

[別紙2]

審査の結果の要旨

氏名 小島 慎司

1. 本論文の概要

本論文は、19世紀フランス公法学の集大成者の1人として学説史にその名を刻むとともに、その豊饒な社会構想によって今なお触発力を保ち続けている、第三共和制期フランスの公法学者モーリス・オーリウについての、文献学的研究である。

この、文献学的研究に意識的に集中している点にこそ、後述するように、本論文の最も顕著な特色が存する。それは、方法的自覚をもってテキストに向き合う姿勢の希薄な、公法学の現状への批判の意図がそこにはこめられているからであり、しかも、モーリス・オーリウは、そうした文献学的な研究にとってきわめて厄介な対象であって、これまで十分に成功した事例は内外を通じてほとんど存在しないからである。

この最後の点については、本論に入る前に、若干付言しておく必要がある。第1に、オーリウは、たとえば教科書を改訂するたびに、巻頭にその間の研究の進展を示す独立の新論文を掲げると同時に、これにあわせて改訂前の本論の構成・内容を根柢から書き改めて、全く別個の本へと脱皮させてゆくというスタイルの学者であって、同じ教科書のシリーズでもすべての版を手元に置く必要がある、という事情がある。まさかそのようなことになっているとは思わず、主著の最終改訂版を揃えているだけのライブラリーが（東京大学図書館を含めて）ほとんどである現状では、オーリウの専門的研究を志して自ら内外に散在する原典を収集しようとしめない限り、およそ語るに足るオーリウ理解には、到達できない構造になっている。これが、オーリウ研究の独特の閉鎖性の要因にもなっている。

第2に、オーリウの仕事は、最晩年の著作「制度と創設の理論」にみられるように、法哲学者・社会哲学者をも魅了する理論的なアクロバシーが印象的である一方で、その理論的なスケールの大きさは、コンセイユ・デタの判例研究の膨大な蓄積に裏打ちされているのであって、フランス行政法の法技術的な理解なしには、判例行政法学ともいべきオーリウ学説を把握することができないという事情がある。そこに、フランス公法学史上最も構想豊かな法理論家の1人であると同時に、フランス公法学史上最初の判例評釈者（アレティスト）でもあるオーリウを研究するためには、哲学・神学から法学まで、それもローマ法学からコンセイユ・デタ判例までを、すべてを見渡せる学殖が必要になるが、それは決して容易に得られるものではない。

第3に、オーリウの観念体系を理解するためには、彼が強く意識し換骨奪胎しようとしたドイツ法学およびドイツ経由のローマ法学を下敷きにして読まなければならない、フランス語・フランス法学の知識では足りない、という事情がある。一見オーリウ・オリジナルの珍奇な用語も、実は、慎重かつ巧妙に遂行された本歌取りにほかならない。そのことに

気がつけば、オーリウの難解なテキストの霧も自ずから晴れてこよう。もちろん、フランス法固有の文脈を知らなければ、やはりオーリウを読むことができない。そのため、「翻訳」には細心の注意が必要であるが、これは容易なことではなく、むしろ、その場限りで行われた訳語選択がオーリウ伝説を再生産してきたのが、実情である。

以上のような事情から、オーリウ学説は、その影響力の大きさにもかかわらず、その実、専らつまみ食いの対象として消費されるか、霧の如き学説として伝説化するか、のいずれかの形でのみ享受されてきたのであり、また、本格的な文献研究を志した先行業績においても、その力点には偏りが生じ、その上澄みの抽象理論から裾野をなす判例研究まで、その有機的な全体が明らかにされるということにはなかった。これに対して、著者小島氏の研究は、解読の対象となるテキストと本論で直接検討される素材や視角を思い切って限定することによって、その限りにおいて、オーリウ学説の有機的な全体を解明することを企図している。

