

大日本帝国憲法 13 条 「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

久 保 健 助

一. 序説

本稿においては、大日本帝国憲法（以下、本稿では単に、帝国憲法という）13条に言われる「戦ヲ宣」する大権¹⁾が、憲法学においてどのような内容として理解されていたかについて検討する。その際使用するのは大正から昭和期にかけて比較的詳細な説明をなしている以下のテキストである（括弧内に示すのは筆者が使用したテキストの版・刷とその発行時点）。

- ① 市村光恵『帝国憲法論』初版大正4（1915）年11月（訂正増補再版大正9年9月発行）
- ② 美濃部達吉『憲法撮要』初版大正12（1923）年4月（訂正4版10刷昭和3年5月発行）²⁾
- ③ 美濃部達吉『逐條憲法精義』初版昭和2（1927）年12月（初版11刷昭和10年1月発行）
- ④ 佐々木惣一『日本憲法要論』初版昭和5（1930）年12月（2版昭和6年5月発行）
- ⑤ 清水澄『逐條帝国憲法講義』初版昭和7（1932）年8月（9版昭和11年1月発行）
- ⑥ 佐藤丑次郎『逐條帝国憲法講義』初版昭和17（1942）年12月（3版昭和18年3月発行）

また、外交大権と称される帝国憲法 13 条規定の大権事項の一つである「戦ヲ宣」する大権は、対外的な内容のものであってみれば、その解釈には相当程度国際法学的な知見が関係するであろう。したがって、上記諸家の議論とともに、当時の国際法学上の知見についても、関連する主要概念を中心に概観する。

結論としては、帝国憲法 13 条の「戦ヲ宣」する大権については、憲法学諸家の間において、その説明に用いられる主要な語の意味内容においての不統一ないし誤解誘発性が散見されること、また、それら諸家の解説においては、国際法学上の知見が（批判的にしろ肯定的にしろ）必ずしも充分には意識されていなかったこと、が了解される。

なお、本稿引用資料については、原則として正字を略字に改めた。

二. 憲法学における「戦ヲ宣」する大権についての解説

1. 市村光恵『帝国憲法論』 本論 第四篇 統治ノ作用 第四章 行政 第一節 天皇ノ親裁ニ依ル行政 第七款 外交大権 (866 頁～)

《天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス（憲法第十三条） 所謂外交ノ國務ハ国法ノ秩序ノ下ニ働クモノニアラスシテ国際法規ニ従フテ活動スルモノナルカ故ニ国法学ノ一分科タル憲法論ニ於テ詳論スルノ限りニアラス 然レトモ事ノ内治ニ重大ナル関係ヲ有スルモノニ付テハ之ヲ国際法学ニ委スル能ハス 其最モ著シキモノハ条約ナリ 憲法ノ説明トシテハ外交大権中ニ於テ唯条約ヲ論スレハ足レリ 是レ余カ以下単ニ条約ヲ論シテ其他ニ及ハサル所以ナリ

イ) 宣戦トハ他国ニ対シテ戦争ト称スル強力ヲ使用スルコトヲ宣言スル天皇ノ意思表示ナリ ロ) 此宣言ハ或ハ国民ニ対シテナスコトアリ 敵国ニ対シテナスコトアリ 又ハ第三国ニ向ヒテナスコトアリ 何レノ方法ニ依ルモ一國カ他国ニ対シテ戦争行為ヲ開始スルノ意思表示ナル以上ハ宣戦トシテ

其効力ヲ生ス 然レトモ宣戦ナケレハ戦争行為ヲナス能ハサルニアラス
 ハ) 宣戦以前既ニ開戦ノ事実アラハ其事実ハ宣戦ト同一ノ効力ヲ有シニ 当事
 国家ハ戦時国際法規ニ遵拠スルノ義務ヲ生シ又之レニ伴フ権利ヲ生ス 第
 三国モ亦中立ノ権利及義務ヲ有スルナリ 従テホ) 宣戦セスシテ戦争ヲ開始
 スルハ国際法ノ違反ニアラス 近来ノ実例モ亦多ク宣戦ナクシテ戦争ヲ開
 始スルコトニ一致セリ》

市村はまず「宣戦」とは「他国ニ対シテ戦争ト称スル強力ヲ使用スルコ
 トヲ宣言スル天皇ノ意思表示」であるとしている（下線イ）。後続の諸家の
 解説では、この大権の内容として開戦の「意思表示」に加えて、開戦の
 「意思決定」が挙げられることになる。

次に、この意思表示の相手方は、国民、敵国、第三国のいずれでもよく
 （下線ロ）、いずれに対する意思表示であっても「当事国家ハ戦時国際法規
 ニ遵拠スルノ義務ヲ生シ又之レニ伴フ権利ヲ生ス」る効果があるとしてい
 る（下線ニ）。

また、「宣戦」以前でも「開戦ノ事実」が「宣戦」と「同一ノ効力」を
 生ずるという（下線ハ）。ここでは、まず、「開戦ノ事実」の意味するところ
 が問題とされなければならない。これは、本稿での諸説の検討で常に問
 題となるところである。すなわち、「戦争」という語が、「事実としての武
 力行動」³⁾を指すのか、「国家間に戦時国際法が適用されるべき状態」を指
 すのかに注意して読解を進めなければならないことである。ここで「開戦
 ノ事実」（＝戦争の開始という事実）に言われる「戦争」は、前者すなわ
 ち武力行動を指すものと考えられる。それによって生じる「宣戦ト同一ノ
 効力」こそがまさに「当事国家ハ戦時国際法規ニ遵拠スルノ義務ヲ生シ又
 之レニ伴フ権利ヲ生ス」ること（後者の意味の「戦争」）であると言われ
 ているからである。

市村は、「従テ宣戦セスシテ戦争ヲ開始スルハ国際法ノ違反ニアラス」

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

と断言する。ここでも「戦争」は武力行動の意味と考えられる。後述するように、少なくとも明治 45 (1912) 年 2 月 11 日には、日本についても所謂「開戦ニ関スル条約」が発効しているのであり、同条約は武力行動に先立つ対手国への事前の通告を義務づけている⁴⁾。したがって、同条約の拘束を度外視しなければ成り立たない議論のように思われる⁵⁾。

2. 美濃部達吉『憲法撮要』 第十章 軍隊 第三節 戦争 一 開戦 (573 頁～)

《イ)開戦ヲ決スルハ国務上ノ大権ニ属シ、固ヨリ軍令権ノ範圍ニ属セズ、軍令権ノ作用トシテハ、唯出兵ノ準備ヲ整へ、出兵ノ命アルヲ待チテ、軍ノ行動ヲ指揮スルノミ。

ロ)開戦ノ大権ハ国際条約ニ依リ大ナル制限ヲ受ク、国家ハ一面ニハ戦争ヲ為サザル義務ヲ負ヒ、一面ニハ他国ト共同シテ戦争ヲ為スベキ義務ヲ負フ。就中国際連盟規約ニ依ル制限ハ最モ顯著ナリ。其他開戦ニ関スル条約(四五、条約三)ニ依レバ、締約国間ニ於テハ予告ナクシテ戦争ヲ開始スルヲ得ザルノ制限アリ。此等ノ制限ノ詳細ハ国際法ノ研究ニ譲ル。我が従来ノ憲法学説ハ往々大権ノ独立ヲ以テ我が憲法上ノ重要ナル原則ナリトシ、法律又ハ条約ヲ以テ大権ヲ制限スルヲ得ザルコトヲ主張スルモノアリト雖モ、法律モ条約モ共ニ大権ノ自ラ定ムル所ニシテ其制限ハ大権ノ自ラ加フル所ノ制限ニ外ナラズ、固ヨリ法律ハ議會ノ協賛ヲ要シ、条約ハ外国トノ協定ニ成ルモノニシテ、其一たび定メラレタル上ハ大権ノ任意ニ其制限ヲ除クヲ得ズト雖モ、憲法上ノ大権ハ敢テ絶対ニ無拘束ナルコトヲ憲法上ノ要件トナスモノニ非ズ 唯自己ノ意思ニ反シテ他ヨリ制限ヲ加ヘラレザルコトヲ要スルノミ。

