# 日本国憲法の「行政権」(65 条) における防衛作用の位置づけとその理論的展開が自衛隊法の構造理解に及ぼす影響―特に自衛隊の行動、自衛隊最高指揮監督権及び自衛隊行動決定権の問題に着眼して―

## はじめに

自衛隊法が定めをおいている、自衛隊の行動、自衛隊最高指揮監督権及び自衛隊行動決定権は、日本国憲法にいう「行政権」(65 条) (以下、括弧つきで「行政権」という場合には、これを指すこととする) との関係でどのように位置づけられるであろうか。ここで、自衛隊の行動とは、主に自衛隊法第 6 章 (「自衛隊の行動」) で列挙されている自衛隊の部隊行動であり、出動 (例として、防衛出動、治安出動及び警護出動)、(狭義の) 行動 (例として、海上警備行動)、派遣 (例として、災害派遣、原子力災害派遣及び地震防災派遣)、措置 (対領空侵犯措置、弾道ミサイル等破壊措置及び在外邦人等保護措置) 等である。また、自衛隊最高指揮監督権とは、自衛隊を指揮監督する最高レベルの権限を指し、自衛隊法 7 条には、「内閣総理大臣は、内閣を代表して自衛隊の最高の指揮監督権を有する。」と定められている。ただ、本稿で検討の対象となるのは、特に自衛隊の行動に関する最高指揮監督権の問題であることに注意されたい。さらに、自衛隊行動決定権とは、自衛隊の行動の発動を決定する権限であり、自衛隊法第 6 章では、各行動の種類及び性格の違いに応じて行動を命ずる権限の所在 (主に、内閣総理大臣や防衛大臣への帰属) やその行使手続が定められている。

本稿筆者は、「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―日本国憲法における『行政権』の概念と国の防衛・再考」[1] (以下、本稿で「前稿」という場合には、この研究ノートを指すものとする) において、憲法学における「行政権」に関する主要学説 (行政控除説、執政権説及び法律執行権説) との関係における防衛作用の位置づけの理論的可能性を検討した上で、自説の一定の方向性を示した。本研究ノートは、かかる基礎的成果を応用することで、前稿では明らかにしていなかった、次の二つの問題について解明を行う。一つは、前稿では、「自衛のための必要最小限度の実力」(以下、憲法解釈論の文脈でも、記述の煩雑を避けるために「自衛隊」という語を用いる[2]) の防衛作用が日本国憲法においてどのような位置づけを有するかという問題に焦点を当てていたところ、その論理を自衛隊が実施する作用全般、また、これに関する最高指揮監督権及び行動決定権にも敷衍することができるかという憲法解釈上の問題である。本論で具体的に示されるように、先行研究は、防衛作用に焦点を当てていたため、これに関する最高指揮監督権の問題を主に解明するにとどまり、その論理が自衛隊の作用全般、また、これに関する最高指揮監督権及び行動決定権の問題についてどのように応用されるかが明らかではなかった。もう一つは、自衛隊法という法律のレベルにおける規定である、自衛隊の行動、これに関する最高指揮監督権及び行動決定権の規定が上記の憲法解釈との関係でどのように位置づけられ評価されるかを明らかにするという憲法適用上の問題である。これら問題について小針司と安田寛による先行研究[3]では、研究の手掛かりが示されているが、本稿では、本論でその先行研究が依拠している論拠を分析し評価した上で、上記の問題への応用の可能性を検討した後に筆者独自の理解を示すこととしたい。

なお、このような研究課題が日本国憲法 9 条 2 項との関係で一定の前提に立った場合に成立するものであることには注意されたい。すなわち、日本の憲法学には、日本国憲法 9 条 2 項があらゆる「陸海空軍その他の戦力」の不保持を定めているものと解した上でこれに自衛隊も該当すると解する学説があり、これによれば、自衛隊の存在そのものが憲法違反となるから、本稿の問題設定そのものが成り立ち得ないことになるだ

ろう。確かに、日本国憲法９条２項解釈には諸説があり、それ自体が独自の検討を要する問題ではあるが、政府見解のようにあらゆる目的のためであれ「陸海空軍その他の戦力」の保持は禁止されていると解しつつも、「自衛のための必要最小限度の実力組織」として設置された自衛隊の存在は憲法違反ではないという前提に立った場合に、「行政権」の解釈問題としていかなる論理が成り立ちうるかを解明することは、現に通用している憲法秩序の下に自衛隊の法秩序を定位せしめるために極めて重要な課題であると考える。

ところで、自衛隊の行動、これに関する最高指揮監督権及び行動決定権が本稿で一括して扱われるのは、次の理由による。すなわち、自衛隊の行動は、その行動の発動決定に基づいて開始され、その最高指揮監督によってその基本的なあり方が決定されるというように一連のプロセスを成しており、これら一連の問題は、「行政権」の解釈との関係で統一的な視点から説明できると考えるからである。もっとも、これまでの先行研究では、本論で具体的に示すように、これら複数の諸問題の関係がやや不明確なままに「行政権」との関係が問われてきたため、本稿では、日本国憲法の解釈適用の論理をより精緻にするために、その諸問題の相互関係をより分析的に明らかにすることを試みる。

では、これらの問いを解明することには、いかなる意味があるだろうか。日本国憲法は法の形式において最高の地位を有する「国の最高法規」であるから、日本国憲法の憲法秩序に適合する形でしか自衛隊の法秩序は法的な存立の余地がないため、憲法総論、統治機構論及び人権論の各分野において、日本国憲法の解釈適用の次元で自衛隊法を位置づけ、評価することが必要である。そのような大きな課題において特に重要な地位を占めるのが、自衛隊の行動の発動決定、自衛隊の行動に関する最高指揮監督、及び自衛隊の行動という一連のプロセスの日本国憲法上の位置づけ及び評価の問題であって、かかる問題に取り組むことが憲法秩序の保障にとって特段の必要性をもつからである。

本稿は、次の構成による。第１章では、「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の前稿の分析結果を確認した上で、これを敷衍すると「行政権」との関係で自衛隊の―防衛作用に限られない―作用全般がどのように位置づけられるか、そして、その位置づけ論が最高指揮監督権及び行動決定権の問題にどのように波及するかを結論も含め明らかにする。第２章では、第１章で導かれた憲法解釈によれば、自衛隊法で定められている、自衛隊の行動、これに関する最高指揮監督権及び行動決定権の規律がどのように位置づけられるかを憲法適用の問題として明らかにする。

## 1. 日本国憲法の「行政権」（65 条）における防衛作用の位置づけとその理論的展開

### (1)　防衛作用の位置づけ

#### ①　防衛作用の概念と本稿の検討対象

前稿で取り組んだことを受けて本稿でまずもって問題とされるのは、防衛作用は、内閣に属する「行政権」であるかという問題である。本稿で「防衛作用」という場合にいかなる意味であるかについて、二つの側面からより明確にしておきたい。

杉村敏正がいうように、「防衛作用という観念を実質的に解すれば、それは、これを行う機関の本来の任務を問わず、国の防衛を目的として行われるすべての作用を意味することになり、これを形式的に解すれば、国の防衛を本来の任務とする機関の行うすべての作用を意味することになる」[45]。この区別によれば、本稿で「防衛作用」という場合には、実質的意味の防衛作用を意味していることになる。

また、「防衛作用」とは、本稿では、「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」[6]を意味している（**狭義の防衛作用**）。日本の法律においては、これに対応するのは、自衛隊法が防衛を自衛隊の任務とし（自衛隊法３条１項）、内閣総理大臣が一定の要件が充足された場合に防衛出動を命ずることができ（76条）、これが命じられていることを要件として武力行使が認められている（88条１項）ことである。このような作用であるがゆえに、「他の国家に対して向けられた作用」[7]という性格づけに馴染み、外交作用と並んで、その権力分立原則における位置づけが問題となるのである。これに対しては、より広い意味で「防衛作用」という用語を用いる例もみられ、例えば、「内閣に属する行政権に含まれる防衛作用は、政務と部隊行動と行政事務としての防衛行政とに区分される」[8]、あるいは、「『自衛隊に対する最高指揮監督権』は『防衛作用』と捉えられる」[9]、と説かれることがある（**広義の防衛作用**）。そこでは、本稿で検討することになる行動決定作用や最高指揮監督作用、さらに本稿では検討の対象にはならない（狭義の）防衛行政作用も「防衛作用」という用語によってカバーされていることになる。このように「防衛作用」の意味には広狭があるところ、本稿では、狭い意味で「防衛作用」という語を用いていることに注意されたい。

