

<論文>

## ドイツ憲法と緊急事態法 —連邦国防軍の役割—

山 岸 喜久治

はじめに

[A] 緊急事態法制への道

- (1) 49年基本法の成立
- (2) 基本法の平和命令条項
- (3) 再軍備と緊急事態条項

[B] ドイツ憲法の緊急事態条項

- (1) 対外的緊急事態
- (2) 対内的緊急事態

[C] 連邦国防軍の出動形態

- (1) 連邦国防軍の防衛出動
- (2) 連邦国防軍と防衛外出動

[D] 連邦国防軍に対する統制

- (1) 議会による統制
- (2) 連邦国防軍に対する指揮

むすび—ドイツ緊急事態法の特質

略語

GG = Grundgesetz : 基本法

はじめに

平成 29 (2017) 年秋に行われた衆議院の解散総選挙で、自由民主党は選挙公約に「憲法改正」を掲げ、圧倒的な勝利を収めた。日本国憲法の制定から 70 年を過ぎ、憲法改正の問題がこれまでになく現実味を帯びてきた。

現在、自由民主党で議論されている「改正 4 項目」が最終的にどのような文言になるかは、不透明であるが、自民党は平成 24 (2012) 年に「日本国憲法改正草案」を発表し、日本国憲

法の基本原理（憲法3原理）の1つである「恒久平和主義」について、根底から変更を迫る改正プランを打ち出した。その第2章は現行の「戦争放棄」から「安全保障」へと名称変更し、第9章には新たに「緊急事態」の章が設けられている。その結果、第2章に置かれている憲法第9条の文言が一部改正され、同時に第9条の2の新設、さらに第9章を構成する第98条と第99条へのまったく新たな条項の導入となった。関係する条文を示す。

[第九条]：

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、国権の発動としての戦争を放棄し、武力による威嚇及び武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては用いない。

②前項の規定は、自衛権の発動を妨げるものではない。

[第九条の二]：

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、内閣総理大臣を最高指揮官とする国防軍を保持する。

②国防軍は、前項の規定による任務を遂行する際には、法律の定めるところにより、国会の承認その他の統制に服する。

③国防軍は、第一項に規定する任務を遂行するための活動のほか、法律の定めるところにより、国際社会の平和と安全を確保するために国際的に協調して行われる活動及び公の秩序を維持し、又は国民の生命若しくは自由を守るための活動を行うことができる。

④前二項に定めるもののほか、国防軍の組織、統制及び機密の保持に関する事項は、法律で定める。

⑤国防軍に属する軍人その他の公務員がその職務の実施に伴う罪又は国防軍の機密に関する罪を犯した場合の裁判を行うため、法律の定めるところにより、国防軍に審判所を置く。この場合においては、被告人が裁判所へ上訴する権利は、保障されなければならない。

[第九十八条]：

内閣総理大臣は、我が国に対する外部からの武力攻撃、内乱等による社会秩序の混乱、地震等による大規模な自然災害その他の法律で定める緊急事態において、特に必要があると認めるときは、法律の定めるところにより、閣議にかけて、緊急事態の宣言を発することができる。

②緊急事態の宣言は、法律の定めるところにより、事前又は事後に国会の承認を得なければならない。

③内閣総理大臣は、前項の場合において不承認の議決があったとき、国会が緊急事態の宣言を解除すべき旨を議決したとき、又は事態の推移により当該宣言を継続する必要がないと認めるときは、法律の定めるところにより、閣議にかけて、当該宣言を速やかに解除しなければならない。また、百日を超えて緊急事態の宣言を継続しようとするときは、百日を超えるご

とに、事前に国会の承認を得なければならない。

- ④第二項及び前項後段の国会の承認については、第六十条第二項の規定を準用する。この場合において、同項中「三十日以内」とあるのは「五日以内」と読み替えるものとする。

[第九十九条]：

緊急事態の宣言が発せられたときは、法律の定めるところにより、内閣は法律と同一の効力を有する政令を制定することができるほか、内閣総理大臣は財政上必要な支出その他の処分を行い、地方自治体の長に対して必要な指示をすることができる。

- ②前項の政令の制定及び処分については、法律の定めるところにより、事後に国会の承認を得なければならない。
- ③緊急事態の宣言が発せられた場合には、何人も、法律の定めるところにより、当該宣言に係る事態において国民の生命、身体及び財産を守るために行われる措置に関して発せられる国その他の公の機関の指示に従わなければならない。この場合においても第十四条、第十八条、第十九条、第二十一条その他の基本的人権に関する規定は、最大限に尊重されなければならない。
- ④緊急事態の宣言が発せられた場合においては、法律の定めるところにより、その宣言が効力を有する期間、衆議院は解散されないものとし、両議院の議員の任期及びその選挙期日の特例を設けることができる。

以上の内容は、大きく「国防軍」の規定と「緊急事態」の規定の2つにまとめることができよう。緊急事態は「我が国に対する外部からの武力攻撃」等において宣言されるものであり、その際の対処（防衛）は「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」に保持される国防軍の任務になるのは当然である。緊急事態と軍との関係は、条文の中では明示されていないが、論理的に考えれば両者の関連が見える。

ところで本稿が対象とするドイツの「基本法」(Grundgesetz=GG)は、歴史的に形成されてきた軍と緊急事態との関係を憲法上明確にしつつ、全体としていわゆる「緊急事態法制」を規律するものとなっている。この法制は、西ドイツ時代の1968年に基本法改正によってほぼ完成をみたが、ドイツの場合は、連邦国防軍はそれより前のすでに1956年の段階において創設されていた(再軍備)。歴史的にみると、1949年の制定当時の基本法には軍そのものに関する規定はなかった。ドイツが第二次大戦の敗戦国であったために軍は解体され、その後しばらくは軍の復活は当然ながら許されなかった。しかし、ドイツの占領前後からあった「冷戦」の萌芽がその後少しずつ顕在化し、ドイツは分断国家への道を歩んだ。東西対立の激しさは1961年のベルリンの「壁」によって象徴される。その間、西ドイツは1956年に基本法を改正して再軍備(連邦国防軍の創設)に踏み切り、1968年にも改正補充して基本法第10a章115

条 a から同法 115 条 1 までの 11 項にわたり、「緊急事態条項」を追加した。追加された第 10a 章は、2 つの根源 (Wurzeln)、すなわち国防制度 (Wehrverfassung) と緊急事態制度 (Notstandsverfassung) という要素をもち、それらが言わば二人三脚で機能するのである (Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, S1390.)。

現在のドイツ緊急事態法制は、こうして連邦国防軍を中核とする国家社会の危機 (対外的・対内的) に対する防衛・安全保障の体系となっている。それは、戦後の「冷戦」を中心とする複雑な国際関係において徐々に形成されてきたものであるが、1989 年の「冷戦」の終結とソビエト連邦・東欧世界の崩壊、1990 年のドイツの統一 (東ドイツの西ドイツへの編入)、その後の局地的戦争やさまざまな国際紛争によって機能変化を遂げつつある。90 年以降のドイツの安全保障関連の事象は、以下のようなものである (松浦一夫『立憲主義と安全保障—ドイツ連邦憲法裁判所の判例形成—』2016 年による)。

\* 1991 年：ユーゴスラビア紛争への対処

\* 1994 年：連邦憲法裁判所第二法廷判決 (NATO 域外派兵を合憲とする)

\* 1999 年：3 月にコソボ空爆 (国連の明示的な許可なく NATO によるユーゴ空爆へドイツ軍参加)

\* 2001 年：9 月 11 日に米国で同時多発テロ勃発

\* 2003 年：米英軍のイラク攻撃＝イラク戦争 (ドイツは参加せず)

\* 2005 年：連邦国防軍国外出動への議会関与法の公布

\* 2006 年：連邦憲法裁判所第一法廷判決 (米国同時多発テロでの航空機自爆テロに対する軍事的対処措置を定める航空安全法 14 条 3 項の違憲無効判決)

本稿は、ドイツの緊急事態法制について、ドイツ連邦国防軍の存在と任務を基軸にして国法学上の論点を中心に概説したものである。この法制度は、前記のようにドイツ軍と緊急事態法との 2 つで構成されるため、本稿は、この 2 つの「窓」から見たこの法制の全体像 (一部重複する) を明らかにする。ここでは、歴史的視点からの法制の趣旨とその理解に関する解釈の問題が中心となる。

