

# 日本国の防衛負担（防衛目的のための収用その他公用負担）の法的问题について

Die Rechtsprobleme der Verteidigungslasten in Japan

（緊急時に法治国家たることを担保する法制度の研究序説）

山田 真一郎

はじめに

第1章 軍事負担の行政法上の位置づけと軍事

負担の制度

第1節 公用負担の概念とこれに対する軍事負

担の位置づけ

第2節 軍事負担の制度とその特色

第2章 防衛負担の行政法上の位置づけと防衛

負担の制度

第1節 「防衛負担」の位置づけ

第2節 防衛負担の制度

第3節 防衛負担の制度的特色について

第3章 ドイツ防衛負担の法構造

第1節 ドイツ防衛負担の概念とその制度

第2節 ドイツ防衛負担の立法をめぐる連邦と

諸州の攻防

第3節 防衛負担に係る衡量判断のための機能

・組織上の権限配分の原則

第4節 衡量判断における考慮事項並びに利害

関係人、第三者機関の手續参画

第5節 給付請求、収用手続における連邦国防

行政・連邦軍の位置づけ

第4章 日本国の防衛負担の法的问题

第1節 防衛負担に係る判断の機能・組織上の

権限集中

第2節 衡量判断において考慮されるべき事項

の法定要件の欠如

第3節 防衛行政を担う組織の編成について

おわりに

## はじめに

行政法学においては、「公益上必要な特定の事業の需要を満たし又は特定の物の効用を全うする為めに、人民に課せられる公法上の経済的負担」を公用負担と称し、土地収用がその代表的作用形態である。この公用負担は、様々な観点から分類される。課せられる負担の内容から「人的負担」と「物的負担」の区分があり、負担が課せられることとなる発生原因から「強制負担」と「任意負担」に区分される。この定義に該当する経済的負担は、防衛行政の領域にも存在する。自衛隊法一〇三条一項に規定される防衛出動の際の「自衛隊の行動に係る地域」において、都道府県知事から課せられる物資の収用や業務従事命令などがこれにあたる。本稿は、「防衛目的の措置をなすために私人に課せられる経済的負担」を「防衛負担」と定義して、現在の防衛負担の制度構造の特徴を大日本帝国憲法下の軍事負担との制度比較から浮かび上がらせるとともに、ドイツ連邦共和国の防衛負担の法構造との比較という視点から、現在の日本の防衛負担の法問題を行政法学の観点から考察することとする。

日本の防衛法制は二〇〇三年から翌年にかけて成立した一連の武力攻撃事態対処法制により体系的整備が進められた。この一連の法制の成立に対しては、これを戦争準備法制の成立ととらえる憲法の観点から様々な問題が提起され、当時修士課程学生であった著者もドイツ連邦共和国の防衛負担の議論を参考として日本の防衛負担の法的问题点を明らかにしようとして試み、これを修士論文の題材とした。

その後、防衛実務への関心の高まりもあり、短い期間ではあったが、自衛隊での貴重な勤務を経験し、大学院博士後期課程に復帰し、修士論文を土台として防衛負担に関する論考を仕上げた(「ドイツ防衛負担の構造(1)」(早稲田

大学大学院法研論集一三八号（二〇一一年）一七五頁―一九九頁、「ドイツ防衛負担の構造（2・完）」（早稲田大学大学院法研論集一三九号（二〇一一年）一三七頁―二〇四頁）。これらは、ドイツ防衛負担の制度とその骨格を、「一般行政官庁」が担う権限とこれを担保する法的特色は何か、この「一般行政官庁」と「軍」とは作用法的・組織法的にどのような関係にあるのか、「連邦国防行政」は「軍」とどのような関係にあるか、という点を中心に概観を試みたものであった。

本稿は、かつて概観を試みたドイツ防衛負担の法構造の分析を踏まえながら日本国の防衛負担の法的問題点について行政法学の立場から検討を加えるものである。ドイツ防衛負担の構造についてはすでに先の論文で検討したところではあるが、本稿の分析の基点となっており、再度それらに簡単に触れたうえで、分析・整理が不十分であった点を補いながら、行政法学の観点から日本国の防衛負担をどのように評価すべきか、検討していきたい。

第1章では、大日本帝国下の軍事負担の位置づけと諸制度を概観し、第2章では、日本国憲法下の防衛負担（戦前の軍事負担に相当するものであるが、戦後の憲法構造の変化によって、その範囲や内容は、質的・量的に大きな差異がある。）の位置づけと諸制度を概観し、第1章でみた軍事負担の制度との関係での特色を整理していく。第3章ではドイツ防衛負担の法構造を立法時の議論と併せて整理する。第4章では、第2章で検討した日本国防衛負担の制度の問題点を、ドイツ防衛負担の法構造と照らし合わせてその問題点を検討することとする。

## 第1章 軍事負担の行政法学上の位置づけと軍事負担の制度

この章では、大日本帝国憲法の下における軍事負担の行政法学上の位置づけ、軍事負担として整理されてきた諸制

度並びにその特色、をみていくことにする。

### 第1節 公用負担の概念とこれに対する軍事負担の位置づけ

日本の行政法学黎明期をけん引してきた美濃部達吉博士、織田博士の公用負担の定義とこれに対する軍事負担の位置づけをみていくことにする。後述のように「軍備の目的の為に国家が人民に課する所の経済上の負担」と一般的に定義される軍事負担が公用負担の体系の中で、どのような位置づけを与えられていたのかをみていくことになるのであるが、その関係を見るためには、まず公用負担の定義がどのような体系、目的意識において形作られてきたかを検討する必要がある、その上で公用負担との関係で、軍事負担がどのように位置づけられるのかをみていくことになる。

#### (1) 美濃部博士の定義する公用負担と軍事負担

##### (イ) 公用負担

まず、行政法体系の重要な一章をなす公用負担の定義について、美濃部達吉博士は、「公益上必要な特定の事業の需要を満たし又は特定の物の効用を全うする為めに、人民に課せられる所の公法上の経済的負担」と定義する<sup>6</sup>。市民法学とも評価される美濃部法学にとって、国民への強い権利制限をとまなう公用負担としての行政作用は、重要な研究領域であったと思われる。この定義の要素は、四つあり、作用の目的、負担を課せられる者、負担を課する関係の法的性質、負担の内容からなる<sup>7</sup>。

第一に、目的は「公益上必要な特定の事業又は物のため」である。①国又は公共団体の公企業の経営のために課せられる負担、②私人の事業の経営のために課せられる負担、③国又は公共団体の公物の管理のために課せられる負担、

④私人の物の保存のために課せられる負担、を含むとする。一方で「立法又は司法のために課せられる負担」、「国又は公共団体の組織のために課せられる負担」、「財政のために課せられる負担」、「軍政のために課せられる負担」は除かれている。

ここで確認できることとして二つある。一つは、公用負担は「社会公益の目的」に資するものであるということである。『行政法撮要』及び『日本行政法』<sup>(8)</sup>に現れる美濃部博士の体系をみると、「公用負担」は「警察」(消極的秩序維持行政)と区分される「保育」すなわち、「社会の文化を開発し、国民の福利を増進する」作用の一種類<sup>(9)</sup>として位置づけられる。ゆえに国家目的のために課せられる「財政」、「軍政」<sup>(10)</sup>などは区別されるし、また、国・公共団体の「財力」や「組織」の維持のために課せられる負担(納税義務など)はこれらから除かれる。

もう一つは、公用負担は社会目的達成に間接に寄与する、ということである。「事業」が、「公企業」であろうが「私企業」であろうが、あるいは「物」が「公物」であろうが「私物」であろうが、それら「事業」の達成あるいは「物」の管理、保存によって社会目的が達せられる。「公用負担」はそれらに寄与することによって、社会目的を間接的に達成する。この点において、負担を課することによって直接その目的を達せられる「警察義務」(警察上の営業禁止など)や「統制のためにする負担」(物価騰落抑制のための需給調節など)と区別される。<sup>(12)</sup>

第二に、負担を課せられる者という要素についてである。負担を課せられるのは人民であるとされ、「公の行政の主体たる地位に於いての公共団体又はその他国家事務の受任者の負う所の負担」は公用負担と区別されるとし、また「事業者自身又は其の利用者がその事業の為に負う所の負担」(地方鉄道や水道などの特許企業の経営者がその企業に用いる物件について融通性を制限されるなど)も公用負担にあたらぬとする。<sup>(13)</sup>

第三に、法律上の性質が公法的であることである。負担を生ずる原因が公法的の原因に因るものを公用負担とする。

また任意に負担に服する場合もその効果が公法的であれば公用負担であるとす。

第四に、公用負担の内容は経済的負担であるとす。私法上の取引関係において発生しうべきものとその効果を等しくするとし、「公勤務」「兵役」の義務の「とき」「精神的倫理的内容」を含まないとする。

#### (ロ) 軍事負担

次に、軍事負担について、美濃部博士は、「軍備の目的の為に国家が人民に課する所の経済上の負担」と定義する。「軍政」<sup>15</sup>に含められる負担といえは、他にも「兵役」があるが、すでにみたように「兵役」は国の組織を維持するためのものであり、また、その負担の内容に精神的内容を含まから、「兵役」は「公用負担」から明確に除かれることになる。「兵役を除く、其の他の軍政のために課せられる負担」が、ここにいる「軍事負担（狭義）」ということになる。軍事負担は、多くの点で前述の、公用負担の定義を構成する諸要素を含んでいる。まず、軍事負担は、「国の武力の維持」という「特定の事業」の目的を達するために認められる負担であり、また「国の武力の維持」という目的は事業を営むことよって達成することとなり、負担はこれを間接的に支えるに過ぎない。

では、美濃部博士は軍事負担を前述の公用負担に対してどのように位置づけるのであろうか。これについては一定していない。<sup>16</sup>

柳瀬博士がその著書で指摘される通り、公用負担の観念をどのように定めるかは、論者との「体系」と論者が公用負担という概念を置く「目的」との二つの要素が交錯することになる。<sup>17</sup>美濃部博士の軍事負担の位置づけについての「一貫性のなさ」は、その二つの要素のいずれに比重を置いてるか、に理由があると考えられる。美濃部博士は、一方で公用負担という概念を、法的性質を同じくし同じ規律に従うものを他と区別して同一の観念にまとめ、以て「通観の便」<sup>18</sup>を得るといふ目的を重視しての分類、位置づけを行う。軍事負担の性質の公用負担のそれとの近似性から軍

事負担を公用負担との関係で説明しやすいということであれば、公用負担の中で論ずることになる。他方で、体系に重きを置く際には、その経済的負担が仕える事業の性質の違いに注目せざるをえないことから、公用負担から除いて論じることになる。

(2) 織田博士の定義する公用負担と軍事負担

織田博士は公用負担を「公企業又は公物を保護するの目的を以て法律が私人に命じる負担<sup>18)</sup>」とする。ただし、「私企業及び物件に就いても其の公用を充たすものと認むるものには同様の保護を加える」のが通例であるとし、またこの負担の内容を「個人の自由の制限に止まらず、其の財産権殊に所有権の制限又は変更に及ぶ」とする。

目的（織田博士の言う「根本目的」）、負担を課せられる直接の目的（負担は何に寄与することを求められるか）、負担の内容が織田博士の公用負担の定義の要素といえる。

「根本目的」は、「専ら特定の企業又は物件に依つて達せらるる公用を保護することとする」。「警察事項における制限」はただ「社会秩序の保持」を唯一の目的とするから、これにあたらなとし、「納税義務その他の財政負担」はただ国庫の収入を増加するためになすものであるから異なるとする。また「兵役義務及びその他の軍事負担」は国防の必要より出ずるものであるから、やはり公用負担の要素たる根本目的とは異なるものとする。

