

# 論文の内容の要旨

## 論文題目

近代国家の確立と制度体の自由  
——モーリス・オーリウ『公法原理』第2版における修道  
会教育規制法律への批判の分析——

氏名 小島 慎司

## 設問・問題意識・構成

本論文の課題は、第三共和政フランスの公法学者 M・オーリウ (Maurice HAURIOU) の『公法原理』第2版 (1916年) が、カトリック修道会の私教育を規制した 1901年7月1日法 (許可制)、1904年7月7日法 (全面禁止) を、いかなる法的構成と根拠により批判したかを解明することである。

テキストの制約から自由に本論文の問題意識を現在の日本語で述べれば、それは、「国家」と異なる「社会」の領域で公共的活動を行う私人の自由の法的構成を探究することにある。

「教育の自由」に限らず、プレス、集会、結社、学問の自由を見渡せば、かかる自由は現在の日本の有力学説がその法的構成に鎬を削る場だといえよう。これらの自由は、その目的が自己利益の保護に尽きず「国家からの自由」「防禦権」には回収しづらく、かかる自由が“人権”論に占める位置を、法的議論の様式を保ちつつ解明する作業は必ずしも容易ではないためである。本論文の設問は、検討の誠実さを保つために限定的であるが、それを現在の日本で解くのは、以上の場に一石を投じることを目的とするからである。

本論文は3部からなる。「第1部 設問」は、冒頭の設問を、当時の法の仕組み、社会的文脈、『公法原理』第2版のテキスト全体のなかに位置づけて、解明すべき部分を特定する (第1章)。「第2部 分析」は、第1部で煎じ詰められた課題を検討する本論文の本体である (第2章、第3章、第4章)。「第3部 解答」では、第2部の検討を受けて、本論文の設問に答えを与える (第5章)。

## 本論の概要 第1部 設問

『公法原理』でオーリウが 1901年法、1904年法を批判したのは両法が「教育の自由」を侵害したからである。この消息を敷衍して理解する第1章の要旨は次の3点である。第

一に、両法が、無許可修道会、さらには修道会一般への所属が学校経営・教育資格についての欠格事由であると定めたのに対して、オーリウは経営・教育資格の保有を「教育の自由」と把握し、両法をそれに対する侵害として批判した。第二に、オーリウは、その同時代人と同じく、1901年法、1904年法の制定の背後に、反教権主義の潮流を見出していた。カトリック教育の問題は、その特定領域に尽きず、世俗の政府機構による公的活動の独占の可否という国家論上の問いに繋がり、当時の社会事情に照らしても重大な問題であった。第三に、はたしてオーリウは、「教育の自由」を単に「教育の自由」と呼んで満足するのではなく、一定の概念により原理的な国家論と連絡を付けている。その概念が「政治的自由」である。彼は、個人の自由を、主に私生活のための自由（市民的自由）と、担い手を公生活に参与せしめるための自由（政治的自由）に分類し、後者に、プレス、集会、結社、教育の自由を数える。その「政治的自由」は、政府機構の措置に対して *adhérer/collaborer* する自由であると把握されている。第1章では、この議論の特徴を A・エスマン、L・デュギ、モンテスキュー、ダイシーとも比較しつつ浮かび上がらせている。

以上に徴すれば、本論文の設問は、「政治的自由」＝“*adhérer/collaborer* する自由”がなぜ国家の制定法（1901年法、1904年法）を覆すだけの根拠となるかという問いに煎じ詰められる。第2部では、この問いを検討する。

## 第2部 分析

「政治的自由」＝“*adhérer/collaborer* する自由”の特徴を把握するために、第2部では“自由”の法的構成（第2章），“*adhérer/collaborer*”概念の内包（第3章、第4章）を検討する。

オーリウも日本公法学と同じくドイツの G・イエリネックの読み手である。そこで、イエリネック説との異同に着目することで、我々にはオーリウ説への接近の道が開ける。

両者に共通するのは、国家と個人の関係を権利義務関係でなく、地位関係と把握するところである。既存の研究の示すように、イエリネックにとり自由は自由人という地位であり、権利ではない。オーリウも同様である。自由は能力（権利能力）であり、その能力を前提として「取得された権利」とは区別される。

これに対して両者の差異は、その地位、能力の構成の仕方に表れる。イエリネックに従えば、自由人の地位を与えるのは主権国家である。国家は共通意思・利益を有する団体であり、個人公権はその国家の共通意思・利益と重なる範囲で意思・利益が個別化された場合に認められるに過ぎないからである。オーリウはこの点を以てイエリネックが「消極的」に過ぎると批判する。個人の自由はそれ自体固有の存立根拠を有する。国家は、多様な経験的意思・利益を有する個人に「代表＝表象」される「観念」として、その単一性が肯定

