



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 良心的兵役拒否権 - ポン基本法四条三項の構造と特質 - (3) ・完   |
| Author(s)        | 笹川, 紀勝; SASAGAWA, Norikatsu   |
| Citation         | 北大法学論集, 18(3), 204-241  |
| Issue Date       | 1968-01-08  |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/16095">https://hdl.handle.net/2115/16095</a> |
| Type             | departmental bulletin paper   |
| File Information | 18(3)_p204-241.pdf  |



資 料

良心的兵役拒否権

— ボン基本法四条三項の構造と特質 — (三)・完

笹川紀勝

目 次

はじめに

第一章 総 説

第一節 概 観

第一項 良心的兵役拒否者の歴史

第二項 「義務の衝突」

第三項 比較法的整理

第二節 西ドイツ

第三節 まとめ

第二章 ボン基本法四条三項

第一節 前提問題

第一項 制定経過と再軍備

第二項 原則と例外の論議

第三項 四条三項後段

第四項 まとめ(以上本誌一八卷一号)

第二節 良心的理由と良心的決定

第一項 良心とは何か

第二項 良心的理由

第三項 良心的決定

第四項 まとめ

### 第三節 二つの問題

第一項 状況による良心と兵役義務法二五条

第二項 審査の問題

第三項 まとめ(以上本誌一八卷二号)

## 第三章 判例

### 第一節 原則と例外

第一項 連邦行政裁判所一九五八年一〇月三日判決

第二項 連邦行政裁判所一九六二年五月一日判決

第三項 まとめ

### 第二節 良心・良心的理由・良心的決定

第一項 良心概念

第二項 良心的理由・良心的決定

第三項 まとめ

### 第三節 審査の問題

第一項 良心的決定の特徴

第二項 良心的決定の存在の判断基準

第三項 良心的決定の審査方法

第四項 まとめ

## 第四章 結論

あとがき (以上本号・完)

## 第三章 判例

### 第一節 原則と例外

良心的兵役拒否権は兵役義務に対して、原則と例外の関係にあるか。この問題をつきつめると、基本法四条一項(良心の自由)と四条三項(良心的兵役拒否権)とをどのように理解するかの問題に帰着した<sup>(1)</sup>と思う。良心的兵役拒否権が基本権であるということとを認めつつも、なおかつ良心的兵役拒否権と兵役義務の関係は問題になる。

#### 第一項 連邦行政裁判所一九五八年一〇月三日判決

「基本法四条一項の信仰と良心の自由から展開された(entsprechend)兵役拒否の基本権が、そして兵役義務法二五条の権利が、兵役義務規定に対する例外権とみられるか。少なくとも当法廷には疑問である。なぜならば、この基本権が、まだ一般的兵役義務がなかった憲法にすでに(schon zu einer Zeit)規定され(verankert)ていたからである。憲法で認められた基本権が、後になってようやく法律上(Gesetzlich)設けられた義務に対する例外権であると

料

見なされれば、矛盾であろう。基本法四条三項の基本権は兵役義務の例外ではなくて、基本法で規定された一般的(*allgemein*)な、独立し、他に依存しない人権と解され、少なくとも兵役義務と同列にある、と考える方が更に適當である。<sup>(2)</sup>

それでは問題を二つに限って考えて見よう。第一は、四条一項(良心の自由)と四条三項(良心的兵役拒否権)との関係を裁判所はどう考えているか。第二は、良心的兵役拒否権と兵役義務との関係はどうか。第一点については、「基本法四条一項の信仰と良心の自由から展開された兵役拒否の基本権」の句を引き出せる。この考え方は良心の自由の拡張として良心的兵役拒否権を見るものか。そうではないと思う。参考になるのは、連邦行政裁判所一九五九年七月二四日判決(VERIC 129/59)である。これによると、良心的兵役拒否権は「本質的に基本法四条一項に保障された自由権の一部にはかならない。」というのである。ではなぜ特に四条三項は規定される必要があったのか。この疑問になんら答えてくれるものが見い出されない。すなわち一九五九年の判例は次のように言う。

「良心の自由の基本権は四条三項においては、兵役義務に対する関係でのみ作られている。しかしこの規定からは、——良心の

自由自体を制限することなしに——武器を持つ兵役の強制は兵役義務者が自己の良心の命令に反して兵役を行うときだけ禁じられるということが出てくるのである。それゆえに、四条一項の自由権には、兵役義務の武器を持つ兵役によって自己の良心が侵害されると感じる者だけが良心の命令を主張し得る、という制限が内在している。基本法四条一項と三項の見方によれば、良心の不可侵性の保障だけで誰でも武器を持つ兵役を拒否できるのではない。(Die Unverletzlichkeit des Gewissens bedeutet nach Art. 4 Abs. 1 und 3 GG nicht,dass allein um ihrer Gewählens-*ung* willen jedermann den Kriegsdienst mit der Waffe ablehnen kann.)」かかる説明は、良心的兵役拒否権は「本質的に基本法四条一項に保障された自由権の一部にはかならない。」ということと厳密には一致しないのではなからうか。なぜならば、四条一項で考えるところと四条三項の考えるところは、同じ良心の自由と言っても性質がちがうと思うからである。<sup>(3)</sup>

さて、連邦憲法裁判所は以上の問題についてどう考えているか。一九六〇年一月二〇日判決(BvL 21/60)<sup>(6)</sup>は次のようである。

「基本法は人間の自由な人格と尊厳を最高の法的価値(*Rechtswert*)と見なしている。それで基本法は徹底して、四条一項で

良心の自由を、そして自律的な倫理的人格が直接現れる良心の決定の自由を、『不可侵』だと認めたのである。この原則に基本法四条三項も基づいている。四条三項は四条一項の良心の自由を一般的な(イデオロギー的な)前提にしているだけではない。四条三項は自由な良心の概念をもう一度(wieder)取り上げているのである。それゆえに自由な良心の概念を特別な規範的構成要素に(zum eigenen normativen Bestehen)高めているのである。すなわち、四条三項は武器を持つ兵役に対する良心的決定の自由そのものを保障し、この自由を尊重することを約束しているのである。憲法裁判所は基本法一条一項と二条一項に基づいて四条一項と三項を考えている。しかし、同じく一条一項や二条一項に基づきつつ、四条一項と四条三項とは同じ性質のものだという主張(例えばハーマン<sup>(7)</sup>)と憲法裁判所の説明とは違うのではないか、と思われる。憲法裁判所は、むしろ良心の自由を伝統的に考えているのではないかと思わざるを得ない。連邦行政裁判所の四条一項と三項の理解があいまいであることもよりはっきりしてきた。

第二の問題点について、一九五八年の判例は、良心的兵役拒否権が兵役義務より時間的に先に規定されたことを言う。この点では

ティートゲンの批判が正当と思う。「規範相互の時間的な関係が原則や例外の性質を決定するのではなくて、規範相互の実体法的(substantielle)関係がそれを決定するのである<sup>(8)</sup>」と。シュイナーはその判例評釈の中で裁判所の時間的おくれの説は誤りだと言いつつ、「兵役義務法二五条が例外規定とは理解されないということとは正しい。基本権が国民的義務の例外とはたしかに解されな<sup>(9)</sup>い。」と言う。一九五九年の判例は、「基本権はもろろん例外権ではなく当法廷はすでに前判決でふれた。」「それゆえに基本法四条三項の基本権は兵役義務に対して原則と例外の関係にない。」<sup>(10)</sup>と明言する。

## 第二項 連邦行政裁判所一九六二年五月一日判決

前項の第二の問題点をあらわにするのがこの判例だと思う。ブレーメン行政裁判所は兵役義務法二五条の規定を例外規定と述べた。これに対し連邦行政裁判所は次のように言った。「基本権は例外権ではない」とすでに一九五八年と一九五九年の判例で述べた。「良心の自由(基本法四条一項)は兵役義務によって例外的地位に落されない絶対的権利(ein absolutes Recht)である。しかしながら逆もあてはまらないのである。というのは基本法自体

料 によって認められた一般的兵役義務（基本法七三條一、二條

二項二段、一七條 a）は、国民には法的義務（Rechtspflicht）であつて良心の自由の例外ではないからである。良心の自由と兵役義務の憲法上意図された関係は、基本法四條三項自体から明らかになる。それによれば良心の自由は明らかに（ausdrücklich）兵役義務より高く評価されており、何人も良心に反しては兵役義務がないのである。」良心の自由には「無制限な人格権（Personlichkeitsrecht）の絶対的効力」がある。<sup>(11)</sup>

この判例は結局、良心的兵役拒否権は基本権であつて、兵役義務に対して原則と例外の関係に立たない、と主張しているわけである。第一に、この判例がかかる主張をしたのはどこに原因があるか。第二に、基本権であるということから、兵役義務の例外だと主張を否定できるか。まず第一点について。一九六〇年の憲法裁判所の判例は良心的兵役拒否権と兵役義務の関係をはっきりさせていないことが考えられる。憲法裁判所は基本法四條一項と三項の関係を論じた。両者は人間の尊厳、自由な人格の概念に基づき、共に良心の自由に関係してはいるが、三項の方は良心を一項とはちがった形に高めているのだと、ところで、伝統的な良心の自由の理解によれば、四條一項の良心の自由だけでは一般的

兵役義務を拒否する根拠になり得ず、この兵役義務を排除して行く四條三項の地位は、兵役義務に対して例外的地位にあつた。憲法裁判所の言葉で言えば、良心が一項とはちがった形に高められている。それだから、四條三項の良心的兵役拒否権が基本権であることを承認しながらも、四條三項では良心を一項とはちがった形に高めているという憲法裁判所の認識からすれば、実定法で一般的兵役義務を採用する以上は例外的な性格が、良心的兵役拒否権にはあることが浮び上るはずである。ところが、憲法裁判所は四條一項と三項の関係を論じつつ、次のように言うだけである。要求してくる社会と自己の良心にしか従わない個人が衝突する際には、憲法は個人の良心の方を重んじているのだ。こうしたことは、自由人の社会たろうとし、個人が自由に自ら決定して行く可能性の中に社会を形成して行く価値を認めている国家にはまさにふさわしいのだと。<sup>(12)</sup> だからシュイナーが「憲法裁判所の判例は、良心の自由を人格権から引き出すことを言うことによつて、兵役拒否の免除が例外なのだという仮定を間接的にしりぞけたのだ」と評釈することには疑問である。シュイナーについて言えば、彼は良心的兵役拒否権は基本権であり、原則と例外の関係はない、と言うから、態度が変わつたのではないか。<sup>(13)</sup> そして、テイートゲンとハノ

パーの原則だとの主張に反対する。<sup>(15)</sup>

次に、第二の点について。すでに第一点で言われているが、良心的兵役拒否権の基本権たる性格と兵役義務の関係をもう少し考えたい。Jellinekによれば<sup>(16)</sup>、国民は国家に対して受動的的地位 (passiver Status) / 消極的地位 (negativer Status) / 積極的地位 (positiver Status) として能動的的地位 (aktiver Status) の四つの地位に立ち、そして国民と国家の関係は相対的であることはあまりに有名である。イェリネックの言うところは、宮沢教授によれば<sup>(17)</sup>、国民と国法の関係として考えてもよい。そうすると、受動的地位として国民が持つ兵役義務と消極的地位として国民が持つ基本権たる良心的兵役拒否権<sup>(18)</sup>の相互関係は、法がすなわち基本法が定めるところによる。そうすると基本法が七三条で一般的兵役義務を採用すると解すれば、その例外としての性格が基本権たる良心的兵役拒否権からぬぐい去ることはできないのではなからうか。<sup>(19)</sup>

このことは、連邦行政裁判所一九六二年五月二二日判決 (NICO 143/62)<sup>(20)</sup>の次の文章を用いて説明すれば一層はっきりして来るのではないか、と思う。「兵役拒否者は、最高の人格的良心に基づいた基本法四条三項の基本権の保護を受ける。最高の人格的良心それ自体から、国民に一般的法的に課せられた義務に対する

