

日本国憲法の「行政権」(65条)において防衛作用はどのように位置づけられるか？
—「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」・再考

山中 倫太郎

[研究ノート]

日本国憲法の「行政権」(65条)において防衛作用はどのように位置づけられるか？

—「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛」・再考

山中 倫太郎

はじめに

本稿は、日本国憲法の「行政権」(65条)において防衛作用はどのように位置づけられるか？という問いを解明することを目的とする。その際、その問いに対する答えだけでなく、その結論の根拠づけ、また、その問いに対して何らかの条件つきで肯定(又は否定)するのであれば、根拠づけとの関係でその条件を示すことも本稿の研究課題とする。

本稿筆者は、かつて「日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛—論争の更なる展開に向けて」防衛法研究29号(2005年)25頁以下で、自衛隊の防衛作用及びこれに対する最高指揮監督作用が日本国憲法65条の「行政権」に含まれるか否かという問題につき、主としてこれについて安田寛と小針司の間で交わされた先駆的な論争の論点抽出と争点整理をしながら、その問題の解明の端緒を示した¹。本稿は、上記拙稿の成果を踏まえつつも、その後の日本の憲法学説における議論の展開も織り込みながら、現時点における考察の到達点を示しておくことにしたい。

上記の拙稿との違いを明らかにしておこう。まず、上記拙稿では、安田・小針論争の整理及び分析にとどまり、これを分析するのにさしあたり必要な行政控除説及び執政権説が取扱いの対象となっていたため、憲法学説においても一つの主要な潮流となっている法律執行説との関係が分析の対象とされていなかった。そのことから、法律執行説も含めたより広く多角的な視野の下で問いについて考察を加えることとしている。また、上記拙稿では参照されていなかった文献も—その後に公表されたものを含め²—考察の対象に加え、その上でより積極的に自説を提示している。以上を踏まえて、上記拙稿を再検討して理解や記述について大幅に補正を加えることとしている。

さて、本論に入る前に、本稿の問いの前提を明示した上で、その対象をもう少し特定しておく。まず、問いの前提であるが、日本国憲法の下で、防衛のための武力の行使が禁止されているか、それが許容されていてもこれを任務とする実力組織の設置が禁止されているならば、防衛作用が「行政権」に該当するかどうかという問い自体が前提を失う。このことからすれば、本稿は、自衛隊が憲法に違反していないことを前提とする問いを扱っていることになる。

次に、問いの対象についてであるが、本稿の問いにおいて防衛作用という場合には、日本国の防衛のために自衛権の行使として武力攻撃国に対してなされる侵害排除作用を意味し、そこでは武力の行使が中核をなしている。武力の行使が軍事的側面を有することからすれば、日本国の防衛のためになされる軍事作用の位置づけの問題と捉えることもできる。また、安田・小針論争では、防衛作用に密接に関連する最高指揮監督権の問題にも焦点が当てられていたことに鑑みて、その問題にも付随的に触れることにしたい³。本稿において最高指揮監督権とは、防衛の部隊行動の問題につきなされる軍事組織に対する最高の指揮監督権であり、明治憲法下における統帥の中核問題に相当する。そして、防衛作用と最高指揮監督作用の関係についてい

ば、軍隊に対する最高指揮権が行使されることによって軍事組織が防衛作用という行動に移ることになることから両者がプロセスとしては一連の過程をなしていること、また、主要な執政権説以外の学説では、両者が一体として「行政権」（憲法 65 条）に該当するか否かが問題とされるので、両者の区別が意識されにくいことにも理由がないではない。しかし、防衛作用そのものが国家組織外（外国）に対する作用であるのに対して、防衛に関する最高指揮監督作用は、国家組織内における作用であるという理論的な性格の違いのゆえに、両者は区別されなければならない。

本稿の構成は、次の通りである。第 1 章では、憲法学及び行政法学において通説として引き合いに出される行政控除説を分析した上で、この説からすれば防衛作用がどのように位置づけられるかを明らかにする。第 2 章及び第 3 章では、現在の憲法学においてより有力となり、行政控除説に対する批判を含んでいる執政権説及び法律執行権説を分析した上で、それぞれの説から防衛作用がどのように位置づけられるかを明らかにする。第 4 章では、各説の当否に関わる複数の観点からそれらに一定の検証を加えながら、防衛作用の位置づけについて現時点における筆者の見解を明らかにする。おわりにでは、本論の結論を統括することにする。

1. 行政控除説と防衛作用

(1) 非限定的控除説と防衛作用

① 非限定的控除説

行政控除説によれば、行政とは、国家の作用のうち立法でも司法でもないものが行政であると定義される。その内容は、次のように示されている。「行政とは、立法でも司法でもない一切の国家作用」、「国家作用から立法と司法とを除いた部分の総称」⁴、「行政権とは、国家作用のうちから右のような意味の立法権と司法権とに属する部分を除いた部分の総称」⁵である。

行政控除説は、「国家作用を残すところなく捉える点において、いちおう、理論的要求を満足させるほかに、もともと統一的な作用として君主に専属していた国家作用のうちから、政治的理由によって立法および司法が分離されたあとに残された作用を行政という点において、歴史的・沿革的に生じた自然の結果を示すという強味も」ある⁶。

このように控除法によって定義された行政の概念は、どのように憲法の条文と関連づけられるのであろうか。清宮四郎によれば、「作用の内容または実質に着目した場合の行政の概念、実質的意義の行政」⁷であり、憲法 65 条で、「行政権は、内閣に属する」と規定している場合には、「内閣が行政権の主体であり、実質的意義の行政権を行なう権限は、もともと内閣に属することを意味し」ている⁸。そして、清宮によれば、「行政権」の控除説的理解を前提に、内閣は、「その固有の権能として、一般に行政事務を行なう」のであって、内閣の権能に属する事務として、①憲法 73 条に掲げられる一般行政事務、②憲法 73 条に掲げられる一般行政事務以外の一般行政事務、③憲法の他の条文に掲げられる特別の事務に区別される⁹。

このような説明は、控除説的に理解された「行政権」が憲法 65 条によって内閣に授權され、「一般行政事務」もそれに合わせて解釈されるという論理に—上記の説明においてそこまで考えられていたかはさておき—一途を開きうるものであった。これに対しては、憲法 65 条を憲法及び法律によって内閣に授權された権限の総称という形で形式的な意味で理解しつつ、これに統一的な説明を与えるものとして行政控除説を理解することも可能であるが、これまで「行政権」と防衛という問題領域において念頭におかれてきたのは、前者

のタイプの行政控除説であるので、本稿で単に非限定的控除説という場合には、特段の断りがない限り、前者を意味していることに注意してほしい。

なお、憲法 73 条で掲げられた「外交関係の処理」（憲法 73 条 2 号）は、防衛事務の問題と密接にかかわり、かつ、(2) で検討する限定的控除説との対比において重要なポイントであるので、ここで補足しておく。清宮によれば、「外交事務は、行政事務の一部ではあるが、内政事務から分離されて、特に、内閣の権能に属するものとされている」と述べられている¹⁰。ここでは、外交事務も一般行政事務とされていることに注意しておいてほしい。

② 非限定的控除説の下における防衛作用の位置づけ

このように行政権を理解した場合には、国家の対外作用はどのように位置づけられるか。まず、非限定的控除説の見解からは、憲法 65 条の「行政権」は、例えば、宮沢俊義によって、次のように説明されている。「それは、国家作用のうちから、法規範を定立する作用、および、民事・刑事の裁判を行う作用を除き、法律を執行したり、外交事務を処理したり、公務員を選任したり、指揮監督したり、国内の治安を維持したり、その他国民生活の安定と向上とをはかるために各種の政策を遂行する国家作用の総称である」（傍線は、山中による）¹¹。佐藤功も、行政控除説によりつつ、次のようにいう。「法律の執行・適用が行政権の作用のうち大きな部分および重要な部分をなすことはもとよりであるが、行政権の作用はそれのみに限られるものではない。73 条は内閣の行う事務を列挙しているが、そこには『法律を執行すること』（1 号）のほかに多くの事務（たとえば外交関係の処理・条約の締結・予算の作成など。2 号・3 号・5 号）が掲げられているのもそのことを示すものといえよう」（傍線は、山中による）¹²。

このように「行政権」の内容に国家の対外作用も含めるという理解からは、防衛作用が「行政権」に該当するという結論が導かれる余地が生じる。例えば、安田寛が、次のように述べていたことは、行政控除説からの一つの帰結としても考えられる。まず、安田は、権力分立原則の射程を対人民支配作用に限定する限定的控除説に疑義を示した上で、「憲法 65 条にいう『行政』はより広い概念ではあるまいか」と問題提起し、「憲法 73 条では『他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ』とあり、同条に列記されている事務が行政事務の例示であることは、文理上明らかである。対人民支配作用でない事務が行政事務に含まれているのである」という。さらには、「外交作用が行政に含まれることが承認されるならば、防衛作用も、それが明示されていないとしても、同様に行政に含まれることが承認されなければならないであろう」¹³というのである。このように防衛作用を「行政権」（憲法 65 条）の射程に含めることを前提に、内閣を代表した内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権についても、「自衛隊に対する指揮監督権は行政権の一部」である¹⁴という。かかる説明は、憲法 65 条の「行政権」を包括的な権限規定と解し、その下で憲法 73 条の「一般行政事務」の意味を理解する限りにおいて、非限定的控除説のみならず執政権の一形態からも成り立ちうる。そのことは後で示すこととして、ここでは、この説明が非限定的控除説からの一つの帰結として考えられることを指摘するにとどめておく。

政府答弁にもこのような論理を辿っているようにみえるものがある。例えば、1954 年 5 月 31 日の参議院内閣委員会において、佐藤達夫が次のように述べている。「理論的に申しますれば、近頃の憲法はすべて三権分立といっているわけです。日本の憲法も申すまでもなく三権分立の建前をとっているわけであります。立法、司法、行政と三つに分けます以上は、立法作用にあらず、司法作用にあらず、それはおのずから行政

