

佐々木惣一の軍統帥大権に関する論理

大 田 肇 *

第1章 はじめに

戦前の日本の法学の分野に於いて、「東京学派」、それに対する「京都学派」という言葉がある。憲法学にすれば、「東京学派」の美濃部達吉、それに対する「京都学派」の佐々木惣一ということになる(1)。

戦前の憲法学がいわゆる「軍部の独走」に対して、どのように警戒していたのか(いなかったのか)、どのように阻止しようとしたのか(しなかったのか)、を研究するためのひとつの方法として、その当時の代表的憲法研究者の憲法理論を検討するという作業があるが、美濃部達吉については既に取り上げたので(2)、ここでは、佐々木惣一を取り上げてみたい。

第2章 「立憲非立憲」(大正5年)から

佐々木惣一の大日本帝国憲法の解釈論に関する著書としては「日本憲法要論」が初めてのものであり、ロンドン海軍縮約をきっかけとした「統帥権干犯」事件がおこった昭和5年の出版である。「彼ノ十余年前ノ草稿ハ……」(「日本憲法要論」序)とあるように事件以前に用意されたものと思われるが、その草稿がどれほどの完成度をもったものであったのかは、不明である。それ以前の著書・論

文で、軍統帥大権について直接論及したものは見当たらない(1)。

そこで、大正5年に大阪朝日新聞に連載され、大正7年に他の論文と合わせて同名の著書として出版された「立憲非立憲」の中から、後の軍統帥大権に関する論理の基礎となる考え方を抜き出して、「統帥権干犯」事件以前の佐々木惣一の理論を検討する手がかりとしたい(2)。

この論文はその「序」に書かれているように、立憲政治に関するものであり、「条文の解釈から観ただけで分かるものではなく」、「吾々の生活から観なければならない」とするものである。

そして、「立憲主義の根本精神」として、「国家の三作用に付て夫々制限機関が設けられてあつて、且立法の一般と重なる行政とに参与する制限機関が一般の国民に依て作成せられ、換言せば其の作用に付て国民の意思の参加を認むること」(3)を掲げる。

その中でも、「一般の国民をして統治権の行使に参与せしむる」ことが、「特に重大なる重味を持って居る」(4)とし、「其の方法として、国民の選挙に依つて、議会を作らしめ、国務を議会に問ふの制度が出来た」(5)とする。ここに、後に展開される国民に対する責任、その実現の場としての議会という理解の基礎を見ることができる。

次に、「立憲主義の実行」として「立法、司法、行政の三作用に付て、君主の統治権行使を制限する方法」(6)を具体的に論じている。

その第三として行政を取り上げ、「君主が国務を行う場合に如何に制限せられるか」に対して、「君主は必ず国務大臣の輔弼に依らねばならぬ」(7)と答える。ならば、

* 一般学科

平成7年8月31日受理

「国務大臣の輔弼に依らねばならぬ所の国務の範囲は如何」に対して、「我が憲法に依れば、凡そ天皇の行はせらるゝ所の国務に付ては、総て国務大臣の輔弼あるべきものである」(8)と答える。ならば、「天皇の行為中、如何なるものを以て国務上の行為とし、又国務上の行為でないと云うべきか」に対して、「天皇の行はせらるゝ各箇の行為に就見るべきことである」(9)と答える。そして「天皇の授爵の行為」について、「性質上国務上の行為である所の行為を、国務上の行為として取扱わない(国務大臣の副書を要しないこととする—著者注)ような制度は、固より悪法であるから、速やかに之を改正せねばならない」(10)とする。

上記の天皇の国務行為に対する国務大臣の輔弼を徹底的に求めていこうとする姿勢は、「君主にして無責任なりとせば、他に責任の帰着する所がなければならぬ。それは即ち国務大臣である」(11)という責任の問題に裏打ちされている。

