

フランソワ・ジェニイ (François Gény) の抵抗権論

杉原泰雄

一 序 論

抵抗権問題に与えられる重要性の度合は、国によって著しく異なる。一般に、それを行使する中で近代市民社会を形成して来た国においては、この問題は、自らの生命に関する問題として重視され勝ちであるが、これと異なる歴史経緯を持つ国においては、余り重視されていないといえる。「圧制に対する抵抗」(La résistance à l'oppression)の問題としてアンシアン・レジームとフランス革命を把握するフランスは、国家類型としては前者に属し、これによって絶えず社会変革を行なってきた点では、前者の典型ともいえるであろう。

フランスで抵抗権問題が如何に重視されているかは、同国の歴代の憲法・権利宣言等が殆ど一貫して抵抗権に

関する規定を設けていたことから窺うことができる。

一七八九年権利宣言第二条、一八五二年憲法第一条、一八七〇年憲法第一条、一九四六年憲法前文、一九五八年憲法前文等は、「圧制に対する抵抗」を自然権であると規定し、一七九三年権利宣言は、「圧制に対する抵抗は、人間の他の諸権利の結果である」(第三三条)、「その成員のただ一人でも圧迫されている場合には、社会に対する圧迫が存在する。社会が圧迫されている場合には、その各成員に対する圧迫が存在する」(第三四条)、「政府が人民の権利を侵害する場合には、反乱は、人民にとってまた人民の各部分にとって、諸々の権利のうちにおいて最も神聖なものであり、諸々の義務のうちにおいて最も免れ難いものである」と規定している。一七九三年ジョンド党権利宣言草案は、「社会に結合した人間は、圧制に

抵抗する諸手段を持たなければならない」(第三一条)、「法律がその保障しなければならない自然的、市民的かつ政治的な権利を侵害する場合には、圧制が存在する。法律を個々の行為に適用するに際して、公務員がこれに違背する場合には、圧制が存在する。法律の文言に反して恣意的な行為により市民の権利が侵害される場合には、圧制が存在する。すべて自由な政治においては、このような諸々の圧制的行為に対する抵抗の方法が憲法によって規定されていなければならない」(第三二条)と規定し、一九四六年四月一九日憲法草案は、「政府が憲法によって保障されている権利と自由を侵害する場合には、あらゆる形態での抵抗は、権利のうちで最も神聖なものであり、義務のうちで最も緊急を要するものである」(第二一条)と規定している。また、抵抗権という表現を用いてはいないが、一七九一年憲法第七篇第八条、共和歴三年憲法第三七七条は、「この憲法を……家庭の父親の警戒、妻と母親、若い市民の愛情、全フランス人の勇氣に託する」と規定している。

だが、抵抗権問題が重視され、憲法・権利宣言等にそれに関する規定が設けられている場合であっても、抵抗

権の法的な意味における意義・根拠・条件・限界・方法等は必ずしも明らかでないことが多い。憲法・権利宣言等における抵抗権規定が一般に簡潔・不明確である上に、等しく抵抗権を自然権と規定しもしくは看做している場合であっても、人民と専制君主が対立している時代と人民代表が政治権力を担当している時代とはつまり人民の参政権が否定され個人の恣意による政治が行なわれていたアンシャン・レジームの場合と国民主権と法の支配の原則が確立されて一般に自力救済が禁止されているその後の時代とは抵抗権の持つ法的意義等は明らかに異なっている筈だからである。したがって、抵抗権問題は、絶えずその法的内容を明らかにされている訳ではなく、逆に右の諸事情を考慮した上で、学説によって明らかにされるべき側面を絶えず残しているということが出来るであろう。

抵抗権問題に関する現代フランスの法学説は、以下の三類型に分類することができると思われる。

第一は、専らに事実の問題であって法の問題ではなく、如何なる観点からしても合法化することのできない問題であるとして、法学の対象からこれを排除する立場

である。エスマン、カレ・ド・マルベール等がこれに属する⁽²⁾。この立場の基礎には、既に民主政治と法の支配が確立されて権利保障の実質的な手段が法制化されているという判断の他に、抵抗は成功すれば違法性を阻却されて犯罪とは看做されないが不成功であれば犯罪として処罰される性質のものであるという経験的な判断がある。

