

第 〇 章

エネルギー—安全保障と国内行政法

京都大学教授
原 田 大 樹

I はじめに

イラン情勢が緊迫する中、2019年12月に政府は、中東への海上自衛隊の派遣を決定した。閣議決定の中では、「自衛隊による情報収集活動は、政府の航行安全対策の一環として日本関係船舶の安全確保に必要な情報を収集するものであり、これは、不測の事態の発生など状況が変化する場合への対応として以下(4)に定める自衛隊法(昭和29年法律第165号)第82条に規定する海上における警備行動(以下「海上警備行動」という。)に関し、その要否に係る判断や発令時の円滑な実施に必要であることから、防衛省設置法(昭和29年法律第164号)第4条第1項第18号の規定に基づき実施する」¹とされ、防衛省設置法の所掌事務に関する規定を根拠とする派遣であることが明示された。そして、2020年1月10日には、防衛大臣による派遣命令²が出され、オマーン湾、アラビア海北部、アデン湾の公海(ホルムズ海峡を含まず)を対象に、まずはP3C哨戒機2機が派遣され、さらに2月2日に護衛艦「たかなみ」が派遣された。この事案では、自衛隊の海外派遣の法律の根拠に改めて焦点が当てられた。

自衛隊をめぐるのはさらに、いわゆる防衛出動命令服従義務不存在確認訴訟において、2019年7月22日に最高裁が訴訟類型・訴訟要件について一定の判断を示している³。2015年のいわゆる平和安全法制整備法の成立をめぐるのは、主として憲法学において激しい議論が交わされた⁴。もっとも、集団的自衛権の合憲性そのものは本稿の直接の対象ではない。本稿は、自衛隊法や重要影響事態安全確保法の改正後の条文を前提に、安全保障と防衛力の法的統制とのバランスをどのように確保するかという点に関心を有している。行政法学の立場からの解釈論的なアプローチを試みる本稿では、参照領域理論を前提とする法解釈の可能性、具体的には、いずれも武器の使用を許容する防衛法と警察法の比較の中で、一定の解釈論的な帰結を導出することを目指したい。そこでまず、自衛隊法の特色を、他の行政作用法・組織法との相違点や警察法との違いを中心に明らかにする(Ⅱ)。次に、警察法と防衛法に存在する武器の使用に関する規定を素材に、その具体的な要件や、武器使用を許容する法規定の法的性格を分析する(Ⅲ)。さらに、武器使用・武力行使という実力行使の極限的形態を法律或いは議会がいかなる見地からどのように統制すべきかを検討する(Ⅳ)。こうした作業を通じて、自衛隊の海外派遣の法律の根拠をめぐる議論に一定の結論を示すとともに、グローバル化をめぐる議論と防衛法との関係を展望することとしたい(Ⅴ おわりに)。

¹ 「中東地域における日本関係船舶の安全確保に関する政府の取組について」(2019年12月27日閣議決定)。

² 「河野防衛相、中東への海自派遣命令 日本船の安全確保へ情報収集強化」読売新聞(2020年1月11日)朝刊。

³ 最一小判2019(令和元)・7・22民集73巻3号245頁。

⁴ この問題に対する行政法学からの見解として参照、藤田宙靖「覚え書き—集団自衛権の行使容認を巡る違憲論議について」自治研究92巻2号(2016年)3-29頁、同「自衛隊法76条1項2号の法意—いわゆる『集団的自衛権行使の限定的容認』とは何か」自治研究93巻6号(2017年)3-43頁。

II 自衛隊法の特徴

1. 組織法的特色

一般的な行政法では、行政組織の設置や任務・所掌事務を定めた行政組織法としての省庁設置法（例えば国土交通省設置法）と、個々の行政活動の具体的な要件・効果・手続等を定めた行政作用法（例えば土地収用法）が区別される。これに対して自衛隊については、まず、行政組織法として防衛省設置法と自衛隊法の二つが存在する。警察法の世界では、法典としての「警察法」が、警察庁のみならず警察組織全般を一元的に規定しているのに対して、防衛法では防衛省設置法の中には自衛隊に関する詳細な規定はなく、自衛隊法という独立した法律が存在する。この区別は、組織の設置や任務配分に係る防衛省設置法と、動的な権限分配の自衛隊法という役割分担に基づくものとされている⁵。わざわざ組織法を二つに分けたのは、有事における武力行使を自衛隊が担うという任務の特殊性⁶に求められる。確かに自衛隊は、国家行政組織法の「特別の機関」⁷としての性格を持ち、その限りでは行政組織法通則に馴染まない特殊な取り扱いが求められる。しかし、特別の機関であれば必ず単行の組織法が必要とされているわけではなく、自衛隊の特殊な任務がこうした法典の体系を選択させていると考えられる。

組織法的に見た自衛隊のもうひとつの特色は、「自衛隊」という概念の中に陸上自衛隊・海上自衛隊・航空自衛隊だけではなく、事務方（内部部局・防衛施設庁等）も含まれていることである（自衛隊法2条1項）。これは、自衛隊の一体性や文民統制の確保を企図したものである。

