

防衛作用における比例原則に関する一考察
限界利得・限界損失の概念を用いた自衛隊法第 88 条による「武力の行使」の分析

奥田昌宏

[要旨]

本研究は、防衛法制を有効に機能させるために、防衛作用ないし「武力の行使」と比例原則の適用との関係について分析したものである。

政府は、「武器の使用」に比例原則が適用されるとする。では、「武器の使用」と対比して論じられることが多く、かつ、より防衛作用の中核的な概念である「武力の行使」には比例原則は適用されるのであろうか。

この点について、防衛作用や「武力の行使」には比例原則は適用されるべきでないという主張が存在する。また、この主張は、防衛作用と警察作用との区別を比例原則の適用の有無によっておこなうべきであるとも主張している。もっとも、この主張は、「武力の行使」が無制約・無制限に行使されるべきことの根拠及び防衛作用と警察作用との区分の基準として、防衛作用や「武力の行使」に比例原則の適用を否定すべきであると主張はしても、防衛作用等に比例原則を適用するか否かでいかなる差異が生じるのかについて詳しく説明していないように思われる。

そこで本論文は、「武力の行使」に代表される防衛作用に比例原則を適用するか否かで本当に差異が生じるのか、差異が生じるとすればそれはいかなるものであるのかをまず明らかにし、その上でそこからどのようなことが導き出せるのかについて考察した。

具体的には、自衛隊法第 88 条の「武力の行使」を対象として、比例原則を「武力の行使」に適用する場合と適用しない場合とでいかなる違いが生じるかを限界利得、限界損失の概念を用いて比較した。比較の結果、たしかに比例原則を適用するか否かで違いが生じ得ることを明らかにした。ただ、防衛法制の運用という観点からは、むしろ「武力の行使」に比例原則を適用する方が法政策的には適切であるのではないかとの提起をおこなうことになった。

また、分析結果の解釈として、比例原則の適用の有無で防衛作用と警察作用を区分するのではなく、それぞれの領域が有する特性に応じて比例原則が適用される結果として両者に違いが生じると考えることができる可能性を指摘した。さらに、比例原則をいかに適用するかということが、政治の軍事に対する優越、政治による軍隊の統制といった文民統制の具現化の 1 つとして捉えられるのではないかとの指摘をおこなった。

[本文]

第1章 「武力の行使」に比例原則は適用されるのか

2014年7月1日に閣議決定された「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」には、「国際的な平和協力活動に伴う武器使用」と題して「武器の使用」について記述がなされている。そこでは、「武器使用については、警察比例の原則に類似した厳格な比例原則が働くという内在的制約がある」¹と述べられている。

「武力の行使」については、同じ閣議決定で、「憲法第9条はその文言からすると、国際関係における「武力の行使」を一切禁じているように見えるが、(中略)必要最小限度の「武力の行使」は許容される」として、「憲法第9条の下で例外的に許容される「武力の行使」があるとする。政府は、憲法上、許容された「武力の行使」の存在を認めているのである²。この閣議決定では、「武力の行使」と比例原則の関係については言及されておらず、「武力の行使に」に比例原則が働くのか否かについては解釈の余地が残されている。

一方、政府は「武力の行使」と「武器の使用」との関係を「武器の使用と武力の行使の関係について」と題する政府統一見解³を出し、次のように説明してきた。「憲法第9条第1項の「武力の行使」は、「武器の使用」を含む実力の行使に係る概念であるが、「武器の使用」がすべて同項の禁止する「武力の行使」に当たるとはいえない。例えば、

¹ 「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」(内閣官房、2014年7月1日)(<http://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/pdf/anpohosei.pdf>) (アクセス2017年4月5日)

² 「許容された武力の行使」については、拙稿「政府見解における「武力の行使」に対する「武器の使用」の位置づけについて—PKO協力法と周辺事態法の「武器の使用」を題材として—」、防衛大学校安全保障研究科所蔵、2012年3月、8-9頁；能勢伸之『防衛省』(新潮新書)、新潮社、2012年、213-214頁；青井未帆『憲法と政治』(岩波新書)、岩波書店、2016年、58頁参照。

この表現に従えば理論上、例外的に許容される「武力の行使」は「自衛権に基づく武力の行使」に限定されないことになる。政府は従来、類似する表現として「憲法第9条のもとにおいて許容されている自衛権の発動」(1972年(昭和47年)10月14日参議院決算委員会提出資料)といった表現を使用していた。しかし概念上、自衛権は「武力の行使」によっても行使し得るに過ぎず、また逆に、「武力の行使」は自衛権に基づき行使される「武力の行使」だけに限定されるものでもない。したがって、従来類似表現と「許容された武力の行使」とは区別して理解すべきことになる。

³ 政府統一見解「武器の使用と武力の行使の関係について」1991年(平成3年)9月27日衆議院・PKO特別委員会提出

自己又は自己とともに現場に所在する我が国要員の生命又は身体を防衛することは、いわば自己保存のための自然権的権利というべきものであるから、そのために必要な最小限の「武器の使用」は、憲法第9条第1項で禁止された「武力の行使」には当たらない」としてきたのである。2014年7月1日の閣議決定にいう憲法が許容する「武力の行使」とは憲法第9条第1項の「武力の行使」から憲法第9条第1項の禁止する「武力の行使」を除いたものになるが、この政府統一見解の説明のみでは、許容された「武力の行使」と「武器の使用」との関係には不明瞭な部分が残ってしまう。そこで国会における政府の答弁を加味して検討を加えると、憲法第9条の「武力の行使」と合法的に行使される「武器の使用」との関係は図1に示すものとなる⁴。

⁴ 例えば、2001年の「国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律」（PKO協法力）改正時の国会答弁において津野修政府特別補佐人（内閣法制局長官）は、一般論として「国または国に準ずる組織、そういったものの、いわゆる戦闘といいますが、襲撃とかそういうものがございました場合に、それが国または国に準ずる組織としての行動というものであれば、それは、我が国のPKO要員による武器使用のすべてが武力の行使に当たらないというわけにはできないというふうには考えられます。（中略）ただ、我が国のPKO要員が国際平和協法力に従いまして（中略）武器使用を行う限りは、これはいわば自己保存のための自然権的権利というべきものであるから、憲法の禁ずる武力の行使には当たらない」（第153回国会・衆議院・安全保障委員会・第4号、2001年（平成13年）11月27日）と説明している。細部は拙稿、前掲論文。能勢、前掲書、2012、p.214も参照のこと。

海上輸送法規制法に基づく船舶に対する停戦検査、回航措置等、及び捕虜取扱い法に基づく捕虜等の拘束、抑留等の措置の一環として認められる武器の使用、すなわち、船舶の進行停止等のための武器の使用（海上輸送規制法第37条）、捕虜等の拘束、逃走防止等のための武器の使用（捕虜取扱い法第152条）については自衛権の行使に伴う必要最小限の措置という性格を有するという（田村重信、高橋憲一、島田和久編著『日本の防衛法制』【第2版】、内外出版、2012年、215頁）。この場合の自衛権の行使が「武力の行使」に当たるのであれば、この際の「武器の使用」も「武力の行使」となり得るであろう。

なお対照的な意見としては、森本正崇「自衛隊による警察活動における武器使用規定の検討—危害許容要件を中心に—」『国際安全保障』第42巻第3号、2014年12月号、国際安全保障学会、2014年12月参照。

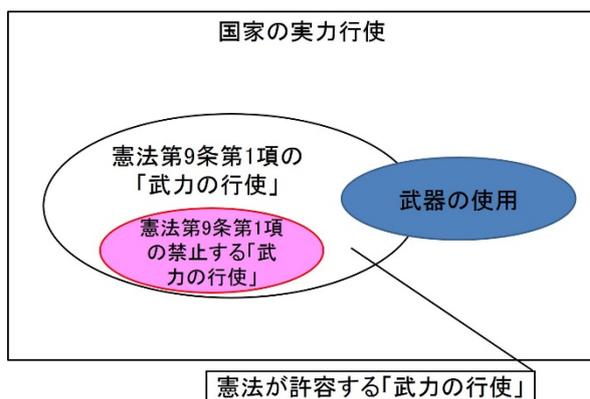


図1 憲法の許容する武力の行使

2014年7月1日の閣議決定にいう「武器の使用」と比例原則との関係が、すべての「武器の使用」に比例原則が適用されることを主張しているならば、図1を前提にすると憲法第9条第1項の「武力の行使」と「武器の使用」が重なり合う部分には比例原則が適用されることになる。すなわち、すべての「武器の使用」に比例原則の適用がある以上、図1からは少なくとも憲法第9条第1項の「武力の行使」のうち、憲法第9条第1項の禁止する「武力の行使」を除く憲法が許容する「武力の行使」の一部に比例原則が適用されることになる。さらにいえば、比例原則が「武器の使用」と重なり合わない憲法の許容する「武力の行使」の一部又は全部についても適用されることが否定されているわけではないのである。

もっとも、「武力の行使」に代表される防衛作用・軍事作用（以下、防衛作用とする。）には比例原則を適用すべきではないと主張する考え方が存在する⁵。この考えに従えば、憲法が許容する「武力の行使」の全部又は一部であっても比例原則が適用されることを認めるべきではないことになる。

すると、防衛作用や「武力の行使」と比例原則との関係については2つの相反する考えが存在することになるが、この対立する解釈をいかに考えるべきなのであろうか。また、この問題が現状では不明確なまま残されているのであれば、今後の運用に当たって

⁵ 色摩力夫（著）、小室直樹（解説）『国家権力の解剖—軍隊と警察』、総合法令株式会社、1994年、317-318頁；百地章『憲法の常識 常識の憲法』（文春新書）、文藝春秋、2005年、128頁；森本敏、石破茂、西修『国防軍とは何か』（幻冬舎ルネッサンス新書）、幻冬舎ルネッサンス、2013年、182-183頁（石破茂の発言）；山下愛仁『国家安全保障の公法学』、信山社、2010年、72頁。当然ながら、これらの主張は比例原則を適用するか否かで何らかの違いが生じ得ると考えているはずであるが、その差異についての具体的な説明はなされていないように思われる。

いずれの考え方を選択することが法政策的により適切なのであろうか。本論文はこれらについて考察しようとするものである。

第2章 比例原則の適用要領についての考え方

2.1 防衛作用に比例原則を適用しないとする主張とその主張の根拠

「武力の行使」に代表される防衛作用には比例原則を適用すべきではないとする主張は、「防衛作用の特質を「ネガ・リスト」、警察作用の特質を「ポジ・リスト」と捉える主張」⁶において主に主張されている⁷。以下、このような考え方をネガ・ポジ論と呼ぶことにする。ここでネガ・ポジ論の防衛作用ないし「武力の行使」と比例原則との関係についての主張を確認しておく、例えば次のようなものがある。

⁶ 山下、前掲書、64頁。「ネガ・リスト」とはネガティブ・リストを、「ポジ・リスト」とはポジティブ・リストを略したものである。ネガティブ・リストでは、「△△はできない、▲▲はできない、……」と禁止事項が残らず列挙され、できないことがリスト化されている。そして、リストに載っていないことは「できる」と考える。ポジティブ・リストでは、「○○はできる、●●はできる、……」とできることが具体的に列挙され、できることがリスト化されている。そして、リストにないことは、どんなに正しい（と思われる）こと、どんなに必要（と思われるような）なことであっても、一切できないと考える（橋爪大三郎『国家緊急権』（NHK ブックス）、NHK 出版、2014年、40-41頁）。

