

# 琉球大学学術リポジトリ

客観主義の権利論：

L・デュギーの権利否定論と社会的職分

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 高作, 正博, Takasaku, Masahiro メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/1813">http://hdl.handle.net/20.500.12000/1813</a>

# 客観主義の権利論——L・デュギーの権利否定論と社会的職分——

高作正博

## 目次

### 序章

- 一 L・デュギー権利論の基礎
  - 1 社会学主義（1）…「観察」を手段とするレアリスム
  - 2 社会学主義（2）…自然法論か法実証主義か？
  - 3 客観法の理論
- 二 L・デュギー権利論の内容
  - 1 個人主義批判と自然権の否定
  - 2 意思説と法的権利の否定
  - 3 「法的地位」としての個人
  - 4 「社会的職分」概念の内容と特質
- 三 L・デュギー権利論の評価
  - 1 社会学主義の方法論に対する評価
  - 2 社会学主義の方法論内部の整合性

3 社会的職分論の影響と境界

結び

序章

1 本稿は、フランスの第三共和制期に主張され、後の学説にも強い影響を与えた客観主義 (objectivisme) の憲法理論を対象とする。ここでいう客観主義およびその対立概念としての主観主義 (subjectivisme) とは、社会規範ないし法規範の理論的基礎に置かれるのが権利および主権を指す主観法 (droit subjectif) であると考えるのか、あるいは社会規範ないし法規範に理論的根拠を有してこそ個人ないし主権者の地位が存すると考えるのかという議論で主張される二つの概念であり、その意味で、客観法と主観法の論理的先後関係の理解に係わる。

近代フランス法は、主観主義に始まる。このことは、自然状態における自然権の承認および「社会契約」による国家理論の構築を提唱したロック、ホブズ、ルソー、その影響下に制定された一七八九年人権宣言およびナポレオン法典に表出している。さらに、国家主権の絶対性を前提に国家の自己制限説を唱えるG・イエリネック、ゲルバー、A・エスマン等も、この主観主義の系譜に属するものとされている。

他方、主観主義・個人主義的法秩序の下での資本主義的経済システムの発展に伴い、経済的格差の増大、階級・階層の分化、そうした事態に対処するための立法ないし判例の展開、特に主観主義・個人主義からの離脱等の状況が現出するに至る。こうした事態に直面してなお従来の主観主義に固執する立場と主観主義から離れ異なる体系の下で法理論を構築しようとする立場とに分かれていく。客観主義の法理論は、後者の試みの一つなのであり、L・デュギー、M・オーリユール、F・ジュニー、H・ケルゼン等をその主唱者として挙げる事ができるが、本稿では

し・デュギーを対象とする。

2 し・デュギーの法理論は多くの概念や理論を提示していることから、様々な折りに引き合いに出され検討を加えられてきた。ポール・デュブーシェの整理に従えば、「社会生活の根本規範としての連帯法 (loi de solidarite)」、「法秩序の根本規範としての公役務・国家の現実主義的観念」、「権利・法人・主権の批判」、「法律行為の理論」、「国家職分 (Fonctions etatiques) の理論」、「法による国家の他者制限 (hetero-limitation) 説」等がその特徴として紹介されかつ批評の対象とされており、わが国においても、戦前より現在に至るまで研究の素材を提供してきたといつてよい。実際、その学問方法論、客観法の理論、国家論、違憲審査制、統治行為論等に関する優れた業績が積み重ねられてきているのが現状である。本稿も、これらのデュギー研究に加え、彼の権利否定論及び社会的職分概念についての若干の検討を試みるものである。

デュギーの権利否定論は、一方で、彼の用意周到な立論にもかかわらず決して権利概念を排斥しきれぬものではなく、他方で、権利に代わるものとして提示された法的地位および社会的職分の概念も、権利から区別されるものとして、或いは権利概念の一類型として、現代フランス法の中で生命を保ち続けた。デュギーが権利否定論を通じて一七八九年人権宣言とナポレオン法典の体系に果敢に挑み、多少の動揺を与えはしたが、しかし、ついにはそれを取って代るまでには至らなかつたことにはいかなる原因があつたのか。特に彼の独特な主張であつた権利否定論および社会的職分概念にはどのような問題点が内包されていたのであろうか。

本稿は、客観主義的憲法学、なかでも法学方法論及び主張内容につき独自の理論を展開したデュギーの権利否定論を取り上げ、その意義と特徴を明らかにし、さらに彼以降の学説による評価の仕方を検討することを通じて、これらの問題に対し一定の解答を提示することを目的とする。

3 そこで、以下では、デュギーの法理論を理解する上で必要となる方法論、および客観法の理論を検討し(一)、ついで、彼の権利否定論および「社会的職分」概念を検討し(二)、さらに、方法論および権利論に対する評価を整理し、デュギーが与えた影響およびその限界を指摘していきたい(三)。

- (1) Paul Dubouché, *La pensée juridique avant et après le code civil*, 3e éd., L'HERMES, 1994, pp.189-196.
- (2) わが国におけるデュギーに関する論究の全てをここで網羅的に列挙することは、本稿のテーマとの関係でも、紙幅との関係においても有益とは思われない。ここでは既にデュギーの権利論を扱っているものを列挙するにとどめることとする。岡村司「権利否定論」京都法学会雑誌四巻二二号(一九〇九)一頁以下、牧野英一「現代の文化と法律」(有斐閣、一九一九)三五八頁以下、好富正臣「デュギーの実証法学」(一)(二)(三・完)「国家四一巻九号(一九二七)三五頁以下、同巻一〇号六〇頁以下、四二巻一(一九二八)八三頁以下、杉山直治郎「デュギー」の権利否認論の批判」『法源と解釈』(有斐閣、一九五七)一一三頁以下、小西美典「権利概念をめぐる一考察」井上茂教授還暦記念「現代の法哲学」(有斐閣、一九八二)二六九頁以下、今関源成「レオン・デュギ、モリス・オーリウにおける『法による国家制限』の問題」(一)「早法五七巻一」号(一九八二)三二頁以下、五八巻一号(一九八三)一〇五頁以下、大塚桂「フランスの社会連帯主義——デュギーを中心として」(成文堂、一九九五)等参照。

### 一 L・デュギー権利論の基礎

デュギーの権利論を理解する上で不可欠の立場ないし概念をここでは検討しておきたい。まず、デュギー憲法理論・行政法理論等の構築の方法論的前提たる「社会学主義」ないし「観察」を手段とするリアリズム (réalisme) である。一九〇一年の『公法研究 I・国家：客観法及び実定法』以降のデュギーは、A・コントの実証主義<sup>1)</sup>、E・デュルケムの社会学主義<sup>2)</sup>の影響を受け、「法により制限された国家 (l'État limité par le droit)」の理論を確

固たるものとすべく、社会学主義の方法論を採用している。次に、社会学主義という学問方法論がいかなる思想上の特徴を帰結せしめるかという点である。デュギーの法理論が自然法論であるか法実証主義であるかは従来より議論の対象とされてきたが、本稿ではどちらにも属さない「社会学主義 (sociologisme)」という位置づけを与えている。さらに、デュギーは、社会学的方法論によって「客観法」の存在を明らかにしており、この観念について整理しておきたい。「客観法」を規範階級制の最上位に置くことによってこそ「法により制限された国家」の理論も自然権の否定も導き出されることになるため、この観念は極めて重要である。

### 1 社会学主義(1) … 「観察」を手段とするレアリズム<sup>①</sup>

デュギーの学問方法論は、社会学主義ないし「観察」を手段とするレアリズムである。これは、社会的事実のみを法理論の基礎とする立場であり、社会的事実としての法現象を基礎として法理論を抽象的言語により表現するものである。社会的事実から法理論の構築へという知的営為は、「観察 (observation)」と「推論 (raisonnement)」を通じて行われる。「事実の確認から論理的帰結を引き出す方法に関して、これは、確かに正当であり、演繹的推論に至る帰結を観察によって確認するのであれば、人間精神は事実を捕捉するに至る他の方法を持たない。人間精神は、その活動を行う認識の領域では、観察と推論以外の調査方法を持たない」<sup>②</sup>。

社会学主義によれば、観察と推論の方法では捕捉し得ないものはその対象から排除されることとなる。第一に、デュギーは、観察と推論を免れるものを形而上学と呼び、その全てを視野におさめないように努めた<sup>③</sup>。そうして、サイン言明として提示されているものであっても「真」か「偽」か不明であるとみなされれば、デュギーのいう「観察」を免れることとなる。この意味での形而上学に属する事柄としてデュギーが繰り返し指摘しているのは、

「人間意思の本質」<sup>①</sup>、「人間の意思又は一定の意思に属する力」<sup>②</sup>、「意思決定の自由」の存否<sup>③</sup>等である。

また、第二に、社会学主義ないしレアリスムの帰結として、新カント派により区別された異質の人間行動のうちの当為の側面、評価の側面も排除される。「法が専らゾレンの世界に属するというのは、真ではない。法は確かに規範の総体であるが、しかしザインの事実たる実際上の要請から生じる規範なのである」<sup>④</sup>。このことは、行為規範の側面と評価規範の側面との区別を問わずあてはまる。それは、デュギーが法規範は「全ての者にとっての禁止規範なのか、裁判官にとっての命令規範なのか、それとも両方なのか」ということは問題ではないと述べていることから明らかである。ただ、デュギーにおいて、「規範 (règle ou norme)」という語が使用されないわけではない。しかし、これは、規範を「事実の抽象化または一般化」<sup>⑤</sup>されたものを指すとし、規範を事実のレベルに還元して理解することによるものにすぎない。法規範とは、「一定の態度を命じるものではなく、ただその意識的態度を支配し、優越的意思により定式化される命令ではない法の表明にすぎない」のである。<sup>⑥</sup>

第三に、「ア・プリオリな観念或いは主観的経験に起因する観念 (concepts a priori ou concepts dus a l'expérience subjective)」<sup>⑦</sup>なるものも排除される。これは、デュギーがあらゆる「観念」<sup>⑧</sup>、特に権利や主権といった観念を除去しようとしたにもかかわらず「社会規範 (norme sociale)」・「法規範 (norme juridique)」の観念を用いているのは矛盾ではないかという批判に対する反論の中で現れている点である。即ち、デュギーは「観念」という言葉の意味を、①経験からは生じない「ア・プリオリな観念或いは主観的経験に起因する観念」と②「ア・ポステリオリな観念或いは客観的経験から抽出される観念 (concepts a posteriori ou concepts extraits de l'expérience objective)」とに区別し、自分が除去しようとするのは①の意味での観念とするのである。これに対し、②の意味での観念は、「直接観察により確認された事実の単なる抽象化・一般化」<sup>⑨</sup>にすぎず、「社会規範」<sup>⑩</sup>、

「法規範」も、後述するように「社会集団と個人的活動との間の関係」という事実の直接的観察から抽出されるものであるから、彼の方法論と矛盾することにはならない。

以上の社会学主義ないし「観察」を手段とするリアリズムの特徴として、さらに以下の点を指摘しておきたい。

第一に、社会的事実の観察にあたって、デュギーが依拠する観点である。それは、「専ら科学的観点 (un point de vue exclusivement scientifique)」ないし無党派の観点である。「私は、いかなる先在的意見も持たない。私はいかなる党派にも属さない。どの教会の構成員でもなく、あらゆる信仰を厳肅に尊重する。私は、個人的にはどのような系統のものであれ、いかなるドグマも認めない。私は、科学を行うのであり、諸事実の偏見のない観察に基づく科学を専ら行うのである」<sup>(19)</sup>。こうして、社会的事実の観察に際し、予断、党派的・宗教的信条、ドグマ等が排除されるべきこととされている。

第二に、その際の「科学」の意味である。デュギーが実践する「科学」とは、客観的事実を研究し、それにより得られた現象間に因果関係を見いだすものであり、さらに事実の予見をも目的とする<sup>(20)</sup>。その際、事実を観察によって確認し、そこから一定の法則 (loi) を見いだすという点では、社会科学は自然科学と等しいとしながらも、観察の対象たる事実の性質によって、またその限りで社会科学は自然科学とは異なるとする。なぜならば、「一定の目的を追求する人間の意識的行為によって生み出される事実」たる「社会的事実 (faits sociaux)」と「自然的事実 (faits physiques)」とは異なるからである。「人間は、固有の原因、自律的原因、言葉の科学的意味でのエネルギーを生み出すもの、として理解される」<sup>(21)</sup>のであり、人間の行為は「目的の意識的決定の産物である」<sup>(22)</sup>。自然界に存する「因果法則 (loi de cause)」と人間社会に存するこの「目的法 (loi de but)」<sup>(23)</sup>とは異なる。

第三に、テクストの呪縛からの解放である。観察と推論の対象たる社会的事実とは、直接的には個々の条文では



なく、社会規範から法規範への変異の目安であり、かつ時と場所に依じて変化し得る「違反に対する社会的反動」<sup>(25)</sup>ということとなる。このテキストの呪縛からの解放は、デュギーが「テキストは常にそこにあるが、力も生命もない。詳細かつ緻密な注釈により、起草時に立法者が考えていなかった意味と射程をテキストに与え得る」と述べる<sup>(26)</sup>ときより明らかとなろう。法 (Point) とは、制定権者が作成したものとよりよりは、事実の永続的かつ自然的産物ということになる。こうした反「法律実証主義」<sup>(26)</sup>、「法的内容と法的形式との区別」<sup>(27)</sup>は、一九世紀の主流的方法論であった注釈学派 (l'école de l'exégèse) に対する反動とも見ることができであろう。その限りで、注釈学派が実践してきた「方法の純粋性 (pureté de sa méthode)」<sup>(28)</sup>を批判し、制定法中心の法観念からの解放をめざした歴史法学派 (R. Saleilles) や科学学派 (F. Geny) と軌を一にするものといえよう。<sup>(29)</sup>

## 2 社会学主義 (2) … 自然法論か法実証主義か?

(一) デュギーは、社会学主義的方法論により一七八九年人権宣言及びナポレオン法典が依拠する個人主義的・主観主義的法体系に代わっていかなる法体系を構築しようとするのか。それは、「本質的に社会学主義的観点 (conception essentiellement socialiste) に基づく法体系」<sup>(30)</sup>ないし「現実主義」的<sup>(31)</sup>法システムである。ここで「社会学<sup>(32)</sup>的観点」とは、デュギーによれば個人的権利の理念に基づく法システムと対比される個人に課される社会規範の事実に基づく法システムを示すものとされる。<sup>(31)</sup>前者の個人主義的・主観主義的法体系から後者の社会学<sup>(32)</sup>的・現実主義<sup>(33)</sup>的法体系への移行を示す事象として、団体結成傾向 (mouvement associationniste)、法の社会化 (socialisation de droit)、主観責任から客観責任への変化、財産制度の変化等が指摘されている。<sup>(32)</sup>

(二) 社会学主義の立場から構築された社会学主義的・現実主義的法体系の効力の根拠には、自然法<sup>(34)</sup>の概念は設

定されているのか。このことは、デュギーが法の効力の根拠を何に求めているのかを明らかにすることによって示すことができよう。デュギーによれば、個人の自然権ないし国家の命令にそれを求める立場は明確に否定され、観察により明らかにされた三つの「事実」を用いて法の存在が説明されており、これらの事実を通じて法の効力根拠の問題を考えていくことが便宜であろう。

第一の事実は、「人間観」である。デュギーは、「客観主義的観点」ないし「誰も異議を差し挟む余地のない直接的観察」<sup>(34)</sup>から、「人間は、人間であるが故に孤立したそれ自体として捉えられ、一八世紀の表現によれば自然状態にあるとされるのであり、人間の本質に固有の、一定の権利を有する」<sup>(35)</sup>という人間観を形而上学的な主張として排除し、その代わりに、①人間は自らの行為を意識している存在である、②人間は一人では生きてはいけず、仲間とともに社会で生活し、常に生活してきた存在である、という二つの事実が確認されるとしている。デュギーは、これらの事実から後に説明する「社会法 (loi sociale)」の存在が認められるとする。

第二の事実は、「社会連帯 (solidarité sociale)」ないし「社会的相互依存 (interdépendance sociale)」である。<sup>(36)</sup>これは、「社会法」の内容として提示される事実である。「社会連帯」は、デュギーにおいては「異議を述べられない事実」・「論争の対象足り得ない観察の事実」として認識され得るのであるが、その内容は、次の二つの「社会連帯」を含む。第一に、「類似による連帯 (solidarité par similitudes)」・「機械的連帯 (solidarité mécanique)」である。これは、人間が有する「共通の要求 (besoins communs)」により形成される。<sup>(37)</sup>人間の「共通の要求」とは、人間が共同生活によってしか満足を得られない要求を意味する。第二に、「分業による連帯 (solidarité par division du travail)」・「有機的連帯 (solidarité organique)」である。これは、人間の「異なる能力 (aptitudes différentes)」・「異なる要求 (besoins différents)」によって形成される。<sup>(38)</sup>「人は役務

の交換によってこの要求の満足を確保するのであり、それぞれは、他人から役務の対価を受け取る代わりに、他人の要求を満たすために自分の能力を用いるのである。こうして、人間社会において、大規模な分業が生じる<sup>(42)</sup>。このように、「社会連帯」は、類似による連帯と分業による連帯という二つの要素から構成されるのであるが、それらの係わり方ないし現れ方は、文明の初期段階では類似による連帯が優越的であるのに対し現代社会においては分業の連帯が重要となるというように、社会の発展段階に応じて異なるものとして理解されている。

第三の事実は、「社会性のサンチマン (sentiment de la socialité)」または「連帯のサンチマン (sentiment solidariste)」と、「正義のサンチマン (sentiment de la justice)」または「個人主義的サンチマン (sentiment individualiste)」である<sup>(43)</sup>。デュケキーは、「法規範 (norme juridique)」を「社会法」・「社会規範」の一カテゴリーとして位置づけ、他の社会規範たる「経済規範」、「道德規範」がある時点を境に変化したものとして法規範を理解する<sup>(44)</sup>。この経済規範・道德規範から法規範への変化を示す事実、「法の源泉 (source créatrice du droit)」として提示されているのが、一定の「意識状態 (l'état de conscience)」であり、これを形成するのが二つのサンチマンなのである<sup>(45)</sup>。

まず、「社会性のサンチマン」とは、「人間は、社会的存在であるが故に他の人間と連帯している」という感情<sup>(46)</sup>。「一定の経済規範・道德規範が法的救済措置 (voies de droit)」によってサンクションされない場合には、社会的結合を維持する連帯が壊れてしまう」という感情を意味し、可変性という性質を有する<sup>(47)</sup>。他方、「正義のサンチマン」は、「人間が、ある時期に一定の集団において、正義または不正ということから形成されるという、多かれ少なかれ漠然とした概念」として理解される<sup>(48)</sup>。ここでいう「正義」とは合理的・絶対的理念、理性により明らかになる理念というようなア・プリオリな概念、高次原理を意味するものではなく、あくまでも直接的観察により明ら

かにされる事実として提示されている。<sup>(49)</sup>そこで、「正義のサンチマン」とは、「自分が一定の自律性を持つ個人であるという感情」、「自己的存在の感情、自己自身の感情、自己中心の感情」を意味するとされるのである。これは、社会性のサンチマン同様、可変性を特質とするが、いかなる内容のものであれ人間である以上保持されているという意味で、「人間本性の永続的要素」、「人間本性に固有の感情」である。<sup>(50)</sup>

また、「正義のサンチマン」は、「配分的正義」と「交換的正義」という二つの対象を有する。前者は、「個々人は、自らが社会集団の中で果たした任務に見合う (proportionnel) 賃金を受けるべきである」という感情、換言すれば、全て個人は社会集団で果たす役割、それにもたらす役割に相応の地位を集団内で持つべきという感情」を意味する。<sup>(51)</sup>これに対し、後者は、「特に社会関係を構成し、分業による連帯を実現する価値と役割の交換においては、交換される価値と役割の間の、できる限りでの平等が存するという、人間意識に内在する感情」を意味する。<sup>(52)</sup>

