

【研究ノート】
防衛司法制度検討の現代的意義
——日本の将来の方向性——

奥平 穰治

〈要 旨〉

軍隊は外敵の侵略からの国の防衛が主任務で、強力な武器を保有しているので、軍隊に所属する者には、個人・集団として厳正な規律と秩序の維持が必要である。そのため、軍隊の構成員の軍事関係その他の犯罪を一般の司法制度とは別の法体系により処理する軍事司法制度があり、軍（刑）法により処理方針を定め、軍法会議で違法行為を処断する。

わが国については、日本国憲法の体制の下で、軍（刑）法、軍法会議はないが、近年、国際平和協力活動が進展するとともに、有事や周辺事態を想定した法整備が実現し、自衛隊の活動の場や条件に大きな変化が見られるため、将来的に自衛隊の行動能力の最大限の発揮、自衛隊に対するシビリアン・コントロールの確保の観点から、自衛隊に関する防衛司法制度を現代的意義に照らして検討する必要がある。

今後の方向性として、防衛刑法については、刑罰の見直し、犯罪類型の整理、自衛官としての名誉・処遇と責任・規律の均衡などのバランス感覚の考慮が必要である。防衛裁判所については、法曹の確保の必要、防衛裁判所の適用範囲の限定、事実認定を主任務とし量刑判断は一般司法裁判所が実施すること、裁判官制度による市民参加には消極的に対応すること、設置形態の検討の必要性がある。

はじめに

防衛省・自衛隊は約33万人の職員¹を有する大組織体であるが、多種多様な人員を抱えているため、これまで色々な不祥事があり、近年も事件・事故が多発している。近年、大きな所では、護衛艦「あたご」の衝突事故、イージス艦の情報漏洩事件、防衛事務次官の汚職事件、海上自衛隊の特別警備隊の「しごき」による隊員の死亡事件などが世間の耳目

1 特別職の防衛省職員として防衛大臣（1）、防衛副大臣（1）、大臣政務官（2）、大臣秘書官（1）、事務次官（1）、書記官（541）、事務官等（22,142）、自衛官（248,647）、即応予備自衛官（8,408）、予備自衛官（47,900）、予備自衛官補（3,920）、防衛大学校学生、防衛医科大学校学生、非常勤職員が、一般職の防衛省職員として事務官等（32）、非常勤職員がいる。丸括弧内はいずれも、2009年3月31日現在の定員。「資料60 防衛省職員の内訳」防衛省編『平成21年版防衛白書——日本の防衛』（ぎょうせい、2009年）、387ページ。

を集めたが、その他、自衛官による大麻・覚醒剤の保有・使用事件、酒気帯運転事件や強盗・殺人事件など一般の刑事事件と同様の事態も起こっている。

わが国の自衛隊に係る防衛司法制度は、諸外国の軍隊に係る軍事司法制度とは大きく異なる点がある²。わが国においては、これらの事故・事件は、いずれも、通常の刑事事件として捜査・立件され、一般司法裁判所で審理され判決を受けている。一方、諸外国の軍隊には、通常、「軍（刑）法」があり、「軍法会議」が存在し、この種の事件・事故に対応している。その理由は、第1に、軍隊や軍人の違法行為の処断は迅速にする必要があるからである。裁判に長期間を要すると軍律保持の目的が損なわれることになる³。証拠と被疑者、証人の確保の必要のため作戦行動に支障を来す事態を招来する可能性があるとともに、違法行為の処断が速やかになされないと、軍人の士気が阻喪し、適切な指揮命令関係が保てなくなるおそれがある。第2に、軍隊の自律性を確保する必要があるからである。ここで「自律性」とは、軍事組織が自ら規律を定め、これに違反した組織の構成員を軍事組織自ら処罰して規律を維持することをいう⁴。一般市民に適用される法的枠組みでは軍事組織の特殊性を考慮した処罰が行いにくいことを考慮している⁵。他方、軍（刑）法、軍法会議については、第2次世界大戦後の我が国では「おどろおどろしいもの」とのイメージがあり、また、なじみもない存在である。わが国では、自衛隊員の犯罪は、先にも述べたように一般法である刑法（明治40年法律第45号）などや自衛隊法（昭和29年法律第165号）に基づき一般司法裁判所が審理し、判決している⁶。

このことについては、平時に国内で起こる事件・事故のため、特に問題は生じていないが、一般的に有事、戦場のような事態を想定すると現行司法制度の有効性に疑問を唱える向きもある。近年の防衛に関する状況の変化としては、国際平和協力活動の進展⁷が顕著

2 本稿では、諸外国の軍隊に関する司法制度を「軍事司法制度」、わが国の自衛隊に関する司法制度を「防衛司法制度」と表現する。わが国の自衛隊は国内法的に軍隊ではないことを考慮したが、その内容には共通する部分も多いものの、わが国の特性に応じた違いも大きい。

3 西村峯裕「我が国における軍事司法の可能性」『産大法学』第39巻第1号（2005年7月）、4ページ。

4 同上、2ページ。中野義久「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討——本来任務化に対応する軍事司法制度についての提言」『陸戦研究』平成20年4月号、23ページ。

5 同上、4ページ。河井繁樹「自衛隊司法制度の提言——軍刑法や軍法会議に相当する制度検討の必要性」『陸戦研究』平成16年7月号、20～22ページ。

6 主要国では軍（刑）法と軍法会議があることによって、軍人による犯罪の発生がわが国と比べて抑止され、件数も少なくなっているというようなデータはないが、本文にも述べているような理由により、軍事司法制度の存在意義が感じられる。

7 1987年に成立し1992年に改正がなされた国際緊急援助隊法（昭和62年法律第93号）に基づく国際緊急援助活動、1992年に成立した国際平和協力法（平成4年法律第79号）に基づく国連平和維持活動、2001年に成立した旧テロ対策特別措置法（平成13年法律第113号）と2008年に成立した補給支援特別措置法（平成20年法律第1号）に基づく海上自衛隊によるインド洋での補給活動、2003年に成立したイラク人道復興支援特別措置法（平成15年法律第137号）に基づく陸上自衛隊と航空自衛隊による人道復興支援活動、を言う。また、厳密な意味での国際平和協力活動の範疇ではないが、公けの秩序を維持するための活動の一環として2009年に成立した海賊対処法（平成20年法律第55号）に基づいてソ

であることが挙げられる。即ち、海外での自衛隊の任務遂行の機会が増大し、そこでの安全を確保するために武器を使用する可能性が高くなっている。また、近年、有事⁸や周辺事態⁹を想定した法整備が実現し、幸いにも該当事例は起こっていないものの、自衛隊の行動の態勢整備が逐次進められている。

このような自衛隊の活動の場や条件に大きな変化が見られる中で、将来の自衛隊のあり方を考えた場合、自衛隊に関する事件・事故に対処する司法制度の見直しの必要はないだろうか。このテーマについては、わが国の論壇では、今まで、それほど活発に議論が展開されているわけではない。先行研究の状況を見ると、軍事司法制度の概要をまとめたもの、主要国の軍事司法制度や戦前の我が国の軍事司法制度の紹介、国際法の観点からの軍事司法制度への影響についての説明などが見られるが、近年、それらの状況を踏まえた上で、わが国の防衛司法制度の検討の必要性についての論説なども見られるようになってきている。

第2次世界大戦後のわが国では「防衛」問題が一種のタブーであった時期が長く、アカデミズムの世界では、憲法解釈を見ても、学会の通説は自衛隊違憲論が主流である。このような中で、防衛司法制度の問題については、とかく旧来的・感情的な議論が見られる傾向がこれまでであった。軍事に対する一種の反発感情から軍事に関する論説はイデオロギー的な論調が多く、また、軍事力が果たす役割に一種の感情的な反発を覚えているような論説は論壇でもよく見られるところであった。一方、国の安全保障、防衛を現実的に捉える見方もあったところであるが、両者の意見はかみ合わず、互いに排斥しているような感もあった。しかし、そのような弊に陥ることなく、自衛隊に関する防衛司法制度を現代的意義に照らして検討する必要があると思われる。近年は、自衛隊が実質上の軍事組織であるから、主要国並に軍事司法制度が必要であるという思考に止まることのない見解も現れてきている。自衛隊を取り巻く国内外環境の変化の下で、自衛隊の任務・役割が拡大し、国際平和協力や、幸い該当事例は今までのところないが有事、周辺事態へ備える態勢も整えられてきている中で、自衛隊員の士気を維持し、自衛隊の規律を保ち、任務を有効的・実効的に果たすために、後顧の憂い無く不測の事態に十分対応することが可能となるような

マリア沖・アデン湾において海賊対処行動を行っている。これに関しては、同法律制定前には、2009年3月13日から自衛隊法に定める海上警備行動命令に基づき海賊対処を行っていた。

