

ドイツにおける武器製造・輸出の自由

——基本法26条をめぐる解釈論から——

渡辺 洋*

本稿では、ドイツにおける武器製造・輸出の自由をめぐる基本法解釈論の様相を、一定の視座のもとに概観する。それにより、「真に日本の企業社会にとって必要な視点や提言を行っていかうとする」¹研究体に対し、憲法学の立場からなんらかの示唆を提供することを企図している。

その際、私企業による様々な人権侵害に対する、憲法の人権保障規定の効力ないし適用（を通じた企業の法的統制）といった、憲法学上おなじみのアプローチ（いわゆる私人間効力論）は採らない。本稿が仮設する視座は、これとはやや別のところにある。それは、例えば日本国憲法の平和主義について発言をつづけてきた一論者が、次のように思いのほか率直なとまどいを見せるところからすると、存外理論的検討が深められずにきた論点に関わるのかもしれない²（もっとも、本稿の視座の射程は、平和主義の問題にとどまらないだろうし、射程を平和主義の問題にとどめることは筆者の本意でもない）。問題の所在をより明瞭にすべく、そこでのやりとりをやや長くなるが結局そのまま引用のうえ、下線も付すことにする³。

浦田 [...] 例えば、武器輸出三原則、あれはなんだろうと前から気になっています。これは私人が武器を作って、どこか外国の政府とか私人に売るという話ですね。ですからこれは私法関係なのでしょね？

山元 そうですね、国が売るわけじゃないです

からね。

浦田 武器輸出三原則を国の政策として武器輸出を禁止している。これは憲法9条をそのまま使ったわけではなく、背景にある憲法9条を、私法関係で純粹の私人間のところに適用しているように見えますね。これは憲法的にいったい何なのでしょう。

山元 憲法規範を直接適用しているわけではないので、純粹理論的に言えば問題はないのでしようけれども、しかし理念としての憲法9条からの派生物が「営業の自由」に抵触することは確かですね。

浦田 政策的な規制だからいいという話ですか。

山元 積極規制・消極規制という枠組みで考えれば合憲であり、理論上は問題ないでしょうね。つまり、国の政策のなかには、外交・平和の問題もあれば、中小企業の保護の問題もある。

浦田 そうすると、ここは私法秩序と憲法秩序がかかわっていますね。憲法理念もかかわっていますね。

山元 そういう面もありますね。

浦田 憲法理念も私法でもう一度受け止め直していいということでしょうね⁴。

以上は、「経済的自由権の野放図な保障」に対峙される、「憲法規範論」上「あるべき制限」「あるべき経済秩序」といった近時の問題提起⁵にも通ずるだろう。その意味で、本当に従前の理論枠組に照らせば「問題ない」のか、「政策的な規制だからいい」のか、つまり（事が憲法に係る戦後日本の言説空間中きままって核心的地

* 神戸学院大学法学部助教授

位を与えられてきた事項に関わるにもかかわらず「憲法規範論」上は規制してもしなくてもよいのか、再考の余地はあると思われる。

他方逆に、このようにして、客観的な（つまり、必ずしも個別の主観的権利に還元しきれないはずの⁹⁾「憲法理念」を受けた“あるべき憲法的秩序”の構築という規範的要請を、ほかならぬ9条から導き出そうとするのであれば、（経済的自由権 vs. 「公共の福祉」+ 社会権等の場合とは異なり）もっとも端的かつ厳格だったはずの「条件プログラム」（9条の場合、国家権力に対する絶対的禁止規範）をも「目的プログラム」（国家権力が、自身のその時々々の施策を正当化すべく、融通無碍に引証しうる「憲法価値」と化しかねない、との問題提起⁷⁾に抵触するはずである。

もっともこの種の問題、敷衍すれば、“憲法の理念に照らし、あるべき憲法的秩序の実現を、（この憲法をたしかに「尊重擁護」すべき）国家権力が担って（場合によっては、それが「憲法規範論」上国家が担うべき任務とされ）、私法関係のレベルでも積極的に働きかけていく”という構図がはらむ危険性は、先のやりとりを交わした論者たちにも意識されていた。彼らは、先のやりとりを、立憲主義憲法下における非武装平和主義思想の国家的涵養ないし「押しつけ」といった論点を議論したうえで行っていたからである。そこでは、「憲法は、ほかのことならいざしらず、なによりもかけがえのない平和のためであれば、一種の「闘う民主制」を要求しているのではないか」との考え方が、一方の論者によって（従前の「闘う民主制」批判のあり方の再検討は留保されつつも）原則的に拒否されていた⁸⁾。

もちろん、「闘う民主制」や「押しつけ」にならない範囲であれば、「条件プログラム」（とりわけ人権保障規定）上はフリーだ、ということになるだろう。しかしそれは結局、「憲法規範論」上は「問題ない」、「政策的な規制だからいい」といった先ほどの言い方（すなわち立法裁量論）への回帰にすぎない。そして、た

しかに政府も、件の武器輸出三原則を（「憲法規範論」上の要請ではなく）任意の平和政策のレベルに位置づけてきた⁹⁾。だが、これまで憲法学の立場から（きっと、もっぱら政府に対し）ひたむきに9条の「尊重擁護」を説いてきた論者たちは、それでおとなしく承服する（承服してきた）だろうか。

周知のように、政府による「憲法規範」としての9条の継続的ななし崩しに対し、憲法学の立場からも、ある時期から、同条の「理念」や「精神」を汲んだ対案の構想と提示が積極的に展開されるようになった。枚挙に暇がないが、例えば、「恒久世界平和のために」「日本国憲法からの提言」（「世界平和貢献策」）を打ち出した記念碑的大著は、その「はしがき」によれば、それまでの「平和憲法学の歩み」を「さらに一歩進め」た、「当初の憲法典解釈論の客観的枠組みを崩さず、軍事化に対する社会科学的・実証的批判を加え、軍事力に代替する平和的総合戦略の創造的研究等」に基づく成果とされた¹⁰⁾。思うに、彼らが、当初の「条件プログラム」的「枠組み」に加え、文字どおり平和憲法的政策を自らも説き始めたのも、無理はない。政府による“武力による安全保障”政策の攻勢に対し、国家の戦争・武力行使、戦力保持等を絶対禁止する一線とふみ留まろうとする（それゆえ、“武力なき安全保障”政策の推進までは「規範論」として要請しない）「条件プログラム」論自体は、（9条のもとでたしか「平和的生存権」まで保障されたはずの）国民（ないし市民）の安全、彼らが現に享受しうる平和な秩序まで、約束できないはずである¹¹⁾¹²⁾。「平和憲法の規範力」が市民の側の「憲法への意思」に決定的に依存するのであれば¹³⁾、このような「条件プログラム」的憲法9条に不安を抱く市民に対し、（安全保障政策はしよせん政治プロセスの問題だとして突き放すことはせずに¹⁴⁾）「平和憲法の規範力」を維持・回復すべく、“国家が、一切武力によらず、あくまで国際協調的な平和外交の展開を通じて、国民の（対外的）安全を保障する任務”

といった「目的」まで憲法のもとで請合おうとしたのは、9条の「尊重擁護」に誠実な研究者としてありうる「衝迫」¹⁵だったのではないか。筆者も、このような9条論の現代的展開（「目的プログラム化」）に、これまでさしたる疑問も抱かなかつたばかりか、（自身にはとてもできない類の仕事だと諦観しつつも）むしろ好意的でいた。すなわち9条は、国家に対する戦争・戦力保持等の絶対的禁止規範であると同時に、そうすることで（前文などとあいまって）国民（ないし市民）の安全を保障する（よう政府に要請する、控えめにいっても）次善のプログラムを含意したものであると解してきた（安全保障プログラムとしての9条）¹⁶。

もちろん、先の「条件プログラム」論者も、憲法学はあくまで「憲法規範論」（実定憲法解釈論）に徹すべきだというわけではないだろう。「条件プログラム」の「シャープな境界線」の彫琢に飽き足らず、立法府の裁量事項とされた領域にまで踏み込んでその統制を目指し、より望ましい「目的プログラム」を対置しようとする憲法政策論も、（広い意味での）憲法学の名のもとで試行するに値する仕事にちがいない¹⁷。論者が警鐘を鳴らしてやまないのは、憲法学が（とりわけ「憲法規範論」の、しかも人権保障規定の解釈論のレベルで）「条件プログラム」と「目的プログラム」の原理的緊張関係に無自覚なまま“条件プログラムの目的プログラム化”に加担することだろう。しかし論者の結論するように、つまるところ両者間の（両憲法観の間の）「どぎつい選択」しかありえないのであれば、（この国で際立って特異な位相にある9条論において）そのような「居心地の悪さ」に耐えながら「条件プログラム」的憲法のいわば定言的命法に固執（あるいは禁欲）しつづけることのできる「強い個人」は、論者を措いてそう多くはないかもしれない¹⁸。

ともあれ、このようにして、先述の構図（憲法理念に照らし、あるべき憲法的秩序の実現を、国家権力が担って、私法関係のレベルでも積極的に働きかけていく）のうち、少なくとも前段部

分（憲法理念の実現）については、憲法学の試みとしてひとまず維持しえたとしても、しかし、それによって得られた成果が、本稿の企図にとって肝心となる後段部分（私法関係、なにより企業社会における憲法的秩序の実現）において、期待されるだけの「厳格」な（単なる政策論的オルターナティブ以上の）規範的インパクト（それはつまるところ、あてにならない政府から独立した憲法機関＝裁判所による法的強制の可能性）を提供しうるか否かは、もちろん別問題である。また、なによりそこには、日本国憲法のもと、（「条件プログラム」論者の理解に代表されるような）立憲主義に執着する者がとりわけ恐れる、“国家権力を統制すべき憲法の規範内容が、当の国家権力によって篡奪され、逆にその活動を法的に正当化するものへと転化せしめられる”という、先の危険性がやはり抜きがたく存在する。

では、実定憲法上このような桎梏に直面しそくない国の場合はどうか。すなわち、憲法上まさしく「闘う民主制」を採り、当該憲法への忠誠を国民に対しても免除しない（もって特定の憲法価値を「押しつけ」うる）当の国である。これが、本稿がドイツにおける武器製造・輸出の自由をめぐる基本法解釈論に着目する所以である。

もっとも、以下概観するように、かの国の様相は、（さしあたり）過大な期待（あるいは警戒）が禁物であることを教えてくれる。本稿が企図するのも、あくまで「なんらかの示唆の提供」だった（「示唆」には、もちろんアポリアも含まれる）。

1 ドイツ基本法26条

(1) いわばドイツともに第2次世界大戦の敗戦という「歴史的記憶」を共有する日本は、これを受けた「憲法的表現」の1つ（むしろ構成的要素）として、絶対平和主義（9条、前文）を選択した。これに対し、ドイツでこれに相応するのは、むしろいわゆる「たたか

う民主制」(代表的には、ドイツ連邦共和国基本法18条=基本権の喪失や21条2項=違憲政党の禁止、9条2項=違憲結社の禁止など)というべきで、その意味でドイツは日本とは行き方を異にしている。しかし、かの国で平和主義思想が憲法的表現を見なかったわけではない。基本法はその前文(「世界の平和に奉仕」)、1条2項(「平和および正義の基礎」)、9条2項(「諸国民のあいだの協調の思想」)、24条2項(「平和を維持するために」「平和で永続的な秩序」)などで平和を要請するうえ、26条には次のような端的な規定を置いている。