第二は、法哲学的な見地からその正当性ないし必要を主張し、これを肯定する立場である。抵抗権が認められないとするならば、暴政に対する人間の救済手段は存在しないことになり、正義に基礎を置く法が恣意による法に従属させられることになるから、人民の自己保存と不正に対する正義の優位を確保するためにこれを例外的最後の手段として肯定するものである。コンスタン、セリニイ、ル・フェール、等がこれに属する⁽³⁾。発想法はこれと異なるがデュギーもこの立場に属するとみてよいであろう⁽⁴⁾。

第三は、単に抵抗権の正当性ないし必要性を主張するだけではなく、更に進んで抵抗権行使の法的な条件と限界を明らかにしようとする立場である。この立場は、刑法上の緊急避難 (État de nécessité) の観念によってこ

れらを確定しようとする立場と正当防衛 (La légitime défense) の観念によって確定しようとする立場とに再分されるが、主流的な立場は後者で、ヴァレイユ・ソミエール、オーリニュー等がこれに属する⁽⁵⁾。

以下に述べるジェニイの抵抗権論も類型としては第三に属するものといえる。だが、彼は、この立場に属する従来の学説が何れも刑法上の観念に安易に依存し過ぎている点を批判し、抵抗権が現実のしかも独立の法制であることを強調して、その根拠・条件・限界・方法を刑法上の観念に依存することなく、人権擁護と秩序維持の均衡ないし比例の観点から明らかにしてみようとする。大革命以降、憲法および憲法意識の上で表見的には相矛盾する国民主権・法の支配と抵抗権が定着するに伴ない、両者の関係を常に明確化する必要にせまられていたフランスにおいては、彼のような観点からの発想がいつかは出現すべき運命にあったということもできるであろう。だが、それにも拘らず、彼に到る迄は彼のような観点から彼の場合程詳細な検討がなされていなかっただけに、彼の学説のうちに非凡なものを認めない訳にはゆかない。彼が提唱した時から既に四〇年の年月が経ってい

るが、問題とそれにアプローチする視角の重要性の故に、殊に抵抗権論の不毛な日本においては、今もって彼の説を紹介する意義は失われてゐないものと考えらる。

(1) ジュネニイの抵抗権論は、主として「私法における科学と技術」(Science et Technique en droit privé positif) 第四卷(一九二四年一〇月)一一二頁以下に展開されてゐる。

(2) Voy. A. Esmein, *Element de droit constitutionnel français et comparé*, t. II, 1921, pp. 533, 534; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, 1920, p. 223.

(3) コンスタン・セリニイ、ル・フェールの抵抗権論の簡単な解説に「ヴォイ・ブールデュー、*Traité de Science Politique*, t. III, 1950, pp. 491, 492; 拙稿「フランスにおける違憲立法審査の歴史と理論」一橋大学年報「法学研究」4、一〇一頁以下。

(4) デニギーは、支配者が社会連帯から生ずる「法規範」(La règle de droit)なしに客観法——「社会連帯の保持発展のためになし得るすべてのことをなせ」「社会連帯を阻害するすべてのことをなすな」を中心命題とする——に従わなければならないことからの当然の帰結として、被支配者の抵抗を認めていた。支配者が「法規範」に反する行動をする場合には、それは事実的なものに過ぎないから、被支配者はこれに従う義務を持たず、「法規範」の優位を

回復するために、支配者に抵抗することができるとしてゐたのである。Voy. Duguit, *Souveraineté et liberté*, 1922, pp. 141 ets.; *Traité de droit constitutionnel*, t. II, pp. 790 et s.

(5) オーリナーは、人民の国家的結合が原始的権利を人民に留保しての結合であり、「何人も自らを裁くことができなす」(nul ne se fait justice à soi-même)の原則の確立以降においても、重大事態においては、国家権力の行き過ぎを阻止するために、同原則に対する違反が人民に認められるとする。人民には、国家の内部における権利(droit intérieur à l'Etat)の他に国家に統合される権利(droit non interiorisé)が認められるが、これは正当防衛という法概念のうちに包含され得るとしてゐるのである。Voy. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, pp. 10—13, 17—20, 182—188.

