

西ドイツの軍隊と兵士の人権

山 内 敏 弘

I 西ドイツの軍隊をめぐる問題

(一) 連邦軍の成立と基本性格

第二次大戦後のドイツは、日本と同様、敗戦によっていったんは軍隊が解体されたが、東西対立の激化によって東と西に分断されると、東ドイツ、西ドイツのそれぞれの陣営において、ソ連、アメリカなどの影響をそれぞれ受けつつ再軍備が開始されることになった。

もっとも、西ドイツにおいては、1949年に制定されたボン基本法には、軍事に関する積極的な規定はまだ存在していなかった。日本国憲法の場合には、第9条のような積極的に軍隊の存在を否認する規定があるが、西ドイツのボン基本法の場合には、もちろん第9条に相当するような規定はなかったが、しかし、他方において、軍隊の存在を明示的に認めるような規定あるいは軍隊の指揮命令権をだれが掌握するかといった規定、さらには徴兵制をどうするかといった軍事に関する積極的な条項も存在していなかったのである。

ところが、1950年代に入ると、日本でも1950年の朝鮮戦争の勃発に伴いアメリカの要請によって警察予備隊が設置され、再軍備が開始されるが、西ドイツにおいても、東西の軍事的対立がより鮮明になり、西ドイツの再軍備がアメリカなど西側諸国から要請されることになる。すなわち、まず1951年から1952年にかけてヨーロッパ防衛共同体設立の問題が浮かび上がり、当時の西ドイツ政府が憲法の規定はそのまゝにした形でヨーロッパ防衛共同体の設立に参加しようとはかった。しかし、これに対しては、当時野党であった社会民主党が、憲法が軍事に関する条項を含んでいない以上、ヨーロッパ防衛共同体に参加することは憲法違反であると主張して、連邦憲法裁判所に違憲訴訟を提起した。こ

れは、当時大変大きな憲法論争となった¹⁾が、連邦憲法裁判所が憲法判断を下すことを引きのぼしている間に、キリスト教民主同盟を中心とする改憲賛成派が、改憲に必要な多数を1953年の総選挙で獲得してしまい²⁾、1954年にはボン基本法を改正し、軍隊の設置と徴兵制の実施が可能な憲法条項を導入してしまったのである。

ヨーロッパ防衛共同体の設立に関しては、このような西ドイツの国内事情と合せて、西ドイツの再軍備に対するフランスの警戒の気持が強くあって、ただちには進展しなかったが、西ドイツの基本法の改正とともに、1954年段階になると、最終的に西側連合国との間にドイツ条約がパリで締結され（1954年10月23日）、そのもとで NATO への加入を条件として西ドイツの再軍備は本格的にスタートを切ることとなった。

ところで、このドイツ条約の締結を通して示される西側連合国諸国の西ドイツに対する対応は、ある意味では二律背反的な側面をもっていた。すなわち、一方では、西ドイツに対して西側の一員として再軍備を要求するとともに、他方では、その再軍備はあくまでも NATO の枠内での再軍備であるという形で、西ドイツ連邦軍が一人立ちすることに対する歯止めをしっかりとかけようとしたのである。このことは、とりわけ隣国のフランスが第一次大戦後のドイツ軍隊の復活、強化によってベルサイユ条約にもかかわらず、それを打ち破った形でナチスが登場してきたことの二の舞いを避けようとしたことに基づいている。かくして西ドイツ連邦軍は、あくまでも NATO の枠内で、NATO の最高司令部の指揮監督の下に置かれることになったのである。しかも、西ドイツが保有しうる軍勢力は、12個師団までとし、いわゆる ABC 兵器等も保持を禁じら

1) この憲法論争の詳細な記録は、Der Kampf um den Wehrbeitrag. 2Bd. herausgegeben vom Institut für Staatslehre und Politik in Mainz (1952~1953) に収録されている。なお、久野勝「西独再軍備と憲法裁判」公法研究12号46頁参照。

2) 1953年9月6日の総選挙の結果は、CDU/CSU が243, SPD が151, FDP が48, DP が15, その他30であったが、1954年の基本法改正に反対したのは、SPD の144票だけであった。この点については、Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte Bd. 18. S. 610ff. なお、山田晟・ドイツ近代憲法史（1963年）175頁および外務省欧亜局西欧課編・ドイツ連邦共和国国防軍の10年（1965年）208頁参照。

れた³⁾。

西ドイツの再軍備は、このような条件の下で開始された。1955年6月には国防省が発足し、同年7月には志願兵法が制定され、同年11月には第1回目の志願兵101名が入隊した。当初発足した連邦軍は、志願兵のみから成り立っていたが、西ドイツにあっては、その後まもなく、志願兵制と合せて徴兵制を施くことが決定された。志願兵制のみでいくのではなく、徴兵制も施かれるに至った理由としてあげられるのは、第一には、ドイツ条約が設けた上限12個師団の軍隊というのは、他面においては NATO 諸国がそこまでは保持することを西ドイツに要請した兵力規模でもあるということであり、12個師団近い兵力を確保するためには、志願兵制だけでは到底無理であり、やはり徴兵制にたよらざるをえなかったという事情である。第二にあげられるのは、志願兵制のみからなる職業軍隊には、えてして「国家内の国家」(Staat im Staate)になる危険性があるという認識である⁴⁾。かつてのプロイセンの軍隊は、ユンカー出身のエリート将校によって中枢部を占められていたが、このような軍隊が「国家内の国家」を形成し、ドイツ第二帝政を生きのびただけではなく、ワイマル憲法に対してもその存立を脅かすものとなったことはしばしば指摘されるところである。このような歴史的体験を踏まえると、志願兵制のみからなる軍隊は、国民および議会、さらには政府の統制をも受けず、これらに忠誠を誓わない軍隊になる危険性がある、このような危険性を避けるためには、一般国民が兵士となって、民主的な軍隊を作る必要がある、というわけである。

再軍備の開始にあたって当時さかんに強調され、今日もしばしば引き合いに出される言葉として、「制服を着た市民」(Staatsbürger in Uniform)という言葉がある。これを、私なりに解釈すれば、二つの意味を持たせることが可能

3) なお、西ドイツの再軍備の過程については、松隈徳仁・戦後帝国主義の政治構造(1972年)163頁以下、深谷清雄・西ドイツ国防体制と軍隊(1978年)11頁以下、佐藤栄一「西ドイツの防衛法制」政治と軍事(佐藤編、1978年)196頁以下、石村善治「西ドイツ——再軍備過程の法的諸問題」法律時報臨増・憲法九条の課題(1979年)37頁以下および外務省欧亜局西欧課編・前掲書などを参照。

4) 深谷、前掲書24頁参照。なお、「国家内の国家」の危険性の問題については、E. Waldman, Soldat im Staat (1964) 3 Aufl. S. 44 ff.

であろう。一つは、制服を着た者、つまりは兵士は、市民と同じ存在であるべきであって、かくして兵士もまた基本的には市民と同様の権利を享有すべきであるということである。二つ目は、一般市民もまた制服を着るべきであるということである。一般市民もすべて等しく制服を着て兵士になることによって、市民と兵士の同等性を確保し、そのことによって新たな連邦軍が「国家内の国家」となることを阻止しようというのである。新しい西ドイツの軍隊がナチス時代までの軍隊とちがう本質的な点の一つは、このようなところにあるということが、たとえば1955年に西ドイツの政府機関のブランク機関によって書かれた「将来のドイツ兵士について」(Vom Künftigen Deutschen Soldaten)などにおいても、強調されているのである⁵⁾。

このような考え方を土台にして、1956年3月には兵士法(Soldatengesetz)が、同年7月には兵役義務法(Wehrpflichtgesetz)が制定されることになった。兵士に関する基本的な法制がこの二つの法律によって確立したのである。

ところで、西ドイツ連邦軍の基本的な特色として、「制服を着た市民」の理念と並んで指摘されているものに、政治の優位(Primat der Politik)の原則がある。これは、アメリカなどで一般にシビリアン・コントロールと従来いわれてきたものにほぼ相当するものであるが、英米流の言葉でシビリアン・コントロールといわないで、「政治の優位」というところに西ドイツなりの独自性

5) Vom Künftigen Deutschen Soldaten (1955)。なお本書の翻訳として、未来のドイツ軍隊(1955)防衛研修所資料別冊第87号がある。なお、「制服を着た市民」の考え方の歴史的な背景などについては、R. Jaeger, Der Staatsbürger in Uniform, in Staat und Bürger, Festschrift für W. Apelt (1958) S. 122 ff.

