

良心の自由と良心的行為

西原博史

まえがき

日本国憲法一九条は、思想及び良心の自由が不可侵であることを定めている。しかし、この良心の自由に関して、数多くの問題点が残されており、未だその明快な解釈を引き出すに至っていないようにも思われる。その原因としては、今まで我が国の憲法学が、条文中の「思想及び良心」という文言にのみとらわれて、極度に抽象化された良心の概念の上に立って解釈を進めていた点に問題があったと言いうことができるであろう。そこで、ここでは再度出発点へ立ち戻り、良心を思想から一旦切り離れた上で、良心とは何か、良心の自由の保障は何故必要か、などの点を法哲学的観点から考察することを通じ、良心の自由の概念の歴史的源泉であり、また現在にあっては兵役義務の良心的理由による拒否などの問題を日常の問題として抱えているためにこの良心の自由に関する研究が進展せざるを得なか

った西ドイツでの研究成果などを見ながら、良心の自由の内容規定を試みてみたい。

一 良心の本質及び概念

(一) まず、良心の自由の解釈に先立ってここで、良心の本質及び概念、一体良心とは何かという点から出発したい。

良心の概念の歴史的成立及び変遷を見ると、この良心の概念は、我が国においては、日本国憲法で良心の自由が認められて初めて用いられた比較的新しい概念であるが、ヨーロッパにおいては、良心の自由は信教の自由とともに一六世紀までさかのぼる最も古い自由権であり、良心(Gewissen, conscience)という概念も、日本語でいう「良心」という意味にたどりつくまで、長い間の歴史的変遷を経たものであることが明らかになる。⁽¹⁾

ドイツにおいては古くから良心の自由は信仰の自由と結びつき、その意味こそ時代によって違え、Glaubens- und Gewissensfreiheit という形で概念を成していた。これが初めて用いられたのは一五七九年のユトレヒト同盟の時であり、三十年戦争終結のためのウェストファリア条約（一六四八年）で、これはドイツ全土に認められた。⁽²⁾ 当時この自由は、地方領主の個人に対する直接的信仰強制に対しての防御権の意味に用いられ、その内容も家庭的礼拝の自由と領主の宗教的強制に反対して国外へ脱出する権利に限られるなど、範囲の狭いものではあったが、これは自由権としての最初の基本権であり、大きな意義を有していた。⁽³⁾

その後一七、八世紀にこの Glaubens- und Gewissensfreiheit は啓蒙思想や理性法などの影響を受けてその内容

を拡張、国王の宗教的理由で個人を国外に追放する権利は廃止され、宗教を原因とする法的差別の禁止の意味となり、家庭的礼拝の自由は完全な形で認められた。⁽⁴⁾ 国による宗教の強制からの個人の内面的自由としての Glaubens- und Gewissensfreiheit は、ここに完成した。そして、この個人の内面的信仰の自由が認められる頃になると、宗教的活動の自由への要請が強まり、これがワイマル憲法（一九一九年）でドイツ一般に認められた。⁽⁵⁾ これにより、個人の公共的礼拝や宗教集団の結成等も認められ、また国教会も明文をもって否定され、信仰の自由は完全なものとなった。⁽⁶⁾

しかし同時に、Gewissen 及び Gewissensfreiheit の概念は、一七世紀以降ヨーロッパで発展した、人間の人格による自律や人間生来の思考、決定の自由を主張する、カント哲学⁽⁷⁾に代表される理性論に裏付けられ、信仰の自由から離れて独立の概念を成すようになった。これにより Gewissen は、道徳的認識機関を内部に持ち、自己の行為規範を設定する自律的人格の最高で最終的な決定機関として理解されるようになり、⁽⁸⁾ 「良心」にたどり着いた。そしてその後その考え方は、現在のボン基本法に受け継がれ、⁽⁹⁾ 発展していくのである。

(二) 以上の歴史的考察により、良心の概念のアウトラインは明らかに became と思われる。次に、ルーマンの理論を参考にしながら、良心の働きと本質を探ることを通じ、良心の概念を詳しく規定していきたい。

人間が生きていく上で、人間の行為の可能性の範囲はかなりの広がりを持っており、人間が有意義で人格的な存在の統一体としてまとめ得る情報の範囲をはるかに越えている。そこで人間は、限りある人生をより善きものにするために、自己のあるべき姿を心に抱き、その人格を一貫的なものとして保つために、可能な行為の枠の中で自己のやる

べき（もしくは、やってもよい）行為とやらざるべき行為との間に境界線を引くことにより、自己を体系化する。その場合において人間は、常に自己を客観的に見つめて、自己の行為がその体系に矛盾したり、その境界線から逸脱したりすることのないよう監視する機関を自己の内部に持っている。これが良心である。⁽¹⁰⁾

社会的に見て言い換えると、良心は、役割りの規定された社会生活の中で個人的行為のみを司り、その中で人格の問題となり得る行為を個人により一貫したものととして社会に表わすのに役立っている。この良心による人格的行為の一貫性は、自己を人格的存在として保つために、必要不可欠である。⁽¹¹⁾このような良心は、人格を傷つける行為の可能性が生じた場合にのみ表面に現れ、その行為の当・不当を判断する。⁽¹²⁾

このような良心は、単なる意思や欲望とはっきり区別されなければならない。⁽¹³⁾良心が働きかけるのは、「何をするべきか（ich soll）」という問題であり、良心は当為の領域での問題を司っている。「何をしたい（ich will）」という意思・欲望に対して良心は、その欲せられた行為を事前に審査し、必要とあればその行為を自ら禁止する。この意味で良心は理性の一部であり、その理性の中でも、人間の人格や尊厳という最も崇高な点に基づいて判断を下すだけに、最も高い所に位置するものである。また、良心が倫理的感情に根差しており、それを理性的に体系化したものに基づいているとも考えられるから、良心は、理性の一部ではあるが、理性、感情を超越した高みに存在するとも言えるであろう。

これを逆に見て良心の範囲を限定するなら、理性の中で人格の一貫性の問題にかかわるものだけが良心であり、内心の声の中で、無視された場合に人格の一貫性が乱され、人格に重大な影響を及ぼすものだけが良心である。

この良心は個人に対し、人格の一貫性を保つために、特定の行為（作為又は不作為）を命令する。人間はこの良心の命令に従わなければならない、その意味で、良心は規範的効力を持つ。人間は、自己の一貫的な人格を守り通すためには、最後の手段として自己の生命までも犠牲に供し得るのであるから、良心の規範的効力は、当該個人にとって絶対的なものである。⁽¹⁴⁾

このような良心の内容については、個人によってそれぞれ異なり、一般化してはならないのである。⁽¹⁵⁾ 内容の一般化は、特定の個人の良心の規範的効力の不当な拡大であり、また、他の個人の良心の不当な制限でもある。良心が規範的効力を持ち得るのは、その当人個人に対してのみであり、他者に対しては、ただ他人の良心的立場として寛大に許容することを要求するのみである。⁽¹⁶⁾

このルーマンによる良心の概念規定は、良心の内容を開いた形にしたまま、その働きから概念を導き出し、良心の自由の保護の対象を明確にした所にその特色がある。この良心の概念は、我が国における良心の自由の解釈の根底に置くにも相当なものであろう。

(三) 我が国ではこのような良心を、たとえば思想から消極的にではあるが切り離すにしても、「人の精神作用のうち倫理的側面」⁽¹⁸⁾とかそれに類する言葉でもって概念規定している。確かに、倫理的一貫的な人格の監視機関である良心は、唯一の表面に現れる倫理的精神作用と言え、その意味では、この表現による良心の概念規定は正しいのである。

