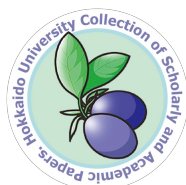




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	抵抗権
Author(s)	沈, 在宇; SHIM, Zai-Woo; 鈴木, 敬夫//訳 他
Citation	北大法学論集, 44(6), 441-468
Issue Date	1994-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15568
Type	departmental bulletin paper
File Information	44(6)_p441-468.pdf



抵抗権

I 序言

II 法治国家憲法の構成原理としての抵抗権

III 抵抗権の類型と抵抗状況

(1) 反対権としての抵抗権

(2) 憲法守護権としての抵抗権

(3) 人権としての抵抗権

IV 抵抗権の組織化と規範化の限界

沈 在 宇

(Shim Zai-woo)

鈴木敬夫 訳

V 抵抗権の正当化根拠と抵抗権論

- (1) 孟子の抵抗権論（易姓革命論）
- (2) Milton の抵抗権論
- (3) Locke の抵抗権論
- (4) Rousseau の抵抗権論

VI 結語

I 序言

「ある国民およびある時代が、自由というものをどう考えるか、それが最初の問いである。いつ、どのような理由で、彼らの支配者を暴力的な支配者だとして「暴君」と呼ぶのか……そして、この時、国民たちはその暴君についていかなる形態の抵抗を知っているかということが、つぎの問いである。これに対する答えは、いわば、ある一国民の政治意識の水準を明らかにする。……すなわち、ある一国民またはある国家内において、暴政と暴君概念がどれだけ活性化されているかによって、その国民が自由と与える価値とその国民の自由一般に対する観念が明らかにされる。」¹⁾

この引用文は、一九三六年ライプツヒヒ大学に提出された中世後期の暴君殺害論に関する博士学位論文の一節である。この句節は、二〇世紀末に東欧圏で起こった共産独裁主義（体制）の崩壊過程をあたかも予言したもののようである。東欧で起きた一連の事態は、自由のために共産党一党独裁に対する国民の抵抗権の発動にほかならないからである。ルーマニアのチャウセスクは、暴君殺害として処刑され、他の国家ではいわゆる共産党書記長らはすべてその座を追われてしまった。共産党打倒という自由を叫ぶ示威の波は全天地をおおい、この国民的な抵抗によつて共産党独裁体制は解体され、自由民主主体制または社会民主主体制への転換がなし遂げられようとしている。人類史上、抵抗を通じてなされたこの自由の革命は、フランス革命につぐ

大革命として評価されるにちがいない。この時点で、我われはこの偉大な革命を可能にした抵抗権の意義と機能を学問的にさらに考察する必要がある。『国民による抵抗は決して反乱ではない』とする Sidney の言葉を想起しつつ、我われは抵抗権の正当化根拠を法哲学的に確認して、その憲法的構成原理を法治国家観と照らし合わせてみることにしよう。

Ⅱ 法治国家憲法の構成原理としての抵抗権

抵抗権は、法治国家憲法を争取、維持、回復する手段として法治国家憲法の構成原理を成している。抵抗権は、まだ法治国家憲法が設けられていないところではそれを争取するための手段として、法治国家憲法が争取されているところでは、その維持手段として、また法治国家憲法が暴君によって失われたところでは、これを再び回復するための手段として援用される憲法の制度である。

現代の法治国家概念は単純に法として組織され、法として治める形式的法治国家を意味するのではなく、法の内容と法の価値に拘束される実質的法治国家を意味する。すなわち、人間の

尊厳と価値、そして人権を尊重し保護することをその目的とする法治国家をいう。したがって現代の自由民主主義法治国家憲法は、国家権力をこのような法内容と法価値をもって拘束している。このために現代の法治国家は、憲法上さまざまな制度を設けている。権力分立制度、憲法裁判制度、弾劾制度、議会制度、選挙制度、司法権の独立、多数党制度、言論、出版、集会、結社の自由、表現、批判、反対、示威の自由などの保障がそれである。このような憲法上の制度は、国家権力の濫用を防止するためのものとして、いわゆる『制度化された抵抗権』の機能をする。憲法上の制度がまだ準備されていないか、または準備されていても憲法的現実としてその規範力が發揮されていない場合は、『制度化されていない抵抗権』は援用できない。Kegel は、制度化された抵抗権を『憲法的抵抗』(intrakonstitutioneller Widerstand) といひ、制度化されていない抵抗権を『憲法外的抵抗権』(extrakonstitutioneller Widerstand) とよんで(2)いる。

憲法政策的な面からみると、最小限四段階にわたって援用できる抵抗権としてみることができる。

- (1) 法として国家権力を制限する法治国家原則一般 (Rechtsstaatsprinzip überhaupt)

- (2) 憲法破壊の前段階で法治国家憲法を維持するために行使されるすべての抗議と示威、批判と反対 (Opposition)
- (3) 憲法破壊の進行段階で法治国家を守護するために行使される憲法守護権 (Verfassungsschutzrecht)
- (4) 憲法破壊後に法治国家憲法を回復するために行使される抵抗権 (Widerstandsrecht)

このように四段階にわたって、つぎつぎと行使される抵抗権の機能と目標は同じものである。すなわち、法治国家憲法を維持、守護、回復することにある。ただし、前二者は憲法内的抵抗権または制度化された抵抗権であり、後二者は憲法外的抵抗権または制度化されていない抵抗権である。この両者は相互補完的な力学関係におかれている。すなわち、憲法内的抵抗権が機能を正しく發揮している限り、憲法外的抵抗権は作用する余地はなく、逆に前者の抵抗権の機能が弱くないし喪失すれば、後者の抵抗権は強化され、または発動される。両者の関係は、あたかもシーソーのような力学関係におかれている。Kägi は、この点についてつぎのように述べている。「抵抗権と法治国家は、相互に力学的な原則のもとにおかれている。法治国家の水位が下があれば、抵抗権の水位は上がる。憲法内的抵抗権が機能を失えば、憲法外的抵抗権を呼び込むことになる。この法則が

このように作用しない場合には、奴隷状態への道が開かれることになる。⁽³⁾」

このように憲法外的抵抗権も憲法内的抵抗権と同様に、法治国家憲法の構成要素をなしている。すなわち、それは憲法破壊に対処する憲法守護ないし憲法回復手段として、法治国家憲法の内在的構成原理である。

註

- (1) Friedrich Schönewald, Der Tyrannenmord im Spätmittelalter. Studien zur Geschichte des Tyrannenbegriffs und der Tyrannenmordtheorie insbesondere in Frankreich. Neue Deutsche Forschungen, Abteilung Mittelalterliche Geschichte, Bd. 6 (Berlin), 1938, S. 26.
- (2) W. Kägi, Probleme des Rechtsstaates, in: Universitas, 1947, S. 911.
- (3) W. Kägi, a. a. O., S. 911.

Ⅲ 抵抗権の類型と抵抗状況

- (1) 反対権としての抵抗権

法治国家は、憲法において言論、出版、集会、結社、示威の

自由を認めており、このような自由を通じて、国民は国政を批判、抗議、糾弾、反対することができる。このように、憲法で保障された民主主義的政治的自由権を行使することによって、国家権力の濫用を防止でき、その誤用が是正される。したがって、これは予防的抵抗権ということができよう。この予防的抵抗権は法治国家の抵抗権を前提に、その憲法で保障された基本権を行使するものであるから、憲法内的抵抗権に属する。これは、おもに全面罷業や暴力的闘争形態をとって現われる場合があるにしても、あくまでも民主国家における「反対権としての抵抗権」にすぎない。これと、憲法外的抵抗権は明白に区別されるべきでない。なぜならば、合法的暴力と非合法的暴力の区別がここで問題とされているからである。「反対権としての抵抗権」は、憲法上許された合法的な暴力行為であり、既存秩序の合法性と正統性を否認することなく、むしろ、その現存憲法秩序の保障のもとで、その現存憲法秩序の維持のために行われるものであり、決してそれを否認したり、あるいは破壊するために行使されるものではない。したがって、法治国家憲法内で保障された批判的示威権や反対権を行使しながら、抵抗権を援用するということは、法的には正当化されず自己矛盾である。

