

自衛隊の宿痾

——その出自に由来する曖昧な性格——

空将補 織 田 邦 男

(航空総隊司令部)

目 次

1 はじめに	6 「ネガ・リスト」と「ポジ・リスト」
2 自衛隊の出自	7 対領空侵犯措置に見る自衛隊
3 権限に見る自衛隊	8 シベリアンコントロールの法的意義
4 隊法による授權	9 終わりに
5 隊法の権限規定	

1 はじめに

20 世紀はベルリンの壁崩壊で終わり、21 世紀は貿易センタービルの崩壊で始まったと言われる。昨年 9 月 11 日以降、伝統的な「抑止」の効能は低下し、「防衛」更には「予防」が重視されつつある。「予防」のための先制攻撃は国際法上、議論のあるところであるが、従来の手法では国民の生命、財産を守れない新たな脅威形態が出現したということだろう。何時、何処で、どういう事態が起こるか分からない。兆候も掴み難いし、相手が誰かも分からない。如何なる手段を使うかも予測し難い。引き上げられた北朝鮮工作船の重装備の事実が暗示するように、まさに「治安と防衛」、「犯罪と侵略」、「警察行動と戦争」の伝統的な壁が一挙に崩壊したといえる。今後、「平時と有事」、「前線と後方」の境界も益々曖昧になるだろう。21 世紀は、「今、そこにあ

る危機」に対応すべく「平時の有事」を常に予期しておかねばならない時代と言っても過言でない。

「平時」に危機が起こった場合、わが国は自衛隊、警察あるいは海上保安庁といった武装集団組織を協力させ効率的に運用して国民の生命と財産を守らなければならない。テロや工作船の事案に鑑み、警察や海上保安庁の重装備化が推進されつつある。一方、自衛隊の領域警備についての議論も始まっている。「治安と防衛」「犯罪と侵略」の境界が曖昧になった今日、自衛隊と警察や海上保安庁との任務、役割の分担をどうするかの問題が早晚生じて来よう。

わが国は自衛隊の法的権限等においては、あえて曖昧なままにして来たきらいがある。自衛隊は「軍隊か警察か」の疑問については未だにスッキリしない。今後、「犯罪か侵略か」といった曖昧な事態への対応に迫られる時が来るだろう。自らの性格をしっかりと定義すると共に、警察との役割分担を明らかにし、法制整備、防衛力整備を図っていく必要がある。「軸足を固定していなければ、腕力があってもヒットは打てない」のである。

このような問題認識の下、改めて自衛隊の法的性格について考えてみようと思う。筆者は法律の素人であり、専門家でない。法律の素人が法律を語ることはおこがましいことかも知れない。しかしながら、自衛官が法律に無関心であることは許されない。法律専門家による先行研究の跡を辿りつつ、部隊指揮官や幕僚勤務を通じて考えてきた自衛隊の法的地位に係わる問題点、並びに新たな危機事態に対して、真に国民の付託に答えるに必要な自衛隊の方向性などについて論じてみたい。

2 自衛隊の出自

自衛隊は軍隊なのか警察なのか？自衛隊の宿痾とも言うべきこの曖

味な性格は現場指揮官を大いに悩ましてきた。この原因の一つはその出自にある。自衛隊の前身は保安隊であり、そのまた前身は警察予備隊である。昭和 21 年 6 月 26 日衆議院本会議で吉田首相は「自衛権の発動としての戦争も交戦権も放棄した」と述べた。朝鮮戦争勃発までは、吉田首相は現憲法のもと軍隊は保有せず非武装国家を真剣に目指していたことは明らかである。朝鮮戦争勃発後の厳しい冷戦構造の出現を見て、マッカーサーは吉田首相に再軍備を要求。駐留米軍の朝鮮半島派遣にともなう日本国内治安維持の必要性から昭和 25 年、自衛隊の前身たる警察予備隊が発足した。

この武力組織は創設時の目論見は別として、その名が示すように警察そのものであった。また、「治安維持のため特別の必要がある場合において、内閣総理大臣の命を受け行動する」とあるように、あくまで治安維持という特別の必要があるときに行動するという予備的存在である。

昭和 27 年、保安庁が創設され、警察予備隊が保安隊へ、海上警備隊が警備隊へ改組されたが、警察の補完という本質的な性格に変化はない。「人命及び財産を保護するため、特別の必要がある場合において行動する」と表現は変わったが、国内の治安維持を任務としており一般警察を補完して警察作用を行うことには変わりはない。

昭和 29 年 6 月 2 日、自衛隊法が成立し「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、直接侵略および間接侵略に対し我が国を防衛することを主たる任務とし、必要に応じて、公共の秩序の維持に当たる」こととされ、保安隊の名残を随所に残しつつも性格は大きく変貌を遂げる。

自衛隊法の元となる保安庁法改正案要綱では保安庁の任務を「直接侵略および間接侵略に対し行動する自衛隊を管理運営し、我が国土を防衛することを主任務とする」とあり、当初は保安庁のままで、その

性格を法制上、警察官庁から軍事官庁に変更しようとした意図が伺える。保安庁法や自衛隊法の策定に直接携わった宮崎弘毅氏は「直接侵略および間接侵略に対しその職務を執行するに当たっては、警察官職務執行法を準用しないで、必要な武力を行使することができること、また武力を行使するに当たっては当該関係条約および国際法の法規、慣例を遵守しなければならないこと」を規定し、自衛隊を国際法でいうところの「Armed Force」つまり軍隊を創設することが目的であったと述べている。

自衛隊法第3条には主任務を「直接侵略、間接侵略に対しわが国を防衛すること」とあり、従任務に「必要に応じ、公共の秩序の維持に当たる」と規定してある。主任務は自衛権に基づく国家防衛作用に属し、従任務は警察作用に属する。従って自衛隊は「国際戦争法規における所謂 Armed Force に該当」し、自衛隊は国際法上の正規武装部隊、つまり軍隊に該当する。また「交戦者としての資格地位機能を有することは設置法4条（防衛庁の任務）、隊法3条（自衛隊の任務）、2章（最高指揮権）、3章（部隊長の指揮権）、32条（自衛官階級）、33条（服制）、5章4節（服務）、9章（罰則）、87条（武器保有）、88条2項（国際法規慣例遵守）、102条1項（自衛艦旗）、102条2項（航空機標識）の規定でも明らか」と宮崎氏は述べている。