- 8 2003年に成立した武力攻撃事態対処法（平成15年法律第79号）第2条に定める「武力攻撃事態」（わが国に対する武力攻撃が発生した事態または武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態）と「武力攻撃予測事態」（武力攻撃事態には至っていないが、事態が緊迫し、武力攻撃が予測されるに至った事態）を言う。
- 9 1999年に成立した周辺事態安全確保法（平成11年法律第60号）第1条に定める「周辺事態」（そのまま放置すればわが国に対する直接の武力攻撃に至るおそれのある事態など、わが国周辺の地域におけるわが国の平和と安全に重要な影響を与える事態）を言う。

防衛司法制度の見直しが必要であるとの論説が見られるようになってきている¹⁰。本稿は、その一環として、特に冷戦後のわが国の自衛隊の置かれた状況を踏まえて、防衛司法制度に関する議論を整理し、現代における防衛司法制度の検討の必要性を示し、将来に向けての提言を行うことを目的とする。

本稿では、先ず、軍事司法制度の概要について説明する。その内容は、軍事司法制度の定義と歴史的経緯、軍（刑）法の内容、軍法会議の概要と、この司法制度の意義である。それにより一般的な理解を深めた上で、次に主要国の軍事司法制度について説明する。ここでは、イギリス、ドイツ、アメリカの軍（刑）法、軍法会議の概要について触れる。最後に、我が国の防衛司法制度について言及し、現状の制度、その制度が採られている理由、わが国における防衛司法制度をめぐる議論の概要を説明した後、防衛司法制度の将来的な検討の必要性と今後の方向性について私見を述べたい。

1 「軍事司法制度」の概要

本章では、わが国の防衛司法制度を考察するに当たっての分析の枠組みとして、先ず、歴史的・理論的な意味での軍事司法制度の概要について説明し、このような制度が設けられている理由について考察する。

（1）内容

ア 「軍事司法制度」の定義・歴史的経緯

軍隊は外敵の侵略から国を防衛することが主たる任務であり、その目的を達するため、強力な武器を保有している。そのため、軍隊に所属する者は、個人・集団として厳正な規律と秩序の維持が必要である¹¹。

軍事司法制度は、軍隊の規律の維持のため、軍隊の構成員の軍事関係その他の犯罪を一般の司法制度とは別の法体系により処理する必要から生まれた制度であり、軍（刑）法により処理方針が定められ、軍法会議などの場を通じて違法行為を処断するものである¹²。

軍事司法権とは、一般刑法とは別の軍（刑）法により軍人などの犯罪について軍隊が独自の司法権を行使することである。特別法である軍（刑）法が優先することになる。一方、

10 西村「我が国における軍事司法の可能性」、中野「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討」、河井「自衛隊司法制度の提言」、安江聖也「我が国の軍事司法制度について」『陸戦研究』平成11年8月号、などがある。

11 山田康夫「軍事司法制度」『防衛法研究』第8号（1984年）、121ページ。

12 同上、121ページ。

軍事と無関係な一般犯罪は一般司法裁判所の管轄となる¹³。

軍事司法制度は、軍隊や戦争の出現とともに存在しており、古い歴史を持っている仕組みである。そもそも、戦場の指揮官は部下の軍人・軍属のいかなる犯罪に対しても各種の罰を科する権限を保有していた。軍法制度は、ローマ帝国の衰退後ヨーロッパに持ち込まれ、西欧の軍事国際法になり、やがてイギリスにもたらされた。その内容は、中世までは単純・粗雑なものであったが、中世後期・ルネッサンス時代以降、精密・洗練化された軍法典が現れた。近世には、「正統な法の手続」(due process of law)の理念から慎重な裁判手続の規定を設けるようになってきた。また、次第に、イギリスを始めとして議会在軍(刑)法の分野に参画し始めるようになった¹⁴。

イ 軍(刑)法の内容

軍隊における犯罪は軍事犯罪(Military Offences)と一般犯罪(Civil Offences)に区分される。軍事犯罪とは、軍隊の任務・行動に関連する犯罪であり、民間の司法には対応するものがない行為である。一方、一般犯罪とは、一般人であってもその行為が刑法上の犯罪として問責される行為である¹⁵。

軍(刑)法は、先ず軍事犯罪¹⁶を定め、一般刑法上の犯罪のあるものについて構成要件・刑罰を変更して取り入れ、軍(刑)法に定めがない場合は一般刑法が適用される¹⁷。軍人は軍(刑)法を通じて一般刑法の適用を受ける¹⁸。刑罰は軍隊の規律を維持するための手段である。一方、刑罰は、一般司法裁判所では自己目的である。一般刑法は軍法会議の手にかかると軍(刑)法に変質し、軍人は変質した一般刑法に服する¹⁹。

ウ 軍法会議(軍事裁判所)の概要

個別国家が独自に設置する軍事裁判所(Military Tribunal)としての軍法会議(Court Martial)は²⁰、軍人、軍属などの規律違反・犯罪行為を裁く²¹法廷であり、一種の特別裁

13 同上、130ページ。

14 同上、121～123ページ。

15 同上、123～124ページ。

16 一般刑法に規定されていない罪や一般刑法に対する特則。

17 安田寛「軍法と自衛隊法の罰則」『防衛法研究』第8号(1984年)、46ページ。

18 同上、46ページ。安田寛『防衛法概論』(オリエント書房、1979年)、246ページ。

19 安田「軍法と自衛隊法の罰則」46ページ。

20 戦争犯罪人を裁くための国際裁判所として、戦勝国が臨時に設置した国際軍事裁判所(東京裁判、ニュールンベルグ裁判)、国連安全保障理事会決議により特設された国際裁判所(旧ユーゴ国際刑事裁判所、ルワンダ国際刑事裁判所)、多数国間条約により設立された国際刑事裁判所があるが、個別国家が独自に設置する軍事裁判所として軍法会議がある。佐島直子編『現代安全保障事典』(信山社、2004年)、206～207ページ。

21 この機能を「軍事裁判」と言う。

判所である²²。

軍隊固有の刑法が軍隊の特殊性から求められる以上、その適用・違反に対する裁判も、軍隊固有の手続法によって規定される必要がある²³。軍（刑）法を有する国は軍法会議が存在するのが普通である²⁴。

軍法会議開催の決定は、通常、被疑者の勤務する部隊・機関の長又は上級の部隊指揮官が行う。裁判手続は一般の刑事裁判手続より迅速かつ略式である。今日では被告の権利保護を図るための方策がとられている。また、逆に一般法より進んだ面もあると言われる²⁵。

刑罰は当初、19世紀後半まで残酷・異常なもの²⁶があったが現在は禁止され、現代においては、国民の法意識に合致した、一般司法における刑罰と同様なものとなっている²⁷。

また、比較的軽微な規律違反・非行は司法手続とは別の指揮官等による懲戒罰を科することがある²⁸。行政処分に留まるものについてのみ、一種の懲戒処分の根拠として、法の許容する範囲内で服務規律を軍隊自らが定めることが可能である²⁹。

（2）意義

ア 一般公務員との比較

一般公務員法においては、公務員の職務上の義務違反には懲戒処分を科する。この場合、免職、即ち組織外への排除が最も重い処分である³⁰。刑罰は行為が「反社会性」を有し制裁に合理性がある場合のみ可能となる³¹。刑罰と懲戒処分には理論的な区別がある。懲戒処分と刑罰を併科することも可能である³²。

22 山田「軍事司法制度」、125ページ。佐島編『現代安全保障用語事典』、206～207ページ。

23 河井「自衛隊司法制度の検討」8ページ。

24 山田「軍事司法制度」125ページ。

25 同上、129ページ。なお、アメリカでは、法務官（Law Officer）は法務局（Judge Advocate General's Corps）のメンバーで、軍（刑）法の専門家である。軍法会議の判士は、有罪、無罪の決定のみでなく刑の宣告も行う。証拠規則は一般の刑事訴訟とほぼ同様である。統一軍事法典（Uniform Code of Military Justice: U.C.M.J.）には強制的自己不在（Compulsory self-incrimination）、一事不再理（double jeopardy）の規定があり、また、残酷で異常な刑罰は禁止されている。司令官が軍法会議に圧力をかけることも禁止されている。さらに、有罪判決については再審に関する制度もある。

26 軍（刑）法特有の刑罰で、例えば、体刑（corporal punishment）、むち打ち（flogging）、らく印（branding）などである。

27 同上、129～130ページ。イギリス、ドイツやアメリカの例を見ると、死刑、禁固、免職、不名誉除隊、懲戒除隊、拘禁、拘留、自由刑、先任権停止、降格、罰金、けん責、重労働、給与支給停止、減棒などがある。ただし、ドイツではドイツ連邦共和国基本法第102条に基づき死刑は廃止されている。イギリスでも、1998年に死刑制度は廃止された。