る。

Neidert は、この点について、説得力をもって指摘している。「法治国家内での合法的な反対権と、不法国家に対抗する正当化された抵抗権を混同してはならない。前者は、正常な基本権の批判的行使であり、後者は、人権と市民権への侵害が極端な場合に、これを防御する最後の手段として援用されるものである。反対権は、それ自身が合法的であり、正常な法的保護によって保障されているものである。しかし、抵抗権それ自体に対する特殊な正当化根拠を除けば、非合法的な自殺行為であり、法律に違反するものである。国家権力を監視し統制するオンプズマンの機能は、合法的な反対権の正常な法的保護制度である。このような反対権を抵抗権と同一視するのは、不法国家の極端な状況を法治国家の中に引き込む結果を招くことになる」⁽⁴⁾。

このように、両者の概念を混同することは望ましいことではない。なぜならば、その混同によって、不法国家の非正常な状況を法治国家の中に引き込み、抵抗権の行使を日常化させてしまえば、正常な状況において、暴力が乱舞するという無政府状態が出現する恐れがあるだけではなく、非民主的な体制転覆をもくろむ革命分子らによって、法治国家憲法それ自体を破壊する愚行を犯してしまうからである。「法治国家内における抵抗

「権」は、「不法国家内における反対権」と同じように、矛盾する概念である。不法国家において現実的に反対権が許容されることがあり得ないように、法治国家内では抵抗権が許容されないのである。

それにもかかわらず、抵抗権の発動をこのように不法国家内に局限した場合は、およそその実効性が期待されないという理由から、それを法治国家内に引き込むことを期待する人びとも少なくない。⁽⁵⁾

すなわち、いったん独裁政権が確立され、弾圧がはじまった場合には、いかなる国民であつても、その体制を抵抗をもつて排除できる可能性は少なくなる。したがつて、もつとも効果的な抵抗は、独裁政権が確立される以前に行わなければならないということである。このような警告は根拠があるものと思われる。独裁政権が確立され、抵抗することがすでに事実上不可能になるまで、なぜ待たなければならないのか。それは「lockeの言葉を借りると「国民がまず奴隷になった後、彼らの自由のために闘争するよう命ずるのと同様なもので、また彼らを鎖でつないでにおいて自由に行動するように命ずるのと同じである。」⁽⁶⁾したがつて、独裁政権が確立する前に、このような状態に至らないように日常的に(alltäglich)、小さな(klein)、部分的な

(Barzel)抵抗が行われることが必要である。というのである。不法国家において、成功の可能性がほとんど見えない抵抗権よりも、法治国家内におけるこの予防的抵抗の方がいかに効果的で、また必要なものであるか、我われもよく知っている。しかし、それは批判権や反対権の行使であつて、抵抗権の行使ではない。むしろ、抵抗権と反対権の関係をみる場合、抵抗権は、反対し批判する自由のないところで、そのような自由を得るために闘争するものであるが、反対権は、そのような自由があるところで、そうした自由を行使することによって抵抗状態が現われないように予防する機能をもっているものである。反対と批判が許されない全体主義国家は、つねに抵抗状況下にあるが、それが許容される自由な民主主義国家は、けつして抵抗状況下におかれることはなく、正確にいえば、反対状況と批判状況下のみおかれているのである。反対と批判ができるところでは、あえて抵抗する必要がないからである。

(2) 憲法守護権としての抵抗権

ドイツ憲法二〇条四項は、「憲法守護権としての抵抗権」を規定している。すなわち、「この秩序(自由民主主義憲法秩序)を排除しようと試みるすべての者について、他に救済手段が不

可能な場合に、すべてのドイツ国民は抵抗する権利をもつ」。

この抵抗権は、クーデターや革命による篡奪に対応する抵抗権に他ならず、その目的は自由民主主義の憲法秩序を守護するところにある。この憲法守護権ないし憲法緊急救済権としての抵抗権は、暴力に対抗する抵抗権ではない。クーデターや革命によって国家権力の作用が排除されている権力真空状態が、ここにおける抵抗状況とされているからである。この場合、抵抗しようとする国民はけつして自己の人権や市民権を防御するために抵抗するのではなく、国家緊急権(Saatsnotrecht)に該当する抵抗権を行使するためである。⁽⁷⁾憲法体制を篡奪から守護する責任は、本来、国家にあるもので、国民にあるものではないからである。いかなる国家憲法も、自己の存立を否認するような革命に対して、無防備状態のままでいることはできない。国家は自己の存立のため緊急権をもっているが、それが不意の奇襲によって、このような緊急権を行使できないような場合、国家に代って国民が憲法守護の緊急援助に出てくるよう呼びかけることが第二〇条四項の趣旨である。⁽⁸⁾

したがって、この時の抵抗は特異である。すなわち、反対権と同じように法治国家内に位置するものでもなく、本来の意味での抵抗権と同様に不法国家に位置するものでもなく、この両者の

中間に位置する。なぜならば、法治国家憲法は、そのような状態において、憲法の機能が完全に麻痺したとはいっても、まだ不法国家憲法が確立されたというわけではないからである。

クーデターや革命が成功しても失敗しても、いったん無政府状態が克服され、新しい政府が生ずると、その抵抗状態は終わるのである。しかし、この新しい政府が不法国家として入ってくるとすれば、暴政に対する抵抗状況がふたたび現われることになる。暴政に対抗する抵抗権と篡奪に対処する抵抗権は、このように他の対象を前提にしている。前者の保護法益は直接的に人間の基本権(Grundrecht)であるが、後者のそれは間接的で、その人間の基本権を保護する基本秩序(Grundordnung)である。その基本秩序を排除する憲法破壊行為に対処することが憲法守護権ないし憲法緊急権としての抵抗権である。⁽⁹⁾

憲法守護権としての抵抗権は、既存の憲法秩序を守護するためのものであって、その本質からみて保守的(Konservierend)なものである。Stadczekはこの点をつぎのように説明している。「(憲法守護権としての)抵抗権は、憲法上、革命のように既存の法秩序に対する攻撃へ向けられるのではなく、その防御に向けられるものである。抵抗のモラルは、憲法体制の連続性の破壊、実質の意味での法破壊、すなわち、正当な憲法状態

の死滅を防止することにある。したがって、このモラルは保守的である。抵抗において既存の憲法状態との関係は肯定的である。それゆえ、抵抗は憲法を破壊するのではなく、極端的な緊急状況⁽⁹⁾下でその憲法を守護するための最後の手段としてなされる。あらゆる権利のなかの権利 (Recht aller Rechte) である。⁽¹⁰⁾ この点において、また暴政に対抗する抵抗権が、その本質からみて革命的であるのとは対照的である。

(3) 人権としての抵抗権

フランスの人権宣言の第二条から、我われは人権としての抵抗権を見いだすことができる。「すべての政治的結合の目的は、生来的で、不可譲の人権を保護するところにある。それは、自由権と所有権と安全権、そして圧政に対する抵抗権である。⁽¹¹⁾」ここでは、圧政に対する抵抗権を人権として宣言している。正確にいえば、「人権を保護するための人権」をいっているのである。このことをドイツのブレーメン (Bremen) 憲法第十九条は「憲法において確定された人権が憲法に反して公権力によって侵害されたときは、各人は当然に抵抗する権利と義務を有する」と表現しているのである。⁽¹²⁾

この人権としての抵抗権は、憲法守護権としての抵抗権とは

異なる。憲法守護権としての抵抗権は、国家の客観的な憲法秩序に対する攻撃に対応するものであるが、人権としての抵抗権は人間の主観的な権利に対する侵害に対応する防御手段である。それゆえ「人権を保護するための人権」といわれているのである。

元来、人権の保護責任は国家の法秩序にあるものであるが、その保護膜である法秩序が国家権力の濫用によって破壊されてしまったならば、人間は自らその保護責任をとらなければならない。それが人権としての抵抗権となつて現われるのである。このような抵抗権は、法秩序が人権の保護膜としての役割を果たしている法治国家では行使される余地はなく、法秩序による保護が完全に脱落してしまった不法国家 (Unrechtsstaat) においてのみ生ずる場所を見つけることができるのである。Schneiderによれば、「抵抗権が生ずる場所は、ただ不法国家だけであつて、その不法国家は、人間の実質的な基本価値である自由、平等、社会的責任を尊重しない国家を意味し、従つて、このような実質的な価値を保護するために備わっているすべての形式的な責任原則などが、その意味を失つてしまった国家を意味する。⁽¹³⁾」このような立場と同様に、ドイツ憲法裁判所の判決においても、抵抗権の行使は不法国家を前提にしており、そ

れは実質的な人間の基本価値が憲法的に保障され、すなわち、その人間の価値を保障するために援用できるすべての形式的な手段がまったく作用しないか、存在しないことによって、その人間の価値が直接的に国家の恣意的な権力に委ねられている場合をいう。⁽¹⁴⁾

