時代を通じて其跡を絶たないのは此故に自然である。

既に法は權力と混同せられ、法の拘束力は事實上の支配關係、行爲の因果關係と混同せられ、從て法主權は強者の權力と混同せらるゝものとすれば、事實上の支配關係を決定する直接の最も有力な組織的要素と見なされる兵力が主權と混同せられ、兵權が主權の實體であり核心であると思惟せらるゝことも亦、自然であると言はなければならぬ。此點に於て凡ての權力説中、特に注目し値するものは、軍國主義的政治學者として知られ、又獨逸史の權威として知らるゝハインリッヒ、トライチケの主權に關する見解である。

彼は其有名な「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 eigenen Hoheitsrechte selbst zu bestimmen, politisch im Recht der Waffen. Ein Staat, der keine Waffen hat, der nicht im Stande ist nach seinem Ermessen das Schwert zu ziehen, ist unterthan der höheren Gewalt, welche für ihn das Kriegrecht hat.“
更に曰く、

„Die Souveränität aber, die dem Staat allein zusteht, ist ihrem Begriff nach die höchst Gewalt. — Die Wahrheit bleibt: das Wesen des Staats besteht darin, dass er keine höhere Gewalt über sich dulden kann. Wie stolz und

wahrhaft staatsgemäss hat das Crustav Adolf ausgesprochen mit den Worten: Ich erkenne Niemand über mir an als Gott und das Schwert der Sieger.“
と言つて居る。

勿論、トライチケは兵權を以て直ちに主權だと言つて居るのではなく、唯、單に主權の骨子であり政治的核心であると述べて居るのに過ぎないと言へ、兵權を以て苟も主權の骨子とする以上、主權の形式的性質を等閑視して、主權を特定の内容的作用と意識的又は無意識的に混同し易い一般の傾向として、主權の基本的性質として通常あけられる各種の屬性を兵權に移し、是を主權の實體たる兵權に内在するが如く思惟せんとするは蓋し自然であらう。少くとも國家作用の「原動力たる機關」を以て國家の最高機關と思惟すると同一論理に基いて、國權の凡ての作用の最後の決定力と思惟される兵權、軍隊に對する命令の權能を以て、統治の非常時に於て現るゝ潜在的最高權威であり、斯くの如き潜在的權能を基礎とする二次的な普通の法規を以ては、制限し得べからざる絶對的の最高權威であり、斯くの如き潜在的權能を基礎とする二次的な普通の法規を以ては、制限し得べからざる絶對的、無條件的な作用と思惟せらるべきは寧ろ當然であると言はなければならぬ。

此點に於て統帥權に關する通説が、無意識的に陥れる統帥權の主權化、從て本來の意義に於ける主權の特殊化または内容化は、畢竟するに法學の領域に於ける絶對的法神としての萬能無制限な國家の誤まつた思想の、政治的に最も敏感な領域に於ける一の表現に外ならない。故にわが國に於ける一部の學説、統帥權の國務に對する絶對的獨立を肯定する

學説が、その論據を獨逸に於ける一の理論的發現たる戦争の超法論にもとめ、戰鬪行爲を客體とする統帥は國法の支配のもとに立つものに非るが故に、統帥權は國務に獨立し、其外に立つものとし、是によつて統帥權が國務大臣の責任外に在るものなることを立證せんとするが如きは蓋し怪むに足らない。

統帥權の固有性をば通説の半面に於て陷つて居る様な絶對的意義に解することが誤りであるとすれば、問題に對する唯一の正しい解答は、唯、問題の概念を比較的相對的意義に解する場合に於てのみ可能であると言はなければならぬ。換言すれば、統帥權の固有性としての高度の性質は、絶對的な全部、極致的全部としての性質ではなく、全部の一部、比較的全部の對象の性質としてのみ正しい意義を有するものと言ふべきである。問題の場合に於て全部たるものは、一般に承認されて居る國法學上の思想を基礎として言へば國家である。從て統帥權の固有性は唯、國權の一作用として有し得べき性質の範圍内に於てのみ之れを思惟し得べく、此限界を越えない場合に於てのみ可能であると言はなければならぬ。

之れを積極的に言へば、比較的一體、國法の一部としての統帥權の固有性は、二の異なつた意義にとる事が出来る。一は一般的意義に於ける固有性であり、其二は特殊的意義に於ける固有性、本來の意義に於ける固有性である。一般的―むしろ組織的體系的と言ふが妥當であらう―意義に於ける統帥權の固有性と謂ふのは、統帥權が國權の一部として國法の認識上、有しなければならぬ法理論的地位に基く性質を指すもので、統帥權が國權の一部として可能なるがために必然的に有しなければならぬ性質を意味する。具體的に言へば此意義に於ける統帥權の固有性とは、統帥權が國權

の一部として、從て上級の法規に依て定められ授權された範圍内に於ては常に完全であつて、從て傳統的な用語を籍りて言へば、自己の意志に反して他の如何なる權能をも認めず、他の如何なるものによつても制限せらるゝことなき高き性質を言ふものである。

然し統帥權の固有性を以上の如き意義にとる事は、固有性を嚴格な意義にとる以上、妥當なりとは言はれない。何となれば上級の法規によつて授權され定められた範圍内に於て完全であり、從て他の如何なる作用の制限をも受けざるの性質を有するの點に於ては、他の作用も統帥權と同一であつて、此點に於て統帥權は、何等國權の他の作用と區別せらるべき特性を有するものではないからである。

これ第一の意義に於ける固有性が法の領域に於ける部分の論理的概念の表現であり、從て凡ての部分に妥當する普遍的性質たることから生ずる當然の結果である。

故に統帥權の固有性はこれを第一の意義にとるべきではなく、専ら第二の意義にとるべきである。而して此本來の意義に於て統帥權を高き作用であり權能であると謂ふのは、専らいはゞ「量的」意義に於て謂ふものであると言ふことが出来る。詳言すれば統帥權は法的一部分として全部たる國法に從屬し、從て上級の法規に依て授權された範圍内に於ては常に自ら完全であつて、他のいかなる對象に依ても制限さるゝものではないことに於ては、同一系統に屬する他の部分と共通の性質を有し、此點に於ては他の部分と區別し得ないが、唯、上級の法規に依る授權の範圍に於ては統帥權は他の法的一部分と比較して廣大であつて、此意義に於ては統帥權はより高き權能であると言ひ得られよう。

第二項 統帥權と無制限性

統帥權の固有性としての高級性は、唯、以上第二の意義に於てのみ正しく、而して此第二の意義に於ける固有性は、第一の意義に於ける固有性を前提とするものである事は言ふ迄もなく、故にまた統帥權を以て無制限なる權能なるが如くに思惟するも誤りであると言はなければならない。無制限と謂ふ語は、普通、法學の領域に於ては最高性または絶對性と關聯して主權概念の表示として屢々用ひられる所であつて、主權は最高なるが故に絶對であり無制限であるとは從來屢々主張された所である。併し無制限なる語を其形式的意義にとる場合に於ては、無拘束無規律と同一であることは既に學者の指摘した所であつて、従て法の否定となり主權を以て法的國家の缺く可らざる性質として主張することは、解く可らざる矛盾である。故にいはいはゆる無制限とは法の形式に關する無制限ではなく、専ら内容に關する無制限であつて、法は概念上夫自身一の規律であり、従て無制限または無規律なるを得ないが、唯、其規定し得べき内容たる事項に就ては、性質上一定の制限を有するものに非るが故に、實質的、動態的には無制限であると言ひ得るに止まる。

既に全部としての法の場合に於て主權の表示としての無制限性は、唯、其内容に關する無制限の意味にのみとり得べく、形式的意義に於ては謂ひ能はざるものとすれば、全部の一部としての統帥權の場合に於て、其無制限性を主張する事の誤りなることは多言を俟つ迄もなく明かである。其誤りなることは獨り形式的意義に於て無制限性を主張する場合に於てのみならず、内容に對する意味にとる場合に於ても同様である。何となれば統帥權を以て夫自身一の主權的法規

であるとなさざる以上、換言すれば、統帥權を以て全部ではなく全部の一部であり部分であるとする以上、全部のみが有し得る内容に關する無制限性は、同一意義に於て全部に非る部分に認める事は不可能なるからである。

故に主權の場合に於けるよりも更に内容化され特殊化され、條件付けられた意義に於ける國權の一部としての統帥權の場合に於て無制限であるといふのは、唯、統帥權を可能ならしむる條件、即ち上級の法規に依て制限され授權された範圍内に於て、他の特定の作用に比較して其發動し得べき事項に就て特定の制限なく、比較的無制限であると言ひ得るに過ぎない。統帥權は其妥當領域の人的範圍に於て軍人に限らるゝと云ふ動態的制限を有するの外には、其規定し得べく命令し得べき事項に就ては、法自體に内在し又法的一部の概念夫自體から生ずる制限を外にしては特殊の制限なく、従て他の實證法上の作用に比較して一見無制限なるが如くに思惟するゝに過ぎない。

故に事苟も軍事上の必要に出づるものなる以上、統帥の最高主體は何事をも規定し命令し得べく、他の國權の作用は凡て之に従屬しなければならぬと云ふ事の誤りである事は勿論——夫が政治的、社會的に好ましいか否かは別問題である——一方に於て又統帥權の妥當領域を限定するに特定の事項を以てしようとする事も妥當なりとは言ひ得られない。前者は既に指摘した様に、統帥權を絶對化し主權化する點に於て誤りであり、自ら矛盾に陥るものであると共に、後者は反對に統帥權を特殊の政治的見地に基いて不當に抑制せんとする點に於て誤りであり、共に實證法の定むる所とは相容れない見解であると言はなければならない。

第三項 統帥權の比較的形式の性質

此點に關聯して統帥權は一の形式的概念であり、本來形式的にのみ確定し得べき概念であると言ひ得る。勿論、形式と内容は比較的、相對的概念であつて、一の見地から觀て形式たるものも、他の見地からすれば内容として思惟せらるる事あり得べく、從て一定不動の絶對的な概念ではないが、茲に統帥權を以て形式的な概念であると言ふのは、既に前に述べた客體説の論評からして知り得る様に、作用の客體又は其實質の内容を基礎として定め得べき概念ではなく、内容を離れ専ら作用自體の性質又は其權原、從て亦、之と不可分の關係を有する其對應體としての妥當性の人的標準を基礎としてのみ定め得べき概念であると言ふに外ならない。

此點に於て、統帥權の概念を定むるに作用の實質の内容を以てし得べしと信する客體説は、統帥權が形式的概念なることを忘れたものであり、其徒勞なる事は猶、自らを其背に荷はんとするに等しいと言はなければならない。蓋し統帥權は軍人を以て其適用範圍の唯一の標準とする國家作用であつて、從て軍人以外の機關又は個人又は團體に對しては、最早其本來の效力を有し得ない作用であるが、作用が軍人に限らるゝ範圍内に於ては、其拘束力に缺陷なく、統帥權として「絶對的」性質を保有するものであつて、統帥權が其發動又は作用の個々の場合に於て如何なる事項を内容とするかは、統帥權自體の法的性質に毫も影響する所なく、命令が如何なる内容の下に現るゝにせよ、前に述べた其效力の人的範圍の限界を脱しない以上は、常に統帥權として其―通説が一般に認むる様な―いはゆる「無制限的」「絶對的」效力

を有し、統帥權たり統帥の作用として等しく其效力の普遍的性質を失はない。故に統帥權の作用は或は一般的抽象的な命令として現るゝ事あり得べく、又は夫自身に於ては一般的抽象的な命令の作用ではなく、既に存する抽象的一般的な命令を執行するに止まる個別的具體的な下命又は處分の作用たる事も有り得べく、或は又夫自身に於ては法的規範を制定するの作用ではなく、單に之を執行する事實上の作用として現れ得べきである。軍令を初め一般に軍事上、命令と稱せらるゝものは前の二者に屬し、其下に於ける軍の各種の作用は、武器の使用から其他各般の精神的、事實的な作用に至る迄凡て後者に屬する。更に統帥の作用は別個の見地からして或は本來の軍事的作用と信ぜらるゝ武器の使用行為を内容となし得べく、或は亦、いはゆる狹義の軍行政をも内容となし得べく、實際に於ても後者は極めて廣き範圍に於て其内容となつて居るのであつて、統帥權の法律上の基本的性質は、決して一定特殊の事項又は對象に限定さるゝものは無いのである。

斯の如くに統帥權の概念は形式的な概念であつて、作用の個々特定の客體に基いて定めらるゝ概念ではなく、特定の内容とは獨立に、凡て或る内容をして統帥權の内容として思惟するを可能ならしむる作用自體の性質乃至權原に依て確定さるべき概念なる事は、統帥權のいはゆる「無條件」的性質から生ずる當然の論理的結果である事も前に言及した所である。此點に於て統帥權の概念に關する通説は一の矛盾に陥つて居ると言ふべきである。何となれば、通説は例外なく統帥權が比較的無制限なる作用たる事を認めて居り、從て其必然の結果として、統帥權が形式的な概念なる事を前提とするにも拘らず、通説の論者は非論理的にも、一方に於て斯の如き統帥權を實質的に特定の客體に基いて定めんと

し、從て亦、統帥權の「絶對的」性質を否定するの態度を取つて居るからである。統帥權の「絶對的」性質、更に適切に言へば、其比較的、無制限的性質と其形式的性質とは不可分の概念であり、否、後者は前者の別個の表示に外ならなると共に、一方に於て形式と内容とは對立的概念なるが故に、統帥權の比較的無制限性を肯定する以上は、亦、當然に其形式的性質を肯定すべく、從て統帥權の比較的無制限性を肯定し乍ら、同時に他の一方に於て其形式的性質を否定し統帥權を以て實質的概念なりとし、實質的に定め得べき概念なりとする事は矛盾と言はざるを得ない。故に統帥權の比較的無制限的性質を肯定する前提に立つ通説が、一方に於て之を實質的對象的に限界せんとするの徒勞なるべきは當然であつて、私が前に通説の試みを批判して、之れ自らを其背に荷はんとするに等しきものと言つたのは、此理由に依て明かであらう。

註 一 本書五八〇頁以下参照。

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）

私は前に統帥權の絶對的排他的傾向に言及し、統帥權が其固有、本來の領域に於て有する比較的無制限性が、意識的、無意識的に普遍化せられ、獨り内部—即ち軍人に對して—に於てのみならず、亦、外部、從て國權の他の作用に對しても最高であり絶對なるものとせらるゝ傾向ある事を述べた。既に統帥權であつて斯の如くに主權概念の意識的、無意識的適用に依て絶對化せられ、最高であり無制限なるものとせらるゝとすれば、統帥權が亦、同時に獨立なるものと思惟せ

らるべきは蓋し自然であると言はなければならぬ。既に前にも述べた様に、一部の學者が統帥權の「獨立」を以て法理上、統帥權其ものゝ性質に基いて當然に生ずるものと思惟し、統帥權が其發動の最高階段に於て、國務大臣の參與を除外して行はるゝの現象を以て、恰も統帥權の内在的性質に基く必然の結果なるが如くに説明せんとするは、畢竟するに斯の如き傾向の一の現れに外ならない。併し乍ら之れ統帥權の固有性としての獨立性と、いはゆる統帥權の「獨立」とを混同し、前者を不當に絶對化するに依て得られた概念であつて、其誤謬を指摘するがためには、何が内在的意義に於ける統帥權の獨立なるかを明確ならしむる事を必要とする。

此點に於て内在的意義に於ける統帥權の獨立性は、其有する既に述べた意義に於ける比較的高級性（内容的意義に於ける）とは別個の性質ではなく、單に其消極的表示に過ぎない事に注意しなければならぬ。蓋し既に主權概念の場合に於て知られて居る様に、論理上凡て最高なるものは同時に亦、獨立であると言ひ得べく、從て比較的に高きものも亦同時に比較的意義に於て獨立であると言ひ得るのであつて、此限度に於て比較的に大なる權能である統帥權は、同時に一面に於て獨立であつて、統帥權の獨立性は統帥權に内在するものと言ひ得べきからである。勿論、獨立を消極的不確定的概念の意義にとれば、或る對象を以て獨立であると言ふのは、其對象の他の對象に對して從屬の關係に非ざることを示すに止まり、其對象が他の對象に對して非從屬以外の他の如何なる關係、なかんづく同格または高き關係にあるかは毫も之に依て知るを得ない。從て獨立なるものは常に高きものであるとは言はれないが、反對に高きものは同時に常に獨立であると言はれ得る。何となれば、消極的概念は積極的に轉換し得ないが、反對に積極的概念は消極的に轉換し得

るからである。

私は前に積極的意義に於ける統帥権の固有性には二の異なつた意義のある事に注意を惹いて置いた。其一は一般的意義に於ける統帥権の固有性であり、其二は特殊本来の意義に於ける統帥権の固有性である。第一の一般的意義に於ける統帥権の固有性と謂ふのは、統帥権が全部に於ける一部として論理上必然的に有しななければならない性質、即ち全部の縮圖的性質であり、後の特殊の本来の意義に於ける固有性とは、統帥権が全部に於ける一部として、同一全部、同一體系に屬する他の一部に比較して認識され得る特異性を意味するものである。

故に既に統帥権の内在的意義に於ける獨立性であつて、積極的意義に於ける固有性、即ち其高級性の消極的表示であるとするれば、統帥権の獨立性は、上に述べた固有性に關する二の區別に相應じて二の區別を認めなければならぬ。即ち其一は一般的意義に於ける獨立性であり、而して其二は特殊な意義に於ける獨立性である。第一の一般的意義に於て統帥権が獨立であると言ふのは、統帥権が全部に於ける一部として、上級の法規に依て授權され構成された範圍内に於ては完全なる妥當性を有するが故に、此限度に於ては其内在的意義に從て完き拘束力を有し、從て他の如何なる作用、如何なる規範に依ても犯さるゝ事なく、從て獨立なる事を意味する。更に第二の意義に於て統帥権が獨立であると言ふのは、第一の意義に於ける獨立性を前提として専ら特定の一部としての、換言すれば何等かの標準に依て他の一部と區別された部分としての統帥権に固有なる獨立を指すものであつて、而して統帥権は此見地からすれば、他の特殊な作用に比較して授權の範圍廣く、制限の範圍の少い結果として、比較的に自由であり高度の權能又は作用として思惟せらるゝ