第26条

- (1) 諸国民の平和的共同生活を妨げ、特に侵略戦争の遂行を準備するのに役立つ、かつ、そのような意図をもってなされる行為は、違憲である。このような行為は処罰するものとする。
- (2) 戦争遂行用の武器は、連邦政府の許可を得ることによってのみ、製造し、運搬し、商取引することが許される。詳細は、連邦法律で規律する。¹⁹

基本法の平和要請を具体化する「規範的核心」とされる本条は²⁰、ドイツ憲法史上も、また比較憲法的にも類例を見ないが、戦後における憲法政治の展開という意味では、とりわけ日本の憲法9条が比較可能であるともいわれる²¹。そしてその成立に際しては、制憲議会(Parlamentarischer Rat / 議会評議会)議員に対し、「ドイツ国民の平和への意思」が数多く寄せられたという²²。いずれにせよ本条は、敗戦前後史の経験を背景に読まれるべきことが、まず指摘されなければならない²³。もちろん、それはそのまま、かの国でなにより克服すべきとされた過去、すなわちなチスによる独裁の経験でもある(そしてその意味で、すぐ後で言及する「たかかう民主制」の「記憶」と当然に通底する)²⁴。またそれは、端的に戦争責任問題への一対応としても理解される²⁵。

(2) もっとも、違いも指摘される。例えば、日本国憲法9条の成立における連合軍の関与

を認識の前提に、この点基本法26条はドイツ・オリジナルであった旨主張される²⁶。また、(その証左にもなるのか)もともとヘレンキームゼー憲法会議の本条第1草案は、平和への脅威とみなしうる活動を残らず予防すべく、戦争一般と侵略戦争に区別を認めていなかったのに対し、後の制憲会議では一議員から修正案が出され(防衛戦争は禁じられていないゆえ、草案中の「戦争」は「侵略戦争」に変更(限定)すべきだ)、これに対する草案提案者の反論にもかかわらず(何人も、自国の武装を防衛のためなどといわなかった試しはなく、国家間紛争の解決に向けた暴力は、全国家の集団的安全保障によるものを除き、今後いかなる方法においても排せられるべきだ)、結局条文上の表記は現行規定の方向で落ち着いたという制憲過程からして²⁷、そこに見て読みとりうる平和主義思想の相違も明瞭といえる²⁸。加えて、「憲法上もっとも強力な法的宣告」たるその法律効果(「…行為は、違憲」であり、これを「処罰するものとする」)が、本条のいわゆる比類なさを際立たせている。「違憲」と「処罰」という二重のサンクションの並置に至った制憲時の論争と妥協からは、(事実、後に指摘されたように、そのみでは“*lex imperfecta*”であってもなお)まず対象を違憲と認定したかった、当時の草案起草者のパトスがうかがわれる²⁹。

(3) だがそのうえで、本稿の問題関心からすればなおのこと、そうした断固たる制憲者意思の背後にあるもの、すなわち制憲者が(こうした「憲法上もっとも強力な」法的効果を押し及ぼすべく)見越した本条の名宛人に、むしろその比類なさを見るべきだろう³⁰。日本国憲法には、実質的にはより大規模な経済単位(すなわち企業)の活動を、社会・経済政策的観点から(も)規制する余地をより多く認めたと解される(解されてきた)規定が存在する(22条、29条の「公共の福祉」)。しかしそれは、憲法が、あくまで政府に対しそうした規制を許容した(その裏返しとして、政

府側の裁量性がより多く見積もられ、裁判所の違憲審査基準が「緩やか」となる)のであって、私的経済活動単位を直接憲法の統制下に置くものでは、もちろんない。しいていえば、そうした私的経済単位としては、反射的に、こうした政府による規制を甘受せざるをえない(あえて訴訟で争っても勝つ見込みは薄い)、そのようなあり方(いわば秩序)が法的に正当化される共同体で活動をつづけざるをえない、というだけである。これに対しドイツ基本法26条1項は、「基本法の空間的ないし人的妥当領域にあるすべての法主体に向けられる」³¹、すなわち、国家諸機関はもとより、(かの国の立憲主義のあり方からして容易に予想される事態だが)「自然人や法人、ならびに、法的形態や組織率のいかんにかかわらず、およそ(事実上)活動能力を有するあらゆる類の人の集まり」³²まで網羅した私人の活動にも妥当するという点で、争いはない³³。それゆえ例えば、通説的解釈による日本国憲法のあり方とはきわめて対照的に、「ドイツでは、外国で戦争行動に参加する兵士は、[基本法]2条1項による一般の行動の自由を援用できない」ことになる³⁴。

たしかにこの点、第1草案時点からしてすでに、「平和への脅威」とはナショナリスティックな扇動まで含めた観念で、そこでは私人による「脅威」も想定されていたという³⁵。そうした草案に対し、その条文化をめぐるやほり長い議論のすえ追加された本条2項も³⁶、私的経済活動体による「製造」「運搬」「商取引」一般の原則的保障に対し³⁷、それが「戦争遂行用の武器」に係る場合は連邦政府は許可を留保しうるかのように読める(その点では、日本国憲法22、29条にも似た構造(原則一般的保障、但し「公共の福祉」に基づく制約の留保)にみえる)にもかかわらず、私人まで憲法的拘束下に置く同条1項の(そのような立憲主義のあり方の)具体的表出として理解され³⁸、本条2項にいう「許可」も、多くは、「禁止解除留保付の抑制的禁止」すなわち

「原則として禁じられた活動の例外的承認」であり、「この許可によってはじめて当該行為は適法となる」と解する³⁹。そして文献(主として、筆者が散見しえた代表的なコメント)上は、こうした本条のあり方に、憲法論上の葛藤も見受けられない。むしろ逆に、本条によって立法者に課された憲法委託ないし立法委託の具体化、とりわけ刑法80条(侵略戦争の準備)、80a条(侵略戦争の懲罰)や武器管理法(後述4)の不十分さのほうが指摘される⁴⁰。なぜか。

2 26条における「たたかう民主制」的傾向

(1) この点、本条1項を、「その国内における危機防衛機能において、「たたかう民主制」の要素でもある」と評する見解が端的である⁴¹。この場合それは、本条の意義につき先述したこと、すなわち本条が、基本法における平和要請の「規範的核心」として、他の中核的規定(前文、1条2項、9条2項、24条2項)と「諸民族の平和的共同生活」という点で保護法益を共有しているとされることと、恐らく無関係ではない。そしてこのことは、本条1項がこの法益を「妨げ」とする「行為」には、これも先述のとおり、当初から「ナショナリスティックな扇動」まで想定されていたことにも関わる。そのうえで、本項にいう「平和」を人権保障と諸民族の自己決定まで組み込んだ「実質的平和」ととらえる見解も視野に、本項をこうした「基本法の規範の体系的諸連関において解釈すべし」とすれば⁴²、本項が「あらゆる基本権活動の制約」として作用する(と説くに至る)のは必至だろう⁴³。この場合、この基本権制約はいわば「憲法直接的」であり⁴⁴、これを重ねて基本法「18条の意味での「自由で民主的な基本秩序」概念に組み入れることを要しない」。また、それは21条や9条にもいえるから、「政党特権(21条2項2文)や結社禁止専権

(9条2項)は26条1項1文違反の反論とならない⁴⁵。

このように、本条の対象領域と機能は、「たたかう民主制」に係る主要規定のそれと、相当程度の一致を見せる。したがって、基本権解釈をめぐる後者の主戦場も、たいてい前者に共有される。なかでも、「戦争の喚起」(本条1項2文の立法委託を受け、同1文を「部分的に」具体化したとされる、ドイツ刑法80a条)につながりうる「コミュニケーション部門における行動態様」⁴⁶、すなわち基本法5条、8条、9条などの保護領域下にある諸活動の制約が問題となる。というのも、「民族的、イデオロギイ的、あるいは人種的にも攻撃的態度を誘発する社会心理学上の本質的原因であり、したがって平和の妨げとなる」「敵のイメージ」の「生成や定着には」、この種の活動、とりわけ「個人に対し明らかにより大きな[平和]妨害能力をそなえた」⁴⁷マスメディアが加担しうるからである⁴⁸。それゆえ一般論としては、戦争の扇動・賛美・無害化、あるいは民族的・人種的・階級的憎悪等々は、そもそも「あらゆる行動面において」(したがって意見表明の場面においても)「経験的に平和妨害的」とされる⁴⁹。「メーデーのデモを自身の威嚇力を示す軍事パレードに代えることや、「敵一同志」、「闘争＝勝利」といった連想パターンを間断なく宣伝すること」などは、このように説く論者が「26条1項1文のとらえる攻撃的政治観の典型的兆候」として挙げる例である⁵⁰。学問の自由ももちろん無関係ではない。平和妨害的ないし攻撃的目的に尽くす研究者は、学問の本旨たる「真理に仕えていない」ゆえに、本項はこうした活動に許される「限界線を引く規範」ではなく、そもそも「制約を明示する規範」として作用する⁵¹。結社に至っては、その保障規定たる基本法9条自体の内に「定礎された制約」として、「26条1項の平和要請が結社の自由に作用する」。すなわち9条2項は、明文上(「諸国民のあいだの協調」)も明らかなように、

「26条1項と直接結びついて」おり、それゆえ「軍事上攻撃的、拡張主義的な、あるいはなんであれ戦争を賛美する目標を設定した結社はすべて」本項の制約に服することになる⁵²。

(2) もっとも、以上はあくまで解釈の前提となる一般論である。平和妨害的性向の「評価に際し見越される」、「外交政策的意味での濫適用の危険」⁵³も他方で(論者によって程度の差はあれ)意識されており、検討が各論に及ぶとたいてい穏当な留保が付される。とりわけマスメディアについては、先述した平和妨害におけるその加担性から、これに対して引かれる限界線も、意見表明一般に比べ「明らかにきつい」とされる一方⁵⁴、特性上それがはらむ傷つきやすさにも、一定の配慮が割かれる。まず、一口にメディア報道といっても、それが主として(基本法5条1項の用語である)「意見」に係る場合と単なる事実に係る場合の区別を(ここでも)前提に、後者はもとより前者の場合でも、例えば「すでに勃発した軍事紛争についての意見」などは、それが諸外国の政治・政治家に対する相当手厳しい批判につながっても、原則として「平和妨害的」とはみなされない。両者を通じて問題となるのは、自覚的・意図的な戦争宣伝や誤報に限られる⁵⁵。また、他のマスメディアに比べ「移ろいにくい」ともされるプレスは、その分外国報道でも相当程度専門的に機能しえ、それゆえに対象の誤ったイメージや紋切り型のイメージの流布にも手を染めうるが、しかしこれに対し基本法26条を根拠に刑事罰で臨む場合にも、「より緩やかな手段が好ましいと思われるとき、あるいは達成可能な目標が刑罰手段の重さとつり合わないとき」には、「比例性という憲法内在的の原則」に服すべきである⁵⁶。

こう考えれば刑法80条、80a条を超えた処罰は「きわめて疑わしい」し、いっそう広範に及ぶ犯罪構成要件の構築も「必要な明確性を欠く」とまで述べる論者が、権力による不明確な刑罰法規の恣意的適用例として言及す

