HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	良心的兵役拒否権：ボン基本法第四条三項の構造と特質(一)
Author(s)	笹川, 紀勝
Description	資料
Citation	北大法学論集, 18(1), 156-200
Issue Date	1967-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27857
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(1)_P156-200.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

良心的兵役拒否権

—ボン基本法第四条三項の構造と特質—(一)

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　（以上次号）

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

はじめに

良心の問題は、個人にとっては人生の課題であり、国家においてもそれゆえに取り扱いの難かしいものの一つである。我国では憲法一九条と七六条をめぐって論じられている問題である。私がこれから論究しようとする「良心的兵役拒否権」は、外国法の問題だから、我国の憲法とは直接には関係がない。しかし、我国の憲法の「良心」をより豊かにする一つの研究として、私は努力しよう。

この「良心的兵役拒否権」は、一般的兵役義務と直接関連があるから、一般的兵役義務が存在しない現在の我国においては、現実の課題とはなり得ない。ところが、一般的兵役義務の存在するアメリカ、イギリス、フランス、西ドイツなどの国々では、良心的兵役拒否者は現実問題である。ではどの位良心的兵役拒否者がいるか。アメリカでは、第二次大戦中に七万二千人が兵役拒否を申請して、そのうち二万人が兵役拒否を認められず、イギリスでは、第二次大戦の初めから数年までに六万二千人（そのうち一千人が女性）が兵役拒否を申請して、そのうち一万八千人が申請を拒否された。(1) 西ドイツでは、兵役義務法施行（一九五六年）後六年間に二万三千人が申請して、そのうち六千五百人が承認された。西ドイツでは、徴兵された青年層のなかで、兵役を拒否する者は「毎年一%たらず」の少数者である。(2)

兵役を拒否する者が少数であろうとも、良心の問題は、すでに述べたように、重大である。以下では、良心的兵役拒否権の法制度がいかなる構造を持ち（＝理論）、かつ、その法制度の現実の

特質は何か（＝実際）、を追求する。そして、アメリカ、イギリス、フランス、西ドイツを比較法的に見つつも、西ドイツに焦点を絞りたい。

（1）杉村敏正「防衛法」（有斐閣法律学全集、昭和三三年）六二ページ。

（2）宮田光雄「西ドイツ――その政治的風土」（筑摩書房、昭和三九年）二五三ページ。

第一章　総　説

第一節　概　観

第一項　良心的兵役拒否者の歴史

良心的兵役拒否者という言葉は、我国では比較的目新しい、と思う。[1] しかし、アメリカやイギリスでは使い慣れた言葉であるらしい。この言葉は、conscientious objector（略してCO。なおconscientious objectionもCOと略して使われることがある。）の訳語[2]である。

この良心に基づいて兵役を拒否する良心的兵役拒否者の歴史はきわめて古く、良心的兵役拒否者の源流をさかのぼると、初代教会のキリスト者たちにまで行く。[3] 一世紀から三一三年のミラノ勅令までは一般的にキリスト教会は兵役拒否の立場であった、[4]と言われている。それ以後キリスト教会は戦争肯定の側に立った、と大雑把に言われるが、宗教改革が起り聖書に帰ろうとし、初代教会への信仰の復帰の気運から、初代教会のキリスト者が兵役を拒否した平和主義への復帰の試みもなされるようになった。一六世紀から一八世紀にかけての諸教派（メノナイト、フレンド、ブレズレンなど）がそうであった。彼らは徹底した平和主義の立場をとり、戦争への参加を拒否し、そのために、彼らは国家や国教会から激しい迫害を受けた。「アナバプテスト運動に起源を持つメノナイトは、火責め水責めによる死の脅威にさらされ、ブレズレンは発生の地ドイツから追放され、フレンド（クエーカー）はしばしば投獄された。しかしながら、今日まで一貫して徹底した平和主義の立場をとりつづけている」。これら三つの「歴史的平和教会」と呼ばれるものの他に、例えばエホバの証人やドホボール派がある。近年になるに従い、無抵抗主義、ナショナリズムや社会主義の立場から兵役を拒否する者がでてきている。[5]

次に、これら兵役拒否者たちが法的にいかに取り扱われて来た

か、を見よう。

もっとも古い例としては、オランダで、一五七五年にメノナイトは「見張につき土工作業につく」という条件で軍務(Waffendienst)を免除され[6]、一五七七年にも国王はメノナイトを免除している[7]。

イギリスにおいては、一六四七年一〇月二八日の人民協定(Agreement of the People)に「我々の何人にであれ軍務につくことを強制することは我々の自由に反している」(the matter …… of constraining any of us to serve in the wars is against our freedom)と述べられており[8]、さらに、「宰相ピットの発布した軍役法(一七五七年)の条項の中に、良心的反戦者にたいしては軍役を免除し、その代償として国家により指定された代人のために、費用を負担すべきことが規定され、もしこの費用を支払わないときには、本人の財産を没収する旨が規定されていた[9]。

アメリカでは、一六六一年にマサチュセッツ、一六七三年にロード・アイランドが、兵役義務に代り、高い租税を納めることによつて兵役を免除し、一七五七年三月二九日のペンシルヴァニアの法律が良心的兵役拒否者を認めている[10]。

ドイツでは、フリードリッヒ大王(Friedrich der Große)が、メノナイトに軍務免除の赦免特権(Gradenprvilegium)を一七八〇年三月二五日に発布し、永久に軍務を免除するかわりに、年五千ターレルの支払を命じたが、一七八九年七月三〇日の勅令によると、これら免除者の土地所有・営業の自由を制限するにいたり、しかも、「旧ドイツ帝国建設後の一八六七年一一月九日の徴兵法は、このような例外をみとめることをしなくなった[11]」。

こうして、良心的兵役拒否者は、兵役を免れる法的取り扱いを受けるようになってきたし、今日では約二〇カ国が、徴兵制の採用と同時に、良心的兵役拒否を法的に認めるようになっている[12]。

(1) 人々が日常用語として使うほどではない、という意味である。ここ数年は新聞にみられる。一部の人々の中で使われる程度にしかまだすぎない。しかし日本ではすでに内村鑑三が日露戦争のときに「非戦論者」と呼んだことは、有名である。なお訳語の問題については、高田哲夫「良心的兵役拒否について」(I)(わだつみのこえ、一九六五年一二月号)七ページ以下。

(2) COの概観を得ようとするならば、Encyclopaedia Britanica や Encyclopaedia of the Social Sciences の conscientious objectors の項目をみればよい。

(3) 初代キリスト教会における兵役拒否については C. J. Cadoux, The Early Church and the world,1955. および、ロー

ランド・H・ベイントン「戦争・平和・キリスト者」（中村妙子訳、新教出版社、一九六三年）八一ページ以下。

（4）高田「前掲」一四ページ。G・H・C・マックグレーガー「新約聖書の平和主義」（小黒薫訳、日本YMCA同盟、昭和三〇年）一四三ページ以下。彼によるならば、紀元一七〇年頃までは「教会の態度は全く一貫して平和主義」であった、と言う。詳しくはベイントン「前掲」八三ページ以下。

（5）高田「前掲」。なお、木村毅「ドウホボール教徒の話」（講談社一九六五年）は実に感銘深い。更に近年の良心的兵役拒否者に関する研究文献をあげておく。法制度を扱ったものは次に譲って思想面におけるものをここにかかげる。高田哲夫「良心的戦争拒否」（東京大学新聞、昭和四〇年一一月二二日、二九日、一二月六日）。同「良心的兵役拒否について(II)」（わだつみのこえ、一九六六年四月号）。同氏が日本の良心的兵役拒否の歴史を紹介している。同「良心的戦争拒否――その今日的意義」（福音と世界、一九六六年八月号）。石賀修「憲兵と兵役拒否の間」（文芸春秋、昭和四一年三月号）。同氏の手記である。高良とみ「イタリーの最近のC・O・問題」（日本友和会（FOR）良心的拒否研究会、一九六六年七月）。E・M・ボージーズ「戦争への断罪」（思想、一九六六年七月）八六ページ以下。

浦谷道三「第二次大戦中のアメリカにおける『良心的戦争拒否』の実際」（友和会、同年六月）。（友和会が発行した田中利彦「一九三九―四九年の英国における良心的兵役拒否の歴史」一九六六年二月を残念ながら見ることができなかった。）阿部知二「良心的兵役拒否研究の立場」（わだつみのこえ、一九六五年一二月）。白井健三郎「徴兵忌避者の回想」（前掲）。吉川勇一「非暴力直接行動の実際について」（前掲、四月）。さらにM・ニーメラー「国家権力と良心の命令」（篠原正瑛訳、暴力の失脚、昭和三四年）。ベトナムの日委員会「徴兵忌避のための一七方法」（東京大学新聞、昭和四〇年一一月二二日。同記事は世界平和運動資料、一九六六年一月九号二六ページに転載されている。）。アメリカの平和運動については、世界平和運動資料「アメリカの平和運動」特集と、ハワード・ジン「アメリカ反戦運動の現状」（北海道大学新聞、昭和四一年五月二五日）。

このような文献が出てくる背景について、種々に論じられている。今日、とても刺激的なのは、三矢作戦であり、自衛隊員適格者名簿を防衛庁が市町村の窓口に移して作成していることである。毎日新聞、昭和四一年九月二八日「あなたは自衛隊員適格者」や、北海道新聞、昭和四一年九月五日「兵役義務づけよ」と昭和四一年九月一九日「適格者名簿つくる」。更に、恵庭事件がある。

（6）Hellmuth Hecker, Die Kriegsdienstverweigerung im deutschen und ausländischen Recht, Herausgegeben von der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches Recht

der Universität Hamburg, 1954, S. 22.

(7) A. a. O, 平野義太郎「良心にもとづく戦争役務の拒否権」(法律時報二九巻一号) 一六ページ。

(8) Georg Jellinek, Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte, 1919, S. 80. なお、Walter Hamel, Glaubens-und Gewissensfreiheit, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 1960, S. 100 によれば実施されなかったと言う。

(9) 平野「前掲」一八ページ。

(10) 平野「前掲」。内田晋「米国における良心的兵役拒否」(レファレンス六四号) 六三、六六ページ。 Ulrich Scheuner, Das Recht aus Kriegsdienstverweigerung, Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. Mainz, Band 4, 1954, S. 253 によれば、一七五六年に Washington がヴァージニアで、クェーカーを土工作業だけにつかせたと言う。さらに一七七五年に、Benjamin Franklin が、議会に、クェーカーを兵役に入れるのではなくて、兵役に相当する費用 (Ausgleichsabgabe) を払わせることを、提案したとも言っている。檜山武夫「アメリカ憲法と基本的人権」(学術振興会、昭和三五年) 四九八ページによると、第一回議会で、マディソンが、良心的兵役拒否者のために「憲法上にも何らかの特別規定を設ける必要を提案している。なぜ否決されたかと言えば、「この問題は州の立法に委ねるのが適当であるという理由」だと言われる (内田「前掲」六三ページ)。憲法典との関係で論じられた一番古い例である。こうしてアメリカでは連邦憲法で良心的兵役拒否について規定されなかったが、その後、州の憲法で規定するものがでてきた。各州についての詳細な研究は、Hecker, a. a. O. S. 31f. こうした良心的兵役拒否を承認する動機は様々あるだろうが、信仰の自由と最も深く結びついていると思う。信仰の自由については、熊本信夫「アメリカ合衆国における政教分離の原則」(北大法学論集第一五巻三号、四号、第一六巻一号、四号、第一七巻一号)。

(11) 平野「前掲」一八ページ以下。 Hecker, a. a. O. S. 9; Hamel, a. a. O. S. 100; Scheunr, a. a. O. S. 253.

(12) 高田「良心的兵役拒否について(I)」(わだつみのこえ、一九六五年一二月号) 二五ページ以下。

第二項 「義務の衝突」

それでは、良心を根拠にして兵役を拒否する良心的兵役拒否者の本質は何であろうか。[1] それは「義務の衝突」である。このことについて重要な文献は、宮沢俊義教授の「憲法II」(有斐閣法律学全集) と佐藤功教授の「『良心的反戦論者』の問題」(法学セミナー、一九六四、八) である。[2]

宮沢教授によると、抵抗の概念には二つの特質がある。第一は、それは実定法上合法的に成立している義務を守ることの拒否を内容とする。第二は、「抵抗権は何らかの実定法以外の秩序に基づく義務を根拠として、実定法上の義務を拒否しようとする。」こうして、抵抗権は「義務の衝突」あるいは「価値の衝突」あるいは「忠誠の衝突」としてとらえられる。[3] そして「良心的反対者」による兵役の拒否が「受動的抵抗」の一例としてあげられている。[4] さらに「義務の衝突」をいかにして、事前に、最少限度に食いとめるかという問題が賢明な立法者の課題で、その努力の一つが、良心的反対者のために兵役を拒否する権利を規定することであった、[5] とする。

各国の良心的兵役拒否の法制度を、「義務の衝突」の見方に従って考察しよう。

(1) 法制度の面から良心的兵役拒否者が研究された主たる文献をあげよう。藤田嗣雄「軍隊と自由」(河出書房、昭和二八年) 一〇七―一一四ページ。残念ながら、藤田氏の文献は、U. Scheuner, Zur Ausführung des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, Gesetzgebung über Kriegsdienstverweigerung im Ausland, Die öffentliche Verwaltung, 1951, S. 51 ff. をほとんど全訳したものであって (引用文献名はあげられていないが)、我国の研究がこのレベルまで進んでいる、と言えない。なお後述するが、ショイナーのイギリスについての研究は、Denis Hayes, Challenge of Conscience, The story of the Conscientious Objectors of 1939-1949, p. 52-64 によっているのは問題がないが、イギリスの「政治的理由」についての取り扱いには疑問がある。この点がそのまま我国に紹介されている。杉村敏正「防衛法」(有斐閣、昭和三三年) 五九―六二ページもイギリスの理解についてはやはりショイナーと藤田に基づいている。そうして、この点を藤田初太郎・小田垣祥一郎・中川文寿「主要国の良心的兵役拒否に関する立法例」(レファレンス、一九六五年一二月号) 一二一ページも引き継いでいる。更に高田哲夫「前掲」(わだつみのこえ、六五年一二月) 一一ページは直接ヘイエスにあたっているのではないか、と思うが、はっきりした政治的理由についての説明がない。我国では多分直接ヘイエスにあたった最初の文献と思われるのだが、残念である。イギリスについて、全く別な側からの我国への紹介がある。森下忠「ベルギーの兵役拒否法」(法学セミナー、一九六六年二月号) 五七ページ。森下教授は、R. Born の論文によって説明している。R. Born, L' Objection de conscience, Revue de droit pénal et criminologie, 1955-56, p. 722 によれば、「イギリスは実際に政治的動機 (les motifs politiques) を認めさえするようになった。それだから、ブリトンの特別裁判所は、イギリスのためには戦わないが、アイルランドのためならば戦うことを認めた若者を、良心的反対者の中に数えた。」と言

われているだけで、文献が引用されていないからはっきりしないが、ヘイエスに負っているだろうと思う。なお、ベルギーについてはもう1つ文献がある。W. Beck, Le refus du service militaire par objection de conscience en Belgique, Revue de droit pénal et criminologie, 1962-63 p. 296 et s.

