

Leon Duguit, Lecons de droit public general (1926) (2)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/4445

《翻訳》

レオン・デュギー『一般公法講義』（一九二六年）（二）

赤坂 幸一
曾我部 真裕

第二講 法準則〔客観法〕と主観法〔権利〕の問題^①

皆さん、

長い間、多くの人々は、法準則ないし客観法と、主観法〔権利〕との区別を自覚しないままに、法に携わって来ました。しかしながら、この区別は基本的なものであり、法を理解するための不可欠の前提であります。ですから、本講の全てを使ってその検討を行うことに致しましょう。

I 総論

まずもって強調すべきは、次の三点であります。

(一) いかなる科学であれ、精確な用語を持たなければ進歩しないということ。理解し合うためには、同じものを同じ言葉で、違うものを違う言葉で言い表すことが必要です。さもなければ、不統一と混乱とに陥ることでしょう。

(二) 公法と私法を完全に分離してしまうという、広く流布している誤謬に陥らないよう注意すること。確かに、法のこの二つの分野を区別することは必要ですが、両者の間に、言わば越えられない壁を設けてはなりません。即ち、法的概念は、公法においても私法においても同じであります。私がここで行っている客観法と主観法〔「権利」〕との区別は、公法の観点からも私法の観点からも全く同じものなのです。また契約の概念も、国家と私人との協定 (accord) を考える場合と、私人間の約定 (convention) を考える場合とで、全く同一の性格と意味を有しております。

この公法と私法の分離は、ドイツ人から来たものです。ドイツの法学者は優れた著作を産み出しましたが、彼らの多くには底意があり、このように公法を私法に対立させることによって、他でもない、国家が自らの約束（Verpflichtung）により拘束されないことを支える法的外観を作り出そうとしたのであります。

(三) 我々が為そうとしている区別と分析が、無用で煩瑣なものであるなどは考えないこと。まず、理論的に正確な諸観念を持つことは、決して無用なことではありません。また、我々が為そうとしている理論的な区別が訴訟手続において直接に適用され、これによつてのみ、裁判所が不断に直面する数多くの問題を解決しうるということが、後に了解されることと思えます。例えば、法律の不遡及原則や、この原則が引き起こす数多くの問題については周知のとおりです。これらの問題は、客観法と主観法〔「権利」〕との区別を解するときのみ、理解し、解決することが出来るということ、後に見るでしょう。

II 客観法と主観法〔「権利」〕の区別

客観法と主観法〔「権利」〕。これらの用語は多くの反対に遭い、更には嘲りの対象とすらなつて来ました。私はこれらの語に執心するわけではありません。他の語を与えてくれるのなら、それを受け入れます。しかしながら、こ

の基本的な区別には拘りたいのです。

アラビア語には、客観法と主観法（「権利」）を指示する別々の語があると聞きました。即ち、*known* が客観法を、*hak* が主観法（「権利」）を意味するそうです。英語にも同じく二つの語があり、*law* が客観法を、*right* が主観法（「権利」）を意味します。反対に、ドイツ語及びフランス語には唯一つの語しかありません。こうして、何某がドロワ（*droit*）を修める、と云うことがあります。この場合、法準則ないし客観法が念頭に置かれています。またドロワがあることを禁じているとか命じている、とも言いますが、これらの禁止や命令を含むものが、法準則ないし客観法であることは明らかです。しかし、更にまた、私は投票のドロワを有しているとか、所有のドロワを有している、対人請求のドロワ（「債権」）を有している、などと言いますが、この場合、私は投票したり、ある物を使用・収益したり、又はある給付を請求するための能力、ないし主観法（「権利」）を有している訳です。

したがって、ドロワという語は、二つの異なったものを指示するために使われています。即ち、命令的準則と、行動する能力です。そういうわけで、凡そ混乱を避けるためには、絶対に形容詞を付け加えねばなりません。客観法が準則を表し、主観法（「権利」）が行動する能力を意味します。

これで世の人々には十分でしょうが、法律家にとってはそうではありません。それ故、客観法と主観法（「権利」）が持つ性質とその基礎を、より詳細に見定める試みが必要となります。

Ⅲ 客観法

今述べたことからしますと、客観法とは、所与の社会で適用される法準則の総体である、ということになります。文明化された近代社会は、通常、*ナショナル* 国家という形を取りますが、それら各々の内には、構成員を拘束し、多かれ少な

かれ組織化された社会的サンクションを伴う、諸々の準則が存在しています。これら諸準則の総体が、この国の客観法を構成することになる訳です。

何をもって、ある準則が法準則である、と認められるのでしょうか。この問いに対しては、ドイツの多くの学者、中でもかの大法学者イエーリング [Jhering, Rudolf von, 1818-1892] が、大変簡潔な解答を与えております。彼らの説く所に依れば、全能なる国家が法準則としての性格を付与するものだけが法準則なのであり、そのようなものとして国家が発するあらゆる準則は法準則である、一言で言えば、法準則は実定法と同じことを意味する、ということになります。バイエルンの著名な法学者ザイデル [Seydel, Max von, 1846-1901] は、次のように書いております。「⁽¹⁾国家を超える法はない、国家と並んで法はない、国家によってのみ法がある、⁽²⁾ということは、疑いなき原理である」⁽³⁾と。

私はこれに大いに反対であり、国家なき法、国家を超える法が存在することを主張するものであります。もしも法準則が国家の被造物に過ぎないのであれば、それは国家の全能を意味するのであって、これを受け入れることは實際上できないのであります。しかし、実定法を離れた法準則や実定法を超えた法準則が存在するとしても、ある社会準則が法準則であることを、どのようにして見分けるのでしょうか。

この問いは簡単なものではなく、与えられた解答も多くを数えますが、それは重要ではありません。実定法に優越する法準則の存在が認められさえするならば、好きな答えを採って下さい。いずれにせよ、客観法の基礎について提示されてきた諸々の体系は、中間的な或はプラグマティックな立場を別にすれば、すべて二つの対立する立場、即ち形而上学的立場と、^{レアリスト}現実的なし実証的立場に結び付きます。

形而上学的立場においては、客観法の基礎は精神の内なる觀念、法それ自体の觀念にあり、絶対的存在がこれを創造し人間精神に啓示する、とされます。それゆえ、人間精神の内なる法的絶対原理 (absolu juridique) に適合する

法準則のみが存在することになります。

この絶対原理とは何なのでしょうか。ここにおいて見解が分かれ、個人主義学説 (doctrine individualiste) を説く者もあれば、私が社会主義学説 (doctrine socialiste) と呼ぶものを主張する者もいます (私がこう呼ぶのは如何なる政治的
底意からでもなく、ただ単に他の語を持ち合わせていないからです)。前者に依れば、人は人であるが故に、社会的存在
となる以前から、この世に生まれ出たという事実のみによって、自然的で不可譲かつ永続的な一定の主観法〔「権
利」を有している。あらゆる法準則はそれらの保護を目的としており、この目的に向けられた法準則のみが存在す
る、こういうことになります。

一七八九年のフランス人権宣言は、この見解を大変明確な言葉で定式化しました。この一七八九年という年は、
世界史の中で最も重要な年の一つです。と言いますのも、これは従来から存立し自らを意識した政治社会が、国家
権力には制限があるということを認め、国家があらゆることを為し得る訳ではないということを厳かに宣言した、
初めての時だからです。確かに、その数年前、アメリカでも同じことが言われました。しかしアメリカは自らを創
出し、その社会契約を作成した社会でありました。

個人主義学説の着想がいかに高尚なものであるとしても、この見解はそれ自体誤りであり、理論的にも実際の
も受け入れることはできません。理論的には、根拠を示さなのまま、社会以前に存在する諸権利を人間に認めて
いるからであり、また実際のにも、この見解によって国家権力に制限を設けることが出来なかつたのは経験の示す
ところだからです。

個人主義学説とは反対に、社会主義学説は、人間の意識の内に存在する社会準則というものがある、なぜなら人

(1) M. Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873, S. 14.

間の意識には絶対的法準則なる觀念があるからだ、と説きます。個人の権利はこの準則から導かれる、という訳です。これら二つの見解は、ア・プリアリな法概念を肯定するところに成り立っており、ただ、一方の個人主義學説は法準則を導くために主觀法〔「權利」〕を想定し、他方の社会主義學説は個人の主觀法〔「權利」〕を導出するために法準則を想定します。

後者は、前者と同様に、否定されねばなりません。と言いますのも、前者と同じく、理論的に証明できないものでありますし、實際的にも、後で見えるように国家權力を制限することに無力であるからです。

現實的立場においては、次のように考えます。個人の生得的な自然權、これを認めることは出来ない。なぜなら、孤立した個人が權利を持つことなど有り得ないからです。權利は主体 (*sujet actif*) と客体 (*sujet passif*) を含んでいるから、社会においてのみ現れます。ロビンソンは、彼が漂着した孤島においては權利を持たなかつたし、また持つことが出来なかつた。「また」至高の存在が精神に啓示する絶対的準則なる觀念は、全くもつて形而上學的な類のものである。それは信仰の対象とはなり得ても、科學的體系を基礎付けることは出来ない。したがって、客觀法を解明するためには、事實それ自体に依らねばならない、ということになります。

古くから言われてきたように、人は社会的存在です。人は常に社会において生きてきたし、社会においてのみ生きる事が出来るのです。また社会自身も、それを構成する各個人が一定の規律、即ち彼らを強制的に拘束し、その執行が社会的に保証されている準則の下に置かれなければ、存続することが出来ないのです。社会準則は、社会生活それ自体の帰結なのです。生命有機体において細胞が、有機体の活動と細胞の活動双方の前提であるところの一定の法則に従うように、あらゆる人間社会においても、社会生活と個人生活双方の前提となる規範が必ず存在しているのです。しかしながら、生命法則と社会規範との間には、次のような違いがあります。即ち生命法則は、大抵の場合、それ自体は意識を持たない諸要素に妥当しますが、人間が自身の個人的存在と社会的存在について、多

かれ少なかれ明晰な意識を有しているのは判然としております。

現実的ないし実証的立場は、大変厳しい批判を受けてきたのですが、その詳細に立ち入る余裕はありません。ただ、あらゆる社会準則が法準則だという訳ではないこと、そして社会準則が法準則へと変る時点、およびそれを認めるための規準をなお決定しなければならぬこと、を述べておきます。例えば慣習上の準則 (*regle de mœurs*) は、違反した場合に一定の反作用を引き起こしますから、社会準則ではあるのですが、法準則でないことは確かです。しかし、これらが法準則になる時が生じます。この時期とはいつなのでしょうか。

慣習上の準則が法準則になるのは、この準則が社会的にサンクションされるのは正しいことであるという考えが、その国を構成する各人の一般意識の内に浸透した時だ、と答えることが出来ます。^④ ある規範が法準則であるためには、この社会的サンクション^⑤が組織化されている必要はありません。ただし、社会的サンクションが組織化される^⑥ことが正しくかつ望ましいと、人々が考えることが必要です。^⑦ そういうわけで、例えば憲法準則は、直接的にサンクションされていませんし、またそれは不可能です。なぜなら、憲法準則の名宛人である国家は実力を有しており、ドイツ人が言うように、定義からして実力であるからです。しかしながら、所与の国において大多数の人々が、その憲法諸準則は守られるべきだと考え、それらをサンクションすべき直接間接の術を探求するとき、憲法準則はもちろん法準則であるのです。

