

# 抵抗権について

笹 倉 秀 夫

## はじめに

本稿の課題は、抵抗権論を整理し、天野和夫の主著である『抵抗権の合法性』をその中に位置づけて法理論上の意義を押さえることにある。

抵抗権については、『抵抗権は国家権力に反抗する権利であるから、それを国家権力が認めるはずはない。裁判で認められ得ないし、立法化も困難である。立法化された場合にはそれらは枠づけられ馴化されてしまったものであって、もはや本来の抵抗権ではなくなっている。結局、実定法上の抵抗権を論じることが無意味である』とする見方<sup>(1)</sup>が有力であるし、実際、今日の日本や先進諸国では国民の抵抗運動が弱まり「抵抗権」は死語化しつつある。「抵抗権の合法性」を論じてみても「捕らぬ狸の皮算用」と映る状況があるのである。しかしまた、基本的人権や民主主義の本質、そしてそれらが権力によって侵害される可能性を考えると、抵抗権を論じる必要は依然としてあり、「抵抗権」を死語化させてよいとも思われない。

それでは、今日においては抵抗権はどう論じるべきであろうか。抵抗権論に一つの総決算を行ったとされる樋口陽

+

+

一の『近代立憲主義と現代国家』(勁草書房、一九七三年)所収の抵抗権論は、「実定法上の抵抗権」と「自然法上の抵抗権」とを分け、前者は「平常的状況」下で問題になるのに対して、後者は「ナチズム体制の下でのような」状況下で問題になるとする。そして前者については、「裁判所がそう判定してはじめて保護を受ける」ものであるとして、それへの「期待過剰」に対し警告し、後者については、裁判所の保護が期待できない性質のもの——樋口はそれを実質的に「革命権」と等置している——だとしてその「幻想的疑似実定化」の作業の無意味さを論じる。樋口が抵抗権のケースを二種に区分したのは評価すべきであるが、しかし、それぞれの扱い方には問題が残る。後述のように、「平常的状況」下でも「自然法上の抵抗権」が問題になりうるし——したがってそれは「革命権」と等置できない——、逆に「ナチズム体制」的状況下の抵抗も「平常的状況」下の裁判所において審理の対象になる場合があるからである。ケースの類型化は、もっと多様でなければならない。

そこで本稿では、抵抗権に関わる事柄を二つのケースに大別しそれをさらに細分化して問題を考える。すなわち、まず、(1)近代憲法の原則が守られ民主主義が機能している体制下で、憲法やそのヨリ上位の正義に違反して不正・不当・不法な命令や法を作りあるいは執行する権力や、違法行為を行う公務員に対する抵抗行為を問題にするケースと、(2)近代憲法の原則を根本的に廃棄した圧制に対する抵抗を問題にするケースとに分け、それぞれを後述のごとくさらに場合分けして、考察を加える。

## 1 近代的憲法体制下での市民の抵抗

このケースにおける抵抗は、行為の目的によって二つの場合に分かれる。第一は、現行憲法に違反して行為する権力に抵抗する場合であり(1・1)。(第二)は、現行憲法によって保護されていないが重要である価値を侵す権力、

すなわち現行憲法には反していないが、しかし、それでも不当と考えられる権力行為に対して抵抗する場合である(1・2)。1・1の場合における抵抗行為の事例としては、後述する、大学でスパイ行為をしていた警官を学生が追求したポロ座事件、集会に入り込んだ当局のスパイ容疑者を追求した舞鶴事件、当局の盗聴行為を内部告発し守秘義務違反で訴追されたドイツのペーチュ判決(Patsch-Urteil)<sup>(4)</sup>などがある。この場合は、後述する2・1の場合(ここでは裁判所も圧制側にある)とは基本的に異なっており、裁判で認容される見込みが全くゼロだとは言えない。なぜなら、この場合は、現行憲法やそれを基礎とする法体制に内在する原理から、抵抗権を導き出す形を採れるからである。これに対して1・2の場合は、法源との関係で、裁判で認容されるには困難がある。

(ちなみに、本稿で「抵抗」は客観的な概念であって、当事者が「抵抗」だと意識して行為したかどうかを問わない。たとえば、大学や集会に潜入した当局のスパイを学生や集会開催者が追求する場合、かれらの意識にあつたのが「大学の自治擁護」や「集会の自由擁護」であって「抵抗」ではなかったとしても、その行為は客観的には抵抗に関わっている。同様にそれらに関わる裁判では「大学の自治」や「集会の自由」のみが争点になっても、客観的にはそれは「抵抗に関する裁判」でありうるのである。また、抵抗権は、権力に対抗する行為の評価に関わる総括概念であって、それ自体が個人権と並ぶ人権ではない。それゆえ、たとえば当局の盗聴を内部告発する人が念頭に置いているのは「通信の秘密」擁護であり、裁判では内部告発が「表現の自由」として保護されるか否かが争点になるだけで、「抵抗権」の有無が争点とならないかもしれない。しかしそれでもそれは客観的には「抵抗権に関する裁判」である。実際、訴訟関係者、とくに裁判官が「抵抗権」を念頭に置いているか否かで裁判の帰結は大きく異なるのである。ちなみに、こうしたことが、逆に、抵抗権はその他の人権に内在しているという「抵抗権の合法性」の問題提起の重要性を語っている。)

+

- 1・1 現行憲法に違反して行為する権力に抵抗する場合
- 1・1・1 問題の所在

公務員が憲法や法に違反して行為することに対して、市民ないし管轄外の公務員が国家権力に頼らず直接に抵抗することは、「正当」か。ここで「正当」とは、「法的に許される」こと、すなわちそいつ抵抗が罰せられないか、損害賠償の対象にならないか、抵抗ゆえに被った不利益が救済されるかを意味する。

「急迫不正の侵害」に対しては、正当防衛が認められる(刑法三六条)。しかし、そこで予想されているような「急迫」ではない「不正」の侵害行為に対して個人が抵抗することは、法的に許されるか。民法七二〇条は、「他人ノ不法行為ニ対シ自己又第三者ノ権利ヲ防衛スル為メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ為シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セス 但被害者ヨリ不法行為ヲ為シタル者ニ対スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」と、刑法よりは広い範囲を許容している。こうした許容を、さらに刑事事件にも適用できる場合があるか。しかもここで想定されているような単なる私権としての「権利」ではなく、不可譲とされている基本的人権に関わってであり、かつここで想定されているような私人間の問題ではなく、主権者としての国民と、その信託によって統治しているながらそれを裏切り違法に主権者の人権を侵害した国家機関との関係において、すなわち民法七二〇条が前提にしているとは本質的に異なる主体同士との関係をめぐって、である。<sup>(5)</sup>

- 1・1・2 田畑・天野説

そうした場合に、憲法に保障された基本的人権に抵抗権の存在根拠を求める説が、田畑忍・天野和夫説である。田畑は、「抵抗権論に於てたいせつなポイント」は、悪法・悪政に対する抵抗を、法的に許し認め組織し、活用する、と言つことである。つまり、抵抗を、法的に、憲法の枠の中で許容する、と言つ点に、近代主義と人間尊重主義とでモ

