



この印刷物は、印刷用の紙へ
リサイクルできます。

ドイツ防衛憲法における軍人の意見表明の 自由の基本権の保障と制限の法理

山 中 倫 太 郎

ドイツ防衛憲法における軍人の意見表明の 自由の基本権の保障と制限の法理

山中倫太郎

はじめに

(1) 問題の所在

自衛官の意見表明の自由は、文民統制の理念、自衛官の政治的中立性の確保、および規律の維持、ひいては自衛隊の任務遂行との間にしばしば著しい対立紛争を生ぜしめ、センシティブな問題となりがちであることは、近時にもみられた事例を具体的に挙げるまでもなく、ひろく知られた事実に属する。そうした問題が、公的論議において、各論者の政治的な主義主張および立場のみでなく利害や感情さえも直截に反映させるかたちで論じられがちとなることも事実が示すとおりである。そのような傾向があるからこそ、少なくとも法的な議論においては、自衛官の意見表明の自由の保障、および制限の許容性に関する見解は、法的な概念と枠組みに従った論証と判断から構成されなくてはならない。

かかる枠組みとしては、急進的自衛官懲戒免職処分取消請求事件判決（最判平成7年7月6日判時1542号134頁）に最高裁の判断枠組みをみることができる。本件は、防衛庁正門付近および芝公園で開催された政治集会において、制服の着用および官職の表示の上、政府の政策に公然と反対し、また、自衛隊を誹謗中傷したことを理由とした、自衛官に対する懲戒免職処分（自衛隊法52条および58条1項違反行為が、「隊員たるにふさわしくない行為」（46条2号）に該当するという判断に基づく）の取消を求める訴訟であった。最高裁は、次のような判断枠組みに依拠して、憲法21条違反に関する原告（上告人）の主張を退けた。

「憲法２１条の保障する表現の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならないものであり、これをみだりに制限することは許されないが、表現の自由といえども国民全体の共同の利益を擁護するため必要かつ合理的な制限を受けることは、憲法の許容するところであるというべきである。そして、行政の中立かつ適正な運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、国民全体の共同の利益にほかならないものというべきところ、自衛隊の任務（法３条）及び組織の特性にかんがみると、隊員相互の信頼関係を保持し、厳正な規律の維持を図ることは、自衛隊の任務を適正に遂行するために必要不可欠であり、それによって、国民全体の共同の利益が確保されることになるというべきである。したがって、このような国民全体の利益を守るために、隊員の表現の自由に対して必要かつ合理的な制限を加えることは、憲法２１条の許容するところであるということができる。以上は、当審大法廷判決（最高裁昭和４４年（あ）第１５０１号同４９年１１月６日大法廷判決・刑集２８巻９号３９３頁、最高裁昭和６１年（行ツ）第１１号平成４年７月１日大法廷判決・民集４６巻５号４３７頁）の趣旨に徴して明らかである。」

「自衛官が、その制服や官職を利用し、それによる宣伝効果を狙って、国の政策を公然と批判し、これに従わない態度を明らかにするようなことは、本来政治的中立を保ちつつ一体となって国民全体に奉仕すべき責務を負う自衛隊の内部に深刻な政治的対立を醸成し、そのため職務の能率的で安定した運営が阻害され、ひいては議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の遂行にも重大な支障を来すおそれがあるものというべきである。しかも、前記のような表現をもって隊員が自衛隊を公然とひぼう中傷することは、隊員相互の信頼関係を破壊し、自衛隊の規律を乱すものといわざるを得ない。右の弊害を防止するためにこれを懲戒処分の対象とするときは、上告人らの表現の自由が一定の制約を受けることにはなるが、それは、隊員の身分を保有する限りにおいて、その職務を適正に遂行するために課せられた制約にすぎず、右の弊害の重大さと比較すれば、利益の均衡を失するものとはいえない。

そうすると、上告人らの右各行為を懲戒処分の対象として、その表現の自由を制約することは、前記のような国民全体の利益を守るために必要かつ合理的な措置であるとい

うことができ、右制約が憲法21条に違反するものといえないことは、前記各大法廷判決の趣旨に徴して明らかである。」

この裁判例における判断枠組みは利益衡量的な色彩が強いところ、その利益衡量の以前にまたはそれと並んで論点となりうる法理（例えば、自衛隊の勤務関係についての特別権力関係論、法律の留保など）との関係、さらに、利益衡量に際して指針となる分析的な判断構造の全容を明らかにするものではない。

また、利益衡量における実質的な観点について一点のみ指摘しておく、自衛官の意見表明の自由の制約を正当化する利益として本判決で挙げられているのは、まず、①「行政の中立かつ適正な運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されること」、あるいは、「政治的中立を保ちつつ一体となって国民全体に奉仕」し、「職務の能率的で安定した運営」を確保すること、ひいては、「議會制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の遂行」であり、それらは、先例として挙げられた「当審大法廷判決」「前記大法定判決」一猿払事件最高裁判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）—で一般職国家公務員について引き合いに出された利益と少なくとも表現の上で同様であったが、本判決では、また、「自衛隊の任務（法3条）及び組織の特性にかんがみ」て、特に、②「隊員相互の信頼関係」の確保、③「厳正な規律の維持」、が挙げられ、さらに上記とは別の箇所（判決理由の三）では、④「隊員としての信用」、⑤「自衛隊の威信」も、自衛隊法46条2号の“あてはめ”に際して根拠事実を認定する際に挙げられていることである。それらの法益が自衛官の意見表明の自由の基本的人権の制限の正当な目的を網羅するものであるかは、慎重な検討を要するし、また、そこで挙げられている法益自体が依然として抽象的な部分を残している、より立ち入った分析を要する。

日本の裁判所の課題が一次的には、具体的な法的争訟の存在を前提とした法的な紛争の解決であって、理論の精緻化・体系化それ自体が目的ではない点からしても、そのことは当然であって、理論の精緻化・体系化は、むしろ憲法学に課せられた課題である。全般的には、日本の憲法学は、基本的人権の保障に

ついて、そのような課題に精力的に取り組んできた。けれども、殊に自衛官の基本的人権の保障という個別領域に対しては十分な関心を向けてきたとはいえず¹、また、関心を向けた先行研究もないではない²が、その多くは実践的な関心に裏づけられた論評という色彩を帯びているので、その時々々の事件に対する直接的なインパクトは確かに大きい、理論的・体系的な視点からの、さらなる研究の発展の余地を残すものとなっている。

以上のような判例および学説の現状は、自衛官の意見表明の自由の基本的人権の保障と制限に関する法的議論においてある種の“不透明さ”を残し続けてきた。ここで比喩的に“不透明さ”というのは、次の意味においてである。すなわち、自衛官の意見表明の自由の基本的人権の保障と制限に関する、憲法的な論証および判断に際して準拠されるべき判断枠組み、および利益衡量における実質的観点が十分に解明されていないという意味においてである。そのことは、現在の自衛隊法が、自衛官の意見表明の可能性と限界について明確に規律する点において弱さを残している（とりわけ、「隊員たるにふさわしくない行為」を懲戒処分事由とした自衛隊法46条2号³）ことと相俟って、自衛官の意見表明の許容性と限界を分かりにくくし、そのことは、法令の恣意的な運用と萎縮効果の温床となる可能性も孕んでいる。前掲の最高裁が判示するように、「憲法21条の保障する表現の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならない」という出発点を、そこに内在する趣旨と共に真剣に受け止める程に、かかる問題点への取り組みは重要性を帯びることになる。

本稿は、かかる問題関心に基づいて、自衛官の意見表明の自由の基本的人権の保障と制限に関する合憲性判断に際して依拠されるべき形式および実質を体系化することを最終目標として見据えつつ、かかる目標に接近するために、ドイツ憲法の理論および実務を分析し、可能な限りにおいて参照する道を選択した⁴。本稿がドイツに着目するのは、次の三つの積極的な理由による。

第一に、同国では、ドイツ憲法学におけるいわゆる「三段階審査理論（Drei Schritt Theorie）」が高い理論水準と体系性をもって構築されてきたところ、

それが提示する、基本権の制限の合憲性に関する分析的な判断の形式—特に、過剰介入の禁止—は、我が国においても、その抽象的な姿において基本的には共有が可能であると考えられることである。第二に、同国の憲法典には、軍人が基本権主体であることを前提として、防衛勤務関係にある軍人の基本権の制限に関する規定が特に明文化されている（基本法17a条1項⁵⁾）ので、この特別規定の立法および解釈をめぐって、軍人に特に関わる基本権の保障と制限の法理について議論の蓄積があり、両国の異同に注意する必要があるが⁶⁾、参照することが可能な点が少なくないことである。最後に、同国において、軍人の意見表明の自由の基本権を主題とした裁判例の蓄積が—日本との比較では—比較的多いことである。その蓄積の中から、基本権制限の合憲性審査に際して問題となる実質的な観点を抽出し分析を加えることは、ドイツ憲法における軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限のあり方を認識するという意味での比較法研究に資するのみでなく、我が国にとって共有可能な実質的な観点を抽出するためにも有意義である。

(2) 先行研究との関係

軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限については、ドイツ憲法学には、個別憲法学の研究として、学術論文に加えて、基本法コンメンタールにおける関係条文の注釈、および関連判例の評釈があり、先行研究の一群をなしている⁷⁾。これらの先行研究には、包括性を有する博士請求論文⁸⁾があり、これに本稿が付け加えるものは必ずしも多くはないが、それら論文では、① 基本権総論と各論—意見表明の自由の基本権—の問題の記述が混在しているので、系統的な整理として難点が残ること、また、② 学説や判例法理の分析について難点が見られること、③ 公表年の後の裁判例および学説の展開がカバーされていないこと、また、当然ではあるが、④ ドイツの個別憲法学的研究であることから、日本の自衛官の意見表明の自由の基本的な人権保障のあり方との比較という視点がみられないことが後続の研究に課題を残している。①から③までの点に鑑みて、本稿では、上記の先行研究に対して一歩進めることを目的とし、ま

た、④の点に鑑みて、日本の自衛官の意見表明の自由の基本的人権の保障と制限のあり方との比較参照にとって有意義な形で、形式的な判断枠組みの系統的な整理分析を実施し、その成果を踏まえて実質的な観点を抽出することを目的とする。

なお、本稿筆者は、既に軍人の基本権総論の問題に属する法理について系統的に整理および分析をしてきた⁹ので、本稿では、かかる成果に立脚し、軍人の基本権総論との体系的連関を意識しながら、まずは、軍人の基本権の各論の問題への取り組みの出発点として、まずは意見表明の自由の基本権の領域の問題に取り組むこととしたい。また、本稿筆者は、別稿において軍人の意見表明の自由の基本権に関する連邦憲法裁の主要裁判例の検討にも取り組んできた¹⁰ので、事例研究との繋がりも視野に含めて問題に取り組むこととする。

(3) 本稿の構成

本稿では、次の構成に従って検討を進めることとする。まず**第1章**では、ドイツ基本法における軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限に関する基本的な法的枠組み、特に基本法17a条1項が最終的に1956年3月19日の基本法改正を通じて成立するまでの立法政策上の経緯を明らかにする。そのような作業は、立法の沿革を理解すること、とりわけ現在の基本法の解釈に際して有意である立法者意思を解明し、**第2章**における基本法解釈論の検討にとっての材料を提供することを目的とする。そのような成果を踏まえて、**第2章**では、軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限に関して、基本法制定以降に形成された、ドイツの学説および裁判例における解釈論上の諸見解を系統的に整理し分析を加えてゆく。それにより、学説および裁判例における形式的な判断構造が明らかにされるであろう。さらに、**第3章**では、そのような整理の上に立って、連邦憲法裁の裁判例において比例原則が実質的な利益衡量を反映していかに具体化され適用されたかを分析してゆく。その作業は、衡量結果に相違をもたらさうる、日本の合憲性審査に対しても一つの実質的観点を示さうる。最後に、**むすびに代えて**では、**第3章**までの検討の成果を踏まえ、日本法の分

析と評価にとっての示唆と方向性を示す。

1. ドイツ基本法における軍人の意見表明の自由の基本権に関する憲法政策

本章では、軍人の意見表明の自由の基本権について特に規律している基本法 17 a 条 1 項が成立するまでの（形式的意味における）憲法の法政策上の経緯を明らかにする。そのことは、立法の沿革の理解、特に、立法時の意図に依拠した歴史的解釈にとって有意義である。

(1) 基本法の制定から 1956 年の基本法改正前まで

① 基本法の制定

1949 年の制定時には、基本法は、侵略戦争禁止規定（基本法 26 条 1 項）、戦争遂行武器の製造、運搬および取引の規制の規定（26 条 2 項）、平和維持のための相互集団的安全保障制度への加入の規定（24 条 2 項）、並びに、良心的兵役拒否規定（4 条 3 項）の他は、防衛事項につき、ほぼ規定をもたなかった。かかる基本法の下で、軍隊を設置しうるか、設置しうる場合には、軍隊構成員の基本権上の地位をいかに考えるかは議論になりえた。けれども、議論が顕在化するのには、軍隊の設置による西側諸国への防衛上の貢献が現実的な課題となってからであった。

② 連邦軍の創設準備段階

1950 年の朝鮮戦争は、ドイツ連邦共和国において連邦軍の創設の契機となり、政府部内で創設準備が進められることになった。その際、軍人の法的・理念的的位置づけも検討課題となったが、そのような課題について主導的な役割をはたしたのが、ヴォルフ・グラーフ・フォン・バウディッシン（Wolf Graf von Baudissin）であった。彼は、ヒンメロート覚書（Himmeroder Denkschrift）の作成に関与し、また、1951 年から連邦防衛省の前身であ