3 権限に見る自衛隊

Armed Force、つまり軍隊と警察の性格の差異は、特に権限の違いが顕著である。一般的に言って、警察の行動を規制するのは国内法であるが、軍隊の行動はその大部分が国際法によって規制される。ある国が攻撃を受けたとき、その国に国際的武力紛争状態が発生する。その時は政府諸機関、軍隊、一般国民に武力紛争関係国際法、所謂戦時法規が適用され、軍隊は戦時法規の法則に従い行動しなければならない

い。上記事案発生時、戦闘地域においては、国内法である行政関係法令は事実上自然的に適用されなくなるといわれる。

同様に防衛出動を命じられた自衛隊は戦時法規が適用され、仮に「部隊行動と行政関係法令が抵触するときは、行政法の『条理法の法理』により自衛隊の部隊行動が優先する」と法律専門家は述べる。また「自衛隊の武力行使は、治安維持その他の場合における武器使用権限が自衛隊法の規定を根拠とするのに対して、国際法規、慣例により適法とされるのであって、本来自衛隊法に規定が無くても可能である」と宮崎氏は述べる。となると防衛出動以前の法制整備論議は別としても、防衛出動後の有事法制論議は何だろうという疑問が出てくる。武力紛争発生以後の有事法制は必要がないことになるし、「戦車が赤信号で・・・」といった議論も無意味になる。

これに対し、防衛法関係法令に詳しい安田寛氏は彼の著書で次のように述べる。先ず自衛隊の性格として「戦争法規は、軍のほか民兵及び義勇兵団にも適用されるが、自衛隊を民兵や義勇兵団と見ることができない以上は、『軍』に該当するものとせざるを得ない」と消極的に「軍」であることを認めつつも、「軍隊と本質を異にする独特の武力組織」である。また自衛隊法 88 条 2 項により「自衛隊は戦争法規が自衛隊の武力行使に際して適用があることを前提としている」とし、「国際法上軍隊に適用される法規はその性質に反しない限り、自衛隊に適用される」と述べる。つまり警察でないが、さりとて積極的には軍隊とも言えないわが国特有の軍事組織だという。

戦闘行為と一般法との関係については、一般的に言って戦闘中の軍隊には国内法は適用されない。国際法規と慣例に違反しない限り原則として行動に制約はない。安田氏はこれに関し「航空法および消防法については、行動時の適用除外が定められている。もっとも、防衛出動時における戦闘行為そのものは、右のような適用除外を待つまでも

なく一般法の規制の対象外である」とし、「剣戟の間では法は沈黙する」との法理を引用する。一方で「国際法のいろいろの規定によって、国際法上軍隊あるいは軍艦に適用される法規が自衛隊法に適用される場合もある。しかし、それだからと言って直ちに諸外国の軍隊と同じになるということはやほりない」と述べ、「国内法的に任務が違い、あるいは権能が違い、あるいは憲法上の制約がある」として自衛隊の戦闘行動の法的制約を示唆する。

この辺の論議は、法律の素人には、はなはだ分かりにくい。何ができて何ができないのか、これが明確でなければ部隊指揮官としては、都度迷うことになる。適時適切な部隊指揮は困難だろう。戦時法制が適用されるような状況になった場合、「国内法に規定がないのでできないということはない」と述べる法律家がいる一方で「だからと言って直ちに諸外国の軍隊と同じように何でもできるということはやほりない」と主張する法律家がいる。安田氏も「剣戟の間では法は沈黙する」のを認めつつ、「一般法が戦闘行為をも制約することを前提とするかのような議論も見出される」とも指摘し、自衛隊の有事の権限について未だ定説化されていないことを暗示する。「現行の適用除外の規定には、自衛隊の行動上不備があると言う声有り」とも述べ、「剣戟の間」でも法は沈黙していないから適用除外が必要だということにも受け取れる。見解は振れているようにも思われ、我々法律の素人には分かりにくい。

有事法制の国会審議で興味を引く議論があった。空自OBの元法務幹部であった潮氏も雑誌「正論」に指摘されているので紹介しよう。

津野修内閣法制局長官が戦闘中における一般の行政法規の適用に関し審議の中で次のように発言している。

「基本的に、事態は、戦闘という非常に緊迫した中で、しかもどういふふうに変化するかわからない。そういった状況の中でそういった

行政法規を適用されるということは、これは自衛隊が正当な武力の行使をしている以上は、そういうことにもしも適用を、何と言いますか、適用に対して違反したとしても、適用しなかったとしてもそれは正当な業務行為として、何ら法的に問題を生ずるといようなことはございません」

戦闘という異常な状況の中でも行政法規は生きているが、適用できない状況であれば違反して行動しても法的には問題ない。これはまさしく「剣戟の間では法は沈黙する」を述べたものだと筆者は理解する。また同様の内容を防衛庁長官も発言している。これに対し民主党のある議員が次のように発言する。

「88条で、いざドンパチ始まったその現場では、単に国際法令と慣習を守る、そして合理的に必要と判断されるという基準だけで何でもできちゃいますというのだったら、有事法制の必要は逆に言ったらないという話じゃないですか。ここの88条をどうやって具体化するかが、有事法制の整備として一番大事なことじゃないですか」

的を射た質問だと思う。警察でもなく、軍隊でもない、しかしながら任務上、国際法的には **Armed Force** の扱いを受ける自衛隊という曖昧な立場から生じる有事法制議論の一つのポイントと言える。

これに関連し潮氏は次のように述べる。

「実は、以上の政府見解は私の知る限り、二十年前から政府部内で温められてきたものである『いざとなったら、八十八条を根拠に自衛隊の行動を縛る法的制約を乗り切ろう』という関係部局の共通理解であった。内閣法制局のお墨付きも得ていた」

もしそうであれば、防衛出動前は別として、防衛出動後にかかわる有事法制論議は無用の論議となる。我々武力行使の当事者となる自衛官としては、法律専門家の間で180度異なる見解がある現実があり、自衛隊発足以来、約50年、不明確なまま放置されて来たことは深刻

