

第　○　章

ハイジャック航空機によるテロへの対応 ードイツ判例からの考察，原発防護を念頭において

東京大学大学院教授

斎　藤　　誠

I はじめに

2022年3月、ロシアによるウクライナ・ザポリージャ原子力発電所への攻撃は、原子力発電所のセキュリティ・セーフティ両面での安全性に、衝撃をもたらした。従来、あり得るリスクとして、そのような事態は机上では議論され「想定外」ではなかったにせよ、現実のものとなるとフェーズはまた異なる。分断と対立が深まる世界において、その修復の道を模索し続けることは不可欠であるが、このようなリスクへの備えもまた切実な課題となった。

国際班においても、既に、2023年初頭に森川主査、原田研究委員の報告がなされたところである¹。また、2023年2月24日には、笹川平和財団 安全保障研究グループ「核不拡散・核セキュリティ研究会」（座長 鈴木 達治郎氏）による政策提言「原子力施設の保護と日本の役割～ロシアによるウクライナ侵攻と原発攻撃をうけて～」が公表されている²。

以下、まず、国際的な対応策を示す素材として、この提言を掲出する。

提言1：戦時下における原子力施設の保護に関する提言

「戦時下の原子力施設の保護は万全ではない。国連安全保障理事会が本来の機能を果たせず、結果として原子力施設の保護に関与できない事態が起きている。そのため、国際原子力機関(IAEA)が戦争当事国および周辺国と協議し、原子力施設の保護を支援する仕組みを新たに構築する必要がある。例えば、IAEAが提唱している「原子力安全保護地帯」(Nuclear Safety and Security Protection Zone)の設立、戦時下の活動で実績がある国際赤十字委員会(ICRC)との協力、さらには安保理が機能しない場合に備え、国連総会決議による「国連緊急原子力安全ミッション」(Nuclear Emergency Safety Mission: NESM)の派遣などの仕組みを検討することを提言する。国際社会で早期にこうした仕組みづくりに関する議論をスタートさせ、日本がその議論を主導するべきである」

提言2：原子力施設の保護強化への国際法の改正など将来の取り組みに関する提言

「今後、原子力施設を有する国やその周辺国が戦争当事国になった場合を想定し、原発への攻撃を原則禁じているジュネーヴ条約や原子力に関する国際条約の改正や追記により、原子力施設への軍事行動を全面的に防止すべく、実現への課題を含め国際社会は早急に話し合

¹それぞれの報告のアウトラインについては、日本エネルギー法研究所季報280号12頁の「研究班の動き」欄を参照。

²公益財団法人笹川平和財団 安全保障研究グループ 核不拡散・核セキュリティ研究会「原子力施設の保護と日本の役割～ロシアによるウクライナ侵攻と原発攻撃をうけて～」(2023年2月24日)、https://www.spf.org/global-data/user26/20230224_PolicyRecommendation.pdf (最終閲覧日：2024年1月9日)。なお、この提言に先行して、同研究会は、公益財団法人笹川平和財団 安全保障研究グループ 核不拡散・核セキュリティ研究会「緊急提言 ロシアによるウクライナ侵攻：原子力民生利用の諸課題と日本の役割」(2022年7月1日)、<https://www.spf.org/global-data/user26/Proposals.pdf> (最終閲覧日：2024年1月9日)を公表している。

いを進める必要がある。日本は国際条約の改正作業や国際原則の確立に向けて、原子力民生利用の先進国として具体策を示しながら、各国間の議論を先導するべきである」

この提言が述べるような、国際的な協議・協力とそれに基づく「仕組みづくり」と関連条約の改正、そして「原子力施設への軍事行動全面禁止」にかかる「国際原則の確立」は、ロングスパンでみれば実効的であり、実現に向けての取り組みが希求される。それと並行して、国内的にはどのような対応策が考えられ、その課題は何か。

本稿では、そのような視点で、これまでの経緯を振り返るとともに、ドイツにおけるハイジャック航空機への対応にかかる判例を比較の素材として考証を加える。国際的な対応策や、国内における今後の具体的な制度設計に論が及ばないという意味で、後衛の位置からの検討にとどまることを予めおことわりしておきたい。

Ⅱ 原子力発電所の防護－これまでの経緯から

筆者は、2005年に「核物質防護条約」(Convention on the Physical Protection of Nuclear Material)改正案の採択がなされ、なおかつ日本がまだ批准していなかった段階で、原子力発電所の防護の問題を採り上げたことがある。グローバル化と地方自治の関係に関する考察の一環であるが、往時の課題とその後の変化を確認するために、再掲する³。

「＜改正「核物質防護条約」(Convention on the Physical Protection of Nuclear Material)と地方公共団体＞

核物質の盗取や犯罪利用を防止する目的を持つ「核物質防護条約」(1987年発効。以下「PP条約」という)も、旧ソ連・東欧諸国における核物質の不適切な管理への懸念や9.11テロを契機に、条約の強化が図られ、2005年7月に改正案が採択された⁴(日本はまだ批准していない)。

改正PP条約の主たる改正点は、従来、締約国が条約によって、犯罪化措置を取らなければならなかった保護の対象が、国際輸送中の核物質だけであったのに対して、国内で使用、貯蔵、輸送中の核物質、及び原子力施設を対象を拡大したことである。従来は、このような域内における規制は、原子力の平和利用にかかわる国家主権事項として捉えられてきた⁵。そ

³ 斎藤誠「グローバル化と地方自治」自治研究87巻12号(2011年)24頁以下。二重下線は今回付した。以下4～9の注も原論考に記載のものであるが、原注と番号は異なる。

⁴ 改正にいたる経緯につき、兼原敦子「核物質防護条約の改正を巡る議論の意義」日本エネルギー法研究所編『核物質の国際移転に関する国際法と国内法(JELI R-No.93)』(日本エネルギー法研究所、2002年)93頁以下を参照。

⁵ 現行PP条約の前文は、「条約の締約国は、平和的目的のために原子力を開発し、及び応用する全ての国の権利並びに原子力の平和的応用から得られる潜在的な利益に対する全ての国の正当な権利を認め…」という。また、原子力の安全に関する条約(Convention on Nuclear Safety)の前文(iii)は、Safety