二 ジュネニイの説

ジュネニイの抵抗権論は、従来の抵抗権論に対する批判から出発する。

まず、彼の批判は、すべての抵抗を同視して、如何なる観点からも合法化することのできない「秩序違反」であり、それ故に法学者の考察には値いしない問題であるとする抵抗権否定論に向けられているが、彼は、このよ

うな見解が余りにも単純で問題を十分に理解していないことに由来する旨を指摘している。日常の生活経験の中で、専らに正当な秩序に対する違反でしかないような「単なる事実上の抵抗」に遭遇することは確かにあるが、問題とされなければならないのは、すべての抵抗がこの種の抵抗に属するものであるか否か、それ以外に、表見的には秩序違反の形態をとりながらも一定の厳格な要件を充足することによって違法性を阻却され、法秩序の枠内に入って来るような抵抗を考へることが不可能であるか否かの問題であるとし、抵抗によって得られる価値と失われる価値を問題とするならば、秩序違反(抵抗)が秩序(合法)に転化する場合のあることを認めなければならぬとする。秩序違反の中には、「より完全なる理想のときの声」としての性格のものがあり、経験に徴していうならば、文明と法の進歩自体が革命という秩序違反によって得られたのではないかとする。後にも述べるように、ジェニイは、抵抗権の根拠と目的を人権と人権擁護に求め、人権擁護と法秩序維持を比較衡量することによって秩序違反が合法に転化されるための具体的条件を提示するのである。

抵抗を法学の対象とは看做さないとする学者が、さらに、力による抵抗は成功すれば違法性を阻却されるが失敗すれば犯罪と看做される性格を持っていることをその理由として挙げているのに対しては、実定法上においても正当防衛・正当行為の如く犯罪構成要件に該当する行為であっても行為の正当性の故に違法性を阻却される場合があるように、抵抗についてもその成否の如何に拘らず違法性の阻却される場合があることを認めなければならぬとする。歴史的経験的には、成否の如何が抵抗に關する合法・違法の判断に強く結合させられているにしても、法の論理としては、経験的事実をそのまま肯定する必要はないし、成否の如何に拘らず合法・違法の基準を定めることができるのである。

強力な否認論の存在にも拘らず、反乱について論じ、「压制に対する抵抗」を「眞の法制」(une véritable institution juridique)と看做すことは不合理なことでも余計なことでもないし、抵抗権問題は法学から追放されるべきではないとしている⁽¹⁾。

彼はまた、中世以降現代に到る迄の神学者や教会法学者の抵抗権論、ロックの抵抗権論、諸々の抵抗権規定に

も言及し、これらは何れも現代の抵抗権問題を解決する充分な能力を持ち合せていないとする。その理由として、(a)神学者は、問題を良心の観点からは検討しているが、法の観点からは検討していない、(b)教会法学者は、教会法の問題としては検討しているが、世俗の法の問題としては検討していない、(c)ロックは、問題を法律家としてよりは寧ろ、法哲学者ないし政治学者として扱っている、(d)権利宣言の規定は、不明確で一貫性がなく、無条件で近代公法の不動の原則と看做す訳にはゆかない、ことを指摘している。法的な考察は、抵抗権問題を現実の法制の問題として把握し、その意義および根拠の解明と同時にその条件、態様および限界に対する分析を要求しているとするのである。⁽²⁾

学者によっては、この問題を現実の法制の問題として把握し、刑法上の緊急避難ないし正当防衛の観念に就いてこれを説明しようとしているものもあるが、ジュネイは、これらについてもなお不十分であるとしている。緊急避難依存説については、この観念によって「圧制に対する抵抗」が直接正当化される筈はないし、またその限界等も確定されないと批判している。つまり、この説に

よっては、「不正行為の変性」を推定することが困難である上に、その要件が余りにも不明確過ぎて「圧制に対する抵抗」を明確に規制することができないとしているのである。正当防衛依存説については、正当防衛の要件が緊急避難の場合よりも明確であるから、緊急避難依存説よりも勝れていることを認めるが、同時に、余りにも他の観念に依存し過ぎて、「圧制に対する抵抗」自体の根拠・条件・限界が当・不当の定かではない大胆な隱喩の中に解消され過ぎていと批判している。