次に、負担を課せられる直接の目的を、「公企業及び公物を保護すること」とする。また、「公用に貢献する私企業及び私物」を「私法の通則の支配に放任し置くことが不適當な場合」に同一の負担が命じられ得るとし、これを公用負担に含める。

また、その求める負担の内容ごとに、「人的負担（人に対して課せられる作為、不作為、給付又は受忍の義務をい

い、負担によって命ぜられる手段においては警察権による制限と異ならないとする。）、「物的負担（公用制限）」、「公用徴収（私人の所有権を剥奪すること、今日においては公用収用の用語が通常用いられる。）」とされる。

以上を見るに多少の差異はあるが、柳瀬博士の指摘の通り、美濃部博士のいう公用負担と織田博士の公用負担はほぼ異なるところはない。

織田博士のとる体系も美濃部博士のそれと近似していることが主たる理由と考える。織田博士の『日本行政法原理』の章構成をみると、「第三編 行政活動」の中に「第1章 警察」「第2章 保育行政」「第3章 軍備」「第4章 財政」を並べ、この「保育行政」の章の中に公用負担を位置づけており、保育の中に公用負担を位置づける点で美濃部博士の体系と同一のものとなっている。

次に、軍事負担はどのような位置づけになるであろうか。

織田博士は軍事負担を「第3章 軍備」に位置づけ、「軍備の目的の為に国家が私人に対し金銭上の価格を以て命ずる物質上の負担<sup>20)</sup>」と定義する。公用負担と「同様の形相」を備えているとするが、先に述べたように根本目的の観点から、公用負担から除いている。

### (3) まとめ

美濃部博士、織田博士以外でも、例えば渡邊宗太郎博士の文献においても、「公用負担」の定義は両博士とほぼ重なり、また目的という分類基準から「公用負担」から「軍事負担」を除く点についても共通している。

以上をまとめるに、「公用負担」とは、その目的ないし根本目的において「福利」ないし「保育」の実現を目指し、それらを達成するために行われる「事業の遂行」や「物の管理・保存」のためになされるもので、その私人に課せら



れる経済的負担とは、人的、物的負担に及ぶ、とするのが一般的といえ、通例において美濃部博士の定義が広く用いられてきた。

「軍事負担」の位置づけであるが、その觀念の要素は公用負担との類似性を指摘されながらも、それとは異なる「軍政」ないし「軍備」の中に、臣民に対して、「軍備」「兵力」の維持という事業を遂行するために課せられるものが軍事負担とされ、主にその目的において「公用負担」とは異なるものとして位置づけられるのが一般的であった。

また、体系書においては、先に「保育」などで「公用負担」の叙述が一通りなされた後に、「軍事負担」を「軍政」ないし「軍備」の中で説明することが常である。軍事負担を説明する際に、公用負担として他の制度と並べて論ずると、「軍政」ないし「軍備」の諸作用の中で論ずると、どちらがより理解しやすいか、という実際的な問題が大きく関係していると考えられる。

次節にみるように、軍事負担の個々の制度は、その負担がいかなる需要の充足に、どのように仕えているか、という部分の理解なくして、その制度を理解することはできない。実際の軍隊の活動とこれをどのような諸措置が支えているのかに触れながら、すなわち「軍政」ないし「軍備」に関する諸作用の中で説明する方がやはり容易であったのだろうと考えられる。

## 第2節 軍事負担の制度とその特色

どのような制度が戦前の軍事負担として説明されてきたのだろうか。主要な行政法学の文献が共通して挙げる制度は、「徴発」、「要塞地帯制限」、「軍需工業動員」、「軍港及び要港における制限」である。<sup>22</sup> また、軍事目的の「土地取用」については、土地取用法において軍事目的のための土地取用がなされてきた。以下、それぞれを略述してい

く。

(1) 「徴発」

第一に「徴発」とは、「軍隊を活動せしむるに當り、普通的手段を以て其の需要を充すこと能わざる場合に於て、其の必要を充し得べき地位に在る者に対し必要なる経済的負担を課する行為<sup>23)</sup>」とし、「戦時又は事变」に際して課せられるものとしながらも、「平時においても演習及び行軍に當り、已むを得ざる必要あるとき」もこれを行うことができた。根拠法令は徴発令(一五布告四三)及び徴発事務条例(一五布達二二六)を中心とする<sup>24)</sup>。

負担として課せられるのは、一に物の納付を求めるもの(物品負担)、二に労役の納付を求めるもの(労役負担)、三に物を軍隊の使用に供与させ、これに伴って私人の当該物の使用制限を課すもの(公用使用)、四に物の収用を求めるもの(公用収用)、とに分けられる。

例えば、物品負担としては、馬糧・食糧品・薪炭(一二条一号)・飲水・石炭(一二条五号)・演習に要する材料器具(一二条九号)が、戦時に際しては、軍事の工作に要する材料器具(一三条一号)・被服・装具・草履・兵器彈藥・船具・寝具・藥劑・治療機械・包帯具(一三条三号)が対象となる。また労役負担としては、特殊の技能を要しない一般人の耐え得べき労役(一二条六号)が、戦時に際しては、職工・鉄夫・洗濯人の類(二三条二号)、船舶汽車の操業者が徴発の対象となる。さらに公用使用に相当するものとしては、馬・車両・宿舍・厩・倉庫・船舶・鉄道汽車・演習に要する土地が使用・制限の対象となる。戦時においては、造船所・工作所・水車の類、病院も使用・制限の対象となる。船舶・汽車の徴発は軍事輸送義務を課すものである。病院の徴発は陸海軍病院の補助として傷病者を収用しその治療にあたらせるが、合圍地境内では全部を明け渡させて使用する場合がある。宿舍・厩の徴発は被徴

発者は併せて、人馬の食事飼料を供給しなければならない。最後に、公用取用であるが、その範囲は限定的である。平時と戦時とを問わず、宿舎・厩・倉庫は取用の対象とならない。馬・車両・船舶は戦時において、取用の対象となる。船舶の取用にはその操業者をも併せて徴用する。造船所・工作所・水車もまた戦時において取用の対象となる。

徴発の手続きについては以下の通りとなる。徴発権を有する機関、すなわち陸軍大臣、海軍大臣、師団長、鎮守府司令長官その他全て陸海軍の独立部隊長が、徴発の対象となる目的物の種類に従って徴発区すなわち、市町村、船舶会社、鉄道会社に対して徴発書を発してこれを行う。徴発に対しては損失補償を行うことが必要となる。徴発は国により徴発区域内における各私人に対し課される負担で、府県知事及び市町村長は国の機関としてこれを遂行し、負担義務者は各私人である。

補償は、本来完全な補償が行われるべきところではあるが、補償金は各徴発区ごとに一括して交付し負担者たる各人に分配され、府県知事又は市町村長は法律に定められる標準によってこれを請求するにとどまる（徴発令三二一条）。この請求等にかかる算定の評価について協議が整わない場合、その評定に対する救済は認められていない。<sup>26</sup>

この徴発にかかる義務に従わない場合の罰則についてであるが、一般の公用負担法よりもはるかに重い罰則が定められている。<sup>27</sup>

## （2）軍需工業動員

軍事負担に含まれる第二が、「軍需工業動員」である。根拠法令は「軍需工業動員法（大正七法律三八）」である。戦時に際し、軍需品（兵器、艦艇、航空機、弾薬、軍用器具機械及び物品、船舶、鉄道軌道及びその付属設備、燃料、被服、糧秣、衛生材料、獣医材料、通信用物品、以上の物の生産修理に要する材料、原料、機械設備等）の生産、修

理又は輸送のために、民間の工業を利用し得る手段である。①工場及び事業場の管理、使用又は収用、②土地、家屋、倉庫その他の工作物及びその付属設備の管理、使用又は収用、③船舶鉄道の管理、④その他動員として従業員の徴用、軍需品の処分の制限、労役の徴用、が定められている。

### (3) 要塞地帯制限

軍事負担に含まれる第三が「要塞地帯制限」である。要塞地帯とは、国防のために建設した防禦營造物（例えば、火薬庫、対空砲陣地など）の周囲の区域（陸地、海面を含む）をいい、その区域はさらに中心から外に向かって三つに区分される。要塞地帯内においては、地帯区域内における土地所有権が制限されたり、私人に対して一定の行為が禁止されたりする。

土地所有権の制限としては、①ある種の築造物の新設、改築、増築又は変更を禁止し、又は制限すること、②ある種類の物質の屋内又は屋外における累積を禁止または制限するところがある。絶対的に禁止されるものもあれば、要塞司令官又は陸軍大臣の許可を受けずにこれをなすことを禁止するものもある。これに反して新設、改築、増築又は変更をおこなった場合は築造物を除去ないし原状に復さなければならぬ。

一定の行為の禁止としては、①水陸の測量、撮影模写、録取及び航空を要塞地帯内及び第三区から外側三五〇〇間（六三六四m）以内において、要塞司令官の許可を受けずにおこなってはならず、また②第一区に属する水面においては漁労、採藻及び艦船の係留並びに土砂の掘削を要塞司令官の許可なくしておこなってはならない。

#### （4）軍港及び要港における制限

要塞地帯における制限と同じく、軍港、要港<sup>(3)</sup>と指定された港については、土地所有権に対する制限及び一定の行為の制限が課せられる。土地所有権に対する制限としては、ある種類の建造物、工作物または工事の新設又は制限についてであり、一定の行為に対する制限としては、境界内における艦船の出入錨泊、火器又は爆発物の発射発火、海岸又は境界内に注入する水流への物件の遺棄、境界上の航空、水陸形状の測量、撮影、模写、録取又は地理案内書の発行に對してであり、絶對的に禁止される場合と、鎮守府司令長官又は要港司令官の許可を得ることでおこなうことができる場合とがある。

#### （5）軍事目的の土地収用

明治二二年（一八八九年）の土地収用法制定以来、土地収用法には、収用が許される目的として、軍事目的が挙げられていた。要塞、兵營、飛行場の類はもちろん、兵器廠、被服廠など直接に国防のためにするもののみならず、陸海軍備の維持を目的とする事業であればそのための官營の製造工業や衛生病院の類に至るまでその中に含まれ、その目的に必要な限りで土地収用が許されることとされていた。<sup>(3)</sup>

#### （6）軍事負担の制度的特色

以上のような内容を持つ戦前の軍事負担制度の特色を第2章で検討する防衛負担の制度と比較するため、以下に整理していく。

第一に、軍事負担の目的、対象が広範囲に渡ること、を指摘することができる。掲げられている法目的が抽象的で

あり、対象を限定すべきとの問題意識は立法者はおろか、当時の公法学の文献においても見出すことができない。

第二に、徴発、その他軍事負担をめぐる判断が軍の機関に集中していることも指摘できる。軍の機関が軍事上の必要性を判断し、また自ら私人に直接義務を課す点は、いずれの制度においても共通している。徴発でいえば、「徴発区」として徴発手続に関わる府県は、あくまでも国(軍)の機関として徴発物質の輸送を担うなど徴発の執行を補助する立場であるにすぎない。

第三に補償についてであるが、徴発などで発生する経済的負担に対しする補償制度が極めて不完全なものである。

最後に、軍事負担が課せられた場合の権利救済の手段についてである。軍の機関によるこれら「徴発」や「管理」、「使用」や「一定の行為の制限」などは、行政行為であることは明白であるが、列記主義をとる行政裁判制度下においてこれら決定に対し裁判所の審査を求めることはできなかった。<sup>46)</sup> また、法令によつて直接課された各負担(現在でいう一般処分という性格を有するものと理解できる)についてはもちろん裁判上争うすべはない。

