

「防衛法制のネガリスト方式への転換について」

～解釈改憲的アプローチを中心に～

目次

- 1、初めに
- 2、自衛隊の法的な位置づけ
- 3、行政法と軍事法
- 4、我が国及び諸外国の軍事法制の比較
- 5、問題点
- 6、提言
- 7、終わりに
- 8、引用・参考文献

1、初めに

我が国を取り巻く安全保障環境は激しさを増しつつある。冷戦終結による世界各地での紛争の激化、中国の海洋進出、イラン・北朝鮮の核開発問題等々。冷戦後のこれらの事態を受け、政府は周辺事態対処法（平成 11 年）や武力攻撃事態対処法（平成 15 年）、そして今回の平和安全法制関連法案を成立させるなど一貫して有事法制の整備に取り組んできた。だがそれでもわが国の安保安法制には、諸外国と比べて大きな差異が存在する。

その一つとして自衛隊が「軍隊」ではないとされていること、そしてそれによって安保安法制が警察法的な法体系になっていることが挙げられる。これにより自衛隊の対外的任務の達成に大きな障害が発生しており、又将来も発生するであろうと考えられている。この問題について指摘する保守論客（田母神、石破等）は存在するが、まだ世間一般に知れ渡っているとはいえない。

「自衛隊は軍隊なのだろうか。又軍隊ではないとするならば何であるのか。現状どのような問題が発生し、又将来発生すると考えられているのか。そのための最善の解決策は何か。

本研究の目的は、上記の問いに答えるべく、我が国の防衛法制の特質とその問題点を法的な側面から明らかにし、その最善の解決策を提示するものである。

2、自衛隊の法的な位置づけ

①自衛隊の憲法解釈

自衛隊について考察するときにはまず必要なのは、その設立の根拠たる憲法 9 条の解釈について理解することであろう。

第 9 条 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

②前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権はこれを認めない。

上記のように憲法 9 条では「戦争の放棄、戦力の不保持」が掲げられているにもかかわらず自衛隊の保有は許されている。何故であろうか。前者について政府は「憲法第 9 条 1 項は、独立国家に固有の自衛権までも否定する趣旨のものではなく、自衛のための必要最小限度の武力を行使することは認められているところであると解している¹⁾」と答弁している。又後者についても「憲法 9 条第 2 項は、『戦力』の保持を禁止しているが、このことは、自衛のための必要最小限度の実力を保持することまでを禁止する趣旨のものではなく、これを超える実力を保持することを禁止する趣旨のものであると解している²⁾」とされている。要約すると

独立国家固有の自衛権は存在する（そのためには実力が必要）

↓

憲法が禁止しているのは必要最小限度を超える実力の保持

↓

従って**必要最小限度の実力**の保持、行使は認められる

ということなのである。なお「必要最小限度」の具体的な基準としては、「性能上専ら相手国の国土の壊滅的破壊のために用いられる、いわゆる攻撃的兵器については、これにより直ちに自衛のための必要最小限度の範囲を超えることとなるから、いかなる場合にも許されず³⁾」としながらも、その基準についても「その時々国際情勢、軍事技術の水準その諸条件により変わり得る相対的な面を有する⁴⁾」とされている。なお交戦権の否認ということに関しては、ここで云う交戦権は戦いを行う権利ということではなく、交戦国が国際法上

1 森清議員提出質問主意書に対する答弁書（昭和 55 年 12 月 5 日）

2 同上

3 昭和 63 年 4 月 6 日、参議院予算委員会、瓦防衛庁長官

4 翫正敏議員提出質問主意書に対する答弁書（平成 3 年 11 月 29 日）

有する占領・占領行政・中立船舶の臨検等の諸権利を指すとされている⁵。なお集団的自衛権の問題については本研究に直接関係がないので割愛させていただく。ここで注意しなければならないことは自衛権の行使をどの組織が行うか、ということについて憲法に**明文の規定が存在しない**ということである。

