

近代人権宣言と抵抗権の本質について

小 貫 幸 浩

目 次

- 一、序
- 二、近代人権（宣言）の起源とゲルマン的自由？
 - (1) イエリネク「人権宣言論」からの論立
 - (2) ギールケ「アルトジウス論」に見る立憲理論の展開
個人・団体・国家
 - (3) 「人権」観念の屈折
 - (4) ヴォルツェンドルフの抵抗権論
- 三、ヴォルツェンドルフの抵抗権論
 - (1) 近代における抵抗権規定とゲルマン的自由？
 - (2) 批判——近代市民社会構想の見地から——
- 四、近代立憲国家と抵抗権の本質的性格
 - (1) 「法の国家化」と抵抗権
 - (2) フランス革命におけるコンドルセの抵抗権構想
 - (3) ドイツ国法理論における抵抗権論の消滅
 - (4) 抵抗権の基礎にあるものについての私見——むすびに代えて——

一、序

人間の歴史は、これがある観点より見れば、自由と人権をめぐる闘いの歴史であったと言えるであろう。我等の記憶に新しい、尚も進行過程にある東欧諸国の諸改革もまた、人間の歴史を彩どった長い闘争の一環である。戦車の重圧によって押しつぶされたものの、あの天安門のシンボルが一七八九年の理念と自由の女神像であったことを、我等は決して忘れない。自由のための闘いは時に激しく、圧制に対する抵抗権の行使を伴うものであった。日本国憲法九七条は言う。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、これらの権利は、過去幾多の試験に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」基本的人権を核心原理とする日本国憲法に反する法行為は、解釈論上、無効である。自由と人権の本質はかくて、憲法の最高法規性を実質的に基礎づけている。

永遠かつ不可譲の人権こそが、近代市民革命のシンボルだった。市民階級は、こうした普遍の人権を旗印として、絶対王制並びに封建制を打ち倒した。フランス人権宣言一六条は「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものでない」と鳴う（近代的意味の憲法）。ここに述べられた「権利」が近代「人権」を意味することに異論はあるまい。

ところで、少なくとも近代憲法典が国家組織規定に先置している基本的人権の諸規定は、あたかも人間と国家の一般理論からの論理的産物であるかの如くにも見える。近代ドイツ国法学史に大きな足跡を印したG・イェリネクによればしかし、個々の人権規定は、それ以前の国法秩序Ⅱ旧制度との対照によって意味を付与されねばならない。検閲が存在したという歴史を前提に、この検閲の否定としてプレスンの自由が権利宣言に盛り込まれたのだ。良心の不自

由という歴史が存在したからこそ、信仰の自由が高らかに人権として掲げられた。⁽¹⁾ いかなる人権宣言・権利章典（の諸規定）も、その成立の前提として各々のアンシャン・レジームをもつ。人権の意味解釈はだから、歴史的にのみ可能であることは承認されてよいだろう。

さて、近代人権（宣言）の起源をめぐる議論の中心に位置するのは現在でも尚、前述イエリネクである様に思われる。彼の人権宣言論⁽²⁾の刊行以来、様々の論点にわたる議論がなされ、かつ、数多くの研究成果が蓄積されてきた。⁽³⁾ 本稿が論究するのは、近代人権諸宣言における抵抗権の法思想的意味、並びに抵抗権の本質、また、この論点に関わる限りでの近代人権諸宣言の法思想的起源についてであることを予め断っておきたい。抵抗権論は、支配権力に対する法による拘束の理論、つまり、立憲理論の最高度につきつめられた形態の議論である。⁽⁴⁾ 法と国家の理論はこの意味で、抵抗権論に刺激されながら発展してきたと言えるであろう。近代人権の本質解明に関わる重要な一つの素材を、立憲理論の集約的形態としての抵抗権論は提供してくれると信ずる。

二〇〇〇年の開幕を一〇年後に控えた現代の爛熟期に、「近代」を外面的にのみ受容してきた日本で、近代人権とそのコロラリーとしての抵抗権の思想的含蓄をくり返し批判しかつ咀嚼しやくすることの意味は、決して小さくないであろう。⁽⁵⁾ 尚、以下、本稿は一定の立論方向に規定された若干の古典的——あまりにもそうであるかも知れないが——議論をとり挙げる。そしてそれらを一定の見地から批判するという手法を採るが、その狙うところの意図は、本稿全体が答えてくれるはずである。

一 (序) への註

(1) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte?, 1919, S. 95.

(2) 人権宣言論（初宿編訳・人権宣言論争所収）。

(3) エミール・ブトミーの、人権宣言とイェリネック氏、は前掲訳に収められてゐる。当該テーマに関して本稿は特に、E. Doumergue, Les origines historiques de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, RDP, T XXI (1904), p. 673- p. 733, W. Rees, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, 1912, R. Schnur (Hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte 参考とした。その分野の研究の古典として他、E. Walch, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée Constituante, 1903, V. Marcaggi, Les origines de la déclaration des droits de l'homme en 1789, 1904, E. Blum, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴, 1909, F. Klovekorn, Die Entstehung der Erklärung der Menschenrechte, 1911, を挙げうるが、残念ながら読む機会をもたなかつた。邦語文献としては、宮沢俊義・憲法Ⅱ〔新版〕第一部、深瀬忠一「一七八九年人権宣言研究序説」(一)(二)〔北大法学論集一四卷三・四号、一五卷一号、一八卷三三号〕、種谷春洋・アメリカ人権宣言史論、同・近代自然法学と権利宣言の成立、阿部・種谷・佐藤・中村・浦部・初宿・基本的人権の歴史(有斐閣新)、さらに高木・末延・宮沢編・人権宣言集(岩波文庫)がとりわけ参考となつた。

(4) K. Wolzendorf, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes, 1916, S. 2.

(5) 本稿を構想した背景には、何よりも現代日本における人権・民主制——「開かれた自由社会」——の定着または不定着如何という問題意識があつた。私の体験に基づくことなのだが、昨年催されたフランス革命二〇〇年に關する一つのシンポジウム(朝日新聞一九八九年一〇月三日朝刊に掲載)で、フランス文学者渡辺一民氏が述べられたコメントが念頭を去らない。それによれば、フランス革命の過程で人々はいかなる服装を身につけても自由であるとの政令(ブリュメール八日の政令)が出された。ところで、現代日本では中高生の服装規則の問題が毎春、新聞の投書欄をにぎわすが、「らしさ」の規範——均質化志向社会における不文の社会規範——によってかき消され人権問題に発展しない。「らしさ」の基準はなるほど集団をまとめ一つのことにあたる時、すばらしい力を發揮することもある。しかし、必然的に「らしくないもの」を切り捨てる。ここでは、少数者の立場に立つ思考が欠如している。——このコメントを裏づけるものとして例えば、熊本男子中学生丸刈り校則事件(熊本裁判昭和六〇年一月一三日判決)が挙げられよう。私は本稿を書くことで、近代人権と民主制を支えるエトスという問題を、後景的にはあるけれども意識化したいと思う。

二、近代人権(宣言)の起源とゲルマン的自由?

(1) 前述の様に、人権の意味が歴史的にのみ解釈しようとしても、他方やはり、一般的に普遍的な人権は社会契約論・自然法論からの導出物であるとの命題もまた真である。社会契約——無論、支配契約の觀念とは明確に分離されずに

——の目的は、人間が自然状態にあつて有する所有権の保護である。この考え方は、ギリシャ・ローマの古典時代からの自然法論の共通分母だったが、古典後期には既に、暴君に対する抵抗権が肯定されていた。けれども無論、国家から自由な領域としての個人の自由権のカタログは長い間、人間には未知のままだった。自由と言えど主として國權への自由を觀念したギリシャ法・國家思想もこの例外ではなく、民主制都市國家として名高い、あのアテネでも個人の精神的自由は確認されず、むしろ奴隸制が道徳的に正当化された。世界理性の支配する普遍社會を構想したストア派もまた奴隸制には無頓着であつた。G・リッターによればしかし、ストア哲学とキリスト教なくしては人權の自然的理性法体系への到達は不可能だった。近代人權が、ストア哲学とキリスト教神学によって展開された古典後期から中世の社會倫理學の產物でないことは言うまでもない。これらの思想はしかし、この世の權力者が奉仕すべき正義と自由の理念を説き、國家に上位する永遠の法秩序を説いた。ストア派の自由とキリスト教の説く平等は、スコラ哲學の中に融合された。かくて、全人類の本來の平等・自由が論ぜられる。スコラ自然法は古典後期の個人の自由の思想、同時に、國民主權論・社會契約論を受容した。その社會契約論は君主絶對主義を基礎づける反動的側面ももち併せたが、中世盛期には、王權に対する等族の諸權利、中世後期には抵抗権・暴君殺害權をも基礎づけた。リッターによれば、ともかくも、ポスト古典は國家と教會の共存によって特徴づけられ、ここに精神領域は國家から自由な領域であるとの新しい生活感情が芽ばえた。これこそ、近代人權（特に精神的自由権）の不可欠の前提である。

以上の如き、近代人權への思想的前提（リッターは、スコラ哲學の果たした人權思想史上の意義を高く評価しすぎたが）を了解しつつも尚、近代人權に固有の、より具體的な歴史的な前提が依然として問題たりうる。近代人權の觀念の歴史的起源はどこに求められ、また、この觀念を成文化した近代人權諸宣言の中でも、法史上の文書の意義の見地から、真にオリジナリティを誇りうるのはいずれの人權宣言であるか。周知の様に、この問題意識の下に、一七八九

年フランス人権宣言の淵源を模索したが、G・イエリネクであった。その淵源たるや果たして、ルソーの社会契約論であるか、あるいはアメリカ独立宣言であるか。

イエリネクによれば、特にイギリス植民地北アメリカ諸州で天賦人権論・自然法論が画期的作用を及ぼしえた最大の理由は、ローマ法の影響を比較的有効に防止しえた、イギリスのゲルマン法的基礎にあった。それはつまり、国家の活動領域には制限があるとの思想、国家権力に対する法による制約という思想に他ならない。「ゲルマン国家の権能は当初はきわめて小さく、個人は、家族と氏族（シブス）によって広い範囲にわたって制約を受けはしたが、国家からはそのような制約を受けはしなかった。」この論点に関するイエリネクの論旨を整合して要約するならば、以下の様に言うことが許されよう。イギリスの諸権利章典——マグナ・カルタから「権利章典」まで——の内容的基礎は、ゲルマンの国家観念と両立するところの、イギリス国民の歴史上の権利である。これは、イギリス人が出生（パリス）を時効として取得した権利であって（だからバース・ライト）、アメリカ諸人権宣言のいわゆる天賦人権とは峻別されねばならない。イギリスの観念に従えば、自由権の本質は法（律）の支配に他ならない。ダイシーにおける自由権の論説は全て、「法の支配」の箇所でなされている。ここでは、自由権は主観的法Ⅱ権利ではなくて、客観法として把握されている。アメリカ流の天賦人権は不可侵の自然権であって立法権をも制約するが、国会万能論の確立したイギリスの権利観念とは峻別される。アメリカ人達は、普遍的な人権を立法という形で初めて定式したのであり、これが後に一七八九年フランス人権宣言に決定的な影響を与えた。かくて、フランス人権宣言の淵源は北アメリカ諸州の人権宣言であって、ルソーの社会契約論でも、一七七六年アメリカ独立宣言でもない。また、アメリカの個人の自由という思想、つまり不可侵の個人権を明文でもって規定しようとの着想は、宗教上の由来（プロテスタントの民主主義思想）をもつのであって、これが徐々に政治・経済上の権利の領域に拡大されていく。イエリネクによればしかし——この点が非常に

重要なのだが——、自然法論だけから、人権宣言の觀念が出てきたのではない。自然法学説・天賦人権論は、ゲルマン的自由・国家觀念に結合して、これを自らの血肉として受容することで初めて人権宣言の觀念に到達したと考えられる。——尚、以上のイエリネク流の、イギリス法上のバース・ライトとゲルマン的自由の同一視、「法の支配」と「国会主権」の同一視は、無論、問題とされるべきだろう。イエリネクのこうした解釈には、ロックのいわゆる「万人にすなわち立法者にも……永遠の規則として存続する」(市民政府論、鵜飼訳——岩波文庫、一三五節) 自然法という觀念をもち出すまでもなく、例えば、独立派の思想を沈殿させた一六四七年一〇月の憲法案「人民協約」から近代自然法觀念⇨個人主義的契約理論が明確に看取出来る点などからして、恐らく反論しうるだろう。「人民協約」は実現されなかったが、成文憲法によつて、一定の重要事項(⇨our native rights)を国会の権力からも保護せんとする企図の表明だった。また、同時代人ミルトンの有名な The Tenure of Kings and Magistrates には、natural birthright という言葉が見られるが、このことは、イギリス法上のバース・ライトとゲルマン的自由を直結させる解釈に、大きな反証をつきつけるのではなからうか。但し、以上の点は本稿ではさしあたり、不問に付す。

(2) 自然法論の人権觀念とゲルマン世界の法・自由觀念が密接に結び付いているというイエリネクの見解に基本的に同意しながら、かつ、若干の重要な修正を施しながら、抵抗権思想史の観点から周到な検討を加えたのは、O・v・ギールケとK・ヴォルツェンドルフであった。以下ではまず、前者の名著「アルトジウス論」を中心素材として、本節のテーマに対する一定の示唆を得たいと思う。

抵抗権思想史上、いわゆるモナルコマッヘン⁽³⁾とルソー流の社会契約論(そして、この論理に基づく抵抗権論)を媒介する極めて枢要な地位に位置するのが、J・アルトジウスであった。アルトジウスの名と思案を再発見せんとした

