

## 西ドイツ非常事態憲法における抵抗権

山内敏弘

### 一 問題の所在

一九六八年六月二四日の第一七次基本法補充法律によって、西ドイツの基本法が大幅に改正され、かくて、新しい憲法体制——いわば、非常事態憲法体制——が西ドイツに現出したということについては、既に我が国において一般に知られている処である。<sup>(1)</sup>この憲法改正は、直接的には、従来、西ドイツの国家主権が非常事態の場合には制限され得たことにかんがみ、国家緊急権の諸規定を憲法上創設することによって国家主権の完全な回復をはかることをその一応の目的としているが、<sup>(2)</sup>しかし、その内容を概観した場合、そこにはきわめて重大且つ危険な問題が含まれているといわざるを得ないのである。

新しい非常事態憲法は、それ以前に提出された政府草案に比較すれば、<sup>(3)</sup>ただしも民主的なもののようにも見受けられるが、それは、所詮、既に指摘されている如く、国家緊急権の諸装置を憲法上設定したことに規定されて、国民の代表機関たる議会の地位と権限を縮小するとともに、国民の基本権を著しく制限し得るものとなっていることは免れがたいからである。<sup>(4)</sup>その意味で、例えば、シュタインが、「非常事態の諸規定は、それらがいかに繰返しその擁護を強調しようとも、我が国の自由で民主的な基本秩序を危険におとめている。それら諸規定を基本法に採り入れたことは、我が国の自由の終焉の始まりであり得る」と指摘し、更に、シュテルツェルが、「非常事態立法は、一九四九年にすべての政治集団において一

致がみられた、憲法を構成する基本的決定を破棄するものである。……いまや、反対勢力に対する権力的抑圧の装備が登場した」と批判しているのは、蓋し、首肯せざるを得ないものである。しかも、ヘッセが新たに導入された基本法第八七条a第四項に関連して次のように述べているのは、このたびの非常事態憲法の本質を突くものとして象徴的とさえ考えられるのである。「自由で民主的な基本秩序は、それが充分に多数の市民によって是認され、且つ担われるという点に依拠している。軍隊によっては、それは確立されもしないし、また回復されもしない。『回復される』のは、常に……軍事独裁あるいは軍隊の出勤を左右し得る勢力の独裁である。基本法は、第八七条a第四項においてそのような解決手段を提供することによって、みずからの存立を保障する代りに、それを危険におとしいられているのである。」

ところで、このような批判を被らざるを得ない非常事態憲法の中にあつて、一見、我々の予想を裏切るものとして特に注意を喚起せざるを得ないのは、通常、国家緊急権とはまさに対立的に把えられている抵抗権の規定がそこに同時に採り入れられているという事実である。即

ち、新しい基本法第二〇条第四項は、次の如く規定しているのである。

「この秩序を除去することを企てるいかなる者に対しても、すべてのドイツ人は、他の救済手段が不可能な場合には、抵抗する権利を有する。」

この事実を、我々は果してどのように考えるべきなのであろうか。一般に、国家緊急権と抵抗権とは、前者が国家権力自身による憲法保障のための緊急手段であるのに対して、後者は、国家権力の不法・不正な侵害を除去するために国民の側から行使される憲法保障の最後の手段であると把えられている。<sup>(8)</sup>新しい非常事態憲法に於て、国家緊急権の諸規定の導入と並んで抵抗権の規定が設けられたことは、国家緊急権の行使そのものがまさに違憲な形でなされ得ることを予想し、そのような場合にこそ国民の側からする抵抗権の行使が最終的な憲法保障の方策たり得ることを明示したものと考えるべきなのであろうか。基本法第二〇条第四項の規定の意味をこのように把えた場合、それは、非常事態憲法全体の前述の評価についても、一定の留保を付さざるを得なくなることは確かである。蓋し、その場合には、少なくとも規範論

理的には抵抗権が国家緊急権に優位することが認められてくるからである。しかし、反面、基本法第二〇条第四項にあって問題とせざるを得ないのは、そこには、ヘッセン憲法第一四七条等の規定とは異なって、抵抗権が国家権力の違憲な行使に対してこそ向けられる旨がならん明示されていないことである。このことの意味を我々はどのように理解すべきなのであるか。同条項にいう抵抗権を我々は果して伝統的な抵抗権と同一範疇のものとして把えることができるのであろうか。

本稿が以下において問題として解明しようとするのは、ほぼ以上のような点である。それを、本稿は、まず、基本法第二〇条第四項の成立過程をごく簡単にフォローし、ついで、それを背景として同条項のもつ問題性を検討していくという順序で行なうこととするが、そのような検討は、同条項にいう抵抗権が、実は伝統的な抵抗権とは異なり、まさに非常事態憲法体制のもとで、その中に包摂せられ、それ自体、国家緊急権の発動を補完し、且つその一環として位置づけられざるを得ないものであることを明らかにするであろう。

## 二 基本法第二〇条第四項の成立過程

抵抗権の条文化の問題は、既に四八年から四九年にかけての基本法制定会議において論議されているが、直接、非常事態立法との関連でそれが論じられるようになったのは、第四選挙期になってからである、といひ得よう。<sup>(9)</sup>六〇年の政府草案について、第四選挙期になって六三年一月改めて連邦議会に提出せられた非常事態憲法に関する政府草案は、抵抗権の規定をならん含んではいなかったが、この草案の審議の過程で、とりわけ労働組合の側から、政治ストをそれが抵抗権の発露たる限りにおいて基本法で保障すべきであるという意見が議会に提出されたからである。<sup>(10)</sup>抵抗権の条文化は、勿論、この段階にあっては、非常事態憲法そのものがSPDの反対に会って未成立に終ったこととあいまって実現されることなく、その本格的な審議も第五選挙期にもちこされることとなる。しかし、この期にあって、抵抗権の条文化がとりわけ労働組合の側から、しかも、政府の非常事態憲法草案にある「内的非常事態」の悪用を恐れ、抵抗権の行使としての政治ストがその種の事例に該当しない旨を憲法上

明記しておくという意図のもとに主張されたということ  
は確認しておかなければならないと思われる。抵抗権の  
条文化は、少くとも、その当初にあっては、国家緊急権  
に対抗する意味において提唱されていたのである。