対象となるテキストは、制度理論の名で知られるオーリウの一般理論を集大成した、盛期の代表作『公法原理』第2版（1916年）——この場合も、初版とは、全く別の書物に書き改められている——であり、検討の素材は、1905年12月9日の政教分離法の前段階において、カトリック修道会構成員による私教育活動を規制した、1901年7月1日法および1904年7月7日法であり、これらの法律を、オーリウが、いかなる法的構成と根拠をもって批判したかという点に、検討の視角が限定されている。「国家」と区別された「社会」の領域で、国家的公益とも私的利益とも異なる水準において、公共的活動を行う私人の自由を、法的にいかにか構成すべきかは、現代人権論の喫緊の課題であるが、著者は、如上の作業を通じて、オーリウがこのアクチュアルな問題といち早く格闘していた姿を描き出し、これを当時の独仏法学の文脈のなかに位置付けるとともに、オーリウ自身の一般理論や判例研究との連絡をつけることにより、問題の所在を浮き彫りにしてゆく。視角は意図的に限定されているが、それが学説の核心に迫る切り口であるために、却ってオーリウ学説の有機的な全体が明るみに出るのである。

以下、著者の研究遂行の手續を、その構成に従って、順を追って紹介する。

2. 本論文の構成

本論文は、「設問」「分析」「解答」の3部形式によって、構成されている。

第一部「設問」では、著者の方法的な自己限定のありようが呈示され、厳密な文献学的な解読作業への禁欲が宣言される。分析対象は、前述の通り、『公法原理』第2版であり、ここでは特に、オーリウが1901年法および1904年法を、「教育の自由」を侵害するものとして批判したことに、着目する。この批判は、彼が、その同時代人と同様に、両法の背景に当時の反教権主義の潮流を見いだしていたという事実、さらには、彼にとっての「教育の自由」が、より原理的な国家論を踏まえて、「政治的自由」として把握されていたという事実留意することによって、一層よく理解される。そこにいう「政治的自由」とは、プレス、集会、結社の自由のように、政府機構（gouvernement）の措置に対して

adhérer/collaborer する自由という水準で語られるのであり、オーリウは、かかる「政治的自由」としての「教育の自由」が、国家の制定法たる 1901 年法・1904 年法を覆すだけの根拠となることを主張しているのである。著者は、この「政治的自由」論の特徴を、エスマン、デュギ、モンテスキュー、ダイシー等の議論との比較検討を通じて明らかにするとともに、それが何故制定法の正当性を批判する根拠となり得るのかという問いを、本論の主題として設定する。

第 2 部「分析」では、オーリウのいう「政治的自由」、つまり adhérer/collaborer する自由の特質を把握するため、彼のいう「自由」の法的構成、および adhésion/collaboration の内容が検討される。

「自由・代表・国家」と題する第 2 章では、まず、オーリウのいわゆる代表説による個人の自由の法的構成の特質が明らかにされる。その際、オーリウが、当時のドイツで最も強力な国家理論だった G・イエリネックの徹底した読み手であり、他方、日本の伝統的な公法学もまたイエリネックの熱心な読者であった点に鑑み、著者は、このイエリネック説との異同に着目することで、オーリウの自由論を、日本の公法学説にとって受容可能な定式によって、読み解いてゆく。

両者に共通するのは、国家と個人の関係を個別の法関係（権利義務関係）としてではなく、地位関係として把握する点である。個別の自由権ではなく自由人としての地位に着目したイエリネックと同様、オーリウにとっても、自由は能力（権利能力）であって、その能力を前提として「取得された権利」それ自体とは区別される。

他方、オーリウとイエリネックの差異は、地位および能力の構成の仕方に表れている。イエリネックの場合には、あくまで主役は主権国家であり、共通意思・利益を示す社団としての国家の存在が予め想定される。自由人の地位が相対するのはかかる主権国家であり、個人の公権も、国家の共通意思・利益と重なる範囲において、消極的に規定されるに止まる。これに対して、オーリウにおいては、個人の自由はそれ自体、固有の存立根拠を有しており、国家も、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とどまる。ここでいう代表＝表象とは、手で触れることのできない観念を経験的な事物をもって表現することである。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することができる。

主権的な社団法人としての国家を予め想定し、その共通意思・利益との関連のみを「機関」概念によって明らかにするイエリネックにおいては、国家の機関地位にある人間は自らの意思や利益をもち得ないが、代表概念に執着するオーリウの国家論においては、政府機構の外にある私人も、自らの意思・利益をもって、観念的な国家を代表＝表象することができる。そこにおける観念としての公共体は、イエリネックの如く国家には回収されず、自己利益よりも高い水準で私人によって表象される公論の場である。こうした議論は、イエリネック国家論への批判を形成するとともに、政府機構の外にある私人が公益的活動を行う「政治的自由」を主題化するための基礎となる。

