

## 参議院常任委員会調査室・特別調査室

論題	自衛隊法における「権限」と「根拠規範」(上) ーポジティブリスト方式に関する整理と考察ー
著者 / 所属	佐久間 惇 / 外交防衛委員会調査室
雑誌名 / ISSN	立法と調査 / 0915-1338
編集・発行	参議院事務局企画調整室
通号	469号
刊行日	2024-9-20
頁	157-173
URL	<a href="https://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/ripou_chousa/backnumber/20240920.html">https://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/ripou_chousa/backnumber/20240920.html</a>

※ 本文中の意見にわたる部分は、執筆者個人の見解です。

※ 本稿を転載する場合には、事前に参議院事務局企画調整室までご連絡ください (TEL 03-3581-3111 (内線 75020) / 03-5521-7686 (直通))。

# 自衛隊法における「権限」と「根拠規範」(上)

## — ポジティブリスト方式に関する整理と考察 —

佐久間 惇

(外交防衛委員会調査室)

1. はじめに
2. 自衛隊が執る警察手段
  - (1) 自衛隊の位置付け
  - (2) 警察法制と自衛隊法の「権限」に関する規定の概観
  - (3) 法律の留保原則と自衛隊法の規定の関係
  - (4) ポジティブリスト原則と法律の留保原則 (以上、本稿)
3. 任意手段に係る規定の意義
4. 自衛隊法第3条の根拠規範性
5. おわりに

### 1. はじめに

自衛隊の活動は、主に防衛省設置法（昭和29年法律第164号）と自衛隊法（昭和29年法律第165号。以下、「隊法」という。）の2本の法律（いわゆる「防衛二法」）に基づき実施されている。防衛二法を中心とした日本の防衛法制の特徴として、その規定方式を指摘する議論がある。具体的には、一般に諸外国の防衛法制ないし軍事法制の多くが、軍隊がしてはならないことを規定する、いわゆるネガティブリスト方式であるのに対し、日本の防衛法制は、自衛隊がしてよいことを規定する、いわゆるポジティブリスト方式であると指摘される<sup>1</sup>。ポジティブリスト方式の場合、自衛隊は、法律に規定されていないことは実施できず、新たな活動を実施する場合には、その活動の根拠となる規定を法律に盛り込む必要があると考えられる。このような認識の下、その是非や内容につき、国会審議や専門家等の間において議論が交わされてきた<sup>2</sup>。近年では、自衛隊による海外での要人警護につ

<sup>1</sup> 小室直樹、色摩力夫『国民のための戦争と平和の法—国連とPKOの問題点』（綜合法令、1993年）124-148頁（色摩力夫執筆部分）

<sup>2</sup> 主な国会論議として、第169回国会参議院予算委員会会議録第13号31頁（2008.3.24）等が挙げられる。ま

いて、隊法が規定しておらず実施できないことを念頭に、隊法のポジティブリスト方式の是非が質された。これに対し、岸田文雄内閣総理大臣が、「実力組織である自衛隊がどのような役割を果たし、そのために何ができるかについては、国会の民主的統制の下に置かれるべきです。自衛隊による海外の活動については、これまでも立法措置を講ずることによって実施してきており、今後もこうした考え方を維持してまいりたい」との見解を示した<sup>3</sup>。

このような防衛法制の規定方式の由来は、警察法制の規定方式に求める説明が一般的である。防衛省・自衛隊の前身組織である保安庁・保安隊及び警備隊は、警察機関という位置付けであった。防衛二法は、その保安庁等の組織や活動を規定していた保安庁法（昭和27年法律第265号）を改正し、整理する形で制定された。このために規定方式が警察法制と同様のポジティブリスト方式となっていると説明される<sup>4</sup>。また、その内容を見ても、警察官の権限を定める警察官職務執行法（昭和23年法律第136号。以下、「警職法」という。）が準用される点なども、警察法制ベースの規定方式として指摘される。

しかし、警察法制の「ポジティブリスト方式」と、防衛法制の「ポジティブリスト方式」が、全く同じ規定方式であるかは明らかでない。政府はかつて、警察の権限行使に関連して、「書かなければ何もできないということでは、いわゆる聞き込みなどもできないわけでございます。情報の収集などもできないということになるわけでありまして、やはり警察法第二条に規定された警察の責務を行なうについては、その必要の限度において警察活動はできる。しかし、これが人の自由を拘束するというようなことにわたってはならない」との見解を示したことがあり<sup>5</sup>、先に見た防衛法制に係る「法律に規定されていないことは実施できない」という認識とは一見、一致していないようにも思われる。隊法のうち、警察作用に係る規定の解釈は、警察法制の判例及び学説に拘束されるところとする見解もある<sup>6</sup>ところ、警察の権限行使に関する上記の政府見解は防衛法制の理解においてどのように捉えるべきか。自衛隊における、法律に明示的な規定のない警察権限の行使の可能性を考える上で、重要な論点となる。

そこで本稿では、警察法制との比較により、自衛隊が担う国家作用のうち、警察作用に係る権限の範囲で、隊法上の自衛官の権限行使と法律の根拠との関係性を整理する。これにより、隊法が明示的に規定していない態様の権限行使の可能性について考察する。

なお本稿は、筆者が大学院派遣研修時に執筆した修士論文を、本誌掲載にあたり修正・

---

た、主な論考として山中倫太郎「自衛隊の『行動』及び『権限』と法律の関係—法律による行政の原理及び文民統制によるポジ原則の基礎付けの可能性に焦点を当てて」『防衛法研究』第46号（2022年）67頁以下等が挙げられる。

<sup>3</sup> 第211回国会参議院本会議録第10号9頁（2023.3.27）

<sup>4</sup> 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』第50巻第6号（2002年）62頁以下、浜谷英博「自衛隊を行政組織に位置付ける危うさ」『正論』第636号（2024年）31-38頁等

<sup>5</sup> 第38回国会衆議院地方行政委員会議録第35号8頁（1961.5.26）柏村信雄警察庁長官答弁

<sup>6</sup> 自衛隊の領空侵犯に対する措置のうち、民間航空機に対する措置は、国内法上の警察作用であるとし、「その運用は、警察作用ないし即時強制に関する判例・学説に拘束され」、警職法第5条及び第7条並びに出入国管理令第61条の4と、「その役割において異なるところはな」く、「したがって、その解釈に当たっては、これらの規定を参考とする」べきであるとの指摘がある（安田寛『防衛法概論』（オリエント書房、1979年）206頁）。また、自衛隊の行動一般について同旨の見解として、吉原、前掲論文（脚注4）がある。

再構成した個人的な分析であり、筆者が所属する組織等の見解を示すものではない（次号掲載部分も同様）。また、肩書等はいずれも当時のものである。

## 2. 自衛隊が執る警察手段

### (1) 自衛隊の位置付け

#### ア 自衛隊の担う作用の法的位置付け

日本国憲法第 65 条は、「行政権は、内閣に属する。」と定める。ここでいう「行政権」の意義については、主にこれを積極的に定義する見解と、消極的に定義する見解がみられるところ、通説は後者の立場をとる。いわゆる「控除説」と呼ばれる見解で、すべての国家作用から立法作用と司法作用を除いた部分を行政作用とする<sup>7</sup>。すなわち、この控除説の下では、ある国家の活動は、それが立法作用あるいは司法作用に含まれるものでなければ、行政作用に含まれるものと解される。したがって、防衛作用を含めた自衛隊の活動は、行政作用の一部をなしているものと理解できる<sup>8</sup>。政府見解においても、自衛隊の行動は行政作用に位置付けられている<sup>9</sup>。