以上が、客観法の問題に関して私達に提示されている諸々の立場です。選ぶのはあなた方です。しかし、どれを選ぶのかは重要ではありません——国家から離れて、国家を超えて存在し、国家を拘束する客観法の存在が認められさえするならば。

IV 客観法と実定法

たとえ客観法が、ある時点において所与の国に存在する、国家の実定法から独立した法準則の総体であるとしても、文明諸国において成文法が到達した発展に照らせば、今日において實際上、客観法と当該国の実定法との間には殆ど完全な対応が存在しています。^⑧ 人が言うように、近代諸国は法の一般的発展において、立法の段階に到達したのです。

しかしながら、この一致は決して完全なものではありません。大変整備された法典の編纂にも拘らず、法は発展を続け、不断かつ自発的に生成を続けています。実定法は、法が発展するほど早くは改正されませんし、そんなことは不可能です。ですから、実定法と客観法との間には、多かれ少なかれ乖離が必然的に存在します。一八〇四年のナポレオン法典を例にとれば、一九二六年のフランス民法が一八〇四年に法典化されたそれと同じであるなどと考えるならば、大きな思い違いをすることになります。したがって、繰り返して申し上げれば、ある国の客観法と実定法との間には、完全な一致など存在しないのです。しかしながら、多くの場合、その相違は無視することが出来ます。論述を簡単にするために、あたかもその一致が完全であるかのように語ることができ、「客観法」の語に代えて「法令」^⑨の語を用いることが出来るのです。

全体として客観法を構成する諸法令の中で、全く異なった二つのカテゴリー、即ち、私が規範的 (normatif) と呼ぶものと、構成的 (constructif) と呼ぶものとを区別することが必要です。規範は実定法の中に形式的に取り込まれているとは限りません。しかしそれは、定式化されていようといまいと、常に存在するのであり、諸々の構成的規定を介して実施されるのです。^⑩

ジエニー [Gény, François, 1861-1959] も同様の区別をしており、「所与 (donné)」と「技術 (technique)」ないし「構

成的なるもの（constitut）」とを対立させています。^{(2)⑩} 私は、より明確性を重んじて、規範法と構成法の語を用いたいと思います。

規範法は法の一般準則を表し、公務員にも、一般の個人にも適用されます。構成的規定は規範の実施及び実現のために介在し、法執行に携わる公務員、即ち司法官、行政官のみに適用されます。^⑪

刑罰法規、なかでも謀殺の罪を犯した者を死刑に処する旨定める規定を例に取れば、そこに全く異なる二つの規定を区別することが出来ます。第一のものは規範であり、殺人を犯すことは全ての者に禁じられます。第二のものは、殺人を犯したと認められる者をすべて死刑に処するという規定であり、ある国では絞首刑になり、またある国ではギロチンを用います。これは全く構成的な規定であり、犯人を捜索し、これを裁き、刑罰を執行する公務員のみ適用されます。

私は時々、次のように言つて民法の教授達を憤慨させるのですが、ナポレオン法典は、家族法を除くと、その規定が二二八一条を数えるにも拘らず、実際には次の三つの法準則しか含んでおりません。即ち、（一）個人財産の尊重を定める準則、（二）契約の拘束力を認める準則、および（三）フォートにより他人に損害を与えた者にその賠償を命じる準則、です。その他の規定はすべて構成的なものに過ぎず、これら三つの規範の実現に向けられており、判事のみを名宛人としてゐるのです。原則として、これらの規定とは異なる内容の個々の合意をすることも出来ませんが、しかしこれらの諸規定は命令的な法ロウなのです。と言いますのも、それらは判事を拘束し、当事者の反対の合意がない限り、判事はこれを適用する義務があるからです。

(2) Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, 1914.

V 主観法〔Ⅱ権利〕に関する諸理論

それでは、主観法〔Ⅱ権利〕とは何なのでしょうか。これに答えるのはなお難しい。私の考えでは、主観法〔Ⅱ権利〕なるものが何らかの意味を持つとすれば、それは形而上学的想像物としてのみなのです。この問題について沸き起こった際限のない混乱した議論が、それを物語っています。

主観法〔Ⅱ権利〕とは、一定の人の固有の資格であり、可能性・行動する能力であり、また他者を強制する意思の力であるように思われます。しかし仔細に見ようとすると、あらゆる種類の困難に遭遇します。とりわけドイツ人とイタリア人が、この問題を論じてきました。フランスの哲学者達もこれを考察しましたが、解明するというよりは難解なものにしてしまいました。フランスでは唯一、法学者であるミシユウ〔Michoud, Léon, 1855-1916〕のみが、主観法〔Ⅱ権利〕なるものを明らかにしようとしたが、ドイツ人やイタリア人を上回ることは出来ませんでした。⁽³⁾ いずれにせよ、この点について提示されてきた諸学説は三つに分けることが出来るように思われます。

(一) ドイツ人、とくに法学者ヴィントシャイト〔Windscheid, Bernhard, 1817-1892〕の意思説。主観法〔Ⅱ権利〕とは意思の力であり、それ以上でもそれ以下でもない。ある者の意思が、ある特定の点について他者の意思よりも強く、そうして他者を拘束するときに、この者が主観法〔Ⅱ権利〕を有していると言われます。こうして、国家は命令する主観法〔Ⅱ権利〕ないし主権を有しているということになります。なぜなら国家は自身が発する命令の遂行を各人に強制することが出来るからです。同じく所有者は主観法〔Ⅱ権利〕の持ち主である。なぜなら所有者の意思は物の所有を侵害する他者の意思に対し、それ自身優越するからです。また皆さんがお持ちであるかもしれない債権^{クレディット}も権利です。と言うのも、皆さんの意思は債権者の意思として、債務履行義務を負う債務者の意思に優位するからです。

この意思説は、数多くの重大な異論に遭遇してきました。特に指摘されたのは、主観法〔「権利」〕が意思の力を本質とするならば、自覚的意思を持たない者は主観法〔「権利」〕の主体になれない、という点であります。例えば幼児ないし理性を失った者は主観法〔「権利」〕を保持することが出来ず、またこの理論においては、利益の社会的保護は主観法〔「権利」〕の存在を前提としますから、年齢又は障害の故に理性を欠く者の利益は、もはや社会的に保護されているとは言えないのです。団体が構成員とは異なる自覚的意思を持つことが示されない限り、団体の利益 (intérêt collectif) についても同じことが当て嵌ります。ところが、後に見るように、これを証明することは絶対に不可能なのです。

(二) 利益説は、とくにイエーリングがその大著『ローマ法の本質』の中で主張しています。それに依れば、主観法〔「権利」〕とは、単に法律により保護された利益のことに過ぎません。こうして、なぜ幼児ないし理性を失った者が主観法〔「権利」〕の保持者たりうるのか、どうして団体の主観法〔「権利」〕について語り得るのか⁽⁴⁾が説明されません。後者の場合、この理論においては、法的に保護された団体利益のみが問題となるのです。

利益説は、意思説と同じぐらい重大な異論に遭遇しています。第一に、単純な個人的利益に還元することが難しい権利が数多くあります。例えば家族に纏わる権利や政治的権利は、個人的利益に関わると同時に家族的利益や社会的利益にも関わっており、この説が正しいとするならば、個人と家族、個人と国家が同時に権利主体とならねばなりません。

他方、法律によって保護されていないながら、確かに主観法〔「権利」〕ではない諸利益が数多くあります。こうして、

(3) Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1906-07, I, pp. 99-105.

(4) Heering, *Esprit de droit romain*, traduction Meulenaere, 1877, IV, p. 326.

例えばイエーリング自身、保護関税によって利益を保護されている卸売り商人が、この保護において主観法〔「権利」〕を持たないことを認めています。この状況や他の類似の状況のために、彼は曖昧で不自然な「客観法の反射」の理論を作り上げねばならなかったのです。

また、保護された利益が権利として立ち現れるのはそれが侵害された場合のみであり、権利主体の意思がこの侵害を排除し保護を獲得するために現れるのだ、という考察も正しいものを含んでいます。こうして、イエーリングの説においても、決して看過し得ない意思の要素が、主観法〔「権利」〕の内に存在しているのです。

(三)この考察から、第二の説、即ち意思・利益結合説が生み出されました。^⑩しかし、先の二説が惹き起こした諸々の異論を斥けることは出来ず、その双方に直面してしまいました。いかなる場合に法律により保護された利益が主観法〔「権利」〕となり、いかなる場合にそうではないのかが不明です。この説もまた客観法の「反射」という不自然な理論に頼らざるを得ません。最後に、この意思・利益結合説に依れば、主観法〔「権利」〕が存在するためには意思の存在が必要とされますから、どうして団体や理性を失った人が主観法〔「権利」〕の主体たり得るのか、これを説明することが出来ません。

VI 主観法〔「権利」〕なる概念は認められない

これら全てから、私は次のように結論します。全く形而上学的な主観法〔「権利」〕なる概念は否定しなければならぬ。その実在を証明することも出来なければ、その要素を確定することも出来ないのです。それは形而上学的と呼びうる欲求の下に想像された実体に関する概念であって、一定の時代においては人間精神に否応なくのしかかり、社会界の諸現象を——物質界のそれと共に——これらの諸現象が内に秘めている神秘的な力から説明するよ

う、人間の精神を導いたのです。

また主観法〔「権利」〕の概念は、諸々の意思のヒエラルヒーを設けることに繋がり、特に、個人の自由にとって大変危険な至高の力を持つ主観法〔「権利」〕なるものを国家に認めることに繋がるものですから、この概念は否定しなければなりません。^⑭最後に、法律がある者に給付義務を課す場合、相手方には決して意思の優越は生じないのですから、主観法〔「権利」〕の概念は認められないのです。^⑮

しかし、とあなた方は言うでしょう、もし主観法〔「権利」〕を否定するならば、全ては崩壊してしまうのではないかと。そうではありません。反対に全ては存続し、大変強固に構築されるのです。と言いますのも、法準則が主観法〔「権利」〕を創設することが出来ないとしても、そこから社会的に保護された客観的・主観的な法的地位 (*statut juridique*) がもたらされるからなのです。次にお会いするときに、このことを説明したいと思えます。

一九二六年一月二二日

(訳注)

- ① 以下では、*droit subjectif* に「主観法〔「権利」〕」の訳語を充てることとする。
- ② そもそも、ハック (*haq*) 及びカーヌーン (*qanun*) は、各々法〔「権利」〕及び法律を意味する大陸諸語、とくにフランス語の *droit* 及び *loi* の訳語として用いられる (北村一郎編『アクセスガイド 外国法』(東京大学出版会、二〇〇四年) 四三七頁以下 (両角吉見執筆部分))。その意味では、*droit* がハック及びカーヌーンの両者を包摂するというデュギーの理解は精確さを欠く。
- ③ 正確には次のとおり。「しかしながら」支配者を離れて法はない、支配者を超える法はない、支配者と並んで法はない、国家によってのみ法がある、ということ、疑いなき原理である。」
- ④ デュギーに依れば、社会の大多数の者の意識において、社会生活を維持するためには当該準則の違反に対する反作用 (「サンクション」) が必要だと考えられるや否や、そこに規範的法準則が存在することになる。統治者・政府による形式的立法は必要ではないし、その受容・承認すら