作用と考えられるわけであります。例えば現在でも保安隊の任務になっています間接侵略に対応する、或いは内乱に対処して実力を行使するという仕事がございますが、これも重要な仕事であると思えますけれども、やはり分類上は行政の中に入っている。旧憲法時代にすらも憲法の教科書を見ますと四権分立と書いた本はございません、やはり三権分立と御説明になっておる。そうしてその場合に軍の関係をどう扱っているかという問題が第二段に参るわけであります。これは天皇の大権事項になっている。ただその輔佐機関が、統帥権の独立の名の下において内閣もタッチできないような独特の機関において輔佐機関を持ってそこに独立性があつたというわけであります。なお大きく見ますればやはり行政権の中に旧憲法時代にも入っていたという分類に私はなると思うのであります。その関係から内閣関係の憲法の条章に載って来ることは当然であるというふうに考えるわけであります」。このような控除説的説明の下で、73条は、次のように説明されたのであった。「73条は御承知の通りにこの本文のほうに、『内閣は、他の一般行政事務の外、』と書いてございます。『他の一般行政事務』というのは、これは非常に広いものであるわけでありまして、おのずからこの中に含まれているはずだと思います。」「この各項目の列举というのは、一つの角度からこれを眺めているのであつて、その仕事そのものの重要性という点を標準として列記したとは言い切れないのであります。これは申すまでもなく、例えば一般の国民の福祉、厚生関係、社会福祉と申しますか、そういうようなことは私は非常に重要な仕事だと思いますかそういうことは実は各号の列举の中に入っておりません。これはやはり本文の『他の一般行政事務』の中にそういう重要なものも含まれておるというふうな建前に解すべきものであらうと思います」¹⁵。このような説明は、保安隊の問題について述べたものであるが軍の問題に関連づけている答弁であることに鑑みれば、行政控除説に基づく「行政権」（憲法 65 条）及び「他の一般行政事務」（73 条柱書）に防衛事務が該当するという理解に親和的である。本稿は、このような理解には問題があることを後に指摘する。

以上のように行政控除説に基づいて「行政権」（憲法 65 条）及び「他の一般行政事務」（73 条）に防衛作用も含まれるという結論を導くことは、同説からのありうる一つの帰結ではある¹⁶。但し、憲法 9 条 1 項の解釈いかににかかわらず、自衛隊が憲法 9 条 2 項で保持が禁止される「陸海空軍その他の戦力」に該当するならば、防衛作用は存立の余地がないことに注意が必要であらう。実際、①で挙げた清宮や宮沢は、そのような前提に立っている¹⁷ため、控除説の立場から防衛作用が「行政権」に含まれると結論づけているわけではない。

（2）限定的控除説と防衛作用

① 限定的控除説

非限定的控除説は、控除前の国家作用に特段の限定を付さないことを前提としている。これに対しては、控除前の国家作用を対人民支配作用に限定する見解が唱えられ、限定的控除説と称される。これによれば、対人民支配作用から立法でもなく司法でもないものが行政ということになる。

この学説の代表的な論者は、小嶋和司である。小嶋は、「抽象的な国家に必然随伴する国家作用としては、対内的な人民支配作用と、対外的な外交作用とがある。が、三権分立の前提する国家作用に外交作用は含まれない。・・・というのは、三権分立は、個人の自由擁護のために国家作用配分のあり方を決するものであるから、個人に指向しない国家作用は念頭におかれていないからである。実際、立法・行政・司法という三分法は、支配が適正な法にしたがってなされるべきであるという法治主義体制の確保を目的とする。外交関

係、とくに抽象的意味での対外作用は、立法による規制対象とはなりえないから、右三分法において、それは意外の世界のものであった。のみならず、実定的諸憲法は、外交、とくに条約締結が立法権を事実上制約することを恐れて、それについて特別の規定をおくのを例としている」^{18 19 20}。小嶋は、別の著作で、「ここで大切なのは、控除前の総和は国民支配作用であることで、この作用としない議会召集権や議院解散権は当然に残余とはならない。ただ、外国交際の権能は、三権分立が意図する行政とは異質で、これをどう考えるか微妙であるが、実定憲法解釈としては、特別の規定がないかぎり、行政部の権能とされる」²¹とも述べている。

以上をもう少し分析的にいえば、①権力分立原則は、支配が適正な法に対して行われることをもって個人の自由を擁護するためのものであるので、対人民支配作用を念頭においた原則と解される、それゆえに、②行政を控除法によって定義するとはいっても、控除前の国家作用は対人民支配作用に限定されなければならない。かくして、③行政は、対人民支配作用から立法と司法を除いた残余の作用ということになる。これに対して、④対外的な外交作用は、対人民支配作用ではないので、行政権からは除外される、⑤外交作用は、行政とは別の憲法規定で定められるのが通例である。

② 限定的控除説の下における防衛作用の位置づけ

このような限定的控除説の立場からは、防衛はどのように位置づけられるのであろうか。まず、既に小嶋の所論を引用した箇所から明らかなように、限定的控除説からは、国家の対外作用全般が行政から除外されることになる。この場合に、外交作用は、権力分立原則とは別に、実定憲法によってその帰属が定められることになる。日本国憲法 73 条が「外交関係の処理」を内閣の事務としているのは、日本国憲法が「行政権」とは別に内閣に付与した権限ということになる。

国家の対外作用のうち、外交がそのように位置づけられるのに対して、防衛はどのように位置づけられるのであろうか。小嶋は、その権力分立論において防衛について明示的に主題化していないが、小針司が小嶋の権力分立理解にコミットメントした上で、その論理的帰結を明らかにしている。小針によれば、憲法 65 条にいう「行政とは実質の意味において、すなわちその内容に着眼して観念され、国家作用全体の中で、国家の対人民支配作用のうち、実質の意味の立法（一般的規範の定立作用）および実質の意味の司法（法律上の争訟の裁断作用）を除く全ての作用と考えられるが、対外的国家作用である外交・防衛作用（少なくとも戦闘行為）は初めから除外されていると解される。したがって、これらの権限は、行政権が内閣に属するからといって当然に内閣に属するものではなく、別途明文の規定によりその所管を定められることが必要で、外交作用について第 73 条 2 号、3 号からして内閣に属するものと解し得る」^{22 23}。以上のように、憲法 65 条の「行政権」には国家の対外作用は含まれず、外交作用は、73 条 2 号及び 3 号で内閣の権限とされるのに対して、防衛作用はどのように位置づけられるのであろうか。限定的控除説からすれば、対外作用である防衛もまた、「行政権」（憲法 65 条）の射程外ということになり、その権限が別途憲法 73 条等で付与されているかどうか問題となる。小針は、上記引用部分に続いて、「防衛作用については格別の規定はみられず、このことが何を意味するか、すなわちおよそ現行憲法では防衛作用が少なくとも軍事的なそれにかぎっていうならば全く予定されていないことを意味するのか、問題となる」²⁴、また、「外交と防衛という国家の代表的な対外的作用のうち一方が明示されていて、他方が明示されていないことがまさに問題なのであって、両者のこのような扱いにおける不均衡の意味が探究されなければなるまい」²⁶という。小針は、この問題について次のよ

うに理解した。いわく、「筆者のごとき理解に立てばそもそも軍事防衛・軍事指揮権といったものが現行憲法典において予定されていたことになるのか、ということである。これは一種の憲法政策上の批判とされるかもしれないが、本来あるべきものがないというのは、かかる存在を予定していなかったからだということになりはしないか。そう解することに支持を与えるものではあるまいか」²⁶。ごくシンプルに言えば、日本国憲法によって防衛事務が内閣に授権されていないことは、小針によれば、そもそも日本国憲法が軍事組織の存在を予定していないからではないかということであろう。そうであれば、小針の見解は、「戦力」の保持を禁止した憲法9条が自衛隊を含むあらゆる軍事組織の設置を禁止しているという解釈に内閣権限の問題の側から裏付けを与えるものとなっているといえる。

2. 執政権説と防衛作用

(1) 執政権説

執政権説は、従来の学説が「行政権」（憲法65条）を国会が制定した法律を執行する作用として狭く捉えていたことに異議を唱え、内閣に帰属する「行政権」（憲法65条）に、法律の執行や（狭い意味における）行政に尽きない執政（又は統治）の作用—論者によって微妙に説明が異なるが、国政上の基本政策・基本戦略決定、総合調整、最高指揮監督などの作用—を見出す学説である。例えば、阪本昌成は、執政と行政の区別が鍵になるとの理解の下、「行政権」（憲法65条）を執政権として説明している²⁷。石川健治は、憲法65条にいう「行政権」は、『行政各部 various administrative branches』（72条）が担う『他の一般行政事務 other general administrative functions』（73条）とは区別された、執政権（executive power）を意味して²⁸いるという。宮井清暢は、「日本国憲法が、政治的執行府に帰属せしめられた『行政権（executive power）』を、『法律の執行』に限定して観念していると考えるのはやはり困難であり、他の国と同様、法律の適用・執行に典型的に現れるルーティン的・定型的業務（狭義の行政）に限らず、それを超えた、独自の行動能力と政策形成・イニシアチブ機能を含む、広い意味で理解しているとみるのが、とりあえずは自然な解釈と思われる」という²⁹。

行政控除説が行政の実質的意味を消極的に定義するにとどまっているのに対して、執政権説はそこに執政の領域を見出してその特徴を明らかにする点で日本国憲法65条の「行政権」の実質的内容の解明に一定限度で貢献している側面もある。もっとも、執政権説の関心は、日本国憲法65条の「行政権」に執政の領域を見出す点にあるので、執政と区別され、行政法学の関心の対象とされてきた（狭義の）行政の概念の解明は、なお問題として残される³⁰といえるだろう。