以上のデュギーの人間観、社会連帯、二つのサンチマンに関し、人間の社会性が強調されている点、但し、異なる能力・要求に配慮した「分業による連帯」及び「正義のサンチマン」という個人的な資質にも目を向けている点、その意味で、人間存在を社会的ファクターと個人的ファクターとから構成されるものとして理解し、そこから議論を出發している点が指摘されうる。

(三) 以上のデュギーの立場は、いかなる思想的特徴を示すものといえるであろうか。通常理解されているような自然法論と法実証主義との二項対立<sup>(53)</sup>という枠組みの下では、デュギーの立場は、それらの概念自体の捉え方如何、ないしデュギー法理論の理解の仕方如何に依じて、論者により異なる位置づけが与えられてきた。両者の区別基準として、法の効力の最終的な説明が「正当性」、「価値」によって為されているかどうかという点に従って判断すれば、デュギーが「社会連帯」等の事実から最終的に法の効力の問題を解決している以上、それは法実証主義

に属するものとして整理されることとなる。<sup>(85)</sup>ところが、デュギーが「社会連帯」から法規範を引き出している点、「事美」自体の中に彼が抱いている「価値」、「正義」が具体化されているのではないかという点、「正義のサンチマン」はイデオロギーであって結果として「内容可変の自然法」が主張されているにすぎないのではないかという点等から、デュギーを自然法論者として位置づける見方も存する。<sup>(86)</sup>

これらの評価はそれぞれ適切な見方を含んでいるように思われるが、ここでは詳細な検討は避け、自然法論・法実証主義の二項対立的理解の修正、それによる強引な性格付けの回避、方法論の運用の仕方・その帰結による評価ではなく方法論の理念型に基づく評価を試みたG・エローの理解に従い、整理することと定めることとする。<sup>(87)</sup>エローは、「法に、神学的・道徳的基礎を付与」し、従って法と道徳とのディクトミーを利用するイデアリスム (idealisme)<sup>(88)</sup>、「社会法および実定法を社会的意識に従属させる」社会学主義 (sociologisme)<sup>(89)</sup>、「他の科学領域、特に道徳から区別された法的領域の承認」を特徴とする法実証主義 (positivisme juridique)<sup>(90)</sup>の三分類によって整理し、社会学主義がイデアリスムや法実証主義から次の点においてそれぞれ区別されるとする。

第一に、イデアリスムとの関係については、どちらも実定法以外に、これに優位する他の法たる「唯一の眞の法、有効性の源泉」の存在を認める「法的二元論 (dualisme juridique)」である点で類似する。しかし、イデアリスムとは、「優位法 (droit supérieur)」を神学的觀念あるいは合理的道徳から導き出すのに対し、社会学主義者は、優位法を「社会的意識の分泌物」とする点で異なる。<sup>(91)</sup>

第二に、法実証主義との関係については、一般哲学との関連につき、社会学主義が科学哲学、哲学の実証主義、不可知論と結びつくのに対し、法実証主義は実定法と理念法との分離、即ち「法的二元論 (monisme juridique)」という方法論的性質を有する点、法実証主義と哲学的実証主義とを区別すべきである点などから、両者が区別され

と<sup>(83)</sup>。最後の点に関し、法実証主義と哲学的実証主義とを区別して整理しようとするのは、エラーに限ったことではない。例えば、M・ヴィレイも、二〇世紀の哲学について主として①新トミスム（néo-thomisme）、②新カント主義（néo-Kantisme）、③科学的実証主義（positivisme scientifique）、④法実証主義（positivisme juridique）に分類し、デュギョーを科学的実証主義に位置づけている<sup>(84)</sup>。

社会学主義を自然法論とも法実証主義とも異なるいわば「第三の道」として位置づけるエラーによる分類は、デュギョーの法理論を特徴的に把握する点で注目ししよう。

### 3 客観法の理論

デュギョーの客観法理論から、類似はするが異なる二つの理論が派生する。一つは、主権否認論から客観的権限、「国家の職分」論へ至る流れであり<sup>(85)</sup>、もう一つは、権利否定論から社会的職分論へ至る流れである。両者とも、形而上学的法概念の否定と客観法理論による主観主義的・個人主義的法体系の再構成という枠組みで展開される、重要な概念装置であるといえる。以下では、それらの流れの基点となる「客観法」につき、その生成の問題、国家との関係、拘束力（force obligatoire）について整理しておきたい<sup>(86)</sup>。

(一) デュギョーは、先に述べた人間観から直ちに「社会法（loi sociale）」の存在が認められるとする。「社会で生きる人間」という事実の直接的確認は、「社会で生きる人間を拘束する法の存在を露見させる。この法は、全く単純に、社会で生きることを人間に義務づける法である。なぜならば、その性質を与えられれば、人間は社会で生きるしかないからである」。「人間が社会的存在であること、社会で生きること、さらに社会でしか生き得ないことを確認することは、同時に社会法の存在を確認することである。これは、ア・プリアリな確認でも形而上学

的な確認でもない。なぜならば、それは事実の観察および人間の生理学的、心理学的構成から生じるからである<sup>(87)</sup>。こうして認められた社会法ないし「社会規範 (norme sociale)」の性質および内容はいかなるものであるのか。

第一に、社会法の性質は、「目的法 (loi de but)」とされる。まず、目的「法」とは、以下三つの事実から帰結される人間の行為を支配する「法」を意味する。即ち、①「人間が自らの行為を意識する存在であること」、②「人間は一定の動機によって行動すること」、従って、③「人間の活動が一定の目的を意識的に追求するもの」であること、という事実である。即ち、「目的の意識的決定の産物」たる人間の行為を支配する法則を目的「法」と呼ぶのである<sup>(88)</sup>。次に、「目的」法の意味について、デュギーは、「社会連帯」の維持を念頭においている。このことは、目的法が「社会集団を構成する諸個人の調和を図り、その活動を制限し、一定の行為を義務づける」法<sup>(89)</sup>として理解されると述べるところに現れている。従って、人間が「社会連帯」の維持を目的としそれを意識的に追求する存在であり、またそのような法則に支配された存在である、という理解が為されている。しかし、ここでいう「法」は、あくまでも事実から演繹される場所の法則なのであり、人間の意思に命令するゾレンではない。デュギーは、目的法を人間の「意思の本質に変更を加えない (intacte)」法であるとも述べているのである。この目的法の性質は、次に述べる義務に関するデュギーの理解と関連する。

第二に、社会法は、禁止的側面と要請的側面とを含むとされる<sup>(90)</sup>。この点に関しては、次の二つの事柄を指摘しなければならぬ。まず、社会法は、諸個人に対し、一定の行動をし(要請) またはしないように(禁止) 義務づけるといふ点である。ここで義務とは、個人の実質的意思を修正するものではなく、したがって義務的規範ではなく、「単なる社会的義務、即ちそれが為されない場合には、社会集団の構成要素の中に一定の不均衡、したがって社会的反動 (reaction sociale)、均衡回復のための自然発生的努力が生じるような義務」である。換言すれば、「社

会規範は、社会的混乱を生み出すおそれのある作爲または不作爲 (abstention) の全てを禁止しており、それのような行爲が為されれば、社会環境の秩序を回復しようとする傾向がある」ということである。次に、社会法は、全ての個人に対し「社会秩序の実現に寄与する責任」を課すという点である。その理由は、もし個人が社会秩序の実現を怠れば、「集団的損失 (perte collective)」、「個人的損害」、「社会的反動」が生じるからである。また、この責任は、目的法といった場合の「目的」の内容からも説明することができよう。

これらの要請は、人間のいかなる行爲に向けられているのか。人間活動の全てが、この社会規範によって把握されていると考へるのか。デュギーは、そのようには考へない。彼は、社会規範の把握を免れる「個人的行爲 (actes individuels)」と、社会規範によって把握される「社会的行爲 (actes sociaux)」とを区別し、その区別基準として「社会的相互依存」の要素に関わるかどうか、ないし「社会的反動」を伴うかどうかという点を挙げている。<sup>27)</sup>

(二) 社会法・社会規範の種類について、デュギーは、社会規範が「その侵害がもたらす社会的反動の強さによって複雑かつ多様である」と述べ、ここに、経済規範、道徳規範、法規範が含まれるとする。<sup>28)</sup> ここで、三者の關係については、法規範は全て「道徳規範が経済規範である。しかし、道徳規範と経済規範の全てが必ずしも法規範となるわけではなく、<sup>29)</sup>従って、経済規範、道徳規範がいつ法規範となるのかが確定されねばならない。

この点につき、デュギーは、「社会的自然的要素のみが、経済規範、道徳規範を法規範にすることができるのであり、この要素を観察によって確定することは、社会学の任務である」と述べ、社会学主義的方法論に基づいて法規範の成立時期を確定しようとする。社会的自然的要素としてデュギーがもちいるのが、「社会的強制の関与」、「意識状態 (l'état de conscience)」である。即ち、「経済規範、道徳規範が法規範となるのは、集団自体またはそこで最も強大な権力を持つ者が、この規範の侵害を非難するために関与し得るといふ概念が、所与の社会集団を



構成する多数の個人の意識内に浸透したときである」<sup>76)</sup>。社会規範を担保するために集団自体または権力者による「社会的強制」・「社会的反動」を必要とし要求する意識・精神が、社会集団を構成する全ての、あるいは多数の個人に形成されたとき、法規範が発生するのである。<sup>76)</sup> 法規範の命令や強制の事実自体が法を生み出すものとはされず、また、法規範と他の社会規範との違いが「社会的反動の強さ」に依拠するとされている点は、彼の方法的特徴が明瞭に現れているといふべきであり、留意されなければならない。

デュギーにとって「法の源泉」として捉えられている「意識状態」について、その形成に貢献する二つの要素として既に述べた「社会性のサンチマン」と「正義のサンチマン」とが挙げられるが、これらの精神を保有するものとされるのが個人なのかそれとも個人から区別される集団なのかという問題がある。いわゆる「法規範の支え (support)」の問題である。<sup>77)</sup> デュギーは、次のように集団の擬人化論を批判し、法規範の支えは個人の意識であり得ないと結論づけた。「私は以前にも増して以下の見方に固執している。即ち、集団の擬人化は、個人の消滅 (annihilation)、集団への完全なる吸収以外の何物でもないために、現実には答えるものでなくまた危険な結論へと導くおそれのある、単なる抽象的な考え (simple vue de l'esprit) でしかないという見方である。その考え方により論理的展開にしたがうならば、現実にいわゆる社会的自我に反抗する個人的意思および個人の意識が存在し常に存在してきた場合であっても、個人的意識に対してあらゆる価値を否定したり、プフタのように団体の集団的意識の表明しか見なかったり、あるいは多くの現代社会学者のように社会的意識や社会的意思にしか価値を認めないということになってしまう。個人的活動を考慮しない場合には、社会的事実の全く不完全な概念しか有していないことになる」。「他方、個人的意識とは区別された現実を持つ社会的意識の存在を認めることは、完全に超科学的領域に位置することである。ルナンの言葉にもかかわらず、最も完全なる現実主義にとどまる場合にしか、

科学、社会科学を行うことはできない。国民意識の實質的支えの存在を直接的觀察によって示さない限り、その存在を認め、実証主義学説の中でそれを考慮にいれることはできない」。「集団の意識や意思が存在するか、団体は個人とは区別された意識や意思を有する実在の人格であるとか、一つの意識や意思を持つ人格としての国民(nation-personne)が現実存在するとかいうことを、科学的に肯定することはできない」<sup>(78)</sup>。

以上のような基礎、性質等をもつ法規範を表す言葉として、デュギーは、「法規範(norme juridique)」、「法準則(règle de droit)」、「客観法(droit objectif)」の語を互換的に用いているのである。

(三) デュギーの法規範に関する見解は、法を国家から切り離し、前者の後者に対する優位を論証することにより法による国家制限の問題を解決しようとする点において、また、法と社会とを関連づけることにより従来理論を批判しようとした点において、特徴的である。但し、国家が法の生成に関しいかなる役割をも果たさないと主張されているわけではなく、法のある範疇に属するものについては、国家の法創造的役割が肯定されている。デュギーは、「規範的法準則(règles de droit normatives)」と「構成的・技術的法準則(règles de droit constructives ou techniques)」とを区別<sup>(79)</sup>し、後者にのみ国家の関与を認めているのである。

まず、規範的法準則とは、「本来の意味での法規範」、「社会で生活する全ての人に一定の不作為または作為を命じる規範」、「集団の個々の構成員全員を必然的に結び付ける社会的規定であるという意味での命令」である<sup>(80)</sup>。ナポレオン法典中に見られる例として、デュギーは、①契約の自由、②所有権の尊重、③過失責任の原則を挙げている<sup>(81)</sup>。ここから、規範的法準則がデュギーのいう法規範、客観法を指していることがわかる。従って、その生成に国家が関与するということは有り得ない。これに対し、構成的・技術的法準則とは、「規範の執行を直接にまたは間接に確保するための規範」、「規範的法準則の尊重および適用を可能な限り確保するために定立される規範」を

いうとされる<sup>62)</sup>。これが、国家の存在を含意し、国家が定式化する実定法として現れる。なぜならば、構成的・技術的法準則は強制の組織規範であるが、国家のみがこの強制の要素を独占するものと捉えられるからである<sup>63)</sup>。

もっとも、デュギーは、構成的・技術的法準則の命令的(imperative)性質までもが国家に由来するものではないとする。なぜならば、「いわゆる国家の秩序は、個人あるいは個人の集団から発生するのであり、これらの意思は、従属し従う他の個人的意思に命令するものでは有り得ないからである。意思のヒエラルキーは存在せず、存在し得ないからである」。この間に対するデュギーの解答は、構成的・技術的法準則は「それが実行することを目的とする法規範と結び付けられるときに、そしてその限りで命令的となる」というものである。構成的・技術的法準則の命令的・義務的性質は、規範的法準則との結びつきから生じるとするのである<sup>64)</sup>。

この構成的・技術的法準則の存在は、法規範の拘束力(force obligatoire)を説明する際にも持ち出されている。(四) デュギーは、これまで触れてきたように、法規範の義務を形而上学的な意味でのそれとしては認めず、社会的強制により確保されるべきであるという大衆の感情・精神が形成されているという意味での社会的義務として理解している。さらに、法規範に拘束力を認めることができるのであろうか。この点につき、デュギーは次のように述べる。「一定の行為が為され、それが同一時期・同一集団の社会連帯と正義のサンクマンを害するものとして個人的意識の総体に生じる時に、その行為は規範の侵害として現れ、規範はこのときから法的に拘束的性質をもつこととなる。なぜならば、組織化された法的救済措置が規範のサンクションを実現するために用いられるからである<sup>65)</sup>」。「組織化された法的救済措置」が構成的・技術的法準則で規定されるものであることは明らかであるため、法規範の拘束力は構成的・技術的法準則を前提にしてはじめて導き出されることとなる。

結局、法規範の拘束力の概念も、構成的・技術的法準則を通じて法規範を遵守すべきという「形而上学的」命令

の性質を有するのではなく、構成的・技術的法準則で規定された「組織化された法的救済措置」が人間をして法規範に従って行動させる効果を持つ、あるいはそのような予測を与えるという意味でのザイン言明として提示されているとみなさなければならず、そうである限りここにおいても彼の社会学主義的方法論的誤りを犯すものではないと断定せざるを得ないであろう。

- (1) L. Duguit, *Etudes de droit public*, I, *L'État : le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901 (以下、*L'État*, I, 247p.) なお、通常 (droit objectif) は「法」と訳すべきものであるが、これはデュギーにおいては、「主観法」に対比される「法」を漠然と意味するものではなく、後述するように、彼の法学方法論と結びついてその法理論を特徴づけるものであり、しかも「法」一般よりも内容面で限定され、効力面で優越的な位置づけを与えられるものであるため、「法」ではなく「客観法」という先達の訳に従うこととする。
- (2) デュギー研究に際し、その研究内容に応じていくつかの時期に区別するという整理がなされてきた。一九〇一年を境に「初期」と「後期」に分けるもの（高橋和之・後掲論文及び著書参照）、一九〇一年および *Traité de droit constitutionnel* 第二版が公刊された一九二一年を境として「初期」、「中期」、「後期」に分けるもの（榎安次「L・デュギーの初期法思想」金沢大学教養部論集人文科学篇一八号（一九八〇）九五頁以下、同「法の準則もしくは客観法の理論——L・デュギーの中期法思想研究(一)」金沢大学教養部論集人文科学篇二二—二一—号（一九八四）七七頁以下。また、三代川潤四郎「デュギーにおける連帯の概念(一)——制度理論との関係——」法学一八卷一号（一九五四）五一頁同旨）、一九〇一年までの第一期・準備期、一九〇七までの第二期・体系成立期、一九二〇年までの第三期・発揚期、一九二二年以降の第四期・完成期に分けるもの（深瀬忠一「L・デュギーの行政法論と福祉国家」——フランス現代憲法学の形成(一)——北法一六卷四号（一九六六）八九頁以下。同様に四期に分けるものとして、中井淳「レオン・デュギーの国家論」法学五卷九号（一九三六）一三三頁）等がある。本稿では、このような分類に深入りしないが、最も完成された時期の思想を中心に扱うことになるであろう。

- (3) 清水幾太郎編『コント・スペンサー 世界の名著46』（中央公論社、一九八〇）、大塚・前掲序章（2）一九九頁以下、三一九頁以下等参照。
- (4) E・デュルケム、井伊玄太郎訳『社会分業論（上）（下）』（講談社学術文庫、一九八九）、新明正道「デュルケムの社会学主義（一）（二・完）」国家四二巻九号（一九二八）四二頁以下、同巻二二号三六頁以下、大塚・前掲序章（2）九一頁以下等参照。
- (5) 高橋和之「フランス憲法学説史研究序説（四）— 伝統的国家理論と社会学的国家理論 —」国家八五巻七・八号（一九七二）九四頁、一〇一頁、同「現代憲法理論の源流」（有斐閣、一九八六）一九八頁、二〇五頁。
- (6) アメリカにおけるリアリズムとの混同を避けるため、ここでは「リアリズム (realisme)」と表記しておく。ルウェリンやJ・フランク等に代表されるアメリカのリアリズム法学は、「司法による法創造の承認」、「裁判所の行動予測」を行うものであり、法の基礎付け・法概念の分析を目的とする理論ではなかった。この点につき、田中英夫「アメリカ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』（東京大学出版会、一九七六）二七七頁以下、大澤秀介「裁判官の行動分析」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』（有斐閣、一九八七）二八九頁以下、モートン・J・ホーウィッツ、樋口範雄訳『現代アメリカ法の歴史』（弘文堂、一九九六）二二四頁以下等参照。
- (7) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, 1927, p. 430 (以下、*Traité*, t. I, note°.)
- (8) しかし、後述するように実際にデュエキーがあらゆる形而上学的概念を排除し切れたかどうかについては疑問である。
- (9) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 16.
- (10) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 66.
- (11) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 318, 323. ヨエキーは、この「自由の形而上学的問題」につき、解決は不可能であり、「主体は、自らが選択してごらんとごらぬ意識を有していること、物事は彼が自由に選択しているように行われていること」と述べたことは十分である」と書いている。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 323.
- (12) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 64 : *Les doctrines juridiques objectivistes, dans Revue du Droit Public*, 1927, p. 572.