#### イ 実定法上の防衛省・自衛隊の位置付け

国の行政機関である防衛省の設置根拠は、防衛省設置法である。防衛省設置法は、他省庁の設置法と同様に、国家行政組織法（昭和 23 年法律第 120 号）第 4 条に基づき、防衛省の任務及び所掌事務の範囲に関する規定（第 3 条及び第 4 条）のほか、本省に置かれる機関等や外局（防衛装備庁）の設置等に係る規定等を置いている。他方、防衛省設置法に特徴的な規定として、第 2 章第 3 節を「自衛隊」と題し、第 5 条及び第 6 条を設けている。第 5 条では、「自衛隊の任務、自衛隊の部隊及び機関の組織及び編成、自衛隊に関する指揮監督、自衛隊の行動及び権限等は、自衛隊法（これに基づく命令を含む。）の定めるところによる。」とされ、同条に基づき、隊法は定められている。

また、防衛省設置法第 19 条第 1 項は、防衛省本省に特別の機関として「統合幕僚長及び陸上幕僚長、海上幕僚長又は航空幕僚長の監督を受ける陸上自衛隊、海上自衛隊及び航空自衛隊の部隊及び機関」を置くこととしている。防衛省と自衛隊の関係性については、実態としては、同一の行政組織であり<sup>10</sup>、自衛隊は、日本国の防衛などを任務とする部隊行動を行う実力組織としての面（動的な側面）から防衛省を把握した概念であるとされる<sup>11</sup>。

したがって、自衛隊は、実力組織という側面を強調する概念であるものの、国の行政

<sup>7</sup> 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第 7 版』（岩波書店、2019 年）333-334 頁

<sup>8</sup> 自衛隊の活動を控除説の下、完全に行政作用に組み込むことについては異論も多い。例えば、防衛作用を行政作用の枠外に置く見解がみられる。しかし、本稿が扱う警察作用が行政作用の一部をなすことについては、一定のコンセンサスが得られているものと思われるので、特に考慮すべき場合を除いて、本稿では通説である控除説の立場を採り、自衛隊の警察活動が行政作用であるという理解の下、議論を進めることとする。

<sup>9</sup> 第 19 回国会衆議院内閣委員会外務委員会連合審査会議録第 1 号 19 頁（1954. 4. 16）木村篤太郎保安庁長官答弁等

<sup>10</sup> 第 91 回国会参議院予算委員会会議録第 20 号 17 頁（1980. 4. 3）塩田章防衛庁長官官房長答弁及び第 96 回国会参議院内閣委員会会議録第 5 号 14 頁（1982. 4. 1）角田禮次郎内閣法制局長官答弁

<sup>11</sup> 第 19 回国会衆議院内閣委員会外務委員会連合審査会議録第 1 号 19 頁（1954. 4. 16）木村篤太郎保安庁長官答弁、『令和 6 年版防衛白書』237 頁等

機関である防衛省と同一の組織であって、基本的にほかの行政機関と同じ法的規律の下に置かれるものと考えられる。

## (2) 警察法制と自衛隊法の「権限」に関する規定の概観

一般に「行政は法律に基づいて、かつ、法律に従って行われなければならない」<sup>12</sup>と考えられている(いわゆる「法律による行政の原理」<sup>13</sup>)。自衛隊の担う作用が行政作用であり、自衛隊も行政機関であれば、その活動は、同原理の下に置かれる。そこで、自衛隊の「権限」に関する法律の枠組みを整理する。以下では、まず、前提として警察の「権限」に関する法律の枠組みについて概観した後、自衛隊の「権限」の枠組みを概観する。

### ア 警察の「権限」に関する法的枠組み

#### (ア) 警察法制の構造

日本の警察法制は、警察法(昭和29年法律第162号。以下、単に「警察法」とした場合本法律を指す。)、警職法及び刑事訴訟法(昭和23年法律第131号)の3つの法律を中心とした法体系となっている。

これらの法律の関係について政府は、「この法律(筆者注:「この法律」とは警察法を指す。)はまず警察の組織を定めるのでございまして、いわば警察の組織法でございます。警察の職権を行使することにつきましては、別に警察官等職務執行法でございますとか、あるいは司法警察職員として職務を執行することにつきましては、御承知の通り刑事訴訟法というような職権行使に関する法律が別にあるのでございまして。」と説明している<sup>14</sup>。

#### (イ) 警察官職務執行法の概要

警職法の目的について同法第1条第1項は、「警察官が警察法(昭和二十九年法律第百六十二号)に規定する個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂行するために、必要な手段を定めること」としている。同条第1項が列挙する内容は警察法第2条第1項が警察の責務<sup>15</sup>として掲げる内容と同じであると考えられており<sup>16</sup>、警職法は、警察の責務を遂行するために警察官が執ることができる「必要な手段」を定めていると言える。

具体的な手段は第2条から第7条に規定されている。その内容は表1の通りであり、強制手段と任意手段に整理することができる。

ここでいう任意手段とは、「相手方の承諾なく行えば国民の権利・自由を侵害する行為(即時強制と同様の行為)を相手方の承諾を得て行なうものと、もともと即時強制には当たらない行為(国民の権利・自由を制限するとはいえない行為)」のことをいうとされ

<sup>12</sup> 法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典 第5版』(有斐閣、2020年)1068-1069頁

<sup>13</sup> 法律による行政の原理につき、差し当たり塩野宏『行政法I [第五版] 行政法総論』(有斐閣、2009年)68頁以下、藤田宙靖『新版 行政法総論(上)』(青林書院、2020年)58頁以下参照。

<sup>14</sup> 第19回国会衆議院地方行政委員会議録第22号2頁(1954.3.4)柴田達夫国家地方警察本部警視長(総務部長)答弁

<sup>15</sup> 警察法の責務規定は他の行政機関の設置法等に置かれる任務規定と同様の意義・性質を有するものとされる。責務の語を用いている意図については、「責任を負うという趣旨を明示したもの」(田村正博『全訂 警察行政法解説 [第三版]』(立花書房、2022年)70頁)などと説明される。

<sup>16</sup> 古谷洋一編著『注釈 警察官職務執行法 [五訂版]』(立花書房、2021年)24頁

る<sup>17</sup>。強制手段と任意手段の区別に関して、刑事訴訟法上の任意捜査と強制捜査に係る判例では、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」とされる<sup>18</sup>。すなわち、強制手段と任意手段の区別は、有形力の行使の有無ではなく、個人の意思を制圧し、相手方の身体等に制約を加え強制的に目的を実現する行為か否かに着目して判断される。そして、この考え方は犯罪捜査以外における強制と任意の区別にも有用であると考えられており<sup>19</sup>、警察官の職務執行一般に当てはまるものとされている<sup>20</sup>。