必要ではない。Traité, 3^e éd., t. 1, p. 111 et suiv. のように、デュギューにとっては、「サンクションの存在は法規範の存在の条件ではなく、結果であり証拠であるにすぎない」。参照 高橋和之『現代憲法理論の源流』（有斐閣、一九八六年）二八二頁。

⑤ このサンクションは社会的強制（組織化された場合には国家的強制）の中に直接見出され、規範それ自体は拘束的（obligatoire）なものではなく、執行力をもつ（executoire）に過ぎないとされる（Traité, 3^e éd., t. 1, p. 142 et suiv.）。と言いつのも、デュギューは、（強制力を持たない）客観法が法的規範としての性格を持ち、したがって、客観法による国家の制限は法的制限であると主張するからである。換言すれば、今日の国家機関は強制的準則を定立する排他的権能を有しており、「法準則＝強制の要素を持つ準則」という定義は統治者が定立・適用する諸準則にしか当て嵌まらないからである。それ故、デュギューは法の概念から強制の観念を排除することを余儀なくされたのであった（Charles Eisenmann, Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou, in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques* 2002, p. 19）。

他方でまた、デュギューによる法準則の定義は、「法的拘束（obligatio juris）」を排して——直接に社会的強制に依拠して——真の法準則がありうるのか、という批判を受けることとなった。実際、M・オーリウは次のように指摘している。曰く、「強制によってサンクションされる掟（precept）という理念だけで法を定義することは、不十分なのではないか。その場合、——強制が直ちに一定の秩序に寄り添うような——統制的抑圧（répression disciplinaire）へと陥ってしまわないだろうか。特に、『法的拘束』が裁判官の介入を認めるのとは対照的に、刑法と強制（coercition）が混同されてしまうのではなからうか」と（M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 13）。アイゼンマンが拘束と強制を同視する前提に立つのに対し、オーリウは、「法的拘束」と「社会的強制」とを区別する点で興味を惹く。因みに、オーリウによるこのデュギュー体系の分析は、一九二八年に著された「権力、秩序、自由および客観主義体系の誤謬」（M. Hauriou, *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes, Revue de Métaphysique et de Morale*, 1928）で示されたものであり、これが『憲法精義（第二版）』の冒頭を飾ることとなった。

⑥ それ故、デュギューにあつては、法準則を定義するのは意識の状態であることになる。法準則を生み出し、したがって法的義務を生み出すのは、社会的に組織されたサンクションが存在すべきであるという意識なのであり（Traité, 3^e éd., t. 1, p. 201）、法準則は、心理的要素——人々が社会規範に纏わせる感情——によって特徴付けられることになる。しかし、一方でデュギューは、道徳準則と法規範との相違を、サンクションの組織化の有無に求めている（Traité, 3^e éd., t. 1, p. 89 et suiv.）。後者の観点からすれば、法的規範としての性格を持つのは、実定法準則に限られる筈である。デュギューは、「国家に優位し、国家を拘束する法」を求める余りに、——後者の立場を採りながら、それと矛盾する——前者の立場を放棄することが出来なかった。

⑦ こうして、多数人の意識における感情（sentiment de la masse des consciences）に規範法の源泉が求められ、即ち法を創造する主観的権力が否定されることから、デュギューにあつては主観的な諸力に起因する法的変動が妨げられ、——例外的に自由の原理を定める規範に支配されている場合を除いて——法が発展するのは、(1) 確立した規範の枠組みの中でか、又は(2) 新たな規範が創設される場合に限定される。前者は結局、既存

の規範の変動を齎すものではなく、また後者も極端に緩慢な慣習による形成となる。こうしてデュギーは客観的なるものを主観的なるものに優位させ、即ち静的なるものを動的なるものに優位させているのである(「自由の優位」ではなく「秩序の優位」)。

この意味において、デュギーの法理論は「法準則の主権」(菅野喜八郎『論争 憲法—法哲学』(木鐸社、一九九四年)一五九頁)に帰着し、「定言命法の支配」に帰着する——ケルゼン理論と通底するが、両者ともに個人の創造的自由の哲学を否定する点で、現実や実定法の諸公理と相容れない側面を有している(M. Hauriou, *op. cit.*, pp. 11-14)。したがって、デュギーによる個人主義の強調(菅野・前掲書、一三一頁以下参照)にも拘らず、これは「外装 (appearance)」と評されることになる(M. Hauriou, *op. cit.*, p. 14)。

⑧ デュギーのいう「客観法」は、組織化されたサンクシオンを備えるべきだと多くの人々が感じるような諸準則から成っており、「実定法」は、実際にそのようなサンクシオンを備えた諸準則から構成される。しかし、これら二つの法体系に共通の性質を見出すことは困難である。実際、デュギーは、このような定義をした矢先から、法的現実に対応すべく、「客観法(法準則)」に別個の区別——規範的法準則と構成的・技術的法準則——を導入しなければならなかった。しかし、この両者は、法的性質・根拠・名宛人を異にし、「客観法」という同一の体系内に統合することは困難である。なお、第三講Ⅱの訳注も参照されたい。

⑨ 「法律」という形式に着目するものではなく、オールドナンス等を含めた実定諸法令の意味と解した。但し、「実定法」には他の原語 (*droit positif*) があることから、ここでは——*reglementation* と同義で——「法令」の訳語を充てた。

⑩ デュギー理論に依れば、法体系の有効性はすべて規範の中に見出される。即ち、「確かに構成的準則 (*regle constructive*) は政治的権力によって作られるが、それ自体として法的効力を持つものではなく、何らかの規範に適合する場合にのみ効力を持つとされる」(M. Hauriou, *op. cit.*, pp. 12-13)。かくてデュギーは、実定法を客観法に従属させ、両者を同一の体系の内に統合しようとしたが、かかる従属自体、独自の恣意的な命題に過ぎない、と批判されることになる。しかもデュギー自身、国家が法によって制限されることの承認は学問上の定式 (*formule d'école*) に他ならず、実際には、国家が法によって制限されはしないことを認めなければならない、「なぜなら、物質的サンクシオンを欠いた法など存在せず、国家に對抗して法が存在することは出来ないからである」と述べていた (*Traité*, 3^e éd., t. 3, p. 549)。

この点、次のアイゼンマンの指摘は重要である。曰く、「それでは何ゆえに、常に事実を引き合いに出していた彼(デュギー)にして、その事実に反すると認めるような承認を、不断に維持していたのであろうか。彼はこのような態度を採った理由を隠さない。即ち、『国家が自身よりも上位にある法に従属することを、絶えず精神的に確言しなければならない。これは主として、人々 (*collectivité*) の意識にこの観念を深く浸透させるためであり、それによって権力の保持者が大っぴらにこの観念に對抗するのを躊躇うようにするためである』」(M. Hauriou, *op. cit.*, t. 3, p. 550)。

それ故デュギーは、自身の基底的命題、道徳的ないし政治的必要性に根拠を求めているのであり、「もはや彼は、国家の法的制限を事実上の真理として主張するものではない。彼が認めるのは、主張することの必要性だけであ」り、まさにこの事実から、デュギーその人が、諸事実から解

決を導出するのではなく、ア・プリアリな結論から出発していることが了解されるのである (Eisenmann, *op. cit.*, pp. 23-24)。

- ⑪ 「所与(与えられしもの)」は、事物の本性に由来する生の法準則を表すものであるのに対して、「技術(= *construit* 構成されしもの)」は、法の至高の目的に鑑み生活に浸透してこれを動かすため、生の準則を「規則 (*précept*)」に変換しようとするものである。L'Etat I, p. 551 et suiv.; *Traité*, 3^e éd., t. I, p. 105 et suiv.

- ⑫ このような規範法と構成法の対比は、H・L・A・ハートの primary rules と secondary rules との区別に対応し、また「構成法」はケルゼンの授權規範、A・ロスの権限規範、W・ブルクハルトの組織法と本質を等しくすることが指摘されている(菅野・前掲書一三八頁以下及び一六四頁、同『統・国権の限界問題』(木鐸社、一九八八年)一三三頁)。

- ⑬ この説(ミシユウ、ベッカー、イエリネク)に依れば、主観法の実体は、意思それ自体ではなく、「意思されし法的利益」、法的利益に結びついた意思に求められる (*Traité*, 3^e éd., t. I, p. 287 et suiv.)。なお、大村敦志「ベルエボックの法人論争——憲法学と民法学の対話のために——」(藤田宙靖ほか(編)『憲法論集』(創文社、二〇〇四年)所収)も参照。

- ⑭ それ故、デユギーは、全ての者によって受容された制度の名において行使される権力、というオーリウの基本観念を支持することは出来なかった (M. Hauriou, *op. cit.*, p. 12)。

- ⑮ この背景には、主観主義体系と客観主義体系との抗争が存した。即ち、オーリウの優れた分析に依れば、(1)法学者達は伝統的・本能的に、法的体系において主観的要素(法人格や主観的権利、法律行為など)と客観的要素(公序や「法令 (*regeneration*)」など)が併存することを認めてきた。自覚的意思と無意識の観念とのデュアリズムに対応する、「主観的要素と客観的要素との」このデュアリズムは、思慮深い妥協を意味していた。

しかし(2)一九世紀の中頃、この妥協は極度の主観主義体系の構築により破棄された。主観主義体系は法人格を基礎として構築され、個々人に加えて、体をもった法人 (*personne morale corporative*)、とくに国家法人を構想する。これらの人 (*personne*) とその主観的意思を、あらゆる持続的な法状況、更には客観的法準則の諸規範の、その基礎にしようとして試みたのであり、ゲルバーやラーバント、イエリネックは、「法令」を主観法の体系に——無理に——押し込もうとして、法準則を国家法人の主観的意思に還元した。が、第一に、慣習的諸準則を国家の意思に結び付けることは不可能な相談であり、全ての「法令」を主観法で独占しようとする試みは、挫折することとなった。第二に、法準則が国家の主観的意思であるならば、国家という法的人格が誕生するまでは、法準則は存在しなかったことになり、即ち国家が形成されるまでの長い時期において、国家法はそれ自体、存在しなかったことになる。第三に、本文でデユギーが指摘する如く、——諸々の法状況の基礎に法人格を据えることで法状況の連続性を確保しようとした——主観主義的体系は、あらゆる人格の基礎に——ときに非連続的な——意思の力 (*Willensmacht*) を据えたため、①人格の連続性を説明しえなかった。また②理性的な意思を持たない幼児や精神異常者に人格が認められる理由を、説明することが出来な

かった。

そこで(3)デュルケームの社会学理論を背景に、極端な客観主義体系（デュギー）が現れ、——法人格ではなく——法準則をもって全ての法的存在の基礎に据えた。これに依れば、①主観的権利の主観的基点はもはや存在せず、あらゆる法効果が法準則に集中された結果、人間の行為は準則に適合する場合にのみ、法的効果を生み出し得た。また②法準則の適用は原則として客観的な法状況しか生み出さないと考えられた。しかし、第一に、法準則は社会制度の維持・持続・反作用の要素（不精な力）に過ぎず、主観的要素の如きインシアティヴ・創造の要素ではない。第二に、社会实践による新たな創造は、長期に亘り法外に置かれてしまう。要するに、極度の主観的体系が作用を持続と取り違えて、国家の創設を法外に追いやったのに対して、極度の客観的体系は持続を作用と取り違え、法準則の形成を法外に放逐した。こうして「連続的な創設（＝基礎）」が法外に置かれ、従って国家や法準則の基礎が法外に追いやられた。