6) ちなみに、Waldmann, a. a. O. S. 51によれば、新しい西ドイツ国防軍の計画策定に際して議会において大きな役割を果たした Richard Jaeger は、つぎのように述べている。「公務員(Beamte)も兵士(Soldaten)もともに、政治的指導を、そして議会のコントロールを必要とする。民事(das Zivile)の軍事(das Militärische)に対する優位を語ることは、それ故、まちがった言い方である。民事は、軍事より勝るものではないし、他方、軍事は民事より勝るものでもない。重要なのは、国家生活においてなんらかの機能を果しているものすべてに対して、したがって公務員に対すると同様、軍人に対しても政治の優位(das Primat des Politischen)を確保することである。」なお、連邦行政全体の中での連邦軍事行政の位置づけについては、vgl. H. Schulte, Die verfassungsrechtliche Stellung der Bundeswehrverwaltung (1970) S. 15 ff.

がみられるといえなくもない⁶⁾。ちなみに、ビスマルク帝政下の軍隊は、戦前のわが帝国軍隊と同様に、君主に直属し、政府、議会からも独立した形で存在していたが、そのような性格は、ワイマール憲法の下でも、大統領に直属する軍隊という形で多かれ少なかれ継承されていった。そのことのもたらした弊害を除去するために、ボン基本法の改正者は、軍事機構（軍隊）を立法、行政、司法という三権分立の枠組の中で行政権の一翼をなすものとして位置づけることにしたのである。1956年に改正されたボン基本法第65 a 条では、軍隊に対する命令・司令権（Befehls-und Kommandogewalt）を平時において有するのは連邦国防大臣であり、戦時の場合にはそれが連邦総理大臣に移行するものとされている。このように、連邦総理大臣が戦時において軍隊に対する指揮命令権を握ることによって、「政治の優位」を確保しようと図ったのである⁷⁾。

なお、「政治の優位」を確保するためのあと一つの具体的な制度としては、議会による軍隊に対する直接的な統制を確保するための、いわゆる防衛受託官（Wehrbeauftragter）の制度がある。オンブズマン制度の一発現形態ともいいうるこの制度によって、議会によって任命される防衛受託官が軍隊の内外において生ずるいろいろな問題について、政府を媒介することなく直接調査し、たとえば兵士からの不服申立てなどについても取上げて調べ、その結果を議会に報告するものとされた。もっとも、このような防衛受託官の制度が「政治の優位」を実際にも確保し、軍隊内の民主主義を確保するうえでどの程度に効果をあげているかについては、別途慎重な検討が必要とされよう⁸⁾。

（二）非常事態憲法下の連邦軍の問題点

ところで、西ドイツの軍隊は、前述したように、そもそもその生誕の時から

7) なお、軍隊の命令・司令権については、M. Erhardt, Die Befehls-und Kommandogewalt (1969) S. 14 ff; G. C von Unruh, Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratisch-parlamentarischen Staat, in VVDStrL (1968) Heft 26 S. 183 ff. わが国の文献としては、麻生茂「西ドイツ基本法における軍隊に対する命令権及び指揮権について」ファンレンス 257 号 7 頁以下、山田康夫「西ドイツにおける政軍関係」新防衛論集1978年 9 月号50頁以下および小村宏晨・国防の論理 (1981年) 133頁以下参照。

8) 防衛受託官の制度については、石村・前掲論文41頁以下および同論文に掲載されている参考文献を参照。

NATO の枠組の中ではじめてその存在を認められたものであるが、このような西ドイツ軍隊の基本的性格は、その後今日に至るまでもほぼ変わっていないといってよいであろう。このことは、わが国において自衛隊がその創設以来さまざまな変化をとげつつ、他面基本的にはほぼ一貫して日米安保体制の枠組の中で存在してきたことと類似した関係にあるといえよう。

西ドイツ連邦軍についていえば、1954年から1956年の段階がその創設期とすれば、連邦軍に関する具体的な法制が大きく変更された1968年以後は、新しい第二の段階と位置づけることができよう。1968年に非常事態憲法が制定されることによって、連邦軍の具体的な権限などについて少なからざる変更、修正が加えられることになったからである。

たとえば、1968年の非常事態憲法制定以前の段階においては、たしかに軍隊の存在は認められ、徴兵制も施かれていたが、しかし、いかなる事態の下で、いかなる具体的な手続・権限によって軍隊が出動するのかについての憲法規定は、必らずしも明確ではなかった。さらに留意されるべきは、1956年の基本法改正に際して「国内の危急の場合に軍隊の出動を要請することが許される要件は、第79条の要件を満たす法律によってのみ、これを規律することができる」（143条）という条項が導入され、軍隊を国内の治安維持のためには原則として出動させることができないものとされていたのである。1968年の非常事態憲法の制定は、これらの点について重大な変更を加えることとなったのである⁹⁾。

すなわち、まず1968年の非常事態憲法では、いわゆる緊急事態を大きく対外的緊急事態と対内的緊急事態の二つに分け、さらに、前者を (a)防衛事態 (Verteidigungsfall)、(b)緊迫事態 (Spannungsfall)、(c)いわゆる同盟条項 (Bündnisklausel) 発動の事態に分け、それぞれに依じていかなる国家機関がいかなる措置をとりうるかを具体的に定めている点が大きな特色となっている。この非常事態憲法の中には、たとえば第9条3項3段のように、非常事態の発生

9) 西ドイツ非常事態憲法の制定過程とその基本内容については、とりあえず拙稿「西ドイツの国家緊急権——その法制と論理について——」ジュリスト 701 号33頁以下および同論文掲載の参考文献を参照。

10) なお、この条項については、vgl. J. Glückert, Die Arbeitskampfschutzklausel des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 Grundgesetz (1973) S. 11 ff.

を理由として労働者の争議権を制限、はく奪してはならないといった趣旨の条項も含まれているが¹⁰⁾、しかし、国内的側面に関していえば、なんといっても、前述したボン基本法第143条の規定が削除され、代わりに第87a条4項および第91条に端的に示されるように対内的緊急事態に際しての軍隊の出動が憲法上明示的に容認されることになった点が重大な変更といってよいであろう。このような条項が導入された背景としては、そもそも非常事態憲法の制定そのものが一つには対内的非常事態に対処する法制の「整備」に向けられていたということがあげられるであろう。すなわち、前述のドイツ条約第5条2項には、「連邦共和国に駐留する軍隊の安全の確保に関して三国が従来保持し行使してきた権利で、現に三国によって暫定的に保持されているものは、権限をもつドイツ側の官庁がドイツの法によって適切なる全権限を獲得し、それによって駐留軍の安全確保に対する有効な措置をとり、並びに公共の安全と秩序の重大な攪乱に対する能力をもつに至る場合には、消滅する」という規定が存在しており、この規定の存在する限り、西ドイツは完全な形で主権を回復したとはいえず、したがって、西ドイツが完全な意味で主権を回復するには、対内的な緊急事態に対処しうる法制を「整備」しなければならない、とされたのである¹¹⁾。

しかし、かりにこのような事情があったにせよ、非常事態憲法の制定によって、「連邦もしくはラントの存立、または自由で民主的な基本秩序に対する急迫の危険」が存在するというを理由として最終的には軍隊が出動し、そのような「危険」の鎮圧をはかることができるものとされたことについては、さまざまな疑問が提起されざるをえないであろう。かつてアドルフ・アルントは、「国内においてドイツ人に対して連邦軍隊の銃口を向けようとする者は、いかなる者であれ、憲法を侵犯するものとなる」と述べたが¹²⁾、このような考え方は、今日でも十分に傾聴に値するものといえよう。ちなみに、K・ヘッセも、

11) ちなみに、R. Hoffmann, Innerer Notstand, Naturkatastrophen und Einsatz der Bundeswehr, in Kritik der Notstandsgesetze (herausgegeben von D. Sterzel) (1968) S. 86 はない。「対内的緊急事態の規定の変更——とりわけ第91条のそれ——は、当初から緊急事態憲法の計画の核心的構成部分(Kernbestandteil)をなしていた」。

