

# 平和安全法制における自衛隊の法的地位

## 一 国際法と国内法との狭間で一

岩 本 誠 吾

### 目 次

1. はじめに
2. 自衛隊の法的地位
  - 1) 国際法の視点
  - 2) 国内法の視点
  - 3) 国際法と国内法の矛盾
3. 国際法から見た平和安全法制
  - 1) 兵站業務
  - 2) 米軍等の武器防護
  - 3) 自衛官の捕虜待遇
4. まとめにかえて — 日本の取るべき法政策
  - 1) 国際法における義務違反の回避と権利の確保
  - 2) 軍事的劣勢からの脱却

## 1. はじめに

近年、日本を取り巻く国際安全保障環境は激変し、その厳しさが一層深刻化している。例えば、北朝鮮の3回目の核実験(2013年2月12日)や度重なる人工衛星の打ち上げと称する弾道ミサイル発射実験(2012年4月13日及び12月12日)<sup>(1)</sup>、2012年9月11日の日本政府による尖閣諸島の

---

(1) その後、北朝鮮は、第4回(2016年1月6日)、第5回(2016年9月9日)の核実験を行った。ミサイル実験も6回(2013年)、19回(2014年)、15回(2015年)、24回(2016年)と、近年急増している。Cf., Daniel Brown and Mike Nudelman, "Here are all the missile tests conducted by North Korea since 1984," *Business Insider*, Jul. 10, 2017, <http://www.businessinsider.com/missile-tests-north-korea-2017-5>

購入・所有権移転以降の日中間の当該諸島をめぐる領有権紛争の顕在化<sup>(2)</sup>及び国防費の劇的増額に伴う中国軍の急速な質的近代化・量的増大化・外洋海軍化（例えば、2012年9月25日の中国初の空母「遼寧」就役）、並びにクリミア半島の武力編入（2014年3月18日）にみられるロシアの力による現状変更等が、指摘できる。加えて、科学技術やグローバリゼーションの進展による国際テロ（例えば、2014年6月29日のイスラム過激派組織『イスラム国』の国家樹立宣言）やサイバー攻撃の脅威が世界中に拡散・蔓延している。

そのような国際状況の中で、2014年5月15日に「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」は、日本の安全保障法制を見直すための報告書<sup>(3)</sup>を作成し、安倍首相に提出した。安倍首相は、あるべき憲法解釈を提言するその報告書を受けて、同年7月1日に「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」と題する閣議決定<sup>(4)</sup>を行い、安全保障法制の指針を示した。さらに、同首相は、その閣議決定に基づき、2015年5月14日に自衛隊法を含む10本の法改正案を束ねた平和安全法制整備法案と国際平和支援法案の2法案を閣議決定し、当該法案を翌15日に第189回国会に提出した。同法案は、安保関連の法案審議の中で最長となる約216時間の国会審議を経て、同年9月19日に参議院本会議において可決成立し、2016年3月29日に施行された。

この平和安全法制は、日本国憲法9条に直接関連するだけでなく、安全保障や武力紛争に関する国際法にも大いに関連するものである。そして、本法制の法解釈上の問題点を深く追及していくと、国内法（特に憲法9条）や国際法の視点から、そもそも日本が保有する実力組織である「自衛隊」やその構成員である「自衛官」はどのような法的地位を有するのか、

---

(2) 尖閣諸島取得以降の中国公船による領海侵入状況は、20件（2012年）、52件（2013年）、32件（2014年）、35件（2015年）、36件（2016年）と、中国公船の頻繁な領海侵入が常態化している。参照、海上保安庁『海上保安レポート2017』2017年5月16頁。

(3) [www.kantei.go.jp/jp/singi/anzenhosyou2/dai7/houkoku.pdf](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/anzenhosyou2/dai7/houkoku.pdf)

(4) [www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/pdf/anpohosei.pdf](http://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/pdf/anpohosei.pdf)

という根本的課題に到達する。

本稿の目的は、その根本的課題も含めて、平和安全法制に内在する国際法と国内法の対立・矛盾を、法解釈の視点からだけでなく、軍事的及び法政策的な視点からも、検討することである。

## 2. 自衛隊の法的地位

1954年6月9日に、自衛隊法が公布され、同年7月1日に陸・海・空自衛隊（Ground, Maritime, and Air Self-Defense Forces）が発足した。その時以降60年以上に亘り、憲法9条2項が規定する「陸海空軍その他の戦力の不保持」との関連で、自衛隊は軍隊か、自衛艦は軍艦か、自衛隊機は軍用機か、自衛官は軍人か否か、という終わりのなき論争が繰り返されてきた。自衛艦は軍艦かとの質問に対して、中谷防衛大臣が「我が国は軍を保有しておりませんので、自衛艦は自衛艦でしかないと思います。」<sup>(5)</sup>と堂々巡りの答弁をするほど、当該論争は混迷を極め、もはや神学論争の域に達している。

一般的及び常識的に、実力組織である軍隊と警察は、その設立目的及び目的遂行のための実力内容（人員、組織編成、装備、訓練など）によって区別される<sup>(6)</sup>。軍隊は外国の侵略に対する国の防衛を目的とし、他方、警察は国内の治安の維持・確保を目的とする<sup>(7)</sup>。各組織の目的に応じて、装備

---

(5) 『第189回国会 参議院外交防衛委員会会議録第5号 平成27年4月2日』9頁。

(6) 芦部信喜・高橋和之『憲法 第6版』岩波書店2015年61頁。警察と軍隊の相違について、奥平穰治「軍の行動に関する法規の規定のあり方」『防衛研究所紀要』10巻2号2007年12月69-75頁参照。

(7) 国際社会では、国境警備隊や沿岸警備隊といった準軍事的（paramilitary）機関が、軍隊と警察との間に存在する場合が多くみられる。当該機関は、平時では警察力として、戦時では軍隊に編入されて軍事力として運用される。1977年のジュネーブ諸条約第1追加議定書（以下、第1追加議定書と略す）43条3項は、武力紛争時における準軍事的機関の軍隊編入についての通報義務を規定する。ちなみに、海上保安庁（Japan Coast Guard, JCG）が日本の準軍事機関として見做されている。Cf. The International Institute for Strategic Studies, *The Military Balance 2015*, p. 260.

(兵器・武器)もその使用方法も異なってくる。軍隊は、国際法上禁止されない限り、敵の戦闘意思を屈服させるためにあらゆる兵器・方法<sup>(8)</sup>を用いることが可能であるが、他方、警察は、警察比例の原則に従って、武器を使用する。そのために、軍隊を規律する国内法は、禁止された行為を規定する「ネガティブ・リスト」方式が採用され、できる限り行動の自由を確保しようとする。他方、警察を規律する国内法は、実行可能な行為を規定する「ポジティブ・リスト」方式が採用され、できる限り行動の自由を制限しようとする。

自衛隊は、「我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、わが国を防衛することを主たる任務<sup>(9)</sup>」(自衛隊法3条1項)としている。そして、自衛隊は定員約25万の人員を擁し、戦車・戦闘機・護衛艦(通常用語では、駆逐艦)その他侵略国との戦闘を前提とした防衛装備品(兵器など)を多数保有している。50以上の項目から分析した世界軍事力ランキング<sup>(10)</sup>では、日本は127か国中7位の軍事力を有すると評価されている。

## 1) 国際法の視点

国際法上、軍隊(armed forces)とは、「部下の行動について当該紛争当事者に対して責任を負う司令部の下にある組織され及び武装したすべての兵力、集団及び部隊から成る」と定義される(1977年のジュネーヴ諸条約第1追加議定書43条1項)。そして、「紛争当事者の軍隊の構成員は、戦闘員(combatants)であり、すなわち、敵対行為に直接参加する権利を有する」(同43条2項)。換言すれば、戦闘員は、戦時において敵国戦

