

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」(下) —警察法制の理論を踏まえた自衛隊法第3条の法的性質の検討—
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	470号
刊行日	2024-11-1
頁	146-165
URL	https://www.sangiin.go.jp/japanese/annai/chousa/ripou_chousa/backnumber/20241101.html

※ 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」(下)

— 警察法制の理論を踏まえた自衛隊法第3条の法的性質の検討 —

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 (以上、前号掲載)
3. 任意手段に係る規定の意義
 - (1) 警察官職務執行法の任意手段に係る規定の意義
 - (2) 自衛官の行使する任意手段と法律の関係
4. 自衛隊法第3条の一般的根拠規範性
 - (1) 明示的な根拠規範のない手段を執る法的論理
 - (2) 警察法第2条一般的根拠規範説
 - (3) 自衛隊法第3条の一般的根拠規範性
 - (4) 自衛隊法第3条を根拠として執り得る手段
5. おわりに
 - (1) 本稿の議論のまとめ
 - (2) 今後の課題

3. 任意手段に係る規定の意義

(1) 警察官職務執行法の任意手段に係る規定の意義

任意手段は、侵害留保説の立場に立てば、一般的に法律の根拠がなくとも執り得る手段であるとされる¹。それにもかかわらず、任意手段の根拠となる規定が警職法に定められているが、これに対する考え方としては主に以下の2つがある。

ア 確認規定説

警察実務の立場からは、警職法に規定された任意手段は、国民に事実上の不利益を与えるおそれがあるところ、これが実施可能であることを法律上明確にし、国民の協力を得やすくするために規定が置かれており、警職法の規定は確認的な規定であると説明さ

¹ 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) 17-18頁

れる。そして、規定された要件等を充足しない場合にも、同様の手段を執ることは排除されないとされる²。また、「行き過ぎを防止するとともに、警察官の行為に民主的な正当性を付与し、自信を持って適正な判断をすることを可能とするものであり、人権の保障と公益の実現の双方で重要な意義を有している」とする解説も見られるが、いずれにしても任意手段の規定は不可欠ではなく、確認的な規定に位置付けられる³。

すなわち、確認規定説は現在の警察実務において採られている見解であり、その内容は、任意手段は法律の根拠なく執ることが可能であることを前提に、警職法の任意手段に係る規定は、一定の手段につき、警察官がこれを執り得ることを確認しているにすぎないというものである。

イ 創設規定説

これに対し、一定の任意手段の行使には法律の根拠を要するという前提の下、任意手段を定める警職法の規定を、権限を創設するものとして評価する見解が判例等においてみられる。例えば、警職法第2条に関する1960年前後の判例に関する研究で斎藤正治は、同条の「拡張解釈」を伴う判例があると指摘する⁴。すなわち、判例理論は、「およそ警察官の職務権限の根拠として……具体的権限法令を必要とする」一方、「国民の権利・自由を強制力をもって制限することとならない限りは、必要最少限の拡張解釈は許される」（原文ママ）との考え方を示しているというのである。強制にわたらない任意手段であれば、法令の拡張解釈によって根拠づけることができるという見解であると解されるが、このような見解の前提には、強制にわたらない任意手段であっても、法令の根拠が要求されるという考え方があることは明らかである。

同様の考え方は、警職法第2条の要件を欠く警察官の職務執行に係る判例を分析した研究からも読み取れる。曰く、「右の判示からは、警職法二条が、確認規定である以上に、一定程度の実力を行使する権限を創設したものであると考える姿勢をみてとることができる」⁵。ここで参照されている判例は、強制にわたらない有形力の行使について判断するものであることから、ここでいう「実力を行使」とは、任意手段としての実力の行使のことを指すものと思われる。したがって、判例の考え方に則り警職法の任意手段に関する規定を検討すると、任意手段であっても、少なくとも実力の行使を含むものである場合には、根拠となる法律が必要であり⁶、警職法はこのために任意手段について定めて

² 古谷、前掲書（脚注1）19頁。但し、要件を満たさない任意手段を行使する場合には、相手方の利益に対する公共の利益の優越性等を個別に判断することとなるとする。

³ 田村正博『全訂 警察行政法解説〔第三版〕』（立花書房、2022年）196頁

⁴ 斎藤正治「自動車検問と警職法二条および警察法二条の解釈（下）—自動車検問の法的根拠は何か—」『警察公論』第20巻第5号（1965年）24頁。なお、ここでいう拡張解釈とは、筆者なりに理解する限り、同条の規定の文言には明示的に表れないような手段を執ることを解釈によって認めているという趣旨と考えられる。

⁵ 堀田周吾「判例研究 警職法二条二項の要件を満たさない任意同行の適法性」『法学会雑誌』第46巻第2号（2007年）279頁。引用部分にある「右の判示」とは、「このように再度の同行を求めるための説得の手段としては、警職法二条二項に基づいて最初に同行を求める場合には警察官において強制手段にわたらない限り有形力の行使をも含めて必要かつ相当の手段を行使しうるのに対し、より穏やかな態様のものしか許されないものと解するのが相当である。」（東京地判1990年6月26日判タ第748号135頁）とする判示を指す。

⁶ 任意手段であるにもかかわらず、法律の根拠を要する理由は必ずしも判然としないが、学説の中には、任意手段による活動として判例で認容されている一斉検問について、「日常的に反復して行われており、交通の自由を制約するものであり」、「その実質においては非権力的なもの、任意的なものではない」として、法律の

いることとなる。

学説の一部にも、「非権力的活動であれば法的根拠はすべて不要だとすることは、余りに伝統的な侵害留保説にとらわれすぎた議論」であるとし、警察活動については、市民の権利・自由に制限をもたらす可能性をもっており、たとえ形式的には「非権力的任意活動であっても権力的作用と同じ社会的機能を果す可能性を常にはらんでいることに留意しなければならない」とする指摘がみられる⁷。

このような考え方はいずれも、警察官の職務の執行に要する手段が任意手段も含めて抑制的に執行されるべきものとして、法律の留保原則における「利用（発動）が禁止されている行為形式のグループ」（2.（3）ア（ア）参照）に含めているように思われる。すなわち、警察官の行使する任意手段は、法律の根拠を要するものであり、警職法の任意手段に関する規定は、当該手段の要件と効果を定めることで、当該手段を行使する権限を創設するものと位置付けているとみることができる。

（2）自衛官の行使する任意手段と法律の関係

以上のように、警察官の行使する任意手段は、確認規定説によれば、それを定める根拠規範がなくとも任務の範囲内で行使できる一方、創設規定説によれば、それを定める根拠規範なしには行使できないものと考えられる。そして、警察実務が確認規定説を採る一方、判例や学説の一部には、創設規定説を採る見解がみられることが明らかとなった。両見解の妥当性には本稿では立ち入らないが、少なくとも実力の行使を伴う任意手段について、判例が根拠規範の存在を要求し得る点は重視すべきものと思われる。

自衛官の行使する任意手段に関して、これらの考え方を敷衍すると、やはりその行使に関する根拠規範が要求され得ると考えられる。特に、2.（4）ウで確認した通り、自衛隊の権限行使に関して、より厳格な法律による統制が求められるとすれば、このような考え方が説得的である。自衛隊の情報保全隊による、個別の情報収集活動の適法性が争われた事件でも、「行政機関がする情報収集等につき一律に個々の法律上の明文規定が必要とまでは解されないが、組織規範は、情報収集等が可能な範囲を画するものにすぎず、積極的に情報収集等の目的、必要性等を基礎付けるものではない」と判示されている⁸。これらの点を踏まえると、侵害留保説によれば法律の根拠を必要としない、情報収集のような実力の行使を含まない任意手段を含め、自衛官の権限行使には法律の根拠が要求されると考えられる。