12) ただし、Hoffmann, a. a. O. S 97 より引用。

つぎのように、この点を批判している。「自由で民主的な基本秩序は、十分に多数の民衆によってそれが肯定され、担われていることでその存立を確保する。……軍隊の出動という方法で『再建される』ところのものは、常に軍事的独裁あるいは軍隊の出動を自由におこないうる権力……の独裁でしかありえない。基本法は、第87 a 条 4 項においてそのような解決手段を用意したことによって、基本法自らの存立を守る代りに、それを危険におとし入れているのである¹³⁾」。

1968年の非常事態憲法の制定が連邦軍のあり方に加えた重要な変更としてさらに見落しえないのは、いわゆる同盟条項との関連である。対外的な緊急事態の一つとしての基本法第80 a 条3項に規定されている同盟条項は、別名 NATO 条項ともいわれているが¹⁴⁾、この条項により、連邦政府は、NATO が下した決定にもとづき、連邦議会の同意を受けることなく、一連の国防・緊急事態に関する法律の発動を決定することができるのである。しかも、事柄は、単に連邦政府と連邦議会の関係だけではない。より基本的には西ドイツ連邦軍の大半がNATO の指揮下に置かれており、NATO が軍事行動の決定を行なった場合、はたして連邦政府なり、連邦議会がそのような決定に対してナインということがどこまでできるのかといえ、きわめて疑問であるということである。

周知のように、NATO 条約の第5条は、「締約国は、ヨーロッパ又は北アメリカにおける一又は二以上の締約国に対する武力攻撃を全締約国に対する攻撃とみなすことに同意する。したがって、締約国は、そのような武力攻撃が行われたときは、各締約国が、国際連合憲章第51条の規定によって認められている個別的又は集団的自衛権を行使して、北大西洋地域の安全を回復し及び維持するためにその必要と認める行動（兵力の使用を含む）を個別的に及び他の締約国と共同して直ちに執ることに、その攻撃を受けた締約国を援助すること

13) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 13 Aufl. (1982) S. 287.

14) もちろん、条文の上では NATO だけを対象とする形にはなっていないので、NATO 以外の相互安全保障条約も将来的には問題となりうるが、制定段階において適用事例として念頭に置かれたのは NATO であり、従って実際上は、NATO 条項と呼んで差しつかえないものである。vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd II (1980) S. 1448.

に同意する。」(傍点・引用者)と規定している。この規定は、たとえば日米安保条約5条の「各締約国は、日本国の施政の下にある領域における、いずれか一方に対する武力攻撃が、自国の平和及び安全を危うくするものであることを認め、自国の憲法上の規定及び手続に従って共通の危険に対処するように行動することを宣言する。」(傍点・引用者)と対比すれば明らかのように、NATO加盟国が各々独自に自国の「憲法上の規定及び手続に従っ」た上で集団的及び個別的自衛権の行使を行うというようにはなっていないのである。西ドイツは、この条約によって、たとえば、西ドイツ以外の他の加盟国が武力攻撃を加えられた場合(あるいは、武力攻撃が加えられたと主張した場合)には、集団的自衛権の行使を行うことをこの条約によって原則的に義務付けられているのである。しかも、そのような事態のもとで、西ドイツの軍隊は、全面的に NATO の指揮命令下に置かれることになるのである¹⁵⁾。

西ドイツ軍隊の指揮命令権がこのように全面的に NATO によって掌握されることについては、もちろん、それなりの説明もなされよう。すなわち、単に西ドイツの軍事力によってだけではなく、NATO 全体の軍事力によって西ドイツの安全を確保するという、あるいはより端的に言えば、NATO の中で指導的な役割を果たしているアメリカの軍事力、しかもとりわけ核抑止力によって西ドイツの安全を確保しようということが考えられ、そのようにして確保される安全の見返りとしてならば、西ドイツの連邦軍を NATO の指揮下に置くこともやむをえないというわけである。

しかし、その場合、前述したいわゆる「政治の優位」の原則はいったいどう

15) 同盟条項をこのように解釈しうるかどうかについては、もちろん見解の対立がある。K. Stern, a. a. O. S. 144 は、この同盟条項によって主権の侵害は特に問題とならないとしているが、これに対しては、もちろん反対の見解がある。J. Seifert, Spannungsfall und Bündnisfall, in Kritik der Natstandsgesetze. S. 173 ff.

16) 佐藤栄一「『有事』の際の国家と集団安全保障」国際問題1979年2月号25頁は「西ドイツは NATO の一員となって安全保障を享受するために、国内外からの厳格な防衛法制を受け入れることになったのであった。その結果、西ドイツは自国軍に対する統帥権をほとんど手離すことになった。……つまり、戦闘状態の発生に際して、国防軍の指揮命令権は国防相から連邦首相に移行することとボン基本法は規定してはいるものの、それはある意味では、むなしい響きさえ伴うものである」と述べている。

なるのか、連邦総理大臣の軍隊に対する命令・司令権（1968年の改正で、第115 b条に規定されている）の規定は、はたしていかなる実効性をもちうるのかという疑問が提起されざるをえないであろう¹⁶⁾。

しかも、さらに疑問とされるべきは、そもそも NATO が前提としているアメリカの核の抑止力そのものの有効性である¹⁷⁾。いわゆる核抑止力論が結局のところは一つの虚構でしかないことは、従来からもつとに指摘されていたところであるが、このことは、とりわけ最近のヨーロッパにおける核戦争の現実的脅威の顕在化によってより明確なものとなったといつてよいと思われる。事実、最近の西ドイツにおける反核運動の盛り上がりは、反核それ自体を抽象的に叫ぶだけではなく、このような NATO 体制の枠組みの中にはめこまれた西ドイツの核安全保障体制のあり方そのものを問題とするところまで——部分的にせよ——及んでいるように思われるのである¹⁸⁾。その意味では、状況は、ちょうどわが国における反核運動が、窮極的には日米安保体制——及びその下でのアメリカの核抑止力論——を問題とせざるをえないところまで来ていることときわめて近似しているといつてよいと思われる。この意味では、西ドイツの軍隊は、現在非常に大きな岐路に立たされているといえるのである¹⁹⁾。

II 兵士の基本的人権について

西ドイツの兵士に関する基本的な法律は、前述したように、1956年に制定された兵士法 (Soldatengesetz) と兵役義務法 (Wehrpflichtgesetz) である。

まず、兵役義務法により一般国民は徴兵されることになる。もっとも、徴兵

17) ちなみに、M. Bundy / G. F. Kennan / R. S. McNamara / G. Smith, *Nuclear Weapons and The Atlantic Alliance*, in *Foreign Affairs*, Spring 1982 p. 758 は、「条約 (NATO) 第 5 条に表現されているアメリカのもともとの公約は、核による保障であると理解されていた」とするが、著者達も、この論文において、核の先制使用の有効性については疑問を呈示するに至っている。

18) この点に関連して、芝生瑞和「ヨーロッパの反核運動を見て」潮増刊・反核軍縮読本 (1982) 172 頁以下参照。

19) なお、小林宏長・前掲書 225 頁以下には西ドイツ当局者の核政策のあり方が論及されているが、NATO の指揮命令下にある西ドイツ連邦軍が自国が核戦争の戦場から免れるために一体なにをすればよいのかについて、新しい明確な解決等が見出せないまゝでいるのではないかという印象を私は持った。

制の実施は、他方における志願兵制の存在を全面的に否認するものではなく、日本の防衛大学校に相当する連邦軍大学を卒業して将校になる道と、志願によって入隊して下から順次昇級していく道とが、徴兵制と並んで存在している。

（一）良心的兵役拒否権の問題

徴兵制をめぐる問題としては、いわゆる良心的兵役拒否権の問題がある。憲法のレベルではじめて良心的兵役拒否権を規定したものとして、西ドイツ基本法第4条3項は有名であり、この規定にもとづいて、1956年の兵役義務法（25条以下）でも、良心的兵役拒否権についての規定を設けた。

ただ、1956年の兵役義務法では、いうまでもなく、徴兵されることが原則で、良心的兵役拒否権の承認は例外とされたので、良心的兵役拒否を申し出る者は、審査を受けて本当に申請者が良心に基づいて兵役を拒否しようとしているのかかについて厳重な審査を受けることになる。この審査委員会の審査は非常に厳しいもので、たとえば、「あなたは、自分の父親が暴漢によって殺されそうになった場合、その暴漢を殺そうとしないか」といった質問を出し、それに対して「場合によっては、殺そうとするかも知れない」などと答えると、「それでは、あなたは人間を殺すことを認めているではないか。そのような人間には、良心的兵役拒否権を認めるわけにはいかない」ということになりうるのである²⁰⁾。そこで、重要となるのは、このような質問にいかにもうまく答えることができるのかということになり、たとえば、比較的弁が立ち、このような質問をあらかじめ想定して勉強をしている者が審査にパスしやすくなり、心の中では本当に良心に基づいて兵役を拒否したいと考えているにもかかわらず、うまくそのことを口では説明できない者が、審査に不合格となるケースも出てくることになる。「シュピーゲル」誌の報道するところによれば、連邦軍が創設されて以来1977年に至る間、155,737名の良心的兵役拒否者が認められたとされているが、このようにして良心的兵役拒否権を認められたのは、いわゆる良家の子弟達や上級学校の学生達が多く、また田舎の出身者より、フランクフルトと

20) この点については、宮田光雄・西ドイツ（1964年）250頁以下及び Möhl/Rabe, Kriegsdienstverweigerer in der BRD (1972) S. 94f.