---

(8) 軍事戦略として、兵力を集中させて一気呵成に敵を打倒する方法が最良とされる。クラウゼヴィッツ・篠田英雄訳『戦争論 上』岩波文庫1968年310頁。

(9) 今回の法改正により、3条1項で「直接侵略及び間接侵略に対し」という文言が部分的な集団的自衛権の容認の関係上削除されたが、国家防衛という自衛隊の設立目的は変わらない。

(10) 日本より上位の軍事大国は、米国、ロシア、中国、インド、フランス、英国である。  
*Countries Ranked by Military Strength (2017)*, <http://www.globalfirepower.com/countries-listing.asp>

闘員を殺傷し、軍事目標を破壊する権利を有し、その法的責任を負わないのである。敵対行為の手段としての軍艦（warship）は、「一の国の軍隊に属する船舶であって、当該国の国籍を有するそのような船舶であることを示す外部標識を掲げ、当該国の政府によって正式に任命されてその氏名が軍務に従事する者の適当な名簿又はこれに相当するものに記載されている士官の指揮の下にあり、かつ、正規の軍隊の規律に服する乗組員が配置されているもの」と定義される（1982年の海洋法条約29条）。軍用航空機（military aircraft）は、「その国籍及び軍用の資格を示す外部標識を掲げ」（1922年の空戦規則3条）、「国の軍務に関して正式に任命されるか、又は軍役に編入された者の指揮の下に置かれる」（同規則14条）。「交戦権（belligerent rights）は、軍用航空機に限って行使することができる」（同13条）。国際法上のそれぞれの要件を十分満たしていることから、国際法上、自衛隊は軍隊であり、自衛艦は軍艦であり、自衛隊機は軍用航空機である。そして、自衛官は軍隊構成員（戦闘員）であるので、他国軍隊に対し戦闘行為を行い、交戦中に敵国の権力内に陥った場合には、捕虜待遇を受ける国際法上の権利を保有していると言える。

## 2) 国内法の視点

憲法9条2項は、「陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。」と規定する。本項の通説的見解として、目的と実体の2つの側面から警察の実力を超えるものを軍隊・戦力と解釈される<sup>(11)</sup>。しかし、政府は、図1のように、国家は自衛権を保有しているとの前提から、自衛のための必要最小限度の実力（いわゆる「自衛力」）が憲法9条2項の「戦力」に該当しないと解釈する<sup>(12)</sup>。

政府答弁書<sup>(13)</sup>によれば、「自衛隊は、憲法上自衛のための必要最小限度を超える実力を保持し得ない等の制約を課せられており、通常の観念で考え

(11) 野中・中村・高橋・高見『憲法I（第5版）』有斐閣2012年174頁。

(12) 芦部・高橋『前掲書』62-63頁。

(13) 『内閣衆質189第168号答弁書』平成27年4月3日。

図1 戦力・自衛力・警察力の政府解釈及び私案

目的	一般的解釈	日本政府の解釈	位置付けの解釈変更（私案）
国家防衛	軍隊・戦力	軍隊・戦力	通常の軍隊
		自衛力（自衛隊）≠軍隊・戦力	特殊な軍隊（＝自衛隊）
治安維持	警察力	警察力	警察力

られる軍隊とは異なるものであると考えられているが、我が国を防衛することを主たる任務とし憲法第9条の下で許容される『武力の行使』の要件に該当する場合の自衛の措置としての『武力の行使』を行う組織であることから、国際法上、一般的には、軍隊として取り扱われるもの」として考えられる。さらに、自衛隊は、「自衛のために必要最小限度の実力」という法的制約を受けることから、「武力行使の目的をもって」海外に自衛隊を派遣すること、いわゆる「海外派兵」が憲法上禁止されていると解釈される<sup>(14)</sup>。このように、政府の憲法解釈は、実力組織を戦力・警察力の二分法ではなく、戦力・自衛力・警察力の三分法に基づき、「自衛力」の自衛隊を憲法9条2項が禁止する軍隊・戦力ではない（＝憲法違反ではない）と正当化しつつ、国際法上の軍隊として「取り扱われる」と主張する。自衛官も、国際法上、軍隊構成員として「みなされ」、武力紛争時に捕獲された場合には、捕虜として「取り扱われる」という<sup>(15)</sup>。同様に、自衛艦は国連海洋条約上の軍艦に<sup>(16)</sup>、自衛隊機は国際法上軍用機に「該当する<sup>(17)</sup>」という。このように、「である」と断定せず、「みなされる」、「取り扱われる」、「該当する」と婉曲的表現が使われている。

(14) 『内閣衆質 93 第 6 号答弁書』昭和 55 年 10 月 28 日。

(15) 柳井政府委員答弁『第 119 回国会衆議院国際連合平和協力に関する特別委員会議録第 3 号』平成 2 年 10 月 25 日 44 頁。

(16) 石井政府参考人答弁『第 186 回国会参議院外交防衛委員会議録』平成 26 年 6 月 10 日 5 頁。

(17) 柳井政府委員答弁『第 120 回国会衆議院予算委員会議録第 9 号』平成 3 年 2 月 8 日 27 頁。

### 3) 国際法と国内法の矛盾

自衛隊は国内法上軍隊ではないが、国際法上軍隊扱いされるという論理には、明らかに、重大な法的矛盾が存在する。意地悪く解釈すれば、自衛隊は軍隊ではないとの前提から「自衛隊は国際法上軍隊と見做される」という日本政府の見解は、自衛隊の法的地位についての判断を外国に委ねて、単に外国が自衛隊を国際法的に軍隊として取り扱うように望むという希望的観測を述べているだけなのかもしれない。それとも、外国が日本政府の法解釈に従って自衛隊を軍隊ではないと日本に主張してきた場合に、日本政府は自衛隊が軍隊であると反論し、自衛隊を軍隊扱いするよう国際法の権利として敵対国に要求するのか。同様に、自衛官が武力紛争時に敵国に拘束された場合も、日本政府が当該自衛官の捕虜待遇を国際法上の権利として要求するのか。日頃から自衛隊は軍隊ではないと教育されている自衛官自身も、軍隊構成員としての捕虜待遇を国際法上の権利として主張するのか。これらの疑問に対して、政府は明確な回答を示していない。自衛隊・自衛官に関する国際法と国内法の自己矛盾は、日本政府が長年積み重ねてきたガラス細工のような法解釈では、もはや解消できないのではないかと、深く懸念される。

### 3. 国際法から見た平和安全法制

今回成立した平和安全法制について、自衛隊の海外での諸活動に関する国内法の解釈と国際法の解釈が対立する具体的な論点が、散見される。そ

---

(18) 多くの憲法学者は、自衛隊が戦力に該当し、それ故、憲法違反であると考えている。他方、自衛隊法が議会の法手続きを踏んで正式に制定されたことから、自衛隊は違憲でかつ合法であるという国内法上矛盾を内包した「違憲合法論」が議論されることになる。小林直樹「防衛問題の新状況」『ジュリスト』586号1975年5月1日15-17頁。

(19) 例えば、岩谷委員発言「我が国に対して武力攻撃を行う某国が、身柄を拘束した自衛官を、日本政府はこれは軍人じゃないといっているんだから軍人として扱う必要がないということも起こりうる可能性がある」『第154回国会衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会議録第6号』平成14年5月16日。

の中で以下の3点を取り上げ、如何なる法的矛盾が存在し、それが如何に軍事合理性に反するかを検討する。

## 1) 兵站業務

今回の平和安全法制により、周辺事態法（1999年5月28日公布法律60号）が改正され、名称も変更されて、重要影響事態法が成立した。それによって、日本は、日本の平和及び安全に重要な影響を与える事態（重要影響事態）に際し、米軍等に対する「後方支援活動」を実施することが可能となった。また、今回成立した新法の国際平和支援法によっても、国際社会が国際平和を脅かす事態に共同対処し、かつ、それに日本が積極的に寄与する必要がある事態（国際平和共同対処事態）に際し、共同対処する外国軍に対する「協力支援活動」を実施することも可能となった。