本書において、ギールケは、プーフェンドルフ以前のドイツ人の国家理論はほとんど語られてこなかった、ドイツの宗教改革上の影響は別としても、政治思想上のドイツ人の参与が過少評価されがちだ、と極めて悲観的に述べた。ギールケによればしかし、アルトジウスの説は一八世紀に入ってもモナルコマッヘンの最も代表的なものを見なされ、激しく批判される程の論争性を誇っていた。けれども一八世紀中葉以後、イギリス・フランスの近代国民主権論の背後に退き、今や、アルトジウスの名は忘却のかなたにほうむり去られてしまった。⁽⁶⁾ ギールケの大著は、その執筆意図・経緯からも容易に予想される様に、ゲルマニストとしての彼の法・国家観によってかなり強く規定されていることも否定できない。⁽⁷⁾ にも拘らず、彼がそこで書いたアルトジウスの学説史上の位置、思想の全体像の提示は、現在の研究水準から見ても依然として高い価値をもつ。本節の関心は、アルトジウスの社会並びに政治哲学それ自体よりむしろ、それを取り巻く立憲理論——その極限形態が抵抗権論——の流れに置かれる。

ギールケは「法治国家の理念」と題する章において、中世から近代自然法国家論の頂点に至るまでの法治国思想を追跡している。アルトジウスはその最も強力な論者である。^(8a) ここでまず、中世後期自然法論から近代自然法論への架橋過程における、「神の形式化」というモメントに着目しておきたい。ギールケによれば、このモメントは近代自然法論に対して次の如く作用した。第一に、国家の成立が自然の作用ないし人間の意志過程と把握されることで、神による国家の創設という理念がゆらぐことになった。次にこれと平行して、全ゆる支配者の権利が臣民全体の意志に依存せしめられることで、支配者が直接に神により任用されるという観念が希薄化する。第三に、いかなる憲法形式を選択すべきかについて臣民全体の自由に委ねられることで、君主の諸権利が神的なものであるとの観念がゆらぐ（これは反面から言えば、いかなる憲法形式も時代と状況により、神の世界計画に適合するということ）。ギールケは言う。「神の形式化」に逆行する神政論思想に再び力を与えたのは、まさに宗教改革であった。^(8b) ここでは、教会の領域を多

少なりとも国家に服せしめ、その反対に、国家の正当性を宗教的義務の履行如何という基準によって判断する。Alle Obligkeit ist von Gott. これに対しギールケによれば、国家と支配者の純粹に世俗的な構成を主張したのは、むしろ反宗教改革派、とくにドミニコ派・ジェスイット派であった。では、宗教上カルヴァン派に属するアルトジウスが、少数の基本概念からの演繹という論理の手法をもって合理主義政治学体系を結実しえたのは何故か。そのカギは彼の純粹に世俗化された社会概念にある。具体的な人間関係故に人間は孤独ではなかったが、反対に、社会的役割に束縛されて個人的自由の欠如した中世社会・中世普遍主義——その典型的な哲学者がトマスであり、ダンテであったらう——の動揺の中で、アルトジウスは世俗性を検出していく。支配契約と区別された勝義の、従ってルソー流の社会契約論の始祖たるアルトジウスの採用した社会概念はむしろ、その世俗性^(8c)において反宗教改革派のそれに近い。ここには言わば、国家・社会の成立が神法から分離した自然法に基づくという意味で、一種の世俗自然法論の考え方が示されている。

上述ギールケが描いた様な、自然法の神・宗教からの解放^(8b)自然法の合理化過程は、仮に神が存在せずとも、また神の本性が非理性・不正義であるとしても、人間理性^(8c)によって認識可能な自然法は存在するとの帰結に至った^(8d)(例えばグロチウス)。神法に対して自然法は客観的独立性を得る。ratioの意味変遷に伴う自然科学の思考が、ここで果たした影響も見逃がせない。

さて、ギールケは「法治国家の理念」の章において、敢えて言うならば「強い自然法」と「弱い自然法⁽¹⁰⁾」の織りなす動態的なあやをひもときながら、立憲理論・抵抗権論の消長を追跡している。「強い自然法」論の典型は中世の法観念であった。法と国家の関係について、実定法—自然法の二元論を古典古代から受継した中世の学説において、国家に優先し先行すると観念された自然法への違反行為は即無効であり、誰をも拘束しないと説かれた。主観的次元で

も、自然法上の権利は実定法に対して絶対の妥当性を要求しうるものと観念された。こうした意味では、中世の法観念を一般的につまり、「古き良き法」¹¹ 、「古き止しき法」は実定法の妥当性を直接に規定する「強い自然法」だったと言ふことも許されよう。けれどもギールケが適切に述べる様に、こうした「強い自然法」の導く原理は、不可侵の自然法という観念が実定教会法・世俗法秩序に浸透するにつれて、その分だけ制限を必要とした。実定法は自然法規範を侵害できないが、所与の現状に照らして自然法の伸縮がなされる。この様な自然法の実定法への歩み寄り、を可能ならしめる装置は既に、トマスの思惟内に垣間見られる。「トマスはなるほど、最も一般的な最高の第一原理にのみ一般的妥当性と不可変性の属性を与えたが、これらの原理からの諸帰結には、こうした属性を与えなかつた。」⁽¹¹⁾

要するに、国家の最高権は実定法に優位する、しかし自然法の制約も存在するのであり、この枠を超える行為は不法であり、彼は暴君「tyrant」である。これが平均的な中世学説であつた。但し、中世の理解では、この不法の効果、つまり法的制約を超えた行為の帰結について見解は分かれた。服従義務は命令の合法性を条件とするとして、違法な措置の強行に対して積極的抵抗権を肯認する見解もあつたろう。ギールケはこの種の見地を、等族・封建国法の実際に適合した中世の見解と評する。これに対して、主権者は法の領域における形式的全能者——君主主権者論、国民主権論いずれの形態をまとうかは別として——とされて、全ゆる法的制約は全能なる主権者に対しては正義の要請に過ぎないとの見地も存した（「弱い自然法」論）。つまり、仮に法の加える制約を無視しても、主権者意志は形式的に拘束力をもつ、従つて不法の強行に対してもせいぜい消極的抵抗だけが許されるとの主張であつた。それでも、自然法論的前提より導かれた拘束は法的なものとして主権者意志を制約するとされて、純粹の倫理規範からは区別され続けた。形式的不法は実質的法たりうる、逆に形式的法は実質的不法たりうるとの思想は、主権者の法行為は可能な限り実質的法に適合する様に解釈されるべしとの法適用の場面において実現された。この文脈に即して見ると、だからマ

キアベリがその君主論を、自然法からの解放の下に基礎づけんと試みたのは画期的意味をもった。⁽¹²⁾

ギールケは言う。実定法と自然法を原理的に峻別しながら、一六世紀の法と国家の理論は、その基礎を中世の国家論から受容した。自然法は国家の淵源にして目的であり同時に制約であるとの思想は、一六世紀以降の自然法国家論の中心であった。中世の「古き良き法」——良き古きではない——との思想的連続性を示すものとして例えば、自然法は国家よりも古い故に、国家の成立は自然法に則った法過程として把握されねばならない、こういう着想が挙げられる。^(13a) ここでではしかし、「実定法の国家化」^(13b)とギールケが称した現象が、理論・実践双方において進行した事実にせひとも注目しておきたい。実定法は全て、*Satzung* の觀念に還元される。慣習法もまた暗黙の *Satzung* に依拠せしめられる。慣習国際法は、黙示の条約という形で理解された。自然法は、人間の作為から発生する市民社会の立法に適応・妥協しながら、その理念を展開せねばならなくなった。かくて、一六世紀以降の近世・近代立憲理論においても、自然法と実定法の効力関係上の綱引は進行する。法治国家の理念は、主権概念の練成によつてまず、*Summa potestas legibus soluta est* の標語の下に、次いで *Salus publica suprema lex est* の絶対主義福祉国家のイデオロギーによつて掘り崩されていく。

近世以降の国家理論においても、国家権力の不法行為の法帰結について見解が分かれた。第一の見地は、本来の権限を越えた主権者はもはや主権の篡奪者 *Usurpator* に過ぎず、彼の行為は無効であり、従つてこれに対して個人に服従拒否の権利、場合によっては積極的抵抗権さえも認められた（一六世紀、一七世紀始め）。もつとも、いかなる場合に暴君に対して積極的抵抗権が基礎づけられるかに関してはあのルター以来、⁽¹⁴⁾未解決のままだったけれども。第二の見解によれば、最高権力の命令は実質上の違法性にも拘らず形式的効力をもつ。それは、臣民は国権に対して無条件の服従義務を負うとする主権者の形式的全能性論に他ならない。この見地よりすれば無論、積極的抵抗権を肯定す

る余地はない。けれどもギールケによると、こうした絶対主義理論もとかくも人間よりは神に従えとの命題を信奉し、良心に反する命令に対して殉教者の消極的抵抗権をもって対置せしめた。⁽¹⁵⁾

抵抗権を議論の焦点に位置づけたのは一連のモナルコマツヘンであり、その固有の体系はアルトジウスによって展開される。アルトジウスの抵抗権論も個々の私人に対しては国権の形式上の全能性を説く。私人は臣民として主権者たる国民のみならず、主権を行使する正当な支配者に対しても積極的抵抗権をもたない。かけがえない財を違法に威脅される場合にのみ、国権に対する緊急の「自然権」が個人に認められるだけである。ギールケは言う。それは革命権ではない。憲法の形式的効力が有機的に説かれたに過ぎない。⁽¹⁶⁾と。

一七世紀中葉以降、支配者全能論の絶対主義が優位に立つ。主権者への無条件の服従義務が説かれ、実質上の違法行為も臣民に対し形式的効力を有す、従って国権に対する抵抗権は決して肯認できない、この様に論ぜられた。固有の——この形容詞にギールケは特別の評価を加えて言う——国民主権論の側はこれに対し、国民意志を個人主義的に把捉しそれをいかなる憲法にも優位させた。それまで組織化されざる補充的な最終の権利と解されてきた反乱権はかくて、最高の権利と理解された。革命権は制憲権論と結合して国民主権論の体系内にとり込まれた。⁽¹⁶⁾

法治国理念に照らして権利保護という視点を貫徹せしめる課題は立憲理論の主要任務となった。ギールケによればまず立憲理論はこの課題を、国権の上に加えられた法の制約を形式的効力あるものとして解決せんとした。民主的基礎を有する法律でさえ立法権の実質上の権限領域を越える場合には、無効である（ロック、フーバー）。ギールケは論ずる。抵抗権はしかし法治国理念の否定ではないか。国権の最高機関の形式的全能性はやはり法治国理念によって要請されるのだ。自然法に依拠した立憲理論の寄与は、国家外部の国家に抗しての権利保護を構想した点に存するのではない。それはむしろ権力分立に促されながら、国家内部での国家による権利保護の組織化を要請した点にこそあ

る。国家の形式上の万能性は法に媒介されることで立法・行政・司法として現象する。国家に内在する権利保護という着想はゲルマン法に固有の国家観に他ならない。^(16c) 以上の如くギールケは自然法と実定法の織りなる効力の強弱関連、従って国家権力に課せられた法的制約の有効性如何を法治国理念の展開史に即して考察した。

(3) 「アルトジウス論」に代表されるギールケの論調の特色の一つが、個人主義・機械論的色彩を帯びた近代自然法論への批判的態度である。ギールケはアルトジウスを中世有機体社会論から近代個人主義自然法論への中間点に位置するイデオログと把柄している。⁽¹⁷⁾ ギールケによれば自然法論は伝統的主権論と同様、中間社会団体の存在可能性を理念上も理論上も否定する。^(18a) 中世末期までには国家概念の形成は完了し国家の本質は主権性のメルクマールに求められた。哲学的国家論はかくて、主権をめぐって国家と個人を直接向き合うものとして折出した。^(18b) (中間団体の排除)。

集権化・原子化の傾向は一六世紀末一層強まり、さらに宗教改革によって拍車をかけられる。ギールケは前述の如く、近世・近代を支配した神の世俗化に逆行して宗教改革こそが神政論思想を復興したと見る。教会と国家の結合により両者の関係は逆転し、教会は果たして国家の一制度に成り下がった。「見えざる教会」^(18c) はもはや法概念としては維持されえず、教会は国家の行政作用を担う一つの団体に過ぎない。

国家とそれより小さな団体との関係については当初、中世の団体論が決定的であった。それは、集権化≡絶対主義化しつつあった国家に対しゲマインデ・コーポラチオンの権利を守るため、いかなる「Universitas」(団体)にも独立の公法領域を認める団体論の立場であった。支配潮流はこれに対し、団体の法主体性は私法上の個人の意味しかもたないというローマ法観念を導入した。この潮流に抗して団体権擁護派は、私法上の所有権に依拠して行政・立法にわたる自治権を可能なだけ拡大解釈するか、あるいは補完的に既得権の援用によって対

応したのだが、近代絶対主義への流れを阻止することはできなかった。絶対主義の理解によれば、個人と国家の間にはせいぜい家族のみが存在余地をもつ。ゲマインデは実定法によってのみ存立可能である。近代主権概念の練成はかつて、国家の万能性を基礎づけ、他の団体はその放射⁽¹⁸⁾としてのみ存立可能という徹底した論理を帰結した。

ギールケが述べる様に、近代自然法論ないし社会契約論は概して個人主義の性格を有した。ギールケは、個人と国家がほぼ直接に対峙する近代絶対主義の論理を近代自然法論からの宿命の帰結と考えた。その典型がホッブスの社会哲学である。個人主義は、国家の目的は個人の福祉の増進にあり、個人には固有の不可侵の自由領域があるとの観念を根本にもつ。ホッブスはしかし、この個人主義の前提より極めて論理的に国権絶対主義を帰結した⁽¹⁹⁾。ホッブス社会哲学の論理は、近代自然法論の個人主義を前提としながらも、社会（結合）契約・支配（服従）契約という二元論——ギールケによればその嚆矢がアルトジウスである——を強硬にも一元論に改鑄した点でまさに革命であった。ホッブスにおいては、諸個人相互の結合契約から直接に支配権力の設立が論結される。この社会設立契約は形式上は結合契約、従つて狭義の社会契約であるが、実質の観点よりすれば契約締結に参与しない第三者たる支配者への服従の誓いに他ならない。この様な論理において、全ての権利は、契約の当事者でないが故に無答責の万能の主権者の意志の中に吸収され尽くした。G・D・H・コールが次の指摘はそれ故に正しい。ホッブス社会契約論は、一見すると勝義の社会契約と支配契約の混合である様にも映ずる。しかしそうではない。支配契約論の客観的意味は、自らの自由を守るための人民の支配者に対するプロテストにあったのだから。コールによればホッブスの契約論は裸の専制を基礎づけるだけである⁽²¹⁾。