なお、山下は、ネガ・ポジ論には2つの異なる議論が混在しているとする（山下、同上、70-71頁）。1つ目は、「作用規制論としてのネガ・ポジ論」である。防衛作用、警察作用それぞれの作用に対する規制法理に関する議論であり、警察作用は国内法上の「警察比例の原則」に拘束されるが、防衛作用は国内法の規制はなく国際法が禁止している事項を除き「武力の行使」が可能であると主張するものである。2つ目は、「自衛隊法の全体構造論としてのネガ・ポジ論」である。わが国防衛法制、とりわけ自衛隊法の全体構造のあり方に関する議論であり、軍隊あるいは自衛隊の各種活動、任務（自衛隊法上は「行動」）の根拠付けのあり方を問題とするものである。

⁷ 防衛作用及び警察作用の意味については、例えば山下は「防衛作用とは国の防衛（自衛）に際して武力の行使をはじめとするその他の対外的行為（なお、防衛出動時における物資の収容等（自衛隊法103条）は国民の権利を制約するものであるから防衛作用とは考えない）、警察作用とは警察官職務執行法で規定されている各種の警察権限行使」（山下、同上、65頁）とする。「武力の行使」の場面でも国民との関係が生起し得ると思われるが、本論文では先行研究の枠組みに従い議論をおこなうことにして、特に害敵行為による「武力の行使」を防衛作用の代表に位置付けて考察する。

（自衛隊法第 88 条第 2 項にいう：引用者）「事態に応じ合理的に必要と判断される限度」というのは、（中略）「警職法（警察官職務執行法：引用者）」第 7 条⁸のそれとほとんど同一と言ってよい。しかもこの文言は、「比例の原則」を表現するものといわれている。（中略）「軍隊」の構成員が戦闘行為を行うときに、「比例の原則」を適用するのは不条理である。「軍隊」の行動は、法的には原則「無制限」で、ネガ・リストの「戦時法規」の規制を受けるだけのはずである。それ以外の要因で規制を受けるとすれば、それは「法的次元」のものではなく、「軍事的必要性」に基づく「政策的判断」によるものである。そうでなければ、「軍隊」といえない⁹。

警察権とは何かといった時、私は「警察比例の原則が適用される」というのがこの本質だろうと思います。（中略）ですから、警察権を発動するために、F15 戦闘機が飛ぼうが 90 式戦車が走り回ろうが、この警察比例の原則が貫かれていれば、それは警察権の範疇を逸脱してはいないと考えられます。それに対して自衛権が発動される状況というのは、もうそんな原則なんかにかまっていられない状況というわけです。（中略）ですから自衛権を発動する場合は、厳格に警察比例の原則が適用されるものではないと考えています¹⁰。

「作用規制論としてのネガ・ポジ論」の検討のポイントは、「警察作用は警察比例の原則を受けるが、他方防衛作用には警察比例原則の適用がない」、という命題の適否の検討である。結論を先取りすれば、警察作用には警察比

⁸ 警察官職務執行法第 7 条の規定は以下の通りである（引用者）。

第 7 条 警察官は、犯人の逮捕若しくは逃走の防止、自己若しくは他人に対する防護又は公務執行に対する抵抗の抑止のため必要であると認める相当な理由のある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において、武器を使用することができる。但し、刑法（明治 40 年法律第 45 号）第 36 条（正当防衛）若しくは同法第 37 条（緊急避難）に該当する場合又は左の各号の一に該当する場合を除いては、人に危害を与えてはならない。（各号省略）

⁹ 色摩（著）、小室（解説）、前掲書、317-318 頁（漢数字をアラビア数字に改めた）。なお、この主張からも読み取れるように、比例原則の射程は「武力の行使」に及ばないとして法的次元で「武力の行使」と比例原則の適用との関係の是非を論じることではできないとする立場もありえようが、他の論者との関係で本論文では比例原則の適用そのものは可能として議論を進める。

¹⁰ 森本、石破、西、前掲書、182-183 頁。「警察比例の原則とは」と題した項での石破による説明。「武力の行使」を用いた自衛権を行使する場合として扱った。

例の原則の適用があり、他方防衛作用には国内法上の要請としての警察比例の原則の適用はない、という命題は正しいものであると思われる¹¹。

では、防衛作用・「武力の行使」に比例原則は適用されないというこれらのネガ・ポジ論の考えは、上記 2014 年 7 月 1 日の閣議決定や図 1 との関係でどのように理解すべきなのであろうか。両者を整合的に捉えることはできるのであろうか。

両者を整合的に捉えるひとつの方法としては、許容された「武力の行使」でもあり、かつ「武器の使用」でもある行為については、比例原則の適用がないと考えることである。このためには 2014 年 7 月 1 日の閣議決定における「武器の使用」についての「警察比例の原則に類似した厳格な比例原則が働くという内在的制約がある」という文言は、すべての「武器の使用」について述べられたものではなく、比例原則の適用がない「武器の使用」も存在すると解釈することになる。このように考えれば、「武力の行使」に比例原則の適用があると考える必要はなくなる。

他方、「武力の行使」にも比例原則が適用され得ると考えることも一つの解釈となる。比例原則の適用が「武器の使用」の内在的制約であるという 2014 年 7 月 1 日の閣議決定の記述を重視して、すべての「武器の使用」に比例原則が適用されると考えるならば、「武力の行使」には比例原則が適用されるものもあれば適用されないものもあることになろう（もちろん場合によってはすべての「武力の行使」に比例原則が適用される可能性もある）。このように解釈する場合、ネガ・ポジ論の真意・目的は、従来すべての「武力の行使」について比例原則が適用されると理解されてきたとの前提に立ち、その上でそのような信念を打破しようとするところにあるということになろう。すなわち、「武力の行使」の中には比例原則の適用がないものも存在することを主張したいというのがネガ・ポジ論の主張の核心であり、何もすべての「武力の行使」に比例原則が適用されないことまで主張していない可能性があるのである¹²。このように考えれば、「武力の行使」には原則として比例原則は適用されないが、中には適用される領域も存在するとして、比例原則の適用のある「武力の行使」の存在をネガ・ポジ論の立場からも認めることができるようになる。

2.2 自衛隊法第 88 条の解釈における比例原則の理解の仕方

ここからはより具体的に考えるため自衛隊法第 88 条の規定を通じてこの問題を考えていくことにする。自衛隊法第 88 条は、第 1 項で防衛出動を命ぜられた「自衛隊は、

¹¹ 山下、前掲書、72 頁。

¹² 例えば石破は、「自衛権を発動する場合は、厳格に警察比例の原則が適用されるものではないと考えています」とする（森本、石破、西、前掲書、183 頁、アンダーラインは引用者）。

わが国を防衛するため、必要な武力を行使することができる」とし、第2項で「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」とする。比例原則との関係では、第1項の「必要な武力を行使することができる」との規定や、第2項の「事態に応じ合理的に必要と判断される限度」という規定をいかに解釈すべきかの問題となる。

まず、自衛隊法第88条に比例原則が適用されるとするならば、それはどのような解釈をおこなうことを意味しているのであろうか。「必要な武力」（第1項）というからには必要性よりも多い少ないという量的なものを考えることができる概念であると捉え、「武力の行使」には程度（大小・強弱）が存在すると解釈することが可能である。であれば、2項を必要性の程度に応じて「武力の行使」を過不足なくおこなうことが求める規定と解し、事態に応じた合理的な基準にしたがって必要性の程度を判断しつつ「武力の行使」をおこなうことが求められるので、「武力の行使」に比例原則が適用されると理解することになるであろう。

もちろん、条文の文言から比例原則の適用を否定するような解釈が引き出せないわけではない。例えば次のような解釈もありえよう。第1項の「必要な武力を行使すること」という規定にある「必要な」とは、量的な概念と捉えつつも「ある状況下で要求されるだけの量」と理解することが可能である。また、「行使することが必要となれば」という条件を示したものと考えれば、「必要な場合には」というに過ぎないことを単に示す文言と解釈することになる。また、第2項の「事態に応じ合理的に必要と判断される限度」という規定についても、（判断を誤り）必要とされる限度以下で武力を行使することは法律上何ら問題ない以上、必要とされる程度を越えない範囲で行使するという限界は認めざるを得ないとしても、比例させることまで求められていないと解釈することが可能である¹³。この場合、「必要と判断される限度」（第2項）とは、「比例性とは無

¹³ 宇都宮・西は、「事態に応じ合理的に必要と判断される限度」とは「武力行使の限度を定めたもの」であり、「合理的に必要と判断」とは「社会通念上必要と判断することが相当であるという意味」であるとす（宇都宮静男著・監修、西修著『口語六法全書・第23巻 防衛法』（自由国民社、1974年）369-370頁）。この考えによれば、ある事態において「武力の行使」がなされるに当たって、その程度には限界（上限）はあるものの、その限界（上限）を社会通念によって判断するに際して比例原則に従うことを要しないのであれば「武力の行使」に比例原則を適用しなくてもよいことになる。

また、「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」とは、わが国が自衛権の発動としておこなう武力の行使が、全体としてわが国を防護するために必要最小限度の範囲内にとどまるべきことを規定したものであり、個々の戦闘場面ではなく全体として判断される、とする理解も存在する（田村、高橋、島田編著、前掲書、124-125頁）。

関係に（軍事上・防衛上の）必要に応じて適宜の程度で」、「必要ならいかほどでも」の意味であると解釈することになる。

以上のように、自衛隊法第 88 条における比例原則の適用に関して文言上は対照的な解釈をおこなう余地があり、比例原則の適用の是非・優劣を直ちに結論することはできないように思われる。

そこで本論文では条文の文言解釈ではなく、「武力の行使」に比例原則が適用されたとすればどのようなことを意味するのか、逆に比例原則が適用されないとすればどのようなことを意味するのかを法の経済分析の手法を用いて分析し、この問題に従来とは異なった切り口で挑むことにする。

第 3 章 比例原則の適用に関する分析

3.1 分析枠組み

本論文では、2つの国家間で「武力の行使」がおこなわれる場面を設定して検討を進めている。2つの国家のうち、当初「武力の行使」をおこなって他方の国家を攻撃する国を「攻撃国」、攻撃される国家を「防衛国」と呼ぶことにする。

まず攻撃国は、どの程度の「武力の行使」をおこなうのかを害敵手段の程度を選択することを通じて決める。害敵手段の程度によって、ある値の利得（B）が得られるものとする¹⁴。防衛国は攻撃国に対して「武力の行使」により抵抗し、その抵抗の程度によって攻撃国にある値の損失（C）を与えるものとする。攻撃国にとっては負の利得ともいえる。

攻撃国による害敵手段の選択は、攻撃国の利得（B）から防衛国の抵抗による損失（C）を差し引いた値が最大になるように合理的になされるものとする。このように本分析の枠組みは、攻撃国の選択がどのようなものになるかという観点から構成されている。

以上を前提にして、選択される害敵手段の程度と利得（B）との間には、害敵手段の程度が高まるにつれて得られる利得の値の増加率が減少するという収穫逓減の関係が

¹⁴ 利得は、能力的要素（軍事的要素）と意図的要素（政治的要素）とからなるものとする。能力的要素は、破壊によって相手に与える損害とその破壊に要する費用の差であり、例えば爆弾で生産設備や車両を破壊する場合、前者が生産設備や車両の価値であり、後者が爆弾そのものとそれを投下・命中させることに要する費用である。

