

グローバルセキュリティ研究叢書 第3号

Global Security Study Series No. 3

ネガリスト・ポジリスト論 の分析と検証の試み

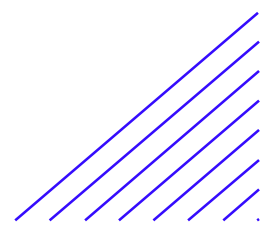
—英米独仏の4カ国の国内法の調査を
基礎にして—

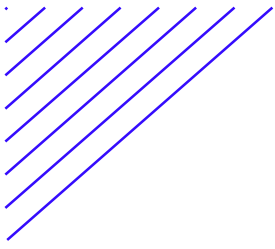
山中 倫太郎 YAMANAKA Rintaro



CENTER FOR GLOBAL SECURITY

防衛大学校先端学術推進機構
グローバルセキュリティセンター





○ グローバルセキュリティ研究叢書とは

『グローバルセキュリティ研究叢書』は、防衛大学校におけるグローバルセキュリティに係る研究成果のうち単著又は共著の論文又は研究ノートを、和文又は英文により収録します。なお、本叢書に収録された論文や研究ノートは、執筆者が独自の立場から分析・記述したものであり、日本政府あるいは防衛省の見解を示すものではありません。

© National Defense Academy, Japan Ministry of Defense
1-10-20 Hashirimizu, Yokosuka, 239-8686 JAPAN

『グローバルセキュリティ研究叢書』刊行にあたって

2016年4月、防衛大学校にグローバルセキュリティセンター（GS）が発足しました。GSは、国家国民または国際社会の安全・安心に係る多種多様な安全保障課題を多角的に研究し、その研究成果を広く内外に発信することを目的としています。

GSの特徴は、第一に、文理交叉型の統合的な研究アプローチにあります。約300名の防衛大学校教官の専門知識を総動員し、人文社会科学、理工学、防衛学による学際的な最先端研究に取り組みます。第二に、個々の研究成果に裏付けされた共同研究を積極的に行います。学内外の研究者、シンクタンク、官公庁の政策立案者、民間実務家等との連携・協力を推進することで、GSはグローバルセキュリティの研究拠点となることを目指します。

当面、GSがカバーする研究分野は、アジア安全保障、サイバーセキュリティ、宇宙安全保障、海洋安全保障、感染症対策と安全保障、防災・危機管理、ジェンダー・メンタルヘルス、ミリタリープロフェッショナリズム、安全保障・軍事作戦法規、デュアルユース・テクノロジーなど広範囲なものです。GSは、これらの研究分野に属する諸課題を、原則2～3年単位のプロジェクト方式で柔軟に対応します。必要に応じて、国際ネットワークを構築し、研究の企画・立案、実施、発表、評価を行います。

GSの研究成果は、その内容に応じて「研究叢書」、「セミナー叢書」、「調査報告」の三つの形態で不定期に発行され、原則としてホームページ上のオンラインで広く公開されます。

『グローバルセキュリティ研究叢書』は、独創的な学術研究や挑戦的な萌芽研究を論文、研究ノートとして発行するものです。本叢書の刊行を通じて、グローバルセキュリティ研究の裾野が広がり、内外の研究者との活発な研究交流が刺激されることを期待します。

2017年師走

防衛大学校総合情報図書館
グローバルセキュリティセンター長
武田 康裕

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—

目 次

目 次	i
はじめに	1
第1章 ネガ・ポジ論の分析	3
(1) ネガ・ポジ論の系統	3
(2) ネガ・ポジ論の諸次元と諸局面	5
第2章 英米独仏の4カ国の国内法の現状	9
(1) イギリス	10
(2) アメリカ	12
(3) ドイツ	15
(4) フランス	17
第3章 ネガ・ポジ論の検証	20
(1) 「軍隊—ネガ、警察（→自衛隊）—ポジ」という理解について	20
(2) 「英米系の軍隊—ネガ、大陸系の軍隊—ポジ」という理解について	21
むすびに代えて	22
(1) ネガ・ポジ論の検証に関する総括	22
(2) 「理念型」としてのネガ・ポジ論の取り扱い	23
(3) ネガ・ポジ論の発展と精緻化のために	25

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—

山中 倫太郎

はじめに

軍隊の本質的特徴、更に、日本の自衛隊及び防衛法制・安全保障法制の特徴を説明する概念として、ネガリスト・ポジリスト論（以下「ネガ・ポジ論」）と呼ばれるものがある。かつて防衛庁長官及び防衛大臣を務めた石破茂の国会における発言が最も明瞭であるので、まずは、これを引用したい。

実力組織として軍隊というものがある、警察というものがある、どちらも国家が持つておる実力組織ですよ。では、軍と警察、これは何が違うのだろう。…自衛隊法は何々をしてよい、何々してよい、それ以外のことは一切やってはいかぬ、こういうお話でしょう。本来、軍というのは、ネガリストで法律は書かれなければいけない、そういうものはずなのです。¹

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。²

この説明においては、日本の自衛隊法は、「してよい」こと、「できること」を列挙し、「それ以外のことは一切やってはいかぬ」、これに対して、本来、軍隊の法律（又は「法制」）は、「やってはいけないこと」を列挙している、そして、「それ以外はやってもいい」とされている。この場合に、軍隊・自衛隊の活動を規律事項とした、法律（又は「法制」）の規律形態が主題とされている。

こうしたネガ・ポジ論の「嚆矢」と考えられているのは、色摩力夫の諸論考³である。その後、これに依拠した記述が文献にみられる⁴ようになったし、法実務においても、かかる理解は一どの程度まで受容されているかは定かではないが—しばしば参照され、とりわけ、日本の自衛隊法がポジの方式及び原則に従った特殊なつくりになっているという認識は、かなり広い共通認識になっていると推察される。それが実践的な主張とも結び付けられていることがあるだけになおさら、方法論的反省も含めて学術的に検討を重ね、とりわけ防衛法学・安全保障法学の専門的見地からの分析及び検証を加えることも、議論の合理性を高めるために必要であると考えられる。

ところで、ネガ・ポジ論に関する先行研究には、山下愛仁の論考がある⁵。山下は、自衛隊—ポジという図式につき、これを「自衛隊法の全体構造論としてのネガ・ポジ論」と称し、「我が国防衛法制の法律によるポジ・リスト状態」があることを認めた上で、その理論的根拠を根本的に問うた⁶。いわく、「自衛隊の活動及び権限の根拠は論理必然的に議会制定法である法律でなければならないのか」、「現行憲法は、自衛隊の活動を定める所管を排他的に国会に委ねているのか」⁷。また、山下は、軍隊—ネガという図式については、「他国の憲法状況」として、アメリカ、スウェーデン及びスペインの憲法条項を確認することで、特に前2カ国の軍隊の活動の規律形態がネガリスト方式によっていると結論付けた⁸。この論考は、①日本の自衛隊法がポジであることを認めた上で、諸外国の軍隊がネガであるという、ネガ・ポジ論の理解の検証を試みている点、また、②ネガ・ポジ論の法的基礎が国内憲法、とりわけそれが規律する法律所管事項と関係していることを明らかにしている点で、ネガ・ポジ論の深化にとって重要な一步を踏み出すものであった。もっとも、①については、「どのように防衛法制を構成するのが適当か、という最終結論を得るための準備作業として、他国においてはその権限を行政・国会間にどのように配分しているか、という角度からの若干の検討」⁹という目的及び性格の検証であるため、検証の基礎が上記3カ国（実質的には、アメリカ、スウェーデンの2カ国）の憲法の関連条項の一部を概略的に検討するにとどめていること、②については、これまでの公法学説と関連付けつつ論点の所在をより分析的に提示するにとどまっていることからして、ネガ・ポジ論の検証及びその理論的根拠の解明という関心からみると、なお研究の端緒にとどまっているといえる。かかる先行研究の状況を踏まえ、本稿では、主として上記①の試みを発展させ、比較憲法及び比較防衛法の観点からの検証を深めることを目的とする。そのことは、また、上記②についても問題認識の発展に資するところがあるだろう。なお、本稿で「検証」という場合、各国の現状—ここでは、社会的事実ではなく実定法の現状を指す—との照らし合わせを意味し、仮説の検証という方法論的背景の下で予め位置付けることはしていない。というのは、ネガ・ポジ論が仮説としての理論的性格を有するか否かが一つの問題であるからである。

本稿では、まず、ネガ・ポジ論自体が多義的であり、かつ、諸次元及び諸局面があることに鑑みて、これを分析することによって検証の対象をより明確にし（第1章）、次に、ネガ・ポジ論の検証の基礎となる国内法の現状を、英米独仏の4カ国について明らかにする（第2章）。これを踏まえて、ネガ・ポジ論の検証を実施し、その妥当性の有無と射程を明らかにする（第3章）。以上を踏まえて、最後に、本論の検証結果を総括した上で、ネガ・ポジ論の発展と精緻化のための視点を示しつつ、これに基づくインプリケーションを示すこととする（むすびに代えて）。

1 ネガ・ポジ論の分析

(1) ネガ・ポジ論の系統

まず、ネガ・ポジ論には異なった系統のものが考えられるので、ここで整理しておくことにしよう。特に重要なものとしては、①「軍隊—ネガ、警察—ポジ」という理解、及び、②「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。本稿で分析と検証の主眼となるのは①であるが、そのことによって、②についても明らかにするところがあるだろう。

① 「軍隊—ネガ、警察（→自衛隊）—ポジ」という理解

色摩は、現代の自由民主主義国家における二つの「合法的な武装集団」—軍隊と警察—につき、「国際社会に広く受諾されている各々の概念からそれぞれの『理念型』を抽出して比較」することで、両者の間に「機能」上の差異があるにとどまらず、「国家権力の中の位置づけ」「権限付与の方式」「権限の単位」「活動地域」及び「任務の基本的性質」において「本質的差異」が存在することを説いた¹⁰。ネガ・ポジ論は、このうち、「権限付与の方式」に関する「本質的差異」を明らかにするものであった。

軍隊の「理念型」においては、「『軍隊』の権限は、『ネガ・リスト』方式で規定されます。ネガ・リストというのは、これだけはしてはいけない、これは禁止されるという項目が列挙されたものです。つまり、『原則自由』、『原則無制限』であって、例外的に制限されることがあるという考え方です。そして、この場合、制限とか禁止にあたる制限的な否定項目は、主として国際法による規制です。もっと具体的に言えば、戦時国際法の特異な部門である『戦時法規』、即ち害敵行為の制限及び戦争犠牲者保護のルールです。これに補完的に国内法による若干の規制がありえます」。これに対して、警察の「理念型」においては、「『警察』の権限は、『ポジ・リスト』方式によって規制されています。ポジ・リストとは、してよいこと、しなければならないことが列挙されたリストです。つまり、『原則制限』の考え方です。民主主義国家では、特にそうです」という¹¹。

色摩は、このような「本質的差異」が生じる根拠を、次のように説明した。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¹²。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、それ

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¹³。

以上の「理念型」の構築に基づいて、色摩は、「わが国の『自衛隊』が真の『軍隊』であるか否かは、その『理念型』と比較すれば自ずから明らかになると思われる」とした上で、「これでは、『自衛隊』の権限規定は、『警察』のそれよりも、更に厳格な『ポジ・リスト』方式であることになる。つまり、『警察』の場合よりも更に厳しい原則『制限』の考え方である」と説き¹⁴、日本の自衛隊の法的現状が軍隊の「理念型」から隔たっていると結論付けた。かくして、「軍隊—ネガ、警察—ポジ」という理解を基礎に、「**軍隊—ネガ、自衛隊—ポジ**」という対比がなされたのであった。

更に、色摩は、このような「自衛隊—ポジ」という法的現状に対し、次のように批判的な視線を投げかけていた。いわく、「これで、『軍隊』のまともな機能が確保されるのであろうか」¹⁵。かかる問題意識の下に、色摩が提示した処方箋は、自衛隊が「まともな『軍隊』になる」ことであった¹⁶。色摩は、「もし、『軍隊』であるならば、あるいは真の『軍隊』となろうとしているのであるならば、それ相応に法体系を整理せねばならない」¹⁷という。「権限付与の方式」との関係では、ポジからネガへと法体系を大転換させるということであろう。

このような色摩のネガ・ポジ論の内容上の当否を検討するのが本稿の課題であるが、これに先立って、その理論の特徴を確認しておきたい。その特徴は、①「理念型」として提示されていること、②その「理念型」が軍隊と警察の「本質的差異」を示すものとして提示されていること、③その「理念型」が日本の自衛隊を評価するための規範的・実践的主張と結び付けられていることである。かかる特徴は、とりわけ色摩のネガ・ポジ論を取り扱う場合に注意されなくてはならず、この点については、マックス・ヴェーバー (Max Weber) の「理念型 (Idealtypus)」概念との関係で、本稿の最後に検討することにしたい。この点に関していえば、色摩の他のネガ・ポジ論においては、「理念型」という理論的特徴が一意識されているか否かは不明であるが—必ずしも打ち出されてはいないことは、予め指摘しておきたい。