これらの後方支援活動及び協力支援活動とは、外国軍への物品・役務の提供及び便宜の供与<sup>(20)</sup>であって、一般的には、兵站業務（logistics）を意味する。その場合に、「物品の提供には、武器の提供を含まない」と規定されている。改正前の周辺事態法別表第1の備考には、「物品の提供には、武器（弾薬を含む。）の提供を含まない」との第1文以外に、「物品及び役務の提供には、戦闘作戦行動のために発進準備中の航空機に対する給油及び整備を含まない」という第2文が明記されていた。今回の法改正で、その第2文自体が削除され、さらに、第1文の「武器」の説明で「弾薬を含む。」も削除された。この法改正により、重要影響事態での後方支援活動として、武器の提供は実施できないものの、「弾薬の提供」と「戦闘作戦行動のために発進準備中の航空機に対する給油及び整備」を実施することが可能となった<sup>(22)</sup>。国際平和共同対処事態での協力支援活動においても、同様に解釈される<sup>(23)</sup>。

---

(20) 重要影響事態法3条1項2、国際平和支援法3条1項2。

(21) 重要影響事態法別表第1、国際平和支援法別表第2。

(22) 防衛省『平成28年版防衛白書』2016年216頁。

(23) 『前掲書』222頁。



兵站業務には、給水・給油などの補給、人員・物品の輸送、修理・整備など様々な業務が含まれる。中でも、弾薬の提供や発進準備中の航空機に対する給油・整備は、他の兵站業務と比較して、敵対行為に直結した軍事作戦（military operations）の一環として、換言すれば、共同交戦国として、敵対行為を実施していると支援提供先の国家と交戦している相手国から見做される蓋然性が高いと危惧される。また、当該後方支援活動には、人員・物品の輸送に関する特別な制限条項が規定されていないことから、他国軍隊構成員及び武器も輸送できると解釈できる<sup>(24)</sup>。この点に関して、政府は、後方支援活動は「武力による威嚇又は武力の行使に当たるものであってはならない」（重要影響事態法 2 条 2 項）し、「現に戦闘行為が行われている現場では実施しない」（同法 2 条 3 項）と規定することで、他国の武力行使との一体化を回避できると説明する。

この「他国の武力の行使との一体化」論は、① 戦闘活動が行われている場所との地理的關係、② 当該活動等の具体的内容、③ 武力行使国との關係の密接性、④ 相手国の活動状況等の総合的勘案、という 4 つの要件を基に、個別に判断される<sup>(25)</sup>。武力行使一体化論に基づき、政府は、弾薬の提供や発進準備中の給油・整備も武力行使に該当せず、共同交戦国にはならないと主張する。その場合の自衛官は、自己又は自己の管理下の者の生命防護のために合理的な限度内で武器の使用が許容される<sup>(26)</sup>。但し、武器使用の危害許容要件として、刑法 36 条（正当防衛）・37 条（緊急避難）が明記されている<sup>(27)</sup>。

果たして、国際法上、「武力の行使」と「兵站業務」は別概念として峻

(24) 民主党、公明党、日本共産党議員の質疑『第 189 回国会衆議院会議録第 28 号』平成 27 年 5 月 26 日 9、15、18 頁。

(25) 小池議員の質疑『第 189 回国会参議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会会議録第 4 号』2015 年 7 月 29 日 18-19 頁。

(26) 同様に、国際平和支援法 2 条 2 項、3 項。

(27) 内閣官房・内閣法制局「他国の武力の行使との一体化の回避について」（平成 27 年 6 月 9 日付）『平成 29 年版 防衛ハンドブック』2017 年 675 頁。

(28) 重要影響事態法 11 条 1 項、国際平和支援法 11 条 1 項。

(29) 重要影響事態法 11 条 4 項、国際平和支援法 11 条 4 項。

別できるのか。<sup>(30)</sup> 伝統的な中立法から解釈すれば、交戦国ではない第三国（中立国）は、交戦国に軍隊、軍資金、武器その他の軍用物資及び軍事関連情報<sup>(31)</sup>の提供など軍事援助や軍事的な便益供与が禁止される（公平義務中の避止義務<sup>(32)</sup>）。C. Greenwood は、軍事支援活動を直接支援（場所的及び時間的な緊密性）とそれ以外の支援（武器生産協力、資金提供、政治面・情報面での協力）を区分し、前者の場合、第三国は自らを紛争当事国とするリスクを冒しているという<sup>(33)</sup>。武力紛争中に、兵員・武器の輸送、弾薬提供や発進準備中の航空機への給油・整備は、非戦闘地域であるとしても、国際法上、一方の交戦国の継戦能力を直接的支援するものであり、軍事支援国を紛争当事国と解釈する他方の交戦国による見解は、法論理的に十分成立する。

図 2 が示すように、日本の法解釈に関連して、次の 2 つの事例が想定される。第 1 に、A 国と B 国が交戦し、日本が B 国を後方（協力）支援活動するという事例（事例 1）である。この場合、日本は、当該軍事活動が武力行使に該当せず、自らを交戦国ではなく第三国であると位置付ける。他方、日本の支援対象国（B 国）と交戦中の A 国は、中立法の観点から、日本を中立国ではなく共同交戦国であると解釈して、その軍事支援の阻止のために日本を武力攻撃する蓋然性は高い。国際法上、日本の法解釈が正

---

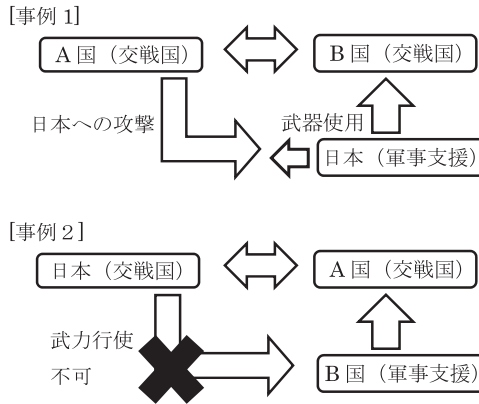
(30) 東郷政府委員答弁『第 145 回国会参議院日米防衛協力のための指針に関する特別委員会会議録第 9 号（その 1）』平成 11 年 5 月 20 日 25 頁。

(31) 1922 年の空戦規則 16 条は、交戦国が直接使用するために軍事情報を交戦国の民間機が飛行中に伝達することを敵対行為（hostilities）として禁止している。

(32) 1907 年の海戦中立条約 6 条「中立国ハ、如何ナル名義ヲ以テスルヲ問ハス、交戦国ニ対シ直接又ハ間接ニ軍艦、弾薬又は一切ノ軍用材料ヲ交付スルコトヲ得ス。」Michael Bothe, “The Law of Neutrality,” in Dieter Flick ed., *The Handbook of International Humanitarian Law Third Edition*, 2013, pp. 561-562. もっとも、1945 年の国連憲章の採択により、安全保障理事会が特定国家の武力行動の違法性を認定しそれに対する強制措置（41 条の非軍事的措置・42 条の軍事的措置）を決定した場合、敵対行動に直接参加しないが、伝統的中立義務から逸脱した武力紛争非当事国（非交戦国）が生じ得る。杉原高嶺『国際法学講義』有斐閣 2008 年 649-650 頁。

(33) Christopher Greenwood, “Scope of Application of Humanitarian Law,” in Dieter Flick ed., *The Handbook of International Humanitarian Law Second Edition*, 2008, p. 58.