るいわゆる「ブランク機関 (Amt Blank)」において、創設されるべき軍隊の軍隊の道徳的、精神的および法的な全体構造の問題に取り組むことになり、そして、「公民」としての軍人を理想とする、「制服を着た公民」の理念を練り上げた¹¹。その理念において、軍人は、尊厳と人権を享有し、自由で民主的な精神にコミットメントした公民として観念されており、軍人の意見表明の自由には、その理念にとってごく重要な意味を有するものとして、基本的に積極的な評価が与えられていた¹²。

むろん、バウディッシンは、軍人の意見表明の自由の重要性を強調する余り、公僕としての中立性の保持の必要性を決して看過していたわけではなく、次のような留保を慎重にも付していた。いわく、「特別の任務が明確に要求するところでのみ諸制限が許されるべきである。我々は、したがって、政治活動の限界に突き当たる。その限界は、他のすべての公僕と同様に、軍人が政治活動の疑いを向けられるところ、軍人が全体の奉仕者としてのその信頼性を失う危険を生み出すところにある。」¹³、と。こうした限界は、例えば、① 内心と外形的行動の区別、② 勤務の内外の区別、さらには、③ 制服着用の有無という区別に従って示されてきた¹⁴。そのような観点が、その後に成立した軍人法の規律や裁判所の判例にもみられることは、**第3章**で具体的にみる通りである。

③ 1954年3月26日の基本法改正

その後、1954年に基本法の改正がなされた際には、「18歳以上の男子に対する防衛義務および文民たる住民の保護を含む防衛」に関する連邦の専属的立法権限（基本法73条1号）が明文化されることで、防衛高権が確認（または創設）され、防衛高権論争に対して一応の決着がつけられた¹⁵。そのことは、軍隊構成員の基本権上の地位をいかに考えるかがより現実的な課題となることを意味した。もっとも、当時の改正草案にも軍人の基本権の制限に関する規定があったが、その規定の審議は先送りにされた¹⁶。

④ 1955年6月27日のブランク大臣説明

そのような一連の流れのなか、1955年6月27日の連邦議会において、ブランク初代防衛大臣は、既にみた政府部内における準備作業の成果を踏まえ、

創設される軍隊の基本構想を明らかにするなかで、軍人の基本権的地位について、次のように説明した。「軍隊は、法治国家性の諸原則を尊重し、公民の基本権および基本義務を真剣に受け入れ、人間の尊厳を承認しなくてはならない。…連邦政府は、ずっと以前から、あらたな軍隊の内部構造の形成にその特別の注意を向けてきた。その際、連邦政府は、軍事領域における公民の自由を、軍人の任務がぜひとも要求する以上には狭くしないことを基本方針としてきた」¹⁷。かかる説明が軍人の意見表明の自由の基本権にも妥当することは、いうまでもない。

(2) 1956年3月19日の基本法改正

以上の基本構想は、連邦議会の側からの基本法改正の動きを通じて、まずは、1956年の基本法改正によって憲法典に表明されることになった。その中心的な規定が基本法17a条1項であり、同規定は、軍人の基本権の原則的な保障を前提とした上で、その特別の制限の可能性と限界を特に明文化するものであった（また、この基本法改正と同日に軍人法が制定された）。次に、基本法17a条1項の審議経緯および立法趣旨を、特に本稿で主題とされている、軍人の意見表明の自由の基本権の問題に絞って、より立ち入って検討することしよう。

① 軍人の意見表明の自由の基本権の保障

1956年の基本法改正に際して、軍人の意見表明の自由の基本権の享有は、どのように考えられたのであろうか。軍人も一般市民と同様に基本権の主体であること、そのことが軍隊における勤務関係にあっても変わらないことは自明であったので、（連邦議会の防衛委員会および法制度憲法委員会の）「両委員会」は、次の一致した意見であった。すなわち、ドイツの軍人は、軍事団体の性質が許す限り、依然として市民的権利を保持したままである。」¹⁸と、直接かつ明確に述べられた。また、1956年の基本法改正では、「行政(Verwaltung)」—それが軍隊を含むことに疑いがあった—の基本権拘束性の条文（旧基本法1条3項）が、「執行権(vollziehende Gewalt)」の基本権拘束性の条文（新1

条3項)へと意図的に置き換えられたことによって、軍隊の基本権拘束性について疑義が解消された¹⁹。

以上からして、軍人が防衛勤務関係においても基本権—本稿の文脈では、意見表明の自由の基本権(基本法5条1項1文前段)—の主体であるという基本的な考え方は、1956年の基本法改正に際して、疑いの余地がなかった。

② 軍人の意見表明の自由の基本権の制限

むしろ、1956年の基本法改正に際して、連邦議会の主管委員会(防衛委員会および法制度憲法委員会)における検討の主要問題となったのは、軍人の意見表明の自由の基本権の制限についていかなる考え方に立ち、それをいかに法技術的に条文に表すかであった。連邦議会の法制度憲法委員会における審議において、軍人は、法律の前の平等(基本法3条)、宗教活動の自由(4条)、団結の自由(9条)、および能動的な選挙権は保持したままであるべきであるのに対して、意見表明の自由を含むその他の基本権については、防衛勤務の必要から多少なりとも特に制限されざるを得ず²⁰、かかる制限の規定をあらたに挿入される17a条に設ける必要があると考えられたのであった²¹。

基本法5条1項で保障される基本権についていえば、「一般にアクセスする情報源から妨げられず情報を収集する権利」(基本法5条1項1文後段)については、同条に基づく制限からは意識的に除外されたのに対して、意見表明の自由の基本権(5条1項1文前段)の制限は、同条の明文で予定されることとなった²²。このように軍人の基本権の制限につき情報収集権と意見表明権の間で取り扱いに文言上明確に区別を設ける立法手法も、軍人の基本権をできる限り保障しようとする関心に由来するものであった。

以上のような結論を導くに際して、意見表明の自由の基本権(5条1項1文前段)の制限を基本法17a条1項のなかに特に明文化する立法技術上の必要の有無が問題となった。かかる制限は、基本法改正法と同時に制定される軍人法によることが予定されていたところ、その制限が基本法5条2項—意見表明の自由の基本権は、「一般法律(*allgemeines Gesetz*)の定め」に制限を有するとされる—にいう「一般法律」による制限として位置づけられうるならば、

さらに基本法 1 7 a 条 1 項において制限を明文化することの意味は、疑わしいものとなるからである。

この問題について、法制度憲法委員会報告書によれば、委員の多数は、基本法 7 3 条 1 号に予定された「防衛関係の本質」—旧来型の特別権力関係論—に基づく、軍人の基本権一般に関わる制約理論を示したことに加え、特に軍人の意見表明の自由の制限に関して、次の考え方を示していた。

「第 5 条にあつては、さらに、多数派は、ヴァイマル憲法に関する判例および 1 9 5 3 年 1 2 月 1 8 日の連邦行政裁判所のあらたな判決 (Akt.Z. 2 C 21/53) に従つて、軍人法も、基本法 5 条 2 項にいう『一般法律 (allgemeines Gesetz)』とみなされなくてはならない、したがつて、自由な意見表明の権利は、既にそのような法律にその制限を見出す、という見解を表明した。」²³

これに対して、委員の少数は、多数派の「一般法律」の理解は適切ではなく、官吏の意見表明の自由の基本権の制限が基本法 5 条 2 項ではなく、基本法 3 3 条 5 項（「公務に関する法は、職業官吏制度の伝統的な諸原則を考慮して、これを規律するものとする。」）にのみ基礎づけられているのと同様に、軍人の意見表明の自由の基本権の制限は、基本法 5 条 2 項ではまかない切れないと考えた²⁴。結論的には、委員会全体としては、制限を明文化することが「目的適合的 (zweckmäßig)」であるとみて、基本法 1 7 a 条 1 項の制限規定の中に、軍人の意見表明の自由の基本権（基本法 5 条 1 項 1 文前段）の制限の可能性を明文化することになった。かかる制定経緯において、5 条 2 項と 1 7 a 条 1 項の関係は検討されたが、法体系的に解明されたわけではなく²⁵、その体系的な理解は、その後の判例および学説の展開に委ねられたのであった。

2. ドイツ基本法における軍人の意見表明の自由の基本権に関する憲法解釈

前章では、軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限について、基本法 17a 条 1 項が基本法上明文化されるまでの立法政策上の経緯と立法趣旨を検討してきた。本章では、そのような条項を手掛かりとして、その後、いかなる論点についていかなる解釈が形成されてきたかを系統的に整理分析してゆく。その際、三段階審査理論との関係では、**(1)**で保護範囲の問題、**(2)**で憲法上の正当化の問題について軍人の意見表明の自由の基本権に特有の問題を整理する。介入の確定の問題は、軍人の意見表明の自由の基本権に特有の議論がほとんどみられないので、本稿は、第一および第三の段階の問題についてのみ整理するに止めた。

(1) 軍人の意見表明の自由の基本権の保護範囲

ドイツ基本法において意見表明の自由の基本権の保障と制限を一般に一すなわち、「何人」に対しても一定めているのは、基本法 5 条 1 項および 2 項である。軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限を考える際にも、かかる同条項から導かれる一般的な規則が関連するので、その一般法理を検討しておかなければなるまい。同条項は、次のような文言である。

「何人も、言葉、文書および図画で、その意見を自由に表明しおよび流通させ、一般にアクセスしうる情報源から妨げられず情報を収集する権利を有する。プレス（注）の自由、並びに、ラジオおよび映画による報道の自由は、保障される。検閲は、なされない。」（基本法 5 条 1 項）

「これら諸権利は、一般法律の定め、青少年保護のための法律の諸規定、および、個人的名誉の保護の法において制限を有する」（同 2 項）

軍人が防衛勤務関係にあっても基本権—本稿の主題との関係では、特に意見

表明の自由の基本権一の主体であることは異論がなく²⁶、「軍人は、他の全ての市民と同様の公民的権利を有する。その権利は、軍事勤務の必要性の範囲内において、法律で根拠づけられた義務によって制限される」（軍人法6条）という規定にも、かかる理解があらわれている。1956年の基本法改正の立法経緯において、そのことは直接に説かれていたし、当時において基本法1条3項の改正が軍隊の基本権拘束性について疑義を解消する趣旨であったことも、沿革上の根拠である（この点は、**1 (2) ②**でみた）。これに加え、基本法17a条1項が防衛勤務関係における軍人の基本権の享有を前提としていると解されることが挙げられる²⁷。さらに、受刑者決定で特別権力関係における基本権主体性が連邦憲法裁によって確認されたこと²⁸も根拠とされている²⁹。

では、意見表明の自由の基本権は、いかなる範囲に及ぶか。一般に、意見表明の自由の基本権が保障する保護範囲は、価値判断に及ぶ³⁰。これに対し、事実の主張については、価値判断と分離が可能か否かとの関係で難しい問題があるが、連邦憲法裁は、意見表明は、「態度、立場の要素によって特徴づけ」られるところ、その要素が「事実の伝達や事実の主張の要素と結びつき、混在している」場合にも、保護されるという³¹。そして、そのような結びつきと混在は、特に、事実の主張が「意見形成の前提」であることにより生じると判示した³²。

また、この場合、「言葉、文書および図画」の他に、新聞雑誌、ラジオおよび映画など意見表明の方法は問わないし、また、場所、時間の選択を含めて、意見の流布のあらゆる形態が保護される³³。意見を表明しない自由（消極的意見表明の自由）も、意見表明の自由の基本権の保護範囲に含まれる³⁴。

以上の保護範囲論は、軍人についても妥当する。保護範囲に関して軍人に特有の問題を提起するのが、職務上の意見表明と制服着用による軍人の意見表明についてである。前者は、基本法5条1項の保護範囲に入らない³⁵。後者について、連邦憲法裁は、制服着用事件決定³⁶において、「基本法5条1項、8条1項、並びに9条1項および3項に基づく基本権には、軍人にとっての制服着用禁止は、もとより触れない。自由な意見表明の権利も、集会自由、結社自由

および特に団結による活動の権利も、これら権利をまさに制服を着て行使する権限を含むものではない」と判示した³⁷。かかる判示は、制服着用による軍人の意見表明を基本法5条1項の保護範囲から除外する含意をもつと考えられる。

(2) 軍人の意見表明の自由の基本権の制限の正当化

① 法律の留保

軍人の基本権保障総論の問題として別稿で詳説したように、基本法17a条1項は、「制限条項限定列举主義」の考えによっている³⁸。その考え方によれば、軍人としての法的地位に伴う、特有の基本権制限は、同条項において特に制限されることが予定されている基本権についてのみ可能であることになる。

かかる立場から、軍人の意見表明の自由の基本権との関連では、次のような帰結が導かれる。すなわち、基本法17a条1項では、「言葉、文書および図画で、その意見を自由に表明し、および流通させる基本権（5条1項1文前段）」の制限の可能性が挙げられているところ、そこでは、基本法5条1項で保障されている基本権（「コミュニケーション基本権」）のうち、意見表明の自由の基本権の制限の可能性のみしか挙げられていない。したがって、その他の基本権、すなわち、情報自由—「一般にアクセスしうる情報源から妨げられず情報を収集する権利」（基本法5条1項1文後段）—に関しては、基本法17a条1項に基づく制限が許されないことになる。この場合、基本法5条2項による「一般法律」に基づく制限の可能性がありうる³⁹に過ぎず、例えば、刑法違反などの一般的な理由で新聞等の刊行が禁止される場合が挙げられる⁴⁰。

