

はしがき

(1) 本書は、渉外的な実力行使に関する法についての一問一答形式による体系書である。渉外的な実力行使とは、自衛官その他の公務員が携わる実力行使であつて、我が国の領域に在る外国の公務員又は我が国の領域外に在る外国人を相手方とするものをいう。

図に示したとおり、渉外的な実力行使（A）と自衛官が携わる実力行使（B）は、必ずしも一致しない。

AでもBでもある実力行使としては、①防衛出動時の武力行使（自衛隊法八八条）のほか、②（外国の軍隊その他これに類する組織の構成員を相手方とする）治安出動時の武器の使用（同法八九条・九〇条）、（外国の軍艦又は公船の乗組員等を相手方とする）海上における警備行動時の武器の使用（同法九三条）、国際平和協力業務時の武器の使用（平和維持活動法

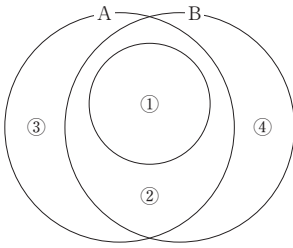
二五条・二六条）等がある。

AであるがBでない実力行使としては、③（外国の軍隊その他これに類する組織の構成員を相手方とする）警察官の武器の使用（警察官職務執行法七条）、（外国の軍艦又は公船の乗組員等を相手方とする）海上保安官の武器の使用（海上保安庁法二〇条一項）等がある。

AでないがBである実力行使としては、④（国民を相手方とする）治安出動時の武器の使用、（国民を相手方とする）海上における警備行動時の武器の使用等がある。

このうち①は、我が国の防衛を目的とするが、②④は、公共の秩序の維持等を目的としている。とはいえ、③が実施される事態は、②が実施される事態を経て、①が実施され

はしがき



る事態に推移する可能性がある事態（いわゆるグレーゾーン）である場合も少なくない。本書が、防衛法と題しつつ、①だけでなく②③も取り上げることとしたのは、このためである。

また、本書は、一問一答形式によることとした。通常の体系書でも、その内実は、著者が自ら立てた問いに自ら答える営為の積み重ねにほかならない。そうだとすれば、最初から問いと答えを明示しておく方が、読者の便宜になると考えたからである。

(2) 国際連合憲章は、各国が実施することができる「武力の行使」を、個別的自衛権の行使、集団的自衛権の行使又は（安全保障理事会の決議に基づき）集団安全保障措置に限定している。ところが、我が国の憲法は、我が国が実施することができる「武力の行使」を、さらに狭い範囲に限定している。

このような「武力の行使」の再限定は、他の主要国の憲法には見当たらない。それは、法律論としては、近代憲法で必ず定めなければならない事項（公選による立法機関の設置、独立した司法機関の設置等）でないからであり、政策論としても、抑止力を不十分なものとし、自国の存立を危うくすると判断されたからであろう。

とはいえ、法学は、もとより政策論の当否を判断し得る学問でないため、本書も、上記のような「武力の行使」の再限定の政策論的な当否にふれるものではない。本書が取り組んでいるのはむしろ、そのような憲法上の制約が、各法律で涉外的な実力行使を定めるに当たって、具体的にどのように発現するのかを明らかにするという作業である。この作業は、国会及び国民が上記のような「武力の行使」の再限定の政策論的な当否を判断するためにも、不可欠の前提となるはずである。

(3) 我が国の防衛法は、平成二十七年における自衛隊法、平和維持活動法、周辺事態法、船舶検査活動法、武力攻撃事態法等の改正及び国際平和共同対処事態法の制定により、その面目を一新した。

このうち自衛隊法七六条（防衛出動）の改正に関しては、藤田宙靖「覚え書き―集団的自衛権の行使容認を巡る違

憲論議について」自治研究九二巻二号（平二八）三頁以下及び藤田宙靖「自衛隊法七六条一項二号の法意——いわゆる『集団的自衛権行使の限定的容認』とは何か」自治研究九三巻六号（平二九）三頁以下を始めとして、相当数の研究が現れている。一方、防衛出動時の武力行使以外の渉外的な実力行使に関する本格的な研究は、ほとんど現れていない。筆者も、前著『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂・平三〇）第四章（以下単に「前著」という。）において、防衛出動時の武力行使のほか、幾つかの武器の使用について考察したが、いまだ素描的なものにとどまっていた。