アメリカについての研究では、すでに述べたことのある内田晋論文がある。この論文の、「第二章—第二次大戦下における良心的兵役拒否の立法とその運用」の「良心的兵役拒否者の分類手続」の説明は、アメリカの関係判例を読むときには実に有益である。この問題については、Mulford Q. Sibley and Philip E. Jacob, Conscription of Conscience, The American State and the Conscientious Objector, 1940-1947; 1952 の、Separating the Sheep from the Goats: The Classification of Objectors p. 53-85 や、The Conscientious Objector in the Armed Forces p. 86-109 が教えてくれる。この文献では、法制度の分析によりも、社会的な考察に重点が置かれている。豊富な実例が指摘されている。また、アメリカの判例については檜山武夫「前掲」四九九ページ以下。高柳信一「United States v. Seeger 人格信仰にもとづかない良心的戦争参加反対」(アメリカ法、日米法学会、一九六六—二)三〇二ページ以下。

フランスについては、武井淳「良心的兵役拒否に関する法律」(外国の立法、昭和三九年九月一三号)七ページ以下。この法律の訳が前述の「世界平和運動資料」に転載されている。また前述の内田タミ論文にも転載されている。フランスについての詳しいことはわからないが、René Coste, Mars ou jésus ?, la conscience chrétienne juge la guerre, 1962 の二〇五ページ以下に関係文献があげられている。

最後に西ドイツについては、杉村「前掲」と平野、各論文(法律時報)が詳しい。藤田・小田垣・中川「前掲」にはアメリカ・イギリス・西ドイツが主として取り上げられているから、西ドイツについて知り得る。基本法四条三項後段の施行法としての兵役義務法二五—二七条が紹介されている。西ドイツについての色々な問題点を教えてくれるのが、宮田光雄「前掲」の「良心的兵役忌避の運動」二四七ページ以下である。また、高田哲夫「ドイツ連邦共和国(西ドイツ)における〝良心的戦争拒否〟関係法について」(友和会、一九六六年四月)の労作があげられる。

(2) 良心的兵役拒否を総合的・統一的に考察する見方はどこに求められるべきか。あるいは、良心的兵役拒否者に関する各国の法制度を比較法的に検討するときのポイントは何か。このポイントがわかれば、各国のそれぞれが、適格に良心的兵役拒否者の全体像の中で占めるべき位置がわかるはずであるし、さらに各国の特色も正しく理解できるのではないか。良心的兵役拒否者の本質の理解について高田「良心的兵役拒否について(1)」(わだつみのこえ、六五年一二月)一一ペー

ジは私にとって暗示的であった。すなわち「単なる怠惰や卑怯からCOを区別する点」はどこにあるか、と高田氏は考える。「敵に殺されても略奪されても武器をとらず、また国家や国教によって火責め水責めの迫害や追放の憂目に合わされても、更に近代では銃殺や投獄の難を受けてもなお自己の信ずるところを守って戦争への参加の拒否をつらぬくためには、国家をささえている『価値の体系』とは異なった『別の価値の体系』をそれぞれがしっかりと持っていて、それにささえられているということがなくては不可能であろう。すなわち、国家が守ろうとしている諸価値、そしてそれに従わねば国家が彼らから奪おうとしている諸価値よりも、他の価値を重しとする態度」であると。ここで述べられていることは、刑法で確信犯人について述べられるところと同じである。すなわち、団藤重光「刑法綱要総論」（創文社、昭和三八年）二四四ページによると、確信犯人を「行為に駆り立てるのは、附随事情や人格的能力の弱さではなくて、かれの世界観―それが社会性をもつにせよ―である。」「それは『義務の衝突』の一種の場合であるが、法的義務と超法的な義務ともいうべきものとの相剋、法的価値といわば超法的価値との相剋の問題である。」こうして良心的兵役拒否者の本質が「義務の衝突」として理解してよいと思うが、さらに、法哲学上は、いかに考えられるべきかというと、抵抗権論においてである。このことに関した重要な文献は、前述の宮沢一三二ページ以下と佐藤一三ページ以下である。

（3）宮沢「前掲」一三八―一四〇ページ。

（4）宮沢「前掲」一四〇ページ。

（5）宮沢「前掲」一五六ページ以下。抵抗権が法秩序に内在するかどうかの議論があるから、ここで、以下の説明に必要なかぎりで検討しておこう。まず、宮沢教授によれば、「抵抗権の本質」を「実定法以外の秩序を根拠として、実定法上の義務を拒否すること」にある（一三九ページ）とするから、それは「実定法以外の秩序―自然法秩序―のうちにその国籍を有する」ことになり、「制度化をうけつけない本質を有すると見なくてはならない」（一六〇ページ）が、これに対して、小林教授は「人間の自由と平等あるいは人間性の尊厳を、自然＝基本権として認め、民主政治の出発点をこの価値原点におくならば、その下での法秩序と基本権のなかには、高次の意味での抵抗権がつねに内在している」（小林直樹、憲法の構成原理、東大出版会、一九六四年、二一六―二一七ページ）と考える。だが、「抵抗権のこのような意味での合憲法性は」「具体的な実定憲法上の『権利』であることを意味しな」く（同、憲法における順法と抵抗、抵抗権、憲法研究所、昭和四〇年、三六ページ）、そして、かっては抵抗権の名で主張された「今日の権利章典の諸条項は」「それじたい『制度化された抵抗権』だといってもよい。」（同、三七ページ）。

私は、だから、一旦「制度化された抵抗権」たる権利を前提

する範囲においては、もはや抵抗権が憲法に内在しているかどうかを問題にする必要はないと思う。なぜならば、小林教授によれば、「抵抗の正当性の根拠が、法秩序に内在する価値であるときには―後述する『制度化された抵抗権』の場合―、それは特定の法規や命令の解釈をめぐる争いになろう。この場合には、権力者と対抗者間の政治斗争が、どれほど激化しても、理論上はいちおう『法秩序内』の価値相剋にとどまる。」からである。同、法理学上、岩波書店、二四九ページ。

第三項　比較法的整理

アメリカ、イギリス、フランス、西ドイツについて考えよう。

一　アメリカ

アメリカの良心的兵役拒否者に関する現行法(1)は、一九五一年六月一九日制定の「普通軍事訓練及び兵役法」(Universal Military Training and Service Act)四五六条(j)項(2)である。まず、良心的兵役拒否者として承認される要件に注目しよう。

「宗教的な修養と信念に基づいて良心的にいかなる形においても戦争に参加することを拒否する者であっても、合衆国軍隊における戦闘訓練と役務を負うべきだというように、本章のいかなる規定も解釈されてはならない。ここで言う宗教的な修養と信念とは、いかなる人間関係から生ずる義務よりも高次の義務を含む至高なる存在に対する関係での個人的信念を意味し、本質的に、政治的、社会的あるいは哲学的見解を、あるいは単に個人的にすぎない道徳律を含まない。」

この定義規定のすぐ後に「この意味での良心的兵役拒否を理由として、戦闘訓練と役務の免除を請求する者」との文章があり、その他二個所にも同文が見られる。

さて、前節で良心的兵役拒否の本質は「義務の衝突」と見たから、その考え方を適用してみよう。実定法上の義務としては「戦闘訓練と役務」が、実定法以外の秩序に基づく義務としては「宗教的な修養と信念に基づいて良心的にいかなる形においても戦争に参加することを拒否すること」が考えられる。そして後者が本法で言う「良心的兵役拒否の理由」であるが、更に、「良心的兵役拒否の理由」の要件は、「宗教的な修養と信念に基づいて」いることと、「いかなる形においても戦争に参加することを拒否する」ことであり、また、「良心的に」ということは「宗教的な修養と信念に基づいて」を内容としているより広い概念であるから、重要な要件ではない。(3)

二　イギリス

イギリスの良心的兵役拒否者に関する現行法[4]は、一九四八年の「国民兵役法」(National Service Act) 一七条一項[5]である。

「兵役簿へ登録されるべき者が、

(a)兵役簿に登録されること、または、

(b)兵役を遂行すること、または、

(c)戦闘任務を遂行すること

を良心的に拒否すること」。

これがイギリスで良心的兵役拒否者であることの要件である。「義務の衝突」の見方をあてはめると、実定法上の義務としては(a)(b)(c)であるが、実定法以外の秩序の義務は、(a)(b)(c)のいずれかを拒否するようなもの、すなわち良心の義務であって、良心の義務の内容は特定されていない[6]。

アメリカとイギリスを比較すると、実定法上の義務の範囲すなわち兵役義務は同じであるだろうが、良心的兵役拒否の対象となっている実定法上の義務としてはイギリスの方が明らかに広い。実定法以外の秩序に基づく義務については、イギリスが内容を特定しないが、アメリカは内容を特定している。

三　フランス

フランスでは良心的兵役拒否者の法律がようやく近年になってできた[7]。現行法は、一九六三年一二月二一日の「徴兵法によって課せられた義務の履行に関する法律第六三―一二五五号」である。第一条が良心的兵役拒否の要件をきめている。

「兵役に編入されるまえに、宗教上の信条若しくは哲学的な信念を理由として、いかなる場合においても、軍による使役に反対を表明した青年男子」。

ここでは実定法上の義務は「軍による使役」である。実定法以外の秩序に基づく義務としては「宗教上の信条若しくは哲学的な信念を理由として、いかなる場合においても」軍による使役に「反対」することである[8]。

アメリカとフランスを比較すると、実定法上の義務には変りがないだろう。実定法以外の秩序に基づく義務については、アメリカとフランスはよく似ている。違うところの重要な点は、アメリカが「宗教的な修養と信念」に限るが、フランスは「哲学的な信念」を加わえたことである。

イギリスとフランスを比較すると、イギリスとアメリカの比較の場合と同様のことが言えよう。

こうしてみると、法律の規定の仕方において、アメリカ型とイギリス型がありそうに思われる。

四　西ドイツ

西ドイツの良心的兵役拒否の根拠法規は、ボン基本法四条三項である。

「何人も、自己の良心に反して、武器を持つ兵役を強制されてはならない。[9]」

実定法上の義務は「武器を持つ兵役」であり、実定法以外の秩序に基づく義務は「良心」において武器を持つ兵役を拒否することである。[10]

西ドイツを、アメリカ型とイギリス型に比較すれば、単純に文言上は、イギリス型に属しよう。ところが、西ドイツには、この四条三項の施行法として「兵役義務法」二五条があり（一九五六年七月二一日制定）、次のように規定されている。

「良心的理由に基づき、国家間におけるあらゆる武器使用に参加することに反対し、それゆえに、武器を持つ兵役を拒否する者[11]」

である。実定法上の直接的な義務は「武器を持つ兵役」であるが、実定法以外の秩序に基づく義務は「良心的理由に基づき、国家間におけるあらゆる武器使用に関することに反対」することである。[12]

基本法四条三項に比較すれば、実定法以外の秩序に基づく義務の内容に大きな相違が見られるように思う。兵役義務法二五条の、実定法以外の秩序に基づく義務の要件を見ると、「良心的理由に基づ」いていることと、「国家間におけるあらゆる武器使用に参加することに反対」することである。そこで、アメリカの実定法以外の秩序に基づく義務に比較すると、西ドイツでは「良心的理由に基づき」とするだけで内容を特定していないが、アメリカでは、「宗教的な修養と信念に基づき」としており、次に、いわば内的な義務の対象は、西ドイツの「国家間のあらゆる武器使用に参加すること」と、アメリカの「いかなる形においても戦争に参加すること」であるから、両者は類似している。このことを考えると、兵役義務法二五条は、アメリカ型に近いと言えるが、「良心的理由」の内容を特定しない点ではイギリス型に似ている。いわば、兵役義務法二五条は、アメリカ型とイギリス型の中間型であると考えられる。

(1) 現行法に至る過程については、藤田・小田垣・中川、前掲、一一八—一一九ページ。内田晋、前掲は、第一次大戦以来の関係法の歴史と制定経過が詳しい。

(2) この条文は普通以下のように訳されている。例えば藤田・小田垣・中川、前掲、一一九ページによれば「本章のいかな

る規定も、宗教上の教育及び信念に基づき、良心的に、いかなる形式においても戦争に参加することを拒否する者に対して、合衆国軍隊の戦闘訓練及び役務を課そうとするものに解されてはならない。」しかし、この訳文では意味がとらえにくいので、私は本文のようにした。なお、精確を保つために、原文をかかげておく。Nothing contain in this title schall be construed to require any person to be subject to combatant training and service in the armed forces of the United States who, by reason of religious training and belief, is conscientiously opposed to perticipation in war in any form, (USCA50A pp.) p. 286; 1953, Comultative Annual Pocket Part p. 34. またドイツ訳も参考になる。Nichts, das in diesem Titel enthalten ist, soll so ausgelegt werden, daß irgendjemand, der wegen religiöser Erziehung oder religiösen Glaubens die Teilnahme an einem Krieg in jeder Form aus Gewissensgründen ablehnt, aufgefordet wird, sich einer Kampf-Ausbildung und einem Kampf-Dienst in den bewaffneten Streitkräften der Vereinigten Staaten zu unterziehen, Hecker, a. a. O. S. 54.

