

憲法第9条又は専守防衛に起因する自衛権制約による我が国安全保障上の課題とその 対応策

—憲法及び自衛隊法改正私案（その2）並びに立法事実に関する検討

高橋 憲一

序論

今回の寄稿にあたる動機付けについて冒頭説明をすることをお許し頂きたい。先ずは専守防衛に関する筆者の経験である。その第1は1984年。当時はシーレーン防衛に関する議論が盛んにおこなわれていた。その際にある野党の関係者から、「自衛隊が専守防衛の観点から日本列島の防衛に専念するのであれば自衛隊に賛成することに政党として舵をきろうとした。しかし、最近、政府がシーレーン防衛を主導したことによって政府の議論についていけなくなった。」とのことであった。なるほど、専守防衛は我が国安全保障に関する国民的コンセンサスを形成する大きな役割を果たしてきたのだとあらためてその政治的意義を認識した。第2は2010年の頃である。あるセミナーに聴衆として参加したところ、その講師が「専守防衛は政策であるので合理的理由があれば、いかようにでも変更できる。」との立場を表明した。当時、筆者は専守防衛が憲法第9条の解釈より厳格な制約を課す規範性を持っているはずであり、さもないと、憲法第9条の解釈による制約とは別に専守防衛を基本的防衛政策として立てる意味がないとの認識をもっていた。そのため、当該講師の主張に強い異論を感じた。しかしながら、専守防衛が憲法第9条より厳格な制約だとする筆者の主張を合理化するためには厳格な制約に係る明確さが必要であり、かつそれを支える合理性が

なければ規範たり得ないとの矛盾も抱えていた。その矛盾に関する筆者としての考え方は後述させて頂く。第3は2015年頃。存立危機事態により専守防衛の概念は修正する必要があるのかと防衛省のある幹部に聞かれた際に、密接な関係にある他国に対する武力攻撃という文言がない以上、その点は修正する必要があるはずと答えた。しかしながらその点政府は修正しなかった。第4は2022年の反撃能力を記述した安保三文書の閣議決定以前の話である。当時のマスコミには反撃能力は専守防衛に反するとの論調が多かった。その際に、筆者は専守防衛の概念は憲法第9条の解釈と同趣旨であり、反撃能力が憲法第9条に違反しない以上、三段論法で反撃能力は専守防衛に反しないとの説明を行ったが、マスコミ関係者からあまり多くの賛同は得られなかった。

以上のように専守防衛とはいかなるものかが安全保障政策の分野で十分に議論されてはいないと感じることも多く、今回の論稿では専守防衛と憲法第9条の関係の整理をあらためて試みる。その目的は専守防衛が安全保障政策に憲法第9条の制約より厳格な独自の制約を課しているのであれば、専守防衛の概念を修正する必要があるからである。

第2の検討としては、国際法と比較しての我が国自衛権の制約に関する検討を行う。専守防衛又は憲法第9条による自衛権の行使及び保持に関する制約が、以下に述べる今後起こりうる安全保障における課題の処理に大きな制約をもたらしかねないことを痛感しているからである。

その第1は2026年に始まったイラン戦争における日本関係船舶の護衛である。第1次トランプ政権においても同種の問題が起こり、その際には海上警備行動を発令

して日本関係船舶を護衛することもあり得るとの観点から事前の情報収集として海上自衛隊の艦艇を派遣した。しかしながら、日本関係船舶の護衛には船籍問題を始めとする国際法や憲法第9条を含む様々な法的課題がありその実効性は乏しかったと反省している。

第2は2021年に起こったアフガニスタンの首都カブールで起こった邦人退避である。当時のアフガニスタンのガニ政権が急速に崩壊したため領域国であるアフガニスタン政府の同意がとることが困難となる等の課題があり適切な対応がとれたとは必ずしもいえなかった。なお多くの課題を残したと感じている。

以上の2点は安全保障法制の整備が完結したとされる平和安全法制の成立後に発生した問題である。これらの課題に適切に対処できなければ、国民の生命又はその生命線であるエネルギー・食料等の確保が危殆に瀕することになる。そのことは同時に同盟国や同志国との共同対処に日本が参加できない事態を招来し、我が国の安全保障にとって極めて深刻な事態となる可能性をはらんでいる。

総論

前回の自衛隊法改正私案（その1）においては、ネガティブリストではなく一般法による対応が合理的であるが、そのためには法制上の欠缺がないか不断の検証が必要であることを述べた。その際に次なる課題として、迅速な意思決定の問題と国際法上の自衛権と憲法第9条の自衛権の乖離を指摘した。今回の自衛隊法改正私案（その2）においては、現下の安全保障環境に鑑み、なお喫緊の課題となると予見される序論で述べた2つの論点、公海上における日本関係船舶の保護（2026年のイラン戦争における我が国関係船舶のタンカー等の護衛）及び外国における邦人保護（202

1 年 8 月のアフガニスタン、カブールからの邦人等の退避) に適切に対応するため
に、国際法上の自衛権と憲法第 9 条の自衛権の乖離の問題を踏まえ、現行の憲法解釈
及び自衛隊法等の規定で必要かつ十分な対処ができるかどうか検討を行うものであ
る。

検証を行うに当たっては、その前段階として専守防衛に関する議論を整理し、仮に
専守防衛が上記の問題点の解決の支障となっているのであれば、専守防衛の概念の修
正を試みる必要があるからである。

1 専守防衛

(1) 専守防衛をめぐる様々な議論

これまでの安全保障に関する議論において、専守防衛に関する様々な論点が
提起されている。

- ① 太田文雄氏の「なぜ攻撃力と叫ぶのか (国基研ろんだん (2022 年 4 月 25 日))」においては、「弾道ミサイルからの防衛に限らず、昨今の安全保
障環境に不可欠なサイバー戦や宇宙での戦いにおいて、攻撃を受けてからの反
撃では、取り返しのつかないほどの被害を受けてしまう。核弾頭による攻撃に
至っては、反撃する前に全滅してしまう。即ち抑止力としては機能しないの
だ。」との指摘である。

この指摘については、我が国が自衛権の行使として武力の行使ができるのは
「攻撃のおそれがあるにとどまるときではなく、また我が国が現実被害を受
けたときでもなく、他国が我が国に対して武力攻撃に着手したときであ

る・・・どの時点で武力攻撃の着手があったと見るべきにつきましては、その
ときの国際情勢とか相手方の明示された意図、攻撃の手段、態様等によるも
の・・・(参外交防衛委宮崎内閣法制局長官答弁(2003年4月22日))」
であり、武力の行使が可能となるのは相手方が武力攻撃に着手した場合であっ
て損害の発生が要件ではないとするのが政府の認識であり、この点に関して政
府は論者とは見解を異にしている。

- ② 折木良一氏の「定義された専守防衛には抑止力の概念が含まれていない。国
土防衛には『相手に攻撃を仕掛ければ痛い目に遭う』と思わせる『抑止力』が
重要だが、この『抑止力』について、極論すれば日本は米国にまかせっきりだ
った。自衛隊は、『攻めてきたら領土内で守る』という受動的で必要最小限の
『対処』を考えるだけで済ませていたのだ。しかし、それは冷戦時代のソ連を
除き米国の軍事力に挑戦しようとする国が一国もなかった時代だからゆるされ
たことを認識する必要がある。日本は『盾』、米国は『鉾』という完全な役割
分担の時代は終わった。専守防衛を国是とする以上、先制攻撃を行うわけには
いかないが、相手に『日本を攻撃すれば、同じような反撃に遭うから攻撃をや
めておこう』と踏みとどまらせる抑止力は、米国に頼るばかりではなく自前で
補う必要がある(文芸春秋(2022年3月11日))」と主張されている。