(gegenüber einer den Staatsbürgern allgemein gesetzlich auferlegten Verpflichtung) 保護価値が生じているのである。」すなわち、一方から見れば、兵役拒否者は、最高の人格的良心を承認され、一般的兵役義務を破ることができる、他方から見れば、実定法で国民に一般的に課せられる兵役義務が、兵役拒否者にだけ適用されない。結局は、良心的兵役拒否権を、基本権の方から見るか(前者)、実定法で、一般的に課せられる兵役義務の方から見るか(後者)、という見方の相違、力点をどっちにおくかの相違になるのではなからうか。両方が承認されるべきだと思ふ。<sup>(21)</sup>

### 第三項 まとめ

原則と例外をめぐる問題はきわめて錯綜したものである。連邦行政裁判所は四条一項と三項の関係をあいまいにしつつ、ついに、良心的兵役拒否権は基本権であって兵役義務と原則・例外の関係に立たない、と言うようになった。連邦憲法裁判所の四条一項と三項の理解は、良心の自由を伝統的に解する立場に近いのではないかと思う。しかし、憲法裁判所は、原則と例外の問題を明らかにしていない。

(1) 本稿(一)一九二—一九四ページ参照。

- (2) BVerfGE v. 3. 10. 1958 (VII C 235 /57) DVBl. 1959, S. 588ff. 以下の判例はすべて、法律雑誌からとった。判例集より詳しいことが多かったこと、そして判例集にはのっていないが雑誌にはのっていることがあったことによる。
- (3) BVerfGE v. 24. 7. 1959—(VII C 129/59) DVBl. 1959, S. 707.
- (4) A. a. O. 興味ある判例を一つあげておく。原告は元SS隊員の息子である。連邦行政裁判所一九六一年六月二三日判決 (VII C 52/58) は次のように言った。「原告は、基本法一条一項によって保障された人間の尊厳を侵されない。なぜならば、法律で定められた軍事訓練を受け、場合によっては防衛戦争に出動を求めるとは基本法(七三条一号)が許しており、したがって、基本法によって保障された人間の尊厳と矛盾してはいなく、人間の尊厳を尊重する基本権が侵害されることもないからである。武器を持つ兵役に対しては、基本権として良心の保障(四三条三項)があるだけで、それが人間の尊厳を保護しているのである。」(DÖV 1962, S. 302)
- (5) ハーメルスの考え方(本稿(一九三ページ))をここで検討しておくなければならない。彼の四一条一項と三項に関する理解からすると、良心的兵役拒否権が原則になりそうなのだが、兵役義務の例外となっている(Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 103)。この点連邦行政裁判所の一九五八年、五九年の判例と同じく、首尾一貫して、いなくの印象を受け
- no.
- (6) BVerfGE v. 20. 12. 1960 (I BvL 21/60), JZ 1961, S. 492.
- (7) 本稿(一九五ページ注の(4))。
- (8) Tietgen, Anmerkung, DVBl. 1959, S. 592.
- (9) Scheuner, Anmerkung, DÖV 1959, S. 265.
- (10) BVerfGE v. 24. 7. 1959, a. a. O., S. 707.
- (11) BVerfGE v. 11. 5. 1962 (VII C 143/60), DÖV 1962, S. 547ff.
- (12) BVerfGE v. 20. 12. 1960, a. a. O.
- (13) Scheuner, Der Schutz der Gewissensfreiheit im Recht der Kriegsdienstverweigerer, DÖV 1961, S. 203.
- (14) 本稿(一九二ページ以下参照。シュイナールの最初の立場に近く思われるのが、Scherer-Flor-Krakeler, Wehrpflichtgesetz, 2. Auflage, 1962, S. 191f.
- (15) A. a. O., Anmerkung 11. なお、テイートマンとハンナーバーについては、本稿(一九一ページ参照)。
- (16) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919, S. 86ff.
- (17) 宮沢、憲法II、法律学全集、八七ページ以下。
- (18) 良心的兵役拒否権が消極的地位に属するものとされているMangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1957, S. 227.
- (19) ハホンの立場は興味がある。ハホンは Verfassungsrecht-Verwaltungsrecht-Verfahrensrecht, 2. Auflage, 1964, S. 122

ではテイトゲンの配分の原理に立って「基本権は例外権ではないという一九五八年と一九五九年の判例を支持」して、テイトゲンに対するシヨイナーの批判、注(15)参照。

- (20) BVerwGE v. 11. 5. 1962 (VfIG 143/60), DÖV 1962, S. 547.

(21) もちろん、兵役拒否者は、代役をまぬがれることはできない(基本法一二条二項)。その場合に、代役の種類は問題になる。すなわち、二項では「軍隊となんら関係のない代役の可能性をも」(傍点筆者)とあるからである。シユエー・フロア・クレンケラー (Schärer-Floer-Krenkeker, Wehrpflichtgesetz, S. 190f.) が言うように、「兵役拒否は防衛義務(Wehrpflicht)に基づいたいかなる徵用(Inanspruchnahme)をも一般的にさまたげるものではなくて、武器を持つ役務への召集をさまたげるだけである」ことは、言える。すなわち良心的兵役拒否者は完全には兵役義務をまぬがれることはできない。しかし、良心的兵役拒否権の理念には、根本的には兵役義務を打ちくだく、否定するものがあるから、良心的兵役拒否権の兵役義務に対する例外の性質を否定できなく、このことを、シユエー・フロア・クレンケラーも無視してはいない。本稿では、兵役義務の内容を深く検討しない。基本権の側面を強調することがどの程度まで言えるかに関心があつた。

## 第二節 良心・良心的理由・良心的決定

### 第一項 良心概念

良心とは何かについて判例はほとんど一致している。以下見よう。

一 連邦行政裁判所一九五八年一〇月三日判決 (VfIG 235/57) 良心の概念について、「良心の内容を普遍妥当にかつ疑問なく定義することは、宗教的哲学的語学的その他の要素からなっている良心概念の多義性と構成のために、はなはだ難かしい。しかし、許されているものと禁じられているものの自己認識、この認識に従って行動する義務があるとの考え、かくして内なるところにもともある正と不正の確信とそれから出てくる特定の作為や不作為の当事者の義務、それらが良心を構成していることは、疑もなく一般的な意見と思われる。したがって、良心は自己の態度の倫理的価値あるいは無価値の主観的意識であり(もう一人の我(anderes Ich)として) 人が自由と責任を確信するにいたるもっとも内的で、それゆえにもう理由づけられないものである。」だから、この意識の存在が「直接的な神の声」としてより高い力の働きに遡及されるのか、人間に内在している自然法に遡及されるのか、これらの不確かな意識である。<sup>(1)</sup>

二 連邦憲法裁判所一九六〇年二月二〇日判決 (1 BvL 21/60)

「基本法四条の『良心』は一般的に使われる言葉の意味で理解される。憲法は、共通な政治生活の基礎は国民すべてに均等に (einheitlich) 決定されるべきである」ということに基づいている。したがって、憲法概念はあらゆる告白と世界観に等しく解釈されなければならない。憲法機関の使命は全国民に法秩序の均等性を保障することである。要求と勧告と警告が人に直接明らかなら無条件な当為の命令であるところの現実には経験される精神現象として、一般的に使われる言葉の意味の良心も基本法四条三項の意味の良心も理解されるのである。したがって、解釈の際に、良心の概念や本質や起源について神学的哲学的に論ずる必要はない。学説によっても以上の判例は認められよう。しかし、シュイナ<sup>(6)</sup>ーは、連邦憲法裁判所が一般的と考えた良心概念を批判する。どういふ点かと言うと、哲学的には特定の立場すなわち実存哲学であり、神学的にはプロテスタントの見解だと<sup>(3)</sup>。

- (1) BVerwGE v. 3. 10. 1958, a. a. O., S. 589.  
 (2) BVerfGE v. 20. 12. 1960, a. a. O., S. 492.  
 (3) Scheuner, Der Schutz der Gewissensfreiheit, S. 203, なお、

新約聖書の良心概念については、旧新約聖書神学辞典、新教出版社、一九六一年、四八二ページ。田中利光、新約聖書ギリシヤ語ノート、札幌独立教報二〇号、一九ページ以下。

第二項 良心的理由・良心的決定

一 連邦行政裁判所一九五八年一〇月三日判決 (VII C 235/57)  
 この判例は良心的兵役拒否権についてもっとも重要なものの一つである。この重要さは良心的理由と良心的決定に関して、著しいのである。<sup>(1)</sup>

まず事実を見ておこう。

原告は一九三七年に生れ、一九四八年から一九五三年まで少年キリスト者の会 (Christlicher Verein Junger Männer) と福音主義的少年団 (evangelische Jugendgruppe) のメンバーであり、一九五三年九月以来兵役拒否者協会 (Gruppe der Wehrdienstverweigerer e. V.) に属している。彼は一九五七年二月に郡徴兵局の徴兵検査委員会によって検査されて、予備役 (Ersatzreserve) に指定された。兵役拒否者審査委員会は、原告の武器を持つ兵役を拒否する権利の承認申請を許可した。郡徴兵局長の異議に基づいて、兵役拒否者審査院はこの決定を取消した。原告はドュッセルドルフのラント行政裁判所に行政訴訟を起して認められた。ラント行政裁判所は、審査院の決定を取消

して、武器を持つ兵役拒否権を原告に承認するよう審査院に命じた。連邦行政裁判所への審査院の上訴は却下された。

被告は良心の定義については争わなかったが、ラント行政裁判所の考えを争ったのである。ラント行政裁判所によれば、「良心の決定というものは、非教条主義的で個人的倫理的な確信の意識的無意識的な精神的感情的な拘束力に、あるいは宗教的觀念に基づき得るだけでなく、理性的考慮や真剣な政治的確信にも基づき得るということである。」しかし被告によれば、「このような合理的で世界観的で政治的な考慮は、まず目的的であって、道徳や倫理や宗教に基づいていない」のだと。ところが、連邦行政裁判所はかかる被告の考えは「法的根拠がない」と考える。すなわち、良心と言われる意識は「呼びおこされ (erwachen)、自らだけで働き、良心の持主が良心の意見に従って行動するべく指導することができる。しかし、しばしば良心は外から刺激を受ける。良心は外的な影響によって呼び起こされ、特定の出来事に出会い (zu einem bestimmten Ereignis Stellung zu beziehen)、内的に調らへてから (nach innerer Prüfung) 決定を行うのである。外からやって来る刺激はきわめて様々で、宗教や倫理の觀念による

だけではなくて、感情的な考慮や世界観的教義や政治的確信にも由来し得るのである。」したがって、「単に知的、政治的、その他合理的でしかない考慮と認識では、兵役義務法二五条の権利は与えられない」が、「原告が自己の良心の抗しがたい強制力の下に行動しているとすれば、良心的決定を呼び起こすのに決定的であった動機の種類は問題にならない。」「むしろ良心的決定にとって本質的であるのは、内的な強制力に違反した行動は倫理的人格を傷つけあるいはこわしてしまふほどに、良心的決定に関して、原告には内的な強制力として拘束力がある真剣な倫理的決定であるかどうかだけである。」

この判例の言うところは学説上も認められるところだと思いが、<sup>(2)</sup> ショイナーは政治的理由を批判する。それだからショイナーを検討しよう。

ショイナーによれば、まず次のようである。良心は「内なる声」であり、良心の要求であるかどうかの尺度は「倫理的命令の無条件性」である。「良心の要求と、政治的社会的な考慮が働き得る良心的決定の前段階 (Vorstufen) とは混同されてはならない。」「裁判所が、良心的決定は倫理的あるいは宗教的理由によって決定され『得る』し、それゆえに、その他の『圧力』(Druck

料 (Prüfung) にも基づき『得る』と言うとすれば、この意見は良心的

決定の本質に従ってはいないのだ。』

資 しかしショイナーには賛成できない。ショイナーが言うように

良心的決定と良心的決定の前段階を区別することはできるが、連邦行政裁判所は周到に両者を区別していると思うからである。裁判所によれば、良心は自己の態度の倫理的価値無価値の主観的意識だから、かかる意識は様々なものによって呼び起こされる。この意識が前提となっていて、特定の出来事について内面で調らべて、決定を下す。政治的確信も以上の過程を踏むことがあり得るというのである。しかし、かかる良心の意識が存在しなければ、それは、特定の出来事について内面で調らべても決定を下すことはできず、「単に知的、政治的、その他の合理的でしかない考慮と認識」なのであって、ショイナーの言うように確かに良心的決定の前段階であろう。

次に、ショイナーは「政治的動機は、良心の声が出て来る人格の核心 (Kern) にまでは達していない」と述べることは、政治的動機による良心的決定には「倫理的命令の無条件性」が認められないということであろう。しかし疑問である。一例をあげるならば、「第三帝國においていかなる強制的手段をもってしても国家

に服従することをせず、自己の良心の命ずる確信をまげなかったコミュニストたち<sup>(3)</sup>」の行動は人格の核心に達していなかったと言えないと思うからである。

(1) BVerfGE v. 3. 10. 1958 (VII C 235/57), DVBl. 1959, S. 588, 589f.