しかし問題なのは、従来我が国において、良心が個人に対して持つ規範的効力が、多くの場合無視され、あるいは見落とされていた点である。⁽¹⁹⁾ たとえば、良心の概念を「内心における考え方ないし見方のうちで、倫理的性格を有す

るもの」⁽²⁰⁾と規定した場合、良心の規範的効力は、意図的に無視され、排除されている。

しかし、良心が受け持っているのは、本質的には自己の行為に関する規範的判断であり、ものの善悪に関する判断は、良心が附随に行なっているにすぎない点を、ここで見逃すわけにはいかないであろう。すなわち、良心が司っているのは、内心の領域のみではなく、本質的には、対外的行為の領域なのである。

そのことに伴って、良心の自由の憲法的保障も、行為の領域まで及ばなければならない。しかし行為の領域にあっては、良心はその規範的性情故に、法規範と食い違う可能性を秘めており、法の安全性との関わりが重要な問題となり、良心の自由の解釈も難しくなる。以下これらの問題点を、順を追って考察していきたい。

- (1) E.-W. Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 28 (1970), S. 36 ff.; 阿部照哉「良心の自由と反戦平和運動」同「基本的人権の法理」一二五頁以下。このメックンフェルデの研究は、阿部教授の論文で詳しく紹介されており、参照した点も多い。
- (2) Böckenförde, a. a. O., S. 36; 阿部照哉・前掲書一二五頁。
- (3) Böckenförde, a. a. O., S. 37.
- (4) Böckenförde, a. a. O., S. 38 f.; 阿部照哉・前掲書一二六頁。
- (5) Böckenförde, a. a. O., S. 39 f.; 阿部照哉・前掲書一二六頁。
- (6) ヲイテール憲法 (Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919) 第二編第三章の二三五条から一四一条。原文の条文については Dürig/Rudolf, Texte zur Deutschen Verfassungsgeschichte, 2. Aufl., München 1979.
- (7) カンターの著作のうちこの点に関して特に重要なのは、I. Kant, Metaphysik der Sitten, in: Kants gesammelte Schriften, Hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaft, B. 6, Berlin 1914, S. 378 ff. (Einleitung zu

der Tugendlehre, Tugendlehre).

- (8) Böckenförde, a. a. O., S. 40 f.; 阿部照哉・前掲書一二六頁以下。
- (9) 西ドイツ基本法四条一項、同四条三項。
- (10) N. Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in: AöR, 90 (1965), S. 264.
- (11) Luhmann, Das Phänomen des Gewissens und die normative Selbstbestimmung der Persönlichkeit, in: Naturrecht in der Kritik, Hrsg. v. F. Böckle/E.-W. Böckenförde, Mainz 1973, S. 224 ff.
- (12) Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, S. 266. ただし良心は「自己の倫理的体系を監視し、維持する」という対内的性格も持っている。Luhmann, a. a. O., S. 266.
- (13) 佐藤功「判例に現れた『思想及び良心の自由』」法時一九卷一号三三頁。
- (14) Luhmann, a. a. O., S. 267, 269 f. ここでルーマンは「自分を殺すことのできる者だけが良心を持つことができると言っているが、'そこまで良心の幅を狭めること'に関しては疑問を抱かすにはおれない。
- (15) Luhmann, a. a. O., S. 262; A. Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, Berlin 1969, S. 21 f.; derselbe, Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat, in: AöR, 88 (1963), S. 219 f.
- (16) Luhmann, a. a. O., S. 260 f.
- (17) そもそも従来我が国の学説の多くは、思想と良心を切り離すことに積極的ではない。しいて区別する必要はないと主張する説に、宮沢俊義「憲法Ⅱ(新版)」三三八頁、法学協会「註解日本国憲法(上)」三九九頁。積極的に区別せずにニュアンスの差のみを認める説に、佐藤功・前掲論文三二頁、久保田きぬ子「思想・良心・学問の自由」清宮四郎・佐藤功編「憲法講座(2)」一〇八頁以下。以上が、いわゆる内心説。良心を思想の内面化したものととらえる説に、鶴飼信成「新版憲法」八八頁、佐藤幸治「憲法」三三三頁。以上が、いわゆる信条説。良心の自由をここで取り上げるように思想の自由から切り離して論じているものに阿部照哉・前掲書一二三頁。
- (18) 佐藤幸治・前掲書三三三頁。

(19) 我が国においてはまだ数こそ少ないが、良心の規範的効力を認め、それを憲法一九条の解釈に生かそうとする動きも見られ、注目に価する。たとえば、阿部照哉・前掲書一二九頁以下、久保田きぬ子・前掲書一一〇頁以下（『思想及び良心』の現われと見られる外部的行為の制限は、結果的には行為の実体である『思想及び良心』を事実上侵す惧れが多分にあるのである）。また、宮田教授も最終的には通説を採り良心の規範性を否定することとはなったが、考察の過程において、「良心とは、単なる倫理的道德的判断そのこと以上のもの即ち正邪善惡の倫理的道德的判断を行い且つその判断に基づいて邪惡を避け正善を選ぶ意識でなければならない」と、良心の規範的効力を指摘している。宮田豊「日本国憲法第一九条論序説」法学論叢七四卷五・六号一四頁。

(20) 宮沢俊義著・芦部信喜補「全訂日本国憲法」二三五頁。

二 法と良心の衝突

(一) 良心は、一般的社会的に見ると、自由主義の個人単位の砦としての責任も負っている。すなわち、個人の權利と全体の秩序という、お互いに相容れない矛盾の上に成り立っている自由主義社会⁽¹⁾が、できる限り矛盾のないものとして存続するためには、個人が良心によって人格的に自律していることが必要である。⁽²⁾そのために、個人の行為規範としての良心が、最大限の保護を必要としていることは、すでに明らかであろう。

その場合に、現在の自由主義のもとにあつては、全体主義的に良心の内容を画一化することは、もはや許されない。国家のあるべき姿としては、良心に関しても、できる限り中立を維持しなければならないであろう。ここで言う良心に関する国家の中立は、多元的な価値観の存在を認め、個人の特殊性が特殊なものとして発展し得る状態に社会の動的活力と統合力の根拠を見出そうとする、非同一化（Nichtidentifikation）の原理と同義である。⁽³⁾すなわち、個

人の個性や精神的道徳的人格、とりわけ個人の良心について、国の側から不可侵とされ、安全に保障されているような状態にあって初めて、国が国民に忠誠を要求できるのである。⁽⁴⁾

(二) 反面、社会は、その社会の秩序を保つために、さまざまな社会規範を作り、個人の勝手気儘な行為や権利の濫用などにより社会の複雑な機構の一部が破壊されたり、社会全体が危機に瀕したりすることを防いでいる。その社会規範の中で最も影響力の強いものが、法規範であろう。しかし、法規範といえども、他の社会規範と同じように、その絶対的な正しさを主張することは不可能である。⁽⁵⁾

そこで問題となるのは、良心規範が個人に対し法規範と相容れない行為を命令し、個人が法の命ずる行為と良心の命ずる行為との岐路に立たされる可能性の存在である。これを、法と良心の衝突と名付けることもできる。

この場合、個人が良心の声を打ち消して法に従うことは、個人が自己の良心の基盤を破壊し、自己の人格を傷つけていくことを意味する。この事実は西ドイツの判例の中でも明らかに認められており、たとえば連邦行政裁判所はこれを、「自主的もしくは強制的な良心に逆らった行動は、当事者の道徳的人格を侵害もしくは破壊し得る」⁽⁶⁾という趣旨で表現している。そもそも、このように個人の人格を破壊したり、場合によっては個人を死に駆り立てたりしてまで法律に従わせることは、もとより法の欲する所ではないはずであり、また、このような法の強制による個人の良心に対する侵害は、明らかに非同一化の原理に反する。我が国のような、非同一化の原理を柱の一つとする自由主義的法治国家においては、法の強制による良心の侵害・破壊は、極力避けられなければならない。⁽⁷⁾

