



軍隊と自由

シベリアン・コントロールへの法制史

藤田嗣雄

書肆心水

軍隊と自由
目次

SAMPLE
Shoshi-Shinsui.com

序	1
---	---

序編 文権優越の意義

第一章 民主主義の意義	14
-------------	----

一 自由・民主主義 14

二 立憲・民主主義 20

三 人民・民主主義 23

第二章 文権と武権	28
-----------	----

一 文武両権の分離 28

二 文権の優越 29

三 武権の優越 56

第三章 文権優越思想の形成及び滲透	76
-------------------	----

第四章 文権優越の規範化	91
--------------	----

第一編 文権優越の構造

SAMPLE Shoshi Shinsui.com

第二編 文権優越の運用

第五章	軍隊の構成	100
第六章	軍隊の最高処理	138
第七章	軍法	168
第八章	軍事命令及び規則	185
第九章	法律の執行及び秩序の維持	202
第一〇章	非常事態の処理	227
第十一章	戦争の指導	247

軍隊と自由

シベリアン・コントロールへの法制史

SAMPLE
Shoshi-Shinsui.com

凡例

一、本書は藤田嗣雄著『軍隊と自由』（一九五三年、河出書房刊行）の新組復刻版である。副書名は本書刊行所が付加した。

一、本書は初版本においても新字体漢字、新仮名遣いで表記されているが、ごく一部に使用されている旧字体漢字は新字体漢字に置き換え、促音の「っ」は「つ」に置き換えた。原文日本語の史料の仮名遣いは元のままの表記を原則としたが、その史料が新仮名遣いで記されている場合には促音の「っ」を「つ」に置き換えた。

一、送り仮名は現今一般の慣例に即すように加減した。

一、「屢々」のように現今一般に漢字表記が避けられる語は仮名に置き換えた。

一、「出来事」のように現今一般に漢字表記されるものが仮名表記になっているものを漢字表記に置き換えた。

一、書名は『』括りで統一した。

一、読点を句点に置き換えたところ、句点を読点に置き換えたところ、読点を中黒点に置き換えたところ、読点や中黒点を補ったところがある。

一、史料中の合略仮名は通常の仮名に置き換えた。

一、「――」のうち「――」であるほうが適切と考えられるものを「――」に置き換えた。

一、脱字は適切と考えられるものを「――」で括って補った。

序

日本国は、「日本国との平和条約」第五条C項によって、「主権国として国際連合憲章第五十一条に掲げる個別的又は集団的自衛の固有の権利を有すること及び日本国が集団的安全保障取極を自発的に締結することができ」ことが承認されている。だが、「日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約」の前文において示されているように、「日本国は、武装を解除されているので」、「固有の自衛権を行使する有効な手段をもたない」。アメリカ合衆国によって、「日本国が、攻撃的な脅威となり又は国際連合憲章の目的及び原則に従って平和と安全を増進すること以外に用いられべき軍備をもつことを常に避けつつ、直接及び間接の侵略に対する自国の防衛のために漸増的に自ら責任を負うべきこと」が期待されている。従って日本国は内乱及び騒擾の鎮圧を含めてその自衛に関して、いつまでもアメリカ合衆国の軍隊による援助を期待することが許されないであろう。

日本国は主権国として自衛の手段を有しなければならない。これがために軍隊の再建を要し、憲法の改正が必要となされるに至るであろう。軍隊の再建にあたって、われわれは過去の誤りが再び繰り返されてはならないことを念願するものである。

軍隊は日本国憲法に貫徹されている基本的原則である、自由・民主主義に妥当せしめられることによつてのみ再建されなければならない。

本著においては、自由・民主主義的なイギリス、アメリカ及びフランス並びにかつて絶対主義的であったわが国及びプロイセン・ドイツの当該制度を比較対照しつつ、自由主義軍隊がどんなものであるかが検討されている。

このような類書が、わが国においてはもちろん、西欧諸国においても殆んど存在してはならないと認められる今日において、未だそれが決して完全であるとはなし難いとしても、もしもわが国の再建に際して、多少なりとも貢献することができるならば、著者の欣びこれに過ぎるものがないであろう。

昭和二十八年三月

著者

序
編

文
権
優
越
の
意
義

SAMPLE
Shoshi-Shinsui.com

第一章 民主主義の意義

一 自由・民主主義

絶対制

この制の下では、君主は最高の立法者、行政者及び裁判者であるとともに、軍隊の大元帥であり且つ戦場における最高指揮者であった。君主は軍隊における第一位の軍人であるとともに、国家の最高の従僕であった。無条件の統帥権が絶対的文権の淵源でもあり、また模範でもあった。

権力の分立は存在しない。文武両権も、また立法、行政及び司法の三権も分立せしめられない。軍事的憲法は政治的憲法と直接一致していた。

継続し且つ独立的な軍事的秩序の基礎の上においてのみ、包括的且つ無制限な、絶対制を特徴づける、政治力が建設されることができた。しかし常備軍は絶対制の完成にとって、単なる権力手段以上のものであった。まず常備軍の秩序から、絶対制はその、いきいきしている本質的な特徴を獲得した。絶対制憲法は全体として、常備軍の憲法から誘致された。国王の主権は大元帥の、制限されない統帥権の模写

であつた。臣民の義務は無条件な軍事的服従義務の拡張されたものであつた。憲法におけると同様に、絶対制行政は常備軍の基礎への適合から生じた。軍事行政官庁から一般国家行政が形成され、軍隊給養の経済的必要から国家的租税制度及び重商主義的国家経済が生じた。絶対制の憲法、行政、財政制度及び経済、並びに国家概念すらも、軍事的秩序から一般政治的秩序にもち来たされた制度でもあり、形態でもあり、また概念でもあつた。絶対制国家は、軍隊が国家において優先的であり且つ確固である役割を演ずるといった外観的な意味においてであるばかりでなく、国家が公共事項の全体に軍事的秩序が拡大されたものに過ぎないという深遠な意味において、軍事的国家であつた。

このような絶対制は、欧州大陸において、スペイン、フランス及びドイツに見出された。君主が絶対的となることによって近代国家が発展した。これはかの封建制が依存していた封建的且つ等族的な既得権の除去によってなしとげられた。

