慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	具体的人間観・社会法と人権論・憲法上の権利論
Sub Title	The human rights and the constitutional rights from the perspective of the idea of the concrete human and the social law
Author	大野, 悠介(Ōno, Yūsuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.43 (2019. 12) ,p.67- 118
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20191227-0067

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

具体的人間観・社会法と人権論・憲法上の権利論

大　野　悠　介

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　本稿の観点
　1　具体的人間観と憲法学
　2　具体的人間観と社会法
Ⅲ　人権享有主体性論と本稿の観点との関連性
　1　「人が人である」ことの意義
　2　〈団体の人権〉論と本稿の接点①：具体的人間観
　3　〈団体の人権〉論と本稿の接点②：社会法へのまなざし
Ⅳ　人権・憲法上の権利の定式化
　1　本章の問題関心
　2　「個体／人格」という区別と制度の生成
　3　オーリウ制度論における団体と構成員
　4　オーリウ制度論と多層的・多元的秩序構想：憲法上の権利の定式化
　5　小括
Ⅴ　おわりに
　1　本稿のまとめ
　2　今後の展望

Ⅰ　はじめに

本稿の目的は、人権および憲法上の権利を従来とは異なる人間観から定式化[1)]することにある。「異なる人間観」とは従来の憲法学が前提としてきたあらゆ

1)「定式化」という言葉が妥当かは置き、本稿で「定式化」という言葉でいわんとすることは、人権や憲法上の権利の有する構造を分析し、表現することである。そのため、従来の定義を否定したり再定義するものではない。

る属性を排された抽象的な人間像とは異なる、一定の領域（場）に内在する具体的な人間像である。従来の憲法学はかかる抽象的な個人が国家と対峙する関係があることを出発点とし、両者の関係を規律する法の探求を以て自らの任務としてきた。もちろん、そのような人間観だけが法の世界にあったのではない。むしろ歴史的にはかかる抽象的人間像は乗り越えるべき対象であった。抽象的人間観とは異なる具体的人間観に基づく社会法がそれであり、その一部として経済法があった。日本憲法学においては、美濃部達吉が経済法を独自の法体系として認めず、以来公法私法二分論を維持してきたと思われるが、そのことによって人間の背後にあるものへのまなざしが欠けていたのではないか。これまで私はその背後を含めた憲法理論の探求をしてきた。本稿もその一環である。

本稿の結論は、人権については「〈「人」という属性〉・〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が有する権利」、憲法上の権利については「〈「人」という属性〉を有する個体が、Xという秩序においてYという属性（地位）を有している場合に、有する権利」または「〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が、Xという秩序においてYという属性（地位）を有している場合に、有する権利」と分析する、というものである。このような定式を採用した場合、人権享有主体性論と射程論という形で体系的に区別されていたものを統一的に体系化することができるだろう。また、かかる定式は「～において」を挿入することによって、主体の背後にある領域（場）をも含めた人権論・憲法上の権利論を展開することが可能である。そしてこのような見方を発展させれば、国家は主権を以て個人に干渉する存在ではなく、一定の場における運営主体として他の諸主体と協働ないし対峙する存在として理解されるだろう。

かかる結論に至るため、本稿では次のような過程で論を進めていく。

まず、本稿の前提となる観点、具体的人間観および社会法を説明する（Ⅱ）。

次に、人権の「人が人であるが故に認められる権利」という説明を分析し、人権享有主体性論と本稿の観点との関連性を説明する（Ⅲ）。まず、奥平康弘「“ヒューマン・ライツ”考」の検討から議論を進め、「人が人である」の意味を明確にしたい（Ⅲ―1）。その上で、〈団体の人権〉とは〈外国人の人権〉と

同じように語るべき法解釈技術の問題であり、日本国憲法第三章の諸規定の類推適用説を採用することを示す（Ⅲ―2）。この考察を経て、自然人もまた社会という領域（場）の構成単位であるという像（具体的人間観）が浮かび上がり、また林知更「憲法秩序における団体」を通して〈団体の人権〉が社会法と関連することも明らかになるだろう（Ⅲ―3）。

かかる検討を経て、自然人も団体も含みかつ一定の領域（場）をも挿入した人権・憲法上の権利の定式化を試みる（Ⅳ）。ここで参照されるべきは第三共和政期フランスの公法学者（モーリス・オーリウ）の制度論である。日本の憲法学ではこれをオーリウ流の法人論であるとする見方がなされてきたが、それは制度の人格的側面にのみ着目したものである。本稿では、オーリウの制度における個体の側面を前面に押し出すことから始める（Ⅳ―2）。次いで、制度と構成員との関係を小島慎司の研究に依拠しながら述べる（Ⅳ―3）。その上で、オーリウ制度論を、構成単位と制度を一つの単位とした多層的かつ多元的な秩序構想へと応用することを試みる（Ⅲ―4）。

本稿は従来の議論とは異なる観点から再構成しようとするものであり、いきおい論ずべき範囲が広い。そのため、本稿は私の問題意識と主張とを明確にすることの方に主眼を置き、可能な限り論点が広がるのを避けた。

また、本稿の契機は判例の読み方に対する素朴な違和感であり、自らの納得のいく定式化をすることで、その違和感を払拭することが執筆の動機としてある。そのため、諸外国との比較を主眼としていない。本稿は判例から見る憲法理論であり、憲法理論から見る判例ではない。

もっとも、そうであるとはいえ、一定の視点は有している。それが冒頭で述べた具体的人間観と社会法の考え方、そしてオーリウ制度論である。本稿はこの3つを念頭に置いて判例を読み解き、従来とは異なる憲法理論を提示する試みでもある。

Ⅱ　本稿の観点

1　具体的人間観と憲法学

抽象的個人像が憲法学における一つのフィクションであることは否定できないだろう。ここで抽象的個人像とは「国籍・身分・人種・性別・信仰など、さまざまな属性をすべて捨象した抽象的な存在」としての個人像である[2)]。日本憲法学はかかる抽象的人間を「個人」とし、かかる個人と国家と対峙させた上で、両者の関係を規律することを憲法学の任務とする、このような語りが一つの大きな流派であることは否定できない。もちろん、憲法学においても現実の人間が諸関係において存在することを認識している。しかしながら、「個人の尊重」（憲法 13 条）を原理の一つとして強調する憲法解釈において、かかる現実は遠景に退いているように思われる。

だが、法学の歴史において、このような抽象的人間像のみが法学の出発点として提唱されたわけではない。社会においてある人間（具体的人間）を出発点として体系化する社会法が提唱されたことがある。日本憲法学においては、美濃部達吉が社会法に属する経済法を退け公法私法二元論を維持したのだが[3)]、その潮流が現在でも続いているといえよう。本稿は、この主流とは異なる人間観から人権論を眺めてみたら従来と異なるものが見えてくるのではないか、という試みである。

2　具体的人間観と社会法

(1) ラートブルフ

まず、本稿の「具体的人間観」を述べよう。それはラートブルフが主張した人間観である〔以下、頁数はラートブルフ「法における人間」[4)] のもの〕。彼によ

2）渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法Ⅰ』（日本評論社、2016 年）7 頁〔工藤執筆〕。

3）参照、拙稿「秩序に彩られる国家」慶應法学 34 号（2016 年）244–245 頁。

れば、中世ドイツにおいては、経済秩序も国家秩序も「習俗とか宗教を通じて、義務および共同体に結びつけられた人間」という見方に基づいて組み立てられていた（5 頁）。しかし、ルネッサンス・宗教改革・ローマ法継受によって個人が解放されて以降、利己的な個人を出発点とするようになる。「いっさいの社会的ならびに経済的束縛は無視され」た人間は「利己的、知性的、活動的で、自由なもの」であり「そのゆえにも、たがいに平等なものと考えられた」（8 頁）。このような人間観は私法だけでなく公法でも受容され「法は、あらゆるその領域において、個人主義的、主知主義的な人間類型に向けられ」た（10 頁）。もっとも、このような人間類型が虚構であることについてますます自覚的になり、労働法や民主主義の再考に表れる、「ただ一連の社会学的事実にすぎなかったものを法律的に意味あるものにまで高め」た新しい法時代が到来する（11 頁）。ラートブルフによれば、そこでは「権利主体の知的・経済的・社会的な勢力関係というものもあわせ考慮され」る「はるかに、生活に密着した」人間像が基礎とされ、「爾来、法における人間とは、もはやロビンソンやアダムではなく、つまり、孤立した個体ではなく、社会の中なる人間、すなわち集合人」となる（11 頁）。このような人間観の変化に伴って「権利主体もまた……多数の類型へと分裂してゆく」（12 頁）。例えば、労働法は「企業、労働者、職員」という「窮極的には、全経済および社会の成員」である権利主体間の「熾烈な経済的権力闘争」を見るのであり、「相互に自由なる決定に基づいて契約を締結する平等な権利主体」のみを知る市民法は「木を見て森を見ない」ものである（12 頁）。また、公法においても、民主主義についても、個々人の集計ではない複雑な社会学的な全体という点から再考され、政党が国法学の視界に入ってくる（13 頁）。このように、人間観の変化に伴って、中世では家父長的法（「団体的な人間に対する団体的意識の法」）であったものが、個人法（「無関係なものと考えられた個人に対する個人的立法者の法」）を経て、社会法へ

4）ラートブルフ（著）、桑田三郎＝常盤忠允（訳）「法における人間」桑田三郎ほか『ラートブルフ著作集第 5 巻　法における人間』（東京大学出版会、1962 年）1–26 頁。

と至った、とラートブルフは整理する（13–16 頁）。要するに、中世においては団体に埋没していた個人であったが、その後個人主義的な法を経て、個人の背後にある様々な連帯を直視して権利義務を構築する社会法に至ったというのである。

(2) 峯村光郎・正田彬

このような人間観および法の変化についての理解を踏まえ、日本において経済法を一つの法領域として主張したのが、峯村光郎および正田彬であった。

ア　峯村光郎

峯村はラートブルフの見解を踏まえ、近代市民法を支配した「擬制的に構想された抽象的人格者」という人間観から、労働法に代表されるような具体的現実における人間観へと変遷したと理解する（峯村光郎「法における人間」[5] 4–6 頁。以下、本段落の頁数は同論文のもの）。もっとも、後者の具体的人間像でも「社会における行為主体としての純粋な個性的人格そのものを、そのあらゆる個別性において即自的にとらえることはできない」のであり、「原理的には、なお後者のもつ一般的・社会的定型性の原理を克服するものということはできない」（8 頁）。労働法においても例えば「労働者」はそのようなカテゴリーにおいて個人を見るのであって、定型化から免れるわけではない。近代市民法も労働法も、一定のカテゴリーにおける個人を出発点として構想されている点では変わりないのである。

他方、社会法の一種たる経済法はこのような全体を知らない法とは異なる。「経済法は……経済関係の当事者を全体として秩序づけるのみならず、国民経済という全体経済の部分的秩序として調整する立場に立つ」（9 頁）。かかる経済法における人間は「具象的・社会的性格における」人間像であり、全体の部

5）峯村光郎「法における人間」法哲学年報 1963part Ⅱ（1964 年）1 頁。なお、峯村は 1948 年に「経済法における人」（同『経済法の基本問題』（東洋書館、1948 年）165 頁）を執筆しているが、当時の統制経済の理論化が前面に出ていること以外は「法における人間」と内容的にさほど変化はないため、本稿では後年の論文を紹介する。

分であるとしても「部分の全体への協力は存在するが従属は存在しない」のであり、近代市民法のような全体からの自由ではなく「部分からの全体の自由」がそこでは語られる（9–10 頁）。このような社会法としての経済法は、これまでの背景（全体）を取り込んでこなかった近代市民法ないし労働法とは異なり、個人（部分）からの背景（全体）の自律性（自由）に眼差しを向ける。

もっともこれは社会や法なるものがあって個人が一方的に支配されるのではない。確かに峯村は「人間は孤立して存在するものではなく、常に全体的である」と述べるが、他方で「人間は環境から作られると同時に、独立なものとしては逆に環境に働きかけて、これを変化する。人間は社会から作られると同時に社会を作る」と述べるように（19 頁）、社会と個人は同時に存在しつつ相互に規定し合う。法も同様であり、「法を実現化するものは、法それ自体ではなく、法によって規制されながら、同時に法を定立する実践的行為主体としての人間そのもの」であり（12 頁）、「法は主体の活動をまって成り立つ現象であり、法の変動は主体の活動をまって行われる運動」であって「法的現象は主体的・環境的なもの」である（18 頁）。

このように経済法は経済秩序（全体）を前提とした「経済人」（部分）を出発点として、両者の調整・統合を目指す法である。その部分は全体たる経済秩序に紐づけられて理解されるため、「国家の権力目的のために国民経済全体を奉仕させる」ものは「真の意味の経済法の志向する共同経済への途ではない」（10 頁）。峯村の経済法はこのように国家もまた部分（経済人）として経済法に服させるものであったと解される。

イ　正田彬

正田の経済法についての理解もおおよそ同様である（以下、本段落の頁数は正田彬「経済法の社会法的性格」[6] のもの）。正田は、経済法の意味内容について定説はないとしながら、「経済を規律する法」という点は一致しているとい