## [A] 緊急事態法制への道

### (1) 49 年基本法の成立

20 世紀初頭にソビエト連邦が成立し、「資本主義陣営」と「社会主義陣営」との対立が生じるようになったが、それは第二次世界大戦後のドイツの戦後処理をめぐっても顕在化した。英米仏 3 か国は「西側陣営」を形成し、ソビエト占領地区の「東側陣営」と激しく対立するようになる。いわゆる「冷戦」時代の到来であった。両陣営は和解することなく、西側陣営の優位のもと「冷戦」の終結に至るまで続き、ドイツは分断国家の道を歩むことになる。

国家の成立は、一般に「憲法」の制定によって証明されるが、西側ドイツは「憲法」(Verfassung)ではなく、「基本法」(Grundgesetz=GG)の制定にとどまった。統一前のドイツの事情が反映されている。

西ドイツの基本法は、ヘレンヒムゼー憲法制定会議の提案に基づき、1949年5月23日に州(ラント)の代表者で構成された議会的協議会(Parlamentarischer Rat)によって確定される。議会的協議会議長のK. アデナウアーは、それを口頭で発表(公布)し、各州での議決を経て基本法は、1949年5月23日の真夜中(24:00)に施行された(GG145条)。

基本法の草案の段階においては、当初「緊急事態条項」が盛り込まれていた。しかしその導入をめぐる多様な意見が披瀝され、意見の一致をみることはなかった。結局1949年5月2日に「一般編集委員会」は草案の当条項(111条、111条a)の削除を提案し、同協議会の本会議はこれを無言で受け入れたという(Vgl. Klaus Stern, a.a.O., S.1315ff.)。

その後、議会的協議会だけでなく、州の首相も当時のドイツの状況、東西陣営によるドイツの分裂というジレンマを意識し、暫定的な基本法の制定であることを公にしようとした。基本法であることの徴表(しるし)として、以下の項目があげられている(Vgl. Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 9. Aufl. 2017, S.42.)。

- 議会的協議会は、国民から選ばれた憲法制定会議に相当するものではなく、各州(ラント)の代表者から「のみ」(nur)構成されていたにすぎない。
- 基本法は、州議会だけがそれを採択したのであって、国民投票を経たわけではない。
- 「憲法」(Verfassung)の代わりに「基本法」(Grundgesetz)という名称が選択されたが、それは、基本法(制定当時)の前文の最初にあったように、国民的かつ国家的統一を保持するためであり、また「過渡期の国家生活に新たな秩序を与えるため」でもあった。基本法は、暫定措置(Provisorium)として構想されていた。

## (2) 基本法の平和命令条項

1948年から1949年にかけて「基本法」の制定者には、1918年-1933年(ワイマールからナチス時代)の印象が強く、とりわけワイマール憲法48条(大統領緊急権)の「新たな版」(Neuaufgabe)になることを恐れ、また堅牢な連合軍の留保権(Vorbehaltsrechte)に直面して、対内的ならびに対外的な「緊急事態法」(Notstandsrecht)の規律は、基本法の制定当時、断念されたものと評価されている(Vgl. Wolfgang März, Ausser Staatsnotstand, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XII, 2014, S.974.)。「緊急」の文字が使われていたものは、基本法81条の「立法緊急事態」(Gesetzgebungsnotstand)の制度だけであった。

また制定当時の基本法には、軍組織に関する規定も存在しなかった。むしろドイツにとっての「平和命令条項」として、前文(世界平和への貢献)を含む諸条項、すなわち基本法1条2項

(人間の尊厳の国家権力に対する拘束性)、基本法 4 条 3 項 (良心的兵役拒否)、基本法 9 条 2 項 (国際協調に敵対する結社の禁止) 基本法 24 条 (相互的安全保障システムへの加入)、基本法 25 条 (国際法の遵守)、基本法 26 条 (侵略戦争の準備の処罰)、基本法 79 条 (講和の調整) などが定められていた。しかし他方で、読み方によっては、ドイツにおける将来的な「軍」の創設と「軍事的安全保障」を連想させる条項の文言も無視できない。たとえば、基本法 4 条は、「何人もその良心に反して武器をもってする軍務に服することを強制されない」と明記し、同法 24 条は「連邦は、平和を維持するために、相互的集団安全保障システムに加入することができる」旨定め、また同法 26 条 1 項は、「諸国民の平和的な共同生活を妨げ、とりわけ侵略戦争 (Eingriffskrieg) の遂行を準備するのに手助けとなり、かつそのような意図をもってなされる行為は、憲法違反である」と定めていたからである。これらの規定の裏に隠されている立法趣旨から、西ドイツ国家がいずれは再軍備に着手し、それに基づく対外的な安全保障の問題に係わっていくのではないかという疑念も生じることになった。そもそも、基本法の前文は「世界の平和に奉仕」すべき任務を宣明し、「相互的集団安全保障システム」への加入に帰結するなら、将来的な西ドイツの西側陣営への軍事的貢献すら「織り込み済み」とさえ言えるのである。

### (3) 再軍備と緊急事態条項

「冷戦」下の西ドイツ国家は、かくして発足当初から東側に対抗し、将来、西側の一員としての役割 (軍事的役割) を果たすべき宿命にあった。そして事実、西ドイツは再軍備への道をたどり、いわゆる緊急事態法の導入を実現することとなる。その過程は大きく 3 つの段階に分けることができる (Vgl. Klaus Stern, a.a.O., S.856-858.)。

第 1 段階。1953 年から翌年にかけて、キリスト教民主・社会同盟 (CDU/CSU)、自由民主党 (FDP) およびドイツ党 (DP) の連立政権は、ドイツ連邦共和国の「防衛制度の整序のための目標をもった基本法改正草案」(Entwürfe zur Grundgesetzänderung mit dem Ziel einer Ordnung des Wehrwesens) を提案し、ヨーロッパ防衛共同体 (EVG) 条約の批准を憲法上保障するために必要と思われた一部だけが、1954 年 3 月 26 日に基本法の中に導入されることになった。この改正によって、とくに基本法 73 条 1 号が国防についての連邦の専属的立法権を認め、18 歳男子の国防義務、民間人の保護等が定められた (高田敏 / 初宿正典編訳『ドイツ憲法集』第 6 版 2010 年 246 項註 (51) も参照)。

第 2 段階。政治プロセスとしては、1955 年 5 月、パリ条約の一環としてドイツ条約が発効し、西ドイツは、立法、外交、軍事等においてほぼ完全な主権を回復する。当時の連邦宰相 K. アデナウアーは、西ドイツの再軍備をめざし、1956 年 3 月 19 日に第 7 次基本法補充法により防衛制度 (Wehrverfassung) の導入を実現した。とりわけ基本法 17 条 a (基本権の制限)、同法 45 条 a (防衛委員会の設置)、同法 45 条 b (国防受託官の任命)、同法 59 条 a (防衛事案の確定)、

同法 65 条 a (防衛大臣の命令権と司令権=コマンド権)、同法 87 条 a・b (連邦国防軍の創設等)、同法 96 条 a (軍刑事裁判所の設置)、同法 143 条 (対内的緊急事態での軍の出動) が盛り込まれた (59 条 a、96 条 a および 143 条は、後に削除ないし別条項への移動となっている)。いずれにしても、この第 2 段階において、防衛制度は包括的な憲法上の規律を実現し、とりわけ 1954 年段階では解決されずに留保されていた問題、すなわち軍に対する統帥権 (Oberbefehl)、命令・司令権、国防勤務関係内での基本権制限および防衛領域における連邦の執行権も規律されることになった。しかし他方で、基本権が従前に拘束の対象となっていた「行政」(Verwaltung) から「執行権」(vorziehende Gewalt) へと名称が変わり、執行権の一部に軍が属することで、軍に対しても基本権を尊重すべしという拘束性が生じることになった (高田敏/初宿正典編訳・前掲書 213 項註(2)参照)。

こうして西ドイツは再軍備に舵を切ることになったが、基本法が成立当初の 1949 年段階で「侵略戦争の遂行を準備するのに手助けとなり、かつそのような意図をもってなされる行為は憲法違反である」(26 条) と明記していたから、1956 年創設の連邦国防軍は「侵略戦争の遂行」とは無縁であり、あくまで「専守防衛」(「自衛」) のための組織であった。

