

《書 評》

Karl Friedrich Bertram, *Widerstand und Revolution: Ein Beitrag zur Unterscheidung der Tatbestände und ihrer Rechtsfolgen*,  
Duncker & Humblot/Berlin, 1964, S. 121

山 内 敏 弘

抵抗権について論じようとする場合、人は、いくつかの根源的な、そしてその決着の困難な問題に行きあたらざるを得ない。抵抗権は、果して実定法上の権利であるのか、あるいはそれは所詮は実定法化されることのない自然法上の権利であるのか。そして、もしそれがついには実定法化されることのないものであるとした場合、それは、果して法的な意味における権利としてその存在を認めることができるのかどうか。こういった点が、その最たる、中心的な問題である訳であるが、しかし、勿論、抵抗権の議論のもつ問題性は、これに尽きるものではない。それが認められ得るとしても、その具体的な内容、その成立要件、その行使の目的等々、いくつかの重要な論点がなおその解決を必要とされているのである。ベルトラムがこの本で論じている抵抗権と革命権の問題も、また、そのような論点の一つと考えられる。抵抗権と革命権の関連については、我が国においても従来折りに触れて論じられてきたことは事実であるが唯、それを正面切って、明確に、そして具体的に理論づけることは、必らずしもなされてきたとは思われない。ベルトラムは本書においてそれをなそうとしたのであり、その意味において、これはすこぶる我々の興味を魅くものがある。彼が果してその試みをどのような形でなしとげたのか、以下においては、本書の内容を検討していくことによって、それを明らかにしていきたい。

(一)

ベルトラムは、本書を第一部と第二部に分け、第一部は抵抗権の問題、第二

部は革命の問題というように、一応それぞれを独立した形で論じている。従って、ここにおいても、その順序に従ってみていくこととする。

彼は、第一部を「国家権力の違法な行使に対する抵抗」と題し、それを更に三つの章に分けて論究している。即ち、第一章 抵抗権の歴史的展開についての簡単な叙述、第二章 抵抗権の成立要件と内容、第三章 抵抗権の今日的意義、というようにである。以下、順を追って検討していくこととしよう。

抵抗権の歴史的展開についてのベルトラムの論述は、教会による抵抗権、ゲルマンの抵抗権、等族国家における抵抗権、宗教改革時代における抵抗権、絶対主義時代並びに近代における抵抗権という形でなされるが、それは、既にこれまでにも、例えば、ヴォルツェンドルフやハイラントなどによってなされてきたものと本質的に異なるものではない。また、この点については、我が国にあっては、既に、橋本教授などによって同様にヴォルツェンドルフやハイラントなどに依っての詳細な研究がなされているのであり、その意味においては、ここで特に詳しくみてる必要は存在しないとも考えられる。唯、ここで結論を先取りして私なりの感想を述べるならば、ベルトラムの抵抗権の歴史的展開についての論述に対しては、その認識あるいは評価の点について若干の疑問があると思われるのである。従って、その点をも配慮して、以下においては、ごく簡単に彼の説く処をみていくこととしたい。

まず、教会による抵抗権の問題は、一方では、「カイザーのものはカイザーに、神のものは神に」あるいは「人に従うよりも、むしろ神に従うべし」というバイブルの言葉に、他方では「すべての者はその上にある権威に従うべし。蓋し、神によらぬ権威はなく……」というパウロの言葉にその立脚点を有している。ベルトラムによれば、キリスト教の初期の段階にあっては、このような言葉から導き出され得たのは、いわゆる受動的抵抗であり、それは殉教者という形で表われたが、キリスト教が国教となった段階にあっては、事情は異なってくるのである。能動的な抵抗権の問題が出てくるのであり、更には、抵抗義務の問題すら論じられてくるのである。唯、その場合にあって、神の命ずる処に反した支配者が教会によってその旨認定されたとしても、そのことから、ただちに、政治的ないしは国法上の意味においてもその地位を追われることになるか否か

は争いがあり、その点が否定されたこともあったが、後には、肯定する立場が現実にも採られてくる。ベルトラムによれば、817年のフランク王国の王国勅令にその事例がみられ、また、Ludwig der Fromme やその息子の Karl der Karl もその意味で教会の裁判権に服することを認めた、というのである。このような教会による抵抗権が、いわゆる叙任権闘争の時代になって特に重要な意義を有してくるのは勿論である。教会による抵抗権は、その後も積極的に認められていくのであるが、唯、ベルトラムは、教会による抵抗がそのように重要な役割を果たしたのは、他面においてゲルマン法上の抵抗権の観念が存在していたことと無関係ではない、として、項を改めてその点の検討へと移るのである。

ゲルマン法上の観念からするなら、支配者といえども、無制限な、絶対的な権力を有する訳ではなく、その権力は慣習法に基づき、人民との間の相互忠誠関係によって規定されている。そして抵抗権が、ゲルマン法にあってはこのような相互忠誠関係の、支配者の側からする違反に対する人民の権利として登場してくることは、容易に予測され得る处である。唯、ゲルマン法においては、そのような抵抗権の行使についての特別の手續ないしは形式は存在せず、従って、その認定・行使は、結局は各人の判断に委ねられざるを得なかったのである。もっとも、ゲルマン法上の抵抗権のそのような性格は、その後、教会法上の抵抗権の影響をも受けて、徐々に変容をとげ、抵抗権行使の主体・認定、更にはその手續について一定の限定を受けてくることとなる。ベルトラムによれば、例えば、ザクセンシュピーゲルの中にみられる規定は、そのような変化の表れとみなすことができるのである。

