

# 行政権と防衛作用の帰属

萩原 貴司\*

## 要 旨

憲法65条の「行政権」の内容、内閣総理大臣の最高指揮監督権と国会承認の法的性格について検討することにより防衛作用の帰属先を考察する。日本国憲法において自衛権が許容されるのであれば、国家作用として防衛作用が認められる。では当該作用はどの国家機関が担うのであろうか。

まず、65条の「行政権」を検討し、防衛作用は「行政権」に含まれると考える。議院内閣制の下、内閣と国会の協同関係が要請され、「行政権」は内閣に排他的に帰属するものではなく、他の国家機関にも帰属しうる。次に、自衛隊法上、内閣総理大臣は自衛隊の最高指揮監督権者である。この指揮監督権は、憲法72条での「行政各部」を指揮監督する権限を確認したものといえる。一方、国会は、内閣の自衛隊に対する行動命令権を立法により規定する。また、国会承認は、その規定の仕方から防衛作用の一部と考えられる。行動命令権の規定は国会に、発令は内閣に、その承認は国会に、という形で防衛作用は内閣と国会に分割して帰属することになる。したがって、防衛作用において内閣と国会の意思の合致が必要であり、行動命令権に対する国会承認は防衛作用として必要である。

以上により防衛作用は、内閣と国会に分割して帰属する。これは、文民統制として立憲主義、民主主義からの要請でもある。したがって、防衛作用は立法化できる範囲で国会にも帰属し、自衛隊の活動は内閣と国会の意思の合致が必要とされる。防衛作用たる自衛隊の活動について文民統制を貫徹しようとする日本国憲法の趣旨が明らかになった、と考える。

## 目 次

はじめに

- I 行政権の内容
- II 防衛作用の帰属
- III 防衛作用の分割  
おわりに

## はじめに

防衛作用とは、国家が外国からの侵略に対して自らの安全を守るために実力を行使する作用をいう<sup>1)</sup>。平和主義の中心規定である憲法9条の解釈について平和主義を厳格にとらえる解釈であれば、自衛権すらも否定される解釈が可能であろう。しかし、平和主義を採用しつつも自衛権を許容しているとする解釈も可能であるならば、この防衛作用は自衛権に基づき憲法上認められる国家作用であると考えられる。砂川事件最高裁判決<sup>2)</sup>では、「9条はいわゆる戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止しているのであるが、わが国が主権国と

---

\* はぎわら たかし 法学研究科公法専攻博士  
課程後期課程

2016年10月7日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 植野妙実子

第2推薦査読者 畑尻 剛

してもつ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく、わが憲法の平和主義は決して無防備、無抵抗を定めたものではない」と判示しているのも同趣旨であろう。したがって、日本憲法において平和主義が要請される一方、自衛権は許容されると解しうる。では、この解釈を前提とした場合、防衛作用はどの国家機関に属するのであろうか。

いわゆる文民条項である66条2項が日本国憲法の第5章「内閣」の中の条文であるところをみると<sup>3)</sup>、防衛作用は行政権に含まれ内閣に属すると一応考えられる（憲法65条）。そこでまず、65条の「行政権」の内容を検討する。次に、憲法72条では「内閣総理大臣は、内閣を代表して……行政各部を指揮監督する」とされ、これと関連して自衛隊法7条は内閣総理大臣に自衛隊の最高指揮監督権を認めている。そこで自衛隊法7条の最高指揮監督権の法的性格を検討する必要がある。防衛作用は内閣に属し、内閣総理大臣に自衛隊の最高指揮監督権が認められている。しかし、自衛隊出動については、その実力的性格が求められる場面である防衛出動や海外派遣において、国会承認が必要と規定されている。この承認は、内閣総理大臣の最高指揮監督権とどのような関係にあるのか。仮に防衛作用が内閣にのみ属し、当然に内閣総理大臣が最高指揮監督権に基づき出動命令をできるのであれば、国会承認はいかなる根拠に基づくのか、そこでこの国会承認の法的性格を検討する。

2015年9月19日未明、いわゆる安全保障関連法案<sup>4)</sup>は参議院にて可決し、これをもって成立した。この国会論議の中心を占めたのは、集団的自衛権についてである。その可否は大きな議論を呼んだ。「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない対応を可能とする安全保障法制の整備について」という閣議決定<sup>5)</sup>によるこの安全保障関連法案の成立は、従来の自衛隊の活動からすれば大きな転換を意味するものである。安全保障上、その国家防衛を担う組織は、日本においては、自衛隊となる。国際情勢が複雑極まる中、その運用は粗雑に

は扱えない。運用の判断は適切を要するし、その判断の誤りは、思いもよらない過誤をもたらす。これは、その自衛隊の運用について、誰が、どのように判断するのか、という問題としてでてくる。国家作用として防衛作用を、どの機関が担当するのかという問題である。

本稿では、国家作用の視点から行政権の内容、自衛隊法7条の法的性格、自衛隊出動の国会承認の法的性格、さらにそれぞれの関係を検討することで、防衛作用の帰属について考察する。

## I 行政権の内容

### 1. 憲法65条の解釈

憲法65条は「行政権は、内閣に属する」と定める。41条で国会の立法権を規定し、76条にて裁判所の司法権を規定することで、いわゆる伝統的な権力分立の考え方にに基づき国家作用のうちに立法権、司法権、行政権の三権を認め、各国家作用を異なる国家機関に担当させることを定めている。行政権の意味については、憲法に何らの規定もなく、その言葉の従来の用例とこの規定の憲法全体における位置から推して判断するしかない<sup>6)</sup>、という。

では、行政権とはいかなる意味であろうか。

#### ① 控除説

まず、伝統的な権力分立主義によれば、国家作用は、立法権、司法権、及び行政権に分けられる。立法権とは、法規範を定立する作用、を意味し、司法権は、法律上の争訟について法を適用し宣言することで裁定する作用、を意味し、行政権とは、国家作用のうちから上記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である、とする見解がある（控除説）。この見解によれば、65条の「行政権」は国家作用のうちから、法規範を定立する作用、及び、民事・刑事の裁判を行う作用を除き、法律の執行、外交事務の処理、公務員を選任・指揮監督、国内の治安の維持、その他国民生活の安定と向上を図るための各種の政策を

遂行する国家作用の総称である<sup>7)</sup>とする。

また、ここでいう伝統的な三権分立を併列的、縦断的に理解するのではなく、階層的、横断的に理解する<sup>8)</sup>限定控除説もある。この見解は、日本国憲法上の三権分立は、立法・司法・行政の三機関を漠然と併列せしめる体制ではなく、従来、政府が独占してきた支配権能のうち、立法及び司法の権能を特定の機関に行使させるべく分離するものである。そのため、立法権・司法権の場合、権能の帰属者とされる機関が自ら当該権能を行使すべきものとされるが、しかし、行政についてはそのように考えない。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とする。その理由としては、広範な権能を内閣のような単一の機関が自ら行うことは不可能だからであるし、さらに、憲法上「行政各部」の語をもつ規定があり、行政を直接行うのはそれらであることを示しているからである。すなわち、行政を行うのは、内閣ではなく、行政の必要に応ずる規模と能力を備えた行政組織全体である。行政権が内閣に属するというのはシンボリックな表現、実際には内閣がそのような行政組織の統括的地位にあるということにすぎない、というのである<sup>9)</sup>。

控除説に対しては、法治国家の意義を強調し、「行政権」をもって法律の執行ととらえ、政治・統治の作用を正面からは認めようとしないとか、国家としてなすべき事務を想定しつつ、立法作用と司法作用以外のものはすべて行政作用に含まれるというこの見解は、「表」では政治を認めずに「裏」から政治を導き入れるものではないか、絶対君主制の立憲君主制への脱皮の中で、立法と司法とが分離するけれども残りはすべて君主（執行府）の手の中にといい発想を引きずっているのではないかと、国会の最高機関性を政治的美称とした場合、なにゆえに無限定のこの見解が妥当しうのか、という指摘がある<sup>10)</sup>。

## ② 法律執行説

法の支配の観点から行政とは法の執行ととらえる見解がある。この見解によれば、控除説は立憲君主制の憲法には適合的であるが、国民主権を採用した日本国憲法の行政概念の理解としては問題がある、という。国民主権の原理を出発点におけば、国民が憲法を制定し、立法権・行政権・司法権を創設したという理解になる。控除説によりアプローチをするならば、主権者に最も近く憲法上の最高機関と位置付けられている立法権こそがその対象となるべきとする。すなわち、行政権と司法権がまず積極的に定義が試みられるべきであり、行政とは法律の執行であり、司法とは法の執行についての争いを裁定することを核心とする。かかる見解は、国民主権の下では、法律は憲法に反しない限りいかなる事項をも対象としうるのであり、憲法の下における始原的法定立ということを特質として、行政はその法律の執行作用ととらえるのである。もちろん、内閣は政治の中心となり政策の立案・遂行を積極的に展開するが、それらはすべて法律の執行として展開されなければならないという<sup>11)</sup>。

法律執行説に対しては、法律の執行を同様にその任務とする司法との区別を不能とし、行政概念に政策の決定を含んでいない点において内閣の現実の作用との乖離が余りにも大きすぎる、法律の「執行」を観念的抽象的にとらえていて、結局、法律によるコントロールを空洞化してしまう危険がある、といった指摘がある<sup>12)</sup>。