(2) Scheuner, DÖV 1959, Anmerkung, S. 265. なお、Hahnenfeld, Fünf Jahre Recht der Kriegsdienstverweigerung, DVBl. 1962, S. 285 も連邦行政裁判所が政治的理由を認めたとを疑問としている。ショイナーを引用して言うのであるが、ハーネンフェルトは理由を示していない。

(3) ニーメラ、前掲、国家権力と良心の命令、二一九ページ。

(一) 良心的理由と良心的決定の関係が明らかになって来た。次にかかる良心的決定を引き起す理由として争われたところを検討して見よう。

まず、武器を持つ兵役を拒否する権利のある良心的決定というものは、知性 (Verstand) と理性の活動によっても呼び起こされ得るとするものである——連邦行政裁判所一九六〇年五月二十七日判決 (VII C 171/59)<sup>(4)</sup>

ハノーバーのラント行政裁判所は次のように論じた。原告の

考察の出発点は、原子爆弾の存在と今日の力のプロットクの対立によって現わされた現代的状況である。しかし、個々のコンフリクトの状況によるためらいは、兵役義務法二五条によれば武器を持つ兵役の拒否理由にはならない。原告はあらゆる武器使用への参加に反対しているのだというように原告の陳述が解されるとしても、訴訟は益がない。なぜなら、原告は理性的理由から兵役を拒否するが、理性的理由は良心的理由にならないからである。

連邦行政裁判所は、この行政裁判所の考えを否定した。「原告の説明は非常にはつきりしているので状況による兵役拒否の制限は問題にならない。原告には戦争は結局克服されるべき悪であり、原告には原子爆弾の放棄は平和をしかも世界平和を意味するのである。」「当法廷は、一九五八年一〇月三日の判決以来『良心』と『良心的理由』の概念を、内奥にある正と不正の確信とそれから出て来る特定の作為、不作為の義務が良心を構成しているのだとつねに解釈して、当人は内的な強制力の下にあり、彼の内的な意識が語られていなければならないのだ、と述べて来た。この意識は自ら働き得るが、また外からも宗教的、倫理的、感情的、世界的、政治的な刺激によって呼び起こされ得る。したがって、良心的決定は、当人に内的な強制力として義務を負わせる、真剣な、

倫理的な、決定でなければならないし、彼が真剣な良心の呵責なしには決定に反して行動することができないものでなければならぬ。当人がただ知的な考慮を働かせたにすぎないならば、彼は良心的決定を下していないのだ。こうした原則的な説明によると、ラント行政裁判所が言うように、理性的理由は良心的理由ではあり得ない、ということは出て来ない。知性を働かせる者は、知性によっては確かにまだ得られた結果と内的な関連を持ってはいない。しかし、正しい、理性的だ、と認められたものが内的なこだまになり、内的な意識を呼び起こすあるいはかきたてる、同時に内的な知識として、人間の良心として固定する、ということはないのではない。そうすると、良い、正しい、と思われるものが当人の内的な認識源 (Erkenntnisquellen) から生じ、彼には倫理の根本原理 (Prinzipien) になり得るのである。そこにまさしく人間理性の絶対的に高い目標があるのである。したがって、理性的理由は良心的理由ではないというラント行政裁判所の見解は、以上の一般性において支持できない。原告は良く考えて理性的なものを行わなければならないのだ、と言っている。理性的な結論が彼には拒みがない内的に義務を負わせる命令になっているなら、理性的な結論は彼の良心の命令になっているのだ。」

この判例に続くものとして、連邦行政裁判所一九六二年五月一日判決 (VIIC 143/60)<sup>(2)</sup> と、連邦行政裁判所一九六五年二月一七日判決 (VIIC 84/63)<sup>(3)</sup> がある。

(1) BVerwGE v. 27. 5. 1960 (VIIC 171/59), DÖV 1960, S. 754f.  
 (2) BVerwGE v. 11. 5. 1962 (VIIC 143/60), DÖV 1962, S. 547f.  
 原告は心理学と美術史を学ぶ学生である。彼は徴兵検査の直前に兵役拒否者国際連盟 (Internationale der Kriegsdienst-  
 segner) に入っていた。ブレーメン行政裁判所は彼を認め  
 なかったが、連邦行政裁判所は次のように言って認めた。彼  
 は人間同志の間でどんなであれ武器を使うことは恐ろしいと  
 確信している。彼が理性を働かせるだけで、かかる内的に  
 義務を負わせるものを確信するようになったとしても、彼は  
 良心的決定をしているのである。

(3) BVerwGE v. 17. 12. 1965 (VIIC 34/63), NJW 1966, S. 948.  
 連邦行政裁判所一九五八年の判例をそのまま繰り返す、  
 次のように言う。原告は、原子兵器のために将来の戦争はす  
 べて倫理的に支持できないし、武力による防衛もすべて無意  
 味だと主張する。したがって、彼はこうしたことにより協力す  
 ることを、ヨーロッパの倫理的道德的原则と一致しない、非  
 倫理的な、それどころか、犯罪的な行動と思いい、それだから  
 、何百万の人間の破壊に協力せよという国家の要求に抵抗し  
 なければならぬのだと。それゆえに原告は戦争一般を倫理

的に忌むべきであるとして拒否している。原告の言うところ  
 によれば、拒否を特定の武器あるいは特定の例えれば将来ある  
 かもしれない武力による争いに拒否を限っているのではなく  
 て、特定の影響を考えて戦争はもはや倫理的に許されないの  
 だ、という確信に達しているのである。フランクフルト行政  
 裁判所の見解、すなわち、良心の領域においては原子兵器と  
 従来の兵器の間には原則的な違いがない、また、善と悪を考  
 えると原子兵器と石器時代の棍棒との間には違いがない、こ  
 れらは説得力がない。原子兵器が全人類をおどしているとい  
 う事実そのものが、ついには良心の問題となる合理的な原因  
 となり得るのである。

(1) 基本法四条三項 (兵役義務法二五条) の意味における良心  
 的決定は感情によってでも行われる。すなわち、感情が良心的理  
 由になり得るといっているのである。但し、良心的決定は倫理的に正當  
 性があるという主観的意識を前提とするが、倫理的に正當性があ  
 るという合理的考慮を前提としないとするものである——連邦行  
 政裁判所一九六一年六月三日判決 (VIIC 181/60)<sup>(1)</sup>。

上告は「賛成反対の合理的考慮が必要であって、それゆえいわ  
 ゆる感情的 (gefühlsmäßig) 兵役拒否者は認められない」と言っ  
 ているが、連邦行政裁判所は、「感情に支配されている者でその  
 能力と成長では兵役拒否を精神の問題として処理できない者であ

っても、それでもなお良心的決定を下し得る」と判断する。「なぜならば、彼も倫理的に認識することができるところであり、倫理的認識に違反して行動すると自分は絶望的な内的な状態に陥るほどに、この倫理的認識に強く義務があるとまきしく彼は感じているからである。」すなわち、連邦行政裁判所の言うところは、「良心的決定の倫理の意味と正しさの意識」とこの意識の拘束力を当人が感じていればよく、「賛成反対の合理的考慮」は必要ではない、ということである。但し連邦行政裁判所はハノーバー行政裁判所と共に、「精神的あるいは肉体的な、特別な命令に対する恐怖、とくに自己の生命を賭けることに対する恐怖に基づいた武器を持つ兵役拒否は、基本法四条三項と兵役義務法二五条の良心の保護を受けない」ことを認める。「なぜならば基本法四条三項と兵役義務法二五条によつては、自分が快適であらうとすることや自己保存が保護されるのではなくて倫理的人格としての人間が保護されるからである。」では原告を見るとどうか。自分は他人に苦痛を与えることはできない、と言う。「彼は苦痛で破れるだろう。彼の感情的な決心は、積極的な認識の意味でははっきりしていないとしても、逃げ道のない本能的な消極的な防御作用の意味では良心の決定である。彼の拒否は彼の魂の悩みの中に原因があり、

彼の魂は脆弱さと柔和さのために無防備であり、合理的な尺度 (Sektio) によつては改良されないのである。」ハノーバー行政裁判所は「原告の拒否が彼自身の内的な強制力に基づいている」ことを確認している。したがって「拒否によって正しいことをした」という主観的意識が原告から奪われてはならない。」

この判例は連邦行政裁判所一九六一年六月二三日判決 (VIIIC 33/60)<sup>(2)</sup>と同じ日に出されており、さらに、連邦行政裁判所一九六一年七月二日判決 (VIIIC 169/60)<sup>(3)</sup>に踏襲されている。

(1) BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VIIIC 181/60), DÖV 1962, S. 302f.

(2) BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VIIIC 33/60), DVBl. 1962, S. 499. 判決要旨しかわからなう。

(3) BVerwGE v. 21. 7. 1961 (VIIIC 169/60), NJW 1961, S. 1941.

(四) またダルムシュタット行政裁判所一九六一年八月一日判決 (IV 457/61)<sup>(1)</sup>は、「武器を持つ兵役拒否の決定は、戦争で人間を殺害することはすべて倫理的に忌むべきである」という情緒的あるいは合理的確信に基づいているなら、良心の決定である」と言

(1) Danmstadt VGE v. 1. 8. 1961 (IV 457/61), DVBl. 1962, S. 499.