13世紀を通して、ドイツでは等族の勢力が次第に強まり、14世紀には、いわゆる等族国家の時代が現出することとなる。そこにあっては、等族と領主は、いわば二元的な形で相対立することとなるのであり、統一的な国家権力は存在しないのである。領邦全体の平和の維持並びに互いの權益の確保は、かくて、双方による契約を通して行われるものとされたのであり、この時代にあって、抵抗権は、そのような契約の、領主の側からする違反に対する等族の権利としてその存在を認められるのである。抵抗権は、従って、多くの場合、人民全体の代表の名のもとに、等族によって行使されるものとみなされたのであり、人民

一般には与えられなかった。唯、この時代にあつて、注目すべきは、抵抗権の理論的根拠として、更に、支配契約 (Herrschaftsvertrag) 並びに国民主権 (Völkssouveränität) の考えがうちだされてきた、という点である。既に11世紀末にも Manegold von Lautenbach などにみられた、そのような考えは、この時代に至つて、Marsilius von Padua, Lupold von Bebenburg, Nikolaus von Cues などによつても採られる処となるのである。ペルトラムは、この点に関して、就中、支配契約の理論は、当時の現実を多く反映していたことによつて、広範に受入れられるものとなつた旨、指摘するのである。

宗教改革時代における抵抗権については、カルヴァンやルターの抵抗権論、そして、更に、カルヴァンのそれを発展させた、いわゆるモナルコマキの抵抗権論が、既に周知のものとなっている。従つて、この点に関するペルトラムの説明は、特に触れる必要がないであらう。唯、彼がこの項の中で述べている処で、特に我々の注意を引くのは、アルトジウスの抵抗論である。彼はそれを当時における最も有名、且つ詳細な、そして最も影響力をもつた抵抗権論とし、更に、アルトジウスを「国民主権理論の本来の創始者」(25頁)と呼ぶのである。勿論、アルトジウスのこのような評価に関しては、それに先立つて既にギールケの有名な著述があり、従つて、その意味ではペルトラムの指摘も特に目新しいものではない。唯、それがネーデルランドのスペインからの独立を正当化するために用いられたことと相待つて、改めて検討されるべきものを有している旨、ここに記しておくこととする。なお、その他、ペルトラムは、抵抗権が、この時代にあつて、裁判権の漸次的確立とともに一定の限定を受けてくる旨、指摘する。抵抗権は、裁判的な権利救済の道が開かれる限りにおいては、それへと道をゆずることになった、というのである。1495年の永久ラント平和令がその意味で抵抗権を Reichskammergericht による裁判上の権利救済の問題へと転化せしめた、という彼の考察は、憲法裁判制度の成立過程に関する問題の一例として銘記すべき事柄であらう。

絶対主義時代並びに近代以後における抵抗権論の処では、まず、等族国家時代の、等族と領主の二元的な対立が統一的、不可分の最高の国家権力へと解消されていくこととなる絶対主義時代について、抵抗権がそこにあつてはドイツ

の実定法からその姿を消していく旨、説明される。勿論、例外的な事例もみられない訳ではないが、しかし、一般には、人民は統治者に対して無条件の服従を強いられたのであり、等族といえども、その例外ではなく、それは、もはや抵抗権を行使し得るだけの現実的な基盤を失っていたのである。もっとも、ライヒ等族の皇帝に対する抵抗権については、事情は別であり、この点での問題は、その後も残されていく。また、学説においても、自然法を根拠とする抵抗権論が、例えば、プフENDORFやクリスチャン・ウォルフなどによって説かれていくのである。

いわゆる啓蒙主義の時代に至って、抵抗権の問題は、再び浮び上がってくるのであり、その例として、ベルトラムは、ルソーの理論を挙げることとなる。もっとも、彼は、ルソーの理論は実際にはもはや抵抗権論ではなく、革命権論であるとして、その点の具体的な検討を革命権の章にゆずるのである。

19世紀前半において、ドイツ諸邦では、立憲君主制の憲法がその成立をみるることとなるが、抵抗権がそれら憲法において実定法上認められることはついにない。その点、抵抗権を明示的に認めた、フランスの人権宣言、ヴァージニアの人権宣言などその性格を異にする旨、ベルトラムは指摘する。ドイツにあって、抵抗権の議論は、その間にもなされなかった訳ではないが、1848年の革命の挫折を境として、それも影をひそめてしまう。抵抗権は、市民の権利が裁判的にも保障され、しかも、市民みずからが議会を通して国政に参加し得る体制である立憲国家においては、その構造と本質に反するものとして否定されたのである。

20世紀の初頭になっても、ドイツでは、エルンスト・フォン・ヒツベルの例を除いて、現実の国法上の問題として抵抗権が論じられることはない。ナチスによる全体主義国家の出現によって、ようやく、抵抗権の問題は現実のものとなる。そして、ナチス体制崩壊後の今日において、抵抗権は、一般的に是認されることとなる。ベルトラムによれば、それは、実定法上、明文の規定があるなしに関わりないのである。抵抗権の歴史的検討については、ほぼ以上である。