表 1 警察官職務執行法が定める手段

強制手段	任意手段
<ul style="list-style-type: none"> <li>・逮捕時の凶器捜検（第 2 条第 4 項）</li> <li>・精神錯乱者等の保護（第 3 条第 1 項第 1 号）</li> <li>・危険な事態における措置（第 4 条第 1 項）</li> <li>・犯罪の制止（第 5 条）</li> <li>・危険時の立入り（第 6 条第 1 項）</li> <li>・武器の使用（第 7 条）</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・質問（第 2 条第 1 項）</li> <li>・同行要求（第 2 条第 2 項）</li> <li>・迷い子等の保護（第 3 条第 1 項第 2 号）</li> <li>・危険な事態における警告（第 4 条第 1 項）</li> <li>・犯罪の予防のための警告（第 5 条）</li> </ul>

（出所）田村正博『全訂 警察行政法解説〔第三版〕』195-196 頁を基に筆者作成

## イ 自衛隊の「権限」に関する法的枠組み

### （ア）自衛隊法の構造

防衛省設置法第 5 条を受けて定められた隊法は、自衛隊の活動や組織などあらゆる内容を規定する。その中でも、自衛隊の活動に係る隊法の規定は主に、「任務」（同法第 3 条）、「行動」（同法第 6 章）及び「権限」（同法第 7 章）の 3 つのレベルに分けて整理される<sup>21</sup>。

#### a 任務規定

隊法第 3 条第 1 項は、自衛隊の任務について以下の通り定める。

第三条 自衛隊は、我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、我が国を防衛することを主たる任務とし、必要に応じ、公共の秩序の維持に当たるものとする。

同項では、自衛隊の設置目的が、日本国の平和と独立を守り、国の安全を保つことであることが示され、このために「主たる任務」として日本国を防衛することとされ

<sup>17</sup> 田村正博、前掲書（脚注 15）178 頁

<sup>18</sup> 最三決 1976 年 3 月 16 日刑集第 30 卷第 2 号 187 頁

<sup>19</sup> 田村正博、前掲書（脚注 15）93 頁

<sup>20</sup> 同様の考え方で警職法の規定を整理した論考に出射義夫「警察官職務執行法の基本概念」『警察学論集』第 12 卷第 5 号（1959 年）15-32 頁がある。

<sup>21</sup> 宮崎弘毅「防衛二法と自衛隊の任務行動権限（その一）—防衛法シリーズ（9）—」『国防』第 26 卷第 12 号（1977 年）95 頁及び山中、前掲論文（脚注 2）70 頁参照。

ている<sup>22</sup>。この部分は、国家作用のうち「防衛作用」を担うことを表しているとして解される<sup>23</sup>。また、これと併せて、「必要に応じ、公共の秩序の維持に当たる」ことが規定されている。こちらは防衛作用ではなく、「警察作用」とされている<sup>24</sup>。具体的には警察法第2条が定める警察の責務（任務）のうち、いわゆる行政警察<sup>25</sup>作用として扱われている部分と同じものであると考えられている<sup>26</sup>。防衛作用と警察作用の違いについて政府は、「警察作用というのは、国民の生命財産、また社会の治安とか秩序といったものを維持するということではありますが、防衛作用といいますと、やはり国を守る、国家そのものを守る、外国から侵略等を防止するという観点で国を守るというのが趣旨」という整理を示している<sup>27</sup>。

## b 行動規定

隊法第6章は、「自衛隊の行動」を定める。第3条により自衛隊に付与された任務が、第6章の行動規定によって具体化されるという構造になっている。この行動規定は、保安庁法から踏襲されているが、同法の行動規定の立法趣旨について政府は、「従来は目的において国家地方警察並びに自治体警察の警察力の不足を補う目的である、こういうふうに書いてありましたが、今回の保安庁法におきましては、如何なる場合において如何なる手続を以て行動するかということをも具体的に定めることといたした……。即ち第六十一條以下におきまして……詳細に出動の手続を規定いたしたわけでございます。従いまして如何なる場合に如何なる条件に基いて出動するかということは、おのずから六十一條以下において具体的に制限をせられております」と説明した<sup>28</sup>。つまり、行動規定は、警察予備隊令（昭和25年政令第260号）において抽象的に定められていた、警察を補完するという出動の目的をより具体化して定めると共に、出動する際の手続を個別に定める規定であるといえる。

隊法第3条の「必要に応じ、公共の秩序の維持に当たる」とする部分に対応する行動類型は、現時点で、国民保護等派遣（第77条の4）、治安出動（第78条及び第81条）、治安出動下令前に行う情報収集（第79条の2）、警護出動（第81条の2）、海上における警備行動（第82条）、海賊対処行動（第82条の2）、弾道ミサイル等に対する破壊措置（第82条の3）、災害派遣（第83条）、地震防災派遣（第83条の2）、原

<sup>22</sup> 1954年の隊法制定時は、「自衛隊は、わ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わが国を防衛することを主たる任務とし、必要に応じ、公共の秩序の維持に当るものとする。」という条文だったが、2015年の改正で「直接侵略及び間接侵略に対し」の文言が削除された。

<sup>23</sup> 杉村敏正「防衛法」田上穰治、杉村敏正著『法律学全集12』（有斐閣、1958年）所収81-92頁、宮崎「防衛二法と自衛隊の任務行動権限（その二）—防衛法シリーズ（10）—」『国防』第27巻第1号（1978年）99頁

<sup>24</sup> 同上

<sup>25</sup> 明確な定義づけのないまま、「行政警察」「司法警察」の語句を用いることは不適當であるとの指摘もある（古谷、前掲書（脚注16）20-22頁）。本稿では、自衛官の権限を論じる上で便宜的に、警察官の執り得る手段のうち、司法警察職員として刑事訴訟法に基づき警察官が職務を執行する際に執る手段を司法警察手段とし、それ以外を行政警察手段と位置付ける。

<sup>26</sup> 宮崎「防衛二法と自衛隊の任務行動権限（その二）—防衛法シリーズ（10）—」102頁

<sup>27</sup> 第154回国会衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会議録第6号16頁（2002.5.16）中谷元防衛庁長官答弁

<sup>28</sup> 第13回国会参議院内閣・地方行政連合委員会会議録第7号7頁（1952.6.2）大橋武夫国務大臣答弁。同旨、保安庁保安局編『保安庁法解説』（立花書房、1953年）8頁

子力災害派遣（第 83 条の 3）、領空侵犯に対する措置（第 84 条）、機雷等の除去（第 84 条の 2）、在外邦人等の保護措置（第 84 条の 3）、在外邦人等の輸送（第 84 条の 4）の 14 類型である。例えば、命令による治安出動について定める第 78 条は以下のように規定されている。

第七十八条 内閣総理大臣は、間接侵略その他の緊急事態に際して、一般の警察力をもつては、治安を維持することができないと認められる場合には、自衛隊の全部又は一部の出動を命ずることができる。

2 内閣総理大臣は、前項の規定による出動を命じた場合には、出動を命じた日から二十日以内に国会に付議して、その承認を求めなければならない。ただし、国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合には、その後最初に召集される国会において、すみやかに、その承認を求めなければならない。

3 内閣総理大臣は、前項の場合において不承認の議決があつたとき、又は出動の必要がなくなつたときは、すみやかに、自衛隊の撤収を命じなければならない。

「行動」とは何かという明確な定義はない。例えば、「それが当該部隊（等）に命ぜられたことに伴い、当該部隊又はその自衛官が実力行使を実施することが認められるような活動」を行動とする見解<sup>29</sup>がみられる一方、政府は過去、隊法第 8 章の雑則に置かれていた機雷等の除去に係る規定を、隊法第 6 章に移す際、条文を移す意図を質されたのに対し、当該活動を「国民の生命、財産を直接守る活動」と位置付けている旨答弁している<sup>30</sup>。