- (4) ギールケはしかし述べる⁽²²⁾。上述ホッブスのとは異なる自然法論・契約論の流れが中世末決して絶えなかった。

彼はこの中世以来の自然法論にゲルマン的法・自由觀念の優勝さを認定しようとする。以下のギールケの議論は人権(宣言)起源論の琴線に触れており、近代人権の歴史性並びにその普遍性というテーマを背景にもつ本稿にとつて特に重要な意味を有する。ギールケによれば、不可侵の人権を憲法上確定するという着想において先駆的なのは北アメリカ諸州の人権宣言であつて、フランス人権宣言もこれらに模範を採つた。これら近代人権諸宣言の思想つまり不可侵の自然権としての人権という思想の根底には、個人の自由権は社会契約後の市民社会でも自然法にサンクシヨンされて妥当し続ける(例えばロックの立論)との觀念がある。この觀念の根源は実にゲルマン的自由の理念に他ならない。自然法学はこのゲルマンの自由理念に学問の基礎付けを付与した。不可侵の個人の権利はかくて、ドイツ・オランダ・イギリスで鶯歌された。ルソウの社会契約論はこの文脈で言えば、全体に抗しても個人権が優位するという思想を再び脅かしたのだつた。

ここまでのギールケの推論はイエリネクの人権宣言論にほぼ符合するのだが、ここから先の彼の議論は、人権觀念とゲルマンの自由理念の密接な連関というイエリネクの見地を突き抜けていく。人権宣言史上に占めるCh・ヴォルフの理説の画期性を論ずる場面がそうである。⁽²³⁾ヴォルフは、生来の権利という觀念と既得権を区別した点のみならず、生来の自然の自由が不可侵だという認識においても人権宣言史上の巨星と言わなくてははいけない。ヴォルフの理説によつて人権觀念は、ドイツ・イギリスの社会契約論の共通財産となつた。個々の自由権のカタログを初めて提示したブラックストンは実に、不可侵の自由という觀念をヴォルフから汲み受け展開した。ギールケによればそして、ブラックストンの著作はロックの著作と共に北アメリカ人権諸宣言の成立過程の中で利用参照されたのであり、この点から考えてみても天賦人権思想のアメリカ起源説(イエリネク)は決して小さくない修正を必要とする。要するに人権という普遍の理念は北アメリカ諸州に由来するのではなく、むしろアメリカ以前の自然法契約論——社会契約の際に生

来の不可侵の権利を留保する思想——に由来する。ギールケはまた、人権を宗教の自由から導く論法も一面的に過ぎるとイェリネク説を批議する。

ギールケの上述の推論には、人観觀念がアメリカはもとよりイギリスでさえなく結局ドイツの法思想にこそ基礎をもつのだとする強弁が看取できる。それは同時に、人観觀念とゲルマンの自由觀念とは密接な関連性が存するのだという指摘（イェリネク）を超えて、本来峻別されるべき二つの権利カテゴリーを合一視せんとする偽推論に他なるまい。「人権」の觀念はここに、大きく屈曲してしまつた。

一くS註

- (1) 以下は Vgl. G. Ritter, 'Ursprung und Wesen der Menschenrechte' (in R. Schnur (Hrsg.)), a. O. S. 204 ff.
- (2) ギリシャ・ローマの古典世界には、既存の制限の体系にアンシヤン・レジームを打破し自由を回復するだけの反抗力が欠如し、従つて原理的に基本的人権の觀念が成立しえなかつた。この点については参照 原田慶吉「基本的人権先史」(國家学会雑誌六八巻七・八・九号)。
- (3) 前掲訳一二七—八頁。
- (3 b) 「人民協約」, ミルトンに關し、cf. J. W. Gough, the Social Contract, 1936, p. 87—p. 95.
- (4) O. v. Guericke, Johannes Althusius?, 1981. キールケの人権觀念に關するまで述べた論述は、イェリネクの人権宣言論公刊後に加えられた本書の補論に見られる。この補論で展開された着想はしかし、本書初版(一八八〇年)からの一貫した帰結である。
- (5) 「モナルコマキ」の意味については、山下威士・丸山正次「モナルコマキ研究序説——一六世紀の國家理論、特に Vindiciae contra Tyrannos をめぐつて——」(埼玉大學紀要(社会科学部編)二五巻)が詳しい。
- (6) a. O. S. 1-5, 9.
- (7) 小林孝輔、ドイツ憲法小史五八頁も言う。「ギールケがアルトジウスを評価したのは、中世的(M・ウェーバー)といわれるその団体主義だったが、それはあまりにキールケの評価にすぎない。」
- (8) O. v. Guericke, a. O. S. 264, b. S. 64 の点につき参照 野田良之「基本的人権の思想的背景——とくに抵抗権理論をめぐつて——」(東大社研編・基本的人権第三巻)三七頁。c. Guericke, a. O. S. 59 但し、近年の有力な研究によれば、ギールケのアルトジウス把握は後者の社会論の中で「神による創造」というモメントが果たす中心的規制理念としての役割を無視することになる。ギールケの見方はクロチウスとその継承者の人文主義自然法論にのみ妥当する。Vgl. Hendrik J. van Elkema Hommes, 'Die Bedeutung der Staats- und Gesellschaftslehre des Johannes

(9) Vgl. H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*⁴, 1962, S. 112.

(10) 々の呼称は私が案出したものだが、新カント派の哲学者 E・ラスクの言うところの形式的自然法(論)と実質的自然法(論)の類型区分論から着想を得たものである。Vgl. E. Lask, *Rechtsphilosophie*, Ges. Sch. I Band, 1923, S. 280 ff. (和田訳・ラスクの改訂「法律哲学」早稲田法学九巻五頁以下)。ラスクによれば形式的自然法は「自らに違背する実定法の形式的効力を否定するのであり、これは私の定式化にかかる「強い自然法」にほぼ相当する。J・ロックが市民政府論(二三五節を見よ)において「自然の根本法は、人類の保存にあるから(傍点は訳書、どんな人定法も、それに背反しては正当でも有効でもあり得ないのである)(鶴飼訳・岩波文庫)という場合の自然法はこの類型に属する。近くは G・ラートブルフが説いた「法律を超える法」も、実定法の形式的効力を直接規定するものとして、この類型に数えよ。実質的自然法——私の「弱い自然法」にはば一致——はこれに対し、形式的効力の観点では実定法の独自性を容認しながら、実定法に対する内容上の指導基準たらんとするものである。将来あるべき法の内容を細かく展開し実定法のモデルを提示しながらも(例えば、カント・永遠平和論に示された諸条項など)、実定法の生命を規定することを要求しない。このことはそれだけ、自然法規範の実定法の側への妥協し歩み寄り、つまり自然法自身の批判性の喪失を意味する。キールケが、カントによる国民主権論——これはルソーにあつて普通の、強い自然法規範とされた——の受容は同時にその変容であり、国民主権の理念は単に理性によって定立された指針、ないし形式的支配者行為に対する実質的正義の試金石となつて色あせたと評したのは、*Metaphysik*の論点に触れている(a. a. O., S. 207)。尚、参照、加藤新平・法哲学概論二一八頁以下。

(11) H. Welzel, a. O., S. 98.

(12) 以上、O. v. Gierke, S. 275-79

(13) O. v. Gierke, a. S. 297, b. S. 279 法制定権の国家権力への一元的集中現象については若干後述するが(四節(1))、自然法の実定法に対する効力関係の推移はこの脈絡なしには理解できない。近代主権概念の洗礼を受けた後の少なくとも自然法論者は、道徳と区別された自然法の法的性格を打ち出しながらその一方で、自然法は不完全な法 *ein unvollkommenes Recht* であつてその妥当性は主権者の裁量に依存すると論じた(例えばプーフェンドルフ)。固権・教権双方に対して個人の良心の自由を弁論したトマジウスも、自然法は主権者にとっての法的制約であると論ずる一方で、この法的制約は主権者にとっての内的義務(*obligatio interna* に過ぎない)として論調を弱めざるを得なかつた。Vgl. a. a. O., S. 300f.

(14) 参照、野田良之「ルターにおける抵抗権の問題」(法哲学年報一九五九「抵抗権」所収)。

(15) O. v. Gierke, a. a. O., S. 305-S. 309

(16) O. v. Gierke, a. a. O., a. S. 310f. b. S. 313 c. S. 314ff

(17) O. v. Gierke, *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800* (translated with an intro. by E. Barker), 1950, p. 51. 曰く、有機体的社会観は社会契約論の中にも垣間見られ、個人主義的前提を抑制する役割をもつた。この傾向は特にモリナ、スアレッツを中心とする教会自然法論にお

いて絶頂を極めたが、アルトジウスにも有機体的着想あり、と。

- (18) O. v. Gierke, a. O., a. S. 363. しかし、自然法論内部でも自由な結社という原理の援用を通じて、中間団体の意義を積極的に構成しようとの流れもあったとする。だからこそキールケは、アルトジウスのフエデラティスムに肯定的な意義を認めたのであり、その後継たるドイツの自然法論者達（例えばベーマー、ヴォルフ、ネテルプラット）によって連邦国家概念が形成されていくことを高く評価する（*Vgl. S. 243-S. 261*）。
p-S. 234, c-S. 235, d-S. 239 ff.
- (19) O. v. Gierke, a. O., S. 344f. cf. *Natural Law and.....*, p. 60.
- (20) 勝義の社会契約と支配契約の關係については、cf. E. Barker (ed.), *Social Contract*, 1960. xii. 支配契約は社会契約を論理的に前提する。それにも拘らずこの論理的順序とは逆に、学史史の展開としては支配契約が先行して提唱された。この理由につき参照、堀豊彦「政治学理論としての反抗権」（国家学会雑誌七〇巻九号）二〇（通巻六四六）頁以下、cf. J. W. Gough, op. cit., p. 21
- (21) G. D. H. Cole (translated with intro.), *The Social Contract and Discourses* (J. Rousseau Everman's Library), XV, cf. J. W. Gough, op. cit., p. 103.
- (22) 以下、基本的には O. v. Gierke, a. O., S. 346f., S. 112-115.
- (23) このことは、自然法論史上の Ch. ヴォルフの理説の意義についてイエリネクの評価が以下の如くであることによつて容易に理解できよう。「……生まれながらの権利の完全なリストは、クリスティアン・ヴォルフによつて提示されることになる。しかしそれらの権利は……その性格たるや、まったくもつて空理空論であり、したがつて何ら実地的な影響力をもつものではない。……ヴォルフは、矛盾なく、警察国家の典型的な擁護者となりえたのである。」かくてイエリネクは、不可譲の人權という理論がドイツにこそ起源をもつとのキールケの主張を論駁する。やはりロックがヴォルフの思想に影響を与えたのだ、と言ふ。前掲書（初版編訳）一一一頁、一一四頁註(15)。

三、ヴォルフツェンドルフの抵抗権論

(1) 近代人權諸宣言の思想とゲルマン的自由・法觀念との密接な連関を強調しながら、抵抗権の学説史を探索したのが、K・ヴォルフツェンドルフであった。彼の論述はその際、基本的にイエリネク・ギールケによる法思想、学説史に依拠している。果たして、こうした一連の人權（宣言）史論に基本的に則つた場合、抵抗権の本質はいかに把握されることになるのか。また、人權と民主制あるいは権力分立制が十全に整えられた近代ないし現代立憲国家で、抵抗

権はそもそも存在理由をもつのか。もし、存在理由ありとすれば、それは何か。

ヴォルツェンドルフは、フランス革命・人権宣言に抵抗権規定の設けられた主要因として第一にアメリカ人権諸宣言の影響、次いでルソーの思想の規定性を挙げる⁽¹⁾。以下、この二点を主論点として、少しく検討を加えよう。

一七七五年二月九日、マサチューセッツ地方大会のアピールは、暴制に対する国民の抵抗を各人のキリスト教上の、並びに社会上の義務と宣言している。翌年六月二日、ヴァージニア権利章典三条は厳かに謳う。「政府というものは、人民、国家もしくは社会の利益、保護および安全のために樹立されている。……いかなる政府でも、それがこれらの目的に反するか、あるいは不じゅうぶんであることがみとめられた場合には、社会の多数のものは、その政府を改良し、変改し、あるいは廃止する権利を有する。この権利は疑う余地のない、人に譲ることのできない、また棄てることのできないものである……」同じく一七七六年には、ペンシルヴァニア、メリーランドが、翌年にはヴァーモントが、一七八〇年にはマサチューセッツが各々の権利宣言の中で抵抗権について語っている。これらの宣言は、自由な社会が抵抗権の思想によって裏づけられることの論理を示した。一七八四年のニューハンプシャー宣言には、メリーランドと同一の抵抗権規定が見られる。抵抗権の対象が「オブリジクト圧制」である点、一七九三年フランス憲法に特徴的に見られる如く、抵抗権が抵抗義務と結合している点において、フランス革命期の抵抗権諸規定は明らかにアメリカ諸州の人権宣言から強い示唆を得た⁽²⁾。

フランス人権宣言の抵抗権規定とルソーの思想との関連に視点を移そう。一七八九年人権宣言に対するルソーの思想的影響は否定しえないけれども、果たしてルソーの思想は、抵抗権規定の導入に際しても影響を与えたのか。ヴォルツェンドルフによれば、抵抗権を条文化するという着想に対するルソーの思想の関連は、宣言それ全体に対する関連とは別に検討されねばならない。ところで、一七八九年の人々の共通の目的は何であつたらうか。それは、アンシャ