6）正田彬「経済法の社会法的性格」法学研究 26 巻 1 号（1953 年）33 頁。なお、引用文の漢字は現代のものに直した（なお、本稿全体において同様の処理をした）。

う（33 頁）。

その上で、経済法を社会法の一種とする理解から、経済法の生成について検討している。ここでもラートブルフが理解するような法や人間像の変遷が踏まえられており、「国家と個人との関係、すなわち政治的従属関係を規律する公法」とも「平等な個人間の関係を規律する私法」とも異なる、「経済的な従属関係を規律する法としての社会法」が要求されることになったと述べる（36 頁）。かかる社会法における人間は「経済社会のなかに具体的に位置づけられた、社会化された個人」であり、またここで「従属関係」とは自由資本主義における一時的・相対的な優劣関係ではなく、資本家と労働者のような確定的・絶対的な関係である（36–37 頁）。かかる社会法は社会内在的な具体的人間を出発点としているのであるから「当然に、全体に対する部分、全体の構成要素という関係に立つ経済的従属関係の当事者が、全体としての国民経済の立場から規律をうけ」、したがって、「社会法においては、経済的従属関係を……経済的支配者と服従者との間の具体的な関係として把握するのであるが、同時に……国民経済社会という全体社会のなかにおける経済的従属関係として、国民経済社会との関係において把え」ているといえる（37 頁）。

このような社会法の一種として登場したのが労働法であったが、その後「自由競争が、その内的必然性によつてその反対物たる独占に移行した」独占資本主義へと発展したことを承けて、そこに現れる独占体と非独占企業間の経済的服従関係を規律すべく成立したのが経済法である（46 頁）。かかる経済法の基礎は、市民法上の契約の自由や営業の自由ではなく、「従属者が、支配者に対立する何等かの権利」、「従属者の生活権」である（52 頁）。また、正田によれば、経済法は、国民経済の発展のために、独占に固有の経済的服従関係を規律する法体系である。そして、国家経済もまた国民経済の一構成部分であるが故に、政治的性格を有する「国家目的・国家経済目的による法とは明らかに区別され」なければならず、「当然に国家の政治目的のための経済法が、経済法理念に背理する」（53 頁）。正田においても、国家経済を主として国家を従とする経済法観が垣間見られる。

このように、峯村・正田における経済法（社会法）は、現実の事象を個々人とその個々の関係に解消するのではなく、諸関係から離れた全体経済社会を認め、そこにおいて国民経済の健全な発展という理念を志向する法体系である。そして、かかる経済法における人間像は、抽象的なものではなく具体的なもの、つまり社会における人間である。かかる人間観および社会法は従来の憲法学では少なくとも意識的にこれを出発点とした体系化を目指してこなかったように思われる。本稿では、このような具体的人間像および経済法（社会法）の観点を前提として採用している。

Ⅲ　人権享有主体性論と本稿の観点との関連性

1 「人が人である」ことの意義

(1) 奥平康弘「“ヒューマン・ライツ”考」の概要

一般に人権は「人が人であるが故に認められる権利」と理解されている[7)]。奥平康弘「“ヒューマン・ライツ”考」[8)]は、かかる人権という言葉を貫徹せんとして、「一人前」のものが有するものを人権とし、未成年や高齢者の有する「権利」をそこからの差異として捉えようとするものである。換言すれば、通常〈未成年“の”人権〉〈高齢者“の”人権〉と言われるが、「人が人であるが故に認められる権利」という人権の定義を徹底すれば、人権の享有者は「一人前」の者であり、そこから距離のある未成年や高齢者は“人権”ではなく“権利”の主体だということである。以下、順を追って確認する（以下、本款の頁数は同稿のもの）。

7）例えば、芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994 年）47 頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2016 年）110 頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2)』（有斐閣、2017 年）2 頁〔長谷部執筆〕、安西文雄＝巻美矢紀＝宍戸常寿『憲法学読本〔第 3 版〕』（有斐閣、2018 年）57 頁〔巻執筆〕。

8）奥平康弘「“ヒューマン・ライツ”考」和田英夫教授古稀記念論集刊行会編『戦後憲法学の展開』（日本評論社、1988 年）117 頁。

まず、奥平が「憲法学における『人権』の問題性」と称して指摘するのは、日本において「『人権』概念は、個別の実定法法規を、横断し総括するものとして、適当に自然権思想とブレンドし、非常に微妙に道徳哲学的な“ヒューマン・ライツ”と通底するものを持ちながら、一種独特な融通無碍性を与えられたうえで、法律学的な（juristisch）な意味を持って通用せしめられている」点である（122 頁）。奥平からすれば「人が人である」という事実から「権利が認められる」という規範が生じることについての説明、つまり人権根拠論が不十分であるとされるのである。

そこで奥平は“ヒューマン・ライツ”の根拠に関する哲学的な議論を紹介するが、特に好意的に評価しているのがアラン・ゲワースである。本稿では奥平の論稿を分析対象とするにとどまり、ゲワース自身の言説を紹介することはしない。奥平の見るところ、ゲワースの見解は①行為というすべての人間の行う事柄に着目し、②当該行為は当該行為主体が善とする目的に照らして選択されると理解した上で、③当該行為が成功するための環境的・手段的な前提条件たる「自由と福祉」が不可欠であるとし、④この前提条件はあらゆる主体に承認されるべきであることから権利が生じる、とするものである。そのためゲワースの見解は事実から規範が生じることを十分に説明するものだ、と評価するのである（133 頁）。

ゲワース自身の議論の当否およびそれに対する奥平の評価の当否は本稿の問題関心とは無関係である。問題は、②に表れているように、“ヒューマン・ライツ”の「ヒューマン」は〈生物学的人間〉ではなく、「行為に当たって目的を選択し、かつ目的に向かって行為することを“善し”と判断して、これを行うという要素が入ってくる」ことである（133 頁）。ここから奥平は、ヒューマン・ライツの主体が「一人前」の人間であると結論する。ここで「一人前」とは、「最小限の程度において理性的な判断能力を備えている者、もっといえば、関連情報が与えられることにより、自分の行為の目的を自主的に選択し、目的適合的であるためにはなにが必要かということを自主的に判断して、自己の責任において行為する主体」を意味する（137 頁）[9]。そしてこのことから、「法

人の人権」という問題の立て方自体に誤りがあると指摘するだけでなく（136頁）、子どもや高齢者については「平均的権利としての、あるいは平均的権利でしかないところの『人権』以外の、あるいはそれ以上の権利を必要としている」ため、「こどもの権利あるいは老人の権利は、あらゆる人間に普遍的に平等に与えられるべき権利という意味での『人権』であってはならないのではなかろうか」と述べるに至る（138–139頁）。

さらに奥平は、憲法学において人権は「つねに端的に個人にはめこまれた主観的権利そのものでなければならない」とされてきたことを指摘し、ゲワースにおけるヒューマン・ライツが「ある種の社会・経済的な諸利益を配慮するための立法化あるいは制度化の要求を主張」つまり「実定化の道徳哲学上の要請」の部分があると分析し、制度にも視線を向けるべきことを示唆する。そして、子どもや高齢者については人権ではなく立法による特別な権利を付与し、制度を適切に運用すべき側面もあることを指摘するのである（143–144頁）。

(2) 小畑清剛・押久保倫夫の理解について

以上、本稿の関心に照らして雑駁に概要を示したが、同稿においてセンセーショナルな部分が、子どもや高齢者は人権の主体ではないという部分であることは間違いないであろう。「知的障害の青年や認知症の老人のような、『主体』または『人格』として自立できない『一人前』でない者にも、日本国憲法は“ヒューマン・ライツ”＝『人権』を保障していると考えるべきである」と主張する小畑清剛の批判もその点に向けられている[10]。この批判は、そのあとがきにも「「『人間』なら、『人権』が保障されて当然だ」と考えてしまう」と述べているように[11]、〈生物学的人間〉であるという資格のみで人権の主体と

9）奥平はさらにこれを「自発的に目的適合的な行為をなしうる者」ともいう（同上139頁）。

10）小畑清剛「『一人前』でない者の人権」同『「一人前」でない者の人権』（法律文化社、2010年）202頁。

11）小畑「あとがき」同上234頁。

して認めようとする見地から行われている。しかし、「法律学は、善かれ悪しかれ……扱う権利はすべて人間（あるいは人為的人間）を主体とする。人間の権利だから『人権』だというのであれば、すべての権利は『人権』となる。これでは『人権』論は無意味になってしまうのではなかろうか」[12] という奥平の批判は、まさにそのような見地に対するものであったと解される。両者はその出発点からして異なっているのである。

また、奥平の「一人前の人間」像を検討した押久保倫夫は「この定義を維持する限り哲学上の人権論においても、子どもや老人が人権主体から排除されることはありえないことになる」[13] と述べるが、この点については不正確なように思われる。確かに、「この定義」、つまり奥平が強調した「『人権』である以上はそれは、『人間という資格要件以外には、一切の要件なしに、万人に普遍的に平等に保障された権利』といえるものでなければなるまい」[14] という点を維持するなら、子どもや高齢者も「人間」である以上は、人権の主体となるとも思われる。しかし、奥平が強調したのは、人権主体はあくまで「一人前の人間」であるということであり、子どもや高齢者という要件は不要であるどころか、それらを人権の主体として取り扱う延長線上において、「さまざまな範疇の人間の「なんとかの『人権』」がとめどなく成立してやむところがない」として批判しているのである。押久保の解釈は、子どもや高齢者も〈生物学的人間〉である以上は人権の主体であると理解する点で小畑の理解と同じである。しかし、このような理解は人権という言葉にこだわった奥平の意図から外れているように思われる。

確かに、人権が「人間」の権利である以上、人権の主体を〈生物学的人間〉とする小畑のような理解は素朴に感じられる。しかしながら、奥平の批判は正にその素朴さ故の根拠論の薄弱さであり、ゲワースらの哲学的な議論を持ち出

12）奥平・前掲注 8）138 頁。

13）押久保倫夫「人権／権利／人間像」樋口陽一＝中島徹＝長谷部恭男編『憲法の尊厳』（日本評論社、2017 年）118 頁。

14）奥平・前掲注 8）136 頁。

したのもその根拠論の例示であった。そして、「一人前の人間」に人権主体を固定したのは、そこを主軸として、「一人前の人間」との差異において、現実の多様な人間を理解しようとしたからだと推察される。奥平は「いうまでもないことだが、すべて人間は、この意味での一人前とはいえないのである」と述べているが[15]、この「すべて人間は……一人前とはいえない」が「すべての人間は一人前ではない」ということであれば、奥平の意図は子どもや高齢者そして障碍者を排除することにあったのではないだろう。「一人前の人間」は人権の主体たる理念的存在に過ぎないのであり、現実には誰しもが程度の差はあれ「一人前の人間」からズレている。その「一人前」からの差異に応じて「『人権』以外の、あるいはそれ以上の権利」がありうるということを述べているに過ぎない。さらに言えば、奥平は、その差異に置かれた人間について「そのひとたちを適切に、それこそ人間的に遇するみちだと考えられる場合」には、特別な権利を与えられるべきことを示唆しているのであるから[16]、決してその差異を放置するものではない。むしろ、差異に応じた法制度ないし権利を要請するものであり、子どもや高齢者は数多ある現実的差異の中で認識された類型に過ぎない。

(3)「人」という属性

さて、小畑と押久保の理解を経て見えてくるのが、人権の主体が「人」であるというときの、奥平との差異である。小畑において顕著であるが、押久保もまたその「人」に〈生物学的人間〉を見ていると解される。これに対して、奥平は一定の理性が具わった人間（〈理性的人間〉）を見ているのである。これは「人が人である」という文の「人である」とは何かという問題、「人」という属性の問題に対する見解の相違である[17]。

15）同上 137 頁。

16）同上 144 頁。なお、文脈上、ここでいう「人間的」の「人間」は「一人前の人間」であり、具体的な「ひと」とは区別されているというべきだろう。

奥平は、この「人」が〈理性的人間〉であることについて、人権根拠論についての哲学者の議論、特にゲワースの見解を紹介した上で説明しようとしている。だが、そのような論証の仕方は正当だろうか。確かに、人権の根拠が理性的な人間に対する尊厳にあるのだとしたら、それが帰属する主体も〈理性的人間〉であるようにも思われる。しかしながら、主体は〈生物学的人間〉でも、「人権」の内容となるのは理性的な人間に対する尊厳を基礎にするものだけであり、その他は「人権」と呼ぶに値しないという議論も成り立つのではないだろうか。要するに、人権根拠論は「人権／その他の権利」を分けるもの、換言すれば「人権」たるに相応しい内容を示すものに過ぎず、人権主体論とは別個の問題でありうる。ところが、奥平は人権根拠論から人権主体論へと無批判に移行してしまっているのではないか。もっとも、本稿では人権主体論と人権根拠論とが区別可能であることを指摘するにとどめる[18]。

こうして人権についての主体論と根拠論を分けた上で主体論に着目した場合、奥平と小畑らのいずれの立場に立つにせよ、「人が人である」という文は「人が〈「人」という属性〉を有している」と言い換えることができる[19]。人権が

