



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(二)
Author(s)	笹川, 紀勝; SASAGAWA, Norikatsu
Description	資料
Citation	北大法学論集, 18(2), 134-178
Issue Date	1967-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27863
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(2)_P134-178.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 — (二)

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 (以上次号・完)

第二節 良心的理由と良心的決定

第一項 良心とは何か

基本法四条三項は、良心を最も重要な要件の一つにしている。この良心とは何か。以下論を進めるにあたって多少整理すると、大きくは、主観的理解と客観的理解がある。

一 主観的理解

これから述べる良心の理解についての特徴は、良心を個人の主観的なもの、したがって相対的なものであるということとを当然のこととしていると思われる。

(一) ショイナ

「四条三項が良心を言うとき、人間の倫理的態度全体に基づいた原則的な信念(Gesinnung)と確信が一般的に考えられている。単に合理的な考慮や政治的見解と区別して考えられている。それによって実定法を越えた一段高い倫理的秩序が指摘される。兵役拒否者はこの倫理的秩序が、正と不正の判断をするとき、自分を拘束しているのだということを認めているのである。」

(二) シェラー・フロア・クレッケラー(Scheer-Floor-Krekeler)
良心は、人間に上位した直接義務を課す内なる裁きの座(Thron)

料 stand)に、人間を究極的に拘束することを意味する。⁽²⁾⁽³⁾

(一)と(二)とはどんな関係にあるだろうか。(一)では、内なる裁きの座すなわち裁判所として良心が考えられているから、現実の裁判所と構造上類似し、法律に対応した道徳律あるいは倫理的秩序が、判決に対応した道徳律あるいは倫理的秩序の拘束あるいは命令という決定が良心にはある。⁽⁴⁾(一)の説明するところと基本的には一致する。

二 客観的理解

(一) キ ッ プ

良心とは「一定の作為・不作為の命令・許可・不許可についての宗教的・倫理的理由に基づく内的な確信」あるいは「洞察」であると言う。⁽⁵⁾

もうすこし詳しく見よう。

基本法四条三項は「良心という言葉によって、道徳の領域から出てくる概念を実定法の中に」入れている。「この規定は、道徳と法との接点であり、実定法秩序の背後ないし実定法秩序を超えて、実定法秩序とちがったものすなわち倫理的秩序があることを示している。この倫理的秩序は、正しいことをなし、正しくないことをしないように命じる自然法秩序である。この自然法秩序

『超実定法秩序から、良心に対して絶対的妥当性を要求するところの原則が認識されるかどうか』⁽⁷⁾が問題になる。つまり、「超実定法によって命令された良心」にかかわっているのである。キップはさらに、この超実定法秩序を認識できるとして、それらを考え、そこに「誤った良心」⁽⁸⁾の存在も認める。

キップはこうして良心の根拠づけに客観性を与えようとするのだが、その認識方法に疑問である。しかし、良心の根拠づけを引き離して見ると、(一)の立場からも承認されよう。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

(二) ハーメル

「良心は、倫理的な命令を打ち明けるものである」。⁽¹¹⁾「カントによれば、『信ずるための場を得るために知識を断念』しなければならぬ。この『道徳的信仰』、『哲学的信仰』は、理性の一般的な尺度から生じて来るところの倫理的な命令を、私の良心に示してくれる。」「信仰は、個人にだけではなくて、一般的にすべての人に絶対的に妥当する絶対的な真理を解明している。というのは、信仰はこの世に真理を客観的に具体化しているからである——預言者の言葉の中に、人間の姿の中に、『私は真理である』と証する人の子の言葉や姿の中に。真理のこの啓示は、理性によって存在するのではないから、それに関しては、理性の尺度に

よって論究されるものではない。⁽¹²⁾」

ハーメルは真理の啓示は「理性」によっては論究されないと言うから、経験主義による認識作用を理性と言っているとすれば、ハーメルは経験主義に立とうとする社会科学の場で良心を追求しているのではない。したがって、「信仰と良心の自由は、いつでも意識されているとは限らないけれども、全人權の基礎にして、あらゆる自由な社会の基礎でもある。」⁽¹³⁾と言ったところで、十分に納得できない。

しかし、かかる良心の根拠づけは別として、彼が良心とは「倫理的命令を打ち明けるもの」とする定義自体は、主観的理解の立場からでも承認されよう。

さらにキツプと比較して、ハーメルも超実定法秩序||自然法秩序を認め、その秩序の絶対的妥当性の立場から良心を根拠づけるから両者の思考するところは同じと思う。しかしハーメルにおいては著しくキリスト教的である。

(三) ブリンクマン⁽¹⁴⁾

彼だけが、彼の自負するように⁽¹⁵⁾、純粋に良心を客観的に見ようとしている。この点キツプやハーメルが良心の基礎づけに超実定法や信仰をもって来て、良心をなんらかの形で客観的な基礎に位

置づけようと努力していたのと、大きく違う。

ブリンクマンは、良心を形式的観点と実質的観点で考察する⁽¹⁶⁾。「問題はそれだから、今後は、二つの側面が何と考えられるか、ということだけである。仮説としては、形式的側面は知識、実質的側面は正しいことと正しくないことについての知識、あるいは正しいことすなわち客観的に良いこと及び正しくないことすなわち客観的に悪いことに関する知識である」。そして「私の見解の特色は、形式的観点でなくて、実質的観点」にあると、彼は自負する。以下検討して見よう。

1. 形式的実質的観点について

ブリンクマンは、一つの良心を二つの側面で理解しようとし、そのことは根本的な試みで、整理上の観点に留まらず、必然的にそうなのだと言う。「例えば良心が意識として見られ、しかも善と悪に関するものとして見られると、前者は形式的側面で、後者は実質的側面である。」⁽¹⁷⁾

良心とは、「意識」||形式で、「善と悪とに関する」意識||内容とする⁽¹⁸⁾ことは不適當でなからうか。なぜならば、彼が内容とは「特定された具体的なこと」であると定義しているのだから、その定義の趣旨からすると、「善と悪」ということは依然として未決定

料
なことと思われるからである。⁽¹⁹⁾

2. 実質の意味における良心について

彼の論旨をたどると次のようになる。すなわち、「かくあるべきものとかくあるべからざるものとは客観的に存在している。このことに主観は全く関係がない。主観的には、それらを『受け入れる』(hinnehmen) だけである。良心はこの客観的に存在するかくあるべきものとかくあるべからざるものに拘束されている。⁽²⁰⁾」

しかし、プリンクマンの言う客観的なものはいかにして認識できるといふのか。この点彼はただ「受け入れる」だけと言っているが、はっきりしない。⁽²¹⁾ もう少し彼の客観的と言う意味をさぐって見よう。彼はこう言う。主観的とは「良心の持ち主」によって内容が左右されることであり、客観的とは「良心の持ち主」によって内容が左右されないこと⁽²²⁾である。「主観的なものが普遍的に妥当することは決してないし、客観的なもの特殊的に妥当することは決してない」。主観性とは、ある対象がある者にとって価値があるか反価値であるかを示しているが、客観性はそうではなく、例えばある論文が科学的か、非科学的かは、人間に依存することは決してないとも彼は言い、また、主観的な善と悪とはある

者にとって有益な善と悪であり、客観的なものは善と悪自体であるとの説明もしている。⁽²⁴⁾

こうしたプリンクマンの基本的な考えに対して、次の文章はそのまま批判として引用できるだろう。「客観性の意味が、主観を全く超絶した価値の実態と解され、あるいは《価値自体 Wert-an-sich》を指すとすれば、そのような客観性や価値自体は、肯定も否定もしようのない観念だという外ないであろう⁽²⁵⁾」と。

以上一と二を見た。私は認識を経験の領域に限ると、二のようにはどうてい言えない。一をとる。良心が主観的であるところこそ、一人一人の人格にとって貴重なものがある、絶対的と言われる根拠がある、と思う。

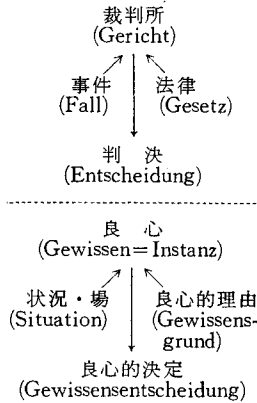
- (1) Scheuner, Der deutsche Soldat in der Armee von morgen, S. 274. Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 229. マンツの「道徳律の存在とその拘束力との意識」(Mauz, Deutsches Staatsrecht 10, Auflage 1961, S. 100) を参照せよ。
- (2) Scheler-Flor-Kreker, Wehrpflichtgesetz 2. Auflage, 1962, S. 192.
- (3) 良心を内なる裁きの座すなわち裁判所として表わすことは

シェラー・フロア・クレツケラーと政治的立場の異なると思われるアルント(A. Arndt, a. a. O., S. 362 社会民主党員)によっても認められている。アルントは言わせば、「我々

の文化の實際生活」(Lebenswirklichkeit unser Kultur) においてはこのようにだと主張する。ちなみに例えば、Karl Jaspers, Philosophie 3. Auflage, Band II, 1956, S. 268 ff. また、オー・ハレスビー著、岸千年訳、良心、ルーテル文書協会、昭和三二年はきわめて有益である。

(4) 良心を内なる裁きの座として裁判所のアナロジーで理解するから、Gewissensgrund, Gewissensentscheidung という言葉がドイツで使われるのではなからうか。概念的なこうした理解を無視すると、ドイツの良心の概念を正確に理解できないように思ふ。そして、Gewissensgrund では、道徳律あるいは倫理的秩序が、Gewissensentscheidung では、前者から出てくる拘束あるいは命令が考えられている。日本語に訳するときには、Gewissen, Gewissensgrund, Gewissensentscheidung と使い分けられていることを考慮しなければならぬ。しかし、私は今迄 Gewissensgrund を「良心の理由」、良心上の理由、「良心の理由」そして Gewissensentscheidung を「良心の決定」、「良心上の決定」、「良心的決定」とあいまいに使って来た。このあいまいさは、良心を内なる裁きの座すなわち裁判所に対応させる説明をするまで、色々に日本語訳されている言葉をそれぞれ考慮したことにある。今後は「良心の理由」と「良心的決定」に統一する。ただし、Gewissensgrund と同じ意味で Gewissensmotiv という用語もある。これは「良心的動機」と訳しておく。なお、付け加えると、良心の

基本的な要素を三つとすることはもちろん問題がある。例えば、裁判には事件があり、これに対応して状況・場が良心にはある。そしてこの場の要素がいかなる性質を持っているのか。もっと研究する必要がある。良心と裁判所のアナロジーを表にしてみよう。



アメリカやイギリスでは、ドイツにあるような Gewissen, Gewissensgrund, Gewissensentscheidung に対応した言葉があると思ふ。そして、ドイツ語の Instanz に対応して、instance がある。このように良心の構造の理解についてアメリカ、イギリス、ドイツでは根本的に共通したものがあるのではないか、すなわち、西洋文化の共通性ということが良心について確かめられるのではないか。良心概念についての語源や各国の用法、意味など多角的に比較検討しなければならぬだろう。

(5) Kipp, a. a. O., S. 97.

料

資

- (9) A. a. O., S. 101.
- (7) A. a. O., S. 83f.
- (8) A. a. O., S. 83f. Anm. 2.
- (6) A. a. O., S. 97.
- (10) Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 229.
- (11) Hanel, a. a. O., S. 49.
- (12) A. a. O., S. 50.
- (13) A. a. O., S. 51.
- (14) Karl Brinkmann, Grundrecht und Gewissen im Grundgesetz, 1965. なお、プリンクマンの基本的な考え・傾向・人物を知るのは、彼の他の著書の書評が役に立った。Klaus Müller, Buchbesprechungen, Der Staat, Band 3, 1964, S. 373 ff. なおまた Josef Häussling, JZ 1961, S. 515 f.
- (15) A. a. O., S. 427.
- (16) A. a. O., S. 57.
- (17) A. a. O., S. 104f.
- (18) A. a. O., S. 10, Anm. 5. プリンクマンは、形式的な意味における法律と実質的な意味における法律に対比して考えているが、これの逆のことは Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 9 ff.
- (19) 例えば、「正」と「不正」についてもプリンクマンは、具體的には「何が正で不正であるか」については、結局「隠れた正義と不正」が尺度であるというだけである (A. a. O., S.

