

中野登美雄の統帥権に関する研究 - その初期 -

(大正14年～昭和5年)

大田 肇 *

第1章 はじめに

いわゆる統帥権に関して、「今日なおこの問題についての最も代表的業績と心得るもの」⁽¹⁾として挙げられている『統帥権の独立』、及びその著者である中野登美雄の学説について、戦後の憲法学は必ずしも十分な検討を加えていない。歴史学においては、たとえば『統帥権』(大江志及夫著、1983年)の「はじめに」に、中野登美雄及び『統帥権の独立』が出てくるが、ここでも具体的な検討はなされていない。

「日本国憲法史をきちんととらえるためにも、それに先立つ帝国憲法史・学説史を深めるという課題が重要だ」⁽²⁾という主張が、「日本国憲法50年の歩み」を論ずるなかで、なされている。中野登美雄の学説研究も、その課題のなかのひとつとなると考える。

また、1930年(昭和5年)、いわゆる統帥権干犯事件当時、「徹底した統帥権独立の批判を展開した中野登美雄」⁽³⁾と、「(昭和19年)1月12日 読売、朝日などが大東亜宣言を、やたらに書きたてている。執筆者は斎藤忠、中野登美雄(早大総長)らだが、これら極端な右翼どもが「大東亜宣言」といっても、おそらく日本以外のものは信じまい」⁽⁴⁾といわれた中野登美雄、ここには大きな「転換」が生じたのか、それとも単なる「連続」があっただけなのか。もし前者だとすればこの「転換」を生じさせ

た、もし後者だとすればこの「連続」を可能にした、彼の学説上の要因を検討することも学説史研究の課題のひとつとなるであろう。

この小論は以上の問題関心を以て、まず中野登美雄の統帥権に関する研究について、そのスタートから代表的著書『統帥権の独立』を1934年(昭和9年)に発表する⁽⁵⁾前までの著書・論文の検討にポイントをあてたものである。

第2章 「兵権独立の法学的根拠」

外国法制に関する論文を除けば、統帥権に関する最初の論文は「兵権独立の法学的根拠」⁽¹⁾である。以下、その内容を検討していく。

研究の目的を、「統帥権に関する現象を選び法学上此現象をいかに判断すべきかを専ら我国法に於ける組織を中心として論究せん」⁽²⁾ことに置き、ここでは「論究の範囲を既存の主要なる学説の批判」⁽³⁾に絞るとする。

そして、学説を次のように分類する。

A 「現行組織の弁護論」

a 「超法的弁護論」

- (1) 「超国法的消極的弁護論」
- (2) 「歴史的弁護論」
- (3) 「目的論的弁護論」

b 「法学的弁護論」

「慣行説」

B 「違憲論」

*一般学科

平成8年8月30日受理

(1) 「超国法的消極的弁護論」については、市村(光恵)教授の主張を引用しながら、批判を加えていく。

＜軍隊の事実上の作用は、国法の支配の下に行われるものではなく (a)、単に国際法の制限を受けるものに過ぎない、統帥命令はこの事実上の軍隊の作用を内容とする命令であるから、統帥命令に対しては、国法上の規定の一部たる国務大臣の副署に関する規定は適用されない (a)＞という市村教授の主張に対して、下線部(ア)のような前提では、問題を国法の領域より除外し、問題に対する国法上の積極的な回答を放棄することになり、下線部(イ)が適法であることを説明できていない、と批判する。さらに、教授がその著書の別のところで、＜統帥権を以て国法の下に於ける天皇大権の一部をなす (a)＞としたことと、下線部(ア)との矛盾を指摘する。

そして、この学説はなぜこのような矛盾に陥ったのか？と問題を設定し、下線部(ア)は戦争を超法的行為とする考え方をその根源としているとし、下線部(ウ)との矛盾の原因は「政治的倫理的価値判断と法学上の判断とを混同し、法学的仮面の下に倫理的政治的価値判断を下さんとする」(4)ことにありと指摘する。

では、「法学上の判断」とは？ それは「法規を対象とし基礎とする判断」であって、「法律上の制度は仮令超法的価値に抵触するものと信ぜらるる場合に於いても夫自身固有の存在を有する、故に若し論者にして統帥権に対する憲法上の副署に関する規定の不適用を立証せんとすれば須らく法学上の根拠を提示すべきである」(5)。

(2) 「歴史的弁護論」については、第1「憲法施行前の統帥に関する我国法組織を基礎」とする説、第2「独逸諸国就中プロイセン及び独逸帝国憲法との歴史的関係を基礎」とする説に分けて、検討している。