28 同上、131ページ。

29 西村「我が国の軍事司法の可能性」2ページ。

30 安田『防衛法概論』245ページ。藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、2005年）、283～289ページ。

31 安田『防衛法概論』245ページ。

32 同上、247ページ。併科可能であるのは、両者の目的が異なるからである。即ち、懲戒処分は公務

一方、軍隊においては、軍（刑）法にしたがって「反社会性」にかかわりなく刑罰を科する³³。懲戒処分と刑罰は軍紀の維持が目的であり、理論的な区別はあいまいである。基本的に懲戒処分と刑罰は併科することはできない³⁴。

イ 軍（刑）法・軍法会議の必要性

軍（刑）法や軍法会議が必要である理由は、軍事規律の維持、迅速な裁判の必要性、事件の特殊性である。即ち、第1に、軍隊の厳正な規律の維持のためには迅速・簡略な機構が必要である。軍事犯罪などの違法行為が生じた場合、できるだけ速やかに処断しないと、証拠が散逸し、被疑者、証人が拘束される関係で、的確な法的判断が阻害されるとともに、進行中の作戦行動への妨げになるおそれが生ずる。また、違法行為に対して果敢な処理がなされないと、軍人の士気が阻害される。第2に、軍事犯罪の裁判には一般の司法官のほかには軍事の専門家が必要である。軍事犯罪の事実関係の把握と犯罪の認定、量刑の決定には、法律の知識に加えて軍事事象についての特殊性を理解しうるだけの軍事知識を有することが求められ、軍人も審理に加えることが望ましい。第3に、軍隊は自国の一般司法裁判所の所管外である外国に駐留する可能性がある。本国から離れた戦地などで違法行為が発生した場合、本国の裁判所が現地に進出することは通常考えられないのにもかかわらず、現地で軍事裁判を行う必要があるため、軍隊独自の裁判機構が必要となる³⁵。

ウ 軍隊の民主的統制、人道・正義の要請

軍（刑）法は、制裁内容に身体的拘束や死刑を含むなど、兵士の権利・義務に関係するところが多いので、基本的に慎重な判断をするための態勢整備が必要である。したがって、軍隊の統制の民主化を図るためには軍（刑）法を法律化する必要があり、その内容は「法の適正な手続」に則ったものであることが望ましい。そのため、近世以降、軍（刑）法は議会の制定法となっていることが多い³⁶。

2 主要国の軍事司法制度

本章では、欧米主要国の軍事司法制度の事例として、イギリス、ドイツ、アメリカの3

員の義務違反に対する制裁、刑罰は当該行為が同時に反社会性を有することに対する制裁である。

33 同上、245ページ。

34 同上、247ページ。軍（刑）法の下では、懲戒処分と刑罰はいずれも軍紀の維持が目的であるからである。

35 山田「軍事司法制度」125ページ。

36 西村「我が国における軍事司法の可能性」2ページ。安田『防衛法概論』246ページ。

国を取り上げ、主として軍法会議に関する側面を重点的に説明する。イギリスとアメリカは英米法系の諸国であるが、わが国と同様に特別裁判所が設置されておらず、基本的に、一般司法裁判所の下で一元的に司法処理がなされる国である³⁷。イギリスは、わが国と類似する政治体制（立憲君主制、議院内閣制）である一方、アメリカは3権分立の原則が貫かれている大統領制の国である。ドイツは大陸法系の国で、各種の特別裁判所が設置されている。儀礼的な大統領の下で、首相が実権を持つ議院内閣制の国であるが、第2次世界大戦後置かれた国内外の政治状況がわが国と共通する部分も多い。これら3国は、わが国の防衛司法制度のあり方を考察する上で、多大な示唆を持つと思われる。

（1）イギリス

イギリスには、軍（刑）法があるが（陸軍法、海軍規律法、空軍法）³⁸、軍事犯罪を主に規定し、一般犯罪は刑法犯として告訴し、一般司法裁判所で裁判を受ける³⁹。

また、軍法会議もあるが、常設のものではなく、特別に必要な場合に設置されている⁴⁰。軍法会議の対象となるのは、軍隊構成員による軍（刑）法違反事件と刑事事件である。軍法会議には3種類ある。まず、「高等軍法会議」（General Court Martial）で、5名以上の将校と法務官（Judge Advocate）⁴¹が裁判官となる。被告人が将校である事件は必ずここで裁判されなければならない。次に、「地区軍法会議」（District Court Martial）である。下士官以下の兵士が被告人である場合は、ここで裁判される。3名以上の将校と法務官⁴²が裁判官になる。禁固2年以下の刑を科すことができる。ただし、海軍にはこの軍法会議はない。最後に「戦地軍法会議」（Field Court Martial）があり、戦時で国外での裁判である。軍法会議の招集者は、陸軍と空軍は裁判局（Court Service）、海軍は軍法会議運営

37 軍法会議は存在するが、厳密な意味での一般司法裁判所から独立した特別裁判所ではなく、軍法会議の判決に不服のある者は、最終的に、イギリスでは貴族院、アメリカでも最高裁判所に控訴できる。

38 戸田五郎「欧州人権条約と軍法会議の独立性・公平性——英国軍法会議に関する欧州人権裁判所の判例を素材として」『産大法学』第38巻第3・4号（2005年2月）、214～215ページ。山田「軍事司法制度」124ページ、George Nolte and Heike Krieger, "Comparison of European Military Law Systems," George Nolte, ed., *European Military Law System* (Berlin: De Gruyter Recet, 2003), p.157.軍務に関する犯罪と軍法会議の手續に関する最初の制定法は1881年陸軍法（Army Act 1881）である。1955年陸軍法（Army Act 1955）、1955年空軍法（Air Force Act 1955）、1957年海軍規律法（Naval Discipline Act 1957）において軍法会議に関する規定の大幅な見直しを行った（軍法会議の決定の審査制度）。その後、1996年軍隊法（Armed Forces Act 1996）で再び見直しを行った（軍法会議の招集手續の改正。軍法会議構成員として法務官を位置付け）。

39 山田「軍事司法制度」124ページ。

40 戸田「欧州人権条約と軍法会議の独立性・公平性」215ページ。

41 法務官は大法官によって任命される法曹資格を有する独立した公務員であり、軍隊の指揮命令系統に属するメンバーではない。大田肇「1980年代のイギリス軍事法Ⅰ」『津山高専紀要』第42号（2000年）、83ページ。

42 同上

事務所 (Court Martial Administration Office) である。評決は軍法会議構成員 (法務官を除く。) の多数決で行われる。有罪の評決はすべて「審査機関⁴³」(Reviewing Authority) が審査する⁴⁴。軍法会議が有罪とした場合は「軍法会議控訴裁判所⁴⁵」(Court Martial Appeal Court) へ、軍法会議控訴裁判所の決定に対しては貴族院 (House of Lords) への控訴が可能である⁴⁶。

(2) ドイツ

ドイツには、軍 (刑) 法はあるが⁴⁷、軍事裁判所はない。正確には、基本法 (ドイツ連邦共和国基本法⁴⁸) 上は軍事裁判所に関する規定⁴⁹があるが、根拠法が制定されておらず、未設置である⁵⁰。違法行為には、通常裁判所の裁判が適用される⁵¹。また、ドイツについては、イギリス、アメリカなどの他の国と異なり、懲戒処分と刑罰の併科が可能である⁵²。

基本法上の「軍刑事裁判所」(Wehrstrafgerichte) が設置されるのは、防衛事態、外国

43 軍務局長直属の上級将校。

44 イギリスの軍法会議制度については、戸田「欧州人権条約と軍法会議の独立性・公平性」214～217ページ、山田「軍事司法制度」125～126ページ、大田肇「1980年代のイギリス軍事法 I」81～86ページ、Nolte and Krieger, "Comparison of European Military Law Systems," p.164.を参照した。海軍に地方軍法会議がないのは、艦内で生じた事件を迅速に処理する必要があるため、軽微な事件は殆ど即決で処理されるからである。また、軍隊構成員による軍 (刑) 法違反事件又は刑事事件が生ずると、当該構成員の指揮官 (Commanding Officer) は上級機関に送致し、上級機関 (Higher Authority) は事件を立件しないか、即決で処理するか、訴追機関 (Prosecuting Authority) に送致するかを決定する。訴追機関への送致が行われると、訴追機関は起訴の可否、起訴する場合の罪状、陸軍・空軍の場合は軍法会議の種類を決定する。起訴が行われると裁判局又は軍法会議運営事務所が軍法会議を招集する。

45 控訴院 (Court of Appeal) 刑事部の裁判官で構成される。

46 福田毅、松山健二「米国の軍事司法制度——2001年9月11日に発生した対米同時テロに関連して」国立国会図書館『調査と情報』第381号 (2002年1月28日)、13～14ページ。

47 安田『防衛法概論』248ページ。山田「軍事司法制度」124～125ページ。田岡俊次「『新憲法研究案』に思う これからの日本に軍法会議は必要か」『軍事研究』第40巻第7号 (2005年7月)、106ページ、George Nolte and Heike Krieger, "Military Law in Germany," George Nolte, ed., European Military Law System (Berlin: De Gruyter Recet, 2003), p.415, Nolte and Krieger, "Comparison of European Military Law Systems," Nolte, ed., European Military Law Systems, p.157.