総じて、緊急避難・正当防衛という観念よりも上位の観念(個人権)に迄さか上って抵抗権自体の基礎づけをなし、抵抗のもたらす利害を比較衡量して抵抗権行使の条件・限界・方法を明らかにする必要があるとしているのである。⁽³⁾

ジュネイは、従来の諸学説に対する以上の批判を踏まえた上で、「圧制に対する抵抗」の法的な意義・根拠・条件・限界・方法を検討する。

彼によれば、正当に定立された法を尊重することは、法の根本原理の命ずるところであるが、他方、法の基本的な存在理由は個人権の擁護にあるから、法が正義に反

してこれを執拗に侵害する場合には、侵害された個人権の側からの反抗が正義の名において正当化されるとする。だが、個人権自体が自らの保全のために社会秩序の存在を不可欠の前提としており、個人権がその不可欠の前提迄もぐらつかせる場合には個人権自体も損なわれる恐れがあるから、右の場合に正当化される反抗は、この意味で厳格に規制される必要があるとする。彼は、このような一般的原理的前提に基づいて、次に「圧制的な法律に対する抵抗」の条件等について五つの点を指摘する⁽⁴⁾。

第一は、抵抗権の行使が個人権を擁護するためにのみ認められるということである。国家法の存在は個人権の擁護を理由として肯定されるが、それに対する抵抗を正当化する理由もまたここに求められなければならないとするのである⁽⁵⁾。

第二は、人民には一般に抵抗を行なう能力が認められているが、現実には圧制的な法律に対する抵抗を行なう当事者適格を持つものは、同法によって権利を侵害されたものだけであり、そのもののみが事態を判断し、侵害に対して抵抗を行なう資格を持っているということである

る。そして、公務員には抵抗を行なう能力が全く認められないとする。何が法であるかを市民に対して明らかにする義務を持つ裁判官については、これを否定することに問題もあるが、就任宣誓の際に承認した職務義務との関連でこれを是認することが困難であり、行政公務員については、裁判官に保障されている独立性も保障されていないから、裁判官以上に認め難いとするのである⁽⁷⁾。

第三は、個人が圧制的な法律に対して抵抗権を行使し得るためには、その権利が「重大で、明白な、償うことのできない不正」(une injustice grave, évidente, irréparable)によって侵害されていることが前提とされるということである。不正の重大性は、不正のもたらす感情の激しさによって定まり、その明白性は、往々にして評価困難な問題でもあるが、人民の一致した評価と自然的な反抗を伴うものであり、その不可償性は、権利を保全するための他の有効な手段が被害者の側に存在しないことを前提とするとされる。したがって、不正な権利侵害が耐え得る程度のものである場合、侵害の存否が疑わしい場合、ないしは侵害を正規の手段で阻止できる場合には抵抗を行なうべきではなく、それにも拘らず抵抗を行な

うならば、抵抗から生ずる不利益がそれによって得られる利益を上廻る恐れがあるとしている。⁽⁸⁾

第四に、上述の諸条件が充足された場合に行なわれる抵抗の方法ないし態様に関しては、受動的抵抗 (La résistance passive) と防衛的抵抗 (La résistance défensive) が認められるとする。当事者の不作為によって行なわれる受動的抵抗は、非暴力的である上に、法律上も積極的に禁止されていないから、第三に掲げた諸条件に余り厳格に拘束されることなく認められるとしている。公権力が実力をもって介入して来る場合には、抵抗の方法も一般に実力によって行なわれる防衛的抵抗となり勝ちであるが、この方法での抵抗は、上記の諸条件を明白に充足している場合に、一般の秩序をひどく乱さないことを条件として認められるとする。つまり、原則として抵抗が個人的なものに留り、国家権力自体を損うに到るような集団的暴力に墮さないことを条件として認められるとするのである。もちろん、すべての不正の性質と重大性の如何によるものであって、防衛的抵抗が更に集団的なものに迄発展してゆくこともあり得るとしている。⁽⁹⁾