ハ)外国ニ対シ開戦ヲ布告スルト共ニ又国内ニ向ヒ詔書ヲ以テ宣戦ヲ公布ス。宣戦ノ公布ニ依リ国法上戦時トナル》

美濃部のここでの解説は、直接的に帝国憲法13条の解説として書かれたものではなく、「開戦」の項での記述であるが、それが他の条文に関する説明と考えられるべき根拠はないであろう⁶⁾。

注目すべき第一の点は、「戦ヲ宣」する大権の内容として、開戦の意思表示のみならず（下線ハ）、その前提となる「開戦の決定」が挙げられていることである（下線イ）。美濃部は「開戦ヲ決スルハ国務上ノ大権ニ属シ、固ヨリ軍令権ノ範圍ニ属セズ」と述べている。そもそも統帥大権及び栄典授与が「慣習法上」国務大臣の輔弼の外に置かれるのを別として、国務上の大権はすべて国務大臣の輔弼によるべきものである⁷⁾。したがって、美濃部が敢えてこの点を強調し、さらに続けて、軍令権の作用は「唯出兵ノ準備ヲ整へ、出兵ノ命アルヲ待チテ、軍ノ行動ヲ指揮スルノミ」（下線イ）と述べる意図は自ずから明らかであろう。

次に「開戦ノ大権ハ国際条約ニ依リ大ナル制限ヲ受ク」とし、そうした制限をもたらす条約として、国際連盟規約、所謂「開戦ニ関スル条約」を挙げる（下線ロ）が、「此等ノ制限ノ詳細ハ国際法ノ研究ニ譲ル」というにとどめている。

そのうえで、開戦の意思表示について次のように説明する。「外国ニ対シ開戦ヲ布告スルト共ニ又国内ニ向ヒ詔書ヲ以テ宣戦ヲ公布ス。宣戦ノ公布ニ依リ国法上戦時トナル」（下線ハ）。

市村が「宣戦」は国民、敵国、第三国の何れかに対して行われた場合、または、武力行動が開始された場合、国家間に戦時国際法の適用開始の効力を生ずるとしているのに対し、美濃部は国内に向かつての「宣戦」の公布によって「国法上戦時」となるというのである。美濃部はここで《国際法上》の戦時限界についてはふれず、「国法上」のそれにのみ言及している。すなわち、詔書による「国内ニ向」けての「宣戦ノ公布」が「国法上」の戦時限界となるという。明言されていないが、《国際法上》の戦時限界はこれとは異なる、または異なりうるという含意を読み取ることが

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

できよう⁸⁾。

ここで美濃部が用いる「戦争」（「開戦」における「戦」を含む）の語は、国際連盟規約による制限を受け、あるいは外国に対する開戦の布告を伴うべきものと言うのであるから、単なる武力行動ではなく、国家間に戦時国際法が適用されるべき状態を指しているものと推測される⁹⁾。

ここでの「宣戦」という語の独特の用法にも注意したい。「戦ヲ宣」する大権の内容を総称する語としては「宣戦」ないし「宣戦大権」といった言葉は用いられず、「開戦ノ大権」という用語がなされている。そして、「宣戦」という語は、「国内ニ向ヒ詔書ヲ以テ宣戦ヲ公布ス」という箇所でも用いられている。ここでの「宣戦」は、「開戦ヲ決」し、「外国ニ対シ開戦ヲ布告」することを指す。その決定・布告と「国内ニ向ヒ詔書ヲ以テ宣戦ヲ公布」する行為を加えて、「戦ヲ宣」する大権の内容の全体となるものと考えられているのであろう。

3. 美濃部達吉『逐条憲法精義』 天皇 第十三条 第二 宣戦講和 第二『戦ヲ宣シ和ヲ講シ』（256 頁～）

《宣戦と講和との中、講和の方は常に条約に依つて行はるゝのであつて、随つて『諸般の条約を締結す』といふ中に包含するものとも見られ得るものである。1) それが特に別に規定せられて居るのは、唯戦争を終結する行為であるから、宣戦と相対するものとして、竝べて規定してあるだけの意味に過ぎぬ。随つて講和のことは条約の場所に譲り茲には専ら宣戦に付いて述べる。

ロ) 宣戦は戦争開始の意思を決定する行為と、その意思を表示する行為とに分れる。その表示の行為は更に対手国に向つての表示と国民に向つての表示との二の行為に分離せられる。

ハ) 戦争開始の意思の決定は、専ら政府内部の行為で、閣議の決定に基き総理大臣から上奏して勅裁を得て決せられるのである。それは勿論内閣の

責任に属する行為で、国務大臣の輔弼に依つてのみ決せられ得べきことは言ふまでは「マ」ない。勿論戦争にして一たび開かれた上は、その目的の遂行は一に軍隊の力に依るのであるから、参謀本部や海軍軍令部もその議に預かることは当然であり、国の大事であるから聖旨に依つては尚元老又は元帥府にも御諮詢になることも有るが、それ等は唯参考とせらるゝに止まり、憲法上その責に任ずるものは一に国務大臣である。

開戦は国務大臣の輔弼に依り勅定せらるゝのであるから、閣議に依る勅命を待たずして、軍隊が直接にニ)事実上の戦争行為を開始することは、正当防衛の場合の外は、許されない所である。[中略]

ホ)開戦の決定は、天皇の大権に属する行為であるが、その大権は必ずしも無制限ではなく、それには条約上の制限が有り得る。その制限は積極的に戦争を為すべき義務と消極的に戦争を為さゞる義務とに分ち得る。前者は殊に攻守同盟条約に依つて設定せらるゝもので、…後者は国際連盟規約に依つて定められて居る…。[中略]

ハ)開戦の決定は単個の行為であるが、それが外部に表示せらるゝには、開戦が一面には国際法上の効果と一面には国内法上の効果とを生ずる行為であることの性質に基き、二の行為に分離して行はれる。ト)一は敵国に対する宣戦の行為であり、一は国民に対する宣戦の布告である。

キ)敵国に対する宣戦の行為は、対外的の行為であるから、国際法に従つて行はれねばならぬ。従来は此の点に付いて成文法規の定なく、必ずしも形式的に開戦の意思を通知することを要せず、事実上に戦争行為を開始することに依りて開戦し得べきものとせられて居た。明治二十七年の日清戦役及び明治三十七年の日露戦役は、共に事実上の戦争行為に依つて開戦せられたのである。明治四十五年の開戦に関する条約（四五年条約第三号、明治四十年海牙に於て議定、四十四ヶ国加入）に依り、締約国相互の間には正式の通告なくして開戦しないことを約した。[中略]

リ)国民に対する宣戦の布告は、詔書を以て公布せられる。それは敵国に

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

対して既に開戦せられた後直に発表せらるゝもので、マ)開戦せられたこと
の事実を国民に宣示し、以て国内法上に戦時の状態に入れることを明白な
らしむるのである。勿論、此の詔書に依つて始めて [マ] 戦時に移るの
ではなく、ル)事実上に戦争が開始せられたならば、当然戦時となるのである
が、此の詔書に依つてそれが国民に対し明示せられるのである》

美濃部の「戦ヲ宣」する大権についての説明はその大筋においては、
『撮要 初版』『逐条』において一貫している。すなわち、この大権の内容
は、【A】戦争開始の意思決定と相手国への戦意の表示、及び【B】開戦の
国内に向けての表示であるということになる。