17）この点については、長谷部・前掲注7）2頁〔長谷部執筆〕においても、「そこで言う『人』についても、それを生物学的な意味での人と理解するか、自己の生を理性的に構想し、自ら生きる存在としての人として理解するか等、見解は分かれうる」として論点の指摘はなされている。

18）確かに、人権が〈生物学的人間〉の権利だとすると「人権」という言葉は不要となってしまうという先の奥平の懸念は妥当であるし、人権のインフレ化ないし不明確化という問題もある。そこで、人権が〈生物学的人間〉の権利であってもそれは主体の限定に過ぎず、「人権」に値する権利内容としては〈理性的人間〉に基礎を据えたものでなければならないという内容の限定がさらにあると考えればいいのではないか、と現段階では考えている。また、主体論はどのような個体的存在者が法的人格者（権利帰属主体）として認められるかという問題であり、「動物」をそこに含めないという点については別個の検討を要する問題である。本稿では、法的人格者の条件に理性を含めると、主体論と根拠論とが曖昧になるということだけを示すにとどめる。

19）これは「資格要件」を「属性」と言い換えたものである。また、「人」として括弧を付したのは、その内容に一応争いがあるからである。

個人に保障される権利であるとすれば[20]、この文に二度出てくる「人」は同じ意味ではなく[21]、権利主体を示す「人が」は「個人が」の意味であろう。「人が〈「人」という属性〉を有している」とは、「個人が〈「人」という属性〉を有している」ということである。さらに、「個人」という言葉には既に〈「人」という属性〉が含まれている。そこで、「個人」をさらに「〈「人」という属性〉を有する個体」と定義すれば、「個人が〈「人」という属性〉を有している」は「〈「人」という属性〉を有する個体が〈「人」という属性〉を有している」となり、循環を避けて整理するならば「個体が〈「人」という属性〉を有している」と表現することができるだろう。つまり、「人が人である」とは「個体が〈「人」という属性〉を有している」という意味である。とすれば、人権とは「〈「人」という属性〉を有する個体が有する権利」である（これを「人権定式①」とする）。もっとも、これは後ほど修正される。

このような「個体」というものを憲法学は必ずしも考察の対象としてこなかった[22]。憲法学においては「個人」という既に〈「人」という属性〉を有している存在を前提に議論を始めてきたと思われる。そのため、「人」を属性として理解する見方は少なくとも明確にはなされてこなかったのではないか。人権という言葉を徹底し「なんとかの人権」が溢れる状況を批判していた奥平の議論は〈「人」という属性〉を憲法学において堂々と検討する契機を含むものであった。もっとも、奥平においてもそのような属性を有しない「個体」の検討はなされていない。また、「人」も属性であるとすれば、その属性を含む制度（領域、場）があるように思われる。そこで次章では、個体の考察を重視し制度論を展開したオーリウの見解を検討する。そこでは属性が一定の制度と

20）奥平は「“ヒューマン・ライツ”論においては、人間集団が集団として“ヒューマン・ライツ”を持つことを論証しえているものはない」としている（奥平・前掲注 8）137 頁）。

21）同じ意味だとすると例えば「〈生物学的人間〉が〈生物学的人間〉である」というような同語反復になる。憲法学がこのように理解しているかは疑問である。

22）この点、身体論に言及したものとして石川健治「人格と権利」ジュリ 1244 号（2003 年）29 頁があるが、少なくとも団体に共通するような個体性という点に着目したものではない。

セットで立ち現れてくることが示されるであろう。

だがその前に、〈団体の人権〉について言及することで、日本憲法学および判例に見出される、主体論と具体的人間像および社会法という本稿の観点との関連性を示す。

2 〈団体の人権〉論[23]と本稿の接点①：具体的人間観

（1）本節の着眼点

周知のとおり、〈団体の人権〉論については、「人権規定が、性質上可能なかぎり法人にも適用される」という理解（以下、権利性質説と呼ぶ）が通説であるとされる[24]。その根拠については、①団体の活動も結局は自然人に帰属することや、②団体も社会において自然人と同じく活動する実体であることが主張されている[25]。①は個人権を主軸とした体系化として優れている面はあるとしても、会社のあらゆる活動が全て自然人に帰属すると考えることは現実味がない[26]。そのため、本稿では②の立場をとることにする。本節の趣旨は〈団体の人権〉論について権利性質説および②が憲法解釈技術との関係でどのような意味があるのかを確認することにあるため、これ以上学説上の論争には立ち入らない[27]。

23）奥平の議論を経た後では〈団体の人権〉という表記は不適切とも思われる。正確には〈団体の憲法上の権利〉とすべきであるが、本稿では便宜上〈団体の人権〉という表記で統一することにする。また、同様に「人権享有主体性」も「憲法上の権利主体性」と表記すべき場合もあるが、特に断りのない限り「人権享有主体性」の表記で両者を表すものとする。

24）芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）89頁、長谷部・前掲注9）17頁〔長谷部執筆〕。

25）①について代表的なものは宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971年）245頁、②については伊藤正己「法人の基本権」鴻常夫編『商事法の諸問題』（有斐閣、1974年）1頁以下。

26）長谷部・前掲注9）17–18頁〔長谷部執筆〕。

27）〈団体の人権〉については、橋本基弘『近代憲法における団体と個人』（不磨書房、2004年）、木下智史『人権総論の再検討』（日本評論社、2007年）163–292頁、芹沢斉「『人権』と法人の憲法上の権利の享有」青山法学論集38巻3・4号（1997年）437頁、鳥居喜代和

かかる権利性質説は判例でも採用されていると一般に理解されている[28)]。そのリーディングケースが八幡製鉄事件判決（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁）である。同判決は以下のように述べている。

> 憲法上の選挙権その他のいわゆる参政権が自然人たる国民にのみ認められたものである……しかし、会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はない。
>
> のみならず、憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によってそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。

「法人の基本権能力に関する覚書」札幌学院法学11巻1号（1994年）1頁など多くの論文があるが、いずれも本稿の関心とは異なる。

28）毛利透は、判決が示した社会的実在論は「社会の側から権利能力を、いわば押し付ける論理なのである……それは憲法上の権利主体性の根拠にはなりがたいといわざるを得ない」という認識を示したうえで、権利能力が認められる枠内での「判断の自由が憲法上保護されているという意味に理解できるのではないか」とし、「法人の憲法上の権利主体性そのものが論じられていたわけではない」とする（同「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ』（有斐閣、2013年）22頁）。確かに、事案としては私人間であり、対国家権としての憲法上の権利について語ってはいないのではないかという点は理解できる。しかし、少なくとも同判決は日本国憲法第三章を法人にも適用するとしているのであり、また判断の自由が憲法上保障されるのであれば、前提として憲法上の権利主体性をその限りで認めているとするのがやはり素直ではないかとも思われるが、私人間効力も絡む問題であるため、本稿ではかかる判例解釈があることを指摘するにとどめる。

ここで問題としたいのは「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用される」の「適用」の意味である。これは第三章の諸条文をそのまま適用するという意味なのだろうか（以下、このような適用の仕方を「直接適用」と呼ぶ）。しかし、「国民の権利」とある明文に「団体」が含まれていると解してそれをそのまま適用するという事態（文理解釈[29]）が無理筋ではないかという疑問が問題の出発点ではないか[30]。また「国民」を「団体」にまで拡張する[31]のも無理筋であろう。さらに、「性質上可能な限り」という制限はどこからやってくるのだろうか。ここで「適用」としているのはどのような意味なのだろうか。

そこで、〈外国人の人権〉についての議論を参照することで、その意味するところ、そして権利性質説の意味を確認する。

(2)〈外国人の人権〉と憲法解釈技術

まず、周知のとおり、〈外国人の人権〉については、整理の仕方に多少の相違はあるとしても、①否定説、②文言説、そして③権利性質説が挙げられ、③が判例・通説であると説明される[32]。しかし、本稿で注目したいのは否定説の流れである。なお、後述のように、ここで〈外国人の人権〉として問題となる「外国人」は非国籍取得者であり、「国民」とは国籍取得者である。

否定説の代表者は佐々木惣一とされる[33]。佐々木の見解は「憲法第三章

29）ここで「文理解釈」とは「法令の規定をその規定の文字や文章の意味するところに即して解釈すること」と考えている（林修三『法令解釈の常識〔第2版〕』（日本評論社、1975年）91–92頁）。第三章は「国民の権利」と明記しているのであり、団体や外国人に「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項」が適用されると解するのは文言上は無理であろう。

30）宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法〔第2版（全訂版）〕』（日本評論社、1978年）187頁。

31）ここで「拡張」解釈とは、論理解釈（「文言のみにとらわれずに、いろいろのものごとの道理、理屈によって解釈すること」）の一種として「法令の規定の文字を、それが普通意味するところよりも若干ひろげて解釈すること」と考えている（林・前掲注29）116–117頁）。

『国民の権利及び義務』という題の下に定める条項は、その条項の定める法律事実が国民について発生する場合であることを前提とするものである。それは、憲法が特に国民の権利及び義務と題することより、当然考えられる。〔条項中の「何人も」は〕日本国人について、何人も、というのであって、外国人を含むのではない。即ち憲法第三章の定める権利及び義務は、国民のみについてその権利、義務を定めるのである」というものである[34)]。

高橋正俊によれば佐々木の説（高橋はこれを「国民説」と分類している）が「単なる形式あるいは文理に執した学説とみて、権利性質説の当て馬のように」扱われているが、実際には「憲法の基本権規定は本来国家と国民の間の権利・義務の個別的関係を規律するにある、という基本権の性質に関する実質的理解」があり、「国民の権利」という章名を挙げたのもそのような性質を示すものとして示したものと解されると述べる[35)]。そして、佐々木と同様に憲法条文中の「何人も」を「国民」として理解する小嶋和司の説[36)]を国民説として積極的に評価し、日本国憲法第三章が普遍的な人権に影響されているとしても、「日本国憲法によって基本的人権として『国民』に与えられている」と解され

32）①②③を挙げるものとして芦部・前掲注 7）121–125 頁、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ〔第 5 版〕』（有斐閣、2012 年）222–223 頁、渡辺ほか・前掲注 2）236–237 頁〔宍戸執筆〕。これに対して、①と③を挙げるものとしては佐藤・前掲注 7）51 頁があり、②と③を挙げるものとしては長谷部・前掲注 7）11 頁〔長谷部執筆〕、新井誠＝曽我部真裕＝佐々木くみ＝横大道聡『憲法Ⅰ』（日本評論社、2016）21 頁〔佐々木執筆〕がある。

33）佐藤・前掲注 7）142 頁、長谷部・前掲注 7）11 頁〔長谷部執筆〕。なお、覚道豊治は「外国人については、憲法は直接にはとくに規定してないとみるべきであろう」とする（同『憲法』（ミネルヴァ書房、1973 年）201 頁。

34）佐々木惣一『改訂日本國憲法論〔補正版〕』（有斐閣、1954 年）468 頁（〔　〕内は筆者）。

35）高橋正俊「外国人の基本的人権保障の対象性」新正幸＝早坂禧子＝赤坂正浩編『公法の思想と制度（菅野喜八郎古稀）』（信山社、1999 年）96 頁。なお、佐藤・前掲注 7）142 頁では憲法の本質が国民に対する国家権力発動基準の規定であることも否定説の理由として挙げており、必ずしもすべての教科書がそのように理解しているわけではなさそうである。

36）小嶋和司『憲法概説』（信山社、2004 年）156 頁。

ること（11 条、97 条）、国民説は主体に関して明確な基準を提供することから、国民説が妥当であるとしている[37]。なお、小嶋の国民説は決して外国人の憲法的権利を保障しないものではなく、国際協和の立場（憲法前文）の要請から「国際社会において通念となっている程度の保障は当然」であり、「憲法○○条違反」という違憲論の在り方が異なると説明されている[38]。

このような国民説によっても外国人については常に前文や国際協調主義の規定（98 条）違反ということになるのかもしれないが、やはり直観に反する上、かかる見解はともすれば外国人に憲法上の権利を保障しなくてもよいという誤解を招きかねないという危惧を抱かざるを得ない。だが、国民説は必ずしも成立しない学説ではなく、むしろ文理解釈としては否定しがたい。それを否定するためには、文理解釈以外のものを持ち出さざるを得ないが、その際に「日本国憲法第三章が日本国民の人権だけの宣言・保障を目的とし、外国人のそれにはいっさい触れないつもりだ、と解するのは、日本国憲法の精神に合致しない」として憲法の精神なるものを持ち出すだけでいいのだろうか[39]。換言すれば、そのような「憲法の趣旨」を持ち出して憲法第三章の諸規定を外国人に「適用」するという説明が法解釈技術的説明としてどこまで精緻であろうか。

そこで注目されるのが準用説である。萩野芳夫は権利性質説が一応妥当であるとしながらも、かかる立場も出入国管理等における外国人についての国民との扱いの差異を違憲とすることは少ないという認識から[40]、「国家に対する国民の関係と外国人の関係は根本的な相違があること、そこから憲法の人権保障は、直接には国民に向けられていることを基本的には承認している」と評価する[41]。このような通説の立場は「人権規定の規範性を希薄化してしまう」と