これに対し、本書は、前著で取り上げなかった武器の使用等のほか、自衛隊法の構造、渉外的な実力行使の基礎理論、「武力の行使」に付随する措置及び他国の武力行使と一体化する行為についても、体系的に考察している。ただし、サイバー諜報、（自衛隊法と類似している）オーストリア・軍隊権限法（*Militärbefugnisgesetz*）との比較等については、分量の関係上、本書に収録することができなかった。

なお、前著では、防衛出動時の武力行使を「武力行使（狭義）」と呼び、渉外的な実力行使を「武力行使（広義）」と呼んでいたが、防衛出動時の武力行使とそれ以外の渉外的な実力行使との差異が（質的でなく）量的なものにすぎないという誤解を招くおそれがあった。また、前著では、自衛官が携わる実力行使を、「主として」自国民を相手方とする実力行使と（主として）外国軍隊の構成員を相手方とする実力行使に分類していたが、（理論的でなく）便宜的なものにすぎなかったため、無用な誤解を招くおそれがあった。本書では、これらの不備を是正したほか、説明が不十分であった部分について、該当箇所を補足することとした。

(4) 国際法によって限定されている「武力の行使」が憲法によって再限定されていることの行政法上の帰結を明らかにするという作業に取り組むに当たっては、国際法の判例・学説を確認しておくことが欠かせない。筆者は行政法を専門とするため、この点に関しては、坂元茂樹・真山全両教授を始めとする多数の国際法学者の論文に依拠させていただいた。もっとも、国際法学者の論文のうち、行政法学者として素朴な違和感を抱いた部分については、勇を鼓

して、率直に指摘させていただいた。もし論文の真意を正確に把握していない箇所があるとすれば、ひとえに筆者の責任である。

また、アデレード大学のD・ステイーンズ教授及び防衛大学校の吉田健太郎准教授には、部隊運用に関する実務的な教示をいただいた。京都大学大学院博士課程の佐藤悠広君には、校正の手伝いを依頼し、併せて有益な助言をいただいた。有斐閣の柳澤雅俊京都支店長には、ウクライナ紛争の勃発前から本書の構想を支援し、迅速な刊行を実現していただいた。ここに記して謝意を表したい。

令和五年新春

仲野 武志

目次

法令等の略称一覧

第一編 防衛法の基礎理論

第一章	自衛隊法の構造	1
-----	---------	---

第一節	自衛隊、三自衛隊、部隊及び自衛官（第一～八問）	1
-----	-------------------------	---

第二節	自衛隊の部隊の組織及び編成（第九～一二問）	18
-----	-----------------------	----

第三節	自衛隊の行動（第一三～一七問）	22
-----	-----------------	----

第四節	自衛隊に関する指揮監督（第一八～二九問）	33
-----	----------------------	----

第二章	渉外的な実力行使	59
-----	----------	----

第一節	国際法上の渉外的な実力行使（第三〇～四七問）	59
-----	------------------------	----

第二節	国内法上の渉外的な実力行使（第四八～五八問）	94
-----	------------------------	----

vi

第三編 武器の使用等

273

第一章 (我が国の領域で実施される) 武器の使用等……………273

- 第一節 警察官の武器の使用 (第一五〇～一六〇問) 273
- 第二節 (我が国の領域で実施される) 自衛隊の武器等の防護のための武器の使用 (第一六一～一六九問) 294
- 第三節 (我が国の領域で実施される) 合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護のための武器の使用 (第一七〇～一七五問) 305
- 第四節 自衛隊の施設の警護のための武器の使用及び小型無人機等の飛行の妨害等の措置 (第一七六～一八三問) 312
- 第五節 自衛隊の施設等の警護出動時の実力行使 (第一八四～一九〇問) 318
- 第六節 治安出動時の実力行使 (第一九一～一九八問) 328
- 第七節 (我が国の領域で実施される) 自己等の防護のための武器の使用 (船舶検査活動の際のものを除く。) (第一九九～二〇三問) 339
- 第八節 (我が国の領海で実施される) 海上保安官の実力行使 346
- 第一款 (我が国の領海で実施される) 海上保安官の実力行使 (北朝鮮特定貨物の検査の際のものを除く。) (第二〇四～二一七問) 346
- 第二款 (我が国の領海で実施される) 海上保安官の実力行使 (北朝鮮特定貨物の検査の際のものに限る。) (第二一八～二二三問) 372