絶対制の克服

一七八九年のフランス革命において、現代的な、自由及び民主主義的な要素が融合した憲法が生じた。その思想的な前提は、憲法制定権の理論である。ここに憲法制定権とは、国民を政治的に存在する勢力として前提する。かくしてかのナショナル・ソブリン概念が生ずる。歴史的には、このような政治的統一及び国民的団結の概念が欧州大陸において、絶対君主制の政治的団結の結果として生じたということが出来る。これに反してイギリスでは、島国であることによって、中世的な政治体制から国民的統一への連続した発展が可能ならしめられた。ところが、フランスでは、ナショナルの概念がその国法的な

意味でまず第一に理論的に把握された。だが憲法理論的には、フランス革命では二つの異った出来事と思想体系が互に離れ離れになっている。第一にはフランス国民が憲法制定権者として組成された。自ら憲法を制定することによって、その存在の特別の様式及び形態に関する決定の今後の行動に着手した。これはその政治的存在が憲法制定に先行することを意味する。政治的に存在していないものが、意識して決定することができないのは、誠に当然である。

フランス革命の第二の意味は、市民的及び法治的な憲法が制定されるに至ったことである。国権の行使が制限され且つコントロールされる憲法が制定され、それによってフランスは、新規な政治的存在となった。ナシヨンが憲法制定権者として絶対制君主に対立し、その絶対制を除去したときに、自身自身がその代わりに絶対的となった。この絶対性は不変な且つ上昇する力がかたまつた。そこで今や国民自身が国家と政治的には一体をなすに至つた。この出来事の政治力は、国家権力の上昇に導かれた。これに反して自由主義憲法によって、国権の行使が規制され、分立され且つ制限されなければならなかつた。この権力の分立は、絶対制の君主又は政治意識から覚醒させられ、絶対的となったナシヨンによって行使される。あらゆる種類の政治的絶対制の止揚及び除去を意味した。フランス革命の政治的な偉大さは、あらゆる自由主義及び法治国の原則にも拘わらず、フランス国民の政治的統一といった思想が、決定的な標準点たるべく、瞬時中絶しなかつたことに存する。国権のあらゆる識別、分割、抑制及びコントロールが、政治的統一の内部及び範囲内においてのみ行動していたことは、疑問の余地がない。憲法は君主と国民の間、又はなんらかの等族的な組織間における契約ではなく、一つの且つ分割されない「ナシヨン」によって制定された。いうまでもなくあらゆる憲法は常にこのような統一体を前提とす

る。

ここで「憲法制定権」に関して一言を費さなければならぬ。フランス革命に際して、シエーエズ・Sieyès は、憲法制定権者としての「ナシヨン」の理論を發展させた。絶対制君主は一八世紀においては、まだ憲法制定権者として表示されないで、神の制定権のキリスト教的且つ神学的な概念が、あらゆる啓蒙にも拘わらず、なお生々として且つ強力に存在していた。アメリカ及びフランス両革命によって新しい時代が劃せられるに至った。だが一七七六年のアメリカの独立宣言においては、この新規な原則は未だ明瞭には認識されなかった。ここでは新規な政治的組織が生じ、且ついくたの新国家の政治的論建を以て憲法立法事業が同時に行われた。一七八九年のフランス革命は右とは全然相違している。ここでは新しい政治的組織・新しい国家は生まれなかった。フランスは従前から存在し且つその存続をなしている。それ故ここでは人々は自己の政治的存在の様式及び形態を意識した決定で自分自身で形成しなければならなかった。従って憲法制定権の問題が解決されなければならないこととなった。

民主主義の本質

民主主義の理念の中には、「自由」と「平等」が包含されている。そして平等は自由に比して第二義的な地位におかれている。

現代の市民的・法治国の國家の憲法は、その原則において市民的個人主義の憲法理想に適合している。これらの原則は憲法と率直に同一視され、また「憲法國家」は「市民的な法治國」と同一な意義を有するものとなされている。従って自由主義軍隊が個人主義的見地から形成されていることは疑問の余地が

第二章 文権と武権

一 文武両権の分離

国家が存在する限り、国防並びに治安の維持のために、兵力の存在が必要欠くべからざることは、ここにとくに述べるまでもないところである。

絶対制君主国においては、兵権は政権とともに君主の掌中に存し、国民の自由に尠からず脅威を与えていた。人民は自由・民主主義を以て、その指導理念となし、絶対制君主に対して個人の自由を伸張すべく、立法、行政及び司法の三権の分立を主張した。更に人民の自由の保障に関して、極めて重大な意義が存するものがある。これは兵政両権の分離である。兵政両権が混同する行政機関は、かの三権が混同するよりも、一層恐怖性を帯びていることは、当然である。それがため自由主義者たちは、絶対制君主から兵権を分離し、自分たちがコントロールの権能を有する文権の下に、軍隊を置き、それに対してそのコントロールの権能を樹立せんとするに至った。文武両権の対立又は均衡は決してこれを期待し得るものではない。必ずや武権はその実力を以て文権を圧制するに至るであらう。ここにおいて自由主

義者たちは、文権が武権に優越する体制を建設するに至った。この建設の経過は諸国において必ずしも一様ではなかった。その差異はそれぞれの国々の政治、経済、社会及び精神的状態によって現出せしめられている。ある国においては慣行的・伝統的に、ある国においては規範的・憲法的に樹立せしめられている。

立憲君主制国家においては、君主はその絶対制的な権威をなおも保持し続けんとして、武権をして文権から分離し、文武両権を均衡的な地位に置かんとした。しかしその憲法現実においては、軍隊が議会のコントロールを排除したばかりか、遂には政府に対しても独立するに至った。やがて自由・民主主義の発展に伴なって、遂にこのような武権の優越が崩壊するに至ったことに関しては、後に述べられるであらう。

二 文権の優越

概説

有名な憲法歴史家ハラム Hallam は、その著『英国憲法史』の中で、「文権優越」を以て、「イギリス人のおはこの金言」であると述べている。

フランス革命前において、西欧諸国はイギリスを除き絶対制の下にあって、国王は兵政両権を一手に掌握し、常備軍を有し、文明の発達は国王の武力をいよいよ強大ならしめた。ところがイギリスでは、