以上より、基本法17a条1項による、軍人のコミュニケーション基本権の制限については、意見表明の自由の基本権の制限に焦点が絞られるので、以下、その制限について順に検討を加えてゆくことにしよう。

a. 「一般法律」による制限（基本法5条2項）との関係

軍人の意見表明の自由の基本権の制限に関する基本法上の根拠規定として、基本法17a条1項が該当することは、これまで述べてきた通りであるが、この場合、基本法5条2項が予定する「一般法律」による制限との関係が解釈上

問題とされてきた。この問題について、基本法17a条1項と5条2項は、規律対象が異なるので無関係であるという見解も理論的にはありうる⁴¹が、裁判例および学説における議論の焦点は、軍人の意見表明の自由の基本権の制限に関して二つの条項の規律対象が重なることを肯定した上で、その両者にいかなる関係を見出すかにあった。この点に関して、学説には次の三説がある⁴²。

確認規定説 まず、基本法17a条1項を、5条2項の確認規定と位置づける見解があり（本稿では、「確認規定説」と呼ぶ）、その代表的な論者は、ヴォルフガング・マルテンス（Wolfgang Martens）⁴³とアルノルト・ケットゲン（Arnold Köttgen）⁴⁴である。

確認規定説によれば、軍人法は基本法5条2項にいう「一般法律」であるという理解（一般法律説）から出発し、同法による軍人の意見表明の自由の基本権の制限は、「一般法律」による制限として基本法5条2項によって根拠づけられるので、基本法17a条1項において特段の制限根拠を明文化しなくても軍人法による軍人の意見表明の自由の基本権の制限は可能であり、基本法17a条1項は確認規定に過ぎないことになる⁴⁵。確認規定説は、そのような確認規定が特に設けられた趣旨について、次のように説明する。すなわち、1956年の基本法改正時における委員会審議において少数の委員が、軍人法が基本法5条2項にいう「一般法律」であるという理解が不適切であるとの立場（軍人法非一般法律説）に立っていた—そのような立場からは、軍人法による軍人の意見表明の自由の基本権の制限は、基本法5条2項によっては根拠づけられない—ことに鑑みて、軍人法による意見表明の自由の基本権の制限に明確な憲法上の根拠を与えようとしたからである⁴⁶、と。このような説明は、既に1(2)②でみたように、1956年の基本法改正時における与党の立場に整合する⁴⁷。

以上のような確認規定説は、確かに、軍人法が基本法5条2項にいう「一般法律」であるということは論証している。けれども、基本法17a条1項が基本法5条2項以上の制限を許容するものである理論的可能性もあるにもかかわらず、両条項の関係が確認規定の関係にあることの論証を欠いている

点⁴⁸、また、確認規定というのであれば、基本法17a条1項において意見表明の自由の基本権の制限を特に定めた法的意味がなくなる点⁴⁹で難点を抱える。かかる難点があるためか、同説は、1956年の基本法改正に時期的に近い1950年代から60年代に表明されてきたが、近時は支持者がみられないとさえいわれることもある⁵⁰。

補完的特則説 さらに、基本法17a条1項の規範内容は、5条2項の規範内容と併存し、これを補完するものとみる見解があり（本稿では、「補完的特則説」と呼ぶ）⁵¹、代表的な論者として、ペーター・レルヒエ（Peter Lerche）が挙げられる⁵²。

この見解によれば、基本法17a条1項は、5条2項によって許された以上の、意見表明の自由の基本権の制限を許容するものと位置づけられる。この場合、5条2項の「一般法律」としてカバーできない制限は、17a条1項に基づく制限となることになる⁵³。したがって、両規定の適用関係は、「一般法律」の概念のメルクマールをどのように解するかによって違いを生ずることになる。通説的な「一般法律」の理解に立てば、補完的特則説は、次のような説明になることになる。すなわち、特定の意見に向けられたものではない法律による制限は、基本法5条2項にいう「一般法律」による制約となるのに対して、特定の意見に向けられた法律による制限については、基本法17a条1項による制約とみることになる⁵⁴。

なお、補完的特則説の代表的な論者であるレルヒエは、「一般法律」の意味について通説とは異なる理解に立っており（レルヒエ流の「一般法律」の概念の理解については、bで改めて検討する）、制限が特定の意見に向けられているか否かが切り分けの基準とは考えていない。その点にも、補完的特則説への支持が少ない理由があるといえるかもしれない。

排除的特則説 次に、軍人の意見表明につき、基本法17a条1項の規範内容が5条2項の規範内容を排除するとみる見解があり（本稿では、「排除的特則説」と呼ぶ）⁵⁵、現在では学説において通説的地位を占めているといえる。その代表的な論者は、ギュンター・デューリッヒ（Günter Dürig）である⁵⁶。

デューリッヒは、防衛勤務関係について、本来的に存在していた、特別権力関係に由来する基本権の内在的制約が、基本法17a条1項の制定によって「転移」（または「転換」）し、法律の留保が創設されたものと解し、その本旨は、法律の留保によって軍人の基本権の制限のあり方を形式化し、もってその基本権の保障を強化することにあったと解していた⁵⁷。デューリッヒは、かかる趣旨に鑑みて軍人の基本権の保障を強化すべく基本法17a条1項の規範によって5条2項の規範が排除されると解したのであった⁵⁸。このような説明において既に基本法17a条1項が5条2項の適用を排除することの理論的な根拠が示されているが、さらに、次のような体系的・歴史的な根拠が挙げられることもある。すなわち、基本法17a条1項が関連する人的範囲および立法技術に鑑みると特別規定であり、解釈の一般規則からすれば、それが排除的な機能を有すると解するのが通常である⁵⁹、また、制定史の傾向は、防衛勤務関係における、軍人の意見表明の自由の基本権の制限を「一般法律」の解釈の多義性に依拠させない点にあった⁶⁰、という根拠である。

以上のような排除的特則説は、軍人の意見表明の自由の基本権の一既存の軍人法における、および、今後になされう—防衛勤務関係における制限を専ら基本法17a条1項に基づく制限と捉える⁶¹。そのことの帰結は、その制限に際して、挙示義務（基本法19条1項2文）を立法者が履践しなくてはならないこと（詳しくは、②bを参照）、さらに、基本法17a条1項に基づく、軍人の意見表明の自由の基本権の制約は、5条2項のように「一般法律」という形式を要求するわけではないので、「一般法律」ではない法律によっても制限が可能となること⁶²である。例えば、フリードリッヒ・ショッホ（Friedrich Schoch）によれば、内政上の危機状況に際し、軍人の意見表明の自由の基本権への目的志向的な介入によって軍隊の政治的中立性を保持することが可能となるとされる⁶³。

以上のような排除的特則説は、基本法17a条1項が5条2項に対して特に有する法解釈上の意義をよりよく説明しうる点で確認規定説よりも優れており、また、両条項が排除関係にあることの根拠が多角的な観点からも示されている

点で、補完的特則説との関係でも優れている。もっとも、基本法 17a 条 1 項が軍人の基本権の制限の形式化によってその基本権の保障の強化を図ったというデューリッヒ説の趣旨理解からすれば、基本法 17a 条 1 項が「一般法律」ではない法律一通説によれば、特定意見の制限に向けられた法律一による制限を許すというのでは首尾一貫性を欠く、という批判がないではない⁶⁴。

裁判例 以上の諸学説の対立があるなかで、裁判例はいかなる考え方に立っているであろうか。連邦憲法裁は、1970年の挙示義務事件決定⁶⁵において、「ここでは、基本法 17a 条 1 項が 5 条 2 項以上に基本法 5 条 1 項に由来する基本権へのかかる介入を実質的に授權するか否かは解決しないでおくことができる。」⁶⁶と結論づけて判断を保留していたが、その後の決定においても、補完的特則説と親和的な論理は示しているが、軍人法との関係における挙示義務の適用の問題の検討に焦点を絞ることにより、明確な判断をしていない⁶⁷。

b. 軍人法の「一般法律」該当性

軍人法 軍人の意見表明の自由の基本権の制限根拠となっている法律は、1956年の基本法改正と同日に制定された軍人法⁶⁸であり、同法で予定された、主要な軍人の義務は、【表】で示した通りである。そして、軍人法が基本法 17a 条 1 項と 5 条 2 項のいずれかの制限根拠規定⁶⁹に基づくことは疑いがながい、いずれの制限根拠規定に基づくかは、aで整理した学説対立がある中で、軍人法が基本法 5 条 2 項にいう「一般法律」であるか否かによる。この点について、ここで検討することとしたい⁷⁰。

「一般法律」 結論的には、軍人法を「一般法律」とみる説（軍人法一般法律説）と、軍人法を「一般法律」ではないとみる説（軍人法非一般法律説）に分かれているが、結論を分かち重要な要因である、「一般法律」の概念のメルクマールについて学説の相違があるので、まずはこの点について触れておかななくてはならない。

通説的理解は、連邦憲法裁によって示されたものであり、リュート判決において、「一般法律」とは、「特定の意見を考慮することなく、保護されるべき法益の保護に直接に役立ち、意見表明の自由の活動に優越するような、共同体の

価値の保護に役立つ」法律であると判示された⁷¹。かかる定式には、「一般法律」の意見中立性の要請—ある法律は、特定の意見内容を改めさせたり、特定の意見内容を変更させたりしてはならないこと（「転向奨励の禁止」）、および、意見内容の無価値性ないしは有害性を介入の構成要件の前提としてはならないこと（「意見の差別の禁止」）—が含まれ⁷²、優越的利益の要請と並び、「一般法律」の概念のメルクマールとなっている。

以上のような通説的理解は、軍人法の各規定の「一般法律」該当性について判示した連邦憲法裁の裁判例においても踏襲されてきた。すなわち、軍人法の各規定の保護法益を同定した上で、その規定が「特定の意見をその内容のゆえに禁止する」ものではない点に、「一般法律」である理由を見出してきた⁷³のであった。軍人法の一般法律該当性について論じている文献にも、そのような理解に依拠する記述がしばしばみられる⁷⁴。

これに対しては、レルヒェがその補完的特則説を展開するに際して通説とは異なる理解に立脚していたことを、補足的に紹介しておきたい。レルヒェは、「一般法律」が、① 他の保護法益を追求するなかで反射的に意見表明の自由の基本権に触れるものであること（形式的要素）、② その保護法益は憲法で認められたものであること（規範的要素）、③ 介入に相当する反射であってはならないこと（質的要素）という、三つのメルクマールを備えているとみた⁷⁵。レルヒェ独自の理解には、多くの異議が唱えられている⁷⁶。

「**一般法律**」**該当性** では、軍人法が「一般法律」に該当するであろうか。1956年の基本法改正時における連邦議会法制度憲法委員会審議において、多数意見は、軍人法一般法律説に立脚していたのに対して、少数意見がそのような理解に立っていなかったことは、**1 (2) ②**で既に検討した。かかる対立の解決のあり方は、ここでは妥協ではなく、多数意見の立場に従って軍人法が制定され、それゆえに、制限されるべき基本権—ここでは、基本法5条1項—が挙示義務（基本法19条1項2文）に従って軍人法に挙示されることがなかった⁷⁷。その後の連邦憲法裁の裁判例は、既に述べたが、軍人法の各規定（§ 10第4項、6項、§ 17第1項、2項、§ 12および§ 15第2項）の意義を、

上官の権威、僚友関係および勤務の共同性、ひいては、連邦軍の防衛任務の遂行および機能可能性を保障する点に看取した上で、その趣旨は「特定の意見をその内容のゆえに禁止することではない」と結論づけてきた⁷⁸。

② 「制限に対する制限」

立法者による基本権の制限に対する制限については、軍人の基本権総論の問題として別稿でごく簡略的にではあるが紹介した。ここでは、総論に関する別稿における整理と分析を受けて、軍人の意見表明の自由の基本権の制限に際して特有の問題を提起しうるものについてのみ検討する。

a. 広義の比例原則

基本法17a条1項に基づいて軍人の基本権が制限される場合にも、基本権の制限に関する一般的な枠組みである比例原則（過剰介入の禁止）が妥当すると解される⁷⁹点について学説および裁判例に一致がみられる。かかる理解は、軍人に特有の基本権制限規範としての基本法17a条1項は、軍人の基本権の制限を容易にする機能を有するが、「基本権介入についての一般的な要請」から法律制定者を解放するわけではない⁸⁰ことを意味する。

かかる要請の中心をなすのが広義の比例原則であり、それによれば、基本権の制限は、目的・手段図式の下で、① 正当な目的にとって、② 適合性（目的達成にとって手段が適合する（役に立つ）こと）、③ 必要性（目的達成にとってより緩やかな手段がないこと）および④（狭義の）比例性（目的と手段が均衡を保った適切な関係にあること）を充足する手段でなければならない⁸¹。ここでは、かかる要請を、基本法17a条1項に基づく軍人の意見表明の自由の基本権の制限に即して特定しておくこととする。