第五は、多数の人民が権力に対して反乱を起し、これ

に公然と挑戦する形態をとって行なわれる抵抗——攻撃的抵抗 (La résistance agressive) に関する。第四迄のところで前提として来た個人権の侵害は特定人に対する不正であるから、集団的暴力的形態をとって行なわれる攻撃的抵抗を正当化することはできないが、恣意的な君主、氏族ないし多数が多くの被治者の権利を侵害する独

裁的な権力として現れる場合には、攻撃的抵抗を考慮する必要が生じ得るとする。権力の分立・均衡と権利保障を定めている近代憲法下においても、法の支配が多くの人民にとって耐え難い程苛酷な力の支配となることがあり、それ故に攻撃的抵抗を考慮する必要が生じ得るとする。彼は、攻撃的抵抗が破滅と償うことのできない損失を惹起する可能性を含んでいることを理由として、「他の方法によってはどうにもならない状態から抜け出すための最後手段」としてのみ認められるとする。そこから抜け出すための合法的な努力をすべて尽してみたがこの状態はどうにも耐え難いということと、反乱が極めて好意的な世論とそれを成功に導くに足る実力に裏付けされていることが、これを是認するための必要条件であるとしている。革命が正当化される条件もまたこれと同一で

あるとして⁽¹⁰⁾。

ジェニイは、以上の指摘をした上で、さらに、フランスの裁判所で扱われた抵抗問題の事例と革命の法的評価ないしその法理を検討している。

フランスの裁判所で扱われた抵抗問題の事例に関する彼の検討については、詳細な紹介をする余裕がないから、ここでは以下の諸点を指摘しておくに留りたい。(a) 一九世紀に入ってからこの問題が裁判所で扱われた事例は非常に少ないが、その少い事例の中では、圧制的な法律に対する直接的な抵抗の事例よりも行政庁の違法な行為に対する抵抗の事例の方がずっと多い。(b) 裁判所は、一般に右の事例においては被告人の行為について違法性の阻却を認めていない。殊に破棄院は、殆ど一貫して、行政庁の行為には適法性の推定が認められるとして、行政庁に対する人民の尊重・服従を命じ、抵抗を有罪としている。だが、若干の控訴院は、このような破棄院の態度にはっきりと反対の態度を示している。(c) 正当な抵抗を有罪とする判決については、常に一群の学者が疑問を提出していたし、これを支持する世論もあった。(d) 抵抗を常に有罪とする裁判所の支配的な態度は、法律に対する

正当な抵抗が立法一般を進歩させるための確実な要因であるという個人権についての深い感情がフランスでは稀薄であることに由来するものである⁽¹¹⁾。

第二の問題つまり革命の法的評価ないしその法理の問題については、フランスの現代公法が自由を侵害する圧制法を排除するために行なわれた一連の革命の成果として形成されて来たことを指摘した上で、権利擁護の観点から、革命の法理を是認することのなかった一部の法律学者——殊に憲法学者——の態度は、論理的には矛盾しているし、権利擁護のためには望ましいものではないと論断する。その論理は以下の通りである。

(a) 一部の憲法学者は、抵抗の場合と同様に革命を単なる事実と看做し、「法律学には革命の法理を容れる余地がない⁽¹²⁾」としておきながらも、憲法自体の淵源についてはこれを革命に求めているが、ここには論理の飛躍ないし矛盾があるとしている。憲法の淵源を革命に求めること自体が革命を是認し、革命が法学の範疇に入ることと承認する行為であり、それ故にまた、革命の法的評価ないしその法理の必要性を是認する行為ではないかとするのである⁽¹³⁾。

(b) ジェニイは、この矛盾を避けるために革命の法理が是認されなければならないとするが、その積極的な根拠は、抵抗の場合と同じく、それが圧制を阻止し権利を擁護するための不可欠の手段であるという判断に求められている。

「革命の不断の可能性は、専制政治を阻止することによって、公権力の乱用を阻止し、個人権の維持を保障する。集団的抵抗を絶対的に拒否する学説によって、権力の保持者が一切の権力喪失から保障されるならば、権力の保持者は、容易に独裁政治へ向うであろう。彼らの行き過ぎに対して正当な反抗の惹起する恐れがあるだけでも、彼らを控え目な限界内に留めておくであろう。そして、この恐れが万人にとって強固で納得のいくものであればあるだけ、それは、個人権に對する保障を確保することによって、実質的な革命の危険性を遠ざけるであろう。個人権の保障は、実力による自己主張の誘惑を個人権から取り去るのである。」⁽¹⁴⁾ 革命が是認されるための具体的な条件については、既に指摘しておいたように、集団的攻撃的抵抗——反乱——が正当化されるための条件と全く同一であるとしてい