続いて、「官吏・協約・自主法」と題する第3章、「合同行為・附合・自主法」と題する第4章では、政府機構の措置に *adhérer/collaborer* する自由たる「政治的自由」の内容を把握するため、そこでいう *adhésion/collaboration* 概念が分析される。

これらの概念は、リーディング・ケースである有名な *Cadot* 判決において、フランス公法学が公権力無答責の理論を克服するために用いた道具立てとして、つとに知られてきたが、著者は、まず第3章で、これを基礎づけたのはこの概念装置の背後にある自主法の存在であり、*adhésion/collaboration* はその自主法を創造する行為を指す概念であったことを、オーリウの判例評釈に言及しながら示している。そして、公務員法関係に関する彼の学説の検討を通じて、制定法の不備がある場合には、*adhésion/collaboration* を通じてそれを補う自主法が創造されうるとまで、オーリウが考えていたことが、指摘される。

この議論は、既存の客観法に依存することなく自主法が創造されうるとを説明しようとする点では、ドイツにおける団体法上の合同行為論に類似しており、事実、オーリウは、ドイツの合同行為概念との異同を、慎重に検討している。そこで、第4章では、オーリウの団体法論が検討される。彼は、団体設立の説明をめぐって合同行為の観念と協約の観念の是非を争ったドイツにおける論争を意識し、共通利益・意思を想定する点で合同行為論を批判しつつも、トリーペルによる国際法の基礎付けにみられるように、既存の客観法に依存せずに自主法を説明しようとする合同行為論の狙いは、正当なものと評価した。

共通意思・利益の存在を前提とすることなく、*adhésion/collaboration* によって形成された団体は、社団ではなく制度体 (*institution*) と呼ばれる。この点でのオーリウの議論の特色は、団体の自主法の存立根拠は、当事者に共通する意思・利益ではなく（そうした意思・利益は必ずしも存在しない）、当初の命令者の命令に *adhérer/collaborer* する者の行為の要式性にある、と考えられたところにある。その背後には、要式契約をめぐるローマ法上の議論が控えている。著者は、こうした文脈を踏まえて、これまでフランス語からの直訳で「同調」「協働」と表現されることの多かったオーリウの *adhésion/collaboration* の概念に対し、「附合」「協約」の訳を与えている。

第3部「解答」では、以上の検討を踏まえて、本論文の設問に解答が与えられる。第1部での検討によれば、「教育の自由」は、被治者が政府機構の措置に対して *adhérer/collaborer* する自由たる「政治的自由」である。それが、制定法によって破られることがなく、逆にそれを批判する根拠となりうるのは、観念的な公共体の代表＝表象は、むしろ個人の自由それ自体に根拠をもつからである。そして、そこでいう観念的公共体とは、政府機構と私人の間の *adhésion/collaboration* によって成立する、自主法を備えた制度体としての法共同体（中間団体）にほかならない。これがオーリウの制度理論の眼目である。この点、「教育の自由」は、教育の場において存立する、政府機構をも巻き込んだ形で存立する特殊な法共同体の、自主法（特殊法）の創造に参加する自由のほかならず、それを否定するものであったからこそ、1901年、1904年法は批判されなくてはならなかった。議会万能の第三共和政フランスにおいて、オーリウが「人権」を擁護するために訴えかけ

たのは、こうして構成される中間団体の自由であった。

以上が本論文の要旨である。

3. 本論文の評価

本論文の長所としては、次の点を挙げることができる。

第1に、本論文の顕著な特徴は、学問に要求される「方法」と「形式」に対する意識の高さである。著者が採用するアプローチは、オーリウが想定してもいなかった現代の我々が直面する問題に、オーリウであればいかに答えたかを彼の学説の合理的再構成を通じて導き出そうとするものではない。あくまで、オーリウ自身の「問題」を解明し、彼がそれをどのような道具立てを用いて解こうとしたかを、彼が生きた時代の文脈のなかで読み解くことに集中する文献学的なアプローチである。無論、著者自身、そうしたオーリウとの格闘のなかで、いくつか刮目すべき問題を発見したのは明らかであるが、そうした議論を本論のなかに直接もちこむことは、慎重に回避されている。こうした強固な方法意識は、論文形式においては、何よりその構成の美しさに反映されており、また、本文中で必要な箇所では必ず訳文を付した原テキストを逐一引用して読者に検証を可能にする、という叙述方法が、論文全体を通して徹底されているところにも現れている。