①は、同条の目的である「連邦軍の機能可能性」の保全という最終目的によって具体的に特定される⁸²。もっとも、次章で軍人法との関連で裁判例を検討することから判明するように、その最終目的に資する中間的諸目的の方が、軍人の基本権制限の目的の審査にとって直接的な意味を担うことである。そのような最終目的・中間的諸目的との関係で、②から④までの手段の比例性が審査されることになる。

b. その他の諸要請

その他の諸要請については、軍人の意見表明の自由の基本権との関係では、挙示義務の問題と軍人法の刑罰構成要件の明確性の議論があるので、それらについて順に検討することにしてしよう。

挙示義務（基本法 19 条 1 項 2 文） 軍人の意見表明の自由の基本権を制限する法律について、挙示義務（基本法 19 条 1 項 2 文⁸³）が妥当するかについては、議論がある。一方で、通説および裁判例が、挙示義務の射程は限定的に解した上で⁸⁴意見表明の自由の基本権を制約する「一般法律」（基本法 5 条 2 項）には挙示義務は妥当しないと結論づけてきた⁸⁵のに対して、基本法 17 a 条 1 項による制約については、学説の側に挙示義務が妥当すると解する傾向がある⁸⁶ので、軍人法による制約がいずれにあたるのが論点となる。

排除的特則説によれば、軍人の意見表明の自由の基本権の防衛勤務関係における制限は、専ら基本法 17 a 条 1 項に基づく制約でしかありえないことになる。よって、同説によれば、既存の軍人法による制約は基本法 17 a 条 1 項による制約と位置づけられ、軍人法にも挙示義務が妥当するという結論になる。これに反して、軍人法は制限される基本権として意見表明の自由の基本権（基本法 5 条 1 項）を挙げていないので問題であるとされる⁸⁷。

これに対し、補完的特則説によれば、軍人法を「一般法律」として位置づける⁸⁸ので、同法は、挙示義務の適用を受けないことになるであろう。

以上の学説対立がありうるどころ、連邦憲法裁の裁判例における考え方は、微妙である。既に検討したように、連邦憲法裁は、基本法 5 条 2 項と 17 a 条 1 項の関係について明確な判断していない現状にあるが、軍人法のいくつかの規定—軍人法 § 10 第 6 項、§ 17 第 1 項—につき、「その内容のゆえに特定の意見を禁止するのではな」く、「憲法適合的秩序を具体化するに過ぎない」ので、挙示義務が妥当しないとしている⁸⁹。この場合、連邦憲法裁は、軍人法の諸規定が「一般法律」による制限（基本法 5 条 2 項）とも捉えられる場合には、形式的には基本法 17 a 条 1 項に基づく制限であっても、19 条 1 項 2 文の挙示義務の適用を否定するという考え方に立っていたといえ⁹⁰、そのことは、

その後の裁判例がより明確に説示したところと合致する⁹¹。

以上のような学説および裁判例における理論構成の相違が示しているのは、基本法5条2項と17a条1項の関係についての考え方の相違が軍人の意見表明の自由の基本権を制限する法律—軍人法—に挙示義務が妥当するか否かの結論に影響を及ぼすことである。ドイツ基本法解釈論においては、その点において議論の実益がある問題であった。

刑罰構成要件の明確性（103条2項参照） ドイツ基本法は、「ある行為は、それが着手される前に可罰性が法律で規定されている場合にのみ、処罰される。」（103条2項）と定めており、これとの関係で軍人法における刑罰規定も明確性を有することが求められ、軍人の意見表明の自由の基本権との関係で問題されてきた。

連邦憲法裁は、いくつかの決定において、軍人法の各規定が刑罰構成要件の明確性に違反しないことを結論づけてきた⁹²。制服着用決定も同様であるが、そこには比較的詳細な説明がみられることに注目したい。そこにおいて、連邦憲法裁は、「政治的行事」という不確定概念を含む軍人法§15第3項につき、通常解釈方法—とりわけ体系的・歴史的解釈—によって軍人がその基本義務（軍人法§6）に照らして規範内容を認識しうることを、また、それに加え、その規定の射程について連邦防衛大臣の訓令が追加的に教示し、さらに長年の行政実務が形成されていることを挙げて、その明確性を肯定したのであった⁹³。この場合、法律解釈の他、訓令における追加的な規律、行政実行の形成が斟酌されていることが注目される。

3. 連邦憲法裁の主要裁判例における実質的観点

前章では、軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限に関する判断枠組みを整理分析した。本章では、連邦憲法裁判所の主要裁判例を取り上げることに

よって、かかる判断基準が、具体的な事案の下でいかに適用されたかを明らかにしてゆく。その際、事案の詳しい紹介、また、判例法理の分析と位置づけについては、別稿で準備作業として既に検討した⁹⁴ので、その成果に立って、本章では、前章で実施した解釈学説の系統的な整理と分析との関連を明らかにしながら、連邦憲法裁の主要裁判例が示した判断の到達点を、広義の比例原則の具体化と適用に関連するものに限って示してゆくことにしたい（他の論点に関する、連邦憲法裁の判断については、前章で学説の整理と併せて既に紹介済みである）。

（1）目的の正当性

軍人の意見表明の自由の基本権と対抗し、その制限を憲法上正当化しうる利益としていかなる利益がありうるかが、特に軍隊における勤務という特有の領域について問題となり、軍人の意見表明の自由の基本権の制限目的に関する論点である。これにつき、まず、「自由で民主的な基本秩序」の擁護が挙げられ、軍人法 § 8 が保護する利益として、事案によっては意見表明の自由の基本権と対抗関係におかれることがある⁹⁵。かかる利益は、対抗価値との衡量における法学的価値判断の局面において、「たたかう民主制」の問題（**(2)⑤**で検討する）となる。

また、連邦憲法裁の表現によれば、「連邦軍の機能可能性 (Funktionsfähigkeit der Bundeswehr)」⁹⁶または「軍隊の実効性 (Wirksamkeit der Streitkräfte)」⁹⁷の確保と意見表明の自由の基本権間の衡量、また、軍人の態度に近づけていえば、「軍事的規律」と意見表明の自由の間の相互の衡量⁹⁸という対立図式が提示されており、この場合に、軍人の意見表明の自由の基本権の正当な制限目的とされているのは、上記で挙げられた表現によれば、「連邦軍の機能可能性」、また、「軍事的規律」ということになる。

「連邦軍の機能可能性」については、連邦憲法裁の主要裁判例では、軍人法の趣旨の解釈を通じて、より具体的な諸目的が導き出され、正当なものとみなされてきた。それら諸目的は、「連邦軍の機能可能性」の確保という最終目的

との関係で中間目的に位置し、広義の比例原則の具体化と適用に必要な内容上の「準拠点(Anknüpfungspunkt)」を提供する⁹⁹。それゆえに、かかる諸目的を網羅的に同定することがまずは不可欠である。そのような諸目的として、軍人法の解釈として導かれうるものとして、規律(§ 17第1項)、上官としての權威(§ 10第6項、§ 17第1項)、命令服従関係(§ 11)、勤務の共同性の基礎としての僚友関係(§ 12、§ 15第1項・2項)、連邦軍の評価(§ 17第2項)、軍人として勤務上求められる尊敬と信頼(§ 17第2項)、職務上の機密の保持(§ 14)などを挙げることができる。これらのうち、連邦憲法裁の主要裁判例では、次のようなものがあらわれているので、より詳しくみてゆこう。

① 政治的中立性

まず、「連邦軍の機能可能性」の確保という目的に資するものと整理されうるものとして、政治的中立性の確保がある。既にみたように、ドイツ基本法の下で、軍人はその勤務関係においても政治的意見表明の自由の基本権を有しそれを行行使することができる。そのことは、ショッホの表現を借りれば、「憲法は、政治に関与する軍人を受忍するのみではなく、むしろ、かかる軍人は、まさに『制服を着た市民(Bürger in Uniform)』の指導理念に合致する」¹⁰⁰ということになる。けれども、他面において、基本法17a条1項は、軍隊の政治的中立性を確保し、もって議会民主政における軍隊の地位を踏み外して不当な影響を及ぼすことを避けるために、軍人の意見表明の自由の基本権を制限することを許容しており¹⁰¹、そのことにより、軍隊を政治的論争から排除する可能性を与えている¹⁰²。連邦憲法裁が、制服着用決定において、軍人法§ 15第3項の目的が「軍人が、原則的に許された、勤務外の政治活動に際して、連邦軍を政治的論争に巻き込まないことを達成する」ことにあることを明らかにした¹⁰³ことも、政治的中立性の確保という目的に関わる。もっとも、このような政治的中立性の確保という目的は、連邦軍のよい評価を批判から保護することを含むものではない¹⁰⁴。

② 上官の權威

次に挙げられるのが、上官の權威の保護という目的である。連邦憲法裁は、上官投書批判事件決定¹⁰⁵において、上官尊重義務を定めている軍人法 17 条 1 項は、「軍隊の本質から生ずる、規律の原則を具体化する」規定の一つである、と位置づけた上で、「軍事指揮と權威は不可分である」ので、「軍人は、個人的な共感または反感を顧慮することなく、その上官の勤務上の權威を承認し、そのことに従って行動を調整しなくてはなら」ず、そのような義務を定めた同規定は、「軍事的領域において上官の權威を保護するために必要である。」と結論づけた¹⁰⁶。

上官の權威の保護という目的は、連邦憲法裁の挙示義務事件決定において、意見表明に際しての上官の抑制義務を定める軍人法 § 10 第 6 項にも見出された。すなわち、同規定は、「軍隊の本質から生ずる、規律の原則を具体化する」規定の一つと位置づけられ、「思慮深さ、率直さおよび事実に基づいた判断」と寛容性によって部下の模範となり、指揮に必要となる、部下の信頼を得るべく、上官を義務づけるものと解され、この場合も、「軍事的領域において上官の權威を保護するために必要である。」と結論づけられた¹⁰⁷のであった。かかる法益もまた、軍人の意見表明の自由の基本権を制限しうる正当な目的として認定された。

以上からは、上官の權威の保護という利益のために上官および部下の双方に規律を求め、そのために軍人の意見表明の自由の基本権が制限されることもあることを、看取しうる。こうした論旨は、軍隊におけるいわば“縦の秩序”—軍事指揮権構造—についてのものであった。

③ 僚友関係

さらに中間目的として連邦憲法裁が示したのは、僚友関係の確保である。連邦憲法裁は、連帯のメッセージ事件決定において、宿営または施設における勤務時間外の政治活動を制限する軍人法 § 15 第 2 項の目的は、「部隊の規律および打撃力の保全にとって不可欠な前提としての僚友関係および相互尊重」を確保することに見出し、軍人の意見表明の自由の基本権を制限しうる利益とみた。かかる判示は、軍隊における“横の秩序”に関するものであるといえる。

僚友関係および相互尊重の確保という利益の具体的内容は、軍人法 § 1 2 が「僚友関係は、すべての軍人が、僚友の尊厳、名誉および諸権利を尊重すべきこと、並びに窮地および危険にあつて僚友を助けるべきことを義務づける。このことは、異なる見解の相互の承認、顧慮および尊重を含む。」と定めていることによって、かなり明確になっている。

(2) 手段の（広義の）比例性

以上の諸目的との関係で、手段の（広義の）比例性の判断がなされることになる。連邦憲法裁は、その裁判例の発展のなかで、比例性の判断に影響する、いくつかの実質的観点を示してきた。その主なものは、次の通りである。

① 意見表明の自由の特別の意義

連邦憲法裁は、基本法 5 条 1 項 1 文が個人の人格の発展のためだけでなく民主政プロセスのためにも意見表明の自由を保護していると述べ¹⁰⁸、意見自由の基本権の民主政過程にとっての意義を明らかにした。連邦憲法裁は、リュート判決において、意見表明の自由の基本権は、「自由で民主的な国家秩序にとってまさしく構成的である。というのは、それによつてはじめて不断の精神的論争、民主政の生活要素である意見闘争が可能となるからである」と説いたのであった¹⁰⁹。かかる理解の下、その権利には、「すべての領域、しかしとりわけ公的な生活における、発言の自由のための原則的な推定をもたらす、特別の価値内容」¹¹⁰が認められた。そして、そこで説かれた「原則的な推定」は、軍人の意見表明の自由の基本権を主題とする裁判例においても繰り返し参照され¹¹¹、次のように出発点とされる。

「自由な民主政における自由な意見表明の特別の価値内容は、確かに、すべての領域、とりわけ公的な生活における発言の自由のための原則的な推定をもたらす（vgl. BVerfGE 7, 198[208]; 12, 113[124f.]）。しかし、軍人については、基本法 1 7 a 条によれば、軍事勤務の必要性の範囲内において（軍人法 § 6 第 2 文参照）、および連邦軍の機能可能性を確保するという目的で（vgl. BVerfGE 28, 282[292]）、他の

基本権の他に、自由な意見表明の基本権も法律で基礎づけられた義務によって制限されることが許される。」¹¹²

けれども、他方で、連邦憲法裁の上記判示の後半部分では、軍人には基本法 17a 条 1 項の制限規定があることが挙げられ、かかる軍人特有の制限規定の存在によって「原則的な推定」が相対化されるのか否かが大きな理論的問題となる¹¹³。この点について、連邦憲法裁は、上官投書批判事件において、「原則的な推定」を踏まえてプレスへの投書に特段の意義を認める判断を示したことがある（後述②を参照）が、他面、連帯のメッセージ事件決定では、兵舎における共同生活という特別な生活条件に由来する、同僚の私的領域の特段の保護の必要に鑑みて、「軍人法 § 15 第 2 項を基本法 5 条 1 項に照らしてのみみること、そして、この基本権の『積極的な』行使への利益のみの観点でそれを制限的に解釈することを排除する。」¹¹⁴と判示したこともあった。これは、同事件におけるロットマン反対意見が、「基本法 17a 条 1 項の適用範囲においても、疑いがある場合の推定は、軍人の基本権を認めることを支持し、防衛勤務関係における基本権制限に反対する (vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 17a Rdnr 12, 21)」¹¹⁵と説き、なお「原則的な推定」を強調していたことと対照をなしている。このような対立を孕んではいたが、連邦憲法裁の判示には、「原則的な推定」が基本法 17a 条 1 項によって相対化される場合があることをみることができる。