この法と良心の衝突は、立法者、行政官、裁判官の努力により、ある程度回避できる。⁽⁸⁾ ルーマンは、法と良心の衝

突を事前に回避する方法として、次の三つの策を指摘した。(i)、社会的行動選択の可能性拡張(Alternativstellung)、(ii)、非個人的行為の制度的確立、(iii)、良心の自由による法の強制の回避⁽⁹⁾。

ここで(i)の社会的行動選択の可能性拡張とは、法と良心が衝突する可能性がある場合、そこに事前に他の選択肢を立てることにより良心の危機を回避する方法である。⁽¹⁰⁾たとえば、西ドイツの兵役拒否制度が、事実上兵役と代償奉仕、すなわち一定期間の平和的勤労との二者択一になっているのは、この例の一つである。身近な例としては、良心の立場によって債務の履行が不可能になった場合の損害賠償という手段を挙げることができる。しかしこの方法も、確かに私人間での良心の危機を回避するには有効であり、右の第一例のような法の強制状態においても差し当たりの危機だけは回避できるが、法の強制の他の可能性とは、要するに他の強制状態を作り出すことに他ならず、良心の危機を防ぐ積極的な解決方法とはなり得ない。

次に、(ii)の非個人的行為の制度的確立とは、職業的経済的または社会的組織の一員としての行為など、個人的行為ではない、本来良心の受け持ち外である非個人的行為を社会が認め、その範疇を明確にするべきであるという意味である。⁽¹¹⁾しかし、良心が個人的または社会的責任を負うべき範囲を限定することにより良心の危機を回避しようとするこの方法は、社会に対する要請で、法律以前の問題である。

やはり、個人の良心やひいては人格を保護するために、最も影響力が強く重要なのは、(iii)の、我々の現在の課題である、良心の自由に関する問題であろう。

(三) ところが、良心の自由が行為の領域まで及ぶべきであると解釈した場合、その行為領域での良心の自由と法

の安全性との関係が重要な問題となってくる。この問題は、中世にヨーロッパで法と良心の衝突が問題になり始めて以来、良心のパラドクスという名のもとに、常に争われてきた。⁽¹²⁾

良心のパラドクス、すなわち行為領域における良心の自由の問題は、個人にとって絶対であり最後まで信じられる規範は良心だけであるという主観的個人的側面と、社会の複雑な秩序を維持するためには法に反する個人の良心をすべて受け入れるわけにはいかないという客観的全体的側面との二面性を持っている。良心は個人の社会生活における最終的規範としては、人間の社会生活に必要な秩序を維持できないし、また逆に、法律も社会生活における最終的規範としては、個人の良心や道徳的人格を保障できない。良心の自由の解釈にあたっては、良心のみを尊重しても社会の秩序は保障できないし、法の安全のみを尊重しても個人の人格は保護できない。⁽¹³⁾

このような良心のパラドクスを理論的に解決することは、不可能であろう。良心の自由を法的に解釈する者に与えられた課題は、この良心のパラドクスを前提としながら、その両側面に受け入れられ得る解釈を見つけ出すことにある。⁽¹⁴⁾

(1) 自由主義社会の矛盾に関しては、ベッケンフェルデの次の言葉によく表わされている。「自由主義的世俗的国家は、国家自体が保障することのできない前提の上に成り立っている。これは国家が、自由権のために始めた冒険である。自由主義的国家は、国民に保障される自由が内側から、個人の道徳的本質と社会の均質性によって規律される場合にのみしか存続し得ない。反面、国家は、自由主義をあきらめ、過去の全体主義的な主張をする所まで後退することなしには、このような規律を国の側から法律的強制や権威的命令をもって保障しようとすることはできない」。Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a. M. 1976, S. 60.

(2) 良心の社会的責任に関して、宮沢俊義「憲法Ⅱ（新版）」一六八頁以下。ここで宮沢教授は、良心の、抵抗権発動の基準としての自然法を主観的に解釈ないし適用する役割りを認めている。しかし、問題を良心の側から考えてみると、この自然法を解釈、適用して個人を人格的に自律しようとする良心の働きは、抵抗権を発動せざるを得なくなる以前にも、当然認められ、それによって社会の秩序がある程度維持されている。こう考えると、良心の自由が、個人の良心が法律と衝突して抵抗権を発動せざるを得ない状態に至る以前に、良心を法律との衝突から解くという客観的作業によって抵抗権発動によって生ずる混乱を未然に防ごうとする社会的働きを有することが理解できる。

(3) 阿部照哉・前掲書一三〇頁。非同一化の原理に関して、H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966, S. 178 ff.

(4) Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 55 f.

(5) Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, S. 260.

(6) 西ドイツ連邦行政裁判所判決一九五八年一〇月三日 (BVerwGE, B. 7, S. 242 ff (247 f.))。なお、本文中の表現はポートンビの要約したものである。Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, S. 31 f. 同じような趣旨の判決で代表的なものに、西ドイツ連邦憲法裁判所判決一九六〇年十二月二〇日 (BVerfGE, B. 12, S. 45 ff. (53 ff.)) がある。

(7) ヘッケンフルデ及びそれを受けて阿部教授は、「この法と良心の衝突と非同一化の原理との関係について、次のように述べている。「衝突に際して良心の抑制を断念するのは、国家の解体を意味するのではなく、むしろ国家存立の要件を証明し、正当化するものである」」。Böckenförde, a. a. O., S. 56; 阿部照哉・前掲書一三〇頁。

(8) 宮沢俊義・前掲書一五九頁以下。

(9) Luhmann, a. a. O., S. 273 ff.

(10) Luhmann, a. a. O., S. 273 f. この行動選択の可能性拡張は、個人の良心に反する可能性のある法律を制定する場合に、個人が取り得る選択肢をあらかじめ用意するべきであるという立法者に対する要請であると同時に、良心の危機が問題となっ

ている現実の事例においては、現に存在する選択肢をうまく使って原告被告双方が救済されるような判決を下すべきであるという、裁判官に対する要請でもある。西ドイツの良心の自由に関する学説の中には、ルーマンがこの行動選択の可能性拡張 (Bereitstellung einer Vielzahl der Handlungsalternativen) を主張してから、これを国家権力に義務づけているのが、基本法四条にいう良心の自由の内容であるとすると解釈も生まれている。たとえば、Podlech, a. a. O., S. 35 ff. また、良心の自由の研究に関しては我が国でも著名なショラーも、一九六九年の論文では学説を変更し、従来の解釈に加えて、この行動選択の可能性拡張の国に対する義務づけも、良心の自由の内容の一つであるとする。H. Scholler, *Gewissen, Gesetz und Rechtsstaat*, in: DÖV 1969, S. 526 ff.

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

(12) 良心のパラドクスを指摘したのは、初めて良心と法の衝突の可能性を指摘した、フランスのスコラ哲学者アベラール (P. Abaelard, 一〇七九～一一四一) であったとされる。Podlech, a. a. O., S. 25 ff.

(13) Podlech, a. a. O., S. 25 ff.

(14) Podlech, a. a. O., S. 28.