2. 作用法的特色

作用法的な観点から自衛隊法をながめると、自衛隊法の中に組織法的規定と作用法的規定が混淆していることに気づく。同法の1章から5章までは組織法的な性格が強い規定であり、指揮監督や部隊の編成、自衛隊員の身分に関する規定が並ぶ。これに対して同法の6章と7章は、自衛隊の具体的な活動やそれに伴う法的権限が規定されており、作用法的な規定がほとんどを占めている。警察法の世界では、組織法としての「警察法」と、作用法としての「警察官職務執行法」がある程度明確に分離されている⁸。これに対して防衛法では、一本の法律の

⁵ 仲野武志「武力行使・武器使用の法的規制」同『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂、2018年）172-236(196)頁[初出2017年]。

⁶ 自衛隊法覚え書編集委員会編『逐条解説 自衛隊法（上）』（自衛隊法覚え書編集委員会、2016年）10頁。

⁷ 宇賀克也『行政法概説Ⅲ 行政組織法／公務員法／公物法（第5版）』（有斐閣、2019年）235頁。もっとも、特別の機関という組織形態が、一定の組織法的特色を導出するものではないことにつき、原田大樹「原子力規制委員会」日本エネルギー法研究所月報第217号（2012年）1-3(2)頁。

⁸ 高木光「警察行政法の現代的な位置づけ」「警察行政の新たな展開」編集委員会編『警察行政の新たな展開（上）』（東京法令出版、2001年）163-183(174-179)頁。

中に両者がまとめて規定されており、海上保安庁法⁹と立法スタイルを共通にしている。

作用法としての自衛隊法の特徴は、防衛権と警察権の併存にある。自衛隊法が規定する代表的な活動類型が、防衛出動と治安出動である。防衛出動（76条）は、武力攻撃を受けた場合に、対処基本方針の国会承認を求めた上で防衛権の行使、すなわち武力行使を行うものである。ここでいう武力攻撃には、武力攻撃事態等と存立危機事態の二つが含まれている。これに対して治安出動（78条・81条）は、間接侵略その他の緊急事態、言わば内乱状態において、一般の警察組織では対処が困難である場合に用いられるもので、命令による治安出動の場合には、内閣総理大臣が警察権の行使としての治安出動を命じ、国会の事後承認を得ることになっている。地域的な内乱事態を想定した要請による治安出動では、都道府県知事が内閣総理大臣に部隊出動を要請し、内閣総理大臣が出動を命じることとされており、この場合には都道府県知事が都道府県議会に事後報告することとされている。

3. 防衛出動命令の法的性格

このうち防衛出動については、陸上自衛官が、存立危機事態における防衛出動命令に服従する義務がないことの確認を求める訴訟を提起し、これに対して最高裁が訴訟要件について一定の判断を示したことが注目される。主題となっているのは、2015年改正後の自衛隊法が集団的自衛権の行使を想定した存立危機事態の場合に発令が予想される防衛出動命令の合憲性である。ここで、防衛出動の行政過程を簡潔に述べれば、防衛出動命令がなされた後に、具体的な職務命令があり、これに不服従の場合には自衛隊法に基づく懲戒処分や刑事罰が想定されている。

一審判決¹⁰は、本件訴訟を行政事件訴訟法4条後段の公法上の当事者訴訟とみて、その確認の利益を否定した。その理由は、①近い将来も含めて存立危機事態が発生する明白なおそれがあるとは言えないこと、②原告は入隊後に一度も戦闘部隊に所属したことがなく現在も補給部門に所属しており原告の所属する部署に防衛出動命令が発令される具体的・現実的可能性がないこと、であった。つまり、確認の利益の中でも即時確定の利益がないとして、確認の利益を否定したことになる。

これに対して、二審判決¹¹は、防衛出動命令に不服従の場合に予想される懲戒処分の予防を目的とした法定外（無名）抗告訴訟と考え、その実質が懲戒処分差止訴訟にあるとみて、差止訴訟の訴訟要件である重大な損害要件と補充性要件を充足する必要があると判断した。そして、①重大な損害要件については、「存立危機事態の危険性及び切迫性に照らすと、防衛出

⁹ 斎藤誠「海上執行措置の組織法と作用法」山本草二編集代表『海上保安法制—海洋法と国内法の交錯』（三省堂、2009年）46-71(46)頁。

¹⁰ 東京地判2017（平成29）・3・23民集73巻3号267頁。

¹¹ 東京高判2018（平成30）・1・31民集73巻3号272頁。

動命令に基づく本件職務命令を受けた自衛官がその服従を怠るときは、我が国の国民や他の自衛官の生命及び身体に高度の危険を及ぼすおそれがあることが明らかであるから、本件職務命令に服従しなかった自衛官に対する懲戒処分は、当該自衛官に課せられた重大な責任に違反するものとして、免職を含む重大なものとなることが容易に想定できる。また、刑事罰も同様に重いものになると考えられる。このような極めて厳しい社会的非難にさらされること並びに重大な懲戒処分及び刑事罰の対象となることにより控訴人が被ることになる損害は、行政処分たる懲戒処分がされた後に取消訴訟又は無効確認訴訟を提起して執行停止の決定を受けることなどはもとより、当該処分の差止めを命ずる判決を受けることによっても容易に救済を受けることができるものではない。」として、予想される不利益の大きさや社会的非難の大きさを根拠に、その充足を認めた。また②補充性要件についても、ほぼ同様の理由を挙げて肯定した。