37）高橋（正）・前掲注 35）97 頁。

38）小嶋・前掲注 36）156 頁。

39）宮沢・前掲注 25）240 頁。

40）この点に関連して、在留資格制度自体に目を向けるべきであるとしたのが、安念潤司「『外国人の人権』再考」樋口陽一＝高橋和之編『現代立憲主義の展開　上』（有斐閣、1993 年）163 頁である。

し、「国民と外国人とは同じでないことを基本的に認めたうえで」、両者の取扱いの相違を明確にすべきであるとする。その上で解釈としては、「多数説の高い人権尊重の理念には同感を禁じ得ないが、憲法解釈論としてはムリ」があり、また「国民」に「外国人」を含めるのは拡張しすぎであることから、「準用説」が妥当であるとする[42)]。

かかる準用説については奥平も紹介しているが、「準用」は明文を以てそのように定めている場合に限るとして「類推適用」というべきだとした上で、その場合には外国人への適用説に他ならず、外国人に第三章の諸規定が適用されないという準用説の前提と不整合であるとして退ける[43)]。萩野は権利性質説が妥当としていたのであり必ずしも否定説（奥平の言い方では「外国人無関係説」）ではないが、「国民」に「外国人」を含めない（直接適用しない）点では否定説と同じである。類推適用説は、否定でも単純な肯定でもないところにある見解である。

また、奥平は「憲法解釈のレベルでは、『類推適用』と『適用』の区別を語るのは、正当でなく、実際上も意味をもたない」と述べるが[44)]、実際上の帰結に差異はないとしても、憲法 31 条は行政手続へ準用ないし類推適用されるといわれるのであり[45)]、なぜ類推適用（準用）が正当でないのかが不明である。むしろ、憲法も解釈の対象たる条文から成る以上、法解釈技術によって解決する方が妥当であろう。

さらに、日比野勤によれば、判例も表面上は性質説から文言説を経て性質説に至っているとしても、「いずれの説も最後の決め手は性質であるとしている、

41）萩野芳夫「外国人の人権」奥平康弘＝杉原泰雄編『憲法学 1 』（有斐閣、1976 年）4–5 頁。
42）同上 5 頁。
43）奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993 年）50–51 頁。もっとも、ここでいう「準用説」が誰の見解なのかは不明である。
44）同上 51 頁。
45）芦部・前掲注 26）254 頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第 4 版〕』（有斐閣、2017 年）290 頁。

あるいは性質であるとする余地を残して」おり外国人に対しても適用もしくは類推適用を承認する流れであったと評価している[46]。

筆者としては、判例上「適用」と理解する余地はあるとはいえ、解釈技術上としては、第三章の標題が「国民」とされていることにはやはり意味があり、その下にまとめられている諸規定は全て「国民」が付されていると解する。また、「国民」に「外国人」を含めるのは文理上無理がある。確かに、第三章が明記する「国民」を「定住して日本国政府の統治権に服する人」として解すれば[47]、「国民」に非国籍取得者たる外国人も含めることができるとも思われる。しかしながら、そうであるとすればそこに定められている諸条項は国籍の有無に関係なく内容上すべて等しく非国籍取得者にも適用されるはずである。しかし、判例も通説（権利性質説）もそのように理解してはおらず、国籍の有無によって諸条項の適用の有無および適用の仕方を分けているのであるから、結局のところ〈外国人の人権〉という問題が国籍の有無に起因する諸条項の解釈適用の問題であることに変わりない。そして、類推適用は諸条項の直接適用を国籍取得者のみに限定した上で、非国籍取得者にはそれを類推適用していくことで柔軟に対応するという解釈手法を採用するのである。

次にさらなる説明を試みるが、その前に「適用」および「類推適用」についての私自身の理解を説明すべきであろう。

まず、類推適用[48]とは、明文規定がない、つまり制定法の欠缺がある場合に、類推の基礎を介して当該明文規定を利用する手法である。そして、その際

46）日比野勤「外国人の人権（1）」法教 210 号（1998 年）39 頁。なお、判例上「類推」と明言したものが、最大判昭和 39 年 11 月 18 日刑集 18 巻 9 号 579 頁である。

47）渋谷秀樹『憲法〔第 3 版〕』（有斐閣、2017 年）116 頁。

48）ここで「類推適用」とは、論理解釈（目的論的解釈）の中の種々の解釈手法のうち、「似かよったことがらのうち、一方についてだけ規定があって、他方については、明文の規定がない場合に、その規定と同じ趣旨の規定が他方にもあるものと考えて解釈する方法」をいうものとする（林・前掲注 29）128 頁）。同様の整理として、吉田利宏『新法令解釈・作成の常識』（日本評論社、2017 年）44 頁以下。また、このような形式的な点だけでなく、憲法は国民を構成員とした団体たる国家の内部規約であることからも、第三章が規定する諸規定は国民のみを対象としていると思われる。

には当該明文規定を「適用する」といわれるが、この点については類推適用も直接適用（単なる適用）も相違はない。しかし、そのことは全く同じルール（要件・効果）が適用されることまでは含意しないはずである。仮に全く同じルールが適用されるとすれば、結局のところ当該条文が明記する要件に包摂し効果を生じさせるということであり、制定法の欠陥のない直接適用と差異がない。つまり、類推適用というためには、外形的に当該条文を「適用」するとしても、相違の事柄固有のルールがそこにあり、その明文なきルールに明文規定という衣を着せてやるということでなければならない。この「適用」という言葉が内包する「明文規定の適用／ルールの適用」とを区別する点が本稿の特質であろう。類推適用に関する前者の意味の「適用」を「代用」という言葉で表すとすれば、類推適用は明文規定を代用するが、そのルールをそのまま適用するわけではない。そして、類推適用において、類推の基礎を共有する別の事柄に応じたルールが適用されるとしても、それは当該事柄固有の明文なきルールなのであって、当該明文規定がそのようなルールを示していたと理解するのではない。仮に当該明文規定がそのルールまで含んでいたとすれば、やはりそれは直接適用と差異がないだろう。類推適用においてはあくまで当該明文規定の示すルールに変化はないのである。

たとえば、電気窃盗についての明文規定がない時において「他人の財物」（刑法 235 条）は「有体物」と解釈されていたため、そのままでは電気窃盗を処罰できなかったが、それを「管理可能なもの」と解釈して処罰したとしよう（大審院明治 36 年 5 月 21 日刑録 9 輯 874 頁参考）。本稿の理解からすれば、仮に同条が「他人の有体物」と定めていたのであれば、これは明文なきルールを見出し、同条を代用した類推適用といえようが、実際にはその規定ぶりからして「管理可能なもの」と解釈する余地があり、拡張解釈を経た上での直接適用であると理解できる。そしてこの場合は、仮に「有体物」というのが以前のルールだったとすれば、拡張解釈によって変化したルールが適用されているのである。

他方、規定ぶりはそのままでも「財物」は「有体物」しか含まないという理

解を前提にすれば、これは類推適用だということになる。しかし、当該明文規定が「（管理可能なものに含まれる）電気」まで対象としていないことを前提としているため、当該明文規定を直接適用することはできないはずである。そのため「適用」といってもそれは代用に過ぎない。逆に、当該規定を直接適用する立場は当該明文規定が「電気」まで対象とすることを認めていなければならず、かかる立場は結局のところ拡張解釈でしかない。

厳密にはこのように理解するのが妥当であり、「当該明文規定は定めてないが、直接適用する」ということが「類推適用」という文言で許容されてはならない。解釈はあくまで当該明文規定のルール内容を確定する作業であり、適用とは区別すべきである。類推解釈は拡張・縮小解釈等のできない制定法の欠缺の肯定および明文なきルールの認識であり、類推解釈を経た上での明文規定の適用（類推適用）は当該明文規定の代用である。確かに、類推解釈は「類推の基礎」を同じくする事柄のルールを見出す点で、機能的には拡張解釈と同じであるが、あくまで制定法の欠缺が前提なのだから、類推解釈は直接適用とは結び付きようがない。

以下の説明はこのような「適用」および「類推適用」についての恐らくは独特な理解を前提になされている。

通説的理解が直接適用であると仮定した場合、本稿のいう類推適用と比較してみる。通説的理解は、「当該自由が外国人にも保障されるべきか→保障されるべきとして適切な条文はどれか→当該条文を適用する」という思考をし、この思考の順序自体は類推適用も同じであると思われる。また、いずれにせよ、「外国人にも当該自由を保障すべき」という目的論的解釈をしている点では変わらない。もっとも、類推適用は明文のない「外国人の権利および義務」についての（仮想の）条文を措定した上で「国民の権利及び義務」を代用すると考えるのに対し、直接適用（ここでいう通説的理解）では「国民の権利及び義務」そのものを適用するという違いがあると思われる。ここで、この差異から生じる帰結を敷衍しよう。憲法X条が「国家は、○○の（$x_1, x_2 \cdots\cdots x_{n+1}$）の自由を侵害してはならない」というルールを定めているとした場合、仮に問題となる

外国人の自由が（$x_1, x_2 \cdots\cdots x_{n+1}$）の外（$x_{n+2}$）であるならばそれは国民にも保障されていないものであるため、〈国民に保障される自由が外国人にも保障されるか〉という問題は（$x_1, x_2 \cdots\cdots x_{n+1}$）のいずれかの自由についての問題に限られる。そして、ここで外国人には xn+1 の自由が保障されていないと仮定した場合、通説的理解では、“X 条自体が”〈①「国家は、“人の”（$x_1, x_2 \cdots\cdots x_n$）の自由を侵害してはならない」というルールと②「国家は、“国民の”x_{n+1} の自由を侵害してはならない」という 2 つのルールを定めている〉または〈①に x_{n+1} について外国人の例外が付加された 1 つのルールを定めている〉ことになる。例えば、憲法 22 条 1 項自体が〈「国家は、人の国内旅行の自由を侵害してはならない」＋「国家は、国民の一時的海外旅行の自由を侵害してはならない」〉または〈「国家は、①人の国内旅行の自由と②一時的海外旅行の自由を侵害してはならない。但し②については、外国人はこの限りでない」〉というルールを定めていることになる。他方で類推適用では「国家は、国民の（$x_1, x_2 \cdots\cdots x_{n+1}$）の自由を侵害してはならない」というルールのみが定められていることになり、「外国人―国家」の間を規律する場合に、当該条文を当該場面へと代用するのである。したがって、類推適用の場合、個々に代用を考えて類推範囲が拡張していくという点では足し算的であるが、代用によって憲法典の明文規定の定める範囲が拡張するわけではないという意味では足し算的ではない。もう一つ例を挙げれば、外国人の政治的活動の自由に関するマクリーン事件判決（最大判昭和 53 年 10 月 4 日民集 32 巻 7 号 1223 頁）の判示した「わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き」という国民にはない限定も、類推適用の発想では、それは「外国人―国家」間の規律であり、憲法 21 条 1 項の規律は「外国人―国家」間の規律に代用された結果であると理解される。そのため憲法 21 条 1 項自体がそのような規律を定めていると理解するわけではない。他方、通説的発想では、「①人には、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼさ“ない”活動等の政治的活動の自由がある。②人には、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等の政治的活動の自

由がある。但し、外国人は除く。」または「人には、政治的活動一般の自由がある。但し、政治的活動の内、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす政治的活動については、外国人には保障されない」等の当該限定を含んだ規律を“憲法 21 条 1 項自体が”定めている、という説明になるはずである。確かに、通説的発想も類推適用も結論に変わりはなく、説明の相違に過ぎないとも思われる。しかし、解釈手法の観点からすれば、通説的発想は「拡張（権利に応じて「国民」に「外国人」まで含める等）と縮小（権利に応じて「何人」から「外国人」を除く等）」という二種類の異なる解釈手法を事柄毎に組み合わせたものであるのに対して、類推適用は、前提として第三章の規定は全て「国民」についてのみを定めていると一括的に解釈した後は、類推という一種類しか使用しない。その点で、通説的発想は明瞭な条文解釈とはいい難い。同じ結論であればなるべく簡明な手法が妥当であるとすれば、類推適用の方が妥当であると思われる。

なお、確かに、外国人に関する明文規定がないとする点は立法府の無限定な制約を認めかねないこと、明文なきルールの存在を認めることは典型的には裁判官の恣意的判断を認めることになりかねないことを危惧する向きはあろう。しかし、憲法 98 条 2 項に示されている国際協調主義の下での国際人権的な枠組みから立法府も裁判所も自由なわけではない。

以上より、日本国憲法典には外国人の憲法上の権利に関する明文規定はないと解し、類推適用として理解すべきだと解する。

とすると、国民と外国人との間に存する類推の基礎が問題となるが、それは両者とも〈「人」という属性〉を有しているという点であろう。第三章の諸規定は人権を実定化したものであるが、一次的には「国家―国民」関係を規律する憲法上の権利という性質上「国民」という限定が明文上存在する。しかしだからといって〈「人」という属性〉に紐づけられた権利たる人権としての性質が失われるのではない。単に外国人について明文規定がないだけであり、〈「人」という属性〉を類推の基礎として第三章の諸規定を外国人に類推適用するのである。明文規定が定める権利の性質に応じて適否を判断する権利性質説

の内実はこのような類推適用であったと理解する方が法解釈技術としては妥当だろう。この場合、あくまで〈「人」という属性〉を基礎に類推しているため、外国人に適用される条文は〈「人」という属性〉に基礎づけられたものだけであって、参政権といった〈「国民」という属性〉に基礎づけられた憲法上の権利を定めた条項は類推適用されない[49]。