また、法律の留保原則の枠組みの中で捉えるのか否かについては議論が分かれるものの、自衛隊の活動に関して言えば、ポジティブリスト原則として、他の行政機関であれば法律の根拠を求められないような内容も、根拠となる法律の規定により積極的に根拠づけられ

根拠が要求されるとする指摘もみられる（芝池義一『行政法総論講義〔第4版補訂版〕』（有斐閣、2002年）57頁）。この指摘は、任意手段であっても実質において強制に近い効果を有する場合があることを示すものであり、警察の用いる任意手段に法律の根拠を要すると考える1つの論拠となる（このことから芝池は、一斉検問には個別の法律の根拠を要すると指摘する。）。

⁷ 杉村敏正、中山研一、原野翹『治安と人権』（岩波書店、1984年）227頁（原野翹執筆箇所）

⁸ 仙台地判2012年3月26日判時第2149号99頁

る必要性が高いことも、2.(4)で確認した通りである。このことから、自衛官の行使する警察手段について、それが任意手段であれば法律の根拠が不要であると結論付けることはできない。

したがって、現在の警察法制や防衛法制の法体系を考慮する限り、自衛官の行使する警察手段については、任意手段であっても法律の根拠が必要とされるという整理の方がより説得的であると考えられ、隊法上の任意手段に係る規定は創設規定として捉えられる。

4. 自衛隊法第3条の一般的根拠規範性

(1) 明示的な根拠規範のない手段を執る法的論理

これまで、警察法の規定が組織規範であり、警職法の規定が根拠規範であるという基本的な整理の下、任意手段についても、法律の根拠が要求され得ることを確認した。しかし、1.で紹介した警察庁長官答弁は、法律の明示的な根拠がなくとも、警察官が権限を行使し得ることを示していた。これは理論的にはどのように説明されるだろうか。

例えば、前出の斎藤による研究は、任意手段は警職法の規定を「拡張解釈」することにより、一定の範囲で法律の規定に明示的に合致しない任意手段を執ることができるとの認識を示しているが、これは警職法の具体的な規定に警察手段を結び付けて、合法性を担保しようとするものである。

また、確認規定説を採る田村正博によれば、「法律で定められた手段よりも権利・自由の制限の小さい手段をとる場合」や「何人も行うことのできる行為の場合」には、法律に根拠のない強制手段を執ることも許されるという⁹。これは法律の規定の枠内で、明示的に規定されていない手段を執ることを認める見解である。

これらの指摘はいずれも、警職法をはじめとした根拠規範の枠内で、一定の手段を執り得ることとする議論であり、いずれかの根拠規範に結びつけることができる手段について、行使の可能性を見出すものである。他方、根拠規範に結びつけることができない手段の行使の可否は、これらの議論からは明らかではない。しかし、この点に関連して、警職法等の根拠規範に明示的に規定されていない手段を、警察法第2条を根拠として実施することができるか否かについて議論がなされている。

(2) 警察法第2条一般的根拠規範説

ア 警察法第2条の法的性質をめぐる議論

警察法第2条は警察の責務について、

第二条 警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもってその責務とする。

2 警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであつて、その責務の遂行に当つては、不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあつてはならない。

⁹ 田村正博、前掲書（脚注3）94-95頁

と定めている。そして、法律の留保原則との関係における、同条第1項の性質について、主に4つの見解がみられる（表3参照）。

表3 警察法第2条第1項の法的性質に係る見解

	①一般的根拠規範説	②根拠規範説 (概括条項説)	③全部留保説に立つ 組織規範説	④侵害留保説に立つ 組織規範説
警察法 2条1項 の法的性質	組織規範かつ 一般的な作用法上の 根拠規範	組織規範かつ 作用法上の根拠規範	組織規範	組織規範
警察手段と 法律の関係	任意手段は同項を 根拠に行使可能。 強制手段は、強制力 の行使を定めた個別 の作用法上の根拠規 定が別途必要。	強制手段を含め、 同項のみを根拠とし て行使可能。	強制・任意を問わず 個々の手段について 個別の作用法上の 根拠規定が必要。	強制手段は個別の 作用法上の根拠規定 が必要。 それ以外は、任務の 範囲内であれば、 作用法上の根拠規定 は不要。

(出所) 安村隆司『明日の警察責務 (改訂版)』(立花書房、2010年)等を参考に筆者作成

これらの見解のうち、①一般的根拠規範説と④侵害留保説に立つ組織規範説は、いずれも強制手段については、個別の作用法上の根拠規定が必要であるとする一方、任意手段はそのような個別の根拠規定を要求しない点で共通する。

警職法の任意手段に係る規定に関して確認規定説(3.(1)ア参照)を採る現在の警察実務は、国民の権利・義務に関わらない行政作用には作用法上の法律の根拠はそもそも必要ないので、任意手段について法律の根拠が存在すること自体が不適切である¹⁰として、④侵害留保説に立つ組織規範説を採る¹¹。

他方、かつての警察実務や、創設規定説(3.(1)イ参照)を採っていると考えられる判例は、主に①一般的根拠規範説を採っているものと解される。例えば、警察が実施する特定の対象に対する調査活動について政府は、「警察官職務執行法に基いてやるのが建前でございますが、これは主として即時強制の強制手段を伴うものについての規定でございます。全く任意に調査活動をするという場合におきましては、警察官職務執行法に規定はされておられません。これは二条(筆者注：警察法第2条を指す)から直接出てくるものと考えております。」と説明している¹²。また、警察による交通検問の適法性が問題となった事件で宮崎地裁は、「この点で警察法は組織法であって同法二条一項は、個々の警察官の権限を規定したものではなく、単に警察の所掌事務の範囲を定めたに過ぎないとする見解もあるが、同条項は、組織体としての警察の所掌事務の範囲を定めるとともに、警察がその所定の責務を遂行すべきことも規定したものであって警察官にとって権限行使の一般的な根拠となり得るものと解するを相当とする。」と述べ、警察法が単なる組織法(組織規範)であるという見解を斥け¹³、警察法第2条第1項の法的

¹⁰ 一般的根拠規範説に対する警察実務からのかかる批判の例として、田村正博、前掲書(脚注3)173-175頁及び安村隆司『明日の警察責務(改訂版)』(立花書房、2010年)30-31頁が挙げられる。

¹¹ 安村、前掲書(脚注10)32頁

¹² 第31回国会参議院地方行政委員会会議録第16号16頁(1959.3.12) 柏村信雄警察庁長官答弁

¹³ 判例が組織規範説を斥けているという指摘は、藤田宙靖「警察法二条の意義に関する若干の考察」『行政法

性質を、警察官の「権限行使の一般的な根拠」であると判示している¹⁴。2000年代以降、組織規範説に近い見解を採っていると考えられる判決¹⁵も出ているが、2005年の高松地裁判決では警察法第2条第1項は、「警察官が具体的に任務を遂行するために採るべき警察手段の一般的根拠を規定している」と判示される¹⁶など、依然として①一般的根拠規範説は有力な見解と位置付けられる。

イ 警察法第2条一般的根拠規範説の理論的意義

(ア) 一般的根拠規範の意味

「一般的根拠規範」の文言は、警察法第2条以外の文脈でも用いられることがある。しかし、警察法第2条一般的根拠規範説とは異なり、義務履行確保の段階における「強制手段」の法的根拠としての「一般的根拠規範」が論じられている例が多い¹⁷。これに対し同説は、強制手段を警察法第2条のみを根拠に行使することを否定している。さらに、作用法上の「根拠規範」として、同条により強制手段も執り得るとする見解（上記②根拠規範説）は、一般的根拠規範説とは区別され、ほとんど主張されない。ここに、警察法第2条一般的根拠規範説の特殊性が見出される。