第五選挙期において最も重要な政治的与件事実は、C  
DU/CSUとSPDとの間にいわゆる大連立内閣が成  
立したということである。非常事態憲法は、この大連立  
内閣の成立によってその実現が確定的となるが、それと  
ともに抵抗権の条文化の論議も本格的なものとなる。六  
七年三月の非常事態憲法に関する新たな政府草案は、そ  
れ以前と同様、抵抗権の規定をなら含んでいなかった  
が、まず、同年四月二八日の連邦参議院における政府草  
案の最初の審議に際して、ヘッセン州の代表から抵抗権  
の条文化が主張されることになるのである。ヘッセン州  
の代表のストレリッツは、以下のように主張するのであ  
る。「我々は、スト権がそれが属すべき処に、即ち、基本  
法第九条に規定さるべきものと考える。我々は、更に、  
政治ストの原則的な承認を、即ち、それが連邦並びにラ  
ントの自由で民主的な基本秩序の存立の確保と擁護にと  
って必要である限り、憲法保障の最後の手段たる抵抗権

の表現として憲法上それを明示的に認めるべきではない  
かどうかを考へるべき旨、提案する。連邦政府が、その  
提案理由の中で、連邦憲法裁判所の判決を引用して抵抗  
権を肯定したことは妥当である。しかし、憲法上、明示  
的に抵抗権が認められているヘッセン州の政府にとって  
は、この重要な点についても憲法自身に規定を設けるべ  
く要求することは当然である。」そして、付け加えて彼  
はいう。「そのような規定は、例えば、カップの反乱を  
阻止するためになされたゼネストの如く歴史的に周知の  
事実を振り返ってみた場合、憲法政治上、無視し得ない意  
義をもつことであろう。」<sup>14)</sup>

このストレリッツの発言について注目し値するのは、  
それが労働組合の側から出された前述の主張と同様の観  
点からなされていることと並んで、更に、それがカップ  
の反乱の如く直接的には国家権力の担い手ではない者に  
よって企てられる反革命に対処するためにも抵抗権の条  
文化を説いているという点である。抵抗権の条文化は、  
ここにおいて、その新たな役割を期待されるに至ったの  
である。この意味する処はきわめて重要であるが、しか  
し、問題は、西ドイツの現実の政治・権力状況のもとで

この趣旨が生かされた形での抵抗権の条文化がはたしてどのような形になされ得たのかということである。

ともあれ、ヘッセン州代表による以上の如き趣旨の提案は、さしあたっては、連邦参議院において多数の支持を受けるには至らないが、それは、その後、SPDの若干の議員に受継がれていくことになる。グシャイドルを始めとする若干の議員が、六七年六月二八日の連邦議会における政府草案の第一読会に先立って開かれたSPDの党会議においてストレリッツの提案を踏襲した形で抵抗権の条文化を主張することになるのである。<sup>15)</sup>しかし、そこでの論議の結果、多数意見として打出されてきたのは、抵抗権をスト権と結びつけることは政治的にみて得策ではなく、誤解を招きやすいし、またその種の主張を貫徹し得る可能性はない、という考えであった。SPDの大勢がこのような結論に到着してしまった結果、グシャイドル等の若干の議員に残された道は、抵抗権をスト権とは一応切離して条文化するという方法であった。グシャイドルは、以下の如き条項を基本法第一八条に新たに設けることを提案するに至るのである。<sup>16)</sup>

「連邦又はラントの自由で民主的な基本秩序に対す

る急迫した危険が存する場合、就中、公権力の違憲な行使がみられる場合には、個別的に又は他人と共同してこの危険に対して抵抗をなすことは、各人の権利であり、義務である。」

グシャイドルのこの提案は、抵抗権がスト権と切離されてしまったという点では前述のストレリッツのそれと異なっているが、しかし、抵抗権が直接国家権力の担い手ではない者による反革命に対しても行使され得るとした点ではストレリッツのそれと同一線上にあるものといえる。彼が、その提案理由の中で同様にカップの反乱の例を引合いに出し、<sup>17)</sup>且つ、「連邦又はラントの自由で民主的な基本秩序に対する急迫した危険が存する場合」には抵抗権の行使が認められるとしたことは、そのことを示していると考えられるからである。唯、ここにあって留意しておくべきは、抵抗権がそのような場合に行使され得る可能性を是認した上で、尚、それが「就中、公権力の違憲な行使」に対してこそ向けられることの重要性を彼はなんら否定しておらず、むしろその点を強調しているということである。そして、問題は、SPD内部からするこのような意見をSPDは果してどのように汲

み上げようとしたのか、という点である。SPDは、確かに、その後まもなく、抵抗権を基本法に明文化することを、それが公民の育成や教育にとっても有意義であるといった論拠をも伴って党の全体の要求とすることになる。しかし、六八年三月一七日から同二一日にかけて開かれた非常事態憲法のためのニュールンベルグ党大会において党の要求として結論的に出されてきたのは、次の如きものであったのである。<sup>(18)</sup>

「自由と憲法機関の擁護のためのすべての国民の抵抗権は、基本法において明示されるべきである。」

SPDの性格がこれによって端的に証明されてしまったといっても、決して過言ではないであろう。<sup>(19)</sup> ここにあっては、抵抗権が就中国国家権力の違憲な行使に対してこそ向けられるという点がなんら明記されていないだけではなく、逆に、それが「憲法機関の擁護」のために行使されるという点がとりわけ強調されているからである。SPDは、党内から提出されていたグシャイドルのような意見の一部分だけを採上げ、他の本質的部分についてはこれを切捨ててしまったのである。このことは、結局は、SPDが大連立内閣に加わり、みずから国家権力の

一端を担うに至ったという事実起因していると思われるが、しかし、これの有する意味はきわめて重大といわざるを得ないであろう。抵抗権は、かくて、その重大な変質を求められることになったのである。

ところで、SPDにあって、抵抗権の条文化への要求がこのような形で決められていったのに対して、大連立政権の他方の政党であるCDU/CSUにあっては、問題はどのように把握されていたのであろうか。CDU/CSUにおいては、抵抗権が超実定法上の権利として存在することは認めつつも、それを基本法上明文化することには反対する意見が当初にあっては支配的であったといえよう。<sup>(20)</sup> 抵抗権を条文化すべきであるというSPDの希望も、かくて、当初の段階においては、CDU/CSUによる明白な拒否に出会ったのである。拒否の理由は、大略、抵抗権は原則的に条文化され得ないものであるという点、そして、条文化によってそれが本来有している処のものあまりにも容易に失ってしまうだけであるという点にあった。<sup>(21)</sup>

