

【研究ノート】
軍の行動に関する法規の規定のあり方

奥平 穰治

〈要 旨〉

現行の国内法体系の下では自衛隊は行政機関であり、法規のあり方も「法治主義」等の原則に則り、その行動には全て法律の根拠が必要であり、規定の仕方でも「ポジリスト」方式にならざるを得ないが、仮に将来、憲法改正により自衛隊が明確に軍隊として位置付けられた場合、新しい体制の構築と、国内防衛法制の体系の見直しを行う必要が生じる。即ち、対内的作用に関する規定は国民を対象とし国民の権利義務に関係するので、国内法上の法律の根拠がこれまでどおり必要で、「ポジリスト」方式で規定しなければならない。一方、対外的作用については、国内法上の根拠規定がなくても国際法の許す範囲内で行動できるものとし、規定の方式を「ネガリスト」方式に転換することを検討する必要がある。

はじめに

冷戦の終結後、国際社会の構造と国内外環境の大きな変化の下で、我が国が直面する脅威も多様化し、自衛隊が対応を求められる事態も複雑化している。その事態に対応するために、湾岸戦争後の国際平和協力法（平成4年法律第79号）の制定から始まり、北朝鮮の動向に対応した周辺事態安全確保法（平成11年法律第60号）と船舶検査活動法（平成12年法律第145号）の制定、長年の課題であった武力攻撃事態対処法（平成15年法律第79号）を始めとする有事関連法制の制定といった基本的な法律の整備が進んだ。また、9.11米国同時多発テロを契機とした国際テロに対する取組みのためのテロ対策特別措置法（平成13年法律第113号）や、イラク戦争後の人道復興支援を目的とするイラク人道復興支援特別措置法（平成15年法律第137号）という特別立法もなされた⁽¹⁾。

このように自衛隊の任務と役割が拡大し、必要な法制が順次整えられていることは、緊急事態に対応するための体制を充実させる観点から評価されることであるが、我が国の防

(1) そのほか、在外邦人輸送のための法整備（自衛隊法（昭和29年法律第165号）の改正）、不審船・武装工作員に対応するための警察や海上保安庁といった法執行機関との協定締結、災害派遣のための法整備（災害対策基本法（昭和36年法律第223号）・自衛隊法・大規模地震対策特別措置法（昭和53年法律73号）の改正、原子力災害特別措置法（平成11年法律第156号）の制定）、弾道ミサイル攻撃に対応するための法整備（自衛隊法の改正）等が、やっぎばやになされている。

衛法制には、諸外国と大きく異なる特徴があることに注目せざるを得ない。それは、第2次世界大戦(太平洋戦争)の敗戦の反省を踏まえて構築されている我が国の戦後体制において、国家の基本法である日本国憲法(1946年公布、1947年施行)の下、我が国の軍事的能力とその態勢については大きな制約が課されていることである。

我が国の自衛隊は、国内法的には通常の意味でいう諸外国と同様の軍隊ではないとされている。即ち、自衛権を行使し国の防衛を担う武力組織であるものの、行政機関の一つとして位置付けられ、その任務・権限は制約を受けている。とは言え、国際法的に見れば、自衛隊は軍隊としての取り扱いを受けることは明白である。このことから、我が国の自衛権行使に当たっては、専守防衛を始めとして大きな制約がかけられているのであるが、そのような政治的ないしは法的な要請と軍事合理性の狭間の中で、我が国は、思わず知らず困難な立場に立たされることがある。特に、集団的自衛権を国際法上は保有しているが、憲法上行使できないとの憲法解釈をとっていることや、国際平和協力の任務が課されて後、現地での自衛隊の活動、とりわけ武器使用権限が制限されていることにおいて問題は大きい。

このような自衛隊の法的位置付けは、自衛隊を規律する防衛法制のあり方に大きな影響を及ぼしている。即ち、我が国の防衛法制は警察法的な法体系になっており、その規定の仕方は、いわゆる「ポジリスト」方式で、原則禁止で「できること」が定められている。即ち、自衛隊の行動には全て法律の根拠が必要で、それに定められていないことはできないとされる。これは、諸外国の軍隊を規律する法規が、いわゆる「ネガリスト」方式で、原則自由で、国際法で「できないとされること以外は何でもできる」としているのと対照的である。このような我が国の防衛法制の特徴がもたらされた理由については、歴史的な経緯や自衛隊を取り巻く事情から見て理解し得る点はあるが、自衛隊が本来行うべき防衛作用の特性を考えると、任務達成のための大きな障害とならざるをえない面があることは否めない。

本稿では、我が国の防衛法制がはらむ問題点を考察する。そのために、警察と軍隊の任務と特徴の違い、警察と軍隊を規律する法規の特徴の分析から始め、自衛隊の国内法上と国際法上の位置付けを明確にし、防衛権と行政権の関係と行政法の諸原則を見た上で、我が国の防衛法制の概要と特徴に言及する。そして、これらの諸検討を踏まえた上で、我が国の防衛法制のあり方を考察する。将来の憲法改正の動向を見据えて、自衛隊が軍隊として位置付けられた場合に、特にその行動に関する防衛法制について、どのような点に留意して再整備していくべきかについての提言を行いたい。

この問題については、安田寛と小針司の間での防衛権と行政の関係をめぐる論争や、色

摩力夫による警察と軍隊の相違に関する論考があるとともに、吉原恒雄の国際的水準から見た防衛法制のあり方についての問題点に論究した文献がある。最近、山中倫太郎や山下愛仁等も、これら諸氏の分析に関する研究を発表している⁽²⁾。本稿は、これら先行研究を参考としながら、わが国の防衛法制のあり方について、筆者の個人的な見解を述べるものである。

1 国家における実力組織——警察と軍隊

本稿の問題意識に則り、以下、論を進めるに当たって、本節では国家の存在にとって必要不可欠な機能である治安の維持と国の防衛の意義を明確にし、それらを担当する組織である警察と軍隊の性格を考察する。

警察とは、国内の治安維持のために人民に対して命令し、必要に応じて実力を行使する作用であり、「警察高権 (Polizeihoheit)」とも称される⁽³⁾。この作用を担当する組織は警察である。一方、防衛とは、国家が外国からの侵略に対し、自らの安全を守るために実力を行使する作用であり、国家のその権能は「防衛高権 (Wehrhoheit)」とも称される⁽⁴⁾。この作用を担当する組織は軍隊である。

(1) 警察と軍隊の任務・性格・特徴

ア 警察の概念

(ア) 警察の観念

警察の観念は、学問上のものと実定法上のものとに区別できる⁽⁵⁾。

学問上の警察の観念は、社会公共の秩序を維持するために、国家の一般統治権に基づき、人民の自然の自由を制限するというものである。

実定法上の警察の観念は、個人の生命、身体・財産の保護、犯罪の予防・鎮圧・捜査、被疑者の逮捕、交通の取締り等の公共安全と秩序を維持するというものであり、我が国で言えば、警察法（昭和29年法律第162号）第2条第1項に規定されている。

(2) 安田寛『防衛法概論』オリエント書房、1979年、小針司『文民統制の憲法学的研究』信山社、1990年、色摩力夫『国家権力の解剖——軍隊と警察』綜合法令株式会社、1994年、吉原恒雄「有事法制と国際武力紛争法——グローバル・スタンダード導入の必要性」『海外事情』2002年6月号、山中倫太郎「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛——論争の更なる展開に向けて」『防衛法研究』第29号（2005年）、山下愛仁「防衛法制論のあり方に関する若干の考察——一つの問題提起として」『防衛法研究』第30号（2006年）。

(3) 安田『防衛法概論』、2ページ。

(4) 同上、2ページ。

(5) 井場栄『海上保安庁法解説』海上保安庁法解説刊行会、1972年、19～20ページ。

(イ) 警察の範囲

警察の範囲は、法の考え方から大陸法的なもの、英米法的なものに分けられる⁽⁶⁾。

大陸法系の国家では、一種の国家警察とも言うべきもので、治安維持・犯罪捜査・生命財産の保護のほか、国家行政の便宜から衛生、労働、消防、建築等、所管範囲にも拡張される。

英米法系の国家では、民主警察であり、所管事務の範囲を警察本来の業務に限定し、できるだけ警察が国民生活に干渉することを回避する傾向がある。

(ウ) 警察の種類

警察の種類は、次の 3 つに区分される⁽⁷⁾。

まず、「行政警察」であり、これは、国家が産業、衛生、交通等の他の行政目的を遂行するために、これに付随して実施するものである。

次に、「保安警察」であり、他の行政作用に付随せず一般社会秩序の障害の除去のため、警察独自の作用として行政の一部門をなすもので、集会、結社、風俗等に及ぶ。

さらに、「司法警察」であり、行政警察による予防の効なく、社会秩序の維持ができず犯罪が発生したと認められる場合に初めてその権限を行使する。既に発生した犯罪を捜査し、犯人を逮捕し、国家の刑事裁判権行使の準備を行うことを目的とする。

(エ) 警察権行使の限界

この警察権の行使に当たっては、その限界を示す 3 つの原則がある⁽⁸⁾。

第 1 に、「警察責任の原則」で、社会公共の秩序への障害が発生する場合や、そのおそれのある場合に、その障害の発生について責任のある者に対してのみ発動されるというものである。警察責任は警察違反の状態が客観的に存在すれば発生するが、警察権は警察違反の原因と無関係な第三者に発動することはできない。

第 2 に、「警察公共の原則」で、特定の個人・団体の利益にのみ関係するというものであり、社会公共の秩序の維持に直接関係のないものに関与できない。この原則は、さらに次の 3 つの原則を導き出す。まず、「私生活不可侵の原則」で、一般社会生活と直接交渉のない個人の生活を侵してはならないが、社会公共の秩序に影響を及ぼす場合は警察権の対象となる。次に「私住所不可侵の原則」で、私住所内の行動は直接社会に影響を及ぼすおそれのあるもののほか、一般に警察権の対象とならない。ここで、「私住所」とは、一般社会と直接接点のない人の居住する場所である。さらに、「単純な民事関係不干涉の原則」で、民事上の不法行為に対しては、権利者自身の要求に基づいてのみ国家は司法権により関与する

(6) 同上、19 ページ。

(7) 同上、20～21 ページ。

(8) 同上、86～89 ページ。

が、警察権をもって進んで干渉することはできない。

第3に、「警察比例の原則」で、警察権発動の条件・態様は、除去されるべき障害に対比して、社会の普通見解において是認できるものであるべきであるというものである。

即ち、社会に与える傷害が普通の社会人にとって認容できないような程度になるか、そういう程度の障害の発生が相当の確実性を持つに至って初めて警察権は発動できる。また、社会上認容できないような障害についても、その障害を除くために人に加えるべき制限は、その除こうとする障害の程度と適当な比例を保つことを要する。本稿で警察作用と防衛作用の性格の違いを考察するに当たって、最も、その差異を顕著に示す重要な原則の一つである。

イ 軍隊の概念

軍隊は、国家を外敵から防衛するために欠くべからざるものであるが、それを誰が指揮監督するかや、国家における位置付けと性格、軍人の服務等については、歴史的変遷を経て変化してきている⁽⁹⁾。

伝統的意味においては、軍隊の統帥権者は、通常、君主であった。軍人は君主に絶対の服従を求められ、いわば、君主の「道具」的存在であった。軍隊は、今日でいう行政機関ではなく、人の集団であり、軍人、その中でも特に将校は特殊の社会を構成しており、「名誉ある天職 (Ehrevoller Beruf)」とでも言うべきものであった。軍人の俸給は、君主から生活の資として給せられるものであるが、労働の対価ではなく、軍人には法律上の請求権もなかった。

例えば、大日本帝国憲法(明治憲法)(1889年公布、1890年施行)においては、日本軍は「天皇の軍隊」とされており、軍人は天皇の「股肱」であり天皇は軍人の「頭首」であった⁽¹⁰⁾。

近代になると、「国家法人説」の考え方が生まれ、その結果、統治権の主体は君主ではなく国家であるとされるようになった。即ち、君主は国家の機関であり、統治権の行使を司る。そして、君主は、軍隊の使用者ではなく最高の上官であり、軍人の最上位に位置するものである。そこでは、軍隊は、君主の軍隊から国家の軍隊へとその性格を変えた。

現代では、国家が軍人の使用者である。統帥権者も、軍人ではなく文民であることが求められるようになり、ここに「文民統制」の概念が生まれ、軍隊は政治の統制に服するようになっていく。これは、特に自由民主主義国家において、最も重要な原則の一つである。

