

1 序論

(1) ネガ原則化の利点

自衛隊法はこれまで様々な批判にさらされてきた。その中でも「諸外国の軍隊を律する法制がネガティブリスト方式であるのとは異なり、自衛隊の行動・権限等を規定した自衛隊法はポジティブリスト方式をとっている。従って、ポジティブリスト以外のことは法的に禁止と整理されている。それでは新たな事態が発生した場合に自衛隊が対応するためには、その都度新たな法整備が必要となる。ポジティブリスト方式では自衛隊は適時適切に必要な対応がとれないとの観点で自衛隊法の規定をネガティブリスト方式にすべし。」との批判を多々受けてきた。

これを防衛大学校の山中倫太郎教授は、「自衛隊法のネガ原則化」と呼称している。

(2) ネガ原則化の法技術上の問題点

しかしながら、この自衛隊法のネガ原則化については、いかなる法的措置をすれば、ネガティブリスト以外の自衛隊の行動等が特段の明文の規定がなくとも我が国法体系上合法化となるのか明確ではなかった。今回の検討作業ではその点を含めてネガ原則化の実行可能性について検討する。

2 ネガティブリストとポジティブリストとは？

そもそも自衛隊法におけるポジティブリストとネガリストとは如何なるものか。政府はこれまで以下のように説明してきた。

(1) 政府の見解

① 石破防衛庁長官答弁

衆議院安保委員会（平成15年5月16日）において当時の石破防衛庁長官は「私どもの自衛隊法の書き方というのはポジリストになっておりますから、あれもできる、これもできるという、できることが列挙してある。しかし、基本的に軍隊の法制というのはネガリストであって、やってはいけないことが書いてあって、それ以外はやってもいい。そういう問題も私はあるのだろうと思っています。

いずれにいたしましても、今の自衛隊法の中で何ができるかということはきちんと書いてあります。できることしかやってはいけないし、法律に根拠のないことはやってはいけません。」との答弁がなされている。

② 参議院議員浜田和幸君提出防衛法制における「ポジリスト」、「ネガリスト」に関する質問主意書に対する答弁書（平成26年6月3日閣議決定）によると、

ア 自衛隊法は、自衛隊法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。

イ 「ポジティブリスト」であれ「ネガティブリスト」であれ、任務の的確な遂行に必要な自衛隊の行動及び権限が明確な形で規定されていることが重要であると考えている。

ウ 自衛隊が任務を遂行するに際しては、必要に応じ、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。

③ 政府の見解の総括

以上の①及び②を勘案すると、これまで政府は自衛隊の活動であって国民の権利を制限又は義務を課す場合、特に武器使用権限等については法律で詳細に規定する必要があるとのいわゆる侵害留保説に立っている。侵害留保説とは、国民の権利を制限又は義務を課す場合には法律上の根拠が必要であるとの立場である。現在の行政における実務的な立場から及び最高裁の判例としてもこの立場は支持されている。

参考（旭川市国民健康保険条例事件（最高裁平成18年3月1日判決）

「憲法84条は・・・国民に対して義務を課し又は権利を制限するには法律上の根拠を要するという法原則を租税について厳格化した形で明文化したものというべきである。したがって、国、地方公共団体等が賦課徴収する租税以外の公課であっても、その性質に応じて、法律又は法律の範囲内で制定された条例によって適正な規律がされるべきものと解すべきであり、憲法84条に規定する租税ではないという理由だけから、そのすべてが当然に同条に現れた上記のような法原則のらち外にあると判断することは相当ではない。」

(2) 自衛隊法のネガ原則化に肯定的な主張

実は自衛隊法のネガ原則化に関する主張は近年少し低調になっている。その背景には安倍政権時に行われた平和安全法制の整備により、当面想定される安全保障上の法的課題が網羅的包括的に解決されたことにより自衛隊法のネガ原則化が喫緊の課題ではなくなったことが理由と考えられる。

① 自衛隊隊友会の令和3年度政策提言

直接的には自衛隊法改正には言及してはいないが、

令和3年度政策提言

2 安全保障法制の充実

(2) 警戒監視の任務化及び海上警備行動時の権限強化

において「相手の敵対行為や侵害の程度に応じて自衛隊が取り得る対処の限度を示したネガティブリスト方式のROEを整備しておき、政府がこのROEを活用してシビリアン・コントロールの下、事態をコントロールしていく体制の整備に着手するよう提言します。」と記載されている。

② 第二次安保法制懇における提言

2014年における第二次安保法制懇の報告書（2014.5.15）においても、自衛隊法のネガ原則化についての明示的な言及はないが、Ⅲ 国内法制の在り方において「自衛隊法については、任務や行動、権限等の整備が考えられる。自衛隊法は安全保障環境の変化に伴う様々な事態に対応するため、そのたびに制度の見直しが図られてきたところではあるが、手続き面での適正さを確保しつつ、これまで以上により迅速かつ十分な対応を可能とするための制度的な余地がないか再検討する必要がある。」との主張がなされている。

- ③ また、筆者が自衛隊法のネガティブリストに関する論文をリサーチしてところ以下の二つの論文があった。基本的に軍に関する法的規律はネガティブリストであり警察に関する法的規律はポジティブリストであるとの前提に立った議論である。

ア 「自衛隊法における『権限』と『根拠規範』」（佐久間惇氏）（立法と調査（2024.11 No.470））においては、「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。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持つ。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。」

イ 「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12月）」（奥平穰治氏）においては「現在、対外的作用についても『ポジリスト』方式で規定されているが、『ネガリスト』方式に発想を転換し、現行の規定ぶりを再検討する必要がある。対外的作用は『自衛軍』の軍隊としての特性に基づく本来任務であり、諸外国の軍隊の例にならい、明文の法律上の根拠規定がなくても行動できると考えると、あえて根拠規定を設ける必要はあるのか検討すべきであることは、既に述べた。」