② 法益侵害の危険性

軍人の意見表明の自由の基本権の制限が許容されるのは軍人法の保護している法益の侵害がいかなる程度の蓋然性・危険性に達した場合であるかという問題は、手段の比例性の問題として整理できる。これについて、連邦憲法裁は、連帯のメッセージ決定¹¹⁶で、勤務の共同性、僚友関係および相互尊重の維持という目的との関係で、軍人法 § 15 第 2 項 3 文が「典型的に勤務の共同性を著しく乱し、相互尊重に基づく僚友関係（軍人法 § 12 も参照）を脅かし、もって最終的には連邦軍の防衛準備を疑問視することに典型的に適していることか

ら出発している行動様式を類型的に列挙している」ものと捉え、そのような規定の適用を合憲と判示した¹¹⁷。これと対照的なのが、同決定に対するヨアヒム・ロットマン（Joachim Rottmann）裁判官の反対意見であり、その意見は、「軍人法 § 15 第2項の一般化する条項は、軍人の具体的行動がその規定によって保護された法益を著しく乱しまたは脅かすことに現実に適しているか否かを個別の場合に審査する」ことを、懲戒上の上官および裁判所に求めるものであった¹¹⁸。

以上の見解の対比から判明することは、両者において基準とされている法益侵害の危険性の水準が異なることである。すなわち、連邦憲法裁の多数意見では、典型的に危険をもたらしうる行為を類型的に規制することが許されるのに対して、ロットマン反対意見では、現実的に危険をもたらす具体的行為のみを規制することが許されることになる¹¹⁹。かかる対比は、文献では、抽象的危険と具体的危険の対比をもって説明され¹²⁰、確かに、ロットマン反対意見が、多数意見との対比で、「自由な民主政における自由な意見表明の優越的な意義は、抽象的な危険のところに立ち止まったまま」ではない、法律の解釈適用を要請すると述べている¹²¹ところに合致する。

このような考え方が実質的にいかなる観点から説明されるかは、根本問題である。連邦憲法裁は、連帯のメッセージ決定で、抽象的危険で足りることの根拠を、他の同僚の私的な生活領域の保護という利益によって正当化した。すなわち、「軍事的な生活領域の特別の諸条件の下では、その意思に反して、思想世界を有する同僚の側からの執拗な主張または影響にさらされてはならないという、他の軍人の保護請求権は、同等の考慮を求める」と述べた¹²²のであった。

かかる議論に対しては、軍人法 § 15 第2項は軍人相互間の私的領域を相互画定する目的を有しないのではないかという疑問、また、軍隊における特殊な生活環境があるとはいえ、私的領域の保護に過剰な重みが付与される結果、意見表明の自由の基本権の重要性が看過され、また、異なる見解の相互尊重を定める軍人法 § 12 の趣旨にもとめるのではないかという批判が、法解釈の次元において提起されてきた¹²³。

他方、連邦憲法裁の多数意見を結論において支持する見解もないではない。その見解は、排除的特則説—これによれば、「相互作用（Wechselwirkung）」の理論が妥当する基本法5条2項の適用が排除される—の立場に立った上で、基本法17a条1項がより強い基本権制限を立法者に可能ならしめる実質的機能を有することを理由に、抽象的な危険の段階での類型的規制も、立法裁量の範囲内として許容されるものと解するものであった¹²⁴。

その後の連邦憲法裁の決定でも、連帯のメッセージ決定における多数意見が踏襲され¹²⁵、今度は、予測可能性に関する、次のような理由づけがみられた。すなわち、「軍人がその勤務上の義務に違反するか否かは、軍人自身にとっても、その行為の時点で認識可能でなくてはならないからであり、判断が事後の経過、特に行為がさらに知れ渡ることによって後に具体的な侵害が生じたか否かに依存させられることはできない。」¹²⁶というのである¹²⁷。

以上のようにいくつかの根拠づけはありうるものの、連邦憲法裁は、勤務の共同性、僚友関係および相互尊重の維持という目的との関係で抽象的危険の考え方を採用してきた。

③ プレスへの投書による表現

また、連邦憲法裁は、上官投書批判事件において、プレスへの投書が民主政における公論形成過程において有する特段の意義に鑑み、次のように投書による意見表明に利益衡量の上で特段の重みを与えた。そのことも、重要な観点を示している。

「プレスへの投書は、その意見を広い公衆に知らせるために誰もが使用することができる、意見表明の特別な形態へと発展した。それは、基本法5条1項によって基本権的に正当化され、公的な意見形成の、公認された要因となった。それゆえに、現在の状況では、異議申立人が投書において公然と広められた、その上官の意見に対して公然と態度を明らかにすることは、上官に対する尊重に反しない。規律の原則は、連邦軍の内部秩序を保護する。ここでのようなプレス内部での論争に際しては、軍事的な階級相違は背後に退く。自由な意見表明の基本権は、ここでは、他者の意見に批判的

に取り組む権利を含む。事実在即して支持しうる批判は、かかる場合において尊重を害しない。」¹²⁸

かかる判示は、「比較衡量によりつつもむしろ新聞による公的世論への参加における身分の平等に立脚して、基本法5条1項の表現の自由を全面的に肯定した」¹²⁹ものとも評することができようが、この場合、連邦憲法裁が、その批判における表現の具体的様態について相当性を求めていることも、見落とすことができない。

④ 先鋭的・扇情的な表現

軍人の意見表明における表現方法について、軍人特有の法理はありうるであろうか。連邦憲法裁は、「軍人は殺人者である」発言支持表明事件¹³⁰において、「すべての人は、特に公的な論争において、殊に政治的な意見闘争において、誇張されおよび論争的な形態で批判を表明する権利を有する」ことを出発点にしながらも、先鋭的・扇情的な表現方法を避けるべき、次のような義務を認めた。

「その意見をとりわけその同僚の感情への必要な配慮に留意した上で一思慮深く、寛容にかつ事実在即して表明する、軍人の義務（vgl.BVerfGE 28, 36[47]=NJW 1970, 1268）は、個別の場合において、軍人がその意見表明に際して、特に感情が込められ、その使用の文脈においても著しい誤解および誤った解釈につながりうる、特定の概念の使用を見合わせるべきことを結果としてもたらす。その限りにおいて、軍人の意見表明の自由は一特別の義務関係にはない基本権主体とは異なって—基本法17a条に基づいて、軍人法の個々の諸規定の基準に従って、高められた制限に服する。」¹³¹

表現方法に関するかかる判示は、少なくとも一般人に比して軍人の表現方法に慎重さが求められる旨を明らかにするものであった。かかる実質的な観点もまた、連邦憲法裁の裁判例にあらわれていることが注目されよう。

⑤ たたかう民主制

最後に、「自由で民主的な基本秩序の擁護」という目的との関係では、連邦憲法裁の裁判例において、「たたかう民主制 (streitbare Demokratie)」の憲法原理¹³²が法学的価値判断に一定の方向性を与えてきたこと、すなわち、軍人の意見表明の自由と軍事的必要性—特に規律の保持—の間での利益衡量について、「たたかう民主制」の憲法原理を軍人法の解釈適用に反映させることを通じて軍人の意見表明の自由の基本権の制約を正当化してきたことを挙げるができる。例えば、挙示義務事件決定における次の判示がそのことをよくあらわしている。

「軍人法 § 10 第6項がいかなる要請を個別の場合において上官に課しているかを決定することは、部隊勤務裁判所の任務である。その場合、裁判所は、基本法の価値秩序によって導かれなくてはならないし、意見の自由の基本権の重要性を上官の規律ある態度の必要との関係で衡量しなくてはならない。政治的意見表明の場合には、その際、とりわけ憲法レベルでの利益衡量の結果を予め指示する、基本法の憲法政策上の基本決定が引き合いに出されなくてはならない。ドイツ連邦共和国は、その市民に自由な秩序の防衛を期待し、その秩序に対して闘争するために基本権を濫用することを甘受しない民主制である（基本法9条2項、20条4項、18条、21条2項、98条2項および5項）。このようなたたかう民主制の原理は、連邦軍の内部秩序にも妥当する。だから、そのすべての行動によって自由な秩序の維持を擁護することは、軍人の基本義務である（軍人法 § 8）。」¹³³

以上のような「たたかう民主制」の憲法原理は、ドイツ基本法における軍人の意見表明の自由の基本権の制約を正当化するために連邦憲法裁によって援用されてきた。もっとも、それぞれの援用の仕方が事実関係に相応しいものであったかは、疑わしいところもある。例えば、連邦憲法裁が「たたかう民主制」の原理によって正当化したのは、基本法87a条3項に基づく軍隊の国内出動に反対して同条項の実施に係る命令への不服従を呼びかけるビラ配布行為に対す

る懲戒刑¹³⁴、そして、現行の具体的秩序に対する悲観的見方とそれに基づく批判的言明（「デモは警察によって打倒されるであろう」「連邦共和国において自由に意見を表明できない」）に対する懲戒刑¹³⁵であったが、かかる諸行為が別の観点—前者については、例えば、政治的中立性または指揮命令構造の維持という観点—から不適切であったとしても、「自由で民主的な基本秩序」を否認する行為とまでは直ちにはいいにくい。そのような事例は、「たたかう民主制」の憲法原理が軍人の意見表明の自由の基本権にとって過剰に厳しい方向で運用される傾向を示している。急進的な意見に対しては一次的には意見交換による説得という手段が求められる¹³⁶ことに鑑みても、そのような傾向は、「たたかう民主制」が抱える問題点であるといえよう。

むすびに代えて

本稿は、ドイツ基本法における軍人の意見表明の自由の基本権の保障と制限の法理について、決して網羅的ではないが、ある程度広く検討を加えてきた¹³⁷。最後に、その検討の成果を踏まえ、日本国憲法の解釈にとっての示唆を指摘して、もって本稿冒頭で提起した問題関心について、一定の方向性を結論として示し、日本法のより詳細な分析と評価への端緒を提供したい。

（1）形式的な観点

これまで日本の憲法学においてアメリカ連邦最高裁の違憲審査基準論の参照が大きな地位を占めてきたし、現在も活発に参照されているが、近時は、ドイツの三段階審査理論の基本的な作法を我が国においても紹介し共有しつつ、その枠組みに従って日本の最高裁判例を読み解き、それを分析および評価することとなされてきている¹³⁸。本稿では、かかる試みと軌を一にしながら、それを自衛官の意見表明の自由の基本的な人権という、見過ごされがちな領域にも貫徹

させるために、まずは、軍人の意見表明の自由の基本権という特殊領域に即し、裁判例および学説を整理して分析を加えてきた。その成果を念頭におきながら、日本の自衛官の意見表明の自由に関する裁判例を位置づけることによって、過去の裁判例の分析的な整理と評価が可能となり、また、将来の事件にも見通しをもたらすことが可能となる。

また、ドイツの学説において、基本法5条2項と17a条1項の関係についての錯綜した議論があったことは本文で紹介した通りであるが、それは基本法19条1項2文の挙示義務規定の適用の可否に関わるもので、議論の実益は主にその点にあった。これに対して、日本国憲法は立法者に挙示義務を課していないので、問題関心を共有できない。現行の日本国憲法を前提とする限り、この点に関する議論の紹介は、ドイツ憲法の内在的な認識に資するものであるに止まる。

もっとも、基本法5条2項と17a条1項の関係についての錯綜した議論がもう一つの側面を有していたことを見落とすことはできない。その側面とは、基本法17a条1項が「一般法律」（基本法5条2項）による制限に還元しえない制限を基礎づけるか否かという側面である。補完的特則説および排除的特則説は、それを肯定することによって、「一般法律」—通説的理解によれば、「その内容のゆえに特定の意見を禁止するのではな」い法律—には該当しない法律によって軍人の意見表明の自由の基本権を制限することに途を開いていたことは、既に検討した通りである。そのことは、軍人に特有の基本権制限条項を設けた後に発生しうる、解釈論的發展の一例を示すものといえる。これを踏まえると、ドイツ基本法にいう「一般法律」のような性格を有しない法律—すなわち、「その内容のゆえに特定の意見を禁止する」法律—によって自衛官の意見表明の自由の基本的な人権を制限しうるかという、潜在的ではあるが重要な論点がありうることに気づかされる。

さらに、急進的自衛官懲戒免職処分取消請求事件で、最高裁が、自衛隊法46条2号が広汎かつ不明確であることを前提とする、被告人（原告）の憲法31条違反の主張を退けて、「自衛隊法（以下「法」という。）46条の規定は、