(9) 安田『防衛法概論』、2～8ページ。なお、軍隊の法的性質についての『防衛法概論』の記述を敷衍するものとして、安田寛「軍隊の法的性質に関する考察」『防衛大学校紀要 人文・社会科学編』第42号(1981年3月)、143～191ページ、がある。

(10) 大日本帝国憲法第11条「天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス」。第12条「天皇ハ陸海軍ノ編成及常備兵額ヲ定ム」。第13条「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」。第14条第1項「天皇ハ戒嚴ヲ宣告ス」。

そして、軍隊は、行政権の中に組み込まれるようになった。

ウ 警察と軍隊の比較

警察と軍隊の任務や特徴を比較対照して整理すると、表 1 のようになる⁽¹¹⁾。

表 1 警察と軍隊の違い

組織	警察	軍隊
任務	国内の治安維持 犯罪の防止・捜査	国家の防衛 (非常事態の際には国内の治安維持にも使用)
性格	対内的作用	対外的作用
位置付け	行政機関	行政政府の外部にある自律的なプロ集団 行政政府による「ポリティカル・コントロール (政治統制)」の必要性 現代自由民主主義諸国では「シビリアン・コントロール (文民統制)」(注 1)
権限の単位	警察官 個々人が行政機関 警察署長等 (行政庁)	部隊 組織単位で行動
指揮監督	上官の命令 「委託 (Auftrag)」(注 2)	上官の命令 「統帥 (Kommando)」(注 3) 軍隊は「君主の道具」(古典的意味) 現代では、軍人は人格を持つ公務員 (「制服を着た市民 (Bürger in Uniform)」)
活動地域	領域内 自国の主権の及ぶ範囲	領域の内外 原則として地域的制限はない。
実力の行使	武器の使用等	武力の行使 武器の使用
特徴	文民的 (Civil) 警察官は「文官」とは限らない (cf. 仏・ジャンムダリー (注 4))	軍事的 (Military) 軍人は「武官」

(注 1) 武力組織を権力分立制の一般的図式の下で行政各部の中に組み込むこと。軍隊は政治の統制に服する。近代民主主義国家における最も重要な原則の一つである。

(注 2) 権限の行使の適法性については警察官自らが行政機関としてその責めに任ずる。

(注 3) 軍人は、上官の命令のままに行動する。

(注 4) フランスの警察制度で、文官的任務を持つ警察の構成員が、建前として武官のステイタスを持つ。

(2) 警察作用と防衛作用

「警察作用」とは、警察作用法 (我が国においては警察官職務執行法 (昭和 23 年法律第 136 号) 等) に基づく各種の警察権限行使のことを言い⁽¹²⁾、国家の領域内に所在する国民

(11) 色摩『国家権力の解剖』、115～120 ページ。安田『防衛法概論』、2～5 ページ。

(12) 山下『防衛法制論のあり方に関する若干の考察』、64 ページ。

を対象とし、国内法による規律に服するとともに、その実力の行使は「警察比例の原則」に支配される⁽¹³⁾。

また、「防衛作用」とは、国の防衛（自衛）に際しての武力の行使を始めとする対外的行為のことをいい⁽¹⁴⁾、他の国家、即ち敵国が対象で、国際法による規律に服するが、伝統的な国際法によると、ほとんど無制限の実力の行使が可能である⁽¹⁵⁾。

警察作用は、国内法上の警察比例の原則の適用を受けるが、その原則が適用される法的根拠は、我が国で言えば日本国憲法第13条⁽¹⁶⁾であり、同原則は当該規定に実定法の根拠を持つ個人の人権の最大限の尊重原理である⁽¹⁷⁾。

一方、防衛作用には、国内法の規制はなく、国際法で定める禁止事項を除き武力の行使が可能である。国内法上の警察比例の原則は適用されず、無制限の実力行使が可能である。これは、敵国の戦闘構成員、即ち、自衛権行使の相手方に憲法第13条の保護は及ばないためと考えられる⁽¹⁸⁾。なお、自衛隊法第88条⁽¹⁹⁾第2項においては、武力の行使は、「事態において合理的に必要とされる限度」に限られるが、これは、警察比例の原則の実定化ではなく、一種の政策的配慮であり、自衛権に内在する制約である⁽²⁰⁾。

2 警察と軍隊を規律する法規——警察法と防衛法（軍事法）⁽²¹⁾

本節は、警察と軍隊の組織的な性格と作用の違いを踏まえ、両者を規律する法規がどのような特徴を持っているかを明確にし、その違いがもたらされた所以を考察する。それぞれの作用の対象が、対内的な国民か、あるいは対外的な外国であるかが、規定の仕方に大きく影響している。前者には国内法的なしほりかけ行動を制約する必要があるが、後者には、できるだけ行動の自由度を確保する必要がある。

(13) 安田『防衛法概論』、2ページ。

(14) 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、64ページ。

(15) 安田『防衛法概論』、2ページ。

(16) 憲法第13条「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」。

(17) 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、69ページ。そこでは、警察比例の原則の根拠（法源）に関する学説については、①行政法上の一般原則、②憲法第13条に根拠を有する行政条理法、③憲法第13条に実定化された憲法原則、と捉える3説があるが、③説が適当である、としている。

(18) 同上、70ページ。

(19) 自衛隊法第88条「①第76条第1項の規定による出動を命じられた自衛隊は、我が国を防衛するため、必要な武力を行使することができる。②前項の武力行使に際しては、国際の法規及び慣例によるべき場合にあってはこれを遵守し、かつ、事態に応じ合理的に必要とされる限度をこえてはならないものとする。」。

(20) 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、70ページ。

(21) 「防衛法」と「軍事法」は内容的には同一であるが、第2次世界大戦後の我が国では軍事に関して「防衛」の用語を使用するのが一般的であるため、本稿では我が国の自衛隊に関する法体系として「防衛法」の用語を使用する。一方、諸外国の軍隊に関する法体系については、「軍事法」を使用する。

警察と軍隊を規律する法として、それぞれ「警察法」と「防衛法（軍事法）」がある。

警察法とは、警察作用を規律する法規であり、防衛法とは、防衛作用（軍事作用）を規律する法規である。警察法と防衛法の規定の仕方の特徴をまとめると、表 2 のとおりである⁽²²⁾。

表 2 警察法と防衛法の違い

法律	警察法	防衛法（軍事法）
規定方式	「ポジリスト」方式	「ネガリスト」方式
特徴	原則制限	原則無制限
規定内容	「してよいこと」を規定 法律に明示的に書いてあることしかできない。	「してはいけないこと」を規定 明示的に禁止されていること以外は何をしようとする自由
規制法規	国内法	国際法

警察法は、国内で国民を対象として行使される警察作用を規律するもので、国民の権利義務に直接に関係するため、国内法で厳格なしほりをかけて権限行使を制約する必要がある、行動には国内法の根拠規定が必ず必要であるとされる。そして、国内法に規定していない行動はとれないという「法治主義」、「法律による行政」、「法律の留保」の考え方に立脚している⁽²³⁾。

他方、防衛法は、国内外で外国、即ち敵国を対象とする防衛作用を規律するものである。国際社会における主権国家の絶対性・平等性を反映しており、各国家は現実の国力には格差はあるが、国際法的には対等の存在である。国家は、国際法に服する義務があるのみである。また、防衛作用の行使が想定される事態は流動的で予測不可能であるので、柔軟な対処を行う必要がある⁽²⁴⁾。そこで、防衛作用は国際法、即ち武力紛争法や国際人道法等でしほりをかけられ、そこで禁止されている事項以外は何でもできるというのが原則である。

国内の防衛法令は、国際法の施行法令ないしは制約法令としての意味合いを持つ。ここでは、①武力紛争法等の認識や解釈を示し、②軍事組織が戦闘行動をとる際の具体的指針を明らかにし、③戦闘行動をとる軍事組織への国内の支援体制を法制面で規定する、役割

(22) 色摩『国家権力の解剖』、115～120 ページ。色摩力夫「自衛隊は軍隊か」『ディフェンス』第 18 巻第 1 号（1999 年 10 月）、22～23 ページ。

(23) 吉原「有事法制と国際武力紛争法」『海外事情』2002 年 6 月号、70 ページ。また、「法治主義」等の意味については、後述の「4 (1) イ 行政法の基本原則」（85～87 ページ）を参照。

(24) 色摩「自衛隊は軍隊か」、22 ページ。

を持つ。その規定内容は、国際法で認められた範囲より制限する場合もある⁽²⁵⁾。また、軍隊用の「交戦規則 (Rule of Engagement: ROE)」⁽²⁶⁾ を策定することがあるが、これは、政治的思惑・配慮を加えて武力紛争に関する国際法の枠内で定めた国内施行令であり、そのため、ROE を制定していない場合は、武力の行使についての政治的や倫理的な制約がないことを意味し、国際法を 100% 適用して武力を行使することが可能である⁽²⁷⁾。

3 自衛隊の位置付け・性格——自衛隊は行政府の一部か軍隊か

我が国が保有する武力組織である自衛隊を規律する法規の考え方を検討する前提として、自衛隊が法的（国際法と国内法）にどのように位置付けられているかを明確にする必要がある。このため本節では、行政の意義、防衛権と行政権の関係、自衛隊の国際法上と国内法上の位置付けについて考察する。併せて、政府の見解についても紹介する。

(1) 「行政権」に関する考え方

ア 伝統的な考え方

国家作用は、「立法権」、「司法権」と「行政権」の三権からなり、相互に抑制均衡を行うことにより国家権力の横暴を防止している（「三権分立」）⁽²⁸⁾。

立法権とは、法規を制定する国家の作用である。司法権とは、法規の下において民事・刑事の目的のためにする国家の作用である。一方、行政権とは、国家の統治権のうちから立法権・司法権を除いたものであるというもので、この考え方を「行政控除説」という。実体的にいうと、法規の下において民事・刑事を除くほか一般の目的のためにする国家の作用であり、旧来は、狭義の意味で、法律の執行の作用と思料されていた。英語では“Administration” の用語が使われる。

(25) 吉原恒雄「防衛論議——その法的認識の根底を問う」『時事解説』1999年6月15日号、5ページ。吉原「有事法制と国際武力紛争法」、65ページ。

(26) 「ROE」とは、緊急事態対処のため、危機状況に即した応急対処の段階区分と第一線指揮官のとるべき具体的措置を明示した軍当局の文書を言う。これにより、現場指揮官の任務・責任の明確化、対応措置が指揮官個人の主観的判断に委ねられることによる混乱の予防、政治・政策サイドによる部隊の対処行動の限界の提示、法令等の遵守の確保、政府の方針と部隊行動の合致、が可能になる。西修他『日本の安全保障法制』内外出版、2001年、134ページ。なお、ROEに関する詳細な研究として、橋本靖明・合田正利「ルール・オブ・エンゲージメント (ROE) ——その意義と役割」『防衛研究所紀要』第7号第2・3合併号（2005年3月）、1～30ページ、がある。

(27) 吉原「防衛論議」、5ページ。吉原「有事法制と国際武力紛争法」、66ページ。

(28) 林修三他共編『法令用語小辞典』学陽書房、1978年、115ページ。

イ 行政の定義

行政の定義については、次の二つの考え方がある⁽²⁹⁾。

先ず「消極説」で、行政は、国家作用のうち立法と司法を除いたものとするものであり通説的な理解であり、行政が生じた歴史的経緯にも合致する。しかし、これでは、同義反復的であり、行政の内容が明らかでないとの批判があり、行政をより積極的に定義する必要があるとの批判があった。そこで生まれたのが「積極説」で、行政は、法の下に公益の実現を目的として行われる能動的な作用であるとするものである。この場合、司法は、法の下に法を執行し実現する受動的な作用とする。この両説は矛盾するものではなく、行政の内容を別の角度から捉え、互いに補完しているものである。

ウ 行政の範囲(消極説)

行政を伝統的な消極説に立脚して考える場合には、その範囲について次の二つの説がある。

第1に、「行政控除説」で、「全国家作用=立法+司法+行政」と捉えるもので、三権分立主義の考え方に立脚する。行政の範囲を消去法で確定するもので、「消極的定義説」とも言う。その論拠は、先ず、衆議院・帝国憲法改正案委員会における金森徳次郎国務大臣の答弁(1946年7月)で、立法・司法を除いた行政(執行権)は内閣に帰属すると述べている。次に、大日本帝国憲法では、「統帥・外交」は行政大権に帰属していたとする宮沢俊義の学説である⁽³⁰⁾。