クラシーとが存在するのである。歴史が進歩してここにいたった今日では、自然法に根拠した抵抗論的主張の代りに、憲法に根拠した抵抗権の主張が、憲法第一主義の立場に於て正しくなされるべきであり、かつなして効果があるのである。このことを閉却してはならない。」と述べている。<sup>(6)</sup>また天野は、「近代憲法における人権規定の根底には、国家権力の不正な行使にたいする国民の抵抗の歴史が横たわっているものであり、したがってそこには、国民の抵抗権が実定的権利として結晶し、内在しているものと見られなければならない。そうでなければ、各種の人権規定は、現実においてけつきよく無意味な存在と化するおそれがある。しかもなお、現代の抵抗権をもってこれを単に自然法上のものと見ることは、憲法を中心として発展してきた近代的法制度の歴史、なかんずく人権保障の歴史に逆行するものと言わなければならない」と主張する。<sup>(7)</sup>人権の形成過程上では、人民の権利を制度化し擁護するための人民の抵抗が決定的な意味を持った。それゆえ人権は人民の抵抗権と不可分であり、抵抗権を欠いては人権は支えを失うのだから、人権を擁護する以上、抵抗権をも擁護しなければならない、というのである。<sup>(8)</sup>天野はこの立場から著書『抵抗権の合法性』の大半を歴史的考察に当てている。

#### 1・1・2・1 「抵抗権の合法性」について

天野の提起した「抵抗権の合法性」は、『明文の規定がないのに、どうして「合法性」が主張できるのか』として憲法学者からはまともを受け止められてはこなかった(注14参照)。しかし天野は、抵抗権の単なる「正当性」——根拠となる実定法がないためただ自然法に根拠を求めること——でもなければ、抵抗権の単なる「適法性」——抵抗権が実定法で明文化されているがゆえにそれに根拠を求めること——でもない、第三の方向を指し示す立場から「抵抗権の合法性」を提起したのである。不当な権力行使に対する市民の抵抗が裁判で争われる時に、いきなり自然法を持ち出すのでは展望はほとんどない。裁判上の議論は実定法に根ざす必要がある。とはいえ、抵抗権を明文化した

ケースはごく例外的である。<sup>(9)</sup>明文の規定がない場合に、どうすれば実定法に関わらせた根拠付けが可能になるか。天野が問題提起した「抵抗権の合法性」はこの点に関わる。

この問題提起の意義を理解するためには、実定法的原理の考察が必要である。筆者がここで名付けた「実定法的原理」とは、個々の実定法規の全体的連関を見渡し、さらに当該事項に関わる思想史や他の社会関係をも視野に入れて考察することによって得られる、個々の実定法規が根ざしている原理である。これが法の解釈において意味を持つのである。それは、ドイツ基本法の第二〇条三項が、「行政権と裁判権は法律と法に服する」と規定している点と密接に関係している。この規定にある「法」について、ドイツ連邦憲法裁判所は、一九七三年のソラヤ事件判決において「意味の全体としての憲法適合的秩序に源を有し、成文の法律に対して修正をなすもの」とする。このような「法」に基づく法解釈とは、「憲法適合的な秩序に内在しているが、成文法の規定には明記されていないか不完全にしか規定されていない、価値観念」を、「実践理性の基準と社会の理由づけられた普遍的な正義観念」に基づいて認識し判決の根拠にすることである。<sup>(10)</sup>制定法に明文化されていないが制定法の基盤を成す秩序を根拠にした法命題が、裁判官を方向付けるとするのである。これは、戦前・戦中の法律、実証主義がファシズムに対する裁判官の無抵抗ないし追隨を招いたことの反省から、また法律には欠陥がありかつ時の変化によって問題を生じるものだという認識に立ってそれに適切に対応できる裁判を求める立場から、法律だけでなくそれを超えた法の原理的考察を——ここでは私法領域について——裁判官に求めた結果である。<sup>(11)</sup>したがってこれは、ドイツだけの問題ではないであろう。これが本稿が言うところの実定法的原理の問題である。「抵抗権の合法性」に関する天野の問題提起は、こうした作業の一環を成すと位置づけることができる。

実定法的原理は、具体的に裁判官の作業にどう関係するか。この点で興味深いのが、佐藤幸治の議論のインプリ

ケーションである。佐藤は、ドヴォーキン「権利論」(一九七七年)<sup>(12)</sup>に示された、「背景的权利」と「制度的権利」の区別を踏まえながら、「人権」を①背景的权利、②法的権利、③具体的権利に分類する。<sup>(13)</sup>①は「これが人権だ」という様々な主張において人権とされているもの、②は憲法に根拠をもつ人権、③は判決で認められ保護救済があった人権である。②には、憲法に根拠があるが、明文化されていない人権(②-1)と、憲法に明文化されている人権(②-2)とがある……。佐藤のこうした分類を参考にしつつ、筆者の解釈を加えると、次のようになる。実定法を根拠とせず自然法論として議論される諸権利は、①に入る。(憲法二三条に内在するとされる)環境権・平和的生存権や、(田畑・天野によって人権に内在するとされる)抵抗権は、その論証が成功しておれば、②-1に入ることになる。また、憲法二三条から引き出され判決で認められた日照権やプライバシーの権利は、(②-1から)③になったといえる。裁判官が法源として拘束されるのは②-2であり、かれは同時に、判例である③をも尊重する。裁判官は②-1を問題にするが、それに拘束されることはない。しかし裁判官は、法理上正しくかつ社会の実態に即した、という意味でヨリ良い解釈をするためには、②-1を尊重し得る裁量権をもち尊重する「法的」義務をもつ。(つまり実定法の原理の問題は、けっして特異なものではなく、伝統的に学説法として供給されてきた多数の法原理に関わっているのである。)(そして裁判官は、場合によっては、①をも、問題の根本的な把握のために、参照する必要がある、と言えるであろう。)(ドヴォーキンや佐藤がこう論じているわけではない。)

それでは、この②-1の法的権利はどのようにして③になるか。これは、法の妥当性に関わる事柄である。「法が妥当する」という言い方がなされるが、法それ自身が自分の力で拘束力を発揮するなどということはありません。妥当させるのは人間である。すなわち「法が妥当する」とは、第一に権力がその法を執行すること、第二に権力ないし人民がその法に従わねばならないという意識をもつことを意味する。具体的には、議員が立法化せねばならないと判

+

+

断するか、裁判官が判決の根拠にしなければならぬと判断するか、行政がそれを執行しなければならぬと判断するか、市民が生活においてそれを遵守しなければならないという意識をもつかを意味する。法の妥当の根拠の一つは規範論理的構造だとされるが、それは、法実践上で人間が論理構造を尊重するからである。この点が②-1の論証のうまさにかかっている。しかしてまた、人間は、規範論理構造だけで動くのではなく、生活上の必要性や社会的通念の力によっても動く。この点との関係で重要なのは、尾高朝雄の言う「社会規範」の成立の問題である。社会規範とは、国家によって制定され国家的強制を背景とする「強制規範」とは異なつて、「社会に生活する一般人の行為を直接に規律する」法<sup>(15)</sup>である。これが強くなっていくことによって、やがて国家法がそれに応えて形成されるようになる。こつした社会規範が成立するのは、社会生活上の必要に促されて人々の或る習慣が蓄積されることや、人々の或る道徳観念・法観念が強まることを通じてである。そしてこの後者の諸観念を造り出すのは、世論や文筆活動の力であるが、②-1に属する諸理論も、その文筆活動に関わる事柄の一つでもある。

