

## 権利の基礎 : ジャン・ダバンのばあい

水波, 朗  
九州大学法学部 : 助教授

<https://doi.org/10.15017/1341>

---

出版情報 : 法政研究. 25 (2/4), pp.77-96, 1959-03-05. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :



# 権利の基礎

——ジャン・ダバンのばあい——

水波朗

はしがき

一 ダバンの法理論における権利の地位

二 ダバンの権利本質論

三 若干の補足

四 正しい権利観と謬った権利観

むすび

はしがき

この論文は、ジャン・ダバンという、わが国ではあまり知られていない一人の法哲学者<sup>(一)</sup>の権利本質論を、極めて真理に近づいたものとして紹介するものである。筆者がこれにつけ加える解釈は、原著にはないものであるけれども、この著者が依拠しているトミスムの基本的な立場から、当然にひき出されるものと——筆者には——想えるものである。

説 論

## 一 ダバンの法理論における権利の地位

J・ダバンの権利観を伺うべき最大の資料は、なんといっても彼の近著「権利」*Le Droit subjectif*, 1952. である。殊にいまわれわれが尋ねる権利の本質については、本書の第一章「権利の存在」および第二章「権利の定義」が顧みられねばならない。因みに本書の第三章は「権利の主体と法人」第四章は「権利の分類」第五章は「権利の行使」と題されている。ダバンの権利観は、確かに最近の世界の法哲学界の一収獲というべき、該博犀利なこの名著のうちに、剩すところなくのべ尽されているようにみえる。しかし、この著に到るまでに、ダバンの他の著作において権利の問題がどう扱われ、権利が彼の法理論全体の体系のなかでどのような地位を占めていたかを簡単に吟味することは、問題の理解に大いに資するであろう。

J・ダバンの最初の主著、一九二九年の「実定法秩序の哲学」*La Philosophie de l'Ordre juridique positif, spécialement dans les Rapports de Droit privé*, において、すでに彼の特色ある法思想は、決定的なかたちをもって立ち現れており、以後今日にいたるまで、大筋において変更はない。したがって、本書については幾分詳細に語らねばならない。

ダバンははじめにいう、ここで問われる法は法律家の法であって、哲学者や倫理学者モラリストの法ではない。「法律的な法」*droit juridique* であって、それ以外のなものでもない (p. 6—8)。しかも、*droit juridique* は必ず実定法である (p. 6—8)。自然法は道徳的な法 *droit moral* でこそあれ、法律的な法ではない。自然法は必然的に、道徳的自然法 *droit naturel moral* であって、法律的自然法 *droit naturel juridique* は存在しない (p. 10—11. p. 300. p. 305—6. p. 433—5)。ところでそうした実定法は、次のように定義される。それは「ある一定の秩序——公共善に最も好適な

秩序と直ちにいおう——を、人間関係のうちに現実化するという観点から、政治的權威が、この權威自身により予め備え組織された外的強制（公的強制）の裏打の下に、前もって発布した行為準則の（多少とも一体をなした、多少とも発展を遂げた）全体である（p. 35）。この定義は、根本的には二つの方向で吟味されねばならない。すなわち第一に「法形成」ということ、第二に「政治的權威」ということに則してである。

（一）法形成——このばあい注目すべきことは、こうした法は、本来「所与のもの」として学的な認識の対象となるもの、法律家が自己を拘束する必然的所与としてただ受動的にこれを受け容れるべきもの、といったものではないことである。法は人智の創造するところであり、法は本質的にむしろ「技術」の系列に属すべきものである。なるほどすでに創られた、既存の所与としての法もある<sup>(三)</sup>。しかしこうした法は法律家（立法者、裁判官、行政官、そしてあるしかたでは法学者）にとっては法形成の一素材であり、他の考慮すべきもろの素材と共に、法形成の指導原理たる公共善へと、法的思慮 *juris prudentia* によって不断に秩序づけられるべき一要因にすぎない。法がその固有の本質を現わすのは、既存の素材的な歴史的法規のうちではなくして、法的思慮という一種の技術によって創造されること、そのことのうちにある。法が本来こうしたものであるからこそ、実定法秩序の「哲学」を語る本書が、そもそのはじめから、「法の形成」*l'elaboration juridique* に注目し、これを分析する（p. 161—5）。またこれに続いて、法形成の客観的法則、規矩、指導原理を尋ねることが、即ち法の方法論 *méthode juridique* が、この「哲学」の主要部分を占めることになる。こうした方法論として、法形成の目的と手段についての諸原則が吟味される。先ず目的、結局は公共善であり、これに加えて「実行可能性」と「輿論の感情」が考慮に入れられねばならぬ（p. 194以下）。なおまた公共善の重要な内容をなすべき（個人間的、政治的、社会的、家族的）自然法や正義、カトリック道徳およびこうした道徳的諸原理の法形成への利用、考慮については、項を改めて二百頁に亘り詳細な論述が行われている（p. 252—