な問題である。

部隊指揮官の立場からすると「いざとなったら 88 条で・・・」の発想では、作戦計画立案に支障があるし、日頃の部隊の練成訓練計画も作成できない。何より部下への教育ができないし、そんなことで現代の若者を納得させることは難しい。またシビリアンコントロールの観点からも問題である。「どちらでもいいからはっきりしてくれ」とは部隊指揮官の本音である。問題の原点は警察でも軍隊でもないという自衛隊の性格に存する。

4 隊法による授権

「法律の授権」に関し、安田氏は次のように述べる。

「一般的に行政官庁は、その任務（所掌事務）を遂行するためでありさえすれば、如何なる措置をも採り得るというものではなく、そこには当然、法律による行政の原則が支配する。従って、国民の自由と財産にかかわるような措置については、法律による明示の授権を必要とする」

基本的に法律に書いていない事はできないということだ。

他方、「その反面、国民の自由と財産にかかわりのない措置については、行政官庁はその任務の遂行上必要とされる限り、法律の授権を待つことなく、その裁量によりこれを実施することができるし、また実施する責務を有する」とも述べる。つまり国内法の規制を受けない外国の軍隊に対する措置においては、国民の自由と財産にかかわりのない行動について法律の授権を待つまでもなく実施することができるし、実施する責務があるとの解釈がされる。諸外国の軍隊としては当然のことだ。

しかしながらこれは一般的な話だとして安田氏は次のように言う。

「日本の防衛法制では、文民統制の見地から、これに一步を進めて国民の自由及び財産に関係すると否とにかかわらず、およそ自衛隊の活動についてはすべて法律の根拠を要するものとした。明文の規定はないが、自衛隊法の規定からそのような立法者の意図は明らかである」

一般論はともかく、自衛隊の行動については、すべからく法律に明示していなければならないというのが氏の見解である。過去の政府委員の答弁には、必ずしもこれに合致していないものもあるが、現在の政府の立場に近いと考える。

全く異なる意見もある。宮崎氏は自衛隊法について次のように述べる。

「第7章の自衛隊の権限規定は、自衛隊が行動する場合、その任務遂行の際に付随して生ずるおそれのある国民の自由と財産に侵害を加えることに対し、自衛隊の実力行使に制限を課した警察権の規定であって、自衛隊の行動に際しての全ての権限を規定したものではない」従って、「侵略防衛行動、海上警備行動、領空侵犯措置行動のような自衛権の発動としての行動に対しては、国際条約、国際法規、慣例に基づく原則が適用され、Armed Forces としての原則に基づく行動の準則が基準となる」

なるほど例えば 84 条の対領空侵犯措置にかかわる権限については第7章には規定されていない。

自衛隊法策定当時においては「国家、国民は確立された国際法規（国際慣習法）及び条約を遵守義務があり、条約を締結すれば国際法上の権利、義務が発生し、国内法上の効力が生じる。従って、国内法に規定がないのでできないということはない」という共通認識があったとし「現在の政府の法制関係者は、国内法に規定しなければならないとの見解を有しているが、これは間違っている」とまで宮崎氏は明言する。

隊法制定当時は防衛出動を命じられた自衛隊は、外部からの武力攻撃に対して、隊法7章の国内法の権限とは別途に、武力行使を含む戦時国際法の交戦権限を行使して反撃することを国際法上認められるのは当然であり、国内法である自衛隊法に規定する必要はないと考えていたという。

他方、安田氏は立法者と法の解釈の関係について、次のように述べる。

「法の解釈は、立法者の意志の探求に留まるものではない。立法者が当初持ってきた心理的意思でなく、その合理的意思に基づくところの目的論的解釈方法は、あらゆる法の解釈に共通な原理として一般的に認められている」

法の解釈は変遷するものであり、最新の解釈が優先することになる。自衛隊法策定時は「国内法に規定がないのでできないということはない」が共通認識であったにせよ、現在は「法律に明示されていないことは何もできない」との解釈であり、現在はこれが正しい解釈というのが氏の主張だ。

だとしたら、対領空侵犯措置に関する権限規定が無いことについて、どう解釈すればいいのだろう。現在、対領空侵犯措置に係わる武器使用基準については訓令で厳格に規定されているが、上記の解釈では法律に授權されていないことを訓令で規定していることになる。

昭和55年2月9日の予算委員会で対領空侵犯措置の武器使用の根拠は84条であると政府答弁しているが、元東京簡易裁判所判事の絹笠泰男氏は隊法による権限授權を明確に否定している。「武器使用の権限規定がないことから、その職務行為として武器使用はできない」また「84条の職務規定を拡大解釈して武器使用権限も含めているとの解釈では裁判所は説得できない」とまで明言する。現在の政府解釈は「法律の授權」の考え方から説明がつかないという訳だ。

対領空侵犯措置に関する論点については後ほど詳しく述べることにするが、問題はやはり「国内法に規定がないのでできないということはない」という隊法策定時の解釈と「国内法に規定しなければできない」との現在の見解との乖離、つまり隊法に見る権限授権の曖昧さが現場指揮官の苦悩を生む結果となっている。

5 隊法の権限規定

自衛隊法第7章の権限規定について一瞥してみたい。先ず警察でも軍隊でもない曖昧な存在として特徴的なのは88条の「防衛出動時の武力行使」である。「武力行使に際しては国際の法規及び慣例に拠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」とあるが、諸外国の軍隊で国内法にこのような規定がある国はないといわれる。前段の「国際法規遵守規定」については、Armed Forceの「武力行使」の権限は国内法令ではなく、国際法規に基づき認められており、あまりにも当然だからである。

自衛隊もArmed Forceであれば、国際の法規および慣例を遵守しなければならないことは憲法第98条2項により当然であり、自衛隊法に規定する類の問題ではないが、「特に念のため規定した訓示規定」といえないこともない。宮崎氏は「自衛隊法制定当時、改進黨から『防衛出動にあたっては警察的立場を撤廃し、防衛にあたっての適切な実力行使を可能ならしめること』と要求があり、国内法の治安維持権限規定とは別途に確認規定として88条を加えた」と当時の経緯を語る。中身はそのままで保安隊という警察官庁から自衛隊という軍事官庁に変貌させることを明確にするため、国際法上の自衛隊の武力行使を国内法で確認した規定であった。