なお、「防衛作用」と混同されがちであるが区別されるべき用語が「防衛事務」である。この語は、防衛に関わる事項全般を指している。防衛に関わる事項については、国会が、法律制定（防衛関連法律の制定等）又は法規定立、予算の議決、条約の承認及び政府統制等によって、また、裁判所が、防衛関連の刑事民事行政裁判によって関与することがあるので、防衛事務を行うのは内閣や行政各部といった執行部門に限られない。もっとも、本稿は、「行政権」の問題を扱うものであるから、防衛事務のうち内閣や行政各部が担任するものに焦点があたることになる。そして、内閣や行政各部が担っている防衛事務は、本稿で検討する、上記の狭義の防衛作用、これに関する最高指揮監督及び部隊行動決定の他に、最高政策決定（例えば、防衛三文書や対処基本方針の決定等）、防衛関連規則制定、防衛関連予算案の策定、防衛監察、並びに防衛公務員の選任及び管理等極めて広範かつ多種多様な内容を有する。本稿では、これらすべてを個別的に検討できないことから、自衛隊の行動の一連のプロセスに焦点をあてて主題を絞っている。

**② 各学説の帰結**

以上を踏まえて、ここでは、本稿における自衛隊法の構造理解のために必要な憲法解釈論上の前提を前稿の成果を踏まえて確認する。前稿と重複する内容の記述は、本稿独自の理論的展開に必要なものに限定することにしよう。

前稿で明らかにしたのは、実質的意味の防衛作用が、日本国憲法で内閣に属することとされている「行政権」の内実に含まれるか否かである。実質的意味における「行政権」に関する憲法学説には、行政控除説、執政権説及び法律執行説があり、しかもそれぞれの学説の内部にも複数の型が考えられるところ、いずれの学説のどのような型に立つかによって、ここでの問いに対する根拠づけ及び結論が異なりうる。

一方で、日本国憲法65条をして「行政権」を包括的に授権する条項―**包括授権型**の条項―と解した上で、そこでの「行政権」の内容につき、行政控除説のうち控除前の国家作用を―外交や防衛といった国家の対外作用を含め―国家のすべての作用を意味すると解する説（**非限定的控除説**）に立つ場合、又は、国家の対外作用も射程に含めた執政権説（**非限定的執政権説**）に立つ場合には、日本国憲法65条の「行政権」の包括的授権に防衛作用も含まれる可能性が残る。というのは、非限定的控除説の立場からは、国家作用のうち立法でも司法でもないものが日本国憲法65条の意味における「行政」であるところ、防衛作用は立法でも司法でもないから「行政」ということになり得るし、非限定的執政権説の立場からは、日本国憲法65条にいう「行政」には執政が含まれるところ、諸外国において執政には外交のみでなく軍事も含まれ得るからである[10]。

もっとも、「『行政権』の中身として如何なる作用が存在を許され、あるいは許されないかは、当該憲法の他の規定との関係で決まってくる」[11]ことを踏まえて、日本国憲法9条2項解釈との関係で日本国憲法65条の「行政権」の授権の内実を判断するならば、別様の結論が成り立ち得ることに注意が必要である。

他方で、日本国憲法65条をして「行政権」を包括的に授権する条項と解しつつもその射程を国家の対内作用に限定する見解に立った場合（**限定的控除説・限定的執政権説**）、又は法律執行説に立った場合には、国家の対外作用である防衛作用は、「行政権」の内容には入らないことになる。というのは、限定的控除説及び限定的執政権説、そしておそらく法律執行説も、「行政権」の射程を国家の対内作用に限定するから、対外作用である防衛作用は、「行政権」の内実には入らないことになるからである[12]。

また、日本国憲法65条を「行政権」を包括的に授権する条項とは解さずに、むしろ、「行政権」は憲法―主に73条に列挙された内閣の事務を遂行する権限―及び法律によって付与された権限の総称をあらわす、**個別列挙権限総称型**の条項であると解する場合には、日本国憲法73条列挙事項に、防衛事務の明文規定がないことがより重要な意味を帯びることになるから、日本国憲法が防衛作用に関する権限の付与をすることによってその権限が「行政権」の内実をなしている、とはいえない[13]。

**③ 自説の方向性**

ア） 本稿筆者は、前稿において、日本国憲法65条の「行政権」には執政作用が含まれるとする個別列挙権限総称型の非限定的執政権説を基礎づけうる根拠と共に、自説が同説に傾いていることを示した[14][15]。個別列挙権限総称型の非限定的執政権説とは、「行政権」を憲法及び法律によって付与された権限の総称としつつも、その実質的内容として少なくとも執政を見出す見解であり、この場合、「行政権」の射程は、国家の対内作用に限定されない。この説に立つ場合には、憲法又は法律で授権がなされている場合に、その権限が少なくとも執政概念の実質的メルクマールを備えている限りにおいて「行政権」の内実となる。

このような理解に立った上で、次のように憲法上の授権と法律上の授権を区別する。すなわち、日本国憲法で特定の国家作用につき直接に授権がなされている場合は、本稿では「本来的授権」ということとする。この授権形態においては、日本国憲法65条の「行政権」の内実にその権限が本来含まれていることになる。これに対して、日本国憲法で特定の国家作用につき直接に授権がなされているわけではないが、法律でその作用につき権限が付与されている場合には、本稿では「派生的授権」ということにする。この授権形態の下では、日本国憲法65条の「行政権」の内実にその権限は本来含まれていないものの、法律によってその権限が付け加えられることによって、それは「行政権」の派生的な内実となる。

このような「行政権」の解釈に立脚しつつ、以下、防衛作用をどのように位置づけることができるかについて、前稿では十分に示していない論拠を補足して、自説の方向性をより明確にすることにしよう。

内閣の権限が国民の憲法制定によって創設的に授権されるという、国民主権の発想を基底に据えると、日本国憲法制定時にその9条2項によって自衛目的のものを含めあらゆる「陸海空軍その他の戦力」を保持しないことが狙いとされていたという前提の下で日本国憲法制定によってどのような権限が内閣に属することとされたかを判断するならば、その内実には防衛作用に関する権限が本来は含まれていなかったと解することができる[16]。このような理解からすれば、防衛問題についても内閣権限にもっとも有利な諸説、すなわち、包括授権型の非限定的控除説又は非限定的執政権説の見地に立った場合であっても、「行政権」には防衛作用は本来含まれていないと考えられる。そのことは、内閣の主要な事務の骨格を定めた73条各号において、「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」（杉村）[17] であり、そのように解することは、外交関係の処理（2 号）や条約の締結（3 号）が明記されていることとの関係でも「権衡を失している」（小針）[18] ことからも裏付けられる。そして、包括授権型の非限定的控除説又は非限定的執政権説には立たない場合、例えば、自説が傾いているように個別列挙権限総称型の非限定的執政権説に立つ場合にはなおさら、「行政権」の内実を 73 条等の個別の憲法条項から導かなければならなくなるために、73 条に防衛事務の規定がないことがより大きな意味を帯びることになろう。このような次第で、日本国憲法による本来的授権としては防衛作用に関する権限の付与はなされていないのであり、それゆえにその権限は、「行政権」の本来の内実をなしているとはいえない。

イ） このように防衛作用に関する権限が日本国憲法によっては付与されていないことから、「行政権」の内実にその憲法上の権限が含まれていないとしても、防衛作用に関する権限を―日本国憲法ではなく―法律で付与する可能性は、憲法上の授権とは別に法律上の授権の問題として考察されなければならない。

もとより防衛事務について内閣又は行政各部に法律で権限を付与することが日本国憲法上可能かという問題がある。この点の詳しい検討は別稿に委ねざるを得ないが、国会は、最高法規である日本国憲法に反しない限りで法律によって国政全般にわたる一般的な規律をすることができるので、日本国憲法の規範及び原理―この問題との関係では特に日本国憲法 9 条に焦点があたるがそれに限られない―に反しない限りで防衛事務につき国会が法律を制定することが可能である。これまでの立法実務において、かかる前提の下で自衛隊法をはじめとした防衛関連法律が制定されてきたし、憲法学説においても、重要な異説はあるものの [19]、かかる前提で考えられてきたようにみえる。例えば、佐藤幸治は、「行政権」の射程を対内作用に限定する立場からであるが、次のように説いている。「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の決定権は国会にある」[20]。こうした見解からは、日本国憲法による本来的授権によっては「行政権」の内実に防衛作用が含まれることとはなっていない場合に、日本国憲法に反しない限度で、法律によって防衛事務に関わる権限を創設し、これを内閣又は行政各部に派生的に授権することも可能ということになるだろう。

もちろん、日本国憲法の規範や原則に反する事柄や内容について国会が法律制定権を行使することが禁止されていることから、法律による授権は、権力分立原則及び基本権等の制約のみならず、防衛の分野では特に平和主義及び日本国憲法 9 条の制約の限度にとどまっていなければならない。9 条の制約をどのように解するかは周知の通り諸説あるが、政府見解のように、9 条 1 項によれば、自衛権の行使は禁止されないと解した上で、その 2 項で保持が禁止される「陸海空軍その他の戦力」を自衛のための必要最小限度を超える実力と解した上で自衛隊の設置は―自衛のための必要最小限度の実力組織にとどめられる限りにおいて―2 項に反しないと判断する場合には、9 条の制約の範囲内で、防衛作用を内実とする権限を法律で内閣又は行政各部に付与することは、禁止されない。