さて、執政権説が一つの論拠とするのは、比較憲法学的知見であり、とりわけアメリカ憲法との比較では、日本国憲法の英文との関連づけが示されている。阪本は、アメリカ憲法を参照した上で、これを日本国憲法の英文と照らし合わせて、次のようにいう。「日本国憲法は、アメリカ合衆国憲法の影響を受けて、Executive Power と Administrative power の別をはっきり意識して制定されていた。・・・日本国憲法も、この区別のもとで、『Executive Power（執政権）は、内閣に属する』（65条）・・・さらに、73条の柱書きは、『内閣は、general administrative functions（一般行政事務）の外、左の functions を行ふ』と述べたうえで、その1号において『法律を誠実に administer（執行・管理）』することをあげた」³¹という。阪本は、アメリカ行政学における概念区別に依拠しても、一般に広い意味で行政と呼んできたものを、執政、狭義の行政及び業務という複数階層に区別して、執政と行政の区別を明らかにしている³²。

さらに、ドイツ憲法も、執政権説においてしばしば参照されてきた。ドイツ連邦共和国基本法では、「執行権 (vollziehende Gewalt)」(1 条 3 項、20 条 3 項) ということばが用いられているところ、その内容には、一般的な説明によれば、執政と行政が含まれ³³、初宿正典が明らかにしたように、「ドイツ語でいう《執行権》の概念は、外交とか軍事といった、伝統的な意味では必ずしも《行政》(Verwaltung) とは言えない国家作用をも含ましめる趣旨で用いられるのが普通であり、逆に、ここでいう狭義の《行政》は、わが国でいう『法律の執行』にほぼ相当するということ、したがって《執行権》の作用は、そうした意味における《行政》(すなわち『連邦法律の執行』)に限らず、外交・軍事を含めて広く国の内外の政策の立案・実施等に及ぶものとして理解されている」³⁴。前述の宮井の理解も、主としてそのようなドイツの執行権を参照してのものであった³⁵。

また、執政権説の論拠として引き合いに出されるものに、日本国憲法制定時における金森国務大臣の答弁がある。いわく、「此の憲法全體を通じましての文字の使ひ方の上に於きまして、行政權と云ふ言葉は廣く使はれて居ります、立法にあらず、司法にあらずして、執行的な權利と云ふものは、原則として行政權に入つて居ると云ふ意味に解釋して居ります、隨て學問風な言葉で言へば、寧ろ執行權と言ふ方が適當でありますけれども、さう云ふ熟語が餘り一般に行はれて居ませぬので、左様な言葉で示した譯であります」³⁶、「尚ほ次に内閣の制度に付きましては、根本の原則と致しまして國の政治の中から立法を除き、司法を除きました其の殘る所の廣く言はれて居ります行政と云ふ範圍に屬しまする權能は、内閣に屬すると云ふことを明かにして居ります、此の行政權と申します事項の範圍は極く狭い行政と云ふ範圍とは異なりまして、謂はば執行權とも言ふべき廣い範圍を包容致して居る譯であります」³⁷。ここには、確かに行政控除説の説明がみられるが、同時に、「行政權」は広い意味において執行権であるという理解もみられ、執政権説を裏づける側面をも有する。また、このように説明された「行政權」の内容につきインフレ問題への対応を例になされた、次のような問答も、執政権説と親和的である。すなわち、佐々木惣一は、「そこで詰り言ひ換へて見れば政務とそれから事務との關係であります、此の内閣と云ふものは、國務を全體の建前から見て、無論全體と申しまして、抽象的でいけぬから、事柄は『インフレ』なら『インフレ』なんだけれども、併しながらそれは國家全體の國務に關係あるものとしての『インフレ』問題を決定する、それは國務的の見地です、是と、併しながらそれが決つたならばそれは色々な方面で事務的に行政的に實行すると云ふ行政、此の二つを含むのかどうかと云ふことを御尋したいのであります、是は重要なことであります」と問うたが、これに対して、金森国務大臣は、「二つとも内閣に含まれて居ると考へて居ります、唯含み方は場合々々に依つて違ひますから、此處では屬すると云ふ非常に廣い意味の字を使った譯であります」³⁸と述べている。この点、憲法 65 条の「行政權」に政務・國務が含まれることが示唆されており、執政権説の理解に整合する説明として興味深い。

加えて、日本国憲法 73 条 1 号において内閣の職務として「法律の執行」と並べて「國務の総理」という文言が挙げられていることも、執政権説にとって重要な手がかりである。佐藤幸治は、憲法 65 条の「行政權」の中核に「國務の総理」があると捉えた上で、そこに政治的、基本政策・総合政策的及び総合調整の意味合いを見出した³⁹。

以上のような執政権説においても分岐点があることは、宮井の次の指摘の通りである。「アメリカの議論に即して言えば、そもそも憲法 65 条にいう『行政權 (執行権)』とは、憲法の明示の規定により執政府に与えられた諸権限の総称 (限定列挙された権限の集合体としての『行政權』) に止まるのか、それとも『行政權』

なる包括的な行動権限を執政府に与えたものか、という問題」でもある⁴⁰。宮井自身は、この点に関して、「日本国憲法について右のいずれの解釈を採るべきか、ここでは即断を避けておきたい」⁴¹として判断を保留しているが、ここでは、執政権説には、①日本国憲法 65 条を「行政権」を包括的に授権する条項とみるか（包括授権型）、②日本国憲法 65 条の「行政権」を 73 条等及び法律によって内閣に個別に授権された権限の総称とみるか（個別列举権限総称型）について理解の違いがありうることに留意したい。これに関して明確な立場を明らかにしているのが阪本である。阪本は、アメリカ合衆国憲法の議論及び日本国憲法の条文の定められ方を精緻に分析した上で、日本国憲法は内閣を「最も危険な統治部門（the most dangerous branch）」とみて内閣の権限を憲法 73 条で個別列举する方式をとっていると捉えた上で、憲法 65 条はそれら権限が内閣に帰属することを定める規定と解したのであった⁴²。

もう一つ分岐点として、執政権説にも、日本国憲法 65 条の「行政権」は、①執政と（狭義の）行政又は法律執行の両者を含むとする⁴³のか、②執政のみを含むとする⁴⁴のか、ニュアンスの違いがあることを指摘しておきたい。一般に執政権説として受け止められがちなのは、②の見解である⁴⁵。この場合、「行政権」（65 条）として問題とされるのは、内閣の執政作用であって、防衛作用の存在を前提としてこれについてなされる最高政策決定や最高指揮に焦点が当てられることになる。これに対して、①のような理解は、上記の佐々木・金森問答にも整合するし、日本国憲法 65 条の「行政権」にドイツ基本法の「執行権（vollziehende Gewalt）」—執政（統治）と（狭義の）行政の両者を含む—に対応させるならば、そのような理解も成り立ちうるように思われる。このような理解に立つ場合には、「行政権」（憲法 65 条）の内容として防衛作用それ自体も含みうることになる。ここではさしあたり、そのような論点があることを指摘するとどめ、次に検討を進めたい。

（2）執政権説の下における防衛作用の位置づけ

執政権説は、国家の対外作用が日本国憲法における「行政権」の内容に含まれることを肯定する可能性をもっている説であるといえる。上述の比較憲法的視点によれば、国家の対外作用が執行権（又は執政権）に含まれることが確認されるし、日本国憲法制定時の金森答弁では、憲法 73 条 2 号の「外交関係の処理」が 65 条の「行政権」の一つの内容となっていると説明されているからでもある。

もっとも、佐藤のように執政権説の発想に立ちつつ限定的控除説と同様の前提にも依拠している場合には、「行政権」（憲法 65 条）は対人民支配作用に限られるから、対外作用の位置づけは、次のように微妙なものとなる。すなわち、佐藤は、『階層的』権力分立観の下での控除説によれば、外交関係の処理の権能は当然には『行政権』に含まれないといわなければならないが、憲法の特別の規定なき限り、行政権者の権能とされるべき性質のものといえる」、「法律を誠実に執行し、国務を総理する」（憲法 73 条 1 号）という「作用を中核として、それと密接に関連しあるいは親和性をもった各種作用を憲法は内閣に行わせることにしているのであって、65 条にいう『行政権』もそのようなものとして理解される必要がある」と述べ、外交関係の処理は、上述の「密接に関連しあるいは親和性をもった」作用であるという⁴⁶。

では、執政権説によれば、防衛作用やこれを前提とする最高指揮監督作用が日本国憲法 65 条の「行政権」との関係でどのように位置づけられるのであろうか。

一つの理路としては、「行政権」（憲法 65 条）を執行権又は執政権と解した上で、そのような意味における「行政権」として防衛作用やその存在を前提としこれに関する最高指揮監督作用を位置づける見解が考えられる

⁴⁷。先に、安田の見解を非限定的控除説の立場から説明したが、このタイプの執政権説に立つものとして安田の見解を位置づけることもできなくはない。というのは、安田の見解を再検討すると、とりわけ、明治憲法の大権事項が日本国憲法で継承されたこと、日本国憲法制定時において金森国務大臣が憲法 65 条の「行政権」を「執行権」として説明していたこと、アメリカにおいて **executive power** が最高軍事指揮権を含む概念であることに着目して憲法 65 条の「行政権」にも防衛作用やこれに関する最高指揮監督が含まれると結論づけている⁴⁸からである。また、富井幸雄の見解は微妙であるが、この理路に親和的なところがある。「軍権を 65 条の『行政権』に取り込むことができると解する。同条の『行政権』は執行権の意味であり、73 条の列記事項から判断して内閣は執政権を有するとの憲法解釈が可能だからである。・・・このように解釈することで軍権も『行政権』に含ませることができる」⁴⁹、「憲法 65 条の『行政権』が執行権を意味し、防衛が 65 条の『行政権』の中に入る」、「65 条の規定する行政権は英文で規定されるように執行権 (executive) と解する。この解釈を前提に、国防が 73 条のどこに位置づけられるかを検討する。一般行政事務説は、『国の防衛に関する事務は、一般行政事務として、内閣の行政権に完全に従属して』いるとする (政府見解)。そう理解してよいと思う。ただ、政府見解は 73 条本文の『一般行政事務』の中身を吟味せず、単純に他の省庁に属さない行政事務と解しているのは、不十分であろう。というのは、内閣は 65 条を受けて執政にかかる事項を行うのであり、それは行政法での行政事務とはいえないからである。』⁵⁰ という。この場合、富井は、「行政権」(65 条)の内容が防衛を含む執行権であることに照らして、「他の一般行政事務」の意味を特定する立論によっているようにもみえる⁵¹。