21) Der Spiegel, Nr. 4/1978, S. 36.

かハンブルグのような大都市出身者の方が多いとされているのである²¹⁾。

良心的兵役拒否権に関するこのような実際上の不平等な取扱いの問題と並んでより根本的に問題となるのは、そもそも良心的兵役拒否者の審査を行う場合、ある申請者の良心は真正なものであるが、他の申請者の良心はそうではないといった形で良心の審査を行なうこと自体がはたして良心の自由に対する侵害にならないのかどうかという問題である。良心的兵役拒否権が憲法上の権利として存在している以上は、その良心のあり方を公権力がチェックすること自体が憲法違反ではないかといった疑問が、それなりに成り立ちえないわけではないからである。

1977年に社民党政府が、兵役義務法を改正して、本人の申請によって良心的兵役拒否権が認められるようにしたことは、以上のような背景を踏まえているのである。この改正法律によれば、申請による良心的兵役拒否者は、申請をもって、審査を待つことなく、兵役を免除されるが、それに代る代替的役務を、たとえば身障者の看護や老人医療看護などを兵役期間（15ヶ月）よりも長期の期間（18ヶ月）行うこととされた²²⁾。そして、このような改正法律と同時に、兵役拒否者は急増したといわれている。前引の「シェビーケル」誌によれば、1976年段階までは、良心的兵役拒否申請者の数は、全体の兵役義務該当者の中のせいぜい8～9%，1973年以前はほぼ4%以下であったのが、1977年には一挙に18.1%に達することになる。法改正後の77年8月には、1ヶ月で7,617名、同年12月には約1万1千人に達することになる²³⁾。

これは大変だということで、キリスト教民主同盟がこのような改正法律はボン基本法に定める徴兵制そのものを破壊するものであるとして連邦憲法裁判所に訴えを起こした。そして、それを受けて連邦憲法裁判所は、1978年4月13日

22) 1977年7月13日の改正法律は、Bundesgesetzblatt, I. S. 1229 ff. に掲載されている。

23) Der Spiegel, a. a. O. S. 36. なお、藤牧新平「西欧の軍隊の実態」日本の安全・世界の平和（衛藤瀆吉他編著、1980年）所収280頁以下参照。

24) BVerf GE. Bd. 48. S. 127. この判決については、笹川紀勝「良心的兵役拒否」憲法九条の課題（前掲）121頁以下、および同「西ドイツ良心的兵役拒否権」の具体化にかかわる兵役義務改正法第25a条の違憲性」北星論集18号（1980年）213頁以下に詳しい紹介がある。

に改正法律は違憲であるという判決を下したのである²⁴⁾。違憲の理由を一言でいえば、憲法は確かに良心的兵役拒否権を認めているが、他方で徴兵制を認めており、申請によって自由に良心的兵役拒否を認めることになれば、それは、結果的には志願兵制と同じことになり、そのことは、徴兵制を認めた憲法そのものに違反するというものである。この判決には、一名の裁判官の少数意見があったが、いずれにせよ、これによって結果的には従来の制度がまた復活することになったのである。

たゞ、それにもかゝらず、このような改正法律を社民党政府が提案せざるをえなかった事情は、このような違憲判決によってはなんら解決せられず、基本的な問題は未解決のまま、今後に残されたといわざるをえない。私見をあえて述べれば、憲法上の人権としての良心的兵役拒否権と一般的な徴兵義務とはきわめて不確かなバランスの上に並存しているといつてよいが、この並存は、良心的兵役拒否権を真に憲法上の人権として容認させるためには、一般的な徴兵義務制度の否認にまで至らざるをえない性質を内在させていると思われるのである²⁵⁾。

(二) 兵士法における兵士の権利と義務

ところで、徴兵制によってであれ、あるいは志願制を利用してであれ、兵士となった者は、具体的にいかなる権利および義務をもつことになるのが、つぎに問題となる。この点については、具体的には兵士法が規定しているが、この点に関する兵士法の規定の基礎にある考え方は、前述した「制服を着た市民」の原則であるといつてよいであろう。

25) この点、拙稿「平和と憲法」公法研究43号(1981年)49頁参照。なお、C. Grimm, Die Allgemeine Wehrpflicht und das Argument der Demokratieadäquanz, in NZWehrr (1981) S. 81 ff は、連邦憲法裁判所の違憲判決に関連して、一般的な兵役義務制度がはたして民主主義の子 (ein Kind der Demokratie) であるか否かを歴史的に再検討し、結論として、「一般的兵役義務と民主主義との特別の姻戚関係 (eine besondere Affinität) は、歴史からは導き出され得ない」と断じている (S. 97)。

26) R. Jaeger, a. a. O. S. 127.

27) R. Jaeger, a. a. O. S. 127. なお、vgl. P. Lerche, Grundrechte der Soldaten, in Die Grundrechte IV/1 (Herausgegeben von Bettermann / Nipperdey / Scheuner, 1960) S. 448 ff.

そして、この考え方を基本的に明らかにしたのが、兵士法第6条の規定であるといえよう。R. Jaeger によって「制服を着た市民のマグナ・カルタである」といわれた²⁶⁾この兵士法第6条は、まず前段において「兵士は、他のいかなる市民とも同様の市民としての権利を有する」と述べ、それを踏まえた上で、後段で「その権利は、軍事的役務の必要性の枠内において法律に根拠を置く義務によって制限を受ける」と定めている。しかも、兵士のこのような権利は、兵士法によってはじめて創設されたのではなく、もともとボン基本法それ自体にその根拠を置くものであることが留意されるべきであろう（第17a条参照²⁷⁾。

このような一般的な規定を踏まえて、兵士法は、具体的ないくつかの権利および義務を規定している。たとえば、J. Schreiber の整理によれば²⁸⁾、まず兵士の権利として挙げられるものには、(i)市民及び人間としての権利（6条）、(ii)法律及び判決によらずしてその階級（Dienstgrad）をはく奪されることのない権利（26条）、(iii)休暇請求権（28条）、(iv)俸給、現物給、医療扶助及び扶養を請求する権利（30条）、(v)人事簿（Personalakten）への記載に際しての聴聞等の権利（29条）、(vi)牧職及び宗教的行為の権利（36条）、(vii)不服申立ての権利（34条）などがある。ついで、兵士の義務としては、(i)国家に忠実に仕え、勇敢に防衛する義務（7条）、(ii)服従義務（11条）、(iii)同輩者精神（Kameradschaft）をもつ義務（12条）、(iv)秘密保持義務（14条）、(v)真実表明義務（Wahrheitspflicht）（13条）、(vi)規律保持義務（17条1～3項）、(vii)自由で民主的な基本秩序を承認し、その保持につとめる義務（8条）、(viii)政治活動に際して抑制する義務（Die Pflicht zur Zurückhaltung bei politischer Betätigung）（15条）、(ix)健康保持の義務（17条4項）、(x)共同兵舎（Gemeinschaftsunterkunft）に居住し、共同糧食（Gemeinschaftsverpflegung）に加わる義務（18条）、(xi)その役務に関して報酬を受領することの禁止（19条）、(xii)副業の制限（20条）、(xiii)後見人や名誉職等への就任の

28) J. Schreiber, Pflichten und Rechte des Soldaten der Bundeswehr (1970) S. 15 ff. たゞし、Schreiber は兵士の義務から説明をはじめている。なお、兵士法上のこれら権利及び義務については、笹川紀勝「西ドイツの徴兵制」軍事民論 23号（1981年）79頁以下および小林宏晨・前掲書 161頁以下参照。

29) W. Scherer, Soldatengesetz (1971) S. 56 f.