二 連邦憲法裁判所一九六〇年二月二〇日判決 (1 BvL 21/60)

一では基本法四条三項と兵役義務法二五条が一致する場合が前提される事件が扱われた。ところが、そもそも両者が一致するかどうかが争われ、連邦憲法裁判所は、「兵役義務法二五条一項は、合憲解釈 (Verfassungskonforme Auslegung) によって、基本法四条三項と一致する」と、判決した。それゆえ、良心的理由と良心的決定について最も大きな影響を、連邦憲法裁判所は及ぼしたのである。

原告は一九三八年に生れ、一九五九年には召集されるかもしれないなかった。兵役拒否者の承認申請をした。理由として彼が述べたところは、分割されたドイツで武器を持つ兵役を果すことは自分には良心的理由から考えられない、なぜならばある日ドイツ人を打てという命令を受けることがあると考えざるを得ないからだ、「自由な、統一された祖国」ではいつでも進んで自分は武器を持つ兵役を果そうと。しかし、兵役拒否者審査委員会は、原告が国家間のあらゆる武器使用に反対するのではないと

して、申請を却下した。「原告は特定の戦争に反対する状況による良心的決定をしたにすぎなく、こうしたことは、兵役義務法二五条による兵役拒否者の承認には十分ではない」と。さらに兵役拒否者審査院も原告の異議を却下した。そこで、原告はシュレスビヒ・ホルスタイン行政裁判所に行政訴訟を起こした。行政裁判所の考えでは、「兵役義務法二五条によれば、訴訟は却下されなければならない。なぜならば状況による良心的決定が二五条によって保障されていないから。」しかし、兵役義務法二五条は基本法四条三項に矛盾するのだと。すなわち「憲法規範は国民の良心に反して兵役を強制することを禁じているだけである。具体的な武力による争いに参加することだけを良心的理由から拒否する者も、武器を持つ兵役を強制されるはならない。憲法で保障された権利を兵役義務法二五条で制限することは、『詳細』だけを規定しなければならない単なる立法者には許されていない。」行政裁判所は以上のように考えて、基本法一〇〇条一項「裁判所が、裁判にさいしてその効力が問題となる法律を違憲であると考えるときは、手続を中止し、…」連邦憲法裁判所の裁判を求めなければならない。」に従い、行政訴訟手続を中止して、兵役義務法二五条が基本法四条三項と一致するかどうかの判断を連邦憲法裁判所に求めた。(3)

憲法裁判所は、第一に一般的兵役義務を施行する法律は憲法規範と矛盾するか、第二に良心的決定、第三に武器を持つ兵役、第

四に兵役義務法二五条の合憲性を述べ<sup>(5)</sup>。

第一点は省く。

第二点を見よう。「良心的決定は、つねに、決定することが内に拒みがたくなる一定の状況に直面して行われる。」「この意味において良心的決定は本質的にそしてつねに『状況による』(situationbezogen)。また、世界観の原則的な確信であるかどうか、あるいは信仰を持っているかどうかに関すると言えれば、良心的決定は同時に『規範にかかわっている』(normbezogen)。「かくして、良心的決定としては、あらゆる真剣な倫理的決定が、『善』と『悪』のカテゴリーの決定が、考えられる。すなわち深刻な良心の呵責なしには違反した行動ができないほどに、一定の状況において自己に強制的でそして無条件に義務を課している、と当人が内的に経験する決定である。」

第三点について。前提として、「基本法四条三項は『武器を持つ兵役』を拒否する良心的決定しか認めていない。」と言う。

「良心的決定は内容上武器を持つ役務 (Waffendienst) にだけ向けられていなければならない。」「いかなる種類の武器であれ、武器をたずさえるな、という良心の禁止が言われている。すなわち、戦争で、(必ず使われる) 武器によって人を殺すことに

直接向けられる行為を良心は禁じている。武器で人を殺さざるを得ないということにしか、基本法上個人の、苛酷な内的な負担はない。憲法と法律で一般的に課せられた国民の義務を拒否することになり、しかも(少なくとも目立って) 国家的利益に矛盾するにもかかわらず、彼の拒否の良心的決定を承認する負担である。以上から、次のことが明らかになる、すなわち自分の良心は自分に武器を持つ兵役そのものを禁じているのではなくて、もっぱら一定の (bestimmte) 戦争参加、例えば一定の敵に対する、一定の条件下での、一定の歴史的状況における、一定の武器による戦争参加を禁じている、と主張する者は基本法四条三項の基本権を要求することはできないと。」「これらすべての場合に真剣な良心のためらいが兵役義務者に彼の態度を決めさせるだろう。しかし彼の良心的決定は、元来武器を持つ兵役に向けられているのではなくて、国家権力が、軍隊を、政治的軍事的な具体的目的のための一定の手段としてあるいは一般的に、差向けることに向けられている。」すなわち「彼は戦争での殺人そのものを拒否しているのではなくて、この敵の、この戦争の、この武器による殺人しか拒否しない」のである。したがって戦争で武器をもって人間を殺すことの内的な負担が、すなわち憲法で良心的兵役拒

否者を是認する根拠の負担がこれらの場合にはない。「これらの場合をひっくりかえりて『状況による』(Situationsbedingt) (また『現実的』(aktuell)、『具体的』(konkret)) 兵役拒否と表現すれば、結論として次のことが確かめられる。すなわち、基本法四条三項は、平時でも戦時でも武器を持つ兵役そのものを一般的に拒否する者の良心的決定に基づいた、原則的な (prinzipiell)、武器を持つ兵役拒否を保護しているだけである。一定の戦争、一定の種類戦争への参加、あるいは一定の武器をたずさえることを拒否するという『状況による』兵役拒否を、基本法四条三項は守っていない。」

第四点について。憲法裁判所は、兵役義務法二五条の制定経過を調べた後で、兵役義務法二五条の合憲性を独自に主張、展開する。「状況による」兵役拒否は全然基本権として保障されていない。このことが言われる限りは、「兵役義務法二五条は基本法四条三項と一致する。」次に、兵役義務法二五条が、「原則的」な兵役拒否者のグループを、基本法四条三項が保障しているよりも制限しているかどうか、この点で違憲かどうか、を考える。「武器を持つ兵役そのものを拒否する者は、拒否できる。なぜなら、彼は、戦争そのものを無条件かつあらゆる状況において

否認するため、彼の良心が当然あらゆる戦争への参加を禁止する原則的 (『教条主義的』) 平和主義者だからである。しかし、彼は武器を持つ兵役を、今(こゝ)においても (und heute und hier) 一般的に拒否することができる。なぜなら、現在の歴史的政治局況にしかあてはまらず、当然あらゆる時代とあらゆる戦争にあてはまらない諸々の経験や考慮が、武器を持つ兵役を彼に拒否させるからである。拒否の内容すなわち拒否の直接目的が『状況による』のではなくて、拒否者の動機が『状況による』のである。」これら二つの兵役拒否者のグループが基本法四条三項によって保障されている。ところが「兵役義務法二五条の文言では、第一のグループすなわち原則的平和主義者しか含まれていなく思われる。」では、兵役義務法二五条はこの限りで違憲になるか。憲法裁判所は次のように言って合憲とする。「『国家間のあらゆる武器使用に参加することに反対する……者』という言葉は、ドイツ連邦共和国と他のどこかの国とのあらゆる (いかなる武器をもってであれ戦い抜くべき) 戦争参加拒否しか、明らかに兵役拒否者に求めていない。自分はどこかの国々の交戦にいつか参加するかどうか、おまけに、他の人は参加すべきかどうか、ということについての良心的決定が、要求されてはな

らない。絶対的平和主義者は、彼の一般的な見解の自明の帰結だから、かかる疑問をよういに肯定しよう。しかし、絶対的平和主義者でない者にとっては、良心には過大な要求であらう。発生が全くありそうもなく、実際のでなければ考えられない状況での態度を良心は十分判断できないからである。ドイツ連邦共和国が巻き込まれる戦争だけがむしろ考えられるのである。<sup>(8)</sup>

(1) BVerfGE v. 20. 12. 1960 (1 BvL 21/60), JZ 1961, S. 491ff.

(2) A. a. O., S. 491.

(3) A. a. O.

(4) この点について詳しく評釈を「シヨイナーが書いている Scheuner, Der Schutz der Gewissensfreiheit im Recht der Kriegsdienstverweigerer, DÖV 1961, S. 201f. Kriegsdienstverweigerer, DÖV 1961, S. 201f.

(5) 第二点以下は BVerfGE, a. a. O., S. 493f.

(6) situationsbezogen と normbezogen の訳語はどんなものがふさわしいであらうか。

(7) 本稿(1)参照。兵役義務法二五条の制定経過を扱った判例にすべて BVerfGE v. 3. 10. 1958 (VII C 235/57), DVBl. 1959, S. 586f. がある。もちろん制定経過の内容は連邦憲法裁判所と同じである。注目すべきことは、絶対的な良心的兵役拒否者である原告が一九五八年の判例では問題になっていたから兵役義務法二五条の違憲性を考慮する必要がないのに、連邦

行政裁判所が長々と二五条の法意と制定経過を調らべて「状況による良心のためらい」が除かれていると述べたことである。二五条の違憲をにいわせたとさえないであらうか。

(8) 二五条の違憲問題に関係がないと思われるのだが、憲法裁判所は二五条の構造を次に説明する。このことは、良心的兵役拒否権の構造を理解する上では重要だと思う。すなわち、「一項の前半(『反対する…者』)が本質的には後半(『武器を持つ兵役を拒否する…者』)とまるで同じ意味を持っているようにたしかに思われる。何しろ前半は『したがって』(und deshalb) という言葉によって後半を理由づける関係におかれているからである。しかし、前半は内的な出来事すなわち抵抗を決議するまでに至る良心的考慮をさしており、後半は前半の良心的出来事を通して理由づけられる外面的態度すなわち武器を持つ兵役が拒否されているのだ、という当局に対する陳述そのものをさしているとするれば、この外見上無意味なことが避けられる。」

(1) では連邦憲法裁判所の判例を第二点から検討しよう。アルントは「良心的決定はすべて状況に関連している」と言う<sup>(1)</sup>。したがって判例は支持されよう。

(1) Arndt, Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, NJW 1957, S. 361ff.

(二) 判例の第三点と第四点を形式的に区別したが、論じられている内容で区別するとすれば、第四点の前半すなわち、動機が「状況による」兵役拒否の問題は、むしろ第三点すなわち、「武器を持つ兵役」の問題として検討した方がよいと思う。以下そのように考える。

1 第三点を見よう。憲法裁判所が基本法四条三項の「武器」に重点を置いて考えていることは、明らかである。本稿(一)で見たように、四条三項の「武器」に重点を置いて考えるものは、基本的にはルッパース説である。「武器」に重点を置いてどんな場合でも人を殺さないということが、四条三項の解釈として、どうして可能なか。ルッパース説には十分な根拠を見い出せなかったが、憲法裁判所はこの説に従っている。但し、憲法裁判所は、人を殺すことの内的な負担に耐えられない者を、憲法は救うのだ、という立法者意思<sup>(1)</sup>を前提にしていると思う。ではどうしてかかる前提をとることができるのであろうか。説明されていない。

次に、「武器を持つ兵役」を「戦争での殺人そのもの」と解釈すること、状況による良心的決定との関係を見よう。「戦争での殺人そのもの」の拒否とは、どんな場合でも戦争で人を殺さないということである。したがって、「あらゆる」<sup>(2)</sup>「どんな場合

でも」すべて」「一般的」等の言葉で表わされる観念が強調されている。このことから、状況による兵役拒否が「武器を持つ兵役」拒否と区別される。つまり状況による良心的兵役拒否が四条三項では保護されなくなる。しかし裁判所の考えには賛成できない<sup>(3)</sup>。

(1) 連邦憲法裁判所が「客観的な立法者意思」を採用することはすでに判例で形成されている (Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, 2. Auflage S. 99; Bender, B., Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungsformen Gesetzeslegung, Monatschrift für Deutsches Recht 1959, S. 442)。なお、ラートブルッフ、法学入門、東大出版会、一九六一年、二八五ページ以下。

(2) ショイナーは判決に賛成する (Scheuner, a. a. O., S. 204)。また、ハーネンフエルトやシエーラー・フロム・クレッケラーも判決に賛成しているが、なぜ判決のように解釈できるかを示していない (Hahnenfeld, Fünf Jahre Recht der Kriegsdienstverweigerung, DVBl. 1962, S. 285; Scheuer-Florkreker, Wehrpflichtgesetz, 2. Auflage, S. 193)。しかし、アデナウアーの再軍備政策に反対して内相を辞職した Heinenmann は「武器を持つ兵役」をあまりに狭く連邦憲法裁判所は解釈していると批判する (Heinenmann, G. W., An-

merkung, NJW 1961, S. 355f. ハイネマン辞職のいきさつは、クチンスキー、戦後西ドイツの政治と経済、二二三—二二五ページが詳しい。)

すでに見たように、アメリカでは、どんな場合でも人を殺さないことが、良心的兵役拒否者から求められはしない。このことは、エホバの証人の、場合によっては人を殺すことがあり得る、という多数の判例で示される。もっとも重要なことは、「宗教的な修養と信念」に兵役拒否が基づいているかどうかと、「いかなる形においても戦争に参加しないこと」である。イギリスでは、どんな場合でも人を殺さないということとは、良心的兵役拒否者から求められないことをすでに述べた。イギリスでは、「戦闘任務を遂行すること」を他の二つから区別している(本稿(一)一六六ページ)から、ボン基本法四条三項の理解でも「武器」を強調して憲法裁判所の判決やルツベースのように考えることができるのではないかと、という議論も一応考え得るが、単純には肯定できないように思う。もっと検討しなければならないだろう。