もう一つの理路は、個別列举権限総称型の執政権説にその発想があらわれているように「行政権」(憲法 65 条)を憲法 73 条各号等で列举された権限及び法律によって付与された権限の総称と理解することを前提に、防衛を位置づける見解である。この方向で執政権説の解釈学説を構成する限り、日本国憲法 73 条各号に防衛事務に関する明文規定が存在しない点は重く見られることになるであろう。このことを日本国憲法はそもそも軍事組織の設置をおよそ禁止していることの証拠として挙げることも考えられなくはない。しかし、防衛に関する権限が憲法ではなく「国権の最高機関」である国会が制定した法律の授權によるものであるとする理路が執政権説の下で考えられることをここでは強調しておきたい。実際、佐藤は、「行政権」を対人民支配作用に限定する立場からであることに注意を要するが、自衛隊の最高指揮権の文脈で次のように述べた。いわく、「自衛のための武力行使およびそれに備えての武力の保持は憲法上禁止されていないとの仮定に立った場合において、かかる事柄についてどうするか決定権は国会にあるというべく、内閣総理大臣の右指揮監督権は国会による組織法的決定をまっしてはじめて生ずるもの」⁵²である。ここでいわれる自衛隊の最高指揮権の問題は防衛作用そのものの権限の問題と必ずしも同じではないが、後者の問題についても法律による自衛隊への授權を考えることができる。

以上、執政権説における防衛の位置づけにも複数の理路があり、いずれによるかによって結論に違いが生ずる可能性が生まれる。いずれにせよ、執政権説の理解に立つ場合には、執政と狭義の行政(又は法律の執行)の間の区別がより際立つことになり、特に、内閣に帰属する「行政権」(憲法 65 条)をもつば執政権と解する場合には、「行政権」(憲法 65 条)との関係における防衛作用の位置づけの問題は、これを前提としこれに関してなされる最高指揮作用や最高政策決定作用の位置づけという形で問われることになるだろう。

3. 法律執行権説と防衛作用

(1) 法律執行説

執政権説が憲法学説で有力になるなかで、むしろ、日本国憲法における「行政権」を法律の執行として理解する法律執行説も有力である。高橋和之によれば、「法の支配の観点からいえば、行政権の行使を法律に基づかせることが、立憲主義の重要な目的であった。したがって、ここでは、行政の特質は、法律の執行として観念される」⁵³とされる。毛利透も、高橋の法律執行説に賛意を表明し、「行政とは立法機関が作った法律を適用することである」⁵⁴という。さらに、松井茂記によれば、「憲法が内閣に付与しているのは、行政権（executive power）であるが、これは近代権力分立原則の発達の中では、『執行権』と捉えられてきたものである。それは、本質的には法律の執行であ」と説かれる⁵⁵。このようにして「行政権」の意味を法律執行として積極的に定義することで、憲法 65 条に基づいて内閣に属する権限はごく限定される。

このように「行政権」を法律の執行として説明する場合に、どのような根拠が挙げられているであろうか。法律執行説をもっとも体系的かつ理論的に説明している高橋によれば、次の通りである。権力分立原則は、法の支配を実現するために、①正しい法を制定すること及び②法律の忠実な執行を確保することを求めるものであり、②の観点から、まずは、立法、執行及び裁判の三作用の区別した上で、法を制定する機関が同時に法を執行することがあってはならないし、法の忠実な執行がなされたかどうかの争い裁定する機関が法を制定したり、法を執行したりすることがあってはならない⁵⁶。

そして、高橋によれば、権力分立は、比較憲法史的にみれば、三権の配置の形態の違いに応じて「立憲君主政モデル」と「国民主権モデル」に区別される。「立憲君主政モデル」では、主権者である君主に全権力が集中した絶対君主政を出発点に置き、そこから立法権と司法権が君主の手から離れて、君主に残された権力が行政権となる。この場合、法律によって定められなければならない事項（法律に留保された事項）が立法＝法規の制定に限定されている反面で、司法権以外の残りがすべて行政権として君主の権限となる。これに対して、「国民主権モデル」では、国民が憲法制定を通じて三権を創設・授権し、この場合、国民を代表する議会によって行使される立法権に最も重要な位置づけが与えられ、「この立法権は権限事項の範囲を限定されない。いかなる問題についても法律を制定しうるのである。逆に限定を受けるのは執行権の方であり、執行権は『法律の執行』という性格づけを与えられ、法律なしに行動することは許されないとされる」⁵⁷。

以上の理解の下に、日本国憲法における権力分立の形態は、どのように考えられるか。高橋は、日本国憲法を「国民主権モデル」に従って説明し、立法と行政の関係を法律の制定とその執行という垂直関係で捉えている。いわく、「国民主権モデルで立法と行政の性格を考えれば、立法とは憲法の下での始原的法定立（始原的法、すなわち、憲法の定める『法のプロセス』を開始する法としての『法律』の制定）であり、行政とは法律の『執行』である。・・・内閣は、自己の政策をもち、その実現に必要な法律案を国会に提案し、法律制定を獲得して政策を遂行していくことが期待されているが、その政策遂行が、法的には法律の執行という形態をとって現れるということである。行政権が内閣に属するとは、内閣の行う活動のこうした法的性格を表現するものと理解すべきなのである」⁵⁸。日本国憲法が「国民主権モデル」によって説明できる理由として、次のように説かれる。いわく、「日本国憲法は、国民主権を採用し、国民が自己の有する憲法制定権を行使して諸権力を創設したという論理に立っている。その限りでは、国民主権モデルとの親近性の方が強い」。また、「国会が、国民の直接的な代表者として『最高機関』としての地位を認められている（41 条）ことから言っても、国政の第 1 次的判断権は国会にあると考えるのが、素直な解釈」であり、「したがって、

立法権と行政権を法律制定と法律執行という関係に設定し、国政において新たに生じた問題の第1次的判断権を立法権に独占させる国民主権モデルの方が、日本国憲法にはより適合的である」⁵⁹。

(2) 法律執行説における防衛作用の位置づけ

このような法律執行説において、国家の対外作用はどのように位置づけられるであろうか。法律執行説から考えられる一つの理路は、権力分立の射程を国家の対人民支配作用と限定して理解するという前提に立ちつつ、国家の対外作用は、「行政権」＝法律執行権の対象からは除外されるという説明であろう。高橋の法律執行説は、そのような論理と親和的であるようにみえる⁶⁰。というのは、高橋は、「作用としての『立法』権、『行政』権は、諸機関の抑制・均衡関係においてではなく、国民との関係においてあらわれる」（傍点は高橋による）と述べ、小嶋の限定的控除説における「国家の人民支配作用の中の」という限定も「同様の趣旨」と述べている⁶¹し、また、「憲法が、国民との関係における国家作用において、内閣に『行政』権を与えたということは、この関係においては内閣の権限は『行政』権に限定されるという趣旨に解すべきであろう」とも説いている⁶²からである。

法律執行説から考えられるもう一つの理路は、国家の対外作用については伝統的にも比較憲法的にも国内法である法律の羈束が弱いという特性を踏まえて、国家の対外作用を法律執行とは異なる作用と考える理論的可能性もあり、まさに執政権説はそのような発想を明確に打ち出し、それを法的権限の問題として打ち出すものであった。

以上のいずれの理路によっても、国家の対外作用が「行政権」（この説からは、法律執行権）から外れることになる。そのため、その権限の根拠は別条文中に求められる。外交については、「外交関係の処理」を内閣の職務として定めた73条2号によって憲法上授權がなされていることが明らかであるが、外交のように明文規定がない防衛は、どのように位置づけられるであろうか。この場合も、内閣の権限として外交事務が日本国憲法の明文で定められているのに防衛事務が定められていないことの不均衡を指摘した小針の問題提起は、ここでも深刻な意味をもつ。その点に、そもそも日本国憲法の下でおよそ軍事組織の設置が禁止されていることの証を見出す理論展開も考えられなくはない。

もっとも、そのような軍事組織違憲論に立たない場合に防衛作用がどのように説明又は評価されるかについては、法律執行権説の側からより詳細に論究される余地が残されている。ただ、法律執行権説に立った場合でも、法律の授權がある場合には、防衛作用の権限が一憲法ではなく一法律によって創設的に発生するというように説明することは不可能ではない。というのは、法律執行説は、法律によって内閣や行政各部に創設的に権限を付与することを一般に否定するものではなく、そのような権限付与が法律執行説の根底にあった「国民主権モデル」に抵触するわけではないからである。むしろ、「国民主権モデル」における法律の規律対象に事項の限定がないとされる⁶³ことを踏まえれば、防衛作用についても、法律で内閣や行政各部に授權をすることは一憲法9条に反しない限りという条件つきで一可能であるという論理も成り立ちうるだろう。「行政権」（憲法65条）が対人民支配作用に限定されることを前提とした法律執行権説によれば、法律によって内閣や行政各部に付与された防衛作用に関する権限は「行政権」とは別の権限になるが、しかし、「行政権」の場合と同様に法律による授權を要することになるだろう。

4. 防衛作用との関係における諸説の評価

本章では、前章までの学説の整理及び分析を踏まえて、日本国憲法 65 条の「行政権」における防衛作用の位置づけに関する諸説に対して評価を加えつつ、現時点における自説の方向性を示すことにしよう。その際、学説の評価の主要な視点として、国民主権原理及び権力分立原則との整合性を問題とし、その際、日本国憲法制定時の理解との整合性を問題とすることにしたい。