るのが、いわゆる旧東ドイツにおいて、1956年のハンガリー蜂起に介入したソ連を批判した者が「他の諸民族を侮辱した者」、「他の諸民族に抗して扇動した者」に該当するとされた事例である。こうした文字どおり「外交政策的意味での濫適用の危険」に、「平和妨害の意図」という、加えて必要とされる主観的構成要件要素による限界づけをもってできるかぎり対処しようとする見解は⁵⁷、この論者によれば、「ニュース素材の選別や、それにとりまとう要約的描写が、ジャーナリストのような仕事に固有のものであるという事実を正当に評価していない」。もっとも、こうしたジャーナリストの（自覚的・意図的な）「判断過程における最優先の観点は、読者の市場に規定されたマスメディアにとっては、訴えかけられた聞き手の側の関心と時事性」であり、その意味で、「もともと支配的見解であるものを表しがちなだけの」「ジャーナリストもまた、こうした社会の産物である」。具体的刑事事件に面した裁判官にとっては、こうしたところに、この領域でプレスが影響力を行使するプロセスの見通しにくさ、追体験のしにくさが存するのである。そこで論者は、「もっとも適切なアプローチ」として、ラントレベルのプレス法では認められた反論権を、諸外国にまで拡大することを提唱する。そうすれば、「この領域で無責任にふるまうジャーナリストへの威嚇効果をもたらすだけでなく、生成した、あるいは生成中の敵のイメージの修正にも資しうるだろう」⁵⁸。

(3) だがしかし、以上の警戒や留保をもってしても、基本法26条が本来的にもついわば「たたかう民主制」的傾向は、やはりぬぐいがたい。本条1項の明文（「性向」と「意図」）に照らせば、「平和はすでに侵害されることを要せず、そのような侵害が、一定の状況のもと、十分な蓋然性をもって見込まれることで足りる」⁵⁹と解しても、あながち不当とはいいがたいだろう。その際問題となる侵害の危険性につき、本項がこのように法益保護

ないし禁止を「前倒した」趣旨に鑑み、抽象的なもので足りるとする有力説⁶⁰に承服せず、具体的危険まで要求する見解は⁶¹、「濫適用」の限界づけを志向する先述の一環に、なお位置づけうるかもしれない。また、こうした対立が生ずる原因を、本条が異なる名宛人に宛てられている点に見るならば⁶²、とりわけ「国家的権力機関の下支えを欠いた個人が[平和を]脅かす恐れや破壊する恐れは、本質的にわずかであることが勘案されねばならない」のは⁶³、むしろ当然といえるだろう。実際、本条1項によって私人の行為が禁止されるのは、それが「諸民族の平和的共同生活に対し重大かつ深刻で、持続的な影響」を与えかねない場合に限定されるとの判断が、連邦行政裁判所によっても示されている⁶⁴。そしてここから、例えば武装組織に賛同する集会も、それが空間的・時間的に限定されたものであれば、こうした「影響」は原則として問題とならないともされる⁶⁵。とはいえ、こうした議論がドイツ警察法上の「公共の秩序」概念に関わる「危険」論を意識して（「パラレル」に⁶⁶）行われること自体、その本質が、個人の主観的権利には還元しきれない客観的秩序として観念された「諸国民の平和的共同生活」を維持確保するための、いわば治安（法制）論議の一環にあることの傍証とみられなくもない⁶⁷。私人の平和妨害行為を、あるいはその「格別の非難可能性ゆえに」⁶⁸、あるいは具体的刑罰法規がなくとも「警察法上の一般条項に基づいて」⁶⁹、あるいは刑罰以外の手段も付加しながら⁷⁰、あるいは「察知可能な可及的早期の段階で」⁷¹規制する憲法上の義務が、立法委託を定めた本項2文などから、あらゆる国家機関に発生すると説くに至る見解の可能性／危険性は、こうした文脈で測定する必要がある。マスメディアに固有の問題を力説した先の論者が、その直後に自説の反論権論の限界を率直に認めたとうえで、事柄における（法的手段によらない）平和教育の重要性に言及しているのも、なかなか示

峻的である⁷²。

3 「積極的平和論」の26条解釈

(1) こうした拡張的解釈の背景には、(処罰対象をドイツが関与する侵略戦争の準備に限定する)刑法80, 80a条は基本法26条1項の憲法委託に応えきれていないと認識する、先述の「完全に支配的な」⁷³学説状況がある。ただそれでも、本条を基本法中の他の平和要請規定の「体系的諸連関」に置きながら、しかし「規範的分業の枠組」をふまえて、その役割を「危機防衛機能」に限定する立場は、まだ抑制的といえるかもしれない⁷⁴。これに対して、本条が目指す「平和」を単なる「武力紛争の回避」ととらえるためにその背後で作用する構造的原因を考慮しえない「消極的平和観」の不毛性(「墓地の平和」)を批判し、戦後の平和研究や国際法の潮流からより積極的な平和の概念把握を主張する見解は、本条の規範的位置づけを国家の平和目標規定にまで拡張する⁷⁵。それによれば、本条1項は(現行刑法どころか、禁止すなわち不作為命令を旨とする)刑法的手法だけではそもそも実現されえない⁷⁶。それが奉仕しうるのは「消極的平和」のほうである⁷⁷。もちろん「消極的平和」自体は、「積極的平和論」につきまとう後述の難点を考えれば、「積極的平和」と相容れないものとして排斥する必要はなく、むしろあらゆる平和考究の「出発点」とすべきである⁷⁸。しかし本項は同時に、政治的権力を握る者に対して、「他のより峻厳ではない接し方で平和を維持し構築する手段を探索する」よう、「包括的で積極的な尽力」(すなわち作為命令)を課している⁷⁹。

(2) もっともこうした議論が、その積極性ゆえともすれば陥るいわば理念の過積載や、やはりその積極的に構成された概念に「欠かせない発展のダイナミズム」のいわば裏返しとしての時代流動性などから、「概念的精緻さ」に欠けるだけでなく、「ユートピア主義

的相貌さえ見せる点については、論者自身もその問題性を意識する⁸⁰。またそもそも、たしかに基本法に顕著な平和志向性から、その国家目標性と積極的平和政策義務(平和委託、平和命令)がいえても、それは(「規範的分業」の観点から)他のより原則的な規定(前文や1条2項など)に基礎づけるべきで⁸¹、「ひとり26条から導かれうるかは疑われうる」(なにも憲法上“最強の”制裁手段をそなえた本条を根拠にする必要はない)し、なにより「こうした国家目標から、積極的内実について何が導かれるか」いまだ定かではなく、少なくとも「国家目標についての一般的・根本的議論」に立ち返った検討が必要であるといった(もっともな)指摘もある⁸²。こうしたなか、自説が「基本法の憲法にとって本質的に無縁」でも(ドイツの)憲法学にとって「異例なもの」でもないことの証左として論者が援用するのが、社会国家原理(20条1項)であるというのは興味深い。大要いわく、(上述のように異論の多い26条はともかく、今日はるかに自明な)この原理からいかなる法的効果が導かれうるかも、(26条と同様)なお今後とも立ち入った検討をつづけていく必要があるが、こうした社会国家原理の(法的限界設定というよりは)道標的な性格を指して、そのユートピア性を難ずる者は(この点では26条と違い)いないはずである(いるとすれば、それは「まったくもって国法学的平面に掉差さない」者である)⁸³。

ここでこの論者が、26条を国家目標規定と解した場合、私権の大幅な制約を正当化する⁸⁴(したがって、私権者にそうした制約の甘受を余儀なくさせうる)社会国家原理と、機能において「比較可能」と見ている点は⁸⁵、以後の考察との関連で注視しておきたい。もっとも論者は、その点を強調するあまり、26条が「道標」から(ヴァイマル期のような)プログラム規定へと誤認されることにも警戒する。すなわち本条は、「法的拘束力を有する指導原理として、諸国民の平和的共同生活

にとって重要な憲法領域に影響を及ぼさねばならない」⁸⁶。このように思考する論者は、国家目標たる本条の位置づけを、別に「国家的共同生活の根本規範」とも表現する⁸⁷。だがそれは、(本条の法規範性を真摯にかつ熱意をもって強化しようとする論者の真意とは裏腹に) こうした見解の(危険な)傾向を集約的に表したものであるというべきである。本条を評するに際して「たたかう民主制」を口にしながらも、あえてその機能を「危機防衛」に限定しようとした論者が、他方で(確定可能な法概念に基づく)「司法的執行可能性」^{Justiziabilität}を本条の「決定的解釈基準」に置いたのは、法的拘束力の強調という点で先の積極／拡張論者と軌を一にするのではもちろんなく、やはり、本条に「最大限政治的に望ましいもの」を盛り込もうとするポジティブな解釈が、そうした理想の「イデオロギーの商品化」に加担する可能性／危険性をなにより警戒してのことだった⁸⁸。積極／拡張論者が「積極的平和概念において統合されねばならない」とする(いささか壮大な)諸目標、「個人の解放、自由、公正、搾取の克服」^{Gerechtigkeit}…が⁸⁹、こうした危惧を現に裏打ちするだろう。その高度の抽象性から「相対化とイデオロギー的粉飾によって平和命令の価値を切り下げ」かねないこれらの理念が、「諸国民の平和的共同生活」という本条の保護法益を、それぞれ「全国家的共同生活」のスケールで「まずもって実現されるべき正義の秩序」^{Gerechtigkeitsordnung}にまで客観化するものである⁹⁰。

4 26条2項解釈への帰結

では、企業の武器製造・輸出の自由に係る肝心の基本法26条2項についてはどうか。先述のように、それが「1項の […] 具体的表出」と理解される以上、上述の傾向は2項にも妥当することになるはずである。そしてそれは、日本にあってその憲法が公権力に厳命する「絶対平和」を強く支持し、その実現

には野放図な企業活動も重大な障害となりうると考える者には、(もちろん基本法26条を受けたかの国の、ことに立法受託者を信用できるかぎりにおいてではあるが)たいへん好ましいものに(一瞬だけ)映るかもしれない。すなわち、「平和妨害」的な企業活動、ましてその武器製造・輸出などに至っては、先の戦闘的な傾向は文字どおり積極的に拡張されてしかるべきだと。しかしそれは、日本にあって「絶対平和」を支持する一方、(かの国の戦闘的な立憲主義のあり方には批判的に一線を画して)自身の憲法では「非戦闘的」な立憲主義が採用されたと解する(恐らく少なくない)論者にとって、軽率な背理であると(即座に)気づく。彼ら／彼女らは、「平和妨害」的な私企業に対して「憲法直接的」に“たたかう”ことのできるかの国の憲法体制(立憲主義)をうらやむべきか。実は、必ずしも事情はそうではないようである。

(1) もちろん、武力紛争の構造的原因に対する洞察の必要性を力説する先の積極／拡張論者に至ってはとりわけ、26条2項制定の背景を成す「無制約な軍需産業と軍国主義に傾倒する政治との間に存する緊密な関係」についても、模範的な熱心さで紙幅が割かれている。いわく、この関係は、「無尽蔵の出資、赤字決算等々まで覚悟しうる国家という買い手にほとんど依存する」軍需産業の特殊性に由来する。それゆえ、軍需産業のロビイング攻勢の対象となる政治部門が、「このことから生ずる圧力に対して行動の自由を失う危険性は、ことのほか大きい」。たしかに今日、一国の経済政策において軍需産業の占める比重は、「数字上は」乏しいが、「テクノロジーの進歩の伝動ベルト」としてますます増大するその役割は、「度を越した」経済的関心の的となりうる。ましてそれが(ハイコストとはいえ)「ハイリターン」なものであれば、軍事政策に対する先の「圧力」は依然必至である。それゆえこうした、「自国の軍備状況と達成可能な進歩を自国の安全保障に対する