制限(21条), (xiv)上官の義務(10条)などがあげられている。

兵士法に規定されているこれら義務の中でとりわけ注目すべきは、兵士法第7条に規定されている「ドイツ連邦共和国に忠実に仕え、ドイツ人の権利と自由を勇敢に防衛する(tapfer zu verteidigen)義務」であろう。これは、西ドイツにおける他の公務員には見られない、兵士特有の義務であり、Schererによる兵士法のコンメンタールによれば、自己の身体的な危険への恐れがある場合にも、兵士はこの義務の遂行を免れることはできないとされているのである²⁹⁾。わが国の自衛隊法上において賭命義務の有無の問題として論じられている³⁰⁾事柄が、西ドイツでは、兵士法第7条の問題として論議されているわけである。

また、上官への服従義務に関する兵士法第11条の規定も注目に値する。西ドイツにあっては、ナチス体制下のさまざまな非人道的・人権抑圧的な体験をもった後だけに、上官への服従義務についても、上官の命令が人間の尊厳(Menschenwürde)を侵害し、あるいは犯罪を伴うような命令である場合には、そのような命令に対しては服従する必要はなく、また軍事的役務のためではなく、それ以外の目的のためになされる命令に対しても服従する必要はないとされたのである。ただ、上官の命令がなされるべきでない違法な命令であるか否かについて、命令を受けた部下が本来正当な命令を違法な命令と判断してその命令に従わなかった場合には、その責任は、命令に従わなかった部下の側にあるということが第11条1項には明記されている。このような規定の下では、客観的には犯罪を構成するような命令、たとえば戦時国際法に違反するような命令に対して、部下が従うべきか否かは、きわめて微妙な問題となり、その判断に迷った場合には、上官の命令に従うことがとりあえずは無難ということにならざるをえないであろう。

(三) 兵士の表現の自由

(1) 兵士法第15条の概観

兵士の権利の中でも特に問題となりうるのは、いうまでもなく、表現の自由

30) なお、この点に関連して、古川純「自衛官と市民的自由」東経学会誌97・98合併号(1976年)400頁及び新美隆「侵される兵士の人権」軍事民論24号(1981年)38頁以下参照。

である。この点についても原則は、兵士法第6条に明記されている「制服を着た市民」の考え方であるが、事柄がとりわけ政治的表現に関わってくる場合には、兵士法第15条が一定の制限規定を設けている。すなわち、兵士法第15条は、つぎのような規定を置いている。

- 「① 兵士は、勤務中において、特定の政治的傾向に有利にあるいは不利になるように行動してはならない。同輩との会話において自己の見解を表明する兵士の権利は、以上と関わりなく保障される。
- ② 勤務上の宿舎と施設内においては、自由時間における自由な意見表明の権利は、同輩者精神(Kameradschaft)の原則によって制限される。兵士は、勤務の協同性(Gemeinsamkeit)が深刻な妨げを受けることのないように行動しなければならない。兵士は、とりわけ要求を掲げ文書を配布することによって政治的集団の活動家として行動してはならないし、あるいはまた政治的組織の代表者として活動してはならない。(兵士の)相互間の尊重は危うくされてはならない。
- ③ 兵士は、政治的集会では、制服を着用してはならない。
- ④ 兵士は、上官として部下に対してある政治的見解に賛成するようにあるいは反対するように影響を与えてはならない。」

この条項を一見すれば明かなように、西ドイツの場合、兵士の政治的表現の自由は、日本の自衛官以上に広範に承認されていることがまず留意されるべきであろう。すなわち、まず第1項では、勤務中において政治活動をしてはならない旨を規定しているが、ただし、同僚との会話で自分の政治的見解を表明することはなんら妨げられない旨を規定している。また、第2項は、基地、兵舎などの勤務場所内では、自由時間中には政治的意見表明ができるとしている。ただ、それは同輩者としての他の兵士を尊重するという配慮の下で行うこと、さらに政治的集団の活動家として文書をくばったりしてはならないことといった条件が付けられている。第3項では、勤務場所をはなれた所での、勤務時間外での政治活動は自由であるが、ただし、その場合、政治的集会では制服を着用してはならないという条件だけが付けられているのである。換言すれば、兵士は、制服を着用しない限り、勤務場所の外で、勤務時間外において政治的集

会に参加し、あるいは政治的な表現活動をするのは一切自由である、というのがこの兵士法第15条の規定ということになる。これは、わが国において一般職の国家公務員の政治活動の自由について猿払事件の一審判決が勤務場所の内外、勤務時間の内外を基準として議論を展開したことで非常に似ているといえる。わが国の最高裁は、一般職の国家公務員についてすら勤務時間の内外を問わず、また勤務場所の内外を問わず一律に政治活動を行うことを制限する現行国公法の規定を合憲としたが、このような両国の考え方のちがいは一体なにに起因するのか、検討されるべき重大な問題といえよう³¹⁾。

(2) 兵士の表現の自由に関する判例

しかも、西ドイツにあってさらに留意されるべきは、兵士法15条に示されるような考え方は、その後、今日に至るまでの実際の運用によってもほぼ確認されてきているということである。西ドイツの兵士の表現の自由をめぐる判例については、笹川論文が詳細な紹介・検討をすでに行なっている³²⁾ので、この論文を参照しつつ、それに最近の若干の新しい判例を補足する形で、ごく簡単に判例の概観を行なうこととしよう。

(i) まず、兵士が勤務時間外で、しかも勤務場所をはなれたところで表現活動を行ない、それが適法とされた事件としては、「兵役拒否宣伝事件」、「投書上官批判事件」さらには「投書政府批判事件」などがあげられる³³⁾。

「兵役拒否宣伝事件」とは、兵士が勤務時間外に、しかも軍事施設からはなれたところで兵役拒否団体のパンフレットを配った事件であるが、連邦行政裁判所は、兵士のこのような行為は基本法第5条1項の表現の自由の枠内の行為であるとして容認したのである³⁴⁾。

また、「投書上官批判事件」とは、上官が新聞で行なった意見表明を部下の

31) このような問題の指摘の一端は、すでに拙稿「基本的人権としての政治活動の自由」判時757号(1974年)9頁で示したことがある。なお、兵士法第15条の注釈としては、W. Scherer, a.a.O. S. 81 ff を参照。

32) 笹川「西ドイツの徴兵制」(前掲)81頁以下参照。

33) これら三つの事件については、笹川・前掲論文参照。

34) 連邦行政裁判所は、この判決(BVerwGE33, 265)の中で、問題のパンフレットが、単に兵役拒否権がボン基本法で保障されていることを指示したにとどまるも

のである旨を強調している。同判決によれば、かりにそのような場合にも、兵士の表現の自由を制限しようとするならば、それは基本法の文言を拡張すること自体を禁止することにも等しくなるというのである。もっとも、同判決は、他方で、基本法第4条3項への言及が良心の葛藤の解決に仕するためにではなく、その本来の目的からして連邦軍の弱体化や攪乱に向けられた場合には、基本権行使の濫用が存在することになるとして、一定の歯止めをかけることも忘れていない。

- 35) 事件の内容を判決 (BVerfGE 28, 55) に即して若干説明すると、1968年8月30日、新入隊員の宣誓式にのぞんだ部隊司令官は、訓辞を述べ、その中で、ワルシャワ条約軍のチェコスロバキアへの侵攻によってもたらされた危機的状況について言及し、さらに西ドイツ国内においても、社会秩序、連邦軍の内部秩序を攪乱しようとする少数派がいて、(ドイツの)安全が脅かされている旨を指摘した。そして、その証拠として、司令官は、議会外反対派と兵役拒否者のグループに近い立場の三名の著作家の名前をあげ、これらの人達はあらゆる合法的手段をもって打ち倒されなければならない、兵士は自由で民主的な基本秩序を擁護する義務があるから、と述べた。