②自衛隊の国内法上の位置づけ

では国内法ではどう位置づけられているか。防衛省及び自衛隊は国家行政組織法第3条第2項に基づき設置される**行政機関**である。また自衛隊の任務・編成・行動等は自衛隊法によって定められ、その任務は「我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、我が国を防衛すること」が主たるもので、「必要に応じ、公共の秩序の維持に当たる」こと、**周辺事態対処**と**国際平和協力活動**が従たるものであるとされている⁶。ここで注目すべきなのは、一つのものの動的な面に着目して「自衛隊」、静的な面に着目して「防衛省」と呼び、両者を内閣を構成する**行政各部**として位置付けていることである。

③自衛隊の国際法的位置づけ

では国際法上自衛隊はどのように扱われるのか。国際法上明確に自衛隊は「軍隊」としての扱いを受けるし、又自衛隊法(88条第2項)もまたそれを前提としている⁷。自衛隊は国際法上の「交戦資格」⁸を有し、自衛官は「戦闘員」とみなされる。

④まとめ

ここまでのまとめを行えば自衛隊は法的には「**国内的には行政機関だが、国際的には軍隊である**」ということができる。またその性質についても、「必要最小限度の実力」という自衛力の限度について、又自衛力の行使の限度(交戦権の否認、集団的自衛権の不保持等)憲法上限界が設定されていることがわかる。

3、行政法と軍事法

それでは「国内法的には行政機関、国際法的には軍隊」という状態はどのような問題を生じさせるのか。この問題を理解するためには行政機関と軍隊との差異を理解しなければならない。そのために本章では、ともに国家の暴力装置⁹たる軍隊と警察(行政機関)を取り上げ、その差異について取り上げる。

⁵ 田村他『教科書 日本の防衛政策』32頁

⁶ 奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」、82頁

⁷ 安田『防衛法概論』、33頁

⁸ 国際的武力紛争において国際法の認める範囲内で害敵手段を行使できることをいう。この交戦資格を有するのは、「戦闘員」、「軍艦」、「軍用航空機」である。海戦・空戦においては、戦闘単位としての軍艦、軍用航空機に交戦資格が認められる。

⁹ 政治学や社会学において国家の物理的強制機能を指す用語

① 警察と軍隊の性格の差異

警察組織と軍隊組織の性格の違いについては下図の通り¹⁰。

組織	警察	軍隊
任務	国内の治安維持 犯罪の防止	国家の防衛 (非常事態の際には国内の治安維持にも使用)
性格	対内的作用	対外的作用
位置付け	行政機関	行政府の外部にある自律的なプロ機関 行政府による「ポリティカル・コントロール」の必要性 現代自由民主主義諸国では「シビリアン・コントロール (文民統制)」(注1)
権限の単位	警察官 個々人が行政機関 警察署長等 (行政庁)	部隊 組織単位で行動
指揮監督	上官の命令 「委託 (Auftrag) (注2)」	上官の命令 「統帥 (Kommando)」(注3) 軍隊は君主の道具 (古典的意味) 現代では、軍人は人格を持つ公務員 (「制服を着た市民 (Burger in uniform)」)
活動地域	領域内 自国の主権の及ぶ範囲	領域の内外 原則として地域的制限はない
実力の行使	武器の使用等	武力の使用 武器の使用
特徴	文民的 (Civil) 警察官は「文官」とは限らない (cf. 仏・ジャムダリー)	軍事的 (Military) 軍人は「武官」

(図1)