- (13) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 298.
- (14) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 72.
- (15) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 80. このようなデュギーの立場は、アカルト的な主客二元論や新カント主義のパラドックスを克服しようとして規範的なものを事実に戻元して理解しようとするN・ルーマン等の立場とも共通性を持つ。ルーマンの法理論につき、青山治城「N・ルーマン—ポスト・モダニズムの法理論家」長尾龍一編『現代の法哲学者たち』（日本評論社、一九八七）二二三頁以下参照。また、M・トロベールも事実と規範の区別を否定し、レアリスム、法実証主義等を特色とする法理論を展開する。M・トロベール、吉田邦彦訳「裁判作用か、それとも司法権力か」山口俊夫編訳『フランスの司法』（きょうせい、一九八七）一頁以下、同、長谷部恭男訳「違憲審査と民主制」日仏一九号（一九九五）一頁以下、樋口陽一『近代憲法学にとつての論理と価値「戦後憲法学を考える」』（日本評論社、一九九四）一八頁以下、同「権力・個人・憲法学」（学陽書房、一九八九）一六九頁以下、樋口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、一九八八）三四頁以下「樋口執筆」、長谷部恭男「権力への懐疑—憲法学のメタ理論—」（日本評論社、一九九二）一頁以下、今関・前掲序章（2）「レオン・デュギ、モリス・オリウにおける『法による国家制限』の問題」）三三頁以下等参照。
- (16) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 72
- (17) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 72.
- (18) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 72, 73.
- (19) L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2e éd., Paris, 1920, p. 2 (以下「*Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*」)
- (20) 織田萬「法律的方法と社会学的方法」『穂積先生還暦祝賀論文集』（有斐閣、一九一五）二二頁参照。
- (21) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 68.
- (22) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 69.
- (23) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 70; *L'État*, I, pp. 17-18.

- (24) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 81, 109.
- (25) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, pp. 3-4.
- (26) 村上淳「現代法の透視図」(東京大学出版会「一九九六」七頁参照)。
- (27) P. Dubouchet, *Pour une théorie générale du droit*, t. 2, L'HERMES, 1994, p. 9 et s.
- (28) P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le code civil*, op. cit., p. 147.
- (29) 註釈学派及びその後の解釈方法論の状況について「J. Bonnease, *La pensée juridique française*, t. I, Bordeaux, Delmas, 1993, p. 285 et s. 高橋和之「フランス憲法學說史研究序説(一)」(国家八五卷一・二号(一九七二)四一頁以下、同・前掲(5))「現代憲法理論の源流」六一頁以下、野田良之「註釈学派と自由法」尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編『法哲学講座第三卷』(有斐閣、一九五六)一九九頁以下、同「法における歴史と理念」(東京大学出版部「一九五二」三頁以下、福井勇二郎編訳『佛蘭西法學の諸相』(日本評論社「一九四三」一頁以下等参照)。
- (30) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 8. この二つの法体系を指す用語として形而上学的傾向と現実主義的傾向との対比があらわされることもあるが、これはマキエーの時代の重大なテーマであった。この点は「マキエーが『国家法人説』『主権』『権利』に対する理解に関し、その対比を特に浮き彫りにしているところにも現れてくる。L. Michoud, *La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine*, dans *Festschrift Otto Gierke*, 1911, pp. 493-524.
- (31) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 9.
- (32) この点を含め「マキエー」「私法」「公法」「国家」の三つの変遷論を著している。L. Duguit, *Les transformations du droit privé*; *Les transformations du droit public*, 3e tirage, Paris, 1925; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, 3e éd., Paris, 1922. 並びに「法律の社会化について」J. Charmont, *La socialisation du droit, dans Le droit et l'esprit démocratique*, Montpellier, 1908, pp. 38-80. 牧野・前掲序章(2)一頁以下、同「社会化する法律(一)」(法律新聞「一九一六」五頁以下「一九一七」六頁、「一九一八」六頁以下、「一九一九」六頁以下、「一九一五」六頁以下、「一九一五」五頁以下等参照)。

- (33) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 100 et s. 法の効力根拠を国家の命令に求める立場は、国家説 (doctrines étatiques) とわれ、ハーゲル、イエーリング、キールケ、イエリネック、ケルゼン等のドイツの公法学説の影響を受けフランスでもますます勢力を得ている立場である。デュギーは、この立場を「實際上、受け入れがたい。なぜならば、自己制限 (limitation volontaire) は制限ではなく、国家が法によって制限されないとすれば公法は存在しないことになるから」(p. 105)、「公法が存在しないということはありえないからである」と述べて批判している。L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 104-105. Cf. *L'État*, I, p. 12. なお、自然権批判については後述する。
- (34) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 65.
- (35) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 208-209.
- (36) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 209-210.
- (37) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 65-66.
- (38) デュギーは、「社会連帯」の語が誤用と混乱を生じるおそれがあることから、「社会的相互依存」の方が望ましいとす。L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 26. また、デュギーは、「いわゆる連帯主義者たちが「自然的法則から義務への推移」を「すなわち自然主義ノマニシムを回避しよう」としてついに理想主義へと至ったことに反対し、社会連帯が「事実である」ことを強調するためにこのような修正を施しているであろう。なお、連帯主義については「シャルモン」大澤章訳『自然法の再生』（岩波書店、一九二七）一九五頁以下参照。
- (39) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 86.
- (40) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 86. Cf. *L'État*, I, pp. 30-40.
- (41) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 86. デュギーは「ここにおいて個人の自律性が社会連帯の本質的ファクターとして現れることを指摘している。「なぜならば、個人的活動がいっそう発展すればするほど、この連帯がますます大きくなるからである。個人的活動がより精力的に、より自由に発展すればするほど、異なる要求はよりよく満足を得られ、社会関係は強くなり、社会生活はより充実したものとなる」。Cf. *L'État*, I, pp. 36-37, pp. 47-52.
- (42) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 86.



- (43) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 93, p. 116 et s.
- (44) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 89 et s. など「道德規範」という語を使用することについて、デュギーは次のように述べている。「私は、この表現を使ってマ・プリオリに定式化される高次原理に基づく規範をいわんとするのではない。また、それ自体善悪の基準や、それにより命令を禁止されることの基準を表す規範をいわんとするものでもない」。「私がここで道德規範「の語」によつて語らうとするのは、ある国、ある時代に生きている全ての人間に適用され、服装、慣習、社交関係としてのみならず宗教的実践としての外的表明において一定の態度を課す規範である。換言すれば、私は道德規範「の語」によつて、生活の中で社会の風俗と呼ばれる慣行全体に一致するよう全ての人を義務づける規範を語らうとするのである」。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 91.
- (45) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 115.
- (46) *Voie de droit* の概念は、フランス法において極めて広範な意味を持つものととして捉えられている。デュギーも、訴訟 (action) のみならず、抗弁 (exception) / 司法的執行手続 (procédures judiciaires d'exécution) / 判決 (décisions) / 行政執行手続 (procédures administratives exécutoires) / 行政訴訟 (recours administratifs) 等を含めた、「法規範に直接的・間接的サンクシオンを与える」全ての法的・慣行的手段」を「voie de droit」を理解してゐる。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 225. その点を意識して、ここでは「法的救済措置」として訳出してみた。
- (47) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 120, 116.
- (48) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 119.
- (49) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 73-74, p. 120. 「サンクシオン」という言葉を使用する理由もここに存するのであり、個人が有する感情という社会的事実が問題であるため、概念や理念という言葉を使用するのを避けたのである。
- (50) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 120.
- (51) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 119, 120, 124.

- (52) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 121.
- (53) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 122.
- (54) Cf. G. Burdeau, F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 22e éd., L. G. D. J., 1991, p. 37 et s.
- (55) ホセ・ヨンバルト『一般法哲学』(成文堂、一九八〇)二六八頁、二七〇頁以下、田中成明『法理学講義』(有斐閣、一九九四)二八二頁以下等参照。
- (56) デュキエと法実証主義者との位置については、Ch. Gregorczyk, F. Michaut, M. Troper (sous la dir. de), *Le positivisme juridique*, L. G. D. J., 1993, p. 48, 105 ; J. Bonnecase, *La pensée juridique française*, t. II, Bordeaux, Delmas, 1983, p. 208 et s. ; G. Richard, *Le positivisme juridique et la loi des trois états*, dans *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1931, n. 3-4, p. 311 et s. ; P. Cuhe, *A propos du "positivisme juridique" de Carré de Malberg*, dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, 1983, pp. 73-79 ; 海原裕田「フランススにおける法実証主義の断面」日本法哲学全集『法実証主義の再検討』(有斐閣、一九六三)一—五頁以下等参照。
- (57) デュキエを自然法論者として位置づけるものとして、シャルモン・前掲(38)二八七頁、高橋・前掲(5)「国家」一〇八頁、同「フランス憲法學說史研究序説(五・完)」国家八五卷九・一〇号(一九七二)四七頁以下、同・前掲(5)「現代憲法理論の源流」二二—頁、二六七頁以下、畑安次「デュキエの法理論に関する若干の考察」日本法哲学全集『正義』(有斐閣、一九七五)一三六頁以下、同「レオン・デュキエの実証主義——ルソー批判を中心として——」同法一五〇号(一九七八)四九頁以下、同「正義のサンチマン」と「圧制への抵抗」の理論——レオン・デュキエ——大橋智之輔・田中成明・深田三徳編『現代の法思想』(有斐閣、一九八五)五五頁以下等参照。
- (58) G. Héraud, *Regards sur la philosophie du droit française contemporaine*, dans R. David (sous la dir. de), *Le droit français*, t. II, L. G. D. J., 1960, pp. 517-549, など、同論文については、深瀬哲一「ウ・エロー教授の法理論の特質——フランスにおけるケルセニスムの批判的摂取と超克例——」北法一四卷二号(一九六三)一〇三頁以下、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(劉草書房、一九七三)二四頁注(3)参照。

- (85) G. Héraud, op. cit., p. 524.
- (86) G. Héraud, op. cit., p. 520, p. 538 et s.
- (87) G. Héraud, op. cit., p. 543 et s.
- (88) G. Héraud, op. cit., p. 522.
- (89) G. Héraud, op. cit., p. 523, 524.
- (90) M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2e éd., Dalloz, 1962, p. 85 et s. ⅡⅢ④の(2)に  
 v' F. Gény, La notion de droit en France, dans *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie  
 juridique*, 1931, n 1-2, p. 26, note 1. ; M. Waline, Positivism philosophique, juridique et sociologique,  
 dans *Mélanges R. Carré de Malberg*, op. cit., pp. 520-530. フリースは「哲學的実証主義」法実証主義、社会的  
 的実証主義を区別すべきものながら、自然法を承認するかどうかという二元的な思考から、「哲學的実証主義は、矛  
 盾なく自然法の賛同者たり得ない。せひとも、法実証主義が社会的実証主義に賛同しなければならない。さうしなか  
 ら、たためば、フリースは、奇妙な不安定の中での自分の活動を誤わせたのである」と知くづする (M. Waline,  
 op. cit., p. 534)。この「フリースは、哲學的実証主義に對しては社会的実証主義、法実証主義・社会的実証主義との混  
 同は許せざらざる」との教示を強調するのである (G. Héraud, op. cit., p. 523, note 13.)。
- (91) フリースは、ドントンのキールケゴール、ライオン、アイヒェルネック等により主張された自己認識と主観主義に基づく形而上  
 学的國家論を批判し、最高にこの独立の國家の意思たる主權を行使するのを拒むべし、「法による國家制限」の議論く  
 むする。L. Duguit, *L'État*, I, p. 1 et s., pp. 97-98, p. 255 et s. ; *Traité*, t. I, p. 534 et s. ; La doctrine alle-  
 mande de l'auto-limitation de l'État, dans *Revue du Droit Public*, 1919' p. 161 et s.
- (92) なお、以下「法」「規範」などの語は、既に述べたように、「事實的抽象化または一般化」されたものを意味するの  
 である。この「規範的意義」は、フリースを代表するものである。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 72.
- (93) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 66. Cf. *L'État*, I, p. 85, 89.
- (94) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 66-70.

- (69) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 80. Cf. *L'État*, I, p. 84.
- (70) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 83. マキナーは「社会法の内容として「社会連帯の実現に協力せよ」という行為規範を挙げ、その中の適用として「社会連帯の目的によって決定された全ての個人的意思行為を尊重すべき」義務、②「社会連帯に適合しない目的のために決定された意思行為を為すべきでない」義務、という二つの行為規範を指摘する。  
L. Duguit, *L'État*, I, p. 87, 89, 91.
- (71) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 87-88.
- (72) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 89.
- (73) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 92.
- (74) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 92.
- (75) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 93-94.
- (76) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 81, 110, 111, 112, 117, 118, 124. マキナーは「大衆の精神にのみ法規範を基礎づけることは、法に極めて不安定な基礎を与えることとなるのではないか」とする批判に答えて、批判者が「超科学的・純粹に形而上学的観点に位置づけられる」のに対し「私の意図は反対に、全ての法形而上学を完全に排除することである」と述べて、その批判を観念の違いについては方法論の違いとかわわつておる。L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 118-119.
- (77) マキナーは「集団に主体性を認めその意識の存在を認めてきた者として、カイウス・ププター、ルナン、ルノー等を挙げるとき、特に同じ社会学の見地からマキナーとは異なる立場を支持するG・タウイを強く意識している。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 130, pp. 135-142. Cf. G. Davy, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, 1922, p. 99 et s.
- (78) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 131, 132. この有名な原子論的個人に法の基礎を求めようとする点で、マキナーの個人主義的特徴の一面を見ることができよう。この点につき、菅野喜八郎『論争 憲法—法哲学』(木鐸社、一九九四)一三二頁参照。
- (79) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 105 et s. ; *L'État*, I, p. 561 et s. また、この區別は、G・セルにまつて見ると、*Revue* de G. Scelle, A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay, dans *Revue*

du Droit Public, 1913, p. 660. 以下、H・L・A・ハートの『第一次のルール (primary rules)』と「第二次のルール (secondary rules)」の区別もデューギーの「規範的法準則」と「構成的・技術的法準則」の区別と重なる。以下、H・L・A・ハートの『失脚光園監訳『法の概念』』(みすず書房、一九七六)八八頁以下。なお、この点を指摘したものととして、菅野・前掲(78)一三九頁参照。

(80) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 106. また、デューギーは、規範的法準則と実定法との関係につき実定法が規範的法準則・客観法を創造するのではなく、規範的法準則が立法者を拘束し、立法者をしてサンクションを制度化するように義務づかせるのである。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 169, et s.

- (81) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 109.
- (82) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 107.
- (83) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 108.
- (84) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 108.
- (85) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 146.

## 二 「デューギー権利論の内容

デューギーは、哲学的実証主義を源流とする社会学主義の立場から客観法を導き出し、客観法を超える主観法(自然権)と客観法に基づく主観法(法的権利)を順に否定していく。法思想史上、自然権・人権は、既に様々な思想家によって批判の対象とされてきた<sup>1)</sup>。しかし、人権批判を越えて法的権利までも否定する論者はそれほど多くない。デューギーと並んで論じられることの多いケルゼンは、法人格と肉体的存在の区別、法人格における意思の要素が客観法に含まれる意思、即ち客観法により定式化される *Sollen* であるということ、従って、権利は客観法に還元さ

れ、客観法の観念とは異なる自律的観念としての権利は存在しないとする論理により、法的権利を否定する<sup>②</sup>。これらの思想家と比較して、デュギーの人権批判はいかなる点に特徴を有するのであるうか。また、デュギーはどのような論拠に基づいて法的権利を否定するのであるうか。

以下では、自然権を否定する論理を展開した個人主義批判、意思説的理解を中心に論じられる法的権利批判、権利を有しない個人が客観法の下でいかなる立場にあるかを論じた法的地位論、権利にかわって客観法が個人に付与するとされる社会的職分概念、を検討することとする<sup>③</sup>。

### 1 個人主義批判と自然権の否定

デュギーは、自らの客観法の理論における個人の地位の性質がどのようなものであるのかを明らかにするために、ストア哲学や古代ローマの法律家からロック、ルソーを経て一七八九年人権宣言へと至る個人主義説（doctrine individualiste）を取り上げ、その批判の文脈において、個人主義説が提示する個人の地位に関する考え方を批判するとともに、自然権を否定している。以下では、デュギーの口を借りて個人主義説を簡単に整理した後、彼の個人主義批判の論理を検討していく。

（一）個人主義について、デュギーは次のように簡潔に論じる<sup>④</sup>。第一に、人間を「生まれながらにして自由、独立で孤立し」た存在、また、「不可侵かつ時効にかからない個人的権利」、即ち自然権の保持者である存在として理解する人間観である。第二に、「社会は、個人的自然権の保障を確保する目的で結びついた諸個人の自発的かつ自覚的な結びつきによって形成された。おそらく、この結合の効果により、各人の権利は制限されるが、しかし、それは各人の権利の自由な行使を確保するために必要な限りにおいてのみである」とする社会観である。第三に、

「組織された団体、即ち国家は、各人の個人的権利を保護し、承認すること以外の目的を有しない」とする国家観である。第四に、「法規範または客観法は、個人の権利を基礎とする。個人の権利を保護し、保障する義務を国家に課す。権利を侵害する法律や行為を国家に対し禁止する。他人の権利を尊重する義務を各人に課す」とする法規範の理解である。

従って、個人主義においては、客観法は権利によって基礎づけられる。「法規範、客観法は存在するが、しかし、純粹に派生的なものとしてである。根本にあるもの、法の基礎たるもの、それは固有の力、即ち人間人格の自律性である。これは、権利即ち個人的意思の形而上学的力である」。

(二) 以上の個人主義に対し、デュギーは、次の四点から詳細な批判を行っている。

第一に、自然状態においても社会状態においても権利を有し、自然的な、孤立した独立の人間を理論の出発点とするのはフィクションだということである。デュギーによれば「人間は常に社会で生きてきたのであり、社会においてしか生きることができない。法の基礎に関する全ての学説の出発点は、おそらく自然人でなければならぬ。しかし、自然人は、一八世紀の哲学の孤立した自由な存在ではない。それは、社会連帯の関係において捉えられる個人である」<sup>6)</sup>。その根拠として、まず、「この主張は純粹に根拠のないものである。いかなる直接的な証拠にも基づいていない。スコラ哲学で言うように、人間存在の本質に関する純粹に形而上学的な主張である」、従って、これは「我々のような実証主義的、科学的時代」には不十分であるという点、また、「この主張は、事実によって、即ち直接的観察の対象たり得る人間の物理的性質の確認によって反論され得る。全ての人間学・社会学の研究が示すところでは、器官、生理的・心理的構造を与えられた人間は、一人では生きることができず、一人では生きていなかったものであり、社会においてのみ生存でき、社会においてのみ生きてきたのである」という点が指摘されてい

る。

第二に、個人主義はその論理的コロラリーとして全ての人間の絶対的平等を含蓄すると解されるが、これが事実  
に反するということである。「人間は……実際、本質上お互いに異なっており、その差異は、社会が文明化される  
だけますます際だつ。人間は、異なっているため、異なる取扱いがなされなければならない。……人間の絶対的、  
厳密な平等へと論理的に至る学説は……現実に反しており、拒否されなければならない」。

第三に、個人主義が提示する、あらゆる時・国において同様に存在する理念的・絶対的権利の概念は、「非科学的  
(antiscientifique)」、即ち形而上学的概念であるという点である。その理由として、まず、法は「社会現象  
たる人間の進化の産物」であるという点で、絶対的な理念とは無関係だということである。また、理念的・絶対的  
自然権の存在は、「ある者の権利が他の者の権利に優位する」ということを意味するが、しかし、「これは全く相  
対的な比較でしかありえない」。即ち「ある者の権利が、他の者の権利よりも絶対的法的理念に近いということ  
はなく、ただ、ある者の権利が、他の者の権利よりも、ある時点においてはその人の要求や傾向に合っている」と  
いう意味において、相対的な概念にすぎないということである。さらに、権利は、後述するように意思力であるた  
め、権利が何から成るのかを確定するには人間意思の本性を知らなければならない。しかし、「人間は自由意思を  
有するか」という哲学上の問題は、「そこに認識と観察を免れる要素が存在している」ため解決不可能な問題とい  
わなければならない。権利自体も形而上学的概念として排除されるべきということになる。