そして、この司令官の訓示を、地元新聞は、訓示のコピーを受取ってそのまま全文を掲載したのである。

この記事に対して、部下の兵士が同じく地元新聞に投書して、司令官の訓辞を批判した。司令官がソ連の行動を批判するのは正しいとしても、しかし、西ドイツ国内において議会外反対派の一部によって追求されている社会変革が(ドイツの)安全を脅かすものであると云い張ることは、進歩に敵対し、白か黒かの思考法(Schwarz-Weiß-Denken)にとらわれたソ連の政治家と同列のものである、しかも、司令官の引用の仕方も不正確である、兵役拒否者の平和理念をどのように考えるにせよ、兵役拒否者もまた兵士と同等の権利をもち、価値をもつ市民であり、兵役拒否者達の宣伝を不法なものと云い張ることは、非民主的である、というのが批判の概略である。

この投書によって、この兵士は、3日間の懲戒拘禁を受けたので、それを争ったところ、連邦憲法裁判所は、このような懲戒拘禁は基本法第5条1項の表現の自由を侵害するもので許されないと判旨したのである。判決の中でとりわけ注目されるのは、新聞への投書は、だれでもが利用できる(したがって、兵士もまた基本的には利用できる)表現の自由行使の一手段であり、それは、基本法第5条1項によって正当なものとして保障されている、としている点である。部下の兵士の投書は、自由で民主的な基本秩序の土台をくずそうとしたものではなく、異なった考え方をもち者を異端視することに反対したものであって、このような批判をしたからといって上官への尊重義務を侵害したことにはならないとしたのである。

- 36) この事件の詳細な事実関係は、判例集 (BVerwGE46, 175, NJW1974 Heft19, S. 874) を見ても必ずしも明らかではないが、オランダのブルンスムにある NATO の中欧連合軍 (AFCENT) へのドイツ派遣軍に配属された兵士が、本国新聞への投書を行ったことが理由としていったんはこの兵士に対して懲戒裁判手続がとられたが、それが無罪となったので、本国への召還がいわば次善の策として軍当局によってなされた点は、留意されるべきであろう。

連邦行政裁判所は、この点を踏まえた上で、兵士の適法な政治的意見表明が召還の理由として承認されるのは特別の例外的な場合だけであり、しかも、そのよう

兵士が投書して批判したところ、兵士法第17条1項の上官に対する尊重義務違反で拘禁されたが、連邦憲法裁判所は、このような部下の兵士の行為を表現の自由の枠内のものとして容認した³⁵⁾。

さらに、「投書政府批判事件」とは、オランダに駐留していたドイツ軍兵士が西ドイツ連邦政府の東欧政策を批判する投書をしたところ、西ドイツ国内で大反響を呼び、そこで西ドイツ国防省がその兵士を本国に召還した。そこでこの兵士は、このような本国召還は違法であるとして訴えたところ、連邦行政裁判所は、兵士の表現の自由を認め、勤務の必要に基づかない召還は違法であると判決した³⁶⁾。

(ii) これに対して、政治的集会に制服を着用して参加したとして兵士法第15条3項違反が問われたのが「制服着用事件」である。1981年4月7日の連邦憲法裁判所判決³⁷⁾の認定した事実によれば、憲法訴願を提起した兵士は、第一に、1979年5月1日、ハンブルクで開かれた集会に制服で参加して、3日間の懲戒拘禁 (Disziplinararrest) を権限を有する懲戒上官 (Disziplinarvorgesetzte) から科せられた。第二に、この兵士は、1979年9月1日に、第二次世界大戦勃発40周年を記念してマイントの市庁舎ホールでドイツ労働総同盟 (DGB) のラ

な例外的な場合とは、兵士の政治意見表明が職務上の利益を現実に重大な程度に侵害し、かつ引続き侵害しているか、あるいは客観的な状況から判断してそのような侵害が直接さし迫っているという恐れが根拠づけられうるような場合であるとしたのである。このような特別の例外的な場合に限定しないと、有権者たる西ドイツ国民のかなりの部分を占める連邦軍の兵士達は、召還 (= 配置転換) への恐れから、表現の自由の基本権を基本法で保障された範囲内で利用するということをしなくなるであろうから、というのである。しかも、その上、連邦行政裁判所は、かりにそのような例外的な場合が存在するとしても、そのような場合にも過度の制限の禁止原則 (der Grundsatz des Übermaßverbots) が認められなければならないから、召還の必要性が承認されるのは、職務上の利益に対する (さし迫った) 侵害が他の期待可能な方法で、たとえば命令とか、あるいは他のよりおだやかな暫定措置によって回避され得ない場合のみである、としたのである。

新聞への投書は、兵士といえども享受しうる憲法上の表現の自由の一行使形態であるという、「投書上官批判事件」における連邦憲法裁判所の判例を基礎にした上で、そのような表現の自由に対する制限について、このようにきびしいしほりをかけたこの判決は、きわめて重要視されるべきものがあるといえよう。

37) この判決については、NZWehrr 1981, S. 186 ff. および DÖV 1981 Heft 17 S. 671 f に掲載されている。

インラント・ファルツ地区によって催された、「働らく者の利益のための平和確保と世界的規模の軍備撤廃」というメインテーマをもった「戦争反対の集会」に、やはり制服を着用して参加した。ちなみに、この集会で基調報告をしたのは、Gollwitzer 教授であるが、教授の演説の間、集会参加者は、「戦争に対する闘いは、シュトラウス (Strauß) に対する闘いを意味する」と書いた横断幕を掲げ、しかも、教授自身、それと同じ考えである旨を表明したとされている。憲法訴願者である兵士は、このような集会に制服を着用して参加したとして4日間の懲戒拘禁に処せられた。

このような懲戒処分に対して、この兵士は中部部隊服務裁判所 (Truppendienstgericht Mitte) に不服申立てを行なったが、中部部隊服務裁判所は、マインツの市庁舎ホールでの集会に参加したことについてののみ事実の認定を行ない、この点での不服申立てをしりぞけた。これを不服として、この兵士は、連邦憲法裁判所に憲法訴願を申立てた。基本法第2条1、2項、第5条1項、第9条3項及び第104条違反を理由としてである。申立ての内容の中で注目されるのは兵士が、問題の集会は、第二次世界大戦の勃発を記念した超党派的な (überparteilich) 集会であって、兵士法第15条3項の意味での「政治的集会」ではなんらならないということを主張した点である。

たゞ、このような主張に対しては、連邦憲法裁判所は、この兵士の主張を根拠のないものとして棄却した。判決は、まず、「兵士法第15条3項は、兵士が原則的に許容された勤務外での政治活動によって連邦軍を政治的論議の渦中に巻き込むことのないように手助けするためのもっとも穏健な手段である³⁸⁾」として、兵士法第15条3項の合憲性を確認した上で、問題の労働組合の集会の目的は、単に第二次世界大戦の勃発を記念することにのみあったのではなく、特定の種類の平和政策を要請することにあつたのであり、「その目的は、したがって、国家及び憲法機関への政治的な影響力の行使にあつた³⁹⁾」と認定したの

38) NZWehrr. 1981, a. a. O. S. 189.

39) NZWehrr. 1981, a. a. O. S. 190. なお、同種の事件として、1979年4月18日の連邦憲法裁判所の判決参照 NZWehrr 1979, S. 173 f.。この判決への注釈において R. Alf は第15条3項によって基本権が制限されているという考えをもつ兵士が多いとしている。

である。連邦憲法裁判所は、いずれにせよ、このような理由で、制服を着用して問題の集会に参加した兵士への懲戒拘禁の処分を適法としたのである。

たゞ、この事件においても留意されるべきは、この種の集会に兵士が制服を着用して参加しても、刑事罰とか、懲戒免職を受けるのではなく、ただか4日間の懲戒拘禁を受けたにすぎなかったということである。わが国の自衛隊法第61条、同第119条1項1号などが、およそほとんどすべての政治活動について、その違反者に対して刑事罰を科することになっていることと比較すれば、その相異はやはり十分に注目の必要があるといえよう⁴⁰⁾。

iii) 兵士が、勤務場所で、しかも自由時間においてなつた行為が兵士法第15条2項に違反するかが問われた事件としては、「兵士原発反対事件⁴¹⁾」がある。この事件は、1976年11月13日付で「共産主義人民新聞」に「イムメンデンゲン兵舎の兵士からカイザーシュトウールの住民への連帯のあいさつ」と題する記事が掲載され、その中で、ウィル (Wyhl) における原発の建設に反対し、原発建設現場保護のために出動することを拒否する旨が宣言されたことがきっかけとなり、兵舎内でこの「連帯のあいさつ」のために自由時間中に他の兵士