このように防衛作用に関する権限を内閣又は行政各部に法律で授権することが日本国憲法上可能であると解する場合において、実際に付与された権限が「行政権」といかなる関係に立つかは理論的に問題となる。本稿のように、「行政権」を憲法及び法律で内閣及び行政各部に付与された権限の総体のうち「行政権」の実質を有するものと理解する立場からすれば、日本国憲法ではなく法律で付加された、防衛作用を内容とする権限が「行政権」の内実をなしていると捉える余地がある [21]。ただ、そう解しない場合でも、通説のように日本国憲法 66 条にいう「行政権」を形式的に解することによっておよそ内閣及び行政各部の権限行使は国会に対する連帯責任の下におかれることになるので、いずれにせよ、防衛作用について議院内閣制におけ

る責任追及の仕組みから外れてしまうことにはならない。

ウ） ところで、「行政権」が内閣に属すると定める日本国憲法 65 条を包括授権型ではなく個別列挙権限総称型の条項と解しつつ、しかし、「行政権」の実質的意味をなお問題とするのが本稿の方向性であることは、前述した通りである。この場合に、執政権説のように「行政権」の内実に執政作用を見出した上で、さらに次の二つの整理を考えることができる[22]。

まず、内閣に属する「行政権」とは執政権のみを指すと解する見解（以下、「**執政限定型**」と呼ぶ）である。執政権説は、「行政権」の内実につき、そのような見解として受け止められているようでもある[23]。かかる執政限定型に対しては、「同説が伝統的に行政権行使の典型とされてきた法律執行を行政権概念から排除したことは、妥当とはいえない」という批判があり得ることになる[24]。かかる執政限定型の下では、内閣権限が執政権、行政各部の権限が法律執行権というように截然と分けた権限分属のイメージが説かれうる。このようなイメージを防衛の文脈に敷衍すれば、内閣の「行政権」は、防衛事務のうち執政作用としての内実をもつものに限定されるから、これとの関係で問題とされるべきは、まずもって防衛に関する最高指揮監督権、行動決定権及び最高政策決定権であることになる[25]。これに対して、「行政各部」として設置された自衛隊が実施する防衛作用―防衛出動時の「武力の行使」（88 条）―は、内閣の権限の問題ではなく、むしろ行政各部の権限の問題ではないかという疑問も生じることだろう。

しかしながら、内閣に属する「行政権」の内実には、行政各部が実施する作用も含まれると解することができる。行政各部が実施する作用として常に挙げられるのは、法律執行又は狭義の行政であるところ、内閣に属する「行政権」には、法律執行（又は狭義の行政）も含まれると解する見解も見られ、「行政権」の内実に執政を見出す学説にも、このような理解に立っているようにみえるものがある（以下、「**執政・法律執行包含型**」と呼ぶ）[26]。例えば、佐藤幸治は、もちろん執政の方にアクセントがあるけれども、「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」[27] と述べている。日本国憲法 73 条の明文で内閣の事務に「法律を誠実に執行」（1 号）することが挙げられていることは、内閣に属する「行政権」の内容に法律執行が包含されていると解することの文理上の根拠となるが、また、日本国憲法制定に際しての帝国議会での審議において「行政権」の内実に「國務的の見地」からの決定と「事務的に行政的に實行すると云ふ行政」が含まれていることが確認された[28] 点からしても、執政と法律執行の双方が包含されていると解される[29]。

その審議において併せて注目されるのは、「行政権は、内閣に属する。」という場合の「属する」の意味について、「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」[30] と説明されたことであろう[31]。ここでは、内閣に属する「行政権」の内実に「國家全體の國務」及び「事務的に行政的に實行すると云ふ行政」の両者が含まれているとはいっても、その含み方は場合によって異なることから「属する」という文言が用いられたという理解が示されている。

このような発想の下では、「行政権」の内実には、執政のみならず行政各部が実施する作用、まずもって法律執行又は（狭義の）行政も包含されることになろう。行政各部が実施する作用が「行政権」の内実をなしていても、その作用は、なお内閣に「属する」わけである。これを防衛事務の問題に即していえば、行政各部として設置された自衛隊が実施する（狭義の）防衛作用も―これが法律執行作用として位置づけられるか否かはさしあたりおくとしても―内閣に属する「行政権」の内実に含まれると解する余地が生ずるのである。もっとも、法律による授権によって防衛作用が「行政権」の派生的内実となるためには、授権された権

限が「行政権」の実質を有することが必要である。すなわち、本稿が採用する個別列挙権限総称型の非限定的執政権説の立場からすれば、少なくとも執政又は法律執行作用の実質を有する権限については、法律による創設的授権を経て「行政権」の派生的内実をなすことになると解することができる。但し、防衛作用がそのいずれの作用に分類されるか、あるいは独自の性格を有するかについては、本稿では判断を留保し、今後の課題としたい。

**(2) 自衛隊の作用全般の問題への理論的展開**

以上の（実質的意味における）防衛作用に関する結論を自衛隊の作用全般に敷衍することは可能であろうか。現行自衛隊法において自衛隊が行うこととされている行動は、防衛出動に限られず、治安出動、災害派遣等極めて広範かつ多様である。しかしながら、筆者による前稿も含め、これまでの議論は、「行政権」（65条）との関係において、まずは国家の防衛作用―つまり、実質的意味の防衛作用―に焦点を当ててきた[32]ため、その論理が、防衛作用のみならず自衛隊の作用全般―形式的意味の防衛作用―とどのように関係するかについて、いくぶんの解明の余地を残す形となっている。

ア） 日本国憲法の制定時には、いかなる目的のためであれ「陸海空軍その他の戦力」（9条2項）の保持を禁止するという考えに立っていたから、日本国憲法によって防衛作用を内実とする権限が内閣及び行政各部に直接付与されたとは考えられない。というのは、軍隊の本来の任務が防衛であってそれが防衛作用を行うものであることは、明治憲法においてのみならず比較憲法的にも当然であるから、日本国憲法がいかなる目的のためであれ「陸海空軍その他の戦力」の保持を禁止したことは、これによる防衛作用を―9条1項ではそれが禁止されていないとしても―本来は予定していないことを意味するからである。かかる9条2項解釈を前提に日本国憲法で内閣に属することとされる「行政権」の内実を判断するならば、そこには、防衛作用のための権限は、本来は含まれない[33]。

このように防衛作用に焦点をあてた憲法解釈を自衛隊の作用全般の問題に敷衍するとどうなるのであろうか。防衛を一次的任務とする軍隊には、治安維持や災害時等における文民官庁の支援等、防衛以外にも多様な任務が副次的に付与され、その遂行のために様々な活動を実施することも、明治軍制においてのみならず、比較法的にもみられる現象である。上記のようにおよそ「陸海空軍その他の戦力」の保持が禁止されているという前提の下で「行政権」の内容を判断するならば、その内容に軍隊の本来の任務である防衛作用が本来は含まれないのは当然のこと、さらに、軍隊がその副次的任務として行う作用もまた、日本国憲法の「行政権」の内容に本来は含まれていなかったといえる。

もっとも、防衛以外に自衛隊が実施する作用があるとはいっても多種多様であって、とりわけ理論的に問題となりうるのは、例えば、災害派遣のように武装行動を内実としない国内の公共秩序維持作用である。このような作用は、消防や警察等が実施する作用と同様の、行政法が規律対象とする（狭義の）行政活動であって、それは日本国憲法73条1号にいう「法律の執行」の中核をなす作用として、日本国憲法において本来的に予定されていたのではないかという疑問があるかもしれない。この点については、さしあたり、次のように考えている。すなわち、日本国憲法制定時において9条2項がいかなる目的であれ「陸海空軍その他の戦力」の設置を禁止すると解されていたことから、防衛任務のための武装行動の能力を備え、警察や消防等とは組織編制構造を―例えば、部隊単位での活動、指揮監督構造の厳格性の点において―異にする部隊行動組織の存在が予定されていなかった。そのことから、そのような組織によって実施される作用は、消防や

警察等が実施する作用とは同列に解することができず、少なくとも法律によって自衛隊に行動を授権することなくして「法律の執行」（73 条 1 号）の本来の内実に含まれていたとはいえない。

イ） かように日本国憲法の「行政権」には、軍隊が実施する作用が本来はおよそ含まれていないところ、次に問題となるのは、そのような作用を法律で創設しこれを内閣や行政各部に派生的授権をすることが日本国憲法上可能かどうかである。これは、法律レベルでの授権の問題である。