そのことを『撮要 初版』では、〈a〉開戦を決する行為と外国に対する
開戦の布告の行為、〈b〉国内に向かい詔書を以て宣戦を公布する行為、
として説明され、『逐条』では、〈a〉戦争開始の意思決定と敵国に対する
宣戦、〈b〉国民に対する宣戦の布告、として語られるのである。

【A】の部分は、後述する国際法学上言われる開戦、すなわち国家間に
戦時国際法が適用されるべき状態への移行のモメントとなる行為にあたる。
これに【B】開戦の事実を国内に向けて知らしめる行為が加わって、「戦
ヲ宣」する大権の全容となる。

そうした大筋を前提に両書における異同についてみると次の通りである。

下線ロ)では、この大権が戦争開始の意思決定とその意思の表示の二つの
行為からなっていることが、『撮要 初版』における説明より明確に表現さ
れている。そのうち後者がさらに対外的なもの和对内的なものに分けられ
るとする点は前著と同様である。

下線ハ)では、戦争開始の意思決定が国务大臣の輔弼に依って決せられる
べきものであるという点は前著と同じであるが、より具体的に決定の方式
に言及されている。すなわち、「閣議の決定」→「総理大臣による上奏」→
「勅裁」というルートである。

また、前著では「開戦ノ大権」への「国際条約ニ依ル」あり得べき制限について、「詳細ハ国際法ノ研究ニ譲ル」とされたが、本書では「開戦ノ決定」への制限とその表示における制限に分けて、詳細に説明されている(下線イ)。この点は次に見る佐々木の説明と好対照をなしている。

そのほか、開戦行為が軍令ではなく、国務に属する大権であること、開戦の国内的宣布が「詔書」を以て為されるべきこと、これらも両書に共通して述べられている。

次に、前著との相違点について見る。

第一は、「戦争」の用語法である。前著では、事実としての武力行動を指すのではなく、国家間に戦時国際法が適用されるべき状況、を指す語としてのみ用いられていた。しかし、『逐条』では、これとは別に、「勅命を待たずして、軍隊が直接に事実上の戦争行為を開始することは…許されない」(下線ニ)、「事実上の戦争行為に依りて開戦し得べきものとせられて居た」(下線イ)、「事実上に戦争が開始せられたならば、当然戦時となる」(下線ル)という言い方がされている。一読して了解できるように、いずれも事実としての武力行動の意味であろう¹⁰⁾。しかし、容易に読み替えが可能であるとしても、説明中の最重要とも言える語が、断りなく前著と異なった語義でも用いられる点はミスリーディングと言わざるを得ない。なお、後二者の言明については、その内容の妥当性についても疑問の余地がある。この点についてはすぐ後に述べる(本項第三)。

第二に、「宣戦」の用語法である。ここでは一つの語が一連の説明の中で、2つの異なる意味で用いられている点が問題となる。『撮要 初版』では、「宣戦」の語は、「開戦の決定と外国に対する開戦の布告」を指す語として用いられていたが、『逐条』では、2つの意味で用いられている。

まず、①下線イ)及び下線ロ)冒頭では、この大権の内容全体を指して用いられている。すなわち、「戦争開始の意思を決定する行為と、その意思を表示する行為」を包括する語としてであり、これは前著の用法とは異なる。

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

②下線ㄱ)において「国民に対する宣戦の布告は…」と用いられる。これは『撮要 初版』と同じ用法であって、国民に布告すべき内容、すなわち、開戦の決意と敵国への開戦の布告を指している。下線ㄱ)の冒頭で「敵国に対する宣戦の行為」という場合も同様と見てよいであろう。宣戦の語が、広狭二義で用いられている。

第三は、いずれの時点をもって戦時限界とするかについての説明である。『撮要 初版』では、「国内ニ向」けて詔書を以てなされる「宣戦ノ公布」が《国法上》の戦時限界となる、と明言されていたが、ここでは、当該詔書にかかる効果があることが否定されている。この詔書は、「開戦せられた後直に」出され、「開戦せられたこと的事实を国民に宣旨し、以て国内法上に戦時の状態に入れることを明白ならしむる」と言うのである。この叙述からすれば、この時点で既に「国内法上」戦時に入っていると考えられているようである。では、その時点はいつであるのか。

この点については、所謂「開戦ニ関スル条約」以前は、「事実上に戦争が開始せられ」る（既述の通り、武力行動の開始を意味する）ことをもって「開戦」となるものとされていたが、同条約締結後は、相手国への宣戦又は条件付き開戦宣言を含む最後通牒の前置が義務づけられたから、国際法上はこれらの行為によって戦時に入ると考えられているようである。

これとは対照的に国内法上の戦時限界については、事実上の戦争の開始により戦時となると言われるのであるから、国内法上のそれについては武力行動の開始時点に置かれると考えられていると見られる。

4. 佐々木惣一『日本憲法要論』 第三編 大日本帝国ノ作用 第五章 大権作用 第七節 外交大権ノ作用 (689 頁～)

《天皇ハ (一) 戦ヲ宣シ和ヲ講ジ、(二) 諸般ノ条約ヲ締結シタマフ (帝国憲法第十三条)。(一) ヲ和戦大権ノ作用ト云ヒ、(二) ヲ条約大権ノ作用ト云フ。

第一 和戦大権ノ作用。イ)天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講ジタマフ。前者ヲ宣戦大権ノ作用ト云ヒ、後者ヲ講和大権ノ作用ト云フ。(一)ロ)戦ヲ宣ストハ戦争開始ノ意志 [マ] ヲ決定シ之ヲ宣言スルコトヲ謂フ。故ニ単ニ戦争ヲ開始スルコトヲ決定スルコトモ、又、之ヲ決定シテ之ヲ宣言スルコトモ共ニ天皇ノ大権ニ属ス。ハ)戦争ナル事実上ノ行動ヲ開始スルコトニ付テハ帝国憲法何等言及スル所ナキモ、固ヨリ天皇ノ大権ニ依テ命ゼラルベキナリ。之ヲ開始スルニ必ず先ズ宣言スルコト即チ宣戦ヲ要スルヤ否ヤニ就テハ、之ヲ国際間ニ於ケル拘束トシテ考フルト、国内ニ於ケル拘束トシテ考フルトヲ分ツヲ要ス。国際間ニ於ケル拘束トシテ宣戦ヲ要スルヤ否ヤハ全ク国際法ノ法理ニ依テ決セラルベク、帝国憲法ノ問題ニ非ズ。国内ニ於ケル拘束トシテハ宣戦ヲ要スルコトナシ。ニ)国際法上宣戦ヲ要スルトセラルトモ是レ唯国家ガ一般ニ国際法ニ拘束セラルト場合ノ一タルニ過ギズ。(二)和ヲ講ズトハ外国ト和スルコトヲ謂フ。是レ天皇ノ大権ニ属ス。

ホ)宣戦大権ノ作用ハ処分トシテ行ハル。此ノ処分ハ詔書ノ形式ニ依リ是ヲ公布スルヲ例トス。之レヲ宣戦ノ布告ト云フ。是レ国民ニ宣戦アリタルノ事実ヲ告グルノ行為ナリ。講和大権ノ作用ハ通常外国ト条約ヲ締結スルノ行為トシテ行ハル。

戦ヲ宣シ和ヲ講ズルノ作用ハ天皇之ヲ他ノ機関ニ委任シタマフコトヲ得ズ。》

上述のように、市村、美濃部の解説においては、①開戦の意思決定への言及の有無、②大権行使に対する条約による制限、③戦争の始期（戦時限界）、④「戦争」の概念、といった主要な点に不一致が見られるのであるが、佐々木においてもまた、前二者とは異なる説明が散見される。

