
種 別： 研究ノート

タイトル： 紀律法の誕生

著 者： 小島 慎司

所 収： 『上智法学論集』第 65 卷 4 号（令和 4 年 3 月）281-299 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

研究ノート

紀律法の誕生

小島 慎司

- I 問題の所在
 - 1 衛生緊急事態
 - 2 議論の文脈とシャンペイユ・デスプラの主張
 - II 分析
 - 1 課題の再提示
 - 2 ネザールの分析
 - 3 オーリウの議論
- 結び

モーリス・オーリウは、制度理論を確立した『行政法精義 [第6版]』(1907年)(オーリウの思索にとつての1906年前後の意義について、小島2013:83を参照)において、制度に由来する規範の1つとして紀律法(droit disciplinaire)という概念を挙げている(Hauriou 1907:19)。彼が同書の第5版(1903年)までの叙述を刷新して制度理論を打ち立てたときに手がかりにしたものを1つに絞り込むことは難しいが、紀律法概念について思索を深める契機は、1903年のネザールの「素晴らしいテーズ」(Hauriou 1907:20 note 1)であったようである。本論文の主な課題は、このネザールのテーズの内容と照らし合わせることで、オーリウの紀律法の構想の特徴を浮かび上がらせることである。

筆者はかつて、本誌に掲載されたものも含め、いくつかの論文でオーリウの紀律法の構想を、その引用文献を参照しつつ分析したことがある(小島2016:87-93, 小島2017b:857-63)。その意味では、本論文は、筆者が機会を見つけて続けてきたオーリウ研究を一步進めようとするものである。同時に、別の意味も込めている。市民が紀律法に服するというオーリウの問題設定は風変わりなもののようにも思えるが、現在でも、フランスの衛生緊急事態の下での権力行使のありようを「紀律(規律, discipline)」的だと形容する法学者の言説は存在

している。また、我々にとっても、こうした形容に違和感がないという一面があるのではないか(生権力についての指摘であるが、山羽2021:65)。そして、もちろん、「紀律」という言葉自体が多義的ではあるにせよ、歴史的に見ても、このような問題設定は奇妙ではないようである(たとえば、エーストライヒ1982:255)。

そこで、本論文でのオーリウ研究では、そのような少し広い問題関心も控えさせることとし、まず、広い問題関心の方を具体的に説明した上で(→I)、その後、冒頭に示した課題を検討する(→II)。

I 問題の所在

フランスでは、2015年以降、法律上の緊急事態(*état d'urgence*)が繰り返し発令されてきた。1つは、1955年4月3日法律の適用によるものであり、延長が繰り返された結果、2015年11月14日から2017年11月1日までが緊急事態となった。もう1つは、2020年3月23日法律で導入されたいわゆる衛生緊急事態(*état d'urgence sanitaire*)であり、2020年3月24日から7月10日までと、2020年10月17日から2021年6月1日までがその期間であった。

フランスでは、このように反復されてきた緊急事態を、法治国(*État de droit*)の原理との関係でいかに理解するべきかを論じる文脈がある。学説上は、例外状態(*état d'exception*)の議論の蓄積との関係で議論があった論点であるが、実際上も、たとえば、オランド大統領やヴェルス首相が1955年法律の緊急事態が法治国の枠内にあることを強調した言説を発しており(Champeil-Desplats 2018:40)、衛生緊急事態との関係でも、人権擁護全国委員会(*Commission nationale consultative des droits de l'homme*)が2020年4月28日の段階で「緊急事態と法治国」という意見を出している(CNCDH 2020)。

そのような文脈において、シャンペイユ・デスプラは、2020年の論文(Champeil-Desplats 2020)で、緊急事態の法制は法治国の原理を代替するものでも、それを停止させるものでもないが、法治国の内部に組み込まれることでそれを揺るがせ、それを「紀律的」で「差別的(*discriminant*)」にしていると主張している。本節では、緊急事態の法制とそこで生じている問題を概観し(→1)、議論の文脈を描いた上で(→2)、彼女の主張を紹介する(→3)。なお、シャンペイユ・デスプラは似た議論を1955年法律の緊急事態についても展開しているが(Champeil-Desplats 2018など)、以下では、本節の目的が、彼女が捉えようとした問題の所在を明らかにすることにとどまるため、衛生緊急事態を主