(注1) 武力組織を権力分立体制の一般図式の下で行政各部の中に組み込むこと。軍隊は政治の統制に服する。近代民主主義国家における最も重要な原則の一つである。

(注2) 権限の行使の適法性については警察官自らが行政機関としてその責めに任ずる。

(注3) 軍人は、上官の命令のままに行動する。

¹⁰ 奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」、72頁より抜粋

(注4) フランスの警察制度で、文官的任務を持つ警察の構成員が、建前として武官のステイタスを持つ。

② 警察作用と防衛作用

警察及び軍隊はどのようにしてその権限を行使し、またどのような制約を受けるのか。

「警察作用」とは、「国家の治安の維持のために人民に対して命令し、必要に応じて実力を行使する作用¹¹⁾」であり、国内法が適用されるとともにその実力の行使は「警察比例の原則¹²⁾」に支配される。その適用根拠としては、憲法 13 条の「人権の尊重」原理が挙げられる¹³⁾。自衛隊においては、治安出動¹⁴⁾・海上警備行動¹⁵⁾が該当する。

「防衛作用」とは、「国家が外国からの侵略に対し自らの安全を守るために実力を行使する作用¹⁶⁾」とされており、国際法で定める禁止事項を除く、**無制限の実力行使**が可能である。警察比例の原則が適用されないのは、敵国の戦闘員には法における人権享有主体性がみとめられないからである。自衛隊においては、防衛出動¹⁷⁾・領空侵犯に対する措置・国際平和協力活動等国民の権利義務とは直接関係のない作用が該当する。

③ 行政法と軍事法

では警察作用と防衛作用を規制する法律はどのような特徴を保持しているのか。まとめると(図 2)の通り¹⁸⁾。

上記の通り、警察法は国内法であり、その対象は国民の権利義務であることから、「行政が国民の権利自由を侵害する場合には、必ず国民議会の制定した法律に従うべきこと」という「**法治主義**」や「法律によって一定の要件のもとに一定の行為をするように授權されていないならば、行政は、この領域では自分のイニシアティブで行動することが出来ない」とする「**法律の留保**」等の行政法の一般原則の縛りを受ける。

¹¹⁾安田『防衛法概論』、2 頁

¹²⁾警察権の発動に際し、目的達成のためにいくつかの手段が考えられる場合にも、目的達成の障害の程度と比例する限度においてのみ行使することが妥当である、という原則。「雀を打つのに大砲を用いてはならない」と説明される。

¹³⁾山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、69 頁

¹⁴⁾一般の警察力をもっては治安を維持することができないと認められる場合に、内閣総理大臣の命令または都道府県知事の要請でもって発動される。(自衛隊法 78・81 条)

¹⁵⁾海上保安庁の対応能力を超えていると判断されたときに、防衛大臣の命令により発令される海上における治安維持のための行動である。(自衛隊法 82 条)

¹⁶⁾安田『防衛法概論』、2 頁

¹⁷⁾日本に対する外部からの武力攻撃が発生した事態または武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態に際して、日本を防衛するため必要があると認める場合に、内閣総理大臣の命令により、自衛隊の一部または全部が出動すること。事前または事後の国会の承認が必要である。(自衛隊法 76 条)

¹⁸⁾奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」、74 頁より抜粋

法律	警察法	軍事法
規定方式	「ポジリスト」方式	「ネガリスト」方式
特徴	原則制限	原則無制限
規定内容	「してよいこと」を規定 法律に明示的に書いてあることしかできない。	「してはいけないこと」を規定 明示的に禁止されていること以外は何をしようと自由
規制法規	国内法	国際法

(図 2)

それに対し軍事法では、対象が外国等であること、また想定される状況が流動的で予測が困難であることから、武力紛争法や国際人道法で禁止されていること以外は何でも出来る、というのが基本である¹⁹。ただこれは現場の指揮官に無制限のフリーハンドを与える趣旨のものではない。「戦争とは他の手段をもってする政治の継続である」と『戦争論』の一節にもあるが、民主的に選ばれた政治指導者が軍隊を統制・指揮する必要がある。