この判決の特色のひとつは、重大な損害要件について、懲戒処分そのものの重さに加えて、社会的非難の大きさも考慮に容れた点にある。これまでの差止訴訟の判例は、重大な損害要件について、処分取消訴訟とその執行停止では救済できない損害であると定式化し、具体的な判断においては、同種の処分が繰り返されることで不利益が急拡大すること（反復継続・累積加重）に注目するものが多かった。本件では予想される懲戒処分は一回であるものの、それ自体の重さ大きいことや、社会的非難＝評価・信用の利益の毀損に着目し、累積加重の色彩がなくても重大な損害要件を満たすと判断したものと思われる。他方で補充性要件については、差止訴訟の多くで議論される、先行する行政活動に処分性がないことは扱われず、重大な損害要件で考慮されたのと同じ事情が挙げられている。判決は別の部分で、防衛出動が行政の内部行為であり、またその名宛人が自衛官個人ではなく自衛隊という組織であることに着目して、処分性の定式（とりわけ外部性・法的効果）を充足しないとの判断を示している。これを前提にすると、防衛出動の取消訴訟は観念できず、やはり補充性要件を充足することになる。

最高裁も、この訴えが実質的には懲戒処分の差止めを求める無名抗告訴訟とした。さらに、2審判決では明示的に論じられなかった処分の蓋然性要件の充足をも要求し、その判断をさせるべく原審に差し戻した。

「本件訴えは、本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の予防を目的として、本件職務命令に基づく公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟であると解されるところ、このような将来の不利益処分の予防を目的として当該処分の前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、当該処分に係る差止めの訴えと目的が同じであり、請求が認容されたときには行政庁が当該処分をすることが許されなくなるという点でも、差止めの訴えと異ならない。また、差止めの訴えについては、行政庁がその処分をすべきでないことがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められること等が本案要件（本案の判断に

において請求が認容されるための要件をいう。以下同じ。)とされており(行政事件訴訟法37条の4第5項)、差止めの訴えに係る請求においては、当該処分的前提として公的義務の存否が問題となる場合には、その点も審理の対象となることからすれば、上記無名抗告訴訟は、確認の訴えの形式で、差止めの訴えに係る本案要件の該当性を審理の対象とするものといえることができる。そうすると、同法の下において、上記無名抗告訴訟につき、差止めの訴えよりも緩やかな訴訟要件により、これが許容されているものとは解されない。そして、差止めの訴えの訴訟要件については、救済の必要性を基礎付ける前提として、一定の処分がされようとしていること(同法3条7項)、すなわち、行政庁によって一定の処分がされる蓋然性があることとの要件(以下「蓋然性の要件」という。)を満たすことが必要とされている。

したがって、将来の不利益処分の予防を目的として当該処分的前提となる公的義務の不存在確認を求める無名抗告訴訟は、蓋然性の要件を満たさない場合には不適法というべきである。」

最高裁はかつて、君が代判決¹²において、公務員懲戒処分差止訴訟の実質を持つ職務命令に基づく義務の不存在確認訴訟を無名抗告訴訟とみた上で、その訴訟要件として補充性＝無名抗告訴訟でなければ救済できない事情を要求した。すなわち、差止訴訟を適法に提起できるのであればそちらを利用すべきであって、無名抗告訴訟をあえて用いる必要はないという判断を示していた。本判決では処分の蓋然性も要求されており、また二審判決では重大な損害・補充性要件の充足が示されていたことからすると、最高裁は無名抗告訴訟の訴訟要件を限りなく差止訴訟に接近させたものと見ることもできるかもしれない。従来、無名抗告訴訟が利用できそうな場面として、差し止めたり義務付けたりしたい処分の一定性がなお十分でないケースが想定されてきた。処分の一定性と蓋然性は概念上区別できるので、今回の最高裁判決が無名抗告訴訟の利用の余地を狭めたとまでは言えないと思われる。もっとも、処分の一定性が充足されない場面では蓋然性が弱まるという連関はありうるどころであり、事案によっては無名抗告訴訟が提起できなくなる可能性はあると考えられる。

本判決は、防衛出動命令が行政内部行為であり、その不利益が後続の懲戒処分によって現実化・外部法化する点で、君が代判決に類似している¹³。他方で、君が代判決との相違点として、命令不服従に対する刑事罰(自衛隊法122条1項3号)の存在が挙げられる¹⁴。そうすると、防衛出動命令が懲戒処分という形で顕在化する不利益とは別に、刑事罰を受ける不利益を予防する当事者訴訟としての確認訴訟が想定できることになるはずである。そこで訴訟類型と