この指摘については、政府はもとより我が国の安全保障に関しては拒否的抑
止力をとっており、その観点から「令和8年版防衛白書 第Ⅲ部 わが国の安
全保障・防衛政策 第2節 国家防衛戦略の概要 1 わが国の防衛の基本方
針」においても「抜本的に強化された防衛力は、防衛目標であるわが国自体へ

の侵攻をわが国が主たる責任をもって阻止・排除しうる能力でなくてはならない。これは、相手にとっては軍事的手段ではわが国侵攻の目標を達成できず、生じる損害というコストに見合わないと認識させうるだけの能力をわが国がもつことを意味する。」と専守防衛や憲法第9条の解釈を踏まえた拒否的抑止の概念を前提に我が国の安全保障を進めるものとしており、専守防衛の定義に抑止力の概念が包摂されておらず安全保障政策として抑止力に関する視点がないとする論者とは政府は見解を異にしている。

- ③ 今井和真氏の「専守防衛と「敵基地攻撃」一憲法上許される自衛の措置と必要最小限度の自衛力（立法と調査（2022年10月 No450））」において、参議院外交防衛委員会調査室の今井和真氏が「5 おわりに・・・いわゆる敵基地攻撃について戦略的、戦術的かを問わず専ら米軍に依存してきたという実態を説明したものであるのか、あるいは敵基地攻撃は法理的には可能であるものの、専守防衛の下では行わないといった文字通り「専」ら「守」るとの抑制的な姿勢を示したものであるかについては、従来の政府見解からは必ずしも明らかではないように思われる。」とされている。この指摘は、敵基地攻撃が我が国憲法との関係で法理的には可能であるものの専守防衛という政策論から政府は行わなかった可能性があるとの指摘であるが、後述する敵基地攻撃（現在では反撃能力）の法理は憲法第9条及び専守防衛に反するものではないとの認識を政府が示している点で、論者とは見解を異にしている。

- ④ 安保3文書の改定に関する政府有識者会議において、

○「専守防衛の中身は変化している。有識者会議の中で専守防衛をどのように

捉えていくのか、戦後の安全保障政策を実践面から大きく変えたスタンドオフ能力を活用した反撃をどのようにしていくのか等を具体的に説明すべきである。」

或いは、

○「専守防衛については、1990年代の湾岸戦争の前後から、一国平和主義を脱して、国際協調主義が意識され始め、2013年の安倍内閣において、積極的平和主義が打ち出されたといった流れの中でも一貫して堅持されてきたと理解しており、専守防衛を幅広く捉える考え方が突然出てきた、あるいは考え方が変わったという訳ではなく、専守防衛を幅広く捉える考え方は古くからあったことを押さえておきたい。例えば、1959年の砂川事件の最高裁判決において、田中耕太郎裁判官は補足意見で、『自衛はすなわち他衛、他衛はすなわち自衛』といった集団的安全保障の考えを示したうえで、『憲法の平和主義を一国だけの観点からではなく、それを超える立場、すなわち世界的法的次元に立って解釈すべきで、国家的利己主義は真の平和主義に忠実なものではない』という趣旨を述べた。このような考え方が1950年代から存在していたことは押さえておいた方が良い。」

以上の議論である。しかしながら、筆者の経験からいって各場面での議論の中心は専守防衛ではなく、存立危機事態や反撃能力などの安全保障政策の進展がこれまでの政府の憲法第9条の解釈の許容範囲であるか否かであり、専守防衛の概念をいかにするかが議論の中心であったわけではない。

(2) 専守防衛政策の登場した背景

それでは、まず、いかなる状況で専守防衛という概念が生まれたかを整理する。これについては、等雄一郎氏の「専守防衛論議の現段階―憲法第9条、日米同盟、そして国際安全保障の間に揺れる原則―（レファランス 平成18年5月号）」によれば、「昭和29（1954）年に発足したばかりの自衛隊にとって、陸と海の戦力はともかく、保安隊や海上警備隊のような前身を持たない航空自衛隊の場合、米軍から供与を受けたF86Fセイバー戦闘機以外にも、航空戦力を急いで整備することが重要な課題であった。このため専守防衛は、整備されるべき航空戦力が憲法第9条に許される必要最小限の戦力であると政府が主張する文脈で使われた。」との指摘があり、事実、国会答弁においても「またその目的が、決してよその国に対する攻撃的な侵略的な空軍を持つとかそういうことじゃないのですから、もっぱら日本の国を守ることになる。つまりもっぱらの専守防衛という考え方でいくわけであります（衆議院外務委員会杉原防衛庁長官答弁（1955年7月13日）。）」とされてきた。

以上のように、専守防衛の概念はもっぱら航空自衛隊の防衛力整備が攻撃的または侵略的なものではないとの説明概念として登場したものであり、専守防衛が登場した1955年当時においては、その概念と憲法第9条との関係は防衛力整備の観点が中心であり、それ以外の安全保障政策、とりわけ自衛権の行使に係る制約との関連は必ずしも明確ではなかったと思われる。

（3）現在の専守防衛の概念と憲法第9条との関係

しかし、その後の議論を経て専守防衛の概念が1980年の鈴木善幸総理の答弁により現在のかたちとなる。政府は専守防衛の概念について現在以下の方

に説明している。

『専守防衛』という用語は、相手から武力攻撃を受けたとき初めて防衛力を行使し、その態様も自衛のための必要最小限にとどめ、また、保持する防衛力も自衛のために必要最小限のものに限るなど、憲法にのっとり受動的な防衛戦略の姿勢を言うものであり、我が国の防衛の基本的な方針である。この用語は、国会における議論の中で累次用いられてきたものと承知している。

（衆議院議員伊藤英成君提出内閣法制局の権限と自衛権についての解釈に関する答弁書（2003年7月13日））」

この概念を前提に専守防衛の要素毎に憲法第9条の解釈との整合性について、特に専守防衛が一部の論者が指摘されるように憲法第9条の解釈を超えてより厳格な制約を安全保障政策に課しているのか否かについて検証作業を行う。

まずは、上記の専守防衛の概念を以下の4個に分解する。

- A 相手から武力攻撃を受けたとき初めて防衛力を行使、
- B その態様も自衛のための必要最小限にとどめ、
- C 保持する防衛力も自衛のための必要最小限のものに限るなど、
- D 憲法にのっとり受動的な防衛戦略の姿勢

上記Aの武力攻撃を受けたとき及びBの自衛権行使の態様が必要最小限であることは武力攻撃事態だけではなく存立危機事態も視野に入れた憲法第9条の解釈に基づく武力の行使の3要件、すなわち、

「憲法第九条の下に認められる『武力の行使』については、

ア 我が国に対する武力攻撃が発生したこと、又は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こと

イ これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段が
ないこと

ウ 必要最小限の実力行使にとどまるべきこと

(参議院議員浜田和幸君提出拉致被害者救出に関する質問に対する答弁書(201
4年11月14日))」

とされているが、専守防衛の A 及び B は武力の行使の 3 要件の A (存立危機事
態と専守防衛の関係は (4) ②で後述する) 及び U と同一である。

また、専守防衛の C で記述されている「我が国が保持し得る防衛力も自衛のた
めの必要最小限」についても、憲法第 9 条で規定される保持し得る防衛力との関
係として「自衛のための必要最小限度のものでなければならない。その具体的
限度は、その時々国際情勢、軍事技術の水準その他の諸条件により変わり得る
相対的な面を有する。(参議院議員舩正敏君提出自衛のための必要最小限度の武力
の規模に関する答弁書(1991年11月29日))」と述べている政府見解と同
一である。

専守防衛の要素 D の「憲法にのっとり受動的な防衛戦略の姿勢」につ
いては、その趣旨が文言上必ずしも明確ではないため、専守防衛が憲法第 9 条の解

積より厳格な制約を課しているとの議論を惹起した可能性がある。しかしながら、この点についても、政府はこれまで専守防衛の D の部分「憲法の本質にのっとりた受動的な防衛戦略の姿勢」について以下のように説明を行ってきた。

