

資 料

イ ゲス
李・桂洙

韓国の軍事法と治安法：

軍事と治安の錯綜と民軍関係の顛倒

Bestandsaufnahme des koreanischen Militar- und Sicherheitsrechts

ソ
徐

スン
勝 訳

・ 韓国の軍事法と治安法：何を扱わねばならないのか？

1.

一 社会内の少数集団に関するものでないのに、大衆と法律家の関心外にある法領域が、軍事法である。軍事法については、現在まともな専門研究書もなく、この分野に対する立法者と法研究者たちの関心は顕著に低い状態である¹⁾。軍の行政法、軍刑法、軍司法制度に対する論議はあるが、軍事法を総合的で体系的に扱った文献もまれである。文献検索を通じて、軍事法に対する関心が、特に市民社会の関心が非常に低いという事実も筆者は確認した。

軍事行政と関連した訴訟は、ほとんどなされていない。軍事関連の法律は40数篇程度でさほど多くない²⁾。戒厳法、衛戍令のような違憲性の濃い法令が軍事政権後にもそのまま存置されている一方、軍事と関連した問題について法的評価が成される場合も稀である。

例をあげてみよう。2002年春、韓国では次期戦闘機選定事業である「FX 事業」をめくり、市民社会と政府間に激しい論争が起こった。アメリカ政府が自国の退役戦闘機 F-15を、韓国政府に購入させようと圧力をかけたことが暴露され、反米感情も強く起こった。しかし、それだけであった。当時の FX 事業がいかなる法的根拠に基づいて進められたのかについて、関心を持つ者は別段存在しなかった。今後 5 兆圓（ウォン）近い国家予算を支出することになる事業が、国防部訓令である「国防獲得管理規定」に基づいて進められた事実を知る国民はほとんどいない³⁾。FX 事業以後、次世代駆逐艦戦闘体系導入事業が国防獲得管理規定さえも違反して

行われているという事実を法律家さえ気づいていない⁴⁾。国防獲得体系だけではない。論議の余地がある国連平和維持活動(PKO)も、国防部とその所属機関の職制及び訓令によって運営されている⁵⁾。

軍事問題に対する法的評価をタブー視した軍事政権時代でもないのに、なぜこんなに無関心なのだろうか？ 概して3つの理由が上げられるようだ。まず第1に、国防部所属軍務員と軍人たちの官僚主義が指摘できる。彼らの事なかれ主義は、現在の「国防部職制」及び国防部の人事行政によって再生産されている側面もある。外部専門家の迎え入れ、一般公務員を大幅に採用するよりは、現役軍人、情性にひたった軍務員に依存して行政を行う国防部行政システムによって、法と法治行政に対する無関心な態度が助長されている。第2に、軍は元来、法より命令に過度に依存する組織である⁶⁾。防衛予算支出のために必要であれば、「国家を当事者とする契約に関する法律」を改定してでも武器導入手続きを法的に整備せねばならないのに、国防部訓令である国防獲得管理規定に基づいて事務を処理しようとする国防部高位官僚の頭の中には、法よりは命令を先立たせる思考方式が深く根付いている。第3に、行き過ぎた秘密主義が上げられる。軍関連現行法律の中には、それが軍事秘密とされているものもある。戦時資源動員法は法律それ自体が3級秘密とされており、法制処法令集にも収録されていない。行き過ぎた秘密主義によって、一般人は軍に関連する法律、あるいは法律問題を理解するのに困難を感じている。

治安法をめぐる状況も、軍事法と別段かわりない。警察法という表現あるいは概念は広く使われているが、治安法という表現はほとんど使われない。韓国では、過去、警察庁を内務部所属の治安局、或いは治安本部と呼んだ。しかし、その当時にも治安法という表現よりは警察法という表現が一般的であった。警察法と治安法は同じ概念だろうか。筆者が考えるに治安法と警察法はそのフォーカスが異なるようだ。日本では、韓国の国家保安法のような安保刑法も、治安法の概念範疇に入るようだ。韓国の国家情報院(過去の国家安全企画部)のような機構の組織と権限に関する法制も、治安法の範疇に入るだろう。したがって、広く見ると治安法=国家安保法+警察法となる。しかし、治安を平常時の国内秩序維持作用として狭く解釈すれば、治安法=警察法と見ても差し支えない。

治安法を広く理解する立場から見た韓国治安法の歴史は、過剰と欠乏という両面性を示している。国家保安法によって代表される国家安保法分野はいびつに形成され、国家安保を扱う安企部〔国家安全企画部：現、国家情報院、旧、中央情報部〕と保安司〔国軍保安司令部：現、国軍機務司令部〕のような機構が「国家内の国家」として作られたが、かなり以前から国民の基本的な人権とかかわる警察関連立法

と関連した研究実績は驚くほどわずかである⁷⁾。

例を一つあげてみよう。最近韓国では、集会・示威現場に対する警察のいわゆる「採證活動」の適法性が論議されている。集会・示威は、基本的に国家から自由な（国家の監視から自由な）性格を持っている。警察がビデオなどを集会現場や付近に設置し、集会と示威過程を撮影する行為は、それ自体で集会・示威の自由を制限・侵害する行為となる。そのような制限・侵害行為が憲法的に正当化されるためには、法律的根拠が必要であり、撮影が可能な事由、撮影方式、撮影資料の管理及び廃棄（ここには被撮影者の撮影資料閲覧及び廃棄請求権が含まれる）に関する法的根拠が整えられねばならない。だが現行の集会及び示威に関する法律は、この部分に対して全く沈黙しており、これを指摘する学界の声も大きくない。

このように国民の基本的自由と関連している警察関連法の立法が遅々として進まず、またその部分に対する批判が少ないことは、自由主義的法治国家では極めて異例なことだと思える。

2.

軍事法と治安法、この二つは類似しながらも全く異なる性格の法分野だと言えよう。軍事法が国家安全保障という国家目的の達成のために存在するとするならば、「狭い意味の治安法」は秩序維持作用のために存在する。

両者はその存在目的を異にする。軍事法は対外的安全と戦争のような非常時の憲法守護のための組織と作用に関する法体系であるが、狭い意味の治安法は対内的安全を確保するための組織と作用に関する法体系である。両者はまた、その目的達成のための権力発動対象と発動方法を異にする。前者は国家に敵対する勢力、そしていわゆる特別権力関係に置かれていると見なされる軍人に対して各々公権力を発動するが、後者は原則的に国民一般を対象とする。両者は公権力の発動方法においても違いがある。行政法的に言うならば、軍事法分野では裁量行政、命令（訓令）による行政が、治安法分野では羈束行政、法律による行政が支配的である。

自分が生きるために人を殺さねばならない戦争の論理が支配する軍事法分野では、自由裁量の決定が主となる。軍事関連法律は、「国家安全保障」、「国防目的」のようないわゆる終局目的だけを規定している場合が多く、法律の具体化の程度が非常に低い。法律上の構成要件は極度に不確定的である。その結果、軍事関連分野で立法が成されても、それに因って軍事組織及び作用に対する統制が成されることは難しい場合が多い。軍事法分野での立法は国家に対する市民の自由を保障するのではなく、国家がより自由自在に活動できるようにさせる可能性が高い。軍令作用では

秘密厳守が強調されるので、軍事法（と軍事法学）は秘密主義を正当化しようとする。

その反面、自国民に対する基本権を侵害する恐れのある治安法分野では、法行政原理の厳格な適用が要求される。今日の警察法領域での裁量は少しずつ縮小されている。裁量権縮小理論や無瑕疵裁量行使請求権の法理は、初めに警察法領域で提起された。治安維持のために市民及び市民社会に対して強制力（Gewalt）を行使する国家を、法に厳格に拘束しようとする自由主義的法治国家のプロジェクトが作動した結果である。この領域では、全く同じ国家目的であっても、国家安全保障のような全体主義的国家目的よりは、「秩序維持」という消極的・自由主義的国家目的がより強調される。

軍事法と治安法がこの様に全く異なる原理によって作動しているので、自由主義的法治国家では軍事問題と対内的治安維持問題は厳格に分けて、両者の任務を各々異なる組織に任せ、作用方式も異にしていた。簡単に言えば、軍事領域と治安領域は厳格に分離するというのである。

しかし韓国での現実とは、そうではなかった。特に、長期間、直接的、間接的に軍隊と軍「エリート」の支配を受けて来た韓国の法律文化は、正常と非正常、非常状況と正常状況、軍隊の役割と警察の役割が一つにもつれ、権限配分と作用面で違憲的な法制が常態化していた。数兆ウォンに至る国防事業が国防部の訓令によって処理される一方、正常に軍隊に入隊した者が戦闘警察に転任し、デモ隊を阻止する第一線に投入された。軍と警察は合同で検問所を設置、合法的に対民間人検問検索活動を繰り広げることできる。そしてこのような状況を多くの国民（法律家まで含めて）は知らなかったり、知っていても当然のことだと思っている⁸⁾。