後段の「かつ事態に応じ合理的に必要と判断される限度」の記述は、

警察上の比例原則を意味している。自衛隊特有の規定であり、諸外国の軍隊にはない。これには様々な意見があり、論議を呼ぶところである。

軍隊と警察に詳しい浜松大学教授の色摩力夫氏は「軍隊」の構成員が戦闘行為を行うときに、「比例の原則」を適用するのは不条理であると主張する。「軍隊の行動は、法的には原則『無制限』で、ネガ・リストの「戦時法規」の規制を受けるだけのはず。それ以外の要因で規制を受けるとすれば、それは、『法的次元』のものではなく、『軍事的必要』に基づく『政策的判断』によるものである」と述べる。

とすると「かつ」以下の後段はどういう意味を持つのであろう。戦闘行動まで警察比例の原則を適用すべきという、おおよそ国際的、軍事的常識とはかけ離れた規定ではないとは筆者は考えるが、文面ではそう読み取れないこともない。事実、近年はそういった解釈が随所に見られ、自衛隊の「警察解釈化」を促す結果となっている。

宮崎氏は『「かつ」以下については、自衛隊の武力行使は自衛権に基づくものであるので、通常国際法上の戦争とは趣を異にし、自衛権の原則の限界および国内法における武力行使が合理的な限度内であれば適法であることの解釈規定として規定した』と述べる。つまり、二つの意味を有するという。一つは国の自衛権の発動としての武力行使には自ら一定の限度があるということ。二つ目は治安維持における武力行使に伴う一般国民に対する制限は、事態に応じ合理的に必要な限度を超えないという警察比例の原則の意味である。

具体的には、自衛権の武力行使は自衛権の発動であるから、武力攻撃または武力侵入を排除することであり、侵略前に予防戦争的に武力行使する、あるいは排除した後に復讐のための武力行使をするといったことは自衛権行使の要件である急迫不正の侵害があることに該当しないから自衛隊としてはできないということであり、二つ目は防衛出

動時の公共の秩序維持行動等においては、国民の権利と義務に直接係わってくるので警察比例の原則が働くとの意味である。

昭和 35 年 4 月 28 日に林法制局長官は次のような答弁をしている。

「普通の外国の軍隊と違う点は、日本の憲法上そのあり方が自衛のために必要な限度に限られている」

憲法 9 条から自衛のために必要な限度という自衛力の限度と自衛力の行使のやり方において武力行使が認められることを述べている。このことは決して戦闘行動レベルにおける警察比例の原則を意味するものではないと考えるが、時として、警察比例の原則が自衛隊の戦闘全体にまで及ぶかのような主張がまかり通り、自衛隊の性格の曖昧性に拍車をかけている。

6 「ネガ・リスト」と「ポジ・リスト」

「ネガ・リスト」の言葉が出たが、警察と軍隊の最も異なるところが「ネガ・リスト」と「ポジ・リスト」の違いである。一般的に軍隊の権限規定は、「原則無制限」であり、明示的に禁止されていないことは何をしてしても良い。これをもって「ネガ・リスト」方式と呼ばれる。一方、警察作用は、原則「制限」（「禁止」）であり、その権限は明示的な法的根拠がなくてはならない。任務の遂行に必要とされる限り、法律の明示的な授權がなくとも、裁量によりこれを実施する余地がないこともないが、やはり依然として広い意味で法の枠内にある。つまり、原則として、法律に書いてあることしかできない。これをもって「ポジ・リスト」方式と呼んでいる。これに関し色摩力夫教授は次のように説明しておられる。

「防衛作用における『軍隊』の活動を規制するのは『国際法』である。国際法の主体であり客体であるのは、原則として主権国家である。しかも、国際法の基本的法理には『主権絶対』の原則がある。従って

主権国家の行動は、原則『無制限』ということになる。原則「自由」と言ってもよい。それゆえ、国家の機関である『軍隊』に対する法規制は、国際法上、原則『無制限』である。『軍隊』の権限規定は、原則『自由』ということになる」と述べ、原則無制限の軍隊行動と国際法との関係について「国際社会は、『軍隊』の行動を、軍事的必要のおもむくまま野放図に放置しておくわけにもいかない。そこで、古くから、人道的配慮とのバランスを求めて『戦時法規』の立法に努力してきた。害敵手段の制限や戦争犠牲者の保護のために、若干の禁止的ルールを設定した」とする。よって、軍隊の規制については、やっではないことだけ規定する、つまりネガティブな事項のみ記述するネガ・リスト方式と呼ばれる。

一方、警察については「その活動は、一国の主権内に限定された作用である。その領域を超えることはない。つまり、国際法上の国家の主権は絶対であるが、その主権に属する領域の中では、国家は、いかにその主権を行使すべきかの問題がある」とする。つまりは「国家権力と国民の関係の問題である。特に、自由民主主義国家においては、国民の集団が主権者であるから、国家権力が国民の自由と権利を恣意的に制限することは許されない。その関係は、国内法によって厳密かつ詳細に規定されていなければならない」とする。特に警察作用は、国民に命令し強制することができるものであるので、すべからく権限は明示的な法的根拠が必要ということである。つまり、警察の規制はやっではないことだけ規定する、ポジティブな事項を記述するポジ・リスト方式と呼ばれる。

参考までに緊急時の権限について諸外国の例を見てみよう。一般的な傾向として、国家緊急時の軍隊の権限については法治主義の観点から制度化が望ましいとされている。しかしながら、非常事態においては、事態の進展に伴って必要とされる法制は変化してくるし、また如

何なる事態が生じるかも予測しがたい。従って予め全ての法令を整備することは難しいという認識は共通している。

ネガ・リスト方式は英米法系ともいわれるように、イギリスとアメリカがその代表である。イギリスは成文憲法自体が無いし、社会的慣習・判例など経験的・歴史的事実を基礎としてその都度判断する。緊急時に法に無いものはとりあえず措置できるものとし、事後審査し、必要なものは免責する。アメリカも憲法には緊急権の規定が無い。大統領権限を制約する戦争権限法（War Power Act. 1973）国家非常事態法（National Emergency Act. 1976）はあるが、緊急事態には基本的にまず措置をとり、事後に司法審査を受ける。

ポジ・リスト方式は大陸法系と呼ばれるがフランスとドイツがその代表である。フランスは 1958 年憲法で大統領の非常大権を規定しており、ドイツは 1968 年第 17 次基本法補充法で非常事態憲法を制定しており、防衛事態、緊急事態、災害救助、その他、市民防衛、必要物資の確保、郵便・電信の秘密制限にいたるまで細部にわたる規定がある。