国家権力によって、人間の尊厳と人間の基本権としての人權が直接的に侵害されるこのような状況を、学者は「限界状況」(Grenzsituation; Grenzfall)ともいい、時には「極端的な非常状況」(äußerster Notfall)ともよび、ある場合は「明白な不法状況」(Fall von offenkundigen Unrecht)ともいつている。⁽¹⁵⁾このような状況が、いわばこの抵抗権で問題にされている「抵抗状況」である。すなわち、ここにおける抵抗状況とは、形式的には法治国家憲法の機能が完全に排除されたところで、そして実質的には、人間の尊厳と価値である人權が侵害されるところで発見されるものである。法治国家憲法の保護壁が崩れた状態のもとで、直接的に国家権力にさらされるのは、まさに人間の尊厳と権利にかならず、これを保護するため不法国家に対抗して法治国家憲法を奪取するために闘争を展開することになる。そのような権利のための闘争を、我われは「人權としての抵抗権」といい、それはすでに一七八九年の『フランス人權宣言』第二条に

明文化されているものである。

人權としての抵抗権は、その対象に不法国家を前提としており、不法国家から出発しているため、その性質は革命的(=revolutionar)でしかありえない。それは憲法守護権と同様に、法治国家を守護、保存することを目的としているものではなく、不法国家に挑戦し、その体制を崩壊させ、新たに法治国家憲法を奪取する方向を指向しているからである。Wenglerは、この点についてつぎのように述べている。「(人權としての)抵抗権が要求されるのは、それは必然的に不法を排除し、新しい法を創造するため既存の法秩序の効力を排除する革命的な作用にほかならない」。⁽¹⁶⁾また、Beckも「全体主義国家における抵抗は、合憲的秩序の維持に貢献するものではなく、その変革を試みるものであって、したがって革命になる以外にはない」といつている。⁽¹⁷⁾

しかし、この革命的抵抗権は、必ずしも革命の概念と一致するものではない。換言すれば、すべての革命は、この革命的抵抗権によって正当化されるものではないということである。憲法の領域で既存秩序の全面的な破壊行為が革命であるか、それとも抵抗であるかを見わける確実な判断尺度が従来なかったため、歴史上は、抵抗権の行使を革命としての落印を押す場合も

あれば、実はその反対に、革命として行なわれた国家転覆の成功を、抵抗権の行使として賛美した場合もみられた。⁽²⁰⁾形式的に現われる現象からみた場合は、抵抗と革命は既存秩序を否認するという点で共通点をもっている。しかし、その内容を見ると、両者はそうした形式上の共通点にもかかわらず、おのおの異なる前提と目標を指向していることがわかる。革命は、そればイデオロギー的に条件づけられているにせよ、たんに権力政治的な動機であるにせよ、国家権力を握るために「権力闘争」(Machtkampf)がその本質をなしているが、抵抗権は国家権力の濫用を牽制するための「法闘争」(Rechtskampf)に関係している。そして、両者はともに暴力を使用するが、革命は権力を把握するための攻撃的な暴力行為であるのに対して、抵抗権は国家権力の濫用に対する防御的な暴力作用である。⁽²¹⁾したがって、抵抗は国家権力側からの攻撃を前提としてのみ考えられるのに対して、革命はそのような前提をもっていない。抵抗においては、国家権力による人権に対する弾圧と非人間的暴政ないし虐政に対する防御手段としての法的闘争が問題にされているため、この闘争によって奪い取られるべき秩序は、けっして革命と同じような何等かのイデオロギーによって、位置づけられた社会秩序ではなく、そうしたイデオロギー批判的な基礎に立脚した人

間社会の基本秩序、すなわち、人間の尊厳と人権が尊重され、保護される人間らしい社会秩序である。法のための正当な闘争としての抵抗は、*sub specie*が適切に指摘したとおり「イデオロギーとは無関係な、なんら私心のない中立的な政治的行為」⁽²²⁾である。

このような観点で見ると、革命的抵抗権は、時には革命と衝突する反革命にもなり得る。いわば、革命によって新たに確立されたある憲法体制が、人権を尊重することのないファッショ(体制)や独裁体制である場合、革命的抵抗権は、この体制に挑戦してさらに革命をしなければならないという課題をになうことになる。

しかし、革命と抵抗権はともに非合法的な暴力をもって既存体制に挑戦するものであるため、実証主義時代には、両者ともに法破壊とみなされ、その正当性が否認されていたのである。

一九世紀以後、法実証主義が支配した時代の形式的な法治国家観は、抵抗権を法と国家の本質に反するものとして理解していた。すなわち、抵抗権は法治国家の概念と矛盾するものであり、それは法治国家では永遠に去ってしまったものと断定されていた。O. v. Gierke, G. Jellinek, K. Wolzendorf などは、この点をつぎのようにいっている。国家は、人間共同体における最高の

権力である。それは自分自身の上に立ついかなる他の権力からも演繹されない最高の支配権力である。この国家は、権力の行使において自らの法規範に拘束されている。すなわち、支配権力は法の内に立っているものである。支配権力の作用は、もっぱら法秩序の範囲内においてのみ展開される。そのような国家が法治国家 (Rechtsstaat) である。したがって、現代の国家はこれを超えた抵抗権というものを認めない。なぜならば、抵抗権というものは、国家の支配権力の維持を法的に放棄することという意味するものであり、それは自己の本質を自ら放棄するものであって、法論理上あり得ないからである。国家権力に挑戦し、それを完全に破滅させてしまうような権利を承認することとは、国家の実体と構造を侵害することを承認するのと同じである。しかし、そのようなことはあり得ない。したがって、現代国家では法論理上、抵抗権が生ずる余地はなく、それは永遠に去ってしまったのである。⁽²³⁾このように一九世紀における形式的な法治国家観は、抵抗権の存在性と必要性を法論理的に否定できると信じていたのである。しかし、それは幻にすぎなかった。

法実証主義が悪法概念を認めることができなかったように、権力実証主義は悪魔的国家権威も承認しなければならな

った。なぜならば、このような形式主義的で権威主義的である法律観と国家観は、国家の任務を人間価値を尊重し保護する手段と見ることなく、たんに自然状態を克服して平和状態を維持するにすぎぬものと見たからである。⁽²⁴⁾したがって、そのような国家観では、国家の目的を人間の目的より優先させ、国家の権威を人間の尊重より優先させるほかなかった。その結果、国家の権力は最高の権力として、国民によって侵害され得ない絶対的な権威をもつものとして把握され、これに挑戦することは国家自体を破壊する反国家的な行為と認識されたのである。このような実証主義的思考によると、いかなる暴力的実力行使が革命であるのか、抵抗であるのかは何の意味ももたない。それらは、すべて法破壊行為にほかならず、したがって合法化されるものではない。しかし、他面、成功した革命は非合法的でないものに擬制されるばかりか、むしろ正当化されることまでもあり得る。なぜならば、成功した革命者は、最高の国家権力を所持することになり、事実の規範力 (normative Kraft des Faktischen) によって、主権者として新たな法秩序を創設し、それを実現させるからである。⁽²⁵⁾このような観点からみれば、革命と抵抗権は、それが成功するか否かによって区別される。抵抗が成功すれば革命になり、もちろん、それ自体としては非合法的

であるが、事実の規範力によって正当化され、その抵抗が成功し得ない場合は、それは反乱や反逆になってしまふからである。だが、このような区別は正しくはない。抵抗権の行使は、人権を保護するための人権の行使として、それが成功したか失敗したかによって評価が異なるものではない。それは、あたかも正当防衛が失敗した場合であっても、法的意味で正当防衛権としての評価が否定されないのと同じである。両者の区別は、むしろ、その正当化根拠にあるといえよう。両者はともに非合法的な実力行使ではあるが、抵抗権は、その正当化根拠を超実定的法、すなわち自然法に見いだす。しかし、革命はそうした根拠をもっていない。一七八九年のフランス革命は、*la révolution*「革命」に該当するものではなく、「革命的抵抗権」が成功した場合である。アンシャンレジームを打倒したフランス革命の法的正当化根拠は、自由と平等と人道主義をその理念とする近世の啓蒙的自然法である。それはフランスの人権宣言で実定化されており、その革命を可能にした「革命的抵抗権」を、第一条において「人権」として宣言したのである。我われの観点からすれば、革命と抵抗権の区別は明白である。人間の尊厳と人権を侵害する不法国家を排除しようとする試みは、それが成功しようとして失敗しようと抵抗権の行使にはかならず、その反対に、

