

旧陸海軍軍法会議法の制定経緯 ——立法過程から見た同法の本質に関する一考察——

山本 政雄

はじめに

現代の我が国では、軍法会議といえば、それは憲兵制度とともに、戦前の旧陸海軍における畏怖すべき非人道的な統治システムとしてのイメージが想起され、一般的にはほとんどその実態が知られていないのが実情であろう。そもそも軍法会議とは、戦前の大日本帝国憲法下において陸海軍軍人等の刑事犯罪を裁くために設置されていた、一種の裁判制度である。その法的根拠は、1889（明治22）年2月11日発布の大日本帝国憲法第57条の「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」との規定、さらに第60条の「特別裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム」との規定にあった。すなわち軍法会議とは、現代の最高裁判所に相当する大審院を頂点とした通常裁判所とは別種の、帝国憲法で設立を認められた特別裁判所であった。そして、その裁判所の構成と司法権行使の手続きについて定めた法律が、本稿で考察する1921（大正10）年制定の陸軍軍法会議法及び海軍軍法会議法だったのである。

一方、日本国憲法は第9条において「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」し、この目的を達するために「陸海軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない」ことを宣明する。国家の交戦権を容認しない現行憲法下で、戦力としての軍隊の保有そのものが否定され、したがって軍法会議等の軍司法制度も、必然的に現代日本には存在し得ないこととなる。さらに同第76条には「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ふことができない」と規定して、陸軍省及び海軍省といった一種の行政機関内で完結した戦前の特別裁判所制度は、明確にこれを禁止している。このため、従来このような軍司法制度に関する研究は活発であったとは言えず、とりわけ軍法会議制度については法学界においても戦後長らく顧みられることのなかった分野の一つである⁽¹⁾。

(1) 軍司法制度に関する先行研究として、次のような幾つかの玉稿が挙げられる。松下芳男「国民生活に影響した軍事法制」『軍事史学』第6巻第3号（1970年11月）や山田康夫「軍事司法制度」『防衛法研究』第10号（1986年）は、戦前の軍司法制度の概要について簡潔に論じられている。また、遠藤芳信「1880年代における陸軍司法制度の形成と軍法会議」『歴史学研究』第460号（1978年9月）、霞信彦「陸軍刑法の制定」『法学研究』第57巻第7号（1984年7月）といった論文は、のちほど本稿でも引用するように、明治初期における軍司法制度の発足に関する貴重な考察である。また、松本一郎「東京陸軍軍法会議についての法的考察」『獨協大学法学部創設二十五周年記念論文集』（第一

このような背景に鑑み、本稿は、管見の限りにおいて、先行研究が少ない旧日本陸海軍の軍法会議法について考察しようとするものである。軍法会議制度の本来の目的は、刑事訴訟手続きに則った国家の裁判権と、秩序の維持に最高の価値観を求める軍統帥権との調和を図ることにあつたとされる。つまり、一般の刑事法に対して、軍の特殊性に対応すべく所要の調整が図られた法律が、科刑の根拠となる実体法⁽²⁾としての軍刑法であり、裁判における手続法⁽³⁾としての軍法会議法であった。そして、その調整の結果は、手続法たる軍法会議法においては、被告人の弁護権制限や裁判公開原則の例外等、軍法会議特有の規定に明確に表れていた。本稿は、この軍法会議制度について、法制史的観点に立って歴史的意義を考察するため、軍法会議法の制定経緯を検証し、その立法過程から同法の本質の一端に迫ろうとするものである。

法規出版、1992年)は、2.26事件の裁判を通じて、軍法会議の実態を考察している。そして近年は、河井繁樹「自衛隊司法制度の提言」『陸戦研究』第52巻第610号(2004年7月)や西村峯裕「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)に代表されるように、自衛隊における軍司法の可能性を模索する研究が始まっている。しかしながら、1921(大正10)年制定の陸海軍軍法会議法の制定経緯について考察を試みる本稿のテーマに沿った先行研究は、管見の限り見当たらない。このような現状は、吉田裕「復員局・陸軍軍法会議廃止に関する顛末書」『戦争責任研究』第37号(2002年秋季)77ページの「長い間、軍法会議そのものが存在していないという事情もあって、軍法会議の歴史に関する研究もほとんど見当たらない」との記述からも裏付けられよう。さらに、北博昭「軍法務の領域にあってはまだ一次史料に比重をおかなくてもよいほどの研究の蓄積はない。このジャンルでの作業に臨んでは、他の分野にもまして一次史料にあたることと『関連文献』に対する批判がなによりも大切である」との指摘は、本分野における基本的な研究姿勢に対する示唆を与えてくれている。このような現状に鑑み、本稿執筆に際しては極力旧陸海軍の一次史料と、軍司法が現実の存在であった戦前の文献を主用することとした。例えば、防衛研究所が所蔵する旧陸軍省保管「大日記」や旧海軍省保管「公文備考」という一次史料には、軍法会議法の立法過程における陸海軍省の帝国議会や法曹会への対応の記録が編てつされておられ、歴史的に極めて重要な記述を見出すことができる。さらに、法曹会編『刑事訴訟法衆議院貴族院委員會議録』(1922年)や『陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員會議事録』(出版年不明)等の委員會議事録は、法制史を中心とした本稿の執筆に、貴重な資料を与えてくれた。前者には、軍法会議法に多大な影響を与えた大正刑事訴訟法(旧刑事訴訟法)の、また後者には陸軍軍法会議法及び海軍軍法会議法の制定までの、各委員会での興味深い議事の記述が残されており、これら法律の立案者の意図を読み取ることができる。一方、田崎治久『陸軍軍法會議法註解』(軍事警察雑誌社、1921年)や富山單治『軍法會議法論』(巖松堂書店、1924年)及び日高巳雄『陸軍軍法會議法講義』(良榮堂、1935年)、同『軍法會議法』(日本評論社、1938年)といった戦前の文献は、当時の軍司法関係者向けの実務書であり、法解釈等の考察に有用な文献である。また法制史の分野では、小早川欣吾『明治法制史論 公法之部 下巻』(巖松堂書店、1940年)や小田中聡樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社、1976年)、松下芳男『明治軍制史論(上・下)』(国書刊行会、1978年)等の文献から、一般法である刑事訴訟法の改正作業との関連における、軍法会議法の制定経緯をうかがい知ることができる。

- (2) 法体系としての実体、すなわち権利・義務の発生、変更、消滅の要件を定めた法規であり、刑法や民法等がこれに相当する。これを含めて以下、法律用語については小島武司編『現代裁判法』(三嶺書房、1987年)、田宮裕『刑事訴訟法新版』(有斐閣、1992年)、渥美東洋編『刑事訴訟法』(青林書院、1996年)及び池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義』(東京大学出版会、2004年)並びに『法律用語辞典』(有斐閣、2006年)等を参照した。
- (3) 権利の実質的内容を実現するために取られる行為の筋道を規律する法規で、実体法に対する。刑事訴訟法や、民事訴訟法等がある。

1 軍法会議法前史

(1) 軍法会議の概念

我が国の軍司法制度の根源は、明治維新直後の1869（明治2）年に実施された軍律⁽⁴⁾の発布と糺門司⁽⁵⁾の設置による、兵士に対する刑事裁判制度の発足に遡る。次いで、72（同5）年2月の陸海軍省分立に際して陸海軍はそれぞれ省内に裁判所を置き、同年3月5日、陸軍糺問司の長である糺問正から陸軍省に対して次の具申⁽⁶⁾がなされ、ここに我が国の軍事史上、初めて軍法会議なる呼称が登場した⁽⁷⁾。

現今軍法会議之方法御詮議中ニ付 御確定ニ相成候迄之内 当司ニ於テ仮會議ヲ設ケ兵隊犯罪アル毎ニ糺鞠招状已ニ定マルノ後 其所轄ノ大隊長外ニ御親兵ナレハ御親兵掛中少佐ノ一名 鎮臺ナレハ本臺ノ中少佐ノ内一名出張 糺門正及ヒ大中令史ノ内一名會議 其刑名ヲ判決候様仕度此段御伺候也（下線部は引用者）

封建国家からの脱却を図った明治維新以降、我が国は西欧先進諸国の諸制度を手本として近代国家の建設に邁進し、とりわけ軍事・司法の分野でフランスの影響を強く受けていたが、実は軍法会議という呼称も、同国の制度に由来している。すなわち「佛國ニ在リテハ軍法會議カ裁判所ノ一種トシテ司法權行使ノ一機關タルニ至リタルハ大革命以後ノ事ニシテ 其ノ以前ニ在リテハ軍ノ組織モ未タ完備セス 戦争毎ニ軍兵ヲ募リ出征中ニ限り軍ノ最高司令官ニ軍兵ノ犯行ヲ處罰スヘキ全權ヲ有セシメ 最高司令官ハ此ノ處罰權行使ノ爲ニ部下ニ屬スル若干ノ武官ヲシテ評議決行ノ任ニ當ラシメタルモノニテ 此等武官ノ一團ヲ軍法會議ト稱シタ」⁽⁸⁾のである。つまり、フランス革命以前の同国では、国王は戦地に向かう部隊毎に Conseil de guerre、すなわち「戦争の会議」という委員会を設け、軍人の犯罪処罰に当たらせていた。この制度は、革命当時の自由平等思想によって一時中断し、軍人の犯罪も通常裁判所の管轄とされたが、その後旧制に復し、1857年にフランス国軍の

(4) 明治初年の紊乱した軍隊内風紀を肅正することを目的として発せられた刑律としての令達であり、5カ条から成っていた。ここで最も重視されたのは、徒党の反逆行為であり、次いで武器携行による脱営行為であったが、創設間もない当時の我が国軍の実状を如実に示している。ちなみに、未だ近代軍隊の体を為してはいなかった国軍にとって、本軍律は有名無実の刑律に過ぎなかったとも言われている。