(4)主観主義的体系／客観主義的体系の対立の後に現れた『制度及び創設の理論』は、①両体系が等しく見捨てた制度の創設が法的な性格を示すということ、及び②法的持続の基礎がそれ自体法的なものであることを説明するものであり、③主観／客観の二つの状態を、切断された要素としてではなく、制度や準則の「異なった状態」として捉えるものである。こう前置きして、オーリウは、かの制度理論〔完成形〕の叙述へと向かったのであった（M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation, in La Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit)*, 1925)。もともとデュギーは、オーリウ理論を、純然たる客観主義体系として捉えている（*Traité, 3^e éd., t. 1, p. 25 et suiv.*）。

第三講 法的秩序の諸要素

皆さん、

先ずもって、この表題がやや曖昧であることを認めねばなりません。したがって、最初にその意義と内実を、できる限り明確に定めておくことが不可欠です。また、この表題が示している、一見したところでは微妙に見える區別をすることに、実際的な意義があることを忘れないで下さい。

I 法的秩序の定義

法的秩序 (ordonnement juridique) とは何でしょうか。法律用語としては、少なくともフランスでは、余り用いられていない表現です。私はこれをドイツの法学者から借りてきたのでして、ドイツ語の *Rechtsordnung* をそのまま訳したものです。この語を用いることによって、検討対象を非常に適切に指し示すように思われますので、法的秩序の語を使います。

法がなければ、社会は存続することが出来ません。客観法、即ち社会の構成員を拘束し、多かれ少なかれ完全に組織化された集団的サンクションを伴う行為準則の総体^①がなければ、社会は存続して行くことが出来ません。これらの準則は社会律 (discipline sociale) とでも呼ぶべきものを構成し、同一集団の構成員たる諸個人を、あたかも同一の有機体に属する細胞群のように、相互に結び付けます。それら諸準則は社会体の構造 (structure)、即ち私が社会体の秩序と呼ぶものを保ちます。構造の語の方を好まれるのであれば、その言葉の意味が理解される限り、どちら

でも構いません。ただ、秩序の方がより正確だろうと思われれます。

これら諸準則の総体は、社会的サンクションを伴いつつ各人を拘束します。しかしそれにとどまらず、これらの準則が存在することによって、各人は果たすべき義務を負うこととなります。この義務の遂行を怠れば、社会的に組織された実力によって、多かれ少なかれ直接に義務の履行を強制されます。こうして、客観法が存在するという事実からだけでも、一定の人々には、サンクションされた一定の給付義務を伴う地位が、招来されるのです。諸準則と、他方でこの準則を適用することにより各人に招来される地位——即ち、社会的にサンクションされた諸準則と、社会的に保護された地位。これらこそ、私が社会的法的秩序と呼ぶものを構成する諸要素なのです。

しばしば、法社会 (*société de droit*) と然らざる社会とが区別されることがありますが、現実に適合するものではありません。法社会ではない社会など、存在しないのです。ある社会集団が社会集団として存在する以上、法が存在するのです。この法の発展の程度、およびサンクションの強度は様々です。しかし、社会在るところ、法が在ります。諸準則が在り、これら諸準則を適用した結果として諸個人の地位が在るのです。これらの地位は客観的であることもあれば、主観的であることもあります。このことは後に説明することと致しましょう。

しかし、なぜ客観的または主観的な地位について語るのか。どうしてもっと簡単に、各人に権利を付与する法令があると言わないのか。：人はこのように問うでしょう。私は前回の講義で、この異論に込めておきました。主観法（「権利」という観念は、純粹に形而上学的な性質を有するが故に認められないということ）を指摘しましたし、^③ 次回には、それが実際にも重大な困難に逢着することを明らかにしたいと思います。また、命令しか含まない客観的準則が、どうして他者を拘束する意思力を各人に与えることができるのか、これを理解することは論理的に不可能です。ところが、主観法（「権利」）は——それが何らかの意味を持つとすれば——この意思力に他ならないのです。

II 諸準則

現在我々が到達した法的段階においては、一国の客観法とその実定法は概ね一致すると言っても過言ではありません。^④ それゆえ、論述を簡明にするために、客観法の同義語として法令 (Gesetz) の語を用いることもできます。一国に存在する法準則は、社会が継続的かつ自発的に生み出したものであり、成文法や慣習法の形をとって現れます。先の講義で述べました様に、これらの成文法や慣習法は、規範的か単に構成的かのいずれかであり、前者はすべての個人を拘束し、後者は公務員、即ち統治者^{グベルナント}、行政官および裁判官のみに適用されます。^⑤

ついでに、議論に値するある見解に注意を促しておかねばなりません。これまたドイツの学説であり、我々が構成法 (loi constructive) と呼ぶもののみが法準則なのであって、規範法 (loi normative) は道德準則に過ぎないのだと、大いに力説しています。法準則に内包される命令の名宛人は国家の公務員のみであるとされます。例を挙げて説明するところによると、殺人を犯した者はすべて死刑に処する旨を特に定める刑罰規定には、二つの準則が含まれます。一は殺人を禁ずる準則であり、道德準則に過ぎず、一は適用すべき刑罰を定める準則であり、これのみが法準則であって、国家の公務員のみを名宛人とします。あらゆる実定法準則を例にとることができ、同じ区別が見出せます。例えば、いかなる場合であれ他者に損害を与えた者は、そのフォートにより与えた損害を賠償する責任を負う旨定める規定であり、今述べた学説によると、そこには第一に、他者に損害を与えることを禁止する道德準則が含まれ、第二に、損害を与えた者にその賠償を行わせることを公務員に命ずる法準則が存在することになります。この説には魅力的な点もあります。しかしながら、この説が国家によつてのみ法があると言うに等しいことは見易い道理であり、認めることはできません。というのも、この説によれば、客観法とは国家がその公務員に対して発する命令 (Injonction) の総体に他ならない、ということになってしまふからです。しかし、前に述べたことを繰

り返せば、^⑥法は諸個人のみならず国家をも拘束しなければならぬのであって、単に国家の個別の機関のみならず、国家自身を拘束しなければならぬのです。もしそうでないのなら、もはや公法は存在せず、専制と圧政が帰結することでしょう。それ故、規範法は個人、国家、およびその機関を名宛人とし、構成法のみが諸機関だけに適用されるのです。^⑦

規範法、構成法を問わず、実定法の一定の分類が試みられてきたのはもつともなことであり、しばしば命令法(imperative)、禁止法(loi prohibitive)、許可法(loi permissive)および授権法(loi attributive)という区別が為されます。命令法は、当然のことながら、命令を含むあらゆる法令を意味します。その典型は租税法です。禁止法もまた、実際には命令法であり、一定のことはしてはならないという命令を内容とします。あらゆる刑罰法規がこの性質を有しているのは明らかです。許可法は、個人に一定の排他的権能を与えるものであり、例えば、所有権者が各人の物を全く自由に使用・収益・処分することを認める、所有制度に関する法がこれに当ります。最後に授権法は、直接個人に一定の権利を付与するものを指示し、例えば国籍法、選挙法がこれに当ります。

ドイツの法学者トーン〔Thon, August, 1839-1912〕は、このような分類が全く不完全であり、いかなる点でも現実に対応しないことを見抜きました。⁽²⁾法令はその定義からして行為準則であり、またそうでしかありえません。行為準則は、命令的なものでしかあり得ないのです。それは許可も排他的権能も付与することが出来ません。行為準則は命令するか禁止するかであり、一言で言えば、あることを為し又は為さざること命じているのです。ただそれだけのことであり、こうして法は常に命令的なもののみあり、必ず命令(ordre)を含んでいるのです。この条件

(1) J. Binder, *Rechtsnorme und Rechtspflicht*, 1911, S. 10 ff.

(2) A. Thon, *Rechtsnorme und subjektives Recht*, S. 8 ff.

が充たされる場合にのみ、法が存在するのです。^⑧

しかしながら、次のことを考えてみるのが重要です。即ち、法が常に命令を含むと言っても、これが上位者から下位者に与えられる命令であるなどと言おうとしているのではない、ということですから（このことは、前に述べたところ全てから導かれます）。このような命令の概念は、実現不可能なものです。と言いますのも、それはある意思が本質的に他の意思に優越していることを意味しますが、人間の意思が他の人間の意思に優越することなど有り得ません。なぜなら、この両者とも同一の基本的性格を有しているからです。あらゆる法が命令的であり命令を含んでいる、と言うときに私が意味しているのは、それが全ての人が従うべき法準則を表現したものだ、ということですから。なぜなら、法は集団の存在それ自体に伴うものであり、これに従わない者は社会的個人としての存在を止める、即ち人間としての存在を止めることになるからです。

許可的ないし授権的と特徴付けられる種々の法を検討してみると、それらがすべて消極的または積極的な命令を含んでいることが分かるでしょう。例えば所有に関する法は、第三者に対し、所有権者が所有物に対して種々の行為を行うことを妨げたり、その所有を妨害したりすることを禁じています。選挙法は、官吏に対して、有権者がその投票権を十全に行使しよう、その権限に属するあらゆる行為をなすことを命じており、またあらゆる者に対して、有権者による投票権の行使を妨害することを禁じています。

ややこの点に立ち入りましたのは、法が各人に対して権利を付与すると——しかもそれが確実な真理であるとして——説く者の誤りが如何に大きいものであるか、これを今一度示さんが為なのです。法は権利を付与することはできず、ただ、各人に命令し又は禁止するだけなのです。このことは、我々が法的地位 (situation juridique) と呼ぶものを検討してみれば明らかになることでしょう。

Ⅲ 法的地位

命令的準則が存在するということから、ある者は、一定の給付を行う義務、または一定の行為を行わない義務を負うこととなります。またある者は、このことから、社会的強制により保護される地位を持つこととなります。と言いますのも、その地位は法に由来するものであるからです。しかしこの地位は、主観法（「権利」、即ち個人が持つ意思の力が存在することを意味しません。実際、他者が持たないような意思力を、実定法上の準則によりある者に付与することは出来ないのです。

不動産を例にとりましょう。通説によれば、所有権者はその不動産に対し（語の技術的な意味において）物的主観法（「主観的物権（droit subjectif réel）」を有しており、誰に対してもこれを主張することが出来ます。所有を保護する法準則が存在し、それゆえ所有権者は主観法（「権利」）の保持者である、というわけです。

私は次のように答えたい。所有を承認・保護する法準則が存在するのは確かである。しかし、そのことから、主観法（「権利」、即ち他者に主張できる意思の力を、いかなる所有権者であつても持つことになる訳ではないし、そんなことは不可能である、と。所有権者の地位は社会的に保護されています。しかし、かかる地位の背後に主観的
所有権があると言うことは出来ないし、また言うてはならないのです。かく言うことが不可能であるといえますのは、法があらゆる者に対して所有権者の地位の侵害を禁じる場合に、その法が所有権者に対して、他者の意思に本質的に優越する固有の意思力を付与するのだということを、理論的・論理的に証明することは不可能であるからです。また、かく言うてはならないと言いますのは、団体財産および財団と呼ぶべきものを説明することが、絶対に不可能であるからです。これらは次第に増加しており、今日の法は、団体の用に供せられる特定集合財（affectation de richesse）を保護しております。しかし、あらゆる努力にも拘らず、主観的所有権なるものの主体を見出すことは