あるものと想定すると、攻撃国が選択する害敵手段の程度と利得との関係は図 3.1 のようになる¹⁵。

2つの交戦国の間には能力に大きな差がある可能性がある上、後に見るように比例原則の適用要領によって生じる違いを明確にするため、本論文では限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係を用いて分析することにする。議論を簡易なものにするため利得 (B) の増減が常に一定の割合で変化しているとすると、害敵手段の程度と限界利得 (MC) との関係は図 3.2 のようになる。

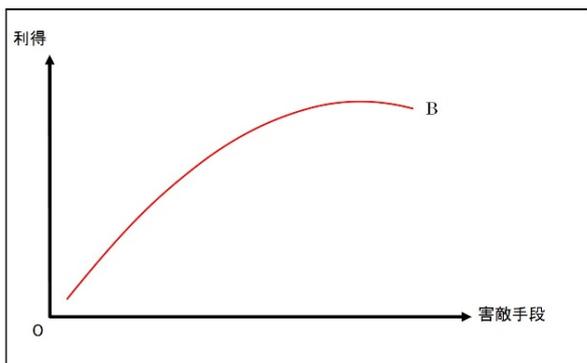


図 3.1 害敵手段と利得 (B) の関係 1

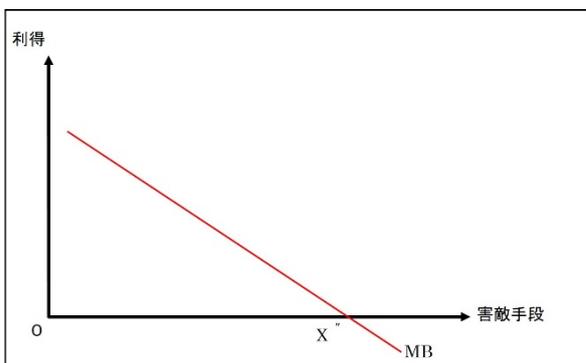


図 3.2 害敵手段と限界利得 (MB) の関係 1

¹⁵ 図では、害敵手段の程度がある値以上に高まると利得がかえって低下するように描いている。その理由は、破壊によって利得を得ようとする以上、どうしても得られる利得には上限が存在すると考えられるためである。また、害敵手段の程度を高める段階の一つとして大規模に核兵器を使用するような場合を考えると、能力的要素としての利得の増加がない一方で、意図的要素としての利得が低下し、総合的にみて攻撃国の利得が低下するような場合が考えられるためである。

3.2 比例原則の考え方

続いて攻撃国に損失を生じさせる防衛国側の抵抗について考える。本論文で当初考察すべき事項は防衛国の抵抗に比例原則が適用されるか否かによって差異が生じるかというものになるため、比較できるように防衛国の抵抗に比例原則の適用があるか否かで場合分けをおこなうことが必要になる。その上でそれぞれの場合の分析に進むことになるが、まずは防衛国側の抵抗に比例原則の適用があるという場合と比例原則が適用されないという場合の違いをどのように表現するかが問題となる。

ネガ・ポジ論における比例原則の理解は、例えば石破の定義によれば、「守ろうとする法益があつて、それを侵そうとするものを排除しようとする行為との間に、きれいな比例関係がなければいけないというのが警察比例の原則」¹⁶ということになる。

そこで、比例原則の意味についてはネガ・ポジ論の主張を本論文の分析枠組みに合わせ、比例原則とは攻撃国が獲得する利得を高めようとして、選択する害敵手段の程度を高めるのに合わせて、防衛国は抵抗の度合いを高めて攻撃国が被る損害を上昇させることであると本論文では定義する¹⁷。

3.3 比例原則の適用がない場合

まずは、ネガ・ポジ論の主張する「武力の行使」（防衛作用）には比例原則が適用されないという考えから考察していくことにする。

害敵行為の程度との関係で比例原則を適用しないとすると、損失の与え方は非線形的な場合や不規則・不連続的になされる場合など多様に考え得ることになる。ただ、現実的に対外的行動として実行され得る形態を考えればその形態は限定されるであろうし、モデルを簡易なものにすることも必要となる。そこで、攻撃国の選択に合わせて変化させるという比例原則の本質的な部分に対立するものとして、常に一定の損失を与える行動をとるというものを本論文では比例原則の適用がない場合として考えることにする。したがって、ここでは攻撃国側の害敵手段の程度がいかなるものであろうと、防衛国は

¹⁶ 森本、石破、西、前掲書、182-183頁。

¹⁷ 石破の定義にいう防衛国が「守ろうとする法益」に「攻撃国が獲得する利得」を、「排除しようとする行為」に「防衛国の抵抗」をそれぞれ対応させて考えている。防衛国が「守ろうとする法益」と「攻撃国が獲得する利得」とが表裏の関係にあり、両者が対応関係にあると見なしている。また、ここで比例関係にあるとはあくまで「変化のさせ方」がいかにあるべきか、「対応の仕方」をいかにおこなうべきかという上でのものであり、攻撃国と防衛国との法益の大きさが絶対的な意味で同等・同値になることまで意味していない。

なお、防衛国が抵抗の度合いを弱めて攻撃国が被る損害を低下させることも比例させるという意味では理論上ありえるが、反比例させるという考えは実際的でないと思われるので検討しなかった。

ある任意の値の損失を攻撃国に与えるように「武力の行使」をおこなって抵抗する場合として考察を加えていくことにする。この場合、攻撃国は、害敵手段の程度の大小・高低に係わらず、ある一定の値の損害を受けることになる。攻撃国に生じる損失を損失曲線 C と表すと、比例原則の適用がない場合の損失曲線 C は横軸に水平の直線で表されることになり、害敵手段の程度との関係は図 3.3 のようになる。また、限界損失は、損失曲線 C が横軸に水平なことから、攻撃国の害敵手段の程度と限界損失との関係で常に 0 の値をとり、図で表すと図 3.4 のようになる。

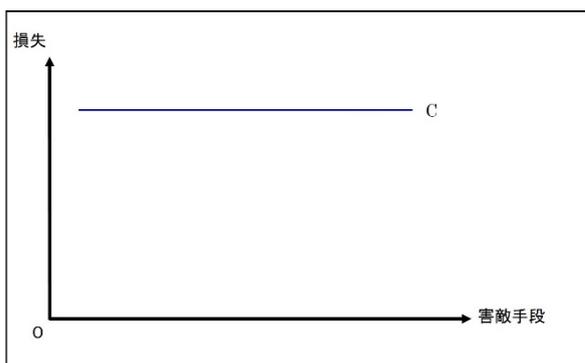


図 3.3 害敵手段と抵抗による損失 (C) の関係 1

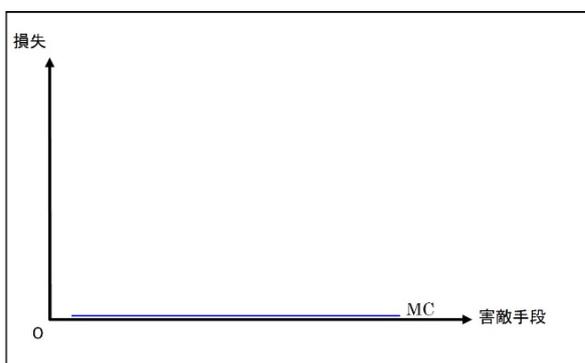


図 3.4 害敵手段と限界損失 (MC) の関係 1

以上に基づき攻撃国がどのような害敵手段の程度を選択するかを見るため、限界利得 (MB) と限界損失 (MC) を一つに重ねると図 3.5 のようになる。この場合の攻撃国の利得の増減は、横軸と MB 曲線によって挟まれた領域の面積の変化で表されている。同様に攻撃国の損失の増加は、横軸と MC 曲線によって挟まれた領域の面積の変化で表されている。攻撃国にとっての最適な選択は、害敵手段の程度が高まるにつれて変化する横軸と MB 曲線とによって挟まれた領域の面積から、同じく横軸と MC 曲線とによって挟まれた領域の面積を差し引いた値が最大となる位置となる。したがって、図 3.5 の場合において、攻撃国が最適な行動をおこなおうとすれば、攻撃国の選択する害敵手段の

程度は図 3.5 の MB 曲線及び MC 曲線の交点の X^{*} の位置に定まる。X^{*} の位置は横軸と MB 曲線との交点でもある。本状況では、攻撃国にとって防衛国の抵抗による限界損失 (MC) は 0 で常に一定であるため、攻撃国としては自らの害敵手段の選択に当たって限界利得 (MB) が 0 になるまで選択する害敵手段の程度を高めることが最適な行動になるのである。

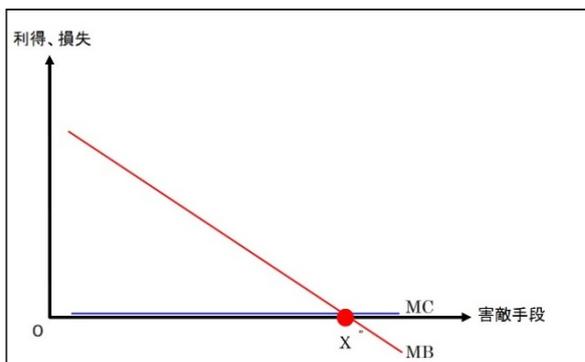


図 3.5 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 1

したがって、攻撃国がその害敵手段の程度を選択するに際して、防衛国側が抵抗に当たって比例原則を適用しないのであれば、限界利得 (MB) がマイナスにならない範囲で最も強度の高い害敵手段を選択することが最適な行動ということになる。

ではこの分析からどのようなことがいえるのであろうか。この分析の結論は、一見するとネガ・ポジ論の主張に合致しているように読み取れなくもない。分析結果は、防衛国がいかなる損害を攻撃国に与えるかということとは無関係に、攻撃国は限界利得

(MB) がマイナスにならない範囲で最も強度の高い害敵手段の程度を選択することを示している。通常、限界利得 (MB) がマイナスの領域まで害敵手段の程度を高めるようなことは非合理的であるため選択されないと考えられる。いうならば、防衛国は、攻撃国に損害を与える抵抗をどのような程度でおこなおうと、通常考えられる攻撃国の最も強度の高い害敵手段で攻撃されることを意味している。そうであれば、防衛国が可能な範囲で最も大きな損害を攻撃国に与えることを選択せず、より低い程度の損失を与えるにとどめておくなどという選択をおこなうとは到底考え得ないようにも思われる。仮に防衛国も攻撃国と同様に可能な限り大きな損害を与える手段を講じるのが妥当であるとの考えに基づき対抗措置を選択するのであれば、その選択する害敵手段は防衛国の選択できる最も強度の高い害敵手段の程度となるであろう¹⁸。するとその結果、両国が互いに可能な最も強度の高い害敵手段の程度を選択して「武力の行使」の応酬をおこな