脅威の決定的尺度にしてしまう、独自のダイナミクス」が兵器製造を先導する決定的要因なのであって、(俗耳にしがち)「潜在的な敵に無理強いされたプロセス」がそうなのではない。脅威なのはむしろ、その「拡大に向かう運動性」である。加えて、ドイツにおいて供給過剰な兵器製造が、さらに「積極的な輸出振興への圧力」を増大せしめ、これがその輸出先である第三世界諸国の不安定化や貧困を引き続き招いている。

26条2項は、こうした影響の連鎖を「少なくとも和らげようとする」ものである。すなわち、許可制によって兵器製造を「軍事的防衛構想を手段とした平和維持に不可欠なもの」に限定させる本条項は、そうした「制約に左右されることのない国家と軍需経済の協働に規定された」ドイツの(第三帝国どころか帝国主義の時代にまで遡る)過去を省みた帰結である⁹¹。

(2) しかし、本条項の趣旨と機能をこのように(軍需産業に対して敵対的に)解すれば(なおのこと)、それが立法者に委託した然るべき立法、したがって本条項の「Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen 施行法」たる「Kriegswaffenkontrollgesetz 武器管理に関する法律」(武器管理法)のあり方は、(この論者ならずとも)なお不十分に映ることになるだろう⁹²。

まず同法1条1,2項は、何が基本法26条2項にいう「戦争遂行用の武器」に含まれるかにつき、詳細を連邦政府作成の「武器リスト」に委ねている。もちろん、この「武器」概念も含め、およそ基本法26条2項の「憲法委託は立法者に対して独自の定義権限を付与していない」⁹³と述べたところで自ずと限度があるだろうが、同条項により許可権限を認められた連邦政府が、(単純法律である)武器管理法によるとその許可基準たるリスト自体をも作成しうる(とすることで、事実上「定義権限」をも掌握する)という委任のあり方が、なお“限度”(すなわち立法裁量の範囲)を超えていないといえるかは、(後述する許可権限の再委任や運用実態もあわせ考えれば)一応疑問の余

地がありうる。この点同法も、リストの作成に際しては、連邦参議院の同意に加えいくつかの条件を課しており、少なくともわずかな白紙委任とはなっていない。とはいえ、その付加条件の1つであるリストの不断の更新についてみても、条文上は、(そもそもそれが義務規定ではなく授権規定であることに加えて)^{ermächtigt}科学的・技術的知見のみならず「ermächtigt 軍事的知見」といった(多分に政府の軍事戦略的思惑をも容れうるような⁹⁴)考慮事項も挙げられる一方、武器の使用場面については「国家観の武力紛争」しか想定されていないなど(内戦や独立戦争などの場合を想起)⁹⁵、いずれにせよまずこうした点で「同法が完全に憲法委託に沿っているか否かは問題である」⁹⁶とされる。それゆえ、リストから漏れた物品についても、基本法26条2項に直接基づいて許可を要請できると明言する見解もある⁹⁷。またなにより、本条項が「連邦政府」(基本法62条も参照)に与えた許可権限を、事項に応じて所轄の各大臣に再委任する権限を連邦政府に認め、その際発せられる命令については「連邦参議院の同意を要しない」旨わざわざ明記している武器管理法11条2項などは、(憲法委託の不履行どころか)広く違憲と解されている⁹⁸。

(3) このように、基本法26条2項もなにかと注文が多い、すなわちその法的な縛り(規範性)は(解釈論上は)きつく見積もられている。このことは、先述のように、本条項が(同条1項を受けて)私企業に対し「戦争遂行用の武器」の「製造」「運搬」「商取引」の自由を認めないことを前提に、この禁止を連邦政府が許可によって例外的に解除する場合にも、裁量の余地は限られていることを意味するだろう。かくして平和妨害的な活動は、本条項の企図どおり、軍需産業のレベルでも憲法的統制に服することになるはずである。

だが、それもしよせん “制裁による強制の裏づけを欠いたもの” sanktionlos

でしかない(とは、先の積極/拡張論者自身の表現である)⁹⁹。事実、私企業の武器製造・輸出等の「抑制的禁止」を旨とする本条項の縛

りは、「実践的な理由から」弱められてきた¹⁰⁰。武器製造者・輸出者等の側の許可請求権を否定する一方（1項）、連邦政府に不許可を義務づける場合（3項）ばかりか、不許可とする場合（2項）も列挙する武器管理法6条は、その法的前提を提供する。この不許可裁量権が「常に憲法の原則禁止の意味をふまえて行使されるべき」¹⁰¹ことはいうまでもない。しかし実際には、許可実務は一行政規則によって「きわめて強く規定されて」きた¹⁰²。いわゆる「武器その他の兵器の輸出に対する連邦政府の政策原則」（2000年1月19日）によれば、NATO加盟諸国（これと同等の地位にあると見なされるオーストラリア、ニュージーランド、スイスおよび日本を含む）・EU加盟諸国以外の諸国に対する武器輸出は、原則として許可されないのだが、それも（「同盟の利益」に配慮したうえとはいえ）「ドイツ連邦共和国の特別な外交上ないし安全保障政策上の利益」に個別に関わる場合は、話は別となる（3項2号）¹⁰³。これに、「ドイツ連邦共和国の防衛に資し、それゆえ軍事力による有効な国土防衛という憲法委託によってカバーされる [...] かぎりでのみ、異とするにあたらぬ」¹⁰⁴と注釈を付したところで、その問題性には変わらない。基本法26条2項の主眼も、あくまで当該武器製造・輸出の平和妨害性に向けられていたはずだが。

5 26条の規範的指示力の僅少さ

(1) 以上は、基本法26条についての積極／拡張論の採否に関わらず、本条に多くの規範的要請を読み込むことでその（企業活動によるものも含む）平和妨害行為への敵対的姿勢を強化しようとしたところで、こと立法委託に関する場合（まして「特別な外交上ないし安全保障政策上の利益」の主張まで容れ出したら）、その「事物の本性に属する規範的指示力の僅少さ」は克服しがたいことを再認識させる。むしろこのことは、立法者や政府についての

みならず、「司法的執行可能性という観点でもまさしく」妥当する¹⁰⁵。事実本条は、連邦憲法裁判所でも、また各専門裁判所のレベルでも、総じて「判決において大きな役割を果たしてこなかった」のであり、ことに1992年から94年にかけて論争された連邦軍の海外派遣の法的許容性をめぐっては、「なんの役割も演じなかった」とさえいわれる¹⁰⁶。こうした「事物の本性」は、（期せずして立ち返った26条の一般論からさらに遡及して）「国家目標についての一般的・根本的議論」を瞥見するだけでも確認されるだろう¹⁰⁷。

(2) 先の積極／拡張論者は、26条の国家目標規定性を、社会国家原理との対照のうえでも主張していた。先述のように、平和命令に基づく（憲法直接的）私権制約といった論理にも途を開きそうなこの立論は、他の論者の（時に語源学的論拠まで引証する）より歴史的な論述¹⁰⁸に接すると、いく分説得力を増してみえるかもしれない。それによれば、まず、平和の確保は国家の本質と存立を左右する「根本的条件」であり（したがって憲法にとっても、それは規制対象というよりは前提であり）、このことは、歴史的にみても近代以降に始まったことではない。そのうえで、こうした平和を国家目標として考察する場合、国家目標が「国家の歴史的・理論的基礎」ないし正統性に関わる以上、「他の国家目標から孤立させて見ることはできない」のであり、事実（カントの法論に影響を受けた）19世紀ドイツのリベラルな国法学においては、「平和は、国家が保障し保護する社会契約的gemeinverträglichen自由と合わせてのみ国家目的たりうる」と解されていた。19世紀後半には以上に加え「福祉」Wohlfahrtを論じた国家目標論は、法実証主義の成立によって（カント的理性法の伝統とともに）一時衰弱したものの、その後（法実証主義や形式的多数決原理が、実質的内容を指示しないがゆえに理論的に拒絶できなかった「空白の権力」を経て）国家による平和確保に際し予想される恣意の法的統制、すなわち（市民の）自由

を第二の目標として標榜するに至る。権力の分立（ことに裁判所の独立）や権利章典の整備などは、この時代に発する法制的考案である。

もっともそのような時期は、市民社会・私的自治（したがって“*ius civile*”）の台頭と消極国家と呼ばれる時代区分にも相当するだろう。すなわち、国家（あるいは“*ius publicum*”）は「私的権力を前に後退」し、原則として「国家目標としての平和と自由保障には関わらない」という時期である。したがって、この時期にいう平和（ないし「平和と自由が相互に手を携えた関係」とは、そのような次元で理解する必要がある。もちろんその際も、自由は国家からの自由に限られず、「諸々の国家的決定への参与、すなわち民主政」も含まれるが、「自由のこの側面」もまた、国家的決定の市民による受容を容易にすること（すなわち国家的決定の正統化）によって、平和と「相互関係に立つ」。

ここにきてにわかに（あるいはたしかに）憲法史概説の様相を見せ始めたこの論述が次に示唆するのは、いうまでもなく、こうした「私的権力」（あるいは、こうした市民社会で不可避免的に発生する「事実上の不平等」）に抗して諸個人わけでも「貧困者の生存確保、搾取からの保護、ならびに自由の諸前提の保障」を要請する、あの20世紀の原理の登場である。かくして国家目標論は、第三に、そのための社会的調整（すなわち社会国家原理）を「現代国家の普遍の任務」とするに至る。

ところで、こうした行論には、たんなる国家目標史的展開の素描にとどまらない含意が込められているだろう。論者自身の記述によれば、「国家が平和のためにも保障し保護すべき自由を最初から社会契約的自由と解するなら、国家は今日、かつてと同様、上述の意味での自由〔すなわち、“*ius civile*”が“*ius publicum*”に優位した時期の自由〕の保護に制約されえない」。ここで「かつて」とは、論者によれば、遠く古代ギリシア・ローマの

賢人たちにまで遡行する壮大なものである。その意味で逆説的に超歴史的にも映るこうした論法をもとに、社会的調整のみならず平和の確保も、場合によっては市民社会・私的自治への介入も辞さず（「平和のための自由の制約」）積極的に実現されるべき普遍的国家目標として、もう一つの国家目標である市民的自由の保障とともに、相互に牽連する三角関係に配置されるのである。ここには、国家の基本権保護義務論と軌を一にする発想を看取できないか。仮にこの点を措くとしても、国家目標とされた平和は、反面このようにして、「私的権力」への掣肘をも射程に入れ（う）るものであることが明らかにされた。国家の普遍的属性を盾にしたその論理は、その意味では否が応でも強力である。

