

論文

# 憲法学における抵抗権についての一考察

—「思想良心の自由」との関わりにおいて—

竹 嶋 千 穂

早稲田大学社会科学研究所

アブストラクト：近代立憲主義の根底には、少数者の利益の擁護、つまり人権の思想がある。本稿では憲法第19条「思想及び良心の自由」を、人権保障に抑圧的に働きかける国家の作用を絶対的に禁止する規範として取上げ、日本の憲法学における抵抗権について検証する。まず抵抗権の歴史と抵抗権論争について大述を記し、抵抗権論上の自然法説と実定法説の相関を述べる。そして抵抗権の態様と要件、抵抗権の可能性について検証する。次に思想良心の自由について、その成立背景と抵抗の思想を記し、同条の絶対的規範性を述べ、基本的人権を成す精神的自由の中核としての「思想良心の自由」の淵源と抵抗権の関係を考察する。そして未だ明確な結論に至っていない憲法学上の抵抗権論について、自然法説と実定法説の両者共存の視点からの検討の可能性について提言を試み、今後の判例評価への可能性について言及する。

## A Study of the Right of Resistance in Japanese Constitutional Law — From the Perspective of “Freedom of Thought and Conscience”

Chiho TAKESHIMA

Graduate School of Social Sciences, Waseda University

**Abstract:** At the root of modern constitutionalism is the protection of the interests of the minority or the idea of human rights. In this paper, I take up Article 19 of the Constitution, “Freedom of Thought and Conscience” as a norm that prohibits the state from acting in a repressive manner to guarantee human rights and examine the right of resistance in Japanese constitutional studies. First, the history of the right of resistance and the controversy over the right of resistance is roughly described, and the correlation between the natural law theory and positive law theory of the right of resistance is discussed. Then, the mode and requirements of the right of resistance and the possibility of the right of resistance are examined. Next, regarding freedom of thought and conscience, the background of its establishment and the idea of resistance are described. The Article’s absolute normative nature is analyzed, as well as the connection between the origin of “freedom of thought and conscience” as the core of spiritual freedom, which is a fundamental human right, and the right of resistance. Thereafter, regarding the constitutional theory of resistance, which has not yet reached a clear conclusion, we propose examining it from the perspective of the coexistence of both the natural law theory and positive law theory and mention the possibility of future case law evaluation.

## はじめに

抵抗権の概念は政治思想史や法思想史において重要な位置をしめているが、本稿は、憲法学の視点から、とくに日本国憲法第19条「思想及び良心の自由」との関わりにおいて、抵抗権の位置づけを検討するものである。憲法学における抵抗権は、一般に「国家権力が人間の尊厳を侵す重大な不法を行った場合に、国民が自らの権利・自由を守り人間の尊厳を確保するため、他に合法的な救済手段が不可能となったとき、実定法上の義務を拒否する抵抗行為」（芦部・高橋 2019：387）と定義される<sup>(1)</sup>。これまで日本では、ポポロ事件第一審判決（東京地判昭和29・5・11判時26号3頁、控訴審東京高判昭和31・5・8高刑集9巻5号425頁、上告審最大判昭和38・5・22刑集17巻4号370頁）<sup>(2)</sup>や、その他、砂川事件差戻し第一審判決（東京地判昭36・3・27判時255号7頁）など抵抗権の文言が判決文に記されたのはわずか数件で、日本国憲法下での抵抗権の立法化は見られない。

日本国憲法が抵抗権についての明文規定を持たないとはいえ、基本的人権の原理に憲法自身が立脚している以上、抵抗権は憲法に内在し憲法保障の最終的な担保を引き受けていると考えられる。日本国憲法第12条は「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つて、これを保持しなければならない」と明記する。そしてこの「不断の努力」は憲法第97条が「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」と述べる「人類の多年にわたる自由獲得の努力」であり、圧制への抵抗を意味すると解することができるからである<sup>(3)</sup>。

抵抗権思想は基本的人権の歴史と不可分であり、抵抗権は人権を侵害する公権力に対する抵抗を内容とする。日本国憲法が国民の抵抗権を認めているか否かは、抵抗権をどのように理解するかという困難な問題とかわかり、簡単に結論を出すことはできない（芦部・高橋 2019：387）。この課題について日本の憲法学における抵抗権論上、従来の「合法的に成立している法律上の義務を、それ以外の

(1) 抵抗権の定義についてはその他、（宮沢 1959：139）（野中・中村・高橋・高見 1992：401）（長谷部 1996：99）（樋口 1998：94）（辻村 2000：522）（渋谷 2007：506）（大石・石川 2008：90）（杉原編 抵抗権の項—山内著 2008：264-267）（本 2015：126）（渡辺・宍戸・松本・工藤 2016：28）（永田・倉持・長岡・村田・倉田 2018：322）（佐藤 2020：64）等がある。

(2) 判決の言う「官憲の違法行為を目前に見て徒らに凝視し、これに対する適切な反抗と抗議の手段を尽くさないことは、自ら自由を破棄することにもなるであろう。自由は、これに対する侵害に対して絶えず一定の防衛の態勢をとって護って行かなくては侵され易いものである」では、「行為目的の正当性の観点から抵抗権は明らかに違法阻却事由としての承認を受けている」（結城 1965：131）と考えられる。なお宮沢はポポロ事件判決における抵抗権の位置付けについては否定的（宮沢 1959：162）である。

(3) 「基本的人権を国民は『不断の努力によつて』保持しなくてはならないこと（12条）から、ただちに実定法上の権利としての抵抗権を導き出すことは、きわめて困難であるが、憲法は自然法を実定法化したと解されるので、人権保障規定の根底にあって人権の発展を支えてきた圧制に対する抵抗の権利の理念を読み取ることは、十分に可能である」（芦部・高橋 2019：288）。

何らかの義務を根拠として否認することを正当とする主張」(宮沢 1959 : 139), あるいは「人間の尊厳を中心価値とする民主主義基本秩序が重大な侵害を受け, その存続が危殆に瀕し通常的方法では憲法を維持し適法な状態を復活できないとき, 実力による抵抗を成す権利」(橋本 1977 : 174) と定義される抵抗権に関して, 様々な理論が展開された。それらは大別すれば二説に分かれ, 一つは自然法説とよばれ, 抵抗権を自然権であり自然法上の権利であるとする。他方は実定法説とよばれ, 抵抗権を実定法上の権利とする。これら二説以外の説についても抵抗権については多くの研究により言及がなされ<sup>(4)</sup>, 一応, 「自然法説と実定法説の二つの抵抗権の区別」という樋口陽一の指摘によって抵抗権論は混迷から抜け出したと思われたが(芹沢 1983 : 464), 抵抗権論の展開はその後も見られていない。

抵抗権について, 自然法上の抵抗権と実定法上の抵抗権を明確に区別することは重要であるが, その上で統合的視点から両者の真理性を捉え直す必要があると考える。抵抗権思想の歴史における自然法の果たした役割は重要であり, 同時にまた現実から遊離しない実定法上の抵抗権の役割を抜きにして抵抗権を語ることはできないからである。よって本稿は, 未だ明確な結論に至っていない抵抗権論に対し, 自然法説と実定法説の両者共存の視点の可能性の提言を試みる。検証は, 基本的人権を成す精神的自由の中核として位置付けられている「思想良心の自由」の淵源の関わりからの抵抗権思想の考察を基軸として行う。なぜなら基本的人権の保障は立憲主義的憲法の目的であり, 憲法学の課題はこのような憲法を検証することにある。そして自然法説と実定法説いずれの立場に共通することは公権力の濫用によって立憲主義的憲法秩序と人権保障体系が破壊されようとする, ないし破壊された場合に対抗する国民による擁護・回復を抵抗権の定義とするからである。