(イ) 一般的根拠規範性の基準

次に問題となるのは、警察法第2条が一般的根拠規範性を有すると言えるのはなぜかという点である。また、警察法第2条は一般的「根拠規範」であるにも拘らず、強制にわたる手段について別途特別な法律の規定を必要とする理由も重要となる。以下、この2点につき、判例や学説の見解を基に考察する。

a 裁判所の見解

これらの点について検討する上で重要な示唆を含むのが、前掲高松地裁判決¹⁸である。警察法第2条を、警察官が具体的に任務を遂行するために採るべき警察手段の一般的根拠を規定するものとする同判決は、以下の通り、警察権限の特殊性を指摘する。

の基礎理論 上巻』(有斐閣、2005年)所収363-365頁などにみられる。

¹⁴ 宮崎地判1978年3月17日刑集第34巻第5号290頁。第2審でも「警察法二条は警察官の権限行使の一般的根拠を定めたもの」とされている(福岡高宮崎支判1978年9月12日刑集第34巻5号296頁)が、第3審では、同条の法的性質への言及なく、原判決を正当なものとして判示している(最小三決1980年9月22日刑集34巻5号272頁)。この点、第3審は同条の一般的根拠規範性を認めていないとする指摘もみられる一方、例えば、「組織法である警察法2条1項の規定をもって根拠規範とすることができるか、作用法としての警察官職務執行法上の根拠が必要かという問題」の中で自動車検問の適法性を示したのものとして同決定を取り扱う文献も見られる(櫻井敬子、橋本博之『行政法〔第6版〕』(弘文堂、2019年)17頁)。また、警察法第2条1項について同旨の判示をする例として大阪地判1975年2月25日判時第781号55頁がある。

¹⁵ 福岡高判2007年12月13日判時第2004号96頁は、「警察法は、そもそも警察の組織を定める組織法であって、警察の責務を定める同法二条も、警察の具体的な職務に関する根拠法というべきものではないが、……その職務の範囲に入ると解することの一つの法的な根拠とはなりうるものと解される」と判示している(第1審(長崎地判2007年5月10日判時第2004号102頁)も同様に判示する。)

¹⁶ 高松地判2005年4月20日判時第1897号55頁。第2審も同旨の判示をしている(高松高判2006年1月27日裁判所ウェブサイト掲載判例〈https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/188/005188_hanrei.pdf〉(本稿におけるウェブサイトの最終アクセス日はいずれも2024.10.18である。))。

¹⁷ 例えば、行政代執行法は、代替的作為義務に関する行政強制の一般的根拠規範として規定されたものであると考えられているが、これは強制手段の一般的根拠規範であると考えられている(宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論〔第6版〕』(有斐閣、2017年)224頁)。

¹⁸ 前掲高松地裁判決(脚注16)

……警察権限は、公共の安全、危険の防止と秩序の維持などを目的としており、他の行政目的に比して優先的に実現されるべきものであり、また、その行使にあたっては、現実の社会に生起する多種多様な危険・障害に対して迅速かつ適正にされなければならない、その権限の発動要件を網羅的に規定することは、ことの性質上、不可能であって、警察行政機関にある程度包括的な裁量を与えるのもやむを得ないところであると解される。

他方、警察権限は、国民の自由を著しく制約する場面を予定するものであるから、一面においては、その行使には格別に慎重な配慮を必要とするものであり、そのため、当該権限行使は、一般に、その事前又は事後において、厳格な司法機関によるチェックが予定されているものと解される。

警察法第2条が一般的根拠規範たり得る理由は、前段に表れているものと思われる。すなわち、警察作用は他の行政作用と比べ、実現の必要性が高く、また、事前に要件を詳細に規定することが困難であるため、包括的な法律の根拠によって授權せざるを得ないということである。

他方、強制手段につき別途個別の法律の根拠を要する理由については、後段の「その行使には格別に慎重な配慮を必要とする」という部分に表れているようにも思われるが、それだけでは十分な説明がなされているとは言えないので、もう少し深く検討する必要がある¹⁹。そこで、次に行政法学がどのような理論的説明の可能性を見出しているかを確認する。

b 行政法学における検討状況

藤田宙靖は、警察法第2条一般的根拠規範説が、強制手段につき個別の法律の規定が要求されると考える理由について以下のように論じる。

まず、同説が強制手段の行使には根拠規範が別途必要であるとする論拠を、憲法第13条及び第31条の規定に求めている点を捉え、法律が持つ「民主的正当化機能」と「法治主義的保護機能」を分離する。そして、この2つの機能のうち、警察法第2条は前者のみを満たすために、一般的根拠規範説の先述のような帰結に至ると結論付ける(このように法律の機能を2つに分類する考え方を以下、「機能二分説」という。)

民主的正当化機能とは、行政活動の正当性が法律によって与えられる側面に着目したもので、「行政はそもそも法律の先行的授權無しには、およそ一切の行動をする法的権限を理論的に持ち得ない」という考え方に基づくものである²⁰。この機能に重点を置いて根拠規範性を議論する場合、行政活動の柔軟性が不可欠であるという現実の要請との対立から、立法権による正当化の意思が認められる限り、一般的・抽象的な規定を以て、ここでの「法律の根拠」とせざるを得ないと考えるため、規律密度は問題とならないとされる²¹。このために、一般的根拠規範の存在が承認されるのである。このような考え方は、前掲高松地裁判決の指摘とも通ずるところがある。

しかし一方で、国民に対し強制力を行使する活動は、憲法第13条及び第31条の趣

¹⁹ 藤田宙靖もこの理由につき判例は「明快な理論的説明を与えていない」とする(藤田、前掲論文(脚注13)380頁)。

²⁰ 藤田、前掲論文(脚注13)380-383頁

²¹ 同上

旨に鑑み、私人に対する適正手続等の見地から、法治主義的保護機能を持つ法律の根拠が要求される。そして、根拠となる法律が同機能を具備するには、行政が活動する為の要件と効果を詳細に定めるものでなければならない。このため、一般的・抽象的な規定に過ぎない警察法第2条は、法治主義的保護機能を持たず、強制にわたる手段を執る場合には、別途個別の法令によって、要件と効果について定められる必要があるものと解されるとする²²。もっとも藤田は、この法治主義的保護機能について、法律でこの機能を充足させなければならない理由は結局民主性にあるとし、いわゆる手続規範や目的規範によっても充足され得るとする²³。

つまり、藤田の機能二分説によれば、法律の根拠が充たすべき機能は、民主的正当化機能と法治主義的保護機能の2つがあり、警察法第2条は民主的正当化機能のみを充足する法律である。このため、警察法第2条を根拠として行使できる手段は、任意手段に限定され、強制手段については別途、個別に要件等を定めた法律の根拠を要するという結論が導かれる。

(3) 自衛隊法第3条の一般的根拠規範性

ここまで、警察法第2条を警察官の権限の一般的根拠規範と位置付ける見解の考え方を確認した。そこで次に、同条が警察の責務(任務)を定めていることに鑑み、自衛隊の任務を定める隊法第3条の一般的根拠規範性を考察することとする。

ア 警察法第2条一般的根拠規範説の援用可否

警察法第2条が(一般的)根拠規範性を有することを以て、その考え方を援用し隊法の解釈に用いる手法は、従来から一部に見られた²⁴。しかし、警察手段の特殊性に鑑みたとき、警察法第2条一般的根拠規範説の考え方が、隊法の解釈に援用できるかという点を確認する必要があるだろう。