が故に、消極的に言へば之に服する者に對する關係に於て、他の作用に比較してより獨立なる性質を有する對象として思惟され得る事を指すものに外ならない。換言すれば、此意義に於ける統帥権の獨立性は、軍人の上官に對する高度の服從義務を逆に國家の側から觀察し、之を消極的に表示したものに外ならないのであつて、統帥権は「絶對的」であると言はるゝ程に高度の服從を軍人に對して要求し得べき權能として考へらるゝが故に、其限度に於て比較的に獨立なる性質を有し、他の一般の作用の場合に於て課せらるゝ制限の下に立たざる事を意味するに過ぎないのである。

統帥権であつて若し其内在的見地からして獨立であると言ひ得べきものとすれば、夫は唯、以上擧げた二の場合にのみ限らるゝものであつて、此の場合を外にしては統帥権は如何なる場合に於ても内在的に獨立であるとは言ひ得ない。唯、以上の中第一の意義に於ける獨立は、敢て統帥権にのみ限られた獨立性ではなく、凡ての妥當する國家作用に共通なる性質であつて、從て若し統帥権の獨立性であつて夫自身に於て固有なる意義を有し得べきものとすれば、夫は専ら第二の意義に於ける獨立性を指すものでなければならぬ。何となれば第一の意義に於ける統帥権の獨立性は、既に述べた様に、一般的意義に於ける固有性の消極的表示たるに止まり、統帥権が全部の一部としてと法論理上必然的に有する全部の縮圖的性の消極的表示に外ならないのであつて、從て此意義に於ける獨立性は凡て全部の一部たり、國家作用の部分たるものは其統帥権たるを問はず一様に之を有せざるを得ないのであるから、特に之を統帥権の獨立性として表示する事は何等特別な意義を有し得ないからである。

既に内在的意義に於ける統帥権の獨立性であつて、以上第二の意義に於ける獨立性にのみ限らるゝものとすれば、い

はゆる統帥権の「獨立」が、統帥権其ものゝ固有性より生ずる當然の法理的結果に非ざる事は極めて明白であると言はなければならぬ。勿論、傳統的意義に於ける統帥権の「獨立」も、夫が統帥権を主格とするものなる限り、論理上、統帥権を前提とするものであつて、從て內在的意義に於ける統帥権の固有性、其消極的表示としての獨立性を前提とするものであり、此意義に於ては內在的意義に於ける獨立性は、傳統的意義に於ける獨立に對して無關係なりと言ひ得ない。のみならず「獨立」を廣き意義にとり、命令拘束性の、命令の形式的條件或は制限に對する獨立の意義に取り、國務大臣の副署なき命令も軍人に對する關係に於ては統帥権の比較的無制限的性質上、尙、拘束力を有し有效なるを免れずとするの意義にとる場合に於ては、「獨立」は內在的意義に於ける獨立性の反射であり、其一の現れであると言ひ得べく、其當然の結果であると言ひ得る。

然し此後の意義に於ける「獨立」は、毫も國務大臣の副署なき命令の違法性—勿論、憲法が大臣の副署を要求するものとして—を排除するものでなく、之を適法ならしむるものでなく、單に軍人に對する關係に於て有效ならしむるもの（違法性と無効性とはある限界的な場合を除いては必ずしも一致するものに非ず。從て違法にして尙、有效なるもの極めて多い事に注意を要する。）に過ぎない。從て傳統的意義に於ける「獨立」とは別個の概念なる事に注意を要する。何となればいはゆる「獨立」は、命令の形式的合法性に關する問題であり、命令形式の特定の條件に關する問題なるに反し、問題の獨立は拘束性の問題なるからである。

故に中心の問題に歸つて言へば、內在的意義に於ける獨立は統帥権其ものゝ性質であり、從て統帥権の固有性又は其消極的表示としての獨立如何の問題は、統帥権自身に内在的なる普遍的性質の問題であり其内部の問題なるに反して、いはゆる「獨立」は統帥権の概念を直接の對象とするものでなく、寧ろ之を前提とし統帥の作用を管掌する特定の軍事主體の他の特定の主體に對する權能上の「獨立」を指すものであつて、從て統帥権自體の普遍的性質の問題ではなく、主體の組織的權能上の問題、特定の軍事主體、具體的に言へば最高統帥主體の權能如何の問題、國家の統帥作用が其創定またはいはゆる發動の最高階段に於て單獨に行はるか、又は複合的又は合議的形式を以て行はるか、一言にして言へば、統帥作用の最高階段に於ける創定形式如何の問題であつて、統帥権夫自身の性質の問題とは自ら別個の問題なるからである。何が國權の固有な性質であるかの問題は、國權が其發動の最高階段に於て如何なる形式を採るかといはゆる國體もしくは政體の問題とは別個獨立であり、國權の性質はその君主國なると共和國なると、或は專政制なると立憲制なるとに依て異なる所がない様に、統帥権自體の性質としての固有性獨立性は、統帥権がいかん其根幹に於て發動するかの主體の組織權能の問題とは別であり、統帥権の性質はその發動の最高階段に於て複合的形式を採るか、或は單獨性の形式を採るかに依て異なる所がない。

既に理論的內在的意義に於ける統帥権の固有性と傳統的意義に於ける統帥権の獨立とは、別個の對象であり問題であつて、兩者は區別すべく混同すべきものでないとすれば、一方に於て前者に對する認識を以て後者の認識に代へんとする事の誤りであると共に、反對にまた後者に對する認識を以て前者の認識に代へんとする事も亦、誤りであると言はなければならぬ。故に又、傳統的意義に於ける統帥権の獨立即ち統帥の領域に於ける國家元首、またはその直屬輔佐機

關の國務大臣に對する權能上の獨立を以て、統帥權自體の性質に基く必然の結果なるが如くに思惟し、統帥權は「最高」「獨立」であり「單一」なるが故に、統帥の最高主體もまた單獨なるべく、君主國に於ては君主はこれを排他的獨占的に有し行使すべく、國務大臣はこれに參與し元首を輔佐し、その責に任ずるの資格と權能とを有する能はずといふのは理論上誤りと云ふべく、其誤りなるは猶、國權は最高獨立であり單一なるが故に、國家の最高主體も亦、其構成に於て單獨なるべく、複合的もしくは合議制なるを得ずと論斷するに等しく、學問上の根據を排除するものであると言はざるを得ない。

斯くの如くに何が統帥權の本質なるかの問題と、何が統帥主體の構成權能なるかの問題とは別個の問題であるから、傳統的意義に於ける統帥權の獨立を以て、統帥權自體の性質に基くものとなすことは、獨り形式的論理的に誤れるのみならず、法實質的、法對象的にも誤りであることは、上に述べた統帥權の固有性からして知り得られよう。一部の學說の言ふ統帥權の性質とは此故に統帥權の法的性質ではなく、統帥權に附せられた政治的技術的性質であつて、一部の論者が統帥權の獨立、國務に對する獨立を以て統帥權自體に内在する性質の結果であると言ふのは、畢竟するに斯の如き統帥權に外在的、偶然的な特殊の技術觀政治觀を基礎として斷定したものであつて、よし夫自身に於て正しいものとしても、法の思惟を目的とする法學上の見地からすれば妥當なるを得ない。

故に統帥權の獨立は、統帥權其ものゝ内在的性質に基く當然の結果ではなく、從て其「獨立」であつて可能なるがためには、別個獨立の法的根據を必要とする。而してわが國法上、統帥權の獨立が如何なる根據に基くものであるかは既に

前に説明した所であるから、以下其獨立を前提として専ら其内容竝に範圍如何の問題に答ふる所があらう。

註 一 本書五二九頁以下參照。

II Wundt, Logik, I, S. 130 參照。

第二節 統帥權獨立の概念

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

茲に統帥權の獨立と謂ふのは、統帥權が國務大臣の輔弼なく専ら天皇の親裁に依て行はるゝ國家意思創定の形式を指すものである。前に私は統帥權の概念を述べて、統帥權とは現實に國家に對して服務の關係に在る軍人を其妥當性の人的範圍とし、其拘束力の「密度」竝に範圍に於て極めて高度の國家作用であると言つた。軍人が現實に國家に服務するの關係は、言を換へて言へば、いはゆる特別の權力關係に外ならないと共に、一方に於ては亦、作用の法的特異性は其妥當性の人的標準と不可分の關係を有し、妥當性の内容的表示に外ならないが故に、統帥權は是を簡單に形式的に表示すれば、軍人を妥當性の人的範圍とする國法上の特別の支配關係と言ひ得べく、更に是を國家の側から觀て主觀的に表示すれば、軍人を妥當性の人的範圍とする特別の權能であると言ひ得る。故に統帥權の獨立は亦、軍人を其妥當性の人的範圍とする特別の權能が、國務大臣の輔弼なく、専ら天皇の親裁に依て行はるゝ國家意思創定の形式であると言ひ得る。

此故に統帥権の獨立は、既に總論に於て述べて置いた様に、國法學上の一般理論の見地からすれば寡頭制の理念を基礎とする組織であり、寡頭制の執行の特定の領域に於ける現れであつて、從て統帥権獨立の法は、實證的意義に於ける國家形式法——いはゆる國體又は政體法——の一部を構成するものであり、わが國家組織の最も特質的な要素の一を成すものである。故に法律上、其特質とし概念の要素とする所は、之を消極的に言へば、統帥権が其「發動」の最高階段に於て國家元首に憲法上、獨立の地位を有する輔弼機關の參與なくして行はるゝ點に在るものと言ひ得べく、之を積極的に言へば、統帥権が國家元首の獨立の親裁に依て行はるゝ事に在ると言ひ得る。此御資格に於ける天皇は大元帥と稱し奉り、以て議會の協贊、國務大臣の輔弼及司法裁判所の輔翼等に依り、一般國務を總攬し給ふ天皇の御資格としての元首竝に皇室の家長としての天皇の御資格等と區別するを普通とする。何れも天皇たる御資格を基礎とするものなる事は言ふ迄もなく、從て凡て以上三の御資格は、わが國法上、最廣義に於ける國家元首の資格に包攝せらるべきである。

以上の意義に於ける統帥権獨立の基礎法は、憲法典の規定に基くものでない事は勿論、亦、必ずしも凡て習慣法に據るものでなく、直接の合理的な明文の形式に於て、はなれないにせよ、少くとも潜在的に古くから行はれ來つた成文の法に其基礎を有し、法概念に基きわが國法の一部として肯定せらるゝものなる事は、前に論述した如くであつて、今其下に於ける組織の重心とする所を更に敷衍すれば、凡そ次の諸點に歸着する。

註一 本書六〇四頁參照。

第二項 獨立法の内容

イ 大元帥主義

其第一は大元帥主義である。大元帥主義は統帥権獨立の積極的要素であり亦其形式的要素であつて、既に言及した様に、天皇が國務大臣の輔弼なく、専ら獨立に統帥の大權を行はせ給ふ事を謂ふものである。勿論、天皇が御親ら軍隊を統帥し給ふと言つても、統帥に關する國家作用展開又は具體化の凡ての過程に於て親裁し給ふのではなく、天皇が實際に於て親裁し給ふのは、單に其上級の階段に於ける作用たるに止まると共に、一方に於て亦、大權を親裁し給ふに當つても、其準備的過程に於て、參謀總長、軍令部總長、陸海軍大臣、軍事參議院、元帥府其他の諸機關の輔佐を有し給ふ事は言を俟たないが、同時に此種の現象が統帥の領域に於ける天皇獨立の親裁と何等矛盾するものでない事も亦、多くの説明を要しない。何となれば國家作用の他の領域に於けると同じく、統帥の領域に於ても文字通りの獨裁又は專制は不可能の現象に屬すると共に、——其不可能なる事は軍隊の存在夫自體が既に是を證明する。何となれば如何に小なる部隊の場合に於ても、統帥の目的を達成するがためには事情に應じて授權するを要し、個々の指揮者をして戰鬪の情況に應じ、軍令を適宜運用し具體化せしむるを要するからである。——一方に於ては亦、前記各種の輔佐機關は何等獨立の地位を有する機關でなく、軍事上の從屬的機關であつて、其存在は毫も天皇親裁の概念を妨ぐるものでないからである。

ロ 不可侵主義

斯の如くに統帥に關する執行作用の特定の領域に於て天皇獨立の親裁を認め、國務大臣の輔弼を除外したる點に於てわが國法は他の領域に於て認むる立憲主義の一般原則に制限を加へ、統帥の領域に於て之が例外を認むるものであつて、

從て統帥權は其行使の法的竝に内容的妥當性に關する、いはゆる憲法上の保證、サン、ファルゴウが佛國國民議會の席上に於て、國務大臣の責任無くば自由も無く憲法も無いと迄極言した程に、立憲制度の缺く可らざる要素と看做されて來た法的擔保の外に置かれ、統帥權は全く憲法上の責任機關を缺き、政治的氣壓調整の安全裝置を缺除するものと言はなければならぬ。換言すれば、わが國法は統帥權の最高組織に關しては、主體の責任の側から見て不可侵主義を維持するものであり、*magno sancta potestas* の法的、政治的原則は、之を無害ならしむべき制度上の對應體なく、其儘に維持せらるゝものと言はなければならぬ。

ハ 武官輔佐機關主義

單に統帥權獨立法の形式的見地から言へば、輔佐機關の組織及任命の資格に就ては、何等直接の制限なき事は言ふ迄もなく、從て天皇は、武官に限らず文官を以ても、大元帥輔佐の職責に當らしめ給ひ得べきであるが、統帥權獨立の實質的性質乃至目的からすれば、此點に就ては一定の制限あるを免れないのであつて、統帥權の獨立を認むる組織の下に於ては何れの國に於ても輔佐機關は之を武官の中より任命するを例とする。さればわが國に於ても武官主義は古く前立憲時代から今に至る迄一貫されて來たが、唯、陸海軍大臣の場合に於ては、其適用の内容及範圍に於て他の輔佐機關の場合に於けるとは異なる。

先づ適用の内容に於ける相違に就て言へば、他の輔佐機關の場合に於ては凡て現役主義が一貫するゝに反して、陸海軍大臣の場合に於ては其適用なく、軍部大臣は武官中より任命せらるゝを要する事は勿論であるが、必ずしも現役の武

官たるを要せず、豫備後備の武官を以ても之に充て得べきものとされて居る事である。現役武官主義の撤廢は大正二年六月の改正に基くものであつて、而して此改革は第二次西園寺内閣(自、明、四十年八月廿一日)に於ける陸軍大臣上原勇作の二個師團増設問題に關する帷幄上奏事件に端を發し、大正年頭に於ける血なまぐさき、いはゆる憲政擁護運動(九)の所産として山本内閣の手に依て行はれたものである事は廣く知らるゝ如くである。唯、現役の制限は此改革に於て撤廢されたとは言へ、實際に於ては軍部大臣は、現役の大中將より任命せらるゝを例とするのみならず、其職責は現役の軍人を以て充つべき職責と看做さるゝものであつて、從て假令、在郷の將官中より任命せらるゝ場合に於ても、法律上の結果に於ては、身分上、現役の軍人と區別なく、從て主義に於ては基本的な點に於て毫も従前と異ならない。

主義其ものゝ部分的制限は、専ら内閣官制第九條に基く、いはゆる事務管理の場合に於て見出される。内閣官制第九條は一般に知られて居る様に、「各省大臣故障あるときは他の大臣臨時攝任し又は命を承け其事務を管理すべし」と規定して居る。從來の例では軍部大臣の何れかの一方が他の一方を臨時代理する場合には、前半の規定に依り、之に反して軍部大臣以外の大官が臨時に現存する軍部大臣に代つて其事務を管掌する場合には後半の規定に依て居る様であるが、第一の場合は勿論、文官大臣が軍部大臣の事務を管掌する場合に於ても、其文官大臣が同時に軍部出身者であり、陸軍又は海軍の大中將たる場合に於ては問題は無いが、然らざる場合に於ては、他の大臣に依る軍部大臣の事務管掌、即ちいはゆる事務管理は必然的に武官大臣主義の基礎精神に反せざるを得ない。何となれば事務管理は法律上其範圍に於て何等特別の制限なきが故に、當然に大臣の管掌する事項の全部に及び、從てまた統帥事項、軍機軍令に關する事項にも

及ばざるを得ないからである。故に事務管理の關する限度に於ては、武官輔佐機關主義は破壊せられ、大元帥輔佐の職責は武官たらざる者を以ても、之に當らしめ得べき事が認めらるゝものと言ふべきである。

之を實際に就て觀るも陸軍は別とし少くとも海軍に於ては、從來四回に亘つて事務管理が行はれた。其一は大正十年總理大臣原敬に依る海軍大臣の事務管理であり、其二は同年内田外務大臣に依る事務管理、其三は同年總理大臣高橋是清に依る海軍大臣事務管理であり、其四は昭和四年總理大臣濱口雄幸に依る海軍大臣事務管理である。故に嚴格なる武官大臣主義の見地一而して之れ從來軍部當局が議會に於ける武官主義の問題に關する答辯に於て採つて來た態度であるが、一からすれば、事務管理を認むる事は夫自身矛盾であり、獨立のいはゆる「干犯」たらざるを得ない。

勿論以上述べた武官主義の制限は、從來専ら海軍の領域に於て認めらるゝに止まり、陸軍に於てはいはゆる「事務管理」は認められて居ない。明治二十八年に至る迄は大臣代理を置くの必要ある場合に於ては、陸軍に於ては海軍大臣をして之に當らしむるを例としたが、近年に至つては武官の無任所大臣を任命し、之に臨時代理を命ずるの方針を採つて居る。官制の規定から言へば、軍部大臣の何れかの一方に依る他方の代理並に海軍の認めて來た事務管理の當を得ない所置であると同様に、武官無任所大臣の設置を以てする軍部大臣代理の方法も、内閣官制第十條の濫用たるを免れないが、兎も角武官主義は陸軍に於ては一貫されて居る方針たる事は認め得る。

註一 陸軍大臣も事の軍機軍令に關する限度に於ては統帥輔佐機關に準ぜらるべき機關である。

二 學者の謂ふ專制主義又は獨裁は單に組織認識の尺度たり、觀念型態たるに止まるものであつて、實證法上の現象ではなく、獨

裁又は專制は凡ての被治者に對する獨裁でなく、單に特定の「勿論多くの」被治者に對する獨裁であり、從て反面に於て常に非獨裁的要素を具備するを免れない。獨裁は其實現の第一歩に於て既に其否定を意味するものと言はれて居るのは此理由に由る。