なお、防衛省設置法第 4 条第 1 項第 18 号が防衛省の所掌事務として、「所掌事務の遂行に必要な調査及び研究を行うこと。」を掲げていることに基づき自衛隊が実施している情報収集活動や警戒監視活動は、隊法上の「行動」ではない<sup>31</sup>。また、隊法第 8 章や附則には、土木工事等の受託（第 100 条）や国賓等の輸送（第 100 条の 5）、不発弾等の処理（附則第 4 項）等の活動が定められている。これらの活動は、国の防衛という基本的な任務を果たすため日夜厳しい訓練を通じて培っている自衛隊の技能、経験及び組織的な機能を、さまざまな場面で国民、世界のため活用することが有効かつ必要であるとの考え<sup>32</sup>の下、第 3 条が定める本来任務のほかに実施することとされた「付随的任務」とされ、隊法上の「行動」とは異なるものとして位置付けられる<sup>33</sup>。

### c 権限規定

隊法第 7 章は、自衛隊の「権限」を定めている<sup>34</sup>。同章で規定されている「権限」と

<sup>29</sup> 仲野武志『防衛法』（有斐閣、2023 年）25-33 頁

<sup>30</sup> 第 165 回国会参議院外交防衛委員会会議録第 8 号 22 頁（2006. 12. 7）大古和雄防衛庁防衛政策局長答弁

<sup>31</sup> 隊法は、防衛省設置法第 5 条に鑑み、他の法律に規定された活動や権限を、当該法律と重複して定める「インデックス規定」を有している（田村重信編著『新・防衛法制』（内外出版、2018 年）141 頁）。このことを踏まえると、当該活動が隊法上の「行動」に該当するのであれば、同様に「インデックス規定」が置かれるものと考えられる。

<sup>32</sup> 第 131 回国会衆議院安全保障委員会会議録第 2 号 2 頁（1994. 10. 25）玉沢徳一郎防衛庁長官答弁

<sup>33</sup> 前掲注 29

<sup>34</sup> 但し、領空侵犯に対する措置（隊法第 84 条）及び機雷等の除去（同法第 84 条の 2）は、第 7 章に対応する権限規定を有しない。

は主に、各種行動時において、出動自衛官が執ることのできる「警察強制権限」（人または物に対する実力的措置）であるとされる<sup>35</sup>。これは、かつて国家行政組織法が、各省設置法の法律事項としていた「権限」とは異なる。また、同章には、行動が発令されていない平時<sup>36</sup>の自衛官の権限も規定されている。例えば、治安出動時の権限を定める隊法第 89 条から第 91 条の各規定は以下の通りである。

第八十九条 警察官職務執行法（昭和三十二年法律第百三十六号）の規定は、第七十八条第一項又は第八十一条第二項の規定により出動を命ぜられた自衛隊の自衛官の職務の執行について準用する。この場合において、同法第四条第二項中「公安委員会」とあるのは、「防衛大臣の指定する者」と読み替えるものとする。

2 前項において準用する警察官職務執行法第七条の規定により自衛官が武器を使用するには、刑法（明治四十年法律第四十五号）第三十六条又は第三十七条に該当する場合を除き、当該部隊指揮官の命令によらなければならない。

第九十条 第七十八条第一項又は第八十一条第二項の規定により出動を命ぜられた自衛隊の自衛官は、前条の規定により武器を使用する場合のほか、次の各号の一に該当すると認める相当の理由があるときは、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度で武器を使用することができる。

一 職務上警護する人、施設又は物件が暴行又は侵害を受け、又は受けようとする明白な危険があり、武器を使用するほか、他にこれを排除する適当な手段がない場合

二 多衆集合して暴行若しくは脅迫をし、又は暴行若しくは脅迫をしようとする明白な危険があり、武器を使用するほか、他にこれを鎮圧し、又は防止する適当な手段がない場合

三 前号に掲げる場合のほか、小銃、機関銃（機関けん銃を含む。）、砲、化学兵器、生物兵器その他その殺傷力がこれらに類する武器を所持し、又は所持していると疑うに足りる相当の理由のある者が暴行又は脅迫をし又はする高い蓋然性があり、武器を使用するほか、他にこれを鎮圧し、又は防止する適当な手段がない場合

2 前条第二項の規定は、前項の場合について準用する。

第九十一条 海上保安庁法（昭和三十二年法律第二十八号）第十六条、第十七条第一項及び第十八条の規定は、第七十八条第一項又は第八十一条第二項の規定により出動を命ぜられた海上自衛隊の三等海曹以上の自衛官の職務の執行について準用する。

2 海上保安庁法第二十条第二項の規定は、第七十八条第一項又は第八十一条第二項の規定により出動を命ぜられた海上自衛隊の自衛官の職務の執行について準用する。（後段省略）

3 第八十九条第二項の規定は、前項において準用する海上保安庁法第二十条第二項の規定により海上自衛隊の自衛官が武器を使用する場合について準用する。

このように、隊法第 3 条にいう「公共の秩序の維持」に該当する行動時の権限は、警職法の準用により定められるものがある。具体的な準用規定と、それに基づき自衛官に付与されている権限は表 2 の通りである。防衛出動時の武力行使に係る権限が「自

<sup>35</sup> 宮崎「防衛二法と自衛隊の任務行動権限（その三）—防衛法シリーズ（11）—」『国防』第 27 巻第 2 号（1978 年）101 頁

<sup>36</sup> 本稿では、第 6 章が定める行動が発令されている場合を「行動時」とし、そうでない場合を「平時」とする。

衛隊」の権限とされているのに対し、警察作用に係る権限の多くは「自衛官」の権限とされている。また、警察官の権限との比較の観点では、隊法では、行動類型ごとに準用される規定が異なり、執り得る手段もそれぞれ異なることと、警察官等がその場にいない場合に限って行使が認められる手段があることが指摘できる。

表2 警察官職務執行法の準用による自衛官の権限一覧

行動類型	強制手段	任意手段
治安出動 ※1	全て（表1参照）	全て（表1参照）
警護出動 ※2	犯罪の制止(5条),武器の使用(7条), (以下、警察官がその場にいない場合に限り) 逮捕時の凶器検査(2条4項),危険な事態における措置(4条1項),危険時の立入り(6条1項)	犯罪の予防のための警告(5条), (以下、警察官がその場にいない場合に限り) 質問(2条1項),同行要求(2条2項), 危険な事態における警告(4条1項)
防衛出動時の 公共の秩序維持	全て（表1参照）	全て（表1参照）
国民保護等派遣 ※3	(以下、警察官がその場にいない場合に限り) 危険な事態における措置(4条1項), 犯罪の制止(5条),危険時の立入り(6条1項), (以下、警察官・海上保安官(補)がその場にいない場合に限り) 武器の使用(7条)	(以下、警察官がその場にいない場合に限り) 危険な事態における警告(4条1項), 犯罪の予防のための警告(5条)
海上警備行動 ※4	武器の使用(7条)	
海賊対処行動 ※5	武器の使用(7条)	
災害派遣※6 地震防災派遣※7 原子力災害派遣 ※6	(以下、警察官がその場にいない場合に限り) 危険な事態における措置(4条1項), 危険時の立入り(6条1項)	危険な事態における警告(4条1項)