このような姿勢が、軍統帥大権に関して、どのように貫かれたのか、又は貫かれなかったのかを、第3章で検討したい。

第3章 「日本憲法要論」(昭和5年)から

「日本憲法要論」は昭和5年に出版され、その後昭和7年に訂正三版が出版されている。軍統帥大権については訂正はされていない。訂正四版(昭和1年)と改訂五版(昭和7年)とで統帥大権の論理に変化のある美濃部達吉の「憲法撮要」とは、対照的である(1)。

まず「国務大臣ノ輔弼」について、次のように述べている。「帝国憲法第五十五条ニ「国務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ」ト云ウハ、国務大臣ノ権限ガ天皇ヲ其ノ国務上ノ行為ニ付輔弼スルニ在ルコト、及ビ・・・国務大臣以外ノ機関ハ天皇ヲ其ノ国務上ノ行為ニ付輔弼スルノ権限ヲ有セザルコトヲ示ス」(2)。

「帝国憲法ニ別段ノ定アラザル限り、国務大臣以外ノ機関ガ天皇ヲ輔弼セズトスルコトハ実ニ立憲政治ノ精神ヲ実現スル所以ノ重大事トス。蓋シ凡ソ政治ニ付テ責任ノ帰着スル所ヲ明ニシ国民ノ意志ニ依テ其ノ責任ヲ問フヲ得ルコトハ立憲政治ニ於ケル根本要求ナリ。然ルニ帝国憲法上天皇ノ国務上ノ行為ノ結果ニ付国民ニ依テ責任ヲ問ハルルモ

ノハ独リ国務大臣アルノミ」(3)。

「若シ国務大臣以外ニ於テ天皇ヲ輔弼スル機関アリトセバ、此ノ如キ機関ハ天皇ノ国務上ノ行為ノ結果ニ付事実上責任ヲ有シテ而モ法上国民ニ依テ其ノ責任ヲ問ハレザルコトトナルベシ。是レ明ニ立憲政治ニ於ケル根本要求ニ反ス。・・・枢密顧問ノ外、国務大臣ニ非ズシテ天皇ヲ其ノ国務上ノ行為ニ付輔弼スルノ機関アルヲ得ザルナリ」(4)。

そして、「帝国憲法以外ノ現行制度及ビ實際ノ取扱ヲ觀ルニ、性質上国務上ノ行為ト認ムベキモノニシテ、而モ国務大臣ノ輔弼ナクシテ行ワレツツアルモノアリ」(5)として、「立憲非立憲」でも取り上げられた「栄典ノ授与」及び「陸海軍ノ統帥」の2つを問題としている。

「栄典ノ授与」に関して、「栄典ノ授与ハ性質上天皇ノ国務上ノ行為ニシテ・・・帝国憲法ノ規定ニ依レバ国務大臣ノ輔弼ヲ以テ行ハルベキモノトス。然レドモ今日我国ニ於テハ慣習法上栄典ノ授与ニ付国務大臣ノ輔弼ヲ要セズト云ウベシ。・・・是レ明ニ栄典ノ授与ノ性質ヲ誤解スルモノナレドモ、此ノ誤解ヲ基礎トシテ設ケラレタル我制度ハ従来久シク行ハレ今日一般ニ承認セラル」(6)として、慣習法の成立で説明しようとする。

「立憲非立憲」において、「悪法」であるから「改正」しなければならないとされたものが、「慣習法」として認められている。大正5年(1916年)から昭和5年(1930年)までの14年の経過が生みだした変化であろうか。

それでは、「陸海軍ノ統帥」に関しては、どのような論理を展開しているだろうか。

「陸海軍ノ統帥モ亦固ヨリ天皇ノ国務上ノ行為ナリ。帝国憲法ノ規定ニ依レバ国務大臣ノ輔弼ヲ以テ行ハルベキモノトス。・・・然レドモ今日我国ニ於テハ慣習法上天皇ノ陸海軍統帥ノ行為ハ国務大臣ノ輔弼ヲ要セズト云フベシ」(7)。