第 3 段階。その後の国際情勢の変化とともに、1968 年にキリスト教民主・社会同盟 (CDU/CSU) と社会民主党 (SPD) との連立政権 (「大連立」) が成立し、西ドイツは第 17 次基本法改正法により、包括的かつ詳細な「緊急事態法」と名づけられた法制度を導入する。基本法はこれとともに、国防制度上の若干の改正、たとえば基本法 12 条・12 条 a、同法 65 条 a、同法 73 条 1 号の変更および同法 142 条の削除を行った。内容上重要なのは、基本法 143 条が基本法改正に留保していた連邦国防軍の国内での出動 (対内的緊急事態) を基本法 35 条、同法 87 条 a、同法 91 条が容認したことである。防衛事案 (対外的緊急事態) は、第 10a 章にまとめられ、分離され独立して置かれていた基本法 59 条 a は削除されることになった。基本法 12 条 a 第 1 項は、国民に国防を義務づけ、同法 73 条 1 号は、連邦に対し国防に関する法律制定の排他的管轄権を認める。全体として 1968 年の緊急事態法制は、28 か条の憲法条項が追加・修正または削除され、個別の緊急事態法律に至っては約 300 か条にもほり、「徹底的に規範化された緊急権」と呼ばれるほどの詳細かつ緻密な規定となった (水島朝穂『現代軍事法制の研究—脱軍事化への道程—』2003 年 206 頁)。

#### [B] ドイツ憲法の緊急事態条項

ドイツの緊急事態法制は、基本法とその他の諸法律を合わせるとかなりの分量にのぼり、また「その込み入った法技術—なかでも頻繁な準用—のために、法状況の確かな全体像をつかむのは至難の業である」とも言われている (コンラート・ヘッセ [著] 初宿正典/赤坂幸一 [訳] 『ドイツ憲法の基本的特質』2006 年 451 頁)。それでも基本法自体の中に、緊急事態条項と称

される条項が少なからず存在しているので、それらを中心に緊急事態法の概要を知ることはできる。総括すると以下のようなになる (Kay Windthorst, Der Notstand, in: Markus Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S.367.)。

- 基本法 35 条 3 項 (災害救助)
- 基本法 80 条 a (緊急的状況における法規定の適用と手続・措置効果)
- 基本法 87 条 a 第 1 項～第 4 項 (国家・憲法秩序の危殆と軍の出動)
- 基本法 91 条 (国家・憲法秩序の危険防止)
- 基本法 115 条 a～1 (防衛事案の定義・権限・手続・効果等)

以上の諸条項の中には緊急事態の定義はないが、カテゴリーとしては一般に「対外的緊急事態」(戦争・武力行使等)と「対内的緊急事態」(内乱・暴動・大規模自然災害・経済恐慌等)の 2 類型に分類される。

### (1) 対外的緊急事態

対外的緊急事態の分類・要件等に係わるものとして、以下の基本法条項を提示したい (訳文は高田敏/初宿正典編訳『ドイツ憲法』第 6 版 2010 年を参考にしたが一部は異なる)。

\* 基本法 80 条 a 第 1 項：この基本法または民間人の保護を含む防衛に関する連邦法律において、本条の規準に従ってのみ法規定の適用が許される旨が規定されているときは、その適用は、防衛事案 (Verteidigungsfall) を除いては、連邦議会が緊張事案 (Spannungsfall) の発生を確認した場合、または連邦議会が特別にその適用に同意した (Zustimmen) 場合にのみ許される。緊張事案の確認 (Feststellung) および第 12 条 a 第 5 項第 1 段および第 6 項第 2 段の場合における特別の同意 (Zustimmung) には、投票数の 3 分の 2 の多数が必要である。

第 2 項：第 1 項における法規定に基づく措置は、連邦議会の要求がある場合は廃棄される。

第 3 項：第 1 項にかかわらず、国際機関が連邦政府の同意を得て、同盟 (Bündnis) 条約の枠内で行う決定に基づき、かつそのような決定に準拠して、このような法規定を適用することも許される。本項による措置は、連邦議会の構成員の過半数 (Mehrheit) による要求があるときは、廃棄される。

\* 基本法 87 条 a 第 1 項：連邦は、防衛のために軍 (Streitkräfte) を創設する (後略)。

第 2 項：軍は防衛以外にも出動が許されるが、それはこの基本法が明示的に許容する場合だけである。

第 3 項：軍は、防衛事案および緊張事案において、民間物を保護し、交通規制の任務を行う権能を有する。ただし、このことが防衛任務の遂行に必要な場合に限られる (後略)。

第4項：連邦もしくは州（ラント）の存立または自由で民主的な基本秩序（FDGO）に対する差し迫った危険の防止のために、連邦政府は基本法91条2項の要件が充足し、かつ警察力ならびに国境警備隊では不十分な場合に（中略）、組織的で軍事的に武装した反乱者の鎮圧に際して、軍を出動させることができる。軍の出動は、連邦議会または連邦参議院が要求するときは、中止されるものとする。

\* 基本法115条a第1項：連邦領域が武力によって攻撃され、またはこのような攻撃が直接迫っていること（防衛事案）の確認は、連邦議会が連邦参議院の同意を得てこれを行う。確認は、連邦政府の申立てに基づいて行われ、かつ投票数の3分の2以上の多数、少なくとも連邦議会の構成員の過半数を必要とする。

さて基本法80条aは、対外的緊急事態として次のような4つの事案、すなわち、①防衛事案（Verteidigungsfall）、②緊張事案（Spannungsfall）、③同意事案（Zustimmungsfall）、④同盟事案（Bündnisfall）を規律しているので、以下この4つの事案ごとに解説する。

#### ①防衛事案

防衛事案は、「憲法上、確定的なものであり、外部的状況もしくは危険に依存するリアクシヨンの形成された特別地位、その確認を実質的かつ形式的要件に依存せしめたもので」「その確認は、実質的かつ形式的な要件に左右される」（Wolfgang März, a.a.O., S.1003.）。防衛事案の要件については、基本法115条aが具体的に定めている。

<要件>

##### 1. 実質的要件

防衛事案に示された構成要件メルクマールは、基本法115条a第1項1段により実質的に示されている。すなわち、現実に連邦領域が武力をもって攻撃され、またはこのような攻撃が直接迫っていることである。防衛事案の解釈について学説は分かれるが、厳格説によれば、次の3つの要素で構成される（Vgl., Kay Windthorst, a.a.O., 2003, S.385 ff.）。

第1の要素は、攻撃が「進行中である」（im Gange sein）こと、もしくは「直接迫っている」（unmittelbar drohen）ことである。この種の攻撃は、外部から起こり、外国に帰責しうる確かな重大性をもった敵対作用を前提とする。攻撃が直接的に迫っているかどうかは所轄機関の情勢判断による。いずれにしても、それが肯定されるのは、その具体的危険が高い蓋然性をもって即刻実現しそうな場合である。この推定に際しては、その予兆的な性格のゆえに、関係者に一定の裁量余地が認められることになる。しかしこの裁量余地は、客観的で十分に重要な根拠、たとえば潜在的な敵の軍事動員（Mobilmachung）などの事実によって収縮する。最後に問題となるのは、早すぎるエスカレーション（過剰反応）とその時々遅れた反応によるマイナス効果との間の、比較衡量的な難しい線引きである。

第2の要素は、攻撃が連邦領域内で行われていること、すなわちドイツの主権的領域に対して向けられていることである。他国の領土に対する攻撃では十分ではないが、それはドイツが当事案において、国際協定（同盟）に基づき軍事支援を義務づけられている場合も原理上は同じである。北大西洋条約機構（NATO）5条1項—それによれば、1もしくは2以上の締約国に対する武力攻撃がすべての締約国に対する攻撃とみなされる—は、国際法上の意義をもつにすぎず、少なくともドイツ領域への作用という構成要件要素を広げる解釈を正当化するものではない。

第3の要素は、攻撃が武力をもって行われていること、もしくはそれが直接的に目前に迫っていることである。この点、国際法的にそれが確定（Festlegungen）されたことは、憲法解釈上の手がかりとはなるが、決定的なのは、攻撃が軍事上の手段の行使により、したがって通常兵器、あるいは核兵器、生物・化学兵器等を用いるかどうかである。

## 2. 形式的要件

実質的要件の充足だけでは、法効果を発生させるに十分ではなく形式的要件の充足も必要となる。形式的要件ないし手続的要件は、基本法 115 条 a 第 1 項等によって原則上要求される連邦の所轄機関によって「防衛事案」が「確認」されることである。ただし、これは原則であり、例外として同条 4 項は「連邦領域が武力攻撃され、所轄の連邦機関が遅滞なく第 1 項 1 段の確認を行うことができないときは、この確認が行われた（getroffen）ものとみなされる」旨を定めている。

防衛事案の確認は、通例次のような連邦機関による手続のプロセスを必要とする。

- 防衛事態に関する連邦政府の申立て（GG115 条 a 第 1 項）
- 連邦議会による資格多数での確認（GG115 条 a 第 1 項）
- 連邦参議院での投票の過半数による同意（GG115 条 a 第 1 項）
- 連邦大統領の官報による公告（GG115 条 a 第 3 項）