#### 1・1・2・2 「抵抗権の合法性」の根拠付け

それでは、「抵抗権の合法性」は、具体的にどの様に根拠付けられるか。それはここでは憲法原則に定礎して行われる。したがって、この試みには、①人権形成過程上における闘争の歴史に関わらせる根拠付け、および②民主権に関わらせる根拠付けがある。(実際には②も人権保障に本質的に関わる面をもつ。なぜなら、今日では民主主義は、人権擁護を基本目的にしているからである。)(それを見ておこう)。

#### 1・1・2・2・1 人権形成史に関わらせる根拠付け

われわれは、歴史に関わらせる根拠付けから論じよう。これについては、田畑・天野説に詳しい。ここで問題は、第一に、人権形成史は人民の抵抗と不可分であり、それゆえ抵抗権を欠いては人権は支えを失うという認識の妥当性

である。そして第二は、この事実認識を踏まえれば、『人権を擁護する以上、抵抗権を承認しなければならない』という当為命題が帰結するからである。

第一の点は、日本国憲法自体が認めるところである。すなわち九七条は、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて」と規定している。「人類の多年にわたる自由獲得の努力」とは、宗教改革、イギリスの近代革命、アメリカ独立運動、フランス革命等々の、圧制に対する抵抗を通じて人権が獲得されていった歴史を指すことは明らかである。

そして、この人権形成史と二二条の「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない」という規定とを結びつけると、第二の点(人権を擁護する以上、抵抗権を承認しなければならない)が出てくることになる(注9参照)。フランス人権宣言の一七九三年版は、その第三三条で「圧制に対する抵抗は、それ以外の人権の帰結である」としているが、その背景にあるのは以上の論理である<sup>(16)</sup>。

では、右の第二の点は、日本国憲法二二条と切り離して論じる場合はどうだろうか。この場合は、実定法規がないのだから、人権形成史から抵抗権承認の当為を引き出さなくてはならない。しかし、これに対しては、『事実認識は正しいとしても、そこから「抵抗権を認めるべきだ」という当為命題は論理的には引き出せない。それを敢えてすれば、〈自然主義のフュラシール〉を犯すことになる』という批判を受ける可能性がある。

この点について、われわれはまず、事実から当為は厳密な論理のレヴェルでは引き出せないとしても、人間的生の次元ではどうかを考えなければならない。第一に、この次元では、法は現実の關係の所産でありつつ現実に対し働きかけるものであるから、法は事物ないし事物關係の自然を無視し得ない。第二に、この次元では、人は厳密な論理に拘束されて生きていくのではなく、蓋然性に依拠した経験的判断や、確率の相対的な高さや、一応の常識的なすじ道

+

+

に依拠して方向を決めるのである。この第二の点は、次のような形で具体的に問題となる。

われわれは、「人権形成史は人民の抵抗と不可分である」と認識すれば、「それなら、人権を擁護する以上、抵抗権を承認しなければならない」と考える人が多いのは何によるかを考察しよう。それはかれらが、「人間が犠牲を払って獲得したものは大切にしなければならない」とか、「人権獲得に抵抗を要してきたのであれば、これからもそれを要する」といった媒介項で、事実命題と当為を結びつけるからである。他方、そうした人権形成史を共有しつつも抵抗権を否定する人もいる。その際かれらは、「秩序が最優先されるべきである」といった媒介項を前提にしているのである。こうした媒介項は、一定の普遍命題であるため、そのいずれかを選んだ人は、他の問題についても、その基準を一貫させることを期待されるし自分でもそれを求める。それが判断をめぐる事情である。

これが意味しているのは、第一に、当為命題が、価値情緒説の人々が考えているようには、全くの個人的な好みの産物としては現れないということである。判断に際して人間は、これまで蓄積されてきた基本的なトポス、*Maxim*(ドヴォーキンの意味での「法原理」)、良識としての上述の媒介項に依拠して判断する点で、判断は単に個人的ではない。また、その際に媒介項の使用に一貫性を求められる点でも、判断は単に個人的ではない。新しい媒介項を作る場合にも、普遍化可能性の要請に心えなくてはならない。

それでは次に、媒介項のうち、「人権獲得に抵抗を要してきたのであれば、これからもそれを要する」と「秩序が最優先されるべきである」とのどちらが、抵抗権をめぐっては選ばれるべきか。これも、媒介項の性質からして単なる好みの問題ではなく、根拠付けが求められる性質のものであって、それゆえ問題は議論の説得力に関わる。この点は、すぐ後(次頁)で論じる。

1・1・2・2・2 抵抗権の国民主権に根ざした根拠付け

次に、国民主権に根ざした根拠付けを論じておこう。

個人が主権者である(国民主権)ということは、「国家は人間のためにあり、人間が国家のためにあるのではな<sup>(18)</sup>いこと、すなわち個人の本源的な必要である生命・財産・幸福追求・共生、すなわち人権を確保するために国家があり、その国家は究極的には各個人に帰属し、個人がそうした国家を自分の意思で動かすことを意味する。公務員は、こうした個人である国民の信託を受けて政治を行うのであり、それゆえドイツの基本法がいつているように、「人間の尊厳を尊重し保護するのはすべての国家機関の義務である」(第一条一節)。したがって、人権や国民主権を侵害する国家の機関は、きわめて重大な義務違反を犯したものであり、その時に主権者である国民<sup>(19)</sup>個人からの不服従・抵抗を受けても、それを排除する正統性を有しない。以下ではさらに、この原則との関連で、論点となる事項を検討しておこう。

① 法的安定性との関係 近代国家は、国民の生命・財産・幸福追求・共生のために、内乱を防ぎ秩序を維持する使命を持っている。確かに秩序・法的安定性は重要だが、しかし、近代国家のうちでも民主主義と自由主義を原理とする国家においては、秩序・法的安定性は、それ自体が目的ではない。それは、国民の人権確保のためのものであって、したがって国民の人権を犠牲にして追求されるべきものではない。民主主義と自由主義を原理とする国家においては、フートブルフが言つところは異なつて、秩序価値が個人的価値に従属する。ここでは「秩序が最優先されるべきである」ということにはならないのである。(秩序価値は、例外的に、諸個人の生命に対する「明白かつ現在の危険」に直面する場合にのみ優先される。)

ところで、秩序維持は、通常は国家の機関が行つ。しかし、状況によっては侵害の救済を国家に求められないことがある。国家機関が侵害している場合はなおさらである。この場合には、権利の保持者であり主権者である国民が自己防衛の行為に出ることは、十分考えられる。(そもそも、抵抗権を認めれば秩序が崩壊するという議論そのものに根拠がない。それは、自力救済を認めればカオスが生じるとか、安楽死を認めれば全員がそれに走ると言つことと同様、いきなり極限に行く議論である。)