なぜ、国務大臣の輔弼が及ばないのか。「軍事行動ノ機密ヲ尊ビ自由敏活ナルヲ要スルノ故ニ他人ノ容喙ヲ許サ」(8)ないからである。

しかし、これは理由にならないとする。「所謂軍事行動ニハ天皇ノ陸海軍統帥ノ行為ト軍隊ノ事実上ノ技術的行為トヲ分ツヲ要ス。・・・(一)・・・何人ノ輔弼ヲモ受ケズ独断シタマウコトヲ以テ機密ヲ尊ブニ必要ナリトシ、此ノ意味ニ於テ機密ヲ尊ビ他人ノ容喙ヲ許サズトセバ、是レ

全く不可能ニ属ス。又天皇ハ或者ノ輔弼ヲ受ケタマフモノニ拘束セラルルコトナク親ヲ決定シタマフモノナレバ、毫モ天皇ノ行為ノ自由敏活ナルヲ害スルコトナシ。既ニ此ノ如ク天皇ガ陸海軍統帥ノ行為ニ付他人ノ輔弼ヲ受ケタマフモノナリトセバ、之ヲ輔弼スル者ノ國務大臣タルコトハ毫モ妨ゲナシ。……(二)若シ軍人以外ノ者ノ容喙スルコトヲ以テ軍事行動ノ機密ヲ害シ其ノ自由敏活ヲ妨グトスルノ意ナランカ。……天皇ノ統帥行為ハ……天皇ガ事實上ノ技術的の行為ニ依テ軍隊ヲ指揮シタマフコトニ非ズ、意志行為ニ依テ軍隊ノ最高指揮ヲ為シタマフコトナリ。故ニ之ヲ輔弼スルコトハ軍人以外ノ者ニ於テモ之ヲ為スコトヲ得」(9)。

したがって、現在の制度は「帝国憲法ノ規定ニ違反ス」るものであるが、「従来一般ニ存スル慣習」(10)なのだから慣習法が成立していると理解すべきであるとする。

次に「國務大臣ノ副署」という観点から、論じている。「栄典ノ授与」については、「今日我国ニ於テハ慣習法上栄典ノ授与ニ付國務大臣ノ副署ヲ要セズト云ウベシ。蓋シ我国従来ノ制度ニ於テハ栄典ノ授与ニハ國務大臣副署セザルモノトシ、此ノ制度ニ依リ、久シク栄典ノ授与ハ國務大臣ノ副署ナクシテ行ハレ、此ノ事今日一般ニ承認セラル」(11)とする。

「陸海軍ノ統帥」については、「天皇ノ陸海軍ノ統帥ノ行為ト國務大臣ノ副署トノ関係ニ付テハ特別ノ規定アリ。……軍令第一号……之ニ依リ天皇ノ陸海軍ノ統帥ノ行為タル軍令中、公示スルモノニハ國務大臣ノ副署アリ、公示セザルモノニハ之ナキコトナレリ。……其ノ公示セザルモノニ國務大臣ノ副署ナキコトハ帝国憲法ノ規定ニ反スルモノナリ。然レドモ此ノ事モ亦従来行ハレタル慣習ニシテ今日一般ニ承認セラル。……慣習法成立セリ」(12)とする。「國務大臣ノ輔弼」において展開した理論と同じものである。

「大権作用」という観点からも、論じている。「栄典大権ノ作用」については、新しい内容の記述はない。

「軍務大権ノ作用」では、「国家ノ軍務作用」=「国家ノ軍ニ関シテ行フ作用」(13)とし、詳しく説明している。

軍務作用を、その性質から、(イ)その「作用ノ客体」から、「軍自身ニ対シテ行ハルル作用」=「軍ノ行動ヲ指揮スルモノ」と「軍ニ関シテ而モ軍以外ノ者ニ対シテ行ハルル作用」=「軍以外ノ者ノ行動ヲ指揮スルモノ」とに種