る。

総じて、ジェニイは、革命を含めて「圧制に対する抵抗」が周到に理解され、正しい方向に抑制され、巧みに運用されるならば——それが人民の意識に滲透している場合には、正文で認められていると否とに拘らず——それは、「正義と権利の最高の守護神」(le palladium suprême de la justice et du droit)⁽¹⁶⁾ であるとしよう。そして、それは、「神によって与えられたもの」(le donné)を「人間によって形成されたもの」(le construit)に優位させるための不可欠の手段であるとしてゐる。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

- (1) Géný, op. cit., t. IV, pp. 131—116.
- (2) Géný, op. cit., t. IV, pp. 116, 117.
- (3) Géný, op. cit., t. IV, pp. 117—119.
- (4) Géný, op. cit., t. IV, pp. 119, 120.
- (5) Géný, op. cit., t. IV, pp. 120, 121.
- (6) ジェニイは、裁判官に「抗弁方法による違憲立法審査権」を認めるが、抵抗権は認めていない。したがって、違憲立法審査権の行使の認められる範囲は、抵抗権行使の場合と異なつて、憲法の正文ないし憲法原理に違背する立法に限られ、自然法のみを違背する立法には及ばないとして
58. Voy. Géný, op. cit., t. IV, pp. 99, 100, 122.
- (7) Géný, op. cit., t. IV, pp. 121, 122.

- (8) Génys, op. cit. t. IV, pp. 122, 123.
- (9) Génys, op. cit., t. IV, pp. 123, 124.
- (10) Génys, op. cit., t. IV, pp. 124, 125.
- (11) Génys, op. cit., t. IV, pp. 126—131.
- (12) Carré de Malberg, op. cit., t. I, p. 223.
- (13) Génys, op. cit., t. IV, pp. 131—133.
- (14) Génys, op. cit., t. IV, p. 133.
- (15) Génys, op. cit., t. IV, p. 134.
- (16) Génys, op. cit., t. IV, p. 136.
- (17) ジェニイは、例外的な事態においては個人に抵抗権の行使が認められるように、非常事態においては国家にも例外的な権能の行使が認められることがあるとしている。国家の例外的な権能の行使を正当化し、制限するものは、要件の極めて曖昧な「緊急権」とか、人民の場合よりも国家の場合には認めることの一層困難な正当防衛とかの観念ではなく、「現下の諸利益の均衡の原理」(Le principe de l'équilibre des intérêts en présence)であるとしよう。非常事態における権力の優位は、全員の生命を救うために、右の原理によって認められるとするのである。Voy. Génys, op. cit., t. IV, pp. 134—136.

三 若干の批判

巨匠が心血を注いだ学説については、これを紹介するだけでも容易ではないことを感ずる。これ迄の紹介でジ

ニイの意図するところを正確に伝えることができたかどうか不安の念が残る。まして、その学説を充実な意味で評価・批判することは、筆者の能力の遠く及ぶところではないことを痛感する。だが、抵抗権に関するその後の諸論文の助けを借りて、また法政治上の史的推移ないし変化を考慮して、一定の視角を設定するならば、この視角からジェニイの学説を評価・批判することは必ずしも不可能ではない。それ故、視角の設定を誤れば、評価・批判もまた誤りとなることを覚悟の上で、敢て一定の視角を設定し、そこからジェニイの学説の大まかな歴史的位置づけや批判を行なってみたいと思う。ここで設定する視角は、抵抗権が基本権擁護のために不可欠な未組織的手段であり、法の支配と国民主権の定着・拡充が近代憲法史の示す発展方向であるという、二大原則のうち展開される視角である。

まず第一に、単に抵抗権の必要性を指摘するに留る法哲学的ないし政治学的抵抗権論に満足しないで、抵抗権が人権擁護のために不可欠な現実の法制であるとの認識に立って、その条件・限界・方法等の考察を行なうジェニイの学説——法律学的抵抗権論——が右の意味での近