第2に、「限定控除説」で、「全国家作用=対人民支配作用(行政+立法+司法)+ α 」と捉えるもので、国家作用を人民に対する支配を及ぼすものとそれ以外のものに区分し、行政の範囲を対人民作用のうちから消去法で確定するものである。ここでは、「外交・防衛」は行政の範囲から除外される。その論拠は、先ず、小嶋和司の学説で、「国家の対国民的作用に属しない対外関係権能は権力分立の本質と無関係」とするものである。次に、大日本帝国憲法では、軍隊指揮権が行政に含まれるか否かは不明確であるとする小針司の学説である⁽³¹⁾。

エ 最近の考え方

近年、行政権の観念において、「執政権説」⁽³²⁾という考え方が有力になっている。これは、

(29) 原田尚彦『行政法要論 全訂第四版増補版』学陽書房、2000年、5～7ページ。

(30) 山中「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」、35～40ページ。

(31) 同上、36～40ページ。

(32) 「執政権説」を唱導する文献として、佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣、2002年、や、坂本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」『憲法五十年の展望I』有斐閣、1998年、等がある。

行政に、法律の受動的・従属的執行に止まらず、広義の意味で、企画立案・総合調整機能も含めて考えるものである。また、その範囲は、対内的作用のみならず、対外的作用、即ち外交事務にも及ぶ。行政を高度の統治作用の主体と捉え、広く、総合戦略・総合調整を含む⁽³³⁾。英語では、“Executive Power”の用語が用いられる。

執政権説の論拠は次のとおりである⁽³⁴⁾。第1に、日本国憲法の「行政」の英語表記による。憲法第65条⁽³⁵⁾でいう「行政権」は、“Executive Power”（執政権）、第72条⁽³⁶⁾でいう「行政各部」は、“various administrative branches”、第73条⁽³⁷⁾でいう「一般行政事務」は、“administrative functions”、また、「法律を誠実に『執行』」は、“administer”である。日本語表記では一口に「行政」の用語を使用しているが、行政権の範囲は、行政各部の範囲より広く、単なる法律の執行に止まらなると推察される。第2に、先の衆議院の帝国憲法改正案委員会における、金森徳次郎国務大臣の答弁（1946年7月）である。そこでは、立法・司法を除いた行政（執行権）は内閣に帰属すると述べられていた。行政控除説の考え方に立って、行政を広い範囲で捉え、多様な機能を含んでいるものとしている。第3に、憲法第73条の列挙事務は対人民支配作用に限定されていないことである。そのため、行政控除説の立場が、妥当とされる。

（2）国家作用としての「防衛権」と行政権との関係

ア 防衛権（防衛高権）

「防衛権（防衛高権）」とは、防衛作用を行う国家の権能のことを言う⁽³⁸⁾。防衛権は、国家固有の権利であり、国家の最も基本的な役割である⁽³⁹⁾。

防衛権の日本国憲法上の評価を見る場合、砂川事件⁽⁴⁰⁾判決（最高裁判所、1959年12月16日）が参考になる⁽⁴¹⁾。ここでは、国防事項に関する国家権能の存在そのものを肯定し、

(33) 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、77～78ページ。

(34) 山中「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」、35～40ページ。

(35) 憲法第65条「行政権は、内閣に属する。」（下線は引用者）。

(36) 憲法第72条「内閣総理大臣は、内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する。」（下線は引用者）。

(37) 憲法第73条「内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行う。一、法律を誠実に執行し、国務を総理すること。（以下、略）」（下線及び括弧内は引用者）。

(38) 山中「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」、27ページ。

(39) 安田『防衛法概論』、1～2ページ。

(40) 米軍立川飛行場（東京都）の砂川町内への拡張計画に反対の労働組合員等が、1957年に基地の立入禁止区域に立ち入ったため、日米安全保障条約（旧安保条約）に基づく行政協定に伴う刑事特別法第2条の違反として起訴された事件。裁判の争点は、日米安全保障条約に基づく米軍の駐留や米軍の存在の合憲性等であった。畠基晃『憲法9条——研究と議論の最前線』青林書院、2006年、95～98ページ。

(41) 安田『防衛法概論』、14～17ページ。山中「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」、30～31ページ。

第 1 に、国際法の法主体としての主権国家相互間における国際法上の自衛権を承認し、第 2 に、国家や国家機関である政府が、国民との関係において防衛権を有することを承認している。

防衛権の行使に当たっては、先の砂川事件最高裁判決によると、国際法と憲法第 9 条⁽⁴²⁾ 2 項による制約がかけられている⁽⁴³⁾。

第 1 に、軍隊の設置・編成に関する権能の行使に係る制約で、自衛隊は自衛のための必要最小限度の防衛力であるので、その存在は憲法に違反しないというもので、政府見解⁽⁴⁴⁾ と同趣旨である。

第 2 に、自衛力行使のあり方についての制約で、自衛権の発動は、自衛権行使の 3 要件⁽⁴⁵⁾ に該当する場合に限られており、自衛隊の海外出動を禁止する国会決議⁽⁴⁶⁾ その他の制約⁽⁴⁷⁾ がある。

イ 防衛権と行政権の関係

日本国憲法によると、「行政」権は内閣に帰属（第 65 条）し、内閣総理大臣は「行政」各部を指揮監督（第 72 条）し、内閣は、列挙事項その他の一般「行政」事務（第 73 条）を行うという規定がある。それぞれの「行政」の用語が本来、意味するところが異なることは既に指摘したが、内閣と行政各部で行政に関する組織を分掌し、その権限は別個のものであるとされる⁽⁴⁸⁾。

ここで、防衛権が行政権に帰属するとした場合、何の防衛権が、どの行政機関によって担当されるかが問題になる。即ち、内閣に帰属する防衛権と、行政各部に帰属する防衛権の内容である。

(42) 憲法第 9 条「①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。」。

(43) 山中「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」、31 ページ。

(44) 衆議院・予算委員会 大村清一防衛庁長官（1954 年 12 月 22 日）「憲法第 9 条は、独立国として我が国が自衛権を持つことを認めている。従って、自衛隊のような自衛のための任務を有し、かつ、その目的のため必要相当な範囲の実力部隊を設けることは、何ら憲法に違反するものではない。」。

(45) 参議院・決算委員会「提出資料」（1972 年 10 月 14 日）「憲法第 9 条のもとにおいて許容されている自衛権の発動については、政府は、従来からいわゆる自衛権発動の 3 要件（我が国に対する急迫不正の侵害があること、この場合に他の適当な手段がないこと及び必要最小限の実力行使にとどまるべきこと）に該当する場合に限られると解している。」。

(46) 参議院・本会議「自衛隊の海外出動を為さざることに関する決議」（1954 年 6 月 2 日）「本院は、自衛隊の創設に際し、現行憲法の条章と、我が国国民の熾烈なる平和愛好精神に照らし、海外出動は、これを行わないことを、ここに改めて確認する。右決議する。」。

(47) 具体的には、後述の「3 (4) ウ 国内法上の制約」（83 ページ）に例示している。

(48) 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、82 ページ。

防衛権、特に「自衛隊の最高指揮監督権」の帰属が問題になる⁽⁴⁹⁾。第1に、行政控除説では、行政権に帰属する。第2に、限定控除説では、行政権その他の三権以外の国家作用（外交・防衛）と捉える。

日本国憲法の規定を見ると、「外交権」は憲法第73条第2・3号に明記され内閣に帰属することは明白であるが、「防衛権」については、明文の規定はない。しかし、憲法第73条の列挙事務は対人民支配作用に限定されるものではないし、行政権を執政権説に則り広義の意味で捉えるのであれば、防衛権も行政控除説の考え方に立脚し行政権に含まれるものとして考えるのが妥当である。

ウ 「自衛隊の最高指揮監督権」に関する学説

自衛隊の最高指揮監督権を巡っては次の二つの学説がある⁽⁵⁰⁾。

第1に、通説は、内閣総理大臣は、憲法第72条に基づき、一般行政事務の指揮監督権を有しており、それを受けて、内閣法（昭和22年法律第5号）第6条⁽⁵¹⁾では、内閣を代表して、「閣議で決定した方針に基づいて、行政各部を指揮監督する」と定められている。そして、自衛隊法第7条⁽⁵²⁾の「自衛隊の最高指揮監督権」はこれを受けたものとされる。自衛隊の指揮監督の流れは、防衛庁の時代には、内閣の長としての内閣総理大臣が、内閣府の長としての内閣総理大臣を経由して、防衛庁長官を指揮監督し、防衛庁長官が、統合幕僚長と陸海空幕僚長を通じて、自衛隊の部隊・機関を指揮監督するというものである。現在は、防衛庁は防衛省となり、防衛省の主任の大臣は防衛大臣である。上述の内閣府の長としての内閣総理大臣の役割は、防衛大臣が務める。

第2に、「統帥権創設規定説」⁽⁵³⁾で、内閣総理大臣は最高指揮命令権を有し、防衛庁長官は隊務統括権を持っており、部隊の行動指揮は、内閣の長としての内閣総理大臣の直接指揮を受け、行政的隊務（庁務）については、内閣府の長としての内閣総理大臣の指揮監督を受けるといものである。ここでも、現在は、内閣府の長の役割は、防衛大臣に置き換えられる。

両説の評価については、統帥権創設規定説の方が、自衛隊の行動に対する政治責任を政府の首長たる内閣総理大臣が一元的に負うことになるので、軍事行動に対する政治統制の

(49) 山中「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」、31～32・34～35ページ。

(50) 西他『日本の安全保障法制』、125～127ページ。

(51) 内閣法第6条「内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基づいて、行政各部を指揮監督する。」（下線は引用者）。

(52) 自衛隊法第7条「内閣総理大臣は、内閣を代表して自衛隊の最高の指揮監督権を有する。」（下線は引用者）。

(53) 宮崎弘毅「防衛二法と自衛隊の指揮監督権——防衛法シリーズ（6）」『国防』1977年8月号、103～107ページ。

観点から望ましいという見方もある⁽⁵⁴⁾。本稿では、一応、通説的な理解に立つ。

両説に基づいて、自衛隊の行動の性質を分類すると表 3 のとおりである⁽⁵⁵⁾。

表 3 自衛隊の行動の性質

行動	通説	創設規定説
防衛出動 治安出動	法律状態の設定 (内閣の長) 行動命令 (内閣府の長)	行動命令 (内閣の長)
災害派遣 海上警備行動 領空侵犯対処	指揮監督 (内閣府の長) 行動命令 (防衛庁長官)	防衛庁長官の代行

また、行政権を有する内閣が保持すべき防衛作用である自衛隊の最高指揮監督権以外の自衛隊の行う全ての機能 (事務) については、内閣の権限と行政各部の権限を区別する必要性があり、その機能を行政各部に配分するものが存在する⁽⁵⁶⁾。

(3) 自衛隊の国際法上の位置付け

国際政治学において、「軍隊」とは“Armed Force”のことであり、国家防衛を担任する常備の武装集団を言い、国家が保有する交戦団体である⁽⁵⁷⁾。

国際法において、「交戦団体」とは、“Belligerent Party”のことであり、国際社会で戦闘行為が許容される⁽⁵⁸⁾。

国際法上、関連する用語の意味は、表 4 のとおりである。

自衛隊は、国際法上、明確に「軍隊」としての取り扱いを受ける。

即ち、自衛隊は、国家防衛を担任する組織であり、国際法上の「交戦資格」を有し、自衛官は「戦闘員」と見なされる。また、自衛隊の艦艇・航空機は、それぞれ「軍艦」・「軍用航空機」としての取り扱いを受ける⁽⁵⁹⁾。