CDU/CSUの中において、抵抗権を条文化しようとする意見が積極的に打出されてきたのは、ようやく六

八年になつてからである。六八年に入つて、非常事態憲法の審議はその最終的な段階を迎えることになるが、それは、同時に、そのような体制に対する学生を中心とする反対闘争がその激しさにおいても一つの頂点に達した時期でもあったのである。その中にあって、例えば、二月始めにベルリンでいくつかのグループが起こした行動は、ベルリン参事会によるデモ禁止令に対してベルリン憲法第二三条の抵抗権を援用していたのである。<sup>(22)</sup>そして、これがCDU/CSUには抵抗権概念の誤解によるものであると受取られたのは、蓋し、当然であつた。かくて、CDU/CSUにあつても、抵抗権概念を明確化し、なにか抵抗権の行使であり、なにかそうではないかを憲法上提示する必要性が感じられてくることとなる。連邦議会の法務委員会において、CDU/CSUのエベンが基本法第十九条として次の如き条文を設けることを提案するに至つたのは、まさに以上のような事情に基づいていたのである。<sup>(23)</sup>

「連邦又はラントの憲法機関がその法律上の任務を遂行するについて、これを妨げる試みがなされた場合、或は、自由で民主的な基本秩序が除去された場合には、

いかなる者も、法侵犯者に対して抵抗する権利を有する。」

エベンのこの提案において特徴的であるのは、既に明らか如く、抵抗権が国家権力の違憲な行使に対して向けられるという文言が完全に欠落していること、そして、国家機関の擁護のためにこそ抵抗権が行使され得るという点が殊の他強調されていることである。エベンの提案は、四月一日の法務委員会にかけられ、そこで一旦はさまざまの反論に出会つて多数で否決されることになる。しかし、四月五日の内務委員会は、抵抗権をエベンの提案した文言において基本法に採入れるべき旨、改めて法務委員会に提案するのであり、かくて、法務委員会は、再度その検討を迫られることになるのである。<sup>(24)</sup>法務委員会においては、勿論、この提案は、それが伝統的な抵抗権とは異なるといった批判をも含めて、多くの反論に出会うことになる。グシャイドルの次の如き修正案<sup>(25)</sup>が提出されたのも、そのような観点からであつた。

「権限の濫用又は越権によつて、連邦又はラントの憲法機関をしてその任務の遂行を妨げ、或は自由で民主的な基本秩序を除去する企てがなされた場合には、

いかなるドイツ人も、法侵犯者に対して抵抗する権利を有する。」

グシャイドルのこの修正案は、いうまでもなく、「権限の濫用又は越権によって」という文言を挿入することによって、抵抗権が国家権力の違憲な行使に対して向けられる点を特に表現しようとしたものであった。しかし、この案は、まさにそのことの故に、就中、CDU/CSUの反対に出会わざるを得なかったのである。その後の各党内部の会議、更には両党派間の会議は、然るべき妥協案を捜し求めることになる。このような過程の中で、抵抗権条項が基本法第二〇条に新たに付け加えられること、並びにその行使は最後の手段としてのみ認められることが確認されるに至るが、更には、それを基礎として、次の如きレンツの提案が五月九日の法務委員会に提出されることになるのである。<sup>(26)</sup>

「この秩序を除去しようとする者は、憲法に違反した行為をなすものである。いかなるドイツ人も、法侵犯者に対しては、他の救済手段が不可能な場合には、抵抗する権利を有する。」

法務委員会にあって、この提案は、文章表現上の修正

を受け、現行規定にある如き表現に変えられることになる。唯、これに対しては、尚、SPDのマツトフェッファが「権限の濫用又は越権によって」という文言を付け加えるよう提案するのであり、しかも、この案は、一旦は法務委員会において了承されることになる。しかし、エベンの動議に基づいて党派間会議開催のためにとられた休憩の後で再度開かれた法務委員会にあって、このマツトフェッファの案は改めてくつがえされ、<sup>(27)</sup>法務委員会は、かくて最終的に現行規定にある文言において抵抗権を条文化することを連邦議会に提案するに至るのである。

抵抗権をこのような形で条文化することに対しては、院外からも厳しい批判が投ぜられることとなるが、<sup>(28)</sup>しかし、法務委員会の報告を受けた連邦議会及び連邦参議院において、もはやこの案に対する積極的な反対意見は出されることはなかったのである。むしろ、この案を支持してなされたエベンの次のような発言が基本法第二〇条第四項の立法趣旨を端的に物語るものとして象徴的なものとなったとい得るのである。「私も、又、自由で民主的な基本秩序に対する一定の事例の攻撃を取出して、例

えば、いわゆる上からの朝憲紊乱行為(Staatsreich von oben)についてのみ抵抗権を認めることは是認しがたい、という点を明確にすべきであると考える。そうではなくて、まさに通常の国家手段が機能しない極限的な場合には、下からの攻撃に対して民主主義を守るためにも、従って、下からの反逆の企て(Putschversuch von unten)に対しても抵抗権は認められるべきなのである。私は、例として、ドイツの歴史から一九二三年のヒトラーのいわゆる反逆の企てを引合いに出そう。……スバルタクス団の蜂起の際の状況も、まさにそうであった。そこにおいても、権限ある機関がこの蜂起を鎮圧することに成功した。しかし、それとても、もっと別の形になっていたかも知れないのである。抵抗権をそのような場合に排除すべきではない。そうすることは、(抵抗権に)認めがたい制限を課すことになるであろう<sup>29)</sup>。」

基本法第二〇条第四項は、ほぼ以上の如き経過を経て成立するに至ったのである。

### 三 基本法第二〇条第四項の問題性

基本法第二〇条第四項の成立過程を前項において、

簡単にはあるが概観することによって、同条項にはきわめて重要な問題が含まれていることが改めて明らかになったと思われる。本項においては、従って、以下、同条項にいう抵抗権の本質的性格をいかに規定すべきかについて問題となる諸点を検討してみることとする。