② 「英米系の軍隊—ネガ、大陸系の軍隊—ポジ」という理解

以上の色摩の議論とは性格を異にするものとして、「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在禁止した事項以外は独自判断で処置できるとする」¹⁸。このような説明がなされたのは、一般向けの書籍においてであったことを斟酌する必要があるものの、学術的には難点がないではない。とはいえ、このような説明には、色摩が警察との対比における軍隊の「本質的差異」という問題設定をしていたことと対比すると、地域圏、文化圏又は法系の異なる軍隊の間に存在する、軍隊像の多様性の認識へと途を開く点で、理論的に独自の意義を見て取ることができる。それゆえに、色摩とは別のネガ・ポジ論の一系統として設定し検証の対象とすることにしよう。

但し、その栗栖自身は、「さて戦後であるが、英米が完勝した結果、世界はほとんど英米流の思想に染まった。法律が授権するまでもなく、禁止法規がない限り行政権が執行できるとするのである。ドイツも戦後明らかに英米流の考え方に变化した」¹⁹と述べている。とすれば、「英米系の軍隊—ネガ、大陸系の軍隊—ポジ」という対比は、戦後はもはや成り立たないことになるだろう。しかし、軍隊の対外作用の法的規律という問題に即して結論的にいえば、「世界はほとんど英米流の思想に染まった」とはいえず、戦後ドイツについても、その防衛・安全保障法制の形成史を概観する限り、そのような見方を裏付ける事実関係を見出すことは難しい。そこで、本稿では、「英米系の軍隊—ネガ、大陸系の軍隊—ポジ」という理解が戦後の大陸の軍隊の法の実際に符合するか否かはなお検証する意義が残るとみて、これを検証の対象とする。

(2) ネガ・ポジ論の諸次元と諸局面

以上のようにネガ・ポジ論には諸系統があるとみて、ネガ・ポジ論の検証を進めていくことが必要であるが、更に、ネガ・ポジ論には、いくつかの次元と局面があるので、本節では、ネガ・ポジ論の分析と評価の視点を示しながら、その精緻化と発展への道筋をつけておくことにしよう。

① ネガ・ポジ論における諸任務及び諸段階の区別

a. 諸任務の区別 まず、ネガ・ポジ論がいかなる任務領域に関する議論なのかを明らかにしておく必要がある。色摩が軍隊の「権限付与の方式」の「理念型」としてネガを挙げている場合、軍隊の本来任務である軍事防衛との関係をまずもって念頭に置いていることは疑いがないが、これに加え、軍事防衛とは別の対外任務、とりわけ、国際社会の平和及び安全の確保の任務との関係でも、ネガによって説明がなされている。他方、色摩は、軍隊が国内における公共秩序の維持の任務に関与する場合には、例外的場合における軍隊の警察機能への「流用」の問題として、「通常、その活動の態様には、普通警察の場合と同様の厳格な制限が付せられており、そのための法的規制が明示的に設定されている」と説明する²⁰。このことから、ネガ・ポジ論を検討する際には、軍隊の任務の対外性・対内性の別が意味をもつこと、また、軍隊の「権限付与の方式」がネガによると考えられている

場合、そのことは軍隊の対外任務との関係でのことであることを見て取ることができよう。

このように軍隊の任務の別を踏まえると、日本の自衛隊法においては、自衛隊のすべての任務との関係で一すなわち、防衛及び公共秩序の維持（3条1項）、重要影響事態への対応（2項1号）、並びに、国際社会の平和及び安全の確保（2項2号）—について、およそポジによっている点で特徴的である。これとの関係でいえば、色摩は、自衛隊の国内における公共秩序の維持の任務について自衛隊法がポジによっていることが軍隊の「理念型」から逸脱するとは考えておらず、むしろ、「『自衛隊』の『治安出動』のときは（自衛隊法第78条）、これは普通警察の補完的な作用であるから、『警察』に対する法規制が適用されるのは当然である。それには、何の不思議もない」と述べている²¹。色摩とは別の論者のネガ・ポジ論においても同様であろう。

以上からは、ネガ・ポジ論において、「軍隊—ネガ、自衛隊—ポジ」という対比がなされる場合、これを対外任務の文脈における軍隊及び自衛隊の対比として位置付け、次章における検証の対象とすることが適切であるといえる。これに対して、対内任務の文脈では、ネガ・ポジ論において軍隊及び自衛隊のいずれもポジ原則の下で説明されている。その点についても検証の余地が全くないではないが、次章における検証の対象とはしない。

b. 諸段階の区別 色摩のネガ・ポジ論において、軍隊及び警察の間の「本質的差異」として「権限付与の方式」の違いが挙げられ、これに基づいて軍隊と自衛隊の「権限付与の方式」の対比もなされているところ、このような議論が軍隊の活動に関するいかなる段階の規律に関するものであるかについても、分析を要する。

防衛省設置法5条によれば、「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、自衛隊法の体系的編成によれば、自衛隊の活動との関係で、「任務」（第1章3条）、「行動」（第6章）及び「権限」（第7章）の三つの段階に法律の定めがみられる。これらの定めとの関係では、①自衛隊は、法律で列挙された「任務」の範囲に属する活動のみをすることができる、②自衛隊は、（広義の）「行動」の類型に該当する活動—「出動」、「派遣」及び（狭義の）「行動」—を実施する際には、自衛隊法で列挙された（広義の）「行動」のみを実施することができる、③自衛隊又は自衛官は、活動に際して、武力の行使や武器の使用等の一定事項²²につき、法律で定めた「権限」のみを行使することができる。このような意味において、自衛隊の活動に際して、「任務」、（広義の）「行動」及び「権限」の三つの段階において法律との関係でポジの存在を考えることが可能である。②及び③について、2014年（平成26）年5月26日に浜田和幸参議院議員が提出した「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」において「日本の防衛法制は『ポジリスト』方式であると認識しているのか、政府の見解を示されたい」との質問がなされたのに対し、政府答弁書では、「お尋ねの『防衛法制』が具体的に何を指すのか必ずしも明らかではないが、自衛隊法（昭和

29年法律第165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²³という答弁が示されている。

このような「任務」「行動」及び「権限」という諸段階の区別を踏まえていけば、色摩のネガ・ポジ論は、軍隊の「権限付与の方式」を問題とするものであったから、上記自衛隊法の三段階に引き直していけば、まずもって「権限」の段階に着目した見解であったと位置付けることができる。そのことは、色摩がネガ・ポジ論を「武力の行使」及び「武器の使用」の法的規制の問題として論じていた²⁴ことから明らかである。

これに加えて、ネガ・ポジ論における軍隊と自衛隊の対比が「行動」に相当する段階の「権限付与の方式」の規律に及ぶか否かが問題となる。かつて色摩が1992年に制定された国際平和協力法、また、1999年に制定されたガイドライン関連法を引き合いに出して日本の安全保障立法の「『泥縄的手法』の自衛隊権限付与」を問題とした²⁵とき、法制定当時にまずもって課題となったのは、自衛隊の海外派遣の法律上の根拠であったところ、これは実質的には自衛隊法にいう「行動」の段階におけるポジの問題であったといえようし、色摩とは別の論者によるその後のネガ・ポジ論では、「権限」の段階のみでなく「行動」の段階についても、より明確に視野に入れられることとなっている²⁶。これらを踏まえると、日本の自衛隊法が同法にいう「権限」のみでなく「行動」の段階においてポジによっていることとの対比で、諸外国の軍隊に関する法がこれに相当する段階においてネガによっているか否かを次章における検証の対象として設定することが適切であると考えられる。

② ネガ・ポジ論における規律方式と規律原則

ネガ・ポジ論は、「合法的な武装集団」の活動に関する法の定め方について、二つの方式があることを示している。一つは、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であり(以下「**ポジリスト方式**」)、これは警察及び自衛隊の「権限付与の方式」とされている。もう一つは、ネガティブ・リストによって「してはならない」ことをリスト化するという規律方式であり(以下「**ネガリスト方式**」)、軍隊の「権限付与の方式」とされている。ここで「してよい」「してはならない」とは、法の次元の事柄である。また、ある規定がポジリストとしての性格を有するかネガリストとしての性格を有するか捉え方が分かれる場合があるし、両者の性格を併有する場合もある。また、ネガ・ポジ論において、ポジリスト方式は、「法に根拠がある活動のみをしてよい」という考え方と結び付けられている(以下「**ポジ原則**」)。これに対して、ネガリスト方式は、「法で禁止されている活動はしてはならない」というだけでなく、「法で禁止されている活動の他はしてよい」という考え方が結び付けられている(以下「**ネガ原則**」)。このような考え方は、「ネガティブ・リスト」の説明において、色摩が「原則無制限」と表現し、また、石破が「それ以外はやってもいい」と解説している点にあらわれている(本稿冒頭の引用部分を参照されたい)²⁷。

このように、ネガ・ポジ論においては、規律方式が規律原則と密接に結び付けられてい

る。しかし、両者の関係については、分析が必要である。まず、ポジ原則とポジリスト方式の関係についていえば、ポジ原則に基づいてポジリスト方式の定めがおかれることが通常であるから、ネガ・ポジ論が両者の区別にほとんど頓着してこなかったことには理由がないではない。もっとも、ポジ原則に基づく立法技術としては、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いえる²⁸が、これ以外にも、②包括的授権方式によって権限を一般授権する規律方式が考えられる²⁹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権³⁰）。とすれば、ポジ原則とポジリスト方式の間の結び付きは必然的ではない。むしろ、両者を理論的に区別した上で、その相互関係を分析するという視点が意味をもつことになるだろう。

このように規律原則と規律方式を区別する視点に立つと、他方において、ネガ原則とネガリスト方式の結び付きについても、一つの問題が明らかになる。ネガリストの規律方式は、「法で禁止されている活動はしてはならない」という原則にさえ基づけば成り立ちうるので、「法で禁止されている活動の他はしてよい」という考え方までを結び付けることは、本来不可欠ではない。にもかかわらず、その結び付きがあると考えられているのはなぜだろうかという問題である。この点については、次章における比較憲法及び比較防衛法の試みによって具体的に明らかになるから、まずは問題の指摘にとどめておくことにしよう。

③ ネガ・ポジ論における規律形式の区別及び相互関係

色摩のネガ・ポジ論において、警察の「権限付与の方式」としてのポジ原則及びポジリスト方式については、国内法、特に法律による規制との関係で論じられているのに対して、軍隊の「権限付与の方式」であるネガ原則及びネガリスト方式については、「軍隊の権限は、『ネガ・リスト』方式によって規定される。つまり、『原則無制限』であって、主として国際法によって例外的に制限を受ける」³¹というように、「主として」国際法の規制との関係で論じられていたことは、既に紹介した。もっとも、色摩によっても、前述のように「これに補完的に国内法による若干の規制がありえます」とも言い添えられる場合があったし、石破によれば、「本来、軍というのは、ネガリストで法律は書かれなければいけない」とされていた³²ことに加え、また、その後のネガ・ポジ論の文献でも、軍隊の「権限付与の方式」としてのネガ原則及びネガリスト方式が国内法である法律との関係で語られている場合もある³³。このように軍隊の「権限付与の方式」としてのネガ原則及びネガリスト方式を論じる場合にも、国際法の他に国内法との関係も問題とするのは、正当である。というのは、軍隊の活動に対する授権と制限は、授権規範であり、制限規範でもある憲法以下の国内法令の問題でもあり、ネガ原則及びネガリスト方式が問題とする制限の局面に着目して国際法と国内法との関係を踏まえていえば、①国際法の制約の具体的内容を国内法で確認又は受容すること、②軍隊の活動に対する、国際法の制約の内容に解釈上対立や不

明確がある場合には、各国の国際法解釈に基づいて国内法の制定によってその内容を具体化・明確化すること、③国内法の制定によって国際法の規制内容を上乘せすることがありうるからである。以上のような事情からすれば、軍隊に対する「権限付与の方式」がネガ原則及びネガリスト方式によっているか否かについては、国際法のみならず国内法との関係で、また、日本法の自衛隊法との対比という関心からはとりわけ法律との関係で検証の余地があると考えられる³⁴。にもかかわらず、とりわけ色摩のネガ・ポジ論においては、国内法との関係における検証が十分になされているとはいえない。このことを踏まえて、本稿では、むしろ国内法との関係で、諸外国の軍隊においてネガ原則及びネガリスト方式がとられているか否かを国内法学の視点から検討を加えることにしよう。国際法の検討については、本稿筆者の能力を大きく超えるので、国際法学者の視点による検証に委ねることとしたい。

このように国内法に焦点を当てた場合、更に進んで、法規範とはいえない規律—例えば、防衛・安全保障及び軍事に関する基本的な方針、政策、戦略、計画及び予算、更に、軍事命令及び指示等—も含め、軍隊の「権限付与の方式」の規律の諸形式の区別、及びそれらの相互関係をネガ・ポジ論に関連付けることによってその分析と精緻化が可能となるだろう。かかる視点を踏まえると、憲法及び法律よりも下位の規律形式、例えば、行動命令及び部隊行動規則との関係でも、ネガ・ポジ論に相当する議論を考えることは可能である³⁵。

