

法治国家と市民的不服従

永尾 孝雄

目 次

はじめに

I 権力分立と法治国家

II ロールズと市民的不服従

III ハーバーマスと市民的不服従

はじめに

1970年代後半から世界各地に噴出した多様な市民運動を「新しい社会運動」と総称するが、これらは環境保護運動、反原発運動、反核運動、フェミニズムなど時折デモのような直接行動を伴う点で、賛否両論、多くの学者・評論家の沸騰した議論対象とされてきた。今日の市民的不服従の形態は、民主主義的法治国家のあり様をはかる試金石とすることができるであろう。以下、最初に法治国家概念の意味するところを憲法理論的視座から概観した上で、ロールズとハーバーマスの所説を各々紹介しながら、市民的不服従の実践と理論を順次検討していきたい。

I 権力分立と法治国家

(1) 近代憲法は、権利宣言と統治機構の2つの部分から成るが、統治機構の基本原理は国民主権と権力分立 (separation of power; Gewaltenteilung) である。権力分立とは、国家権力をその性質に応じて立法・行政・司法というように区別し、それらを異なる別個・独立の機関に分属させて、相互の抑制・均衡 (checks and balances) をはかる制度であり、その本来の目的は、各機関相互の抑制・均衡によって国家権力の強大化・濫用を防止し、もって国民の権利・自由を守ることにある。権力分立がすぐれて「自由主義的な政治組織の原理」であると言われる所以である。

権力分立制は、17～18世紀、イギリスのロックとフランスのモンテスキューにおいて理論的形態を整え、歴史的に形成されてきたものであり、そのあり方は国により異なる。すなわち、近代立憲主義国家が生まれた際に議会が果たした役割の違いに応じて、三権を憲法の下に平等・同格なものとするアメリカ型と、議会を中心とする立法権優位の権力分立を考えるフランス型に分かれる。同じ権力分立原理が、ヨーロッパ大陸諸国 (とくにフランス) では裁判所の違憲立法審査権を否認する最も大きな理論的根拠であったのに対して、アメリカではそれを支える大きな憲法思想的論拠となったのはそのためである。

(2) 現代国家の構成原理としては、機構面に関する上述の「権力分立」と並んで、さらに機能面についての所謂「法治国家 (法治主義)」を挙げねばならない。それは、三権分立における立法・行政・司法の区分法はすでに内包されているが、国家作用はすべて、一般的・抽象的段階から漸次個別化・具体化される法作用の体系として構成され、専断的な国家権力の支配 (人の支配) を排斥し、権力を「法」で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護することを目的とする原理である (手島孝)¹⁾。この法治国家 (法治主義) は、戦前のド

イツ流の形式的法治国家と同義ではなく、むしろ人権の観念と固く結びついた実質的法治国家、すなわち英米法に言う「法の支配」原理とほぼ同じ意味をもつと解される（芦部信喜）²⁾。

(3) 政府が権力を濫用し、立憲主義憲法を破壊した場合に、国民が自ら実力をもってこれに抵抗し、立憲主義憲法秩序の回復をはかる、所謂「抵抗権」に比べて、「市民的不服従」は、立憲主義憲法秩序を一般的に受容した上で、異議申立の表現手段として法違反行為を伴うが、それは「悪法」を是正しようとする良心的な非暴力行為によるものであるところに特徴があり、より現実的・具体的意義をもつものと解される一方、正常な憲法秩序下にあつて個別的な違憲の国家行為を是正し、抵抗権を行使しなければならない状況に立ち至ることを阻止する役割を果たすものとして近年とみに注目されている（佐藤幸治）³⁾。

以下、現代思想を代表する2人の社会哲学者、ロールズとハーバーマスの市民的不服従論を概観したい。

注・I

- 1) 参照、手島孝「権力分立と法治主義」（手島孝編『憲法』青林書院新社、1974年）、手島孝『憲法解釈二十講』（有斐閣、1980年）115～129頁。
- 2) 参照、芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法〔第四版〕』（岩波書店、2007年）13～17頁。
- 3) 参照、佐藤幸治『憲法〔新版〕』（青林書院、1990年）48～51頁。

II ロールズと市民的不服従

(1) J・ロールズは代表作『正義論』において、ロック、ルソー、カントが提唱した伝統的な社会契約説を継承し、それをいっそう精緻かつ独創的な仕方でも現代的に再構成することによって、社会倫理・経済・法・政治等々の様々な領

域で支配的地位を占めてきた功利主義的正義論にとって代わるべき実質的な正義論の体系的構築を試みたのであるが、同書の第6章で展開されている、市民的不服従の定義、その正当化および役割に関する議論を辿りながらロールズの所説を素描したい¹⁾。