藤田によれば、機能二分説の手法は従来の行政法学においてもなじみのないものではない²⁵。それならば、同説は、警察法制のみに当てはまる議論ではなく、隊法への援用も十分考え得る。実際、警察法第2条一般的根拠規範説が憲法第31条を念頭に置いた議論であったところ、自衛隊の権限も同条を念頭に規定されていることが政府見解でも示されており²⁶、機能二分説が隊法の解釈にも意義を有する可能性は高い。

しかし、警察作用は他の行政作用と比較した場合の特殊性が指摘されることもあり、警察法第2条の一般的根拠規範性を認める判決も、警察権限の特殊性を重視する。また、自衛隊の警察作用にも特殊な点が認められる(後述)。

²² 同上

²³ 藤田、前掲論文(脚注13)386-387頁

²⁴ 山下愛仁「自衛隊法八四条の意義に関する若干の考察」『国家安全保障の公法学』(信山社、2010年)所収148-149頁

²⁵ 藤田、前掲論文(脚注13)381頁

²⁶ 西村直己防衛庁長官は、隊法第90条が治安出動時において、私人を殺傷し得る武器使用権限を付与していることが憲法上認められるか質されたのに対し、憲法第31条に基づき、法律の手続で定められている旨答弁している(第38回国会参議院予算委員会第二分科会会議録第2号12頁(1961.3.28))。

これらの点を考慮すると、警察法第2条一般的根拠規範説を手掛かりとして、隊法第3条の一般的根拠規範性を検討するには、自衛隊による警察作用と警察行政機関による警察作用の比較を行い、隊法第3条及び警察法第2条が定めるそれぞれの任務の性質が同じであること——すなわち、警察による警察作用と同様の特殊性が自衛隊の警察作用にも認められること——を最初に確認しなければならない。その上で、機能二分説を基に、「民主的正当化機能」及び「法治主義的保護機能」の有無をそれぞれ確認することにより、隊法第3条の一般的根拠規範性を考察する。

イ 自衛隊による警察作用と警察機関による警察作用の比較

裁判所が、警察法第2条を一般的根拠規範として評価する上で重視する警察権限の特殊性とは、公共の安全、危険防止、秩序維持などの目的を有し、他の行政目的より優先的に実現されるべきものであり、また、現実の社会に生起する多種多様な危険・障害に対し迅速・適正に行使される必要があり、権限の発動要件を網羅的に規定することができないというものであった。この特殊性を理由に、警察行政機関に包括的な裁量権を認めざるを得ないという結論を得ている。

このことを念頭に、隊法第3条第1項がいう「必要に応じ、公共の秩序の維持に当たる」という部分から導かれる自衛隊の警察作用について、警察法のそれと比較し、包括的な裁量権が作用のそのものの性質から認められるか検討する。

(ア) 任務の補完性と一般的根拠規範説の関係

隊法第3条第1項は、自衛隊が、「必要に応じ」、公共の秩序の維持に当たることを定めているが、この「必要に応じ」の意義について、防衛法制の解説書では以下の通り解説されている。曰く、「公共の秩序維持は、第一義的には警察機関の任務であり、警察機関のみでは対処困難な場合等に自衛隊が対処することになる。このため、『必要に応じ』との限定が付されている」のである²⁷。このような理解に拠れば、同条の「必要に応じ」という言葉は、警察機関を補完する形で公共の秩序の維持に当たるということを明らかにする趣旨で挿入されたものと解される。当然、このような「補完性」は、第一義的に公共の秩序維持に当たる警察の責務には見られない。つまり、警察機関の警察作用と、自衛隊の警察作用には、「補完性」の有無という相違点が存在する。

この補完性は、第3条で「必要に応じ」という抽象的な文言により定められているが、行動規定によって具体的にどのような目的で警察機関を補完できるか等の具体的な内容が示されていた(2.(2)イ(ア) b参照)。つまり、補完性によって制限された警察作用とは、第6章の行動規定によって目的が制限された自衛隊による警察作用と言い換えることができる。

では、行動規定によって目的が制限された場合、警察権限の特殊性は否定されるだろうか。隊法第6章の行動規定をみる限り、いずれの行動類型も公共の安全、危険防止、秩序維持などの目的を有していることは、明白であろう。隊法第3条の「公共の秩序の維持」は、「治安出動、海上における警備行動、災害派遣、領空侵犯措置」というような

²⁷ 田村重信編著『新・防衛法制』(内外出版、2018年)139頁

こと全体を踏まえていっておる」とされている²⁸から、各行動類型に定められた目的はいずれも、公共の秩序の維持という目的の範囲内にあると言える。また、発動の目的が隊法第6章により制限されているとはいえ、個別の状況に応じて適切な対応が求められることに変わりなく、網羅的に執り得る警察手段を規定することが容易でないのは警察による警察活動と同様である。

以上のことから、自衛隊の任務の補完性という警察の任務にはない特徴は、隊法第6章の行動規定に具現化されており、これにより、自衛隊の行動の目的が限定されているが、このことは隊法第3条の一般的根拠規範性を否定するものではないと言える。

(イ) 司法警察作用と一般的根拠規範説の関係

隊法第3条の「公共の秩序の維持」は、警察法第2条第1項がいう「公共の安全と秩序の維持」から、司法警察作用を除いた概念であるとされている²⁹。例えば、隊法第78条第1項に基づく命令による治安出動は、一般の警察力をもっては、治安を維持することができないと認められる場合に、自衛隊の全部又は一部を出動させるものであるが、この場合にも、行政警察作用の範囲内で、警察力を補完することとなる。

警察法第2条第1項は警察の責務として、「犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ること」を定めており、「犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締」の部分が「公共の安全と秩序の維持」の具体的な内容を例示列挙したものであると解されている³⁰。列挙された具体例の中で言えば、「犯罪の捜査、被疑者の逮捕」といった部分が、司法警察作用に当たる部分である。これらの任務の内容は、隊法第3条が言う「公共の秩序の維持」には含まれないということになる。

では、司法警察作用が除かれていることにより、自衛隊が任務とする警察作用につき、裁判所が指摘する警察権限の特殊性が否定されるか。

まず、司法警察作用が除かれているとしても、自衛隊の警察作用が「公共の安全、危険防止、秩序維持などの目的を有して」いることに変わりない。よって、他の行政目的より優先的に実現されるべきものであるという点は、自衛隊の「公共の秩序の維持」も同様である。また、現実の社会に生起する多種多様な危険・障害に対し迅速・適正に行使される必要があり、権限の発動要件を網羅的に規定することができないという指摘も、司法警察作用を欠くことにより否定されるものではない。このことは、警察法第2条の一般的根拠規範性を認める判例が、同条が列挙する警察の責務のうち、犯罪の予防及び鎮圧や交通の取締といった、行政警察作用に位置付けられる特定の責務を抜き出し、これらの責務を遂行する上で必要な警察官の事実行為の一般的根拠規範として警察法第2

²⁸ 第72回国会衆議院決算委員会議録第9号6頁(1974.4.24) 山中貞則防衛庁長官答弁

²⁹ 宮崎弘毅「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)102頁

³⁰ 第19回国会衆議院地方行政委員会議録第22号2-3頁(1954.3.4) 柴田達夫国家地方警察本部警視長(総務部長)説明。同旨、田村正博、前掲書(脚注3)26頁。なお、一般的な法令上の語法として「A、Bその他C」とした場合、ABCは並列の関係にあり、ABがCの例示とは解されないことに注意を要する。

条を評価していることから明らかである³¹。よって、自衛隊の任務としての警察作用が司法警察作用を含まないという点は、権限の発動要件を網羅的に規定できるか否かという点とは関係がない。

以上のことから、隊法第3条が規定する自衛隊の任務が司法警察作用を欠くことを理由に、自衛隊による警察作用において、判例が指摘する警察権限の特殊性は否定されず、隊法第3条の解釈に警察法第2条一般的根拠規範説を援用できないとは言えない。

ウ 隊法第3条の一般的根拠規範性の検討

(2) イにおける検討を踏まえれば、警察権限の特殊性は、自衛隊による警察作用にも当てはまる。警察権限の特殊性が認められるということは、自衛隊の警察作用にも一般的根拠規範の存在を認める余地があるということである。この点が確認できたところで、警察法第2条一般的根拠規範説に倣い、機能二分説によって隊法第3条の法的性質を明らかにする。すなわち、同条が、「民主的正当化機能」と「法治主義的保護機能」を具備するか否かを検証し、同条の一般的根拠規範性の有無を検討する。

(ア) 民主的正当化機能の存否

法律の留保原則が根拠規範に要求する機能の1つは「民主的正当化機能」であった(4.