¹⁸ ただしこの場合でも、それは図において損失 (C) の高さの変化を意味するのみであり、限界損失 (MC) の形状には何ら影響しない。

うことになり、一見するとネガ・ポジ論が主張するように「武力の行使」（防衛作用）に比例原則を適用する必要はないように思えなくもないことになる。

しかし、少し振り返って上記の分析を確認すれば、比例原則を適用しないということの防衛作用に対する法政策的な含意は、必然的に攻撃国に最も強度の高い害敵手段の程度を選択させることになるということにある。上記の分析では防衛国が得る利得については登場しておらず、何ら議論もされていないことには注意が必要である。最も強度の高い害敵手段の程度が攻撃国によって選択されるので、防衛国自身の利得を最大化するためには防衛国は比例原則を適用せずに抵抗すべきである、というようなことを分析結果は述べているのでは決してないのである。この分析から分かることは、あくまでも比例原則を適用しなければ攻撃国が最も強度の高い害敵手段の程度を選択することになるということに過ぎないのである。ここまでの分析からは、最も強度の高い害敵手段の程度が攻撃国によって選択されるので、抵抗に当たって比例原則を適用すべきでないといったことは直ちにいえないのである。

3.4 比例原則の適用がある場合

では次に、比例原則の適用がある場合について考えていくことにする。先に、比例原則を適用するとは、攻撃国が獲得する利得を高めようとして、選択する害敵手段の程度が高めるのに合わせて、防衛国は抵抗の度合いを高めて攻撃国が被る損害を上昇させることであると定義した。したがって、比例原則の適用がある場合、攻撃国の損失曲線 C は、右肩上がりの形状となる。

ただこの場合、損失曲線 C がどのような形状で損失を増加させるのかについては、少なくとも3つの場合が考えられる。まず1つ目が、攻撃国が被る損失の増加率がその選択する害敵手段の程度が高まるにつれて低下する場合（以下、損失の増加率が逡減する場合）である。2つ目は逆に、攻撃国の被る損失の増加率がその選択する害敵手段の程度が高まるにつれて増加する場合（以下、損失の増加率が逡増する場合）である。3つ目が、攻撃国の被る損失の増加率がその選択する害敵手段の程度が高まっても変化しない場合（以下、損失の増加率が無変化の場合）である。そこで以下では、この3つの場合に分けて分析する。

3.4.1 損失の増加率が逡減する場合

損失の増加率が逡減する場合には、攻撃国の損失曲線 C は図3.6のような形状になる。この場合、攻撃国の害敵手段の程度と限界損失（MC）との関係を簡易的に描くと図3.7のようになる。

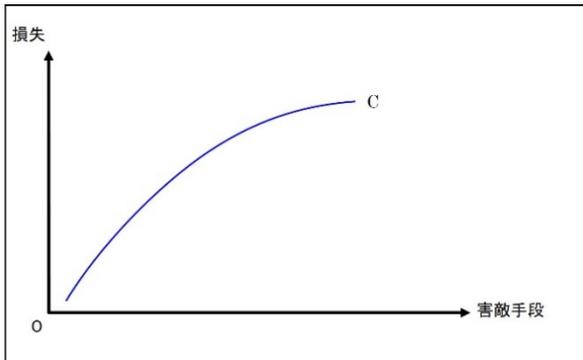


図 3.6 害敵手段と抵抗による損失 (C) の関係 2-1

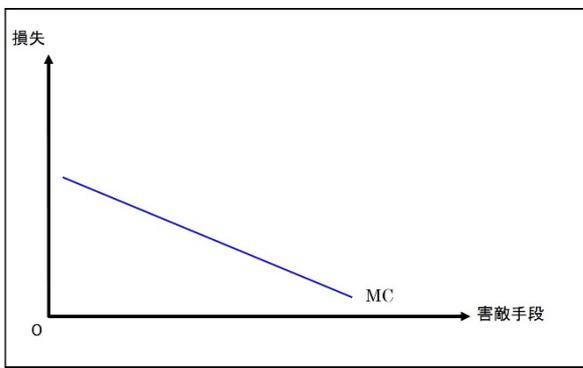


図 3.7 害敵手段と限界損失 (MC) の関係 2-1

比例原則の適用がない場合において述べたように、攻撃国にとって、利得の増減は横軸と MB 曲線によって挟まれた領域の面積の変化で表され、損失の増加は横軸と MC 曲線によって挟まれた領域の面積の変化で表される。したがって攻撃国にとっての最適な選択は、害敵手段の程度が高まるにつれて変化する横軸と MB 曲線によって挟まれた領域の面積から、同じく横軸と MC 曲線とに挟まれた領域の面積を差し引いた値が最大となる位置である。

攻撃国の害敵手段の程度の選択が最適となる位置を確認するために図 3.2 と図 3.7 を重ねた図 3.8 を見てみると、それは MC 曲線と MB 曲線の交点 X^* の位置であることが分かる。MB 曲線のみで考えるならば、攻撃国にとって X^* まで害敵手段の程度を高めることが望ましいが、MC 曲線を考え合わせると X^* の位置まで害敵手段の程度を低下させることが最適な選択となるのである。

攻撃国にとって最適な選択が、害敵手段として限界利得 (MB) が正の値となる範囲で最も程度の高いものではなくなったということは重要である。上述したように比例原則の適用がない場合には、攻撃国の最適な選択は害敵手段として限界利得 (MB) が正の値となる範囲で最も程度の高いものに必然的になってしまうのであるが、比例原則を

適用する場合にはそうでなくなる場合が生じたのである。すなわち、比例原則を適用するか否かによって差異が生じるのである。また、その差異は攻撃国の害敵手段の選択の程度が低下するという形で現れるのであるから、比例原則に抑止効果を見て取ることが可能である。さらに図からは、攻撃国が選択する害敵手段の程度がどの程度抑止されるかという抑止効果の程度は、防衛国が攻撃国に与えようとする損失の増加率の逡減率をどのように設定するかによって変化する可能性も見て取れる。防衛国の選択によって攻撃国の選択は影響されるのである。

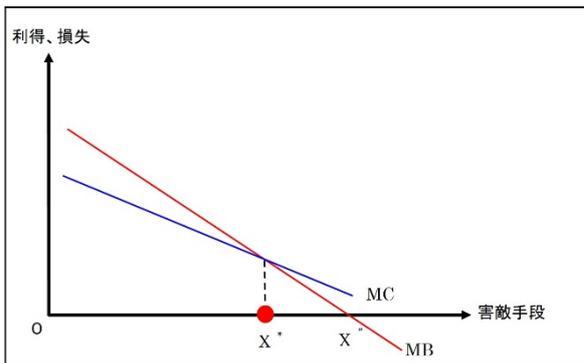


図 3.8 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 2-1

3.4.2 損失の増加率が逡増する場合

攻撃国が被る損失の増加率が逡増する場合には、攻撃国の損失曲線 C は図 3.9 のようになる。この場合、攻撃国の害敵手段の程度と限界損失 (MC) との関係は図 3.10 のようになる。

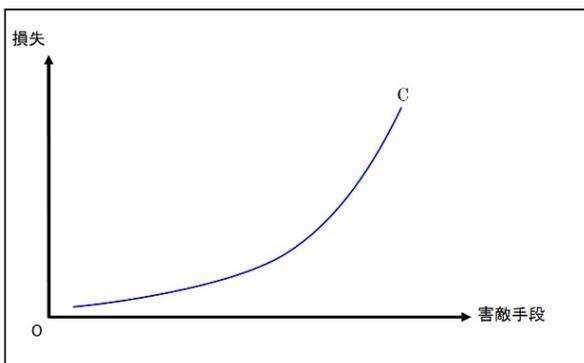


図 3.9 害敵手段と抵抗による損失 (C) の関係 3-1

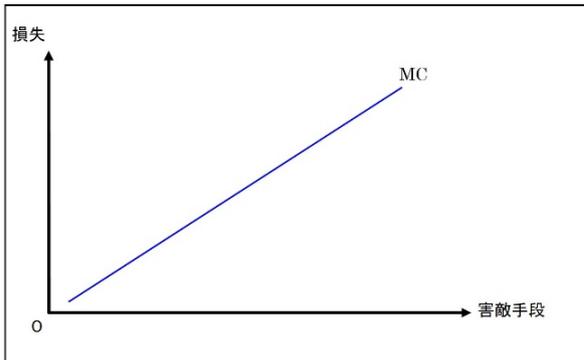


図 3.1.0 害敵手段と限界損失 (MC) の関係 3-1

この場合、MB 曲線と MC 曲線との関係は図 3.1.1 のようになる。図 3.1.1 において攻撃国の利得が最大化する害敵手段の程度は、MC 曲線と MB 曲線とが交わる X^* の位置であり、この位置が攻撃国の選択する害敵手段の程度となる。

損失の増加率が逡減する場合 (図 3.8 参照) の状況と同様に、攻撃国の選択する害敵手段の程度が抑止される結果となる。

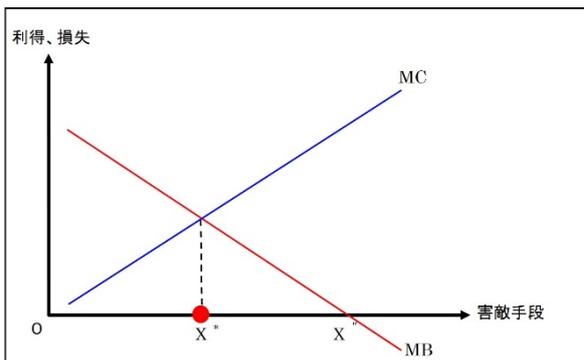


図 3.1.1 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 3-1

3.4.3 損失の増加率が無変化の場合

攻撃国の被る損失の増加率が無変化の場合はどうであろうか。攻撃国の損失曲線 C と限界損失 (MC) は、それぞれ図 3.1.2、図 3.1.3 のようになる。

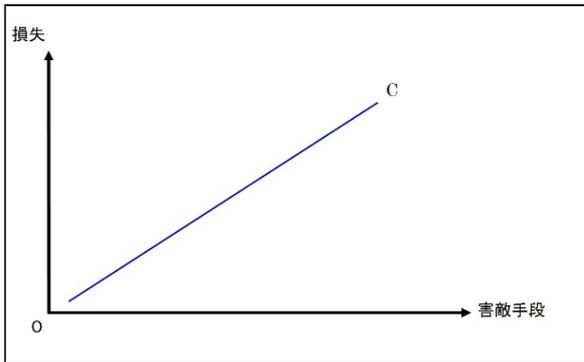


図 3.1.2 害敵手段と抵抗による損失 (C) の関係 4

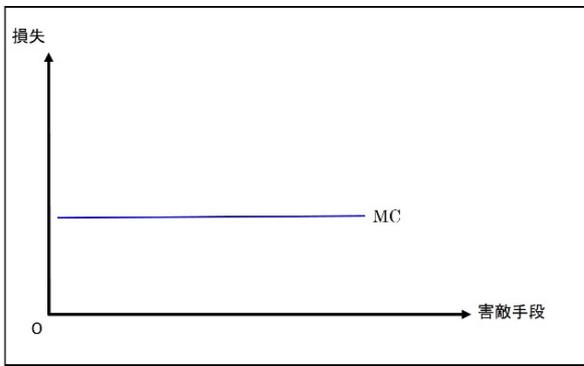


図 3.1.3 害敵手段と限界損失 (MC) の関係 4

したがって、MB 曲線と MC 曲線の関係は図 3.1.4 のようになる。この場合も攻撃国の利得が最大化する最適な害敵手段の程度は、MC 曲線と MB 曲線の交わる X^* の位置になる。

損失の増加率が逡減する場合（図 3.8 参照）や損失の増加率が逡増する場合（図 3.1.1 参照）の状況と同様に、攻撃国の選択する害敵手段の程度が抑止される結果となる。