ン・レジームの悪習、つまり国権乱用による自由への不当な制限という可能性を永遠に根絶するための憲法上の技術を見出すことであった。ルソーの一般意志論¹¹自由論は、この論点に対して不十分な答えしか提示しない。国家権力は常に特定の具体的生活領域において市民の自由への介入と抑圧を企てるのに、ルソーの自由論はあまりに抽象的に過ぎる。国家権力の乱用と市民の自由への抑圧に対しては、具体的に信教、政治的意志表明の自由……という形で、特別の憲法上の予防が講ぜられなくてはならない。

ヴォルツェンドルフはここで、国権に対しても不可譲の人権という觀念の成立史に一瞥を与えている。一六世紀以来追求され続けた自由思想の伝統、すなわちカルヴィニスムの下、国権を制約する人間の自由領域という觀念が展開された。これには二つの主要な経路が考えられる。一つは、プロテスタント・モナルコマッヘンから、ジュリユー、ブルラマキを經由して一八世紀のフランス公法学に受容されていく行路であった。この過程の中で、個人の権利という決定的な思想は、ジュリユーによってイギリス国法から継承されたのだ、とヴォルツェンドルフは言う。もう一つの経路は、同じくジュネーブに発し、ノックスを介スコットランド・プレスビイテリアン、そしてクロムウエルへと至る思想の旅程である。イギリス独立派において、バプティストの諸々の思想、他方、古来のイギリス人の権利という実定法上の刺激が、カルヴィニスムと出会い融合した。かくて、これらの権利・自由は国家によっても奪われぬ、い不可侵の人権として定式化されていく。独立派の思想は一方では、ロックを介して大陸自然法論として増幅され、他方、アメリカに移植されそこからフランス革命の指導者に伝達され、この二つの流れがフランス大革命の思想として合流し一つの大河となった。

論点は、この不可譲の人権という思想を憲法技術上いかに実現すべきかにある。これに対し明瞭な解答を提示したのは、アメリカ諸州の憲法・人権宣言であった。ヴォルツェンドルフによればそして、アメリカのモデルはフランス

の一七八九年の立法者達にとつて十分に満足できるものだった。では、北アメリカ諸州の憲法・人権宣言の獨創性はどこにあるのだろうか。何よりもそれは、国法秩序全体を人権の立法化ないし条文化に基礎づけるといふ考へ方に求めうる。だから、抵抗権を不可譲の人権の一つとして立法上、従つて明文によつて書き込むといふ着想も、北アメリカ諸州で成立したと言わなければならない。人権を個別的に列挙し、そのカタログを提示し、抵抗権をその中に組み編むといふ発想は、アメリカ諸人権宣言の誇る獨創である。殊にロード・アイランドのR・ウィリアムズの思想的營為が特筆されるべきである。⁽³⁾ 彼によつて旧來のイギリス人の自由權といふ觀念が、自然法論、社会契約論の基礎の下に再構成された。

要するに、抵抗権を人権の一つとして宣言することは、不正な国家權力（の行使）に対する抵抗は正当だとする法思想と、国法秩序を不可侵の人権の憲法的承認の上に基礎づけんとする思想からの、極めて自然な帰結である。ヴォルツェンドルフはこの様に解した。不正な国權行使に対する國民の抵抗權は正当視されるといふ觀念は、權力は法なくしては思考しえないとのゲルマン的法・自由觀念に還元される。國權を制約する個人權といふ、このゲルマン的法・國家觀念は、特にイギリス法に見い出される。この觀念は、マグナ・カルタの封建的諸規定——特に三九条——、權利請願の等族國法体系を通過している。

(2) 以上、若干詳細にヴォルツェンドルフの所論の要約を試みた。そこには、人権觀念と抵抗権觀念の起源を結局、ゲルマン的法思想に還元しようとの試みが認められるだろう。彼は基本的にギールケ、イエリネクの思想史・学説史に頼りながらも、論述を抵抗権といふ観点に焦点をしぼり、國民の抵抗権といふ思想がゲルマン法觀念に遡る旨を力説して止まない。私は本稿の関心に照らして、ヴォルツェンドルフの所論に対し二つの批評を加えようと思う。この

ことにより、近代社会もしくは国家・近代人権（宣言）・近代抵抗権というトリアードの連関を、また最終的には抵抗権の本質を究明するためのささやかな示唆を得たいと願う。

(a) 第一の論点は、ヴォルツェンドルフの立論中の、近代人権宣言史において自然法論ないし社会契約論が果たした役割についての評価に関連する。イエリネクの人権宣言史論では、イギリス的なしゲルマン法観念上のバース・ライトと、北アメリカ諸州の人権宣言、従つて後の一七八九年フランス人権宣言上の「人権」は、基本的に峻別されて対立的に扱えられたのだった。イエリネクはだからこそ、アメリカ人がいかにして人権宣言に至ったのか、と問題を立てたのでもあった。バース・ライトは出生を取得時効とするイギリス人の実定法上の権利、自由を意味する。

「人権」はこれに対して、基本的に天賦の、従つて自然法上の権利に他ならない。けれども他方、自然法論だけの力では人権を宣言する、という考え方も出てこない。自然法論はイギリス的、従つてゲルマン的自由の観念を血肉として、これを自らが容器に盛った。前述した如く、ギールケにおいて、この二つの権利カテゴリーは甚しく相対化され、ほとんど同一視されてしまった。ヴォルツェンドルフもまた、この批判を逸れえないだろう。曰く、人権宣言の展開史にあつて、自然法論はゲルマン法観念と結合した。それから曰く、自然法論はゲルマン法観念という内容₄素材を新たに方向づけ再構成したにとどまる。曰く、不可侵の個人権という観念は自然法論の独創でなく、イギリス国法に基礎を有する。

ヴォルツェンドルフの推論を以上の様に追跡してみると、彼が自然法論、社会契約論の果たした人権宣言史上の役割に極めて低い評価を下していることが分かる。この点はあるいは、かれの法実証主義の立場によるところ大きいかも知れないけれども、法実証主義者が近代人権宣言史の上で自然法学説のなした役割を正当に評価することは、何ら学問的矛盾ではない。まさにヴォルツェンドルフが、自然法学説は単にゲルマンの法・自由観念を形式的に再構成し

ただけとして通り過ぎ去ろうとする論点こそ、私は重要と考える。思うに、自然法論は、個人権は国権に対しても不可侵かつ優位するとのゲルマン法観念に結び付くと同時に、この観念から封建的・民族的色彩を払拭し、この観念を純化普遍化せしめたという点で、近代人権宣言史上の画期性を有する。ゲルマン自由観念と近代人権観念とは、等しく不可侵の権利と言っても妥当根拠⁵⁾本質意味が異なる。個人権は近代において、普遍の自然法の下に基礎づけられた。自然法上の人権はその本性上、「無国籍」であり、だからこそアメリカからフランスへ、そして全世界へと伝播されたのだ。⁶⁾無論そして、ゲルマン法・自由観念と表裏をなした具体的社会的拘縛から、個人を個人として一度解放し折出せしめた点において——ギールケが、ルソーは個人を裸のまま国家というリヴィアサンに直接対峙させてしまったと言う点——近代社会ないし国家構想におけるルソーの意義を再確認しなくてはならない。議論の焦点はもはや、第二の論点に移行している。

(b) イエリネクによれば、フランス人権宣言は国家と個人との間の永久の限界を定め、この限界⁷⁾自然権の遵守を立法者に義務づけた。ルソー社会契約論の帰結は、個人の権利でなく法的に無制約の一般意志論であり、如何なる人権宣言とも正反対の側に立つ。イエリネク自ら後に、その著書の第三版に補筆して次の様に言う。ルソーの自由は市民としての民主主義的自由であって、国家からの自由という自然的自由、つまり自由主義の意での自由ではない。⁸⁾ギールケはルソーについて次の如く論定した。法治国家、立憲国家論の最初のチャンピオンたるアルトジウスの場合、固有の社会契約とは別に、国家を組織するためには支配契約が不可欠であった。支配契約の観念を抹消し、社会契約の観念を国家構成の唯一の基礎とした点に、ルソー社会哲学の革命性が認められる。「国家には、ただ一つの契約しかない。それは結合の契約だ。これがただ一つあるというだけで、他の全ては排除される」(社会契約論、第三編第一章)。⁹⁾この画期的な社会契約論によって、本来の個人主義的前提はホブズ流の絶対主義の内容と結合し、個人は

社会・国家の中に吸合されてしまった。^(8a) そもそも社会契約論は個人と社会・国家の関係を、個人の観点から、つまり個人主義の見地から把握する。^(8b) 仮にロックの場合の如く、自然状態として既に人間の社会性を前提する時でも、そこには組織化された権力をもつ *societas* が観念されたわけでない。^(8c) ロックはだから、自然状態と市民社会を概念上区別するために、前者の社会性における不完全さを説いた。⁽⁹⁾ 社会契約論の本質が個人主義を前提とすることに変わりない。主権者たる個人が自発的に自己支配権を放棄することで、自然状態から市民社会状態への飛躍がなされる。ギールケによれば、固有の社会契約論の創始者はルソーでなく、アルトジウスであつた。^(10a) 後者のばあい、国家権力は直接に個人からでなく、不可欠の中間社会団体から導かれるという論法のために、個人主義の色彩はそれ程強くなかつた。社会契約論において支配契約の観念を消去し、個人と社会・国家を真つ向から対立せしめたのがルソーであつた。彼の社会契約論は実質的に、個人に対して最も鋭く服従^(10b) 支配を迫り、義務づける契約（「裏からの」支配契約論）に他ならない。結局、ギールケは言う、いずれにせよ、フランス人権宣言の起源をルソーに求めるのは無益な論法である。^(10c)

ヴォルツェンドルフにおいても、一七八九年人権宣言との関連でのルソーの思想の評価は決して高くない。彼は確かに、ルソーの社会理説が法現実に働きかけて、フランス革命の過程で抵抗権を実定化せしめた、とも言う。アルトジウス、フーバーという先駆者からの思想上の影響を被りながらも、ルソーの抵抗権論、社会契約論の斬新さは決して否定しえない、と。ルソーは一般意志の観念を、近代統一国家を認識するために用いた。国家の全体系は一般意志⁽¹¹⁾ 法律に基礎づけられる。一般意志⁽¹²⁾ 法律の観念の使用により、それ以前の国家の基本構造、つまり支配者と国民の二極対立（支配契約の基礎）の克服、同時に、実定法と自然法の二元論の克服が企図される。ルソーの社会契約論はかくて、国家論と実定国法の時代を告げた。ヴォルツェンドルフはルソー抵抗権論の獨創性を、等族国家の二元法構

造でなく、近代国家の法制定権独占という觀念に基礎づけている点を挙げる。ルソーにおいて抵抗権論は新生した。ルソーの理論が旧来の等族実定国法との結合を絶ち切った時、新たな近代実定国法の側は、このルソーの理論に結び付いた。理論が法現実に対して有した旧来の關係を、ルソーはかくて逆転した（理論による法現実への作用）。ルソーによれば、国民は執行権の受託者を自由に設置、廢位できるだけでなく、統治形式をも変更しうる。これは従來の抵抗権論の枠内では不可能であつたことで、この点にも旧來の二元論的構成からの断絶が認められる。にも拘らず、ルソーはフランス人権宣言のための国家理論を提供した道案内ではなかつた、とヴォルツェンドルフは論定する。國權乱用による自由に対する不当な制約を永久に絶滅するという一七八九年の目的にとつて、ルソーはただ市民の自由は一般意志⁽¹¹⁾法律創設へ参与することのみ保障されると説くだけである、と。

確かにヴォルツェンドルフが述べる如く、ルソーの提示した論法はフランス人権宣言の目的にとつて、それだけでは不十分であつたであろう。ある思想が一定の目的を基礎づけることにおいて不十分であるとは、しかし、当の思想がその目的のための必須条件でありうることを決して排除しない。十分条件でなくとも、それなしでは濟ませない必要條件である、という場合も考えられる。思うに、アンシャン・レジーム下の絶対王權、封建諸勢力、中間社会団体の正当性を否認することで、個人をいかなる權力の支配からも折出し、もつて社会ないし国家構想の始発点に個人の自由を据えたルソーの社会哲学はやはり、一七八九年人権宣言の最も基礎的な道案内であつた。ルソーについて、民主的權力⁽¹²⁾多數者權力の絶対主義に基礎理論を提供した者であるとの理解も少なくないが、これは皮相な俗見と言ふべきである。ルソーはやはり自由という価値理念のための使徒であつた。自由は譲渡できない。自由の放棄は人間の本質に反する。だから無効である。一方に絶対的權威を与え、他方に無制限の服従を強制する契約は空虚にして矛盾である。この様な契約は個人の自由⁽¹³⁾自然に反するが故に無効でなくてはならない。

近代社会・国家構想におけるルソーの思索の画期性は、ホッブス、ロックの思索との対比によって一層明確になる。ホッブスの場合、自由は外部からの拘束が存在しないという消極的規定性によって把握された⁽¹⁴⁾。この消極的規定から眼を転じ、人間が自らに規範を課する主体者の自由⁽¹⁵⁾自己立法を自由概念の中心に据えつけたのがロックに他ならない。この点こそ自由理念史上のロックの近代性が認識できるのだが、これは同時にルソー自由論への不可欠の架橋であった。自由はかくて、現実の秩序形成に参与する人間の行為を媒介とするものでなくてはならない。この道理を認識するや否や、他律的にのみ支配する絶対王制、封建社会の構造をその根本から批判し規正する視座が与えられた。ロックもまた、人は自らの自由のみならずその子孫の自由をも譲渡できるとするホッブスと対照的に、自由の不可譲性を説く。「何人も、自分自身または他の何人に対しても、自分の生命を断つたり、他人の生命または所有を奪つたりするような、絶対的恣意的権力をもたない^(16a)。」ロックの自由論にはしかし、自由を日常の政治社会において実現保全するための権力の組織論、民主制の機構論が欠けていた。自由（と人権）を市民社会の中で保持し具体化する手法とプロセスが不明のままである。ロックはだから、支配権力に対する「暗黙の承認」論という構成を採用せざるを得なかった。「どの政府の領土のどの部分にでも、財産をもちあるいはそれを享受しているものはすべて、これによって黙示の同意を与えたものであり、そうしてこのように財産を享受している間はその政府の法に対し、そのもとにある何人とも同様、同じ程度にまで服従の義務がある^(16b)。」人民権利の執拗なまでの弁論にも拘らずその保全のプロセスという観点については、ロックの議論からは極めて苛酷な圧制に対する最終的反抗（天への訴え）しか導出されえないのはこのためであった⁽¹⁷⁾。ルソーに至ってはじめて支配契約と区別された固有の意味での社会契約論は、民主的権利の徹底した主張の形態をまとった。いかなる力も暴力も権利を生み出すことはできない。暴力にやむをえず屈するという事柄と、義務故に服従するという事柄は峻別されなくてはならない。服従を強制されるということは、義務とし