---

(4) 主たる自然法説・実定法説の二説の他, 超実定法説, 折衷説, マルクス主義抵抗権論等について, 結城, 山内による分類の他, 芹沢による抵抗権概念の検討や, 最近の研究では小林武(2019), 工藤達朗(2019)がある。なお, 樋口は抵抗権論の整理について次のように述べる。「わが国の抵抗権論については, 山内敏弘『抵抗権』(法律時報41巻5号)による整理が参照されるべきである。ただし, 同論文における『超実定法説』『実定法説』『折衷説』『マルクシズムの抵抗権』の四分法には, 疑問がある。第一に, 『マルクシズムの抵抗権』は, 抵抗権の根拠づけが(たとえば「神」でなくて)史的唯物論にあるということであって, 抵抗権そのものを超実定法的なものとするか実定法的なものとするかの対立とは次元がちがうであろう。第二に, 『折衷説』は『一方においては, 抵抗権を制度化されざるものとして捉えつつ, 他方においては, 実定憲法下における抵抗権の位置づけのためのすぐれて現実的な問題提起を行っている』(172頁)とされているのであるが, それならば『超実定法説』と『実定法説』はそれぞれ抵抗権を『超実定法的』あるいは『実定法的』なものとしてのみ見る説として整理されているのであろうか。たしかに, 『超実定法説』は, 『抵抗権は自然法でのみありうる』と説いているとしても, 『実定法説』は, 『実定法上の権利でのみありうる』といているわけではなくて, 自然法上の抵抗権というものがこれまで主張されてきたという事実, および, 実定法を超えたところでの抵抗という問題がつねにのこる—それを『自然法上の権利』とよぶことのイデオロギー性を批判するとしても—という問題意識を否定するものではないのである。少なくとも, 『実定法説』のなかに数えられている私の見解は, そうである」(樋口 2016 : 318)。

## 1 抵抗権論

### (1) 抵抗権思想の歴史

ここでは先ず、抵抗権思想の歴史を概観する。抵抗権思想の背景には長い歴史が横たわっており、抵抗権の問題は、憲法学の問題を超えた政治学や法哲学の問題にも深く相渉する問題として捉えられる。政治思想史的考証における抵抗権思想の始源についての課題には定説はなく、また抵抗権思想とは対照的な支配的権威に対する絶対的服従（Passive Obedience）思想の淵源も古い。その思想は中世の教父哲学者、とりわけアウグスティヌスにおいて説かれ<sup>(5)</sup>、一方で中世のキリスト教会の権威は絶大であったが、他方で法制定をなす人民という理念も中世社会には深く根ざし、そこでは人民の正義感を充足し得ない、あるいは正義に反する法に対する人民の抵抗はおのずから肯定され承認されるものであったとされる<sup>(6)</sup>。中世においては、抵抗権は実定法を維持するための実定法上の権利であり、その抵抗は体制そのものに向けられるものではなかった。樋口によれば、法は「古きよき法」として観念されており、国王がそのような現行実定法を破ろうとするときには、臣下は抵抗の権利をもち、「古きよき法」という自然法は同時に実定法でもあったとされる（樋口 1977：184）。しかし中世の抵抗権は実定法上の権利であっても明確な体系化はなされず、このような中世の実定法上の抵抗権が薄れていく過程で、様々な抵抗権の思想が主張され、そして16、17世紀の近代啓蒙期自然法の時代に抵抗権は最も公然と現れた（堀 1956：355）。ヨーロッパ特有の法意識の伝統や社会過程の変化が抵抗権思想の背後には横たわり、キリスト教とローマ法思想<sup>(7)</sup>とゲルマン法思想の歴史的要素が絡み合い、基本的人権と国民主権、社会契約の思想の展開が抵抗権の思想の展開と縦糸横糸を織りなすように<sup>(8)</sup>歴史が刻まれていったのである（野田 1968：7）。

(5) 堀は言う。「もともとこの思惟は服従義務につける初代基督教徒の一般的感情に負うところ深いものであり、初代基督教会の教義並に信仰のうちに顕著にその所存を示している」（堀 1956：259）。

(6) 堀は言う。「もともと、教父哲学者の多くは、自然法存在を原罪以前の次元において説いており、その線にしたがって、彼らに人々の同意を得て存立しない政治権力は正当性をかちとり能わないという思惟を堅持させた。（中略）止目すべき点は、中世紀の政治思想家達が、法は一般的同意を得べきであるという思惟を抱懐していたということである。当代にあって人々は、個々の正義の問題については一致し能わないものがあったにしても、共通規範の所在についてはこれを疑うところがなかった。それは結局、聖書、ローマ法及び自然法の法則であった。したがってそこには法制定権は根源的に人民の中に在るという理念が内含せられてあった」「つまり、彼らはその場合、自らのレジスタンスを、人によって創られるものでないところのより高き法の名において肯定したわけである」（堀 1956：260-261）。

(7) キリスト教のローマ法化について、四世紀初頭のコンスタンティヌス帝のキリスト教公認を一つの転機ととらえ、キリスト教とローマ法思想とゲルマン法思想を三要素として野田は挙げるが、「より一般的には『古典古代の伝統とキリスト教、それにゲルマン民族の精神』と言うべきだろう」（野田 1968：10）と本人は述べている。これをふまえ本稿はキリスト教とゲルマン法思想の歴史的要素を二要素としてとらえる。

(8) 野田は言う。「西欧において抵抗の思想が抵抗権の思想になったのか、また国家の起原をなぜ契約に求めたかには、それだけの歴史的条件があつてのうえのことで（中略）そこには少なくともキリスト教とローマ法思想とゲルマン法思想とこの三つの歴史的要素が働いているのであり、千数百年を通じてそれがヨーロッパ人の生活

その後、社会契約説におけるロックの「国家あるいは政府が信託に反した場合は、それに対抗する権利、そしてさらに革命の権利が発生する」という考え方はアメリカの独立宣言などの近代市民的民主政治理論の基となり、近代リベラル・デモクラシーの政治理論において自然権、政治信託、国民主権の諸原理が明確化された。そして基本的人権の歴史と抵抗権の思想は不可分に結びつき、奪うことのできない「天賦の人権」の確信が抵抗権思想の根拠となり、そしてまた反面、自由な人権は抵抗権の行使を通じてのみ実定法のうちに保障されると考えられるようになったのである（竹嶋 2020：100）。

## (2) 憲法学における抵抗権論

次に日本における抵抗権論の学説について概観する。抵抗権思想を検証する際、特定の時代の法意識や要素を体系的に理論化した教義の分析を行う学説的アプローチと、抵抗権の社会的基盤や担い手の分析を行うアプローチの両側面があるが、ここでは抵抗権論の学説について概観し、後者については第3章-(2)で良心的兵役拒否を具体例に挙げ抵抗権行使の一形態としての市民的不服従について検討する。

抵抗権論の学説について、抵抗権の本質や概念の議論は1960年代の日米安全保障条約改定をめぐる議論を背景に様々な理論が展開されたが、大別すれば自然法説と実定法説の二説に分かれる。抵抗権論における自然法説と実定法説の両者共存の視点の可能性を探ろうと試みる本稿の主旨から、自然法説と実定法説の概要の確認として二説の大様を述べてみたい。