三 本書六四頁參照。

四 學説は特に言ふ迄も無いが（本書四九四頁以下、四九七頁以下、四九九頁以下、並に五〇二頁の註（一）（二）（三）に掲げた文獻參照）、實際に於ても政府は種々なる機會に於て國務大臣が統帥に關して其責に任ぜざる事を議會に於て公に聲明して居る。今其中比較的近年に屬するもので、特に注目すべきものを擧げるならば次の如くである。昭和四年二月二十三日貴族院豫算委員會の席上に於ける田中首相の答辯（速記録一號三八頁）。同年二月二十七日、同院、同委員會の席上に於ける白川陸相の答辯（上出速記録二二頁）。「統帥權の根本は畏多くも陛下であります。それに基づいて戰時ならば大本營……、平時ならば所謂軍令機關、即ち參謀總長、軍令部長がさうだらうと思ひます。併しながら陸軍大臣は其統帥に關しまして、軍政事務と關係ある事柄に付しましては無論責任を負ひます。……憲法の第十一條の統帥權と云ふことに付いては國務大臣は責任が無いと、斯う云ふ解釋であります。なかなづく最も重要な意義を有するものは大正十四年二月二十二日、政府が貴族院特別委員會の席上、花井氏に對して與へた回答である。陸軍及海軍政務官及參與官に軍刑法を適用せざる法律案特別委員會速記録第四號四頁）

政府委員「政府は憲法第十一條の統帥權は憲法第五十五條に於ける各大臣輔弼の責任の範圍より除外せらるゝものと考へるのであります。尤も統帥に關する事項には國務各大臣は輔弼の責に當るべき事項と密接の關係を有するものがありますに依りまして、その國務に關する範圍におきましては、國務各大臣は之に參畫して輔弼の責に任ずるのであります。」

花井卓藏君「閣議を経て決定せられ總理大臣より答辯せらるべきところを塚本氏が代つて答辯せられると云ふことに於て私はよろしいのであります。唯内閣の責任ある答辯であると云ふ事柄を承れば宜しいのであります。それは左様に心得て宜しう御座いますか」

政府委員「どうぞ左様御承知を願ひます」（速記録四號四一五頁）

花井卓藏君「……昨日塚本長官より私の質問に對する答辯は閣議を経て内閣を代表しての意見であるかの如き意味に於てお答へになつたやうに承知して居りますが左様心得て宜しう御座いますか」

國務大臣（宇垣一成君）「御解釋の通り御承知になつて宜しう御座いますか」

花井卓藏君「閣議を経たる答辯と心得て宜しいのでありますか」

第三編 我が國法に於ける統帥權の獨立 第十一章 統帥權獨立の概念

第二節 統帥權獨立の概念

國務大臣(宇垣一成君)「左様で御座います」(速記録第五號一頁)
尙、以上と同一趣旨の公文に依る回答に就ては、花井氏、統帥權問答、四三頁参照。

五 本書四一頁以下参照。

六 參謀總長及軍令部長等に就ては本書三六三頁、三八六頁、三八八頁特に三八九頁の註(十二)、三九一乃至三九二頁並に其註、四五〇頁以下、四六三頁以下其他。武官大臣主義に就ては本書三三八頁以下参照。

七 明、四一、勅、第三一四號、陸軍省官制附表(職員表)及大正、五、勅、第三七號、海軍省官制附表参照。尙、此點に就ては本書三三八頁並に其註三八及三九参照。

八 大正二、六月、勅令第一六五號参照。

九 此點に就ては工藤武重氏、明治憲政史下卷、五九三頁以下。外に帝國議會誌、第八卷、特に一四七一頁以下、一五一五頁以下一五四九頁以下、一六六二頁以下、一六八〇頁以下、一七〇八頁以下、第九卷二二頁以下等参照。

一〇 總理大臣桂太郎は大正二年一月二十一日附、元田肇、尾崎行雄提出の内閣の措置並に政綱に關する質問主義書第五問(「現行官制に依れば陸海軍大臣は現役大中將に限れり、現内閣は之を以て憲政の運用に支障なきものと認むるか」)に答へて(二月五日)、「現行陸海軍省官制中、大臣を現役將官に限るの制は施行以來長く年月を経過したるも今日に至る迄憲政の運用に關し別に支障あるを見ず」と言つて居る。(議會誌第八卷一四七一頁参照。)之に反して後繼山本内閣に於ては問題に對する態度は一變し、山本首相は三月十一日同一問題に對する質問に答へて、「諸君、去る二十七日林毅陸君より御提出になりました御質問事項(議會誌第八卷一五一五頁参照)に對して御答辯致します……第二問は陸海軍大臣は現役大中將を以て之に充つるの現行制度は憲政の運用に支障なきものと認むるやとの御質問でございます。如何にも現行制度は憲政の運用上、支障なきを保し難いのでございます(拍手)就きましては政府は之に對し慎重審議を盡して相當の改正を施す事を期して居ります……」と言つて居る。六月の改正は此誓約の結果であつて、以ていはゆる護憲運動、開族打破運動の效果の如何に顯著なりしかを知り得べきである。以上山本首相の答辯に就ては議會誌第八卷一五四九頁参照。

十一 現役の大中將に限らるゝに至つたのは明治三十年代の事と言はれて居る(本書三四四頁註三九参照。)が、舊い時代に於ては單に將官たるを要するの制限ありしに止まる。(本書三三八頁以下、三六七頁以下其他。)

十二 此點に就ては特に第五十回帝國議會、貴族院、陸海軍の政務官及參與官に軍刑法の一部を適用せざる法律案特別委員會速記録第二號一頁以下に於ける花井氏及財部海軍大臣、奏、小林政府委員間の問答参照。参考のため次に其一部を引用して置く。
大正十四年二月十九日、

花井卓藏君

「……華府會議の際に原内閣總理大臣が海軍大臣の事を行はれた事實があります。是はどう云ふ形式で行はれたものであるか、さうしてどう云ふ法令關係に於て其事に當られたのであるかと云ふことを一つ承りたい」

國務大臣(財部)「其事に付きましては私は私の一の意見がありまして其當時も全然あのやり方に同意して居た譯ではありません。其事は申し上げませぬが、其時の事は軍務局長から能く御説明した方が宜からうと思ひます……」

政府委員(小林躋造)「私も當時日本に居りませぬので、其時の詳しい實際の事情は存じませぬ。……恐らくは總理大臣と海軍大臣の所て……内閣で話合が出来たものと思ひますが事務管理……海軍大臣事務管理と云ふ事にお成りになつた。……海軍大臣は軍人なればなりませぬので、其を其儘兼攝して行く事は出来ませぬ。それで事務管理と云ふ名前をお取りになつたのでありますが、加藤大臣が華府會議に臨まれます前に、此軍令、軍政に關する……軍令に關する所謂統帥關係とても申しますか其方の側の仕事は成るべく自分が居る中に急いで纏めて行き、自分の不在中は事務管理たる總理大臣に軍令關係の事は御世話願はぬやうにしたいと云ふことを言はれまして大分斯う急いで纏めてのもの片付けて行かれた様な形跡が見えます、それから加藤大臣の留守中に出来ました軍令と云ふものはございませぬ、詰り軍政の一部を他の國務大臣である總理大臣が管理されたと云ふ様な形かと思ひますので書類などで詳しくものは残つて居りませぬ、どう云ふ方針に基いてどう云ふ規定からさう云ふ事が出来ましたか……色々記録も残つたものはございませぬ」

花井卓藏君

「往年、華府會議の際、原内閣總理大臣が加藤海軍大臣華府出張中、海軍大臣の事を行はれた事は如何なる形式に基きたるものなりや若し辭令あらば其辭令をも併せて答辯を得たし」

政府委員(小林)「當時の記録は海軍省で色々調べましてございませぬが發見いたしませぬので、如何なる法理上の根據に基きましたか此所て御即答致し兼ねますが多分内閣官制第九條を解釋いたして出来るものと其當時の内閣と申しますか、法制局で見たものであら

うと存じて居ります、第九條の後段でございます「命を承け其事務を管理すべし」と云ふに當嵌まるものと存ぜられます……」
政府委員(秦豊助)「唯今の花井君の御尋ねは先程軍務局長から御答いたしました通りに、内閣官制の第九條に於きまして海軍大臣事務管理を命ずると云ふことになつて居るのであります、是は此事務管理を命ずると云ふので、海軍大臣の事務管理を行ふと云ふことが出来るものと云ふ解釋をしたものと考へて居ります……」
花井卓藏君「……陸海軍大臣は陸海軍軍人に非ざればなれないと云ふことになつて居る、是は疑の無い所でありませんが、事務管理は陸海軍大臣の在らざる時に於て陸海軍大臣の事を行ふものなるにも拘らず文官にても差支なしと云ふ解釋を採つたと迄秦君は明答出来ませんか」

政府委員(秦豊助)「其通りだと私は考へて居る、即ち此海軍大臣、陸軍大臣に任ずると云ふ事は是は官制に大中將と云ふ括弧が這入つて居つて武官にあらざれば出来ぬことは明であります、併しながら命を承けて事務を管理すると云ふ此内閣官制後段の事に付きましては、其事務を管理することは陸海軍大臣でなければならぬと云ふ事は規定してない。其點から申しまして其當時に於きましては其事務を管理するのは官制の陸海軍大臣とは違ふものである、陸海軍大臣事務管理でありますから武官でなければならぬと云ふ規定が無い以上は差支ないものと私は考へて居ります」

以上の外に尙、花井氏、統帥權問答(ロンドン條約の折に於けるもの)に掲載されてある、濱口首相の事務管理に關する答辯参照。
(法律時報第二卷第八號四四—四五頁)。

十三 事務管理に就ては尙、拙文、無任所大臣論、法律時報第二卷第八號四〇頁以下参照。一般の文獻に於ては問題は充分に取扱はれて居ないが、参考となるべきものを擧ぐれば野村(諄治)氏、行政法總論、一三一頁、副島氏、行政法、二七六頁、其他美濃部氏行政法上卷、二五六頁、織田氏、總論、二九頁、佐々木氏、總論(改版大正十三年)三〇九頁以下、特に三一六頁。

十四 帝國憲法發布前の事例(明、十九、七、十、西郷海軍大臣に依る大山陸軍大臣の臨時攝任)は之を除き、單に憲法實施後のみに就て觀るも此種の事例は、私の知る範圍内に於ては、明治二十七年(十月九日付)に一回、翌二十八年に一回(四月二十八日付)併せて二回を擧げ得られる。前者の場合に於ては大山陸軍大臣の出征中、西郷海軍大臣を、而して後者の場合に於ては山縣陸軍大臣不在中、西郷海軍大臣を攝任した。共に海相に依る陸軍の臨時代理である。(衆議院事務局編纂、憲法發布三十年紀念參考叢書第一編、衆議院三十年誌二三八頁以下参照)。

一五 第五十回帝國議會、衆議院、陸海軍の政務次官及參與官に軍刑法の一部を適用せざる法律案特別委員會議事速記録第二號一頁以下(大正十四年二月十九日)、大正十一年一月三十一日貴族院速記録第六號一〇二頁、第七號一一八頁、同、一二〇頁、外に花井卓藏氏、統帥權問答(同氏の貴族院に於ける質問並に當局の答辯)、法律時報第二卷第八號四四頁以下等参照。

一六 前出註(一一)の引用参照。

一七 拙文、無任所大臣論、前出四〇頁以下参照。此點は軍部出身の貴族院議員も議會に於ける討論に於て認めて居る所である。上註(一五)に掲げた速記録三頁に於ける志水小一郎氏見解参照。志水氏は更に一步を進めて豫備後備の軍人は常人であつて軍人に非ざるが故に、現行陸海軍省官制附表の趣旨は武官大臣制の根本趣旨を破壊するものと言つて居るが、之れ誤解であつて私は之に賛同し難い。

一八 拙文、無任所大臣論、前出、四一頁参照。既に引用した様に(上註(一二)参照)、政府當局は大正十年の海軍大臣事務管理に關して、原首相は實際に於ては軍機軍令事項には關與しなかつたと言つて居るが、果して然りとすれば之れ單に偶然であり事實の問題であつて、法律上から言へば、之に關與する「權利と義務」を有し、關與せしめないのは違法であると言はなければならぬ。故に實際に於ても、第五十八議會、ロンドン條約の折には、海軍大臣事務管理濱口首相は貴族院に於て花井卓藏氏の質問に答へ「……臨時海軍大臣事務管理と致しましては、是は華盛頓條約の時に、時の海軍大臣が不在であつた場合に、時の内閣總理大臣が臨時海軍大臣の事務管理を命ぜられて、其職務を行つた。其時の先例と同様であります。苟も海軍大臣として持つて居る所の權限の全部、即ち軍機軍令に涉る所も總て管理を致して居るのであります。……」と明言して居る。花井氏、統帥權問答、前出、四四頁参照。

一九 上註(一五)の記録参照。

二〇 上註(一五)の記録参照。

二一 上註(一五)の記録参照。

二二 上註(一五)の記録参照。

二三 武官大臣問題に關する政府答辯の中、主なるものに就ては、議會誌第八卷、一四七一頁、一五四九頁、一六八〇頁、大正十一年一月二十八日、貴族院速記録六號一〇二頁、七號一二〇頁、一二二頁以下。上註(一三)の速記録。昭和四年二月二十八日貴族院豫算委員會速記録第四分科會議事速記録第二號四頁以下、同四、二、二七、豫算委員會速記録一號二二頁以下、三八頁以下等参照。

二四 政府は議會に於ける答辯に於て武官制を以て必ずしも絶對的なものとは言つて居ない（昭和四年二月廿三日貴族院豫算委員會に於ける田中總理大臣の答辯參照。速記録一號三八頁。）が、武官制撤廢反對の理由とする所は、消極的には武官制を前提とする現行法制の適當なる改正の困難なる事、積極的には軍部大臣は統帥に對する完全なる理解と、軍人軍屬を能く統督し得べき事を必要とし、而して斯の如き條件は武官大臣に於て期待し得べく、文官に期待する事困難であるとするに在る。昭和四年二月廿八日、白川陸軍大臣は江木翼氏の資格制限撤廢に關する質問に答へて次の如く言つて居る。……是は大切な問題でございまして研究を今迄したこと一つ申上げます、陸海軍大臣の資格制限を撤廢すると云ふ事は理論として一應尤もに聞えますが、現行の官制はわが國情に鑑みて軍統率の本義に合するやうに制定されたものであり、多年の歴史と累次の戦役の試練を経て今日に及んで居るのでありますから、軍制を實施する上に於て何等の支障を發見することが出來ないのであります、若し現制を改めるとしまして、果して能く軍の成立の保全が出来るかどうか其能率を保全する事が出来るかどうかと言ふ事に付ては最も慎重なる研究を要します、從て俄かに其適否を決し難いものと思ふて居ります、尙、是が改正を企てるとしました場合には軍政上多大の變更を要するものがありまして、是が實行は頗る困難な状況にあるものと認めて居ります。江木氏「實行難と云ふのはどう云ふ點でございませう。」白川氏「現在の制度に於きましては武官であることが建前になつて總ての事柄が出來て居ります、從て若し是が文官でも宜いと云ふことになりますと、文官がなつた場合のことに伴ふ如く……適する如く色々な法規も改めなければならぬ點が多々あります。」第一に御答へ致しました中に現制が國軍統率の本義に合して居ると云ふ譯は軍部大臣は軍の統帥に關する完全なる理解を要する、それから軍人軍屬を統督して是が任免黜陟を掌理するは武官たる大臣で出來ることである、斯う云ふ理由のあることとあります。豫算委員會第四分科會議事速記録第二號四頁以下參照。

二五 上註（一七）參照。

二六 等しく軍部大臣たるにも拘らず、何が故に事務管理は海軍にのみ認められ、陸軍に於ては認められざるかの理由として、大正十一年一月卅一日貴族院に於て陸軍當局（山梨牛造氏答辯）の説明した所に依れば、陸軍に於ては海軍に於けるとは異なり、事務の分擔上、大臣が主として軍機軍令に關する事項を處理するを要する場合あるに由るものである（山梨牛造氏）第一の御質疑に對しましては、此海軍と陸軍との事務の施行上異なつた點がありますので、今回、海軍大臣不在中の事務管理は海軍に於ては便宜上宜いと云ふこととありました、所が陸軍に於きましては事務分擔の異なつて居るために、軍機軍令に關する事項を陸軍大臣が主として行

はればならぬ或る部分の事がありますので、それて此軍機軍令に關する執行上帷幄上奏を陸軍大臣が致しまして、之を執行することがあります、それが爲、陸軍には便宜に他の者を以て事務管理を致させることが出來ますにも拘らず、陸軍に於てはそれと同様にすることが出來ぬと私は考へて居ります……（速記録二二二頁）が、法律上の見地からすれば、海軍と陸軍の場合に於ける相違は單に量の問題であつて質の問題ではなく、大臣が軍機軍令事項に直接關與し、且つ帷幄上奏の權能を有する事に於ては何等の相違なき事は勿論である。

二七 上註一四參照。

二八 昭和四年宇垣陸相が病氣の際に政府は陸軍次官阿部陸軍中將を無任所大臣に任命し、陸相の代理を命じたのが其最初の且つ今日迄の唯一の例である。此點に就ては拙文、無任所大臣論、前出、四一頁參照。

二九 文官大臣に依る代理は勿論であるが、他の軍部大臣に依る代理も、官制の點から言へば當を得ないものと言はなければならぬ。何となれば陸海軍大臣は單に軍人たるを以て足るのでは無く、陸軍大臣は陸軍大中將、海軍大臣は海軍の大中將より任命せらるるを要するのであつて、兵權獨立の職能主義的、機能主義的前提の内在の見地からすれば、其代理も亦、當然に同一資格を具備すべく、陸軍の軍政及統帥の見地から言へば、海軍武官は素人であると同様、反對に海軍の見地からすれば、陸軍の武官は海軍の事務に就ては素人と言ふべく、官制が資格を限つて居るのは一般的意義を有するものと言ふべきからである。

三〇 其理由に就ては前出、拙文、無任所大臣論參照。

第十二章 獨立の限界

第一節 理論的意義に於ける獨立の限界

第一款 理論上の限界と内容的意義に於ける限界

第三編 我が國法に於ける統帥權の獨立 第十二章 獨立の限界
第一節 理論的意義に於ける獨立の限界

前に私は統帥権の概念を述べて、統帥権とは軍人を其妥當性の人的範圍とする特別の權能であると言つた。されば理論上の見地からすれば、統帥権の獨立は實證法上別段の制限なき限り、軍人を其妥當性の人的範圍とする作用の全體に及ぶべき事は當然であつて、從て獨立の限界は統帥権に内在する限界の範圍と一致し、此範圍より小なるを得ないと共に、亦、之を越ゆるを得ないものと言はなければならぬ。