政府としては、専守防衛における『憲法の本質』とは、憲法 9 条の下、我が国が自衛のために行う実力の行使及び保持は、急迫不正の事態を排除するため必要最小限度でなければならないことをいうものである。（参議院小西洋之君提出七・一閣議決定以前における政府の専守防衛の定義における「憲法の本質」という文言の理解に関する答弁書（2015 年 6 月 2 日））」であり、自衛のための実力の行使及び保持は、必要最小限度であるべきとする憲法第 9 条の解釈と専守防衛の概念に記述される「憲法の本質」は同一である。

また、「受動的な防衛戦略の姿勢」についても、『専守防衛』については、相手から武力攻撃を受けたとき初めて防衛力を行使し、その態様も自衛のために必要最小限にとどめ、また、保持する防衛力も自衛のための必要最小限のものに限るという意味において、『受動的な防衛戦略の姿勢』であると説明している。（参小西洋之君提出専守防衛の改変に関する答弁書（2015 年 10 月 6 日））」との考えを示しており、あえて言えば、専守防衛の D は A 及び B の同語反復であり、憲法第 9 条の制約と同一である。

次に武力の行使の 3 要件の第 2 要件である「これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないこと」については、専守防衛にはこの第 2 要件に相当する文言はないが、憲法第 9 条の解釈である「他に適当な手段がないこと」つまり自衛権行使における他の手段との非代替性は基本的防衛政策としての専守

防衛の概念においても、当然に上位に位置する憲法第9条に基づき制約されるものであり、当該非代替性の要件は明文としての専守防衛の概念にはないが当然に専守防衛にも適用があり専守防衛による制約は憲法第9条の制約と同一である。

(4) 専守防衛概念の変遷

(3) で述べたように現行の専守防衛の概念と憲法第9条の解釈は同一趣旨であるが、専守防衛の概念は実はこれまで主として3回変遷している。

① 専守防衛と戦略守勢

1970年の防衛白書における専守防衛の記述においては「専守防衛の防衛力は、わが国に対する侵略があった場合に、国の固有の権利である自衛権の発動により、戦略守勢に徹し、わが国の平和と独立を守るためのものである。したがって防衛力の大きさおよびいかなる兵器で装備するかという防衛力の質、侵略に対する場合いかなる行動をするかという行動の態様等すべて自衛の範囲に限られている。すなわち、専守防衛は、憲法を守り、国土防衛に徹するという考え方である。」とされ、戦略守勢という用語がこの時点で用いられている。

この点について、1972年年5月31日の年衆議院内閣委員会において当時の久保防衛庁防衛局長は、「この言葉（専守防衛）を軍事的に申しますと、戦略守勢ということばを普通使っておりまして、これは従来の国会答弁でも、戦略守勢と同意義である・・・専守防衛といったほうが何となく普通の人にはわかりやすい」とし、軍事専門的には戦略守勢であるが、一般的には専守防衛がわかりやすいとの判断から同義語としての専守防衛を使うとしている。

その後、田中総理も同じく「専守防衛ないし専守防御というのは、防衛上の必要からも相手の基地を攻撃することなく、もっぱらわが国土及びその周辺において防衛を行うということでございまして、これはわが国防衛の基本的な方針であり、この考え方を変えるということは全くありません。なお戦略守勢も、軍事的な用語としては、この専守防衛と同様の意味のものであります。積極的な意味を持つかのように誤解されない一専守防衛と同様の意味を持つものでございます（衆議院本会議（昭和47年10月31日）。）」との答弁により戦略守勢と専守防衛は同意義であるが、専守防衛である以上相手の基地を攻撃することはないとの答弁を行っており、憲法第9条で許容するとされてきた敵基地攻撃（反撃能力）の法理と専守防衛の概念の齟齬が生まれた。

この点について、後に久保防衛庁防衛局長は「・・・防衛庁の内部では、専守防衛と戦略守勢とは同じに考えております。・・・さて、別の立場で戦略守勢というものを本格的に議論しますと、戦術的な攻勢面を含んでいるという解釈に立ちますと、そういう解釈であれば戦略守勢とは違うということになります。」加えて、「相手国の基地をたたくというようなもの、ある場面では戦術的攻撃というふうに入りましょうけれども、そういった場面は入りません。しかしながら、たとえばわが国を攻撃してくる上陸船団がいるという場合に、相手国の船団が日本の領海を侵すまでこちらが守勢であるというのではなくて、明らかに日本への上陸を企図している場合に、あらかじめ攻撃をかけるという場合があります。そういう場合も戦術的攻撃という場合がありますから、その場合は自衛力の発動として攻撃する場合がある。したがって、一がいに戦術

的攻撃はやるのかやらないのかというふうに割り切っては考えにくいということだと思います（衆議院内閣委（1973年6月21日）。）」との答弁を行っている。戦略守勢が本来戦術的攻撃を含む概念であるため無条件に相手国の基地をたたくことを包摂するのであれば専守防衛とは異なるものであるが、相手国の上陸船団がわが国の領海内を侵すまで対処できないということではないという意味においては当時の自衛権発動の3要件に適合する場合における戦略守勢と専守防衛は一致しているとの見解であり、ここにおいて憲法第9条に基づく反撃能力の法理と戦略守勢及び専守防衛の概念の整合性が図られたものと言い得る。

② 専守防衛と存立危機事態

2015年の平和安全法制の成立により存立危機事態の概念が登場したが、1980年の防衛白書において確立された専守防衛の概念を超えているかどうかである。仮に専守防衛による制約により存立危機事態における我が国の武力の行使を容認できないのであれば、専守防衛による制約が憲法第9条の制約より厳格なものとなったはずであるが、そのような考え方を政府は取らず現在以下のように説明している。

i 存立危機事態と憲法第9条との関係

2015年の平和安全法制では、日本が武力攻撃を受けていなくても、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場合には、存立危機事態として我が国による武力の行使が可能と

された。この点に関しては、専守防衛の概念規定には我が国と密接な関係にある外国に対する武力攻撃という記述がないため、そもそも専守防衛は個別的自衛権を前提とした概念であり、存立危機事態における集団的自衛権の限定的行使等は従来からの「憲法の本質にのっとりた受動的な防衛戦略の姿勢」である専守防衛を逸脱しているのではないかとの批判が存在していた。筆者も存立危機事態が憲法第9条の解釈の許容範囲にあるとしても、これまでの専守防衛の概念には存立危機事態の概念が含まれておらず、専守防衛の概念を修正し存立危機事態をその概念に加える必要があると考えていた。

しかし、この点に関しては、政府は先ず存立危機事態は憲法第9条の解釈の許容範囲にあるとの認識を以下のように示した。「一方、パワーバランスの変化や技術革新の急速な進展、大量破壊兵器などの脅威等により我が国を取り巻く安全保障環境が根本的に変容し、変化し続けている状況を踏まえれば、今後他国に対して発生する武力攻撃であったとしてもその目的、規模、態様等によっては、我が国の存立を脅かすことも現実に関わり得る。新3要件は、こうした問題意識の下に、現在の安全保障環境に照らして慎重に検討した結果、このような昭和47年の政府見解の(1)及び(2)の基本的な論理を維持し、この考え方を前提として、これに当てはまる例外的な場合として、我が国に対する武力攻撃が発生した場合に限られるとしたこれまでの認識を改め、・・・国際法上集団的自衛権の行使として認められる他国を防衛するための武力の行使それ自体を認めるものではなく、あくまでも我が国の存立を全うし、国民を守るため、すなわち我が国を防衛するためのやむを得ない自衛の措置として、一部限定された場