第四に、自然的な、孤立した人間、他者から切り離された個人の自然権について語ることは、矛盾を含んでいる  
ということである。即ち、「権利とは、欲する主体 (sujet)、この主体により欲せられる対象、この対象が欲せ  
られる主体という三つの要素を必ず意味している。対象を考慮しないとすれば、権利は、伝統的な表現によれば積



極的主体 (sujet actif) と消極的主体 (sujet passif) を意味するといわなければならない。結局、孤立した、他の人間から切り離された人間を考える場合には、権利をもつことはできず、権利をもっては生まれることはできない<sup>(11)</sup>。個人主義のいう自然権概念が誤っているのは、他者ないし社会を考慮せずに権利概念を構成しようとしたからである。

以上のように、デュギーは、個人主義が前提とする人間観や平等、自然権を批判することにより、個人主義自体の批判を展開しているといえる。ここでは、自然権が現実主義的法システムから排除されているのは、それが形而上学的性質を有すること、および消極的主体を無視した概念構成となっている点で矛盾していることを理由とするものである点に留意しておきたい。

## 2 意思説と法的権利の否定

自然権の否定に続き、法的権利を否定するためにどのような論を立てているのかをここでは見ていくことにする。そのために、デュギーによる権利の定義を見た後、既に述べた「規範的法準則」と「構成的・技術的法準則」の區別を前提に、「規範的法準則」に基づく権利の否定論と「構成的・技術的法準則」に基づく権利の否定論を検討し、さらに、事実行為および法律行為の権利的構成の可能性に言及する。

(一) 意思説 権利の定義については、既に「法秩序によって付与された意思力 (puissance de volonté, Willensmacht) もしくは意向の力 (pouvoir de volonté, Willensherrschaft)」と「意思説」<sup>(12)</sup> 「法的に保護された利益」とする利益説<sup>(13)</sup>、意思と利益との混合とする説等<sup>(14)</sup>があった。デュギーは、利益説も結局は意思説に帰着してしまふこと<sup>(15)</sup>、意思説にいう「意思」を法秩序の意思・立法者の意思と解するウィントシャイトの説明は誤っ

ていること<sup>18)</sup>、従って、権利は権利享有者の意思を本質的要素とするものとして考えられなければならないこと、を指摘する。即ち、「意思力が存在する場合にしか権利は存在しないということ、権利は、存在するとすれば、ある主体における他の者を拘束し得る力、即ち他の意思に対する自らの意思の優位性を意味すること、が常に認められることとなる」<sup>19)</sup>。

従って、権利とは、「法により禁じられていない事物を望む場合に、一或いは複数の他の意思を拘束するという、意思に属する力」を意味する<sup>18)</sup>。この権利の意思説的理解、およびデュギーの社会学主義からすれば、権利は形而上学的概念として科学の世界から、従って法学の世界から排除されることとなる。意思説によれば、権利概念には積極的主体の意思と消極的主体の意思という二つの意思が含まれることとなり、さらにそれらの優劣関係を必然的に認めるものとなる。このことは、意思の階統性 (hierarchy) の存在、いわば意思が測定可能であること、および意思が実体としての性質と効力を有することを意味することとなる。人間の意思の対外的表明自体は観察により確認し得る事柄ではあるが、しかし、人間意思の性質、効力、階統性はどれも実証科学においては解決不可能な問題なのである。従って、権利自体を科学概念として認めることはできない<sup>19)</sup>。

こうして、デュギーは、権利の意思説的理解および社会学主義をもって権利概念を批判する視点を確立する。この視点は、以下の様々な権利概念の検討においても、権利否定論を補強する強力な根拠とされている。

(二) 「規範的法準則」と権利 この問題は、デュギーのいう客観法に基づく権利の存在可能性の問題と同義である。従って、問題は、「社会で生活し、社会の客観法に従う個人が、権利と呼ばれるものの享有を意味する地位にあるかどうか<sup>20)</sup>」という形で設定しなおすことができる。この問に対するデュギーの解答は、客観法は意思の階統性を生み出すことはない、従って、「規範的法準則」に基づく権利は存在しない、というものである。

このことは、消極的観点と積極的観点から説明されている。消極的観点、即ち「個人の法準則への従属」<sup>(21)</sup>という観点において、デュギーは、既に述べたように、客観法が社会の構成員に一定の義務 (obligation) を課すものであるとしても、この義務は「意思の形而上学的劣位」<sup>(22)</sup>を生じることはないとする。この点で、内的信仰において形成される形而上学的観念である義務 (devoir) とは異なる。この点でいう義務 (obligation) は、「法により禁止されていることをした場合、あるいは法が命じることをしていない場合に、社会的反動が生じる」という地位を意味するにすぎない<sup>(23)</sup>。他方、積極的観点、即ち個人の意思の優位という観点においても、客観法は、意思に形而上学的劣位を生じさせないことと同じ意味において、形而上学的優位を生じさせることはない<sup>(24)</sup>。従って、客観法は、意思の性質を変更せず、意思を本質とする権利をも発生させることはない。

(三) 「構成的・技術的法準則」と権利 「構成的・技術的法準則」に基づく権利の問題は、既述のようにそれが法的救済措置 (voie de droit) を定めるものであるところから、「違法行為に対し法的救済措置を適用する可能性」が権利を構成するのかがどうかという形に再構成することができる<sup>(25)</sup>。この点についてもデュギーの結論は否である。

第一に、法的救済措置を利用した結果得られる利益は、単なる期待 (simples expectatives) ないし客観法の反射 (réflexes du droit objectif) でしかなく、権利を構成しない。その理由として、①権利と単なる期待ないし客観法の反射との区別基準が不明確であること、<sup>(26)</sup> ②「構成的・技術的法準則」が価値ないし効力をもつのは「規範的法準則」を基礎とし、それと結び付けられる場合だけであり、「規範的準則が権利を発生させないとすれば、構成的準則についても事情は変わり得ない」ということ、<sup>(27)</sup> ③法の侵害が権利を生むとするのは矛盾していること<sup>(28)</sup>である。

第二に、犯罪 (Infraction pénale) が行われた際に公訴を提起する可能性は、権利を構成しない。その理由として、①この場合に権利が存在するというのであれば犯罪者が消極的主体となるはずであるが、彼が犯罪を犯したという一事実によるのみでは罰の義務者とはならないということ、②積極的主体は公訴を提起する者即ち公務員であると考えられるとしても、「公務員は、様々な条件の下で行動するよう命じる法に従うこと以外のことを為さず、従って、彼が権利を行使しているとは思われない」こと、③法規範は禁止的規範であり権利を付与する規範ではなく、従って、公訴を提起することは客観法に適合する行為の遂行ではあっても権利の行使とは認められないことである。

第三に、不法行為 (delits civils, quasi-delits) に対し損害賠償を請求するために提起される法的救済措置は、権利を構成しない。その理由として、①不法行為により発生した損害の賠償を目的とする権利を認めるとすれば、それは法律に基づくものであるとする説明のみが可能であるが、「抽象的規範の定式たる法律が二当事者のそれぞれの地位をどのように修正し得るのか、一方の意思に一定の資格をどのように付与し得るのか」ということが解決され得ないまま残されてしまうこと、②損害賠償を請求する訴えを提起することは、犯罪行為に対する公訴提起の場合と同様に、禁止的命令を内容とする法規範に適合する行為の遂行であって、権利行使を構成するものではないこと等である。

(四) 事実行為と権利 適法な事実行為、例えば、「公道を徒歩、馬、自転車、自動車で往来する」行為、「政治的、哲学的、宗教的問題を議論するため、あるいはその信仰を實踐するために集合する」行為、「雑誌、書籍で自らの思想を公にする」行為、「所有者として土地を所有し、それを耕し、そこで栽培し、居住する」行為等は、権利といえるのか。デュギーは、以下の点を指摘して事実行為の権利性を否定している。

第一に、客観法およびその定式化したものである法律は、命令ないし禁止であり、何らかの権利の付与を意味するような「許可法 (loi concédante)」ではありえない。ある者に対する禁止が、他人への権利の許可を構成し得るとは思われな<sup>(35)</sup>い。

第二に、適法な事実行為は法的性質をもたず、単なる身体運動の表れでしかない。適法な事実行為を為す場合には、その行為者は、たとえ他人に損害を生じさせる場合であっても法を侵害してはいない。このことは、彼が法を侵害しないことの帰結であって、権利を行使することの帰結ではない。<sup>(36)</sup>

第三に、適法な事実行為は、その行為が第三者による妨害に遭遇する場合にしか、法の問題は生じない。しかし、仮に行行為が第三者による妨害に遭遇したとしても、彼には訴訟の遂行が認められるだけであり、これは、訴訟を含めた法的救済措置全体が客観法に適合する行為という性質を認められるものである以上、「客観法のサンクシヨ<sup>(37)</sup>ン」であるといえる。

第四に、特に財産権について、それを認める学説が同時に権利濫用 (abus de droit) の原理をも肯定する点に、この種の権利を否定する根拠を見いだす。即ち、権利濫用論とは、権利の不正な行使により他人に損害をもたらした場合には権利主体が損害賠償義務を負うとする理論であり、これによれば、権利の「公正な行使」と「不正な行使」との区別基準が決定されなければならない。しかし、公正・不公正の観念を確定することは不可能であるといえ、この行き詰まりは最初に権利を前提にしたところから生じたものである。<sup>(38)</sup>

(五) 法律行為と権利 最後に、法律行為を行<sup>(39)</sup>う権限 (capacité) が権利を構成するのかが問題となる。デュギーの結論はここでも、「法律行為が為される場合には、法準則の単なる適用の場合と同様に、権利は存在しない」というものである。<sup>(40)</sup> その論拠としては、権利の意思的構成ないし形而上学的排除のほか、次の点を挙

げることができる。即ち、個人主義説およびその帰結である意思自治理論<sup>(8)</sup>によれば、「法的效果は、法律行為の中に表れる意思によって創造される」とか、「有効に法律行為を行う権限は、明らかにかつ本質的に権利である。実際、権利とは、その定義自体から、法的效果を創造する権限、法律自体にその効果を生じさせる (d' imposer cet effet à la loi elle-même) 権限である<sup>(9)</sup>」とされるが、これは誤りであるという点である。意思は法的效果を生み出すことはできない。なぜならば、それが外へ表明されていなければ法的には「無」であり、また、外へ表明されたとしても法的效果を生じさせるのは客観法であると考えられるからである<sup>(10)</sup>。「作用する法律行為がどのようなものであれ、意思表示 (déclaration de volonté) は法の適用を条件づけるだけであり」、「今日法律行為の効果と呼ばれるものは、単に法の適用、即ち一定の意思行為に従属する適用の結果でしかない<sup>(11)</sup>」。

以上のように、デュギーが法的権利を否定する論理は、若干の複雑さを呈しているように見える。しかし、結局、権利否定の論理は客観法の理論ひいては社会学主義ないし「観察」を手段とするレアリスムに帰着するのであり、この点でデュギーの客観法体系の奥行きというべきものを測り知ることができるであろう。彼は、人間の精神が有している「見えるものを見えない形而上学的存在によって説明しようとする恒常的かつ抑制し難い傾向<sup>(12)</sup>」を批判し、権利をそこでいう形而上学的存在として厳然たる態度で排除しようとしたのである。

### 3 「法的地位」としての個人

ここまで述べてきたように、デュギーは、彼の客観法理論の体系の下では、個人が権利の主体ではないということとを証明してみせた。権利主体としての地位のかわりに、デュギーが個人に認めたのが「法的地位 (situations juridiques) 」である。この「法的地位」は、「客観法とともに、社会の法秩序 (ordonnement juridique) を

形成する「もの」とされ、以下の二種類の法的地位に区別されている。

(一) 「客観的法的地位 (situations juridiques objectives)」 これは、法規範が立法者により明文化された際に、法規範、実定法から直接に派生する地位である。そのため、客観的法的地位の性格は、法律の性格をそのまま承継することになる。

法律の性格については、①一般的規範性、即ち「全ての者を拘束する一般的な規定である」という性質、および②恒常性、即ち「適用された後は、立法者により明文で改正または廃止されるか、或いは客観法の中の自主的な変遷の後に空文化するまで存続する」という性質が認められる。従って、客観的法的地位についても、一般性および恒常性をその性質として認めることができる。特に恒常性につき、デュギーは、「法的救済措置は、常に認められており、それが一度或いは何度も行使されたからといってそれで行使できなくなる、というわけではない。それは、一定の地位を派生させる法規範が存続する限り許されている」と述べている。

また、客観的法的地位は、いかなる行為の媒介がなくても発生するというものではなく、そこには一定の法律行為が必要とされる。法律行為には、①法準則を改廃させようと意図して為される「準則行為 (actes-règles)」、②それまである個人には適用されなかった法規範が、彼に適用されるように意図して為される「条件行為 (actes-conditions)」、③ある個人が、その行為によって、客観法上自らに課されていない「特別の、具体的、個人的、一時的義務」を負うこととなる「主観的行為 (actes subjectifs)」の三種があるが、客観的法的地位を発生させる法律行為は、「条件行為」であると説明される。もっとも、ここで発生する地位の範囲はあらかじめ客観法によって決定されているもので、「条件行為」者の意思是法の適用を条件づけるものとしてのみ意味を有するにすぎず、この点が、「主観的行為」ひいては「主観的法的地位」との違いということになる。

(二) 「主観的法的地位 (situations juridiques subjectives)」これは、法規範から直接生じるものではなく、右の「主観的行為」によって創造される地位である。

主観的法的地位の性格としては、客観的法的地位の場合とは異なり、①「その地位が、個人的に決定された一人または複数人によってのみ援用され得るものであり、また、同様に個人的に決定された一人または複数人に対してのみ向けられ得るものである」という意味での個別性、および②「それに関連する行為が為された場合、或いはその行為を制裁する法的救済措置が一度行使された場合、その地位が後を残さず消滅し、もはや法的救済措置も認められない」という意味での一時性が、指摘されている<sup>63)</sup>。客観的法的地位の性格が一般性および恒常性であったことと比較すれば、主観的法的地位の性格は、それとは全く対照的なものであることがわかる<sup>64)</sup>。

また、主観的法的地位が主観的行為によって創造される地位であるとしても、「このような地位を発生させる原因が客観法にあるのか、それともその地位を発生させる個人的意思表示にあるのか。この意思表示が、地位の範囲を決定する以外の対象を有しないのか、あるいはさらにその地位を創造するのか」という問題が、解決されなければならぬ。意思の創造的効力の有無の問題である。第一に、デュギーは、客観的法的地位と条件行為との場合は異なり、主観的法的地位の「範囲は、あらかじめ客観法により決定されるのではなく、この地位を発生させる行為を望む個人の精神により決定される」とする。ここでいう「行為」とは、主観的行為を指すため、主観的行為が主観的法的地位の範囲を決定するということになる。第二に、デュギーは、意思が主観的法的地位を創造するとまではいえないとする。この点につき、意思自治理論 (principe de l'autonomie de la volonté<sup>65)</sup>) によれば、反対に意思が主観的法的地位自体を創造するとされる。しかし、この理論は、デュギーによれば支持され得ないものである。なぜならば、意思自治理論とは、人間を本質的に自由であり自らの意思によってしか義務を負わない存在で



あると規定し、その意思が法的効果を生むという個人主義的理論であるが、デュギーは、既に述べたように個人主義説を形而上学的主張、偽なる主張、矛盾した主張として批判しているからである。意思に法的地位の創造的効力を認めないという点では、主観的行為についても条件行為についても同様であって、ここにおいても、デュギーの社会学主義の思想が貫徹されているといえよう。

#### 4 「社会的職分」概念の内容と特質

デュギーによれば、それまで権利や自由と捉えられてきた概念は、どのように変化するのか。以下では、権利概念を否定することでそれにとってかわるものとして提示されている社会的職分 (fonction sociale)<sup>53)</sup> 概念を検討し、職分として構成される自由および財産の変容を見た後、社会的職分概念の特質を描き出したい。

(一) 「社会的職分」の内容 社会的職分とは、社会規範、客観法によって個々人に課される義務、社会において遂行すべき職務を意味する。これは、「全ての者を拘束する法準則の基礎」であり、権利の形而上学的観念を転換させる「現実主義的・社会主義的観念」である。<sup>54)</sup> 個人主義的・形而上学的体系の構成要素として挙げられる、個人的自由 (一七八九年人権宣言二条、四条、ナポレオン法典六条、一一三四条) および所有権の不可侵性原理 (同人権宣言一七条、ナポレオン法典五四四条) は、現実主義的・社会主義的体系の下でどのように変容したのであろうか。

第一に、「権利としての自由 (liberté-droit) から「職分としての自由 (liberté-fonction)」への変換である。デュギーは、自由という語を「政治的自由」を除いた「市民的自由」に限定した上で、個人主義的・形而上学的体系の下では次の二点において権利として理解されるとする。即ち、「行動する権利 (droit d'agir)」ないし「身

体的・精神的・知的活動を展開する権利」、および「法的に意欲する権利 (droit de vouloir juridiquement)」ないし「意思行為により一定の条件で法的地位を創造する権利」である。<sup>65)</sup> このことから、国家は「この権利を侵害することはできない。身体の自由、思想の自由の行使を規制する法律を制定することはできるし、またそうすべきでもあるが、これは全ての者の自由を保護するために必要である限りにおいてのみ可能なのである」<sup>66)</sup>。

しかし、この立場は、現代における多くの立法と矛盾する。<sup>67)</sup> デュギーは、現代の立法が「社会連帯にできる限り協力するため、身体的・精神的活動という個性をできる限り展開させるといふ、全ての者を拘束する義務」の帰結であるとする。従って、職分としての自由とはここでいう社会連帯の維持のための「義務」である。さらにいえば、職分としての自由とは「分業による連帯」の維持のための「義務」である。即ち、「社会において一定の任務を遂行し、あらゆる組織 (ordres) における自らの活動、能力をできる限り発展させるといふ役割を果たすべき」義務を内容とするものである。<sup>68)</sup> こうして、職分としての自由は、「社会連帯」とりわけ「分業による連帯」の直接的な帰結として扱われている。

第二に、「権利としての所有 (propriété-droit) から「職分としての所有 (propriété-fonction)」への交換である。ここで権利としての所有とは、物を「使用・享受・譲渡」する権利ないしそうしない権利を意味する。<sup>69)</sup> 個人主義的体系においては、権利としての所有は、①公権力は「警察的利益から一定の制限を課すことはできるが、しかし、公正かつ事前の補償 (juste et préalable indemnité) の支払によってしか制限し得ない」という意味での公権力に対する絶対性、②所有権者は、自らの物を利益がなくとも利用することができ、また他人に損害を負わせたとしても法的責任を問われないという意味での個人に対する絶対性、③期限における絶対性、という性質を有している。<sup>69)</sup>