そして、“Belligerent Party”の要件を備えた“Armed Force”は武力紛争法等の適用を受ける⁽⁶⁰⁾。

(54) 西他『日本の安全保障法制』、128 ページ。

(55) 同上、127～128 ページ。理解を容易にするために、防衛庁の時代の解釈に基づき示している。

(56) 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、79～82 ページ。

(57) 色摩「自衛隊は軍隊か」、23 ページ。吉原「防衛論議」、5 ページ。吉原「有事法制と国際武力紛争法」、68 ページ。

(58) 吉原「防衛論議」、5 ページ。

(59) 後述の「3 (5) 自衛隊の位置付けに関する政府の見解」(83～84 ページ)において引用している政府見解を参照。

(60) 吉原「防衛論議」、5 ページ。

表 4 用語の意味

用語	意味
交戦資格（注1）	国際的武力紛争において国際法の認める範囲内で害敵手段を行使できることをいう。この交戦資格を有するのは、「戦闘員」、「軍艦」、「軍用航空機」である。海戦・空戦においては、戦闘単位としての軍艦、軍用航空機に交戦資格が認められる（注2）。
戦闘員（注3）	<ol style="list-style-type: none"> 1 定義・性質 <ol style="list-style-type: none"> a 国際法上禁止されない限り、あらゆる害敵手段を用いて敵対行為に直接参加する権利を持つ（注4）。 b 敵の合法的な軍事目標となる（注5）。 2 要件（注6） <ol style="list-style-type: none"> a 衛生要員・宗教要員を除く軍隊構成員で、交戦時・攻撃開始前の軍隊展開の際に、公然と武器を携行 b ①責任者による指揮統制、②固着特殊標章の着用、③公然と武器携行、④戦争法の遵守、の4条件を満たす民兵隊、義勇隊、組織的抵抗運動団体の構成員（注7） c ①公然と武器携行、②戦争法の遵守、の2条件を満たす群民蜂起の構成員
軍艦（注8）	<ol style="list-style-type: none"> ①一国の軍隊に所属 ②国籍・軍事的性質を示す外部標識を掲げる。 ③軍隊構成員による指揮 ④軍隊の規律に服する乗組員が配置
軍用航空機（注9）	<ol style="list-style-type: none"> ①国籍・軍事的性質を示す外部標識を掲げる。 ②軍隊構成員による指揮 ③乗員が軍人

（注1） 佐島直子他『現代安全保障用語事典』信山社、2004年、176ページ。

（注2） 軍艦以外の船舶が敵対行為を行えば、商船でも軍事目標になる。軍用航空機以外の航空機は、交戦者が直接使用するための軍事情報を航行中に伝達することを含めて敵対行為に従事できず、もし行えば軍事目標となる。

（注3） 佐島他『現代安全保障用語事典』、176～177ページ。

（注4） 戦闘員以外の者が敵対行為を行えば、戦争犯罪となり処罰される。一般住民は「非戦闘員」である。傭兵も戦闘員の権利を有しない。2000年の児童権利条約選択議定書により、戦闘員資格は、児童保護のために18歳以上とされる。

（注5） 傷病兵・投降兵のように戦闘外に置かれた者は、攻撃の対象外で、敵の権力内に陥った者には捕虜待遇が付与される。

（注6） 1949年のジュネーブ諸条約における戦闘員の要件。

（注7） 1977年のジュネーブ諸条約第1追加議定書では、②・③の要件を緩和して、ゲリラ戦の交戦時や攻撃前の軍事展開時に公然と武器を携行していれば、戦闘員の地位が保持される。

（注8） 佐島他『現代安全保障用語事典』、149・176ページ。国連海洋法条約（1982年）第29条に規定。

（注9） 同上、149～150・176ページ。空戦規則（1923年：慣習法）による。

(4) 防衛省・自衛隊の国内法上の位置付け

ア 根拠法規と位置付け

防衛省及び自衛隊は、国家行政組織法（昭和 23 年法律第 120 号）第 3 条第 2 項⁽⁶¹⁾と防衛省設置法（昭和 29 年法律第 164 号）⁽⁶²⁾に基づき設置される行政機関である⁽⁶³⁾。

防衛省は「我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つこと」が目的で、その任務は、陸海空自衛隊を、管理・運営し、これに関する事務を行うことと、在日米軍に関する事務を行うことである⁽⁶⁴⁾。

自衛隊の任務、部隊・機関の組織・編成、自衛隊に関する指揮監督、自衛隊の行動・権限等は、自衛隊法により定められる⁽⁶⁵⁾。自衛隊の任務⁽⁶⁶⁾は、「我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、直接侵略及び間接侵略に対し我が国を防衛すること」が主たるもので、「必要に応じ、公共の秩序の維持に当たる」。また、周辺事態対処と国際平和協力活動等が、従たる任務とされる⁽⁶⁷⁾。

イ 防衛省と自衛隊の関係

防衛省設置法や自衛隊法その他の国内法上、「防衛省」という行政機関を設置した上で、その全体を「自衛隊」という概念で把握している⁽⁶⁸⁾。即ち、一つのことを行政機関の面から防衛省といい、部隊組織の面から自衛隊と言っている⁽⁶⁹⁾。

防衛省は、内閣を構成する行政各部の一つで、作用の静的な面からみた行政機関であり⁽⁷⁰⁾、これは他の省庁と同じである。防衛行政に関する事務を所掌し、自衛隊の管理運営を実施する。国家行政組織法・防衛省設置法が設置根拠である。

自衛隊は、防衛行動を執行する実力組織としての実態的・動的な面に着目したもので⁽⁷¹⁾、内閣を構成する行政各部の一つである。部隊は防衛省の組織の一部で、特別の機関としての位置付けを有する。防衛省設置法・自衛隊法が設置根拠である。

(61) 国家行政組織法第 3 条第 2 項「行政組織のため置かれる国の行政機関は、省、委員会及び庁とし、その設置及び廃止は、別に法律の定めるところによる。」。

(62) 防衛省設置法第 2 条第 1 項「国家行政組織法第 3 条第 2 項の規定に基づいて、防衛省を設置する。」。

(63) 2007 年 1 月 9 日から、防衛庁は防衛省になった。防衛庁の時は、内閣府に設置される外局としての位置づけで、内閣府設置法（平成 11 年法律第 89 号）・防衛庁設置法（昭和 29 年法律第 164 号）に設置根拠を有していた。防衛庁長官には国務大臣が充てられていた。

(64) 防衛省設置法第 3 条。

(65) 防衛省設置法第 5 条。

(66) 自衛隊法第 3 条。

(67) この点について、後述の注 106 参照。

(68) 安田『防衛法概論』、81 ページ。

(69) 高瀬忠雄「防衛庁設置法及び自衛隊法の概要」『警察学論集』第 7 巻第 9 号（1954 年 9 月）、48 ページ。

(70) 加藤陽三「防衛両法律の主要問題 上」『警察研究』第 25 巻第 7 号（1954 年 7 月）、27～28 ページ。

(71) 同上、27～28 ページ。

ウ 国内法上の制約

自衛隊の任務や行動については、憲法以下の法体系の下で各種の法的制約があり、そのことは防衛政策にも大きな影響を及ぼしている。

即ち、専守防衛⁽⁷²⁾、自衛のための必要最小限の自衛力の保有⁽⁷³⁾、自衛権行使の3要件⁽⁷⁴⁾、交戦権の行使の禁止⁽⁷⁵⁾、集団的自衛権の行使の禁止⁽⁷⁶⁾、海外での武力行使の禁止⁽⁷⁷⁾、攻撃的兵器（大量破壊兵器）の保有の禁止⁽⁷⁸⁾、徴兵制度は違憲⁽⁷⁹⁾、軍法会議の設置の禁止⁽⁸⁰⁾、宇宙の平和利用⁽⁸¹⁾等である。

また、これらの法的な制約に加えて政策的判断により課されている制約として、非核三原則⁽⁸²⁾、武器輸出禁止三原則⁽⁸³⁾等がある。

(5) 自衛隊の位置付けに関する政府の見解

自衛隊が軍隊であるかどうかについては、政府は、国会答弁、質問主意書に対する答弁書において見解を表明している。それを見ると、自衛隊は国際法上は軍隊であるが、憲法、自衛隊法等の国内法において、その任務・権能が制約されており、諸外国における通常の軍隊とは、その位置付けが異なるという内容である。

具体的な、答弁等の内容については以下の通りである⁽⁸⁴⁾。

(72) 衆議院・本会議 田中角栄首相（1972年10月31日）、参議院・予算委員会 大村襄治防衛庁長官（1981年3月19日）等。

(73) 衆議院「森清議員質問主意書に対する答弁書」（1970年12月5日）等。

(74) 参議院・決算委員会「提出資料」（1972年10月14日）等。

(75) 衆議院「稲葉誠一議員質問主意書に対する答弁書」（1970年5月15日）等。

(76) 衆議院「稲葉誠一議員質問主意書に対する答弁書」（1971年5月29日）等。

(77) 衆議院「稲葉誠一議員質問主意書に対する答弁書」（1970年10月28日）等。

(78) 衆議院「桧崎弥之助議員質問主意書に対する答弁書」（1970年10月14日）。

(79) 衆議院「稲葉誠一議員質問主意書に対する答弁書」（1970年8月15日）。

(80) 憲法第76条第2項「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。」。

(81) 1967年に国連宇宙条約（宇宙の平和利用原則）を批准した。1969年に国会決議「（宇宙利用は）平和目的に限る。」がなされた。

(82) 「非核三原則」は、1968年に佐藤栄作内閣が表明したもので、核兵器を「作らず、持たず、持ち込ませず」という原則を言う。翌1969年には国会決議もなされた。なお、核兵器の保有については、自衛のための必要最小限度を超えない範囲に止まる限りであれば、憲法上、禁止されているものではない（参議院・予算委員会における真田秀夫内閣法制局長官の答弁（1978年3月11日）等）。

(83) 「武器輸出禁止三原則」は、1967年に佐藤栄作内閣が表明したもので、①共産圏諸国、②国連決議で武器輸出が禁止されている国、③国際紛争当事国、には武器を輸出しないとされた原則であるが、1976年に三木武夫内閣で三原則対象地域以外にも輸出を慎むものとされ、事実上、武器輸出は全面的に禁止されることになった。その後、1983年に中曽根康弘内閣で、対米武器技術供与が解禁され、さらに、2004年に小泉純一郎内閣で同原則は緩和され、ミサイル防衛に関する共同開発・生産等が認められるに至っている。

(84) 安田『防衛法概論』10～11ページ。朝雲出版社編『平成16年版 防衛ハンドブック』朝雲出版社、2004年、572～573ページ。

- ・吉田茂首相(1954年):自衛隊は、ある意味で軍隊。しかし、憲法第9条第2項にいう「戦力」ではない。
- ・大村清一防衛庁長官(衆議院・予算委員会、1954年12月22日):外国からの侵略に対するものを軍隊というならば、自衛隊も軍隊。このような実力部隊を持つことは憲法に違反しない。
- ・林修三内閣法制局長官(衆議院・予算委員会、1959年3月2日):軍隊は、外部からの武力攻撃に対して、対抗する実力を持つもの。自衛隊は、自衛のために必要な限度に限られる。自衛力の限度があり、自衛力の行使のやり方に制約があり、交戦権がない。
- ・林修三内閣法制局長官(衆議院・安全保障特別委員会、1960年4月28日):国際法上、軍隊・軍艦に適用される法規を自衛隊に適用する。国内法的に任務・機能が異なり、憲法上の制約がある。即ち、自衛隊法により任務が制限、制約され、憲法第9条の制約があり、交戦権が否認される。普通の諸外国の制約のない軍隊とは異なる。
- ・高辻正巳内閣法制局長官(参議院・予算委員会、1966年3月31日):自衛隊は憲法上の制約を持ち、通常の軍隊とは性格が違う。
- ・佐藤栄作首相(参議院・予算委員会、1967年3月31日):自衛隊を軍隊と呼称することはしない。
- ・塩田章防衛庁防衛局長(参議院・安全保障特別委員会、1981年11月13日):軍隊は、外敵と戦いを交えることを任務とする。活動については交戦権の行使が行われる。一方、自衛隊は外国の侵略から我が国を防衛するが、交戦権の行使が認められないなど、憲法上、各種の厳しい制約下にある。通常の観念で言う軍隊とは異なる。
- ・秦豊参議院議員質問主意書に対する答弁書(1985年11月5日):自衛隊は、憲法上、必要最小限を超える実力を保持し得ない等の制約がある。通常の観念の軍隊とは異なる。
- ・中山太郎外務大臣(衆議院・本会議、1990年10月8日):自衛隊は、憲法上、必要最小限を超える実力を保持し得ない等の厳しい制約がある。通常の観念の軍隊ではないが、国際法上は軍隊で、自衛官は軍隊の構成員である。

4 日本の防衛法制——その基本的性格

自衛隊を、国際法的には軍隊であるが、国内法的には行政機関の一つであるとして捉える場合、それを規律する国内法規である「防衛法制」は行政法の一つである。そこで、防衛法制の性格を明らかにするために、先ず、行政法の内容と基本的な考え方を明確にし、続いて、我が国の防衛法制の特徴を考察する。日本国憲法の定める枠内で、法律レベルに

根拠規定を有しており、その規定の仕方は「ポジリスト」方式である。

(1) 日本の行政法制の特徴

ア 行政法の内容

行政法とは、行政の組織・作用を規律の対象とする法である⁽⁸⁵⁾。

行政法は、その内容から、「行政組織法」、「行政公務員法」、「行政作用法」、「行政救済法」、「行政刑法」に区分される。その区分ごとの規定内容と⁽⁸⁶⁾、防衛法制の対応関係は以下のとおりである。