本章の（1）③**イ**で論じたように、法律事項が国政全般に及ぶことからすれば、日本国憲法 9 条に反しない限りであれば、国会は防衛作用―現行の自衛隊法では、防衛出動という自衛隊の「行動」（76 条）、防衛出動下令時における自衛隊の武力行使の「権限」（88 条）―について法律で権限を創設しこれを内閣又は行政各部に付与することが禁止されない。このような理を防衛作用に限定する理由がない以上、自衛隊の作用全般について法律による授権が可能であるといえるだろう。

ウ） 法律によって創設された自衛隊の作用全般は、「行政権」との関係で、どのように位置づけられるだろうか。ここでは、（1）③**ウ**で防衛作用に限定して検討したところに従って、個別列挙権限総称型の非限定的執政権説によった場合に自衛隊の作用がどのように位置づけられるかについてのみ検討する。「行政権」の内容を執政に限定する見解によれば、内閣に属する「行政権」にまずもって対応するのは、行政各部としての自衛隊が実施する作用そのものというよりは、むしろこれに関する最高指揮監督権、行動決定権及び最高政策決定権ということになろう。そして、内閣権限としての執政権と行政各部の権限という対応関係を想定する場合には、行政各部である自衛隊の作用に関する権限は「行政権」とは区別された権限ということになると考えられる。しかし、前述のように、内閣に属する「行政権」の内実に、執政の他、法律執行を中核とした、行政各部が実施する作用も含まれると考える場合には、そこには、法律で授権がなされている限りにおいて、行政各部としての自衛隊の作用全般も含まれる可能性が出てくる。本稿では、この見解に立った上で、行政各部としての自衛隊の作用全般が内閣に「属する」といえるためには、内閣が行政各部に対していかなる法的関係を有することが日本国憲法上要請されるかを問題とする。その法的関係において重要な要因となるのが、次に検討する自衛隊最高指揮監督権及び自衛隊行動決定権である。

### （3） 自衛隊の最高指揮監督権及び行動決定権の問題への理論的展開

ここまでは、自衛隊が実施する作用の「行政権」における位置づけの問題を国家作用の観点から検討してきた。そこにおいて、自衛隊の行動に関する最高指揮監督権及び行動決定権の問題は、一見すると全く別の問題のようにもみえる。しかし、防衛法学における先駆的論争において「行政権」における（狭義の）防衛作用の位置づけが問題とされた場合には、同時に、「行政権」における自衛隊最高指揮監督権の位置づけが問題とされていたことも確かである。実際、安田が内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権を定めた自衛隊法 7 条は内閣総理大臣の行政各部指揮監督権を定めた憲法 72 条の確認規定であるとする見解を肯定的に引いた上で、「自衛隊に対する指揮監督権は行政権の一部であり、自衛隊は行政各部の中に完全に組み込まれている」[34] と述べたのに対して、小針は、「国家が何らかの対外的実力組織を設ける場合、それに対する指揮権の在り方は避けては通れない憲法上の問題と考えるべく、さすればこの点につき現行憲法典上何ら明文の規定がないのは何故か、議論が生ずる。さらに、単に行政各部一般に対する指揮監督の問題に解消させてしまうには、余りに事柄が重大過ぎるように思われる。」と疑問を呈した上で、さらに遡って、「防衛（事務）を部隊行動の指揮命令まで含めて『他の一般行政事務』に入れてしまい、国家作用上防衛が行政に属するこ

とに何らの疑問をいだかない思考法とはいかなる国家作用論、権力分立論、言ってみれば行政観に立っているのか検討の余地があるものと考える」[35]と説いて防衛作用が行政に属するかという国家作用問題の解明へと向かい、安田との論争の焦点が防衛作用の問題に向けられたからである。つまり、その論争では、防衛作用に関わる最高指揮監督権が行政作用に関する指揮監督権の問題に解消できるか否かについて解明するに際して、そもそも防衛作用が行政作用といえるのかどうかが問題とされたわけである。もちろん、そこにおける「行政」がいかなる意味の「行政」なのかが特定されなければならず、本稿では、行政法学で主題となる狭義の「行政」ではなく、日本国憲法65条にいう「行政権」を問題としている。

本章の（1）③アで検討したように日本国憲法の「行政権」の内実に防衛作用が本来含まれていないならば、これに関する最高指揮監督権及び行動決定権も、日本国憲法で本来的に予定されているとはいえない。というのは、本来の任務や作用である防衛作用を行うことが日本国憲法で予定されていないのにこれに関する最高指揮監督権及び行動決定権が認められていると考えることには無理があるからである。もっとも、諸外国の憲法には、軍隊の防衛作用を直接定めた規定を特段にもたず、軍隊の最高指揮監督権の規定のみを有する場合があるが、それは、軍隊の最高指揮監督権の規定が、軍隊によって行われる作用―ここでの文脈では防衛作用―を内実とする権限の付与を当然に含んでいるがゆえのことである[36]。この場合、防衛作用を行うことができることがこれに関する最高指揮監督権及び行動決定権が存立することの論理的前提になっていることに変わりがない。安田や小針が日本国憲法の「行政権」との関係における最高指揮監督権の位置づけを問題としたときに、そこで問題とされたのは、より根本的には、その前提をなす防衛作用の位置づけであったと考えられる。

では、防衛作用にとどまらず自衛隊の作用全般について最高指揮監督権及び行動決定権の問題は、どのように考えられるであろうか。本章の（2）で敷衍したように、自衛隊の作用全般が日本国憲法の「行政権」の内容に本来含まれていないならば、これに関する最高指揮監督権及び行動決定権も、日本国憲法で本来的に予定されていたものとはいえない。これを「行政権」の内実の問題として論じるならば、自衛隊の作用全般につき、その最高指揮監督権及び行動決定権は、「行政権」に本来的には含まれないということになるだろう。そして、その権限の行使が執政作用のために不可欠の要素をなしていることに鑑みれば、その権限は「行政権」の内実である作用―執政作用―の問題に結びついているといえる。

もっとも、本章の（1）③イ及び（2）イで論じたように、日本国憲法の「行政権」には本来は含まれていない作用を法律で内閣又は行政各部に派生的に付与することが日本国憲法で禁止されない限度で許容されていると解するならば、これと同様に、自衛隊の作用に関する最高指揮監督権及び行動決定権を内閣に法律によって派生的に付与することも許容されると解することができる[37]。佐藤幸治の次の説明も、最高指揮監督権が組織法律によって創設的・派生的に付与されるというイメージに―正当にも―立脚しているものと見受けられる。「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の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てはじめて生じるもの」である[38]。

### 2. 自衛隊法上の自衛隊の行動、自衛隊最高指揮監督権及び自衛隊行動決定権の日本国憲法上の地位

第1章で明らかにした「行政権」に関する憲法解釈の枠組みからすると、現行の自衛隊法における自衛隊の行動に関わる諸規律、すなわち、自衛隊法上の行動、これに関する最高指揮監督権及び行動決定権は、日

本国憲法との関係でどのように位置づけられるであろうか。

### (1) 自衛隊の行動の地位

自衛隊の行動とは、主に自衛隊法第6章（「自衛隊の行動」）で列挙されている自衛隊の部隊行動を指し、出動の例として、防衛出動、治安出動及び警護出動、（狭義の）行動の例として、海上警備行動、派遣の例として、災害派遣、原子力災害派遣及び地震防災派遣、措置の例として、対領空侵犯措置、弾道ミサイル等破壊措置及び在外邦人等保護措置がある。1954年の自衛隊法制定時から比べると、現在では自衛隊の行動は、非常に多岐にわたるように法律で拡充された。

日本の防衛関連法制、まずもって自衛隊法は、ポジリスト方式の規律方式―自衛隊ができることを個別列挙してリスト化する規律方式―に立脚し、その基礎にはポジ原則―自衛隊は、法律に「できる」という根拠が定められている活動のみをすることができるという原則―があると考えられてきた。例えば、石破茂防衛庁長官（当時）の国会答弁では、「私どもの自衛隊法の書き方というのはポジリストになっておりますから、あれもできる、これもできるという、できることが列挙してある。しかし、基本的に軍隊の法制というのはネガリストであって、やってはいけないことが書いてあって、それ以外はやってもいい。そういう問題も私はあるのだろうと思っています。いずれにいたしましても、今の自衛隊法の中で何ができるかということはきちんと書いてあります。できることしかやってはいけないし、法律に根拠のないことはやってはいけません。」[39]と述べられ、政府答弁書でも、「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」とされている[40]。学説では、佐藤功が、自衛隊の行動を俯瞰した上で、「自衛隊がこれら列挙されているもの以外の行動を行うことが仮りに憲法上許容されていると解される場合であつても、自衛隊法上に根拠規定が設けられない限りは行い得ない」[41]と述べていた。