出来ないのです。

また、私がここに述べたことは、実務においても次第に浸透してきており、フランスの判例も、とくに著名なゴンクール遺言事件において、やむなく、財を団体目的のために充当する規定が有効であることを認めるに至りました。そこでは、財が帰属すべき、語の通常の意味における権利主体が存在しないのであって、一言で言えば、所有権や所有権者など存在せず、ただ、法によって認められ保障された地位のみが存在するのであります。^③

社会的に保護された法的地位が存在するのであって、その地位の背後には主観法〔「権利」〕もなければその保持者たる権利主体も存在しないのだと言う場合に、これが言葉の問題ではないことに注意して下さい。あらゆる法的地位の背後に主観法〔「権利」〕を想定しようとすることは、生物現象の背後に生命原理を置き、病理現象の背後に病因を措定した、旧来の生理学者と同じ行き方をとるものであります。彼らは、この形而上学のごみの山を捨て去りました。彼らに倣いましょう。社会的に保護されたあらゆる地位の背後に、主観法〔「権利」〕という形而上学的な概念を置こうと固執するならば、今日の法の発展を理解することは決して出来ないでしょう。

IV 客観的な法的地位

この社会的に保護された地位、或は法的地位とは、一体どのようなものなのでしょう。あるものは法律から直接に導かれます。この法律は、あらゆる者を永続的に拘束する一般的な規定であり、即ち、修正または廃止されるまで、あらゆる者に対して適用され続ける規定です。法律適用の直接的な帰結である、法律に由来する地位は、法律と同じく、また法律と同じ範囲で、一般的であり永続的であります。これらの地位を、客観的な法的地位と呼びたいと思います。と言いますのも、それらは客観法から直接に導かれるものであり、客観法と同じく一般性および

永続性を有しているからです。

選挙法を例に取りましょう。それに依れば、法定の年齢に達し、かつ法定の諸要件を充たす全てのエジプト人が、有権者となります。この法律を適用することの結果として、法定の年齢に達し、所定の要件を充足するエジプト人は、有権者となります。あらゆる公務員は、有権者がその選挙を行うための措置を取らねばならず、またいかなる者に対しても、有権者の選挙行為を妨害すること全てが禁じられます。この地位は法律と同じように一般的なものであります。というのも、法律があらゆる者に適用されるのと同様、この地位もあらゆる者に対して主張しうるからです。この地位はまた、法律と同じように永続的です。有権者が何回か選挙権 (prérogative électorale) を行使したからといって、この地位を失うわけではありません。この地位を生み出した法律が存続する限り、有権者はこの地位を保持し続けるのです。

この地位、および他の類似の地位のすべてを、客観的な法的地位と呼びたいと思います。と言いますのも、既に述べたように、この地位は法律に由来し、法律と同じく一般性および永続性という性格を有しているからです。どうして、法令上の地位 (situation légale) と言わないのか、このように問われることでしょうか。もちろんそれでも良いのですが、客観的地位という表現のほうがより正確です。実際、次回の講義で述べますように、客観的地位が、法律に由来するにも拘らず、一定の個人的行為が行われた場合にのみ生み出される——それ故この行為を要件行為 (acte-condition) と呼びます——という場合があります。この客観的地位は、単に公法の領域だけではなく、私法の領域でも存在します。例えば、嫡出子の地位、非嫡出子の地位、既婚者の地位なども、法令上の地位ないし客観

(c) Cour de Paris, 1^{er} mai 1900, Sirey, 1905, II, 78. Rap. Cour de Cassation, 12 mai 1902, Sirey, 1905, I, 137 avec les conclusions de M. le Procureur général Baudouin.

的地位であります。所有権者の地位も同じ性質を示します。即ち、何人に対しても主張しうるが故に一般的であり、また、所有制度が法律により修正されない限り、所有権者が種々の排他的権能を行使した後でも存続するが故に、永続的なのです。民法学者はこれを物権と呼びます。物に対して直接に行使される権利だから、というわけです。これが何を言わんとしていたのか、私には理解出来ませんでした。権利というのは、もしそれが存在するのなら、ある物を獲得し又は保持するために、ある人に対して行使されるものであり、物に対して行使されるものではありません。何故なら、繰り返しますと、主観法〔Ⅱ権利〕が存在するのであれば、それは他者の意思を拘束する意思力なのであり、またそうでしかあり得ないからです。

V 主観的な法的地位

客観的な法的地位、即ち一般的かつ永続的な地位のほかに、特殊なかつ一時的な〔法的〕地位、即ち、個人的に特定された一人または複数の者にのみ主張しうる〔法的〕地位であって、一定の給付が行われたならば消滅してしまふものが存在します。これこそ、私が客観的な法的地位に対置し、主観的な法的地位と呼ぶところのものであります。

公法においても私法においても、この主観的な法的地位の多くは契約から生じます。しかし、語の本来の意味における契約が存在することが必要であり、これについては次回の講義で説明いたします。^⑨二人の者が契約をすれば、そのうちの一人が一定の給付を行うべき債務者となります。給付の履行は社会的強制により保証されているが故に、そこには一定の法的地位が存在するのです。しかし、この地位はこの二人の契約当事者にしか関わりません。他のあらゆる人々にとっては、恰も存在しないかの如くなのです。それ故、この地位は特殊なかつ個人的なものな

のです。他方、自発的にであれ強制行為の下においてであれ、この地位に伴う給付が履行された場合には、この地位は消滅し、物事は、恰もそれが存在していなかったかの如くとなります。したがってこの地位は、その定義からして一時的なものであり、永続的な客観的地位とは異なります。

この主観的な法的地位は、しばしば契約上の地位と呼ばれます。これは誤りです。なぜなら、たとえ主観的な法的地位の多くが契約から生ずるのだとしても、一方的行為から生ずるものも多く存在するからであり、例えば準契約がそれに当ります。この点についてプラニョル [Planiol, Marcel, 1853-1931] は、契約または準契約から債務が生ずるとした点で立法者は過ちを犯したのだ、と述べています。債務は契約または法律のみから生ずると主張した点で、プラニョルはより大きな誤りを犯しています。なぜなら、債務は法律以外からは生じないとするか、債務は法律が定める要件の下で、契約行為からも一方的行為からも生じると言うべきだからです。私法領域においても、公法の領域においても、単独行為から主観的な法的地位が生ずる例は数多くあります。私法においては、準契約と——その是非はともかくとして——呼ばれるもの全てがこれに当りますし、公法においては、個人に対する命令が、特定の給付を行うべき債務をこの者に負わせる場合の全てを含みます。ここにおいては、明らかに契約上の地位ではない主観的地位が存在しています。⁽⁴⁾

客観的な法的地位と主観的な法的地位を区別する実益はどこにあるのでしょうか。この利益は大きなものであり、この区別が公法と私法の全体を支配していると言うこともできます。その例をいくつか示してみましよう。

既判力の問題について生じた果てしなき論争を、知らない人は居りません。多くの法学者、特に民法学者は、既判力の原則は侵しえない、また既判事項は訴訟当事者に対してのみ主張しうる、と述べています。彼らは人の身

(4) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 9^e éd., 1923, n° 807.

分状態を確認する判決にもこの準則を適用しようとし、次のような結論に至るのです。ある者が、既判事項の効力をもつ判決により、特定の者の嫡出子であると認められた場合でも、この判決が下された訴訟の当事者ではなかった第三者は、この同じ者が——先に法律上の親であると判示された者ではない者の——嫡出子であるとの判示を求める訴訟を提起することができる。この二つの相矛盾する判決は既判力を持つことができ、こうして同一人物が、法的には、二人の父親の嫡出子であるということもあり得るのだ、と。多くの民法学者はこれが論理だと考えるのですが、私に言わせれば、これは全く馬鹿げた話であり、このような結論に至るような原理は、誤りであるか、または誤って用いられているのです。

このことを自覚している者は常におりました。しかし、彼らが提示した解決には根拠がなく、或は不充分であるということに、議論の余地はありません。問題を解く鍵は、客観的な法的地位と主観的な法的地位とを区別することにあるのです。そうです、判決が主観的な法的地位を確認するものであるならば、それは単に相対的な内容しか持たず、訴訟当事者にしか適用されません。しかし、判決が——定義からして一般的である——客観的な法的地位を確認する場合には、まったく事情が異なります。この場合、論理的に、判決の射程は、この判決により存在が認められた客観的地位と同一になります。ある者がある人の嫡出子であるとする判決は、判決が認める嫡出子の身分として、この訴訟に関わらなかつた別訴の当事者も含め、あらゆる者に対して主張することができるのです。

客観的な法的地位と主観的な法的地位を区別することで、これまた果てしなき論争が起きている法律の不遡及の問題を、大変簡潔かつ論理的に解決することが出来ます。新たな法律は、公布の時に既に存在していた法令上の地位ないし客観的地位のすべてに適用されても、遡及効を持つとは言えません。この地位は、法律により作られるのであり、即ち、その範囲は法律によって画されるのです。したがって、これらの地位は、法律の運命、その変遷に従うのであり、法律と同じように変化するのです。反対に、新たな法律は、その公布に先立って存在していた主観

的地位を変更することは出来ません。この主観的地位の範囲は、それを生み出した個人的行為により画されているからです。当然のことながら、個人的行為は、行為時に効力を有している法律により規律されます。それゆえ、新たな法律は、従前の主観的な法的地位を変更することは出来ません。何故なら、もしこれを変更しうるとすれば、新法はそれが未だ存在していなかったときに行われた個人的行為を変更することになってしまふからです。この場合、法律はまさに遡及的なのであつて、これは許されません。

エジプトの官吏と、エジプト政府が援助を求める外国の官吏を例にとつてみましょう。官吏は、憲法第四条の文に依りエジプト国籍を有しなければなりませんので、法令上の地位ないし客観的な地位に置かれています。彼らの身分、俸給および年金は、法律によって定められ、法律により常に増減することができます。法律の規定により官吏の地位、俸給および年金が修正された場合には、立法者が反対の意思を表示していない限り、公布時に在職中の者に適用され、この点で、決して遡及効を持つものではありません。官吏の地位は法律に基づく客観的なものであり、法律により常に変更することができるのであつて、これにより法律が遡及効を持つことにはなりません。反対に、エジプト政府と外国人との間に締結された契約に基づく外国人の地位は、主観的なものであります。法律により、エジプト政府による外国人の処遇条件に関して、従前の立法を変更しようとする場合には、以前に締結された契約にかんして、なんら影響を及ぼすものではありません。これらの契約は主観的な法的地位を生み出したのであつて、この地位は、いかなる場合でも新法により変更することは出来ないのです。

この区別が適用されないような法的地位は見出せないでしょうし、この区別をすることで容易に解決できないような問題も、存在しないでしょう。

(訳注)