第1説については、副島(義一)博士、有賀(長雄)博士の主張を引用しながら、批判を加えていく。

まず、副島博士から。＜天皇の軍司令の行為には既に憲法発布以前に於いて責任大臣の副署を備えていない (a)、これについては憲法発布以後に於いても変更せられたりと推測すべき規定がない、したがって天皇の軍司令の行為は国務大臣の副署を要せずして有効に執行さるべきものといえる＞という主張に対して、憲法発布以前においては統帥権であろうとそうでなかろうと、総て天皇の行為は国務大臣の副署なくして有効に執行されていたから、下線部(エ)

は、なぜ統帥権だけが？の理由を説明できないと批判する。

次に、有賀博士に対して。＜大元帥としての天皇の行為と「国務」とを区別し、之によって憲法55条が前者に適用されないことを「証しようとする」主張に対して、この区別の根拠は何等憲法上の規定を直接間接に基礎とするものでも、法理論的理性を基礎とするものでもなく、単に憲法施行前に於ける専制的組織を基礎とするものに過ぎないと批判する。

第2説については、吉見(謹三郎)氏の主張を引用しながら、批判を加えていく。

吉見氏は独逸に於ける法制及び学説を引用して、我国に於ける組織の説明に利用しようとする。その理由は＜帝国憲法と独逸諸国就中プロイセン及び独逸帝国憲法との発生的関係の存在を認め、帝国憲法は専ら兵権組織の独立を認める是等独逸諸国憲法を模範として制定されたものであるから (a)、兵権の独立を認める我現行の組織は憲法其のものの直接に認めるところである＞からとする。この主張に対して、何が法なるか？の問題と法が如何に発生したか？の問題とは、全然別個独立の問題である、前者は法を如何に思惟すべきかの概念構成の問題であるに反し、後者は法概念を担荷する表象が如何にして発生したかの因果関係の問題である、したがって下線部(オ)から直ちに、我憲法上何が法なるかの問題を決定できるとするのは、経験的法学派の誤りに陥ったものであると批判する。さらに、独逸帝国憲法、プロイセン憲法における兵権独立に関する誤った理解に対して、批判を展開する。

(3) 「目的論的弁護論」については、第1説「露骨なる政治的弁護論」と、第2説「技術的弁護論」とに分けて検討している。

第1説については、清水(澄)博士の主張を引用しながら、批判を加えていく。

＜天皇が大元帥として軍隊を統帥するには、兵馬の権を他に委任してはならず、他人の容喙を許してはならず、その命令は一般国務上の命令と異なり、絶対自由であることを必要とする、したがって統帥権の命令は一般国務上の命令と異なり、憲法第55条第2項の適用がなく、国務大臣の副署を必要とするものではない＞と主張する清水博士に対して、これは純然たる政治的規範を根拠とするもので、全く法の根拠を欠如していると批判する。

第2説については、(一)統帥作用の形式に重点をおく

説と、(二) 統帥作用の内容に重点をおく説とに分けて検討している。

(一) の説はまず、<軍隊の戦闘能率を保ち、戦争の目的を達するためには、統帥の絶対的自由又は迅速、秘密の確保、命令の統一が不可欠であり、そのためには統帥権の独立が求められる>と主張するが、これに対して、技術的見地より論ずれば、行動の迅速、命令の統一、秘密の確保等を必要とするものは、国家作用の区域に於いても軍隊の統帥のみには限られないと批判する。さらに<戦争の勝敗は国家存亡の重大事であって、作戦用兵の効果と国家の存立を前提とする一般行政の能率とを同日に論ずるは、本末を転倒するものである>との主張に対し、この主張は一種の軍事的技術的唯我論である、戦うを知って無用の戦いを避けるを知らない、戦捷戦利にあこがれて平和の間に国民福を図るを忘れた議論であると批判する。そして、軍事的能率論からしても、国務大臣の輔弼・副署が阻害要因にならないことを指摘する。

(二) の説については、再び市村教授の主張<国務大臣は文官なり、文官がどうして武事を解することが出来るか>を引用し、これに対しては軍部大臣現役武官制を指摘しながら批判し、さらに博士の主旨を<国務大臣をして輔弼せしむる場合には、閣議の関係上、専門の知識なき国務大臣が統帥に関与する危険が生じる>と解し、これに対しては、皇族女子が摂政に就任した場合を想定しながら、批判する。

b「法学的弁護論」については、まず、兵権独立の根拠を憲法の明文にもとめる学説を取り上げ、それを(1) 憲法11条説と、(2) 憲法55条説とに分けて、検討している。