とはいえ、本稿では、法律との関係を中心に据えて検証することに、課題をひとまず限定しておくことにしたい。というのは、ネガ・ポジ論の関心の根本にあったのが自衛隊の「権限付与の方式」におけるポジ原則及びポジリスト方式が法律によって成り立っていることを諸外国の軍隊の「権限付与の方式」と対比させることであったことからすれば、国内法も視野に入れた場合、直接には法律という規律形式との関係における検証がまずもって関心の対象となると考えるからである。実際、本稿冒頭に示した石破や山下のネガ・ポジ論でも、法律に力点を置いて軍隊と自衛隊の「権限付与の方式」の対比がなされていることには、そのような関心が表れているといえる。そして、このように法律に着眼した場合に、（形式的意味における）憲法との優劣関係を踏まえた上で、これとの相互関係がより基礎的な問題として浮上することは、次章以下で明らかにされる通りであるから、上位法である（形式的意味における）憲法もまた検討の対象とされる。憲法及び法律よりも下位の法令やその他の規律形式の検討へと進むためには、その規律の授權規範であり制限規範でもある憲法及び法律の検討がまずもって不可欠であるから、本稿では、その点にまずは取り組むこととしたい。

2. 英米独仏の4カ国の国内法の現状

ネガ・ポジ論は、軍隊の活動の法的規律のあり方を主題とし、この場合、前章の検討の

要点を踏まえると、①敢えて日本法の枠組みに引き直すと、対外「任務」の文脈において「行動」及び「権限」の各段階の区別を踏まえてこれを分析することが可能であり、②法的規律の方式及び原則の問題を含んでおり、更に、③国内法における規律形式の区別及びその相互関係も踏まえてこれを発展させる余地がある。このことを踏まえて、本章では、ネガ・ポジの規律の方式及び原則につき、対外「任務」における「行動」及び「権限」に相当する規律を対象とし、この場合、国内法における規律形式の区別及びその相互関係も踏まえて、ネガ・ポジ論の検証を実施することとし、その際、本センターの調査報告書³⁶の成果に補充を加えながら、とりわけ欧米4カ国の法制度を概観することによって、ネガ・ポジ論の検証の基礎となる事実関係—この場合、実定法の現状—を明らかにする。もっとも、諸外国にネガ・ポジ論と全く同様の議論があるわけではなく、また、諸外国の法では、日本法のように「任務」、「行動」及び「権限」という体系的編成によっているわけでは必ずしもない。にもかかわらず、本稿がそのような枠組みを念頭において諸外国の法制度を説明する場合は、日本におそらく特有のネガ・ポジ論の検証のために必要であるからであり、かつ、その限度に限られている。その諸外国においてもそのような説明がなされていると主張するわけでは、もちろんない。

(1) イギリス³⁷

イギリスには、憲法典がないので、その点で独特である。1689年の権利章典では、平時において国内で常備軍を保持することは、議会の同意がない限り、禁止されている。そのため、同国では、5年ごとに制定される議会制定法がなければ常備軍を設置及び維持できないから、その意味において究極的には法律との関係でポジ原則があるといえなくはない。現在は、常備軍保持のための法的根拠を提供する議会制定法として、2006年に制定され、直近では2016年に更新された軍隊法（Armed Forces Act）³⁸があり、これは同時に、軍事服務に関する実体及び手続きの規律を設けている。もっとも、こうした法律が制定又は更新されないことは事実上考えられないので、その原則は、ある意味で形骸化している。上述の権利章典の規定は、イギリス憲法・行政法の教科書によれば、「議会在軍の継続的な維持のための権限を撤回できる可能性が現在存在しているからではなく、軍隊が憲法上議会に従属していることを主張しているから、依然として重要なのである」³⁹と評された。

このようななかで、イギリスにおいては、国王大権が伝統的に存在し、重要な地位を占めてきた。2009年に司法省が刊行した『執行的大権の見直し—最終報告書（Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report）』によれば、「国王大権は、軍隊の存在と組織にとって中心的である。この大権は、一連の一次的及び二次的立法と併存するが、これら立法は、服務規律及び防衛担当国務大臣の特定機能のような事項を規制する。それゆえに、この大権は、軍隊の運営のための洗練された構造の一要素である」⁴⁰とされる。かよ

うに議会制定法上の権限と並び存在する国王大権の範囲を明確に特定するのは難しいが、判例にみられる「戦争大権 (War Prerogative)」の主な内容として、「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」が挙げられる⁴¹。また、上記の最終報告書によれば、「軍隊、戦争及び緊急時に関連する権限 (Powers relating to armed forces, war and times of emergency)」という分類の下、その内容として、本稿の検証に大きく関係するものに限定すると、「戦争若しくは講和、又は、戦争に及ばない敵対行為を開始する権利 (Right to make war or peace or institute hostilities falling short of war)」、「海外における軍隊の派遣及び使用 (Deployment and use of armed forces overseas)」、「軍隊の統制、組織及び配備 (Control, organisation and disposition of armed forces)」に加え、「軍隊の統治及び命令 (The government and command of the armed forces)」が挙げられている⁴²。

かかる国王大権を、実際には、内閣の決定の枠内において首相及び国防大臣が行使し、軍隊に対して任務を付与し、軍隊の派遣⁴³を決定し、及び力の行使を許可する。実際、2015年に政府によって策定された『国家安全保障戦略及び戦略的防衛安全保障レビュー (National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review)』において、国家安全保障戦略・防衛戦略全体における軍隊の任務又は役割の位置付けに関する記述がみられ、そのことによって軍隊の派遣の様態が一定程度まで特定されることになっており⁴⁴、政府は、かかる基本戦略の枠内で軍隊の派遣を決定及び命令し、ルール・オブ・エンゲージメント等の承認を通じて力の行使を許可及び規制することになる。この場合、国王大権に基づく決定、命令又は承認が必要であるが、軍隊の活動について議会制定法の一般的又は個別的な根拠規定が必要であるわけではない。ただ、最近では、軍隊の国外出動に際して議会への報告や承認を求める慣行が確立の途上にあるとみることができ、近時は、その手続きを議会制定法又は決議によって規則化することが検討されることもあり (下院政治憲法問題特別委員会の第12報告書 (2013-2014年)⁴⁵)、議会関与の進展のあり方は今後注目されるが、これはネガ・ポジという形態で軍隊の活動の内容を法的に統制するという問題というよりは、むしろ政治的統制の問題である。

他方、議会は、国王大権を廃止、制限又は保存する権限を有し、そのことは議会主権の考えに合致する⁴⁶。上述の最終報告書も、「議会は、いかなる特定の大権も、修正し、廃止し、又は、単に制定法上基礎付けるために法律を制定できる。大権は、議会制定法の明文によって、又は、廃止が必然的に暗示されている場合に、廃止される」⁴⁷と述べている。これによれば、国王大権が議会制定法によって廃止又は修正されない限り、依然、その大権を行使できることになるから、これは議会制定法との関係におけるネガ原則と整合する説明であるといえよう。

以上のように検討してきた内容につき、敢えて日本法の表現をつかって、「任務」、「行動」及び「権限」の段階の違いという視点を導入してみることにしよう。軍隊の対外任務

については、いずれの段階にも議会制定法との関係におけるポジ原則は存在せず、むしろネガ原則が存在している。そのことが成り立つのは、広範な国王大権が存在していることを前提に、議会制定法でこれを制限することが可能であるからである。

(2) アメリカ⁴⁸

アメリカ合衆国憲法によれば、大統領は陸軍、海軍、及び各州の民兵団の最高司令官である（合衆国憲法2条2節1項）。この規定が軍隊の活動に関する大統領権限の起点となり、そこから導かれる権限の範囲で、大統領は、軍隊に任務を付与し、派遣を決定し、そして、力の行使を許可することが可能である。他にも、執行権条項（2条1節1項）及び外交権限（2条2節2項参照）が最高司令官条項と併せて援用され、特定の任務については、保護権限による基礎付けの可能性も考えられる。

最高司令官条項との関係で重要判例である、いわゆる「鉄鋼所接收事件 (steel seizure case)」の連邦最高裁判決の法廷意見（ヒューゴ・ブラック (Hugo Black) 裁判官執筆）は、大統領による鉄鋼所接收命令が大統領権限に基礎付けられるかを審査するに際して、その命令が議会制定法又は合衆国憲法のいずれかに根拠を有する必要があることを前提としていた⁴⁹。同事件は、国内の民間企業の接收が問題となった事案であり、緊急事態（戦時）の問題も交錯するのでその取扱いには注意を要するが、本稿で主題となっている、軍隊の対外任務との関係における「権限の付与」の問題にも一般論として妥当すると考えられる。そして、同判決のロバート・ジャクソン (Robert Jackson) 裁判官補足意見—これは、「後世、ケースブックで必ずとりあげられ、最高裁自身が”先例”として重大局面で引用する」ようになった⁵⁰—は、大統領が権限を行使する場合を次の三つの場合に分けて分析を加えた。

まず、大統領が憲法上の権限に基づいて行動するが、同時に、議会制定法によっても大統領に授権がなされている場合には、憲法及び議会制定法の両方の根拠があるので大統領権限が最も強固なものとなる。この場合は、三つの場合のうち最初のものに該当し、その表現によれば、「大統領が議会の明示的又は黙示的授権に従って行動する場合には、その権力は最大である。というのは、自身の権限すべてに加え、議会が付与できる権限すべてが含まれるからである」⁵¹。

しかし、このように議会制定法の明示的・黙示的授権がない場合には問題はより難しく、ネガ・ポジ論との関係で重要である。ジャクソン補足意見は、第二の場合として、「大統領が議会による権限の保障も拒絶もなく行動する場合には、その独自の権力にのみ依拠することができる」⁵²と述べているが、そこにおいて議会制定法の授権がなくても大統領の「その独自の権力」—最高司令官条項から導かれる権限—に依拠して行動する可能性が示されていることは、議会制定法との関係におけるポジ原則を否定する契機を含む点で示唆的である。実際、ハリー・S・トルーマン (Harry S. Truman) 以降の歴代大統領は、議会制

定法の授権がない場合でも、最高司令官条項等から導かれる憲法上の権限に基づいて軍隊を派遣し、力の行使等を許可してきた。但し、この第二の場合においては、ジャクソン補足意見が上述に続けていうように、「だが、大統領及び議会が競合する権限をもつかもしいないか、権限分配が不確実な不分明領域 (zone of twilight) が存在する」⁵³。

さらに、ジャクソン補足意見は、第三の場合として、「大統領が議会の明示的又は黙示的意思と合致しない措置をとる場合には、大統領の権力は、衰退した状態にある。というのは、その場合、大統領は、その自身の憲法上の権限から当該事項に関する議会の憲法上の権限を差し引いたものにしか依拠できないからである」という⁵⁴。議会がその制定法によって明示的・黙示的に大統領の権限行使を制限又は禁止した場合には、この第三の場合に該当するところ、このような判示は、議会制定法との関係におけるネガ原則と整合する説明であるといえる。もっとも、もとより大統領権限—本稿の文脈では、軍隊の対外派遣及び力の行使等に関する権限—の行使を議会制定法によって制限又は禁止することの可否、事項及び様態という憲法解釈論上の争点は残され、議会制定法との関係におけるネガ原則という禁止—がもとより成り立つかが問題となるだろう⁵⁵。

このように論点含みであるという留保を付した上であれば、アメリカには、軍隊の対外任務の文脈において、議会制定法との関係におけるネガ原則、すなわち、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が基本的に存在していると総括することは可能である。かかる原則が成り立つのは、軍隊の活動について命令及び指示する権限が合衆国憲法によってかなり広範に大統領に付与されているからである。

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のポジ原則の契機がないではない。というのは、合衆国憲法制定後しばらくの間はもとより、現代においても、ベトナム戦争をきっかけとして、議会が 1973 年に戦争権限決議 (War Powers Resolution)⁵⁶を採択して大統領権限の制限へと向かい、これを大統領の拒否権を覆して再可決したという事情もあって、大統領と議会の権限関係は複雑な様相を示すようになったからである。同決議によれば、「敵対行為 (hostilities)、又は、敵対行為に巻き込まれること (involvement) が差し迫っていることが状況から明白な事態」(敵対行為等)において合衆国軍隊を「投入する (introduce)」、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権がある場合、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的緊急事態である(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権⁵⁷が求められていることになる⁵⁸。かかる授権を定めた議会制定法として、例えば、2002 年の対イラク軍事力使用授権決議 (Authorization for Use of Military Force Against Iraq Resolution of 2002)⁵⁹がある。そのセクション 3 の a 項によれば、

次のように授權がなされている。すなわち、「大統領は、次の各号のために必要かつ適切と決定する場合には、合衆国の軍隊を使用することが認められる」とされ、①「イラクによる持続的な脅威に対して合衆国の国家安全保障を守るため」(1号)、②「イラクに関する国連安全保障理事会のすべての決議を執行するため」(2号)という目的が掲げられている⁶⁰。