そのために米国を起点に発展してきたのが、**Rules of Engagement (ROE)** である。我が国では「部隊行動基準」又は「交戦規定」と訳される。サッチャー元首相は、「ROE とは、その範囲でなら軍部が自らの裁量で作戦上の決定を下して良いという枠組みを、政治家が承認する手段である。それは、特定の軍事作戦の遂行目的を達成するものでなければならない²⁰」とした。ROE の目的は政治的目標に軍事力の使用を適合させることであり、**国際法の枠内において任務を実行する際における裁量の範囲と制約の範囲を明示したものである²¹**。これにより指揮官は政治的判断から解放され、軍事的合理性に基づく行動を行うことが出来る。ROE は作戦命令などではなく、命令を実行する際の尺度であるといえる。効果的に武器を用いることと、必要のない武器の使用を抑えること。ROE にはこの 2 つのバランスをとることが求められるが、実際には ROE が厳格すぎたり緩すぎたりして問題が生じる場合がある²²。自衛隊においては、「部隊行動基準の作成等に関する訓令」(平成 12 年)が制定され、これに基づいて部隊行動基準が作成されるようになった。なおその機密性の高さから全文非公開となっている。

4、我が国及び諸外国の軍事法制の比較

ここまで警察法と軍事法の差異について触れてきたが、ここでは我が国の安保法制と他国の軍事法制を比較しながら我が国の安保法制の特異性について検討する。

①自衛隊

我が国の安保法制においては、ポジリストで規定すべき警察作用(治安出動等)だけで

¹⁹ 奥平「軍の行動に関する法規の規定のあり方」、74 頁

²⁰ 橋本他「ルール・オブ・エンゲージメント」、2 頁

²¹ 同上、2 頁

²² ベトナム戦争における北爆等

はなく、本来であればネガリストで規定されるべき防衛作用（防衛出動等）についてもポジリストで規定されている。政府もその旨を答弁している²³。つまり**軍隊的組織**であるにもかかわらず、それを規制する法律は国民を相手にすることを想定している**警察法的**である、というなのである。

自衛隊の規定がポジリスト方式であることの原因としては、

- (1) 自衛隊の設立経緯を反映している。自衛隊の前身である警察予備隊（1950）、保安隊・警備隊（1952）は治安維持のための組織であるとされ、又それに関わった実務の担当者に警察官僚出身者が多かったから。警察法的な発想で防衛法制の立法と解釈を行ったということである²⁴。
- (2) 自衛隊違憲論を唱える社会党などの有力野党が存在したこと、また戦前の軍部独裁政治への反省から自衛隊に対して厳格な法律での規制が求められたということ。つまりは厳格な統制が社会情勢・国民世論の要求であったということ。
- (3) 自衛隊は、国内法的には**軍隊ではなく行政機関の一つとされたので、「法治主義」の原則に基づき、法律に明記していない活動を行うことは出来ない**とされたから²⁵。

といったものが挙げられる。

では、その他の国ではどのように安保法制は規定されているのか。ここである程度情報公開がなされているアメリカ合衆国とスウェーデンを取り上げたい。

②アメリカ

憲法2条2項1項

大統領は、合衆国の陸海軍、および現に合衆国の軍務に服するために召集された各州の民兵の最高司令官である²⁶。

アメリカ軍の活動と権限に関する規範は、この最高司令官条項によって法律を介在させることなく、**ROE**によって構成される。なおベトナム戦争の反省を経て強大な大統領の戦争権限を抑制すべく、「戦争権限法」が制定されたが、これは軍隊の投入の可否を巡るものであり、軍隊の**活動内容**や**権限**について連邦議会が統制するものではない。アメリカにおいては、軍隊の活動・権限についてはネガリストを採用しているといえる。

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（2015年）

²⁴森本他『国防軍とは何か』、123頁

²⁵奥平「軍の行動に関する規定のあり方」、97頁

²⁶山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、88頁

③スウェーデン

憲法 10 章 9 条

3 政府は、平和時においてまたは外国との戦争状態にある間に、王国の領土への侵入を防ぐ目的のために、国際法および国際慣習に従って、国防軍に武力の使用を授権することが出来る²⁷。