3 諸外国の軍隊の規律は須らくネガ原則か？

(1) 二つのネガ原則論の背景

① 須らく軍隊に関する法制はネガティブリストとの立場

これまでの自衛隊法をネガ原則化すべきとの議論の背景には、「諸外国における軍隊の規律はネガ原則によっているが、日本の自衛隊は警察予備隊を母体として発足しているため、警察法制由来の法律によって規律されている。それゆえ自衛隊法はポジティブリスト方式となっているが、それでは国際標準としての軍隊の法制にそぐわないものであり、早急にネガ原則化すべき。」との指摘がある。

- ② 新たな事態に自衛隊が迅速に対応するためにはネガティブリストであることが必要であるとの実利的な立場

また、もう一つの実利的な立場としては筆者の現役公務員時代においても、自衛隊が新たに対処すべき課題が発生するたびごとに立法府に新規立法や自衛隊法等の改正をお願いする機会が多かった。その際には必ず多くの国会議員の方から、「自衛隊法がネガティブリストであればこのような新規立法は必要ないのに。」というお叱りをよく頂いた。

- ③ ネガ原則化の問題点

しかしながら、諸外国の軍隊を規律する法律はすべからくネガ原則であるという実証的なエビデンスは当時見当たらず、また、自衛隊の行動及び権限等をネガ原則によるとしても、それによりネガティブリスト以外の事項は我が国の法体系上合法であるとの根拠として日本国憲法及び自衛隊法等の実定法に如何なる措置が必要かといった検討が進むこともなかった。

4 自衛隊法のなお残された課題とネガ原則化の対象となる範囲

(1) 残された自衛隊法の課題

そもそも安倍内閣の下で行われた平和安全法制の整備により、安全保障特に自衛隊を巡る法的課題は包括的・網羅的に解決したとするのが政府の認識である。しかしながら、区切りはついたものの、厳しい国際情勢の中でなお残る法的課題が顕在化するリスクはある。その検討作業については次の機会に譲るものであるが、本稿においてはその前提として自衛隊法のネガ原則化の実行可能性等について検討を加える。ネガ原則化の実現可能性があれば、それによる問題解決が本道であると筆者としても判断している。

(2) ネガ原則化の射程範囲

自衛隊は武力の行使のみならず公共の秩序維持やP K O等の様々な活動を行っている。当該活動のどの部分までをネガ原則化の射程とするべきか検討する。

① 自衛隊の活動等の分類

自衛隊の活動等はその任務に着目すれば以下のように分類される。

ア 防衛出動

イ 公共の秩序維持活動

治安出動・警護出動・海上警備行動・海賊対処行動・弾道ミサイル等の破壊措置・対領空侵犯措置・災害派遣・国民保護等派遣・在外邦人等の輸送及び保護措置等

ウ 重要影響事態に際しての後方支援活動等

エ 我が国を含む国際社会の平和及び安全の維持に資する活動

国際平和共同対処事態に際しての協力支援活動等・国際平和協力業務・

国際緊急援助活動

オ 付随的な業務

不発弾等の処理・国賓等の輸送等

(3) イの公共の秩序維持活動（他の警察機関との均衡及び侵害留保説の観点）

本件は、我が国の統治権の行使として行われる警察活動であり国民の権利を制限又は義務を課すこととなるため、一般の警察機関はポジティブリストによる法的規律がなされている。従ってそれとの均衡及び侵害留保説の観点からも、この分野に関する自衛隊の行動等に関する法制は現在の規定を維持するものとする。

(4) アの武力の行使及びウ・エの活動（武器使用と自衛隊が行う業務に関する検討）

また、政府のこれまでの立場は武器使用に関しては、国民の権利を制限又は義務を課す場合があることから、アの防衛出動等の武力の行使に関わるもの、ウの重要影響事態に際しての後方支援活動等、エの国際社会の平和及び安全の維持に資する活動における武器の使用については法律で定めることとするため、現在の規定を維持するものとする。

その他の当該活動における自衛隊が行う業務についてネガ原則化が可能か否か検討する。

(5) 雑則に規定する不発弾等の処理等

当該活動等については国民の権利を制限又は義務を課すものではないため、ネガ原則化として政令で定めるものとする。

(6) グレーゾーン事態対処

なお、今回の検討作業においては、現在、一般の警察が対処しその手に余れば、自衛隊が海上警備行動又は治安出動で対処することとなるいわゆるグレーゾーン事態における自衛隊の行動のネガ原則化については、今回の検討では公共の秩序維持活動として(3)のように整理する。その本格的な検討は次回に譲ることとする。

5 ネガティブリスト・ポジティブリストの系譜

今回の検討作業の初期においては、軍隊のネガ原則化は如何なる根拠及び論理で主張されているのか確証が得られなかった。しかしながら、山中倫太郎氏の研究論文（グローバルセキュリティ研究叢書第3号「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－に接し大変有益な示唆を得たので、その研究の成果の下に筆者の検討をすすめることとする。

(1) ネガティブリスト・ポジティブリスト論の二つの系譜

同氏の論稿の中で、ネガティブリスト・ポジティブリスト論が何時如何なる形で主張され始めたのかとの紹介がなされている。山中氏の論文は、ネガティブリスト・ポジティブリスト論の背景を考えるうえでも示唆に富むので引用する。

① 「軍隊－ネガ、警察（→自衛隊）－ポジ」（色摩力男氏）

ア 同論文の中で「こうしたネガ・ポジ論の『嚆矢』と考えられているのは、色摩力男氏の諸論考である。」とし、「軍隊の防衛作用を規制するのは国際法であるが、それは主権絶対の原則を基調としているから、主権国家の機関である軍隊の活動に対する規制は原則無制限であって、それが『戦時法規』によって若干の規制を被っているに過ぎない、それゆえに、軍隊は明示的に禁止されていないことは何をしてもよい」という考えの下でネガリストの規律方式による。これに対して、警察の活動は、主権領域内における、国民に対する一般統治権の行使であるところ、自由民主主義国家においては、命令及び強制によって国民の自由と権利を恣意的に制限することが許されないから、その権限には明示的な法的根拠がなければならない、ゆえに、警察作用の『権限付与の方式』は、原則制限の考えの下で、ポジリスト方式である。」とのことであった。この論述は同氏の「国家権力の解剖（1994年）」の第5章4の自衛隊の基本問題に記述されている。