## 第2章 防衛負担の行政法学上の位置づけと防衛負担の制度

前章では、日本国における公用負担と軍事負担とをめぐる体系上の扱いと、その背景にある当該体系を採用した論者の問題意識等について論じてきた。この章では、軍事負担に対応するといえる戦後の防衛負担の定義に含められてきた制度についてみていくことにする。

## 第1節 「防衛負担」の位置づけ

昭和二九年（一九五四年）に防衛二法（防衛庁設置法及び自衛隊法）が制定施行され「我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つ」ことを目的とする自衛隊が誕生したが、自衛隊そのものの違憲論や、自衛隊が合憲として位置づけられるための「自衛」の範囲や攻撃能力の限度について激しい議論が続けられていることは周知のところである<sup>27)</sup>。この問題については本稿では立ち入らず、行政法学の観点から既存の防衛法制（戦後の法制度研究については、軍事法制という表現を使用しない）を戦前の軍事負担との差異を意識しながら検討してゆく。この自衛隊の行動を支える各種の負担「防衛負担」の位置づけについて、柳瀬博士の『公用負担法』（初版一九六〇年、新版一九七一年）及び杉村敏正博士の『防衛法』<sup>28)</sup>を手掛かりとして探っていく。

## （1）柳瀬博士の定義・見解

柳瀬博士は戦前の軍事負担に対応する「防衛負担」を公用負担の中から除く。まず、防衛負担の観念の要素の多くは、公用負担におけるそれとほぼ同じであるし、また防衛負担を基礎づける法律（自衛隊法及び外国駐留軍）の規律の点においても公用負担の諸制度と異なるところはないとする。ところが、「国の武力の維持」という目的において、公用負担とは異なるし、また「旧時における徴発の如き特殊のものではなく、従ってこれを公用負担中に加えても特に述べべき特殊の問題はないので、」これらの負担を除外する<sup>29)</sup>としている。

## （2）杉村博士の位置づけ

杉村博士は、『防衛法』において、防衛法の形成過程、防衛組織法、防衛公務員法及び防衛作用法について、「国

民主権制における「防衛法に特有な法原理」を描こうとされている。日本国憲法から防衛二法などの合憲性を疑問視する立場に理解を示しながらも、この点についての結論を留保しつつ、国会の制定した法律ということで適憲性推定の下、防衛法令の体系を説明・検討するとしている。

その中で、防衛負担を防衛作用法すなわち国の防衛を本来の任務とする機関のおこなうすべての作用を規律する法、<sup>④</sup>の中に位置づけている。

防衛作用法において、杉村博士が注目すべき点として指摘されるのは以下の三点である。

一つ目は、自衛隊が本来任務たる武力攻撃に際して防衛作用をなす場合、その作用をなす権限ある機関、要件、手続、内容については、その主たるものを憲法で定めるのが普通であるが、日本国憲法はこれに関する規定を置いていないため、自衛隊法という法律で規律されている点を注目すべき点とした。二つ目は、武力行使の限界についてである。自衛隊法は「国際の法規及び慣例によるべき場合にあってはこれを遵守」すべき旨を規定し、「且つ、事態に就合理的に必要と判断される限度を超えてはならない」(八八条二項)と規定しているが、これは公権力による国民の権利または自由の侵害に関する比例原則と基本的思想を同じくする原則を防衛作用の領域に及ぼしたものであるとする。三つ目は、防衛作用法の不備についてである。国を防衛する際には、武力をもって対抗するが、同時に各種の防衛負担を国民に対して賦課する必要がある。この点について、自衛隊法はその第八章雑則の章において数か条の規定を置くにとどまるが、法律の規定の形式からみて「不当」な感じを免れないとする。

杉村博士の上記の第三番目の指摘からも理解されるように、博士は防衛負担を、国を防衛する際に必要な各種の負担を国民に賦課するものとして理解されている。そして防衛負担の制度を自衛隊法の規定に則って「行動に係る地域における防衛負担」「行動に係る地域以外の地域における防衛負担」「損失補償その他」「公衆電気通信設備等の利用



等」とに分けて説明されている。

### (3) 検討

以上をみるに、戦後の文献においては、まず「軍事負担」という用語は用いられず、「防衛負担」という用語が用いられている点、次に「防衛負担」を公用負担の中には含めていない点、を指摘できる。

一点目のなぜ「軍事負担」という用語を用いないのか、という点についてであるが、やはり軍事、防衛等についての戦後の日本国防衛法制の憲法上の位置づけが質的に変化したことによるものであろう。

柳瀬博士は戦後の日本に「表面上軍政というものはない」としながらも、現実に存在する防衛負担について言及せざるを得ないとの態度がみてとれるし、また杉村博士は、防衛法が日本国憲法に違反するとの疑義に理解を示されている。両者ともに日本国憲法に防衛法制がしっかりと基礎づけられているとは到底言えず、戦前の軍事負担という用語を新憲法体制のもとで使用することは誤解を生むものと考えられたのであろう。

ただし、この点において、杉村博士の『防衛法』執筆にあたっての目的意識が興味深い。「立憲君主制ではなくて、民主権制の下における」「防衛法に固有の」法とは何か、という目的意識をもつて防衛法を把握しようとしたことを表明している。<sup>(4)</sup> 杉村博士が挙げられる防衛作用法の三つの特徴のうち、二つ目の武力行使の限界についての理解、すなわち国内の警察行政領域で発展してきた比例原則を新たに防衛作用の領域に及ぼしたとの理解はやや無理がある<sup>(5)</sup>と考える。しかしながら、日本国の防衛負担の制度を詳述する中で、戦後の西ドイツの連邦給付法をかなり詳しく参照されているのは、現にある防衛負担は今日の憲法のもとにおける法原理に適合的でなければならぬという意識の表れであるように思う。

また、防衛作用法の不備についての指摘も興味深い。もちろん制度に不備があるから、これを完成させるべしとの方向性では決してない。現実存在する国家作用に当然予定される措置について法律にその根拠や要件を備えていないことがどのような結果を招くかについて公法学者として危惧したものと考えられる。<sup>14)</sup>

二点目の公用負担の中に防衛負担を含めて論ずる意義について、である。

柳瀬博士は、防衛負担について、法律上はここにいう公用負担と同一に規律せられ、旧時における徴発の如き特殊のものはない、ということを理由に、公用負担に含めないとするのだが、「徴発の如き特殊のもの」が何を意味するかが判然としない。

ともあれ、もしも当時の自衛隊法その他防衛負担について定める制度が他の公用負担の制度と異なる特徴を持つていたのであれば、目的の相違はあれ、これを公用負担の中に加え、あるいは公用負担類似の作用として土地収用法や道路法の制度と並ぶ領域として扱ったということになるだろう。

## 第2節 防衛負担の制度

以下、防衛負担の制度の概観を試みる。

### (1) 「防衛負担」の全体像

武力攻撃事態対処法〔武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律〕（平成二五年法律第七九号）は、武力攻撃事態等及び存立危機事態<sup>15)</sup>への対処にあたって、自衛隊法その他諸法律と結びつき対処法制の大枠を設定する基本法的性格と事態対処法制の他の諸法律の整備を定めるプログ

ラム法的性格をもった法律である。<sup>(16)</sup> 武力攻撃事態対処法は、武力攻撃事態にあたって実施する対処措置を大きく二つ挙げており、これらにまたがる事態対処法制として七法、三条約が成立した。これら「武力攻撃事態対処措置（武力攻撃事態対処法第二条第七号）」のうち、防衛負担と関連する措置は、以下の3つである。

すなわち、①武力攻撃から国民の生命、身体及び財産を保護するため、又は武力攻撃が国民生活及び国民経済に影響を及ぼす場合において当該影響が最小となるようにするための措置<sup>(17)</sup>（以後「国民保護措置」と略する。）、②武力攻撃を排除するために必要な自衛隊が実施する行動が円滑かつ効果的に実施されるための措置その他の武力攻撃事態を終結させるための措置<sup>(18)</sup>（以後、「軍事防衛措置」と略する。）、③アメリカ合衆国の軍隊が実施する日米安保条約に従って武力攻撃を排除するために必要な行動が円滑かつ効果的に実施されるための措置<sup>(19)</sup>（以後、「米軍が行う軍事防衛措置」と略する。）である。

このうち、本稿での目標とするところの防衛負担制度の法的問題点を洗い出すために、「軍事防衛措置」に含まれる防衛負担<sup>(20)</sup>の制度を取り上げていくことにする。すなわち、軍事防衛措置の中での、防衛のために国民に負担を課する措置に注目していくが、この措置を定める代表的な定めが自衛隊法一〇三条及び一〇三条の二である。以下、それらに規定される防衛負担の内容をみてみよう。

## （2）防衛負担の制度（「軍事防衛措置」に資するもの）

### イ 「行動に係る地域」における防衛負担（自衛隊法一〇三条）

自衛隊法一〇三条一項が定めるところによると、①「当該自衛隊の行動に係る地域」において、②「自衛隊の任務遂行上必要があると認められる場合」、③「防衛大臣又は政令で定める者の要請」に基づき、④都道府県知事が、⑤

(i) 病院、診療所その他政令で定める施設を管理し、土地、家屋、若しくは物資を収用し、(ii) 物資の生産、集荷、販売、配給、保管には輸送を業とする者に対し、物資の保管を命じ、これらの物資を収用し得る。また(iii) 家屋を使用する場合において、当該家屋の形状を変更(同条第四項)することができる。

さらに例外的に「事態に照らし、緊急を要すると認めるときは」、要請権者自らが、都道府県知事に「通知」をした上で上記の措置をおこなうことができる(一〇三条一項但し書き)。

#### ロ 「告示地域」における防衛負担

自衛隊法一〇三条二項が定めるところによると、①当該自衛隊の行動に係る地域以外の地域で、「内閣総理大臣が告示して定めた地域内に限り」、②「自衛隊の任務遂行上特に必要があると認めるときは」③都道府県知事は、④大臣又は政令で定める者の要請に基づき、⑤(i) 施設の管理、土地等の使用若しくは物資の収用を行い、(ii) 取扱物資の保管命令を発し、また、当該地域内にある医務、土木建築工事、輸送を業とする者に対して、当該地域においてこれらの者が現に従事しているのと同種の業務で長官又は政令で定める者が指定した者に従事することを命ずることができ、なお、指定する者の範囲は、政令で定められる(同条第五項)。

#### ハ 「展開予定地域」における防衛負担

改正自衛隊法一〇三条の二は平成一五年改正(第一五六国会 平成一五年六月一三日法律第八〇号)にて新たに設けられた制度である。事態が緊迫し、防衛出動が発せられることが予測される場合に、防衛庁長官は防衛施設構築の措置を命ずることができるというものである。

自衛隊法第七七条の規定を受けて、①防衛施設構築措置命令を受けた自衛隊の部隊等の任務遂行上必要があると認められるとき②都道府県知事は、展開予定地域内において、③長官又は政令で定める者の要請に基づき、④（i）土地を使用（ii）立木の移転、処分（同条二項）をすることができる。