一六八八年の權利章典の制定によって、「常備軍の徵募及び維持は、平時においては、議会の承諾を受けるのでなければ、違法である」との主義が確認されるに至った。常備軍の存在は、イギリス人の自由の死活に関するという思想が存しており、また一方では国民の安全の保持のために、傭兵から成立する常備軍の存在が必要であることが分明し、ここにこの矛盾を解決しなければならないようになった。ところが偶然にも政治家たちが、軍隊における一時的不安を除去するために、「反乱法」*Mutiny Act*を立法し、この立法によって、右の難問題が解決され、ここに国王の常備軍隊が、いわゆる「立憲的」軍隊となるに至った。

イギリスにおける、この主義は、そのアメリカ植民地に伝えられ、アメリカ革命に際し制定されるに至った。いくたの權利章典、独立宣言及び憲法等中において、この主義が採用されて今日に至っている。フランスでも一七八九年の革命に際し、人民及び市民の權利宣言第一二条及び一七九一年の憲法等において、この主義を宣明し、それぞれ規定している。これに対するアメリカの影響を無視することができないばかりか、一八世紀におけるフランスの政治哲学並びにイギリスからの直接の影響等もまたこれを否認することができないであろう。その後いくたの曲折を経たが、文権優越はフランス憲法制度上もはや動かすことができない一大原則となっている。

かくしてこれら両国の制度は、漸次欧米諸国等の諸憲法に対して、重大な影響を与えている。

イギリス

この国の歴史で軍隊が重大な意義を有し、遂に文事的統治の組織の、すべての部分を破壊するように

第三章 文権優越思想の形成及び滲透

序 説

文権優越主義は、つとにイギリスで認められ、自由主義に基く他の憲法諸制度とともに、米仏を経て諸国に普及するに至った。立憲思想の発展の一般歴史の如きは、本章のよくするところではない。今ここでは文武両権に関する学説の展開の跡を二、三の学者について尋ねることとする。

中世西欧において、国家統合の基礎として神の威霊や祖先の外に、武威を加えるようになり、兵権が政権の基礎であるような結果を生じ、君主はしばしば暴威を逞しうし、人民を虐げた。そこでその反動として西欧諸国において、自由論、民権論の勃興を促すようになり、君主神権説と民権説が劇烈な衝突をなすに至った。

民約説の起源及び変遷等に関しては、これを他に譲ることとする。イギリスでは、議会の存在及び法の優越が、法律家たちに対して、欧州大陸におけるような主権論（ボーダン等）の採用を妨げた。

なおイギリスの政治思想は政治的変革に先んじて生じないで、その弁護として生ぜしめられているようであり、アメリカのイギリス植民地及びフランスでは、それぞれの革命に先行し、その基礎づけを生

ぜしめられていた。

トーマス・ホッブス（一五八八―一六七九年）

イギリスの国王ゼームズ一世に至り、国王は最上の統治者であって、法の外にあつて、法を作り、これを軽減し又は停止することができ、神に対してのみ責に任ずるとなした。もしもこのような理念が、当時イギリスにおいて採用されたならば、その政治組織もこれによつていたであらう。しかし、議会はこのような絶対制的な政治理念と争い、一六八八年の光榮革命の完成によつて、この国における君主神権説は永久に消滅し去つた。

ホッブスはイギリスの偉大な政治思想家の中で、最も初期的且つ独創的な者であり、しかもイギリス的ではなかつた。その頑固な独立性は君主神権説を否定し、自由に選挙された議會によつて制定された法律を遵守することを怠らなかつた。そして自由と秩序を結合する問題を解決し始めた。しかしホッブスはこれが実現され得ないと主張した。これに反してロックは光榮革命の落着から励まされて、それが可能であるといはつた。

ホッブスはその主著の一つである、『レヴィアザン』(Leviathan (一六五一年ロンドン出版))で、絶対制の最も強固な弁護をなした。主権者は臣民の平和及び防衛のために、必要であることの唯一の判断者であり、その利害のために、かれらを過少に取り扱う。行動が理念から生ずるから、その任務として、どんな説又は教義が平和にとつて危険であるかを決定し、すべての書籍をその出版前に検閲する。主権者は財産に関する規則を制定し、すべての争議を決定し、賞与をなし、処罰をなし、すべての顧問及び執行

官を選任し、軍隊を支配しなければならない。主権者はその制定した法律には服従しない。かれに託された任務は、臣民の安全を確保することである。主権者はそれを自然法に基いて実施し且つその法の制定者である神に対してのみ責に任ずる。分裂した王国は、「内乱」によって証明されたように、自立することができない。ホッブスはこの著書が当該時代の不秩序から生ぜしめられたと明言している。かれは政体が王制であり、貴族制であり又は共和制であることに關しては、なんらの顧慮を払わなかった。何人か又はなんらかの集会が、疑われない権力を有しなければならないとなしている。

ホッブスは『レヴィアザン』第二編第一八章「制度による主権者の権利について」の中で、その第九として、次の如く述べている。

他の国家との平戦の決定は、主権に属する。それはいつが公共のために好都合であり、どの位の軍隊が集合せしめられ、武装され、その目的のために支払われ、その費用を支弁するために、臣民に金銭を賦課することを制定することである。人民が防衛される勢力はいくたの軍から成立する。そして一軍の勢力は、一指揮者の下における、その勢力の結合から成立し、その指揮者は主権者の制定にかかっている。他の制度を伴なわない「民兵」の指揮は、これを有する者を主権者となす。そして何人が一軍の指揮者となされても、主権を有する者が常に「大元帥」である。

このようにホッブスの下では、兵政を分離せず、文権の優越の如きには言及されてはいない。

ハリントン James Harrington (一六一一—一六七七年)

その思想は米仏両国に対して甚大な影響を及ぼし、これらの国々の後の憲法制度の中において、それ

第四章 文権優越の規範化

序 説

文権優越は国法上規範化されなければならない。これは文権優越が憲法において規定され、更に法律を以て規定されることを意味する。ここで、まず第一に、「統帥権」又は「最高命令」の概念が、明瞭になされなければならない。文権優越は絶対制君主の統帥権の克服から生ぜしめられているからである。