しかし、判例、立法、事実の直接的観察からすれば、この個人主義的体系は事実には合致しない。その理由は、①権利としての所有は、現代の実証主義と完全に矛盾する形而上学的観念である、②個人主義的体系によれば、個人的目的による財産の利用のみが保護される傾向があるが、これは、「個人は目的ではなく手段である、個人は社会という巨大な機械の歯車にすぎない、いかなる者も社会的活動 (œuvre sociale) の中で果たす任務によってしか、世界における存在理由をもたない」という現代の意識状態 (état de la conscience moderne)<sup>(63)</sup>と矛盾する、③現代においては、立法は、団体による財産の利用を保護するに至っているが、財産の個人主義的体系は、「集団目的 (but collectif) での物の利用を保護することには役立ちえない」<sup>(64)</sup>、ということである。これらの事情から所有者は、「自らが有する財物を、社会的相互依存を維持・増大させるために充てる」という客観的義務<sup>(65)</sup>を負うことになる。こうして義務に転換した所有を、職分としての所有というのである。

以上のように、個人主義的・形而上学的体系から社会主義的・現実主義的体系への変換は、権利から社会的職分への転換、権利としての自由から職分としての自由への転換、権利としての所有から職分としての所有への転換を必然的に生み出すことになる。このことは、「社会連帯」の事実およびその下での「個人」の理解の仕方に依存している。

(二) 「社会的職分」の特質 以上の考察から、社会的職分の特質として以下の三点を指摘することができる。

第一に、社会的職分は、客観法により個々人に課される義務であるという点である。社会学主義、客観法の理論によって、デューギーは法を権利の体系から義務の体系へと捉えなおした。人間は共同体において義務を負う存在である、という彼の理解は、法思想史上、ホップス以前の法の状態に類似する。この点に関し、ローマ法の《ius》

《jura》についてのM・ウィレイによる理解が重要な示唆を与える。即ち、ウィレイは、ガイウスの『法学提要』における*ius, jura*の語が「行動する自由という主体の属性ではなく(自由は配分されていない)、集団において他者との関係である者に帰属する物」であり、「利益と不利益、財産と責任の複合したもの」であるとし、ローマ法には権利という近代的概念は存在しなかったと結論づけたのである<sup>(67)</sup>。この理解を前提とすれば、多くのローマ法学者の立場とは異なり、*ius, jura*は義務的性質を有する概念であるということとなり、この点で、デュギーの社会的職分との類似が指摘され得るであろう<sup>(68)</sup>。

第二に、社会的職分は、客観法により課される義務であるとしても、形而上学的な性質をもつものではないという点である。《devoir》ではなく《obligation》、即ち、法により禁止されていることをした場合、或いは法が命じることをしない場合に、社会的反動が発生するという地位である。

第三に、社会的職分は、「対象(Objet)」「および」「目的(But)」を重要な要素とするという点である。この点には、デュギーの意思行為論・法律行為論と密接な関連がある。デュギーによれば、意思行為・法律行為の理解において、対象と目的とが区別されるべきであること、対象のみならず目的の概念も意思行為・法律行為の法的価値を決定するという点で重要な要素であるということが指摘されなければならない<sup>(69)</sup>。第一に、対象とは、人が望むこと、「為すこと、或いは為さないこと」を指し、外界に対して働きかける行動を意味する。対象には、①「個人の諸器官の動き」である「直接的对象(Objet immédiat)」<sup>(70)</sup>、および、②それに続いて生じる「外界における変化」<sup>(71)</sup>、「法的効果」の発生、主体が意図していた結果である「間接的对象(Objet médiat)」が含まれる。他方、目的とは、人が望むに至った理由、「為す或いは為さない理由」を意味する<sup>(72)</sup>。対象が物理的事実であるのに対し目的は心理的事実であるとされ、両者は明確に区別されている。第二に、全ての意思行為・法律行為は、これら二つの要素

を必ず含むものであり、当該行為の法的価値を決定するのは、これら二つの要素である。<sup>(9)</sup> 即ち、行為が適法となるためには、物質的要素である直接の対象と間接の対象がともに適法であるだけでなく、心理的要素である目的もまた、適法であることが要求される。直接の対象、間接の対象、目的は、行為の適法・違法の判断基準となるという意味で意思行為・法律行為の重要な要素といえることができる。

この意思行為・法律行為における対象・目的の重要性から、社会的職分における対象・目的の重要性をも帰結することができる。即ち、社会的職分は法規範により課される義務であり、これを履行する意思行為・法律行為は法規範に適合するものでなければならぬが、この際、行為が法規範に適合するかどうかの判断基準として提示されているのが、対象と目的だからである。社会的職分は、その対象のみならず目的も法規範に適合していなければ適法なものとは認められないという意味で、「目的性」という性質を帯びるものといえよう。<sup>(10)</sup>

これに対し、個人主義に立脚する意思自治理論においては、意思行為・法律行為における目的の重要性は意識されていなかった。意思自治理論においては、意思がその力のみにより法的効果を生じさせるのであり、対象が客観法に反する行為に対し、その有効性を認めるものではないにしても、いかなる目的を企図して行為を欲したかは問題ではない、ということが論理的帰結とされる。<sup>(11)</sup> しかし、デュギーは、意思自治理論およびその基礎たる個人主義自体が形而上学的理論として排除されるべきこと、意思自治理論は、現代の法律や判例において行為の目的が判断の要素とされているという現状を説明できないこと等を指摘し、目的の重要性を主張したのである。<sup>(12)</sup>

(1) 古典的な批判論として、功利主義的批判論(J・ベンサム)、保守主義的批判論(E・バーク、ドゥ・メストル)、マルクス主義的批判論、フェミニズムからの批判論等を挙げることができる。E・バーク、半澤孝磨訳『フランス革命の

- 省察』(みすず書房、一九七八)、K・マルクス、城塚登訳『ユダヤ人問題によせて・ヘーゲル法哲学批判序説』(岩波文庫、一九七四)五頁以下等。また、これらについては、長谷川正安「ペンタム」木村亀二編『近代法思想史の人々』(日本評論社、一九六八)一〇八頁以下、深田三徳『功利主義思想と人権文書批判』同法一六三号(一九八〇)一頁以下、同「自然権論と功利主義」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学?・法思想』(東京大学出版会、一九八三)六五頁以下、長谷川晃「権利の観念は無意味か?」北法四〇巻二号(一九八九)一三七頁以下、同「権利・価値・共同体」(弘文堂、一九九一)一三三頁以下、辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性—フランス人権宣言と現代憲法—』(創文社、一九九二)一五四頁以下、同「人権の観念」樋口陽一編『講座・憲法学 第3巻 権利の保障(1)』(日本評論社、一九九四)二二頁以下、長谷部・前掲一(15)六二頁以下、ジャン・モランジュ、藤田久一・藤田ジャクリン訳『人権の誕生—フランス人権宣言を読む—』(有信堂、一九九〇)八六頁以下、オリヴィエ・ブラン、辻村みよ子訳『女の人権宣言』(岩波書店、一九九五)等参照。
- (2) ハンス・ケルゼン、尾吹善人訳『法と国家の一般理論』(木鐸社、一九九一)一四三頁以下、R. Bonnard, *Les droits publics subjectifs des administrés, dans Revue du Droit Public*, 1932, pp. 703-704, シャン・タン・水波朗訳『権利論』(創文社、一九七二)二二頁以下等。
- (3) なお、マッキーによれば、権利概念の存在の否定は同時に権利主体 (sujet de droit) の存在についても否定的に解すのである。この点については L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 451 et s.
- (4) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, pp. 16-17; *Traité*, t. I, pp. 202-203.
- (5) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 203.
- (6) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 210.
- (7) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 209.
- (8) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 210. Cf. *L'État*, I, pp. 41-43, p. 96.
- (9) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 211.
- (10) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 15, 16.

- (11) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 211-212. Cf. *L'État*, I, p. 12 et s.
- (12) ウィントシャートの説である。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 274 et s. この説によれば、権利には、自らの活動に反対する一人または複数の者に対し、作為または不作為となつて一定の態度を要求する力 (Willensmacht)、『および、その力を創造し、また消滅させ或いは変更する権利 (Willensherrschaft)』となつてこのカテゴリーがあるといはれる。
- (13) イェーリングの説である。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 280 et s.
- (14) ミンナーゴ・マリエネット等の説である。L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, I, Paris, 1906, p. 99 et s.; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. Tübingen, 1905, S. 41f.; L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 287 et s.
- (15) デュギーは、権利が法的に保護された主体の利益であると解する場合には、①主体が自らたつて利益と考える場合にしか権利は存在せず、この意味で具体的利益が問題だとすれば、意思説に立ち帰ることになること、②利益を、立法者が保護に値すると決定した利益、即ち一般的利益として理解すること、③この利益は、立法者が規範定立に至る目的でしかなく、また、この目的は法秩序の意思の構成要素であると考えられるため、結局、意思説に至ること、④を指摘している。L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 285-287.
- (16) デュギーは、権利の本質を構成する意思が立法者の意思であり、権利享有者の意思ではなるとすれば、「客観法の純粹な領域にあるところのこと、主体の権利のための場所はないところ、法の決定の帰結、客観法の反射のみがあるところのことなる」であり、「権利と客観法の反射との区分線を引くには至らざる」と述べている。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 278.
- (17) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 295.
- (18) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 10.
- (19) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, pp. 12-13.
- (20) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 212-213.
- (21) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 217.

- (22) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 216.
- (23) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 215.
- (24) この地位は、後得たる「客観的法的地位 (situations juridiques objectives)」と相対する。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 307 et s.
- (25) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 217.
- (26) このうち「行為」とは、意思の対外的表明、即ち「意思行為 (acte de volonté, acte volontaire)」を意味するものであるため、「違法行為」およびそれに続く「事実行為」・「法律行為」と「意思行為」との関連についてデュギエの理解するところを見ておく必要がある。
- 第一に、「意思行為」とは、①行為の着想 (conception) / ②熟慮 (délibération) / ③意思決定 (décision) / ④実行 (exécution) という四つの契機を経て発生する身体の動き (mouvement corporel) である (L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 316-325)。
- 第二に、「意思行為」には、法規範に反する行為 (違法行為)、法規範に適合する行為 (適法行為)、法規範に適合も違反もしない行為という三種の行為が考えられる。しかし、法規範に適合も違反もしない行為については、デュギエはこのような「法と無関係な行為がどのようなものであるかを示すことは、實際上困難である」(L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 241.) と述べ、考察の対象から除外する。従って、「違法行為」および「適法行為」が「意思行為」として考察されるべき対象である。
- 第三に、この二種の「意思行為」に比べて、むしろ「法律行為 (acte juridique)」や「事実行為 (acte matériel)」と區別しなければならぬ。「法律行為」とは、「行為時或いは将来のある時点で存在するようた」法令における変化を生じさせようとする意図して為される意思行為」(L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 326.) を意味し、「事実行為」とは、そのような意図をもたずに為される意思行為を意味する。
- 第四に、以上の諸行為を区別した結果、①「違法・事実行為」、②「違法・法律行為」、③「適法・事実行為」、④「適法・法律行為」に整理することができる。このそれぞれにつき、権利的構成の可能性が問題とされなければならない



5。

但し、②は瑕疵 (vice) たる法律行為として「無効 (nullité)」の問題となり、別に研究されるべきテーマとなる。従って、ここでは①「違法・事実行為」の権利性の問題 ( (三) )、③「適法・事実行為」の権利性の問題 ( (四) )、④「適法・法律行為」の権利性の問題 ( (五) ) を扱うこととする。

- (27) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 227-236.
- (28) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 237.
- (29) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 259.
- (30) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 245.
- (31) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 300.
- (32) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 249.
- (33) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 264.
- (34) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 264-265.
- (35) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 265.
- (36) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 266 et s.
- (37) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 434.
- (38) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 347. *Les transformations du droit privé*, p. 52 et s.
- (39) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 358.
- (40) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 348, 358.
- (41) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 434.
- (42) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 297.
- (43) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 308.

「法秩序」とは、「ある社会集団の人間を拘束する法準則およびそれと関連のある法的地位を意味する」として存在し得る社会秩序 (l'état social) を意味する。L. Duguit, *Traité*,

t. I, p. 327.

- (44) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 308.
- (45) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 309. このよきな性質を有する客観的法的地位の例として、選挙人の地位および嫡出子 (enfant légitime) の地位を挙げようとする。L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 309, 310.
- (46) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 327-329.
- (47) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 333, 334, 359.
- (48) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 312-313.
- (49) このよきな性質を有する主観的法的地位の最も特徴的な例として、契約に基づく地位が挙げられている。L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 313-314.
- (50) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 313.
- (51) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 335.
- (52) マッキーは、意思自治理論を以下の四つの主張に整理している。①法主体は全て、意思の主体である。②法主体の意思行為は全て、そのようなものとして社会的に保護される。③それは、適法な対象 (objet licite) を有することを条件に保護される。④法的地位は全て、一方が積極的主体であり他方が消極的主体である。二法主体間の関係である。L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 57. また、意思自治理論およびその内容たる契約自由の原則について M.-R. Izorche, *L'autonomie de la volonté*, dans R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet (sous la dir. de), *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 1994, p. 107 et s. 星野英一「現代における契約」『民法論集第三卷』(有斐閣、一九七二)一頁以下、同「契約思想・契約法の歴史と比較法」『民法論集第六卷』(有斐閣、一九八六)二〇一頁以下、同「意思自治の原則、私的自治の原則」星野英一他編『民法講座・第一卷・民法総則』(有斐閣、一九八四)三三五頁以下、山口俊夫「フランス法における意思自治理論とその現代的変容」法学協会編『法学協会百周年記念論文集・第三卷』(有斐閣、一九八三)二二一頁以下、北村一郎「私法上の契約と「意思自律の原理」」『岩波講座基本法学 4』(岩波書店、一九八三)一六五頁以下、杉田欣一「フランス法における「意思自律の原理」に

関する一考察」立教大学大学院法学研究二三号(一九九三)一頁以下等参照。

- (53) こうで、(fonction)を「機能」ではなく「職分」と訳する理由について付言しておく。(fonction sociale)は、社会的「機能」と訳される場合が多いからである。しかし、デュギーは、ある概念の機能、働きを示すためにこの語を使用したのではなく、ある概念自体を表現する言葉としてこの語を選んでいる。ある概念自体とは「義務」の概念である。デュギーは、一七八九年人権宣言の権利の体系がその後の社会事情の変化により義務の体系に変化した様を理論化した。ここでは、権利に変わるものとしての義務の重要性が説かれているのであり、そうであるとすれば、(fonction)を義務という意味合いを含んだ「職分」という語で表現することが、デュギーの真意に最も近接した訳ということになるのではないか。恒藤武二「デュギー」木村龟二編「近代法思想史の人々」(日本評論社、一九六八)三三頁、阿武京二郎「『デュギー』の所有者の社会的職分論(一)(二・完)」法曹会雑誌一卷二号(一九三三)一九頁以下、同巻三号二二三頁以下等参照。同じ理由で、以下述べることになる。(droit-fonction)についても「職分権」という水波朗教授の訳に従うこととする。ダバン・前掲(2)二九三頁以下参照。

(54) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p.20.

(55) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p.34.

(56) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p.35. 従って、国家はその必要性を越えてさらなる制限を個人的自由に加えることは許されない。例えば、国家は、労働の義務、教育の義務、互助 (prévoyance) の義務を課すことはできない。L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p.36.

(57) デュギーは、この例として、①自殺の禁止・処罰(一八〇三年のオーストリア刑法典)ないし自殺幫助の処罰(ブラジル、オランダ、スペイン、ハンガリー)、②決闘 (duel) の処罰(ベルギー刑法典四二三条ないし四三三条、オランダ刑法典一五二条ないし一五六条、ハンガリー刑法典二九七条、ドイツ刑法典二〇一条ないし二一〇条、イタリア刑法典二三七条ないし二四五条)、③闘牛など、社会的利益のないあらゆる危険な行為の禁止、④労働者保護立法(工業施設における労働者の衛生と安全に関する一八九三年六月二二日法、未成年労働者の安全に関する一八九〇年七月八日法、一九〇一年三月二五日法、一九〇五年五月九日法、一九〇七年七月三日法、一九一〇年三月二二日法)を挙げている。

- L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, pp. 38-44.
- (8) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, pp. 36-37.
- (9) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 37. ナキキ 職分としての自由とこの概念により、①労働義務、②義務教育、③互助の義務が説明される。L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, pp. 48-51.
- (60) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 153.
- (61) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, pp. 153-154.
- (62) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 156; *Traité*, t. 1, pp. 445-449.
- (63) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 157.
- (64) ナキキは、政教分離 (la séparation des Églises et de l'État) を例として説明している。即ち、個人主義的体系においては、団体は、所有権者、受益権者、使用者でもありえない。しかし、一九〇五年二月九日法は、国、県、市町村に帰属されるとした教会財産について、礼拝活動を確保するために結成された礼拝団体 (associations cultuelles) にその使用を認め、さらに、一九〇七年一月二日法五条一項は、「信徒及び司祭は、礼拝団体がなくとも、宗教活動に供される建築物およびそこにある備品を、信仰実践のために自由に利用できる」と規定している。この「所有者の所有権」から「割当としての所有 (propriété-affectation)」なる「所有者なき所有」という新しい財産概念への転換も、職分としての所有への変化を示す。L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, pp. 170-175.
- (65) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 157.
- (66) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 158.
- (67) M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, 2e éd., PUF, 1990, p. 78.
- (68) また、ウィレイによれば、ローマ法が法的世界を客観的に記述するという方法論に基づいて制定されたものであること、また、個人を集団内に位置するものと理解する非個人主義的・社会連帯主義的な人間観に立脚していたことが指摘され

べきり、こむらぬ底にまじりて、マキキエの方法論との近縁性を見取ると、可能である。M. Villey, op. cit., p. 71 et s.; *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, op. cit., p. 172 et s. など、マキキエの権利論に於ける批評の「水波明」【トマス主義の法哲学】(九州大学出版会、一九八七)二五三頁以下参照。

- (69) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 322, 332, 340.
- (70) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 319; *Les transformations du droit privé*, p. 97.
- (71) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 320-324, pp. 337-339. 「直接的対象」と「間接的对象」との関係については、①意思が生み出すことであるの、行為者の身体の動きによる直接的対象(前提現象)のみである、②間接的对象(結果現象)は、自然法則(loi naturel)即ち因果法則の適用により、直接的対象から自動的に生み出される効果である、③このことが指し示す「こむらぬ」意思は法的効果を生じやせぬ、④結論が導き出される。L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 324-325, pp. 337-339.
- (72) L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 97; *Traité*, t. I, p. 319.
- (73) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 242-243, p. 361 et s.
- (74) マキキエによれば、法律行為および社会的職分の行使が適法であると判断するための基準である「目的」は、その内容を「社会連帯」とする。このことは、既に「個人的意思行為が社会的価値を有するのは、それが、類似による連帯または分業による連帯という社会連帯に相当する目的をもって、決定されたときである」と述べているところに現われている。L. Duguit, *L'État*, I, p. 84. 従って、人間の行為が「目的意識的決定の産物」として定義する場合の「目的」が「社会連帯」を意味するものである。
- (75) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 345-346.
- (76) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 342-343, pp. 385-393; *Les transformations du droit privé*, p. 91-103; *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. II, 1928, p. 378 et s.