(警察官職務執行法を準用しない行動類型とその権限規定)  
治安出動下令前に行う情報収集(92条の5),弾道ミサイル等に対する破壊措置(93条の3),  
在外邦人等の保護(94条の5),在外邦人等の輸送(94条の6)

- ※1 警職法のほか、隊法独自の武器使用権限(隊法90条)、海上保安庁法の準用による権限及び武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律(平成16年法律第112号)(国民保護法)に基づく権限が付与される(91条及び94条の2)。
- ※2 警職法のほか、隊法独自の武器使用権限(隊法91条の2、3項)や、海上保安庁法の準用による権限が付与される。
- ※3 警職法のほか、海上保安庁法の準用による権限及び国民保護法に基づく権限が付与される。
- ※4 警職法のほか、海上保安庁法の準用による権限が付与される。
- ※5 海賊行為の処罰及び海賊行為への対処に関する法律(平成21年法律第55号)に規定。警職法のほか、海上保安庁法の準用による権限及び海賊対処法に基づく権限が付与される。
- ※6 警職法のほか、海上保安庁法の準用による権限及び災害対策基本法5章4節等が定める権限が付与される。
- ※7 警職法のほか、海上保安庁法の準用による権限が付与される。

(出所) 筆者作成

### (3) 法律の留保原則と自衛隊法の規定の関係

ここまで、自衛隊の活動に関する実定法上の枠組みを明らかにしてきた。続いて、理論的な側面から、この枠組みを整理する。具体的には、「法律による行政の原理」の中でも、とりわけ行政作用に関する法的統制に関する重要な考え方に位置付けられる、法律の留保原則について確認し、その後、同原則と隊法の規定の関係を明らかにする。

#### ア 法律の留保原則

##### (ア) 法律の留保原則の概要

法治国家では、法律による行政の原理として、行政は法律に従わなければならないと考えられており、日本でも、日本国憲法の下、重要な法原則とされている<sup>37</sup>。

<sup>37</sup> 芝池義一『行政法総論講義〔第4版〕』(有斐閣、2002年)38-57頁

法の支配や法治主義について、日本の憲法下における議論を体系的に整理した中川丈久による研究では、法治主義と行政活動の関係に関する議論の端緒となる考え方を「行政活動で用いられる措置ないし行為形式のうちには、その利用が抑制的になされるべきものがあり、そのための諸ルールを探るといふ問題の立て方」などとされる（これを中川は、「抑制的行動の要求」と称する）<sup>38</sup>。そして、その抑制化を具体的実現する方法について、「一定の行為形式や措置を法律の授権なく利用することの禁止、不意打ち禁止の立法政策、そして解釈論という三つの形で展開されている」とし、このうち「一定の行為形式や措置を法律の授権なく利用することの禁止」の問題について関心を向けた議論が、日本における戦後の主流な法律の留保論であると説明する<sup>39</sup>。それはすなわち、「“利用（発動）が禁止されている行為形式のグループ”といったものが存在すると考えて、そこに属する行為形式については、法律の授権が解除条件になると考えるわけである（逆に、その禁止グループに含まれない行為形式ないし措置は、「自由にできる」と表現される）」という議論であるとも言い換えられる<sup>40</sup>。

そこで、どのような行政活動が抑制的になされるべきか——すなわち、法律の授権を必要とする活動はいかなるものか——という点が議論となる。この論点に関する通説的見解は、いわゆる侵害留保説である。同説は、「国と私人との間に権利義務関係（実力行使の受忍状態を含む）を生み出す行為であって私人の自由財産に不利益を被らせるような」<sup>41</sup>行為形式について、法律の授権を要求する。

政府見解も侵害留保説か、少なくともそれに近い立場にあると考えられる。それは、内閣提出法案（閣法）について政府が、「現に法律の規定により法律事項とされているもののうち、国民の権利義務に直接的な関係がなく、その意味で本来の法律事項でないものについては、法律の規定によらないで規定しうるように措置すること。」と閣議決定しており、「国民の権利義務に直接的な関係がな」い事柄は、「本来の法律事項でない」との認識を示していることなどから裏付けられる<sup>42</sup>。

#### （イ）法律の留保原則と法律の分類

ところで、法律の留保原則は如何なる法律にも、行政活動の根拠たる性質を認めるわけではない。そこで、法律の留保原則の対象となる活動の議論とは別に、根拠となり得る法律の態様についても議論がなされてきた。この点、藤田宙靖は、「伝統的な学説においては、『法律の留保』の原則によって必要とされる“法律の根拠”とは、例えばいわゆる目的規範、手続規範等、いわば当該の行政活動について行政機関にそれを行う権限が存在すること自体は前提として、更にその権限行使のあり方に枠をはめるような法律の規定とか、あるいはもっぱら行政組織内部での権限配分を行うことを目的とするような、いわゆる“組織規範”が存在する、というのみでは足りず、権限そのものを与える、いわゆる“根拠規範”ないし“行為規範”が存在する、ということの意味するものと考え

<sup>38</sup> 中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ」『神戸法学年報』第14号（1998年）192-194頁

<sup>39</sup> 同上

<sup>40</sup> 同上、196頁

<sup>41</sup> 同上

<sup>42</sup> 「内閣提出法律案の整理について」（1963.9.13閣議決定）

られてきた。」と整理し<sup>43</sup>、「根拠規範」「行為規範」が法律の留保原則の要請を充たすものであると説明している。なお、文献によっては、これらのうち「組織規範」は「(行政)組織法」として、また、「根拠規範」「行為規範」は「(行政)作用法」として説明される場合がある<sup>44</sup>。

それぞれの規範の定義は一意には定まっていない<sup>45</sup>が、総合的に勘案すれば、根拠規範は、行政機関の対外的な作用・活動に係る権利・義務を定める法律とし、組織規範は、行政機関の組織そのものや行政機関の内部における権限の分配等について定めた法律として差し支えないものと思われる。

#### (ウ) 根拠規範と組織規範の区別

法律の留保原則において、行政作用の根拠として必要な法律が「組織規範」ではなく「根拠規範」であるとすれば、法律の留保原則と行政機関の活動の関係を考える上で、「根拠規範」「組織規範」の区別が必要であり、「根拠規範」としての性質（本稿では以下、このような性質を「根拠規範性」とする。）の有無を判断する基準が重要となる。全ての法律に当てはまるような明確な基準がこれまで示されてきたとは言えないが、主な見解を概観する。

まず、(イ)で確認したそれぞれの規範の定義から導かれる一般的な基準として、行政組織と私人との関係を規律するものであるか否か（「外部法」と「内部法」の区別）という点に着目することが考えられ、同旨の見解が多くみられる<sup>46</sup>。

一方で、それぞれの区別につき、必ずしも容易に判断できないことが少なくないとし、更に、場合によっては組織規範・目的規範をもって法律の留保原則を満たす場合があるという行政実務を中心とした見解の存在が指摘される<sup>47</sup>。このような、組織規範と根拠規範の区別の相対化は、学説においてもみられる。例えば、一義的には組織規範とされる所掌事務規定でも、それ以上に作用法上の根拠規範として詳細に規定することが困難な内容であれば、当該所掌事務規定を以て根拠規範とみなしうる<sup>48</sup>とする見解がある。このような行政実務や学説の考え方の中では、ある実定法の根拠規範性の判断では、その法律の形式的な分類に依拠せず、その規定の内容を具体的に検討し、その規定以上に詳細に規定することが可能か否かなどを判断する必要があるだろう。