このように戦争権限決議によれば、議会制定法との関係においてネガ原則ではなくむしろポジ原則が—国家緊急事態の場合を除いて—戦争宣言と選択的にではあるが部分的に存在しているようにもみえる⁶¹。ただ、その原則の存否と射程についても、連邦議会と大統領の間に憲法上の権限の紛争があることによって揺らぎを抱えていることに注意しなければならない。そのような紛争を抱えつつも、1990年代以降の執行部門—司法省の法律顧問局 (Office of Legal Counsel [OLC]) —の解釈によれば、合衆国憲法で連邦議会の権限とされている「戦争を宣言すること (To declare War)」(合衆国憲法1条8節11項)の意味における「戦争」については戦争宣言又は議会制定法の授權が必要であることを認めつつも、重要な国益を保護するための、外国における限定軍事作戦、すなわち、計画された軍事作戦の「予期された性格、射程及び期間 (anticipated nature, scope, and duration)」に照らして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「戦争に該当しない軍事作戦」(Military Operation Other Than War[MOOTW]) —については、戦争宣言、又は議会制定法の授權のいずれもない場合においても、大統領は、合衆国憲法2条の最高司令官条項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⁶²、歴代の大統領も、戦争権限決議2条(c)項の場合に限られず、戦争宣言又は議会制定法の授權がない場合にも、最高司令官条項等の憲法条項に依拠して軍隊を対外任務のために派遣してきた。このように議会権限を限定的に捉える憲法解釈及び憲法運用からすれば、戦争権限決議にみられるポジ原則の射程は限定されていると総括できる。

以上の法的枠組みの下で、現状では、次のように軍隊の活動のあり方が規律されている。大統領の承認を得て2017年に定められた『アメリカ合衆国国家安全保障戦略 (National Security Strategy of the United States of America)』及び国防長官の承認を得て2018年に定められた『アメリカ合衆国防防戦略 (National Defense Strategy of the United States of America)』では、安全保障及び国防の基本的戦略の下に軍隊の任務が位置付けられ、軍隊の派遣の目的及び形態がより特定されることとなっている⁶³。また、力の行使については、常設ルール・オブ・エンゲージメント (Standing Rules of Engagement[SROE]) が国防長官の承認を得て統合参謀本部議長 (Chairman of the Joint Chiefs of Staff) の指示として制定され⁶⁴、任務遂行及び自衛のための力の行使に関する実施ガイダンスを定め、すべての軍事作戦等に際して指揮官によって執られる行動について基本政策及び手続きを樹立し⁶⁵、その規律を基本型として力の行使等の許可及び制限がなされている。

本節の締めくくりとして、ここまでアメリカについて検討してきた内容を要約しつつ、敢えて日本法の表現をつかって、「任務」、「行動」及び「権限」の段階の違いという視点を導入してみることにしよう。しばしば指摘されてきたように、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—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—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。この原則、すなわち、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、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。但し、「行動」に相当する段階において、戦争権限決議に基づくポジ原則が—揺らぎを抱えつつも—存在しているとみる余地がある。

(3) ドイツ⁶⁶

ドイツの（形式的意味の）憲法—ここでは、1949年に制定され、その後、数度の改正がなされたドイツ連邦共和国基本法を指す—には、「防衛（Verteidigung）の他、基本法が明文で許している限りでのみ、軍隊を出動（Einsatz）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」—通説的には、執行権の手段として高権的活動を実施する、軍隊の使用を指す—には、憲法の明文の根拠が必要であること（「憲法留保（Verfassungsvorbehalt）」の原則（以下、「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、この原則に基づいて「出動」が可能な場合がポジリスト化されている⁶⁷。但し、軍隊の「出動」に関する憲法留保原則の射程—「防衛」及び「出動」の意味、並びに、同条の規制が対内出動に限定されるか—について学説対立が極めて錯綜しているなかで、1994年7月12日の連邦憲法裁判所判決（第2法廷）において、上述の憲法留保原則の射程について明確な判断が示されなかったから、有権解釈においても不明確がなお残されている。とはいえ、同裁判所が、平和の維持のための「相互集団安全保障制度（System gegenseitiger kollektiver Sicherheit）」への加入を予定する基本法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」として引き合いに出している⁶⁸ように、憲法留保原則の射程が不明確であるために「出動」の憲法上の根拠を特定することが事件の解決にとって意味を帯びているという現状があることは指摘できるだろう。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「相互集団安全保障制度」の枠内での出動については憲法の根拠があるので憲法の根拠が問題となることはないが、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界のみならず、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。

このように軍隊の「出動」に関する憲法留保原則との関係で憲法明文の根拠が必要であるが、執行部門が軍隊の「出動」を決定し命ずるためには、憲法のみでなく法律の根拠も重ねて必要であるという議論はみられず、したがって、法律との関係では、ポジ原則は存在しないことになる。確かに、上述の判決において連邦憲法裁は、個々の「武装した軍隊の出動 (Einsatz bewaffneter Streitkräfte)」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 (Parlamentarischer Vorbehalt)」の原則(以下、「議会留保原則」)を憲法上の要請として示し⁶⁹、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(武装した軍隊の国外出動についての決定に際しての議会関与に関する法律 (Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland) ⁷⁰。これによれば、個々の「武装した軍隊の出動」について原則的に事前の議会の同意が必要とされるが、この場合、法律の一般的又は個別的根拠が必要というわけではない。また、ドイツ憲法には、連邦憲法裁によって定式化された「本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie)」があり、例えば、1978年の同裁判所の決定の表現によれば、「立法者は、侵害というメルクマールとは切り離されて、重要な規範領域、とりわけ基本権行使の領域において、これが国家の規律になじむ限りにおいて、すべての本質的決定をみずから下す義務を負う」とされる⁷¹。この原則は、ヨーロッパ比較防衛法の書籍によれば、軍隊についても妥当するとされるところ⁷²、軍隊の対外「出動」との関係では、上述の議会留保原則を「本質性理論」によって基礎付ける理論的可能性が学説においてしばしば説かれる⁷³にとどまり、いずれにせよ、その同意のために法律の根拠が一般的又は個別的に必要であるという議論ではない。

このような憲法的制約—憲法留保原則、これに加えて、特に「武装した軍隊の出動」については、議会留保原則—の憲法的制約がある。これら憲法上の制約の下で、連邦政府は、軍隊の「出動」の決定権を原則的に有し、軍隊の「出動」決定には、閣議決定が必要とみられている (§15 第1項参照) ⁷⁴。また、首相に基本方針制定権が付与され(基本法 65 条 1 文)、防衛大臣は、その枠内で所轄事項につき防衛政策方針を制定でき、これらにおいて軍隊の任務及び派遣形態は、個別事案に限られない形でより特定される。実際、2016年に閣議決定を経て定められた『安全保障政策及び連邦軍の将来に関する白書 (Weissbuch zur Sicherheitspolitik und zur Zukunft der Bundeswehr)』、及び2011年に防衛大臣が制定した「防衛政策方針 (Verteidigungspolitische Richtlinien)」では、安全保障及び防衛の基本政策の下に軍隊の任務を位置付け、もって軍隊の派遣の目的及び形態をより具体化することとなっている⁷⁵。そして、防衛大臣(平時)又は首相(有事)には、軍隊の最高指揮権—「命令司

令権 (Befehls- und Kommandogewalt) 」一が憲法上付与されている (基本法 65a 条) から、防衛大臣又は首相は、連邦政府の出動決定、並びに、上述の基本政策及び基本方針の枠内で、軍隊に個々の場合に派遣の命令を発することができ、この場合、「出動」に該当する派遣については憲法の根拠が必要である (憲法留保原則) という条件が付くが、いずれにせよ、法律の一般的又は個別的な根拠は必要ではない。

また、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あるところ、これについても (形式的意味における) 憲法で軍隊の最高指揮権—「命令司令権」—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、防衛大臣は、首相及び内閣の決定の枠内で、その行使として軍隊に行動指示を発し、又はルール・オブ・エンゲージメント (Einsatzregeln) に承認を与え、これを通じて力の行使等を許可又は制限することになるだろう。この場合にも、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。

他方、上述のような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。さらに、この場合、ドイツでは、議会が侵すことができない、執行部門の権限領域の存在が語られることがあり⁷⁶、本稿の検証において関心の対象となる、軍隊の対外任務の文脈においても、議会制定法による禁止さえも及ばない事項及び形態が問題となる可能性がないではない。

本節でこれまで検討してきた内容につき、ここでも敢えて日本法の表現をつかって、「任務」、「行動」及び「権限」の段階の違いという視点を導入してみることにしよう。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、その射程については議論があるが、軍隊の対内「任務」のみでなく対外「任務」との関係でも、「行動」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考え余地があるが、法律との関係ではポジ原則は存在しない。他方、「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にも必要ではないから、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。このことからすると、ドイツをポジ原則の国として説明できるか否かは、憲法に着目するか法律に着目するか、また、「行動」の段階に着目するか「権限」の段階に着目するかによることになるが、「行動」の段階において法律ではなく憲法に根拠が必要であるという点でポジ原則がより強化されているとみてその段階につきポジ原則に立脚している国と考える余地がある。

(4) フランス⁷⁷

1958年に制定されたフランス第5共和国憲法には、ドイツ憲法とは異なって、軍隊の任務及び役割を直接に定めた規定は存在しない。もっとも、その前文では、1789年のフランス人権宣言や1946年のフランス第4共和国憲法の前文に関する言及がなされ、これは、1905年以降に議会制定法で認められた不文の諸原理と合わせて、憲法的価値が認められている。これを踏まえていけば、フランス人権宣言において、「人及び市民の人権の保障は公の武力（une force publique）を必要とし、したがって、この武力は、すべての者の利益のために設けられ、それが委ねられる者の特定の利益のために設けられるものではない」（12条）と定められ、第4共和国憲法では、「フランス共和国は、征服のために戦争を開始してはならず、いかなる国民の自由に対してもその武力の行使をしてはならない」（前文15節）とされたことも意味をもつ。というのは、この二つは、現行の第5共和国憲法の下でも憲法的価値を認められるからである。これらは、フランス軍の役割を特定しその使用を制限する国内法規範として憲法がネガ方式の規律を設けている例として位置付けることができる。もっとも、その禁止内容はかなり抽象的である。

こうした憲法の制約の下で、執行府は、軍隊の出動のあり方を自ら定め、これにより脅威に対する柔軟な戦略的対応をすることができる⁷⁸。というのは、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からである。

まず、規範制定権についてみることにしよう。フランス第5共和国憲法は、法律所管事項（「法律の領域に属する事項（domaine de la loi）」）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（sujétions）」、「国の…武官に認められる基本的保障」、及び「国防の一般組織」に関する基本原則について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ても）命令の形式で定めることができる（37条）。規範制定の実例をみると、より包括的な概念としての「国家安全（sécurité nationale）」の下に位置付けられる「防衛（defense）」について、法律で「防衛政策は、武力攻撃に対する領土の一体性（intégrité）及び住民の保護を確保することを目的とする」（防衛法典L.1111-1条第3項）とされ、軍隊の任務について「軍の任務は、武力によって祖国（patrie）及び国家の最高利益を防衛することを準備し保証することである」（L.3211-2条）と規定されている。このように軍隊の任務は法律でごく一般的に規律されているものの、現在の防衛法典には、「軍事防衛の実施」（第1部第4編）において核抑止の規定以外は、法律の部には規定がみられない。対外作戦（opérations extérieures[OPEX]）—国家領域外におけるフランスの軍事力の介入（interventions des forces militaires françaises en dehors du territoire national）—についても同様である。

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

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 (le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités)」(5条2文)及び「軍隊の長 (chef des armées)」(15条1文)であって、また、「閣議 (Conseil des ministres)」(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 (conseils et comités supérieurs de la Défense nationale)」(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 (force armée) 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)。このように、防衛事項に関する大統領及び首相の間の権限関係には条文上不明確があり、また、実際の両者の権力関係は、政治状況—とりわけコアビタシオン (保革共存) か否か—によって動態的に変容する。シャルル・ドゴール (Charles de Gaulle) に端を発する実行において、その最初の大統領としての影響及び直接公選制の導入などを原因として、外交・防衛事項における大統領の地位が実質的に優位を占め、ここに大統領の「留保された領域 (domaine réservé)」が—コアビタシオンの時期に大統領の優位が揺らぐことがあったことを例外として—確立することとなった⁷⁹。

このように執行府内部の権力関係には動態性があるが、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。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。これら権限の行使の具体的なあり方は、現在では、次の通りである。規範制定については上述したが、基本政策については、『2017年防衛及び国家安全保障戦略レビュー (Revue stratégique de défense et de sécurité nationale 2017)』において、安全保障上の脅威を常時評価し、ケースバイケースで適切な対応を決定することは、大統領の最高責務であるので、安全保障上の死活の利益が端的に定義されてこなかったことを指摘しつつ、国土及び住民の保護が死活的利益の中心にあるとし、そのような戦略的利益の下に軍隊の機能を位置付け、より具体化している⁸⁰。このような基本政策の枠組みに従って、大統領は、議会の関与権 (憲法35条) の制限の下で、「国家の独立、領土の一体性、及び条約の遵守の責任者」(5条)及び「軍隊の長」(15条1文)としての地位に基づいて、フランス軍の対外派遣を決定する。また、力の行使については、共通ドクトリンの下で、「指定された軍事機関に由来し、政治レベルで支持され、決定された対外作戦において投入された兵力に宛てられた指令」であるルール・オブ・エンゲージメント (règles d'engagement) が発せられ、これは「作戦において、力の行使を許可し、制限し、又は禁止することに資する」⁸¹。以上の権限の行使に際しては、憲法又は法律に活動の根拠規定が一般的又は個別的に特に必要であるわけではないから、憲法及び法律のいずれとの関係においてもポジ原則は存在しないと総括できる⁸²。

