

戦後ドイツ公法学における 「暴力独占」論について

——「国家による安全」を考えるために——

岡田 健一郎^{*}

- I はじめに——問題設定
- II 戦後ドイツ公法学における GM 論——1970 年代後半～80 年代前半
- III なぜ GM 論だったのか？——活性化の背景
- IV 共通前提としての GM とその帰結——「保護と服従の連関」について
- V おわりに——現代の日本公法学への示唆

I はじめに——問題設定

本稿の課題は、ドイツ公法学における「国家の暴力独占（das staatliche Gewaltmonopol あるいは das Gewaltmonopol des Staates：以下「GM」と呼び、GM に関する議論を「GM 論」と呼ぶ）」という概念の検討を通じて、ドイツ公法学の特徴の一端を明らかにし、日本公法学への示唆、とりわけ「国家による安全」を検討する手がかりを得ることである。まず本論に入る前に、「暴力独占」という耳慣れない概念を検討する理由を説明したい。

以前の拙稿でも述べたように¹⁾、筆者は、戦後日本の憲法学が戦力（ないし軍）の存在に厳格な姿勢をとっている一方で「警察」²⁾の存在を自明視してきたことに違和感を持ち、それをきっかけに「国家による安全」³⁾という問題に関心

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 10 巻第 3 号 2011 年 11 月 ISSN1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士課程

1) 岡田 2009。

2) 本稿では「警察」を「国家の対内的安全を達成・維持するために、私人の基本権を制約する公権力の作用」の意味で用いる。

を抱くようになった。

そこで筆者は（ア）公法学はどのような論理で「国家による安全」を憲法上説明しているのか、（イ）その論理はどのような歴史的・社会的背景の下で形成されてきたのか、（ウ）今後の公法学は「国家による安全」を憲法解釈上ないし憲法理論上、どのように位置づけるべきなのか、という問いを立て、まず戦前・戦後における警察に関する日本の公法学の論稿を検討した⁴⁾。そこで明らかになったのは、戦前・戦後にわたり日本の公法学は、一方では警察権の行使のあり方にはしばしば批判を加えてきたこと、だが他方では、警察の存在（あるいは「国家による安全」）そのものを自明視してきた、ということである。

しかし、日本の公法学に（そしてまた警察法学にも）大きな影響を与えてきたドイツでは状況が異なる。ドイツ公法学では「国家による安全」の説明・正当化に関して議論が行われ、様々な理論が存在するが⁵⁾、その際に「国家の暴力独占（GM）」という概念が言及されることがある。その一般的な内容は〈原則として国内における暴力の正当な行使は国家が独占し、私人による暴力行使は禁止されている〉というものであり、事実の記述として用いられることもあれば、規範的な命題として使用されることもある。これは、主としてマックス・ヴェーバー（Max Weber）による国家の定義——「一定の領域内で……正当な物理的暴力行使の独占を要求する（そしてそれに成功する）人間共同体」⁶⁾——などに由来するとされる。第二次大戦後の西ドイツでは、1960年代から街頭デモ、座り込みデモ（Sitzdemonstration）、あるいは建造物占拠（Hausbesetzung）⁷⁾などの異議申立行動、そしてドイツ赤軍派（RAF）らによる「テロリズム」などが活発化し

3) しばしば社会権を含んだ意味で用いられる「国家による自由」と区別して、本稿では「国家による安全」を「物理的強制力を最終的な担保として、国内に発する危害から国内の安全を達成・維持する公権力の活動」の意味で用いる。ドイツでも“Sicherheit durch Staat”という言葉が使われることがあるが、意味内容はほぼ同じと考えてよい（例えば、Kniesel 1996 : 485）。

4) 岡田 2008。

5) 例えば、Calliess 2002, Gusy 1996 など。

6) Weber 1992 : 158f. (邦訳 9 以下)、Weber 1976 : 29 (邦訳 88) も参照。

7) (主として都市部の再開発などに伴い) 空き家となっている建造物を所有者に無断で占拠し、利用・居住すること。

た。そして1970年代から異議申立行動や「テロリズム」を議論するに際し、GMが比較的盛んにドイツ法学の文献に登場するようになった⁸⁾。その後は基本権保護義務論や対内的安全 (innere Sicherheit)⁹⁾、そして近年では公権力の民営化を論じる際に用いられることが多い。近年のドイツでもGMを取り扱った論稿が少なからず公表され¹⁰⁾、2010年にはGMをテーマとしたシンポジウムも開催されている¹¹⁾。

他方日本では、政治学はともかく法学においてGMはあまり耳慣れない概念であるといつてよいだろう。ドイツのGM論を検討した日本の先行研究としては、デモなどの規制¹²⁾、基本権保護義務論¹³⁾、民法と憲法の関係¹⁴⁾、基本権の保護領域¹⁵⁾、そして安全¹⁶⁾に関するものなどがあるが、いずれもGMは他の主題に付随して紹介される形となっている。したがって、GMそれ自体を主題に日本の憲法解釈学ないし憲法理論に対して持つ意義を論じた文献は極めて少ない。

「国家による安全」の正当化に関しては他にも様々な論理があるにもかかわらず¹⁷⁾、特にGMを取り上げるのは以下の理由による。すなわち、ドイツ法学においては一見すると「権威的治安国家」(後述)と親和的に見えるGM概念が、結果として「裁判を受ける権利」などを導くという、いささか不思議な状況が見受けられる。筆者はこの点に関心を持ち、その原因を明らかにしたいと考えた。このことは「国家による安全」の適切な統制に、何らかの示唆を与えるのではないかと思われたためである。結論を先取りすれば、ここで重要な役割を果たしている一つの要素が、ドイツ法学におけるRecht (法=権利=正義)の観念ではな

8) Möllers 2006 : 806.

9) 「対内的安全」の概念については、水島 1995 : 230 以下を参照。

10) 参照、Kämmerer 2008, Klein 2010, Kneihls 2005 など。

11) Gutmann/Pieroth 2010.

12) 高橋 (明) 1987。

13) 小山 1998 : 192、鈴木 1996 : 89、鈴木 1997 : 198 以下、戸波 2003 : 718、など。また GM という言葉は用いないものの、山本 1993 : (一) 17。

14) 宮澤 2008 : 95 以下。

15) 中野 1996 : 154 以下。

16) 駒村 2011 : 22 以下、小山 2007 : 157、小山 2008 : 329 以下。その他に小山 2009 : 13。また、ドイツ語文献の邦訳として、グリム 2007 がある。

17) 参照、岡田 2009 : 166 以下。

いかと考えられる。この点は、権利救済に関する日独の議論に違いをもたらしているようにも思われる。

さて、ここでGMの訳語について一言述べておきたい。Gewaltには「力、権能、権力、支配力、無法（な圧力）、（肉体的）暴力、激しさ」などの訳語が存在する¹⁸⁾。一般にドイツ法学でGMという言葉が用いられる場合、ヴェーバーの「正当な暴力行使の独占を（実効的に）要求する人間共同体」という国家定義が念頭に置かれている¹⁹⁾。すなわちGewaltmonopolにおけるGewaltはphysische Gewalt（物理的暴力）を指す。以下で紹介するドイツの議論も基本的にこの意味でGewaltを用いており、日本でもこの文脈での翻訳では「暴力」という訳語がしばしば用いられているため、本稿ではGMに「暴力独占」という訳語を用いたい（日本語では「暴力」という言葉からネガティブな印象が想起されがちだが、本稿ではそのようなイメージを込めて「暴力」という訳語を選択しているわけではない²⁰⁾）。

また、本稿の検討対象につき若干の限定を加えておく。まず本稿の題名は「戦後ドイツ公法学」としているが、戦後東ドイツ公法学は検討の対象外とする（したがって統一前の西ドイツおよび統一後のドイツが検討対象となる）。さらに本稿では公法学、すなわち憲法学と行政法学が主たる検討対象となる。ただし後述のようにGM論は法制史学、法哲学、そして民事訴訟法学などにも関連するので、これらの領域もその限りにおいて検討対象に含まれる。

最後に本稿の構成を説明したい。まず本稿は、GMが比較的盛んに用いられるようになった、主として1970年代後半～80年代前半の議論に注目して検討する（Ⅱ、Ⅲ）²¹⁾。結論を先取りすれば、本稿はドイツ法学のGMが依拠する「歴史」に注目すべきと考える（Ⅳ）。そこからは、ドイツ公法学がスタンスの違いを超

18) 国松 2000 : 940。

19) Isensee 1982 : 23ff.

20) 例えば、Weber 1992 の邦訳 : 9、小山 2008 : 329、高橋（明）1987（一） : 105、など。ただし、グリム 2007 : 125（脚注 1）も参照。

21) したがって、「公権力の民営化の限界とGM」という比較的近年の論点は、本稿では原則として扱わない。この論点については、Möllers 2000 : 278ff., Pieroth 2010 : 61f. などを参照。

えて共有する法観念を垣間見ることができるからである。そして最終的には日本とのドイツとの比較を通じ、両国の公法学が前提としている法観念の相違を明らかにし、とりわけ「国家による安全」について、現代日本の公法学への示唆を検討したい（V）。

II 戦後ドイツ公法学における GM 論——1970 年代後半～80 年代前半

以下では GM の代表的な論者であるデートレフ・メルテン、ヨーゼフ・イェンゼーの見解を紹介し、主として 1970 年代後半～80 年代前半におけるドイツの GM 論を概観する。

1、デートレフ・メルテン

本稿が GM 論の一つの画期と考えるのが、デートレフ・メルテン (Detlef Merten) による 1975 年の著書『法治国と暴力独占』²²⁾である。もっとも、GM という概念は従来からドイツに存在してきた。GM について言及した最初期の文献としては、ルードルフ・フォン・イェーリング (Rudolf von Jhering) の『法における目的』²³⁾や、ヴェーバーの『職業としての政治』²⁴⁾、『経済と社会』²⁵⁾などが挙げられる²⁶⁾。他方、戦後ドイツ公法学の中で GM をまとまった形で検討したのはメルテンの著書『法治国と暴力独占』が恐らく最初といってよいだろう。

『法治国と暴力独占』は「序文」「法治国原理」「法治国と GM の結合」「暴力行使の国家独占」という四つの部から成り立っており、本節では順に紹介していきたい（以下、カッコ内の数字は同書の頁数を示す）。

(1) 序文——法と力

まず「序文」では法（ないし権利）(Recht) と力 (Macht) の緊張関係が問題

22) Merten 1975.

23) Jhering 1877 : 316.

24) Weber 1992 : 158f. (邦訳 9 以下).

25) Weber 1976 : 29 (邦訳 88).

26) Anter 1995 : 451, Möllers 2000 : Kap. 13 (insb. 272 und Fn.1), Möllers 2006 : 804.