(1) 憲法11条説については、再び清水博士の主張<憲法11条が天皇は陸海軍を統帥すと規定するがゆえに、統帥権は天皇に『専属』し、国務大臣の副署を要しない>を引用し、博士の論拠を以てすれば、憲法上の大権は統帥大権のみならず他のすべての大権も憲法55条の適用区域外にあるものといわざるを得ないという批判を加えていく。

(2) 憲法55条説については、上杉(慎吉)博士の主張を引用しながら、批判を加えていく。

<憲法55条は『①国務各大臣は天皇を補弼し其責に任ず②凡て法律勅令其の他国務に関する詔勅は国務大臣の副署を要す』と規定し、一見何等の例外を許さない規定のよう

に信じられているが実はそうではなく、此の原則に対しては種々なる例外を認めなければならない、その主なるものとして、第1に皇室典範の系統に属する事項、第2に司法権の作用、第3に会計検査の権限、第4に行政裁判所の権限、第5に帝国議会内部の事務、第6に枢密院内部の事務(ホ)、第7に爵位の授与(ヘ)などを挙げることが出来、すべてこれらの事項はそれ自身に於いて国務なるは明瞭なるとともに、憲法上国務大臣の輔弼以外にあることも疑いを容れない、統帥が国務なることは明瞭であるが、以上の諸例により国務はすべて必ずしも憲法上国務大臣の輔弼に属せしめらるるものでないことを知れば、統帥権が国務大臣輔弼の外に置かれる現行の組織を違憲となすことは誤っている>という上杉博士の主張に対して、まず下線部(カ)と下線部(キ)とを分離して論ずることを指摘する。なぜなら、前者は憲法自身の規定するところであるのに反して、後者は憲法の規定に直接其の基礎を持たないからである。そして、問題を「憲法が自ら特に掲げて他の機関の権限に属せしめざる天皇直接の権限中、国務大臣の輔弼によって行はれざる事項の有無」(ハ)とし、下線部(カ)の事項が輔弼の外にあるという理由を以て兵権の独立も亦憲法に基礎を有する組織であるというのは、類推の基礎を誤ったものであると批判する。

次に「慣行説」については、美濃部(達吉)博士の主張<現行の兵権独立に関する組織は憲法の成文に基づくものではなく、事実上の慣習と実際の必要に基づくものである>を引用し、これを「兵権の独立に関する我国に於ける学説中最も可能性の多きもの」(ニ)と評価しながらも、批判を加えていく。慣行説の前提として、現行の実際に於いて、いわゆる統帥事務と狭義の軍政事務との間に、慣習上確定せる区別の標準が存在しなければならないが、我国におけるその実際の、果たして普通の法学に認められる慣習法概念の要求する条件を満足させることが出来るか否か、それは各方面の詳細な研究調査によって初めて答えることが出来る問題である、しかしそれはないと批判する。

最後に、B「違憲論」については、花井(卓蔵)博士を引用する。

<国家統治の大権は憲法発布の詔勅に於いて明白なように、憲法の条章に従って行われるべきものである、統帥権が詔勅のいわゆる国家統治の大権の一つであることは何人も否定できず、従って其の作用も必ず憲法の条章に規定す

るところに基づいて行われるべきである、はたしてそうであるならば統帥権が国務大臣輔弼の範囲内に属する事項にして、国務大臣の輔弼と独立して行われる国権の作用にあらざること何等の疑いも容れない、なぜなら憲法は軍隊の統帥についても一般国務上の大権と何等区別することなく天皇大権の他の作用と並べて規定し、憲法55条に於いてはただ一般的に国務各大臣は天皇を輔弼し其責に任ずと規定し、何等の例外規定をも設けていないからである」という花井博士の主張に対して、「其政治的見解に於ても亦憲法の解釈論としても統帥権と国務大臣の責任に関して我国に於て従来論述された総ての見解中最も価値あり傾聴すべきもの」⁽⁸⁾と評価する。

そして、中野登美雄自身の考えを以下のように述べる。「憲法を基礎として兵権独立に関する現行の組織の適法なるを説明し能はざる事を信ずるの点に於ては、筆者は花井博士と見解を同じくするものである。従って、兵権独立の適法性は、唯だ現行の組織を以て、美濃部博士の如く慣行に基く法なりと認むるに依つてのみ説明し得べきを信ずるものである」⁽⁹⁾。しかしこの慣行説は慣行に憲法変更の力を認めるものであって、法学にそれを認める権限が在るのか否かの問題が生じるとする。

以上、学説批判のポイントを挙げてきたが、この論文での中野登美雄の姿勢は、一方で違憲論を高く評価しながらも、もう一方において統帥権独立の適法性を通説とは違う視角で説明しようとし（通説には説得力があまりにもないから）、その切り口を美濃部達吉の「慣行説」に見い出そうとしているもののように思われる。