うした理解自体が、テロ対策についての国際的な環境変化によって、揺らぎつつある。

締約国は、新たに原子力施設に対する各種の攻撃行為を犯罪と位置付けなければならない。改正条約においてそれは明確な義務である（7条2項。Article 7.2. Each State Party shall make the offences described in this article punishable ...）。

それに加えて、改正PP条約は、核物質防護に関する多くの基本原則（fundamental principles）を明文化した（2A条3項の基本原則A～L，国際輸送時の引継ぎの責任，許可・検査などの法令上の枠組みの整備と維持，所管官庁の指定など）。これらの基本原則は，従来は国際原子力機関（IAEA）の勧告（ガイドライン，guideline）において記述されてきたものである⁶。

核物質の防護制度の確立と実施及び維持とのための組織整備等は，改正PP条約において一般的な形式で義務化されているが（2A条1～2項），それをより具体化した位置付けの基本原則については，犯罪化措置の場合とは異なり，締約国は合理的かつ実行可能な範囲でそれを適用すれば良い（Each State Party shall ... apply insofar as is reasonable and practicable the Following Fundamental Principles ...）。締約国が国内化措置を行うか否かは，その立法裁量に大幅に委ねられている（各基本原則においては，The State should ...という表現が採用されている）。

しかし他方で，基本原則が条約のなかに位置付けられたことで，法的拘束力が無いことが明らかなガイドライン・勧告との差異が生じたことは否定できない⁷。締約国間の国際協力の場合などで，基本原則の遵守を求める要請は強まるのであろう。日本の場合には，改正条約に先行し，なおかつ詳細な内容を定めるガイドラインに「自発的に」対応して，原子炉等規制法の改正を行っているが⁸，それでもなお，同条約を批准する場合には，原子力施設への攻撃を防止することの実効性という観点から，基本原則の遵守⁹のために，地方公共団体に対

（事故等からの安全）に関してではあるが，「原子力の安全に関する責任は原子力施設について管轄権を有する国が負うことを再確認し...」とする。

⁶ 核物質防護措置に関する現行ガイドラインは，1999年改定のINFCIRC/225/Rev. 4である。また，法令上の枠組みを定める責任が国にあること（基本原則C）や，原子力の規制機関・任務と利用・促進機関・任務の独立性確保措置の要請（基本原則D）のように，類似の規定が，原子力安全（safety）の基本原則を定めたインセンティブ条約である，原子力の安全に関する条約に置かれているものもある（同条約7，8条を参照。使用済み燃料管理及び放射性廃棄物管理の安全に関する条約にも同趣旨の規定がある，同条約19条，20条）。

⁷ ただし，核物質防護に関するガイドラインが，協定や条約で援用される場合には，スタンドアローンのガイドラインとは異なる法効果を持ち得る（核テロ防止条約8条や日米原子力協定実施取極6条におけるガイドラインへの言及を参照）。

⁸ INFCIRC/225/Rev. 4が，防護システムを設計する場合に基礎とすべき脅威（設計基礎脅威，DBT）を国が設定するという考え方を示し，併せて，DBTも含め機密情報保護制度の必要性を勧告したことを受けて，2005年原子炉等規制法改正で，「核物質防護検査制度」（12条の2，43条の2等で準用，核物質防護検査官につき67条の2），事業者等の機密保持義務と罰則による担保規定（68条の2，78条31号）が新たに設けられた。

⁹ 例えば，基本原則F「セキュリティ文化（の醸成と維持）」，基本原則I「多重防護」。

する新たな義務付けの議論がなされることも想定される。

例えば、現在のところ、原子力発電所の防護については、原子炉等規制法の規制によって民間事業者「核物質防護規定」の制定をはじめとする防護措置を義務付けているが（12条の2、43条の2等）、行政の側では、国内法上は一般的な警察権限により、都道府県警察及び海上保安庁が警備にあたっている。原子力発電所のある海岸について、海岸管理者としての地方公共団体は特別の規制を行ってはいない。

条約上の基本原則は特定の措置を締約国に義務付けるものではないが、現在の防護の仕組みが安全確保の上で十分かどうかについての国内での法政策上の議論において、改正PP条約が「援用」されることは十分あり得よう。」

その後の経緯について、以下略記しておく¹⁰。日本は、2014年（平成26年）6月4日、改正PP条約が国会承認され、同月27日にIAEA事務局に受諾書が寄託された。日本も含め締約国の批准が進んで、締約国の3分の2の批准という発効条件を満たして、2016年5月8日に、改正PP条約は発効した。

日本における国内（化）措置としては、先に述べた改正PP条約7条2項、すなわち、新たに締約国に原子力施設に対する各種の攻撃行為を犯罪化することを義務付けた規定を受けて、「放射線を発散させて人の生命等に危険を生じさせる行為等の処罰に関する法律」（放射線発散処罰法）が制定された。しかし、その余の新規定、すなわち、施設の防護措置にかかる規定についての新規立法は、政省令レベルのものも含め、なされなかった。

それは、既に、改正PP条約の基本原則の内容を、より具体的に記述したIAEAの勧告文書INFCIRC/225/Rev. 5（2011年3月公表）に対応した措置を省令改正によって実施しているという理由による。具体的には、「実用発電用原子炉の設置、運転等に関する規則」の改正による、①立入制限区域の設定（同年12月）、②監視機能と連絡機能の二重化などその他の勧告内容への対応（2012年3月、実用炉以外の原子力施設についての省令改正による勧告内容への対応等）である。これらの対応は、2011年3月11日の東日本大震災による福島原発事故を受けての、セーフティ面での規制強化と並行してなされたものである。

そして、外国の軍隊によるミサイル攻撃など、「武力紛争における軍隊の活動」であって「国際人道法によって規律されるもの」は、改正PP条約の対象とならないところ（改正PP条約2条4項(b)）¹¹、ロシア軍によるウクライナ原発の攻撃という、かつてない事態の発生によ

¹⁰ 条約改正及び日本の対応については、森川主査による詳細な論究がある。森川幸一「改正核物質防護条約の国内実施と実効性強化に向けた国際的試み」『エネルギーに関する国際取決めの法的問題の諸相—2017～2018年度エネルギーに関する国際取決めの法的問題検討班報告書—（JELI R-No.154）』（日本エネルギー法研究所、2023年）1-22頁。以下の概観に当たっても参照した。