40) ちなみに、西ドイツでは、兵士が軍の規律等に違反する行為を行なった場合には、その行為の種類性質に応じて、軍刑法 (Wehrstrafgesetz) による刑事罰か、軍規律法 (Wehrdisziplinarordnung) による懲戒処分 (あるいは、その双方) が科せられることになる。この内、軍規律法による懲戒処分には、懲戒上官により下される単純懲戒処分 (einfache Disziplinarmaßnahmen) と兵役裁判所により科せられる裁判的懲戒処分 (gerichtliche Disziplinarmaßnahmen) の二種類のものがある。そして、前者は、さらに、戒告 (Verweis), 重戒告 (strenger Verweis), 懲戒罰金 (Disziplinarbuße), 外出制限 (Ausgangsbeschränkung), および懲戒拘禁 (Disziplinararrest) の五種類に分けられ、後者は、さらに、減俸 (Gehaltskürzung), 昇任禁止 (Beförderungsverbot), 階級降格 (Dienstgradherabsetzung), 懲戒免職 (Entfernung aus dem Dienstverhältnis), 恩給減額 (Kürzung des Ruhegehalts), および恩給剥奪 (Aberkennung des Ruhegehalts) の六種類に分けられる。

以上の点を考慮に入れると、四日間の懲戒拘禁というのは、軍刑法および軍規律法の全体系の中では、決して重い処分というわけではないことが理解されうであろう。なお、軍刑法については、とりあえず、vgl. H. G. Schwenck, Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis (1973) S. 19 ff. また、軍規律法については、vgl. Brandstetter, Handbuch des Wehrrechts, Bd. 3. 56. Lfg. (1973) S. 27 ff.

41) 笹川・前掲論文83頁以下に紹介がある。なお、BVerfGE 44, 197 も参照。

達の署名を集めて回った兵士が14日間の懲戒拘禁を受けたもので、懲戒拘禁を受けた兵士が処分の違法性を争ったものである。南部部隊服務裁判所は、この兵士の訴えをしりぞけたので、この兵士は、さらに、基本法第5条、第17a条及び第103条1項の侵害を理由として連邦憲法裁判所に憲法訴類を提起した。

連邦憲法裁判所は、1977年3月2日この憲法訴願を理由なしとして棄却した。その理由は、兵士の場合は、基本法第17a条により、軍事的役務の必要性和連邦軍の機能性の確保の目的のために表現の自由も法律で制限されうるのであり、「兵士法第15条2項の目的は、同輩者精神と相互の尊重を部隊の規律と戦闘力確保のための不可欠の前提条件として——たとえ表現の自由を犠牲にしても——無条件に保障することである」とした上で、原発反対の声明のための署名集め等をした兵士の政治的行為は、同輩者精神と相互の尊重の原則を犯したことになる、としたのである。

もっともこのような判決には、3名の少数意見が付いており、少数意見を書いたロフトマン判事が、「兵士の具体的行動が、実際に兵士法第15条2項の規定によって保障される法益の深刻な混乱あるいは危害をひきおこす力があるかどうか」を審査する必要があるとした上で、本件の場合には兵士の行為にそのような力はないと判示したのである。この少数意見には、ある意味では、わが国の小西反軍裁判の新潟地裁差戻審判決⁴²⁾と似かよった考え方が示されており、今後の兵士人権裁判の一つの可能性を示唆するものとして注目されよう。

なお、兵士法第15条2項がやはり問題となった最近の事件としては、一連の「原子力反対」事件がある。これは、兵士が勤務上の宿舎と施設内において、ただし自由時間に、原子力反対 („Atomkraft-Nein danke“) のバッジを着用し、あるいは同種のことを書いたステッカーをはった車を運転することが兵士法第15条2項に違反するかどうかが問われた事件である。まず、原子力反対のバッジを着用して第15条2項違反が問われた事件では、注目されるのは、ハン

42) これについてはとりあえず拙稿「差し戻し審無罪判決の憲法的意義」小西反軍裁判(小西誠編著、1982年)125頁以下。

43) ArbG Hamburg NJW 1979. S. 2640=NZWehr 1980 S. 31. なお、この判決については、笹川・前掲論文参照。

ブルグ労働裁判所の1979年6月6日の判決⁴⁴⁾が、兵士のこのような行為を容認している点である。理由は、ごく簡単にいえば、政治的活動とは、議論の助けを借りて他人の意見形成過程に影響を及ぼすことを前提とするが、バッジの着用それ自体は、なんらそのような意味での議論を含まないからということである。そして、兵士法第15条2項の政治活動の制限をこのように限定的に解することについては、学説上も、支持する見解が見られる⁴⁴⁾。

これに対して、南部部隊服務裁判所の申立てに基づいて、勤務上の宿舍及び施設内において自動車に「原子力反対」のステッカーをはることを禁止した上官の命令が適法か否かを審査した連邦行政裁判所は、1981年8月6日の判決において、そのような命令は適法であるという判断を下した⁴⁵⁾。判決は、要するに、原子力の問題は、西ドイツとその市民の将来にとって根本的な意味をもち、しかも政党の内外において激しく争われている問題であり、したがって、このような問題に関する意見表明は、兵士法第15条の意味での「政治的」なものといいうる。そして、自動車に「原子力反対」のステッカーをはる行為は、このような政治的な意見表明を意味し、個人的な会話による意見表明の域をはるかに超える重大な波及効果をもち、この種の行為は、演説を行ったり、文書を配布したりする行為と同視できる。しかも、そのような行為は単に自己の見解の表明という城を越えて、共通の政治的目的(＝反原子力反対という)をもった団体のための運動としての性格をも帯びている、というものである。

連邦行政裁判所は、このように述べて、「原子力反対」のステッカーをはった自動車を勤務上の宿舍及び施設内に乗り入れることを禁止する軍当局の措置を適法としたが、たゞ前述したように、このような考え方に対しては、兵士の具体的な行動が同輩者精神の原則とか、服務の協同性を現実侵害したかどうか

44) たとえば、T. Brozat, Die „Atomkraft-neindanke“-Plakette und das Verbot der politischen Betätigung im Sinne des §15 Abs. 2 SG, in NZWehrr, 1980 S. 85 ff. なお、H. F. Liskén, Zur Meinungsfreiheit im Sonderstatusverhältnis, NJW 1980, Heft 28 S. 1503 ff. ほど同様な見解をとるものとして、M. Buth, Zur Meinungsfreiheit von Soldaten und Reservisten der Bundeswehr, in NZWehrr 1981, S. 216 ff.

45) BVerwG, Beschl. v. 6. 8. 1981, DÖV 1981, Heft 24 S. 966 ff.

かを審査すべきであって、単なる抽象的な危険だふでは足りないという反論が成立しうるであろうことは、容易に予想されよう。ちなみに、M. Buth は、つぎのように述べているのである。「兵士の政治的活動は、(第15条2項違反というためには)むしろ、軍隊にとって本質的な同輩者関係を具体的に侵害するか、直接的に危険におとし入れるものでなければならない (konkret stören bzw. unmittelbar gefährden)。同様のことは、サービスの協同性についてもあてはまる。」⁴⁶⁾

(四) 兵士の労働基本権

兵士の人権ということで、表現の自由と並んで重要なものに、労働基本権の問題がある。この点については、ごく簡単な指摘にとどめておくが、まず、ボン基本法は、第9条で組合結成の自由を保障しているが、この自由を兵士について制限できるかどうか、制限できるとした場合どの程度に制限できるかについては、基本法自身はなにも触れていない。

この点、西ドイツにおいては、1950年代の再軍備のための基本法改正の過程で兵士の人権制限がいかにあるべきかという問題の一環として論議されたが、そのような論議の結果として1956年に導入されたのが、基本法第17a条1項である。すなわち、同条項は、「兵役および代役に関する法律は、軍隊および代役の所属員に対し、兵役または代役期間中、言語、文書および図画をもって、その意見を自由に表明し、かつ流布する基本権(第5条1項1段第1)、集会の自由の基本権(第8条)および他人と共同して請願または訴願をなす権利がみとめられる限度では、請願権(第17条)が制限される旨を規定することができる」と規定し、兵士の人権の中で「兵役および代役に関する法律」によって制

46) M. Buth, a. a. O. S. 224.