第二章は抵抗権の成立要件と内容についてである。

まず、ベルトラムによれば、「抵抗権は、固有の公権である。」(32頁)「そ

れは、国家秩序を前提とし、国家権力の違法な行使に対してのみ、従って、高権的な国家行為に対してのみ向けられる。」（同頁）それは、倫理的には非難され得るとしても違法とはいえない国家行為に対しては成立せず、また、国家が私法上の権利主体となす行為に対しても存在し得ない。それは、更に、いわゆる自力救済の場合と同様、違法な国家行為に対する権利救済の手段が尽されている時に、はじめて、問題となり得る。「例外状況における重大な憲法侵害の場合にのみ、従って、憲法上の権利救済が拒まれている場合にのみ、抵抗権は直接行使し得る。」（33頁）ベルトラムは、このような考えは今日では一般的に支持されているとして、ハイラント、ヴァインターフェルト、ヴァインカウフ、そして、更には連邦憲法裁判所の判例などを引合いに出す。ユリウス・フオン・ギールケだけが、それと異なる見解を述べるのであるが、ベルトラムは、ギールケが軽微な憲法侵害の場合にも抵抗権は存在し得るとして挙げている事例は一般の基本権の行使と考え得べきものであって、特に抵抗権の行使というべきではない、として、それを退けているのである。その他、彼によれば、いわゆる良心的兵役拒否の事例も、また、それが憲法上認められている限りにおいては、憲法上の他の一般の基本権と同様に考え得るのであって、特に抵抗権の中に含めるには及ばないこととなる。

抵抗権は、国民のすべての者に対して、その行使が認められる。ヘッセン憲法などの実定法がその旨を定めているが、しかし、その旨の明文規定がない場合であっても、同様である。ベルトラムによれば、そのことは、人権宣言などにみられるように、歴史的にも明らかなのである。更に、この点に関連していえば、抵抗権の行使のためには、それを行使する者が重大な憲法侵害によって直接彼の権利を侵害されたか否かは問題とならない。それは、一種の一般的な緊急権として各人に帰属しているからである。勿論、抵抗権の行使が個人にのみ限定される訳ではなく、今日では、政党が特に重要な役割を有する旨、論述される。

それでは、抵抗権行使の目的は、一体なにか。彼は、それを「法秩序の単なる維持、擁護、ないしは回復」（37頁）である、と規定する。「抵抗権は、政治的共同体それ自体に対して、あるいは政治的共同体の具体的形態に対して行

使されるものではなく、もっぱら、権力の乱用に対して、国家機関に対してのみ行使される。法秩序それ自体には触れないのである。ここにあって、『法秩序』とは、当該国家における既存の法秩序を意味している。」(37頁) ベルトラムによれば、「抵抗権は、新たな、より良い秩序の導入を正当化し得るものではなく」(37頁)、従って、それは、原理的に、なんら革命への権利ではなく、まさに革命に対する権利なのである。彼は、この点が決定的なことである旨を強調するのであり、この点にこそ、抵抗権と革命とを区別する基準が存する旨、明示するのである。彼によれば、このことはなんら新しいことではなく、既に中世においても、抵抗権はもっぱらこのような内容を有していた、というのである。そして、既述の等族国家時代における抵抗権、並びにカルヴァンやモナルコマキの抵抗権論を今一度引用する。唯、それにもかかわらず、いわゆる啓蒙主義の時代には、抵抗権がしばしば革命と混同されて考えられていたことを彼もまた認める。しかし、それは、彼によれば、抵抗権の拡大解釈であって抵抗権拡大のそのような理論的試みは当時の国法上実際に認められていた抵抗権となんら一致していなかった、という訳である。1945年以後にあって、抵抗権と革命のそのような混同は見受けられ、それには相当の理由が存するが、しかしいずれにしても、両者はその目的においてまったく異なった事柄である、とするのである。もっとも、そのように述べたとしても、一定の例外的な状況において革命が別の理由から法的にも正当化され得ないものかどうかという問題は、また別であるとして、その点についての検討を彼は後の章にゆずる。なおその他、抵抗権の行使は、それが法の貫徹ないしは回復のためになされるということが客観的にも認識されなければならない旨、指摘される。純粹に個人的な利害などに基づいてなされるのであってはならないのである。

個人の側からする緊急権としての抵抗権の行使には、それが客観的にみて実効性をともなう旨の予測は必要とはされない。その趣旨に解され得る連邦憲法裁判所の判決は、その限りにおいて誤っているのであり、抵抗権の行使には、もっぱら、法の侵害を防ごうとする防禦意思 (Abwehrwillen) のみで足りる。また、それは、具体的、個別的事例における憲法侵害に対しても認められ得る。侵害が重大なものであり、且つそれについての救済手段が尽されていれば、よ

いのである。

抵抗権の成立要件並びに内容について、大略、以上のように述べた後、ベルトラムは、続いて、第三章において抵抗権の今日的意義について論ずることとなる。

抵抗権は、前述の如く、もっぱら現存する憲法並びに国家秩序の維持ないしは確保に仕するものである以上、国家による抵抗権の是認は、なんら国家的高権の一部の放棄ないしは国家の本質的部分の放棄を意味するものではなく、むしろ、逆に、国家がその権力を行使するに際して人民によって与えられる処の特別の支柱がそのことの内に見出される、というべきなのである。現代の法治国家がほぼ完全な形で権利保護の手段を講じているとしても、1933年以後のナチスの体験は、なお、そのような抵抗権の存在を必要としていることを証明している。勿論、そのような抵抗権の行使が実効性をともなうかどうかは、極めて疑問とされる。ベルトラムは、ここで、一応、権力的・恣意的支配の初期の段階とそのような支配が固定してしまった段階とに分けて論ずる。即ち、まず、権力的・恣意的支配の初期の段階にあっては、法理念にかなった法律の多くはなお効力を有しているのであり——支配者はそれを単に適用しないか、あるいは恣意的に解釈している——、従って、このような場合には、抵抗権の核心は、法律の適用がなされるに際して、清明、且つ人道的な原則への法的確心に基づいて頑強に行動することの内に存することとなる。個々の市民がこのような抵抗を行なうことが必要なのは当然であるが、それのみでは不十分であり、とりわけ、政党が然るべく行動することが要請される。