自然法説は、抵抗権は本質的に実定法を超えたものであり、制度的に組織づけられていないところにあるとみるべきとして、実定法上合法的に成立している義務を守ることの拒否が「抵抗」とする（宮沢 1967：137）宮沢俊義の抵抗権論<sup>(9)</sup>に代表される（その他、一円一億、黒田了一、小林孝輔、橋本公巨等）。抵抗権を「実定法の定める義務と自然法の定める義務とがたがいに矛盾し、衝突し、『こちら立てばあちら立たず』という関係にあるときに、自然法を根拠として、実定法上の義務を拒否する権利」（宮沢 1959：150）と定義付け、法律義務と非法律義務とが衝突した場合、後者により大きな価値を認めて、後者をよりどころに前者への服従を拒否する権利であるとする（宮沢 1959：150）<sup>(10)</sup>。そして、ここにいる抵抗権は実定法上に根拠を持つ権利ではなく、実定法化・制度化を受け

---

の根底にまでしみ渡っており、その地盤の上で抵抗権思想や社会契約説思想が展開された」（野田 1968：7）。

(9) 抵抗権論が、宮沢説の「実定法以外の秩序を根拠として実定法上の義務を拒否することが抵抗権の本質である」という主張に引きずられ、自然法上の権利か実定法上の権利かという二者択一の枠組みで論議する傾向にあった点について、後藤は、「抵抗権を忠誠の相克問題に広げて定式化したことの意義と問題設定自体が不毛なものではないか」（後藤 1980：403-404）と疑問を呈している。

(10) 樋口は、「自然法説者と言われる宮沢はいったん『合法的抵抗権』と『本来の意味の抵抗権』を区別し、後者の意味（自然法上）での抵抗権の実定法化は『完全には成功しない』『すべて実定法化しつくすことが本質上不可能』としながら、『抵抗権は少しも実定法化・制度化されることにはならない』と、矛盾した叙述におちいつている」（樋口 2016：305）と指摘する。なお宮沢を自然法説ではなく非実定法説、あるいは超実定法説に分類する場合（内藤 2017：324）もある。分類法の年代的記述については芹沢論文（芹沢 1983：465）がある。

付けない本質を有する（宮沢 1959：160）とする<sup>(11)</sup>。

同じく自然法説に立ち、抵抗権を、法と非法の領域にわたる現象全体として捉えたのが小林直樹で<sup>(12)</sup>、圧制への抵抗の根拠を、法と道德の両者に求め両者の相関を歴史のなかで捉えることが必要であるとし（小林 1988：331-332）、宮沢の論を推し進めた。また同じく自然法説に立つ結城光太郎は、抵抗権を民主制の実現に奉仕し、その内部に位置する民主制を維持発展させる原動力であるとした（結城 1965：116）。抵抗権の概念を、自然権の原理が実定法秩序の内部に採り入れられ国家権力を対象として体制を支えるものだとし（結城 1965：117）、抵抗権行使の要件を考定する必要性を主張した。そして抵抗権は超法規的違法性阻却事由の一要素であるとし（結城 1965：134）、宮沢の抵抗権論を明確化した。なお、結城は抵抗権を制度化することを求める一方で制度化からハミ出る抵抗権も求める（結城 1965：122）点で、折衷説に分類されることもある<sup>(13)</sup>。

反対に、実定法説の立場は自然法上の権利としての抵抗権を憲法上の抵抗権と峻別し、抵抗権は実定法上の権利であるとする。こうした実定法説の立場（磯崎辰五郎、鈴木安蔵、堀豊彦等）の代表として、以下、菅野喜八郎、田畑忍、野田良之の見解をみてみよう。

菅野喜八郎は、法実証主義の立場から客観的に妥当する自然法の存在を否定し、抵抗権は実定法上の権利としてのみ成り立ち、抵抗権をそれ自体は有効な国家行為への受忍・服従を拒否する権利と意味付け（菅野 1967：65）、宮沢論を批判する。

田畑忍は「日本国憲法ではこの抵抗権の形を変えたものとしての基本的人権の設定が十分になされており、第12条において抵抗という言葉は使われてはいないが不斷の努力をして基本的人権を守らねばならぬと義務付けをしている」と述べ（田畑 1959：77）、「基本的人権を定めているすべての近代的憲法（それ以後の社会主義的憲法を含む）は、すべて究極的には抵抗権思想に由来し、これに立脚しているものである」（田畑 1959：77）とし、基本的人権に抵抗権の根拠を求めた。

また、野田良之は基本的人権の背景解明を試み、基本的人権の中核を成すのが抵抗権の観念であるとして、田畑同様、抵抗権を実定法上の概念とした。そして抵抗権を法的に国民意思とみなされる国家権力の現実意思に対して真の国家意思の源泉たる国民の現実意思を優越させる（野田 1968：79）ことと定義し、国民主権に抵抗権の根拠を求めた<sup>(14)</sup>。野田は抵抗権を憲法上に挙げる意義にはそれほ

(11) 「抵抗権を実定法化・制度化する試みは概念必然的に完全には成功しない運命にあるべきである」（宮沢 1959：160）と述べる宮沢の論について、抵抗権は基本的人権であるとする実定法説からは、「自然法説は基本的人権を抵抗権ではないとする」（田畑 1960：71）という批判が提起されている。

(12) 小林は言う。「抵抗権は合法性の枠を超えた『自然法的権利』であって、実定法上の権利ではない」（小林 1960：257）。

(13) 結城は言う。「抵抗権を常に実定法秩序の外にあってこれを否定するものとも、また反対に常にその内においてこれを支えるものもなし難い」（結城 1965：116）。

(14) 野田は指摘する。「このような抵抗権は単なる個人の広い意味での『良心的反対』とは異なり、国民主権——これは実定法上の概念である——の一属性なのである。（中略）すべての国民は憲法に抵抗権に関する明文がなくても、主権者たる当然の効果としてこの権利を持っているというべきである。（中略）この意味の抵抗

ど積極的ではなく、抵抗がもし可能なら為政者の地位は変わり、全政治制度が影響を受け、個人の法的地位が豊かになる（野田 1968：82）と結論する。このように抵抗権の根拠を実定法に求める説には、基本的人権に根拠を求める説と、国民主権に根拠を求める説があり、その相違は十分に議論されていない。後藤や山内が指摘するよう（後藤 1979：408）両者を二者択一ではなく共に実定憲法の中で認証していく必要がある。

### (3) 自然法説と実定法説の共存

以上、二説を大述したが、自然法説と実定法説という相対立する両極の見解は、双方がそれぞれ抵抗権について異なった定義をおき、互いに双方を否定否認し合う関係に立つ。このため相互の領域は問題の外に置かれ、「抵抗権」の全体の把握は困難になる。抵抗権は実定憲法としての日本国憲法上の現実の法の問題であり、自然法上の権利だけのものではない。しかし、実定法の世界だけのものでもない。もし抵抗権が実定法上の権利のみであるとするなら、公権的判断になお抵抗する行為についての十分な説明を行うことはできない。法の破壊（実定法の破壊）を法の名において（実定法上の概念の名において）正当化することは超実定法的概念の発動となり、これは自然法上の抵抗権を司法の場に挙げ、自然法の領域を語る<sup>(15)</sup>ことになるからである。ヘッセン憲法における抵抗権の実定法化を論じたハイラントでさえ、抵抗権は自然法に基づく前・超国家的な権利であるか否かは検討されるべきであるが、抵抗権には法的規制になじまない領域があることを語っている（Heyland 1950：111）。やはり自然法説と実定法説は互いに補い合う関係として捉えるべきであろう。