(3) 良心的兵役拒否者の承認手続をみよう。やはり四五六条(j)項に規定されている。先に述べた要件での「良心的兵役拒否を理由として、戦闘訓練及び役務の免除を請求する者」は、まず地方委員会(local board)に行く。地方委員会で認められれば、その後の取り扱いは次のようになる。軍に徴集されたとき、大統領の指定する非戦闘役務(noncombatant service)に配置される。この非戦闘役務従事をも良心に基づいて拒否するときには「国民の健康、安全あるいは利益の維持に役立つ非軍事的作業(civil work)」を命ぜられる。次に申請者が地方委員会で認められなかったとき、訴願委員会(appeal board)に異議を申し立てることができる。訴願委員会はその請求を司法省に付託して調査及び審問を依頼する。訴願委員会は、必ずしも司法省の解答に拘束はされない。なお、現行法では、大統領が異議を申し立てなければ、訴願委員会の決定は確定する。こうしてなお、訴願委員会の決定に不満なものは地方裁判所(district court)に、更に上訴裁判所(court of appeal)、そして連邦最高裁判所に訴訟を提起する可能性をもっている。

(4) 現行法に至る過程は藤田・小田垣・中川、前掲、一二一ページ。

(5) Halsbury's Statutes of England, Second Edition, Volume 22. p. 57. 1950. 藤田・小田垣・中川、前掲、一二二ページ。

(6) 良心的兵役拒否者の承認手続を見よう。同条に規定されている。前述の(a)(b)(c)のいずれかを良心的に拒否することを主張する者は、「良心的兵役拒否者名簿」に登録を申請する。まず仮登録される。「兵役簿への登録義務ある者が登録を拒否した場合も、良心的兵役拒否者であると考えるべき合理的

な根拠ありと大臣（ここで言う大臣とは、the Minister of Labour and National Service であって、D. Hayes は労働大臣と言っている。）が認めるときは、大臣はその者を良心的兵役拒否者名簿に仮登録することができる。」仮登録を受けた者は、所定の期間内に、地方委員会(local tribunal)に対して、前述の(a)(b)(c)のいずれで拒否するかを申請する。大臣が職権で仮登録した者は、大臣が地方委員会に付託する。地方委員会が、申請を認めたときには、(a) 申請者は無条件で(without conditions) 良心的兵役拒否者名簿に登録されること、(b) 申請者は条件つきで良心的兵役拒否者名簿に登録されること、この条件とは、「委員会によって指定された、非軍事的な性格のものであって、文官の指図 (civilian control) する作業につく」というものであること、(c) 兵役に召集されるが非戦闘任務にのみ従事すべき者として良心的兵役拒否者名簿に登録されることのいずれかを、命ずる。(D. Hayes, p. 52-53 によれば、良心的兵役拒否者としての要件たる(a)(b)(c)を、委員会が承認するときの条件として(a)(b)(c)と対応させる、すなわち(a)—(a)、(b)—(b)、(c)—(c)とすることは誤りである。)地方委員会が申請を認めなかったときは、仮登録されている申請人の氏名を良心的兵役拒否者名簿から抹消することを命ずる。この地方委員会の決定に不服な者は、訴願委員会(appellate tribunal) に訴願(appeal) することができる。しかし、これ以上の救済手続はない。地方委員会（一九ある）は一定の地域ごとにあるが、この地方委員会の上級機関たる訴願委員会は、六つの支部 (Division) に分れている（イングランド四、ウェールズ一、スコットランド一。但し現在は、イングランド二、ウェールズなし。Hayes, p. 383-386。ヘイエスによれば、この訴願委員会は、例えばロンドンの場合にはさらにいくつかの支部（第一部、第二部等）に分れているらしい。「らしい」というのは、はっきりした説明がないからである Hayes, p. 54

(7) 武井、前掲、九ページが現行法の成立経過を詳しく述べている。内田タミ、前掲、は現行法の制定以前の状態を生き生きと伝えている。

(8) 良心的拒否者として承認されるべき手続は、次のようである。申請人は「有効と思料する証明事項を具えた請求を国防大臣に」提出する。この請求は「司法権のもとにおかれた委員会に付託される。」「委員会の事務局は国防大臣のもとにおかれる。」「委員会の会議は公開されない。」この非公開主義は、アメリカ、イギリス、西ドイツにも見られないことで、驚く。この委員会の決定に不服な者は行政裁判所へ控訴することができる。この委員会の決定はどのようなものであるかと言えば、「武器を持たない軍事組織」もしくは「非軍事組織 (une formation civile) への配属」及び「請求の却下」である。ここでイギリスの地方委員会及び訴願委員会と、フランスの委員会の構成メンバーを比較してみる。イギリスで

は、地方委員会は大臣の任命する委員長と六名の委員によって構成され、大臣は、公平な人を選ぶことと委員長を除く委員のうち二名以上は労働者の代表機関と協議した上で任命しなければならなく、委員長は法曹関係者でなければならないし、訴願委員会では、イングランド及びウェールズ内の支部に関しては大法官が委員長を任命し、スコットランド内の支部に関しては控訴裁判所長官が委員長を任命する。フランスでは、「司法大臣によって任命された委員長たる一名の特別職裁判官」、「国防大臣によって任命された三名の将官」、「内閣によって任命された三名の者」によって、委員会は構成されている。イギリスでは労働者の代表機関が委員の選出について権利をもっているが、フランスでは、軍人がメンバーに入っており、相当に委員会の性格は違うのでなかろうか。その他、フランスの良心的兵役拒否者の規定は厳格であるし、他国の良心的兵役拒否者の地位と比較して、フランスのそれはかなり冷遇されている。フランスの良心的兵役拒否者の権利保護が実際どうであるかという問題があるが、余裕がないので、これだけに止める。

(9) 基本法四条三項の日本語訳にはまだ定訳がない。Emmelmann-Römer, Verfassung und Verwaltungsgesetze 5. Auflage, 1963 S. 206, Art. 4 Abs. 3 : Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.

(10) 基本法四条三項による良心的兵役拒否者として承認された者は、「代役に従事する義務」があり、「代役の期間は、兵役の期間をこえてはならない。詳細は、法律で、これを定める。法律は良心の決定の自由を侵害してはならず、かつ、軍隊となんら関係のない代役の可能性を規定しなければならない」（基本法一二条二項）（世界憲法集、岩波書店、昭和三六年）。この規定から明らかなように、良心的兵役拒否者は代役(Ersatzdienst)を負う義務があり、以上見たアメリカ、イギリス、フランスにもこの代役制度はある。

(11) Scherer-Flor-Krekeler, Wehrpflichtgesetz, Kommentar 2. Auflage, 1962 S. 18, Art. 25 : Wer sich aus Gewissensgründen der Beteiligung an jeder Waffenanwendung zwischen den Staaten widersetzt und deshalb den Kriegsdienst mit der Waffe verweigert,

(12) 良心的兵役拒否者として承認される手続と司法手続を見よう。申請人が申し出てはじめて手続は開始される。申し出に対する決定は、兵役拒否者審査委員会（Prüfungsausschuß für Kriegsdienstverweigerer）によって下される。その際申請者の全人格と倫理的態度を考慮しなければならない。この兵役拒否者審査委員会の決定に対する異議(Widerspruch)には停止的効果がある。この審査委員会の決定に対しては、郡徴兵局長（der Leiter des Kreiswehrersatzamtes）も異議を申し立てることができる。この異議は、兵役拒否者審査院

(Prüfungskammer für Kriegsdienstverweigerer) が決定を下す。そこで不服な者は下級行政裁判所に上告 (Revision) し、さらに上告が認められなければ連邦行政裁判所に抗告 (Beschwerde) することができる。このことは一九六〇年一月二一日の行政裁判所法 (Verwaltungsgerichtsordnung) 第一九二条によって改正された結果である（兵役義務法三四条三項)。改正前の問題点については、Otto Bachof, Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, Recht und Staat, Heft 202/203, 1957, S. 31-35. なお、この要約が、杉村、前掲、五八—五九ページにある。また改正後に、バホフが感想を述べている、Verfassungsrecht-Verwaltungsrecht-Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 2. Auflage, 1964 S, 168f.

第二節　西ドイツ

以上比較法的に良心的兵役拒否者の関係法を見た。そうすると、西ドイツが困難な問題を持っているように考えられる。以下では西ドイツの良心的兵役拒否を考察しよう。そこで、良心的兵役拒否者を「義務の衝突」として見ることが誤っていないかどうかを検討しておいた方がよいと思う。

代表的な二人にあたっておこう。

まずショイナー (U. Scheuner)。「兵役拒否 (Kriegsdienstverweigerung) はつねに個人的な良心の表現であり、要求された役務 (Dienst) の全範囲をあるいはいずれにせよ武器を持つ役務と兵役 (Waffen-und Kriegsdienst) をより高次の倫理的義務のために遂行してはならない、という宗教的あるいは倫理的信念に由来しているのである。(1)」したがって、良心的兵役拒否を認めるのは、国家が要求する兵役と、個人の信念である義務が衝突するときに生ずる「個人の良心の呵責」を救うためである。(2)

次にマンゴルト・クライン (v. Mangoldt-Klein) を見ると、ショイナーに比べて、基本法四条三項にそくして言うところが違う程度で、「義務の衝突」として考えていることにおいては同じである。すなわち、「武器を持つ兵役を原則的なそしてより高次の倫理的義務のために遂行するな、という倫理的（良心的）確信に、武器を持つ兵役拒否は基づいていなければならない(3)」。したがって「武器を持つ兵役が『自己の良心に反』するときだけ、個人は三項の基本権を主張できる(4)」と。

こうして、ショイナーとマンゴルト・クラインの見方が、宮沢教授の見方と同じであることが確認された。

(1) U. Scheuner, Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung, Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, S. 254.

（2）　A. a. O. S. 260.
（3）　Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Band I, 1957 S. 225.
（4）　A. a. O. S. 229.

第三節　まとめ

良心的兵役拒否を比較法的に見た。法哲学上は抵抗権論で考えられる。そこで宮沢教授の考えに基づいた。抵抗権は実定法化することのできないものであり、立法者が賢明にも「義務の衝突」を避けようとして、良心的兵役拒否者を承認する法律が生れた。この法律は、各国の文化、生活感情、歴史的条件の相違にもかかわらず、基本的には先の見方で整理される。ただそれぞれの個性・特殊性が、出ていることも確かである。

アメリカ、イギリス、フランスそして西ドイツの関係法規の構造を比較しやすくするために一覧表にしよう。表の作り方を次のようにする。実定法上の義務の対象と実定法以外の秩序に基づいた義務の対象が区別されている場合（アメリカ、西ドイツ兵役義務法、フランス）と区別されていない場合（イギリス、西ドイツ・ボン基本法）とがある。しかし両者にとって重要なことは、実定法以外の秩序とそれに基づいた義務の内容である。すなわち、実定法以外の秩序と、その秩序から出てくる義務の対象である。前者は良心的理由として、後者は「何を拒否するのか」としてまとめることにする。(1)(2)

実定法以外の秩序に基ずく義務		実定法上の義務
良心的理由	何を拒否するのか	
(一)　アメリカ 宗教的な修養と信念	いかなる形においても戦争に参加すること	戦闘訓練と役務
(二)　イギリス （特定していない）	(a)兵役簿に登録されること、または (b)兵役を遂行すること、または (c)戦闘任務を遂行すること	同上
(三)　フランス 宗教上の信念若しくは哲学的信念	いかなる場合においても、軍による使役	軍による使役
(四)　西ドイツ (1)（ボン基本法四条三項では特定していない） (2)（兵役義務法二五条も特定していない）	武器を持つ兵役 国家間のあらゆる武器使用に参加すること	同上 同右

(1) このことは、後述する良心的理由、良心的決定に当然に対応して行く

(2) ショイナーは、比較法的に各国を研究するとき、四つのポイントを持ってくる(Zur Ausführung des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, DÖV 1951 S. 58)。すなわち、第一は、良心的理由から兵役拒否者の範囲を制限すること、第二は、兵役免除の範囲、第三は、免除の承認手続、第四は、非軍事的な代役の制度、である。良心的兵役拒否者の承認の問題・要件を考えるうえでは、第一点が重要である。そこでショイナーの第一点の分析を見ると、アメリカについては、「宗教的な修養と信念」の要件に考察が限られている。したがって、もう一つの要件の考察がなされていない。このことは、比較法的研究として詳細なヘッカーにもあてはまる(Hecker, Die Kriegsdienstverweigerung im deutschen und ausländischen Recht, S. 32)。この原因は、良心的兵役拒否の本質を「義務の衝突」として理解しながら、それに基づいて論理的、体系的に分析しなかったことにあるのではないだろうか。