(3) こうした論述の正否は、今は問わない。ここでは、例えば上述の（文字どおり）「国家目標についての一般的・根本的議論」から、基本法26条につきいかなる／どの程度の「規範的指示力」がいえるかが問題だった。そしてこの点（論稿の性格上基本法26条の解釈論には直接には言及しない）上の論者も、（その原理的力強さとは一見裏腹に）平和と他の国家目標との時宜に即した調整が（自由と社会的調整との間で行われるのと同様）ありうることを示唆している¹⁰⁹。では、そのような調和的な三角関係の維持を日々よく担えるのは誰（どこ）か。それは羈束的な法的統制になじむものか。行政法による平和目標追求に論及する段になると、公・私の利害調整があまりに多岐にわたりうるとして、この論者が余儀なくされる対象（法制）の限定は¹¹⁰、この点の婉曲的回答ともいえる。やはり「基本法の平和命令」につき「一般的・根本的」に論ずる他の論者¹¹¹の結語を借りて端的に言えば、すなわち、「基本法の諸規範の総体から一般的な平和命令を読みとりうると主張するにしても、それが具体的な法適用に対して個別規範の命令を超えうるわけでないことは明らか」だし、「そのような一般的平和命令に、国家

権力の外交活動を憲法的に規定し指導すべき国家目標規定をみるとしても、そのような法的意味づけは実態を欠く」のであって、(このことから「平和命令・平和確保の概念は侵略禁止以上の独自の内容をもたない」とまで言い切るかはともかく)少なくとも永続的に変化しうる「政治状況」は考慮に入れざるをえない。その際、「いかなる措置が平和な状態をよりよく護るか」も、憲法では(侵略禁止の厳命に明白に抵触する措置はともかく)「依然として予言しがたい」だろう。結局、「政治的に違った見方をする者は、きまって反対を主張するものだ」と達観(諦観)するのであれば、「事物の本性」部分は法的羈束を超えたところにあり、したがって少なからず非法的判断機関にゆだねざるをえない、ということになるのだろう。いっそう「一般的・根本的」に、「憲法の規範命題の諸態様」にまで立ち返る論者に当たっても、「たとえ憲法が国家任務を定め、あるいは国家目標が結果的に憲法の諸規範から導かれうるとしても、かかる任務を遂行する態様、財政援助、スピードは、依然として政治的判断の問題である」ことが明言される¹¹²。なにより先の積極／拡張論者自身、このような「いかに」の問題、すなわち「手段選択は、原則としてその時々¹¹³の政治的判断権者の政治的裁量に」位置し、その限界を画す(とされる)比例原則も、「競合すべき憲法上の諸法益を個別に比較」することでのみ適用されるのであって¹¹³、それゆえ裁判所による憲法判断も、「国外からの軍事的脅威に対し軍備の基準が明白に過剰」でもないかぎり、(基本法の平和委託がその統制に「支配的意義」を見出したはずの、軍事部門のうち)「高度に複雑な専門分野における政治的判断領域」についてはその限界を自覚せざるをえないことは¹¹⁴、織り込み済みだったのである。

では、先の論者がいうように、基本法26条を(同条2項を含む総体として)国家目標規定と解し、あるいは(同様のねらいをもって)

「他のより原則的な規定」を国家目標的に解するなどして、立法とりわけ行政に積極的平和実現を(できるかぎり具体的・羈束的に)指示しようとする試みは、それが法的「実態を欠く」(換言すれば、現実的な司法的執行可能性が乏しい)がゆえに、つまるところ「どうでもよい」¹¹⁵ことになってしまうのか。この点積極／拡張論者はといえば、軍事部門の法規範的統制に代えてその「政治的統制」、わけでもその「一般社会のプロセスに対する公開」といった「構造的諸要素」に、「より大きな意義」を見出そうとしている¹¹⁶。このことは、同じ論者が、先述のように(他の論者に比べれば格段に)マスメディアをめぐる諸問題と平和教育の意義に紙幅を割いていたことと、無縁ではないだろう。だが、このいわば(情報の自由な流通を前提とした)市民的・批判的公共性による(本稿の場合、とりわけ私企業に対する)平和強制といった視座の可能性にまで論及する余力は、残念ながらもはや本稿にはない¹¹⁷。以下では、基本法26条(主として1項)の公私人に対する不作為命令(平和妨害行為の禁止)を超えた要請(その1つが、2項の武器製造・輸出の許可制に係る立法委託)につきまとう「規範的指示力の僅少さ」が、その裏返し(広い裁量性)として、立法とりわけ政府に対しどのような(反平和的)秩序形成を許したのか、(きわめて断片的ながら)ドイツ企業の武器製造・輸出の実際に当たって確認することをもって、本稿の結び(ささやかな示唆)に代えたい。

6 ドイツ企業の武器製造・輸出の実際 ——結びに代えて

(1) 基本法26条2項は、私企業が武器を製造・輸出する自由をそもそも認めない(と一般に解されている)。しかしそれは、現にドイツの私企業が一切武器を製造・輸出していないということではない。同条項後段の委託を受けて立法者が用意した施行法＝武器管理

法のもと、連邦政府が当該私企業に武器の製造・輸出を許可すれば、禁止は解除されるからである。この許可は、もちろん同条の趣旨（平和妨害的行為の禁止）をよくふまえたものでなければならない、したがってそのかぎりで基本法に縛られている（縛られていなければならない）が、その余は、許可権限を委ねられた連邦政府の裁量によりうところが少なくない。しかもこの裁量権の行使に際しては、自前の「政策原則」に基づいて、どうも「危機防衛機能」には収まりきれない政策的要素も斟酌されている。

これが、学説の厳しい批判はあるにはあるが、委託を受けた立法者がともかくも法律によって表現／許容した、武器管理のあり方である。そしてそれは、（少なからず裁量事項に属することからして）司法的統制にもなじみがたいとされる。その意味では、私企業の武器製造・輸出については、基本法26条自体の戦闘性にもかかわらず、思いのほか立法者、より実質的には連邦政府（による許可制運用のあり方）しだいであるところが少なくないといえる。もっとも、このように基本法の縛りがある、あるいは（実体的には）厳しいものであっても（手続的には）その具体的強制手段が確保しがたいことから、有権機関による「濫適用の危険」が高まるとしても、それは、私企業による平和妨害の危険のほうを警戒する者にしてみれば、むしろ結構なこと（とさえ思われる）かもしれない。すなわち、政府は軍需企業に対して大いに戦闘的になって、遠慮なく不許可処分を濫発してほしいと。では、現にそのようになったらどうか。むしろ実際は、いわばそれとは逆向きの「濫適用」が行われてきたに等しいとみる向きさえあるかもしれない。

(2) 2006年1月25日に公表された「2004年の通常兵器輸出政策に関する連邦政府報告」(2004年兵器輸出報告書)によれば、ドイツの兵器輸出は2003年にかけて引き続き前年の水準を下回っており、2004年のドイ

ツの総輸出額に占める武器輸出の割合はわずかに0.15%にすぎないとされる。また、同年に連邦政府が個別に許可した兵器輸出の総額(38億ユーロ)のうち、ほぼ4分の3がEU加盟諸国、NATO同盟諸国および安全保障政策上これらと同等の地位にあると見なされる諸国に向けられた輸出であって、自動小銃などのいわゆる小火器に限ってみれば、前年のほぼ3分の1にまで減少したとされるその輸出許可総額(3600万ユーロ)のうち、EU・NATO諸国等以外の諸国に向けられたものは4分の1にも満たない(800万ユーロ)という。そのうえで報告書は(恐らくはこうした成果の要因として)、連邦政府が許可に際し、“紛争地域には供給しない”をモットーに制限的な兵器輸出政策を追求してきたこと、とりわけドイツから輸出された兵器が人権侵害に資するようなことになってはならないこと、などを謳っている。

(3) もちろん、「他の一連の諸国とは異なり、[...]兵器輸出政策を外交手段とは解していない」と自称する政府のこの種の報告をもっともらしく受け取るわけにはいかない。誇らしげな成果の「気まずい」裏面を明るみに出す報告¹¹⁸によれば、連立以来兵器輸出に対する許可件数が実は増加の一途をたどっていたともいわれる赤-緑政権(当時)のモットーは、むしろ“何はさておき働き口、モラルは二の次”であったと揶揄される。たしかにこの政権のもとでも、その「制限的な兵器輸出政策」を前に、ドイツの軍事関連企業は沈黙を強いられてきたが、それも、ドイツが実はフランスに次いで(イギリスを凌ぐ)EU圏第2位の兵器輸出国となり、世界的にも第4位の兵器輸出国へと“躍進”して、ドイツ製の護衛艦が南アフリカへ、戦車がアラブ諸国へ、機関銃が南太平洋諸国へと行き渡ることで「報われた」。連邦首相のアラブ諸国歴訪も、その後多くの注文が舞い込めば、「商談旅行」、「軍需経済のための純粋な広告ツアー」といった新聞報道・批評もあながち

悪ふざけとは言いがたい。こうした諸国では連邦軍の“お下がり”でも重宝される(対戦車砲、榴弾砲、潜水艦、魚・水雷、ミグ戦闘機、小銃、諸々の電化機器…)、その意味で、先述のように、まさしく兵器輸出は需要によって突き動かされていることもあわせ想起すれば。したがって、野党の側の格好の攻撃材料となるこうした輸出上の成果を現に誇示する頭は、当時の政権にもなかったとされる。

こうしたなか、企業の側はといえば、ジャーナリストの追及には口を濁す一方、例えばある企業では、インターネットを通じて自社製機関銃の「接近戦および中距離領域での砲撃戦況における優越性」をしっかりと売り込んでいたという。こうしたモラルの低さ、むしろ“人権に対する雇用の優先”を受け、設立・稼動までに難航を極めたあの「記憶・責任・未来」基金に対する企業の恐らくは最大公約数的本音(「私はドイツの責任は認めます。したがって、ドイツ政府が100億マルク支払うべきです」¹⁴⁹)をもち出して、一足飛びに戦後ドイツ企業社会における「歴史的記憶」の意外な薄弱さまで指摘するのは、少々勇み足かもしれない。しかし、湾岸戦争に際し、イラクの毒ガス生産の80%以上にドイツ企業が関わり、「スカッドB」はほとんどドイツ製ミサイルであったといった類のエピソードは、たしかにかねてからも指摘されてきたところである¹²⁰。法的責任はあげて当時のナチ政権になすりつけるが、道義的責任から「自由意志」により人道的援助は引き受けるといったドイツ企業の姿勢に、(企業社会のレベルでも)なお基本法の「歴史的記憶」の(非法的)浸透を垣間見ることは可能かもしれないが、それも、こうした武器輸出の実態を前にすると、どうだろうか。

もっとも、かの国の場合、これまで概観してきたように、「歴史的記憶」に根ざした憲法の平和命令は、基本法26条により、私企業に対しても法的に妥当していたはずである。しかし、ドイツの事情に通じない日本の憲法

研究者が、さしあたり関連法令の条文と各種法律文献の検討から読みとることができたその大らかさ(ことに「特別な外交上ないし安全保障政策上の利益」まで容れうる「政策原則」の問題性)が、他方、憲法の専門研究者ではないがドイツ語を駆使する論者たちによっても的確に見抜かれていたのは、やはり「事物の本性」のなせるわざなのだろうか。ちなみに、そうした論者の1人によれば、とりわけ9.11テロ後は、この“特別な安全保障上の利益”の基準が拡大されたという¹²¹。