(5) 当時の兵部省内に設置された司法統轄機関であり、軍司法機関の嚆矢とされる。

(6) 「大日記 省中之部 明治五壬申三月」751～752ページ。なお、陸軍の「大日記」や海軍の「公文備考」等、旧陸海軍のほとんどの一次史料には元々ページ番号が付記されていないため、これを含めて以下、当研究所がマイクロフィルム記録用として押印した整理番号を、便宜的にページ番号として表記する。

(7) 松下『明治軍制史論（上）』432～433ページをはじめ、多くの文献で同年3月7日の陸軍省達の発出をもって最初としているが、当該達はここで掲示した具申を受けて発出されたものであるから、厳密にはさらに2日遡る必要がある。

(8) 富山『軍法會議法論』6ページ。

制度として法定化されるに至り、我が国ではこれを軍法会議と翻訳し、理解したのである。

そして、当時の我が軍司法関係者に大きな影響を与えたのは、フランス陸軍大将マルモン(Raguse Marmont)が1845年に著した『軍制要論』とされているが⁽⁹⁾、それによると軍法会議の本質的要件は以下の3点であるとする。

- ①軍人に対する裁判は、軍の裁判所で行う。
- ②その裁判機関の構成と手続きは、法律をもって定める。
- ③そこでの訴訟手続きは、できる限り通常裁判所の手続きに一致させる。

①の軍事裁判所が必要な理由は、第一に、軍が自国の通常裁判所の権限が及ばない場所、例えば自国領土外で行動するという、その特殊性に由来するとする。第二に、軍務の特殊性を要因として、軍の統帥権と国家の裁判権の接近を図ろうとする意図について述べている。②については、軍事裁判の根拠はあくまでも刑事裁判に関する法律であって、決して統帥権ではないことを明確にしている。そして③に関して、軍事裁判所といえども、とりまなおさず国家の裁判権を体現する司法機関と位置づけ、手続きにおける一般法への隷属性を強調している。これが「軍法会議とは国家の裁判権と軍の統帥権の調和を図った制度である」と理解されたことの背景である。このようにマルモンが解説した、フランス軍の軍法会議制度に倣い設置したのが、前述した1872(明治5)年の陸軍裁判所であり、ここに我が国の軍法会議制度の原型を見ることができるのである。次に、このような制度を導入しなければならなかった当時の国内事情について検討してみたい。

(2) 制度導入の背景

「軍人は忠節を盡すを本分とすへし」とは、戦前の帝国陸海軍軍人の精神的基盤として、金科玉条の如く信奉された陸海軍軍人に賜りたる勅諭、いわゆる軍人勅諭冒頭の一節である。1882(明治15)年1月4日に明治天皇から下賜された軍人勅諭は、前文で我が国における古代からの兵制の沿革を説き、天皇こそが文武の大権を掌握するものであることを明確にしている。その上で、軍人に訓諭すべき「忠節、礼儀、武勇、信義、質素」の5カ条を示し、これを誠実に実行するよう諭したのである。これらの徳目は、本来は封建社会における支配階層であった武士階級が信奉した徳目であったが、当時の日本軍人の徳目としても普遍的な正当性を有するものとして、創設間もない陸海軍全軍に示達された。

しかし、この軍人勅諭が下賜された背景には、実は明治維新直後からの軍部内の騒乱と

(9) 松下『明治軍制史論(上)』435～436ページ。

いう内部事情があった。明治政府は陸海軍を創設したが、旧藩出身の士族階級と一般国民からの徴兵で構成していたため、当初から双方の出自の相違を背景とした軍紀の紊乱が顕在化していた。このため、政府当局は軍隊の秩序維持には軍紀の肅正が急務と考え、1869(明治2)年4月29日に軍律及び72(同5)年2月18日に海陸軍刑律といった、その後の陸海軍刑法の母体となる諸軍律を立て続けに発布した。我が国に初めて軍法会議という呼称が現れたのは、まさにこのような時代であった。

こうした努力によって、創建初期の紊乱した状況が、沈静化したかに見えた1878(明治11)年8月23日、建軍以来未曾有の暴動として有名な竹橋事件が勃発した。この事件は、東京麹町にあった近衛砲兵大隊の兵卒が、西南戦争の行賞遅延や給料減額を不満として、大隊長宇都宮茂敏少佐以下数人の将校を殺害し、天皇に直訴しようとしたものである。この暴動自体は間もなく鎮圧され、首謀者等53名への死刑執行によって処理されたが、昭和の5・15事件や2・26事件にも匹敵する日本軍人による一大不祥事として記録されている。この事態を受けて、政府は81(同14)年1月に憲兵制度を発足させ、さらなる軍隊内の秩序維持に乗り出した。また同年12月には、それまでの海陸軍刑律を改めて陸軍刑法と海軍刑法に分離して制定し、中でも特に軍秩序に反する行為としての反乱、抗命⁽¹⁰⁾については死刑を含む厳罰で臨むことを明確に規定した⁽¹¹⁾。

この陸海軍刑法制定直後に天皇から下賜されたのが、いわゆる軍人勅諭である。その後、大東亜戦争の終結までの60有余年にわたり、日本軍人の根本的規範として遵守されることになる軍人勅諭とは、本来はこのように当面の軍紀肅正を最大の目的に発布された訓示だったのである。

軍人勅諭には、明治初期における我が国軍の時弊が色濃く反映されている⁽¹²⁾と言われているが、あらためてその各条中の文言を見てみると、このような指摘も首肯できよう。第一条の「世論に惑はす政治に拘らず」とは、四將軍政治上奏事件⁽¹³⁾等に悩まされた軍

(10) 陸軍刑法及び海軍刑法は、反乱について「軍人干城ノ任ニ背キ禍亂ヲ作爲シ國ニ叛キ敵ニ與ミスルモノヲ云フ」と、抗命を「命令ニ抵抗シテ之ニ服従セサルヲ云フ」と定義しており、いずれも厳罰を科すべき軍統帥上の大罪と位置づけている。

(11) 反乱については、陸軍刑法第50条、海軍刑法第57条ともに「軍人黨ヲ結ヒ兵器ヲ執リ反亂ヲ爲ス者首魁教唆者及ヒ群衆ノ指揮ヲ爲シ若クハ樞要ノ職務ニ従事スル者ハ死刑ニ處ス」とあり、抗命についても同じく第66条及び第86条に「軍人命令ヲ下ス可キ權アル者ノ命令ニ抗シ若クハ服従セサル者敵前ニ在テハ死刑ニ處ス」と規定されていた。

(12) 松下芳男『明治の軍隊』(至文堂、1963年)69ページ、全国憲友会連合会編纂委員会『日本憲兵正史』(研文書院、1976年)120ページ。

(13) 陸軍中将鳥尾小弥太、同谷干城、同三浦梧楼、陸軍少将曾我祐準の4人の将軍は、1881(明治14)年9月12日、折からの国会開設問題や、北海道開拓使官有物払い下げ問題等で混乱していた国内状況を正すべく、天皇への上奏を行った。高級軍人として、国を憂う心情から出た行為だったが、軍紀を紊乱するものとして処断された。軍秩序の保持を目的とした陸海軍刑法の制定を促進し、また軍人勅諭下賜の契機にもなったと言われている。

当局が、軍人の政治関与を厳しく制限しようとしたことを示している。第二条「上官の命を承ること實は直に朕か命を承る義なりと心得よ」と第三条「由なき勇を好みて猛威を振ひたらは果は世人も忌嫌ひて豺狼などの如く思ひなむ」は、まさに当時の荒廃した軍紀とともに、軍には士族出身階級の封建的特権階級意識が色濃く残存し、民心から隔絶していた状況がうかがえる。また、第四条「小節の信義を立てんとて大綱の順逆を誤り或は公道の理非に踏迷ひて私情の信義を守りあたは英雄豪傑ともか禍に遭ひ身を滅し屍の上に汚名を後生まで遺せること其例尠からぬものを深く警めてやはあるへき」に至っては、征韓論に端を発した西南戦争等の勃発に悩まされた政府が、その首謀者らを逆賊として指弾したことが明白である。さらに第五条「貧汚に陥りて志も無下に賤しくなり節操も武勇も其甲斐なく世人に爪はしきせらるる迄に至りぬへし」は、西南戦争の行賞遅延や給料減額への反発が原因となった竹橋事件を戒めたものと考えられる。軍人勅諭の本質として、「当時の時代の反映として、時弊に対する訓諭と見るべきであって、必ずしも後世説明されたような超時代的な重要意義はなかった」⁽¹⁴⁾ とする分析は、実に正鵠を射るものであろう。

以上のように、軍法会議制度導入の背景には、国軍創建当初の軍紀紊乱という事情があったのである。

(3) 陸海軍治罪法の制定

兵部省の糺問司は、1871(明治4)年7月の兵部省職員令改正によって「海陸軍糺門司」に改められ、「海陸軍ノ罪犯糺覈處決等ノ事ヲ掌ル」⁽¹⁵⁾、すなわち独自の軍事裁判権を保持することとなった。次いで8月に全11編204条からなる海陸軍刑律が制定され、翌72(同5)年2月から施行された。時を同じくして兵部省は陸軍省と海軍省に分立したため、陸軍省が糺門司を所管し、海軍省には「糺門掛」を置くこととなった。このとき軍法会議という呼称が初めて用いられたことは、既に述べたとおりである。

その後、1878(明治11)年の竹橋事件を経て、憲兵條例の制定や海陸軍刑律の陸軍刑法と海軍刑法への分離、制定等、軍紀の維持を目的とした諸施策が実行に移された。この実体法としての陸海軍刑法の制定⁽¹⁶⁾に伴い、種々の規則に分散していた手続法も統一的に整備する必要が生じ、軍事裁判の訴訟手続法として陸軍治罪法及び海軍治罪法が、それぞれ83(同16)年3月及び84(同17)年3月に制定された。これによって、軍人・軍属の犯罪は戦時平時を問わず、また軍刑法の罪に限定せず、全て軍法会議において裁判する制度