他方、フランスでは、軍隊の活動に関わる、上記の執行部門の憲法上の権限は、法律による制限又は禁止に反しない限りで行使され、この意味で議会制定法との関係におけるネガ原則があるといえるが、もとより法律事項が上記のように限定されているという前提があることに注意が必要である。実際、国防法典における法律の部には、軍隊の対外活動のあり方に直接の禁止又は制限を加える規定がみられない。

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において執行府が、法律による委任がなくて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又は制限を承認することが可能である。この場合、日本法でいう「行動」及び「権限」に関する規律に及び、その際に、軍隊の活動に関する一般的又は個別的な根拠規定が憲法又は法律に特に必要であるというわけではない。この意味において、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が、そのことは、憲法において国防及び軍事について法律の所管事項が限定され、憲法が基本政策決定権、軍隊派遣決定権及び最高軍事指揮権を執行部門に付与していることによる。

3. ネガ・ポジ論の検証

(1) 「軍隊—ネガ、警察（→自衛隊）—ポジ」という理解について

「警察—ポジ」という理解、及び「自衛隊—ポジ」という理解については、ここでは特に検証の課題とはしない。これに対して、本稿では、軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則に基づくネガリスト方式であるという理解、本稿の分析に従うならば、軍隊は、その対外任務につき、ネガ原則に基づいてネガリスト方式で「権限の付与」がなされているという図式が各国の実定法制の現状に合致しているかが検証の課題となる。

色摩のネガ・ポジ論において、軍隊の「権限付与の方式」が国際法との関係でネガ原則及びネガリスト方式であるとされていたことは、既に確認した。この点については、色摩の定式化が単純には妥当しない局面があるかもしれない。今後の国際法学の視点からの専門的研究に委ねざるを得ない。これとは別に、色摩のネガ・ポジ論において「これに補完的に国内法による若干の規制がありえます」と述べられていたことに加え、その後のネガ・ポジ論でも、既に述べたように、国内法、とりわけ法律との関係が問題とされていたことに着目して、本稿では、むしろ国内法との関係で軍隊の「権限付与の方式」としてのネガ原則及びネガリスト方式が現実に存在しているか否かに検証の焦点を当てることにする。この点、英米独仏の4カ国においては、議会制定法との関係でネガ原則が存在したことは、前章で確認した。この意味で、色摩より後のネガ・ポジ論が、法律との関係でも軍隊の「権

限付与の方式」がネガ原則及びネガリスト方式によることを指摘してきたことは、決して不当ではなく、むしろ国内法との関係においても軍隊の「権限付与の方式」を図式的に示すものとして有意味であった。但し、法律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」という原則でいう、法律による禁止がもとより成立するか否かが禁止の事項又は様態によっては問われうることは、アメリカ及びドイツについて確認した通りである。

また、法律との関係で軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則によっているとはいっても、欧米4カ国のみを検証した範囲でも、日本法でいう「権限」に相当する段階によく当てはまる議論であるが、「行動」に相当する段階については若干の逸脱事例が存在する。一つは、アメリカにおいて戦争権限決議が、武力攻撃がなされた場合を除き、敵対行為への軍隊の関与について、戦争宣言と選択的にはあるが議会制定法の根拠を—その射程の広狭は争われているが—求めていることである。もう一つは、ドイツにおいて、軍隊の「出動」に関する憲法留保原則があり、敢えて日本法の表現でいえば「行動」の段階に概ね対応する部分について、（形式的意味における）憲法との関係でポジ原則及びポジリスト方式が存在し、これを法律との関係におけるポジ原則及びポジリスト方式にも増してその原則が強化されている法現象とみることができることである（但し、既に確認したように、この憲法留保原則が軍隊の対外活動を視野に入れているか否かには、ドイツにおいて見解相違があることに注意しなければならない）。

このような現象が観察されるのは、伝統的戦争及び軍事防衛とは別の対外任務の領域において、しかも、日本法でいう「行動」の段階に概ね相当する部分についてである。このことを踏まえると、ネガ・ポジ論の射程が軍隊の「権限」のみでなく「行動」の段階にも及ぶのであれば、国によっては、「行動」に相当する段階において、ポジ原則及びポジリスト方式が部分的にみられなくはないという総括が相応しい。

(2) 「英米系の軍隊—ネガ、大陸系の軍隊—ポジ」という理解について

ところで、英米系の軍隊がネガ原則及びネガリスト方式によっているのに対して、大陸系の軍隊がポジ原則及びポジリスト方式によっているという理解は、両系の諸国家の法の現状に符合しているだろうか。本稿は「英米系の軍隊—ネガ、大陸系の軍隊—ポジ」という理解に対する検証を主な目的とはしておらず、かつ、前章の調査結果が4カ国に限定されている点からしても、暫定的な結論にとどめざるを得ないが、少なくとも以下の点については検証の結果を引き出すことが可能である。

まず、「英米系の軍隊—ネガ」という理解についていえば、イギリス及びアメリカの2カ国では、確かに議会制定法との関係でネガ原則がみられるので、「英米系の軍隊—ネガ」という理解と符合する。その根拠として、栗栖によれば、「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在禁止した事項以外は独自判断で処置できる」と説かれたが、「行政権、執行権は政府が独自に持っている」ことは、英米の憲法秩序における国王大権（イギリス）及び大統領権限（アメリカ）に由来することが、本稿における検証の結果として具体的に明らかになった。但し、アメリカにおいては、戦争権限決議によって大統領権限を制限することによって「行動」に相当する段階について議会制定法との関係におけるポジ原則の契機が部分的にはあるが生まれていることに注意が必要である。

次に、「大陸系の軍隊—ポジ」という理解については、ドイツにおいて憲法留保原則があるので、議会制定法よりも強固な基礎に立つポジ原則及びポジリスト方式に立脚する国がヨーロッパ大陸に実際に存在しているといえなくはない。また、本稿で触れられなかったが、オーストリア及びスイスのように法律が大きな地位を占めて日本の自衛隊法にやや近い規律をもち⁸³、「大陸系の軍隊—ポジ」という理解にむしろ親和的な事例がみられるから、かかる理解が不当と断定することも躊躇われる。しかし、ドイツにおけるその原則は（形式的意味における）憲法との関係のもので、議会制定法との関係ではむしろネガ原則が基本であること、また、既に検討したようにフランスの軍隊が議会制定法との関係におけるポジ原則によっていないことは、「大陸系の軍隊—ポジ」という図式とは符合しない。このことからすれば、軍隊の対外作用につき、「行政権、執行権は政府が独自に持っている」ことは、イギリス及びアメリカに特有の現象ではないことになる。

以上からすると、本稿で取り上げた諸国家では、「大陸系の軍隊—ポジ」という理解に符合する事実関係とこれに符合しない事実関係がみられることになり、そのことに鑑みれば、「大陸系の軍隊—ポジ」という図式が成り立たない可能性も残されている。これについて検証の確度を上げるためには比較防衛法研究の対象を更に積み重ねる必要があり、そのことによって、同時に、「軍隊—ネガ」という、より普遍的な軍隊像の妥当性及び射程の検証の確度も高まるであろう。本稿では4カ国比較でさしあたり作業を終えて、その段階における暫定的な検証結果の提示にとどめ、今後の比較防衛法研究の更なる進展の成果に委ねることにせざるを得ない。

むすびに代えて

(1) ネガ・ポジ論の検証に関する総括

本稿では、ネガ・ポジ論の検証、とりわけ「軍隊—ネガ、警察—ポジ」という理解のうち、「軍隊—ネガ」という理解の検証を英米独仏の4カ国の国内法の調査に基づいて試み、その限度における結論を引き出すことを試みた。

結論を示すと、日本のように、すべての「任務」の領域について、かつ、「行動」及び

「権限」の段階でポジ原則によっている国は、4カ国ではみられなかった。ネガ・ポジ論が問題とした、軍隊の対外任務についてみると、日本法でいう「行動」及び「権限」に概ね相当する段階につき、むしろネガ原則によっていると総括することができる。この意味において、日本の自衛隊の「権限付与の方式」が対外的任務との関係においてポジ原則によっているのに対して、諸外国の軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則によっているという、ネガ・ポジ論の理解は、本稿で検討した範囲では、国内法を視野に入れた場合に、法の現状に概ね符合している。

もっとも、その結論づけは、次の留保を伴っている。国内法との関係で、本稿が検討した国の範囲に限っても、日本法でいう「行動」の段階について、アメリカにおける戦争権限法、及びドイツにおける憲法留保原則があり、これらが軍隊の「権限付与の方式」にポジ原則を持ち込む契機となるものがあることである。その限りにおいて、「理念型」の通りには法の現状が存在しないこともあると総括できる。

(2) 「理念型」としてのネガ・ポジ論の取り扱い

このような逸脱現象は、軍隊の「権限付与の方式」としてのネガ原則及びネガリスト方式という図式との関係でいかなる位置付けになるであろうか。そのことを判断するためには、色摩がその図式を「理念型」として提示していたことを踏まえる必要がある。色摩は、「幾多の実例から抽出して構築した抽象的な『モデル』」⁸⁴として「理念型」を提示していたが、「幾多の実例から抽出して構築」する仕方を方法論的に問題とすることが可能であり、必要でもある。

色摩によれば、「軍隊」とは、「国際社会に広く受諾されている概念である」。「軍隊」は、「外敵から自国を防衛することを主要な任務とすることから、本質的に外国とかかわりあうことを想定する機能集団」であり、「国際社会から全く孤立した組織であるはずはない」ので、「国際社会の基準あるいは常識からの標準化作用を受けざるをえない」。また、「国際社会で広く近代国家の建設が行われたとき、西欧の制度による標準化作用が見られたことは自然の趨勢であった」とされる⁸⁵。かかる標準化作用は、国際法の最小限の基準によって、これに加えて、国内法制の継受によっても、生起するだろう。この場合、「理念型抽出のときの観察の対象が、現代の自由民主主義国家である」⁸⁶とされている。このようにみると、色摩のいう「理念型」は、「現代の自由民主主義国家」における「幾多の実例」を観察することによって標準的な側面を経験的に抽出したモデルと位置付けることができる。その後のネガ・ポジ論においても、「理念型」という概念が持ち出されてはいないが、このような意味での経験モデルが提示されており、ネガ・ポジ論のいう軍隊の「権限付与の方式」が、軍隊の「常識」や「スタンダード」を示すものとして受容されつつあることをみることができる。

他方、色摩が軍隊の対外任務との関連において主権絶対の原則を基底に据えた原則自由の国際法観によってその「理念型」の法的基礎を説明し尽くそうとし、この場合、国内法の規制を「理念型」の構成に際してほとんど視野に入れていないことは、既に確認したとおりであるが、そのような議論においては、主権絶対の原則を法論理的に突き詰めたところに構成されるモデルが「理念型」として提示されていると位置付けることも考えられ、かかる位置付けの方がマックス・ウェーバーが提唱した「理念型」の概念に適合すると考えられる。というのは、ウェーバーのいう「理念型」においては、「こうした理念型が獲得されるのは、ひとつの、あるいは、2、3の観点を一面的に高め、その観点到適合する、ここには多く、かしこには少なく、ところによってはまったくない、というように、分散して存在している夥しい個々の現象を、それ自体として統一されたひとつの思想像に結合することによってである。この思想像は、概念的に純粋な姿では、現実のどこかに経験的に見いだされるようなものではけっしてない。それは、ひとつのユートピアである」（傍点は、原訳書による）⁸⁷と定式化されているからである。この場合には、ウェーバーが警告していたように、「理念型」と実在—本稿との関係では、実定法の現状—との取り違えに注意しなくてはならないだろう。

また、前章では、国内法において、軍事防衛とは別の、軍隊の対外任務について、アメリカにおける戦争権限決議、及びドイツにおける憲法留保原則がポジ原則の契機を含んでいることを確認した。色摩の「理念型」が日本法でいう「行動」段階を射程に入れた議論かは必ずしも明確ではないが、その後のネガ・ポジ論が「行動」段階を視野に入れていたことを踏まえれば、上述の事象の「理念型」との関係付けを理論的に問題にする必要もある。具体的には、その事象が「理念型」からの逸脱現象として位置付けられるか、「理念型」自体の再構成を迫る契機としてみられるかは大きな問題であり、ここでも、より観察対象国を広げて検証を重ねることが必要である。ただ、いずれにせよ、①その「理念型」が「行動」段階までを視野に入れているならば、「理念型」に符合しない現象が既に指摘したようにみられることになること、②そのような現象は、これも色摩がほとんど考慮していなかった、国内法の規律と論理に由来することは、本稿の検証の結果として明らかとなった。