ての服従を意味しない。これを換言すれば、「ひとは正当な権力にしか従う義務がない。」^(18a) 正当な権威を基礎づけるものは何か。それは約束をおいて他にない。正当な社会、正当な政治権力はかくて、能動的で定期的に更新可能な同意承認を不可欠とする。^(18b) 以上の論脈を要するに、ロックの「暗黙の承認」論は権力に対する人民のコントロールという視点を顕出するものでなかった。その結果、契約を後の子孫をも拘束する歴史的現実としてしまった。ルソーの社会契約論はこれに対し、歴史的的事実的論拠に基づく議論でない。それは自然的自由から社会的市民的自由への変化がいかにして可能かを問う論理根柢つまり権利の問題であった。社会契約はかくて、社会・国家に結集した人々が無法と放縦を棄て去り、人と人との関わり（社会）において政治的自由を可能とするための根本原理であった。

けれども他方、ルソーの社会契約論には市民社会に相応する人権論が欠如していたことも事実として認められねばならない。自由論があつても人権論は欠けていた。この意味ではE・バーカーが、ルソーは全体主義者であつてその「完全民主制論」の内実は専制であり、そこには主権の全能性に対して何らの防御も存在しないと断言したのも、⁽¹⁹⁾ バーカーの一方的な誤解とは言えない。ルソーの論法にそもそも半分の責がある。しかし、こうした不足分を考慮に入れて尚、自由平等な個人を出発点とする近代社会・国家を権利の問題として構想したルソーの思索が、フランス人権宣言に対して与えた基礎的意味は決して否定することはできない。人権という観念は、社会・国家の近代的あり方を離れて思惟不可能であるから。

上述の私見を要約する。ロック流の、市民社会においても自然権は妥当するという人権論をもつて補完される必要性を認めて尚、ルソーの自由論・社会契約論はやはりフランス人権宣言に思想上の基礎を与えた。アルトジウス、⁽²⁰⁾ ホッブス、ロック、モンテスキュー、ルソーによるいわゆる啓蒙思想ないし自然法思想の単純でない螺旋状の展開を通じて、近代市民社会の観念は徐々にではあるが確実に形成されていく。

三八の註

- (1) 以下、とりわけ a. O. S. 351 S. 389.
- (2) 以上のアメリカ諸州の人権宣言の抵抗権規定の記述は、C. Heyland, Das Widerstandsrecht des Volkes, 1950, S. 59 f. 244ff.
- (3) 周知の様にイェリネク以来、人権を法典化し宣言しようという思想の起源をアメリカ植民地における宗教の自由への闘いに見出す議論が有力となった。こうした議論の中で、とりわけ R・ウィリアムズ思想が注目されてきた。ところでニューイングランドのピューリタンを根本的に規定したのはカルヴァンの教義であった。カルヴァンの教義の出発点は教会と国家の峻別であったが、結論としては神政一致論を導くといった具合に、一律背反を内含するものだった。実はこの点は、R・ウィリアムズ思想にも小さくない影を落ととしている。イェリネク・ヴォルトエントルフの様にウィリアムズを信教の自由のための使徒と見なす把握に対して、無視できない強力な反論が提示された。O・フォスラーによる——A・ヴァールの研究に依拠して——ウィリアムズは実は良心の自由による国権の制約ということについて何も語っていない。ウィリアムズは国家と宗教を峻別し、かつ国家と宗教を架橋すると考えられる道徳に關してさえ政治上の道徳と宗教上の道徳とを峻厳に区別する。この峻厳なる二元論の見地よりすれば、そもそも国家に宗教的寛容（フォスラーの論文では不寛容となっているが、文脈に照らすと恐らく誤植であろう）を求めること自体、宗教の本質を侵すことになる。これはまた世俗の主権者たる国家の本質に国家の自律性を侵犯する。かくてウィリアムズにおいて、宗教の自由は国家法よりも高位の法によって国権を制約するのではなく、むしろ国権を解放するものと捉えられた。だから何人も国家への服従を拒絶するために良心の権利を援用することはできない。要するにウィリアムズは人権の使徒であるよりも国権の守護者であった。
- O. Vossler, Studien zur Erklärung der Menschenrechte, in: R. Schnur (Hrsg.), a. O. S. 181ff.
- フォスラーは尚も言う。仮にイェリネクの主張をある程度認めつつとしても、ウィリアムズのロード・アイランドでは良心の自由は国王によって付与された特権であった、従っていつでも撤回しうる從属的権利に過ぎなかった。フォスラーによれば、他の植民地の寛容法の場合も良心の自由は自然権として謳われたのではない。寛容はプロテスタントのみ、あるいはキリスト教徒にのみ肯認されたに過ぎなかった。果たして、神ないし宗教の見地から普遍的自然権としての人権——故に、いかなる神も信仰しない人権も含めて——の認識に到達しうるかは疑問であるが、J・W・ゴフが論究した様には、歴史的には少なくとも宗教改革期のプロテスタント、カトリックの基本的態度は、オボルチュニストのそれであったと見て良い。つまり、彼らが宗教の自由を求めて闘ったのは、自由主義ないし個人のための寛容原理に基づくのでなく、まさに彼らが抑圧された宗教上の少数派という状況に置かれていたことに基づくものではなかったか。Cf. J. W. Gough, op. cit. p. 48ff. 例えばニューイングランドのピューリタン（T・フーカー、R・ウィリアムズ、J・ウイントロップ等）の目的は、個人の自由というよりは、彼ら自身の社会（「セクト」）の独立の獲得であった。自らの教団の地位が多数派に支えられた安定性を保つ限りで、それは不寛容な神政論的態度に終始する。この意味で、ゴフが、それにも拘らず契約論の本質は個人主義であり、ヨーロッパの立憲理論の影響の下に、初期植民地の不寛容な傾向は徐々に後退した、と指摘したのがそれだけ注目される。Cf. J. W. Gough, op. cit. p. 84-87. ところで示唆されたヨーロッパ立憲理論とは他ならぬ、近代世俗自然法論ないし啓蒙主義ではないかと、文脈から推測するからである。尚、参照、本節後註(6)。

かの時代——一七七六年を中点として——には宗教上のモメントはそれ程強くはなかつた。自然権の最初の承認はロード・アイランドではなくヴァージニアでなされたのであり、ここで寛容を規定した決定的モメントは実際の性格のものだつた。フォスラーは小結に言う。イェリネクの人権の宗教的起源論はだから支持すべきでない (a. a. O. S. 184f.)。

J・ハシャーゲンもまた、イェリネクの宗教的起源論を論駁する。イェリネクは人権の宗教的領域から政治経済領域への拡大を論じたが、例えばヴァージニア宣言における寛容規定 (一六条) は一五条までの政治経済的自由と内的関連性をもたない。ハシャーゲンによると、アメリカ独立革命の全過程の中で人権諸宣言を評定するなら、宗教の自由は革命・独立運動の主要課題でなかつた。イェリネク流の解釈は、政治的経済的刺戟を軽視してしまつてゐる。人権宣言によつてアメリカ諸州の人々は何かを得ようとして欲した。イギリスからの離脱という目的、新たな独立国家の設立の目的のためには何よりも世俗的政治的人権を導出し、新たな一般的な国法原理を含む権利宣言という形を探ることが望ましかつた (人権宣言の抗議的・戦術的性格)。政治的権利は宗教の自由から論理的に推論され導出される性質のものでない。政治的権利を要請しこれを条文化し人権として謳う理由が歴史として現に存在した。まさに政治的権利は、イギリス政府・議会という敵を眼前に据えた抗議概念としてのみ理解すべきである。J. Hasagen, *Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärungen der Menschenrechte*, in: R. Schnur (Hrsg.), a. a. O. S. 134f.

さて、母国イギリスへの抵抗を成文実定法の形で表明するという点では、アメリカ諸州はイギリスの先例 (例えば「権利章典」) に範を採つたとも言える。この限りでそのモデルが等族国法、ゲルマン的三元論国家観と見るも全くの誤りとは言えない。けれどもハシャーゲンは言う。アメリカ諸州の人権宣言が過去との結合においてのみ理解されるならば、それは誤りである、と。イギリスによる支配の終焉後、アメリカ諸州はすぐに自国の国会・大統領・諸州議会による支配に面前三つした。人権はこれらの権力に対しても主張しうるものであり、ここに人権の普遍性の一端が看取すべきである (a. a. O. S. 150)。

(4) K. Wolzendorf, a. a. O. S. 373.

(5) 例えはあつても、わが日本国憲法下で外見上は旧憲法下の刑法がひき続き妥当しているが如く映するが、しかし、後者の妥当根拠が旧憲法でなく日本国憲法であり、従つてその意味も本質的に変わったと同じ様に。

(6) 人権が本性上「無国籍」であると観念された基本的原因として、人権思想に対する啓蒙思想・世俗・自然法思想の深い影響力が指摘されねばならない。以下のJ・ハシャーゲンの論旨には細部において検討を要する点もあるが、私見も基本としては同意したいと考える。

ハシャーゲンによれば、人権の自然法論はその平明性 (例えばロックの文体がその典型か) と諸宗派間共同性のために、アメリカの人々の思想として普及されていく。人権はイギリス人の、あるいはアメリカ人の権利ではなく普遍的に妥当するものとして観念されていく。人権の基礎づけは一七七六年のヴァージニア宣言で初めてなされたというのではない。それは植民時代にも遡る世俗・自然法論の展開の帰結に他ならない。例えばロックの思想には尚も宗教的要因——*causa remota* としての神——が残存していたが、北米諸州への受容過程の中で世俗的に純化されていく。またG・リッターも言う様に、アメリカの諸人権宣言が依拠したイギリスのピューリタン、一六四九年の革命家達の政治理論は半ば世

俗的に構築されていた。それはキリスト教社会教説の後期形態であって、宗教的情熱と合理主義のコモンセンスの混合体であった。アメリカ人達はこの教説をさらに世俗化する。G. Ruff, a. O., S. 223f.

さて、ハシャージェンは論決する。人権は西欧近代の世俗自然法の産物であって、一七八九年のフランス人権宣言は、人権が自らが自然法として出発したヨーロッパへの帰還を意味するに他ならない。アメリカ諸州は近代自然法を受容しさらに展開する素地をもっていた。人権の肉体はこの意味でアメリカ的と言わなければならない。しかし、その精神はヨーロッパ自然法である。J. Hasbauer, a. O., S. 11-162

以上のハシャージェンの論旨に私論もほぼ同意するが、ここに若干の布衿を施しておきたい。第一に、ヨーロッパ近代自然法がアメリカ諸州で実効的に応用された（この場合、自然法の実定法性について語りうる）主な理由は何であらうか。それは、大陸——ならびに国会主権確立後のイギリスでもある程度まで——では「法の国家化」現象が進行し、自然法理念が希薄化・抽象化して従って自然法論にとどまったに対して、アメリカ諸州では地理状況をはじめとした諸事由のために自然法が現実性を保ちえたことに求められるであらう。Vgl. O. Vosster, a. O., S. 174f., S. 178ff.

第二は、人権の思想上の基礎が西欧近代の世俗自然法論⇨啓蒙主義に存するという命題の意味に関する。近代世俗自然法の本質は、ルネサンス・宗教改革の双方を自らの内に融合しかつ止揚した思考様式である。近代世俗自然法は世界を徹底的に内在的に解釈する。ところで、ルネサンスの主体は教養社会層であり、その「思想は保守的であったし」「絶対主義の理論を基礎づけた」（トレルチ・ルネサンスと宗教改革（内田訳）—岩波文庫五九—六〇頁）。ルネサンスの本質は反宗教改革であった。何故ならルネサンスとは「地上の事物は天上からの投影であって無価値だとするような見方からの解放を意味する」（同上二八頁）から。ルネサンスは現世に関心を向けさせた。一方、宗教改革の本質は「キリスト教的契機若返りなのであり尖鋭化」（同上五四頁）であり、「宗教による現世の魔術からの解放」（マックス・ウェーバー、プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神（下）——梶山・大塚訳（岩波文庫）一四二頁）によって「カトリックが実施したより峻厳かつ徹底的にキリスト教の道徳」を万人に提示した（トレルチ・同上五四頁）。宗教改革の下では全てが宗教的に動機づけられる。さて、本来貴族主義的なルネサンスは宗教の社会的エネルギーに媒介されて、つまりカトリック・プロテスタントによって吸収されることで世界文化となった。宗教によって吸収されたルネサンスはしかし、自らを吸収した宗教を内部から逆に征服する。ルネサンス⇨現世への関心は世界文化となつて、宗教に対して独立を宣言する。これはもはや近代の開始を告げた思想であつて、ここに啓蒙主義が成立する。近代自然法の神法に対する独立性の獲得のコースは、まさに右の過程に対応する。

- (7) イエリネク、前掲訳三八頁。
- (8) O. v. Guericke, a. O., a-S. 91, S. 115f, b-S. 104ff. c-S. 108.
- (9) Cf. E. Barker (ed.), op. cit., XIX
- (10) O. v. Guericke, a. O., a-S. 99f. b-S. 343, c-S. 382
- (11) 以下 K. Wolzendorf, a. O., S. 351-S. 363.