(14) 松下『明治の軍隊』68～69ページ。

(15) 「明治四年ヨリ八年ニ至ル兵部省規則條例」323ページ。

(16) 霞「陸軍刑法の制定」30ページは、この陸海軍刑法について「仏軍法に依拠し、普通刑法との折衝を勘案、慎重な審議・修正の結果として制定された、明治初期における、いわゆる近代法典の一つであったことは明らか」と評している。

が確立したのである。

陸軍治罪法は、第一章総則、第二章軍法會議ノ構成、第三章軍法會議ノ権限、第四章陸軍檢察、第五章審問、第六章判決に分かれて74カ条から成り、海軍治罪法はこれに第七章として「軍中處分」が加わって、94カ条で構成されていた。陸軍治罪法と海軍治罪法は、「舊制の純然たる糺問制を廢し軍法會議の組織権限及び治罪の手續を一法典に集め」⁽¹⁷⁾ た、我が国最初の近代的軍事裁判法であった。そしてそれは、「1880年代の軍司法制度形成の骨格をなし、そこでの軍法會議は『長官主義』と裁判傍聴・上訴権・弁護人の制限と禁止を基本とし」⁽¹⁸⁾ ていた。ここでいう「長官主義」とは、訴訟手続きの全権を部隊の長たる司令官に付与することを意味している⁽¹⁹⁾。もっとも、この法律には規定上不備な点が多々あったため、制定直後から早くも改正の必要性が指摘されていた。すなわち「軍治罪法ハ實質ニ於テ糺門制ニ據リタルモノニテ公開、辯護及上訴ヲ認メサルノ點ニ於テ幾許モナクシテ非難ノ聲ヲ高カラシムル」⁽²⁰⁾ という状況に至っていた。つまり、実質的に陸海軍治罪法は、前近代的な刑事裁判制度の本質とされる糺門主義⁽²¹⁾ に依拠するものであり、当時としても既に当然のものと認識されていた裁判公開の原則や弁護権及び上訴権等、被告人の人権擁護に関する基本的権利が欠如していた点に批判が加えられていたのである。

陸海軍治罪法は、このような被告人の人権擁護規定等に相違があるものの、基本的な訴訟手続きは、当時の一般の刑事訴訟に関する法律である1880（明治13）7月17日制定の治罪法に依拠していた。この治罪法は、フランスから招聘した法学者ボアソナード（Gustave Emile Boissonade）による草案を基礎として策定したものであり、一面では「わが国刑事訴訟法史上画期的な意義をもつもの」⁽²²⁾ と言われている。しかしその一方で「佛國治罪法は其の古き形式手續なる糺問法を採用し、被告の防禦に關する利益を保護する事が少ない缺點があつた。我治罪法は斯の如き特色を有する佛國治罪法の諸主義を其儘採用してゐた爲、舊幕以來の裁判手續上の諸慣例に比すれば遙かに進歩した事は明白ではあつたが、もとよ

(17) 日高『軍法會議法』7ページ。

(18) 遠藤「1880年代における陸軍司法制度の形成と軍法會議」8ページ。

(19) 富山『軍法會議法論』21ページに「司令權ノ作用ヲ訴訟手續ニ連繫セシムル必要ヨリ部隊ノ長ヲシテ其ノ本來ノ官職ニ於テ法律所定ノ訴訟手續ヲ實行セシムヘキモノト爲シ就中公訴ニ關スル全權ハ軍紀保持ノ全責任者タル司令官ヲシテ之ヲ獨占セシム是所謂長官主義」とある。

(20) 同上、14ページ。

(21) 刑事裁判における基本的な原理や構造を示す用語で、具体的には裁判が告発者の訴えではなく、裁判所の職権で開始されるとともに、訴訟主体が裁判所と被告人の二面関係で争われることを意味する。これに加え、訴訟手続きが司法官憲の強力な権限行使によって進行されるという意味で、別に職権主義という表現も用いられるが、これらの特徴は、ドイツやフランスを中心とする西歐大陸諸国の刑事司法原理を言い表すものとして知られ、大陸法に象徴される。これとは対称的に、訴訟はあくまでも被害者や第三者による告訴、告発によって開始され、また訴訟の主体は訴追者も加わった三面関係となるとともに、裁判所は公平、公正な裁判の進行調整者として機能するという、英米系諸国の弾劾主義、当事者主義と呼ばれる原理があり、英米法に見られる。

(22) 高田卓爾『刑事訴訟法』現代法律学全集28（青林書院新社、1979年）14ページ。

り改正す可き點が既に存在していた」⁽²³⁾ のが実態であった。このため、今日では治罪法とは「(明文化されていなかった規定も含めた)旧手続きを再編して糺門主義的予審判事司法を規定した」⁽²⁴⁾ ものに過ぎないとの見方が一般的である。

このように、一応の人権擁護規定を盛り込んだ治罪法ですら批判の対象となっていたのであるから、同法を母法としながらも最低限の人権擁護規定すら欠く陸海軍治罪法の糺問主義的性格は、容易に推察されよう。ともあれ、明治初期の軍紀紊乱を背景として誕生した軍事裁判制度たる軍法会議は、陸海軍治罪法の制定によって、近代軍事裁判制度としての基礎が固まったと見て差し支えない。

(4) 明治期の刑事法

1889(明治22)年2月11日に公布された大日本帝国憲法は、19世紀のドイツ型立憲君主制憲法に範を採り、天皇絶対制と立憲民主主義の調和を指導原理とし、帝国議会を通じた天皇主権の發揮を目指していた。これ以後「わが国は制度・文物の全般についてフランスよりもドイツの影響を強く影響を受けるようになった」⁽²⁵⁾ のである。とりわけフランスの制度模倣によって構築してきた我が国の司法制度は、あらゆる分野において再構築が迫られたが、軍司法制度もその例外ではなかった。したがって、大正年間に成立した、陸海軍軍法会議法の制定経緯の考察に際しては、当時における一般の刑事法の変遷に関連づけて検討する必要がある。

ここで言う刑事法とは、実体法としての刑法及び手続法としての刑事訴訟法、あるいはその旧呼称である治罪法を指す。もっとも、治罪法の制定以前は実体法と手続法は一体の法律であったため、これも含めた明治維新後における我が国最初の刑事法は1870(明治3)年の新律綱領である。これは明・清律といった中国法を基礎として、これに我が国古来の養老律⁽²⁶⁾ や徳川時代の御定書等を参酌して制定されたものである。それによる刑事手続き

(23) 小早川『明治法制史論 公法之部 下巻』1081ページ。

(24) 小田中『刑事訴訟法の歴史的分析』130ページ。なお、ここで言う予審判事とは、その名のとおり予審を行う判事(裁判官)のことである。この予審とは、被告人を公判に付するか否かを決し、併せて公判で行い難い証拠保全、取調べを目的として行う訴訟手続きを言い、裁判に捜査を連繋させることを目的とした、西欧大陸諸国の制度である。予審判事は、裁判所判事と同等の権限を有する一方、強制力を持った捜査活動の権限も有していたため、制度自体が、密室性の人権上の問題や、あるいは捜査手続きと裁判手続きの混同といった理論的な理由によって、多くの問題のある手続きとされた。このため、法曹界では一大論議の争点となり、結局軍法会議法と大正刑事訴訟法(旧刑事訴訟法)では、取り扱いを共通化することができなかったことは、後述するところである。ちなみに、現行の刑事訴訟法では廃止されている。

(25) 高田『刑事訴訟法』15ページ。

(26) 大化の改新の完成として位置づけられる、我が国最初の701(大宝元)年大宝律令を母体とし、718(養老2)年に制定された律令。平安中期より実質的な適用範囲は狭められたが、形式的には明治初期の新律綱領制定まで存続した。

は当然のことながら極めて糺門主義的であり、特に明文をもって被疑者、被告人に対する拷問を認めていた。その後、71（同4）年の司法省の発足と同時に、フランス人法学者ボアソナードを招聘した上、73（同6）年に司法省に刑法編纂課を、また手続法については、これよりやや遅れて77（同10）年に治罪法取調掛を設置し、具体的な近代的刑事司法制度の導入に向けた調査を開始した。そして数年間にわたる調査研究の末、80（同13）年7月17日、最初の刑法と治罪法の制定を見るに至った。

この刑法は「當時に於ける歐州各國の刑法を参考として編纂せられた極めて進歩的な刑法典であったが、既に十五年實施と同時に司法省に於て刑法改正の議を唱える者あり、司法省自體亦刑法全體に互る改正並びに一部改正を企圖」⁽²⁷⁾ するという状況になっていた。さらに、治罪法についても「既に十六年二月五日に元老院は公訴時効制、年齢に因る大逆罪無責任制等の立法が我國古來よりの倫常と國家的確信に反する事を例擧して刑法及治罪法の改正の必要ある所以を上奏」⁽²⁸⁾ するという事態に直面していた。これらの刑事法は、まさに「わが刑事手続に一大革新をもたらしたが、その実施後必ずしも実状にそわない点や不備の点が発見されるにおよんで、その改正の機運が起こってきた」⁽²⁹⁾ のである。これが、治罪法を母法とする陸海軍治罪法について、制定直後から改正の必要性が提起されていた理由である。

そして、1889（明治22）年の帝国憲法の発布に引き続き、ドイツ法を母法とし、裁判所の組織と権限を定めた裁判所構成法が90（同23）年2月に制定されるに及んで、ついに「裁判所構成法は佛國治罪法を模倣する我治罪法と勿合せざる點が多く存するに至つたと共に、過去八箇年間の經驗と社會の進歩に基きて、治罪法の全般的修正を必要とされるに至つた」⁽³⁰⁾。こうして生まれたのが、同年3月10日制定の刑事訴訟法、いわゆる明治刑事訴訟法である。これは治罪法という呼称に代わって、初めて刑事訴訟法との呼称が用いられた法律である⁽³¹⁾。ところが、この治罪法改正の要点は、要するに裁判所構成法の制定によって治罪法には不要となった、裁判所の構成に関する規定が取り除かれたことにあった。フランス型治罪法からドイツ型刑事訴訟法への改正とは言いながら「我刑事訴訟法は全面的に尚佛國治罪法の影響より脱せるものと見る事が出来ない」⁽³²⁾ ばかりか、「ドイツ帝国刑事訴訟法は多少參酌されはしたが、基本的には治罪法を主体としている」⁽³³⁾ のであり、明治刑