¹¹ また、同条項により、国の軍隊が公務の遂行に当たって行う活動で、他の国際法の規則によって規律されるものには、改正PP条約の規律が及ばない。

って、日本においても、有事における原発防護のあり方が、冒頭に掲げた研究グループによる提言に見られるように、様々に議論されている。

本章においては、このような状況だからこそ、基本的な事項に立ち戻っての考察も重要であると考え、ハイジャック航空機による原子力発電所など国内インフラへの攻撃への国内的な対応について、ドイツの法制・判例を参考に、若干の検討を試みる¹²。

Ⅲ ドイツにおける軍・警察の分離原則とその変容

1. 分離原則とその淵源

合衆国における2001年の9.11テロのような、平時であり、なおかつ外国軍隊によるものではない、ハイジャック機による攻撃についても、一般に、事態の性質上、自国軍の出動が必要となることが想定される。そして、そのような事態において、軍と警察の連携・共同行動が必要となる場合もあろう。

かかる状況に関する法的論点として、ドイツにおいては、軍と警察の組織及び任務の分離と連携について、「分離原則(Trennungsprinzip)」ないし「分離命令(Trennungsgebot)」という法的要請が、学説のみならず立法実務上も通用してきた¹³。分離原則は「安全の担い手の分離(Trennung der Sicherheitsgewährleister)」とも言われるように、具体的には、軍(Streitkräfte)、警察(Polizei)、秘密情報機関(Nachrichtendienste)¹⁴、3者間の組織と任務に関する分離をその中心とする¹⁵。

そして、分離原則の歴史的な淵源としては、第二次大戦後の占領法規¹⁶の一種である軍の指令、具体的には、1949年4月14日に連合軍軍政官から（憲法制定の審議機関である）議会評議会議長宛で出された、いわゆる「警察書簡(Polizei Brief)」に集約される一連の指令が第一に挙げられる。そこでは、一方で、連邦政府に対する破壊活動に関する情報機関の設置が、当該機関は警察権限を保持しないという制限の下で認められた。他方で、警察については、

¹² 以下、ⅢからⅤの行論の一部は、斎藤誠「海上保安庁と自衛隊の海上警備行動における連携——国内法的側面」奥脇直也・坂元茂樹編『海上保安法制の現状と展開 多様化する海上保安任務』（有斐閣、2023年）244～268頁をベースに、この問題設定の下で、改稿を加えたものである。

¹³ Dorn, A., Das Trennungsgebot in verfassungshistorischer Perspektive, 2004, Thiel, M., Zur Theorie der neuen Sicherheitsarchitektur und Sicherheitsinfrastruktur, in: Stober, R., (hrsg.), Stand und Perspektiven des Sicherheitswirtschaftsrechts, 2013, S.21.

¹⁴ 現在は、具体的には、ボン基本法87条1項所定の情報中央官庁を指す。

¹⁵ その他にも、連邦と州、それぞれの安全所管官庁の間（垂直的な分離原則）、警察（官庁）と他の秩序行政（官庁）の間など、様々な場面で、分離原則が語られ、多義性を免れない。なお、警察行政と他の秩序行政の分離（いわゆる脱警察化）の歴史と理論については、米田雅宏『「警察権の限界」論の再定位』（有斐閣、2019年）45頁以下が詳細である。

¹⁶ 筆者は、相異なる層に属する法相互間の関係、特に法の「転換」という観点について、連合国のドイツ占領法に若干の検討を加えたことがある。斎藤誠「条約の国内『実施』と『転換』——若干の考察」『エネルギーをめぐる国内外の法的問題の諸相——2013～2015年度エネルギーに関する国際問題検討班報告書—(JELI R-No.138)』（日本エネルギー法研究所、2018年）25-36頁。

軍事的、ないし軍事に類した性格を持つこと、或いは警察任務とは異なる軍事任務を遂行するように、組織、武装し、また育成されることが禁止された¹⁷。

この淵源からも容易に推測できるように、各組織とその作用双方の分離を求める分離原則は、一方では、戦前期と戦時下におけるナチスによる警察権限の肥大化と濫用—「警察の軍事化」という言葉に象徴される—、他方では、ナチス以前、第二帝政期に遡る、国内治安維持を目的とした軍の過大な投入の歴史、それぞれに対するアンチテーゼという面が大きい¹⁸。警察書簡は占領解除後には効力を失ったが、法治主義及び権力分立という憲法原則や、各機関の権限に関する連邦憲法条項（ボン基本法73条1項10号、87条1項2文）から、法的要請として分離原則が存在することは、（原則の位置付けや強度には議論もあるものの）広く認められてきた。特に、軍の防衛出動以外の任務での出動を、ボン基本法が明文で認めているものに限定する同法87a条2項は、分離原則の主要な内容を直接に表現したものとされる。

しかし、今世紀に入って、ドイツもまた、「国際テロリズム」によって市民生活が実際に脅かされ、安息の時代は過去のものとなってしまった。分離原則についても、連邦・州の警察権限の垂直的な分離について、州警察で対応が困難な場合等を対象に、国際テロリズムへの対処について連邦刑事庁の権限を認める憲法改正がなされた¹⁹。軍・警察・情報機関の間においても、種々の連携や任務の新設が図られている。例えば、この憲法改正を受けて、連邦刑事庁法が改正され、同庁における秘密情報の収集や他官庁及び外国機関への情報提供等の新規権限が認められた。

2. ハイジャック機への武器使用と分離原則—連邦憲法裁判所判決を巡って

立法及び行政実務との関係で、現在判例・学説上最も議論があるのは、警察・情報機関間の関係、特にその情報の共有の問題である²⁰。しかし、軍と警察の関係についても、合衆国における9.11テロを受けて、ハイジャックされた航空機によるテロを防止するため、ドイツ