- (12) こうした見解を採りながら、人権宣言論を展開したものとして、E. Doumergue, op. cit. を挙げうる。また、L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, III, 1930 のルソー評価は痛烈である。曰く、ルソー社会契約論は純粹絶対主義の基礎づけに他ならず、小党派の多数派による圧制への抵抗を否定する。これに対してロックは、王権のみならず人権の代表たる立法府による圧制への抵抗権をも肯定した。法律も上位の法によって拘束される。かくて、我等の人権諸宣言の抵抗権規定の父はロックである。デュギーによると断じてルソー社会契約論ではない (p. 800)。
- (13) 以上、ルソー・社会契約論 (桑原・前川訳・岩波文庫 第一編第四章)。
- (14) ホッブス・リヴァイアサン (水田訳・岩波文庫 第二章。自由とは「反対の欠如」であり、自由人とは「かれのつよさと智力によって、かれがなしうるものごとのうちで、かれがする意志をもつものごを、おこなうのをさまたげられぬ人 (傍注は原訳書)」と把握された。この意での自由はだから、「虎の権利」とも呼ばれる。cf. J. W. Gough, op. cit., p. 100 (fn. 5)。
- (15) ロック・人間悟性論 (加藤訳・岩波文庫。自由とは「我々が為さんとしつづつある事の善悪を吟味し、考察し、そして判断する機械を持つ」(漢字を少し改めた) こととして扱えられる (二四七頁)。
- (16) ロック・市民政府論 (鶴岡訳・岩波文庫) a—一三五節、b—一九節。尚、貨幣経済下の貧困差つまり「不均等な私有財産を作り出す物の配分」もロックのいわゆる「暗黙の承認」論によって正当化された (同上五〇節)。これは何よりも、彼の社会哲学が、歴史として現にあったイギリス資本主義社会の自律化過程を弁証する意図をもっていたことから来るのであろう。この点に関して参照、水田洋・近代人の形成——近代社会観成立史——七頁。
- (17) G. D. H. Cole (translated with intro.), op. cit., XVI. コールは言う。ロックには哲学的主権論が欠けていた、と (XX)。
- (18) ルソー・前掲 a—第一編第三章、b—第一編第四章「ある専制的な政府が正当なものであるためには、一世代ごとに、人民が自主的にそれを認めたり、拒んだりできることが必要だろう。」
- (19) E. Barker, op. cit., XXXVIII。
- (20) 特に、ホッブス、ロック、ルソーの社会政治哲学は以下の意味で、近代自由思想の単純に直線的でない弁証法的展開を印した。彼らに共通の前提は、言うまでもなく自然法の最主要公理が「自己保存」であることだった。国家と法の使命は、ホッブスの場合、「万人の万人に対する闘争」から各人の存在を保護し得る秩序を確保することに創められる。ホッブスの関心事は、永遠の平和を天から呼び出すことではなく、少なくとも全ゆる人々の存在を保障する現実の秩序をこの地上に創出することだった。法と国家の任務は第一に、秩序の確立と法的安定性の維持に求められ、これに比すれば秩序の内容は二次的ではしかない。人間の本性たる natura corrupta からは、秩序の不可欠性は看取出るが、秩序の内容は導出できない。Vgl. H. Weizel, a. a. O., S. 116ff. しかし、法と国家 (社会) の目的は単に生存の保護にとどまりえない。その目的は「人間がこの世を生きるに値する生存」の担保でなくてはならない。この点を照覚した時、ホッブスが生存の価値を絶対化したことは逆説的に、彼の自然法論の限界としてあらわれる。この限界を破るべく使命を担って登場するのがロックであった。ロックによって、後のアメリカ諸州の人権宣言に採入されるだろう「生命自由および資産」=プロパティの保全こそが社会並びに政府の存在理由であるとの論理が明快に示された。ロック政治

哲学はところが、民主制原理Ⅱ国民主権原理の基礎づけに關して致命的欠点を抱えていた。この短所を補うべく登場する救世主がジュネーブ市民ルソーに他ならない（本文参照）。

尚、C・シュミットはホッブス、ロックの自然法論をそれぞれ、「科学的自然法論」「正義の自然法論」と形容したが、示唆に富む。Vgl. C. Schmitt, Die Diktatur, 1978, S. 21 f., S. 118 f. シュミットによれば、特にホッブスを介して自然法論は二つの異なる体系に分岐する。グロチウスによって受継された、一定内容の法が前国家的に存在するというモナルコマッヘンの思想を「正義の自然法論」と呼ぶなら、国家以前、国家外部に法はなしとのホッブスの着想は「科学的自然法論」の典型である。この二つの自然法論にとつて、等しく出発点である個人の意味が全く対立的に異なることを、シュミットは指摘する。前者の類型では、個人は全ゆる組織と形式から独立の具体的存在者と扱えられ、その結果、個人は合理主義的には把握されえない「無限定」の存在として、「限定された」国家に対置される。例えばロックにおいて、自由と財産権という前国家的権利を有するものとして個人は実質化された。これに対して「科学的自然法論」は、個人を具体的な全ゆる内容から抽象化する。その結果、原理的に「無」としての個人は、全ゆる権利の実体的保有者としてのリヴァイヤサンに対置せしめられる（ホッブス、スピノザ）。

四、近代立憲国家と抵抗権の本質的性格

(1) 近代国家では法並びに権利保護は国家の独占的関心事になった、とよく論じられる。「近代国家にあつては、あらゆる法は、国家によって作られた法および国家によって承認された法ということになる。」⁽¹⁾「ここでは権利もまた、国家により創設されたものと観念されるであろう。中世封建法観念では、法Ⅱ客観法と権利Ⅱ主観法は一体混雑従つて未分離のままだった。支配権と国民の二元的対立を前提として両者の契約によって成立しもしくは確認された権利の寄せ集めが客観法秩序を形成した。このことに相應して中世の支配権の方も、内容の特定した具体的な要求権の集合（普通は統治権と称される）に他ならなかった。然るに、絶対主義、ローマ法の貫徹、ヒューマニズム・ルネサンスによる「人間の作為」の自覚を経由した近代国家における支配権は、具体的内容を捨象した、その意味で抽象的な支配可能性、一般を意味する（主権の概念はここに内容概念としての統治権をも併せて表象される。主権の多義性の第

一步)。「法の国家化」⁽³⁾は抗し難い歴史の流れであった。法は発見され確認されるのではなく、国家の手によって作られるものとなる。主観的法⁽⁴⁾權利はかくて、国家の視点よりする客観法秩序の上にはじめて基礎づけられる。そして政治権力は、既存の倫理的道德的規範から解放され、おのれ自身の存在根拠と、おのれに固有の行動規範を確認する。この論理を貫徹するなら、近代国家が国家組織の外部から発動される抵抗権を承認することはそれ自体、至高の支配権一般を放棄することであり、^(4a)国家の本質を喪失することであろう。この様に考えると、近代(立憲)国家の本質は論理的に抵抗権を排除することになる。法と権力を相互に媒介させながら国家機構内部での国家による権利保護の道(自然権としての抵抗権の凍結)を示したのは、ギールケであった(前述二(2))。ヴォルツェンドルフもその浩瀚な古典の結びに述べる。

「法治国が立憲的基礎の上に築成されたことで、抵抗権論は内的法思想の側面から法論理上片をつけられただけでなく……同時に国法理論によるその構想自体が社会政治的基礎を奪われ、もってその存立可能性を否定された。そしてこの二つの過程は我等にとって論理的かつ歴史的事実であることが示された。……抵抗権論は近代国法への道案内という歴史的課題を完うしてはじめてその終焉を迎えた。つまり国法上のかつ自然法上の二つの要素において対象を喪失したことよってはじめて自らの終焉を迎えたのだ。そして抵抗権論はまた、自らの課題を完うし、国法上の要素並びに自然法上の要素において内容を喪失したからこそ終わりを印したのである。」^(4b)

ヴォルツェンドルフのこの論定は実は、彼の抵抗権本質論と不可分に結合している。近代立憲国家⁽⁵⁾法治国家の成立は果たして、抵抗権の存立可能性(従って抵抗権論の存在理由)を原理的に排斥するののか。また、近代人権諸宣言中に書き込まれた抵抗権規定の意味はいかに解されるべきか。こうした問題意識を念頭に置きながら、ひとまずヴォ

ルツェンドルフの抵抗権本質観をここに少しく取り扱わねばならない。

ところで近代立憲国家が抵抗権（言うまでもなく自然法上の）を論理上排斥するとは、これを反面から言えば、近代国家は歴史的に抵抗権思想の企図してきたところの権利保護をほぼ完全に実定法の世界において実現しようということでもあろう。仮借ない抵抗権は凍結され、権利保護は国家の実定法によって内在的に充足される。外在的⁽⁵⁾の他律的権利保護に代わって、国家作用の合法性を内在的⁽⁶⁾に自律的に担保する法制度が用意された。現代国家における違憲法令審査権・憲法裁判権は、こうした着想の延長線上にある。こうした着想に対してはしかし、C・シュミットと共に次の様に言わなくてはならない。「抵抗権は人権ないし自由権から権限すなわち国家によって認められた市民権になつた⁽⁶⁾。」抵抗権のこの様な変性⁽⁶⁾に対してシュミットは、抵抗権は決して合理主義によつては汲み尽くしえないアモルフなものだと説き、その際、抵抗権の実定法組織化を構想したコンドルセの議論を批議している。シュミットの抵抗権本質論の主観的意図は別としても、やはり抵抗権の本性的特質の一つが「自らを制度化しつつもなお制度の外に自らを残す⁽⁷⁾」点にあることは認められなくてはいけない。近代立憲主義の要諦たる基本的人権の保全につき市民社会に訴えるべき実定法上の手段をもはやもたない時に「天に訴える」（ロック）、これが抵抗権の本質でなくてはならない。とすれば、抵抗権を実定法の世界に封じ込めその仮借ない発動を凍結せんとする試みも、最終的には論理のパラドクスではないかとの疑問は払拭し切れないであらう。

(2) ヴォルツェンドルフが、コンドルセ、フィヒテの抵抗権論に加えた考察⁽⁸⁾は故に、本節の関心の琴線に触れている。――

絶対主義の基盤の強固だったドイツ・フランスをはじめとするヨーロッパで一七世紀前半に実定法の世界から駆逐

された抵抗権は、一七八九年フランス人権宣言二条として再生した。「あらゆる政治的団結の目的は、人の消滅することのない自然権を保全することである。これらの権利は、自由・所有権・安全および压制への抵抗である。」近代立憲国家と抵抗権の連関という論点に関心をもつ本節にとつて特に重要なのは、ジロンド憲法案において指導的役割を果たしたコンドルセの抵抗権論である。一七九三年二月一五・一六日国民公会においてコンドルセが報告した憲法案は人権宣言案とフランス憲法案から成る。前者の一条には一七八九年宣言と同様、「压制への抵抗」が盛り込まれている。一七八九年宣言、一七九三年六月二四日のジャコバン憲法の人権宣言に対してこの草案のもつ著しい特色は、抵抗権の行使様式を法定化するという着想に認められる。「社会として集合する人々は、压制に抵抗する合法的手段を有すべきものである」(三二条)。抵抗権があくまでも「压制」に対する手段であるとすれば、無論何が「压制」かが定義されねばなるまい。「压制」はまず法律の違憲性の視点から、第二に法律による行政に関して、第三に法律の優位の観点から定義される。「法がその保障すべき市民のおよび政治的自然権を侵害するときは、压制が存する。——法がその個々の事実への適用に当たつて公務員によつて侵害されるときは、压制が存する。——恣意的行為が法の表明に反して市民の権利を侵害するときは、压制が存する。——すべて自由な政府においては、これら多様な压制行為に対する抵抗の方法は、憲法により規定されなければならない」(三三条)。コンドルセにおける抵抗権はかくて、違法な国権行使を阻止すべく憲法上の権利保護組織を利用する市民の権利と考えられた。コンドルセは憲法案の中で、違憲の法律を阻止すべく客観法・権利双方における保障を提供する法組織を考えた。客観法の保障のために、憲法律の定立は立法院ではなく国民公会に委譲される。主観法に権利の保障のためには、立法に対する市民観察を求める市民の権利が必要であろう。行政に対する客観法保全のためには、全行政機構が分権化されることも必要であり、また諸大臣より構成される執行委員会コンセイユエグゼキユティフの監督義務が定められねばならない。後者は行政官庁の違法行為を破棄する義

務をもつのみならず、立法院への報告の下に行政官を罷免することもできる。中央行政官庁自体について監督権をもつのは立法院であり、立法院は前者の構成員の違法行為につき告訴できる。こうした客観法秩序の保障機構は、客観法保全を要請する市民の権能に関する主観的側面によって補充される。コンドルセは無論、司法部門についても刮目すべき思索をめぐらせている。

コンドルセの抵抗権論の画期性はどこにあるのか。ヴォルツェンドルフはそれを、抵抗権の国法生活に対してもつ意義がその行使態様に規定されるという思想に求める。抵抗権の本質上の特性は何か。ヴォルツェンドルフによれば、抵抗権が実定国法によって規律される点にあって、この点を看破した故にコンドルセの理説の意義は高い。抵抗権は要するに、実定国法上の訴訟手段としてのみ思惟可能であって、その行使は国家権力の組織行為としてのみ構想可能である。これを換言すれば、抵抗権の法的基礎は国家の組織にある。コンドルセは近代国家における抵抗権の基礎を、国権の統一性を具えた民主的共和国の組織に求めた。近代国家の抵抗権の法形態は、国民主権原理から展開・具体化される。

ヴォルツェンドルフに従って、以上にコンドルセの抵抗権論の概略を見た。コンドルセの抵抗権思想はフランス革命の過程で採用されたわけではない。フィヒテの思索においてしかし、コンドルセの着想はある程度再生される。フィヒテは抵抗権を共同意志 *der gemeinsame Wille* に基礎づけた。共同意志は一人ないし複数の権力保持者によって代表される。権力保持者の意志が果たして共同意志に適合しているか否かの判断権は私人にはない。何故ならフィヒテに従えば、権力保持者が共同意志を代表していることはまず推定されるから。国民の側から権力行使に対する異論の提示が許容されるのは、憲法が前もって一定の場合に国民が一般者であると言明した時に限定される。この緊急時のために特別の権力エフォーレンが設定される。エフォーレンには国権の不法行為に対する差止め権が認められており、国民一般者がエフォーレンの提示した訴えを判断する。この判断は憲法的法律の性格をも