(2) イ(イ) b参照)。同機能が認められるためには、隊法第3条が、規律内容の面に対私人の作用を規定していると解することができ、さらにそのことについて立法者が正当化の意思を示していることが必要である。他方、規律密度は問題とならない。

同条は「必要に応じ、公共の秩序の維持に当たる」とのみ規定しており、権限行使の相手方たる私人への作用の内容について具体的に規定していない。しかし、警察法第2条についても、「犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の秩序と安全の維持に当ること」を警察の「責務とする」と規定するとどまり、「逮捕」を除き、具体的に私人に対する警察手段の内容を定めているとは言えない。実際、隊法第3条における「公共の秩序の維持」の意味は、司法警察作用が除かれる点を除き、警察法第2条にいう「公共の秩序と安全の維持」と同義と理解されている。

警察法第2条が対私人の活動を直接規定しており、それが立法者の意思として認められると言える理由について、藤田は積極的に論証していない。しかし、「とりわけ同条一項(筆者注:警察法第2条第1項を指す。)の定める責務の遂行に際しての権限の濫用を禁止する第二項の規定をも合わせ読む時に、これらの規定が対私人との関係において直接の意味を全く持たないことを論証するのは、必ずしも容易なことではないように思われる。」と述べており³²、この記述を踏まえると、権限の濫用等を禁じる警察法第2条第2項の存在が、第1項が一般的根拠規範として対私人の作用を規定していることや、それを肯定する立法者意思の存在を推定する論拠とされていると考えられる。

隊法第3条について考察してみると、隊法第3条には警察法第2条第2項のような規定は置かれていない。つまり、警察法第2条と同様の根拠により、私人に対する作用を授權する立法者意思を推定することはできない。

³¹ 前掲宮崎地裁判決及び前掲大阪地裁判決(脚注14)

³² 藤田、前掲論文(脚注13)387頁

実定法上の規定から立法者意思を推し量ることができない場合でも、国会審議などの立法過程を参照し、隊法第3条の立法趣旨を確認することなども考え得るが、防衛二法に関する国会審議では、本稿が扱う意味での隊法第3条の法的性質については、ほとんど議論が行われてこなかった。

国会審議において明確に立法者意思が示されていないとすると、立法者意思は存在しないこととなるのであろうか。法解釈学において、立法者意思の重要性を説く見解によれば、起草者の提案が国会で修正を受けた場合など、特段の事情がある場合を除き、立法者たる国会は起草者の提案理由を受容しており、立法者意思と起草者意思は同一のものであると理解できる³³。したがって、隊法第3条に関する立法者意思を考察する上では、起草者意思を手掛かりとすることができる。

隊法第3条の起草過程において「公共の秩序の維持」の文言が付加された経緯を、防衛二法の起草に関与した加藤陽三（元保安庁人事局長）及び麻生茂（元保安庁長官官房法規課長）は、のちの聞き取りで以下の通り証言している³⁴。

- ⑧ 自衛隊の任務の「……公共の秩序の維持……」これは自由党です。まあ我々が頼んで入れてもらった。改進黨は、直接間接侵略に対しがあれば、公共の云々は要らないということだった。
(中略)
- ⑨ 「……必要に応じ公共の秩序の維持……」は、自由党の主張によりというのは保安庁の希望によりとしてもよい。僕はそう考えていた。軍隊は治安の維持に当って居ったじゃないか。保安庁まで、実体はとも角警察機関だということに来ていたわけですからネ。我々はそういう主張を持っていて自由党に強く要望した。
- ⑩ やはり国民の権利義務に影響する大きな権限行為だから任務規定に、はっきり書いておいた方がいいということです。

この証言では、隊法第3条の「公共の秩序の維持」それ自体が、国民の権利義務に関わる「権限行為」として捉えられている。「行為」とされている以上、一定の作用法的性格を認めることも可能となるように思われる。

これに対し、この麻生の発言は、組織法の法律事項を作用法に倣ういわゆる「作用法アプローチ」の考え方³⁵を示したに過ぎないとの指摘があり得る。しかし、仮に麻生の発言を、単に組織法上の法律事項を念頭に置いたものとして理解した場合、自衛隊と同一の組織として捉えられる防衛省の任務規定においても、この「公共の秩序の維持」を明示的に規定する必要性が生まれるように思われる。実際には、防衛省の任務を定める防衛省設置法第3条では、公共の秩序の維持という任務が明示的に示されておらず³⁶、実力

³³ 石田穰「制定法の拘束力—民事法を中心として—」『ジュリスト』第550号（1973年）20頁

³⁴ 加藤陽三・麻生茂証言摘録「警察予備隊・保安庁・防衛庁創設の回想」（1980年9月）通し番号26-27（国立公文書館所蔵「創造関連資料3（1/4）」請求番号平17防衛02152100）

³⁵ 日本の戦後法制実務における「作用法アプローチ」の例として、「国民の権利義務との関係で、処分庁等を法律事項とする見解」（仲野武志「法律事項論」『法学論叢』第176巻第2・3号（2014年）275頁）などが挙げられる。

³⁶ 条文上明示的な規定ではないが、政府は、防衛省設置法の任務規定では、「国の安全を保つ」という文言に公共の秩序の維持も含意されていると説明している（第19回国会参議院内閣委員会会議録第45号24頁（1954.5.27）加藤陽三保安庁人事局長答弁）。

組織たる自衛隊の任務においてのみ、これが明示的に掲げられている。このような、防衛省設置法と隊法の任務規定の差異に鑑み麻生の発言を考慮すると、隊法第3条には、作用法上一定の意義を持たせようとする起草者意思が込められていると考えることも可能である。

そして、このような起草者意思は、国会における法案審議において否定されていないと言ってよいだろう。したがって、立法者意思としても、「公共の秩序の維持に当たる」という隊法第3条の条文によって、対私人の警察作用を自衛隊に対し授権することが想定されていると考え得る。

すなわち、隊法第3条の「公共の秩序の維持に当たる」という部分には、対私人の関係を規律する、根拠規範としての性格を持たせようとする立法者意思が存在し得る。

(イ) 法治主義的保護機能の存否

続いて、「法治主義的保護機能」について考察する。同機能は、民主的正当化機能とは異なり、規定の規律密度が問題となる。具体的には、行政が活動する為の要件と効果を詳細に定められる必要があるものとされていた(4.(2)イ(イ)b参照)。

隊法第3条は、「必要に応じ、公共の秩序の維持に当たる」とのみ規定しており、警察法第2条と同様に、自衛官の権限行使に係る詳細な要件やその態様を規定していないと解するほかない。したがって、隊法第3条のみで、法治主義的保護機能を充足しているとは言い得ない。