中野登美雄は、「目的論的弁護論」・「技術的弁護論」のなかの「統帥作用の形式に重点をおく説」に対する批判において、「この主張は一種の軍事的技術的唯我論である、戦うを知って無用の戦いを避けるを知らない、戦捷戦利にあこがれて平和の間に国利民福を図るを忘れた議論である」とミリタリズムを痛烈に批判しているが、彼がこの立場を主たるものとして統帥権独立を批判していったと理解することは、出来ないようである。

第3章 『国法及び国法史の研究』

この著書は1929年（昭和4年）に出版されたもので第1章から第7章までであるが、「行政権の理想形態と実証形態に関するもの（第4章—筆者注）を除けば、他は総て既に雑誌其他に於て発表したもの」⁽¹⁾で「非系統的なもの」⁽²⁾である。

このなかで、統帥権に直接関連するものは、第2章「仏国憲法に於ける統帥権と国務大臣の責任」、第7章「我が軍政に於ける独法と仏法」である。第2章は外国法制に関するもので、ここでは検討を保留し、第7章について、憲法発布以後を中心に検討する。

中野登美雄は、「二元的組織其ものは一貫して維持せられ憲法の発布に迄至った・・・憲法55条の国務大臣の副署に関する規定よりすれば、此前立憲時代の二元的組織は憲法76条の規定に基き55条の規定に適應すべき一元的組織に改正せらるべきものであったが、事實はこれと反対に毫も旧組織、憲法に抵触するものに非ずとせられ、二元的組織は益々其基礎を固くするに至った」⁽³⁾とし、この現実を擁護しようとする従来の通説は、誤った心理主義に陥るか、法学の仮面の下に政治的目的を擁護するものにすぎないとする。

では、彼はこの問題をどのように論じるのか。彼は一方では「国家機関の法解釈に由る憲法の変化に比較し得べき一現象」⁽⁴⁾としながら、「一面から見れば二元主義の違憲にして一元主義の憲法上適法なる制度なりとする見解は既に学者及政治家の一部に由って懷抱せられた所である」⁽⁵⁾から、問題の現象は「新法及旧法に関する理想の対立闘争と云うべし」⁽⁶⁾とする。そして、このふたつの理想の闘争は如何に解決されるべきかと問いを立て、「威力の闘争による解決である」⁽⁷⁾とする。

筆者は、今、この「威力の闘争による解決」については十分なる理解ができていない。その検討は今後の課題とする。

なお、この著書については、中井淳が、「新刊批評」で批評している（『法律時報』第3巻11月号、1936年、61頁～64頁）。

中井は著書全体に関して、「読後強く印象づけられたのはその立憲政治に対して抱く燃え上る熱情である。其熱情は史的研究にさへ深い理想主義的陰影を投げかける。かくて我国に於ける外交大権と統帥権とに見らるる「慣行」は、—— 一面その法規万能主義と相俟って —— 著者に於て

は寸毫の用捨もなく拒否し去られるのである」とする。

しかし、中野登美雄が「立憲政治に対して抱く燃え上る熱情」から統帥権に見られる「慣行」を「拒否し去った」という評価については、本当に「拒否し去った」のか否か、仮に「拒否し去った」として、それは「立憲政治に対して抱く燃え上る熱情」からなのかそれとも他の要因からなのか、疑問が残るところである。

また、中井は第7章に関する「偶感」として、「第7章に於ては著者の立場の転向が目につく」とする。つまり、中野登美雄は論文「兵権独立の法学的根據」においては、「統帥権の問題につき通説に反して一元的組織に改正せらる可きことを主張」し、「法学上の判断は多言をまつまでもなく法規を対象とし基礎とする判断」であると主張していたとする。しかし、彼はこの著書の第5章に於て「憲法の変化」を認め、第7章に於て「憲法が其条文の何等変更せられざるにも拘らず、国家機関の事実上の行為によって度々変更せらるること」も認めているとし、したがって、論文「兵権独立の法学的根據」の末尾に於て「美濃部博士の慣行説を拒否せられし際の如き立場の純粋さは既に失はれたるものと云はなければならない」とその「転向」を指摘する。

この指摘にも、疑問が残る。まず、中野登美雄が、論文「兵権独立の法学的根據」において、「統帥権の問題につき通説に反して一元的組織に改正せらる可きことを主張」したか否か、が問題となる。筆者は、主張していないと考える。また、「美濃部博士の慣行説を拒否せられし際の如き立場の純粋さは既に失はれた」のか否か、も問題となる。「美濃部博士の慣行説を拒否せられし際」に、中野登美雄の立場に「純粋さ」があったか、否か。筆者は、その際に「慣行に憲法変更の力を認むる」⁽⁸⁾ことを、重要な選択肢のひとつとして意識していたであろう彼の立場に、「純粋さ」と表現されるようなものがあったとは考えない。