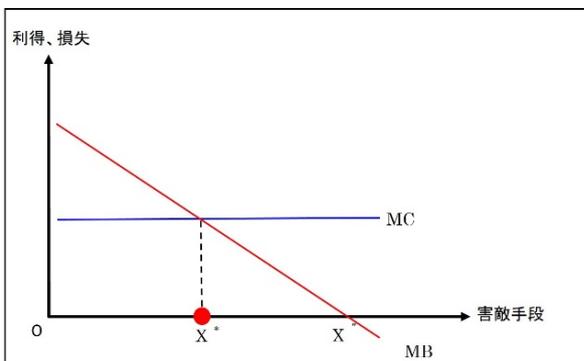


図 3.1.4 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 4

3.5 比例原則を「武力の行使」に適用すべきか否か

ここで以上の分析を整理して、比例原則と「武力の行使」（防衛作用）との関係をどのように考えるべきか検討することにする。

3.5.1 「武力の行使」に比例原則を適用しない場合

防衛国が比例原則を適用せずに「武力の行使」で抵抗する場合、攻撃国側はどのような害敵手段の程度を選択しても防衛国から常に同一の損失を与えられることになる。この場合、MC 曲線が「0（ゼロ）で一定」という状況となり、その結果、攻撃国は $MB = 0$ ($MB \geq 0$ の範囲) となるまで害敵手段の程度を高める選択をおこなうのが最適な対応となる。

このことは逆の立場、すなわち防衛国の立場からいえば、MC 曲線が「0（ゼロ）で一定」という状況を生み出すことで、攻撃国に通常選択する範囲において最も程度の高い程度の害敵手段を選択させ、それと対峙しなくてはならない状況に自らを追い込むことである。MC 曲線が「0（ゼロ）で一定」であるために、攻撃国は何ら防衛国の抵抗の程度に関する選択に影響されることなく、限界利得（MB）にのみしたがって自らの選択をおこなうべき状況にあるともいえる。このように防衛国が「武力の行使」に比例原則を適用しない場合、防衛国がどの程度の損失を攻撃国に与えるかは攻撃国が害敵手段の程度を選択する判断に影響を与えないことになるため、防衛国にとってどの程度の損失を攻撃国に与えるかの選択は、単に防衛国内の問題に留まることになることをも意味することになる。このようなことから本論の枠組みに従う限り、防衛国にとって「武力の行使」に比例原則を適用しないという選択に積極的な法政策的意義を見出すことは難しいものとなる。

また上記の分析に関連して、ネガ・ポジ論で主張されるような「武力の行使」（防衛作用）には比例原則を適用せずに無制約・無制限に抵抗できなければならないという主張に何らかの意義を見出そうとすると、それは次のようなものにならざるを得ないのではないだろうか。それは、防衛国が比例原則を適用しないならば攻撃国は最も程度の高い害敵手段を選択することになるので、これに対して防衛国も対抗して可能な範囲で程度の高い害敵手段をもって抵抗するのが妥当な場合があり得、したがって無制約・無制限な抵抗が担保されていなければならない、というものになるであろう。

もっとも本論文の分析からは、比例原則を適用せずに無制約・無制限に抵抗できるべきであるという主張についてはさらに踏み込んで考えるべきことになる。というのも、既に指摘したように防衛国の得る利得はここまでの分析では対象とされていないことに注意しなければならないからである。比例原則を適用しない場合には防衛国がいかなる抵抗をおこなうかは攻撃国の害敵手段の程度の選択に影響しないということを踏まえ、防衛国の得る利得を考慮に入れて検討しなくてはいけないのである。そうすると、

防衛国がいかなる抵抗をおこなうかは、防衛国自らの得る利得が最も高くなるように選択されることになる。すなわち、攻撃国が最も強度の強い害敵手段を選択するからといって、防衛国側も同様に最も程度の高い害敵手段を選択して抵抗するのが最適であるということには直ちにならないのである。その意味では、どの程度の強度の抵抗をおこなうかは攻撃国の選択とは別の問題として、政治的な判断を踏まえて決められることになる。

3.5.2 「武力の行使」に比例原則を適用する場合

一方の比例原則を適用する場合についてはどうであったか。損失の増加率が逡減する場合（図3.8）、損失の増加率が逡増する場合（図3.11）や損失の増加率が無変化の場合（図3.14）のいずれの場合においても、攻撃国の選択する害敵手段の程度は比例原則の適用のない場合に成立する害敵手段の程度よりも低い程度のものとなる。これらの場合には、攻撃国にとって $MB=0$ ($MB \geq 0$ の範囲) となる害敵手段の程度 ($MB \geq 0$ の範囲で最も強度の強い害敵手段) よりも低い害敵手段の程度を選択するのが最適となり、比例原則の適用が攻撃国によって選択される害敵手段の程度の強さを弱めるのである。ある状況下では、攻撃国の害敵手段の選択に影響を及ぼすことが可能であるという点で、比例原則の適用しない場合と比較すると、抑止効果を生じさせるという機能が比例原則の適用にはあるといえる。

3.5.3 法政策的に見た適切な解釈

以上の分析のように比例原則を適用する場合と比例原則を適用しない場合とを比較すると、2つの場合には差異が生じることが分かった。このことから、ネガ・ポジ論が着目したように比例原則を適用するか否かを問題にすること自体は適切なものであったといえそうである。

もっとも「武力の行使」に比例原則を適用しない方が適切かといえ、ネガ・ポジ論の主張とは異なり、むしろ比例原則は適用すべきことになる。防衛国としては比例原則を適用することで抑止効果を生じさせて攻撃国との相互作用に影響力を発揮する方が、比例原則を適用せずに攻撃国に最も程度の高い害敵手段を必然的に選択させるよりも、妥当なものであることは明らかであろう。

防衛国の立場に立って国土に戦火が及ぶ可能性の高いわが国の状況に鑑みるならば、国民の生命・財産の侵害といった被害を最小化するためにも、いかに攻撃国に選択する害敵手段の程度を抑制させるかは重要な考慮事項となる。したがって、自衛隊法第88条の解釈において、「武力の行使」に比例原則の適用を肯定して侵略に備える方がより理にかなっているといえる。

もちろん比例原則を適用する場合においても、条件によっては両国がお互いに最も程度の高い害敵手段を取り合って「武力の行使」をおこなうことになる状況はあり得る。

しかしそうであれば逆に、当初から比例原則の適用を否定する必要はなおさらないのではなかろうか。

以上のようなことから、自衛隊法第 88 条は比例原則をもって合理的に「武力の行使」をおこなうことを要求する規定と解釈することが適切であるということになる。

なお誤解がないように付言すると、ここで論じた「武力の行使」に比例原則を適用することは、防衛国自身が抵抗の度合いに上限を設けることを必ずしも意味しない。比例原則を適用しても攻撃国の能力との関係では場合によって防衛国は自らの能力上の上限で抵抗することを余儀なくされることは十分にあり得ることである。比例原則を適用することは防衛上の能力発揮そのものを一定のレベル以下に抑えるような制約を課すことを目的にしているわけではないのである。このことは比例原則を適用する場合の各種の図からも読み取れるところである。むしろ本論文の条件では、比例原則を適用しない場合が抵抗の度合いを一定の値に限定するのであるから、本論文の示した各種の場合において最も顕著に能力発揮の上限に制約を課すことになっているとすらいえる¹⁹。

また比例原則を適用するに当たっては、どのように比例させるかが非常に重要な問題となるが、それには政治的判断が関係してこざるを得ないであろう。この点に政治による軍隊・自衛隊の統制という議論との関係を見て取ることができるように思われる。

第 4 章 攻撃国の利得の形状が異なる場合

一般的に軍事力の行使に当たっては戦力の逐次投入は戒められている。このことから攻撃国の選択する害敵手段の程度とそれによって得られる利得の関係において、害敵手段の程度がある程度に高まるまではそれによって得られる利得の割合も逡増すると考えることがより現実的であるかもしれない。そこで、得られる利得の増加率が単純に逡減するのではなく、当初は増加率が逡増するが、ある程度まで害敵手段の程度が高まってから得られる利得の増加率が逡減する場合について考察し、より現実に則した分析になるよう試みることにする。

この場合、攻撃国の選択する害敵手段の程度と利得 (B) との関係は図 4.1 のようになる。したがって、攻撃国の限界利得 (MB) は図 4.2 のようになる。

¹⁹ もちろんこの場合でも、防衛国の能力上の最大限の抵抗をおこなうという選択はあり得るので、制限を課すことを必ずしも意味するわけではない。

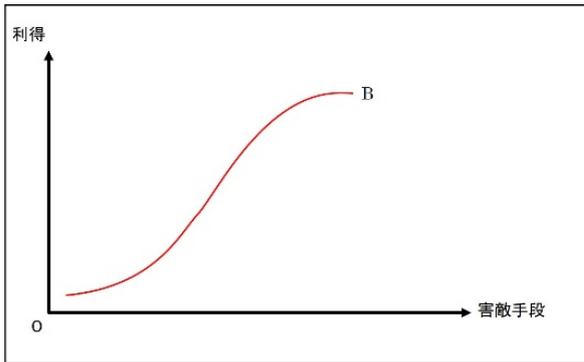


図 4.1 害敵手段と利得 (B) の関係 2

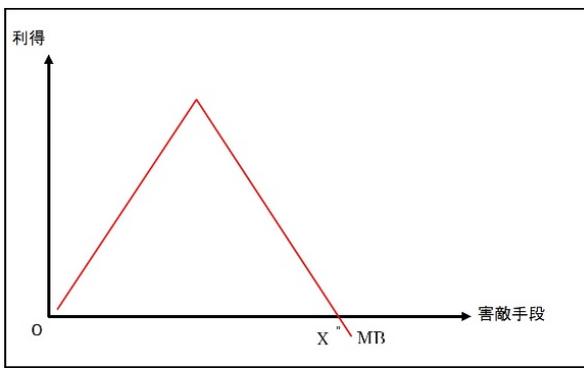


図 4.2 害敵手段と限界利得 (MB) の関係 2

比例原則を適用した場合に限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の形状が対照的となる損失 (C) の増加率が逡増する場合 (図 3.9、図 3.10 参照) でまずどのようになるかを確認すると、限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係は図 4.3 のようになる。この場合、攻撃国の最適な選択は X^* の位置になる。

この図 4.3 を図 3.11 と比較すれば、比例原則の適用の是非という点では第 3 章で見た分析結果と差がないことが分かる。

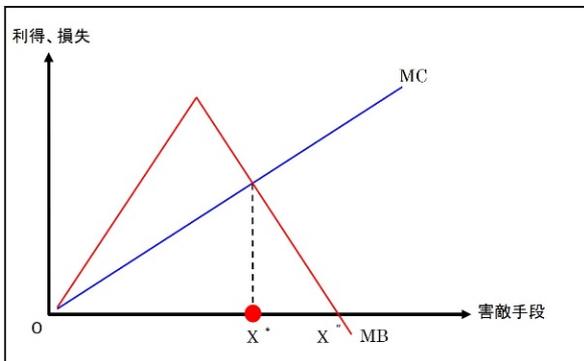


図 4.3 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 5

では次に、損失 (C) の増加率が逡減する場合 (図 3.6、図 3.7 参照) はどうであろうか。この場合、限界利得 (MB) と限界損失 (MC) との関係は図 4.4 のようになる。限界利得 (MB) と限界損失 (MC) との交点が増えて両者の関係が少し複雑になっているが、攻撃国によって選択される害敵手段の程度は X^* の位置になる。