とされる。「力に対する法の優位」という規範的な要請は常に存在してきたが、現実には、ドイツ国民は全体主義的な支配体制においてのみならず、戦後もまた法に対する「力の優位」²⁷⁾を経験している。だが「力なき法は幻想であり、現実にはすぐさま法なき力に至るだろう」(5)。それゆえ「法と力は永遠に、相互に依存することによってのみ存在することができるだろうから、両者は正しいやり方で統合しなければならない」(6)。

(2) 法治国原理

続いて、法治国は西ドイツの国家秩序の基礎であり(7)、なおかつ民主政と相互に拘束し合う関係にあるとされるため、民主政が法治国原理に優位するという主張は否定される(9)。さらに形式的法治国原理に関しての説明では「法律が法治国の基礎である」ことが強調される(11)。というのも、法実証主義がナチスを生んだというのは「神話」であり(12-13)、むしろ形式的法治国原理は、ナチスやカール・シュミット(Carl Schmitt)らによる政治的決断主義の攻撃目標だったからである。それに対し実質的法治国原理は多義的で曖昧なため、「自由で民主的な法治国に対する革命の手段」になりかねない。また、連邦憲法裁判所が過剰な審査を行うことによって議会の権限を奪い、司法国家(Justizstaat)に至ることがあってはならない(22-23)。

(3) 法治国とGMの結合

法治国において法律(Gesetz)と他の社会規範を区別するものは、暴力ないし実力(Macht)による強制の有無である(31)。法治国の実現のためには法律の強制的な執行が不可欠であり、それゆえ「GMは国家の死活的な生命利益(Lebensinteressen)に属する」(33)。ここでGMは法治国における規範的な要請として理解されている。

そしてここではGMの歴史的形成過程が説明される(33-34)。すなわち、誰かが自己の利益を侵害された場合は、ジッペ(Sippe)などと呼ばれる親族集団

27) なお、ここでのいう力の優位とは、CDU/CSUという保守政党中心の政治ではなく、APO(議会外反対派)による「違法」な異議申立行動を指すことに注意が必要である。

が実行する、フェーデ (Fehde: 私戦) と呼ばれる暴力を用いた自力救済を行い、名誉を回復することが原則であった。だが近世以降においては原則としてそのような自力救済が禁止され、公的な裁判所を通じた紛争解決が目指されるようになる。言い換えれば、私人の暴力行使は禁止され、国家がそれを独占することにより、国家は侵害された個々人の権利の回復を義務として負うこととなったのである。先程とは異なり、ここで GM は歴史的事実の記述として提示されている。

(4) 暴力行使の国家独占

市民は議論によって議会に影響を与えることは許されるが、議会に暴力で自らの主張を押しつけてはならない。基本権を行使する際は「平和性の命令 (Gebot der Friedlichkeit)」を守ること、すなわち暴力行使を伴わないことが要求される。このことは、集会の自由を保障する基本法 8 条にも明記されている²⁸⁾。暴力行使は基本権の行使とは認められないので、意見表明に暴力を使うことは許されない (44-45)。近年では法の権威が低下し、暴力が違法なものとみなされなくなる傾向がある (46)。市民 (とりわけ学生運動など) が「法」を持ち出して「法律」を批判することは、結局は少数のエリートが多数派を支配する結果となる (51)。したがって、憲法上の基本権や高次の「法」などを根拠に、法律に反する座り込みや過剰なデモ、建造物占拠などは GM を破るものである。いわゆる「構造的暴力」論 (後述) のような暴力概念は曖昧であり、社会の不正義に対する対抗暴力を誘発するものであって、適切ではない (52)。基本法 20 条 4 項の抵抗権 (後述) の行使として暴力や違法行為を正当化する主張もあるが、抵抗権の行使が許されるのはあくまで例外的な場合に限られる (59)。国家は私人に対する暴力を躊躇せず取り締まることが必要であるし、また、私人は警察介入請求権²⁹⁾を持つ (66)。

28) 基本法 8 条 1 項「すべてのドイツ人は、屈出または許可なしに、平穏 (friedlich) かつ武器を伴わずに集会する権利を有する」。なお、ドイツの集会の自由については、Kloepfer 2009、赤坂 2003、高橋 (明) 1987 など。

29) 警察 (ないし行政) 介入請求権については、高橋 (明) 1986 などを参照。

2、ヨーゼフ・イーゼンゼー

メルテンと並び、GMに関する論稿でしばしば引用されるのがヨーゼフ・イーゼンゼー（Josef Isensee）である。GMに関するイーゼンゼーのまとまった最初の論稿は1982年の「市民の平和義務と国家の暴力独占」³⁰⁾である。また、保護義務論に関するドイツで「最初のモノグラフィー」³¹⁾とされるイーゼンゼーの『安全（を求める）基本権』³²⁾は1983年に公表されている。以下、上記の論稿を中心にイーゼンゼーのGM論を概観していく。

(1) 問題意識³³⁾

建造物占拠や道路封鎖、そしてテロリズムなどの形で多くの私的暴力がドイツで発生し、しかも、それが次第に公の意識において受容され、正当性を獲得し始めていることは深刻な問題である。また、自由、とりわけ国家からの自由を優先する「リベラル派」の姿勢は問題であり、安全、特に私人からの安全を国家が保障することの重要性を再認識することが必要である。

(2) GMの歴史的形成過程³⁴⁾

この点がイーゼンゼーの議論の特徴であり、すでに日本でも紹介されているが³⁵⁾、大要は次のようなものである。人々はまず「万人の万人に対する闘争」を打破すべく、正当な暴力を独占する国家を設立する（「ホッブズの」段階）。ここでは私人による暴力が禁止され（Gewaltverbot）、市民は平和義務（Friedenspflicht）を負い、その代償として国家は市民の権利を保護する任務を負う。こうしてGMが実現し、「万人の万人に対する闘争」は終結する。ホッブズに始まり、ロックを経て、近世・近代のドイツの国法において、さらにはアメリカやフランスの近代憲法においても、安全という国家任務が規定されることとなった。続い

30) Isensee 1982.

31) 小山 1998 : 32.

32) Isensee 1983.

33) Isensee 1982 : 23, Isensee 1983 : 1ff.

34) Isensee 1982 : 26ff., Isensee 1983 : 17ff.

35) 中野 1996 : 154 以下。

て人々は「国家からの自由」を確保するための方策を採り始める（「自由主義的」段階）。そして最後に現在のドイツは、産業社会の進展に伴う、貧困などの社会問題に対応する「社会的法治国」段階に至っている。重要なのは、「社会的法治国」段階が「自由主義的」段階と「ホップズの」段階という基礎の上に成立していることである。したがって、GMを放棄することはできないという結論が導かれる。

(3) 現代における GM の実践的帰結——平和性の留保と基本権保護義務

さらに、理論的な次元で自由と安全の関係が論じられる。すなわち、安全がなければ自由を享受することはできず、両者は相互に密接な関係にある。そしてそれゆえ、市民の平和義務、私的暴力の禁止が不可欠となる。したがって後述する構造的暴力論のように私人の暴力行使を正当化しかねない議論を許容することはできない。そして基本法8条における「平和性」条項を手がかりに、平和性の留保（Vorbehalt der Friedlichkeit）——すなわち私人が暴力を放棄すること——が一般的な基本権行使の前提条件として説かれる³⁶⁾。

そして具体的な検討に移り、連邦憲法裁判所が1975年に第一次墮胎判決³⁷⁾において基本権保護義務の存在を認めたこと、保護義務を第一次的に担うのは立法者であり、そこでは広範な裁量を与えられること、それゆえ裁判所は抑制的にならねばならないこと、そして私人が保護義務を請求できるのは限定的な場合に限られること、などが述べられる³⁸⁾。

3、小括——GM論の特徴

この時期、メルテンとイーゼンゼーの他にGMについて論じた法学者としては、ルペルト・ショルツ（Rupert Scholz）³⁹⁾やマルティン・クリーレ（Martin Kriele）⁴⁰⁾らを挙げることができる⁴¹⁾。メルテンとイーゼンゼーも含め、それら

36) Isensee 1982 : 31f.

37) BVerfGE 39, 1 [1975].

38) Isensee 1983 : 27ff.

39) Scholz 1983.

40) Kriele 1990.

の議論の特徴は概ね以下のようにまとめられる。

(1) GM の定義と民主政

GM 論において Gewalt は物理的強制力として定義され、後述の「構造的暴力」のような暴力概念は否定される。

ただしここで注意すべきは、ヴェーバーによる国家の定義において行使が独占されるのは、単なる「物理的暴力」ではなく「正当な (legitim) 物理的暴力」とされている点である。無論、「法」によって暴力を正当化することの必要性はイーゼンゼーにも意識されている⁴²⁾。だが問題は、ここでいう「法」として、「憲法 (基本法)」よりも議会多数派が制定した「法律」が強調される点である。

このことは、GM 論において議会制民主政の擁護と、議会外政治活動に対する批判が強調されることと関連している。原則として、市民は議会 (多数派) の決定に従うべきとされ、その結果、議会外での直接行動の正当性が認められない結果となる。この文脈では、後述する市民的不服従論や構造的暴力論が、暴力を煽動するものとして槍玉にあげられている。また、GM 論は一定の歴史認識を前提とし、それによって正当化されているが、この点については後述する。

(2) 基本権保護義務論および警察介入請求権の承認

メルテンやイーゼンゼーは GM からのコロラリーとして、私人間の権利侵害に際し公権力が介入・保護の義務を負うことを一般論としては認め、いわゆる基本権保護義務論や警察 (ないし行政) 介入請求権を承認している⁴³⁾。イーゼンゼーいわく「暴力独占は根本的にアンビヴァレントである。一方の側では暴力独占は潜在的な加害者の防御権に限界を設定し、他方の側では潜在的な被害者の脅かされている基本権法益に対する保護義務を国家に割り当てる」⁴⁴⁾。ただしその際には公権力 (議会および行政) に広範な裁量が認められるため、公権力に大き

41) その他、Schwegmann 1987 など。

42) 参照、Merten 1982 : 40, Isensee 1982 : 25.

43) Merten 1975 : 66.

44) Isensee 1991 : 60.

な権限を与える結果となる⁴⁵⁾。

Ⅲ なぜ GM 論だったのか？ — 活性化の背景

前章ではメルテンやイーゼンゼーらによる GM 論を紹介した。それでは以下、なぜこの時期（1970 年代後半～80 年代前半）に、このような内容の主張が展開されたのかを考えたい。そのためにまず、第二次世界大戦の敗戦直後から 1980 年代初期までのドイツ（西ドイツ）の社会状況を確認する。そして異議申立行動を擁護した議論を概観した上で、イーゼンゼーらの議論と比較したい。

1、当時の社会状況⁴⁶⁾

(1) 1950 年代：国家の建て直しと伝統への回帰の時代

1945 年に敗戦を迎えたヴァイマル共和国は分割占領され、西側によって占領された地域はドイツ連邦共和国として再出発し、基本法を制定する。1959 年代の戦後初期は、国家の建て直しと伝統への回帰の時代といってよいだろう。1949 年にコンラート・アデナウアー（Konrad Adenauer）政権が発足して以降しばらくの間、基本的に CDU/CSU（キリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟）と FDP（自由民主党）中心の保守連立政権が続くこととなった。そこでは西側諸国の援助により、ドイツ民主共和国（旧東ドイツ）、そしてその背後にいるソビエトないし社会主義諸国と対抗する形で復興が目指された。その際、西ドイツでは反権威主義、反ナチスの運動が、学生を中心に、また、東ドイツから一定の支援を受ける形で登場した。当時のドイツではニュルンベルク裁判などにより、ナチス高官らの処罰やナチス関係者の公職追放などが行われたが、日本と同様、冷戦の影響により不十分なものに終わってしまう。こうして、ナチスに加担した者が少なからず社会に復帰し、復興に関与することとなった。また、当時の一定以上の年齢層の人々の中には、アイデンティティの拠り所を戦前のドイツに求める風潮も強かった。こうした傾向に反発を感じた学生などの青年層は、戦争

45) 例えば、Isensee 1983 : 37ff., Merten 1975 : 65.