¹⁷ Dorn, a. a. O. (Anm.13).同著には「警察書簡」（ドイツ語版）も所収（Dorn, a. a. O. (Anm.13), S. 195f.）。Thiel, a. a. O. (Anm.13), S. 31.軍の国内出動にかかる規定の変遷については、松浦一夫『立憲主義と安全保障法制 同盟戦略に対応するドイツ連邦憲法裁判所の判例法形成』（三和書籍、2016年）343頁以下も参照。

¹⁸ 軍と警察の関係一般に立ち入る紙幅はないが、ドイツでの脱警察化の占領期以前の文脈については、米田・前掲注(15)、日本については、仲野武志『法治国原理と公法学の課題』（弘文堂、2018年）176頁以下を参照。

¹⁹ この憲法改正については、上代庸平「テロ対策権限の垂直的配分——ドイツ基本法73条1項9a号と連邦国家制の変容」大沢秀介・小山剛編『自由と安全—各国の理論と実務』（尚学社、2009年）238頁を参照。

²⁰ 例えば、対テロデータファイル法における警察・情報機関間の情報共有についてのBVerfGE, 133, 277, Urteil vom 24. 4. 2013, 入井凡乃「情報機関・警察の情報共有と情報自己決定権—テロ対策データファイル法判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2018年）46頁、連邦刑事庁が収集した情報の他官庁、外国機関への提供等につき、BVerfGE 141, 220, Urteil vom 20. 4. 2016, ドイツ憲法判例研究会「ドイツ憲法判例研究(206)」自治研究94巻7号（2018年）145頁。

国内において空軍による当該航空機撃墜を認めた改正航空安全法（2005年）に対して大きな議論が巻き起こった。国内における軍の出動に対して、従来の立法実務が、前記の歴史を踏まえ、また憲法上の限定もあって、謙抑的な立場をとってきたこともその背景にある。

当該法改正に対して提起された訴訟（憲法異議）²¹につき、2006年2月15日連邦憲法裁判所第一法廷は、撃墜を認める航空安全法14条3項を、無事の乗客・乗員を犠牲にするものであり、人間の尊厳条項（ボン基本法1条1項）及び生命権条項（同2条）に違反するとして違憲であると判断した。他方で、ハイジャック犯のみが乗っている旅客機の撃墜は同条項違反ではないとしたが、この場合も、軍固有の武器の使用はできないとした²²。この判決によれば、空軍機によるハイジャック機への対応は極めて限定的・抑制的なもののみが可能ということになる。

しかし、同法改正の違憲を争う抽象的規範統制訴訟が別途に提起された同裁判所第二法廷において、同法廷が、連邦の立法権限と武器使用等の争点につき、第一法廷の判断と異なる解釈を採る必要があると判断したので、当該争点につき両法廷の合同法廷（Plenum）による審理が求められた。そして、2012年7月3日合同法廷決定は、第一法廷とは異なる解釈を示し、連邦憲法裁判所としての統一的判断を下した。以下、本章の問題設定に関わる部分を中心に、同決定につき略説する²³。

（1）連邦の立法権限

第一法廷は、ハイジャック航空機撃墜にかかる連邦の立法権限は、ボン基本法35条2項2文及び同条3項であるとした。当該規定は、自然災害及び重大な災難事故の場合の、他州の警察、国境警備隊及び軍の出動についての実体規定である。しかし、合同法廷は、この規定はハイジャック航空機撃墜に軍を出動させる連邦権限の根拠にはならないとした。ボン基本法7章（70条以下）の連邦立法権限規定の外にある実体規定に、「書かれざる権限規定」を求めることは「連邦制の権限秩序」と相容れない（Rn.16）。

それに代えて、合同法廷は、「航空交通」を連邦の専属立法管轄として規定する同70条6号の「付随的権限」（Annexkompetenz）として、航空交通から生ずる危険防御のための規制権限

²¹ 憲法異議は、原告の権利の侵害ないしそのおそれを理由とする主観訴訟であり、実際に航空機を利用している国会議員が原告となった。

²² BVerfGE 115, 118.同判決は、旅客機乗客とテロで想定される被害者、それぞれの権利保護につき、撃墜を認めると前者を後者救済の為の手段に使うことになり、人間の尊厳条項に違背するとした。同判決は、この判断部分を中心に、日本においても広く紹介されている。嶋崎健太郎「航空安全法判決」ドイツ憲法判例研究会・前掲注(20)81頁、小野寺邦広「テロ攻撃撃退のための軍隊出動についての合同部決定—『航空安全法』合同部決定—」ドイツ憲法判例研究会・前掲注(20)366頁及びそれぞれに掲記の文献を参照。特に、松浦・前掲注(17)331頁以下が、航空安全法の立法経緯、同判決、合同法廷判決、それを受けた第二法廷判決について詳細に詳細・分析している。ここでは本文に記したように、主として軍と警察の権限と連携手続の関係から検討する。

²³ BVerfGE 132, 1.文末番号は判例集記載の段落番号であるが、項目の番号とタイトルは筆者が便宜上付したものである。下線も筆者による。

が連邦に帰属するとした(Rn.18)。

(2) 出動要件と軍固有の武器の使用

a. 出動要件論一般

ハイジャックされた航空機を撃墜するには、一般には警察機関が保持していない武器によらねばならないところ、第一法廷は、前記35条は、特別に重大な災難事故(besonderes schweren Unglücksfalls)の場合も含め、軍固有の武器の使用を認めていないとした。それに対して、合同法廷は、同条は軍固有の武器の使用を原則として排除していないが、そのような軍の出動は、87a条4項が定める国内緊急事態での軍出動についての厳格な要件が迂回されないように、狭い前提条件が満たされる場合にのみ許容されるとした(Rn.24)。当該条件は、91条が規定する、他州警察及び国境警備隊の出動が許容される国内緊急事態²⁴の状態で直ちに充足されるものではなく、また「警察が、公共安全と秩序の維持と回復という一般的目的について過大な負担の下にある、ということで常に充足されるものではない」(Rn.25)。

b. 軍固有の武器の使用

他方で、35条各条項を適用する場合に、軍が使用できる手段は、軍が出動する州の危険防除に関する法令によって警察が使用できる手段には限定されない。35条の当該条項の文言、立法経緯(Rn.32.33)に加えて、法体系上も、87a条4項1文は、組織され軍事的に武装した暴動の鎮圧につき、州及び連邦の警察を「支援するため」の軍出動と固有の武器使用を認めているのだから、35条2項及び同条3項においても、軍の使用手段は、支援される警察が使用できる手段には限定されない。実効的な危険除去に向けられた規律の目的と、「効果的な対処の必要性」をいう91条からもこの解釈が支持される(Rn.29)。