## ③ 執政権説または執行権説

65条の「行政権」を通常の「行政」とは異なる解釈をする見解もある。議会制の下では、行政権者が議会の制定した法律を誠実に執行するのは当然の責務である。行政権が執行権と呼ばれる所以であり、その限りにおいては、行政権は立法権の下位に位置することになる。行政権者が法律を執行するということは、より正確にいえば、行政各部に執行させるようにすることである。しかし、

行政権者は、法律の執行の他、憲法上、外交関係の処理、議会の招集や議会との関係の処理、裁判官の指名・任命等のさまざまな権能を与えられるのが通例で、日本国憲法上も多くの権能が付与されている。行政権者は、一定の方針・定見の下にこのような事務をこなさなければならない。

行政権者が、以上のような責務を適切に果たすためには、行政各部からの必要かつ十分な情報に接しなければならず、必要に応じてより高い次元からの行政各部間の調整を図り、場合によっては指揮命令権を持って臨んだり、新たな法律案を国会に提出してその成立を図ることも必要となる。ここで問われているのは、行政権者の総合的な政策判断・形成力とその推進力である、という。まさに「政治」ないし「統治」と呼ばれる作用である。議院内閣制の下では、この「政治」ないし「統治」は内閣と議会（特に与党）との密接な協同関係の中で行われることになる<sup>13)</sup>。

この「政治」や「統治」の点から端的に行政権を「執政権」と解する見解がある<sup>14)</sup>。これによれば、憲法上の文言は、「行政権」ではあるが、日本国憲法上の英訳では、65条の「行政権」は、executive powerであり、72条は「行政各部」はadministrative branchesとなっている点をあげる<sup>15)</sup>。

この見解は、憲法が、内閣に具体的にどのような権能を付与しているかを検討しなければならないとして、上記の憲法上内閣の権能とされる事項から検討すると、国政に基本政策の決定と、下部行政機関の指揮監督に収斂されるとして、65条の「行政権」をこのような内容を有する「執政権」と解するのである<sup>16)</sup>。

また、65条の「行政権」には、狭義の行政すなわち法律の執行に限らず外交等を含める「執行権」というべきものが想定されるという見解がある<sup>17)</sup>。これによれば、内閣がなすこと、なすべきことをすべて法律の執行のみで説明することは、どうしても無理があり、このことは衆議院帝国憲法改正

案委員会における金森国務大臣の「行政権」の意義についての発言に見られるという。「この行政権と申します事項の範囲はごく狭い行政という範囲とは異なりまして、いわば執行権というべき広い範囲を包容いたしておるわけであります<sup>18)</sup>」。65条の「行政権」を、この金森発言から「執行権」という概念としてとらえる見解である。とはいっても、内閣の主要な任務の一つは、やはり法律の誠実な執行であり、政治ないし統治要素は立法権者と協同しつつ行うものという。

したがって、行政権のみをことさら「執政権」とよぶのはやや「抵抗感」を覚えるとして、「行政権」を国のとるべき適切な方向・総合的な政策のあり方を追求しつつ、法律の誠実な執行を図る作用、と解する見解がある（執行権説<sup>19)</sup>。この見解は、73条において「法律を誠実に執行し国務を総理すること」という中に「執行」の趣旨が確信的に示されているし、また、議院内閣制にあつては、この「政治」ないし「統治」は、内閣と国会との密接な協同関係の中で行われることであるという<sup>20)</sup>。

これらの見解に対して、行政の特徴や傾向の主要を示すに留まり、必ずしも多様な行政活動のすべてをとらえきれていないのではないか、という指摘がある<sup>21)</sup>。

では、政府はどのように「行政権」を解していたか。日本国憲法制定過程において前記金森国務大臣の発言のように解していた。また、1998年6月の行財政改革・税制等に関する特別委員会において大森政輔内閣法制局長官は「行政権は」内閣に属することを前提に「第72条におきまして、内閣総理大臣は、内閣を代表して行政権の行使に關して必要な議案を提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告する等の権限を有する、そしてまた第73条におきまして、内閣は法律を誠実に執行し、国務を総理する、その他条約を締結したり外交関係を処理したりと、いろいろな権限を規定しているわけでございます。このような点から

いたしまして、……国民の権利を制限し、そして国民に義務を課すること、あるいは刑罰を科するというようなことはもちろん国会による法律を要することではございますが、それ以外のことに關しましては、行政府がそのゆだねられた職権の行使をするに際して、行政府としての政策の企画立案を行う機能を有するということが憲法が当然予定していることであると解される」としている<sup>22)</sup>。「行政権」についてのこのような政府の理解は、控除説あるいは執行権説や執政権説に類似性が認められると考える。

## 2. 三権分立と議院内閣制の視点

65条の「行政権」としてどの見解が適切であろうか。日本国憲法において三権分立を規定している(41条・65条・76条1項)と同時に議院内閣制を採用している(66条3項)。そこで、三権分立の視点と議院内閣制の視点からの検討が必要であろう。73条とは別に65条がおかれている趣旨は、41条と76条1項とともに、権力分立構造を明らかにし、明治時代の執政府のあり方についての反省から行政権を内閣という合議体に一元化することであったと解される<sup>23)</sup>。すなわち、三権分立の視点を踏まえて日本国憲法が議院内閣制を採用している点を考慮しなければならない。国民の選挙により国会議員が選出され、国会は内閣総理大臣を国会議員の中から指名し、その内閣総理大臣が国务大臣を任命して内閣を組織する。そしてこの内閣は国会に対して連帯責任を負う。日本国憲法は、国民－国会－内閣というつながりの中に「政治的磁場」ができることを想定していると考えられる<sup>24)</sup>。ここに内閣と国会の協同関係が認められる。

まず、三権分立の観点から国家作用を論じるとするならば、控除説的なアプローチは妥当とも思える点もある。そこには、すべての国家作用の中から多種多様な活動を含む行政とは何かについて積極的に明らかにできないという諦念がある<sup>25)</sup>。しかし、控除説はさまざまな国家作用を「行政権」

に取り込んだ結果、「行政権」の無限定な拡大の危険がある。とりわけ行政国家現象がみられる現在において行政権の民主的統制の必要が求められている以上、控除説はこの点に注意しなければならない。限定的控除説は、この無限定に一定の枠をはめようとする点では理解できるが、その枠がなぜ「対人民」になるのかは、その根拠が明らかではない。国家作用の多様性から「対人民」に限らない作用も認められるからである。

かといって法律執行説や執政権説、執行権説も控除説のアプローチをまったく否定しているわけではなく、むしろ65条の行政権としての意味をどのようにして積極的にとらえるのかを問題にしているのである。

そこで、法律執行説をみると、議会による法律の制定、内閣による法律の執行という作用の明確な分離と内閣の活動は議会によって制定された法律に基づくという点において三権分立の視点を含んでいることが認められる。しかし、「行政権」を国法の執行・適用として司法権と同質的にとらえようとするきらいがある。立法作用との区別は成功しているが司法作用との区別が曖昧になってしまっている。また、内閣の活動のすべてが法律の執行ととらえることができるとはいえない。

では、執政権説はどうか。確かに、三権分立の視点から行政機関が国政の中心的役割を担うという行政国家現象においてはまさしく国家作用の中心に行政権があることは否定できない。この点を強調するには適切な見解ではある。しかし、その内閣も行政は法律によらなければならない、立法は国会が唯一の立法機関としている点や国会の最高機関性との関係及び議院内閣制に基づき国会と内閣の協同関係が認められる以上、議院内閣制の視点が欠けている点は控除説と同様の指摘ができる<sup>26)</sup>。

一方、執行権説は、73条1号において「法律を誠実に執行し、国务を総理する」という作用を中核にして、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と解すべきである<sup>27)</sup>とする。この見解は、法律の執行という点で三権分立の視点、国務を総理するという点で議院内閣制の視点が認められる。なぜ国務の総理ができるのかという点と国民代表機関である国会の信任に基づいているに他ならないからである。しかし、「密接に関連」や「親和性」をもった作用とはいかなる国家作用かは明らかでなく、執政権説とは反対に三権分立の視点からは問題である。

### 3. 防衛作用と65条の「行政権」

65条の「行政権」を以上のように解した場合、防衛作用は「行政権」に含まれるのであろうか。通例、防衛作用はおよそ「行政」とみることが困難な場合がある。例えば国民に対する防衛上の諸義務・負担の賦課のための法規の定立作用は、防衛「立法」の作用である。また、防衛刑罰規定の解釈・適用等は、防衛「司法」作用である。したがって、防衛作用という場合、国家の防衛組織が外国の侵害に対して行う実力行使作用が中核となる。それは部隊に対する行動命令権の行使を契機として行われるため、この命令権と実力作用を一括に論じることは可能であろう。これらを防衛作用として「行政」といえるだろうかという問題が生じる<sup>28)</sup>。