合において他国に対する武力攻撃が発生した場合を契機とする武力の行使を認めるにとどまるものである。したがって、これまでの政府の憲法解釈との論理的整合制及び法的安定性は保たれている。(新3要件の従前の憲法解釈との論理的整合制等について(衆・平和安全特委理事会提出。2015年6月9日。内閣官房・内閣法制局)」である。

ii 専守防衛の概念に本来存立危機事態は包摂されているのか？

その上で、存立危機事態は憲法第9条の許容範囲であっても、存立危機事態を容認することで、これまでの専守防衛の概念を拡張する必要があるのかについては、「我が国に対する攻撃ではなくとも、密接な関係にある国に行われた武力攻撃によって、新三要件に言う国民の生命、自由、その幸福追求の権利が根底から脅かされるような危険がある場合に、存立危機事態というのが認定されれば、我が国を守るために自衛権を行使することができるということでございますので、専守防衛のこれまでの定義の中に密接な国に対する攻撃などという文言があるわけではありませんけれども、憲法の精神にのっとった防衛戦略の姿勢から外れるものではないというふうに考えているところでございます(衆議院安保委岩屋防衛大臣答(2018年11月29日))」との見解が示され、存立危機事態は専守防衛のこれまでの概念規定に包摂されるとの認識が示された。

iii i 及び ii の議論を踏まえた上でも、専守防衛の概念の文言修正を行うべきか否かの議論が残る。

専守防衛の概念に存立危機事態は含まれるとしても、存立危機事態が専守防

衛の概念に包摂されていることを明確化するため専守防衛の概念の文言修正は行うべきとの指摘に対しては、「我が国又は我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃の発生が前提であり、また、他国を防衛すること自体を目的とするものではない。このように『専守防衛』は、引き続き、憲法の精神にのっとりた受動的な防衛戦略の姿勢をいうものであり、政府として、我が国の防衛の基本的な方針である『専守防衛』を維持することに変わりはない（参議院小西洋之君提出安倍内閣における専守防衛の理解に関する答弁書（2015年6月2日））」との考え方を政府は示しており、存立危機事態が専守防衛の概念に包摂されていることを明確化するための文言修正も敢えて行う必要はないとの認識を政府は示した。

以上により、存立危機事態は本来は1980年当時の防衛白書に記載された専守防衛の概念には包摂されてはいなかったが、存立危機事態が憲法第9条の解釈の許容範囲にあるとの平和安全法制における整理により、存立危機事態は憲法第9条の解釈と同一である専守防衛の概念に包摂されているものとされた。

③ 専守防衛と反撃能力

i 相手国領域内における武力の行使

従来から、反撃能力と専守防衛は相容れないと考えていた論者は多く、その契機となったのは、既に論述した「専守防衛ないし専守防御というのは、防衛上の必要からも相手の基地を攻撃することなく、もっぱらわが国土及びその周辺において防衛を行うことであって、わが国防衛の基本的な方針であり、この

考え方を変えるということは全くない。なお、戦略守勢も、軍事的な用語としては、この専守防衛と同様の意味のものである。(衆議院本会議田中総理答(1972年10月31日))」との国会答弁である。この1972年の田中総理答弁を前提にすると、専守防衛の観点からは相手国の領域内では武力の行使の3要件に該当する正当な自衛権の行使であっても武力の行使を行えないこととなる。

しかしながら、専守防衛に関する最初の答弁においては、「わが国の今の防衛の建前といたしまして、法律上からいたしましても非常にはっきりいたしておりますことは、あくまでもわが国が受け身で、侵略を受けた場合にこれを守る、いやしくも名目のいかににかかわらず、外に出て行って侵略するというこゝとでないことは、はっきりいたしておるのでございます。…ただし、日本を守ることだけは――あくまで侵略に対しては守るということで考えておる次第であります。言葉は少し固苦しいかもしれませんが、専守防衛、もっぱら守る、これはあくまでも守る、こういう考え方でございます(衆議院内閣委杉原防衛庁長官答弁(1955年7月9日))。』との認識が示されており、外に出て行って侵略することはないとのことであり、田中総理の答弁のように相手国領域内での反撃能力の法理による正当な自衛権の行使までも否定しているものではなかった。

また、先に述べた1973年の久保防衛局長の答弁に照らしても専守防衛と反撃能力の法理との整理の萌芽が見られることや、現在の専守防衛の概念が確立されたとする1980年10月7日の参議院本会議における鈴木善幸内閣総

理大臣の答弁においては、田中答弁のように「相手の基地を攻撃することなく」との表現がなくなっていることから、この時期において既に反撃能力の法理は専守防衛に反するものではないという1956年の政府見解を踏まえた整理がなされたと考えられる。

ii 安保3文書における反撃能力

この点については、2022年の安保3文書において反撃能力が閣議決定された以降は、「ご指摘の田中総理の答弁は、我が国の防衛の基本的な方針としてこうした専守防衛の趣旨を説明するとともに、武力行使の目的をもって武装した部隊を他国の領土、領海、領空へ派遣するいわゆる海外派兵は一般に憲法上許されないことについて述べたものであります。政府は1956年の政府見解以来、誘導弾等による攻撃が行われた場合、そのような攻撃を防ぐのに万やむを得ない必要最小限度の措置をとることは、他に手段がないと認められる限り、法理的に自衛の範囲に含まれ、可能であると解してきており、田中総理は、専守防衛の考え方がいわゆる敵基地攻撃を否定するとの趣旨を述べたものではないと考えております（参議院外交防衛委浜田防衛大臣答弁（2023年5月9日）。）」との答弁が行われ、1956年の敵基地攻撃能力に関する政府見解を前提にすると反撃能力と専守防衛の考え方は矛盾するものではないとの見解が示された。

政府は従来から、反撃能力は憲法第9条の解釈の趣旨に沿ったものであり、この点に鑑みれば、相手から武力攻撃を受けたとき初めて防衛力を行使し、その態様も自衛のための必要最小限度にとどめるなど、憲法の本質にの

つつた受動的な防衛戦略の姿勢をいう専守防衛の考え方に反撃能力は抵触しないとの判断を行っている。

④ 専守防衛における防衛力整備と反撃能力の法理における他国に攻撃的脅威を与える兵器を持たないとの整理

専守防衛による制約ではないが、反撃能力の法理に関する国会答弁で憲法第9条による防衛力整備に関する制約との整合性が問題になったことがあり、この点についても整理しておきたい。

反撃能力と防衛力整備の関係について、政府の答弁として「・・・国連の援助もなし、また日米安全保障条約もないというような、他に全く援助の手段がない、かような場合における憲法上の解釈の設例としてのお話・・・こういう仮定の事態を想定して、その危機があるからといって平生から他国を攻撃するというような、攻撃的な脅威を与えるような兵器を持っているということは、憲法の趣旨とするところではない（衆内閣委伊能防衛庁長官答弁（1959年3月19日）。）」があり、反撃能力という仮定の事態を想定して他国に攻撃的脅威を与えるような装備品を平時から整備することは憲法第9条の許容範囲ではないとの議論が生起し、自衛のための必要最小限の防衛力という専守防衛及び憲法第9条における防衛力整備との関係の整理が必要となった。

しかしながら、この答弁については、1982年3月20日の参議院予算委員会において当時の伊藤宗一郎防衛庁長官は、敵基地攻撃能力に必要な防衛装備に関して、「政府はこれまで他国に侵略的攻撃的脅威を与えるような装備は保持しないという基本的な方針を述べてまいりましたが、これは、わが国はあ

くまでも自衛のため必要最小限の範囲内で防衛力を、保持するものであり、これに反するような装備は保有しないということを敷衍して申し上げているものでございます。」との答弁を行い、敵基地攻撃能力と防衛力整備の関係はこれまでの憲法第9条の下に保持し得る防衛力と同じものであるとの見解が示され、敵基地攻撃能力の法理における制約は憲法第9条を超える制約ではないと整理された。