429)。

- (20) A. a. O., S. 61 ff.
- (21) 客観的に存在するものが、主観的人間とどうして交差するのだろうか。古典的な、客観と主観についての問題があまりに安易に解決されているのではないか。
- (22) A. a. O., S. 3.
- (23) A. a. O., S. 62.
- (24) Brinkmann, Freiheit und Verfassung, 1963 S. 69 f.
- (25) 小林直樹「法理学」上巻、岩波書店、一九六〇年、一二三ページ。
- (26) プリンクマンが正しいものと正しくないものの内容をどう考えているか、と言えば、正しいものとは、客観的にかくあるべきもの、正しくないものとは、客観的にかくあるべきからずるものであり、また前者は、客観的に良いもの、後者は、客観的に悪いものであると言ふ (Brinkmann, Grundrecht und Gewissen, S. 63, 65)。注(19)参照。また、「一般的に自然法の考え方をとると、キップに見るように「誤った良心」が問題となるのは当然であるが、プリンクマンは *irrendes Gewissen* と *irriges Gewissen* に区別して、後者だけだと言う。すなわち彼は、良心は正しいものと正しくないもの、知識と定義するから、知識が「誤る」というのはまちがいで、「誤って」だけあるからだ。そうして、そもそも誤る

た知識と言うことは自己矛盾だから存在しないことは自明であり、それゆえに、誤る者は何も知らないのだ、と述べる (A. a. O., S. 94 ff.)。むしろ、国家が強制できないのは正しくない兵役だけである (A. a. O., S. 230 ff.) 等々と言うだけで、具体的に良心的兵役拒否をめぐって論争されている、すなわちプリンクマンの言う「主観主義」的立場の問題を説明する手がかりを与えてくれない。プリンクマンの集めた文献表は従来の文献表に比べて、抜群であり、ボン基本法の「良心」を体系的に理解しようとしたことは認めなければならぬであろう。後述する恒藤教授によれば、カント→ラートブルフの線にそうのがドイツの伝統的な理解であるそうで、この傾向からすると、プリンクマンは特異である。

第二項 良心的理由

良心とは各自の道徳律あるいは倫理的秩序に従って、具体的な決定を下すものであるということを見たが、次に四条三項でいう良心を考えてみよう。ここでは一般的な良心が考えられているのではなく、すでに前に見たように、「武器を持つ兵役」と関係させられた良心が言われているのである。したがって四条三項では、「武器を持つ兵役」を拒否する道徳律あるいは倫理的秩序が

考えられており、かかる兵役拒否を生じさせるものすなわち道徳律や倫理的秩序を人は良心的理由 (Gewissensgrund) とか良心的動機 (Gewissenmotiv) と包括的に言っている。そして、良心的理由によってとられる一定の態度すなわち兵役拒否を良心的決定 (Gewissenscheidung) と言っている。

良心的決定を後で見ることにして、良心的理由を考えて見よう。これには二つの方向がある。一つは、キップ、シヨイナー、ヘッカーの方向であり、もう一つはフロア、ハーメルンの方向である。

一 (一) キップ

四条三項の良心的理由はいかなるものか。キップは「自然法秩序」超実定法秩序から、良心に対して絶対的妥当性を要求するところの原則が認識されるかどうか、また具体的に言うならば、「戦争とかかわり、そして良心に対して戦争は許されている、禁ぜられているそうした原則を、超実定法秩序が持っているかどうか」ということを重視する。そして「四条三項は、超実定法によって命令された良心が武器を持つ兵役を禁じているそうした者を保護しようとしている。」⁽¹⁾ こうして、宗教的又は倫理的確信だけでなく、人道的なものも四条三項に含まれる。しかし、「政治

料

資

的、経済的、家族的理由、自己保存の理由そして類似のものは四
条三項によって、拒否理由としては認められない⁽²⁾。さらに、キ
ツプは個人が自己の良心において正しくないと判断すれば、究極
的には認める。

そうすると、第一に、兵役を拒否するには、拒否する理由がそ
の者の持っている超実定法から出てこなければならず、ここで
も超実定法の理解が問題である。第二に、超実定法からすれば兵
役を拒否できる余地があり、しかも、拒否できる場合でなくて
も、誤って兵役を拒否すべきだと個人が考えて良心的決定を下し
て、兵役を拒否しても許される。ここでは判断の正誤よりも個人
の良心的決定の真剣さが、拒否を正当化する理由となっている。
結局個人の主観的倫理の存在を認めることになっている。

(一) ショイナー

彼は「兵役拒否の理由によって、三つのグループ」を区別す
る⁽³⁾。兵役を拒否する人々を経験的に分類するわけである。すなわ
ち、(1)宗教的確信から戦争と暴力に負担することを一切否定する
もの、(2)倫理的な人道主義的信念から同様の態度をとるもの、(3)兵
役を暴力を回避するために拒否するのではなしに、当該の時点で
あるいは特定の戦闘に関連して良心的理由から拒否するもの。(1)

(2)については、四条三項の良心的理由として認める。(3)について
次のように言う。「特定の事情の下でかつ具体的な理由から兵役
を実際に拒否する第三の場合が、特別な困難をもたらすことは明
らかである。一般的に真剣な良心に導かれているのではなくて、
兵役に対する個人的嫌悪、私的な理由あるいは国家と政体 (Staat
und Regime) に対する政治的反対から兵役を免れたい、と思っ
ているそうした人々のこのグループはいかにして他と区別される
か」⁽⁴⁾。

第一に、ショイナーの見るところでは、「実際に良心的に苦悩
していることと政治的動機との間に確実な限界を引こうとするこ
とは困難である。」例えば、人々はこう言う、「連邦共和国の再
軍備はソビエト地区のドイツ人との同胞戦争になり得る」とか、
果すべき「第一の課題は、防衛軍にあるのではなくて、逃げて来
た者 (die Flüchtlinge)、失業者その他社会的避難民に対する社会
的措施にある」。さらに「ドイツの再軍備は戦争の危険を高める
だろうとの不安が言われている。現在ドイツの防衛参加 (Wehr-
beitrag) に反対する人々は、こうした理由を考えて、良心の作用と
することのできない良心の義務なるもの (eine Gewissenspflicht,
sich nicht für ein solches Werk zur Verfügung zu stellen) を

引き出しているのである。」

シヨイナーは「実際に良心的に苦悩していること」と「政治的な動機」との間に確実な限界を引くことは困難であると言いつつ、「現在ドイツの防衛参加に反対する云々」と、なぜ言えるのか。

第二に、シヨイナーは、(3)のグループについて「少なくとも、ある場合には、真実な良心のためらいが、それぞれ特殊な事情からも生じ得る。このことは国際法違反の戦争に適用される。」と
言う。具体的な戦争が侵略戦争か否かを決定するのは今日では国際連合であり、そうした決定がないならば、各国の判断にまかされる。「そのような判断は、(明白な場合は別として) 通曉せる人によってのみ下され得る。しかし、侵略戦争あるいは許されない暴力行為があるならば、そのような場合に、兵役拒否者は、真実な良心の葛藤を主張し得る。」また「正戦論が宗教的見解に生き残っている限り(カトリックも改革派も正しい戦争を言っている)、この見解内においては戦争計画あるいは暴力の使用が正しいとは見られないという可能性はある。」「その良心が正しくない戦争への参加を禁じているところのこうした見解のキリスト者は、国際法的には防衛あるいは反乱の鎮圧と思われるような場

合にも、もしかしたら、実際の良心の呵責から兵役を否定するだろう。」「したがって、良心のためらいの主観的真剣さ(die subjektive Ernsthaftigkeit)が言われるべきで、良心のためらいの客観的根拠(die objektive Begründetheit)は言われるべきではない。誤った良心(das irrende Gewissen)も保護に値するのである。」さらに、「特定の戦争における兵役に対する真実な良心のためらいの場合も認められるべきである。この信念が非暴力の原則的告白と結びついていなくてもである。」

シヨイナーの主張からすると、国際法違反かどうかということよりも、究極的には、拒否者の主観的な良心のためらい(＝良心的決定)の真実さに帰着するのである。

では、第一の場合と第二の場合を総合的に考えて見よう。両者を区別する基準は何であろうか。後者で大切なことは良心のためらいの主観的真剣さであったが、前者にそれが一体認められる場合はないのであろうか。疑問が出てくる。

次にキップの考え方とシヨイナーの考え方を比較して見ると、両者が同じ傾向を示すのがわかる。キップもシヨイナーも倫理的秩序をまず固定する(自然法に基礎づけるかどうかは別として)。シヨイナーは経験的に拒否者のグループを確定しておく。そして

料

それから兵役拒否をすることが出てくるかどうかを考える(例えば正戦論)。そして「誤った良心」を共に認める。ここで拒否する者の主観的真剣さが取り上げられている。したがって両者が良心的理由を考えるとき、兵役拒否が出てくるような倫理的秩序が考えられているのである。

(三) ヘッカー

彼は兵役拒否の理由を検討するのに、二つの範ちゅうすなわち、「内的理由による兵役拒否」と「外的理由による兵役拒否」とに分け、このように「根本的に二つに分ける」ことが許されるのだと言う。⁽⁸⁾ 内的理由とは「最も広い意味における宗教的内的理由、すなわち強くて深い他者への同情感や宗教的確信から決して人殺しに加わりたくないという人の態度」である。ここで「重大なことは、人の全生活態度から帰納され得る真実で全面(„gesamt“) 倫理的な良心の叫びである。」外的理由とは「最も広い意味における世俗的(„weltlich“) 外的な理由、すなわち、この世的な状況次第であり(die sich aus jeweiligen Gelegenheiten in der Welt ab-leiten)、かつ個人的な人殺しあるいは殺さないことに注目しているよりも、軍隊あるいは具体的な戦争を合理的に考えて否定するところの個人的、政治的及び平和主義的動機」である。

もう少し詳しく内容を見ておこう。⁽⁹⁾ まず彼は「個人的動機」としてこう言う、これは、卑怯、ずるいこと、非社会性、軍事的暴力の嫌悪であり、「人を殺すことができないからではなくて、殺されたくない、傷つけられたくない、強制されたくないのだから、そういう者は兵役拒否者ではない。」次に、「政治的動機」は、戦争と兵役が一般的(„general“) に否認されるのではなくて、「特定の具体的な戦争における兵役に反対する」動機である。「こうした理由は実際には良心的理由ではない。なぜならば、良心による殺人の否定は、全面的でしかあり得ないからである。」最後に、「平和主義的動機」は、「恒久平和を地上に達成するために、平和主義者は軍備と軍隊に戦争の源を見ているから、それらを拒否する。戦争への参加と訓練とは、世界平和の世界観的目的と矛盾するから、戦争への参加も訓練も拒否する。それゆえに兵役拒否は、具体的戦争に向けられるだけではなくて、あらゆる戦争に向けられる。」ヘッカーはこの動機による兵役拒否は認める。

ヘッカーが良心的理由とみるかどうかの判断基準は「人を殺したくないという真実な良心の態度」であり、「良心による殺人の否定は全面的にしかあり得ない」ということであった。ここでは真実な態度はさておいて、どんな場合でも人を殺さないということ

が結局は判断基準である。しかし、かかる判断基準はどこから導き出されるのであろうか。結論として彼はこう言う、「政治的、経済的そして家族的理由と自己保存の考え、あるいは、功利的及び政治的理由は排除される」のであり、「四条三項はあらゆる良心的理由(宗教的、世界観的、倫理的、人道的、平和主義的)を認めている」のだと。

ヘッカーの判断基準は、それが明確であることは確かだが、なぜかかる考えを採らなければならないかは、明らかでなかった。そこでキツプと比較して見よう。キツプでは(シヨイナーも)、四条三項でいうところの兵役拒否という良心的決定が出てくる超実定法秩序は何んであるかが考えられていた。しかるにヘッカーでは、まずいかなる兵役拒否(「良心的決定」)があるべきかが考えられ、その観念の中にすでに人を殺さないことが予想されている。そして、良心的理由も人を殺さないが出てくるようなものでなければならぬとしている。¹⁰⁾したがって相違点は、四条三項でいう兵役拒否すなわち良心的決定の理解いかにある。

二 (一) フロア (Flora)

フロアは、基本法四条三項の施行法たる兵役義務法二五条が合憲であるとして議論を進めている。兵役義務法二五条によると兵

役を免除される者は「国家間のあらゆる武器に関わることを良心的理由から拒否する者」である。「それゆえに免除の条件は、良心的決定というもの、すなわち、個人が最終的な義務(Binding)と責任において行なうところの決定(Entscheidung)というものである。」それゆえに良心的決定が誤っているかどうかは問題にならない。そうすると兵役義務法二五条の適用に関しては「拒否の動機(die Motive der Weigerung)も問題にならない。拒否者が宗教的、世界観一般のあるいは倫理的考慮から行動しているかどうかは、本質的ではない。」¹¹⁾

フロアのこうした考えはキツプとシヨイナーには見られなかった。このフロアの考え方は、前二者の良心のためらいの主観的真剣さすなわち良心的決定に附随した特徴に注目していると思われる。フロアの考え方をよりはっきり説明するのが、ハーメルである。

(二) ハーメル

ハーメルがフロアから直接理論的に影響を受けたかどうかは、はっきりしないが、それはどうでもよい。ハーメルの説明を見よう。

「兵役を拒否する良心的理由とは何か。人が無条件に義務がある

料

資

と認めるところの倫理的義務が問題である。この認識が正しいか誤っているかは本質的ではない。良心的理由は単なる哲学的、社会的あるいは政治的な『意見』ではない。「」を「に」、単なる政治的考慮や、賛成反対の合目的熟慮は問題にならない。「」しかし「合理的、世界観のおよび政治的熟慮、だから外的な任意の影響も法律上の良心的決定を『呼びおこし』(auslösen) 得るのである。動機の種類は問題にならないのである。」

ハーメルは連邦行政裁判所⁽¹³⁾の考え方をここで受け入れているから、詳しくは判例の章で検討するが、シヨイナーやキツプが良心的理由を考えていた前提すなわち一言で言えば兵役を拒否することを命ずる倫理的秩序の考えはハーメルの主観的な「倫理的義務」にかわり、さらに、シヨイナーやキツプは、兵役を拒否する理由が(特定の倫理的秩序から)出てくるかどうか、と考える(いわば静止的)が、ハーメルやフロアは、いくらかでも兵役を拒否する倫理的秩序は生じ得る(いわば流動的)と考えた。だから、ハーメルは、「単に哲学的云々」とは区別しつつも、シヨイナーが否定ないしあいまいさを残した「政治的動機」が場合によっては倫理的義務をひき起こさせると考えることができたのである。

- (1) Kipp, a. a. O., S. 84.
- (2) A. a. O., S. 103.
- (3) Scheuner, a. a. O., S. 261 ff. こうした社会学的傾向のものが多し。シヨライバーやヘッカーもこれと同じ。また、Föberg, DÖV 1952, S. 395 ff. もそうらしいが、見ることはできなかった。
- (4) Scheuner, a. a. O., S. 263.
- (5) A. a. O., S. 263 f.
- (6) 良心のためらう (Gewissensbedenken) は良心の呵責 (Gewissensnot, Gewissensangst) と同じ意味だと思ふ。その他良心の高藤 (Gewissenskonflikt) と言われることもある。
- (7) Scheuner, a. a. O. 国際法違反の主張はかなり見られる。例えど Gross, a. a. O., S. 367 ; G. Flor, Der Wehrdienst in der Konfliktsituation, NJW 1957 S. 244. フロアは、ロマと同じく基本法二六条による侵略戦争の禁止を認めながら、実際には、国家が侵略戦争をしていることを承認することは難かしいと言ふ。後でまたこれについては扱う。
- (8) Hecker, a. a. O., S. 3.
- (9) A. a. O., S. 4 f.
- (10) マンホルト・クラインの考えはヘッカーよりもっと広い。参考に見よう。「良心のためらうの『理由』と『内容』とは色々あるから、これらの理由と内容がすべて(良心に基づいて

- いない武器を持つ兵役拒否の動機だけは除いて)承認されるか、それとも二三の理由(例えば、宗教的あるいは政治的)と内容(例えば、人を殺したくない、攻撃したくないあるいは価値あるものを破壊したくない)だけが承認されるかである。」宗教的理由に限るローター(Thoma, a. a. O., S. 179.; derselbe, der Kampf um den Wehrbeitrag, S. 175)は別として、「あらゆる良心的理由」を認める点で人々は一致していると、ペンホルト・クラインは言う。(Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 229 f.)
- (11) Flor, a. a. O., S. 214.
 - (12) Hamel, a. a. O., S. 104 f.
 - (13) BVerwGE 7. 242, 247 f.