もっとも、このような抵抗権の行使は、ベルトラムによれば、法的に組織され得るものではない。彼は、この点で、カール・シュミットの意見に同意し、且つ、ハイラントが抵抗権行使のために「緊急議会 (Notparlament)」というべきものを想定して、その組織化の余地を考えているのに対して反論し、その種の組織の法的意味——政治の意味は別として——を疑問視するのである。抵抗権の行使としては、実力的な行動をも含めて、あらゆる形態の行動が考えられ得る。

しかし、権力的・恣意的支配が確立されてしまった段階にあっては、事柄は



果してどうなるのか。ベルトラムは、そのような場合には、権力的・恣意的支配を他の、より秀れた国家状況の創造によって代えることを求める以外、抵抗そのものも、結局は十分な有効性をもたない旨、認める。そこにあっては、一般には新たな国家秩序の導入を目指して権力的・恣意的支配を実力をもって打倒する可能性が残されるのみである、とするのである。唯、そうってしまった場合、それは、彼によれば、もはや概念上抵抗権の行使の範囲を越えるのであり、革命としか呼び得ないものとなるのである。もとより、不法支配が固定化してしまった段階にあっては、抵抗権の行使がまったく意味をもち得なくなる訳ではなく、あからさまな、且つ実力を伴わない抵抗が不正に対する精神的闘争を最も鮮明に外部に表明し、かくて国民全体に覚醒をもたらし得ることは明らかなのであるが。

抵抗権の意義についてこのように述べた後、ベルトラムは、更に、より具体的にその法的効果について考察を加えることとなる。まず、抵抗権は、正当防衛の場合などと特に異なる処はなく、たとえ形式的には法律に衝突したとしても、違法性は存在せず、本来、刑罰の対象にはなり得ないものである。それは既存の憲法秩序の侵害を目的とするものではないが故に、その行使によって、既存の法規の効力はなんら失われることはなく、しかも、それ自体では、なんら新たな法規の効力を発生せしめることもない。

抵抗権の行使が結果的に失敗に終わった場合、問題はどうか。その場合には、抵抗権の存在は、差し当っては、なんの意味をも現実には有しない。唯その場合にあっては、当該行為が抵抗権の行使として適法なものであるか否かは、時間的ないしは場所的に距離を置いた処で、つまり、不法支配が終了した後で、あるいは不法権力が及ばない地点にあって審査され得るのであり、ベルトラムによれば、それは、決して単なる理論上の問題にすぎない訳ではないのである。即ち、彼によれば、抵抗権を適法に行使した者は、たとえその者が権力的支配のもとで刑に処せられたとしても、いずれ回復されることとなる法治国家にあっては、権利の救済が図られるのであり、その前科は解かれることになるのである。しかも、そのような場合には、その間に受けた不利益に対して補償の道が開かれ得ることとなる。もっとも、この種の補償についていえば、

それは、国家の超実定法的な義務としていかなる場合においても存在する、という訳ではなく、補償の客体並びに程度については実定法規の規定に待つことになるというのである。

ベルトラムは、概略、以上のように述べて、第一部の抵抗権の検討を終えている。

## (二)

第二部は、革命権についてである。ベルトラムは、それを第四章 文献における革命の問題の取扱いについての簡単な歴史的概観、第五章 革命の構成要素、第六章 革命の本質、第七章 成功した革命の国法上の効果、第八章 革命遂行行為の刑事法上の効果、という形で論じている。以下においては、従って、この順を追って簡単にみてみることにする。

まず、革命の問題に関する歴史的概観についてである。この点に関しては、第一に、抵抗権が既に古くから知られていた問題であったのに対して、国法上の問題としての革命は近代の子 (ein Kind der Neuzeit) である旨、指摘される。即ち、近代以前においても、例えば *revolutio* という言葉は確かに存在していたのであるが、しかし、それは、中世においては回転 (*Umwälzung*) ないしは旋回 (*Umdrehung*) といった意味で一般には用いられていた。また、ルネッサンス期においても、*Revolution* という言葉は今度は政治的な性格を帯びてくるのではあるが、それは、依然として実力的な憲法の変革という意味を有することはなく、単に不安定な国家状況の表現と考えられていたにすぎなかったのである。中世的な思考は、そもそも変革 (*Neuerung*) ということになじみが薄かったのである。近代への移行が始まることによって、はじめて実力的な形での国家変革の問題が登場してくるのであり、農民戦争ないしはネーデルランドのスペインからの独立はその一例と考えられる。もとより、これらにあっては、必ずしもそれが革命である旨の明確な意識があった訳ではなく、例えば、ネーデルランドの独立の場合でも、可能な限り伝統的な抵抗権へ依拠しようとする姿勢がみられた、とベルトラムは述べるのである。唯、16, 7世紀における文献は、徐々に、このような事象を伝統的な抵抗権概念で律する