(1) 国民主権原理との関係

① 君主主権から国民主権へ

「行政権」（憲法 65 条）に関する各学説を評価する際に、まず出発点となるのは、君主主権から国民主権への憲法構造の転換である。この点を的確に捉えて、執政権説の側からは、宮井によって次のように指摘されている。本来の控除説は、「憲法に先行する君主の全権・統治権を出発点にして、そこから立法作用と裁判作用を除いた一切の『国家作用』を『行政権』とする」ものであった。しかし、「国民主権の原理の下では、全ての権限（国家作用）は、憲法が国家機関を創設し、創設的に割り当てたものと見なければならない。かような残余的行動（行政）権限も、憲法により、行政府に対して創設的に付与されたものと見なければならない」⁶⁴。また、佐藤は、「立憲君主制を支える国家法人説的発想によれば、壮大な国家作用が想定され、立法・司法の両作用を除くすべてが行政の作用に吸収されてしまう。国民主権下にあつてはそうした発想そのものが妥当せず、先にアメリカ合衆国について確認したように、行政権の具体的内容（行政の内容と行使様態）は、憲法の枠組みに従って基本的には国会によって付与されることになる」⁶⁵という。さらに、執行権説の側からも、高橋によって次のように指摘されている。行政権の意味を「立憲君主政モデル」で捉えたと控除説の理解になり、これは立憲君主政成立の歴史に対応し明治憲法の解釈としては適合的であったが、「国民主権を採用した日本国憲法の行政権には、もはや妥当しない」⁶⁶。

以上の指摘に共通するのは、憲法構造の転換を踏まえるならば、君主制的背景をもった本来の行政控除説の理論構造をもはや維持しえないということである。むしろ、日本国憲法 65 条の「行政権」を国民主権に定位せしめ、国民が憲法制定によってその権限を「行政権」として内閣に授権したか否かが問われるだろう。その点の検証は、君主の全権を予め想定した上でそこから立法と司法を控除したものが行政であるという思考法とは当然異なる。防衛作用が「行政権」として帰属しているかどうかを判断する際にも、本来の行政控除説と同様の判断要領によるわけにはいくまい。

② 国民主権原理における「行政権」と防衛作用

では、国民主権を基礎に据えた場合に、国民は「行政権」（憲法 65 条）としてどのような内容の権限を付与したのであろうか。また、どのような形態によって権限を付与したのであろうか。上記に行政控除説の問題性を指摘したこととの兼ね合いでこれについて触れておくと、国民が控除説的に理解された「行政権」（憲法 65 条）を憲法によって内閣に包括的に授権したのだという形で行政控除説が理論的基礎をすげかえて国民主権下で生き延びる可能性も一国民が国会を「国権の最高機関」としておきながら、そのような無限定的な授権を欲するであろうかという疑問は確かに残る⁶⁷けれども一ひとまず理論的可能性としては残る。その上で、以下、防衛の問題に焦点を当てて、その「行政権」（憲法 65 条）との関係について検討を加える。

第一に、「行政権」（憲法 65 条）の内容について検討しよう。国民主権に基づく授権の判断材料を日本国憲法制定時の理解に求めるならば、第 2 章で憲法制定時における金森答弁を引用したように、憲法 65 条の「行政権」は控除説的な理解を基礎にしながら、それは執行権として説明されてきたことが重要である。この点は、行政控除説又は執政権説に有利であるように思われる。

もっとも、行政控除説又は執政権説に立ち、かつ、憲法 65 条が包括的授権条項であるという、内閣権限にとってもっとも有利な発想に立つ場合であっても、そこで内閣に授権された「行政権」（憲法 65 条）からは、日本特有の沿革からして軍事的権限がいわば控除されているものと解される。というのは、日本国憲法制定時における政府説明からすれば、確かに憲法 9 条 1 項では自衛権の行使が禁止されなかったにせよ、2 項ですべての戦力保持が禁止されるものと考えられたところ、そのような前提の下に憲法 73 条各号に内閣の防衛事務が記されなかったし、首相又は大臣の軍事組織に対する最高指揮権条項も設けられなかったからである⁶⁸。したがって、行政控除説的な発想に立って、すべての国家作用から立法でも司法でもない作用が行政であるから、防衛も立法でも司法でもない以上「行政権」（憲法 65 条）の授権に本来的に含まれるとはいえないし、執政権説的な発想に立って、比較憲法的に執行や執政の概念に防衛を含む軍事作用やこれに関する最高の指揮監督作用や政策決定作用が含まれるからといって、それに相当する「行政権」（憲法 65 条）に当然にそれらが含まれるとはいえない⁶⁹。

第二に、「行政権」（憲法 65 条）の授権の形態につき、その権限が国会の制定する法律によって授権されているか、それとも憲法によって直接授権されているかが問題となる。「行政権」（憲法 65 条）をもっぱら法律授権型の権限付与として把握する法律執行説において、日本国憲法が「国民主権モデル」のモデル通りに解釈されなければならない日本国憲法解釈論上の根拠がさらに問われようが、特に少なくとも外交や防衛の領域においては、比較憲法的にも一般には法律の羈束が弱く、国民主権に立ったからといって直ちに法律授権型の憲法構造に立っているとはいえない⁷⁰。法律執行説は、既に述べたようにおそらく「行政権」（憲法 65 条）を対人民支配作用に限定する立場であるので、同説はその点を既に織り込み済みであるかもしれない。法律執行説が「行政権」（憲法 65 条）の射程をどのように解するにせよ、同説においては、「国民主権モデル」から導かれる法律授権型の権限付与の構造をそのままに外交や防衛の領域にも推し及しうのかという難題が控えているように思われる。他方、少なくとも国家の対外作用につき憲法授権型の権限付与の構造がありうるとしても、その授権のあり方には、さらに複数の可能性があり、それが次の第三の論点につながる。

第三に、「行政権」が内閣に属することを定める憲法 65 条が憲法及び法律の授権の総称にとどまらない独自の権限上の意義をもつか否かが、憲法による授権の形態の問題となる。この点、日本国憲法制定時の次の答弁は、これを肯定するかのように読める。いわく、「第 65 條に於きまして『行政権は、内閣に屬する』とはつきり書いてありますが故に、私が申上げましたやうに、事行政に屬する限りは、現内閣の所屬の權能に包括的に屬するのだと斯う云ふことが明かにされて居る譯であります」⁷¹。以上の説明からすると、上述のように行政控除説又は執政権説の意味で理解された「行政権」が憲法 65 条によって包括的に内閣に授権されたというように読むことができる。

もっとも、次のような答弁も合わせ読むとそのような理解を無限定に維持することもできまい。いわく、「そこで 69 條（現行の 73 条—山中注）に於きまして、一般行政事務と云ふのは結局今の總論の規定を承けて來まして、一般行政事務が種々なる疑問を斷ち、重點と思はれる所に付て謂はば制度の骨組とも云ふべきもの

を此處に列挙すると云ふ建前を以て、1 から 7 迄のものがあります、此の中には色々な特殊な見方から出来て居りますが故に、一言を以て此處に私は掲げました根源の理由を明かにすることが出来ませぬけれども、自から左様な意味を持って居ります」⁷²。このような説明からすれば、憲法 73 条各号で憲法 65 条の「行政権」の「重点」・「制度の骨組」は列挙されていることになるだろう。それら諸権限の集合体が「現内閣の所属の権能に包括的に属する」ということである。このような説明は、憲法 65 条を包括的授權条項と解する見解ではなく、むしろ憲法 65 条を 73 条各号等の憲法規定による個別授權の集積と解する見解の方により整合するように思われる。

では、このような理解に立った場合に、防衛作用はどのように位置づけられるであろうか。憲法 73 条各号で「制度の骨組」が尽くされているのであれば、まさに「骨組」として位置づけられるべき防衛事務がそこに記されていないことは、決定的な問題とならざるを得ない。したがって、「外交作用が行政に含まれることが承認されるならば、防衛作用も、それが例示されていないとしても、同様に行政に含まれることが承認されなければならないであろう」⁷³という立論は困難であり、むしろ、杉村敏正が指摘したように「防衛に関する事務の如き重要な事務を『他の一般行政事務』に一括して規定したものと解することは極めて困難」⁷⁴であって、その授權の欠如が「行政権」（憲法 65 条）の内容に反映しているとみるべきであろう。

このような日本における防衛作用の特殊な問題を踏まえるならば、防衛作用の存在を前提とした最高指揮の問題についても、「統帥・外交は行政大権に属していた」、「日本国憲法は明治憲法の改正であり、継続性を尊重すべきものとするのであれば、明治憲法における概念の用法は外国憲法における概念の用法に先立って参照されてしかるべき」(安田)⁷⁵というように明治憲法との連続性を前提として日本国憲法の「行政権」(65 条)を解釈することにも無理が生じるだろう⁷⁶。

以上のように、防衛作用は日本国憲法において本来的に「行政権」(65 条)に含まれているとはいえない。もっとも、「国権の最高機関」である国会の法律制定権の対象には憲法で禁止されていない限りにおいて限定がないから、憲法 9 条によって禁止されていない限度において防衛作用に関する権限を内閣や行政各部に対して授權することは、執政権説や法律執行説に立った場合でも可能であると解することができることは、既に述べた通りである。そのような授權がなされている限度において、そのような法律上の権限も「行政権」(憲法 65 条)の内容に含まれるものとして説明することが一「行政権」(憲法 65 条)の射程を対人民支配作用に限定しない限りにおいて一できなくはない。なお、「行政権」をもっぱら執政権と解する場合には、法律によって防衛作用が授權されていることを前提にこれに関する最高決定権及び最高指揮権が「行政権」(憲法 65 条)ということになるだろう。

(2) 権力分立原理における「行政権」と防衛作用

権力分立原則における防衛作用の位置づけについて一つの分岐点になる大きな問題は、権力分立原則が、対人民支配作用のみでなく外交及び防衛といった対外作用も射程に含むものかどうかという問題であった。そのことが非限定的控除説に対する限定的控除説からの問題提起によくあらわれていることは、第 1 章で分析したとおりであるが、執政権説及び法律執行説においても、そのような前提問題があることは、第 2 章及び第 3 章で検討した通りである。