法第5章第4節の隊員の服務に関する規定を前提として解釈すべきものであることが明らかであるところ、同節の各規定が定める隊員の義務の内容自体は不明確であるとはいえず、社会通念に照らせば、通常の判断能力を有する隊員の理解において、具体的場合に当該行為が同条2号にいう「隊員たるにふさわしくない行為」に該当するか否かはおのずから明らか」と判示した点については、最高裁が、刑罰法規の明確性について判示した徳島公安条例事件（最大判昭50年9月10日刑集29巻8号489頁）と同様の基準をこの懲戒免職処分的事案においても用いていることからすればなおさら、本稿で検討した、ドイツにおける刑罰法規の明確性の議論を参考にする余地が出てくる。その議論において、通常の解釈方法による不明確性の解消という観点が示されていたことは既にみたが、そこに憲法適合的解釈が含まれることはいうまでもない。これとの対比でいえば、日本の最高裁によって明示されたのは、自衛隊法の他の義務規定および「社会通念」—そこには、規則や養成課程を通じても育成される、自衛官としての職業上の通念が含まれると思われる—に止まっていたが、憲法適合的な解釈も不明確性の解消にとって重要な意義を有することを強調しておきたい。本稿が、自衛官の意見表明の自由の基本的な人権の保障と制限に関する合憲性判断に際して依拠されるべき形式的判断枠組みおよび実質的観点を体系化することを目標として掲げたのは、まさにそのような方法で不明確性を縮減するためであった。

（2）実質論な観点

本稿では、ドイツ基本法の解釈と適用を題材にして、同国において三段階審査理論—特に広義の比例原則—がいかに具体化され適用されたかを分析してきた（特に第3章）。そこには、軍人の意見表明の自由の基本権と軍事規律の保持との間での、ドイツ特有のバランス感覚を看取することができる。そのようなバランスのあり方が日本にも同様に妥当するとはいえないが、連邦憲法裁の裁判例において示され、本稿で検討した実質的観点に限られるが、日本法にとっての示唆を考えてみたい。

① 目的の正当性

最高裁は、急進的自衛官懲戒免職処分取消請求事件において、意見表明の自由の基本的人権の正当な制限目的として、①「行政の中立かつ適正な運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されること」、また、「自衛隊の任務（法3条）及び組織の特性にかんがみ」て、特に、②「隊員相互の信頼関係」の確保、③「厳正な規律の維持」、さらには、④「隊員としての信用」、⑤「自衛隊の威信」を挙げていた。とはいえ、その目的にはなお具体化を要するところがあり、例えば、いかなる具体的意味で「隊員相互の信頼関係」の確保および「厳正な規律の維持」なのかという問題が残されている。

そのような問題に法律上の手掛かりを与えるのが、自衛官の意見表明の自由の基本的人権を制限する根拠としての、自衛隊法の諸規定であり、確かに、隊員の服務の本旨（自衛隊法52条）、上官命令服従義務（57条）、品位・威信保持義務（58条）、秘密保持義務（59条）、政治的行為の制限（61条）（さらに、自衛隊法施行令86条および87条）は、中間目的の確定によって手掛かりを与えてくれる¹³⁹。けれども、品位・威信保持義務の保護法益がなお多義性を残すことに加え、懲戒処分事由の一つである「隊員たるにふさわしくない行為」（自衛隊法46条2号）が上記の義務違反行為によっては評価しつづされないものとする運用¹⁴⁰（いわば“受け皿的な”運用）があるとすればなおのこと、「隊員たるにふさわしくない行為」が侵害する（危険がある）ところの、実質的な利益をできる限り網羅的かつ具体的に確定することが、自衛官の意見表明の許容性と限界についての分かりにくさ、また、法令の恣意的な運用と萎縮効果の可能性を縮減するために不可欠である。

そのような問題に対して、日本にも増して具体的な規律を有する法律から連邦憲法裁判がより具体的な中間目的を導き出してきたドイツのあり方、とりわけ、上官の權威の保護や僚友関係の確保といった実質的な利益は、日本の上記最高裁判決がいう、「隊員相互の信頼関係」の確保および「厳正な規律の維持」に具体的な内容を付与する際にも意味をもちうると考えられる。日本国憲法が、ドイツ憲法とは異なって、「陸海空軍その他の戦力」の保持を禁止し（9条2項）、

我が国の自衛のための必要最小限度の実力組織でなければならないからといって、自衛隊の部隊行動にとっても不可欠であろう上官の權威の保護や僚友関係の確保という目的が日本国憲法に反する基本的人権制限目的であるとまではいえまい。

② 手段の比例性

ドイツ連邦憲法裁の決定と反対意見の間に軍人の意見表明の自由の基本権の制約を正当化するに足る危険性の程度について見解の相違があったことは、その理論的根拠を含め、本論で検討してきた通りである。そのような相違について、日本の関連法令の形成および解釈適用における比例性判断においても問題関心を共有することが可能である。特に政治的行為—行動のみでなく、意見表明としての側面を有する場合がある—の禁止との関連でみれば、自衛隊法61条1項と同様の禁止規定（国家公務員法102条1項）にいう「政治的行為」につき、判例理論の転換があったようにも見える近時において、そのような一般職国家公務員に関する判断枠組みが、特別職国家公務員である自衛官の問題について、「自衛隊の任務（法3条）及び組織の特性」も斟酌した上でいかに位置づけられるべきかが、自衛官の意見表明の自由の基本的人権の領域における課題であるといえる。すなわち、猿払事件最高裁判決が、国家公務員法102条1項にいう「政治的行為」について、「公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、…たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的関連性が失われるものではない」と判示していたのに対して、堀越事件最高裁判決（最二判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）が、「政治的行為」を、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損うおそれが、観念的なものとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの」と定式化し、そのおそれが実質的に存在するか否かの判断に際しては、「具体的には、当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位（管

理職的地位)の有無、職務の内容や権限における裁量の有無、当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、公務員の地位の利用の有無、公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、公務員による行為と直接認識され得る様態の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等が考慮の対象となるものと解される」と判示したのであるが、そのような一般職国家公務員に関する判例の有り様が、その転換の有無も含め、また、科刑と懲戒処分の変遷も踏まえた上で、特別職国家公務員である自衛官の問題についていかなるインパクトを及ぼすかが、ここでは問題となる。そして、そのような問題の根本には、「国家における唯一の武装集団である軍隊・自衛隊を構成する軍人・自衛官の表現行為にあつては、一般の公務員とは違い、単なる行政の中立性の確保以上の問題が潜んでいる」¹⁴¹か否かという問題が横たわっている。

さらに、連邦憲法裁がプレスという場への投書による表現に重要な意味合いを与えたことも、本文で検討した通りである。日本国憲法の下では、自衛官の、プレスへの投書による表現を特別視する発想は、これまでみられなかったもので、そのような発想がありうることに気づかされる。もっとも、日本国憲法における自衛官の意見表明についても同様に考えることができるかは、プレスに関する国民文化やその社会的機能を背景とした価値判断の異同に関する問題に属し、本稿の検討からは一義的な解を提示することができない。

また、連邦憲法裁が、特に軍人について、扇情的・先鋭的な表現方法を避けるべき軍人の義務を導き出していたことも示唆的である。そのような点は、急進的自衛官懲戒免職処分取消請求事件においても鍵となっていたポイントであるが、連邦憲法裁の判示は、その点をより具体的かつ明確に論じている点において、日本法の解釈適用にとって示唆的である。

最後に、ドイツ基本法における「たたかう民主制」の憲法原理は、自由で民主的な基本秩序の擁護を意見表明の自由に対して優先させる、憲法解釈上の機能を持つことがあるが、日本国憲法自体がそのような憲法原理を採用しているわけではないので、憲法尊重擁護義務(99条)の限度で制限が問題となるに

止まる。

以上の比例性判断に関する諸問題を踏まえて、日本において自衛官の意見表明の自由の基本的人権の制限をいかにして法律のみでなく規則類としても定めることが意見表明の自由の基本的人権の重要性に相応しいかは、現行法令の変更と新設も含め、改めて検討の対象となりうる。ドイツ軍人法における軍人の義務に関する規定にも一連邦憲法裁が刑罰構成要件の明確性の主張をいとも簡単に退ける傾向があるにもかかわらず—不明確さや改善点がないではないが、それでも、日本の自衛隊法と対比すると、制服着用の有無、上官的地位の有無、勤務時間の内外、並びに宿営および施設の内外という観点から規律に緩急を設ける段階的規律¹⁴²となっており、しかも、既に触れたように、中間目的の具体化にもきめ細やかな部分がいくつかみられる。こうした規律法は、既に法律のレベルで、許された意見表明と禁止された意見表明のより明確な線引きを可能とする。確かに、自衛隊法施行令87条における「政治的行為」の定義にもかなり詳細なところがあるが、ドイツ軍人法の立法技術は、それとは別の角度から見通しのよさをもたらしうるものとして—それが懲戒刑を伴うという特徴を持っていることは、踏まえる必要があるが一参考になる部分が少なくない。

(3) 日本法の分析および評価に向けて

以上のように、ドイツ法との比較の結果からだけでも、いくつもの視点を導き出すことができ、それらは、日本法の内在的な論理を踏まえた上で、それぞれがさらなる検討を要する課題である。そのような個々の課題の遂行を通じて、自衛官の意見表明の自由の基本的人権をめぐる、急進的自衛官懲戒免職処分取消請求事件をはじめとした各裁判例や裁判に上がってこない事案の分析と評価がなされなくてはなるまい。その個々の事案および救済手続も踏まえた個別・具体的な検討の作業は、後続の研究に委ね、ここで稿を閉じることにする。

【表】軍人の意見表明の自由の基本権の制限に関係する軍人法上の義務

軍人法の法条	表題	条文の文言	備考
§ 7	忠実な勤務の義務	「軍人は、ドイツ連邦共和国に忠実に奉仕し、ドイツ国民の権利および自由を勇敢に防衛する義務を負う。」	軍人の基本義務
§ 8	自由で民主的な基本秩序を擁護する義務	「軍人は、基本法の意味における自由で民主的な基本秩序を承認し、そのすべての行為によってその維持を擁護しなくてはならない。」	
§ 10	意見表明に際しての上官の抑制義務	「士官および下士官は、勤務の内外において、その意見表明に際して、上官としての信頼を得るために必要な抑制を保たなくてはならない。」(6項)	
§ 11	服従義務	「軍人は、その上官に従わなくてはならない。軍人は、上官の命令を、全力で完全に、良心的にかつ遅滞なく実施しなければならない。」(1項1文および2文)	
§ 12	僚友の義務	「連邦軍の結束は、主として僚友関係に基づく。僚友関係は、すべての軍人が、僚友の尊厳、名誉および諸権利を尊重すべきこと、並びに窮地および危険にあって僚友を助けるべきことを義務づける。このことは、異なる見解の相互の承認、顧慮および尊重を含む。」	僚友との会話における意見表明は妨げられない(§ 15第1項2文)
§ 13	真実義務	「軍人は、勤務上の事柄において真実を述べなくてはならない。」(1項)	
§ 14	守秘義務	「軍人は、防衛勤務から退いた後も、その勤務上の活動の際に知ることになった事柄について秘密を保持しなくてはならない。但し、次の場合には、その限りではない。」(1項1文) → 例外については【備考】参照 「その他、計画された犯罪行為を告発する法定の義務、および自由で民主的な基本秩序の維持を擁護する法定の義務は、1項によって影響を受けない。」(1項2文) 「軍人は、許可なく、その事柄について、裁判の内外において陳述または表明してはならない。」(2項1文)	1項の例外 ①職務上の交際が要請されている場合(1号) ②公知の事実またはその重要性からして秘密保持の必要のない事実 ③汚職に関する事実
§ 15	政治活動に関する義務	「勤務において、軍人は、特定の政治的方向の利益または不利益のために活動してはならない。僚友との会話においてその自らの意見を表明する、軍人の権利は、妨げられない。」(1項) 「自由時間中は、勤務上の宿営および施設の内部では、自由な意見表明の権利の制限は、僚友関係の基本的諸規則にある。軍人は、勤務の団結が著しく乱されることのないように行動しなければならない。軍人は、演説をし、文書を配布し、または政治組織の代表者として従事することによって、特に政治グループのための宣伝者として作用してはならない。相互の尊重を危うくしてはならない。」(2項)	

		「軍人は、政治的行事に際して、制服を着用してはならない。」(3項) 「軍人は、上官として、政治的見解に賛成または反対して部下に影響を及ぼしてはならない。」(4項)	
§ 16	外国における義務	「基本法の適用領域外において、軍人には、滞在外の事務へのすべての干渉が禁止される。」	
§ 17	規律あるおよび尊敬に値する行動の義務	「軍人は、規律を保持しなくてはならず、上官の勤務上の地位をその人格において勤務外においても尊重しなければならない。」(1項) 「軍人の行動は、連邦軍の評価、並びに、軍人としてのその勤務が要求する尊敬および信頼に相応しいものにならなければならない。勤務外では、軍人は、勤務上の宿営および施設の外では、連邦軍の評価、並びに、軍人としてのその勤務が要求する尊敬および信頼を著しく損なわないよう行動しなければならない。」(2項)	
§ 17第3項、 § 23第2項 2号		士官および下士官として防衛勤務から除外された後にも、自由で民主的な基本秩序に反する活動をしな義務(軍人法 § 17第3項、§ 23第2項2号)	※ 防衛勤務関係から除外された後の義務

※ 軍人の意見表明の自由の基本権の制限に該当しうる義務としていかなるものが考えられるかについては、Hahnenfeld, *a.a.O.*(Fn.30), S.65ff.; Ipsen/Ipsen, *a.a.O.*, S.21(Rdnr.51ff.) ; Fleig, *a.a.O.*(Fn.35)., S.176ff.を参照した。