以上は、色摩の図式が「理念型」という理論的特徴をもつことに関わっている。更に、その「理念型」が警察と軍隊の「本質的差異」として提示されていたことの取り扱いも問題となる。確かに、色摩の「理念型」がそのような「本質的差異」を明確化することを課題としていたことからすれば、上述のように「理念型」と整合しない事象がいくぶんか存在し、これが軍隊の「権限付与の方式」の「理念型」に必ずしも反映されていないことは、かかる課題との関係では、さほど決定的ではない。けれども、欧米4カ国を検証しただけでも、軍隊の「権限付与の方式」には、国内法において憲法的規律を頂点とした、法の段階構造の下で多様性もみられることが明らかになり、かかる国内法の規律を考慮に入れた

上で、現代の自由民主主義国家における軍隊の「権限付与の方式」の像を相対的に把握する可能性も考えられなくはない。その意味では、むしろ、「英米の軍隊—ネガ、大陸の軍隊—ポジ」という、地域圏、文化圏又は法系の異なる軍隊相互間における差異に着目した視点が軍隊像の多様性に着眼した認識の地平を拓くものといえ、あるいは、大陸・英米とは別の視点による区別が法の現状に符合しているかもしれない(単なる仮説に過ぎないが、例えば、過去の軍隊に対する清算の有無、戦後武装解除の有無、あるいは、民主制の直接性の程度に着目した区別などが可能性として考えられる)。

加えて、ネガ・ポジ論において、軍隊の「権限付与の方式」に関する「理念型」が日本の自衛隊の「権限付与の方式」を批判的に克服するための実践的主張と結び付けられていたこともネガ・ポジ論の理論的特徴として既に確認したが、その扱ひも問題となる。ネガ・ポジ論でいう軍隊の「権限付与の方式」が「常識」や「スタンダード」として受容されることによってこれに実践的色彩が付与される場合にも、同様の問題が生ずる。色摩自身は、その「理念型」は、「何らかの価値観に基づく『理想』的なモデルではないので念のため」と述べ⁸⁸、自衛隊の「権限付与の方式」に関する「理念型」それ自体が実践的意味をもたないことに注意を促しており、そのことは、ウェーバーがその方法論において指摘していたことと軌を一にする。とはいえ、色摩の議論には、その実践的主張が「理念型」によって定式化されているという側面もあり、その主張に対する評価は方法論的位置付けとは別の問題である。この点、「理念型」自体は「理想型」としての規範的性格をもたないがゆえに論者の実践的主張の基礎付けにはならないから、別途の規範的基礎付けが必要になるだろうが、色摩が軍隊の任務遂行可能性との関係で我が国のポジ原則・ポジリスト方式の不当性を論じていたことは、その評価を含め、検討を要するだろう((3) ③で後述される)。

(3) ネガ・ポジ論の発展と精緻化のために

第1章では、ネガ・ポジ論の分析を試みることで、その議論を分析するためのいくつかの視点を明らかにした。その成果は、第2章におけるネガ・ポジ論の検証を分析的に遂行する意味を担っていたが、発展的には、ネガ・ポジ論の精緻化と発展のための諸視点を提供し、同時に、ネガ・ポジ論が提唱する実践的主張を分節化・相対化する手掛かりともなりうる。これら複数の視点を導入することによって多角的な分析を発展させることは、ネガ・ポジ論の複雑化をもたらすが、視点の分裂に基づく議論の混乱とは異なることは、いうまでもない。本稿の最後に、本論における検証の結果を踏まえつつ、その多角的な視点がいかんしてネガ・ポジ論の精緻化と発展のための手掛かりとなり、いかんしてネガ・ポジ論が提唱する実践的主張を分節化・相対化する手掛かりとなるかを明らかにすることによって、本稿のむすびに代えることとし、今後の研究の展開を期することとしたい。

① 諸任務及び諸段階の区別の視点から

ネガ・ポジ論においては、諸任務及び諸段階が少なくとも十分には区別されていなかったが、これを区別することがネガ・ポジ論の発展と精緻化のために有益である。ネガ・ポジ論の検証に関する総括の結果から明らかなように、軍隊の任務—とりわけ対外的任務—の違い、また、軍隊の「権限付与の方式」にも、日本法でいう「行動」及び「権限」に相当する段階があることは、ネガ・ポジ論の分節化の必要性を示唆していると考えられる。かかる視点からすれば、軍隊の対外任務に関する「権限付与の方式」がネガ原則及びネガリスト方式によるとはいっても、軍事防衛任務とこれとは別の対外任務とでは、また、「行動」段階と「権限」段階とでは、規律の形態及び法的基礎に違いが存在することが意識されることになるだろう。

a. 諸任務の区別の視点から ネガ・ポジ論は、まずもって、軍隊の軍事防衛任務との関係で論じられたものであった。軍事防衛任務との関係では、軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則及びネガリスト方式によるという図式は、本稿で扱った諸国における実定法の現状に符合し、「行動」及び「権限」のいずれとの関係でも、そのようにいえる。他方で、その他の対外任務との関係では、軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則及びネガリスト方式によることは、軍事防衛任務の場合ほどには自明ではない。というのは、その対外任務の多くは現代になって新たに軍隊に付与されたものであって、かつ、その目的や形態が軍事的制裁措置、平和維持活動及び域外法執行など多岐にわたることを想起すれば明らかなように、多種多様であるからでもある。これに伴って、国際法及び国内法の両面において、軍事防衛の場合とは異なった「権限付与の方式」の可能性が生ずるのである。本稿で検討した範囲でも、軍事防衛とは別の対外任務における「行動」の規律に関して、アメリカの戦争権限決議及び（その射程については議論があるが）ドイツの憲法留保原則においてポジ原則が部分的に存在していたが、これらはこの任務領域に関わるものであることに注意が必要である。

b. 諸段階の区別の視点から 一方で、日本法でいう「権限」の段階に対応する議論としてみれば、ネガ・ポジ論でいう、軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則及びネガリスト方式によるという図式は、本稿で検討した範囲での事実関係—法の現状—に符合している。ただ補足すると、軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則によるという図式に対応する例は、法律との関係において一般的にみられるのに対して、ネガリスト方式の規律が法律で実際に設けられる立法例は、それほど多くはない。むしろ広くみられるのは、軍隊の権限行使の禁止又は制限が、執行部門が制定する指令、とりわけ軍事機関が—場合によっては執政機関の承認を得て—制定するルール・オブ・エンゲージメントによってなされることである。

他方、日本法でいう「行動」の段階に対応する議論としてみれば、ネガ・ポジ論でいう、軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則及びネガリスト方式によるという見解には、留保が

必要となる。というのは、ドイツの憲法留保原則やアメリカの戦争権限決議における一宣戦と選択的な一議会制定法の留保は、日本法でいう「行動」に相当する段階について、ポジ原則の契機をもっているからである。このことからすると、ネガ・ポジ論の検証の結論は、検証の対象となるネガ・ポジ論の射程が日本法でいう「権限」のみでなく「行動」の段階にも及ぶ議論か否かによって異なることになる。色摩が「権限」のみでなく「行動」に相当する段階についてもネガ・ポジ論の視野に含めているかがやや判然としないことは既に確認したが、「行動」の段階の規律を視野に含めた場合には、軍隊の「権限付与の方式」がネガ原則によるという図式には若干の逸脱現象がみられることになる。その逸脱現象がいかなる法的意義を付与されて形成されたかについての説明はネガ・ポジ論の発展と精緻化に資するだろう。

② 規律原則と規律方式の区別の視点から

次に、ネガ・ポジ論においては、規律方式の問題と規律原則の問題が必ずしも十分な区別されていなかったが、両者を区別した上で相互の関係を考えるという視点(第1章の(2)②で示した)が、ネガ・ポジ論の発展と精緻化のために有益である。

色摩が軍隊の「権限付与の方式」の「理念型」と結び付けた実践的主張は、不可分に結び付けられたポジ原則とポジリスト方式(ポジ原則+ポジリスト方式)によって生ずる支障を解消しようとするれば、これも不可分に結び付けられたネガ原則とネガリスト方式(ネガ原則+ネガリスト方式)へと根本的に転換せざるを得ないというものであった。しかし、規律原則の問題と規律方式の問題を区別する視点に立つと、ポジ原則とポジリスト方式の結び付きは必然ではなく、ポジ原則の下でも、より一般的な授権の方式の可能性も考えられる(ポジ原則+一般授権方式)。その立法技術にも様々な方法があり、授権の一般性及び包括性の度合いにももちろん広い幅が考えられるが、いずれにせよ、ポジリスト方式の規律としてイメージされていたであろう、個別的・具体的な授権の列挙という規律方式との対比では、法による羈束の程度はより緩やかになり、これに伴って政策的判断の余地が広がる。その分だけ、法律による限定的授権による羈束という形態の文民統制から、法律により付与された一般的権限を基礎としつつも、その行使のあり方に対する政治統制—この場合、ルール・オブ・エンゲージメントによる統制も含む—という形態での文民統制へと制度構造を転換させる必要が高まるであろう。このような一般授権方式の方向性をもつ規律としては、防衛の「任務」との関係では、従来から自衛隊法88条1項の包括的条項で防衛出動時における武力行使の「権限」を基礎付けていたこと、また、国際平和の維持の「任務」との関係では、近時の平和安全法制において国際平和支援法のような「一般法」の制定を通じて「行動」の規律をより一般化することで、各特別措置法の制定という対応からの脱却を図ったことも挙げることができる。

このような視点からも、ネガ・ポジ論が提唱する実践的主張は、いくぶん相対化されるだろう。色摩は、日本の自衛隊の「権限付与の方式」がポジ原則及びポジリスト方式に立

脚しているがゆえに、「わが国は、国防上または国際協力の見地から必要となっても、現行法では想定されていない『事態』や『状況』に直面すると、そのつど新たな立法措置によって対処してきたわけです。まさに『泥縄的手法』と言えましょう」という問題認識に立った上で、「なぜ『泥縄的手法』と言うのかと言いますと、そもそも、国際関係というものは、その本質上、不合理で、一義的には確定できぬものだからです。ましてや、国際紛争を解決するための最終的な手段、すなわち『戦争』など武力行使を必要とする事態とは、一方的に、つまり自国に都合よく、あらかじめ想定しておくことはできません。なにが起こるかわからない、なんでも起こりうると覚悟すべきでしょう」⁸⁹という。また、別の機会では、「軍隊は外国を対象として国防に任ずるものであるので、あらかじめ想定されない非常事態にも備える武装集団でなければ役に立ちません。国際関係に対処するためには、何が起こるか分らないと心がけるべきである。それ故、軍隊ならば、その権限は当然『ネガ・リスト方式』で規定されていなければなりません。つまり、原則無制限となります」⁹⁰、「わが国がはからずも陥った『泥縄的手法』というこの国防上の迷路から脱出するためには、『自衛隊』を名実ともに国際社会でいう『軍隊』とする以外に、適当な方法はありません。そうすれば、自動的に原則無制限の権限が付与されることになり、将来とも『泥縄的手法』で際限もなく新しく立法措置をとる必要はなくなります」⁹¹と結論付けた。色摩が「自衛隊はいずれ『軍隊』に変身するほかに合理的な解決はないと考えます。しかし、変身といっても、現行制度の微調整を重ねてもできるはずはない」⁹²と急進的に結論付けたとき、確かに、その実践的主張は、この問題への着眼と再考を迫る、根本的な問題提起であった。ただ、ポジ（ポジ原則＋ポジリスト方式）かネガ（ネガ原則＋ネガリスト方式）か、言い方を変えれば、警察型権限付与方式か軍隊型権限付与方式かという二者択一を迫ることは、極めて明快な実践的主張であるがゆえに一般に受け入れられやすく、ポジ原則に基づくかなり厳格なポジリスト方式の規律の運用に苦慮し続けてきた防衛実務の問題関心に合致するところもあると推察するが、それだけになおさら、かなり広がりをもった、第三の解決（ポジ原則＋一般授権方式）に目を閉ざし、合理的な立法政策論を妨げるおそれすらないではない。

③ 規律形式の区別及び相互関係の視点から

色摩のネガ・ポジ論は、国際法の規律を凝視しているもので、国内法の規律に関する関心が副次的なものにとどまっていた。しかし、ネガ・ポジ論の視野に国内法の規律を取り込んで議論を発展させ、その際、規律形式の違いとその相互関係を踏まえることも、ネガ・ポジ論の発展と精緻化のために有益であると考えられる。

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⁹³。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事項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て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）憲法との関係におけるポジ原則の契機がみられたが、その限度内では、議会制定法との関係におけるネガ原則が存立していた。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。もちろん、「法律で禁止されている活動の他はしてよい」とはいつても、軍、部隊及び軍人の独断的決定に基づく活動が許されているのではなく、4カ国の例からも明らかなように、政治の優位及び軍事指揮権の連鎖が組織法的前提となっていることは、いうまでもない。

もっとも、このように法律との関係でネガ原則が成り立つとしても、その射程は無制限ではなく、国内の（実質的意味における）憲法の授權又は制約の範囲内のことであることに注意しなければならない。この点につき、国王大権が伝統的に広範であったイギリスについては限界がみえにくい、アメリカでも、議会制定法の明示又は黙示の根拠がない場合において最高司令官条項等の憲法条項から導かれる権限の限界の所在が憲法解釈論上問われるところである⁹⁴。この意味において、軍隊の対外作用の法的規制は、本稿で検討した諸外国においても、日本ほど極端ではないにせよ、国際法に尽きるわけではない⁹⁵。