この問題については、より根本的な研究に委ねる必要があるので、本稿の限定的な検討では不十分であ

るけれども、現時点では、日本国憲法の権力分立原則は国家の対外作用も射程におさめたものであると考えている。その根拠として、①モンテスキューの理論における「万民法に属する事項の執行権 (puissance executrices des choses qui dependent du droit des gens)」は、「講和又は戦争をし、外交使節を派遣又は接受し、安全を確立し、侵略を予防する」権力であるところ、これはロックの理論のいう「同盟権 (連合権) (federative power)」—これには、「当該の政治的共同体の外部にあるすべての人々や共同体に対して、戦争と和平、盟約と同盟、その他すべての交渉を行う権力が含まれる」⁷⁷—を連想させる⁷⁸もので、戦争及び外交が含まれると解されること⁷⁹、また、②ヨーロッパの概念において執政又は統治の下に軍事や外交が位置づけられてきたこと⁸⁰、日本国憲法 65 条の「行政権」に比較憲法上対応する概念である「執政権 (executive power)」又は「執行権 (vollziehende Gewalt)」は、軍事や外交も射程に入れたものであること、さらに、「行政権」(憲法 65 条)の「制度の骨組」として「外交関係の処理」を含む憲法 73 条列記事項を挙げた、日本国憲法制定時の金森答弁からしても、憲法 65 条の「行政権 (executive power)」には、「外交関係の処理」が含まれると解されることを挙げることができる。加えて、権力分立原則を国民の自由を保障するという目的との関係で捉えた場合であっても、対外作用である外交権や軍事権の濫用もまた国民の自由にとって脅威であるので国家の対外作用も権力分立の図式の下に組み入れることが必要であるという立論を検討する余地もあるように思われる⁸¹。

もっとも、日本国憲法における「行政権」(憲法 65 条)が国家の対外作用も視野にしているからといって、防衛作用もそこに当然に含まれると解することができないことは既に述べたとおりである。そのことは、「行政権」(憲法 65 条)の内容につき非限定的控除説であろうが執政権説であろうが、また、「行政権」の授權形態を包括的授權条項と解するか否かにかかわらず、同様である。というのは、いずれにせよ、日本における軍事権という特殊な問題が介在するからである。むしろ、その作用が憲法 9 条との関係で禁止されておらず、それを担う実力組織の設置が禁止されていない場合において、かつ、法律によって内閣や行政各部に授權されていることを条件として、「行政権」に含まれる余地が出てくるにとどまる。

なお、このように国家の対外作用も権力分立原則の射程に収める理解に立った場合に、権力分立原則を対人民支配作用に限定する、限定的控除説の発想は、どのように位置づけられるかが問われよう。この点については、執行において執政と狭義の行政の理論的区別があることを前提に、狭義の行政—行政法学が対象とする行政—の方に当てはまる理論として整理する⁸²のが適切であると現時点で考えている。この点も、権力分立論のより詳細な研究を要するので、今後の研究に委ねたい。

(3) 「行政権」の内容を問うことの意味—防衛作用との関係で

「行政権」(憲法 65 条)の概念を論じる意味は、そもそもあるだろうか。棟居快行は、この点を問題として、次のような刺激的な指摘をしている。「行政という概念を(憲法学で)論じる意味は大いにある、何故なら憲法 65 条によれば、まさに行政権は内閣に帰属しており、したがって内閣の権限を明らかにするために行政概念を明らかにする必要が論理的にある、とこのような考え方で行政概念を憲法学が懸命に論じているとすれば、それは少々前提がおかしいというわけです」⁸³。浅野博宣も、「活性化する行政権論争に水を差すようであるが、65 条の行政権の意義を問わないという選択肢をもう一度考えてみるべきである」と述べている⁸⁴。これらの見解には、「行政権」(憲法 65 条)を、「内閣に対して個別の憲法条項によって授權された権限と法律によって授權された権限の総称」として形式的な意味で理解するという前提がある⁸⁵。

これに対しては、執政権説の側からは、むしろ行政権の概念を問う必要が次のように赤坂正浩によって指摘されている、いわく、「憲法 65 条によれば、『行政権は、内閣に属する』。つまり、憲法が定める内閣の仕事は『行政』である。65 条に言う行政とは、憲法のいろいろな規定が、これは内閣の仕事だと指定した事柄の合計である。こう理解すれば話は楽だ。行政という言葉を、仕事の内容や性質を問題とせず、憲法が内閣に割り振った仕事と定義するわけである。学者はこれを、『形式的意味の行政』概念とよぶ。ところが、憲法 73 条は、内閣の仕事として 7 項目を具体的にあげると同時に、「他の一般行政事務」も内閣の仕事だという。楽をしようという思惑ははずれて、これでまたフリダシに逆戻りだ。他の一般『行政』事務とは何か。つまり、行政とは何か。その内容や性質（実質の意味の行政＝内容から見た行政）について考えなければ、憲法規定を理解することができないのである」⁸⁶。この場合、赤坂は、執政権説を支持していることにも注目する必要がある、

以上の見解の対立の根底には、「行政権」（憲法 65 条）が―「他の一般行政事務」（憲法 73 条）という文言を介してであれ―独自の授權の意味合いをもつかどうかに関する理解の相違があり、その前提問題に明確な決着がつかない限りは、「行政権」の内容を問うことの意味について見解の齟齬が残ってしまう。ただ、「行政権」（憲法 65 条）が、実質の意味で理解される場合はもちろん、形式的意味における行政にとどまる場合であっても、少なくとも講学的あるいは体系的な説明の必要からその内容をどのように説明するかという問題は残るだろう。この点において、執政権説が執政の問題を統治機構論において問う場を開いたこと⁸⁷は重要な意味をもち、石川が的確に指摘するように、「統治機構論再活性化のための有効な手だての一つが一層の精練を要するにしても―『執政権』観念の導入であることは間違いない」⁸⁸。他方、法律執行説からすれば執政権説における体系的把握とは異なる体系を提示しつつ、「行政権」（憲法 65 条）の内容を取って問うことによってその内容を法律執行という形で極小化したことが「行政権」（憲法 65 条）の内容を問うことの意味ということになろう⁸⁹。

最後に、この問題について、防衛の問題に限定して本稿における検討の成果からどのようなことがいえるかについて触れておくことにしよう。本章の検討によれば、「行政権」（憲法 65 条）を実質の意味で理解するか否かにかかわらず、法律によって授權されている限りにおいて防衛が内閣や行政各部の権限となるという点で違いがなくなる。そのため、防衛の問題に限定するというならば、「行政権」の内容を問うことに内閣の権限を憲法解釈論上明らかにする上での実益があるとは言い難い。ただ、上記で述べたように、執政権説が少なくとも講学上の及び体系的説明の上で有益な視座をもたらし、防衛の問題をも統治機構論全体及び議院内閣制の構造に組み入れる視座を提供する可能性をもっていることは、強調しておきたい。

おわりに

本稿では、日本国憲法 65 条の「行政権」との関係で防衛作用がどのように位置づけられるかについて、主要な憲法学説の論理におけるその位置づけを明らかにした後に、防衛作用との関係に焦点を絞ってこれに一定の評価を加えることで、本稿の問いに対する現時点における筆者なりの一定の評価を示した。

これによれば、日本国憲法制定時の理解からすれば、「行政権」（憲法 65 条）の主要な内容は、内閣の事務を定めた 73 条で列挙されていると解されるが、防衛は、内閣の権限から除外され、本来的には内閣の「行政権」（65 条）や「その他の一般行政事務」（73 条柱書）に含まれるものではないと考えた。というのは、

日本国憲法制定時においてはすべての「陸海空軍その他の戦力」の設置が禁止されるというのが政府見解であって、自衛のための必要最小限度の実力組織の設置がこれに反しないという論理によって自衛力の保持に途を開くことが当時はまだ予定されていなかったことを踏まえると、日本国憲法が内閣に防衛に関する権限を授権したと言いき難いからである。73 条に関する上記の理解を踏まえれば、外交事務が明記されているのに防衛事務が明記されていないことは、なお一層重要な意味を帯びる。

ただ、その後に打ち出された、憲法 9 条 2 項が自衛力の設置までを禁止するわけではないという憲法解釈の下において、これに関する権限を一憲法で授権がなされているわけではないが一法律で内閣や行政各部に付与することは、国会の法律制定権の行使として禁止されていないと解する。

以上の検討において、「行政権」（憲法 65 条）の内容をどのように解するかについて、君主制の理論的背景を残しているタイプの非限定的控除説については、明確にこれを否定した。けれども、国民主権を基礎としてどのような内容の「行政権」（憲法 65 条）を支持するかについては、判断を留保している。ただ、本稿筆者が「行政権」（憲法 65 条）が執政と行政（又は法律執行）の両者を包含する、個別列举権限総称型の執政権説に傾いていることはここで明示しておきたい。

いずれの説に立つにせよ、防衛作用については、外交作用とは異なって、日本国憲法 65 条及び 73 条のいずれでも憲法上授権又は予定されているとはいえず、自衛隊が憲法に反しないとの前提の下で、法律によって授権されたに過ぎないという説明が成り立つことを明らかにした。この場合、日本国憲法は、本来的に「行政権」（憲法 65 条）の内容に防衛作用又はその存在を前提とした最高決定作用・最高指揮作用を本来的に含めているとはいえないが、法律によって創出されたそれら作用を「行政権」（65 条）として説明することは、権力分立原則の射程を対人民支配作用に限定する見解に立たない限りは可能である（なお、限定する見解に立ったからといって、憲法 9 条の禁止に反しない限りで、防衛に関する法律によって内閣や行政各部にそれらの権限を付与することが禁止されるわけではない）。

最後に、本稿の検討の先にあり、本稿ではまだ扱っていない問題を明らかにして、今後の課題としたい。一つは、防衛に関する執政的決定を行動として実施する作用を行政法学でいう（狭義の）行政として説明することができるか、そうではなくその実施作用もなお執政の一部とみるか、いずれでもなく軍事防衛作用という独自の作用として説明するかという問題である。これについては、日本国憲法の下では、自衛隊法の解釈も踏まえる必要があるだろう。もう一つは、防衛に関する最高決定権・最高指揮権が法律による授権を前提に「行政権」（憲法 65 条）に含まれうるとしても、その作用を内閣が独占するか否かの問題である。むしろ、日本国憲法の下では、この問題についても、議院内閣制の一般的構造の下における協働執政の具体的あり方が解明されなくてはなるまい⁹⁰。そうした問題の下に、自衛隊の防衛出動の国会承認の位置づけが問われることになるだろう。以上の残された問題に本稿の研究結果がどのように波及するかについては、稿を改めて論じることにはしたい。