2 憲法第9条による安全保障に関する国際法とは異なった制約

以上の「1 専守防衛」における検討作業を踏まえると、わが国の安全保障を制約しているのは、憲法第9条の政府解釈と全く同じ趣旨である専守防衛にはその制約の独自性は無く、制約の根源は我が国憲法第9条第2項によるものと判断される。

政府は従来から、「正に我が憲法第9条第2項で、例えば交戦権につきましての、国際法上基本的には容認されていると考えられますが、我が国においては9条2項の規定によりこれを認めないとしているところであります。また、同じく条文で、国際法上は各国の保有する軍隊の規模などについて基本的には制約がないものと考えられますが、我が国は9条2項で自衛のための必要最小限度を超える実力の保持は認められないと解釈しているところでございます（参議院外交防衛委秋山内閣法制局長官答弁（2003年7月17日）」との認識を示しており、先ずは憲法第9条により交戦権の否認と自衛のための実力の保持等については自衛のための必要最小限度でなければならないという、国際法における自衛権の制約を超える制約が課せられているとの認識である。

以下、国際法上の自衛権と憲法上の自衛権の相違点について検討する。

(1) 交戦権の否認

先ずは憲法第9条第2項において否認されている交戦権である。憲法第9条第2項で否認された交戦権とは、「戦いを交える権利という意味ではなく、交戦国が国際法上有する種々の権利の総称であって、相手国兵力の殺傷及び破壊、相手国の領土の占領、そこにおける占領行政、中立国船舶の臨検、敵性船舶のだ捕等を行うことを含むものであり、このような意味の交戦権が否認されていると解している（衆議院議員稲葉誠一君提出鈴木内閣の憲法についての考え方に関する答弁書（1981年4月1日））」とされている。

交戦権の否認であるが、相手国兵力の殺傷・破壊については後述する自衛権の行使としては憲法上許容され、船舶の臨検・拿捕等についても交戦権とは異なるものとして海上輸送規制法により自衛権の行使としての停船検査・回航措置が許容されている。また、相手国の占領又は占領地行政等は交戦権の否認だけではなく後述する自衛権行使としても必要最小限度を超えるものとして否定されているが、我が国の安全保障上のこれまでの議論において、相手国の占領又は占領地行政等が必要不可欠なものとは認められないと判断できる。以上を考えると交戦権の否認により現時点で我が国安全保障上の重大かつ緊急性の高い解決すべき課題を招いているとは判断されない。

(2) 保持し得る自衛力は自衛のための必要最小限度

我が国が憲法上保持し得る自衛力は、「自衛のための必要最小限度のものでなけ

ればならない。その具体的な限度は、その時々国際情勢、軍事技術の水準その他の諸条件により変わり得る相対的な面を有する（参議院翫正俊君提出自衛のための必要最小限度の武力の規模に関する答弁書（1991年11月29日））。」であり、その判断は「結局は毎年度の予算等の審議を通じまして国民の代表である国会において判断されるほかはない（参議院事態特委宮崎内閣法制局第一部長答弁（2003年5月2日））。」とされている。したがって、この制約は数量的・画一的な制約ではなく一定の柔軟性を有している。ただし、「性能上専ら他国の国土の潰滅的破壊のためにのみ用いられる兵器（例えばICBM、長距離戦略爆撃機等）については、いかなる場合においても、これを保持することは許されない（F-15及びP-3Cを保有することの可否について（衆議院予算委提出（1978年2月14日）））。」とされており、また、我が国防衛力の全体も自衛のための必要最小限度の範囲内にあることが必要である。

相手国国土の潰滅的破壊のためにのみ用いられる兵器を保持できないとしても我が国は反撃能力においても精密誘導兵器等による対兵力攻撃により我が国の安全を確保すべきであり、国際人道法の観点からも疑義がある潰滅的破壊のためにのみ用いられる兵器を保有できなくとも現時点で我が国安全保障上の重大かつ緊急性の高い解決すべき課題を招いているとは判断されない。

(3) 自衛権の行使の必要最小限度

一方で、交戦権が認められていないことに加えて、「他方、我が国は自衛権の行使に当たっては、我が国を防衛するため必要最小限度の実力を行使することが当然に認められているのであって、その行使として相手国兵力の殺傷及び破壊等を

行うことは、交戦権の行使として相手国兵力の殺傷及び破壊等を行うこととは別の観念のものである。・・・例えば、相手国の領土の占領、そこにおける占領行政などは、自衛のための必要最小限度を超えるものと考えている（上記同旨）。」とされており、相手国の領土の占領及び占領行政以外の自衛のための必要最小限度の実力行使の限界については必ずしも明らかではない。

ここで、注目すべきは我が国の自衛権行使を必要最小限度とする我が国憲法上の制約と国際法上の自衛権行使に求められる必要性と均衡性、特に均衡性との関係である。この点については、「お尋ねの『我が国に対する武力攻撃が発生し、これを排除するために、個別的自衛権を行使する場合』の『必要最小限度』とは武力の行使の態様が相手の武力攻撃の態様と均衡がとれたものでなければならないことを内容とする国際法上の用語でいう均衡性に対応するものであるが、これと必ずしも『同一の範囲・内容』となるものではない。新三要件に該当する場合の自衛の措置としての『武力の行使』については、その国際法上の根拠が集団的自衛権となる場合であれ、個別的自衛権となる場合であれ、お尋ねの『必要最小限度の実力行使』の『範囲・内容』は、武力攻撃の規模・態様等に応ずるものであり、一概に述べることは困難である。（参議院議員中西健治君提出集団的自衛権における『必要最小限度の実力行使』に関する答弁書（2015年6月16日））」であり、我が国憲法上の自衛権行使の必要最小限度は国際法上の自衛権行使の均衡性に対応するものであり、その均衡性を充足していることは当然であるが、必要最小限に係る制約の範囲・内容については一概には論じられないとされている。

しかし、これまでの議論において、自衛権行使の必要最小限度で国際法上の均衡性との関係で顕著な相違点とされたのは、自衛権行使の地理的範囲である。我が国憲法上許される自衛権行使の地理的範囲は、「必ずしも我が国の領土、領海、領空に限られるものではなく、公海及び公空にも及び得るが、武力行使の目的をもって自衛隊を他国の領土、領海、領空に派遣することは、一般に自衛のための必要最小限度を超えるものであって、憲法上許されないと考えている。仮に、他国の領域における武力行動で、自衛権発動の3要件に該当するものがあるとするれば、憲法上の理論としては、そのような行動をとることが許されないわけではない（衆議院議員提出憲法第9条の解釈に関する答弁書（1985年9月27日））」とされており、国際法上の自衛権行使であれば武力攻撃を我が国に対して行った国の領域においても自衛権行使を行うことが通常できるとされるが、我が国憲法上は武力攻撃を我が国に対して行った国の領域において自衛権の行使を行うことができるのは、反撃能力の法理による場合のみとなる。

この自衛権行使の地理的範囲に関する制約が今後の我が国防衛の重大な制約となるかであるが、「例えば誘導弾等による攻撃を防御するのに他に手段がないと認められる限り、敵の誘導弾等の基地をたたくことは法理的には自衛の範囲に含まれ、可能であるとしております（衆議院安保委野呂田防衛庁長官答弁（1999年2月9日））」との答弁によって、武力行使の3要件に該当するものであれば相手国領域内における武力行使も可能であり、現時点で我が国安全保障上の重大かつ緊急性の高い解決すべき課題を招いているとは判断されない。