このように見るなら、軍事法と治安法はその性格を異にするが、韓国社会を理解するキーワードとして、一つのカテゴリーに括ることができる。このような事実は、それ自体が既に様々なことを説明している。韓国社会では軍事領域と治安領域が明確に区分されなかったという事実、その結果一般国民に対して軍が公権力を発動することが頻繁にあったという事実、また軍隊と警察任務間の不明確な区分の影響によるものなのか、平常時に国内治安を担当する警察さえ治安維持活動をまるで軍事作戦を行うように展開したという事実が、一旦指摘できる。整理すると、韓国では軍事と治安という二大領域の錯綜が日常化していたし、軍事法文化に因って治安法文化が歪曲されることが一再ではなかった。

本稿では、まさにこのような現実に対して問題提起をしようと思う。即ち、軍隊が全くあるいは明らかな法的根拠もなく、広く治安需要に応じて警察権を行使する

現実、そのような現実を統制する法的、制度的装置を全くあるいはほとんど準備できていない実情に対して問題提起をしようと思う。問題提起が適切になされ、その間、かえりみられなかった軍事法と治安法研究が、これからでも活気を帯びるようになればと願いたい。そしてその研究は、軍事と治安専門家だけのものではなく、一般市民社会のものとなることを期待したい⁹⁾。

本稿には反映できなかったが、最近、筆者は軍人の権利、軍人の人権に関心を持って研究を進めている。この部分に対する研究はあまりに少なく、どこから始めねばならないかもわからないほどである。ただ筆者は、まず緊急の問題となっている「軍疑問死問題解決のための手続き法的保障」に対して研究しており、軍疑問死或いは軍内自殺を予防するために緊急に保障されねばならない軍人の人権の部分に対して関心を持っている。

例えば、Aは海軍に志願入隊し、戦闘艦に配置された。ところが気づいて見るとAは船酔いがひどく、とうてい艦艇で勤めるのに不適切な人物である。にもかかわらず指揮官はAに戦闘艦で勤め続けることを命じ、Aの上級者は艦上生活にうまく適応できないAに苛酷な行為を加えつづけている。このような場合、Aに勤務地再配置請求権のようなものが認定されるのか、駄目ならなぜ駄目なのか、今後このような事例にはどのように対処せねばならないのか、考察が必要である。このような部分に対する考察がなかったので、最近まで毎年300人近い兵士が死亡し、毎年5千人に至る兵士が新たに精神疾患を患う事態を防げなかったと考える¹⁰⁾。ひいては軍生活に適応できない兵士を前もって見つけ、相談する専門人材（特に精神科専門医である軍医）を十分に配置する問題も真剣に考慮してみねばならない。過度の厳しい起立、気合、秘密裏になされる苛酷行為¹¹⁾によって、軍隊生活に適応できない兵士を早期に発見し精神科専門医である軍医に相談を受けることができるよう配慮するのも、人権の一内容であるからだ。このような場合、指揮官は精神科専門医に適性検査を依頼すべき義務を負い、逆に該当兵士には適性検査を求めることのできる権利があると看做さなければならない。

軍人の人権と関連しては、もう一つ重要なことは、安全に軍服務をする権利である。最近の災害復旧に動員された将校2人が死亡する事件があった。戦闘状況ではないと言っても軍人は高度の危険にさらされている。ところが、軍はこのような軍人にいかなる安全保護装置、制度を用意しているのか、していなければ立法者と指揮官はこれからどのような措置を取らねばならないのかを考えねばならない。

これまでこのような問題提起や考察はほとんどなかった。ただし最近では軍

疑問死問題解決に遺族が積極的に対応しており、疑問死真相糾明委員会、国家人権委員会の設立に力を得て、軍人の人権に対する社会の関心も大きくなっており、それだけでも幸いだと言えよう。

一方、現行の国家有功者礼遇及び支援に関する法律第4条5項は「自害行為」によって死亡したり、負傷した者は、国家有功者から除くように規定している¹²⁾。この規定を根拠に、褒勲庁は公傷処理及び国家有功者認定において形式論な判断をして来た。ところが、最近、下級審裁判所(ソウル行政裁判所)は褒勲庁の判断を覆す判決を連続して下している。即ち、裁判所は軍人が自由な意志による自害行為に因って死んだ場合には、殉職除外事由に該当するが、軍人の自殺行為が先任兵たちによる殴打と苛酷行為を逃れうる唯一の手段として、絶望感の中で成されたので、職務遂行とも関連があり、殉職に当たると判断し、行政府と異なる見方を示している¹³⁾。軍生活を成し遂げることができずに自殺した者を全員殉職処理したからといって、軍隊内の死亡事故が減るのかどうかは疑問であるが、下級審法院の判決は軍人の人権保障と関連して、限界はあっても進歩した解釈だと考えられる。しかし究極的には、軍サービスと関連して発生する重要な人命事故に対して、公正性と独立性を備えた捜査機関が捜査するように、軍捜査機構の改革が成されねばならない。

・戦争以外の作戦：

軍隊の新しい役割は憲法的に正当化し得るのか？

1.

1987年度以後、段階的な脱軍事化及びブルジョアヘゲモニーの強化が成されながら、韓国社会各分野での軍隊の影響力は減少している。それにもかかわらず、私たちはいまだに日常生活の様々な所で軍隊と(或いは軍の権力と)衝突している。軍隊による国内治安維持任務の遂行及び警察力行使もその一つの例である。

かつて、軍は戒厳のような非常事態時に民間人に対して警察力を行使した。また、戒厳が宣布されない状況でも軍は警察力を行使したが、それ自体は違憲・違法な行為であったり、少なくとも脱法的なことであった。これと関連しては、衛戍令に基づいて軍が大学構内に進入した例や、兵士が武装したまま脱走した時、軍が警察と合同で検問所を運営した例を上げることができる。

しかし最近では非常事態でなくても、合法的に軍隊を国内治安維持活動に動員しようという傾向が現れている。9・11事件は、そのような状況変化への重要な契機

になっているが、変化はすでに早くから始まっていた。

1990年代初め、東西冷戦が終結して、軍隊の役割を新たに定義せねばならないという論議が米国から出はじめた。米陸軍は1993年6月に発刊された米陸軍『野戦教範100-5：作戦（FM100-5：Operations）』で、初めて戦争以外の作戦（Military Operations Other Than War：MOOTW）という概念を使い始める。このような概念変化は軍事教理（military doctrine）が冷戦時代の軍から危機対応軍（Contingency Force）に変わり現れたものと言う¹⁴。軍隊は外部的挑発に対処せねばならないだけでなく、国内の主要問題である国家支援活動（軍可用兵力の支援及び提供、地域社会経済発展に寄与）、人道主義的救護活動（自然及び人工災害による危険除去及び災害を受けた者に対する救護活動）、麻薬流入遮断活動、対テロ作戦などの平和維持活動にも対処する能力を備えて、安保と国内平和増進という二重的任務を遂行せねばならないという論理である¹⁵。外部から侵入する者だけが敵ではなく、難民、国際マフィア、極右・極左勢力、外国人、テロリストなども国家を脅かす敵なので、彼らと立ち向かうために軍を投入しなければならず、彼らと対立する問題は、もう対内的治安問題ではなく、対外的安保問題となるという主張である。

軍隊に国内平和維持活動任務（国内治安維持任務）を委ねねばならないという主張は、米国以外でも提起されている。ドイツでは既に1968年、当時のデモ隊及びストライキ労働者に対して連邦軍を投入する問題が議論された。たとえ当時の憲法改定法律に反映されはしなかったが、この部分に対する論議は持続的に成されて来た¹⁶。例えば、1992年11月に当時キリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟（CDU/CSU）による政権与党の国防長官ルーエ（Ruhe）は、統一ドイツ軍の任務を盛り込んだ『防衛政策指針』において、いわゆる軍隊の対民活動（Bundeswehr im Innern）をドイツ軍の新しい課題として提示したことがある¹⁷。しかしこのような指針は、あくまでも指針であるだけで憲法的根拠はないので、当時も論議が多かった。ドイツ憲法は、例外的に自然災害や重大な事故が起こった時、一定の手続きを経て軍隊が任務に投入され得ると規定している¹⁸。だが、それ以外の麻薬流入遮断活動、対テロ活動のようないわゆる拡大された対民活動に軍隊を投入できる規定はない。

このような制約を打破しようとして、キリスト教民主同盟／キリスト教社会同盟など保守主義政党は、憲法の規定が軍隊の対民活動の幅を不当に制限していると批判しながら、軍隊の対民活動範囲を拡大する憲法を改正案で提案したり、現行憲法を弾力的に解釈する方案を提示したりした¹⁹。その反面、緑の党（Grüne）を初め