### 第3節 防衛負担の制度的特色について

上に見てきた防衛負担の制度について軍事負担との比較の上でどのような特色があり、またそれらはどのように評価すべきであろうか。制度的特色ごとにこれらを評価していく。

#### （1）目的及び対象について

かつての網羅的な軍事負担の制度と比べ、軍事防衛措置のための防衛負担は、目的、対象ともに抑制的と映るかもしれない。しかしながら、取用その他の負担が課せられる場合を「自衛隊の任務遂行上必要があると認められる場合」と定め、それが意味するところが必ずしも自明でないことに注意が必要である。さらに、「自衛隊の行動に係る地域」などの地理的限定も、あいまいである。<sup>(33)</sup>この点、これらの地理的範囲の限定に加え、課せられる業務従事命令もきわめて限定されており、事態に照らすと許容されるところの政府答弁があつたところであるが、地理的範囲がどのように及ぶのか曖昧である以上、この見解を支持することはできない。きわめて侵害の強度の強い行政行為について実体的な要件が定められていない点は行政法学の観点からは重大な欠陥があると言わざるを得ない。<sup>(34)</sup>

## (2) 手続における都道府県知事の地位

軍事負担においては、徴発令にみるとおり、軍事負担を課す権限を師団長、艦長などの軍人が、しかも演習及び行軍の際は、当該部隊の部隊長というような相当の下級者が行使することになっていた。府県知事は徴発区として、徴発義務者に代わって徴発の対象を確保する機能を有していたにすぎない。

ところが、自衛隊法では、防衛負担を課す権限を都道府県知事に認めている。法制定時に災害救助法に倣ったためであるが、その理由は、「当該地域の実情に最もよく精通している行政庁に処理させることが公正を期し且つ円滑に実施され得る」との理由によるものである<sup>(57)</sup>。平成一五年自衛隊法改正をめぐる審議においても同じく、そのような趣旨での都道府県知事の位置づけが確認された<sup>(58)</sup>。

この規定について、柳瀬博士は「知事が国の機関としてこれを課することとせられていて」とし、「徴発令による徴発におけると同様」との評価を下していた<sup>(59)</sup>ところであったが、この評価は妥当であろうか。

要請権者の判断と都道府県知事の判断とが異なる場合、自衛隊法一〇三条一項但し書きは「事態に照らし緊急を要する場合」として、要請権者自ら収用その他の負担を課することを認めている。また、要請権者自らがこれらを行うことを規定していない場合（一〇三条二項「告示地域」における防衛負担、一〇三条の二「展開予定地域」における防衛負担）においても、防衛負担において都道府県が処理することとされている事務を第一号法定受託事務とする事務区分規定（自衛隊法一一六条の三）があり、国の関与もあり得ること、さらには、武力攻撃事態において、武力攻撃事態対処本部長としての内閣総理大臣による指示権（武力攻撃事態対処法一五条一項）、防衛大臣を指揮して代行権が控えている（武力攻撃事態対処法一五条二項）。

都道府県知事の判断が介入することについての重大な例外規定があり、また都道府県知事がどのような利益、権限

を擁護するべくその手続を担うのか、全く法に実体的な要件を備えられていない。

従って、結論において柳瀬博士の見解は首肯することができる。

### （3）罰則

自衛隊法には命令の不服従・違反に対し罰則が設けられていないことがある。平成一五年の自衛隊法改正においてもこれは変わることではなかった。業務従事命令が、業務従事者の専門的な知識・経験や能力を用い、能動的かつ主体的に行うものであることから、我が国が武力攻撃を受けているような事態においては、自発的かつ積極的な協力を得られることが期待できる、また仮に、罰則をもって強制的に業務に従事させたとしても、十分な命令の効果が期待できないであろう。罰則規定が設けられなかったのは、これらが理由であるとされる<sup>(9)</sup>。

一方で保管命令については、故意に保管物資を隠匿するなど自衛隊が使用できなくする行為に対しては罰則が科されることとされている。

## 第3章 ドイツ防衛負担の法構造

前章では、軍事負担に類せられた制度、防衛負担に類せられる制度を並べ、比較検討してきた。この章ではそこで浮かび上がってきた日本国の防衛負担の制度の特色とこれに対する疑問について、ドイツ防衛負担の法構造を比較対象としながら、検討分析していきたい。

## 第1節 ドイツ防衛負担の概念とその制度

## (1) ドイツにおける「軍事負担」並びに「防衛負担」の位置づけ

ドイツにおける軍事負担の概念は、「軍隊のためにする財産的給付への義務付け」と定義されるが、古い文献の中では公用負担の中に加えられることもある<sup>(63)</sup>。

しかし、今日ドイツの主要な文献を確認する限り、公用負担をそれ自体として公用負担という独立の体系をもった項目を立てて記述することは稀である。むしろ多くの文献はかつては公用負担の項目の中で统一的に論じられていた諸作用や制限を、行政法各論として、例えば「都市建設法」「土地利用計画法」などの個別行政分野ごとに計画確定手続から収用、補償に至るまでの過程を論じている。

そして、防衛負担を独立した行政法各論の一領域として論ずることがほとんどないのは、公用負担として説明するよりも、やはり個別行政分野たる「防衛法」の中で、防衛負担を説明するほうがその性格を理解しやすいからであろう<sup>(64)</sup>。防衛負担の仕える目的が他の公用負担のそれと異なることを理由としたものではないと考える。

防衛法の中にはなく防衛負担を独立に取り上げる体系書は確認できる限りで、ヘルムート・ルンプ著「Verteidigungs Lasten in der Bundesrepublik」のみである。戦前の軍事法体系における軍事負担との比較において、法治国主義への合致に向けた防衛負担の諸制度の法の理念や手続上の差異を論ずるものである。

かつての「軍事負担」をドイツ連邦共和国において「防衛負担」と称したことにはルンプをはじめとして、この領域に対して公法学者や連邦国防行政実務を担う官吏が共通して有していた問題意識にその理由がある。防衛負担の制度を定めるものとして一般に取り上げられる法律は、「防衛目的土地調達法」<sup>(65)</sup>、「連邦給付法」<sup>(67)</sup>、「防護区域における土地利用規制法（防護区域法）」<sup>(66)</sup>の三法であるが、その特徴をシュミットは、以下のように表現する。すなわち、①財



産所有者に対し、②公的任務の担い手の利益となるよう、③特別な経済状態にある時期に、④諸給付を、⑤法治国原理に秩序付けられた手続の中においてなさしめ、⑥財産所有者に補償をおこなう、ものである。

ここにある「法治国原理に秩序付けられた手続」という点は、防衛負担と称される制度群の中でどのような制度として具体化されているであろうか。連邦給付法、防衛目的土地調達法の制度を概観していくことにする。<sup>26)</sup>

## (2) 「連邦給付法」の手続の流れ

連邦給付法の手続を大まかにみていく。<sup>27)</sup>

連邦給付法に基づく給付の「目的」は、連邦共和国の防衛目的のため、内的緊急事態対処のため、外国軍に対する連邦共和国の義務の履行のため、である。<sup>28)</sup> 給付の対象は、動産、建物、土地等の使用、共同使用、利用中止といった「物」に対する負担を求めるもの、修理や糧食、輸送・交通などの「労役」の負担を求めるもの、等詳細に限定列举されている。<sup>29)</sup>

「給付 (Leistung)」の手続の開始を求めることができる者、すなわち「取用」でいうところの「起業者」を連邦給付法は「需要者 (Bedarfsrüger)」として規定する。この「需要者」となるのは、連邦防衛行政官庁である。軍隊は需要者に含められることはない。

「需要者」は連邦給付法二条に定める給付の対象について、「請求庁 (Anforderungsbehörde)」に「申請 (Antrag)」をおこなう。需要者は申請の中で請求の根拠、請求する需要の項目及び範囲、給付時期を明らかにする。例外として、差し迫った事態においては、請求庁は公的緊急事態の予防及び排除のための諸給付を需要者の申請がなくとも、請求が二条一項一号、二号に根拠をおくものである限り、請求することができる。

請求庁における審理にあたっては、同法三条に定められる諸基準を考慮しなければならない。すなわち需要の目的適合性・補充性の原則、負担の範囲に対する比例性原則（同法三条一項）、文化財の保護（同二項）、他の公益及び関係する利害とを衡量判断する必要がある（同三項一文、二文）。

申請が要件を充足しており、請求庁においてその地域での要請された給付が措置可能であることが肯定された場合、申請で示された範囲に拘束されることなく、請求庁は同法九条二項二文によって制限されていない範囲で給付義務ある人的範囲を選択する。需要者が申し立てた負担の根拠たる需要があるか、つまり需要の予測が間違っていないかについては、需要者を申請者として定めた法の意義に照らし、専ら需要者が責任を負うところであるとして請求庁の審理は及ばないと解されている。<sup>24</sup>

請求庁は給付決定をなすと、給付通知（同法三五条・三六条）を給付義務者に送達する（同法三七条）。給付通知は書面形式たることを要し（三八条）、そこには法的規定に従い、請求の根拠、請求庁、給付義務のある者、需要者、給付受領者、時間的な期限ある場合には給付の期限が記載される。

また給付通知には給付決定を不服とする者の上訴手段について教示がなされる。

給付決定に先立ち、給付準備決定（一六条）がなされる場合がある。給付準備決定は一九六一年の改正により導入された。給付請求を平時より準備し、防衛事態、緊迫事態において可及的に短期間に防衛準備態勢を確立するためである。給付準備決定一六条三項により、防衛事態等の確定を要せずして、連邦国防行政所管官庁は同法五条二項各号所定の請求対象について、準備決定を請求することができる。<sup>25</sup>

「給付準備決定」通知が送付されると、次なる段階の「通告」により「給付決定の効力」を持つことになるが、通告がなされないまま一定期間を過ぎるとその効力を失うこととなる。給付準備決定並びに給付決定はともにそれに

よつて差押の効果が発生する。ただし行政強制は給付決定のみになされる。いずれも行政行為であり、行政裁判所への出訴の途がある。

給付準備決定により、給付義務者は自身が権利、権限を有する請求対象につき緊急時の給付決定についての予測可能性を与えられるといえる。

### (3) 「防衛目的土地調達法」の手續の流れ<sup>75)</sup>

防衛目的土地調達法は連邦給付法と同じ目的意識の下、ほぼ同じ法的枠組みを持つ。すなわち、かつての防衛目的土地調達法（一九三五年）とは異なり、権限集中を排し、連邦の所轄と州政府の権限につき収用手続の段階及び機能を分配している<sup>76)</sup>。

この法律の目的は、防衛目的（一条一項一号）や駐留外国軍の駐留及び法的地位に関する国家間条約上の連邦の義務の履行（同二号）などである。

「調達」は、任意の買収という手段による場合もあるが、収用という手段によるものが許されるのは、任意の買収によつては取得できない場合や、長期間の利用が予測される場合などに限定されている（収用の「補充性」）。

通常、防衛目的等のための土地調達の手續の流れは、連邦による収用申請の前に行われる、州政府による土地利用計画上の聴聞手續から始まる（同法第一条二項）。同法一条一項の一号から四号に挙げられる防衛目的等のために土地が調達される際には、州政府は関連する市町村、市町村連合の聴聞を通じて、空間利用の必要不可欠性、とりわけ土地経済性及び経済的利益並びに建造物、自然保護上の利益を適切に顧慮し、評価をおこなう（同条）。次に、権限ある連邦大臣（連邦国防大臣）は、他の関係する連邦大臣と協議の上、この法律の規定に基づいて土地を調達するた

めの計画を指定する（「指定 (Bezeichnung)」）（同条3項）。州政府の評価に連邦は拘束されることなく収用の申請をなすことができるが、実際の収用手続は州政府が定める官庁によって主導されることになることから、通常は州政府の評価を尊重して収用申請がなされるものと思われる。

収用手続は、連邦の名で州の権限ある収用官庁に収用申請を行うことによって開始される。収用官庁は州政府により定められ（第二八条第一項）、計画の審査（第三二条）、補償額の決定などの手続を経て収用決定をなす。