別し、(ロ)その「作用ノ内容」から、「軍ノ戦闘行為ニ付テ軍ノ行動ヲ指揮スル作用」と「其ノ以外ノ作用」とに種別する(14)。

軍務作用を、その国法上の規定から、(イ)「軍ノ統帥作用」=「軍ノ軍事行動及ビ軍事行動ノ準備ノ行動ニ付テ軍ヲ指揮スルノ作用」=帝国憲法第11条、(ロ)「軍ノ統帥以外ノ軍務作用」とに種別し、(イ)を「軍令作用」、(ロ)を「軍政作用」と云うとする(15)。

以上の種別を踏まえて、軍統帥大権から論じていく。

「天皇ガ統帥大権ヲ行ヒタマフモ亦国家ノ作用即チ國務ヲ行ヒタマフモノニ外ナラ」ないし、「国家ノ元首タル地位以外別ニ大元帥ナル地位アリ、国家ノ國務ノ大権以外別ニ統帥大権ナルモノ存スルニ非ザルナリ」。

にもかかわらず「軍ノ統帥作用ハ……慣習法上國務大臣ノ輔弼ニ依ラザルコトナレリ」。

このことは、「帝国憲法ノ規定ニ依ルニ非ズ、慣習法ニ依ルモノナレバ、法律ヲ以テ此ノ慣習法ヲ廃止スルコトヲ定ムルコトヲ得ベシ」として、問題解決の方向を示す。

また、「其ノ輔弼ハ単ニ軍ノ統帥作用ノミニ付行ハルベキモノニシテ、廣ク軍務作用ニ付テ行ハルベキモノニ非ズ。此ノ限界ハ厳正ニ之ヲ守ルヲ要スル」とし、それに関連して「軍ノ統帥作用ニ非ザル作用ヲ、単ニ軍務作用ナリト云フノ故ヲ以テ、統帥作用ナリトシ、從テ之ニ付國務大臣ノ輔弼ヲ待ツコトナク、軍令トシテ定ムルガ如キハ、固ヨリ国法ノ許サザル所トス」とする(16)。

続いて、軍編制大権、軍兵額大権について論じているが、その中では、「陸海軍ノ編制トハ陸海軍ノ構成ニ関スル制度ニシテ、此ノ制度ヲ定ムルコトガ編制大権ノ作用ナリ」とし、その括弧で「国防計画トシテ軍ノ組織ノ制度ヲ立ツルコトハ軍ノ編制ヲ定ムルコトナリ」としていることに注目すべきであろう(17)。

以下、「日本憲法要論」で示された論理をまとめてみる。

まず、國務大臣の輔弼が統帥大権に及んでいないという現状に対して、憲法違反であると主張しながらも、慣習法によってその現状を肯定し、その解決を法律に求めるというかたちになっている。

その帝国憲法第11条についても第12条と全く同様に國務大臣の輔弼を求める論理は、「憲法義解」などから比較的簡単に第11条を國務大臣の輔弼の範囲外とした美濃部達吉(18)とは異なっている。「憲法解釈上ほとんど比

するもののない論理的精密さ、一貫した憲法規範尊重の念」(19)の成果とも言える反面、その憲法違反という主張のすぐ後で、現実とのギャップを慣習法であっさり埋めてしまう。その結論の“急転換”に対して、慣習法成立を判断する基準として、「従来一般ニ存スル慣習」(20)の他にも、もう少し具体的事項を示す必要があったのではないか、という思いが生じてくる。

とはいえ、その統帥大権に関する国務大臣輔弼の不可欠性の強調は、編制大権に関する国務大臣の輔弼を、当然のこととして、導くことになる。このことは、編制大権をも国務大臣の輔弼の範囲外であるとする学説(21)があった当時あっては、重要な仕事であったといえよう。

第4章 「兵力量決定に於ける政府及び軍部の関係」(昭和5年)から

「兵力量決定に於ける政府及び軍部の関係」は、『改造』(昭和5年7月号)に掲載された「統帥権干犯」事件そのものに関する論文である(1)。第3章で検討した軍統帥大権に関する論理が、具体的な事件に、どのように適用されたかを検討してみたい。