以上の必要的協力が一部滞る場合などは、当該機関に応じてあるいは不作為の理由ごとに異なった対応がとられる（Vgl. Kay Windthorst, a. a. O., S. 387.）。たとえば連邦議会が、克服できない障害によって時宜に合った召集を妨げられているか、もしくは連邦議会に決定能力がないため、基本法 115 条 a 第 1 項による確認を行うことができないような重大緊急事態にあっては、連邦議会議員が 3 分の 2、連邦参議院構成員が 3 分の 1 を占める「合同委員会」（der Gemeinsame Ausschuss）が、投票総数の 3 分の 2 かつ合同委員会の構成員数の過半数をもって防衛事案を確認することができる（GG115 条 a 第 2 項）。この合同委員会も開催できないほどの重大事案にあっては、すでに述べたように防衛事態の確認は行われたものとみなされることになる。

### <法効果>

連邦と州（ラント）との関係：まず立法に関する権能について「連邦は、防衛事案のために競合的立法の権利を州の立法権に属する事物範囲にまで有する」が、「当該法律は、連邦参議院の同意を要する」(GG115 条 c 第 1 項)。これは連邦の立法権の拡大と権限の集中を意味する。さらに「連邦政府は、防衛事案において、状況が要請する場合に限り」「連邦行政を除いて (ausser) 州政府に」、そして「連邦政府が緊急性 (dringlich) とみなす場合に、州の諸官庁にも指令を出す (Weisung erteilen)」ことが定められている (GG115 条 f 第 1 項 2 号)。この種のケースでは、州政府または州の諸官庁が措置をとる場合もある (GG115 条 i 第 1 項)。また防衛事案にあつては、連邦と州の行財政制度について平時とは異なった規律が可能である (GG115 条 c 第 3 項)。

連邦議会と連邦参議院の地位：連邦立法の特別手続として、「連邦政府が緊急性を表示した連邦政府の法律案は、連邦議会への提出と同時に連邦参議院にも送付され」、「連邦議会と連邦参議院がこの法律案を遅滞なく共同 (gemeinsam) で審議しなければならない」(GG115 条 d 第 2 項)。他方で、両議会（院）に対しては、基本法 115 条 a 第 1 項・第 5 項および同法 115 条 1 (エル) 第 2 項・第 3 項により、防衛事案の確認と終了において強力な地位が承認されている。特別に価値あるものとして、合同委員会を設置することができることである (GG53 条 a)。合同委員会は、基本法 115 条 e 第 1 項の要件のもとで連邦議会と連邦参議院の権利を統一的に行使し、法律を可決する。この法律は、基本法 115 条 k 第 1 項により、その適用期間中これと矛盾する法律を排斥する。もっとも、合同委員会が可決したこれらの法律は、基本法 115 条 k 第 2 項・3 項により時限立法とされ、防衛事案の終了後、遅くとも 6 か月後等に失効する。

司法府の地位：連邦憲法裁判所の憲法上の地位に変更はない。「連邦憲法裁判所とその裁判官の地位およびその憲法上の任務の履行は、侵害されてはならない」(GG115 条 g) と明記されている。

連邦政府の内部：防衛事案においては、軍への命令権・司令 (コマンド) 権が連邦防衛大臣から連邦宰相へ移譲される (GG115 条 b)。また防衛事案の期間中は、連邦議会議員、連邦大統領、連邦憲法裁判所裁判官等の任期の延長 (GG115 条 h 第 1 項)、合同委員会による連邦宰相の選出、建設的不信任の可能性 (同条 2 項)、連邦議会の解散の禁止 (同条 3 項) が容認される。

市民の基本権：防衛事案においても、原則的に基本権保護に変更はない。過去においては、たとえばプロイセン憲法 (1850 年) 第 111 条は、戦争または内乱・暴動等の場合において、公安に対する差し迫った危険があるときには、憲法 5 条 (人身の自由)、第 6 条 (住居の不可侵)、第 7 条 (裁判を受ける権利)、第 27 条 (意見表明等の権利)、第 28 条 (一般刑法による処罰)、第 29 条 (集会の自由) および第 36 条 (法律に基づく武力行使) を一時的に停止することを定

めていたが、基本法にはそのような規定はない。ただし、基本法 115 条 c 第 2 項により「防衛事案の間は事情が必要とする範囲で、連邦法 (Bundesgesetz) によって」「1. 公用収用 (Enteignungen) の場合」と「2. 自由剥奪 (Freiheitsentziehungen) の場合」に基本法がすでに定めている手続内容とは違った規定を設けることができる。また、基本法 12 条 a は、法律で就業 (職場) 放棄の自由を制限すること (6 項)、軍事的役務 (1 項) および非軍事的な役務提供の義務づけ (3 項) を定め、基本法 17 条 a は、「防衛に資する諸法律が移動の基本権 (GG11 条) および住居の不可侵の基本権 (GG13 条) を制限する規定を定めることができる」(2 項) としている。

## ②緊張事案

### <概念と要件>

基本法 115 条 a 第 1 項は、対外的緊急事態の重大性が認められる事案について規律するが、昨今の武器の殺傷性、ハイテク性や国際紛争の多様性などからすると、防衛事案のような対外的重大危機だけに目を向けるのは現実的ではなく、むしろ防衛事案の発生を回避することこそ重要であり、防衛準備の面で確かなものにする、そして外部からの攻撃を踏みとどまらせることの重要性が指摘されている (Vgl. Klaus Stern, a.a.O., S.1434-1435.)。

この趣旨に対応するものが、基本法 80 条 a 第 1 項の「緊張事案」(Spanungsfall) である。いかなる事態が「緊張事案」に相当するかを正確に定義づけることは容易ではなく、それはむしろ連邦議会の「予測的決定」(prognostische Dezision) に委ねられているという (Vgl. Wolfgang März, a.a.O., S.981.)。通常理解によれば、緊張事案は、外交政策上の紛争を背景に高度の蓋然性をもって防衛事案へ至ることが認められ、その限りで連邦議会に状況評価に関する裁量余地が帰属する。基本法 80 条 a 第 1 項 2 段によれば、確認 (決定) には、連邦議会における投票数の 3 分の 2 の多数が必要である。

本来的に緊張事案は (「同意事案」や「同盟事案」も同様)、時間的・機能的に防衛事案前の緊急性 (スクランブル) スイッチが入り、しかしある時点まで、そのセンセーショナルな実践が留保されている段階にあるということである。緊張事案においては、基本法 115 条 a 第 1 項の冒頭が定めるような「武力によって連邦領域が攻撃される」(das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird) のではなく、また「そのような攻撃が直接迫っている」(ein solcher Angriff unmittelbar droht) というものでもないが、そのような脅威が持続し、重大で深刻なものでなければならぬ (Vgl. Wolfgang März, a.a.O., S.979.)。

第 1 に、したがって緊張事案は対外的国家緊急事態の権利の準備段階 (Einrichtung) である。その確認は、対内的緊急事態との関連 (GG91 条、GG87 条 a 第 4 項) でもなく、カタストロフ = 自然災害 (Naturkatastrophe) や重大事故 (Unglücksfall) に際して (GG35 条) 行われ

るものでもない (Wolfgang März, a.a.O., S.979.)。

第2に、緊張事案が想定しているのは、国家間の紛争が深刻な状況に陥った場合だけである。この紛争において、連邦領域への武力攻撃に至る極めて高い蓋然性、したがってドイツの領域主権が脅かされる極めて高い蓋然性が認められることである。内政・外交上の危機状況は、とくにエスカレートしなければ重大なものとは認められない。経済危機・生存配慮危機 (Wirtschafts-und Versorgungskrisen) の場合も同様である (Wolfgang März, a.a.O., S.979.)。

第3に、いずれにせよ武力攻撃の重大な危険性が認められるのは、その後の万一の防衛事案のための準備となり、かつ戦闘力をもって時宜に適い立ち向かうために、現にすでに諸措置が講じられなければならない場合である。緊張事案は、それゆえ外交政策上の重大な紛争状況を含意するが、その状況は、防衛事案への発展の強まる蓋然性を根拠づけ、高められた防衛準備の即時的開始を、基本法と単純法律で規定されたそのあらゆる法効果とともに要求する (Wolfgang März, a.a.O., S.980.)。