47) 第17a条の制定過程については、Verhandlungen des Deutschen Bundestages 2. Wahlperiode 1955, Stenogr. Bericht, S. 522 ff., S. 6819 ff., S. 6845 ff. Drucksachen Nr. 124, 125, 2150. ちなみに、当初のCDU等による案では、ワイマル憲法第133条第2項に準じて、「防衛任務の遂行に必要である限りは、連邦軍の構成員について個々の基本権を制限しうる旨を連邦法律によって定めることができる」となっていた。しかし、これでは、兵士の基本権制限について法律に白紙委任するようなものであり、認めがたいという批判が出され、法律によって制限しうる基本権を第17a条1項のように具体的に列挙することになったのである。

限しうるものとして意見表明の自由、集会の自由および請願権がある旨を明示的にあげているが、しかし、ここには、組合結成の自由はなんらあげられていないのである。このことの趣旨は、組合結成の自由に即していえば、この自由は兵士の場合においても原則的に制限され得ないとするものなのである⁴⁷⁾。

このような第17a条1項、および第9条⁴⁸⁾を踏まえて、西ドイツにおいては、学説上も、兵士の組合結成の自由を認める見解が一般的であるといつてよい。たとえば、Maunz-Dürigの基本法コメンタールは、この点に関してつぎのように述べている。「留意されるべきは、……第17a条1項のカatalogの中には第9条がなんら採り入れられなかったということである。したがって、この権利に対する法律による制限は、兵士の場合にも許されないことになる。兵役義務者が、その兵役に服する以前の職業(Zivilberuf)に基づいて組合の構成員である場合には、彼は、積極的な兵役への参加の以後においても、この組合の構成員でありつづけることができる。職業的兵士には、第9条3項によって『労働条件および経済条件の維持・改善のため』に組合あるいは職業団体に加入することを禁止することはできない⁴⁹⁾。」

そして、この問題について実際の運用上の結着をつけたのが、1966年8月1日の連邦国防大臣の告示である。同告示は、Ⅰ．原則、Ⅱ．勤務上の宿舎および施設内における組合の集会、Ⅲ．勤務上の宿舎および施設内における組合の問題に関する情報伝達、Ⅳ．組合の集会に参加するための休暇、から成り立っているが、たとえば、Ⅰ原則のところでは、つぎのようにいつている。「1. 兵士は、他のいかなる市民とも同様に、労働条件および経済条件の維持改善のた

48) 第9条1項は「すべてのドイツ人(Alle Deutschen)は、……組合を結成する権利を有する」と規定しており、この点も、兵士に組合結成の自由を認めるための積極的な条文上の根拠となっている。この点については、A. Hamann, Das Grundgesetz 2Aufl. (1961)S. 136.

49) Maunz-Dürig, Grundgesetz Bd. I (1966) 2 Aufl. Anm. zu Art 17a. S. 19. なお、その他の学説としては、v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz 2Aufl. Bd I (1966) S. 515; W. Roemer, Die neue Wehrverfassung, JZ 1956S. 194; W. Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung (1961) S. 113; H. Giesen, Das Koalitionsrecht des Soldaten und seine Schranken nach dem Soldatengesetz, in NZ Wehrr 1972 S. 53ff.

めに職業専門団体を設立し、そのような団体に加入し、またはそのような団体のために活動することができる。このことは、労働組合への加入および労働組合での活動についても、妥当する。2. 団結の自由 (Koalitionsfreiheit) の枠内での活動は、法律に基づく兵士の義務によって制限される。勤務上の重大性、とりわけ連邦軍の安全 (die Sicherheit der Bundeswehr) によって、さらなる制限を課することができる⁵⁰⁾。」

このようにして、西ドイツにおいては、兵士の組合結成の自由は、学説上も、実際の運用上においても容認されることになったが、ただ、その点を踏まえた上で、さらに具体的に組合活動の自由がどの程度まで認められるのかという点になると、問題は、心ずしも簡単ではない。ストライキ権については、学説上もこれを否認するのが一般的であるようであるが⁵¹⁾、その他の点になると、連邦軍の安全、規律保持等との関係で微妙な問題が生じうようである。ただ、この点についても、たとえば、H. Giesen がつぎのように述べていることは、西ドイツにおけるこの問題に対する考え方的一端を示すものとして、重要といえよう。「兵士の団結権 (Koalitionsrecht) と兵士法に基づく兵士の義務との緊張関係に関連する判例は、……具体的には存在していない。ただ、連邦憲法裁判所は、公務員の団結権について見解を表明し、この関連において、公務員の勤務関係および忠実関係の意義および目的によって必要とされるような制限のみが許されるといつてきた。兵士と公務員の地位関係の現存する共通性——双方とも、特別の義務範囲をもった特別の権力関係に服する——を踏まえれば、このような法的見解は、兵士についても類似した形で適用されうるのであり、その結果、団結権に対する制限は、兵役関係によって条件づけられ、実質的な根拠をもつ契機が存在する場合にその限度においてのみ許容されるものとみなすべきである。それ故、疑わしい場合には、兵役関係の利益と団結権の内容と

50) 連邦国防大臣のこの告示は、Wehr Report 1976 (8) S. 5 に掲載されている。

なお、vgl. H. Berndt, Gewerkschaften und Bundeswehr, in Wehrkunde 1/1974 S. 21.

51) W. Roemer, a. a. O. S. 194; W. Martens, a. a. O. S. 113; H. Giesen, a. a. O. S. 57; H. Berndt, a. a. O. S. 21f.

52) H. Giesen, a. a. O. S. 55.

の間で利益較量 (Güterabwägung) がなされなければならない⁵³⁾。」

ともあれ、以上のようにして、兵士組合はその存在を認められ、現実には、公務員・運輸・交通労働組合 (Gewerkschaft ÖTV) の下部組織として、活動を行うことになった。西ドイツの兵士組合の活動の実際については、藤牧氏の紹介がすでになされているので⁵³⁾、とりあえずは、それを参照されたい。その中で、たとえば、オランダ、ノルウェー、スウェーデン、フィンランド、オーストリア、そして西ドイツなどでは兵士組合が認められているのに対して、フランスやイタリアなどでは認められておらず、フランスでは社会党や共産党も、兵士組合の結成に不賛成であると書かれている点は、注目される点であろう。

西ドイツの兵士組合が、現実にはどのようなことを、どこまで行なっているかは、今後の検討課題であるが、大分古い資料であるが、1973年の「シュピーゲル」誌⁵⁴⁾によれば、当時の段階においては、兵士組合の幹部自身が、兵士組合は一つのセクトでしかないという云い方をしており、また、制服の兵士組合員数は、1,420 人程度であったという。このことは、少なくとも、この時点では、兵士組合が兵士労働者の多くの部分を有効につかんではいないことを物語っているともいえよう。

もっとも、その後、組合員の数もかなり増えているようであり⁵⁵⁾、また、最近の反核運動などでは、兵士自身がボンにおける30万人集会に制服を着用して参加したことなどが報道されていることは、周知の通りである⁵⁶⁾。アメリカにとっての限定核戦争が、西ドイツにとっては全面核戦争とならざるをえない現実的可能性を前にして、西ドイツにおいて反核運動がかってない拮据りをもって焼え上がっていることは、西ドイツにおける一般国民の反核意識を示すものとして注目に値すると思われるが、このような西ドイツの状況が、兵士組合や個々の兵士達にどのようなインパクトを与えつつあるかは、大変興味ある問題

53) 藤牧新平・現代軍隊論 (1977年) 154 頁以下および同「西欧の軍隊の実態」(前掲) 274 頁以下参照。

54) Der Spiegel, 1973. Nr. 37, S. 49.

55) 西郷従吾・アメリカと西欧防衛 (1981 年) 280 頁によれば、公務員・運輸・交通労働組合に加入している兵士の数は、9,000 人とされている。

56) 朝日新聞 1981年10月11日。

といえるであろう。

兵士が、国家の階級的利益を守るのではなく、民衆の生存と自由を真に守りうるものとなるかどうか、日本に比べてはるかに多くの自由と権利を保障された西ドイツの兵士達が、これらの自由と権利を現実にもそのような目的のために行使しうるかどうかは、わが国の兵士＝自衛官の今後の動向を考える上でも、少なからざる示唆を与えてくれる重要な問題といえるであろう。