佐々木は「戦ヲ宣ストハ戦争開始ノ意志ヲ決定シ之ヲ宣言スルコトヲ謂フ。故ニ単ニ戦争ヲ開始スルコトヲ決定スルコトモ、又、之ヲ決定シテ之ヲ宣言スルコトモ共ニ天皇ノ大権ニ属ス」（下線ロ）という。開戦の意思決

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

定とその意思の表示が、「戦ヲ宣」する大権の二つの内容として扱われている点で、前述の美濃部の説明と一致している¹¹⁾。

しかし、国際法上の拘束についての解説はその趣を異にしている。すなわち、下線ハの部分である。佐々木は先に「戦ヲ宣ストハ戦争開始ノ意志ヲ決定シ之ヲ宣言スルコトヲ謂フ」という言い方をしている（下線ロ）。確かに帝国憲法 13 条は「戦争開始」について定めているのである。ところが、下線ハでは、「戦争ナル事実上ノ行動ヲ開始スルコトニ付テハ帝国憲法何等言及スル所」なし、としている。したがって、下線ロの「戦争」と下線ハの「戦争ナル事実上ノ行動」は異なる内容を指していることにならざるを得ない。前者は「国家間に戦時国際法が適用されるべき状態」を指し、後者は「事実としての武力行動」を意味すると考えてよいであろう。

そうであるとすれば、上記佐々木の説明の意味は、次の如くであろう。何らかの武力行動を開始することも天皇の大権に依るが、それは「戦ヲ宣」する大権の内容ではない。

つづけてすぐ、「之ヲ開始スルニ必ず先ズ宣言スルコト即チ宣戦ヲ要スルヤ否ヤ」（下線ハ）。武力行動を開始するにあたって、予め「宣戦」（国家間に戦時国際法が適用されるべき状態に入ると言う意味での「開戦」の意思決定とその表示）を要するかと言えば、憲法自体はそのようなことを命じてはおらず、拘束がありうるとしても、それは専ら国際法上の問題である、ということである。ここでは明らかに所謂「開戦ニ関スル条約」の拘束が意識されているのである（後述三の 4. に見るように、同条約は実は「開戦」ではなく、「武力行動」の開始に関する条約であったことについての佐々木の正確な認識が伺われる）。そうであれば、ここでの武力行動開始前の「宣言」とは、相手国への通告を意味することになる。それが武力行動開始前になされるべきか、それがここでの問いである。

したがって、「全ク国際法ノ法理ニ依テ決セラルベク、帝国憲法ノ問題ニ非ズ。国内ニ於ケル拘束トシテハ宣戦ヲ要スルコトナシ」と言われてい

るのもこの《武力行動開始前の相手国への通告》である。ここでの叙述は、一見相手国への通告一般を不要としているようにも見えるが、そうではない。帝国憲法13条が命じる「戦争開始の意志」の宣言には、国内的宣言のみならず、その前提としての相手国への開戦意思の宣言が含意されているというのが佐々木の本意であろう。そうでないとすれば、詔書によって「国民ニ宣戦アリタルノ事実ヲ告グル」に言われる宣戦の内容は単に「戦争開始ノ意志ノ決定」ということになり、冒頭の宣戦の定義と明らかに食い違ってしまうからである。

また、事実上の武力行動を開始するについて帝国憲法13条自体は何らのことも命じていないのだから、国際法上如何なる拘束であろうと頓着する必要はない、という意図でも勿論ないであろう。上記の部分に続けてすぐ「国際法上宣戦ヲ要スルトセラルモ是レ唯国家ガ一般ニ国際法ニ拘束セラル場合ノ一タルニ過ギズ」と述べている（下線二）のであって、条約の締結国である以上は、その拘束に反する行為を為すべからざることは当然のこととされているのである。

既に見た美濃部の見解、後述の清水、佐藤の解説においても、条約上の拘束についての説明が特段の留保なくなされているのと比較するとこの点は佐々木に独特の解説である。

そうして佐々木は、開戦の意思決定と当該意思の相手国への通告がなされた後に「宣戦大権ノ作用ハ処分トシテ行ハル。此ノ処分ハ詔書ノ形式ニ依リ是ヲ公布スルヲ例トス」と言う（下線ホ）のである。

佐々木の説明においても美濃部『逐条』と同様に、「宣戦」の語が広狭二義に用いられている。冒頭で「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講ジタマフ。前者ヲ宣戦ノ大権ノ作用ト云」うというのであるから、この場合の「宣戦」は、この大権の内容全体を表現しているに違いない。「単ニ戦争ヲ開始スルコトヲ決定スルコトモ、又、之ヲ決定シテ之ヲ宣言スルコトモ共ニ」含意されていることになる（広義の宣戦）。一方で、上述した詔書による「宣戦

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

の布告」が「是れ国民に宣戦ありたるの事実を告ぐるの行為」とされるのであって、この場合の「宣戦」は広義の宣戦から、「宣戦の布告」を引き去った内容、すなわち、開戦の決意と相手国へのその通告である（狭義の宣戦）。

佐々木は、戦時限界に関しては何ら触れるところがない。これもまた上記の武力行動前の相手国への通告同様、憲法によるものではなく、国際法に準拠すべきものとの考えからであろう。

5. 清水澄『逐條帝国憲法講義』 第一章 天皇 第十三条 天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス (151 頁～)

《イ）本条ハ宣戦講和ノ大権及条約締結ノ大権カ天皇ニ専属セルコトヲ明定シタリ

[中略] 然レトモ国家ハ其ノ自主ノ生存發展ヲ擁護スル為メ已ムヲ得スシテ武カヲ使用シ戦争ノ手段ニ出ツルコトナキヲ保セスロ）宣戦トハ国家カ武カヲ行使セントスル時対手国ニ対シテ之ヲ宣告スルコトヲ謂フ

宣戦ハ明確ナル文書ヲ以テ対手国ニ通告スヘク小策詭計ヲ以テ戦争ヲ開始スヘカラサルコト人道ノ大義ナリハ）明治四十年十月和蘭国海牙ニ於テ開催シタル第二回萬国平和會議ノ可決セル開戦ニ関スル条約ハ締約国ハ理由ヲ附シタル開戦宣言ノ形式又ハ条件附開戦宣言ヲ含ム最後通牒ノ形式ヲ具フル明瞭ナル通告ヲ為シタル後ニ非サレハ其ノ相互間ニ戦争ヲ開始スヘカラサル旨ヲ規定セリニ）我カ国カ昭和六、七年滿州及上海付近ニ出兵シタル際宣戦ノ通告ヲ為ササリシハ所謂国交断絶ニ依ル国家間ノ戦争ニ非スシテ我カ居留民保護ト權益擁護ノ為メニ国家警察権ノ発動ニ依リ匪賊ヲ討伐シタルニ過キササルカ為メナリ

ホ）宣戦ハ明瞭ニ対手国ニ通告スルヲ要スルト共ニ広ク之ヲ中外ニ布告スヘキモノニシテ我カ国ニ於テハ詔書ヲ以テ公示スルコトト為セリ宣戦大権ノ発動ニヨリテ其ノ布告アリタルトキハ当事国間ノ関係ハ直ニ平和状態ヨリ

交戦状態ニ移ル従テ平時交換セル外交官ヲ召還シ領事官ヲ引揚ケ一切ノ平和關係ヲ断絶ス然レトモ当事国間ノ条約ハ宣戦ニヨリテ直ニ其ノ効力ヲ消滅スルモノニ非ス其ノ平和状態ヲ基調トセル条約ハ効力ヲ失フモ戦争ニ関スル諸条約ハ依然其ノ効力ヲ有シ経済的条約ハ戦時中其ノ施行ヲ停止セラルヘキモノト解スルヲ通例トス [中略]