た53)。次ぎに手段は、法的な技術的裝備であり、道具立てである。この手段を論ずることは、本書の姉妹篇をなす第二の主著、「実定法形成の技術」<sup>(三)</sup>においてなされる。

(二) 政治的權威——実定法は、或は立法者によって、或は裁判官、行政官によって、要するに國家の公的權威によって創られるものである。ところでこうした國家やその公的權威は何であり、又國家の存在目的としての「公共善」の諸原則は何であるのか、本書においては粗描されているにすぎないこれらの問題を含めて、全くトミスト的な國家理論が全面的に展開されるのは、彼の第三の大著「國家の一般理論」<sup>(四)</sup>である。今はこれを詳論しない。

ところで彼の最初の主著においては、權利の問題は、ある消極的な姿でしか登場しない。ダバンはいう、他人に対する關係についての自然法 *droit naturel ad alterum* のうちで、法律家の殊に關心的となる点で比類のないものは、「正義」である。「すべての人は、事實、正義が法の目的であると繰返しているし、法律家の法諺、『各人ニ各人ノモノヲ』 *cuique suum* は、人も知るところである。『各人ノモノ』 *suum* とは、自己および自己に依存する者の固有の完成に不可欠の事物であって、こうした事物と權利の持ち手との間には、正義という道德的義務を生ぜしめる——そして正義の要求可能性を説明する——依屬の關係 *lien d'appartenance* が存し<sup>(五)</sup>」(p. 367)。正義は、その本質的なものとして可要求性 *l'exigibilité* を含んでおり (p. 366)、この要求を満たさぬものに応報すること、*vindict* は、正義の冠べん的部分 *une partie intégrale* とある (p. 363)。そしてこうした、可要求性、応報等の点で類似の故に、正義（およびそれと必然的に結びつく權利）と法とが人々によって混同される。しかし両者は区別されねばならない。正義の可要求性や応報は、組織化された社會（社會全体の善の配慮を事とする機関の存する社會）殊にそうした社會の一つとしての政治的社會＝國家の權威と無關係である (p. 364—6. 372)。これに反して法は常に組織ある社會、殊に國家においての問題であり、國家の權威が、正義をもその判断の一所与、一素材としつつ、公共の善を

勘案して、つまり自由な法的思慮をもって、創造するものである。法は本質的に正義から、したがって権利から区別される (p. 433. et suiv., spec. p. 434. 437)。

ここでは明白にはないが、権利は、*sum* の依属関係を介して正義と結びつけてのみ説かれている。権利の基礎となる依属関係を創造するものは、正義をあらしめるもの、つまり自然法であり、道徳であって、実定法ではない。後にはっきりとのべられるような、実定法にもよるこうした依属関係の創造、したがって権利の創造はのべられていない。「実定法秩序の哲学」たる本書において、権利がある消極的なしかたでのみ現われるゆえである。

第二の主著「実定法形成の技術」においては、右の事情から当然分るように、むしろ実定法形成の目的に繋るべき正義や権利についての論述は、決してみられない。更に第三の主著「国家の一般理論」においてはどうか。次の三つの箇所において問題になる。(一) 命令し、強制し、行政を行う国家の権威の諸権利について。この権利は特殊な状態の権利であって、自己のためではなくして、他のもの「国家」のために働くことについての権利、つまり職権 *droits-fonctions* 或は権限 *compétence* であることが注目される (p. 71)。(二) 国家に対する個人権の問題として。今のわれわれの考察にとって興味深いことには、この個人権の一般的特徴として、それが人間本性より「自然法より」由来するものであることが、従って、一切の国家や集団から独立のものであることがいわれることである (355—6. 358—60)。しかしこうした個人権も、それが社会的秩序のうちにおかれるかぎりでは、社会的観点からの、殊に公共善の観点からの規制者たる国家によって、その内容の奥底より限定される。また国家は、こうして限定した個人権を、国家固有の観点から保護もするものである (p. 362. p. 363. et suiv. p. 368. et suiv.)。ここでは自然法に基いて存する権利を、別個の観点から根本的に国家の実定法が限定し、保護することがいわれていて、「権利の存在根拠」として自然法、実定法を二元的に語る考え方に一歩近づいている。最後に、(三) 国家に対する市民権として。これは国家の一員とし

ての個人の地位にかかわるもので、国家生活を営むことによって生ずる共同の利益の各成員への配分の上での正義が、また国家生活を営むに必要な負荷の割当の上においての平等について生ずる権利が、問題にされる。ここでは権利と正義との関係が、主として注目される (p. 416—42)<sup>(六)</sup>。

ダバンの第四番目の重要な著作「法の一般理論」は、前述の「哲学」と「技術」との二著を縮圧して、一そう充足した明確な、整った形でのべた二つの部分、第一部「法の観念」および第二部「法の方法」に加えて、自然法および正義を論じた第三部を添えたものである。<sup>(七)</sup> ダバンは正義の種々のもの(交換的、配分的、法律的正義)を論じながら、正義が *sum, sien* を前提すること、*sum* に連関して権利 *jus* があり、そこでは、依属 *appartenance* や支配 *maitrise* が問題であること、又こうした依属、支配の概念が、対他関係 *ad alterum* においてのみ意味をもつことなどを明白にのべている (p. 275. 280—281)。さらに正義に、したがって権利に二つのものがあること、即ち自然的な権利と、実定法的な権利とがあることが決定的にいわれている (p. 290—1)。要するにその次の重要な著作「権利」において詳論されるべき、すべての中心的概念がこうして出そろっているわけである。