(4) 自衛権行使の可能な時期

どの時点から自衛権行使が許されるのかについても、国際法と憲法第9条の解釈では相違点がある。

① 国際法上の自衛権行使が可能な時期

国際法においてかつては急迫不正の侵害をもって自衛権行使の対象とされる時期があったとされ、「第一に、国連憲章では、自衛権の行使は他国の『武力攻撃』に対抗する手段としてだけゆるされる（51条）。20世紀初めまでは、ひょろく『急迫不正の侵害』として本質的または死活的と判断される国家の権利と利益に対する侵害行為を全て対象とした（自衛権行使と国家責任の追及との未分化）のにくらべ、武力攻撃による法益侵害に限定した点に特徴がある。・・・自衛権は、同条規定の文言上は『武力攻撃が発生した場合』に限り行使され、その意味では先制的・予防的自衛権は禁止される。わが国の政府統一見解も、日米安全保障条約（1960年）の『武力攻撃』の文言（5条）に関して、同じ解釈をとる。しかし、右の規定は武力攻撃発生の場合の自衛権の法的地位を明確にしたにとどまり、国際慣習法条の先制的自衛権を当然に否認または制限したものではなく、武力攻撃を伴わない侵害に対しても国家の本質的な特定権利を防衛するため反撃措置を行うことは許される（『国連憲章』2条4項の禁止にも抵触しない）、という反論もある。（国際法【新版】山本草二733頁）」とされている。

② 憲法上の自衛権行使の可能な時期

かつてはいわゆる自衛権発動の3要件の第一要件として、「我が国に対する急迫不正の侵害があること」とされ、「なお、現実の事態においては我が国に

対する急迫不正の侵害が発生した否かは、その時の国際情勢、相手国の明示された意図、攻撃の手段、態様等々により判断されるものであり、限られた与件のみ仮設して論ずべきものではないと考える（衆議院議員森清君提出憲法第9条の解釈に関する質問に対する答弁書（1985年9月27日）。）」とされ、武力攻撃が発生したこととの関係が必ずしも明確ではなかったが、後に「『わが国に対する急迫不正の侵害があること』、すなわち我が国に対する武力攻撃が発生したこと」との答弁（衆議院国連特委工藤内閣法制局長官答弁（1990年10月25日））により明確化された。

この点に関して武力攻撃による被害が発生したことが武力攻撃の発生と捉える論者もおられたが、政府は被害発生ではなく武力攻撃の着手が要件であり、その認定に関しては武力攻撃の態様等による個別の判断としていることから、現時点で我が国安全保障上の重大かつ緊急性の高い解決すべき課題を招いているとは判断されない。

(5) 自衛権の保護法益

これまでは、我が国憲法第9条における自衛権と国際法上の自衛権の相違点であまり大きく議論されなかったが、今後、安全保障政策上の大きな制約となり得るのが、自衛権の保護法益である。

① 我が国憲法上の自衛権の保護法益

憲法第9条における自衛権の保護法益とは、我が国の領域主権である。この点に関して、政府は従来から、「(武力攻撃)とは、基本的には我が国の領土、領海、領空に対する組織的計画的な武力の行使をいうと考える。特定の事例が

我が国に対する組織的計画的な武力の行使に該当するかどうかについては、個別の状況に応じて判断すべきものであり、あらかじめ定型的類型的にお答えすることは困難である（衆議院議員長妻昭君提出武力攻撃事態対処法案に関する答弁書（2003年4月22日））。』とされ、我が国の領域主権が自衛権の保護法益と考えているが、いかなる事態が我が国の領域主権に対する武力攻撃に該当するかはケースバイケースとされている。

② 国際法上の自衛権の保護法益

これに対して、国際法上は「(a) …領土保全またはこれに準ずる国家じたいの物理的一体性にかかわる法益、具体的には領域、公海上の軍艦・政府船舶・軍用航空機、在外軍事基地などに限る、とする。…これに対してもう一つは、(b) 在外自国民の生命・財産と国家の在外経済権益も、国家じたいの属人的な実質をなすものであり、相手国の領土保全との比較衡量を条件として（比例性の基準）、自衛権による保護の対象に加えるべきだ、とする。しかし少なくとも在外自国民の生命・財産の侵害など、一国の領土保全に対する武力攻撃に至らない程度の侵害行為に対しては、自衛権の援用はゆるされない、と解される（国際法【新版】734頁山本草二）

以上のように、国際法上の自衛権の保護法益は領域主権のみならず公海上の軍艦・政府船舶等に加えて在外自国民の生命・財産等も一定の条件の下に保護法益とされており、我が国憲法第9条の下における自衛権の保護法益とは大きく異なる点である。

（6）武力攻撃に至らない侵害行為への対処

武力攻撃に至らない侵害行為への対応とは、従来からマイナー自衛権或いはグレーゾーン事態への対応と整理されてきたものである。これについても、国際法上の対応と我が国憲法下での対応は大きく異なっている。

① 国際法上の対応

「国連憲章第51条におきましては、確かに『武力攻撃が発生した場合』というふうに規定されております。・・・特に国連憲章の第51条というのが憲章第7章、すなわち『平和に対する脅威、平和の破壊及び侵略に関する行動』という章の中で規定されております関係上、特に武力行使の中でも最も重要な場合である武力攻撃ということについて規定したというふうに解釈・・・この国連憲章の51条に基づきまして武力攻撃以外の形の侵害に対する自衛権の行使を排除するという趣旨ではない・・・この判決（ニカラガ事件判決：国際司法裁判所（昭和61年））におきましては、国連憲章第51条の文言等を根拠といたしまして、自衛権は武力攻撃の場合にのみ行使し得るという指摘があるのは私ども重々承知しております。と同時に、この判決の中に、武力攻撃には該当しないものの、武力の不行使の原則に反する行為が外部からなされた場合には、均衡のとれた対抗措置をとり得るということを確認しております。・・・その均衡のとれた対抗措置の中にいわゆる武力行使というのは含み得る余地は十分ある・・・学説上も、ICJ判決は、被害国による均衡のとれた対抗措置に武力の行使が含まれ得る旨強く示唆したものであるという見解もあるところでございます（衆議院外務委東郷外務省条約局長答弁（1998年9月18日））。」とされているように、慣習国際法上は武力

攻撃に至らない侵害行為（武力行使）に対しても対抗措置として、均衡の取れた武力の行使を容認するものである。

② 我が国憲法上の対応

「武装工作員や不審船が我が国へ侵入するといった事態は、・・・その態様等から外部からの武力攻撃に該当すると判断し得ない場合、我が国の公共の秩序の維持の観点から第一義的には警察機関が対処するものであるが、一般の警察力を持っては対処することができないようなときには、自衛隊法に定めるところにより、自衛隊に治安出動や海上警備行動を命じることができ（衆議院安保委中谷防衛庁長官答弁（2002年4月4日）。）」とされており、武力の行使ではなく公共の秩序維持活動としての対応が求められている。

今後の対応として、これまでマイナー自衛権としての検討が続けてこられたものであるが、これについては次回の検討作業である自衛隊法改正私案（その3）にて検討を行うものとする。

3 今後の安全保障上の課題

2において国際法上の自衛権と我が国憲法上の自衛権の相違について比較検討したところであるが、今後の我が国安全保障上の重大かつ緊急性の高い解決すべき課題は公海上における日本関係船舶の保護と在外邦人の保護の問題である。

（1） 我が国関係船舶が公海上にて武力攻撃を受けた場合

具体的には日本関係船舶のタンカー等が公海上で武力攻撃を受けた場合に我

が国が自衛権の行使として当該タンカー等の護衛ができるか否かである。

この点を整理すると、先ずは未だ我が国の領域に対する武力攻撃がなくまた存立危機事態にも該当しない場合に、日本関係船舶が武力攻撃を受けた場合に、当該事態を我が国に対する武力攻撃と認定し、自衛権の行使としての日本関係船舶の保護が可能かについては、国際法上の評価と我が国憲法上の評価については、全く異なったものである。また、その議論の前提として日本関係船舶と日本籍船の関係を整理する必要がある。