イ 筆者の評価

（ア） ネガ原則化によりネガティブリスト以外の事項が法体系上に合法化される根拠

色摩氏の立論は最近でも多くの識者が主張されている。しかしながら、諸外国の軍隊の法的規律が須らくネガ原則化であるとの実証的エビデンスが提示されていないことや、ネガティブリスト以外の事項が国内法体系上において合法化とされるとの実定法上の検討がなされていないなどの問題があり、ネガ原則化の論拠としては不十分であると判断せざるを得ない。

（イ） 自衛隊法第88条の規定の意義

上記（ア）に加えて、色摩力男氏の立論と筆者が関与した有事法制における武力の行使に関する考え方では大きな相違がある。まず、色摩氏は「軍隊の防衛作用を規制するのは国際法であるが、それは主権絶対の原則を基調としているから、主権国家の機関である軍隊の活動に対する規制は原則無制限であって、それが『戦時法規』によって若干の規制を被っているに過ぎない」と論じられているが、自衛隊の防衛作用はその行動・組織については憲法及び自衛

隊法等が規律し、他の国内法もその効力の及び範囲で国民生活と自衛隊の行動等との調整を図っている。従って原則無制限ということはありません。

この点は、有事法制の整備においても自衛隊法第88条第2項は、「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超えてはならないものとする。」と規定され、この趣旨は、「相手方とのこのような戦闘行為に際し、自衛隊が行政法規等の国内法令に従えない場合にあるとしても、隊法第88条の要件を満たしている限りにおいて、それは同条に基づく正当な行為として許されるものと考えられる。戦闘行為における自衛隊の行為の違法性阻却についてはこのように考えられている。他方、戦闘行為以外の場面においては、行政法規等の法令を遵守すべきものであることから、そのような場合に自衛隊の行動の円滑化を確保するとの観点から、隊法においては各種行政法規に関する所要の適用除外、特例措置が設けられているところであり、さらに、これを補うため、いわゆる有事法制の第2分類（わが国に対する武力攻撃が発生した場合に必要と考えられる法制であって、自衛隊の行動にかかわる法制のうち、防衛省所管以外の省庁所管の法令のこと）として追加的な措置が講じられた。（新・防衛法制（p160～161）」とされている。

色摩氏の立論では、自衛隊の活動、特に我が国領域内での活動が法律による行政の原理の埒外となる。その立論では、仮に自衛隊に関する国内法の規制が喪失し無制限の活動を行う自衛隊の行動等と国内法体系を遵守する他の国民生活との整合性がとれず、結果として国民の権利が侵害される可能性が否定できない。

これに対して有事法制における自衛隊法第88条の解釈は、武力の行使が行われている局面においては国際法規に則れば他の各種法令については違法性阻却事由が働くが、武力の行使の局面以外では国内法等の規制が働いているとの考え方である。武力行使の局面での両者の論理構成は真逆である。またそれ以外の局面でも国内法による規制があるのかないのかの点で全く異なっている。

武力攻撃を受けた場合であっても、武力行使の局面以外では各種法規の規制の下に自衛隊の活動及び国民生活は行われている。この場合に自衛隊の活動も各種行政事務の一環としてとらえ、武力行使の局面以外では、各種行政法規等に従って自衛隊が活動するとしな

ければ各種法的規律の下に行われている一般の国民生活との調和が図れない。従って色摩氏の見解は取り得ないと考えざるを得ない。

(イ) 自衛隊法第 76 条及び第 88 条による規律

最近でも自衛隊法に関する規定が警察由来との批判を受けることがあるが、こと武力行使そのものである自衛隊法第 76 条及び第 88 条による法的規律は各国の軍隊の法的規律と同様であり警察由来の法的規律によるものではないことについて改めて注意を喚起したい。

② 「英米系の軍隊－ネガ、大陸系の軍隊－ポジ」(栗栖弘臣元統幕議長)

ア また、山中論文において栗栖元統幕議長の主張も紹介されている。

「以上の色摩の議論とは性格を異なるものとして、『英米系の軍隊－ネガ、大陸系の軍隊－ポジ』という理解を挙げることができる。かつて統合幕僚会議議長を務めた栗栖弘臣自身の議論は、そのようには明確な対比をここで必ずしも打ち出しているわけではないが、英米と大陸を対比させる視点を基礎にしている点では、このような理解を示すものと位置付けることができる。いわく、『わが国では、何事も法律が許容しなければ仕事にならない、との観念がある。つまり法律が行政権限を生み出すと考えるのである。これは昔のドイツ法の考え方であって、わが国は明治以来ドイツ法を取り入れたため、この思想が全般に浸透した。これに対し、英米の思想は行政権、執行権は政府が独自に持っているもので、国民の代表たる議会が禁止した事項以外は独自判断で処置できるとする』との主張であった。

イ 筆者の評価

以前は栗栖氏と同様の認識をもっていた。有事法制の立法作業の一担当者として、その立法作業の過程で接した資料では、イギリスは国王、アメリカは大統領が軍の最高司令官であり、最高司令官の権限の下に軍が様々な行為を行うことが許容されているとの説明がなされていた。しかしながら、それでは大陸法系の法制度を持つドイツやフランスがネガ原則により規律されていないとの結論に達し、軍隊は須らくネガ原則であるとの考えとは相矛盾する。

また、英米法においてもいわゆるネガリスト以外の事項を国内法体系上合法化する具体的な憲法又は実定法としての根拠規定について、やはり実証的な検討作業が不足しており、これのみをもって自衛隊法をネガ原則とするには方法論としては十分ではないとの認識であった。