第二章　ボン基本法四条三項

すでに述べたように、良心的兵役拒否の法制度は二つの要素すなわち実定法上の義務と実定法以外の秩序に基づく義務からなっている。立法者はさらに実定法以外の秩序に基づく義務の内容を規定する。その場合立法者は良心的理由と拒否すべき対象を規定する。したがって、ボン基本法四条三項の良心的兵役拒否を検討するにしても、以上の見方を維持する。しかし、この解釈論だけに問題は尽きていない。そこで四条三項についての一般的な問題を多少明らかにし、その次に解釈論、最後に良心的兵役拒否者の審査の問題をごく簡単に扱う。この問題は非常に大切だが、今は検討の余裕がなく、判例の分析の手がかりを得るに留める。

第一節　前提問題

第一項　制定経過と再軍備

一　ボン基本法が制定されるよりも前に、英米仏が占領する西側のラント(Land)の中に、ラント憲法を制定するものが出て来た(1)。その中には、兵役拒否権を規定するものがあったし、法律で兵役拒否権を規定するものもあった。この規定の仕方は後述するように、平和を求める要求と密接に終びついていた。

(一) ヴュルテムベルク・バーデン憲法(2)(一九四六年一一月)

四七条——諸国民の平和的協同活動(Zusammenarbeit)を破壊する、とくに戦争に通じる準備をする(die Führung eines Krieges vorzubereiten)意図を持って行われる行為はすべて憲法違反である。

一九四八年四月には「何人も武器を持つ兵役を強制されない」というただ一カ条からなる法律が発布された。(3)

(三) ヘッセン憲法(4)（一九四六年一二月）

六九条――ヘッセンは平和、自由そして諸国民の協調(Völkerverständigung)を信奉する。戦争は追放された(geächtet)。戦争を準備する意図をもって行われる行為はすべて憲法違反である。

一九四八年三月にヘッセンの社会民主党から、ヘッセン憲法六九条の施行法草案(5)が出されていた。これは次のようなものであった。

一条――いかなる市民も軍務(Militärdienst)あるいは戦争行為への参加を強制されない、かえって、軍務と兵役（Kriegsdienst）を拒否する権利を持っている。二条――この権利の主張によっていかなる不利益も彼に生じてはならない。

(三) ヴュルテムベルク・ホーエンツォレルン憲法(6)（一九四七年五月）

ヴュルテムベルク・バーデン憲法と同一規定を持っている。

(四) バーデン憲法(7)（一九四七年五月）

三条――バーデン市民は軍務の遂行を強制されてはならない。二六条――少年少女は……平和を愛する精神の中で……教育されるべきである。

五七条――諸国民の平和的協同活動を破壊する、とくに戦争に通じる準備をすることの力を持っている行為はすべて、憲法違反であり、禁じられる。永久平和のために努力することおよび労することを促進することは国家の任務でもある。

(五) バイエルンは「兵役拒否を罰しないことに関する法律」(8)（一九四七年九月）を発布した。

バイエルンは平和、自由そして国際協調を信奉する。戦争は国際法によって追放されている。バイエルン人民代表はこの国際法の諸原則に基づき、以下の法律を発布する。第一条――いかなる市民も軍務あるいは戦争行為に参加することを強制されない。この権利を主張することによって、彼にいかなる不利益も生じてはならない。

(六) ベルリン憲法(9)（但し実施されず）

二一条一項――諸国民の平和的協同活動を破壊する力をもった行為は憲法の精神に反し罰せられるべきである。二項――すべての男子は兵役を拒否する権利を有し、彼には不利益が生じてはならない。

この条文と同一の条文が一九五〇年九月のベルリン憲法で採用された。但し新法では「すべての男子」に代って「誰でも」となった。

以上ラントの憲法と法律を見た。平和主義に基づく国際平和と戦争準備行為の禁止が先に出て来たが、兵役拒否は後からバーデン憲法の中に生じた。その後は両者が独立別個な条項になる例もあるが、バイエルンのようにむしろ両者は密接不可分に扱われる例も見られるようになって来た。兵役拒否権を認めたいずれも平和を求めての切実な気持の表現であっただろう。こうしたラントの国際協調主義、平和主義がボン基本法の背後にあった。そしてボン基本法の重要な一面をも作るに役立ったことは事実であろう。(11)

しかしながら、ラントの兵役拒否権とボン基本法の良心的兵役拒否権との間には大きな開きがある。前者においては良心と関係がなくきわめて広いが、後者においては個人の倫理的な良心の問題に限られている。それだけ内面的な性質を良心的兵役拒否は持っている。大きな、政治的な、国家的な意味における平和の問題というより、個人主義的、自由主義的なものが良心的兵役拒否には強くうかがわれるように思う。

(1) 第二次大戦後のドイツ国家の処理については、ポツダム協定がもっとも重要である。この協定では、ドイツは統一体として扱われることになっていた。具体的にはドイツ国中央行政省で、将来ドイツ政府となり得るものであったが、「この一体的取扱いは、まずポツダム会議に招かれなかったフランスによって破られた。一九四五年一一月、フランスは、どのようなドイツ中央機関の設置にも反対であることを声明した。」(斎藤孝、西ドイツ、現代の国家、岩波講座現代8、一二九ページ)フランスが反対した理由は、パウル・ゼーテ、ボンとモスクワの間(朝広正利訳、岩波新書、二ページ以下)によれば、「あらゆる形のドイツ統一に対してフランス人が抱いていた反感」にあった。「この態度を理由づけるフランスの言い分は周知の通りだ。それは統一ドイツ国家は西の隣国にとってつねに危険を意味し、事実フランスは三回も襲撃を受けたというのである。ヒットラーからうけた痛手がまだ記憶に鮮かに刻みこまれていたころでもあり、フランス国民のこうした反感はわれわれに対して宿命的な力を持つようになった。もちろんゼーテは「かりにこれらの中央事務局が本当に設置されたとして、それらがのちにどんなものに発展したであろうかは誰も確信をもって答えることできない」ということを承認する。しかし、ばらばらにされたドイツ国の残骸に、せめて国家的統一の鎹をいくらかでもとどめたいという最初の希望はこうして世界政治の渦巻のなかに沈んでしまった」と嘆いているのである。次に、この統一の願いは「アメリカ、イギリスの両占領地区経済統合協定(一九四六年一二月末)によって破られた」(斎藤孝、冷戦の歴史、岩波講座現代6、四六ページ)。この経済統合は「財政負担に悩むイギリスだけの賛成」を得たが、アメリカでは「一九四

七年一月、ジョン・フオスター・ダレスはニュー・ヨークで演説して、アメリカの経済的・軍事的基地として西ドイツと日本の重工業を復活させる必要があると語った。これはダレスの創案ではなく、すでに前年末、元大統領フーヴァーによって公然と唱えられ、また下院外交委員会国際関係小委員会でも賛成を得ていたところである。」アルフレッド・グロセール、西ドイツ、大島利次訳、白水社、文庫クセジュ、一九六五年、一一五ページ）も、西側三地区の漸次的合併の理由として、「経済的能率をよくするために関税取立門の撤廃」と、さらに「新しい敵対関係における賭金として、しばらくすると一九四七年から定着した冷たい戦争の味方」をあげている。

こうした統一の願いとそれに相反する分裂は、国際政治の中で次第に進んでいった。そしてついに一九四八年三月に、ソ連は今迄あったドイツ管理理事会を脱退してしまった（この間の事情は斎藤、現代の国家、一三〇ページ）。国際的な対立の進行とともに、米英仏の占領地区とソ連の占領地区とにおいて「それぞれ異なった既成事実が作られていった」（山田晟、ドイツ近代憲法史、東大出版会、一九六三年、一四〇ページ）ことはあげておかなければならない。

(2) R. W. Fißlein, Deutsche Verfassungen, 1951, S. 349.

(3) Hecker, Die Kriegsdienstverweigerung im deutschen und ausländischen Recht, S. 10. 平野、良心にもとづく戦争役務の拒否権、二一ページ。

(4) Fißlein, a. a. O. S. 238.

(5) Hecker, a. a. O. 平野、前掲、では「草案」という言葉がない。ヘッカーの方を採った。

(6) Fißlein, a. a. O. S. 364.

(7) Fißlein, a. a. O. S. 93, 102, 109. 平野、前掲。

(8) Hecker, a. a. O. 平野、前掲、では、この法律の前文がないが、この前文との関連で第一条を読まなければならない。

(9) Hecker, a. a. O.

(10) Fißlein, a. a. O. S. 166.

(11) 田中二郎、ドイツ連邦共和国基本法（一九四九年）、国家学会雑誌、六三巻四五三ページによれば、基本法四条三項は、ボン基本法の「平和主義の表象」である。ここではボン基本法の国際主義・平和主義について、詳細に論ずる余裕がないが、我国の憲法のもっとも重要な原則の一つである平和主義との関連において研究しなければならないものの一つであろう。なおまた、平野、前掲、二一―二二ページ。

二

いずれにしろ、ラントのこのような空気が一方にあり、他方には国際関係の緊張、冷戦があった。そうした中においてボン基本法が制定され、当面の課題である良心的兵役拒否権が作られた。以下では、ボン基本法の一般的な制定経過と、四条三項の制定経過を見ることにする。

(一) 一般的な制定経過

ドイツ降伏後、ドイツは英米仏ソの四カ国によって分割占領さ

れた。その後いわゆる西側三国は三占領地区を統合してこれに適用されるべき憲法の制定を、一一のラントの首相に命じた(1)(一九四八年七月一日)。彼ら首相たちはコブレンツに会議を開き、西側三占領地区に「決定的な国家型態をあたえることを不可とし、ドイツ全体について憲法を制定することが可能となり、かつ、ドイツの主権が回復されるまで憲法制定の国民会議を召集すべきでないことを決定し、その代りに、三国占領地区のラント議会の代表者からなる基本法制定会議をボンに召集し、三国占領地区の統一的行政を行なうための基本法を制定することにした(2)。」次に、彼らは基本法制定会議議員の選挙と、ヘレンヒムゼーでの会議を開いた。この会議は、専門委員によって構成され、基本法制定会議の討議の基礎となる基本法草案をつくった。基本法制定会議は、同年九月一日にボンに集会し、六五名の代表者と表決権を有しないベルリンの代表者五名からなっていた(3)。

基本法制定会議は一九四八年九月一日に開かれ、アデナウアー(Adenauer)を議長に選んだ(4)。会議の活動は「一九四八年九月八日および九日に亘って開かれた第一回総会から始められた(5)。」九日に、制定会議は「長老委員会の提案に基づいて」諸委員会の設置をきめた(6)(7)。すなわち、「本委員会」(Hauptausschuß)(二一名)、「総則問題委員会」(Ausschuß für Grundsatzfragen)(一二名)、「財政委員会」(Ausschuß für Finanzfragen)(一〇名)、「連邦組織委員会」(Ausschuß für Organisation des Bundes)(一〇名)、「憲法裁判所と裁判委員会」(Ausschuß für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege)(一〇名)、「権限画定委員会」(Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung)(一〇名)(8)。

一九四八年九月一五日に委員名は確定。

今総則問題委員会はどういう仕事をしたかを見ると、のちにボン基本法の前文、第一章、第二章になった部分が、主な問題であった(9)。

本委員会はシュミット(Carlo Schmid)議員の司会の下に一九四八年一一月一一日から活動を始めた。この委員会の仕事は、全草案と問題になっていない条文をも論究して、そして政治的決断を下すことであった(10)。会は第四読会まで開かれ、一九四九年五月五・六日の本委員会第四読会によって決定された草案が、一九四九年五月八日の総会の第三読会で承認された(11)。一九四九年五月二三日に基本法制定会議の議長によって公布された(12)。

(1) これまでに至る経過は、次のようである。ドイツをどのような国家体制にするか、これが明らかにされたのは一九四七年三月一〇から四月二四日にかけての米英仏ソ四国外相がモスクワにおいて会議を開いたときであった(山田、前掲、一

五一―一五二ページ。田中、前掲、四五三ページ）。ソ連は中央集権国家を作ることを主張し、西側三国は地方分権国家を主張したために一致しなかった。「この二つの根本の対立は、一九四八年六月の西欧六ケ国のロンドン協定とソビエト陣営八ケ国のワルシャワ外相会議を契機として、二つの憲法に分裂」した。すなわち西ドイツの「ドイツ連邦共和国基本法」と東ドイツの「ドイツ民主共和国憲法」。また、西側三国の内部でも必ずしも一致していたわけではなく、一九四八年二月二三日よりのロンドン米英仏三国会談では、「米英は早急に基本法議会を召集し、西ドイツ基本法草案を起草せしめ、フランクフルトに中央政府を樹立せしめようとするに対し、フランスは強大な中央政府の出現をおそれ、あくまで各州の権限に重きをおく連邦体制を主張した。連邦制の上に立つ中央政府を主張する米英側がフランスを押しきり六国協定にもとづき米英仏三国長官が西ドイツ十一州の首相に対し制憲議会を召集するように命じた」のである（平野義太郎、第二次大戦後の憲法、日本評論社、昭和二七年、八ページ）。

（2）山田、前掲、一五三ページ。

（3）山田、前掲。

（4）山田、前掲。

（5）憲法調査会、ドイツ連邦共和国基本法制定の経過、憲資・総第一六号、一六ページ。

（6）Ältestenrat――これは、制憲議会の議事について議長を助けるために設けられた。これは、正副議長と、各派を代表する一〇人の議員とからなっていた（憲法調査会、ドイツ連邦共和国基本法制定の経過、憲資・総第四九号、一一五ページ）。

（7）K. B. v. Doemming, R. W. Füsslein, W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 1, 1951 S. 6.

（8）A. a. O. S. 6-8.

（9）A. a. O. S. 9.

（10）A. a. O. S. 10.

（11）A. a. O. S. 13.

（12）A. a. O.