三 良心の自由に関する従来の解釈

(一) 以上で明らかになったような良心の概念及び良心の自由に関する問題点を踏まえた上で、従来の内外における良心の自由に関する学説を検討してみたい。

現在の学説の大多数は、大きく見て二つに分けることができる。すなわち、一つは、良心の自由を内心における良心の自由と見る説で、もう一つは、良心の自由を良心に従って行動する自由と解する説である。⁽¹⁾

(二) 良心の自由を内心の自由と解する説は、我が国では、言わば通説的な立場となっている。我が国のように、

良心の自由と良心的行為 (西原博史)

憲法が単に良心の自由の保障を規定しているのではなく、「思想及び良心の自由」という形で良心の自由の保障が定められており、一見、良心が思想から切り離せないものであるかのように思われる場合、この説が正しいかのようにも思われるであろう。「思想及び良心」をまとめて保護するためには、両者の最大公約数である個人の内心という点において両者を同化させ、自由の保障の範囲もそこまでに限る必要があるからである。

しかし、憲法が思想と良心を並べて記しているという事実だけでは、思想と良心の不可分性を裏づけることはできない。

それでは、思想と良心は、本当に従来主張されていたように、本質的に密接不可分のものなのであろうか。確かに、この両者の間に境界線を引くことは不可能であろう。心の内面においては、思想と良心は複雑に入り組んでおり、思想や良心が形成されていく過程においても、この両者は相互に影響を及ぼし合っている。

しかし、だからと言っても、思想と良心が本質的に同じものであると言うことはできない。⁽³⁾良心が、個人の道徳的一貫的人格を守る監視機関であり、それが倫理的規範として個人の行為に働きかけていることは、前に見たとおりである。それに対して思想は、常に心の知的作用から生じた理念の体系であり、全く倫理的色彩を有しておらず、また規範となって個人の行為に働きかけることもない。思想はそれ以上に、表現を通じての民主主義の原動力としてや学的・社会的活動の指針としてなどの社会的積極的方向への働きを持っており、思想の本質もこの点に見出されるべきものであろう。もちろん、思想が良心に影響し、思想的信条が良心規範となって個人の行為に働きかけることも可能であるが、このような思想的良心も、良心の一部として考えられるべきである。このように、思想と良心は、言わば

人間の内心における理性的活動の表と裏であって、確かに内心という共通の出発点こそ持ってはいるが、その働きかける方向は全く異なっており、憲法的保護も、それぞれの作用に対応するものが求められている。

良心について言えば、行為規範としての良心の本質に従った、内心における良心の絶対的自由を前提とした上で、法と良心の衝突に際しての良心の保護という、二重の形で憲法的保護が求められているのであり、このような良心の本質的保護は、思想と同じ枠の中では実現できないものであろう。

こう考えてくると、良心と思想とを切り離して、それぞれ独自の保護の対象であると考えることが正当化されるであらう。すなわち、「思想及び良心の自由」は、思想の自由と良心の自由の二つの異なった自由を含んでいると考えられるべきなのである。

そして、このように良心の自由と思想の自由を切り離れた時点において、この両者を内心の自由という点において同化する必要はなくなり、良心の自由を内心の自由と解する説は、その正当性を主張する理由の重要な一部分を失ったと言えるのではなからうか。

この説の残りの正当化理由のうちの柱の一本は、法秩序の安全性であらう。良心の自由を内心の自由に限って認めている場合、国家権力がよほどのことを企まない限り、法律と個人の良心とが対立、衝突する可能性は極めて少なく、法秩序の安全性を保つためには非常に楽である。しかし、ただそれだけの理由では、憲法に明文をもって保障されている良心の自由を、本質から離れた内心の自由のみに制限してもよいことにはならないであらう。内心における良心と、良心に従った対外的行為は不可分であり、それ以上⁽⁴⁾に、良心やそれによって人格（の一貫性）が侵さ

れるのは、主として良心に逆らった行為によってであることは前に見たとおりであるから、良心の自由の憲法的保障が行爲の領域まで及ばなければならないことは、すでに明らかであろう。このような意味で、法秩序の安全性を求める故に良心の自由を内心の自由に制限する説は、前述の良心の自由の二面性の、客観的全体の側面に重きを置き過ぎた考え方であるように思われる。

さらに言うなら、戦前ならばともかく、自由主義憲法である日本国憲法が制定されてから三五年もの月日が流れた今日では、国民感情から考えても、個人の内心が自由であり不可侵であるのは、理の当然と考えられているのではないだろうか。そうであるとなると、内心説を採る限り、憲法一九条の規定は、単に自明の理を確認しただけの、實際上意味のない空文であることを認めなければならないであろう。そして反面、良心に逆らった行為の強制により良心が侵害される現実の可能性を考えた場合、内心説に固執することは、もはや許されないのではないかと思われる。

もっとも、ここで良心の自由を内心における良心の自由に限る解釈に対して批判的な考察を加えてきたが、この内心における良心の自由が良心の自由の一部であることまで否定することはできない。たとえこれが自明の理であるにせよ、良心の自由はすべてこの内心における良心の自由から派生しており、その意味で、内心における良心の自由は、良心の自由の根源となるべきものである。また、たとえ現在では内心の自由が自明の理であっても、将来における国家権力の内心における良心の自由に対する侵害の可能性は否定できない。このように、内心における良心の自由は、良心の自由の中でも核心的位置を依然として占めている。しかし同時に、この内心における良心の自由のみが良心の自由の内容のすべてであるとする解釈が否定されなければならない所まで至ったと思われる今日においては、こ

の内心における良心の自由は、核心的なものではあるが、良心の自由の一部分であるに過ぎない。

(三) 然らば、前に挙げたもう一つの説、良心の自由を良心に従って行動する自由とする説は⁽⁵⁾どうであろうか。この考え方は、西ドイツでは支配的な立場になっていると言える。この、良心の自由を良心的行為の自由と解する説は、良心の自由を一旦、可能な限り拡張した所にその重要な価値があり、また、内心における良心と良心的行為とが、本来不可分の関係にあることを出発点にすると、一見、正当な論理の帰結であるかのようにも思われる。しかし、この考え方をそのまま受け入れると、人間の社会生活に対する法による規制は、そもそも不可能となってしまうであろう。もしこの説が、社会的に受け入れられ得るような制約を認めないとしたら、良心の自由の二面性の主観的個人的側面のみに基づいているとしか言えないであろう。

そこで、西ドイツの通説は、この良心的行為の自由に、理論的な制約を加えようとしている。この段階で、西ドイツの良心的行為説は、大きく見て二つに分けることができる。すなわち、一つは、この良心的行為のうち、不作為に限ってその自由を認め、保障しようとする見解、つまり、良心の自由を良心に反する作為の法律による強制からの自由と解釈する説で、もう一つは、良心的行為一般の自由が作為・不作為にかかわらず保障されるという原則を認めた上で、その良心的行為一般の自由に対する制約を、社会的必要性に従って公共の福祉などによって規定することにより、社会的にも受け入れられ得るようにしようとする解釈⁽⁷⁾である。

ここでは、まず両説の内容を個別的に検討し、それから両説の関係を見ていきたい。

(a) まず、良心の自由を良心的不作為の自由、すなわち良心に反する作為の法律による強制からの自由、国家に対

するそのような強制の禁止と把握する説に関する考察から始めたい。この説の根拠となっているのは、主として良心の自由の二面性から出る二点、すなわち、良心的不作為の自由の絶対的保障の必要性と個人の良心的不作為が社会に与える悪影響や社会的危険の微弱さである。