さらに、本稿の立場のように抵抗権論における自然法説と実定法説の両者共存の視点を探るとき、抵抗権の根拠を実定法上の基本的人権に求めるものと、国民主権に求めるもの両者を区別した上で人権の思想に着目し、共に実定憲法の中で認めていくべきと考える。なぜなら立憲主義の根底にある要請は、少数者の利益の擁護、つまり人権の思想であるからである。人権侵害に対して抵抗する主体は主権者である国民であり、公権力に対する抵抗は主権者としての主権的権利である。よって国民主権に抵抗権の根拠を求める野田の国民主権説は重要である。だからこそ、抵抗権において野田が否定する個人の固有自然法的抵抗権の重要性にも着目されなければならない。なぜなら、多数派による少数派の自由・権利侵害が起ころぬよう、その自由が侵害されたときには、抵抗権の発動が要請されるの

---

権——良心的反対という個人の固有自然法的抵抗権とは別の——は特に憲法に挙げるまでもなく、国民主権の一つの発現としてとらえうるといえよう」（野田 1968：79-80）。

(15) 宮沢は言う。「各法的な規制よりも強い法規がある。したがって、その法規に反する法律は、効力をもたない。そういう原理は、自然法とか、理性法とか呼ばれる」（宮沢 1959：155）。自然法に対して対象的な態度を採ってきたラートブルフは、晩年「法律による不法」と「法律を超えた法」の対立と自然法の優越を認め、自然法について次のように述べる。「法律を超える法の理念は法実証主義の一世紀の後に力強く復活した。正義は、正義に矛盾する実定法規が法的効力を持たないものとみなされるべきことを、どの程度まで要求するか、また法的安定性は、制定法がその不正にかかわらず有効と認められるべしという反対の要求を、どの程度まで提起できるか。これらの問題についての解答は、曰く、自然法（Naturecht）」（ラートブルフ 1961：217-218）。

であり、抵抗権は立憲主義的憲法秩序や人権保障体系が破壊されようとしている、ないし破壊された場合に、国民がこれに対抗し、この秩序・体系の擁護ないし回復を図る権利だからである。

抵抗権の根拠を基本的人権に考える田畑は、日本国憲法の第三章「国民の権利及び義務」の規定のみならず、そのすべての義務規定及びその他の規定等により、憲法は抵抗権の法的存在を広く予定し、憲法全体で抵抗権を用意している（田畑 1967：3）と主張する<sup>(16)</sup>。田畑は、抵抗義務を規定する根拠を憲法12条におき、前段の抵抗義務の規定を強度に補足するものとして憲法13条、15条、99条を挙げ（田畑 1967：7）、憲法12条前段が国民の抵抗義務を定めていることと照応し、憲法15条及び99条が、憲法を守る抵抗義務を公務員そのものに課している（田畑 1959：36）と解する独自の見解を展開する。抵抗権を自然法説の主張に従って近代的憲法が定めた実定法上の権利と理解する田畑の見解は、合憲・合法の抵抗に意義と価値を認め、抵抗の制度を守ろうとする実践の立場であり、国民が実力をもって対抗し、憲法秩序と体系の擁護、回復を図る権利の根拠を積極的に補完するものである。

だが、日本国憲法全体が抵抗権を設定しており、抵抗の権利と抵抗の義務は法上設定されたもので、自然法上の抵抗は事実としての抵抗にすぎない、とする田畑の説は、各々の人権の根底にある抵抗権の合法性については説明が不十分である。憲法全体で抵抗権を用意していると考えた田畑の場合、抵抗権の成立要件の厳格性はあまり考慮されないことになる。しかし本稿の立場に立つならば、抵抗権について、自然法上の抵抗権の概念を実定法上のものとして「態様」や「要件」を探る実定法の試みは無意味なものではない。抵抗権の態様や成立要件は抵抗権を実定法的権利とするための重要な論点であり、その合憲法制が制度的にも理論的に認められていることは立憲民主秩序を支える心理的な基盤となり、国民にも為政者にも抵抗権の意識を自覚させることができるからである。そして憲法的見地から抵抗権を捉えるとき、常に裁判過程における法的有効性を考慮しなければならず、実定法秩序の維持のためにも抵抗権の成立要件は慎重に考慮し、次章で述べるように厳格に解されるべきである。このような理解により、次章では抵抗権の内容を検討してみる。

## 2 抵抗権の内容

### (1) 抵抗権の制度化と要件

抵抗権は制度化や実定法化に概念上なじみにくい性格を必然的にもつ。実定法化された抵抗を行使することは抵抗ではなく憲法の執行であり「許された抵抗権は抵抗ではない」（宮沢 1959：162）との批判もある。しかし近代立憲主義は強靱な抵抗の思想に裏付けされるものであり、その根底に流れる抵抗の思想は、立憲主義実定法秩序を擁護する。その意味で、樋口陽一の言葉を借りるならば、公権力への抵抗を実定法上の権利として規定することは論理的な矛盾に陥るものではなく、抵抗権を実定

---

(16) 田畑は言う。「そしてこのことを否定する根拠は、解釈法論的にも立法論的にも存在せず、故に憲法は、基本的人権の規定と権力抑制の規定があるだけで抵抗権はないのだと説くことは正しくない」（田畑 1967：4）。



法上の権利とみなすべきことは歴史をみても明らかである（樋口 2016：312）。

抵抗権を制度化するとき、人権保障を主目的とする立憲主義的憲法において、法的安定性と予測可能性の見地から抵抗権の行使が正当化される条件や分野、方法等は縮小されていく<sup>(17)</sup>傾向にあるものである。従って、抵抗権の行使の条件等について、先ず、その成立要件は厳格に解されるべきであると考ええる。

抵抗権の成立要件について、基本法に内在する抵抗権の存在を認めたKDP判決（BVerfGE 5, 85, Urteil v. 17. 8. 1956）は言う。「抵抗権は、法的秩序を維持または回復する緊急権としてのみ存り得るもので、抵抗によってたたかう違法は明白でなければならず、法制度によって用いられるすべての法的救済の見込みがほとんどなく、抵抗権の行使は、法の維持または回復するための最後の手段でなければならない」（BVG 1956：377）。このKDP判決の内容を受け、抵抗権の成立要件は橋本（橋本 1977：178）や工藤（工藤 2019：113）でも取り挙げられているが、その成立要件は、（イ）民主的な基本秩序への重大な侵害により、憲法の各規定違反のみならず、憲法の存在自体が否認されようとする事、（ロ）客観的に侵害の違法が明白であること、（ハ）憲法、法律等の法制度による法的救済の見込みがなく、法の維持・回復の最後の手段として抵抗のみが残されていること、が必要であると考えられる。

抵抗権の制度化について、ヘッセン憲法（1946年）147条は抵抗権を「憲法に違反する公権力に対する抵抗は、各人の権利であり同時に義務である」（Heyland 1950: 1, 98）と明記し、1947年プレーメン、マルク・ブランデンブルグの諸憲法も抵抗権を規定した。しかし、その立法化は成功していない。