(1) 連邦行政裁判所は、憲法裁判所の判断を具体的事件でどのように考えたか、を見よう。まず連邦行政裁判所一九六一年六月一三日判決(VIIC 27/58)<sup>(1)</sup>は、戦争においても内的に拘束力のある倫理的な殺人の禁止だけが、基本法四条三項の良心的決定を根

拠づけることができる、とする。しかし原告は、戦争での人間生命の暴力的破壊を一般的に否定せず、二つに分けられたドイツの再軍備は政治的法的に支持できないと言うのである。<sup>(2)</sup>

この判例からは、なぜ良心的決定が、武器で人を殺すことのみ向けられるかの理由は不明である。以下の判例でも同じである。連邦憲法裁判所の判断を当然に前提していると言うべきであろうか。<sup>(3)</sup>

(2) 先の判例と事実は異なるが、連邦行政裁判所一九六一年六月一三日判決(VIIC 52/53)<sup>(4)</sup>でも、原告は「武器で人を殺すこと」に基づいていないとして認められなかった。

原告は一九三七年に生れ、一九五七年予備役に指定された。彼は次の理由で武器を持つ兵役を拒否した。自分の父は抜群の「オークの茂り葉の騎士十字勲章を持っているSS分隊長と師団長」(SS-Gruppenführer und Divisionskommandeur mit dem Ritterkreuz mit Eichenlaub)であった。一九四四年に戦死。今日父の名誉を傷つけている国家のために、武器を持つ兵役は、自分には父の回想(Andenken)の良心的理由のためにできない。自分には祖国のために身をささげることは最高の名誉であるが、しかしながら、戦死した父は今日軍隊の面目を汚し(wehnmwändig) たちとして犯罪者にされているのだ。審査委

員会、審査院、そしてドネッセルドルフのラント行政裁判所も、原告には武器を持つ兵役拒否の権利を認めなかった。

連邦行政裁判所は原告の主張を認めなかった。「他人の生命を尊重せよという、戦争においても内的に拘束力のある個人の倫理的命令だけが、基本法四条三項の良心的決定を理由づける」のである。「原告は、武器を持つ兵役そのものを拒否するのでもなく、国家間の交戦の際にも殺人の禁止に倫理的に義務があると思つて武器を持つ兵役を拒否するのでもないから、彼は基本法四条三項の良心の保障を主張できない。」「それゆえ、父の回想がかったの武装親衛隊に関する法によって軽蔑されたと思われる重荷を、原告が負わなければならないと感じるとしても、彼の拒否は法的に理由がない。」「法律が彼には理解しがたいあるいは苦痛ですらあるとしても」「彼には兵役拒否権がない。

(3) 武器による殺人に良心的決定が向けられているとして認められたもの、すなわち連邦行政裁判所一九六一年六月二三日判決(VIIC 181/60)<sup>(5)</sup>である。「戦争で殺人兵器をもって戦えという要求を兵役義務者は倫理的に行いがたいときだけ、彼は保護されるべきである。」

(1) BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VIIC 27/58), DVBl. 1962, S. 499. 要旨のみである。

(2) BVerwGE v. 17. 12. 1965 (VIIC 58/62), MDR 1966, S. 358 に引用されているところからしかわからなう。

(3) ブリントマンによれば、BVerwGE v. 2. 2. 1961 (VIIC 71/60), DÖV 1961, S. 227 で連邦行政裁判所は連邦憲法裁判所の判決を引用してゐるらしい。どういふ風に引用してゐるかが問題になるのだが、この資料の入手に失敗して確認できなかった。

(4) BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VIIC 52/58), DÖV 1962, S. 302.

(5) BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VIIC 181/60), DÖV 1962, S. 302f. 同旨の判例をあげておこう。BVerwGE v. 21. 7. 1961 (VIIC 169/60), NJW 1961, S. 1941 ; BVerwGE v. 10. 11. 1961 (VIIC 16/61), DÖV 1962, S. 304; BVerwGE v. 15. 5. 1963 (VIIC 117/61), NJW 1963, S. 1994; BVerwGE v. 17. 12. 1965 (VIIC 58/62), MDR 1966, S. 358.

## 2 第四点の前半について。

まず、憲法裁判所が「あらゆる戦争への参加を禁止する原則的(教条主義的) 平和主義者」と區別して、動機が「状況による」のでありながら「武器を持つ兵役」そのものを拒否する者も、基本法四条三項に含まれてゐることについて。兵役義

務法二五条の制定経過を見れば、「状況による」動機の兵役拒否を認めるということは政府、与党にとつては全く考えられないことであつた。かかる点については、判例以前は疑問視する者が多くいたが、判例を評価するように變つて来たと思ふ<sup>(1)</sup>。また、学説では、フロアの目差した方向に判決はあるだろう。具体的にどんな事件があるだろうか<sup>(2)</sup>。連邦行政裁判所の判例を見よう。

(1) まず拒否が認められたものについて。

a 状況による兵役拒否と見られるかどうか——連邦行政裁判所一九六一年一月一〇日判決 (VIC 190/60)<sup>(4)</sup>

原告は一九三八年に生れ、一家はポーランドを追われて東ドイツに來た。東ドイツには今も彼の母と二人の兄弟が住んでいる。彼はパン焼き職人 (Bäckergehilfe) で、一九五六年に西ドイツに來た。一九五八年以来、兵役拒否者国際連盟 (International der Kriegsdienstgegner) の会員である。彼は兵役拒否の承認を審査委員会に求めた。

彼は審査委員会で、「ソビエト地区の肉親と戦わなければならない立場にならないなら、兵士になるだろう」と言いながら、審査院とドゥッセルドルフ行政裁判所では、「倫理的な理由から戦争で人を殺すことが一般的にできない」と原告は言った。行政裁

判所は原告の陳述のうち前者をとつて、「原告は国家間のあらゆる武器使用を拒否しているのではなく、それゆゑ兵役義務法二五条の兵役拒否に必要な条件を満していない」と判決した。そこで原告は連邦行政裁判所に問題を持ち込んだところ、「もしやいつか兵士として肉親に立ち向わなければならないかもしれぬという原告の内的な苦惱は、たしかに、それだけではまだ武器を持つ兵役に對する良心的決定ではないけれども、国家間のあらゆる暴力使用は道徳律に反しているのだと原告に確信させ得るのである。」と連邦行政裁判所は判断し、さらに、最初兵役拒否の立場がはっきりしていても、「手続が進むにつれて、はっきりして來て、完全な内的確信を持つということがないわけではない」と述べた。

東西にドイツが分裂していることを思えば、この判例の意義は大きい。連邦行政裁判所が、動機が「状況による」良心的兵役拒否者に連邦憲法裁判所の抽象的原則を適用する仕方は重要である。

b 連邦行政裁判所一九六五年二月一七日判決 (VIC 24/63)<sup>(5)</sup>  
「原告は、原子兵器のため今後戦争はすべて倫理的に支持できないし、武力による防衛もすべて無意味だ」と言う。「原告によ

料  
れば、戦争に協力することは、ヨーロッパの倫理的道德的原则と一致しない、倫理的でない、まさに犯罪的な行為であって、それゆえに何百万の人間破壊に協力を求める国家には抵抗しなければならぬのであると。」連邦行政裁判所は、そこで、次のように考える。

「原告は、特定の武器あるいは特定のひょっとすれば今後あるかもしれない交戦に、拒否を限っているのではなくて、特定の武器の影響を考え、どんな戦争もはや倫理的に許されないと確信しているのである。こうして、拒否の内容すなわち拒否の直接目的が『状況による』のではなくて、拒否のき、かけ (Anstoß) が『状況による』にすぎない<sup>(9)</sup>。」

(2) では拒否が認められなかったものについて。

a 連邦行政裁判所一九六三年五月一日判決 (VII C 117/61)<sup>(7)</sup>  
原告は一九三八年に生れ、大学で鉱物学を学んでいる。兵役拒否の承認申請をしたが認められず、行政訴訟でも結局認められなかった。

原告は「ある状況では武器の使用は倫理的に許される」と思っている。すなわち、ダルムシュタット行政裁判所の確認によれば、「原告は、戦争で人間を滅ぼすことはたしかに無意味で有害

だが、しかし、状況によっては武器を持って侵略者 (Angreifer) との戦いに多分参加できると思っている。」そこで、連邦行政裁判所は、「原告がこの見解を真剣に検討し、倫理的にためらって拒否を決意したとしても、基本法四条三項と兵役義務法二二五条の良心の保護を受けるのは、殺人に加われば倫理的に耐えられないために、戦争での殺人そのものを拒否するときだけである。」として原告をしりぞけた。

b 連邦行政裁判所一九六五年二月一七日判決 (VII C 38/62)<sup>(8)</sup>  
「連邦共和国のたまたま考えられる政治的行為をも (auch mit einem etwa möglichen politischen Handeln der Bundesrepublik)、戦争拒否の理由にできる」と原告は主張するが、連邦行政裁判所は賛成しない。原告が政治的に考えている全ドイツの状態も、動機として考えられるにすぎない。すなわち「ドイツでの特定の戦争を避けようとする政治目的は、兵役拒否の理由としては十分ではない。その上、かかる『状況による』動機が兵役拒否者の良心において拘束力ある倫理的確信に変わっていること、連邦共和国の武器を持つどんな戦争にも参加できないということがなければならぬのである。」

(1) Flor, Der Wehrdienst in der Konfliktsituation, NJW 1957,

S. 244 には否定し、Scherer-Flor-Krekele, a. a. O., S. 194 では認めている。

(2) Flor, Der Wehrdienst in der Konfliktsituation, NJW 1957, S. 245.

(3) 侵略戦争を理由にして兵役を拒否した判例は見当らない。基本法二六条は侵略戦争を禁じている。それゆえ、侵略戦争に協力することを求める命令を無効とし、もしも侵略戦争の場合には、良心的理由によらずに、兵役を拒否しても罰せられない(Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, S. 683ff.)。そのため、次のような主張も出てくる。

ショイナーによれば、基本法二六条による侵略戦争の禁止の良心的決定、すなわち侵略戦争ならば、良心に基づいて武器を持つ兵役を拒否できるが、連邦憲法裁判所は判例で故意にこの場合に触れていないと。そして「憲法体系的には、基本法四三条三項は二六条から解釈されなければならない」(A. a. O., S. 205) のだと。しかし、侵略戦争の場合には、もはや四三条三項とは直接の関係がないのではなからうか(Scherer-Flor-Krekele, a. a. O., S. 195)。なぜならば、侵略戦争の場合に兵役拒否が認められるのは、四三条三項の「良心」の保障のためではなくて、二六条で侵略戦争自体が禁止されることの結果だからである。ザルツマンも、状況による良心を、二六条の侵略戦争の場合にのみ認める(Salzmann, Der Gedanke des Rechtsstaates in der Wehrverfassung der Bundesrepublik,

S. 110f.) が、同じ理由から賛成できない。それにしても、二六条の法的性格が何かをもって明らかにされなければならぬ。

(4) BVerwGE v. 10. 11. 1961 (VIIC 190/60), DVBl. 1962, S. 303f.

(5) BVerwGE v. 17. 12. 1965 (VIIC 84/63), NJW 1966, S. 948.