国家間往々戦ヲ宣スルニ至ラスシテ国交ヲ断絶スルコトアリ敵国ノ同盟国ニ対スル關係ニ於テ多ク其ノ例ヲ見ル国交断絶ノ理由其ノ終始効果等ハ宣戦ノ場合ニ準ス

我カ国宣戦ノ布告ハ従来総國務大臣之ニ副署シ詔勅又ハ詔書ノ形式ヲ以テ為シタリト雖憲法ハ其ノ形式ニ付テ何等規定スル所ナキヲ以テ勅令ヲ以テ之ヲ布告スルモ違憲ニ非サルナリ [以下略]

清水は、「宣戦トハ国家カ武力ヲ行使セントスル時対手国ニ対シテ之ヲ宣告スルコトヲ謂フ」と端的に定義する(下線¹⁾)。美濃部、佐々木のように宣告の前提となる開戦の意思決定には特に言及していない。

次いで所謂「開戦ニ関スル条約」が、締約国に「理由ヲ附シタル開戦宣言ノ形式又ハ条件附開戦宣言ヲ含ム最後通牒ノ形式ヲ具フル明瞭ナル通告ヲ為シタル後ニ非サレハ其ノ相互間ニ戦争ヲ開始スヘカラサル旨ヲ規定」したことに言及する(下線²⁾)。そのすぐ後に、昭和6,7年の出兵の際に宣戦をなさなかった理由を挙げていることからして、当該条約が宣戦の大権に対する拘束力を持つものと考えていることが伺われる。

下線³⁾においては、「宣戦」が対手国に対して明瞭になされるべきに止まらず、「広ク之ヲ中外ニ布告スヘキモノ」であるという。「宣戦」は対手国への開戦の意思表示であることは既に述べられているから、ここでの中外への「布告」は、対手国への開戦の意思表示がなされたことを第三国及び国内に対して告げる行為である。そして、この「布告」は「詔書ヲ以テ」なされるが、当該「布告」は「宣戦大権ノ発動ニヨル」ものであるという

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

のであるから、清水における「宣戦大権」は、相手国への武力行使の宣告とその宣告の事実を第三国及び国内に布告することを内容とする大権ということになる。

清水のこうした説明における「宣戦」及び「戦争」の用法を確認してみよう。まず、「宣戦」については、冒頭（下線¹）に明確な定義が示しており、単独で「宣戦」という語が用いられている限りでは、すべてこの定義の通りの意味である（狭義の宣戦）。ただし、下線¹における「宣戦講和の大権」及び下線²における「宣戦大権」のように「戦ヲ宣」する大権を指称する語の中で用いられる際には、それに加えて中外への「布告」という要素が加わる（広義の宣戦）のであり、結局広狭二義に用いられていることになる。

他方「戦争」については、武力行動と読み替えるべき用法が原則となっているが、下線²において「国家間ノ戦争ニ非スシテ」といわれる箇所は、単に武力行動と読み替えることは適切ではないように読める。すなわち、この場合は、国家間に戦時国際法が適用されるべき状態の意味と解さざるを得ない。清水にあっても二様の用法がなされていることになる。

国際法上の戦時限界に関しては、下線²に明示されている。清水にあつては、相手国への武力行動開始の宣言（狭義の宣戦）をなしたことを詔書を以て中外に公示すべき「布告アリタルトキハ当事国間ノ関係ハ直ニ平和状態ヨリ交戦状態ニ移ル」とされるのである。ここでは詔書に依る布告をもって国際法上の戦時限界とされている。

6. 佐藤丑次郎『逐条帝国憲法講義』 天皇 第十三条（142 頁～）

《本条は戦を宣し和を講ずるの大権及び条約を締結するの大権について規定したものである。

第一 イ)戦を宣す と謂ふは、戦争を開始するの意思を決定して、之を中外に宣布することである。故にロ)戦を宣する行為は戦争開始の意思の決

定と中外に対する其の意思の宣布とに分れるが、共に天皇の大権に属するのである。元來戦争の開始は国家竝に国民に最も重大なる影響を及ぼすのであるから、欧米諸国の憲法は多くは議會をして其の意思の決定に干与[マ]せしむるのである。一八七一年四月の独逸国憲法は其の異例であつて、戦を宣するには連邦の領土又は其の沿岸に攻撃を受けた場合の外連邦参議院の同意を要すと定めた（一一條二項）が、一九一九年八月の独逸国憲法は之を改めて、ハ)戦を宣するは国の法律に依るべきものとし（四五條二項）、従て連邦参議院の同意のみならず、予め議會の同意を経るを要することとしたのである。然るにニ)帝国憲法は之を天皇の大権に属せしめ、國務大臣の輔弼に依り戦争開始の意思を勅定すべきものとし、全く帝国議會の之に干預[マ]することを許さないのである。固より交戦に要する経費は予算を以て議會の協賛を経べきであり、議會は之に依りて軍事行動に付き間接に干預するのであるが、其れは総て戦を宣した後のことである。

ハ)戦争開始の意思決定せられたるときは、直ちに之を当事国に通告することを要するのである。ハ)従來は戦争開始の手續を定めた成文の法規がなかつたから事実上の交戦に依り戦争を開始し得べきものとせられ、現に明治二十七年の日清戦争及び明治三十七年の日露戦争は共に事実上の交戦に依りて開始せられたのである。然るにト)明治四十年十月和蘭国海牙に於て開催した第二回万国平和會議は、開戦に関する条約を議定し、其の第一条に「締約国は理由を附したる開戦宣言の形式又は条件附開戦宣言を含む最後通牒の形式を有する明瞭且事前の通告なくして其の相互間に戦争を開始すべからざることを承認す」と定め、而して我が帝国は四十余箇国と共に此の条約に加入したのである（明治 45 年条約 3 号）。チ)大正 3 年の日独戦争開始前に、帝国政府がドイツ国政府に対し条件附最後通牒の形式を有する通告をなしたのは、全く此れが為めである。

リ)戦争の開始は当事国をして国際法上修交關係より交戦關係に移らしめ、且つ其の国民をして国内法上平時状態より戦時状態に入らしむるのである

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

から、広く之を中外に宣布すべきであり、我が帝国に於ては詔書を以て之を公布するのである。〔以下略〕》

佐藤の説明における大きな特徴は、「宣戦」の語を一度も用いていないことである。下線イ、ロ、ハの何れの箇所も「宣戦」に置き換えても文章上は不自然でないように思われる。そこには一定の意図が感じられるのであるが、その詮索は後に譲る（本稿四の 2. 参照）。

佐藤もこの大権の内容を「戦争を開始するの意思を決定して、之を中外に宣布すること」すなわち、開戦の意思決定とその表示の行為であるとす美濃部、佐々木と同様の見解である。

開戦の意思決定については、議会の関与の排除を強調するとともに、「國務大臣の輔弼に依り戦争開始の意思を勅定すべきもの」であることを明示している（下線ニ）。

この大権に対する条約上の制限として、所謂「開戦ニ関スル条約」が「戦争開始ノ意思決定セラレタルトキハ、直チニ之ヲ当事国ニ通告スルコト」を求めているとしている。美濃部とは異なり、条約による大権の制限の可能性に関する議論にはふれておらず、条約に依る制限を所与としているかに見える。これは清水においても同様であった。

佐藤の「戦争」という語の用法であるが、一貫して、国家間に戦時国際法が適用されるべき状態を指して用いられている（下線イ、ロ、ニ〜リ）。武力行動に対応する用語として「事実上の交戦」という語が用いられており（下線ハ）、両者の意識的な区別がなされているようである。