48 ドイツでは、「憲法」でなく「基本法」との呼称を使用している。実質的には、憲法の機能を果たしている。

49 ドイツ連邦共和国基本法第96条第2項「連邦は軍隊に関する軍刑事裁判所を連邦裁判所として設置することができる。軍刑事裁判所は、防衛事態において、または外国に派遣された、もしくは軍艦に乗船している軍隊の所属員に対してのみ刑事裁判権を行使することができる。詳細は連邦法律で定める。これらの裁判所は、連邦司法大臣の所管に属する。その専任の裁判官は、裁判官資格を有しなければならない。」。

50 Nolte and Krieger, "Military Law system in Germany," p.416.

51 山田「軍事司法制度」125ページ。安田『防衛法概論』248～249ページ。安田「軍法と自衛隊法の罰則」61～62ページ、Nolte and Krieger, "Military Law system in Germany," p.416.

52 安田『防衛法概論』、249ページ。軽処分、減給などの併科は、軍紀を維持するため必要があるときか、連邦軍の威信が著しく傷つけられたときに限られる。かつ、懲戒拘禁の期間は、同一の事案により科せられた他の自由剥奪を合算して3週間を超えてはならない。

に派遣されている場合、軍艦に乗艦している場合である。連邦司法大臣の所管に属し、専任裁判官は裁判官の資格が必要であり⁵³、上告審は連邦通常裁判所である⁵⁴。

実際には、軍事裁判所とは異なる「部隊服務審判所」と上級審の「軍服務院」があり、連邦行政裁判所に所属しているが、服務規則違反に関する行政処分の服務申し立てを審理している⁵⁵。

（3）アメリカ

アメリカには軍（刑）法があるが（統一軍事法典）⁵⁶、軍事犯罪と一般犯罪の両方を規定し、軍事に適用される犯罪をすべて軍（刑）法に網羅している⁵⁷。

また、軍法会議もある⁵⁸。軍法会議の裁判権は、米軍人、予備役、退役米軍人、士官候補生、捕虜である。軍属は一般司法裁判所で裁判される。軍法会議には3種類のものがある。まず、「高等軍法会議」（General Court Martial）で、招集者は師団長（少将）以上であり、すべての者のすべての犯罪を審理する。刑罰は、死刑、拘禁⁵⁹、罰則除隊⁶⁰、罰金⁶¹、降任⁶²である。次に、「特別軍法会議」（Special Court Martial）で、招集者は旅団長

53 ドイツ連邦共和国基本法第96条第2項。注49参照。

54 ドイツ連邦共和国基本法第96条第3項「1項（産業上の権利保護に関する裁判所）および2項（軍刑事裁判所）に掲げた裁判所に関する最高の裁判所は、連邦通常裁判所とする。」（注：丸括弧内は引用者）。

55 田岡『「新憲法研究案」に思う これからの日本に軍法会議は必要か』106ページ。かつての防衛省の「公正審査会」に似たものである。

56 安田『防衛法概論』247ページ。山田「軍事司法制度」123～125ページ。アメリカの軍（刑）法は議会在法制定する法律のみで、1775年4月5日に臨時議会で可決された軍（刑）法（Articles of War）が最初のもので、その後、幾度かの内容の改正を経て、1950年5月5日に、軍（刑）法、海軍管理法（Articles for the Government of Navy）、沿岸警備隊規律（懲戒）法（Disciplinary Laws of the Coast Guard）を統合して統一軍事法典を可決し、1951年5月31日に施行した。これは、国防省委員会による起草で、刑法、訴訟法、懲戒法を含む。

57 その理由は、①アメリカは州によって刑法がまちまちであり犯罪とそれに対する刑罰が異なるため、軍隊として統一する必要があること、②全面的に市民の法を排除して軍法を適用するという考え方があったことで、そのためこのような規定の定め方をしている。安田『防衛法概論』246ページ。

58 統一軍事法典には、軍事司法上の法廷の形態として軍法会議に加えて“military commission”について言及しているが、裁判管轄権・訴訟手続については殆ど規定していない。これは、敵国の戦争犯罪人を裁くための法廷であり、大統領や米軍の部隊指揮官により設置が可能で、戦争状態が終結すると裁判管轄権も消滅する。議会もその存在を合法的なものとして認めている。訴訟手続は、個別の案件ごとに大統領が定める。戦争犯罪人を軍法会議と“military commission”のどちらの法廷で裁くかは原告（米国政府）の選択に委ねられる。福田、松山「米国の軍事司法制度」7～8ページ。また、統一軍事法典と軍法会議の歴史と憲法上の位置付けについては、富井幸雄「アメリカ合衆国憲法と軍事司法制度——『軍人の人権』序説』『大東文化大学紀要 社会科学』第40号（2002年）、69～81ページ、が詳しく解説している。

59 罰則規定の最高までの拘禁。注59～71までは、注72に示す文献による。

60 非行による除隊は下士官まで。

61 全給与及び手当までの罰金。

62 最下級の下士官までの降任。

(大佐) 以上で、すべての者の重罪でない犯罪を審理し、刑罰は拘禁⁶³、罰金⁶⁴、降任⁶⁵である。最後に、「簡易軍法会議」(Summary Court Martial)で、招集者は大隊長(中佐)以上で、下士官の重罪でない犯罪を審理し、刑罰は、拘禁、謹慎、罰金、降任である⁶⁶。構成員は、判士として法務官(Law Officer)⁶⁷と大佐・中佐⁶⁸、陪審員として将兵が充てられ⁶⁹、書記もあり、また検察官には法務官が⁷⁰、弁護士にも法務官が⁷¹充てられる。弁護士は民間人でもよい。審判は、陪審員の2/3以上で行われる。陪審員は、3～13名であるが、簡易軍法会議は1名である。予審制度があり、控訴提起の是非、処理方法について招集権者に報告する⁷²。「軍事控訴裁判所」(Court of Military Appeals)への控訴が可能である⁷³。

(4) 軍事司法制度の比較

イギリス、アメリカの両国においては、国内・国外における戦地での軍法会議が可能である。軍法会議のレベルによって科しうる最高刑に制限があり、規律違反の重大さに応じて担当する軍法会議が異なる。それに応じて軍事裁判の構成員も異なっている。基本的に裁判官としては、法務官に加え軍人が参加し、軍事的な観点から判断を行うことが可能である。被疑者の権利保障の観点から上告の機会がある。各軍法会議の判決について審査機関を設置し、量刑の妥当性を判断する⁷⁴。

主要国の制度の比較は表1のとおりである。

63 1ヶ月の拘禁又は3ヶ月の重労働、60日の謹慎。

64 給与の2/3の1年間の罰金。

65 最下級の下士官までの降任。

66 3等軍曹以上に対しては、60日の謹慎、罰金1ヶ月(給与の2/3)、降任は1階級。伍長以下に対しては、1ヶ月の拘禁又は45日の重労働、60日の謹慎、罰金1年間(給与の2/3)、最下級下士官までの降任。

67 州の弁護士資格を有する者。

68 陸軍公判司法部長から派遣された者。

69 招集権者の指揮下将兵から指名。陪審員の階級は被告より上級者。

70 法務官のうち刑事担当者。通常は大尉又は中尉。簡易軍法会議では将校。

71 弁護士支援事務所の法務官。

72 アメリカの軍法会議制度については、山田「軍事司法制度」126～128ページ、河井「自衛隊司法制度の提言」13～15ページなどを参照した。

73 山田「軍事司法制度」127～128ページ。裁判官は大統領が任命する。

74 中野「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討」27～28ページ。

表1 主要国の軍事司法制度の比較

| | | イギリス | ドイツ | アメリカ |
|-------|-----|--|-------------------------|---|
| 実体法 | | 陸軍法、海軍規律法、空軍法 | 防衛刑法 | 統一軍事法典 |
| 組織 | 上告 | 軍法会議控訴裁判所 | 連邦通常裁判所 | 軍事控訴裁判所 |
| | 下級審 | 高等軍法会議（被告人が将校である場合は必須） 地区軍法会議（陸・空軍）（禁固2年以下の刑） 戦地軍法会議（国外） | 軍刑事裁判所（防衛事態・外国派遣・軍艦の乗艦） | 高等軍法会議（全ての者の全ての犯罪） 特別軍法会議（全ての者の重罪でない犯罪） 簡易軍法会議（下士官の重罪でない犯罪） |
| 招集者 | | 裁判局（陸・空軍） 軍法会議運営事務所（海軍） | — | 高等：師団長（少将）以上 特別：旅団長（大佐）以上 簡易：大隊長（中佐）以上 |
| 刑罰の制限 | | レベルに応じて制限 | — | レベルに応じて制限 |
| 対象 | | 軍隊構成員 | 軍隊所屬員 | 軍人、士官候補生、捕虜 |
| 審査機関 | | あり | — | あり |
| 関係者 | 裁判官 | 法務官、将校 | 専任裁判官は裁判官資格必要 | 法務官、大佐・中佐 陪審員：将兵 |
| | 検察官 | 法務官 | — | 法務官 |
| | 弁護人 | 法務官 | — | 法務官、民間弁護士も可 |
| 審理方法 | | 多数決（法務官を除く。） | — | 陪審員の2/3以上 |