一、まず、同条項について第一に確認しておかなければならないと思われるのは、それが非常事態立法と一体になった形で誕生したという事実である。しかも、この事實は、同条項が非常事態立法とたまたま同一の時点に、たまたま同一の憲法改正法律において成立したということ以上の意味を有している、ということである。確かに、非常事態立法に関する政府草案は、既に見てきた如く、抵抗権の規定をなら含んではいなかった。この意味では、権力担当者の側で当初から抵抗権を非常事態立法と一体の形で条文化しようとする意図があったということではできないと思われる。しかも、同条項をそれ自体として把えてみた場合、そこに非常事態立法との直接的な関連性を見出すことはなるほど困難である。ヘッセの如く、「基本法第二〇条第四項の抵抗権は、非常事態に限定されていない<sup>30)</sup>」からである。しかし、同条項をより

実質に即して把えてみた場合、つまり、同条項にいう抵抗権の行使が現実になされ得る事態を想定してみた場合、同条項が非常事態立法と無関係であるとは決していい得ないのである。抵抗権の行使がドラスティクな形で問題となるのは、一般に国家権力の正当性・合法性が疑問視されてくる状況においてであるが、それは、国家権力にとってみればその存立基盤そのものが危険にさらされた状態を意味するのであり、国家緊急権の発動はまさにこのような状態においてこそ必要とされてくるからである。しかも、基本法第二〇条第四項に関してとりわけ重要な点は、西ドイツの権力担当者が、元来は国家緊急権とはこのような緊張関係のもとで対立的に作用する抵抗権を、そして当初にあってはまさにその趣旨においてその条文化が提案されたところの抵抗権を非常事態立法の過程の中で国家緊急権と共存する形で、それも抵抗権を国家緊急権のもとに包摂する形で条文化することに成功したということである。前項において概観した基本法第二〇条第四項の成立過程は、他ならぬそのことを全体として示していたといえるのである。また、連邦議会における前述のエベンの発言は、権力担当者のそのような

意図を端的に表明したものであるといえるのである。この点に関連して、同条項の規範内容に即したより具体的な検討は、勿論、後で行なうとするが、ここにおいては、まず、同条項が非常事態立法と一体となった形で成立したことの意味を以上の如きものとして確認しておくことが必要であると思われるのである。

二、基本法第二〇条第四項の抵抗権条項に関して、次に確定しておくべきと思われるのは、同条項が基本法の中で他ならぬ第二〇条第四項という個所に位置づけられたことに規定されて果していかなる特別の意味が抵抗権に与えられるに至ったのか、或は、換言するならば、いかなる特別の意味を付与するために抵抗権は他ならぬ第二〇条第四項という個所に位置づけられるに至ったのか、という点である。

最初に、抵抗権を他ならぬ第二〇条第四項に設けたことの立法者の意図が問題となるが、この点、例えば、シャイドルなどは次の二点にそれを認めているのである。<sup>(31)</sup> 即ち、第一は、抵抗権によって擁護さるべき法益が第二〇条の第一項から第三項にかけて挙げられているから、という点であり、第二は、基本法第二〇条は同第七九条

第三項によって改正不能とされており、従って抵抗権条項を第二〇条に挿入することによってそれをも改正不能にすることができるといふ点である。そして、シヤイドルは、その傍証として、第一の点については、連邦議会への法務委員会の報告書<sup>(32)</sup>を参照すべきことを述べ、また、第二の点については、連邦議会の審議も最終的な段階に入った際にシユタムベルガーがこの点についてはすべての政党の間に一致がみられるとして、「抵抗権が第二〇条に置かれた場合には、これは $\frac{2}{3}$ の多数をもつてしても最早廃棄され得ない」と述べたこと<sup>(33)</sup>を引いているのである。シヤイドルによって挙げられたこれらのものは、確かに、抵抗権を他ならぬ基本法第二〇条第四項に規定したことの立法者の趣旨又は意図を先の二点に認めるにあたって、その十分な論拠となり得るものではないといえよう。その意味では、立法者の主観的な意図または直接的な趣旨は必ずしも明らかではないといわざるを得ない。しかし、抵抗権が他ならぬ基本法第二〇条第四項に規定されたということについては、少なくとも、それに必然的にもなつて一定の客観的な意味が付せられざるを得ないのであつて、しかも、それは、立法者の

主観的な意図と決して切離して考える訳にはいかないもののである。シヤイドルの挙げた先の二点は、立法者の主観的な意図を一義的に示すものではないとしても、尚、抵抗権が他ならぬ第二〇条第四項に置かれたことの客観的な意味づけを考へるにあつては、十分に論ずるに足り得るのであり、また、その限りにおいては、立法者の意図をも示唆し得るものなのである。従つて、以下においては、この二点に関わつて、以上の如き意味合いにおいて若干検討を加へることとする。

まず、第一は、抵抗権によって保護されるべき法益に關してである。この点については、第二〇条第四項自体は「この秩序」と述べているだけなので、必ずしも一義的に明確であるとはいいがたい。シユタインが、これを第三項の最後にある「法律と法」に關連づけて、「かくて、現行法の改革に向けられたいかなる試みに對しても抵抗がなされ得るといふことが結論として意味されるかの如き外見が生れる。これによつて、現在の国家・社会秩序の保守的な強化安定が促進される<sup>(34)</sup>」と批判しているのも、その意味では、全く不当な解釈に基づくとはいへ得ないのである。唯、この点に關しては、立法者の考へ

を示唆するものとして、前述の法務委員会の報告書が参考になりうるといえよう。そこには、「法益として保護されるのは、就中、民主主義、社会的国家、連邦国家的編成、国民主権、選挙・投票による政治的意思形成への国民の協力、権力分立並びに法治国家といった憲法諸原則である」と述べられているからである。この考えは、「この秩序」を、シュタインの恐れたように「法律と法」に限定して把えるものではないが、反面ケンペンのように第三項の「憲法的秩序」と同視し、かくて、基本法全体の秩序と広く把えるのに比較した場合には、若干より具体的であるということができよう。そこに挙げられている憲法諸原則は、ほぼ、第二〇条の第一項から第三項にかけて掲げられているものを網羅したものであると思われるからである。