## (2) 抵抗権の態様

抵抗権は実定法化され尽くせないものであり、抵抗権の態様を一つ所に述べることは困難であるが、抵抗権は人権擁護に不可欠な現実の法制であるとの認識に立てば、民主制において抵抗権は実定憲法の内部に採り入れられ、民主制の実現のために抵抗権は機能するものであると考える。しかしながら、抵抗権は超法規的憲法保障として国家緊急権と対に捉えられることが少なくなく、いずれも実定法の世界では網羅できず政治学や法哲学の力を借りなければならない。緊急権が国家権力による人権への上から下への性格をもつとするなら、抵抗権は下から上への性格をもち、人権体系の中核としての抵抗権に対して緊急権は憲法理論上、権力と自由という両極の概念である。そして緊急権はクーデター、抵抗権は革命権あるいは一種の変形ないし発展として論じられる（和田 1970：126）ことになる。

抵抗権の態様は、杉原（1963）によれば、先ず(1)受動的抵抗、これは当事者の不作為または憲法への不服従で一般に非暴力的な形態、次に(2)防衛的抵抗、これは権力者の実力に対し多少の実力が伴う形態、そして(3)積極的抵抗、これは権力者に対し、退陣や制度の変革を要求する形態、最後に(4)攻撃的抵抗の段階、これは集団的暴力的に攻撃を加え、反乱へと転化する形態（杉原 1963：396）、これ

(17) 様々な不法な公権力の行使に対し、異議を申し立てる権利（請願権・訴権）の完備により、抵抗権の発動の可能性は小さくなる。宮沢も同旨（宮沢 1959：160）の主旨を述べる。

ら4つの諸段階があるとする。また宮沢は、合法的な抵抗権と非合法的な抵抗権（組織化・制度化した合法化に本質的になじまない抵抗権<sup>(18)</sup> - 本来の意味の抵抗権）とに分類し、後者を抵抗権の主として問題とする（宮沢 1959：140）。そしてその抵抗権を受動的抵抗権（平和的抵抗権）と能動的抵抗権（非平和的抵抗権）に区別し、前者をガンディの抵抗、良心的反対者（納税の拒否等）、後者を抵抗権としての暴君放伐、反乱とする（宮沢 1959：140）。あるいは野田は、抵抗権を消極的抵抗権と積極的抵抗権の二つに区別し、前者をキリスト教抵抗権の流れでキリスト者の信仰の純粋さを保つための抵抗とし、抵抗の義務が説かれるとする<sup>(19)</sup>。これに対し後者はゲルマン的国家観に発するもので、国家権力に対立する国民全体の権利としての抵抗権であり、政治的色彩が強い権利であると述べる<sup>(20)</sup>。この二つは中世から16世紀にかけての抵抗権の理論と実践の発展の中で教会法的抵抗権として相互に結びついていった（野田 1968：78）。

以上、実定法上の抵抗権の態様は様々に論じられるが、抵抗権の行使と目的は、「ベルリン、ブレーメン、ヘッセンの各ラント憲法においては、抵抗権は明白に万人に認められている」（ベルトラム 1980：35）のように、先ず、すべての個人に認められるものと考えられる<sup>(21)</sup>。そして、抵抗権は法的秩序の維持と回復のために公権力の乱用にのみ向けられ、新しい秩序の導入を目的とした暴動や転覆のための革命の権利を含むものではない<sup>(22)</sup>と考えられる。抵抗権の意義は人権の擁護にあり、憲法秩序と法的安定性の維持にあるからである。この点については、争議の対象ではなく解決策を探ることの重要性と、民主主義の基準の一つである被治者と権力の間対話の確実にする事の不可欠さ（Burdeau 1968：445-446）の側面から保守的な権利としての抵抗権の意義を述べたビュルドーのように、抵抗権の行使は民主主義憲法のもとでは保守的な権利であり、革命権とは区別<sup>(23)</sup>されると考える。

(18) ビュルドー（Burdeau 1950）によれば、このような服従の拒否としての抵抗は概念的に、不当な法律への反対、抑圧への抵抗、革命、の3つのカテゴリーに区別され、これら3つは相互に密接な関係を持つ（Burdeau 1950：442）。

(19) 野田は言う。「それは本来国家の次元の外に成立する自然法的抵抗権ないし抵抗義務であって、1789年の人権宣言の用語法に従えば、《droit de l'homme》（人間の権利）の範疇に属する」（野田 1968：78）。

(20) 野田は言う。「この国家観においては国家権力はその本質上無制限ではないという事が説かれる点に特色がある。人権宣言の擁護によれば、《droit de citoyen》（市民〔むしろ国民〕の権利）の範疇に属する」（野田 1968：78）。

(21) ハイラント（Heyland 1950）はヘッセン憲法（1946）における抵抗権を行使しうる範囲について次のように述べる。「抵抗権の行使はすべての自然人・法人に在り、特に注目し値するのは、ラント議会・委員会・議会・ラント政府・大臣・裁判所・行政当局・公務員・及び司法・教師などである」（Heyland 1950：87）。

(22) ベルトラムは言う。「まさしく転覆に反対し、遂行しつつある革命の作用を除去することに向けられる。これは決定的に重要な観点である。それによって国家権力の違法な行使に対する抵抗権の行使は革命、転覆と区別されるのである。もう一度強調するなら、転覆はすくなくとも現存の法秩序の諸部分、特に現存の国家秩序の諸部分の除去と新しい秩序の導入とを目的としているが、抵抗は現存の法秩序の保全、維持のためにのみ行われるのである」（ベルトラム 1980：36）。

(23) ビュルドー（Burdeau 1950）によれば、革命とは新しい秩序を確立し旧来の指導原則に取って代わる新しい指導原則を具体的に導入して置き換えることであるが、抵抗の基本は不当な法律への抵抗であり、抑圧に対する抵抗は本質的に保守的であって、これが革命と区別する方法である（Burdeau 1950：443）。また和田は

そして抵抗権は外見上、力による抵抗が成功すれば違法性を阻却されるが、失敗すれば公務執行妨害などの罪とされる場合があるという性格をもつ。だが不当な公権力に対する行為の正当性についての観点から、抵抗権の行為の目的上、超法規的な違法性阻却事由の一要素として承認を受けている<sup>(24)</sup>といえるであろう。しかしながら、抵抗権は実定法化されつくせないものであって、その制度化は概念的になじみにくい。ではやはり「日本国憲法が国民の抵抗権を認めているか否かは、抵抗権をどのように理解するかという困難な問題とかかわり、簡単に結論を出すことはできない」という課題に対しての有効な回答はないのであろうか。この問いについて次に憲法19条「思想良心の自由」の観点から抵抗権論の可能性の検討を行う。

### 3 抵抗権論の可能性

#### (1) 憲法19条「思想良心の自由」からの検討

日本の抵抗権思想は明治初期の自由民権運動論者により展開され、植木枝盛の私擬憲法（東洋大日本国憲法）はアメリカやフランスと同様な内容で抵抗権の憲法化を試みたが<sup>(25)</sup>、明治憲法下での思想統制により抵抗権の系譜は継承されなかった。抵抗権の思想がとりもどされるのは戦後の日本国憲法の成立を俟つことになる。しかし日本国憲法における人権保障は野田が指摘するようにヨーロッパにおいて多年の努力によって勝ち取られたその成果だけを享受しているのであって、自らの努力で勝ち取ったのではないことを押さえておかねばならない（竹嶋 2020：100）。ゆえに日本国憲法第12条「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」が規定する「不断の努力」は人類の多年にわたる自由獲得の努力であることを肝に銘じ、人権保障に向かわなければならない。