図2 兵站業務を実施する日本の法的位置関係



しいか、それとも、A国の法解釈が正しいかは武力紛争後に議論・検証されるとしても、その交戦現場では、A国は日本に対して通常の戦闘活動（敵制圧のために兵力の集中使用）を実施する。それに対抗する日本は、自衛隊による海外での武力行使禁止という前提から、国内法上、警察比例の原則に従った自己防衛型の武器使用（危害許容要件は正当防衛・緊急避難）しか行使し得ない。明らかに、日本は、国内法により、A国との交戦において国家自ら（直接的には、自衛隊）を軍事的劣勢の立場に置くことになるのではないか。

第2に、日本がA国と交戦中に、B国がA国を軍事支援するという事例（事例2）が想定される。中谷防衛大臣は、日本はA国へのB国の軍事支援を理由としてB国に武力行使ができないと、2015年8月5日の参議院平和安全法制特別委員会で明言した<sup>(34)</sup>。それに関連する質問に対する政府答弁書によれば、支援活動が日本に対する武力攻撃を構成すると認定されれば、国連憲章第51条の個別的自衛権を発動することが可能であると

(34) 「支援活動それ自体は武力の行使に当たるものではない」ので、支援活動を行う者への武力行使は「国際法的には違法な武力行使」である、と。『第189回国会参議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会会議録第8号』平成27年8月5日18頁。

(35) 『内閣参質189第285号答弁書』平成27年9月25日。

いう。もっとも、「B国から後方支援を受けたA国から我が国に対して武力行使が行われる」との与件のみに基づいて、B国による後方支援が我が国に対する武力攻撃を構成するとは認め<sup>(36)</sup>ることはできないという。換言すれば、日本は、交戦国（A国）には自衛権行使は可能であるが、一般的には、軍事支援国（B国）への武力行使・自衛権行使はそもそも国際法上違法であると解釈する。

日本は、兵站業務が武力行使に該当しないという法的立場を採用することで、外国軍への軍事支援を国内法上可能にした。半面、日本が紛争当事国になった場合、その法的立場により第三国の中立義務違反を根拠に当該国家への武力行使の国際法上の権利を放棄することになり、自衛権行使の範囲を自ら狭めている。軍事作戦的にも、日本は、軍事支援国として、自国への交戦国からの戦闘行動に対して警察比例の原則に従った武器使用でしか対抗できないことや、交戦国として、軍事支援国から敵対国への兵站を遮断することで交戦状態を有利にするという軍事合理性に適う行動を放棄することなど、自国の安全保障を犠牲にしているように思われる。

## 2) 米軍等の武器防護

2015年4月27日の「日米防衛協力のための指針」、いわゆる「新ガイドライン」の中で、自衛隊及び米軍が、連携して日本防衛に資する活動に従事している時に、それぞれのアセット（asset、装備品等）を相互に防護<sup>(37)</sup>すると規定された。その指針を裏打ちするために、自衛隊法95条（武器防護のための武器使用）に95条の2（米軍等の武器防護のための武器使用）<sup>(38)</sup>が新たに追加された。武器防護条項の起源は、保安庁法（昭和27年7月31日法律第265号）76条（武器庫等の防護のための武器の使用）にあり、本来、国内の基地内にある武器・弾薬・火薬庫を防護するために保安官又は警備官による武器使用を認めるものであった。自衛隊成立後も、

---

(36) 『内閣参質189第302号答弁書』平成27年9月29日。

(37) 『平成28年版防衛白書』235頁。

(38) 従来の95条の2（自衛隊の施設の警護のための武器の使用）は、95条の3とされた。

同様の状況であったが、特に、自衛隊が海外展開するようになった1990年代以降、当該条項は自国領域外にある護衛艦や自衛隊機を防護するための武器使用に関する法的根拠として援用されるようになった<sup>(39)</sup>。そして、今回の自衛隊法改正で、戦闘地域以外で日本の防衛活動に資する活動をしている米軍等の武器を防護するための武器使用が、平時から自衛官に認められるようになった。武器使用の要件として、1) 武器使用権者は職務上武器等の警護に当たる自衛官に限定、2) 武器等の退避によってもその防護が不可能である場合等、他に手段のないやむを得ない場合に限定、3) 武器使用は警察比例の原則に基づき事態に応じて合理的に必要なと判断される限度内に限定、4) 防護対象の武器等が破壊された場合や、相手方が襲撃を中止し又は逃走した場合には、武器の使用は不可、5) 危害許容要件は正当防衛又は緊急避難に限定、が指摘される<sup>(40)</sup>。更に、本条項は、あくまでテロリストによる攻撃を対象とし、基本的には軍艦・軍用機による戦闘行為を想定していない<sup>(41)</sup>という。

米艦防護の事実上の先例として、2001年の9.11事件後の9月21日に、海上自衛隊の護衛艦が、横須賀基地を出港する米空母「キティーホーク」及び佐世保基地から出航する米強襲揚陸艦「エセックス」に随伴して、警戒監視活動を実施した<sup>(42)</sup>。従来、自衛隊による米艦防護問題は、それが集団

(39) 横山絢子「平和安全法制における米軍等の部隊の武器逃亡後の国内法上の位置付け—自衛隊の武器逃亡後との比較の観点から—」『立法と調査』378号2016年7月113-114頁。

(40) 『第189回国会参議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会会議録第6号』平成27年8月3日27頁。「一般の自衛隊法改正案第95条の2による武器の使用が、現行の自衛隊法95条に係る1999年の政府見解に反していないとする理由についての政府統一見解（平成27年7月10日）」『立法と調査』372号2015年12月79頁。

(41) 『第189回国会参議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会会議録第16号』平成27年9月4日7-8頁。

(42) 『第157回国家衆議院（臨時会）質問第5号』平成15年9月26日及び『内閣衆答弁書157第5号』平成15年10月10日。当時、米艦防護の国内法上根拠がないために、海上自衛隊は、苦肉の策として防衛庁設置法5条18号「所掌事務の遂行に必要な調査及び研究を行うこと」（現、防衛省設置法4条18号）を援用した。当該活動は、日米の連帯を示す象徴として、当時、米軍関係者に高く評価された。しかし、もし米艦への武力攻撃が発生していたならば、日本は国内法的に強制力による米艦防護が実施できなかったために、

的自衛権に該当するか否かという法的根拠を巡り議論されてきた。政府は、日本防衛のための米艦への攻撃排除を個別的自衛権の行使として正当化してきた<sup>(43)</sup>。一方で、自衛艦が攻撃されていないにもかかわらず個別的自衛権の行使としての米艦防護は個別的自衛権の拡張であり、その見解は国連憲章違反の恐れがあると指摘された<sup>(44)</sup>。

では、法改正による米軍等の武器防護は、国際法上、どのように評価されるのか。その法的正当化事由として、「部隊自衛 (unit self-defense)<sup>(45)</sup>」が援用された。政府見解によれば、イタリア・サンレモの人道法国際研究所による『サンレモ交戦規則便覧』<sup>(47)</sup>を根拠として、部隊に対する武力攻撃に至らない侵害を現場で排除すること（部隊自衛）は、国際慣習法上認められるという。現在、部隊自衛の国際法的性質を巡って学説が対立している<sup>(48)</sup>が、一般的には、国家自体への武力攻撃とは異なる部隊・軍艦に対する散発的な攻撃が行われた場合に、当該部隊や軍艦が自らを防衛するためその場で反撃する行為は、国際法上認められるだろう<sup>(49)</sup>。Y. Dinstei<sup>(50)</sup>も、部隊

---

、その場合には、日米同盟に回復し難い深刻な亀裂が生じたであろうと推測される。

(43) 谷川防衛庁長官答弁「日本が侵略された場合に、わが国防衛のために行動している米艦艇が相手国から攻撃を受けたときに、自衛隊がわが国を防衛するための共同対処行動の一環としてその攻撃を排除することは、…自衛の範囲内に入る」『第98回国会衆議院予算委員会議録第18号』昭和58年3月8日18頁。

(44) 安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会『報告書』2014年5月15日23頁。

(45) 本概念は、「武力攻撃に至らない状況において、部隊司令官の判断で部隊等へ外部からの侵害に対し防護のための措置をとること（岸田外相発言）」と説明された。『第186回国会参議院外交防衛委員会議録第19号』平成26年5月29日22頁。

(46) 『内閣参質答弁書189第228号』平成27年8月11日、『内閣参質答弁書189第250号』平成27年8月28日、『内閣参質答弁書189第274号』平成27年9月15日。

(47) International Institute of Humanitarian Law, *Sanremo Handbook on Rules of Engagement*, 2009.