#### （4）ドイツ防衛負担の制度的特色

以上では、「法治国原理に秩序づけられた手続」という視点から、ドイツ防衛負担の各制度を通覧したが、以下のような法的特色を備えていると整理できる。

すなわち、①目的及び対象が法律によって限定されている点、②権限集中を排し、申請をなす需要者（「起業者」と、給付決定（ないし「収用」）をする請求庁（「収用官庁」）とによって給付決定（ないし「収用」）手続が構成されている点（機能・権限の分離）、すなわち給付（ないし「収用」）の表現により直接利益を得る機関とは異なる機関が、公益性判定などの衡量判断を担って給付決定ないし収用をおこなう点、③これら衡量判断を担う官庁として一般行政を担う官庁、それも州の官庁が予定されていること、④衡量判断をおこなうに際して、考慮すべき諸利益が法に規定されている点、⑤衡量判断をなすに際して利害関係人ら（「収用」に至っては計画高権を有する市町村なども）の諸利益を適切に考慮するため、また経済性などとの関係から適切な判断をおこなうために聴聞手続その他において利害関係人や専門機関（商工会議所など）の手続参画が定められている点、⑥給付決定、給付準備決定、収用決定など、外部に対して法効果を有する行為はいずれも一般の行政行為と同じく争訟の提起が認められ、一般的な行政救済制度に組み込

まれている点、⑦損失補償が認められる点、である。

次節で、上記のうち、②、③、④、⑤という制度的特色がいかなる議論から成立してきたのか、そしてその議論を踏まえて、どのような法の構造に形作られたかをみていく。

## 第2節 ドイツ防衛負担の立法をめぐる連邦と諸州の攻防

防衛負担が仕える目的は国防及び駐留外国軍の需要の充足のためである。これについて、需要の充足について必要性や緊急性などを事態に即して判断し得るのは軍事専門機関たる軍あるいは連邦国防行政の機関と考えることができる。これに収用などの権限を担わせた方が迅速であるとの制度設計も制度設計の選択肢としてはあり得るところである。

ところが、請求庁ないし収用官庁たる地位に、軍は絶対に、また連邦の官庁も原則として立つことができない。連邦給付法においては、例外として連邦の官庁が請求庁となり得る場合があるが、その場合も一部の給付対象に限つてのことである。

この請求庁たる地位を軍や連邦行政の官庁に担わせまいとしたのは、どのような理由によるものか、連邦給付法成立時の議論及び連邦給付法の改正の際の議論をみておこう。

### （1）一九五六年連邦給付法案をめぐる議論

需要者と請求庁（さらには給付受領者とも）とを区別することは、連邦給付法（一九五六年法）の連邦政府提出法案五条の提案理由においても明示されている<sup>75</sup>。すなわち、関係者にとつての強度の侵害をなすにあたり、その判断を

給付によつて利益を受ける者の裁量に任せてはならず、その裁量濫用を防ぐためには、機能、組織上の分離が欠くべからざるものであると。旧時の軍事負担の根拠法であつたライヒ給付法においては、徴発権を行使する請求庁に、軍機関が多く定められていた。その反省に立ち、軍自身が請求庁となることを認めないこと、さらに私人の経済領域に対する執行官庁は文民からなる一般行政の官庁、それも州官庁が多く定められることを予定しているとの説明がなされている。

ただし、公的緊急事態において適用される制度であることを理由に、法に請求庁をすべて規定することが困難であるとの理由から、連邦の政令に請求庁の定めを委任することとしていた。

以上の法案提出に対し、連邦参議院は多数の項目にわたる改正提案の中でも、特に五条に関して最も対照的な提案を行つて<sup>(79)</sup>いる。「五条は以下の通りに新しく理解されるべきものである。(1)諸州政府は法令を通じて、諸給付を請求する官庁、諸給付の目的、諸給付の項目、諸給付の対象を確定する。文民の行政官庁のみが、請求庁として定められ得る。請求官庁は同時に需要者であつてはならない。(2)連邦政府は重要な請求の支障のない実行を確保するため不可欠な場合、またその限りで、一項の場合における個別の指示を与えることができる。」と。その理由に、連邦官庁が請求庁として定められ得ることとなると、「連邦給付行政」なるものが形作られ連邦の利益が偏重されることにならないか、州の組織法規定を害することにならないか、自治構造に過度の干渉を起ささないかとの懸念が表明されている。

これに対して、連邦政府は、法執行における統一性や計画適合性の確保が不可欠であるとして連邦政府の定める政令により具体的な手続主体とその権限を規定することを主張する。そしてその政令の成立には連邦参議院の同意を得ることを要件とすることで各邦の利益を担保することを主張した<sup>(80)</sup>。

この議論は結局、旧法五条の以下の規定に結論付けられた。「請求庁は、連邦参議院の同意を経て制定される法令において定められる文民行政官庁のみとする。船舶、内水を航行する船舶、あるいは航空機、及びラジオ、テレビ放送以外の無線通信施設、テレタイプ施設、電話局を請求の対象とするときに限り、連邦官庁を請求庁に含め得ることとする。」

(2) 一九六一年連邦給付法改正案をめぐる議論

一九六一年の連邦給付法の改正法案において重要な改正が提案されたが、それは、請求庁に文民からなる一般行政官庁をあてるとすることに例外を設けたことであった。連邦給付法は一九五六年成立以来、第三部演習規定の部分を除いて実際の適用をみない法律であったが、防衛に係る措置を平時から準備したいとの思惑が連邦政府には常にあった。そこで、連邦政府は請求庁に文民行政庁をもってあてるとの規定を緩和し、五条の請求庁として定められ得る官庁に連邦国防行政の官庁を含め、それがなすことのできる給付請求の対象を拡大すること、を目指した。

政府改正案はその五条を(1) 諸給付は、連邦政府の定める法令において定められた官庁のみが請求することができるとする。連邦官庁もまたこれに含められ得ることとする。(2) 連邦国防行政を所管する官庁は防衛事態、及び脅威事態において、軍部隊の出動準備の確立及び維持に必要な限りにおいて、請求庁として対象物及び諸給付に対し請求を為す権限を有する。」と規定している。

しかしながら、連邦参議院では改正提案で、請求官庁は文民官庁たることを必要とするとして、連邦国防行政を所管する官庁をここに含めることをかたくなに否定した。文民からなる一般行政官庁こそが文民及び軍事的利益を適切な手続において調整するに相応しいとの考えによる。文民からなる一般行政官庁の軍事的需要に対応する請求官庁た

る権限の中で、連邦との協働が予定されるのであるから、防衛計画の守秘性が損なわれることもないと主張した。

これに対し、連邦政府は改正要求を再度繰り返し返し、緊急事態の確定を条件とはするものの、ついには連邦国防行政を所管する官庁を一部の領域に対する請求庁として認めさせることに成功した。<sup>(85)</sup>

ここに文民官庁が行政官庁たることを原則とする文言は法文から消え去っている。しかし、請求官庁が文民官庁たることの原則はなお崩れていないとされる。私人領域に対する請求官庁を定めるにあたり、連邦参議院の同意はやはり必要とされているし、連邦給付法改正と同時に提出をみた「請求庁・需要者に関する法規命令（A B V）」<sup>(86)</sup>は、この原則に忠実な規定となっている。

### 第3節 防衛負担に係る衡量判断のための機能・組織上の権限配分の原則

連邦共和国の防衛負担の前法である、ライヒ給付法や一九三五年軍事的土地調達法、一九三五年防護区域法などは、給付請求や土地収用に際しての判断についての機関に権限が集中することを排する構造となっていなかった。

すなわち、需要を確定する機能と、それらを受けて給付請求・収用をなす機能とが一つの機関によって担われていた。<sup>(87)</sup>そこで、戦後のドイツ防衛負担成立の先駆けとなった連邦給付法においては、給付請求手続において、需要者と請求庁とを機能上、組織上分離することとした。伝統的な収用法原理からすれば、収用権を行使する者と起業者が同一であることは収用権行使の濫用につながるのと危惧から許されず、また収用権の行使は起業者の影響下におこなわれなければならない。<sup>(88)</sup>

このような機能・組織上の分離によって、法治国原理に合致した防衛負担の手続が構成されていくことになる。また、請求庁として、また収用官庁として、州官庁がそれらの役割を果たす。州官庁は、文民によって構成される



一般行政の官庁であり、その州の他の一般的利益、私人ら利害関係者の利益を把握している。その官庁こそ軍事的な要求との間で衡量判断を担うに相応しいとの選択をとつたのである。<sup>(88)</sup>

#### 第4節 衡量判断における考慮事項並びに利害関係人、第三者機関の手續参画

以上に見た機能・組織上の権限配分によって担保される衡量判断の中身とは一体どのようなものであろうか。また、それらを可能とする手續とこれに参画するのはどのような者らであらうか。

##### (1) 衡量判断において考慮される事項

連邦給付法においては、給付対象とする物・役務等の種類に従い、それぞれ問題となる利益、例えば産業経済の維持や人や物の移動、市民生活を維持する補給の確保、衛生配慮の確保といった他の一般利益、私人らの利益が衡量判断に加えられ、必要性や相当性、給付の範囲につき判断すべきとされる。<sup>(89)</sup> 同法三条に明示される衡量要素は、同二項の「文化財の保護」、同六項の「関係人の生活必需の保証」であるが、これは例示的に規定されるものであつて衡量判断にあつて把握されるべき利益を限定する趣旨ではない。<sup>(90)</sup>

また、各々の給付請求が、地域的経済構造、一般的な市民生活に対する補給あるいは負担義務者の経営にどのような影響を及ぼすかにつき検証しなければならない。

また、防衛目的土地調達法は、取用法に属するものであるから、取用官庁のなす計画審査の中で、土地所有権を有する者をはじめとした利害関係人らの諸利益との関係で、取用の必要性や相当性などが判断されるほか、関係する市町村などの計画高権などとの利益衡量も問題となる。<sup>(91)</sup>

## (2) 専門機関の手續参画

連邦給付法において注目されるのが、地域の経済的利益との衡量判断をなすために要求される商工会議所の手續参画である。手續参画を欠くとその給付決定あるいは給付準備決定は手續上の瑕疵を帯びることとなるが、以下に紹介するように連邦行政裁判所はこの手續上の瑕疵に対して極めて厳格な判決を下している。<sup>(92)</sup>

小売業者に対してその保有するトラックについての給付準備決定、及びこれに対する小売業者の不服申立てへの審査に対して商工会議所の関与を欠いたまま判断を下した事例において、この手続的瑕疵は治癒されない性質のものであるとして、給付準備決定を取り消した。

なお、この事案において商工会議所は、小売業者である原告らの営業規模、年間売り上げ、従業員総数、輸送手段の需要の事項について評価し、この給付準備決定は原告にとって過剰な負担とならないとの判断を示し、結論において給付準備決定をなした防衛行政官署と同じ判断に至っていた。

しかし連邦行政裁判所は、給付準備決定にあたり、総合経済の利益を包括的に把握することが義務づけられているのであり、その判断には、基本的に事項に通じた専門的経済機関の関与が必須であるとして、その瑕疵が治癒されるものではない、と判断した。

防衛目的土地調達法においても、他の収用手續と同じく計画審査が精緻になされる。とりわけ、収用申請の前に行われる「指定 (Bezeichnung)」は、その地域の計画高権などを所管するゲマインデに対しては行政行為であると連邦行政裁判所は認めており、この指定に多くの行政機関が手續参画することになる。<sup>(93)</sup>