（注）ドイツは基本法上の裁判所（根拠法が未制定で実際に設置されていない。）。

（出典）中野義久「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討」『陸戦研究』平成20年4月号、27ページの表3に基づき、一部修正して作成。

3 わが国の防衛司法制度

本節では、まず、わが国の現行の防衛司法制度の状況を説明した後、その理由を考察するとともに、この制度を巡るわが国の議論を紹介する。それらを踏まえて、現在のわが国が直面している国内外の状況の変化が防衛司法のあり方にどのような影響を及ぼしつつあるのかを考察し、主要国の軍事司法制度を参考にしながら、防衛司法制度の将来の方向性について検討を行う。

（1）現行の防衛司法制度の状況

ア 概要

現行の日本国憲法では、軍隊の保有は禁止されている（第9条第2項）⁷⁵。また、特別裁

75 日本国憲法第9条「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄

判所の設置は禁止されているとともに、行政機関が終審として裁判することも禁止されている（第76条第2項）⁷⁶。

自衛隊は、国際法上は軍隊としての取扱いを受けるが、国内法上は、軍隊でない⁷⁷。また、自衛隊法には懲戒、罰則の規定があるが、軍（刑）法ではない⁷⁸。

一般公務員法との関係を見ると、国家公務員法（昭和22年法律第120号）で定める服務規律と同じものと自衛隊に特有なものがあるが⁷⁹、罰則の重さは自衛隊法の方が大きい⁸⁰。

自衛隊員の違法行為は刑事訴訟法（昭和23年法律第131号）による司法手続により処理される⁸¹。軍法会議はない⁸²。その司法手続とは、捜査→逮捕→検察官送致→起訴→裁判→判決→執行の過程である。

自衛隊員の行為は、服務規律に違反するだけでは懲戒処分を根拠づけるにとどまり、刑罰を科すことはできない⁸³。自衛隊法の刑罰法規は刑法総則が適用される固有の刑罰法規で、行政的刑罰法規ではない⁸⁴。自衛隊法の罰則に定める罪は、通常の軍（刑）法に比して種類が少ない⁸⁵。このため、自衛隊の部隊指揮官は、軍（刑）法によらないで苛烈な状況の下における規律を維持する責任を果たすために、取り得る手段・方法が課題になる⁸⁶。

イ 現行制度が採られている理由

現行制度が採られているのは、何よりも日本国憲法以下の防衛法制の体系の制約による⁸⁷。自衛隊は、国内法上は軍隊ではなく行政機関であり、自衛官その他の防衛省職員は特別職国家公務員である⁸⁸。

する。②前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権はこれを認めない。」。

76 日本国憲法第76条「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。②特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は終審として裁判を行うことができない。③（略）」

77 奥平穰治「軍の行動に関する法規の規定のあり方」『防衛研究所紀要』第10巻第2号（2007年12月）、80～84ページ。第119回国会・衆議院本会議（1990年10月18日）中山太郎外務大臣、第95回国会・参議院安全保障特別委員会（1981年11月13日）塩田章防衛庁防衛局長など。

78 安田「軍法と自衛隊法の罰則」56ページ。

79 山田康夫「自衛隊法における服務——国家公務員法等との比較考察」『防衛法研究』第8号（1984年）、17～18ページ。

80 河井「自衛隊司法制度の提言」15～16ページ。

81 同上、16～17ページ。

82 安田「軍法と自衛隊法の罰則」56ページ。

83 同上、56ページ

84 同上、58ページ。

85 同上、58ページ。

86 同上、61ページ。

87 河井「自衛隊司法制度の提言」17～18ページ。

88 奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」82ページ。国家公務員法第2条第3項「特別職は、

また、自衛隊の出自に関係するところも大きい。前身が警察予備隊や保安隊などであり、当初、治安機関として発足した経緯がある。そのためもあり、警察と同じく行政機関としての扱いを受けてきた⁸⁹。

さらに、冷戦終了までの自衛隊の実際の行動の例は災害派遣が主で、基本的に平時かつ国内における活動であったため、一般的に自衛隊員の違法行為があっても平時を前提とする法体系で司法処理しても問題がなかった⁹⁰。

（2）わが国における防衛司法制度をめぐる議論

ア 肯定論

軍法会議についての肯定的な見解では、軍法会議は民主主義の先進国でもいまだ採用されている制度であり、軍紀の維持に不可欠であり、軍法会議なしに軍隊は完全に機能しないことが挙げられている⁹¹。

例えば「敵前逃亡」を死刑とする軍（刑）法と軍法会議がなければ、実効性のある戦闘行為ができないおそれがあるからである⁹²。

また、事態の特性によっては、防衛機密に係る事件を取り扱う必要があるので、公開の司法裁判所による裁判に適さない場合も考えられる。

政党の対応を見ると、憲法改正の動き⁹³に関連して、新憲法の草案を発表しているのは、自由民主党だけである⁹⁴。2005年11月22日に自由民主党が発表した新憲法草案⁹⁵によると、

次に掲げる職員の職とする。（一から十五 略）十六 防衛省の職員（防衛省に置かれる合議制の機関で防衛省設置法（昭和29年法律第164号）第39条の政令で定めるものの委員及び同法第4条第24号又は第25号に掲げる事務に従事する職員で同法第42条の政令で定めるもののうち、人事院規則で指定するものを除く。）（十七 略）。

89 同上、19～20ページ。

90 同上、20ページ。

91 井沢元彦「軍法会議なき自衛隊には国は守れない」『SAPIO』1999年6月23日号、82～85ページ。安田『防衛法概観』245～247ページ。

92 井沢「軍法会議なき自衛隊には国は守れない」83～84ページ。河井「自衛隊司法制度の提言」22～23ページ。

93 2005年に衆議院と参議院の「憲法調査会」が論点を整理し、改正の必要性について、賛否を両論併記で答申した。また、憲法改正のための国民投票手続を定める国民投票法（平成19年法律第51号）が2007年5月14日に成立した。これを受け、衆参両院に「憲法審査会」が設置されることになっていたが、2007年8月7日に召集された臨時国会では、憲法審査会の定数・議決要件を定める「憲法審査会規程」について与野党で合意がまとまらなかった。現在に至るまで、法的には存在するが、実質的には設置されていない。また、自由民主党を始めとして憲法改正案を提示し始める党が出てきているが、現在、特段の大きな動きはなく、2009年9月の民主党・国民新党、社会民主党の連立政権発足後も憲法改正は政治日程には上っていない。2010年1月20日の参議院・本会議で、鳩山由紀夫内閣総理大臣は、憲法改正を在任中は考えない旨を答弁し、慎重な姿勢を表明した。奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」94～95ページ。「日本経済新聞」2010年1月20日夕刊。

94 民主党は「論憲」、自由民主党は「改憲」、公明党は「加憲」、社会民主党と日本共産党は「護憲」を標榜している。奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」94ページ。

95 <www.jimin.jp/jimin/shin_kenpou/shiryou/pdf/051122_a_pdf#search='自由民主党新憲法草案'>平

現行の日本国憲法の第9条の規定は残しつつも、「自衛軍」の保有を是認し、その任務は、①国の防衛、②国際社会の平和・安全の確保と③緊急事態への対処とする。自衛軍の最高指揮権者は内閣総理大臣で、自衛軍の任務を遂行するための活動は、法律の定めとするところにより、国会の承認その他の統制に服し、組織・統制に関する事項は法律で定める、という内容である⁹⁶。さらに、特別裁判所は設置できないものとしているが、軍事に関する裁判を行うため、法律の定めるところにより軍事裁判所の設置を下級審として是認するとしている⁹⁷。この場合、自衛軍の軍事に適用される軍（刑）法と軍事裁判所に適用される訴訟法の制定が予想される⁹⁸。