c. 「特別に重大な災難事故」の解釈

合同法廷は、このように武器の使用については、軍固有のものを認める立場に立ったが、他方で35条2項2文の「特別に重大な災難事故」については、上記87a条における制限の迂回にならないよう限定的な解釈を示した(87a条の「遮断効果」)。「破局的な次元の事件」(Ereignisse von katastrophischer Dimension)だけがそれに該当し、州警察によって統制不能な危険状況というだけでは不十分である。災難事故は既に存在しなければならず、国家によらない攻撃から来る国内的不安の除去といった状況も対象外であり、デモによる生命・身体の危険も含まれない。既に損害が発生していることは要求されないが、破局的損害発生が切迫し、直接見込まれる場合に限られる。軍固有の武器の使用は、そのような危険に対する最終手段であり、軍による、航空安全に対する包括的な危険防除を同条項は認めていない(Rn.43～

²⁴ 同条は、連邦ないし州に、その存立または自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するための、連邦政府の各州警察に対する指揮権及び連邦国境警備隊の出動を定めている。同条の改正(1968年)も含め、国内緊急事態への軍出動にかかる憲法改正については、松浦・前掲注(17)3頁以下が詳細である。

49)。

この説示からすると、航空機がハイジャックされたというだけでは、「破局的な次元の事件」には該当せず、既に（ハイジャック犯だけが乗った）同機が目標に向かって接近しつつあるなど、極めて限定的な場合にのみ軍固有の武器使用が認められることになる。

(3) 国防大臣の緊急権限

改正航空安全法は、ハイジャック機によるテロの危険も含め、州を超えた重大な災難事故の緊急事態において、（内務大臣と協議の上での）国防大臣単独での命令権限を認めたが、第一法廷はこれを違憲とし、合同法廷も以下のように合議体としての連邦政府（Bundesregierung）の決定（日本でいうところの閣議決定）が必要であるとして、この判断を維持した。

ボン基本法は、体系的に大臣権限と連邦政府の権限を区別しており、連邦政府の権限を個々の大臣に委任する権限は政府には無い。国防大臣の軍指揮権、国家の保護義務による実効的危険防止といった論拠で他の解釈を採ることもできない上に、原則として議会に属する権限について、連邦政府への例外的な帰属を認めた連邦憲法裁判所の諸判例も、ここでは論拠にならない。それらは、いずれもボン基本法が明示的に規律していない決定権限に関するものだからである（Rn.55～58）²⁵。判決は、憲法上の連邦における権限配分規定の解釈によって、本事案で想定される緊急の状況においても、合議体による決定という慎重な手続を経ることを求めたことになる。

<Gaier裁判官の反対意見>

合同法廷判決には、(2)の説示に対して、「軍固有の武器を使用する軍の出動」を認めないとするGaier裁判官の反対意見が付されている。同意見は、歴史的解釈として、憲法制定権者は、1956年の再軍備に関する改正、1968年の緊急事態条項に関する改正のいずれにおいても、軍の国内出動は、民主制と自治に対する特別な危険と結びついており、厳格かつ明確な限界を必要とすると認識していたとし、また明文化された「国内緊急事態」とそうでない「破局的緊急事態」を明確に区別していたとする。このように、軍と警察の分離、そして前者を警察任務に出動させることの抑制についての歴史的意義を同意見は強調する。

また、体系的解釈としても、連邦政府の合議権限を前提にして、「破局的緊急事態」においては、災害事故ないし自然災害の結果除去だけが可能であり、それは時間を要するものであることからすると、その任務は軍の出動とは相容れない。「破局的かつ直接的な被害が目前にある」場合という、合同法廷多数意見の基準は不明確であり、実務による主観的判断を免れず、国内政策的な目的での出動への拡張が排除できない、とGaierは批判する。

²⁵ 本決定を受けた第2法廷の決定（2013年3月20日，BVerGE,133,241）は、(1)～(3)の判断を維持し、(3)によって、航空安全法13条3項2，3文を違憲無効とした。

IV 比較の視座からの若干の考察

1. 比較の前提

本件は、ドイツ国内における軍の出動に関する事案であり、そこには当然ながら固有の法体系と史的前提がある。その差を踏まえた上で、比較検討の対象となるのは、日本においては、対処すべき事態の近接性からいえば、1)領空侵犯に対する措置（自衛隊法84条）であるが²⁶、2)治安出動（同法78条）、3)海上警備行動（同法82条）も対象となろう。治安出動については、海上警備行動にはない国会承認手続が課されるなど、自衛隊の出動と武器使用について、彼の地と同様に、やはり国民の自由と民主制の観点からの配慮が規定に看取される。

それに対して、海上警備行動の場合、海という場の特性に加え、なおかつ、現在日本で主に想定されるケースは、外国の船舶が対象であることも考慮する必要がある²⁷。もっとも、海上上空からのハイジャック機の接近に対して、海上における人命・財産の保護のため、警備行動で対応することもあり得よう²⁸。

以下、1)～3)に通底する、通常の警察組織・権限では対応できない事案への対応という、より一般的な次元で、参考になる点を掲げる。

2. 根拠法の明確性、法令の整合性及び体系的解釈を求める姿勢

軍固有の武器使用を認めるか（合同法廷意見、第二法廷判決）否か（第一法廷意見、Gaier反対意見）に関わりなく、根拠法の明確性、法令間の整合性、そして体系的解釈を求める姿勢がまず挙げられる。合同法廷意見が、連邦権限規定上の根拠を必要とした、(1)の争点に対する判断が典型であるが、軍固有武器の使用についても、軍出動を許容する他の憲法条項との整合性を含め、法令の体系的解釈が強調されている。

3. 固有武器使用の可否

それでもなお、固有武器使用の可否について、第一法廷意見、合同法廷の法廷意見、反対意見の分岐が示すように、解釈に幅がある。このことは、軍の出動について、一義的にその要件を法令で事前設定できるのか、そして設定すべきなのか、という問題の存在にも注意を