控除説によれば、防衛作用は立法作用ではないし、司法作用でもない。したがって、一般行政作用ではないが、その他の国家作用であるから行政権に含まれることになる。この理解は、あらゆる国家作用が、立法と司法と行政の三権ですべての国家作用を包摂することが前提となっている。しかし、あらゆる国家作用の総和とは何かという前提が明らかにならなければ、そもそも控除の結果である65条の「行政権」の中身は明らかにならないはずである<sup>29)</sup>。この点につき、防衛作用は国家の最も基本的な役割であること、砂川判決中で「主権国として持つ固有の自衛権」と判示し、「わが国

が……必要な自衛の措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のこと」としている点をあげる見解がある<sup>30)</sup>。これによれば、国家作用の中に防衛作用が認められ、「行政権」に含まれる。

しかし、限定控除説によれば、防衛作用は人民支配作用といえるのか、そもそも憲法の予定する国家作用の中に入っているのかを問題とする。あらゆる国家作用とは人民支配作用に限定され、そのうち立法・司法を除いたものを行政とする。したがって、対外的国家作用である外交・防衛作用ははじめから除外されていることになる。外交作用は憲法上明文規定が存在する(72条2・3号)。しかし、防衛作用については三権外の国家作用として法律により規定せざるをえない<sup>31)</sup>。このことは憲法が防衛作用を予定していないとすべきなのか、問題となる<sup>32)</sup>。

法律執行説によれば、防衛作用が立法化していれば、それは行政権に含まれると思える。もっとも立法化されたとしても9条の範囲内においてである。とするならば、まず、41条の国会の「国権の最高機関性」の法的性格や「唯一の立法機関」の意味が問題となり、防衛作用は内閣に属するのではなく立法府たる国会に属するのではないかとの疑問がでてくる。

執政権説や執行権説の場合、控除説のように「行政権」を広く解するものではあるが、憲法上規定される内閣の権能を帰納的にとらえて理解する。したがって、防衛作用は当然に「行政権」に含まれるとはいえない。議院内閣制の下、国会で立法化された防衛作用は、72条の「行政各部」として73条の「一般行政事務」を行う他、「誠実に法律を執行」したり「国務を総理」することになる。となると、これらの憲法上の文言の意味や法律執行説と同様に、41条との関係が問題となる。

このようにしてみると、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。しかし、限定控除説や法律執行説、執行権説によ

ると必ずしも行政権に含まれるとはいきれない問題がある。

## Ⅱ 防衛作用の帰属

### 1. 防衛作用の帰属

行政権の内容については既述したように見解の争いがある。そこでは防衛作用が「行政権」に含まれるか否かについての結論が異なる。防衛作用が「行政権」に含まれるとしてこれは当然に内閣に属するのか、それとも他の国家機関に属しうるのか、は別途検討する必要がある。また、防衛作用が「行政権」に含まれないのであれば、かかる国家作用はどの国家機関に属し、それはなぜその国家機関に属するのかを検討しなければならない。

防衛作用の帰属を検討するにあたって、防衛作用の実力部隊である自衛隊の概念を明らかにする必要があり、あわせて防衛省の概念及び両者の関係を確認する。

法令上、「自衛隊」とは、防衛大臣、防衛副大臣、防衛大臣政務官、防衛大臣補佐官、防衛大臣政策参与及び防衛大臣秘書官並びに防衛省の事務次官及び防衛審議官並びに防衛省本省の内部部局、防衛大学校、防衛医科大学校、防衛会議、統合幕僚監部、情報本部、防衛監察本部、地方防衛局その他の機関（政令で定める合議制の機関並びに防衛省設置法（昭和29年法律第164号）第4条第24号又は第25号に掲げる事務をつかさどる部局及び職で政令で定めるものを除く。）並びに陸上自衛隊、海上自衛隊及び航空自衛隊並びに防衛装備庁（政令で定める合議制の機関を除く。）を含むものとする、組織体である（自衛隊法2条1項）。

また、「防衛省」とは、防衛省は、我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つことを目的とし、これがため、陸上自衛隊、海上自衛隊及び航空自衛隊（自衛隊法（昭和29年法律第165号）第2条第2項から第4項までに規定する陸上自衛隊、海上自衛隊及び航空自衛隊をいう。）を管理し、及び運営し、並びにこれに関する事務を行うことを任務

とする（防衛省設置法3条1項）、国家行政組織法上の組織である。

この両者の関係、防衛省と自衛隊は、ともに同一の防衛行政組織である。防衛省という場合には、陸・海・空自の管理・運営などを任務とする行政組織の面をとらえているのに対し、自衛隊という場合には、わが国の防衛などを任務とする、部隊活動を行う実力組織の面をとらえている<sup>33)</sup>。この点につき、防衛庁（2007年から防衛省に移行）の業務の実体をなすものは、わが国の防衛という実施部隊の実力行動を中心とするものであるから、その任務、組織及び権限等において他の一般行政官庁とは相当異なるものである。そこで、防衛庁（防衛省）といった場合は、他の行政官庁と同じようにいわばその作用の静的な面から見た国家行政組織法上の行政機関として把握した観念であるが、これをわが国の防衛のための行動というような場合について実体的に、いわば動的な面から把握して考えると、どうしても防衛に当たる実力部隊という性格に適合する観念が必要となってくる。これが自衛隊という観念である<sup>34)</sup>、という説明がなされている。

この説明を評して、比較法的にみれば、軍事部隊組織に対して、防衛行政組織を、組織実体として二元化させて対置させる立法例が諸外国の軍制において多くみられる。しかし、かかる立法例とは異なって、日本では、同一の実体としての組織が、軍事部隊組織という側面と防衛行政（軍事行政）組織という側面を有することと把握されるのである、という評価がある<sup>35)</sup>。

一方、この説明に対し、防衛省と自衛隊の両者の同一性を前提にした通り一遍の説明では語り尽くせない何かがあるように思われると疑問が提示されている。それは、防衛庁（防衛省）の業務の実体をなし、他の一般行政官庁と相当異なるものとされる。そこでの「任務、組織及び権限等」とは、自衛隊がまさしく部隊行動を、すなわち行動の核として対外的実力行使（戦闘行為）を、その

主たる任務とする実力組織である点をいい、前述の考えとその理解を異にする考えもある<sup>36)</sup>。

この実力組織の点に着目してその特殊性を指摘する政府発言もある。前述のように防衛庁を静的な行政組織としてとらえ、自衛隊を部隊行動という動的な面として実力組織ととらえる。そしてその関係について「直接自衛隊というものをとらえて国家行政組織法上の何らかの位置づけとするのは馴染まないのではないかと思います。そういう意味で、非常に特異な防衛行政組織であるということはいえようかと思いますが、それは……実力部隊であるという点に直目しての特別の位置づけをしたものと考えております」<sup>37)</sup>、という。これは自衛隊の実力部隊の特殊性を認識していると考えられる。

このような考えならば、実力組織としての側面をどう評価するかが、防衛作用を考える際の着目点になろう。防衛作用に関しては、組織として他の一般行政組織と同一性を強調するか、実力行使の性格を強調するかで、この評価の相違は、防衛作用のとらえ方に多少なりとも影響を与えると考えられるのである。

この点について大きく問題となるのは、自衛隊法7条の内閣総理大臣の指揮監督権の法的性格をめぐる点においてである。自衛隊法7条は、「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」と規定する。防衛作用が「行政権」に含まれるのであれば、自衛隊法7条の内閣総理大臣の指揮監督権はまさしく行政権に含まれるといえるのではないか、よって、防衛作用は内閣に帰属すると考えられるのである。一方、防衛作用が「行政権」に必ずしも含まれるのではないとする見解によれば、自衛隊法7条の指揮監督権は自衛隊法という立法によりはじめて内閣総理大臣に権限が付与される。防衛作用は立法により内閣に属しうることになるが、その法的根拠は何か問われることになる。

2. 内閣総理大臣の最高指揮監督権の法的性格  
このように、防衛作用の帰属先との関係で、自衛隊法7条の最高指揮監督権の法的性格をいかに解するが問題となるのである。

#### ① 確認規定説

この点、自衛隊法7条は憲法72条の内閣総理大臣の指揮監督権を確認したに過ぎないと解する見解がある。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、とする<sup>38)</sup>。これを確認規定説と呼ぶ。

これによれば、憲法72条は、「内閣総理大臣は、内閣を代表して……行政各部を指揮監督する」と規定する。行政各部に対する指揮監督の権限自体は内閣に属し、内閣総理大臣は内閣の首長たる地位において、内閣を代表してこれを行行使する。内閣法6条は、内閣総理大臣の行政各部に対する指揮監督は「閣議にかけて決定した方針」に基づいてなされるべきものとしている。したがって、内閣総理大臣が単独に内閣の意思に関係なく「行政各部を」指揮監督することは許されないとされる。憲法は、内閣総理大臣に国務大臣の任免権を与え内閣における非常に優越的な地位を確保しているが、同時に行政権の主体としての内閣は合議体という建前をとっている。内閣総理大臣の行政各部に対する指揮監督権もこの最高行政機関たる内閣の意思に基づくべきとするのが憲法の精神に合致するからである<sup>39)</sup>、という。

したがって、自衛隊法7条も自衛隊の最高の指揮監督権は内閣に属し、内閣総理大臣は内閣を代表してこれを行行使しなければならず、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と解する。この最高指揮監督権の及ぶ範囲は、自衛隊の行動に限られず、自衛隊の管理運営にも及ぶことになる<sup>40)</sup>。