### ③同意事案

防衛事案と緊張事案の他にも、連邦国防軍の出動を許容するいわゆる同意事案と呼ばれるケースがある。ただし、基本法または民間人の保護を含む防衛に関する連邦法の中に定められている場合において、法規定 (Rechtsvorschriften) の適用は「連邦議会が特別にその適用に同意した場合だけに」限られている (GG80 条 a 第 1 項 1 段)。同意事案は、外交政策上の危機管理の任意的手段では決してなく、「外部からの攻撃に対する防御」 (Verteidigung gegen einen ausseren Angriff) という関連全体の中で同程度に拘束的に包み込まれた状態にある (Wolfgang März, a.a.O., S.995.)。したがって「連邦議会の特別な同意が行われうるのは、緊張事案に匹敵する紛争状況が存在しているが、しかしその要件がなお完全には充足されていない場合だけである」こと、「同意事案においては、連邦領域に対する武力攻撃の危険性がごくわずかな蓋然性をもってのみ予測されることができ、その危険性は認識可能な方向において存在する」こと、「所轄機関の推測に基づく懸念 (Befürchtungen) だけでは十分はない」とされている (Wolfgang März, a.a.O., S.995-996.)。

### ④同盟事案

基本法 80 条 a を個々の分離化してみると、緊張事案と同意事案は、国内的な法規律に関係する。すなわちそれらは、国家を武力攻撃からのみ防衛する観点に焦点を合わせて、そのつど民事的および軍事的な防衛準備を規定しているのであり、「ドイツ連邦共和国の、NATO 条約という軍事同盟への加入には関係なく、あるいは一以前の、2011 年 6 月の解散に至るまでの一西ヨーロッパ連合 (WEU) ならびに今日では、リスボン条約以来、ヨーロッパ連合の共

同安全・防衛政策 (GSVP) へのドイツの統合も関係しない」(Wolfgang März, a.a.O., S.996.)。さらに、連邦領域に向けられた攻撃が必要である (GG115 条 a 第 1 項 1 段) という理由から、基本法 80 条 a 第 1 項による防衛準備が同盟諸国の利益のためだけには認められていない。このことによって、支配的学説から生まれた「すきま」(Lücke) は、いずれにしても基本法 80 条 a 第 3 項 1 段、つまり「国際機関が連邦政府の同意を得て同盟条約の枠内で行う決定」によって一部閉じられることになる。

このような同盟事案の特殊な定めは、もちろん NATO 同盟にとりわけ係わる若干の問題を投げかけているという。たとえば 2001 年 9 月 11 日の「米国同時多発テロ」後に同盟事案 (Bündnisfall) が作動し、初めてその実践的な意味が証明された。この航空機による高層ビルへの攻撃は、米国に対する武力攻撃とみなされ、同盟諸国への攻撃の際には、平時に空いている「すきま」(Lücke) が閉じられる結果をもたらした。それは、基本法 80 条 a 第 3 項が定める独自の緊急事態事案を形成するが、そもそも NATO 条約の第 5 条が、すべての締約国に「集団的自衛権」を認めているため、締約国であるドイツも他の締約国への武力攻撃に対して反撃することができるのである。もっとも NATO 条約自体は援助協定であり締約国に安全保障的措置を義務づけるものではなく、決議は勧告に過ぎないとされている (Vgl. Kay Windthorst, a.a.O., S.392f.)。

\* NATO 条約第 5 条：締約国は、ヨーロッパ又は北アメリカにおける締約国の 1 又は 2 以上に対する武力攻撃を、全締約国に対する攻撃とみなすことに同意する。従って、締約国は、右の武力攻撃が行われるときは、各締約国が、国際連合憲章第 51 条によって認められている個別的又は集団的自衛権を行使して、北大西洋地域の安全を回復し及び維持するために、兵力の使用を含めてその必要と認める行動を、個別的に及び他の締約国と共同して、直ちに執ることによって、右の攻撃を受けた 1 以上の締約国を援助することに同意する。

右の武力攻撃及びその結果として執ったすべての措置は、安全保障理事会に報告しなければならない。右の措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全を回復し及び維持するために必要な措置を執ったときには、終止しなければならない。

ところでドイツの国内法においては、防衛準備の措置 (法規定の適用) が「連邦政府の同意とともに同盟条約の枠組みの中で国際機関によって行われる決議の根拠上および規準上においても」可能とされている (GG80 条 a 第 3 項 1 段)。したがってドイツの国家領域の防衛と理解されている軍事的自衛 (militarische Selbstverteidigung) を超えて、防衛準備的な法規定の発出 (Freisetzen) が同盟による防衛および同盟における防衛にも貢献するのである。NATO 加盟国 (または EU 構成国) に対する差し迫った攻撃は、すでに援助協定にとって充分である

ため、同盟事案はその構成要件については基本法 80 条 a 第 1 項からは外れた独自の構成要件事実である。それゆえに、緊張事案および同意事案のために要求される要件は、まったく問題にならない。同盟事案には、まず第 1 に、NATO 条約の範囲内で、すなわち同条約 5 条と 6 条の中で明記された援助要件・範囲（ヨーロッパまたは北アメリカの当事国に対する武力攻撃）の顧慮のもとで、同盟事案が開始すること、このことは所管する NATO 機関によって確認され、相応の調整された防衛措置が決議されること、第 2 に、連邦政府（同僚全員）がこの NATO の決議に同意することが必要とされる（Vgl. Wolfgang März, a.a.O., S.997）。

●AWACS（アバックス）事件（BVerfGE 90, 286, Urteil 12, 7, 1994）

この事件において、「ドイツ連邦軍の NATO 域外派兵の合憲性」が認められた（『ドイツの憲法判例』348 頁以下 [山内敏弘氏執筆] より）。

[事案のあらまし]：

- (1) 北大西洋条約機構（NATO）および西ヨーロッパ連合（WEU）は、国連安保理事会決議 713 号（1991.9.25）および 757 号（1992.5.30）の実行を監視するために海軍部隊を地中海へ派遣する決議を行った。ドイツ連邦政府は、この決議に基づき、地中海での NATO および WEU による監視活動（1992.7.15）にドイツ連邦国防軍を参加させる決定を行い、ドイツ連邦防衛大臣はこの決定を執行した。
- (2) NATO は、国連安保理事会決議 816 号（1993.3.31）に基づき、ボスニア上空における飛行禁止措置を実行するために、ボスニア上空への空中早期警戒管制システム（AWACS）飛行部隊の投入を決定した。1993 年 4 月 2 日ドイツ連邦政府はこれにドイツ連邦国防軍の参加を決定し、ドイツ連邦防衛大臣はこの決定を実行した。
- (3) 連邦政府は、1993 年 4 月 21 日、国連のソマリアにおける活動（UNOSOMII）にドイツ連邦国防軍を参加させることを決定し、国連との間で協定を結んだ（1993.4.26 および同年 5.11 の書簡）。これに従って、ドイツ連邦防衛大臣は同決定の執行を命令した。

これらの措置に対して、社会民主党（SPD）または自由民主党（FDP）の政党および同党に所属する連邦議会議員らは、連邦憲法裁判所に対して、連邦議会と議員の権利の侵害を理由に連邦政府と連邦防衛大臣を相手どりこれらの措置の廃止を求めて訴え（機関訴訟）を提起した。

[判決の要旨]

- (1) 主文：連邦議会議員らの訴えはいずれも却下される。SPD の訴えは、連邦防衛大臣に対して提起される場合は却下される。ドイツ基本法によれば、連邦政府は軍を出動させる場合、原則として連邦議会の事前の設権的（形成的）同意を求めなければならない。連邦政府は、連邦議会の同意を求めることなく、1992 年 7 月 15 日、1993 年 4 月 2 日および同年 4 月 21 日の決定に基づいて軍を出動させた。連邦政府はこの点において憲法に違反した（訴えの認容）。その他の点について訴えは棄却される。

(2) 判決理由 (主要争点の実体論) :

- ・基本法 24 条 2 項について。基本法 24 条 2 項は、連邦に対し、平和の維持のために相互的集団安全保障システムに加入することを授権する。このシステムは、構成国に対して、平和の維持および回復のために安全保障組織に軍事的手段をも提供できるようにしなければならない。このシステムが、排他的に加盟国相互間における平和を保障すべきものか、それとも外部からの攻撃に際して集団的援助をも義務づけるものであるかは、どうでもよい。集団的自衛権による同盟も、それが厳格に平和維持に拘束されている限り、基本法 24 条 2 項という相互的集団安全保障システムに数えられる。国際連合 (国連) は相互的集団安全保障システムであり、NATO もその任務権限等からすれば同法 24 条 2 項という相互的集団安全保障システムと評価できる特質を備えている。