人権保障に着目した場合、基本的人権の根本原理に遡る個人の自律可能性の保障は憲法第19条「思想及び良心の自由」に保障される。憲法第19条「思想及び良心の自由」の淵源は、良心の独立と信仰の自由の要請と、その獲得のための抵抗の思想であり、憲法19条はその多年にわたる自由獲得の努力の成果である。ここに人権規定は抵抗権の所産であるといわれる所以をみることができる。人権を保障する人権規定は、法の進歩や民主化に大きな役割を果たした自然法上の抵抗の思想の成果であり、憲法の人権保障規定の根底部分は、法律を超えた非実定法（超実定法的）概念に根拠をおく抵抗権を通じて形成されてきたといえる。このような理由から、自然法説と実定法説の両者を憲法19条に投影し「思想良心の自由」の根底を流れる思想と背景をみると、抵抗権論における自然法説と実定法説の両者は相反撥するものではなく互いに補い合う抵抗権の新たな視点の可能性があるといえるのでは

---

言う。「革命と混同されがちなクーデターは、現存の権力支配者間における権力奪取闘争であって、下からの、被支配者からの抵抗・反逆である革命と本質を異にする」（和田 1970：136）。

(24) ボボロ事件第一審判決（東京地判昭和29・5・11判時26号3頁）。

(25) 東洋大日本国憲法第64条「日本人民ハ凡ソ無法ニ抵抗スルコトヲ得」（家永 1974：94）。

ないだろうか。抵抗権は自然法からのみ解明されるものではなく、また実定法のみで成立する概念でもない。同様に、思想良心の自由も、実定法上の権利であると同時に、自然法思想の背景を抜きにしては存立し得ない。日本国憲法という実定憲法における人権規定には、自然法由来の抵抗権が基底に横たわっているということを、憲法19条「思想良心の自由」という一つの人権保障規定の内部に明確に読むことができるからである。

日本国憲法が思想良心の自由を保障する意義は、思想良心の自由という内心の絶対性が、個人の尊重と民主主義にとっての守られなければならない基本原理であることを確認し宣言することである。基本的人権は「国家」以前から人が生まれながらにもつ（奥平 1981：41）固有の人権であり、内心の絶対性を保障する思想良心の自由は、外的に強制され得ず、たとえ最高の権威でさえも侵すことのでない自由である。良心に反するなら対抗してまでも己の確信に従う抵抗の思想を源とするものであり、日本国憲法の下での「思想良心の自由」は、如何なるものであれ、どこまでも自由なものであり続けなければならない<sup>(26)</sup>。

このような自由は本来、自然法上の性格を持つ自由であり、思想良心の自由の源の抵抗権は自然法に基づく意義に見出されることになる。その自然法上の抵抗権は、実定法秩序になお抵抗する革命権として現れることになろう。だが、基本的人権の保障を主目的とする実定憲法秩序の擁護と回復を図るための抵抗権は非革命的・非暴力的な形をとるべきである。こうした抵抗の形態として良心的兵役拒否がある。これは一般的に課せられた社会的義務の免除を、思想良心の自由を理由に認め、それが反戦的平和主義と結び付いたものである。ドイツ基本法第4条3項は「何人もその良心に反して、武器をもってする戦争の任務を強制されない。詳細は、連邦法律で定める」（畑・小森田編 1991：329）と規定する。アメリカでは同様の趣旨を一般兵役法第6条10項が定めており、その他、多くの国で同様の免除が認められている。また「良心的行動の自由」をジョン・ロールズとロナルド・ドゥオーキンの「市民的不服従」論から論じる説（蟻川 2016：60）もある<sup>(27)</sup>。以下、良心的兵役拒否を具体例として抵抗権論の可能性について検討を加える。

## (2) 抵抗権論からみた良心的兵役拒否

良心的兵役拒否は政治学の分野でも検討・吟味に付される問題であり、市民的不服従の一形態として位置付けられる<sup>(28)</sup>。市民的不服従は、抵抗権行使の現代的形態であるとともに、実定法と個人の良心

(26) 憲法19条「思想良心の自由」の保障内容等についての詳細な検証は別の機会とする。

(27) ドゥオーキン同様にラズも法と良心の衝突の観点を前提として市民的不服従を扱うが、ロールズが市民的不服従と区別した良心的兵役拒否をもふくむ良心的拒絶の権利だけをラズは対象にする。ここでは指摘するにとどめ検討は別の機会とする。

(28) 良心的兵役拒否と市民的不服従を区別する見方もある。寺島（寺島 2003）によれば、ジョン・ロールズは良心的兵役拒否をもふくむ良心的拒絶（conscientious refusal）と市民的不服従とを、前者が公開の場でなされる行為ではないのに対し、後者は公衆の面前でなされ多数の人々の正義感に訴える行為という点を認識し両者

の対立や政治義務の限界に関する規範的問題であり（寺島 2003：9）、全体としての法体系を前提とした特定の法または政策の不正を訴えて行う不服従行為とされる。政治学上、良心的な行為という点では抵抗権も市民的不服従も同じであるが、抵抗権が圧制や政治権力の不正な行使に対して民衆が抵抗する権利で暴力手段を用いてでも圧制に抵抗することが肯定されていた点<sup>(29)</sup>が市民的不服従と異なり、市民的不服従は、特定の法や政策を改めさせ、より正しい法や制度を求めるという意味で、より漸進的でより創造的で（寺島 2003：24）、対象の特定性、目的の公共性、方法の非暴力性を性質に持つ（市川 2007：22）。市民的不服従の形態としては、ヘンリー・デイヴィット・ソローの市民的不服従やマハトマ・ガンディーの非暴力不服従運動、1950年代から60年代アメリカでの公民権運動、1980年代日本での指紋押捺拒否運動等があり、民主主義の進展に役割を果たしていった。最近では宿営型表現活動による政府への政策転換を求める行動がある<sup>(30)</sup>。このような市民的不服従の一つの形態としての兵役拒否は、合法化されている戦争の正当性を問う行為であり、その兵役拒否権は、世界人権宣言18条と人権規約18条で定められた思想・良心・信仰の自由の合法的行為であることが国連では認められている。兵役拒否概念の歴史と類型の詳細については市川により検討されている（市川 2007）が、本稿ではその中の兵士の「抗命義務」を良心的兵役拒否の問題検討の視点として取り上げる。

抗命義務とは違法あるいは人道に反する命令には従わない権利と義務のことで、第二次世界大戦に関する国際軍事裁判のニュルンベルク裁判、東京裁判は重要な先例である。ニュルンベルク裁判における「抗命義務」、「違法な国家命令への不服従義務」とは、西原（西原 2001）によれば「上官の命令の違法性を判断する義務」であり「軍人は国家行為を遂行する上で形式的には自らを拘束する法規範が実質的に上位の法に照らして違法でないかを、自らの人格的責任において判断する責任を個人の良心が最終的に担う」（西原 2001：411）。国際法は違法あるいは人道に反する命令に対して抗命義務を兵士に厳しく課し、個々の兵士には「違法あるいは人道に反する命令には従わない」権利と義務（「抗命義務」）があると考えられるようになり（市川 2007：99）、ここに「国家機関として行為する主体の、自らの良心に従う義務」という構図（西原 2001：411-412）が生じるようになる。そしてこの抗命義務の問題を西原は「その良心に従い独立してその職務を行う」裁判官に共通するものであるとし「裁判官の良心」の典型テーマに通じる問題<sup>(31)</sup>、あるいは国歌起立斉唱問題における「教師の抗命義務」と捉える。