## 第5節 給付請求、収用手続における連邦国防行政・連邦軍の位置づけ

連邦国防行政はドイツ連邦共和国基本法第七次補充改正により導入された同法八七b条によって創設された。同条は、軍隊のなす防衛構築に資する人的・物的需要の調達を主な内容とすることを確定し、軍隊と連邦国防行政との分離を規定している。<sup>(95)</sup>

軍隊、連邦国防行政はともに執行権に属し、連邦共和国の防衛能力の準備、維持という国家任務を有し、機能においては密接に関連している。しかしながら、連邦国防行政は、文民によって構成される固有の行政機関において担われ、連邦国防行政の文民官吏らは、軍事的命令、指揮権に服することはなく、軍隊に従属することは許されない。<sup>(96)</sup> 国防行政の編成について憲法の次元で定め、かつ連邦国防行政に固有の位置づけを与えているのは、他の欧州諸国にはない特徴とされる。<sup>(97)</sup>

連邦国防行政の官吏らに期待されることは、何であろうか。

旧国防軍の国防官吏は統一した行政組織体ではなく、その位置づけもあいまいままに軍隊に組み込まれていたため、国防官吏らの官吏の法的、経理的観点からする判断は軽視されがちであった。そのため、国防行政は「放漫な管理、腐敗、前線の状況に通じていない」と批判される状態であった。<sup>(98)</sup> そこでドイツ連邦共和国基本法は明確に連邦国防行政の内容を規定し、その所掌範囲を明確に定めたのである。<sup>(99)</sup>

連邦国防行政に対しては、軍隊の軍事的合理性の追求に対し、法的、経理的な観点からの合理性追求という機能が望まれている。軍人と文民との間に連邦国防行政の担い手たる軍事的専門官吏を置き、このような組織上の距離を置くことで軍事的合理性と法的、経理的合理性とが適切に調整されることが目指されている。<sup>(100)</sup> 以上の理由により、軍は防衛負担の手續において、文民からなる連邦国防行政さらには州の一般行政官庁の協力を得ることなしに、需要を充

足することができないのである。<sup>(10)</sup>

#### 第4章 日本国の防衛負担の法的问题

第1章、第2章で検討してきた中で浮かび上がった日本国の制度的特色とその問題点を、第3章で整理したドイツ防衛負担の法構造と照らし合わせて、さらに日本国の防衛負担の法的问题点として整理し、あるべき姿について論じていく。

##### 第1節 防衛負担に係る判断の機能・組織上の権限集中

日本国の防衛負担の制度は、都道府県知事が防衛負担を課すこととされているなど、旧時の徴発令などにみる軍事負担の制度と異なる特色を確かに有する。しかしながら、第2章でも評価した通り、都道府県知事は「事態に照らし緊急を要すると認めるとき」との不明確な「事態」の要件によってこの手続から除外されることとなる。法の運用次第では、旧時における軍事負担と結論においてあまり相違のないものとなり、国の機関が主張する利益、言うなれば「軍事的合理性」のみが優先される結果となりかねない。法的な、あるいは経済的な観点からなす、他の諸利益との適切な衡量判断をなすような法構造とはなっていない。

本稿第3章第3節でまとめた通り、需要の充足を要求する権限と、その需要について他の諸利益との衡量判断をなす権限とは、明確に分離し、それら権限を独立した機関に配分することが、裁量統制の観点から必要である。ドイツ防衛負担においては、さらにその衡量判断を担う権限を有する請求庁、収用官庁を州の文民からなる官庁に担わせる

という選択を決断している。また、それらの衡量判断をなす際に、一定の請求対象については、その請求が名宛人の経営状態に与える影響や地域経済に与える影響についての判断をなすために他の機関の手續参画を必須のものとしている。

武力攻撃事態などの緊急事態においてこのような手續を経る暇はないとの批判もあり得るところではあるが、ドイツ連邦給付法の給付準備決定の手續にみるように、予め緊急事態に際して需要があることを予測される対象について、緊急を要し、やむを得ない場合にこれらを用いることを予告する制度も参考とすることができると考える。これにより、国民は武力攻撃事態等の緊急事態においてどのような負担を求められることになるのかにつき、予測を得られることになる。また需要の要求に対し他の諸利益との衡量判断を担うことになる機関においては、いわゆる平時にこれら判断について必要となる各種データや個別具体にどのような判断を行うべきかについての経験を蓄積していくことができ、緊急時における国民生活の安定性に資することにもつながるものと考ええる。

## 第2節 衡量判断において考慮されるべき事項の法定要件の欠如

日本国の防衛負担について規定する自衛隊法の各規定には、土地の使用、物資の取用、保管命令、業務従事命令などをなす際にどのような利益を考慮し、衡量判断すべきかという点について定めるところはない。武力攻撃事態対処法第三条第四項が、国民の自由と権利の制限は必要最小限のものとすべく努めることを規定しているところではあるが、そのような抽象的な制約規範では不十分である。

ドイツ防衛負担においては、連邦給付法や防衛目的土地調達法の各規定にあり、その給付の対象や取用がなされる土地の置かれた状況に応じて、国民の生活に必要不可欠なものの確保といった利益や文化財保護、地域経済の

安定性、自然保護、水資源維持などの諸利益との衡量判断が、法によって明確に指示されている。緊急時にも法治国家たることを国として放棄するのぞなければこれらの実体的な要件が不可欠である。

### 第3節 防衛行政を担う組織の編成について

日本国の防衛負担においては、「事態に照らし緊急を要すると認めるときは」、防衛大臣又は政令で定める者が防衛負担を課す権限を持つ（自衛隊法第一〇三条）。その者として、自衛隊法施行令一二七条は「方面總監」「自衛艦隊司令官」「航空集団司令官」などの高位にある自衛官をあてている。

防衛負担を課すにあたり、防衛大臣は仮にも内部部局の文官による「政策的見地からの補佐」を受けられるとしても、この政令において指定された自衛官がなす防衛負担の権限行使に、「文民」の経済的、法的側面からなされる合理性追求が果たして担保されるだろうか。「防衛参事官」制度の廃止にあたって、その制度の本来の趣旨とその問題点とあわせて、日本国の防衛組織の文民統制において文官が果たす役割について議論<sup>(10)</sup>があつたところであるが、この廃止がどのような影響を与えるかについて注意を払っていく必要がある。

連邦国防行政の内部においても、軍事防衛を實際に担う部門（軍）とこれに従属することのない防衛行政の部門（連邦国防行政）とが対等・独立の關係として機能的には連携することがドイツ防衛行政の要であり、軍に従属することのない連邦国防行政の位置づけが憲法上確立されている。

自衛官が軍事的合理性に即した行動・判断を多くの機会に積み上げているのと同様に、防衛行政の官吏もまた法的、経済的側面からの専門的合理性を発揮することが望まれており、それを防衛行政組織内部の組織編制の上でも担保していく必要があるように考える<sup>(11)</sup>。

## おわりに

これまでの研究で得られた示唆は、決して防衛負担の制度としての在り方に止まらない。現在の防衛法制は、日本国憲法上の基盤が薄弱である。日本国憲法は軍事防衛の権限行使の要件や組織の編成については全く白地の規定に過ぎない。現在の防衛法制は、政府の有権解釈のみを根拠に法律レベルで構成されてきたものである。そこから個々の防衛行政作用についての具体的な規範を無限定に引き出すことなど到底できない。したがって第4章で法治国原理に適したあるべき姿として検討したことはいずれも防衛法制が憲法上に明文の骨格を持つことを前提としている。

最後に、防衛負担の法的な分析の進め方であるが、憲法上の特殊な位置づけを慎重に考慮しつつも、取用法その他の公用負担の制度の議論と比較しながら、議論されるべきであると考えられる。他の行政領域において積み重ねられてきた議論や法判断を、その適用の可否をも含めながら、防衛負担に当てはめて考えていくことも必要であるように思う。実際に、ドイツ防衛負担についての体系書は、前時代の軍事負担と比較しつつ、今日のドイツ防衛負担が一般の取用法原理、さらには法治国原理にどれほど合致したものであるのか、という議論が展開されていた。

今後の検討の課題であるが、防衛負担における裁量判断に司法がどこまで立ち入ることができるか、という司法の裁量統制の問題について、ドイツ連邦共和国の同種の問題を参考としながら検討していく必要がある。

また、都道府県などの自治体は、国の防衛上の軍事的合理性に対し、具体的にどのような利益、権限を擁する立場として位置づけられるべきか、という点についてもより精密な検討を加えていく必要がある。

【注】

- (1) 美濃部達吉『行政法撮要 下巻 改定第三版』（有斐閣、一九三二年）二八九頁。現在においても、この定義が一般的に用いられているが、その理由の一つに、この定義が広い範囲の作用を含むことで、体系的な公用負担の叙述に有用という点がある。
- (2) 公用負担のうち人民に作為、不作為、給付又は受忍を義務づけるものをいう。
- (3) 公用負担のうち財産権を制限し、変更し、又はその他の侵害を加えるものをいう。
- (4) 当事者の意思にかかわらず国家の統治権に基づいて一方的にその義務を課されるものをいい、「公用負担」との表現は、主にこちらを意味する。
- (5) 当事者の自由意思に基づいて国家又は公共団体の同意を得て特定の公の事業のためにその経費を負担し、工事を施行し、労役を提供する等の義務を負う場合をいう。
- (6) 美濃部・前掲注（1）二八九頁。
- (7) 以上の整理は、柳瀬良幹『公用負担法』（法律学全集第十四巻）（有斐閣、一九六〇年）八頁による。
- (8) 美濃部達吉『日本行政法 下巻』（有斐閣、一九四〇年）目次。
- (9) 美濃部・前掲注（1）一一三頁。
- (10) 「保育」は、「権力の行使を本質となさざる、事業を経営し、物を管理し、事業の経営を他人に特許し、その特許をしたる事業を監督し、私人の事業を保護奨励し、及びこれらの目的を達する為めに人民に負担を課する作用」をいう。美濃部・前掲注（1）一一四頁。
- (11) 軍政とは「国家が其の兵力を維持するが為めに一般統治権に基き人民に命令を強制し負担を課し及びその軍隊を管理する作用」をいう。美濃部・前掲注（1）六八五頁。
- (12) 美濃部・前掲注（1）二八九頁、美濃部・前掲注（8）八四六頁。
- (13) 美濃部・前掲注（8）八五〇頁。
- (14) 「軍政」と区別されるべきものとして「軍令」がある。帝陸海軍は、天皇が大元帥として指揮統帥すると定められるところ、この事項は帷幄の大令に属し、國務大臣の輔弼に依らず、専ら天皇の大権に属する。軍令の本来作用として陸海軍の軍事行動を指揮統率する作用、いわゆる作戦用兵がある。美濃部・前掲注（8）一三〇七頁、一三一二頁。
- (15) 柳瀬・前掲注（7）一三頁、一八頁、美濃部・前掲注（8）一六二頁、美濃部達吉『公用負担法』（新法学全集第六巻）（日



本評論社、一九四〇年) 八頁。さらに、美濃部博士は、公用負担から軍事負担を除く場合においても、「軍事に関する事業のため」にする土地取用については、「他の一般の公益事業の爲めにする場合と同一の法律の適用を受くるもの」においては、公用取用として論じている。美濃部・前掲注(8) 八四九頁。

(16) 柳瀬・前掲注(7) 七頁で、柳瀬博士はその例として、「公用負担」という言葉をオットーマイヤーから継承しながら、美濃部博士の定義はそれとはずいぶん異なることも指摘している。