人間の尊厳と人権を尊重し、保護する法治国家を排除しようとする試みは、革命であり反乱であって、反逆なのである。

註

- (4) R. Neidert, Renaissance des Widerstandsrechts? in: Neue Politische Literatur. 14. Jg. 1969, S. 248.
- (5) A. Kaufmann, Einleitung, in: Widerstandsrecht, hrsg. von A. Kaufmann, 1972, S. XI ff.; M. Pribilla, Deutsche Schicksalstragen, 2. Aufl., 1950, S. 290, 312; F. Bauer, Ungehorsam und Widerstand in Geschichte und Gegenwart, in: Vorgänge, 1968, S. 292; E. Weniger, Gehorsamspflicht und Widerstandsrecht in der Demokratie, in: Die Sammlung, 1952, S. 419; E. Jung, Gedanken zum Widerstandsrecht, in: Aus der Schule der Diplomatie, 1965, S. 476.
- (6) J. Locke, Two Treatises of Government, by Peter Laslett, 2. edition, 1967, II. chap. 19, § 220, p. 429.
- (7) Vgl. J. Isensee, Das Legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S. 37, 69, 88.
- (8) Vgl. F. v. Peter, Bemerkungen zum Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG, in: DoV. 1968, S. 719, 721; K. Doehring, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes und

- das überpositive Recht, in: Der Staat, Bd. 8, 1969, S. 431 ; H. Schneider, Widerstand im Rechtsstaat. 1969, S. 13, 17.
- (9) Vgl., J. Isensee, a. a.O., S. 52 ; H. Schneider, a. a. O., S. 13.
- (10) H. Sladeczek, Zum konstitutionellen Problem des Widerstandes, in: ARSP, Bd. 53, 1957, S. 370.
- (11) 一七九三年のフランス憲法第三三條も抵抗権は人権として記されている。"Art. 33. La resistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme".
- (12) ナイム・ケルリハ憲法第三三條三項も同じ内容を記述している。"Art. 23 III. Werden die in der Verfassung festgelegten Grundrechte offensichtlich verletzt, ist jedermann zum Widerstand berechtigt".
- (13) P. Schneider, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, in: AoR, Bd. 89, 1964, S. 17f.
- (14) Vgl., BVerfGE 5, S. 376.
- (15) G. Stratenwerth, Das Widerstandsrecht im freiheitlichen Rechtsstaat, in: Reformatio, 14. Jg., 1965, S. 22f.; W. Kägi, a. a. O., S. 911.
- (16) C. Schmitt, Verfassungslehre, 3. Aufl., 1957, S. 164 ; H. Sladeczek, a. a. O., S. 376.
- (17) BVerfGE 5, S. 377.
- (18) E. Wenier, Gehorsamspflicht und Widerstandsrecht in der Demokratie, in: Die Sammlung, 7. Jg., 1952, S. 421.
- (19) H. J. Reh, Kommentar zu Art. 146 und Art. 147 der Hessischen Verfassung, in: Zinn-Stein, Verfassung des Landes Hessen, 1963, S. 6.
- (20) W. Geiger, Gewissen, Ideologie, Widerstand, Nonkonformismus, 1963, S. 103.
- (21) J. Messner, Das Naturrecht, 4. Aufl., 1960, S. 696 f.; C. Brinkmann, Soziologische Theorie der Revolution, 1948, S. 8 ; P. Schneider, Revolution, in: Evangelisches Staatslexikon, 1966, Sp. 1969.
- (22) H. Sladeczek, a. a. O., S. 371.
- (23) Vgl., O. v. Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts, 1915, S. 96f., 107; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., (Neudruck), 1959, S. 489; K. Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen die rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, 1961(Neudruck), S. 461f.
- (24) Vgl., W. Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 57f.
- (25) 事実の規範力説に関しては、Vgl., G. Jellinek, a. a. O., S. 337ff.

IV 抵抗権の組織化と規範化の限界

憲法外的抵抗権は、法的領域を離れたところで初めて始まるものであって、その行使は法的に統制が不可能である。そこは力と力がぶつかり合う自然状態の世界であり、法的に規律された法状態の世界ではない。それゆえ、我われは、国家権力の濫用を防止する最後の手段として抵抗権の必要性を認めながらも、その行使が無統制性であるために、その正当性が否認されることをすでに Kant から見いだしている。Kant によると、二つの種類の自然状態がある。一つは不正義の自然状態(status injustus)で、もう一つは無法の自然状態(status justus vacuus)である。彼が抵抗権を否認したのは、まさにこの後者の無政府自然状態からであった。すなわち、「暴力に対する抵抗」より「暴力を通じた抵抗」をその理由にしている。彼はつぎのように述べている。「国民の権利が侵害された。その暴君を除去することとは不法ではない。この点について疑問の余地はない。しかし、そのような方式をもって国民が彼らの権利を求めることは、臣下の位置からすれば、ひどい不法である」⁽²⁶⁾。「なぜなら、このような国民の抵抗権を（格率を受け入れるなら）すべての法的憲

法は不安定になり、すべての法が最小限の効力でさえもつことのできない完全に無法の自然状態をもたらすからである」⁽²⁷⁾。Kant が抵抗権を否認したことは、暴君による弾圧よりも、これに抵抗するさいに生ずる無政府状態をもっと恐れたからである。T. Aquinas も Kant と同じ観点から抵抗権を否認している。「国民の多数が暴政によって受ける害悪より、もっと大きな苦痛と害悪を、その抵抗の渦巻きの中で受けるであろうから、暴政に対しては無秩序に攻撃をしてはならない」⁽²⁸⁾。

まさにこのような観点から、そうした抵抗権の行使を一定の秩序のもとで行ない得る方法はないものか、ということが抵抗権の組織化と規範化の問題として登場するようになったのである。まず、憲法史的にみた場合、抵抗権が憲法上の制度としてしだいに転化することを見つけるのは難しくはない。すべての法治国家的・民主主義的制度、たとえば、基本権保障制度、権力分立制度、行政裁判または憲法裁判制度、憲法訴願制度、国民投票制度、多数政党制度、議会制度などは、数世紀にわたる政治闘争を通じて確立され、制度化された抵抗権の形態である。このような抵抗権の憲法史的発展は、報復的抵抗権(repressiver Widerstand)から予防的抵抗権(präventiver Widerstand)に転化していく過程を現わしており、それは、すなわち、暴力

の法手続化を意味するものである。換言すれば、法手続で転化された憲法上の制度は、組織化された法的に秩序づけられた抵抗権以外のなものでもない。前国家的な抵抗権を、このように国家的な憲法制度に転化させることは可能であるだけではなく、とくに Condorcet、Fichte らは、そうした試みを積極的に行なったのである。⁽²⁹⁾

しかし、このような組織化と規範化には、限界があることを見過してはならない。そのような組織化と規範化は、憲法上の法的な支配ができる限界内でのみ意味があるからである。憲法的に統制不可能な領域は、憲法的に組織化できない。纂奪に対応する憲法守護権としての抵抗権や、暴政に対応する人権としての抵抗権は、憲法外的抵抗権の行使として組織化の限界外においてある。Wolzdorff が「現代の立憲国家は、抵抗権を一切彼の法体系内に吸収してしまったので、抵抗権の存在可能性は完全に排除された。すなわち、抵抗権は永遠に消え去ってしまったのである。したがって、抵抗権の法的基礎は現代立憲国家においては、⁽³⁰⁾もっぱら抵抗権のむこうにある国家の組織化可能性の限界が認識できなかつたのである。抵抗権のむこうにある国家組織はすでに制度化された抵抗権 (institutionalisierter Widerstand) として憲法的制度であり、それ自体抵抗権ではな