しかし、「この秩序」がこのように把えられるものであるとした場合、それに対してはきわめて重大な疑問が提起されてこざるを得ないであろう。蓋し、このような把え方をした場合には、抵抗権によって本来保護されるべき法益の本質的部分が欠落してしまう——或は少なくとも軽視されてしまう——ことになるからである。法務委員会の報告書において抵抗権の法益として挙げられているのは、主として、統治の構造或は統治の原理に関する憲法秩序であって、基本権そのものはなら明示されていないからである。抵抗権が国民主権原理から演繹され、それ自体、国民主権の一属性としての側面を有する結果、国家の統治構造・統治原理をその保護法益とすることに於いては、勿論、否定する訳にはいかないであろう。しかし、そのことは、同時に、抵抗権が他面においては基本権に内在するものとして、それ自体、基本権をもその保護法益としていることを否定或は無視するものであってはならない筈である。抵抗権は、この両者の側面を本来的に具有しているのであって、この内の一方を否定或は無視した形での抵抗権規定は、所詮、不完全のそしりを免れ難いのである。しかも、このことは、就中、後者を否定或は無視した形での抵抗権規定についてあてはまらざるを得ないと思われる<sup>(36)</sup>。そのような形での抵抗権規定は、それ自体、国家統治の論理へと包摂されていく危険性を帯びてくることになるからである。蓋し、国民主権は、それが基本権保障という観点を切断された形で使用された場合には、すぐれて現実偽装的な、つまり

は現存の国家秩序を正当化するイデオロギーへと転化する危険性を有しているのであるが、このことは、そのまま国民主権の一屬性としての抵抗権についても該当することになるからである。抵抗権の保護法益を法務委員会の報告書のように把握することは、まさにそのような危険性を現実のものとする機能を果しているのである。しかも、このことは、更に翻って考えるならば、基本法第二〇条第四項の規定の仕方、その位置そのものにその原因を有しているといえる。基本法第二〇条第四項という抵抗権は、その法益を「基本権」とではなく、「この秩序」と規定されることによって、或は、第一章（「基本権」）ではなく、第二章（「連邦及びラント」）の第二〇条に規定されることによって、国民の基本権を擁護・実現するという抵抗権本来の意義を欠落又は軽視し、国家統治の論理へと包摂されていく危険性を現実のものとした——或は、させられた——といわざるを得ないのである。

抵抗権条項が他ならぬ基本法第二〇条に置かれたことに伴って考へざるを得ない第二の問題は、それが果して第七九条第三項の適用を受け、改正不能なものとなったか否かである。この点については、既に、前述のシユタ

ムベルガーの発言が存するが、唯、これをもってこの点に関する立法者の意図を示したものとするには若干の無理が存することは、前述の通りである。しかも、基本法第七九条第三項に関していえば、それは、憲法制定権者が憲法改正権者に対してその権限の限界を提示したものであり、その意味で、憲法改正権者がそのように自らに課せられた限界を変更することは、たとえ改正の限界の枠を拡張する形においてであれ、規範論理的にそもそも不可能といわざるを得ないのである。<sup>(40)</sup>唯、それにもかかわらず、尚、基本法第二〇条第四項の抵抗権は、それが第七九条第三項によって改正不能とされている第二〇条に置かれたことによって、自ら改正不能な規定になったかの如き外観を呈するに至ったことは疑い得ない処である。抵抗権がその本来の側面を欠落又は軽視させた形で条文化され、且つそれがそのまま改正不能として固定化されてしまう危険性を、基本法第二〇条第四項の抵抗権はかくて有することになったのである。

三、基本法第二〇条第四項にいう抵抗権に関して最も問題となるのは、改めていうまでもなく、そこには抵抗権が国家権力の不正・不法な行為に対してこそ向けられ

るということがなんら明記されていない、という点である。抵抗権のいわば名宛人に関わるこの問題について、果して我々はどのように考えるべきなのであるか。

まず、この点に関する立法者の意図は、既に前節において見てきた如く、明らかであろう。西ドイツの立法者は、例えばエベンの発言に端的に示されるように、抵抗権が単に「上からの朝憲紊乱行為」に対してのみならず、まさに「下からの朝憲紊乱行為」に対しても——否、それに対してこそ——行使され得る旨を明らかにするため、抵抗権の名宛人に国家権力を明記することを拒んだのである。

これに対して、西ドイツにおける学説は、この問題を果してどのように把握しているのであろうか。この点、結論的にいうならば、西ドイツの学説の多数も、また、その評価は別として、少なくとも第二〇条第四項の規範的意味内容の解釈としては、立法者意思と同様に問題を把握しているとい得るのである。ヘッセ、シュタイン、ペーター、シャイドル<sup>(44)</sup>そしてローラー<sup>(45)</sup>等の見解がそれである。例えば、ヘッセはいつている。「伝統的な抵抗権は……国家権力の保持者による現存の秩序の（不法な）除去に

対する抵抗のみを含んでいる。基本法第二〇条第四項は、これに加うるに、市民に対する市民の抵抗権を規定している<sup>(46)</sup>。また、シュタインはいう。「この文章においては、古典的な抵抗権の国家に向けられた点 (Staatsgerichtliche<sup>(47)</sup>) は表現されていない。むしろ、これによって、『この秩序を除去す』べく企てる市民に対する抵抗権もまた正当化されるのである<sup>(47)</sup>。ペーターは、更に、次のようにさえいつているのである。「通常文献で論じられている抵抗権は、『国家権力の違法な行為又は不法を働く国家権力の担い手に抵抗する』権利をその内容としている。……基本法第二〇条第四項の権利は、これに対して、別の種類のものである。(そこで)前提とされているのは、原則として、国家の間違った行動ではなく、国家又は個々の憲法原則を除去しようとする個々の市民又は集団の間違った行動である……。国家権力の違法な行使に打勝つことが基本法第二〇条に基づく権利の目的ではないのである」<sup>(48)</sup>。

このような多数説に対しては、勿論、反対の見解が全くない訳ではない。第二〇条第四項にいう抵抗権といえども、少なくとも解釈論としては、国家権力の違法な行使

に對してのみ認められるべきであるとするケムペンの見解があるからである。<sup>(49)</sup>ケムペンのこの見解は、とりわけ、第二〇条第四項にある補完条項、即ち、「その他の救済手段が不可能な場合」という文言を重要視し、その適用を厳格に解することによって実質的に私人又は社会集団による「下からの朝憲紊乱行為」に對する抵抗権の行使を認めたいものとするのであり、これは、確かに、それなりに傾聴に値するものといえよう。<sup>(50)</sup>しかし、それにもかかわらず、結局の処、この解釈には無理があるといわざるを得ないと思われる。補完条項をいかに厳格に解釈したとしても、「その他の救済手段が不可能な場合」<sup>(51)</sup>が全く有り得ないとすることはできないし、しかも、そのような場合に、国家権力だけではなく、「この秩序を除去することを企てるいかなる者」も抵抗権の名宛人とされ得ることは否定し得ないからである。その意味では、第二〇条第四項は、解釈論としても、多数説のように、或は立法者が意図したように把えざるを得ないものなのである。