## 二 ダバンの権利本質論

では「権利」において、権利の本質的な現実とは、どのように語られているのか。J・ダバンによると、権利は二つの観点から考察される。すなわち (一) 内的観点と (二) 外的観点とである。

一、内的観点からは、権利は、依属 II 支配関係 *lien de l'appartenance-maitrise* にその本質的な基礎がみられるものである。先づ「依属」から説明しよう。

(1) 依属 *l'appartenance* ——すべて権利は、それが依って立つ基礎的な現実として、「各人のもの」*sum, sien*

と呼ぶもの、一定の善益 *bonum, bien* ないし価値が、各個の人格に固有に従属し繋がれていることに結ばれている (p. 80—1)。この *sum* の様態は種々であって、或は外的な事物 (動産、不動産) であり、或は一そう密に主体の自然的・道徳的人格に固有の善益ないし価値 (生命、身体の完全な發育、自由) であり、あるいは主体がその創り手 *auteur* である物質的、非物質的事物 (著作、發明、特許) である。或は他人の人格の自由な行為を介して間接的にえられる何かの供与 (債務) であり、あるいはそれに似たものとして、他人の利益のための役務の供与である (親権、法人や国家の機関の権限のばあい)。要するに *sum* の様態は多様で、自分のものとしてももちうる一切の善を、存在を包含している (p. 83—4)。こうした持つ主体と持たれる「もの」との間の依属関係は、なによって生ずるものか。それは、それ自身において絶対的な価値を、品位をもつ各個人の人格が、その本性上 (手段としてではなく) 絶対的な自己目的として人びと相互により尊重されるべきことであり、こうした各個の人格の完成のために人間本性、そのものが必要としている「もの」を互いに尊重すべきことである。事物の、主体への依属を決定し、その尊重の対他的な可要求性をこれに附与するものは、先ずなによりも人間本性そのものに根ざす客観法、「人間本性のア・プリアリに特定された一定の傾き」即ち自然法である。殊に「各人ニ各人ノモノヲ」帰すべきことをいう「正義」の自然法である (p. 42. 49.)。

(ロ) 第二に「支配」 *maitrise* とは何か。依属が権利の基礎的現実の、いわば客観的側面であるのにたいし、支配は、それに根ざし、それより必然的にひき出さるべきその主観的側面である。支配の側面は「権利の客体たる事物についての自由な処分の権能」 *un pouvoir de libre disposition de la chose, objet du droit.* に存している。ここでは二つのことが吟味されるべきである。すなわち第一には「自由な処分」ということであり、第二には「権能」ということである。(一) 自由な処分は、行使 *exercice* (*Verfügung*) とは異なる。後見人は未成年者の権利を行使はするが、



自由に処分はしない。「支配」即ち自由な処分とは、使用、収益、処分の一切をなしうることであって、権利が本質的にこうした性格を内有するのは、これまた人間人格の本性そのものに根拠している。人格の一種形而上学的な自由<sup>(八)</sup>に、その *autonomie* に根ざしてゐる。人間人格は根元的に自律的であるので、濫用のばあいを除いては、この使用収益、処分の一切において無答責である。事物への権利主体の支配関係は、こうした無答責性を含んでいる。(二) 権能とは、この自由な処分が必ずしも現実態において行われなくとも、つまり自由な処分への妨害が現実<sup>(九)</sup>に存在していないでも、可能態において存在すれば足りることを示している。処分の事実的な可能性が欠けるばあいにも、その道徳的な(自然法的な)可能性はあるわけで、しかもそれでもって充分に、処分は権能として存在しえ、その故に「支配」がそこにありうるわけである(p.89-90)。

二 以上は権利をその内的観点からみて、権利の構成的・形相的原理であり現実であるもの、としての依属Ⅱ支配関係をみたものである。しかし権利は外的観点、対他人関係においても考察されるべきである。権利は常に人の人に対する関係 *ad alterum* のものであって、自己自身にたいする、又は人の神にたいする権利なるものはありえない。すでに依属Ⅱ支配ということが、各人の人格の区別を、この区別された人格の周囲に寄せ、帰属せしめられる「もの」の別を、私のもの—他人のものの区別を、要するに自—他の別を、対他関係 *alteri* を前提している(p.93-5)。

そこで依属Ⅱ支配関係が必然的に含む、対他的な対抗性 *opposabilité* が説明される。それは次のような二つの観念によって理解される。(一) 不可侵性 *inviolabilité* (二) 要求可能性 *exigibilité*、前者は所有権とか物権とかいつた、事物の、主体(人格)への直接的な依属のばあいには、すべての者がこの権利の主体に対して負っている、一般的で、本質的に消極的な義務である。これに対し債権等のような自由な他の人格の行為を媒介して供与されるものを依属させているばあいのような間接的なそれにあつては、この不可侵性は一そう限定された範囲をもち、債務者のみ