6 イギリス・アメリカ・フランス・ドイツの実証例

上記の両氏の議論とは異なり、山中倫太郎氏は上記の 4 カ国の憲法及び国

内法における軍隊に関する規定振りをネガティブリスト及びポジティブリストの観点から検証の上、以下のように結論づけており、極めて示唆に富んでいる。以下山中氏の論文に基づきイギリス、アメリカ、ドイツ及びフランスの例を紹介する。

(1) イギリス

イギリスは成文憲法典を持たない国のため、判例等で判断することとなるが、

- ① 議会制定法と並ぶ軍に対する、「宣戦」、「軍隊の派遣」、「軍隊の派遣時期の決定」、「派遣の目標の決定」、「軍隊の武装の決定」及び「戦争の作戦の運営」等の国王大権が広範囲に存在し、
 - ② 議会制定法によらずとも国王大権に基づく軍に対する命令を発することができる。
 - ③ しかしながら、議会制定法により国王大権を廃止・制約することができること、
 - ④ 軍隊の国外出動に関して議会への報告又は承認が求められる慣行が確立しつつある、
- 以上がポイントである。

(2) アメリカ

- ① アメリカには、軍隊の対外『任務』につき、議会制定法との関係において一上述のように禁止又は制限の可能性それ自体について留保はつくが一基本的にはネガ原則が存在していると総括することができる。
- ② 議会制定法で禁止されていることの他はできるという原則を成り立たせているのは、最高司令官条項等の憲法条項であり、
- ③ 大統領は、議会制定法の根拠に依拠できない場合にも、これら憲法条項に直接依拠して、基本的な政策若しくは戦略の文書、又は、規則、命令若しくは指示によって、個別的又は一般的に、「軍隊の」任務を付与し、その「行動」を決定し、「権限」の行使を承認することができる。
- ④ もっとも、アメリカには、軍隊の対外任務において議会制定法との関係でポジ原則の契機がないわけではない。同決議（筆者注：戦争権限決議）によれば、「敵対行為、又は、敵対行為に巻き込まれることが差し迫っていることが明白な事態」（敵対行為等）において合衆国軍隊を「投入する」、大統領の最高司令官としての権限が、次の場合に制限・限定されている。その場合とは、①戦争宣言がなされた場合、②特別の議会制定法の授權がある場合、③合衆国、その

準州若しくは属領又は合衆国軍隊に対する攻撃によって生じた国家緊急事態である（同決議2条（c）項）。この条項が軍隊を投入できる場合を限定列挙したものか否かには見解の相違があるが、これを限定列挙と解するのであれば、大統領が最高司令官として軍隊を投入するためには、国家緊急事態の場合を除き、戦争宣言又は特別の議会制定法の授權が求められていることになる。・・・1990年代以降の執行部門—司法省の法律顧問部局—の解釈によれば、・・・同条項の意味における『戦争』に至らない軍事作戦—いわゆる『戦争には該当しない軍事作戦』—については、戦争宣言、又は議会制定法の授權がいずれもない場合においても、大統領は、合衆国憲法2条の最高司令官若しくは執行権条項に基づき、又は、その外交処理権限に従って、かかる限定作戦を軍隊に命ずることができる」と解されている。

(3) ドイツ

- ① ドイツ連邦共和国基本法には「防衛の他、基本法が明文で許している限りでのみ、軍隊を出動させることができる」（87a条2項）という条項があり、軍隊の「出動」・・・は、憲法の明文の根拠が必要であること・・・「憲法留保原則」）を定めている。この原則は、軍隊の「出動」に関する根拠規定を（形式的意味における憲法）憲法に特に要求する点において、政府の裁量を狭く限定しているところ、その原則は、アメリカ、イギリス及びフランスには例をみない。このような特有の原則があるので、ドイツには、軍隊の「出動」については憲法のレベルでポジ原則があることになり、・・・1994年7月12日の連邦憲法裁判所判決において・・・平和の維持のための「相互集団安全保障制度」への加入を予定する基本法第24条2項を「その制度の枠内における、武装した軍隊の出動のための憲法上の根拠」として引き合いだしているように、・・・現状では、軍隊の対外出動との関係では、「防衛」（87a条2項）のための出動や「相互手段安全保障制度」の枠内での出動については憲法の根拠がある・・・その余の国外出動については、その憲法上の根拠をめぐって学会のみならず、実際の政治運営においても憲法論争が生起する可能性を残している。・・・連邦憲法裁は、個々の「武装した軍隊の出動」のために原則的に事前の議会の同意が必要であること（「武装した軍隊の出動」に関する「議会留保」の原則を憲法上の要請として示し、これを受けてその内容を具体化する手続法が制定された。

② 「軍隊の派遣時における力の行使等は上記の憲法留保の埒外に、これについても（形式意味における）憲法で軍隊の最高指揮権・・・が防衛大臣（平時）又は首相（有事）に付与されている（基本法65a条）から、・・・力の行使等について憲法及び法律の一般的又は個別的根拠が特に必要となるわけではない。」

エ ドイツでは、軍隊の「出動」に関する憲法留保原則があるので・・・「行動」（筆者注：自衛隊法でいうところの行動と同義）の段階につき、憲法との関係においてポジ原則が存在していると解する余地はあるが、法律との関係ではポジ原則は存在しない。

オ 「権限」の段階については、執行府が憲法によって付与された権限の範囲において、軍隊に対して力の行使を許可し又はこれを制限する指令を発することはあるが、この場合、力の行使等の一般的又は個別的な根拠規定は、憲法及び法律のいずれとの関係でもポジ原則は存在していないことになる。

カ 執行府の憲法上の権限の行使を法律が禁止又は制限することも考えられ、その場合には、執行府は憲法留保原則の制約の下、かつ、その憲法上の権限の範囲において、法律で禁止されていないことを軍隊に命令又は指示することができ、法律との関係におけるネガ原則は、そのような限定的な範囲で存立するにとどまる。