然し乍ら之れ單に理論上の意義に於ける獨立の限界であつて、以て實際に於ける獨立範圍認識の尺度たり可能なる獨立の限界たるものであるが、認識の尺度たり可能なる限界なるが故に亦、實際の限界其ものでなく、實際の前提とする限界の規準又は實際其ものに現れて居る事實上の範圍と必ずしも一致するものでない。蓋し實際の前提とする限界の規準は、多くの場合に於て國防上の技術的目的並に軍行政の技術的及政治的目的に依つて決定せられ、從て其性質に於て複雑なるを免れないと共に、其範圍に於ても必ずしも一定する所なく、或る種の事項は統帥権の限界を越えて獨立の領域に保留せられ、又或る種の事項は統帥権の限界内に屬するに拘らず、實際に於ては獨立の範圍外に置かるゝ事は尙、後に論すべきが如くなるからである。既に實際の規準とする所であつて、斯くの如くに目的に依る實質的考察に基いて決定せらるゝものとするれば、理論的意義に於ける限界は、統帥権獨立の特異なる法源の性質上、殆ど實際に對する指導的價值なきが如くに思惟せられ、從て吾人は此點に就ては、單に實際の歸納的觀察に依て獨立の範圍に關する傾向を指示するを以て満足せざる可らざるが如くに思はるゝであらう。然し乍ら之れ決して妥當なる見解とは言へない。何となれば、實際の規準とする所は、必ずしも理論上の規準に合致するもので無いとは言へ、尙夫が統帥権獨立の限界として志

向せらるゝ限度に於ては、常に統帥権の概念を前提とするものであつて、從て此點に於て理論上の限界如何は、實際に於ける規準の性質並に之に基く範圍の認識にとつて重要な意義を有するからである。故に以下に於て私は先づ理論的意義に於ける限界如何を述べ、更に實際の規準並に其下に於ける事實上の範圍如何を併せて考察する所があらう。

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

統帥権の獨立は統帥権の概念を基礎とし前提とするものであるから、獨立の理論的限界如何の問題は統帥権の概念を分析し、之に依て得たる要素を具體的問題に關聯せしめて説明するの範圍を出でない。然らば其限界は如何に之を示さるべきか。此點に於て獨立の範圍を構成する要素は夫自身に於ては單一であるが、敷衍すれば二の側から觀察し得る。其一は積極的限界であり他の一は消極的限界である。第一に統帥権は軍人を其妥當性の人的範圍とする特別の權能である。故に統帥権獨立の範圍は、國家の特別の法的支配の下に在る軍人を客體とする作用にのみ限らるべく、此作用の範圍を出づるを得ない。之れ獨立の積極的理論的限界である。此第一の積極的限界の結果として問題を消極的に表示すれば、統帥権獨立の範圍は、國家の特別の支配の下に在る軍人以外の機關又は主體を客體とする作用に及ぶを得ない。之れ獨立の消極的限界である。

第二項 積極的限界の典型的内容(運用上の妥當なる内容)

統帥権が軍人を其妥當性の人的範圍とする權能である事は既に述べた如くであるが、此意義に於ける統帥権は、言を

換へて言へば、軍隊を指揮命令するの権能を指すものに外ならない。何が斯くの如き意義に於ける権能なるかを實質的、對象的に定義する事の徒勞なる事は、之れ亦、客體説の批判に於て詳論した所であるが、今問題を具體的に明瞭ならしむるがため、典型的なものを擧げて限界を示せば略、次の如くである。

イ 用 兵

茲に用兵と謂ふのは、戦時又は時變に當つて軍の出動を命じ、及既に出動を命ぜられたる軍隊を、其目的に應じて指揮命令するの権能としての狭い意義に於て謂ふのでは無く、廣く戦時又は事變なるとを問はず、凡て軍の行動を指揮命令する一切の作用を内容とする権能を指すものである。故に之を更に内容的に言へば、用兵作用の一般的規準としての作戰並に演習の計畫を定め及之を變更する作用並に其準備的な過程としてのいはゆる作戰用兵に關する調査研究の外、此等の計畫に基き具體的に軍の行動を指揮する作用等は、何れも以上の意義に於ける用兵に屬するものであつて、斯の如き意義に於ける用兵が、統帥の重心であり本體であつて、之を外にしては統帥は之を思考するを得ないものと言はなければならぬ。故に既に前にも引用して置いた様に、明治十二年一月即ち參謀本部設置の直後に、わが國に於て最初に定められた「省部事務合議書」並に明治十五年十月制定の「省部軍隊に係る往復例」が軍令事項として「軍隊の動靜出張分遣行軍實地運動或は野營大砲射的演習其他臨時演習」等を擧げて例示して居るのは蓋し當然であつて、帝國憲法第十一條が「天皇は陸海軍を統帥す」と曰へる、いはゆる統帥も亦、此意義に於ける用兵を其重心となすものに外ならない。

ロ 教 育

以上の意義に於ての用兵の外に、更に擧げらるべき典型的なる統帥事項は教育である。用兵と教育は相互に不可分の關係を有する事項たる事は言ふ迄も無く、兩者は相俟て統帥の根幹を成すものと言ふべく、用兵は統帥の形式的內容と謂ひ得るならば、教育は其實質的の内容とも謂ひ得べく、兵量、裝備並に給養に關する諸條件を前提として言へば、軍の能力は専ら此等二要素の質如何に依て決定せらるゝものと言はれ得るであらう。茲に教育と謂ふのは精神教育並に技能教育の兩者を併せ含むものである事は言ふ迄も無く、從て軍隊の教育に關する一般方針の定めの外、各種典範の制定、其準備的作用並に教育實施の指揮監督の作用等何れも統帥の積極的典型的內容に屬する。

ハ 内務及懲戒に關する規律

用兵及教育に相對する他の典型的な統帥事項は軍隊の内務事項である。内務事項は軍の動的状態に於ける勤務事項としての陣中要務事項に相對する事項であつて、軍の靜的状态に於ける勤務事項と謂ひ得べく、是を個人の生活に比喩して言へば、家庭の内部の生活事項に外ならない。軍隊は軍隊内務書の用語を藉りて言へば、一の大なる家族的團體であつて、其生活精神は兵營、艦船の内外に依て區別せらるべきものでなく、軍の動的状態に於ける勤務が軍の統帥事項に屬するが如くに、其靜的状态に於ける勤務事項も亦、當然に典型的統帥事項に屬する。勤務に關聯して懲戒に關する事項も亦、同様に言ひ得る。

ニ 軍隊内部の組織

軍其ものを可能ならしむべき作用は統帥の前提的作用であつて統帥でなく、從て斯の如き作用に依て實現せられ執行

せられ得べき軍の組織に關する事項は統帥の内容たり得ないが、軍隊内部の組織に關する事項は統帥の可能なる内容たり得る。

本 檢 閱

檢閲は軍の勤務が其精神的竝に外部的條件に於て、果して軍隊諸條規の要求する所を充たす状態に在りや否やを臨檢する行爲であつて、用兵及教育の缺く可らざる補助的作用と言ひ得べく、此限度に於て等しく統帥の領域に屬するものと言ひ得るであらう。

第二項 消極的限界の典型的内容

統帥權は軍人を其妥當性の人的範圍とする國家の特別の權能である。されば此の如き特別の權能其ものを可能ならしむべき前提としての一切の作用は、假令その目的乃至内容に於て軍に關するものであつても、統帥權の範圍外に屬し、從て獨立の消極的限界を成すものと言はなければならぬ。學者が統帥權は軍隊の組織を前提とし軍隊の存在を前提とするものであるから、軍を組織する作用は統帥權の範圍外に在りと言て居るのも、略、是と其趣旨を同じくする。但し此場合に於けるいはゆる組織は極めて制限せられたる意義を有する概念であつて、組織其ものよりも組織を内容とする作用の人的客體を基礎とする概念たる事に注意を要する。何となれば軍の組織を内容とする作用は、其妥當性の人的範圍の如何を問はず、凡て統帥の範圍外に在るものと思惟するは固より誤りであつて、軍の組織を内容とする或る種の作用は、軍を妥當の客體とする限度に於ては統帥の領域に屬し得べきからである。故に編制を廣く組織の意義にとり、之を

其規定の形式に於て統帥權と區別したるが故に、軍の編制は凡て獨立の外に在り、國務作用に屬するものと思惟するは誤りであつて、編制權が「國務」なるや否やに關して學說區々として一定して居ないのは、畢竟するに統帥權の限界が内容にあるのではなく、専ら作用の性質竝に之に對應する妥當性の人的範圍にあるものなる事を、明確に意識せざるに由るものと言はなければならぬ。

此故に何が以上の意義に於ける消極的限界に屬するかを對象的、實質的に定めんとする事の不可能なるは、積極的限界の場合に於けると同様である。從て茲に私の試みんと欲する所でも無いが、今前例に従ひ主なるものに就て限界を例示すれば略、次の如くである。

イ 軍 の 編 制

軍の編制は之を廣い意義に於て言へば、軍事施設の組織を定め及之を實現するの作用を謂ふものであつて、此意義に於ては其主たるものみに就て言ふも、第一に兵額の決定、第二に軍隊、艦隊、學校、官衛、特務機關、各種防禦築造物等の組織竝に所屬機關の權限、管區の定め、軍の裝備（器材、材料、服制）を確定するの作用、第三に以上二の作用を實現するの作用としての任官、徵兵、兵器彈藥、食糧其他一切の人的竝に物所要的條件の給與に關する作用等を包含し、普通に軍政の作用と稱するものゝ全部に亘るものと言ひ得る。普通、軍の編制と稱するのは斯の如き廣き意義に於て謂ふのではなく、専ら軍隊、艦隊（茲には海兵團、防備隊、海軍航空隊等をも含めて謂ふ）の組織を指すものである。

此意義に於ての編制は他の多くの軍に關する作用と同様に、國防上軍の統帥と密接な關係を有する事は言ふ迄もなく、

從て此見地からして往々其一部は獨立の領域に屬するものとして取扱はれるが、理論上の見地からすれば此種の作用は軍を其妥當性の人的客體となす事なき限度に於ては獨立の範圍外に屬する。

ロ 兵量の決定

兵量の決定も亦、同様であつて等しく其法的性質に於ては軍を指揮命令するの作用ではなく、獨立の範圍外に在る事は言を俟たない。但し兵量の決定は編制と同様に國防上最も重大なる意義を有するものである事は明かであつて、從て輔佐機關官制の規定上、合議事項として取扱はるゝ事は後に述ぶるが如くである。

ハ 軍事官衙學校特務機關の官制

陸海軍省、參謀本部、軍令部を始め他の諸軍事官衙の官制、特務機關並に學校官制を定むるの權能も亦、國家の軍人に對する特別の權能に基くものでなく、此限度に於ては凡て獨立の範圍外に在る事は、猶、軍の編制に於けると同様である。

ニ 任官、徵募

任官、兵の徵募を内容とする權能も、軍の人的要素を可能ならしむる權能であつて、夫自身に於て國家の特別の權能では無く、國家の特別の支配の下に在る軍人を妥當性の客體とする權能ではなく、等しく獨立の範圍外に屬する。

ホ 艦船、兵器、馬匹及其他の軍需品の規制及裝備

これ亦、以上(二)の場合と同様に論斷し得る。

之を要するに以上例示した各種の事項を内容とする作用又は權能は、之を憲法上の規定から言へば、編制大權、任官大權、官制大權の作用に屬し、又は法律を以て定められたる事項を執行する一般行政の作用に屬するものであつて、軍を妥當性の客體とする國家の特別の權能では無く、臣民を客體とする一般統治の權能か、然らざれば軍以外の國家機關を客體とする行政組織の内部的作用に外ならない。

第二節 實際に於ける獨立の限界

理論上の意義に於ける獨立の積極的限界に屬する事項は比較的狭いが、實際に於て獨立の領域に屬するものとして取扱はるゝ事項は甚だ廣く、而して其内容に於て一般の行政に不可分の關係を有するものが多い結果として、輔佐の手續に於ても必ずしも凡て同一では無く、從て兵權獨立の實際に於ける限界は勢ひ複雑なるを免れない。

統帥權獨立の實際に於ける限界如何を述ぶるがためには、第一に實際の規準、第二に此規準の下に於ける輔佐機關相互の關係、第三に規準の下に於ける軍令の實際に示された獨立の範圍如何の三點に分つて論ずる事を必要とする。

第一款 實際に於ける獨立の規準

實際に於ける獨立の限界を構成する規準の何なるかを知るがためには、軍務に關する獨立範圍の當局の側に於ける解釋と觀らるべき天皇直隸の軍事輔佐機關、なかんづく其中樞機關たる參謀總長並に軍令部總長の權限に關する官制の規定及其下に於て定められた内規を基礎としなければならぬ。唯、以上の中、内規は性質上、現行のものとは勿論、吾人

局外者の知り能はざる所であるから、茲には既に前に述べた公表された舊い時代のものを参照し、現行の官制を基礎として實際の前提とする規準の何なるかを一般的に述ぶるを以て満足せざるを得ない。

第一項 積極的の限界

1 國 防

一 官制に於ける用語例

現行參謀本部條例^(一)及軍令部令^(二)は、各々其第一條に於て所管事項を規定して國防及用兵の事項を擧げ、前者は「參謀本部は國防及用兵の事を掌る所とす」と曰ひ、後者は「軍令部は國防及用兵の事を掌る所とす」と曰つて居る。參謀總長及軍令部總長の權限に關しても亦、同様の用語を使用して、前者は其第二條に於て「參謀總長は陸軍大將若は陸軍中將を以て親補し 天皇に直隸し帷幄の軍務に參畫し國防及用兵に關する計畫を掌り參謀本部を統轄す」と規定し、後者も亦、其第二條に於て「軍令部に總長を置く親補とす總長は 天皇に直隸し帷幄の機務に參畫し軍令部を統轄す」と曰ひ、第三條に於て「總長は國防用兵計畫を掌り用兵の事を傳達す」と規定して居る。

されば國防は現行組織の下に於ては獨立軍務の一半を構成するものと看做されて居るが、國防なる用語が此種の機關の官制に於て現るゝに至たのは明治二十一年五月の參軍官制を以て始めとする。^(三)蓋し國防に關する事務が參謀機關の管掌事項たりし事は、敢て此官制に始まるものでない事は言ふ迄も無く、國防は既に明治十一年參謀本部の獨立以來、實質的に其管掌事項の基本的要素たりしものであるが、^(四)唯、參軍條例の發布に至る迄は、官制は單に「凡そ平時に在て陸

軍の定制節度團隊の編制布置を審かにし云々」と曰ひ、或は明治十九年の海陸に亘る集權的な參謀本部條例の下に於ては「參謀本部は海陸の軍事計畫を司る云々」と曰へるに止まつたが、之に反して參軍條例^(五)は其第三條に於て「參軍は帷幄の機務に參畫し出帥計畫國防及作戰の計畫を掌る」と規定して居るからである。

勿論「國防及用兵」なる官制規定の定式が現れたのは尙、後の事に屬するが、^(六)兎も角も參軍條例が從來の條例とは異なり、新たに國防なる包括的な用語を採用するに至たのは注目すべき現象であつて、之れ決して單なる文字の變化とのみ看做さるべきものでは無く、寧ろ國防事務が國際狀勢の進展に基いて有するに至た獨立の意義を示すものと言ふべきである。明治十五年に於ける海防局の設置は既に此傾向の一端を示すものであるが、特に十八年には國防會議條例の發布があり、更に翌十九年、陸海軍に亘る集權的參謀本部の設置せらるゝに當つては、官制は其管掌を規定するに「海陸の軍事計畫なる用語を以てするに至た事の如きは、^(七)何れも此動向に基くものと言ふべく、參軍官制に於ける「國防」の用語例は直接には國防會議條例の影響の下に立つものである。

二 國防の概念

國防は其文字通りの意義に於ては國家を防禦する事を意味するものであつて、從て國の利益を其侵害行爲に對して防衛するは凡て國防に外ならない。此廣き意義に於ては獨り軍事的防衛のみならず、立法、司法も亦、一般の行政も、或は亦、個人の行爲も多少の範圍に於て國防たり得ないものはなく、國防は國竝に社會生活の全體に亘つて存するものと言ひ得る。然し乍ら普通に國防と謂ふのは斯の如き廣汎なる意義に於て謂ふもので無い事は勿論であつて、其固有の意

義に於ては國防なる語は専ら國家の武力に依る防衛を指すものである。

參謀本部條例及軍令部條令の規定して居る國防なる語も亦、此第二の意義に於ける國防を指すものであつて、即ち參謀本部並に軍令部は國家の軍事的防衛に關する事務を管掌し、其調査立案を掌り、其長官たる各總長は軍事的防衛を内容とする國家意思の決定に就て天皇を輔佐し奉る機關に外ならない。

此意義に於ての國防に關する國家の作用は、理論上二の階段に分つて觀察するを要する。其一は國防の前提たる國益の決定、換言すれば武力に依て防衛すべき國益の何なるかを定むるの作用であり、其二是此決定に基いて行はるゝ國防に關する調査、計畫の立案及其決定に關する作用である。以上の中、固有の意義に於ける國防は後者の作用に屬し、前者は其前提たるものであつて、其性質から言ふも國土防衛の如き特に審議決定を要しない當然な事項を外にしては、開戦の宣言並に出兵の要求と同じく、本來軍事機關の權限に屬すべきもので無く、政府事前の權限に屬すべきものであるが、わが國に於ては斯の如き權限の明確な區別なく、參謀本部及軍令部は自ら獨立に國防の前提を定め、是に基いて調査し立案するの權限を有し、唯、上奏御裁可を仰ぐ場合に於て、事の豫算に影響するか又は臣民の權利義務又は一般行政に關係ある場合に於て政府の同意を必要とし、此限度に於て政府獨立の權限に依て制限せらるゝに止まる。此點に就ては尙、後に述ぶる所があらう。

參謀本部及軍令部の管掌事項としての國防は既に述べた様に國益の軍事的防衛である。故に嚴格な見地からすれば、國防計畫は唯、直接軍事的防衛の目的を達するに必要な事項にのみ限らるべきものであつて、前提たる一般國策を立