として自民連(FDP)、民社党(PDS)はそのような立場に強力に反対する。社民党(SPD)は、より慎重にこの問題に対して原則的反対の立場を表明しているが、警察手段と軍事的手段の間の境界設定は変化する可能性があるとして、流動的態度を示している²⁰⁾。

一方、戦争以外の作戦という概念は、韓国軍内でも普遍化している。陸軍は、「陸軍の役割及び重要性」という文章で、陸軍の役割を 国家安保の中核/戦争遂行の主体、多様な脅威に対処する核心戦力に分類した後、を以下のように敷衍している。

イ. 脱冷戦以後の経済・環境を含めた非軍事的脅威に対する、軍による「戦争以外の軍事活動(MOOTW)」の役割が増大し、最近の9・11テロ以後その重要性を増している。

ロ. 韓国も非軍事的脅威が突出し得る十分な条件を備えており、多様な脅威に最も効率的に備え得る条件をもった陸軍がその役割を遂行せねばならない。

ハ. わが陸軍は、その間の災害・災難救助活動など国家発展と国民の便宜を増進させる活動をして来たが、今後予想される非軍事的脅威にも主導的、積極的に対処しなければならない。その結果、軍の役割と重要性は大きく増大するだろう。非軍事的脅威類型としては、テロ 情報体系麻痺 国家的治安秩序混乱 密入国 国家災難及び環境危機 国家利益の脅威の状況がある²²⁾。

2.

問題は、冷戦以後、自らを世界の警察だと主張する米国においてすら批判のある戦略を、韓国軍が無批判に受容することがはたして良いのかという点をさておいても、このような軍の役割変化を正当化する憲法的根拠があるのかという点である。例えば、韓国政府は2001年11月末に立案したテロ防止法案でテロに対応するために軍隊を出動させ、警察権を行使できるようにした。テロ鎮圧のための軍の出動は、以前にも国防部訓令第161号、郷土予備軍設置法、民間防衛基本法、統合防衛法、船舶安全操業規則などに部分的に規律されていた²²⁾。テロ防止法案は、テロ鎮圧の指揮本部格である対テロセンターを国家情報院〔中央情報部の現在の名称〕に設置し、軍が元来意図した軍の独自の判断による出動は認めなかったが、より積極的に軍がテロ事態に関与し得る可能性は開かれている。より主導的な地位を確保した後、テロ鎮圧などに出動しようとする軍の意図が、ある程度、反映された法案だと言えよう。

このような法案に対し市民団体は驚き、声をあげて批判したが²³⁾、憂慮されるのはテロ防止法案が立法化されようがされまいが、今後このような方向への展開が予見されるという事である。そして、そのような軍隊の役割変化がテロ防止法案提出以前から既に進行していたが、遺憾ながら、そのような変化を憲法裁判所さえ無批判的に受け入れている。

憲法裁判所は、「戦闘警察隊設置法」事件で法務部長官と国防部長官が提出した以下のような意見を、なんら異議なく受け入れ、事実上、軍の新しい役割に対する真剣な憲法的論議を放棄した。

国防の義務とは、総力戦体制で行なわれる現代戦においては、直接的な兵力形成のみならず、間接的な兵力形成義務まで含む概念であり、反共、防諜、軍作戦に協力する義務はもちろん、国家安保と直結した軍労働員に協力する義務までも含む包括的意味で理解されねばならないもので、兵役義務の内容は必ずしも戦時に戦闘員となる地位にある役務に従事せねばならないことを意味するのではなく、相応する災害防止義務、警察の業務に従事させることも含むものである²⁵⁾。

旧兵役特例法第5条第1項において、戦闘警察巡警〔巡查〕の任務として挙げている対スパイ作戦の遂行は、外国の侵略から国家の独立を維持し、領土を保全するための国土防衛の概念に含めることができるので、たとえ治安秩序の維持を本来の任務とする警察の身分で専ら担当し遂行される任務であっても、遂行される任務の内容は国防の義務の内容と本質的に同一である²⁵⁾。

さらに憲法裁判所は、「現代戦が高度の科学技術と情報を要求し、国民全体の協力を必要とする、いわゆる総力戦であることに照らして」、軍人が戦闘警察として対スパイ作戦を遂行することは、憲法的に問題にならないとした。総力戦という表現は、「総力安保体制」という過去の軍事政権の論理を連想させる。

憲法裁判所は、「軍事上の任務と警察上の任務間の境界は流動的である。軍隊も国内治安維持任務を遂行せねばならない」と考えているようである。現在このような接近方法は、保守勢力を中心に速やかに拡散しているが、このような主張の当否、その政策の合憲性に対しては、より深い討論が必要である。韓国の現行憲法上の軍隊は、戒厳宣布時に警察権を行使することができる。しかし、戒厳は憲法が認めている制度なので、基本権侵害にもかかわらず憲法的に正当化される²⁶⁾。

その反面、戒厳状況でなくとも軍が出動し警察権を行使できるようにしたことは、憲法に反しないのかが検討されねばならない。例えば先に指摘したテロ防止法案では、「テロ事態時」に出動した軍が警察権を行使できるようにした。即ち法案は、

警察官職務執行法第3条から第6条までに当たる権限の行使を軍に与えている。

軍は、民間人に対して警察力を行使するように訓練、組織された機構ではない。このような機構がテロ防止という名分で警察力を行使することが、果たして憲法に付合するののかという質問に対して、必要性の論理だけを持ってきてはならない。戒厳状況でないのに軍隊が警察権を行使できるようにするには、憲法改定を行わねばならない。つまり、そのような手続きを通じて、軍の役割の再定義に対する国民的合意を形成せねばならない。そのような合意には、軍の「新しい」活動領域に対する大綱と、軍が国内問題、国内行政に介入できる手続きと条件などが含まれねばならない。ただ状況論理あるいは行政応援の法理²⁷⁾を引いて来て、問題を解決しようとしてはならない。韓国国防研究院のような所で主張している「軍事活動領域拡大による行政応援業務の法制化²⁸⁾」は、まさにそのような合意形成をして初めて可能であるとみなさねばならない。

オーストリア憲法では、軍隊の対民活動は、「明白で現存する必要性」が民間当局によって立証され、軍隊の援助なしには民間当局がその状況に対処する別の方法がない時のみ許容されるという点を明らかにしている²⁹⁾。ドイツ、そしてオーストリア憲法が、軍隊の対民活動に対してさえ憲法的限界を明確に設定している趣旨を十分推察する必要がある³⁰⁾。現行憲法第5条2項に規定された、「国家の安全保障と国土防衛の神聖な義務」を拡大解釈し、軍がストライキ現場に代替人力を投入することができたり、テロ鎮圧と麻薬流入遮断活動などを展開できると簡単に断定することは、極めて違憲的な接近方法だと言えよう³¹⁾。

一方、9・11テロ以後、日本でも反テロ法制定問題が論議になっている。「テロ対策緊急措置法」が自衛隊の派兵を予定しており、東アジア近隣諸国の憂慮を生んでいるが、韓国のテロ防止法案のように軍隊が出動し、国内治安維持のために警察権を行使するという内容はなかったものと考ええる。自衛隊の警備対象に、米軍施設以外に原子力発電所とダムなどを追加する自衛隊法改定方案を推進するという報道にも接したことあるが、自衛隊の活動範囲を拡大しようとする試みに対しては、市民社会はもちろん警察庁の反対も大きいと聞いている。このような反対が出るのが正常である。日本のような「平和憲法体制」ではないとしても、平常時、軍による警察権・司法権行使は徹底的に否定することが、自由主義的民主主義国家が固く守らねばならない憲法原理であるからである。

だが、もしそのような憲法原理が崩れ、国内治安機構で対応せねばならない問題を軍事力を動員して解決しはじめると、軍事法と治安法との伝統的な境界は崩れ、長い人権闘争を経て確立した自由主義的法治国家の危機を招来するであろう。

文民憲法原理は、軍事に関する事項も文民によって決定され、統制されねばならないという文民優位の原則（civilian supremacy）・文民統制の原則（civilian control）を言うが³²⁾、国内秩序維持任務は最大限、民間当局の権限と責任に委ねねばならない、という原理としても解釈されるべきであろう。

．軍事と治安領域の錯綜

第二章で筆者が明らかにした見解に対して、「それはあまりに過度の要求ではないか」、「軍に対して、あまりに不信を抱いているのではないか」という反論が提起されうるだろう。特に後者のような反論を理解できないわけではないが、過去はもちろんのこと、現在までも持続する軍事領域の肥大化による治安領域の萎縮現象に注目すると、どうしてもこのように明確に線を引くことがよからうと考える。