(6) 恒藤武二「法と倫理」思想、一九六五年七月、三六ページは、連邦行政裁判所と学説の傾向を見る上で重要である。恒藤教授は、「A・クラフトの論文」法義務と良心による義務」を紹介する。「良心とは、許容および禁止にかんする自己自身の認識であり、この認識にしたがって行動するように義務付けられているという洞察、それゆえに、心の中に根源的に存在する正および不正に対する確信であり、それから生ずる、当事者の一定の作為あるいは不作為への義務付けにはかならない。ついでA・クラフトは、倫理的命令の特徴をその内面的で個人を中心に問題とすること (Innerlichkeit, Individualität) に求める。」恒藤教授によれば、A・クラフトの考えは、法と道徳について「カント→ラートブルッフの線に忠実に」そして「オーソドックスなドイツ理論」である。さらに教授は、「道徳」倫理は個人の良心を義務付けるといふ表現は、当為としての道徳、倫理の妥当根拠そのものを個人の良心に移すように受けとられる。この方向を徹底して、道

徳、倫理を主観的に考へることも不可能ではない」が、「個人を少なくとも道徳的行動にかんするかぎり、社会から引き離す結果を導くことになる」と批判する。西ドイツの良心的兵役拒否者の問題については、まさにクラフトと恒藤教授の言う方向に進んでおり、このことは学説でも判例でも同じで、基本的人権として良心的兵役拒否権を考へるとき、兵役拒否者を社会から引き離してしまふとしても認められるべきではないだろうかと思ふ。

(7) BVerfGE v. 15. 5. 1963 (VII C 117/61), NJW 1963, S. 1994.

(8) BVerfGE v. 17. 12. 1965 (VIII 59/62), MDR 1966, S. 358f.

(三) 連邦憲法裁判所の判決の第四点については、(一)でふれた問題点の他にもう一つすなわち第四点の後半の問題がある。それを検討しよう。

憲法裁判所は、兵役義務法二五条の違憲性を避けるために、次の操作をした、すなわち、根本的には基本法四条三項を狭く(但しルツバース説よりも広く)解釈しておいて、次に兵役義務法二五条を文言自体より狭く解釈した、そして結果においては広く解釈したということである。すなわち、憲法裁判所の理解すること

ろでは、「武器を持つ兵役」の概念の中に「状況による良心」を排除する「あらゆる」(または、一般的、そのもの、等)という観念を見出すから、「状況による良心」を「あらゆる」という文言で排除している兵役義務法二五条には、まず、違憲問題が生じない。しかし、二五条には「国家間の」という文言があるため、この点で基本法四条三項を、兵役義務法二五条は制限していないか、つまり、動機が「状況による」兵役拒否を制限していないか、という問題が残る。裁判所の解釈方法では、ここにしか違憲問題は出てこない。そこで、裁判所は「合憲解釈」(verfassungskonforme Auslegung)の方法によって、二五条の「国家間の」を狭く解釈して違憲問題を解決している。

ハイネマンは「合憲解釈」の原理がここで適用できるのか、と疑いを述べ、「合憲解釈は複数の解釈を前提にする。しかし、兵役義務法二五条に関しては、立法者の意思は明らか」で、連邦憲法裁判所も立法者の主観的意思を尊重して違憲を述べたことを求める。「実際連邦憲法裁判所は兵役義務法二五条を解釈したのではなくて、基本法四条に対して兵役義務法二五条を救うために兵役義務法二五条に違った意味を与えた。立法を侵害する恐れがあるそのような解釈は、権力分配(基本法二〇条)に対する不安を

起さざるを得ない。」<sup>(2)</sup>しかし、連邦憲法裁判所は、すでに見たように立法者の客観的意思をとっていたから、ハイネマンの主張とは全く対立する。更に連邦憲法裁判所が次のように述べていることを見ると、ハイネマンの提起した憲法裁判所への本質的な不信と相まって、「誰が番人の番をすべきか」という大きな難問にぶつかると。すなわち、憲法裁判所は、基本権の直接的効力を述べて、「単なる立法者が本質を規定する (für eine konstitutive Regelung) なんらの余地もない」と言う。「憲法の真正な解釈 (eine authentische Interpretation der Verfassung) は、立法者には禁ざられている。法律が、基本権の内容を自分の言葉で (mit eigenen Worten) 明瞭にして書き表わさうとすれば、この解釈の試みが憲法と矛盾するという危険の上で、かかることが行われているのである」と。<sup>(3)</sup>

(1) 連邦憲法裁判所は「合憲解釈」の方法をとったから、詳細な研究は今後の課題の一つとしておいて、今は、若干調らべておきたい。メンダー (Bender, Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, S. 441ff.) によれば、合憲解釈の方法は連邦憲法裁判所が判例によって形成して来たものである。どういふものかと言うと、法律が憲法と一致していると解釈され得るならば、それ

は無効と言われるべきではない、というものである。具体的には、法律の解釈が複数ある場合に、一方をとれば憲法と一致するが、他方をとれば違憲となる場合に、裁判所は合憲となる方をとる、<sup>(4)</sup>と云うことである (Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, S. 100)。しかしながら、解釈によって得られた、また明白な法律の意味内容が、憲法規範と矛盾するならば、合憲解釈の命令もまた原則として用いられてはならない。なお、いくつか文献をあげておくと、Schneider, P. und Ehmeke, H., Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStL Bd. 20 (1963), S. 29, Anm. 90 und S. 74 Anm. 87; Imboden, M., Normkontrolle und Norminterpretation, Festschrift für Hans Hüber, 1961, S. 138ff.; Schumann, E., Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 11, 1963, S. 305ff.; Eckard, W. D., Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 14, 1964.

こうした合憲解釈の方法はアメリカで発達していることは周知であるが、西ドイツの連邦憲法裁判所とアメリカの連邦最高裁判所の「司法の自己抑制」を比較研究した、<sup>(5)</sup>そして自分自身西ドイツ連邦憲法裁判所の判事である Rupp, H. G. (Some Remarks on judicial self-restraint, Ohio States Law Journal, vol. 21 (1960), p. 510) は、合憲解釈として「法律

は憲法と一致しているという仮定がつねにある」と言い、このことは、Ashwander v. Tennessee Valley Authorityにおける Brandeis 判事の、「連邦法の合法性が問題になっているときには、問題が避けられるような解釈が相当に可能であるかどうかを第一に当該裁判所は確かめる、というのが主要な原理だ」ということと、同じと見ている。さて、ブランドイスが主張した合憲性推定の原理があてはまるのは、経済的自由権の領域においてであって、優越的地位をしめる精神的自由権の領域においては「通常の合憲性推定は妥当しないと考えられるようになった」（芦部信喜、合憲性推定の原則と立法事実の司法審査、憲法の諸問題、清宮四郎博士退職記念、四九九ページ、同、司法審査の理念と機能、現代の立法、現代法、三二八ページ。奥平康弘、表現の自由、基本的人権Ⅰ、日本国憲法体系第七巻、七四ページ以下。伊藤正己、言論・出版の自由、一七ページ以下。なおまた、時国康夫、合憲解釈のアプローチ、ジュリスト、三二六号八一ページ以下、三二七号九三ページ以下）。アメリカでは精神的自由については合憲性の推定を排除しようとする傾向があるのに、西ドイツでは、ペンダーを見た限りではそれがうかがえない。それどころか、連邦憲法裁判所は、精神的自由権四条三項の施行法たる兵役義務法二五条の合憲性を判断するときに、合憲解釈の方法をとったのである。連邦憲法裁判所の性格の一端をのぞかせてくれないであらうか。

(2) Heinemann, a. a. O., S. 355. なお、彼が判決に反対する評釈を書いた中で、いくつかの文献を全く連邦憲法裁判所は考慮してはず、一方的な判決となったと言う。とくに参照できなかったものをあげておくと、Hinzmann, Die aktuelle Kriegsdienstverweigerung, Hamburg, 1959; Geisler, Das Recht der Kriegsdienstverweigerung, Reutlingen, 1960. 前者については、Hahnenfeld, Buchsprachen, NJW 1960, S. 1994 で知る限り、私は賛成できるといふ多いのではと思う。前者と後者を含めた書評に、Arndt, Buchsprachen, NJW 1961, S. 65 がある。なお、連邦憲法裁判所の判決に対して批判的な評釈に、Gross, Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20. 12. 1960 — 1 BvI 21/60, JZ 1961, S. 480ff. がある。

(3) 佐藤功、ドイツに於ける憲法保障制度とその理論(五)、國家学会雑誌五七巻七号、七五ページ以下。

(4) 「法律」と原文はあるが、「立法者」と考えれば、意味の通りはよくなる。

(5) BVerfGE v. 20. 12. 1960 (1 BvI 21/60), JZ 1961, S. 492.

### 第三項 まとめ

判例の傾向を明らかにしようとして来た。第二項の一では、基本法四条三項と兵役義務法二五条の両方を満す場合が考えられた。理性的な良心的兵役拒否などがいかかにして成立するか、興味

ある判例を多く連邦行政裁判所が出している。二では、基本法四条三項に兵役義務法二五条が一致できるかという二五条の違憲性がもっとも重大で、連邦憲法裁判所の判例が中心となった。連邦憲法裁判所は、第一に基本法四条三項を狭く解釈し、第二に合憲解釈の方法によって兵役義務法二五条を救った。その結果、次のことが確定してしまった。第一に、四条三項の「武器を持つ兵役」の解釈として、根本的には、どんな場合でも人を殺さない、ということが良心的決定とされた。そしてかかる良心的決定をひき起すものはすべて良心的理由となり得る。第二に、兵役義務法二五条の解釈が、文言よりも狭く、そして、結果的には広くなつたことである。

### 第三節 審査の問題

第二節では、良心的理由と良心的決定の性質自体が主として扱われた。第三節では、かかる良心的決定の存在はいかにして審査されるか、すなわち、良心的倫理的特徴の問題が扱われる。連邦行政裁判所の、この問題に対する基本的姿勢は、「憲法制定者は基本法四条で、国民には良心の自由を、兵役義務者には良心的理由による兵役拒否権を保障している。裁判所の任務はこれらの基本権の要求を保護することである。」「かかる基本権を証拠が不十分だ

とということ (anunferfüllbaren Beweisforderungen) 訴求 (Ausübung) できなくしてはならない」ということである。<sup>(1)</sup>

(1) BVerwGE v. 3. 10. 1958 (VIIC 235/57), DVBl. 1959, S. 590.

#### 第一項 良心的決定の特徴

一 連邦行政裁判所一九五八年一〇月三日判決 (VIIC 235/57) が基本となっている。

良心的決定に本質的なことは、「内的な強制力に反した行動は倫理的人格を傷つける、こわしてしまふほどに、当人に内的強制力として拘束力がある真剣な倫理的決定が問題になっているかどうか」である。<sup>(1)</sup>

以後この判例が引用されたり、同じ趣旨が述べられたりしている。<sup>(2)</sup>

二 兵役拒否者が、年令的に若い場合、かかる良心的決定ができるかどうか、また良心的決定は成熟した人間だけが下せるのではないかなどということが多数の事件で争われている。

(一) 若い年令の兵役義務者も、武器を持つ兵役拒否を原則として良心的決定できるとするものに、連邦行政裁判所一九五九年七

月二四日判決 (VfHC 128/59)<sup>(4)</sup> がある。審査院によれば、若い兵役拒否者にかなり高い倫理的成熟さ (Reife) がなければ、彼には真実な良心的決定がないということは人生体験が示すところである。「審査院の言うように、良心的決定が、ある程度の倫理的洞察を倫理的判断能力の基礎と仮定することだけは、正しい。しかし、経験上は、この洞察が原告のような二〇才の人間には存在しないのだ、とは決して言えない。むしろこの場合は、経験上は特別な例外と思わなければならないだろう。」

(二) 武器を持つ兵役拒否の良心的決定は、若い兵役義務者でも内的な確固たる確信の場合だけ行なわれ得る、とする見解を否定するのが、連邦行政裁判所一九五九年七月二四日判決 (VfHC 138/59)<sup>(5)</sup> である。「基本法四条三項から出て来ることは、良心的決定に不可欠な程度の倫理的成熟さは若い人にも原則として存在する、ということである。それに全法秩序は基づいている。徴兵当局と裁判所は、そうしたことを考慮しなければならないし、若兵役義務者が世界観と内的確信において確固として居る (feststehend) ことを期待してはならない。」

(三) 武器を持つ兵役拒否の良心的決定は、確固とした持続的な根本的観念を持っている倫理的に成熟した人間によってのみ行な

われ得るとする主張を否定するのが、連邦行政裁判所一九五九年七月二四日判決 (VfHC 144/59)<sup>(6)</sup> である。若い良心的兵役拒否者も倫理的洞察を持っており、そのことに法秩序も基づいている。法秩序は若い兵役拒否者の「年令を完全に成年と認め、彼らを刑法の刑罰で完全におどしている。しかし、人生経験と成熟の結果安定した持続的な世界観は、若い人からは明らかに求められない。」

四 若い人の成長に注目しているのが、連邦行政裁判所一九六一年一月一〇日判決 (VfHC 190/60)<sup>(7)</sup> である。「いくたびか飛躍的に成長し、しばしば不可避的に第三者の影響を受けて人格が成長するのは当然のことである。この成長のあらゆる段階 (Phasen) において、若い兵役義務者は、基本法四条三項の良心的決定を「行い得る。」

(1) BVerwGE v. 3. 10. 1958 (VfHC 235/57), a. a. O.