¹² 最一小判2012(平成24)・2・9民集66巻2号183頁。

¹³ 仲野武志「行政事件における訴訟要件の意義」同『法治国原理と公法学の課題』(弘文堂、2018年)264-298(272)頁[初出2015年]。精緻な分析として参照、山本隆司「改正行訴法下の無名抗告訴訟」法曹時報74巻2号(2022年)265-307(290-305)頁。

¹⁴ 神橋一彦「判批(防衛出動命令に服従する義務の不存在確認訴訟の適法性)」法学教室470号(2019年)134頁。

しては、君が代判決と同様に、無名抗告訴訟と当事者訴訟の双方が想定でき、無名抗告訴訟の処分の蓋然性要件と、当事者訴訟の確認の利益（特に即時確定の利益）は、実質的に重なり合うことになる。本件では、原告が戦闘部隊に所属したことがないという事実をどの程度考慮するかが、要件判断の大きな分かれ目になるように思われる。

Ⅲ 武器の使用

1. 警察法上の武器使用

国内行政法で武器の使用が認められている代表的な行政組織は、警察である。警察法67条は、小型武器の所持を許容している¹⁵。この武器所持規定は、単に武器の「所持」だけを認める趣旨なのか、それとも比例原則に配慮した形で武器の使用まで許容するものなのかについては議論がある。近代法の大前提としての自力救済禁止原則からすれば、一般人が武器を持つことは我が国の法秩序が許容するところではない。その大きな例外として武器の所持を特定の行政組織に法律で認めることにより、単に所持だけでなく、一定の限度で武器の使用をも許容したとみる余地はある¹⁶。

武器の使用は、行政法学では即時執行（即時強制）の一種として扱われてきた。警察法に言う即時強制は、実力によって公共の安全・秩序維持の上で好ましい状態を実現することと理解されており、戦前までの行政執行法が比較的包括的に根拠規定を置いていた。もっとも、武器使用を許容する規定はそこにはなく、理論上は警察急状権（警察緊急権）¹⁷として説明され、行政規則によってその使用の態様が規定されていた。これは、武器使用に伴い相手方に侵害作用をもたらすことが原則として違法と考えられた上で、民法や刑法でいう正当防衛・緊急避難の要件に該当する場合に限って適法になるという考え方の反映でもあった。

戦後の警察官職務執行法は、7条で武器使用に関する要件を明確に定めた¹⁸。同法は、武器使用要件と武器の使用によって相手方に危害を加えて良い場合の要件（危害要件）とを分けて規定している。武器使用要件としては犯人逮捕・逃走防止、自己・他人に対する防護、公務執行への抵抗抑止の目的を挙げており、危害要件としては、正当防衛・緊急避難相当、凶悪犯逮捕目的、逮捕状による逮捕目的を規定している。警察法が組織法であり、警察官職務執行法が作用法であるという理解に立つと、この警察官職務執行法7条の規定によってはじめて武器の使用が許容され、警察法67条の武器所持規定だけでは武器使用ができないものとする

¹⁵ 海上保安庁法に基づく武器使用につき参照、田中利幸「海上執行措置法令の国内法体系における地位」山本草二編集代表『海上保安法制—海洋法と国内法の交錯』（三省堂、2009年）72-87(86)頁、森川幸一「海上暴力行為」同書293-328(314)頁。

¹⁶ 石川才頭「警察官の武器使用とその許容性限界」警察研究48巻12号（1977年）13-23(15-16)頁、田村正博『全訂 警察行政法解説（第2版補訂版）』（東京法令出版、2019年）249-252頁。

¹⁷ 美濃部達吉『日本行政法下巻』（有斐閣、1940年）151-153頁。

¹⁸ 澤田あすか「条文徹底攻略 現場で役立つ警察官職務執行法（第15回）武器の使用（その1）」Keisatsu koron74巻5号（2019年）9-19(10)頁。

可能性もある。

いずれの理解に立つとしても、警察官職務執行法7条が定める要件に合致する武器使用であれば、行政上・民事上・刑事上の責任を問われないことになる¹⁹。ここでの行政上の責任は、警察官個人の責任ではなく、警察官という行政機関の職務上の責任²⁰である。正当防衛・緊急避難の要件を充足すれば、それが民事上・刑事上の正当防衛・緊急避難であるから行政上免責されるのではなく、警察官職務執行法7条が正当防衛・緊急避難相当の要件を定め、それを充足しているがゆえに当該行政活動は適法と評価されるのである。また民事上の責任についても、国家賠償法1条の責任について、公務員個人への責任追及が判例上排除されていることから、職務行為関連性がおよそないような特別な場合²¹を除いて、武器を使用した警察官個人に対する民事上の損害賠償請求が認められることはない（国家賠償法1条2項による国・公共団体からの求償はあり得る）。さらに、刑事上の責任についても、警察官職務執行法7条の要件に合致していれば、法令に基づく行為として違法性が阻却されることになる。