されるに過ぎないというわけである。

ここで問題となるのが、代表＝表象である。表象とは、手で触れられない観念を経験的な事物を以て表現する（例、一角獣を絵で描く）ことである。経験的に実在しない国家も、経験的に実在する個体を通してならば表現しうるとというのが、オーリウ説である。しかも、政府機構の外にある私人でさえも自らの意思・利益を以てその観念的な国家を代表＝表象する。こうした議論は——勿論認識論的には複雑であるが——予め国家を共通意思・利益の主体として出発させるイエリネック説への批判を形成する。政府機構の外の私人が公益的な活動を行う「政治的自由」は、こうして主題化される。

第3章、第4章では、「政治的自由」が政府機構の措置に“adhérer/collaborerする”自由だとされる場合の、adhésion/collaboration 概念に着目する。これらの概念が従来のフランス公法研究でも公権力無答責克服の手立てとなったことは指摘されてきたが、本論文の角度からは自主法こそがその手立ての背後にあると見える。第3章では、Cadot 判決（1889年）の分析に即してそのことを示す。

ある官吏が突然罷免されたとしたら、その罷免に伴う損害賠償請求が可能なように思える。しかし、罷免行為が制定法上全く制約されていない場合も——現に Cadot 判決前後の市町村では制定法上の制約が欠けていた——賠償請求は可能なのか。かかる場合にコンセイユ・デタ判例は、責任否定から肯定に変化した。

adhésion/collaboration はこうした責任を基礎づけるために用いられた。論告担当官の1人は、官吏関係を公法上の契約と構成しその契約違反を問うことで制定法の不備を補おうとした（G・テシエ）。オーリウの議論もこれに似ているが、問題となったのは契約への違反ではなく、端的に自主法への違反だと考えた。adhésion/collaboration はその自主法を創造する行為を指すとされたのである。

もともと、以上の検討を経ても adhésion/collaboration 概念それ自体は我々と縁遠いものと見える。しかし、オーリウはこの概念を合同行為（Vereinbarung/Gesammtakt）と対比して精練させているので、その差異を見極めれば、身近に捉えられる。第4章では団体法上の諸事象を素材に立ち入った分析をしているが、その中軸は合同行為との差異にある。

現在の日本では、合同行為概念を立てる意義が消極に解されることがある。要するに、法文に誰のいかなる意思表示が必要と定めてあるかが問題であって、共通意思・利益という比喩的な前提を置くのは無用と思えるためである。オーリウと同時代の独仏にもかかる批判説は存在した（A・グライツマン、G・ブザン）。

しかし、合同行為論が主題化したのは、既存の客観法に依存しないで自主立法を説明することであった(H・トリーペル)。オーリウの議論の魅力は、この主題を引き継ぎつつも、当事者間に共通意思・利益が存在しないという批判説を撰取したことにある。すなわち、団体の自主法の存立根拠は、共通意思・利益ではなく、命令者と *adhérents/collaborateurs* の行為の要式性にある。オーリウの *adhésion/collaboration* は、共通意思・利益の不在を前提に団体の自主法が生まれることを示す概念であったのである。

### 第3部 解答

以上の検討を踏まえて本論文の設問に解答を与えるのが、第5章である。

第1章で設問を煎じ詰めた結果、「教育の自由」は「政治的自由」＝“*adhérer/collaborer* する自由”であり、「政治的自由」が制定法律(1901年法, 1904年法)を破るのはなぜかが解くべき問いであるとされた。予め国家の共通意思・利益を設定し、それと重なる範囲で個人の“自由”が保護されるという考えに、オーリウは立たなかった。むしろ、個人の自由それ自体が観念的な公共体を代表＝表象するものであり、そうであればこそ保護されると考えた(第2章)。

では、その観念的な公共体とは何か。“*adhésion/collaboration*”が示しているように、それは、自主法を備えた法共同体(中間団体)である。マルセイユ市官吏法が市と官吏の間の自主法として生まれたのは、その一例である。この自主法は共通意思・利益を存立根拠としない(第3章, 第4章)。ゆえに、個人が政府機構の措置に対して *adhérer/collaborer* する「政治的自由」というのも——第2章の検討からして国家が共通意思・利益の独占者として現れないのだから——政府機構も巻き込んだ特殊な法共同体の自主立法に参加する自由であると判断しうる。

以上のことから、オーリウは、「政治的自由」とかかわる自主的な特殊法を以て制定法律に対抗したことが判る。ゆえに、オーリウが1901年法, 1904年法を批判した根拠は、「教育の自由」とかかわる、私教育関係法とも呼ぶべき自主法にあることになる。

本論文の設問と解答が我々に与える1つの示唆は、議会万能の第三共和政下で制定法律に対抗して“人権”保障を求めたオーリウ説が中間団体の自由という形式を採ったことである。この“人権”論が——その自然さにも拘らず——現代日本の標準的な人権論と異なることに徴すれば、また、戦前の日本で「制度」論、「社会法」論の時局迎合発言に徴すれば、本論文の議論の射程は必ずしも短くないと思われる。