にたいしてのものである。そしてこのばあい債権の不可侵性は、同時に、債務者がその供与を致すこと、という積極的な性格を帯びる。これに対し要求可能性は、こうした不可侵性が破られて、権利の侵害のなされることが前提である。それは破られた秩序の修復を志向するものであり、賠償要求や刑罰などは、そうした可要求性の現実化の主要な形態である。権利の本質的核心をなす依属—支配関係よりする必然的帰結として、権利はこうした二様の方向で立ち現われてくる対他的対抗可能性を固有に帯びる (p. 95—7)。

なお最後に、以上においては、依属—支配関係を(従って権利 *droit subjectif* を)創造する客観法 *droit objectif* が、自然法であるばあいを考えた。しかしダバンにとっては、客観法は単に自然法だけではない。むしろ自然法は道徳的な法であって、固有に法律的な法は実定法のみである。したがって権利は根本的に区別された二つのもの、自然法によって存在する道徳的権利と実定法によって存在する法律的権利として存在することになる。両者は相平行し競合するものであって、混合されてはならない。前者は一切の集団的生活に先立っても、人間本性そのものによって存しうるものである。後者は集団生活、殊に国家のような組織された社会においてのみある。法律的権利は、実定法自体がそうであるように、公共善を自由に、法的思慮によって判定する国家の公的權威によって、その内容の奥底より真に創造されるのである (p. 48—50)。国家の權威は、独自の観点から道徳的権利を法律的権利の列に昇したり、時としてこれを制限したり、又はこれに保護の法律的技术的手段を供したりする。人間本性そのものによって存する道徳的権利と異って、こうした法律的権利は、この保護の手段が、例えば訴訟の手續が、具体的に有効に備えられていなければ、存在しない。(例えば自然債務は固有に法律的なものではない) (p. 97—8)。

結局のところ、固有に法的な権利はダバンによって次のように定義される。「権利とは、自己のものとして又は当然自己に受くべきものとして当人に依属することが認められた事物につき、これに主たるものとしてそれを処分する

特権であつて客観法によりある者に附与され、訴訟手続により保障されたものである。」(p. 105)。

### 三 若干の補足

ダバンの主張を正確に把えるために、なお一、二の点を補足的に吟味しよう。先づ第一に右にのべた実定法による依属 $\parallel$ 支配関係の創造とは、どういうことであろうか。ダバンのばあい単なる心理的事実としての法的思慮や実定法の現象的な実定性は、それ自体当為を、規範を、法的関係を生み出しはしない。ところが権利を生む依属 $\parallel$ 支配の関係は、正に当為の世界のものであり、法的関係である。こうしてここで問題になる実定法は、単なる現象事実としての実定法ではなくて固有に超 $\dashv$ 事實的、規範的特質を帯びたものであり、それ自体超 $\dashv$ 事實的、規範的なものである。一そう上級の法のうちに何かのしかたで位置づけられることによって、はじめて(その上級の法から)法たるの特質をえているかぎりでの実定法であることが分かる。ところでその上級法とは何か。これはダバンにとって実定法の根拠づけの問題である。実定法は窮極的には、人間本性の傾きのうちに——つまり公共善を自主的に考勘しつつ実定法を定めるところの權威を、集団生活、殊に国家生活のうちにおいて持つことへと傾く人間本性のうちに——その存在の根拠をもっている。<sup>(九)</sup>ダバンはその著「權利」において、更に加えていう。なるほど客観法は主観法に先立つが、それは同じ段階のものの間でのことである。自然法的な主観法と実定法的な客観法との間では却つて前者が後者に優先する。例えば実定法の創定に先立って、先づ自然的な權利が、即ち国家的權威の実定法創定の「權限」が存在しなければならぬ(p. 49-50)。こうした權利は一種の正義、即ち法律的正義に基くものであつて、法律的正義とは、國家の權威がその目的達成のため必要としている「國家のもの」、國家の *sensus* を、そのすべての國家成員が尊重することを要求するものである。<sup>(一〇)</sup>「これ自体本性の傾きであり、自然法である」

ダバンによって明瞭にはのべられていないが、この正義には、国家の *summ* を尊重することとして次のものを、すなわち国家の權威の自由な法的思慮の範域に委ねられたもの、權威の法的自律領域 *autonomie* を尊重することを含んでいる。權威はこのばあい、他の種の正義の原則に直接的に拘束されはしないであろう。一般的善、公共善の指導原理に權威は常に、時として厳格な「供与の均衡」の正義に反しつつも（例えばダバンが好んで引用する時効制度のばあい）、従うであろう。しかしそれにもかかわらず、実定法はそれ自身一種の正義（法律的正義）の基礎の上に立つのである。<sup>(二二二)</sup> 実定法が法的關係としての依属 $\parallel$ 支配關係を生み出しうるのは、結局はこうした正義 $\parallel$ 自然法に基いてである。かく解してのみ、ダバンにおいて、自然法と実定法とを、自然法的權利（道德的權利）と実定法的權利（法律的權利）とを厳しく分つことが、実定法の、又実定法による依属 $\parallel$ 支配關係の創造の、要するに実定法的權利の、自然法的基礎づけと調和しうるであろう。そしていづれにせよ注目すべきことは、実定法の自然法にたいする相對的自律性を充分に認めるとしても、実定法上の權利の依属 $\parallel$ 支配關係さえ、結局は單なる現象的事実を超えることである。