46) 主として井関 2005、その他には、木村 2001、平島 1994 などを参照した。

責任の追及、そして大学に残る権威主義・非民主政の打破を目指す動きを少しずつ強めていった。また、西ドイツは東側に対抗する形で1955年にNATOに加盟したが、このような政策も学生や市民らに危機感を持たせる結果となった。その代表的な現れとしては、1960年に始まった大規模な復活祭デモなどが挙げられる。

(2) 1960年代：非常事態法制定に伴うAPOの高揚と挫折

1964年に極右のドイツ国民党が結成され、ナチズムの復活に市民が危機感を抱く一方、1965年にはベルリン自由大学を中心に、大学民主化などを訴える学生運動が活発化する。特に同年から始まったベトナム戦争の北爆は、その動きを一般と加速させた。この時期重要なのが、右派のCDU/CSUと左派のSPD（社会民主党）が大連立政権を組み、さらに、ナチスに関わったとされるクルト・ゲオルク・キーゼンガー（Kurt Georg Kiesinger）が首相の座に就いたことである。そして、この政権での最大の争点は「非常事態憲法」と呼ばれる基本法改正構想であった⁴⁷⁾。非常事態憲法に反対し、大連立の結果もはや議会に期待できないと考えた学生たちの運動は拡大し、APO（Außerparlamentarische Opposition：議会外反対派）と呼ばれるに至る。そして1967年、イラン国王訪問への抗議行動に参加した学生が警官に射殺された事件によりAPOはさらに活発化し、翌1968年、APOはクライマックスを迎える。ベトナム戦争でのテト攻勢やパリ5月革命、そして「プラハの春」などに刺激され、後のドイツ赤軍メンバーによる百貨店放火事件、学生運動の指導者ルディ・ドゥツケ（Rudi Dutschke）への襲撃事件などを挟みつつ、APOも攻勢をかけ、非常事態憲法反対デモなどが実施された。だが、労働組合の離反などもあり、法案修正はされたものの基本法は改正され、APOはひとまず挫折する。

(3) 1970年代初期～中期：APOの分解、「ドイツの秋」、そしてシュボンティ 非常事態憲法成立後、SPDがFDPと連立を組み、ウィリー・ブラント（Willy

47) Isensee 1969, 粕谷 1973、初宿 1981などを参照。

Brandt) 首班の内閣が始まる。全国的な運動としての APO は事実上解体したが、その参加者たちは様々な進路を歩む。その一つが、反ナチスの闘志であり、クリーンなイメージを持つブランド率いる SPD や公的機関などに職を得て体制内改革を目指す道であり、この動きは中国史になぞらえて「制度内への長征 (langer Marsch durch die Institutionen)」と呼ばれた。もう一つは、いわゆるシュポンティ (Sponti: 自発的行動派) と呼ばれる、若者による自発的で小規模な活動である。例えば、フランクフルトでは建造物占拠や市電の運賃値上げ反対闘争などが繰り広げられた。そして三つ目が、70 年に結成された RAF (Rote Armee Fraktion: 赤軍派) への参加であった。RAF は 70 年代前半の西ドイツで、銀行強盗をはじめ、出版社、米軍施設の爆破など、様々な「テロリズム」を繰り返す。そして 1977 年には、憲法判例としても有名なシュライヤー事件や航空機ハイジャックなどを実行し、後にこの時期は「ドイツの秋 (Deutscher Herbst)」と呼ばれることとなる。こうして RAF へはもちろんのこと、左翼運動に対しても猛烈な批判が浴びせられた。

それに加えて左翼に打撃を与えたのが、連邦政府およびブランド (州) 政府が 1972 年に決定した「過激派告示 (布告) (Radikalenerlaß)」であった。これはナチスや共産党など「過激派」運動に関与する者を公務員から排除するものであり、後に憲法裁判でも争われたが、左翼に深い傷を与えることになる⁴⁸⁾。デートレフ・メルテンの『法治国と暴力独占』が公表されたのはこうした時期であった (1975 年)。

(4) 1970 年代中期～1980 年代初期: 「熱い秋」——「新しい社会運動」の活性化⁴⁹⁾

政府の取り締まりなどによって RAF が沈静化した後、80 年代には「新しい社会運動」、すなわち環境や平和問題における市民運動が活性化。そのきっかけは、いわゆる NATO の「二重決定 (東側と軍縮交渉を進めると同時に、核ミサイルなどによって東側に対抗するという方針)」と、原子力政策の推進などであった。これに対し、APO の参加者などが中心となって様々な抗議行動が展開

48) 石村 2003、水島 1979、山岸 1998: 第 4 章など。

49) 高橋 (明) 1987、松浦 1986 など。

され、その中から「緑の党」が80年に結成される。80年には、ブロックドルフ原発に反対する大規模なブロックドルフデモが実施され、後に憲法裁判としても争われることとなった⁵⁰⁾。このような一連の動きは「熱い秋 (Heißer Herbst)」と呼ばれている。多様な形態の異議申立て運動が登場し、それを受けて社会意識も変化していったのである。そして82年、GMに関するイーゼンゼーの論稿が公表されたのだった。

2、異議申立行動の擁護論

本節では、メルテンやイーゼンゼーらがGM論を用いて批判した、異議申立行動⁵¹⁾を擁護する見解を紹介した上で、なぜこれらの見解に対する批判のためにGM論が展開される必要があったのかを検討したい。以下では、とりわけメルテンやイーゼンゼーから強い批判を浴びせられた議論として、構造的暴力論、抵抗権論および市民的不服従論を取り上げる。

(1) 構造的暴力論

構造的暴力論とはノルウェーの政治学者ヨハン・ガルトゥング (Johan Galtung) らを中心に組み込まれてきた「平和研究 (peace research, Friedensforschung)」で用いられる政治理論である。現在の平和研究の起源は第二次大戦前に遡るとされるが、戦後はまず東西冷戦を主たる研究対象とし (1950年代)、1960～70年代にはベトナム戦争など契機に南北問題などへ重心を移すようになった。1960年代後半からは構造的暴力論が登場し、また、西ドイツでも平和研究が盛んになり、異議申立行動へ少なからぬ影響を与えたとされる。それゆえ後述のごとくイーゼンゼーらからGM論などを用いて激しく批判されることとなった。ここではさしあたり、上述のGM論が批判対象としてしばしば引用するガルトゥングの論稿「暴力、平和、平和研究」を用いて構造的暴力論を概観したい⁵²⁾

50) BVerfGE 10, 89 [1985].

51) ここでは赤軍派などによる「テロリズム」ではなく、主に原発や核ミサイル配備などに反対する街頭デモや座り込みデモなどを指す。

52) Galtung 1971 : 55ff. (邦訳1以下)。なお、平和研究については、Senghaas 1971, 岡本 1999 : 286 以下、高柳 1987 : 173 以下、などを参照。

(以下、カッコ内の数字は、原著：訳書の頁数を示す)。

まず、暴力は次のように定義される。すなわち「ある人に対して影響力が行使された結果、彼が現実的に肉体的、精神的に実現しえたものが、彼の持つ潜在の実現可能性を下回った場合、そこには暴力が存在する」(57:5)。あるいは、暴力は「可能性と現実との間の、つまり実現可能であったものと現実が生じた結果との間のギャップを生じさせた原因」とであるとされる(58:6)。

したがってここでいう「暴力」には、一般に政治学で用いられてきた「暴力」以外のものも含まれる。例えば、典型的な暴力の特徴の一つとして、「暴力を行使する主体が存在すること」が挙げられる。だが、ガルトゥングの「暴力」には、「暴力を行使する主体が存在しない」ものも含まれる。ガルトゥングは前者を「個人的暴力(または直接的暴力)」と呼び、後者を「構造的暴力(または間接的暴力)」と呼ぶ(61-62:11)。そしてガルトゥングは、構造的暴力が存在する状態のことを「社会的不正義」も呼んでいる(63:13)。

これによって、社会を従来とは異なる形で分析することができる。すなわち「客観的に避けることができることが可能であるにもかかわらず人が飢えている場合、そこには暴力が存在する」といえるからである(63:12)。ここに存在するのが構造的暴力である。これによって、物理的暴力だけでなく、経済的・社会的な構造的暴力の存在を指摘することができ、またその対策を考えることもできる。

当時のドイツにおいて構造的暴力論は、例えば左派の政治学者であるヴォルフ＝ディーター・ナル(Wolf-Dieter Narr)により、当時の異議申立行動とそれに対する警察の対応の分析などに用いられている⁵³⁾。他方、法学とりわけ公法学者で構造的暴力論を用いた者は少なく、その一人であるエアハルト・デニングャー(Erhard Denninger)も、構造的暴力論が法解釈に直接に役立つわけではなく、社会に存在する暴力の動機や社会的背景の分析に資する、と述べるにとどまっている⁵⁴⁾。

53) Narr 1973: 15ff.

54) Denninger 1973: 273.

(2) 抵抗権論

抵抗権も市民的不服従も〈形式的には合法だが他の高次の規範に反する実定法規範に従わない〉という点では共通であるが、さしあたり戦後ドイツにおいては以下のように整理される。

まず「不法に対する抵抗」という意味での抵抗権 (Widerstandsrecht) は古来から議論されてきたし、戦後ドイツでは1956年の共産党違憲決定の際に憲法裁が言及している⁵⁵⁾。だが抵抗権が最も注目されたのは、当初は労組などの主張を契機とし、多くの紆余曲折を経た後、1968年の基本法改正 (いわゆる非常事態憲法の制定) 時に抵抗権が基本法20条4項として挿入されたことであろう⁵⁶⁾。学説では、「自由で民主的な基本秩序」を覆す明白な企図などが抵抗権行使の条件と考えられている⁵⁷⁾。しかしながら本条は、抵抗権の担い手が私人に限定されず、公権力もその担い手になりうると解釈しうる点、また、抵抗の対象が、従来の抵抗権論で想定される公権力に限定されず、私人による「下からのクーデタ」に対しても抵抗権が行使できると解釈されうる点などが、抵抗権概念の「倒立」として批判されている⁵⁸⁾。このような批判がある一方、異議申立行動を抵抗権によって正当化しようとする主張も存在したが、デモや座り込みなどの異議申立行動が基本法上の抵抗権の行使要件を満たすと論証するのは困難であった⁵⁹⁾。

(3) 市民的不服従論

そこで期待がかけられたのが市民的不服従 (ziviler Ungehorsam) であり、これも抵抗権と同様、不法な実定法規範に対しては不服従が許される、という考え方である。ただし一般には、国家秩序それ自体が危機に瀕する一種の極限状態で抵抗権が問題になるのに対し、市民的不服従はそれより手前の状態 (平時) での

55) BVerfGE 5, 85 [1956]. 芹沢1991、松浦1986。

56) 基本法20条4項「すべてのドイツ人は、この秩序を排除することを企てる何人に対しても、他の救済手段が不可能な場合には、抵抗する権利を有する。」

57) Hesse 1999 : Rdn. 313ff. (邦訳463以下)。

58) 影山1971 : 121。

59) Habermas 1985a : 82 (邦訳112)。

行使が問題になるといってよいだろう⁶⁰⁾。ここでは、市民的不服従を巡ってしばしば保守派と応酬を繰り広げたユルゲン・ハーバーマス (Jürgen Habermas) の議論を紹介したい。ハーバーマスは、市民は多数派によって制定されたあらゆる法令に服従する義務を負うという考え方を「権威主義的リーガリズム (autoritärer Legalismus)」と批判する⁶¹⁾。なぜならば「近代の立憲国家が市民に対して法律への服従を要求できるのは、合法的なものを正当と認め、またときには正当でないとして棄却できるような諸原理に、すなわち承認に値する原理に国家が依拠している場合に限られる」からである⁶²⁾。ハーバーマスはこのような論理で、デモをはじめとする各種の異議申立行動を市民的不服従という形で擁護したのだった。

3、異議申立行動への再批判

これらの主張に対しては、さらに以下のような再批判が加えられた。

まず、構造的暴力論に対し、イーゼンゼーは「内戦イデオロギー (Bürgerkriegsideologie)」と呼んで批判する⁶³⁾。というのも、完全な社会的平等が実現されていない現代は、構造的暴力論によると「平和」ではなく「内戦」状態として捉えられる。こうして社会的な不平等の撤廃を理由に、私人による対抗暴力 (Gegengewalt) が正当化され、現在の権力関係の転覆、つまり革命に至ってしまう、とイーゼンゼーはいう⁶⁴⁾。だが構造的暴力論の主唱者であるガルトゥングは、構造的暴力の撤廃のために暴力を用いることを明確に否定している⁶⁵⁾。また、前述のように構造的暴力論を引用するデニングァーは、確かに別の論稿では、実力を伴う抗議行動を政治的表現活動として位置づけ、その民主政に対する必要性を認めて基本法上の保護を認めようとする。例えば、流血を伴う抗議行動を否

60) 例えば、Dreier 1983.

61) Habermas 1985a : 91 (邦訳 124).

62) Habermas 1985a : 85 (邦訳 116 以下).

