

自衛軍と軍事裁判所

——自民党「新憲法草案」は何をめざすのか——

古川 純

はじめに

2005年10月28日、自民党新憲法起草委員会（森喜朗委員長）は、「新憲法草案」（以下、草案という）を発表した（10月29日の各新聞朝刊に掲載された）が、自民党立党50周年大会（11月22日開催）はこれを採択した。それは、9・11総選挙の結果いままや衆議院の議席占有率61%を超える巨大与党の正式な「新憲法草案」となったのである。

私は、今回の草案起草の背景として、自民党の総選挙結果に象徴されるように、従来型自民党保守主義から新自由主義・市場原理主義への自民党の構造的転換が始まったことを指摘したいと思う。これを統治体制の「55年体制」から「2005年体制」への移行という枠組みで説明することも可能であろう。草案の基調は、少なくとも「占領期の憲法制定」問題に引きずられた従来型の「自主憲法制定」論とは同じではなく、現代国際社会における日本国家の新たな「戦略」を求める

胎動に基づくものであると考えるべきだ
と思う。

1. 「戦争の放棄」から「安全保障」へ
——自衛軍・国家緊急権・最高指揮権

(1) 「戦争放棄・戦力不保持」から
「安全保障」への転換の意味

草案は、第2章の表題を「戦争の放棄」から「安全保障」に変更した。ただし草案は現行9条2項は削除するものの、1項は全文をそのまま残し維持している。

そもそも「安全保障」は *national security* である限り、軍隊・国家緊急権・軍事裁判所を一体のものとして持つ構造を意味する。現行憲法は、旧憲法の戦争・軍隊・統帥権・国家緊急権・軍事裁判所について、それを一体の構造をなすものとして規範的に排除したが、「安全保障」はその基本原理（戦争放棄・戦力不保持・市民的公共性の優位）とは全く正反対の所に位置付けられるものである。すなわちそれは、再び「軍事」を憲法の規範構造

の中心にすえて、「戦時」・「緊急事態」の事態想定を持ちながら、人権保障の停止をも正当化する軍事的公共性を優位におく統治体制へと転換するものである。

(2) 戦力不保持・交戦権否認の削除
と自衛軍の保有および国家緊急権の
創設

草案第2章のもとになっているのは、「自民党憲法改正草案大綱（たたき台）」（04・11・17、元防衛庁長官の中谷元・起草委員長が陸上自衛隊幕僚監部の二佐に作成依頼したものである）が発覚し批判を受けて白紙撤回された）である。この資料では、「第8章 国家緊急権及び自衛軍」の題名のもとに、「第1節 国家緊急事態」で内閣総理大臣が「防衛緊急事態」「治安緊急事態」「災害緊急事態」を宣言し布告すること、国民の「基本的な権利・自由」は、その布告が発せられている期間、特にこれを制限することができるものとすること」を定める。「第2節 自衛軍」

では、「内閣総理大臣の最高の指揮監督権の下に、個別的または集団的自衛権を行使するための必要最小限度の戦力を保持する組織として、法律の定めるところにより、自衛軍を設置するものとする」と、「自衛軍は、我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、防衛緊急事態に対し我が国を防衛することを目的とする」と、自衛軍はこの任務のほかに「治安緊急事態、災害緊急事態その他の公共の秩序の維持に当たること及び国際貢献のための活動（武力の行使を伴う活動を含む。）を行うことをも任務とする」と、「自衛軍の軍事規律を維持するため、法律の定めるところにより、特別の組織の設置その他の必要な措置を講ずることが出来るものとする」となどを定める。その後新たに条文化された案（第1次（05・8・1）と草案）を比較すると、草案の9条および9条の2の特徴が明確になるであろう。第1次案は、第2章の表題を「戦争の放棄」から「安全保障」に変更した上で、まず現行9条2項を削除し、さらに1項を「安全保障と平和主義」の肩見出しのもとにほぼ全面的に書き換えた。次に9条の2を新設して「自衛軍」の肩見出しをつけ、1項で「侵略から我が国を防衛し、国家の平和及び独立並びに国民の安全を確保するため、自衛軍を保持する」とし、2項では自衛軍

は自衛のために必要な限度での活動のほかに、「国際社会の平和及び安全の確保のために国際的に協調して行われる活動並びに我が国の基本的な公共の秩序の維持のための活動を行うことができる」とした（3項、4項は略）。さらに9条の3（自衛軍の統制）を新設し、1項で「自衛軍は、内閣総理大臣の指揮監督に服する」と定めた（2項、3項は略）。要するに9条の全面的書き直しであった。

これに対して草案は現行の9条1項の全文をそのまま維持して2項を削除し、9条の2の1項で「自衛軍」を保有することを定める。現行9条1項をそのまま残した理由はおそらく、1項は不戦条約（戦争放棄二関スル条約、1928年）の規定の国内基本法化を意味するから、1項の削除・変更は国際政治的に見て、不戦条約の誓約を引き受けない特別の政治的意図を持つと解釈される危険性に配慮したからであろう。