注

- 1 自衛官の人権問題について論じた文献が極めて少ない原因を、1970年代に山内敏弘が自衛隊違憲論の立場から次のように指摘している。すなわち、①自衛官の基本的人権を論ずることは、自衛隊の合憲性を前提として認めることになりかねない、②自衛官の人権を問題とするより、むしろ自衛官によって弾圧される人民の側の人権を問題とすることが先決であると考えられてきたこと、③自衛官の人権を積極的に位置づけなくてはならないほどの現実の必要がなかった、または認識されてこなかった(山内敏弘「自衛官の内なる人権と国家」深瀬忠一・山内敏弘(編)『安保体制論』(三省堂・1978年)所収201頁以下)。より最近の文献においても、「これら自衛隊法の問題、一言でいえば自衛官の人権問題は、戦後一貫して等閑視されてきたと言える。」(古関彰一『平和国家』日本の再検討』(岩波書店・2013年)196頁)とされる。
- 2 日本においても、個別の事件・裁判例の評釈や論評はなされてきた。小針司『『制服』自衛官と表現の自由』『平成7年度重要判例解説』(有斐閣・1996年)8頁以下、古川純「自衛官と市民的自由」東京経済大学学会誌97・98合併号(1976年)311頁以下、三木秀雄「隊員の服務」防衛法研究8号(1984年)79頁以下、古川純「表現の自由保障とシビリアン・コントロール」法律時報60巻第6号(1988年)56頁以下、富

- 井幸雄「自衛官と政治的言論の自由」防衛法研究29号(2005年)85頁以下など。
- ³ もっとも、最高裁は、急進的自衛官懲戒免職処分取消請求事件において、明確性の主張を退けている。この点については、その理由も含め、本文「むすびに代えて」で検討を加える。
- ⁴ 日本の現状に対する問題関心に裏づけられて、外国の裁判所の判例のいくつかを検討するものがある。本稿が題材とするドイツとの関係では、笹川紀勝「西ドイツの徴兵制」軍事民論23号(1981年)76頁以下、山内敏弘「西ドイツの軍隊と兵士の人権」獨協法学18号(1982年)特に209頁以下、松浦一夫「軍人(自衛官)の表現の自由をめぐる裁判例の日独比較考察」防衛法研究14号(1990年)36頁以下がある。
- ⁵ 「防衛勤務および代役に関する法律は、軍隊および代役に属する者につき、防衛勤務または代役の間、言葉、文書および図画で、その意見を自由に表明しおよび流通させる基本権(5条1項1文前段)、集会の自由の基本権(8条)、並びに、他人と共同して陳情または訴願を申し立てる権利を保障する限りにおける請願権(17条)が制限されることを規定できる。」(基本法17a条1項)
- ⁶ 水島朝穂『現代軍事法制の研究』(日本評論社・1995年)77頁以下は、「戦力」保持の禁止(憲法9条2項)および軍人の存在を予定する規定の不存在を違いとして指摘している。また、松浦・前掲論文47頁(同頁の脚注14)は、徴兵制と志願制の違いを指摘している。
- ⁷ なお、個別的な論点や判例に関する先行研究は、本文における論点と対応させながら、爾後、脚注に示してゆく。他の脚注で示す機会がなかった、士官による概説的な文献として、Hans-Ulrich Koch, *Die freie Meinungsäußerung der Soldaten*, *NZWehrr*(1975), S.52ff.; Burkhard Willerding, *Das Recht auf freie Meinungsäußerung*, *NZWehrr* Heft 4(1989), S.140ff.を、ここで挙げておく。
- ⁸ Wolfgang Ullmann, *Grundrechtsbeschränkungen der Soldaten durch die Wehrverfassung*, Diss München, 1968; Stefan Porwol, *Die politische Meinungsfreiheit des Soldaten*, Diss Hamburg, 1984.
- ⁹ 山中倫太郎「ドイツ防衛憲法における軍人の基本権保障総論」防衛法研究37号(2013年)147頁以下。
- ¹⁰ 山中倫太郎「軍人の意見表明の自由の基本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例」防衛大学校紀要(社会科学分冊)111輯(2015年)25頁以下。
- ¹¹ バウディッシンの「制服を着た公民」理念については、vgl. Wolf Graf von Baudissin/Claus von Rosen(Hrsg.), *Wolf Graf von Baudissin Grundwert: Frieden in Politik-Strategie-Führung von Streitkräften*, 2014; Angelika Dörfler-Dierken(Hrsg.), *Graf von Baudissin*, 2006.
- ¹² Vgl. z.B. Baudissin/Rosen, *a.a.O.*, S.142f.
- ¹³ Baudissin/Rosen, *a.a.O.*, S.142.
- ¹⁴ Baudissin/Rosen, *a.a.O.*, S.52, 121.
- ¹⁵ 防衛高権論争について、詳しくは、参照、山中倫太郎「ドイツ防衛憲法改革の概念と論理」赤坂幸一/曾我部真裕(編)『憲法改革の理念と展開(上巻)』(信山社・2012年)所収211頁以下。
- ¹⁶ 提案内容も含め、山中「ドイツ防衛憲法における軍人の基本権保障総論」153頁以下およびそこに挙げられている文献を参照されたい。
- ¹⁷ BT-Sten.Ber., 92.Sitzung, 27.6.1955, S.5214(A)-(B).
- ¹⁸ BT-Drucks. 2/2150(第16法制度憲法委員会第2報告書), S.1.
- ¹⁹ BT-Drucks. 2/2150(第16法制度憲法委員会第2報告書), S.2; Richard Jaeger,

Die wehrrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes(1), *BayVBl.* Heft 10(1956), S.290.

- ²⁰ 連邦議会の防衛委員会委員長であったリヒャルト・イエーガー (Richard Jaeger) が特に意見表明の自由について概説したところによれば、「このような諸制限の事物的理由は、納得がゆく。というのは、命令と服従に基礎をおく、軍の構造原理は、例えば、上官の命令への服従者の大きな声での批判を通常は排除する。それは、自由な意見表明に関する公民の権利を必然的に制限する事情である。」(Jaeger, a.a.O., S.290) とされる。
- ²¹ BT-Drucks. 2/2150 (第16法制度憲法委員会第2報告書), S.1.
- ²² Vgl. BT-Drucks. 2/2150 (第16法制度憲法委員会第2報告書), S.2.
- ²³ BT-Drucks. 2/2150 (第16法制度憲法委員会第2報告書), S.2.
- ²⁴ Vgl. Walter Roemer, Die neue Wehrverfassung, *JZ* Nr.7(1956), S. 194; Günter Dürig, Art.17a, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 1961, S.14(Rdnr.27).
- ²⁵ Dürig, a.a.O., S.14(Rdnr.27).
- ²⁶ Asco Beyer, Zur politischen Meinungsäußerung im besonderen Pflichtenverhältnis, *BayVBl.* Heft 8,(1981), S.234. また、山中「ドイツ防衛憲法における軍人の基本権保障総論」157頁および162頁以下で、軍人の基本権保障の総論に関する問題として既に詳しく論じた。
- ²⁷ 特に意見表明の自由の基本権に即した解説として、vgl. Friedrich Schoch, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Einschränkung politischer Betätigung von Soldaten, *DöVHeft* 2(1983), S.220.
- ²⁸ BVerfGE 33, 1.また、山中「ドイツ防衛憲法における軍人の基本権保障総論」157頁およびそこで挙げられている文献を参照されたい。
- ²⁹ Werner Heun, Art.17a, in: Horst Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2.Aufl, Bd. I, 2004, S.1498f.(Rdnr.4).
- ³⁰ Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, *Staatsrecht II Grundrechte*, 25., völlig neu bearbeitete Aufl., 2009, S.143(Rdnr.594) (ボード・ピエロート/ベルンハルト・シュリンク (著)、永田秀樹/松本和彦/倉田原志 (訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社・2001年) [第15版の訳書]196頁)。また、軍人の意見表明の自由の基本権に即した解説として、vgl. Günter Hahnenfeld, *Wehrverfassungsrecht*, 1965, S.65.
- ³¹ BVerfGE 61, 1(9). Pieroth/Schlink, a.a.O., S.144(Rdnr.598) (ピエロート/シュリンク (著)・前掲書197頁)。
- ³² BVerfGE 85, 1(15). Pieroth/Schlink, a.a.O., S.144(Rdnr.598) (ピエロート/シュリンク (著)・前掲書197頁)。
- ³³ Pieroth/Schlink, a.a.O., S.144(Rdnr.600) (ピエロート/シュリンク (著)・前掲書198頁)。
- ³⁴ Pieroth/Schlink, a.a.O., S.145(Rdnr.603) (ピエロート/シュリンク (著)・前掲書198頁以下)。軍人の意見表明の自由の基本権に即した解説として、vgl. Knut Ipsen/Jörn Ipsen, Art.17a, in: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, 1977, S.23(Rdnr.60); Peter Lerche, Grundrechte der Soldaten, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, *Die Grundrechte*, 4.Bd., 1.Halbbd., 1960, S.483f.
- ³⁵ Lerche, a.a.O., S.481; Volker Fleig, Die Einschränkung der Meinungsfreiheit des Soldaten, *NZWehrr* (1971), S.175.
- ³⁶ BVerfGE 57, 29. また、それを紹介した邦語文献として、山内・前掲論文(脚注4) 213頁以下、松浦・前掲論文45頁以下(同頁の脚注8)、山中「軍人の意見表明の自由

の基本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例」59頁以下。

37 BVerfGE 57, 29(35f.).

38 「概括制限主義」との対比において「制限条項限定列举主義」という名称を使用した文献として、参照、小針司『文民統制の憲法学的研究』(信山社・1990年)174頁以下。山中「ドイツ防衛憲法における軍人の基本権保障総論」154頁以下は、その名称に依拠して解説している。

39 Vgl. Reinhard Rauball, Art.17a, in: Ingo von Münch/ Philip Kunig(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd.1, 5., neubearbeitete Aufl., 2000, S.1020(Rdnr.7); Michael Brenner, Art.17a, in: Hermann von Mangoldt/ Friedrich Klein/Christian Starck(Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6. Aufl., Bd.1, 2010, S.1719(Rdnr.21).

40 Dürig, a.a.O., S.13(Rdnr.26).

41 Vgl. Dürig, a.a.O., S.14(Rdnr.27). もっとも、デューリッヒ自身の見解ではなく、出典が示されていない。

42 3説の対立として整理している文献として、vgl. Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.18ff.; Reimund Schmidt-De Caluwe, Die verfassungsrechtliche Grenze der Meinungsäußerungsfreiheit der Soldaten, *NZWehr* Heft 6(1992), S.240f.

43 Wolfgang Martens, *Grundgesetz und Wehrverfassung*, 1961, S.109.

44 Arnold Köttgen, Die Meinungsfreiheit des Soldaten, in: Bergsträsser/Barth/Kaiser/Köttgen/Menger/Ule, *Von den Grundrechten des Soldaten*, 1957, S.69ff.

45 Vgl. Martens, a.a.O., S.109.

46 Vgl. z.B. Martens, a.a.O., S.109.

47 小針・前掲書189頁では、「成立史的には、一応これで説明がつく。」と評されている。

48 この点を指摘するものとして、Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.18f.(Rdnr.43); vgl. Schoch, a.a.O., S.225.

49 この点を指摘するものとして、vgl.z.B.Brenner, a.a.O., S.1719(Rdnr.22); Schoch, a.a.O., S.224; Schmidt-Caluwe, a.a.O., S.240.

50 Brenner, a.a.O., S.1719(Rdnr.22).

51 Lerche, a.a.O., S.473ff. また、おそらく補完的特則説に分類できるものとして、vgl. Brenner, a.a.O., S.1719f.(Rdnr.24).

52 Lerche, a.a.O., S.473ff.

53 Lerche, a.a.O., S.476f.; Brenner, a.a.O., S.1719f.(Rdnr.23ff.); vgl. auch Schoch, a.a.O., S.226; Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.19(Rdnr.45).

54 Vgl. Brenner, a.a.O., S.1719f.(Rdnr.24).

55 Dürig, a.a.O., S.15f.(Rdnr.28); Schoch, a.a.O., S.226ff.; Beyer, a.a.O., S.234; Heun, a.a.O. S.1501(Rdnr.9). また、おそらく同様の説に立つものとして、vgl. Hans Hofmann, Art.17a, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein(Hrsg.), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 10.Aufl., 2004, S.596(Rdnr.7); Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.19f.(Rdnr.47).

56 Dürig, a.a.O., S.15(Rdnr.28).

57 Dürig, a.a.O., S.9f(Rdnr.20), S.11(Rdnr.22), S.15(Rdnr.28). 小針・前掲書185頁以下、山中「ドイツ防衛憲法における軍人の基本権保障総論」164頁以下。

58 Dürig, a.a.O., S.15(Rdnr.28).

59 Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.20(Rdnr.47).

60 Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.20(Rdnr.47).