段階的脱軍事化が進行している現在とは異なり、〔1948年の〕建国以後1980年代末まで大韓民国の物理力秩序には、字義通り「秩序」がなかった。国内秩序維持任務及び権限をめぐり、軍隊と警察間に明確な権限分掌は建国初期からまともに成されなかった。〔朝鮮〕戦争直前と直後には、共匪〔共産ゲリラ〕討伐に「戦闘警察」が動員される一方、逆に軍隊が国内秩序維持に投入された場合も一再ではなかった。陸軍本部直轄隊である特務隊〔軍情報機関〕および憲兵隊が国会議員など民間人に対して日常的な監視活動を繰り広げる一方、民間人も軍捜査機関によって逮捕されもした。この過程で、軍と警察組織間に摩擦が起きもしたが、主導権は総じて軍側が握っていた。

以後二度にわたる軍事クーデターと、クーデターの後に作られた非常機構の活動は、このような状況を制度的により固着させた。軍事クーデターの後に作られた非常立法機構が軍の警察活動を合法化し、これを執行するために作られた「軍警合同機構」「軍警合同体制」「公安政策協議会」など、さまざまな形態の非正常な軍警共助体制は、平常時、軍と警察はその任務と権限において厳格に分離されねばならないという憲法原理を著しく侵してしまった³³⁾。いくつかの事例を見よう。

1．戦闘警察隊と維新事務官

外国の事例を見ても、初めから軍隊と警察の任務が明確に区分されていたわけではない。ドイツの場合にも、20世紀以前までは軍隊が警察の任務もあわせて遂行した。軍隊は伝統的に対外的安全だけではなく、対内的安全を守るためにも動員されたが、対内的安全に関する任務が警察に集中して、両者間には権限上の重畳が発生

した。その結果、軍隊を対内的任務から排除することが、プロイセン改革官僚たちの重要な課題となった。その反面、その課題を達成しようとするなら、軍に代わる武装力と戦闘力を備えた警察軍 (Polizeitruppe) の建設が前提されねばならなかったが、このために再び軍の支援を受けざるを得なかった。その結果、18-19世紀にわたって、かなりの数の軍下士官及び将校が、警察軍 (Gendarmerie) 及び警察機動隊 (Schutzmannschaft) に流入した。プロイセンでは警察軍が国防部に所属する事態も発生した。民間行政官庁の要請がある時、民間当局の監視の下にこれらを国内治安に投入するという制限はおかれたものの、そのような状況を正常と見なすのは難しい。しかし、これら警察軍の構成後にも警察力が不足したので、大規模騒擾事態の際には再び軍隊が出動せねばならなかった。もちろん軍隊の投入は原則的に民間側の要請によって成されるが、一旦投入された軍隊は自分の方式通りに仕事を処理して行った。さらに軍は、特定の条件下では要請がなくても国内治安に介入する権限があったが、これによって度々問題が発生した。最後に軍は国家非常事態時、即ちいわゆる戦争状態 (Kriegszustand) 或いは包圍状態 (Belagerungszustand) 時に騒擾の鎮圧及び公共秩序の回復のために介入し、必要な措置をとるために警察を含めた民間権力を自分の管轄下に置くことができる³⁴⁾。このような状況は、ポツダム宣言で再確認されたドイツの脱軍事化政策に力を得てようやく消滅する。

興味深いことに、韓国社会でも軍国主義ドイツと類似したことが起こった。戒厳問題の他に、戦闘警察隊の設置、警察組織の中への軍出身者の流入という問題があげられる。

(1) 民主主義を標榜する国において、軍人の身分を持つ者が、戒厳が宣布されもしない平常時に民間人の行事の現場に投入される姿を想像するのは難しい。しかし、韓国ではこのようなことは一再ではない。戦闘警察があるからである。

戦闘警察隊は1970年12月31日、「パクチョンヒ戦闘警察隊設置法」に依拠して設立された。当時、キムサンジョ朴正熙政権は戦闘警察隊設置の名分として、いわゆる金新朝事件〔1968年1月、北朝鮮特殊部隊が韓国大統領官邸襲撃を試みたとされる事件で、部隊員の金新朝を除いて全員射殺された。青瓦台襲撃事件とも言う〕に代表される1960年代末から70年代初頭の「安保危機」をあげた。北朝鮮が後方深くスパイと武装共匪を継続して派遣している状況に対処するために、「対スパイ作戦」を遂行する(同法第1条)戦闘警察組織が必要だということが立法理由だった。だが、前後の事情を調べてみると、そのような理由は名分に過ぎないことがすぐに分る。戦闘警察隊は1966年7月12日以来、既に警察の「不正規作戦隊」として認定されて運営されて来た(大統領令第2665号)³⁵⁾。上の大統領令第2665号に代るものが戦闘警察隊設置法であるが、

この法の制定をきっかけに一般警察官で構成された相対的に高齢化した（平均年齢30歳）戦闘警察の代わりに、20歳前後の若者で戦闘警察隊が構成される。維新クーデターが実行される1年あまり前で、1971年の大統領選挙が行われる4ヵ月前のことである。

当時の朴正熙政権は、韓米相互防衛条約上の軍隊定員規定に違反せずに、青瓦台の独自の指揮に服従し忠実に軍事独裁打倒闘争を鎮圧できる別働隊形式の軍事組織を必要としたが、これを法的に可能としたのがまさに戦闘警察隊設置法であった。正常な立憲国家であれば激しい論議の対象となった戦闘警察隊設置が、軍事独裁時代には大きな反対もなく貫徹された。ともあれ朴正熙政権の意図は、1975年12月31日の法改定を通じて一層明らかになった。戦闘警察の任務は、この時から「公式的に」対スパイ作戦から対スパイ作戦及び警備任務へと拡大する。戦闘警察は学生デモ、労働争議、民間統一運動、政府政策に対する抗議デモなどの国民の集会・示威の現場ごとに必ず出動し、国民の正当な基本権行使を封鎖・制限することに動員されてきた。

戦闘警察隊は、軍国主義体制であったプロイセン・ドイツの警察軍を連想させる。それは、反政府デモ現場や労働者の争議現場へと、警備戒厳を宣布しなくとも軍人を国内治安維持活動に動員しようとする、古い発想から生まれた便法であると思なさねばならない。戦闘警察の任務に、「治安業務の補助」（現行戦闘警察設置法第1条）が含まれているのは事実である。しかし、元来の軍事政権が当初「公式的に」掲げたこの法の立法趣旨と警察軍の存在意義を考慮するなら、「スパイ（武装共匪を含む）の浸透阻止・捕捉・殲滅その他の対スパイ作戦を遂行し、治安業務を補助するために」という任務規定中、「治安業務を補助するために」という部分は制限的に解釈されねばならない。ここで言う治安業務は、対スパイ作戦と関連した治安業務だけを意味すると見てこそ、民主主義的憲法に適合する解釈となる。対スパイ作戦のような対外的安全と関連した任務遂行部隊を、いかなる制限装置もなしに対内的安全と関連した任務に投入してもよいと信じたり、またそのような方向に法律を解釈・執行したりすることはできないと考える。したがって、「対スパイ作戦時」にのみ出動できるようになっている兵力を、全ての日常的デモ現場に投入するという慣行は明確に不法である。そのような慣行を現行法によって正当化する解釈もまた、違憲の素地が高い。対国民作戦のために常時戦闘警察隊のような警察軍隊を待機させておくことは、常識的に見ても民主主義社会ではありえないことである。そのような軍隊の存在は、民主主義のために闘争する国民を、殲滅すべき敵とみなす時にのみ正当化され得る³⁶⁾。しかし、国民は殲滅の対象である敵ではない。どの

ように理解しようとも、現行戦闘警察隊のような組織を憲法的枠内で受け入れるには限界がある。

(2) 第三世界の政治では、軍部政権の影響力が長い間際立っていた。韓国も例外ではなかったが、特に分断と戦争、そして駐韓米軍の持続的駐屯という韓国的特殊性のせいで軍の政治的影響力は強かった。韓国で軍が急成長し、強大な政治的影響力をふるったのは、単に武力を掌握し、無制限の物質的供給を享受したからだけではなかった。韓国の現代史研究者によると、少なくとも1970年代初まで将校集団は韓国社会で最も教育水準の高い集団の一つであったという³⁷⁾。軍はまた、精密武器を取り扱い、最先端の通信と輸送手段を掌握しただけではなく、膨大な組織を運営するための高度な行政管理体系と技術を保有した。韓国で組織管理と経営学の概念を最初に取り入れた集団も企業より軍であったという³⁸⁾。