また、「行政活動の段階や過程、それに領域ごとに法律的規律の密度は異なることは当然」との指摘もある<sup>49</sup>。この見解に拠れば、行政活動の分野や段階ごとに、根拠規範たり

<sup>43</sup> 藤田宙靖「行政と法」『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣、2005年）所収39頁

<sup>44</sup> この場合、作用法及び組織法のほかに「(行政)救済法」たる概念が用いられることが多い。

<sup>45</sup> 例えば、作用法を「行政体によって行われる作用ないし活動に関する法」とし、組織法を「行政体の組織の構成および各組織への権限の配分に関する法」とする整理（芝池、前掲書（脚注37）15-16頁）や、根拠規範は、行政を担当する「国・公共団体の対外的な行政活動を授権し羈束する法」あるいは「私人」（上でいう「個人」＝自然人のみならず、法人をも含む）に対する行政権の権利・義務を定める法」とし、組織規範を「行政を担当する国・公共団体の組織を定める法」とする整理（高田敏『新版 行政法』（有斐閣、2009年）5頁）などがみられる。

<sup>46</sup> 例えば、藤田、前掲論文（脚注43）25頁がある。

<sup>47</sup> 同上、39頁

<sup>48</sup> 高田、前掲書（脚注45）33頁

<sup>49</sup> 首藤重幸、平川英子編『行政法総論』（成文堂、2022年）49頁（権奇法執筆箇所）

えるための規律密度も異なり得る。したがって、ある行政活動について定めた実定法の根拠規範性を判断する際には、当該活動と同一領域の行政活動について、根拠規範がどのように定められているかも重要な要素となり得る。

## イ 法律の留保原則による自衛隊法の任務・行動・権限規定の整理

### (ア) 任務規定

各省庁の設置法にも、国家行政組織法第4条に基づき、組織規範としての任務規定が置かれており、防衛省設置法では第3条が任務規定として置かれている。他方、隊法は、国家行政組織法ではなく、防衛省設置法第5条に基づき制定されている法律であるから、隊法第3条と各省設置法の任務規定を単純に同一視することはできない。しかし、防衛省と自衛隊の任務は表裏一体をなすものと解されている<sup>50</sup>ので、隊法第3条の法的性質も一義的には、各省設置法の任務規定と同様、組織規範と捉えられる。先行研究にみられる、自衛隊は法律に列挙された任務の範囲内でのみ活動を実施し得るとの見解<sup>51</sup>も、隊法第3条が組織規範として活動の範囲を規定していることを述べたものであると考えられる。

他方、隊法第3条と法律の留保原則に関連して、先行研究等では次のような整理がなされる。例えば、鈴木和之による解説書では、「自衛隊の任務の包括的根拠は、隊法第3条です。」<sup>52</sup>とされる。ここでいう「包括的根拠」の意義は判然としないが、鈴木はこの記述に先んじて、「自衛隊法は、日本の安全保障を担う実力組織である自衛隊の任務、行動、権限等を規定するもので、安全保障に関する作用法の中心です」<sup>53</sup>と述べており、任務規定を作用法上の根拠として捉えているようにも読める。

また、自衛隊による情報収集活動が、防衛庁の組織法上の権限を定める防衛庁設置法第6条第11項<sup>54</sup>（当時）を根拠に実施されていることについて、恵谷修は、自衛隊の行動及び権限等は隊法に定めることとする同法第7条（現在の防衛省設置法第5条に相当）との関係等で説得力を欠くとした上で、隊法第3条の任務に付随する行為として捉える可能性を指摘する<sup>55</sup>。他方、恵谷は自衛隊の行動と「法の留保」の関係を厳格に捉えるとそのような理解は適さないとも述べている<sup>56</sup>。情報収集活動がなぜ法律の留保との関係で問題を生じるのか恵谷の議論からは明らかではない<sup>57</sup>が、隊法第3条に一定の作用法的性格を認める指摘とも評価できる。

<sup>50</sup> 第19回国会参議院内閣委員会会議録第42号5頁（1954.5.24）木村篤太郎保安庁長官答弁。同旨、田村重信編著、前掲書（脚注31）138頁。

<sup>51</sup> 山中、前掲論文（脚注2）70頁

<sup>52</sup> 鈴木和之『日本の安全保障法制入門【増補版】』（内外出版、2021年）143頁

<sup>53</sup> 鈴木、前掲書（脚注52）70頁

<sup>54</sup> 国家行政組織法に基づき定められた組織規範としての権限規定。先述の通り現在、同様の活動は防衛省設置法第4条第1項第18号を根拠とした防衛省の所掌事務として実施されている。

<sup>55</sup> 恵谷修「領海警備法制の現状」『新防衛論集』第28巻第3号（2000年）23-34頁

<sup>56</sup> 同上

<sup>57</sup> この点、伝統的な侵害留保説の貫徹を批判的に論じる立場からは、自衛隊の活動について、「法令による組織的作用的授權を必要と解すべき」として、その上で「防衛庁設置法六条四号や自衛隊法三条が、防衛庁や自衛隊の権限について、直接侵略、間接侵略に対しわが国を防衛すること等を定めているところから当然に自衛隊の出動や行動が可能になると解してはならない」とする指摘がみられる（杉村敏正、中山研一、原野翹『治安と人権』（岩波書店、1984年）268頁（原野翹執筆箇所））。

もし仮に、隊法第3条に根拠規範性が認められれば、同条に基づき直接に何らかの権限行使をすることも可能となり得るが、隊法第3条が法律の留保原則との関係で作用法上何らかの意義を有する規定であるか否か、これまでの研究を参照しても明白ではなく、政府見解や判例でもこれまでのところ明確な見解は示されていない。

#### (イ) 行動規定

法律の留保原則との関係では、隊法第6章の行動規定の性質を組織規範とする見解もみられる<sup>58</sup>。他方、行動規定が定める内容を、「(内部的な) 手続に関する事項」とする見解<sup>59</sup>や、行動規定の立法趣旨に係る政府答弁（(2)イ(ア) b参照）に鑑みると、行動規定の主眼は、行動の目的や行動を実施する場合の手続を定める規定であり、自衛隊の権限行使に対して一定の制約をかける目的規範、手続規範と理解できる。裁判例においても、「自衛隊法の規定をみると、同法「第六章自衛隊の行動」においては、防衛出動、治安出動、警備行動、災害派遣、地震防災派遣、領空侵犯に対する措置に関する規定が置かれているが、これらの規定は、右の各行動に際しての手続面の事項について定めたものである。」とするもの<sup>60</sup>もある。以上の事から、隊法第6章の行動規定は、単なる組織規範ではなく、目的規範や手続規範の性質が認められ、作用法上の根拠規範との関係の中でその意義を考察すべきものと考えられる。

#### (ウ) 権限規定

隊法第7章の規定は、「人または物に対して行使される実力的措置、すなわち警察強制権限を中心に規定」する意図で設けられたとされ<sup>61</sup>、そのような権限規定のうち、警察作用として実施される「公共の秩序の維持」に該当する行動時の手段を定める規定は、法律の留保原則が要求する根拠規範としての性質を有するものと考えられる<sup>62</sup>。