しかし、藤田は機能二分説の説明の中で、米国の行政法学では、国民の権利保護に関して、法律による授権よりも、行政の内部規則など、実質的に行政機関の裁量を規制する途が確保されていることに重きが置かれていることを参照した上で、法治主義的保護機能を議会制定法たる法律に依拠しなければならない理由は民主性に求めることとなるとし、手続規範や目的規範など、権限行使のあり方に枠をはめる法律の規定によっても、法治主義的保護機能の要請を満たし得るとする³⁷。

このような見解を踏まえ、手続規範や目的規範を含めた、警察法と隊法の規定ぶりを比較すると、警察法第2条に基づく警察手段の行使については、抽象的に同条第2項が権限の濫用を禁じるのみである一方、防衛法制はこのような警察法制よりも、具体的な規定を具備している点に気づく。すなわち、隊法第3条の任務達成に必要な活動について同法は、行動類型ごとに、その発令権者及びその手続等に関する詳細な手続を定め、自衛隊の部隊を使用する目的を限定している。隊法第7章により規定されている権限も、第6章が定める活動の目的により、行使できるものが限定されており、権限の目的外行使をより厳格に禁じている。これはまさに、権限行使のあり方に枠をはめるような目的規範、手続規範として評価できる。したがって、警察法第2条と異なり、隊法第3条は、隊法第6章の存在により、より詳細な権限行使に係る法律の規定が置かれており、これにより法治主義的保護機能が充たされ得るとの理解も可能であるように思われる。

³⁷ 前掲注23

ところが、この可能性は、政府答弁によって否定されている。政府は防衛法制の規定につき、「国民の権利を制限する可能性等があることから、武器使用権限等の自衛隊の権限を法律で詳細に規定しているところである」と説明している³⁸。この説明によれば、国民の権利を保護する目的で、自衛隊の権限を定める規定が置かれていることとなる。このことからすると、法治主義的保護機能を満たすのは自衛隊（自衛官）の権限を定める隊法第7章の規定であり、隊法第3条、第6章及び内部規則等によっては、基本的に同機能は充足されないものと考えられる。したがって、隊法第3条を根拠に警察手段の行使が可能であったとしても、法治主義的保護機能を有する法律によってのみ根拠付けられる対私人の強制手段は、同条や、同条と隊法の他の規定を根拠には執り得ない。

エ 自衛隊法第3条の一般的根拠規範性に関する結論

これまでの検討をまとめると以下の通りである。まず、自衛隊の警察作用は、警察機関の警察作用同様に、目的実現の必要性が高く、網羅的に手段を法律に列挙して規定することができないという特殊性が認められるため、一般的根拠規範の存在する余地が認められる。このことを前提に、隊法第3条の法的性質を検討すると、根拠規範に求められる民主的正当化機能を有する一方、法治主義的保護機能は持たないことから、警察法第2条と同様の一般的根拠規範性が認められる。

つまり、隊法第3条は、法律の留保原則との関係では、警察法第2条と同様の法的性質を有する一般的根拠規範であり、自衛官が強制手段を行使する場合には、個別の根拠規範が別途必要となるが、強制にわたらない任意手段であれば、隊法第3条を法律の根拠とした行使が認められる。

(4) 自衛隊法第3条を根拠として執り得る手段

隊法第3条に一般的根拠規範性が認められるとすれば、具体的に隊法第3条は、一般的根拠規範として如何なる手段の行使を自衛官に授権し得るか。

隊法は自衛官の警察手段を「権限」として、隊法第6章の行動類型ごとに規定している（2.（2）イ（ア）c参照）。そこでまずは、この行動類型ごとに自衛官の権限を定めた隊法第7章の規定を手掛かりに、それぞれの行動時において、自衛官が一般的根拠規範たる隊法第3条に基づいて執り得る警察手段を確認する。

また、隊法は平時における自衛官の権限について、一部の業務に従事する自衛官の権限を除き、何ら規定を持たない。そこで、隊法第3条を根拠に、平時において自衛官が何らかの権限を行使することが許容されるのか否かを併せて検討する。

ア 一般的根拠規範に基づく各行動時の権限

各行動時に、隊法第3条に基づき自衛官が執り得る手段につき検討する。

まず、各行動時に共通する基準として、それぞれの行動の目的に沿った手段のみが許容されるものと考えられる。これは、（3）イ（ア）で確認した、自衛隊の公共の秩序の維持という任務にある補完性という特徴を反映するものである。隊法第6章において、

³⁸ 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）

各行動類型の目的がそれぞれ定められており、その目的を達成するために自衛隊が行動することとなる。したがって、一般的根拠規範たる隊法第3条を根拠に執り得る手段も、当該行動の目的に沿う手段に限定される³⁹。

また、警察官が警職法の規定を外れて任意手段を執る場合には、侵害する相手方の利益に対する公共の利益の優越性等を個別に判断することなどが求められる⁴⁰が、隊法第3条に基づき自衛官が権限行使をする場合も同様のことが言えよう。

このような共通の基準の下で、各行動時において執り得る手段の範囲等をそれぞれ検討する。公共の秩序の維持に係る行動類型には、権限規定において警職法の全部を準用するものと、同法の一部のみを準用する或いは準用しないものに分類される。以下、この分類に沿って、それぞれの行動と一般的根拠規範との関係を検討することとする。

(ア) 警職法の全部が準用される行動時

治安出動時の自衛官の権限規定や防衛出動時において公共の秩序の維持に当たる自衛官の権限規定は警職法の全部を準用している。これらの行動の際、出動を命ぜられた自衛官には、警職法が定める全ての強制手段と任意手段が、警職法の準用により授権されていることとなる。このような規定ぶりには、各行動の目的に鑑み、自衛官に広く警察手段を授権する趣旨が認められ、隊法第3条を根拠に執り得る手段も、警察法第2条と同様の範囲で認められるものと考えられる。

このように考えることができる根拠として、隊法の起草等に関与した加藤陽三の記述が挙げられる。加藤は、治安出動時の自衛官の権限につき、「先ず警察力が足りない場合に出て行くのでありますから、警察官がもっているのと同じような権限を自衛官に与えるのであります。」と説明している⁴¹。この説明からは、警察官と同様の手段の行使を授権する起草者意思の下、警職法の全部を準用する規定となったことが読み取れる。

また、陸上幕僚監部が1960年に作成したとされる「治安行動（草案）」⁴²では、自衛隊は同出動時の基礎的事項として、「間接実力行使及び直接実力行使のほか、検問所・外哨・巡察・証明資料の収集等」などを実施して、暴徒の鎮圧等を図るものとされていた。また、後方地域の交通整理なども実施することなども想定されている。防衛庁・自衛隊内部におけるこのような想定は、直接暴徒と対峙して実力行使を行うだけではなく、暴徒に限定されない広範な対象に対し、あらゆる手段を用いて治安の回復を図ることが想定されていたことが読み取れる⁴³。しかし、例えば交通の整理等の警察手段を、警職法の準

³⁹ このように、目的と警察手段の関連性を要求する議論は、警察法第2条一般的根拠規範説を採る判例からも読み取れる。例えば、自動車検問の適法性につき警察法第2条を根拠に許容した判例では、警察法第2条が定める警察の責務のうち、「交通の取締」という特定の責務から、自動車検問が任意手段として許容される旨判示している（前掲宮崎地裁判決（脚注14））。

⁴⁰ 前掲注2

⁴¹ 加藤陽三『日本の防衛と自衛隊』（朝雲新聞社、1964年）117-118頁

⁴² 「治安行動（草案）」の内容につき差し当たり末川博、田畑忍編『政暴法』（三一書房、1961年）178-250頁参照。「治安行動（草案）」は、各部隊の指揮官等に、治安出動及びこれに関する訓練の一般的準拠を与えることを目的として作成されたものであるが、のちに廃止されたとされる。