ロールズにおいて市民的不服従は、「通常、法や政府の政策を変更させることを目指して行われる行為であって、法に反する、公共的、非暴力的、良心的かつ政治的な行為」であると定義される。ここで言う「政治的行為 political act」とは、市民的不服従が政権を掌握している多数者に向けられる行為であること、更にまた政治的諸原理、すなわち憲法や社会制度を一般に規制する正義の諸原理によって導かれ正当化される行為であることを意味している。市民的不服従は、単に集団あるいは個人の利己心を基礎とするのではなく、むしろ政治的秩序の基礎となっている「共有の正義概念」、「多数者の正義感覚」に対する訴えかけとして理解されるのである。

ロールズによれば、市民的不服従が正当化され得るための条件として次の3つが挙げられる。すなわち①第1に、通常の異議申し立てをしているにもかかわらず、相当期間にわたり意図的な不正義の下におかれている場合、②第2に、その不正義が平等な市民の諸自由に対する明白な侵害である場合、③第3に、同様の場合に同じような異議申し立てをすることが一般に行われたとしても、受容可能な結果がもたらされる場合、である。更に戦術上の問題として、不服従の権利行使は合理的でなければならず、しかも異議申し立てをする者の目的を促進するよう無理なく計画されたものでなければならない、という条件が加えられている。

(2) 市民的不服従の基本的な正当化条件とされる以上の3条件のうち、とりわけ重要なのが②条件である。ロールズは、社会制度レベルでの権利と自由、機会と権力、所得と富の分配を規整する原理として、正義の2原理を提唱する

が、それは次の通りである。

第1原理〔平等な自由原理〕

各人は、すべての人々に対する同様な自由と相容れるかぎり、できるかぎり広範な基本的諸自由への平等な権利をもつべきである。

第2原理

社会的経済的不平等は、それが次の2条件を満たすように配列されるべきである。

A〔格差原理〕正義にかなった貯蓄原理と相容れる形で、最も不利な状況にある人々の利益の最大化のために、かつ、

B〔機会の公正な平等原理〕機会の公正な平等という諸条件のもとで、すべての人々に開かれた地位と職務に伴うように。

このような正義の二原理の内容的にみた最も重要な特徴は、自由の優位ルールを伴った、平等な自由原理たる第1原理と、社会的経済的不平等は最も不利な状況にある人々の利益の最大化のためになるように配列されるべしとする、第2原理のAの部分にあたる格差原理（difference principle）とにみられる²⁾。

ロールズは、市民的不服従の適切な対象は実質的かつ明白な不正義の場合に限定さるべきであるとし、その際に「不正義の場合」を、上述の正義の2原理のうち、第1原理たる平等な自由の原理と第2原理のB部分たる機会の公正な平等原理が甚だしく侵害された場合であると明言している。それは、市民的不服従を正当化する際の最も基本的な条件が2つの正義原理の侵害にあること、換言すれば、2原理に明示された人々の権利が政治的構成原理として最も基底のものであることを含意しているのである³⁾。

(3) 現代ドイツの著名な法哲学者であるアルトゥール・カウフマンは上述したロールズの市民的不服従論を基礎にして、その上に彼自身の抵抗権論を展開する⁴⁾。カウフマンによれば、ロールズの市民的不服従は、たとえ非暴力的に

行使されても法に反する行為であり、「法への忠誠の範囲内での法への不服従」を表わす。そうであるならば、法治国家の下では、我々は正義に反する法律であっても、それに従わねばならないのであろうか？「市民的不服従は、それが深刻な不法に向けられ、非暴力的にかつ（圧制や不法の度合いに応じて）比例的に行使されたとき、基本法的に正当化される」と R・ドライヤーも述べているように⁵⁾、法治国家においても、不法に対する許された反抗行為は認められるのである。カウフマンは、法治国家下のこの小さな抵抗権を「小銭の抵抗権」と称して、傾聴に値する所説を呈示する⁶⁾。

周知のように、そこからナチ独裁制が生まれたワイマール共和国は明らかに法治国家であった。しかし従前の理解では明白に不法な政府でなければ抵抗権を行使できないし、またいったん不法国家になってしまったら、成功の見込みがない抵抗は無意味となる。こういう硬直化した抵抗権理解の誤りはすでにその出発点に潜んでいる。すなわち、これは法治国家、あれは暴政という「あれか、これか」式の思考方法は許されない単純化であるといわざるをえない。そもそも、法治国家と不法国家との間に明確な境界線はなく、不法国家への転落の危機を免れている国家などどこにも存在しないのである。このように古い抵抗権理解を批判しつつ、カウフマンは彼の Recht（法・正義）概念にもとづいた「小銭の抵抗権」を提唱する。