いからである。抵抗権の行使それ自体は、その性質上組織化することができないばかりではなく、もし組織化し得るとしても無意味である。なぜなら、抵抗状況下においては、憲法の規範的統制力は排除されているからである。規範的統制力を喪失した空間を法的に組織化することは、まるで不可能なことを可能にしようと試みることと同様に、無謀であり無意味である。抵抗権の組織化可能性の限界は、まさに抵抗権の規範化可能性の限界を描いてくれている。今日、現代国家の憲法のなかには、抵抗権の条文をおき明文化している場合があるが、それは単にすべての国民は抵抗状況のもとで抵抗権を行使できるということを宣言しているにすぎず、抵抗自体をいかにすべきであるかを教えてくれるものではない。抵抗状況を誰が判断し、抵抗の方法はどのようなものであつて、抵抗はいつから始めて、いつ終わるのかを詳しく法的に規律した憲法は、未だかつてどこにも見つけられていない。それは、けつして偶然ではない。なぜなら、それは自然状態であるからである。自然状態自体を法で規律するということは自己矛盾である。したがって、憲法に抵抗権の条文をおくことは、たんに宣言的意味をもつだけであつて、抵抗行為を直接規律する構成的な意味をもつものではない。⁽³¹⁾我われは憲法のなかに抵抗権の条文を設けることはできる。し

かし、憲法を通じて、それを組織化し規範化することは不可能である。⁽³²⁾この点は、Bluntschliの言葉によく表われている。「力と力が向い合っているところでは、憲法の現実には麻痺されている。憲法はこの極端な場合を見逃しはしないが、そうであるからといって、それを詳しく規範化することもできない。憲法はこのような極端な場合をできる限り減らし、またこのような場合の自然的危険性をできる限り減少しようと努力するだけである。しかし、そのような緊急事態が起き、規範によって統制できない自然力が支配するような時は、憲法もその支配力の限界に至っているのである。この場合は、もっぱらより高い倫理法則だけが精神的な力を發揮することができ、その精神的な力だけが暴力の上に位してその暴力を緩和させ審判することができるものである。⁽³³⁾これは抵抗権の規範化に限界があることをよく認識させてくれている。

実定憲法の作用が終わるところに初めて新たに起こる抵抗権を、法規範で実定化するということは、それ自体矛盾である。

憲法の規範力のためだけではなく、抵抗権のためにも、規範化できる領域と規範化できない領域とが明白に分かれていることは、むしろ望ましく、そのようにすることによって、抵抗権の領域を憲法的に実効性があるように作れるのである。Krüger

のつぎの言葉は、このような事情をよく伝えている。「抵抗自体を憲法内へ引き入れて構成化することはできない。それは憲法のためだけではなく、抵抗のためでもそうである。抵抗がその道徳的価値やその正当化の可能性を喪失しないために、その基本的な特性を維持すべきである。抵抗は、その本質上、道徳的な人格が究極的に良心の強制において源泉的に決起することである。そのような抵抗の性質は、それを制度化したり、規範化することを許容するものではない。道徳的な人格の最後の固有な決断としての抵抗は、それが立つべき位置を必然的に憲法と法律と国家の外にしかもっていない⁽³⁴⁾。」このように、抵抗権が立起すべき場所が法律と国家の領域のなかにおかれず、その外におかれるものであるとすれば、それは実定法ではない自然法の世界や国家倫理のもとで起きるに相違ない。

註

(26) I. Kant, Zum ewigen Frieden, in: Kant-Werke, Bd. 9 (Ausgabe der wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Darmstadt 1968), S.245.

(27) I. Kant, Über den Gemeinspruch, in: Kant-Werke, Bd. 9, S. 158.

- (28) T. Aquinas, *summa theologiae*, II. 2 qu. 42 a. 2, S. 109 (Deutsche lateinische Ausgabe von der Albertus-Magnus-Akademie Waltherberg bei Köln, Br. 17B, 1966).
- (29) Vgl. K. Wolzendorff, a. a. O., S. 390ff.; J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Philosophische Bibliothek Bd. 256), 1960, S. 266ff.
- (30) K. Wolzendorff, a. a. O., S. 401, 462, 491, 513, 534.
- (31) J. Isensee, a. a. O., S. 105.
- (32) J. Isensee, a. a. O., S. 98; E. Weniger, a. a. O., S. 421; W. Geiger, a. a. O., S. 114; K. Doehring, a. a. O., S. 439.
- (33) J. K. Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, B. II, 6. Aufl., 1965 (Neudruck), S. 689.
- (34) H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, S. 948.

V 抵抗権の正当化根拠と抵抗権論

- (1) 孟子の抵抗権論（易姓革命論）
人類史上、抵抗権論を最初に展開した者は、おそらく孟子であろう。彼の抵抗権論（いわゆる易姓革命論）は、民主主義王

道主義にもとづいた国家倫理に根拠するものである。民主主義というのは、国家の権力が人民から生まれ、また人民のため行使されるべきであるとするもので、王道主義は先王之道に従って仁政と徳治を行なうことをいう。国家哲学的にみると、前者は統治権獲得の倫理的な正当化根拠であり、後者は統治権行使の倫理的な正当化根拠である。

孟子は「人民がもっとも重要で、土地と神と穀物の神である社稷はこれに次ぎ、君主はもっとも軽い」⁽³⁵⁾という。このように孟子が人民をもっとも大切な位置においたことは、彼の道徳的人間観に由来するもので、国家は人間の道徳的本性（仁、義、礼、智）を尊重し保護するものであるとすることによる。人間価値の実現が国家の目的となっており、その目的を遂行するための手段が君主である。それゆえ「民為貴、社稷次元、君為軽」（民を貴しとなす、社稷これに次ぎ、君を軽しとなす）といったのである。

孟子における統治権者は天子であり、その天子は天命を受けて統治権を獲得する。これは形式的には王権天授説ということができるが、実質的には王権民授説である。なぜなら、民が天の代わりに王を受け入れるからである。この点について孟子は、彼の弟子萬章との問答でつぎのようにいっている。「萬章が尋

ねた。「堯帝が天下を舜に与えられたという。そういうことは事実ですか。」孟子が答えた。「違う。天子は天下を他人に与えることはできない。」「萬章がまた尋ねた。「それでは舜が支配していた天下は、誰が与えたのですか。」「天が与えたのである……昔むかし、堯帝が天に推薦されたとき、天がこれを受け入れ、舜を民衆の前に公に紹介し、人民がこれを受け入れたのである。」⁽³⁶⁾この対話からわかるように、天子が天命を受けることは民意によって決定される。すなわち、天は無言でただ人民を通して語るだけである。したがって民意は天意であり、天心である。それゆえ、天子の統治権は、名目上天から与えられているが、実質的には人民から与えられるものである。このように孟子における支配者の統治権は、人民から生ずるもので、それは今日の民主主義における国民主権論に当たるものである。天子の得天下が天命の代わりに民意によって行なわれるものであるとすると、天子の先天下も天命の代わりに民意によって決定されるということは、当然の論理的帰結である。国民が抵抗権を通じた易姓革命の主体になり得る根拠は、誠にこのような民主主義にもとづいているからである。

つぎに、孟子における統治権行使の論理的な正当化は王道主義にある。王道主義とは先王之道に従う仁政と徳治を指す。す

なわち「道徳をもって仁政を行なう者が王者である。」反対に、「権力をもって暴政を行なう者が覇者である。」王道では人民は政治の目的になっているが、覇道では逆に人民が政治の手段に転落している。孟子はつぎのように述べている。「実力を持ち仁義の名を借りて征伐を行なうものは、諸侯の覇者となることができる。覇者と称せられるには、必ず国力の強大に依存する。道徳的な力を持ち仁義を行なうものは、天下を帰服させ、王者となることができる。このような王者は必ずしも強大な国家を基礎とするものではない。殷の湯王はわずかに七十里四方の国に拠り、周の文王はわずか百里四方の国に拠り、ともに仁政を行なつて天下を帰服させた。実力をもって人を服従させるものは、心から人を服従させることはできぬ。対抗するだけの力が不足しているから、止むを得ず服従しているだけである。道徳的な感化力によって人を服従させれば、人びとは心から悦んで誠意をもって服従する。」⁽³⁷⁾このように孟子における統治権行使の論理的正当化は、仁政と徳治による王道主義にある。反面、覇者主義は、権力と武力をもって統治することにあるので論理的に正当化することはできない。したがって、ここで天命を変える革命が問題になるのは、孟子の国家観にとって当然の成り行きである。孟子は、治者が王道による仁政を行なわず、覇道

による暴政と虐政を行なうようなことがあれば、それを除去すべきことを教えているのである。その除去の方法には二つあり、一つは「主君に大過失があったとする。諫言申し上げ、いくら繰り返して申し上げても聞きとどけられないときは、主君の退位を行なう」という⁽³⁸⁾。二つには暴君を殺害することである。「齊

国の宣王が孟子に尋ねた。「殷の湯王は、夏王朝の桀王を放逐して天下を取り、周の武王は、殷王期の紂王を討伐して天下を取ったという。それは歴史上の事実なのですか。孟子は答えた。「そういうことが語り伝えられてはいる。」それなら臣下として君主を殺したてまつることは、是認されているのですか。」