① 船籍国の船舶に対する管轄権

基本的には船舶に関する管轄権を有するのは船籍国であり、日本関係船舶であっても、国際法上は日本籍船に対する武力攻撃でなければ我が国に対する武力攻撃とはならないとされている。加えて日本が武力攻撃を既に受けている状況であっても、我が国が自衛権の行使として保護できる船舶は日本籍船に限るとされており、政府は従来から「国際法上、公海において船舶が攻撃を受けた場合、個別的自衛権の行使として、その攻撃を排除し得る立場にあるのは、原則として当該船舶の旗国である（参議院予算委谷川防衛庁長官答弁（1983年3月15日）。）」との立場をとっている。

これまでの議論の前提であった日本関係船舶であるが、2011年に海賊対処法が成立するまでの間、公共の秩序維持活動としての自衛隊法に定める海上警備行動により海上自衛隊の護衛艦を派遣したが、その場合に保護対象となる船舶は次の四つの

- A 日本籍船、
- B 日本人が乗船する外国籍船、
- C 我が国の運航事業者が運航する外国籍船、
- D 我が国の積み荷を輸送している外国籍船であって我が国国民の安定的な経済活動にとって重要な船舶

の類型とされた。しかしこれにより対処できるのはあくまでも国連海洋法条約第105条に規定された海賊行為に対する普遍的管轄権に基づくものであり、同条の規定により保護対象船舶の船籍や当該海賊行為に従事する海賊船の船籍に関わらず同条約第107条の規定により各国の軍艦等は海賊対処活動ができるものとされており、それを前提として我が国の公共の秩序維持活動である海上警備行動として保護できる船舶のカテゴリライズとして日本関係船舶を保護対象としたものである。

しかしながら、海賊対処活動とは異なり、国際法上自衛権行使の保護法益の観点から武力攻撃の対象として考えるべきものは自国船籍の公私の船舶とされており、日本関係船舶全てを保護対象とはできない。また、武力攻撃がなされた状況における自衛権の行使により保護できる船舶も、原則として日本籍船のみである（ただし、例外として「たとえば、その物資が、わが国に対する武力攻撃を排除するため、あるいはわが国民の生存を確保するため必要不可欠な物資であるとすれば、自衛隊が、わが国を防衛するための行動の一環として、その攻撃を排除することは、わが国を防衛するため必要最小限の

ものである以上、個別的自衛権の行使の範囲に含まれるものとする（参議院予算委谷川防衛庁長官答弁（1983年3月15日））」の場合も保護の対象とすることは我が国憲法上・国際法上も可能である。）。

そこで、次に問題となるのが、日本関係船舶における日本籍船の比率である。「船の国籍・船会社の国籍（日本国際フォーラム（2021年1月31日）：合田浩之（東海大学海洋学部フロンティア教育センター教授）」によると、「日本商船隊は2020年の時点で2411隻ある。日本籍船は（船舶法1条のいう「日本船舶」）が273隻（11.1%）、外国用船は2138隻（88.7%）である。外国用船は、純然たる外国の船会社から用船（借船 Charter-in）しているもの（「単純外国用船」）が538隻（22.3%）、差引き、日本の便宜置籍船（実務界では「仕組船（Sikumi-sen）」と称する。）が1600隻（66.4%）ということになる。」であり、日本関係船舶の内約11%が日本籍船である。日本の自衛隊が自衛権行使として防護の対象とできる船舶は一部の例外を除き日本関係船舶の約11%の日本籍船に過ぎない。

この点に関しては、イラン・イラク戦争における米海軍によるタンカー護衛の例が参考となる。海上自衛隊幹部学校の「イラン・イラク戦争中のタンカー護衛等及び海上戦闘について ～中東における「歴史の重心」の洋上への移動～（2020年2月10日）」によれば、「1986年末、クウェート政府は自国商船の保護を米国に要請し、数週間後に承諾された。米海軍は、第2次世界大戦以降最大の船舶護衛作戦を計画した。いわゆる『アーネスト・ウィル作戦（Operation Earnest Will）』である。…1987年6月15日、

米国防省はクエートタンカー11隻を米国船籍に移して、…巡洋艦2隻、駆逐艦1隻、フリゲート艦4隻及び1個空母打撃群が使用兵力に充てられ、7月22日護衛が実施された。」とされるようにクエート船籍のタンカーをアメリカ船籍に移したとある。

上記のアメリカの例のように外国船籍の日本関係船舶の船籍を日本に移すという方法があるが、船舶の安全基準や船舶の所有主体等の制約があり、容易なものではないと考えられるが今後の検討課題である。

② 我が国憲法上の評価

「公海上においてということになりますと、日本の船舶あるいは外国の船舶にのっている日本の国民が危害を加えられる事態に瀕している場合はどうか、こういうことになるわけですが、その場合におきましても、この3要件のうちの第1要件（我が国に対する急迫不正の侵害：筆者注）を満たしているかどうかということとの関係におきましては、やはりただいま申し上げたのと同じ問題ではなかろうか（衆安保持委大森内閣法制局第一部長答弁（1991年3月13日）」と考えられ、日本船籍の船に対する武力攻撃であっても我が国に対する武力攻撃と認定することは想定し難いと考えられてきた。

ただし、この点に関して、政府は「我が国の領土、領海、領空に対するものではない攻撃で、公海上にある我が国の艦船に対するものは、状況によっては、武力攻撃事態対処法第2条第1号の『我が国に対する…武力攻撃』に該当し得ると考えている」との答弁もある。公海上にある

我が国の艦船が攻撃された場合に、我が国の領域に対する武力攻撃の着手として評価される状況では、日本も自衛権の行使による我が国船舶の護衛が可能となるが、ペルシャ湾の公海上における我が国船籍のタンカーに対する武力攻撃が我が国への武力攻撃の着手と認定するのはかなりの無理があると言える。

③ 国際法上の評価

以上の我が国憲法上の評価と異なり国際法上の評価としては「公海上における自国の公私の船舶、航空機が攻撃を受けた場合、国際法上の問題として自国は個別的自衛権の行使としてその攻撃を排除し得る立場にある（衆国連特委小松外務省条約局法規課長（1991年3月13日））」とされている。国際法と我が国憲法上における保護法益は大きな差があり、今後、同盟国や同志国との間で各国の船舶保護の共同対処を求められた場合には、大きな制約となることが予測される。

（２）外国にある邦人の保護

外国に所在する自国民の保護については、在外邦人等の輸送に関する規定が1992年3月に国会に提出され1994年年11月に成立し輸送の安全要件が明記され、北朝鮮核危機又は台湾海峡危機等を踏まえ自己保存型の武器使用等及び輸送手段に艦艇を追加した法改正は1998年4月に国会に提出され1999年5月に成立し、アルジェリア事件を踏まえた輸送対象者の範囲拡大や防護対象者の拡大及び陸上輸送等を可能にする法改正は2013年4月に国会に提出され2013年11月に成立した。

しかしながら、外国に所在する自国民の保護については、国際法上と我が国憲法上ではその取り扱いが大きく異なっている。

① 国際法上の評価

「外国における邦人の保護については、一般には同意を得てやるというのが普通…国際法上の議論、純粋な国際法上の議論といたしましては、領域国の同意又は要請がない場合であっても、領域国が外国人に対する侵害を排除する意思又は能力を持たず、かつ当該外国人の身体、財産に対する重大かつ急迫な侵害があり、ほかの救済の手段がないような極めて例外的な場合には、保護、救出するために必要最小限度の実力を行使することが自衛権の行使として国際法上は認められることがあり得る…（参外交防衛委石井外務省国際局長答弁（2014年5月22日）」となっており、在外邦人の保護が領域国の同意又は要請がなくとも自衛権の行使として容認される場合があるとの立場をとっている。