行政組織法は、「行政を営む組織・機構」について規定するもので、防衛省設置法、自衛隊法、安全保障会議設置法（昭和 61 年法律第 71 号）が該当する。

行政公務員法は、「行政機関の地位に就く職員の資格・職務内容等」について規定するもので、自衛隊法、防衛庁職員給与法（昭和 27 年法律第 266 号）、自衛隊員倫理法（平成 11 年法律第 133 号）、防衛庁派遣職員処遇法（平成 7 年法律第 122 号）が該当する。

行政作用法は、「行政組織が実施すべき行政の内容・手続き」を規定するもので、武力攻撃事態対処法、自衛隊法、5 事態対処法制⁽⁸⁷⁾、周辺事態安全確保法、船舶検査活動法、国際緊急援助隊法（昭和 62 年法律第 93 号）、国際平和協力法、テロ対策特措法（2007 年 11 月 1 日失効）、イラク人道復興支援特措法、防衛施設周辺生活環境整備法（昭和 49 年法律第 101 号）等が該当する。

行政救済法は、「違法な行政活動により不利益を受けた国民の救済手続き」を規定するもので、この分野で特別の防衛法制は存在しないが、一般法として、行政不服審査法（昭和 37 年法律第 160 号）、行政事件訴訟法（昭和 37 年法律第 139 号）、国家賠償法（昭和 22 年法律第 125 号）等がある。

行政刑法は、「行政機関の職員の違法行為・処罰」について規定するもので、自衛隊法、日米相互防衛援助協定等秘密保護法（昭和 29 年法律第 166 号）、国際人道法違反処罰法（平成 16 年法律第 115 号）等が該当する。

イ 行政法の基本原則

(ア) 行政の基本原則

行政の基本原則として、「法治国家」「法治行政」の考え方がある。これは、行政権によ

(85) 原田『行政法要論』、3 ページ。

(86) 同上、14～16 ページ。

(87) 国民保護法（平成 16 年法律第 112 号）、米軍行動関連措置法（平成 16 年法律第 113 号）、特定公共施設利用法（平成 16 年法律第 114 号）、海上輸送規制法（平成 16 年法律第 116 号）、捕虜取扱い法（平成 16 年法律第 117 号）。

る余計な干渉から国民の市民としての自由と市民社会の自律を守るために、行政権の行使を法の拘束の下におき、その適正を期するものである。行政権の過大化と濫用を防止し、行政権の横暴から市民社会と市民権を防御し確保する。すぐれて、自由主義の理念によるものである⁽⁸⁸⁾。

この原則から、「法律による行政の原理」が導かれる。これは、行政が国民の権利自由を侵害する場合は、必ず国民代表議会の制定した法律に従うべきことを言う⁽⁸⁹⁾。

(イ) 行政活動と法の関係

法治国家・法治行政の原則の下では、行政活動は法に従わなければならない。第 1 に、全ての行政機関の活動は、「組織規範」としての法律により定められる。第 2 に、法治行政の原理は、法律に表された国民代表議会の意思を全ての行政判断に優先させる。いかなる行政活動も、行政活動を制約する法律の定め違反してはならない。第 3 に、行政活動は、組織法上の権限内で行われ、かつ行政活動を制約する法律の規定に違反してはならない。ここでは、「法律の留保」の考え方があり、法律に根拠規定がなければ行政機関は活動することができない⁽⁹⁰⁾。

(ウ) 行政法の基本原則

行政法の基本原則として、民主主義から要請されるものと、自由主義から要請されるものがある。

先ず、民主主義の要請としては、行政の仕組みや、そのあり方の基本的枠組みは国民を代表する議会が法律の形式で決定すべきというものである⁽⁹¹⁾。政治による軍隊の統制の具現化である。次に、自由主義の要請としては、「法治主義」「法律による行政」があり、先に述べたように、行政権による余計な干渉から国民の市民としての自由と市民社会の自律を守るために行政権の行使を法の拘束の下におきその適正を期するとともに、国民の権利義務に関する作用の執行には法律の根拠が必要というものである⁽⁹²⁾。

(エ) 行政法規範の種類

行政法規範は次の 3 つに区分される⁽⁹³⁾。第 1 に、「組織規範」で、国家行政組織内での各行政機関に対する権限配分規定である。第 2 に、「根拠規範」で、対私人との関係で行政機関に権限を付与する規定である。第 3 に、「規制規範」で、根拠規範によって活動の根拠

(88) 原田『行政法要論』、75 ページ。

(89) 同上、75～76 ページ。

(90) 同上、80～82 ページ。

(91) 小針司「法治主義（文民統制）とわが国の防衛法制」『公法研究』第 59 号（1997 年 10 月）、124～125 ページ。

(92) 原田『行政法要論』、75～77 ページ。

(93) 小針司「第 5 章 安全保障環境の変化と自衛隊の任務の変質」西修他『我が国防衛法制の半世紀』内外出版、2004 年、228 ページ。

に与えられた行政活動のあり方につき規制を行う規範一般である。

即ち、組織規範は、「行政の内部関係」において行政機関相互間を拘束する規範で、根拠規範は、「行政の外部関係」において行政機関と対私人との関係を拘束する規範である⁽⁹⁴⁾。

(2) 日本の防衛法制の特性

日本の防衛に関する法制については、次の特性を指摘できる。

第1に、日本国憲法の内容である。まず、憲法第9条は、戦争の放棄、戦力の不保持、交戦権の否認を規定している。政府の解釈⁽⁹⁵⁾では、この規定は侵略戦争の放棄を意味しており、とは言え、自衛戦争も認められないが、自衛のための実力行使は可能である。そのため、自衛のための必要最小限の実力、即ち自衛力の保有は認められる。なお、交戦権は行使できないので、占領、占領行政、中立船舶の臨検、敵性船舶の拿捕等を行うことはできない⁽⁹⁶⁾。

次に、「国家緊急権」⁽⁹⁷⁾に関する規定がない。これは憲法の類型では「憲法沈黙型」⁽⁹⁸⁾に属すると言えるが、日本国憲法の制定の経緯から考えると英米法の影響を強く受けており、「必要性の法理 (Rule of Necessity)」の考え方が援用でき、法文上の規定がなくても、緊急事態に対処するのは政府の当然の権能であると解釈できるとされる⁽⁹⁹⁾。緊急事態には国家のエマージェンシー・パワーにより対処すれば良いという、マッカーサー連合国軍最高司令官の日本国憲法制定時の見解もある。また、憲法第13条に定める「公共の福祉」の法理により緊急事態に対処することが可能で、当該規定は緊急事態における国民の基本的人権の制限の根拠と成り得る⁽¹⁰⁰⁾。

(94) 藤田宙靖「警察法2条の意義に関する若干の考察(2)」『法学』第53巻第2号(1989年6月)、79ページ。

(95) 衆議院・予算委員会 大村清一防衛庁長官(1954年12月22日)等。

(96) 参議院・内閣委員会 佐藤達夫内閣法制局長官(1954年5月25日)、衆議院安全保障特別委員会 角田禮次郎内閣法制局長官(1981年4月20日)等。

(97) 「国家緊急権」とは憲法学上の概念で、重大緊急事態に際して、国家の存立を擁護するに当たり、通常の法的手段によっては有効に対処できない場合に、平常時ならば違憲・違法の実力行使が認められるというものである。権力の分立の原則を逸脱して政府や軍に権力を集中し、国民の基本的人権も制限される。

(98) 国家緊急権の憲法上の規定振りについて、詳細規定型(ドイツ、韓国等)、一般授權型(フランス等)、憲法沈黙型(アメリカ等)に区分される。

(99) この考え方(容認説)に対して、憲法に防衛に関する規定がないのは積極的な意味合いがあり、憲法上、防衛権は国家の権能として否定されていると解釈する見解(否認説)もある。さらに、憲法に規定がないのは、「法の欠陥」であるとし、国家緊急権の法制化に積極的に取り組むべきとの説(欠陥説)がある。なお、容認説と否認説は、それぞれ正反対の意味で、憲法上の法制化には消極的である。

(100) 憲法の「公共の福祉」を根拠として、国民の自由・権利の制限ができる範囲で、非常時立法を考えるものとして、衆議院・法務委員会における吉國一郎内閣法制局長官の答弁(1975年5月14日)がある。有事関連法制の整備は、立憲的な憲法秩序を一時停止するような国家緊急権の制度化を図るものではないとされる(衆議院・武力攻撃事態対処特別委員会における津野修内閣法制局長官の答弁(2002年5月8日)等)。松浦一夫「第6章 有事法制定までの道程と現課題」西修他『我が国防衛法制の半世紀——発展の軌跡と展望』内外出版、2004年、239～240ページ。

さらに、憲法第9条を除き防衛に関する具体的規定がない⁽¹⁰¹⁾。内閣の事務は憲法第73条に列挙されているが、「外交関係処理」することに含まれると捉えるか、「他の一般行政事務」に含まれるとの捉え方ができ、自衛権の行使が認められる以上、防衛権は国家の権能の一つであると言える。

第2に、憲法上の規定はないが、法律以下の法令のレベルで防衛・安全保障に関する事項を規定しており、目的・任務・組織・行動・人事・サービス・刑罰等について定めている。これについては、「4(1)ア 行政法の内容」(85ページ)を参照されたい。

第3に、警察作用・防衛作用を問わず自衛隊の各種活動・任務の根拠付けは自衛隊法等の法律による。治安出動、海上警備行動等の警察作用については、対象は国民であり、憲法の人権保障の観点から法治主義によることが求められるが、防衛出動等の防衛作用については、対象は敵国であることを考えると、法律に根拠がなくとも自衛隊の本来任務として行動できるようにすべきではないかとの批判がある。

第4に、警察作用・防衛作用を問わず行動に関する法律の規定の仕方が「ポジリスト」方式で、警察法的な規定の仕方(「何々できる」)になっている。諸外国では「ネガリスト」方式であり、基本的に政府の裁量により国際法や憲法等による禁止事項以外は認められる⁽¹⁰²⁾。

第5に、発生した事態に対応するために、その都度、パッチワーク的に法整備を行っている⁽¹⁰³⁾。これは自衛隊の行動には必ず法的根拠が必要とされているため、現行法で想定していない事態が生じた場合、必要に応じてその都度立法する必要があるからである。

5 現行の自衛隊に関する法規——特に「行動」に関する規定の内容・方法

本節では、防衛法制のうち、特に自衛隊の「行動」に関する法規の概要を把握し、その規定の仕方が、対内的作用のみならず対外的作用についても「ポジリスト」方式であるという特徴を明確にするとともに、それをもたらした理由を考察する。歴史的経緯からくる事情と、戦後の我が国の防衛体制を律する理念的な要請から、現在の防衛法制は形作られ

(101) 日本国憲法の検討・制定は1946・47年にかけて行われたものであり、この時期は、未だ日本は連合国による占領下にあった。旧日本軍は解体されており、我が国は当時、軍事力を有しておらず、国民の厭戦感も強かった。連合国、特に米国も、日本の非軍事化を方針としていたし、日本政府も再軍備を指向していなかった。自衛隊の前身となる警察予備隊が発足したのは、朝鮮戦争中の1950年のことである。このような状況下で、日本国憲法に防衛に関する規定がなかった事情は十分理解できる。

(102) 衆議院・有事法制特別委員会(2002年5月16日)で、石破茂議員(自由民主党)は、「自衛隊法の書き方は、基本的にポジリスト。警察予備隊令から保安庁法を経て自衛隊法に発展した。ベースは警察の法律である」と述べている。また、衆議院安全保障特別委員会(2001年6月14日)で石破茂議員は、また、衆議院・安全保障特別委員会(2003年5月16日)で石破茂防衛庁長官は、「軍隊の法制はネガリストであり、自衛隊法はポジリストである」と述べている。

(103) 色摩「自衛隊は軍隊か」、20～21ページ。吉原「有事法制と国際武力紛争法」、63ページ。

ている。

(1) 根拠法規

防衛法制のうち、防衛組織の基本法は、防衛省設置法と自衛隊法で、防衛省及び自衛隊の目的、任務、組織、服务等が定められている。一方、防衛行動の基本法は、自衛隊法と各種の単行法で、自衛隊の行動の態様や、その際に取り得る権限等が詳細に定められている⁽¹⁰⁴⁾。