ち遡及効果をもつ。けれどもエフォーレン自体が違法行為を働き、あるいは不法な国権行使に対する異議申し立てという義務を履行しない場合が問題である。最高権力の保持者としての国民はこの双方の場合について判断しうる。もとよりフィヒテには私人は一般者を招集できないという点で、私人に対する権力保持者の優位という考え方が存する。このジレンマを克服すべくフィヒテは、「自然のエフォーール」——一種の自然法的要素——という観念を導入するのだった。フィヒテの抵抗権論にはこの様に古い自然法論の要素が残存しており、近代統一国家の理解において、コンドルセに劣る、とヴォルツェンドルフは評定する。エフォーレンの無能な時に二次的従って補完的に国民の抵抗権が許されるとの立論は、モナルコマッヘンの立論に近い。「自然のエフォーール」論は、フィヒテの抵抗権論もまた最終的に支配権力と国民、実定国法と自然法という二元論に依拠していることを証する。但しヴォルツェンドルフによれば、フィヒテの抵抗権論の法学的基礎の新しさ、つまり国民主権・国家契約・エフォーレンの理説が法組織上の連関にて把握されている点は、コンドルセの打ち出した立論法に添っている。

コンドルセの抵抗権論に対するヴォルツェンドルフの上述の如き積極評価は、その反面として一七八九年人権宣言中の抵抗権規定の意味についての消極的評価に対応する。フランス人権宣言は抵抗権論にとつていかなる意味をもつのか。一七八九年人権宣言が抵抗権規定に与えた定式から、そこに作用した抵抗権思想の法論理の基礎が等族国家の二元論国家観念にあることが示される。フランス人権宣言の抵抗権規定は何ら新たな国法上の構成でなく、本質上は伝統的抵抗権論の説いてきたところのものを実定法によつて承認したに過ぎない。もしフランス革命が近代国家の本質に見合う抵抗権規定を設けていたなら、それと共に抵抗権論の新たな時代が始まるはずだった。ヴォルツェンドルフは論ずる。フランスの立法者達は実定法と抵抗権論との関連を再生しえなかつた。コンドルセ草案（フランス憲法案）が国民公会によつて否認されたのはその最も顕らかな例である。フランス革命の立法は、抵抗権思想を実定国法

の次元で展開させるには甚だ不適であつた、と彼は言う。

一八世紀末の抵抗権論では、ますます基本的に等族国法に依拠した思想が貫徹されていく。カント・フィヒテの認識論により自然法―実定法の二元論構成の克服の道が示された後にも、近代国家觀念に相應しない自然法論的抵抗権論が存続する。カント・フィヒテの認識論をもつてすれば、実定法上の抵抗権を法思想一般に自然法から導くことは論理的に不可能となつたはずである。だからこそ、カントは抵抗権を冷厳にも否定したのだし、フィヒテも原理上は特別の実定法規定に依拠してのみ抵抗権を承認したのだつた。けれどもヴォルツェンドルフによれば、彼等以外に、伝統的な等族国家觀念に依拠した法思想が近代統一国家の視点からは自然法の性格をもつに過ぎないことを覚する者はなかつた。自然法が規範の性格に妥当性を欠く一般的法思想の体系であるとの認識はだから、その後の抵抗権論の展開に何ら作用を及ぼさなかつた。カントを介して自然法の意義が否定された後も半世紀は、ドイツ国法学において抵抗権論は生き長らえた。ヴォルツェンドルフは言う。君主も議會も統一的國權の機関に過ぎなくなつた近代立憲國家では、抵抗権は思惟不可能なはずである。問題は法学による構成に一般的法思想ではなく、実定法の定立に媒介された国法組織にある、と彼は論定する。ルソーの説をドイツ型の立憲——それは無論、外見上の——君主制に適應させながら抵抗権論を説いたロテックは結局、等族國家の基本思想を近代國家認識のためにルソーが用いた言葉つまり一般意志で書き留めたに過ぎない。要するに一九世紀中葉のドイツ革命に法思想上の基礎を提供した最後の抵抗権論もまた、等族國法の現実と結合したモナルコマッヘンの理論内実を換骨奪胎し、これを時代の話法に適用しただけのことであつた。概してヴォルツェンドルフによれば、一八三〇・四〇年代の抵抗権論は、実定法という内的視点を喪失したことの帰結であつて、ロテックの所論は抵抗権論消滅の一例であつた。

コンドルセまたはフィヒテの抵抗権論、それと表裏をなしてフランス人権宣言の抵抗権規定の意味、ドイツ国法学

における抵抗権論消滅過程に関する以上のヴォルツェンドルフの一連の論定は、抵抗権（論）を支え続けたモメントを実定法の中に求める彼の基本的見地からの自然な帰結であった。

(3) ところで私は抵抗権（論）をめぐる以前に次の様な趣旨のことを書いたことがある。⁽¹⁰⁾ 若干布衍してここに再び取り上げよう。――

フランス人権宣言二条として新たな生命を宿した抵抗権の思想は、フランスでは固有の憲法伝統として定着していった。三つの憲法的法律しかもたなかった第三共和制下、指導的憲法学者L・デュギーは、狭義の憲法典のみならず人権宣言の不在にも拘らず「圧制的な政府に対して正当に服従を拒否し、力に訴えてもそうした政府を打ち倒す権能と義務は、理論上異論がない」とまで断言しえた。デュギーのこうした論定に対する理論の見地よりする批判は別としても、彼の憲法学を背景で支担した人権へのエトスにはやはり瞠目すべきものが認められる。

こうしたフランスの憲法伝統と比較した場合、一七世紀以降のドイツでの抵抗権論の衰滅過程は著しい特徴であると言わなくてはいけない。ドイツでは一七世紀中葉の絶対主義への移行以来、抵抗権は――従って抵抗権論も――実定国法命題と直結しえなかつた。抵抗権の基礎づけは爾来、自然法論として構成されていく。カント・フイヒテの哲学の影響下、中世以来承認されてきた自然法―実定法の二元論が放棄され、一八世紀から一九世紀への転換期に自然法（論）としての抵抗権（論）は次第に退滅していく。抵抗権の存在を抽象的には肯定しながらも、現実の適用という観点から疑問視する論者が目立つ時代であつた。他方、抵抗権の取り扱いを立憲国家の法構造に適応させようとの試みも多少見られた。その代表が、有機体国家論から出発し立法論 *de lege ferenda* としてのみ抵抗権を肯定せんとしたグレーヴェルであつたし、前述ロテックであつたらう。ブラウンシュヴァイク（一八三〇）、ハノーヴァー（一八三七）における憲法闘争の際、抵抗権の問題は再び実践的意味をもち併せた。特に一八三九年一月二

六日チュービンゲン大学法学部の提出した鑑定書では、個人、の抵抗権、全国民の抵抗権、双方が肯定された。いずれにせよしかし、一九世紀中葉のこうした一連の憲法闘争は、抵抗権論の最後の火花であつた。一八四八年を画期として、それまで理念化されて自然法として命脈を保ってきた抵抗権（論）は、ほぼ完全にドイツから消失していく。ハイラントは、こうしたドイツに特徴的な抵抗権論の消滅の主要因として、(a)カント・フイヒテによる自然法（論）の克服、(b)近代立憲国家の成立を挙げたが、必ずしもこれは正当とは言ひ難い。ドイツにおける抵抗権論消滅過程を真に規定したのは、自由という価値に対しても法的安定性の理念が優位する、という法価値論である。⁽¹²⁾——

ヴォルツェンドルフの抵抗権本質論は、まさにこうした法的安定性の優位という思想を根本建前としている様に思われる。抵抗権思想の展開の歴史に鑑み、抵抗権の法的性格はいかに理解されるか。ヴォルツェンドルフによればそれは、法ないし権利保全の実体的権利であると同時に法ないし権利保全のための形式的手續上の権利である。抵抗権の法的性格の重心は後者に存する。抵抗権はこうした二側面の法的性格を併せもつために、常にある程度まで主観法Ⅱ権利の安定性と客観法の安定性の対立の内部調達という困難な問題を自らの内に宿している。かくてヴォルツェンドルフは、抵抗権固有の問題を法的安定性の内部整合性のそれと把握した^(13a)。この様な問題の立て方は、次の様な帰結を導く。「立憲法治国家の法組織化の基本思想によって、国民の抵抗権が違法な国権の行使に対して市民の自由（を守るため）の権利保護手段として正当であるとの思想は、もはや存在する余地がなくなった。……これに反して国民の抵抗権を権利保護の緊急策として承認することは、かの（Ⅱ立憲国家の——引用者）秩序を無機的に破壊することでありそれ故その理念を否定することであろう。……国権に対する国民の抵抗権は『規範化』しえないのだから、それは決して『権利』たりえず、またそうなりえない。……こうした考え方は近代国家の本質からの帰結に過ぎ

ない。……抵抗権の法思想の死滅は国家についての二元論の内的克服による。その克服された二元論とは君主と等族の間の等族国家のそれのみならず、支配者^(13b) 〓 国家と国民との間の絶対国家のそれでもある。……国家の二元論の終焉と共に抵抗権論も終わりを告げる。」

私見は上述の如き抵抗権（の本性）論に到底承服できない。項を改めて私論を披瀝し、もつて本稿を結ぶことにしよう。

(4) 抵抗権の本質的性格は何であるか。これは同時に、抵抗権の根底にあつてこれを基礎づけるものは何かを問うている。思うにそれは自由の価値理念において他にない。ヴォルツェンドルフが近代立憲国家[〓] 民主制国家では抵抗権は存在理由を逸失したと断定しえたのは、彼の議論の中で、抵抗権の固有問題が客観法秩序の安定性と主観法[〓] 権利の安定性との内部調整という論点にすり換えられ矮小化されたためであった。権利の担保という論点はかくて、国法秩序の組織化という問題に吸収され尽くしてしまった。こうした思考様式には、法的安定性と自由の二つの価値理念がダイナミックかつ複雑に対抗し緊張し合う人間社会のリアリティへの洞察が完全に欠如している。それは次の様な意味で。

自由の理念は近代立憲国家において第一に基本的人権の存在理由を基礎づけ、第二に[、]人権を保障する目的のために民主制を要請する。自由の理念によつて批判され底礎された民主制は原理的にと[、]いうわけではないが現実として、権力分立制と結び付く。「近代の意味」の憲法観念を典型的に表明しているフランス人権宣言一六条は述べる。「権利の

保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものでない。」

そして仮に今、政治的支配権力の存在しない社会Ⅱアナーキーの不可能であることを前提し、いかなる社会・国家組織の原理が人間の自由を最もよく確保実現しうるかと問えば、それは民主制の原理に他ならない。民主制認識の前提は、個人と社会または国家間には、つまり個人の意欲と社会規範との間には一定程度の緊張関係またはズレが必ず存在するというリアルな洞察である。社会（国家）規範・秩序の実定性が、すなわち個人の意志に抗してもおのれの意志貫徹せんとする社会規範のありようがここに存する。反面から見れば、規範・秩序に対する個人の「主体性」がこの点にある。こうした認識なくして、個人の自由は国家・社会との関係でいかに確保されるべきかの根源性は全く意識にすら登らないであろう。自由↓人権の最大確保という目的のためには、民主制という社会構成のあり方は十分条件でなくとも必須条件であると言わなければならない。⁽¹⁴⁾

冒頭で述べた様に、人間の歴史は自由と人権のための闘いによって彩どられてきた。市民階級は、絶対王権の独裁的支配と寄生封建諸勢力に対して近代人権と民主制（そして権力分立制）を求めて、闘いののろしを高々と掲げたのだった。彼等もまた我等と同じ人間、何故にかくも一方的に支配されねばならないのか。かかる現実は、人間の自然Ⅱ自由（ルソー）の規範に反する。この原理的問題性を自覚した時、人は自由・人権・民主制の不可分の連関に思い及ぶ。市民階級は、農民・プロレタリアートの協力を得て、不条理な封建的桎梏に対して自由の革命を遂行するだろう。革命は振り子の如く左右に揺れ動きながらも、一応、成った。市民階級はしかし、絶対王権の要請する正義Ⅱ法的安定性に対して自らの正義Ⅱ自由の価値理念を掲げながらも、この闘いに勝利するや徐々に、今度は、自らが自由の標旗の下に得た戦利品（市民階級中心型の近代人権並びに民主制）を新たな法的安定性の理念の下に基礎づけ直すのだった。市民階級の支配権の確立はかくて、近代市民社会法体制の安定性を要請する。一七九一年フランス憲法の

「国民主権」概念が、アンシャン・レジームの君主絶対主権を拒絶するという側面と同時に、ルソー流の人民主権論を排除し、「国民」の名の下に市民階級の利益を強圧するという側面をもち併せていたことは、この脈絡に照らして象徴的であらう。

近代市民社会の法体制の予定する人間像は抽象的に自立した個人であった。有名なあのル・シャブリエ法（一七九一年）は、自由の旗印の下に労働運動並びに社会運動を封じ込めるという意図をもち併せながらも、それでもやはり集団・結社等の中間社会諸団体から個人を折出するための法であった。この様な人間観を前提とした憲法体系のありようは、原理的に近代資本主義⇨自由放任という自律的市民社会との関係での国家の消極的あり方に対応した。この点は何よりも、フランス人権宣言の中で唯一法律の留保を伴わなない人権が所有権⇨契約の自由（一七条）であったことから知れる。