ところで、任意手段については、侵害留保説の下では法律の根拠をそもそも要しないとの見解<sup>63</sup>もあるが、隊法上の任意手段に関する規定の存在をどのように捉えるべきか——すなわち、隊法第7章は任意手段についても、その権限を創設する性質をもつか否か——について、議論の展開は見られない。

特に、行動類型ごとに個別に定められた権限規定においては、警職法を一部のみ準用するものや、警職法を準用しないものが存在することは既に確認の通りである。

また、同様に、隊法が定める自衛官の権限には、「警察官がその場にはない場合に限り」行使が認められる権限もあり、これにも任意手段が含まれる。こちらも、仮に警察官がその場にいる場合、当該任意手段の行使は完全に禁じられるのか、あるいは積極的に権限の付与が行われないだけで、特定の条件で行使が認められ得るのか。この点についても判然としない。

<sup>58</sup> 奥平穰治「軍の行動に関する法規の規定のあり方」『防衛研究所紀要』第10巻第2号（2007年）90頁

<sup>59</sup> 仲野、前掲書（脚注29）15頁

<sup>60</sup> 東京高判1999年7月23日訟月第47巻第3号381頁

<sup>61</sup> 前掲注35

<sup>62</sup> 奥平、前掲論文（脚注58）92頁

<sup>63</sup> 警察官職務執行法が定める質問等の任意手段は、脚注42の政府見解にいう法律事項には当たらないとされている（仲野「法律事項論」『法学論叢』第176巻第2・3号（2014年）269頁）。

政府見解も明白ではない。自衛隊の行動として、治安出動下令前の情報収集（隊法第79条の2）を盛り込む隊法改正が行われた際、併せて制定された権限規定（同法第92条の5）が、武器の使用についてのみ定めることから、警職法が定める質問等ができないのではないかと指摘がなされた。これに対し、中谷元防衛庁長官は、「今回は、そういった警察及び司法権に係る項目は盛り込みませんでした。そういう事態に際しましては、警察当局と緊密に連携をしながら情報収集をすることになるかと思えます。」と答弁した<sup>64</sup>。この答弁では、当該手段について、法律の根拠は置かなかつたことや、警察と連携して情報収集を実施することは述べられているが、法律の規定として盛り込まなくとも本来執り得ると考えられる任意手段について、政府としてどのように位置付けているかは判然としない。

#### （４）ポジティブリスト原則と法律の留保原則

日本の防衛法制の特徴として指摘されるポジティブリスト方式であるが、その意味は、「警察の『権限付与の方式』であり、ポジティブ・リストによって『してよい』ことをリスト化するという規律方式」<sup>65</sup>などと説明される。政府見解では、「自衛隊法（昭和二十九年法律第百六十五号）は、自衛隊の行動及び権限を個別に規定しており、いわゆる『ポジティブリスト』であると認識している。」<sup>66</sup>とされ、防衛法制のうち少なくとも隊法がポジティブリスト方式を採用しているとされている。

防衛法制は原則としてポジティブリストで規定すべしという考え方（ポジティブリスト原則）を採る場合、ある自衛隊の活動を実施するためには、法律の根拠を要するという点において、自衛隊の活動につき法律の留保原則と形式的に同一の要求を課すものにみえる。他方、法律の留保原則だけでは理論的に説明できない点もあり、ポジティブリスト原則の性質は、防衛法学者等の中で議論となってきた。そこで、日本の防衛法制におけるポジティブリスト原則の内容とその意義、そして法律の留保原則との関係を確認する。

##### ア ポジティブリスト原則の射程

法律の留保原則と同様、ポジティブリスト原則の対象となる自衛隊の活動の範囲がまぎれ問題となる。

前出の政府見解は、隊法がポジティブリストであるという結論の理由付けとして、「自衛隊の行動及び権限」が個別に規定されていることを示している。したがって、少なくとも隊法第6章及び第7章について、政府はポジティブリストと捉えていることとなる。

他方、学説においては、ポジティブリスト原則の射程を、行動と権限だけではなく、それ以外の活動にも及ぼしていると考えられる見解もみられる。例えば、土木工事等の受託や教育訓練の受託、南極地域における科学的調査に対する協力など、隊法第8章の雑則規定に定められている活動も含めて、制限列挙的に根拠規定を置いており、憲法上

<sup>64</sup> 第153回国会衆議院国際テロリズムの防止及び我が国の協力支援活動等に関する特別委員会議録第4号8頁（2001.10.12）

<sup>65</sup> 山中、前掲論文（脚注2）68頁

<sup>66</sup> 防衛法制における「ポジリスト」、「ネガリスト」に関する質問に対する答弁書（内閣参質186第105号（2014.6.3））

許容される活動であっても、根拠規定を隊法上に持たない活動は実施できないという見解がある<sup>67</sup>。また、安田寛の見解は、防衛庁の権限を定める旧防衛庁設置法第5条<sup>68</sup>（当時）の解説において、侵害留保説が妥当する一般の行政官庁の活動と対比させて、文民統制の見地から国民の自由及び財産に関係しない自衛隊の活動についても、すべて法律の根拠が必要であると指摘する。そのような立法者の意図は隊法の規定から明らかであるとした上で、防衛庁の権限として、本来法律に明記しなくとも所掌事務の範囲で行政機関が当然実施できる「調査研究」や「教育訓練」を列挙する趣旨もこの点に見出す<sup>69</sup>。また、安田は別の論考で、特に自衛隊の行動とその権限については、隊法の条項にのみ根拠を求めるべきであるとも述べている<sup>70</sup>。

以上の整理に拠れば、ポジティブリスト原則の射程について、政府見解では自衛隊の行動と権限のみが示されている。他方、学説では、隊法第8章が定める活動や、防衛省設置法の所掌事務規定に掲げられた調査研究等の活動など、国民の権利義務と必ずしも関係のない活動等も、射程に入るとすることがあるが、これらの活動について政府がポジティブリストの射程にあると捉えているのか否かは明らかではない。

#### イ ポジティブリスト原則が要求する法律の形式

法律の留保原則では、行政活動の根拠として認められる法律は、原則として根拠規範のみとされ、組織規範や手続規範は、法律の留保原則との関係では法律の根拠としての性質を一義的には有しないとされていた点は、(3) ア(イ)にて確認の通りである。そこで、防衛法制のポジティブリスト原則においては、根拠となる法律には一定の形式や規律内容を要求するか確認する。

(4) アで確認した通り、ポジティブリスト原則と関係する法律の規定は、隊法第6章の行動規定、同第7章の権限規定、同第8章の雑則規定及び防衛省設置法第4条の所掌事務規定が挙げられる。このうち、権限規定は、法律の留保原則との関係では根拠規範としての性質を有するものと考えられている。他方、所掌事務規定は組織規範と考えられているほか、行動規定は(3) イ(イ)の通り、その規定の法的性質には議論がある。また、雑則規定はその法的性質につき詳細な議論はみられず、判然としない。これらの点を踏まえると、ポジティブリストの射程が所掌事務規定や雑則規定にも及ぶ場合、法律の留保原則とは異なり、根拠となる法律について、一律に何らかの規律内容等が求められるとは言えず、自衛隊の活動の性質ごとに個別に判断すべきものと考えられる。