統帥権の本質

国家の元首が軍隊に対して有する統帥権が、それぞれの憲法において、規定されるにあたって、凡そ三様になされていることが見出される。

第一に、一八一四年のフランスの王政復古に際して、国王によって欽定された憲法（シャルト）第一四条、一八三〇年の修正シャルト第一三条、一八三一年のベルギー憲法第六八条又は一八五〇年のプロイセン王国憲法第四六条並びに大日本帝国憲法第一条では、「国王は軍隊を統帥する」と規定し、第二に、一九一九年のドイツ共和国憲法第四七条のように、「大統領は軍隊の最高命令権を有する」と

規定し、

第三に、一七八七年のアメリカ連邦憲法又は一七九一年のフランス憲法第三編第四章第一条のように、「大統領（国王）は陸海軍の総指揮者である」と規定されている。

前二者は国家の元首の軍隊に関する権能を示し、後者はその権能の保持者を規定している。

イギリスの、一六五三年二月一六日の、有名な、成文憲法ともいうべき、*The Instrument of Government* 第四条又は一六六一年の一法律（13 Car. II. c. 6）の中では、「軍隊に対する」「処理」及び「命令」*Dispose and order: the Supreme Government, Command and Disposition*を規定し、フランスにおける、「二」三の民主的憲法においても、国家の元首の軍隊の処理及び統帥又は命令 *Disposition et Commandement* をそれぞれ規定している。なお多くの国々の憲法中においても、この種の規定が見出されるが、ここにはその一つについて言及しない。

これらの規定からして、最高命令又は統帥権 *Oberbefehl* が、二つの意義を有していることが認められる。統帥権は、一には軍隊の処理権又は指導権 *Disposition=Amneleitung*、他には軍隊に対する指揮命令権 *Command=Commandement-efficacit=Amneführung* を意味する。

これら二つの概念は、立憲政治の発展に伴い、文権優越の確立によって、益々明瞭ならしめられるに至った。フランス革命前においては、イギリスを除いた、欧州諸国の君主は、軍隊に対して著しく広汎且つ強大な権能を有しており、一九世紀における君主主義諸憲法の下における君主にあっても、そうであったから、これら概念が闡明される機会が存していなかった。

その後西欧君主国における議会政治の発展は、戦術の変更とともに、君主が戦場における軍隊指揮の

親裁を廃絶に帰せしめ、軍隊の「指揮」は軍隊指揮官に委任されるようになり、軍事に関する諸法律の制定とともに、統帥権の概念が一層明確になされるに至った。なお共和国においては、憲法を以て大統領の軍隊指揮の親裁を禁止し又は戦時に際し軍隊の指揮権が軍隊指揮官に委任されなければならないと規定しているものもある。

軍隊の指揮命令権は、もともと専門的、軍事技術的な指揮権であって、専ら軍人に委任され、軍隊の使用、訓練及び練習等に関するものである。軍の特別の命令によるの外、勤務規程、操典及び教範等の実施にかかるものである。

軍隊の指揮権は、軍隊の処理権とは全然区別さるべきものであって、前者は後者の構成要素をなすものではない。たとえば君主が指揮命令権の親裁をなさないとしても、なら憲法改正を必要となさないのである。もしもこのように、軍隊処理権と軍隊指揮命令権が解釈されるならば、これら両者の法律関係は、全然同格であるか、又は一は他に隷属するものであるかが確かめられなければならない。

軍隊の指揮命令権 (Kommandogewalt) であって、かの Oberbefehl ではない) は、すでに述べられたように、軍事技術に関するものであって、決して最高のものではない。常に軍隊の処理権に服し、その規制を受けるものである。

現に旧ドイツ帝国憲法第五三条中において、

帝国の海軍は皇帝の統帥権 Oberbefehl の下に、統一的なものである。

と規定していたのにも拘わらず、一八八九年三月二〇日の勅令の制定がなされた。もしも憲法第五三条中の「最高命令権」が「指揮命令権」のみを意味するものであったならば、この勅令は全く無意味なも

第一編

文権優越の構造

SAMPLE
Shoshi-Shinsui.com

第五章 軍隊の構成

概説

軍隊の構成と国家保障組織 National Security Organization の差異が、まず第一に明らかにされなければならない。「国家保障組織」といった概念は、全く新規なものであって、戦争が全体的又は総力的 total に準備され且つ遂行されるようになった今日において、必然的に現出している。戦争の準備が積極的になされ且つ戦争が全体的に戦われる国家にとって、このような組織は重大な意義を有することになる。

従前においては、陸軍及び海軍は真実に独立しており、情報のような致命的な事項においてすら充分に連絡がとられていなかった。外交と軍事及び政治の連絡もできていなかった。戦争中各省の事務の調整も行われていなかった。このような現象は第二次世界戦争中アメリカ連邦においても見られ、これらを克服すべく、同連邦において「国家保障組織」が樹立されるに至っている。

軍事施設の基本的な軌範又は標準は、次の如く定められなければならない。

一 国家保障組織の主要目標は、平和の維持に存する。しかし常に国家保障の保護のために、人的及び物的資源の全部を配列すべく、急速且つ有効に準備し、そしてそれが可能でなければならない。

二 文民的影響が国家政策の形成において支配的であり、且つ軍事施設の文民的控制が明確に設定され且つ強固に維持されなければならない。

三 国民は軍事費の支出に対して、最大な possible の報酬を求める権利を有する。

四 軍事的能力・戦争準備が国家軍事施設の基本的な目標であらねばならぬ。

軍事力は国家保障の一要素にすぎない。過去においては、国家保障は純粹な軍事的条件において考えられがちであった。ところが今日では有効な国家的戦略は、各種（人的、物的、産業的、科学的、政治的及び精神的）の国家資源を包含しなければならぬ。軍事力は最後の手段である。そして軍事政策及び準備は致命的である。しかしそれは全体としての国家保障の一部にすぎない。この政策が成効するがためには、絶えず政治的目標、軍の計画、経済力及び国民的組織を包括的に且つ注意深く系統立てた国家政策及び目的に統合しなければならない。