② 我が国憲法上の評価

我が国憲法上の評価としては、「その外国の領域内にある、その国では外人でございます日本人の生命、身体、財産が侵害されたりあるいは侵害されそうになったという場合に、それは一般的に申しましてわが国に対する武力攻撃というには当たらないと思います。また、他国の領域内にある、その国では外国人である日本人の生命、身体、財産の保護は、当該領域に施政を行っております国の当然の責務として行われるべき事であろうと思います。したがって、わが国としてはまず外交交渉によってその保護

をはかるべきでございまして、これに対して自衛権発動の要件がないわけ
でございますから、武力行使等の手段によって保護をはかるということは
憲法上許されないところであるということでございます。（衆・決算委吉
国内閣法制局長官答弁（１９７３年３月１９日））

③ 現行の在外自国民に対する保護及び輸送に関する規定の問題

上記の憲法第９条の趣旨を踏まえ、２０１３年１月に発生し、日本人１
０名が犠牲となったアルジェリア・イナメナス天然ガス襲撃事件を契機と
して、同年４月に輸送対象者の範囲拡大及び防護対象者の拡大等の改正に
係る在外邦人等の陸上輸送の規定が追加されるとともに、平和安全法制に
より在外邦人等の保護措置に関する規定が自衛隊法第８４条の３として新
設された。

しかしながら、在外邦人等の保護措置の要件としては、

- A 当該外国の領域の当該保護措置を行う場所において、当該外国の権限
ある当局が現に公共の安全と秩序の維持に当たっており、かつ、戦闘行
為が行われることが認められないこと、
- B 自衛隊が当該保護措置（武器の使用を含む。）を行うことについて、当
該外国政府の同意があること、
- C 予想される危険に対応して当該保護措置をできる限り円滑かつ安全に
行うための部隊等と当該外国の権限ある当局との間の連携及び協力が確
保されると見込まれること、

とされている。

これまでの在外邦人等の輸送（自衛隊法第 84 条の 4）が、明文の規定では領域国の同意を求められていない（国際法上は他国の領域に我が国の自衛隊が入る以上領域国の同意は必須とされている）が、武器使用については自己等（自己、当該輸送の職務に従事する隊員、輸送対象者、自己の管理下に入った者）の防護のためのいわゆる「自己保存型武器使用」のみが可能であった。これに対し、在外邦人等の保護措置の規定（自衛隊法第 84 条の 3）が加わったことにより、在外邦人等の輸送ではできなかった離隔した場所に所在する邦人等を武器を使って保護することが可能となったことは大いなる進展と評価できるが、領域国の同意等が活動の要件となっており、極めて厳格な制約が課されている。

また、2021 年 8 月に実施された在アフガニスタン邦人等輸送事案において、出国を希望していた日本国大使館及び JICA の現地職員（外国人）等を自衛隊により十分に退避させることができなかったことをめぐり、当時の政府により対応の是非等が議論された。本件においては自衛隊法第 84 条の 4 に規定する在外邦人等の輸送措置により自衛隊機の派遣が行われた。同条の在外邦人等の輸送の規定においては明文では領域国の同意に関する規定はないが、国際法上、自衛隊が在外邦人等の輸送を実施する際には、国際法上、派遣先国の同意が必要とされてきた。この点に関して、政府は 2021 年 8 月 23 日の官房長官記者会見において、「現在のアフガニスタンのような例外的な状況において、緊急的な措置として人道上の必要性から安全が確保されて

いる状況で自国民等の退避のために輸送するものであり、仮に明確な同意がとれていないとしても国際法上の問題はない」旨を述べた。また、林芳正外務大臣は、「運用上も国際法上も問題が生じないように、関係し得る当事者の同意を得るために意思疎通を図ったことにより、当時のような状況においては、国際法上の問題が生じない状況となった」、「本件輸送は、当時の例外的な状況において、人道上の必要性から、輸送の安全が確保されている状況で行った緊急的な措置であった点からも、本件輸送は国際法上問題なかった」旨の見解を示した。

このように在外邦人等の危難が発生した際に、国際法上の問題はないとしても、我が国はその憲法上の制約から一定の条件の下で領域国の同意がなくても実施可能な国際法上の自衛権の行使としての在外邦人等の保護措置は実施できない。これに対して、他国はその所在地国が保護すべき外国人に対する侵害を排除する意思又は能力を持たず、かつ当該外国人の身体、生命に対する重大かつ急迫な侵害があり、ほかに救済の手段がない場合には、当該外国人を保護、救出するためにその本国が必要最小限度の武力の行使をすることも、国際法上の議論に限って申し上げれば自衛権の行使として認められる場合があるとされ、領域国の同意がなくとも救出が可能とされている。我が国はいずれにせよ自衛権の行使としては在外邦人等の保護が不可能なため、領域国の同意の下に行うしかない。これでは、在外邦人等の保護を同盟国及び同志国と共同して行うことができない場合が今後予測される。

4 憲法及び自衛隊法改正の提言

(1) 以上論述したように、我が国憲法第9条による自衛権の制約と国際法上の

自衛権の制約との乖離により、今後想定される問題として

① 公海上における我が国関係船舶の保護

② 特に領域国の同意が得られない場合における在外邦人の保護措置

が挙げられる。

(2) 具体的規定

① 憲法第9条第2項

先ずは、現行憲法第9条第1項は現行の規定を維持し、同条第2項を以下のように改正しその上で第3項を追加する。

我が国の自衛権の行使及び保持について現行の自衛のための必要最小限度とする制約を国際法上の制約と同様のものとする。また、第2項に国民の安全に関する規定を入れることにより、自衛権行使による在外邦人の保護を行い得るものとする。

憲法第9条改正案

① (現行の規定を維持)

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。

② (改正)

我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全を確保するため、確立された国際法規及び国際連合憲章の規定に基づき、法律の定めるところにより個別的又は集団的自衛権を行使できるものとする。

③ （新設）

国際連合憲章の規定に基づき武力の行使が容認される集団安全保障に参加する場合には法律の定めるところにより必要な武力の行使を行うことができものとする。

② 自衛隊法第 88 条の改正案

公海上における我が国の船籍船を防護できる規定を明記するとともに、状況によっては領域国の同意がなくとも自衛権の行使としての在外邦人の保護を可能とする。

自衛隊法第 88 条

① （改正）

第 76 条第 1 項の規定により出動を命ぜられた自衛隊は、我が国（公海上における我が国の船舶を含む。）を防衛するため、必要な武力を行使することができる。

② 外国領域に所在する我が国邦人の保護であって、その所在地国が我が国邦人に対する侵害を排除する意思又は能力を持たず、かつ当該邦人等の身体、生命に対する重大かつ急迫な侵害があり、ほかに救済の手段がない場合には、当該邦人等を保護、救出するために必

要な武力の行使をすることができる。

- ③ 第1項及び第2項の武力の行使に際しては、国際の法規及び慣例
によるべき場合にあってはこれを遵守し、かつ、事態に応じ合理的
に必要と判断される限度をこえてはならないものとする。

③ 日本関係船舶の船籍の移転に関する法律

武力攻撃から保護するために緊急の必要がある場合には関係者の同意
を得て日本関係船舶であって外国船籍の船を日本籍船とする特別法を制
定する。

5 結論

以上のように我が国憲法と国際法上の自衛権の相違により、近年指摘された
2つの問題に対して必要かつ十分な対応ができないことが予測される。

今後、2026年末に行われる安保三文書の改定後には安全保障に関する憲法改
正の議論が俎上にのぼると考えているが、その際に必須となるのは、憲法改正
に必要な立法事実であり、今回の2例が立法事実の議論の一助となれば幸いで
ある。また、当該課題が、同盟国又は同志国との共同対処が求められた時に我
が国が憲法を理由として必要かつ十分な対処ができない場合には我が国の安全
保障が孤立的な状態となり極めて危機的な状況を生みかねない。早急にこの問
題の解決に取り組む必要があるものとする。