(27) 小早川『明治法制史論 公法之部 下巻』1026 ページ。

(28) 同上、1080 ページ。

(29) 高田『刑事訴訟法』15 ページ。

(30) 小早川『明治法制史論 公法之部 下巻』1080 ページ。

(31) 明治期に治罪法を改正して制定された刑事訴訟法を「明治刑事訴訟法」と呼称するが、これはその後の大正時代に全面的に改正、制定された、いわゆる「大正刑事訴訟法」と区別するためである。なお、大正刑事訴訟法は、戦後に制定された現行の刑事訴訟法に対して、「旧刑事訴訟法」と呼ばれることもある。

(32) 小早川『明治法制史論 公法之部 下巻』1083 ページ。

(33) 高田『刑事訴訟法』15 ページ。

事訴訟法までをフランス型刑事訴訟法と位置づける見解もある⁽³⁴⁾。

このため、司法省は1895(明治28)年12月に刑事訴訟法調査委員会を設置し、フランス法の影響が残存している明治刑事訴訟法の抜本的な改正作業に着手し、3年後の98(同31)年には草案がほぼまとまっている。ところが、明治刑事訴訟法の改正作業は当時の在野法曹界の猛反対に直面し、さらにその後、大正デモクラシーによる人権運動も背景に混乱を極めていく。当時の在野法曹界にとって、刑事司法手続きにおける人権保護上の最大の問題は予審制度の取り扱いであって、97(同30)年9月7日、弁護士花井卓蔵⁽³⁵⁾らは、日本弁護士協会評議員会に「予審制度を廃止する件」及び同じく弁護士三好退蔵らも「予審に弁護人を附する件」との議題を提出した。花井らが挙げた予審制度の弊害は、要するに裁判手続きと捜査手続きを混同した「賤しむべき糺問主義の遺習である」⁽³⁶⁾との主張に基づいていた。このような在野法曹界から提起された予審廃止論議に関連し、司法省当局は、起訴便宜主義⁽³⁷⁾や強制捜査権限の拡大⁽³⁸⁾等に代表される、検事の大幅な権限拡大を模索していた。このような、捜査検察機関の権限強化と人権保護の要求という刑事手続き上の相対立する争点を中心に、法曹界を二分する議論が展開され、明治末年になっても未だ明治刑事訴訟法の改正には至らなかった。一方、同時期に進行していた実体法である刑法の改正については、大きな対立や議論はなく、順調に進捗していた。そして、ドイツ法の形式を採用しつつも、我が国古来の道徳観を反映して1907(同40)年4月24日に改正刑法が發布されたが、これが現行の刑法である。

ともかく、明治期における軍法会議は、一般の刑事訴訟法である治罪法を母法として、明治初期に制定された陸軍治罪法及び海軍治罪法に基づいていた。それは、形式的には近代法の体裁を有していたものの、これによる軍法会議の実態は、極めて糺問主義的性格の強い、前近代的とも言える裁判制度であったことは間違いない。

(34) 田宮裕『日本の裁判』(弘文堂、1995年)229ページ。

(35) 英吉利法律学校(現中央大学)を卒業し、私学出身者として初めて法学博士となった人物であり、明治末年の無政府主義者等による明治天皇暗殺未遂事件、世に言う大逆事件の弁護人も勤めた人権派弁護士である。花井は、刑事訴訟法調査委員会の後身である法律取調委員会の委員としても活躍し、大正刑事訴訟法の制定に深く関与したことは知られている。さらに今回の研究によって、帝国議会で陸海軍治罪法の改正に関する最初の質問を行うとともに、以後この問題に関する陸海軍当局追求の急先鋒となっていくように、軍法会議法の制定にも重要な役割を演じていたことが判明した。この点については、後ほど本文中で詳細に論述する。

(36) 小田中『刑事訴訟法の歴史的分析』154～155ページ。

(37) 公訴提起に際し、検事(検察官)の自由な裁量に委ね起訴猶予を認める主義で、起訴法廷主義に対する。起訴・不起訴の判断を公正で統一のとれたものとする長所があるが、他面においては、検事の独善に陥る弊害も指摘されている。

(38) 要急時の検事による被疑者の勾引、押収・捜索、検證(検証)、証人訊問(証人尋問)等を指す。起訴便宜主義の採用とともに、これらの検事による強制執行は、いずれも大正刑事訴訟法(旧刑事訴訟法)で明文化された。

2 軍法会議法の制定

(1) 立法化の契機

1907（明治40）年4月24日の新刑法の発布に合わせて、軍刑法についても、翌08（同41）年4月9日に新しい陸軍刑法と海軍刑法が制定された。陸軍刑法改正の理由について「現行陸軍刑法ハ明治十四年ノ制定ニ係リ、爾後軍制ノ改良、數回ノ戦役ハ、其ノ規定中多少ノ不備アルヲ感セシメタルノミナラス、大體ニ於テ規定ヲ同フスヘキ普通刑法ハ既ニ改正ヲ經タリ。是本案ヲ提出スル所以ナリ」⁽³⁹⁾とあり、海軍刑法についても同様であった。つまり、ここでいう改正理由とは、日清、日露の両戦役の経験による若干の必要がある以外は、概ね普通刑法の改正に合わせる必要から生じたものであった。現に「その改正を見るに、第一に編を分ち、章を整理したこと、第二に犯罪の主體、客體に付いての規定を明かにしたこと、第三に再犯、共犯に關する規定を改めたこと等を主とするものであって、他に根本的の變化は之れを認めることができない」⁽⁴⁰⁾とされている。

したがって、このときの陸海軍刑法の改正は實質においては旧法と大きな変化のないものであり、司法制度全般がドイツ法への移行が図られる下で為された、いわば形式的なものであったと見ることができる。では、改正作業に著しい困難を生じていた、手続法としての明治刑事訴訟法に対応する陸海軍治罪法の改正はいかなる状況にあったのであろうか。1883（明治16）年とその翌年に制定された陸軍治罪法及び海軍治罪法は、明治刑事訴訟法の前身たる治罪法を母法としていたため、明治刑事訴訟法改正に向けた当時の法曹界の動向と無関係ではあり得なかつたはずである。

しかしながら、司法省当局が明治刑事訴訟法の改正に苦心していた一方で、軍が自ら陸海軍治罪法の改正作業を開始したことを示す旧軍の一次史料は見当たらない。陸海軍治罪法の改正について初めて記述が登場してくるのは、陸海軍刑法の改正案を審議した、1907（明治40）年末から翌年にかけて開催された第24回帝国議会の記録である。改正案の可決に際して「陸軍刑法、同施行法、海軍刑法、同施行法の各案、亦共に兩院の協賛を得たり。但し衆議院か陸海軍刑法に協賛するや、將來制定すべき訴訟法に於て被告人に辯護人を付するを許し、及び上訴の道を開く等の條件を添へ、當局者之を諾したり」⁽⁴¹⁾と記録されている。これによれば、將來制定すべき訴訟法、すなわち陸海軍治罪法の改正に際しては、被告人に対する弁護権や上訴権の付与を条件として、今次の陸海軍刑法の改正に協賛した

(39) 陸軍省編纂『自明治三十七年至大正十五年 陸軍省沿革史 上巻』（巖南堂書店復刻版、1969年）1035ページ。

(40) 松下『明治軍制史論（下）』620～621ページ。

(41) 『帝国議會報告書集成 第三卷』（柏書房、1991年）402ページ。

というのである。このような、帝国議会が陸海軍に条件付きで提出法案を可決するという異例とも言える展開は、「衆議院議員花井卓蔵は、陸海軍刑法を一律として、軍刑法を作る方が理義が立つように思うがどうか、又軍人に対して上訴権を与え、又弁護人を付する意嚮はないかと質問をした」⁽⁴²⁾ ことに端を発している。

この花井の質問に対し、当時の陸軍大臣寺内正毅大将は、刑法の統一については、陸海軍それぞれ特殊な事情があるので困難であること、しかし被告人の人権保護を含む陸海軍治罪法改正に際しては、個人の権利もさることながら、軍制保護の観点を踏まえた上で十分に考慮する旨の回答をしている⁽⁴³⁾。陸軍軍法會議法の制定に関する陸軍省の公式記録にも、その経緯について「夙ニ軍治罪法改正ノ議アリ文書又ハ演説ヲ以テ之ヲ論スル者多ク明治四十年第二十四回帝国議會ニ於テ陸軍刑法案海軍刑法案審議ノ際陸海軍大臣ハ共ニ治罪法改正ノ必要ヲ認ムル旨及改正方針ノ大綱ニ付言明スルトコロアリ」⁽⁴⁴⁾ とあり、花井の質問が陸海軍治罪法改正の契機となったことを裏付けている。

明治刑事訴訟法の改正に際し、捜査檢察機関の権限強化を企図する司法省当局に対し、被告人の人権擁護を訴え続けた花井は、明治刑事訴訟法の改正作業、すなわち大正刑事訴訟法の制定作業に、在野法曹界を代表する形で参画していた。その花井は、このように陸海軍治罪法の改正、つまり陸海軍軍法會議法の制定にも深く関与していたのであり、花井自身、後年次のように回顧している。

回顧すれば第二十四回帝國議會の時なりき。陸軍刑法案、海軍刑法案議に附せらるるに當り、政府は余の質問に對し第一軍法會議を公開し、第二軍法會議の審判に辯護人を付し、第三軍法會議の判決に上訴の道を開くべき旨を聲明し、憲法の條規に則り裁判を公開し、刑事訴訟法の原則に遵ひ、辯護権、上訴権を認むるの必要を體したり 是れを軍法會議法立法の由來とす⁽⁴⁵⁾