### 三 L・デュギー権利論の評価

以上、概観を見てきたデュギーの権利否定論について、その問題点ないし限界はどこにあるのか。ここでは、社会学主義ないし「観察」を手段とするレアリズムという方法論に内在する問題点、及び、社会学主義の方法論内部における整合性如何という問題点を指摘し、デュギーの権利否定論の問題性を前者に由来するものと後者に位置するものと整理していく。

その際、できる限り、社会学主義が自然主義ファラシーを犯していないとする読み方を前提としたい。既に、デュギーの法理論は、幾度となく事実から当為を導きだす誤りを犯している、あるいは、社会学主義に自然法概念を持ち込む誤りを犯しているとして批判されてきたが、デュギー自身の反論に見られるように、「法規範の命令について語ることができる」とすれば、それは、主体が法による命令、又は法による禁止に従わない場合には社会的反動が生じるという意味、しかし、そこには意思力の減少を意味せず、従って、他人においてそれに相当する意思力の増大も意味しない地位があるという意味でのみそうである<sup>①</sup>。即ち、「社会連帯」という事実から導き出されるのは、「違反に対する社会的反動」という事実（社会的義務）なのである。従って、デュギーの方法論自体としてはこの種の誤りを犯すものではないことを前提にし、法理論の中で現実に事実から当為を導きだすような操作を行っているときみなざるをえない場合には、その点を方法論内部の整合性の問題として指摘していく。

また、デュギーの権利否定論ないし社会的職分概念は、これらの問題点を指摘されながらも、一定の影響を及ぼすこととなる。本稿ではいくつか指摘され得る影響のうち、「職分権」への影響を指摘するにとどめ、この概念の意味、内容、社会的職分との関連を検討することにより、権利否定論ないし社会的職分の限界を論じることとする。

## 1 社会学主義の方法論に対する評価

デュギ어의社会学主義について、法学の対象領域を「現実」や「社会」へと拡大したこと、フランス革命以来の伝統的法理論を攻撃しそこにおける絶対的偶像を破壊したこと、等の肯定的評価もなされることがある。<sup>3)</sup>

しかし、それにもまして、デュギ어의社会学主義ないし「観察」を手段とするレアリスムという方法論に対しては、これまで多くの問題点が指摘されてきた。ここではその問題点として次の三点を指摘しておきたい。

(一) デュギ어의「科学観」 第一に、デュギ어가実践する「科学」についてである。この点に関し、三つの方向での問題点が指摘され得る。

まず、デュギ어의「科学」が真の意味での科学であるかという点である。コントの社会学説について「まだ科学としての規格がルースであった時代の古典的体系」とされる指摘がデュギ어의社会学主義にもあてはまるとすれば、デュギ어의「科学」は不十分なものである可能性を指摘し得る。即ち、デュギ어가自然科学の延長線上に社会学を位置つけたコントの影響下にあるとすれば、その「科学」は、真に排除すべき形而上学を排除しきれず、逆に排除すべきでない事実を無視していた可能性があるのである。従って、デュギ어의法理論が科学的理論であるかどうかは、ポパーの「反証可能性」を内実とする「科学」観に基づき、事実により反論可能かどうかという見地から検討されなければならない。

次に、デュギ어의「科学」が真の意味での科学であるとしても、提示された理論が真であるかどうかという点である。デュギ어は、事実の「観察」と「推論」を通じて理論を提示するとしており、ある理論が真であるかどうかは、専ら観察される事実との対応に依存するものと理解しているように思われる。しかし、この真理の観念が誤りであることは、ポパーが正当にも指摘するところである。ポパーによれば、デュギ어의社会学主義は、「観察主義」

と「演繹主義」の誤りに陥っていることとなる。従って、デュギーが、観察に基づく推論の結果であると考へていたところの客観法理論ないし権利否定論は、推測ないし仮説として捉え直されなければならないし、また、デュギーの法理論が科学的に正しいかどうかを解明するために、事実を基礎としてテストされなければならない。

さらに、デュギーの方法論は、客観的認識の可能性を前提とする点において時間的・空間的制約を免れない点である。現在のような「社会全体に広く共有された認識のパラダイムが崩壊した」ポストモダンの状況<sup>⑧</sup>においては、客観的認識の可能性を前提とする方法論は、自らの存立の基盤を失うものとなるはずである。そうであるとすれば、社会学主義がこの批判に有効な反論を提示できるかどうかは疑わしいといわなければならない。特に「多文化主義 (multiculturalism) への要求」の高まり、「人種的・民族的バルカン化 (balkanization)」の著しい現代国家の在り様<sup>⑨</sup>は、社会学主義からの反論をますます困難にしているように思われる。この点については後でもう一度立ち返って検討することとする。

(一) 社会学主義の「形而上学性」 第二に、社会学主義の構想自体に必然的に伴う社会状況による制約という点である。多くの思想的立場がそうであるように、デュギーの社会学主義もまた彼が置かれていた知的状況の下で影響を受け、制約を受けながら形成・発展された。デュギーが影響を受けたコントやデュルケムの立場は、「われわれの思考や思想のもつ内具的真理——それ自体に本質的にそなわった真理——というものを認めず」、「普遍的真理」・「普遍的価値」の認識可能性を否定する<sup>⑩</sup>。社会学主義の問題点はまさにここに存する。これは、「すべての認識の真偽の区別を否定し、ついにはみずからのそうした主張の真理性をも否認する結果に終わる」<sup>⑪</sup>。社会学主義によれば、自らの立場こそが「形而上学的」として否定されざるを得ない<sup>⑫</sup>。

(三) 「内的側面」の欠如 第三に、これが最も重要な問題点であるが、法の世界から規範的側面、ソレンの



要素を全く排除しようとする点である。即ち、デュギーの社会学主義が社会規範を誤って習慣と同視することとなるという点である。

デュギーのいう社会規範とは、社会で生きる人間を支配する(デュギーの表現によれば「拘束する」)法を意味するが、これは個人にとって自らの行動を動機づけるものではなく、おそらくこのような法の存在を意識していることすら必要とされないものである。現に、「社会連帯の実現に協力せよ」という社会規範の感情は、事実の観察に基づく推論の結果にすぎず、それ自体が事実として語られているわけではない。また、この社会規範の感情が仮に「事実」であるとしても、それは義務論的な規範によって惹起されたものではあり得ず、逆にそうでなければ、デュギーの方法論内部において矛盾をきたすこととなる。従って、社会規範の概念は、一定の社会で生活する構成員の行動を客観的に観察して得られる習慣として捉えられ得るであろう。なぜならば、習慣とは、①一定の集団の構成員ないしその大部分の人々が、一定の環境の下で一定の同じやり方で一般的に行動するということ、②また、その一般的な行動を考へることや認識すること、維持しようと意図することさえ集団の構成員には求められないこと、等の特徴とするものであり、デュギーの社会規範もこれらの特徴を有するものと理解され得るからである。

しかし、法規範を含む社会規範は、集団の習慣とは決定的な特徴において区別されなければならない。即ち、ハートによれば、社会規範は、それを受け入れない観察者が規則的、画一的な行動を記録するという「ルールの外的側面 (external aspect of rules)」だけでなく、社会規範を受け入れる人々が一般的基準とみなし、容認しているという「ルールの内的側面 (internal aspect of rules)」をも必要とするという特徴を有するとされる。デュギーにおいては、社会規範が習慣と同視されている点、即ち、社会規範の概念が内的側面を無視して構成されてしまっている点に問題があるといえる。また、同様の批判は義務の概念についてもいえる。デュギーによれば、義務とは

社会連帯に基づく命令や禁止に違反した場合には社会的反動が発生するという「社会的義務」を意味し、集団の、少なくとも大多数の構成員は、そうした反動を必要とし要請する精神を有する存在である。従って、ここでは法令・法規範は、社会的反動の可能性ないし蓋然性として機能することとなる。これは、まさしく、オースティン流の予測理論に通じる説明であるといえよう。ハートのいうように、予測的解釈には義務をルールの「内的視点」を無視して定義したという問題がある<sup>16)</sup>。確かに、義務や法規範は、ルール違反に対しては集団の構成員によって要求される社会的反動が生じるだろう、と表現される側面を有する。しかし、それは他方で、集団の構成員にとっては社会的反動や制裁の理由ないし正当性として機能する。後者の側面は、予測理論やデュギ어의社会学主義からは導きだされない。それは、社会的反動の可能性・蓋然性・感情のみを対象とする「外的視点」からだけでなく、行為の指針としてルールを受け入れる者の「内的視点」からも義務を定義するという方法によらなければ導き得ないであろう。このような誤りは、そもそも社会学とりわけ法科学を自然科学と基本的に同一視し、法理論を社会的事実の観察と推論に基づいて構築しようとする社会学主義の方法論を採用したことを原因とするものである。

## 2 社会学主義の方法論内部の整合性

デュギ어의社会学主義自体に内在する問題点から離れ、ここでは、この方法論内部における整合性の問題を検討する。

(一) 肯定的評価 まず、法理論ないし権利論の内容に対し、肯定的に評価すべき点について指摘する。以下の三点は、観察した結果を説明することのできる理論という意味で、科学であるということができよう。

第一に、デュギーがその法理論ないし権利論の前提とする人間観である。デュギーは、自律した個人としての人

間観を主張する個人主義の形而上学性を指摘しそれを理由として個人主義を排除するとともに、「社会連帯」ないし「社会的相互依存」の事実を人間観として提示する。認識論的にいえば、個人主義が提示する人間観は「偽」であり、ロビンソン・クルーソーのような極めて稀有な例外を除き、「社会連帯」が「真」であるといえる。「社会連帯」は、アリストテレス的人間像（「人間はポリスの動物である」）からドイツ連邦憲法裁判所の判決による基本法下の人間像（「共同体に拘束された人間」）、また、アメリカの共同体主義的人間像（共同体に根ざした徳を有する人間）や関係的アプローチ（「思いやりの倫理」）へと至る流れの中に位置付けられ得る理解である。これらの人間観（像）の間には、認識論として提示される人間観と規範論的文脈において主張されている人間観との區別を前提にした、主張内容の性質上の相違が認められるとしても、「社会連帯」が単に革命の反動として主張されてきたものではなく、当該社会の伝統、文化、価値等により規定されつつ存在するという人間の性質の一つを明らかにしたものであるといわなければならない。この人間観を個人主義を批判しつつ提示したことは評価されるべきである。

第二に、フランス革命以来、批判・排除・禁止され続けてきた中間団体を容認し、積極的に法理論のなかに取り入れようとする社会観である。この態度は、結社契約に関する一九〇一年七月一日法制定の前後の団体結成傾向と一致すると言い得るため、科学であるといえる。この点は、法規範概念の理解、法律行為論、法律行為の「目的」性の三点において顕著に表れている。

イ デュギーは、国家と中間団体を相対化することにより両者を含めて社会連帯を理解しており、従って、法規範は、国家においてと同様に中間団体においても存在するという点である。この点において、デュギーの社会観は、「法秩序の多元性」を唱える自然法論の立場とも接点を持つといえる。

ロ 中間団体の規約等の改廃を法律行為論で説明する点である。デュギーは、準則行為・条件行為・主観的行為という法律行為の区別のうち、中間団体の規約等の改廃を準則行為と位置付けている。<sup>28)</sup> 準則行為とは客観法に変化をもたらす意図をもって為される法律行為を意味するとされるが、デュギーによれば、中間団体の規約等がその団体固有の客観法とみなされ、新たな規約の定式化や現行の規範の修正・廃止は、客観法を変化させるという意図の下で行われる限り準則行為に該当するとされる。

ハ 権利概念や権利主体性の概念を否定しながら、中間団体への利益の帰属を認める点である。デュギーは、一定の利益が中間団体に帰属するのは、中間団体が権利を有するからでも権利主体性を認められるからでもなく、「社会連帯」ないし客観法に適った「目的」に従う行為が為されたためである、とする。<sup>29)</sup>

第三に、法律行為の「目的性」および社会的職分の「目的性」を指摘することによって、私法判例ないし行政判例を統一的に説明する理論を提示し得た点である。私法判例においては、「個人が自らの活動、自由、財産の過度の不正な展開により、他者の自由、活動、財産の公正な展開を妨げる場合に、濫用は始まる」という権利濫用理論が存在していたが、<sup>30)</sup> 具体的に「権利の不正な行使」とされるのは、権利主体が法律において予定されていた目的以外の目的によって権利を行使した場合であった。<sup>31)</sup> デュギーにとっては、権利概念自体が否定されるため、権利濫用という表現自体も矛盾したものではあった。とはいえ、私法上の法律行為及び社会的職分が目的による統制を受けるということ、彼は自らの体系の中で矛盾なく説明することができていたのである。<sup>32)</sup> 他方、行政判例においては、行政行為が一般利益とは異なる目的でなされた場合、例えば、個人的反感、政治的・宗教的感情、私的利益の保持から行われたものである場合、また、一般利益に属する目的であっても法律が規定した目的とは異なるものによってなされた場合には、「権限濫用(détournement de pouvoir)」の瑕疵として統制されうる、という判例

法理が確立されている<sup>33</sup>。この権限濫用の統制もまた、行政行為の目的に着目しその側面から統制を行うことを認める理論であるため、まさにデュギーの「目的性」の考え方から説明することができる。

(二) 否定的評価 次に、法理論の内容について否定的に評価すべき点、また、少なくとも現代の状況には妥当しないと考えられる点につき検討する。

第一に、客観法の内容とされる「社会連帯」について、その一義的把握が困難ではないかという点である。デュギーによれば、人間が社会で生活するという「社会連帯」が客観的事実として提示され、ついで、人間が自らの行為を意識している存在であるという人間の心理的要素が「社会連帯」を精神の問題とする視点を提示する<sup>34</sup>。前者の社会連帯の事実についていえば、デュギーは、類似による連帯・機械的連帯および分業による連帯・有機的連帯を観察可能な事実として提示している。しかし、こうした連帯の事実のみならず、闘争・対立の事実をも観察可能なものとして指摘されなければならないのではないか。シャルモンが述べるように、「連帯そのものが唯一の自然的事実ではない。生活のための闘争、力と精神の精緻との不平等も亦、自然的の事実である」<sup>35</sup>。この瑕疵は、後者の社会連帯の精神という心理的側面にも波及するというべきである。以上のことから、取り上げる事実とそうでない事実との区別を可能とするような一定の基準が暗黙のうちに前提とされてしまっているのではないか、自らの客観法の理論を構築する上で都合のよい事実だけが意識的にか無意識的にか選択されてしまっているのではないか、この意味でデュギーが実質的に自然法論者であるという批判は的を得ているといわなければならない、結局デュギーがそこから様々な義務を引き出した「社会連帯」は、確かに事実として提示されてはいるが現実には存在しない「理想としての連帯」<sup>36</sup>であった、といわざるをえない。

第二に、現在の状況においては、デュギーが主張する「社会連帯」の事実は修正を余儀なくされるのではないか

ということである。このことは、次の三点を考慮することにより示すことができる。

イ 「多文化主義 (multiculturalism)」の傾向 文化相対主義ないし「差異への権利」に由来する「多文化主義」の傾向である。M・M・スローターは、イスラム教信者の女生徒による公立学校でのヒジャブ着用への権利要求、黒人による「アフリカ中心の」カリキュラムを備える学校へ通学する権利の要求、スペイン系住民による言語併用・文化適応の伝統的学校の要求等が最近の西欧諸国には見られることを多文化主義傾向の表れとして指摘する<sup>(87)</sup>。これらの要求が目差す多文化主義には、同化政策に反対し多様性を賞賛すると同時に全ての者により共有される基本的な共通性を肯定する「多元主義」と、人種集団・宗教団体・文化集団の間の共通性を否定し諸集団が主流派ないし多数派から分離されることを公的・法的に承認することを求める「分離主義」とがあるところ、<sup>(88)</sup>「啓蒙的個人主義に基礎付けられる国民のアイデンティティ及び立憲国家」は、「究極のフィクション」・「究極の抑圧」・「白人優位、ヨーロッパ中心主義のイデオロギー」であり、これらの立場と相容れないと述べている。<sup>(89)</sup>

この主張は、「個人主義」をフィクションであるとする点では、デュギーの主張と共通するものではある。しかし、デュギーが「国民 (nation)」の要素として「利益・要求・願望の類似」・「類似による連帯」のみならず「個人的な性向・能力の多様性」・「分業による連帯」をも考慮に入れるべきとする場合の個人間の「差異」とは、<sup>(90)</sup>役務の交換を前提とした全体の満足の増大をもたらす限りで考慮される経済的性格のものであり、<sup>(91)</sup>「差異」の追求が政治的要求として全体の満足の増大とは無関係に認められなければならないはず、また経済的性格のものでないという理由では無視し得ないほど現代国家の基本的要素となりつつある多文化主義とは、性質を異にするといえる。また、デュギーは「類似による連帯」の側面での国民統合の要素として「伝統・要求・願望の共同性」及びその基礎にある苦痛ないし苦痛を除去しようとする意思の共同性を指摘するが、<sup>(92)</sup>文化の多元化は、これらの共同性を解体させ

る契機を持ち、新たな統合の要素を何に求めることができるのかという問いを緊急の課題として提示している。

あるいは、多文化主義と社会連帯論との両立不可能性は、デュギーの人間観ないし社会連帯論において「個人」と「社会」との緊張関係が適正に反映されていないことの表れであるとも見て取ることができる。例えば、デュギーは、「人間は、その個性及び自らと他人とを結びつける二重の連帯を意識している。人間は、同時に個人的であり社会的でもある存在である。この個性及び社会性は対立しない」、「個性は社会性に比例して発展し、逆もまたそうである」と述べ、個人の延長に社会の存在を捉えている。しかし、デュギーの認識が事実に戻していることは、いわゆる社会的権力による個人やマイノリティーに対する抑圧の様々な事例を逐一取り上げるまでもなく認められるところである。デュギーの社会連帯論は、多文化主義の事実によってテストされる結果、偽であることが示され得るように思われる。

結局、多文化主義的精神が現実の諸個人意識の中に発生し、かつそれに基づいた様々な公的・法的取扱、さらには政策決定や権力の配分における影響力を求める要求が提示されている状況においては、デュギー流の「社会連帯」によっては捕捉され得ない事態が生じているといえる。

ロ ナショナリズムの噴出 多文化主義から一応は区別されうる現象にナショナリズムがある。「民族」の概念をどのように理解するかにつきアプローチの違いがあるとしても、自治、独立、主権領土の回復・拡張等、様々なレベルでの「自決」を求める人々の単位として最も大きい力を持つのが「民族」であり、ナショナリズムが「帝国」の崩壊を促進するとともに、世界的規模での緊張を高めていることは、否定し得ない事実である。現代のナショナリズムの現象として、連邦制国家の個々の構成国が民族自決の考えを前面に掲げ独立を求めた結果、解体した旧ユーゴ、及び「共和国という地域の一体性」を前提としてきたにもかかわらず、ムスリム、セルビア人、ク

ロアチア人三民族による民族自決の主張・「民族浄化」政策の推進により内戦を招いたボスニア・ヘルツェゴヴィナ<sup>46</sup>、ソ連邦解体後も各共和国内に複雑かつ困難な民族問題を抱えるCIS地域ないし「新東欧」<sup>46</sup>、移民や難民の流入に際し、参政権付与の是非、外国人への反感・暴力、外国人労働者の増大に伴う失業等の問題を抱えるドイツ、フランス等<sup>47</sup>を挙げることができる。

こうしたナシヨナリズムの噴出現象を視野に置いた場合、認識論としてのデュギーの「社会連帯」を維持することはできない。国民の要素を何に求めるかについては、地理、言語、宗教、イデオロギー、人種等の客観的要素を重視する客観説と歴史的事件、利益の共同性、精神的結びつきの感情等の主観的要素から「共同生活を望む」精神を導く主観説とがあるところ、ナシヨナリズムは前者、デュギーは後者にそれぞれ属するものと考えられるからである。このことは、デュギーが、「政治的権威・人種・言語・宗教の共同性、自然的境界は、二次的要素でしかない。国民統合の本質的要素は、全ての社会形成について「述べたこと」と同様に、伝統・要求・願望の共同性の中に求められなければならない」と述べるところに明確に現れている<sup>48</sup>。ここにおいて、デュギーが国民を結合させる「類似による連帯」の要素として、伝統・要求・願望の共同性を強調する場合、デュギー自身無意識のうちに、フランス共和制理念の影響を受けていたのではないかという点を指摘することができる。