まず、問題を、「兵力量の決定に於て、政府及び海軍軍令部が如何なる関係に在るか」に整理する。そして「(一)、兵力量の決定に於て、政府が如何なる職責を有するか・・・(二)、兵力量の決定に於て、海軍軍令部が如何なる職責を有するか・・・(三)、兵力量の決定に於て、政府及び海軍軍令部が如何なる関係に在るか・・・」(2)の順に検討していくとする。

(一) 政府の職責に関して、まず政府の輔弼についての一般論を述べていく。特に軍の統帥作用が政府の輔弼の外に置かれているということ、どのようにうまく説明するかに力点を置いている。

従来の「統帥作用という事の性質」という根拠は成り立たないとする(既に「日本憲法要論」で論じている(3))。

「帝国憲法施行前の慣習」という根拠も成り立たないとする。なぜなら、「帝国憲法施行前に、慣行上統帥作用が政府の輔弼に依らずして行われていたとしても、それが為に、当然に、其の慣行が存続する、と云うの必要はない。その慣行が帝国憲法の基礎たる立憲主義の精神に合しない

ものであるならば、それは、帝国憲法と矛盾しているものであり、従って、帝国憲法に依って廃止せられた」(4)のだからである。

さらに「帝国憲法第十一条・・・第十二条・・・の規定を引用し、両条を対照せしめ、此の両条の別々に存することを理由にすることも出来ないとする。そして「憲法義解」の所説をその論拠とすることが誤りであることを、述べていく(5)。

では、どのような説明が妥当なのか。「帝国憲法施行後に於て、統帥作用たる行為は政府の輔弼に依らずして行われ、今日に於ては、それが慣行となり、一般社会の觀念に於て承認せられている」、したがって「慣習法が成立している」(6)。

こうして、「統帥作用が政府の輔弼の外に在る、といふことは、前提として置いてよいのである」(7)として、兵力量の問題に言及していくわけであるが、上記の説明は「日本憲法要論」における“急転換”以上のものを感じさせる。確かに、「帝国憲法施行前の慣習」については正しい指摘であろうし、「憲法義解」についての理解も、「憲法解釈上ほとんど比するもののない論理的精密さ」あればこそその指摘であろう。しかし、その結果残された説明が「帝国憲法施行後成立した慣習法」では、その慣習法成立の根拠がますます希薄化し(8)、説明としてはその説得力を減少させてしまうものとなってしまふのではなからうか。

本論の政府の職責に戻って、まず、「日本憲法要論」で展開されている軍務作用に関する種別を説明している(9)。

そして、統帥作用は「軍に向けられる意志作用」であり、兵力量の決定は「国家が軍に意志作用を向けるものではない」から、兵力量の決定は統帥作用ではない、したがって、「政府の輔弼の外に在るものではない」とする(10)。

続けて「国防と統帥作用との関係」について論及し、「国防とは・・・国家作用を其の目的から観たものである。之と異なり、統帥作用とは、或目的の為に、軍に意志を向けるといふことであつて、国家の作用を、寧ろ、その様式から見たものである」とし、「国防が統帥作用であるかどうか、といふ問題は、問題自身混乱している」とする。整理すると、「国防の為に、軍を指揮して行動せしめる計画を指して、国防計画」という場合、「此の国防計画は統帥作用である」し、「国防の為に、如何なる軍備を有すべきかを定める計画を指して、国防計画」という場合、「此の

国防計画は統帥作用ではない」、つまり「政府は、軍令作用たる国防計画に付て輔弼し得ないけれども、軍政作用たる国防計画に付ては、輔弼し得る」とする(11)。

(二) 海軍軍令部の職責については、海軍軍令部条例に依りながら、論じている。海軍軍令部条例第1条に「海軍軍令部ハ国防用兵ニ関スル事ヲ掌ル所トス」と規定するところから、問題を「海軍の兵力量を決定することに付て、何等か、国防、用兵に関する事なるものがありや否や」に帰着させる。