ドイツが相互的集団安全保障システムへ加入するには、連邦議会による同意を必要とする。立法者 (連邦議会) がこれに同意を与えた場合には、この同意には、当システムの合同部隊への兵力の編入、あるいは当システムの指揮下にある軍事行動へのドイツの参加も含まれる。基本法 24 条 2 項による国連への加入は、国連安保理事会の決議によって正当化された平和維持活動 (PKO) = ソマリア活動 (UNOSOMII) へのドイツの参加について、憲法上正当なものにする。その他アドリア海での活動、ボスニア・ヘルツェゴビナ上空での監視活動等へのドイツ軍の参加も、憲法上の正当化根拠を有する。

- ・基本法 87 条 a について。基本法 87 条 a は、基本法 24 条 2 項を相互的集団安全保障システムの枠内で武装兵力を出動させることの憲法上の根拠として妥当することの妨げにはならない。したがっていずれにしても、基本法 24 条 2 項に基づきドイツが参加した相互的集団安全保障システムの枠内において行われたドイツ連邦国防軍の出動は、基本法 87 条 a によって何ら排除されていない。基本法 24 条 2 項は、基本法制定当初から存在している規定である。基本法のその後の改正が変更を加えたとは捉えられない。このことは、とくに緊急事態法の導入についてあてはまる。

(2) 対内的緊急事態

対内的緊急事態 (der innere Notstand) は、例外状況の一部であり、それは国家の存立にとっておよび安全と法秩序にとってきわめて重大な危険が存在する状況を指し、その克服には平時に命じられている手段では絶対に不可能であるほどの危機状況である (Eckart Klein, Innerer Staatsnotstand, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht, Bd. XII, 2014, S.936.)。もっとも、これは学問上の定義であって、基本法自身の中にはその概念も定義も存在しない。歴史的にみると 1956 年から 1968 年までの基本法 143 条には「対内的緊急事態」(innerer Notstand) の語が含まれていたが、定義づけはなされなかった。1968 年の緊急事態改正法以降は、この用語

すら基本法から姿を消すことになった (Vgl. Eckart Klein, a.a.O., S., 937-938.)。しかしこの概念のはらむ重要性が、2001年9月11日のニューヨークの世界貿易センターとワシントン DC のペンタゴンへのテロ攻撃、ならびにヨーロッパにおけるさらに多くの襲撃によって突如あらわになった。

実は基本法の趣旨から対内的緊急事態を構成できるかという問題は、1968年の基本法改正法に至るまでの議論をみれば、ある程度明らかになるという。「連邦もしくは州 (ラント) の存立または自由で民主的な基本秩序 (FDGO) に対する差し迫った危険」(GG91条)、「自然災害」または「とくに重大な事故」(GG35条2項・3項)という用語は、客観的に対内的緊急事態の事例 (カテゴリー化) に資するもので、このことから、基本法は、緊急事態概念を国家の存立 (Existenz) にとっての危険というものに厳格に限るのではなく、むしろ国家の法秩序とそこに生活する人間にとってとりわけ重大な危機状態を包み込んでいるとみることができるが、いずれにしても、このような危険を防止するために例外的措置が必要である場合に限って、そのようなときに特に連邦警察 (従前は連邦国境警備隊) もしくは戦力 (軍) の出動が言及されるということである (Vgl. Eckart Klein, a.a.O., S.939.)。したがって、対内的緊急事態のカテゴリーを類別する場合は、基本法の条文に即して、①連邦の存立と FDGO にとっての危機 (GG91条の類型) と②カタストローフェ = 自然災害・重大事故による危機 (GG35条2項2段の類型) の2つに区別するとわかりやすい。

<GG91条の類型 = 治安維持(憲法忠誠)支援>

1968年の17次基本法改正法により、旧基本法91条は次のような新文言に改められた (高田敏/初宿正典・前掲書264頁註(103)参照)。「連邦もしくは州の存立または自由で民主的な基本秩序 (FDGO) に対する差し迫った危険を防止するために、州は他の州の警察力ならびに他の行政官庁および連邦国境警備隊の実力と施設を要請することができる」(GG91条1項)とし、「危険が迫っている州にあって、その危険と自ら戦う用意がなく、または戦うことができない場合は、連邦政府は」警察力を「連邦の指示に従わせ」「連邦国境警備隊を出動させることができる」(GG91条2項)と定めている。この場合、それでもなお不十分なときは、警察と連邦国境警備隊の支援のために「連邦政府は」「軍を出動させることができる」のである (GG87条a第4項)。したがってそれは、すべての暴動・反乱等に際し出動するわけではなく、暴動等が軍事的に武装化している場合など、やむをえず軍の支援が必要な場合に連邦政府の要請により現実化する。

<GG35条2条2段の類型 = カタストローフェ対処>

基本法35条は「自然災害またはとくに重大な事故における救助のために、ある州 (ラント) は他の州の警察力、他の行政官庁ならびに連邦国境警備隊および軍 (Streitkräfte) の実力と施設を要請することができる」(2項2段)と定め、それらの危機状況が1つの州を越える場合は、

連邦政府は他の州の警察力を使用させるべく命令し、「また警察力を支援するために連邦国境警備隊および軍の部隊を出動させることができる」(3項1段)。

＜航空安全法とテロをめぐる議論＞

ドイツでは1970年代の「赤軍派」(RAF)によるテロ襲撃事件後、2001年9月11日の米国での悲劇と国際テロ組織による重大事件をきっかけに、市民の安全を有効に守るためには憲法上の規定はいかにあるべきかという議論が再燃した。とくに2005年1月11日の「航空安全法」(Luftsicherheitsgesetz)をめぐる論争の激しさは頂点に達した(Eckart Klein, a.a.O., S.957.)。

●航空安全法事件 (BVerfG, Urt.v.15.2.2006, NJW11/2006, S.751ff.)

連邦憲法裁判所判決は、テロ等によってハイジャックされた航空機に対し、軍が同航空機を撃墜することを認める航空安全法14条3項が違憲無効であると判示した(同法13条2項2段・3項も後に無効とされる)。主な理由は、撃墜が機内の襲撃者だけでなく、無関係な乗客の生命をも侵害することになるから、「人間の尊厳」(GG1条1項)と「生命に対する基本権」(GG2条2項)に違反するというものである。しかしその後(2012年7月3日)、同裁判所の総会(Plenum)決定は、テロ攻撃に対する軍の出動に際しての、軍用特殊武器の使用は基本法35条2項・3項によってカバーされるとみなし、判決の一部が変更されている(松浦一夫・前掲書第4部「航空テロ攻撃への武力対処をめぐる憲法訴訟」参照)。

近年、世界的に深刻な事件が発生し、近代国際法は試練に立たされているという。国際法の諸規定は、もっぱら国家による攻撃の防止を視野に入れたものであり、非国家的なアクター(主体)による攻撃の可能性については従来ほとんど考慮されてこなかった。しかし国際法の実効性を確保するためには、国際法は後退するのではなく、進んで十分な解決策を提示しなければならない。とくにその際のポイントは、このような非国家的アクターによって引き起こされる攻撃が、場合によっては国連憲章39条にいう世界平和と国際的安全保障を危殆する攻撃とみなされうる、ということにある。それは、国連の集団的安全保障システムを危険にさらすだけでなく、諸国家に(集団的および個別的)自衛の権利を与える(国連憲章51条)ことにもなるのである(Vgl. Eckart Klein, a.a.O., S.956.)。

国内において論争問題となったのは、どのような状況下で、国際テロリズムによる攻撃ないしその阻止に対し、軍用特殊武器の使用を含む国内での戦力(軍)の投入が認められるか、ということであった。もしも一種の防衛、あるいは防衛事案または緊張事案における措置—そのことは個々の事例においては完全に排除することができない—が問題になるようなときには、基本法87条a第1項と第2項または第3項による出動も理論上許されることになろうが、このための法的条件はほとんど提示されていない。かくしてテロによる襲撃に対しては、原則上、基本法35条2項2段・3項による軍の出動だけが考慮されることになろう(Vgl. Eckart Klein, a.a.O., S.957.)。

## [C] 連邦国防軍の出動形態

### (1) 連邦国防軍の防衛出動

#### <軍の任務—防衛>

すでに触れたが、基本法 87 条 a 第 1 項 1 段によれば、軍 = 戦力 (Streitkräfte) の出動は、防衛のためにのみ許容される。同時に同条第 2 項は、軍の「第一義的機能」(Primärfunktion) を掲げ、その「二次的機能」(Sekundärfunktion) の行使(「防衛以外のため」)には、基本法によって明確に示された許可の存在が大前提である。防衛こそが、憲法上規律された任務であることが示されている。しかし軍の投入は、基本法 115 条 a の「防衛事案」に限定されていない。というのは防衛事案は、正式決定後には、国内における国家制度全体に対し対外的緊急事態の効果を発揮するからである(緊急事態憲法)。それは基本法 87 条 a 第 1 項・第 3 項によって確保されているが、そこでは「防衛」と「防衛事案」が区別されているのである(Vgl. Ferdinand Kirchhof, *Verteidigung und Bundeswehr*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. IV, 2006, S.653.)。