健全な国家保障計画のために、必要である最も基本的要件は次の如きものである。

一 内外及び軍事政策の統合が第一歩である。

二 信頼するに足る情報が致命的な必要である。

三 軍事計画が国民の必要及び能力に結合されなければならない。

四 軍事予算が国家軍事施設の終局的規制である。

五 多くの政府機構が国家保障計画において重要な役割を演ずる。

六 国家保障組織は、国家政策をコントロールすることに関し終局的責任を有する国家の元首の、より高い権威の下にある。

軍隊の構成に関して、一国の政治憲法と軍事憲法の関係が明らかになさなければならない。これらの関係は、外部的相互作用の関係又は相互の関心及び結実の関係のみではない。ここで決定的問題となるものは、政治及び軍事両秩序の内部的一致である。あらゆる憲法形成の最高課題は、あらゆる個々の制度及び勢力が一致させられることである。種々の生活領域の、このような一致が達成されるときにおいてのみ成効する。善良な憲法原則は、同形性には存しない、同一性に適合せしめられることに存する。軍事憲法が政治憲法のあらゆる個々の事項において、同形的に形成されないで、両者が同一の政治的理念によって滲透され且つ同一の大きな原則によって建設されることが、憲法の単一性の前提である。もしも軍事憲法と政治憲法が相反する原則に従って形成され、かれらが内部的に一致せず、相互に敵対するところでは、憲法は割目を包蔵し、それは一時的に隠蔽することができなければならない。戦争又は国内の憲法争議に際して現出せざるを得ない。これはさきに述べられたプロイセン・ドイツ又は日本における現実によって、その誤りでないことが実証されておる。

国家の政治憲法と軍事憲法が最も密接した関連の下に存在し、政治憲法の基礎となっている政治的思想が軍事憲法に流れこんで軍隊の地位に関してともに決定的に参加しなければならない。自由・民主主義制の下では、軍隊もまたこれらの主義に基いて形成されておらなければならない。軍隊は個人の自由の防衛にあたり、これを構成する者も同一の政治理念によって貫徹されている者でなければならない。ここにすでに述べられた「市民・兵」という指導の出現の契機を見出さなければならない。

西欧諸国においては、そのもともとの兵制である「民兵」を有し、次いで「封建役務」を生じ、「傭兵軍隊」の組織を見た。中世の絶対制君主は「常備軍」を有し、この常備軍と傭兵軍隊はいずれも傭兵の

第七章 軍法

概説

軍法 Martial Law は、もともといくたの意義を有していた。現今においても凡そ次の三又は四の意義を有している。その一は、ここにいう軍法 Military Law であって、主として軍人に対して適用される法律をいい、二は、非常事態に処する非常法（通例 Martial Law、近時に至って Martial Rule と呼ばれる）をいい、三は主として軍人によって執行される占領地行政 Military Government をいい、四は軍事委員会 Military Commission によって審判される軍事裁判 Martial Justice をいう。

イギリス

イギリスに行われる軍法に関しては、すでにしばしば述べられている。現在陸軍及び空軍に適用される軍法は、陸軍及び空軍（年々）法並びに陸軍法及び空軍法である。海軍に関しては、ここに省略する。陸軍法は、正規軍に属する軍人並びにある場合には地方軍に属する軍人及び軍隊に従属する者等に対して適用される。軍法会議 A General Court-Martial は、国王又はその直接もしくは間接に委任を受けた将

校により召集され、軍法会議の裁判長及び裁判官は、その召集者により、一定の将校の中から命ぜられ、裁判は公開を以て原則とし、判決は国王又はその委任を受けた者により確認されなければならない。

軍人はもともと武装した一般臣民であって、且つ軍紀に服する者であるから、犯罪に関する権利義務に関しては、一般臣民と全く同一である。陸軍法第一六二節第一項ないし第六項によるに、陸軍法によりある犯罪について軍法において刑が言い渡され、再び同一の犯罪に関して通常裁判所において審理されるときには、通常裁判所はその刑の言渡しに際し軍法会議において言い渡した軍事刑罰を考慮しなければならぬ。軍法に服する者が通常裁判所において刑を言い渡されたとき又は無罪となったときには、陸軍法によって同一の犯罪について軍法会議において裁判されることはできない。これらの規定は、軍人が一般刑事法に関する限り、一般臣民と同様に通常裁判所の裁判権に服し、通常裁判所が軍法会議に優越する主義を認めるものであって、ここにも「法の優越」Rule of Law の原則が行われている。

軍法会議の判決に対し通常裁判所へ控訴上告をなす権利が認められてはいないようであるが、軍法会議は多くの点において上級の通常裁判所のコントロール及び監督に服している。

一七八六年以来一判決 Sutton vs. Johnstone により、通常裁判所は軍紀の行使には関与しない旨が明確にされたが、更に一九一九年の Haddon vs. Evans によってこの問題が再確認された。

甲 将校又は兵卒が主張せんとする権利が、普通法 Common Law によらないで、軍法によってのみ与えられたものであるとき（階級の付与又は進級等）には、その救済は軍法によってのみこれを求めることができる。

乙 もしもこの権利が基本的な普通法の権利（身体の不可侵又は自由等）であるときには、軍法によ

って制限されない限り、これを通常裁判所において主張することができる。

丙 この場合において

一 将校が職権を有せず又は職権を超えて、不法の監禁をなし又は普通法の罪を犯したときは、たとえそれが軍紀の維持のためになされたとしても、その損害に関する訴訟に応じなければならない。

二 もしも将校の行為がその職権内にあり且つ軍紀の維持のためになされたときにおいても、その行為が悪意を以て且つ正当の理由がなくなされた限りその責に任じなければならない。

なお軍人の懲罰権が法律の委任に基いて行われている。

国王ジョージ一世の第三次反乱法（一七五一年）によると、

上官の命令に服従することを拒絶した、すべての将校又は兵卒は極刑に処せられると規定されていた。当時軍隊は不可侵な国王の親裁の下にあって、しかもイギリス憲法の制度によれば、国王は悪事をなすことができなかったから、上院は、

（全国的基本的法により）国王の命令は法の範囲内に拘束且つ制限されている。もしも違法であるならば、法により罰せられるとしても、それに服従する義務はなく、命令が国王からでたとしてもこれに服従してはならない。

との理由により、この法律の制定は王国の根本法を犯すものとなした。この法律の制定後どんな上官の命令が一般社会に対し圧制的であり、また一般臣民の権利及び制度に対して専制的であっても、下級者は上官の命令に服従しなければならないようになった。そうでなければ上官の命令によって召集された

軍法會議によつて極刑に処せられ、それにも拘わらず一般臣民は法制上何等の救済手段を有しなかった。これは当時ジョージ一世の下に制定された二法律によつて軍人は實際上通常裁判所における裁判から免除されていたからである。