63) Isensee 1982 : 33. Vgl. Isensee 1983 : 19 (Fn. 39), Merten 1975 : 51ff., Merten 1982 : 43f.

64) エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデ (Ernst-Wolfgang Böckenförde) は構造的暴力概念を「戦争・革命概念 (Kriegs-und Revolutionsbegriff)」と呼んで批判している (Böckenförde 1978 : 18 (Fn. 16)).

65) Galtung 1971 : 83f. (邦訳 40).

定する一方で、交通妨害のような抗議行動を正当化しようとする⁶⁶⁾。なぜなら、社会に紛争は不可欠だからである⁶⁷⁾。しかし、デニングァーは構造的暴力論を暴力の社会的背景の分析のための道具として紹介しているのであり、対抗暴力を正当化するために取り上げているわけではない。

抵抗権について、イーゼンゼーらは行使の要件を国家が危殆に瀕するような極限的な場合に限定し、また、現状変革のために抵抗権を行使することは許されず、むしろ革命を防止することが抵抗権の目的であるとして、異議申立行動への参加者が法律違反に対する処罰を免れるために抵抗権を主張するのは誤りであると批判した⁶⁸⁾。

また市民的不服従に対しては、個々人が不服従の際に依拠する規範はどうしても主観的なものになりがちであって、このような主張を認めれば社会は混乱し、結局は一部の学者やジャーナリストなどといった「価値エリート (Werte-Elite)」⁶⁹⁾による多数派への専制に至るなどという批判が寄せられている⁷⁰⁾。

このように、特に構造的暴力論に対してはいささか過剰とも見える批判が行われているが、これは構造的暴力論が社会主義ないし共産主義の代替理論として捉えられたことが大きな原因と思われる。すなわち、経済的支配関係も「暴力」と定義されるならば、そもそも資本主義自体が暴力的な経済体制であるということになり、これは保守派にとっては耐え難い主張であっただろう。イーゼンゼーが構造的暴力論に関して「ネオマルクス主義的な傾向」⁷¹⁾と述べていることは、その意味で象徴的といえる。なお、ガルトゥングはマルクス主義的な政治経済分析に一定の評価を与えつつ、それとは独自のものとして構造的暴力論を位置づけているように思われる⁷²⁾。

1980年代前半にSPDから政権を奪還したCDU/CSUとFDPの連立政権は、

66) Denninger 1968 : 35.

67) Denninger 1968 : 28ff.

68) Isensee 1988 : 58, Isensee 1969 : 13ff., Kriele 1990, Merten 1975 : 59.

69) Kriele 1990 : 419ff.

70) Isensee 1988 : 59ff.

71) Isensee 1983 : 19 (Fn. 39).

72) 例えば, Galtung 1971 : 98 (Fn. 19) (邦訳 58 以下〔脚注 19〕).

いわゆる「暴力委員会」を設置し、法学、社会学、犯罪学、心理学などの研究者・実務家にドイツにおける暴力問題を調査・検討させた⁷³⁾。その内容は多岐にわたるが、興味深いのは社会学者が暴力概念の定義を検討した箇所である。すなわち、構造的暴力論については暴力概念を曖昧にするという理由で否定的評価を下す一方で、判例における暴力概念の「非実体化 (Entmaterialisierung)」ないし「精神化 (Vergeistigung)」—— 座り込みによる交通妨害など、人などに対し直接的に物理的暴力を行使しない行為も、刑法上の騒擾罪や強要罪における「暴力」に該当すると判断すること—— の問題性も (不十分ながら) 指摘している⁷⁴⁾。構造的暴力論のように経済的支配関係をも暴力と捉えるならば、国家はそこに (再分配政策などを以て) 介入せねばならない。他方、街頭の異議申立運動を暴力とみなして排除するならば、それは財産を持たない者から表現の場を奪う結果となるだろう。恐らく「構造的暴力論」と「暴力の精神化・非実体化」という、暴力概念の二種類の拡張において、実は体制選択、そして民主政の問題が擬似的に争われていたといえよう。

4、なぜ GM だったのか？

それではなぜ GM が 1970 年代後半から積極的に用いられ始めたのかを考えた。まずメルテンが著書を公表した 1975 年は、非常事態憲法反対運動で APO が挫折してから 7 年後であり、やがて「ドイツの秋」が始まる直前の時期であった。すでにこの時期には赤軍派によるビル爆破などの武装闘争が始まっており、私的暴力という脅威が比較的現実味を持って感じられていたことが予想される。また同時に、APO が社会正義などを根拠に議会批判を行なったことも、比較的記憶に新しかったと思われる。

「私的暴力」の激しさからいえば、80 年代前半は、まだその余韻は残るものの「ドイツの秋」は過ぎていた。だが他方、APO などの流れを汲む形で平和・環境運動が高揚した、いわゆる「熱い秋」が到来し、大規模なデモなどの形で、少な

73) Schwind/Baumann 1990a, 1990b.

74) Schwind/Baumann 1990b : 302ff. 近年の判例における暴力概念の「精神化」については、Sinn 2002 を参照。また、高橋 (明) 1987 (一) : 109 以下。

くともRAFよりは「穏健」かつ「合法的」な形での行動が繰り返られていた。イーゼンゼーが論稿で述べた問題意識をそのまま信じるならば、彼の問題意識は、私的暴力や「テロリズム」それ自体というよりも、実力を伴う異議申立行動が社会から一定程度受容され、正当性を獲得し、その結果、GMという近代国家の基礎が揺らいでいると感じたことにあると思われる。とりわけ、新左翼の理論的支柱になった（とイーゼンゼーが考える）平和研究の構造的暴力論に対して「内戦イデオロギー」⁷⁵⁾などと苛烈な批判を加えている点が、非常に注目される。RAFの「テロ」を正面から支持する声は少なく、それゆえ左翼は「ドイツの秋」において大打撃を受けることとなった。だが「熱い秋」はそれと異なる。原発などの環境問題、そして何よりドイツ国内に核兵器を配備するという政策は、ドイツの広範な層に危機感を与え、いわゆる「新しい社会運動」は支持と正当性を獲得することができた。イーゼンゼーを駆り立てたのは、恐らくこの点であり、それゆえ、左翼の理論的支柱である（とイーゼンゼーがみなした）構造的暴力論などを叩く必要があったのだと思われる。

ドイツ公法学における国家論の変化を検討したクリストフ・メーラーズ(Christoph Möllers)によると、戦後西ドイツ公法学は戦前に比べて国家論よりも法解釈や憲法裁の判例評釈に向かい、国家論の存在感は薄まる傾向にあった⁷⁶⁾。だが60年代後半から「ドイツの秋」などにかけて、国家論を再び用いようとする傾向が登場する。先述のいわゆる非常事態憲法はその流れの一つであり、ここでGMも「再発見」されたのだ⁷⁷⁾。

GM論は現在もなお「裁判を受ける権利」や「公権力の民営化の限界」などといった問題に際して用いられ続けているが、メーラーズが指摘するように、これらの具体的な憲法解釈論においてGMが決定的な役割を果たしているわけではない⁷⁸⁾。すなわちGMは抽象的な国家論としては受け入れているものの、個別

75) Isensee 1982 : 33.

76) Möllers 2008 : 31ff. 林 2005 も参照。

77) Möllers 2008 : 44ff., 65f., Möllers 2000 : 145f. なお、高橋明男はGM論を「旧傾向」ないし「シュミット＝フォルストフ学派」の特徴として整理している（高橋（明）1987（一）105-106）。

78) Möllers 2000 : Kap. 13.

具体的な憲法解釈ではほとんど意味を持たない。それにもかかわらず、GM がいまだ公法学の議論に（慎ましく）登場し続けているという点に、本稿は注目すべきと考える。

先に、異議申立行動を擁護する議論を紹介したが、これらの論者は GM 論に関してどのような姿勢をとっていたのだろうか。管見の限りでは、GM 論を元に主張される基本権制約を批判するものの、GM 論そのものを真正面からは否定しない、というのが GM 論に対する一般的な姿勢であったと思われる。市民的不服従に関してイーゼンゼーらを痛烈に批判したハーバーマスでさえ、GM が近代国家にとって重要な要素であることを否定しない⁷⁹⁾。

それではここでの対立軸が何であったのか。それは結局のところ、議会制定法にどこまで服従義務を認めるか（合法性だけでなくより高次の正当性も問題にするか）、どこまで実力を伴う異議申立行動を認めるか（抵抗権や市民的不服従の是非）という問題であったと思われる。これらはいずれも重要な論点ではあるが、GM それ自体を争うものではなかった。後述するがこの点からは、GM をその核心に置く「ドイツにおける近代国家の歴史的形成過程」という論理がドイツ公法学のあり方を規定する様子が伺える。

GM 概念は基本権（とりわけ集会の自由など）の制限と専ら親和的に思われるが、「裁判を受ける権利」との関係では、それとは違った一面を見せる（この点については後述する）。このことは、Recht（法＝権利＝正義）の観念につき、ドイツと日本の間に差異があることを明らかにしてくれる。そしてその差異は、権利救済に関する日独の議論にも違いをもたらししていると考えられる。この問題を考える手がかりとして、次章ではドイツ法学における「歴史」を検討したい。

IV 共通前提としての GM とその帰結

——「保護と服従の連関」について

以下ではまず、ドイツにおける近代国家の歴史的形成過程を確認する。より正

79) Habermas 1990（邦訳）、毛利 2008：50-51（脚注 24）も参照。

確にいえば「戦後ドイツ公法学のGM論において一般に共有されている、ドイツにおける近代国家の歴史的形成過程」である。その理由は、この「歴史」がドイツ公法学においてGMの規範的な正当化にしばしば用いられているからである。そこでは「暴力を伴う自力救済の禁止」「対内的平和の実現」「近代国家の成立」が一对のものとして観念され、その結果、GMが（近代）国家の前提条件として位置づけられる。基本法上に明文の根拠規定を持たないGM概念にとって「歴史」は重要な足場なのである。しかしながらこの「歴史」は、「平和義務」という形で基本権制限と結びつく一方、法が国家を拘束するという意味での法治国原理、そして「裁判を受ける権利」にもつながっていく。ここで鍵となるのが、暴力を伴う自力救済を歴史的をどのように評価するのか、という問題である。以下ではこの点に留意しつつ「歴史」を（極度に簡略化された形ではあるが）概観し、その上でそこから生じる Recht（法＝権利＝正義）の観念を検討していく。

1、ドイツ（公）法学における「歴史」——自力救済の禁圧と近代国家の形成⁸⁰⁾

(1) 中世ドイツにおける権利救済手段——自力救済と裁判

領域的な公権力が未成立の時代において、自己の利益を侵害された場合、その救済手段としては、自力救済が主たるものであった。自力救済はさらに、貴族など一定の身分の者だけに許されたフェーデ（Fehde：私戦）と、農民などにも許された血讐（Blutrache）に分けられる。これらには、相手に対する事前通告など一定のルールが存在していた。これらの他に、共同体による裁判も存在したが、訴え、応訴、判決の執行などは原則として当事者に委ねられており、結果として自力救済の性格を色濃く持つものであった。このような自力救済は、現在からは一見野蛮で恐ろしいものに思われるかもしれない。しかしこの当時、自力救済は各人が有する正当な権利と認識されていたのである。

80) ここでは主に以下の文献を参照した。Isensee 1983：26, Merten 1975：32ff., Scholz 1983, Schwegmann 1987. 比較的近年のものとしては、Becker 1995, Möstl 2002：5ff., Schmidt-Aßmann 2004：547ff. 法制史学などでGMを取り上げたものとしては Hesse 2003：621f., Stolleis 2004：578ff., Willoweit 1986：317ff. また、Reinle1515, 勝田 2004、村上 1979、山内 1993：228 以下なども参照。以下では特に参照頁を挙げることはしない。

(2) 自力救済の規制——「神の平和運動」と「ラント平和令」(10世紀末～15世紀)