第三項 良心的決定

良心的理由から人は具体的に何を拒否するのか。基本法四条三項では「武器を持つ兵役」を遂行するということであるのは、すでに考察したところである。では良心的決定の対象たる「武器を持つ兵役」とは何を意味するのか。大きくは二つに分けられる。キップ・ハーマンとシヨイナー・ヘッカーの傾向である。すなわち前者はできるだけ広く、後者は狭く解釈しようとするのである。

一 (一) キップ

彼は「武器を持つ兵役」を三つに分ける。すなわち1.生命と物

的財産の破壊に直接役立つ戦闘的武器(Waffe im Kampfe)の使用、2.敵に人的物的損害を加えるために戦闘において間接に役立つところの活動、例えば、命令・報告の伝達、リーダー探知(Funkpeilung)、弾薬補給等。「なぜならば、これらの活動も、たしかに直接武器を持つ兵役を意味するわけではないけれども、それらの目的は敵の破壊に役立つからである。」3.それら以外の、武器を持たない(waffenlos)戦時の役務(Dienst im Kriege)も、武器を持つ兵役という法概念の中に入るか。例えば糧秣補給、衛生勤務。「それらの直接的使命は、生活必需品として無条件に人間に役立つことであって、そうした行動の直接目的は戦闘ではない。」「しかし、ある者の良心にとっては、衛生、糧秣役務のような活動も、結局は他人の生命の破壊という戦争目的に役立つ手段であれば、この良心にとっては武器となる。立法者はこの範囲においても、自己の良心に従うという自然法によって与えられた人間の権利(と義務)を完全に保護しようとしているのだと、信仰と良心の自由権内の四条三項の意味は判断される。したがって、基本法の規定を曲解することなく、まさに良心概念と結びついた武器を持つ兵役という概念に、この範囲におけるあらゆる良心のためらいを考慮する解釈を与え得るしまたしなければならぬ。すなわち『武器を持つ兵役』の概念は広く解釈されなければならぬ。

料
ない。⁽²⁾」

資
文言のはっきりした「武器を持つ兵役」の概念が「武器を持たない」役務を含むと解釈することが果してできるのだろうか。以下キツプの解釈を頭におきつつ、他の文献を検討しよう。

(一) ハーマン

「四条三項は『武器を持つ兵役』のみを言っている。四条一項及び一条一項と、四条三項との緊密な関連に基づくと、『武器を持つ兵役』に関しては、良心の葛藤の特に著しい場合をあらわにしていることが、問題となり得るだけである。それから明らかになることは、四条三項が戦争に関連したあらゆる協力の拒否(例—軍需生産 Rüstungswirtschaft 従事の拒否)を保護している、ということである。」⁽³⁾

ハーマンは四条三項の文言をほとんど眼中に置いていない。前にも述べたように、ハーマンは主要基本権の考え方から出発していたが、一体その立場からして、武器を持つ兵役を「良心の葛藤の特に著しい場合をあらわにしている」のだと、どうして言えるのだろうか。(こうして良心の自由を高くかかげるハーマンが、「平時において」兵役を拒否する権利というものだけはまだ保障されていない、と解するのは理解できない。)⁽⁴⁾

キツプが苦勞しているところをハーマンは文字通り「武器を持つ」兵役と解しているようである。つまり、「良心の葛藤の特に著しい場合」が規定されていると解するがゆえである。だからハーマンによれば、四条三項は武器のない役務に対する強制をも禁じていると読みとることができるのである。

二 (一) ショイナー

「武器を持つ兵役とは、敵の人的傷害と物的破壊に向けられているところの戦闘手段を持った役務 (der Dienst mit der Kampfmittel) にすぎない。この戦闘手段についての平時の軍事教練もこれに入る(これに対して、一般的な軍事的基礎教育は入らない)し、戦闘手段を補充する器材の操作も入る(例えば、防空のリーダー)」。次に「衛生勤務、輸送、架橋は、戦闘行為と直接の関係がない限り、それらは武器を持つ兵役ではない。」⁽⁵⁾

ここでキツプとショイナーの関係を見ると、第一に、二人とも「武器を持つ兵役」を敵の人的物的破壊に役立つ戦闘手段を持った役務と解し、この役務の中には、戦闘手段を補充する活動(シヨイナーでは、器材の操作と言われている)だけが、キツプでは、命令、報告の伝達、弾薬の補給も含まれている。両者が一致するかどうかは問題である。⁽⁶⁾ も含むと解釈する。しかしながら、

第二に、「武器を持たない」役務の概念内容では一致できるようなのであるが、それが「武器を持つ兵役」概念の中に含むかどうかでちがっている。すなわち、シヨイナーは「戦闘行為と直接の関係がない限り」との条件をつけるが、キップは、「ある者の良心にとっては、衛生、糧秣役務のような活動も、結局は他人の生命の破壊という戦争目的に役立つ手段であれば、この良心にとっては武器となる。」と言う。かかるキップの考えに疑問であったが、まさにシヨイナーの次のような批判があてはまるだろう。すなわち「主観的な良心の葛藤と客観的な構成要件とが混同されている。(6)」

(一) ヘッカー

ヘッカーの見解はこうである。1.「四条三項が武器を持つ兵役だけを免除していることについては、条文上、何の疑問もない。」2.「間接に戦闘に役立つにすぎないが、しかしやっぱり直接敵の破壊に役立っている兵役(例えば、報告の伝達、リーダー探知、弾薬輸送)が、武器を持つ兵役であるかどうかは疑問である。」3.「衛生勤務、直接敵の破壊に役立つのではない糧秣補給や架橋は、武器のない兵役である。」

ヘッカーが「武器」に注目して、「武器を持つ兵役」をキップ

やシヨイナーより狭く解することは明らかである。しかし、武器を解釈するのに物理的な武器だけに限定することは疑問である。なおヘッカーについて、良心の理由と良心的決定との関係だが、彼は良心の理由の対象を人を殺さないことにしているが、「武器を持つ兵役」との関連は何も明かにしていない。はっきり意識的に、人を殺さないことと客観的物理的な「武器」との関連が問われているとは思われない。

- (1) 意識的には「きり言」しているものだ。 Kipp, a. a. O., S. 103; Hamann, a. a. O., S. 101; Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 225, 229.
- (2) Kipp, a. a. O., S. 102f.
- (3) Hamann, a. a. O., S. 100.
- (4) A. a. O. 平時戦時を問わないとするのが通説と考えてよい。例えば Hecker, a. a. O., S. 13; Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 230.
- (5) Scheuner, a. a. O., S. 275; Mangoldt-Klein, a. a. O. 230f.
- (6) Scheuner, a. a. O., S. 275.
- (7) Hecker, a. a. O.

第四項 まとめ

四条三項の一般的な前提問題の次に、四条三項それ自体がいか

なるものであるか、を検討した。すでに述べたように、良心的兵役拒否権は、政治的に、再軍備に対する賛成と反対の側から見られていた。しかし良心的兵役拒否権はかかる側から考察されるだけではなく、より複雑で、それだけ多様な個人の内心の方からも考察されなければならない。すなわち、政治的、集団的ないわば大きな流れに対して、個人的、ときには頑固な位に偏狭でもある個人的な側からも良心的兵役拒否権は見られるのである。むしろ、この側面にこそ、良心的兵役拒否権の特徴がある。きわめて主観的内面的、それだけある人にとっては絶対的である。

良心とは何か。この複雑な、道徳の問題が、法の問題になった。したがって法解釈をそれに加えなければならない。しかしながら、道徳的、倫理的、信仰的に正しいものは何か、という問題に法は関係してはならず、この点で良心の主観的性質は法解釈上維持せられなければならない。良心の根拠づけは別にして、良心という社会的精神的現象を見ると、そこには一定の性質がある。この性質を引き出せばよい。そうすると、良心は内なる裁きの座すなわち裁判所と考えることができた。ここに、良心、良心的理由、良心的決定の相互関係がはつきりして来た。四条三項の良心的理由について、どんな理由からであれ、良心的に武器を持つ兵役を拒否していればよく、理由は問題外であることが解

った。政治的理由であれ同じことである。そして良心的決定の対象たる「武器を持つ兵役は」物理的な実体あるものとして、一般に、理解されていた。

第三章 二つの問題

第一項 状況による良心と兵役義務法二五条

一 「状況による良心」とは一体何を意味するのか。これは「状況による」(situationbedingt; situationsgebunden)あるいは「部分的」(partiell)良心的理由、決定と言われる問題である。用語としては前者の方が多く使われているように思う。問題点は、ある人が兵役を特定の戦争において拒否するにすぎず、一般的(Banell)には戦争と殺人を否定しないことである。

これについては三つの立場が見られる。第一は、態度を保留し、また立法者が解決することを期待するもの、第二は、否定するもの、第三に肯定するものである。

(一) 1. ヘッカー

問題点を明らかにするためにまずヘッカーの説明を紹介する。

「部分的良心は存在するか。この疑問は次のことを意味している。すなわち、ある人が兵役を特定の戦争において拒否する

のだが、しかし一般的には戦争と人殺しを非難しないとき、それは基本法四条三項によって承認されるべきか。神の国のためには武器を持って戦うというエホバの証人(そのために彼らはイギリスではたいがい兵役拒否者としては承認されていない)の場合や、特定の戦争を正しくないとして非難するあるいは近代戦争を否定するそうした人々にとっては、こうしたことはとりわけ実際問題 (praktisch) になる。」

ヘッカーは、こうして「この問題の解決には、良心の問題を詳細に論ずること(その広さ Weite, 全面性 Totalität, 矛盾 Widersprüche 等々)が必要であろう。」と言う。しかし、彼が人を殺さないことと、全面的 (total) であることを考えていたから、ヘッカーの言う「部分的良心」すなわち、「状況による良心」の理解は消極的にならざるを得ないだろう。

2. マンゴルト・クライン

ヘッカーと同じく、態度を決定していないのが、マンゴルト・クラインである。彼はヘッカー以上に問題の複雑さを考えている。彼の説明を見よう。

「次のような意味の『部分的』良心的理由と内容が存在し、三項によって承認されているかどうか、という疑問は、未解決で論争されている。すなわち、たしかに一般的には戦争、殺人

等を非難しないのだが、しかし、良心的理由によって武器を持つ兵役を特定の戦争において、とくに固有な戦争目的のために(純然たる防止に比べて、征服、弾圧、『異民族の解放』、イタリア・イレデンタの併合)、戦争開始のために(防衛戦争に対して侵略戦争)、あるいは反戦論者 (Kriegsgegner) のために(軍事的経済的弱さ、文化的に高いこと、文化的宗教的な反目に比べて血筋に近いこと)拒否するという意味においてである。」

マンゴルト・クラインは、解決には詳細に論ずる必要があるが、「場所的にも実際のにもここではできない」としつつ、「実際の解決は立法者の義務である」としている。

(一) 1. シュライバー

態度留保のものから、そこにある問題点がわかって来たので、否定説から見て行こう。シュライバーは、「基本法の審議のとき、暗黙に(明らかにもちろんとして)次のことは前提されていた。すなわち、良心条項によっては『一般的』な兵役拒否者『だけ』が考えられているのであって、特定の戦争、政体 (Staatsform)、その他これに類するものを非難するそうした人々は考えられていないということ。」

しかし、グロスのシュライバーに対する批判は、立法者意思を考えるについて示唆的である。すなわち、「基本法二六条一項に

料

資

よって侵略戦争の準備が違憲であり、それゆえに、明らかに立法者自身が、兵役を拒否することを過激な平和主義者に認めているだけではなくて、(侵略戦争の)兵役を拒否せよとすべての国民に命ずるところの、良心の立場を考慮している」のであり、シェライバーはこの点を見過している。⁽⁶⁾