② 近代国家の「全能」との関係 確かに近代国家は、国民の権利義務を定め、国民に対し生殺与奪の権利も持っている。この国家は部分的権力を認めない。しかしこの国家も、至上ではなく主権者としての国民に服している。この国民の基本的意思が憲法の根本原則の内容となる。その具体化として憲法と法があり、それゆえこれらは、国民が自らに課した準則であるとともに、とりわけ国家機関に遵守を課したものである。これが近代的法治国家(Rechtsstaat)の基本である。このようにして、近代的な法治国家においては法は、国家による国民統治のための道具ではなく、国民が国家機関を支配する(国家機関に何をすべきか何をしてはならないかを画定する)装置である。したがってこの装置が正しく機能するようにコントロールするのは、最終的には、国家機関ではなく(なぜなら、それであつては法を守ることをとりわけ義務つけられている者が守ることを自分に命じるといふ、効果を期待し得ない関係になるから。自己拡大の本能をもつ権力についてはなおさら、そう言えるからである)、国家機関の上にあつて憲法と法の尊重を国家機関に課した国民の力——それは最終的にはそれぞれの局面で関わり合う一人一人の個人である——に求めるほかない。<sup>(19)</sup>

③ 代議制および最高裁判所の究極的判断権との関係 確かに近代国家は代議制を採っており、しかも多数決原理で事を処している。したがって、原則として国民は、多数決には従わなければならないし、それによって構成された政府に服しなければならない。しかし、この多数者といえども、個人の本源的権利を侵害し得ない。人権を保障した憲法に反する法を多数者が制定し、あるいは多数者によって任命された政府が憲法違反の法を執行し憲法違反の行

政行為を行うときには、それらは無効であるばかりか、代議制・行政はその限りで正当性を喪つており、国民に服従を強要することはできない。自ら不法を犯している者(個人ないし組織)が、それに抵抗する者を非とする資格はないからである。

そうした場合において、憲法や法の究極的な解釈を行うのは最高裁判所である。しかし、最高裁判所の判断を待てない時は、国民が自己の判断で行動しなければならぬ。最高裁判所が国民の信託を裏切った場合も同様である。それが主権者としての国民、究極的には各個人に課された憲法擁護のための権利であり義務である。<sup>(20)</sup>

以上のような事情によって、抵抗行為に出ることは、主権者自身の自己防衛のためであるとともに、その民主主義社会が前提にしている人権ないし憲法そのものの防衛のためであり、したがって、そうした抵抗は、個人の権利であるとともに、共通の利益を共同で保護し合うべき国民の相互義務でもある。結城がいつように、この意味において「抵抗権は民主制においてはじめて実定法の内部に位置を占めるに至り、人権と憲法のためにその最終的担保の役割を演ずるものとなる」。

### 1・1・3 抵抗権行使の基準

次に、こうした場合に抵抗権が認められる基準について考えよう。「抵抗」は、どという段階で、どのような程度なら許されるか。抵抗権行使のこの基準を考えるに当たっては、(イ)行政法学における行政行為の「公定力」に関する議論、及び、(ロ)刑法における公務執行妨害罪に関する議論、(ハ)抵抗権に関するこれまでの判決が参考になる。

#### (イ) 行政行為の「公定力」に関する議論

公定力については、従来、行政行為の無効と取り消しとを分け、行政行為の違法性が「重大かつ明白」な場合に

は行為は無効であり、そうした行為には公定力を認めないとされてきた。無効な行為を行う行政機関は正当性を欠いているので、それに対する主権者からの抵抗があってもそれを排除し得ない。

しかし、実際には、「現実の争いにおいては、だれにでも分るほどに客観的に明白な、かつ重要な法律違反等というものは、めったにあるものではない。むしろ、現実に紛争となる大部分の場合、行政庁は有効な行政処分と思い、国民は無効だと思つて見解が対立して法律問題となるのである。<sup>(21)</sup>」とくに問題になるのは、権力行為に際する人権侵害が単なる権力濫用として一本調子では起こらず、他の人権ないし利益を擁護するためと称して所定の手続きを踏みつつ行われる場合である。たとえばペーチュ事件にしても、当局の盗聴行為は明らかに憲法違反であるが、それは治安維持を目的としその権限を持つ機関によって行われたのである。識別の困難さ、および主権者に本来的に抵抗権があることに鑑みれば、抵抗行為に出た主権者の側の、「抵抗が正当である」、「権力の違法行為が重大かつ明白である」とした判断が、裁判によって事後的に誤りであったと認定されても、判断時の状況から考えてそう判断したことに相当な理由があると認定される場合には、刑法三七条一項但書の場合と同様に、責任を阻却される、とすべきである。

それでは、行政行為の違法性が「重大かつ明白」でない場合は抵抗権は認められないか。この点に関しては、そもそも公定力論に疑問が出されていることを見ておかなければならない。公定力の根拠であった、国家を個人よりも価値あるものとするのは、今では克服された絶対主義的ないしは全体主義的な見方である。また、公共の福祉を担う行政には公定力が必要だとする議論についても、『公共の福祉は個人の基本的人権に優越するものではない。基本的人権が公共の福祉によって制約されるにしても、公共の福祉も基本的人権によって制約されるのであるから、公共の福祉が行政に優越した力を与える根拠とはならない』という批判がありうる。また、そもそも基本的人権を護る

ことが最大の公共の福祉である。なぜなら、それが全ての人の利益であり、しかも本質的な利益であるからである。こつした観点から、今日では公定力の理由付けは、行政上の便宜のための、あるいは法的安定性を確保するための、政策的配慮によるものであって、法治主義を原則としかつ個人の基本的人権を尊重している体制の下では、国家の本質に属するというよりも、その国家の本質になじまない例外的なものであり、それゆえごく限定的にのみ認められるとされているのである。

以上からすると、「重大かつ明白な違法性」を、メルクマルにすることにどれほどの意味があるか問題であるし、抵抗できる場合をそのレベルに留めてよいかも問題である。

(ロ) 刑法における公務執行妨害罪に関する議論

ここで問題は、違法な執行行為に対する抵抗が可罰か否かである。この点に関しては、「適法性の推定の理論」が問題になる。これは、第一には、権限ある官吏が定められた方式に従って行った拘束命令の実行は、救済措置がとられるまでは適法な行為として国民も尊重すべきであり、たとえそれが実際には違法な行為であったとしても、それに抵抗することは公務執行妨害となる、とするものである。抵抗を認めると法的安定性が危うくなるとするペーリンクがこの立場をとる。「適法性の推定の理論」は、第二には、公務員の行為時の判断を重視するもので、実際には違法であっても公務員が行為当時に適法であると判断したことに相当の理由がある場合には適法であると見なされ、それに対する抵抗は公務執行妨害となるとするものである。その根拠となっているのは、行政をスムーズに機能させる必要、および抵抗による法的安定性侵害をおそれることである。

しかしこれらに対しては、「国家が違法をおかしながら、それに従わない者を処罰する権限がそもそも国家にあるか」という疑問、および法的安定性の価値のみを一方的に考え、人権がその上位にあることを見ないことの問題が指