フェーデが当事者以外の人々に及ぼす被害を軽減するため、この頃から、フェーデの時期や対象などを制限する、教会主導の「神の平和」(Gottesfriede)運動や、世俗権力が主導のラント平和令(Landfriede)の試みが登場する。だがこれらは、依然とした領域的な公権力の欠如などの理由から、あくまでフェーデの禁止ではなく、時期、場所、対象などに関する制限にとどまらざるを得なかった。

(3) 自力救済の禁止——「永久ラント平和令」(1495年～)

この時期になると、フェーデを原則禁止し、権利侵害に対しては裁判所の利用を義務づけ、犯罪者のみならず、犯罪者に対して自力救済を行った者にも刑罰を加えるという、永久ラント平和令(ewiger Landfriede)が、諸侯の協力を得て皇帝マクシミリアン1世により発せられた。同時に、平和令違反者を検挙・処罰するための機関として、帝室裁判所(Reichskammergericht)、帝国宮内法院(Reichshofrat)などが設立された。

とはいえ前述の通り、自力救済は各人が有する正当な権利であるという観念の存在、また、強力な公権力の未成熟さなどといった理由から、一朝一夕に平和令が実現したわけではない。だが、現在のドイツに当たる地域はGMの漸進的な実現を通じていわゆる近代国家への道を歩んでいった、とされる。

(4) 小括——Rechtの観念の変化

以上の「歴史」観における法観念の変化は、非常に大まかにではあるが以下のように整理できよう。すなわち、中世まで法はフェーデのような実力に裏打ちされた主観的権利の集合体だったのであり、それは人がつくるものではなく、発見・確認するものであった。すなわち、中世ドイツにおいて自力救済権は、主観的権利(subjektives Recht)であると同時に、その集合体が「良き古き法(gutes altes Recht)」といういわば客観法(objektives Recht)を構成していたのである⁸¹⁾。

81) 小貫1995:134、村上1971:17以下、92以下。ただし、村上1969:937も参照。

しかし、近世以降のドイツでは自力救済が原則禁止され、国営裁判所の利用が強制されていくことによって主観的権利と実力が切断されていった。さらにそこには人為の法＝制定法（君主の命令、議会制定法）が登場する。そこでは制定法を武器とする領邦君主の *Polizei*（行政）と、臣民の私権を保護しようとする帝国の裁判所との緊張関係が生じ、前者が後者を侵食しようとする⁸²⁾。

このように、自力救済の禁止などを通じ、自力救済権は主観的権利性を剥奪され、公権力——典型的には行政——の権限・義務という別の客観法（典型的には公共善（*allgemeines Wohl*＝公共の福祉））に置き換えられていった⁸³⁾。つまり、現代の権利救済制度は、権利救済に関する「主観的権利」の客観法化の上に成立しているといえよう。その結果、かつては可能であった自力救済が現代では禁じられ、いわば国営裁判所の利用が強制されているわけである。

だがここで留意したいのは、フェーデなどの主観的な自力救済権の残滓が私人の手元に一定程度残されたということだ。その一つが、民事訴訟における「訴権」である。この訴権をめぐる、19世紀のドイツ民事訴訟法学では論争が戦わされた。その際に重要な役割を果たしたのが、〈自力救済の国家による禁止と、その代償としての裁判〉という論理なのである。以下では、まずドイツの訴権論争を概観し、そこで何が争われていたのかを見ていきたい。

2、19世紀ドイツ民事訴訟法学における訴権論争

訴権とは「訴えによって裁判所の審判を受けられることを、民事訴訟制度の利用者側の権能としてみた場合に用いられる語。この権能の性質・内容をめぐる議論は、訴権論といわれ、古くから民事訴訟法の基本問題とされてきた」とされる⁸⁴⁾。19世紀ドイツにおける訴権論争は概ね以下のように整理できるだろう⁸⁵⁾。

82) 村上 1979 : 139。

83) 小貫 1995 : 134 以下、村上 1971 : 98。

84) 金子 2008 : 775。

85) 海老原 1991。参考文献も含め、伊東 1979、新堂 2008 : 230 以下も参照。

(1) 私法的訴権説 対 公法的訴権説⁸⁶⁾

当初、19世紀のドイツの民訴法学において、訴権（Klagerecht）とは実体的な私権に内在する機能であるとする「私法的訴権説」が説かれていた。それに対して登場したのが、いわゆる「公法的訴権説」であり、やがて私法的訴権説を通説の座から追い落とす。このことにより、私法上の性格を持つ実体的私権の名宛人が私人であるのに対し、公法上の性格を持つ訴権の名宛人は公権力である、と主張されるに至った。言い換えれば、訴権とは、公権力である裁判所を通じて自己の実体的私権を主張する権利である、という論理が確立されたのである。

(2) 抽象的訴権説 対 具体的訴権説（権利保護請求権説）⁸⁷⁾

さらに、公法的訴権論は大きく二つに分かれて対立する。第一が、訴権とは裁判所に対して何らかの判決を求める権利であるという「抽象的訴権説」であり、第二に、裁判所に要求する判決に何らかの具体的内容を盛り込もうとする「具体的訴権説」である。そして後者の代表が、訴権とは、裁判所に自己の権利保護を求める権利であるとする「権利保護請求権説」である。権利保護請求権説には、次のような痛烈な批判が加えられた。すなわち——裁判所の判断によってはじめて、どの当事者に権利があるのかが明らかになる。したがって、結論が出る前に保護されるべき権利があるというのは背理である。権利保護請求権説は原告の単なる希望の表明に過ぎないのであり、そもそも権利の名に値しない——。これに対しては——法廷で上手く喋れさえすれば勝訴できるというのは、正義の否定に他ならない。そして、裁判官は恣意的な裁判は許されず、あくまで法に拘束されることを訴権は要求するのだ——という権利保護請求権説からの反論が展開された。ここでは、裁判所という第三者によって自己の運命が決められてしまうことに抵抗しようとする「権利既存の観念」と、もはや、いくら自分が権利を持つと信じていても、法廷で上手く主張できなければ権利があるとは認められない事実を受け入れようとする「反・権利既存の観念」が衝突した、ということができよう。

86) 海老原 1991：5 以下。

87) 海老原 1991：22 以下。

(3) 訴権論争から見えるもの——「思想としての訴権論」

以上の訴権論においては、パウル・ラーバント (Paul Laband) らをはじめとする公法学説が重要な役割を果たしたことが注目される⁸⁸⁾。そこで鍵となったのが〈私人の自力救済を原則禁止した国家は、その代償として裁判を提供し、権利を救済する義務を負う〉という論理であった。すなわち、国家は白紙の状態から設立されたのではなく、その前段階があり、そこで私人は自力救済の権利を持っていた、だからこそ、国家が暴力を独占し、自力救済権をいわば収用したことへの補償として、裁判を受ける権利が公権として保障され、正当な実力を独占した公権力(とりわけ裁判所)をも拘束する、とされる。

ラーバントいわく、裁判に関して国家の任務は個人の私法上の法関係や私権の内容を積極的に形成することではない。「むしろ国家の任務は、国家に服従する諸個人に権利保護を与えること、すなわち国内の平和(Landfrieden)を維持すること、自力救済を排除すること、そして、その代わり国家権力によって個人に自らの諸権利を得させること、にのみ存在する。この任務の遂行を国家は自己の義務として承認し、そしてここからは、国家による権利保護の保障が必要である限り個人はそれを要求する権利を持つ、という帰結が生じる」⁸⁹⁾。

このような論理は、公法的訴権説および権利保護請求権説に理論的基盤を提供することになる。結局のところ訴権論で争われていたのは、一旦武装解除された私人が、裁判所という公権力が持つ裁量をどこまで拘束できるかという問題であった。それは「法解釈学としての訴権論」のみならず、「思想としての訴権論」⁹⁰⁾でもあったといえよう。そして当時の公法学者は、このような国家と市民のあり方を——メルテンやイーゼンゼーの「法治国」とはいささか異なる意味での——「法治国」の条件の一つと観念していたのである⁹¹⁾⁹²⁾。

少し長くなるが、当時のドイツで公法のみならず民事訴訟法の研究者でもあつ

88) 海老原 1991 : 28 以下、40 以下。なお、山本 1989 : (二) 396 以下も参照。

89) Laband 1913 : 372 (強調原文)。Schmidt 1898 : 1, Schmidt 1906 : 1 も参照。

90) 樋口陽一の「思想としての保護義務」から着想を得た(樋口 2010 : 262)。

91) 海老原 1991 : 56 以下、72 以下、山本 1989 : (一) 184、(二) 396 以下。

92) なお、現在のドイツ民訴法学において自力救済の禁止に言及するものとして、Jauernig 2007 : 1, Rosenberg 2004 : 2f.

た、リヒャルト・シュミット (Richard Schmidt) の言葉を引用しておきたい。

「一方で訴訟法は、一部は暗黙のうちに私法上の諸関係を参照して、また一部は明示的に特定の状況を強調することを通じて、特定の諸個人に判決および執行による保護の配分を限定しつつ、他方では、これらの諸個人に所与の条件下で判決および執行を求める確実な権利を根拠づける。この判決と執行は国家の自由な意思に委ねられるのではなく、訴訟法上の規定によって国家に課された義務の内容なのである。国家は、誰でも利用できる権利保護制度、すなわち民事司法を組織し、一般的な法命題によってその発動のための事実条件を定めたその瞬間に、独断的な自力救済を抑圧した代償として、上記のような義務を引き受けるのだ」⁹³⁾。

「国家と市民の間の義務関係は民事司法の領域において国家と市民の間の以下のような関係の特別な適用を表現したものに他ならない。すなわち、国家に特定の市民への給付を課し、あるいは市民に国家のために給付および制限を課すような、法治国関係 (Rechtsstaatsverhältnis) の名で総括される関係である。……それ〔法的な絆〕は、法的に設定された限界内において個々の市民に対し、国家への納税・兵役の遂行や刑罰・警察強制の受忍を義務づけるのと同じ意味において、国家に対しては、確かに法的な条件が満たされる場合にのみではあるが、しかし法律上の義務に基づき、市民へ権利保護を付与するように拘束するのである」⁹⁴⁾。

3、「保護と服従の連関」と「裁判を受ける権利」

(1) 「裁判を受ける権利」

さて、ここで想起したいのが、エバーハルト・シュミット＝アスマン (Eberhard Schmidt-Aßmann) らが GM 論を紹介し、それと関連づけて憲法上の出訴保障 (Rechtsweggarantie) や司法行為請求権 (Justizgewähranspruch) などといった、いわば日本でいう憲法上の「裁判を受ける権利」を説明している点であ

93) Schmidt 1898 : 18 (強調原文)。

94) Schmidt 1898 : 19 (強調原文)。

る⁹⁵⁾。公法学から民訴法学に影響を与えた〈自力救済の国家による禁止と、その代償としての裁判〉という論理、そして「思想としての訴権論」は、現在の公法学においても生き続けているのである。

なおこの点、戦後ドイツの裁判例で最初にGMという言葉が登場するのが、「テロ」や異議申立行動に関する事件ではなく、連邦憲法裁判所のいわゆる「上告拒否」決定（1980年）であったことは興味深い⁹⁶⁾。本件は、対象が一定金額以下の軽微な民事事件に関し上訴を制限した改正民事訴訟法に対する憲法異議であり、憲法裁は改正民訴法について、勝訴の見込みのある上訴を裁判所は却下できないという憲法適合的解釈を行った。本決定の中で憲法裁は次のように述べている。「私人間における権利要求の独断的・暴力的な実現を拒絶することは、法治国性（Rechtsstaatlichkeit）の一つの中心的な観点である。当事者たちは裁判所への道を指示される。そこで当事者らは、秩序づけられた訴訟において自らの紛争に非暴力で決着をつけ、拘束力を持った決定を獲得することになっている。裁判権には、国内的な暴力禁止と国家の暴力独占がはっきりと現れているのだ」⁹⁷⁾。憲法裁がGMに言及したのは、法治国においては自力救済ではなく裁判によって紛争が解決されねばならず、したがって裁判手続に関するルールが重要であることを説くためであった⁹⁸⁾⁹⁹⁾。

95) Schmidt-Aßmann 2003 : Rdn. 16ff. Vgl. Maurer 2009 : 538f., Papier 1989 : Rdn. 1ff., Schmidt-Aßmann 2004 : 541ff. 裁判を受ける権利につきドイツと日本を比較したものとして、片山 2007、笹田 1993。また、石川 2009 : 161 以下も参照。

96) BVerfGE 54, 277 [1980]. ドイツの法律データベース“JURIS” (<http://www.juris.de>) による検索結果。

97) BVerfGE 54, 277 (292).