2. ルッパース (Lubbers)

シェライバーと同じく状況による良心を基本法四条三項の解釈上否定する。彼の考え方が、兵役義務法二五条の合憲性主張の根拠になり、更に連邦憲法裁判所の二五条合憲判決の理論的には根拠になっていると思う。ルッパースと理論的に同じような関連に立つ人々との影響関係ははっきりしないが、時間的にはルッパースがもっとも早い。⁽⁶⁾

ルッパースは兵役拒否権を狭く解釈しようとする。この態度が前提になっていて、次のように言う。「基本法四条三項は兵役 (Kriegsdienst) をただちに免除しているわけではなくて、武器を持つ兵役 (Kriegsdienst mit der Waffe) を免除しているにすぎない。したがって、重点は『武器』という言葉にある。武器は一般に暴力のシンボルと思われるから、次のことが推論され得るし、されねばならない。すなわち、良心的ためらいが、自分が暴

力行使することを拒絶する中に根拠がある、そうした兵役拒否者だけが、基本法によって保護されるべきであるということである。」「あらゆる暴力使用の拒否」(Ablehnung jeder Gewaltanwendung) と「この態度を原則にしていること」(Grundsätzlichkeit dieser Haltung) の二つが、「兵役拒否者の範囲を法律で決める本質的な標識」である。この考えすなわち「非暴力の原則」(Prinzip der Gewaltlosigkeit) はアメリカ、カナダ、デンマークでも間接に行われている。「殺人の禁止に原因する (zurückzuführen) ためらいだけ」が考えられているのである。⁽⁷⁾

すでに「武器を持つ兵役」の概念を見たが、そこではあくまで客観的な一定の事柄が考えられていた。すなわち、「武器を持つ兵役」は物理的な実体をさすものであった。しかし、ルッパースは、「武器を持つ兵役」を実体あるものとして理解するに留まらず、物理的な武器から「暴力使用の拒否」という考えを推論している。ここに、物理的客観的な事実を解釈していることが見られる。この解釈の操作によって「暴力使用の拒否」の原則が主張され、それ以外の解釈は認められていない。論理的には一つの事実から複数の解釈が推論される。この複数の解釈を一義的に決定する努力が場合によっては成功しよう。ルッパースはこの点を省略

しているのではなからうか。このところがまさに状況による良心の存否の問題点である。なぜならば、例えば「正戦論」やカー・パルトの立場からすれば、⁽⁸⁾ 特定の場合には「武器を持つ兵役」を拒否することがあるからである。

(三) 状況による良心は事実として存在することをシュライバーもルッパースも認めざるを得ず、そうした社会的事実の存在と、その事実が法の文言上許容され得る余地があるからこのために、なんとか狭く解釈しようと彼らはするわけである。この傾向に対して状況による良心を肯定するものを見よう。

1. キツプ

兵役を拒否するタイプにもちろん二種類を見ている。すなわち、「絶対的な非暴力主義 (Grundsätzliche Haltung absoluter Gewaltlosigkeit) に良心のための源を求めている者」と「正しくないから特定の戦争に参加するなど良心が命じている者」である。そして「いずれにしろ、自然法の原則によると、兵役拒否の権利義務」は両者に与えられると言うのである。⁽⁹⁾ 彼は誤った良心も承認するのだから、より一層特定の戦争を拒否する場合は広くなる。

2. ショイナー

キツプは自然法に根拠を置くが、ショイナーは、社会的事実として存在することと、すでに述べたように国際法違反を根拠とする。

「兵役を暴力一般の使用のために拒否するのではなくて、当該の時点であるいは特定の戦争に関連した良心的理由から拒否する者がいる。特定の事情の下でかつ具体的な理由による兵役義務の現実的な拒否の場合は、明らかに特別な困難をもたらす。⁽¹⁰⁾」しかし、「特定の戦争の場合に、兵役に対する真実な良心のためらいが存在することは承認されるべきである。この信念が非暴力の原則的な告白と結びつかなくともである。⁽¹¹⁾」

3. ハーメル

「武器を持つ兵役が、防衛ではなくて侵略に仕えているから、あるいは一部の同胞に向けられるから、特定の戦争のみを拒否するということも、倫理的には、良心によって、正しいとされる。⁽¹²⁾」真剣な良心的決定を重視していることの結果と思われる。

4. ハーマン

彼は単純に言う。「四条三項は、武器を持つ兵役に反対する良心的決定を保護している。同時に、それはこの決定が原則的 (prinzipiell) か、状況による (situationsbedingt) かの区別をして

政府の草案は二つあった。第一は、一九五三年に提出された。すなわち、「宗教的あるいは倫理的な原則的信念から一般的に非暴力を、諸国家と諸民族の関連においても告白し、それゆえに武器を持つ兵役を拒否する者」である。第二は現行兵役義務法二五条と同文の「良心的理由から諸国家間のあらゆる武器使用の参加に反対し、それゆえに武器を持つ兵役を拒否する者」である。政府は、第一草案から第二草案に移ったが、一体いかなる考えに基づいてこれら草案を考えていたのか。第二草案理由を見よう。

「兵役拒否者として承認されるべき良心的決定は、諸国家と諸民族に関連して非暴力を原則的にとる、ということから出ていなければならぬ。こうしたことは、もっと詳しく述べるところから明らかになるのである。」第一は「兵役拒否権が例外権なら、例外は厳格に解釈されなければならない、という一般原則は、基本法四条三項にも適用されなければならない。」ということである。「それゆえに、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てはならないという規定を、次のように理解しなければならぬ。いわゆる良心的決定は、そのような武器を持つ兵役、すなわち、あらゆる武器を持つ兵役に向けられていなければならない。」第二の理由は「基本法四条三項は憲法全体の中で

観察され解釈されなければならない」というものである。「特定の政治的状況においてあるいは特定の侵略者に対して武器を持つ兵役をその良心の声に基づいて行うかどうかの判断を、基本法四条三項を広く解釈する国民に認めるなら、こうしたことは、一般的兵役義務を取り入れる合目的性や、あるいは特定の事件におけるまたは特定の侵略者に武装して防衛するかどうかについて、補充的に国民投票することに匹敵しよう。国政のもっとも重大な問題の一つにおいて、基本法で否定されたレフェンダム制によって代表民主制が取り換えられる、ということになろう。そうした広範囲な意味は、憲法全体の中で、四条三項にはふさわしくない。」

政府のこうした説明は、明らかに、四条三項前段それ自体を制限的に解釈できる、という考えである。理論的に明らかにシュレイベーに負っている⁽³⁾。また、政府の説明からわかるように、「あらゆる」という不定代名詞がつくことによって、制限的に解釈していること、そして「状況による良心」を認めた場合に起きる不都合なるものを予想して、それを排除しようとする解釈をとっている。だから、四条三項前段の厳格な解釈と、状況による良心を認める説とからは、政府の見解は全く認められなく違憲である

う。

(二) 政府のかかる疑わしい説明に対して、議会で兵役義務法二
 五条草案はいかに論じられたらうか。⁽⁴⁾

ネルレン議員(キリスト教民主同盟)⁽⁵⁾——「一切の武器使用に反対する者」とすべきか、「武器使用に反対する者」とすべきか。「一切の」という表現は絶対的に排他的な表現であつて「これは実際には原則的な兵役拒否者にだけあてはまるものである。もつとはっきりいへば、それは—悪くならないではないが—マルチン・ルーテルが狂信者といった人々にあてはまる。それはクエーカー教徒、聖書派、メンノー派にあてはまるがしかし、このような特定の宗派に属さないにせよ、全く深刻な状況から、武器をとつて兵役につくことを良心上拒否しなければならぬ人々にはあてはまらない。われわれはこのような状況上の決定を事実上認めなければならない。」「良心の決定は、倫理的規範に形式的に従つて行われるものでない。具体的な状況が倫理的決定の真の源泉であるというのには、道徳神学の古典的な教えである。しかるに、これがここで除外されている。それで私はこの「一切」という表現は極めて問題だと思つただけでなく、基本法とも相容れないものだと思ひ、強い疑念を表明するものだ。」「ここで、キリスト教民主同盟のヴェーバー議員より「あなたは道徳神学の見解がカトリック教徒にはそのままでは規範にならないのを知らないのですか。」との質問があ

つた。ネルレンは更に言う。「われわれはわれわれの父親が一九一〇年に戦争について語つたと同じように、戦争について語ることはできない。広島に原爆が落されて以来、戦争で新しいことがはじめて可能になつたが、われわれは今日戦争を語るべき、遺憾ながらこれを語らねばならない。」「(全くその通り)中央および左翼からの声」「これは極めて重大なことだと思つて戦争に用いられる手段の妥当性の問題によって戦争が道徳的であるか、許容できるかがきめられることは、諸君はよく知っている。この点について専門家は少しの疑点を残してはいない。私はヒルシエマン神父がいったことを思い出す。彼はこういつた。かかる兵器の使用は戦争を全く許さないものにする」と。

ネルレン議員のこうした論証に対して反論が出て来た。

イエガー議員(キリスト教民主同盟)——「ヒルシエマン神父はつきりとこういつた。カトリック教会の教義によると、兵役を拒否する権利といつたものはないが、一定の状況の下では迷える良心を守つてやる国家の義務があると。ネルレン議員の反論は諸君の賛成を得たが、証言の三十頁を讀ましていただきたい。ヒルシエマン教授こういつている。われわれはカトリック教徒として、兵役義務を原則的に拒否するという理由から、兵役を拒否する人々の良心上の決定を、客観的に誤つたものとして否定すると。諸君、西ヨーロッパは迫る脅威を前にして、困難な一般的非常事態にある。この情勢にあたって、もし

ネルレン議員が基本法に書いていない場合にも、兵役拒否の権利をあくまで擁護しなければならぬと主張するなら、その結果は国家の自殺となることのあるということを想起してほしい。」(キリスト教民主同盟の方で拍手)

イエガーに対する反論が出て来た。

メツガー議員(社会民主党)——「イエガー議員のいわれるところによると、ヒルシュマン神父は根本的にいって、カトリック教徒に対し兵役拒否に關して一般に良心的決定を認めなかつたことになる。彼はそこである箇所を引用せざるを得なくなつたが、そこからは実はその逆がでて来るのである(社会民主党で拍手)。ヒルシュマン教授の意見はこうなのだ。カトリック教徒は一般的兵役拒否者にはなり得ず、具体的な場合にだけ、つまり客觀的に正しくない戦争の場合にだけ、兵役拒否者になり得るといふのである。(アルント議員)もしくは原子戦争の場合……」ところで福音教会の方ではどういっているだろうか。この場合も具体的な状況だけが、福音教会にあつても人間に理性を与えることになつてゐる。クンスト監督はこういっている。われわれの討議にとつてより重要なことだが、われわれは不変の原則がその内容となつてゐる場合だけ、良心の拘束が尊敬されるべきであるとの見解には警戒するものだ。良心の決定については裁判官はないのである。単なる立法議員としては、自分で国家理性に適合すると信ずるからといって、良

心を勝手に変えたり、曲げたりすることはできない。」(社会民主党の方で拍手)

(⇒) では以下、学説を検討しよう。

1. 合憲説

(1) ヴェーバー(W. Weber)

兵役義務法二五条が基本法四三条三項と一致する、と主張した者としては、ヴェーバーが一番早いらしい。直接文献を参照することができなかったから、ブリンクマンがヴェーバーを紹介するところから引用する。彼ヴェーバーは次のように言う。「兵役義務法二五条草案」は「全く正確に」「基本法四三条三項前段の意味内容を明らかにしているのである。」「この規定は適切にも、基本法は兵役拒否権(das Recht zur Kriegsdienstverweigerung)ではなくて、武器を持つ兵役拒否権(das Recht zur Waffendienstverweigerung)を決めてゐることを表わしているにすぎない。宗教的あるいは倫理的な原則的信念から非暴力を告白し、それゆゑに武器を持つ兵役を拒否する者のみが、この権利を主張し得るのだ、とごく当然にこの規定は言つてゐる。」^(a)

ヴェーバーは兵役義務法二五条の第一草案について言つてゐるのだが、現行法についても同じく考へてゐるとすれば、どうなる

資料

か。すでに見たように、ヴェーバーの主張のポイントは「兵役拒否権」ではなくて「武器を持つ兵役拒否権」というところにあるから、ルッパースの考え方に一致する。ルッパースに対して疑問であったから、ヴェーバーに対しても同様である。

また、ヴェーバーと同じ立場と思われるのが、ザルツマン (Salzmann) である。⁽⁷⁾「『武器を持つ兵役』という言葉は次のことを承認するようには言うのである。すなわち、内的な原則的立場から戦争をそのようなものとして反対する人々だけを、基本法四条三項は保護するのだと。」

(2) フロア

フロアも前述と基本的には同じ考えに立つと思われる。すなわち、特定の状況から出て来るコンフリクトは基本法四条三項と兵役義務法二五条によって認められていない。基本法四条三項と兵役義務法二五条は「あらゆる良心的ためらいを含んでいるわけではなくて、殺人的な武器の使用に対するものだけを含んでいるにすぎないからである。」⁽⁸⁾

フロアの場合には、ヴェーバーやザルツマンとちがっている点としては、四条三項の「武器」に言及しないで主張していること

である。しかしながら、ルッパースにおいて見たように「武器」に重点を置くと、「殺人」の禁止の考え方に通じるのだから、基本的には(1)も(2)も同じくルッパースに立脚していることになる。⁽⁹⁾