そして、以上の記述から分かるように、憲法学が憲法解釈学であろうとするのであれば、従来「人権享有主体性」と題されてきた問題は、佐々木が提起したような「憲法第三章の諸規定の適用の可否」の問題であると明確に理解した方がよいだろう。以下、本稿では「人権享有主体性」はそのような問題であるという理解をとることとする。

(3)〈団体の人権〉論と憲法解釈技術

さて、このように〈外国人の人権〉についての類推適用説を述べたが、〈団体の人権〉についても類推適用として理解することが可能ではないか[50]。その場合、類推の基礎は通説のいうように団体も一個の社会的実在として存在しているという点であろう。〈団体の人権〉に関する権利性質説における社会的実在説はこのような類推適用だと理解できる。

そしてこれは、八幡製鉄事件の判示と整合的であるように思われる。八幡製鉄事件判決は、権利性質説的説示の前に「会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はない」と述べたり、目的の範囲について述べる場

49）これは必ずしも憲法が禁止していると解するのではない。政府が外国人に参政権を認め、それを単なる法律上の権利ではなく憲法上の権利とするためには「国民」との類推の基礎が必要であると思われる。

50）〈外国人の人権〉について本稿とは理解が異なるが、〈法人の人権〉について準用説を主張するものとして、川添利幸＝山下威士編『憲法詳論』（尚学社、1989 年）141 頁〔根森健執筆〕。

面では「会社は、他面において、自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他（以下社会等という。）の構成単位たる社会的実在なのである」と述べている。後者の説示は目的の範囲を画定する段階におけるものであるが、なぜ法人が「自然人たる国民とひとしく……納税者たる立場」にあるのかを考えるとき、その根拠は法人も社会的実在であるという説示に求められるだろう。「納税者」というのは国家や地方公共団体という社会の構成単位であるからこその立場であるという理解である。とすれば、八幡製鉄事件判決は、団体と自然人との共通性として〈社会の構成単位という属性〉があるという認識を有しているといえよう。このような自然人と団体との共通性の認識を踏まえるならば、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきである」とは、法人も「自然人たる国民」と同様に「社会等」の「構成単位たる社会的実在」であるから、第三章の諸規定が類推適用されるという意味に解される。そして「会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有する」とは、かかる政治的自由は〈社会の構成単位という属性〉に基づく権利であるが故に、それを定める憲法条項は団体にも類推適用できるという意味に解される。要するに、団体に対しても〈社会の構成単位という属性〉を基礎とする権利を定めた条項を類推適用できるのである。

(4) 自然人の社会性：人権の再定式化

このような八幡製鉄事件判決の理解はこれまであまり着目されてなかった点を浮き彫りにする。それは自然人もまた〈社会の構成単位という属性〉を有しているという判決の認識である。そもそも八幡製鉄事件判決は「自然人とひとしく……〔社会等の〕構成単位たる社会的実在」と述べているのだから、その人間観は〈社会における人間〉であることは明白である。そのように理解することで、〈「人」という属性〉を有しない団体と自然人との間に類推の基礎を見出すことができる[51)]。同判決そして〈団体の人権〉に関する権利性質説は

〈社会における人間〉を前提とすることで成立している[52]。そのため、通説・判例を維持するのであれば、自然人にも〈「人」という属性〉と〈社会の構成単位という属性〉があるということ、そのため人権も〈「人」という属性〉と〈社会の構成単位という属性〉を共に含んだ権利であるということを認めるべきであり、具体的人間観を有する本稿はかかる理解をとる[53]。

とすれば、「〈「人」という属性〉を有する個体が有する権利」という人権定式①は、「〈「人」という属性〉・〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が有する権利」と修正される（人権定式②とする）。ここで両属性を「・」で繋いだのは、本稿の具体的人間観と社会法という観点からすれば、両属性は一体不可分であり、どちらの側面を見ているかの相違であると思われるからである。つまり、人権主体たる人間は個人でもあり構成員でもあるという両義性を有しているのであって、そのことを「・」で表現しているのである[54]。また、そこでいう「社会」は「人」の集団一般、つまり政治的領域や経済的領域といったような社会諸領域を包括する一種の理念的な領域を指すと解される。奥平の議論で不十分であったのはこのような人権に内在する「社会」の要素であった。なお、このように理解しても、奥平が措定していたような自律的な〈理性的人間〉が消滅するわけではない。峯村が「人間は社会から作られると同時に社会を作る」と述べていたように、かかる〈理性的人間〉も社会の中にいながら自

51）覚道が「法人自体が個人同様に基本的人権の主体であると考える必要はない」と述べるのもこのような意味に解される（覚道・前掲注 33）203 頁）。

52）さらにいえば、日本国憲法は「すべて国民は……政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」（14 条）としており、少なくともかかる具体的人間像を知っている。

53）このような理解を拒否するのであれば、結局のところ、ロビンソン的な孤独な人間の存在を認めることになる。本稿はかかる人間像を前提に据えることを拒否しているのである。

54）さらにいえば、〈「人」という属性〉に既に社会性が含まれているともいえよう。このような理解からは、団体も〈「人」という属性〉を有していると説明することになる。もっとも、この説明は〈外国人の人権〉との差異が不明確になりかねないため、煩雑であるが本稿では〈「人」という属性〉と〈社会の構成単位という属性〉とを分けた。

律的に行動する主体であることをやめるのではない。この事態については次章においてオーリウ制度論を紹介する中で明らかになるだろう。

このように社会性という要素を明らかにする点で、第2章で示した本稿の観点（具体的人間観）は〈団体の人権〉論と密接に結びついているのである。

3 〈団体の人権〉論と本稿の接点②：社会法へのまなざし

次に、もう一つの本稿の観点（社会法へのまなざし）と〈団体の人権〉論との接点を述べる。

ここで参考にするのが、〈団体の人権〉論が日本憲法論に有する意義を検討した林知更の「憲法秩序における団体」である[55]。同稿は〈団体の人権〉論を通して、憲法というもの自体の理解を批判的に検討するものであり、その全体を紹介するには筆者の能力が足りないため、本稿に関わる限りでの参照にとどめる（以下、本節の頁数は同稿のもの）。

現実認識として、経済・社会・宗教等の社会的諸領域において団体の役割は無視できないものとなっており、「これらの社会的諸領域は様々な組織・団体によって構成される多元的秩序としての様相を呈していると見ることも可能である」（234頁）。そして、個人の自由もそのような様々な団体の在り方に依存するとすれば、重要なのは一面的に団体を排除するのではなく、これらの諸領域を自由な秩序へと形成することであって「それぞれの領域ごとに適切な法的枠組みを構築することが課題となる」（235頁）。その上で林は、かかる現実の課題に対応するための「レセプター」の一つが〈団体の人権〉論であったとの理解を示すのである（238頁）。このような観点からすれば、「特定の政治理念を体現し、国家と個人の関係を基底的に秩序づけようとするものとしての憲法」（理念）と「実定法秩序の中の特別な審級として、多様な法的利害が持ち込まれ、その意味が発展させられる多元性のフォーラムとしての憲法」（現実）

55）林知更「憲法秩序における団体」長谷部恭男ほか編『岩波講座憲法2』（岩波書店、2007年）227頁。

という2つの憲法との対立・緊張が見出せるのであり、〈団体の人権〉否定説は前者に寄り「その政治理念が有する思想的潜勢力をできる限り純粋なかたちで温存しようとする立場」であり、逆に肯定説は後者に寄り「自由の条件の変化に対応した憲法の射程拡大を要求する立場」である（248–249頁）[56]。

以上の林の議論において注目すべきは、〈団体の人権〉論と多元的秩序構想との接続である。〈団体の人権〉論肯定説は、純粋な個人を保存し国家との関係を規律する憲法理解とは異なり、各々が秩序を構成している社会的諸領域が存在するという現実認識に対してこれらと個人との適切な関係（自由な条件）を作出することをも含む憲法理解を背景にしており、これは本稿における社会法へのまなざしとも親和的であるように思われる。このように、団体から解放された抽象的な個人ではなく、〈社会における人間〉そしてその背後にある社会的諸領域と社会法を見出す観点は〈団体の人権〉論肯定説と関わっている。そして、前節でみたように、これは権利性質説が有している観点なのである。

もっとも、多元性というとき、恐らく林は団体という主体の多様性を指しているため、社会諸領域についてまでは言及されていない。かつて筆者は、かかる意味での多元性とそれらを含む社会諸領域が重層的に存在するという多層性とを分けて論じたことがあるが[57]、そこでは説明が不十分であった。本項が目指すのは、具体的人間観および社会法へのまなざしを踏まえた、多層的かつ多元的な秩序構想における憲法上の権利の定式化であり、次章ではオーリウを参照しながらそれを試みる。

56）もっとも、日本憲法学において否定説が主張されたのは、〈団体の人権〉がむしろ個人と同様なものと理解され、個人に対抗するものとして立ち現れてきたことに対して「社会的権力から個人を保護するために、憲法がその規範的射程を正しく拡大すること」を企図してであった（同上250頁）。そのため、日本における否定説は憲法の射程拡大を要求するという屈折した問題状況である、というのが林の診断である。

57）拙稿「書籍流通制度と憲法理論・試論」慶應法学39号（2018年）43–44頁。

Ⅳ　人権・憲法上の権利の定式化

1　本章の問題関心

第三共和政期フランスの公法学者モーリス・オーリウは、その制度論で知られている。オーリウの制度論は日本でも紹介・研究され[58]、近年では時本義昭や小島慎司の手になるオーリウに関する研究書が出されている[59]。特に小島の『制度と自由』は、同時代的な比較をするとともに、「制度と規約」論文[60]および『公法原理〔第2版〕』[61]を中心にテキストを丹念に読み込むことで、オーリウの団体論について明瞭な解釈を提供している[62]。そこでは、一定の手続によって均衡的に維持される制度が描かれ、それを契約でも合同行為でもない複合行為（l'acte complexe）として理解するオーリウ制度論の法的構成が明らかにされている。オーリウも「制度と規約」論文で用いたスポーツの比喩でいえば[63]、小島の指摘した手続というのはスポーツのルールであり、プレイヤーはスポーツに参加する以上はその手続自体にも同意しているため[64]、敗

58）例えば、宮沢俊義「フランス公法学における諸傾向」同『公法の原理』（有斐閣、1697年）90–101頁〔初出1930年〕、水波朗『トマス主義の憲法学』（九州大学出版会、1987年）11–54頁、磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁＝磯部力＝村上順『フランス行政法学史』（岩波書店、1990年）225頁、齋藤芳浩「国家・法・同意（一）・（二・完）」法学論叢131巻5号（1992年）25–56頁・133巻4号（1993年）70–89頁、飯野賢一「モーリス・オーリウの公法学説研究（一）・（二）・（三・完）」早稲田大学大学院法研論集87号（1998年）1–26頁・88号（1998年）1–26頁・90号（1999年）25–50頁。最近では、長谷部恭男「モーリス・オーリウ国家論序説」同『憲法の論理』（有斐閣、2017年）168–192頁。

59）時本義昭『法人・制度体・国家』（成文堂、2016年）および小島慎司『制度と自由』（岩波書店。2013年）。

60）Maurice Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p.134 et s.

61）Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2ème éd., Sirey, 1916.

62）小島・前掲注59）第Ⅱ部参照。

63）「会議のメンバーは、ゲーム（jeu）やスポーツ（sport）の一種である、この手続の魅力（l'attrait）によって結び付けられている。討議とは……参加した闘技試合である」（Hauriou, *supra* note 60), p.165.）。

北してもその結果を受容し次のステージに移行する。その積み重ねによって一定の動態的均衡に至った状態が制度であると理解できる。しかし、本稿の関心はその手続以前のところであり、恐らく小島が同書で主たる研究対象とはしていなかった制度存在論の部分、この「スポーツ／プレイヤー」の生成と存在である。そしてこれは、オーリウにおける「個体／人格」の議論と繋がっている。もっとも制度の生成については、既に拙稿[65]で示したところであり、本稿ではそれを参照して簡潔に説明するにとどめる。その中で、団体と構成員との関係も理解されるであろう（2および3）。

オーリウ制度論は法人論ないし団体論にとどまらない射程を有している。それは一定の領域（場）の生成およびかかる領域（場）と構成単位との関係を説明する理論としても活用できるだろう。このような活用によって、人権および憲法上の権利を再定式化することが本章の目的である（3）。

2　「個体／人格」という区別と制度の生成

（1）「個体／人格」区別論

オーリウの議論の特徴の一つは、「個体（l'individu）＝客観／人格（la personne）＝主観」の区別と統合というモチーフである[66]。オーリウによれば法学者は主観の検討にとどまり客観の検討を疎かにしている。「客観から主観へという方法は、法的人格の問題を扱う法学者によって一般には採用されていない。むしろ彼らは反対の方向へ進む。……したがって、実際には、彼らは客観的な組

64）「同意という現象には……同意という事実に対する承諾（adhésion）と行為（acte）に対する承諾とがある。同意という事実に対する承諾（adhésion）は手続の各要素と関連しており、行為（acte）に対する承諾は手続そのものに対する受容に関連している……。〔しかし〕要するに、この手続の受容もまだ、事実に対する承諾、つまり、制度の存在およびその存在の必要性という事実に対する承諾である」（Hauriou, *supra* note 60）, p.154.）。

65）拙稿「「場」としての国家 /「人」としての国家」法政論究 119 号（2018 年）69 頁〔拙稿 2018〕、拙稿「【l'Etat ／ l'institution nationale】の制作・試論」法政論究 121 号（2019 年）37 頁〔拙稿 2019〕。

66）Cf. Maurice Hauriou, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, rome 22, p.5.