¹ 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 29 号（2005 年）25 頁以下。

² この問題を直接に扱っている文献として、例えば、山下愛仁『国家安全保障の公法学』（信山社・2010 年）87 頁以下、萩原貴司「行政権と防衛作用の帰属」中央大学大学院研究年報 46 号（2017 年）47 頁以下がある。なお、萩原の論文で「防衛作用」といわれる場合には、かなり広いようである。

³ 山下、前掲書 92 頁において、山下は、拙稿に対して、『国の防衛は果たして行政なのか』という問題設定に対し適切に答えるためには、『国の防衛』の内実を問い、それを『内閣』、『行政各部』にどのように配分するのか、あるいはすべきかにつき、明確にしなくてはならない」という問題提起をされているところ、その指摘自体は極めて正当である。その点についていくぶん補足することは本稿の課題の一つである。ただ、内閣及び自衛隊が防衛につ

いて担っている事務は、人事、予算、規範制定など極めて広範であって、それらを詳細に分析して、それがいかなる行政に該当するかを判断することは、本稿のみでは完結しえない課題である。したがって、本稿では、憲法典においてしばしば特段の規律対象となり、かつ安田・小針論争においても中心的問題とされていた防衛作用自体及びこれに関する最高指揮権に焦点を当てることにしたい。

⁴ 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第3版〕』（有斐閣・1979年）300頁。

⁵ 宮澤俊義（著）・芦部信喜（補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社・1978年）494頁。念のために補足しておく、宮澤は、「右のような意味の立法権と司法権」をそれぞれ「法をつくる権力（法規範を定立する作用）」「すべての法律上の争訟を裁断し、犯罪人に刑罰を科する権力（民事・刑事の裁判を行う作用）」と説明している（同上）。

⁶ 清宮『憲法Ⅰ〔第3版〕』300－301頁。このような説明は、現在の教科書における控除説の説明においても広くみられる。

⁷ 前掲書 301頁。

⁸ 前掲書 303頁。

⁹ 前掲書 322頁。

¹⁰ 前掲書 324頁。

¹¹ 宮澤（著）・芦部（補訂）『全訂日本国憲法』494頁。

¹² 佐藤功『憲法（下）〔新版〕』（有斐閣・1984年）810頁。

¹³ 安田寛「行政と国の防衛」防衛法研究 17号（1993年）58頁。

¹⁴ 安田寛『防衛法概論』（オリエント書房・1979年）61頁。

¹⁵ 1954（昭和29）年5月31日参議院内閣委員会佐藤達夫法制局長官答弁（第19回国会参議院内閣委員会会議録 48号 31—32頁）。

¹⁶ 例えば、萩原「行政権と防衛作用の帰属」52頁では、「控除説によれば、防衛作用は『行政権』に含まれるといえそうである」という結論が導かれている。

¹⁷ 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第3版〕』114頁、宮澤（著）・芦部（補訂）『全訂日本国憲法』172-173頁。

¹⁸ 小嶋和司「権力分立と衆議院解散権」同『憲法と政治機構』（木鐸社・1988年）所収 143頁。

¹⁹ なお、小嶋の権力分立観は、次の通りである。権力分立には二つの把握法があり、「併列的」「縦断的」権力分立観と「階層的」「横断的」権力分立観に区別される。「階層的」「横断的」権力分立観とは、立法・司法・行政の権力分立の目的が、対人民支配作用について適正な法治行政のための組織を確保し、もって個人の自由の保障することであると把握する権力分立観である。これに対して、「併列的」「縦断的」権力分立観とは、「三権をそれぞれ相侵さぬよう独立せしめてその権限を行使せしめるところに、この制度の目的があると把握」するものであり、かかる権力分立観は、「権力分立が神託の崇敬を獲得した後、君主勢力の強いところで受容される場合に採用された把え方」とされる。以上に区分した上で、小嶋は、権力分立の本来の目的とは、「行政に対する法的抑制を確立すべく、立法部としての国民代表議会、司法部としての独立的裁判所を設置するところに眼目があって、行政部の地位や権能を、立法部や司法部のそれと同様な厳格性をもって擁護することにはない」として、「併列的」「縦断的」権力分立観こそが日本国憲法に整合する権力分立観と考える。参照、小嶋和司「内閣の職務と責任」同『憲法と政治機構』（木鐸社・1988年）所収 345頁、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会・1987年）440頁。また、参照、小嶋和司「権力分立」同『憲法と政治機構』（木鐸社・1988年）所収 160頁、200—201頁及び 210—211頁。

²⁰ ここでは、非限定的控除説との対比で小嶋の限定的控除説を独自の説として挙げたが、小嶋の見解をもって「通説とは異なる『限定的控除説とでも称すべき』独自説が立てられているとみる必要はない」とみる見解もある（高見勝利『芦部憲法学を読む』（有斐閣・2004年）198頁）。行政控除説の「通説」なるものは、実は論者によってイメージが異なるのかもしれない。

²¹ 小嶋『憲法概説』437頁。

²² 小針司『憲法講義（全）〔全訂第3版〕』（信山社・2003年）158頁。

²³ なお、小針は、小嶋の初期の著作と晩期の著作とでは、行政概念に「微妙であるが重大な違い」がみうけられることを指摘している。これによれば、本文中で示したのは、小嶋の初期の著作における控除説に依拠した説明である。他方、小針は、小嶋の晩期の著作における行政の定義、すなわち、「行政とは、国家の人民支配作用の中、立法機関・司法機関に属するものを除いた残りのすべての作用」（小嶋『憲法概説』436頁）という定義にも依拠している（小針司『文民統制の憲法学的研究』（信山社・1990年）266頁）。もっとも、いずれの定義からも、国家の対外作用は、行政から除外されることになるので、ここでは定義の微妙な違いにはこれ以上立ち入ることなく、検討を先に進めることとしたい。

- ²⁴ 小針『憲法講義（全）[全訂第3版]』158頁。
- ²⁵ 小針司『防衛法制研究』（信山社・1995年）114頁。
- ²⁶ 小針『文民統制の憲法学的研究』276頁。
- ²⁷ 阪本昌成「行政権の概念」高橋和之・大石眞（編）『憲法の争点[第3版]』（有斐閣・1999年）所収198頁。阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治、初宿正典、大石眞（編）『憲法50年の展望Ⅰ』（有斐閣・1998年）261頁でも、内閣を「政策を決定する『執政権』の主体である」とされる。
- ²⁸ 樋口陽一、石川健治、蟻川恒正、宍戸常寿、木村草太『憲法を学問する』（有斐閣・2019年）93頁（石川健治による報告）。
- ²⁹ 宮井清暢『「行政権」と『執行権』のあいだ（2・完）』愛知学院大学論叢法学研究35巻1・2号（1992年）68頁。
- ³⁰ 参照、塩野宏「行政概念論議に関する一考察」塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣・2001年）所収30頁。
- ³¹ 阪本「行政権の概念」198頁。
- ³² 阪本「議院内閣制における執政・行政・業務」216頁以下、261-262頁。
- ³³ Vgl. z.B. Peter Badura, Staatsrecht, 4.Aufl., 2010, S.678.
- ³⁴ 初宿正典「基本法における『執行権』の概念」同『日独比較憲法学研究の論点』（成文堂・2015年）所収466頁。
- ³⁵ なお、宮井は、ドイツのみでなくアメリカやイギリスも参照している。参照、宮井清暢『「行政権」と『執行権』のあいだ（1）』愛知学院大学論叢法学研究34巻3・4号（1992年）144頁以下。
- ³⁶ 1946（昭和21）年7月20日衆議院帝国憲法改正案委員会金森徳次郎國務大臣答弁（第90回帝國議會衆議院帝國憲法改正案委員会議録（速記）18号349頁）。
- ³⁷ 1946（昭和21）年7月1日衆議院帝国憲法改正案委員会金森徳次郎國務大臣答弁（第90回帝國議會衆議院帝國憲法改正案委員会議録（速記）2号5頁）。
- ³⁸ 1946（昭和21）年9月21日貴族院帝国憲法改正案特別委員会金森徳次郎國務大臣答弁（第90回帝國議會貴族院帝國憲法改正案特別委員議事速記録19号15頁）。
- ³⁹ 詳しくは、参照、佐藤幸治、中村睦男、野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣・1994年）226 - 227頁以下（佐藤執筆箇所）。
- ⁴⁰ 宮井『「行政権」と『執行権』のあいだ（2・完）』71頁。
- ⁴¹ 宮井『「行政権」と『執行権』のあいだ（2・完）』72頁。
- ⁴² 阪本昌成『権力分立』（有信堂・2016年）86-87頁、125頁以下、135頁以下。
- ⁴³ おそらく日本国憲法の「行政権」がドイツ基本法の「執行権」に相当するものとみる宮井の見解は、このような立場に立っているものであろう。また、この点に関連して、宮井清暢『「統治（Regierung）」の概念について』板倉宏・吉田善明（編集代表）『納税者の権利』（勁草書房・1991年）所収110—112頁も参照されたい。また、佐藤幸治も、「憲法65条にいう『行政権（executive power）』には、国法（法律）を執行する作用と政治・統治の作用の両者が含まれていることを正面から認めるべきである」（佐藤幸治「自由の法秩序」『日本国憲法と『法の支配』』（有斐閣・2002年）所収74頁）と述べている点では、このような立場に立っているようにもみえる。
- ⁴⁴ 既に紹介した阪本及び石川の執政権説は、そのような見解であるようにみえる。それ以外にも、例えば、参照、中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ」神戸法学年報14号（1998年）154頁以下。
- ⁴⁵ 実際、教科書の記述では、そのような理解が一般的である。参照、渋谷秀樹『憲法[第3版]』（有斐閣・2017年）591頁、渡辺康行、宍戸常寿、松本和彦、工藤達朗（著）『憲法Ⅱ 総論・統治』（日本評論社・2020年）283—284頁（松本和彦執筆箇所）など。
- ⁴⁶ 佐藤他『ファンダメンタル憲法』227頁以下（佐藤執筆箇所）。より近時の説明では、「外交関係の処理の権限は、三権分立的発想の枠組による行政権とは異質の面があるが、行政権者が担わざるをえない性質をもっている。不断の地道な情報収集と分析、それに基づく総合的および個別的外交政策の定立・調節と実行、を必要とし、かつ、外交関係と国内問題が密接に連動し合う状況下において、外交関係を処理する権限が行政権者に帰属せしめられるのはきわめて自然なことである」とされる（佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』（成文堂・2020年）542頁）。
- ⁴⁷ 例えば、山下『国家安全保障の公法学』96頁では、阪本の執政権説に基づけば、「自衛隊のような武装集団に特有の作用、すなわち防衛作用のうち重要な事項は、執政に読み込むことが適当であると解されるであろう」と説かれる。
- ⁴⁸ 安田「行政と国の防衛」56頁以下、安田寛「行政権と防衛作用」埼玉女子短期大学研究紀要7号（1996年）23頁以下。
- ⁴⁹ 富井幸雄「軍権と行政権」比較憲法学研究21号（2009年）32頁。この場合、「軍権」とは、狭い意味では、「軍の指揮監督、とりわけ軍事行動を命令する権限（作戦用兵）」とされる（30頁）。
- ⁵⁰ 富井幸雄『海外派兵と議会』（成文堂・2013年）48頁、54頁。