2. 違憲説

(1) グロース

グロースは兵役義務法二五条の第一草案について、ヴェーバーと反対に違憲と考えている。⁽¹⁰⁾「宗教的あるいは倫理的な原則的信念から出てくる非暴力を一般的に告白する者だけが認められるべきだ、というように、基本法四条三項によって保障された良心的決定の自由を兵役義務法二五条草案が制限しているなら、二五条草案は許されざる制限をしている。」なぜ「基本法四条三項が意味と文言によって言っているところのもの適法な解釈ではない」のかと言えば、理由として次のことがあげられる。すなわち「結果的には、そうしたことは、むしろ、シヨイナーの鋭い (eindringlich) 警告にもかかわらず、良心の倫理的なそれゆえに前法律的な概念を規範的に定義して裁判しようとするることになる。」からである。

グロースはこの理由とともに、基本法四条三項後段の施行法は「武器を持つ兵役拒否権を兵役拒否者に有利にはなく制限して

いる」ことをあげる。しかし、合憲説の根拠を批判していない。
この二つのグロースの理由を承認できるのだが、もっと批判的根拠がほしい。⁽¹²⁾

(2) ハーマン

「四条三項の施行法と考えられる兵役義務法二五条が『国家間のあらゆる武器使用の参加に反対し、それゆえに武器を持つ兵役を拒否する』者だけに武器を持つ兵役拒否権を認め、それゆえに状況による良心的決定は、兵役拒否の弁明の理由としては除外されるべきである」とすると、四条三項の立法的制限が越えられている。兵役義務法二五条はそれゆえに、その限りで、違憲である。⁽¹³⁾
ハーマンは状況による良心が排除されていると言っているから、この点で、すでに見た状況による良心の承認は違憲説の根拠となり得ると思う。

(3) ハーメル

ハーメルは兵役義務法二五条の良心的兵役拒否の要件について次のように言う。⁽¹⁴⁾「そこには『あらゆる』武器の使用を拒否する者だけが拒否権を持つべきであるということ、『あらゆる』戦争を拒否する者だけが拒否権を持つべきだということが、含まれている。」しかし、有力なプロテスタントの神学者カール・バル

トは「原理的な戦争拒否であれ、原理的な軍国主義であれ、個人の一般的な決定というものは、神の命令に対する反抗というものである」、「正しい兵役の拒否」があるとすればそれは「勝手に欲せられ企てられた戦争」においてであるとする。さらに、カトリック教会によれば、「一定の戦争に関与する」ことを禁じている。こうして見ると「武器を持つ兵役」を拒否する場合があるので、したがって兵役義務法二五条は許されないのである。

次に先の二点について言えば、まず「四条三項が『武器を持つ兵役』を言うとき、今日の戦争で使われているすべての武器 (alle Waffen) が考えられている。それらの一つだけでも使用を拒否する者は、武器を持つ役務を拒否できる。なぜならば、国防軍隊 (Bundeswehr) に入る者が、使用する武器を限なく捜すことはできないからである。」次に、「倫理的には、良心から、武器を持つ兵役を特定の戦争において拒否することが認められる。というのは、例えば防衛でなくて侵略に役立っているから、あるいは一部の自国民に向けられているから。」「基本法二六条によると侵略戦争は違法だから、四条は、侵略である戦争においては兵役を拒否する権利を含んでいる。」

こうしてハーメルは兵役義務法二五条が「国家間のあらゆる武

器使用の拒否」だけを拒否理由とする限りで、無効だと言う。

ようするに、ハーメルの見方は、四条三項の「武器を持つ兵役」の解釈として暴力使用の拒否だけでなく他のものもあり得る。

例えばバルトやカトリックの正戦論がある、しかしそうしたものはすなわち状況による良心が、兵役義務法二五条には含まれていない、ということである。ハーマンと同じである。

結局合憲、違憲の問題点は「武器を持つ兵役」の解釈にかかっていることがわかる。「武器を持つ兵役」の解釈は複数あるという理解こそが、正しいのではなからうか。言い換えるなら、状況による良心が社会的事実として存在し、四条三項の文言上それが包含されるのだとする解釈の方が正しいのではないだろうか。違憲説に理由があると思う。

- (1) 政府の草案は二つあったことは各種の文献から知られる。しかし、第一の草案資料を入手できずにしまった。各種の文献で言われているものをもとにするしかない。例えば Brinkmann, Grundrecht und Gewissen im Grundgesetz, S. 275 Anm. 600; W. Gross, a. a. O., S. 367.
- (2) BT-Drucks. 2303 S. 31f.
- (3) Schreiber, a. a. O., S. 39f. 政府の「例外権」についての考えと学説についてはすでに検討した。かかる「例外」の

強調が、兵役義務法二五条の合憲説の中にはやはり見られない。この理由は、一つは、資料が十分利用できていないからか、すなわち「例外」を強調する立場の文献を落しているのか、二つは、「例外」を強調する考えをとらなくてももっと強固な考え方があるからか、と思う。注意しなければならぬのは、後者の理由である。すなわち、シュライバーの考え方は消えて行って、ルッパースの考え方が広まって行き、そして、連邦憲法裁判所が兵役義務法二五条を合憲と判断したときの考え方の基礎はルッパースの方にある、ということである。

- (4) 議会の論議は、徴兵法をめぐる西ドイツの国会議事録、中央公論、昭和三十一年九月号(二二四ページ以下)によった。議会の様子を知るには、鉛の兵隊、世界、昭和三十一年九月号、一三三ページ以下及び、徴兵制をめぐる西独の動き、小林直樹、世界、一一月号、一六四ページ以下。
- (5) ネルレンは、前掲、によればキリスト教民主同盟の党員であるが、興味がある。誤植でなければ幸いである。
- (6) W. Weber, Die Grenzen der Kriegsdienstverweigerung, Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit des § 25 des Regierungsentwurfs eines Wehrpflichtgesetzes mit Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes in Brinkmann, a. a. O., S. 284.
- (7) J. Salzmann, Der Gedanke des Rechtsstaates in der Wehrverfassung der Bundesrepublik, Schriften zur Rechtslehre

und Politik, Band 38, 1962, S. 111.

(8) Flor, a. a. O., S. 244. また、フロアによれば、シュイナーが合憲説である。シュイナーの合憲説をフロアは次のように言う。四条三項と兵役義務法二五条は「あらゆる良心のためらいを含んでいるわけではなくて、殺人的武器の使用に対するものだけ」(カッコ内は、フロアがシュイナーの言葉としてしている部分)を含んでいるにすぎないと。シュイナーの文献は入手できないから明らかなことはわからない。しかし、ルッパースの見方に近づいたのではないかと思われ、シュイナーの立場は従来からするとあいまいになった、と思わざる得ない。なお後述するように、連邦憲法裁判所の兵役義務法二五条の合憲判決をシュイナーは支持し、かつ評釈しているから、その時にまた検討することにしよう。

(9) プリンクマンは、二五条の違憲説と合憲説を検討している。合憲説の分析はきわめて不十分だと思う。彼によると、合憲説には兵役義務法の決定を甘受する (hinnehmen) にすぎないものと、理由づけをしようとするものとの二つがある。後者にはすでに述べた政府の見解が属し、前者には、ヴェーバー、フロア、ザルツマンが属すると言う。そして前者の特徴は、「兵役義務法二五条前段が規定しているものを基本法四条三項前段にも仮定し (annehmen)」、それに両者の一致を根拠づける「見解である」と (Brinkmann, a. a. O., S. 284f.)。しかし、すでに見たように、このような分析では全く合憲説

を正しく評価したことにならないのである。ルッパースの分析を正しくしていれば、その流れの中でヴェーバー他を見ることができるからである。プリンクマンは違憲説の分析では「状況による良心」が排除されているとの説明をしていることは正當としても、同時に反対説すなわち合憲説の検討を十分しないから、なぜ連邦憲法裁判所が合憲説に立ったかも、明らかにすることができなかったのではなからうか。違憲を主張するだけではまだ足りないのである。

(10) Gross, a. a. O., S. 367.

(11) Scheuner, a. a. O., S. 274.

(12) なぜこのようなことを言うかと言えば、「許されざる制限」とは具体的には何を意味しているのか。また、合憲説は四条三項の解釈自体に根拠を置いているのだから、厳密にこの点を検討する必要があるからである。

(13) Hamann, a. a. O., S. 101.

(14) Hamel, a. a. O., S. 106 ff.

第二項 審査の問題

良心的理由から兵役を拒否する者は一定の手続を経なければならぬ。そこでもっとも問題になることは、かりに良心的理由から兵役を拒否しているとして、その者が「真剣に」あるいは「真実に」良心的決定を下しているかどうかである。この手続上の問

料

資

題は十分慎重にかつ詳細に研究しなければならないのだが、今はその余裕がない。二点だけごく簡単に調べて問題点を明らかにしておき、判例の研究の手がかりとしたい。

一 まず良心的決定を下しているかどうかの判断基準および方法は何か。

(一) 兵役義務法二六条四項の制定以前にはシヨイナーの見解に代表されるようなものがほとんどであった。⁽²⁾ 彼は拒否者の倫理的な「真剣さ」を基準としながら、この「真剣さ」を審査するのに二つの方法を提案した。一つは、「質問と調査によって、拒否者の従来の態度が、とくに反戦的な考えのグループに属しているかどうか、そして彼の考えが確認される」手続である。もう一つは、「(いづれにしても平時にだが) 軍事的兵役義務より楽ではないところの、代替的に行われる役務義務に拒否者を服させる」ことによって彼の信念の真実さ (Echtheit) を証明させる方法である。シヨイナーは後者の方法に傾いているようであるが、厳しい試験を通してようやく拒否者は「真剣に」拒否していた、と解しても、兵役拒否者の承認手続としてはおそすぎるとはならないか。

(二) 兵役義務法二六条四項は、兵役拒否者審査委員会が決定を下す際に「申請者の全人格とその倫理的態度」を考慮しなければ

ならないと規定し、審査の判断基準を示した。しかしその内容ははっきりしない。グロースは拒否者の「真剣さ」であると解釈している。さてかかる基準を用いていかなる方法で審査されるのか、と言え、何も示されていない。

こうした問題を解決したのは学説というよりも連邦行政裁判所であった。判例を積み重ねて行ったのである。この点を後で見よう。

二 かかる「真剣さ」はいかにして確認できるかを明らかにしようとするよりも、そもそも「真剣さ」が確定されないうとき拒否者は不利になるかどうか、といういわゆる挙証責任の分配の問題に学説は熱中していた。⁽⁴⁾

(一) 挙証責任とは何んであるか。「挙証責任(客観的挙証責任)とは、訴訟上一定の事実の存否が確定されないうきに、不利な法律判断を受けるように定められている当事者の一方の危険又は不利益をいう。如何なる当事者がその不利益を負うかを定めるのが挙証責任分配の法則である。」⁽⁵⁾ として「自由心証の尽きたところに挙証責任分配の本来的な機能が始まる」。⁽⁶⁾

(二) それではかかる挙証責任の分配はいかに機能するか。以下ではきわめて簡単に整理するにとどめる。

1. 挙証責任は国すなわち徴兵当局が負うべきだとするもの
—— テイトゲン、ハノーバー、フルント。

2. 兵役拒否者が負うとするもの—— キンプ、シヨイナー、
ド・クラーク。⁽⁷⁾

3. グロースは以上と違ひ。⁽⁸⁾

「良心的決定は『自己責任』(Selbstverantwortlichkeit)であり、そのケルンにおいては『審査され』(nachprüfbar)ないということが、『良心的決定』の本質の中に含まれている。」「それゆえに兵役拒否者から『挙証責任』は期待されてはならない。ここに『誤った良心』も基本法の保護に値し利益を受けるからである。」「しかしながら、『良心的決定ではないのだが、良心的決定の真刻さを審査することを可能にする陳述義務(Darlegungspflicht)を拒否者にも課せらるべき。』」

(1) 第一章第一節第三項の西ドイツに関する注を参照。

(2) Scheuner, a. a. O., S. 268 ; Gross, a. a. O., S. 368.

(3) Scheuner a. a. O., S. 268, 255.

(4) Scheuner, a. a. O., S. 280 ; Hecker, a. a. O., S. 149 ; Kipp, a. a. O., S. 104 ; Lubbers, a. a. O., S. 283. 学説が熱中するのはそれだけ理由があるからである。連邦行政裁判所一九五八年一〇月三日判決 (VIIIC 235/57) 以後多数の文獻が出られた。Tietgen, Anmerkung, DVBl 1959, S. 591 ff. ; Scheuner, Anmerkung, DÖV 1959, S. 264 ff. ; Hans de Clerk,

Zur Beweislast in Kriegsdienstverweigerungs-fällen, JZ, 1960, S. 13 ff. ; A. Arndt, Beweislast für die Kriegsdienstverweigerung?, JZ 1960, S. 273ff. ; Tietgen, Anmerkung, DVBl 1959, S. 707ff. ; Hannover, Zur Beweislast im Verfahren auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer, DVBl 1960, S. 381ff. ; Brinkmann, a. a. O., S. 312ff. など。高林克己「行政訴訟における立証責任」行政法講座「三巻」二九八ページ。訴訟における立証責任「行政法講座」三巻「二九八ページ」。

(5) 三月月号「民事訴訟法」有斐閣「昭和三十八年」四〇五ページ。

(6) 三月月号「前掲」四〇六ページ。なお、Carl Hermann Die, Verwaltungsprozessrecht 3. Auflage, 1963, S. 261 ff.