98) ただしここでGMは、直接的には「裁判を受ける権利」に関してではなく、裁判に関するルールには明確性が必要であり、その解釈には限界があることを述べる文脈で用いられている。すなわち、憲法適合的解釈には限界があるということである。最終的に憲法裁は、本件での憲法適合的解釈は解釈の限界を超えていないと結論づけている。

99) 本判決とGMの関係につき、Pieroth 2010 : 57. なお、ピエロートは憲法裁が裁判所による権利保護の説明に際してGM概念を用いたことに批判的であり、このような論点で重要なのはGMよりも基本法19条4項などであると述べている（Pieroth 2010 : 60）。

(2) 「保護と服従の連関」

他方、イーゼンゼーやメルテンらがGMから導いた帰結として目立つのは、基本権——とりわけ異議申立行動で問題となる集会の自由など——の制限を、「平和性の留保」「暴力禁止」「平和義務」などの論理で正当化することである。

このような主張を支えるのが、自然状態において人間は人間に対して狼であり、その状態を脱するために国家が設立されたのだ、という「ホブズ主義 (Hobbesismus)」¹⁰⁰⁾的な社会契約論である。その特徴は、カール・シュミットの言葉を借りれば「保護と服従の永遠の連関 (ewige Zusammenhang von Schutz und Gehorsam)」¹⁰¹⁾と表現できるだろう。

近代国家は宗教戦争の克服のために登場したという事¹⁰²⁾実的な歴史認識から、内戦を望まない者は対内的平和の保障として主権国家を希求せねばならないという規¹⁰³⁾範的な帰結を導くような考え方を、ゲールク・ハーフェアカーテ (Görg Haverkate) は、ある種の皮肉を込めて「内戦症候群 (Bürgerkriegssyndrom)」¹⁰²⁾と呼んでいる。イーゼンゼーが内戦 (典型的には宗教戦争) を「原トラウマ (Urtrauma)」¹⁰³⁾と呼んでいることは、その典型例といってよいだろう¹⁰⁴⁾。

一見すると、GMから「裁判を受ける権利」を導く論理と、「基本権の制限」を導く論理は遠く隔たっているように思われる。しかしながら後者の論理も、実はある種の「保護と服従の連関」の上に成立していることは見逃せない。すなわち、「裁判所を通じての権利救済」という「保護」が、「自力救済の自制」という

100) Habermas 1985b : 107ff. (邦訳 146 以下)。

101) Schmitt 1963 53 (邦訳 276)。なお、イーゼンゼーは「保護と服従の連関 (die Konnexität von Schutz und Gehorsam)」(Isensee 1989 : 714)、デニングーは「『保護と服従』、すなわち市民の法的服従と国家の保護義務の根本的な連関 (grundlegende Zusammenhang von >protection and obedience<, von bürgerlichem Rechtsgehorsam und staatlicher Schutzpflicht)」(Denninger 1990 : 437) と表現している。

102) Haverkate 1992 : 26, 33。また、ハーフェアカーテはそのような見解の論者を「内戦理論家 (Bürgerkriegstheoretiker)」と呼んでいる (Haverkate 1992 : 33)。

103) Isensee 2004 : 44。

104) ハーバーマスは、ナチスによる政権奪取がドイツにおける「トラウマ」であること、そして保守派にとって戦後の異議申立運動はこの「トラウマ」を想起させるがゆえ、規制すべきものに見えることを指摘する。Habermas 1985b。異議申立運動をワイマール期のナチスになぞらえるものとして、Kriele 1990 : 425。

「服従」の条件になっている点では同じである。そして他方では恐らく、イーゼンゼーでもある種の「思想としての訴権論」を受け入れているといつてよい。

すなわち、GM という論理が直接に意味するのは、国家が正当な暴力行使を独占することと、私人が原則として暴力行使を禁じられることだけである。GM という論理を純粹な形で突き詰めるなら、国家は私人の活動を圧倒的な暴力によって一方的に規制する国家——さしあたり「権威的治安国家」と呼んでおく——へと至りうる。しかしながらイーゼンゼーらの主張はそうではない。彼の論調は街頭での異議申立行動に対し強硬な姿勢で臨むというもので、どうしてもそちらに目が向いてしまうのだが、他方で彼は基本権保護義務論や警察介入請求権も GM のコロラリーとして示している。無論、保護義務論などにおいては、街頭で暴力を行使する市民から他の市民を国家が保護することが主として念頭に置かれてはいる。しかしながら他方で、保護義務などが立法府や行政府の裁量を一定程度拘束することもまた、イーゼンゼーは認めている。つまり、イーゼンゼーの主張における国家は、完全な「権威的治安国家」にはなりきれていない。

この「権威的治安国家へのなりきれなさ」こそが、ドイツ（公）法学における GM 論の特徴ではないか、と本稿は考える。この点について以下では一つの仮説を提示するが、ここでの鍵になると思われるのが、近代国家によって禁圧された自力救済である。すなわち、もしフエーデのような自力救済が全く正当性を持たないものであれば、国家がそれを禁止することは当然であり、本来その代償は必要ないはずである。しかしながらドイツ法学において〈自力救済の国家による禁止と、その代償としての裁判〉という論理、そして「思想としての訴権論」が今もなお生き続けているのはなぜだろうか。恐らくその理由に関する手がかりは、中世のフエーデや血讐の「機能は、不法な自力救済ではなく、不法に対する償いや補償、法の回復である」¹⁰⁵⁾というメルテンの言葉にあると思われる。すなわちここに表現されているのは、自力救済を一つの正当な法制度として認める姿勢ではないだろうか。そしてこの姿勢を突き詰めた一つの形が、「権利のための闘争」を、権利者自分自身と国家共同体に対する義務でもあると捉えたイエーリングで

105) Merten 1975 : 33f. (傍点岡田)

あろう¹⁰⁶⁾。無論、イエーリングが生きていた当時もこの論理がそのまま社会に通用するわけではなかっただろうし（だからこそ『権利のための闘争』が書かれる意味があった）、まして現代においてはなおさらである。だが〈各人が Recht（法＝権利＝正義）の担い手であり、その実現は権利であると同時に義務でもある〉という法観念は建前であれ現在もなお存在しており、この法観念が GM から〈自力救済の国家による禁止と、その代償としての裁判〉という論理、そして「思想としての訴権論」を導いているのではないだろうか。ただし上述の通りこれは一つの仮説であり、詳しい論証は今後の課題としたい。

V おわりに ― 現代の日本公法学への示唆

1、戦後日本の訴権論と法観念

ドイツ法学が以上のような法観念を持つとした場合、日本の法学はどのような法観念を持つといえるだろうか。ドイツと同じく、民訴法学の訴権論から考えてみたい。

戦後日本の民訴法学の訴権論では、兼子一により、訴権とは裁判所に本案判決を求める権利であるとする、本案判決請求権説が説かれ、通説化したとされる。とはいえ、現在は、訴権を論じても具体的な民訴法解釈論にはあまり意味がないという「訴権否定説」が説かれるなど、日本の民訴法学において訴権論は一時期に比べ熱を失っているとされる¹⁰⁷⁾。

ところが 1980 年代、訴権論が別の法分野、すなわち西洋（とりわけドイツ）法制史学によって取り上げられたことがあった。まず、村上淳一が『「権利のための闘争」を読む』（1983 年）において、この問題を取り上げ、日独における訴権論の違いは何に由来するのか、と問うたのである。さらに、海老原明夫も 1990 年代初頭にこの問題を取り上げている¹⁰⁸⁾。

106) Jhering 1925: 19f. (邦訳 49). なお、村上 1979: 16 も参照。ただしこの論理の場合、自力救済の担い手、すなわち Recht の担い手は「自力救済を実行できる実力・身分の有無」などによって限定されることになる。だからこそ〈強者と弱者の間で平等を実現するために GM が必要なのだ〉という主張が登場するわけである (Kriele 1983: 135f.)。

107) 坂原 2004: 350 以下。

海老原いわく、戦後の兼子が念頭に置く「紛争解決」とは「規範的色彩を払拭した、一種の即物的観念」であり、「国家によって与えられる紛争解決が法的な紛争解決であることすらも、決して内在的・必然的な要請ではない。国家によりなされる回答がたまたま『法律的な』判決のかたちをとる、という偶然的・外在的な事情からして、当事者の主張も法的な『請求』という形態を採るにすぎない」とされる。

兼子は訴権論においていわゆる本案判決請求権説を説くにあたり、「法的平和の維持」を民事訴訟の目的として据えて抽象的訴権説を唱えたドイツ民訴法学者、ハインリヒ・デーゲンコルプ（Heinrich Degenkolb）を参照している。一見するとこの議論は兼子の見解によく似ている。ところが、海老原によるとそうではない。いわく「デーゲンコルプにとっての訴訟とは、まさに『権利のための闘争』の場である。この闘争は当事者にとって倫理的に不可避なものであり、その際に当事者は自分だけの利益主張をするのではなくて、権利一般・法一般の存在をかけて争うのである」。「判決が下される前でも、さらには国家法の規制が敷かれる前でも、人々は権利を行使し、法を主張して生活している、というのが、ドイツの民事訴訟法学者にとって当然の前提だったのである。兼子一によって提唱され、我国の学界に強力な影響を及ぼしている紛争解決説は、ドイツの法伝統とは決定的に異質な発想法に立脚したものである」という。

また、海老原の見解に大きな影響を与えたと思われる『「権利のための闘争」を読む』において、村上いわく、ドイツの民訴法学説が「民事訴訟を実力闘争の代替物と解する」¹⁰⁹⁾のに対し、日本の民訴法学説（特に兼子一）は「本来可能であった実力行使の代替物という考え方を正面に打ち出さず、実力行使の禁止を前提として、当事者の『不便不安』を除去するために国家が裁判所を設け当事者にその利用を許すものだ、と説いている」¹¹⁰⁾。このようにヨーロッパでは「実力に

108) 海老原1990。以下の引用部分は、海老原1990（その三）：14以下。その中で主として参照されているのは、兼子1957：112、113、Degenkolb 1877：29、33、35。なお、この海老原論文は、笹倉1985で提起された村上への批判に対する、やや形を変えた応答になっている。また、海老原1991：5以下、も参照。

109) 村上1983：47。

110) 村上1983：48（傍点原文）。

よって裏づけられていない権利は権利ではないという、長い伝統」があるのに対し、日本では「基本的人権を『天賦人権』としか教えられていない。基本的人権の前国家性・不可侵性は、天から与えられたものとして理念的に説かれるだけで、君主が力を伸ばす以前から家長各自の実力によって実現されていた権利の歴史的な前国家性によって説明されることがないのです。……力がなくとも権利を守ってもらえるというのは、たしかに幸福な状態であり、近代国家のあるべき姿だと思いますが、それだけでは、伝統に根ざした近代ヨーロッパの権利観念・法観念は理解できない」¹¹¹⁾。

近年の日本にも「自力救済の禁止」という論理を使って、民事訴訟制度や「裁判を受ける権利」を説明する民訴法¹¹²⁾や憲法の学説¹¹³⁾は存在する。だが海老原や村上の指摘が正しいとするならば、一般的に日本の法学で〈自力救済の国家による禁止と、その代償としての裁判〉という論理が受け入れられているか疑わしいといえよう。ただし、これらの指摘が兼子以外の民訴学説にも、そして日本の他の法分野にも広く当てはまるかに関しては、他日の検討に期したい¹¹⁴⁾。