²⁶ 領空侵犯に対する措置においては、2)、3)とは異なり警察官職務執行法7条が明文で準用されていないが、行政実務においては、退去ないし着陸させるための武器の使用は排除されていないとの解釈が採られている。黒崎ほか『防衛実務国際法』（弘文堂、2021年）194頁、仲野武志『防衛法』（有斐閣、2023年）415頁以下を参照。民間航空機に対しては、国際民間航空条約3条の2により、武器使用は原則として禁止される。

²⁷ もちろん、海上警備行動も、漁業への影響など国民生活と直結する場面もあるし、陸域・空域で別途とられる措置とあいまって、ケースによっては、自由と民主制への懸念も想定されるが、概括的にいえば、本文のような対比もできよう。

²⁸ ただし、原発は海岸近くに設置されている場合も含め、陸域に存在するので、原発のセキュリティ確保を目的に、ハイジャック機に対して海上警備行動を実施することは、82条及び84条の解釈上難しいといえよう。

促す。

第一法廷判決の後、連邦議会の与野党及び学界では、ハイジャック旅客機の撃墜権限につき、ボン基本法（連邦憲法）に規定するという改正案が複数提示されたが、実現には至らなかった²⁹。現行ボン基本法を前提に事案の解決を求められる裁判所の解釈として、どの意見が妥当なのか。

この点、「軍・警察分離原則」との関係で、合同法廷判決を論じたThielは、以下のようという³⁰。テロへの対応など、軍の国内での防衛以外の任務への投入に積極的な諸議論や端緒一軍の騎兵隊化(Konstabilisierung)という評語がある一の文脈に本判決を位置付けることができる。軍固有の武器使用を（限定された条件の下ではあれ）認める合同法廷多数意見は、防衛以外の国内出動では、軍は警察と同様の手段しか認められないという従来の考え方ー「予備的な警察部隊」(Polizeitruppen auf Vorrat)という評語がある一からすると、「分離原則」の壁を破っているようにも見える。

Gaier反対意見は、そのような認識を基礎に、1968年憲法改正による国内緊急事態条項の導入においては、一定の軍出動を認めたにせよ、その例外的性格によって、同様の出動にかかる法解釈には抑制が求められるとした。しかし、Thiel自身は、現実的に考えるのであれば、「特別に重大な災難事故」において軍の出動を認めるのであれば、軍は実効的武器を手にする方が望ましいとして、Gaierの結論には賛同できないとする。

むしろ、多数意見の問題は、「特別に重大な災難事故」とはどのようなものを曖昧なままにしたことである。同意見は、デモや、武装反乱による不安がこれに該当せず、事故は既に存在しなければならないことなどをいうが（上記(2) c）、「特別に重大な災難事故」の積極的な法律構成を示していない。ゆえに、Thielは同判決における「分離原則」の「破棄」は、それが緊急事態においては、例外的状況ゆえに破棄できる場合がある、という仮定的なものにとどまるとする³¹。

もともと、仮定的かつ厳格な要件の下ではあっても、明文の憲法改正がなされなかった状況下で、武器使用について6年前の判例の解釈変更を行ったこと³²は、時代状況及び歴史との関係での分離原則の位置付けにも再度の考慮を促すものではある。

4. 緊急時の決定権限ー大臣権限と合議体としての政府の権限

この争点については、第一法廷判決の意見を是認した合同法廷判決によって、ドイツにおいては、連邦憲法規定との関係で、法律による国防大臣への緊急時の単独権限付与に限界が

²⁹ 松浦・前掲注(17)391頁以下が詳細である。

³⁰ 以下の3段落は、Thiel, a. a. O. (Anm.13), S. 25ff.からの要約である。

³¹ Thiel, a. a. O. (Anm.13), S. 26.

³² 裁判所の「解釈改憲」であるとの議論につき、松浦・前掲注(17)438頁以下、小野寺・前掲注(22)368頁以下を参照。

あることが確認された。例えば、日本における海上警備行動の場合、自衛隊法82条は、内閣総理大臣の承認を得て、防衛大臣がこれを発動する手続になっている。そして、この承認権限は、合議体としての内閣に行政権が属する日本国憲法のシステムにおいては（同65条、66条3項）、内閣の首長（内閣法2条）としての内閣総理大臣の権限であり、権限行使には閣議決定が必要である（同法4条）。閣議にかけて決定した方針に基づいて、内閣総理大臣は行政各部を指揮監督する（同法6条）。

実際に、海上警備行動の発動初例（能登沖不審船事件）においては、それぞれ持ち回りの安全保障会議と閣議を経て承認がなされている。緊急時の単独権限行使に憲法上の制約がかかるという面でドイツの法状況と類縁性がある。そして、この制約のなかで、内閣による判断の迅速性と的確性を確保するための実務的慣行も蓄積されている。その一つは、「閣議にかけた方針」については、予め一般的な方針を定めておけば、個別の案件ごとに閣議は必要としないという解釈である³³。そして、「我が国の領海及び内水で潜没航行する外国潜水艦への対処について」（平成8年（1996年）12月24日閣議決定）は、当該艦船を対象に海上警備行動を発令する場合について、この一般的方針を定めたものである。

実際に、2004年11月10日の、中国潜水艦による領海内潜航航行事件においては、この閣議決定を基に、小泉内閣総理大臣の承認を得て、大野防衛庁長官が、本邦2例目となる海上警備行動を発令した。しかし、この事件においても、潜水艦の侵入状況の確認から発令まで相当の時間がかかった（哨戒機による確認は同日早朝、発令は午前8時45分）ことから、事件後、潜航潜水艦が領海内に侵入した場合には、上記閣議決定を基に、特段の事情がない限り直ちに海上警備行動を発令する旨を含む、対処方針が策定されている。

また、潜航潜水艦以外の外国軍艦については、平成27年に対処についての閣議決定がなされたが、そこでは、基本的に、事態発生毎に、緊急の場合で全員が参集しての閣議が困難なときは首相が主宰して電話等により各大臣の了解を得て閣議決定を行い、それを経て承認するという手続が予定されている³⁴。基本的には、（オンライン環境の進捗はあるにせよ）能登沖事件の際の手続と同様であり、潜航潜水艦の場合に対比すると、慎重性の確保に重きが置かれている。