(17) 柳瀬・前掲注(7) 五頁。

(18) 織田萬『日本行政法原理』(有斐閣、一九三四年) 四二五頁。

(19) 織田・前掲注(18) 目次。

(20) 織田・前掲注(18) 五一六頁。

(21) 渡邊宗太郎『日本行政法 下』(弘文堂書房、一九三六年)。

(22) 美濃部・前掲注(1) 七〇三頁、美濃部・前掲注(8) 一三四〇頁、織田・前掲注(18) 五一六頁、五二〇頁、田上稔治『軍

事行政法』(日本評論社、一九三八年) 四三頁以降、池田純久『軍事行政』(常磐書房、一九三四年) 二七四頁、二八七頁。

(23) 美濃部・前掲注(1) 七〇四頁。

(24) 徴発令による各種負担の中には、他の法令によって重ねて同様の負担を課され得るものもある。鉄道の軍事輸送負担について、徴発令の他に鉄道軍事供用令(明治三十七年勅令一二号)の定めがあり、自動車の使用又は取用については軍用自動車補助法(大正七年法律一五〇号)の定めが別にある。

(25) 織田・前掲注(18) 五一八頁。

(26) このことから、徴発においては相当な補償がなされることが保障されていなかったとの評価が多くある。

(27) 美濃部・前掲注(8) 一三四七頁。

(28) 国家が私人に事業の経営を継続させながら、その経営の方法その他について自ら手を下すことをいう。織田・前掲注(18) 五一八頁。

(29) 前記の各手段について、その事業に使用される従業員をも併せて政府の使用に供させること。織田・前掲注(18) 五一九頁。

(30) その譲渡、使用、消費、所持、移動若しくは輸出入に關し必要な命令を下し得ること。同上。

(31) 軍事輸送機関、国の経営に係る軍需品工場などの業務に従事させるため人を徴収使用し得ること。同上。

(32) なお、国家総動員法により、軍需工業動員法は廃止された。国家総動員法によって課せられた負担が旧来の軍事負担といか

なる異同があり、軍事負担の概念に含められるべきか否かについては、いずれ別稿にて検討していきたい。

(33) 防禦營造物の各突出部をむすぶ線を基線とし、そこから一定の幅員を以て内側から外側へ一区、二区、三区と定める。各区の幅員は陸軍大臣が定めることを原則として、海軍防禦營造物その他海軍の所管に属するものと相互関係がある場合には、陸軍大臣が協議して定めることとされた。

(34) 「軍港」とは横須賀、呉、佐世保、舞鶴の四カ所に置かれた軍事目的上重要な港をいう。鎮守府が置かれ、海軍基地のほか海軍工廠などの重要な軍事施設が置かれることから、軍事上の必要により各種制限が課せられる。「要港」とは、「軍港」に次ぐ軍事上の重要性から警備府が置かれた港であり、やはり軍事上の必要から各種制限が課せられる。

(35) 美濃部達吉「公用取用法原理」六九頁。

(36) もっとも、要塞地帯制限令の施行に伴い、大臣がなした鉱業権許可の取消（講学上「撤回」）に対して提起された行政裁判の例がいくつかある。一九〇四年六月に、長崎県佐世保村において、従前炭鉱採掘を営んできた者が、農商務大臣から鉱業権取消し処分を下され、この取消し処分の取消しを行政裁判所に出訴した事例においては、翌年、行政裁判所は行政裁判所明治四〇年七月一〇日第三部宣告において、この鉱業権許可の取消し処分を取り消す旨の判決を下している（行政裁判所判決録第一八輯六三七頁）。ただし、これは鉱業権許可の撤回の根拠としてふさわしくない条文を適用した点について大臣の判断を違法と判断したものであって、要塞地帯制限令によって課された制限に対する実体的な判断をなしたものでないことに注意が必要である。明治期からの軍事負担その他軍事動員制度の成立過程について、遠藤芳信『近代日本の戦争計画の成立 近代日本陸軍動員計画策定史研究』（桜井書店、二〇一五年）八五三頁～一〇〇七頁を参照。

(37) 小針司『防衛法概観・文民統制と立憲主義』（信山社出版、二〇〇二年）憲法前文、九条の解釈についての学説状況の整理についてさしあたり佐藤幸治『憲法 第三版』（現代法律学講座五）（青林書院、一九九五年）を参照。

(38) 杉村敏正『防衛法』（法律学全集第十二巻）（有斐閣、一九五八年）。

(39) 柳瀬・前掲注（7）「目的の点を除いては、その内容はいずれも単純な経済的の負担であること。また、国の武力の維持という目的を達成するのは、直接には例えば軍隊の訓練、防備施設の管理の如き事業を営むことによって達せられるのであり、負担は間接的にこれに寄与するにすぎない。」一三頁。なお、柳瀬博士は「理論的に妥当なものであるか否かは別に考えられるべき」としながらも、①美濃部博士の公用負担の観念は包含するところの最もひろいものであるから、もっとも多くの事実を叙述し得ること、②美濃部博士の公用負担の観念は現在の日本においてまず普通に用いられているところであること、を理由として「公用負担」の観念を美濃部博士に従って定めることにしている。柳瀬・前掲注（7）八頁。

- (40) 柳瀬・前掲注(7) 一二頁、一三頁。
- (41) 杉村・前掲注(38) 八一頁。
- (42) 杉村・前掲注(38) はしがき。
- (43) 杉村博士自身も「自衛隊の権限の行使は自衛権の行使であるから、戦争と異なり、我が国に対する急迫不正の侵害を排除するためやむをえない行為に止まるを要する」との政府見解(昭和二九年四月七日衆議院内閣委、昭和二九年五月二四日参議院内閣委)を紹介している。対人民の侵害行政活動において形成されてきた原則を、国等の武力攻撃をなす組織への排除措置に及ぼしたと考えるのは難しい。
- (44) 昭和五三年栗栖統幕議長のいわゆる「超法規発言」が問題となった。すなわち、「我が国が奇襲攻撃を受けた場合には自衛隊として、第一線の指揮官の判断で超法規的に行動しなければならない」との週刊誌上での発言である。即座の栗栖統幕議長の更迭と引き換えに、ときの金丸信防衛庁長官は防衛庁に有事法制・戦時法制につき早急に検討に入るべきことを指示し、福田赳夫首相もその旨を指示する運びとなった。この経緯について『防衛白書(一九七九年版)』第三部 第一章第二節「防衛力の運用体制の整備」。
- (45) 「武力攻撃事態等」とは、「武力攻撃事態」と「武力攻撃予測事態」を含み、前者は、「武力攻撃が発生した事態又は武力攻撃が緊迫し、武力攻撃が予測されるに至った事態」をいい、後者は、「武力攻撃事態には至っていないが、する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」をいう(武力攻撃事態対処法第二条二号、四号)。
- (46) 西沢優ほか「軍の論理と有事法制」松尾高志「有事法制の歴史」(日本評論社、二〇〇三年) 四三頁。
- (47) この根拠となる法律が、「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律(国民保護法)」(平成一六年法律第一一二号)である。
- (48) この根拠となる法律が、「平成一五年改正自衛隊法」(平成一五年法律第八〇号)及び「武力攻撃事態等における特定公共施設等の利用に関する法律(特定公共施設等利用法)」(平成一六年法律第一一四号)。
- (49) この根拠となる法律が、「武力攻撃事態等におけるアメリカ合衆国の軍隊の行動に伴い我が国が実施する措置に関する法律(米軍行動円滑化法)」(平成一六年法律第一二三号)、「平成一六年改正自衛隊法」(平成一六年法律第一一八号)。
- (50) 「特定施設利用確保法」に基づく優先利用もこれに含めうるか検討したところではあるが、港湾等の施設の優先利用を確保

するためのものであり、直接に国民に経済的負担を課す作用とはいえないと考え、この中に含めていない。

(51) 自衛隊法施行令等の一部を改正する政令(平成一五年一〇月八日政令第四五四号)平成一五年六月六日成立)において、第一二七条が、方面総監、師団長、旅団長、自衛艦隊司令官、航空手段司令官、地方総監、航空総隊司令官、航空集団司令官、航空方面隊司令官、航空混成団指令、補給統制本部長、補給本部長と定める。

(52) 平時においては駐屯地等に所在している自衛隊の部隊が、武力攻撃が予想される重要施設や、相手国による侵攻が予測される地域などに、あらかじめ展開し、こうした攻撃に対処する態勢を整えるために必要な地域のことをいう。

(53) 直接に武力攻撃を排除するための武力行動を行っている部隊及びその直接の後方部隊の行動する区域において自衛隊の任務遂行上必要があると認められる地域とされる。加藤陽三「防衛両法律の主要問題(下)」警察研究二五卷九号(昭和三〇年)四六頁。

(54) 現実的には戦況の変化に伴い部隊行動が必要となる範囲は可変的であつて、それに関連して軍需調達が必要となる地域をカバーする必要があるため、必ずしも固定的なものではない。西修ほか『日本の安全保障法制』西修「自衛隊の任務・行動・権限」一七一頁(内外出版、二〇〇一年)。

(55) 昭和五六年四月一三日衆議院安保特別委 角田法制局長官答弁。

(56) 防衛負担を含め、各種基本的人権の制約の要件が包括的に事態認定と結びつけられていること、またどのような具体的事実があれば事態が認定されるのが極めてあいまいであることを指摘する論稿は多くあるが、さしあたり山内敏弘「有事」三法と憲法の危機」法律時報七五卷一〇号(二〇〇三年)六〇頁〜六五頁を参照。

(57) 加藤・前掲注(53) この制定経緯については、さらに古川純「有事法制問題の新局面―防衛庁「中間報告」をめぐって」法律時報五三卷一二号(一九八一年)三五頁〜四〇頁を参照。

(58) 加藤・前掲注(53)。

(59) 第一五六回通常国会 武力攻撃事態への対処に関する特別委員会本会議事録第三号 石破国務大臣発言「この条文(一〇三条)の書き方からしますと、収用することができるという権能は都道府県知事が有することになります。防衛庁長官が要請を行うわけでございますが、その際も、当然最小限ということは念頭に置きまして、考慮をいたしまして、要請をするこゝたになります。しかし、都道府県知事というものが、例えば山形県なら山形県、山口県なら山口県、福島県、どこでもよいのであります。その状況というものを一番よく知っておるであろう。したがって、防衛庁長官がこのように申請をしたとしても、その地域の実情にかんがみて、いやいや、これぐらいが最小限だということになる、その判断をする権能は都道府県知

事が有しておるといふふうに考えております。」なお、「国民保護措置」に関してではあるが、国民保護法体系の集権的性格と分権的性格の両面を災害対策基本法との比較から精密に分析している研究として、大橋洋一「国民保護法制における自治体の法的地位―災害対策法制と国民保護法制の比較を中心として」法政研究七〇巻四号(二〇〇四年)八三九頁―八六一頁がある。また、緊急事態におけるものではないが、安全保障の施策に関して、国・自治体の法的関係について行政法学の立場から日本国政府の姿勢を厳しく問う包括的な研究の成果として、紙野健二・本多滝夫編『辺野古訴訟と法治主義―行政法学からの検証』(日本評論社 二〇一六年)がある。

(60) 柳瀬・前掲注(7)五四頁。

(61) Q & A (武力攻撃事態対処関連3法案) (<https://www.mod.go.jp/jf/presiding/law/yujihousei/q-a.html>) (二〇一九年一月七日閲覧) では、さらに命じられる業務内容について、「通常行っている業務と同様のもの」としているが、この業務従事命令について佐藤昌一郎『地方自治体と軍事基地』(新日本出版社、一九八一年)一七頁は、戦場隣接地域、すなわち攻撃対象となる地域での業務であるから、従前に行っていた業務と同一に論じられるものではないと指摘する。

(62) Helmut Rumpf, Verteilungsstellen in der Bundesrepublik, Bonn 1960, S.3ff; Paul Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Band, 5. Aufl., 1914, S.254 (330); Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., II teil, §§ 232 (236), S.147ff.