第九節	(我が国の領海で実施される) 海上における警備行動時の実力行使 (第二四〇～二三二間)	380
第一〇節	(我が国の領海で実施される) 船舶検査活動の際の実力行使 (第二三三～二三四間)	392
第十一節	(我が国の領海で実施される) 機雷等の除去 (第二三五～二四〇間)	395
第十二節	領空侵犯に対する措置のための武器の使用 (第二四一～二四七間)	407
第二章	(公海又は公空で実施される) 武器の使用等	424
第一節	(公海又は公空で実施される) 自衛隊の武器等の防護のための武器の使用 (第二四八～二五一間)	424
第二節	(公海又は公空で実施される) 合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護のための武器の使用 (第二五二～二五五間)	431
第三節	(公海で実施される) 海上保安官の実力行使	436
第一款	(公海で実施される) 海上保安官の実力行使 (北朝鮮特定貨物の検査の際のものを除く) (第二五六～二六三間)	436
第二款	(公海で実施される) 海上保安官の実力行使 (北朝鮮特定貨物の検査の際のものに限る) (第二六四～二六五間)	450
第四節	(公海で実施される) 海賊対処行動時の実力行使 (第二六六～二七三間)	454
第五節	(公海で実施される) 海上における警備行動時の実力行使 (第二七四～二七八間)	471
第六節	(公海で実施される) 船舶検査活動の際の実力行使 (第二七九～二八九間)	480
第七節	(公海で実施される) 機雷等の除去 (第二九〇～二九三間)	496

第八節	(公海又は公空で実施される) 自己等の防護のための武器の使用(船舶検査活動の際のものを除く。)	
	(第二九四―二九五間)	502
第九節	(公空で実施される) 弾道ミサイル等に対する破壊措置のための武器の使用(第二九六―三〇五間)	
第三章	(外国の領域で実施される) 武器の使用等……………	518
第一節	(外国の領域で実施される) 自衛隊の武器等の防護のための武器の使用(第三〇六―三〇七間)	518
第二節	(外国の領域で実施される) 合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護のための武器の使用 (第三〇八―三〇九間)	521
第三節	在外邦人等の輸送の際の武器の使用(第三一〇―三一五間)	524
第四節	在外邦人等の保護措置時の実力行使(第三一六―三二二間)	534
第五節	国際平和協力業務時の実力行使	548
第一款	国際連合の平和維持活動(第三二三―三三五間)	548
第二款	国際連合平和維持活動及び国際平和協力業務(実力行使を除く。)(第三三六―三四八間)	576
第三款	国際平和協力業務時の実力行使(第三四九―三六二間)	597
第六節	(外国の領域で実施される) 自己等の防護のための武器の使用(船舶検査活動、在外邦人等の輸送、在外邦人等の保護措置及び国際平和協力業務の際のものを除く。)(第三六三―三六五間)	621
第七節	(外国の領海で実施される) 機雷等の除去(第三六六―三七三間)	624

第二編 武力の行使等

第一章 武力の行使

第一節 概説

第五九問 憲法九条一項は、(同条二項と併せ考えずに)それだけで考えると、どのような「武力の行使」を禁止する趣旨と解されるか。

(1) 憲法九条一項は、「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。」と規定している。法令上、「紛争」という文言は、憲法の制定時から現在まで、特に定義することなく、通常の語義どおりに用いられている(昭和二年法律一五三号による廃止前の)人事調停法一条等参照)。例えば、(公害に係る)「紛争」(公害紛争処理法一条とは、「一定の法律関係に関連して利害関係を有する当事者間に、意見の不一致による争いが生じていること」^①)をいうと解説されている。

よって、「国際紛争を解決する手段として」の「武力の行使」(憲法九条一項)とは、それだけで考えると、①「我が国と外国(国に準ずる組織(第五六四条参照)を含む。以下本間において同じ。)」との間で主張が一致しないで争いが生じている場合において、我が国が、自らの主張を貫徹することを目的として開始する「武力の行使」及び②「我が国と外国との間で主張が一致しないで争いが生じている場合において、当該外国が自らの主張を貫徹することを目的として、「国際関係における「武力の行使」」(第三八四条参照)を開始したときに、我が国が、これを機縁として自らの主張を貫徹することを目的として実施する「武力の行使」をいうものと解される。

これに対し、③「我が国と外国との間で主張が一致しないで争いが生じている場合において、当該外国が自らの主張を貫徹することを目的として「国際関係における「武力の行使」を開始したときに、我が国が、現に行われ、又は、まさに行われようとしている(当該「国際関係における「武力の行使」の一環としての)」武力行使を排除することのみを目的として実施する「武力の行使」及び④「我が国と外国との間で特に争いが生じていないにもかかわらず、当該外国が我が国に対し「国際関係における「武力の行使」を開始した場合において、我が国が、現に行われ、又は、まさに行われようとしている(当該「国際関係における「武力の行使」の一環としての)」武力行使を排除することのみを目的として実施する「武力の行使」が、「国際紛争を解決する手段として」の「武力の行使」^②といえないことは明らかである。