中野登美雄の論文の意味を正確に汲み取ることは、なかなか難しいようである。

第4章 「憲法学より観たる統帥権」

この論文は、1930年（昭和5年）6月10日に開催された「第一線同盟」の統帥権問題演説会での講演である

(1)。

第1章では、統帥権行使の最高組織に関して、二つの形態に分類する。キーワードとなる「統帥権に関する狭義の立憲的組織」と「統帥権独立の組織」である。前者は「軍隊に対する指揮命令を中心とする作用が、国家元首に対して独立の地位を有する機関としての国务大臣の輔弼の下に、元首によりて行われることを憲法上の要件とする組織」⁽²⁾であり、後者は「統帥権が国务大臣の輔弼なく国家元首によりて単独に行われ得る組織」⁽³⁾である。

第2章では、「狭義に於ける立憲組織」の起源として、フランスの1791年9月3日憲法を、「統帥権独立組織」のうち、「憲法明文の規定に直接その法的基礎を有するもの」の起源として、1821年6月29日のクルヘッセン憲法を、「憲法の規定に根拠を有することなく、むしろ憲法の規定に反して発生し、別個の特異な法規にその存在の基礎を有するもの」の起源として、1808年憲法下のバイエルン及び1818年憲法下のバーデンをあげる。

第3章では、我国に於ける統帥権独立の組織を、歴史的に論じる。我国のそれは、「歴史的には憲法明文の規定に相反し、之に抵触する政府並に軍事機関の行為に依って生じ、一定の法的並に政治的技術的思想の下に反復持続されるによって後に、規定の組織として特異な歴史的法的範疇の下に法的存在を有するものと思惟されるに至ったもの」⁽⁴⁾とする。したがって、「組織の発生的考察は其の法的性質の確定に欠くべからざる準備的前提的要件をなす」⁽⁵⁾とする。以上の歴史的考察を踏まえて、「統帥権又は兵権の独立と称せられる現象は我が憲法上如何に之を思惟すべきか」⁽⁶⁾、「若し適法なりとすればその法律上の理由如何、並に如何なる範囲に於いて独立が可能であるか」⁽⁷⁾といった問いを発する。

第4章は学説の検討である。この作業は既に「兵権独立の法学的根據」においてなされているもので、「兵権独立の法学的根據」と重複する部分も多いが、新たな論理も展開されてる。

まず「A 憲法法典説の総括的批判」において、「統帥権の独立を直接に憲法の規定に求め様とする一切の学説、簡単に云えば憲法法典説の誤謬は何れかの一方の他の一方に対する従属的關係を認むる事なくして、両立し得ない二個の対象を・・・強いて両立せしめ調和せしめんとする点に在る」⁽⁸⁾と問題点を指摘する。統帥権の独立を違反とす

る憲法法典の効力の完全な承認と、憲法55条によって否定される統帥権の独立の承認という二つの対象である。その答は統帥権の独立の否定か、その肯定かであるとする。

その後者の立場で、論究を続ける。その答を確実なものにするためには、「両者の矛盾対立を廃罷し、一方の他の一方に対する従属を可能ならしむべき第三の統一形式」⁽⁹⁾が必要であるとする。その視点から見れば、憲法法典説の誤り、つまり一方で憲法55条の規定を事実上、統帥権の独立に従属させながら、他方において憲法法典の完全なる効力を承認し、統帥権の独立が憲法55条において認められたものとして説明していることの誤りが、はっきりしてくる。

では、何故憲法法典説はこのような幻想に陥ったのか？その答として、二つ挙げている。一つは、憲法はいわゆる「不磨の大典」であるから、統帥権の独立も国法上有効、適法であるためには、憲法に内在し、基づかなければならないと判断し過ぎたことであり、もう一つは、わが憲法は他の君主国憲法に比べてはるかに広範な権能を天皇に認めるものであるから、その解釈もその傾向を考慮しながらなされる、したがってある権限が天皇に属するや否やという疑わしい場合においては、これを積極的、肯定的に解釈しようとする、同様に統帥権の独立についても適法であると判断されやすかったということである。

そして「第4章の結論」において、統帥権独立という実際を前提としながら、これを法学的に説明するためには前述の第三の法形式を発見しなければならないとし、それは慣行説が主張している「公法上の慣習なる法形式」⁽¹⁰⁾ではないかと示唆する。