第2に、本論文の構成は、『公法原理』第2版を中心とする初期のオーリウが、修道会構成員による教育の自由を制約する1901年法および1904年法を批判するにあたって、いかなる法的構成を用いたかという、限定された局所的問題を設定した上で、それに解答を与えるというものであるが、この問題設定は、オーリウ学説のいわばスイートスポットを衝いたもので、オーリウ研究の観点からみた場合、きわめて適切なものであるといえる。そうした設問をおいた結果、本論文では、こうした問題を解明する途上において、「政治的自由」「代表」「附合」「協働」「制度体」など、オーリウの使用する広範な領域にわたる概念群が全体としていかに共鳴し合っているか、その構造が次々に明らかにされてゆく。オーリウの憲法理論に接したことのあるものは、眼から鱗が落ちるような思いがするであろうし、Cadot 判決というフランス行政法の重要判例の独自の解読は、行政法学者にも示唆するところが多い。また、そうした論旨の展開が、本論文全体にも有機的な統一性を与えていることも、評価に値する。オーリウの用いる一語一語の含意が解明される手際には、謎解きとしての関心呼び起こすものがある。

第3に、本論文は、こうした方法的な禁欲を自らに課すことによって、却って、オーリウの置かれた政治的・社会的文脈、彼が念頭に置いた具体的事件や事例、彼が参照した当時の内外の判例や学説を明るみに出すことに成功した。それは、オーリウと我々との距離を浮き彫りにすると同時に、逆説的にも、我々にとっても共感し、理解し得るオーリウ像を恢復する結果を導いた。このようにして恢復されたオーリウの学説からは、公共財としての憲法上の権利、憲法による制度体（中間団体）保障論、国家の制定法とは異なる公害防止協定その他のいわゆる自主法等、現代公法学上の諸問題を検討する上で重要な示唆を、読者は得ることができる。今日においても随所で引照される一方、その難解さの故に敬遠

されることの多い「読まれざる古典」オーリウの学説を、日本の実定法学説にとって十分に理解可能な議論であることを示したことを、本論文の際立った功績として挙げるができる。

第4に、著者の文体は平明であり、複雑で陰影に富む問題や論理を読者に分かりやすく伝える能力を示している。解答しようとする問題を一つ一つ、順を追って定式化し、解決した後に残る次の問題を新たに定式化する議論の進め方、焦点となるオーリウの用語に性急に訳語を当てはめず、「本歌取り」の現場にまでさかのぼった論証を経た後にはじめて訳語を定める慎重さは、こうした能力のあらわれといえることができる。

もともと、本論文にも短所がないわけではない。第一に、著者が方法的な禁欲を貫くあまり、著者の問題設定がどのような意味でオーリウ研究の急所を衝いたことになるのか、オーリウの学説が現代公法学の諸課題にとってどのような意義を有しているのか、オーリウの発見した団体法上の問題がその後、たとえば労働法制や公務員法制においてどのように実現され、あるいは実現されなかったのか、等々の論点への見通しが読者にはつきにくく、オーリウに関心をもたない読者へのアピール力に欠けるといえる、いわば演出上の難点がある。第二に、オーリウ自身が直接対質の相手に選んだイエリネックほかのドイツ学説との対比が明らかにされた反面で、フランス憲法学の本流と正しい得るジャコバン型国家理念とオーリウの学説との対比が充分には明確になっていないという点もまた、専らジャコバン型理念との関連を強く意識する日本のフランス憲法研究者を読者として想定した場合、不満が残るであろう。しかし、これらは、如上の方法的禁欲のゆえに到達し得た新たな地平を1つの階梯として、著者が立ち向かうべき今後の課題であるというに過ぎず、本論文それ自体の学術的価値を大きく損なうものではない。

以上みてきた通り、教育の自由に関するオーリウの議論を、彼の公法学説全体の中に位置づけることでその意義を解明した本論文は、非常にすぐれた学問的成果であり、著者が自立した研究者として高度な能力を持つことを証明しているとともに、憲法学の発展への貢献がきわめて大きい。よって本論文は、博士（法学）の学位を授与するにふさわしい、特に優秀なものと認める。