---

を区別する（寺島 2003：186）。またハンナ・アレントは良心的兵役拒否と市民的不服従とを区別し、前者が個人の良心に発する行為であり、個人的、消極的なのに対し、市民的不服従は政府の決定や法律に反抗する行為であり、集団的、積極的だとするが、両方とも特定の法に違反する行為という点に重点を置き、良心的兵役拒否は法制化される以前やされていない国では市民的不服従の一形態と捉える（寺島 2003：187-188）。

(29) ジョン・ロックは、個人が自然状態において持つ固有権（生命・自由・財産所有の権利）を保全するために個人々が契約を結び、政治的共同体（国家）に信託し、その契約に違反が起こった場合、最終的対抗の手段として「抵抗権」が発動されると説く（Locke 1988：412, 415, 419）。

(30) 内藤（2017）、小林（2019）、工藤（2019）論文参照。

(31) 西原は「裁判官の良心」のテーマを日本国憲法が「裁判官に良心に従う義務を課す」と捉え「裁判官である自分を意識した良心」つまり「個人としての良心」「主観的良心」とするが、「裁判官の良心」についての「主

西原の「良心の自由」説においては特に抵抗権についての深い言及はみられないが、再度、田畑の抵抗権論について確認すると、実定法説に立つ田畑は抵抗権を、憲法12条前段が国民の抵抗義務を定めることと照応し、憲法15条及び99条が、憲法を守る抵抗義務を公務員自体に課している（田畑 1959：36）と解している。憲法擁護義務のある公務員は憲法秩序を守るため、憲法秩序を破壊するような違法あるいは違法行為には従わないという抵抗する義務がある。兵士には国際法尊守のため人道に反する命令や法には従わないという抵抗する義務がある。このように、良心的兵役拒否における抗命義務を“国家機関として行為する主体の自らの良心に従う義務”と論じる西原の抗命義務論は、抵抗権論という土俵に乗せたとき、田畑の公務員の抵抗義務論に近いものではないかと推察される。だが、教員の抗命義務については、国家機関として行為する教員が職務命令により人権を脅かされているという視点よりは、子どもの思想良心形成の自由を荷う教師の義務としての側面が強調されており（西原 2001：436）、西原の教師の抗命義務説には教師自身の思想良心の自由の位置付けが明確にされていない。そこで射程となるのが思想良心の自由<sup>(32)</sup>の意義という問題が重要になってくる。良心的兵役拒否に関する西原の思想良心の自由の意義は、法的義務の回避によって良心の侵害を防ぐ（西原 2001：430）、あるいは良心に反する義務を課されない権利（西原 2001：431）という意味で、事前防衛の権利という側面が強い。従って、本稿で検討してきた抵抗権の概念を従来の憲法19条「思想良心の自由」説に加えた時、憲法19条の意義は、権利が侵害された時あるいは侵害されるかもしれない時に事前防衛というより、むしろ「侵害を止める」という抗議としての無言の圧力という強力な抵抗力を加えることができると考えることができる。

日本では現在、かつてのような兵役はないが、2003（平成15）年6月公布の有事関連法（通称 事態対処法）には国民の協力義務が明記され<sup>(33)</sup>、市川（市川 2007）によれば「国民の協力規定は、国民を政府の有事体制整備に積極的に協力する人とそうでない人とに二分する「踏み絵」になり（市川 2007：229）「内心の自由」が侵害されることになる。良心的兵役拒否と徴兵忌避<sup>(34)</sup>とは概念的に区別できるが、ともに戦争に関りたくなく兵役との関わりを拒否するという意味では変わりはなく、自らの内心を侵されず戦争を拒み戦争廃絶に向かう抵抗手段を非暴力・非協力に求めることができる

---

観的良心」と「客観的良心」の検討は別の機会とする。

(32) 「良心の自由」についての西原の立場は、思想良心一体説の枠組みを放棄し思想と良心を分離した上で、外部的行為の領域における良心の自由および、良心形成の自由を主眼とするが、憲法19条「思想良心の自由」の保障内容等についての検討は別の機会とする。

(33) 「武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律、平成15年法律第79号」第8条（国民の協力）「国民は、国及び国民の安全を確保することの重要性に鑑み、指定行政機関、地方公共団体又は指定公共機関が武力攻撃事態等において対処措置を実施する際は、必要な協力をするよう努めるものとする。」

(34) 寺島（寺島 2003）によれば、徴兵忌避は「死にたくない」という素朴な感情によってなされる行為で、正面切って戦争に反対することが難しいような状況で行われる消極的な方法である。近代日本において多くみられたのはこのような徴兵忌避で良心的兵役拒否の事例は少ない（寺島 2003：190）。

ことを国民が自覚することが重要である。良心的兵役拒問題での国家機関として行為する主体の抗命義務と同様、国民にも自らの良心に従う義務、ひいては権利があることを実定法上の権利として憲法19条を根拠として概念化することが必要と考える。精神的自由に対する小さな侵害の積み重ねがやがて気が付けば大きな自由の制限になっていく。抵抗権は大上段として構えた抵抗の中の抵抗という「大きな抵抗権」よりも「小さな抵抗権」という最初的手段として大切であって、公権力の不法に対する否定という精神的姿勢、この非暴力的抵抗は無力なものではなくむしろ宝玉と言えるであろう。

## おわりに

権力の不当な圧制や行使に抵抗し、人間らしい自由や生存を求めることは当然で、その結論を与えるのは各人の良心に懸けての決断である。人の内心一般の思想及び良心の自由は、文字どおり絶対的に保障されるものであり、どんな理由であれ一切制約することは許されない。侵害の主体が何であれ、思想良心の自由の侵害の容認は個人の尊厳の否定であり、民主制国家の基礎の破壊の容認になるからである。公権力の不当な行使に対し憲法前文用語の信託違反の主張は国民の権利であり、よって人権保障への抑圧的な国家作用を絶対的に禁止する規範として第19条は位置付けられなければならないのである。

立憲の憲法の目的は基本的人権の保障である。そしてそのような憲法を弁証していくことが憲法学の課題であるとの見地に立てば、「公権力の濫用により、立憲主義的憲法秩序や人権保障体系が破壊されようとしている、あるいは破壊された場合に、これに対抗し、国民が憲法秩序と人権保障体系の擁護、回復を図る権利」を自然法説と実定法説に共通する抵抗権の定義だとする正当性は裏付けられるであろう。

第19条「思想良心の自由」の自由保障は、その他の人権規定の「公共の福祉」による制限を持たない絶対的な保障である<sup>(35)</sup>。同条の権利を侵害する公権力に対する抵抗権は、「民主的な基本秩序への重大な侵害に対する、法秩序による法的救済の見込みのない最後の手段としての抵抗」という要件を十分に満たすであろう。したがって、憲法19条は抵抗権の根拠となる重要な規定として機能すると読みとることができるのである。また従来からの抵抗権論争についても自然法説と実定法説の両者共存という決着を付けることができる。実定憲法秩序上、ある状況下でのある様態の抵抗行為が抵抗権の行使か否かは最終的には裁判所が判断する（菅野 2001：18）ことになるが<sup>(36)</sup>、本稿は、基本的人権の原

(35) 「公共の福祉」に制限を求める立場（藤井 2008：24）もある。

(36) 後藤（後藤 1980）によれば、憲法は違憲審査制をとり、一般的状況にあつては司法権が立法、行政権の違憲行為を防止し、合憲性を担保することを期待している。国民を主体とする抵抗権が現在法秩序を超えて発動されるのは、国政の受託として組織された立法・行政・司法権力が憲法の予定する機能を果たさず、逆に憲法の基本価値を侵害する極限状況であり、そこでの権利実現が必然的に通常の制度的チャンネルを経ないという、司法権による合憲性担保機能が働かない極限状況において憲法の基本原則が侵害された場合である（後藤 1980：404）。