2. 防衛法上の武器使用・武力行使

これに対して、自衛隊の場合も任務遂行に必要な武器を保有することが認められており（自衛隊法87条）、警察法とは異なって小型武器への限定はない。もっとも、国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律（以下「PKO協力法」という。）では、小型武器の保有・貸与の規定になっており（PKO協力法23・24条）、武器一般の保有が認められているわけではない。組織法と作用法の混淆が見られる自衛隊法において、この武器保有規定は作用法の部分に置かれており、かつ小型武器への限定もないところからすると、この規定のみで比例原則に従った武器使用が認められる余地は警察法よりも大きいだろう。

自衛隊法はさらに、武器を使用する活動について、二つのタイプの規定を置いている。一つは、武力行使である（自衛隊法88条）。その要件は防衛出動時であり、また「国際の法規及び慣例」の遵守や、「事態に応じ合理的に必要と判断される限度」とされている。もう一つは、武器の使用であり、自衛隊法とPKO協力法のそれぞれで、複数の類型が見られる。

まず自衛隊法における武器使用について、その第一の類型は、命令による治安出動（自衛隊法89条）、自衛隊施設等の警護出動（同法91条の2）、海上警備行動（同法93条）、海賊対処行動（同法93条の2＝海賊行為の処罰及び海賊行為への対処に関する法律8条）、在外邦人保護措

¹⁹ 古谷洋一編『注釈警察官職務執行法（四訂版）』（立花書房、2014年）371頁。

²⁰ 警察官による武器使用は、正当防衛・緊急避難に該当するから違法性が阻却されるのではなく、警察官職務執行法7条が定める要件を充足すれば法令に基づく正当行為（刑法35条）として違法性が阻却されると考えるのが一般的である（田村・前掲注(16)255頁）。さらに、警察官職務執行法7条の場合には警察比例原則との関係で、正当防衛の成立について緊急避難の補充の原則と同じ要件が必要とする見解として参照、津田重憲「警察官の武器使用と正当防衛」東亜法学論叢（東亜大学）6号（2001年）1-36(34)頁。

²¹ 大橋洋一『行政法Ⅱ 現代行政救済論（第4版）』（有斐閣、2021年）410頁。

置（自衛隊法94条の5）であり、その要件としては警察官職務執行法7条の準用のほか、警護上の必要、集団暴行抑止、武器所有者の鎮圧という目的が挙げられている。第二の類型は、弾道ミサイル破壊措置（93条の3）であり、破壊のため必要な武器という要件のみが規定されている。第三の類型は武器防護（95条）であり、その要件としては、職務上警護、人・武器の保護のため必要であると認める相当の理由、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度、危害要件（正当防衛・緊急避難相当）が規定されている。

次に、PKO協力法における小型武器の使用については、二つのタイプの区別がある²²。第一は、自己防護型と呼ばれるもので、その要件は、自己等の生命・身体防護のためやむを得ない必要があると認める相当の理由、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度、上官の命令、危害要件（正当防衛・緊急避難相当）（PKO協力法25条1～6項）である。その延長上に、外国軍隊要員との共同での警護を想定した宿营地警護（同法25条7項）も位置づけられる²³。第二は、任務遂行型と呼ばれるもので、その要件は、生命・身体・財産防護、業務妨害排除、危害要件（正当防衛・緊急避難相当）（同法26条）である。

3. 警察作用と防衛作用

これらの武器使用・武力行使規定は、いくつかの軸で分類可能である。しばしば見られる区別は、警察作用と防衛作用である。ここで警察作用とは、公共の安全と秩序の維持を目的とする作用とされ、わが国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、侵略に対してわが国を防衛する作用とは区別される²⁴。上記で示した規定のうち防衛権に属するものであることが明らかなのは、武力の行使であり、その想定される武器の使用の態様は、武器の使用を許容する規定と異なり多量であって、規律の態様も包括的である。これに対して、警察権に属するものは、治安出動、海上警備行動、弾道ミサイル破壊措置²⁵等である。これらはいずれも公共の安全・秩序維持目的の作用と考えられており、武器の使用の法的規律は個別的で比較的细节である。

もうひとつの分類軸は、武器使用の目的である。武力行使については、侵害に対して防衛する目的しかなく、これ以上に目的で区別することはできない。これに対して武器使用は、自己の生命を防護することを基本とするものと、職務上の一定の義務を遂行するためのもの

²² 武器使用に関する任務遂行型と自己保存型の区別につき参照、沓脱和人「PKOにおける自衛隊の武器使用（上）」時の法令2014号（2016年）73-77(73)頁。

²³ 小型武器ではなく、武器の使用を規定している類似の例として、自衛隊法94条の7及び重要影響事態法11条の規定する後方支援活動・捜索救助活動がある。

²⁴ 田中二郎『新版行政法下巻（全訂第二版）』（弘文堂、1983年）37頁。また、杉村敏正『防衛法』（有斐閣、1958年）81頁は、警察の本来の任務は国内における公共の秩序・安全の維持にあるとし、軍隊の本来の任務は外国による武力攻撃に対する国の防衛であるとしつつ、両者の相互補完的作用を認める。