織へ向かう図を描きながらも、本当にはその意向を実行しないのであり、まるで魔法陣にいるかのように、純粋な主観的な構想にとどまっている」と非難するのである[67]。オーリウにとって、個体性は人格性に先立つ要素であり[68]、社会に内在しつつ他と区別される状態であると解される[69]。そのため、後述のように制度の生成は個体の形成から始まる。

(2) 個体性と倫理的人格、およびそれらと制度の生成との関係

では、人格はどうか。オーリウにおいては「倫理的人格（personne morale）」と「法的人格（personne juridique）」が区別されている。小島によれば、「法人格とはさまざまな権利の主体となりうる地位」であり、「倫理的人格とは意識を有する自由な主体のことである」[70]。このような理解は定義としては正当かもしれない。しかし、相違の事柄について「人格」という言葉を用いることは、特に今日における「人格」の多義性に鑑みれば、なるべく回避すべきと思われる。さらに、倫理的人格はそれ自体として自存する存在であり、他者との関係でのみ現れる法的人格とはあまりにも差異があり混乱を招く。そのため筆者は拙稿「「場」としての国家／「人」としての国家」[71] において、倫理的人格たる制度について「人」というカテゴリーではなく、市場や国家といった制度的存在を含む「人工物」というカテゴリーに含まれるべきであるとし、それと法的人格たる制度とを分けるべきだと主張したのである。

オーリウにおける倫理的人格について、制度の生成に絡めて筆者の理解を示

67）Hauriou, *supra* note 61）, p.85.

68）ジュリア・シュミットによれば「オーリウは、人格化が出現する前に、社会的団体の基礎的かつ本来的な複雑性をとらえており、次いで彼は『人格化の戯曲』を分析する……何よりもまず、集団的実体（les entités collectives）は事実上の個体性を獲得することから始まる」（Julia Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, 2013, p.194.）。なお「人格化の戯曲」という和訳は、飯野（一）・前掲注 57）18 頁を参考にした。

69）この点につき、拙稿 2018・前掲注 65）74–77 頁。

70）小島・前掲注 59）142 頁。

71）拙稿 2018・前掲注 65）。

そう。制度は、事業の理念（l'idée de l'œuvre）・（組織化された）権力（le pouvoir organisé）・一体性の表明（les manifestation de communion）という 3 つの要素から成る。オーリウによれば、それらが継起的に現れることで、理念が個体に内在化し、それによって制度が生成され倫理的人格を獲得する[72]。制度の生成が即ちその永続性の確保であり、その永続性が「制度の内部に存在する諸力が均衡状態をなすことによって保障される」[73]とすれば、制度が倫理的人格を有するというのは、個体化された制度がその内部に諸力を内包しながらも一定の理念に基づいて安定的に持続する状態（個体的安定性）であると解される。もっとも、個体も静的に存在するものはなく、あらゆるものが内なる諸力の均衡を内包して動態的ながら安定して存在するものだとすれば[74]、このような意味での倫理的人格は、制度の個体性と同一であろう。ここで、小西美典が「精神人格〔倫理的人格のこと：筆者注〕は集団の内部的な規律にのみ役に立つもの」と説明するように、個体であるという事実を超えた規範的性質を有している点で、倫理的人格と個体性とは異なるとも思われる。しかしながら、その規範的性質は人格性にではなく、ひとえに理念に由来するものであろう。というのも、オーリウが「une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social」と述べているように、制度は“「理念」である（est une idée）”からである[75]。すなわち、人格性故に規範的性質があるのではなく、理念という規範を冠し安定的に存在する個体である故に人格性を

72）Maurice Hauriou, « La théorie de l'institution et de la foundation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, N° 4, 1925, p.2, p.10 et p.21. 小西美典によれば、制度の生成においては「集団内部の職能に応じた組織が生れ、かくして、人的制度たる集団においては人格化が自然発生的に生ずる」と説明される（同「制度理論における法人格論」法学雑誌（大阪市立大学）4 巻 3・4 号（1957 年）33 頁）。

73）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（2）」早法 58 巻 1 号（1983 年）110 頁〔後に、同『法による国家制限の理論』所収〕。

74）この点で筆者は、まだ理解が浅いとはいえホワイトヘッドの哲学に共感するところがある。その概要については、中村昇『ホワイトヘッドの哲学』（講談社、2007 年）参照。

75）Hauriou, *supra* note 72), p.10.

有するのである[76]。とすると、やはり「倫理的人格」は「意識を有する自由な主体」という意味よりも、安定的な存在者という意味にも解すべきと思われる。意識は制度（団体）に認めがたいとしても、そのような意味での倫理的人格については、制度（団体）も自然人も共通して有するだろう。本稿では「倫理的人格」の後者の意味に専ら焦点を当てる。

ここで団体の個体性について補足する。というのも、団体の場合は肉体のある自然人と異なりその個体性自体が問題となるからである。この点、擬制説の代表としてしばしば紹介されるサヴィニーについて、石部雅亮によれば「法人の実在性は、サヴィニーにとって自明の前提であり、ただ法人概念の構成要素とされていないだけ」であるから、その擬制説を「法人の社会的実在を認めない、あるいは法人を架空の産物とする説であるかのように理解するのは、正しくない」[77]。この理解からすれば、団体の法人格についての実在説も擬制説も団体が個体的に存在すること自体は前提としていたといえる。逆に言えば、団体の個体的存在という問題が明確ではなく、石部が敢えてそのような注意喚起をしたように、その問題と混同されて論じられたこともあるのだろう。本稿では団体が個体として実在することを前提としている[78]。

（3）倫理的人格と法的人格

倫理的人格と区別されるところの法的人格は、外部的な規律に役立つ[79]。そもそも、法的人格は取引における人格であり、私法でいう法人格と同義である。ここでオーリウが「事業の目的（le but d'une entreprise）」と「指導理念（l'idée directrice）」とを区別し、両者の相違の一つとして「指導理念は、事業の内部的

76）このような人格性がトマス・アクィナスの人格概念と重なってくることについては、拙稿 2018・前掲注 65）74–75 頁。

77）石部雅亮「サヴィニーの法人論をめぐる問題（一）」法学雑誌（大阪市立大学）32 巻 4 号（1986 年）34–35 頁。

78）団体の存在論については、拙稿 2019・前掲注 65）で論じた。

79）小西・前掲注 72）35 頁。

なものであるのに対して、事業の目的は事業にとって外部的なものと考えられる」点にあるとしている[80]ことに鑑みると、先の倫理的人格に関わるのが指導理念であり、事業の目的に関わるのが法的人格であると解される。つまり、指導理念は制度の個体性の維持を規律する規範であり、事業の目的は他者との取引を規律する規範である[81]。

小西はこの差異を捉えて、倫理的人格を「理念を化体した『真に制度的な主体』」であり、法的人格を「目標をもった『他人との関係の主体』」と理解する。しかしながら、ここで「主体」という言葉が行為主体を意味するとしたら、倫理的人格（個体性）に「主体」という要素を入れるべきではない。なぜなら、「行為」という要素が介在した瞬間、社会的環境に囲まれている制度は他者との関係に入らざるを得ず、そこで現れるのは倫理的人格ではなく法的人格だからである。やはり先に述べたように、倫理的人格は制度の個体性の謂いでもあるというべきである[82]。もっとも、「主体」という言葉で個体性を示す場合もあろう。しかし、混乱を避けるため、本稿では「主体」は全て他人との関係を想定された「行為主体」の意味で理解する。

80）Hauriou, *supra* note 72), pp.12–13.

81）なお、小島は、オーリウが両者を区別したのは、「制度と規約」論文が「目的を外から与えられたものと定義するためであるに過ぎない」としている（小島・前掲注 59）187–188 頁）。しかし、「idée ／ but」との区別は、制度の「内／外」の区別と密接にかかわる重要なものである。本稿では一先ずオーリウの言葉通り両者を区別する。

82）小島も、規約と人格の関係について、「ある存在が規約を持つからこそ、その変化にもかかわらず一定した何かが存在に見られることになり、それが人格であるというのである」という理解を示している（小島・前掲注 59）180 頁）。そのため、小島において「人格」の意味がはっきりしない。また、この一文では「ある存在」が存在していることが前提となっている。しかし、常に変化し一定のものがないようなものについては共通の何ものかを抽象して認識することができない以上、なにものかが「ある存在」と認識されるのであれば、それは既に「その変化にもかかわらず一定した何か」なのではないかという疑問が拭えない。

（4）小括

以上を要するに、オーリウの制度論は法人論であると言われるが[83]、より分析的に理解すると、制度は「理念（idée）―個体性（客観）―倫理的人格／目標（but）―人格（主観）―法的人格」という2つの側面を有する統合体である[84]。そして、制度はその内部において諸力が動態的に均衡しその個体性が維持されているのであって、それを規律しているのが理念なのである。

先述のように、オーリウが「人格」という言葉を用いるとき、他者の存在を前提とする「法的人格」と、自分自身にのみ関わる「倫理的人格」があるといえる。自分自身にのみ関わるという点で、倫理的人格は自律性やアイデンティティと関連するだろう。そしてその意味での「人格」は、憲法学においても、人権の根拠論における「人間性」[85]や「人間の尊厳」[86]という言葉、また13条論における「人格的自律」や「人格の尊厳」[87]という言葉で語られてきたように思われる。しかしながら、そのような「人格」が前提としているところの存在者それ自体については、恐らく形而上学的な考察を要するがために、明確には語られてこなかった。この事態を、憲法学における規範（価値）論の前景化と存在論の後景化といってもよいかもしれない。本稿ではこのような規範（価値）論を扱わない。そのため、以下本稿で「人格性」といってもそれは「法的人格」、つまり権利義務の帰属先たる資格のみを意味するものとする。そして、以降では、「倫理的人格」自体の更なる検討はせず、その存在論的側面を捉えて「個体性」と呼称する。

83）時本・前掲注59）168頁、石川健治『自由と特権の距離〔増補版〕』95頁以下。

84）「現実在する人間は常に、同時に『個体』でもあれば『人格』でもある」という水波朗の言葉もこのような制度理解の下で解すべきである（同『トマス主義の憲法学』（九州大学出版会、1987年）22頁注（5））。

85）宮沢・前掲注25）97頁。

86）芦部・前掲注7）54頁。

87）佐藤・前掲注7）173頁。

3　オーリウ制度論における団体と構成員

(1) 構成員の人権と団体の人権との次元の差異

先の「人格」についての理解からも、「オーリウによれば，個人にせよ制度にせよ，ある者に人格が認められる場合には，その者を含む制度（最も広く捉えれば国家）にも人格が肯定される。つまり，制度の人格と構成員の人格は同時に成立するのである」[88] という小島の理解は正当であると考えられる。もっとも、本稿の理解からすれば、「制度の“個体性”と構成員の“法的人格”とは同時に成立する」ということになろう。そして、このような理解からすれば、よりミクロには「自然人の“個体性”と諸器官の“法的人格”とは同時に成立する」といった言説も語りうる[89]。しかしながら、法学はあくまで自然人を出発点とし、それ以上のミクロな次元を出発点としない。かかる出発点も約束事でしかない。他方、「ある制度を超えたものの“個体性”と当該制度の“法的人格”とは同時に成立する」といったよりマクロな言説は法学の対象としてきた。これが〈団体の人権〉の次元なのである。

そのため、構成員の人格とそれが構成する団体の人格とは語っている次元が異なる[90]。ジュリア・シュミットがオーリウの人格について「国家の法的人

88）小島・前掲注 59）163 頁。

89）「人間の倫理的人格の下に物理的個体性があるのとまったく同様に、集団的組織の倫理的人格の下に法的構成が重要である客観的個体性がある」というオーリウの言葉も、「倫理的人格」の意味について更なる検討が必要ではあるが、このような見方の証左となろう（Hauriou, *supra* note 60), p.179.）。安藤馨が「団体のみが存在する」というのも、このようなミクロな言説へと誘うものと理解できる（安藤馨「団体が、そして団体のみが」安藤馨＝大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』48–67 頁）。

90）オーリウは「集団と集団構成員との間の契約的状況（situation）という構想は……この 2 つの言葉は、相互対立できるような部分ではなく、同一の組織的全体の要素であるという点で、理解できない。頭と手の間の契約を想像することもできなければ、有機的な関係を形成するために心臓と頭との間での法的仲裁を想像することもできない。……私は、法的取引を想定しないあらゆる内的関係から、法人（personalité morale）の働き（intervention）を取り除きたい。制度の客観的な個体的組織は一つのもの（chose）であり、その主観的な人格的分野（domaine）はその別のものなのである」（Hauriou, *supra* note 60), p.177.）と語る。もっとも、オーリウは、株主や機関、市民といった団体内部での地位は、それに種々の