案計畫するが如きは勿論、假令、軍事的防衛に關係ある事項と雖、他の機關の權限に屬する事項に容喙するを許されない。故に例へば財政、社會、國民經濟、一般教育、外交、憲法、行政制度等は、夫自身に於て何れも國防に重要な關係を有する事は言ふ迄も無いが、凡て此等の事項は一般國務機關の管掌に屬し、國防に至大の關係を有するを理由として、軍事機關に於て是が改革を立案するが如きは固より正常なる權限の範圍を脱するものであつて、軍事機關の權限は直接には唯、軍事的防衛の範圍にのみ限られる。

三 國防の對象的内容

如何なる事項が國防の對象的内容として參謀本部並に軍令部の管掌に屬するかに就ては、現行官制の下に於ては一般に公表された規定なく、從て直接に之を知り得ないが、其根幹に於ては舊時の官制の下に於けると異なるものと看做し得べきであつて、舊時に於て公表された規定から推して言へば、其主要なる型としては一、動員の計畫、二、海、陸、空、防禦編設の計畫、三、艦隊、團體の編制及布置、四、從て兵量の定、所要艦隊兵器の規畫、等を擧げ得るであらう。

註 一 明、四一、十二、十九、軍令、陸、第十九號。

二 現行の規定は昭和八年九月二十七日の官報で公布されたものであつて、新條令の發布と共に艦隊令、鎮守府令、要港部令、旅順要港部令、駐滿海軍部令等も改正發布された。

三 本書三九一頁註(一一)參照。

四 明、十一年十二月五日、參謀本部條例第二條「本部長は將官一人勅に依て之を任ず、部事を統轄し帷幕の職務に參畫するを司る」。第四條「凡そ平時に在り陸軍の定制節度團體の編制布置を審かにし豫め地理を詳密にし材用を料量し戰區の景況を慮り兼て異邦の形勢を洞悉して參畫に當り遺算なきは本部長の任にして之に就て其利害を陳するを得」。法、分、大全、陸二、四二二頁。明、十一、

十二、四、本局議案、本省と本部と権限の大略、第八項参照。(本書三七頁註(二)参照。)明、十二、十、陸軍職制第五條(法分、大全、陸二、四二八頁参照。)明、十五、一、十六、參謀本部條例改正(海防局の設置)(法、分、大全、陸二、四三一頁並に本書三八九頁註(二)参照。)明、十八、七、二二、參謀本部條例、第四條(明、十一年の條例に於けると異ならず。)第七條、第九條「第一局は出帥に係る計畫團隊の編制布置及軍隊教育に關する演習等の事項を調査規畫するを任とす」。外に第十條(外國兵制地理政誌、運輸方法、全國の地理政誌、諸條規の調査)第十六條及第十七條(海岸防禦)(法、分、大、陸二、四三七及四三八頁参照。)明、十八、七、日關、參謀本部第一、第二局服務概則第六條以下(法、分、大、陸二、四五〇頁以下参照。)明、十九、三、十八、勅、無號、參謀本部條例、第一條、第二條、第五條(以上の諸條に就ては本書三八六頁参照。)外に第十條乃至第十六條参照。(法、分、大、陸二、四四一頁―四四二頁参照。)明、十九、三、日關、參謀本部陸軍部第一第二第三局服務概則第六條以下(法、分、大、陸二、四五三頁以下参照。)尙、本書三八六頁以下の論述参照。

五 上註(三)参照。

六 後出の註(六九八頁)参照。

七 以上に就ては本書三八六頁以下の論述参照。

八 明、十一、十二、五、參謀本部條例、第四條第五條。(法、分、大、陸二、四二二頁。)明、十五、一、十六、參謀本部條例改正の達、第十三條。(法、分、大、陸二、四三二頁。)明、十八、七、二二、參謀本部條例、第四、第五、及特に第九條(上註(四)参照。)明、十九、三、十八、勅、無號、參謀本部條例、第五、第六、特に第十條(第十條は陸軍部第一局の管掌を定めて「陸軍部第一局は陸軍出帥に係る計畫を掌り云々」と曰て居る。)及第十四條(此箇條は海軍部第二局の管掌を規定して「陸軍部第二局は海軍出帥に係る計畫を掌り云々」と曰て居る。)(法、分、大、陸二、四四一―四四二頁参照。)明、二十二、三、七、勅、第二五號。參謀本部條例、第一條(參謀本部は之を東京に置き出帥國防作戰の計畫を掌り及び陸軍參謀將校を統轄し其教育を監督し陸軍大學校陸地測量部を管轄す)第八條(第一局、一、出帥計畫及團隊編制二、交通法の調査。)明、二十二、出、九、官報一七〇五號。明、二十二、三、七、勅、第三十號、海軍參謀部條例、第一條(海軍大臣は各省官制に揭ぐるもの、外帷幄の職務に參し出帥作戰海防の計畫に任ずるものとす)。第四條(「海軍參謀部に第一課第二課第三課を置き部務を分掌せしむること左の如し。第一課、作戰出帥準備海上運輸の計畫」。)明、二十六、十、三、勅、第一〇七號、參謀本部條例第三條(「參謀總長は國防計畫及用兵に關する條規を策案し親裁の

後軍令に屬するものは之を陸軍大臣に移し奉行せしむ。第七條)此箇條は第一局分掌事項の一として動員計畫の調査を擧げて居る。明、二十六、五、十九、勅、第三十七號、海軍軍令部條例、第一條(本書四六三頁参照。)第六條(本書四六六頁註(三)参照。)明、二十九、五、九、勅、第二〇一號、參謀本部條例、第一、第二、第三及第七條。其他に就ては本書、四六六頁註(四)の條例並に四六七頁の註(一)の條例参照。

九 明、十一、十二、五、參謀本部條例、第四條(前出)。明、十五、一、十六、條例改正、第十五條(法、分、大、陸二、四三二頁参照。)明、十八、七、二二、參謀本部條例、第十七條(法、分、大、陸二、四三八頁参照。)明、十九、三、日關、參謀本部陸軍部、第一、第二、第三局服務概則第八條(此箇條は第三局第二課(防禦編設の計畫)の管掌として各種防禦方法の計畫、試驗、結果の調査、要塞其他の防禦築造物、道路、鐵道橋梁の新設、廢毀の審査、外國防禦の編制及其方法、試驗の調査等を擧げて居る。)(法、分、大、上出、四五四―四五五頁参照。)明、二十二、三、七、勅、第二十五號、參謀本部條例第八條。明、二十二、三、七、勅、第三十號、海軍參謀部條例、第四條(第二課管掌事項参照。)明、二十六、十、三、勅、第一〇七號、參謀本部條例、第七條(第二局管掌事項参照。)明、二十六、五、十九、勅、第三十七號、海軍軍令部條例、第六條、(第一局管掌事項参照。)其他に就ては本書、四六六頁註(四)並に同、四六七頁註(一)の條例参照。

十 上註(九)に掲げた諸條例の箇條参照。

十一 前註(十)に同じ。

用兵

一 官制に於ける用語例

用兵なる術語が參謀本部又は海軍軍令部條例の規定に現るゝに至たのは、國防なる文字の場合に於けるよりも稍、遅れ、其最初の例は明治二十六年十月三日の發布に係る參謀本部條例に於て見出される。蓋し此條例に至る迄は官制は、用兵に該當する場合を簡單に表示するがためには、概して作戰計畫、軍令又は廣く軍事計畫なる語を用ふるを例とした

が、^(四)上記の參謀本部條例は之と異なり新たに用兵の文字を用ひて其第一條に於て「參謀本部は國防及用兵の事を掌る所とす」と曰て居るからである。されば「國防及用兵」なる法文規定の定式は此條例に始まるものであるが、唯、當時に於ては陸軍の領域にのみ限られ、海軍に於ては官制は舊例に従ひ「出帥、作戰、海岸防禦」等の表示に依つたが、^(五)十九年には軍令部條例も亦、參謀本部條例の例に倣ふに至り、爾來「國防及用兵」の定式は普遍的となり、^(六)軍機軍令の語と相俟て帷幄の機務の標語となるに至つたものである。

二 概念竝に其内容

されば歴史的には用兵なる語は官制の規定に於ては主として作戰または軍令なる語に代はるべき、より包括的な用語として國防なる用語に相對して軍務の一方の基本的要素を表示する用語として使用するに至つたのであるが、其本來の意義に於ては軍の一般的、基本的な指揮命令を目的とする作用を指すものであつて、作戰の方針から之が實現に至る一切の作用を意味するものに外ならない。軍中の機務、戰略上の動靜、進軍駐軍、轉軍、行軍、航海路の規、軍隊艦隊の發差、教育、訓練、檢閲等何れも其作用内容に屬する。

注一 本項イの一に於ける論述參照。

二 本項イの註(八)參照。

三 本項イの註(四)參照。

四 本項イの註(八)參照。

五 本書四六三頁參照。

六 明治二十九年三月二十六日、勅令、第五十九號、海軍軍令部條例第一條「海軍軍令部は之を東京に置く國防及用兵の計畫を掌り教育訓練を監督す」。(明、二十九、三、二十七、官報第三八二〇號參照。)
七 本書四六六頁註竝に(四)竝に四六七頁註(一)に掲げた條例參照。

第二項 消極的限界

以上述べた様に國防及用兵は參謀本部竝に軍令部の管掌に屬し、從て此等の型に屬する事項は可能なる獨立事項であるが、實際に於ては軍務に關する執行權限の分配上、參謀機關の權限は種々なる點に於て制限せらるゝを免れない。制限は主として軍政機關の權限に出づるもので、從て消極的限界はいはゆる軍政の概念に求めらるゝを普通とする。故に此點からすれば問題の消極的限界は、専ら陸海軍省官制の規定竝に其前提と思惟せらるべき憲法第十一條を除く他の軍務に關する憲法の規定を基礎として判斷せらるべきが如くに思はれるであらうが、斯の如き試みは實際に於ける獨立の規準の關する限り、重要な意義を有し得ないものであつて、從て規準は専ら省部權限の限界に關する慣行乃至内規に求めらるべきものである。一部の學者が兵權の獨立を以て慣行に基くものであると言つて居るのも、主として此理由に依るものに外ならない。今、以上の見地から言へば、權限に對する制限は大體に於て次の諸點に於て見出される。^(七)

イ 涉外事項

第一に擧げらるべき消極的限界は涉外事項である。涉外事項が軍政官廳としての陸海軍省の權限に專屬する事は、明治十一年十二月參謀本部の設置以來或は内規に於て或は慣行として一貫して認められ來つた所である事は、既に前に言

及した如くであつて、此點は現在に於ても尙、遵守されて居るものと看做し得よう。

渉外事項と謂ふのは陸海軍の外部に渉る事項を意味するものであつて、其一般臣民に對するは勿論、自治團體、他の國家諸機關、外國に對する關係等は凡て是に屬する。故に參謀本部又は軍令部の行爲であつて渉外關係を生ずる場合(官制上其上級にある機關又は其所管に屬する機關に對する關係は渉外關係に非ざるは言を俟たない。)に於ては、其限度に於て軍政官廳としての陸軍省又は海軍省の行爲を必要とし、參謀本部又は軍令部は直接に叙上外部の機關又は主體と公の交渉往復をなし得ない。之れ蓋し參謀本部または軍令部は、外部に對して國家意思を有効に代表し得べき機關ではなく、専ら國家の狹義に於ける内部的機關と看做さるゝに由るものであつて、理論上から言つても當然妥當なる制限たるを失はない。

ロ 軍令の公布及施行^(四)

消極的限界の第二は軍令の公布及施行である。軍令は夫自體に於て積極的限界内に屬し、參畫し大元帥陛下の御裁可を仰ぐ事は本來參謀總長及軍令部總長の職責に屬するが、御裁可ありたる軍令の公布または關係諸機關に對する布達は、平時に於ては軍政官廳の權限に屬する。戰時または事變の際に於ける軍に對する命令は、陸海軍大臣を経る事なく直接下達される。^(五)

ハ 豫算に影響する事項^(六)

軍事豫算に關する事項は凡て直接には軍政官廳の管掌に屬し、從て其本體に於て參謀本部又は軍令部の管掌に屬する

國防又は用兵事項であつても、豫算に影響する場合に於ては其限度に於て獨立の範圍外に屬し、軍政官廳の權限に依て制限せらるゝを免れない。之れ兵權の獨立を認むる如何なる國家に於ても認められた當然の制限である。

ニ 人事事項^(七)

人事に關する事項であつて豫算に影響し、又は渉外關係に屬する場合は勿論であるが、斯の如き性質を有せざる事項の場合に於ても黽陟は夫自身一の制限をなすものであつて、參謀本部または軍令部の獨立權限の外に在る。

註 一 事の性質上、内規の關する限り、現行のものは吾人局外者の知る能はざる所であつて、茲に記述の基礎とするものは一般に知られて居る舊い時代の内規である。故に本論に擧げた各種の事項は、唯、参考として之を述ぶるに過ぎない。

二 本書、三七〇頁註(六)並に同四五四頁註一六參照。

三 本書三六八頁以下並に四五四頁以下參照。

四 現行參謀本部條例の下に於ては此點は一般に公布されない編制に屬するものゝ如く、條例自體には規定されて居ないが、舊い條例に於ては條例が直接に規定した所である。此點に就ては本書三六八頁以下。並に三六三頁。三八八頁註(四)。三八九頁註(九)。三九二頁註(五)。四五〇頁。他に四六六頁註(四)。並に四六七頁註(一)に擧げた諸條例參照。尙、現行軍令部令第三條は「總長は國防用兵の計畫を掌り用兵の事を傳達す」と曰て居る。

五 本書三六三頁、三八六頁註(四)。三八九頁註(十二)。三九二頁註(五)。四五三頁註(八)。四六三頁。四六六頁第二項註(一)參照。

六 本書三七〇頁註(八)。四五四頁註(十六)等參照。
七 前註(六)所掲の註參照。

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権限の相互的制限

既に積極的限界に關して述べた様に、國防及用兵に關する事項は一般的に獨立の領域に屬し參謀總長並に軍令部總長の權限に屬するが、一方に於て凡て軍務は他の夫々の國家事務の場合に於けると同様に、其究極の目的から觀察し技術上の性質から言へば夫自身不可分の一體をなすものであつて、從て一方に於ては國防用兵又は統帥と他の一方に於ては軍政とは同一對象の兩面であり、いはゆる有機的に關聯するものであるから、一般國家並に軍事政策上、事務の齟齬滯を避け、軍務に關する國家意思決定の迅速と施行の圓滑を確保し、軍事的目的の遂行を完からしむるがためには、特に重要な事項に就ては事前に總長と大臣の協議を確保し以て出來得べき限り輔佐をして統一あらしむる事を必要とする。

此結果として軍務を内容とする國家の行政又は執行の作用は、兵權獨立の實際上三の型に分たれる。其一是普通に純軍務事項と稱せらるゝ事項であり、其二是純軍政事項であり、其三是混合事務と稱せらるゝ事項である。參謀總長及軍令部總長の軍務に關する輔佐の權能から言へば、第一の純軍務事項は全く獨立の領域に屬し、之に反して第三の混成事務に關しては輔佐の權限は其準備的過程に於て制限せらるゝを免れない。同様に之を陸海軍大臣の側から言へば、其輔弼の權限は第二の事項に就ては全く獨立するが、之に反して第三の事項に就ては總長の側に於けると同様に、其準備的過程に於て制限せられ全く獨立なるを得ないものである。

註(一)本書三六八頁以下、同、四五四頁以下參照。尙、有賀氏、國法學下卷、二六七頁以下參照。有賀氏の著書は此問題を稍、詳細に取扱つた唯一の書物である。

第二項 協議事項(所謂混成事務)

勿論以上の中、中間領域に基く権限の制限は憲法典の規定に依て認められたものでも無く、亦、直接官制の規定に基くものでも無く、軍事最高輔佐機關の協力を確保するがために實際の必要に應じて定められた規定及慣行に基くものであつて、其根本精神乃至主義に於ては既に言及した様に前立憲時代から一貫された制限である。

慣行及内規が此點に關して如何に定められて居るかは、ロンドン條約締結の折に於ける軍部對政府の紛議に鑑みて、新聞紙を通じて公にされた兵力量に關する内規を外にしては固より知るを得ないが、古く公にされた規定を基礎として言へば、凡て國防用兵に關する事項は既に述べた様に原則として總長の權限に屬し、從て其發案權は總長に專屬するが、事の既に擧げた消極的限界に係る限り大臣と協議するを要し、一方に於ては亦、軍の經濟、人事、涉外事項は本來、大臣の權限に屬し、從て發案權も亦、大臣に專屬するが、事の國防用兵に關係ある限り主管たる總長と事前の協議を必要とする。之を「省部權限の大略並に上裁文書署名式」の示す所に依て言へば、將校に職を命じ又は免する場合に於ては、主管の大臣に於て發案し總長署名捺印して之を後者に移し、上裁の上大臣の名に於て發令する。之に反して軍令は凡て總長の發議發案に屬し、平時に於ては大臣と之が施行の協議をなし、總長に於て單獨に署名捺印し上裁を仰ぎ之を大臣に移し、大臣は其名に於て施行する。軍の編制、諸條規、條例等に就ても、國防用兵上の利害に關する限り、是が改革、新設の發議權は總長に屬するが同時に協議事項に屬し、從て原案の確定は大臣の同意を必要とし、兩者署名捺印の上、

大臣に於て上裁を仰ぐものとされて居る。

七〇四

註一 明、十一、十二、四、本局議案、本省と本部と権限の大略（法、分、大、陸二、四二四頁）並に明、十九、三、二十六、省部権限の大略（法、分、大、陸二、四四五頁。）其規定の主たるものは既に前に引用した所である。（本書、三七一頁並に同四六一頁註（七）以下参照。）

二 現時に於ても類似の規定の存する事は、第五十回帝國議會に於ける國務大臣の答辯に依て明かにされた所である。此點に就ては本書二七四頁註（十二）参照。

三 「兵力量に關する事項は、從來の慣例に依つて處理すべく、此場合に於て、海軍大臣軍令部長とは意見一致たるべき事」。

四 尙、詳しくは本書三六九頁以下、並に同四五頁以下参照。

第三項 協議事項に關する制限の性質並に其效果

以上は専ら平時に於ける關係に就て述べたものであつて、戰時又は事變の際に於ては法狀は之と異ならざるを得ないが、此點は既に言及した所であるから再言しないが、茲に特に一言すべきものは以上述べた協議事項に關する制限の性質及效果如何の問題である。