「兵権独立の法学的根據」と比較すると、統帥権の独立を認める立場に立つことが鮮明となり、通説全体の問題点の究明が進み、慣行説への傾斜がより一歩進んだと評価できるだろう。

第5章は、統帥権独立の法的可能を予定して——統帥権の否定は問題に対する唯一の可能な解答形式ではない——論究を続ける。

まず、統帥権を、「陸海軍軍人を其適用範囲の人的標準とする特別の権力関係であって、極めて高度の——殆んど絶対的とも言ひ得る程の其範囲に於ても亦た其密度に於ても強大な——服従の義務を前提とする国法的作用を指すもの」⁽¹¹⁾と定義し、その基本的特質、例えば絶対的性

質は、軍人に対して課せられた命令審査権の制限によるものとする。続けて、その命令審査権の制限は、どの国家においても見いだすことの出来る一般的現象であり、不文法に基づくものであるとする。さらに、統帥権は、「作用自体の権限に依って確定されるべき概念」⁽¹²⁾つまり形式的な概念であるとする。

次に、統帥権の独立を、「陸海軍軍隊所属軍人の服従義務に基いて行はるる国家の活用が、国务大臣の有する輔弼副署の権限に独立し、其外に在って有効に行はれ、執行され得る事」⁽¹³⁾を意味するとし、その根拠を、不文法上、命令審査権の極度に制限されている軍人に対する関係においては、副署の有無は行為の執行に影響なく、したがって副署なき命令もそれが軍人を受命者とする場合には、副署ある行為と同一の効力を有するからと説明する。そして、以上の説明から、統帥権の独立は不文法に基づくものであり、成文法規に法源を有するものではないとする。

さらに、統帥権独立の範囲について、「統帥権自体の本質概念に依って必然的に定まるもの」⁽¹⁴⁾とする。

この章での論究には、中野登美雄の方法論の特色がよく出ている。

最後に、第6章では、統帥権と国务大臣との関係に触れている。国务大臣の副署なき命令は、軍隊の中では有効性をもつが、軍隊以外の機関に対してはその拘束力はなく、一般の機関は副署なきことを理由として、その執行を拒否することが出来るとする。また、我国の軍令に関しては、軍部大臣の副署または同意・承認なきものは存在しないとする。その結果として、国务大臣は、統帥権に関して完全な責任を有しており、「統帥権は独立するが故に統帥権の作用に関して、国务大臣はその責を負ふものに非らずと言ふは、統帥権独立の根本義を誤」⁽¹⁵⁾るものであるとする。しかし、「統帥権に関する国务大臣の責任は敢て参謀総長又は海軍軍令部長の権限の侵犯を許容するものではない」⁽¹⁶⁾と強調する。

統帥権の独立を比較的・相対的な関係のなかで理解することにより、通常の絶対的な独立の論理つまり国务大臣輔弼の範囲外という主旨から、離れることに成功している。しかし、最後に強調された問題こそが、現実における最大の問題であり、これに関しては今一つ不明確という印象を受ける。

第5章 「国法の固有性と統帥権の固有性」

この論文は「憲法学より観たる統帥権」と同じ1930年に掲載されたものであるが⁽¹⁾、その後に書かれたもので、そのなかの第5・第6章のテーマをさらに論究したものである。

まず、ここでの課題を統帥権独立の範囲如何に限定するとする。

そして、統帥権という概念の確定方法に二つあるとする。一つは、「統帥独立に関する組織が、如何にして発生したかの歴史的観察、発生の因果関係に関する認識を以てするか、又は一般に統帥機関と見なさる所の機関の権限に属しめられ現はれる対象の観察によって、対象に関する一般的概念を帰納し、これによって統帥権の概念ならびにその範囲が何であるかの問題を説かうとするもの」⁽²⁾、すなわち経験主義、内容的二次的な観かたであるが、この方法は誤った方法であるとし、もう一つの「疑ひを容れざる対象から出発し、必要なる場合に於ては形式化の方法によってその究極の基礎を発見せんとする方法」⁽³⁾、すなわち形式的本質的な観かたによってのみ、統帥権に関する諸問題は妥当な解答に到達できるとする。

それでは、統帥権の概念は如何に考えて確定すべきか？「憲法学より観たる統帥権」と同様な軍人を人的範囲とする定義をおこなう。そして、これも同様に命令審査権の制限を指摘しながら、統帥権の基本的性質を導き出す。