孟子は答えた。「仁の徳を破壊する人を賊といい、正義を破壊する人を残という。残・賊の罪を犯した人はもはや君主ではなく、一夫、つまり一人なる一人の民となつてしまふ。私は武王が一夫の紂を討ち殺したと聞いているが、君主である紂を殺してしまつたとは聞いていない。」⁽³⁹⁾

孟子のこうした易姓革命論は、統治者が自分の権力を濫用して暴政や虐政を行なえば、彼はすでに王ではなく、普通の匹夫にすぎない者になっているのであるから、彼を除去したり、殺害することは、反逆にならないということである。この易姓革命思想は、非人道的な統治をする暴君を易位し、殺害する抵抗

権を正当化しているのである。もし仁政を通じて、人間価値を尊重すべきことが国家の道德性の要請に根拠しているものであれば、孟子における抵抗権は、国家倫理に根拠しているものであるということが分かる。

(2) Milton の抵抗権論

イギリスの有名な抵抗権論者 J. Milton は、彼の著書「The Tenure of Kings and Magistrates (1648 / 9)」において、「すべての人間は神の像であり、生まれながらにして自由であり、すべての創造物の上に立つ特権により、服従するためではなく、命令するために生まれてきたものである」と述べている。⁽⁴⁰⁾このように、人間は自由権と支配権をもつて生まれたという人間学的根本前提が、彼の国家哲学と抵抗権論の出発点をなしている。Hobbes と同様に、Milton もまた国家の発生に関する彼の説明において、「自然状態における人間は、(アダムの堕落を原因として人間は)自分たちの間で悪事、暴力を行なうまでに墮落した結果、こうした悪の道は自分たちすべての破壊に至ることを予見し、相互の侵害を互いに規制するため盟約を結び、この盟約を破ったり、反対したりする者に対し、一致して互いを守るよう同意したのである。こうして、都市、町および国家が生ま

れた⁽⁴¹⁾」とする。社会契約を通じた国家の発生はこのような人々の間の平和な共存可能性、すなわち、自己保存の必要性から生まれたものである。

Milton は、国家発生に続いて政府を構成し、統治権を発生させる根拠について、つぎのように述べている。「安寧と秩序のため、また自分にだけ都合のよい判事とならないため、人間は知恵と高潔さにおいて、他にまさる一人あるいは彼と同等同質である複数の人びとに、人間各人に、またすべての人に、本来的かつ生得的に存する自衛と自己保全の権威と力を、委託・派生的に手渡したのであり、前者が王と呼ばれ、後者が首長と呼ばれるものである⁽⁴²⁾」。こうしてみると、彼らが移譲されたいわゆる統治権、すなわち、国家権力というものは、じつは、自然状態において各個人がもっていた自己防衛権と自己保存権以外のなにものでもない。それゆえ、支配者の統治権は、その本質上、法に従って人間を保護すること以外に他に目的をもつことができない。そこで、彼は続けていう。「なぜ一人の人が権利によって、自分と同じ自由な人びとの上に立って権威を行使できるのか、ということをよく考える人にとっては、先に述べた目的以外のことは考えられないのである⁽⁴³⁾」。

こうして Milton は、そのような移譲された国家権力が本来

の目的とは異なる目的のために濫用される危険がつけねにあることを認めて、つぎのように述べている。「この試練から人びとはいかなる人にも権力を委ねることの危険を知り、自分たちを治めるよう選んだ人の権威を制限する法を、全員による制定が同意だけによるかはともかく、考えだしたのである。それゆえ、権力濫用の支配はもはや許されず、人間の過ちや弱点から可能⁽⁴⁴⁾なかぎり離れている法と理性がそれにかわることになるのである」。

Milton のこうした「法の支配」の思想は、彼の国家論の最初的前提、つまり人間は自由に生まれ、服従のためではなく、支配のために生まれてきたという命題を、国家生活の現実においても実現させるためである。すなわち、人間は国民として国家の中においても自由な存在で残り得るために、支配者の法律への拘束を厳しく要請するものである⁽⁴⁵⁾。

このような法律への拘束から離れて、恣意ではじめる者が「暴君」(Tyrant)である。そして、彼は暴君をつぎのように定義する。「暴君とは、法も公共の利益も無視して、ただ自分の徒党のためにのみ支配する者である⁽⁴⁶⁾」という。暴君の権力は、無制限に大きく、その程度と限界を知らない。その結果、そのような制限のない無限定の権力は、不正義と弾圧、殺人と拷問、

強奪と抑圧などをもって国民を苦しめ、国を地獄死させてしまう。よい正義の王が幸福と善をもたらしてくれるのと同様に、暴君は災怨と不幸をもたらすものである。正義の王が国父であるならば、暴君は国の公敵である。古来、このような国の公敵を王位から引き下し、殺害することを正当かつ不可欠なことであるとみなすことは、決して驚くべきことではない。⁽⁴⁷⁾ここでMiltonに、人間の自由権の他にもう一つの普遍的な国民の権利として、暴君に対する抵抗権が存在すべきである必然性を聞いてみよう。支配者が暴君に代わって人間の自由を抑圧し、その尊厳を剥奪するような場合、「為政者の支配は、本源のかつ生得的に自分の利益のためではなく、人民に対するみずからの權威を保有している以上、人民は最善と考える場合はいつでも、生得的自由人が有する自らの判断によつて、王を選ぶことも拒否することもできるし、任につかせることも、またたとえ暴君でなくても王廢位を行なうこともすべてできる。」⁽⁴⁸⁾Miltonは、「ここでは私人による暴君殺害を考えているのではなく、公的機関によつて裁判を経たのち処刑することを考えているのである。その例として、一六四九年、国王カール1世が市民の自由と宗教の自由を弾圧したとして、議会において死刑の宣告を受け、処刑されたことを想起させている。⁽⁴⁹⁾

(3) Locke の抵抗権論

Lockeは、彼の著書“Two Treatises of Government (1690)”において、社会契約にもつづいた抵抗権論を論理整然と展開した。彼の理論は、他の社会契約論者らとは少し異なっており、自然状態を「理性の自然法が支配する完全な自由と平等の状態」と仮定する。なぜならば、「理性は、すべての人は生命、身体、自由、財産を他人から侵害されてはならないことを教えている」⁽⁵⁰⁾からである。言いかえれば、理性的自然法はすべての人に対し、他人の自由を尊重することを義務づけている。というのである。しかし、自然状態においては、この自然法の効力を保障する公的権力機構がまだ備わっていないので、この自然法の執行は各自の手のなかに委ねておくしかない、という。つまり、各自は自然法を破壊した者に対して判決を下し、彼を処罰する制裁権をもつということである。⁽⁵¹⁾このように各自が制裁権をもっているかぎり、互いに暴力を行使するようになり、いわば戦争状態が惹起され、それは、一度はじまると継続されるしか仕方がないという。⁽⁵²⁾

このような戦争状態に終止符を打って、すべての人間の自己保存を確実にするために、彼らは社会契約を締結して、戦争状

態から脱皮して市民社会へと入ることになる。そのさい、締結される社会契約の形式は、各自の自己保存権と制裁権を社会に移すことへの合意であり、その社会契約の目的は、各自の生命、身体、自由、財産に対する安全の確保である。したがって、社会へ移された自己保存権と制裁権は、それがそれぞれ立法権と執行権に転換された後も、本質的な内容にはなんら変わるところがないため、契約目的と異なる他の目的を、国家権力はもつことができない。この点について、Lockeはつぎのように述べている。「政治上の権力は、だれもが自然の状態でもついていた権力を社会の手のなかに引き渡し、社会のなかでは支配者の手に引き渡したものである。支配者は社会の手で社会の上に据えられたものであるが、そこには、このような権力は社会の人のびとの利益と彼らの所有権の保存のために用いられるであろうという、信頼がある……この権力が自然状態で誰もの中にある時の目的と尺度は、彼の社会の全員、言い換えれば、全人類一般を保存することであり、……この社会の成員の生命、自由、資産を保有する外に、何の目的ないし尺度ももたないものである……」⁽⁵³⁾

しかし、政府がこのような契約目的に反して権力を濫用し、国民の自由を弾圧し、その生命、身体、財産を侵害するような

場合には、契約は無効となり、政府は解体され、したがって契約時に移された自然権は、再び国民の手中に立ち返り、それは今度は抵抗権に転化し、国民自らが自己保護を主張するようになる。⁽⁵⁴⁾