(2) 自衛隊の行動に関する規定

ア 特徴

自衛隊の行動に関する法規には、基本的に「対内的作用」に属するものと、「対外的作用」に属するものがある。前者は、国民を対象とするもので、国民の権利義務に直接的にかかわる。後者は、主として外国を対象とするものである。

自衛隊は、本来、対外的に防衛作用を執行することを任務とする組織であるが、警察力で治安を維持できない場合は、対内的に警察権を行使する場合がある⁽¹⁰⁵⁾。また、冷戦後、国際平和維持業務（国連 PKO 活動）等、国際平和協力の任務が追加されたが、9.11 米国同時多発テロ後、国際協力の範囲は拡大傾向にある。特に、2006 年 12 月の防衛庁の防衛省昇格に伴う自衛隊法改正により周辺事態対処・国際平和協力活動等が本来任務化された⁽¹⁰⁶⁾。また、自衛隊の行動については、防衛作用、警察作用の他に「災害対処」や「民生協力」の付随任務もあるが、これらは対内的作用と言える。

なお、いわゆる自衛隊法第 103 条等に定める「防衛負担」⁽¹⁰⁷⁾ は防衛出動時の権限であるが、国民を作用の対象とし、国民の権利義務に係わる事項であるので、対内的作用に含まれる⁽¹⁰⁸⁾。

(104) 小針「第 5 章 安全保障環境の変化と自衛隊の任務の変質」、192 ページ。単行法とは、国際平和協力法、周辺事態安全確保法、船舶検査活動法、有事関連法制、テロ対策特措法、イラク人道復興支援特措法等である。

(105) 自衛隊法第 3 条第 1 項は、自衛隊は、国の防衛を主任務とし、必要に応じ公共の秩序の維持に当たると定めている。

(106) 国際緊急援助活動等、国際平和協力業務等、テロ特措法・イラク特措法に基づく活動、機雷等の除去、在外法人等の輸送、周辺事態における後方地域支援等が本来任務化された（自衛隊法本則及び附則の改正による。）。ただし、国家防衛が主たる任務で、周辺事態対処、国際平和協力活動は、主たる任務の遂行に支障を生じない限度で、かつ、武力による威嚇・武力の行使に当たらない範囲で実施する（自衛隊法第 3 条第 2 項）。

(107) 施設の管理、土地・家屋・物資の使用、物資の保管、物資の取用、業務従事命令（自衛隊法第 103 条）、電気通信設備の利用（自衛隊法第 104 条）、訓練のための漁船の操業の制限・禁止（自衛隊法第 105 条）を始め、国民保護法、米軍行動関連措置法、特定公共施設利用法等に、防衛負担の規定がある。

(108) 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、64 ページ。

イ 内容

自衛隊の行動に関する規定は、自衛隊法第 6 章（自衛隊の行動）に定められているが、当該章の規定は、行政法規の種類で言うと、組織規範に属するものであり⁽¹⁰⁹⁾、自衛隊における権限配分を示している。

自衛隊の行動のうち、対内的作用のものについては、適用法規は国内法で、比例原則が厳格に適用される。一方、対外的作用のものについては、適用法規は国際法で、比例原則は適用されないか、または穏やかに適用される⁽¹¹⁰⁾。

それぞれ該当する行動を、その目的、性質、内容に着目して分類すると、表 5 のとおりである。

表 5 自衛隊の行動の分類^(注 1)

区分	機能	行動	根拠規定
対内的作用	治安維持	命令による治安出動	第 78 条
		治安出動待機命令	第 79 条
		治安出動下令前の情報収集	第 79 条の 2
		海上保安庁の統制（注 2）	第 80 条
		要請による治安出動	第 81 条
		自衛隊の施設等の警護出動	第 81 条の 2
		海上における警備行動	第 82 条
	災害対処	災害派遣	第 83 条
		地震防災派遣	第 83 条の 2
		原子力災害派遣	第 83 条の 3
	機能保全 (注 3)	武器等の防護	第 95 条
		自衛隊の施設の警護	第 95 条の 2
	民生協力	土木工事等の受託	第 100 条
		教育訓練の受託	第 100 条の 2
		運動競技会に対する協力	第 100 条の 3
		南極地域観測に対する協力	第 100 条の 4
		国賓等の輸送	第 100 条の 5
	国際協力	在外邦人等の輸送	第 84 条の 3
	防衛負担	防衛出動時における物資の収用等	第 103 条
		電気通信設備の利用等	第 104 条
		訓練のための漁船の操業の制限・禁止	第 105 条

(109) 国民の権利義務に變動を及ぼす行政活動には、組織規範のみならず根拠規範が必要である（「法治主義」）。しかし、現在は、民主主義の観点から、行政統制の一環としての根拠規範の必要性もある。ある規定が、根拠規範であるか否かは、基本的に条文の意味内容の総合的な解釈の結果として判断すべきで、章の配置から先験的に決定されるわけではない。山下愛仁「自衛隊法 84 条の意義に関する若干の考察」『防衛法研究』第 23 号（1999 年）、196～200 ページ。

(110) 小針「第 5 章 安全保障環境の変化と自衛隊の任務の変質」、197 ページ。

対外的作用	国家防衛	防衛出動 防衛出動待機命令 防衛施設構築の措置 防衛出動下令前の行動関連措置 国民保護等派遣 海上保安庁の統制 機雷等の除去（注4） 米軍への物品・役務の提供 停船検査・回航措置 特定公共施設の利用 捕虜等の取り扱い	第76条 第77条 第77条の2 第77条の3 第77条の4 第80条 第84条の2 第100条の6・7、米軍行動関連措置法、日米物品役務相互提供協定（ACSA） 海上輸送規制法 特定公共施設利用法 捕虜取扱い法
	治安維持	弾道ミサイル等に対する破壊措置（注5）	第82条の2
	領域警備	領空侵犯対処（注6）	第84条
	機能保全	武器等の防護 自衛隊の施設の警護	第95条 第95条の2
	国際協力	周辺事態における対処措置 周辺事態における船舶検査 国際緊急援助活動 国際平和協力業務 テロ対策特措法に基づく対処措置 イラク人道復興支援特措法に基づく対処措置	（第84条の4、周辺事態安全確保法） （第84条の4、船舶検査活動法） （第84条の4、国際緊急援助隊法） （第84条の4、国際平和協力法） （附則7～9項、テロ対策特措法） （附則7～9項 イラク人道復興支援特措法）

- (注1) () 内は、根拠法規や該当する条項を示す。根拠法規は条文のみを示しているのは、いずれも自衛隊法。なお、機雷等の除去、国際緊急援助活動等、国際平和協力業務等、在外邦人等の輸送、後方地域支援等は、2006年12月の防衛省昇格に伴う自衛隊法の改正以前は、第8章（雑則）に規定されていたが、今回の改正で、第6章（自衛隊の行動）、第7章（自衛隊の権限）において新たに規定されるようになった。
- (注2) 防衛出動命令の下令時と命令による治安出動命令の下令時に、防衛大臣は海上保安庁を指揮下に置く。本稿では、対内的作用と対外的作用の両者に属するものとして分類した。
- (注3) 「機能保全」の機能については、国民に対して行使される場合と、外国に対して行使される場合が考えられるので、本稿では、対内的作用と対外的作用の両者に属するものとして区分している。
- (注4) 「機雷等の除去」は、防衛出動時のみならず、平時にも可能である。湾岸戦争終了後の1991年、海上自衛隊の掃海艇がペルシャ湾で機雷掃海作業に従事したことは記憶に新しいが、当該条文を実施の根拠としていた。
- (注5) 「弾道ミサイル等に対する破壊措置」は、北朝鮮等による弾道ミサイル攻撃に対処するために、2005年の自衛隊法改正により創設された行動である。この行動の法的性質については、政府は、防衛作用ではなく警察作用として位置付けている。その主たる根拠は、防衛出動命令下令前の措置であるので、武力の行使には当たらない武器の使用であるというものである（参議院・外交防衛委員会での大野功統防衛庁長官の答弁（2005年7月5日）等）。この点について、詳細な分析を試みたものに、小針司「改正自衛隊法82条の2に関する一考察——弾道ミサイル防衛法制の法的問題」『防衛法研究』第29号（2005年）、111～134ページ、がある。
- (注6) 「領空侵犯対処」は、外国航空機を対象とする作用であるので、「対外的作用」に属し、国際法が適用され、国内法の法治主義の原則には拘束されないとする論に、山下愛仁「自衛隊法84条の意義に関する若干の考察」『防衛法研究』第29号（1999年）がある。また、外国の国の航空機を対象とする場合は防衛作用で、一方、外国の民間航空機を対象とする場合は警察作用に属する。西修他『日本の安全保障法制』内外出版、2001年、130ページ。

(3) 権限規定の規定振り

自衛隊法第 7 章（自衛隊の権限）には、自衛隊の「行動」に関する規定に対応して、その取り得る「権限」を定める規定があるが、当該章の規定は、行政法規の種類で言うと、根拠規範に属するものである。各行動に対応して、法律上に権限が詳細に定められており⁽¹¹¹⁾、かつ、その規定振りは「ポジリスト」方式（「何々できる」）で、警察法的な規定になっている。

内容的には、防衛出動時における武力の行使等に代表される対外的作用は別として、対内的作用における武器の使用の権限を定めているものを中心に、国民等に対して強制措置を行うなど、いわゆる実力の行使を行うことを授権する規定が主である。

規定されている権限を、その目的、性質、内容に着目して分類すると、表 6 のとおりである。

表 6 自衛隊の権限の分類

機能	権限	根拠規定
全般	武器の保有	第 87 条
国の防衛	防衛出動時の武力行使 防衛出動時の公共の秩序維持のための権限 防衛出動時の緊急通行 国民保護等派遣時の権限 展開予定地域内における武器の使用 防衛出動時における海上輸送の規制のための権限 捕虜等の取扱いの権限	第 88 条 第 92 条 第 92 条の 2 第 92 条の 3 第 92 条の 4 第 94 条の 7 第 94 条の 8
治安維持	治安出動時の権限 警護出動時の権限 治安出動下令前に行う情報収集の際の武器の使用 海上における警備行動時の権限 弾道ミサイル等に対する破壊措置のための武器の使用	第 89 ～ 91 条 第 91 条の 2 第 92 条の 5 第 93 条 第 93 条の 2
災害対処	災害派遣時の権限	第 94 条～ 94 条の 4
機能保全	武器等の防護のための武器使用 自衛隊の施設の警護のための武器の使用 部内の秩序維持に専従する者の権限	第 95 条 第 95 条の 2 第 96 条
国際協力	在外邦人等の輸送の際の権限 後方地域支援等の際の権限	第 94 条の 5 第 94 条の 6

(注) 根拠規定は、いずれも自衛隊法。

(4) 法規の規定振りの特徴

自衛隊の行動に関する法規の規定振りは、対内的作用、対外的作用とも、「ポジリスト」方式、即ち限定列举方式である。

例えば、対外的作用の代表例である防衛出動時の武力行使は自衛隊法第 88 条に規定され

(111) 「領空侵犯対処」における武器使用について、第 7 章（自衛隊の権限）には対応する規定はないが、第 84 条には組織規範性ととも根拠規範性が認められるので可能であるとされる。山下「自衛隊法 84 条の意義に関する若干の考察」、196 ～ 202 ページ。

ているが、「ポジリスト」方式で、「必要な武力を行使することができる」（下線は引用者）となっている。これについては、内容的には「ネガリスト」方式を加味し、留意事項として「国際法規・慣例の遵守」や「事態に応じ合理的に必要な限度」を謳っている。このように対外的作用についても「ポジリスト」方式で規定されているのは、我が国の防衛法制は行政法であるので、自衛隊の行動には、「法治主義」、「法律による行政」、「法律の留保」の原則に従い、全て法律の根拠が必要との考え方に立っているとともに、法規の発想が警察法的であるからである。

(5) 「ポジリスト」方式採用の理由

規定振りが「ポジリスト」方式になっている理由は次のとおりである。

第1に、自衛隊の設立経緯を反映し、治安維持組織当時の法解釈を防衛組織になってからも踏襲している。自衛隊の前身である警察予備隊（1950年）と保安隊・警備隊（1952年）は治安維持のための組織で、防衛のための組織である自衛隊（1954年）になってからも、その影響を受けている⁽¹¹²⁾。

第2に、警察予備隊から自衛隊設立にかけての実務担当者が警察官僚で、防衛行政の重要な立場に就任し、業務に携わっていたことである。警察法的発想で防衛法制の立法と解釈を実施していた⁽¹¹³⁾。