(4) 従来の見解の誤りは、Recht と Rechtsstaat（法治国家）をすでに獲得されたもの・所与のものと思なすことから始まっている。しかし、Recht は絶えず形成されていくもの・過程的なものであり、Rechtsstaat も常に倒錯の危機を内含しているのであるから、「小さな抵抗」によって適宜に、本来の正しい道からの逸脱を指摘され、軌道修正を施しつつ、完成に向かって自己形成していくのである。カウフマンは、法治国家を正しい方向に戻す働きをなす「小さな（小銭の）抵抗」の内容について次のように説明する。①この「抵抗」は権力

の倒錯を萌芽的段階で阻止することを目指し、②暴力行為、攻撃的な市民的不服従を禁ずる。すなわち、抵抗は暴力の問題ではなく、精神の問題であって、寛容と忍耐が要求される。③そして、抵抗はいわゆる革命とは何の関係もないのである、と。

以上のような「小銭の抵抗権」に対して、それは抵抗ではなく、むしろ表現の自由、批判し、集団行動（集団行進、座り込み）する自由等の基本権の自由権の行使、すなわち法秩序の枠内で認められた行為にすぎないという異議が出されているが、カウフマンはその批判にこたえて、英米仏にくらべて抵抗意識が極めて稀薄なドイツ国民にとっては、日常的な「小さな抵抗」を繰り返し行使しながら抵抗意識を育むことが急務の課題であるとし、小銭の抵抗は民主主義的観念の形成にとって大きな意義をもっていると明言するのである。

(5) 因みに、旧東ドイツにおける1989年のいわゆる「民主化革命」—そのシンボルが同年11月9日の「ベルリンの壁の崩壊」である—は、長年にわたる東ドイツ市民、労働者の小銭の抵抗の成果とみなすことができるであろう。とりわけ、「長期にわたる教会の『社会活動』の積み重ねがなかったならば、89年革命は、あのような形で、平和裡には達成されなかったであろう」（仲井斌『ドイツが一つになる』参照）という指摘もあるように、反体制運動の拠点でありながら、人々が熱狂主義に暴走しないよう冷静な闘いを求め続けた東独プロテスタント教会の働きは、我々が「抵抗とは何か」という永遠のテーマを考察する際の好個の研究対象であると思う⁷⁾。

注・II

- 1) John Rawls, A Theory of Justice, Revised Edition, 1999, pp319-343.
- 2) 参照、田中成明「編訳者解説」（ジョン・ロールズ著、田中成明編訳『公正としての正義』木鐸社、1984年）

- 3) 参照、平野仁彦「法と市民的不服従」(竹下賢編『実践地平の法理論』昭和堂、1984年)
- 4) Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie 2.A., 1997, S.207ff.
- 5) Ralf Dreier, Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: P. Glotz(Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S.54ff
- 6) Arthur Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 1984, S.197ff.
- 7) 参照、村上伸・佐々木悟史『激動のドイツと教会』(新教出版社、1990年)

Ⅲ ハーバーマスと市民的不服従

(1) 1980年代前半のドイツ連邦共和国(旧西ドイツ)では、「新しい社会運動」(new social movements)と言われた体制批判と抵抗の運動が注目され、法律家、知識人、ジャーナリストの間に活発な論争が起こった。それは、「労働組合運動を中軸とした古い社会運動が衰退した後に、1970年代後半から先進工業国を中心として活発になった多様な社会運動(エコロジー運動、地域主義運動、反原発運動、女性解放運動、反差別運動、反戦・平和運動など)を総称した用語」である¹⁾。ガンディーの影響を受けて「非暴力の抵抗こそ抵抗である」と説き続けた黒人解放運動=「公民権運動」の指導者キング牧師に端を発するアメリカの市民的不服従を念頭に置いてハーバーマス独自の位置づけを試みた重要な論文が以下に紹介する「市民的不服従—民主主義的法治国家のテストケース」²⁾である。以下、筆者の言葉で敷衍しながらハーバーマスの主張を素描したい。

(2) ハーバーマスによれば、ドイツ連邦共和国における抗議運動は、1960年代初頭以来いくつかの変化を経ている。とりわけ、1967年ドイツの学生が警察官に射殺されたのをきっかけに起きた学生の抗議運動は、アメリカのベトナム反戦運動の影響もあり、ベルリンから西ドイツに飛び火する大規模なものへ展開した。学生中心のやや過熱した抵抗運動が下火になった1970年代後半以降は、