それにしても、この第24回帝国議会での花井の質問に対する寺内陸軍大臣の肯定的な答弁が、陸軍内で十分に調整されたものであったのか、あるいは海軍とも事前の協議を踏まえたものであったのかについて、大いに疑問が残る。陸海軍治罪法の改正に関して、この第24回帝国議会での一件が歴史に登場してくる最初の記録であり、このとき既に作業に着

(42) 松下『明治軍制史論(下)』621ページ。

(43) 同上、621ページ。

(44) 陸軍省編纂『自明治三十七年至大正十五年 陸軍省沿革史 下巻』(巖南堂書店復刻版、1969年)1567ページ。

(45) 田崎『陸軍軍法會議法註解』序文。

手していたとは到底考えられないからである⁽⁴⁶⁾。ともかく、陸海軍刑法改正案の可決と引き替えに、陸海軍省には、次回帝国議会に陸海軍治罪法改正法案を提出すべしとの大きな課題が課せられたのである。不用意とも言える軍首脳の議会答弁によって、軍法務当局にとってはまさに寝耳に水の、思わぬ事態に至ってしまった。第24回帝国議会における本件に関する議事録は、次のような記述で結ばれている。

現行陸海軍刑法ハ明治十四年ノ制定ニ係リ缺點少カラス今回提出セラレタル改正案ハ大體ニ於テ此缺點ヲ補充シ進歩セル法理ヲ取りタレハ議會ハ審議ノ上政府ヲシテ次ノ議會ニ於テ治罪法ノ改正案ヲ提出スヘク其改正案ニ於テハ

(一) 覆審ノ制ヲ採ルコト

(二) 或程度迄辯護士ヲ附スルコト及改正案ヲ起草スルニ調査會ヲ設クルコト

ヲ言明セシメ之ヲ可決シタリ 蓋シ刑法如何ニ進歩セルモ治罪法宜キヲ得サレハ其好果ヲ取ムル能ハサルヲ以テナリ⁽⁴⁷⁾

(2) 陸海軍治罪法改正法案の作成

次の第25回帝国議会は1908（明治41）12月に招集されたが、そこには前回帝国議会で約した陸海軍治罪法の改正案は提出されなかった。このことは、改正作業が未だ緒についたばかりであったことを示唆しているが、ことほどさように、寺内陸軍大臣の答弁が如何に根拠に欠けるものであったかを裏付けている。この事態を受けて、再び花井が「裁判上軍人ニ授クヘキ權利ニ關スル件」と題する質問を提議⁽⁴⁸⁾するという、またしても軍当局にとって頭の痛い問題が持ち上がった。このときの花井の具体的な質問内容や、これに対する陸海軍省の反応について触れた先行研究や文献を確認することはできないが、陸軍省「大日記」に、本件に関する記録を見出すことができた。それは、09（同42）年1月21日付の、内閣総理大臣桂太郎から寺内陸軍大臣と海軍大臣齋藤実中將の両名に宛てた「別紙衆議院議員花井卓蔵提出質問書ハ貴省御主管ノ件ニ付右謄本及御回付候也」との文書⁽⁴⁹⁾である。陸海軍省当局に突きつけられたその質問書は花井を提出者とし、同じく衆議院議委員・弁

(46) 『陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員會議事録』（出版社、出版年不明）5ページに「陸軍軍法會議法案ノ起草ハ明治四十年中海軍當局者ト改正ニ付テノ綱領ト云ハンカ如キモノヲ約シテ改正方針ヲ協定」したとあり、花井質問の後で作業が開始されたことがうかがえる。さらに同646ページには、寺内陸軍大臣の答弁後、軍法務当局者（陸軍省法務局長志水小一郎理事及び海軍省司法局長内田重成主理）が初めて改正刑事訴訟法案委員会に列席したとなっており、これ以降に陸海軍治罪法の改正作業に着手したと考えるのが自然であろう。

(47) 『帝国議会議報告書集成 第三卷』389ページ。

(48) 『帝国議会議報告書集成 第四卷』（柏書房、1991年）60ページ。

(49) 「大日記 明治四十二年二月」686ページ以下。

護士鶴澤總明(後の明治大学総長)ほか101名が賛成者に名を連ねており、それは「本員ハ政府ノ能ク言ヲ重シ信ヲ保チ法ヲ立テ案ヲ具シ軍人ノ權利ヲ鞏固ニシ軍事法律ノ面目ヲ發揮スヘキヲ信セントス 敢テ問フ法案提出ノ時期如何」⁽⁵⁰⁾との、法案提出を督促する内容であった。

これに対して、寺内陸軍大臣と齋藤海軍大臣の協議を経て⁽⁵¹⁾、両者の連名で「政府ハ前議會ニ於テ陸海軍両大臣ノ答ヘタルカ如ク陸海軍治罪法ノ改正ニハ軍法會議ノ審判ニ辯護上訴ヲ許スノ方策ヲ以テ目下其調査中ナリ 調査完了次第法案ヲ議會ニ提出シ協賛ヲ求ムル筈ナリ」と回答⁽⁵²⁾している。この時点では、陸軍省も海軍省も「目下調査中」としていたことから、未だ法改正のための具体的な成果を得るには至っていなかったものと考えられる。

最初の質問から5年後の1914(大正3)年3月7日、花井は再び「軍法會議ノ公開及辯護權上訴權ニ關スル質問主意書」と題した質問書を提出した。それは、前回の質問と同じく、陸海軍治罪法の改正に関する当局の意向を問うものであったが、今回の質問内容は次のように、より踏み込んだ内容となっていた⁽⁵³⁾。

(前略) 爾後五星霜未タ其ノ法案ノ提出アルヲ見ス 依テ本員ハ更ニ左ノ諸點ニ關シテ政府ノ所信ヲ問ハムトス

- 一 陸軍治罪法海軍治罪法ノ改正ヲ爲スニ當リ軍法會議ヲ公開シ辯護權上訴權ニ關スル規定ヲ設クルノ必要ハ今仍之ヲ認ムルヤ
- 二 陸軍治罪法海軍治罪法ノ改正會議ハ既ニ之ヲ開始セリヤ
- 三 改正會議開始セラレタリトセハ其ノ組織權限及即今進行ノ程度ハ如何
- 四 軍人以外ノモノヲシテ改正會議ニ列セシムルノ必要ハ之ヲ認メサルカ
- 五 海軍軍人収賄事件ハ重要問題トシテ中外ノ環視スル所トナレリ治罪法中一部ノ改正ヲ行ヒ軍法會議ヲ公開シテ事件ノ真相ヲ天下ニ明ニシ中外ノ疑惑ヲ解クニ意ナキヤ

その内容は、軍当局における法改正作業の現状を質す一方、当該作業への部外法曹関係者の関与を迫るものと解釈できる。そして、この質問で注目すべきは、海軍軍人収賄事件には海軍治罪法の一部改正をもってしてでも軍法會議は公開すべきであるとの意見であり、こ

(50) 同上、693～694 ページ。

(51) 同上、687 ページ及び「明治四十二年 公文備考 帝国議會 卷二」1145 ページ。

(52) 「老日記 明治四十二年二月」688 ページ。

(53) 「大日記 大正三年 甲輯第六類」1345～1351 ページ。なお、このときの質問賛成者に、尾崎行雄ら35名の衆議院議員が名を連ねている。

これは海軍史上最大の不祥事件として歴史に残るシーメンス事件を指している。折しも開催中であった第31回帝国議会本会議において、この事件を真っ先に捉えたのが花井だった⁽⁵⁴⁾。第一党政友会に対抗する各野党にとっては、八八艦隊を中心とする海軍拡張計画を推進していた山本権兵衛内閣攻撃の材料として、またとないチャンスの到来であり、当時中正会代議士であった花井も、この問題追求の急先鋒だった。この再度の質問書は、まさにこのような歴史的な事件を背景として提出されたのである。

2度目の質問に対しては、シーメンス事件対応の関係からか、最初に海軍省が回答案を作成し、これに基づいて、陸軍省から1914（大正3）年3月31日付で内閣に回答している⁽⁵⁵⁾。それは、各質問に対して①：改正法においては裁判公開、弁護権及び上訴権を容認する。②及び③：陸海軍省個別の調査委員会により調査中である。④：今後設置予定の陸海軍共同調査委員会には部外者も招聘する。⑤：（シーメンス事件の）軍法會議公開のために海軍治罪法の改正は実施しない、という内容であった。

この回答には、陸軍省及び海軍省ともに調査委員会の設置によって改正作業は進捗しており、今後は外部からの委員を加えた上で、両省合同の作業に移行することが示されていることから、改正作業は既に一定の段階にあったものと推察される。現に、この前年の1913（大正2）年11月には海軍省司法局は海軍軍法會議法案を作成した上で、海軍治罪法改正調査委員会を発足させている⁽⁵⁶⁾。一方、陸軍側については、当該委員会の発足を明記した記録は確認できない。しかし、海軍の改正委員会発足から約1年後の14（同3）年11月13日付で、陸軍省法務局長から陸軍大臣に宛て、陸軍軍法會議法案とともに、次のような実に示唆に富んだ文書を送付している⁽⁵⁷⁾。

陸軍軍法會議法案修正案出來候處 過般法案議會提出順序トシテ意見申出置候通り 陸海軍ノ主張ヲ貫徹セシ爲最初海軍司法當局者ト會同起案ノ綱領トシテ協定シ 且本省ノ審査委員會ニ於テ亦均シク綱領ト認メラレタル要項ト反セサル限り比較的重要ナラサル局部ノ事項ニ付テハ互ニ讓歩シ 又雙方特殊ノ事情其ノ他ニ因リ一致シ難キモノハ姑ク其ノ儘トシ若干ノ修正整理ヲ加ヘ 茲ニ共同調査委員會ノ議ニ付スヘキ陸軍軍法會議法案整理案ヲ作り及具申候也