基本法第二〇条第四項にいう抵抗権の名宛人として、このように、単に国家権力のみならず——或は、むしろ

それ以上に——私人又は私的集団が挙げられざるを得ないものであるとした場合、我々は、このことを果してどのように評価すべきなのであろうか。

まず、この点に関連して予め明らかにしておくべきと思われるのは、一般的にいえば、抵抗権の名宛人として私人又は私的集団が考えられ得る場合があること、いわゆる抵抗権の第三者効力が認められ得る場合があることは決して否定し得ないということである。このことは、我が国においては従来あまり論じられてこなかった問題であり、<sup>(52)</sup>従って、抵抗権の第三者効力ということのためにそれはそれなりの論証が必要となってくるが、ここでは、さしあたって次の諸点だけを指摘しておくにとどめたい。即ち、第一は、ここで問題となる抵抗権は国民主権原理から演繹されるものというよりは、むしろ基本権に内在し、それ自体、基本権の擁護・実現のために行使される権利であるということ。第二は、従って、いわゆる基本権の第三者効力ということがなんらかの程度に認められ得るとするならば、そのことから論理必然的に抵抗権の第三者効力ということも認められ得るということ。そして、第三は、基本権の第三者効力は、今日、それが

直接的であれ、間接的であれ、一定程度においては認められるに至っていることである。<sup>(53)</sup>しかも、第四に、総じていえば、このような問題はとりもなおさず資本主義の現代的構造に大きく起因していることである。<sup>(54)</sup>つまり、現代において、独占的資本は国家権力との密接な結びつきを背景としつつ自ら大幅な権力を掌握して一般大衆に多大の支配力を及ぼすに至っているのであり、個人は、例えば公害に見られる如くその生存すらもこのような資本（企業）に脅かされているのである。個人が生存権を始めとするもろもろの基本権を真に実現・確保するためには、かくて、資本（企業）に対する関係においてもそれら基本権を主張せざるを得ない状況にあるのであり、基本権の第三者効力、ひいては抵抗権の第三者効力が認められなければならないとするのも、この意味においてなのである。最後に、第五として付加えるならば、このような意味での抵抗権の第三者効力は、西ドイツにあって例えばシャイドル<sup>(55)</sup>などによって既に説かれているということである。

抵抗権の第三者効力ということが以上の如き意味において認められ得るとした場合、問題は、基本法第二〇条

第四項にいう抵抗権についてもこれと同様の意味において積極的に評価しなければならぬか否かである。この点については、しかし、改めていうまでもなく私の考えは否定的である。以下、その理由をも兼ねて同条項にいう抵抗権について若干述べてみることにする。

まず第一に、私が抵抗権の第三者効力ということをいう場合、それは基本権に内在し、それ自体、基本権を擁護・実現するために行使される抵抗権のことを意味していた。第二〇条第四項にいう抵抗権にあっては、ところが、その保護法益は、既に前述した如く、基本権ではなく、「この秩序」である。「この秩序」の中に基本権保障が全く含まれていないということは確かにできないが、しかし、この文言自体に通常付着している意味からしても、又、前述の如く、それが基本法の第一章ではなく第二章の第二〇条に置かれたことからしても、それがすぐれて統治構造・統治原理に関わる国家秩序という観点で優位した概念であることは明らかである。それは、又、自由を中核とする基本権とはしばしば対立的となるものであることは自明の理である。基本法第二〇条第四項にいう抵抗権は、その意味では、基本権ではなく、国家秩

序を擁護するための権利なのである。ペーターが以下のように述べているのも、かくて、当然といわざるを得ないのである。「基本法第二〇条は、市民に対して、彼が原則的に是認し、且つ彼がその保護者である処の憲法上の基本秩序を防衛すべく呼び求めている。この規定は、非常事態立法が意味する処のもの、即ち、国家の防衛手段が最早十分ではない場合の『危険な瞬間における防衛』を表わしたものである。基本法第二〇条第四項の権利は、従って、固有の意味における抵抗権とはみなし得ず、むしろ、それは、憲法上規定された国家正当防衛(Staatsnotwehr)或は国家緊急救助(Staatsnothilfe)の事例に該当する」。

基本法第二〇条第四項にいう抵抗権が、このように、むしろ国家正当防衛或は国家緊急救助という形で把えられざるを得ない<sup>(57)</sup>という事は、更に、第二の点、即ち、同条項にあっては抵抗権の名宛人として国家権力が明記されていないことによつても裏付けられ得る。私が抵抗権の第三者効力ということをいう場合、それは抵抗権が国家権力に対して行使されるという伝統的な側面をなんら否定するものではなかつた。資本主義の現段階にあつ

て、幻想共同体としての国家が独占的資本の特殊利害を共同利害の形態において貫徹させる役割を以前にも増して担わされている以上<sup>(58)</sup>、そのような国家権力の不法・不正な行使に対する抵抗権は、その重要性を増しこそすれ、決して減じてはいないのである。第二〇条第四項にいう抵抗権は、確かに、国家権力に対する抵抗を全く否定するものではないとしても、しかし、そのことの重要性を意識的に無視することによって、既存の国家秩序に反すると国家権力自らが判断する処の私人の行為に対して私人が抵抗することを権利として積極的には是認するものとなっているのである。それは、従って、例えばシュタインの述べているように、「これによって、一方においては、不寛容な多数者による私的制裁(Selbstjustiz)の危険性が基礎づけられると共に、他方においては、違憲に行使された国家権力に対する抵抗権の貫徹力が弱められる<sup>(59)</sup>」という役割を果すのみならず、更により直截には、ケムペンの述べる如く、「巧みな操作によつて忠誠的にされた市民を、警察力の、召集によつて出動可能な補助部隊と把える<sup>(60)</sup>」ことを結果として意味することになるのである。既存の国家体制がその根底から問われ、かくて