この抵抗権は、Lockeによれば、「反乱に対する最善の保護手段であり、この反乱を阻止するためのもつとも適切な手段である」という。なぜならば、人間は市民社会へ入るさい暴力を放棄して法律を作ったが、その法律を破壊し暴力を登場させたのは政府の側であるため、政府は戦争状態を再び暴力を登場させ再発させた張本人として、反乱者 (rebellious) 再び戦争を起こさせる者」といわれるのである。つまり戦争状態を再発させた責任は、法防衛者である国民にあるのではなく、法破壊者である国家にある。⁽⁵⁵⁾このようにLockeは、社会契約の論理によって権力を濫用した国家をむしろ反乱者としてみて、抵抗した国民を正当な権利の守護者にみている。結局、Lockeにおける抵抗権の正当化根拠は、人間の自己保存という自然権のなかにおかれていることがわかる。

(4) Rousseauの抵抗権論

Rousseauは、彼の社会契約論の冒頭に「人間は自由に生ま

れた。しかし、いたるところで鉄鎖につながれている」といっている。⁽⁵⁶⁾まさに、この命題とともに、彼は彼の国家論と抵抗権論を社会契約に関連づけて展開させていくのである。

Rousseauの説明によると、自然状態にいる人間は、自然から自己保存のために与えられた自然的自由をもっているという。このように自然状態では、すべての人びとに自然的自由が与えられているが、それは身体的、精神的不平等性によって、弱者には自己保存の手段として無用であるだけでなく、各自の自然的自由の衝突によって戦争状態は続く。このような状態は長く続けられず、したがって、人間が彼の生活様式を変えない限り、人類は滅亡してしまうだろうという。⁽⁵⁷⁾

では、どのようにして人間は生活様式を変えるのであろうか？ Rousseauによれば、それは社会契約を通じて国家を創設し、法秩序を確立する道しかない。彼の社会契約は、社会構成員全員が彼らの自然的自由を完全に放棄して、それを国家へ移すことによって成立する。このように社会構成員全体が身体的、精神的不平等性によって、事実上不平等な自然的自由をすべて放棄することによって、はじめて万人は平等な状態におかれるようになる。この点について、Rousseauはつぎのようにいっている。「基本契約は、自然的平等を破壊するのではなく、む

しろ反対に、自然が時として人間のあいだに持込む肉体的不平等に代えて、道徳上および法律上の平等を打ち建てるということと、また人間は、また人間は、体力や天分においては不平等でありうるが、約束によって、また権利によってすべて平等になる」⁽⁵⁸⁾。このように、社会契約は権利不平等の自然状態を権利平等の市民状態に変えるものであるので、契約締結時に各自が自然的自由を放棄または移したとしても何ら損をすることがなく、むしろ有利な交換である。この点について、さらにRousseauはつぎのように表現する。「社会契約において、個々人の側になんらかの放棄が本当に行なわれると見るのはまったくの誤りであり、彼らの状態は、この契約の結果、前よりも現実に好ましいものとなり、何ものかを譲渡したどころか、有利な交換をしたにすぎないことがわかる。すなわち、不確かで一時しのぎの生活様式をもっとよい、もっと確実な生活様式に取り換え、自然的独立を自由と取り換え、他人を害しうる能力を自分自身の安全と取り換え、他人によって打ち負かされるおそれのある自分の実力を、社会の結合が不可侵のものとする権利と取りかえたにすぎない」⁽⁵⁹⁾。

Rousseauにおける社会契約を通じて人間が得る利益は、このような市民的自由のみならず道徳的自由も同時に得ること

ある。市民的自由は、自己保存条件に関係しているが、道德的自由は自己発展条件に関係している。人間は道德的自由を駆使することによって、自分自身を理性的な存在に作りあげるものである。それを啓蒙というが、この啓蒙を可能にするのが道德的な自由である。それゆえ、啓蒙主義哲学者としての Rousseau は、つぎのように述べている。「人間を真に自らの主人たらしめる唯一のもの、すなわち、道德的自由を社会状態において獲得するもののなかにつけ加えることができよう。なぜなら、欲望だけにかりたてられるのは奴隷状態であり、みずから課した法に従うことが自由だからである。」⁽⁶⁰⁾ 自然状態においては、人間はいまだ道德化されていない制限された動物として、動物的法則にしたがって生きるしかないが、社会契約を通じて市民状態に入ってから、人間は一つの道德的存在として理性の法則にしたがって生きるようになったのである。つまり社会契約によって、人間は自己保存条件と自己発展条件を同時に得たわけである。前者は市民的自由の獲得によって、後者は道德的自由の獲得によって、人間は人間らしく生きて行ける条件の基礎を備えたものである。

しかし、人間らしく生活できる条件の基礎は、国家権力の濫用によってつねに脅かされている。Rousseau によれば国家権

力の濫用には二つの形態がある。一つは暴政 (Tyranny) で、もう一つは篡奪 (Usurpation) である。前者の場合は、統治者が法律によって統治せずに自己の恣意によって治める場合であり、後者の場合は、法律に従って統治権を獲得せずに、非法的な方法で王権を手に入れる場合である。⁽⁶¹⁾ Rousseau にとっては、いずれの場合であっても、この時の社会契約は無効になり、国家は解体される。国家が解体されると自然状態がもどり、各自は彼らの自然権を獲得し、それは抵抗権に変わる。この点を Rousseau はつぎのように述べている。「統治者が、もはや法律に従って国を治めないで、主権を篡奪する場合である。そのさい、著しい変化が起こるが、それは政府が縮小するのではなくて、国家が縮小する、という形態にほかならない。これが意味するものは、大きな国家が解体し、そのなかに別の国家が形成されるということ、すなわち政府の構成員だけから成り立っていて、その外側の人民にとつては、もはや彼らの支配者、僭主以外の何ものでもない国家が形成される、ということである。このようにして、政府が主権を篡奪した瞬間に、社会契約は破棄されたのであり、したがって、一般市民はすべて、その自然的自由の状態に権利は立ちもどったことになることになる。」⁽⁶²⁾

註

(35) 孟子、盡心章句下十四：「民為貴、社稷次之、君為輕」
『人類の知的遺産』9・「孟子」、貝塚茂樹（一九八五年、
講談社）二二九頁参照。

(36) 孟子、萬章句上五：「萬章曰、堯以天下與舜、有諸、孟子曰、否、天子不能以天下與人、曰、然則舜有天下也、孰與之、……昔者、堯薦舜於天受之、暴之於民而民受之。」
萬章曰く、「煽は珂下を以て舜に与う、と。諸ありや」。孟子曰く、「否、天子は天下を以て人に与うること能わず、と」。然ば則ち舜の天下を有つや、孰かこれを与えし。曰く「天これを与う、と。昔者、堯、舜を天に薦めてこれを受く。これを民に暴わして民これを受く、と」。『人類の知的遺産』（前掲）一三八頁参照。

(37) 孟子、公孫丑章句上三：「以力假者霸、霸必有大國、以德行仁者王、湯以七十里、文王以百里、以力服人者、非心服也、力不贍也、以德服人者、中心悅而誠服也」。孟子曰く、「力を以て仁を假る者は霸たり、覇は必ず大國を有つ。徳を以て仁を行う者は王たり。王は大を待たず、湯は七十里を以てし、文王は百里を以てす。力を以て人を服する者は、心服に非ざるなり。力贍らざればなり。徳を以て人を服する者は、中心悦んで誠に服するなり、と」。
『世界古典文学全集』18・金谷治・湯浅幸孫・日原利国・加地伸行（一九七一年、筑摩書房）一二二頁参照。

(38) 孟子、萬章章句下九：「君有大過、則諫、反覆之而不聽、則易位」。孟子曰く、「君、大過あれば則ち諫む。これを反覆して聴かざれば則ち位を易うと」。『人類の知的遺産』9・（前掲）二五一頁参照。

(39) 孟子、梁惠王章句下八：「齊宣王問曰、湯放桀、武王伐紂、有諸、孟子對曰、於傳有之、曰、臣弑其君可乎、曰、賊仁者謂之賊、賊義者謂之殘、殘賊之人、謂之一夫、聞誅一夫紂矣、未聞弑君也」。齊の宣王問いて曰く、「湯、桀を放ち、武王、紂を伐てること、諸ありや」。孟子對えて曰く、「傳にこれあり」。曰く、「臣にしてその君を弑す、可ならんか」。曰く、「仁を賊なう者これを賊と謂い、義を賊なう者これを殘と謂う。殘賊の人は、これを一夫と謂う。一夫弑するを聞けるも、未だ君を弑せるを聞かざるなり」。『人類の知的遺産』9・（前掲）一〇一頁参照。