アメリカの中距離核ミサイル配備に反対するボンの抗議集会がターニングポイントといわれる新しい形態の市民運動が形成される。参加者の構成も多種多様で、中心機関をもたず、いかなる政党にも属さない、いわば平和運動、環境保護運動、女性運動の融合といった形態の市民運動である。

このような市民の抗議運動をめぐって世論での論争が激しくなるに並行して、抗議行動の暴力に関する討議が巻き起こった。一部の保守的な有力政治家・評論家は「非暴力的抵抗も暴力である」「非暴力的な市民的不服従といえども違法である」と言明し、「暴力」概念を拡大解釈してデモを厳しく取り締まることを求めたのに対し、ハーバーマスは「(かつての過激な学生運動と比較すれば明らかのように)現在の抗議運動は、成熟した政治的文化の基本的あり方としての市民的不服従がドイツにおいても理解されるための、初めてのチャンスなのである。すべての法治国家的デモクラシーが、もしも自信を持っているならば、こうした市民的不服従を、自分たちの政治文化に不可欠の、それゆえに規範化された要因と看做すのである」³⁾と主張し、市民的不服従を支持するのである。

(3) しかし何故に民主主義的法治国家において市民的不服従が正当化されるべきなのであろうか？ハーバーマスは、ロールズの市民的不服従正当化論を念頭に置いて、この問題に法哲学的視角から取り組む。

近代的立憲国家は、市民が、法秩序を刑罰への恐怖からではなく、自律的に承認し遵守することを求める（実定法に対する忠誠）。市民はなぜ実定法を遵守しなければならないのか？ケルゼンによれば、憲法に明記されたように議会で法律案が合議され議決された上で、法律として公布されたからである。ハーバーマスは、このような「手続きによる正統化」理論には批判的である。

「実定的妥当性を有する規範が合法的に成立したことを指摘しても、当面の問題には何の役にも立たない。憲法そのものを正当化する諸原理は、その諸原理

と実定法が一致しているかどうかとは無関係に妥当するようなものでなければならぬはずである。それ故に近代的立憲国家がその市民に法律への服従を要求できるのは、この国家自身が、承認するに値する諸原理 (anererkennungswürdige Prinzipien) に依拠している場合に限ってなのである。すなわちこの諸原理の光に照らして、合法的な事柄が正当なものとして認められたり—また場合によっては、たとえ合法的であっても非正当なものとして却下されたりするのである。」⁴⁾

「承認するに値する諸原理」として、ハーバーマスは、基本的人権、裁判の保障、国民主権、法の下での自由、福祉国家原理等を挙げているが、それは近代自然法論やカント理性法への回帰を示すものではなく、理性的意思形成の手続きを経た上での国法秩序への服従要求とすることができる。

正当な市民的不服従の可能性はただ、民主的法治国家においても合法的な規則が正当でない場合があり得るといふ事情に基づいている。法治国家は決して完成された形態ではなく、むしろ脆弱で、誤謬に陥りやすい一個の企てであり、憲法に定められた国家機関もこのような誤謬の可能性を免れた例外ではないのである。

以上のように、市民的不服従の正当化理由を述べた後、ハーバーマスは、持論の権威主義的リーガリズム批判を展開して本論を締め括っている。

「現在は、市民的不服従がどのような意味で正当であるのかを、…明らかにすべき時であろう。これは、市民的不服従への呼びかけとして語っているのではない。このような危険 (Risiko) を引き受けるか否かの決定は個人自身が行うべき事柄であろう。市民的不服従の『権利』は、もっともな理由から正当性と合法性の間の揺らぎの中にあるのである。この市民的不服従を下劣な犯罪であるかのように告発し、追及するような法治国家は、権威主義的リーガリズム

の次元に陥ることになる。『法は法だ』…という常套語が法律家たちから発せられ、ジャーナリストたちが喧伝し、政治家たちの採用するところとなっているが、これは…当時合法であったものは今日も正当であるはずだという信念と同じメンタリティに由来するのである。」⁵⁾

「権威主義的リーガリズムは、一義的ならざる、あいまいなものが持つあの人間の実質を、民主主義的法治国家がまさにこうした実質によって滋養を得ている当の局面において、否定しているのである。」⁶⁾

注・Ⅲ

- 1) 参照、川本隆史『現代倫理学の冒険』（創文社、1995年）167頁以下。
- 2) Jürgen Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, edition suhrkamp, 1985, S.79ff. 参照、ハーバーマス、三島憲一編訳『近代—未完のプロジェクト—』（岩波書店、2000年）79頁以下。
- 3) Habermas, *op.cit.*, S.81.
- 4) Habermas, *op.cit.*, S.85.
- 5) Habermas, *op.cit.*, S.97.
- 6) Habermas, *op.cit.*, S.97f.