+ +

摘されている。先にも述べたように、今日における行政は、主権者である国民に服しており、各個人の基本的要求を実現させるための装置であるから、それを侵害する行政は上述の程度の形式を備えただけでは正統性を主張し得ない。むしろわれわれは、違憲な公権力の行使に直面した国民が、主権者としての地位からして、それに抵抗する権利と義務を有していることの確認から出発しなければならぬ。<sup>(22)</sup>

(ハ) 超法規的違法性阻却の基準

これについては、一九五六年五月一四日の舞鶴事件東京地裁判決が提示した、次のような基準が重要である。<sup>(23)</sup>

「行為の違法性はこれを実質的に理解し、社会共同生活の秩序と社会正義の理念に照し、その行為が法律秩序の精神に違反するかどつかの見地から評価決定すべきものであって若し右行為が健全な社会の通念に照し、その動機目的において、正当であり、そのための手段方法として、相当とされ、又その内容においても行為により保護しようとする法益と行為の結果侵害さるべき法益とを対比して均衡を失わない等相当と認められ、行為全体として社会共同生活の秩序と社会正義の理念に適応し法律秩序の精神に照して是認できる限りは、仮令正当防衛緊急避難、ないし自救行為の要件を充さない場合であっても、なお超法規的に行為の形式的違法の推定を打破し犯罪の成立を阻却するものと解するのが、相当である。」

すなわちここでは、①動機・目的の正当性、②抵抗行為（手段）の相当性、③抵抗によって保護しようとする利益が抵抗によって侵害した利益に比較して価値が高いこと、の三点が呈示されている。<sup>(24)</sup>

この点については、シャイドルが、①目的が、単に私的な利益のためであるか、それとも自覚的または客観的に、人権保護やヨリ良い体制確保を求めているものであるか、②手段が状況から判断して妥当なものであるか、③抵抗によって第三者の利益を損なうときには、損なわれる利益が得られる利益より優越しているか、をメルクマルにしている点と、併せて考える必要がある。すなわちシャイドルは、違法行為に出て主権者の抵抗を受けた国家機関（として<sup>(25)</sup>

の個人)の利益は問題にしない。抵抗権を前提にする場合には、権力の違法行為とそれに対する正当な抵抗権行使行為との間で利益衡量することにはならないとするのである。そしてこれが、ドイツの法実務の立場でもあった。

#### 1・2 憲法違反ではないが不当である権力行為に対して抵抗する場合

これは、現行憲法によって保護されていない利益に関して、その利益を侵害することが正義に反するとして抵抗する場合である。したがって、ここでの抵抗権の根拠付けは、1・1の場合とは異なっており、憲法内面的ではなく憲法を超えた正義に定礎させる他なく、それゆえ問題は「抵抗権の合法性」の射程外にある。その一例として「動物の権利」のために権力に実力で抵抗する場合(アメリカやイギリスではしばしば問題になる)を考えてみよう。

動物の権利は、明らかに現行憲法が保障しているものではないので、それを守るための抵抗——たとえば種を絶滅させるような漁獵や開発行為や軍事上の実験、残酷な動物実験を行う業者やそれを保護する官憲を妨害すること、法的には保護されていない動物に対する残虐行為を内部告発すること——については、その行為の超法規的違法性阻却を求める場合には、超実定法、すなわち「動物に関する自然法」といったものに依拠するほかない。(ここから明らかによつて、抵抗権は、必ずしも憲法に保障された権利や秩序を保守するためのものではないのである。)したがって問題は、第一に、こうしたものの根拠付けはどのようになされるかにあり、第二に、こうしたものをどのようにして実定法レベルで効力あるものに至らしめうるかにある。

#### 1・2・1 自然的根拠付け

動物の固有権・自然権の根拠付けは、結局のところ人間の権利や尊厳の保障根拠と関連づけてなされる。それらをまとめると、以下の三つとなる。

+ +

(1) 人間はすべて幸福を追求する。幸福の内容は人によって異なっているが、追求すること自体はすべての人に保障される。ところで動物も幸福追求をする存在である。快を求め不快を避け、また意志によって自分を方向付けており、それを制限されると、人間と同様動物もその存在の根元的なものを失う。それ故、人間に幸福追求を保障するのであれば、それを、同等ではないにしても動物にも保障しなければならない。

(2) 神秘に満ち一回きりで存在する生命は、人間が作り出せない。そのような超人間的で貴重なものには人間は、畏敬の念をもって対するべきである。また、生きる要求を根源的なものとする点で人間も動物も変わらない。それ故、人間の生命を尊重する立場に立つならば、動物の生命に対してもその尊重を及ぼさなければならぬ。(この観点からは、意識と意志が鮮明な生物であることとそうでなかつたこと、平等に尊重されるべきものとなる。)

(3) 人間は事実として他の生物を殺すことはあっても、権利として殺すことのできる地位にはない。それらは自己の感覚や意志をもち人間とは別の生を形成する、ともに神(ないし自然)の創造物であるからである。

こうした根拠付けは社会制度についての根元的考察にもとづくものであるから、議論の仕方は、先に抵抗権の根拠付けを行った時と変わらない。制度や人間の根元にさかのぼって問題をとらえ、それに法的意味を持たせようとするこつした議論は、「事物の自然」に基づく自然法論と同質のものである。

#### 1・2・2 自然法の実定法上の効力化

前述したように、法が妥当するとは、権力がその法を実行すること、もしくは権力ないし人民がその法に従わねばならないという意識をもつことを意味する。ここでの「動物の権利」のための抵抗権が法的に妥当するということもこれらの事柄を意味する。今日の国家においてこつした抵抗権が認められるかどうかは、最終的には「動物の権利」に関する立法措置が講じられることに関わっている。そしてそれまでは裁判官が判決に当って、それを踏まえつつ文

字通り「超法規的な」違法性阻却・責任阻却を説得的に構成することにかかっている。裁判官が自然法を判決で実質化する必要条件是、それに関する理論が説得力を持っている(理論付けがしっかりしており、かつそれを単なる倫理の問題としてではなく何らかの実定法に多少強引にでも根拠つけて主張できる)場合で、しかもその観念が一般社会できわめて強くなり社会規範となり、それが裁判官にも政治的影響を与えることである。自然法が法実務上で効力を獲得するかどうかは、第一義的には、論証の問題ではなく世論形成の問題であり、そのために当該自然法論が世人々に対してどれだけ説得的であるかの問題である。

この点から「動物の権利」を見ると、この二〇年の間にそれを是認する世論は高まり、それを根拠にした抵抗は世論によって飛躍的に支持されるようになってきた。たとえば、グリーンピースの運動に見られるように、そうした抵抗は、官権による当初の問答無用の排除や懲罰から、次第に穏やかな排除や罰の緩和・起訴猶予へと移っていく。ここには一つの自然法の実定法化への動きが目撃されると言えよう。(安楽死をめぐる)は、そのことが既に起こっており、オランダでは立法化にまで至っている。)

しかし、そうしたことも日本のような司法風土の下ではなかなか進まないであろう。ここでは既存の動物保護法<sup>(26)</sup>の拡張解釈、類推適用を通じて動物保護を拡大し、動物の固有権を実質化していく道を探る他ない。ここではまた、動物を保護しその固有権を認めることが人間を幸せにするし人間の義務であるという論理を使い人間的価値・人間的論理を媒介にして動物保護に進む道が重要であろう。