第3に、自衛隊に反対する勢力として自衛隊違憲論を唱える有力政党⁽¹¹⁴⁾等が存在し、その批判への対処の必要があり、自衛隊に対する厳格な法律のしほりを設けることとしていた⁽¹¹⁵⁾。

第4に、戦前の軍部主導の政治への反省があり、「統帥権の独立」を避け、自衛隊を政府の中に組み込み、自衛隊の最高指揮監督権を持つのは内閣総理大臣であるとした。自衛隊に対する厳格な政治統制のしほりを法律で設ける必要があった。

第5に、文民統制の確保を徹底するため、国会によるシビリアン・コントロールを明確にする必要があり、防衛庁・自衛隊の組織、自衛隊の行動は全て法律で規定することとした⁽¹¹⁶⁾。

第6に、自衛隊は国内法的には純粋な意味での「軍隊」ではなく、行政機関の一つであ

(112) 色摩「自衛隊は軍隊か」、21ページ。吉原「有事法制と国際武力紛争法」、67～68ページ。

(113) 吉原「防衛論議」、2～3ページ。吉原恒雄「有事の際に国内法でどこまでできるか」『中央公論』第109巻第6号（1994年6月）、53ページ。

(114) 日本社会党が代表的な例であり、日米安全保障条約と自衛隊の違憲論を唱えていた。しかし、1994年に発足した村山富市内閣の時、村山首相（日本社会党委員長）は国会での施政方針演説で、日米安全保障条約と自衛隊は合憲であると表明し、同党は先の見解を改めた。

(115) 吉原「有事の際に国内法でどこまでできるか」、53ページ。

(116) 西他『日本の安全保障法制』、63～64ページ。

るとされたので、国民の権利義務に関する行政機関の権限の行使は「法治主義」の原則によることが求められ、自衛隊は、法律に明記されていない活動を行うことはできないとされた⁽¹¹⁷⁾。

6 提言——自衛隊の行動に関する法規の規定のあり方

最後に、防衛法（軍事法）の国際基準の観点から、我が国の防衛法制のあり方についての提言を行いたい。

これまでの記述を踏まえると、現行の自衛隊の国内法的位置付けに応じた行政法の法体系の下では、現在の防衛法制の枠組みは維持されるし、変更する契機も乏しいであろう。しかし、国内外環境の変化に応じた防衛に関する国民意識の成熟の反映として、仮に近い将来、憲法の改正が行われて、自衛隊が軍隊（仮に「自衛軍」と称する。）として国内法上に位置付けられることになった場合には、それに対応して防衛法制のあり方を転換することが求められる。その際に留意すべき事項と、見直しのポイントは何で、どのような方向で検討することが望ましいかについて、私見を述べる。

(1) 現行の体制の下での防衛法制について

現行の日本国憲法の下で、国内法的には自衛隊は行政機関であるという位置付けを前提とすると、自衛隊に関する法規、即ち防衛法制は行政法であり、そのあり方は「法治主義」、「法律による行政」、「法律の留保」といった行政法の諸基本原則に則ることが求められる。このため、自衛隊の行動には全て法律の根拠が必要であるとされるとともに、その規定の仕方は「ポジリスト」方式にならざるをえない。

現在、憲法については、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。それを受けて各政党が憲法改正についての立場を明らかにし⁽¹¹⁸⁾、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。また、憲法改正のための国民投票手続きを定める「国民投票法案」が、2007 年 5 月 14 日の通常国会で成立した。これを受け、衆参両院に憲法審査会が設置される⁽¹¹⁹⁾。ただし、憲法改正案の策定・発議は、本法律成立後の 3 年間は見合わされるが、世論の状況を踏ま

(117) 丸茂雄一『公益的安全保障』大学図書、2006 年、2～3 ページ。

(118) 自由民主党は「改憲」、公明党は「加憲」、民主党は「論憲」、社会民主党と日本共産党は「護憲」を標榜している。

(119) 国民投票法の公布日（2007 年 5 月 18 日）後、初めて召集された臨時国会（2007 年 8 月 7 日召集）で設置される予定だったが、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ず、法律的には存在するが、実質的には設置されていない状態である。

えながら、近い将来、憲法改正が具体的な政治日程に登る可能性がある。

その際、数多くの論点があるが、安全保障・防衛の観点から言えば、国家の防衛を担当する武力組織である自衛隊を国内法的にどのように位置付けるのが改正の重要なポイントの一つになる。自衛権を行使するための武力組織としても、現行の行政機関の位置付けを変えないのか、または、軍隊として明確に位置付けるのが焦点であり、その如何は、将来の防衛法制のあり方に大きな影響を及ぼす。

(2) 将来的な防衛法制のあり方を考える際の留意点

仮に近い将来、憲法が改正された場合、わが国の「自衛権」の保有と行使が憲法上明確になり、自衛のための「軍隊」の設置が認められ、自衛隊が軍隊としての位置付けになり、国連軍（多国籍軍を含む。）を始めとする国際的な集団安全保障措置への参加を含めた「国際平和協力」の実施も明文化される可能性がある（自由民主党の憲法草案等を参照）。その場合、「自衛軍」を国内法の体系において、軍隊として明確に位置付けることが望ましく、それに応じた安全保障・防衛体制の構築と、国内防衛法制の体系の見直しを行う必要がある。

その見直しにおいては、新憲法以下の法体系の中で、「自衛軍」の保有に関する規定、組織に関する規定、行動に関する規定、構成員の法的地位に関する規定、防衛刑法に関する規定等を設けることの検討が必要になると考えられる。

例えば、このうち、構成員の法的地位や防衛刑法に関しては、自衛隊が軍隊として位置付けられるとすると、現在、特別職の国家公務員である防衛省職員の身分上の取扱い、特に「自衛官」を「軍人」として位置付ける必要も生じるであろうし、それに伴い、各種服務規程を見直すことが課題になる。現在は、一般職国家公務員と同様な服務義務を中心として、それに加えて、防衛組織として特有な事象に関する服務を課されている⁽¹²⁰⁾。しかし、軍人としてよりふさわしい服務の体系を検討すべきであろう。とりわけ、現在は、通常裁判所の下で裁かれる自衛官の違法行為を「軍法会議」で裁くようにするために、特別裁判所の設置と行政機関の終審としての裁判を禁ずる現憲法の規定の見直しを含めて司法制度の法体系を構成する必要がある。その場合の防衛作用に関する裁判の根拠規範は、一般国民と同様の「刑法」等から「軍法」に転換されよう。このように、一口に自衛隊を軍隊と

(120) 「職務上の義務」として、自衛隊法に、勤務態勢等（第54条）、指定場所への居住（第55条）、職務の遂行（第56条）、上官命令への服従（第57条）、品位の保持（第58条）、秘密の厳守（第59条）、職務への専念（第60条）、政治的行為の制限（第61条）、私企業からの隔離（第62条）、他の職・事業への関与の制限（第63条）、団体の結成等の禁止（第64条）が定められている。このうち、秘密の厳守、私企業からの隔離、政治的行為の制限、団体結成の禁止については、罰則規定がある。さらに、争議行為・怠業的行為の禁止、命令服従義務違反、職務遂行義務違反、職務専念義務違反、権限外の行為についても罰則規定があるが、平時と防衛出動や治安出動時等の事態に応じて罰額の量刑等に差をつけている。

して位置付けると言っても、防衛法制を始めとする体制の整備には、広範かつ綿密な検討を必要とする。

本稿の問題意識から言えば、防衛法制のうち、警察と軍隊の相違、それに伴う警察法と防衛法の相違の考え方を踏まえ、特に「自衛軍」の「行動」に関する規定で、防衛作用が主である対外的作用に関するものについては、規定の方式を「ポジリスト」方式から「ネガリスト」方式に転換することを検討すべきである。一方、警察作用が主である対内的作用に関するものについては、国民が対象となり、国民の権利・義務に関係するので、「自衛軍」としての行動についても、今までどおり国内法上に法律の根拠が必要であり、かつ、「ポジリスト」方式で規定する必要がある。

そもそも、防衛法制の規定の見直しについては、自衛隊が軍隊として位置付けられる場合は、諸外国の軍隊を規律する法規（防衛法）の標準に則って行うべきである。

(3) 対外的作用（防衛作用）に関する国内法令についての留意点⁽¹²¹⁾

軍隊の対外的作用を規律する法規は、基本的に武力紛争法や国際人道法等の国際法である。国際法で禁止される事項以外の行為は原則として自由になし得る。

それに加えて、国際法には慣習法もあり、内容が曖昧な面もあるので、その国内的な解釈を示し、国際法に則って「自衛軍」の行動についての範囲を確定したり制約したりする国内法令（防衛法制）を整備する必要がある。その際、法律レベルの整備に加えて、具体的な「自衛軍」の行動の詳細な基準を定める ROE の策定を、新憲法の定める自衛権行使の枠組みの範囲内⁽¹²²⁾で、できるだけ国際基準に則って行う必要がある⁽¹²³⁾。ここで、注意すべきは、国内防衛法制による制約がない場合は、国際法の許容する範囲内で、軍隊は目一杯の行動や権限行使が可能であることである。

(4) 対外的作用（防衛作用）についての根拠法の必要性⁽¹²⁴⁾

対外的作用についての根拠法規の必要性も、改めて検討する必要がある。

(121) 吉原「有事法制と国際武力紛争法」、64～67 ページ。

(122) 巷間、行われている議論に、憲法の趣旨を明らかにするために、憲法の規定を敷衍する「安全保障基本法」を制定すべきではないかという提言がある。憲法では、自衛権の行使と「自衛軍」の保有等、基本的な事項を定め、その行動の細部基準については基本法で定めるというものである。例えば、新憲法上、集団的自衛権の行使が可能になった場合も、我が国が行使する集団的自衛権に基づく行動の範囲を抑制的に定めておくというもので、この基本法自体の是非については異論はないが、その時々政治的な選択による対応として制定すればよいものと思われる。

(123) 自衛隊の諸活動に関する ROE は「部隊行動基準」と称され、自衛隊の各活動分野において整備され始めている。2000 年に「部隊行動基準の作成等に関する訓令」（平成 12 年防衛庁訓令第 91 号）が定められたことを端緒とする。

(124) 色摩「自衛隊は軍隊か」、20～21 ページ。吉原「有事法制と国際武力紛争法」、63～64 ページ。

対外的作用については、諸外国では軍隊の本来任務とされ、法律の明文の根拠規定はなくても行政府や議会の政治的判断により実施することが可能であるが、これはネガリスト方式的発想である。一方、我が国においては、現在は、自衛隊の全ての行動に法律の根拠が必要であるとされるが、これは「ポジリスト」方式的発想である。しかし、対内的作用のみならず、対外的作用についても全て根拠法規が必要であるとすれば、国内外情勢が変化し、新たな事態が生じるたびごとに、それに対応する行動をとるための新規立法がその都度必要になる。このため、現在の防衛法制整備はパッチワーク的で、対処療法的になっている感がある。

そこで、自衛隊が軍隊として位置付けられた場合、対外的作用については、明文の法律の根拠がなくても、軍隊の本来任務として行動することができるとの判断をする必要がある。そのため、「自衛軍」になった場合は、「防衛出動」等の規定を見直すべきであり、特に権限を定める規定が必要かどうか自体まで含めて検討すべきである。かりに当該規定がなくなったとしても、具体的な、「自衛軍」の行動基準についてはROEで定め、歯止めをかければ良いからである。

また、次の事項について新規立法の必要性が政府内外で言われているが、上記の関係から再検討の必要がある。即ち、「国際平和協力活動」に関して、自衛隊の海外活動のための「恒久法」の検討が現在行われているが、行政機関である自衛隊の場合ならともかく必要性があるにしても、「自衛軍」の場合に新規立法が果たして必要であるかについて検討の余地がある。軍隊としての、当然の任務として判断できないだろうか。

また、現在は、海外任務における武器使用について、警察官職務執行法の規定に準じて権限が与えられているが、国際標準（いわゆるBタイプ：任務遂行・警護のための武器使用が可能）で見直す必要があるか検討すべきである。このことは、現行憲法の下においては、武力の行使や武力による威嚇に当たらないようにするために定められた権限規定であるが、自由民主党の「恒久法」案⁽¹²⁵⁾では、それに抵触することなしに権限拡大が可能であるとしているし⁽¹²⁶⁾、憲法改正により集団的自衛権行使が可能になった場合は、特に検討が必要