#### ウ 法律の留保原則とポジティブリスト原則の関係

以上の整理から、法律の留保原則とポジティブリスト原則は重複する部分とそうでない部分が確認できる。具体的には、ポジティブリスト原則は、法律の留保が必ずしも求められない自衛隊の活動をも法律の根拠を要求し、他方でその法律の根拠は、法律の留保原則が要求する根拠規範とは必ずしも限らない。

<sup>67</sup> 佐藤功『日本国憲法概説〈全訂第5版〉』（学陽書房、1996年）96-97頁

<sup>68</sup> 旧防衛庁設置法上の権限規定は、隊法第7章の権限規定とは性質が異なり、一義的には、現在の防衛省設置法第4条の所掌事務規定と同様、国家行政組織法に基づいて定められた組織規範には分類される。

<sup>69</sup> 安田、前掲書（脚注6）76-77頁

<sup>70</sup> 安田「領空侵犯に対する措置」『防衛法研究』第7巻（1983年）47頁

山中倫太郎によれば、侵害留保説を前提とした法律の留保原則によって要求される法律の根拠（根拠規範）は、隊法第7章の規定のうち、自衛官に付与された対私人の強制手段を定める一部の規定が該当する。他方、対私人ではなく、我が国に対する武力攻撃を行う軍隊等に対する武力の行使に係る権限を定めた隊法第88条や、自衛隊が出動する際の目的や手続等を定める隊法第6章の行動規定は、本来、侵害留保説の下での、法律の根拠には該当しない内容を規定するものであり、ここに防衛法制のポジ原則と法律の留保原則の違いがあると整理される<sup>71</sup>（この山中の整理を以下、「甲説」とする。）。

また、先述の通り、隊法にはその権限規定の一部に警職法を準用する関係で、いわゆる任意手段に係る規定も置かれているが、これは「強制」権限に係る規定ではないので、ここにも法律の留保原則との違いが見出される。

他方、仲野武志は、甲説とは異なり、侵害留保説を前提とした法律の留保原則との関係では意義を有しないとされる行動規定をも、法律の留保原則の中で説明を試みる<sup>72</sup>（この仲野の整理を以下、「乙説」とする。）。乙説は、文民統制の原則を具現化する1つの制度として、自衛官以外の公務員による実力行使と異なり、「自衛官が携わる実力行使では、『自衛隊の権限』（自衛隊法第七章）だけでなく、その前提となる『部隊』（同法第三章）及び『自衛隊の行動』（同法第六章）についても、法律で定められている」ことを挙げる。

そして、これらの自衛隊による実力の行使について、他の行政官庁によるそれと比して厳格な法的統制の必要性を説く。具体的には、自衛官が携わる実力行使は、厳正な部隊規律の下、部隊指揮官の命令により実施されるため、違反して実施された場合の、国民の利益侵害の程度が、それ以外の者による実力行使と比べ著しいとする。その上で、実力行使の要件及び内容以外に、「①自衛隊の部隊がどのように組織され、編成されるのか、②自衛隊の行動がどのような場合に命ぜられ、それにより当該部隊又はその自衛官がどのような実力行使を実施することができるようになるのか、③防衛大臣と各自衛官との間に介在する中間的な補助機関（幕僚長、内部部局の長、各部隊の長等）がどのように当該実力行使に係る防衛大臣の意思の決定及び実現を補助するのか（内閣又は国会が当該実力行使に係る意思決定に関与する場合には、どのように関与するのか）といった組織及び（内部的な）手続に関する事項まで、法律で定めるべきである」（傍点原著）とする（以下、①～③を「行動関連法律事項」と総称する）。そして、この考え方は、「侵害留保説の範囲内」<sup>73</sup>とする。

この乙説を、（3）ア（ア）で示した法律の留保論の整理を参考に、筆者なりに整理すると、行動規定について、法律の留保を必要とする活動形態の議論ではなく、法律の規

<sup>71</sup> 山中、前掲論文（脚注2）76-79頁。もっとも、山中は、侵害留保説という前提を保持した場合に、ポジ原則が説明できないとしており、その前提を離れた場合には、法律の留保原則によって説明することも可能であるとしている。他方、侵害留保説という前提を、防衛法制だけが放棄することは不合理であるとしてその可能性を否定する。

<sup>72</sup> 仲野、前掲書（脚注29）13-17頁

<sup>73</sup> 仲野は、国民を相手方とする行政上の実力行使のみならず、第三者として巻き込むおそれがある実力行使も含め、侵害留保説の「一環」として、その要件等を法律で定める必要があるとの立場である（仲野、前掲書（脚注29）13頁）。しかし、前出の政府見解（脚注42）における「国民の権利義務に直接的な関係がなく、その意味で本来の法律事項でないもの」とどのような関係にあるかは必ずしも判然としない。

律密度の議論の中で捉え、その上で法律の留保原則の中で整理しているものと思われる。つまり、自衛隊の担う実力行使は、より詳細に規定をしなければならないので、法律の留保原則の下、法律の根拠（権限規定）が必要な作用について、行動規定として手続等を規定しているということである。このような整理が成り立つのであれば、甲説では、法律の留保原則の枠外にあった行動規定は、乙説では、法律の留保原則の枠内で考察できる。なお、法律の規律密度については、(3)ア(ウ)で確認した通り、行政分野ごとに異なり得ることが指摘されており、行政法一般の考え方と乖離する理解でもない。

したがって、乙説の下では、行動規定は法律の留保原則でも必要な規定であり、同原則とポジティブリスト原則の射程には必ずしも影響しない。

他方、この乙説においても甲説と同様に、任意手段に関する規定をどのように位置付けるのか必ずしも明らかではない。

したがって、防衛法制にみられるポジティブリスト原則と、行政法一般に妥当する法律の留保原則との関係性を整理すると、侵害留保説を前提とした法律の留保原則のみで行動規定の存在を完全に説明することはできず、その枠外にある文民統制のためのポジティブリスト原則による要請も併せて理解する考え方（甲説）と、あくまで侵害留保説に立った法律の留保原則の中で、法律の規律密度の視点を導入して行動規定の存在を説明し、ポジティブリスト原則を特に必要としない——すなわち、法律の留保原則はポジティブリスト原則を包含するとする——考え方（乙説）の2通りが存在し得る。

他方、これらの整理では、いずれにしても任意手段に関する権限規定の位置付けは判然としない。ポジティブリスト原則の射程に関する議論において、「文民統制の見地から国民の自由および財産に関係しない自衛隊の活動についても、すべて法律の根拠が必要である」との見解を紹介したところであり、この考え方が権限レベルまで及ぶとすれば、ポジティブリスト原則の下では、任意手段についても法律の根拠が必要とされる可能性がある。しかし、行動時の権限は隊法に規定されるべきとの見解も併せて考慮した場合、例えば、自衛隊の部隊が行動する場合に必要な情報収集等が、隊法の規定の中で実施可能か否か判然とせず、ポジティブリスト原則における任意手段の位置付けも明確にはなっていない。（以下、次号に続く）

#### 【主な参考文献】

田村重信『新・防衛法制』（内外出版、2018年）

仲野武志『防衛法』（信山社、2023年）

山中倫太郎「自衛隊の「行動」及び「権限」と法律の関係—法律による行政の原理及び文民統制によるポジ原則の基礎付けの可能性に焦点を当てて—」『防衛法研究』第46号（2022年）67-90頁

（さくま あつし）