その他、民間の団体の憲法改正案を見ると、例えば、世界平和研究所のものは、現行の憲法の第9条第1項の規定は継受しつつ、「防衛軍」の保有を明記し、その任務は国の防衛、公共秩序の維持、国際平和協力とすると定めている。ただし、裁判所については、新たに憲法裁判所の設置を提言しているものの、特別裁判所の設置は禁止しているので、一般の司法裁判所から独立した形態の防衛裁判所の設置は認められないことになる⁹⁹。

イ 否定論

一方、否定的な見解では、軍法会議の欠点として、①身内の裁判のため「仲間かばい」や「組織防衛」意識が露骨に反映されること、②下士官・兵など下級者に厳しく、高級将校の責任は不問になる例が多いこと、③軍内の「世論」が優先され、事件のもみ消し、甘い処罰が見られること、④軍人が軍上層部や軍法会議への圧力をかけることがあり、「下克上」の風潮が見られることなど¹⁰⁰を、わが国の戦前の例¹⁰¹、最近のものを含む諸外国の

成22年8月4日アクセス。

96 堤淳一「『軍事裁判所』と法曹の確保」『防衛法研究』第30号（2006年）、49ページ。自由民主党新憲法草案第9条の2「我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全を確保するため、内閣総理大臣を最高指揮権者とする自衛軍を保持する。②自衛軍は、前項の規定による任務を遂行するための活動を行うにつき、法律の定めるところにより、国会の承認その他の統制に服する。③自衛軍は、第1項の規定による任務を遂行するための活動のほか、法律の定めるところにより、国際社会の平和と安全を確保するために国際的に協調して行われる活動及び緊急事態における公の秩序を維持し、又は国民の生命若しくは自由を守るための活動を行うことができる。④前2項に定めるもののほか、自衛軍の組織及び統制に関する事項は、法律で定める。」。

97 同上、49ページ。自由民主党新憲法草案第76条第3項「軍事に関する裁判を行うため、法律の定めるところにより、下級裁判所として、軍事裁判所を設置する。」。

98 同上、49～50ページ。

99 2005年1月20日に、世界平和研究所は、「憲法改正論議に対する国民的理解と関心を高めること」を目指して、日本国憲法の改正案を公表した。改正案の内容については、<[www.lips.org/kenpouhikaku.pdf#search=世界平和研究所 憲法改正案](http://www.lips.org/kenpouhikaku.pdf#search=世界平和研究所%20憲法改正案)>平成22年8月4日アクセス。

100 田岡「『新憲法研究案』に思う これからの日本に軍法会議は必要か」10ページ。

101 同上、108～113ページ。「張作霖爆殺事件」（1928年）では首謀者（大佐）は退役のみ、「10月事件」（1931年）では首謀者（中佐）は謹慎のみ、「5.15事件」（1932年）では首相の殺人者（士官候補生）に禁固4年、1934年のクーデター未遂事件では将校（大尉など）は停職のみ、「2.26事件」（1936年）では青年将校は処刑されたが、指導者の大将は無罪、1944年に陸軍の司令官（中将）がフィリピンか

例¹⁰²を紹介しながら論じている。

また、自衛隊に係る違法行為についても、現行制度のように一般司法に委ねるのが効率的であるとする。自衛官に法的訓練を急遽施すよりも、法曹資格のある者に軍事問題を勉強させて対応する方が効率的であり、また、自衛官に法曹資格を持たせるのは長期的な態勢整備が必要であるという理由からである¹⁰³。

さらに、軍法会議は領主裁判権の名残で、戦地で裁判する必要があったから設けられたものであるが、最近まで、出征地や外洋での犯罪について犯人を本国に送還することは不可能に近かったので、現地や艦上で裁判する必要があった。しかし、交通機関、通信の発達により、現在では、事件が起きたら本国に送還するのは容易であり、その必要性はなくなったとしている¹⁰⁴。

（3）わが国の防衛司法制度の将来的な検討の必要性

ア 総論

わが国の防衛司法のあり方を考えるに当たって注意すべきことは、検討の目的は自衛隊の規律の維持であるということである。防衛司法制度は、あくまでも目的を達成するための手段である¹⁰⁵。そこで、明確にしておかなければならないのは、現行の制度で、自衛隊の規律が保たれているかということである¹⁰⁶。もし、規律が保たれていれば、自衛隊独自の防衛司法制度（軍（刑）法、軍法会議に類するもの）の必要性は小さい。

服務規律や、その違反に対する懲戒処分は国による使用者としての公務員秩序の維持のためのものであり、自衛隊においては、実質的には部隊長の指揮統制に帰着する。服務規律の一部は自衛隊法の罰則と重複しているが、その適用は、社会全体の秩序を維持するため国民に対して行う刑罰権の行使である¹⁰⁷。そもそも、一般司法裁判所の下にある防衛司法制度の現状に不具合点はあるのだろうか。考えられるのは、第1に、裁判に長期間を要すると、軍律保持の目的が損なわれることである。即ち、迅速な裁判・制裁の必要性であ

ら敵前逃亡した事件では予備役に編入された後、師団長に任命など。

102 同上、107～108ページ。「日照丸当て逃げ事件」（1981年4月）では艦長への行政処分のみ、「えひめ丸事件」（2001年2月）では艦長は不起訴、イラクでイタリアの情報機関の車両が米軍の誤写を受け死亡者が発生した事件（2005年3月）では米兵は不起訴、イタリアのアルプスで米海兵隊のEA-6がロープウェーのケーブルを切断し死亡者が発生した事件（1998年2月）では無罪、イラクのアブグレイブ刑務所での捕虜拷問事件（2004年4月）では尋問の方法を指導した疑いのある米陸軍の情報部の少将は不答責など。

103 同上、114ページ。

104 同上、115、117ページ。

105 西村「我が国における軍事司法の可能性」1ページ。

106 同上、3ページ。

107 同上、4ページ。

る。第2に、軍事刑事事件の特殊性である。有効な判断を下すためには、軍事と法律の専門知識の両方が必要である¹⁰⁸。

また、自衛隊は、国内法上、行政機関であるが、国際法的には軍隊として扱われ、任務も国の防衛が本来のものであり、防衛費・装備も世界の一流水準である¹⁰⁹。つまり、建前として自衛隊は軍隊ではないが、実質的には軍隊としての取り扱いを受けている¹¹⁰のにもかかわらず、それに対応した法的態勢が整えられていない現状で良いかということがある。

イ 国内要因

特に冷戦後、国内外環境の激変の下で、「存在する」自衛隊から「行動して評価される」自衛隊への意識と仕事の変化が顕著になっている¹¹¹。

第1に、国際平和協力活動の進展が挙げられる。自衛隊の海外での活動の機会が飛躍的に増大している¹¹²。そこで、仮に違法行為が生じた場合、現地で裁判できるかという問題がある。現状では国内の一般司法裁判所が戦場に前進してくることは想定しにくいので¹¹³、現地で裁判はできないものと考えられ、国内に被疑者などを送還して、国内で裁判を受けさせる必要がある。また、国外において適用される司法手続の公正性を確保する必要がある¹¹⁴。上級者と下級者を公平に処罰すること、指揮官の恣意的な運用を許さないこと、組織防衛のため犯罪の隠蔽を可能としないことなどが求められる。さらに、海外任務での自衛隊の権限の拡大が、特に武器使用の面において顕著である¹¹⁵。それに関する軍事事件の特殊性を軍務経験のない法曹資格者（判事、検事、弁護士）が公判で判断できるかという問題がある。事件が生じた事態の実相などを把握することは難しい¹¹⁶。

第2に、法整備の進展を踏まえ、有事や周辺事態を視野に入れなければならない。平時には有効に機能している現行制度であるが、そういう事態に有効な対処ができるだろうか¹¹⁷。具体的には、被告人・証人の拘束や、証拠として検察庁による装備品の押収が必要

108 同上、4ページ。

109 奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」80～84ページ。第119回国会・衆議院本会議（1990年10月18日）中山太郎外務大臣、第34回国会・衆議院日米安全保障条約等特別委員会（1960年4月28日）林修三内閣法制局長官など。

110 西村「我が国における軍事司法の可能性」1ページ。

111 河井「自衛隊司法制度の提言」1～2ページ。

112 中野「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討」1～22ページ。

113 安江「我が国の軍事司法制度について」、19ページ。

114 中野「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討」25～26ページ。

115 中野「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討」2～22ページに、国際平和協力活動の本来任務化による影響と、国外における自衛隊の任務遂行に伴い予想される問題について詳しく説明されている。

116 河井「自衛隊司法制度の提言」28～31ページ。安江「我が国の軍事司法制度について」20ページ。

117 河井「自衛隊司法制度の提言」31～32ページ。

になるが、作戦行動の有効な遂行に対する妨げになるおそれがある¹¹⁸。

第3に、防衛法制の枠組み変化の可能性が出てきたことである。具体的には、日本国憲法の改正の動きがある。自由民主党新憲法草案に見られるように、自衛隊が「自衛軍」として認定され、特別裁判所の設置が可能になるかもしれない¹¹⁹。その場合、防衛刑法の見直しや、防衛裁判所の必要性が生ずる。