これらはいずれも高位の政策レベルにおける規定であるが、大陸法系のフランス、ドイツにあっても、作戦レベルについては「国民の自由及び財産に係る」もの以外はネガ・リストの規定であることは言うまでもない。予測しがたい全ての法令を整備することは不可能との認識は共通である。

自衛隊法の場合、宮崎氏が指摘されるように隊法策定時はネガ・リスト方式の共通認識であったという。しかしながら、前述のように「日本の防衛法制では、文民統制の見地から、これに一步を進めて国民の自由及び財産に係ると否とにかかわらず、およそ自衛隊の活動についてはすべて法律の根拠を要するものとした」と述べる安田寛氏のような専門家もおられる。つまり武力行使時にあっても警察作用の規

制と同様、ポジ・リスト方式だと主張する訳だ。

隊法解釈がもしポジ・リスト方式であれば、もっと詳細な権限規定が必要だ。でないと部隊は身動きが取れない。領空侵犯措置の権限規定が無いことから分かるように、ポジ・リスト解釈では事態の推移に応じての対処は難しいだろう。ネガ・リスト方式で策定された隊法がその後、ポジ・リスト的解釈に変更されても必要な規定を付け加える作業を怠って来たため、混乱が生じているものとする。

自衛隊が警察でなく **Armed Force** であるならば、隊法7章の権限規定は国民の自由と権利に直接関係する治安出動や防衛出動時の公共の秩序維持行動、海上警備行動の一部および災害派遣行動の行動時における行政警察的強制権限のみを規定したポジ・リストと解釈すべきであり、外国軍隊に対する行動は、国際法に準拠すべきものとして七章には規定されていないネガ・リストであると解釈すべきである。

また88条2項の後段、「かつ事態に応じ合理的に必要と判断される限度」の警察比例の原則についても、自衛隊が国土防衛戦を想定しており、我が国の領域内における武力行使は一般の国民の自由と権利に大なる影響を与えるものであるため特別に規定したものと解釈すればスッキリする。もしそうであれば現在有事法制で議論されている土地の収用等についても、敵の侵入を目前に控え、私有地に緊急に立ち入ったり、陣地を構築したりする緊急措置は、88条2項に基づき軍事常識上、事態に応じ合理的に必要と判断される限度であれば適法となるという。現在の有事法制議論も違ったものになると思うが如何であろうか。

7 対領空侵犯措置に見る自衛隊

自衛隊の他に、陸には警察が、海には海上保安庁がそれぞれ武装集団として存在し、平時の警備及び治安維持にあたっている。空には航

空警察は存在せず、日常の領空侵犯に係わる活動は諸外国とも空軍が担当している。自衛隊は隊法 84 条によって領空侵犯に対する措置が命ぜられているが、この措置が警察行動かそれとも自衛行動かによって大きく対処内容が変わってくる。前述したように 84 条という任務規定はあっても、第 7 章に権限規定はない。警察行動か自衛行動かによっても規定の仕方は異なる。安田氏はこれを「渉外警察行動」と述べるが、警察行動であれば当然「ポジ・リスト方式」で権限を明確に規定する必要がある。

これに関し、元裁判所判事の絹笠泰男氏は次のように述べる。

「わが国は職務規定のほかに、別個に権限規定を設けて厳格な要件のもとに、その強制権限の範囲を詳細に定める法体系を採用している」従って、「7 章に権限規定がないということは、自衛隊機には領空侵犯措置の任務は付与するが、侵犯機がこれに応じない場合でも、武器を使用してまで領空から退去あるいは強制着陸させるべき強制的権限を与えないという国家意思と解さざるを得ない」

対領空侵犯措置というのは平時の警察行動であり、ポジ・リスト方式だというわけだ。

他方、宮崎氏は「平時の領空侵犯外国軍用機に対し、自衛隊法に武器使用規定がないので相手が発砲しない限り正当防衛とならず何も出来ないとの解釈は国際法を無視した考え」で誤りだと主張する。平時、外国軍用機が許可なく我が国の領域に入ることは、我が国の領域を侵害することで国際法違反であり、独立国としてこれを排除することは国際常識である。しかし外国軍用機は日本の国内法の管轄権に服しないので、違法を排除、阻止する強力行使（強制措置）は国際法規慣例によらねばならず、国内法を適用する必要もなく、国内法に規定がないからできないというのは間違い、ということだ。

「国際法規慣例に従えば、領空侵犯機に着陸を命令し、聞かざれば

警告射撃を、さらに抵抗すれば直接射撃により、退去、着陸を強制する実力措置をとるのであって、隊法7章という国内法上の武器使用権限規定の適用とは全く次元を異にする」と氏は述べる。対領空侵犯措置が **Armed Force** による行動であるとの前提に立った解釈である。

そもそも対領空侵犯措置とは警察行動なのか自衛行動なのか。一般的に対領空侵犯措置には3つの性格があるといわれる。一番目は「領域保全のための国際法上の不法行為を阻止し、又は排除する部隊行動いわゆる国際法上の警察活動」としての性格、二番目は「侵略未然防止の観点から外国軍用機の行動を監視警戒する必要がある、個々の侵入機が軍事常識上敵性行為と判定されたときは、国際慣習法により認められている自衛反撃措置を講ずる部隊自衛行動」としての性格、三番目は「戦時中立の義務履行のための部隊行動」である。つまりそのときの状況によって警察行動から自衛行動まで変化しうるのである。

警察行動から自衛行動まで切れ目なく一貫した対応をするのは軍隊にしかできない。一番目に関して安田氏は次のように説明する。

「軍隊が組織的かつ計画的に外国の領域に侵入する行為は、武力攻撃であり、自衛権を発動させる。しかし、少人数の部隊が偶発的に国境を越えて他国の領域に侵入した場合にこれを排除する行為は、むしろ国家の領域主権に基づくものというべきである。武力攻撃に対する自衛権の行使が、国家の防衛高権の作用であるのに対し、この場合に採られる措置は、警察高権の作用である」

「渉外警察作用」という言葉を使って次のように説明する。

「自衛権行使の場合には、その行動が自国の領域から公海に及び、さらに相手国の領域に及ぶことがあるのに対し、警察高権は領域主権の属性であって、自国の領域の外に行動が及ぶことはない。ただ、この場合の警察作用の対象は、外国の国家機関であるから、そのような強制行為については、国際法の規律に従うこととなる。この場合の警