かかる見解は、自衛隊法7条について、憲法72条の規定を確認する以上のものではないが、その

意義は必ずしも小さくないという。憲法72条は、何らかの合理的な理由がある場合に例外的に内閣から多かれ少なかれ独立して職権を行う行政機関を設けることを禁止していない。その例として人事院や各種独立行政委員会があげられる。また、警察においては国家公安委員会は内閣総理大臣の所轄の下に置かれるが、警察作用は各都道府県に置かれる公安委員会の管理の下にある。したがって、例外的な場合を除き、内閣ないし内閣総理大臣は警察を指揮監督できない<sup>41)</sup>。しかし、自衛隊法7条と8条は、自衛隊に対する文民統制の「かなめ」をなす。これらにより自衛隊は国会の統制を受け、さらに国民の監視を受けるのである。その意義は大きいといわざるをえないと主張する。

#### ② 統帥権創設規定説

この確認規定説に対して、自衛隊法7条を自衛隊という実力組織の特殊性に鑑み、憲法72条の指揮監督とは別に、指揮監督の権限を内閣の首長たる内閣総理大臣に創設的に付与したと解する見解がある<sup>42)</sup>。これを統帥権創設規定説と呼ぶ。

この見解によれば、憲法72条は、内閣総理大臣が行政各部の事務が閣議で決定した方針に従って行われるよう、内閣を代表して指揮監督すべきことを規定している。それは、主任大臣のなす指揮監督とは性質を異にする。自衛隊についてもその管理及び運営の事務は主任の大臣の指揮監督にゆだねて差し支えない。したがって、自衛隊の管理運営にあたる防衛行政については「行政各部」に属し、内閣総理大臣の憲法72条の「指揮監督」に服する。

しかし、その実力組織としての側面については、ことの重大性に照らしこれを主任の大臣の指揮監督にゆだねることは適当でなく、内閣の首長たる内閣総理大臣が自らその権限を掌握する必要がある。自衛隊法7条の「自衛隊の最高指揮監督権」とは、かかる権限をいい、内閣総理大臣は内閣を代表するという立場においてではあるが、内閣法6条の適用を受けずに必要な行動命令を発するこ

とができることになる。

### 3. 両説の共通点と相違点

#### ① 自衛隊の指揮監督権と「行政権」

この両説は、自衛隊の最高指揮監督権を憲法65条の「行政権」に含めるものとする点において、共通の理論的基礎に立脚している。控除説に立脚していると思われるが、法律執行説や執政権説、執行権説によっても自衛隊の最高指揮監督権が65条の「行政権」に含まれると解することは可能であろう。これにより、いわゆる軍隊の最高指揮監督権を通常の三権とは異なる「第四権」と把握する防衛理論もありうるだけに、この可能性を排除している点が強調されるべきであろう<sup>43)</sup>。

また、自衛隊の指揮監督権を「行政権」に含めることで、内閣は国会に対して連帯して責任を負う以上、国会による統制を確保することができる(憲法66条3項)。また、最高指揮監督権を有する内閣総理大臣は文民でなければならず(憲法66条2項)、責任行政の原則と文民統制を可能とする理論として、確認規定説と統帥権創設規定説は共通点がある。

さらに、この指揮監督権によっても現場の個々の部隊行動まで指示命令するものではない。例えば、防衛出動の際に戦闘行為があった場合について、内閣総理大臣を頂点とする指揮命令系統に従って個々の戦闘行為が行われる<sup>44)</sup>、としてその現場の細部まで内閣総理大臣は指揮監督をなさない。

#### ② 指揮監督権の内容

しかし、両説は「指揮監督権」の内容をめぐるその見解を異にする。すなわち、確認規定説によれば、この「指揮監督権」は前述のように他の行政作用の場合と同様に解する。内閣法6条による閣議決定に基づき内閣総理大臣は「行政各部」を指揮監督する。よって、この指揮監督権は、内閣総理大臣が直接自衛隊の個々の細かい行動を命じるものではない。防衛出動及び治安出動の命令

は、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ようという法律状態を招来させるための公権作用であり、別途行動命令を発するべきとされる。

一方、統帥権創設規定説によれば、この「指揮監督権」は、自衛隊の実力組織の特質ゆえに内閣総理大臣に特に認められた権限である。よって、「指揮監督権」を行動命令権と解する。自衛隊に対する防衛出動および治安出動の命令は、そのような行動命令を発する権限の発動に他ならない<sup>45)</sup>。

この相違は、憲法と自衛隊に関する基本的構造との関係でも異なるといえる。内閣総理大臣が内閣を代表して「行政各部」を指揮監督する（憲法72条）。またその指揮監督は閣議決定の方針に基づかなければならないのである（内閣法6条）。行政事務につき主任大臣により分担管理するため（内閣法3条）、国家行政組織法が制定されている。したがって、内閣総理大臣の指揮監督をうける「行政各部」には内閣法及び国家行政組織法の分担管理原則の適用が認められ、主任大臣は国家行政組織法の指揮監督権を有することになる。内閣－内閣総理大臣－主任大臣－行政各部という基本構造が憲法の予定するものであろう。

確認規定説は、内閣総理大臣の最高指揮監督権は、部隊行動及び防衛行政の両方にかかる基本構造をはめ込む見解である。

統帥権創設規定説は、部隊行動の面について、この基本構造から外れる体制を立法によって認めるものである。閣議決定によらずして内閣総理大臣が自衛隊に対してその最高指揮監督権を行使しうることとなる。

権限配分の関係から両者を比較すると、確認規定説は内閣総理大臣の最高指揮監督権の上位に内閣が存在する点、主任大臣への指揮監督の内容の点で、分権的傾向が認められる。統帥権創設規定説の方が、閣議決定の拘束はなく、指揮監督の内容を命令とする点で内閣総理大臣に権限を集中させる集権的傾向を有している<sup>46)</sup>、といえる<sup>47)</sup>。

### ③ 批判点

「行政権」の内容について限定控除説を採用する立場から、この確認規定説に対して、日本国憲法下において、防衛事務及び自衛隊の指揮監督につき「他の一般行政事務」との差異を認めず、行政に吸収してしまう点を、批判する見解がある。まず、沿革上の観点からいえば、明治憲法下の軍制上統帥権独立という慣行が成立していたことを踏まえて、統帥権独立の慣行が日本の憲政にもたらした弊害についてはたやすく想起できよう。この歴史的背景は、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あり方は避けて通れない憲法上の問題である。とすれば憲法上何ら明文の規定がないのはなぜか、という疑問が生じるといふ。また自衛隊の指揮監督権を行政各部一般に対する指揮監督の問題に解消してしまうのは、余りにも事柄が大ききとする。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疑問を抱かない思考法とはいかなる国家作用論、権力分立論、いつ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、と確認規定説を批判する<sup>48)</sup>。

また、統帥権創設規定説に対しては、軍事防衛及び軍隊の指揮権の特殊性に思いをいたせば、解釈論としては自衛隊法7条を内閣総理大臣に特別の権限を付与した創設的規定と読むべきことに魅力を感じる、と一定の理解を示すが、そもその問題として軍事防衛・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ということになりはしないか、という指摘がある。これによれば防衛作用の担い手の実力組織たる自衛隊については、憲法上、政治上、社会上種々の制約を受けた日本特有の武力集団であり、語の厳密な意味で正式な軍隊といえないとした上で、一般に軍隊と呼ばれるものがどのようなものか、それとは自衛隊は、どこが、どのように異なっているか、

特殊自衛隊的法理論の展開こそがなされるべきであるとする<sup>49)</sup>。かかる視点は、自衛隊の特質を考慮するにあたり重要と思われる。

#### 4. 防衛作用と内閣の関係

確認規定説によれば、自衛隊法7条の最高指揮監督権は、憲法72条の内閣総理大臣の行政各部の指揮監督権を確認したものである。したがって、自衛隊も「行政各部」に含まれるから「行政各部」への指揮監督としての防衛作用は内閣に帰属することになる。もっとも、この最高指揮監督権は、自衛隊に対して直接行動を命ずるものではなく、その行動命令権は別途立法により規定される必要がある。

一方、統帥権創設規定説によると、自衛隊法7条は、自衛隊の最高指揮監督権を内閣総理大臣によって代表される内閣にその固有の権限として留保した意味の規定とされ<sup>50)</sup>、この自衛隊法7条により行動命令権を内閣総理大臣が行使する。指揮監督権としては内閣に帰属し、自衛隊に対する行動命令権を規定したものであって、自衛隊法7条により内閣総理大臣は、自衛隊に対して直接行動を命ずることができる。したがって、この条文がなければ内閣総理大臣にこの権限が認められない。結局は、行動命令権は立法に根拠を求めることになる。

「行政権」の内容につき限定控除説を採用した場合、防衛作用は当然に内閣に帰属するとはいい難い。しかし、他の説をとれば、防衛作用は内閣に帰属するが、行動命令権は立法により規律されると解することは可能であろう。

### Ⅲ 防衛作用の分割

#### 1. 行動命令権

前節では、「行政権」の内容について限定控除説をとらない限り、防衛作用は内閣に帰属するが、行動命令権は立法によらなければならないとした。これにより、自衛隊の部隊行動は、法律で規定さ