詔書の公布を以て「戦争の開始」を広く「中外に宣布」と述べられている（下線リ）から、戦時限界については、詔書の公布に先立つ行為、すなわち戦争開始の意思の「当事国への通告」（下線ホ）の時点がそれであると考えられているのであろう。この点でも佐藤の説明の前提には、所謂「開戦ニ関スル条約」がおかれているのである。

三. 関連する国際法学の知見

本節では、おおよそ帝国憲法制定から昭和初期（19世紀末から20世紀初頭）にかけての時期における国際法学上の知見を参照してゆくことにしよう。憲法学説における用語法が国際法学説におけるそれと異なっているとしても一概にその何れかの正誤を断ずることは出来ない。しかし、「戦ヲ宣」する大権に関するごとく、両学の関係が理論上極めて密接な関係にある（少なくとも、密接な関係にあるべき）場合には、正誤を断ずることは出来ないとしても、その異同に学説理解の重要な鍵が見出せるように思われるからである。¹²⁾

1. 戦争の概念

立作太郎は、「戦争とは一国家が相手国の抵抗力を挫き自己の主張を貫く為に、相手国に対して平時に於て許されざる加害手段を行ふことを認めらるゝ二又は二以上の国家の間の状態」¹³⁾とし、別の箇所ではより端的に「交戦国が戦争法規の許す加害手段を行ふことを認めらるるに至る状態または関係」¹⁴⁾としている。

田岡良一は、「法律的観点から見れば戦争は、戦時国際法の適用を受ける国家間の関係である」¹⁵⁾という。

この説に従えば、戦争の開始（開戦）とは、国家間に戦時国際法が適用される状態の始まりをいう¹⁶⁾。これらの説は「状態説」と称される。

一方、国際法における戦争については、国家間の武力衝突、すなわち、武力行動そのものを指すという見解があった。これが戦争の定義における所謂「行為説」（「闘争説」）である。そして、注意すべきことに、立によれば、「普通の国際法の教科書」はこの説にて「満足して居る」¹⁷⁾、あるいは、闘争説を以て「普通の見解」¹⁸⁾としている点である。

しかし、現実には、相手国に対する開戦通告（国際法上の用語法での

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

「宣戦」。本節 2. 参照) により、明確に国家間に戦時国際法が適用される状態が開始した後にも当事国間に何等の武力行動も生じない場合や停戦合意により武力行動が停止された後にも講和がなるまでは国家間に戦時国際法が適用される、という状況がある。この説に従うと、こうした状況を「戦争」の範疇から除外することになる点で維持困難とされる。

立、田岡、信夫淳平等はいずれも「状態説」に立っているのである¹⁹⁾。

2. 宣戦と宣戦布告

両者は戦前・戦後を通じて、しばしば同じ意味に用いられるが²⁰⁾、少なくとも法律用語としては、明確に区別して用いなければならない。

立は「開戦宣言 (declaration of war) 即ち宣戦」²¹⁾ としたうえで、その「開戦宣言の語は、一方の国より相手国に対して戦争開始を告ぐるの意思表示を表はすべきものなるも、又国内の開戦の布告を指すに用ひらるることがある。この語は又稀には、中立国に開戦の事実を通知するの通告を指すに用ひらるることがある」という²²⁾。ここで明らかに宣戦という語が本来「相手国に対して戦争開始を告ぐる意思表示」を意味していることが明らかにされている。

また、立は、「或は一方の国の其国内における国人に対する宣戦の布告に依る戦争の開始を認むるあり。然れども国内の宣戦の布告は国際関係上直に戦争状態を惹起すと云うを得ず」²³⁾ と述べている。次項でも確認する通り、国際法上の用語法としては、宣戦すなわち相手国に対する開戦の意思表示があれば、そのなされた時点で戦時限界となるのである。一方、国内に向けた宣戦布告が戦時限界をなすのは、一切の開戦意思の表示がなされないまま武力行動が開始された後に、宣戦布告が為された場合のみである。これについても詳細は次項を参照されたい。

田岡は、18 世紀以降の戦争の歴史においては「武力行動の開始と同時にまたはその直後に、戦争開始の事実を国内に布告して国民にこれを知らせ、

また中立国の大公使にもこれを伝達することは、原則として行われた。これを宣戦布告 (manifesto or proclamation of war) という。…一九一四年のドイツとの戦争が、一週間の期限を付した条件付宣戦通告によって開始されたのを除いて、相手国政府への宣戦、すなわち declaration of war は日本によって行われたことはない²⁴⁾としている。

3. 戦争の開始

如何なる場合に、国家間に戦時国際法が適用されるべき状態、すなわち

1. の状態説に言われる意味での戦争が開始されたと認識されるか。換言すれば、国家間に平時国際法が適用されるべき状態から、戦時国際法が適用されるべき状態への移行は、どのような場合に認められるのか、という問題（「戦時限界」の決定の問題）である。

この点については、国際慣習法上、一国による戦争を開始する意思（戦意 *animus bellandi*）の表示による、とされている。田岡は、「此の国家意思（戦意 *animus bellandi*）は外部に何等かの形をとつて表示せられることを必要とする」という²⁵⁾。

戦意の表示には、相手国に対する直接的・明示的表示と間接的ないし黙示的表示とがある²⁶⁾。

前者は、相手国への開戦の通告（前述の如くこれが国際法学上の「宣戦」である）及び条件付開戦宣言を含む最後通牒である。こうした直接的・明示的な戦意の表示がある場合には、その意思表示自体が開戦のモメントとなる。すなわち、相手国への開戦の通告の場合には、その通告がなされた時点で戦争が開始されたこととなり、条件付開戦宣言を含む最後通牒の場合には、提示した条件が容れられないままにそこに示された期限が満了した時点が戦時限界となる。一方、間接的ないし黙示的表示（通常の場合、最後通牒、国交断絶、自国内向けの開戦の公布＝上述国際法学上の「宣戦布告」、第三国への開戦の通告）の場合には、単独では開戦のモメントとは

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

なり得ず、武力行動との結合（通常の最後通牒以外の場合は、武力行動との前後は問わず、両者が揃うこと）によって始めて開戦と認定されうる。

立によれば、戦争が開始される場合として、イ) 一方の国が相手国に対して「宣戦即ち開戦の宣言」をなす場合、ロ) 一方の国が相手国に対して「所謂条件附宣戦を含む最後通牒を発し」、相手国がその要求を容れぬまま所定の期間を経過した場合、ハ) 一の国が相手国に対して「敵対行為を為す」ことによる場合、があげられている²⁷⁾。ここで注意すべきはハ) の場合が、国家間に敵対行為が生じた場合すべてを言うのではない、ということである。すなわち、「宣戦又は条件附宣戦を含む最後通牒を発すること無きも、一度戦争状態開始の意思を以てする敵対行為が行はるるに至らば、…戦争の開始を認め、戦争に関する国際法規の適用を認めざるを得ざるに至るべきである²⁸⁾（下線筆者）といわれるのであって、戦争の開始が認められるのは、あくまでも敵対行為を行う国に「戦争状態開始の意思」すなわち「戦意」がある場合である。

こうした諸家の説を整理すれば、戦争の開始が認められる場合は、次のようにまとめることが出来るであろう。

- A. 相手国への開戦の通告（国際法上の「宣戦」）…通告の時点で戦争が開始
- B. 条件附開戦宣言を含む最後通牒…通牒指定の期間経過時点で戦争が開始

（以上 A,B は、直接的・明示的戦意の表示）

- C. 間接的ないし黙示的戦意表示＋武力行動
 - c-1 国交断絶＋武力行動（両者の後先不問。両者が揃った時点で戦争開始。以下同じ）
 - c-2 最後通牒＋武力行動
 - c-3 国内に向けての開戦の公布＋武力行動
 - c-4 第三国への戦争開始の通告＋武力行動