「動物の権利」のための抵抗の合法化は、これらによる「動物の権利」確立のさらにその先にある課題である。合法化を達するまでは、「動物の権利」のための抵抗の問題は、健全な体制下におけるまともな裁判を前提にしている点では前の1・1に、そして訴えるのが憲法秩序ではなくそれを超えた自然法である点では次の2に構造が似ており、

+ +

両者の中間点に位置する問題なのである。

## 2 圧制に対する市民の抵抗

国家権力が憲法を根本的に改変し、もしくは廃棄することによって、圧制を行おうとするのに対して、市民が抵抗することは、何によって正当化されるか。ここでの「正当化」とは、第一義的には、1におけるような、まともな裁判を経た結果罰せられないことを意味しない。というのも、そのような圧制に立ち向かった場合、結果的に抵抗が失敗したなら、圧制者が抵抗者への懲罰を行うことは必至であるからである。また逆に、そうした抵抗が効を奏する場合、すなわち、抵抗者の運動が圧制者を圧倒し、その政権を打倒したりその悪法を撤回させたりする場合には、罰せられないことが必至であるから、「正当化」の必要がない。<sup>(27)</sup> (2・1 圧制下の抵抗)

しかし第二義的には、1の議論がここでも問題になる場合もある。それはたとえば、ヒットラー、フランコ、マルコス、ピノチエト、全斗煥、スハルトなどの独裁者の政権をめぐって見られたように、それらが崩壊し自由・民主の体制が確立した後、独裁時代にレジスタンスに出て不利益を被った市民を救済するような場合である。(2・2 解放後)。「この場合において、その市民の属するレジスタンス勢力が権力を掌握したのであれば、ほとんど無条件に免罪や救済が行われうるが、しかし別の勢力によって解放されたような場合には、救済に当たって抵抗行為の態様がかなり厳格に審査される。

以下では、この二つに分けて論じる。

### 2・1 圧制下の抵抗

抵抗権について(笹倉)

この場合において「正当性」とは、抵抗そのものに大義名分があり、他の市民がそれを支持することが道義上求められる、という意味である。このような場合に問題になる正当性は、どこに求められるか。

ここでは、以下の(A)、(B)二つの道が考えられる。

(A)は、たとえば、日本国憲法前文にあるように「そもそも国政は、国民の厳肅な信託によるものであって、〔……〕われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」と規定されておれば、基本的人権の保障は憲法改変によっても廃棄し得ないものだとして、それを廃棄した圧制に対する抵抗に元の憲法規定を生かすことができる。

外国の憲法には、こうした意味での抵抗権・革命権を明確に規定したものがある。たとえば、アメリカ合衆国の独立宣言第二条やバージニア州憲法の第三条がそうである。フランス人権宣言の一七九三年版も、第三五条で、「政府が人民の権利を侵害するときは、叛乱は、人民及び人民の各部分にとって、権利のうちでは最も神聖なものであり、義務のうちでは最も不可欠なものである」と規定する。これらの規定は、抵抗権の実定法化であるとは言え、またもな裁判での準拠規定となり得る性質のものではなく、圧政に対する抵抗の大義名分となる他ないものであって、したがって、實際上の意味は、次に述べる(B)の自然法上の抵抗権論と大差はない。

(B)は、憲法にそうした規定がない場合の問題である。この場合でも、基本的人権や国民主権は、明文で規定されていると否とに拘わらず、侵すことのできない人類普遍の原理であり、一切の憲法制定行為によっても否定できないものとして、それらを廃棄した新憲法に対抗することは、効果的な戦術のひとつと考えられる。そしてこの場合には、依拠すべき実定法(改正前・改正後の憲法)の明文がないのであるから、根拠はそれ以外のもの、それを超えたもの、すなわち自然法・自然権に直接求める以外にはない。たとえば国家の本質を問題にし、「国家は、諸個人の契約によって成立し、公務員はその信託によって統治を行っている。従って、公務員がその個人の本源的な権利を侵し、信

+ +

託に反して圧制を敷いたならば国民はその信託契約を解除してその公務員を追放し得る』、等とする形である。

以上において元の憲法や自然法を援用するのは、政治運動の大義名分としての、すなわち道徳的価値付けという効果を期待してのことであり、したがって、ここでは、樋口が言うように、抵抗権行使の基準論は大した意味を持たない。

## 2・2 解放後

次にわれわれは、独裁者の政権などが崩壊し自由・民主の体制が確立した後、独裁政権時代に反抗に出て不利益を被った市民を救済するよつな場合を考えよつ。こういう場合には抵抗の正当性は正常に機能する裁判所で審理されることが可能であり、その際には、抵抗権行使の基準論が重要となる。すなわちここでは、①不利益の原因となった行為が本当に政治的抵抗行為であったか、②その行為に出ることがやむを得なかつたか、③手段が状況から考えて妥当であったか、④抵抗の結果侵害された第三者の利益と、抵抗が追求した利益の間に均衡があつたか、等が問われる。

こうした場合、国によっては立法措置が採られる。たとえば西ドイツは、一九五六年六月二九日公布の「ナチによる迫害の犠牲者補償のための連邦法」(Bundesgesetz zur Entschädigung fuer Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung)(とそれに先行する一九五三年の連邦補充法)以来「ナチスに反対する政治的立場、人種、信仰、世界観のゆえにナチスの圧政によって迫害された人々」に対する補償を進め、四五〇万人からの補償給付申請に対して二二〇万人を認定し、現在でも一五万人に月平均九〇〇マルクの年金を支払っている。<sup>(28)</sup>この法律の前文では、「確信、信仰、良心のためにナチスの暴力支配に対して行われた抵抗はドイツの国民と国家に対する貢献であつた」と評価している。(この点は、天皇制ファシズムに抵抗した治安維持法犠牲者にすら補償していない日本と対照的である。)

このような場合には、認定をめぐる裁判は、形式的にはこの法律をめぐる実定法解釈として行われる。しかし、こうした場合に特徴的なのは、「抵抗」が、解放後の水準から考えて合法的なものばかりでなく解放後の社会でも犯罪行為でないし非法となるものをも含むことである。合法的なものには、意見発表、政治宣伝ビラの配布、出版、ストライキ、サボタージュ、ボイコット運動、政治的なウィッツを語ったこと、禁止されている外国放送の傍受、亡命などがあるが、解放後の社会でも犯罪行為・非法となるような抵抗行為として、密出国、爆発物の準備・使用、ファシスト員襲撃・殺害、敵前逃亡、外国軍への協力、徴兵拒否、国家秘密の公表、政治スト、非法法政党所属などがある。後者は、平常時ならば許されないが、圧制下の抵抗として評価されるときには許容されることがある。すなわち、上記の補償法に関わるおびただしい数の裁判で主要問題点の一つとされたのは、「全ての文化国家の正常な状況下ではその政治的性格だけで可罰的であるとされるに留まらない犯罪行為が、ナチスに対する抵抗として行われた場合には、その動機を評価されそれゆえ補償法第一条の補償対象となるか<sup>(29)</sup>」であった。こうしたことのゆえに、この2・2の場合においても、実定法から独立した思考、自然法観念との結びつきが必要となる。逆にいえば、こうした法律は、自然法を実務につなぐ媒介物となる。自然法と実定法は、抽象的には対立的だが、現実の生活の場においては結合させることを追求する他ないことが多いし、現実の政治においては結合する可能性のある場合も多いのである。しかも、もし上記のような法律がなければ、依拠するのは、当時の実定法ではなく、当時も今もを規定していると考えられる自然法のみということになる。しかるに、解放直後に一般に見られる雰囲気、すなわち圧政に対する批判が強く、それに抵抗した英雄達に対する評価が高く、したがってかれらの犠牲を救済し補償しようとする気運が高まっている状況下では、自然法に依拠する他ない裁判においても抵抗権が認容される展望はかなりあるものなのである。そしてここでは、純粹に自然法をめぐって、①その行為が本当に抵抗行為であったか、②その行為に出ることが