代憲法史の發展方向に対応するものであることを指摘しておかなければならないであろう。

基本権とその保障手段の保障を主目的とする近代市民憲法の發生・發展過程は、一面において法の支配の發生・發展過程として、抵抗権の法制化過程ないし抵抗権行使の正当化される分野の縮小化過程としての意味を持っているが、このことは法律的抵抗権論の出現を強く要請する。法生活の安定性ないし予測可能性の見地から、法制化された限度で法定の手續きによらない抵抗権の行使が正当化される分野・条件・方法等は縮小し嚴格化される筈であるから、右の過程に対応して抵抗権にも例外的な性格が強化され、その行使の条件等を考察する必要性も強化されて来るのが当然だからである。ジュニイの説には法の支配の定着・拡充から生ずるこの必要性に答えようとする態度が明白に觀取されるのである。

また、近代市民憲法の成立以降においては、恣意的な国王の支配に代って人民代表による支配が樹立されているが、このことも法律学的抵抗権論の出現を要請する原因となる。人民代表による支配の下では、例外的に、議会における多数が独裁化して、議会における少数とそれ

に代表される人民を不当に抑圧し、後者に抵抗権の承認される場合もあるが、一般的には、支配者と被支配者の關係が同質の關係であるから、抵抗権の例外性を意識して、その行使の条件等に対する考察を嚴格化しないと、抵抗が自らに対するものとなり、国民主権を否定する手段として機能することにもなり兼ねないのである。ジュニイの説は、この意味でも近代憲法史の發展方向に対応するものと評することができるであろう。

既に刑法上の諸觀念に依存する抵抗権論にも、法の支配と国民主権の發展に対する対応を見ることが不可能ではないが、他の法律關係において妥当とされている觀念を無条件で別の法律關係で援用することの妥当性が明示されていないから、これについては、ジュニイの云うように、不当の定かではない大胆な隱喩に依存し過ぎていくという批判が残るであろう。その意味では、独自の根拠条件等を提唱したジュニイの抵抗権論に一步の前進を見ることが可能であろう。

第二に、右の視角からするならば、ジュニイが抵抗権問題を自然法と実定法の衝突の問題として扱っていることを問題としなければならぬであろう。自然法の内容

に如何なるものを予定するかによって、当然に抵抗権行使の正当化される分野に変動が起り、抵抗権問題を不明確化する恐れがあるからである。具体的に如何なる権利が侵害された場合に抵抗権が発生するのか、不明確にされる恐れが大きいからである。ここには、寧ろ、さきに指摘しておいた近憲法史の発展方向に反するものがあると云うこともできるであろう。

ビュルドーは、抵抗権を憲法保障の手段として把えているが、⁽¹⁾ここには、抵抗権の基礎を可能な限り明白なものとすることによって歴史の要請に答えようとする態度を見ることが出来る。換言するならば、「圧制に対する抵抗」は現実の法制であるという認識がジュニイの場合よりも一層徹底していることを知ることが出来るのである。コンスタンが、政府が憲法を侵害した場合には政府は不存在となり、人民は自己保存のために抵抗権を行使することが出来る旨を述べ、一九四六年四月一九日憲法草案第二一条が、「政府が憲法によって保障されている権利と自由を侵害する場合には、あらゆる形態での抵抗は、権利のうちで最も神聖なものであり、義務のうちで最も緊急を要するものである」と規定しているところに

も、同様な態度を窺うことができる。

ただ、ジュニイが抵抗権問題を自然法と実定法の衝突の問題として把握したことについては、それが二重の意味で止むを得なかったことを認めなければならないであろう。一つは、彼が抵抗権論を展開した第三共和制下においては、憲法に権利規定が設けられていなかったことであり、他は、彼が自然法の内容として近代市民憲法が一般的に確認している個人権を前提としていたことである⁽³⁾。憲法に基本権規定が設けられていなかったから、個人権を内容とする自然法をもって対処せざるを得なかったと思われる事情である。この点からすれば、彼が自然法を援用していたことも、抵抗権の基礎を全く不明確なものにしていただけではないことも了承できる。だが、近代憲法における個人権について具体的に如何なる内容を予定するかは必ずしも異論のないところではないから、最初に提起した問題が依然として残されるように思われる。