ここには、ポジリストという規律方式の問題とポジ原則の問題があることに注意したい。ポジリストという規律方式は、法律で自衛隊ができることを列挙する立法手法であるのに対して、ポジ原則とは、法律で自衛隊ができることとされていることのみをなしうるという原則である。ポジ原則に立脚しつつも、個別的な授権をリスト化する立法方式もあれば、より一般的な授権をなす立法方式も観念的には考えられなくはないので、ポジ原則とポジリスト方式は、必ずしも同じではないのである。この区別を踏まえた上で、本稿で以下に主題とするのは、ポジ原則の方である。

この原則は、自衛隊法上の「行動」（第6章）の次元と「権限」（第7章）の次元に分節化した上で分析されなければならない[42]ところ、かつて本稿筆者は、「行動」の次元におけるポジ原則は、行政法学でいう法律による行政の原則―特に法律の留保原則―からは説明がつかず、むしろ文民統制の原理からの説明の可能性を示唆した[43]。かかる行動レベルのポジ原則は、日本国憲法といかなる関係をもつだろうか。とりわけ、本稿で検討する「行政権」の問題とどのように交錯するだろうか。

第1章で論じてきたところによれば、日本国憲法の「行政権」の内容に自衛隊が実施する作用は本来的には含まれるものではないが、その作用を内実とする権限を法律によって創設しこれを内閣又は行政各部に派生的に付与することが可能である。こうした日本国憲法解釈の文脈の下に、安田の次のような防衛法理解を位置づけることができるだろう。いわく、「自衛隊の創設は、無からの創造（creatio ex nihilo）であった。伝統的な軍隊に関して自明の理であり、事物の性質上当然とされるところの事項が、個別に拾い出され、そ

れぞれ明文をもって規定された。その結果、自衛隊は軍隊のもつ特徴の多くを備えることにはなった。しかし、それは軍隊ではない。…したがって自衛隊の行動・権限について語るときには、もっぱら自衛隊法の条項のみに根拠を求めなければならない。実際、立法者は同法第6章（自衛隊の行動）・第7章（自衛隊の権限）に必要な規定を設けているのである」[44]。安田のいう「無からの創造 (creatio ex nihilo)」は、自衛隊法の行動に関する自衛隊第6章の行動授権によってなされるところ、それは日本国憲法の「行政権」（65条）の本来的授権の内実に自衛隊の作用が含まれないがゆえに法律による派生的授権が必要となる、という日本国憲法の理解によって基礎づけられるというのが、これまで縷々述べてきた憲法解釈からの帰結である。

このように自衛隊法第6章の行動規定を自衛隊の実施する作用に係る法律上の授権として捉えた場合に、その規定の性格はどのように分析することができるだろうか。文言に忠実に読めば、宮崎がいうように、自衛隊の行動の「発動要件、発動権者および発動手続きについては自衛隊法第6章（自衛隊の行動）に…規定した」[45]ということである。しかし、自衛隊法第6章の表題が―「自衛隊の行動の命令」又は「自衛隊の行動の決定」ではなく―「自衛隊の行動」であることに加え、ここまで述べてきたように自衛隊法第6章が自衛隊の行動につき自衛隊に対して法律で権限を付与するという意味合いをもっていることからして、その規定を自衛隊の行動の根拠規範としての性格を併有するものと捉えることが首尾一貫する。

ところで、防衛法解釈としては、自衛隊の行動に法律の根拠が必要であるという考えを、防衛法の基本原理である文民統制の観点から説明する可能性が考えられる[46]ところ、「行政権」に関する本稿での憲法解釈との関係を示しておくことにしよう。比較防衛法の視点からみると、文民統制は、ポジ原則、すなわち軍隊の活動には法律の根拠を必要とするという原則を必ず伴うものではなく、むしろ政治的コントロールの形態によるのが一般的であるから、日本の自衛隊法が文民統制の原理に立脚しているとはいっても、そこからポジ原則を直ちに導くには論理の飛躍がある[47]。とはいえ、日本国憲法では、自衛隊の行動は、「行政権」の本来的内実をなしておらず、自衛隊の行動に関する個々の権限は、法律によって創設されて、内閣又は行政各部に派生的に授権される。かかる法律授権型の構造によって日本型の文民統制の意味や形態が具体的に特定されているのだ、と説明することは可能であろう。もちろん、そのような文民統制の形態は比較法的には異例であるが、日本型の文民統制は、日本国憲法の構造のゆえに、国会―文民政治家によって構成される機関―が制定する法律による行動授権という特殊な形態をとることになったのである。

### (2)　自衛隊最高指揮監督権の地位

次に検討されるのは、自衛隊法が定める自衛隊最高指揮監督権（7条）は、日本国憲法の「行政権」（65条）との関係でどのように位置づけられるかという問題である。

もとより、日本国憲法の制定当初において、その9条2項ではあらゆる目的であっても「陸海空軍その他の戦力」を保持しないと解され、同時に、明治憲法で明文化されていた統帥権条項をもたないことになった。このことからすれば、防衛任務の遂行のための特有の構造原理を有する軍事指揮監督権の連鎖が日本国憲法によって本来は予定されていたとはいえない。小針が正当にも指摘していたように、「明治憲法下の軍制上、統帥権の独立という慣行が成立して」おり、「かかる慣行が我が国の憲政にもたらした弊害についてもたやすく想起することができる」、「したがって、かような歴史を背景とするならば、国家が何らかの対外的実力組織を設ける場合、それに対する指揮権の在り方は避けては通れない憲法上の問題と考えるべく、さすればこの点につき現行憲法典上何ら明文の規定がないのは何故か、疑問が生ずる」[48]のである。

しかし、自衛隊の作用全般が自衛隊法の行動に関する自衛隊法上の規定によって初めて創設されることになると、その作用に関する最高指揮監督権がどのように扱われるかは、とりわけ統帥権の独立という歴史的陰影を踏まえるならば、国家や憲法秩序の死活問題となる。この問題につき、小針は、正当にも、「事柄の重大性、我が国における統帥権独立の歴史的沿革等を考慮すれば、憲法典と考えられるべきこととなり、その意味で現行法制は納得できるものではない。単なる法律を以てしても可能という立場でのみ、それは正当化されうる」[49]と述べている。そこで指摘されている通り、そもそもこの問題を定めることが「単なる法律を以てしても可能」かどうかいう問題がある。この問題については、①法律事項は国政全般に及ぶと解されることに加え、②日本国憲法に軍隊の最高指揮権規定がないとしても、別に日本国憲法で予定されている行政各部指揮監督権（72 条）の一般的枠組みの下で特に自衛隊という問題につき最高指揮監督権を法律で定めることは妨げられないこと、さらに、③明治憲法及び比較憲法的にみて軍隊の最高指揮監督権条項が憲法典で定められているとしても、そこから日本国憲法に規定がない場合にこれを法律で定めることができないという命題まで導くには論理の飛躍があり、むしろ日本国憲法 9 条に反しない必要最小限度の実力組織の行動に関する指揮監督権の連鎖を組織法律でつくりだすことは禁止されないものと解することができよう。佐藤幸治が既に指摘していたように、「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の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（山中注―自衛隊法 7 条）は国会による組織法的決定をまってはじめて生じるもの」[50]ということである。

このような結論に立った場合に、日本国憲法に内閣総理大臣の行政各部指揮監督権（72 条）が一般的に定められていることとの関係で自衛隊法に内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権（7 条）が定められていることを理論的にどのように説明できるであろうか。防衛法学の通説は、自衛隊法における内閣総理大臣の自衛隊に対する最高指揮監督権の規定を、日本国憲法における内閣総理大臣の行政各部指揮監督権の規定を確認する規定と解してきた（**確認規定説**）[51]。自衛隊法制定時の政府の答弁でも、自衛隊法 7 条の規定は、「憲法第 72 条の内閣総理大臣が内閣の首班といたしまして内閣を代表して行政を指揮監督するという規定を第 7 条のような表現にしたものでありまして、これによりまして統帥的な権能を与えたという趣旨ではないのであります。現在の憲法に規定したところを別の表現で書き加えたというだけであります。」と述べられ[52]、確認規定説に立つものと受け止められている。これに対しては、自衛隊法における内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権の規定は、日本国憲法が定める内閣総理大臣の行政各部指揮監督権とは別個の指揮監督権を創設したものだと解する宮崎の見解があった（**統帥権創設規定説**）[53][54]。

このような両説は、本稿の「行政権」解釈からはいかように説明及び評価できるだろうか。これまで論じてきたことからすれば、日本国憲法は、内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権を本来的には付与していないが、その 9 条 2 項に反せず、かつ、内閣総理大臣の行政各部指揮監督権（72 条）の枠組みに準拠する限りにおいて、内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権を法律で創設することは可能であって、実際にそのように創設しているのが、自衛隊法 7 条ということになる。このような自衛隊法 7 条の理解は、内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権の規律が内閣総理大臣の行政各部指揮監督権（72 条）の枠組みに準拠していると解する点において、確認規定説の立場と同様である。このことによって統帥権創設規定説の難点、すなわち、日本国憲法 72 条の基本構造の枠内から逸れる指揮監督構造―閣議決定なしでの内閣総理大臣が内閣を代表して自衛隊を指揮監督する構造―を認めることになってしまうという問題[55]を避けることができる。しかし、