- ⁵¹ もっとも、富井説では、「執行権の中身は法律に委ねられている」、「内閣の職務である国防は、『一般行政事務』の中身として立法によって明確にされる」（前掲書 54—55 頁）とされている一方で、「日本国憲法において軍権は立法によって画定されることで権限が認められ、執行権に含まれる」（前掲書 50 頁）ともされている。この場合、本文引用部分との関係で、憲法で授権がなされるのか、法律で授権がなされるのか、いくぶん不明確な点があるように思われる。後者の見解であれば、むしろ本文の次の段落で述べる理路に近いものとなろう。
- ⁵² 佐藤他『ファンダメンタル憲法』231-232 頁以下（佐藤執筆箇所）。
- ⁵³ 野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利『憲法Ⅱ [第 5 版]』（有斐閣・2012 年）197 頁（高橋和之執筆箇所）。
- ⁵⁴ 毛利透「行政権の概念」同『統治構造の憲法論』（岩波書店・2014 年）所収 241 頁。
- ⁵⁵ 松井茂記『日本国憲法 [第 4 版]』（有斐閣・2022 年）202 頁。
- ⁵⁶ 高橋和之「権力分立の分析視角」同『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣・1994 年）所収 309 頁以下、同「日本国憲法における『立法』と『行政』の概念」同『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣・1994 年）所収 337 頁以下、同「権力分立」高橋和之・大石眞（編）『憲法の争点 [第 3 版]』（有斐閣・1999 年）所収 14 頁以下。
- ⁵⁷ 本段落の記述については、参照、高橋「日本国憲法における『立法』と『行政』の概念」339 頁以下、同「権力分立」15 頁以下。引用部分は、同「権力分立」15 頁。
- ⁵⁸ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 [第 6 版]』（有斐閣・2024 年）460 頁。
- ⁵⁹ 高橋和之「立法・行政・司法の観念の再検討」同『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣・2006 年）133 頁。
- ⁶⁰ 例えば、旧版の記述においてであるが、かつて、渋谷秀樹、赤坂正浩（著）『憲法 2 統治 [第 3 版]』（有斐閣・2007 年）57 - 58 頁（赤坂正浩執筆箇所）では、高橋の説が限定的控除説の前提に立つものとして整理されていた。
- ⁶¹ 高橋「日本国憲法における『立法』と『行政』の概念」339 頁。
- ⁶² 高橋「日本国憲法における『立法』と『行政』の概念」353—354 頁。
- ⁶³ 高橋『立憲主義と日本国憲法 [第 6 版]』446 頁。
- ⁶⁴ 宮井「『行政権』と『執政権』のあいだ（2・完）」73 頁。
- ⁶⁵ 佐藤「自由の法秩序」77 頁。
- ⁶⁶ 高橋『立憲主義と日本国憲法 [第 6 版]』460 頁。
- ⁶⁷ 参照、浅野博宣「『行政権は、内閣に属する』の意義」安西文雄（他）『憲法学の現代的論点 [第 2 版]』（有斐閣・2009 年）所収 150—151 頁。そこでは、「無限定な授権では授権をする意味がない」ことから、「控除説の魅力が非常に乏しい」ことが指摘されている。
- ⁶⁸ 石川健治が「かつての軍政・軍令大権」は、「憲法 9 条によってカテゴリカルに否定されている」と説いた（参照、石川健治「政府と行政」法学教室 245 号（2001 年）79 頁、また、参照、石川健治「統治のゼマンティック」憲法問題 17 号（2006 年）74—75 頁）ことは、この点に関わるように思われる。ただ、本文中の説明は、石川の論旨とは若干異なっているかもしれない。また、木村草太『自衛隊と憲法』（晶文社・2018 年）48 頁でも、「軍事権のカテゴリカルな消去」が説かれており、この場合、「主権者国民が、内閣や国会に軍事活動を行う権限を負託しないと決断したことを意味」とされる。木村は、内閣だけでなく、国会に対しても軍事権の授権がなされなかったと明確に説いている点で注目される。その当否は、より深い検討を要するが、本稿筆者は、国会の法律制定権は、憲法 9 条の禁止が及ばない限度で防衛事務にも及ぶものと解しており、その点で木村説とは異なる。
- ⁶⁹ この点に関わる指摘として、参照、宮井「『行政権』と『執行権』のあいだ（2・完）」73 頁、石川「政府と行政」79 頁。
- ⁷⁰ 対外的軍事作用の領域については、日本とは異なって、むしろ憲法の組織法上の授権に基づくことが比較憲法上一般的であると推察されることについて、さしあたり、参照、山中倫太郎「ネガリスト・ポジリスト論の分析と検証の試み」グローバルセキュリティ研究叢書 3 号（2020 年）9 頁以下、特に 28 - 29 頁。
- ⁷¹ 1946（昭和 21）年 9 月 21 日貴族院帝国憲法改正案特別委員会金森徳次郎国務大臣答弁（第 90 回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員議事速記録 19 号 32 頁）。
- ⁷² 同上。
- ⁷³ 安田「行政と国の防衛」58 頁。
- ⁷⁴ 杉村敏正『防衛法』（有斐閣・1958 年）6 頁。
- ⁷⁵ 安田「行政と国の防衛」59 頁。
- ⁷⁶ なお、日本国憲法制定時における大権事項の継承については、次のような質疑応答もある。すなわち、沢田牛磨が「此の内閣に付て先づ 65 條、『行政権』と云ふことはどう云ふ範囲でございますか」「さうすると大體は今日現在の憲法に於ては大権事項となつて居るものは總て大體之に屬すると云ふことになりますか」（傍線は山中による）と質問したのに対して、金森国務大臣は、「左様であります」と応答した（1946（昭和 21）年 9 月 21 日貴族院帝国憲

法改正案特別委員会金森徳次郎国務大臣答弁（第 90 回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員議事速記録第 19 号 6-7 頁）。「大体」という点が統帥大権との関係でみても微妙な表現となっており、そのような質疑に対する肯定的答弁であった。これも本論の理解に整合する答弁であるように思われる。

⁷⁷ ジョン・ロック（著）、加藤節（訳）『完訳 統治二論』（岩波書店・2010 年）470 頁。

⁷⁸ 阪本「議院内閣制における執政・行政・業務」230 頁。

⁷⁹ 安田「行政権と防衛作用」24 頁。

⁸⁰ オットー・マイヤーの例につき、参照、石川「統治のゼマンティック」66 頁以下、同「政府と行政」76 頁以下。

⁸¹ 安田が「その後の自由主義・民主主義理論は、対外作用もまた国民の福利とかかわりをもつことを認識し、権限を政府と議会に分配することとした」と述べている（安田「行政権と防衛作用」25 頁）のも、この点に関わり、より深い検証を要する。

⁸² 安田「行政と国の防衛」58 頁でも同様の位置づけがなされている。

⁸³ 棟居快行「日本国憲法と行政概念」同『憲法学再論』（信山社・2001 年）所収 12 頁。

⁸⁴ 浅野「『行政権は、内閣に属する』の意義」164 頁。

⁸⁵ 浅野「『行政権は、内閣に属する』の意義」158 頁。

⁸⁶ 渋谷秀樹、赤坂正浩（著）『憲法 2 統治 [第 9 版]』（有斐閣・2025 年）59—60 頁（赤坂執筆箇所）。

⁸⁷ 参照、「特集 憲法学の可能性を探る」法律時報 69 巻 6 号（1997 年）29 頁（石川健治発言）。

⁸⁸ 石川健治「執政・市民・自治」法律時報 69 巻 6 号（1997 年）23 頁。

⁸⁹ 法律執行説の側からは、執政権説に対する批判として、「執政権に属する権限には極めて多種多様なものが考えられうるところ、それらが憲法上はかならず『内閣』に属すると考えることは、まさに政治の領域で疑いなく中心にいる機関に憲法が明示的に認めていない権限を容認することにつながる以上、権力統制を中心的関心事とする近代憲法学にとってあまりにも危険である。」（毛利透「行政概念についての若干の考察」同『統治構造の憲法論』（有斐閣・2014 年）222 頁）と述べられている。だからこそ、「行政権」（憲法 65 条）の内容を問うことによって限定することに意味があるということになろう。

⁹⁰ 協働執政理論の下に国会を執政機関として位置づける研究として、参照、村西良太『執政機関としての議会』（有斐閣・2011 年）。同書では、執政の問題として外交や軍事についても扱われている点が、本稿の関心からは特に興味深い。参照、同書 43 頁以下。