(48) 国家的自衛の1形態と位置付ける説（国家的自衛説）、個人の正当防衛権に基礎付ける説（個人的自衛説）及び部隊に固有の権利とする説（部隊防衛説）が対立している。和仁健太郎「国際法における“unit self-defense”の法的性質と意義」『阪大法学』65巻1号2015年5月38-51頁。

(49) 和仁前掲論文65-71頁。Hans F. R. Boddens Hosang, “Force Protection, Unit Self-Defence, and Extended Self-Defence”, in Terry D. Gili and Dieter Fleck ed., *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2010, pp. 420-424.

(50) Yoram Dinstei, *War, Aggression and Self-Defence Fifth Edition*, 2011, pp. 242-244. ↗

自衛を個別的自衛権に包摂される「現場対応措置 (on-the-spot reaction)」として理解している。

この議論の中で最も留意すべき点は、部隊自衛の保護対象である。部隊自衛は、通常、部隊指揮官が自らの部隊及び自国の他の部隊を外部侵害から防護することであり、適用可能な交戦規則 (Rules of Engagement, ROE) により他国の部隊や個人にも拡大できるという<sup>(51)</sup>。米軍の「標準交戦規則 (Standing Rules of Engagement, SROE) 2000 年版」<sup>(52)</sup> は、自衛を国家的自衛 (national self-defense)、集団的自衛 (collective self-defense)、部隊自衛 (unit self-defense)、個人的自衛 (individual self-defense) に分類した上で、部隊自衛の保護対象を特定の米軍部隊と近傍の他の米軍部隊であると規定した。他方、他国の部隊防護は、集団的自衛の範疇に入り、外国軍を防護する決定権は、現場の部隊指揮官ではなく、大統領又は国防長官にあると規定した。改正後の「標準交戦規則 (SROE) 2005 年版」<sup>(53)</sup> は、部隊自衛を独立した分類ではなく、個人的自衛とともに「固有の自衛権 (inherent right of self-defense)」の中に包摂し、部隊自衛も部隊自衛の部分集合 (subset) としての個人的自衛も、自らの米軍部隊・個人及び近傍の米軍部隊・個人を保護対象とする。外国軍防護を規定する集団的自衛は、「SROE2000 年版」と同様に、大統領又は国防長官の権限によると限定される。それ故、米国は、「ユニット・セルフディフェンスの外国軍部隊への拡大適用には慎重である」<sup>(54)</sup> と評価される。『サンレモ交戦規則便覧』も、部隊自衛とは別に「他者防護 (Protection of Others)」という区分を設定し、幾つかの国では、他国民防護のための武力行使権が個人的自衛権又は部隊自衛権に含まれないと指摘する。

ㄨ 集団的自衛権の行使として例外的な「現場対応措置」の事例も指摘される。Ibid., p. 297.

(51) *Sanremo Handbook*, p. 3.

(52) CJCSI 3121. 01A, 15 January 2000, in Josef B. Berger III, Derek Grimes and Eric T. Jensen ed., *Operational Law Handbook 2004*, p. 84.

(53) CJCSI 3121.01B, 13 June 2005, in *Operational Law Handbook 2015*, pp. 96-97.

(54) 等雄一郎「ユニット・セルフディフェンスから見た新安保法制の論点 — 米軍等武器逃亡後の意義と限界 —」『レファレンス』66 巻 4 号 (通巻 783 号) 2016 年 4 月 16 頁。

以上のことから、自衛隊法 95 条の 2 に規定された米軍等の武器防護は、部隊自衛と見做され、国家に対する武力攻撃には至らない外部侵害への「現場対応措置」として自衛権の範疇内で正当化できる。但し、外国軍部隊の防護となれば、その法的基礎は、自衛権の中でも個別的自衛権ではなく、集団的自衛権に依拠せざるを得ない。米軍等の武器防護は、立法化により国内法上正当化されるが、他方、部隊自衛の国際法的根拠に関する政府の説明は、未だ不十分である。武器防護の対象が他国軍部隊であるという点からすれば、必然的に、集団的自衛権による正当化が不可避となる。今回の平和安全法制は、集団的自衛権を極めて限定的な存立危機事態の場合にしか認めておらず、平時での外国軍部隊の武器防護をカバーするほど拡張していない。それ故、自衛隊法 95 条の 2 は、国内法上有効であるとしても、国際法上の根拠が不明瞭であり、政府の主張する「自衛隊と米軍が緊密に連携して切れ目のない対応」が履行可能か、疑問視される。

更に、自衛隊が平時に米軍等の武器防護を実施する際の軍事作戦上の問題点も考えられる。前述した武器使用の 5 要件の第 2 条件の事前退避義務、第 3 条件の警察比例の原則、第 4 条件の事後追撃禁止、そして第 5 条件の危害許容要件は、果たして遵守されるのか。図 3 のように、日本が米軍等部隊の警護活動を実施している期間中に米軍等への外部侵害行為が発生しそうな場合に、まず、自衛隊は米軍等とともに事前退避行動をとるのか。それが不可能な場合や現実に侵害行為が発生し、自衛隊及び米軍等部隊は反撃行為を開始する場合に、自衛隊は、侵害行為を終止させるほどの圧倒的な実力を行使するのではなく、警察比例の原則に従って、侵害行為に比例した武器使用レベルに自己規制するのか。相手方が襲撃を中止し又は逃

図 3 米軍等の武器防護に関する日本の法的位置関係





走した場合には、自衛隊は追撃せず<sup>(55)</sup>に武器使用を停止する<sup>(55)</sup>のか。米軍等への侵害行為は、そもそも自衛官の正当防衛・緊急避難の危害許容要件を満たさず、警告射撃しか実施不可能ではないのか。加えて、自衛隊が攻撃相手側と交戦状態になることも想定され、その場合、自衛隊は自衛隊の反撃に対する敵対国の再反撃の対処方法も武器使用の限界内で実施しなければならないのか。交戦事態の発生を想定すれば、自衛隊を軍事的劣勢の立場に置く様々な軍事作戦上の自己制約が存在するのではないかと疑問が生じる。

加えて、米軍等への侵害行為が、テロリストによるのか・国家によるのか、武力攻撃に至らない単独行為なのか・戦闘活動（武力攻撃）の一環としての最初の軍事行動なのか、判断が極めて困難な様々な事例も想定される。その場合に、自衛隊の武器使用（武力行使ではなく）は、厳格な自己規制により臨機応変な即時対応が果たして可能なのか。当該行動が実行可能としても、やはり、自衛隊を軍事作戦上不利な立場に立たせるのではないのか、という更なる不安も付きまとう。法改正後、初の米艦防護事例として、2017年5月1日から3日まで護衛艦「いずも」と「さざなみ」が米補給艦「リチャード・E・バード」の防護任務を実施した<sup>(56)</sup>。今後、自衛隊法95条の2が如何に運用されるのか、注視する必要がある<sup>(57)</sup>。

### 3) 自衛官の捕虜待遇

改正自衛隊法76条（防衛出動）により、我が国に対する武力攻撃事態等（武力攻撃事態及び武力攻撃予測事態）並びに存立危機事態<sup>(58)</sup>が発生した

---

(55) 等雄一郎氏は、事前回避義務と事後追撃禁止の運用上の問題点を指摘している。等「前掲論文」26-27頁。武器使用の第4条件は、相手を攻撃した後にすぐさま退避する戦法（一撃離脱戦法、Hit-and-Run Tactics）に対処できないことになる。

(56) 『朝雲』2017年5月11日1面、『海上自衛新聞』2017年5月12日4面。なお、防衛省は、個別具体的な武器防護の状況を公表しないとの政策上の判断から、当該活動を「米艦防護」ではなく、「共同訓練」として公表した。