格という概念は、憲法の領域に入り込むと同時に霞む。それは、国家間の関係や公役務としての遂行される法的関係の作用にとってしか有用でない。公権力として服従主体を管理する場合は、人格という視点は意味をなさない」という理解を示しているが[91]、これは本稿とほぼ同様の理解を示していると思われる。

(2) 構成員と団体の間の連絡

では、このような個体たる制度とその構成員との繋がりをいかに理解するか。小島によるオーリウの代表説の理解が適切であると思われる（以下、本款の頁数は小島『制度と自由』のもの）[92]。

権利が付随する、法的な「物」であって、人々はそれに対する物権を有しそれを他の人々に対抗できるという理解は、「会社（Société）と株主（actionnaire）との間に債権関係が存在しえないということを述べているのではな」く、株主の会社に対する出資や会社の株主に対する配当を挙げ、その場合には「会社の法的人格が現れる」と述べる。その上で、「これは会社の構成（constitution）または組織に関わる一連の諸関係にもはやいない、ということである。反対に、会社が着手した法的取引に関わる、つまり会社の事業（entreprises sociales）の管理運営（gestion）に関わる一連の諸関係にいるのであり、そのような観点からすれば、株主はもはや会社の構成員ではなく、協働者およびパートナーなのである」と述べる（Hauriou, *supra* note 60), p.181.）。この点の整合的理解は、株式や株主の権利についての原理的な理解が必要であり、本稿ではこれ以上は踏み込まない。一つだけ補足すれば、オーリウがここで債権関係に立つとしているのは、自益権に含まれる配当請求権であり、これについては「総会の決議により特定した配当金支払請求権のように、すでに具体的に発生したものは、通常の債権であって」処分することができる（鈴木竹雄「新版会社法〔全訂第 4 版〕」（弘文堂、1993 年）88 頁）。議決権等の共益権についても同様なのかは不明である。なお、共益権と自益権という用語を検討する泉田栄一「自益権と共益権」法時 83 巻 12 号（2011 年）90 頁では、フランスにおける株主の権利理解が日本とは異なることも示しており、この観点からの検討も必要であると思われる。

91）Schmitz, *supra* note 68), pp.200–201. なお、オーリウ自身も、国家の主観的側面たる l'État と客観的側面たる l'institution nationale とを区別した上で、前者は「国家の人格とは区別される人格をとしての国家の服従主体に対してや外国に対して」行使され、後者は「組織の力であり、組織において探求されるべき」とされている（Maurice Hauriou, « La souveraineté nationale », *Recueil de Législation de Toulose*, 1912, pp.1–156, pp.10–11.）。この点については、拙稿 2019・前掲注 65）54–62 頁も参照。

小島によれば、オーリウの代表説は「代表者の固有の意思・利益を想定した上でそれらとは切り離されて安定的に存在する制度の目的との関係を探索する」主張であり（247 頁）、機関説とも委任説とも異なる第三の説である。ここで機関説とは、構成員の共同意思を団体が独占すると理解する立場であるが、オーリウの代表説は代表者固有の意思を認める点で異なる。もっとも、代表者は自身から切り離されて安定的に存在する制度（理念）を代表する点で、構成員に共有されるものを想定している。他方、オーリウは委任説も退けるのであるが、ここで退けられている委任説は委任者・受任者間で共通のものが想定されていないもののみである（245 頁）。このような代表者は一次的には権力（pouvoir）を有する統治機構であり、政治的自由を有する個人は統治機構に対して附合・協約（adhérer ／ collaborer）する（267 頁）。このような統治機構と政治的自由を有する者との協働によって制度は動態的均衡に至るといえよう。さらに、小島によれば「敢えて刺激的な言い方をすれば、私人でさえも代表者である」（263 頁）。

もっとも、小島によれば「私人も代表＝表象すると考える、代表する自由の構成は、オーリウにとって 1 つの挑戦であった」（264 頁）。私人までも代表者に含める取り組みは、組織化されたナシオン（nation）、つまり全体組織としてのナシオンを代表する統治機構（オーリウの権力分立においては、選挙民が含まれる[93]）だけにとどまらず、プープル（peuple）にも代表者としての地位を拡大する民主政を取り入れる試みだったからである（265–267 頁）。小島が取り上

92）参照、小島・前掲注 59）227–273 頁、同「代表説の挑戦」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相〈上〉』（有斐閣、2013 年）37 頁。

93）「モンテスキューは 3 つの権力を分けた。執行権，立法権，裁判権である。彼の時代においては，これら 3 つの権力は実際に政治的意思能力（compétences de la volonté politique）を有し，政治的役割を実際に果たしていた。……デモクラシー体制が，権力分立における政治的作用に含まれる（engagés dans le jeu politique）公的権力のリストから，裁判する権力を追い出したと明言する時は来た。しかし，すぐに他のものが取ってかわることになる。それは選挙権である」（Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel* 2ème éd, Sirey, 1929 ; rééd., Dalloz, 2015, p. 350.）。

げた比喩でいえば、舞台の上の演者は統治機構であり、その観衆がプープルであろう（263 頁）。オーリウの「国家」は舞台だけでなく、観客も含めた演劇空間にもその概念を拡張したのである。選挙民を含む権力を有する統治機構と政治的自由を有する市民はあくまで別の地位であって、この両者が動態的に均衡して国家という個体を形成・維持している構図であろう。この構図自体は筆者もおおよそ賛同するところである。ただし、倫理的人格ではなく個体性のみを対象とし、制度における内外の区別を明確にする本稿との関係では、そのような国家は一種の領域（場）であり、闘技会場だと解される[94)]。その領域（場）において、両者は事業の理念との関係で代表として競争または協働する[95)]。権力的な統治機構と市民とのかかる営みを政治的自由という名称に鑑みて「政治」と呼ぶとすれば、「政治」とは、制度（理念）の代表を巡る構成員間の競争または協働である。とすれば、そのような「政治」は常に制度（理念）に枠づけられているのであり、個人的利益を主張するだけの民主政とは異なる（265 頁）[96)]。

このように、構成員と団体は構成員が団体の理念を代表するという形で連絡される。かかる理解からすれば、構成員は決して団体に埋没する存在ではない。確かに、構成員は団体の理念の下にあるが、他方で自ら固有の意思を有し、団

94）このように、制度を場として捉えたのが、拙稿 2018・前掲注 65）である。なお、オーリウが、株主や機関、市民といった構成単位を物と理解したのは、それを構成要素とする制度（団体）が人格を有しているためであろうが、これは先の理解と整合しないものではない。それが場であるからといって、その参加資格という構成単位自体が人格になると解する理由はない。この場合、制度という場を、自らの指導理念に従って、その内部に構成単位を生成する動的なシステムであると理解したならば、それは機能分化するオートポイエティックなルーマン的システムと重なってくる。ここではその繋がりだけ示唆するにとどめる。

95）その協働の内容が、小島が明らかにした事柄であり、遂行すること（acte）と遂行されたこと（fait）の連鎖である。この点についてオーリウはサンゴ礁（madréporaires）の比喩を用いている（Hauriou, *supra* note 60), p.152.）が、サンゴ礁は群体であり石灰質の骨格を積み重ねて形成されていくことから、オーリウの主張がこの比喩に的確に示されているといえる。

96）この点は、選挙権についての公務性や権利性と関連すると思われるが、本稿では扱わない。

体の理念を潜在的には創出しうる存在である。その意味で人は、個人でもあり構成員でもあるという両義性を有する存在である。

(3) 補足：「国家」について

ここで一つ留意すべきは、これはあくまで政治という闘技場についての記述であり、安易に全体化してはならないということである。つまり、ここでの制度（理念）はあくまで一定の領土を統治する事業を行う統治団体（統治事業団体）たる国家（政府）であり、その領土全体（領土団体）とは異なるということである。換骨奪胎を承知で「集団と集団構成員……は……同一の組織的全体の要素である」というオーリウの言葉を借りれば[97]、「国家と国家構成員は、同一の領土団体の要素である」といえよう[98]。このような理解からすれば、一定の領土で活動する人々を大まかに地位で分類すると「①権力（立法府、執行府、選挙団）の地位／②政治的自由の地位／③それ以外の地位」に分かれ、統治事業団体は①と②を構成要素とし、領土団体は③を構成要素とするといえる。また、領土団体は統治事業団体も含めた制度（理念）であるといえるため、③の地位は統治事業団体も有している（そのような地位があるからこそ、領土を統治できるのである）。

もっとも、これはあくまで地位であって、政治過程においては選挙民の地位を有し権力側にいたものが、行政執行の段階で権力の対象たる地位に立たされるように、あるものがいかなる地位に立つかは場面による。そしてその場面の相違は、統治事業団体内部の場面か、統治事業団体外部の場面かが決定的である。前者であれば“統治事業団体の各構成員が”理念によって、後者であれば“統治事業団体が”事業目標（および領土団体の理念）によって各々統御されると解される。オーリウにおいてはこの区別が曖昧なまま、統治事業団体の構成

97）Hauriou, *supra* note 60), p.177.

98）領土団体と統治事業団体とを「住民共同体／領土管理団体」という区別で明確化しようとしたものが、拙稿 2019・前掲注 65）60–62 頁である。

員と領土団体の構成員とをいずれも「国民」という言葉で総称することで、領土団体たる「国家」の部分に過ぎない統治事業団体たる「政府」が領土団体と同視されてしまっているように思われる[99]。

これを踏まえて、小島が理解するオーリウ制度論をあらためて眺めると、国家という制度（理念）は、その内部を見た場合には、統治機構と政治的自由を有するものとの代表を巡る競争ないし協働する領域（場）であり、統治機構だけでなく、政治的自由を有するものもまた附合・協約してこれに参加する主体である。この場合は国家が主体として立ち現れることはない。本稿ではこのような制度の側面を「個体性」と呼んだ。他方、その外部との関係を見た場合には、国家は他の主体と人格的に対峙し、統治事業という事業目標（および領土団体の理念）との関係で権限をもって活動する主体である。

4　オーリウ制度論と多層的・多元的秩序構想：憲法上の権利の定式化

このようなオーリウ制度論から見えてくるのは、「制度―構成員」を一単位とした秩序であるが、先述のようにこれはミクロにもマクロにもスケールを変化させることが可能である。法学では、人体の諸器官に行為主体性を認めることはない、換言すれば、「制度＝肉体―構成員＝諸器官」というスケールは採用していない。ここまでは見解は一致するだろう。では、「制度＝領域（場）―構成員＝人・団体」というスケールはどうか。オーリウ制度論を法人論として理解し、「制度を法秩序と同一視しようとする論理的飛躍」を戒める[100]の

99）関連して、中谷義和が「『国家』が『統治機構』という『権力組織』と『領域』に有界化した社会経済関係の『総体』（『国家存在』）という二重性を帯びる」と記したことが筆者の問題関心に近い（同「国家論の基礎概念」立命館産業社会論集 52 巻 1 号（2016 年）58 頁）。中谷の説明を筆者なりに噛み砕いて説明すれば、「国家」とは統治機構と社会経済関係とが有機的に接合した総体であるが、先の二重性は、統治機構が「国家」の名の下で行動することでかかる国家存在を具象化し、さらには社会経済関係を規律することで、国家存在と統治機構とが「国家」として同一視される事態である。さらに、「国民国家」についても、「『住民』は自然的・血縁的共同体を基礎に『国家』において『国民』として政治的に組織されることで」成立するとしている（同 61 頁）。

100）石川・前掲注 83）194 頁。

であれば、このようなスケールは採用しがたい。しかし、オーリウが人格性のから距離を置き個体性の検討を強調していたことに鑑みれば、制度を法人論に閉じ込めておく方が、その豊かな含意を封殺してしまうように思われる。オーリウ制度論は社会諸領域および社会秩序の生成および存在の理論をも射程に含んだ、形而上学（存在論）と法学とを架橋する理論として再評価すべきであろう。

このようにオーリウ制度論を理解したとき、本稿で示した具体的人間観と社会法とを統一的に理解できる。というのも、本稿で挙げたラートブルフ、峯村および正田は具体的人間観と社会法との連絡についてはあまり明確には語っていないと思われるところ、オーリウ制度論からすれば制度と構成員が理念を軸に相互干渉的に均衡を維持しており（動態的均衡）、社会法と具体的人間ともそのような動態的均衡において理解することができるからである[101)]。このような具体的人間と社会法との相互関係は、「人間は社会から作られると同時に社会を作る」という峯村の理解[102)]とも整合的である。本稿で示した具体的人間観および社会法の理論的説明として、オーリウ制度論は有用であるといえよう。