草案9条の2の1項は、内閣総理大臣を「自衛軍」の「最高指揮権者」＝「軍の指揮命令権者」とし、内閣の行政権から独立した「軍の指揮命令権」（＝「陸海軍の統帥権」、旧憲法11条）を憲法に創設するが、これは、合衆国憲法2条2節1項の大統領の最高司令官（commander in chief）条項に相当するのである。

草案9条の2の3項では、「自衛軍」

を必ずしも国連の決定を踏まえることを前提にしないで「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」と、「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」に使用することができる旨を定める。前者は、すでに自衛隊を個別立法によってインド洋やイラク・サマールワに派兵している現実を憲法的に正当化するだけでなく、「自衛軍」が派兵現地で軍事的必要に応じて戦闘行動＝「戦争」に踏み込むことを可能とするものである。現地では当然のことながら行動命令拒否者（抗命者）や脱走者が出る可能性があり、また正式な戦闘による戦死者も予想されるが、やはり軍事裁判所が必要になる。後者は現行憲法が制定時に排除した旧憲法の国家緊急権を創設する意味を持つものである。

2. 「軍事裁判所」の設置による「市民的司法」への「軍事」の侵入

先に紹介したように幹部自衛官によって策定された「自民党憲法改正草案大綱（たたき台）」は、「自衛軍の軍事規律を維持するため」の「特別の組織」に関する注記において、「自衛軍を『戦力』を有する実力組織＝軍隊として認めることに伴って、その軍事規律の維持のために、そ

の違反行為に対しては、一般の裁判所とは異なる特別裁判所の管轄に服させることが適切であるとも考えられる」と述べ、ただし「他の特別裁判所」（第5章Ⅱ統治の基本機構の第4節Ⅱ司法裁判所において、「行政事件、知的財産権その他の専門事項に關する事件を処理するため、特別の裁判所を設けることができる」とする）と同様に最高裁判所への上訴と第5章の第5節で設ける「憲法裁判所」の判断を保障するとした。ところで明治憲法（旧憲法）57条2項は「裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、その法律たる裁判所構成法（明治23Ⅱ1890・11・1）は「通常裁判所」として区裁判所・地方裁判所・控訴院・大審院を設け（法1条）、「通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス」（法2条1項）と定めたが、他方で明治憲法60条は「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」と規定し、別に陸軍軍法会議法・海軍軍法会議法（大正10Ⅱ1921）が制定された。「大綱（たたき台）」の案は、旧軍法会議とは異なるが、司法裁判所の系列の中に特別裁判所として軍事裁判所を設ける案である。草案76条3項は基本的にこの考えを継承し、「軍事に關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。」と定め、現行76条2項の特別裁判所の設置禁

止規定はそのまま残している。この「軍事裁判所」は旧憲法下の「軍法会議」とは異なるというつもりなのであろう。

現行自衛隊法は、警察法制を出発点にして拡大してきたため自衛官（いわゆる制服組）を「軍人」ではなく特別職公務員と捉える立場から、例えば①防衛出動命令時の命令拒否に対し7年以下の懲役又は禁錮（123条1項3号）、②治安出動命令時の命令拒否に対し3年以下の懲役又は禁錮（119条1項6号）、③平常時の職務命令に対する多数共同反抗に対しては3年以下の懲役又は禁錮（119条1項7号、個人の命令拒否は不可罰）などと定め、起訴されれば被告人は普通の裁判所（刑事部）における公開法廷で裁かれることとしている。しかし旧陸軍刑法の抗命罪を見ると、個人の抗命が①敵前の時は死刑又は無期若しくは10年以上の禁錮、②軍中のときは1年以上7年以下の禁錮、③その他の時は2年以下の禁錮などと重罰が規定され（57条1号、2号、3号）、特別裁判所である軍法会議で裁かれたのである。これと比較するならば、「自衛軍」の軍事裁判所を設置する時には、何よりも「自衛軍」の規律維持のため旧軍刑法をもとに特別の刑罰を定める「自衛軍刑法」と刑事訴訟法の特別法にあたる「軍事裁判所手続法」が制定されることになるであらう。「自衛軍」の軍刑法違反事件――

自衛隊法の犯罪類型を引き継げば「防衛秘密」の漏洩を煽動した「市民」も対象になる――を特別に管轄する下級裁判所であるとしても、実質的には旧「軍法会議」として機能する性格のものとなるであろう。こうした刑事司法への「軍事」の侵入は、統治体制に軍事的公共性を導入するのみでなく社会的にも「軍事」の価値を特別視する文化を形成し定着させる恐れがあると思われる。

おわりに――現行9条2項の削除と憲法の同一性の破壊

何ゆえに「新憲法」草案なのか。より根本的・理論的には現行憲法の同一性の破壊の意図があるというべきであろう。

つまり、現行憲法の基本原理である平和主義を具体化した規範的アイデンティティ（憲法の同一性）は、不戦条約に起源を有する9条1項ではなく2項の画期的な戦力不保持と交戦権の否認にあり、その2項の削除は、憲法の同一性を破壊するという意味で理論的に「憲法改正の限界」を超えるもの（「新憲法」の制定！）であり、憲法「改正」手続きでは決して許されない、といわなければならない。

（ふるかわ・あつし、専修大学教員、憲法学、本会会員）