(40) J. Milton, 'The Tenure of Kings and Magistrates', in: 'The works of John Milton, volume 5 (New York Columbia University Press) 1932, p. 8. 「為政者在位論」原田純訳・編『イギリス革命の理念——ミルトン論文集——』（一九七六年、小学館）二六六頁参照。

(41) J. Milton, a. a. O., p. 8. 『イギリス革命の理念——ミルトン論文集——』（前掲）二六六頁参照。

(42) J. Milton, a. a. O., p. 9. 『イギリス革命の理念——ミルトン論文集——』（前掲）二六六頁参照。

- (43) J. Milton, a. a. O., p. 9. 『イギリス革命の理念——ミルトン論文集——』(前掲) 一六六頁参照。
- (44) J. Milton, a. a. O., p. 9. 『イギリス革命の理念——ミルトン論文集——』(前掲) 一六六頁参照。
- (45) Vgl., J. Milton, The first Defence, in: The works of John Milton, volume 7, 1932, cap. 2, p. 71ff.
- (46) J. Milton, The Tenure of Kings and Magistrates, p. 18f. 『イギリス革命の理念——ミルトン論文集——』(前掲) 一七四頁参照。
- (47) Vgl., J. Milton, a. a. O., p. 18f., 24.
- (48) J. Milton, a. a. O., p. 45, 26, 46, passim. 『イギリス革命の理念——ミルトン論文集——』(前掲) 一七〇頁参照。
- (49) Vgl., J. Milton, The first Defence, cap. 8, p. 399ff., 449f.; cap 9, p. 451ff., 457.
- (50) J. Locke, Two Treatises of Government, 2. edition by Peter Laslett, 1967, II. cap. 2, §4-6, p. 287ff. insbe. p. 289. 『世界大思想全集』8・ミルトン、ロック、ヒューム(一九五五年、河出書房) 一五三頁、一五五頁参照。
- (51) Vgl., J. Locke, a. a. O., II. cap. 2, §7-13, p. 289ff. 『世界大思想全集』8・ロック「統治論・第2編……政治について……」鈴木秀男訳(前掲) 五五頁、一五八頁参照。
- (52) ロックにおける自然状態と戦争状態の区別に関しては、J. Locke, a. a. O., II. cap. 3, §19-20, p. 298ff. 『世界大思

- 想全集』8・(前掲) 六三頁、一六四頁参照。
- (53) J. Locke, a. a. O., II. cap. 15, §171, p. 399f. 『世界大思想全集』8・(前掲) 一五八頁、一五九頁参照。
- (54) J. Locke, a. a. O., II. cap. 19, §222, p. 430, §243, p. 446. 『世界大思想全集』8・(前掲) 一八六頁、一八七頁参照。
- (55) Vgl., J. Locke, a. a. O., II. cap. 19, §226-230, p. 433ff. 『世界大思想全集』8・(前掲) 一八九頁、一九二頁参照。
- (56) J. J. Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag (Du contrat social), hrsg. von Heinrich Weinstock, 1968, I. 1, S. 30. 『ルソー選集』7・「社会契約論……社会契約または共和国の形態について……」作田啓二訳(一九八六年、白水社) 五頁参照。
- (57) J. J. Rousseau, a. a. O., I. 6, S. 42. 『ルソー選集』7・(前掲) 七頁参照。
- (58) J. J. Rousseau, a. a. O., I. 9, S. 53. 『ルソー選集』7・(前掲) 一頁参照。
- (59) J. J. Rousseau, a. a. O., II. 4, S. 64. 『ルソー選集』7・(前掲) 二七頁、二八頁参照。
- (60) J. J. Rousseau, a. a. O., I. 8, S. 49. 『ルソー選集』7・(前掲) 一四頁参照。
- (61) J. J. Rousseau, a. a. O., III. 10, S. 130f. 『ルソー選集』7・(前掲) 一〇〇頁参照。

(62) J. J. Rousseau, a. a. O., III, 10, S. 130f. 『ナンー選集』 7・

(前掲) 一〇〇頁参照。

結 語

我われは如上において啓蒙主義時代の抵抗権論をみてきた。

ここで我われが得る結論は、人間の自己保護権と国家権力と抵抗権はその本質において同質的な権利であるという点である。

これは抵抗権を法哲学的に究明しようと試みる者に大きな示唆を与えてくれる。抵抗権は、社会契約論者たちにとって、自然状態において人間がもつ自己保護権として把握されている。そしてこの自己保護権は、人間の自己保存権と自己発展権から演繹されるものである。他方、国家権力というものは、市民状態において国家がもつ人間保護権以外の何ものでもない。これは社会契約を結ぶさい、人間が国家に移したものである。その国家権力は市民状態が存続するかぎり、再び人間にもどされることはない。なぜならば、その国家権力なくしては市民状態において人間を保護する権利はどこにも存在しないからである。しかし、その国家権力の存在と権威は、それが人間を保護できる

場合に限ってである。したがって、国家権力がすでに人間を保護できない場合、または保護を求めない場合には、その国家権力は再びもとの所有者に戻されるべきものである。なぜならば、それがない場合には、人間は無保護状態におかれるからである。このようにして返還された国家権力が、自然状態において人間がもつ自己保護権としての抵抗権にはかならない。しかし、人間はこの抵抗権をもって直接的に自己を保護することはできず、ただ間接的に自己を保護し得る保護権を創造し、その保護権のもとで保護されるのみである。この新しく創造された保護権は、国家権力である。このように理解すると、抵抗権と国家権力は、等しい人間保護権であることが分かる。ただ、それが位置するところが違うだけである。抵抗権は自然状態における保護権であり、国家権力は市民状態における保護権である。

国家権力と抵抗権は、それ自体としては暴力である。暴力それ自体は法的に正当化されるものではない。国家権力が法的に正当化されるのは、それが人間を保護する機能をもっているためである。同様に抵抗権も人間を保護する機能をもつことによって法的に正当化されるべきものである。いわば、抵抗権も国家権力と同じように、正当化された暴力なのである。

人間は自然状態の暴力を克服するために国家権力というもの

を作り出したが、今度はその国家権力の暴力を克服するため、抵抗権を援用しなければならなかった。今日、地球上にある多くの国家が、いまだに抵抗状況におかれていることを勘案すると、抵抗権の潜在的支配領域はいまだに大きいといえよう。

人間の尊厳と価値を尊重し、保護する法治国家が、この地球上にいくつあるかを数えてみよう。しかし、人間の自由についての意識なしには、抵抗権はけつして実現されない。この論文の冒頭で引用された文句がまさにこの点を教えてくれるものである。つまり、「ある一国民およびある一時代が、自由というものをどう考えるか、それが最初の問いである。」国民の自由意識がいまだに芽生えていないところでは、抵抗権もまだ深い眠りにある。しかし、人権意識と自由意識が成熟するようになるには、我われの人類は、まだ長い時間が必要である。『現代はすでに啓蒙された時代であるか』という問いが発せられるならば、その答えは、「否、——しかし、おそらくは、啓蒙の時代である。」⁽⁶³⁾二〇〇年前にKantが述べた言葉は、今日の我われの時代にも、そのまま当てはまる言葉である。それで、「民衆みずから啓蒙することの方が、むしろ可能であり、それどころか、彼らに自由を許しさえすれば、このことは必至である」と、⁽⁶⁴⁾Kantは述べている。そうであるならば、人間から自由を奪う国

家が存在する限り、人間の啓蒙は不可能であろう。このような時に、人間の啓蒙を可能にするためには、その自由を奪う国家を抵抗権をもって排除しなければならない。人間の啓蒙について抵抗権がもつ意義を、我われはここでもう一度確認しなければならない。

註

(63) I. Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? in: Kant-Werke, Bd. 9, S. 59. カント著『啓蒙とは何か』

篠田英雄訳（一九六七年、岩波文庫）一五頁参照。

(64) I. Kant, a. a. O., S. 54. 『啓蒙とは何か』篠田英雄訳（前掲）八頁―九頁参照。

◎ この論文は、大韓民国・高麗大學校法學研究所刊『法學論集』第二六輯（一九九一年）四七頁以下に掲載されたものである。