崩壊の危機にさらされてくる段階にあっては、国家権力は、単に自らの権力装置をフルに発動せしめるだけでは十分とせず、更に一般の国民に対してもさまざまなデオロギー操作を通して体制防禦のために積極的に行動すべく要求してくるのであるが、第二〇条第四項にいう抵抗権は、まさにそのような一般国民の行動を喚起し、それを憲法上正当化するための根拠規定となっているのである。それ故、又、ここには、シャイドルが以下のように危惧する事態が生じ得ることもあながち否定し得ないものとなるのである。「国内的危機の状況にあっては、緊急事態憲法の組織的装置を発動すること以上に、住民の組織化された反対行動によって社会的不安を克服することがより容易に現われ得るであろう。」<sup>(61)</sup> いわば、非常事態憲法のもと、基本法第十二条 a や民間防衛隊法 (Zivischutzkorpsgesetz) に端的に示されている総動員体制<sup>(62)</sup>は、第二〇条第四項にいうこのような抵抗権の存在によって補強され、より確実なものとされているのである。

基本法第二〇条第四項にいう抵抗権が、ほぼ以上の如

き性格をもつものであることが認識された以上、それが西ドイツの憲法政治にとって有する意味も既に自ずと明らかになるであろう。それは、西ドイツにおける自由と民主主義を擁護・実現するものではなく、逆に、非常事態憲法体制のもと、その重要な一環としてそれを崩壊へと導く役割を果し得るものとなっているのである。<sup>(63)</sup> そして、敢えて付け加えるならば、実定法化によってこのような役割を果し得ることになった抵抗権規定に対しては改めて、本来の抵抗権の根源に遡り、そこからする理論と実践両面による闘いが開始されることが望まれるのである。

(1) 影山日出弥「西独『緊急事態法』の問題点」『法学セミナー』六八年八月号、同「非常事態法と独裁制の成立」『現代の眼』六八年九月号、清水望「西ドイツの政治機構」六九年五五七頁以下、山口定「西ドイツ非常事態法の問題点」『立命館法学』第六八と七〇号、更には、K・ヤスパー「西ドイツは何処へ行く」『世界』六七年一月号参照。尚、この基本法改正法律については、さしあたっては、長野実「いわゆる西ドイツの非常事態法」『時の法令』六六四・六六五号にある翻訳が参考になる。

(2) この点については、影山前掲法セ論文八頁、清水、前掲書五八八頁以下。尚、政府の法案提出理由については、

Verhandlungen des Deutschen Bundestages Anlagen zu den stenographischen Berichten Drucksache 5/1879 参照。

(3) それ以前の法案との関連については、とりかえず、Hans Schäfer, Die tückenhafte Notstandsverfassung, in AöR Bd. 93, S. 37 ff. 参照。

(4) 山口前掲論文一頁以下。

(5) Ekkehart Stein, Lehrbuch des Staatsrechts 1968 S. 241 f.

(6) Dieter Storz, Zur Entstehungsgeschichte der Notstandsgesetze, in Kritik der Notstandsgesetze 1968 S. 22.

(7) Konrad Hesse, Das neue Notstandsrecht der Bundesrepublik Deutschland 1968 S. 20.

(8) 国家緊急権と抵抗権との対抗関係については、とらえず、和田英夫「緊急権と抵抗権」『現代法と国家』二二三頁以下及び横田耕一「極限状態における治安と抵抗権」『治安と人権』(法律時報臨時増刊)二六頁以下参照。

(9) JÖR n. F. Bd. I S. 46 f.

(10) 前掲の項の以下の叙述にあたつては、連邦議会並びに連邦参議院の議事録の他は、主として C. Böckenförde, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, S. 168 ff. 及び H. Klein, Der Gesetzgeber und das Widerstandsrecht, DöV 1968 S. 865 ff.

を参照したリやリやを付きた。

(11) Böckenförde, a. a. O. S. 169.

(12) SPDは、既に、六二年の党大会において、非常事態立法の制定には七点の条件を付しながら原則的な賛成の意を表したことがあつた。vgl. Storz, a. a. O. S. 14.

(13) Verhandlungen des Bundesrates 1967, Stenographische Berichte 308 Sitzung S. 59.

(14) a. a. O. S. 59.

(15) Böckenförde, a. a. O. S. 169 f.

(16) Böckenförde, a. a. O. S. 170. 及び O. E. Kempen, Widerstandsrecht, in Kritik der Notstandsgesetze S. 67 参照。

(17) Böckenförde, a. a. O. S. 170.

(18) Böckenförde, a. a. O. S. 170 Anm. 27.

(19) SPDが保守的な体制内政党へと転化したことについては、既に、前述の、SPDが非常事態立法に原則的な賛意を示したという事実、しかも、非常事態立法の問題は「感情的な」大衆討議には適さないものであるとして、選挙の争点などにはしななうにする」立場を採つていたという事実(山口前掲論文『立命館法学』六九・七〇号六二頁)からも明らかであるが、このことによつてそれが完全に立証されたのである。尚、SPDの体制内化については、サイフォンネル「保守再生産の政治風土(西ドイツ)」朝日ジャーナル七〇・九・二〇号に次の如く書かれてゐる。

「(SAD)はファシズムによって鎮圧されていた労働者の階級意識をかきたてるかわりに、消費者・デオロキーや理論の裏付けのない反共主義、左翼諸政策の誤謬により、さらにCDU・CSUの政党に妥協していった。いかなる意味においても決してもう社会主義的とは見えなう『ヒューマンズ・綱領』(一九五九年)に於いて国民から喝采を得ようとしたのだ。労働者の階級的利益、非特権階級の利害などは、その言葉の端にのみならず、そのFDG指導者も労働組合の『公報』とらう各の経路者へ、キローキに追いつくべきだ」。

- (20) Böckenförde, a. a. O. S. 170.
- (21) Böckenförde, a. a. O. S. 170.
- (22) Böckenförde, a. a. O. S. 170.
- (23) Böckenförde, a. a. O. S. 170, Klein, a. a. O. S. 865, Kempen, a. a. O. S. 67.
- (24) Klein, a. a. O. S. 866, Böckenförde, a. a. O. S. 171.
- (25) Böckenförde, a. a. O. S. 171, Kempen, a. a. O. S. 68.
- (26) Böckenförde, a. a. O. S. 171, Klein, a. a. O. S. 866.
- (27) Kempen, a. a. O. S. 68 以下、この出来事を「議員の「自由な委任」を排除する党派間協議の典型的事例」としている。ちなみに「ケムペンによれば、マンナフホッフの提案は、賛成七、反対六、棄権二、によって可決されたが、十五分間の休憩後、それは、反対十、棄権二、で否決された。