まず用兵については、兵力量を決定することは、用兵つまり軍に意志を向けることとは違ふ、したがって「海軍軍令部は・・・兵力量の決定に参与するものではない」とする(12)。

国防については、まず、海軍軍令部の管掌する事項の種類について、「兵力量の決定に付ては、海軍軍令部は、海軍軍令部条例に所謂国防に関する事として、之に参与するものであること、勿論である。・・・海軍軍令部条例が海軍軍令部の管掌事項として、国防に関する事というのは、右両者(軍令作用たる国防計画と軍政作用たる国防計画—筆者注)を含んでいる・・・兵力量の決定に付ては、軍令作用たる国防計画の問題はないのであるが、軍政作用たる国防計画の問題として、海軍軍令部が之に参与する」とする(13)。

以上で(一)及び(二)が確定し、(三)に入るが、そのためには、国防について、海軍軍令部の執務の手続きを見なければならぬとする。その最も重大な問題は、「海軍軍令部長が、国防に関して、政府を離れて、独立して、天皇を輔弼したてまつる、という職責を有する、といふこと、及び、その職責が、兵力量の決定に関して、如何なる作用を為すか、ということである」とする(14)。

海軍軍令部条例第2条・第3条は「海軍軍令部長が国防及び用兵に関する事に付て、政府と離れて、独立して、天皇を輔弼したてまつる、ことをしめすもの」であり、「其の場合に為さるる上奏がすなわち所謂帷幄上奏である」が、「此の如き帷幄に於ける輔弼なるものが、帝国憲法上許されるや否や」と問題を提示する(15)。

それに対して、まず一般論として「帝国憲法の法理に依れば、凡そ天皇の大権作用に付ては、それが國務大臣の輔弼に依って行はれるものである以上は、政府を離れて、独立して、天皇を輔弼したてまつる者は、帝国憲法自身の認

むる枢密顧問以外には、存し得ない、と推断すべきである」と論じるが、「日本憲法要論」の論理と同じである(16)。

次にこの一般論は軍に関する大権作用に関しても同じであるとし、海軍軍令部長の職責に関して、「用兵は常に統帥作用であるから、之に付ては、常に、帷幄に於ける輔弼が許される」、国防については、「国防の為に軍に意志作用を向けること、これのみが、国防の為にする作用で、且、統帥作用である。従て、之に付ては、且之のみに付て、帷幄に於ける輔弼が許される。・・・国防の為に兵力量を如何にするかを定めることは・・・統帥作用ではないから、国防の為にする作用で、且、統帥作用に非ざる軍務作用である。従て、之に付ては帷幄に於ける輔弼は許されない」とする。したがって、「海軍軍令部条例が、単に、国防に関する事を示して、之に付て、帷幄に於ける輔弼のことを規定していても、それは、国防に関して統帥作用たるものに付て、帷幄に於ける輔弼を定めた、ものと解釈せざるを得ない・・・海軍軍令部長は統帥作用に非ざる兵力量の決定に付ては、帷幄に於ける輔弼を為し、帷幄上奏を為し得ない」と結論を下す。「海軍軍令部長は、統帥作用に非ざる作用に付ては、其の意見を以て、政府に進言すべきもの」なのである(17)。