ここにおいては注目すべきなのは、平時においても領土への侵入を防ぐ目的であれば「国際法および国際慣習に従って」という縛りはあるものの、武力の行使に関して政府に幅広い裁量を認めている。スウェーデンでは、我が国においては議会制定法にその根拠を持つ様な領空侵犯措置等に関する行動についても、憲法を直接の根拠として行政の権限で実施している²⁸。即ち、スウェーデンでは、法律を介在させることなく、憲法に禁止されている事項に反しない範囲で国防軍の活動が認められていると言える。スウェーデンもネガリスト方式を採用していると言える。

5、問題点

ここまでで「自衛隊とは何か」という疑問には大体の答えが出てきたと思う。それでは自衛隊がポジリスト方式を採用していることによって「現状どのような問題が発生し、又将来発生すると考えられているのか」という問いに移りたいと思う。

これについては、**法律の縛りがあることによって任務の遂行に支障をきたす可能性がある**ということ、これが主な問題点である。

来栖統合幕僚会議議長が発言「法に穴があるため、奇襲攻撃を受けた場合に現地部隊は超法規的行動を取ることはあり得る²⁹」(1978年)以来、有事法制の整備が続けられてきた。しかし、本来は政令等で決定すべき防衛作用を日本では法律で規定しているから、法律の数量が多く³⁰、またそれを成立させるために非常な手間がかかること。また自衛隊が行政機関であることにより、本来であるならば適用されない国内法(道路交通法・医療法等)が適用され、新たに法律を制定したりする旅にそれに対する適用除外を設けなければならぬ(自衛隊法 106～115 条)。それ故現在では改善されたが、「医療法の規定が存在するため、

²⁷山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、91 頁

²⁸同上、92 頁

²⁹ シベリアン・コントロールの観点から不適切とされ解任されたが、有事法制整備の必要性を世間一般に知らしめることとなった。

³⁰ 例えば平和安全法制(2015)は自衛隊法・国際平和協力法・重要影響事態安全確保法等 11 本の法律改正案であった。

防衛出動時においても野戦病院は作れない」「道路交通法の規定が存在するから、防衛出動時も赤信号で停止しなければならない」等の事態が過去には想定されていた³¹。

また防衛出動の要件として「武力攻撃事態³²」であることが必要だが、そもそも論として軍隊組織であれば当該状況に置かれた場合、ROEの規定に従って個別的自衛権を発動することが可能だが、我が国では閣議決定や国会承認等の手続きを踏む必要があり、必要な対応が遅れる可能性がある。さらに現状では武力攻撃事態には至らないような低強度の紛争やテロ行為の発生には、警察比例の原則が適用される治安出動で対応しなければならないという事態が発生する可能性もある³³。

自衛隊の任務は「我が国の平和と独立を守ること」であり、そのためには「想定外」は絶対に許されない。100番目までの自体に法律で対処できたとしても、101番目の法律で規定されていない自体に対応出来なければ意味がない。

この問題は言い換えるのであれば、自衛隊の防衛作用を法律で規定すべきか、それとも政令等で規定すべきか、という問題に帰結する。防衛法制の主たる目的は「切れ目のない防衛体制」を確立することである。国会によるシビリアン・コントロールの重要性を説く人もいるが、シビリアン・コントロールであれば、民主的に組織された内閣を通じてで十分なはずである。緊急性・専門性において、国会は内閣に劣るわけであるから、防衛作用の内容までは詳しく立ち入らず、結果責任を内閣に問えば良いのでは去のないか。PKOにおいて「機関銃を1丁にすべきか、2丁にすべきか³⁴」ということが議論されたことがあったが、このような防衛作用の細部まで国会が立ち入る必要などないし、かえって前述のような弊害を生むのである。

6、提言

前章では自衛隊がポジリスト方式をとっていることによる問題点を指摘した。これらのことは防衛法制をネガリスト方式に転換すること、また妥当なROEを策定することによってある程度解決されると考えられる。