のは不十分ではないか、という疑問を懷き始めるのであり、やがては、革命を国家体制の真実の変革、実力的な転覆という意味で把えることとなる。勿論、当時であっても、なお、革命と抵抗権の行使は概念的に特に明確に区別されていた訳ではなく、両者がしばしば混同して用いられていたことは事実である。

実力的な国家変革という意味での革命を近代的に根拠づけたのは、国民主権並びに国家契約の考えである。(勿論、ホッブスのそのように、国家契約の思想から論理必然的に革命が理論づけられた訳ではないが)。この点に関して、ロック、更にはルソーが挙げられるべきは云うまでもないが、その詳細をここで述べることは必要ないであろう。

1789年のフランス革命は、革命の概念を今日的なそれへとするのに決定的な役割を果たした。それは、当時においても、既に、既存の法秩序を破る革命と考えられ、またそのように呼ばれたのである。

この時代になって、ドイツでは、例えば、カントなどが革命の問題を考えることとなる。彼がそれを否認したことは既に知られており、従って、その点について特にここで述べることはしないが、唯、ベルトラムの指摘で我々の興味を魅くのは次の点である。即ち、カントは、確かに革命を否認したのであるがしかし、その革命が現実に成功し、それに基づいて新たな国家法秩序が確立した場合には、彼は、人民に、革命の違法性にもかかわらず、その新たな秩序に従うことを要求したのである。カントにあっては、いかなる国家に対してであれ、従って本来否認すべき革命によってもたらされた国家秩序に対してであれ、人民は、無条件に従うべく要求されたのである。革命は、例えば、Friedrich Gentz などによっても否定される。Friedrich Julius Stahl については、その理論的な立場如何が争われているが、原則的には、そのキリスト教的思考によって革命は否認された、と考えられる。もっとも、彼にあっては、歴史的事実としての革命の存在は認められ、また、例外的な事例にはそれは承認される、とベルトラムはいう。Joseph Held においても、革命は否認される。

ヘーゲルが、その歴史哲学においてフランス革命を歴史の自由への発展の一段階と捉えたことは、よく知られた事実である。しかし、彼にあっては、彼の時代において既に世界史はその絶対的な段階へと入っており、従って、より新

たな革命はもはや問題とはなり得なかったのである。Lorenz von Stein は、ヘーゲルの考えを受継ぎつつ、ヘーゲルとは異った認識を採ることになる。即ち、彼にあっては、歴史的発展は依然として完結しておらず、従って、将来にわたってもなおその弁証法的発展は行われるのであり——それは、国家と社会、並びに兩者を支配する互いに相異った原理の矛盾・対立という形でなされる——、革命はその一契機としての意義を有することとなるのである。

マルクス、そして彼を受継ぎ、実践したレーニンの革命理論については、ここで特に検討する必要はないであろう。ベルトラムがこの理論の概要を紹介し、唯、それが法的にみた場合には必ずしも革命の問題を適切に解決してはいない旨述べていることを指摘するにとどめる。

ドイツにあって革命の問題が法的な観点からも現実を考えざるを得なくなったのは、就中、1918年の革命を通してである。1918年の革命を通してその間になされた革命権力の行為を法的にどのように評価するのか、といった点で議論がなされたのであり、ベルトラムは、それを大きく二つの立場に分けて検討している。即ち、彼によれば、第一の立場は、革命権力の行為を国民議会によって事後的に合法化し (nachträglich legalisieren)、かくてその行為の成立時に遡って法的効力を与えようとする考えである。国民議会のその種の権能は、立憲君主制下の国家権力もまた最終的にはそれに基づいていたと考え得る国民主権の原理から導き出され得る、とされたのである。Otto von Gierke や Zorn の考えがこの立場に依るものとされる。ちなみに、現実においても、国民議会は、1919年3月4日の経過法律(Übergangsgesetz)によって、革命権力の諸命令に対して事後的に法律としての効力を附与することとなる。第二の立場は、いわゆる事実の規範力の考えを採る者によって代表される。革命もまたその種の事実の一つとして、それが継続的になされることによって規範性を帯びてくる、とされたのである。Meyer-Anschütz, Stier-Somlo, 更には Giese がこの立場にたつとされ、また、判例もこの見解を採ったとされる。なお、その他、これら二つの立場とは若干異なるものとして、Ludwig Waldecker の考え、そして Hans Kelsen の考えが検討される。そして、特に Kelsen のそれについては、彼が国内法上の問題である革命は国内法の上位にある国際法によって

その法的効力が審査されるとした点に対して、それは問題を単に国際法の次元に移し変えたにすぎない、という批判が役げかけられることとなる。

第四章の、文献における革命の問題の取扱いに関する歴史的概観をこのようにして終えた後、ベルトラムは、ついで、革命の構成要素の検討を行なうこととなる。

この点については、まず、法的な観点からみた場合の革命は必ずしも歴史的にみた場合の（徒って、歴史学でいう処の）革命と同様には論じられない旨ベルトラムは指摘する。革命は、一揆とか、クーデターとは異なる。それは、また、常に急激な変革を伴うものである。更には、それは、一般には多かれ少かれ組織化された大衆の運動を通してなされるのであり、その点、必ずしもそうとは限らない抵抗権の行使とは区別される。しかも、革命は、既存の法秩序の定める法改正の手續に反して、いわば違法になされるのである。「革命への権利」といったものは存在しない。いかなる憲法も、いかなる法秩序も、その本質からして、みずからの実力的な排除を認めることはあり得ない。それは、刑事法的には、内乱罪を構成するのである。