そして、弾道ミサイル等に対する破壊措置（82条の3）においても、内閣総理大臣の承認が必要とされるのに対して、領空侵犯に対する措置（84条）には、承認手続は規定されておらず、防衛大臣が単独で措置を講じさせることができる。

³³ 阪田雅裕編著『政府の憲法解釈』（有斐閣、2013年）187頁。

³⁴ 「我が国の領海及び内水で国際法上の無害通航に該当しない航行を行う外国軍艦への対処について」（平成27年5月14日閣議決定）の3.（1）。併せて、発令に際して、安全保障会議の審議等を行う場合も、電話等により行うことができる旨をいう（同（2））。

V 自衛隊と法執行組織（広義の警察。海保も含む）の分離原則

次に、ドイツの法制・議論としての「分離原則」を参考に、対比・類比を試みると、日本の場合にも、防衛・警察の「分離原則」は、実定法の法体系において、組織と権限の構成原理として語り得ると考えられる。日本国憲法においては、ドイツ・ボン基本法とは異なり、自衛隊と警察（広義）の組織・権限、そして、その調整に関する明文の規定は存在しない。しかし、憲法9条の下で一定の限界をもって認められている対外的な防衛の組織・作用と、国内における公共の福祉（憲法12条、13条）の一環としての「公共の安全と秩序」の確保³⁵のための警察の組織・作用は、憲法上区別されていると解される。そして、法律レベルにおいてこれを受けとめて、自衛隊、都道府県等警察、そして海上保安庁麾下の組織と作用は、それぞれ独立したものとして規定されている。なおかつ、海上保安庁法25条「この法律のいかなる規定も海上保安庁又はその職員が軍隊として組織され、訓練され、又は軍隊の機能を営むことを認めるものとこれを解釈してはならない。」は、分離原則の包含する内容の一つを法律レベルで確認したものとして特筆されよう。

その上で、日本の法体系上、分離原則は、例外を許容しない固いルールではない。自衛隊と都道府県等警察、海上保安庁、各組織の連携、そして、防衛権限と警察権限の組織上の交差も認められている。海上警備行動は、両組織が連携し、かつ権限の交差が認められている具体例である。

VI むすび

以上、不十分ながらドイツのハイジャック航空機対応立法にかかる判例及び分離原則についての議論を比較の素材として、防衛・警察両組織の緊急事態対処のあり方を検討してきた。

ハイジャック機も含め、航空機等による意図的攻撃に対する原発防護という具体論へと議論を展開するには、更に様々な要素を考慮しなければならない。要素の一端を示すことでむすびとしたい。

<国際民間航空条約（シカゴ条約）との関係>

同条約3条の2(a)は以下のように規定する。

「締約国は、各国が飛行中の民間航空機に対して武器の使用に訴えることを差し控えなければならない及び、要撃の場合には、航空機内における人命を脅かし又は航空機の安全を損なつてはならないことを承認する。この規定は、国際連合憲章に定める国の権利及び義務を修正するものと解してはならない」

(b) 以下略

³⁵ これに対応した、法律レベルでの表現として、例えば「公共の安全と秩序」の維持（警察法1条、2条）、「海上の安全及び治安の確保」（海上保安庁法2条）が挙げられる。

本条は、「国際民間航空条約の改正に関する千九百八十四年五月十日にモントリオールで署名された議定書」により条約に追加されたものである。

この議定書は、「昭和59年（1983年）に大韓航空機が撃墜された事件を踏まえ、同様の事件の再発を防止するため、国際法の原則である民間航空機に対する武器の不使用をシカゴ条約上の義務として明文化すること等を内容とするものである」³⁶。日本では、平成10年（1998年）5月22日に国会承認、6月23日に批准の閣議決定、26日に批准書寄託、という過程を経て、10月1日に日本も含め効力が発生、同15日に条約第14号として公布された。

なお、日本において、批准までに長い時間を要しているが（事件発生及び議定書採択から15年）、政府の説明は、同条c項が規定した、自国の民間航空機が、外国領空において、無許可飛行など法令違反をしている場合に、「重い制裁を課す」ことについての慎重な検討が必要であったとする。

また、この間議定書に未加入であったことについては、議定書前文が「民間航空機に対して武器を使用しないとの原則を再確認する」とあるように、民間航空機に対する武器不使用は、一般国際法上の原則であり、日本はこれを遵守しており、他国もこれを遵守する義務があるという説明がなされている³⁷。

日本の場合、そもそも国内的な法政策として、セキュリティ面での原発防御は、本章Ⅱで振り返ったように、事業者にも物理的な面も含め防護措置を義務付け、一般的な警察権限の行使の範囲内で、都道府県警察と海上保安庁が警備を行っている。しかし、もし仮に、ハイジャックされた民間航空機に対して、ドイツ航空安全法のような対応を検討するとすれば、この条項との関係が問題になる。そして、シカゴ条約3条の2(a)は、武器不使用の例外として、自衛権による措置としての武器使用を認める趣旨で規定されたものではあるが、本章で想定しているようなケースが自衛権の発動に該当する場合は、極めて限定的であろう。

そして、日本の国内法として、想定ケースに直接に関わる措置を規定するのは、自衛隊法84条の「領空侵犯に対する措置」である。

＜領空侵犯に対する措置と民間航空機への対応及び自衛権との関係＞

自衛隊法84条は、以下のように定める。

「防衛大臣は、外国の航空機が国際法規又は航空法（昭和二十七年法律第二百三十一号）その他の法令の規定に違反してわが国の領域の上空に侵入したときは、自衛隊の部隊に対し、これを着陸させ、又はわが国の領域の上空から退去させるため必要な措置を講じさせることができる」

同条の解釈にかかる議論の整理と分析は他日を期さざるを得ない。ここでは、①同条は、

³⁶ 同議定書の国会審議に当たり、議定書に説明のため付された（参考）の記述。

³⁷ 第142回国会 衆議院 外務委員会「会議録 第11号」（1998年5月13日）を参照。

「外国の航空機」と規定することから、日本の民間航空機は、ハイジャックされたとしても同条の措置の対象にはなり難いこと、②同条の「必要な措置」については、やはり上記シカゴ条約3条の2(a)との関係で、民間航空機に対する武器使用は原則としてできないと解されていること³⁸を指摘するにとどめる。