一七七八年の反乱法により右の規定が、

上級将校の、いずれかの適法 lawful の命令に服従することを拒絶した者。

とされ、軍人の服従義務に關して制限が加えられた。一七四九年に至り議會における激論の結果逆に、上級将校のいずれかの適法の命令に服従しない。

と改正され、今日（海陸空軍とも）に及んでいる。

一七七六年のアメリカ連邦の軍刑法 Articles of War 第二篇第五条中に、右と同一規定を包含せしめている。これは当時イギリスで現行であつた一七七四年の反乱法第二節第五条の規定を何等の変更なく採用したものであり、以後数次の改正があつたが、何等の変更なく、一九五〇年五月五日大統領承認の「軍事司法の統一法典」中に及んでいる。

このような英米の法制とわが法制の相違は、太平洋戦争の敗戦による戦犯裁判に顕著に現われ、いく

アメリカ連邦

アメリカ連邦における軍法はイギリスの当該制度と大同小異である。一九五〇年五月五日大統領が承認した八一議會第二会期の立法である「軍事司法統一法典」Uniform Code of Military Justice を以て現行規

第八章 軍事命令及び規則

イギリス

イギリス国王は陸海空軍の最高の行政及び統帥に関する権能を有し、軍事に関する国王の意思は、他の政務におけると同様に、いくたの形式を以て発表されている。勅令又は枢密院令 Order in Council は、国王の特権か又は法律の委任に基いて発せられ、後者は一九四六年の法律 Statutory Instruments Act, 1946 第一節第一項により勅令により発せられるもの及び各省により発せられる命令を併せて Statutory Instrument と称することとし、国王が特権に基いて発する命令を区別せしめている。

法律の立案は財務省における「議会法律顧問」Parliamentary Counsel により立案され、右にかかげた委任命令の制定に関しては、前掲法律中に詳細規定されておるが、ここではその一々に言及しない。

国王の委任状又は辞令 Royal Warrants は、国王特権又は法律の委任によって、軍人の任命、進級及び給与等に関する事項を規定し、軍隊に対しては「海軍艦隊命令」、陸軍に対しては「陸軍命令」並びに空軍に対しては「空軍省週命令」として公示されている。

国王はたとえば陸軍法の委任又は特権により軍隊の指揮及び軍人の人事等軍事各般に関する細則的規

則又は施行規則を發する。これが王定規則 King's Regulation である。これら規則は軍隊 Military 以外の者には適用されない。

陸軍法及び空軍法等の委任に基いて發せられる命令は、制定されるとこれを議會に提出しなければならぬ。

王定規則が国王によって裁可されたときは、たとえば陸軍に関するものにあつては、軍事參議院 Army Council は、これを一冊子として發する。

陸軍省公報ともいふべき Army Orders は、軍事參議院によって、毎月末日一回發行され、軍隊に対する規則、命令及び訓令等を包含し、これに一々番号が附せしめられている。

陸軍公報は軍隊の編制、管区、訓練、人事及び紀律等に関する重要な訓令、とくに陸軍全般に渉る永久又は半永久的な性質を有する訓令を發するためにこれを用い、その改正も陸軍公報によってのみなされる。

陸軍公報中 Royal Warrants 以外において、国王の裁可を経た訓令等が存している。これらは主として国王の特權に基いている。過去数年間の陸軍公報について檢索綜合すると、次のような事項が包含されている。

- 一、編制
- 二、隊号及び軍隊建制順序等
- 三、植民地軍隊と本国軍隊の結合 Alliance
- 四、階級
- 五、服裝
- 六、軍隊の格言
- 七、連隊旗
- 八、給与
- 九、免役証
- 一〇、吊詞及び服喪
- 一一、勲章の授与、徽章、記章の制定及び授与並びに表彰等

軍事參議院訓令は陸軍公報以外において發表される決定であつて、同院の各部局から軍司令官等に対

して発せられ、陸軍公報と同様の形式で、週刊の冊子により発せられる。

海軍及び空軍において行われる形式等も右と大同小異であるからここには省略する。

アメリカ

連邦憲法第一条第八節第一四項により、議会は陸海軍の支配及び規制に関する規則制定権を有する。

大統領は同憲法第二条第二節第一項により陸海軍並びに連邦の勤務に服する民兵の総指揮者である。そして立法権に保留される諸権限は、大統領の総指揮官としての権限中に包含されないものと解するを正当とする。

軍事に関する議会の制定する法律及び最高裁判所の判決に次いで、権威あるものは、陸空軍にあって陸（空）軍規則 Army and Air Forces Regulations、海軍にあっては海軍規則 Navy Regulations である。

大統領は軍隊の総指揮者であって、陸軍（以下陸軍に関してのみ述べられる）のために規則を制定しこれを発する一般的且つ排他的な権限を有し、また行政部の首長として軍事に関する法律の施行規則を発することができる。これら命令の内容としては、軍事の処理及び軍事勤務に関する規則があげられる。これら規則は法律の委任の有無に拘わらず、法律から区別され、一定の強制力を有するけれども、法律に次ぐ権威しか有しない。そして法律と抵触することが許されない。その本来の適用範囲においてのみ法たるの効力を有し、それ以上に及ぶことはない。そして法であるけれども、国家の法 Law of the Land の一部分をなさず、また連邦法 Laws of the States の名称の下に包含されない。陸軍並びにこれに関係ある者に限って法たるの効力を有し、これらの者を拘束し且つ決定的である。

第二編

文権優越の運用

SAMPLE
Shoshi-Shinsui.com

第九章 法律の執行及び秩序の維持

概説

法律の執行及び秩序の維持のため、軍隊が文事官憲の援助のために出動するに際し、軍隊の行動が個人の自由に重大な関連を有することに関しては、とくに言及する必要が認められない。イギリス及びアメリカにおいては主として慣習法的に、フランスにおいては制定法的に軍隊は文権優越の下にこの任務につかしまれている。これに反してプロイセン・ドイツ及び日本の旧制においては、それぞれ独立にフランスの制度の影響を受けたものの、統帥権独立の下に文権優越の例外的措置を認め、それがために武権の優越をひきおこすに至った。