(7) 注(4)参照。

(8) Gross, a. a. O., S. 368.

第三項 まとめ

四条三項の解釈論で重要な問題はとりわけ兵役義務法二五条の違憲性をめぐるものである。そして以上分析した結果はすでに明らかなく、兵役義務法二五条は基本法四条三項で保障されている「状況による良心」を排除しているから違憲である、と考えるのが理論的に正しいと思う。しかしながら、連邦憲法裁判所は合憲を判断した。

(※) 西ドイツについての重要な構造の分析は終わった。そこでアメリカとイギリスについてここで検討しておこう。西ドイツの問題を考えるのに、きわめて重要ないくつかのことがらを発見できると思う。

〔アメリカ〕

アメリカの良心的兵役拒否の要件は、「宗教的な修養と信念」に基づいていること（良心的理由）と、「いかなる形においても戦争に参加すること」に反対すること（良心的決定）である。

一 「宗教的な修養と信念」については大きな二つの流れがある。一つは広く解釈しようとするものであり、もう一つは狭く解釈しようとするもので、現在では前者に落ちついている。

(一) 広く解釈しようとし、もっとも古くかつ有名な判例が、*United States v. Kauten* 133 F. 2d 703 (1943) である。第二上訴裁判所が扱った。なお当時の良心的兵役拒否者の関係法では、現行法にみられるような「宗教的な修養と信念」の解釈規定はなかった。その他は現行法と同じである。

司法省の調査によると、コートンは無神論者、少なくとも不可知論者である。彼は画家で、ヨーロッパを旅行し、諸国民の敵意を見、政策の手段としての戦争に反対の気持ちを強くした。戦争は悪を矯め、国家を保護する手段としては役に立たないのであると。裁判所はどう考えたか。「戦争に参加することの反対は当然『宗教的な修養と信念』に帰するものでなければ

ならない。しかし、コートンは「宗教的な修養と信念」でなく、「哲学的政治的」な理由に基づいているだけである。たとえどんなに彼が誠実であるとしても。では「宗教的な修養と信念」とは何か。それは「宗教的な衝動と思われるやむにやまれない良心の声」(A compelling voice of conscience, which we should regard as a religious impulse) である。そうするとこの「宗教的な衝動」とは何か。宗教の内容は人類の歴史の中に見い出され、「個が隣人と宇宙に関係する手段としては、理性は十分ではないという意識(sense)から、宗教的信念は出てくるのであり、もっとも原始的な社会でも、もっとも文化の開けた社会でも、人間に共通な意識である」。また、宗教的な信念は、利己主義を捨てること、信条(tenets)を破るよりも殉教を絶対的に要求するところの良心といわれる信念である。こうして裁判所はソクラテスセルターなどを例にあげる。なお *Northwestern University Law Review*, 1966, Vol. 61, p. 138 の注釈によれば、前述の裁判所の説明(宗教の内容は云々のこと)は、附随的意見(dicia)である。それにもかかわらず以下の事件で、フォローされた。

以下この判例に連なるものを見よう。

1. *United States ex rel. Phillips v. Donner* 135 F. 2d 521 (1943)

フィリップスは「人間を殺すことあるいは直接的、間接的に人殺しを助けること」に反対した。「戦争は倫理的にかつ例外

なく悪い」と信じている。かかる倫理的・人道的な戦争反対の
 フイリップスを、第二上訴裁判所は、「コートン事件で定義さ
 れたような制定法の良心的兵役拒否者」であると判決した。

2. United States ex rel. Brandon v. Donner, 139F. 2d 761
 (1944)

第二上訴裁判所は問題なくコートンの先例を引用した。ブラ
 ンドンは「神 (God) あるいはいかなる神的な力も信じないが、
 しかし戦争と兵役 (military service) に反対している。なぜな
 らば、戦争は道徳的に悪く、人間が兄弟たることを拒否すると
 彼は信じているからである。」彼は「言葉の広い意味で、宗教
 を信じ」、それは「特殊な神性 (Deity) を越えたなものかを
 信ずる」ことだと述べた。

3. United States ex rel. Reel v. Badt, 141F. 2d 845 (1944).

ルールは、「戦争行為あるいはその他人命を破壊する意図
 を持ったいかなる活動であれ直接的間接的に参加することは悪
 い」と信じている。したがって彼の戦争反対は人間的な考えに
 基づいてはいるが、「神性あるいは超自然的力に対するいかな
 る義務」にも基づいていなかった。しかし第二上訴裁判所はコ
 ートン事件に従って認めている。なお、ルールの事件に関して
 「宗教的な修養と信念」の解釈として裁判所が「世界における
 道徳力についての信念で足りる」としたと説明するものがある
 (杉村、防衛法、六二ページと、藤田・小田垣・中川、前掲、
 一一〇ページ、また、Schneider, Das Recht auf Kriegsdienst-

verweigerung, Der deutsche Soldat in der Armee von morgen,
 S. 271)

以上コートン事件を先例として「宗教的な修養と信念」を
 広く解釈する判例を見た。第二上訴裁判所は、これらの事件を
 通して「誠実な、哲学的、道徳的あるいは人道主義的な信念
 が、制定法の条件を満たす」ことを明らかにした (Abner Brodie
 and Harold P. Southland, "Conscience, the Constitution,
 and the Supreme Court," Wisconsin Law Review, 1966, No.
 2, p. 312)。

(二) しかしながら、第二上訴裁判所の広い解釈に反対するも
 のが出て来た。有名な Berman v. United States, 156F. 2d 377
 (1946) である。この判決が唯一である。第九上訴裁判所が判
 決を下した。

バーマンは社会主義者 (socialist) である。彼はパール・ハー
 バード以前も以後も色々な社会運動で活動し、色々な平和運動
 で活動して来た。彼はジュニア・ハイスクールの頃平和運動
 に関心を持つようになった。彼はあらゆる戦争に反対したし、
 戦争の問題を論じもした。「彼の戦争問題についての態度は、
 その良心に、そして人間はすべて兄弟のフアンダメンタルな信
 念と献身に、基づいていた。」彼は社会主義的な見解から「資本
 家のための戦争として戦争を診断して」もいた。この社会主義
 的な見解あるいは社会主義の信念は、「人類一般の生活を向上
 させようという願望」に基づいていた。バーマンは言う、「人類

のためにそして私の仲間たる市民への深い忠誠から、私は戦争に反対であるし、戦争の努力と結びつきたいかなる活動に参加することも拒否する」と。

パーマンはこうして良心的兵役拒否者であることの承認を求め、前述の第二上訴裁判所の判例を引用した。しかし、第九上訴裁判所は、コートン事件を「ほんざいな見解」として認めなかった。まず、裁判所によれば、『宗教的な修養と信念』という表現は明白な言葉であり、一つは良心的社会的な信念あるいは高い道徳主義的哲学に対する誠実な献身と、もう一つはこの世的なもの以上でそしてそれを越えた權威に対する個の責任の信念に基づいたものと、これら二つが明確に区別されるために「制定法」化された。では、裁判所は宗教をどう考えているか。

裁判所はこれも有名な *United States v. Macintosh*, 283 U.S. 605, p. 633, 51 S.Ct. 570, 578, 75 L.Ed. 1302 事件に於ける Hughes 裁判官の宗教の定義に基づく。ヒューズは、「宗教の本質は、いかなる人間関係から生ずる義務よりも高い義務を含んでいる神 (God) に対する関係を信することである。だから、パーマンの主義がどんなに純粹で尊敬に値するとしても彼がどんなに献身的にそれを固守するとしても、「神性 (Deity) の概念のない彼の哲学と道徳と社会政策は、制定法で言われている宗教ではない。」

第二上訴裁判所と完全に対立した解釈であるが、第九上訴裁判所は、ヒューズの宗教の定義に基づき、立法者もそう考えた

(*Sibley and Jacob*, *Conscription of conscience*, p. 431 同画) というところに自信を得ているようである。

以上広狭二つの流れは解決されなかった (*Brodie and Southernland*, id. 313) から、ヘッカーが、最高裁判所は問題を解決したかの様に言うことは誤りと言わざるを得ない (Hecker, *Die Kriegsdienstverweigerung im deutschen und ausländischen Recht*, S. 32)。なお、アメリカの当時の社会主義者の戦争に対する態度を知るには、*Sibley and Jacob*, id. p. 36-38。

(二) こうした二つの流れを解決しようとして、一九四八年の法律では「宗教的な修養と信念」の定義規定が設けられた (槍山、アメリカ憲法と基本的人権、五〇〇ページ)。この定義規定は現行法でも同じであって、ついに連邦最高裁判所が解決をせまられることになった。結果的には第二上訴裁判所の流れがとられた。

United States v. Daniel Andrew Seeger (No. 50); *United States v. Arno Sascha Jakobson* (No. 51); *Forest Britt Peter v. United States* (No. 29), 380 US 163, 13 LEd 2d 733, 85 S Ct 850 (1965) で連邦最高裁判所は判断を下したのである。

第一にスイーガーは、「懐疑主義すなわち神の存在を信じない」からといって、「何も全然信じない」というわけではなく、「善 (goodness) と徳 (virtue) を、それだけのために信ずることそしてそれらに献身すること」を彼は信じていた。これが彼の「純粹な信条の宗教的信仰」であって、この「宗教的の信

念」に基づいて、いかなる形においても戦争に参加することに良心的に反対だ、と彼は主張した。第二に、ジェイコブソンは「至高なる存在 (Supreme Being)」を信じていた。それは「人間の『存在に究極的に責任を負っている』という意味での『人間の創造者』(Creator of Man)であり、『人間の存在がその結果』たる『至高なる実在』(Supreme Reality)であ」った。さらに「宇宙の存在していることの究極的な原因」(the Ultimate Cause for the fact of the Being of the Universe)である「善」を信ずると。それだから「その存在を拒否することは宇宙の本質を拒否することに外ならない。」こうして、彼にとって「もっとも重要な宗教法」は、「何人も他のいかなる目的の手段としてであれ、他人の生命を勝手に犠牲にしてはならない」ということであった。第三に、ペーターは、ある力のはっきりと現存していることの意味 (the consciousness of some power manifest in nature) として宗教を定義し、それを至高なる存在あるいは神の信仰と呼んでもよいと言った。「人間の生命を奪うことは自分の道徳律 (moral code) を犯す」という確信は、この宗教に基づいていて、彼は「この信念は国家に對する義務よりも高い」と考えた。

連邦最高裁判所は次のように判断した。六条(j)項(選抜徴兵法四五六条(j)のこと)が除外している者は、本質的に政治的、社会的、あるいは経済的な見解に基づいて「戦争は悪い」「そして「戦争には参加したくない」と思っている者や「単に個人

的な道徳律」に基づいた戦争反対の者である。本件の三人は「神あるいは神々の存在の信仰」あるいは「無神論に對立した、一つの神あるいは多くの神々における超人的な力あるいは靈的な力の信仰」という有神論に固着している。したがって「我々の問題は、もっと狭いものである。六条(j)項で使われている『至高なる存在』の言葉は、オーソドックスな神を意味するものか、それとも、他のものがすべてそれに従属するあるいは他のものがすべて究極的にはそれに依存しているであろう一つの力あるいは存在あるいは一つの信条 (faith) というもっと広い概念を意味するものか。」こうして裁判所は六条(j)項の解釈で解決する。すなわちアメリカ合衆国には二五〇以上の宗派が住んでいる。純粹に人格的な神、超自然的な神を信じている者がいるし、仏教徒もヒンズー教徒もいる。こうした中で議会は立法したのである。一九四〇年の関係法の修正に際して、議会はマッキントッシュ事件におけるヒューズの宗教の定義をほぼそのまま採用した。ここでは「宗教の本質は、いかなる人間関係から生ずる義務よりも高い義務を含む『神』に對する関係を信じていること」だと言われている。しかしながら、「こうした言葉と制定法の定義を比較して見ると、『神』という名称を、『至高なる存在』という句で置き換えることによって議会在慎重にこれらの言葉を広げた、ということも容易に明らかになるのである。」そこで「宗教的な修養と信念」を考えて見ると、「他のものがすべてそれに従属するあるいは他のものがすべて究極的に

はそれに依存しているそうした一つの力あるいは一つの信条に基づいた真実な宗教的信念のすべてが、この句の中に入るだろう。「言いかえると、「疑の余地なく免除の要件が神によって占められている地位と、パラレルな地位をその人の生活において占めているそうした真実で意味の深い (sincere and meaningful) 信念は、制定法の定義に入るのである。」こうして、三人は承認された。

Northwestern University Law Review, p. 135 の注釈もフロディとサザランドの注釈も、結果には賛成しつつも、最高裁の理由づけに非常に不満である。というのは、議会は一九四〇年の関係法の修正のときには、第九上訴裁判所の判決およびマツキントッシュ事件のヒューズの言葉を採用して限定的に狭く解釈しようとしたからである。また、ここではあまりふれることはできないのだが、本件では、修正第一条の宗教の自由な行為保障の違反(すでに連邦最高裁判所はマツキントッシュ事件で良心的兵役拒否と第一条とは無関係だとしているが)と、修正第五条の正当な法の手続の保障に対する違反が、主張されたが、入れられなかった。Douglas 判事だけが違憲を主張した。なお、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、一九六六一、三〇五ページ参照。