この二点のうち、良心的不作為の自由の絶対的保障の必要性は、前掲の西ドイツ連邦行政裁判所の表現、「自主的もしくは強制的な良心に逆らった行動は、当事者の道徳的人格を侵害もしくは破壊し得る」という点から出発すれば、当然の結論である。すなわち、法律で強制されることにより、個人が自己の手で自己の良心に反する作為を行なうことを余儀なくされた場合、その個人の良心は、その基盤を破壊され、過去における一貫的人格の監視機関としての機能を根本から否定され、将来へ向けて新たな、その作為を認めて一步後退した一貫的人格の監視機関として再構成されなければならない。⁽⁸⁾このように、良心に反する作為を強制することは、良心に対する直接的な侵害を意味し、この良心に反する作為の法律による強制からの自由が、絶対的保障を必要としていることは明らかであろう。⁽⁹⁾

次に、この説の二つ目の根拠、良心的不作為が社会に与える悪影響の少なさという点について考えてみよう。この説は、当然、個人の作為と不作為の社会に及ぼす影響の相違から出発する。個人の不作為は、社会全体にとって見ると、単なる個人の任務遂行の欠落であり、他の個人によって補充することも可能なはずで、良心的理由のような重大な理由に基づく時は、社会としても受け入れられる。⁽¹⁰⁾それに対し、良心的な作為は、社会に対し何らの悪影響を及ぼすことのない日常的な良心に従った行動から、社会秩序に対して攻撃的な作為、いわゆる良心的確信犯まで広がりを持つており、これを公共の福祉に反するかどうかなどの外在的基準によって区分することは可能であるが、内在的性

質によってこれらの作為を區別することは不可能である。そして、良心的確信犯のように、社会秩序に対する直接の危険まで意味し得る良心的作為は、良心に基づくものであるとは言っても、社会としては無条件で認めるわけにはいかない。⁽¹¹⁾このように、良心的不作為は、良心的作為と比較した場合はもとより、社会秩序の安全性という見地に立つた場合でも、社会的危険となる可能性は極めて少なく、社会として受け入れることも可能なはずであらう。

この良心的不作為の自由を認める説も、その効果という点に関しては、二つに分かれる。すなわち、一つの説は、良心が認められた場合には個人が無条件でその作為の強制から解放されるべきことを主張し、もう一つの説は、たとえ良心が認められて個人が当該作為から解放されたとしても、他の可能な行為によってその穴を埋めなければならぬいと主張する。⁽¹²⁾この両説の根拠となっているのは、両方とも平等の原則である。つまり、前者の根拠は相対的平等で、良心の内容が個人によって異なり、ある義務が一般人にとっては全く良心に反しないものであっても、ある一人にすればそれが良心に反して受け入れることのできないものである場合、その義務を個人の良心の内容を無視して強制することは平等の原則にそもそも反しており、その個人が無条件でその強制から解放されるとしても、平等に反するものではないとする。⁽¹⁴⁾それに対し後者は、絶対的平等の観点に立ち、一般的に果されている義務からある個人が良心的理由によって解放されるのは、平等の例外に過ぎず、他の行為によって補なわれなければ明らかに平等に反すると主張する。⁽¹⁵⁾

ここで、どちらの考え方が論理的に正しいかを判断することはできない。この問題に関しては、どうしたら個人の良心が保護され、同時に社会的秩序が維持できるかという観点から考えなければならぬのである。そしてこの観点

から考えた場合、この二つの説は、単に二つの異なった可能性を指摘しているに過ぎず、個別具体的事例による使い分けが必要であると言⁽¹⁶⁾える。すなわち、国が個人に対して直接ある作為を強制する場合には、代替措置も新たな強制状態となつて良心の積極的保護とはならず、また、義務からの解放によつて生ずる国または社会の利益侵害も微弱なものであるから、その強制が個人の良心に反する時は、原則としてその個人は無条件でその強制から解放されるべきであらう。⁽¹⁷⁾ それに対し、私人間での役割りの中で生ずる良心に反する作為の法による強制（たとえば、良心に反する債務の履行）においては、その作為が良心に反することが確認された場合であっても、他の方法（前例で言うところの損害賠償）によつて責任を取ることからは免れない。何故なら、自己の自由意思で加入した私法上の役割りの世界の中では、行為はすでに非個人的行為の色彩を帯びており、その中で良心の活動は機能的に自ら制限されていて、特定の行為を認めないことはあつても、他の行為によつて最後まで責任を負うことは妨げない。⁽¹⁸⁾ その上、私法上の関係にあつては、相手方当事者の利益保護も忘れてはならないのである。なおここで、良心的不作為の自由の存在を主張する側によつても、良心の危機を回避できる他の可能な行為が見つけられない場合、結局、相手方当事者の利益との比較衡量となり、良心的不作為の自由の絶対性が侵されるが、これは契約関係等における良心の本来の弱さに由来し、また人権の私人間効力の問題でもあり、已むを得ないものである。

このような、良心の自由を良心的不作為の自由と解する説に対し、我が国では、社会的安全性の観点から、いくつかの批判がなされてきた。⁽¹⁹⁾ しかし、この社会的安全性の問題に関しては、このような形での良心の自由が、個人が良心の危機に立たされることにより社会の秩序を破壊するような行為に出ざるを得なくなることとを事前に回避するなど

の、社会的働きも有することを考えなければならない。⁽²⁰⁾たとえば、田中耕太郎裁判官は、扶養の義務の例を掲げてこの説を批判したが、⁽²¹⁾ここで扶養義務が良心に反すると主張する扶養義務者に被扶養者を押しつけることが、必ずしも被扶養者の幸福につながらず、逆に被扶養者の将来における肉体的精神的権利侵害につながるであろうことを考えると、扶養義務者がその義務が良心に反すると申し立てた時点で、彼をその義務から解放してやることが、結局扶養者、被扶養者双方の権利保護につながるのではなからうか（もちろん、ここで代わりの扶養者が探し求められなければならない）。

以上の考察で明らかになったとおり、この良心的不作為の自由、良心に反する作為の法律による強制からの自由という意味での良心の自由を主張する説は、前述のような良心の概念を前提とした場合には、良心の自由の二面性に一応公正なものと言えよう。すなわち、この説を認めれば、主観的個人的側面から見ても、個人の良心は一応の所まで保護できるし、客観的全体的側面から見ても、社会的秩序の維持にそれほど支障はきたさないであろう。

(b) 次に、前に挙げたもう一つの説、公共の福祉の範囲内で良心的行為一般の自由を認めようとする説⁽²²⁾について考察してみたい。

この説の根拠となっているのは、内心における良心と良心的行為の不可分性、すなわち良心的行為が制限されることが内面的良心の侵害につながる点、及び、非同一化の原理である。自由な人格の展開を個人に保障することが国家存立の要件となっている、非同一化の原理に基づく現代自由主義国家においては、良心に反する行為（作為・不作為）が強制されないことが保障されなければならず、良心的行為に制約を加えることによって個人の良心を侵害する

ことは許されないはずである。⁽²³⁾

しかしながら、社会にとつての直接の危険まで意味し得る良心的確信犯の問題などまで含む良心的行為の自由は、人間の社会的生活を不可能としないためにも、絶対的な保障を求めることはできない。そこで、個人の内面的良心をできる限り維持しながらも社会の秩序が保たれるような、良心的行為の自由に対する制約の合理的基準が問題となる。

その場合西ドイツでは、この良心的行為の自由に対する合理的制約基準として、いわゆる公共の福祉よりも狭い概念を導入しようとする傾向が見られる。たとえばベッケンフェルデは、この制約基準として、「現代国家の基本的究極的目的が直接脅かされる所」という基準を主張し、その具体例として、「国内の平穩、国家の存立と対外的安全、個人の生命と自由の確保、無条件に保護されなければならない個人の諸權利」を挙げている。⁽²⁴⁾しかしこの基準は、現実の具体的事例に適用する際には再度の解釈を必要としており、最終的には我が国で公共の福祉による制限を認めた場合と同じであろう。また、ボイムリンは、良心に高い価値を認めた上での法益衡量を主張するが、これも最終的には公共の福祉との間に差を生ぜしめるものではないであろう。このように、西ドイツで探し求められている、良心的行為の自由に対する合理的制約基準も、結局我が国で言う公共の福祉と本質的には異ならない所に帰結している（もつとも、ここで言う「公共の福祉」による制限は、良心的行為の自由よりも公共性が優位に立つことの確認ではなく、この問題が内在している制約を公共的社会的観点から見てこの語を使つたに過ぎない。その内容については後述する）。