このような背景を基に、歴代軍事政権は軍出身者を社会と行政の要所に浸透させ、ついに維新事務官という独特な制度まで作り出すのである。

1977年から1987年まで10年間〔極端な独裁体制を布いた「維新憲法」下に創りだされた〕維新事務官制度は、軍出身者を一般行政機構内に受け入れる通路の役割を果たした。維新体制の下で軍出身者を事務官として特別採用したので維新事務官という名前が付いたが、当時、特別採用された事務官はほとんど中央部署に配置された³⁹⁾。軍隊内の人員滞積を解決する方案の一つとして考案された維新事務官制度のお陰で、軍においても能力不足と評価された人物が、大挙して行政府内へ進入した。これは行政府の力量に否定的要素として作用した。

一方これとは別に、軍人が多数警察幹部として特別採用される慣行も、5・16軍事クーデター以後、存続してきた⁴⁰⁾。検察の場合には、軍出身が入る余地はなかった。検察の業務は専門的であるという認識のためであった。その反面、軍ともっとも似ているように見えた警察は、1961年の5・16軍事クーデター以後、相対的により多く軍の影響を受けた。12・12軍事クーデターが起きて間もない1979年12月28日、4年制「警察大学設置法」が制定された理由も、このような事実と無関係ではない。警察は、軍出身者がすぐに警察幹部としてのしあがる現象を、警察幹部養成大学の設立を通じて防ごうとしたのであり、その反面、当時の軍事クーデター勢力は士官学校のような方式で教育を受けた警察幹部陣を体系的に教育し、政権安保警察の需要に備えようとしたと思われる。

維新事務官制度及び軍幹部の警察組織流入は職業公務員制度の精神を毀損し、警察の専門性を落とした。また軍幹部の警察組織流入を防ぐために作られた警察大学は、韓国の警察組織文化にも少しずつ暗い影を落としている。いずれにせよ、軍

が韓国の憲政秩序，行政秩序に及ぼした影響は否定的である。

2. 軍人によって行なわれる民間人職務質問

韓国では，軍人が民間人を検問することは度々見受けられる。民間人を対象にした軍の検問活動は二つに分けることができる。主に戦闘部隊が位置しているいわゆる衛戍地域でなされる職務質問と，武装脱走兵事件のような突発事故が発生した場合，全国的な規模で成される職務質問がこれに該当する。検問は，軍の単独であるいは警察と合同で行なわれる。

先ず衛戍地域での検問である。この地域で行なわれる軍の対民間人職務質問（この場合は軍単独で成される）の法的根拠は，衛戍令である。

衛戍令は1950年3月27日，当時李承晩大統領によって大統領令第269号として公布された後，現在に至っている⁴¹⁾。衛戍令は非常に簡便な方法（しかし違憲的な方法）で，軍人を治安維持活動に動員できる手段として認識され，またそのように利用されてきた。衛戍令第1条では，「陸軍軍隊が永遠に一地区に駐屯し，当該地区の警備，陸軍の秩序及び軍紀の監視と陸軍に属する建築物その他施設物の保護に当る」ことをその目的としているが，このような目的は第1条以下，本文に至ると，完全に別のものへと変質してしまう。衛戍令は，衛戍だけではなく治安維持（第10条），兵力出動（第12条），現行犯逮捕（第17条）活動にもその根拠を与える。

李承晩イスマンが衛戍令を公布する1年7ヵ月前に制定された憲法では，大統領の緊急命令権，戒厳宣布権を規定しているが，衛戍令のような命令宣布権はない。それにもかかわらず李承晩が衛戍令を公布したのは，軍隊を動員し反政府デモを鎮圧しようという意図のためであった。彼は戒厳に関する憲法と法律の規定を無視したまま，行政府の首班である大統領の命令だけでも事実上戒厳令宣布と同一の効果をうみだそうと，衛戍令を持続的な効力を持つ大統領令として公布したのである。彼に続く独裁者たちが，このような簡便な方法をそのまま見過ごすはずがあるうか。

全斗換チョンドッフアン政権以後，衛戍令が発動された例はない。衛戍令に頼り，軍隊を「元来の駐屯地」から移動させ，これら軍隊をして民間人を検問・逮捕するようにしたことは違憲だという認識が共有されているからではなく，軍隊が出動し民間人に対して警察権を行使すること自体が違憲だという認識が共有されているからと見るのが正しい分析だろう。

衛戍令を廃止し，衛戍法を作らねばならないという論議もあるが，衛戍法を作る時には作るとしても，現在の衛戍令は，「地区の警備，陸軍の秩序及び軍紀の監視と陸軍に属する建築物その他の施設物の保護」という言葉どおり，衛戍業務に対し

てのみ効力を及ぼすものと看做さねばならない。(陸)軍は、「軍人以外の犯罪者を逮捕するために、憲兵または警察官から援助の要請がある時にはこれに応じることができる⁴²⁾」。その援助の内容が何であるかは疑問であるが、一般的に検問活動もここに含まれると見るのがこれまでの慣行であるようだ。この場合、軍は自分の衛戍地域で制限的な範囲においてではあるが、民間人に対する検問活動を遂行するようになる。

次は、武装脱走兵事件のような突発事故が発生した場合、全国的に行われる職務質問である。武装脱走兵事件が発生した時、検問活動を行なう場所が衛戍地域であるなら、問題が多い衛戍令でも利用することができるが、衛戍地域でない場所での検問活動に対してはどんな法的根拠を充てることができるだろうか？ このような疑問を抱いていた筆者は、軍で勤務する高位の職法律家に会った機会にその法的根拠を尋ねたことがある。筆者の質問に対して彼は、「軍事法院法に基づいた犯人逮捕作用の一環として検問所を設置し(警察と合同で設けることもできる)、検問検索活動をしている」と答えた。果たしてそうだろうか？

警察法では、予防的作用と鎮圧的作用を区分する。前者は、社会公共の安寧秩序を維持するための危険防止作用であるが、それに反して後者は既に発生した犯罪を捜査する警察の活動を意味する。当然両者は、その作用の法的根拠(例えば、前者は警察官職務執行法、後者は刑事訴訟法)、作用目的が異なる。犯罪が発生したり、或いは犯罪が発生した後でも、公共の安寧或いは秩序に対する危険が依然として継続する場合には、鎮圧的作用のみならず予防的作用が存在し得る。しかし、警察はその作用の法的根拠を予防的警察作用と鎮圧的警察作用の両者から同時に引いてこられないので(法的根拠の確定、権利救済手続きの確定のために、例えば、予防的作用に対しては行政争訟で、鎮圧的作用に対しては刑事訴訟で各々争わねばならない)、両者の内、いずれに根拠して当該作用が成されたのかを提示せねばならない。この様に警察作用の二重性によって、警察官職務執行法と刑事訴訟法が同時に法的根拠として考慮され得る場合に、その法的根拠を確定する基準として提示されたのがいわゆる「重点理論」である。この基準によると、全体的に見て警察措置の重点が客観的にどこに置かれているのか、措置の目的の内どちらが客観的に優先するかによって、当該作用を予防的作用あるいは鎮圧的作用とされる。そしてその判断によって、法的根拠が変わるのはもちろんである⁴³⁾。

武装脱走兵の事例にもどってみよう。特別司法警察官吏である軍捜査官が武装脱走兵の逃走を阻み、彼を逮捕するために軍警合同検問活動をする場合なら、即ち具体的な情報の提供に基づいて武装脱走兵 A を特定地域で逮捕するための検問活動な

ら、先の活動は軍事法院法第43条、44条がその法的根拠になり得るだろう。しかし、武装脱走兵による公共の安寧或いは秩序に対する脅威を事前に遮るための予防的作用として検問を実施するのなら、それは予防的警察作用となる。もちろん二つの場合、全てに該当すると見ることができるであろうが、この場合には前の重点理論に基づいて当該作用の重点がどこにあるのかを明らかにせねばならないだろう。筆者が考えるに、一般的に武装脱走兵事件が発生した時、行なわれる軍警合同検問は、予防的作用に近い。したがってこの場合には、軍事法院法ではない別途の「特別」警察法的根拠が必要だと解釈せねばならない。

筆者は、軍事法院法以外に統合防衛指針をその法的根拠に充てることはできなかったろうと考える。2001年12月、知らないうちに国会で統合防衛法改定法律が通過した。統合防衛法は1969年、いわゆる「江陵武装共匪^{カンソン}」事件をきっかけに制定された。この法律は、非正規戦状況発生による統合防衛事態が宣布される場合、軍人と予備軍に対しても警察のように「拳動の怪しい民間人」を検問検束できるように（法第13条4項）授權している。だが、今回の改定を通じてそのような検問検束は、統合防衛事態が宣布されない場合にも可能となった。即ち改定法律第17条の2は、検問所の運用という項目で、次のように規定する。 地方警察庁長・地域軍司令官は管轄地域の中で敵の浸透が予想される所などに検問所を設置・運用することができる。 検問所の指揮・通信体系及び運用などに関して必要な事項は大統領令によって決定する。統合防衛事態が宣布された後、管轄地域の中で敵の浸透が予想される所に検問所を設けるのではなく、ただ〔どこにおいても〕「敵の浸透が予想される所」ならば検問所を設けることができる⁴⁴⁾。