(4) フランス

① フランス第5共和国憲法が国防及び軍事に関する広い権限、より具体的には、規範制定権、並びに最高政策決定権、派遣決定権及び最高軍事指揮権を執行部門に付与している。・・・フランス第5共和国憲法は法律所管事項・・・を列举し、国防及び軍事との関係では、「国防のために市民に対してその身体及び財産に課せられる義務・・・」、「国の・・・武官に認められる基本的障」、及び「国防の一般組織」に関する基本原則についての法律所管事項としている（34条）のに対して、それ以外の事項は、（法律による委任がなくとも）命令の形式で定めることができる（37条）・・・次に、最高政策決定権、派遣決定権及び最高軍事指揮権との関連では、第5共和国憲法では次のように執行部門に権限を付与している。大統領は、「国家の独立、領土の一体性、及び条約の遵守の責任者・・・（5条2文）」及び「軍隊の長」・・・（15条1文）であって、また、「閣議」（9条）の他、特に国防政策・軍事政策との関係では、「国防高等評議会及び国防高等委員会」（15条2文）を主宰する。これに対して、首相は、上記の大統領権限の行使につき副署

する（19条）ことに加え、「軍事力・・・を司る」（20条2文）こととされる政府を指揮し、「国防について責任を負う」（21条1文及び2文）。・・・いずれにせよ、憲法が、規範制定権、基本政策決定権、軍隊派遣決定権及び最高軍事指揮権を、執行府に広く付与していることは確かである。

- ② これに基づいて、執行府は、軍隊の派遣及び力の行使等について決定、命令及び承認することができ、この場合に、派遣及び力の行使の根拠規定が特に憲法又は法律に必要であるわけではない。・・・以上のように検討してきたところによれば、フランスにおいては、憲法及び法律で禁止又は制限されていない限り、憲法で保障されている権限の範囲内で執行府が、法律による委任がなくとも命令で規範制定し、基本政策及び基本戦略を決定し、その枠内で軍隊の派遣を決定し、並びに、力の行使等に関する許可または制限を承認することが可能である。・・・ポジ原則が存在せず、むしろネガ原則が存立していると総括できる。

(5) 総括

山中論文では以下のように総括されている。「・・・諸外国の法制度を分析することによって第2章で明らかにされたのは、議会制定法との関係におけるネガ原則、すなわち『法律で禁止されている活動の他はしてよい』という原則を国内法の側から法的に基礎付けているのが国内の（実質的意味における）憲法であることである。ここで要点のみ繰り返せば、イギリスでは、議会制定法との関係でネガ原則が成立する前提として伝統的に承認されてきた国王大権が存在していたし、フランスでは、第5共和国憲法において国防に関する事項の一部のみが法律とされていることから、それ以外の事項は法律の委任がなくとも命令で定めることが可能であり、また、大統領及び首相の防衛政策決定権や軍隊最高指揮権が憲法上の権限として保障されていた。これに対して、アメリカ及びドイツの場合には、議会制定法又は（形式的意味における）憲法との関係においてネガ原則が成立していた。その原則は、アメリカについては、合衆国憲法の最高司令官条項等の憲法条項に法的基礎を有し、また、ドイツについては、連邦政府の軍隊出動決定権、連邦首相の基本方針制定権（基本法第65条）、及び連邦防衛大臣（平時）・連邦首相（有事）における命令司令権（65a条）がネガ原則の憲法的基礎となっていた。これら実例が示しているのは、議会制定法との関係におけるネガ原則の法的存立条件となっているのは、国内の（実質的意味における）憲法の組織法的授權である。」

7 日本国憲法のネガ原則化の必要条件

以上の諸外国の立法例等を踏まえると自衛隊法のネガ原則化のためには、以下の憲法の法的措置が必要となる。

(1) 自衛隊最高指揮官としての内閣総理大臣の権限の付与

日本国憲法に自衛隊最高指揮官である内閣総理大臣の組織法的授権として最高政策決定権、派遣決定権及び最高軍事指揮権等を規定する。

ただし、その項目及び規定内容等についてはなお検討を要する。

(2) 規則制定権

(1)の権限を実施するための法律の委任なしに内閣総理大臣が閣議により政令等を制定可能とする必要がある。

当然のことながら改正する予定の日本国憲法に、自衛隊の行動及権限等のすべてを実効性のあるものとして詳細に規定することはできないため、憲法の規定を直接の根拠として内閣は必要な政令を定めることができるとする規定が必要である。

しかしながら、憲法第73条第6号には「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。」と規定されているが、この点については、宮沢俊義著「全訂日本国憲法」572頁においては「法律の媒介をまたずに、憲法の規定の実施をするために政令で規定を設けていいことになれば、すべての立法（実質的意味）は、憲法の規定の実施のための法規範の定立だといえるから、憲法が国会に立法権を排他的に与えようとした趣旨がまったく失われてしまう。」との趣旨で憲法の規定を直接に実施するための政令というものは許されないと解している。

このため、国会を国の唯一の立法機関とする憲法第41条の特例を、例えば、「内閣は憲法に定められた内閣総理大臣の自衛隊の行動及び権限等に関する規定を実施するため政令を制定することができる。」との規定を日本国憲法に設けることとする。本規定は国の唯一の立法機関である国会の立法権の制約となり与党・野党問わず様々な異論が予測されその実現可能性は極めて厳しいものと考えられるが、いずれにせよ、ネガリストに規定された事項以外は日本国憲法に規定する自衛隊最高指揮官である内閣総理大臣の権限と当該憲法の規定を直接の根拠とする政令を制定できるとしなければ、自衛隊に関する法制のネガ原則化が達成できないため当該規定を設けることとする。