(57) 参照、国家安全保障会議決定「自衛隊法第95条の2の運用に関する指針」平成28年12月22日。

(58) 日本は、国際法上の根拠として、武力攻撃事態等への武力行使を個別的自衛権に、そし

場合、自衛隊は、防衛出動が下令され、敵国に対して戦闘行為・敵対行為を行うことができる。その場合、武力紛争状態が発生することから、武力紛争法（＝国際人道法）が当該事態に適用される。軍隊構成員に該当する自衛官は、武力紛争時に敵国の権力内に陥った場合には、武力紛争法（ジュネーブ諸条約）により捕虜待遇を受ける。もっとも、前述の2-3)で指摘したように、政府見解による捕虜待遇は、国際法上の権利・義務関係からではなく、外国の好意的な対応に期待・依存しているのではないかという意地悪な法解釈も可能であるが、武力紛争事態が存在する場合には、拘束された自衛官の武力紛争法（＝国際人道法）上の捕虜待遇は、特に、先鋭的な論点とはならない<sup>(59)</sup>。むしろ、それらの事態に至るまでの重要影響事態や国際平和共同対処事態又は米軍等の武器防護の場合に、被拘束自衛官の取り扱い方が深刻な論点となる。

図2の事例1のように、自衛隊が兵站業務を実施している場合、交戦国（A国）は、日本を交戦国（B国）との共同交戦国と見做し、日本に武力攻撃を仕掛けてくるかもしれない。また、図3のように、日本が米軍等の武器防護のために武器使用した場合に、攻撃相手側が日本を米軍等との共同交戦国と見做し、日本に武力攻撃してくる事態も、当然、想定される。

平和安全法制の議論の中で、自衛隊員が拘束されたらジュネーブ条約上の捕虜として扱われるのかとの質問（辻元委員）に対して、岸田外相は、「後方支援といわれる支援活動それ自体は武力行使に当たらない範囲で行われるもの」だから、「そのこと自体によって我が国が紛争当事国となることはなく、そのような場合に自衛隊員がジュネーブ諸条約上の捕虜となることは想定されない<sup>(60)</sup>」と答弁した。続けて、自衛官が実際に拘束された

---

、て、存立危機事態への武力行使を部分的な集団的自衛権に基づかせている。

(59) 岸田外相答弁「存立危機事態が認定され、存立危機武力攻撃を排除するための武力の行使を行っている状況においては、我が国は基本的にはジュネーブ諸条約上の紛争当事国となっている」『第189回国会衆議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会議録第18号（その1）』平成27年7月8日10頁。

(60) 『第189回国会衆議院我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会議録第16号』平成27年7月1日37頁。

らどうなるのかとの質問に対して、「その身柄は少なくとも、普遍的に認められている遵守に関する基準並びにジュネーブ諸条約にも反映されている国際人道法の原則及び精神に従って取り扱われるべきことは、これは当然である」と説明した。つまり、後方支援活動中に拘束された自衛官は、武力紛争法上の捕虜としてではなく、普遍的な人権基準及び武力紛争法上の原則・精神に従って取り扱われると回答する。<sup>(61)</sup>

岸田外相と辻元議員の間の質疑応答は、それぞれが異なった次元に基づく発言のため、噛み合っていないように思われる。前者は、「武力行使との一体化論」を含めて、兵站業務が相手国にとって国連憲章2条4項で禁止される武力行使又は51条で自衛権の発動要件とされる武力攻撃に該当するか否かに関する法（*ius ad bellum*）を議論する。他方、後者は、それとは別に、国家間での交戦中の個別具体的な戦闘行為の遂行方法に関する法（*ius in bello*）、いわゆる武力紛争法・国際人道法を議論する。両者は全く別次元の議論である。

では、捕虜待遇を含む武力紛争法は、如何なる状況になれば適用されるのか。ジュネーブ諸条約共通2条によれば、当該条約は、「二以上の締約国の間に生ずるすべての宣言された戦争又はその他の武力紛争の場合について、当該締約国の一が戦闘状態を承認するとしないとを問わず、適用する」。<sup>(62)</sup> 赤十字国際委員会作成の『ジュネーブ第3条約解説書』によれば、「正式の戦争の宣言も、戦争状態の存在の承認も必要ない」し、「事実上の敵対行為の発生で」武力紛争法が適用される。その武力紛争の存在は、「どの程度長期に及ぶか、どの程度の殺戮が行われるか、あるいは参加兵力がどの程度であるか」という敵対行為の烈度に関連しない。「何等戦闘が行われなくとも、この条約（捕虜条約 — 著者注）の保護を受ける者が抑

(61) 参照、『内閣参質155第2号答弁書』平成14年12月6日。テロ対策特措法でもPKO協力法でも自衛官の諸活動が戦闘地域で実施されないので、自衛官が捕虜となる事態が想定されていないという。

(62) Jean S. Pictet ed., *Commentary on the Third Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1960, pp. 22–23. 榎本重治・足立純夫訳『ジュネーブ条約解説Ⅲ』朝雲新聞社1973年24–25頁。

留されるという事実だけでも、条約の適用には十分である」し、その場合の捕獲された人数も関係ないという。すなわち、敵対行為の烈度に関係なく、敵対行為が発生すれば、被攻撃国は、その意図に関わらず、自動的に武力紛争国になるのである。

最新版の『ジュネーヴ第1条約解説書』<sup>(63)</sup>も、武力紛争法の適用と武力衝突の烈度の関係性を否定する上記の見解を受け継ぎ、軍隊間の小規模な小競り合いですら国際武力紛争を誘発させ (par. 237)、軍隊構成員1人が捕獲されただけで武力紛争の適用を惹起する国際武力紛争が発生したとみなす国家実行が存在する (par. 238) と指摘する。この見解の方が、武力紛争に一定の烈度を要求する見解<sup>(64)</sup>よりも、被保護者の法的保護を最大限確保しようとする捕虜条約の最優先目的に合致している (par. 239) という。

武力紛争法が適用されれば、外国軍により拘束された戦闘員は、詳細かつ明確に規定された捕虜条約により、人命確保を含む人道的な捕虜待遇が保証される。他方、武力紛争法が適用されない場合には、国際人権法が適用されるとしても、拘束国の国内法が適用される。その場合、適正な刑事司法手続きに従ってさえいれば、被拘束者は訴追され、極刑（死刑）を含む刑事罰を受ける可能性も当然あり得る。以上のことから、戦闘員が外国軍に拘束された瞬間に武力紛争事態が発生し、武力紛争法（具体的には、捕虜条約）が適用されるとの法解釈の方が、戦争犠牲者の保護という武力紛争法の趣旨から望ましいし、学説上、通説であると思われる。自衛官が外国軍に拘束された場合も、同様に、その瞬間に捕虜条約が当該自衛官に

---

(63) Tristan Ferraro and Lindsey Cameron, "Article 2: Application of the Convention," in International Committee of the Red Cross, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, pp. 79-88.