内閣総理大臣の行政各部指揮監督権の一般的な枠組みによりつつも、自衛隊という特有の問題について最高指揮監督権を法律で創設したと解する点では、むしろ統帥権創設規定説が明確に示した「創設」のコンセプトと軌を一にしている。このように両説を折衷する理解は、端的にいえば、日本国憲法72条との整合性を確保するように自衛隊法7条がつくられているけれども、その最高指揮監督権は、日本国憲法から直ちに出て来るものではなく、自衛隊法という法律で自衛隊という特有の問題につき創設されたという理解に立脚するものである[56]。

### (3) 自衛隊行動決定権の地位

ところで、自衛隊法は、一方で、内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権の規定（7条）、及び防衛大臣の隊務統括権の規定（8条）を定め、他方では、その「第6章　自衛隊の行動」において、防衛出動及び治安出動について、「内閣総理大臣は、…出動を命ずることができる。」と定め、対領空侵犯措置につき「防衛大臣は、…措置を講じさせることができる。」、海上警備行動につき「防衛大臣は、…行動をとることを命ずることができる。」と定めている。前者と後者がどのような関係か、例えば、防衛出動の下令は、内閣総理大臣の自衛隊最高指揮監督権の行使の一環かどうか、それとは別なのかは、必ずしも明らかではない。

この点につき、宮崎は、次のように両者を区分している。すなわち、「内閣に属する行政権に含まれる国家防衛に関する行政作用」は、①「防衛力の使用の決定」（「侵略に対しわが国を防衛するため、自衛隊の出動を決定する国家の行為をいい、国家の最高の政務に属」する）及び「国防最高政策の決定」、②「自衛隊の指揮命令」（「国際法上の正規武装部隊に該当する自衛隊の行動を指揮命令する作用であり、自衛隊出動の国家意思決定に基づき指揮命令作用が発動される」）及び「行動運用」、③「狭義の防衛行政事務」（「自衛隊を組織し、維持する管理の作用」）に区分し、①の「防衛力の使用の決定」として防衛出動の下令を定めた自衛隊法76条、②の「自衛隊の指揮命令」として自衛隊最高指揮監督権を定めた自衛隊法7条を挙げている[57]。このような区別は、自衛隊の行動全般の問題についても宮崎によって次のように説かれ、そして自衛隊法第6章の行動規定の意味が問い直されていた。「自衛隊の運用、すなわち自衛隊の部隊力の使用決定（いわゆる『兵力使用の決定』）は最重要な国務であるため、文民統制の観点から自衛隊法に『防衛出動』、『命令治安出動』、『要請治安出動』、『公海上警備』、『領空侵犯措置』として、決定権者、承認権者及び発動要件、発動手続きを規定したが、これらの諸規定の第6章の『見出し』を『自衛隊の運用（又は自衛隊の使用）』とすべきところを『自衛隊の行動』としたため、自衛隊の出動その他の部隊力の使用決定に関する法概念と部隊行動命令とを混同する誤りを生ぜしめた」[58]。このような宮崎の理解からすれば、自衛隊の行動の下令を定めた自衛隊法第6章（例えば、防衛出動の下令を定める76条）は、自衛隊の指揮監督権を定めた自衛隊法7条や8条とは別ということになり、しかも、自衛隊の行動の下令を定めた自衛隊法第6章は、正確には、自衛隊の行動決定権を定めているということになるだろう。

ただ、自衛隊法第6章の規定にもバリエーションがあることには注意が必要である。一方で、出動（防衛出動及び治安出動）については、宮崎は、「行動の発動と行動命令」を区別して次のように説いていた。「自衛隊が武力集団としての実力を行使する行動の発動については『出動を命ずる』との用語を使用しているが、この『出動を命ずる』とは自衛隊の兵力の使用することを決定するという政治的行動であり、出動という法律的な諸条件の成立する法概念であって、自衛隊の『作戦行動命令』そのものではない。従って、自衛隊の行動は、『出動を命ずる』こと、すなわち自衛隊の兵力使用の決定に基づき、別途に自衛隊の『作戦行動命令』

が発令されて作戦行動運用が実施される」[59]。防衛出動及び治安出動の「出動を命ずる」ことを行動命令と区別する発想は、統帥権創設規定説論者の宮崎のみでなく、確認規定説に立っていた安田においても基本的に同様で、「防衛出動および治安出動の命令は、直接自衛隊の行動を命ずるものではなく、自衛隊が武力を行使し、または自衛官が定められた権限を行使し得るという法律状態を招来させるための公権作用であって、総理府の長である内閣総理大臣および防衛庁長官は、別途行動命令を発すべきものとされている」[60]と説かれた（なお、防衛庁が省に昇格した現在では、「総理府の長である内閣総理大臣および防衛庁長官」の部分は、防衛大臣ということになる）。いずれの説明からも、防衛出動や治安出動につき、自衛隊の行動決定―宮崎の上記表現によれば、「兵力使用の決定」―と行動命令がプロセスや法的効果において区別されていることを窺い知ることができる。他方で、宮崎は、海上警備行動、対領空侵犯措置、災害派遣、海上における機雷等の除去及び陸上における不発弾等の除去について、前三者につき「行動の発動は、自衛隊の行動命令そのもの」、後二者につき「行動の発動は、処理命令そのもの」[61]と説いており 、このような説明からは、防衛出動や治安出動の場合とは異なって、行動の決定と命令を一体として捉えていることを伺い知ることができよう。

このようにみてくると、行動決定と行動命令の関係は、行動の種類に応じて異なっていることになる。ただ、いずれにせよ、「自衛隊の行動」という表題をもつ自衛隊法第6章において主題となるのは、少なくとも自衛隊の部隊力の使用決定、すなわち行動決定であることは明らかであって、それが自衛隊指揮監督権（自衛隊法7条及び8条）とは区別されていることは確認しておきたい。

かように自衛隊の最高指揮監督権と行動決定権を体系的に区別する発想に立つならば、その決定権は、内閣に属する「行政権」における位置づけに際して独自の取扱いを要し、内閣総理大臣の行政各部指揮監督権（日本国憲法72条）と自衛隊指揮監督権（自衛隊法7条）の関係といった上述の問題とは別の問題となるように思われる。そして、ここでも「行政権」の本来的内実を日本国憲法制定時における日本国憲法9条2項の理解を前提に画定するならば、「行政権」―また、「他の一般行政事務」（73条柱書）又は「国務の総理」（同条1号）―の内実に防衛を一次的任務とする部隊行動組織の行動決定権といった特有の権限が本来的に含まれていたとは解することはできず、これを法律によって創設されたものと解するのが、これまで論じてきた論旨からして首尾一貫した結論となるだろう。

こうした理解に立って自衛隊法第6章の性格を捉えるならば、それは本章の（**1**）で述べたように自衛隊の行動に関する根拠規範であるのみでなく、その行動につき最高指揮監督権や隊務統括権とは別に行動決定権を創設する規範の性格も併有しているものと説明することができるだろう。

**おわりに**

日本国憲法制定時には、政府によっていかなる目的であれ「陸海空軍その他の戦力」（9条2項）の保持が禁止されるものと解されていたこと、「行政権」（65条）の意味や性格、そして、軍隊最高指揮監督権や防衛事務の規定が欠如していることを踏まえて国民が憲法によっていかなる権限を「行政権」として内閣に属しめたかその内実を判断するならば、軍隊の一次的任務に属する防衛作用に相当する行動権限は、そこには本来含まれていないし、軍隊の副次的任務のための諸作用を内実とする行動権限は、なおさら「行政権」の内実に本来的に含まれているとはいえまい。

しかし、かかる9条解釈に立ちつつも、「自衛のための必要最小限度の実力組織」は、保持が禁止された

「陸海空軍その他の戦力」ではないという理解が事後に打ち出されることによって、「自衛のための必要最小限度の実力組織」を設置する憲法上の可能性が開かれることになり、かかる制約条件の下で自衛隊法によって自衛隊が創設されると同時に、「行政権」に本来は含まれていない、自衛隊の諸作用、そして、これを内実とする権限が個々に創設され、派生的に授権されることになった[62]。その創設的授権の限りにおいて、自衛隊は行動する権限をもつことになったのである。1954 年の自衛隊法の制定は自衛隊の行動の権限の授権にとって最大の契機であったが、冷戦終結から変転を経て現在に至るまでの、安全保障関連法制の制定と改正によって行動の授権は拡充されていくことになった。