このほか、⑤「我が国と外国との間で主張が一致しないで争いが生じている場合において、当該外国が自らの主張を貫徹することを目的として「国際関係における「武力の行使」を開始したときに、我が国が、現に行われ、又は、まさに行われようとしている(当該「国際関係における「武力の行使」の一環としての)」武力行使を排除することにとどまらず、当該外国が当該「国際関係における「武力の行使」を継続する意思をなくすることを目的として実施する「武力の行使」」、⑥「我が国と外国との間で特に争いが生じていないにもかかわらず、当該外国が我が国に対し「武

力の行使」を開始した場合において、我が国が、現に行われ、又はまさに行われようとしている（当該「国際関係にお」ける「武力の行使」の一環としての）実力行使を排除することにとどまらず、当該外国が当該「国際関係にお」ける「武力の行使」を継続する意思をなくすることを目的として実施する「武力の行使」^⑦ 我が国と外国との間で主張が一致しないで争いが生じている場合において、当該外国が自らの主張貫徹することを目的として「国際関係にお」ける「武力の行使」を開始したときに、我が国が、現に行われ、又はまさに行われようとしている（当該「国際関係にお」ける「武力の行使」の一環としての）実力行使を排除することにとどまらず、当該外国が当該「国際関係にお」ける「武力の行使」を継続する意思をなくすることと併せて、当該外国が当該「国際関係にお」ける「武力の行使」と同様の「国際関係にお」ける「武力の行使」を反復する意思をなくすることを目的として実施する「武力の行使」^⑧ 我が国と外国との間で特に争いが生じていないにもかかわらず、当該外国が我が国に対し「国際関係にお」ける「武力の行使」を開始した場合において、我が国が、現に行われ、又はまさに行われようとしている（当該「国際関係にお」ける「武力の行使」の一環としての）実力行使を排除することにとどまらず、当該外国が当該「国際関係にお」ける「武力の行使」を継続する意思をなくすることと併せて、当該外国が当該「国際関係にお」ける「武力の行使」と同様の「国際関係にお」ける「武力の行使」を反復する意思をなくすることを目的として実施する「武力の行使」^⑨も、「国際紛争を解決する手段として」の「武力の行使」とまではいえないであろう。^⑤⑧は、外国が「国際関係にお」ける「武力の行使」を継続し、又は反復する意思をなくすることを目的としているが、憲法九条一項の文言に照らすと、「国際紛争」は「武力の行使」に先立って存在していなければならないと解されるからである。^③

よって、憲法九条一項は、（同条二項と併せ考えずに）それだけで考えると、①②のような「武力の行使」を禁止する趣旨であって、③④⑧のような「武力の行使」を禁止する趣旨とは解されない。

ところで、①②は、国際連合憲章の目的と両立しないが、③④⑧は、これと両立し得ると考えられる。戦争放棄ニ

関スル条約一条は、①②のような「戦争」を禁止していた（第三七問参照）が、国際連合は、それだけでは十分でないとして設立された（第三八問参照）からである。

(2) 本問に関し、政府は、「憲法九条一項ハ」不戦条約（「戦争抛棄ニ関スル条約」ノ趣旨ヲ明カニスル〔規定デアル。〕「国際紛争を解決する手段として（の戦争及び武力の行使）……は、おおむね、……侵略戦争と……普通には同一視しております。大体においてそれでいい……が、要するに、国家間で主張の対立があつて、その一国が自己の主張を押し通そうというわけで相互に紛争の状態にある、それを日本の憲法は、平和的に解決しろ、こういつている……むろんそれとは別に、紛争の有無にかかわらず、他国からとにかく暴力をもつて向かってきたという場合には、……その暴力を排除することは……否認はしておらない……、いわゆる自衛はかまわない」^⑤と説明している。

(3) なお、国際法学界では、国際連合憲章は、①②のような「戦争」だけでなく、一切の「戦争」を禁止しているという見解がある^⑥。これによると、憲法九八条二項は、一切の「戦争」を禁止していることとなろう^⑦。