(2) BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VfHC 138/59), JZ 1959, S. 641;

BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VfHC 144/59), JZ 1959, S. 640f.;

BVerwGE v. 27. 5. 1960 (VfHC 171/59), DÖV 1960, S.

754f.; BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VfHC 181/60), DÖV 1962,

S. 302f.; BVerwGE v. 17. 12. 1965 (VfHC 84/63), NJW

1966, S. 948.

(3) 「成熟さ」の問題ははとくにふれておかなければならない。

1) 1955年主権喪失のWitte, F. W., Der Gewissensbegriff des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, AöR 87. Band, 1962, S. 155ff.; derselbe, Die persönliche Gewissensentscheidung des Kriegsdienstverweigerers, DVBl. 1962, S. 891ff.; Kreutzer, R., Anmerkung, DÖV 1962, S. 304f. ヌーマンに対する批判 43' Podlech, A., Der Gewissensbegriff im Rechtsstat, AöR 88. Band, 1963, S. 217.

- (4) BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VIIC 129/59), JZ 1960, S. 18.
- (5) BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VIIC 138/59), JZ 1959, S. 641.
- (6) BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VIIC 144/59), JZ 1959, S. 640.
- (7) BVerwGE v. 10. 11. 1961 (VIIC 190/60), DVBl. 1962, S. 304.

## 第二項 良心的決定の存在の判断基準

このような良心的決定は何を基準にして判断できるか。

一 まず、「真実な拘束力ある良心的決定の存在に関しては、兵役義務者が、場合によっては、進んで良心的決定を守りあることは良心的決定のために若しむことは、「条件ではない」とする連邦行政裁判所一九五八年一〇月三日判決 (VIIC 235/57)<sup>(1)</sup>がある。すなわち、「場合によっては、良心的決定を守り、良心的決定のために若しむを受ける内的な衝動と精神的強さがある者だけが、真剣な拘束力ある良心的決定を行い得るのだ」という見解は法

律の根拠がない。たしかに、外部に向かって進んで態度を示すことは、本当に本人が良心的決定をしているかどうかの重要なよりどころであろう。しかし、彼が、いつでも身を苦難にさらすことができ、それが確かなことを論じ、それどころか実際に行動で示すということは、決して求められてはならない。そのような要求をすることは法治国家の原則に矛盾しよう。基本法四条は、良心の自由を保障することによって、自分の良心に従う国民は良心に従うが故に苦痛を受けなければならないということを、まさしく避けようとしているのである。

二 良心的決定が存在するかどうかの判断基準として、身を苦難にさらす覚悟があるかどうかということは、確かにわかりやすいかもしれないが、連邦行政裁判所は適切にもそれを否定した。そうすると一体何が基準となるか。連邦行政裁判所一九五八年一〇月三日判決 (VIIC 235/57)<sup>(2)</sup>によれば、「良心の問題解明に決定的に重要なことは、結局、いつも、兵役拒否申請人の人格的信用 (die persönliche Glaubwürdigkeit)<sup>(3)</sup>であらう。」

連邦行政裁判所は、このことを多数の判例で確認している。今二つだけ判例にあたっておこう。

- (一) 連邦行政裁判所一九六一年一月一〇日判決 (VIIC 16/61)<sup>(4)</sup>

原告は一九三八年に生れ、父は鉱夫。彼は左官業を習った職人である。

「若い兵役拒否者が基本法四条三項の良心の強制の下にいるかどうかは、彼の一般的な信用によって判断されるべきである。」

(1) 連邦行政裁判所一九六四年一月二七日判決 (VIIC 124/61)

原告は最初、「ある条件では武器を持って出撃する」覚悟があると云ったが、後で「武器を持つ兵役を完全に否定した」。彼は見解を変えた。連邦行政裁判所は信念の変化 (Gesinnungswechsel) があり得ることを認めて、「本質的には彼が信用できるかどうかだけである」と云った。

三 この二般的信用が考慮されなかった事件を見ておこう。連邦行政裁判所一九六三年五月一日判決 (VIIC 117/61) は、原告の主張を状況による兵役拒否と考えたために、原告の「一般的な信用によって判決しなければならない」との主張をしりぞけている。

- (1) BVerwGE v. 3. 10. 1958 (VIIC 235/57), a. a. O., S. 580.  
 (2) A. a. O.  
 (3) 「信用」ということだが、「誠実さ」と言ってもよいだろう。

う。この考え方にイギリスの政治的兵役拒否は落着いた。アメリカでも、良心的決定の信用と云うことについては、むしろ西ドイツと同じ考えやとりづる (USSCCR 13 L ed 2d 1190)。

- (4) BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VIIC 129/59), JZ 1960, S. 18.; BVerwGE 24. 7. 1959 (VIIC 144/59), JZ 1959, S. 640.; BVerwGE v. 27. 5. 1960 (VIIC 171/59), DÖV 1960, S. 755.; BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VIIC 181/60), DÖV 1962, S. 303.; BVerwGE v. 21. 7. 1961 (VIIC 169/60), NJW 1961, S. 1941.

- (5) BVerwGE v. 10. 11. 1961 (VIIC 16/61), DÖV 1962, S. 304.  
 (6) BVerwGE v. 27. 11. 1964 (VIIC 124/61), DÖV 1965, S. 59.

- (7) BVerwGE v. 15. 5. 1963 (VIIC 117/61), NJW 1963, S. 1994.

### 第三項 良心的決定の審査方法

いかなる審査方法によってかかる良心的決定の一般的信用の心証を裁判官は得ることが出来るか、亦つてこのような心証を裁判官が得ることができないとき、裁判官はどのようにいふだろうかなどの判例を見よう。

一 事実上の推定

中心的な判例は、連邦行政裁判所一九五八年一月三日判決 (VIIIC 235<sup>(17)</sup>) である。

審査院は、ドゥエッセルドルフのラント行政裁判所が兵役拒否者に真剣な良心的決定が存在するかどうかの問題で軍政命令 (MRVO) 一六五号六一条<sup>(2)</sup>の挙証責任の法原則を誤っている、と述べた。連邦行政裁判所はかかる主張を否定した。第一に強調されなければならないことは、「行政訴訟手続においても、軍政命令一六五号六一条に従って、原告が訴えを理由づける事実 (die klagebegründenden Tatsachen) を証明しなければならない。いうことではなくて、裁判所が事実関係 (Sachverhalt) を職権で調査しなければならないということである。まだ残っている確定しない事実の負担になるかという問題が出される必要がないように、裁判所はあらゆる証拠によって必要な事実を確定しなければならない。連邦行政裁判所の見るところでは、ラント行政裁判所は「必要な事実を確定した。したがって、裁判所が決定にとって必要な範囲における事実関係の解明に成功しなかったとき、いわゆる実質的挙証責任は誰にあるか、という問題について、究極的 (abschließend) な態度をきめる必要がない。」

連邦行政裁判所は、「真剣な」良心的決定の存否を、職権探知によって確定しようとする。そして、事実上の推定を得ようとし、事実上の推定による自由心証の形成の尽きたところに実質的挙証責任を考えつつ、挙証責任は誰が負うか、を決定しないでいる。

すでに述べたが、連邦憲法裁判所の基本的姿勢、すなわち「憲法制定者は基本法四条で、国民に良心の自由を、兵役義務者に良心的理由による兵役拒否権を保障している。裁判所の任務はこれらの基本権の要求を保護することである。」「かかる基本権を、証拠が不十分だということで、訴求できなくしてはならない」と述べていることを思えば、連邦行政裁判所が、究極的には挙証責任を考えつつ、なおそれ以前の事実上の推定を、積極的に考え、用い、基本権の保障に努めていることがよく解るのではなからうか。

(一) 連邦行政裁判所は自由心証の形成に努める。そこで、兵役拒否者に対するじん問及び陳述の評価などについての判例を見よう。<sup>(3)</sup>

1 審査の方法として、裁判官がじん問 (Zuhör) することがある。連邦行政裁判所一九六一年一月一日判決 (VIIIC 16/61)<sup>(4)</sup>によれば、兵役拒否者の内的な状況を明らかにするために、彼にじん問することは不可欠である、と言う。このじん問をめぐっ

て争われた判例が、連邦行政裁判所一九五九年七月二四日判決 (VIIIC 129/59)<sup>(5)</sup>である。連邦行政裁判所の考えでは、「良心的理由を問うことによって、兵役拒否者は、どんな権利も侵されるわけではない。こうしたことは宗教的な良心的理由にも適用される。」

原告は一九三七年に生れ、ブリキ職人 (Klempnergeselle) である。一九五七年一月に兵役義務者として登録 (erfassen) され、彼は同年一二月に兵役拒否者国際同盟に入会し、翌年一月には徴兵適格とされた。彼は兵役拒否の申請をしたがだめであった。そこで、ハンブルクのラント行政裁判所に、武器を持つ兵役拒否の確認訴訟を起した。彼は、戦争と殺人は犯罪だと言っただけで、それ以上説明することを拒否した。そこで、ラント行政裁判所は、次のように判断した。「原告は説明することを拒否する権利があるし、それゆえ、沈黙から原告に不利な結論は出されてはならない。しかし、裁判所が原告によって請求された事実の確認をすることを、こうして、原告はできなくしている。」原告は上訴した。

連邦行政裁判所は次のように判断した。

「必要な確認をするには、確認に必要な基礎的な事実を裁判所

は手に入れることができなければならない。そのため、まず第一に、原告にふさわしい、正当で適切な、彼自身へのじん問が考慮されよう。かかるじん問は原告の権利を侵さない。上訴が基本法四条一項に保障された信仰と告白の自由を指し示すのはとくに誤っている。この自由は、裁判官が適切に釈明義務 (Aufklärungs-pflicht) を行使することによって侵されはしない。基本法一四〇条によって基本法の中に入れられた、何人も宗教的確信を公表する義務はないというワイマール憲法一三六条三項も、基本法四条一項に保障された信仰・良心・告白の自由の基本権の意味においてのみ正しく理解される。ワイマール憲法一三六条三項の権利は、基本法四条に保障された権利と同じ制限を受ける。それゆえ、拒否理由を公表するという条件のみ、基本法四条三項が拒否権を認めているならば、兵役拒否者に宗教的な良心的理由を問うことも許されないのではない。」

2 連邦行政裁判所一九六一年一月一〇日判決 (VIIIC 16/61)<sup>(6)</sup>

「外的な刺激から良心的決定の形成までの発展過程を信頼できるように描くこと」はほとんどできない。若い人の場合には、かかる過程は、「当人が何も言えない無意識的な精神的力によって進められるし、しばしば彼の表現力は自分の拒否理由を述べる

に十分ではないのである。」無意識的な精神的な力に動かされることと不十分な表現力の二つは、拒否理由の審査の障害であるが、これら二つのことは、「人間の本性」(Nature)にあり、したがって、兵役義務より高く良心を保護している基本法四条三項の保護目的がゆるがせにされてはならないならば、兵役拒否者の負担になつてはならない。」

(1) 兵役拒否者に対する質問<sup>(1)</sup>について二つの例をあげておこ<sup>(2)</sup>う。

1 連邦行政裁判所一九六二年五月二一日判決 (VIIIC 143/60)<sup>(3)</sup>

原告は心理学と美術史を学ぶ学生である。

連邦行政裁判所は次のように言った。兵役拒否者を精神的葛藤の状況におくことは内的な確信を調らへるには役立たない。原告のような教養のある者も、その際には、「声がおもひように出ない」ことはあり得るし、突然な誘導じん問に対する答えは、内的な本質を説明するものではない。

2 連邦行政裁判所一九六三年五月二五日判決 (VIIIC 117/61)<sup>(4)</sup>

原告は鉱物学を学ぶ学生である。

拒否の客観的な内容と内的な責任を確認しようとして、拒否の

内容によつても、年令や教養を見ても、ほとんど解くことができな<sup>(5)</sup>い課題が兵役拒否者に出されるなら、憲法による良心の保護は無効にされてしまつたらう。そうしたことは真実な事実を調らへるには害である。発生が全くありそうもない状況における態度についての良心的決定は、法律上は求められていない。したがつて、原告に出された、特定の極端な状況における(アルジェリア)植民地民の態度についての質問は適當ではなかつた。しかし、精神的にきたえられ、教養ある原告の、郷里に対する空襲の場合の態度を調査することは、適切であり、適法であつた。

(1) BVerwGE v. 3. 10. 1958 (VIIIC 235/57), a. a. O., S. 590.