攻撃国の利得の形状を変化させても、損失 (C) の増加率が逡減する場合には攻撃国の選択のあり方に変化はなく、第 3 章で見た分析結果と異なること分る。

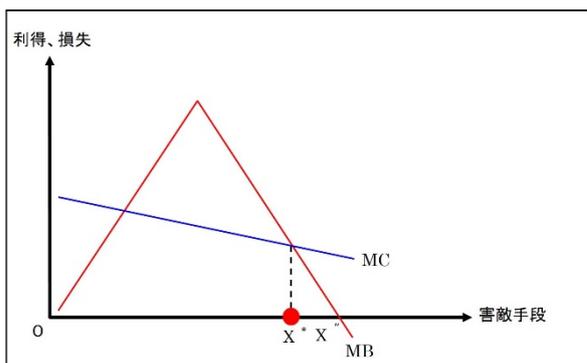


図 4.4 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 6

また、損失 (C) の増加率が無変化の場合についても、図を用いた説明は省略するが、第 3 章と同様の結果となる。

以上のことから比例原則を適用すべきか否かという議論に限って見れば、攻撃国の利得の形状が図 4.1 のようなものであっても、第 3 章と同様に考えることができることが分かる。したがって、攻撃国の利得が逡増から逡減に変化するような形状である場合にも、比例原則の適用を認めることがより適切な法政策といえ、自衛隊法第 88 条の解釈において比例原則の適用を認めることが妥当であるという第 3 章における結論を修正する必要は生じない。

第 5 章 「武力の行使」に自己制約を課す場合

現在わが国は、ICBM、長距離戦略爆撃機や攻撃型空母を保有して他国の国土に壊滅的破壊を行うような防衛政策をとっていない²⁰。つまり、「必要な武力を行使すること」(自衛隊法第 88 条第 1 項)ができるとしても、現実には自衛隊法の他の条文及び関係諸法令並びに装備体系や防衛政策等によって「武力の行使」には国内的に制約が課されていると考えられる。そこで次に、比例原則を適用することの妥当性をより広い視点か

²⁰ 第 122 通常国会・参議院・予算委員会・18 号、1988 年 (昭和 63 年) 4 月 6 日、瓦力 (防衛庁長官)。

ら考察するため、「武力の行使」に各種の自己制約が課される場合に比例原則を適用することが問題を生じさせるようなことにならないかを確認しておく。

「武力の行使」に自ら制約を課す場合をどのように本論文の議論の枠組みの中に位置付けるかがまず問題となるが、防衛国が攻撃国に与える損失に制約を加えることで分析の枠組みに落とし込むことにする。具体的には、害敵手段の程度の変化にも係わらず、制約を受ける領域では攻撃国が被る損失に増加が生じない状況になるとして表現する。つまり、防衛国が攻撃国の国土に壊滅的な破壊を与えるような抵抗手段を講じないとするような何らかの自己制約を課すならば、防衛国が攻撃国に与える損失はある害敵手段の程度以降は一定の値になると考えるのである。この考えを損失の増加率が逡減する場合（図3.6参照）を基に図で表すと、害敵手段と抵抗による損失の関係を図5.1のように描くことができる。なお、強い制約や多くの制約が課されるほど、害敵手段の程度が低い段階から水平な形状に移行するものになると考えることになる。害敵手段と限界損失（MC）の関係は一例を挙げる図5.2のような形状になる。

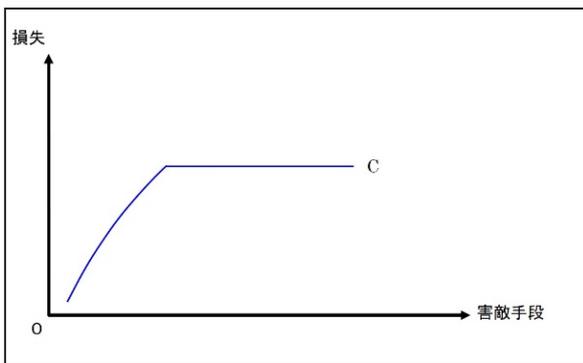


図5.1 害敵手段と抵抗による損失（C）の関係 2-2

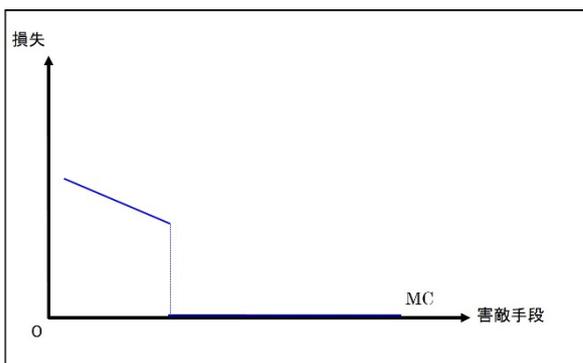


図5.2 害敵手段と限界損失（MC）の関係 2-2

限界利得（MB）と限界損失（MC）の関係は、自己制約の程度によりいくつかの組み合わせが考えられ、例えば図5.3、図5.4及び図5.5のようなものになる。図5.3の

場合には X'' 、図 5.4 のような場合には網掛けした 2 つの領域の大小関係によって X'' または X^* 、図 5.5 では X^* の位置に攻撃国の選択する害敵手段の程度が決まることになる。

ここで注意すべきは、図 5.3 の場合や図 5.4 で右下側の網掛けの領域が大きい場合に攻撃国が X'' まで害敵手段の程度を高めることである。例えば図 5.4 の場合で見ると、防衛国が自己制約を課していなければ攻撃国は X^* の位置に選択していたはずであるが、自己制約を課することで攻撃国の選択する害敵手段の程度がかえって高まってしまうのである。このようなことから、防衛国が自ら制約を課することは比例原則の適用で生じた抑止効果を失わせてしまう場合があること分かる。

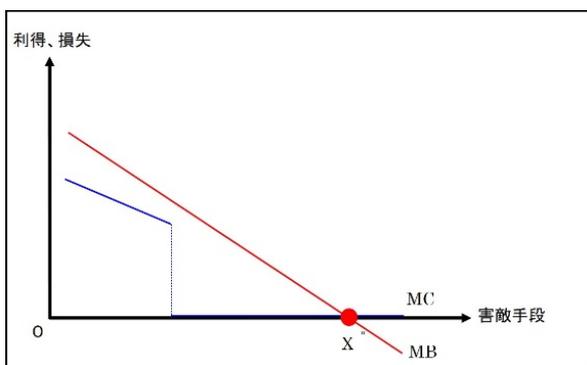


図 5.3 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 2-2-1

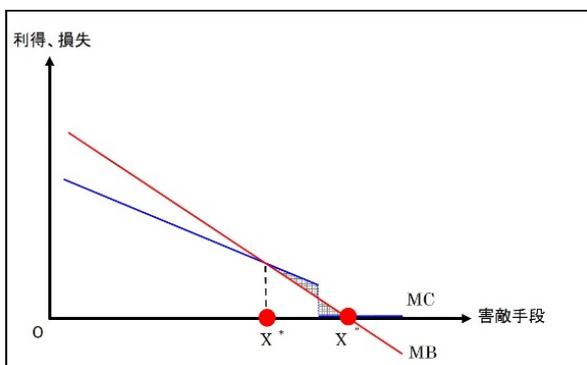


図 5.4 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 2-2-2

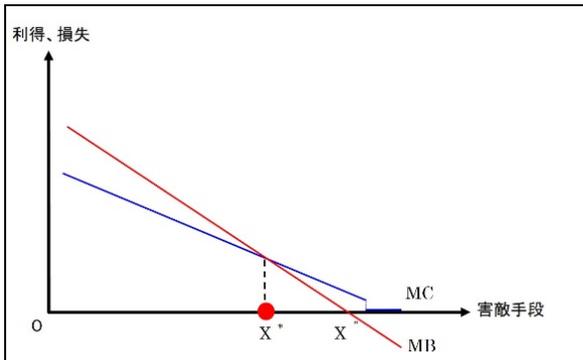


図 5.5 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 2-2-3

また、損失の増加率が逡増する場合 (図 3.9 参照) に基づいて自己制約を課す場合を図に表すと、攻撃国の損失 (C) は図 5.6 のようになり、限界損失 (MC) の形状は図 5.7 となる。この場合、限界利得 (MB) と限界損失 (MC) との関係は、例えば図 5.8 や図 5.9 のようになる。攻撃国の害敵手段の程度の選択は図 5.8 の場合には X' の位置に、図 5.9 の場合には網掛けした 2 つの三角形の大小関係によって X' または X* の位置に決まることになる。

攻撃国の害敵手段の程度が X' の位置になる場合があることから、ここでも抑止効果が失われる場合が存在することが分かる。

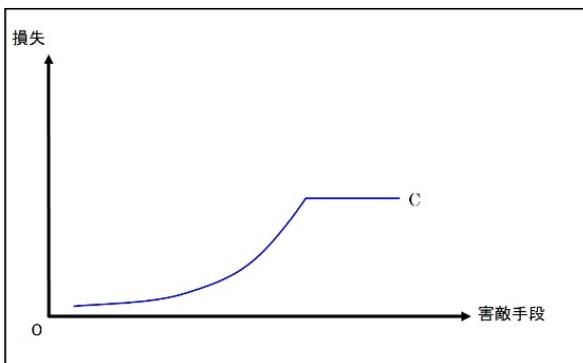


図 5.6 害敵手段と抵抗による損失 (C) の関係 3-2

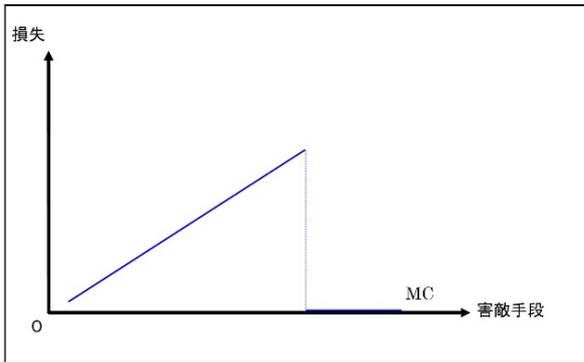


図 5.7 害敵手段と限界損失 (MC) の関係 3-3

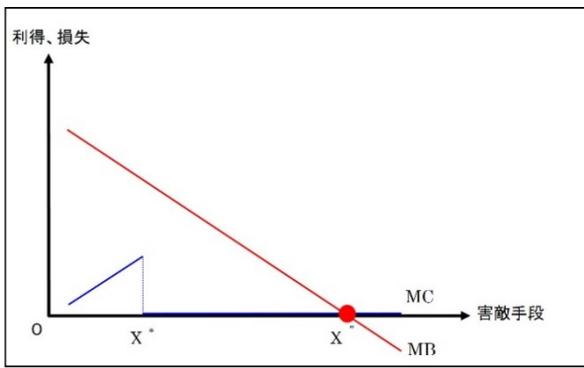


図 5.8 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 3-2-1

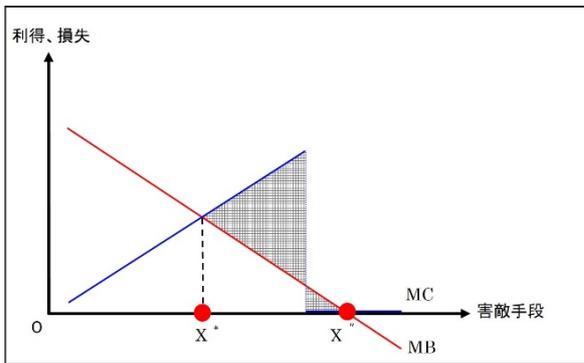


図 5.9 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 3-2-2

自己制約は何も抵抗の度合いが高い領域においてのみ課されるとはいえない。そこで、抵抗の度合いが低い領域において自己制約が課された場合についても確認しておく。これまでと同様の考え方で損失の増加率が逓減する場合を描くと、図 5.10 から図 5.13 のような図が得られ、選ばれる害敵手段の程度は X^* の位置になる。