(1) 公害紛争処理問題研究会編『公害紛争処理法解説』（一粒社・昭五〇）七頁。

(2) 我が国が③④を実施したことにより、当該外国が当該「国際関係にお」ける「武力の行使」を継続する意思をなくすることはもちろんあり得るが、それはあくまで結果にすぎない。

(3) ⑤⑧には、その手段が国際人道上禁止されているため、憲法九八条二項により禁止されるものもあるが、これは、本問とは別の問題である。

(4) 九〇・貴・帝国憲法改正案特別委一二号（昭二一・九・一三）一二頁〔金森徳次郎國務大臣。〕

(5) 四八・衆・予算委一七号（昭四〇・三・二）七頁〔高辻正巳政府委員〕。同頁、「『国際紛争を解決する手段としては』……は……、……主として……侵略の手段としての戦争を禁止しておる」（一九・衆・外務委一号（昭二八・一二・一一）一四頁〔佐藤達夫政府委員〕。「両国家間で主張の相違がある、その主張の相違を平和的に処理するべきであるにもかかわらず、武力でもって解決して行く」ということが、国際紛争を解決するために戦争をしたり武力を行使したりということになろう……。ところが……、そういうこと

とは離れ……て、理由は、何にせよ、先方から一種の打撃を与えられた……場合に、その打撃を排除する……ための措置を講ずること……は国際紛争を解決するというよりも、侵害を排除すること自体であり……、これは場合により正当防衛にな」る（同一七号（昭二九・三・一五）二五頁（高辻正巳政府委員）。「たまたま……国際紛争がきっかけで……も、……現実に向うが攻め込んで来たので……すから、それに対する自衛権の行使……は当然のことであつて、それを迎え撃つ……ことは、国際紛争解決のための武力の行使……には当たらない」（同頁（佐藤政府委員））。

- (6) この趣旨を述べた政府見解として参照、「少なくとも戦争というのは、……国際法上はない。国連憲章が現存の世界の規範で……、そのもとでは自衛権の名でしか武力は行使できない」（六八・衆・外務委一八号（昭四七・五・二四）二七頁（高島益郎政府委員））。
- (7) おそらくこの趣旨を述べた政府見解として参照、「戦争はとにかく放棄している……。……そのほかに、武力による威嚇あるいは武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては……放棄している」（八四・衆・内閣委二七号（昭五三・八・一六）二六頁（真田秀夫説明員））。

第六〇問 憲法九条二項前段のうち「陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。」という部分は、（同条一項と併せ考えずに）それだけで考えると、どのような組織体の保持を禁止する趣旨と解されるか。

- (1) 憲法九条二項前段は、「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。」と規定している。

一般に、「陸海空軍」という表現は、「戦争」（第五四問参照）又は「武力の行使」（第五五問参照）を任務とする組織体の典型的な名称として用いられている。また、憲法九条二項前段のうち「これを保持しない。」という部分には、同条一項と異なり、何ら限定が付されていない。

よつて、憲法九条二項前段のうち「陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。」という部分は、（同条一項と併せ考えずに）それだけで考えると、一切の「戦争」又は「武力の行使」を任務とする組織体（その名称を問わない。）の保持を禁止する趣旨と解される。^①

(2) 本問に關し、政府は、「陸海空軍その他の戦力」とありますから、やはり戦争に役立つ一定の人的物的組織体をいうのであろう^②という見解を示している。

この政府見解は、憲法九条二項前段のうち「陸海空軍その他の戦力」という部分について、(同条一項と併せ考えずに)それだけで考えた意味を述べたものであろう。

(1) 憲法学界では、「陸海空軍その他の戦力」とは、「警察力」(自衛隊法七八条一項参照)を上回る水準の実力を有する組織体をいうとする見解もある(参照、芦部信喜監修『注釈憲法』一卷(有斐閣・平二二)四二六―四二八頁(高見勝利)。この見解は、「戦争」又は「武力の行使」を任務とする組織体は「警察力」を上回る水準の実力を有するのが通例であることを前提として、「陸海空軍その他の戦力」は、これを保持しない。」という部分は、そのような組織体の保持を禁止していると解するものであろう。

(2) 六一・参・予算委三号(昭四四・二・二二)八頁(高辻正巳政府委員)。同旨、「戦力ト……ハ、戦争又ハ之ニ類似スル行為ニ於テ、之ヲ使用スルコトニ依ツテ目的ヲ達成シ得ル一切ノ人的及ビ物的力ト云フコトニナラウ」(九〇・貴・帝国憲法改正案特別委一二号(昭二一・九・一三)二八頁(金森徳次郎国務大臣)。我が国が保持するものである以上、国家机关について述べたものと解される。)。『陸海空軍というのは装備編成された組織体……を例示にあげておる……から、その他の戦力……も……、装備編成を持つ組織体と……考えるのが当然の解釈であらう』(二五・衆・通商産業委一八号(昭二八・二・一二)八頁(佐藤達夫政府委員))。