(3) ネガリストの検討

① ネガリストを憲法に規定する必要性

自衛隊の行動等に関する禁止事項を定めるというネガリストの趣旨が

らいて、自衛隊の最高指揮官たる内閣総理大臣の日本国憲法に規定する各種権限をもってしても、ネガリストの禁止を解除できないものとする必要がある。従って、日本国憲法において明文のネガリスト規定を設けることとし、いわゆる憲法留保原則によることとする。仮にネガリストを法律に規定した場合には、内閣総理大臣の憲法上の権限を下位法である法律によって規制することとなり、憲法違反の法律との議論を回避できない。

② 如何なる規定をネガリストとするか？

以下これまでの自衛隊法等の改正における議論を参考にしながら如何なる事項をネガリストとして規定する必要があるかを検討する。

ただし、この点については、例えば「憲法第9条で禁止された武力の行使又は武力による威嚇を行ってはならない。」とすれば禁止規定である。これのみでもネガリストとして存在し得るが、実際には如何なる状況であればネガリスト禁止事項を解除できるかの条件を明示することが立法政策上も得策であると考えられる。従ってネガリストといっても単なる禁止規定ではなく、例えば、法律で定める自己保存型の武器使用であれば憲法第9条に禁止する武力の行使とはならないなどの禁止事項に関する解除条件として規定する。

また、ネガリストの解除条件であるので行政府の権限だけで解除できないことを担保する観点から、法律の定めるところにより解除することを日本国憲法上の規定に定める。

ア 国民の権利を制限又は義務を課す場合（侵害留保説）

冒頭で述べたように武器使用権限又は武力攻撃事態等において国民の物資の収容等の国民の権利の制限又は義務を課す場合には法律上の根拠が必要であるとする侵害留保説である。この考え方は先にも述べたように、行政を行うに当たっての最高裁の判例ともなっており、既に確立された憲法規範であるが、憲法に規定された内閣総理大臣の自衛隊の行動及び権限等に関する規定との関係の明確化を図るため、「自衛隊の武器使用又は物資の収容等の国民の権利を制限又は義務を課す場合には法律の定めによる。」との規定を憲法に置くものとする。

イ 憲法第9条で禁止されている武力の行使又は武力の行使と一体化しないための制度的担保

㊦ その背景

自衛隊法の規定をいわゆるネガ原則にすべきとの議論が多く行われたのは、自衛隊が様々の新たな国際活動を求められたことが

その背景にある。１９９０年１１月に提出された湾岸戦争における多国籍軍に対する後方支援等を規定した国連平和協力法案（廃案）、カンボジア PKO に日本が参加するために１９９２年に制定された PKO 協力法、テロとの戦いに参加を求められ２００１年に当初２年間の時限立法で成立した旧テロ特措法（インド洋での給油活動等を実施）及び旧補給支援特措法、大規模戦闘終結後のイラクで人道復興支援活動を行うために２００３年に当初２年間の時限立法で旧イラク人道復興支援特措法が制定された。

筆者もその法律の多くに担当者として参加したが、自衛隊等の国際活動を実施することが国の内外から求められ、しかもその実施すべき時期までには時間的な余裕のないことがほとんどであった。この場合に自衛隊法等がネガ原則によっていれば、ネガリストにより禁止された事項以外は法的に許容されるため、新たな法律上の根拠規定を設けることなく様々な事態に迅速に対応が可能となるのにとの批判を大いに受けた。

① 憲法第９条で禁止の武力の行使又は他国の武力の行使と一体化を回避する原則

上記㊦で述べた事情において問題となったのは自衛隊が国際活動を実施するに当たっては、現地の治安状況からも自衛用の武器の使用が求められるとともに、当該活動を実施するための職務遂行のための武器使用の必要性、また自衛隊が補給や輸送等の後方支援活動等を行うことが求められたが、これに関して憲法第９条で禁止された武力の行使や他国の武力行使と一体化しないための法的担保の規定を各々の対処措置法に設ける必要があった。

そもそも、憲法第９条で禁止された武力の行使を行わないこと又武力の行使と一体化しないとする考え方は既に確立した憲法規範であるが、別途憲法で規定される内閣総理大臣の自衛隊の行動及び権限等に関する規定との関係の明確化を図り、政府の権限だけでは実施できないことを担保するため、日本国憲法に法律の規定により実施するとの明文の規定を設けることとする。

また、武器の使用権限については国民の権利の制限や義務を課す場合も想定されることから、武器の使用権限については侵害留保説の観点からも法定事項とすべきである。従って、「第９条で禁止された武力の行使又は武力の行使との一体化を回避す

るため法律で定めるところにより武器を使用し、又は物資の補給等を行うものとする。」との憲法の規定を置くものとする。

ウ シビリアン・コントロール（国会承認又は閣議決定）

（ア）シビリアン・コントロール（国会承認又は閣議決定）

日本国憲法上、シビリアン・コントロールに関する規定は、憲法第66条第2項における国務大臣に関する文民条項のみである。

しかしながら、これまでも自衛隊法等において防衛出動や治安出動、平和維持隊本体業務の実施、重要影響事態における後方支援活動等のように国会承認を自衛隊の行動の要件としてきた。

また、それに加えて、防衛出動や治安出動のように閣議に基づく内閣総理大臣の命令による場合や、防衛大臣の命令によるがその前提として海上警備行動や治安出動下令前に行う情報収集のように閣議決定を前提とする内閣総理大臣の承認を必要とするなどの規定が設けられ、これら内閣によるシビリアン・コントロールも存在する。

（イ）国会によるシビリアン・コントロール

- ㊦ 防衛出動のように国家としての武力の行使に関わる場合には、アメリカ憲法の例に倣い憲法の規定に基づき国会承認とする。

その他の治安出動、平和維持隊本体業務、重要影響事態における後方支援活動等のようにそれ自体は武力の行使ではない場合の国会承認の要否等については、軍隊の外国派遣についてイギリスでは法律により国会承認、ドイツでは憲法上の要請など必ずしも一致はしない。ドイツのように軍隊の出動に関して憲法の明文の規定によるとする憲法留保原則をとっている例もあるが、武力の行使を前提としない派遣についてまで我が国憲法上の要請による国会承認を求める必要性がないと判断されることから、これらについては、立法者たる国会の判断事項とし憲法には規定しないものとする。