- ① 第二講Ⅱ・Ⅲを参照。
 - ② 第二講Ⅴ・Ⅵを参照。
 - ③ 実際には、第五講「権利主体、及び団体的人格の問題」で主に扱われた。
 - ④ 第二講Ⅳ、及びその訳注を参照願いたい。
 - ⑤ 第二講Ⅳを参照。
 - ⑥ 第二講Ⅲを参照。
 - ⑦ 要するに、規範的準則は集団の全構成員を名宛人とし、大衆の意識または社会生活によって自発的に生み出される (*Traité*, 3^e éd., t. 1, p. 81, 114 *et* *passim*)。技術的準則は、近代国家における強制力の独占者たる統治者のみを名宛人とし、彼らの中の一部の者によって提示される (*Traité*, 3^e éd., t. 1, p. 106, 110)。このように、(デューギーの唱える意味での) 両者はその性質を異にするにも拘らず、デューギーは——規範法の優位の下——これらを同一体系内に統合しようとする。
- ところが、アイゼンマンの指摘する如く、そもそも規範法／構成法という二分思考自体に問題が潜んでいるように思われる。曰く、「両者を区別する意義については」デューギー自身、サンクシオンを組織化するような技術的規範を伴わない法的規範は具体的現実というよりも寧ろ空想的な観念に過ぎず (*Traité*, 3^e éd., t. 1, p. 224)、また、実際には物質的サンクシオンを欠くような法は存在しない (*Traité*, 3^e éd., t. 3, p. 549) と認めることに躊躇はないと宣言することによって、自ら判断を下している。これは、いうところの諸準則の二つのカテゴリーが実際には独立した存在を有さず、かかる区別があらゆる法準則がもつ分かち難い二つの要素の区別に対応するものであることを、承認するものではないだろうか」…というのも、「命法の内容は、『構成的準則 (règle constructive)』の内に、それに該当すれば準則に定められたサンクシオンが適用されるところの仮定条件 (殺人、租税の支払拒否など) を宣明する条件命題 (proposition conditionnelle) の形で、必ず現れていなければならないからである」(Charles Eisenmann, *Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou, in Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 2002, p. 21)。即ち、①本来分かち難い諸要素を——無理に——二分した上で、②かかる二分法(に基づく定義)からすれば統合し得ない両者を、同一体系内に——再び無理に——統合しようとするものだと言い得る。
- ⑧ このように、デューギーは、社会準則が命令的・禁止的な内容(命法)を定式化したものである (*Traité*, 3^e éd., t. 1, p. 106) と述べている。しかし他方で、「社会準則を宣明することは、決して命令、命法を定式化することではなく、仮言的判断なのである。即ち、もしAがあることを為し、

⑨ または為さなければ、（反作用を当然に引き起こす）社会的混乱が帰結する」（*Traité*, 3^e éd., t. 1, p. 82）とも述べている。ここでは、オブリガション義務付けの観念は消え去り、規範は単に複数の事実の因果的連関に関する判断になってしまっている。cf. Eisenmann, *op. cit.*, p. 18. 第四講IVを参照。

第四講 法律行為一般及びその要素 双方的法律行為

皆さん、

本日の講義では、きわめて重要な事柄を検討します。すなわち、それは、行為であってその結果として先日説明致しました法的秩序^①における変更が生じるものことです。それは法律行為 (acte juridique)^②と呼ばれている行為で、すぐれて法世界における人の活動の表れである行為です。

法律行為については、すでに行った考察をもう一度繰り返しておかなければなりません。つまり、公法と私法の違いは実際には存在しないこと、公法において真であることは私法においても真であることです。したがって、私法がこれからお話するのは、公法における法律行為とか私法における法律行為とかではなく、法律行為そのものについてであります。

I 法律行為の一般観念

法律行為の一般的かつ基本的な概念を形成するためには、人間社会ないし国家がある意味で生存をやめ、その法的秩序がいわば結晶化し、そしてそれを構成するすべての個人は静止したままであるという状態を、しばらく空想によって想定してみなければなりません。そして、それらの個人の中の一人が、外部に向かって意思を表示したとしましょう。そうすると何が起きるでしょうか。社会の法的秩序に変更があるのでしょうか。そうだとすれば、どのような場合にどのような条件で変更があるのでしょうか。答えはこうでなければなりません。すなわち、その

意思表示 (manifestation de volonte) が法律行為であるときに変更がある。では、どのような条件でその意思表示が法律行為となるのでしょうか。これこそ我々が確定しなければならないことなのです。

人の生活においては、法律行為でない意思表示 (manifestation volontaire) や、さらにはドイツの表現を借りれば、法と無関係の意思表示がかなり存在します。誰だか分かりませんが、ドイツの論者が次のように記しております。「私が召使に、『ジョン、私の長靴を持ってきてくれ』と言うとき、確かに行為は存在するが、法律行為は存在せず、法的な把握から完全に免れた行為、法と無関係の行為があるのである。」

他方、それ自体明らかに法に反する行為で、法的把握からは免れないもの、間違いなく法律行為ではない行為があり、法は、その行為の抑制を定め実現するために介在するのです。その行為は、決して法律行為ではありません。殺人、窃盗、偽造は、決して法律行為ではありません。自らを処罰する意図で犯罪を行った者は法律行為を行ったものかどうかという問題を論じた者も確かにおります。しかし、この種の問題は、イエーリングに言わせれば、法における此事であつて、注意を向ける労苦に値しないのであります。

法律行為と法律事実とを区別する論者もあり、とりわけ、私が最近頂いた『法学入門』^③と題する小さな書物において学識豊かなポルドー〔大学〕の教授、ボヌカーズ氏 [Bonnesse, Julien, 1878-1950] がそうです。この区別の批判的検討を行う時間はありません。法律事実という表現はあいまいであり、人の意思が何の意味をも持たない事実と、犯罪のように、法律効果を生じさせる意図でなされたものでないが故に間違いなく法律行為ではない意思行為とを同時に指し示しています。

このようにして、私は次のような法律行為の定義に至りました。すなわち、法律行為とは、その結果として社会的法的秩序に変更が生じるという意図をもってなされるあらゆる意思表示をいいます。

したがって、法律行為があるというためには、三つの要件が必要です。すなわち、第一に意思の外部への表示が

必要です。^④ 実際、意思が内部に、すなわち哲学者の表現を借りれば意欲 (*volition*) の状態にとどまっていれば、その意思は社会的行為ではなく、したがって、すぐれて社会的なものである法的秩序における変更は何ら生じ得ないのです。第二に、この意思の外部への表示は、その結果として法律効果つまり法的秩序の変更が生じるという意図を持ってなされなければなりません。主体が、この法的秩序の変更という結果を得るために、法に反すると知りながらまさにその行為を行った場合、あるいは、主体が法を実現するためではなく、実際には法を犯すために行いました場合には、この第二の要件が存在しないことは明らかです。このような個人は、先の例のように、自らを処罰するために犯罪を行うものです。

前回の講義で示しましたように、法的秩序は、準則、客観的地位及び主観的地位から構成されているため、主体の意図が準則、客観的地位又は主観的地位のいずれを変更するものであるかによって、準則的法律行為 (*acte juridique règle*)、客観的法律行為 (*acte juridique-objectif*) ないし要件行為 (*acte-condition*)、そして主観的行為 (*acte subjectif*) という三種類の法律行為があることになるでしょう。

II 準則行為、客観的・要件的行為及び主観的行為

これらの種類のそれぞれを検討してみましよう。

準則行為は、その行為の結果として法的秩序の要素のひとつである準則が変更されるという意図をもってなされる行為で、新たな準則の創設、既存の準則の改廃のいずれをしようとするかを問いません。

皆さんは私におっしゃるでしょう。しかし、法的な準則は、法令^ロであり、国家、すなわち公権力の持ち主のみが法令を作ることができる、と。なんとという誤りでしよう。私は今、主権的意思を表示するものと主張する個人、す

なわち上院議員及び下院議員の意思が、個人の意思の本質に優越する本質を有しているのか否かという点は論じません。これは後に生じる問題です。しかし、少し考えるだけで、あらゆる人間意思が、一定の場合には、他の人間意思を拘束しそして裁判所がサンクションする義務を負うような真の法準則が生じるという意図をもって、実際に介入しうる事が理解できるでしょう。

ここでその例をいくつか示します。第一回の株主総会が、株式会社の定款を議決するとき、株主総会は実際に法を議決しているのです。この定款は、一般的な規定であり、それを議決した株主のみならず、将来のすべての株主、さらにはその会社との関係について第三者にも適用される法準則なのです。慈善団体、スポーツ団体、労働団体など、あらゆる団体を規律する規約についても同様です。まさにここに国家の直接的介入なき準則的行為があります。さらにその例を示しましょう。労使の集団間に介入し、関係する職業における将来の個々の労働契約が締結される際の条件を規定する団体労働協約は、準則的行為の典型例です。団体労働協約は、同一の職業の労使双方に適用される法そのものを内容とするのです。

客観的・要件的行為については、その数は多く、私法にも公法にも存在します。法令はしばしば、その適用という事実のみによって、客観的な法的地位を生み出します。とりわけ、選挙法や国籍法はそうです。しかし、客観的な法的地位を生じさせる意図をもって意思行為がなされて初めて、法令がある一定の者に適用され、その者についてこのような地位が生じるといふことも珍しくありません。このような地位は、法令から生じるのですが、この法令は、その地位の範囲と効果を定めるだけであって、適用されるのは一定の意思表示がなされた場合に限られます。このような場合に、私が客観的・要件的行為と呼んでいるものがあるのです。この行為は、行為の結果として客観的な法的地位が生じるので、客観的行為と言えます。そしてこの行為は、ある一定の者に対して法令を適用する際の要件であるがゆえに要件的行為です。その者に与えられる地位は、行為によってではなく、法令によって、かつ

法令によってのみ定められ、行為はその適用の要件となるのです。

私法においては、婚姻が、客観的・要件的行為のきわめて明白な例です。非嫡出子の嫡出転化又は認知も同様です。既婚者の地位、嫡出子又は非嫡出子の地位は、法令から生じた客観的な地位で、その範囲はもっぱら法令によって定められます。婚姻、認知、嫡出転化は、客観的・要件的行為であり、それというのも、これらの行為は、行為の結果として生じる地位を創設したり決定したりすることはなく、単に婚姻に関する法令や嫡出子又は非嫡出子の要件に関する法令を個別の者に対して適用するための要件となるに過ぎないからです。

皆さんは、そのようなことは全く過度に細部にこだわるものに過ぎないとおっしゃるでしょうが、決してそうではありません。それは、重要な区別であって、その実際上の重要性は、第一級のものであります。それを示すことは簡単です。既婚者の地位は、婚姻という個人の行為によってではなく、婚姻に関する法令によって創設され、決定された客観的な法令上の地位なのであり、この地位は、法令のあらゆる改正に左右されます。そして、法令が既婚者の地位ステータスを変更し、例えば、離婚を認めていなかった国で離婚制度を創設すれば、その法令はその公布の後に婚姻する者だけでなく、その時婚姻していたすべての者に適用されるのですが、それだからといってこの法令が遡及効をもつということにはならないのです。嫡出子又は非嫡出子の地位ステータスを変更するあらゆる法令についても同様で、嫡出転化又は認知が新法の前になされた者を含むすべての者に適用されるでしょう。