戦争の定義との関連で言えば、明示的・直接的な戦意の表示があれば、武力行動が全く生じていない時点でも国家間に戦時国際法が適用されるべき状態が生じ、他方、武力行動が反復的継続的に行われても、戦意の表示が如何なる形でも行われないう限りは、国家間に戦時国際法が適用されるべき状態は生じない、という点に注意が必要である²⁹⁾。

4. 所謂「開戦に関する条約」(1907年)について(この条約は、従来の国際慣習法における「戦争」の定義及び「戦争開始」の要件を変更するものではなかった)

ここまで該条約名の前に《所謂》を付してきたのは、この条約の原文標題が、“Convention relative à l’ouverture des hostilités.”であって、本来は「武力行動の開始に関する条約」と訳されるべきものだからである。

この条約は、1907(明治40)年10月にハーグで開催された第2回万国平和会議において署名された条約の一つであり、ハーグ第三条約とも言われる。前述のとおり、日本については1912(明治45)年2月11日に発効している。

「開戦に関する条約」という翻訳は、日本国外務省による官訳である。この官訳によれば、第1条は「締約国ハ理由ヲ附シタル開戦宣言ノ形式又ハ条件附開戦宣言ヲ含ム最後通牒ノ形式ヲ有スル明瞭且事前ノ通告ナクシテ相互間ニ戦争(hostilités)ヲ開始スベカラサルコトヲ承認ス」となっており、当然ながら、ここでもhostilitésが「戦争」と訳されている。

第1条の原文は次の通りである。

Les Puissances contractantes reconnaissent que les hostilités entre elles ne doivent pas commencer sans un avertissement préalable et non équivoque, qui aura, soit la forme d’une déclaration de guerre motivée, soit celle d’un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle. (<https://www.icrc.org/dih/>

INTRO/190?OpenDocument による)

官訳が「hostilités」を「戦争」と訳出したことのこの問題性は、立によって夙に強調されていた。すなわち、該条約締結国間においては、事前の通告がなされなければ、「戦争を開始」できない＝国家間に戦時国際法が適用される状態に入り得ない、との誤解を招きかねない、ということである。この点は立が条約発効直後から繰り返し強調して止まないところである³⁰⁾。

実際には、該条文は締結国に対し、「武力行動」の開始前に、直接的・明示的戦意の表示を命じているのであって、仮に、ある締結国がそうした表示を為すことなく武力行動を開始し、他方事前ないし事後に間接的ないし黙示的に戦意を表示した場合には、(条約違反の誹りは免れないが)戦争が開始された＝国家間に戦時国際法が適用されるべき状態に入ったと認められる。

このように該条約は、締結国間での武力行動の開始について、直接的・明示的戦意の表示後にのみ行いうべきものとする特別ルールを設けたにとどまり、締結国間においてすら、間接的ないし黙示的な意思表示と武力行動の結合により国家間に戦時国際法が適用されるべき状態に入ることを妨げるものではない(もつとも、その場合には条約違反と認定される)。戦争の開始(戦争の始期)について国際慣習法として形成されてきた前述のルールを覆すものでもなければ、締結国以外のすべての国々を拘束する新たな規範を創出したものではないのである。

四. 小括——「戦ヲ宣」する大権に関する諸説の整理

本節では三. で参照した知見をも踏まえて、二. で検討した憲法学諸家の解説を整理する。

1. 戦争

戦争の概念については、国際法学上の「行為説・闘争説」と「状態説」のそれぞれに対応する説が見られた。

市村光恵は、一貫して上記「行為・闘争説」に一致する用語法であった。同様の例は清水澄に見られるが、清水においては、「国家間ノ戦争」という言い方で「状態説」的用法も見られた。

一方「状態説」と一致する用語法は、美濃部達吉『提要 初版』及び佐藤丑次郎に見られた。

また、美濃部『逐条』及び佐々木惣一においては、原則として「状態説」に一致する用語法ながら、「行為説・闘争説」の意味での戦争＝事実としての武力行動を表す際に「事実上の戦争行為」（美濃部）、「戦争ナル事実上ノ行動」（佐々木）といった言い回しが用いられていた。これ等の用法における「戦争」は、原則的な用法とは明らかに異なる意味である。したがって、こうした二重の用語法は、当該解説の理解を混乱させるものと言わざるを得ない。

2. 宣戦の概念

国際法学における宣戦は、敵国に対する開戦意思（戦意）の通告であった。しかし、憲法学の諸説においては、その意味の「宣戦」を含む（または含みうる）帝国憲法13条の「戦ヲ宣」する大権の内容全体を、例えば「宣戦ノ大権」「宣戦大権」という語で表す場合があった。この場合、敵国に対する戦意の表明とそれを国内に向けて布告する行為（また論者によっては開戦の意思決定）が包含される。すなわち、宣戦が広狭二義に用いられることになるのである。この点から生じうる混乱を回避するためには、佐藤に見られる「宣戦」という語の不使用が一つの便法である。少なくとも、敵国への戦意の通告に国際法学と同様に「宣戦」の語をあてる場合には、13条の開戦に関わる大権を指す語としては、「宣戦」という語の使用

大日本帝国憲法 13 条「戦ヲ宣」する大権に関する覚書

を避け、例えば佐藤同様（また本稿もそれに倣ったように）これを《戦ヲ宣する大権》と称することが考えられる³¹⁾。

3. 開戦意思を表示する相手方

宣戦という語をあてるかどうかは別として、「戦ヲ宣」する大権が、戦争開始の意思を何処かに向けて表示することを内容としていることについては諸家一致している。しかし、その相手方については一致していない。市村は自国民、敵国、第三国の何れに対してなす場合も考えられるとし、しかも同一の効力を生ずるという。これに対し、美濃部『撮要 初版』は、相手方を「外国」と「国内」とし、「国法上」の戦時限界をなすものは後者であるとする。美濃部『逐条』では、広義の宣戦の相手方は「対手国」と「国民」であるが、狭義の宣戦は「対手国」に向けられるものであり、国民にはその事実が「布告」されるというのである。国内法上の戦時限界はこれらとは別に「事実上に戦争が開始」された時とされる。佐々木は戦時限界については触れていないが、宣戦が広狭二義に用いられ、そのそれぞれの相手方は美濃部と同様である。清水においては、宣戦の相手方は対手国であり、それとは別に「中外」への意思表示がこの大権の内容であるとされている。佐藤は上述のように宣戦の語を用いていないが、戦意表示の相手方を「中外」とする。これは「詔書の公布」による意思表示の相手方であり、条約により対手国への通告が義務づけられているとする。

全体として、意思表示の相手方として想定されているのは、対手国、第三国、自国民である。そしてこのそれぞれについての戦意の表示については、国際法上は区別がなされている。すなわち、対手国に対しては「宣戦」、第三国に対しては「通知」、自国民に対するものは「宣戦布告」、である。美濃部『逐条』では「開戦せられたことの実事を国民に宣示」する行為、佐々木においては「国民ニ宣戦アリタルノ事実ヲ告グルノ行為」を「宣戦ノ布告」と表現している箇所があるのだが、如何せん、「宣戦」自体

を広狭二義に用いているため、国際法学同様の明確な区別となり得ていないのである。

4. 戦時限界

国家間に戦時国際法が適用されるべき状態に入る時点はどこか。国際法上の戦時限界についての議論を整理しておこう。

市村においては、国民、敵国、第三国のいずれかに向かい「戦争行為を開始する意思表示」をなすことによって、当事国が「戦時国際法規ニ遵拠スルノ義務ヲ生シ又之ニ伴フ権利ヲ生ス」という。この点での市村の説明は、敵国に関する関係ではそのままに、また、国民、第三国に関しては、別途武力行動を伴うものと前提すれば、戦争の開始に関する上記の国際法学上の知見に一致するものといえる。