第二に次のことを念頭におかねばならぬ。ダバンのいう自然法を誤解して、人間の思惟において表象されている何か觀念的なもの、自然法の「思想」、イデオロギーといったものと考えらるならば、事柄は根本的に分らなくなる筈である。ダバンにとって（いづれのトミストにとってもそうであるように）自然法は先づ第一に（人間の思惟ではなく）人間各個人の實存に固有の人間本性の傾きである。それは人間が實存することの、人間的に充足して、存在充足をとげて実在することの、各人の存在に固有な諸条件であり、こうした諸条件は、人間存在の實體的な本質的特定性 *determinatio* に由来するものである。自然法は、人間が人格として超越的な存在であり、その心理的、身体的作用の質料的な、物質的な被規定性にもかかわらず、実体的なその存在の根拠において超物質的なもの、靈的形相のものであることに基いている。權利もまた、こうした各人の個々の存在に固有の自然法によって、各個々人のうちに固有に内在す

る本質的に靈的な現実である。また、権利の基礎にある現実——自然法によって劃定された *summa* の別、それについての依属——支配関係、それに由来する對抗性などは、幼者、狂人一切を含めての各個の人格にみられる、個別的でもあれば、超——事實的——法的でもある現実である。

ところでこうしてわれわれの思惟の外に、しかもわれわれの実存自体に客在している権利は、丁度自然法がそうであるように、根本的に相異なる二通りの認識作用の形態をもって人びとに知られる。(一) 人は権利を直観的、反省的、説明的な知性の作用によって認識する。こうした権利の知識は、或は権利についての誤った、偶然的根拠からの説明、すなわち通俗的知識(その意味での常識)であり、或は一そう正しくその必然的根拠よりする説明、すなわち学問的知識であろう。そしてこの何れをも含めての自覚的、反省的な知識は「哲学的に言えば、第一資料による個別化の原理に服するが故に」人により学者により、多種多様なものである。それは民族的、階級的その他の一切の歴史的な事情の影響下にある。(二) ところが他の種の権利認識の形態は本性的なものであって、反省的な認識に先立つものであり、むしろ反省的な権利認識の暗暗裡の共通の出発点である。それは権利の基礎的現実をあらしめている人間本性の傾き——自然法自体に支担されての、本性的な直観的理解である。それは万人に共通の人間本性に密着して各個の人間実存のうちに、いわばその実体的超越性の内奥から自づともたらされるものであるが故に万人において一致した内容をもった理解である。人びとにおけるこうした権利の暗暗裡の本性的理解は、権利についての学説や常識といった第一の様態においての知識よりも、もっと重大であって、各時代の各民族の人間の権利生活を結局は真実に荷っているものであると想われる。

ところで権利のこうした本性的直観は、極めてダイナミックなものである。それはある個人、ある集団、ある時代においては極めて鋭く鋭敏であろうし、他の個人、他の集団、他の時代において著るしく鈍く朦く曖昧なものである

だろう。これが鋭敏であるばあいには、人は権利をとり囲む現象的事実の水平を抜けて、権利の本質的基礎をその核心において、すなわち超—事實的、靈的核心において把えるであろう。反対にこれが鈍く曖昧であるばあいには、そうした靈的核心に到りえず、こうした者の眼光は現象的事実の厚い層のうちに迷い、結局権利の何かの事實的・素材的・周辺の要因をとらえて以てその本質的なものと称し、つまりは権利の概念を謬って質料化・物化するであろう。正しい権利觀と謬った権利觀とは、根本的にはこの観点からのみ區別される。

#### 四 正しい権利觀と謬った権利觀

一 權利否認論——有名な二人のばあい、すなわち、L・デュギーとH・ケルゼンとを問題にしよう。(一) デュギーにとって權利とは、他人の意志に自己の意志を強課できる力を附与するところの固有の資格をもった者がいるばあい、この者の意志がすなわち權利である。<sup>(二三)</sup>權利をもつ者の意志の増大 *grandissement* は、これに対応する義務を負う者の意志の減少 *diminution* を意味する。<sup>(二四)</sup>デュギーはこうした權利觀念を前提して、(いまは詳論できない)種々の理由を挙げつつ、こうした優越的な資格を固有にもつ意志の不存在を、従って權利の不存在を主張する。しかしデュギーによって前提されたこのような權利觀念は、ダバンもいうように、余りに即物的である (*Le Droit subjectif*, p. 33)。權利は心理的事實としての人間意志のうちにはありえない。物理的・心理的には、權利の存する前後において、權利者、義務者の双方の側で、意志に何らの変化もない。変るのは法的關係であり、法的な(超—事實的、靈的な)依屬—支配關係である (*Dabin, ibid.*, p. 33—4)。デュギーの權利認識がいかに權利の即物化、質料化においてあるか、これに反してダバンの眼光がいかに權利の靈的核心に届いているか、對比して自づと明からであろう。