察作用は一般的のそれと区別して渉外警察作用と称することができよう」

この場合の警察作用の対象は、外国の国家機関であるため、国際法の規律に従う必要があることから、第7章に権限規定がないからといって、何もできないというのは誤りだと考えるが、一方で安田氏が「日本の防衛法制では、文民統制の見地から、これに一步を進めて国民の自由及び財産に係ると否とにかかわらず、およそ自衛隊の活動についてはすべて法律の根拠を要するものとした」とも述べているから悩ましい。

過去の国会答弁はどうか。前述したように、55年2月9日の衆議院予算委員会で当時の佐々参事官は「内訓にある正当防衛、緊急避難は、危害許容要件であって、武器使用の法的根拠は84条である」と述べている。絹笠氏はこれに関連し、次のように手厳しく反論している。

「隊法が6章の職務規定を受ける形で7章に権限規定をもうけているのに、領空侵犯措置についてだけ職務規定を拡大解釈して武器使用権限も含めると解釈することはあまりにも無理な解釈である」とし、「もしこのような解釈が許されるならば、近代国家の基本原則である法治主義原理が形骸化され、行政専断の専制主義国家に墮落することになる。このような行政解釈では裁判所を説得できない」

隊法制定当時、84条の権限規定は必要ないとの考え方が常識であったと宮崎氏は述べる。自衛隊創設当初は、権限規定は無くても国際慣例を基準に行動できるという国会答弁がなされている。29年4月20日の衆院内閣委員会で当時の増原次長は次のように答弁している。

「着陸させるということも一つの方法、あるいは信号その他の方法によっては要域の上空から退去させるのも一つの方法である。これに応じないで領空侵犯を継続するような場合には現在の国際法における通常の慣例その他に従い、場合によっては射撃することもありうる」

また 44 年 4 月 17 日の通常国会本会議で佐藤総理は次のように答えている。

「侵入機に対してはまず警告を与えるのがほぼ慣習法化している。その結果、領空侵犯を悪天候や器材の故障など不可抗力者であることが判明した場合は別にして、侵入機が敵性を持っていると信ずべき十分な理由がある場合は、領空外への退去、指定する地点への着陸等を命ずることができ、侵入機がこれに従わない場合、領空内ではこれを撃墜することもできる」

ところが、48 年 6 月 15 日の衆議院内閣委員会で久保防衛局長は一転して「武器を使用することは外国と異なり、緊急避難及び正当防衛の場合にしか使用できないことになっている」と述べ「警察行動論」、「絹笠理論」に近い見解を示している。総理大臣の答弁を政府委員が否定する結果となっているが、この辺は法律の素人には、はなはだ分かり難い。我々当事者としては当然混乱する。

我々にとっては、とりあえず訓令が正式な命令だから、と思っていたら、絹笠氏は「内訓（訓令）は行政規則であって法規範としての効力はなく、行政内部における上司から部下に対する一般的・抽象的な文書によって示された命令にすぎない。法律に違反する行政規則は当然に無効である」と述べるから悩みは尽きない。

また「国内法上領空侵犯措置権が付与されている自衛隊機が侵犯機を撃墜したとしても、国内法により武器使用権限が与えられていなければ、同様に刑事上正当防衛と評価されない限り、行政上懲戒処分を受けると共に殺人罪に問われる」そして、「指揮官はその部下の行為について行政上の責任はとり得ても刑事上の責任をとることはできない」とまで元裁判所判事が述べるとなると、たとえ訓令に示す職務行為だとしても、指揮官は武器の使用を部下に命ずることは躊躇せざるを得ないだろう。

この後、氏は「武器使用権限が与えられていないために侵犯機をとり逃がしたり、あるいは領域深く侵犯を許したとしても、それは自衛官の責任ではない」と付け加えているのが救いと言えれば救いであるが、厳しい訓練を経て、厳正なアラート勤務についている使命感旺盛な戦闘機操縦者達にはやはり合点が行かない。士気の低下は必定である。加えて、「使命感の旺盛さの故に、法を無視してはならない」とまで論されるから指揮官の苦悩は当然倍加する。

絹笠氏の「権限規定必要論」については、空自法務幹部の山下愛仁3佐が精緻に反論した論文を書いている。

「領空侵犯措置は、『法治主義』とは、さしあたり次元を異にする法的性質を有する国家作用」であり、「対外的国家作用である領空侵犯措置を『法治主義』をもって 84 条に基づく武器使用合法説を批判することは問題」である。「領空侵犯措置のような『わが国内法の管轄下』にない外国航空機に対する措置権限を特段、7章『自衛隊の権限』に規定する必要はない」

この主張には筆者も全面的に同意したい。がしかし過去、自民党の国防部会で 84 条の権限規定について問題視され、昭和 63 年 10 月防衛法制小委員会で検討された結果、改正案が国会上程寸前までいったという歴史的事実があるから悩ましい。つまり現在の「権限規定不要論」は問題との認識が自民党にもあるということだ。結果的に上程されなかったが、「必要ない」からではなく、当時の 55 年体制からくる政治状況が理由だということから問題を更に深刻にしている。

改正案は 84 条の「退去させるための必要な措置」を「退去させその他これを排除するため必要な措置」へ改正し、「第 84 条の規定により必要な措置を命ぜられた自衛隊の部隊は、わが国の領域を保全するため、必要な武器を使用することができる」とし「前項の規定により武器を使用するに際しては、第 88 条 2 項の規定を準用する」という

権限規定を 94 条の 2 として追加するものであったという。極めてスッキリする改正案である。その後、この改正案は立ち消えになり、曖昧なままで部隊指揮官の苦悩は続くことになる。

権限が認められたからといって、対領空侵犯措置の目的は、着陸させまたは我が国の領域の上空から退去させるため必要な措置を講ずることにあり、撃墜することが目的ではないことは言うまでも無い。国際慣例によれば、国家はその領域を侵犯する航空機に対し、着陸または退去を要求し、警告が行われ、なお警告射撃を無視して進入が継続されるときは最後の手段として射撃を含む「事態に応じ必要と認める程度」の「強力行使」が許されることになっている。