(54) 『帝国議会報告書集成 第四卷』272 ページ。

(55) 「大日記 大正三年 甲輯第六類」1339～1344 ページ。

(56) 委員長には海軍次官財部彪少将を充て、委員として軍務局長野間口兼雄少将及び人事局長鈴木木太郎少将等、総勢13名の委員を指定している。

(57) 「大日記 大正三年 甲輯第三、四類」1492～1493 ページ

これによると、1914(大正3)年11月の時点では、陸軍も軍法会議法案の作成作業は進捗しており⁽⁵⁸⁾、今後の処置について、法案作成担当部署である法務局から具申しているのである。また、陸軍としての法案が作成されていたばかりか、海軍担当部署とも協定がなされており、これ以降は陸海軍共同の調査委員会の審議に移行していくことが示されている。このことから、07(明治40)年の花井の質問をきっかけとして始まった陸海軍治罪法の改正作業は、陸海軍の密接な連携によって進捗してきたことがうかがわれる。

特にこの文書の中で「比較的重要なナラサル局部ノ事項ニ付テハ互ニ譲歩シ」という箇所が示しているように、海軍との協力を強調していることは注目に値する。現に、この文書には「海軍案ト可成歩調ヲ合ハスル爲整理修正シタル事項」という文書が添付されており、例えば勾引状、勾留状の執行⁽⁵⁹⁾について、通常司法警察官に関する規定を追加する等、29カ所の修正が記述されている⁽⁶⁰⁾。この勾引及び勾留の際の通常司法警察官に関する規定の追加については、憲兵を保有しない海軍側の意向を受けて、陸軍側がこれに妥協した⁽⁶¹⁾事実があったことを示している。多くの確執があったと伝えられる両軍間に、少なくとも軍法会議法案の作成に際しては、緊密な協力関係があったこととともに、陸軍側の意外とも思える柔軟さに、興味深い一面を見ることができる。

ともあれ、陸軍軍法会議法案は全504条、また海軍軍法会議法案は全511条と若干の相違があり、両者で構成順序も異なっている。しかし、いずれの法案も、軍法会議の組織とその権限について定めた裁判所構成法に相当する規定と、裁判上の手続き、すなわち刑事訴訟法に当たる規定を設けており、実質的な構成については共通している。さらに、前述の陸軍案と海軍案の主要整合箇所が29カ所に止まっていたことも勘案すれば、法案作成の早い段階から、両省の担当部署間で密接に連絡があったことがうかがわれる。とは言え、具体的な条文規定の細部には未だ多くの相違が残存する⁽⁶²⁾とともに、後の制定法とは大きく異なる規定が見られる等、法律としては未だ完成度の低いものであったと考えられる。

(58) これは単に法案というだけではなく、さらに「修正案」との呼称が付されており、かなりの段階にある法案であったと考えられる。

(59) 勾引とは被疑者・被告人を一定の場所に引致し、また勾留とは同人を拘禁する、いずれもその裁判と執行をいう。

(60) 「大日記 大正三年 甲輯第三、四類」1494～1745 ページ。

(61) 『陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員會議事録』891 ページ。

(62) 例えば、刑事訴訟法の改正でも一大争点となった予審の取り扱いについて、陸軍案、海軍案ともに公訴提起前手続きとしているが、制定法の「公訴ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ決スルニ必要ナル事項ヲ取調フ」との重要な条文が、陸軍案にはあるが海軍案にはない。もっとも、現存し、参照できるこの時点での法案は、作成時期に約1年の違いがある「陸軍軍法会議法案修正案」と「海軍軍法会議法案」であるため、単純に比較はできない。

(3) 共同調査委員会での審議

陸軍省及び海軍省は、1914（大正3）年11月、それぞれの軍法会議法案を得て、両省協議の上「陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員会」（以下「改正案共同調査委員会」）を設置し、部内外からの委員を任命または囑託した⁽⁶³⁾。こうして同委員会は、陸軍次官大島健一中将を委員長とし、陸海軍省や司法省の関係当局はもとより、貴族院と衆議院から司法関係議員の参画を得て発足した。軍関係者以外の主な委員として、枢密院顧問富井政章、検事総長平沼騏一郎、司法省刑事局長豊島直道らの政府関係者に加え、最初に問題提起した花井や鶴澤らも参加している⁽⁶⁴⁾。

改正案共同調査委員会は、1914（大正3年）12月7日に第1回総会を招集し、以後19（同8）年7月14日の第99回総会までの4年6カ月にわたって審議を行った。そこでの審議は陸軍案と海軍案の調整が主たる目的であったが、実はそれ以上に、明治刑事訴訟法改正法案への統合が大きな位置を占めていた。改正案共同調査委員会発足当時、明治刑事訴訟法の改正作業に当たっていたのは、08（明治41）に設置されていた法律取調委員会であった。この法律取調委員会の審議の対象は、改正刑事訴訟法のいわゆる大正五年案というものであったが、これについては「明治四十年代から大正初期にかけて人権蹂躪問題を契機として、刑事手続改革運動が立法要求の形をとって登場した時期に形成された。（中略）この大正五年案には、捜査検察機関が公判手続の主宰者としての地位を事実上相当の程度まで確立したという事実が濃厚に反映されている」⁽⁶⁵⁾とされている。つまり、改正案共同調査委員会発足以降、軍法会議法案には、この刑事訴訟法大正五年案の理念である捜査検察機関の権限強化が、色濃く反映されていたものと考えられるのである。

改正案共同調査委員会に参画していた平沼と豊島は、同時に法律取調委員会政府委員でもあった。当時、豊島は予審制度の廃止論者であった一方、平沼は、予審を起訴前の訴訟手続きとすることを主張していた。政府委員として一見相反する主張を展開した両者であったが、実は平沼構想は「予審判事をして公判前の手続の主宰者たる地位から単なる取調官の地位に引き下げる半面、検事をしてその主宰者たるの地位に引き上げるものであり、予審の実質的な廃止を意図したと評し得る」⁽⁶⁶⁾とする分析がある。つまりそれは、検事の強制捜査権を始めとする権限拡大を狙ったものであり、在野法曹界からは「此刑事訴訟法ハ、刑事訴訟法ニアラズシテ、検事訴訟法デアル」⁽⁶⁷⁾とさえ批判されていた。ともかく、平沼らの司

(63) 「大日記 大正三年 乙輯第一類」343～345 ページに、委員の任命に関する陸海軍省並びに司法省間の調整文書が現存する。

(64) 『陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員會議事録』2478～2480 ページ。

(65) 小田中『刑事訴訟法の歴史的分析』373 ページ。

(66) 同上、284 ページ。

(67) 家永三郎『司法権独立の歴史的考察』（日本評論社、1971年）226 ページ。

法省委員を迎えての改正案共同調査委員会の議論が、司法省当局が推進する明治刑事訴訟法改正の方向に沿うものとなっていくのは、むしろ必然であった。このことはつまり、陸海軍軍法会議法と改正刑事訴訟法、すなわち大正刑事訴訟法との整合性を予感させるのである。

ここで、あらためて大正刑事訴訟法とは如何なる法律であったのかを見てみたい。既に述べたように、フランス型糺問主義裁判に合致した治罪法や明治刑事訴訟法に対し、同じ大陸法系に属しつつも、より先進的なドイツ型に倣うとともに、これに英米法的な弾劾主義・当事者主義の理念を取り入れたものが大正刑事訴訟法であったと言われている。すなわち、我が国の伝統的な考え方に近代英米法の理念をも加えて「起訴便宜主義に見られるように、ドイツ法の単なる模倣ではなく、わが国の諸事情をも巧妙に取り込」⁽⁶⁸⁾んだと評されるのである。一方、この大正刑事訴訟法については、1948(昭和23)年制定の現行刑事訴訟法への継続性という視点からの見方もある。英米法系の刑事訴訟法に比して、我が国の現行法は捜査機関に幅広い権限を許容するとともに、裁判所の職権主義的性格を色濃く残していると言われることがある。戦前戦後における我が国刑事法の権威であった法学博士小野清一郎は、大正刑事訴訟法の予審制度に関し、戦前の著書で「従來の豫審制度を廢止し、公判前の取調はこれを検事の手に一任すべきものであると考へるに至った。勿論そのためには検事に強制權を與へなければならない」⁽⁶⁹⁾と述べている。基本的人權の擁護を重視する英米法的色彩を強めた我が国の現行刑事訴訟法であるが、捜査機関に比較的広い範囲の権限を認めているのは、このような刑事司法に対する戦前からの強い要請があったからである。これが、現行刑事訴訟法について「憲法は明白にアメリカ型であり、刑事訴訟法の内容もアメリカ型に修正されたとされることが多いが、少なくとも『装い』はドイツ型の旧刑訴法と変わっていない」⁽⁷⁰⁾と言われる理由の一つである。

ともあれ、次に改正案共同調査委員会における、幾つかの興味深い議論、すなわち、花井が掲げた陸海軍治罪法改正の直接的動機である弁護権及び上訴権の付与に関する議論を見てみたい。軍法会議被告人に弁護人を付することについては、この段階に至っても軍側委員の抵抗が続いていた。陸軍教育總監本部長菊池慎之助中将は「若シ辯護人ナル者ハ法ヲ正當ニ解シ正邪善惡ヲ糺スモノナリトスレハ裁判官亦然リ 即法ヲ正當ニ解シ誠意ヲ以テ法ヲ適用スル者ナルカ故ニ特ニ辯護人ヲ入ルル必要ハ之ナシ」⁽⁷¹⁾と言う。また海軍省法務局長(大正5年に海軍省司法局長から改称)内田重成主理も「第一 軍事裁判ハ迅速ヲ貴フモノナルニ辯護ヲ附スルトキハ訴訟ノ淹滞ヲ來ス(中略)第二 辯護人ヲ入ルルトキ辯論ノ自由ナルヲ以テ(中略)軍隊内ニ恐ルヘキ思想ヲ養成スルニ至ル 第三 辯論ノ爲シ方如何ニ