れることになる。憲法上、平和主義の要請と自衛権の許容という関係からすれば、憲法に次ぐ上位規範である法律によるべきであろう。

行動命令権者については内閣総理大臣の場合と、防衛大臣の場合がある。その例としては、内閣総理大臣が命令権者の場合としては、防衛出動（自衛隊法76条）・命令による治安出動（同78条）・要請による治安出動（同81条）・自衛隊の施設等の警護出動（同81条の2）や防衛大臣が命令権者の場合として、防衛施設構築の措置（同77条の2）・防衛出動下令前の行動関連措置（同77条の3）・国民保護法等派遣（同77条の4）・治安出動下令前に行う情報収集（同79条の2）・海上における警備活動（同82条）・海賊対処行動（同82条の2）・弾道ミサイル等に対する破壊措置（同82条の3）・災害派遣（同83条）・地震防災派遣（同83条の2）・原子力災害派遣（同83条の3）・領空侵犯に対する措置（同84条）・機雷等の除去（同84条の2）・在外邦人の輸送（同84条の3）・後方地域支援等・国際緊急援助活動・国際平和協力業務（同84条の4）、国際平和共同対処事態における対処措置（国際平和支援法）等がある。

防衛大臣が命令権者としても、内閣総理大臣が最高指揮監督権者であるから、確認規定説によれば、防衛大臣もこの「指揮監督」の下に行動命令を下令する。創設規定説によれば、まず内閣総理大臣が防衛大臣に各行動命令を下令し防衛大臣はこれを代行する<sup>51)</sup>。

一般行政作用においては、通常、内閣総理大臣の指揮監督の下、主任大臣はその所掌する事務について分担管理する（内閣法3条1項）が、自衛隊法において、防衛出動、治安出動や警護出動については、内閣総理大臣の行動命令によることになっている。これは、確認規定説からすれば、国家防衛において特に重大事項とされる行動命令については、主任大臣たる防衛大臣に担当させず、特別に内閣総理大臣の権限とした、と考えられる。統帥権創設説からすれば、内閣総理大臣が命令権

者であることは自衛隊法7条により当然であるから、行動命令権の一つを立法により規定したことになる<sup>52)</sup>。

この行動命令権に基づき自衛隊は部隊行動に移ることになる。本節冒頭で述べたように各行動命令権は法律により規定されている。したがって、立法されない行動命令は内閣総理大臣も防衛大臣も下令することができず、自衛隊も部隊行動をなしえない。行動命令権を創出することは、まさしく立法作用であり、国会のなしうるところである。

また、ただ単に一般的包括的な行動命令権を創設しているのではない。例えば、防衛出動の場合、「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」と「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」において防衛出動命令を下令できるというように、立法により行動命令の要件が課されている。したがって、ただ単に「防衛するため」出動を命ずることができるわけではない。いかなる要件を定立するかは、国会が判断することになる。

各行動命令権の類型は立法により規定され、その命令要件も国会が規定しているのである。それゆえ、防衛作用はどのような行動があるのか、どのような場合にその行動を命令できるのか、を国会が判断していることになる。行動命令権の法定は、国会が防衛作用について内閣が何をなしうるかということを規律できることである。その意味で国会は防衛作用に関与しているといえる。

## 2. 国会承認

### ① 国会承認の類型

ここまでは、法律が規定した行動命令権を下令することを法律による執行とみれば、法律による行政という一般行政原則と同様の構造ではないの

か、とも思えるのである<sup>53)</sup>。しかし、各行動命令権についてはその行使にあたり、あらためて国会承認が必要な場合がある。

国会承認が必要な場合は、前記行動命令の内、防衛出動、防衛施設構築の措置、防衛出動下令前の行動関連措置（役務提供の場合）、命令による治安出動、後方支地域支援等、国際平和協力業務（平和維持隊の本体業務を行う場合）、国際平和共同対処事態における対処措置である。

国会承認の類型としては、次のことがあげられる<sup>54)</sup>。

i 防衛出動の場合、事前に武力攻撃事態及び存立危機事態法の定めるところにより、国会の承認を得なければならない。ただし、特に緊急の必要があり事前に国会の承認を得るとまがない場合、事後的に国会の承認を得ることになる（自衛隊法76条）。防衛施設構築の措置、防衛出動下令前の行動関連措置（役務提供の場合）については防衛出動における対処基本方針としてその中で国会の承認を求めることになる（武力攻撃事態及び存立危機事態法）。

ii 命令による治安出動の場合、出動を命じた日から20日以内に国会に付議して、国会の承認を求めなければならない。ただし、国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合には、その後最初に招集される国会において、すみやかに、その承認を求めなければならない。20日以内に行わなければならないのは、国会への付議であり、国会が議決するまでの期間ではない。

iii 後方地域支援等の場合、これらの対応措置の実施前に、対応措置を実施することにつき国会の承認を得なければならない。ただし、緊急の必要がある場合には、国会の承認を得ないで当該後方地域支援等を実施することができる。国会の承認を得ない後方地域支援等の場合には、内閣総理大臣は、速やかに、これらの対応措置の実施につき国会の承認を求めなければならない。

iv 国際平和協力業務や国際平和共同対処事態

における対処措置の場合、派遣の開始前に、国会の承認を得なければならない。ただし、国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合には、当該国際平和協力業務に従事する自衛隊の部隊等の海外への派遣の開始後最初に召集される国会において、遅滞なく、その承認を求めなければならない。内閣総理大臣から国会の承認を求められた場合には、先議の議院にあっては内閣総理大臣が国会の承認を求めた後国会の休会中の期間を除いて7日以内に、後議の議院にあっては先議の議院から議案の送付があった後国会の休会中の期間を除いて7日以内に、それぞれ議決するよう努めなければならない。

一方、国会の不承認の効果も規定している。

i 防衛出動の場合、不承認の議決があったときは、当該議決に係る対処措置は、速やかに、終了されなければならない。この場合において、内閣総理大臣は、防衛出動を命じた自衛隊については、直ちに撤収を命じなければならない（自衛隊法76条1項、武力攻撃事態及び存立危機事態法9条）。

ii 命令による治安出動の場合、内閣総理大臣は、前項の場合において不承認の議決があったとき、又は出動の必要がなくなったときは、速やかに、自衛隊の撤収を命じなければならない（自衛隊法78条3項）。

iii 後方地域支援等の場合、政府は、不承認の議決があったときは、速やかに、当該後方地域支援等を終了させなければならない。

iv 国際平和協力業務の場合、政府は、不承認の議決があったときは、遅滞なく、国際平和協力業務を終了させなければならない。

こうしてみると、行動命令権のすべてに国会の承認が必要とされているのではない。必要とされる行動命令権に対して、事前・事後など前記のように承認の方法も異なる。承認が不要とされた行動命令権については、国会への報告にとどまるものやそれすらも要求されないものもある。行動命

令権の行使に対する国会の関与については幅広く立法されている。行動命令権に対して国会による統制として、国会は国会承認のあり方を含めて多様な手段を規定しようといえる。

一方、不承認の効果については、一つしかないのである。不承認の議決があった場合、内閣総理大臣や政府は、自衛隊の撤収を命じなければならないとする撤収命令義務や、終了させなければならないとする終了義務を負うのである<sup>55)</sup>。

行動命令権は本来内閣に属すべき権能であることに鑑みると、不承認の議決により各行動命令が違法、無効と確定するわけではない<sup>56)</sup>。事後の不承認は、国会が内閣に対する撤収ないし終了命令とも解しうるのである。事前の不承認の場合は、行動命令権により下令できないことになる。したがって、事前の承認は行動命令の法律要件であり、「要は国会においてすべて出動の可否を決する建前」<sup>57)</sup>になっている。

さらにいえば、国会承認が必要とされる行動命令権の中でも、国家防衛の必須ともいえる防衛出動に事前承認という最も厳格な国会承認の類型が適用されているのである。まさに外国から不法な侵略がされようとしている場合、これに対して国家防衛のための自衛隊出動に国会承認を求める意味は何であろうか<sup>58)</sup>。この場合、国会による統制という面ももちろんあるが、それよりも国民の代表機関たる国会の意思の表れともいえるのではないか、とも思える。

## ② 国会承認の法的性格

このような国会承認はなにゆえできるのだろうか。その法的性格が問題となる。

この国会承認を、国会の国権の最高機関性に求める見解がある<sup>59)</sup>。これによれば、41条の「国権の最高機関」であるとは、国会が階層的な統治組織上の上位にあって、他の機関に指揮・命令するというようなことを意味するのではない。並列関係にある諸国家機関のうち一番高い地位にあり、国政全般の動きに絶えず注意しつつ、その円滑な

運営を図る立場にあるということである。行政府や司法府の組織や権能は憲法の枠内で法律によって具体化され、これらの府の活動は、一般に法律に準拠して行われるのであるから、国会は国政全般が上手く機能するように絶えず配慮すべき立場にあり、しかも憲法の枠内で上手くいかないと判断した場合には憲法改正を発議すべき立場にあるのであって、その意味で国政全般について最高の責任を負う地位にあるという。「国権の最高機関」をこのように解する見解からは、「最高機関」性は国家諸機関の権能及び相互関係を解釈する際の解釈準則となる、いわゆる総合調整機能も一つの重要な法的地位・権能である、憲法上どの機関に属するかは明記されていないが、国家にとって避けて通れない重要な決定事項については、国会に属すると推定すべき根拠となる、といわれる<sup>60</sup>。