今、制限の法的妥當性を前提として専ら制限の性質に就て觀るに、此點に就ては二の相反する見解を思惟し得る。其一は協議に對して獨立の法的效果を認めず、單に輔弼意思決定の形式的條件たるに止まるものと看做すものであり、其二は之に反して協議を以て合成的な輔弼意思の決定と思惟し、協議構成の部分意思に對して等價的な法的價值を認むるものである。故に第一の見解に依れば協議は本案發議の主務機關の諮問行爲たるに止まり、從て本來の決定權は發議機關に屬し協議を受くる機關の意思は行爲の構成に對しては何等獨立の法的意義を有しないが、之に反して第二の見解に

依れば輔弼意思の決定は發議機關の單獨行爲ではなく協議機關の合成行爲であり、從て協議機關は相合して夫自身獨立の合議機關たる性質を有し、決定權は専ら此合議機關其ものに屬する。

實際に於ても以上二種の相反する見解は、昭和五年ロンドン條約の締結に當り兵力量の問題に關聯して、一方に於ては政府並に一部の學者に依り、他の一方に於ては主として軍令部側の人々に依て主張せられた所である事は甚だ著名な事實である。斯く相反する見解の存する所以は、吾人の見る所を以てすれば互に問題の對象を誤解し、互に別個の問題を其對象とするに由るものと言はざるを得ない。詳言すれば一方の論者は問題を以て統帥權の獨立と看做し、從て獨立法を前提とし統帥權の概念を基礎として其範圍を定めんとするに反し、他の一方の論者は、名は統帥權ではあるが實に於ては兵權を其對象とし、從て専ら獨立法の基本的要素である帷幄の機關の官制及一般に公にされない成文、不文の内部編制、合議事務規定等を基礎として論斷するに由るものである。蓋し問題を以て文字通りに統帥權獨立の問題なりとすれば、獨立の範圍は統帥權の範圍を出づるを得ない事は當然である。故に例を兵力量の問題にとつて言へば、兵力量の決定は統帥の作用では無い事は言ふ迄も無く、從て假令、慣例其他何等かの規定上、帷幄の機關並に大臣の協議を要するものとせらるゝにせよ、大臣は協議の内容に拘束せらるゝ事なく、獨立に輔弼意思を決定し得べきものである事は明かである。然し乍ら「獨立」に關する實證法上の現象を仔細に觀察すれば、問題は最早單なる統帥權の獨立ではなく、其内容からすれば兵權の獨立と稱せらるべきものであつて、而して此點からすれば獨立の範圍如何は獨立法の定むる所に依て判斷せらるべく、單に統帥權の概念のみに依て判斷せらるべきものではないと言はなければならぬ。

協議事項に關する現行の法狀如何に就ては一般に公表せられた判斷の資料なく、吾々局外者の知り得ない所であるが、既に述べた舊い時代の法狀の一貫せらるゝ限り、協議事項は協議機關の間に於て意思の一致を見る能はざる場合に於ては、當該事項に關して天皇を輔弼し奉る事は不可能ならざるを得ないのであつて、從て意見の對立する場合に於ては暗礁は、唯、何れかの一方の機關が辭職し、同一意見を有する者が之に代つて新たに任命せらるゝに依てのみ排除せられ得べきものである。

註 一 本書四五頁參照。

二 濱口首相は當時貴族院に於ける花井氏の質問に對して與へた答辯の一節に於て次の如く言て居る。……唯々今度の倫敦海軍條約の調印に當ては、能く御了解を得て置き度いと思ふことは、事、條約の締結上の問題でありませぬ。條約の締結に關する問題であります。而して其條約の内容を成す所の海軍の兵力量に付きましては、是は軍部の意見を無視聽取する必要がありません。之を聽取いたし而して十分に之を斟酌を致し、然る上に於て政府が責任を以て之を決定したと云ふことは具體的の問題として明瞭に屢々申して居ります。……(花井氏、統帥權問答、法律時報、第二卷第八號、五三頁(二一〇)參照。

昭和五年六月二十八日午後から開かれた樞密院の條約案第四回精査委員會の席上に於ても、回訓は軍令部長の意見とは獨立に決定せられ發せられた事情が、政府側の答辯に依て明かにされたと傳へられて居る。新聞の報道であるから固より確實なりとは言はれないが、左に參考のため時事新報所載の記事から抄録して置く。

問「加藤前軍令部長は政府の決定せんとする回訓案に強硬に反對したと云ふてはなにか。」

答「國防の三大原則を多少なりとも讓歩する請訓案を承認せんとする回訓に對しては、國防當局としては當然反對せざるを得なかつたに相違ないと思ふ、依つて政府は國際外交、財政その他諸種の事情から該案を以て協定するを最も得策であるとする理由を詳細に説明し、且つ來るべき一九三五年の會議に於ては再び自由の立場から三大原則を主張し得る様條約中に明記することとして軍令部長の同意を求めた而して條約中に含まるゝ海軍兵力量のことであるから、陸海軍大臣を含む政府の責任に於て最後の決定を爲しても何等差支へはないと信じた。」

問「然らば回訓の決定には軍令部と完全な意見の一致點に達して居なかつたことは事實であるか。」

答「或は意見は完全に一致して居なかつたとも言ひ得る。」

三 美濃部達吉氏、わが國法に於ける軍部と政府との關係、改造、昭和五年六月、一九頁以下。同氏は上記の論說に於て問題の對象を定めて「問題は帷帳上奏に依て決せられた國防計畫は、果して法律上に内閣を拘束する力を有するや否や、内閣は軍令部の同意を得ずしてこれと異なつた計畫を定め、其勅裁を仰ぐべきことを得べきや否や、國防計畫殊に國の兵力の分量を定むる事は、専ら政府の權能に屬するや又は政府と帷帳との協定を要する事項であるやに在る。」と言ひ、兵力量の決定が政府獨立の權能——勿論、勅裁を経べき前提的過程として——に屬する理由として「……參謀總長や軍令部長は帷帳の下に在る機關であつて、専ら大元帥としての至尊を輔佐するの任に在るに止まり、國務に關して輔弼の責に任ずる機關ではない。且つ參謀本部條例も海軍軍令部條例も共に軍令を以て定められて居る規定である。軍令は明治四十年軍令第一號の自ら明言して居る如く陸海軍の統帥に關する規定である。統帥に關する規定を以て統帥に關する以外の事を定め得べき理由は無い。軍令たる參謀本部條例海軍軍令部條例に於て、參謀總長海軍軍令部長が國防の事に參畫する旨を定めたと言ても、其國防計畫は單に統帥權の範圍に於てのみ效力を有するに止まり、その以外に效力を及ぼし得べきものでないことは言ふ迄もない。」と述べて居られる。佐々木惣一氏も亦、等しく統帥權の概念を基礎として兵力量の決定に關する輔弼に就ては、政府は單に軍令部の意見を聽取するを以て足り、其同意を必要とするものに非ずと説かれて居る。同氏の論文に就ては、改造、昭和五、七、一〇四頁以下參照。一般的に參考に値する論文である。

四 著者自身も當時東京日日新聞の需に依り其見解を公にしたが、著者の見る所は前註に擧げた學者の見解とは稍異なり、統帥權獨立の通説の思想を前提とする限り政府に獨立の決定權を認むる事は困難なりとするに在つた。東京日日新聞、昭和五年五、四乃至十一日所載の論文參照。

五 昭和六年一月卅日衆議院豫算總會の席上、安保海相は内田信也議員との問答に於て、兵力量の決定には軍令部長と海軍大臣間の意思の一致を必要とする「慣行」の存在せる事を肯定して居るが、覺書の存否に就ては回答を拒否して居る。兵力量に關する紛議後、軍令部長と海相の間に新たに勅裁を経た「覺書」の交換された事實——是は當時新聞に於て發表された所である——から推して言へば、恐らく濱口首相事務管理の當時には規定と稱すべきものは無かつたものと思はれる。

六 昭和五年兵力量問題の當時、政府は初め海軍大臣は兵力量に就ては軍令部長の意見に拘束せらるゝ事なく、獨立に輔弼意思を決

定し得べきものとする見解の下に行動したが、樞密院側から統帥權干犯論の起るや、閣議を開いて（八月廿三日）、一、兵力量は軍部大臣と統帥機關と意見一致した上で決定するものとする。二、軍部大臣と統帥機關と意見一致して決定した兵力量を政府全體が認めた場合、政府は是に對して全責任を負ふ。三、回訓案發送當時、海軍大臣事務管理の濱口首相と加藤前軍令部長とは意見一致したものと認める（但し前出の註（三）比較参照。）等を以て樞密院に於ける答辯の方針とする旨協議したと傳へられた。（東京朝日新聞八月二十三日朝刊参照。）政府の態度が前後一貫されなかつた事は、當時政府の軍縮政策に同情した人々の間に於て惜しまれた所である。（此點に就ては上掲花井氏の統帥權問答並に志水小一郎氏の質問演説、第五十九回帝國議速記録、貴族院、九八頁参照。）

第四項 制限の法的基礎

以上述べた協議事項に關する制限を定むる勅定規定は、明治十九年の「省部權限の大略及上裁文書署名式」^(二)に至る迄は一般に公にされたのみならず、其關係の機關に對する示達も十八年の官制改革以後は總理大臣の名に於て行はれたが、其後は著者の知る限り互涉事務規定であつて公にされた例なく、専ら帷幄の機關と軍部大臣の協議に成れる案に基き勅裁を経て定められ、閣議を経ざるは勿論、其内容も直接關係の機關以外には秘密にせられ、内閣官制第七條の規定に基く總理大臣に對する報告すらも行はれざりしものゝ如くである。之れ蓋し憲法實施後の兵權獨立の實際に於ては、省部互涉事務規定は帷幄の大權に基く規定と看做され、直接に一般の國務に關するものに非ずと思惟せられ、兵權獨立法の内容と看做さるゝに依るものに外ならない。此點に於ても内閣の權限少くとも總理大臣の機務宣奏權は、憲法實施後に於て更に制限せらるゝに至たものと言はなければならぬ。^(三)

斯の如く省部互涉事務規定はわが國の實際に於ては内閣とは無關係に定めらるゝものであるが、斯の如き實際が果して妥當なるかは甚だ疑はしいものと言はなければならぬ。蓋し此種の規定は獨り軍事機關の權限に關するのみならず、一方に於ては内閣の權限にも影響を有するものであつて、其本來の性質から言へば一應閣議を経て定めらるゝを至當とすべく、唯、斯くするに依てのみ會て兵力量の問題に關して醸された様な軍部と内閣の無用なる紛議を避け、兩者の協力を確保し得べく、無用なる秘密主義の非難を避け得べきからである。^(五)勿論、從來の實際から言ひ兵權獨立の内在的見地からすれば、此種の規定を閣議に附する事は言ふべくして行はれ得ないであらうが、少くとも内閣官制第七條の規定に準じて其内容は總理大臣に報告せらるべく、其慣行に止まるものは之を條文に明示して内閣に報告せらるべきは、實際上から言ふも極めて必要なる措置であると言はなければならぬ。

註 一 本書四五頁註（十五）参照。

二 法、分、大、陸二、四四四頁。其形式は次の如くである。内閣總理大臣より參謀本部長陸海軍大臣通牒（十九年三月）參謀本部陸海軍省權限の大略及上裁文書署名式右御裁可相成候條臆本及御廻付候也。

三 省部交渉事務に關する内規の存する事は、第五十回帝國議會に於ける財部海相並に宇垣陸相の答辯に依て明かにされた所である。（本書二七三頁註（一）参照。）ロンドン條約締結の際に於ける紛議に鑑み、兵力量に就ては新たに御裁可を経た覺書が海相と軍令部間に取換された事は前に言及した。其内容に就ては本書七〇四頁註（三）参照。

四 尙、本書四〇四頁以下、四二〇頁以下並に四七〇頁以下の論述を併せ参照。

五 此種の規定は政治上から言へば兎も角も、行政上の見地からすれば軍機として秘密を要する事項で無い事は言ふ迄もなく、強ひて秘密に附する事は却て無用の疑惑を招き、他の機關をして是を無視するの口實を與ふるに過ぎない。

第五項 帷幄、上奏

帷幄上奏制度の歴史に就ては既に詳しく述べた所であつて、茲に論ずるを要しないが帷幄上奏は前にも言及した様に其機關から見て二に分たれる。^(四)其一は參謀總長及軍令部總長の帷幄上奏であり、其二は陸軍大臣並に海軍大臣の帷幄上奏である。參謀總長並に軍令部總長が其主管事項に關して上奏し得べき事は言を俟たない所であつて、其上奏權は唯、事の協議事項に關する限度に於て、また其準備的過程に於て既に述べた様な制限を受くるに止まる。茲に特に述べなければならぬものは此種軍事機關の上奏權ではなく専ら軍部大臣の帷幄上奏に就てある。

内閣官制明文の規定に於ては帷幄上奏は、もと「參謀本部長」にのみ認められたものであるが、^(三)明治二十二年に一方に於ては海軍大臣をして同時に「帷幕の機務に參し出帥作戰海防の計畫に任ずる」の機關たらしめた二十二年三月九日の海軍參謀部條例の影響と、他の一方に於ては恐らく當時既に實際に於て行はれて居た陸軍大臣の獨立上奏の影響の下に、内閣官制が舊官制第六條に於ける「參謀本部長」の文字を削除し、其第七條に於て單に「事の軍機軍令に係り奏上する者は天皇の旨に依り之を内閣に下付せらるゝの件を除く外陸軍大臣海軍大臣より内閣總理大臣に報告すべし」と規定するに至りて軍部大臣も亦、軍機軍令に關する主管事項に就ては等しく帷幄上奏の權能を有するものと認めらるゝに至つたものである。

故に夫自體に於ていはゆる「軍政」に屬する事項と雖、事の「軍機軍令」に關するものと認めらるゝ場合に於ては、之に關する輔弼意思の決定は内閣とは獨立し、事前に閣議に付せらるゝ事なきは勿論、總理大臣を経る事もなく、専ら主管軍部の大臣が獨立に上奏し御裁可を仰ぎ得べき事が認めらるゝものであつて、内閣が之に關與し得べきは唯、天皇

の旨に依り下付せらるゝ場合に限られる。軍部大臣の帷幄上奏事項に就ても、事の既に述べた協議事項に關するものは事前に總長と協議し、輔弼意思を統一するの制限を受くる事は、總長の帷幄上奏の場合に於けると同一である。軍部大臣の帷幄上奏に屬する事項如何は内容的に列擧するを得ないが、曾て陸軍當局の側から新聞を通じて公にされた所に依れば次の如くである。^{(六)(七)}

- (一) 作戰計畫に關する事項。
- (二) 外國に軍隊派遣に關する事項。
- (三) 地方の安寧秩序維持の爲兵力使用に關する件。
- (四) 特別大演習等に關する件。
- (五) 動員に關する事項。
- (六) 平戰時編制。
- (七) 戰時諸規則。
- (八) 軍隊の配置に關する事項。
- (九) 軍令に關する事項。
- (一〇) 特命檢閲に關する事項。
- (一一) 將校同相當官の平戰時職務の命免及轉役。

(一一) 其他軍機軍令に關し臨時允裁を仰ぐを要する事項。

註

- 一 本書四一〇頁以下、並に四二八頁以下參照。
- 二 元帥府の奉答、軍事參議院の奉答は勿論、其議長の上奏も普通には帷幄上奏とは稱せられて居ない。
- 三 本書四一〇頁參照。
- 四 本書三九二頁並に四一一頁參照。
- 五 本書四一二頁以下參照。
- 六 之れ大正十一年二月議會に於て帷幄上奏の問題の論議された當時、各新聞紙を通じ「帷幄上奏の辯」として發表されたものである。本文に列擧した所は故吉野作造氏の論文「統帥權の獨立と帷幄上奏」(中央公論、昭和五年七月號一二九頁以下)に負ふものである。特に記して感謝の意を表する。
- 七 海軍に於ては陸軍とは異なり、上奏事項の範圍は比較的に少きものゝ如くである。此點に就ては本書六七九頁の註(十二)參照。

第二款 以上規準の下に於ける軍令の實際

第一項 軍令

實際に於ける獨立の範圍如何を知るがためには、以上述べた規準の外に尙、此規準の下に於て軍令として實際に於て規定せらるゝ事項の範圍如何を確むるを必要とする。軍令が天皇の統帥命令に固有なる法形式として現るゝに至たのは、既に廣く知られて居る様に、明治四十年軍令第一號以來の事に屬し、其以前に於ては軍令は別段の形式を有せず、單に勅令として取扱はれて居たものであつて、從て副署の形式に於ても軍隊に下さるゝ勅諭を外にしては、天皇の他の

命令と區別せらるゝ事なかりしは既に詳論した如くである。

茲に軍令と謂ふのも専ら此形式的意義に於ける軍令を意味するものであるが、其中茲に吾人の對象とするものは専ら一般に公布された軍令であつて、一般に公布さるゝ事なき軍令は吾々局外者の知り能はざる所であつて問題の外に在る。一見すれば軍令事項として取扱はるゝ事項の範圍は陸海軍に共通なるが如くに思惟せらるゝが、事實に於ては然らず。實際は陸軍と海軍との間に於て著しく異なるのみならず、同じ陸軍または海軍の部内に於ても時に依て著しく異なるを發見する。以下明治四十年軍令第一號發布以下大正十年に至る迄の一般に公布された軍令を中心として、如何なる事項が軍令として規定せらるゝかを陸海軍に亘て瞥見する所があらう。

註一 本書四六九頁以下の論述參照。

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。)

軍旗、旗章等に關する事項は陸軍に於て軍令に依て規定されて居る。但し海軍に於ては之と異なり、軍旗、旗章に關する事項は専ら勅令に依て定められて居る。

第三編

我が國法に於ける統帥權の獨立 第十二章 獨立の限界
第二節 實際に於ける獨立の限界

ロ 檢 閲

(海軍、軍令事項。陸軍、最近に至る迄は勅令事項。)

檢閲は海軍に於て軍令事項として取扱はれ軍令に於て規定されて居る。(三) 陸軍に於ては之に反し最近に至る迄は勅令に依て規定されて來たが、現在に於ては海軍に倣ひ軍令を以て規定されて居る。(四)