第六一問 我が国が連合国の管理下にあつた時期には、憲法九条一項・二項前段は、両者を併せ考えると、どのような「武力の行使」及び組織体の保持を禁止する趣旨と解されていたか。

(1) 我が国が連合国の管理下にあつた時期には、国内法体系における最上位規範は、帝国憲法・現憲法でなく、降伏文書であつた。^①この時期には、憲法九条一項が、戦争抛棄ニ関スル条約一条を再確認する趣旨にとどまつていた(前々問参照)のに対し、同条二項前段のうち「陸海空軍その他の戦力」は、これを保持しない。」という部分は、(ポツダム宣言六項・九項の履行を定めた)降伏文書六項の直接の下位規範にほかならなかつた。^②つまり、前者が一種の訓示

規定であつたのに対し、後者は真正の法規範であつた。

よつて、この時期には、前者よりも後者を全面的に優越させる形で、全体の解釈を確定すべきであつた。^③

(2) 本問に関しては、政府も、「第一項ニ於キマシテハ自衛戦争ヲ必ズシモ禁止シテ居リマセヌ、ガ……第二項ニナツテ自衛戦争ヲ行フベキカラ全然奪ハレテ居リマスカラシテ、其ノ形ハ出来マセヌ」と説明してゐた。^④

(1) 参照、最大判昭二八・七・二二刑集七卷七号一五六二頁。併せて参照、佐藤達夫『日本国憲法成立史』一卷（有斐閣・昭三七）一二三―一二七頁・一四〇―一四一頁及び衆議院議員森清君提出連合国による我が国の管理と日本国憲法制定の経過に関する質問に対する答弁書（昭五五・一二・五内閣衆質九三第一二二号）一について。

(2) 参照、「先方ハ進駐軍引揚後ノ諸制度ガ元ノヤウニナルコトノナイヤウニ憲法ニ出来ルダケ多クノ楔ヲ打込ンデ置カウトシテ居ル」（九〇・貴・帝国憲法改正案特別委小委筆記要旨一号（昭二一・九・二八）一―二頁（金森徳次郎國務大臣）。「當時は……敗戦の直後で……、完全な武装解除ということは占領政策としても出て来ておつた」（一九・参・内閣委三九号（昭二九・五・二〇）六頁（佐藤達夫政府委員）。

(3) 連合国が我が国に帝国憲法を改正させたことと陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則（陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（明四五条約四）附属書）四三条との関係に関する学説、法制局関係者の見解及び政府見解につきそれぞれ参照、小畑郁「日本の降伏および連合国による日本占領管理の法的性質」芹田健太郎ほか編『実証の国際法学の継承』（信山社・令元）九四七―九四八頁、佐藤・前註（一）一三三―一三六頁及び衆議院議員森清君提出日本国憲法制定に関する質問に対する答弁書（昭六〇・九・二七内閣衆質一〇二第四六号）三について。

(4) 九〇・貴・帝国憲法改正案特別委一二二号（昭二一・九・一三）二四頁（金森徳次郎國務大臣）。同旨、「第一項ハ『他国との間の紛争の解決の手段として』ト云フ条件ガ附イテ居リマス、従ツテ防禦的戦争……ハ入ツテ居ナイト云フ風ニ解釈出来ルダラウ……、処ガ第二項……ニ於キマシテハ、一切ノ場合ニ於ケル手段ヲ封鎖シテ居リマス、物的ニ武力ヲ持ツテハナラス、並ニ人的ニ武力ヲ持ツテハナラス……、是ハ戦争類似行動ガ如何ナル種類ノモノデアルト問ハズ、働イテ来ル」（同一九頁（金森國務大臣）。

第六二問 日本国との平和条約の発効後には、憲法九条一項・二項前段は、両者を併せ考えると、どのような「武力

【図】

	1 項のみで考えた場合 武力の行使	2 項前段のみで考えた場合 武力の行使を任務とする組織体
国連憲章の目的と両立し得る最広範囲	×	×
我が国を防衛するための必要最小限度	○	×
	○	×