(68) 小島『現代裁判法』118ページ。

(69) 小野清一郎『刑事訴訟法』(日本評論社、1938年)96ページ。

(70) 池田・前田『刑事訴訟法講義』18ページ。

(71) 『陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員會議事録』649ページ。

因リテハ上官ニ對スル反抗心輕侮心ヲ惹起セシメ爲ニ服従ヲ破壊スル萌芽ヲ生セシムル虞アル」⁽⁷²⁾として反対している。

これに対して、花井は先の寺内陸軍大臣の答弁を引き合いに「當局ハ議會ニ對シ心ニモナキ事ヲ言明シタルモノナルヲ以テ當時ノ當局者竝其ノ後ノ當局者ニ對シ軍ニ軍隊ノ威信位ニ止マラス國家ノ威信ヲ問ハサルヘカラス（中略）大臣ノ言明ヨリモ寧上下ノ間ニ介在セラルル人ノ言ハ眞ニ陸海軍ノ輿論ナリ當局者ノ屢々言明スルニ拘ラス内部ニハ反テ反對ノ言アリトスレハ大臣ノ議會ニ於ケル言ハ陸海軍ヲ代表シタルモノトハ考ヘラレサルヲ以テ宜シク其ノ虚言ヲ詰問セサルヘカラス」⁽⁷³⁾と強い口調で反論している。陸海軍治罪法改正を約した軍首脳答弁の信頼性に疑問を呈するとともに、およそ法律論とは思えないような論述を展開する軍側委員の発言を非難したのである。

軍側委員の弁護人不要論とは、要するに、弁護人が法の代弁者であるならば裁判官もまた法の番人であって、弁護人の必要性については甚だ疑問であるとともに、秩序の維持と迅速性を重んじる軍裁判には、弊害が大きすぎるといえるものである。ここには、裁判所の職権をもって裁判を進行させる、当時の職権主義裁判に対する認識がよく現れている。その一方で、一般の刑事裁判では当時としても既に被告人の当然の権利と考えられていた弁護権が、未だ軍関係者には十分認識されていなかった事実も読み取れる。このように、陸海軍大臣が表明した陸海軍治罪法改正の大前提であるにも拘わらず、この時点でも軍部内に異論のあることに花井は激怒したのである。ともかく、議論が収束しない状況を受け、大島委員長は「本條ハ議論ヲ生シタルヲ以テ尚研究スルコトトシ暫ク懸案ト爲シ置クヘシ」⁽⁷⁴⁾として議論を打ち切っている。ちなみに、本件については陸海軍大臣が言明したこともあって、花井が主張したとおり、その後軍法会議法成案には明文化されている。

弁護権の付与と同様に、陸海軍大臣が同意したもう一つの改正点は、軍法会議にも上訴権を認めることであった。然るに、陸軍案、海軍案ともに上告⁽⁷⁵⁾についてはその規定あるものの、控訴⁽⁷⁶⁾については規定がなかった。これに対して、富井から「曾テ陸海軍刑法カ議會ノ議ニ付セラレタル際時ノ委員會ハ政府ニ於テ他日手續法ヲ改正シ上訴辯護等ノ制ヲ採用スヘシトノ條件ニテ纏リタル様記憶セリ 其ノ際ハ唯上訴ト言フノミニテ上訴ノ範圍ニ付テハ議論セラレシヤ」⁽⁷⁷⁾という、当然の疑問が呈された。これに対しては陸軍省法務局長志水小一郎理事が「陸海軍ノ治罪手續中或ル程度ニ迄上訴辯護等ノ制ヲ認ムヘシトノコ

(72) 同上、655～656 ページ。

(73) 同上、651～652 ページ。

(74) 同上、668 ページ。

(75) 憲法違反、判例違反を理由とする上級裁判所への上訴。但し、軍法会議法では明文で法令違反を対象としている。

(76) 法令違反、事実誤認及び量刑不当等、広い範囲の理由を認める上級裁判所への上訴。

(77) 『陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員會議事録』1461 ページ。

トハ陸海軍刑法制定ノ際竝其ノ後一兩度議會ノ問題ト爲リタレトモ單ニ上訴云々ト謂フノミニテ上訴ノ範圍ニ付テハ別ニ論議セラレシナリ」⁽⁷⁸⁾と、詭弁とも、また開き直りとも思える回答をしている。法案に控訴を認めていない理由として、志水は続けて「軍裁判ノ精神ハ犯罪アレハ立所ニ之ヲ裁判シ速ニ刑ヲ執行スルニ在リ 若シ其ノ裁判ニシテ違法ナランニハ格別然ラサル以上一旦言渡シタル裁判ヲ覆スコトハ軍裁判ノ性質ニ反スルカ故ニ事實點ニ關スル上訴ハ之ヲ避ケタルナリ」⁽⁷⁹⁾と答弁した。鶴澤は、控訴による事実審の必要性を訴え続けたものの、結局法案どおりで結審している。このときの審議に、何故か花井が欠席していたことは、軍側委員にとっては幸運だった。

(4) 陸海軍軍法會議法の成立

前述したように、明治刑事訴訟法の改正が司法省当局对在野法曹界という対立構造の中で混迷を極める中、1919(大正8)年7月、法律取調委員会が廃止され、翌20(同9)年4月1日に、新たに刑事訴訟法改正調査委員会が発足するまでの間、作業は中断を余儀なくされていた。その一方で、軍法會議法の制定に向けた作業は、司法省当局と在野法曹界の議論をよそに着々と進行し、陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員会の99回に及ぶ総会を経て、19(同8)年7月に陸軍軍法會議法並びに海軍軍法會議法は、その成案を得るに至った。

その後、陸軍省と海軍省は、法案の議会提出に先立って、以後約2カ月にわたって司法省及び内務省並びに拓殖局に事前協議している。司法省や内務省はともかく拓殖局にも協議している理由は、当時我が国が統治していた朝鮮、台湾、関東州及び樺太にも法律の管轄が及び、これらの地域を所轄する担当局の了解を得る必要があったからである。こうして、海軍省は同年9月20日、また陸軍省も22日に、議会提出のための法案を内閣に送付した。陸軍省の法案提出理由は次のように記述されていたが⁽⁸⁰⁾、海軍の法案も「陸軍」が「海軍」となっている以外は同文であった。なお、陸軍治罪法の制定を明治21年10月としているのは、一部改正のあったときを示している。

陸軍治罪法ハ明治二十一年十月ノ制定ニ係リ其ノ規定概ネ舊制ニ率由シ事件ノ審理ハ長官ノ命令ニ因リ始マリ公訴提起実行ノ機関ナク 審理ハ之ヲ公開セス被告人ニハ辯護人ヲ附スルノ制ナク裁判ハ長官ノ命令アルニ非サレハ之ヲ宣告スルコトヲ得ス 裁判ハ一審ニシテ上訴ヲ許ササル等裁判ノ公正ヲ保チ信用ヲ維持シ又被告人ノ利益ヲ保護スル道ニ於テ缺クル所尠シトセス 之レ本案ヲ提出スル所以ナリ

(78) 同上、1461 ページ。

(79) 同上、1464～1465 ページ。

(80) 「大日記 大正十年 甲輯第四類」571～574 ページ。

陸軍軍法会議法案及び海軍軍法会議法案は、1919（大正8）年12月26日開会の帝国議会で提出されたが、同時に幾つかの関連法案も提出されている。具体的には、朝鮮軍法会議に関する件、台湾軍法会議に関する件及び関東軍法会議に関する件である。これらは陸軍軍法会議法をそのまま外地に駐屯する軍隊に適用することは、組織編成上の理由によって問題があるため、必要とされたのである⁽⁸¹⁾。また、陸海軍軍法会議私訴裁判強制執行法廃止法律と刑事交渉法の、2件の関連法案も準備されていた。前者は陸海軍治罪法下で規定されていた私訴⁽⁸²⁾制度の廃止、後者は刑事訴訟法に基づく通常裁判所との権限等調整のための法律である。こうして、19（同8）年7月に完成した陸軍軍法会議法案及び海軍軍法会議法案は、関連法案とともに議会で提出された。

ところが、同時に議会で提出されていた普通選挙法案に関する議会の混乱を理由として、当時の内閣総理大臣政友会総裁原敬は議会を解散し、これにともなって陸海軍軍法会議法案と関連各法案も不成立となってしまった。このため、これらの法案は改めて1920（大正9）年12月27日開会の第44回帝国議会で提出され、明くる21（同10）年4月25日に成立した。陸海軍法会議法と陸海軍治罪法の主要相違点は、次に列挙するとおりである。

- ア 審判公開（公判審理及び判決言渡し）原則の採用
- イ 公判での被告人に対する弁護権の付与
- ウ 上訴制度としての上告規定の新設
- エ 終身官としての法務官の法制化と裁判官への任用
- オ 検察官の捜査・公訴機関としての明確化と起訴便宜主義の明文化
- カ 陸軍憲兵の軍司法警察官としての職務権限と軍法会議による指揮系統の明確化
- キ 裁判官の除斥、回避⁽⁸³⁾制度の新設
- ク 勾留被告人に対する保釈制度の新設
- ケ 検察官による予審官への強制処分請求権の付与
- コ 予審の公訴提起前手続きへの変更⁽⁸⁴⁾
- サ 欠席裁判制度の原則的廃止

(81) 当該法律は、要するにこれらの外地軍の軍法会議は陸軍の師団軍法会議に準ずるものとし、各軍司令官を同軍法会議の主管者と規定していた。

(82) 刑事裁判の結果を民事裁判に活用する、いわゆる附帯私訴と呼ばれる制度である。現行刑事訴訟法でも廃止されているが、2006（平成18）年10月に法相の諮問機関である法制審議会に制度創設が諮問され、法制化に向けた取り組みが始まった。