²⁵ 丸茂雄一『概説 防衛法制：その政策的展開』（内外出版、2007年）205頁。

とに分かれている。

IV 武器使用・武力行使と法治主義

1. 武器使用と武力行使の狭間

自己防護のための武器使用と職務遂行のための武器使用は、国内法的に考えればいずれも自衛官の職務としての武器使用であって、法的には等価であるように見える。しかし、この区別は憲法9条1項が禁止する武力の行使とPKO協力法に基づく自衛隊の海外派遣との緊張関係を背景として、これまで重視されてきた。PKO協力法も予定するPKO参加五原則の中には、武器使用は要員の生命等の防護のために必要最小限度に限ることが含まれている。これは、「自己又は自己と共に現場に所在する我が国要員の生命又は身体を防護することは、いわば自己保存のための自然権的権利というべきものであるから、そのために必要な最小限の『武器の使用』は、憲法第9条第1項で禁止された『武力の行使』には当たらない」²⁶とした1991年の政府統一見解を背景にしている。つまり、生命・身体を個人のレベルで防御することは武力行使ではないという理解のもとで、海外に派遣される自衛隊に小型武器の所持や使用が認められたのである。もっとも、その要件は次第に緩和されてきたとも言える。1998年のPKO協力法改正により、上官がいるときは上官の命令に従う原則が加えられた。上官の命令に従うことは、個人のレベルでの生命・身体の防護という図式から離れるように見えるものの、危険な状況において個人がばらばらに武器使用の判断を行うと、かえって隊全体が危機に陥ることは想定できる。そこで、上官の命令に従うとしても、自己保存としての本質は変わらないという理解²⁷に基づいて、この改正がなされた。さらに、2001年の改正では、防護対象が管理下に入った者にも拡張され、またPKO協力法制定時には凍結されていた武器等防護へも武器使用が認められた。ここまで拡張されると、個人のレベルでの生命・身体の防護と、職務としての武器使用の境界は曖昧になってきたと言わざるを得ない。

任務遂行のための武器使用が正面から認められたのは、集団的自衛権の行使を許容することを前提とした2015年改正の際であり、任務遂行のための武器使用や駆け付け警護が明確に認められた²⁸。こうした態様の武器使用が憲法9条1項の禁止する武力の行使に当たらない説明として、PKO参加五原則の中にある紛争当事者の受け入れ同意があれば当事者と交戦状態になることはないはずであるとか、正当防衛・緊急避難相当の場面にも相手方への危害を許容する危害要件が規定されているので武力行使にはあたらない²⁹とする説明が見られる。

²⁶ 政府統一見解 1991（平成3）年9月27日 衆議院国際平和特別委員会 理事会提出。

²⁷ 阪田雅裕編著『政府の憲法解釈』（有斐閣、2013年）93頁。

²⁸ 杳脱和人「PKOにおける自衛隊の武器使用（下）」時の法令2016号（2016年）75-80(77)頁、前田哲男「自衛隊変貌（第2回）境界線失う『武器の使用』と『武力の行使』」世界890号（2017年）152-160(156-157)頁。

²⁹ 阪田雅裕『憲法9条と安保安法制 政府の新たな憲法解釈の検証』（有斐閣、2016年）95頁。

ここで改めて、1991年の政府見解に見られる「自然権的権利」を、国内行政法の問題関心から検討してみたい。自衛隊法は自衛隊という組織に対して様々な権限を付与しており、武器の使用もその一種である。そして、法定の要件を満たした場合に武器を使用したと評価されるのは、自衛隊員である個人ではなく、行政組織としての自衛隊（を構成する自衛隊員）であることは、自己防衛型でも任務遂行型でも変わらない。そこで、武器使用の適法性判断にあたって重要なのは、それが自然権的権利に基づくのかという点ではなく、武器使用の許容要件として何が実定法化され、その要件に適合した武器使用であったか³⁰という点にある。

そこで、憲法9条1項違反を避けるためには、個人のレベルでの生命・身体の防護かどうかという点ではなく、それが（武力行使の態様である）組織的で無限定な武器の使用を許容しないものであることを担保する許容要件が実定法化されることが必要である。ここで、武器使用と武力行使に関する自衛隊法の規定における違いは、個別の武器使用の要件を限定的かつ詳細に規定しているか、危害要件が含まれるか³¹という点に求められる。前者は、武器使用の要件を具体的で明確にすることで、無制限な武器使用を違法とするものである。また後者は、相手方に危害を加えることを法的に許容する場面を一般に生命・身体・財産等の保護に限定することで、無差別大量な武器使用を許さない意味を持つ。任務遂行のための武器使用も、組織的で無限定な使用を許さない範囲内に止まっているものとするならば、武器の使用と武力行使に関する従来の線引きを実質的には変更していないのではないかとも思われる。

2. 武器使用と法治主義

このように、憲法9条1項が禁止する武力の行使を担保するためには、行政法である自衛隊法等に適切な法的規律を置く必要がある。それでは、そもそも行政活動を法的に統制する法治主義の考え方が武器使用や武力行使に適用されるべき根拠はどこに求められるのだろうか。