その特質とは？（イ）最高性または絶対性、（ロ）無制限性、（ハ）形式的性質、（ニ）独立性を挙げている。

（イ）について。この最高性（絶対性）には二つの異なった用語例があるが、「全部の意義」⁽⁴⁾ではなく「比較的相対的意義」⁽⁵⁾において使うものとする。この場合、全部たるものは国法であり、国家であるから、統帥権の最高性（絶対性）または固有性は、国権の一作用として有する性質の範囲内においてのみ、考えることが出来るとする。この意味での最高性（絶対性）または固有性は、二つの意義、一つは一般的な意義において、もう一つは特殊な意義においてとらえることが出来るが、後者が重要であり、それは「量的意義」⁽⁶⁾において、つまり「上級の法規による授権の範囲においては統帥権は他の法的一部と比較して広大であって、この意義においては統帥権はより高き権能であ

る」⁽⁷⁾と理解することであるとする。

（ロ）について。無制限であるというのは、統帥権の場合、「上級の法規によって制限され授権された範囲内に於て他の特定の作用に比較してその発動し得べき事項について特定の制限なく、比較的に無制限であるといひ得るに過ぎない」⁽⁸⁾とする。

（ハ）について。統帥権を以て形式的な概念であるというのは、「作用の客体を基礎として定め得べき概念ではなく、客体とは離れて作用の性質又は権限を基礎として定め得べき概念である」⁽⁹⁾とし、作用の客体を基礎として統帥権の概念を定めようとする学説、つまり直接軍事行動客体説、客体説、戦時説を挙げながら、批判していく。

（ニ）について。統帥権の独立は、統帥権の比較的高級性に関連させ、その同一性質の別個の形式における現れとを考えなければならないとする。そうであるとするならば、何が統帥権の独立であるか？への答は、統帥権の比較的高級性を消極的に表示することによって与えられるとする。そのなかでより重要な特殊な意義における独立性とは、「何等かの表準によって他の一部と区別された部分としての統帥権に固有な独立性をさすものであって、・・・この見地からすれば他の特殊な作用に比較して授権の範囲ひろく、制限の範囲の少ない結果として比較的に高級の機能または作用と思惟さるがゆえに、消極的にいえば他の作用に比較してより独立な性質を有する対象として思惟され得ること」⁽¹⁰⁾であるとする。

（ホ）統帥権独立の範囲については、「憲法学より観たる統帥権」と同様に軍人のみに限られるとする。

以上で、統帥権の概念に対して従来付せられてきた法学上不純な要素を、出来る限り明瞭に指摘し排除しようと試みたとする。

そこで、この新しい統帥権の概念がいわゆる統帥権の問題に対していかなる理論的意義を有するかを検討するとする。

まず、新しい意義における統帥権の固有性は伝統的意義のその固有性または独立性とは違うことを、明白にしようとする。

「統帥権の固有性または独立性如何の問題は統帥権自身に内在的な性質如何の問題なるに反して、いはゆる『独立』すなわち伝統的意義における統帥権の独立は、統帥権の概念を直接の対象とするものではなくむしろかくの如き概念

を前提とし、統帥の作用を管掌する特定の軍事機関の他の特定の機関に対する権限上の『独立』をさすものであって、
 ・・・・最高統帥機関の権限如何の問題・・・」⁽¹¹⁾であるとする。したがって、「理論内在的意義に於ける統帥権の固有性と伝統的意義における統帥権の独立とは別個の対象であり問題であって、両者は区別すべく混同すべきものではない」⁽¹²⁾とする。しかし、このように別個の概念ではあるが、理論内在的意義に於ける統帥権の固有性を基礎とすることによってのみ、「特殊な事態」⁽¹³⁾を無理なく自然的に説明出来るとする。つまり、統帥の領域における国家元首の行為であって国務大臣の副署なくして有効に軍隊内でおこなわれることは、統帥権そのものの比較的高級性つまり軍人の命令審査権の制限によってのみ、説明されるとする。

しかし、新しい意義における統帥権の固有性は、統帥の領域に於ける副署の欠如について、国家元首と国務大臣との権限法上の関係においてまで、その法的是正をおこなうことは出来ないとする。この問題は、元首と国務大臣に関する憲法上の権限法規の見地からのみ解答できるとする。つまり、「国務大臣が統帥に関して責任を有するや否やの問題も統帥権自体の性質に関する観察をはなれ専ら憲法上の法規を基礎としてのみ解答さるべきもの」⁽¹⁴⁾であるとする。

最後にその統帥最高機関の権限の問題について、簡単に述べている。「現行の組織はただ国務大臣の統帥に関する憲法上の責任を肯定し前提とするところによってのみ法律上認べきことを主張すると共に、他の一方においてはまた国務大臣の責任は必ずしも現行の組織のもとにおいて参謀総長、軍令部長、教育總監等の機関の有する権限の制限を意味するものでなく、従てまた省部協議規定または軍令承行規定の国務大臣による無視の適法なることを認むるものではない」⁽¹⁵⁾とする。