公法においては、客観的行為はきわめて多数あります。例として官吏の任命をあげるにとどめておきます。官吏の地位は法令によって決定されます。そして、任命は、官吏の権限と地位を定める法令が特定の者に適用される際の要件です。その帰結として、官吏の地位、特に俸給や年金について有利又は不利に変更する法令ができれば、その法令は、以前に任命された者を含むすべての官吏に適用され、先ほどと同様、遡及効を語ることはできません。このことは、官吏ではなく契約によって国家と関係をもった職員についてはもちろん異なります。このような職員

は、実際、主観的な法的地位にあり、この地位に立法者が手をつけることはできません。

こうして、法律行為の第三の種類である主観的法律行為にたどり着きました。これは、その結果として主観的な法的地位、つまり、その範囲と効果が当該行為そのものによって決定される個別的かつ一時的な地位が形成されるという意図をもってなされる意思表示であります。

しばしばあげられる主観的法律行為の例は、公法においても私法においても、契約でありまして、これについては、後にお話ししましょう。しかし、私法においても公法においても、これだけではありません。私法においては、伝統的に準契約という名で呼ばれる行為はすべて、一方的な主観的行為です。公法上の決定のうち、その結果として主観的な法的地位が生じるものすべてについても同様です。この種の行為が介在した場合、そこから生じた主観的地位を法令によって変更することはできません。というのも、この地位の範囲は、その当時有効であった法令に従って適法に表示された当事者の意思によって定められたからです。主観的行為から生じた地位に新法を適用する決定をすれば、立法者は、法の高次の原理である不遡及原理に違反することになるでしょう。

Ⅲ 意思行為としての法律行為

準則行為、客観的・要件的行為、主観的行為のどれをとっても、その構成要素は常に同じなのでして、それを詳細に分析することが重要です。しかし、まず、次の二つの指摘をしておかなければなりません。

第一に、法律行為は、一方的である場合と双方的である場合があります。前者にあつては一つの意思表示が現れますが、後者にあつては複数の意思が介在します。法律行為の分析を行う際には、契約をそのモデルとすることが非常に多いのですが、それでは二重に方法を誤ることになります。というのも、いつでも単純なものから複雑なもの

のに進むべきで、まずは一方的法律行為を分析すべきですし、他方、契約は唯一の双方的法律行為ではなく、今回の講義の最後にお話しするように、他から区別すべき、双方的法律行為のある特別な種類に過ぎないからです。

第二に、皆さんはきつとお気づきでしょうが、法律行為の効果についてお話しする際、私は、非常にしばしば「行為の結果生じる効果」「行為の結果としての効果」と申し、「行為によって創設された効果」とは申ししておりませんでした。その理由は次のようなものです。つまり、ある問題——根本的な問題ではありませんが——を解決したくないのです。もっとも、私はこの問題を解くことはできるのであるかかと自問しています。それでも、この問題を提起することは必要ですし、解決が可能であれば、それによって以外には説明できない物事をよく理解することができます。その問題とは、法律効果が個別の意思表示の結果として生じる際、その法律効果の発生原因は、この個別の意思なのか、それとも客観法及びそれを表明する法令なのかということです。準則行為及び客観的行為の場合、解答は疑いがないように思われます。この場合、法律効果は客観法、法令の創造物です。しかし、主観的法律行為及びその結果生じる主観的地位については、どのように判断すべきでしょうか。

人間の自律の思想に帰着する個人主義理論においては、法律効果の源泉は、原理上、個人の意思のみであるという解答がなされます。プラニョルを始め、法学者の中には次のような区別を行おうとした者もおります。すなわち、個人の意思は、それが契約的である場合には法律効果の源泉であり、その他の場合はそうではない、というものです。この区別は支持できるものではありません。というのも、ある場合には意思が源泉でありうるとすれば、他のある場合にはなぜそうでないのか、理解できないからです。

私はこの問題を論じようとするわけではありません。発生原因について語ることができるとすれば、主観的法律行為においてすら当事者の意思ではなく客観法が法律効果の発生原因であることを認めなければならない、ということ^⑤を申し上げるだけにしておきましょう。

以上二点の一般的な指摘をした上で、一方的法律行為一般の要素とは何でしょうか。

私の『憲法概論』の第一巻（第二版、一九二〇年）の第三章で、この点について詳論いたしました。私の著作に向けられた多くの批判のうち、一つのものに私は驚きました。それはナンシー「大学」の学識豊かな教授で、正當にも賞賛されている著作群の著者、ジェニー氏の批判^⑦でして、ここでは、過度に細部にこだわり、過度に掘り下げた法律行為の分析を行ったものとして私を非難するものでした。私はこの非難を賛辞と受け止めておりまして、これから皆さんにこの掘り下げた分析によって私がかたどり着いた結果をお知らせすることにしましょう。

法律行為は、本質的には意思行為です。したがって、意思行為を分析する必要があり、そして、心理学者、とりわけその第一人者の一人であり、有名なアメリカの哲学者であるウイリアム・ジェームズ〔James, William, 1842-1910〕がこの主題について行った非常に透徹した諸研究を利用する必要があります。

あらゆる意思行為において、内部過程ないし意欲 (volition) と外部表示ないし行動 (action) を区別しなければなりません。もちろん、われわれが意図せず、無意識的に行う行為も多くありますが、行為の多く、例えば法律行為のような重要な行為については、熟議 (deliberation)、意欲の期間が常にあつて、この期間は容易に看取することができます。

ウイリアム・ジェームズは、「意思は、観念運動性の活動 (active idea-motrice) である」と述べました。すなわち、内部の意思を生じさせ、その表示を引き起こすのは常に観念 (idea) であるというわけです。^⑧ とても簡単な例をとってみましょう。私はエジプト美術館又は動物園を訪れようという観念を持っています。私の精神においては、直ちに熟議が始まり、精神に一連のイメージが継起し、現れます。例えば、この二つの施設のどちらかを訪問することで得られるであろう利点又は楽しみのイメージです。ついには支配的な運動観念 (idea motrice) が生じ、私の選択、ウイリアム・ジェームズの表現によれば合図となるイメージを確定します。美術館に行くことに決めました。そこ

で内部過程は終了するのです。

外部過程が始まります。外部過程は、もっぱら、内部の意思を外部に表示する、主体の身体の運動であります。この身体運動は、法律行為においては、もう少し後で見るとおり、意思の宣明そのものでして、すなわち、その意思表示は、告げられた言葉、行われた合図のように、主体がそれによってその内部意思の対象を知らせる身体運動なのです。意思の外部表示のみが法的把握に含まれるということは明らかです。しかしながら、法的把握を免れない内部意思の要素もあります。その理由を見てみましょう。

あらゆる意思行為においては、必然的にその行為の対象 (*objet*) やそれを決定する目的 (*but*) が存在します。対象とは、意欲された身体運動であり、同時に、この身体運動、すなわち外部要素のすべてと、必然的に結びつくことになる諸帰結です。身体運動は、意思の直接の対象です。それに結びつく諸帰結は、意思の二次的な対象 (*objet second*) ないし意思の間接的对象 (*objet mediat*)、又は意図 (*intention*) と呼ばれたものです。

先の例を再び用いましょう。私は美術館を訪問することを意欲しています。ここで、直接の対象は美術館に赴き、展示品を見るという身体運動です。間接的ないし二次的な対象は、これらの展示品を見ることで私の精神に生じる芸術的又は反芸術的印象です。他の例を挙げましょう。私は人の殺害を意欲しています。そのために私はその人を短刀で一突きします。直接的对象は、腕を振り上げ、短刀を突き刺すという身体行為です。必然的帰結である間接的ないし二次的な対象は、その刺突による死亡です。

IV 意思行為における決定的目的

しかし、重要な役割を果たし、その役割について強調すべき他の要素が存在します。それは、決定的目的 (*but de-*

terminant) です。これは内部過程の要素ですが、今しがた指摘しましたように、必然的に法的把握に含まれます。というのも、この決定的目的は、行為の社会的価値の決定に寄与するという帰結を有するものだからです。ご説明しましょう。

意欲の行為及び意思表示に先立つ内部の熟議においては、主体の精神は、その者があることを行い又は行わなかったときに生じうるであろう事柄、すなわち、その者があることを行い又は行わなかったときに実現しうる又は実現しえない複数の意欲 (volition)、その者の意欲、他者のそれを比較いたします。合図となるイメージと呼ばれ、選択を確定するイメージは、主体があることを行った際にその者又は他者において一定の外部的意欲が実現しうるだろうという、主体の精神における表象 (representation) なのです。このイメージ、表象、観念こそが、決定的目的であり、当然に、意欲された行為の社会的価値に直接の影響を及ぼすのです。というのも、決定的目的は、外部的意欲の実現を確保するだろうからです。この理由により、決定的目的は法的把握のうちに含まれ、また、行為の社会的価値の判断のためには、直接の対象、第二ないし間接の対象又は意図、そして決定的目的という三つの要素が介在しなければなりません。

前の二つの例を再びとりあげましょう。私は美術館に行つて見学することを意欲します。美術館に行くことが直接的対象で、芸術的印象が間接的ないし二次的な対象です。なぜ私は美術館に行くことを意欲するのでしょうか。教養をつけるためですが、これが決定的目的です。美術館に行く行為は、教養をつけるためという目的以外の目的、例えば美術館の物を盗む目的を有する場合には、異なつた価値をもつてでしょう。前者の場合は、その行為は全くもつて正当なものです。後者の場合は、これとは異なることが明らかです。私は殺人を意欲します。一撃を加えることが直接的対象で、被害者の死亡が間接的ないし二次的な対象です。なぜ私は殺人を意欲したのでしょうか。自己を防衛するため、盗むため。これまた決定的目的です。明らかに、前者の場合と後者の場合では行為は全く異なりま

す。こうして、目的は行為の社会的価値に直接の影響を及ぼすのです。このことをいくら強調してもしすぎることはありません。

しかしながら、対象もまた人間の行為の基本要素のひとつであること、人間の行為の社会的価値は対象に依存していること、そして、行為の価値をその目的によつてのみ決定するのは、反道徳的で反社会的な格言、すなわち「目的は手段を正当化する」という格言に必然的に至ること、を忘れないことが重要です。

V 法律行為における目的と対象

意思行為のこのような分析は常に有効です。この分析は法律行為、すなわち法律効果が発生するという意図をもつてなされる意思行為についても、他のあらゆる意思行為についてと同様に有効です。法律行為においても、意思の内部過程と外部過程、すなわち熟議を経て決定及び行動へと至る過程が見出されます。直接の対象、意図であるところの間接的ないし二次的な対象、そして決定的目的、すなわち、主体の精神に映し出される、「主体がある行為を行えば、その主体は自己又は他者において他の意欲の実現を確保するだろう」というイメージもまた、再び見出されます。^④ 直接的及び間接的对象、そして決定的目的は、行為の法的価値を判断するために必然的に介在する二大要素なのです。

このことを理解するためには、法律行為をどれでも一つ取り上げれば十分です。私は金銭を借りることを意欲し、実際に借ります。そうする前に、私は考え、私が金銭を借りた場合に実現しうる意欲を表象します。そしてその意欲のうちの一つが決定的であると思われる、私は金銭を借りるのです。私が貸し手の前で行う、金銭を借りるという私の意思の宣明が、直接的对象であり、私の弁済義務の発生が、二次的なまたは間接的对象です。私はなぜ借