ハ 儀 禮、禮 式

(陸軍、軍令海項。海軍、勅令事項。)

儀禮禮式に關する事項に就ても同様であつて、陸軍に於ては軍令事項として取扱はるゝに反し、(五) 海軍に於ては勅令に於て規定せられ、(六) 從ていはゆる國務事項と看做されて居る。

ニ 服 裝

(陸軍、軍令事項。海軍、勅令事項。)

服裝規定に就ても陸軍と海軍とは異なり、陸軍に於ては軍令に於て規定せらるゝに反し、(七) 海軍に於ては勅令を以て定められて居る。(九) いはゆる服裝規定とは服裝の種類、服裝を用ふる場合並に服裝の方法等を定むる規定であつて、服制に關する規定とは異なる。(一〇) 後者は豫算に影響するを以て陸海軍共に常に勅令を以て定められて居る。(一一)

ホ 軍區、常備隊の配備

(陸軍、軍令事項。海軍、軍區は勅令事項。)

軍區に關しても實際は陸軍と海軍とに依て相反し、前者に於ては軍令に於て規定せらるゝに反し、(一二) 後者に於ては勅令に於て規定されて居る。(一三) 軍港要港の境域を定むる規定も亦、勅令を以て定められて居る。(一四) 之れ蓋し當然の措置である。軍の配備も陸軍に於ては軍令事項に屬する。(一五)

ヘ 兵の等級、職階

之れ陸軍に於ては軍令を以て規定せらるゝに反し、(一六) 海軍に於ては勅令を以て規定されて居る。(一七)

ト 學 校 官 制

(海軍、勅令事項。陸軍、概して軍令事項。)

學校の官制は海軍に於ては勅令を以て定めらるゝに反し、(一八) 陸軍に於ては軍令を以て定められて居る。(一九) 但し陸軍に於ても必ずしも一貫されて居ない。例へば士官學校及幼年學校等は(二〇) 大正九年八月に至る迄は軍令を以て規定されて來たが、爾後は勅令を以て定められて居る。(二一) 戸山學校、教導學校、工科學校、通信學校、經理學校、獸醫學校、自動車學校に關する條例も亦、勅令で規定されて居る。(二二) 勅令主義の一貫されて來たのは經理學校、軍醫學校及獸醫學校等の場合である。(二三)

チ 教 育 (一般規定)

(陸軍、軍令事項。)

教育に關する一般的規定に就ても陸軍と海軍とに依て異なり、陸軍に在ては概して軍令を以て規定されて居るが、(二四) 海軍に於ては軍隊教育規則、海兵團練習部教育綱領等は海軍省達に依て定められて居る。(二五)

リ 教範、操典、演習令

(陸軍、軍令事項。)

陸軍に於ては軍令に依て規定されて居る。海軍に於ては教範、操典等の名を以て公表さるゝ規定なく、實質上此種の事項の一部は一般に公布せらるゝ規定の關する限り、多くは勅令並に省令及達等に散在規定されて居る。

ヌ 編 制

(陸海共に軍令事項。)

軍隊艦隊其他軍の編制は陸海軍共に軍令を以て規定されて居る。其主なるものを擧ぐれば次の如くである。參謀本部、軍令部、教育總監部、師團、旅團、要塞の各司司令部條例、植民地駐屯軍司令部條例、鎮守府、海兵團、艦船、海軍港務部、海軍望樓、海軍無線電信所、海軍航空隊、海軍軍用通信所、防備隊、艦隊、要港、驅逐隊、潜水隊、掃海隊等に關する各條例の外、陸軍に於ては教化隊も軍令の規定する所であり、甚しきは聯隊區司令部條例も大正十二年五月二十三日軍令第五號に依て廢止さるゝに至る迄は軍令を以て規定されて來た。

ル 賞罰、進級、休暇

(陸、軍令、海、勅令事項。)

懲罰令、叙勳條例、休暇規則、士官(軍樂部)及下士(經理及衛生部)の進級、下士勤功章の下付等に關する規定も陸軍に於ては軍令を以て規定せらるゝ。下士の進級規則は海軍に於ては勅令を以て定められて居る。

ヲ 戰時法規

(海、軍令事項。)

戰時諸規則は陸軍に於ても軍令の定むる所であるが一般に公布さるゝ事なく、從て茲に特に擧ぐるの要を見ないが、海軍に於ては海戰法規は軍令を以て規定せられ一般に公布されて居る。

註 一 此點に就ては本書六二八頁註(一一)參照。

二 本書六二八頁註(一一)參照。

三 本書六二七頁註(一〇)參照。

四 本書六二七頁註(一〇)參照。

五 明、四三、九、二二、軍令、陸、第五號。大正一、八、三、軍令、陸、第一號。大正一、八、二七、軍令、陸、第五號。大正二、八、一六、軍令、陸、第七號。大正三、五、八、軍令、陸、第五號。大正四、十、五、軍令、陸、第十三號。大正七、一、十七、軍令、陸、第一號。大正八、四、二八、軍令、陸、第十三號。大正八、八、二〇、軍令、陸、第二四號。昭和三、十、三、軍令、陸、第五號。大正四、十、四、軍令、陸、第十三號(大禮觀兵式要領)。

六 大正三、一、三一、勅、第十二號。大正三、二、十二、勅、第一五號。大正四、十一、二、勅、第一八九號。大正四、十一、二、勅、第一九〇號。大正九、五、三一、勅、第一七七號。大正九、六、二二、勅、第一八七號。大正十三、一、勅、第八號。昭和三、三、勅、第四五號。

七 本書六二八頁註(一一)參照。

八 但し陸軍に於ても例外がある。明治四十二年二月三日勅令第六號は侍從武官長徽章の制式を定むると共に同時に其裝着をも併せ規定して居る。此種の便宜に基く形式の無視は、他の場合に於ても多く存する所であつて特に編制の場合に著しい。

九 本書六二八頁註(十一)參照。

一〇 明治四十五年二月二十六日軍令第一號陸軍服裝規則並に大正三年二月二十七日勅令第二十四號、海軍服裝令參照。

第三編 我が國法に於ける統帥權の獨立 第十二章 獨立の限界

- 一一 明、四五、二、二六、勅、第十號(陸)。同、勅、第十一號(陸)。大正一、九、二八、勅、第二六號(陸)。大正二、三、三一、勅、第四八號(海)。
- 一二 明、四十、十二、二一、勅、第一四四號(海)。明、四四、三、二五、勅、第四六號。同、第四七號(陸)。大正二、十二、一、勅、第二〇六號(陸)。大正三、二、二七、勅、第二三號(海)。大正四、四、八、勅、第五〇號(陸)。大正四、八、二三、勅、第一五六號(陸)。同、勅、第一五七號(陸)。大正四、十一、二、勅、第一九一號(海)。大正四、十二、十四、勅、第二二三號(海)。大正五、十、三十、勅、第二三四號(陸)。大正六、十、十八、勅、第一九二號(陸)。大正七、五、三、勅、第一一七號(陸)。大正七、八、二九、勅、第三三一號(陸)。大正八、六、三、勅、第二六九號(海)。大正八、十、四、勅、第四三三號(海)。大正八、十一、二七、勅、第四七七號(陸)。大正九、一、二四、勅、第十九號(海)。大正九、八、九、勅、第二四二號(陸)。大正、十、七、勅、第三五四號(陸)。大正十一、九、勅、第四一號(陸)。大正十四、四、勅、第一六七號(陸)。昭和二、九、勅、第二九二號(陸)。昭和三、四、勅、第七六號(陸)。昭和三、九、勅、第二三二號(陸)。大正十、四、勅、第八〇號。同十一、四、勅、第二二六號。同十二、三、勂、第一三二號。同十三、三、勂、第四三號。昭和二、十二、勂、第三五七號。同四、十二、勂、第三九三號(以上上海)。
- 一三 明、四十、九、十八、軍令、陸、第三號(管區)。同九、十九、軍令、陸、第四號(配備)。大正二、七、五、軍令、陸、第六號(管區)。同二、十一、六、軍令、陸、第十一號(配備)。同、四、九、十四、軍令、陸、第十號(管區)。同四、十二、二三、軍令、陸、第十七號。同七、五、三一、軍令、陸、第一六號(管區)。同七、十二、十七、軍令、陸、第二三號(配備)。同九、三、十六、軍令、陸、第二號(配備)。同九、八、九、軍令、陸、第十號(管區)。同十一、四、六、軍令、陸、第二號(管區)。同十四、十、軍令、陸、第十號。昭和二、十、軍令、陸、第四號。同四、十二、軍令、陸、第七號(以上配備)。
- 一四 大正三、三、勂、第二六號。同十一、三、勂、第三四號。同十二、三、勂、第二六號。
- 一五 明、四四、一、二七、勂、第三號。大正五、十二、二三、勂、第二六〇號。同六、四、六、勂、第三九號。同八、五、八、勂、第一八三號。同十、四、十二、勂、第九三號。同十二、三、十四、勂、第五七號。同十二、三、二四、勂、第五八號。外に明、四三、十二、二七、勂、第四五三號。同、第四五四號。大正元、十二、十六、勂、第五四號。
- 一六 上註(十二)參照。
- 一七 明、四十、十、十一、軍令、陸、第五號。大正四、八、一、軍令、陸、第八號。大正九、四、軍令、陸、第三號。同十一、

十、軍令、陸、第十一號。同十四、四、軍令、陸、第六號。

一八 本書六二八頁註(十一)參照。

- 一九 明、四一、三、七、勂、第三七號(海軍大學條例)。同四二、二、十九、勂、第十一號(海軍經理學校條例)。同四二、四、二三、勂、第一〇八號(同上)。同四二、六、十四、勂、第一五八號(海、大、條例)。同四二、十、十六、勂、第三一二號(海軍工機學校條例)。同四二、十、二七、勂、第三二六號(海軍砲術學校條例)。同、勂、第三二七號(海軍水雷學校條例)。同、勂、第三二八號(海、工機學校條例)。同、勂、第三二九號(海、經、學校條例)。同四三、四、五、勂、第一九四號(海軍機關學校條例)。同四三、五、三十、勂、第二四三號(海、砲術學校條例)。同、勂、第二四四號(海、水、學校條例)。同、勂、第二四五號(海、工機學校條例)。同、勂、第二四六號(海、經、學校條例)。同四三、十一、三十、勂、第四三五號(海、軍醫學校條例)。同四四、四、二二、勂、第一二二號(海、軍醫學校條例)。大正元、八、二九、勂、第一五號(海軍兵學校條例)。同、勂、第一六號(海、機關學校條例)。同、勂、第一七號(海、經、學校條例)。同二、三、二七、勂、第二七號(海、水雷學校條例)。同三、三、二五、勂、第三六號(海、機、學校條例)。同四、十二、十四、勂、第二二六號(海、大、條例)。同六、一、三十、勂、第十二號(同上)。同七、八、十五、勂、第三一七號(同上)。同、勂、第三一八號(海、兵學校條例)。同、勂、第三一九號(海、機關學校條例)。同、勂、第三二〇號(海、經、學校條例)。同八、五、十七、勂、第二〇七號(海、水雷學校條例)。同八、六、三、勂、第二七〇號(海、砲術學校條例)。同九、七、八、勂、第二〇一號乃至第二〇五號(海、兵、海機、海、砲、海、水、海、經、諸學校條例)。同九、九、四、勂、第二六三號(海軍潛水學校條例)。同十一、十、勂、第四四四號。同十二、三、勂、第一三三號。同十五、十一、勂、第三四四號(以上、海、大、條例)。同九、七、勂、第二〇一號。同九、十一、勂、第五二四號。同十一、十、勂、第四四五號。同十二、三、勂、第一三四號。同十五、七、勂、第二五四號。昭和三、六、勂、第一二二號(以上海、兵學校條例)。大正九、七、勂、第二〇五號。同九、十一、勂、第五二六號。同十一、六、勂、第三一八號。同十一、十、勂、第四五一號。同十二、三、勂、第一三七號。昭和三、六、勂、第一二四號(以上海、經、學校條例)。大正十一、十、勂、第四四九號。同十二、三、勂、第一四〇號。同十三、十一、勂、第二九七號。昭和三、六、勂、第一二五號(以上海、潛水學校條例)。昭和三、六、勂、第一二六號(海、工機學校令)。大正八、五、勂、第二〇七號。同九、七、勂、第二〇四號。同十一、十、勂、第四四八號。同十二、三、勂、第一三九號。昭和三、五、勂、第九二號(海、水雷學校令)。大正十一、十、

勅、第四五〇號。同十二、三、勅、第一三六號(以上海、軍醫學校條例)。大正、八、六、勅、第二七〇號。同九、七、勅、第二〇三號。同十一、十、勅、第四四七號。同十二、三、勅、第一三八號、同十四、四、勅、第七一號。昭和三、五、勅、第九一號(以上、海、砲術學校條例)。

二〇 本書六二九頁註(一四)參照。外に大正十四、四、軍令、陸、第三號。大正十二、十、軍令、陸、第七號。大正十四、四、軍令、陸、第三號。同、軍令、陸、第四號。同、軍令、陸、第五號。

二一 本書六二九頁註(一四)並に大正九、八、勅、第二三六號。同十三、五、勅、第一一九號。同十四、四、勅、第一五五號(士官學校)。大正九、八、勅、第二三七號。同十、七、勅、第三五〇號。昭和三、四、勅、第五三號(幼年學校)參照。

二二 大正十四、四、勅、第一五六號(戶山學校)。昭和二、六、勅、第二一二號(教導學校)。大正十二、三、勅、第八四號(獸醫學校)。大正九、八、勅、第二三八號(工科學校)。大正十四、四、勅、第一五八號(通信學校)。大正十四、四、勅、第一五九號(自動車學校)。大正九、八、勅、第二三九號(經理學校)。

二三 憲兵教習所令も亦、勅令で規定された。(大正九、八、勅、第二四〇號)。

二四 本書二六九頁註(一四)並に上註(二〇)參照。

二五 大正二、二、六、軍令、陸、第一號。同三、二、二四、軍令、陸、第三號。同三、四、十一、軍令、陸、第四號。同六、八、十六、軍令、陸、第四號。同六、十一、二七、軍令、陸、第八號。同七、十一、十四、軍令、陸、第二一號。同八、十二、五、軍令、陸、第二八號。同九、十、三十、軍令、陸、第一四號。昭和二、十二、軍令、陸、第五號。同三、十二、軍令、陸、第一〇號(軍隊教育令)。大正三、四、十、軍令、陸、第四號(將校團教育令)。同四、九、十七、軍令、陸、第十一號(秋季演習令)。同六、八、一、軍令、陸、第四號(士官學校準尉候補者教育令)。同八、五、二十、軍令、陸、第十九號(將校演習旅行條例)。同九、八、七、軍令、陸、第八號(準尉教育令の廢止)。同十二、十一、軍令、陸、第八號(將校演習旅行條例)。同十三、三、軍令、陸、第二號。大正十五、十一、十一、軍令、陸、第一號(特別大演習統監代行の件)。

二六 大正九、海達第二二八號並に同、海達第二〇〇號參照。

二七 本書六二七頁註(一〇)參照。外に大正四、九、十八、軍令、陸、第十一號。同八、五、二一、軍令、陸、第十九號。

二八 明、四十、九、十六、軍令、陸、第一號(樺太守備隊司令部條例)。同、軍令、陸、第二號(臺灣守備混成旅團)。同四十、十、

十二、軍令、陸、第六號(聯隊區司令部)。同、十、十四、軍令、陸、第七號(陸軍平時編成の改正に伴ふ補職)。同、十、二六、軍令、陸、第十一號(參謀及高等官衙副官補職)。同、九、三十、軍令、海、第一號(防備隊)。同、十、七、軍令、海、第二號(鎮守府)。同、軍令、海、第三號(旅順鎮守府)。同、四一、一、二五、軍令、陸、第一號(旅團司令部)。同、軍令、陸、第二號(要塞司令部)。同、軍令、陸、第三號(對馬警備隊司令部)。同、軍令、陸、第四號(臺灣總督府陸軍部)。同、四一、一、二五、軍令、陸、第一〇號(將校生徒試驗委員)。同、三、二四、軍令、陸、第十一號(將校團)。同、六、二、軍令、海、第一號(要港部)。同、七、二二、軍令、陸、第十五號(現役大將に副官附屬の件)。同、十一、三十、軍令、海、第二號(豫備艦隊)。同、十二、十八、軍令、陸、第十九號(參謀本部)。同、軍令、陸、第二〇號(教育總監部)。同四二、一、二五、軍令、陸、第一號(師團長の官等に關する特例廢止)。同、四、二、軍令、陸、第二號(樺太守備隊)。同、軍令、陸、第三號(電信教導大隊)。同、四、十六、軍令、海、第一號(要港部)同、軍令、海、第二號(水雷團)。同、軍令、海、第三號(潜水艇隊)。同、十一、二六、軍令、海、第四號(鎮守府)。同、軍令、海、第五號(旅順鎮守府)。同、軍令、海、第六號(要港部)。同、軍令、海、第七號(艦隊)。同、軍令、海、第八號(望樓)。同四三、三、十八、軍令、陸、第三號(衛戍勤務令)。同、三、三一、軍令、陸、第四號(樺太守備隊)。同、十二、二七、軍令、海、第一號(要港部)。同、軍令、海、第二號(旅順鎮守府)。同、軍令、海、第三號(防備隊)。大正一、九、六、軍令、陸、第六號(教育總監部)。同、九、三〇、軍令、海、第一號(要港部)。同、軍令、海、第二號(防備隊)。大正二、三、四、軍令、海、第一號(旅順鎮守府)。同、軍令、海、第二號(旅順、港務部)。同、軍令、海、第三號(旅順敷設隊)。同、三、二四、軍令、海、第四號(水雷隊)。同、軍令、海、第五號(防備隊)。同、軍令、海、第六號(旅順防備隊)。同、軍令、海、第七號(驅逐艇隊、潜水艇隊)。同、軍令、海、第八號(要港部)。同、軍令、海、第九號(鎮守府)。同、三、二八、軍令、海、第十號(艦隊)。同、軍令、海、第十一號(鎮守府艦隊)。同、軍令、海、第十二號(海兵團)。同、軍令、海、第十三號(港務部)。同、軍令、海、第十四號(望樓)。同、軍令、海、第十五號(海軍無線電信所)。同、四、二二、軍令、陸、第二號(樺太守備隊)。同、九、十二、軍令、海、第九號(艦隊)。同、三、三、十二、軍令、海、第一號(望樓)。同、三、十三、軍令、海、第二號(旅順要港部)。同、軍令、海、第三號(旅順防備隊)。同、七、九、軍令、海、第四號(水雷隊及鎮守府艦隊條例廢止)。同、八、十六、軍令、海、第五號(望樓)。同、軍令、海、第六號(海軍無線電信所)。同、八、二三、軍令、海、第七號(軍令部)。同、十一、二六、軍令、陸、第八號(青島守備隊司令部設置)。同、十一、二八、軍令、海、第一〇號(艦隊)。同、軍令、海、第十一號(鎮守府)。同、軍令、海、第十二號(要港部)。同、軍令、海、第十三號(旅順要港部)。同、軍令、海、第十四號