以上の分析からは、ネガ原則が国内の（実質的意味における）憲法に基礎を有していること、この場合、イギリスにおいては、伝統的に存在してきた国王大権がネガ原則の法的基礎になっているという事例がみられるが、これは憲法典をもたないイギリス特有のことで、憲法典を有する国では、最高法規としての（形式的意味における）憲法による執行部門への組織法的授權がネガ原則の存立にとって特段の意味をもっていることが明らかになる。このことは、軍隊の「権限付与の方式」に関する「理念型」を国内法の側面から担保する事情であり、国際法的側面に眼を奪われがちであった、色摩のネガ・ポジ論を国内法の側面から補強し、その後のネガ・ポジ論が国内法に着眼していたことの意義を明らかにしている。

このように諸外国における軍隊において議会制定法との関係におけるネガ原則が国内の（実質的意味における）憲法に基礎を有しているという視点は、日本のポジ原則の法的基礎に対する認識にも途を開くだろう。色摩も、諸外国の軍隊の「権限付与の方式」に関するネガ原則が国内の（実質的意味における）憲法に基礎をもつことにはあまり注意を向け

なかったのに対して、日本のポジ原則が国内の（実質的意味における）憲法に基礎をもつことについては、正当にも注意を払い、次のように指摘している。「『泥縄の手法』の自衛隊権限付与」の「不条理性」は、「その時々々の立法政策から来るものではありません。そのような次元の低い問題ではないのです。わが国の基本的なありかた、つまり、現行憲法に端を発する法的『構造』の問題」であり、「わが国の現行『憲法秩序』の構造的欠陥から来るものと認識せねばなりません」⁹⁶。色摩のいうように「欠陥」と評価するか否かについては、ここでは判断を保留したいが、立法技法よりも根本的な問題として国内の「憲法秩序」への着眼を促している点では、正当であったといえるだろう。

日本におけるポジ原則がこのように憲法秩序に属すると位置付ける場合に、それが日本国憲法上の基礎をもつか、憲法慣習として生成したものであるか、あるいは、これらいずれでもなく、法律上の要請に過ぎないかは、理論的にも法実践上も、極めて重要な問題である。というのは、ポジ原則が日本国憲法上の基礎をもつ場合には、それをネガ原則へと転換するために日本国憲法の改正が不可欠となるからである。しかし、本当に日本国憲法の基礎をもつか否かは、憲法解釈論としてなお残された問題であって、色摩が、ポジ原則からネガ原則への転換のためには「現行の『憲法秩序』を変更する必要があります。場合によっては、成文法の『日本国憲法』も改正する必要があるかもしれません」⁹⁷と述べ、現行憲法秩序の変更の必要性を説きつつも、そのために日本国憲法の改正が必ず必要であるとまでは断定しなかったことも、正当であったといってよい。

もとより、ポジ原則からネガ原則への転換が不可欠であるという、色摩に代表される見解を相対化する視点は既に述べた通りであって、ポジ原則の枠内でも、法律の具体的な作り方にはかなり広い幅が考えられる。加えて、下位の法令規則、行動命令及び部隊行動基準等まで視野に含めると、ポジ原則とネガ原則の違いが相対化される場合もあるだろう。例えば、現行の自衛隊法のように法律レベルでポジ原則に基づいているという前提を動かさない場合であっても、その授権の範囲内において下位の法令規則、行動命令、及び（ルール・オブ・エンゲージメントに相当する）部隊行動基準等がネガ・ポジのいずれの原則に基づいて制定されるかは、もう一つ先の分岐点であって、この次元の規律のあり方もまた部隊レベルにおける柔軟性に多大な影響をもたらすことになるだろう⁹⁸。

このような諸論点はなお残されているが、法律との関係におけるポジ原則からネガ原則への根本的転換が不可欠であるという実践的主張—それ自体が極めて論争的な問題であることはいうまでもない—に立つ場合においても、「軍隊」（あるいは、「自衛軍」「国防軍」）の設置の文言を日本国憲法に明記しただけでは、法律との関係におけるポジ原則からネガ原則への転換が憲法によって直ちに基礎付けられるわけではない⁹⁹。むしろ根本的には、本稿で諸外国を検討した結果明らかなように、軍隊の「権限付与の方式」は、国際法のみでなく、各国の（実質的意味における）憲法の具体的なあり方の問題であるから、日本の自衛隊あるいは「軍隊」の「権限付与の方式」についても、日本の（実質的意味に

おける) 憲法の問題として、日本国憲法の解釈、また、その最高法規性の下で、憲法習律、あるいは、法律の重要な規律のあり方を、それぞれの論点、例えば、防衛・軍事に関する最高政策決定権及び最高指揮権の分配、多様な軍事作用の国家作用論上の位置付け、及び、防衛・軍事事項に関する規範制定の所管事項配分などの論点に即して具体的に問うことが必要である。それは、軍隊の「権限付与の方式」に関する「理念型」に規範的・実践的意味—いわば「理想型」としての意味—を担わせることによってその問題を一刀両断に解決へと導こうとする思考とは、本質的に異なる営みといえるだろう。

¹ 第151回国会衆議院安全保障委員会会議録第8号(平成13年6月14日)8頁(防衛庁長官(当時)に就任する以前のもの)

² 第156回国会衆議院安全保障委員会会議録第6号(平成15年5月16日)31頁(また、参照、石破茂『国防』新潮社、2005年、242頁)(いずれも、防衛庁長官(当時)に就任した以後のもの)。

³ 小室直樹・色摩力夫『国民のための戦争と平和の法』、総合法令、1993年、124頁以下(色摩力夫執筆箇所)；色摩力夫『国家権力の解剖』総合法令、1994年、特に312頁以下；色摩力夫「軍隊と警察の本質的差異」『防衛学研究』21号、1999年4月、32頁以下；色摩力夫「自衛隊は軍隊か」『ディフェンス』18巻1号、1999年10月、20頁以下。

⁴ 枚挙しないが、例えば、百地章『憲法の常識 常識の憲法』文藝春秋社、2005年、128頁；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』10巻2号、2007年12月、67頁以下。

⁵ 山下愛仁『国家安全保障の公法学』、信山社、2010年、61頁以下。

⁶ 同上、79頁以下。これに対して、同上、71頁以下では、ネガ・ポジ論には、「作用規制論としてのネガ・ポジ論」があるとされ、防衛作用と警察作用のそれぞれについての規制法理の問題が比例原則の適用問題として論じられている。この問題は、本稿の研究課題の対象外である。

⁷ 同上、85頁。

⁸ 同上、104-111頁。

⁹ 同上、104頁。

¹⁰ 色摩『国家権力の解剖』、115-120頁。

¹¹ 色摩・小室『国民のための戦争と平和の法』、126-127頁。

¹² 参照、色摩『国家権力の解剖』、313頁。

¹³ 参照、同上、314頁。

¹⁴ 同上、315頁。

¹⁵ 色摩『国家権力の解剖』、315頁。

¹⁶ 同上、325頁。

¹⁷ 色摩「軍隊と警察の本質的差異」、41頁。

¹⁸ 栗栖弘臣『日本国防軍を創設せよ』、小学館、2000年、100頁。

¹⁹ 同上、101頁。

²⁰ 色摩『国家権力の解剖』、294頁。

²¹ 色摩『国家権力の解剖』、315頁。

²² その範囲の画定は、とりわけ行政法学の「法律の留保」原則で説明できない部分について論点になる。もちろん、その範囲に属さない活動については、法律の根拠は必要ではない。

²³ 「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』に関する質問に対する答弁書」(平成26年6月3日/186回・答弁105号/対浜田和幸議員(参))

²⁴ 参照、色摩『国家権力の解剖』、315頁以下。

²⁵ 色摩「自衛隊は軍隊か」、20頁以下。

²⁶ 奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」、88頁以下では、「行動」及び「権限」の両段階について、日本の法律の「ポジリスト」方式が確認されている。また、山下『国家安全保障の公法学』79頁以下では、「自衛隊の活動(行動)及び権限」について、日本の法律の「ポジリスト」方式が確認されている。また本文中に示した2014年6月3日の答弁書においても、「自衛隊の行動及び権限」について「ポジティブリスト」があるとされている。

²⁷ なお、ポジ原則及びネガ原則のいずれについても、その原則の成立根拠—ここでは、法理上の基礎—が問題となり、ここでは、問題の所在のみもう少し詳しく示しておきたい。軍隊の対外任務との関係における「権限付与の方式」に関するネガ原則については、国際法のみでなく国内法の基礎も問題となり、それは次章以下の比較憲法及び比較防衛法の検討によって明らかにされる。このような軍隊の対外

任務との関係において存在するとされるネガ原則と対比すると、日本においては、自衛隊の対外任務についてもポジ原則に基づいているという特殊な法状態がある。このことがいかなる法理上の根拠によるか、山下の表現によれば、「自衛隊の活動のすべてを自衛隊法を中心とする議会制定法で定めることの理論的意味をあらためて問う必要がある」(同上、84頁)という問題は、日本の防衛法・安全保障法に特有の根本問題である。この問題を、山下は、正当にも、一つには、「行政・国会(議会)間の所管配分の問題、すなわち自衛隊、あるいは軍隊の活動、権限等を定める規範を構成する所管は行政と国会(議会)のどちらに属するのか」(同上、80頁)という問題として捉えていたが、それ以外の論点、例えば、軍事防衛を含む、軍隊の対外作用の作用論上の性格付け(この点、ネガ・ポジ論との関連において論じるものとして、参照、同上、85頁以下)、その法の支配(法治国家)一とりわけ「法律による行政」一の原則との関係、並びに、軍隊の最高指揮権の権力分立上の地位等の論点も含めて論究することも必要である。しかし、このような根本問題を解明することは本稿の目的の範囲を超える上に周到な準備を要するので、論点の所在を確認して本稿との関連性を示すにとどめ、別稿における解釈論的検討を期したい。

²⁸ 奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」、92頁では、「『ポジリスト』方式、即ち限定列举方式」と表現されている。

²⁹ 奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」、98頁において、「対外的作用の規定の書き振りの観点」が挙げられ、「国内防衛法制の法律のレベルでは、行動の内容について細かく記述しない選択もあり得る」と述べられていることも、この点に関わる。

³⁰ なお、色摩は、自衛隊法88条が害敵行為に関する授権にとどまっている点において、その限界を強調している(参照、色摩・小室『国民のための戦争と平和の法』、139-140頁)。このことから、ある条項における授権が包括的か限定的かの評価には、論者によって違いが生じることが明らかになる。もっとも、だからといって、授権の様態を一般的・包括的授権と個別的・限定的授権に理論的に区別すること自体が不可能であるわけでないし、意味がないわけでもない。

³¹ 色摩「軍隊と警察の本質的差異」、33頁。

³² 但し、本稿冒頭で引用したように、もう一つの発言では、「基本的に軍隊の法制というのはネガリストであって…」とされている。

³³ 山下『国家安全保障の公法学』、79頁以下。この場合、「議会制定法である法律によって網羅的に自衛隊の活動及び権限が創出されているという『法形式の問題』」という表現によって、法形式の問題に着眼がなされている。

³⁴ なお、国際法と国内法の両面から検討を加える場合に注意しなければならないことは、厳密にいえば、「権限の付与」の対象が、一次的には、国際法では、法主体としての国家、国内法では、立法及び執行機関であって、軍隊への「権限の付与」は、そこから派生するものであることである。

³⁵ 坂本祐信「行動命令を『ネガティブ・リスト方式』で発するための法的環境の整備について」『ディフェンス』32巻1号、2013年10月、158頁以下は、行動命令レベルの問題に着目している。

³⁶ 山中倫太郎(編)『軍隊の活動に関する国内法的規律の形態に関する比較調査—憲法および法律の規律を中心とした欧米7カ国調査—』、防衛大学校先端学術推進機構グローバルセキュリティセンター、2018年。

³⁷ イギリスについては、山中(編)『軍隊の活動に関する国内法的規律の形態に関する比較調査』、36頁以下(山崎元泰執筆箇所)を基礎とし、必要に応じて、調査と記述を補充した上で、ネガ・ポジ論の視角から分析と検証を加えた。

³⁸ 2016 c.21; 2006 c.52

³⁹ Anthony Bradley and Keith Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, London: Pearson Education, 13.ed., 2003, p.328.

⁴⁰ Ministry of Justice, *The Governance of Britain Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report*, p. 13.

⁴¹ Rosara Joseph, *The War Prerogative: History, Reform and Constitutional Design*, Oxford: Oxford UP, 2013, p.116.

⁴² Ministry of Justice, *The Governance of Britain Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report*, p. 32. 但し、最後者については、「軍隊の統治と命令は、女王陛下に属する」と付言されている。

⁴³ 本稿では、括弧を付さずに端的に派遣という場合、「ある任務を付与して差し向けること」という一般的な意味で用いる。日本法でいう「派遣」(「災害派遣」「海外派遣」)は、これよりも意味が狭く、かつ、法律用語としての性格を帯びるので、本稿では、特に括弧を付している。

⁴⁴ See National Security Strategy and Strategic Defence and Security Review, 2015, pp.23-.