理に憲法自身が立脚している以上、抵抗権は憲法に内在し憲法保障の最終的な担保を引き受けていると考える。憲法19条保障の理論上の展開となった学校行事上の国旗掲揚、国歌起立斉唱問題に関する判例を抵抗権概念からみると、例えば2017年大阪地裁判決<sup>(37)</sup>は職務命令を合憲とし職務命令違反行為における抵抗権を認めていないが、2015年東京地裁判決<sup>(38)</sup>はピアノ伴奏拒否を単なる職務命令違反に留まらず懲戒処分審査に思想良心の自由の保障を組み込むと評価でき抵抗権を認めていると位置づけることができる。抵抗権概念を憲法19条判例に取り込んだ検証は別の機会に詳細を検討しなければならないが、本稿の検討は今後の判例における抵抗権概念を生かした判例評価の可能性に資するものと考えらる。

基本的人権の保障の観点から、基本的人権を成す精神的自由の中核としての「思想良心の自由」の淵源と抵抗権との関係から考察を行い、自然法説と実定法説の両者共存の視点の可能性について提言をおこなった。未だ明確な結論に至っていない抵抗権論について、新たな視点の可能性を見出す一つのきっかけとなれば幸いである。

#### 引用文献

- 芦部信喜・高橋和之補訂（2019）『憲法第七版』岩波書店。  
 蟻川恒正（2016）『憲法的思惟』岩波書店。  
 家永三郎（1974）『植木枝盛選集』岩波書店。  
 市川ひろみ（2007）『兵役拒否の思想 市民的不服従の理念と展開』明石書店。  
 内藤光博（2017）『「宿営型表現活動の自由」と抵抗権』『憲法思想と発展』信山社 311-322頁。  
 大石眞・石川健治編（2008）『憲法の争点』ジュリスト増刊 有斐閣。  
 奥平康弘（1981）『憲法』弘文堂。  
 工藤達朗（2019）「国家緊急権と抵抗権」『中央ロー・ジャーナル』第16巻第1号 99-119頁。  
 後藤光男（1979）「戦争廃絶・軍備撤廃の平和思想研究」『早稲田法学会誌』第29巻 399-428頁。  
 ———（1980）「平和的生存権と抵抗権（一）」『早稲田法学会誌』第30巻 399-428頁。  
 小林武（2019）「沖縄の民衆運動における抵抗権の意義」『愛知大学法学部法経論集』（218） 239-279頁。  
 小林直樹（1960）『法理学・上巻』岩波書店。  
 ———（1988）『法・道徳・抵抗権』日本評論社。  
 佐藤幸治（2020）『日本国憲法論 [第2版]』成文堂。  
 渋谷秀樹（2007）『憲法（第3版）』有斐閣。  
 菅野喜八郎（1967）「抵抗権についての若干の考察—宮沢教授の抵抗権論の分析・検討」『法経論集』17巻3・4号新潟大学人文学部 49-86頁。  
 ———（2001）『抵抗権論とロック、ホブズ』信山社。  
 杉原泰雄（1963）「フランソワ・ジェニイの抵抗権論」『一橋論叢』49巻3号 389-403頁。  
 ———編（2008）『新版体系憲法事典』青林書院。  
 芹沢斉（1983）「近代立憲主義と『抵抗権』の問題—『実定法上の抵抗権』概念批判—」『現代国家と憲法の原理』有斐閣 451-483頁。  
 竹嶋千穂（2020）「思想良心の自由の再考—淵源から見た抵抗権との関わりについての考察—」後藤光男・高島

(37) 大阪地判平成29・5・10民事第5部 文献番号25545948。

(38) 東京地判第一審平成27・5・25民事第36部 文献番号25540412。



- 穰編著『人権保障と国家機能の再考』成文堂 94-106頁。
- 田畑忍 (1959) 「公務員の抵抗の責務について」『同志社法学』11巻2号 31-44頁。
- (1960) 「抵抗権と抵抗義務について」『法哲学年報』1959巻 同志社大学 67-89頁。
- (1967) 『憲法と抵抗権—統憲法重要問題の研究—』三和書房。
- 辻村みよ子 (2000) 『憲法 [第7版]』日本評論社。
- 寺島俊穂 (2003) 『市民的不服従』風行社。
- 永田秀樹・倉持孝司・長岡徹・村田尚紀・倉田原志 (2018) 『講義・憲法学』法律文化社。
- 西原博史 (1982) 「良心の自由と良心的行為」『早稲田法学会誌』32巻 399-433頁。
- (2001) 『良心の自由 増補版』成文堂。
- 野田良之 (1968) 「基本的人権の思想的背景—とくに抵抗権理論をめぐって—」東京大学社会科学研究所編『基本的人権3歴史Ⅱ』東京大学出版会 5-86頁。
- 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利 (1992) 『憲法Ⅱ [第5版]』有斐閣。
- 橋本公亘 (1977) 「抵抗権の理論」有倉遼吉・吉田善明編『憲法の基本原理 文献選集日本国憲法1』三省堂 171-179頁。
- 長谷部恭男 (1996) 『憲法第7版』新世社。
- 畑博行・小森田秋夫編 (1991) 『世界の憲法集 [第五版]』有信堂高文社。
- 原秀成 (2004) 『日本国憲法制定の系譜Ⅰ—戦争終結まで』日本評論社。
- 樋口陽一 (1977) 「憲法における抵抗権」有倉遼吉・吉田善明編『憲法の基本原理 文献選集日本国憲法1』三省堂 180-192頁。
- (1998) 『憲法 [改訂版]』創文社。
- (2016) 『近代立憲主義と現代国家 新装版』勁草書房。
- 藤井俊夫 (2008) 『憲法と人権Ⅰ』成文堂。
- 堀豊彦 (1956) 「政治学理論としての反抗権」『デモクラシーと抵抗権』東京大学出版会 (1988年)。
- 宮沢俊義 (1959) 『憲法Ⅱ 法律学全集4』有斐閣。
- 本秀紀編 (2015) 『憲法講義 [第2版]』日本評論社。
- 結城光太郎 (1965) 「抵抗権」田中二郎編『日本国憲法体系・第八巻 基本的人権第2』有斐閣 81-136頁。
- 渡辺康行・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗 (2016) 『憲法Ⅰ 基本権』日本評論社。
- 和田英夫 (1970) 「緊急権と抵抗権」橋本公亘・和田英夫編『現代法と国家 現代法2』岩波書店 123-169頁。
- ベルトラム, K.F. (栗城壽夫監・西浦公訳 (1980) 『抵抗権と革命』御茶の水書房 (Bertram, K.F. (1964): *Widerstand und Revolution*)。)
- ラートブルフ, G. (尾高朝雄・野田良之・阿南成一・村上淳一・小林直樹訳) (1961) 『ラートブルフ著作集第4巻 実定法と自然法』東京大学出版会 (Radbruch, Gustav (1946) Göttingen: *Vorschule der Rechtsphilosophie*)。)
- Burdeau, Georges (1950) *Traite de Science Politique, Tome III*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- (1968) *Traite de Science Politique, Deuxieme Edition, Tome III*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- Heyland, Carl (1950) *Das Widerstandrecht des Volkes*, J.C.B.MOHR Tübingen.
- Locke, John (1988) *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press (24th printing).
- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVG)* 5. Band (1956), J.C.B.MOHR Tübingen 87-393.