⁴³ このような方針は、防衛省と国家公安委員会の間で締結されている「治安出動の際における治安の維持に関する協定」（1954年9月30日締結、2007年1月9日最終改正）においても確認できる。

用により導くことは困難である⁴⁴。同資料は、このような手段の法律上の根拠を明確にしていけないが、本稿の検討からすれば、このような活動は、任意手段として執られる限り、隊法第3条を法律の根拠として認められる。したがって、具体的な事態に応じて執り得る手段は変わり得るものの、治安出動の派遣目的に必要な範囲で、警察官が執り得る手段が包括的に授權されているとの理解は自衛隊部内における理解とも整合的である。

よって、警職法の全部を準用する権限規定が置かれた行動時にあつては、隊法第3条を根拠に警察官と同じ範囲で任意手段を執ることが可能であると解される。

(イ) 警職法の一部が準用される行動時及び警職法が準用されない行動時

警職法の一部が準用される行動類型や警職法が準用されない行動類型についても、その活動目的の範囲内で、任意手段の行使が隊法第3条により授權されていると理解することができると考えられる。他方、隊法の権限規定で準用されていない規定で定められた任意手段を行使できるか否かが明らかでないことを2.(3)イ(ウ)で指摘した。隊法第3条が一般的根拠規範性を有するという前提の下、再度この論点を整理したい。

結論としては、準用されない警職法の規定によって規律された任意手段の行使は妨げられないと考えられる。このことは、保安隊時代の災害派遣に係る法令から読み取れる。保安庁法では、保安隊の災害派遣につき、海上における活動以外の場合の権限規定が置かれなかった。つまり、災害派遣の場合、命令出動や要請出動の場合と異なり、保安隊や警備隊の部隊には警職法に基づく権限が一切付与されていなかった。他方、保安隊の災害派遣に関する訓令第15条は、以下の通り定めていた。

第十五条 派遣部隊は、刑法（明治四十年法律第四十五号）第三十六条（正当防衛）及び第三十七条（緊急避難）刑事訴訟法（昭和二十三年法律第三百十一号）第二百十三條（現行犯逮捕）並びに法第七十七條（部内の秩序維持に専従する者の権限）に規定する場合の外、外部に対し、権限を行使し又は実力による強制を行うことができない。

この規定の反対解釈的な理解として、任意手段を執ることは禁止されていないという解釈が可能である。厳密な反対解釈としては、任意手段を許容する規定として理解することはできないが、もし仮に任意手段も禁じるのであれば、実力の行使一切を禁じるか、任意手段としての実力の行使も禁じられていることを明白にして規定する方が合理的であり、「強制」という語句を持ち出す必要はない。しかし、実際には「強制」という概念を持ち出して規定している以上、任意手段としての実力の行使は許容されていたとの解釈が自然である。

以上のことから、隊法の権限規定において、警職法の任意手段に関する全部又は一部の規定が準用されていないことにより、当該規定に定められた任意手段の行使が否定されるとは言えない。したがって、自衛官は、各行動の目的に沿った任意手段については、警職法の規定の準用の有無とは関係なく、隊法第3条を根拠に行使可能であると考えられる。例えば、治安出動下令前に行う情報収集活動の権限規定では、警職法が準用されておらず、同法第2条が定める質問を実施できないとの指摘もみられるが(2.(3)イ

⁴⁴ 例えば、強制を伴う交通整理は道路交通法第6条に基づく警察手段である。

(ウ) 参照)、同条が定める質問が任意手段であることを踏まえると、出動自衛官は必要な範囲で、隊法第3条を根拠に任意手段として質問することは可能であると考えられる。

また、警職法の規定の一部を準用する権限規定には、警察官がその場にはいない場合に限り、行動時の自衛官の職務執行に警職法の規定を準用する規定がある。ここで準用される警職法の規定には、任意手段を定める規定が含まれているが、この条件を満たさない場合に、任意手段の行使までも禁じられるかも問題となり得る。しかし、これも結論としては、仮に警察官がその場にいる場合でも、隊法第3条を一般的根拠規範と捉える限り、任意手段の行使は妨げられないと言える。

これは、警察官と一緒に所在する自衛官は、権限規定の要件を満たさない任意手段であっても、隊法第3条に基づき行使可能だからである。

実際に、警察官の権限行使について確認すると、警職法所定の要件を満たさない場合の任意手段は、警察法第2条に照らしてその行使が許容されるとする判例が多数であるとされる⁴⁵。この考え方に鑑みれば、自衛官の権限行使においても、一般的根拠規範たる隊法第3条によって、要件を満たさない場合においても任意手段を行使できると結論付けることが可能である。

(ウ) 小括

ここまでの検討から、行動時の自衛官は、侵害する相手方の利益を上回る公益が認められる場合には、隊法第3条を根拠に、行動目的に沿った形で、実力の行使を含むあらゆる任意手段を行使することが認められると言える。その上で、隊法第7章の権限規定の中には、警職法の一部の規定を準用しないものもあるが、そのような準用のない規定に定められた任意手段についても、隊法第3条を根拠に執ることが可能であると考えられるほか、警察官がいない場合に限り行使できるとされる権限も、任意手段による限りは、警察官がいる場合でも、行使可能であると考えられる。

イ 一般的根拠規範に基づく平時の権限

続いて、平時において、隊法第3条を根拠に警察手段を行使できるか検討する。

隊法第7章の権限規定により自衛官に付与されている権限のうち、隊法第6章が規定する具体的な行動とは関係なく付与された権限について確認すると、自衛隊の武器等の防護、合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護及び自衛隊の施設の警護のための武器使用権限がそれぞれ第95条、第95条の2及び第95条の3で規定されているほか、いわゆる小型無人機等飛行禁止法に基づく権限のインデックス規定が第95条の4として置かれ、部内の秩序維持に専従する者(いわゆる警務官及び警務官補)の権限が第96条に定められている。このいずれも、隊法第3条が言う「公共の秩序の維持」とは直接関係のない権限である⁴⁶。したがって、行動時以外——すなわち、平時——において、公共の秩序の

⁴⁵ 堀田、前掲論文(脚注5)271-284頁。なお、法律の根拠の要否と、要件外の活動が一切禁じられるか否かは、理論的には別個の問題であり、法律の根拠は要する活動であっても、要件を満たさない場合に別の法律の根拠により、活動が授権されることは十分にあり得る。

⁴⁶ 小型無人機等飛行禁止法自体は、公共の秩序の維持とも関連のある法律であるが、同法が自衛官に認める権限は、その場に警察官がいない場合に、「自衛隊の安全を確保できるようにするため」に付与されたものである(第198回国会衆議院内閣委員会議録第12号5頁(2019.4.12)樋道明宏防衛省防衛政策局長答弁)。

維持を目的とした権限行使を可能とする規定は隊法第7章には置かれていないこととなる⁴⁷。

では、自衛官は平時に、隊法第3条を根拠として、公共の秩序の維持のため、何らかの警察手段を行使することが可能であろうか。

これまでの政府答弁からは、現行法の下では、自衛隊は平時から警察機関とともに警察権を行使するものではないという立場が見て取れる⁴⁸。このことからすると、平時において、自衛官が警察手段を行使することは、不可能である。しかし、この政府見解が現行法による法的な制約を念頭に置いたものなのか、政策的な制約を念頭に置いたものなのか必ずしも判然としない。

そこで、現行法による法的な制約を以下検討する。

既述の通り、隊法第3条に基づく権限行使には、補完性という特徴が認められ、この補完性は隊法第6章において具体化されている。このことからすると、少なくとも隊法第6章において具体化されていない目的のために、自衛隊が警察手段を執ることは認められない。他方、第6章が列挙する警察目的のため、平時から任意手段を執ることが一切否定されるか。これを明らかにすべく、隊法第6章が具体的にどのようなことを規律しているかについて、今一度、仲野武志による自衛隊の行動に係る見解を参考にして検討する。仲野による説明の概略を確認すると以下のようなようになる。