以上アメリカの良心的理由を見た。「宗教的な修養と信念」は最高裁によって広く解釈された。しかし、依然として良心

的兵役拒否者は「宗教的な修養と信念」に限られている。中心にあるのは「至高なる存在」であり、その内容は規定されていない。「いかなる人間関係から生ずる義務よりも高い義務」を含むものでなければならぬ。このところにやはり宗教についての観念があり、こうした理由から、「本質的」に政治的な理由が排除されている(前号、一六五ページ参照)。すなわち政治的な理由でも良心的であることはあり得るのだが、それを「本質的」として排除できるのは、そもそも一つのドグマに基づいているからでなからうか。アメリカで政治的理由が認められない原因はここにあると思う。政治的であって、かつ、良心的に兵役を拒否すること自体が「本質的」に成立しない、というわけではない。こうした理解を基にして西ドイツの「政治的理由」の成立いかんを比較的に考えるべきであろう。西ドイツではほとんど以上のことが考慮されていないと私は思う。

二 「いかなる形においても戦争に参加すること」を拒否することの要件を見よう。ここでは、第一に、特定の戦争拒否の問題と、第二に、正当防衛の場合には必要なら人を殺してもするというノン・パンフィストの問題である。後者ではエホバの証人が問題となっている。

(一) 第一について見よう。これには大きく二つの問題がある。

1. コートン事件のように、特定の戦争を拒否する場合である。それはなぜ認められないか。裁判所はコートン事件で次の

ように言った。「特定の戦争は得策ではない、(inexpedient) あるいは悲惨であるという確信に基づくものと、いかなる状況においてであれ、いかなる形においても戦争に参加することに反対するものとの間には区別がある。前者ではなくて、後者が制定法が免除する根拠であろう。」

結局、「いかなる」形においても戦争の参加を拒否することという制定法の文言によって、両者が区別されるだけである。そして内面的に正当化されるのは次のことによつてである。

「前者は通常政治反対であるが、後者こそが、良心と呼ぶのであれ、神と呼ぶのであれ、心の師 (an inward mentor) への個の応答だと思ふ。心の師は、今日多くの人が宗教的衝動と呼ぶものに当る (equivalent)。」しかし、特定の戦争に反対でなく、いかなる形においても戦争に参加すること」に反対することこそが「宗教的な修養と信念」に基づいているのだ、ということにとくに注意しなければならないと思ふ。ルール事件でも同じことが言われている (p. 847)。このことは何を意味するのか。良心的決定の方に重点を置くことではないだろうか。この点、イギリス型との関係で興味があることである。

2. 特定の戦争参加を拒否する点で前者と似ているのだが、ここでは、神の命令による神政戦争 (theocratic war) になら参加するということが問題になっている。

Taffis v. United States, 208 F. 2d 329 (1954) が先例である。タフスは、パシフィストではなく、一定の戦争すなわち神政戦

争を信じ認めていた。そのため「いかなる形においても戦争に参加すること」に反対しているのではないとされた。裁判所はタフスを良心的兵役拒否者として認めた。すなわち、war in any form は神政戦争を含むと解釈されるように見られるのだが、「戦争とは、国家間の肉と血の戦いを意味するのであり、一つの政治的実在物が他の政治的実在物を圧倒しようとする暴力の戦いである。明らかに、議会はこのタイプの戦いを考慮して立法していたのである。神政戦争すなわち神の直接的な命令によつて行われる戦争にかかわっていないかつたし、本当にかかわることもできなかった。」次に、in any form という言葉は明らかに war に関係しているのではなくて、"participation" in war に関係してゐるのである。

(1) この先例に続くものとして、United States v. Hartman, 209 F. 2d 366 (1954); Jessen v. United States, 212 F. 2d 897 (1954) ジェスマンによれば、「汝殺すなかれ」ということは、この世の戦争 (secular war) に対しては中立であれという神の命令である。

(2) 以上の判例を連邦最高裁判所は確認した。それが、Starella v. United States 348 US 385, 99 L. ed 436, 75 S. Ct 403 (1955) である。スタレラは、自分はキリスト・イエスの兵士であるから、この世の肉による戦争 (carnal warfare) に入ることは許されていないと言ひ、さらに、神の国のためや説教活動、集会、同信の兄弟姉妹、財産を攻撃から守るが、その手段

は武器によらず、また、神政戦争になら参加すると言った。これに対して裁判所は次のように判断した。スイクレラの言う戦争は、「善と悪とのそのような精神的戦争」で、「議会が、いかなる形においても戦争に参加することと言ふとき、現実の兵器による戦争 (shooting war) を考へていたので、我々は思う。現在の地上の国家間の現実の軍隊による戦いであり、爆弾や弾丸や、タンク、飛行機そしてロケットによる戦争である。」だから、「あらゆる戦争に反対しているかどうかではなくて、宗教的理由から戦争に『参加する』ことに反対してゐるかどうか」が問題なのであると。

この判例に従つたものをあげておくと、*Rempel v. United States*, 220 F. 2d 949 (1959) ; *Riles v. United States*, 223 F. 2d 786 (1955); *Kretchet v. United States* 284F. 2d 561 (1960).

(1) 第二に、ノン・パンシニストの問題である。*Arnett v. United States*, 205 F. 2d 689 (1953) がもっとも早い事件である。アネットはいかなる方法においてであれ、戦争に参加することは悪いと信じていた。しかし、「自分の生命を守り保護するために必要ならば殺すだろう」と述べた。そこで「こうしたことは、宗教的ためらいや戦争参加に反対の信念の主張と矛盾している」かどうかが問題になった。裁判所は、「制定法に置かれた標準は、いかなる形においても戦争に参加することに反対の宗教的な修養と信念である。」として、アネ

ットを認めた。

なお、*United States v. Pekarski*, 207 F. 2d 930 (1953) の事件では、手と体だけで生命を守るのであって、武器によるのではないと、ハカルスキーは言つたが、裁判所はアネット事件と同じく考えた。こうして、正当防衛だけではなくて、家族や同信の人々、自分の信仰のためにも必要ならば人を殺してもするということが一般的に認められるようになって来た。例えば、*Taffs v. United States*, 208 F. 2d 329 (1953); *United States v. Hartman* 209F. 2d 366 (1954); *Jessen v. United States*, 212F. 2d 897 (1954); *Blevins v. United States*, 217F. 2d 506 (1954); *United States v. Laung*, 221F. 2d 425 (1955); *Kretchet v. United States*, 284 F. 2d 561 (1960); *Shepherd v. United States*, 220 F. 2d 855 (1955); *Steurella v. United States*, 348 US 385, 99L ed 436, 75 S. ct 403.

以上「いかなる形においても戦争に参加すること」を拒否することの要件を見た。「特定の戦争拒否」と「いかなる戦争拒否」との間には、制定法の文言によって区別されているだけであつた。次に、良心的決定の対象たる戦争については、あくまで現実の戦争をさして、精神界の戦争——實際化するかもしれないのだが——は排除され、エホバの証人が救われた。裁判所はエホバの証人の一連の事件で忠実に文言に従つた。その結果、かりに制定法上の戦争が、精神界の戦争を含むとしても、「いかなる」とは「参加すること」にかかるのであつて「戦争」

にかかるとは判断し、正当防衛等の場合であっても、良心的兵役拒否者の要件は、「いかなる形においても戦争に参加することに反対の宗教的な修養と信念」であることを明確にして来た。

判例を整理した文献として、United Supreme Court Reports, 99Led 443-453 ; 13Led 1186-1201

〔イギリス〕

イギリスについては、Denis Hayes, Challenge of Conscience が基礎文献として、アメリカでも西ドイツでも知られている。イギリスについて第一次資料が入手できないので、残念ながら、イギリスの良心的兵役拒否者の根本問題を見ると言ってもヘイズの要約紹介というところでしかない。彼の第五章五二―六四ページが論議的である。なお、良心的兵役拒否者の承認手続はすでに述べた。とにかくヘイズを見よう。

イギリスの良心的兵役拒否は (a) (b) (c) の三つのカテゴリーに分類されていた。このカテゴリー (c) は「戦闘役務を遂行したくないが、しかし、軍隊における非戦闘義務を負うことができる」と思っている良心的兵役拒否者」に適用される。カテゴリー (a) (b) はもっと難かしい。カテゴリー (b) は、パンフィストの立場をとり、したがっていかなる種類であれあらゆる兵役を拒否するものに適用される。カテゴリー (a) は、良心から出ているのだけれども

なんらかの理由から兵役簿への登録を拒否するそうしたノン・パンフィストあるいは「部分的」(partial) な者に適用される。こうしてもっとも問題になるノン・パンフィストに以下集中して行く。これを「大雑把」に言って四つに分ける。すなわち、「宗教的なもの、自由意思論者のもの (the libertarian)、」ナショナルリストのものそして政治的なもの」である。

一 宗教的なものについて

エホバの証人の問題である。一委員会の取り扱いは二つに分れてしまった。多くの委員会が登録を拒否したが、三つのロンドン上訴委員会の部は、エホバの証人の個人的な誠実さ (bona fides) を認めて、良心的兵役拒否者として登録した。この三つの先例のどれにおいても、エホバの証人固有の問題すなわち神の命令なら戦うが、この世の戦争は拒否するという問題は取り上げられていなかった。

二 自由意思論者について

もっとも先鋭な形でノン・パンフィストの問題が出て来たのは、自由意思論者の良心的兵役拒否者においてであった。なぜならば、その兵役拒否は、純粹に徴兵 (conscription) に対してであって、志願ならば現在の戦争における兵役には反対しなかったからである。少数者であったし、また、説得によって意思をひるがえすものもいた。第二次大戦の初期には免除されなかったのだが、一九四一年はじめになって、兵役法は自由意思論者の良心をカバーするには十分広いのだということがわかった。

Perins 事件においてである。彼は国防市民軍の志願兵 (a volunteer member of the Home Guard) であった。サウス・ウエスタン地方委員会は、彼が徴兵を良心的に拒否していると判断し、カテゴリー(a)を明らかに拒否しているとして、条件つきで登録した。この決定に対して、労働大臣自身が上訴したのだが、一九四一年四月三日ロンドン上訴委員会第一部は地方委員会の決定を支持して、大臣の抗弁にもかかわらず自由意思論者の良心をはっきり認めた。

(一) ペリンス事件の決定は、Percy H. Hill 事件ですぐに先例として受け継がれた。彼はいかなる目的であれ徴兵には道徳的に反対すると言った。ロンドン上訴委員会第三部は彼に条件をつけて登録をしたのだが、彼はその条件に従うことを拒否して六月間の刑を受けた。

(二) Edmundson 事件。彼も国防市民軍兵である。一九四一年九月にロンドン上訴委員会第一部は条件つきで良心的兵役拒否者の登録をした。彼の主張は、個々の徴兵目的が特定されていないことと、自分には他人の抑圧のために徴兵される覚悟ができていないことであった。

(三) Charles H. E. Hill 事件。彼は、国民から兵役を強要する國家の権利というものを認めることができなと言った。ロンドン上訴委員会第一部は条件つきですなわち「国防市民軍兵にとどまること」という条件で登録した。

三 ナシヨナリストについて

ブリットン政府のためになら戦わないが、例えばウエールズ、スコットランド、アイルランドあるいはインドの軍隊のためなら戦うという者についての問題である。

(一) ウエールズ・ナシヨナリストの事件。あるウエールズ・ナシヨナリストは、イングランドにはウエールズ国民の若者をイングランド軍隊に入れさせる権利がない、と主張していた。地方委員会も(ウエールズ)上訴委員会支部も認めなかった(一九四〇年二月)。ウエールズ支部は、ウエールズ・ナシヨナリストという理由では、良心的兵役拒否者にはならないと決定を下したのである。

(二) ナシヨナリスト事件のこの先例は、これ以上広まらなかったのだが、他の上訴委員会支部の別な決定を見れば、この先例はすでに無力になっているのである。

1 Monaghan 事件。モナガンは次のような場合であった。当時の兵役法二三条(現行法二二条)によると、良心的兵役拒否者として登録を申請したが認められずに徴兵された場合に、彼が違反を犯したときには軍法会議で処罰されるが、その時、その者が「兵役を遂行すること」(performing military service) または、「違反のもとになつたいかなる命令にも従うこと」(to obey any order in respect of which the offence was committed) を良心的に拒否するから違反したのだと主張すると、上訴委員会で審査されることになっていた。最初モナガンはナシヨナリストのために良心的兵役拒否者としては認められなかったらし

い。そこで、二回目の審査が、ロンドン上訴委員会第二部に来た。一九四二年四月一六日に、ナシヨナリストの兵役拒否は良心の問題たりうるかどうか、を判断した。モナガンはあらゆる状況の下で兵役を遂行することを拒否するのではなかったから、前述の第一文肢では希望がなかった。しかし、彼が、「宣告の原因となった命令に従うこと」(to obey the order under which he was sentenced)を良心的に拒否しているのだ、ということを、第二文肢に従って証明するだろうと弁護士は述べた。それは、特定の戦争についての特定の命令でなければならなかったからである。委員会はこの主張を入れた。

2 Caesar 事件。彼はイタリヤ人である。彼は、多くの親せきがいるイタリヤ人に対して戦いたくないが、ドイツに対してなら戦うことに反対しないと行って、良心的兵役拒否者としての登録を求めた。地方委員会は認めなかったが、一九四二年七月九日ロンドン上訴委員会第一部は、次のように言った。当委員会は以前にいくつかイタリヤ人事件を扱って、彼のような良心的兵役拒否が、委員会の認め得るものだとして言っている。この事件は、一九三九年の兵役法の二三条によるモナガン事件のようなナシヨナリストの理由を一般条項 (general section) に拡張することを認めた、という点において重要である。