したがって、自衛のための武力行使及び武力の保持は、憲法上禁止されていないとの仮定にたった場合、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きで内閣総理大臣の自衛隊法7条の最高指揮監督権は国会による組織的法的決定をまっしてはじめて生じるものであり、かつ、自衛隊法が防衛出動にあたって国会承認を要求しているのは、憲法上絶対不可欠の要件というべきである、と解する。そして、この国会による組織的法的決定が必要というとき、それは「国会の唯一の立法機関」のよるところであるとする。防衛事務のような重大な事柄に関する立法を行うにあたって、例えば防衛出動につき国会承認を留保しなければならないところに、国会の「国権の最高機関性」たる所以という<sup>61</sup>。

この見解に対して、およそ「軍」を出動させることは、執政権の作用であり、日本国憲法上も「行政権」に含まれる。その意味で「軍権」<sup>62</sup>は三権の内どこにも入らない作用とか権限推定を要する作用ではない、と解した上で、憲法自身がこの軍権に国会を関与させる規定があるならともかく、そうでない以上憲法41条が絡んでくることはない、

と批判する見解がある<sup>63</sup>。

これによれば、自衛隊と国会の関与の観点から現行法を眺めてみれば、承認の有無から始まり、承認の事前もあれば事後もあり、事後20日以内の要請もあり、報告のみもあるなど、めりはりがある。自衛隊の行動に国会承認はいる、いらぬの考えのせめぎあいの力学で政治状況からも場当たりの承認の有無や承認のパターンが決められた感がある。もとより憲法に明確な指導原理が見出しがたい。国会承認は「軍権」に対する議会主義の要請であり基本的には立法政策といわざるをえない、と解する<sup>64</sup>。文民統制から国会承認を導くのも困難であり、承認がなくても報告あるいは立法権や予算決定権、国政調査権で文民統制を担保しうる、という。さらに自衛隊は緊急事態でこそ活躍するのであるから、武力攻撃を受けた場合に、そこで議会の審議というものがどれだけ意味があるのかは疑問である<sup>65</sup>、という。

### ③ 検討

これらの見解についていずれが適切であるか、検討する。

まず、国会承認を国権の最高機関性に求める見解については、国権の最高機関性の根拠は国民の代表機関である点とする<sup>66</sup>。それゆえに国会が自衛隊の活動に関与することは、自衛隊に対する立憲主義的統制としては必要不可欠であるという<sup>67</sup>。この点、行動命令権は多様にあり、国会の関与の形も何が適切な統制方法かは、一義的に定まらない。そこで、行動命令権に対して国会承認をなしうるとは直接的に導かれるものではない、と考える。国権の最高機関性をいうのであれば、むしろ防衛作用の帰属は憲法上明文化されていない点を考えれば、その帰属についての根拠になりうるのではないのかも思える。

また、国会承認を立法政策と解する見解に対しては、本見解は行動命令権を「軍権」として「行政権」に排他的に帰属させることを前提としているようであるが、国会承認をはじめ国会の関与を

立法政策としてとらえて幅広い裁量を国会に認めるのであれば、「軍権」は「行政権」に排他的に属するとはいえずともある。「軍権」は国会にも属するのではないかという疑問がでてくる。また、国会承認については、その類型がさまざまにある点をとらえて統一した原理がないとしているが、現行法において不承認の効果は一つしかなく、結局のところ自衛隊の部隊行動について内閣と国会の意思が合致しなければならないといえる。

もっとも、最高機関性説では、自衛隊の指揮監督について責任政治が全うされる必要があるといい、立法政策説では、責任政府の原則が自衛隊の行動にも及ぶとされ、議院内閣制による国会の統制に服する点は共通の認識を有している<sup>68)</sup>。

### 3. 防衛作用の国会への帰属

では、国会承認の法的性格は、いかに解すべきであろうか。

最高機関性説では、国会が国権の最高機関であることは、明文なき国家作用についての権限は国会にあること、立法政策説では、立法機関は、内閣に属する防衛作用について幅広い方法で国会が関与しうることを論じている。とするならば、防衛作用が国会にも帰属しうるのではないかと推論が出てくる。

思うに、国会承認は各行動命令権に対応するものであって、それ単独ではありえない。国会承認の類型はさまざまあるが、不承認の議決がある場合の効果は一つしかなく、部隊行動を終結しなければならない。たとえ政府が部隊行動の継続を欲したとしても、である。その場合、行動命令権と国会承認は一連の協同行為ととらえることができる。行動命令権の発令に国会承認が必要な場合、内閣と国会の意思決定が合致してはじめて自衛隊は部隊行動ができるのである。もっとも、緊急の場合、行動命令権は事前の国会承認を不要とする。これは緊急事態に即応できることが必要であって、国会の審議は緊急事態に不適であるとの理由から

と思われる。それでも事後には国会承認が必要であることには変わりなく、結局は行動命令権の下令には内閣と国会の意思の双方が必要である。

また、行政を法律の執行ととらえた場合、防衛作用の執行について行動命令権は立法により法定され、その要件が規定されている。ここまでは法律による行政の原則として理解できるけれども、その命令権の行使の際に、ある機関が承認・不承認ができるという権限自体は、立法作用というよりも防衛作用の範疇の権限である<sup>69)</sup>。そうなることと防衛作用は立法化できる範囲で国会に属することが可能ではないかとの推論が出てくるのである。したがって、国会承認はこの意味で、防衛作用の一部を行使しているのではないかと考えられる。

では防衛作用は、国会にも帰属するのであろうか。

各行動命令権は立法により規定され、規定されない行動命令権について内閣は行使できない。いかなる部隊行動が、いかなる場合になしうるかを規定しているのは国会である。内閣はその規定の範囲内での行動が許されるのみである。その国会が各行動命令権に対して承認を含めいかなる関与をするかを規定するのも国会である。

すべての自衛隊の活動に国会承認が必要というわけではないという立法政策説からの指摘は、妥当ではあるが、国会の意思は何も国会承認のみに限られない。国会承認が規定されていなくても、不適切な行動命令権の行使は、国会で追及されるであろうし、場合によっては内閣不信任の原因にもなる。したがって、国会承認規定がなくても内閣の行動命令権は国会の統制に服しうる。そこで特に国会承認規定を設けた理由は、防衛作用において当該行動命令権が内閣と国会の意思が合致していると敢えて明らかにしているからに他ならない、と考える。

確かに、防衛作用は、「行政権」に含まれるものであるが、「行政権」にのみ属するものではない。もしそうであるならば、憲法上規定のない国会承

認は「行政権」への立法権の侵害にあたり、違憲の誹りを免れない可能性がある。しかし、防衛作用の帰属についても憲法上の明文はない。一方、65条の「行政権」は内閣に帰属すると規定しているが、41条の「唯一の立法機関」とか76条1項の「すべて司法権は」といったような排他的な文言を欠いている。また、66条3項は、内閣は国会に対して連帯してその責任を負うと規定して、議院内閣制の下、内閣の国会に対する責任を定める。内閣と国会は密接な協同関係を要求している。そうであるならば防衛作用は内閣と国会の協同行為であり、国会にも帰属すると解しうる。

また、41条は、国会を「唯一の立法機関」とのみ規定し、立法できる権限の範囲を定めてはいない。ここでいう立法を実質的意味での立法として、対象に着目して権利義務に関するのみならず行政各部の組織を含む規範と解したり、規範の性質に着目して一般的・抽象的法規範と解したりもしている<sup>70)</sup>。とするならば、防衛作用についてもかかる内容の規範であれば「立法」として国会が制定しうるのである。

さらに自衛隊法7条に最高指揮監督権といっても部隊の個々の行動まで命令しうるものではないことを考えると、国会承認も防衛作用の一部と考えられる。

防衛作用は国会にも帰属しうるし、その結果、内閣と国会に分割して帰属することになると思われる。もっとも、国会は会議体であり、内閣のような恒常的な組織ではない。その意思は議決という方法によりあらわされることになる。防衛作用は立法化できる範囲で国会にも帰属し、国会承認は防衛作用の行使のあらわれといえる。そこで、自衛隊の行動には、国会の意思が必要であり、原則として国会承認は必要となる。

以上から、自衛隊法7条が、内閣に防衛作用が帰属し憲法72条の内閣総理大臣の最高指揮監督権を確認した規定であることに対応して、行動命令権に対する国会承認は、防衛作用について憲法41

条により国会にも帰属することを明らした規定であると解する。

#### 4. 防衛作用における内閣と国会の関係

防衛作用が内閣と国会に分割して帰属するならば、憲法41条で国会を「国権の最高機関」とする一方、自衛隊法7条では内閣総理大臣の最高指揮監督権を認めている、この両者の関係が問題となる。