統合防衛法が改定される前には、検問所設置及び検問検束の根拠としてせいぜい大統領訓令第28号「統合防衛指針」があるだけであった。私が質問をした軍の法律家が、職務質問の根拠として訓令を充てることはできなかったろう。法的根拠として他に充てるものがなかったので、彼は軍事法院法を取りあげたのであろうが、先に指摘したように軍事法院法は上の事例のような検問活動の法的根拠になり得ない。

もちろん統合防衛法が改定されたからといって、平常時に行なわれる軍警合同検問がもはや全く問題がないと見るのは難しい。統合防衛法の制定と改定経過からもわかるように、韓国で軍事法は合憲性に対するまともな検討もなしに、必要によって制定される。立法者と法律家が軍事法に関心を持たねばならない理由を知らしむる、いまひとつの事例だと言えよう。

3. 軍による対民情報収集活動(いわゆる民間人査察)の法的根拠とその限界

韓国には憲兵部隊、保安隊〔機務部隊〕、軍検察官など軍内部あるいは軍関連事件を捜査する独自の捜査機構がある⁴⁵⁾。この内、特に保安部隊について、そしてこれら部隊による民間人査察活動について簡単に取りあげてみよう。

国軍保安司令部〔保安司とする。現在は国軍機務司令部と改名〕は、国内情報機関の中で最も長い歴史を持っている。保安司は元来1945年、米軍政庁法令第28条に依拠し設置された国防司令部内の情報課として初出発した。その後1947年、朝鮮警備隊が創設されるとその隷下の情報処に改編され、1948年国軍が創設されてからは国防部職制によって国軍情報局に編制されながら、朝鮮戦争中に陸軍本部直轄部隊として独立し、「特務隊」と呼ばれるようになる。その後、第2共和国下では「防諜隊」に改称され、1977年9月頃、旧国軍保安部隊令(大統領令第8704号)が公布されて、ようやく陸・海・空軍防諜隊を統合した国軍保安司令部(1991.1.1.国軍機務司令部と改称)として発足するようになる。当時の朴正熙政権は、執権末期に情報業務と工作政治の必要性が輻輳するようになると、3軍に分散していた保安部隊の機能を統合し、国軍保安部隊を作り出した。

朴正熙政権によって作られた保安司は、全斗換政権に入りながら一層威力を發揮するようになる。1980年の5・17戒厳拡大措置、国家保衛立法会議の設置、政治規制法発動、改憲と国民投票、民主正義党創立、御用野党創立、公務員肅正、言論統廃合、三清教育隊、緑化事業⁴⁶⁾、在日同胞スパイ捏造事件など、「第五共和国」の暗部の内の、どれ一つとして「保安司」を経由しないものはなかった。特に全斗換政権初期に保安司は、安企部に対しても監督権を行使した。安企部は保安司の政治工作を補助する役割に留まったが、それは全く軍事政権にふさわしい情報機関体系であったといえよう⁴⁷⁾。

全斗換以後の政権においても、保安司の活動は縮小されなかった。一例として、盧泰愚政権は保安司の対国民査察を禁止するという約束を繰り返したが、保安司はこれを意に介さず、民間人に対する工作および捜査活動と各界各層に対する査察を続けて来た。

驚くべきことは、保安司のこのような工作および捜査活動の法的根拠が大統領令である国軍保安部隊令であったという事実である。この法の母法は国軍組織法と考えられるが、国軍組織法は必要な部隊と機関の設置を大統領令に包括的に委任している。国軍組織法は大綱法の形態を取っている軍事法の特徴を典型的に示している。国軍組織法第15条1項は、「各軍の隷屬下に必要な部隊と機関が設置できる」となっており、続いて第2項は「第1項の部隊と機関の設置に必要な事項は法律また

は大統領令で決める」とだけ規定した。

ともあれ保安部隊令によっても、これら保安部隊が民間人まで査察できるという規定はない。「軍及び軍と関連のある諜報の収集、処理に関する事項」が保安部隊の任務中の一つと規定されているが、それをもって御用野党を創立し、公務員を肅正し、民間政治家を査察できる法的根拠となしえない。

保安司が自分の権限を越えた越権と違法行為を日常的にしているという事実は、1990年のいわゆる「尹錫洋二等兵事件⁴⁸⁾」をきっかけに全国民に公開された。尹錫洋が暴露した資料によると、当時、保安司令部は1300人を越える民間人を対象に査察カードを作成していた。そのような行為は、法院によって明らかに違法として宣言された。

被告が傘下にいた国軍保安司令部が軍と関連した諜報収集、特定の軍事法院管轄犯罪の捜査など、法令で規定された職務範囲を越えて、民間人である原告を対象に平素の動向を監視・把握する目的で、持続的に個人の集会・結社に関する活動や私生活に関する情報を尾行、網員〔秘密情報提供者〕活用、聞き込み採集などの方法で秘密裏に収集・管理したのであれば、これは憲法によって保障された原告の基本権を侵害したもものとして、不法行為を構成すると言わざるを得ない⁴⁹⁾。

当時裁判で保安司は、「保安司が軍及び軍関連事項に関する任務を遂行しようとするなら、当然民間人に対する資料の収集、処理が必要な場合」があると反駁した⁵⁰⁾。だとすれば、即ち彼らの主張のように軍および軍関連任務を遂行するために民間人に対して「資料」を収集、処理する必要を初めから認めていたなら、そのような任務は国軍保安部隊令（現在は国軍機務部隊令）のような大統領令だけで正当化できないという事実を知らねばならなかった。自分達の任務が軍の領域を越えて、それが特に民間人査察のような深刻な基本権侵害を引き起こしてまで遂行せねばならないことだと考えるなら、そのような判断に対する憲法的評価は別としても、その活動の法律的根拠からまず用意せねばならなかった。「尹錫洋二等兵事件」で浮き彫りになったように、保安司が収集、処理した情報は、彼らが捜査権を持つ一部軍関連犯罪（民間人も含まれ得る）に対する捜査記録ではない。彼らはそれと何の関連もない民間人査察活動を、1990年初まで（事件によって確認されたものだけを見る時）堂々とおこなった。

・軍事法と治安法の進む道

1.

ハインリッヒ・トリーペル(Heinrich Triepel)が政党に対する憲法の態度を四種類の段階に分けた事実は、よく知られている。それによると政党は、敵視段階、無視段階、承認及び合法化段階を経て、最終的に憲法に編入される段階に至る。トリーペルのアイデアを借用して、軍事と治安問題の法的段階を分けてみると、おそらくこのようになるのではなからうか：無法段階、違法・脱法段階、合法化段階、合憲段階。

では、現行の軍事と治安問題の法的段階はどのくらいの段階にあるだろうか？ おおよそ、脱法段階から合法化段階の中間くらいであると考え。軍事組織と治安組織、その作用、そしてそれに対する統制方案をもって、あらゆる違法と脱法的現象をなくし、合法的なものにする作業が進行中であると見れば、大過はなからう。

韓国国防研究院が既に1998年に提出した報告書には、戒厳法、衛戍令など違憲法令を探し出して廃止し、軍の活動を裏付ける根拠法律を制定し、統合国防法あるいは国軍基本法を制定して、軍事関連法律を整備せねばならないという意見が含まれている⁵¹⁾。

治安法領域でもこのような作業は進行中である。1999年に警察官職務執行法を改定しながら、警察装備部分を大幅に修正して警察の装備使用を統制した例や、警察自ら無催涙弾宣言、ポリスライン設置、婦警配置などを骨子にしたいいわゆる「新集会示威管理」対策を提示したことは肯定的に評価することができる⁵²⁾。

軍事法と治安法の民主主義的發展のために、今後もこれらの領域での法制化作業(違憲的法令と慣行の除去及び適合した法令の制定)がまともに行われねばならないだろう。但し本稿で指摘したように、そのような作業は、結局、軍事と治安領域を憲法的枠内に引きこむことを究極的な目的として設定した中で行われねばならないだろう。もしそうでなければ、合法化段階は合憲段階に正しく繋がらないまま、ただ「アリバイ合法化」に終始する公算が大きい。軍事及び治安領域での法制化が、「意図した目的とは異なる結果の現れる法律制定(paradoxe Verrechtlichung)」に帰結する可能性もあるという話である。そうなると、法令が整備され、法律が制定されたにもかかわらず、国家に対する市民の自由が拡大するのではなく、国家がより自由に活動するようになる現象が現れ得る⁵³⁾。

2.