るに至った。

- (28) Hesse, a. a. O. S. 5に於ては、就中、労働組合が断固として反対していた。労働組合は、最初は自分達の方から提案した抵抗権の条文化に関して、最後には反対に回る被目になったのである。
- (29) Verhandlungen des Deutschen Bundestages 5 Wahperiode 174 Sitzung Stenographische Berichte (15. Mai 1968) S. 9366.
- (30) Hesse, a. a. O. S. 15. H. Scholler, Widerstand und Verfassung, in Der Staat 1969 S. 19. 9 回巻に於ては 5 9。
- (31) G. Scheidle, Das Widerstandsrecht, 1969 S. 145. 4 9 巻、Scholler, a. a. O. S. 37 9 回巻に於て。
- (32) Verhandlungen des Deutschen Bundestages Anlagen zu den stenographischen Berichten Drucksache 5/2873 S. 9.
- (33) Verhandlungen des Deutschen Bundestages 5 Wahperiode 174. Sitzung S. 9364.
- (34) Stein, a. a. O. S. 241.
- (35) Verhandlungen des Deutschen Bundestages Anlagen zu den stenographischen Berichten Drucksache 5/2873 S. 9.
- (36) Kempen, a. a. O. S. 72.
- (37) この巻に於ては、Scheidt, a. a. O. S. 114 f. Ke-

- mpen, a. a. O. S. 69. Scholler, a. a. O. S. 34.
- (38) 第二〇条第四項に於ては、抵抗権が国民主権の一屬性として、抵抗権をもつばら表示して、その点については、Scheidle, a. a. O. S. 148. Kempen, a. a. O. S. 71.
- (39) 国民代表概念のイデオロギー的性格については、既に宮沢俊義「国民代表の概念」『憲法の原理』一八五頁以下に於て明らかにされた処である。同書二二三頁では、例えば、以下の如く述べられている。「人が国民の代表者と呼ぶところの者と国民との間には実定法的には何らの關係がない。国民代表の概念はそうした実定法的な關係の不存在を蔽う『名』であるにすぎぬ。」また、樋口陽一「『国民主権』と『直接民主主義』『憲法理論研究』ニューズ』二二・二三号四頁は、「『国民主権』の『実質化』……という命題は、それが現実（支配の実力の所在）との距離をゼロまでにはなしえないところの理念であるという緊張關係が忘れて實體化される時、すぐれて現実偽装的なイデオロギーに転化する」旨、指摘している。尚、「国民主権の実体があるがままに認識することこそ科学としての憲法学の要請するところ」という視点から国民主権の科学的究明を行なったものとして、杉原泰雄「国民主権の憲法史的展開」『一橋大学研究年報 法学研究六』一頁以下参照。
- (40) 同旨、Scheidle, a. a. O. S. 146, Scholler, a. a. O. S. 37. Hesse, a. a. O. S. 16.
- (41) Hesse, a. a. O. S. 15f.
- (42) Stein, a. a. O. S. 240.
- (43) Peter, a. a. O. S. 719 f.
- (44) Scheidle, a. a. O. S. 148 f.
- (45) Scholler, a. a. O. S. 34.
- (46) Hesse, a. a. O. S. 15.
- (47) Stein, a. a. O. S. 240.
- (48) Peter, a. a. O. S. 719.
- (49) Kempen, a. a. O. S. 78.
- (50) 第二〇条第四項のもつ危険性を避けるため、補充条項の解釈を嚴格にしようとしているのは、更に、Hesse, a. a. O. S. 149.
- (51) しかも、この文言は、反面においては、連邦内務大臣のペンダが述べているように「法的救済を尽くした後では、憲法侵害が最早償い難いことが明らかに認められる場合」には、法的救済手段を尽くすことは要求されない、とどうように解釈される可能性をも有するのである。(Verhandlungen des Bundesrates 1968. 326 Sitzung, S. 145.)
- (52) ちなみに、拙稿「抵抗権と諸運動」『現代の憲法論』三七六頁以下にはごく簡単にではあるが問題の所在は示しておいた。
- (53) この点については、とりあえず、声部信喜「私人間における基本的人権の保障」『基本的人権』二五五頁以下、及び中村睦男「私人間における基本的人権」『日本の憲法判例』二五七頁以下参照。

- (54) 拙稿前掲論文三七六頁参照。
- (55) Scheidle, a. a. O. S. 123 ff. 尚、Scholler, a. a. O. S. 35. の抵抗権の第三者効力と *ius cogens* 方 *ius cogens*。
- (56) Peter, a. a. O. S. 719.
- (57) 国家正当防衛或は国家緊急救助という概念は、刑法学上、「国家的法益に対して私人が正当防衛すること」(木村亀二『刑法総論』二五九頁)或は「国家的法益を保全するための私人による緊急救助」(小暮得雄「正当防衛」『刑法講座』一三六頁)を意味するものとして用いられている。但し、それが我が国の実定法上認められるものか否かは争われている。
- (58) 幻想共同体としての国家については、さしあたっては、マルクス・エンゲルス『ドイツ・イデオロギー』(岩波文庫版)四四頁以下及び九四、一一三頁参照。
- (59) Stein, a. a. O. S. 240.
- (60) Kempen, a. a. O. S. 79.
- (61) Scheidle, a. a. O. S. 148.
- (62) この点については、影山・前掲『現代の眼』掲載論文一六二頁参照。尚、特に民間防衛隊法のもつ危険性について *cf.* Peter Römer, Die *„einfachen“* Notstandsgesetze, in *Kritik der Notstandsgesetze* S. 201 f.
- (63) ちなみに、東ドイツからは、この抵抗権規定に対して、『その他の救済手段が不可能な場合』に非常事態秩序のあらゆる反対者に対して抵抗する『権利』を保障することによって、事実上、反ファッシヨ・民主主義運動に対するネオ・ナチ的、軍国主義的他民族迫害への道が開かれるに至った。……まさにこの規定において、ネオ・ナチ勢力の促進に向けられた非常事態憲法の性格は明白なものとなる」という痛烈な批判が投ぜられている。(J. Henker/A. Winkler, Die westdeutsche Notstandsverfassung, ein Instrument der Kriegsvorbereitung, in *Staat und Recht* 1968, Heft 7/8 S. 1105.)

(独協大学専任講師)