1933年以後、ドイツでは、ナチスによる独裁権の樹立を合法的な革命 (legale Revolution) とみなす見解が現われたが、ベルトラムによれば、そのような考えは誤っている。それは形式的には確かにワイマル憲法第76条の改正手續を経てなされたかの如く思われるが、しかし、実際には、必要な<sup>2</sup>/<sub>3</sub>の多数はむき出しの権力による脅迫をもってはじめて得られたのであり、従って、このことからして、既に、それが違法な憲法侵害であることは明白である。そこには合法的な革命など存在しなかったのであり、あったとしても、せいぜいみせかけの合法性 (Scheinlegalität) にしかならなかったのである。

また、固有の意味における革命は、実力的な国家転覆によって、新たな、純化された (gelaütet) 理念が貫徹される場合にのみ存在し得るとする、例えばケルロイターの如き考えも否定される。法的な意味における革命にとっては、その具体的な内容・方向如何は特に問題とはなり得ないのである。その意味で、また、マルクス・レーニン主義に基づく、革命・反革命の区別も、同様に意義をもたないこととなる。

それでは、結局の処、革命の本質とはなにか。国家秩序のすべてを、あるいは国家秩序そのものを排除しようとする革命は確かに理論的には存在し得るが、しかし、それは、今日にあっては単なるユートピアにしかすぎない。従って、現在の処は、革命とは、国家あるいは法の本質、更にはその存立自体を否認するのではなく、国家秩序・法秩序の具体的は形態を問題とするものである、と捉えることができる。勿論、ここで国家という言葉を用いる場合、その定義は種々になされ得る。ベルトラムは、その点での学説を簡単に検討しているが、それをここに挙げる必要はないであろう。国家をどのように定義づけるにせよ、その中心に支配権力あるいは国家権力が存在することは明らかであり、それは、近代国家にあっては、法的に組織された政治権力として現出しているものなのである。かくして、革命とは、法的にみた場合には、そのような国家権力をめぐる闘争を意味するのであり、それを通して新しい国家権力の樹立を意図するものなのである。そして、革命は、それが成功した場合には、新たな、以前とは異った憲法秩序の確立を法的にはもたらすのである。

革命がこのような意味で成功した場合、それは、具体的にはどのような国法上の効果をとまうのか。ベルトラムは、この点を第七章において検討している。

一般には、法規範は、特別の様式をとまう法定立行為によってその効力を発生せしめられるが、しかし、常にそうであるとは限らない。いわゆる慣習法のような場合が存在するのであり、革命に基づく新しい憲法秩序も、また、慣習法の場合とはその時間的継続性において差異は認められるが、しかし、その他の点についてはそれとほぼ同様な形で、その法的効力が認められることとなるのである。それは、社会学的な意味においても、行われる (gelten) ことが必要とされるのである。そして、そのためには、法に従う者の多数がそれを拘束力あるものと考え、規範とみなすことが必要であることは勿論である。

唯、ベルトラムは、ここで一つの限定を附しているのである。即ち、彼によれば、このように革命によって効力を与えられた新たな憲法規範のすべてがただちに真の法的性格 (Rechtsqualität) を獲得することになる訳ではなく、それを有するのは、新たな規範が内容的に実定法に上位する処の超実定法に合致す

る場合のみなのである。超実定法に内在する正義は、絶対的な価値であり、それは、内容的に国家権力の保持者の意思とは独立して存在しており、従って、革命権力によってもその内容を変更されることは有り得ないからである。革命権力がそれを無視した場合、それは、法の基盤を失うことになるからである。

革命によって古い憲法規範の効力が一般的に失われることとなるのは当然であるが、唯、国家の政治的生活様式と必らずしも直接関連を有しない法規範については、革命によっても、その効力をただちに失うことになるとは限らない。もとより、具体的にどのような法規範がその効力を保持していくことになるかは一概にはいい得ず、個別的に吟味していくよりほか方法がないが。

更に、また、革命前の国家の権利義務が革命後の国家にどのように承継されるのかという点については、第一に、国際的な関係においては、国家の実質的要素の事実上の継続性あるいは同一性が認められる限り、前者の権利義務は後者のそれへと承継されることとなる。第二に、国内法上においては、すべての事例に一般的に妥当する原則を定立することはできないにしても、一応いい得ると思われるのは、次の点である。即ち、公的な制度内にあって、その法律関係のトレーガーがその実質からして、従って、その組織、任務並びに目的からして同一の状態にあるとみなし得る、そのような法律関係にあっては、革命前のそれは革命後のそれへと承継される。勿論、革命が根源的な形でなされ、革命権力が革命前の国家の義務を全的に承継することを拒む場合も有り得る。新しい国家権力は、このように、古い国家権力以上に既存の法律関係に対して自由な立場を採ることができるが、しかし、それとても、完全に無制約な訳ではない。不可譲の法原則、例えば、平等原則などは、その場合にも侵し得ないのである。

ペルトラムは、成功した革命のもつ法的意義についてほぼ以上の如く述べた後、最後に、第八章で、革命遂行行為のもつ刑事法上の効果について論ずることとなる。

まず、指摘されるのは、革命が挫折した場合、それは最も厳しい刑罰を課せられることになるのに対して、それが成功した場合には、事実上、いかなる刑事訴追を受けることもなく、それのみならず、まさにそのような可罰的行為から法的効力を有する新たな憲法が生み出される、という逆説である。もっとも