国家の渉外警察作用と呼ばれる所以である。

渉外警察作用も警察作用である以上、比例の原則が働くものと解せられている。ただし、それは国際法上の比例の原則であり、その時々国際的緊張の度合い、その他の事態に応じて判断し、「ケースバイケース」で処理されるべきものである。特に各種の複雑な政治的要素が加わるのが常であり、政治が状況に応じ適切にコントロールしなければならない。

「84 条は、防衛庁長官に裁量を与えたものであるから、長官の命令によって領空侵犯措置にあたる『自衛隊の部隊』が広い裁量権を持つことは 84 条の趣旨に反することになるろう・・・防衛庁裁量基準を定める現行内訓（訓令）は、裁量基準をより明確にするため、他国の立法例や我が国行政法理の蓄積を参考に再考すべきであろう」と山下 3 佐も述べるが全く同感である。

権限規定に関する見解が曖昧なせいか、現行の訓令と国際慣例との間にはかなり大きな隙間があり、全てを網羅していない。対領空侵犯措置を政治が適切にコントロールするためにも、権限規定に関する見解を明確にすると共に、要すれば法改正をし、また訓令と国際慣例と

の隙間を埋めるべくしっかりとした部隊行動基準を策定し、部隊指揮官に明示してやる必要があると考える。

8 シビリアンコントロールの法的意義

合法的な暴力組織である軍隊と警察の大きな相違点として文民統制、所謂シビリアンコントロールの有無がある。軍隊には何故シビリアンコントロールが必要かという問いに対し、武力を持っているからの答えは誤りであろう。程度の差はあるが警察も海上保安庁も武力を持っている。

シビリアンコントロールとは「民主主義国家における軍事に対する政治優先または軍事力に対する民主主義的な政治統制」を指し、防衛白書では次のように説明する。「国民を代表する国会が、自衛官の定数、主要組織などを法律・予算の形で議決し、また、防衛出動などの承認を行う。国の防衛に関する事務は、一般行政事務として、内閣の行政権に完全に属しており、内閣を構成する内閣総理大臣その他の国务大臣は、憲法上文民でなければならない」とされ、その他内閣総理大臣が最高の指揮監督権を有し、防衛庁長官は国务大臣を充て、重要事項審議のための安全保障会議が置かれている等々。

わが国の国防政策に関して「厳格なシビリアンコントロール」ということが常に強調されている。民主主義国家においてはすべからず軍隊はシビリアンコントロール下にあると言ってもいい。しかしながら諸外国を見ても、警察あるいは沿岸警備隊を「厳格なシビリアンコントロール」の下にと主張されているのを筆者は寡聞にして知らない。シビリアンコントロールの必要性は「武器の有無」や「装備の強力性」でなく、もっと本質的なところにあるのだろう。

色摩力夫教授は次のように主張する。そのポイントは「国家権力の中に『軍隊』が占める得意な位置づけ」にあるとし、「軍隊」というも

のが行政府の枠外にあるからだと説明する。

「行政府にとって、特別の『統制』を必要とする『組織』とは、行政府にとって多少とも異質なものの、即ち『他者』でなければ論理矛盾」である。「警察は国家統治の一手段であり政府の中核に位置し、制度上は行政府の内部にある行政機関であり、時の政府の分身ともいえるのに対し、軍隊は時の政府の分身ではなく、組織は行政府の枠外あるからだ」

だから警察には「シビリアンコントロール」という言葉は無縁であり、また警察は政府と一体であるから歴史的にもクーデターは無いという。

自衛隊の前身である保安隊はその任務から治安維持機関であり警察組織であったため、シビリアンコントロールは論議の対象とならなかった。宮崎氏によると「保安庁は法制上警察機関であって、所謂軍事に対する文民統制問題は論議の対象にならなかった。ただ保安隊が強力な武装集団組織であるため、これを管理する保安庁長官は内閣の一員である国務大臣をもって充て、治安出動は内閣総理大臣の権限とするとともに、さらに国会の事後承認を必要とし、議会制民主主義の原則の下に政治が非常警察権を完全に支配する配慮がなされた」そうだが、「強力な武装」の有無がシビリアンコントロールの必要性に繋がるというのもおかしい。

「強力」の程度というのは、時代によって、武器の性能によって、また武器の数によっても変化する。近年、警察は自動小銃の装備化、海上保安庁も重武装化等、装備の強力化を図っているが、「シビリアンコントロールを」という声は聞かない。何より「強力」か否かの線引きが困難である。保安庁の場合、やはり旧軍の独走、敗戦という歴史を引きずり、警察予備隊から強力な武装集団の保安隊へという経緯をふまえたもので、保安庁のシビリアンコントロール体制は、警察機関

としては世界的にも稀な例であったといえる。

話は少しそれるが、初めて **PKO** をカンボジアへ派遣する際、「警察はいいが自衛隊はだめ」という主張が派遣反対派にあり、世界の失笑を買ったのは記憶に新しい。歴史に「もし」はないが、もしあの時、自衛隊ではなく保安隊だったらどうだっただろう。保安隊は警察機関であるから反対はなかったかということ、やはり反対はあっただろうと思う。それは本質的な反対ではなく、保安隊の出自と歴史を引きずった情緒的な反対だからだ。同じ発想は「**PKO** 別組織論」で現在も生きているし、諸外国の有識者の首を傾げさせているところだ。

シビリアンコントロールの意義をもう少し考えてみよう。色摩力夫教授は「軍隊は政府から見れば『半自律的なプロ集団』である」という。そこで政府が完全にコントロールするには「軍隊」内部の規律だけでは制度上不可能であり、特別の仕組みが必要不可欠になる。それがシビリアンコントロールであるという。では、自衛隊は政府から見れば「半自律的なプロ集団」なのであろうか。

「半自律的なプロ集団」について彼は次のように説明する。

「軍隊の対象は通常『外国』であり、自国の主権の外にある他の主権国家である」しかも、「国際法から見れば、主権は絶対であり平等である」従って、「国家間の紛争は何が起こるかわからない、何でもあり得るのである」そこで「各主権国家は、原則として主権の作用として『無制限』の機能を持つことになる」