注

- 1 早稲田大学21世紀 COE・《企業法制と法創造》総合研究所紹介パンフレット中の、拠点リーダー(上村達男氏)による「《企業法制と法創造》総合研究所が目指すもの」より。
- 2 たしかに、憲法学の立場からも、近時あらためて「武器輸出三原則を考える」重要な論稿(青井の[05a, b]など)が示されているし、かねてからも憲法9条をめぐる精力的な政策論的提言が展開されてきたことは、周知のとおりである(代表的な小林直樹、深瀬忠一らのほか、今日でも水島朝穂など多数)。また管見によれば、「日本国憲法における平和主義原理の規範構造と積極的政策展開」を概括的に論じた山下[98]など、本稿の関心に直接関わる部分を含む論考も存する。しかし本稿の場合、本文冒頭で述べたように、とりわけ企業社会に対する憲法論的アプローチ(ひいてはその規範的統制)の可否ないし当否という課題を、後述のように、いわゆる「条件プログラム」論との、なにより「たたかう民主制」批判との理論的緊張関係のなかで考察しようとする。
- 3 以下、引用文(語)中の下線は筆者による強調、また、[]は筆者による補注等。なお、引用文(語)中の傍点は原文のもの。
- 4 浦田=山元[04]264f. ここでのやりとりは、「[社会が憲法をもつ]とされるフランス」に「憲法と私法という二つの体系の連続性」を看取する論者による、日本では「一般的な考え方として[…]了解されてきた」「公法・私法二元論を背景として、私的自治の領域を憲法規範の効果の射程外に置くという図式」に対する(いっそう原理的な)問題提起にも通じうる(樋口[01]26。同[04]115ff.も参照)。
- 5 中島[06]のとくに(上)75f.を参照。もっと

も論者は、文脈上、9条的な「憲法的秩序」を念頭に置いているわけではない。

- 6 他方、個別の主観的権利（すなわち「平和的生存権」）に解消しようと解する立場からすると、本稿のアプローチは、(国家による、私人間レベルでの)客観的な憲法的秩序(非武装平和の秩序)の実現というよりは、むしろ(国家による、私人間レベルでの)「平和的生存権」の保障(場合によっては“憲法の「平和的生存権」保障規定の私人間効力」?)という問題設定になりうるのであれば、本稿のアプローチは、先述にもかかわらず、少なくとも国家の基本権保護義務論と無関係ではなくなるだろう(それだけに、このような捉え方は、後述のように、いっそう問題の根が深い)。
- 7 西原 [04d] 143f. を参照。もっともこの論者は、後述のように、事を憲法観・憲法解釈方法論の自覚的選択の問題とも位置づけている。とすれば、「民主制のプロセスにおける議論の素材を提供すること」も(恐らくは、政策論ではなく「規範論」としての)憲法学の役割であると注意を促す先の論者の場合(中島 [06](下)81)、憲法による(「権利実現」というよりは)権利保障の「道筋」として裁判所を念頭に置くこの論者とは、もともと方法論的志向性が異なるということだろう。また、この論者による批判の主眼は、あくまで憲法の人権保障規定の「目的プログラム化」にあると思われるが、そこで、一般には人権保障規定そのものとは解されていない憲法9条をも引証することの(理論的、あるいは「戦略的」)当否についても、気になるところではある。
- 8 浦田=山元 [04] 260ff. (浦田発言を参照)。ここで論者が示す葛藤は、憲法が課す「[全世界の国民]の「平和的生存権」の実現」を、驚くべき明快さで「日本および日本国民の行動基準」とする説示(浦部 [06] 462など)などもあるだけに、留意されてよい。
- 9 例えば、「武器輸出三原則は憲法第9条が直接規定するものではない」が、「わが国の憲法が平和主義を理念としているということにかんがみますと、当然のことながら、武器輸出三原則は憲法の平和主義の精神にのっとったものである」(1981年2月20日第94回衆議院予算委員会における角田内閣法制局長官(当時)の答弁)など。もっとも、青井 [06] 23は、このような政府の姿勢における、「憲法の平和主義が武器禁輸政策を生み出し、民間会社の活動に制約を加えているという構成」に、むしろ注意を促している。
- 10 深瀬ほか [98] 4. このようないわば憲法学

の政策論的転回を、9条にとどめずより大々的に推進した論者が(小林の例えば [91] を参照)、(人権論のレベルで)先の「条件プログラム」論者の(瞠目すべき)酷評にさらされているだけに(西原 [01] を参照)、筆者も言及に際し一抹の逡巡を禁じえないが。

- 11 このことは、「条件プログラム」論によれば、特定の憲法条規から一定の「条件」を導出した「憲法規範論」者(実定憲法解釈学者)が、「責任」を感じてその帰結をさらに「外側から正当化する必要などない」(棟居 [04] 76f.)、ということでもあるだろう。なお、このような言い方は、(単なる「条件プログラム」ではなく)“安全保障プログラム”と解された9条を政策判断として根本的に疑う立場(例えば、棟居 [04] 80ff. を参照)とは、もちろん無関係である。
- 12 立憲主義を「条件プログラム」的に解する立場に徹すれば、さもないと何をしでかすか分からない国家など、たしかに端から「存在しなければよいだけの話」(小山 [05] 11)になりそうである。しかし、講学の上でも(社会契約論、主権論、憲法制定権力論といった形で)国家の正統性まで浩博に論及してきた日本の憲法学も、また日本国憲法前文の規定自体からして、そのような前提にはないはずである。他方、立憲主義憲法の規範的特質はあくまで国家権力の制限だろうが、日本の憲法学は、やはり講学上も、これに加え国家権力に対する授權規範、さらには国家権力の構成規範といった側面も(自明的に)説いてきたはずである(この点、西原の例えば [96] 3ff. にも、同 [04c] 65 にも、同旨ととれる解説がある)。とすれば、人為でつくられた憲法が、どのような「目的」でそのような国家権力を構成し、それに何を託し(授權し)たかが、それに何を禁じたか(授權しなかったか)の前後に、問われうるのではないか。
その点、国家構成員の安全を保障する施策をなんら講じない(いわば“夜警”もしない)政府は、古典的な(「通俗化された」?)社会契約説に照らしても、本来の国家構成目的(すなわち社会契約)に適うとは思えない(関連して、棟居 [04] 78ff. を参照)。もちろん、このようなレベルの思弁(国家論)が、「憲法規範論」のレベルの具体的な実定憲法解釈論に(まして“国家の基本権保護義務”といった人権保障規定の解釈論に)直結するわけではない(この点、西原 [04a] のとりわけ 331ff. を、また、棟居 [04] 80、あるいは只野 [06] 197 なども参照。なお、国家の基本権保護義務論の主唱者

の1人も、自説をこの種の国家論の主導で基礎づけることには警戒的である(小山[98]192ff.を参照)、これもまた広い意味で憲法学の問題でありうるのではないか。先の「条件プログラム」論者の場合、このレベルの問題を、あるいは自身の「憲法規範論」(実定憲法解釈論)の範疇には入らないとして、あるいは(「立憲主義」の名のもと)この国におけるとりわけ人権保障の「戦略」上得策ではないとの判断から、意図的に視界から消そうとしているかにみえる(筆者も、「戦略」としては共感したいが)。

もっともこの点は、論者が(「統合理論」的傾向に警戒を怠らない一方)好意的に引く論者の理論的立場が、憲法と国家の関係につき、後者が前者に先行する(したがって、憲法が国家を創設するわけではない)と解した点に由来するのかもしれない(vgl.Böckenförde[99]135ff.)。とすれば、その論者によって「規範的還元主義」と批判された立場の本来ともいべき論者の憲法理解(vgl.z.B.Kelsen[25]16ff., usw.)にあくまで依拠(しよう)する者とは、まさしく国家観・憲法観のレベルで原理的なずれが存する可能性がある。

- 13 水島[97]222ff.を参照。もっとも、この論者がそこで引くドイツの憲法学者がいわゆる「統合理論」の系譜に属するだけに、すでにこのレベルで、先の「条件プログラム」論者の原理的批判を免れえないだろう(西原[04b]565f.を参照)。
- 14 この点、松井[02]196を参照。
- 15 石川[97]の表現。その論旨は必ずしも本稿の行論と整合しないが、「実定的な自衛隊法および軍隊組織の正統性を、現実の民意を超えた正統化根拠により剥奪し続けるという作業」に駆られた日本の戦後憲法学の一側面にも着目する点で(同116ff.)、全然無関係でもないだろう。
- 16 (前述(注12)にも関わるが)「平和的生存権」を主唱し、憲法9条政策論を牽引した論者も、この権利を確保すべき「主権独立国」は、その「存在理由の本質的部分の一つ」にあたる「平和的安全保障権」ないし「平和保障権」そのものは、「放棄不可能」だという言い方をしていた(深瀬[87]258)。このような「厳密に限定された意味での「自衛権」をも否認する論者も、「日本の独立や国民の生命・財産などはその場合いかにして確保できるのか」という問題」にあえて「一言」して、「国民の安全保障」への展望を対置し(山内[92]215)、やはり「憲法政策論の構築」を

「憲法学の重要な課題の一つ」と位置づけている(同242。関連して、同[03]269ff.も参照)。

こうしてみると、安全保障の問題を憲法論と(自明のごとく)順接する近時の法律雑誌特集(『法学セミナー』2007年1月号)などは、9条憲法学の正統(それとも前衛?)にあるといえる(加えて、やはり国家に固有の自衛権論に批判的な立場ながら、9条は「国家が国民の生命・身体および財産の安全を保障する」という一般的役割をも否定したものなのかという問いに、誠実に向き合う只野[06]127ff.や、もともと9条は日本の安全保障に関する規定ではなく、1945年の時点で「東アジアの地域安全保障の規定」だったとしながら、「日本国憲法の安全保障構想」を弁証する君島[04]も参照)。

- 17 「厳格憲法解釈論」を主張した論者も、(その「平面」では「純然たる立法政策と憲法の趣旨に基づく立法政策論の区別は認められない」としつつも、「異なった次元に属する」)「憲法政策学」の成立可能性や重要性は否定していなかった(内野[91]45)。
- 18 以上、論者の所説につき、西原[04d]145ff.を参照。たしかに憲法も人に「生きる意味を教えない」(長谷部[00]の表現)にちがいないが、いくら日常的に目覚まし時計の恩恵に与る者でも、これに心底「尊重擁護」の念を覚えることはまれだろう。立憲主義の宿命とはいえ、(そして憲法学者はこれを当然に受忍すべきだろうが、彼らが「憲法の規範力」をあてにする)一般市民には(こうしたプリコメットメントのありがたみが)分りにくいのも否みがたい(この点、愛敬[06]98ff.を参照)。
- 19 基本法の条文の訳は、基本的に、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集』(2006年/三省堂)にしたがった。
- 20 Vgl.Jarass/Pieroth [06] Art.26 Rn.1, Hernekamp [01] Rn.1, Fink [00] Rn.3., Bothe [03] Rn1, Pernice [06] Rn.13, usw.
- 21 Frank [01] Rn.1, Bothe [03] Rn.3.
- 22 Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein [99] Art. 26 Rn.1, Frank [01] Rn.1.
- 23 Vgl.Frank [01] Rn.1, Fink [00] Rn.1, Bothe [03] Rn.1.
- 24 Vgl.Streinz [03] Rn.1.
- 25 Vgl.Hernekamp [01] Rn.1, Bothe [03] Rn.3. このことから、本稿の視座の射程も、日本の憲法論における戦争責任論の位相にまで及びうるだろうし、本稿執筆の端緒となった研究会報告(前注1を参照)も、主としてこの点に焦点を当てていたが、本稿では指摘するにとどめる。