㈡　基本法四条三項の制定経過

現行法四条のもとになったものが総則委員会で討論されたのは一九四八年九月二九日である。二ケ月後の一一月三〇日の総則委員会でノルトライン・ヴェストファーレン選出のナーデイッヒ（Friederike Nadig）社会民主党婦人議員が、次の規定の採択についての取扱いを求めた(1)。

「だれでも良心上の理由から武器を持つ兵役を拒否する権利がある。」（Jedermann ist berechtigt, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern.）

議論は、そうした規定が基本法のどの条文の中に位置づけられるべきかであった。良心の自由、信仰の自由の規定の中に入れられ、文言はマンゴルトの提案で次のようになったのである。(2)

「何人も自己の良心に反しては武器を持つ兵役を強制されない。詳細は法律がきめる。」(Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden. Das Nähere bestimmt ein Gesetz.)

一二月一三日に「法律」とあったのが「連邦法律」と変えられた。(3)

一九四九年一月一八日の本委員会第二読会に舞台は移った。後に大統領となった自由民主党のホイス(Heuß)は削除を提案。彼は「ミリタリスト」「アンチパシフイスト」といわれることに抗議しながら次のように言った。(4)

「一般的兵役義務は民主主義の正統な子で、フランスに生れた。」今は民主主義的な「新しい国家の基」を作ろうとしているのであって、「もはや古い意味の軍隊をもうけ」ないことは明らかであるし、また「私もそうしたことを望んではいない。」だから「基本法制定に際して、そのように宣言することは、できないことだと思う。」「アングロ・サクソンがクェーカーやメノナイト等々にしているように、そうしたことをなんらかの法律できめようとするときには、そうした宣言は正当なものである。しかしながら今ここにこの良心(条項)(5)をあっさり入れてしまうと、戦時には、たくさんの人々がこの良心(条項)を利用すること(Massenverschleiß des Gewissens)を憲法で認めることになろう。(6)」「さらに、特に不適当と思われることは、武器を持つ兵役が武器を持たないものと区別されているということである。」

なぜ両者が区別されていることが問題であるかと言えば、ホイスの見るところでは、武器を持たないものの方が武器を持つ兵役よりも軍事的であるということがあり得るからで、武器を持つ兵役だけがとくに取り出されることは不都合ではないか、ということと思われる。ホイスは次のように言う。

「ある者がバンバンなる鉄砲(Knarre)を持ってどこかあるところでなにかあるものを見張っているあるいは防衛のためにひっぱってこられるとき、そうしたことが、ある者が高い賃金で爆弾を一つ〳〵製造しそれゆえになにも武器を持たないが、しかし、軍事政策的にはとてもよくないことをしているときのようにそんなに軍事的(militärisch)である、とはとんでもないことである。(7)」そこでホイスは提案する。「立法者は、将来、イギリスやアメリカで考えられているような意味で、かって我国でもメノナイトに適用されたそうした法律を制定すること」である。

シュミット議員は、戦争で射殺されることから身を守る権利をだれにでも与えることがここで問題になっているのではなくて、近代戦争では、戦闘員も非戦闘員も一般的に危険にさらされているとして[8]、次のように反論した。

「戦争においても他を殺すことを自己の良心と一致させることのできない者はすべて、次のように言う可能性を持っているべきである、すなわち『私は私の祖国の緊急にさいしてこの方法とは別な方法で私の役務をなし得ることを望む。』と。そのために我々は法的可能性を作るべきなのだ[9]。」

また、社会民主党のエーベルハルト（Eberhard）議員は、この条項の予想し得る教育的作用を言った。すなわち、

従来「命令は命令だ」という不幸な原則が適用されたが、今後は、命令が自己に課せられることを自分が欲するか否かが、個人の良心的決定に帰せられるのだ[10]。

削除案は一五対二で否決された。

一九四九年五月五日の本委員会第四読会で、共産党のレンナー（Renner）議員が、「良心上の理由による兵役拒否のこの項の代りに、『戦争は追放された』という文を挿入することを提案した[11]」が、これは否決された。

一九四九年五月五日の総会第二読会で、兵役拒否の項の削除案（三人のキリスト教民主党員と一人のキリスト教社会民主党員による）は否決され、現行法に至った[12]。

（1）JöR, a. a. O. S. 76. 平野、良心にもとづく戦争役務の拒否権、二二ページ。杉村、防衛法、五九ページ。

（2）A. a. O. 議会議事録を直接見ることができなかったから、ナーディッヒの提案理由は不明。

（3）A. a. O. S. 77.

（4）ホイスの説明はすでに杉村、前掲、で紹介されている。しかし、意味がよくわからないから、議事録を見ることができないとしても、前述の制定史を訳することによって明らかになると思った。A. a. O.

（5）（条項）は、私が入れて意味を補った積りである。

（6）杉村、前掲、は、「この規定は『良心の集団的小売』を合憲とする虞があること」と意訳するが、意味がはっきりしない。なお原文は、Aber wenn wir jetzt hier einfach das Gewissen einsetzen, werden wir im Ernstfall einen Massenverschleiß des Gewissens verfassungemäßig festlegen.

（7）杉村、前掲、はここを「武器をもってする戦務を武器製造への従事と区別する根拠がないこと」と要約する。

（8）シュミットとホイスの論争点は、ホイスが殺されたくない者を四条三項は保護することになると考えていることに対し

て、シュミットは、近代戦争は全面戦争であり、たとえ非戦闘員でも殺されることがあるのだから、殺されたくない者を四条三項は保護しているわけではなく、保護しても意味がない、ということと思う。次に、武器を持つ兵役と武器を持たない兵役が区別されていることをホイスは問題という。この場合ホイスは軍事的観点よりすれば武器を持たないものであっても軍事的には重大なものがあるのだ、と言うわけである。これに対してシュミットは、後述するように、軍事的観点でもって武器を持つ兵役を拒否する者を保護しているわけではなくて、戦争においても人を殺せないという者を保護しようとするのだと反論する。議論の対応を私はこう思う。

(9) A. a. O. 杉村、前掲。
(10) A. a. O. S. 78. 杉村、前掲。
(11) A. a. O. S. 79.
(12) A. a. O.

三　再軍備の過程と四条三項

四条三項の制定過程では、この条文はもっぱら個人主義的、自由主義的観点で論議され、ラントの兵役拒否権の考え方は、レンナーにうかがえた程度にすぎなかった。次にこの四条三項は西ドイツの再軍備の過程で一定の役をさせられたから、再軍備の過程を明らかにしつつ、四条三項の問題に進みたい。

(一)　宮田教授の「西ドイツ――その政治的風土」の中に西ドイツ再軍備の過程が詳しく述べられている。(1)(2) 少し長くなるが重要なので引用する。

「第二次大戦が終ったとき、ドイツは七〇〇万の同胞を失い、三五〇〇万の戦傷者を出し、二〇〇万の住居を完全に破壊されて、大都市のほとんど四分の三が廃墟と化していました。こうした状況の中で、ひとびとが夢想だにしなかった一事があるとすれば、それは、ほかならぬドイツ再軍備であったことでしょう。四五年八月のポツダム宣言は、『ドイツの全面的武装解除と非軍事化』を謳い、『好戦国民』ドイツが『永遠に』非武装にとどまるべきことを主張していました。こうした連合軍の要求にこたえて、アデナウァーは四六年暮に、つぎのように言明することをはばかりませんでした。『われわれは、完全に武装を解かれ、純軍需産業を破壊されることに同意した。……それのみでなく、わたしは、われわれがスイスのように国際法的に中立化されるとしても、ドイツ国民の大多数はそれに同意するものと信ずる』と。」(3)

「こうした中で、一九四八年は一つの転換点を形づくっています。東西の冷戦が激化するにつれて、西ドイツを西欧体制に編入しようとする動きが強くなり、それに対応して、ベルリン封鎖が行われたのは、この年から翌年にかけてです。ナチ時代の国防軍将官の名前とともに西ドイツ再軍備の噂が巷間に流れはじめたのも、その頃のことです。それは『根も葉もない』風

聞として、公式にはくりかえし否定されていました。しかし事実は、すでに四八年秋に、当時、制憲議会議長の地位にあったアデナウアーは、ひそかにシュパイデル元将軍に西ドイツの軍事貢献の可能性についての調査を委嘱していたのです。

四九年春に成立したボン基本法には、この再軍備問題についてなんらふれられていませんでした。しかし、すでにその基本権の規定の中には、将来の可能性を見込んで、良心による兵役忌避の権利が明記されていました。（傍点筆者）その秋には、アデナウアーは首相に選出され、連邦議会では、はじめて『防衛論争』が行われています。むろんここでは全政党が当時の西ドイツ世論に一致して、ドイツ再軍備に反対する決意を表明しています。アデナウアーもまた年末のインタビューで、西ドイツの再武装に原則的に反対する自分の態度には、なんらの変更がないことを強調しています。しかし、すでにそこでは、ヨーロッパ防衛のため連合軍から要求があるなら『独立の国防軍』ではないが、『ヨーロッパ同盟軍内部の用兵員』を認める用意のあることを洩らしていました。

五〇年夏に国際化された朝鮮戦争は、西ドイツ政府のこうした計画を速かに実現する機会を提供するものでした。この八月にアデナウアーは閣議にはかることなしに、いわゆる『西ドイツの安全に関する覚書』をマクロイ米高等弁務官に提出して、再軍備に反対する内相ハイネマンの辞任をひき起しています。この覚書は、いまだに全文の公表をみていない代物ですが西ドイツが、『国際的な西欧軍の結成にさいして、ドイツの用兵員の形式のもとに参加する用意のある』ことを骨子としていました。アデナウアーは、ドイツ師団の提供と引替えに、西ドイツの主権回復を狙ったものといえるでしょう。ただ彼は、連合国側から西ドイツ政府にたいして参加を要請する形をとることを求め、こうした『形式的な迂路』をとることによって、彼がドイツ再軍備を望んでいるという非難を回避しようとしたのです。事実、この九月のNATO理事会は、西欧防衛のために使用しうるいっさいの人的資源と生産力を結合した戦闘軍を実現する旨を決定し、西ドイツの参加も一致して承認されています。」

こうして、米英仏は、西ドイツの占領状態を終結すると同時に、ソ連に対する必要上、ヨーロッパ防衛共同体（European Defense Community, EDC）という機構をつくり、ヨーロッパ軍を創設して、西ドイツをこれに参加させる方針を決定した。この方針にもとづいて、一九五二年五月二六日、ボンにおいて「ドイツ連邦共和国と三国との関係に関する条約」が調印され、二七日にはパリにおいて、西ドイツ、フランス、イタリアおよびベネルックス三国間に「ヨーロッパ防衛共同体の設立に関する条約」が調印されたが、西ドイツに不安を抱いていたフランスの議会は、この条約批准を否決してしまった。(4) そこで、フランスを含む西欧

諸国は、西ヨーロッパの協力関係にひびの入ることをおそれて、ロンドン会議を開き、さらに、一九五二年調印されたままになっていた「ドイツ連邦共和国と三国との関係に関する条約」もパリ会議の議定書で確認され[5]、一九五五年五月五日その効力が生じ[6]、ここにドイツの占領は終結し、西ドイツは完全な主権を回復した[7]（但し西ベルリンについては留保つき）。

（1）宮田、前掲、五九—六一ページ。

（2）西ドイツの再軍備の過程を雑誌、世界、岩波書店、の関連記事を通読することによってかなり詳しく知ることができる。以下題名をあげることにする。「西欧防衛の問題をめぐって」（昭和二六年一月号）、「ドイツ再軍備の条件」（同年二月）、「西独の再武装」（四月）、「平和を索める世界の良心」（同、堀江忠男）、「西独と『平和取決め』交渉」（一二月）、「北大西洋同盟リスボン会議の背景」（二七年二月）、「自由の危機との闘い」（同、武田清子）、「共産主義の脅威と西独の再軍備について」（同、K・バルト）、「西ドイツの再軍備問題」（五月）、「シュマッハーの死」（一一月）、「戦争への道—再軍備」（同、カロラス）、「西ドイツの再軍備と欧州情勢」（二八年一月）、「ドイツ問題とロシアの切札」（七月）、「ドイツ統一問題の新局面」（九月）、「ドイツと日本」（一一月、小幡操）、「西ドイツの総選挙」（同、クロスマン）、「ドイツの軍備化とアデナウアーの勝利」（同、ヴァヨ）、「西独の憲法改訂」（二九年五月）、「社会主義者とドイツ軍隊」（同、コール）、「EOC崩壊をめぐって」（一一月、ヴァヨ）、「EDC流産以後」（同）、「ドイツの上に戦いの星」（三〇年一月、カロラス）、「マンデス・フランス提案以後」（二月）、「西独再軍備—その反対者と愛益者」（同、スタイン）、「対ソ会談の時期」（同、ヴァヨ）、「パリの暗雲—西独再軍備とパリ議会の決定」（三月、ヴァヨ）、「ソビエトの対独政策」（四月）、「ボンからの警告—再軍備に対する反逆」（同、カロラス）、「西独国会のパリ協定批准論議」（五月）、「ヨーロッパにおける共存」（同、スタイン）、「ドイツの民衆は起ちあがった」（同、ニューステイツマン誌）、「『鉛の兵隊』の誕生」（三一年九月）、「徴兵制をめぐる西独の動き」（一一月、小林直樹）、「アデナウアーの道」（三七年二月、笹本駿二）、「キリスト者と戦争」（三四年九月、ニーメラー）、「フランスの試練」（三〇年三月）。

（3）ゼーテ、前掲、は「びっくりし当惑したドイツの世論は、西欧とくにアメリカからの再軍備要請をいろいろ複雑な気持で見守った。ときには途方に暮れ、ときには冷笑し、ときには久しぶりに自覚がよみがえるような気持になり、またときには啞然としておどろくだけであった。だが最後に、『長い物にはまかれろ』で、再軍備と折れあうのが政治的に賢明だという気持が一般の人達を支配しはじめた。」と言う（二九ページ）。