従って、国会で国会承認を求める法律が制定されれば、法の規定に基づき国会承認が必要となり、憲法の規定に基づく自衛隊の最高指揮官たる内閣総理大臣の権限を侵害するのではないかとの批判が想定される。

- ④ 自衛隊の最高指揮官である内閣総理大臣の権限を国会承認等の規定を設けることよりを法律で制約するとの問題点

イギリス、アメリカでは軍の最高指揮官としての権限に対する制約を実定法に定めることを許容している。同様に日本でも、国会承認に関しては武力の行使以外は立法者の判断とし、法律をもって国会承認の要否を定めるとした場合には、改正憲法で定められた自衛隊最高指揮官としての内閣総理大臣の権限を法律によって規制することとなり改正憲法違反ではないかとの問題が生起する可能性がある。

この点に関しては、武力行使以外の国会承認については既にそれを求める立法例も存在していることから、国会承認を求めることを憲法で禁止することは妥当ではない。よって、立法者である国会の判断によるものとする。

そもそも議院内閣制により構成され国会の多数派が政権を握る日本とは本来同列には論じられないものであるが、しかしながら、現時点（2025年7月20日）では、衆参両院において政権が少数与党となった現状に鑑みればアメリカと同様の事態が起こり得るものと考えるべきであろう。

仮に、国会が自衛隊の全ての活動に国会承認を要するとする実定法を制定し、内閣がこれは改正された憲法に定める内閣総理大臣の権限を侵害すると考えた場合を想定する。この場合には、行政府は当該法令が違憲無効であるとの確認訴訟を司法府に提起することも考えられるが、わが国の裁判所は具体的な争訟事件でなければ判断を下さない司法消極主義をとっており当該訴訟は不適法却下とされるのが通例である（警察予備隊違憲訴訟（最大判昭和27年10月8日）。また仮に法律上の争訟であったとしても、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為（憲法第8版芦部信喜著）」である統治行為とされ民主制の根幹である精神的自由や選挙権の侵害等がなければ司法判断は回避されることとなる。

従ってこの問題の処理は立法府・行政府の協議に委ねられ、当該法律の修正等がなされるか、或いは内閣がその法律に従うか内閣が交代するかという事態が想定される。いずれにせよ立法権と行政権の抑制と均衡の問題ととらえるべきであり、当該法律が違憲との扱いには直ちにはならない。

- ㊦ 以上の点を踏まえ、日本国としての武力の行使の場合には日本国憲法の定めるところにより原則事前の国会承認（緊急の場合には事後も可）とし、「武力の行使に関しては法律の定めると

ころにより国会の承認が必要である。」との規定を置くことにより、国会によるシビリアン・コントロールと自衛隊の最高指揮官たる内閣総理大臣の権限の調整の明確化を図る。それ以外の国会承認については立法者である国会の意思に委ねるものとする。

(ウ) 内閣総理大臣の命令又は承認

現行の自衛隊法は武力の行使にわたる行動や治安出動等については内閣総理大臣の命令によることとし、それに対して海上警備行動等の場合には閣議決定が前提となる内閣総理大臣の承認の下に防衛大臣が命令を下すものがある。これについて、行政府内部の事務分配、内閣の首長としての内閣総理大臣の権限か防衛省の主任の大臣としての防衛大臣の権限かの問題である。

従って内閣によるシビリアン・コントロールとして憲法に規定するが、その態様としては、例えば内閣の関与の仕方は法律の定めるところによるとして憲法に規定する。なお、災害派遣については、その活動内容に鑑み、内閣によるシビリアン・コントロールまでは要件とはしないものとする。従って、「自衛隊の行動については法律の定めるところにより内閣総理大臣の命令又は内閣総理大臣の承認に基づく防衛大臣の命令を要するものとする。ただし、人命救助活動などの法律の定める場合にはこの限りではない。」との規定を憲法に置く。

8 ネガリストによる禁止を解除するための法定事項の整備について検討する。

上記7に規定する日本国憲法の改正規定を踏まえネガリストとして法定事項としての解除条件のための法整備の要否及びその内容について検討する。

(1) 国民の権利を制限又は義務を課す場合の法定事項（侵害留保説）

① 防衛出動

ア 武力の行使

防衛出動における武器の使用の一形態である武力の行使は、自衛隊法第76条及び第88条により規定されている。また、平和安全法制により規定された存立危機事態として認定された場合の武力の行使も本規定で対応するのである。

従ってネガリスト禁止解除のために必要な法定事項は既に整備済みである。

① 103条等

自衛隊法第103条等の有事法制に関する規定は、武力攻撃事態等におい

て国民の権利を制限又は義務を課す規定である。

従ってネガリスト禁止解除のために必要な法定事項は既に整備済みである。

⑦ 治安出動等の公共の秩序活動

治安出動等における武器使用や警察官職務執行法の準用の規定も国民の権利の制限又は義務を課す事項である。

従ってネガリスト禁止解除のために必要な法定事項は既に整備済みである。

⑧ 重要影響事態安全確保法、PKO 協力法及び国際平和支援法

当該活動時における武器使用についても侵害留保説の観点から法定事項である。

従ってネガリスト禁止解除のために必要な法定事項は既に整備済みである。

(2) 憲法第 9 条で禁止の武力の行使又は他国の武力の行使と一体化の回避の規定

重要影響事態安全確保法、PKO 協力法及び国際平和支援法は憲法第 9 条で禁止された武力の行使とはならないように自衛隊の武器使用の要件を定め、また、その後方支援活動が他国の武力行使と一体化しないとの担保を法的に確保することがその目的である。業務についてその実施区域や活動内容について厳格に規制しているのは武力行使との一体化とならないための規定である。