(2) 「裁判所は職権で事実 (Sachverhalt) を調らへる。裁判所は関係者 (die Beteiligten) の主張と証拠申請に拘束されな<sup>(6)</sup>い。」(Hufnagl, F., Die Verwaltungsverfahren: in der amerikanischen und britischen Zone, 1950, S. 79.)

(3) 30 a. O., BVerwGE v. 3. 10. 1958 (VIIIC 235/57), a. a. O., S. 590.

BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VIIIC 129/59), JZ 1960, S. 18.;  
BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VIIIC 144/59), JZ 1959, S. 640;  
BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VIIIC 181/60), DÖV 1962, S. 302;  
BVerwGE v. 11. 5. 1962 (VIIIC 143/60), DÖV 1962, S. 548.

判 (4) BVerwGE v. 10. 11. 1961 (VIIIC 16/61), DÖV 1962, S. 303.

資 (5) BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VIIIC 129/59), DVBl. 1959, S. 706f.

(6) BVerwGE v. 10. 11. 1961 (VIIIC 16/61), DÖV 1962, S. 303.

(7) 兵役拒否者承認手続での質問の具体例は、宮田、西ドイッ  
二五〇—二五二—ページに詳しく。連邦行政裁判所の基本権に  
対する感覚、姿勢を知る上で、重要である。

(8) その他、精神的問題として兵役拒否を十分に研究している  
か、文献で研究しているかなどに関する判例もある。連邦行  
政裁判所は、いずれもこれらの見解を不要としている。

BVerwGE v. 23. 6. 1961 (VIIIC 33/60), DVBl. 1962, S. 499;  
BVerwGE v. 21. 7. 1961 (VIIIC 169/60), NJW 1961, S. 1941;  
BVerwGE v. 10. 11. 1961 (VIIIC 169/60), DVBl. 1962, S. 304.  
(9) BVerwGE v. 11. 5. 1962 (VIIIC 143/60), DÖV 1962, S.  
547.

(10) BVerwGE v. 15. 5. 1963 (VIIIC 117/61), NJW 1963, S.  
1994.

## 二 拳証責任の分配

一般的信用の心証を裁判官が得られないとき、拳証責任の分配  
の問題が生じる。しかし連邦行政裁判所は、「拳証責任」(Be-

weislast) や「実質的拳証責任」(materielle Beweislast) の言葉  
を使ってはいない、あるいは避けている。このことは(1)の判例や  
うかがえる。実際には証明の負担が考えられているが、以下の二  
つの判例が、この問題を扱っていて、両者に共通していることは、  
良心的兵役拒否権と兵役義務の関係を例外と原則の関係で考え、  
そして拳証責任の分配を考えることに強く反対していることであ  
る。良心的兵役拒否権が基本権であることを強調する。それでは、  
兵役拒否者の一般的信用の心証を裁判官が得られないとき、  
誰が証明の不利を負うのか。

(一) 連邦行政裁判所一九五九年七月二十四日判決 (VIIIC 129/59)  
連邦行政裁判所の見るところでは、基本法四条三項の意味は、  
國家に対しては「武器を持つ兵役の強制は、兵役義務者が自己の  
良心の命令に反して兵役を行なうときだけ禁止」しており、國民に  
対しては、「兵役義務について、武器を持つ兵役によって自己の  
良心が侵害されると感じる者だけが良心の自由を主張し得る」こ  
とである。「兵役に対し基本法四条を主張するについて、基本法  
が求めていることは、自分が良心的決定をなさざるを得なかった  
ということ、他のことを理由にしている、それどころか、良心にか  
こつけているにすぎないのではないということである。」すなわ

ち武器を持つ兵役拒否権は「口先だけの告白 (ein bloßes Lippenbekennen)」を保護するためには作られていない。基本権の保障自体に内在的制限があるのである。「基本権の保障自体が、かかるかぎられた条件の下にのみあるのだから、もしもこの条件が証明されないなら、原告の負担 (Lasten) にならざるを得ない。」原告は「戦争と殺人は犯罪だ」と述べるだけで、それ以上説明することを拒絶したことによって、「裁判所が決定を下すにもっとも重要な証拠を与えない」から、ハンブルクのラント行政裁判所は「原告には良心的理由から武器を持つ兵役拒否権があるかどうか、という事実を確定することができなかった。」

(二) 連邦行政裁判所一九六二年五月一日判決 (VII C 143/60)<sup>(3)</sup> 兵役拒否者は、訴訟においては、拒否理由を述べなければならぬ負担がある。こうしたことは(一)の判例で示した。「しかし、兵役拒否者は、自分の陳述が信用できる (glaubhaft) のでなければならぬ負担もある。なぜなら、最高の人格の良心に基づいた基本法四条三項の基本権の保護を受けるのだからである。」

(1) 本稿(一)一六三ページ審査の問題のグロース説参照。

(2) BVerwGE v. 24. 7. 1959 (VII C 129/59), DVBl. 1959, S. 707.

(3) BVerwGE v. 11. 5. 1962 (VII C 143/60), DÖV 1962, S. 547. 準証責任の説明に重点を置いたこの判例の評釈に、Hahnenfeld, Anmerkung, NJW 1962, S. 1736f.; Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1966, S. 168, S. 310f.

#### 第四項 まとめ

審査の重要問題は、もっぱら連邦行政裁判所が判例法を形成して解決していると言えるように思う。もっとも重要に思うことは、連邦行政裁判所が、兵役拒否者の人格的信用の心証を得ようと努力し、法則を発見し、その確立に努めたことである。学説では主として自由心証の尽きたところで機能する準証責任の分配の問題に集中していて、裁判官の自由心証形成の問題にはあまり注意していなかったように思われる。ことに、連邦行政裁判所は保守的なくつかの行政裁判所の判決よりも、すぐれた行政裁判所の判決を取り入れながら、複雑な良心的兵役拒否権の審査の問題で判例法を形成したことを思えば、一層、連邦行政裁判所が良心的兵役拒否権の保障に示した熱意が感じられる。

## 第四章 結 論

良心的兵役拒否権、とくにボン基本法四条三項の構造と特質は何であろうか。本稿の中心問題はこれであった。

一 良心的兵役拒否権の本質を「義務の衝突」として理解し、したがって、ボン基本法四条三項の構造を良心の義務と（四条三項の文言に則って言えば、「良心に反して」ということがこのことを示している）と「武器を持つ兵役」の義務の衝突として理解した。良心の義務は何かと言えば、「武器を持つ兵役」を拒否すること（＝良心的決定）であり、かかる態度すなわち良心的決定を引きおこさせるものが良心的理由であった。この良心的理由の内容は、四条三項では規定されていず、理論的には政治的理由すら含むことができる。問題は、良心的決定の内容の「武器を持つ兵役」の解釈にある。この「武器を持つ兵役」は客観的な要件であるから、主観的、内面的な要件の「良心」の内容を一義的には規定することができない。すなわち、「状況による良心」が広範囲に四条三項には含まれることになる（以下広義説と称する）。ところが、ルッパース説は、客観的な前者の要件から、主観的な後者の要件がどんな場合にも人を殺さないものでなければならぬと

いうことを、引き出す（以下狭義説と称する）。なぜこのようなことができるのか。（比較法的にも疑問である）

二 基本法四条三項後段の良心的兵役拒否者の施行法が、兵役義務法二二五条である。兵役義務法二二五条は良心的兵役拒否者の要件として「国家間のあらゆる武器使用への参加に反対すること」を規定している。そのため、基本法四条三項前段に兵役義務法二二五条は違反しているのではないかという疑問が出され、連邦議会でも論議されたのである。

三 連邦憲法裁判所一九六〇年一月二〇日判決（1 BvL 21/60）が、兵役義務法二二五条の違憲性を判断し、「合憲解釈」の方法によれば、兵役義務法二二五条は合憲であると判断した。すなわち、連邦憲法裁判所の根本的な考えは、前述した狭義説に従う。なぜ狭義説をとることができるのか。主観的な立法者意思でなく、憲法裁判所が考える客観的な立法者意思によって狭義説に立つが、しかし、そもそも客観的な立法者意思とは何であろうか。次に、憲法裁判所は動機が「状況による」兵役拒否が、四条三項に含まれると解することによって、兵役義務法二二五条に「合憲解釈」を加わえることができるようにする。憲法裁判所によって承認された動機が「状況による」兵役拒否は、基本法四条

三項と兵役義務法二五条の媒介物の働きをしている。

連邦憲法裁判所の解釈に賛成できないが、以上で、ボン基本法四三条三項の構造と特質が明らかになったことと思う。

あとがき

バホフは、連邦行政裁判所について、「四三条三項のよく考量された判決は慎重さと倫理的熱心さを証し、基本権の自由の内容と国家の不可避的要求との間に正しいバランスを見出すのに成功した」と言う (Bachof, Verfassungsrecht-Verwaltungsrecht-Verfahrensrecht, S. 136f.) が、批評の後半は連邦憲法裁判所にあたるのではなからうか(「正しいバランス」かどうかは疑問である)。連邦憲法裁判所が兵役義務法二五条を合憲とした政治的意義は論究しなかったが、連邦憲法裁判所の解釈の隠された政治性を感じられるように思う。

他方、連邦行政裁判所の方が基本権の保障により慎重で熱心なのではなからうか(第三章第二項二注(7)参照)。それだから次のことが問題になると思う。ボン基本法の基本権の保障に関して、連邦憲法裁判所は実際にどんな性格を持ちそしてどんな機能を果しているであろうか。また、連邦行政裁判所はどうであら

うか。そして、両者は基本権の保障に関してどのような関係に立っているであろうか。良心の自由の一つの問題を追求することから、興味ある大きな問題にぶつかったように思わざるを得ない。

なお、本稿脱稿後、結城光太郎、良心的反戦論と良心の自由、続憲法演習、有斐閣、七二ページ以下と、日本友会がかねてレポートしていたものに加筆集録した、良心的兵役拒否、新教出版社、に接した。

## **Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus den Gewissensgründen**

—Zur Theorie und Praxis in Art. 4 Abs. 3

Bonner Grundgesetz— (3)

Norikatsu SASAGAWA

Assistent,  
Juristische Fakultät,  
Hokkaido-Universität

### Inhalt

- A) Einleitung
- B) Art. 4 Abs. 3 GG
- C) Entscheidung
- D) Schluß

C) Bei verfassungskonformer Auslegung anerkennt das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des § 25 WehrPFG.

D) Das Wort "Kriegsdienst mit der Waffe" im Art. 4 Abs. 3GG hat eine weitere Bedeutung als die vom Beschluß des BVerfG gegebene, die lautet, daß das Gewissen ein Tun, das unmittelbar darauf gerichtet ist, mit Waffen Menschen im Kriege zutöten, verbietet.