イギリス

イギリスにおける当該制度の沿革の研究は興味ある課題であるが、ここでは省略する。

軍人及び常人を同様に支配する、普通法 (Common Law) は、軍隊が文事官憲の援助に関連して、二つの義務を課している。まず第一に、各市民は、文事官憲が法及び秩序の執行のためにその援助を請求され

るときには、文事官憲の援助に赴かなければならない義務を有する。第二に、何人も必要以上に強力を使用することが許されない。

このような義務はあらゆる騒擾において、あらゆる人に対して適用される。

文事官憲の援助のために召集されたときに、法の見地からは、軍人はたとえ特別な組織及び装備を有することがあっても、他の市民から決して相達してはいない。そして軍隊の使用には必要以上に強力を使用するのとおそれが包含されている。

文事官憲の救援に応ずべき義務に関して、軍人その他の市民の間に法律的差違が存してはいないが、文事官憲が救援を請求しなかった騒擾に際し行動をとらなければならない義務が、執行官及び治安判事を除いて、常人には課せられてはいない。それにも拘わらず軍隊指揮官は王定陸軍規則^{*}によって行動をとらなければならない。そして文事官憲が反対の指示を与えたとしても、もし現実に必要なものであるならば、情況が命ずるように、軍隊指揮官は行動をとらなければならない。

^{*} このような場合は稀であつて、暴行的犯罪が犯され又は犯されそうなとき、目前且つ切迫している危険が生ずる例外な場合であり、軍隊指揮官の意見によつて即座の介入が要求される。これらの緊急に際し、指揮官が執行官から指示を受領しないでも（それが執行官の不在又は他の理由により）、その必要とする行動をとらなければならない。

秩序の維持及び騒擾の鎮圧の、第一位の義務は文事官憲に存している。文事官憲は他からの救援を含めて、その全力を以て、現に発生し又は発生のおそれがある事態を処理することができず又は直ちにそのおそれがあるときにおいてのみ、軍隊の出動を請求すべきである。

遠隔の地から出動の請求を受けた軍隊指揮官は、現実に関する、充分な情報を有しなくとも、請求に応じなければならない義務を有する。軍隊の到着に際し軍隊指揮官が現状を調査するの時間を有しないときに、もしも執行官がその直接の介入を要求するならば、指揮官はこれに介入しなければならない。そして指揮官はこの場合において法によって保護されるであろう。もしも到着に際し調査の時間が存するならば、指揮官はそれをなし、現状を知り且つその介入前に自己判断をなさなければならない。

騒擾の鎮圧のために軍隊が使用される場合において、行動がとらるべき決定がなされた後に、何人に責任が存するであろうか。すでに述べられたように、公の秩序の維持の第一位の義務は文事官憲に存している。それ故、指揮官は実行し得る、すべての場合において、執行官の指示に従うべきである。

けれども軍隊が処理し得る兵器又はそれら兵器の威力に関して、執行官は知らなければならない義務を課せられてはいない。それ故執行官は軍隊の介入を希望し且つ請求した特定の状況の下において、軍人によって使用さるべき強力の限度に関しては、最善の判断者ではない。それ故、執行官がもしも慎重に行動するならば、軍事的事項、とくに使用さるべき強力の場合に関しては、必ず指揮官の意見に聽従するがよいとされている。けれども第一位の責任は執行官に存しており、そしてかれがもしも現場にあるならば、その処理することができる文事的手段が現状を処理するに不充分であるときには、行動をとるべく指揮官に請求すべき義務を有する。

もしも執行官と軍隊指揮官がともに行動するならば、指揮官に対して行動せしむべく請求する義務は執行官に存する。しかしとらるべき行動、すなわち現状において要求される強力の場合は指揮官によって判断されなければならない。もしも指揮官が執行官からの行動をとるべき請求に基かず発砲し又はそ

第一〇章 非常事態の処理

概説

非常事態の処理に関し西欧においては、二つの措置が行われている。その一は非常法又は軍法 *Martial Law* 又は *Rule* と呼ばれ、英米両国において行われ、その他は合囲状態法又は戦時状態法であって、フランスに始められ、プロイセン・ドイツ及びわが国等において行われた。後者はわが国においては「戒厳」として知られている。「戒厳」とはシナに生じた表現であって、敵が来たるおそれがあるから備えをなすという意味を有しており、これが西欧の合囲状態法を呼称するために用いられている。

非常法とは本来の意味においては、通常の法の停止及び軍の裁判所による一国の全部又は一部の支配である。そして軍人の行為を規律し且つ常人には適用されない軍法並びに占領軍の司令官が占領地住民に押しつける法から差別されなければならない。

合囲状態法の下においては、非常事態に際し、議会が合囲状態を宣告し、国民の権利が停止され、通例の統治方式が変更せしめられ行政権又は司法権の全部又は一部が軍事官憲に従属せしめられる。

イギリス

イギリスの憲法制度の下においては、非常事態に関する恒久的な規定を有していない。

イギリス領土内における非常法の執行は、正確にいうときは、三種類に区分することができる。

(一) 法律の規定によるもの　たとえば一八〇三年の、アイルランドにおける反徒鎮圧法は、軍隊指揮官に対して、非常法に従い、死又はその他により、叛徒を処罰し得ることを認めた。そして裁判所もこの法律を遵守するより外に途がなかった。

(二) 法律の委任に基き執行官が非常法を執行するもの　一八六七年以前において、イギリス植民地では法律により叛乱又は侵襲に際し、総督が自己の判断に基き非常法を宣告することができた。

(三) 法律の授權に基かない非常法の執行

(い) 国王がその特権に基いて非常法の宣言をなすことができるとするもの　この説によると、国王は一定の危急に際しその特権に基いて非常法により通常法を停止し、その宣告をなすに際しての判断の錯誤は、議會又は政府（国王の代表者が宣告をなした場合）により非難されることができ、裁判所には出訴することができない。

(ろ) 国王は危急に際し非常法に代えるに、その専断的権力の使用をなすことができるとするもの　これは一六二八年の権利請願により認められたとなすものである。暴動に際し国王は国王及び臣民により負担された平和の回復には、実力を使用することができるとする、普通法による権利を有する。その結果に関しては通常裁判所が「必要」の基礎においてのみこれを免責することができる。