(64) 例えば、International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference (2010), pp. 32-33. 浅田教授は、「ILAの最終報告書において示された『一定の烈度の戦闘』という基準は、国際的武力紛争に関する限り、必ずしも正しくない」と結論付けている。浅田正彦「国際法における『武力紛争』の概念——国際的武力紛争における武力紛争法適用の敷居をめぐって」松田竹男その他編『現代国際法の思想と構造Ⅱ 環境、海洋、刑事、紛争、展望』東信堂2012年324頁。

適用されると解釈される。敢えてその見解を国内法の制定及びその解釈で否定することは、日本政府が被拘束自衛官に対して有利な捕虜条約の適用を排除し、不利な国内法の適用を強いることになる。それは、まさしく国家の究極目標である自国民（自衛官）保護の自己否定である。

更に、兵站業務中又は米軍等の武器防護中に日本側が武力攻撃してきた相手国戦闘員を捕獲した場合に、当該戦闘員を如何に処遇するか、も問題となる。日本政府は、兵站業務等が武力行使に該当しないので、武力紛争状態が存在せず、武力紛争法（捕虜条約）の適用がないと判断して、当該戦闘員に捕虜待遇を付与せず、殺人容疑者として日本の国内法（刑法）で処罰するのか。今回改正された捕虜取扱法<sup>(65)</sup>も、被拘束者に対する捕虜待遇の法的義務が発生する事態を、武力攻撃事態と存立危機事態でしか認めていない。日本は、重要影響事態にしても国際平和共同対処事態にしても、そこでの後方支援活動が契機となって相手国から発砲行為（＝敵対行為）を受けた場合、その意図に関係なく自動的に武力紛争当事国となると考えられる。従って、日本が被拘束者に対する捕虜待遇の付与を法的に否定することは、通常の国際法解釈から、そして、被拘束戦闘員の本国から、国際法違反（戦争犯罪）と見做されるだろう。

#### 4. まとめにかえて ― 日本の取るべき法政策

日本を取り巻く安全保障環境が悪化している現在、日本は、「積極的平和主義」の下、地域の平和と安全を維持し、延いては、自国の安全保障を高めるために、多様な脅威への切れ目のない（seamless）対応を可能とする国内法制を整備することにした<sup>(66)</sup>。具体的には、今回の平和安全法制によって自衛隊による海外での軍事活動領域が大幅に拡大された<sup>(67)</sup>。しかし、

(65) 平成 16 年 6 月 18 日法律第 117 号。

(66) 閣議決定（注 4）参照。

(67) 周辺事態法（1999 年）を重要影響事態法に改正し、対テロ特措法（2007 年）・イラク復興特措法（2009 年）・補給支援特措法（2010 年）の時限立法を国際平和支援法の恒久法へ

その海外活動領域が拡大すればするほど、自衛隊はより現実的に他国との軍事衝突を覚悟せざるを得なくなる。その結果、想定される軍事衝突状況と憲法9条解釈の制約事項（軍隊の不保持・海外での武力行使禁止）に基づく平和安全法制との間で不具合が生じることになる。当然、実施組織である自衛隊・自衛官に対するリスクも高まることになる。正確なりリスク分析の下、訓練や装備品を含む入念な事前準備及び派遣時の安全確保対策が講じられたとしても、自衛隊・自衛官のリスクは残る。「しかし、それは国民の命と平和な暮らしを守り抜くために、自衛隊員に負ってもらうものである<sup>(68)</sup>」と政府は主張する。

確かに、軍事衝突が発生すれば、自衛隊・自衛官に犠牲が発生することも想定される。但し、その犠牲は、国内法又は法解釈によって引き起こされる結果、すなわち、適切な国内法整備又は法解釈が存在していれば回避可能な犠牲であってはならない。国際法の枠を超えて軍事活動を認める国内法は、明白に国際法違反となる。他方、国際法の枠内で自己規制する国内法は、国際法上合法のままである。しかし、もしその自己規制の国内法又は法解釈によって、海外での自衛隊・自衛官の法的地位が不明確や不利となり、その対応措置が過剰に規制され、その結果、自衛隊・自衛官に自己犠牲を強いる事態が発生するのであれば、その国内法又は法解釈は、たとえ国際法上合法であるとしても、日本にとって法的合理性や軍事合理性を満たしているのかを真剣に問わざるを得ない。自衛官のリスク軽減のために、事前準備や安全確保対策とともに、国際法の枠内での適切な国内法整備及び法解釈が必要不可欠であることは、言うまでもない。

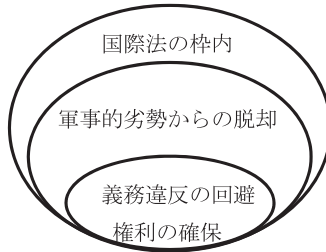
従って、平和安全法制を国際法及び国内法の両面から考察した帰結として日本の取るべき法政策は、以下ようになる（図4参照）。すなわち、国内法の法解釈は、1)国際法の義務違反を回避し権利を確保するように努

---

、と発展させた。更に、従来の自衛隊法や国際平和協力法に新任務（在外邦人保護、宿营地保護、駆け付け警護）を付与することで海外での軍事活動領域を拡張した。

(68) 内閣官房「自衛官のリスクについての政府見解（平成27年7月8日）『立法と調査』2015年12月372号76頁。

図4 日本の取るべき法政策



めること、そして、2) 国際法の枠内（国際法上、合法）でも、自国の安全保障や軍事組織の自己犠牲を前提としないようにすること、である。特に、後者に関して、国内法及びその法解釈は、国際法の枠内であれば、いくらかでも軍事作戦上自己規制しているというわけではなく、あくまで、自国の平和及び安全の確保を阻害するものや当初から軍事的劣勢に立たせるようなものであってはならない。

#### 1) 国際法における義務違反の回避と権利の確保

まず、国家は国内法に従って国際法違反の行為を犯してはならない。国家は国内法の規定を理由に国際法上の義務を逃れることはできないからである<sup>(69)</sup>。国際法（国際人道法、武力紛争法）上、軍隊・軍隊構成員（戦闘員）は、戦時で敵国戦闘員を殺傷し、軍事目標を破壊する権利（交戦者資格）を有する。戦闘員以外の者（文民<sup>(70)</sup>）は、敵対行為に直接参加すれば、戦争犯罪人として処罰される<sup>(71)</sup>。国際法は、戦闘員と非戦闘員の二分法を採用している。その点に関して、自衛隊は、日本政府の国内向けの法解釈のように、軍隊ではないとすれば、たとえ国土防衛の自衛戦争の場合でも、

(69) 「当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない」（条約法条約 27 条）。

(70) 第 1 追加議定書 50 条。ある者が文民か軍隊構成員か否かについて疑義のある場合、文民推定が働く。

(71) 第 1 追加議定書 51 条 3 項及び第 2 追加議定書 13 条 3 項。

国際法上の交戦者資格を喪失し、自衛隊の戦闘行為は国際法違反となる。そして、自衛官は、敵国側に捕獲された場合には、捕虜待遇の法的資格を保有せず、戦争犯罪人として処罰される。

自衛隊が対外的に軍隊と「みなされる・該当する・取り扱われる」との断定的ではない婉曲的な表現は、敵対国側が「自衛隊は軍隊ではない」との日本の国内向けの法解釈を援用する法的隙間を与えることになりかねない<sup>(72)</sup>。もしそうした事例の場合、日本はその法的主張に正面から反論することができず、自衛隊・自衛官の国際法上の権利が全面的に否定されることになる。日本政府は、自衛隊が交戦者資格を得るためには、国内向け・国外向けを問わず、自衛隊が軍隊であると明確に位置付けした上で、軍隊の中でも「通常の軍隊」ではなく、「自己制約的な軍隊」であると解釈・説明しなければならない。そうしなければ、憲法解釈は、国際法との整合性が取れない（図1の位置付けの解釈変更（私案）参照）。

同様に、3-1)・2) で検討した兵站業務であれ、米軍等の武器防護であれ、他国との戦闘状態が発生すれば、3-3) で言及したように、敵対行為の烈度に関係なく、国際法（武力紛争法）は自動的に適用される。そのような戦闘状態で、日本側が敵対国の軍隊構成員を捕獲したならば、国際法上の義務として当該要員に捕虜待遇を付与しなければならない。問題は、捕虜取扱法が武力攻撃事態と存立危機事態の場合しか捕虜待遇の法的義務を認めていない点である。同法に従えば、兵站業務及び米軍等の武器防護の際に捕獲した敵国戦闘員に捕虜待遇を付与することは不可能となり、その結果、国際法違反が発生する。その国際法違反を回避する方策としては、1) 当該要員に国内法的義務としてではなく、政策的判断から捕虜取扱法を準用して事実上の捕虜待遇を付与することで国際法上の義務を履行しているように対外的に見せかけること、2) 海外活動中の自衛隊に対する敵