限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係を見ると、図 5.1 2 の場合には第 3 章と同じように考えることができることが分かる。一方、図 5.1 3 の場合には X^* の位置が右方へとシフトし、攻撃国はより高い害敵手段の程度を選択することになってしまうことが見て取れる。この場合、比例原則の適用で生じた抑止効果が弱まってしまうのである。

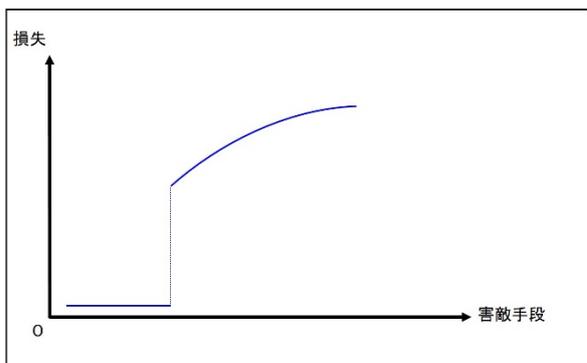


図 5.1 0 害敵手段と抵抗による損失 (C) の関係 2-3

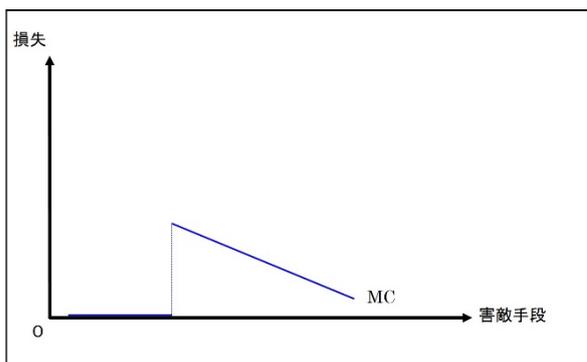


図 5.1 1 害敵手段と限界損失 (MC) の関係 2-3

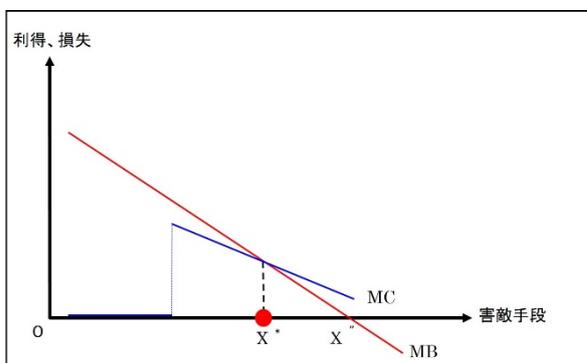


図 5.1 2 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 2-5-1

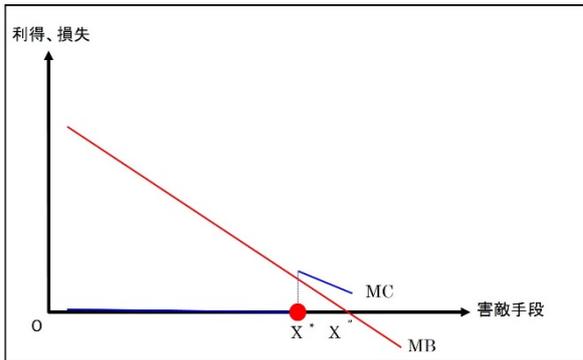


図 5.1.3 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 2-5-2

同様に考えると、損失の増加率が逓増する場合には図 5.1.4 から図 5.1.6 のような図になる。

図 5.1.6 は一例でしかないが、限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係がこの図のような場合、自己制約のない場合の図 3.1.1 と比較すると図 5.1.6 では X^* の位置がより右方へとシフトするものとなっている。ある種の制約が課せられると、図 5.1.3 の場合と同様に攻撃国の選択する害敵手段の程度が高まり、比例原則の適用で生じた抑止効果が弱まってしまうことが見て取れる。

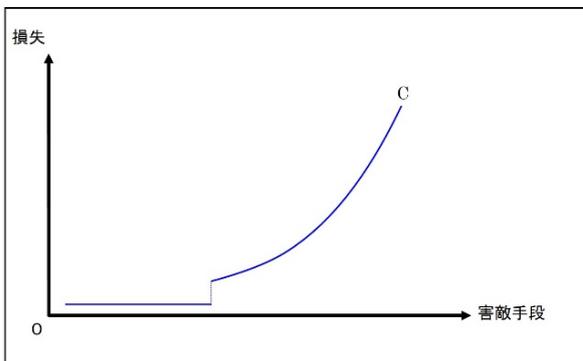


図 5.1.4 害敵手段と抵抗による損失 (C) の関係 3-3

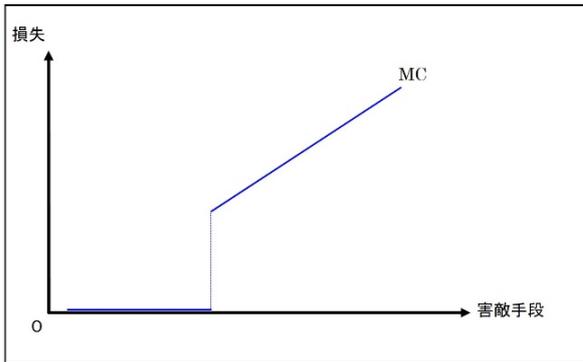


図 5.1 5 害敵手段と限界損失 (MC) の関係 3-3

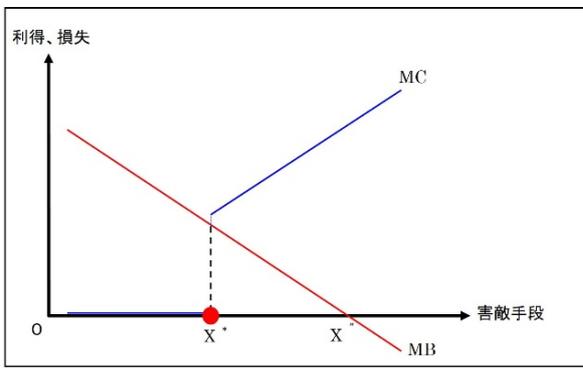


図 5.1 6 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 3-4

以上のようなことから、防衛国の「武力の行使」に対する自己制約は、制約が課されていないならば攻撃国が選択するはずの害敵手段の程度よりも高いものを選択させるきっかけとなり得ることが分かる。

しかし、考え方の上では比例原則の適用を否定すべきような変化は生じておらず、また自己制約の程度によっては引き続き比例原則を適用することによる抑止効果は生じる。比例原則を適用するべきであるとの考えを改める必要自体はないであろう。

もっとも、ここでの分析から「武力の行使」には比例原則は適用すべきだが、比例原則による抑止効果を損なうような制約は努めて課すべきではないことが分かる。なぜなら上記のように「武力の行使」に自己制約を課すことは、比例原則の適用による抑止効果を機能しづらくするからである。防衛国は、「武力の行使」に対して自ら制約を設けることは努めて控えた上で、抑止効果が働くように比例原則の適用要領を適切に管理することが望ましいといえるのではなかろうか²¹。

²¹ 「武力の行使」の無制約・無制限性を確保する議論として、関係法令による制約について次のような指摘がある。「外部から武力攻撃が行われる際には、相手国は地域にとらわれず全く自由な作戦行動をとり、

なお、このような立場に立ってネガ・ポジ論の主張を改めて見てみると、比例原則の適用についてのネガ・ポジ論の主張には問題があることになるが、「武力の行使」は無制約・無制限に行使できるべきであると主張していた点については一理あるものであったといえることになろう。もちろん、ネガ・ポジ論のように比例原則の適用を否定して「武力の行使」の無制約・無制限性を主張するのではなく、「武力の行使」の無制約・無制限性は比例原則との組み合わせで論じることが法政策的により適切であることはいうまでもないことである。

第6章 軍隊と警察との区別に対する示唆事項

既に少し触れたようにネガ・ポジ論は軍隊（防衛作用）と警察（警察作用）との区別について論じ、その区別を歴史的な背景や比例原則の適用の有無によって説明しようとしてきた²²。一方で古くは軍隊と警察とを区別することは困難であったが時代が下るにつれて両者は分化する方向で進んできたという議論もあり²³、またすでに示した本論文の立場からも比例原則の適用の有無によって両者を区別することは困難となる。そこで、ここまでの分析を前提に、軍隊（防衛作用）と警察（警察作用）との区別について少し考えることにし、ネガ・ポジ論とは違った観点から両者の差異にどのような解釈をおこなうことができるか見ておくことにする。

そこでまず、防衛作用と警察作用との違いを明確化するために、警察作用における比例原則について簡単に分析し、防衛作用における場合との違いを見ていくことにする。分析の手法はこれまでと同様のものとし、犯罪者の立場から考えていく。

我が国の国民の生命や財産を脅かすものであり、自衛隊は、国民の生命や財産を守るため、敵を排除するという戦闘行為を行うことになる。相手方とのこのような戦闘行為に際し、自衛隊が行政法規等の国内法令に従えない場合があるとしても、隊法第88条の要件を満たしている限りにおいて、それは同条に基づく正当な行為として許されるものと考えられる」（田村、高橋、島田編著、前掲書、125頁）。

²² 色摩（著）、小室（解説）、前掲書、300頁、302頁、307-308頁、312-314頁、321頁、328-330頁；小室直樹、色摩力夫『国民のための戦争と平和の法』、綜合法令、1993年、124-128頁、137頁；森本、石破、西、前掲書、142頁（西の発言）、187-189頁（森本の発言。ただし、今日の国際社会における紛争では、軍隊の機能と警察の機能がオーバーラップする部分が非常に大きくなってきているとする。）；百地、前掲書、127-128頁；橋爪、前掲書、38-39頁、42-45頁；山下、前掲書、63-65頁、78頁。

²³ 例えば、菊池良生『警察の誕生』（集英社新書）、集英社、2010年、37頁；遠藤哲也「安全保障における軍事と警察の差異—「グレイエリア」研究のための試論—」『国際安全保障』第32巻第4号、2005年3月号、国際安全保障学会、2005年3月、94-95頁。

防衛作用との比較で考えることを前提すれば、検討すべき場面は、犯罪者が利得を得ようと新たに犯罪を企図し、実行に移そうとする段階や更なる犯罪によって追加的な利得を得ようとする段階ではない。すでに犯罪は終了し、犯罪が行われたことが明らかとなり犯人が何らかの理由で警察と対峙する場面である。この場面で犯罪者の得られる利得は、犯罪で得た収益と自らの保身という確定されている利得の確保ということになる。そのため、犯罪者は警察と対峙した際に抵抗をおこない利得の確保を図ることができるが、どのような抵抗手段を講じようが得られる利得の大きさは一定で変わらないことになる。したがって、犯人の利得 (B) は図 6.1 となる。