2、「国家からの自由」

最後に、以上の議論が日本の公法学に対していかなる意義を持つのかを考えた

ドイツ法学に関する仮説として述べた〈各人が Recht の担い手であり、その実現は権利であると同時に義務でもある〉という法観念は、〈自らの権利救済のためにイニシアティヴを行使しない者は、泣き寝入りするしかない〉という、いささか酷な帰結をも含意する。結局のところ、以上の問題では、法の観念、および法の担い手である社会構成員の人間像が問われることになる。ドイツのような「前国家的な自力救済権」という観念が存在しない、もしくは弱い国家において GM 論を主張することは、国家の拘束・統制にはつながらず、住民のプライ

111) 村上 1983 : 84 (傍点原文)。

112) 上原ほか 2006 : 16。

113) 石川 2008 : 45-46、笹田 1995 : 173、高橋 (和) 2010 : 282、樋口 2007a : 271 など。

114) 村上 1983 : 補講、も参照されたい。

ヴァシー保護の名目でビラ配布に対する規制を正当化するような結果を招くことが予想される。日本でGM論を直接的に憲法解釈論へ持ち込むべきではない、というのが現時点での本稿の見解である。

それでは日本の法学、とりわけ公法学においてGMは全く無用な論理なのだろうか。仮に日本でGM論に意味があるとすれば、それは以下のようなものであると思われる。すなわち、シュミット＝アスマンらは「思想としての訴権論」に見られるように、暴力を独占した国家を法（とりわけ憲法）で拘束しようとする意味での「法治国」ないし「憲法（立憲）国家（Verfassungsstaat）」の論理を導いている¹¹⁵⁾。メルテンらの「法治国」論が〈法律（議会制定法）への私人の服従〉を導くのに対し、こちらの「法治国」論はいわば〈憲法への国家の服従〉を導くわけである。後者は「立憲主義とは、暴力手段を剥奪された国民が、正当な暴力独占者である国家権力をコントロールするという、本来的にアクロバティックな試みであり、維持できるだけで奇跡的」である¹¹⁶⁾というリアリストティックな認識に基づくものと評価できよう。ボードー・ピエロート（Bodo Pieroth）はGMを、経験的、法理論的、そして憲法解釈的という三つの観点から分析している¹¹⁷⁾。本稿はこれを参考にして、GMを「事実としてのGM論」と「規範としてのGM論」に分けて考えてみたい。イーゼンゼーらは「事実としてのGM論」から「規範としてのGM論」を直接的に導出して法解釈に用いようとするのに対し、シュミット＝アスマンらは「規範としてのGM論」の重要性を認めつつも、「事実としてのGM」が市民にとって脅威であることを重視し、法による公権力の拘束を重視するといえる。ここには憲法学が「国家による自由」（ないし「国家による安全」）の意義を認めつつも、「国家からの自由」を重視すべき理由が示唆されているように思われる¹¹⁸⁾。

115) Schmidt-Aßmann 2004, Stolleis 2004 : 583ff.

116) 毛利 2001 : 54。このことを考えれば、長谷部のいう「国家による自由」は「きわめてトリヴィアル」な事柄ではないだろう（長谷部 2006 : 129。高見 2010 : 24 も参照）。ここには、憲法学が「国家からの自由」に執着すべき理由が示唆されていると思われる。

117) Pieroth 2010 : 57ff. またピエロートは、ヴェーバーにとってGMを含む国家概念は規範的な概念ではなく、あくまで歴史的記述であったこと、そしてヴェーバーの国家概念を規範化した代表者がイーゼンゼーであることを指摘する（Pieroth 2010 : 53ff.）。なお、Isensee 1991 : 55 も参照。

日本の憲法学では「国家からの自由」こそが基本権の基本形であり、憲法は国家を拘束するものである、という命題を所与の前提としつつ、いわばそこからの「例外」として「国家による自由」、そして私人間効力を検討する、という考え方が一般的のように思われる。だが、日本が基本権論を参照するドイツにしるアメリカにしる、「国家からの自由の重視」と「憲法は私人を直接には拘束しない」という論理は、多分に歴史的背景の下に形成されたものである。それゆえ、日本では「なぜ『国家からの自由』なのか」「なぜ日本国憲法は第一次的に、私人ではなく国家を拘束するのか」という問いを考える際の素材として、「事実としてのGM論」が役立つ可能性はある¹¹⁹⁾。

この点で想起したいのが、「近代立憲主義とは、国家権力を拘束し、国家が独占する巨大な実力を特定のしかたでのみ行使させようとする法原理にほかならない」¹²⁰⁾など、日本でGMの意義を指摘してきた数少ない憲法学者の一人、樋口陽一である。以下、少し長くなるが樋口の文章を引用したい。「権力の裏づけを得てサンクションされる社会規範を法……とよぶならば、およそ国家に権力が集中している社会では……しばしば『前国家的権利』とよばれているものにしても、それが権利でありえているのは国家法によって規定されているからであり、また、それを援用して実定法上の法的保護を求める国民は、なんらかの国家機関（普通は裁判所）の最終的判定に服さざるをえない。しかし、にもかかわらず国家法による国家権力の拘束という定式が実質を持ちえたのは、アンシャン・レジーム下で主張されたかつての自然法が、一方では国家法の規範内容として吸収され、他方、市民のがわの権力批判的精神態度、国家を悪——少なくとも必要悪——とし

118) 西洋史家の服部良久の以下の指摘も参照。「総力戦としての『戦争』は、国家が国民を武装解除し、武器と武装暴力を独占的に管理した後に、国民徴兵軍を動員しておこなうのである。幸いなことに中世世界にそのような条件はなかった」(服部 2006 : 310)。またハーフェアカーテは、近代国家は内戦克服のための制度であるが、国家権力の掌握をめぐる争いから内戦が生じることもあり、そこに近代国家の危険性がある、と指摘する (Haverkate 1992 : 32)。

119) 近年日本で話題となっている「三段階審査論」の成否は、いわゆる「配分原理」——原則としての自由／例外としての制限——を裁判所や社会が受け入れるか否かに大きく依存すると思われる (小山 2010 : 12 以下、松本 2011 : 35 以下など)。GMの検討はもしかすると、そのような原理的問題を考える際にも有益かもしれない。

120) 樋口 1973 : 152。

て見る精神的伝統となって……国家法を支えるものとして伏流したからであった」¹²¹⁾。GMを基礎とする近代国家は圧倒的な力を持つがゆえ個人にとって脅威であり、にもかかわらず個人が国家を必要とするというアンビバレントさを受け止めた上で、国家を「必要悪」¹²²⁾と捉え続ける（いささか困難な）姿勢が「国家からの自由」の核心なのではないだろうか¹²³⁾。

ここで冒頭の問いに戻ると、(ア) ドイツ公法学は自力救済禁止の代償として「国家による安全」を位置づけており、(イ) その論理は、中世において正当なものとして広範に認められていた自力救済を徐々に制限し・奪っていく、いわゆる「近代国家」の形成過程においてつくられていった、といえる。

そして(ウ) 今後の公法学が「国家による安全」を憲法解釈上ないし憲法理論上、どのように位置づけるべきかについて筆者はまだ適切な回答を持っていないが、さしあたりここでは以下のことを述べておきたい。樋口がドイツの公法学者ゲオルク・イエリネク (Georg Jellinek) を引き合いに出してドイツ公権論における権利保護請求権の重要性を強調していること¹²⁴⁾、また別の箇所ではイエーリングの『権利のための闘争』を引きつつ、「強い個人」(ヨリ正確には「強者であろうとする弱者」) への志向を——様々な留保をつけつつも——説き続けていることは重要と思われる¹²⁵⁾。繰り返すが、「立憲主義とは、暴力手段を剥奪された国民が、正当な暴力独占者である国家権力をコントロールするという、本来的にアクロバティックな試みであり、維持できるだけで奇跡的」である¹²⁶⁾。それゆえ、正当な暴力を独占して中間団体を粉砕する強大な国家は、専ら「国家による安全」を求める受け身の個人ではなく、自己の権利 (Recht = 法 = 正義) のために闘う個人でなければ統制できない、言い換えれば、究極的には自力救済を厭わない人々こそが、「国家による安全」を安全に享受できる、ということになるのかもしれない¹²⁷⁾。だが、(時に峻厳である) このような命題を、日本で憲法理

121) 樋口 1973 : 154 (傍点原文)。

122) なお、Schmitt-Glaeser 1992 : 174f. も参照。

123) 渋谷 2007 : 135 も参照。

124) 樋口 2007 : 89 (脚注 10)、笹田 1995 : 173、高橋 (和) 2010 : 282。

125) 樋口 2007 : 54 以下。

126) 毛利 2001 : 54。

論上ないし憲法解釈上受け入れるべきかについては、今後の検討課題としたい。

最後に、以下の結論を述べて本稿を締めくくりたい。近代国家において、個人は原則として自力救済を放棄するのと引き換えに国家による権利保護を受けることになった。だが恐らくドイツでは、そのシステム（裁判に限らず、立法、行政も含む）を適切に機能させるために、「個人は究極的には法と自分の権利を自分で守る」という Recht の観念（あるいは「神話」）が重要な役割を果たしている可能性があり、今もなおドイツにおいて法学文献に慎ましく登場する GM 概念は、そのことを我々に示唆してくれるのである¹²⁸⁾。

参考文献

邦語文献

- 赤坂正浩（2003）「基本法8条の集会の自由と集会法による規制」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』
- 石川健治（2008）「隠蔽と顕示」法教 337 号
- 石川健治（2009）「自由概念の比較史とその現代的位相」比較法学 42 巻 2 号
- 石村修（2003）「公務員と憲法忠誠」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』
- 井関正久（2005）『ドイツを変えた68年運動』
- 伊東乾（1979）「訴権」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔初版〕』
- 上原敏夫ほか（2006）『民事訴訟法〔第5版〕』
- 海老原明夫（1990）「紛争解決と訴権論（その一）～（その三）」ジュリ 958 号、960 号、961 号
- 海老原明夫（1991）「公権としての権利保護請求権」法協 108 巻 1 号
- 岡田健一郎（2008）「日本公法学における『警察』についてのメモ」一橋法学 7 号 2 巻

127) 樋口の次の発言も参照。「およそ *res publica*, *public matter* に関心を持たないような人間も憲法は許容する。したがって、ただ乗りの自由を憲法は提供する。しかしただ乗りの人間が人口の何パーセント以上を超えると、その公共社会は維持できなくなる、という非常に難しい緊張関係を憲法自身が提示している」（樋口 2005：202）。

128) 本稿ではほとんどドイツの裁判例を取り扱えなかった。また本稿の論証、とりわけ法制史学に関する部分は不十分である。両者は引き続き今後の課題としたい。

- 岡田健一郎(2009)「いわゆる“Gewaltmonopol”について」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』
- 岡本三夫(1999)『平和学』
- 小貫幸浩(1991)「近代人権宣言と抵抗権の本質について」早稲田法学会雑誌 41巻
- 影山日出彌(1971)「西ドイツにおける国家緊急権」(初出1968年)『憲法の原理と国家の論理』
- 粕谷友介(1973)「西ドイツ緊急事態憲法の制定過程(一)～(六・完)」上智法学論集 17巻1号(1973年)、17巻2号(以下、1974年)、17巻3号、18巻1号、18巻2号(以下、1975年)、同3号
- 片山智彦(2007)『裁判を受ける権利と司法制度』
- 勝田有恒ほか編(2004)『概説西洋法制史』
- 兼子一(1957)『實體法と訴訟法』
- 金子宏ほか編(2008)『法律学小辞典〔第4版補訂版〕』
- 木村靖二編(2001)『新版 世界各国史 13 ドイツ史』
- 国松孝二編集代表(2000)『小学館 独和大辞典〔第2版〕コンパクト版』
- 栗城壽夫(2003)「ヨーゼフ・イーゼンゼーの憲法理論」ヨーゼフ・イーゼンゼー(ドイツ憲法判例研究会編訳)『保護義務としての基本権』
- ディーター・グリム(2007)(大森貴弘訳)「国家の暴力独占」比較法学 40巻3号
- 駒村圭吾(2011)「国家なき立憲主義は可能か」ジュリ 1422号
- 小山剛(1998)『基本権保護の法理』
- 小山剛(2007)「陰画としての国家」(慶應義塾大学)法学研究 80巻12号
- 小山剛(2008)「憲法学上の概念としての『安全』」慶應義塾大学法学部編『慶應の法学 公法Ⅰ』
- 小山剛(2009)『「憲法上の権利」の作法』
- 坂原正夫(2004)「訴権について」(慶應義塾大学)法学研究 77巻12号
- 笹倉秀夫(1985)「書評『「権利のための闘争」を読む』」法制史研究 34号
- 笹田栄司(1993)『実効的基本権保障論』
- 笹田栄司(1995)「『裁判を受ける権利』の再生と行政裁判手続」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』
- 渋谷秀樹(2007)『憲法』
- 初宿正典(1981)「ボン基本法の『抵抗権』条項」法セミ 312号
- 新堂幸司(2008)『新民事訴訟法〔第4版〕』
- 鈴木隆(1996)「ドイツにおける保儀義務の基礎」早大法研論集 76号