ベルトラムは、それにもかかわらず、なお、革命行為はそれ自体としては違法である旨、強調する。そして、この点を強調することの实际的意義は、行為者がその行為の是非を良心的に熟慮するよう、その責任を促す点に存することを明らかにするのである。

唯、問題となり得るのは、いかなる革命も、すべて、その違法性を免れ得ないものかどうか、という点である。ベルトラムは、このような疑問をみずから提起して、その点の考察を行なっていくのである。結論を先きにいえば、彼は、例外的な状況にあっては、革命行為は適法なものと考え得る旨、主張する。そのために、まず、彼は、現代の倫理学やカトリックの教説が問題を肯定的に扱っており、福音教会派の中でもそのような学説がみられる旨、明らかにする。彼によれば、このような、倫理学並びにキリスト教の立場を法学がまったく無視することは許されず、法学もまたそれらを然るべく考慮しなければならないこととなるのである。即ち、不法国家、権力的・恣意的国家の存在する例外状況においては、法的にも、革命行為の正当性は承認されるべきなのである。その場合、不法国家ないしは権力的・恣意的支配の存在の有無を法的に確定することは必ずしも容易ではないが、ベルトラムによれば、その点については、ラートブルフの定義が用いられ得るのである。即ち、国家がその行為に際して法に規定されたり、限界づけられたりすることがもはや有り得なくなった場合、国家の命令や法律、更には行政がもはや正義の実現を求めることをやめた場合、そして正義の核心をなす、万人の平等が国家によって意識的に否認されることになった場合、そのような場合、国家は、純然たる権力的・恣意的支配へと墮することとなるのである。ベルトラムによれば、そのような国家がそもそも内乱罪などによる法的保護を享有し得るか否かは疑問なのであり、そのような国家に対する実力的転覆行為は、結局は、内乱罪に該当し得ないことになるのである。彼は、その種の行為を、いわば超法規的緊急事態 (übergesetzliches Notstand) の事例の行為とし、更に、それに準じた形で革命行為が正当化され得るための要件を具体的に検討するのであるが、この点についてはもはや触れる必要はないであろう。同様に、彼は、革命行為が外患に関する罪、あるいは殺人罪に一応は該当する事例についても考察するが、これも、省略し



て差しつかえあるまい。

最後に、ひとこと、彼が結論的に述べている処を引いておくこととする。それは、つまり、彼が例外的な状況においてその正当性を主張した革命とは、結局は抵抗権の行使の事例となるのではないか、という疑問に関するものである。彼は、この疑問を否定していう。「国家転覆のこのような例外的な事例もまた、疑いもなくその他の違法な革命のいずれとも同様の国法上の効果を有する、という点を見過してはならない。双方の場合とも、なされることの目的並びに経過は同一なのである。即ち、既存の国家秩序は、実力的な方法によって憲法改正のために存する規則に違反して排除されるのであり、それによって新しい秩序が導入されるのである。抵抗権と例外的な事例の革命とで共通するのは、単に不法の打倒という事実だけであり、両者の目的は互いに相対立するのである。」(113頁)

### (三)

以上、ベルトラムの説く処の概略を順を追って検討してみた。これまでみてきた処から、果していかなることがいい得るのか。以下においては、私なりの感想を若干述べることによって、この書評を終えることとしたい。

本書について、まず第一にいい得ることは、冒頭にも述べたように、従来、必らずしも明確に理論化されてきたとはいいい得ない抵抗権と革命権の関連の問題に本書が本格的に取り組もうと試みた、という点である。この点の意義は、十分に評価することができよう。しかも、彼は、より具体的にそれら抵抗権と革命権の行使に伴ういくつかの法的効果という次元にまで問題を押し進めて考察するのであり、このことは、例えば、抵抗権については、従来、我が国においては必らずしもそこまでの検討がなされてきたとはいえないだけに、そしてまた、革命権については、問題を単なる法外の事実として把え、法学の領域に十分組み入れて考察しようとする試みは必らずしも存在しなかっただけに、注目するものといえよう。

第二は、彼が本書で行なった抵抗権と革命権の考察の根底には、今日のドイツの多数の公法学者の場合と同様、自然法が横たわっている、ということであ

る。彼の抵抗権に関する論述そして革命権に関する論述のいずれにおいても、随所にそれはみられるのであり、就中、例外状況にあって革命が法的にも正当化され得るとする際の彼の主張の基礎には、明確に自然法が指定されているといえるのである。

第三に、しかし、まさにその点に関わって、本書に対する疑問が提起され得ると思われる。即ち、ベルトラムは、彼が例外的にその法的正当性を認め得るとする場合の革命と抵抗権の行使とは結局の処同一のものに帰するのではないかという批判を受けることをあらかじめ予測して、先に引用したような解答を与えているのであるが、にもかかわらず、その解答は、必らずしも説得的とは思われないのである。自然法の存在を肯定した場合には、それに違反する権力的・恣意的支配はそれ自体違法なものとなるのであって、それに対する革命は、従って、まさに違法な国家権力の行使に対するものとして、その法的正当性は承認され得るのであって、その点、抵抗権の行使となら異なる処がなくなるのではないか、と考えられるからである。革命の目的は、その場合には、まさに(彼によってその存在を是認された)自然法秩序の回復維持であり、それ以外のなものでもない、と考えられるからである。あるいは、彼は、いまだ自然法秩序が確立していない法秩序のもとにあって、既存の権力的・恣意的法秩序を打倒して新たな自然法秩序を樹立するという場合を想定しているのかも知れない。しかし、もしそのように考えているとするなら、それは、前提そのものが誤っているといわざるを得ない。自然法がある法秩序のもとでは認められ得るが、別の法秩序のもとでは認められないことも有る得るとすることは、とりもなおさず、普遍性を有するとみなされる自然法の存在そのものを否定することにならざるを得ないからである。彼は、啓蒙時代における諸学説が抵抗権と革命権の理論的区別を混同したと批判したのであるが、その彼自身が、このように自然法に基づく革命権の事例を正当化することによって、それら諸学説と同様の立場を採る結果となってしまったのである。