3 スコットランド上訴委員会も一九四三年に認めた。理由を述べなかった。その他インド・ナシヨナリストの Vaidya 事

件を、一九四四年五月二日にロンドン上訴委員会第三部が認めた。モナガン事件に似ていた。

以上これらの事件は、初期の先例にもかかわらず、ナシヨナリズムの理由は、もしも十分に深くそして誠実なものであるならば、制定法の認める良心的兵役拒否の明らかな理由である、ということを示している。また、ウェールズのナシヨナリストの Williams 事件では、一九四七年一月四日、ロンドン上訴委員会第二部によって、ウェールズ・ナシヨナリストの先例がくつがえされた。その中で委員長は、申請者のなすべき必要なことは、自分の兵役拒否の誠実さを証明することだと言った。

四 政治的なものについて

Pume 事件。(一九三九年二月六日)プリュームは独立労働党員 (I.L.P.) である。プリュームはロンドン地方委員会を大いに感動させたので、条件づきで良心的兵役拒否者として認められた。労働大臣が上訴した。大臣の代理人は、この事件が重要であり、この種の実務的な上訴委員会のはっきりした指導を地方委員会は求めている、と強調した。彼は次のように言った。「良心的兵役拒否を宗教的理由にだけ限るものは、もちろん制定法にはない。もしその通りならば、倫理のあるいは人道的理由に基づいてもっとも誠実に兵役を拒否する不可知論者が、いかにその見解が深いとしても、良心的兵役拒否者として登録はされないだろうからである。しかしながら、現在提起されているこうしたタイプの兵役拒否があるのである。これは実

際テストケースである。主たる差異は、私の意見では、良心的兵役拒否が基づいている宗教的、倫理的あるいは政治的理由の中にはない。「宗教的あるいは人道主義的とらわれる兵役拒否者のタイプは、戦闘任務あるいは兵役を遂行すること、あるいは兵役簿に登録されることを、絶対的に (absolutely) 拒否するのである。―絶対的とは重要な言葉である。これに對して、私がこの事件に使つて来た言葉である政治的と言われるタイプは、これ自体に反對しているのではなくて、特定の、(例えば)現在の戦争の状況におけるそれらに反對しているのである。」さて、現在の戦争においてのみ戦うことを拒否することは誠実な兵役拒否であるかもしれない。しかし、私の意見では、それは法律上の良心的兵役拒否ではない。「この事件を審理した地方委員会は、政治的な兵役拒否というものが、十分強固であれば、法律上の良心的兵役拒否に等しいという見解であるように思われるが、私の意見では、この見解は誤りである。」私が言っているように、良心的兵役拒否と他の兵役拒否の差異は、程度ではなくて種類の差異である。良心的ではない兵役拒否者を包括的に定義することは多分できないだろう。しかし、私の意見では、良心が戦闘任務あるいは兵役を遂行することを許さない、あるいは兵役簿に登録されることを許さない者が、もしも自分自身の敵を選ぶことができるのであれば、委員会に申し立てられている理由を立証したとは言われないのである」

(The distinction between conscientious objections and other

objections is, I suggest, not one of degree, but of kind. A comprehensive definition of the term is probably impossible to frame, but, in my submission, no man whose conscience will allow him to perform combatant duties or military service, or to be registered in the Military Service Register, provided he is allowed to choose his own enemy, can be said to have established the ground on which his application is made to the Tribunal, *cit. p. 60*). 「証拠を通過して得られる結論は、この申請人は完全に階級闘争 (class war) に参加し、必要なら血を流す覚悟がある、ということである。」

委員長は代理人の主張を認め、「この法律では、もっとも正直な良心的平和主義者に、すなわち、戦争はそれ自体悪いものだと感じ、戦争における戦闘任務を拒否する人々に、保護が与えられているのであって、それが制定法の意図である。」と述べて、フランス、ウェールズやスコットランドのナショナルスト、そして、「資本主義国家のために戦うことを良心的に反對している社会主義者」は保護されていないとした。

ブリュームの弁護士 Fenner Brockway は次のように反論していた。「良心が何であるかを判断することは非常に難かしいことだ、ということを知っている。良心は知的な確信と道徳的な確信とが非常に深く結びついたものである。それだから、良心を持っている者は、それらの確信である方向とは異なった方向を押しつけようとするいかなる権威も認めようとはし

ないのである。私はそう思うのである。そうした態度を決定させるものは何か、を私自身考えて来た。結局、人の内的な忠誠がどこにあるかの問題だと、私は思う。「私の指摘した点はこれである—人を完全なパンフィストにする神に対するあの忠誠がまさしくあるように、国家に対するあの忠誠がまさしくあるように、ジョージ・ブリュームには各国の労働者に対して忠誠があるのであり、その忠誠が、宗教や国家的忠誠と同様に、彼の内的な確信を決定しているのである。」「法律のどこにも、パンフィストの確信、宗教的な確信あるいは倫理的な確信のある人だけだ、とは言われていない。法律のどこにおいても、良心が誠実でかつ完全に政治的である兵役拒否者が除かれてはいない。」プロックウェイは、良心的兵役拒否者の承認の要件をかかげ、カテゴリー(a)を引き合いに出して、「あらゆる状況の下であらゆる戦争に反対しなければならないのだ、ということとその節は言っているわけではない」し、「それだから、良心的であることの性質が問題なのではない。なぜならば、そうした意義を明確にするあるいは指し示している文章が、兵役法全体の中にないからである。問題であることは、兵役簿に載っていることを良心的に反対しているその見解の深さと誠実さである。」と言った。

上訴委員会は大臣の上訴を認めたが、ブリュームは兵役にづくことを拒絶して軍法会議によって二年の刑を宣告された。彼は上訴委員会に申し立をした。一九四五年になって、ノーザ

ン・イングランド支部が彼を良心的兵役拒否者として認めた。今度はパンフィストとして、彼は弁護された。

(一) ブリュームの決定にもかかわらず、いくつかの地方委員会は政治的兵役拒否を認め続けた。上訴委員会自身は、この問題についてのルールをなかなか立てなかった。その後 Dix 事件が起きた。デイツクスは女性である。ノース・ウエルズ地方委員会はデイツクスを認めなかった。彼女は上訴委員会に、政治的兵役拒否についての一般的なルールを求めた。しかし、労働大臣の代理人は、良心を定義することの難かしさと、そうすることの危険を主張した。委員の Arthur Pugh 卿は、こうした主張を認めつつも、「じん問し、細かく調べて見ると、正直さと誠実が一方にはあって他方にはないのだけれども、容易には区別のつかない同じ種類のものと思われるものを書面に (on paper) 書いている二人の申請人がいるかもしれない」と述べた。

(二) ビューが考えたことが起きた。一九四〇年八月三〇日に二つの事件が提起されたのである。

1. I. Williams 事件、彼はパンフィストではないが、明らかに品性の高まいな人であった。ビューは、彼の兵役拒否は政治的ではあるが、彼には道徳原理があるのだと強調し、Gill Norwood 卿は、倫理と政治とが変化して一つになった (shade into each other) のだと認めた。

2. Rogers 事件。彼はスペインの軍隊で二年勤めた経験が

あった。彼は、過去に殺したし、理由がある (Good) と思えばまた殺すだろうと言った。良心的兵役拒否者として認められなかったので、上訴したが、無駄であった。

これらの決定を全体として調和させるもつとも間違いの少ない方法は、政治的なためらい (political scruples) が道徳的な倫理的な確信になるほど十分深く把握されているかどうか、を見ることである。しかし、一つのこととはこれら初期でも明らかである。すなわち、良心的兵役拒否者として登録されるには、パシフィストである必要はない、ということである。

(三) かなり容易に政治的兵役拒否が認められるようになった。例えば、ノン・パシフィストの独立労働党員がいる。ダンケルクの影、ドイツ軍の侵入の脅威、戦争の転回点、これらが一たび過ぎてしまったら、政治的良心から拒否する比較的わずかな人々を免除するのは、委員会には困難と思われなかったようである。ヒットラーのソビエト攻撃があったにもかかわらずである。一九三九年と一九四〇年には、政治的理由から反戦の立場をとる良心的兵役拒否者の承認は、委員次第であったにちがいない。

多分色々なカテゴリーがこのように要約される。兵役法の下では、ノン・パシフィストの良心的兵役拒否を認めることの障害はなかった。兵役拒否は、正と悪の内的な確信になっていて、単に意見にすぎないのではない、それほど深く抱かれているのだと言えれば、委員会は部分的兵役拒否を兵役法内にある

として認めるようになったのである。(訳了)

イギリスの兵役拒否の実際が理解できたので、いくつかの問題を、アメリカ・西ドイツの関連で考えて見よう。

一 イギリスでもつとも問題になったのは、ノン・パシフィストが必ずしもあらゆる戦争参加を拒否しなかったことである。兵役法の規定によれば、ノン・パシフィストが除かれるとは明らかではなかった。逆に言えば、規定の文言上はノン・パシフィストが含まれる余地が多かった。結果的にはそのようになった。この点で、アメリカでは「いかなる」形においても戦争に参加しないことが良心的決定の対象であったが、イギリスにはこの「いかなる」という条件が規定にない以上、ノン・パシフィストとくに政治的兵役拒否者ではないと言いつける根拠はとぼしかった。だから、このイギリスのタイプに属する規定を採用する国では、すなわちアメリカのタイプに属しない規定を採用する国では、良心的決定が、いかなる場合でも兵役を拒否するものでなければならぬ、とは言い得ないと思う。西ドイツのボン基本法は、アメリカ型ではなくて、イギリス型に属する、と見られるから、比較法的には、良心的決定すなわち「武器を持つ兵役」を拒否することの中に、十分状況による良心すなわちノン・パシフィストが含まれることが推測されるのである。しかしながら、兵役義務法二五条の良心的決定の中にアメリカ型の「あらゆる」という要素が入ってくると、特定の戦

争反対、すなわちヘイズの言うノン・パンフイストが除かれている。したがって、比較法的に見れば、兵役義務法二五条には違憲の疑いが濃いと私は思う。

二 ヘイズは、兵役法のカテゴリ(a)と(b)を区別して、(b)はパンフイスト、(a)はノン・パンフイストに適用されると言っていた。彼によれば、兵役法の目的からして、役務は「現在の非常時」(the present emergency)に限られていて、それ以上ではないし、兵役簿の登録も根本的にそうであり、兵役簿への登録の良心的拒否すなわちカテゴリー(a)も現在の戦争に限られていることには疑問がない、と言う。彼がこうした論理をとるならば、(b)はパンフイストに適用されるとなぜ言えるのだろうか。(b)はパンフイストに適用されると言うだけで積極的な説明をしていない。イギリスについて詳細な研究が必要である。

三 アメリカでは「宗教的な修養と信念」の条件をとり、政治的兵役拒否と「本質的」にちがいを付けていた。しかし、イギリスではそのような規定がないから、良心的兵役拒否のカテゴリでは、ブリューム事件におけるような「種類」の差異は問題にならず、結局、兵役拒否者が内的な確信から拒否しているかどうかだけが重要なことであった。プロックウエイの説明は明快である。西ドイツの四条三項の良心的理由の理解と一致しよう。

四 イギリスの紹介について。アメリカでも西ドイツでも、私の見た文献ではイギリスの良心的兵役拒否については、ヘイ

ズに大に負っている。それだけヘイズの価値は高い。しかしながら、ヘイズの言いたかったことが西ドイツで正確に理解されていると言い得るかどうかは疑問である。

イギリスでは政治的理由が認められている、と紹介はされる。例えば Scheuner, Zur Ausführung des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, Gesetzgebung über Kriegsdienstverweigerung im Ausland, DÖV 1951 S. 59. 彼だけが具体的に説明をしている。(前後一六二ページ参照。)

イギリスについてのショイナーの説明で疑問なのは、イギリスでは政治的理由が認められていると言いながら、認められるに至る根拠の分析を示さず、逆に政治的理由を否定するブリューム事件の大臣の主張を引用していることである。このことはショイナーだけではなく、Hecker, Die

Kriegsdienstverweigerung im deutschen und ausländischen Recht, 1954, S. 18; Lubbers, Der deutsche Soldat in der Armee von morgen S. 282 にも見られる。重要なのはなぜイギリスでは政治的理由が認められるかである。そしてアメリカや西ドイツではなぜ認められないのかである。あるいは、西ドイツで認められるとすれば、なぜなのかである。ショイナーのイギリスについての理解の第二の問題点は、政治的理由を否定した大臣の代理人の重点は、ショイナーが引用したところ(前述の、英文のところ)だけを見ても理解できないことである。代理人の主張のポイントは、明らかにショイナーの引用文より

少し前の「絶対的」に云々のところにある。この点でもショイナーの理解は十分ではない。第三の問題点は、こまかなものになるが、(一) Minister of Labor(労働大臣)を Kriegsministerium とするのは誤り、(二) 文章の調子からすると、ウェールズ・ナショナルリストの事件から引用しているような感じを受けるが、決してそうでないこと、(三) 「後に至り地方委員会の実際は緩和された」と言うが、ヘイズを正確に読めば、もっと委員会は政治的理由の問題について積極的で、地方委員会どころか、上訴委員会が認めるようになったのである。なおまた、ショイナーがヘイズから引用している個所に対応した藤田、前掲の「陸軍省の代表者」の見解の個所(一一二ページ)では意味が十分にはつかまえられない。

(訂正)

一 前号一六七ページ上段の「何人も、……強制されてはならない。」を、次のようにする。「何人も、……強制されてはならない。詳細は、連邦法律が定める。」⁽⁹⁾
一一 前号一六二ページ以下、一六九ページのヘイエスをヘイズとする。