(二) ケルゼンは、従来の權利本質論が結局はその何れかに帰着する意志說、利益說のいづれもが、(客觀法に關説

はしつつも) 結局は超法的な、法の彼岸にある契機 (意志や利益) に重点をおいている、としてこれを却け、主観法 (権利) を客観法上の一契機に還元しようとする。<sup>(一五)</sup> ケルゼンが、超法的な契機に権利の本質を求めることの謬りをいうのは正しい。権利は客観法に帰着せしめられるべきである。しかしこの客観法はケルゼンがいうように国家の実定法秩序に限られるのではない。さきにもみたように権利の依属<sup>二</sup>支配関係を、真に窮極的に創造しうるものは、却つて自然法のみである。権利のかかわる客観法を、<sup>フイジツク</sup> 事実的物理的な実定性を伴う実定法のうちにのみ求めるのは、われわれの認識のともすると陥る一誘惑であり、物化である。権利認識の頽落である。

二 利益説——こうした質料的なものへの墮在は、*sum* ということを繞つても生じうる。ダバンはいう。権利の基礎をなしている「各人のもの」の各主体への依属関係は、単に事物の享受 *jouissance* (*Nützen*) と同一ではない。享受は単なる事実であり、依属 *appartenance* はそれを超えた法的関係、殊に自然法的現実である。享受を欠いても権利はある (盗まれたものにたいする返還請求権)。また享受があつて未だ必ずしも権利は存在しない (盗品の享用)。権利の本質は、自分のものを「もつ」ことであつて「享受」することではない。イエリングの利益説が権利を定義して「法律的に保護された利益」というとき、<sup>(一六)</sup> (客観法を全く無視したのではなかったとしても) なおこの享受に、利益 *Interesse* に権利の本質をみることによって謬つたのである (*Dabin, idid, p. 65. et suiv. p. 81—2*)。これはイエリングによる、*sum* の把握の即物主義、権利認識の物化ではないのか。

三 意志説——意志説の謬りは、これに反して権利の「支配」*maîtrise* の側面にかかわる。権利の支配は「行使」<sup>メートリズ</sup> *exercice* ではない。後者は現実態において用うる意志を必要とするが、前者はそれを必要としない。けだし支配とは、権利の客体たる事物の自由な処分の (可能、的、な) 権能であり、人は意志の現、実、的、な能力なくしてこれをもつからである。ヴィンドシャイドの謬りは権利の本質がそこにある支配を、行使の水準にひき降し、意思が行使に必然的に

伴い、行使のいわば推進力であることの故をもって、意思を権利の本質としたところにある。<sup>(二七)</sup>これとは反対にダバンは、行使や意志の水平を超えて「支配」の法的・超現象事実的關係に昇ってゆくのである。

#### 四 折衷説

すでに利益説や意思説が謬りであるとすれば、利益と意思とを共にいう折衷説が謬っていることも明

瞭である。<sup>(二八)</sup>イェリネックはいう、「意思力は権利の形相的 formal 要素であり、利益はその質料的 matériel

要素である」<sup>(二九)</sup>「権利とは法秩序により承認され保護された——そして何かの善あるいは利益に向けられた——人間意

思の能力である」<sup>(三〇)</sup>正しくは権利の質料的要素は利益であり、意思であり、その他凡そ *summa* となりうる一切の事

物である。そしてその形相的要素は、人間本性そのものに窮極的には基くところの依属||支配の法的關係であり、超  
越的、超—事実的現実である。イェリネックは、実は質料的要素であるものに執われて真の形相的要素をみない。

(二) ミシュエにとっては、「権利とは、利益を代表し防護する意思に認められた権力を用いて保護されている、個人又は集団の利益である」<sup>(三〇)</sup>しかも彼にとって利益を代表する意思は必ずしも利益を享受する主体に固有のものではない。ベッカー *Bekker* は一歩すすめて、あらはに権利の二つの主体、享有 *Genuss* の主体と行使 *Verfügung* の主

体とを分つ。ヘルダー *Hölder* やビンダー *Binder* はこれに対し、行使の主体にのみ権利を認める (*Dabin, ibid. p. 73-4*)。問題の紛糾はとどまるところを知らないが、利益および意思のいづれにも権利の本質がないとすれば、こうした、権利の素材的・事実的なものの闇にとらわれまどう論争は、すべて徒らなものである。