両者の関係については政府の説明が参考になる<sup>71)</sup>。

この答弁では、憲法第41条の趣旨については、国会は主権者たる国民によって直接選挙された議員からなる国民の代表機関であるから国家機関の中でも主権者たる国民に最も近い、最も高い地位にあると考えるにふさわしいものである、と解している。その一方、自衛隊法第7条の趣旨は、自衛隊の管理運営が行政権に属するもので、行政権が内閣に属することも憲法第65条に規定してあるところであり、そこで、内閣の最高責任者は内閣総理大臣であるということから、自衛隊の最高指揮権は内閣総理大臣が有する、という。内閣総理大臣は自衛隊の最高司令官であり、決していわゆる制服の人が最高司令官ではないという文民統制の趣旨を規定していると解している。したがって、この両者の「最高」の意味というのは「それぞれ別のもの」であり、その意味では矛盾がないという。

同時に、憲法66条第3項による内閣の国会に対する責任は、内閣総理大臣の自衛隊に対する指揮監督権についてもその規定が適用される。したがって、内閣総理大臣が自衛隊を指揮監督するという行政事務についても、国会のコントロールを当然に排除するものではない、と解している。

もっとも、個々の行政の細部にまで国会が一々指図をするかどうかというのは、これはおのずから立法府と行政府との関係においてそれぞれの法律の定めもあり、また、それぞれ憲法の趣旨に従

って両者の間の区分がされるべきものであり、指揮用兵の末々に至るまで国会が一つ一つ指図をするということを66条3項が許していない、といいつつも、最終的には国会のコントロールのもとに行政が行われることが、66条3項の趣旨としている。

また、自衛隊の問題について、例えば防衛出動は、これは国会の承認を受けなければできないというように現に自衛隊法に定めており、明らかに国会が自衛隊の行動について現実の具体的な法規においてもそれをコントロールしている。しかし、その部隊の一つ一つの細かい行動にまで国会なりあるいは総理大臣であっても、それぞれいべき場合というべからざる場合があるが、これは戦前の統帥権を認める趣旨ではなく文民統制を徹底する趣旨である、という。

この答弁は、議院内閣制のもと、内閣総理大臣の最高指揮監督権は国会の統制に服する。その結果、自衛隊の行動も国会のコントロール下にあり、自衛隊への統制を認めている、これは66条3項から導かれるものという。また、内閣総理大臣の最高指揮監督権は、個々の細かい部隊行動に対する命令ではない。この答弁でも同趣旨をいい、国会においても同様という。しかし、国会は自衛隊の行動について現実の具体的な法規においてこれをコントロールしていると指摘して、防衛作用において、内閣は最高指揮監督権や行動命令権を、国会はそれについての承認を、文民統制として位置付けている。

この答弁から、自衛隊の行動は、議院内閣制の下では内閣と国会の両方の意思が必要であり、文民統制により防衛作用が行政権として内閣及び国会にも帰属する点を説明しているものととらえることができる。文民統制が立憲主義、民主主義に基づくものであることに鑑みると、防衛作用を分割し内閣と国会の統制により文民統制を徹底しようとする趣旨が理解できる<sup>72)</sup>。

## おわりに

本稿では、国家作用の視点から防衛作用の帰属を検討した。憲法65条の「行政権」は内閣に帰属するのであるが、この「行政権」の内容の解釈によっては、防衛作用の帰属先が定まらない可能性がある。

確かに控除説はその簡潔性があり理解しやすい点がある。また、行政権の無限定な拡大を抑制しようとする限定控除説の趣旨は理解できるが、行政権の拡大の抑制は、むしろ立法権や司法権の充実した活動によることを考えると、賛意を覚えがたい。日本国憲法が三権分立だけでなく議院内閣制を採用していることから、議院内閣制を強調して内閣と国会の協同関係を求める、執行権説がふさわしいと思う。

もっとも、「行政権」が内閣に排他的に帰属するかは別問題である。前述のように立法権の帰属を規定する41条の「唯一の立法機関」や司法権の帰属を規定する76条1項の「すべて司法権は」といった文言は65条にはない。また、議院内閣制を採用し、内閣と国会の協同関係を求めている（66条3項）。これらを考えると、「行政権」は排他的に内閣に属するものではないと解する。

ここで問題となるのが、内閣総理大臣が自衛隊の最高指揮監督権を有するとした自衛隊法7条の法的性格である。確認説は、その根拠を憲法72条の内閣総理大臣の指揮監督権を確認した規定に過ぎないというが、一方、自衛隊法7条により内閣総理大臣に自衛隊の指揮命令権を付与した規定と解する見解の争いがある。

思うに、自衛隊が実力組織である点を見れば、その最高指揮監督権者が憲法で規定されている場合と法律により規定されている場合を比較すれば、憲法上規定されている方が、立憲主義に適していると考え<sup>73)</sup>。法律により規定されているということは立法レベルでの改正が可能であり、戦前の経験からすれば納得できない。また、内閣総理大

臣に集権的な規定ととらえる統帥権創設規定説よりも分権的な規定であるととらえる確認規定説の方が、文民統制を分権的統制と解する日本国憲法により合致すると考える<sup>74)</sup>。とするならば、防衛作用は「行政権」に含まれ、内閣に帰属することになる。

自衛隊法7条を確認規定と解すれば、自衛隊の部隊行動は別途立法によらなければならない、各行動命令権が立法により規定される。場合によってはこの行動命令権の発令には国会承認が必要であり、国会承認の法的性格が問題となる。

各行動命令権は国会の立法によること、国会承認は各行動命令権に関連していること、承認規定がある場合、国会承認は行動命令権の法律要件となっていること、承認規定を必要とするかどうか、は国会の判断によること、以上から国会承認は防衛作用の行使と解しうる。

65条の「行政権」は執行権と解すること、その「行政権」は内閣に排他的に属するものではないこと、したがって、自衛隊の最高指揮監督権は内閣総理大臣の権能として72条と同様であり、防衛作用は内閣に属する。他方で、憲法上明文のない防衛作用は国権の最高機関である国会にもその帰属が考えられる。

行動命令権は国会で立法により具体化され、さらには国会承認との関係から、国会にも防衛作用が帰属すると解することができる。したがって、自衛隊の行動について、内閣と国会の両方の意思が合致しなければならず、防衛作用としての国会承認は原則として必要である。国家作用の観点からは、65条の「行政権」は内閣に帰属するが排他的に帰属するものではない。防衛作用は「行政権」の一つであり、内閣総理大臣は自衛隊の最高指揮監督権者である。しかし、国会承認は、その規定の仕方から防衛作用の一部と考えられる。行動命令権の規定は国会に、発令は内閣に、その承認は国会に、という形で防衛作用は内閣と国会に分割して帰属すべきであることが明らかになった。し

たがって、行動命令権に対する国会承認は防衛作用として必要となる。防衛作用の分割は、文民統制の視点からも立法・行政・司法による自衛隊の統制を可能とする多元的分権的統制を規定している日本国憲法に適していると考えられる<sup>75)</sup>。

以上から、防衛作用は内閣と国会に分割して帰属すると考える。この防衛作用の分割的帰属について問題がない訳ではない。まず国会承認の内容を精査する必要がある。特に自衛隊の行動はその性質上その多くが機密にされるため、国会の関与の方法も問われるのである<sup>76)</sup>。さらに、議院内閣制の下で、国会において内閣の圧倒的な支持母体が存在しているときは、国会承認は実質的に統制の意味をなさないおそれがある。しかし、防衛作用の内閣と国会への分割的帰属は、自衛隊の運用を内閣だけの判断に委ねるのではなく国民の代表機関である国会も判断することで、判断の過誤を防止しようとする効果もある。国会では、与党のみならず野党による判断や指摘も有用であろう。国会の構成員である衆参両院議員らは、国民による選挙を控えているのである。

本稿で明らかにしたのは、防衛作用の内閣と国会への分割的帰属である。これは自衛権についての立法化、文民統制としての多元的分権的統制、との密接な関係がある。国会が国民の意思を反映していると考えられるゆえに、これらの事柄への、国会の関与が重要となる。行動命令権が立法による以上、立法機関としてどのような立法をするのか、「法律の質」<sup>77)</sup>が特に重要であることは明白である。立法の巧拙によって日本の安全保障が左右されるといっても過言ではない。いかなる法律を制定するか、そしてどのように自衛隊を統制するか、「法律の質」を向上させる仕組みを構築することが重要である。

さらには憲法改正が問題となっている昨今、9条が大きな議論の対象となることは当然である。その一方、防衛作用が分割的に帰属する現憲法を改正するとなると、改正憲法がどのような形で防