美濃部『撮要 初版』は、「国内ニ向ヒ詔書ヲ以テ宣戦ヲ公布」することにより「国法上戦時トナル」というのであった。また、美濃部『逐条』では、「事実上に戦争が開始せられたならば、当然戦時となる」とされる。これらの言明は、いずれも国内法上の戦時限界についてのものであるにとどまる。

佐々木は戦時限界に触れていない。純粹に帝国憲法 13 条が命じている内容のみを記述するにとどめようとする佐々木の意図がこの点にも現れている。

清水は、詔書による中外への「布告アリタルトキハ当事国間ノ関係ハ直ニ平和状態ヨリ交戦状態ニ移ル」という。

佐藤は、戦争開始の意思の「当事国への通告」を以て「国際法上修好関係より交戦関係に移らしめ」るものとするのである。佐藤の議論は終始、所謂「開戦ニ関スル条約」の拘束の下にある帝国憲法 13 条の解釈論として展開されているのであって、その点では佐々木の姿勢と対照的な解説姿勢である。

以上のように、帝国憲法 13 条の「戦ヲ宣」する大権については、憲法学諸家の間において、その説明に用いられる主要な語の意味内容においての不統一、ないし誤解誘発性が散見されたのである。また、この大権と密接な関係にあるであろう国際法学上の知見が、それら諸家の解説においては必ずしも充分には意識されていなかったことが明らかになった。

こうした状況は、さまざまな批判の対象とされてきた昭和 16 年の対米英戦争開戦における「手続上の問題点」が生じる遠因となつてはいなかったであろうか。筆者は、当該開戦の準備作業の中にこうした学説状況が反映された疑い無しとしないのであるが、その点については別稿に譲ることとする。

註

- 1) 帝国憲法 13 条の定める大権のうち、開戦に関わる大権については、「宣戦大権」（例えば、佐々木惣一『日本憲法要論』p689）と称されることがあるが、諸家における「宣戦」の語義の異同は本稿における重要な関心事であるから、以下では、この用語の使用を避け、条文の文字通りこれを《「戦ヲ宣」する大権》と表記することにする。
- 2) 美濃部『憲法撮要』は、第 5 版（昭和 7（1932）年 1 月発行）において、章立て記述内容とも大幅な改訂が行われている。本稿で扱う記述については、それ以前の初版～第 4 版までではまったく同一であるから、区別するため、初版～第 4 版までを一括して『撮要 初版』、第 5 版を『撮要 5 版』と表記する。
- 3) 本稿 三の 1. 参照。
- 4) 本稿 三の 4. 参照。
- 5) 上記の通り、市村の同書は初版大正 4（1915）年 11 月である。
- 6) 同書 p216 第三章 天皇 第二節 天皇大権 一 国務上の大権（五）外交大権では、「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス（十三条）。之

ヲ外交大権ト謂フ。外交ノ事ハ一般ニ機ニ応ジテ適當ノ画策ヲ必要トシ、議會ノ議決ニ依ルヲ適當トセザルヲ以テ之ヲ大権ノ自由裁量ニ任ゼルナリ」と述べられているのみである。

- 7) 前掲佐々木『日本憲法要論』p384～385
- 8) 本節3、『逐条憲法精義』の項を参照。但し、日清、日露両戦争では、開戦の詔書渙発の日は、国法上の戦時限界とはされなかった。
- 9) 但し、所謂「開戦ニ関スル条約」に関する部分については、後掲三節の4での議論に譲る。
- 10) 美濃部自身は『撮要 5版』では、「戦闘」との語をも用いている。
- 11) 後述、佐藤丑次郎『逐条帝国憲法講義』も同様。
- 12) 国際法は、はじめ国家間の慣習法としての生成され、初期における国際法関連の議論は、その主たる関心事を戦時を支配すべき法においていたと言われる。平時の国家間を支配する法は主として民事的性格を持つローマ法に準拠することが可能であったが、戦時においては準拠すべき法をローマ法の中に見出すのが困難であったからだという。しかして、この戦時においては準拠すべき法についての議論の焦点は、戦争に如何なる合理的説明を与えるべきか、如何にして戦争と非合法的な暴力の行使とを区別すべきか、交戦者が戦争の目的を達するために行使しうる武力の限界、戦勝者が敗者に対して有する権力の限界等にあったと言われる。田岡良一『国際法学大綱（下）』（巖松堂書店、1939年）p153-154
- 13) 立作太郎「戦争状態の開始」外交時報312号（1917年）p12-13
- 14) 立作太郎『戦時国際法論』（日本評論社、1944年）p119
- 15) 田岡良一著、小川芳彦改訂『新版 国際法』（勁草書房、1986年）p243
- 16) ただし、厳密には国家間に限らず、内戦時などにおける叛徒集団が交戦団体として承認を受ける場合にはかかる集団対国家の関係に戦時国際法が適用される場合も生ずる。立作太郎『内乱ト国際法』（有斐閣書房、1915年）参照。
- 17) 前掲立「戦争状態の開始」p12
- 18) 前掲立『戦時国際法論』p119
- 19) 信夫淳平『戦時国際法提要 上巻』（照林堂書店、1943年）p98以下、横田喜三郎『国際法 下巻』（有斐閣、1934年）も同様である。また、信夫

『戦時国際法講義』（丸善、1941 年）259 節参照。

第二次世界大戦後、いわゆる「戦争の違法化」といわれる議論は、雑ばくに言えば、従来の戦時国際法が適用されるべきものとされてきた状態であるか否かを問わず、一切の武力行動を違法なものとするべきだとするものであろう。そうした議論が有力になされている今日では、再び「戦争」の「行為説」的などらえ方が一般的となる（あるいは相当程度なっている）可能性がある。

- 20) 例えば、『杉山メモ』（原書房、1967 年）p523、佐藤幸治ほか編『コンサイス法律学用語辞典』（三省堂、2003 年）「宣戦布告」の項。
- 21) 前掲 立『戦時国際法論』p118
- 22) 同上 p120
- 23) 前掲 立『戦時国際法』p119
- 24) 前掲田岡『新版 国際法』p244～245
- 25) 前掲田岡『国際法学大綱（下）』（1939 年）p164
- 26) 同上 p166、前掲田岡『国際法 新版』p244-245
- 27) 「戦争状態の開始」外交時報 312 号 p13
- 28) 前掲 立『戦時国際法論』p128-129。下線は久保。
- 29) もっとも典型的な例は、昭和 12 年以降の日中間の状況であろう。期間、規模、反復性等から言って、単発ないし散発的な武力行動とは異質の状態が継続しても、そこに当事国の開戦意思の表示がなければ「戦時国際法が適用されるべき状態」には至らないのである。まして、単発ないし散発的な武力行動においてをや、である。さらに今日においては、戦時国際法として生成されてきたルールの少なからぬ領域が、紛争当事者の意思表示とは無関係に、一定の紛争状態において自動的に適用されるべきこととなっている。そうした今日の国際法状況のもとでは、上記のような記述の誤導性はいつそう大きなものとならざるを得ない。
- 30) 例えば、前掲 立「戦争状態の開始」p16、同『法律学辞典 III』（岩波書店、1936 年）p1573「戦争の開始」の項、同前掲『戦時国際法論』p123～。参照、前掲信夫『戦時国際法提要 上巻』p202～。
- 31) 美濃部『提要 初版』が「開戦ノ大権」と言っているのも同様の配慮によるものであるかも知れない。