第4に、法曹の確保の必要性である。防衛司法制度の整備に向けて如何に法的訓練を受けた人材を自衛隊として確保するかが課題となる¹²⁰。

ウ 国外要因

国外における動向として、第1に、ヨーロッパ諸国では、欧州人権条約（第6条第1項¹²¹）が、軍法会議へ影響しているところが大きい¹²²。軍法会議の独立性に関して欧州人権裁判所（The European Court of Human Rights）のとっている認定基準は、①軍隊における懲戒法とそれに関する事件を審理する特別裁判所としての軍法会議の存在は是認するが、②手続きに独立性・公平性の確保を要請し、③軍法会議構成員に法的訓練を受けた者が含まれることが必要で、④軍隊構成員でない法曹の軍法会議への関与がない場合は独立性・公平性に疑義が生じ、⑤軍隊構成員である軍法会議構成員の判断が上級指揮官の影響を受けず、その行動が懲戒の対象とならない制度的保障があることが望ましく、⑥法的確実性の保障は厳格に要求され、⑦軍法会議の管轄は軍隊構成員による軍事犯罪に限ることが望ましい、ことである¹²³。イギリスの例を参照すると、1996年に招集手続、法務官などについての制度改正が軍法会議に関して実施された¹²⁴

第2に、国際平和維持軍への国際刑事法¹²⁵の適用も問題である。この場合、狭義の国際刑事法と関係国の刑法の適用と、その行動倫理が課題である¹²⁶。これに関して、わが国へ

118 安江「我が国の軍事司法制度について」19～20ページ。

119 河井「自衛隊司法制度の提言」32ページ。西村「我が国における軍事司法の可能性」25～27ページ。堤淳一「『軍事裁判所』と法曹の関与」49～50ページ。

120 堤「『軍事裁判所』と法曹の関与」54～57ページ。

121 欧州人権条約第6条第1項「すべての者は、その民事上の権利及び義務の決定または刑事上の罪の決定のため、法律で設置された独立のかつ公平な裁判所により妥当な期間内に公正な公開審理を受ける権利を有する。（以下略）」。

122 戸田「欧州人権条約と軍法会議の独立性・公平性」211ページ。

123 同上、236～237ページ。

124 同上、214～217ページ。注34参照。

125 国際刑事法には、①多国籍軍の兵士が進駐先の外国領内で罪を犯した場合などの涉外事件において適用されるべき刑事法を定めた規範（涉外法）、②国境を越えた犯罪の捜査と処罰のための各国間の司法共助を定める条約（共助法）、③国際法上の犯罪を定め裁く規範（条約又は国内法。狭義の国際刑事法）の3種類がある。幡新大実「平和維持軍と国際刑事法——連合王国陸軍軍法会議の事例を踏まえた比較法的考察」『軍事史学』第42巻第3・4号（通号第167・168号）、2007年3月、256ページ。

126 同上、258ページ。

の国際刑事裁判所規定への加入に際しての必要な法整備についての含意としては、①自衛隊法の罰則規定の充実化の必要があり、②軍刑事司法の自律よりも司法の軍隊や権力機関からの独立と公正さの追求の方がより大切である、との指摘がある¹²⁷。

(4) 今後の方向性

これまでの議論を踏まえると、わが国の防衛司法制度については、防衛刑法と防衛裁判所¹²⁸の2つの要素について見直しが必要であると考えられる。時代状況の変化を踏まえて、自衛隊（ひいては自衛軍）の規律を維持するために、実体法としての防衛刑法と訴訟法としての防衛裁判所に関する制度を検討し、有効かつ実効性のある自衛隊の活動レベルを確保するよう努めなければならない。

ア 防衛刑法

防衛刑法については、イギリスの例が、法の組み立てはわが国と類似している面があるので参考になる。両者とも、一般の刑法を軍人又は自衛隊員にも適用する法制である¹²⁹。また、わが国の自衛隊法には罰則規定があるが、イギリス陸軍法などに近い側面を持っている¹³⁰。

防衛刑法は現在の自衛隊法の規定がベースになるが、国際平和協力活動や有事、周辺事態などにおける自衛隊の規律の実効的な確保に資するためには、以下の課題がある。基本的には、現行の法の組み立てで問題は少ないと考えるが、手直しが必要であろう。

第1に、刑罰の見直しで、一部の行為について、重罰化の必要はないかということがある。具体的には、敵前逃亡罪などであるが、全般的に、主要国の軍（刑）法より軽い傾向がある¹³¹。例えば、司法制度において刑罰としての死刑が残っている日本の自衛隊と米国の陸軍の刑罰を比較すると表2のとおりである。

127 同上、258～259、268～270ページ。

128 本稿では、将来のわが国に検討されるべき軍（刑）法や軍法会議（軍事裁判所）に相当する制度の呼称として、「防衛刑法」と「防衛裁判所」を使用する。その構成・機能については検討を要するが、基本的には軍（刑）法や軍法会議（軍事裁判所）そのものではなく、現代のわが国の体制・状況に適合する内容に変質したものとすべきであると考えている。

129 同上、268～269ページ。刑法又は自衛隊法を改正して、刑法の特別公務員の職権乱用罪などに関する規定を自衛官に適用する要請があるとともに、指揮官の監督責任について、その懈怠、過失を罪として罰する要請も強い。

130 同上、269ページ。

131 河井「自衛隊司法制度の提言」22～25ページ。

表2 自衛隊と米陸軍の刑罰の比較

| 罪 | 刑 罰 | |
|----------|---|--|
| | 自衛隊 | 米陸軍 |
| 敵前逃亡 | 7年以下の懲役・禁固 | 最高で死刑 |
| 命令拒否・不服従 | 防衛出動を命ぜられた者 7年以下の懲役・禁固 治安出動を命ぜられた者 3年以下の懲役・禁固 | 戦時 死刑・終審拘禁刑、不名誉除隊、 罰金給料全額 戦時外 不名誉除隊、非行による除隊、5 年以下拘禁刑、罰金給料全額 |
| 部隊不法指揮 | 防衛出動を命ぜられた者 7年以下の懲役・禁固 治安出動を命ぜられた者 3年以下の懲役・禁固 その他 3年以下の懲役・禁固 | 戦時 死刑・終審拘禁刑、不名誉除隊、 非行による除隊 |
| 秘密漏洩 | 防衛秘密 5年以下の懲役 その他 1年以下の懲役・3万円以下の罰金 | 戦時 死刑・拘禁刑など |

（出典）河井繁樹「自衛隊司法制度の提言——軍刑法や軍法会議に相当する制度検討の必要性」『陸戦研究』平成16年7月号、22～25ページを参考にして作成。

第2に、犯罪類型の整理の必要で、現行の自衛隊法の規定で不足なものはないかということである。現行規定では、想定する罪の範囲が狭く、各種ケースに応じた刑罰に細分化されていないきらいがある¹³²。例えば、イギリス・アメリカの軍（刑）法では、軍紀を維持するために多様な犯罪類型を定めているが、現在の自衛隊法では服務規律・刑罰として定められていないものが多く含まれている¹³³。各国の軍隊の置かれた状況がわが国と相違するところが大きいことは認識しつつも、わが国の自衛隊法に定められた内容では、指揮官が規律を維持するための手段として不足するところも大きいと考えられる。軽々な犯罪類型の多様化は、公務員法の体系の下でのバランスを考慮すると避けるべきだが、検討の余地があろう。

第3に、バランス感覚である。自衛官としての名誉・処遇と責任・規律の均衡を図ること¹³⁴、軍事組織としての自律性の整備と個々の隊員の権利の保障の均衡を図ること¹³⁵、被

132 同上、25～26ページ。

133 山田「軍事司法制度」124ページ。

134 河井「自衛隊司法制度の提言」3～4、34ページ。安江「我が国における軍事司法の可能性」1～2ページ。軍人に厳しい規律の維持が要求されるのは国防という任務の特性によるものであるが、それ相応の処遇と名誉を与える必要もある。厳しい防衛刑法を整備するだけでは、士気の萎縮につながり、募集にも差し支えるおそれがある。

135 安江「我が国における軍事司法の可能性」27ページ。中野「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討」25～26ページ。そもそも軍人は一般の国家公務員、警察官などより人権が制約さ

告人たる隊員も「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利」（日本国憲法第37条第1項）が保障されること¹³⁶、防衛刑法の罰則と国家公務員法・地方公務員法（昭和25年法律第261号）の罰則とが均衡すること¹³⁷などが考慮されなければならない。ただし、一般法から独立した形での防衛刑法の必要性については疑問視する見方もあるところである¹³⁸。