国王の特権説(い)においては非常法の宣告の事実が、非常法の適法性の唯一の限定要素であって、その反対説(ろ)に基づくときは、この宣告は単に通告にすぎず、法律上の効果をもたらすことはない。非常法の宣告は合囲状態の宣告とは全然相違し、後者の宣告のように将校兵卒に対して新しい権能を付与するものではなく、秩序の回復を政府が軍隊によりなさんとする注意又は警告を与えるにすぎない。必要が存在する限り、この宣告がなされないでも、秩序回復の手段の実施・強力の使用をなすことができ、宣告は単にある事実の存在の告知に過ぎない。

非常事態に際し治安維持のためとるべき抑圧的手段に関しては、イングランド(裁判所を含む)において承認され、その目的のためにする強力の使用は、国王が有する特権に基づくものであるとなす者があるが、これは国王が有する権力であるのみならず、忠良な臣民の権利義務であるとなすのが正確であろう。そしてアメリカにおいても、この点に関し種々の抑圧的手段が認められている。

暴徒鎮圧中軍事官憲は、必要の範囲において人民の殺傷をなすことができる。しかし暴動又は内乱の罪を犯した者に対して、刑罰的手段として、通常裁判所によることなく、軍事裁判所において処罰することができるとできないかに関し議論が存している。

アイルランド、英帝国内の国家及び王領植民地においては、イングランドとは異った慣行を生ぜしめている。各地の裁判官は常にすべての点において一致してはいないが、次の三点は英帝国の国法として成立しているようである。

(一) 戦争状態(内乱を含む)が現実に存在し又はその急迫している場所では、裁判所の全部又は一部が開廷していても、非常法は適法に存在する。

第一章 戦争の指導

概説

(一) 現代戦の形態 第一次及び第二次世界戦争は総力Total戦として戦われた。かつてクラウゼウィッツは、その著『戦争論』において、戦争の種々の形態を説いた。「絶対的形態における戦争」とは、国家がそれぞれの存在のためにする決定的な争闘であり、それ故国家は戦力においてのみならず、その内部的な精神的緊張においても、極限をもち出さなければならない。また、その側に種々の段階をつけられた、不徹底な戦争がある。ここでは一定の政治目標が追求され、交戦国は最高の犠牲をもち出さないで、その力の一部しか配置しない。あらゆる戦争には、その絶対的形態を受け容れる傾向が内在している。一国の僅かな努力が、敵国のより大きな消耗によって答えられ、敵国が更新した配置をもって凌駕したことによって、攻撃者はより強大な犠牲を余儀なくされ、遂に相互の強制によって、戦争の極度の形態が獲得される。しかし戦争の、この必然的傾向は、実現するとも限られない。数多い内外の妨害が存在しており、例外の場合においてのみ、戦争はその絶対的形態を獲得する。このようにして局部的戦争から総力戦が生ずる。総力戦においては、敵の撃滅及び自己の維持のために、極度の力を以て争闘される。

総力戦はどんな形態を有するであろうか。まず第一に、

(一) 一つの戦争が、あらゆる最後の予備の極限の力の緊張並びに配置の意味において、全体的であり得る。これが主観的総力戦である。また戦争が敵への作用の意味、撃滅的戦争手段のなにも顧慮しない配置の意味で、全体的であり得る。これが客観的総力戦である。

たとえば太平洋戦争は、アメリカにとっては主観的及び客観的総力戦であり、わが国にとってはアメリカに関する限りにおいては主観的総力戦であった。これはカイロ宣言及びポツダム宣言に包含されている条件によっても立証される。

(二) 一つの戦争は両面的又は片面的に総力戦となり得る。戦争は地理的状态、戦争技術、また支配的な政治的原則によつて、両面的に意識して制限され、割当てられ、勾配をつけられ得る。

(三) 戦争の性格は闘争の経過において、変質せしめられ得る。現にわが国に関する限りにおいても、満州事変から日華事変を経て、太平洋戦争の全経過において、戦争は総力戦として戦われるに至った。

(四) 終に戦争の全体性ととも、全体的ではない闘争及び力の測定の特別の方式も発展する。各国は明らかに危険が伴う総力戦を避くべく努力する。

西欧の等族制時代においては、戦争は客観の意味、絶対制時代においては主観の意味において、それぞれ全体的であった。前者においては、戦争は自己の全力を把握することなく、敵国及び敵国民に対して遂行された。後者においては、よく組織された自己国家の全力の把握の下に、敵軍隊に対してのみ戦争が遂行された。一九世紀に至つては、戦争は一つの形態を得た。すなわち主観的にも、また客観的に

も、全体性を失った。戦争は客観的には、常人、その財産及び経済をいたわって、単に軍隊に対してのみ遂行され、主観的には、その本来の軍事力だけに要求を制限した。

一八一五年以来西欧においては、戦争は僅少な例外となり、そして一つの憎むべき不自然な状態として感ぜられるようになって来た。人々は戦争を厳かな宣戦布告を以て開始し且つ国際法的制限を以てそれを閉じこめた。この世紀における戦争は僅少であり、また数月間の恐怖の下に終了した。非戦闘員的な人民たちは、そのときにおいては、法的に礼儀正しい戦争の保護の下にあって、戦争を観劇席からのように体験しながら、市民的生活の保障を体験した。このような状態の下においては、戦争の単一的指導の可能性は消失しなければならなかった。この時期における戦争指導の方式としては、統帥権の独立によるそれも妥当し得た。

ここで総力戦と国民戦の差異に関して一言されなければならない。国民戦争は総力戦に変容しやすい。国民戦争も敵の撃滅及び自己の維持のためにしか戦われない。国民戦争において始めて、すべての生活力の完全な緊張が可能となり、この緊張によって受動的な市民的存在から、政治的出来事への能動的参加が呼びおこされる。たとえばわが国においては、日清及び日露の両戦役は、国民戦争として戦われたが、未だ戦争の絶対的形態を現出するには至らなかった。

一九世紀における戦争の指導は、いわば軍隊の指導、戦略であった。戦争が全体性を獲得するに至ったときにおいては、このような戦争指導の方式はもちろん妥当するものではない。全体戦の下においては、陸軍指導の外に海軍指導及び空軍指導を必要とし、更にそれらを統合指導をなすべき三軍の単一指導が存在しなければならない。すでに述べられたようにアメリカ及びイギリス等においては、平時にお