防衛作用そのものの問題として区別されるべきは、自衛隊の最高指揮監督権及び部隊行動決定権の問題である。上記のように「行政権」の内実に防衛作用が本来は含まれておらず、その作用が特有のものであるがゆえに憲法上特有の規律の問題となりうる、軍隊の最高指揮監督権及び行動決定権も、日本国憲法の「行政権」の本来の内実に含まれることはなく、その後の自衛隊の設置に際して自衛隊法によって最高指揮監督権及び行動決定権が創設的に付与されることになった。特に最高指揮監督権の問題に即してその創設のあり方を問うならば、日本国憲法 72 条の行政各部指揮監督権とは別に軍隊の最高指揮監督権に関する条項は―日本国憲法制定時にいかなる目的であれ「陸海空軍その他の戦力」の保持が禁止されているとの理解を前提に―設けられておらず、72 条の行政各部指揮監督権の規律構造から逸れることはできないがゆえに、自衛隊法における自衛隊最高指揮監督権は、同条の規律構造に拠る形で形成されなければならなかった。

最後に、本稿の結論にいかなる法政策上の含意があるかを指摘して本稿を終えることとしたい。自衛隊の行動に関するポジ原則及びポジリスト方式が自衛隊の活動の柔軟性にとって支障となっているという見方はしばしば指摘されてきたところで、その政策論には賛否がありうるところである。もしポジ原則及びポジリスト方式が日本国憲法の基礎をもつのであれば、それは非常に強固な法的基礎に支えられた原則ということになる。ポジ原則に基づくポジリスト方式からの転換が政策論的に合理的であると判断される場合には、憲法改正が必要ということになるだろう。この点について、本稿の解明から導かれた結論は、ポジ原則とポジリスト方式のうち、ポジ原則の方の日本国憲法上の基礎についてであって、自衛隊の行動の権限が日本国憲法に本来的な基礎を有するわけではなく、それはむしろ法律によって初めて派生的に生じたものであるから自衛隊法がなければ自衛隊の行動は法的に存立し得ないことである。そうであれば、ポジ原則は、実は、部隊行動を旨とした武装組織の行動の権限を日本国憲法自体が内閣や行政各部に本来は付与していないという意味でネガティブな理由に由来することになるだろう。かかるネガティブな側面が、自衛隊の行動に関する最高指揮監督権や行動決定権の問題と繋がりを有していることも、本稿で示した通りである。もちろん、そのような日本国憲法の現状が本当にあるとしても、憲法改正によってこれを変更すべきかどうかは憲法政策論の問題であって、現行憲法の解釈適用に関わる本稿の研究成果から導かれることではない。

［注記］　本稿で示した見解は、筆者の研究成果に基づくものであって、政府及び所属機関の見解を代表するものではない。

1　山中倫太郎「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？」防衛大学校紀要（社会科学分冊）131 輯（2025 年）1 頁以下。

2　なお、自衛隊は厳密には、「自衛のための必要最小限度の実力」の条件を満たすように法律で設置された部隊行動組織の具体的呼称であり、（自衛隊が日本国憲法に明記されていない現時点では）憲法上の概念ではないことに注意されたい。

3　小針司『文民統制の憲法学的研究』（信山社、1990 年）242 頁以下、安田寛「行政と国の防衛」防衛法研究 17 号（1993 年）55 頁以下、小針司「『行政』概念と対外的防衛作用」同『防衛法制研究』（信山社、1995 年）所収 105 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。

4　杉村敏正『防衛法』（有斐閣、1958 年）81 頁。

5　「国の防衛を本来の任務とする機関の行うすべての作用」を「防衛」というのは、日常の用語感覚とは異なるかもしれない。しかし、「防衛法」という場合に、そこでは、実質的意味の防衛のみならず、これを担う組織及びこれが実施する作用全般に関する問題が扱われており、そこで「防衛」という用語は、形式的意味の防衛を指している。

6　安田寛『防衛法概論』（オリエント書房、1979 年）2 頁。

7　同上。

8　宮崎弘毅「防衛二法と自衛隊の指揮監督権」国防 26 巻 8 号（1977 年）103 頁。

9　山下愛仁『国家安全保障の公法学』（信山社、2010 年）93 頁。

10　山中「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？」2-4 頁及び 6-9 頁。

11　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）73 頁。そこでは、控除説的な理解に基づいて「行政権」（65 条）の内実に軍事作用が当然含まれると解する理解に対して、「一般に軍事的作用は性質上『立法』『司法」でなく『行政』に分類されるからといって、かつて政府が主張したように日本国憲法の下でも当然『行政権』の中に含まれるということにはならない」と述べられている。

12　山中「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？」5-6 頁、8-9 頁及び 10-11 頁。

13　山中「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？」9 頁。

14　山中「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？」6-8 頁、12-16 頁及び 17 頁。

15　なお、個別列挙権限総称型の理解を徹底するならば、日本国憲法 65 条の「行政権」は、憲法及び法律で内閣に付与された権限の総称というように形式的に定義すればよいであって、その権限を実質的に定義する意味はあるのだろうかという疑問に逢着せざるを得ない（この点に関わる指摘として、参照、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）9 頁以下及び 12-13 頁、淺野博宣「『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 158 頁）。しかし、執政権説が、日本国憲法 65 条の「行政権」の内容に法律の執行又は狭義の行政にとどまらない執政の作用を見出したことは、今もなお「統治機構論再再活性化のための有効な手だての一つ」（石川健治「執政・市民・自治」法律時報 69 巻 6 号（1997 年）23 頁）なのであって、そのことから内閣の執政作用に相応しい機関の構造及び編成、並びに機関担当者の資質等を構想する一定の立法政策上の方向性を提示する点で、少なくとも立法政策上の実益をも引き出すことは可能であると考えられる。ちなみに、執政領域を承認するからといってその領域においておよそ統治行為論が妥当するとは考え難く、その当否は、司法審査論及び憲法裁判論との関係で精査されるべき課題である。なお、日本国憲法 65 条を包括授権型の条項と解する場合には、そこに執政作用を認めることによって緊急権等の権限の引き出しになりかねないが、個別列挙権限総称型の条項と解する場合には、そのような問題はより生じにくく、残るは「他の一般行政事務」の限定的解釈が重要なポイントになる。

16　杉村が「自衛隊がその本来の任務たる外部からの武力攻撃に際して防衛作用をなす場合、その作用をなす権限ある機関、要件、手続、内容については、その主たるものは憲法でこれを定めるのが普通であるが、日本国憲法は戦争を放棄し、戦力の保持を禁止するため、国の防衛作用を全く予想せず、従って、これに関する規定を置いていない。そこで、わが国においては、これらの点が自衛隊法という単なる法律で規定されている。この点は、法形式からみて、注目すべき第一点である。」と説くのも、この文脈で捉えることができるように思われる。杉村、前掲書 82 頁。

17　杉村、前掲書 6 頁。

18　小針『文民統制の憲法学的研究』269 頁。なお、小針は限定的控除説の立場からそのように主張している。

19　木村草太『自衛隊と憲法』（晶文社・2018 年）48 頁は、「軍事権のカテゴリカルな消去」が「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」するとしている。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ことを説いており、本論の論旨との関係で理論的当否が問題となるだろう。

20　佐藤幸治他（著）『ファンダメンタル憲法』（有斐閣、1994 年）231-232 頁（佐藤幸治執筆箇所）。佐藤の場合には、「行政権」の射程が対人民作用に限定されることから、対外作用である防衛作用が本来的には「行政権」の内実に含まれないという論理が前提にあることに注意したい。

21 （狭義の）防衛作用が執政又は法律執行として位置づけられるのであれば、本稿の「行政権」の理解の下で、そのような説明がより容易である。しかし、防衛作用が執政でも法律執行でもない第三の作用であるか否か、これを肯定する場合には、執政権説の下でどのように位置づけられるかについては、なお検討の余地がある。

22 この点、山中「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？」8 頁でも既に若干触れたが、ここで補足する。

23 参照、渋谷秀樹『憲法［第 3 版］』（有斐閣、2017 年）591 頁、渡辺康行他（著）『憲法Ⅱ　総論・統治』（日本評論社、2020 年）283 頁（松本和彦執筆箇所）、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法 2　統治［第 9 版］』（有斐閣、2025 年）62 頁など。

24 渡辺他『憲法Ⅱ 総論・統治』284 頁（松本執筆箇所）。なお、引用部分は、批判説を紹介した部分である。

25 山下愛仁は、執政権説に立った上で、「少なくとも防衛作用と観念される事項のうち、重要な事項は執政と捉えるべきであろう。しかしその範囲を確定することは困難であるが、自衛隊の最高指揮監督権以外の事項についても執政と観念し得る事項があり得るように思われる。」と述べ、執政との関係で少なくとも自衛隊の最高指揮監督権が問題となることを指摘している（山下『国家安全保障の公法学』96–97 頁）。