↓

	1 項と 2 項前段を併せ考えた場合 武力の行使	武力の行使を任務とする組織体
国連憲章の目的と両立し得る最広範囲	×	×
我が国を防衛するための必要最小限度	×	×
	○	○

の行使」及び組織体の保持を禁止する趣旨と解されるか。

(1) 日本国との平和条約（昭二七条約五）の発効に伴い、憲法は、名実ともに「最高法規」（九八条一項）となった。このため、憲法九条一項と同条二項前段のうち「陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。」という部分は、いずれも対等な真正の法規範となり、一方を訓示規定におとしめることはできなくなった。よって、この時期には、前者の射程と後者の射程を互いに制限し合う形で、全体の解釈を確定するほかない。

すなわち、前者は、一見すると、国際連合憲章の目的と両立しない「武力の行使」のみを放棄することとしているようにみえるが、後者と併せ考えると、同憲章の目的と両立する「武力の行使」のうち、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」以外の「武力の行使」をも放棄することとしているのであり、また、後者は、一見すると、一切の「武力の行使」を任務とする組織体を保持しないこととしているようにみえるが、前者と併せ考えると、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」以外の「武力の行使」を任務とする組織体のみを保持しないこととしているという「痛み分け解釈」（[図](#) 参照）である。^①

(2) 「痛み分け解釈」の下では、「国際紛争を解決する手段として」の「武力の行使」については、二とおりの解釈が成り立ち得る。一つは、本来の語義どおり、国際連合憲章の目的と両立しない「武力の行使」のみを

指すという解釈であり、今一つは、本来の語義に加え、同憲章の目的と両立する「武力の行使」のうち、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」以外の「武力の行使」をも指すという解釈である。前者の解釈は、文理上、自然であるが、同憲章の目的と両立する「武力の行使」のうち、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」以外の「武力の行使」は、黙示的に禁止されると考えるほかない。これに対し、後者の解釈は、文理上、不自然といわざるを得ないが、同憲章の目的と両立する「武力の行使」のうち、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」以外の「武力の行使」も、明示的に禁止されることとなる。

同様に、「痛み分け解釈」の下では、「陸海空軍その他の戦力」についても、二とおりの解釈が成り立ち得る。一つは、本来の語義どおり、一切の「武力の行使」を任務とする組織体を指すという解釈であり、今一つは、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」以外の「武力の行使」を任務とする組織体を指すという解釈である。前者の解釈は、文理上、自然であるが、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」を任務とする組織体の保持は、黙示的に許容されると考えるほかない。これに対し、後者の解釈は、文理上、不自然といわざるを得ないが、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」を任務とする組織体の保持は、明示的に許容されることとなる。^{②③}

以上のとおり、いずれの解釈をとつても完全無欠とはいいたいが、およそ「痛み分け解釈」以外の選択肢が考えられない以上、そのような帰結は避けがたい。^③

(1) 最大判昭三四・一二・一六刑集一三卷一三号三二五頁は、「憲法九条二」項において戦力の不保持を規定したのは、わが国がいわゆる戦力を保持し、自らその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使することにより、同条一項において永久に放棄することを定めたいわゆる侵略戦争を引き起こすことのないようにするためである」と説示した。この部分は、（我が国が連合国の管理下にあった時期に設けられた）同項の立法者意思を述べたものと考えられる。この部分が「痛み分け解釈」を否定する趣旨でない

ことは、「同条二項がいわゆる自衛のための戦力の保持をも禁じたものであるか否かは別として」という部分から明らかである。

(2) 政府は、後者の解釈をとっている（次問参照）。

(3) 前著一九九頁では、『憲法九条二項の文理解釈は、同条一項の反対解釈に優越するのではないか』という問いを立てたが、趣旨が不明確であったため、本問のとおり修正しておきたい。

第六三問 昭和二十九年見解とは何か。

(1) 昭和二十九年見解とは、『憲法九条一項は、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」を許容している。また、同条二項前段は、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」を任務とする組織体の保持を許容している」という痛み分け解釈（前問参照）をとる政府見解をいう。

昭和二十九年見解は、「憲法九条は、独立国としてわが国が自衛権を持つことを認めている。従つて自衛隊のような自衛のための任務を有し、かつその目的のため必要相当な範囲の実力部隊を設けることは、何ら憲法に違反するものではない^①」という説明において、初めて公にされた。もつとも、この説明が上記の趣旨であることが明示されたのは、「平和を尊重していく……ことと、……一国に対して侵害がありました場合、それを必要の最小限度において防衛する、……侵害を除去させる……ことは矛盾するものではない……」^②「自衛のために必要最小限度の範囲においていわれる戦力と申しますか、実力を持てる」という補足説明によつてである。^③