従ってネガリスト禁止規定解除のために必要な法定事項は既に整備済みである。

(3) シビリアン・コントロールに関する規定

① 武力の行使の際の国会承認

自衛隊法第 76 条及び武力攻撃事態対処法に定める国会承認に関する規定に「改正憲法第〇条に定める国会承認の規定に基づき」の文言を加える。

② 内閣総理大臣の命令又は承認

自衛隊法第 76 条、第 78 条及び第 81 条の 2 に「改正憲法第〇条に定める規定に基づき内閣総理大臣は・・・出動を命ずる。」とする。また、第 82 条等に「改正憲法第〇条に定める規定に基づき内閣総理大臣の承認の下に防衛大臣は命ずることができる。」との規定を置く。

9 ネガ原則化における自衛隊の行動等に関する政令事項

7 で検討したネガ原則化のための日本国憲法の改正とネガリスト解除のための

自衛隊法等の改正を踏まえての政令に関する検討である。

(1) 現行の法定事項を政令事項の検討

現行の法定事項を政令事項に規定する対象としては、自衛隊法第8章に定める雑則の内、国民の権利の制限又は義務には影響しないものとして、第100条の土木工事等の受託や、第100条の2の教育訓練の受託、第100条の3の運動競技会に対する協力、第100条の4の南極地域観測に対する協力、第100条の5の国賓等の輸送が挙げられるが、現時点で特に是正すべき点がないため政令事項とする緊急性は乏しいものとする。

(2) 現行の法制の不備をネガ原則化による政令事項化

安倍政権で行われた平和安全法制の整備により安全保障に係る法的課題は包括的かつ網羅的に解決されたとの認識であるが、なお残された法的課題があると考えており、本件については改めてネガ原則化の可否も含めて次回において検討する。

10 ネガ原則化とは別の方途—包括的なポジティブリスト（一般法）の整備—

(1) ネガ原則化の問題点

以上検討してきたように自衛隊法等をネガ原則化することは、

- ① 日本国憲法において自衛隊の最高指揮官である内閣総理大臣の権限をどこまで規定するか、そしてネガリスト以外の我が国法体系上合法化される事項については法律ではなく憲法規定を直接の根拠として政令を定めるとする点で国会の立法権と競合する。その実現のためには立法府との調整が必要となる。

また、立法府と行政府との間で内閣総理大臣の憲法上の権限を制限する立法が行われる可能性が否定できず、立法府と行政府の緊張した関係を生起させる可能性がある。

- ② 想定されるネガティブリストの禁止を解除するための法律事項が

ア 国民の権利を制限又は義務を課すこと、

イ 武力行使以外のシビリアン・コントロールの国会承認又は閣議決定、

ウ 憲法第9条で禁じられた武力の行使又は他国が行う武力の行使との一体化の回避、

などが法律事項であるが、既に法整備が行われており自衛隊の行動を詳細かつ広範囲に規律している。

以上の問題点を考慮すると自衛隊のネガ原則化は憲法の規定を直接の根拠とする政令の制定など国会の立法権との競合などの問題点があり、また法定事項が既に広範多岐にわたり、ネガ原則化しても多くの制約を法定事項として負っている状況にあると結論せざるを得ない。

(2) 自衛隊法のネガ原則化に代わるものとしての一般法の整備

以上の点を踏まえると、新たな事態に自衛隊が適時適切に対応するための法的措置はどうすればよいかである。

実際はこれまでの我が国における自衛隊等に関する法整備は自衛隊法等のネガ原則化ではなく、個別の対処法を整備しつつ、今後想定される事態に適時適切に対処すべく平和安全法制のように各分野における一般法の整備を行ってきた。これにより予測できる事態には須らく自衛隊の対応を可能とする法的措置が施される点で、自衛隊法のネガ原則化と同様の効果を持ち、立法するという点で国会との関係も整理される。

また、一般法の利点として、例えば元統合幕僚会議議長の西本氏は、

㊦ 第1の意義は、我が国の国際平和協力の理念や枠組を確立できることである。

㊧ 第2の意義は、国家の迅速な意思決定と実行を可能にすることである。

㊨ 第3の意義は、国家資源の総合的活用を可能とすることである。

と述べられている「自衛隊と国際平和協力―実行組織の立場から（国際安全保障第34巻第1号）」。

また、以上に加えて、第4の意義として自衛隊の部隊等が事前の訓練も実施し装備の調達も可能となると考えられ、自衛隊法のネガ原則化に代わるものとしての意義を大いに有しているといえる。

11 終わりに当たって

(1) ネガ原則化ではなく一般法の整備の推進

これまで自衛隊法等のネガ原則化に必要な日本国憲法及び他の自衛隊法等の改正について検討を行ってきたところであるが、安倍政権時に行われた平和安全法制の整備により当面の安全保障における法的課題が解決したためにネガ原則化により解決しなければならない重要な課題がほぼ処理された。それにより自衛隊法のネガ原則化が喫緊の課題ではなくなった。

それゆえ包括的なポジリストともいうべき一般法になお想定外の課題がないか不断に検証していくことが可能とする時間的余裕が生まれたと言える。

(2) なお残された課題

実は(1)でのべたように、自衛隊法のネガ原則化ではなく一般法の整備を前提とした場合に筆者としては自衛隊関係法制には未だ重要な課題が存在していると考えている。

一つは迅速な事態認定等に関する意思決定の問題であり、行政府としての意思決定が合議体である内閣の閣議決定を必要とする憲法にも関わる問題である。

もう一つはなお残る国際法上の自衛権と憲法第9条の自衛権の乖離の問題であり、これは特に在外邦人等の保護に関する課題やグレーゾーン事態の対処の問題でもある。次回はその諸点について検討をすすめることとしたい。

- (3) 今回の検討作業においては防衛大学校の山中倫太郎教授に多大なるご助力を頂いた。ここに改めて感謝申し上げる。

なお、当然のことながら本稿の文責は全て筆者個人にある。