この公共の福祉の範囲内での良心的行為の自由を認める説の最大の問題点は、良心的不作為に關しても公共の福祉による制約が加えられることになり、侵害が直接に内面的良心に対する侵害を意味するが故に絶対的保障の対象であるべき良心的不作為の自由の保障が弱められ、個人の良心を保護するのには十分と言えなくなる点である。

(c) ここで、良心的不作為説と良心的行為説のそれぞれの問題点に關する解決策を探すために、両説の關係について考えてみたい。

良心的行為説を採る立場からは、当然、良心的不作為の自由も認められている。それも、良心的不作為の自由を、良心的行為の自由の保障の中心的な所に位置づけようとする傾向が見られる。⁽²⁶⁾これは、良心的不作為の自由の絶対的保障の必要性から論理的必然として現れているばかりではなく、実際の具体的事例の大部分が、良心的兵役拒否の問題に代表される良心的不作為に關するものであるという現実にも裏付けられている。しかし、だからと言って、良心的不作為説が主張するように、良心的行為の公共の福祉の範囲内での自由を良心の自由の範疇から除外してもよいのであろうか。確かに一般的に言つて、良心的行為の制限が良心に与える影響は、良心的不作為の制限、すなわち作為の強制と比較した場合、より間接的である。しかし、良心的行為に対する制約が内面的良心の侵害を意味し得ることで否定することはできず、良心的行為の自由も、公共の福祉の範囲内という条件こそつくが、良心の自由の一部として憲法的保障を必要としている。しかしまた、良心的不作為の自由に公共の福祉による制限が加えられることを避けようとする良心的不作為説の主張も、十分な根拠を持っている。

このような理論的対立は、どのような調和が図られるべきであらうか。この問題に關しては、見た目より簡単な解

決が可能なように思われる。この両説を詳しく検討すると、個人の良心の十分な保障という共通の目的がその根底に潜んでおり、相手説への反論も、その目的が十分に達せないことを理由としていることが明らかにになる。このような共通の目的を持った両説は、相互に対立するものとしてではなく、相互に補い合うものとして把握されることが可能であろう。すなわち、個人の良心の憲法的保護の徹底という目的の達成を求めるならば、両説をとくに認め、その上で良心的行為を社会的危険性に従って良心的不作為と良心的作為とに分け、良心的不作為の自由の絶対的保障及び良心的作為の自由の公共の福祉の範囲内での保障が求められるべきであろう。

- (1) たとえば、宮沢俊義「憲法Ⅱ（新版）」三三八頁、宮沢俊義著・芦部信喜補「全訂日本国憲法」一三五頁、法学協会「註解日本国憲法(上)」二九七頁以下、佐藤功「日本国憲法概説」一五四頁以下、小林直樹「新版憲法講義上」三六一頁以下、など。現在の信条説においても、良心の自由の保障が内心における良心の自由の保障に留まる点においては、内心説と差のないものと思われる。なお、我が国の通説においても、いわゆる沈黙の自由が認められている。これは、厳密に言えばすでに内心でなく、外部的行為の領域に入るものかも知れないが、内心における良心の自由の「内容と理解し、この章では言及せずに次章に譲った。西ドイツでこの内心における良心の自由のみ認める説に」R. Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4, Rdn. 45; Scholler, Die Freiheit des Gewissens, Berlin 1958, S. 131 ff. なおショラーは「その後学説を改め」行動選択可能性拡張などにより、良心の自由の保障が行為の領域まで及ぶべきことを認めた。Scholler, Gewissen, Gesetz und Rechtsstaat, in: DÖV 1969, S. 526 ff.

- (2) 前掲一注(17)。

- (3) この点に関する指摘に、高橋正己「憲法における『Freedom of conscience』」法曹時報四卷三号一一六頁。

- (4) 前掲西ドイツ連邦憲法裁判所判決 (BVerfGE, 12, 45 ff (53ff)) 及び西ドイツの学説の多くはこの点から出発する。たと

それ、Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: VVDStRL, Heft 28 (1970), S. 51 f.; R. Bäuml, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: VVDStRL, Heft 28 (1970), S. 16; R. Herzog, Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung, in: DVBl 1969, S. 719.

- (5) 以下で詳しく分類していくが、西ドイツの学説で良心の自由に良心に従った行為の自由というニュアンスを認める説の主なものに、K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Karlsruhe 1980, S. 158; Böckenförde, a. a. O., S. 45ff; Bäuml, a. a. O., S. 15ff; Herzog, a. a. O., S. 719 ff; A. Arndt, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, in: NJW 1966, S. 2204 ff. 我が国に於いてこの説を採るものに、阿部照哉・前掲書一二八頁以下。このような解釈の可能性を指摘するものに、笹川紀勝「憲法講義の基本的人権（有斐閣大学双書）」八一頁。

- (6) Arndt, a. a. O., S. 2205 ff. など。理解のしかたはこれと少し異なるがルーマンの結論にもこの要素が見られる。Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in: AoR, 90 (1965), S. 276 f.
- (7) Böckenförde, a. a. O., S. 53 ff; Bäuml, a. a. O., S. 16 ff; Herzog, a. a. O., S. 720 ff.
- (8) Luhmann, a. a. O., S. 267 ff.
- (9) Arndt, a. a. O., S. 2205 f.
- (10) Luhmann, a. a. O., S. 282 f.
- (11) Luhmann, a. a. O., S. 282; Arndt, a. a. O., S. 2205.
- (12) Arndt, a. a. O., S. 2205.
- (13) Böckenförde, a. a. O., S. 61 f.
- (14) Arndt, a. a. O., S. 2205.
- (15) Böckenförde, a. a. O., S. 61 f.
- (16) Luhmann, a. a. O., S. 281 f.

良心の自由と良心的行為（西原博史）

- (17) Luhmann, a. a. O., S. 282.
- (18) Luhmann, a. a. O., S. 281 f.
- (19) この批判の中で最も問題となるのは、「およそ世俗の政府は認め難いという固い信念から納税を拒否する」ことが認められるかという例を掲げての佐藤幸治教授の批判である。佐藤幸治・前掲書三三五頁。ここでまず問題となるのは、納税という作為が果して良心に反するもの、すなわち一貫的人格を破壊するものかどうかである。多くの場合、納税の強制が個人の人格を破壊することは少なく、また、このような信念も、良心ではなく思想のカテゴリーに入るであろう。仮にこの主張が良心に基づくものと認められた場合でも、この納税の義務は、本来無条件で解放されるべき公法上の義務の唯一の例外ととらえられるべきであろう。そもそもこの問題においては、その納税を拒否する者も、世俗的政府の下で利益を得ており、他人の税金で作られた公共設備を利用しているような現実まで否定はできない。この意味で納税の義務は、生来的な役割りの世界の中での行為の強制であり、非個人的行為の一つといえ、個人の良心の範囲外にあるものであろう。
- (20) Luhmann, a. a. O., S. 270 f., 279 f. ルーマンは、「この良心の自由の社会的働きからこの問題にアプローチして、行動選択可能性拡張を主とする解釈に至っている」。
- (21) 後述の謝罪広告請求事件に関する最高裁判所大法廷判決（昭和三十一年七月四日、民集一〇巻七号七八五頁以下）の田中耕太郎裁判官補足意見。「〔法の強制にいやいや従うことを良心への侵害と見るなら〕確信犯人の処罰もできなくなるし、本来道徳に由来する義務（たとえば扶養の義務）はもちろんのこと、他のあらゆる債務の履行も強制できなくなる」。確信犯の問題については後述する。
- (22) たとえば、Böckenförde, a. a. O., S. 45 ff.; Bäumlin, a. a. O., S. 16 ff.; Herzog, a. a. O., S. 720 ff.
- (23) Böckenförde, a. a. O., S. 55 f.; Herzog, a. a. O., S. 719.
- (24) Böckenförde, a. a. O., S. 59 ff. 我が国においては阿部照哉・前掲書一三〇頁。
- (25) Bäumlin, a. a. O., S. 16 ff.
- (26) Böckenförde, a. a. O., S. 61.