イ 防衛裁判所

防衛裁判所については、ドイツの例が参考になる。ドイツには、軍（刑）法はあるが、軍事裁判所はない。ただし、基本法上には規定されている軍刑事裁判所は、わが国の防衛裁判所を検討するに当たっての、一つのひな型になる。ドイツで軍刑事裁判所が適用されるケースは防衛事態などに限定されることを想定している点などが、わが国の置かれている現在の状況に合致するからである。

防衛裁判所の必要性については、これまで指摘したところであるが、設置に際しては以下のような課題がある。

第1に、イギリスやアメリカの例でも見たような、防衛裁判所で「法務官」的な役割を果たす者とか、検事・判事として、法曹の確保の必要性があることである。このため、自衛隊の部内と部外の態勢整備を図る必要がある。その方法としては、①法曹資格を有する者を防衛裁判所に登用すること、②自衛官の中から選抜した幹部自衛官を法科大学院に派遣した上で司法試験を受験させ法曹資格を取らせること、③自衛隊の中に法科大学院を設けるか既に設置されている学校の中に法科大学院のコースを併設すること、④予備自衛官制度を活用し、法曹資格者に予備自衛官への志願を求めること、などが考えられる¹³⁹。

れることはやむを得ないが、制約された範囲内で人権が保障されなければならない。裁かれる者の人権を十分考慮しないまま、防衛裁判所が設置されてはならない。任務の特性に応じた人権の保障と真実発見の両方が追求される法制度を整備するとともに、国外において適用される司法手続が公正に行われることが求められる。

136 安江「我が国における軍事司法の可能性」19ページ。日本国憲法第37条第1項「すべて刑事事件においては、被告人は公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。」

137 河井「自衛隊司法制度の提言」27ページ。国家公務員法・地方公務員法の体系の中で、自衛隊法の罰則規定は既に重いものになっており、軽々に罰則規定の強化や想定する罪の広範化と細分化はできない。

138 田岡「『新憲法研究案』に思う これからの日本に軍法会議は必要か」115～117ページ。海外派遣中の部隊には日本の刑法を適用し、それを犯した者を送還し検察庁に送ることと、自衛隊法の罰則の強化や手直しを行えば十分であるとする。

139 堤「『軍事裁判所』と法曹の関与」54～57ページ。①については、一般司法裁判所の判事・検事を防衛裁判所に転籍・兼務させる方法は、判事・検事の大幅な増員をしなければ無理があり、弁護士の中から防衛裁判所の判事・検事に登用する方法は、長期間の勤務を確保するために、その者の階級その他の名誉、給与などについての一定の配慮を必要とする。②については、現在、司法試験を受験するためには、法科大学院の課程を終了することが必要である。③については、防衛医科大学校に倣い防衛法科大学校を設けるためには、巨額の予算を必要とする。また、防衛大学校に法科大学院のコースを設ける方法もある。④については、一般人が予備自衛官になれる現行制度を活用し法曹資格者に予備自衛官に志願を求める方法や、登録予備自衛官制度を確立し、法曹資格者に登録を求める方法

第2に、防衛裁判所の適用は、ドイツが防衛事態の場合などに対象を限定していることに見られるように、わが国の場合も有事、周辺事態、国際平和協力の場合に限定することも一案であろう。平時の場合、かつ国内の場合は通常の司法手続で特段問題は生じていない。現行制度の定着度から見ても、国民意識の観点からも、そのような場合に特別の取り扱いをすることは見合わせる事が望ましい。

第3に、防衛裁判所は事実認定を行うのを主任務とし、量刑判断は一般司法裁判所に行わせるのが適切かも知れない。国外又は有事における活動において発生した事態に対する行為者の判断の適否はその場の状況を軍事的にどう捉えるかを考慮することが必要であり、刑事責任の解明に先立ち、事実の認定を軍事組織の専門性の観点から行うことが適切であるからである。例えば、国際平和協力活動に伴う事案については、「国際平和協力活動審判所」のような制度を設けて事実認定を主として行い、任務の特殊性を加味した判断を行うことである¹⁴⁰。

第4に、2009年からわが国において裁判員制度による刑事裁判が始まったが、防衛裁判所には、裁判官制度による市民参加は消極的に解すべきと思われる¹⁴¹。また、司法への市民参加の方法として、一般司法制度の場合は検察審査会制度がある。近年、制度が改正され、同審査会で不起訴が不相当で「起訴相当」の決定が2回なされた場合は、必ず起訴しなければならないようになった。この制度を防衛司法制度に取り入れることは意義があると考えられる。防衛裁判所に否定的な見解が指摘する防衛裁判所の恣意的な運用の危険性を国民の目線で防ぐことが可能となると思われる。

第5に、防衛裁判所の設置形態については、次のような方法が考えられる¹⁴²。①特別法に基づき行政機関が行政審判として該当事例について「審判」を実施する（例：海難審判所）¹⁴³、②一般司法裁判所の系列に属する専門裁判所として防衛裁判所を設置する（例：家庭裁判所）¹⁴⁴、③司法権を一般司法裁判所と特別裁判所が分掌する形で、純粹の司法機関として防衛裁判所を設置する¹⁴⁵、である。現行の日本国憲法の下では、①又は②が可能

が考えられる。

140 中野「今後の国際平和協力活動における法的枠組みの検討」29～31ページ。

141 堤「『軍事裁判所』と法曹の関与」53～54ページ。米国の制度においても軍法会議への市民参加は認められていない。防衛裁判所は戦時・事変に関しては構成員の戦死・死亡により損耗し、変化が予定される上、このような場合に参加市民が得られるかどうかも疑問であり、裁判体を構成できないおそれもある。ただし、自衛官による裁判員への途は検討に値する、とする。

142 西村「我が国における軍事司法の可能性」25～27ページを参照。

143 国家の刑事裁判権を行使することを確保するため、一般司法裁判所で重ねて事実審理を行う必要がある。刑事責任については地方裁判所で改めて審理できるようにしなければならない。

144 裁判官の人材確保が課題である。また、第1審を防衛裁判所とし、高等裁判所を控訴審、最高裁判所を上告審とすることが考えられる。

145 行政機関である検察、警察と司法機関である裁判所が完全に分離されるので、公平な裁判が期待できる。また、裁判官は原則として常設でなければならないが、人材確保が課題である。

であろうし、仮に憲法が改正され、特別裁判所の設置が可能になった場合には、①、②に加えて③の方法も可能となる¹⁴⁶。

おわりに

2010年で、戦後65年、自衛隊発足後でも56年が経過し、日本国憲法を始めとする政治、経済、社会の戦後システムは既にわが国に定着している。冷戦期は抑止力としての自衛隊の存在意義が主で、防衛問題の議論はタブー視される傾向があった。冷戦後、自衛隊の任務・役割が拡大し、自衛隊の行動などに関する法整備が進展し防衛庁の省移行も実現した。即ち、「存在する」自衛隊から「行動して評価される」自衛隊へ変化してきた。特に、国際平和協力の分野が顕著で、海外での任務が増大し、実際の該当事例はないが、武器使用の可能性も増大している。また、有事や周辺事態に関する分野も法整備は整いつつある。

平時は、自衛隊を行政機関の一つとして位置付け、国の防衛を主目的とする特別の武力組織として扱うことに特段の不具合、違和感はない。ただし、自衛隊は、任務、組織、制度、予算、装備の面では、国際的には法的にも、また実力的にも軍隊に相当する実力を有する武力組織である。自衛隊も「行動して評価される」時代、緊急事態への対処を有効に行うためには、行動に伴い違法行為が生じた場合、遅滞なく迅速に処理し、組織としての有効性を確保する必要性が生じている。内容面で防衛体制の充実化が図られている今日、自衛隊の行動能力を最大限に発揮するため、また、それだけ大きな存在となった自衛隊に対するシビリアン・コントロールを確保する観点から、必要な態勢を整備する必要がある。その一貫として、自衛隊に関する防衛司法制度を現代的意義に照らして再検討し、改革を志す必要性は大きい。

旧来的な意味での軍（刑）法、軍法会議の必要性は小さいが、そのエキスを活用することは望ましい。防衛に振り向ける国家としての人員や予算が限られている中で、自衛隊もこれまでよりも更に実際に「行動」する場面が増えていくであろうが、自衛隊員が後顧の憂いなく任務を完遂できるような態勢作りを行うことで、より効果的な防衛力を発揮することが可能になるであろうと思われる。その一つの重要な眼目が、防衛司法制度の充実強化と考えられる。主要な民主主義諸国の制度を参考にしながら、防衛刑法、防衛裁判所などの新たな防衛司法制度の枠組みについて検討することが求められる。

(おくひらじょうじ 研究部第1研究室主任研究官)

146 同上、26ページ。