近年、国連決議に見られるように主権の相対化の傾向は見られなくもないが、まだまだ一般的には「原則『自由』であり、法的には何でも出来る」のが国際社会の原則である。

軍隊とはそのような事態に対応するために主権国家が平時から用意している『合法的暴力集団』である。そのために、警察とは異なり軍隊は行政機関ではなく、行政府の一部でもないし、行政府から「政治

的統制」を受けるだけで、行政府から半ば独立した別個の国家機関、つまり「半自律的なプロ集団」となっている。従って、政府が完全にコントロールするための特別の仕組み、つまりシビリアンコントロールが必要なのだ。

自衛隊を法的構造から見るとどうか。安田寛氏は次のように述べる。

「今日の自衛隊の部隊は行政各部の一部として存在しており、部隊が国家行政組織の一部である以上、防衛庁に包括されることにならざるを得ない」また、「防衛庁は『お役所』であり、自衛隊が防衛庁と言う組織の一部である」

ドイツの場合は基本法で「連邦は、国防のために軍隊を設ける」と定め、別に行政官庁としての国防省が設置されており、国防省は軍隊の一部ではない。

色摩教授は「自衛隊は、自衛隊法第二条により、『防衛庁』をそっくり含んで、それと同質の組織となっている」とし、「法律を素直に読めば、自衛隊は行政機関のようである」と述べる。軍隊が国防省を通じて行政府の中に、組み込まれている例は少なくないそうだが、自衛隊は、行政府に組み込まれているのではなくて、行政機関そのものとなっている。

であれば、自衛隊の法的構造は本質的に警察とほとんど変わるところがない。自衛隊が行政機関であれば、前述した通り、わざわざ行政府が統制する必要が理論的には消滅することになる。しかし、現実には厳格なシビリアンコントロールの体制をとっている。行政府が自身と一体の行政機関を「統制」している事実は、保安隊と同様「膺を吹く」感ありだが、かつて軍令事項の拡張解釈が軍による政治の壟断に一つのきっかけを与えたという戦前の苦い経験に鑑みた歴史的産物と言うことだろう。

シビリアンコントロールの法的側面から見ても、自衛隊は警察では

ないが、軍隊でもない警察的体質の強い極めて曖昧な武装組織であることがわかる。「国際社会にはあまり類例がない」世にも不思議な組織と言われる所以である。

専守防衛とはいうものの、主権の衝突と言う「何が起こるかわからない、何でもあり得る」事態に対応するために日本国家が平時から用意している『合法的暴力集団』が自衛隊であるとするならば、法的構造がどうであろうと、防衛作戦において自衛隊が主権の属性を十分行使しうるものとして準備されていなければその存在意義は無い。根元的な法的存在の曖昧さは前述した「ポジ・リスト」「ネガ・リスト」の問題、権限規定の問題等、自衛隊の任務遂行に大きな影響を及ぼしていることは確かだ。

9 おわりに

自衛隊法が想定もしていなかった危機事態が発生したと仮定しよう。「法律に規定がないから対処せず、主権も国民の生命、財産も守れなかった」では国民から「不作為の罪」で糾弾を受けるだろう。他方、規則に無いものの国際慣例に従って対処し、危機を未然に防止したとしても、決して「英雄」になることはなく、「行政上懲戒処分を受ける」し、場合によっては「殺人罪に問われる」こともあり得る。どちらに転んでも問題だ。

「そんなことない。それは『超実定法的緊急事態』と呼ばれる事態であって、免責される」と言われる法律家もおられる。しかしながら、法律学における「超実定法的緊急事態」は、実定法上予想することができない異常かつ緊急の事態において、やむを得ず採った措置を事後において免責する法理であって、初めからこの法理を頼みとして法律を破ることが正当化されるというものではない。

危機管理を「超実定法的緊急事態」に頼ることは邪道であり、日頃

の計画的な練成訓練もできなければ、部下の教育もできない。何より現場指揮官の負担が大きすぎるし、シビリアンコントロールの趣旨にも反する。

これまで法的側面から自衛隊の性格を述べてきた。警察では無いが、軍隊でもない曖昧な性格。多くの法律専門家が「ポジ・リスト」だと述べる反面、その割には適用除外も少なく、権限規定に欠落している規定も多い。また新たに策定すべき有事法制も多い。戦前の深刻な経験に鑑みて、軍令の縮小、権限の極小化を図ろうとした現行制度の意図は心情的には理解できるが、「働く自衛隊」を具現化するには問題が多い。

「平時の有事」、「今、そこにある危機」等、新しい危機事態は隊法策定時に想定されていなかったことが多い。自衛隊が21世紀において「働く自衛隊」として、国民の付託を得るためには、先ず、国家として自衛隊の位置付けを再定義する。つまり「軸足」を明確にし、国民のコンセンサスを得ることが必要と考える。曖昧なままの放置、そして事が起こる度のパッチワーク的対応は、早晚限界が訪れるだろう。

「今、そこにある危機」発生時、必ずや物議を醸し出し、或いは不作為の罪を問われることになる。「軸足」を明確にした上で、必要な法制整備、部隊行動基準策定等の各種施策が喫緊の課題と考える。

これを書いている時、陸上自衛隊と警察との初の共同図上訓練の記事が新聞に載っていた。「強力な殺傷力を持つ武器を所持した武装工作員等が我が国に上陸するなど、一般の警察力による治安維持ができない事態が発生した場合における住民の避難・防護、武装工作員等の発見・鎮圧、重要施設の警備等について、自衛隊と警察が対処する際の連携要領について訓練」するという。新しい危機に対処する動きとして真に望ましいことだ。

今後訓練を通じて、警察と自衛隊の任務、役割分担、何ができ、ど

ここまでできるか等、権限相違の明確化の問題点が必ずや出てくるであろう。やはり問題の根元は自衛隊は軍隊か警察かの「軸足」に帰着し、これに明確に答える必要性が出てくるものと考える。

最後に色摩力夫教授の言葉を引用して締めくくりたい。

「自衛隊は本当に軍隊なのかと問わざるを得ない。もし、それが『警察』に限りなく近いものであるならば、それはむしろ有害無益である。我が国は、今さら『警察国家』になるわけにいかない。もし警察でもなく軍隊でもない、その中間的なものというのであれば、我が国自身にも無用であり、国際社会には奇妙で迷惑な存在となろう。もし軍隊であると言うのであれば、無用の誤解となりかねない要素を始末する必要がある。つまり、まともの軍隊になることである」