そして、このような多層的（諸領域）かつ多元的（諸主体）な秩序構想においては、個人・団体はその多様な諸領域において各々の属性（地位）に応じて

101）このことは、作者および受容者と作品との関係でも同様であり、作品の存在論から制度的人工物の存在論を語ったものとして、拙稿 2019・前掲注 65）46–49 頁参照。さらに、「個体―人種」という相互作用もありうる。結局のところ、個人権も人間の尊厳を巡る主張であり、「人間の尊厳」という理念の下での権利のように解することもできるように思われる。その場合、「個人の尊重」が対立する「人間の尊厳」とは単に過去において理解されてきたところのそれであり、それに挑戦することが個人権であろう。その場合、かかる個人はハンス・リンダールにおける例外や奇妙なもの該当し（Cf., Hans Lindahl, “Constituent Power and the Constitution”, David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn（ed.）, Philosophical Foundations of Constitutional Law, Oxford University Press, 2016, pp.141–159, and *Id*, “Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, M. Loughlin & N. Walker（ed.）, The Paradox of Constitutionalism, Oxford University Press, 2007（paperback 2008）, pp.9–24.）、《社会》を成り立たしめる目的そのものを問う存在であると解される（リンダールについての私の理解については、拙稿 2019・前掲注 65）参照）。

102）峯村・前掲注 5）19 頁。

権利を享受し行使すると考えられる。そのため、そこにおける権利は「個体が、Xという秩序においてYという属性（地位）を有している場合に、有する権利」として定式化できる。この「権利」が人権であるとすれば、①「〈「人」という属性〉を有する個体が、Xという秩序においてYという属性（地位）を有している場合に、有する権利」または②「〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が、Xという秩序においてYという属性（地位）を有している場合に、有する権利」と表現することができる。

これは内容的に人権と等しいものの、厳格な意味での人権ではない。換言すれば、奥平がこだわった人権は「人」も「社会」も常に理念的なものであるが、ここで定式化したものは特殊な（具体的な）領域（場）性および属性が付与されたものである。その意味でこれは、その具体的な適用を予定されている憲法上の権利の定式とした方がよいと思われる。かかる整理からすれば、①は国民にも外国人にも適用されるが団体には適用されない憲法上の権利であって、②は団体にも保障される憲法上の権利を表していることになる[103)]。本稿の観点（具体的人間観と社会法）からすれば、憲法上の権利はこのように定式化される。

5　小括

本節では、オーリウ制度論を介して、団体の生成・存在や団体と構成員の関係について本稿の理解を提示した。それは結局のところ「対外的関係／対内的

103）ここで「憲法上の権利」としたのもさらに分析しなければならない。第三章に規定された諸権利もまた抽象的であり、この具体的秩序次元での諸権利と全く同じというわけではない。この点は営利的表現の自由や政治的表現の自由、芸術的表現の自由といった諸類型があることからもわかる。「表現行為」といった行為自体は背景を捨象して観念でき、従来「憲法上の権利」で捕捉しようとしていたのはこのような抽象的な行為の自由であったと思われる。しかし、人権にも「社会」という背景が潜んでいることからすれば、行為のみを見るのは「木を見て森を見ない」ものであろう。具体的人間観と社会法という観点から憲法理論を組立て用とするならば、行為は常に一定の領域における行為、比喩的に言えば役者の演技として理解すべきである。本稿では、抽象的な憲法条文上の諸権利と具体的秩序次元での諸権利とを共に「憲法上の諸権利」とする。両者の関係の検討は今後の課題である。

関係」を明確に区別することを述べるに過ぎない。しかし、オーリウが「対外的関係＝法的人格／対内的関係＝倫理的人格」としたように、同じ人格という言葉を用いることによって両者の区別が曖昧となっているように思われる。本稿では、制度が安定しその維持が規範性を有するに至った状態を個体性と呼ぶことで制度に付着した主体性の色合いを削ぐことを企図した。この個体性を対外的関係に置いたときに現れるのが法的人格であり、その対内的関係に目を向けたときには人格的側面は見出せない。対内的観点から見る制度は一種の領域（場）として理解すべきである。もし、対内的関係においても制度に人格を見出し、制度と構成員との間に人格的関係を見るとしたら、それこそ人格を擬制している。このような意味での擬制は混乱のものであり、否定するかまたはその位置づけを明確にすべきだと思われる[104)]。

本章ではさらに、オーリウ制度論が具体的人間観と社会法を説明しうる理論であることを確認した。本稿はこれらの視点から人権・憲法上の権利を定式化することを目的としていたのであるから、オーリウ制度論は本稿においてはかかる定式化の理論的根拠である。そのため本来であれば最初に提示すべきであるが、本稿では憲法学におけるメジャーな問題を分析し、そこにかかる観点が忍んでいることを示した上で、オーリウ制度論を提示した。

その上で、本章では「〈「人」という属性〉を有する個体が、X という秩序において Y という属性（地位）を有している場合に、有する権利」または「〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が、X という秩序において Y という属性（地位）を有している場合に、有する権利」として、本稿の観点に基づいて憲法上の権利を定式化した。

104）このような人格の擬制は「台風が風雨をもたらす」という一文における「台風」と同様であり、あくまで便宜上の主語として置かれているに過ぎないと理解すべきである。この点については拙稿 2018・前掲注 65）80–81 頁参照。

V　おわりに

1　本稿のまとめ

本稿は、あまり議論されることのなくなった人権享有主体性論の検討を通して、具体的人間観と社会法という観点から人権・憲法上の権利を分析したものである。

本稿ではまず「人が人であるが故に認められる権利」という人権の定義を分析することから始めた。そこでは奥平の議論を出発点とし、小畑の批判と対照することで、人権主体論と人権根拠論が区別されるべきであるとし、本稿では人権主体論に着目することを述べた。その上で、「人が人である」とは「個体が〈「人」という属性〉を有する」ことであるとし、人権とは「〈「人」という属性〉を有する個体が有する権利」と定式化した（人権定式①）。

次いで、〈団体の人権〉を検討した。本稿では、従来の憲法学の論じ方ではなく、憲法第三章の諸規定が適用されるかどうかという憲法解釈技術の問題として検討した。その際には、〈外国人の人権〉についての議論を参照しながら類推適用説を採用し、外国人の場合は〈「人」という属性〉が、団体については〈社会の構成単位という属性〉が各々類推の基礎となるという理解を示した。ここで人権は「〈「人」という属性〉・〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が有する権利」と再定式化された（人権定式②）。

かかる検討において、少なくとも判例では自然人も〈社会の構成単位という属性〉を有しているとの認識を示していたことが確認された。そこにおいて具体的人間観という本稿の観点と親和的であることを示した。さらに、憲法論における〈団体の人権〉の意義を検討した林の論稿において、〈団体の人権〉を肯定することが社会法的な観点と親和的であることを示した。

そこで、具体的人間観と社会法という本稿の観点を説明しうる理論としてオーリウ制度論を持ち出した。オーリウ制度論は制度を構成員間の相互干渉において動態的均衡に至る状態であると説明する点で、具体的人間観と社会法を統一的に説明することができる。それは同時にオーリウ制度論を多層的かつ多

元的な秩序構想と結びつけることであった。

最後に、かかる多層的かつ多元的な秩序構想における定式化を試み、理念的な人権ではなく実定的な憲法上の権利の定式として「〈「人」という属性〉を有する個体が、X という秩序において Y という属性（地位）を有している場合に、有する権利」または「〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が、X という秩序において Y という属性（地位）を有している場合に、有する権利」を得た。

2　今後の展望

(1) 憲法理論との関係

本稿は具体的人間観と社会法という観点から構想される多層的かつ多元的な秩序からの憲法理論の試みの一部である。従来の憲法学は抽象的個人を出発点とし、具体的人間を接ぎ木的に取り入れてきたように思われる。しかしながら、あらゆる背景を剝奪された抽象的個人を出発点としながら背景を背負った具体的個人を記述することが可能なのであろうか。むしろ日本国憲法は「すべて国民は、法の下に平等であつて……政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と規定しており、領域（場）を既に取り込んでいるのである。だとすれば、具体的人間観と社会法を出発点とした憲法理論を構築することは決して不当ではない。

もちろん、かかる憲法理論は個人の尊重（13 条）を無視するわけではない。むしろそれは、構成単位たる自然人が、団体・領域（場）に規定されつつも単なる歯車に堕することなくそれらを創出する主体であるということを担保するための重要な規定である。リンダールの言葉を借りるのであれば「奇妙なもの」であることの保障としての個人の尊重である。

また、オーリウ制度論を多層的かつ多元的な秩序構想まで昇華する試みは、社会法が企図したような一定の領域（場）における理念によって国家を統御することをも理論的に説明することになる。そのため、従来の主権概念に対する批判的検討が可能であろう。この点については今後の課題としたい。この点、

従来の憲法学も「目的」によって規律することは行われていたが、その「目的」の憲法理論上の位置づけはまだ明瞭とはいえない。本稿が示したのは、国家権限も憲法上の権利も共に秩序と属性を前提として語る方図であり、「目的」はその秩序に内在するものとして位置づけられるのであり、したがって当然に違憲審査に現れてくるのである。

さらに、脚注 102 で示したように、本稿では憲法典上の諸権利と具体的な諸権利とを共に「憲法上の権利」とした。両者の関係については今後の検討課題であるが、「憲法上の権利」は例えば「表現の自由」「政治的表現の自由」「ビラ配布の自由」……と具体化のグラデーションがある中での理論的な極地として一先ず理解できるだろう。つまり「憲法上の権利」の中には具体性において程度の差がある。それらを丁寧に分析する視座が本来は必要である。また、「人権」と「憲法上の権利」との関係も今後の検討課題である。

(2) 判例との関係

本稿はそのような憲法理論における権利の記述として「〈「人」という属性〉を有する個体が、X という秩序において Y という属性（地位）を有している場合に、有する権利」または「〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が、X という秩序において Y という属性（地位）を有している場合に、有する権利」という定式を得た。本稿ではかかる定式から諸判例を再読し、従来の見解と照合することまではできなかった。そこで最後にこの点について若干の言及をする。

八幡製鉄事件については、目的の範囲内に関する旧民法 34 条の議論と憲法上の権利能力に関する民法 90 条の議論は別個に論じられている。後者については本稿の定式から「法人が、社会ないし政治的秩序において、納税者という地位を有している場合に、政治的自由を有する」等とした判示と理解できよう。あくまで法人は選挙民ではないのだから国民の選挙権に干渉すれば身分違いということになろうが、同判決は「政党への寄附は、事の性質上、国民個々の選挙権その他の参政権の行使そのものに直接影響を及ぼすものではない」という

認識を有しているのであるから、政治的自由のうち政治献金についてはその地位に付帯する制限は発動しない。問題は法人に憲法上の権利を認めたことというよりもむしろこのような事実認定、ひいてはかかる認定を導いた裁判官の有する社会通念にあるというべきである。

他方、前者は団体の内部問題であり〈団体の人権〉とは関係がなく、あくまで「個人が、団体において、構成員という立場で、～の自由を有する」と表現できる構成員の自由のみが問題となると解される。この問題は国労広島地本事件（最判昭和 50 年 11 月 28 日民集 29 巻 10 号 1698 頁）や南九州税理士会事件（最判平成 8 年 3 月 19 日民集 50 巻 3 号 615 頁）等が関わる。ここで労働組合の「統制権」の意味については本稿の観点から再検討の余地がある。三井美唄炭鉱労組事件（最大判昭和 43 年 12 月 4 日刑集 22 巻 13 号 1425 頁）が「統制権」と呼んでいたのは「労働組合の統一と一体化を図り、その団結力の強化を期するためには、その組合員たる個々の労働者の行動についても、組合として、合理的な範囲において、これに規制を加えることが許され」るというものであり、団体としての統一性自体を保つためのものであった。それは事業目標というよりも事業理念に結びつけられたものである。とすれば、統制権は労働組合が主体とされているけれどもそれは便宜上であり、その内実は行使されるような権利ではなく、組合を組合たらしめている理念と解される。このような理解からすれば、これらの判決も理念を巡る構成員の争いと構成する道があるように思われる。そこで構成員の自由が検討されるのは、そのようなゲームのルールに自由の侵害禁止が含まれているのだという説明になろう。

また、未成年の権利は本稿の定式に〈未成年という属性〉を足したものである。〈未成年という属性〉に付帯するものとして例えばパターナリスティックな制約があると解される。

さらに、よど号ハイジャック事件判決（最大判昭和 58 年 6 月 22 日民集 37 巻 5 号 793 頁）で問題となった「未決勾留者」および「刑事施設の被収容者」は、本稿の定式に〈刑事制度＋未決勾留者という属性〉および〈刑事収容施設制度＋刑事施設被収容者という属性〉を入れることにより、その各々の属性に応じ

て「逃亡又は罪証隠滅の防止」「内部における規律及び秩序を維持」という目的からの制約があると分析できる。同じように、猿払事件判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）で問題となった「公務員」も本稿の定式に〈公務員制度＋公務員という属性〉を入れることにより、その属性に応じて「公務員の政治的中立性が維持されること」という目的からの制約があると分析できる。

以上の記述は判例分析ではなく、本稿で示した定式の具体的使用例を示したに過ぎない。このように、本稿の定式は「〈「人」という属性〉・〈社会の構成単位という属性〉を有する個体が有する権利」という人権を基底に置きながらも、様々な制度（領域（場））と属性を足していくことで、多様な社会諸領域および多様な諸個人に対応する憲法上の諸権利を表現することができる。本稿ではその可能性を示すに過ぎないが、今後はかかる観点から種々の憲法問題を分析し従来の議論との距離を図りつつ、本稿の試論を精緻化することが今後の課題である。