- 26 *Bothe* [03] Rn.7. これに対し、その点ではドイツでも「占領軍の頼まれ仕事」だったとみる見解につき、vgl.*Frank* [01] Rn.2.
- 27 Vgl.*Frank* [01] Rn.2f., *Streinz* [03] Rn.2, *Bothe* [03] Rn.7f., *Fink* [00] Rn.4.
- 28 ちなみに、いかなる暴力行使も放棄するよう国家諸機関を義務づける、個人の主観的な、訴訟で提起しうる「平和への一般的基本権」も、否定される傾向にある (vgl.*Fink* [00] Rn.53, *Streinz* [03] Rn.33)。
- 29 Vgl.*Fink* [00] Rn.3, 43, *Frank* [01] Rn.4, *Bothe* [03] Rn.8.
- 30 Vgl.*Hernekamp* [01] Rn.25.
- 31 *Streinz* [03] Rn.22.
- 32 *Hernekamp* [01] Rn.10.
- 33 Vgl.*Jarass/Pieroth* [06] Art.26 Rn.4, *Schmidt-Bleibtreu/Klein* [99] Art.26 Rn.1, *Frank* [01] Rn.21, usw. もっとも、このことを前提に、しかし本条の解釈・適用に際しては、国家機関の場合と私人の場合とを区別すべきことを説くものとして、*Bothe* [03] Rn.22, *Fink* [00] Rn.29, *Pernice* [06] Rn.18 (s.u.)。
- 34 *Fink* [00] Rn.46., *Pernice* [06] Rn.18.
- 35 Vgl.*Frank* [01] Rn.2,43, *Hernekamp* [01] Rn.18.
- 36 Vgl.*Epping* [93] 115ff.
- 37 この場合、基本法14条1項、12条1項、2条1項などで保障された基本権が問題となるだろう。
- 38 Vgl.*Frank* [01] Rn.44, *Schmidt-Bleibtreu/Klein* [99] Art.26 Rn.4, *Bothe* [03] Rn.32, *Streinz* [03] Rn.35, *Fink* [00] Rn.32,57, *Pernice* [06] Rn.20, *Holthausen* [97] 370, usw. 加えて、本条2項については、「基本法の空間的ないし人的妥当領域」外、すなわち外国のドイツ人にも妥当とする説も有力である (vgl.*Streinz* [03] Rn.45, *Fink* [00] Rn.72, *Jarass/Pieroth* [06] Art.26 Rn.7)。
- 39 Vgl.*Hernekamp* [01] Rn.29, *Pernice* [06] Rn.20, *Frank* [01] Rn.47, *Streinz* [03] Rn.45, *Jarass/Pieroth* [06] Art.26 Rn.9, *Bothe* [03] Rn.40, usw. この点、本項制定過程上も明快だったという (vgl.*Fink* [00] Rn.74)。
- 40 刑法につき、vgl.*Frank* [01] Rn.25ff., *Streinz* [03] Rn.33, *Fink* [00] Rn.56, *Hernekamp* [01] Rn.26, *Bothe* [03] Rn.33, *Jarass/Pieroth* [06] Art.26 Rn.5, *Pernice* [06] Rn.19, *Schmidt-Bleibtreu/Klein* [99] Art.26 Rn.3. 武器管理法につき、vgl.*Frank* [01] Rn.45, *Bothe* [03] Rn.39.
- 41 *Hernekamp* [01] Rn.2.
- 42 *Fink* [00] Rn.17f. Vgl.*Bothe* [03] Rn.18.
- 43 *Hernekamp* [01] Rn.33.
- 44 *Fink* [00] Rn.46.
- 45 *Hernekamp* [01] Rn.33.
- 46 *Frank* [01] Rn.43.
- 47 *Fink* [00] Rn.47.
- 48 *Frank* [01] Rn.60f.
- 49 *Hernekamp* [01] Rn.17.
- 50 *Hernekamp* [01] Rn.17.
- 51 *Fink* [00] Rn.47.
- 52 *Fink* [00] Rn.48.
- 53 *Hernekamp* [01] Rn.19.
- 54 *Fink* [00] Rn.47.
- 55 Vgl.*Streinz* [03] Rn.16, *Fink* [00] Rn.47, *Hernekamp* [01] Rn.17.
- 56 *Frank* [01] Rn.61,28. ここから、「例えばコミュニケーションによる平和妨害の領域で、すでに「民族的扇動」や、あるいはまた「不実の流布」といった、とらえどころのない概念が処罰の対象とされているが、^{Volkerhetze}プレスの機能性をねらったその態様は、もはや支持しがたい」と評する論者によれば、「民族的扇動」罪は「自国の体制保障にゆがめられかねず」、「不実流布」罪は、「プレスの産物につきものの、複雑な集積情報を単純化[して提示]する可能性と衝突する」(ebd.Rn.27)。
- 57 *Hernekamp* [01] Rn.19.
- 58 *Frank* [01] Rn.61.
- 59 *Fink* [00] Rn.27, *Streinz* [03] Rn.26.
- 60 Vgl.*Hernekamp* [01] Rn.15, *Bohte* [03] Rn.28f. それは、本条2項が兵器を一般的に許可留保のもとに置いたことからいえるとされる (*Streinz* [03] Rn.26)。
- 61 *Fink* [00] Rn.27.
- 62 *Frank* [01] Rn.16. なおこの論者によれば、こうした「危険」の程度をめぐる問題は、それぞれ性格を異にするはずの市民の諸々の基本権のうち、どれをどの程度制約する(べき)ことになるかを左右するから、そもそも「問題とされる行動態様や件の基本的諸自由を見てみないことには」答えようがなく、したがって当該紛争も、「実践的調和の原則」にそって、比例原則にしたがい個別の問題ごとに調停されねばならない (ebd.Rn.28)。
- 63 *Pernice* [06] Rn.18.
- 64 BVerwG, Urt.v.23.6.1981-1C61.76, DÖV1983, 118 (119f.), usw.
- 65 *Pernice* [06] Rn: 17, vgl.BVerwG DÖV1983, 118 (120).
- 66 *Fink* [00] Rn.27.

- 67 この点逆に、集会法15条1項にいう「公共の秩序」に基づく集会規制との関連で、基本法26条の客観秩序の保護法益を拡張する見解につき、拙稿 [04] 195ff. を参照。
- 68 *Fink* [00] Rn.45.
- 69 *Pernice* [06] Rn.19, *Fink*: [00] Rn.45.
- 70 *Jarass/Piero*th [06] Art.26 Rn.5. 本条1項に基づく違憲認定は、「たたかう民主制」の中核をなす基本法18条、21条2項とは異なり、連邦憲法裁判所に独占もされず、国家機関から私人に対してはもとより、逆に私人から国家機関に対しても、また国家機関相互、さらに私人相互でも行われうると説く見解では (*Hernekamp* [01] Rn.25), (裁判所の確定判決を経由しない) たんなる行政当局レベルの規制も想定されているだろう (vgl.*Streinz* [03] Rn.32 Fn.92)。
- 71 *Hernekamp* [01] Rn.15.
- 72 *Frank* [01] Rn.62. また関連して、「憲法の歴史的記憶」、憲法的秩序 (構想)、「戦闘性」、憲法教育の連関につき、拙稿 [04] 199ff. を参照。
- 73 *Pernice* [06] Rn.19 Fn.110.
- 74 *Hernekamp* [01] Rn.1, *Fink* [00] Rn.6, *Streinz* [03] Rn.6. したがって、これらの論者が不十分さを指摘するのは、基本法26条1項における刑事立法委託の実現状況であって、この領分を超えて、立法者に対しさらになんらかの「具体的行動態様」を要請するものではない (それは本条の解釈論上できないと解する) だろう (vgl.*Streinz* [03] Rn.6.)。
- 75 *Frank* [01] Rn.10ff.
- 76 *Frank* [01] Rn.28. 関連して、前注70も参照。にもかかわらずこの論者が、先述のように刑罰の比例性／謙抑性に執着する (しうる) のは、刑罰は基本法26条1項を実現する1オプションにすぎないから、本項が「目指す目的に適当かつ必要と思われる場合」でないなら、刑罰以外のより穏当な手段を用いればよい、という発想が前提にあるからと考えられる (vgl.*Frank* [01] Rn.28)。
- 77 *Frank* [01] Rn.12.
- 78 *Frank* [01] Rn.14.
- 79 *Frank* [01] Rn.29f. なお、本条のいう「諸国民の平和的共同生活」は、「国家諸機関に […] 重大な平和妨害を憤むことだけでなく、国際平和秩序に対し積極的に貢献することも義務づける」と説く *Jarass/Piero*th [06] Art.26 Rn.1 も同旨。
- 80 *Frank* [01] Rn.11ff.
- 81 *Hernekamp* [01] Rn.1.
- 82 Vgl.*Bothe* [03] Rn.42.
- 83 *Frank* [01] Rn.12,32.
- 84 Vgl.z.B.*Jarass/Piero*th [06] Art.20 Rn.110.
- 85 *Frank* [01] Rn.32.
- 86 *Frank* [01] Rn.33.
- 87 *Frank* [01] Rn.4.
- 88 *Hernekamp* [01] Rn.5.
- 89 *Frank* [01] Rn.10.
- 90 *Streinz* [03] Rn.10.
- 91 *Frank* [01] Rn.44f., vgl.Rn.50f. そのうえでこの論者は、「積極的意味」において、本条項から「軍需産業に対する市民的オルタナティブを模索する義務」を導出する (*ders.*Rn.45)。なお、基本法26条2項がドイツ国外への輸出まで射程に入れ(う)るかについては、近時強い異論が出され、一部で激しい論争となったが (vgl.*Epping* [93], [96], *Holthausen* [95], [97], usw.), 本稿では、これを肯定する多数説を前提にして論を進める。
- 92 なお、同法を補充する機能を担うものとして、「諸国民の平和的共同生活」を妨げる取引等を規制する余地を含む) 国際経済法を中心とした輸出管理体制の存在が指摘されるが、本稿では立ち入らない (vgl.*Streinz* [03] Rn.47, *Hernekamp* [01] Rn.32, *Fink* [00] Rn.76)。関連邦語文献として、EU における武器輸出管理制度につき山本 [04] を、ドイツの安全保障政策につき中村 [06] も参照。
- 93 *Bothe* [03] Rn.38.
- 94 Vgl.*Fink* [00] Rn.60, *Streinz* [03] Rn.36.
- 95 Vgl.*Pernice* [06] Rn.22, *Fink* [00] Rn.59, *Streinz* [03] Rn.37, *Doehring* [92] Rn.39.
- 96 *Bothe* [03] Rn.39, *Frank* [01] Rn.45.
- 97 Vgl.*Frank* [01] Rn.46, *Bothe* [03] Rn.39,
- 98 *Jarass/Piero*th [06] Art.26 Rn.8, *Pernice* [06] Rn.28, *Fink* [00] Rn.75, *Streinz* [03] Rn.46, usw.
- 99 *Frank* [01] Rn.46.
- 100 *Frank* [01] Rn.47.
- 101 *Bothe* [03] Rn.40.
- 102 *Bothe* [03] Rn.40.
- 103 もっとも、旧原則 (1982年4月28日) に比べ、現行原則では、この種の「特別な政治的考慮」はいく分抑えられ、EU や国連を始めとした各種国際機構・機関との関係 (性) や、とりわけ「人権」がより強調されているようにみえる (vgl.*Pernice* [06] Rn.20)。
- 104 *Bothe* [03] Rn.40.
- 105 *Streinz* [03] Rn.30 (大量殺戮兵器に係る諸判決に関して). *Hernekamp* [01] Rn.24 も、事柄が外交・防衛政策に関わる場合、26条はド

イツ連邦共和国に対して「一司法上執行可能な一法的義務という意味で防衛の最小限」を課しているわけではなく、せいぜい「恣意禁止の限界を置くのみ」で、むしろ行政府の裁量が優先されるという。

106 *Bothe* [03] Rn.14f.