(防備隊)。同、四、一、三十、軍令、陸、第一號(交通兵團司令部)。同、軍令、陸、第二號(旅團司令部)。同、二、一、軍令、海、第一號(海軍無線電信所)。同、三、二六、軍令、海、第二號(鎮海防備隊修理工場附屬の件)。同、五、三、十七、軍令、海、第一號(要港部)。同、軍令、海、第三號(鎮海防備隊附屬修理工場)。同、軍令、海、第四號(海軍航空隊)。同、軍令、陸、第五號(艦隊令)同、三、三一、軍令、陸、第一號、交通兵團司令部。同、軍令、陸、第二號(聯隊區司令部)。同、軍令、陸、第三號(沖繩警備隊區司令部)。同、五、十七、軍令、海、第六號(艦船令)。同、軍令、海、第七號(驅逐艇隊潜水艇隊)。同、七、十五、軍令、海、第八號(軍令部)。同、八、四、軍令、海、第九號(海軍航空隊)。同、十二、二五、軍令、海、第十號(海軍軍用通信所)。同、六、一、二五、軍令、海、第一號(艦隊令)。同、九、二十、軍令、陸、第六號(青島守備隊司令部)。同、七、三、二七、軍令、海、第一號(海軍航空隊)。同、五、二九、軍令、陸、第三號(師團司令部)。同、軍令、陸、第四號(朝鮮軍司令部)。同、軍令、陸、第五號(關東都督府陸軍部)。同、軍令、陸、第十一號(要塞司令部)。同、軍令、陸、第十二號(對馬警備隊司令部)。同、軍令、陸、第十三號(臺灣總督府陸軍部)。同、軍令、陸、第十四號(臺灣守備隊司令部)。同、軍令、陸、第十五號(沖繩警備隊司令部)。同、五、二、軍令、海、第二號(軍令部)。同、七、一、軍令、海、第三號(特務船の乗員及取扱)。同、八、三、十九、軍令、海、第一號(艦船令)。同、三、二四、軍令、海、第二號(艦隊令)。同、軍令、海、第三號(驅逐隊潜水艇隊)。同、四、十、軍令、陸、第四號(教育總監部)。同、軍令、陸、第五號(師團司令部)。同、軍令、陸、第六號(交通兵團司令部)。同、四、十一、軍令、陸、第十二號(關東軍司令部)。同、軍令、陸、第一五號(要塞司令部)。同、三、三一、軍令、海、第四號(防備隊)。同、軍令、海、第五號(旅順防備隊)。同、六、二七、軍令、海、第六號(航空隊)。同、八、十九、軍令、陸、第二〇號(朝鮮軍司令部)。同、軍令、陸、第二一號(臺灣軍司令部)。同、軍令、陸、第二二號(要塞司令部)。同、八、二一、軍令、海、第七號(要港部)。同、九、三、三十、軍令、海、第一號(艦船令)。同、六、二三、軍令、海、第二號(海兵團)。同、軍令、海、第三號(防備隊)。同、軍令、海、第四號(旅順防備隊)。同、八、七、軍令、陸、第五號(教育總監部)。同、軍令、陸、第六號(陸軍生徒試験委員)。同、軍令、陸、第八號(對馬警備隊)。大正十一、四、軍令、陸、第二號(師團司令部)。同、十三、五、軍令、陸、第四號(旅團司令部)。同、十、四、軍令、陸、第四號(臺灣守備隊)。昭和四、四、軍令、海、第二號(鎮守府)。其他現行の艦船令、港務部條例、海軍望樓條例、海軍無線電信所條例、海軍航空隊令、海軍軍用通信所令、防備隊令、艦隊令、要港部令、驅逐隊潜水艇隊、掃海隊令、軍令部令等參照。

二九 以上の外に衛戍勤務令(明、四三、三、十九、軍令、陸、第三號。大正五、十二、二七、軍令、陸、第五號。同九、八、七、

- 軍令、陸、第一一號)。陸軍代理規則(明、四一、十、八、軍令、陸、第十六號。大正八、四、十一、軍令、陸、第一七號)。轉職、就職者出發規定(大正四、三、三十、軍令、陸、第三號)。等も軍令で公布されて居る。但し衛戍條例は勅令に依て定められて居る。
- 三〇 明、四一、十二、二、軍令、陸、第十八號。明、四四、十、十三、軍令、陸、第四號。大正一、八、五、軍令、陸、第二號。同、八、四、十一、軍令、陸、第十一號。
- 三一 明、四二、九、三〇、軍令、陸、第六號。
- 三二 明、四一、十二、十八、軍令、陸、第二一號。大正二、十一、四、軍令、陸、第九號。同八、三、二六、軍令、陸、第一號。
- 三三 明、四二、四、二九、軍令、陸、第四號。
- 三四 明、四一、六、十三、軍令、陸、第一四號。
- 三五 尙、大正二、六、二四、軍令、陸、第五號、飛行機操縦術修得徽章附與規則參照。
- 三六 但し海軍に於ても「海軍卒中、懲治を要する者は海軍懲治隊に收容するの件」は、陸軍大臣及海軍大臣副署の軍令を以て公布された例がある。之れ陸海軍大臣兩者の副署ある軍令の唯一の例であらう。明治四十一年七月二十五日軍令第一號參照。尙、同年同月二十七日勅令第一八三號「海軍卒にして陸軍懲治隊に收容したる者の懲罰に關する件」參照。
- 三七 大正二、四、二六、勅、第六六號。同三、九、三、勅、第一八〇號。同、九、二、三、勅、第一九九號。同六、一、二九、勅、第一四號。同六、十二、二七、勅、第二四〇號。同七、四、二三、勅、第九〇號參照。
- 三八 大正三、十、七、軍令、海、第八號。

第三項 概 觀

以上論述した所に依て之を觀れば吾人は結論として次の諸點に注意を要する。其第一はわが國法の實際に於ける統帥權の獨立は、理論上の意義に於ける統帥權の獨立よりも著しく廣汎なる事である。此點は統帥輔佐機關として思惟せら

第三編 我が國法に於ける統帥權の獨立 第十二章 獨立の限界
第二節 實際に於ける獨立の限界

る、參謀本部、竝に軍令部の獨立の權能に屬せしめられた事項から見て明かであるのみならず、軍令として公布された軍に關する命令の範圍に依て見るも明瞭であつて、其前提とする統帥權の概念は決して軍隊の指揮命令を基本的な機能とする統帥權にのみ限らるゝものではない。之れ蓋し憲法の規定する天皇の統帥大權は主として機能の性質を基礎とする概念なるに反し、之が「獨立」の前提とし目標とする統帥權は主として目的を基礎とする概念であつて、而して其目的から言へば用兵または統帥は國防に在る事は言ふ迄もなく、從て國防の目的を達成する基本的手段としての統帥を有せざるべき事項は統帥の概念に吸収せられ、「獨立」の缺くべからざる範圍と思惟せらるゝに依るものに外ならない。換言すればわが國法の實際に於ける統帥權は憲法の謂ふ統帥權の變質化された概念であつて、其内容から言へば統帥權と謂ふよりも寧ろ兵權と稱するを妥當とすべく、從ていはゆる統帥權の獨立は之を兵權の獨立と謂ふを以て眞實に近き表示と言はなければならぬ。

注意せらるべき點の第二は以上の意義に於ける統帥權の獨立は、必ずしも一般に信ぜらるゝが如くに「統帥權」——即ち以上述べた意義に於ての兵權——に對する國務大臣の無責任を意味するものに非ざる事である。學者は統帥權の獨立は國務大臣をして法律上、統帥權の行使に就て其責に任ずる能はざらしむるものであり、從て軍令に對する陸海軍大臣の副署は憲法上の意義に於ける副署ではないと言ふを普通とする。然し乍らわが國法の實際は必ずしも一般の學者の説くが如くに然く無責任ではなく、それ程迄にわが國法の立憲的精神を没却するに至て居ないのであつて、此點に於て大臣の無責任を説く學說の傾向は、恐らく軍部にとつても有難迷惑の感なきを得ないであらう。統帥權に關する大臣責任

の有無は、其參與し得べき權限の有無に依て定まる問題であつて、而してわが國法上、大臣はいはゆる統帥權に關しては種々なる範圍に於て獨立の權限を以て參與するを認めらるゝ事は既に述べた如くであるから、此限度に於ては其責任するものと言はなければならぬ。其責に任じ得ないのは、國務大臣が全く參與し輔弼するを許されない事項にのみ限られる。故に例へば國防用兵は一般に參謀總長、軍令部總長等の機關の輔佐事項に屬するが、其協議事項に關する限度に於ては軍部の大臣も之に參與するの職責を有するものであつて、從て其同意を與へたる事項の範圍に於ては、いはゆる「絶對」の責任を有するを免れない。されば之を實際に就て見るも、軍部の大臣は統帥の「何」に就ては權能を有せず從て其責に任ずるを得ないが、其「如何」に就ては一般に參與の權能を有するが故に、此限度に於ては議會に對して其責に任ずるものである事は從來、軍部大臣が屢々議會に於て明言した所である。故に國務大臣が責を有しないのは、唯いはゆる統帥權獨立の一部に就てのみである。

然し乍ら以上は専ら主管の軍部大臣に就て言ひ得るに止まる。兵權獨立の認めらるゝわが國法の實際に於ては統帥權の獨立は、獨り主務の統帥輔佐機關の軍部大臣に對する職務の獨立に依て擔保せらるゝのみならず、更に亦軍部大臣の武官主義竝に其帷幄上奏權に依て二重に保證せらるゝものであつて、いはゆる兵政分離主義の原則は極めて強固なる外殼に依て外部の勢力に對して保護せられ、他の一般の國務大臣はたとひ夫自體に於て國務と看做さるゝ事項であつても、事の軍機軍令に關するものである限りは、閣議事項として之に直接關與するを原則として許されないものであるから、軍部大臣と同様の意義に於て此種の事項に關し其責に任ずる事の困難なる事は當然である。されば内閣の統一と大臣の連

帶責任を要求する議會主義の典型的な傾向の下に於て、大政輔弼の内閣に於ける統一を妨ぐる傾のある統帥權獨立の制度が、屢々 *imperium in imperio* として思考せらるゝは法理上から言へば固より誤りであるが、其内在的見地からすれば蓋し自然であると言はなければならない。

尙、最後に一言すべき事は軍令權が慣行上定まれる限界を有するや否やの問題である。學者は軍令權の限界は慣行に依て定められて居るものと言ふが、若し其意味する所であつて軍令を以て定むべき事項の範圍は當局の慣行上一定せるものありと言ふに在りとすれば、斯の如き見解の維持し得べからざる事は以上公布せられたる軍令の範圍に就て見るも明かであると言はなければならぬ。既に前にも言及して置いた様に、如何なる事項を以て軍令事項とすべきかに就ては、實際は獨り陸海軍の間に於て一致せず相互に矛盾する所あるのみならず、陸海軍各部の内部に於ても實際は相反するものがあつて、同一事項も時に依て異なる法規上の取扱を受けて居るものが少くない。今その中特に著しい例を擧げて言へば教育竝に教育制度に關する事項である。陸軍に於ては教育に關する一般的規定は勿論、教育制度は廣き範圍に於て軍令事項として取扱はるゝに反し、海軍に於ては其外に置かれ一般の命令を以て定められて居る。のみならず同一部内に於ても實際は時に依て異なり、同一事項であつて時に依り別個の取扱を受くるもの少くなく、一方に於ては亦、同一性質の事項であつて其一部は軍令に依り他の一部は勅令に依て定めらるゝものがある。此種の現象は陸軍に於ては特に學校官制に於て著しい。其他如何なる事項が勅定を要するか、また公布さるべきものと然らざるものゝ限界如何に關しても、決して對象上一定の限界あるものとは言はれない。されば明治四十年軍令形式の初めて定められて以來今日に至

る迄公布された軍令を觀察の對象とする限り、軍令は軍隊艦隊及統帥系統の機關の編制を其中心の内容とするものと言ひ得るに止まり、歸納的に確定し得べき一定の對象的限界なるものは發見するを得ないものと言はなければならぬ。

第三節 統帥權獨立の將來

統帥權獨立の組織は之を歴史的に一般憲法上の見地から言へば、その基礎思想少くとも其一部に於ては前立憲時代の典型的な軍政組織の歴史的繼續體であり、其立憲的組織の下に於ける發達した所産であつて、而して更に之を理論的に言へば軍隊組織の上部に對する擴張であつて、立憲主義の發生に伴ふ内閣の軍隊統帥竝に其構成に對する一般的監督と之に伴ふ干渉容喙を排除し、之を軍の部内に確保せんとするものに外ならない。

此後の點に於て統帥權の獨立は謂はゞ軍部の行政上の自治主義であり、軍の統帥は唯、峻嚴なる軍紀と固有なる精神の下に、盡身奉公の義務を有する者のみ之に與り得べく、局外者は其資格なく權利なしとするものであつて、此意義に於ては軍人の側から見た正義概念——軍人たる資格を標準とし等しきものは等しく取扱へといふ平等または相應の原則、從て内部的には自同的、獨占的傾向と外部的には排他的、差別的傾向を有する概念——の要求に基くものであり、其意識的または無意識的な發露であると言はれ得る。されば此限度に於ては統帥權に關する狹義の立憲的組織と統帥權獨立主義の争は、他の法的政治的基本的問題に關する争の場合に於けると同じく、世界觀の對立に其究極の基礎を有するものであつて、從て單なる歴史的認識または制度上の利害得失からのみ判斷せらるべき功利的な問題ではなく、國家

其ものに對する基本的見解の相違として了解され得べき問題と言はなければならぬ。

今斯の如き世界觀的對立の問題は暫く之を措き單に經驗的な見地からすれば、統帥權の獨立は其分業の基礎思想に於ては恐らく何人も之を拒否し能はざる組織と言ひ得るであらう。勿論分業の理論から言ひ専門的技術的實質的獨立の見地からすれば、獨立を要するものは敢て獨り兵權にのみ限らるゝものでない事は言ふ迄もないが、等しく國家的公務の中に在ても國家其ものゝ全部的客觀的見地から觀て自ら其價値に輕重の差のあるべき事は當然であつて、而して此點からすれば國防の核心を構成する統帥の機能が他の機能の實質的前提として特に重ぜらるべく、從て機能の獨立を自然に放任する事なく之を制度の上に確保し、以て、單なる外部的勢力の侵す能はざる所たらしむべきは極めて必要であると言はなければならぬ。されば問題は獨立——實質的獨立の法制の上に於ける確保としての——の可否にあるのではなく、寧ろ其範圍如何の點に在るものと言はなければならぬ。

然らば此點に關するわが國の實際は果して如何に判斷せらるべきか。此點に關しては不幸にして從來しばしば批判の加へらるゝを免れなかつた所であつて、兵權の獨立が最高國策に對する輿論の自然的且つ合理的な統一を妨げ、國策に對する國民の不安と疑惑を招き、國民をして軍部が恰も政府内に於ける政府であり、國家内に於ける國家たるが如き感を抱かしめ、一方に於ては軍部と他の一方に於ては政府及議會、武官と文官、軍人と一般國民との對立觀を助長するものとして識者に依て憂慮されたのも、畢竟するに制度が其運用に於て往々妙を得ざりしに由るものに外ならない。されば獨立の實際をして適當なる限界を守らしむる事は、制度の將來のために缺く可らざる條件と言はざるを得ないのであつ

て、而して此條件が果して充たさるゝや否やは、専ら一方に於ては軍部の側に於ける自重と節制と、他の一方に於ては政府當局の手腕並びに議會側の國防に對する理解ある態度に舉げて繋るものであると言はなければならぬ。

凡て國家及社會の健全なる發達は、唯、團體生活を可能ならしむべき規律が遵守せられ、被治者が治者に對して何等の不安なく、國民と政府機關とが協力し得べき場合に於てのみ可能である、モンテスキューが其不朽の名著「法律の精神」に於て、政治上の自由を以て各人の安全感から生ずる安穩靜平に外ならずと言ひ、而して斯くの如き安全感は權力者が其權力を濫用する所にはあり得ないが、不幸にして吾人の經驗は權力を有する者は之を濫用し、而してその濫用は極度にまで往かすんば止まざる傾あるを教ふと説き、以て權力分立主義に基く中庸の政治組織が比較的に最善の政治型態であると説いて居るのも亦、叙上の理由に由るものである。私はわが軍部が過去に於て其權能を濫用したと言ふものはなく、また將來に於ても軍部が其權能を濫用し國民の依託に背くものとは勿論信じないが、最近一二年間に於ける一部軍人の矯激なる言動が國民に著しい不安の念を與へて居る事は否定し得ない事實である。著者は獨りわが軍政の基本的組織のためのみならず國防其ものゝためにも切に軍部當局の自重を重ねて望まざるを得ない。蓋し舉國一致なきと云ふに眞の國防なく、國民が國家機關特に軍部の行動に不安を有せざる能はざる所に舉國一致は望み得ないからである。

註 1 «La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté.» «... elle (la liberté politique) n'y est que lorsque' on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu' à ce qu'il trouve des limites.» De L'Esprit des Loix, chapitre VI et IV.

昭和十一年九月五日印刷
昭和十一年九月十日發行

著作
權
所
有

著者
發行者
印刷者

中野登美雄
江草重忠
龜谷良一

統帥權の獨立奥附
定價金六圓五拾錢

發行所
賣捌所

東京市神田區錦旗町二丁目十七番地
電話九段(33)〇三二三番
東京市本郷區金町三丁目三番地
電話小石川(8)一八九二〇番

有斐閣
有斐閣本郷支店

(社會式印刷印東日・地番六并町砂真區都本市京東)



649
203