以下、「兵力量決定に於ける政府及び軍部の関係」で示された論理をまとめてみる。

基本的には、ほぼ「日本憲法要論」の論理をベースにして論じられていると考えてよいであろう。

その中で特徴的なものが、(イ)「帝国憲法施行後成立した慣習法」であり、(ロ)「国防用兵」の解釈であり、(ハ)「海軍軍令部の管掌する事項の種類」と「海軍軍令部が其の事項に付て執務する手続」との区別、であろう。(イ)については既に述べたので、(ロ)、(ハ)について、若干検討したい。どちらも、これまた「憲法解釈上ほとんど比するもののない論理的精密さ」を象徴するような論理展開であるが、これと比較すればすっきりし過ぎる感さえする美濃部達吉の論理、つまり帝国憲法第11条を國務大臣輔弼の範囲外の統帥大権、同第12条を國務大臣輔弼の範囲内の編制大権とし、その区別で用兵と国防を峻別していく解釈論と、どちらがより説得力を有したであろうか。確かに(ロ)の「国防用兵」の解釈は素晴らしいものであり、美濃部達吉においてはひとつの国防計画しか示せないのに対して、より説得力のある2種類の国防計画を示

すことに成功している。が、その解釈が海軍軍令部条例の「国防」に軍令作用たる国防計画をも含ませることとなり、それが(ハ)を必要とさせ、全体の解釈論を複雑なものにしてしまったのではなからうか。軍令作用たる国防計画を「用兵」として、「国防」を軍政作用たる国防計画に限定するという解釈つまり美濃部達吉の論理を佐々木惣一に取らせなかったのは、「国防」は目的を示す概念であるという思いが強かったからであろうか。

第5章 まとめにかえて

「自由主義に対する右翼の圧迫は、やがて天皇機関説問題を惹起した。美濃部博士が其の最大の犠牲者になられただけでなく、つづいて佐々木先生の『日本憲法要論』・・・なども、発行を許されなくなった」(1)。佐々木惣一の軍統帥大権に関する研究は、そこで終わっている。

しかし、佐々木惣一は、戦後いち早く内大臣府御用掛として、積極的に大日本帝国憲法の改正案作成に取り組んでいる。その改正案及び彼の日本国憲法の解釈論を検討することによって、もう一度、彼の軍隊に関する理解の仕方及び憲法学でのその扱い方を検討してみたい。今後の課題である。

注

第1章

- (1) 田畑 忍「佐々木博士の憲法学」10頁
- (2) 拙稿「統帥権の独立に関する美濃部達吉の論理」(『津山高専紀要』34号)

第2章

- (1) 「日本憲法要論」には「拙著『日本行政法要論』参照」という指示がよく出てくる。たとえば「以上ノ外軍務作用ニ関スル詳細ノ説明ハ行政法学ノ範囲ニ属ス。(拙著『日本行政法要論』参照) 687頁～688頁。しかし、「日本行政法要論」という著書は存在しない。佐々木惣一の行政法に関する著書には、「日本行政法原論」(明治43

年)、「日本行政法論・総論」(大正10年)、「日本行政法論・総論(訂正版)」「日本行政法論・各論」(ともに大正11年)、「改版 日本行政法論・総論」(大正12年)があるが、「軍務作用ニ関スル詳細ノ説明」はない(但し「日本行政法原論」については、現在確認できていない)。「日本行政法要論」に関する調査は、今後の課題である。

- (2) 「立憲非立憲」と「日本憲法要論」との関係については、「このような立憲主義的世界観(「立憲非立憲」に述べられている世界観一著者注)が、・・・『日本憲法要論』にみられるように、昭和期になってあきらかに変質している」という小林孝輔教授の主張(「憲法学における論理的実証主義の現代的意義」と、「『立憲非立憲』は、明治憲法を貫徹している歴史的原理をふまえての「政論」であり、明治憲法の解釈書としての『日本憲法要論』は、政論をわざと其の根底におさえての「法論」または「法解釈論」であって」という田畑忍教授の主張(「佐々木憲法学における法実証主義」とが、対立している(どちらの論文も田畑忍編『佐々木憲法学の研究』所収)。軍統帥大権に関しては、田畑教授の説があてはまるであろう。

- (3) 「立憲非立憲」36頁
- (4) 前掲(3)同頁
- (5) 前掲(3)37頁
- (6) 前掲(3)47頁～48頁
- (7) 前掲(3)51頁
- (8) 前掲(3)52頁
- (9) 前掲(3)53頁
- (10) 前掲(3)54頁
- (11) 前掲(3)59頁～60頁