やむを得なかつたか、③採った手段が状況から考えて妥当であつたか、④その行為によつて損なわれた第三者の利益と比べて、抵抗が追求した利益が優越していたか、の基準が重要な考察対象となる。ここではすなわち樋口の前述の主張とは反対に、自然法に関わるケースでも抵抗権行使の基準論が問題になるのである。

以上からして、抵抗権を法律の明文で認められた抵抗権に限定することも、また、抵抗権は本来的に「例外権」だとしてもつばら自然法的なものであることも、ともに法生活の実際の展開に対応し得ない観念的な論議であることが分かる。また、抵抗権を論じるに当たっては、第一に、実定法秩序の歴史と全体構造が示す論理を明らかにし、そこに実定法解釈を基礎付ける、「実定法的原理」の考察がきわめて重要である。この点を鮮明に押し出したのが、田畑・天野の問題提起であつた。そして第二に、裁判が正常に機能している体制下でも、問題の適切な処理のために自然法に依拠する必要が多様な形で生じることが分かる。法実証主義の立場から「自然法を実務に使うことは認められない」と叫んでみても、それに依拠して法生活上の問題に対処する他ないケースは、これまでに生じて来たしこれからも生じっているのである。そして本稿の考察から分かるように、「抵抗権の合法性」の問題提起は、単に抵抗権論を深める上で重要であるだけでなく、「法律」を超えて「法」を問う、他の法的基本問題、とりわけ新しい人権の確立について考察する上でも示唆的なものである。

(1) 最近の抵抗権論の一つにおいて、次のように主張されている。「抵抗が許される事態は常に例外的場合であるという抵抗権論における思考の常道に反する「実定法上の抵抗権」なる概念は放棄されるべきである」(芹沢斉「近代立憲主義と「抵抗権」の問題」、『現代国家と憲法の原理』有斐閣 一九八三年 四七七頁)。この芹沢論文は、最近に至るまでの抵抗権論を総括し、「実定法上の抵抗権」が無用でかつ無理であることを論証しようとしたものであるが、裁判上で問題になる抵抗について「刑法上の違法性阻却事由(正当行為・正当防衛・緊急避難)で十分カバーしうる」とか、上述のように「抵抗が許される事態は常に例外的場合である」(抵抗権は圧制下でのみ問題になる)とかとするなど、事柄の

本質についての誤った認識が前提になっている。芹沢にも見られることだが、憲法学者が抵抗権を扱った際の特徴は、第一に、抵抗権を革命権にも匹敵するような例外的で非常手段的な権利だと前提し、それゆえ普通の国家では認められがたいとすることにある。第二に、抵抗権は憲法規定ないし憲法秩序を守るための保守的な権利だとすることにある。しかし、本論で述べるように、これらの前提自体が誤っている。第三に、実定法と関連つけて抵抗権を扱うことが「はなはだ困難である」と論じる人は、裁判等で抵抗権を実際に認めさせることが困難であることと、抵抗権を理論づけることが困難であることを混同しているようにも見える。

- (2) 佐々木高雄「抵抗権」『法律時報』四九巻七号、一九七七年。
- (3) 天野は、抵抗のケースを「官憲の違法行為にたいする批判、抗議の意味をもつ」場合と、「支配体制にたいする全面的拒否の姿勢をとる」場合とに分けている(『抵抗権の合法性』、法律文化社、一九七三年、一一六頁)。同様な分類としては Guenther Scheide, Das Widerstandsrecht, Berlin, 1969, S. 90 がある。樋口陽一も上述のように「実定法上の抵抗権が問題になる」「平常的状況」と「自然法上の抵抗権が問題になる」「ナチズム体制」のちがちな「極限状況」とを分けている。
- (4) Das Urteil vom Bundesgerichtshof, 3. Strafsenat vom 8. 11. 1965, Entscheidungen des BGH, Str. 20, S. 342 ff.)
- (5) 「抵抗権は、国家の活動そのものに対する抵抗の権利である点において、個人に対する正当防衛と区別される」(村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』成文堂、一九八四年、二七二頁注5)。
- (6) 田畑忍「抵抗権と抵抗義務について」『法哲学年報』一九六〇年、八六頁。
- (7) 天野「抵抗権の合法性」、五・六頁。
- (8) アルツール・カウフマンも次のように、抵抗権を人権から引き出している。「抵抗権はすべての権利の源泉となる権利である。人間が不正に對して「ノー」と言えるところに自由が存する。そして自由を支えるのが権利だから、抵抗権はすべての人権のもっとも基底となるものである。人間の尊厳の不可侵性を規定している基本法第一条から権利が導き出せることなら、それは抵抗権だ。」Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 2. Aufl. 1984, S. 256. ドイツでは「このように抵抗権を「明文化されていないけれども憲法体系に内在する」(systemimmanent)基本権である」とする見方がむしろ一般的である。シャイトルは、同様に論じる者としてカール・シュミット、ヴァイリ・カイガー等を挙げている。Scheidt, a. a. O., S. 361f.
- (9) 一九四六年のドイツ・ヘッセン州憲法一四七条は、「①憲法に違反して行使された公権力に抵抗することは、各人の権利であり、義務である。②憲法破壊又は憲法破壊の企図を知ったものは、国事裁判所に訴えて責任者の刑事訴追を求める義務がある。詳細は法律で定める」とする。

九四七年のブレーメン市憲法一九条も同趣旨である。また、一九四六年のドイツ・ヘルリン市憲法三三条は、「③憲法に確立された基本権が、明らかに侵害されたときは、各人は、抵抗する権利を有する」とする。これに対してドイツ連邦共和国憲法(〇条第四項(一九六八年追加))は、憲法「秩序の廃止を企てるすべての人に対して、あらゆるドイツ国民は、他の救済手段が不可能な場合には、抵抗の権利を有する」となっており、ここでは抵抗権が、憲法違反に対してはななく憲法に敵対する者に対して制度化されているのであって、事情は異なる。(以上翻訳は岩波書店版『基本六法』による。)つまりヘッセン州とブレーメン市の憲法がもっとも明確に、抵抗を市民の「権利であり、義務である」とする。