統帥権概念の特質については、「憲法学より観たる統帥権」よりもかなり詳しく論じられている。特に国法、国権の枠のなかでの比較的和称される特質、その特質間の表裏一体的な関係などが強調されている。また、著者の統帥権の内在的理解の有効性とその限界性も、きっちりと論じられている。その論理の方向性においては、「憲法学より観たる統帥権」からの変更は見受けられない。最後の問題に

関しては、今後の検討を待たなければならないであろう。

第6章 結びにかえて

中野登美雄の大正14年から昭和5年までの著作・論文といっても、まだまだたくさんのもので残っている。量が多いだけではない。法学方法論、諸外国の法制史及び学説史、日本の法制史及び学説史など多分野に広がっている。今回出来たことは、統帥権に関する中野登美雄自身の考えを非常におおざっぱに紹介しただけである。その紹介ですら、この後に『統帥権の独立』を残している。

高く積まれた課題に対しては、ひとつひとつ取り組んでいくしかない。

注

第1章

- (1) 伊藤孝夫「編制大権に関する一考察」(『法学論叢』134巻3・4号)141頁注②
- (2) 樋口陽一教授の発言「〈座談会〉日本国憲法50年の歩み」(『ジュリスト』1089号)39頁
- (3) 前掲(1)217頁
- (4) 清沢淵「暗黒日記」(『世界ノンフィクション全集34』中野好夫他編)339頁
- (5) 中野登美雄『統帥権の独立』の出版された年については、1934年(昭和9年)と1936年(昭和11年)との2つの記述がある。前掲(1)では1934年であり、『統帥権』(大江志及夫著)では「この著書の刊行年は1936(昭和11)年である」となっている。1934年(昭和9年)刊のものを現時点では入手していないので確定出来ないが、『統帥権』(大江志及夫著)は『明治百年史叢書』(1973年)のなかの『統帥権の独立』を利用しているが、これは昭和11年刊を原本として復刻したものであるから、上記のような記述になったものと思われる。宮沢俊義がこの著書の紹介をおこなったのが、『法学協会雑誌』第52巻第5号(昭和9年)であることが

らしても、1934年（昭和9年）の出版でほぼ間違いのないであろう。

第2章

- (1) 『政治経済学雑誌』5号（1926年）73頁～127頁
- (2) 前掲（1）75頁
- (3) 前掲（1）76頁
- (4) 前掲（1）84頁
- (5) 前掲（1）85頁
- (6) 前掲（1）115頁
- (7) 前掲（1）117頁
- (8) 前掲（1）125頁
- (9) 前掲（1）127頁

第3章

- (1) 『国法及び国法史の研究（1929年）』序文
- (2) 前掲（1）同頁
- (3) 前掲（1）385頁～386頁
- (4) 前掲（1）387頁
- (5) 前掲（1）387頁
- (6) 前掲（1）387頁
- (7) 前掲（1）387頁
- (8) 「兵権独立の法学的根拠」（『政治経済学雑誌』5号、1926年）127頁

第4章

- (1) このことについては、伊藤孝夫「編制大権に関する一考察」（『法学論叢』134巻3・4号）217頁から記述。
- (2) 「憲法学上より観たる統帥権」（『ロンドン会議統帥権問題』、1930年）104頁
- (3) 前掲（2）同頁
- (4) 前掲（2）152頁～153頁
- (5) 前掲（2）153頁
- (6) 前掲（2）182頁
- (7) 前掲（2）182頁
- (8) 前掲（2）228頁
- (9) 前掲（2）230頁
- (10) 前掲（2）243頁

- (11) 前掲（2）245頁
- (12) 前掲（2）253頁
- (13) 前掲（2）257頁
- (14) 前掲（2）260頁
- (15) 前掲（2）270頁
- (16) 前掲（2）275頁

第5章

- (1) 『外交時報』620号 122頁～134頁
『外交時報』622号 34頁～47頁
『外交時報』623号 33頁～43頁
- (2) 『外交時報』620号 124頁～125頁
- (3) 『外交時報』620号 126頁
- (4) 『外交時報』620号 130頁
- (5) 『外交時報』620号 130頁
- (6) 『外交時報』622号 35頁
- (7) 『外交時報』622号 36頁
- (8) 『外交時報』622号 37頁
- (9) 『外交時報』622号 38頁
- (10) 『外交時報』623号 34頁～35頁
- (11) 『外交時報』623号 37頁～38頁
- (12) 『外交時報』623号 38頁
- (13) 『外交時報』623号 40頁
- (14) 『外交時報』623号 41頁
- (15) 『外交時報』623号 42頁