(63) 柳瀬・前掲注(7)一八頁、Helmut Rumpf, a.a.O., S.4.

(64) Ludwig K. Adamovich/Bend Christian Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, wien new york, 1987, S.137. いくつかの説明であるが、取用法ないし公用負担における概念として整理するものとして、「所有権制限」に「軍事給付法制」を分類している。

(65) P. Badura/R. Breuer/K. H. Fritauf/G. Hoffmann/O. Kimmich, Besonderes Verwaltungsrecht, 6 Auflage, 1988, S.983ff.

(66) das Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung vom 23.02.1957 (BGBl., I, S.134).

(67) das Bundesleistungsgesetz vom 19. Oktober 1956 (BGBl., I, S.815).

(68) das Gesetz über die Beschränkung von Grundigentum für die militärische Verteidigung (Schutzbereichsgesetz) vom 7. Dezember 1956 (BGBl., I, S.899).

(69) Rudolf Schmitz, Die Neuordnung des öffentlichen Leistungsrechts DVBl., 1955, S.616ff.

(70) 防護区域法については準備不足により、また制度の概観を得るに至っていない。

(71) 主に参考としたのは、H. Graw, Bundesleistungsgesetz, 5. Aufl. (Köln-Berlin-Bonn-München, 1994).

(72) B L G 一条一項 請求は以下の場合に為すことができる。

(73)

- 1 連邦あるいは州の存続、または自由主義、民主主義的基本秩序に対し、差し迫った危険を防ぐため、また国境地帯における国境の安全を脅かす公共秩序の危険な障害の防除のため
  - 2 防衛目的のため、とりわけ相互的集団安全保障制度における連邦の配置の範囲内において連邦の領域を直接又は間接的に外部から脅かす危険の除去のため
  - 3 連邦領域内における外国軍の配備及び法的地位に関する国際条約による連邦の義務の履行のため
  - 4 人の宿泊、企業又は公共施設の移転のため、一号、二号の目的に必要な土地の利用のため
- B L G二条一項 給付として請求され得るのは以下の項目である。
- 1 動産を使用、共同使用、その他利用に供すること。
  - 2 消費、長期間の使用、根本的な変更の実施あるいは著しい支出を実施することが見込まれる種類において動産を譲渡すること。
  - 3 無線電信施設を使用及び共同使用に供し、あるいはその利用を中止すること。
  - 4 現在のブendesポストへの関与関係の枠組みにおいて電話、テレタイプ施設を使用、共同使用に供すること。
  - 5 建物の全部または一部、建物のない土地、建物のある土地の自由な部面を使用、共同使用に供し、あるいはその他の適当な利用に供すること。
  - 6 不動産、動産を使用、共同使用、その他利用及び変更に供すること。
  - 7 それら措置について給付義務者自身がなすべきことを期待される範囲において動産、不動産の造作、変更及び原状復帰をすること並びにそれら措置の受忍をすること。
  - 8 動産、不動産への影響に対する受忍。
  - 9 それら給付が給付義務者の通常の事業遂行の範囲内で従事することとされる作業役務、とりわけ修理、糧食等の役務、(交通事業者に限らず)輸送手段の所有者ないし占有者に対して求める輸送役務。
  - 10 前九号の項目に対する反復又は持続的給付の契約締結。

二項 空間、スタジオ、放送設備及びその他の技術設備、ラジオ放送局設備の使用、共同使用、使用の中止は一条一項一号と二号に定められる目的とさらに一条一項一号あるいは二号における威嚇または危険の回避あるいは排除に不可欠であると許容される範囲内でのみ要求される。

三項 一項一号、三号から六号と八号から一〇号の給付は定められた期間のみ、つまり一〇号の給付は遅くとも一年間、その他

の点は遅くとも二年間が請求される。これら給付の更新請求は従前の請求が許容していた範囲内に従い、五項の場合において一回限りとされる。待機準備通知が発せられている間、防衛事態の段階、あるいは連邦政府の確定がなされている間は一条二項に従い、上記一文二文は適用されない。

以上に対し、連邦給付法五条は防衛事態その他の緊急事態において、連邦行政の官庁自らが請求庁として給付請求をなす項目を以下の通りに定めている。

BLG五条二項 防衛事態において、あるいは連邦政府の確定に従い、一条二項に従って連邦政府の官庁は、軍の出動待機の維持及び成立のため、必要とする範囲において請求庁として次の対象物と給付の請求を為す権限を有する。

- 1 武器、弾薬、戦闘兵器・兵装を除く。
- 2 部隊の装備品及び宿泊器具。
- 3 その他の装備品。
- 4 付属設備も含めた軍の輸送手段(乗り物)、外洋、内陸水路船舶及び漁業専用船舶を除くその他の輸送手段。
- 5 航空機、市街電車並びに軍の輸送手段、前述のその他の軍の輸送手段の防護施設、設備。
- 6 二条一項三号及び二項が示す、施設設備を除く光学器具及び電信器具。
- 7 その土地の基本的な存立基盤でない限り発電設備(緊急発電、連動機械装置一式)。
- 8 一号から六号に挙げられた対象物が必要とする修理、整備の工具、道具類、機械。

挙げられた対象物の付属設備、交換部品を含む。

8 操業原料、燃料。

9 建造、修復に用いる建築資材、補助資材及びこれに關して必要とされる交換部品、付属部品。

10 本法二条一項四号から一〇号の給付、交通給付(ただし、これに關しては原動機付車両を含めることとし、さらに本項四号に掲げられるもの以外の交通手段の給付)。

三項 二項の請求は官庁により、対象物と給付の請求権限を定めるところの一項に依りて定められた法令、に従ってなされる。

(74) 二項の請求に際し、連邦防衛行政の官庁は、防衛上重要な他の任務並びに市民保護のための需要を考慮にいれる。

(75) *H. Grau, a. a. O., S. 35; Ebenda.*  
 一九七五年一月一日以来、輸送用車両、建築物、倉庫などの給付準備決定が給付義務者らに送達され、冷戦期は、年におよそ三五〇〇に及ぶ準備決定がなされている。*Gunter Hahnenfeld, BvW, 1980, S. 97.*

- (76) 参考としたもの。主に *Helmut Rumpf*, *Verteidigungskassen in der Bundesrepublik*, Bonn 1960; *Ingwer Ebsen*, *Militärische Bodennutzung*, Baden Baden 1988.
- (77) *Helmut Rumpf*, a.a.O., S.51f.
- (78) Entwurf eines Bundesleistungsgesetzes vom 21.10.1955 (BT-Drs.2/1804) S.24.
- (79) Änderungsvorschläge des Bundesrates (BT-Drs.2/1804) S.43ff.
- (80) 連邦参議院の改正案に対しての Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates (BT-Drs.2/1804) S.56.しかしながら、負担の請求、補償確定手続において法執行の統一的、計画適合的扱いのため、その限りにおけるラント官庁たる請求庁に対しての連邦政府の個別指示は、合意をみている(旧連邦負担法五条二項)。
- (81) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesleistungsgesetzes (BT-Drs.3/2045) S.11.
- (82) Ebenda.S.4.
- (83) Stellungnahme des Bundesrates (BT-Drs.3/2045) S.20.
- (84) Zusammenstellung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Bundesleistungsgesetzes mit den Beschlüssen des Ausschusses für Inneres (BT-Drs.3/2907) S.7f.
- (85) Verordnung über Anforderungsbehörden und Bedarfsträger nach dem Bundesleistungsgesetz (Anforderungsbehörden- und Bedarfsträgerverordnung-ABV) vom 1. Oktober 1961 (BGBl. I, S. 1786).
- (86) *Helmut Rumpf*, a.a.O., S.42.
- (87) 収用手続における起業者が、一定の状況の利益の意義及び重要性判定を指示することは、衡量判断の過程を剥奪するに等しいとされ許容されるべきではない。 *Harald Geigier*, BayVBl., 1987, S.109.
- (88) 本稿第二章第二節、第三節、第五節参照。
- (89) *H. Grau*, a.a.O., S.18ff.
- (90) Ebenda.
- (91) *Ingwer Ebsen*, a.a.O., S.111ff.
- (92) BVerwG 5 C 28/80
- (93) *Ingwer Ebsen*, a.a.O., S.58; BVerwG, NJW1986, 2449.
- (94) *Ingwer Ebsen*, a.a.O., S.59.



- (95) *Martin Oldiges, "Wehrrecht und Zivilverteidigungsrecht", in: Norbert Aetberg/Günter Pütner/Thomas Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg, 2000), S.668.*  
 また近時の連邦国防行政の憲法上の位置づけについての精緻な研究として、山中倫太郎「ドイツ基本法における軍防衛行政 (Wehrverwaltung) の組織および作用の法的地位—防衛法における行政組織法および行政作用法の地位の解明を兼ねて」(防衛大 学校紀要社会科学分冊 一〇九、一—四三—二〇一四—〇九)。
- (96) 八七も条が連邦国防行政のカテゴリリーを用意したのは、①軍と連邦国防行政との分離のほかに②連邦固有行政としての一つの領域を、他の一般行政(連邦、州)に対して確立する、という意義を持つ。 *Hermann Schulte, Die verfassungsrechtliche Stellung des Bundeswehrverwaltung, (Berlin, 1970), S.17.*
- (97) *Nolte/Krieger, Europäische Wehrrechtssysteme, (Baden-Baden, 2002), S.71ff.*
- (98) 連邦国防行政の原型を形作ったプランク機関 (*Dienststelle des Bevollmächtigten des Bundeskanzlers für die mit der Vernetzung der alliierten Truppen zusammenhängenden Fragen*) の中心人物に、エルンスト・ヴィルマーがいる。ナチス政権下で、ヒトラー暗殺を企てた兄ヨゼフ・ヴィルマーが投獄された関係で、同じく投獄された元軍人であり、また戦後は行政官・法律家として活躍した。その人物、業績が連邦国防行政の初期の展開とともに描かれたものとして *Rainer Blasius, Zivilier Geist gegen grasende Generale, ganzseitiger Artikel, erschienen in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, 29. März 2006, Nr.75, S.10.*
- なおドイツ防衛負担の成立の経緯、および防衛負担と連邦国防行政の位置づけについて、拙稿「ドイツ防衛負担の構造(一)」(早稲田大学大学院法研論集一三八号、二〇一一年)。
- (99) *Rainer Blasius, Zivilier Geist gegen grasende Generale, ganzseitiger Artikel, erschienen in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, 29. März 2006, Nr.75, S.10.*
- (100) *Hermann Schulte, aa.O., S.106 ff.*
- (101) *Helmuth Rumpf, aa.O., S.43.*
- (102) 文官優位の現象について、廣瀬克哉「官僚と軍人」(岩波書店、一九八九年)、その弊害を指摘するものとして、宮崎弘毅「防衛二法と防衛庁中央機構(その一)」(国防一六巻六号(一九七七年)一〇三頁、その他参考としたものに古川純「歴史としての防衛二法」(法律時報五六巻六号、一九八四年)三九頁。
- (103) 山中・前掲注(95)は、「組織法の観点からは、防衛省・自衛隊は、同一実体の各々静的・動的側面を意味するとの見解の下、一体として「行政各部」(憲法七二条)に属するものと解されてきたから、武装実力組織に対置されることへの防衛行政

「機構という概念が析出されにくい」としたうえで、ドイツの防衛行政組織が所掌するところと軍と連邦防衛行政の二元主義の成り立ちについて詳細な検討を加えている。