ではどのようにすれば、ネガリスト方式への転換が可能となるのか。自衛隊が軍隊ではなく行政機関として位置付けられたことにより、「法律の留保」等の原則を防衛作用においても適用せねばならなくなったことは先にも述べた。つまり、自衛隊の扱いを「行政機関」から「軍隊」に変更すればよいわけである。そのための方法としては、

- ① 法改正により自衛隊を「軍隊」と位置付ける

³¹ 森本他『国防軍とは何か』、142頁

³² 我が国に対する外部からの武力攻撃が発生した事態又は我が国に対する外部からの武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態（自衛隊法76条第1項）

³³ 森本他『国防軍とは何か』、178頁

³⁴ カンボジア PKO（1992）

②解釈の変更により自衛隊を「軍隊」と位置付ける

の2パターンが存在する。

一点目については、自民党の新憲法草案などが妥当する。抜粋する³⁵。

第九条 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動としての戦争を放棄し、武力による威嚇及び武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては用いない。

2 前項の規定は、自衛権の発動を妨げるものではない。

第九条の二 我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全を確保するため、内閣総理大臣を最高指揮官とする国防軍を保持する。

2 国防軍は、前項の規定による任務を遂行する際は、法律の定めるところにより、国会の承認その他の統制に服する。

3 国防軍は、第一項に規定する任務を遂行するための活動のほか、法律の定めるところにより、国際社会の平和と安全のために国際的に協調して行われる活動及び公の秩序を維持し、又は国民の生命若しくは自由を守るための活動を行うことができる。

4 前二項に定めるもののほか、国防軍の組織、統制及び機密の保持に関する事項は、法律で定める。

5 国防軍に属する軍人その他の公務員がその職務の実施に伴う罪又は国防軍の機密に関する罪を犯した場合の裁判を行うため、法律の定めるところにより、国防軍に審判所を置く。この場合においては、被告人が裁判所へ上訴する権利は、保障されなければならない。

但し、これまで70年以上も改正されてこなかったことから分かるように国民の心理的抵抗が強いこと、また政権与党内にも公明党のような慎重派が存在すること、又改憲の発議に両院議員の3分の2が必要など様々なハードルが存在することから、改憲の実現可能性は低いといえる。

では、②の手段はどうか。具体的にどのようなアプローチで行うのか。

前述した通り自衛隊の防衛作用は、国民の権利義務には、直接関係しない。つまり警備出動などの警察作用や自衛隊行政を行う防衛省の組織等を除く純粋な防衛作用には、行政法の原則たる「法治主義」や「法律の留保」は本来妥当しない³⁶。それにもかかわらず、それらの原則の適用をうけたのは、4章でも述べた通り自衛隊が「行政機関」とであるとされたからである。では何故自衛隊は行政機関とされたのか。

³⁵ 日本国憲法改正草案（平成二十四年四月二十七日）

³⁶ 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、75頁

その答えとしては、行政法学におけるいわゆる行政控除説がある³⁷。これは憲法 65 条に規定されている行政権を、全国家作用から司法権と立法権を除いた残部ととらえる作用である。行政権を定義することは難しいから、全国家作用－（司法権＋立法権）＝行政権と把握したわけである。当然これに自衛隊も含まれる。このように曖昧なものをすべて「行政権」として捉えるわけである。これが政府の公式見解とされている³⁸。

この学説に対し近時有力となっているのが、「内閣³⁹」及び「行政各部⁴⁰」の性質の違いや憲法の英文表記に着目する「**執政権説**」である。ある代表的論者は次のように説く。「行政事務の多くは直接には行政各部が行うものであり、内閣は、それら行政各部の上にあたって、法律が誠実に執行されるよう配慮し、全体を統括すべき地位にあるということである⁴¹」「行政権には高度の統治作用（総合戦略・総合調整作用）が内在している。それは、予算・外交・防衛等の国政全般に及ばざるをえない⁴²」とし、「法律の執行」を「行政各部」つまりは各種省庁等が、「内閣」が「高度の統治作用」「執政権」を行うとしたのである。また他の学者は、「執政権」の概念に基づき内閣の職務を次のように整理した。