衛作用を帰属させるのか、平和主義、自衛権、文民統制の観点からの十分な検討が求められよう。

- 1) 安田寛『防衛法概論』(オリエント書房1979年) 2頁。
- 2) 昭和34年12月16日大法廷判決, 昭和34年(あ)第710号, 最高裁判所刑事事件判例集13巻13号3225頁。
- 3) 筆者は66条2項を文民統制の根拠条文と解する。これには文民統制説・平和主義徹底説という見解の争いがあるが, 詳しくは拙稿「日本の文民統制」『中央大学大学院研究年報公共政策研究科篇』(第10号2016年)。
- 4) 平和安全法制整備法(自衛隊法等10本の法律の改正をまとめたもの)と新設の国際平和支援法をさす。
- 5) 平成26年7月1日第2次安倍内閣閣議決定。
- 6) 宮沢俊義『全訂日本国憲法』(日本評論社1978年) 493-494頁。
- 7) 宮沢俊義, 前掲書494頁。
- 8) 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) 224頁, 佐藤幸治担当。併列的・縦断的というのは, 三権をそれぞれ相侵さぬようにして独立せしめてその権限を行使せしめるところに制度目的があるとし, 階層的・横断的とは, 権力分立が法治行政確保のための組織であることに重点を置いて立法による行政の支配, 一切の法律上の争訟の司法による裁断を含むとみるもの, をいう。
- 9) 小嶋和司『憲法概説』(信山社2004年) 436-437頁。
- 10) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂2011年) 481頁。
- 11) 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2013年) 198-199頁。
- 12) 渋谷秀樹『憲法 [第2版]』(有斐閣2013年) 592頁。
- 13) 佐藤幸治, 前掲書480頁。
- 14) 渋谷秀樹, 前掲書594頁。
- 15) 佐藤幸治, 前掲書480頁, 渋谷秀樹前掲書593頁, さらに73条柱書の「一般行政事務」の英訳を other general administrative functions として関連させるのが渋谷であるが佐藤幸治はこれをいわゆる庶務みたいなものとして否定的である。
- 16) 渋谷秀樹, 前掲書594頁。
- 17) 佐藤幸治他, 前掲書228頁, 佐藤幸治担当。
- 18) 昭和21年7月1日第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会2号5頁。
- 19) 佐藤幸治他, 前掲書480頁, 佐藤幸治担当。
- 20) 佐藤幸治, 前掲書480頁。
- 21) 芦部信喜『憲法 [第6版]』(岩波書店2015年) 323頁。
- 22) 平成10年6月2日第142回参議院行財政改革・税制等に関する特別委員会9号27頁。
- 23) 佐藤幸治他, 前掲書229頁, 佐藤幸治担当。
- 24) 佐藤幸治, 前掲書482頁。
- 25) 渋谷秀樹, 前掲書590頁。
- 26) この点につき渋谷秀樹, 前掲書595頁は, 執政は内閣と国会の協働行為として完結するという。にもかかわらず65条の「行政権」を執政権と解する点にその特徴がある。
- 27) 佐藤幸治他, 前掲書229頁, 佐藤幸治担当。
- 28) 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) 26-27頁。
- 29) 同論文30頁。
- 30) 安田寛, 前掲書14頁。
- 31) 小針司『文民統制の憲法学的研究』(信山社1990年) 265頁。
- 32) 同書276頁。
- 33) 『平成27年版防衛白書』(2015年) 215頁。
- 34) 田中二郎, 原竜之助, 柳瀬良幹編『行政法講座第6巻—行政作用』(有斐閣1966年) 123-124頁, 加藤陽三担当, 加藤陽三「防衛二法概説」『防衛法研究創刊号』(1977年) 69頁。
- 35) 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—自衛隊法7条に関する確認規定説と統帥権創設規定説の間」『防衛大学校紀要第107輯』(2013年) 57頁。
- 36) 小針司『防衛法概観』(信山社2002年) 31-32頁。
- 37) 昭和57年4月1日第96回参議院内閣委員会5号14頁, 角田禮次郎。
- 38) 安田寛, 前掲書61頁。
- 39) 宮沢俊義, 前掲書556頁。
- 40) 同書556頁。ここでいう指揮監督とは上級機関が下級機関に対し, 後者の事務処理に関し一定の行動を命ずることをいう。指揮の具体的な手段については法律により定められ, 例えば, 内閣法8条によれば内閣総理大臣は行政各部の処分又は命令を中止せしめ内閣の処置を待つことができる。
- 41) 安田寛, 前掲書62頁は, かつて政党支配の下で警察行政の公正が害されたことに対する反省に基づく

ものとする。

- 42) 安田寛, 前掲書63頁.
- 43) 山中倫太郎, 前掲論文61頁.
- 44) 平成15年5月23日第156回参議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会5号9頁, 石破茂.
- 45) 安田寛, 前掲書63-64頁.
- 46) 山中倫太郎, 前掲論文75頁.
- 47) 安田寛, 前掲書65-66頁は, 自衛隊の行動は, 国家の安危にかかわるものであり, 内閣総理大臣が直接個人責任を負うべきものとするのが望ましいという.
- 48) 小針司, 前掲『文民統制の憲法学的研究』242-243頁.
- 49) 小針司, 同書276-277頁. この問題は, 警察ではなく正規の軍隊でもない第3の範疇の存否の可能性や実力3分説の理論的成立の可能性の問題に帰着するという.
- 50) 宮崎弘毅「防衛二法と自衛隊の指揮監督権」『国防26巻8月号』(1977年)105頁.
- 51) 安田寛, 前掲書64頁.
- 52) 各行動命令の命令権者が内閣総理大臣か防衛大臣かの振り分けの問題はその基準や根拠について検討を要する論点ではあるが, 憲法上の論点ではなく, ここでは検討しない.
- 53) 小針司『防衛法概観』83-84頁は, 法律による行政の原理の思想に文民統制をも考慮に入れるのであれば, 対外的に実力組織である自衛隊は他の一般行政組織にみられない要請がある, という.
- 54) 富井幸雄『海外派兵と議会』(成文堂2013年). 国会承認について詳細に検討している. 国会承認のあり方を含め同書に多くの示唆を得た.
- 55) ここで「直ちに」、「速やかに」、「遅滞なく」との文言の違いがあることは, 別途検討事項である.
- 56) 安田寛, 前掲書162-163頁.
- 57) 昭和29年4月7日第19回衆議院内閣委員会21号4頁, 木村篤太郎.
- 58) 安田寛, 前掲書157-158頁は, 諸外国の憲法で宣戦に関する規定を設けこれに議会を関与される例はあるが, 出動そのものを国会の承認にかからしめている点で他に例をみないという.
- 59) 佐藤幸治, 前掲書『日本国憲法論』101頁.
- 60) 佐藤幸治, 同書431頁.
- 61) 佐藤幸治他, 前掲書『ファンダメンタル憲法』231-232頁, 佐藤幸治担当. また, 「国権の最高機関性については, 法的性格を認めない政治的美称説, 法的性格を認める最高責任地位説, 総合調整機能説がある.
- 62) 富井幸雄, 前掲書. ここでいう軍権とは, 軍隊という異質な国家機関を編制し管理し指揮監督する権限から軍の出動に関するあらゆる決定権を指すという. 自衛隊法7条が当てはまる, とする. 37頁.
- 63) 富井幸雄, 同書117頁. ただ, 国会の配慮として自衛権発動としての防衛出動には国会の承認を要件とすべきだと判断すれば, それは可能という. もっとも仮に国会承認を明文化しなくても即違憲にはならないとする.
- 64) 富井幸雄, 同書132頁. 富井は各立法を検討してそこには統一した原理は見出せないとした. さらに軍に対する統制として議会主義が世界的傾向という. 653頁.
- 65) 富井幸雄, 同書132頁.
- 66) 佐藤幸治, 前掲書『日本国憲法』430頁.
- 67) 同書101頁.
- 68) 佐藤幸治, 同書101頁, 富井幸雄, 前掲書133頁. 65条の「行政権」の意味について佐藤は執行権説, 富井は執政権説に拠っている.
- 69) 例えば, 自衛隊法77条では, 防衛大臣は, 事態が緊迫し, 前条第1項の規定による防衛出動命令が発せられることが予測される場合において, これに対処するため必要があると認めるときは, 内閣総理大臣の承認を得て, 自衛隊の全部又は一部に対し出動待機命令を発することができる, と規定する. この場合の内閣総理大臣の「承認」はまさしく防衛作用そのものであろう.
- 70) 佐藤幸治, 前掲書432-433頁.
- 71) 昭和57年3月12日第96回参議院予算委員会6号15頁-16頁. 源田実議員の質問はまさしくこの論点である. 源田は憲法41条の「最高」と自衛隊法7条の「最高」の関係を問うている. この質問を受けての角田内閣法制局長官の答弁である.
- 72) 文民統制は, いわゆる軍権という権力を制限する点で立憲主義, その正当性は国民の意思にある点で民主主義にその本質がある. 前掲拙稿「日本の文民統制」.
- 73) 山中倫太郎は, 確認規定説の方が憲法との整合性という点で相対的に優れているという. 前掲論文「自衛隊の指揮監督権に関する解釈学説の再検討」76頁.
- 74) 文民統制の方法として大別すれば2種類あり, 一

元的集権的統制と多元的分権的統制に分けられる。前者は単一の特定国家機関が統制の主体となり統制権限を集権的に有する。後者は複数の国家機関がその権限の範囲内で各々統制権限を有する。日本国憲法上自衛隊を国会・内閣・裁判所がその権限の範囲内において統制を可能としている点で多元的分権的統制を予定しているといえる。詳しくは前掲拙稿「日本の文民統制」。

75) 同上。

76) 植松健一「安保関連法案における国会承認制度の

欠陥」『別冊法学セミナー 安保関連法総批判 憲法学からの「平和安全」法制分析』（日本評論社2015年）

77) 植野妙実子「法律の質の保証」『フランスにおける憲法裁判』（中央大学出版2015年）にて法律の質の確保には、議員自身の自覚、誠実な審議、裁判所の役割、憲法の最高法規性を踏まえた憲法・法律・命令の階層性の認識、が必要という。288-291頁。中でも議員の自覚が必要とされる。