一方、犯罪者は警察と対峙した際に抵抗を試みることができるが、その抵抗に対する警察の対応により何らかの損失を被るリスクにさらされることになる。警察は国家権力を背景に犯罪者のような一般人の個人的能力を超える組織的対応が可能である。すなわち、警察は犯罪者の抵抗に対して十分過ぎるほどの対応をおこなうことができる。このように考えると、犯罪者は警察への抵抗手段の程度を高めれば高めるほど、警察から比例的により厳しい対応を受け、自らの損失が増大すると考えるであろうとみなすことができる。したがって、損失 (C) は図 6.2 のようになると考えることができるであろう。

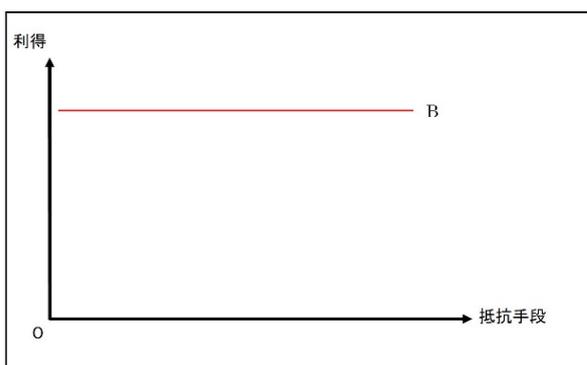


図 6.1 抵抗手段と抵抗による利得 (B) の関係

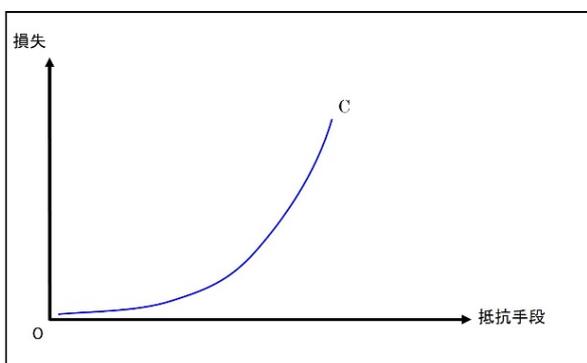


図 6.2 抵抗手段と抵抗による損失 (C) の関係 1

この場合、限界利得 (MB) と限界損失 (MC) との関係は図 6.3 のようになり、犯罪者の抵抗手段の程度は X^* の位置に定まる。犯罪者が警察の能力をこのように理解していれば、比例原則を適用することで警察は犯罪者の抵抗を低位に抑止することが可能となる。

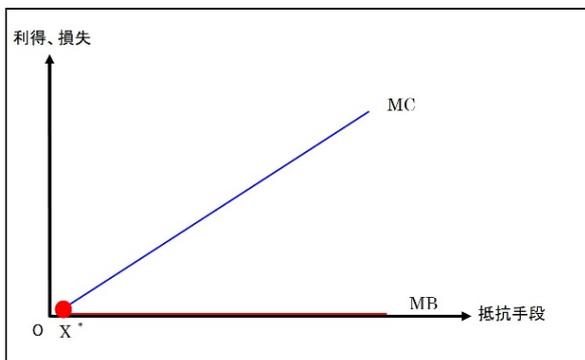


図 6.3 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 1

一方、警察作用に比例原則を適用しない場合はどのようなことになるのでしょうか。この場合の犯罪者の損失 (C) は、防衛作用で考えた場合と同様に考えると、警察の対応が常に一定の損失 (C) を犯罪者に与えるものとなることから図 6.4 のようになる。したがって、限界利得 (MB) と限界損失 (MC) との関係は図 6.5 のようになり、犯罪者の抵抗手段の選択はある一つの値に定まらないことになる。

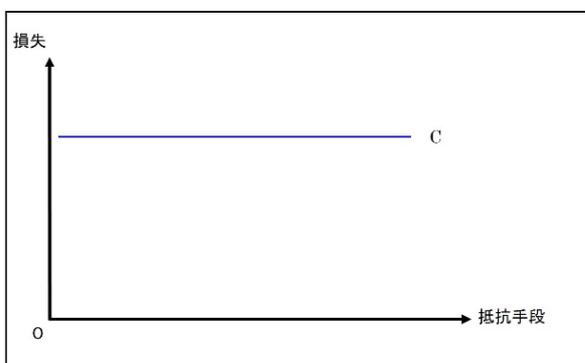


図 6.4 抵抗手段と抵抗による損失 (C) の関係 2

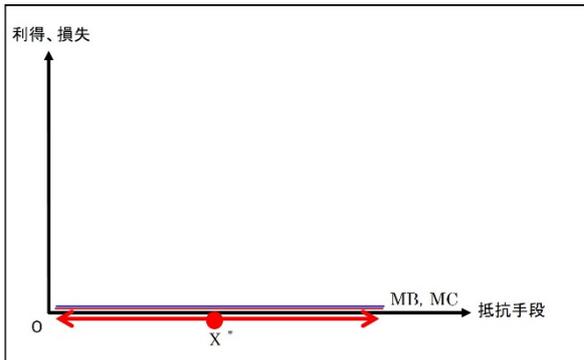


図 6.5 限界利得 (MB) と限界損失 (MC) の関係 2

以上の分析は警察作用に比例原則を適用するか否かを非常に単純化したものであるが、警察作用においても比例原則を適用するか否かによって差が生じることが見て取れる。両者の違いは、比例原則を適用すれば犯罪者は抵抗を最小限のものにすることができるが、比例原則を適用しなければどのような抵抗をおこなうかは確定せず、その対応について警察の負担が大きくなる可能性があるという形で現れる。したがって、警察にとっては比例原則を適用することが合理的であり、警察作用に比例原則を適用するインセンティブが政府・警察の側にあることになる。これは、「武力の行使」で見てきたものとは異なる形で比例原則を適用する意義が存在しているということでもある。

このように警察作用には警察作用の観点から比例原則を適用するインセンティブが存在するのであり、防衛作用と警察作用とは異なったインセンティブに基づいて比例原則が適用されると考えることが可能である。それぞれに別の観点から比例原則を適用することに一定の価値を見出せることから、比例原則の適用をもって両者の区分を図ろうとするのではなく、防衛作用と警察作用とのいずれにおいても比例原則が適用されると考えた上で、それぞれに比例原則を適用する理由やインセンティブの差異に着目して、防衛作用と警察作用の差異を論じるべきではないだろうか。ネガ・ポジ論との関係でいえば、防衛作用と警察作用の区別がまず先にあり、その区別の存在を説明するために比例原則をもってくるのではなく、比例原則を適用する意義が異なっているために、時代が下るにつれて両者の分化が進んだと説明することも可能ということになるであろう。

第 7 章 まとめ

本論文は、自衛隊法第 88 条を解釈するに当たって、「武力の行使」に比例原則を適用するか否かの 2 つの場合を比較することで具体的にどのような違いが生じるのかを明らかにし、その上でいずれが妥当な解釈であるかを検討した。

再度ここで違いを簡潔に確認すれば、防衛国が比例原則を適用しない場合には、攻撃国は限界利得（MB）が正の値となる範囲（ $MB \geq 0$ ）で最も高い害敵手段の程度を選択することになる。一方で、比例原則を適用する場合には、攻撃国は害敵手段の程度を選択するに当たり、より程度の低いものを選択するインセンティブが与えられることになる。このことを防衛国の立場からは見れば、比例原則の適用は攻撃国の選択する害敵手段の程度を抑止する機能を果たすことが期待できるといえる。

本論文の分析枠組みは攻撃国の行動を対象にしているが、検討しているのは防衛国に有利になるのはいずれの場合かというものである。防衛国の立場からすれば、攻撃国の害敵手段の程度を抑止することには一定の価値が見いだせると思われる。攻撃国の選択をより低い程度の害敵手段に抑止することが防衛国にとってメリットと見なせるならば、比例原則を適用することは法政策的にみて一定の価値があるといえるであろう。

したがって本論文では、自衛隊法第 88 条の「武力の行使」の解釈において比例原則を適用することが望ましいという結論を示した。ネガ・ポジ論は、防衛作用に比例原則は適用されず、武力の行使は無制約・無制限になされるべきであると主張しているが、むしろ比例原則を適用した方が合理的かつ柔軟なよりよい対応をおこなうことができるのではなかろうか。

また、「武力の行使」に比例原則を適用するに当たっては、抑止効果の観点から制限・制約を課すことは努めて避けることがより効果的な運用になることを示した。

本分析手法はあくまで一定の前提の上に「武力の行使」について分析をおこなったに過ぎず、自衛隊法第 88 条に影響を及ぼす全ての側面を分析できたわけではない。しかし、比例原則の適用の有無がどのような違いを生じさせるのかを明確にしたという点で、これまでの研究がおおそかにしていた点に光を当てることができた。ネガ・ポジ論は、軍隊・自衛隊と警察との区別をつけるために、その区別を生じさせる基準を見つけなければならなかった。そこで、その区別の基準として比例原則の適用を持ってきたが、比例原則を適用するか否かでどのような違いが生じるかを分析することをおこなわなかった。そのため、比例原則の適用することによる価値に気付かずにいるように思われる。

また、ネガ・ポジ論は一面で、防衛作用と警察作用の違いは比例原則が適用されるか否かで生じるかのように論じているが、防衛作用と警察作用とは異なったインセンティブから両者に比例原則が適用されると考え得ることを示し、それらをそれぞれが活かせるように分化が進み、両者の区分が明確になっていったと考え得る可能性を示した。

最後に、本論文からいえる今後の課題は、次のようなものになるであろう。比例原則の適用にあたっては、比例の仕方や度合いをどのように定め、実際の場面に適用していくのかが極めて重要となる。この問題は、政治的な要素に大きく影響されるものであると考えられることから、政治の軍事に対する優越として政治的な選択がなされる場面でもあり、軍事的なオペレーションは示された比例の仕方や度合いにしたがって行われる

ことになると思われる。ただ、政治的な選択によるとなると、それを決める行為を誰がどのようにおこなうのかという点で政府（内閣）と議会との関係などの観点から更なる検討を要するものになる²⁴。また、本論文では議論が複雑になることを避けるために、前提として攻撃国が防衛国の比例原則に対する意図を正確に理解していることになっているが、実際上の問題としてはこの防衛国の意図をいかに認識させるのか（状況によっては秘匿するのか）という点についても考えなければならないであろう。

※なお、本稿の見解は筆者個人のものであり、所属する組織の見解を示すものではない。

²⁴ 山下、前掲書、79-104 頁。本論文の分析と視点は異なるが、山下は防衛作用に関する権限の問題を所管の問題として憲法学的に議論し、内閣（政府）が本質的にはこの権限を有すると主張する。「現行自衛隊法で規定されている事項のうち、法治主義の要請で法律の定めが求められるものを除き、内閣の所管事項があり得るように思われる。しかしながら、（中略）過去蓄積された防衛法制の慣行に従えば、内閣・国会間の競合所管と考えることが妥当、との線に落ち着く」と述べる（102 頁）。佐藤幸治「内閣と「行政権」」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、231-232 頁も参照。