第3章

- (1) 拙稿「統帥権の独立に関する美濃部達吉の論理」(『津山高専紀要』34号)79頁～83頁
- (2) 「日本憲法要論」381頁
- (3) 前掲(2)382頁
- (4) 前掲(2)382頁

- (5) 前掲(2) 383頁
- (6) 前掲(2) 384頁
- (7) 前掲(2) 385頁
- (8) 前掲(2) 385頁
- (9) 前掲(2) 386頁～387頁
- (10) 前掲(2) 388頁
- (11) 前掲(2) 400頁
- (12) 前掲(2) 402頁
- (13) 前掲(2) 683頁
- (14) 前掲(2) 684頁
- (15) 前掲(2) 685頁～686頁
- (16) 前掲(2) 687頁～688頁
- (17) 前掲(2) 688頁
- (18) 美濃部達吉「憲法撮要(訂正第4版)」224頁～225頁
- (19) 鈴木安蔵「佐々木憲法学所感」241頁(田畑忍編『佐々木憲法学の研究』所収)
- (20) 前掲(2) 388頁
- (21) たとえば上杉慎吉「憲法述義」

第4章

- (1) 『民政』(昭和5年6月号)にも「問題の統帥権—政府と軍備決定—」という論文を書いている。「兵力量・・・」と「問題の・・・」とでは、論旨はほぼ同じである。ここでは、いくらか詳細に書かれている「兵力量・・・」を取り上げた。
- (2) 『改造』(昭和5年7月号) 105頁
- (3) 「日本憲法要論」386頁～387頁
- (4) 前掲(2) 108頁
- (5) 前掲(2) 110頁～111頁
- (6) 前掲(2) 109頁
- (7) 前掲(2) 111頁
- (8) 佐々木惣一は慣習法について次のように論じている。「慣習トハ具体的ニ発生シタル同様ノ事実ニ付テ同様ノ意識作用反復セラレ、其ノ結果、同様ノ事実ニ接スルトキ特別ノ熟慮ヲ用イルコトナクシテ同様ノ意識作用ヲ為スノ傾向ヲ生ズルコトヲ謂フ。・・・社会ニ於テ慣習存スル場合ニ、其ノ結果社会ガ其ノ内容ヲ規範トシテ強要スルノ意志ヲ有スト考ヘラルルコトアリ。此ノ場合ニハ其ノ

慣習ニ於テ其ノ社会ノ法律意志ガ表示セラルルナリ。此ノ場合ニ其ノ法律意志ヲ慣習法ト云フ」。したがって、慣習法の成立には、「慣習ノ存スルコト」と「其ノ慣習ノ内容ヲ規範トシテ強要スルノ意志アルコト」とが必要であるとする(「日本憲法要論」23頁)。慣習の成立には、時間の経過が大きな要素となるのではなからうか。

さらに、「制定法ニ違反スル慣習ハ法律確信(「其ノ慣習ノ内容ヲ規範トシテ強要スルノ意志」のこと—著者注)ヲ伴フコト困難ナルガ故ニ、實際ニ於テハ制定法ヲ変更スル慣習法ノ成立ヲ見ルコト困難ナリ」(「日本憲法要論」24頁)と述べている。統帥大権に対する輔弼の問題はこの「困難」なものにあてはまると思うが、もしそうだとすれば、その「困難」を打破したものを説明する必要が生じると考える。

- (9) 前掲(3) 683頁～686頁
- (10) 前掲(2) 112頁～113頁
- (11) 前掲(2) 114頁
- (12) 前掲(2) 116頁～117頁
- (13) 前掲(2) 117頁
- (14) 前掲(2) 118頁
- (15) 前掲(2) 118頁～119頁
- (16) 前掲(3) 381頁～382頁
- (17) 前掲(2) 120頁～122頁

第5章

- (1) 田畑忍「佐々木博士の憲法学」182頁