第四に、彼が抵抗権と革命権の区別の基準として提示したものは、既に我が国においても多くの学者が原則的に採る処であり、その意味では、特に目新しいものではない。確かに、今日にあっては、両者をベルトラムのような基準で

区別することは、例えば、抵抗権に関連してしばしば引用されるヘッセン憲法の規定などに照らしてみた場合、それなりの正当性をもつことは明らかである。抵抗権は、今日にあって、もっぱら現存の憲法秩序の維持・回復をその目的としているのである。唯、問題は、それを歴史上普遍的な命題として提示し得るかどうか、という点である。例えば、ベルトラムが抵抗権の例として挙げているフランス人権宣言の規定あるいはヴァージニアの人権宣言の規定は我が国にあっては革命権の規定でもあるとされているのであるが、この点をどのように解するのか、ということである。少なくとも、それらがもった政治的意味は、みずからの革命（ないしは独立）を正当化しようとした処に存したのであって、この点を見捨てることはできないのではないかと考えられるのである。

このようにみえてくると、私は、抵抗権の問題を考える場合には、一応、問題を整理して把えることが必要となってくるように思われるのである。

その第一は、抵抗権規定（あるいは抵抗権論）は、法規範的に（あるいはその内容に即して）把えた場合、どのような内容・性格を有するとみなし得るのか、という視点である。このような視点から把えた場合、歴史上存在し得た抵抗権規定あるいは抵抗権論は、果してベルトラムのいうように考えることができるかどうか、である。例えば、この意味においても、しばしば抵抗権の規定として挙げられるアメリカ独立宣言の中の規定は、ベルトラムのいう革命権と把えることはできないのかどうか、である。あるいは、そもそも、革命権を規定すると把えることは、法規範としてはその本質に矛盾することになるのであり、従って、規範論理的に有り得ないことなのかどうか、である。

その第二は、抵抗権規定（あるいは抵抗権論）をその歴史的・政治的役割ないしは機能という視点から把えてみる、ということである。この視点からするならば、歴史上生じた抵抗権規定（抵抗権論）は、それぞれの具体的な歴史政治状況にあって、ある一定の役割を果たしたはずであり、その意義はどのように考え得るのか、ということである。例えば、アルトジウスの抵抗権論は、この意味では、明らかにネーデルランドのスペインからの独立を正当化する役割を果たしたのであるが、アメリカの独立宣言中の規定は勿論のこと、フランス

の人権宣言などにみられる抵抗権規定、更には戦後ドイツに現われた抵抗権規定についても、同様のことがいえないのかどうか。フランスの人権宣言などにみられる抵抗権規定は、やはり、自己の革命行為を正当化する役割を果たしたと思われるのであるが、ドイツにあっても、それは、ナチス独裁のものでなされた(あるいは、なされるべきであった)革命遂行々為(あるいは、換言すれば、ナチス体制転覆の行為)を正当化する役割を有しているのではないか。更には、また、現代の抵抗権規定(あるいは、抵抗権論)は、他面においては、市民憲法とは異なった憲法体制の出現ないしは新たな革命理論の登場によって、それとの関連においても、一定の役割を果たしているのではないか。

その三は、抵抗権行使の実態あるいはその事実的内容はなになのか、という視点である。ベルトラムは、憲法秩序を侵害してなされる権力的・恣意的支配が既に確立されてしまった段階における抵抗権の行使は、それが十分な成功を収めるためには、結局は、新しい、より良い憲法秩序の樹立を目指さざるを得なくなるとし、しかも、そうなった場合、それはもはや彼のいう抵抗権の概念では律し切れず、革命としか呼びようのないものとなる、と述べている。勿論、彼は、そういった段階にあっても、彼本来の意味での抵抗権行使の意義を認めるのではあるが、しかし、もし彼のいうような事実が認められ得るとするならば、抵抗権の行使、あるいは抵抗権そのものをその法規範的内容とは一応別に改めて事実即して検討することが必要となってくるのである。しかも、抵抗権の行使そのものが基本権闘争であると同時に権力闘争としての性格を帯びてくることになり、且つ現実には、闘争のもつダイナミズムによって、やがては新しい国家権力樹立へと向うことになるとするならば、法概念としての抵抗権(その内容、目的)も、また、単にベルトラムのいうような形で済まされるかどうかは、問題となってくるのである。

抵抗権について考える場合、我々は、大略、このような三つの視点から問題に近づくことができるはずであり、これら三つの立場は、方法論的には、一応切り離して存在し得るものなのである。そして、これらのおのおのについて、歴史的な検証を通した詳細な検討が必要となってくるように思われる。抵抗権に関する研究は、これら視点を相互に有機的に関連させ、総合させた处にはじめ

## 書 評

て十分になされ得るものと思われる。

ともあれ、ベルトラムの本書は、抵抗権の性格、そしてそれと革命権との関連について、我々に、考えるべき多くの問題を提供した、ということができるのである。