りたのでしょうか。この問いの答えが、我々に決定的目的を知らせてくれるでしょう。私が借りたのは、私の負債の弁済を意欲したからでした。私が借りたのは事業のためでした。これらは、完全に合法的な目的であり、金銭を借りる行為は、適法な法律行為です。私は、賭博のために借りました。これは、多くの立法例、とりわけフランスの民法典によれば、違法な目的であり、金銭を借りる行為がそれ自体違法である場合は、無効の制裁を受けます。

法に反する法律行為は無効の制裁を受けますが、それは法律行為の対象が違法である場合のみならず、法律行為が違法な目的によって決定されている場合もそうです。そして、このことは、意思決定において目的が果たす役割の論理的、心理学的、社会的に必然の帰結なのです。目的という表現は、原因（cause）という表現に取って代わらなければなりません。「原因」との表現は、いまだいくつかの法典において見られ、フランスの民法学者が、用いることに執着しておりまして、このことが無数の混乱をもたらしているのです。この目的の理論は、不道德な契約やフランスで権限濫用とよばれるものに関する近年のあらゆる判例の鍵であります。この理論は、また、おそらくは不正確にも権利濫用という名の下で知られている民法理論の基礎でもあります。時間の都合でこれらのさまざまなる理論をご説明することができません。

VI 双方的法律行為 契約

これまで、法律行為一般、単純ないし一方的法律行為の分析を行ってきました。この分析は、複数の意思が協働する行為ないし双方的行為に適用された場合でも、それとして維持されます。しかし、この場合、当然ながら、協働する意思が存在する数だけ、行為を区別しなければなりません。ただ、私はここで、非常に一般的に広まっているものの全く誤りである理論から皆さんを守り、双方的行為の全く異なった種類が存在することを示したいと思

ます。

この理論は、以下の三つの命題を異論のないものとして提示します。第一に、公法においては、法律行為は原理上、一方的行為であること、第二に、私法においては、法律行為は原理上、双方向的行為であること、第三に、すべての双方向的行為は契約であること、の三点です。

公法においては、公務員は国家の主権的権力の名で行為するのであって、その意思のみによって法律効果を生じさせることができるがゆえに、法律行為は原理上、一方的行為であると言われる。私は、言われるところのこの主権的権力というものは、後の講義で示すとおり、存在するものではなく、公務員の意思はそれ以外のあらゆる者の意思と同様、人間の意思であるのであって、公法領域においては一方的意思が法律効果を創出でき、私法領域ではできないという理由は存在しないと答えます。

他方、私法領域において一方的意思が法律効果を創出できないのに、契約的意思がそうできるのはなぜかについては説明されておりません。一方的意思が法的地位を創出することを証明できなければ、契約的意思が法的地位を創出することを示すこともできないのです。

真実はこのようなことです。つまり、表示された意思が一方的だろうが双方向的だろうが、公法においても私法においても、法律効果の発生原因は、常に客観法なのです。ただ、現代においては、全体的な展開は二つの方向でなされているように思います。私法領域においては、法律効果が一方的行為の結果として生じる場合が確かに増加しており、そしてそれは、私法の社会化と適切にも呼ばれたものの結果なのです。これに対して、公法領域においては、双方向的意思行為によってのみ効果が生じる場合が日増しに増加しており、そしてそれは、間違いなく主権概念の弱体化と関連しています。

すべての双方向的行為は契約であるという命題は、全く誤っております。契約という語によって、実際には非常に

さまざまな事柄が指し示されているのです。実務において介在するさまざまな双方向的行為を正確に分析すれば、三つの種類が見出されます。すなわち、契約、ドイツ人がフェラインバールンク（Vereinbarung）と呼ぶ協定（union）、ドイツ人がゲザムトアクト（Gesamtakt）と呼ぶ合同行為（acte collectif）の三つです。

契約は、非常に複雑かつ精緻なもので、ローマ人によって非常に明確に定義され、ナポレオン法典の一一〇一条^⑫によって精緻化されたものです。契約が存在するためには、二人の者又は二つの集団の間の合意が必要です。常に二当事者がおり、一方が債権者となり他方が債務者となる二当事者のみが存在します。一方の意思は他方の意思によつて確定され、この相互確定から、両者の間に債権者と債務者の関係、すなわち、主観的な法関係が生じるのです。これらの要素の一つが欠けたとしても、複数の意思が介在する場合には双方向的行為をなしうるのですが、それは契約ではないのであって、これに契約の準則を適用しようとするならば、容認しがたい解決に至ることになります。

協定ないしフェラインバールンクと呼ばれる双方向的行為においては、契約と同様に、意思の合致、すなわち協約（convention）が存在します。しかし、当事者は対立的な役割を果たすのではなく、同一の目的を追求します。そして、当事者は、その間に債権者と債務者という主観的な法関係が生じるという意図ではなく、客観的な法的地位ないし一般的で永続的な準則が生じるという意図をもっています。したがって、協定は契約からはっきり区別されま

す。協定に契約の一般準則を当てはめようとすれば、誤り、さらには非常な困難に陥るのです。このことは、団体労働協約に関する一九一七年法が審議、議決されたものの全く適用不可能であった際に、フランスにおいてはつきり見られました。すでに申し上げたように、団体労働協約は、主観的行為である契約ではなく、準則的な双方向的行為^⑬なのです。団体労働協約は、それによつて労使双方の団体が、共通の合意によつて、準則、法^⑭を定める行為であつて、被代表業界において将来、個別に労働契約がなされる際には、この準則ないし法に従うの

です。団体労働協約は、契約の全くの対照物であるといえるかもしれませんが。というのも、団体労働協約は準則なのであって、契約はこれに準拠してなされなければならないからです。

その他、フェラインバールンクないし協定の明らかな例は、公役務の特許を内容とする行為の規制条項、例えば、役務の運営条件に関する条項、鉄道又は ترامウェイの特許について言えば車輛の数や速度、乗客及び従業員の安全に関する条項やそれに類する条項に見出されます^⑤。これらは、役務法をなしており、債権者と債務者の地位を生じさせる契約から派生するのではなく、まさに協約法 (convention-loi) と呼ぶことができる協約から派生しているのです。

最後に、双方向的行為の第三の種類は、合同行為と呼ばれるものを含んでおります。ここでは、意思の協働が存在しますが、意思の合致は存在せず、協約は存在しません。したがって、この行為は、いかなる観点からも契約的なものを有しないのです。

この種の双方向的行為の典型例は、株式会社や結社の設立です。第一回の構成員総会又は株主総会において規約を議決します。こうしてこのような意思の協働から法ポラが生まれます。この法は、世界各地からやってくるかもしれない出資者や加盟者——彼らは、お互いに知らず、規約を議決した者をも知らないのです——によって受け入れられるでしょう。このような場合に契約について語ることは、自明の事柄に反する行き方です。同一の目的を追求し、同一の対象を意欲するものであっても、互いに知らない場合がほとんどであるがゆえに相互になんら合致がないような意思が存在するのです。他方、この場合は、債権者と債務者の関係は見られず、ただすべての構成員、及びその会社と関係を持った第三者に適用される準則、法だけが見られるのです。

ドイツの偉大な法律家であるギールケ [Gierke, Otto Friedrich von, 1841-1921] は、このような場合、契約はなんら存在しないということを決定的に示したのであり、今日においては、株式会社及び結社は契約であると述べることは

もはや許されないのです。⁽¹⁾

一九二六年一月二一日

(訳注)

① 第三講を参照。

② フランス語の *acte juridique* は、周知の通り、ドイツ語の *Rechtsgeschäft* の訳である。パンデクテン体系とは全く異なったローマ法的な構想に立つフランス民法典には、元来、法律行為という概念はなかったが、サレイユ (Saliciles, Raymond, 1855-1921) などにより、ドイツ流の法律行為概念がフランスに導入されたのであった。

③ J. Bonnesse, *Introduction à l'étude du droit*, 1^{er} éd., 1926, Sirey (3^e éd., 1939).

④ デュギーは、*Transformations du droit privé*, p. 86 et suiv. において、意思自治に基づく個人主義理論が内心の意思を重視していたのに対し、意思の表示を重視することが現代の法の社会化の帰結であることを力説している。なお、本講VIも参照。

⑤ 「主体は、その意思によって自らの身体の動作を開始することしかできないのであるから、法的救済方法 (*voie de droit*) を発生させる法的効果を生み出すのはその主体の意思ではないし、意思ではありえない」(*Traité*, t. 1, p. 339)。

⑥ 法律行為については第三版でも第一巻の第三章で論じられている。

⑦ ジュニーの批判は、F. Gény, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1922, p. 779 et s. などに行われており、デュギーは、*Traité*, t. 1, p. 426 et s. でこれに反論している。

⑧ ジェームズは、意思行為が常に観念運動であると言っているわけではなく、意思過程の一つの型としているに過ぎないようである。W. James, *Psychology: Briefer Course*, 1891 (reprinted in 1984), p. 364 (今田恵(訳)『心理学(下巻)』(岩波書店、一九三〇年)二二二頁)

(1) 「(非営利結社又は株式会社)の設立行為は、契約ではなく一方的な合同行為である。会社設立契約という観念は(中略)私法上の団体についても公法上の団体についても、基礎を提供するものではありえない」(Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, 1887, S. 133)

⑨ ただし、内部過程の役割は、法律行為の種類によって異なり、要件行為においては小さく、準則的行為や主観的行為においては大きいとされる (Traité, t. 1, p. 333 et s.)。

⑩ 「原因」概念は、動因ないし発生因と最終的原因ないし目的との両者を混同するものであるとされる (Traité, 3^e éd. t. 1, p. 385 et suiv.)

⑪ 主権については第六講から第八講で扱われる。

⑫ 「契約とは、それによって一人又は複数の者が一人又は複数の他者に対し、何物かを与え又は何事かを行い若しくは行わない義務を負う協約である。」

⑬ 正しくは一九一九年三月二五日法である。この法律は「フランス法において労働協約にその固有の法的地位を与えた最初の法律であるが、古典的な契約観念から完全には抜け出ていなかった」(ミシエル・デスパックス(神尾真知子・野間賢(訳)『労働法』(白水社、一九九三年(原著は一九九一年)九三頁)。

⑭ 二〇世紀に入りますますます激しくなった労働問題に対する一つの解決策として考案された団体労働協約について、その法的性質をめぐる議論が盛んに行われた。多くの論者は、これを伝統的な契約概念から説明しようとして、委任説や第三者のための契約説などが主張された。しかし、本文で述べたような効果を持つ労働協約を契約として構成することには無理があり、その他の構成が模索された。この点、労働協約を端的に準則的行為として説明するデュギーや、独自の制度理論からの説明を行うオーリウの所説などが大きな影響を与えた。もともと、前注に示したとおり、一九一九年法で規律された団体労働協約は、契約的な要素を残していたため、本文にあるようにデュギーはこれに批判的である。労働協約の法的性質をめぐる議論については、たとえば、外尾健一「フランス初期労働協約法理の形成過程(二)(三・完)」社会科学研究所八巻二二号、三三号(一九五七年)、『外尾健一著作集 第6巻』(信山社、二〇〇三年)所収を参照されたい。

⑮ もっとも、公役務の特許全体を見れば、契約的部分もあり、複合的性格を有しているとする (Traité, 3^e éd. t. 1, p. 420 et suiv.)