以上の「防衛のため」規定により、軍の出動には目標(ねらい)の形式で境界線が設定されている。ただし基本法は、軍出動の地理的範囲を定めず、ただ政治的出動目的だけを定めた。したがって「防衛」に資する限り、原則的に外国、外海(沖合)もしくは宇宙空間に至るまで軍の投入が許容されることになる(Vgl. Ferdinand Kirchhof, a.a.O., S.653.)。外国へ派遣された軍構成員の裁判権に言及した基本法 96 条 2 項も、このことを前提としている。

また防衛出動は、最終上および対象上の要素、つまり防衛目標と防衛客体(Verteidigungsobjekt)を含む不確定法概念である。しかし、防衛のために軍を出動させる権能は、防衛という目的設定において当然、侵略戦争または征服戦争を禁止している。すなわち、基本法 26 条 1 項の消極的限定解釈により、侵略戦争の目標のための、または諸国民の平和的な共同生活を妨げる意図による出動は禁止されるということである。防衛(自衛)戦争は、外国からの、軍事的な、武力攻撃というものを当然の前提とするが、防衛目的は、それらを越えて、いついかなるときにおいても政治衝突において、権力ファクターとしての戦力(軍)の投入を排斥する。憲法上認められているのは、防衛客体に対する攻撃からの防御だけである(Vgl. Ferdinand Kirchhof, a.a.O., S.653-654.)。

ところで防衛客体は、基本法で明示的に掲げられているわけではないが、正確に規定されることができる。1つは、言うまでもなくドイツ連邦共和国である。そこには、共同体全体だけでなく、国家権力、領土および国家民(Staatsvolk)を伴った国家も含まれる。軍の助力をもって、個別企業、団体もしくは集団の経済的、政治的または世界観的利益を守ることは許されないが、それらの利益が、共同体に係わる国家的利益に発展しない場合に限られる。共同体、国家権力および国家民は、それらが外国に所在し、そこで活動していても保護される。したがっ

て、船舶、航空機もしくはドイツ人の一部の保護のための軍事投入は、それが武装した襲撃者からの救助のために不可欠の場合は合法である。防衛任務は、共同体を全体として保護し、どこでも武装した襲撃者と戦い、そして自己の軍事施設と部隊を保護することである。軍は、防衛事案または緊張事案が確定した場合に、初めて基本法 87 条 a 第 3 項により防衛任務の範囲内で個々の民間所有物を保全しうる。ここで念頭に置かれているのは、軍事上重要な民間所有物が民間人による攻撃からも保護されるということである。さらにこの状況において、軍は道路交通、水上交通、鉄道交通および空の交通に規制を加えうるのである (Vgl. Ferdinand Kirchhof, a.a.O., S.654.)。

#### <連邦国防軍の国外出動>

国防制度は、基本法 24 条、同法 79 条 1 項および同法 80 条 a 第 3 項の中で同盟における集団的防衛に道を開いているため、このような同盟関係にある諸国家と共同体の防衛のためにも、同盟条約がそのことを規定している限りで、軍の出動が認められよう。北大西洋条約機構 (NATO) および国際連合 (国連) は、基本法 24 条にいう安全保障システムに当たるため、条約で定められた防衛措置が、加盟国の利益のために (連邦議会の同意後に) 連邦国防軍によって実施されうることになる。ただし、第三国の保護のためのドイツ軍の単独出動は、原則として基本法 87 条 a によって禁止されている。というのは、そこには適切な防衛客体 (ドイツ連邦共和国もしくは同盟加盟国) が欠けているからである。しかし基本法 24 条を媒介する方法であれば、連邦国防軍の出動も可能であるかもしれない。すなわち、国連憲章 42 条以下により国連に賛成して、世界平和のため、国際的安全保障、それとともに第三国の保護のために出動するという論理である。この (世界) 警察的任務の履行は、基本法 87 条 a 第 1 項の任務規定を凌駕することができるのである (Vgl. Ferdinand Kirchhof, a.a.O., S.654-655.)。ここでは、基本法の 24 条と 87 条 a の規律価値が別個のものとなみなされている (分離説)。

### (2) 連邦国防軍と防衛外出動

#### <原則—国内出動に限定>

基本法 87 条 a 第 2 項によれば、戦力 (軍) は、防衛任務以外には基本法によって明示的に許可されている場合にのみ出動することができる。この点にかかわって、たとえばカタストローフェ (自然災害・重大事故) の際の救済や国家職員の外国出張などに際して、ドイツ連邦国防軍は防衛目的以外に外国へ出動できるかどうかという問題がある。基本法 87 条 a 第 2 項の文言は、このような出動にあっても、基本法で明確に許可している場合に限って認められよう。しかし現行基本法は、この種の明示をまったく規定していない。というのは、基本法 35 条 2 項 2 段ならびに同法 87 条 a 第 3 項 2 段・第 4 項は、連邦の諸州 (ラント) の領域内における対内的出動のみを許容しているからである。文言の意味と成立史に即した解釈では、たとえば

国外でのカストローフェにおける救済などはできないことになろう。というのも憲法制定者は、基本法 35 条 3 項の中では、政治的に物議をかもしかねないカストローフェ時の軍の国内出動 (Inlandeinsatz) だけを規律したからである。たとえ国外での救済が、国内出動と同じように、緊急のもので憲法上問題のないものであったとしても同じである (Vgl. Ferdinand Kirchhof, a.a.O., S.655.)。

#### <国内での防衛出動外の出動>

基本法 35 条以外にも同法 87 条 a 第 3 項は、国内における防衛外の連邦国防軍の出動をきわめて狭く限定した形で許容する。すなわち基本法 87 条 a 第 3 項は、防衛事態または緊張事態において警察 (Polizei) に対する支援を定めている。この場合、軍は警察法上の危険防止任務を行使する。軍は、あらゆる民間施設の保護のために、仮に軍事上重要なものではないものを含めて出動することができる (Vgl. Ferdinand Kirchhof, a.a.O., S.657.)。

#### <憲法忠誠活動>

基本法 91 条によれば、「連邦もしくは州の存立または自由で民主的な基本秩序 (FDGO) に対する差し迫った危険」の除去について、基本法 87 条 a 第 4 項は、最終的な連邦政府の軍に対する出動命令権を定めている。この場合、軍は、憲法忠誠として国家の存立と憲法秩序を守るために、軍事的に武装した反乱等を鎮圧し駆逐するのである (Vgl. Ferdinand Kirchhof, a.a.O., S.658.)。

### [D] 連邦国防軍に対する統制

#### (1) 議会による統制

##### <連邦の専属立法権と防衛>

基本法 73 条 1 項は、「連邦は以下の事項につき排他的立法権を有する」と定め、その 1 号において「民間人の保護を含む防衛 (Verteidigung)」と記した。立法権を有するのは、議会 (連邦議会・連邦参議院) である。

##### <議会的統制>

議会は、緊急事態の確認により、法定措置の「執行止め」(遮断)を解除する。前記のように防衛事案の場合、この確認によってこのような諸措置の執行止めが外されるが、その確認には原則上、連邦議会での法定された確認手続が必要である。

緊張事案においても、適用の留保を伴った法律のすべてが遮断を解かれる。この場合、連邦議会は、個別法律または個別規範に対する適用止めを同意決議によって解除する。

同盟事案においては、連邦政府の同意をもって軍事同盟の所管機関に遮断解除の権限が帰属するが、それは同盟に対する緊張・同意案件の要件が満たされている場合である。連邦議会は、同盟事案において総議員の過半数によって呼び戻し権 (撤回権) を有する (GG80 条 a 第 3 項 2 段)

このほか個々の点に関しても、基本法は議会によるコントロールを定めている。一般的には、諸法律の必要性を指摘することによって (GG12 条 a、GG24 条、GG87 条 a および GG87 条 b)、議会の協力が、基本法 73 条 1 号によって「民間人の保護を含む防衛」のための排他的連邦管轄権において確保される。防衛事案および緊張事案の確認と終了は、まずもって連邦議会の責務である (GG80 条 a、GG115 条 a および GG115 条 1)。それに加えて、連邦参議院は、連邦政府が警察力支援のために連邦国防軍の出動を命じたとしても、危険の除去 (Beseitigung) 後の措置の廃棄を要求し (GG35 条 3 項 2 段)、連邦議会と連邦参議院は、連邦または FDGO に対する危険防止のために出動された警察・国境警備隊および軍の撤収を要求することができる (GG87 条 a 第 4 項)。