四 良心の自由の内容

(一) 前章までの考察の結果から、良心の自由の内容として、内心における良心の自由及び良心的行為の自由の二者が浮かび上がり、後者、良心的行為の自由に関しては、それを良心的不作為の自由と良心的作為の自由に分け、前者を絶対的保障の対象とし、後者が公共の福祉の範囲内で保障せられるべきことが明らかになった。以下、これら良心の自由の内容を、個別的に詳しく見ていきたい。

(二) まず、内心における良心の自由は、我が国においては、従来通説の認めてきたところである。⁽¹⁾ この内心における良心の自由の具体的保障内容としては、従来、良心的立場を理由とする法的差別の禁止と、沈黙の自由の二点が主張されてきた。

良心的立場を理由とする法的差別の禁止は、内心における良心が自由であることから、直接派生してくる。すなわち、良心が内心において自由であるということは、要するに個人がいかなる内容をもった良心を持つかは個人の自由であることの確認であり、その良心を理由として個人が法律により不利益を被りまたは利益を得るということは、あり得べからざることである。さらに憲法一四条で信条による差別の禁止が重ねて規定してあることから明らかなように、良心の内容や良心的立場を理由とする法的差別は、これを設けることが許されない。

先に挙げた二点のうち後者、沈黙の自由については、その概念について混乱があるように思われる。⁽²⁾ この沈黙の自由という概念を広義に用い、言いたくないことを言わない自由と理解するなら、それは表現の自由の一内容に留ま

り、良心の自由とは何ら関係のないものであろう。良心の自由との関連において問題となるのは、自己の良心の内容が明らかになるような証言等を強制されることからの自由、このような強制の禁止という意味での、狭義の沈黙の自由である。この狭義の沈黙の自由は、個人の内心における良心が自由である以上、国がその内容等を関知してはならず、その表明を強制することは許されないという、プライバシーの最も深い根源として理解されるものであろう。そして、広義の沈黙の自由のうち良心の事由に基づくもの、たとえば良心に反することを理由としての証言の拒否などは、良心的不作為の自由の一つ、すなわち、良心に反する証言という作為を強制されることからの自由、として理解されるべきなのではなからうか。

さらに、内心における良心が自由であるためには、大きく見て言うならば、良心の内容が強制されたり制限されたりしないことが保障される必要がある。⁽³⁾ 個人がいかなる内容の良心を持とうとも、それは国家の関知すべきところではなく、国が特定の倫理的観念を国民が持つべき良心の内容として押しつけたり、個人の良心の内容の一部もしくは全体を国が外部からそれが良心であることを否定したりすることは、許されないことである。この意味から言うと、自民党の一部で主張された、規格化されたいいわゆる「愛国心」の国民に対する押しつけは、それがもし国政として行なわれるようになった場合には、憲法に反すると言わなければならないであらう。

この点と関連して問題となるのは、良心形成の自由である。⁽⁴⁾ 良心が自由に形成されることは、良心が正しく働くこととのそもその前提なのであるから、この良心形成の自由も、内心における良心の自由の一部であることは明らかであらう。すなわち、個人の良心の形成を国が制限したり妨害したりすることは、許されないことである。たとえば道

徳教育においても、それが戦前の「修身」のように全体主義や、または特定の思想・宗教等に同一化された国の価値観を押しつけるような形で行なわれ、またそれにより他の倫理的価値観の正常な発展が妨害されたりする場合には、良心形成の自由の侵害となり、また良心の内容の強制にもあたり、憲法違反となる可能性も出てくる。

以上の、良心の内容を理由とする差別の禁止、狭義の沈黙の自由、良心の内容の制限及び強制の禁止、良心形成の自由、などの内容をもった内心における良心の自由は、絶対的保障の対象である。憲法一九条の趣旨から見ても、法は個人の内心に介入できないというそもその原則から見ても、この内心における良心の自由が他の法律や公共の福祉によって制限されることは許され⁽⁵⁾ない。

(三) しかし、前から述べているように、この内心における良心の自由のみをもって憲法一九条にいう良心の自由の内容であると言うことはできない。次に、良心的行為の自由について見ていきたい。

一般的に良心的行為の自由と言った場合に、二通りの理解が可能であり、この二通りの良心的行為の自由は、それぞれ類型化され得ると思われる。すなわち、一つは、良心に従ってならばどのような行為をなすことも自由であるという、積極的な意味での良心的行為の自由であり、もう一つは、国が個人に対して行為を強制する場合に、その行為が個人の良心に反しており、その個人の良心を侵害するような時には、国は、その個人の内面的良心を保護するために、そのような強制をしてはならないという、消極的な意味での良心的行為の自由である。確かに、前者も良心の自由から派生することは否定できない。しかし、憲法一九条の良心が不可侵であることの規定は、あくまでも個人の内面的良心の保護を目的としており、その保護法益も個人の内面的良心であって、良心的行為の一般的自由ではないこ

とを考えると、前者、積極の意味での良心的行為の自由は、憲法一九条の良心の自由の保障の範囲外にあり、憲法一三条の人格的自律権（自己決定権）のもとに争われるべき問題であると言わなければならない。このような意味から、良心の自由の内容たる良心的行為の自由は、後者、消極の意味での良心的行為の自由である。⁽⁶⁾

（四） まず、良心的不作為の自由であるが、国が法律によって個人に対し良心に反する作為を命令した場合にも、個人は良心の自由によって保護されており、この強制を拒否する権利を有する。このような場合に個人は、法廷において、どのような理由でその作為が良心に反し、どのような形で人格を侵害するかなどの点を主張することにより、その作為が良心に反しており、人格が破壊されることを論理的に証明しなくてはならない。そして、その作為が当事者の良心に反することが確認されたら、当事者はその作為の強制から解放されなければならないのである。

ここで、良心の自由の濫用を防ぐためには、良心は前に規定した範囲に限られ、人格に直接影響を及ぼすことのない意思や欲望などは、良心からはつきり切り離される必要がある。その場合に、ある主張がその個人の良心に基づくものであるか否かの認定は、外部からは非常に困難なものである。しかし、このような主張が個人により一応の論理性をもって立証された以上それが良心に基づくものであるという原則的推定をなしても、良心の自由という問題の性質上、それほど社会秩序を乱すものではないであろう。その上に、良心の概念を前述のように、個人の一貫の人格を守るための個人にとっては絶対的な規範的効力を持つ内的監視機関と規定した場合には、その主張が良心から出ているものかどうかにつき、当事者の良心の徹底さや人格の一貫性などの要素を通じて、ある程度客観的に証明や判断されることが可能であろう。⁽⁷⁾ ただし、良心の認定にあたっては、良心が個人に対してのみ規範的効力を持つ個人的なも