(三) 同じ折衷説でも、サレエユにあっては、こうした困迷からの脱出の曙光がみられる。「権利とは、社会的性格の利益に仕える、そして自律的意志によって行使される権能 *pouvoir* である」<sup>(三一)</sup>彼はミシュエとともに権利現實化の過程に現われる意思を尊重しはするが、こうした意志が現実態において働く意志である必要はないとしてヴィン  
ドシャイドの意志説を却ける。<sup>(三二)</sup>「権利について、これが *pouvoir* だというのは……権利と意志とを同一化していうこ



「<sup>(二四)</sup> となるわけではない。」 権利の本質を意志力 *pouvoir de volonté* という必要はないのであって、ただ *pouvoir* そのものといえは足りる。<sup>(二四)</sup> かくて彼にとって、権利は本質的に利益でもなければ意志でもない (Dabin, *idid*, p.97.)。この両者を超えて「法的」権能へと、権利認識はようやく上昇しはじめる。<sup>(二五)</sup>

## む す び

権利の本質は結局は利益とされるか意思とされるかいづれかであったとケルゼンがいうばあい、<sup>(二六)</sup> それは十九世紀の法理論に関するかぎり、全く真実である。しかしこのことの故をもって、利益ないし意思として権利を把えるか、ないしはひと思いに権利を否認するかしか権利論に途はないと想うならば、それは権利学説をその頽落態においてのみ考えるものであろう。十九世紀は(いまは扱いえぬ多くの証拠から推して) 凡そ人類の経験した最も質料化した時代であったと、多分ひとはいえるのであろう。人びとの存在の形態において「人間存在の第一質料的原理が優越し」質料性の優位があり、人間的な靈的形相の現実化は各個の人びとの実存のうちに於いて失われ、裡よりいわば傾き出る人間本性の傾き自体に支担されての、自然法への従って権利への本性的直観の力は弱まり、権利の超事實的靈的本質への洞察は、ために蒙くされた。そしてこのことが、権利学説をして権利の周辺的事象にとられしめた存在論的根拠であったのだろうか。しかし二十世紀は? その状況を異にしてきたのかも知れない。人びとの存在の形態における靈性の優位の(確かに微かなものではある) 恢復は、自然法への、従って権利への本性的な認識の能力を強め、こうして利益や意思の水準を昇り超えて、権利をその一そのの真実の基礎において把える学説の出現を可能とする存在論的條件を整えたのかも知れない。サレリュを経て立ち現われたダバンの権利学説の真理性は、恐らくは、こうした人間実存の基礎的状况の変化なしには説明できないものであろう。

(一) Jean Dabin (1889— )の経歴については、The 20th Century Legal Philosophy Series, vol. IV, The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin. 1950, p. 226. なおその第一版がこの書のうちに英訳して収められている Théorie générale du Droit, 1944. の第二版(一九五三年)のよい紹介として、小西美典「ジャン・ダバン、法の一般理論」(「法学雑誌」第四巻第一号)。

(二) そうした現行のないし歴史的な法を所与事実として認識する科学もあり、またこうした現象事実につきひき出される一般法則もある。しかしこのことは法の本質を問う哲学によって、法が本質的に構成され造られるもの、所造であるところにその本質があるものとして認識されることを妨げない。Théorie générale du Droit. 2éd. p. 122—4.

(三) La Technique de l'Elaboration du Droit positif, spécialement du Droit privé, 1935.

(四) Doctrine générale de l'Etat, 1939.

(五) *sum* や依属関係の本質、その諸様態については、p. 375—395.

(六) なお「国家の諸権利と国際社会」については、p. 476 et suiv.

(七) 筆者のみるところでは、もともと法を観念するのに根本的に相平行した二つの途がある。一つは法をその制定の権威、この権威の志す公共善(公共の福祉)の系列において考えるものであり、他はそれを、正義および正義に密接に連関するものである権利の系列において考えるものである。法実証主義は前者の途を採りやすく、自然法論は後者の途をあゆむことへと傾く。ピオ(A. Piot, *Droit naturel et Réalisme*, 1930.)がよく証明したようにオーリューやル・フール、それにピオ自身といった法学者のトミストやトミスムに親近しているチェニーなどは、だいたい後者の途をとっていて、この点でダバンが全く前者の途を採っているのは、トミストの間では特異なことなのである。(但しオーリエは正義と並べて社会秩序をいう。又ルナールのばあいを除いて考える。)恐らくこうした事情を考慮してのことであろうが、ダバンはこの第三部において、格別な熱意をもって、自然法や正義は法とは根本的に区別されるべき道德の世界に属するものであること、自然法をかく解して、

droit naturel juridique など存在しないということが、聖トマス自身に遡る伝統的なトミスムの考え方であったことを実証しようと努めている。

- (八) 言葉を補っていえば、理、性、的、な、本、性、の、も、の、と、し、て、の、人、間、は、本性の傾きⅡ自然法そのものによって、(つまり自覚的反省的な知性の自律性などによってではなく) 根元的に自律的な存在である。ダバンの主張の背後にあるものは、カント哲学ではない。これについては、同じくトミストであるメスナーの次のものをみよ。J. Messner, *Das Naturrecht*, S. 42 邦訳上巻、二六頁。

- (九) *La Philosophie de l'Ordre juridique positif*, p. 438. 以下では「政治的自然法」*droit naturel politique* とする。  
*Doctrines générales de l'Etat*, p. 38. p. 54—5. p. 88. et suiv. p. 241—6.