日本国憲法については、第二條が問題になる。第二條は、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない」としているが、「国民の不断の努力」とは「自由及び権利」を侵す者に対して国民が抵抗すべき義務をも意味しているとする田畑・天野説がある。小林直樹は、日本国憲法に「抵抗権」は明記されていないとしつつも、九七条と二二条からして「基本権規定の全体がその存在を予定している」とする(『憲法講義』上、東京大学出版会、一九八〇年、二四六頁)。樋口陽一も二二条に関連させて「少なくとも思想として、は実定法上の抵抗権が日本国憲法から読みとれるとする」(『憲法』創文社、一九九二年、九四頁)。

- (10) Der Beschluss des Ersten Senats vom 14. 2. 1973, BVerfGE 34, 269 ff. 1)の判決は、民法に規定のない、人格権侵害に対する損害賠償を裁判所が認めたことに関する。
- (11) 石部雅亮・笹倉秀夫『法の歴史と思想』一五五頁(石部執筆部分)。
- (12) Dworkin, Taking Right Seriously, 1977, p. 101.
- (13) 佐藤幸治『憲法』第三版、青林書院、一九九五年、三九三頁以下。
- (14) ドヴォーキンにおいては、一方で「原理」が強調されているものの、①―と②―の識別は明確ではない。それゆえこのドヴォーキンを踏まえた小林直樹は、「明示的もしくは暗黙の仕方」で、実定法が認めている権利(「実定法上の抵抗権」と「自然法上の権利」との区別しか行い得ないため、田畑・天野の抵抗権論を、法実証主義者の新正幸にならって「実質的自然法説」に分類している(『法・道徳・抵抗権』日本評論社、一九八三年、三一八頁)。これでは、田端・天野の問題提起の意義が見逃されることになる。
- (15) 尾高朝雄『国家構造論』岩波書店、一九三六年、一八三頁。
- (16) 同様に権利の成立史の考察から権利の性格付けを行う作業としては、野村平爾の政治ストライキ肯定論がある。その趣旨は、団体行動権が制定されたのは第二次世界大戦後であり、その背景には、ゼネストを含めた政治ストが反ファシズムの有力な武器となったことの教訓や、ワイマール共和国憲法が団結権しか認めなかったことがドイツでファシズムの台頭を許したという反省がある。この成立史を踏まえれば、団体行動権に抵抗権について(笹倉)

権を政治ストとして行使することは、制度本来の含意である、とするものである。野村は、政治ストの歴史を、政治スト肯定の客観的解釈の有力な根拠として位置づけ、その合法性を主張しているのである。野村平爾『日本労働法の形成過程と理論』岩波書店、一九五八年、八九頁以下。佐藤昭夫『労働法学の方法』悠々社、一九九八年、六一頁以下も同旨。

(17) 天野の場合にはさらに、「社会の発展法則」が「抵抗権を究極において基礎づける」とされる(『抵抗権の合法性』一〇二頁)。しかしこれはたんに法則だからというよりも、人権と民主主義の拡大が歴史の流れだから、それを尊重すべきであるというものである。これらが歴史の流れであることは、全体的には否定できないことだし、それによって人々が幸福——幸福の内容には多様なものがあるが——になるのも否定できない。「歴史の法則に沿うべし」、もまた、「幸福は追求されるべきである」あるいは「これまでの歴史的努力は尊重すべし」等の媒介項に依拠しているらる。

(18) Scheide, a. a. O., S. 117.

(19) この点については、Scheide, a. a. O., S. 116f. 結城光太郎「抵抗権」(『日本国憲法体系』第八巻、基本的人権II)、有斐閣、一九六五年一三三頁。

(20) 前掲・村井「公務執行妨害罪の研究」、二六二頁。Klaus Koeger: Widerstandsrecht und demokratische Verfassung, in: Recht und Staat, Heft 399, 1971は『代表民主主義の根底に直接民主主義が潜在していて、前者が機能不全になると後者が自動的に前面に出てきて抵抗権を発動させる』という考えを批判する。その理由は、民主主義が依拠している「人民」は、個々の個人のことではなく、「多くの多様な営みや利益から秩序化された意思形成手続きを通じて不断に作り上げていくべき関係概念(Bezugsobjekt)」、(S. 18)であるから、代表制を離れて実在しているわけではない、というものである。しかし、村井が言っているように(本稿一五頁)、抵抗権は、第一義的には、直接民主主義の発動そのものではなく、不法によって代表民主主義を機能不全にした権力が、現行法に反する抵抗を不法だとする資格があるかの問題である。

(21) 渡辺洋三「法治主義と行政権」(『法社会学研究』1、東京大学出版会、一九七二年)。

(22) 前掲・村井『公務執行妨害罪の研究』二六一―二七〇頁。

(23) 『判例タイムズ』五八号、一九五六年。

(24) 東大ボロ口座事件東京高裁判決(一九五六年五月八日)、および第一審の東京地裁判決(一九五四年五月二日)も同趣旨である。一九六三年五月の最高裁判決では、こうした判断は否定された。

(25) Scheide, a. a. O., S. 138, S. 103. この点では、結城(前注19参照)もボロ口座事件判決について同様に指摘している。すなわち、「抵抗権」

+

の観念をもとにしてこの事件を扱うならば、「大学自治保全の法的価値」と「警察官の個人的法益の価値」という二つの価値が対峙し合っているところではなくなる。抵抗を受けて警察官個人の利益が侵害されたとしても、かれは個人的に行動したのではなく機関として、しかも違法に行為したのであるから、その個人的価値は衡量の対象にならない。

(26) 一九九九年二月に施行された「動物の愛護および管理に関する法律」は、一条の「基本原則」で「動物が命あるものであること」の認識を求めている。こうした規定が存在することは、「命の尊厳」ないし「命あるものの尊厳」を媒介にして、動物の固有権への展開がしやすくなる条件となる。

(27) 圧制下における抵抗ではなく、憲法秩序を維持している権力の悪しき行為に対する抵抗であっても、「抵抗を禁止する」とか「抵抗を罰する」とかといった判決が出た場合、その判決にも抵抗するときには、事情はこの場合と同様のものになる。なぜなら裁判という究極的な判断が下り違法性阻却の可能性がなくなった以上、抵抗者への罰は必至であるのに敢えて抵抗するのだからである。この場合に抵抗権に訴えるのは、もはや裁判官を説得するためではなく、権力の発動を世論の力で押さえよつと意図していることである。

(28) 清水正義「ドイツのナチス迫害犠牲者への補償」(『世界』五九一号、一九九四年二月)。

(29) 一九三三年に反ナチ運動のため爆発物を製造したアナルコサンディカリストたちに対する、一九五二年七月二日のフライブルク高等裁判所判決。Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechung zur Widerstandsbekämpfungsgesetz, 1952, S. 282.

(30) たとえば、注29の判決は、「普く承認されている道徳を無視し目的を達成するためには道徳的非難に値する犯罪的ですらある手段に見境なく訴える政府は、それに反対する人々を同様な武器に訴えて抵抗することを余儀なくさせるものである」と述べて、抵抗権を認めた。一九六二年一月七日の連邦通常裁判所判決も同様である。Scheide, a. a. O., S. 50. これらは明らかに自然法的に捉えられた抵抗権に基づいている。

(付) 本稿は、一九九八年～二〇〇〇年度文部省科学研究費補助金(基礎研究)2、課題番号一〇六二〇〇一四)による研究成果の一部である。