（4）一九五四年八月三〇日。「EDC流産以後」二ページ（注2）。

（5）フランス下院での論議は「フランスの試練」（注2）に詳しい。パリ協定と総称される諸協定は一九五四年一〇月二三日に決められた。

（6）パリ協定の批准をめぐっての西ドイツでの論議は「西独国会のパリ協定批准論議」（注2）がある。一九五五年二月のことであった。

（7）斎藤、前掲、現代8、一三二―一三五ページ。同「西ドイツにおける主権と軍事協定」（思想、一九六一年三月）二八一ページ。

㈡　世界史的な大きな歴史の流れの中で、西ドイツの内部ではいかなる論争が展開されたかを見たく思う。再軍備反対の世論は他に譲る[1]として、以下では法律論争に焦点を絞ろう。しかし、言うまでもないのだが、政府に反対の法律論争は、再軍備反対の世論と呼応していただろう。

問題はどういうことであったか。

先のEDC条約の調印前、また調印後に、社会民主党議員他が、EDC条約の違憲確認請求を連邦憲法裁判所に提出したことによる。しかし、この提訴は、「同条約に関する立法機関の討議未了その他の理由で却下された」。その後一九五三年三月一九日に「連邦議会を（賛成二二四、反対一六五）、五月一五日連邦参議院を（賛成二三、反対一五）通過」した。最後に提出された野党の確認請求は、一九五三年五月一一日の訴訟であった。他方この間大統領もこの問題に関する裁判所の意見（Gutachten）を求めたが、「その後、その請求は大統領自身によって撤回されるに至った[2]。」こうした法律上の争いに終止符を打とうとして、憲法改正の動きが具体的に現われて来た（一九五四年一月一四日）[3]。

（1）前注（2）。宮田、前掲、六一―六三ページ。

（2）河原畯一郎、西ドイツにおける再軍備・自衛権・兵役義務論争の焦点、ジュリスト、一九五三年一〇月一五日、二ページ。

（3）藤田嗣雄、西独の再軍備と憲法改正、ジュリスト、一九五四年五月一日、四ページ。

㈢　あるいは改正により法律論争に終止符が打たれるかもしれない。しかし、この法律論争によって明らかにされた政府側の論理は重大な問題を含んでいたのである。それゆえに、以下必要な限りにおいて見て行く。

EDC条約に加入することによって、西ドイツはヨーロッパ防衛について義務を負うのであり、戦闘部隊の設置、軍需品の製造、一般兵役義務の施行等を実行しなければならないのだが、基

本法には、これに必要な規定が欠けている、と社会民主党は主張した。したがって、EDC条約に加入するには、先ず基本法を改正して、特定機関に対し国防制度を担任する権限を附与することが必要なのだと。これに対して、連邦政府側は、「国防制度を規律且実施する権限は、憲法上の特別規定がなくても憲法に内在する」と主張した。(1)

もう少し、河原、前掲、によって見ておこう。「国防権と基本法第二四条」をめぐって、連邦政府は、「政府は憲法上特別の規定がなくても、明白な禁止規定がない限りは国防権(die Wehrhoheit)を行使することができる」として、その中心観念に「国権」(die Staatsgewalt)をもって来て言う。(2)

「国権の近代的観念は、個々の国家公権(Hoheitsrechte)の集積ではなく、法の制約の下に於ける完全な支配権である。故に問題は共和国基本法が国防権の行使を明示的又は暗黙に許容しているか否かではなく、占領終了後に於て国防の行使を禁止する障壁が存在するか否かである。」

これに対して社会民主党は反論する。

「政府側の主張は、結局、立法機関は憲法が禁止しない限り凡てのことをなすことができるとすることに尽きている。この原則は民主的法治国においては国民に対して適用されるものである。しかるに、政府は国民の負担と不利に於て、これを国家機関に与えたのである。民主的法治国家の基本原則は、国家機関は憲法上与えられた以上の権限を有しないことである。」

次に、こうした国権の観念の下で兵役義務はいかに論じられたか。政府は言う。(3)

「連邦国家には、憲法中に明示された管轄権の外明示されない管轄権のあることは国家の実際において承認されている。…第四条の三の『何人もその良心に反し戦闘員として戦争役務を強いられない』は一般兵役義務を前提とした規定」である。さらに、「一般兵役義務の施行に憲法上の明示的規定を必要とするとの論は承服できない。古くから徴兵制度を有するフランスその他の国に於ても憲法上の規定がない。国家がその防衛目的のために、国民を徴用する権利は一般国権の観念から生ずるのである。フランス憲法中に兵役義務に関する規定がないことは、却ってそれが民主国に於ける本質的意義たることを示すものである。」「勿論兵役義務に関して言及している憲法も少なくないが、それは言及されていない場合はその施行が不可能であることを示すものではない。基本法第四条の三の規定は寧ろ兵役義務の施行を是認したものと解すべきである。」

これに対して社会民主党は反論する。

「もし一般的国権の観念から、兵役義務を強制する権利を引

き出すことができるとすれば、共和国基本法はドイツ国民にとって全く擁護する価値のないものである。憲法は本来自ら定めた領域を有し、立法権は特別の権限付与なくしては、この領域に介入することは許されない。立法機関はその権能を憲法から引き出すのであり、国家と国民との間に憲法自体の許容しない法律関係を権限を有しないのである。米国においては、国権…を根拠として兵役義務を施行したのではなく、憲法第一条八項に基いたものである。ドイツの法的伝統において、直接憲法上の根拠なくして兵役義務が施行されたことはない。」

(1) 河原、前掲。
(2) 河原、前掲、三ページ。
(3) 河原、前掲、五―六ページ。藤田、ボン憲法と再軍備問題、ジュリスト、一九五二年四月一五日、三三ページでは、政府側の意見しか紹介されていない。

四　政府と社会民主党は真向うから対立した。しかも、憲法の本質的な問題にかかわるものであった。ここではもはや国権の観念に立ち入る必要はないだろう。四条三項を学者はいかに考えたか、これが残されている。ここでも政府側を支持する者と社会民主党を支持するものに分れた。

ここではそれぞれを詳細に検討する必要はないであろう。両者の代表的な主張と、その対立点を見ればすむだろう。

1、政府を支持するショイナーを見よう。(1) 彼は、基本法では少なくとも間接的あるいは暗黙に兵役義務が認められているのだと四条三項は解釈される、とする立場をもっと進めるのである。すなわち、「基本法の中にこの規定を採択していることは、すでに明白に、軍隊と兵役義務の実施(Einführung)が考慮されている、ということの一見して十分な証拠(prima facie ein Beweis)である。なぜならば、兵役拒否権の承認は、兵役義務というものが存在するときだけ、意味があるからである。」「四条三項は兵役を前提しており、しかも、単純な法律(einfaches Gesetz)によって実現される可能性が前提されている。」

2、しかしながら、フォルストホフ(E. Forsthoff)は四条三項の意味を次のように言う。(2) 四条三項を解釈するときには「基本権がすなわち個人のための保護規範が問題であるのだということから、まず出発しなければならない。この保護規範の背後には、第二次大戦の経験と、占領軍によってドイツ人兵士に行われた戦争犯罪者の裁判の経験があるのである。」「基本法四条三項の単純な論理は、武器を持って近代戦争に加わることに責任を負い得ない、と信じている者の良心的決定を認めるということである。こうしたことがこの規範の第一次的な意味である。」そして、フ

ォルストホフはこの規定から連邦の潜在的な軍事高権（Wehrhoheitsrecht）を推論することに反対した(3)。

以上両者は根本的に対立しているが、基本権として存在する四条三項の意味からすれば、フォルストホフの主張に理由があると思う。

(1) Scheuner, Der Kampf um den Wehrbeitrag, Band 2, 2. Halbband, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz 1953, S. 105 ff.

憲法裁判所に出された他の専門家の意見で、四条三項について、政府側に立つものを見よう。まず我国に関した説明が連邦政府の見解の中に出てくる（A. a. O. S. 16）。「日本の憲法によれば、軍隊を放棄することによって」一般的兵役義務をできなくしているのだと。つまり、ボン基本法には、日本のような禁止規定がないということの例として日本が出てくるのである。（なお、ここに出てくる諸意見（Gutachten）は Der Kampf um den Wehrbeitrag に集録されている。以下もこれによっている。）

E. Kaufmann——四条三項は一般的兵役義務を前提している。なぜならば、もしも武器を持つ兵役が違憲であれば、この規定は意味がないからである。彼は、基本法の「以下の基本権は、直接適用される法」（一条三項）を根拠にしているのである。それで、法律で一般的兵役義務を施行できることになって行く（A. a. O. S. 48 ; W. Weber, a. a. O. S. 179 f. ; E. Wolff, a. a. O. S. 208 ; E. Kaufmann. a. a. O. S. 795）

R. Thoma——この自由権の保護が、一般的兵役義務の実施を憲法上禁じているのだ、という意見は支持できない。四条三項によって兵役義務を実施することから、困難なことが生ずるだろう、ということはたしかにそうである。しかし、全く不可能なわけではない！「一般的兵役義務を将来実施することの可能性」を基本法は認めている（彼は、二四条の侵略戦争の規定と関連して言っている）（A. a. O. S. 175）。

(2) E. Forsthoff, Der Kampf um den Wehrbeitrag S. 317 f. その他を見ておこう。この諸意見（Gutachten）も、前掲に集録されている。

K. Löwenstein——四条三項は「宗教の自由の特別な強調」である。戦後の平和主義的メンタリテートに由来している。宗教的な兵役拒否者の良心の自由の意識的な保護規定から逆のものすなわち兵役義務をどうやってひき出すことができようか（A. a. O. S. 356）。

F. Klein——将来兵役義務を導入することは認めているが、直接は占領軍に対してである。再軍備の根拠になるとはとんでもないことで、四条三項は、「基本法の反軍国主義的平和主義的性格を明らかにし強化」しているのである（A. a. O. S. 478-481）。

R. Smend——後でスメントについてはふれることがある

から省略するが、クラインやフォルストホフと同旨(A. a. O. S. 559 f.; 569 ff.)。

W. Schätzel——他の人々と同じことを主張しつつも、より制定当時の平和主義的感情を考慮することを強調する。ラントの反戦的傾向の憲法を指摘。そして一九四八年八月一八日のヘレンヒムゼーの憲法会議ではKord博士が「主権国家のもっとも重要な権利たる自衛権を我々は放棄すべきだ」と言ったと彼は言っている(A. a. O. S. 648 f.)。

(3) 平野義太郎、西ドイツ基本法「改正」の行方、法律時報、二八巻一二号、九七ページも、政府の考え方に強く反対している。

四　再軍備の完成としての憲法改正

(一) ボン基本法の改正手続を調らべておく必要があろう。基本法七九条一項によれば、「基本法は、基本法の文言を明文をもって変更し、または補充する法律によってのみ、これを変更することができる」のであり、二項によれば「このような法律は、連邦議会議員の三分の二、および連邦参議員の表決数の三分の二の同意」が必要である。したがって、いわゆる憲法改正には、「基本法の文言を明文をもって」、「変更」する場合と「補充」する場合があり、いづれにしろ、形式的意味の法律による。こうした法律は連邦議会議員の三分の二と連邦参議員の表決数の三分の二の同意があれば、制定されるから、日本国憲法の改正方法と非常な違いである。

(二) 基本法の変更と補充の議決方法が同じであるから、立法機関がどちらを選んでも大差はない。(1) 問題は、かかる容易な改正手続にある。なぜならば、この手続によって、政府は続々と「基本法を補充する法律」を制定して、再軍備に必要な基本法規定を設けていったからである。四条三項に関係の深い、重大なものをあげる。(2)

1、七三条——一八才以上の男子の兵役義務および市民の保護を含む国防。これは一九五四年三月二六日の法律で補充され、一九五五年五月五日発効した。

この規定に基づいて、一九五五年六月二七日に、連邦政府は、連邦議会に対して「志願兵法案」を提出した。ここに「志願兵法」(Das Freiwilligengesetz) が生れ、一九五六年三月二一日には「軍人法」(Soldatengesetz) が公布されたのである。(3)

この一連の再軍備の過程の最終段階が、一九五六年七月二一日の「兵役義務法」(Wehrpflichtgesetz) である。そしてこの法律の第三章二五—二七条が「兵役拒否者に関する規定」である。

2、一二条——良心上の理由にもとづいて、武器をもってする兵役を拒否したものは、これに代役に従事する義務を負わせることができる。代役の期間は、兵役の期間をこえてはならない。詳細は、法律で、これを定める。法律は、良心の自由を侵害してはならず、かつ軍隊となんら関係のない代役の可能性をも規定しなければならない。女子は、軍隊における役務給付の義務を、法律によって負わせられてはならない。女子は、いかなる場合にも、武器をもってする役務に使用されてはならない。これは一九五六年三月一九日の法律で補充された。

(1) 平野、前掲、九六ページでは、「改正」ではなくて「補充」という手段を政府がとったことを非常に強く非難する。しかし、疑問である。また、九七ページでは、「与党三三四票対野党一四四票、つまり議員三分の二以上の同意を得たことで、この『基本法を補充する法律』がきめられたのであった」といいながら、同、核武装・軍国主義と非常状態法—西ドイツの経過は日本に何を教えるか、日本平和委員会平和運動資料、一九六六年一月一日、五ページで、「あからさまに憲法『改正』とはいわないで、『補充』だから、改正手続きに必要な議席三分の二の賛成を要せず、過半数すなわち単純多数決で『改正』をおこなったことである」と言うのは、明らかに誤りである。