- (一〇) 「国家は、自らに優越して正義が、人間の社会的、政治的本性に基いて、国家にその有効な権限を附与するかぎりにおいて、準則制定の権をもつのである」(*Le Droit subjectif*, p. 46)。「法準則にその正当性 *legitimité* を附与するものは、正義である」(*ibid.* 46)。「法律的正義については、*Philosophie*, p. 389. p. 393.

- (一一) モーリス・R・コーヘンはダバンを批判している。ダバンは正義を余りにも厳格に考える。正義は各人に各人のものをとったよりもっと広義の正義として考えられるべきで、そうした正義ならば、充分に実定法の全面的な嚮導原理となりえよう、と。Morris, R. Cohen, *Reason and Law*, 1950. p. 192. —しかし正義のこうした曖昧化は避くべきであろう。同様な曖昧化はピオによっても行われる。彼女もまた広義の正義を、つまり人間活動の協同性、社会生活の必要、共通善などを前提したうえで「各人ノモノヲ各人ヘ」と要請する正義をいう。ピオによれば、ダバンがその存在を否定した法律、的、自然法は正しくはこうした正義として実在していて、これが道徳と実定法とを繋いでいるのである (*Droit naturel et Réalisme*, p. 142—3. p. 210—2.)。

- (一二) また、実定法は法律的正義の内容を尽く汲み上げるものでないから、実定法に服従すべき国民の義務は、直ちにもって法

律的正義の義務なのではない、とダバンはいう (Théorie, p. 269—90)。これは正しい。しかしこのことは法の基礎が「国家のもの」を尊重することを国家成員に要求する法律的正義にあることを否定するものでない。なおこの「成員」のうちに、メスナーがそうしているように、立法者即ち国家の立法的權威の荷い手としての個人や集団を含めているばあいでも、事は同様である。J. Messner. Das Naturrecht, p. 217—8. 邦訳上巻二二三頁。

(一三) L. Duguit, Traité du Droit constitutionnel, 3 éd. t. 1. p. 15.

(一四) *ibid.*, p. 215.

(一五) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925. S. 55. ff. もしある術語的な意味で権利の語がいわれうるとすれば、それは実定法規がある法律効果の発生を要件を、この効果を欲する個人の意志にかかわらしめているという事態に即してである (S. 56—7.)。しかしそこには法秩序の段階構造を念頭において、上級法規範の枠内での下級法規範創設、つまり客観

法の個別化、具体的妥当があるのみであって、客観法に対立する意味での主観法が現われ存しているわけではないと彼はいう (一六) R. v. Jhering. Geist des römischen Rechts, 5 aufl. 1906. Bd. 3. S. 351. なお、「意志や力が権利の実体をなすのではなく、享用 Nutzenこそがそれをなすのである」*ibid.* S. 350.

(一七) 「権利とは法秩序により授けられた意志力或は意志支配 Willensmacht oder Willensherrschaft である」 Windscheid, Pandektenrecht. aufl. 1906. Bd 1. S. 156. 彼は法秩序を抜きにして権利を考えただけではないが (法秩序の存在する以前に人類は権利を知っていたというデルンブルグ Dernburg への批判をみよ、*ibid.* S. 159.) それにしても権利の重点はこれを現実に行使する意思にある、としている。

(一八) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2 aufl. 1919 S. 45.

(一九) *ibid.* S. 44.

(二〇) L. Michoud, La Théorie de la Personnalité morale et son Application au Droit français, t. I, 1924. p. 103.

- (一一一) Saleilles, *De la Personnalité juridique*, 2 éd. 1922. p. 548.
  - (一二一) *ibid.* p. 503—4.
  - (一三三) *ibid.* p. 547.
  - (二四) *ibid.* p. 547—8.
  - (二五) サレイユにとって、*pouvoir* は事実的な関係ではない。それは法的関係であり、しかもこの法的関係は擬制的なものではなく現実<sup>レアリテ</sup>在である。「部分的には理想化の要素から構成されており、純粹な精神関係であるとはいえ。」(*ibid.* p. 577—8.)。
- ところで依属 *appartenance* とか支配 *maitrise* とかいったことは、サレイユがこの *pouvoir* を説明するに際して用いている用語であり、サレイユからダバンが多くのもを受け取っていることは、「法人論」と「権利」との両著を読み合せるものには明かであろう。尤もダバンは、サレイユの依属の觀念に混同があるとか、支配をいうに際して余りに多く意志説的殘滓を残しているとか、正当にも批判してはいるが (*Droit subjectif*. p. 77—79.)。
- (一六) Kelsen, *Allg. Staatslehre*, *ibid.* S. 55.

附記 本稿は昭和三十三年文部省科学研究補助金による総合研究「自然法の研究」の成果の一部である。