のであるが故に、社会通念上の良心の内容などというものを、認定における参考資料としてはならないことに注意を要する。

この良心に反する作為の法による強制からの個人の解放において判断されるのは、ある法律が憲法の他の条文に反したり、内心における良心の自由や思想の自由を侵害する場合と異なり、原則としては、個々の個人に対する当該強制からの解放であって、その法律の違憲性にはかわりがないものである。すなわち、ここで判断されるのは、その法律の当該状況下における当該個人に対する当該強制の違憲性に過ぎず、その意味では、このような違憲判決は、極めて限定された意味での個別的効力しか持ち得ず、その法律の効力などに何らの影響を及ぼすものではない（適用違憲）。しかし、この問題に関する判断であっても、たとえば国が勝手に決めた道徳的行為などと称する行為を個人の良心を全く無視して個人に強制する場合（これは、良心の内容の強制として、内心における良心の自由のもとに争われることも可能であろう）などにおいては、その法律の一般的な違憲性が判断され、立法府によるその法律の改廃が要請されると考えるべきであろう。このように、良心的不作為の自由に関する判決の効力には、問題となっている強制から個人が解放されるに留まりその法律の違憲性が問題にならない原則的な場合と、その法律の一般的な違憲性が問題となる例外的な場合との、二通りの可能性がある。

このような、良心に反する作為の強制からの解放という意味での良心的不作為の自由の効果にも、前述のように、二通りの効果がある。すなわち、国が直接個人に対して作為を強制する場合、それが個人の良心に反する時にはその個人は無条件でその義務から解放されるべきであり、それに対し、私人間での役割りの中で生じる良心に反する作為

の法による強制においては、個人はその作為の強制から解放されるのみであって、選択可能な他の方法によって相手方の利益を回復することから免れることはできない。

ここで、この良心的不作為の自由に関して、判例に即して考えてみたい。

ここで言うような良心的不作為の自由に関して最高裁判所で争われるに至った唯一の事件は、謝罪広告の強制に関するものであった。⁽⁸⁾この件について最高裁判所大法廷は、単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するにとどまる程度のものであれば、それを判決によって命じて、良心の自由に反しないとの判断を下した。しかし、この判決においては、「良心」というものがあたかも一般的普遍的なものであるかのごとく取り扱われており、良心の個別的な性格、すなわち良心の内容やその規範的効力などは個人によってそれぞれ異なる点が忘れ去られていた。そして、この命令が、告人の良心に反していたことは、上告理由の趣旨から見ても明らかであったであろう。このような場合には、上告人はその良心に反する行為の強制から解放されるべきではなかったかと思われる。ただし、この問題はそもそも人間の間接行為の救済に関するものであるから、上告人が謝罪広告の強制から解放されたとしても、救済策は他の方法に探し求められなければならないであろう。

これとは異なり、実際には良心の自由のもとには争われなかったが、良心的不作為の自由の問題であったとも考えられる事件に、取材源の秘匿に関するものがある。⁽⁹⁾この事件は、裁判所において証言を求められた新聞記者が、取材源を秘匿するために証言を拒否したもので、実際は表現の自由のもとに争われた。この事件に関しては、上告人がその証言が良心に反するとの主張をしていないため、彼の良心の内容等を知ることのできない他人としては何も言えな

いところであるが、もし仮にその証言が彼の良心に反しており、その旨の主張がなされたとしたら、この事件は良心的不作為の典型的な事例となり、上告人の証言義務からの無条件の解放がなされるべきだったであろう。

(五) 最後に、公共の福祉の範囲内で保障されるべき良心的作為の自由について考えてみたい。ここで言う良心的作為の自由は、前述のように、消極の意味での良心的行為の自由の一部としての良心的作為の自由、すなわち、良心に反する不作為の法による強制からの自由である。不作為の強制には一般的禁止も含まれるから、たとえば作為の良心的確信犯の問題についても、その犯罪を犯さないという不作為が良心に反し、その不作為の強制がその個人の内面的良心の侵害となり、人格を破壊するような場合、公共の福祉の範囲内で、個人はこのような不作為の強制から解放されるべきであろう（具体的に言うとは、このような場合には有責任性が阻却されるべきである）。このような不作為の強制は刑罰法規に限らず多様な形において存在し、そのような強制と良心の衝突は、作為の事前事後にさまざまな形で問題になり得ると思われる。

この良心的作為の自由の問題に関しても、裁判所における個人の良心の認定、強制から解放されることの効果の私法的問題か公法的問題かによる差異、及びそのような判決の憲法的効力などの点については、良心的不作為の自由と同じ法理があてはまるであろう。

ここで主として問題になるのは、このような良心的作為の自由の限界としての、公共の福祉についてである。この公共の福祉は、あくまでも良心的作為の自由に内在する社会的限界を公共的秩序維持の観点から見て言ったものに過ぎない。その意味でここに言う公共の福祉は、精神的自由権の行為領域における問題で必要最小限度の制約を受ける

ものとしての共通点を持つ表現の自由の制約基準としてのそれと、同じようなものと言えよう。このような公共の福祉の細かい内容としては、一つに、いわゆる「明白かつ現在の危険」の原則が採用されるべきであろう。良心的作為の自由が個人の良心を侵害し人格を破壊してまで制限され、不作為の強制が個人の良心より優越することが正当化されるためには、少なくとも、その作為により具体的な他者もしくは社会の利益に対する現実の侵害がすでに発生し、または発生することが明らかであることを要する。さらに、このような良心的作為の自由に対する制約が正当化されるためには、いわゆる比較衡量のテストが行なわれ、不作為を強制することによって得られる利益が、良心的作為の自由を認めることにより達成できる利益（個人の良心・人格、及びその作為の間接的動機となる価値が他にも存在する場合（¹⁰）はそれらの価値）に優位することが確認されなければならない。もちろんこの比較衡量が、個人の良心及び良心的作為の自由の意義を十分に認識した上でなされなければならないことは、言うまでもない。しかし、このような原則的内容をもった公共の福祉も、そのみによつては明快かつ客観的な制約基準を示すことはできず、この良心的作為の自由の限界については、右のような原則に従つて、具体的事例の中で個別的に考察されなければならない。

（六）以上の考察から明らかになつたように、個人の良心の保護を目的とする良心の自由の内容は、内心における良心の自由に限られるべきではなく、法と良心の衝突に際しての良心の保護としての消極的意味での良心的行為の自由まで含まなければならない。そしてこの良心的行為の自由のうち、良心的作為の自由は社会的最低限度の制約の範囲内で、良心的不作為の自由は絶対的に、保障されるべきなのである。

- (1) たとえば、宮沢俊義「憲法Ⅱ(新版)」三三七頁以下、法学協会「註解日本国憲法(Ⅱ)」三九九頁以下、佐藤功「日本国憲法概説」一五五頁以下、佐藤幸治「憲法」三三四頁以下、小林直樹「(新版)憲法講義上」三六一頁以下その他。
- (2) この点に関して、佐藤幸治・前掲書三三四頁。
- (3) 佐藤幸治・前掲書三三四頁、「註解」四〇〇頁。
- (4) この点に関する指摘に Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.
- (5) 佐藤功・前掲書一五六頁、「註解」四〇〇頁、その他。
- (6) Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 63 f.
- (7) Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, S. 284.
- (8) 謝罪広告請求事件に関する最高裁判所大法廷判決昭和三十一年七月四日民集一〇卷七号七八五頁以下。
- (9) 取材源秘匿事件に関する最高裁判所大法廷判決昭和二十七年八月六日刑集六卷八号九七頁以下。
- (10) Bäumlin, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 22 f.