(2) 西ドイツの再軍備のために行われた憲法改正の解説として、藤田嗣雄、西ドイツの再軍備と憲法改正、ジュリスト、一九五六年八月一五日、五二ページ以下。および同、ドイツの再軍備—憲法法的考察、憲法調査会資料・戦第五号、四〇ページ以下。

(3) 藤田、前掲、四六ページ。なお、平野、徴兵法制定のための西ドイツ基本法の修正、法律時報、二八巻五号、六六ページ以下。

第二項　原則と例外の論議

一　問題の所在

アデナウアー政府は、ボン基本法の補充という手段によって、七三条一号に「一八才以上の男子の兵役義務および市民の保護をふくむ国防」に関する権限を「専属的立法権」として連邦議会に与えることに成功した。そこで連邦政府が七三条一号にもとづいて兵役義務を規定しようとしたとき、四条三項の兵役拒否権の取り扱いを次のようにしようとした。もちろん政府は前述の国権の観念に基づいていると考えなければならないだろう。

「一般的にいえば、あらゆる国家はその国民に対して兵役義務を課す権利をもっているのであるから、この『良心による戦

争反対』の規定はその『例外』規定で、したがってその例外の内容は『細目は連邦法律により定められる』ものである」。

これに対して社会民主党は反論する。

「この良心による戦争反対の権利は憲法で決められた基本的人権で、例外規定どころか、憲法秩序全体とくに人権の規定全体に拘束される人権の基本的制度である。」

こうした主張から、前者は、兵役拒否権を兵役義務の例外規定だから、「良心にもとづく戦争反対」というのは、ただ純粋に「宗教的および倫理的理由」によるだけに限り、「政治的理由」による良心的反対を認めないことを引き出そうとするのであり、後者は、兵役拒否権は基本的人権であり制限され得るものではなくて、具体的には「人道的理由」も「政治的理由」と区別することなく、ともに兵役拒否権の中に含まれ得るということを引き出そうとするのである。(1)

さらに、良心的兵役拒否者の承認手続における挙証責任の分配に関しても、論じられる。兵役義務は原則で良心的兵役拒否権は例外だから、例外を主張する者が挙証責任を負うべきだ、いやその逆であるという議論である。(2)

それだから、良心的兵役拒否権の本質を理解するには、この原則と例外の論議の問題を整理しなければならない。この議論はとても多くの立場から考えられている。

(1) 平野、西ドイツ徴兵法と兵役拒否者、法律時報、二八巻一一号、七八ページ以下。なお、佐藤功、『良心的反戦論者』の問題、法学セミナー、一九六四年八月、一四―一五ページ。

(2) 例えば、Hannover, Zur Beweislast im Verfahren auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer, NJW, 1960. S. 381 ff.; De Clerk, zur Beweislast in Kriegsdienstverweigerungsfällen, JZ, 1960. S. 13 ff.

二

良心的兵役拒否権が基本権であるかどうかについてはほとんど問題になっていない。そこで、良心の自由の問題に直接関係してこない見解と、そうでないものとに分けて考えよう。

(一) 第一のグループには次の二つがある。

1、キップ(H. Kipp)の立場である。(1) 彼は自然法を認め、自然法的に、国家が原則的に国民を兵役に入れる権利を持っていると言う。(2)

しかし、そもそも自然法がいかにして認識できるかが問題であり、この点からこの主張には疑問である。(3)

2、「自由の優位」を主張する者で、良心的兵役拒否権を原則

と考えている。テイートゲン(W. Tietgen)は次のように言う。すなわち、「『自由』権であり、それゆえに消極的あるいは自由な地位(status negativus sive libertatis)を保障するところの基本権が原則であり、暴力を行使する国家の権利は例外である。」この命題を根拠づけるものが「国家的利益に対する『個人的』自由の優位」であり、具体的には何を意味するかと言えば、「国家が暴力を自由にするためにではなくて、国家が自由を制限するためには、特別な承認(Legitimation)が必要である」ということである。

テイートゲンが「自由の優位」と言うとき、基本権が一方にあり、「特別な承認」を受けて自由を制限するすなわち基本権として保障された自由を制限することが他方にある。

では基本法四条三項に保障された自由を制限することが特別に承認されているか。後述するが、この四条三項に保障された権利すなわち自由が制限される、ということは全く考えられていないのである。したがってテイートゲンが言う「自由の優位」という説明では兵役拒否権がすなわち四条三項の基本権が原則で、兵役義務が例外だと言うことはできない。(4)

(1) H. Kipp, Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, Verfassung und Verwaltung, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz, Band 3, 1952, S. 83 ff.

(2) A. a. O. S. 104. 「国家は原則的に国民を防衛役務(Wehrdienst)につかせる権利を持って」おり、「良心的理由による拒否権は、原則の例外いわばexceptioである」。

(3) キップの自然法観と認識方法については、A. a. O. S. 83 f. とS. 83 Anm. 2.

(4) W. Tietgen, Anmerkung, DVBl. 1959, S. 593. 「自由の優位」は、Primat der Freiheit; Vorrang der Individualfreiheit; Präponderanz der Freiheitの訳語として用いる。「自由の優位」を主張するものに、H. Hannover, Zur Beweislast im Verfahren auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer, DVBl. 1960, S. 381. そして、Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 12, 1954, S. 73; Thomas Oppermann, Gaststättenbedürfnis und Grundrechtsauslegung, AöR 80, S. 471, 473 f. このオッパーマンは、基本法一二条一項後段の問題として「自由の優位」ということを扱っている。彼は「自由の優位」の考え方を遡って、カール・シュミットに行く。すなわち、カール・シュミットの「法治国家の根本的配分の原理」(fundamentale

Verteilungsprinzip des Rechtsstaates) だと言うのである。そこで、カール・シュミットの「根本的配分の原理」を調べよう。Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 158, 164によれば、「個人の自由は原則的に『無制限』であり、国家の権限は原則的に『制限』されている」という内容である。この原理が妥当とするのは、個人権すなわち「孤立化した個人の権利」(Rechte des isolierten Einzelmenschen) それゆえに「個人主義的な自由権」にだけである。すなわち、「良心の自由、人身の自由（恣意的逮捕に対する特別保護）、住居及び信書そして私有財産の不可侵」。しかし、「他者と関係する個人の権利」では、「社会的な活動」を持っているから規制の必要があり、もはや配分の原理は妥当しなくなる。しかしながらこれらの権利（表現の自由、出版の自由、集会の自由など）の制限はあくまで例外なのである。「法律に従って」とは「原則的に制限された、測り得る、かつ一般的に規制された例外」でしかない。「法律に従って」基本権が保障されているのではない。シュミットのこのような考えと、ティートゲンの「自由の優位」とは一致するのであり、このことを考慮すると、基本法四条三項がなんら「例外」の場合の規定を認めていないのだから、「自由の優位」を持ち出してきて、良心的兵役拒否権を原則で、兵役義務を例外とすることはできないのではないかと思う。

(ロ)　次に、良心の自由の理解に根本的にかかわってくるものを見よう。

1、第一のものは、ショイナーの見解である。彼は四条一項の良心の自由と、四条三項の良心的兵役拒否権は密接な関係にあることを認めつつも、四条三項は四条一項の拡張だと見ている。ここに基本権として意味があるのである。

「兵役拒否は近代の一般的兵役義務の発展と関係している。国家が国民を兵役に入れる場合にはじめて、国家と個人の問題として兵役拒否が出てくる。(1)」そして、国家が兵役拒否を認めようとするのは、「良心の強制を否定する近代国家の原則的立場」であり、国家は、「法律義務の例外を許すことによって兵役拒否の態度の中に現われている良心的決定を尊敬」しているのである。ここでは「寛容の行為すなわちその真剣さのために他人の確信も認めるという行為が問題になっているのであり、(2)「法律一般の厳格な施行が真実な良心の負担になる場合には、例外を容認できるかどうかの問題(3)」が国家に生じているのである。このように考えると、兵役拒否は「一般的な良心の自由」から単純には出てこない。兵役拒否の「容認は、信仰と良心の一般的自由の程度を越えている(4)」のである。

ところで、基本法四条三項は、国民に「一定の条件下で、基本権、すなわち、武器を持つ兵役に対する良心のためらい(Gewissensbedenken) の権利 (ein subjektives Recht) を与えている。(5)」「この権利は、国家によって与えられた、良心の自由

の根本思想の拡張である。[6]」「四条三項の免除は、明白に真剣な良心のためらいが存在する者にしか与えられない。[7]」「それゆえに、四条三項を容認するところの、原則的な国民の義務の例外である。[8]」

こうしてショイナーは、四条三項の中に含まれている兵役義務と良心の関係を問題にした。[9] さて、四条一項の良心の自由と、四条三項の良心の自由とはどういう関係にあるか。四条一項でいう良心の自由は、伝統的には、個人の内面に限られていて、外に表わされるものは制限を受けることがあり得ると解されている。[10] したがって、伝統的な良心の自由の理解からすれば、「良心的」兵役拒否であっても、良心の自由の中には含まれないことになる。それだから、「良心的」兵役拒否者は処罰されざるを得ないのである。しかし、立法者が、「良心的」兵役拒否者を「良心」なるがゆえに認めることがある。ここにおいて、良心の自由は拡張されたわけで、良心の自由と併存した一般的平等な兵役義務の除外、例外が生ずる。だから、「良心的」兵役拒否は例外である。

こうした理解に立つものとして、トーマ(R. Thoma)[11]とシュライバー(J. Schreiber)[12]が主張するところも認められよう。トーマは言う、「平等条項と差別禁止を見よう。三条三項は、『何人も、その性別、門地、種族、言語、故郷、および家系、その信仰、宗教または政治的見解によって、不利益をうけ、または特権を受けてはならない』と言っている。こうした原則によって、明らかに武器を持つ兵役の免除は、著るしい例外である[13]」。

2、ハーメルは全くちがう。彼は、良心的兵役拒否を四条一項の良心の自由の拡張と見ることに反対して、「兵役拒否権は良心の自由の中に含まれている」と言うのである。では、なぜ良心的兵役拒否権が四条三項で規定されているかと言えば、「戦争における軍務拒否権は良心の自由の中に含まれているから、四条三項の特別な承認は良心の自由の法律解釈(Legalinterpretation)を意味する[14]」のだと。

ハーメルはアルント(A. Arndt)を引用し[15]、アルントはスメント(R. Smend)に基づいている[16]から、ハーメルの主張は終局スメントに行き着く[17]。スメントの理解するところによれば、「基本法の兵役拒否権は、四条との関連では、良心の自由を統合する要素(ein integrierender Bestandteil)あるいは、良心の自由の結果(Folgerung)と見られる[18]」。それだから、アルントの言葉で言えば、「兵役拒否の基本権は『例外権』ではなくて『良心の自由を統合する要素』である[19]」。

こうして見ると、ショイナーとハーメルは根本的に違う。ショ

イナーは伝統的な理解に立つ。この理解は、人間の内面の自由を絶対として尊重する。しかし、人間を実際に見ると、良心の働きは、内面に限られず行動に現われるから、スメントには十分聞かなければならない。だが、スメントの理解を押し進めるとあらゆる良心的反対（例えば納税拒否、強制種痘拒否）を認める方向が出てくるのである。ハーメルはこの点を考慮して、四条三項で四条一項を「法律解釈」したのだと言う。つまりあらゆる良心的反対に絞りをかけているのである。四条一項で保障された良心の自由をなぜ「法律解釈」しなければならないのか、良心的兵役拒否を、他の良心的反対から区別するのはなぜか、等々。これら法と道徳の困難な疑問にぶつかる。私は最終的には法秩序の安定ということからシュナイナーの理解を認めざるを得ない。(20)

(1) Scheuner, Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, S. 253.
(2) A. a. O. S. 260.
(3) A. a. O.
(4) A. a. O.
(5) A. a. O. S. 273.
(6) A. a. O.
(7) A. a. O. S. 274.
(8) A. a. O.
(9) なおまた、Scheuner, Zur Ausführung des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, S. 57.
(10) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 165.; derselbe, Grundrechte und Grundpflichten, 1932, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 207-210; v. Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 225 f.（また、Carl Brinkmann, Grundrecht und Gewissen im Grundgesetz, 1965, S. 366 によれば L. Gebhard, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1932, S. 504 は、ワイマール憲法一三五条では兵役拒否は保護されない、と述べているそうだが、確認できなかった。）我国では、この説が通説と思われる（深瀬忠一、良心の自由と謝罪広告の強制、憲法判例百選、三〇—三一ページ）。
(11) Richart Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Recht-Staat-Wirtschaft 3. Band, 1951, S. 18.
(12) Jurgen Schreiber, Wehrdienstverweigerung und Grundgesetz, DöV 1954 S. 39.
(13) トーマやシュライバーに対する批判としては、四条一項と三項との本質的な理解によるよりも次のようである。すなわち、四条三項で承認された良心的兵役拒否者が代役を負うから、平等だ、と主張される。例えば、Werner Gross, Die, Entwicklung des öffenlichen Rchts, DVBl. 1959, S. 367;

W. Tietgen, Anmerkung, DVBl. 1959, S.593. しかし、トーマやシュライバーが平等条項の例外を主張した頃には、基本法に代役制度がなかったことを、グロスもティートゲンも考慮していない。

(14) W. Hamel, Graubens-und Gewissensfreiheit, S. 103 f. ハーメルとほとんど一致する考えとして、ハーマン(Andreas Hamann, Das Grundgesetz, Ein Kommentar für Wissenschaft und praxis, 1956, S. 99 ff.)がいる。彼は基本権を「前国家的超実定法的権利」(vorstaatliches und überpositives Recht)と解して、基本法一条の「人間の尊厳」に四条三項の根拠を求めて行く。すなわち、「信仰・良心及び告白の自由の基本権は、その本質によって、前国家的超実定法的権利」である。このことは基本法一条との緊密な関連から出てくるのであり、そうしたことは「四条三項にもあてはまる」。「行動を良心の決断に合致させることを人間がさまたげられると、わけても重大なのは、特別に造られた人格(die Persönlichkeit des einzelnen in ihrer besonderen Ausprägung)に帰せられるところの人間の尊厳が侵されるのである」(A. a. O. S. 97)。四条三項の「基本権は原則にしてかつ基本権を保障するものとして四条一項におかれた『良心の自由』と、もっとも緊密で実質的な(sachlich)関連にある。そしてこの良心の自由は、さらに、人間の尊厳を保障している一条一項の主要基本権(Hauptgrundrecht)からの必然的帰結である。」「したがって、共通な国民的義務から、一部の兵役義務者を免れさせるところの『例外権』が言われるとすれば、全く不適当である。むしろ四条三項では、普遍的な前国家的超国家的法原理の具体化が問題になっている。」(傍点筆者)この原理は、そのようなものとして、国家によって作られた兵役義務より上に立っており、そのような兵役義務のために限界を引くのである。(A. a. O. S. 99 ff.)