#### <防衛委員会による統制>

防衛委員会 (Verteidigungsausschuss) は、議会によるコントロール権の一部である。基本法は、連邦議会の専門委員会として防衛委員会の設置を認めている (GG45 条 a 第 1 項)。防衛委員会には、調査権限が付与される (同条 2 項)。

#### <国防受託官による統制>

基本法 45 条 b は、基本権を保護するため、そして連邦議会が議会的コントロール行使の際の「補助機関」として「国防受託官」(Wehrbeauftragte) の設置を定めている。

#### <合同委員会の設置>

基本法第 4a 章は、合同委員会の形成を規定する。この委員会は、連邦議会議員 32 名 (3 分の 2) と連邦参議院のメンバー 16 名 (3 分の 1) をもって構成される (長谷部恭男 / 石田勇治『ナチスの『手口』と緊急事態条項』2017 年 130 項)。この委員会はいわゆる「非常時」の議会であり、とりわけ防衛事案において平時の議会がもはや機能しない場合に、連邦議会と連邦参議院の任務を共同して行使する (GG115 条 e 第 1 項)。

## (2) 連邦国防軍に対する指揮

#### <連邦政府の権限>

連邦政府は、防衛行政を執行し、連邦国防軍に対して権限の行使と決裁を行う。たとえば連邦政府は、災害等の際に軍の出動を命じ、自然災害や重大事故に際した「テロ」攻撃等に際しても場合によっては軍の出動を命じる (GG35 条 3 項)。また連邦政府は、「連邦もしくは州の存立またはそれらの自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防ぐために、第 91 条 2 項の要件が現に満たされ、かつ警察力および国境警備隊に不足があるときは、民間物件の保護に際し、および組織的かつ軍事的に武装した暴徒の駆除に際し、警察および連邦国境警備隊を支援するために軍を出動させることができる」(GG87 条 a 第 4 項)。

### ＜連邦宰相の指揮権＞

連邦宰相は「政治の基本方針を定め、これについて責任を負う」(GG65条)が、「この基本方針の範囲内で、各大臣は独立して、自己の所掌事務をつかさどる」(同条)ため、国防については連邦防衛大臣が主要な責任を負うことになる。しかしすでに述べたように、防衛事案が正式に確認された場合には(GG115条a)、連邦国防軍に対する指揮権は、連邦防衛大臣から連邦宰相に移譲される(GG115条b)。連邦宰相が軍の統帥権を行使するのである。

### ＜連邦防衛大臣の権限＞

防衛行政の責任は、連邦防衛大臣に帰属する。連邦防衛大臣は、平時においては軍に対する命令権・司令権を有する(GG65条a)。

## むすび—ドイツ緊急事態法の特質

さて以上、ドイツの連邦国防軍と緊急事態法の関係と内容を歴史・論理的に概説してきたが、最後にドイツの法制度についての主要な特徴をまとめ、日本法への示唆を得たい。

第1に、政治過程としては、日独の両国とも、第二次大戦へ至る経緯・終戦時の状況あるいは本来的な憲法体制に違いはあったが、共通して連合国による占領下に置かれ、その後新たな憲法体制を確立した(ただし、ドイツは分割統治後の「暫定憲法」(=基本法)の制定であり、日本は分割されず明治憲法の改正としての「新憲法」の制定である)。両国ともその後「冷戦」の影響を色濃く受け、50年代にともに再軍備となったが、日本と異なりドイツ(西)は、「東ドイツ」との対抗という「冷戦」の言わば前線に位置するなか(朝鮮半島のような戦争には至らなかったが)、1990年の統一まで分断国家としての道を歩んだ。その間、西ドイツは自由主義陣営の一員としてNATOへの加盟を前提とした再軍備、そして「緊急事態法」の導入という経緯をたどった。

第2に、憲法状況については、西ドイツは、連邦共和国という名称からも、ワイマール以来の君主不在の「共和制」であるのに対して、日本は象徴天皇を擁する「君主制」である。ドイツは基本法制定当時「軍」を暗示する規定をもっていたが、日本は憲法9条の中で戦争放棄・戦力不保持・交戦権の否認を明記した。ドイツは、「侵略戦争」の準備を憲法違反として処罰の対象とし、その反対解釈として「自衛戦争」を否定するものではなかったが、日本の場合は、戦後直後、吉田首相が「自衛権」の危険性を指摘したほどの徹底した「反戦・非戦」である。

第3に、緊急事態法については、ドイツの事例が教訓的である。この法制は1968年に詳細な規定とともに基本法に導入されたが、経緯からみても本来は「東側」に対峙する形でドイツの対外的・対内的安全を保障するものであった。しかし統一ドイツ前後から、「冷戦」構造が

消滅しつつある中で、人種・民族・宗教等の違いに由来する緊張状態（テロ等）も現出し、ドイツの緊急事態法の機能変化が生じてきた。そもそも制定の最初から、ドイツは「平和の保持のため、相互的集団安全保障システムに加入することができる」とし、「ヨーロッパにおいてそして世界の諸国民の間に平和的かつ永続的秩序を招来し確保する高権の制限に同意する」（GG24条2項）ことを明言していたから、いずれはドイツには「国際貢献」が求められていたとも言えよう。そしてその後の連邦国防軍の創設（56年）、さらには緊急事態法の制定（68年）と相まって、ドイツは国内外での政治的紛争、武力衝突、テロ攻撃その他の過激行動など多様な形で世界平和の危機、すなわち広い意味での「緊急事態」の発生と認識し、世界平和に対する責務からドイツ国防軍の出動が話題となり問題となる余地もありうる。国防軍と緊急事態が結びつきセットになると、こうした方向性が見えてくる。

第4に、緊急事態法の要件と効果そして手続等は参考に値する（国会の権限、承認手続、対外的・対内的危機の定義、首相の自治体への指示、衆議院の解散制限、国会議員の任期延長等）。自民党憲法改正草案にも反映されているようである。とりわけ手続面において重要なのが、緊急事態法（防衛事案・緊張事案等）における「入り口」の確認と手続の問題であり、またその「出口」に位置づけられる緊急事態の解除（終了）の仕方・プロセスの問題である。緊急事態は「例外事態」であるため、その原因が消滅したなら、当然に国家と憲法は正常な状態に戻らなければならない。緊急事態が「常態化」してはならないのである。

広く知られているように今日、世界の安全保障環境は厳しさを増している。人種・民族・宗教上の対立だけでなく、言語・文化の違いによる、あるいは階級的・階層的格差によりますます醸成される「矛盾」も深刻なものがあり、戦争、内乱・暴動あるいは抑圧と抵抗、「テロ」等を始め、自然災害・巨事故への対策なども焦眉の課題となりつつある。緊急事態（憲）法の先進国であるドイツにおいて、連邦国防軍と一体となったこの法制が現実の諸問題に直面していかに機能し、それがどのような国法学上の論点を形成しているかを知ることが、平和憲法を有する日本にとって、また近い将来の政治課題となりうる「憲法改正」の是非を判断するうえで、有効な示唆を提供するであろう。

(2018年4月10日受領、2018年5月7日受理)

(Received April 10, 2018; Accepted May 7, 2018)

## The Basic Law of Germany and a state of emergency

Prof. Kikuji YAMAGISHI

### Preface

—Clarifying characteristics of German system of a state of emergency

[A] The road to amendment of the Basic Law to introduction of regulations on a state of emergency

- (1) Enactment of the Basic Law after World War II
- (2) Provisions on peacekeeping of the Basic Law
- (3) Germany's remilitarization and provisions on a state of emergency

[B] Norms of German constitutional provisions of a state of emergency

- (1) External state of emergency
- (2) Internal state of emergency

[C] The forms of Actions of the Federal Army of Defense

- (1) Mobilization for Defense
- (2) Mobilization for Non-Defense

[D] Control of the Federal Army of Defense

- (1) Control by the Parliament
- (2) Command over the Federal Army of Defense

### Conclusion

—German system contains various legal procedures and authorities

—Germany's Basic Law is different from The Japanese Constitution in understanding of war. Germany's Basic Law Article 26 provides: (1) Acts tending to and undertaken with intend to disturb the peaceful relations between nations, especially to prepare for a war of aggression, shall be unconstitutional. The Japanese Constitution Article 9 provides: (1) the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation.