憲法9条1項が武力の行使・武器使用を全面的に禁止しているとすれば、国会が立法によってそれを行政機関に許容する法律をつくるのが直ちに違憲であることになり、憲法自身が立法可能事項を限定したものとみることができるとする。そうであるとすれば、そもそも武力行使・武器使用に関する法律を制定することが憲法上許されないのだから、法治主義を語る前提を

³⁰ 海外における武器使用を個人の行為と見え、武力行使との抵触を避けようとする見解として参照、小針司「個人としての武器使用と職務行為—国際平和協力法に関連して」同『続・防衛法制研究—憲法・防衛法研究（第3巻）』（信山社、2000年）153-180(159)頁 [初出1996年]。これに対して、仲野・前掲注(5)209頁は、自己防護型の武器使用について、正当防衛に該当することを要件とする国家作用と理解し、正当防衛そのものではないと指摘する。

³¹ 久保田隆「自衛官による加害行為と刑法三五条に基づく違法性阻却—防衛出動時における武力の行使を中心に—」法学政治学論究（慶應義塾大学大学院）120号（2019年）129-159(139)頁。自衛隊法覚え書編集委員会編『逐条解説 自衛隊法（下）』（自衛隊法覚え書編集委員会・2016年）61頁は、武力の行使は多数者を殺戮する性能を持った武器を使用するので、正当防衛・緊急避難の要件がないと説明する。

欠く。しかし、少なくとも国内法（警察法）においては、治安維持のために武器を所持し使用することが必要であり、その限りでは憲法9条1項との抵触がないことは明らかである。そこでまずこの武器使用の場面から、法治主義との関係を検討する。

警察法における武器使用が公権力の行使（権力的事実行為）に該当することはおそらく争いがないものの、それ自体が（つまり、行政法上の義務付けや武器所持を認める規定とは別に）法律の留保の対象に含まれるのかという点には議論があることは、すでに紹介した。もともと、国内法上、武器の所有は厳しく制限されており（銃砲刀剣類所持等取締法3条、3条の2、3条の3）、行政機関が武器を所持・保有することについても、例えば警察法67条や海上保安庁法19条において明文の規定が置かれているところである。そして、武器の使用は、他の実力行使の形態と異なり、相手方の生命・身体（・財産）に重大かつ不可逆的な侵害結果をもたらす可能性が高い。こうした侵害の態様に着目すれば、武器所持を認める規定とは別に、武器使用が法律の留保の対象に含まれると考えるべきではないか。

次に、武器使用を外国で、あるいは外国人に対して行うことが、法律の留保の対象に含まれるかを検討する。一般的な行政法では、国内における（属地主義）、国民に対する公権力の行使を典型的には想定しており、武器使用については、相手国が同意していることを前提に、国外での使用も許容される。ここで、相手国の同意さえあれば、外国で外国人に対して武器使用を許容することができるのか。それとも、相手国の同意とは別に、日本国内での法律の根拠が要請されるのか。

ここで、日本国内に居住する外国人に対しては、その権利・利益の性格に応じて侵害を許容する法律の規定が要求されており、この点は日本国民であると否とを問わず変わらない。そうすると、国外に居住する外国人の生命・身体を侵襲する行為に対して、日本国内の法律による授權規定が全く必要ないとは言いえないように思われる。法律の留保の対象行為の判定にあたっては、名宛人が国民＝日本国籍保有者かどうかという点よりも、普遍的な人間が持つ法益＝人権への介入かどうかの方が重視されていると考えられるからである。そうすると、日本国外居住の外国人に対する武器使用の根拠規定は、国際法上の義務を履行するための担保法としての性格だけではなく、法益侵害の許容規定であり、日本の行政機関の活動の法的正当化根拠でもあるとも思われる。現在の防衛法における武器使用規定の多くが、警察法（特に警察官職務執行法）と横並びで規定されていることは、このような観点から正当化できる。

これとは別に、自衛隊の海外派遣における国会の関与³²が必要とされているのは、外国への自衛隊派遣が憲法9条1項の禁止する武力の行使に繋がりがかねないことを踏まえ、外国における自衛隊の武器使用の質・量・可能性を国会にコントロールさせる意味を持つ。こうした手

³² 武蔵勝宏「イラク復興支援特措法の立法過程」同志社政策科学研究（同志社大学）7巻1号（2005年）105-121(117)頁。

続は、法律の留保よりも議会留保の要請³³に基づくものと思われる。

3. 武力行使と法治主義

憲法9条1項が武力の行使を全面的に禁止する趣旨ではなく、自衛権の行使の範囲内であれば合憲とすると、武力行使についても法律の留保の対象性を語るができる。武力行使も公権力の行使の一態様であり、武器の使用と比較して、国民・国内居住者を超えて極めて広範囲に甚大な侵害作用をもたらすおそれがある作用である。それゆえ、法律によるコントロールの下に置く必要性は極めて高い。他方で、武力行使は緊急事態の局限形態であり、法律による事前のコントロールには限界があるとも言える。このような作用はそもそも「行政」とは区別される執政作用と考えることもでき、そうであるとする、法律の根拠とは異なる、国家権力間（とりわけ立法と行政の間）の抑制均衡システムを検討する余地もある。