26 ちなみに、「行政権」の内実に法律執行が含まれることは、行政控除説や法律執行権説における理解と軌を一にすることも確認しておきたい。というのは、行政控除説において「行政権」（65 条）の中心的内容として考えられてきたのは法律執行であったし、法律執行説の見地からは、法律の執行は「行政権」の本質的内容そのものであるからである。

27 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002 年）74 頁。

28 参照、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 15 頁）。

29 この点、山中「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？」7–8 頁でも触れた。

30 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 15 頁）。

31 「属する」の意味については、例えば、清宮四郎によれば、「内閣が行政権の主体であり、実質的意味の行政権を行なう権限は、もともと内閣に属する」、「行政権が内閣に属するというのは、内閣は、行政権を行なうことを本来の使命とし、行政権の中枢機関であり、最高機関であり、かつ、責任者であることを意味する」（清宮四郎『憲法Ⅰ［第 3 版］』（有斐閣、1979 年）303–305 頁）とされる。また、佐藤功は、内閣に属する「行政権」に法律執行、特に（狭義の）行政が含まれることを前提に次のように述べている。「行政権は、内閣に属する。」（65 条）という場合の「属する」とは、「行政権がほんらい、最初から、内閣に属し、内閣が行使するという意味、すなわち行政権の主体が内閣であるという意味である」、「行政権は内閣に属する（65 条）。したがって、内閣はいっさいの行政事務を行うということが原則である。…ただし、いっさいの行政事務を内閣がみずから直接に行うことを要するわけではなく、その統轄する行政諸機関をして行わしめることができる」（佐藤功『憲法（下）［新版］』（有斐閣、1984 年）812 頁及び 885 頁）と述べている。かかる見解は、控除説の立場を前提とするものであるが、執政権説の発想にも接合が可能である。例えば、指揮監督及び帰責の側面につき、宮井清暢「『統治 (Regierung)』の概念について」板倉宏、吉田善明（編）『納税者の権利』（勁草書房、1991 年）所収 112 頁では、「憲法 65 条が、行政権は『内閣』に属するとし、73 条が『内閣』は左の事務を行うとしている意味は、通説と同じく、最終的な指揮・監督者、かつ、帰責 (Zurechnung) 点としての内閣の地位を表わしているとみるのが妥当であろう」とされる。

32 安田「行政と国の防衛」55 頁以下、小針「『行政』概念と対外的防衛作用」105 頁以下など。

33 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」と説いていた（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「統治のゼマンティク」憲法問題 17 号（2006 年）74–75 頁）ことも、この点に関わるように思われる。

34 安田『防衛法概論』61 頁。

35 小針『文民統制の憲法学的研究』243 頁。

36 安田は、伝統的な憲法が統帥権の規定を設けているのは、「軍隊をすべひきいる」という、国の内部作用を定めることによって、「事物の性質上軍隊を手段としてなされる各般の国家作用を包括的に君主に授権することができるからでもあったろう」という（安田寛「領空侵犯に対する措置」防衛法研究 7 号（1983 年）46–47 頁）。君主制の例が適切か否かについては疑問がないではないが、国民主権の下における軍隊最高指揮監督権条項の趣旨を考える際にも意味をもつ指摘である。

37 かつての政府答弁では、「この総理大臣が自衛隊の最高指揮権、監督権を持つということを憲法の中からどこから打出して来るのでございましようか。それでこれをまあ何もかも端的に申上げて行政権だという見方、それからそれが行政権と見て不都合でないということを憲法の条章に照して、一つこういう実力行使の、軍隊といつても差支えないと言われるような武力行使のこのことが総理大臣の権限として認められてあるということを、単に総理大臣

が行政権の一般の監督権を持つておるというああいう文字でなしに、特に私のお願いしたいと思うのは、第73条あたりからどこからそれを見て来るか。あの73条に重要な行政事務が列記してあるこの中には見当らないように思うのですが、私はこういうような重要な行政事務よりは普通一般な、軽いといつてはおかしいのでございますけれども、普通の行政事務と見るのであるか。若し行政事務と見るならば、非常に重要な事務と思われるが、この重要な事務を列挙した中には見当らないという一つの問題に対して、学問的な見解はどういうふうに下して行くのであるかということをお示し願いたいと思います。」という質問に対して、次のように述べられたことがあった。「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つているわけです。日本の憲法も申すまでもなく三権分立の建前をとつ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つ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私は思いますけれども、やはり分類上は行政の中に入つている。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つておる。そうしてその場合に軍の関係をどう扱つ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つている。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つ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つ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つ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ニュアンスの下で、「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。」と応答されている（1954（昭和29）年5月31日衆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頁）。この説明は、包括授権型の非限定的控除説の立場から、「一般行政事務」の内容に最高指揮監督権問題を含む自衛隊の事務が含まれるとする結論に至っているように読める。本稿の論理からも同一の結論に到達しうるが、自衛隊の事務について内閣や行政各部に法律で創設的に授権されている限度において、という条件がつくことになろう。

38 佐藤他（著）『ファンダメンタル憲法』231-232頁。

39 2003（平成15）年5月16日衆議院安全保障委員会石破茂防衛庁長官答弁（第156回国会衆議院安全保障委員会議録第6号5頁）。

40 「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」（2014［平成26］年6月3日/186回・答弁105号/対浜田和幸議員（参））。

41 佐藤功『日本国憲法概説［全訂第5版］』（学陽書房、1996年）97頁。

42 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）6-7頁、26-27頁。

43 文民統制の原理による基礎づけの限界も含め、参照、山中倫太郎「自衛隊の『行動』及び『権限』と法律の関係」防衛法研究46号（2022年）81頁以下。

44 安田「領空侵犯に対する措置」47頁。

45 宮崎弘毅「防衛二法と自衛隊の任務行動権限（その2）」国防27巻1号（1979年）104頁。

46 その可能性を示唆しているように読める文献として、参照、安田『防衛法概論』76頁。

47 山中「自衛隊の『行動』及び『権限』と法律の関係」83-84頁。

48 小針『文民統制の憲法学的研究』243頁。

49 小針『文民統制の憲法学的研究』275頁。

50 佐藤他（著）『ファンダメンタル憲法』231-232頁。

51 確認規定説が防衛法学における通説であることについては、参照、安田『防衛法概論』61頁及び63頁、西修他『日本の安全保障法制』（内外出版、2001年）124頁（松浦一夫執筆箇所）。なお、仲野武志『防衛法』（有斐閣、2023年）44頁では、自衛隊の行動につき、内閣の関与につき自衛隊法第6章のような明文規定がないとしても、内閣総理大臣の承認を要するべき場合があることを確認するためでもあると指摘されている。

52 1954（昭和29）年4月12日衆議院内閣委員会加藤陽三保安庁人事局長答弁（第19回国会衆議院内閣委員会議録24号9頁）。

53 宮崎「防衛二法と自衛隊の指揮監督権」105頁。

54 本稿の関心は、部隊行動に関する指揮監督権の問題である。両説において、自衛隊最高指揮監督権（自衛隊法7条）の射程に防衛行政又は行政的隊務の分野が含まれるのかに対立点があったが、部隊行動の指揮監督権を含む点については一致があったことに注意されたい。参照、山中倫太郎「自衛隊の指揮監督権に関する解釈学説の再検討」防衛大学校紀要（社会科学分冊）107輯（2012年）63頁。

55 この点につき、参照、山中「自衛隊の指揮監督権に関する解釈学説の再検討」76頁。

56 荒邦啓介は、「明治憲法体制下の『国務』と『統帥』との分立構造が克服されたのは、いつであったか。それは、日本国憲法制定の時というよりも、実は昭和 29 年という時に、明確に克服されたのだといえまいか。」と述べている（荒邦啓介『明治憲法における『国務』と『統帥』」（成文堂、2017 年）426 頁）。本稿筆者もかかる結論を共有するが、本稿の検討結果を踏まえて補足するならば、日本国憲法制定時には統帥権が消滅したことによって国務と統帥の分立問題は一旦対象を失ったが、自衛隊法の制定に際して、自衛隊最高指揮監督権を法律で創設することにしたことによってその問題が再浮上し、この問題につき、日本国憲法 72 条に自衛隊法 7 条を整合させることをもって克服がなされた、という説明になろうか。
57 宮崎弘毅「陸上自衛隊の制度及び関連法令」防衛法研究 6 号（1982 年）23 頁。
58 宮崎弘毅「防衛二法における問題点について」防衛法研究 10 号（1986 年）38 頁。
59 宮崎「防衛二法と自衛隊の任務行動権限（その 2）」104 頁。
60 安田『防衛法概論』64 頁。
61 宮崎「防衛二法と自衛隊の任務行動権限（その 2）」104–105 頁。
62 厳密にいえば、ポツダム政令で制定された警察予備隊令を別にすれば、保安庁法との関係も問題にする余地があり、公共秩序維持任務に関わる行動については、これにより既に権限が創設されていたといえる。