軍の参加，あるいは軍の支援なしには対処しにくい治安状態が発生する場合が，今後もしばしば発生し得るという事実は認めねばならない。問題は，このような事態に対して究極的にはいかに対応すべきなのかという点である。一般的にそのような状況に対応する方法として，二通り提示されている。その一つは軍事活動領域を拡大する方案であり，他の一つはテロ，国境を越える組織的犯罪取り締まりなど，伝統的に軍との協力が必要であると認定される問題を解決する専門行政力を強化する方案である。韓国国防研究院の報告書は，経済性の側面から前者の方案を偏好しているが⁵⁴⁾，十分な討議が必要であると考ええる。

韓国の行政において軍隊の役割が大きかったので，国民の日常生活と密接な関連がある行政部門でありながらも，ただ軍隊だけがそれと関連した人的・物的資源を独占している場合も非常に目に付く。放射能関連災害に対処する防災施設と人的資源を軍がほとんど独占しているなど，民間サービス活動とその活動に関連した分野としても，軍の物的・人的資源がなければ提供されにくい分野が多い。真の文民社会を達成しようとするなら，このような部門を段階的に「民間化」し，韓国社会内で軍隊が占める比重を減らして行かねばならない。そうするためには，一日も早く「軍事国家から民間国家への移行」のためのプロジェクトを行わねばならないという意見も多く提示され得るからである。

軍と軍関連研究者が選好する前者の方式が，彼ら自らも予想している質問である「軍の集団利益を保護するための名分を強化しようとして，（軍の行政応援などと関連した）社会的要求を誤判していないだろうか」ということも，真剣に問うてみなければならぬ⁵⁵⁾。山火事鎮火，災害救護活動などを通じて軍が民間に植えてつけた友好的な印象を利用し，軍の役割拡大をいたずらに正当化してはならない。

2年2ヶ月の義務サービスを終えねばならない軍人（一般士兵）は，特別な専門技術を保有する者ではない。しかし彼らは毎回，山火事鎮火，災害復旧活動に動員される。彼らはその上，ワールドカップ，アジアンゲームのような国際競技開幕式の群舞団にも動員される。彼らにそのような役割を任せてもよいほど，韓国軍は人力に余裕があるというのかどうかはわからないが，韓国軍の人力運営方案には体系がないように思われる。このような現実をどのように変えていくことが，文民憲法原理，平和指向原理，平和統一原理を宣言している憲法に付合する道なのかを深刻に考えつつ作業を進めるならば，軍事と治安の法的段階は，はじめて合憲段階に進むことができるのではなからうか。

正常な憲法秩序への復帰は，あいまいに持続して来た非正常的な慣行と制度を根

源から再検討する作業が成される時、はじめて始まることを忘れないでよう。

- 1) 筆者が検索した軍事法文献は、陸軍士官学校『軍事法原論』(一新社 1996);姜ヨンフン・李キュチャン『軍事法概説』(世耕文化社 1996),李サンチョル『軍事行政法』(経世院 1997)くらいである。
- 2) 軍事関連の代表的な法律を分野別で整理すると以下のとおりである。 軍行政組織:国軍組織法など, 軍人事及び懲戒:軍人事法, 軍需/財務:軍需品管理法, 防衛産業に関する特別措置法, 軍事施設保安:軍事機密保護法,軍事施設保護法, 軍通信:軍用電気通信法,軍事郵便法, 非常待避:戒厳法,統合防衛法,戦時勤労働員法,非常待避資源管理法, 軍法/軍事法院:軍刑法,軍事法院法,軍行刑法, 兵務:兵役法,郷土予備軍設置法。以上の分類は,朴ソンソプ他『軍事関連法体系整備方向研究』(韓国国防研究院研究報告書 1998.8)49ページによるものである。
- 3) 国防部は1979年8月,「武器体系及び研究開発に関する業務手続き」を制定した。同訓令は,「武器体系獲得管理業務手続き」(1985年3月),「武器体系獲得管理規定」(1991年8月)に改定され,1999年1月には既存獲得・軍需分野のすべての指針・規定・手続きを統合し,「国防獲得管理規定」(国防部訓令610号)が作られる。1999年の訓令は,以後部分改定を経て現在に至っている(国防部訓令651号)。
- 4) チョン・ウクシク『イ・ジス戦闘体系導入決定は国防部獲得管理規定違反ではないか? 国防部に送る問題提起⁽¹⁾「開発されていない武器導入」は問題』ohmynews(www.ohmynews.com)2002.7.25日付。
- 5) 国防部とその所属機関職制第15条(政策企画局)第2項「局長は,次の事項を分掌する」,第3号「対外軍事政策及び国連平和維持活動関連軍事政策の樹立・調停」。その他に「国連平和維持活動業務規定」は,国防部訓令となっている。朴ソンソプ他,前掲書,97ページ。
- 6) 韓国国防研究院が主催した討論で,ある現役軍人は次のような趣旨の発言をした。「軍は内部的に過度に命令に依存する傾向があるが,これによって法体系の整備,軍が遂行すべき権限の法制化が遅れている」。朴ソンソプ他,前掲書,252ページ。
- 7) 国家保安法は憲法より上位の法であったので,これに批判的な研究者は国内安保法分野の中で国家保安法部分について,相当な研究を蓄積して来た。最近の資料では曹國『良心と思想の自由のために』(本の世界 2001)103-138ページ参照。
- 8) 2001年12月初旬,軍と警察が合同で検問所を設置,合法的に対民間人検問が行えるように「統合防衛法」が国会を通過した時,この改定法律の危険性に対して注目した人はほとんどいなかった。
- 9) 先の韓国国防研究院報告書を通じてもわかるように,軍内部或いは軍関連人士の間ではいわゆる冷戦以後,新しい環境に対応する軍事関連法体系の整備方案に関する研究が活発である。その反面,市民社会の方の研究はほとんど皆無である。
- 10) ただしこの数値は,最近減少している。国防部が2002年国政監査に提出した資料によ

韓国の軍事法と治安法：軍事と治安の錯綜と民軍関係の顛倒（徐）

れば、過去1998年から2002年7月まで5年間の軍人死亡者は延べ877人で、この内、自殺は380人である。1年に平均188人が死亡し、この内82人が自殺したことになる。高フィボム、「兵役拒否をおおるべきか」ハンギョレ新聞、2002.10.1日付コラムから再引用。一方、1988年、国政監査資料によると1980年から1988年の間に自殺したり、殺されたりした軍人の数は、年間800余名に達している。以上の資料は、軍疑問死問題を集中的に追いかけている市民人権団体の「カトリック人権委員会」(www.cathrights.or.kr)のホームページで検索した。

- 11) 殴打、過酷行為、起立と関連した憲法裁判所判例、1989.10.27.89憲マ56。
- 12) 2002年1月26日改定以前には、過酷行為による死亡或いは傷痍者は国家有功者から除くという内容が大統領令に規定されていた。
- 13) ハンギョレ新聞、2002.9.28記事「軍内殴打に耐え切れず自殺、国家有功者認定判決」より再引用。
- 14) ヤン・ヘソン「社会発展と軍の役割」シン・ジョンヒョン編『先進国防のビジョンと課題』(ナナム出版 1996)、488ページの脚註5。
- 15) ヤン・ヘソン、前掲論文、488-489ページ参照。
- 16) Stefan Gose, "Bundeswehr im Innern" Burgerrechte & Polizei/Cilip, 2001. 3号(通巻70号) p. 50-51.
- 17) ヤン・ヘソン、前掲論文489ページ。以後ドイツ右派の間で、軍隊の役割拡大は長い間の念願であったので、9・11テロ以後再び真剣にこれを具体化する方案が提案された。
- 18) ドイツ基本法第35条2項、3項。
- 19) このような提案は、特に9・11テロ以後、堰を切ったように提示された。
- 20) Stefan Gose, 前掲書49-50ページ。
- 21) 国防部ホームページに掲示された次の論文から引用。「新千年陸軍-陸軍の実像-陸軍の役割及び重要性」<http://www.army.go.kr/saechun/sa-4/k3-1.htm>。
- 22) 朴ソソ他、前報告書、93ページ。
- 23) 韓国の国家情報院は2001年11月、テロ防止法という法案を提出した。国家情報院が「企画する安全対策」が、実際は国民の安全より国家の安全を優先させることにすぐ気づいた韓国の市民人権団体は、即刻にこの法案に対する反対世論の形成を始めるようになる。6ヵ月ほどの反対闘争の末に、韓国の市民人権団体はこの法案の国会通過を一旦阻止することができた。当時、国家情報院と政府も、2002年5～6月に予定された「日韓共同ワールドカップの安全な開催」に焦点を合わせて、この法案の必要性を力説したので、ワールドカップの閉幕と共にこの法案の存在は忘れられている。ともあれ、非常に幸いな結果といえよう。当時この法案に対する反対闘争には、筆者も参加した。その闘争をたたかいたが筆者は、市民人権団体が国家情報院に対する不信の深さを十分感ずることができた。過去の政権から現在に至るまで、国家情報院は「恐怖と不信の対象」そのものであった。そのような理由から、テロ防止法反対闘争では「国家情報院の権限を強めるようになる組織と権限の再編」に反対するという論理が批判の主たるボー