武力行使に対する法的統制は、その影響が広範に及ぶことから、国民の中から権利利益の被侵害（想定）者を切り出すことが不可能であり、国民全体が当事者としての性格を持つことに留意すべきである。そこで、武力行使に対する留保を根拠付けるのは、政治的重要事項としての統制³⁴であって、人権・基本権の侵害に着目した典型的な法律の留保論とは異なる色彩を持つことになり、議会留保の問題に接近するだろう³⁵。対処基本方針の国会事前承認（武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律9条7項）はその手段のひとつと位置づけられる。また、状況に適合して態様が変わりうる武力行使では、武器使用のような個別的な法的統制は困難であり、法律による授權を必要とするとしても、武力行使を許容する包括的な要件規定にならざるを得ないと思われる³⁶。

V おわりに

武器使用・武力行使と国内行政法の規定に関する本稿の検討を踏まえ、最後に、中東への海上自衛隊派遣をどう評価するかについて簡潔に私見を述べることにする。一般的に、省庁設置法等が定める所掌事務規定に基づいて、行政機関が、法律の留保の範囲外の活動（典型

³³ 議会留保につき参照、原田大樹「議会留保理論の発展可能性」法学論叢（京都大学）176巻2=3号（2014年）328-347頁、「日本における議会留保理論」国立国会図書館調査及び立法考査局編『国会による行政統制—ドイツの「議会留保」をめぐる憲法理論と実務』（国立国会図書館調査及び立法考査局，2015年）43-50頁。

³⁴ 仲野・前掲注(5)230頁は、外国軍隊に対する武器使用の法的規律は、それが警察権の行使に当たらなければ法律事項ではないとし、無統制な武力行使により我が国の存立を危うくしないことが法的規律の目的であって、法治国原理とは異なるとする。

³⁵ 仲野・前掲注(5)230頁も、裁判所よりも内閣が担保すべき問題であり、政治的・組織法的な統制が中心となるとする。

³⁶ 杉村・前掲注(24)83頁は、防衛出動についても武力行使の限度として比例原則と同様の発想が見られるとして、ここに国民・外国人を問わない人権尊重の趣旨を見出している。

的には侵害作用を伴わない活動)を実施することは可能である。しかし、公権力の行使に当たると考えられる活動(本稿との関係では「武器の使用」)を行う場合には、組織法的な所掌事務規定とは別に作用法上の根拠が必要とされ、自衛隊法82条(海上警備行動³⁷:93条で武器使用許容)はその根拠と考えられる。その限りでは、閣議決定のロジックは国内行政法学の一般的な理解とは整合的である。

他方で、治安出動下令前の情報収集(自衛隊法79条の2)は、武器使用が必要であることが予想されるため、自衛隊法の作用法部分に規定が置かれている³⁸。これと同様に考えるならば、海上警備行動前の情報収集についても、防衛省設置法の所掌事務規定とは別に、これと同様の作用法上の根拠が必要ではないだろうか。そもそも海上警備行動の規定は、海上保安庁法と横並びで規律されている点からも明らかなように、もともとは国内犯罪の予防・取締のため、また日本近海での警備を典型的には想定しており、本件のような事案への適用には困難な点を伴う。より一般的に考えると、武器使用が国外で、外国人に対してなされる場合でも、作用法上の根拠が要求される法律の留保の対象事項であるとするならば、自衛隊の活動において武器使用の蓋然性が高いものについては、組織法的な規定だけで活動を行うことは適切ではないと思われる。

これまでのグローバル化をめぐる行政法学の議論では、越境的な情報収集³⁹や強制的な金銭徴収⁴⁰についての業績はあるものの、武器使用に関する議論は国内法学の側ではほとんどなされてこなかった。この点に関する国際公法学における豊富な蓄積と接合し、権力的事実行為をめぐるグローバル化の現状と課題を明らかにする必要性が高いと考えられる。その際には、国際公法学における管轄の議論⁴¹を踏まえ、武器使用の場所や態様に着目した緻密な議論を構想する必要があるだろう。

³⁷ ただし、海上警備行動が海上保安庁に代わって一時的に自衛隊が対応する措置である(奥藺淳二「海上保安庁—海上自衛隊関係の変化と海賊対処法」鶴田順編『海賊対処法の研究』(有信堂、2016年)177-191(186)頁)とすると、海上警備行動含みで自衛隊を作用法上の根拠なしに派遣することが適切かという問題が残るのかも知れない。

³⁸ 自衛隊法覚え書編集委員会編・前掲注(6)396頁。

³⁹ 藤谷武史「国際的租税情報交換と国内裁判所の役割」浅野有紀ほか編『政策実現過程のグローバル化』(弘文堂、2019年)31-49頁[初出2018年]。

⁴⁰ 原田大樹「行政執行国際ネットワークと国内公法」同『行政法学と主要参照領域』(東京大学出版会、2015年)73-104頁。

⁴¹ 公海における旗国主義につき参照、酒井啓亘ほか『国際法』(有斐閣、2011年)221-226頁[西村弓]。