- ⁶¹ Dürig, a.a.O., S.15(Rdnr.28); Schoch, a.a.O., S.227; vgl. Hofmann, a.a.O., S.596(Rdnr.7).
- ⁶² Dürig, a.a.O., S.15(Rdnr.28); 同趣旨の記述として、vgl. Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.20(Rdnr.47).
- ⁶³ Schoch, a.a.O., S.226.
- ⁶⁴ 排除的特則説には、基本法17a条1項に基本権保障の機能と制限的機能の両側面を認める見解もみられる (Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.20(Rdnr.48)).
- ⁶⁵ BVerfGE 28, 36. 同裁判例を紹介するものとして、山中「軍人の意見表明の自由の基本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例」26頁以下。
- ⁶⁶ BVerfGE 28, 36(47).
- ⁶⁷ BVerfGE 281, 282(291f.). 同決定は、挙示義務との関係にのみ論点を絞り、基本法17a条1項が従来挙示義務の妥当しないところにそれを妥当せしめる趣旨ではなかったことを説いた。
- ⁶⁸ BGBl. I S.1482(2005年の公示版)。正式名称は、「軍人の法的地位に関する法律(Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten)」である。
- ⁶⁹ 基本法17a条1項が法律の留保を創設的に規定しているものと解される点については、その理論的根拠も含め、山中「ドイツ防衛憲法における軍人の基本権保障総論」163頁以下およびそこで挙げられている文献を参照されたい。また、基本法5条2項については、vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O. S.152(Rdnr.630) (ピエロート/シュリンク (著)・前掲書208頁)。
- ⁷⁰ Dürig, a.a.O., S.14(Rdnr.27)では、両論点を一括するかたちで、学説の整理がなされているが、本稿ではそのような整理によらなかった。
- ⁷¹ BVerfGE 7, 198(209f.). また、その判示の学説史上の位置づけについては、vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O., S.152ff.(Rdnr.633ff.) (ピエロート/シュリンク (著)・前掲書208頁以下)、また、邦語文献では、意見表明の自由の基本権の保障の全般的な解説も含めて、参照、宍戸常寿「表現空間の設計構想(ドイツ)」駒村圭吾/鈴木秀美(編著)『表現の自由I』(尚学社・2011年)所収106頁以下。
- ⁷² Pieroth/Schlink, a.a.O., S.154(Rdnr.638) (ピエロート/シュリンク (著)・前掲書210頁)
- ⁷³ Vgl. z.B. BVerfGE 28, 36(47); BVerfGE 28, 55(63); BVerfGE 44, 197(202); BVerfG NJW 1992, S.2751; vgl. auch BVerfGE 28, 282(292).
- ⁷⁴ Vgl. z.B. Brenner, a.a.O., S.1720(Rdnr.24f.); Fleig, a.a.O., S.173.
- ⁷⁵ Lerche, a.a.O., 474ff.; vgl. Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.19(Rdnr.44).
- ⁷⁶ Vgl. Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.19(Rdnr.46).
- ⁷⁷ Dürig, a.a.O., S.14(Rdnr.27).
- ⁷⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 28, 36(47); BVerfGE 28, 55(63); BVerfGE 44, 197(202); BVerfG NJW 1992, S.2751.
- ⁷⁹ そのことを明示的に説くものとして、vgl. z.B. Schoch, a.a.O., S.231; Rauball, a.a.O., S.1018(Rdnr.2).
- ⁸⁰ Vgl. Brenner, a.a.O., S.1716(Rdnr.15).
- ⁸¹ より詳しくは、vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O., S.68ff.(Rdnr.289ff.) (ピエロート/シュリンク (著)・前掲書94頁以下)。また、邦語文献では、参照、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会・2001年)59頁以下。
- ⁸² Vgl. Brenner, a.a.O., S.1716(Rdnr.15); Heun, a.a.O., S.1499(Rdnr.4); Robert Uerpman-Wittzack, Art.17a, in: Ingo von Münch/Philip Kunig(Hrsg.),

Grundgesetz Kommentar, Bd.1, 6., neubearbeitete Aufl., 2012, S.1321(Rdnr.4); Hans D. Jarass, Art.17a, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 7.Aufl., 2004, S.488(Rdnr.7).

83 「この基本法に従って、基本権が法律または法律の根拠に基づいて制限されうる限りにおいて、その法律は、一般的に妥当しなくてはならず、個別の場合に妥当してはならない。さらに、その法律は、条文を示して、その基本権を挙げなければならない。」(基本法19条1項)。

84 連邦憲法裁は、基本法19条1項2文は、「形式規定として狭い解釈を要する」とした上で、同条項が「それ自体に付加された諸限界 (vgl. BVerfGE 7, 377[404]) を超えて基本権を制限することを目的とする法律にのみ適用される。」と結論づけた (BVerfGE 28, 36[46])。

85 Vgl. BVerfGE 28, 36(46f); BVerfGE 28, 282(292f.).

86 Vgl. Juliane Kokott, Art.17a, in: Michael Sachs(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 2.Aufl., 1999, S.702(Rdnr.21). 特に通説である排除の特則説は、そのような結論で一致している。Vgl. Dürig, a.a.O., S.15f.(Rdnr.28); Schmidt De-Caluwe, a.a.O., S.241f.

87 Vgl. Dürig, a.a.O., S.15f.(Rdnr.28); Heun, a.a.O., S.1502 (Rdnr.10); Schoch, a.a.O., S.235.

88 Vgl. Brenner, a.a.O., S.1720(Rdnr.25).

89 Vgl. BVerfGE 28, 36(47); BVerfGE 28, 55(63).

90 Vgl. Dieter Hömig, Artikel 17a, in: Dieter Hömig(Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 8.Aufl., 2007, S.220 (Rdnr.5). 「並行的に (nebeneinander)」適用するという解説 (Kokott, a.a.O., S.702(Rdnr.22)) もそのような意味であると思われる。

91 そのような趣旨が明らかにされている裁判例として、vgl. BVerfGE 28, 282(292); BVerfGE 44, 197(201f.); BVerfG, *NJW* 1992, S.2750f.

92 BVerfGE 28, 51(54); BVerfGE 28, 55(63)では、ほとんど理由づけがみられない。これに対して、BVerfGE 28, 36(46)では、軍人法§10第6項の義務は、上官がキャリアにおいて準備してきた指揮任務から明らかになるとされている。

93 BVerfGE 57, 29(35).

94 山中「軍人の意見表明の自由の基本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例」25頁以下。

95 Vgl. BVerfGE 28, 36(48ff.); BVerfGE 28, 51(54f.).

96 BVerfGE 44, 197(202).

97 BVerfGE 28, 282(291).

98 BVerfGE 28, 55(63).

99 Vgl. Schoch, a.a.O., S.231.

100 Schoch, a.a.O., S.220.

101 Vgl. Uerpmann-Wittzack, a.a.O., S.1322 (Rdnr.4); Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.20f. (Rdnr.50).

102 Vgl. Ullmann, a.a.O., S.175ff.; Ipsen/Ipsen, a.a.O., S.20 (Rdnr.48); Heun, a.a.O., S.1499(Rdnr.4).

103 BVerfGE 57, 29(36).

104 Vgl. Uerpmann-Wittzack, a.a.O., S.1322(Rdnr.4).

105 BVerfGE 28, 55. また、同裁判例を紹介した邦語文献として、参照、笹川・前掲論文

81頁以下、山内・前掲論文(脚注4) 211頁以下(特に212頁の脚注35)、山中「軍人の意見表明の自由の基本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例」 39頁以下。
 106 BVerfGE 28, 55(63).
 107 BVerfGE 28, 36(47).
 108 BVerfGE 7, 198(208) この点に関する、軍人に関する裁判例における言及については、
 vgl. BVerfG *NJW* 1992, S.2750.
 109 BVerfGE 7, 198(208); vgl. BVerfGE 12, 113(125); BVerfGE 20, 56(97) (引用
 部分は、BVerfGE 7, 198[208]).
 110 BVerfGE 7, 198(208); BVerfGE 21, 271(281)(引用部分は、BVerfGE 7,
 198[208]).
 111 Vgl. BVerfGE 28, 55(63); BVerfGE 44, 197(202).
 112 BVerfGE 44, 197(202).
 113 こうした「原則的な推定」を軍人の防衛勤務関係においても重視する方向性の議論として、
 vgl.z.B.BVerwGE 43, 48(55f.).
 114 BVerfGE 44, 197(203f.).
 115 BVerfGE 44, 197(206).
 116 BVerfGE 44, 197. また、同裁判例を紹介した邦語文献として、参照、渡辺洋「連邦
 軍内における意見の自由」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例[第2版]』(2
 004年)所収324頁以下、笹川・前掲論文83頁以下、山内・前掲論文(脚注4) 2
 15頁以下、松浦・前掲論文46頁(同頁の脚注10)、山中「軍人の意見表明の自由の基
 本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例」 48頁以下。
 117 BVerfGE 44, 197(203).
 118 BVerfGE 44, 197(207).
 119 ロットマン反対意見と同趣旨の見解は、文献に多くみられる。Vgl. Harro Plander,
 Verteidigungsauftrag, Meinungsfreiheit und politische Betätigung im
 Kasernenbereich (§15 Abs.2 SoldG), *DVBt*(1980), S.586ff.; Beyer, a.a.O., S.237;
 Hans F. Liskén, Zur Meinungsfreiheit im Sonderstatusverhältnis, *NJW* Heft
 28(1980), S.1503f.; Matthias Buth, Zur Meinungsfreiheit von Soldaten und
 Reservisten der Bundeswehr, *NZWehrr*(1981), S.224.
 120 Schoch, a.a.O., S.241; Plander, a.a.O., S.586f.
 121 BVerfGE 44, 197(207).
 122 BVerfGE 44, 197(203f.).
 123 Vgl. Plander, a.a.O., S.586.
 124 Vgl. Schoch, a.a.O., S.232f., 243f.
 125 「軍人の意見表明の自由は、連邦軍の機能可能性への現実の影響が確認される場合に
 初めて限界に服するというわけではない。軍人の行動それ自身が、規律、相互尊重に
 基づく僚友関係、および軍人が尊敬および信頼に値することを著しく脅かし、もって最
 最終的に軍隊の防衛準備に疑問を生ぜしめることに典型的に適する場合にそのことで十
 分である(vgl. BVerfGE 44, 197[203]=*NJW* 1977, 2205)」とされた(BVerfGE
NJW, S.2751).
 126 BVerfG *NJW* 1992, S.2751.
 127 同趣旨の見解として、Schoch, a.a.O., S.246f.; Herbert Seifert, Politische
 Betätigung von Soldaten im Dienst oder innerhalb militärischer Anlagen,
NZWehrr Heft 6(1988), S.242f.
 128 BVerfGE 28, 55(64f.)

- 129 笹川・前掲論文82頁。
- 130 BVerfG *NJW* 1992, S.2750f. また、同裁判例を紹介した邦語文献として、参照、山中「軍人の意見表明の自由の基本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例」66頁以下。また、裁判例に対する論評として、vgl. Helmut Goerlich, Soldatische Pflichten, provokative Meinungsäußerungen und die Vereinigungsfreiheit des Soldaten, *Jura* Heft 9(1993), S.471 ff.; Reimund Schmidt-De Caluwe, Von “potentiellen” und “geborenen Mördern”, *NVwZ* Heft 12(1992), S.1166ff.
- 131 BVerfG *NJW* 1992, S.2751.
- 132 憲法原理としての「たたかう民主制」については、参照、山中倫太郎「ドイツ基本法の『たたかう民主制(streitbare Demokratie)』との差異?」大石真/土井真一/毛利透(編)『各国憲法の差異と接点』(成文堂・2010年)所収93頁以下。
- 133 BVerfGE 28, 36(48f.).
- 134 BVerfGE 28, 51(54f.).
- 135 BVerfGE 28, 36(48f.).
- 136 この点にごくわずかであるが触れるものとして、vgl. Bernd Mutschler, Die Grundrechte der »Staatsbürger in Uniform«, *NZWehr* Heft 1(1998), S.4.
- 137 とはいえ、連邦行政裁判所の裁判例の一群を本稿では検討できていない。そこにも重要な事件が含まれるが、それに関しては別稿で補完することとしたい。
- 138 例えば、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔新版〕』(尚学社・2011年)、松本・前掲書など。
- 139 最高裁も、急進的自衛官懲戒免職処分取消請求事件において、46条2号に関する論及の中で、「自衛隊法(以下「法」という。)46条の規定は、法第5章第4節の隊員の服務に関する規定を前提として解釈すべき」と判示し、かかる手法によっている。
- 140 「政治的行為の制限」との関係についていえば、急進的自衛官懲戒免職処分取消請求事件の第一審における国側の準備書面において「政治的行為の制限等には該当しない場合であっても中立公正を失うものとして国民から非難を受けるなど自衛隊の存立あるいは隊務の遂行に支障を及ぼすような行為は、服務の本旨に照らして『ふさわしくない行為』である」という理解が示されており、かかる運用が行政実務の立場であったとみられる。この点に言及するものとして、参照、下田耕士「自衛隊訴訟の争点」防衛法研究6号(1982年)116頁以下、松浦・前掲論文44頁(同頁の脚注3)。
- 141 小針・前掲(注2)9頁。
- 142 かかる規律は、軍人の意見表明の自由の基本権の、より重い制限規定からより軽い制限規定に至るまでの、規制条項の適用関係の憲法適合的な段階的整序にも途を開きうる。連帯のメッセージ事件決定におけるロットマン反対意見は、そのような解釈によるものであった。Vgl. BVerfGE 44, 197(206f.). また、参照、渡辺・前掲327頁、山中「軍人の意見表明の自由の基本権に関するドイツ連邦憲法裁判所の主要裁判例」58頁以下。