(2) 内閣法制局関係者は、昭和二十九年見解の前段部分（『憲法九条一項は、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」を許容している。』）について、「『戦力』や『交戦権』を持ってないことを前提として第九条第一項の『国際紛争を解決する手段として』の戦争・武力行使を理解しようとすれば、同項の趣旨も不戦条約（『戦争抛棄二関スル条約』）等の場合とは異なると解さざるを得ない^④」と解説している。

この解説は、昭和二九年見解の前段部分が「痛み分け解釈」の結果であることを述べたものといえよう。

また、政府は、昭和二九年見解の後段部分（「同条二項前段は、我が国を防衛するための必要最小限度の「武力の行使」を任務とする組織体の保持を許容している」）について、「〔一項で〕自衛権はある。しかしその兩者を^⑤かみ合わせまして、……二項で否定されておらない限度は、自衛のために必要な最小限度と……考えている……」。「第二項が第一項と関連づけ、解釈をしております以上は、……自衛のため必要な最小限度における実力を持つ……ことは、憲法第九条の禁止する戦力ではない」という見解を示している。

これらの政府見解は、昭和二九年見解の後段部分が「痛み分け解釈」の結果であることを述べたものといえよう。

(1) 二一・衆・予算委二号（昭二九・一二・二二）一頁（大村清一國務大臣）。この前の部分も併せて昭和二九年見解と呼ばれることもあるが、本文に引用した部分のみで十分である。

(2) 二四・参・内閣委三六号（昭三一・五・二）一五頁（高辻正巳政府委員）。同旨、「自衛のために厳格に必要な最小限度のものが自衛権の行使として許される」（四六・参・予算委一〇号（昭三九・三・九）一九頁（林修三政府委員））。

(3) 二二・参・内閣委三七号（昭三〇・七・二九）二二頁（林修三政府委員）。「必要相当」を「必要最小限度」と置き換えることができる理由を示した政府見解として参照、「わが国の置かれた情勢のもとにおいてその限度を越えないという意味で相当だということですから、……表現すれば、もとより必要最小限度ということになる」（六五・衆・内閣委二二二号（昭四六・五・一一）一五頁（荒井勇政府委員））。

(4) 阪田雅裕『政府の憲法解釈』（有斐閣・平二五）七四頁。

(5) 三八・衆・内閣委二四号（昭三六・四・一三）九頁（林修三政府委員）。同旨、「自衛のため必要相当限度（『必要最小限度』）の戦力を保持することを禁止している」ということは、一項、二項両項合せて考えられない」（二二・参・予算委二三号（昭三〇・六・一一）一九頁（林政府委員））。

(6) 六五・衆・内閣委二六号（昭四六・五・一五）一三頁（吉國一郎政府委員）。

著者紹介

仲野 武志（なかの たけし）

昭和 50 年 1 月 神戸市生まれ
平成 9 年 3 月 東京大学卒業
平成 9 年 4 月 東京大学助手
平成 12 年 8 月 東北大学助教授
この間、外務省・内閣法制局に出向
平成 24 年 4 月 京都大学教授（現職）

〈著書・主要論文〉

- ①『公権力の行使概念の研究』（有斐閣・平 19）
- ②『国家作用の本質と体系 I』（有斐閣・平 26）
- ③『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂・平 30）
- ④「天皇の退位等に関する皇室典範特例法について（1）～（3）」法学論叢 185 巻 4～6 号（令元）所収
- ⑤「国及び公共団体の概念」大貫裕之ほか編『稲葉馨先生・亙理格先生古稀記念・行政法理論の基層と先端』（信山社・令 4）所収

防衛法

2023 年 3 月 5 日 初版第 1 刷発行

著 者 仲野武志

発行者 江草貞治

発行所 株式会社有斐閣

〒101-0051 東京都千代田区神田神保町 2-17

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印 刷 株式会社三陽社

製 本 牧製本印刷株式会社

装丁印刷 株式会社享有堂印刷所

落丁・乱丁本はお取替えいたします。定価はカバーに表示してあります。

© 2023, 仲野武志

Printed in Japan ISBN 978-4-641-22842-9

本書のコピー、スキャン、デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内の利用でも著作権法違反です。

JCOPY 本書の無断複写（コピー）は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつと事前に、（一社）出版者著作権管理機構（電話 03-5244-5088, FAX 03-5244-5089, e-mail: info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。