⁴⁵ House of Commons, *Political and Constitutional Reform Committee, Parliament's role in conflict decisions: a way forward, Political and Constitutional Reform - Twelfth Report of Session 2013-2014*, 2014, pp.13-.

⁴⁶ Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, London: Routledge, 13.Ed., 2020, p.115.

⁴⁷ Ministry of Justice, *The Governance of Britain Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report*, p. 8.

- 48 山中（編）『軍隊の活動に関する国内法的規律の形態に関する比較調査』、8頁以下（辻雄一郎執筆箇所）。
- 49 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 US 579 (1952), at 585.
- 50 駒村圭吾「危機・憲法・政治の”Zone of Twilight”—鉄鋼所接収事件判決におけるジャクソン補足意見の解剖」、奥平康弘・樋口陽一（編）『危機の憲法学』、弘文堂、2013年所収、147頁。
- 51 343 U.S. 579 (1952), at 635.
- 52 343 U.S. 579 (1952), at 637.
- 53 343 U.S. 579 (1952), at 637.
- 54 343 U.S. 579 (1952), at 637.
- 55 具体的には、とりわけ、最高司令官条項に基づく大統領権限と、戦争宣言及び「陸海軍の統制及び規律のための規則（Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces）」の制定（1条8節14項）の議会権限の関係が論点となる。
- 56 Pub. L. 93-148 (87 Stat. 555) 戦争権限決議の制定経緯、内容、問題点及びその後の展開については、see Matthew C. Weed, *The War Powers Resolution: Concepts and Practice*, Updated March 8, 2019 (CRS Report for Congress, R42699)。また、参照、宮脇岑生『アメリカ合衆国大統領の戦争権限』、教育社、1980年；同『現代アメリカの外交と政軍関係—大統領と連邦議会の戦争権限の理論と現実』、流通経済大学出版社、2004年；浜谷英博『米国戦争権限法の研究—日米安全保障体制への影響』、成文堂、1990年；富井幸雄『海外派兵と議会—日本、アメリカ、カナダの比較憲法的考察』、成文堂、2013年、342頁以下。
- 57 同決議の解釈基準によれば、批准された条約、又は、歳出予算法を含む法律の規定から権限を導き出すことは、その規定（条約の場合には、条約実法律の規定）において特に授權がなされ、同決議にいう議会制定法上の授權であることが述べられている場合を除き、禁止されている（8条（a）項(1)及び(2)）。
- 58 なお、戦争権限決議5条によれば、戦争宣言又は議会制定法の授權が必要であるにもかかわらず、これを事前に得ないで軍隊を投入した場合には、一定期間内—報告書の要求又は提出の日の60日以内—に軍隊を撤回しなければならぬ。これについて例外が認められるのは、議会が戦争を宣言した場合、若しくは、その軍隊使用について特に授權をした場合、法律で期間を延長した場合、又は、合衆国への武力攻撃によって連邦議会を物理的に開くことができない場合に限られ、ここでも連邦議会の物理的開催不能の場合を除いて、戦争宣言又は議会制定法上の授權が必要となる。
- 59 Pub.L. 107-243 (116 Stat.1498.)
- 60 この規定が、戦争権限決議が予定している、特別の議会制定法による授權に該当することは、同決議によって明示されている（同c項1号）。
- 61 同決議の規制は、「合衆国軍隊の投入の可否に関するいわば手続きにおける統制」（山下『国家安全保障の公法学』、108頁）ではあるが、その手続きにおいて同決議が戦争宣言と選択的にではあるが議会制定法の根拠を要求しているので、ポジ原則との関係が問われよう。
- 62 Authority to Use Military Force in Libya, 35 Op. O.L.C. at 10 (2011) ; April 2018 Airstrikes Against Syrian Chemical-Weapons Facilities, 42 Op.O.L.C. at 10(2018).
- 63 National Security Strategy of the United States of America, 2017, p.4 ; Summary of the National Security Strategy of the United States of America, 2018, p.4.
- 64 CJCSI 3121.01B 13 June 2005, 6.
- 65 CJCSI 3121.01B 13 June 2005, Enclosure A, 1.a.
- 66 ドイツについては、山中（編）『軍隊の活動に関する国内法的規律の形態に関する比較調査』、90頁以下（山中倫太郎執筆箇所）を基礎とし、必要に応じて調査と記述を補充した上で、ネガ・ポジ論の視角から分析と検証を加えた。
- 67 但し、日本の法律における「行動」レベルのポジ原則の射程には、「出動」の他、（狭義の）「行動」及び「派遣」があり、ドイツの憲法留保原則よりも射程が広い。また、日本の法律でいう「出動」とドイツ法における「出動（Einsatz）」の意味には、おそらく違いがある—そのような概念を設定することの意味の違いを含め—あることにも注意しなければならない。
- 68 Vgl. BVerfGE 90, 286 (345, 355)
- 69 Vgl. BVerfGE 90, 286 (381ff.)
- 70 BGBl. I 2005 S. 775.
- 71 BVerfGE 49, 89 (126f.)
- 72 Georg Nolte and Heike Krieger, *Comparison of European Military Law Systems*, in: Georg Nolte (ed.) , *European Military Law Systems*, Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p.69.
- 73 Vgl. z.B., Tobias M. Wagner, *Parlamentsvorbehalt und Parlamentsbeteiligungsgesetz*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, S.31ff.
- 74 Christoph Papenberg, *Das französische und das deutsche Wehrrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2007, S.72. 連邦政府執務規則§15 第1項によれば所轄横断的な性格の決定には閣議決定が必要とされているからである。

-
- ⁷⁵ Weissbuch zur Sicherheitspolitik und zur Zukunft der Bundeswehr, 2016, S.90-93; Verteidigungspolitische Richtlinien, 2011, S.19-21.
- ⁷⁶ BVerfGE 67, 100 (139); Nolte and Krieger, Comparison of European Military Law Systems, p.69.
- ⁷⁷ フランスについては、山中（編）『軍隊の活動に関する国内法的規律の形態に関する比較調査』、70頁以下（奥村公輔執筆箇所）を基礎とし、必要に応じて調査と記述を補充した上で、ネガ・ポジ論の視角から分析と検証を加えた。
- ⁷⁸ Papenberg, *Das französische und das deutsche Wehrrecht*, S.63.
- ⁷⁹ Papenberg, *Das französische und das deutsche Wehrrecht*, S.38f., 55f.; Jean-Christophe Videlin, *Droit de la Défense Nationale*, 2e ed., Bruxelles: Bruylant, 2013, pp.95-; Jörg Gerkrath, Military Law in France, in: Georg Nolte(ed.), *European Military Law Systems*, Berlin: De Gruyter Recht, 2003, pp.293-294.
- ⁸⁰ Revue stratégique de défense et de sécurité nationale 2017, pp.54-56, 71-
- ⁸¹ Doctrine interarmées(DIA)-5.2, L'usage de la force en opération militaire se déroulant à l'extérieur du territoire National, 2006, p.7.
- ⁸² 個々の軍隊の派遣について、議会への報告と承認（但し、派遣が4ヵ月を超える場合における延長の承認に限る）が必要であることが2008年の憲法改正によって定められた（35条3項）が、その承認は、議会制定法の授權を要しないから、法律との関係におけるポジ原則が存在するわけではない。
- ⁸³ 参照、山中（編）『軍隊の活動に関する国内法的規律の形態に関する比較調査』、102頁以下（山中倫太郎執筆箇所）。
- ⁸⁴ 色摩「軍隊と警察の本質的差異」、33頁。
- ⁸⁵ 色摩『国家権力の解剖』、123-124頁。
- ⁸⁶ 同上、120頁。
- ⁸⁷ マックス・ヴェーバー（著）、富永祐治・立野保男（訳）、折原浩（補訳）『社会科学と社会政策にかかわる認識の「客観性」』、岩波書店、1998年、113頁。
- ⁸⁸ 色摩『国家権力の解剖』、119頁。
- ⁸⁹ 色摩「自衛隊は軍隊か」、20頁。
- ⁹⁰ 色摩力夫「（講演）自衛隊とは何なのか—『軍隊』と警察との本質的差異」、『防衛学研究』34号、2006年3月、113頁。
- ⁹¹ 色摩「自衛隊は軍隊か」、23頁。
- ⁹² 色摩「（講演）自衛隊とは何なのか」、112頁。
- ⁹³ この意味において、山下がネガ・ポジ論を国内憲法との関係で論じたことは、ネガ・ポジ論の発展の手掛かりを示すものとして正当であったといえる。参照、山下『国家安全保障の公法学』、特に85頁以下及び104頁以下。
- ⁹⁴ アメリカについていえば、大統領権限が拡大傾向にあることには注意しなければならないが、その大統領も、軍隊の派遣に際しては、それが戦争権限決議という議会制定法の授權の範囲内か否か、それで説明できない場合であっても、合衆国憲法の根拠及び制約の範囲内にあることを説明しようとしてきた。
- ⁹⁵ 加えて、それ自体は法ではないルール・オブ・エンゲージメントによる規制があるが。この問題については、別の機会に検討することとする。
- ⁹⁶ 色摩「自衛隊は軍隊か」、21頁。
- ⁹⁷ 同上、23頁。
- ⁹⁸ この論点については、参照、坂本「行動命令を『ネガティブ・リスト方式』で発するための法的環境の整備について」、158頁以下。坂本が、任務の相違に応じた行動命令の規律のあり方を慎重に検討する必要性を説いている点、また、ネガへの転換が民主的正当性の補強と一対でなければならないと指摘している点も、理論的にも重要である。
- ⁹⁹ 本稿冒頭に引いた石破のネガ・ポジ論も、「自衛隊を軍にする、そのためには憲法だけ変えればいいという話ではない」（第151回国会衆議院安全保障委員会会議録第8号（平成13年6月14日）8頁）という前置きに続けてのものであった。

Summary

Analysis and Verification of "Negative List-Positive List Theory"

Rintaro Yamanaka
Professor
Department of Public Policy
National Defense Academy, Japan

Negative List-Positive List theory is the concept that explains an essential characteristic of armed force of liberal-democratic countries and the defense legislations of Japan. According to this theory, armed force can legally do anything that is not prohibited by law while Japanese Self Defense Force can only do what is permitted by law.

First, this article makes the target of verification clearer by analyzing the theory(Chapter 1). And next, it clarifies the present situation of four countries(UK, US, Germany and France) positive-law (Chapter 2). Then it implements verification of the theory (Chapter 3). It also shows implication based on the verification.

The target of verification is legal regulations of "action" and "competence" for foreign military missions. The schema of the theory is fundamentally accurate except for legal regulations of "action", in America and Germany. Also, when a step-by-step relation between constitution and statute is taken into account, the possibility that we can develop the ideal type more will become clear. On the other hand, quoting this schema as the practical guideline for Japanese legislation isn't methodologically appropriate, because the ideal type itself doesn't have practical meaning.

著者紹介

山中 倫太郎 (YAMANAKA Rintaro)

略歴 京都大学法学研究科博士課程単位取得退学、京都大学法学研究科助手、防衛大学校公共政策学科兼総合安全保障研究科講師、同准教授を経て、現在、同教授。

専攻 憲法学、安全保障法学、非常事態・緊急事態法学、危機管理法学。

論文 「ドイツ防衛憲法における命令司令権 (Befehls- und Kommandogewalt) の概念と論理—憲法政策も視野に入れて」『防衛法研究』第 36 号、2012 年、163-199 頁。
「自衛隊の指揮監督権に関する解釈学説の再検討—確認規定説と統帥権創設規定説の間」『防衛大学校紀要 (社会科学分冊)』第 107 輯、2013 年、53-93 頁。
「制服を着た公民の理念の起点—1950 年代のドイツ連邦軍創設時におけるヴォルフ・グラフ・フォン・バウディッシン (Wolf Graf von Baudissin) の理念的軍人像」『防衛学研究』第 53 号、2015 年、55-72 頁。
「非常事態の布告制度の憲法原理上の地位—ドイツ近現代憲法における憲法制度との関連を踏まえて」毛利透他『比較憲法学の現状と展望』(成文堂・2018 年) 75-106 頁。
「国際軍事統合史の文脈におけるドイツ連邦共和国の憲法秩序の形成と変動—北大西洋条約の成立から欧州防衛共同体構想の挫折まで(1949-54 年)」『軍事史学』第 54 巻 4 号、2019 年、26-49 頁。

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—』

2020 年 12 月発行

著 者 山中 倫太郎

発 行 防衛大学校先端学術推進機構グローバルセキュリティセンター

〒239-8686 神奈川県横須賀市走水 1-10-20

防衛大学校先端学術推進機構グローバルセキュリティセンター

電話 046-841-3810 内線 2141

ISSN 2433-4200 (Online)



Online ISSN 2433-4200

GLOBAL SECURITY Study Series No. 3

Analysis and Verification of "Negative List-Positive List Theory"

Authored by Rintaro Yamanaka

December 2020

Center for Global Security
National Defense Academy, Japan Ministry of Defense