さらに、細かい点を二、三論じておきたい。まず、ジュニイが反乱(攻撃的抵抗)と革命の区別をしていないことを問題としなければならぬであろう。確かに、市民

的憲法理念としての個人権の擁護という観点から、一八四八年二月革命のように、革命が抵抗権の行使としての意味を持ち、反乱と革命が区別されない場合もある。だが、等しく革命と呼ばれる場合であっても、一九一八年のロシア革命のように、市民的憲法理念に代る新憲法理念を導入するために反抗が行なわれることもある。この場合には、抵抗権の基礎を個人権に求める限り、革命が抵抗権の行使としての意味を持たず、反乱とは明確に区別される。この点からするならば、革命と反乱を区別せず、市民的憲法理念を否定する革命の存在を考慮に入れないジュエニイの見解は不充分だといえるであろう。一般に、従来の憲法理念を擁護するために行なわれる反抗は一定の条件が充足されている場合には、従来の憲法理念によって当然に合法化されるが、新憲法理念を導入するための反抗は、従来の法理念によっては合法化されない。それ故、前者の場合の反抗を抵抗と呼び、後者の場合の反抗を革命と呼んで、両者の法的な意味を区別している学説もあるが傾聴に値するものと云えるであろう。つぎに、反乱ないし革命の条件として、極めて好意的な世論とそれを成功に導くに足る実力に裏付けられてい

ることを挙げていることも問題となるであろう。抵抗権問題を専らに事実の問題であるとする学説に対して、成否の如何に拘らず抵抗の合法違法を判定する基準が定められるとして反論した態度をここに到って自ら放棄している感がある。実際的には、このような社会学的条件が充足されている場合でない限り、反乱ないし革命は成功しないであろうが、それらの違法合法を判断する基準がその成否とは無関係に定められ得るとする最初の態度を貫く限り、世論と実力の有無に関する条件は、不必要な条件と云うべきであろう。仮に好意的な世論という条件は、不正の明白性を挙証するものとして容認されるにしても、少くとも、実力の有無に関する条件は、法的な条件とはなり得ないと考えられる。

また、ジュエニイが抵抗権行使の条件として挙げている、重大性、明白性、不可償性の条件が、訴訟においても承認され始めていることを指摘しておく必要がある。例えば、西ドイツの連邦憲法裁判所は、一九五六年八月一七日共産党違憲判決の中で、不正が明白で正規の手続きよって是有効な救済を受ける望みが殆ど存在しない場合には抵抗権の行使が認められるとし、東京地方裁

判所は、昭和三六年三月二七日砂川事件差戻審判決で、抵抗権の行使であった旨を主張する被告人の基地内立入り行為につき、その違法性を阻却する諸条件——基地設置の違憲の明白性と基地設置に伴う被告人の権利保護の必要と緊急性——が充足されていないことを理由として、有罪を宣言しているが、何れにもジェニイの挙げている条件に近いものを見ることが出来る。

- (1) 宮沢俊義 憲法Ⅱ(法律学全集4)一五九頁以下参照。
- (2) Burdeau, op. cit., t. III, pp. 441 et s.
- (3) GénY, op. cit. t. IV, pp. 81 et s.
- (4) Burdeau, op. cit., t. III, p. 443.
- (5) T. Maunz, Deutsches staatsrecht, 1962, S. 81.

学説の問題としては、日本においても橋本公直(「抵抗権論」法学新法第六五卷第三号三三頁以下)、川添利幸(憲

法概論、昭和三六年、三〇三、三〇四頁)の両教授は、ジェニイと同一のもしくはそれに近い条件を述べておられる。

怠慢の故に準備不十分のまま書き上げざるを得なかった文字通りの拙稿を町田先生への献呈論文とすることに大きな躓いを感じておりますが、お許し頂きたく思います。先生がいつ迄もお元気でご活躍されますよう祈っております。大学院で、H. Thieme, Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte; H. Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts をお教え頂けたことは、忘れることのできない楽しい思い出です。

(一橋大学講師)