ハ 「絆」の解体 ジャンクロード・ギューボは、現在においては、個人の原子化、公共の利益への無関心、私的領域への自閉、血族関係のさまざまな型の衰退等の「正気を失った『自我』」という状況が見られること、また、その原因が、個人主義思想によってもたらされた「『われ』の『われわれ』」に対する決定的勝利<sup>49</sup>、「社会の絆の予定されていた解体」にあること、このような状況に立ち向かうためには、「伝統と遺産というこの古い観念を、辛抱強く、また秩序立てて再検討せざるをえない」ことを指摘する<sup>50</sup>。共同体主義とも共通のこの認識を前提と



すれば、人間が意識的に追求するとされる「社会連帯」の内容は変化することになるはずである。なぜならば、社会の絆の解体は、社会連帯の精神を破壊してしまふ、人間を社会連帯の維持という目的を意識的に追求する主体とは考えがたい状況を作り出す、「社会秩序の実現に寄与する責任」を課す社会法の存在を危うくする等の結果をもたらし、「社会連帯」の存在自体を危うくするからである。さらに「社会連帯」という根本規範の消滅をもたらすかもしれない。あるいは「社会連帯」の消滅を免れるとしても、二つのサンチマンのうち社会性のサンチマンが消滅することによって、経済規範、道徳規範から法規範への変化がどのように説明されることとなるのか不明となる。

以上の現代的状況は、デュギーによる「社会連帯」の一義的理解に対して動揺を与えるだけでなく、デュギーの権利否定論の基盤自体を掘り崩すこととなる。

(二) 権利否定論の問題点 法理論の問題点に由来した権利否定論の問題性以外にも、権利否定論自体における問題点を指摘できる。デュギーによる権利否定の根拠のいくつかは的を得ていないが、ここでは特に以下の二点に触れておこう。

第一に、法的権利について、社会学主義から権利否定論ないし社会的職分論へと必然的に至るのではなく、それに関する社会学的な考察が可能ではないのかという点である。デュギーは、権利を意思的に定義した上で権利概念を形而上学的性格を有するものとして否定する。しかし、権利の定義については、R・ボナールの要求権説<sup>(8)</sup>、J・ダバンの「依属—支配」説等<sup>(9)</sup>、非意思的・非形而上学的定義も試みられるようになっており、必ずしも意思説を前提として権利概念を検討する必然性は存しないといってもよい。むしろ、権利<sup>(10)</sup>意思力とする立場にこだわらば、それは、ポパーのいう「本質主義」的誤りを犯すものであるか、あるいは権利概念を自らの一定の価値基準に基づいて理解する結論先取りの理論であるということになるであろう。社会学主義の方法論の下では、権利義務

関係ないし権利行使がどのような現象として観察されるか、換言すれば、「権利」の名のもとにいかなる現象が見られるかを観察し、この観察結果からの推論を新しい権利概念として主張することもとより可能と思われる。

第二に、社会的職分との関連で、権利濫用に関する最近の判例がデュギーやジョスランの立場と乖離する傾向を見せていることである。アントワヌ・ピロヴァノは、「権利の社会的職分…ジョスラン理論の運命に関する考察」と題する論文で、「ジョスランの理論は、判例、特に破産院のレベルでは、ほとんど浸透していなかった」と結論づけた<sup>84</sup>。即ち、「目的性」を全ての社会的職分について認めるデュギーや全ての権利についてそれを認めるジョスランの立場とは異なり、所有権に関する判例や企業の権限に関する商事判例においては、裁判所は、法律、命令、規則等明文で定められている場合にしか、権利の社会的職分の理念に通じる目的性のコントロールを及ぼしていないというのである。この分析によれば、全ての権利について社会的職分を語るのは現実には合致しておらず、権利から社会的職分への転換が語られようとしてもそれは一部の種類の権利についてのみ妥当する、ということになるであらう。

### 3 社会的職分論の影響と限界

デュギーの社会学主義ないし法理論については、これまで述べてきたように様々な評価を加えることができる。特に、社会学主義の方法論自体に由来する問題点は、これを前提とする彼の理論及び概念にも波及することとなる。しかし、デュギーが権利に代えて法規範の中心に置く社会的職分概念は、権利否定論とは対照的に学説の動向に重大な足跡を残すこととなる。

以下では、デュギーの社会的職分概念がいかなる影響を及ぼしたのかという点を検討し、それをふまえた上で

デュギーの権利否定を内容とする権利論の限界を明らかにする。

(二) 職分権の概念 社会的職分の影響については、国外における影響と国内における影響とを指摘することができるが、ここでは、国内における影響に限定することとする。<sup>(65)</sup> 即ち、デュギーが権利を否定することにより提示し得た社会的職分が、後の学説により批判的に摂取され、「職分権 (droits-fonctions)」という一つのカテゴリーを形成するに至っているという影響である。

まず、職分権とはいかなる概念かが問題となろう。これは、通常「権利 (droits subjectifs)」から区別されるものであり、権利は、権利主体自身の利益のためその自由意思に委ねられる権利であるのに対し、職分権は権利主体以外の利益のために行使するように権利主体に付与された権利をいう。ここでは、J・ダバンによる「自己中心的の権利 (droits égoïstes)」・「職分的権利 (droits fonctionnels)」・「職分権 (droits-fonctions)」の区別論を見ておこう。

第一に、自己中心的の権利とは、資格ある権利保持者が自らの物質的・精神的要求を満たすために与えられている権利を意味し、大抵の権利がこれに該当するものとされる。<sup>(66)</sup> 例えば、身体的・精神的・個人的・社会的な多くの側面において捉えられる人格性の構成要素を内容とする人格性の諸権利、および、有体的・無体的な物質に対して認められる物権、並びに債務者をして債務の内容を為す一定の給付を履行させる債権がある。<sup>(67)</sup> これらの権利は、それが保護する諸価値の目的が、「その資格ある保持者の善益に奉仕することであり、この保持者は正当な利益受取人又は受益者である」という意味で「自己中心的」なのである。<sup>(68)</sup>

第二に、職分的権利とは、原則としては先の自己中心的の権利と同じ性質のものではあるが、その享有主体が法人とされることにより、法人自体の目的のために行使されると同時に、その構成員の善益のために行使される

という職分的性格をも有する権利を意味する。ダバンによれば、法人は、自然人と同様に独立した権利主体性を有し、法人自身の善益を追求することができる実在であるとされる。<sup>67)</sup>但し、法人の実在性は、それが設立されるに至った目的に係らしめられるため、法人の権利はこのような法人の目的に向けて行使されるものでなければならぬ。<sup>68)</sup>この種の制約はあるものの、法人の権利は、法人自身の善益を追求するという自己中心的目的のものなのであり、この限りで自然人におけると同様の議論が成立する。他方、法人による自己中心的権利は、同時に職分的性質をも有する。それは、法人が「他の人格者、つまりその成員達や集団的目的の受益者達の善益のためにのみ実在をもち、したがって権利をもっている」という職分的本性に由来する性質である。従って、法人は独立の権利主体性を有するとはいえず、「それらの活動とその資力とを無関係な目的に捧げることは許され」ず、<sup>69)</sup>内容をも含んだ権利を有する。ただ、次に述べる職分権とは異なり、その目的が他人に仕えるという他人中心的目的のみに限定されず、法人自身の善益をも追求するという意味で自己中心的目的をも含んだものとして理解されるのであり、ここに「職分的」権利と称される理由が存するものと思われる。

第三に、職分権とは、自己中心的目的の権利や職分的権利のような、自然人又は法人たるその保持者自身に仕えるためではなく、他人に仕えるための他人中心的目的の権利を意味する。<sup>70)</sup>ここでは、権利主体が維持・管理すべきとされている諸財は、彼のものではない。<sup>71)</sup>ダバンは、家族と国家を例として示し、次のように説明する。まず、家族は、それ自体では法主体ではない共同体であるが、例えば、父親は子供に対する教育や保護の役割を、又は家族共同体に属する成員全体の善益を維持・達成する役割を負っている。ここで実現されるべき善益は父親のものでなく、子供、妻等のものである。<sup>72)</sup>また、国家は法人であり法主体であることから、精神的・金銭的な「職分的権利」を有している。しかし、国家は、自然人、即ち公務員による個々の行為を媒介としてのみ、当該権利を行使するこ

とが可能となるという制約を課され、実際に職分的権利の任に当たるのは公務員なのであるが、その場合に公務員によって行使される権利が職分権たる性質を有するのである。<sup>(67)</sup>このことは、おそらくは法人の職分的権利の場合にも当てはまるであろう。即ち、自ら法主体たる性質を有する法人は職分的権利を有するが、その行使は自然人たる構成員によってしか為され得ない故に、自然人・構成員によって行使される団体の職分的権利が職分権として捉えられ得るのである。<sup>(67)</sup>

ダバンの権利分類論は形式上は三つの権利に整理してはいるが、権利、職分権、両者の性質を含むものに区別して整理したものと理解すれば、実質上は、権利と職分権の二分論を前提とする見解として捉えることができる。「職分」という観点からの権利の区別は、他の学説によっても広く採用されるに至っている。例えば、R・タヴィドによる「権利 (droits-pouvoirs)」と「職分権 (droits-fonctions)」の区別、シムスランによる「自己中心的精神の権利 (droits à esprit égoïstes)」と「愛他主義的精神の権利 (droits à esprit altruiste)」の区別、A・レガルとJ・フレート・ドゥ・ラ・グレッサインによる「個人的権利 (droits individuels)」と「職分権 (droit-fonction)」の区別、E・ガイヤールによる「権利 (droits subjectifs)」と「権限 (pouvoir)」の区別等を挙げることが許されよう。<sup>(68)</sup>

(二) 権利・職分権二分論と統制手法 次に、権利と職分権とを区別する実益はどこにあるのか。これについては、学説は一樣に、その限界の問題から権利と職分権を区別すべきという視点を採っているようである。

第一に、権利に対する統制手法としては、「権利濫用」が用いられている。ここでいう権利濫用とは、「加害意思 (intention de nuire) をもって為される権利行使をいう。<sup>(69)</sup>この権利濫用の基準は道徳的な性質を持つものであり、道徳的正当性のない権利行使はもはや法的に見ても正当なる権利行使とはみなされない。

第二に、職分権に対する統制手法としては、コンセイユ・デタないし行政裁判所が行政権に対する統制手法として用いてきた「権限濫用」が用いられている。これは、権利の目的性を統制の抛り所とはせず、ただ「加害意思」のみに限界を求める権利濫用よりは、権利行使を広く統制する機能を持つ。職分権に対してこのような統制が許容されるのは、ダバンが述べるように、職分権が「職分に仕えること、職分により現実化すべき善益に仕えることに他ならない一定の義務拘束の利用との関連でのみ、設けられるものだし又妥当するものでもあるから」である。権限濫用によれば、客観法によって課された他人の利益の維持・促進・保護という目的と実際の権利主体が権利の行使の際に抱いていた目的との齟齬の有無が、判断されなければならない。

デュギーの権利否定論によれば、権利濫用は否定され、社会連帯の維持という目的から逸脱した法律行為の効力を否定する権限濫用の統制手法が全ての社会的職分の適法性を規定することとなる。ここでは、社会連帯の維持という目的と法律行為者の抱いていた目的との齟齬が問題とされる。ジョスランも、「自己中心的精神の権利」と「愛他主義的精神の権利」を区別する視点に立ちながらも、両者を含めて「目的性」の統制として権利濫用を理解する。この意味で、デュギーのいう権限濫用とジョスランのいう権利濫用とは内容的には同じであり、権利・職分権二分論を否定して職分権一元論に帰着するという点においても趣旨といふことになる。

(三) 社会的職分論の限界 このように、諸学説による職分権の概念とデュギーによる社会的職分概念との類似は、その「目的性」ないし権限濫用の統制による限界づけの観点から明らかとなる。また、実際にも、職分権概念の形成に対しデュギーの社会的職分概念が影響を与えたということは、権利概念と職分権概念を最初に区別したA・ルアストの説明を検討することにより明らかにすることができる。というのも、ルアストは、社会的職分概念を否定したり、デュギーやジョスランのように社会的職分しか認めないという一元的理解に対し、権利の「名

称の下に全く異なる概念を整理するということは、その考えにはない」、<sup>(17)</sup>「誤りは、その共存が相容れないものではないのにとちらかを否定してしまうことに存している」と批判し、「個人的権限 (prerogatives individuelles) として分析される権利と真の社会的職分を構成する権利との二つのカテゴリーの区別」を主張したからである。

このように、デュギーが権利の体系にかえて義務の体系として法規範を捉えることに由来する社会的職分概念は、職分権という権利の一カテゴリーとして現代フランス法理論の中で維持されている。しかし、ルアストを含め諸学説によって主張された権利・職分権二分論が義務としての社会的職分を権利として再構成し得た点が、まさにデュギーの社会的職分論の限界でもあったといえる。即ち、デュギーは、社会学主義的方法論により形而上学的法概念を否定することに固執するあまり、社会的職分の権利的構成の可能性を吟味しなかった点が、彼の社会的職分論の限界ということとなろう。

但し、理論的問題として、社会的職分が権利概念を構成しうるかどうかという点、義務と権利との両立可能性という点について検討する必要がある。かつて牧野英一教授は、「法律の社会化」の文脈において「権利思想から義務思想への転化」について語り、「既に権利と称しながら之に行使の義務ありとすること、即ち行使の義務ある権利といふことは、矛盾した思想を含んで居るものといふことが出来ると思ふ」と述べて、この点につき否定的な見解を示していた。<sup>(18)</sup>しかし、ダバンやH・L・A・ハートは、職分権における権利と義務との混合を理論的に認め、それを説明している。

まず、ダバンは、職分の保持資格者が、職分の担い手としての資格とその実質を獲得・保持することを万人に対して主張しうるという職分への権利という側面、また、こうして得られた職分の保持に基づいて、自らが責めを負う利益のために最善と考えることを行う自由という側面、の二つの点において権利概念が現れているとする。<sup>(19)</sup>この

考え方の背後には、当然に権利の定義に関するタバンの独特の理解が潜んでいる。タバンの権利「依属・支配」説によれば、権利の存在が肯定されるためには二つの要素、即ち自然人や法人などの主体に一定の物質的・非物質的諸善益ないし諸価値が様々な態様において帰属する状態自体を意味する「依属」の要素、および依属により生み出される事物に対する自由な処分能力を意味する「支配」の要素が必要とされるところ、職分権が権利の性質を承認されるにはこれらの要素が備わっていることが示されなければならない。このことは、子供の利益のために働く親の職分、あるいは公共の利益のために働く公務員の職分が客観法によって指定された主体と結びついて依属の価値を示していること、また、職分の保持者は自らの行為が職分の要求に合致するか否かを決定することができるという意味で支配の要素も存していることから、説明づけることができる。<sup>76</sup>

ハートもまた、この「行使の義務ある権利」の概念を肯定する。フランスの法学者とは異なり、ハートは職分権という名こそ使用しないが、ベンサムによる法的権利論の検討に際して自由権に触れ、「片面的な自由権」という名で実質的には職分権を検討しているといえる。まず、ベンサムによれば、「自由権」は為すべき責務も為すべきでない責務も負わないという意味で「両面的」な権利である。これは、「自然状態において人々が持つような権利」、即ち自然権に他ならない。<sup>77</sup>ベンサムが挙げている例の大部分やそれに関する一般的な説明は、自由権を両面的なものとして取り扱っている。<sup>78</sup>ところが、ベンサムは自由権の形成には「片面的自由」さえあれば十分であるかのよう<sup>79</sup>に語っているところもあり、この説明によれば「ある行為を行う権利は、常にその行為をしてはならないという責務を排除するにすぎないことになり、人は為すべき義務を負っていることを行う権利を常にもっている、というこ<sup>80</sup>とになる」。従って、この意味での自由権は、「それをなすべき責務と両立可能」ないし「その責務に含まれてい<sup>81</sup>る」のである。ハートは、全ての片面的自由を含めるような権利観念の拡張は、「言葉の慣用法にも一致しないし



有用でもないということは明白」とするが、他方で「片面的自由を行為への権利として語ることが理解できる特定の文脈も疑いなく存在する」とも述べている。即ち、「一般的ルールの例外として、個人が一般に禁じられている何らかの行為をすることを単に許されているだけではなく法的に要求もなされている場合がある」ことを承認するのである。<sup>(82)</sup>

以上のように、職分権の構想は決して理論的に誤ったものではなく、むしろ多様な権利概念を理解する上で必要不可欠な概念として重要な意味を持つてくる。デュギーの社会的職分論の限界ひいては権利否定論に対する不支持は、デュギーによる社会的職分の権利的構成に対する配慮の欠如にあるという点を見落としては考えられ得ない。

- (1) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, p.19; F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, 1915, p.252, 262; *Science et Technique en droit privé positif*, t. IV, 1924, p.169 et s.; G. Davy, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, op. cit., p.93 et s.; H. J. Laski, *La conception de l'état de Leon Duguit, dans Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1932, n.1-2, p.126 et s.; シュタルモン・前掲(38)二八七頁、二八九頁、畑・前掲(57)「デュギーの法理論に関する若干の考察」一四三頁以下、同・前掲(57)「同法」八〇頁以下、同・前掲(57)「正義のサンチマン」と「圧制への抵抗」の理論」五九頁以下等参照。

(2) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp.294, 295.