(125) 2006年8月30日に自由民主党防衛政策検討小委員会です承された「国際平和協法案」。国連決議、国際機関の要請があった場合のみならず、我が国政府の判断でも自衛隊の派遣を可能とし、自衛隊は、現在も認められている人道復興支援に加え、安全確保活動、警護活動、船舶検査活動を実施できる。ただし、国際紛争を解決する手段としての武力の行使は禁止される。

(126) 武器使用について言えば、現在も認められている正当防衛や緊急避難に該当する場合の自己、現場にいる隊員、管理下にある者の防護に加えて、隊員や民間人の「駆けつけ警護」も可能とし、さらに、任務遂行のための危害射撃も認めている。自衛隊の活動の実施区域は「非国際的武力紛争地域」であり、これは「非戦闘地域」を意味し、そのため、駆けつけ警護も任務遂行のための危害射撃も「武力の行使」には当たらないとされる。

とされる⁽¹²⁷⁾。

さらに、「領域警備」に関しても、行動の根拠となる新規立法が必要とされているが、その適否については、十分考える必要がある。この領域警備の作用が、警察作用か、防衛作用かについて学説は分かれているが⁽¹²⁸⁾、近年の日本周辺での軍事的動向を踏まえると、「自衛軍」の取り得る行動として任務付与しておくことが望ましい。ただし、それに法律レベルで明文の根拠規定が必要かという議論である。

筆者の見解では、国際平和協力活動と領域警備のいずれの行動も防衛作用の一環として捉え、その規定のあり方を検討すべきである。自衛隊が「自衛軍」として位置付けられた場合には、両作用を対外的作用と捉えるのであれば、あえて法律レベルの根拠規定は必要とされないと考えられるからである。その場合、「自衛軍」の部隊の行動の基準は、ROE で定めておけば十分と考えられる。

(5) 対外的作用（防衛作用）に関する規定の整理

防衛法制の規定のあり方の検討に当たっては、①対外的作用に根拠法規が必要かの観点と、②対外的作用の規定の書き振りの観点、の二つの要素を考慮する必要がある。

現在、対外的作用についても「ポジリスト」方式で規定されているが、「ネガリスト」方式に発想を転換し、現行の規定振りを再検討する必要がある。対外的作用は「自衛軍」の軍隊としての特性に基づく本来任務であり、諸外国の軍隊の例にならい、明文の法律上の根拠規定がなくても行動できると考えると、あえて根拠規定を設ける必要はあるのか検討すべきであることは、既に述べた。

また、規定振りについては、法文上、明確に記述すると、どうしても「ポジリスト」方式（「何々できる」）の書き方にならざるを得ない場合が多いが⁽¹²⁹⁾、想定される事態の類型は限定されており、思わぬ事象が新たに生じ、現行法では対処できない場面が出てくることは容易に想像される。そこで、国内防衛法制の法律のレベルでは、行動の内容について細かく記述しない選択もあり得る。といっても、無制限の実力行使を認めるというのでは

(127) 国際平和協力業務 (PKO) において、例えば、自衛隊とともに活動している他国軍隊が攻撃を受けた場合に自衛隊が防護することは、集団的自衛権の問題ではなくて、集団安全保障の範疇に属する問題で、国権の発動たる戦争や武力の行使に当たるものではないにもかかわらず、我が国における議論では、その両者が混同されている、とする見解もある（柳井俊二元駐米大使等）。ただし、内閣法制局等は、この問題は武力の行使にかかわるものであるとの立場に立っていると思われる。衆議院・国際平和協力特別委員会における工藤敦夫内閣法制局長官の答弁（1991年9月25日）等。

(128) 「領域警備」を警察作用と捉える立場に、富井幸雄「領域警備に関する我が国の法制度」『新防衛論集』第26巻第3号（2000年12月）、3～22ページ、が、防衛作用と捉える立場に、山下愛仁「『領域警備』に関する若干の考察——防衛作用と警察作用の区別に関する一般論」『防衛法研究』第26号（2002年）、139～161ページ、がある。

(129) 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、73ページ。

なくて、行動の枠組みは国際法で規律する範囲内としておくのが防衛法の国際基準であり、そうすれば事態に応じて柔軟な対応が可能であるからである。ただし、部隊の指揮官の判断を容易にし、実力を行使する軍隊の構成員が、心おきなく任務を遂行できるようにするため、上述のように武力行使の範囲を確定し、部隊の行動の基準となる ROE の策定を検討する必要がある。そこで、「自衛軍」の行動の内容についてしほりをかければ十分であるからである。

(6) 行政と国会の間の所管事項の配分⁽¹³⁰⁾

規定の法形式⁽¹³¹⁾についても、現在は、自衛隊の行動については、全て法律に根拠を有しているが、その内容に応じて、法律以外の法形式、例えば内閣で定めることのできる政令⁽¹³²⁾等を活用することも検討されるべきである。

現在は、我が国では、防衛に関する法規は国会の所管事項である法律で規定される。一方、諸外国では、行政府の所管事項である政令で定められるものもある。「法治主義」、「法律による行政」、「法律の留保」の諸原則の要請で、国民の権利義務に影響を及ぼす事項を規律するために、法律による定めが求められる警察作用を始めとする対内的作用を除き、主として防衛作用である対外的作用については、内閣の所管事項として、政令以下の法規で防衛法制を構成することも可能である。即ち、国民の権利義務に関することを規律するものではない政令を活用し、その政令で規定すべき事項があると思われる。国会の最高機関性を損なわない範囲で、防衛法制を国会と内閣の共管事項として捉えるべきである。即ち、法律レベルで定める事項と政令以下のレベルに規定を委任してよい事項の振り分けである。

(7) 国内行政法規の自衛隊への適用⁽¹³³⁾

諸外国では、国民の生活活動を規制する法規である行政法規は、武力紛争時には防衛分野ないしは軍隊には原則として不適用であり、あえて適用するものだけを防衛法制に規定している。一方、我が国では、一般国民に適用される法規である行政法規は自衛隊に原則として適用される。武力紛争時も同様であり、自衛隊法の中で、適用除外するものだけを規定している。

(130) 同上、84～88ページ。

(131) 行政法は基本的に成文法主義であり、法源としては、国家がその統治権に基づいて定立する国法が中心になる。その国法には、憲法、法律、命令（政令、内閣府令、省令、規則）等があり、条約も、行政法の法源となる場合がある。原田『行政法要論』、29～33ページ。

(132) 内閣の行う事務として、憲法第73条第6号に「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない」（下線は引用者）と列挙されている。

(133) 吉原「防衛論議」、6ページ。吉原「有事法制と国際武力紛争法」71～74ページ。

しかし、武力攻撃を受けている際に、我が国に武力攻撃を行っている敵国は我が国の国内行政法規を無視しているのに対して、我が国の自衛隊はそれに拘束されるのは、軍事合理性の点では不合理の感がある。もっとも、現行法規の下においても、自衛隊の行動にかかわる地域である、いわゆる戦闘行為が行われている地域(前線)においては、自衛隊は必要な武力の行使を行うことができ、この場合は、国際法に基づく防衛行動が国内法制である行政法規に優先される。そのため、ここで、問題となる事態は、自衛隊の行動に関わる地域以外の地域における行政法規の適用問題になる。

現行は自衛隊法で適用除外規定を設けているが、2003年の有事関連法制整備における自衛隊法改正を経たものの、未だ不十分な面があることは否定できない。そこで、諸外国の規定振りにならい、武力攻撃事態においては、行政法規は原則として不適用とし、自衛隊に適用する行政法規だけをリストアップするやり方にすることが望ましい。また、武力攻撃事態は別として、平時においても、上記の方法を検討することが検討されるべきである。ただし、国内行政法規の規定内容は広範かつ詳細にわたるので、原則不適用で適用するものだけを法文で規定することについては、立法技術上の困難性があるかもしれない。

おわりに

戦後の諸事情があり、我が国の防衛のための体制は、諸外国と比較すると特異な点がある。日本国憲法の下で、我が国は平和国家としての立場が強調されているが、最近では、国民のコンセンサスとしても安全保障・防衛問題や自衛隊に対する理解は深まり⁽¹³⁴⁾、法制面を始めとして運用面でも、かなりの程度、安全保障と防衛の機能は強化されている⁽¹³⁵⁾。もちろん、各国は、それぞれ固有の事情を抱えているし、我が国が、我が国なりの態勢をとっていることについては、特段、異を唱えるべきものではない。今後、憲法改正の論議が深まり、憲法第9条の見直しの機運が盛り上がったとしても、我が国は自衛権に基づく国家防衛を基本とし、国際責務を十分果たすようにしながらも、侵略戦争の禁止や専守防衛を始めとする抑制的な防衛政策を採り続けるであろうと予測される。ただ、憲法第9条第2項の戦

(134) 「自衛隊・防衛問題に関する世論調査」(内閣府大臣官房政府広報室、2006年2月調査)によると、自衛隊や防衛問題に対する関心がある者は67.4%、自衛隊に対する印象が良いものは84.9%、自衛隊が存在する目的は「災害派遣」と「国の安全の確保」が70%前後で拮抗し、「国際平和協力活動」の取組に現状程度で良いとする者と、より積極的にとする者を合わせて84.5%、イラク復興における自衛隊の活動の成果を役立っていると捉えるものは66.7%である。また、日本の安全を守るための方法として、日米安全保障体制と自衛隊によるべきとする者は76.2%で、日本が戦争に巻き込まれる危険があるとする者は45.0%で、日本の平和と安全の面から関心を持っていることは、朝鮮半島情勢が63.7%で最も多く、続いて国際テロ組織の活動(46.2%)、中国の軍事力の近代化・海洋活動(36.3%)、大量破壊兵器・ミサイルといった軍備管理・軍縮問題(29.6%)が挙げられている。「資料編 資料61」防衛庁編『平成19年版 日本の防衛』ぎょうせい、2007年、447～450ページ。

力不保持の規定と交戦権不行使の規定が改正され、自衛隊が、名実共に軍隊として認知され行動することが認められるようになると、これまでの自衛隊は行政機関であるという国内法上の位置付けを改め、根本的な発想の転換を図る必要がある。

本稿では、国家の実力組織である警察と軍隊の組織的性格の違いと、それぞれを規律する法規の異同から論を始め、自衛隊は国際法上は軍隊として扱われるが、国内法的には行政機関の一つであり、それを規律する法規は、行政法の諸原則に支配され、とりわけ、自衛隊発足の経緯や国内政治状況、戦後防衛体制についての理念等から、防衛法（軍事法）的発想ではなく、警察法的発想で、防衛法制の体系が構築されていることを指摘した。そのため、規定の方式が、諸外国の軍隊を規律する「ネガリスト」方式ではなく、警察を規律する「ポジリスト」方式であるため、自衛隊の行動には全て法律の根拠が必要とされることを強調した。

将来、自衛隊が「自衛軍」になった場合、法規の発想を転換して、諸外国の軍隊と同様の法体系に組み直すことが最も望ましい。しかし、戦後、自衛隊が発足してから約50年間もの間、「ポジリスト」方式で規定された防衛法制に慣れた我が国の政府と国民が、その転換にうまく対応できるかどうかは定かではない。つまり、現状維持を超えて改革を志すことには、意識の根本的変革が必要であり、その実行には、常に困難を伴うからである。仮に、憲法改正が実現しても防衛法制の体系は基本的に現状のままという事態も想定される。筆者の立場は、もちろん防衛法制のあり方の見直しを提言するものであるが、今までは、論壇の一部の識者を除いては、現在の防衛法制が内包する、この根本的な課題、論点についての議論が深まっているとは言えない。さらに、実務的にも、防衛省、内閣法制局を始めとする関係政府機関が、憲法改正に合わせて防衛法制の再構築を行うことには、多大のエネルギーと手間暇を要する。即ち、現在のポジリスト方式で、国の防衛に際して何か不都合があるかとの意見もあるだろうからである。しかし、軍隊に対する統制と軍事合理性の確保との調和の観点から、国際基準に則り、防衛法制の見直しを行うことが望ましい。

(おくひらじょうじ 研究部第1研究室主任研究官)

(135) 例えば、有事における国民保護に関して言えば、2004年9月に施行された国民保護法を受けて、2005年3月に「国民保護に関する基本指針」が定められ、これを受けて、2005年10月までに指定行政機関、2006年3月までに都道府県の「国民保護計画」と、2006年4月までに指定公共機関の「国民保護業務計画」が策定された。さらに2006年度中に、市町村の国民保護計画と、指定地方公共機関の国民保護業務計画がほぼ策定された。これと並行して、2005年度から実働訓練や図上訓練が、逐次、実施されてきている。また、地域住民の安全情報を全国から確認する「安否情報システム」が、2007年4月から運用開始された。