ハーマンの説を少し検討しておこう。彼によれば、良心の働きは必ず外部に行動となって現われるもので、良心の自由とはそもそもそのような良心に従った行動ができることであって、四条一項の告白の自由がなくても、なんらさしつかえはない(A. a. O. S. 98)。しかし、基本法二条一項の「各人は他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり」という制限だけは受ける(A. a. O. S. 99)。ハーマンがこう述べるところによれば、良心の自由を伝統的に理解する立場と接近するはずだと思う。なぜなら、問題は、このような制限を受けている四条一項(=前者)と四条三項(=後者)との関係であるから。すなわち、前者の考えからすれば、兵役義務という憲法的秩序は何人にも拘束力があるから、良心的兵役拒否者は処罰され得る。そうするならば、ハーマンが言うように、四条一項の良心の自由と後者とは緊密な関係にあることは確かでも、単純に次のように言うことはできないと思う。すなわち、四条一項の良心の自由=

良心の決断は必然的に外部に現われる、そしてそれが保障される自由＝四条三項の良心的兵役拒否権と。ハーマンには、二条一項に拘束されている四条一項の考え方と、むしろ四条一項を制限している憲法的秩序を排除して行く四条三項の考え方との相違が論じられていない、と思う。そして私自身は、ボン基本法をハーマンのように解釈するなら、やはり「例外」が出てくるのではないか、と思っている。

(15) A. a. O. S. 103.

(16) Adolf Arndt, Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, Neue Juristische Wochenschrift 1957, S. 361 ff. 彼は Smend Gutachen, Der Kampf um den Wehrbeitrag. S. 559 f.; 569-572 に依っている。結局ハーメルの解釈方法、態度は、スメントに帰する。Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, S.96 f. 前述のハーマンも同じである。こうした、ショイナー等との本質的な相違と最近の西ドイツ憲法学の傾向については、田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」(慶応大学、法学研究、三三巻一二号) 一六七ページ以下。同「ボン基本法における人格の自由な発展の権利について」(同、三六巻一一号) 一ページ以下。阿部昭哉、憲法解釈についての一考察、京都大学、法学論叢、七六巻一・二号) 一九四ページ以下。

(17) ハーメルの考え方を知るには、さらに、彼の Die BeKenntnisfreiheit, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 109, 1953 S. 54 ff. 批判は、Adalbert Podlech, Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat, Archiv des öffentlichen Rechts 88. Bd. 1963 S. 185-209. なお、ハーメルの反論がある、Die Gewissensfreiheit im Grundgesetz, AÖR. Bd. 89.

(18) Smend, Gutachten, Der Kampf um den Wehrbeitrag, S. 559.

(19) Arndt, Gutachten, a. a. O. S. 361.

(20) 西ドイツでは良心の自由の範囲を四条三項の良心的兵役拒否者にまで拡張した。そして良心的兵役拒否は基本権の地位にある。そこで興味あることは、憲法に良心的兵役拒否権が規定されていない国では、良心の自由あるいは宗教の自由の保障の中に、良心的兵役拒否権が含まれているかどうかである。西ドイツの理解によれば、四条三項がなければ良心的兵役拒否者は憲法上の保障を受けないわけであるから、もしも良心の自由を他国で西ドイツのように考えるとすれば、消極的になってしまう。このことがアメリカでは繰り返し確認されている。リーディング・ケースは、United States V. Mackintosh 283 US 605(1931) である (この判例は内田、米国における良心的兵役拒否、八九—九〇ページに詳しい。)。この判例はアメリカに帰化する場合の宣誓の問題として引用される (檜山、アメリカ憲法と基本的人権、五〇九ページ) こともある。帰化の問題を通して、そこにアメリカの修正第

一条の本質的な問題が論じられたと思われる。内田、前掲、によれば、マツキントツシュ事件のポイントは、「個人の宗教上の信念ないし良心と市民としての責任ないし義務とが衝突する場合、前者に絶対的優位を認めることが、憲法の保障する信教の自由の中に含まれているか否か」である。

マツキントツシュはエール大学神学部教授のカナダ人である。アメリカに帰化しようとして、その宣誓の際に、アメリカのため、いかなる戦争にも武器をとって従軍するかどうかについて、自分の宗教上の信念によって自分がその戦争を正しいと信ずることができない限り、予め包括的に応諾の誓約をすることができない、と彼は言ったために、帰化を認められなかった。連邦最高裁は、マツキントツシュに帰化を認めないことを正当とした(なお、今日では、この種の場合に帰化が認められるようになってきた)。小数意見の中で、良心の自由の問題が扱われた。ヒューズ判事(他に、ホームズ、ブランダイス、ストーン)は次のように言った。「国家に対する至上の義務について多くの主張がなされた。即ち、神に対する義務の信念と抵触する場合と雖もなお国家に対する義務を認むべしとの主張がなされた。疑いもなく国家に対するかかる義務は、権力関係の範囲内に於て存する。政府は個人的良心問題に顧慮なく法規への服従を強制し得るのである。個人の信仰が国家の権力と衝突する時、後者はその範囲内に於ては至上であり、従って服従か処罰か何れかの道あるのみ。然しながら良心の審問(フォーラム)に於ては国家より高き道徳的権力に対する義務が常に認められて来た。」(内田、前掲)

この判例の理解するところによれば、「個人の内心の宗教的信念ないし良心それ自体は絶対的至高性を有し、国家が権力をもってこれに干渉することは許されないのであるが、宗教的信念を表現する自由」は、制限される場合があるわけである。したがって、アメリカの良心の自由は西ドイツの四条一項の良心の自由と同じく理解される。アメリカでは、西ドイツの四条三項による良心の自由の拡張がないために、「自己の宗教的信念の故に武器をとることを拒否する良心的兵役拒否者に如何なる法的保護を与えるべきかということは、議会が自らの意思によって決定すべき立法政策の問題」(内田、前掲)でしかないことになる。

反対説として、ダグラス、基本的人権、奥平康弘訳有信堂、昭和三五年一四二ページ。また、アメリカでは西ドイツとちがって、良心的兵役拒否者の範囲を狭くしているから、法の正当な手続の問題となることはあろう。

こうした良心の自由の理解は現在でも変っていなく、後述のスイーガー事件(一九六五年)でも確認されている。

(三) 以上を振り返って見ると、良心的兵役拒否権が基本権であるとしても(1)、兵役義務と良心的兵役拒否権との関係では、きわめて難かしい問題があり、私は伝統的な理解に立って原則(前者)

と例外（後者）を認めた。しかし例外であることから、政府のように主張できるかどうかは疑問である。

そこでこの例外としての一面を強調するものを見ておこう。これには、トーマ、シュライバーそして政府がいる。(2) シュライバーによれば、例外は制限的に解釈されなければならないと。ここでは二つのことが問題になると思う。第一は、「例外は厳格に解釈されなければならない」という法諺は確かにあるが、そこに言われている意味は、原則たるものの内容が例外によって破壊されてはならないことであり、また、例外を設けたことにはそれだけの必要があったからで、その場合には例外は尊重されなければならないのである。こうした意味から、例外の取り扱いは慎重を要するのであり、カール・シュミットが施行法によって権利が生ずるのではないということと共に、すでにワイマール憲法について論じたところである。(3) 第二に、例外だとして、四条三項前段の基本権の内容を恣意的に制限して解釈することはできないとすれば、次に、四条三項後段の施行法は前段を制限できるか、どうか。この問題を次項に見よう。

（1）四条三項が基本権であることは一般に承認されている。V. Mangoldt-Klein, a. a. O. S. 226f., S. 59 また、自由権については、G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919.（イェリネック、公権論、木村鋭一、立花俊吉訳、美濃部達吉閲、中央大学発行、明治三九年）。Derselbe, Allgemeine Staatslehre, 1913. S. 419 ff.

（2）Thoma, a. a. O. S. 18 ; Schreiber, a. a. O. S. 39 ; Bundestag 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 2303, S. 31 f.

（3）(一)の註の（4）。

この例外を強調する立場のねらいは、次のことに思われる。後述するように四条三項前段を後段の施行法は制限できないという見解が強いから、後段の施行法が前段の内容を制限できるとは言えない。なぜならば、認めれば法律の留保を認めたことになることと、基本法一条三項の、基本権は直接効力を持っているということに矛盾すること、が考えられるからである。そこで前段の内容がそもそも制限的に解釈できるものであれば、後段は狭く解釈された前段の内容をそのまま具体化することになる。このことは、トーマ、シュライバー、政府の考え方である。しかしこうしたことが許されれば、実質的に基本権は制限されるわけで、とうてい認められない。例外であることを制限的に解釈できる根拠とすることは誤りである。だが、こうした無茶な考えであれ、それによって権力は目的を達したのである。

第三項　四条三項後段

後段の施行法は法律の留保を定めたものではなく、前段を制限できない、というのが通説と思われる。(1) マンゴルト・クライン(2)の考えを紹介するに留める。

「三項の形式的（条文の）改正なしにすなわち三項後段に規定された施行法を回り道して、とくに良心上の理由による武器を持つ兵役拒否権は拒否者に不利に制限されてはならない。『施行法』という概念から出てくることは、そのような法律が、三項に含まれた基本権の本質的内容を侵害してはならないだけではなくて、この基本権に別な制限を入れて三項の内容を変えてはならないということである。」

こうして、四条三項の後段は、前段の形式手続と要件を決めるに留らなければならない。

しかし、以上は原則論にすぎない。具体的には解釈にかかっている。なぜならば、表面的には、後段が前段を制限できるとは言わないで、なおかつ、前段の内容を狭く解釈しようとする人々がいるからである。そうした解釈の問題が中心と思われるから、以下ではもっぱら基本法四条三項前段の解明に努める。

(1) Kipp, a. a. O. S. 100 ; Scheuner, Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, S. 274 ; Hecker, a. a. O. S. 12 ; Gross, a. a. O. S. 367 ; Thoma, a. a. O. S. 16.

(2) V. Mangold-Klein, a. a. O. S. 228.

第四項 まとめ

以上ボン基本法四条三項の一般的な背景とそれに関連した法律上の論争点を見て来た。「制定経過と再軍備」では、基本法の制定とくに四条三項の良心的兵役拒否権と類似したラントの兵役拒否権をみた。このラントの兵役拒否権と基本法の良心的兵役拒否権とは性質が違う。しかしラントの兵役拒否権が基本法の良心的兵役拒否権の背景をなしていることは否定できなかった。すなわち、ラントの兵役拒否権の方が基本法のそれより兵役に対して徹底して厳格でそれだけ平和主義的であるが、後者は個人の「良心」において兵役拒否権を考えていた。この点で個人主義的で自由主義的である。そして後者の良心においては、もっとも個人の深いところで兵役に対する厳しい倫理的な対決が迫られている、この可能性がある。ここにおいては、やはり平和主義が出て来るのであり、そうした意味において、ラントの兵役拒否権と内的に結びついている。

基本法の平和に対する姿勢の中にこの四条三項が入れられるゆ

えんは理解された。このことは制定過程の中では当然視されていたようである。例えばホイスはミリタリストあるいはアンチパシフイストと非難されることを不服とした。

しかしながら、四条三項は冷戦という世界史的な出来事の中で翻弄される運命にあった。西ドイツは再軍備を決意した。再軍備を遂行しようとする者は様々な論理を用いた。この論理の最も極端なものが、四条三項から兵役義務を引き出したことに見られたと思う。フォルストホフが言うように四条三項は基本権を規定しているのである。基本権から逆に兵役義務が法律で実施できるとは、実に驚くべき論理、形式論理である。再軍備を遂行しようとする政府は、一応法秩序に則ったが、そこに見られた理念、それに組みした法学者の思想、これは私を強く激しく揺り動かした。それはともあれ、再軍備を遂行しようとする勢力は基本法の改正・補充によって、法律上の争いを防いだ。

こうした再軍備の進行過程は、ついに兵役義務の実施にまで、終点に来た。もはや兵役義務を前提とせずして議論はされなくなった。このいわば、個人にとってぎりぎりのところに良心的兵役拒否権がある。そこでこの権利をいかにして実現するか。こうした問題は原則と例外の論議に端的に現われた。

良心的兵役拒否権が四条三項に規定されることによって、良心の自由は確かに拡張された。この点で、四条三項の持つ意義は大きい。しかし、四条三項は良心と兵役義務との結合した構造にあり、兵役義務の例外としての性格を持っているから、西ドイツの再軍備の過程で利用された。本質的には、良心的兵役拒否権が兵役義務の例外であると論じても、具体的な利益（連邦政府の主張）はないのであり、更に、前段の内容を後段の施行法が制限することもできないのである。むしろ問題は、前段の解釈にある。そして次の課題である。なぜならば、後段の施行法は前段の内容を具体化するからである。