(3) 高橋・前掲(5)「国家」一〇八頁、同・前掲(5)「現代憲法理論の源流」二二二頁、三代川潤四郎「デュギーにおける連帯の概念(一)・完」法学一八巻二号(一九五四)四二頁以下等参照。

(4) 清水幾太郎「コントとスペンサー」前掲(3)「コント・スペンサー」九頁。

(5) カール・R・ポパー、藤本隆志・石垣壽郎・森博訳『推測と反駁』(法政大学出版局、一九八〇)六二頁以下、八九頁

- 以下、四八六頁以下等。
- (6) ポパーによれば、観察主義とは、「われわれは、周囲を見まわし、眼と耳を開き、見たり聞いたりなどするものを記録することによって世界について知るのであり、これが知識の素材を構成するものである」という観念である。ポパー・前掲(5)一九八頁。
- (7) ポパーは、演繹主義を、「科学は観察から出発し、帰納によって一般化へ進み、究極的には理論へ進むとする見解」とする。ポパー・前掲(5)二五四頁。
- (8) 長谷部恭男「理性の彼方の軽やかな希望——『ポストモダン』新しい封建制?』という疑問にポストモダニズムは答えられるか」法時六八巻六号(一九九六)一七五頁。
- (9) M.M.Slaughter, *The multicultural self: Questions of subjectivity, questions of power*, in *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy* (M.Rosenfeld ed., 1994) p.369.
- (10) 木田元『現代の哲学』(講談社学術文庫、一九九一)三五頁。
- (11) 木田・前掲(10)三二頁。
- (12) フランソワ・グレゴワール、中村雄二郎訳『哲学入門』(白水社、一九七二)二〇頁。もっとも、この種の批判に対しては、「方法論の選択」のレヴェルと「選択された方法論の実践」のレヴェルとは区別されなければならないはずだとする反論も成立する余地がある。長谷部恭男教授が指摘される「研究プログラム自体の形而上学的性格」が全ての研究プログラムについて当てはまることであり、社会学主義についても帰属する性質であるとすれば、この反論は説得力をもつてくる。長谷部・前掲(15)二五頁参照。
- (13) L.Duguit, *L'Etat*, I, p.89.
- (14) H.L.A.Hart, *The concept of law*, op. cit., p.9, p.56. ノート・前掲(79)一一、六三頁。
- (15) H.L.A.Hart, op. cit., pp.56-57. ノート・前掲(79)六三頁以下。
- (16) なお、社会的規範と習慣との混同とどう点は、ヘスマンが指摘してゐた法律と慣習法との混同とどう点とは異なる。A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6e éd., 1914, p.44. ①或は「ラビラ」

橋和之「エスマンとテュギー」杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎 4 憲法思想』（勁草書房、一九八九）二二二頁以下参照。

(17) H.L.A.Hart, op. cit., pp.83-91. ハート・前掲一(79)九二頁以下。

(18) H.L.A.Hart, op. cit., pp.90-91. ハート・前掲一(79)一〇〇頁。

(19) 菅野・前掲一(78)一四頁。

(20) 根森健「『基本法の間像』と基本法の経済政策的中立性——投資助成判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、一九九六）二六頁以下。また、コンラート・ヘッセ、阿部照哉他訳『西ドイツ憲法網要』（日本評論社、一九八三）六〇頁、押久保倫夫「『個人の尊重』の意義——ドイツにおける『人間像』論を検討して——」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂、一九九二）三三頁以下、根森健「人間の尊厳の具体化としての人格権」小林孝輔編『ドイツ公法の理論——その今日的意義——』（一粒社、一九九二）三〇八頁以下等参照。

ドイツ流の「人間の尊厳」との関連で、日本国憲法における人間像ないし「個人の尊重」の理解が議論されている。この点につき、江橋崇「立憲主義にとつての『個人』ジュリ臨増『憲法と憲法原理——現況と展望』（一九八七）二頁以下、ホセ・ヨンバルト「人間の尊厳と個人の尊重」星野英一・田中成明編『法学と実定法学の対話』（有斐閣、一九八九）六二頁以下、粕谷友介「人間の尊厳と個人の尊重」星野・田中編・前掲『法学と実定法学の対話』七四頁以下、佐藤幸治「個人の尊厳と国民主権」佐藤幸治・中村睦男・野中俊彦『ファンダメンタル憲法』（有斐閣、一九九四）三頁以下、栗城壽夫・戸波江二編『憲法』（育林書院、一九九五）四六頁以下「根森健執筆」、戸波江二「幸福追求権の構造」公法五八号（一九九六）八頁以下、青柳幸一「個人の尊重と人間の尊厳」（尚学社、一九九六）五頁以下等参照。

(21) アラスデア・マッキンタイア、篠崎栄訳『美德なき時代』（みすず書房、一九九三）、M・J・サンデル、菊池理夫訳『自由主義と正義の限界』（三顧書房、一九九二）、井上達夫『共生の作法——会話としての正義——』（創文社、一九八六）一九三頁以下、同「共同体の要求と法の限界」千葉四巻一号（一九八九）一二二頁以下、同「共同体論——その諸相と射程」日本法哲学会編『現代における〈個人—共同体—国家〉』（有斐閣、一九九〇）六頁以下、同「自由をめ

- ぐる知的状況—法哲学の側から」ジュリ九七八号(一九九二)二二頁以下、森村進「リベラリズムと共同体主義」矢崎光圀・長尾龍一監修『法哲学的思考』(平凡社、一九八九)七頁以下等参照。また、弱者援助義務の根拠付けとして「相互に結びつきあった利人的な連帯的人間像を前提」とする立場を示したものととして、河見誠「弱者援助義務の内容と法哲学的根拠付け—福祉国家の人間論的前提を求めて—」仙台白百合短期大学紀要二二号(一九九三)一頁以下参照。
- (22) 高井裕之「憲法における人間像の予備的一考察」(一)(二)(三)(四)—アメリカにおける *feminine jurisprudence* を手がかりに—『産法三三巻四号(一九九〇)一頁以下、二四巻三・四号(一九九二)四三頁以下、二五巻三・四号(一九九二)一六一頁以下、二六巻三・四号(一九九三)四一頁以下、同「関係性志向の権利論・序説」(一)(二)(三・完)「民商九九巻三三号(一九八八)六〇頁以下、同巻四号(一九八九)二二頁以下、同巻五号二五頁以下、同「生命の自己決定と自由」ジュリ九七八号(一九九二)一〇六頁以下等参照。
- (23) 人間観を「近代公法における人間」と「現代公法における人間」とに分けてその特徴を明らかにし、デュギーの人間観を後者に属するものであることを指摘したものととして、手島孝「公法における人間」芦部信喜他編『岩波講座基本法学1』(岩波書店、一九八三)七九頁以下。同様に、現代国家における人間観につき、佐藤幸治「法における新しい人間像—憲法学の領域からの管見—」芦部他編・前掲『岩波講座基本法学1』三三五頁以下参照。
- (24) J. Morange, *La liberté d'association en droit public français*, PUF, 1977, p. 29 et s.; C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, 7e éd., DALLOZ, 1989, p. 752 et s.; J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5e éd., MONTCHRESTIEN, 1938, p. 713 et s.
- (25) デュギーは、社会学主義の見地から「現代の社会的、団体結成傾向」を前提とし、個人主義説では説明不能であることを証明した上で自分の法理論による整理を試みる。L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 52 et s.; *Traité*, t. 1, p. 398 et s.
- (26) L. Duguit, *Les transformations du droit public*, p. 104 et s. また、山元一「《法》《社会像》《民主主義》」(三)—フランス憲法思想史研究への一視角—「国家一〇六巻九・一〇号(一九九三)一二頁以下、同「《法》《社

会像) 《民主主義》(四)「国家一〇七卷三・四号(一九九四)一二五頁以下、同「(法)《社会像》《民主主義》(五・完)」国家一〇七卷九・一〇号(一九九四)一四九頁以下参照。

(27) ヨハネス・メスナー、水波朗・栗城壽夫・野尻武敏共訳『自然法—社会・国家・経済の倫理—』(創文社、一九九五)三〇二頁以下、田中耕太郎『法律学概論』(学生社、一九五八)一七頁以下等参照。

(28) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 327-328.

(29) デュギーは、結社、同業組合、財団等の諸団体が本来的に権利主体かどうか、権利の保持者たり得るかどうかという問題は問題ではなく、諸団体が国家レヴェルでの社会連帯ないし客観法にしたがった目的を追求しているのか、当該行為がこの目的のためになされたかどうかが問題とする。そこで、この問いについて「肯定されるならば、この目的の下でなされた行為はすべて、法的に承認され、保護されなければならない。この目的による財産の利用もまた保護されなければならない」とする。L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 72.

また、デュギーは、法律行為における目的に關する自らの理解が現代の法律や判例においても現れているとし、自らの法律行為論を補強する証拠として提示している。その例として挙げられているのが、結社に關する一九〇一年七月一日法である。「この法律を読んで最初に驚くのが、法人又は法人格という伝統的な表現が一度も出てこないことである。」「このことは、立法者が合法的な結社に認められる保障を法人格……以外の概念に結びつけたということを示すように思われる。」「法律の条文を見ると、個々の条文には現代法の基本概念たる目的概念が現れているを見る。このことは、常に私が説明してきたことに近い。すなわち、現代の立法者が保護するものは、存在しない結社の団体意思でも人格でもなく、その構成員が追求する目的である。』L. Duguit, *Les transformations du droit privé*, p. 76 et s.

(30) L. Duguit, *Traité*, t. I, pp. 268-269.

(31) このことを明らかにしたのは、私法学者のルイ・ジョスランである。L. Josseland, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2e éd., Paris, 1939. ショスランは「權利濫用の基準は、この「濫用的行為とは、制度の目的、その精神、その目的性以外の任何の理由(I'acte abusif est l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité.)」に基づくこと。』L. Josseland, op. cit., p. 395.

- (32) L. Duguit, *Traité*, t. I, p. 270.
- (33) J・リヴェロ、兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳『フランス行政法』（東京大学出版会、一九八二）二七六頁以下、阿部泰隆『フランス行政訴訟論』（有斐閣、一九七二）八三頁以下、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房、一九八三）四五頁、一六〇頁等参照。
- (34) このことを、三代川潤四郎教授は、「事実としての社会連帯」と「社会連帯の感情」と表現する。三代川・前掲一（2）五〇頁以下。
- (35) シャルモン・前掲一（38）二八四頁。
- (36) 三代川・前掲一（2）六〇頁、同・前掲（3）四四頁以下。中井・前掲一（2）四五頁、同「デュギーに於ける法思想の発展」東北帝国大学法文学部十周年記念『法学論集』（岩波書店、一九三四）一五頁、シャルモン・前掲一（38）二八九頁、牧野・前掲序章（2）三七三頁参照。
- (37) M.M.Slaughter, *The multicultural self*, op. cit., pp. 369-370. 「多文化主義」については、山内昌之『民族問題入門』（中公文庫、一九九六）二〇五頁以下、梶田孝道『統合と分裂のヨーロッパ・EC・国家・民族』（岩波新書、一九九三）二六頁以下、能登路雅子『文化多元主義の行方』蓮實重彦・山内昌之編『いま、なぜ民族か』（東京大学出版会、一九九四）九八頁以下等参照。
- (38) M.M.Slaughter, op. cit., pp. 370-371.
- (39) M.M.Slaughter, op. cit., pp. 376-380. なお、スローターは、同化政策（単一文化主義）、多元主義的政策、分離主義的政策の選択の背後にある問題の一つに、法的主体を個人とするか集団とするかという問題が存するとする。M.M.Slaughter, op. cit., p. 375 et s. この「集団の権利 (group right)」の概念は、個人主義を基調とする啓蒙主義と緊張関係にあるように思われるが、この点につき、石川健治「個人の人権と集団のアイデンティティ」ジュリ一〇三二号（一九九三）三九頁以下、同「多民族社会化と個人の人権」田村武夫・青木宏治・大内憲昭編『憲法の二十一世紀的展開』（明石書店、一九九七）七三頁以下、常本照樹「人権主体としての個人と集団」長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』（日本評論社、一九九五）八一頁以下等参照。

(40) L. Duguit, *L'État*, I, p. 72.

(41) L. Duguit, *L'État*, I, pp. 49-52.

(42) L. Duguit, *L'État*, I, p. 74.

(43) L. Duguit, *L'État*, I, pp. 80-81.

(44) 「民族」については、「人間が生まれながらに受け継ぐ本源的性格や、客観的なデータ基準」を重視する「原初主義 (primordialism)」と、「意識と言語の役割」を強調する「道具主義 (instrumentalism)」とがあるとされる。山

(45) 柴宜弘「民族自決から地域自決へ」前掲(37)「いま、なぜ民族か」一三四頁以下。

(46) 中井和夫「『新東欧』と独立国家共同体」前掲(37)「いま、なぜ民族か」一五三頁以下。

(47) 山内昌之教授は、外国人労働者問題も「民族の顔をした労働者がひきおこす社会問題」という意味での「新しい民族問題」とする。山内・前掲(37)二七頁。また、ドイツ、フランスの実情については、足立信彦「国家統一と地域統合」前掲(37)「いま、なぜ民族か」一六八頁以下、増田一夫「移民という『新しい民族問題』」前掲(37)「いま、なぜ民族か」一八八頁以下参照。

特に、外国人に対する地方参政権を認める選挙法改正を違憲とした一九九〇年一月三一日ドイツ連邦憲法裁判所判決について、高田篤「外国人の選挙権」法時六四巻一号(一九九一)八三頁以下、古野豊秋「地方自治体における外国人の選挙権」自研六九巻三号(一九九三)一三〇頁以下、広渡清吾「ドイツにおける外国人の地方選挙権」徐龍達編『共生社会への地方参政権』(日本評論社、一九九五)二〇五頁以下等参照。さらに、本判決を素材としつつ、「国民」概念をどのように捉えるべきかにつき検討したものと、栗城壽夫「ドイツにおける『国民』の理解のしかたについて」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開・下』(有斐閣、一九九三)六六一頁以下参照。

(48) J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 12e éd., MONTCHRESTIEN, 1993, pp. 51-52. ついでシッケルは「客観説と主観説の対立を決定論 (déterminisme) と意思主義 (volontarisme) の対立として表現しているが、この議論は、ドイツ連邦共和国を「運命共同体」と捉えるか「憲法愛国心 (Verfassungspatriotismus)」

- を紐帯とする「同意共同体」と捉えるかという議論とパラレルである。このドイツの議論については、栗城壽夫「立憲主義の現代的課題」憲法問題四号（一九九三）八頁以下、樋口陽一「近代憲法学にとつての論理と価値」『戦後憲法学を考える』（日本評論社、一九九四）二二二頁以下、同『転換期の憲法？』（敬文堂、一九九六）三〇頁以下、葛生栄二郎「ヨーロッパ統合とヨーロッパのアイデンティティ」上法三七卷三号（一九九四）二〇六頁以下、毛利透「憲法パトリオティズムと憲法学——国家の基礎づけをめぐる」筑波一七号（一九九四）一五七頁以下、高田篤「戦後ドイツの憲法観と日本におけるドイツ憲法研究」樋口陽一編『講座・憲法学 別巻 戦後憲法・憲法学と内外の環境』（日本評論社、一九九五）五三頁以下、足立・前掲（47）一七三頁以下等参照。
- (49) L. Duguit, *L'État*, I, p. 74.
- (50) ジャン・クロード・キェホー、菊地昌美・白井成雄訳『啓蒙思想の背任』（法政大学出版社、一九九六）一三四頁以下。
- (51) R. Bonnard, *Les droits publics soumis des administrés*, op. cit., p. 706 et s.
- (52) ダバン・前掲二（2）一一頁以下。
- (53) ポパー・前掲（5）一六四頁以下。
- (54) A. Pirovano, *La fonction sociale des droits: Réflexions sur le desin des théorie de Josseland*, dans *Recueil Dalloz Srey*, 1972, chronique, p. 70.
- (55) デュギーの権利論がソヴェエト民法学に影響を与えたという点については、大木雅夫『比較法講義』（東京大学出版会、一九九二）二四二頁等参照。
- (56) ダバン・前掲二（2）二九三頁。
- (57) これらの権利概念については、ダバン・前掲二（2）二二九頁以下参照。
- (58) ダバン・前掲二（2）二九四頁。但し、これらの権利を直接・間接に他人のために用いるという「愛他主義的」な行使が禁止されているわけではない。
- (59) ダバン・前掲二（2）一四五頁以下。
- (60) ダバンは、「法人の諸権利は必然的に法人の目的のみをその目的としており、また目的とすることができると述べて



いる。ダバン・前掲二(2)二九六頁。

(61) ダバン・前掲二(2)二九六頁。

(62) ダバン・前掲二(2)二九七頁。

(63) ダバン・前掲二(2)二九九頁。

(64) ダバン・前掲二(2)三〇〇頁。

(65) ダバン・前掲二(2)三〇一、三〇三頁。

(66) ダバン・前掲二(2)三〇五頁。

(67) ダバンは、職分権が見られるのは集団の関係においてであることを指摘して、第一に、集団の種類に限定はなく、第二に職分の担い手・性質、さらに職分を果たす個々の行為の特殊性などは問題でないとする。ダバン・前掲二(2)三〇一、三〇三頁。

(68) L.Josserand, op. cit., pp.418-422.; A.Légat et J.Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, pp.35-36.; E.Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, ECONOMICA, 1985, p.45 et s.

(69) G.Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p.151 et s. ダバン・前掲二(2)三九七頁。

(70) ダバン・前掲二(2)三三五頁。

(71) A.Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, dans *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1944, p.5.

(72) 牧野・前掲評註(2)三三三頁。

(73) ダバン・前掲二(2)三三〇、三三二頁。

(74) ダバン・前掲二(2)一一三、一一四、一一三頁。

(75) ダバン・前掲二(2)三三一、三三五頁。

- (76) H・L・A・ハート、小林公・森村進訳『権利・功利・自由』（木鐸社、一九八七）一〇五頁。  
 (77) ベンサムの「両面的自由」に対するハートの批判については、ハート・前掲(76)一一〇頁以下参照。  
 (78) ハート・前掲(76)一〇五頁。  
 (79) ハート・前掲(76)一一四頁。  
 (80) ハート・前掲(76)一一四頁。

## 結び

以上の考察において、客観主義に位置づけられるL・デュギーの権利論の問題点および限界が大筋において明らかにされた。ここで簡単な整理を試み、デュギーの権利否定論に関する研究の、不十分ではあるが簡単な結びとしておく。

1 デュギーの社会学主義および権利論には、次のような問題点が指摘される。

第一に、社会学主義の方法論によって実施されるはずの「科学」が真に科学たりうるのかという点に関する問題である。この点について、デュギーが観察の結果とする「社会連帯」は確かに事実として揭示されている。しかし、人間の闘争・対立の歴史的事実や人種・宗教・言語を軸とする多文化主義の高まり、さらには社会連帯の本質的要素である伝統や遺産という「絆」が解体されてしまったという状況を基礎として社会連帯の真否を問題とすれば、それは偽であるということとなる。また、現在の状況においては、社会学主義が前提とする客観的認識の可能性すら疑問に付されなければならない。

第二に、社会学主義自体の形而上学性である。

第三に、社会規範、法規範、義務の理解において、「内的視点」が欠けていることである。このことにより、社

会規範・法規範と習慣とを同視してしまっている。

第四に、自然権が認識の対象足りうるか否かはさらなる検討を必要とするが、少なくとも、客観法に基づく法的権利までも否定するのは誤りである。デュギーは、権利概念につき意思説を前提として理解し、権利が人間に平等をもたらすということを根拠として形而上学性を指摘する。しかし、この権利概念については、意思説以外にも権利を理解する仕方があり得ること、また、権利を行使することが意思の優劣関係を生むことには必ずしも結びつかないことを指摘することができる。

第五に、権利が存在しうるということになれば、デュギーの社会的職分一元論もまた、事実を正確に捉えていない。

2 以上の問題点を挙げることもできるとしても、デュギーの社会的職分概念が後の法学説に与えた影響は無視されるべきではない。権利を義務として捉えるデュギーの権利論は、同じように権利の社会的職分性を指摘してその相対性を強調したジョスランの立場と相俟い、通常の権利から区別される職分権という概念を生み出す契機となった。後のフランスの法学者は、義務としての社会的職分を「行使の義務ある権利」を意味する職分権として再構成したのである。

しかし、まさにこの点において、義務としての社会的職分概念の限界が存するのであり、デュギーの権利論が継承者を生み出すことなく一代限りの学説に止まったことの原因も見ることができるのである。

3 本稿では、デュギーの社会的職分概念の検討を通じて現代フランス法学における職分権の概念に関する検討にまで及んだ。実は、社会的職分概念の研究は、職分権の概念の本質的要素を明らかにするという点においても、また、わが国の憲法上の問題を分析する視点を掲示するという点においても、重要な意義を有するものと思われる。

る。即ち、権利のうちでも目的性を特質とする権利概念が認められること、その目的性の故に通常の権利とは異なりより厳格な統制に服するということは、職分権概念の源流たるデュギー及びジョスランの社会的職分概念を分析することによってこそ示されうるものである。また、わが国の憲法学における様々な問題を考察するに当たっても、職分権概念は、有益な示唆を与え得るもの<sup>1)</sup>と考える。本稿では触れられなかった、フランスにおける職分権をめぐる判例及び学説の詳細な検討や、わが国における職分権概念の適用可能性ないしその範囲等については、他日を期することとしたい。

(1) 例えば、「教育を受ける権利」の構造を「学習権」概念を中心として説明する立場によれば、親の教育権(教育の自由)や教師の教育権(教育の自由)は、「子どもの学習権を保障する第一次的責任」を履行する権利、即ち「義務履行権」として、あるいは「親からの信託を受けて子どもの学習権保障の義務を二次的に履行する権利」として理解されるものである。この「義務履行権」概念は、子どもの学習権の保障の見地から制約される。成嶋隆「教育と憲法」樋口陽一編『講座・憲法学 第4巻 権利の保障(2)』(日本評論社、一九九四)一一三頁。ここで言われる「義務履行権」の意味及び限界を分析するに際して、職分権概念の研究が有意義であることは否定され得ない。

本稿は、平成八年度文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果の一部である。