内閣は、（ア）国政の大綱・施政方針の決定、（イ）行政運営体制の確立（人事及び組織を含む）、（ウ）公共目的の設定と優先順位の決定、（中略）（ケ）**国家的レベルの危機管理**等々を自ら決定し、各行政機関に実行せしめたり、見直しを求めたりするのである⁴³。

上記のような解釈をとるのであれば、防衛作用を「執政権」に読み込むことは十分可能である⁴⁴。（図 3）に整理した。

³⁷ 山中「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」、29 頁

³⁸ 衆議院帝国憲法改正案委員会（昭和 21 年 7 月）、金森国務大臣答弁

³⁹ 憲法第六十五条 行政権は、内閣に属する。

⁴⁰ 憲法第七十二条 内閣総理大臣は、内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する。

⁴¹ 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』、79 頁

⁴² 同上、73 頁

⁴³ 山下「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」、83 頁

⁴⁴ 同上、87 頁

学説	行政控除説	執政権説
憲法 65 条の「行政権」の解釈	全国家作用－（司法権＋立法権）＝行政権	内閣の「執政権」＋行政各部の「法律の執行」
行政法の諸原則の適用対象	行政権全般	行政各部の「法律の執行」権のみ
防衛作用の帰属先	行政権	執政権

(図 3)

ただここで問題一つの問題が生じる。それは、国会と内閣との関係である。防衛作用は国民の権利義務との直接の関係を持たないが、そのような規則を制定する権限は内閣に与えられているのか。これについては、

国民の権利・義務に関する規律でないかぎり、必ずしも憲法を直接執行する他の法形式の存在が憲法上完全に排除されるわけではなく、それ故、「この憲法……の規定を実施するため」の「政令」（憲法 73 条 6 号）もありうる⁴⁵。（中略）国会は「国権の最高機関」（憲法 41 条前段）であるから、憲法上他の国法形式の専属的所管とされている事項以外は、すべて法律の競合的所管事項に属し、国会はいつでもそれを法律によって規律しようと解される⁴⁶。

とされている。つまり、防衛作用のような「国民の権利義務に関しない」作用であれば、それに関する規律を政令で定めることは許される。ただし、それは国会の最高機関性から法律と競合する関係にある、ということになる。

即ち憲法解釈を変更し且つこれまで防衛作用について規定していた法律の条文を削除するだけで、ネガリスト方式に転換することが可能になるのである。このアプローチの方が憲法改正を行うよりは実現可能性が高いと考えられる。

7, 終わりに

本研究では、防衛法制のネガリスト方式への転換についてフォーカスを当てたので、これと同時に改革することが望ましい、軍法会議等の防衛司法制度改革や ROE の策定、あるべき政軍関係などについては触れることが出来なかった。他日に譲りたい。

本研究が日本の防衛法制への興味や理解への一助となればこれに勝る喜びはない。

⁴⁵ 同上、85 頁

⁴⁶ 同上、85 頁

8、引用・参考文献

橋本靖明・合田正利「ルール・オブ・エンゲージメント（ROE）」防衛研究所紀要第7巻第2・3合併号（2005年）

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巻第2号（2007年）

山中倫太郎「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」『防衛法研究』第29号（2005年）

山下愛仁「防衛法制論のあり方に関する若干の考察」『防衛法研究』第30号（2006年）

森本敏・石破茂・西修『国防軍とは何か』幻冬舎ルネッサンス新書（2013年）

安田寛『防衛法概論』オリエント書房（1979年）

足立純夫『現代戦争法規論』啓正社（1979年）

田村重信・佐藤正久『教科書 日本の防衛政策』芙蓉出版（2008年）

原田尚彦『行政法要論』学陽書房（2010年）

佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣（2002年）

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（2015年）

森清議員提出質問主意書に対する答弁書（昭和55年12月5日）