- ントであったが、この法案が孕んでいるもう一つの重要な争点は、軍隊の警察権行使の可能性であった。
- 24) 1995.12.28. 91憲マ80の中の法務部長官の意見。
 - 25) 1995.12.28. 91憲マ80の中の国防部長官の意見。
 - 26) 但し1981年、いわゆる超憲法的非常立法機構である「国家保衛立法会議」によって改定された現行戒厳法によると、敵との交戦状態がなくても非常戒厳を宣布できる。しかし、戦時や事変時ではない平時の場合には、非常戒厳ではない警備戒厳を宣布しても、軍を出動させ治安秩序維持活動をできるので、非常戒厳宣布は「戦争のような敵との交戦事態時」に厳格に限定する法改定が成されねばならないというところには異論がない。
 - 27) 行政応援の法理を掲げて基本権制限に関する法律留保原理を無用の物とするなら、これは既に行政応援の法理から離れる論議になる。ストライキ現場に軍〔役〕代替人力を投入する例が、そのような事例に当たると言えよう。また、行政応援は立法、行政、司法間の、そして行政府内部の権力分立原則を毀損してもならない。一方、行政手続法は第8条に行政応援に関する一般規定を設けているが、立法的により詳しい規律が必要だと思われる。行政応援の法的根拠と限界に対する解明は、今後、行政法学が解いていかねばならない重要な研究課題と言えよう。
 - 28) 朴ソソソ他、前報告書、74ページ下。一方、行政応援の法理に対しては、今後より深く検討する必要があると思われる。
 - 29) オーストリア憲法第79条、80条、81条参照。したがって、交通統制目的のために軍隊が保有したヘリコプターを出動させるのは（民間当局によって既に要請があるとしても）許容されない。政府の同意あるいは民間当局による要請がない状況で、軍が独自に行政応援のために介入できるのは、法的に制限されている。即ち、不可抗力に困って民間当局が軍に支援を要請できない状況で、その状況を放置するなら回復し得ない損害が発生する場合にはじめて、軍は独自の自然災害に対処する「作戦」を開始することができる。
 - 30) 筆者はこの点と関連して、自衛隊法78条（命令による治安出動）部分に対する日本内の憲法的評価が気にかかっていたが、早稲田大学の水島朝穂教授がこれに答えてくれた。彼は、第1回日韓共同研究会（2002年10月26日にソウル大学で開催され、本稿もこの研究会で発表された）の討論過程で、上記の自衛隊法第78条に基づく治安出動の例が事実上存在せず、この条項は死文化している点を筆者に教えてくれた。
 - 31) 現役軍人の中にも軍事作戦領域の拡大は共感するが、各政府省庁間の調整が必要であり、このような内容は憲法改定を通じて具体化されねばならないという主張がある。朴ソソソ他、前報告書、251ページに掲載されているチョン・ジェフン中領〔中佐〕の政策討論会発言。
 - 32) 権寧星『憲法学原論』法文社、1998、237ページ参考。
 - 33) 5・16軍事クーデター以後、軍の指揮下で進行した「国土再建團活動」と、12・12軍事クーデター以後の「三清教育隊入所訓練」は、軍がすすんで違憲的に「社会予防」活

動を繰り上げた事例として記録される。

- 34) Hans Lischen/Erhard Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3版, 2001.14-15ページ。
- 35) 共同執筆「南韓社会の法現実と法イデオロギー批判」『民主法学』1, 2号合本号（冠岳社1989）38ページ。
- 36) 前掲論文, 38-39ページ。
- 37) 韓洪九「韓洪九の歴史話：彼らはなぜ職業軍人にならなかったのだろうか」『ハンギョレ21』第358号2001年5月8日。
- 38) 韓洪九, 前掲論文。米国は韓国軍がその程度の教育水準と技術体系を備えるのに決定的に援助した。これが、韓国軍の「親米的」性格の源でもある。
- 39) 洪斗承『韓国軍隊の社会学』（ナナム 1993）64ページ参照。
- 40) 軍は5・16軍事クーデター以後から軍隊行政の管理技法を警察行政に転用したという。朴文玉『開発行政論』1967, 191ページ。
- 41) その間に朴正熙が元来、漢字で書かれていた衛戍令をハングルにかえた（1970年4月20日, 大統領令第4949号）以外には、衛戍令の内容に変化はない。
- 42) 衛戍令による兵力出動は、行政応援の内の軍事応援に該当すると言う。李サン Chol『軍事行政法』（經世院 1997）177ページ。
- 43) フランツ・ルードヴィヒ・クネマイヤー / 徐ジョンボム訳『警察法事例研究』（考試研究院 2001）21-23ページ。
- 44) 統合防衛法施行令第18条の2は検問所の設置・運用方法を、第19条は検問手続を規定している。検問手続は警察官職務執行法第3条を土台に作ったが、挙動不審者を軍部隊などへ同行した場合、何時間彼を拘留しておくことができるのかに対しては沈黙している。
- 45) これらの機構の独立性, 捜査能力に対する批判, 軍捜査機構及び軍司法機構の改革論議紹介は次の機会に譲る。
- 46) 緑化事業とは、全斗換の執権初期に強制徴集された学生運動出身大学生を「特別政訓教育」で馴化するという名目で、保安司が用意した計画である。この事業に従って、強制徴集された士兵に対する強圧的な思想改造と、学生運動事件関連者に対する不法連行と捜査がまじまじにされ、甚だしい肉体的・精神的苛酷行為が加えられた。特に問題になるのは、保安司が緑化事業対象者に対してフラクション工作〔スパイ活動〕を強要したという点である。即ち彼らに休暇を与えて放し、過去と一緒に活動した仲間・先輩・後輩の行跡と動向を把握し、報告することを強要したのである。「お前一人くらい死んだって、安全事故として報告すれば終わりだ」という脅迫の中で、酷い拷問を受け、緑化事業対象になった士兵の人間性は徹底的に破壊されたという。韓洪九「韓洪九の歴史話：『緑化事業』を許すことができるのか」, 『ハンギョレ21』, 第419号, 2002年7月24日。
- 47) 安ヨンベ「国軍保安司令部」『月刊マル』1990.11月号, 73ページ。しかし、民間政府であるかのような虚飾の外形を備えていた全斗換政権も、国民の広範な抵抗に直面する

ようになると、権力を維持し反対勢力を懐柔、弾圧、分裂させる政治工作を進めるにあたり、国家安全企画部が軍隊組織である保安司に比べて効率的であるという事実を悟るようになる。特に1985年2月の12代国会議員総選挙と新党の出現、それ以後の軍事政権と民主勢力間の本格的な対峙局面を経ながら、安企部の権限は少しずつ強化され、権力の核心の地位を取り戻すようになる。民主社会のための弁護士会『反民主憲法改廃意見書』(歴史批評社 1989)55-56ページ。現在は国防部長官が軍事機密を公開しようとしても、安企部長(現行国家情報院長)の承認を受けねばならないなど(軍事機密保護法施行令第7条)、民間秘密情報機構の権限が強化されている。

- 48) 軍に入隊する以前の活動と関連して保安司に連行され、以後そこで働くようになった「尹錫洋」が、保安司の収集・整理した民間人査察記録を所持して軍隊を離脱、これを公開的に暴露した事件。この事件以後、保安司の名称は機務司令部へと代わるようになる。
- 49) 1審, 1995.9.29, 91カ合49346。2審, 1996.8.20, 95ナ44148。大法院1998.7.24, 96タ42789。
- 50) 1審, 1995.9.29, 91カ合49346の判決文参照。
- 51) 朴ソンソプ他, 前報告書, 特に135ページ下。
- 52) しかし、道のりはまだ遠い。前でも既に指摘したように、諸外国の法とは異なり、違法な集会・示威を監視するためのビデオ/カメラによる探聴活動の法的根拠と限界の問題など、法的に規律されない重要な事例も依然として残っている。
- 53) マルティン・クーチャー, 李桂洙訳「ドイツの秘密情報機関と民主主義的社会構造」『民主法学』第12号(1997), 276-278ページ。
- 54) 朴ソンソプ他, 前報告書 66ページ。
- 55) 朴ソンソプ他, 前研究報告書, 66ページ。

* 本論文は、科研「現代韓国の安全保障・治安法制の実証的研究」の第1回日韓共同研究(2002年10月, ソウル大学校)において報告されたものである。

* 文中のカギ括弧内は、訳者の注である。