仲野は、自衛隊の「行動」を、「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」と定義する⁴⁹。その上で、2.（4）ウで確認したように、自衛隊による実力行使について、他の行政官庁の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、実力行使の要件及び内容以外に、行動関連法律事項が法定されている必要があるというものであった。

この見解を基に考察すると、自衛官が公共の秩序の維持のために実力を行使する場合は、第6章の行動規定に列挙された手続を経た場合に限定される。他方、実力の行使を伴わない場合は、行動規定のような厳格な法的統制を要するとまでは言えない。したがって、平時の警察手段と法律の根拠の関係を整理する上では、実力の行使の有無という基準が、強制・任意という基準とは別に存在することとなる。このような認識の下、隊法第3条に基づく平時の警察手段の行使の可能性について検討すると以下のようなようになる。

まず、平時には、実力の行使を伴う手段は、それが任意手段であっても、隊法第3条を根拠に行使することは認められない。このような手段は、根拠規範とは別に、行動関連法律事項が法定されており、かつそこで規定された手続等を経て初めて行使可能となるからである。これは、例えば防衛省設置法第4条に基づく調査・研究など、防衛省の所掌事務遂行の一環としての手段であっても認められない。この結論は、実力の行使を

⁴⁷ 報道等によれば、現在、政府において検討が進められている能動的サイバー防御に係る法整備では、自衛隊（自衛官）の平時の権限を新たに規定することが検討されている（読売新聞朝刊（2024.7.11）等）。但し、ここでいう「平時」が、本稿に言う「平時」と同義かは判然としない。

⁴⁸ 第189回国会参議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会会議録第20号20頁（2015.9.14）中谷元国務大臣答弁

⁴⁹ 仲野『防衛法』（有斐閣、2023年）26頁

伴わず、国民の権利義務に関わらない活動は所掌事務規定により実施できるとする政府見解⁵⁰とも整合的である。

他方、実力行使を伴わず、かつ強制にわたらない任意手段については、行使が許容されるものと思われる。つまり、実力の行使を伴わない任意手段については、一般的根拠規範たる隊法第3条が作用法上の根拠となる。但しこの場合、隊法第3条に基づく権限行使にも、目的規範たる隊法第6章の行動規定による制約がかかるものと考えられる。自衛隊の「公共の秩序の維持」の目的が、隊法第6章の行動規定によって具体化されているので、おのずと隊法第3条に基づく権限行使も、隊法第6章が掲げる各行動タイプの目的に沿ったものであることが要求されるためである。平時に自衛隊がどのようなことができるかという観点では、たまたま領海内で違法行為を行う船舶を発見した場合に監視活動が実施できるとの政府見解⁵¹があるが、これは、違法行為を行う船舶の監視が、海上警備行動の目的たる「海上における人命若しくは財産の保護又は治安の維持のため」という目的に合致していることにより、許容されるものと考えらるべきである。

もっとも、この結論は、仲野が言う「実力行使」が、任意手段としての実力の行使をも含むものとして検討した場合の結論である。仲野が、「実力行使」の概念を、任意手段を含めた概念として用いているかは判然としない。しかし、少なくとも現時点で示されている政府見解と整合的に結論付けることができる以上、これまで述べたような整理は十分成り立ち得るものと考えられる。

5. おわりに

(1) 本稿の議論のまとめ

本稿では、防衛法制がポジティブリストであるがゆえに、「法律で規定されていること以外は何もできない」という自衛隊の活動に対する一般的な理解について、その意味するところをより詳細に把握すべく、警察法制に関する議論を隊法の規定に当てはめて考察した。その結果、いくつかの前提が付されるものの、法律に明示的に規定されていない手段を執ることが認められる可能性が見出された。すなわち、自衛隊の活動における権限については、任意手段であっても、法律の根拠を要すると解すべき余地がある一方で、隊法第3条を一般的根拠規範として、いわゆる警察比例の原則等の下、隊法第6章が定める目的の範囲内において、強制にわたらない任意手段を行使し得る。

(2) 今後の課題

本稿では、警察法制との比較の観点から、自衛隊の警察手段に係る権限について検討し、一般的根拠規範の存在する可能性を探った。山中倫太郎は、ポジティブリストといっても、「①個別授権方式によって権限を限定列挙する規律方式があり、これがネガ・ポジ論において『ポジティブ・リスト』の規律方式として念頭におかれていると言えるが、これ以外

⁵⁰ 第145回国会衆議院安全保障委員会議録第5号(1999.5.28)野呂田芳成防衛庁長官答弁等

⁵¹ 第101回国会参議院外交・総合安全保障に関する調査特別委員会会議録第7号19頁(1984.7.4)矢崎新二防衛庁防衛局長答弁

にも、②包括的授權方式によって権限を一般授權する規律方式が考えられるし、実際、そのような色彩がより濃い立法例もある（自衛隊法 88 条の『武力の行使』に関する包括的な授權）。⁵² 防衛出動時における自衛隊⁵³の武力行使権限を定めた隊法第88条は以下のような規定となっている。

第八十八条 第七十六条第一項の規定により出動を命ぜられた自衛隊は、わ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判断される限度をこえてはならないものとする。

この規定ぶりについては、第1項が武力行使を一般的に授權し、第2項がその制約条件を定める「『ネガティブ・リスト』的規制になっている」との指摘も見られる⁵⁴。このように、ポジティブリストと一概に言っても、あらゆる規定の仕方が考え得るのであり、実際に、自衛隊の防衛作用と警察作用は、少なくとも権限レベルでは大きく規定ぶりが異なる。

本稿脱稿時点（2024年10月18日）では、能動的サイバー防御に係る自衛隊の活動に関する規定の在り方について、検討が進められている⁵⁵。いわゆる事態認定が困難な点や、従来法律が定めてきた目に見える物理的な行動とは異なる行動類型が加わる可能性があり、今後の防衛法制の在り方にも重要な意味をもつ。これを機に、ネガティブリストやポジティブリストといった法律の形式の是非に限らず、自衛隊のどのような活動がどのような目的で、どの程度の法的統制・民主的統制の下に置かれるべきかといった理念的な論点も含め、防衛二法の既存の規定についても、より活発な議論が期待される。

なお、本稿では、隊法第3条が一般的根拠規範として、隊法第6章に列挙された類型以外の「行動」を根拠づけることが可能か否かまで、検討するに至らなかった。本稿で検討した内容を基に思考すると、隊法第3条に基づき、第6章が規定しない「行動」を自衛隊に実施させることは認められないと考えられるが、ポジティブリスト原則との関係で、「行動」とは何かということも含めて、より精緻に議論されるべきであろう。

（さくま あつし）

⁵² 山中倫太郎「ネガリスト・ポジリスト論の分析と検証の試み—英米独仏の4カ国の国内法の調査を基礎にして—」『グローバルセキュリティ研究叢書』第3号（2021年）7-8頁

⁵³ 警察作用に係る行動時の権限規定はいずれも「自衛官」の権限を定めるが、防衛出動時の武力行使に係る権限を定める同条は「自衛隊」の権限を定めている。

⁵⁴ 井上達夫『立憲主義という企て』（東京大学出版会、2019年）294-295頁

⁵⁵ 前掲注47。また、内閣官房サイバー安全保障体制整備準備室「サイバー安全保障分野での対応能力の向上に向けた有識者会議 これまでの議論の整理」（2024.8.7）（https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/cyber_anzen_hosyo/giron_seiri/giron_seiri.pdf）も参照されたい。