- 鈴木隆 (1997) 「ドイツにおける国家任務としての保護」 早大法研論集 81 号
- 芹沢齊 (1991) 「『法治国家の敵』と抵抗権」 樋口陽一＝野中俊彦編『憲法学の展望』
- 高橋明男 (1986) 「西ドイツにおける警察的個人保護 (一) ～ (二・完)」 阪大法学 139 号、140 号
- 高橋明男 (1987) 「デモの自由と『平和性』 (一) ～ (二・完)」 阪大法学 144 号 (1987 年)、148 号 (1988 年)
- 高橋和之 (2010) 『立憲主義と日本国憲法〔第 2 版〕』
- 高見勝利 (2010) 「『憲法と私法』論におけるミッシング・リンクの再定位」 憲法問題 21 号
- 田上穰治 (1961) 『全訂憲法概説』
- 高柳先男 (1987) 『ヨーロッパの精神と現実』
- 戸波江二 (2003) 「人権論の現代的展開と保護義務論」 樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力 (上巻)』
- 中野雅紀 (1996) 「ドイツにおける狭義の基本権構成要件理論」 法学新報 102 巻 9 号
- 長谷部恭男 (2006) 「国家による自由」 『憲法の理性』
- 服部良久ほか編 (2006) 『大学で学ぶ 西洋史〔古代・中世〕』
- 林知更 (2005) 「国家論の時代の終焉? (一) ～ (二・完)」 法時 77 巻 10 号、11 号
- 樋口陽一 (1973) 『近代立憲主義と現代国家』
- 樋口陽一 (2005) 「討論要旨」 公法研究 67 号
- 樋口陽一 (2007) 『国法学〔補訂〕』
- 樋口陽一 (2007a) 『憲法〔第 3 版〕』
- 樋口陽一 (2010) 「『近代』の公理の法学上の再発見とその問題性」 日本学士院紀要 64 巻 3 号
- 平島健司 (1994) 『ドイツ現代政治』
- 松浦一夫 (1986) 「環境保護＝平和運動 (緑の党) とその抵抗 (一) ～ (二・完)」 早稲田政治公法研究 20 号 (1986 年)、21 号 (1987 年)
- 松本和彦 (2011) 「三段階審査論の行方」 法時 83 巻 5 号
- 水島朝穂 (1979) 「西ドイツにおける『就業禁止』問題と『政党特権』」 法の科学 7 号
- 水島朝穂 (1995) 『現代軍事法制の研究』
- 宮澤俊昭 (2008) 『国家による権利実現の基礎理論』
- 村上淳一 (1969) 「ドイツ『市民社会』の成立」 法協 86 巻 8 号
- 村上淳一 (1971) 「法律の一般性について」 鈴木禄弥ほか編『概観ドイツ法』
- 村上淳一 (1979) 『近代法の形成』

村上淳一 (1983) 『「権利のための闘争」を読む』

毛利透 (2001) 「首相公選制を考える」ジュリ 1205号

毛利透 (2008) 「市民的自由は憲法学の基礎概念か」『表現の自由』

山内進 (1993) 『掠奪の法観念史』

山岸喜久治 (1998) 『ドイツの憲法忠誠』

山本敬三 (1993) 「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (一) (二・完)」法学
論叢 133巻4号、133巻5号

山本弘 (1989) 「権利保護の利益概念の研究 (一) ～ (三・完)」法協 106巻2号、
106巻3号、106巻9号

欧文文献

Andreas Anter (1995), Das Herz des Staates, StwStP (Staatswissenschaften und
Staatspraxis) 1995, 449ff.

Hans-Jürgen Becker (1995), Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit des
Bürgers, NJW 1995, 2077ff.

Ernst-Wolfgang Böckenförde (1978), Der Staat als sittlicher Staat.

Christian Calliess (2002), Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, ZRP 2002, 1ff.

Heinrich Degenkolb (1877), Einlassungszwang und Urteilsnorm.

Erhard Denninger (1968), Polizei in der freiheitlichen Demokratie.

Erhard Denninger (1973), Gewalt, innere Sicherheit und demokratischer
Rechtsstaat, ZRP 1973, 268ff.

Erhard Denninger (1990), Zehn Thesen zum Ethos der Polizeiarbeit (zuerst 1987),
in: ders., Der gebändigte Leviathan.

Ralf Dreier (1983), Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in:
Peter Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat.

Johan Galtung (1971), Gewalt, Frieden und Friedensforschung, in: Dieter Senghaas
(Hg.), Kritische Friedensforschung (ヨハン・ガルトゥング「暴力、平和、平和研
究」同〔高柳先男ほか訳〕『構造的暴力と平和』1991年).

Christoph Gusy (1996), Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, 573ff.

Jürgen Habermas (1985a), Ziviler Ungehorsam (zuerst 1983), in: ders., Die Neue
Unübersichtlichkeit (ユルゲン・ハーバーマス「市民的不服従」同〔河上倫逸監
訳〕『新たな不透明性』1995年).

Jürgen Habermas (1985b), Recht und Gewalt (zuerst 1984), in: ders., Die Neue

Unübersichtlichkeit (ユルゲン・ハーバーマス「法と暴力」同〔河上倫逸監訳〕『新たな不透明性』1995年).

Jürgen Habermas (1990), Gewaltmonopol, Rechtsbewußtsein und demokratischer Prozeß, in: ders., Die nachholende Revolution (ユルゲン・ハーバーマス「暴力の独占、法意識そして民主主義的過程」同〔三島憲一ほか訳〕『遅ればせの革命』1992年).

Görg Haverkate (1992), Verfassungslehre.

Bernd Hesse (2003), Querulatorischer Terrorist oder Kämpfer um's Recht?, NJW 2003, 621ff.

Konrad Hesse (1999), Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. (コンラート・ヘッセ〔初宿正典＝赤坂幸一訳〕『ドイツ憲法の基本的特質』2006年).

Josef Isensee (1969), Das legalisierte Widerstandsrecht.

Josef Isensee (1982), Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag.

Josef Isensee (1983), Das Grundrecht auf Sicherheit.

Josef Isensee (1988), Ziviler Ungehorsam, in: Günter Birtsch/Meinhard Schröder (Hg.), Widerstand und Ungehorsam (Trierer Beiträge).

Josef Isensee (1989), Abschied der Demokratie vom Demos, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat.

Josef Isensee (1991), Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, in: Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt.

Josef Isensee (2004), § 15 Staat und Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl.

Jauernig (2007), Zivilprozessrecht, 29. Aufl.

Rudolf von Jhering (1877), Zweck im Recht, Bd. 1.

Rudolf von Jhering (1925), Der Kampf ums Recht, 21. Aufl. (イェーリング〔村上淳一訳〕『権利のための闘争』1982年).

Jörn Axel Kämmerer (2008), Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, in: Winfried Kluth et. al. (Hg.), Festschrift für Rolf Stober zum 65. Geburtstag.

Eckart Klein (2010), § 19 Staatliches Gewaltmonopol, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hg.), Verfassungstheorie.

Benjamin Kneihls (2005), Verfassungsfragen des so genannten staatlichen Gewaltmonopols am Beispiel des österreichischen Rechts, Der Staat 2005, 265ff.

- Michael Kniesel (1996), "innere Sicherheit" und Grundgesetz, ZPR 1996, 482ff.
- Martin Kriele (1975), Einführung in die Staatslehre.
- Martin Kriele (1983), Freiheit und Gleichheit, in: Ernst Benda et. al. (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts.
- Martin Kriele (1990), Die Rechtfertigungsmodelle des Widerstands (zuerst 1983), in: ders., Recht-Vernunft-Wirklichkeit.
- Michael Kloepper (2009), § 164 Versammlungsfreiheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl.
- Paul Laband (1913), Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. Aufl., 3. Bd.
- Hartmut Maurer (2009), Der Justizgewährungsanspruch, in: Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag.
- Detlef Merten (1975), Rechtsstaat und Gewaltmonopol.
- Detlef Merten (1982), Rechtsstaatsdämmerung, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Rudolf Samper.
- Christoph Möllers (2000), Staat als Argument.
- Christoph Möllers (2006), Art. "Gewaltmonopol", in: Werner Heun et al. (Hg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausg.
- Christoph Möllers (2008), Der vermisste Leviathan.
- Markus Möstl (2002), Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.
- Wolf-Dieter Narr (1973), Gewalt und Legitimität, Leviathan 1973, 7ff.
- Hans-Jürgen Papier (1989), § 153 Justizgewährungsanspruch, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1. Aufl.
- Bodo Pieroth (2010), Das staatliche Gewaltmonopol, in: Thomas Gutmann/Bodo Pieroth (Hg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols.
- Christine Reinle, Art. "Fehde", in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1515ff.
- Leo Rosenberg (2004), Zivilprozessrecht, 16. Aufl.
- Eberhard Schmidt-Aßmann (2003), Art. 19 Abs. 4, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar (Stand: 2003).
- Eberhard Schmidt-Aßmann (2004), § 26 Der Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl.
- Richard Schmidt (1898), Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, 1. Aufl.

- Richard Schmidt (1906), Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl.
- Carl Schmitt (1963), Der Begriff des Politischen (zuerst 1932) (カール・シュミット〔菅野喜八郎訳〕「政治的なものの概念」長尾龍一編『カール・シュミット著作集 I』2007年).
- Walter Schmitt Glaeser (1992), Private Gewalt im politischen Meinungskampf, 2. Aufl.
- Rupert Scholz (1983), Rechtsfrieden im Rechtsstaat, NJW 1983, 705ff.
- Friedrich Gerhard Schwegmann (1987), Verwaltungsrundschau 1987, 218ff.
- Hans-Dieter Schwind/Jürgen Baumann (Hg.) (1990a), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Bd. I.
- Hans-Dieter Schwind/Jürgen Baumann (Hg.) (1990b), Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Bd. II.
- Dieter Senghaas (1971), Editrisches Vorwort, in: ders. (Hg.), Kritische Friedensforschung, 7ff.
- Arndt Sinn (2002), Gewaltbegriff, NJW 2002, 1024ff.
- Michael Stolleis (2004), Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt, in: Nikolaos Alivizatos et al. (Hg.), Essays in honour of Georgios I. Kassimatis.
- Max Weber (1976), Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Halbd., 5. revidierte Aufl. (マックス・ヴェーバー〔清水幾太郎訳〕『社会学の根本概念』1972年).
- Max Weber (1992), Politik als Beruf (zuerst 1919), in: Wolfgang J. Mommsen/Wolfgang Schluter (Hg.), MWG (Max Weber Gesamtausgabe) I/17 (マックス・ヴェーバー〔脇圭平訳〕『職業としての政治』1980年).
- Olaf Werner (1999), Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe im Rechtsstaat.
- Dietmar Willoweit (1986), Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozeß des modernen Staates, in: Albrecht Randelzhofer/Werner Süß (Hg.), Konsens und Konflikt, 313ff.