---

(72) 中国の軍事作戦の中に、三戦（輿論戦、心理戦、法律戦）がある。法律戦とは、国際法や国内法を援用することで、自軍の軍事活動の合法性を確保し、敵の違法性を指摘し、そして、自軍に有利な状況を作り出す活動をいう。防衛省防衛研究所『中国安全保障レポート』2011年3月10頁。



対行為は侵略行為<sup>(73)</sup>であると認定し、それに対する自衛権<sup>(74)</sup>の発動として武力反撃することにより武力攻撃事態が発生しているとみなして、捕虜取扱法を適用すること、又は3) 敵対行為の烈度に関係なく武力紛争法が適用されるので、国内法違反ではあるが、国際法を優先して捕虜待遇を付与することが考えられる。いずれにしても、捕虜取扱法は、兵站業務又は米軍等の武器防護に起因する戦闘状態から捕虜が発生することを想定していない点において、国際法から見て、法の欠缺<sup>けんけつ</sup>があると思われる。

他方、たとえ、政府が兵站業務や米軍等の武器防護が武力行使と一体化していないとの法的認識を有するとしても、それに起因する戦闘状態から敵国側に捕獲された場合、自衛官は、捕虜待遇を要求する国際法上の権利を保有していることを自ら認識しなければならない。日本政府は、当該軍事行動が武力行使ではなく、交戦状態も武力紛争ではないとの主張に固執して、相手国が被補獲自衛官の処遇を国際法ではなく、死刑を含む国内刑事法に依拠させることは、法政策として全く不適切である。

日本政府は、自衛官が捕獲された場合の捕虜待遇を保証するために、そして、相手国軍隊構成員を捕獲した場合の国際人道法違反を回避するために、兵站業務等が武力行使に該当するか否かの議論（*jus ad bellum*）と相手国の武力対応により武力紛争法の適用事態となるか否かの議論（*jus in bello*）を区別した上で、国内法の適切な論理構成を再構築しなければなら<sup>(75)</sup>ない。

---

(73) 侵略行為の具体例として、「一国の兵力による他国の陸軍、海軍若しくは空軍又は船隊若しくは航空隊に対する攻撃」「侵略の定義」3条d、国連総会決議（A/RES/3314, 14 Dec. 1974）。国際刑事裁判所規程8条の2-2項d。

(74) 武力反撃の国際法的根拠として、前述した個別的自衛権の基づく部隊自衛、「現場対応措置」及び「マイナー自衛権」が挙げられる。マイナー自衛権について、浅田正彦「憲法上の自衛権と国際法上の自衛権」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』東信堂2007年259-265頁。

(75) 参照、真山全「憲法的要請による集団的自衛権限定的行使の発現形態 — 外国領水掃海および外国軍後方支援」『国際問題』648号2016年1・2月23-24頁。

## 2) 軍事的劣勢からの脱却

次に、海外で上記の任務を遂行する自衛隊・自衛官に対して外部から敵対行為が発生した場合に、自衛隊・自衛官は、国内法上、武力行使ではなく、警察比例の原則に従った武器使用でしか対処できず、その武器使用の危害許容要件（危害射撃）も正当防衛・緊急避難に限定される。重要影響事態での兵站業務を遂行する自衛隊は、外国軍隊が異常接近してきたとしても当該国から武力攻撃されるまで、正当防衛が発動されず、武器使用ができない。武器使用による反撃も、敵対国による侵害行為の程度に比例しなければならない。相手国の攻撃が停止すれば、自衛隊は正当防衛の法的根拠を失い、武器使用ができなくなる。すなわち、武力攻撃の開始時・程度・停止時はすべて敵対国の一方的決断に依存し、自衛隊は武器使用に関して常に受動的判断を強いられることになる。

さらに、自衛隊が米軍等の武器防護による警護活動をしている場合に、例えば、自衛艦が米軍艦へのミサイルやロケット弾を迎撃することは平和安全法制上に可能である。しかし、米軍艦に随伴する自衛艦が直接の攻撃対象とされていないので、自衛艦は、正当防衛を援用できず、警告射撃は可能であるとしても、敵対行為の発生源（敵対国の戦闘機、軍艦、陸上基地）に直接的に武器使用し破壊すること（その結果として、敵戦闘員に危害を加えること）はできない。もし自衛艦への敵対行為があっても、敵対国が「一撃離脱戦法」を採用した場合、武器使用の第4条件にあるように、事後追撃ができない。このように、武器使用条項は、外国軍防護にまで拡大された部隊自衛（ユニット・セルフディフェンス）の活動範囲を大幅に制限し、本来の米艦防護の任務（ミサイル迎撃といった消極的防護だけでなく、敵対行為の発生源の破壊・追撃といった積極的防護も含む）が十分果たされない状態を惹起している。

このように、自衛隊側が敵対国との関係において軍事的劣勢に置かれるのは、国内での警察作用としての武器使用を準用する事態をはるかに超える状況が想定されるからである。というのも、敵対行為の実行主体が国家である場合、自衛隊への侵害行為はもはや軍隊間の通常の戦闘行為であり、

防衛作用としての武力行使が必要とされる。その武力行使は、個別的自衛権に包摂される「現場対応措置」として理解され、警察比例の原則に拘束されることなく、敵対国と同様の戦闘行為を実行することが可能となる。敵対国との関係で軍事的劣勢から脱却するために、自衛隊による警察作用としての武器使用から防衛作用としての武力行使への変更の判断が、敵対行為の主体の識別を含めて、重要となる。

最後に、2015年に成立した平和安全法制を素材として、自衛隊・自衛官の法的地位を国際法と国内法（憲法）の視点から考察してきた。国際法と国内法の狭間で自衛隊の法的位置付けの議論が、自衛隊発足以来、連綿と行われてきたけれども、自衛隊と法（国際法及び国内法）がいびつな関係であることは、誰の目から見ても明らかである。自衛隊に関する国際法の要請と国内法（憲法）の要請が矛盾・対立している。平和安全法制の成立で、そのことがより一層明確となった。では、自衛隊をめぐる国際法と国内法の対立・矛盾を解消するためにはどうすればいいのか。法解釈の変更で乗り切れるのか、乗り切れるのか。

混沌とした21世紀の国際社会の中で日本の安全保障のあるべき姿を改めて根本から議論する必要がある。日本にとって軍隊は必要なのか、必要とする場合にどのような軍隊が望まれるのか。究極的には、憲法9条を改正しないのであれば、違憲と評される<sup>(76)</sup>自衛隊を解体すべきであり、自衛隊（軍隊）を存続させるのであれば、9条を改正すべきである。自衛隊の解体か、それとも、憲法の改正か、究極の問いを議論することは、自衛隊の法的地位を考える上で、決して避けては通れない道である。

\* 本論考は、2016年4月22日の自衛隊を活かす：21世紀の憲法と防衛を考える会主催のシンポジウム「『戦場における自衛官の法的地位』

---

(76) 朝日新聞による2015年6月のアンケートによれば、憲法学者122人中、違憲又は違憲の可能性があると回答した者は77人(63%)であった。<http://www.asahi.com/topics/word/%E5%AE%89%E4%BF%9D%E6%B3%95%E6%A1%88%E5%AD%A6%E8%80%85%E3%82%A2%E3%83%B3%E3%82%B1%E3%83%BC%E3%83%88.html>

を考える」での報告「自衛隊・自衛官の法的地位 —— 国際法と国内法の狭間で ——」を全面的に加筆・修正したものであり ([http://kenpou-jieitai.jp/symposium\\_20160422.html](http://kenpou-jieitai.jp/symposium_20160422.html))、科学研究費『基盤研究(B) (特設分野研究)「科学技術革新と武力紛争形態の変容」(平成27年度～29年度)』及び京都産業大学総合学術研究所(特定課題研究: 戦略的領域創発)「革新的技術の国際法政治経済への影響の分析」(平成28年度～30年度)の助成による成果の一部である。