(83) 裁判権行使の正当性を確保するため、裁判官等の裁判所職員をその事件につき職務執行できないようにすることを除斥と言い、当該職員が一定の理由によって自ら職務を避けることを回避と称する。

(84) 陸海軍治罪法や明治刑事訴訟法では予審は公訴提起後の手続きとされ、実質的に予審請求と公訴提起は同義の訴訟手続きとなっていた。明治刑事訴訟法の大正五年改正案では、後に軍法会議法で成立したように公訴提起前手続きとし、公訴提起の是非を判断する裁判としていたが、在野法曹界の反対に直面したことは前述したとおりである。陸海軍治罪法改正案共同調査委員会で1916（大正5）年9月に行われた予審制度に関する審議では、改正刑事訴訟法案でもこれを公訴提起前手続きに変

この改正によって、種々の被告人の人権擁護規定が加わり、法律専門官たる法務官制度も新設された。今日的視点からすれば、証拠法⁽⁸⁵⁾や黙秘権に関する規定がない等、未だ不十分であったと言わざるを得ないが、当時はそのような概念そのものがなかったのであり、少なくとも一般の刑事訴訟法と最大限の整合が図られたことは間違いない。しかしながら立法の過程を顧みると、一般法への整合とは、それは同時に一方的とも言える隷属の側面があったことを否定することができない。このような軍法会議法の成立が、果たして当時の軍司法当局にとって最良の結果として受け止められたのか、大いに疑問の残るところである。ともあれ、糺問主義の色彩を残す旧態依然とした裁判制度から、少なくとも形式的には弾劾主義に基づいた近代的裁判制度に移行したことは、歴史上の事実として評価し得る。こうして、軍司法関係者にとって長年の懸案であった陸海軍治罪法の改正は、ついに陸軍軍法会議法及び海軍軍法会議法の制定に結実し、ここに戦前の帝国憲法下における我が国の軍法会議制度は完成を見たのである。

おわりに

軍法会議法制定の翌1922(大正11)年5月に明治刑事訴訟法も改正され、大正刑事訴訟法(旧刑事訴訟法)として制定された。一般法への整合を図りつつも、この大正刑事訴訟法の規定に対し、軍法会議法では訴訟手続きの簡略化や期間の短縮等が規定され、軍の実情と要求への配慮がなされていた。さらに、裁判官の忌避⁽⁸⁶⁾や上告以外の上訴を認めない軍法会議法特有の規定が示しているように、迅速な処理を要訣とする軍事裁判の特色も顕著に表れていた。また、戦時平時を問わず恒常的に設置されていた常設軍法会議⁽⁸⁷⁾では容認していた種々の被告人の人権擁護規定も、戦時事変等に際して必要に応じて設置される特設軍法会議⁽⁸⁸⁾では適用外としていたことから、当該特設軍法会議にはその理念が一層色濃く反映されていた。しかしながら、これら主として被告人の保護に関する若干の相違を

更することを前提に議論されている。(『陸軍治罪法海軍治罪法改正案共同調査委員會議事録』1240～1246ページ。)ところが、軍法会議法では法案どおり成立したものの、その直前の20(同9)年12月に、刑事訴訟法改正調査委員会で政府側が譲歩する形で、刑事訴訟法にあっては公訴提起後手続きに復することで決着(小田中『刑事訴訟法の歴史的分析』395ページ)している。

(85) 証拠の証拠能力又は証明力を規定した訴訟法の一部。自白や伝聞証拠に関する証拠能力、証明力の規定がある。

(86) 裁判所職員に職務執行の不公正を疑わせるような事由がある場合に、当事者から事件について職務を執行させないように申し立てること。

(87) 陸軍では「高等軍法会議」と「師団軍法会議」があり、海軍には「高等軍法会議」、「東京軍法会議」、「鎮守府軍法会議」及び「要港部軍法会議」があった。

(88) 陸軍では「軍軍法会議」、「独立師団軍法会議」、「独立混成旅団軍法会議」、「兵站軍法会議」、「合囲地軍法会議」及び「臨時軍法会議」があり、海軍には「艦隊軍法会議」と陸軍と同様に「合囲地軍法会議」及び「臨時軍法会議」があった。

除き、多くの具体的な条文規定に類似性が見られることは、法の制定過程に重要な関連性のあったことを示唆している。すなわち、これまで考察してきたように、軍法会議法の制定経緯は大正刑事訴訟法の制定経緯を抜きには語れないのであって、むしろそれが強く影響していたことが理解できる。つまり、軍法会議法の立法契機や法案審議過程を通じて明らかとなったように、その訴訟手続きは一般法に隷属するという、軍事裁判の根本的原理が明確に投影されていた状況を見ることができる。すなわち、軍法会議法とは軍独自の要求に基づき起草・制定された法律ではなく、当時の刑事法の理念に整合され、かつ国家の司法体系の一翼を担う国法だったのである。

とは言え、現在確認することのできる陸海軍省の一次史料に本件に関する記述が最初に登場するのは、1907（明治40）年の帝国議会での陸海軍治罪法改正に関する花井質問を巡る対応であり、次に集中して記述が見られるのは、この5年後の14（大正3）年のシーメンス事件を発端とする同法改正に関する応酬である。このことから分かるように、陸海軍治罪法の改正、すなわち陸海軍軍法会議法の制定に関して陸海軍当局が行動し、そのことが記録に表れるのは、いずれも外部からの働きかけによるものであったことが判明する。このように、軍法会議法の制定に向けて軍当局が自主的に活動していた形跡を見出せないのであるが、それは、当時の軍を取り巻く環境が大きく影響していたものと考えられる。日露戦争後の明治末年という時期は、我が国の国内情勢にとって、非常に微妙な種々の問題をはらんだ時期だったからである。例えば軍政面では、日露戦勝後の07（明治40）年に策定された帝国国防方針に基づくさらなる軍部の拡大政策、すなわち陸軍にあっては師団の増強、及び海軍は八八艦隊の整備と、それぞれが当面の至上の課題に取り組んでいた時期に相当する。花井が、軍法会議制度の抜本的改正について軍当局を追求し始めたのは、まさにこのような時代のただ中だった。被告人の人権擁護を柱とする制度の抜本的見直し、軍当局にとって喫緊の課題と認識されなかったことは想像に難しくなく、これが法制定過程で示した軍当局の消極的ともいえる姿勢の背景を為すものと推察される。

一方、軍司法関係者が当時の法曹界の動向をどのように認識していたのかについての詳細は分からないが、その状況を的確に把握していたならば、あるいは対応が異なっていたことが考えられる。前述したように、明治後期から大正中期にかけて、明治刑事訴訟法の改正に向け法曹界を二分する議論が行われていた。捜査検察機関の権限拡大を図る司法当局の方針に対し「刑事訴訟法改正審議にあたって表明された人権保障確保のため弁護士の委員である花井・磯部・鶴澤らが裁判官・検察官等の官僚委員を向こうに廻して奮闘これつとめ（中略）中でも花井の活動はもっともめざましいものがあった」⁽⁸⁹⁾のである。この

(89) 家永『司法権独立の歴史的考察』194ページ。

ように、当時の刑事訴訟法改正論議に際し、積極的に活動していた人権派の中心的存在が花井であった。こうしてみると、花井が軍法会議制度の改正に関して問題提起したことは、刑事訴訟法の改正論議と深く関係しており、法曹界全体を巻き込んだ論議の一環として進行していたとの仮説が成り立つ。陸海軍省当局は、我が国の刑事司法制度全体に大改編が迫りつつあった事態の深刻さを認識していなかった可能性を指摘できるのである。

さらに改正案共同調査委員会における間然する所の多い発言内容からは、軍側委員がこのような刑事訴訟法改正における議論に意外なほど疎遠であったことにも驚かされる。特に、弁護制度の導入に際して軍側委員が展開した主張は、およそ法律論とは乖離した観念的な議論に終始しており、侮蔑をも伴った花井の反論⁽⁹⁰⁾が、このことを象徴している。また、上訴制度の導入に関しても、陸軍大臣の発言を矮小化して解釈し大幅に限定したことは、軍当局者の思考が、陸海軍治罪法に基づく、旧態依然とした糺問主義裁判から脱却していなかったことを示している。軍事裁判の透明性を求める在野を中心とする法曹界の主張は、大正デモクラシーの潮流に乗るものだったが、軍司法関係者は、これがまさに時代的要請であったことを理解していなかったのかもしれない。ともあれ、1921(大正10)年、ここに国家の大法典たる陸軍軍法会議法及び海軍軍法会議法の成立を見た。そしてこの両法律は、戦後の46(昭和21)年5月に廃止されるまで存続したのである。

本稿は、以上の陸海軍軍法会議法の制定までの経緯から、同法の本質の一端について考察を試みようとするものであった。この結果、軍法会議法の制定には、法曹界からの働きかけが大きな役割を果たし、これが一般法の刑事訴訟法への整合として反映されたことを究明した。しかしながら、軍法会議法の本質を考察するに際し、以上に示した法制史からの検討のみでは画竜点睛を欠くことになる。すなわち、外的要因で立法化されたとも言える軍法会議法については、軍司法からの要求、すなわち軍統帥上の要求に対する適合性に関するさらなる検証が必要となる。つまり、一般法への準拠を重視するあまり、その当然の結果として、軍統帥上の要求に反する場合がなかったか、あるいはこの両者の相克が一定の限度を超えたときに法の支配を逸脱するような行為が生起してはいなかったかということである。この意味で、大東亜戦争中の戦地における特設軍法会議の実態等、多くの研究テーマを見出すことができる。このような、近代法治国家としての要求と、絶対統帥に最高の価値観を求める軍統帥上の要求という、本質的に相反する要求が極限を越えて対立したときの法運用の実態については、稿を改めて考察することとしたい。

(やまもとまさお 2等海佐、戦史部所員)

(90) 注73を参照。