なお、本章で紹介検討した、ドイツ連邦憲法裁判所合同法廷判決においては、シカゴ条約3条の2(a)と航空安全法との関係は論じられていない。各法廷から回付された憲法上の論点を扱うのが合同法廷の役割であるからでもあるが、航空安全法の立法に当たっては、その作用の位置付けは、自衛権による措置ではなく、危険防除のための警察活動であるとされていた³⁹。そして、各連邦憲法裁判所判決もそれを前提に、連邦憲法上、自然災害及び重大災害事故の場合に「軍隊による警察活動」を一定範囲で認めるボン基本法35条が、航空安全法による武器使用の作用法上の根拠となるか、また、他の既存の「軍隊による警察活動」にかかる連邦憲法関係諸規定と航空安全法の整合性を問題としたことを再度強調しておきたい。

<戦時、軍隊による攻撃に対する防御>

戦時、軍隊による攻撃への防御、特にそれを未然に防止するための対応については、ウクライナで起きた事態を受けて、①知事会の政府に対する緊急要請「原子力発電所に対する武力攻撃に関する緊急要請」(令和4年3月30日)⁴⁰、②国際条約の改正等を中心とした前記笹川平和財団の提言がある。

①は、以下に掲げるように、外交等を通じた武力攻撃の抑止(1)と併せ、武力攻撃事態における原子力発電所の停止等(2)、ミサイル攻撃に対する防衛(3)という、直接の防御にかかる内容からなっている。

1 他国の領土や主権の侵害は何の利益も生まず、自らの国益を大きく毀損するとの認識を国際社会において確立することこそが、ミサイル発射などの武力攻撃に対する最大の抑止力であり、国においては、今般のような事案が起きた場合には、国際社会と協調した経済制裁措置の実施など、外交等を通じて毅然として対処すること。

(武力攻撃事態における原子力発電所の停止等)

³⁸ 仲野・前掲注(26)418頁。シカゴ条約3条の2の存在から、憲法98条2項により民間航空機に対する武器使用は禁止されとする。

³⁹ 松浦・前掲注(17)336頁以下が詳細である。また、同法は、9.11テロ後の危険への対応を図った2002年12月16日の欧州航空安全規則(Verordnung (EG) Nr. 2320/02 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002)の要請による法改正の一環でもあるが、同規則は軍隊の利用については関説していない。この点についても、松浦・前掲注(17)334頁以下を参照。なお、同規則の要請による空港リスク管理強化に関しては、ドイツにおける関連事業者や旅客の基本権等との関係で訴訟も提起されているが、Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. April 2005, juris Logo.はその一例である。

⁴⁰ 全国知事会HPに所収、https://www.nga.gr.jp/item/material/files/group/2/01_2022033001_siryo_nc_ver2.pdf (最終閲覧日：2024年1月9日)。この要請については、②においても紹介がなされている。

2 原子力発電所への武力攻撃などが懸念されるような事態となった場合には、国は、国民保護法に基づき、原子力事業者に対し運転停止を命ずるなど、迅速に対応すること。

また、突発的な武力攻撃の発生に備え、原子力事業者が、特に緊急を要する場合には国からの命令を待たず直ちに運転を停止できるよう、国は、平時から事業者の体制の確認・徹底を指導すること。

（ミサイル攻撃に対する防衛）

3 万が一、原子力発電所に対するミサイル攻撃等が行われるような事態になった場合に、迅速に対応できるよう、自衛隊による迎撃態勢及び部隊の配備に万全を期すこと。

また、②においては、提言2の解説に、以下の記述がある（下線は本章筆者による）。

「まず、今回のザポリージャ原発への攻撃、占拠の教訓を踏まえ、ジュネーヴ諸条約第一追加議定書が定める原発への攻撃や占拠の原則禁止について、あらためて各国で協議し、条約の改定や解釈の統一に向けた努力を開始するべきである。具体的には、原発を含むすべての原子力施設に対する軍事行動を全面的に防止するための話し合いを進める必要がある。その場合、この合意を隠れ蓑として利用し、軍事施設を原子力施設周辺に設置する国が出てくる可能性がある。そのような行動を防ぐためにも、原子力施設を保有している国は、当該施設を隠れ蓑として軍事拠点としないことを確約する必要がある。また、戦時下においては、当該施設が軍事施設でないことを明示することにより、攻撃のリスクを低減できる。」

そして、下線部に付された注において、以下が指摘されている。

「現在、原子力施設の保護対策として、対空ミサイルの設置などが検討されているが、その措置は、原子力施設が軍事拠点とみなされる恐れがあり、かえって攻撃の正当性を与えてしまうことになりかねない」⁴¹。

「戦時」の攻撃を想定したとしても、その未然防止も含めた方策には種々の課題があることが、現場の声も反映された上記①②の記述からも読み取れる。そして、ウクライナだけでなく、中東においても新たに憂慮すべき事態が生じた今日において、戦時と平時（のテロ）、サイバーとリアル、更に言えばセキュリティとセーフティなど、生起する危険の「区分」は容易ではない。

そうすると、一方で、テロについては、施設のハード・ソフト両面での嚴重化、戦時においては、国民保護も含めた「有事」法制、という二分論での対応を維持できるのかが問われる。他方で、他の場面も含め、シームレスな対応の必要性も強調されているが、そちらはそちらで、シームレス化と「分離原則」及びそれを支える思考の整合性も十分考慮しなければ

⁴¹ 同提言注18。記述の典拠は、笹川平和財団「第13回核不拡散・核セキュリティ研究会」〔真山全・大阪学院大学教授講演〕（2022年11月16日）。

ならない。

危険の種類ごとに、長短両面での事前の対応、攻撃が迫った段階、そして攻撃を受けた段階での対応を設計・運用する必要もあるが、長い目でみれば、知事会の緊急要請がまず言及するように、外国との関係での防護の根本は「外交」であることも強調しておきたい。