当然、人権と民主制の関係について一種のオプティミズムが支配するだろう。本来ルソーの場合には、一般意志は法律の（目ざすべき、常に正しい）理念であった⁽¹⁵⁾。多数決は一般意志への可能なだけの接近のための方法に過ぎなかった。多数者の意志は必ずしも不可謬性を導かない。にも拘らず、市民階級の政治支配権の確立と共に、一般意志は法律（従って多数決）に対する批判性をはく奪され、まさに法律は一般意志であるとの素朴な観念が成立する。この様な観念の下では、人権と民主制がともすれば相克・背反し合う局面に思いを致すことは甚だ困難であった。フランス人権宣言は一方で压制への抵抗権を消滅しない自然権であると表明しながら（二条）、他方では、一般意志の表明としての「法律」（六条）の名の下に召喚・逮捕された市民の抵抗を犯罪とした（七条）⁽¹⁶⁾。また、北アメリカ諸州の人権宣言の成立に多大な思想上の影響を与えたJ・ロックにおいては、多数派権力による少数派抑圧という問題性についての自覚が希薄であったことが指摘されている⁽¹⁷⁾。

人間の歴史を推進する齒車はそれでも、近代を支配した市民階級の主観的利益を超えて回り続けて止まない。民主制↓多数者支配と人権の拮抗関係は多様な側面から顕在化してくる。歴史は、近代市民経済秩序⇨資本主義体制の高度化につれて、国民間の貧富差、階級対立に象徴される幾多の諸矛盾を明るみに出さずにおかない。ごく一部の者が暴利を貧る社会構造の下では、近代憲法の自由・人権は社会的弱者にとつて空虚であり、「貧困・空腹の自由」ではない。さらにより一般的な意味で、民主的手続による少数者——ザッハリッヒに見れば大多数者であることも——の人権侵害も決して希でないことが明らかとなる。先に述べた様に、民主制は自由⇨人権の実現と保全のための必要条件であるが、十分条件とは言えないから。現代国家では、権力分立原理に従つて民主的権力に対しても一定の中立性を担保され（司法権の独立、裁判官の独立）人権の守護者たるべく任務づけられた裁判権⇨司法審査権・憲法裁判権が、こうした不足分を補完すべく存在する。とは言え、裁判権も最終的には国家権力の一部門である以上、これに人権保障について過度の信頼を寄せることはできない。憲法の最高法規性に従つた法解釈論としては、基本的人権に反する法行為は無効であるべきなのだが、理論的には、裁判所が「何が人権か」に関する最終の有権解釈権を掌握しているのが現代国家の一般の傾向である¹⁸。かくて、近代国家と同様に現代国家もまた、その法機構内で人権保障の任務を十全に果たしうると言うのは過信であることが判然とする。人権の終局の担保はつまるところ、日常的には国民の適正なプロテスト精神による国権全体への批判と監視、極限的には国民の抵抗権——無論、その行使には事理に応じた適度の自制が要求される——に見い出す他はない。

抵抗権の固有問題はだから、法的安定性理念の内部調整（ヴォルツェンドルフ）にあるのではない。抵抗権は、近代立憲国家成立以前には、絶対主義的暴制の国家至上主義ないし法的安定性優位観に対する自由思想の闘いの表現であつた（革命権として現象する）。そして、民主制と人権の両原理を一応法制度内に取り込んだ近代・現代立憲国家

では、抵抗権の固有の問題は、民主制原理に対して、も人権が優位するとの意味で、自由理念の内部調整の問題となつたと言わなければならない。つまり、民主的手続によるも、基本的人権に対する侵害は、自由の理念に照らして断じて正当化されえない。

以上の私見を要するに、抵抗権を基礎づけるところの価値理念は自由である。本稿のたどり着いたささやかな結論である。——本稿の論題については再び書く機会を願いつつも、今しばらく、ペンを置かねばならない。

四への註

- (1) G・イエリネック・一般国家学（菅部外訳）二九六頁。
- (2) この觀念の成立に関して参照、高柳信一「近代国家における基本的人権」（東大社研編・基本的人権第一巻）三五、三九、四二頁。
- (3) 参照、加藤新平「権力と法」（思想三〇九号）一六三頁以下。
- (4) K. Wolzendorf, a. O., a-S. 461 f., b-S. 534 f.
- (5) Vgl. R. Marcu, Verfassung und Verfassungsgericht, 1963, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre, 1966, A. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923.
- (6) C. Schmitt, a. O., S. 142. ——但し、シュミットの場合、抵抗権の問題が彼の特有な制憲権論と表裏一体のものとして論及されている点には留意する必要がある。もつとも右に引用した箇所ではシェイエスの議論に言及しているという関係上、抵抗権もまたシェイエス流の「国民の制憲権」論の枠内で論じられているという外観を呈するのだが、シュミットの憲法理論（尾吹訳）第八章による限り、制憲権はいかなる規範によつても拘束されない力である。それは一切の法の妥当根拠である。シェイエスの場合、制憲権は「国民の制憲権」のみありえた、つまり国民主権と制憲権の結合は普通の自然法原理と考えられた。シュミットはこの結合を容赦なく断ち切つた。シュミットによれば制憲権の主体は国民であることもあるが、そうでなくて君主あるいは少数者の組織体の場合もある。彼の制憲権論の行き着く先は、「力は法なり」・「強者の権利」の承認に他ならない。それは力において勝る者が制憲権者であるという帰結を導く。この様な議論に潜む、存在からの当為の導出という偽推論故に、この様な制憲権論と対に組まれた抵抗権論にも結局、私論は、承服できない。ただ一つ、抵抗権は決して制度化し尽くせないという点は承認するが、その理由は私論では自由という価値理念に求められる（本節(4)参照）。
- (7) 結城光太郎「抵抗権」（宮沢遼磨日本国憲法体系第八巻）一一三頁。

- (8) 以下、基本的に K. Wolzendorff, a. O., S. 390-S. 403 (「ハンドルセ」, S. 403-409 (「フュビテ」) に於て。また C Heyland, a. O., S. 63 ff., S. 67 f.
- (9) K. Wolzendorff, a. O., a. S. 413 f., b. S. 421 f., c. S. 448 ff.
- (10) 拙稿「抵抗権論における〈市民〉と法——M・ド・トラートの所説をきつかけとして——」（早稲田大学大学院「法研論集」第五三三号）六五頁以下。
- (11) こうした人権への愛着というフランス的憲法伝統が存在しとおり従ってこれらに違背する憲法規定は廃止されねばならない（「憲法的正当性」）価値規範が存在するのだ、憲法にも優位する諸原則が存在しており従ってこれらに違背する憲法規定は廃止されねばならない（「憲法的正当性」——M・オリュウー）¹、² という議論を挙げることが許されよう。デュギーはある箇書で次の様な議論を展開している。一七八九年の憲法体制は、権利章典 *les Déclarations* と憲法法律³、そして通常法律という三つの法的カテゴリーを前提としている。いわゆる人権宣言 *la Déclaration* は制憲者と言えども順守せねばならぬ権利章典を確認したに過ぎない（創設規定ではない）。かかる人権が仮に何らかの形で成文化されなくとも、通常立法者が、制憲者をも制約する人権規範を順守すべきは当然の道理である、と。尚、フランス憲法学における「超憲法性」・「憲法的正当性」観念の展開については cf. S Riats, *Les incertitudes de la notion de constitution sous La V^e République*, RDP, 1984, *Supraconstitutionnalité et systématicité du droit*, APD, 1986
- 第三共和制フランスの憲法体制は、三つの断片的な憲法的法律を有するに過ぎなかった。この下でデュギーは、一七八九年人権宣言が尚も妥当し有効である——当然、抵抗権も——旨を論じたのだが（*Traité de droit constitutionnel*², II, p. 166 ff.）これは「憲法」の観念とは峻別された自然権としての「人権」という観念を前提としてはじめて成立しうる立論であった。事実、デュギーは一七八九年人権宣言は決して一七八九年の憲法体制の一部ではなかった由を強調する（*Traité de droit constitutionnel*², III, p. 566 ff.）。
- ところで、一七八九年フランス人権宣言の成立史に関する W・レースの研究により、「憲法」観念から「人権」観念が折出されていく過程が詳細に跡づけられている。それによると、国民議会での討議、また議会外での論議（各種パンフレット、地方からの陳情書）には、「人権」観念の明確化という点で類似性が認められる。無論、当初から「人権」あるいは「人権宣言」と「憲法」観念の区別が意識化されていたわけでない。だから、さしあたり、問題の権利は国民の（つまりフランス人の）歴史のかつ集团的権利と見なされ、憲法の一部を構成するものと観念されてもいた。徐々にしかし、懸案の重要な権利は「憲法」観念の外へ折出され、従って国民の歴史的集团的権利から個人の国家を超えて妥当する普通の権利という観念に移行していく。こうして照出された権利は自然法論の影響下に、「宣言」の成文形式で整理されるよう強く要請されたのだ。同時に憲法はただ「人権」を守るために存在するとの着想も堅固となっていく。Vgl. W. Rees, a. O., S. 23, S. 66 f.
- 一七八九年人権宣言はその成立を規定した勢力⁴階級関係を反映して、すこぶるブルジョアのかつ個人主義的色調が濃厚だった。この点ではだからデュギーが社会連帯の見地からの基礎づけの必要性を認めながらも（cf. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 273 ff.）それでも一七八九年宣言——従って圧制に対する抵抗権——が第三共和制でも妥当するのだと断言したのは、以上の人権上の伝統的背景を鑑れば理解できるのである。

- (12) この点は実は、第二次大戦後の自然法論の再興の潮流にあってハイラントが指摘しているところであるが、抵抗権の本質に関する彼自身の見地と私論とは似て非なるものである。ハイラントは、国家の不可譲性・実定法万能信仰というドイツ特有の法的安定性思想に対する完璧なる断絶としてヘッセン州憲法を挙げ、その斬新さを誇る。C. Heyland a. O. S. 11. S. 821 けれども、こうした見地に賛同するのは難しい。ヘッセン憲法における抵抗権はそもそも、その当初より「国防衛権」的色彩を濃厚に帯びていた。(西)ドイツ憲法史の展開に照らせば、抵抗権の對象がヘッセン憲法の中では「違憲の公権力」であったに對し、一九六八年のボン基本法改正はそれを憲法破壊を企てる「すべての人」にまで拡充した。特に後者の場合に「憲法忠誠」・「抵抗義務」——無論、権利と区別されて——の觀念が大きな位置を占めると言えるのだが、しかし前者(ヘッセン憲法)にもそもそもこうした意味合いが含まれていたことに注意したい。このことは、ヘッセン憲法確定条文(一四七条)に相當する草案一二七条に関する報告——「憲法の保護」の見出しの草案第二部(二)章——を参照すれば明らかとなろう。報告者は、共産党のバウアー議員であった。「……憲法の名の下に新たななるA・ヒトラーが、あるいは国家社会主義党が権力を獲得するということが断じてあつてはならぬ……民主主義は、民主主義に積極的に与し、憲法に基づいて憲法の普及のために喜んで尽力する全ての者に対して寛容である。民主主義はしかし憲法上、そもそも憲法に對して直接、公然ないし秘かに戦を挑み、共和国の崩壊を企てる全ての者に対して容赦することはできない。一二六条には、憲法存続のために与えられた全力を尽くすことが各人の義務であることが定められる。……」さらに、この義務に違反した者、あるいは民主主義の基本思想を否定する政治グループに属した者が、国事裁判所の決定によつて憲法上のいかなる権利をはく奪せられるかが規定される。一二七条にはさらに、違憲に行使された公権力に對して抵抗することが各人の権利であり義務であることが表明される。憲法破壊あるいは憲法破壊を目ざした企てを知りえた者は、国事裁判所への提訴によつて被告の刑事訴追を要求する義務があることが定められ強調される」(C. Heyland S. 85による)。以上のバウアー報告には、後のボン基本法において結実するだろう「憲法忠誠」の志向性と、その裏返しとしての「抵抗義務」ないし憲法破壊の企てに関わる「告訴義務」という思考様式の輪郭が読みとれる。尚、ハイラント自身の抵抗権論の評価についてはさらに参照、結城・前掲論文(二四頁註(3))。
- (13) K. Wolzendorf, a. O. a. S. 479 ff. 434 f. b. S. 491 ff.
- (14) 私の「何故、民主制か——自由社会」の意味を問う——(早稲田大学大学院「法研論集」第五四号)、特に二二四頁。
- (15) 参照、尾高朝雄・法哲学概論(改訂) 六五—六六頁。
- (16) また、一七八九年七月二〇—二一日、憲法委員会でのシェイエス草案は次の様であった。「そのような(「恣意的または非合法な」註は小貫)命令を不意に受けた市民は、暴力に処するに暴力をもつて拒絶する権利がある」(二二二条)。「法律の名において召喚されまたは逮捕された市民はすべて、ただちに服従しなければならない。抵抗すれば有罪となる」(二一九条。参照、深瀬・前掲論文(一)一頁以下。また、ジロンド権利宣言一条、一三条、ジャコバン権利宣言三三条、一〇条も参照されたい)。
- (17) ロック政治哲学における多数決論に着目して、その集団主義的傾向を指摘したのはW・ケンドルであった。「個人は……自らが属するコミュニティに服従する不可抗の義務を負う。しかし多数派はコミュニティのために行動する権利をもつ。そして個人の不可抗の服従義務はかくて、

多数派に服従する不可抗の義務となる。個人の不可譲の諸権利は……彼の社会の公共の福祉と両立しうる様な権利であり、その公共の福祉は単に人民の『世論』と『気分』が善と呼ぶものに他ならない。」W. Kendall, *John Locke and the doctrine of majority-Rule*, 1959, p. 113. 以下に例え

ば、ロックの中で多数決ルールと政治的平等が楽観的に、両立するものと考えられていた点について、cf. op. cit., p. 122.

ケンドルとは異なり、個人精神の至高性を重んじるプロテスタントとロックは見解を共有するのだと把握したJ・W・ゴフもやはり、ロックの政治哲学が個人と社会（集団）との緊張関係を説明しえないことを指摘する。cf. J. W. Gough, *John Locke's Political philosophy*, 1950, p. 24-p.

46

(18) この問題については、拙稿「憲法の最高法規性ということ——法解釈理論との関連で——」（早稲田大学大学院「法研論集」五一号）において、より一般的な見地から考察を試みたことがある。

（一九九〇年一〇月一日脱稿、十一月下旬補筆）