107 この点、より包括的に「今日の憲法国家における国家目的」を扱う邦語論考（石村 [06] 61ff.）も参照。

108 *Starck* [84] 867ff.

109 *Starck* [84] 874f.

110 *Starck* [84] 879f. しかも選択されたのは、（ここでも）学校法である（前注72を参照）。

111 *Doehring* [92] Rn.41.

112 *Badura* [92] Rn.22.

113 *Frank* [01] Rn.49.

114 *Frank* [01] Rn.52ff.

115 *Doehring* [92] Rn.42. もっとも論者は、その場合でも、ある種の法外的「効果」がありうることを示唆している（*ibid.*）。政府の外交・内政政策の違憲性が法的な意味でいえるわけではない場合でも、それをもって、憲法の当該規定が無意味になるわけではないだろう（浦部 [06] 462 を参照）。

116 *Frank* [01] Rn.53. ちなみに、議会による統制とともに、その一例として挙げられるのが、いわゆる「軍服を着た市民」の思想である（関連して、拙稿 [03] 326 を参照）。

117 この点、かつて日本で憲法研究者には「けじめ」を説き、市民に向かってはその「無自覚な集団的風庸」を戒めた論者が、他方で説いていた「平和文化というコンセプト」が示唆的である。そこでは、日本における「平和文化の現われ」として、「平和産業的構造」（「兵器産業の拒否」とともに、（けっして上からの「押しつけ」ではない）「戦後日本の学校教育に独特な教育実践」（「平和教育」）が挙げられている（奥平 [94] 187ff. を参照。この点青井 [05b] ② 97f. も、「平和憲法を具現する一つの形」ともいえる「武器禁輸という選択」に向け、当時の「国会での議論を後押し」した「世論の力」を強調している）。この、「平和憲法」のもとに自生した「私たちのあいだ […] 独特な公共・政治文化」の維持・回復・再生…については、いよいよ余力が尽きたので、さしあたり、「憲法規範の私法化」という視座を提起した先ほどの論者（注4）を批判的に読み解く論者の公共圏論（愛敬 [03a] [03b] など）のみ、参照を求めたい。

118 *Herz* [05].

119 三好 [04] 197より。こうしたドイツ企業の

姿勢につき、同 195ff., 木佐 [01] 194ff., 田村 [00] 88ff. などを参照。

120 リヒタ [95] 151f. を参照。また、ドイツの対トルコ戦車輸出につき、同 [00] を参照。

121 *Herz* [05].

参考文献

Badura, Peter [1992] Arten der Verfassungsrechtsätze, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.VII Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen, S.33ff.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang [1999] Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie

Bothe, Michael [2003] Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art.26.

Doehring, Karl [1992] Das Friedensgebot des Grundgesetz, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.VII Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen, S.687ff.

Epping, Volker [1993] Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle: Erfüllung des Verfassungsauftrags durch den einfachen Gesetzgeber?

ders. [1996] Novellierungsbedarf im Bereich des Kriegswaffenexportrecht?, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1996, S.453ff.

Fink, Udo [2000] v. *Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd.2: Art.20 bis 78, 4. Aufl., Art.26.

Frank, Götz [2001] AK-GG; Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Art.26.

Hernekamp, Karl-Andreas [2001] von *Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd.2 (Art.20 bis Art.69) 4./5. Aufl., Art.26.

Herz, Wilfried [2005], Der peinliche Exporterfolg, in: *Die Zeit* 14.04.2005 Nr.16.

Holthausen, Dieter [1995] Der Verfassungsauftrag des Art.26 II GG und die Ausfuhr von Kriegswaffen, in: *Juristen Zeitung* 1995, S.284ff.

ders. [1997] Das Kriegswaffenexportrecht als Verfassungsauftrag des Art.26 Abs.2 GG: Zugleich eine Entgegnung zu Volker Epping,

- RIW 1996 S.453ff., in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1997, S.369ff.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo [2006] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Kommentar, 8. Aufl.
- Kelsen, Hans [1925] *Allgemeine Staatslehre*
- Pernice, Ingolf [2006] *Dreier, Horst* (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*, 2.Aufl., Bd.II, Art.20-82, Art.26.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz (u.a.) [1999] *Kommentar zum Grundgesetz*, 9.Aufl.
- Starck, Christian [1984] *Frieden als Staatsziel*, in: *Börner, Bodo/Jahrreiß, Hermann/Stern, Klaus* (Hrsg.), *Einigkeit und Recht: Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14.Dezember 1984*, Bd.2 *Staatsrecht*, S.867ff.
- Streinz, Rudolf [2003] *Sachs, Michael* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3.Aufl., Art.26.
- 愛敬浩二 [2003a] *リベラリズム憲法学における「公共」*, in: 森 英樹編『市民的公共圏形成の可能性—比較憲法的研究をふまえて』(日本評論社) 58頁以下
- [2003b] *立憲主義における市民と公共*, in: 全国憲法研究会編『憲法問題14』(三省堂) 92頁以下
- [2006]『改憲問題』(筑摩書房)
- 青井未帆 [2005a] *武器輸出三原則を考える*, in: 『信州大学法学論集』5号1頁以下
- [2005b] *武器輸出三原則を考える*, in: 『法律時報』77巻2号(連載①) 88頁以下, 3号(連載②) 96頁以下
- [2006] *安全保障と民間会社の関わり—武器移転の視座から*, in: 『法学セミナー』2007年1月号 (No.625) 22頁以下
- 石川健治 [1997] *前衛への衝迫と正統からの離脱*, in: 全国憲法研究会編『憲法問題8』(三省堂) 105頁以下
- 石村 修 [2006]『憲法国家の実現—保障・安全・共生』(尚学社)
- 内野正幸 [1991]『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社)
- 浦田一郎=山元一 [2004] *平和主義と立憲主義(対談)*, in: 井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く—ロースクール・憲法講義—』(日本評論社) 第15講
- 浦部法穂 [2006]『憲法学教室(全訂第2版)』(日本評論社)
- 奥平康弘 [1994]『いかにそう日本国憲法—第九条を中心に—』(岩波書店)
- 木佐芳男 [2001]『「戦争責任」とは何か 清算されなかったドイツの過去』(中央公論新社)
- 君島東彦 [2004]『武力によらない平和』の構想と実践, in: 『法律時報』76巻7号79頁以下
- 小林直樹 [1991]『憲法政策論』(日本評論社)
- 小山 剛 [1998]『基本権保護の法理』(成文堂)
- [2005] 小山・駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂) 11頁以下 (「2 国家目的と国家目標規定」)
- 只野雅人 [2006]『憲法の基本原理から考える』(日本評論社)
- 田村光彰 [2000] *半世紀後の「方向転換」は謝罪なき補償 米の圧力が生んだドイツの強制労働基金*, in: 『論座』10月号84頁以下
- 中島 徹 [2006] *日本国憲法と社会経済構造の改革—社会保障および規制改革からみた「小さな政府」(上)(下)*, in: 『法律時報』78巻5号75頁以下, 9号73頁以下
- 中村登志哉 [2006]『ドイツの安全保障政策—平和主義と武力行使—』(一藝社)
- 西原博史 [1996] 大須賀明編『憲法』(青林書院) 第1章「憲法と国家」
- [2001]「国民」の幸せを「新しい人権」に託して(小林直樹『現代基本権論の展開』の書評), in: 長谷部恭男編『憲法本41 改憲・護憲をいうまにに学んでおくべきこと』(平凡社) 170頁以下
- [2004a]〈国家による人権保障〉の道理と無理, in: 樋口陽一・森 英樹・高見勝利・辻村みよ子編著『国家と自由—憲法学の可能性』(日本評論社) 327頁以下
- [2004b] *立憲主義において国家を縛るもの—樋口「立憲主義」論を手がかりとした憲法の規範構造論・序説—*, in: 藤田宙靖・高橋和之編『憲法論集 樋口陽一先生古稀記念』(創文社) 559頁以下
- [2004c]〈国家を縛るルール〉から〈国民支配のための道具〉へ? 「憲法とは何か?」をめぐる改憲論の策略と混乱, in: 『現代思想』2004年10月号64頁以下
- [2004d] *政治部門と裁判所の憲法解釈—「憲法実現」と「決断としての枠」の狭間で—*, in: 日本公法学会編『公法研究』66号139頁以下
- 長谷部恭男 [2000] *民主主義国は生きる意味を教えない*, in: 紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』(日本経済新聞社)
- 樋口陽一 [2001] *憲法規範の私人間適用と, 私法規範の「憲法化」—フランスと日本*, in: 憲法理論研究会編『立憲主義とデモクラシー』

- (敬文堂) 19頁以下
- [2004]『国法学 人権原論』(有斐閣)
- 深瀬忠一 [1987]『戦争放棄と平和的生存権』
(岩波書店)
- 深瀬忠一・杉原泰雄・樋口陽一・浦田賢治編
[1998]『恒久平和のために—日本国憲法からの
提言—』(勁草書房)
- 松井茂記 [2002]『日本国憲法〈第2版〉』(有斐
閣)
- 水島朝穂 [1997]『武力なき平和 日本国憲法の
構想力』(岩波書店)
- 三好範英 [2004]『戦後の「タブー」を清算す
るドイツ』(亜紀書房)
- 棟居快行 [2004] 9条と安全保障体制—憲法学
の立場から, in: 『ジュリスト』No.1260, 75
頁以下
- 山内敏弘 [1992]『平和憲法の理論』(日本評論
社)
- [2003]『人権・主権・平和—生命権からの憲法
的省察』(日本評論社)
- 山本武彦 [2004] 浅田正彦編『兵器の拡散防止
と輸出管理—制度と実践—』(有信堂) 第Ⅱ部
第3章 (欧州連合 (EU))
- 山下健次 [1998] 平和研究と平和憲法学—日本
国憲法における平和主義原理の規範構造と積極
的政策展開—, in: 前掲深瀬ほか編『恒久平
和のために』819頁以下
- リヒタ, ウヴェ [1995] (石川求+鈴木崇夫+渡
部貞昭訳)『ヒトラーの長き影』(三元社)
- [2000] (大沢久人訳) ドイツの対トルコ戦車輸
出—その変わらぬ外交政策, in: 『総合政策』
(岩手県立大学) 2巻3号251頁以下
- 拙稿 [2003] 連邦軍内における意見の自由—
軍事法違反事件— (BVerfGE 44, 197, Beschlus
v.2.3.1977 の評釈), in: ドイツ憲法判例研究会
編『ドイツの憲法判例 (第2版)』(信山社)
324頁以下
- [2004] 憲法の歴史的記憶—ドイツ集会法論争に
おけるリベラルと左派—, in: 『神戸学院法学』
34巻1号189頁以下