な例として紹介を行う。

1 衛生緊急事態

公衆衛生法典の定める衛生緊急事態の仕組みは、2020年3月23日法律によって、時限的なものとして（現在では2021年12月31日まで）、創設された。以下では、シャンペイユ・デスプラの主張を理解する前提を明らかにするという目的に鑑みて、2020年5月11日法律や同年7月9日法律によって変更された内容に即して見ることになるが、その後の改正を経た版でも以下で見るような基本的な部分は変わっていない（初期の法文については、河嶋2020も参照）。

公衆衛生法典の定める衛生緊急事態の下では、首相、保険担当大臣、知事の権限が拡張されている。まず、首相は、厚生大臣の報告に基づいて、一般規制デクレにより、人・車両の移動の規制、人々の外出の禁止、検疫や感染者隔離の命令、公開の施設・集会場所の閉鎖・会場時間制限、公道等での集会等の制限・禁止、財産・役務・人員の徴用等を行うことができるものとされ（L. 3131-15）、これにより、たとえば、フランス全土で原則として公道等での集会等が禁じられるなどの規制がなされた（2020年5月11日デクレなど）。また、厚生大臣は、上記の首相の権限を侵さない限りにおいて、一般規制アレテにより、災禍終了のためのあらゆる措置を定めることができるほか、上記の首相のデクレを実施するために必要な個別の措置を行うことができる（L. 3131-16）。そして、首相や衛生大臣は、一定の枠内で、これらの措置を行う権限を知事等に委任することができる（L. 3131-17）。

これらの措置のうち、徴用による負担義務に違反した者に対しては、軽罪としての拘禁・罰金刑が科され、それ以外の義務に違反した者に対しては、違警罪としての罰金刑（さらには、30日以内に3度違反した場合には、軽罪としての拘禁・罰金刑）が科される（L. 3136-1）。

このように行政機関の権限を拡大が認められているものの、法律は同時に、こうした規制作用に枠づけを行っている。上記のL. 3131-15～17の諸規定は、とられる措置が、実際の危険と厳格に釣り合っていることを求めているからである。

これに関連して、裁判所等で統制がなされていることも重要である。憲法院は、当初 QPC の移送停止という制限的な運用を是認したが（*Décision n° 2020-799 DC, 26 mars 2020*）、その後、立法者が、憲法的価値を有する目的と権利・自由の保護との間の衡量を行って、衛生緊急事態の仕組みを規定することを憲法は排除していないと述べつつも、隔離・検疫措置や感染者等の個人データの取

扱いについての一部の規定に解釈留保を付して合憲判決を下すなど(Décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, n°s 17, 47, 50, 78 など)、一定の統制を行っている。また、国務院判例でも、早くから、上で引いた公道等での集会等を禁止するデクレが、すでに届出制に服している集会にも適用される限りで比例性を満たしていないとして執行が停止させられた例がある(CE, ord. réf., 13 juin 2020, n° 440846)など、行政訴訟を通じた統制も行われている。さらに、欧州人権裁判所による統制も考えられるところで(CNCDH 2020 : n° 20)、国会による統制も含め、これらの枠づけや統制の存在は認識、期待されているように思われる(Dupré de Boulois 2020 : n°s 272 bis et 272 ter, Bioy 2020 : n°s 485, 486)。

なお、シャンペイユ・デスプラの論文よりも後の展開としては、2021年5月31日法律で衛生危機の終結後の移行期間のための法制が作られたということがある。もっとも、デクレで「衛生パス」の対象施設を拡大せざるをえなくなり、国務院が非常事態の法理を使ってこれを是認した時期を経て(CE, ord. réf., 26 juillet 2021, n° 454754 などだが、批判もある。Kempf 2021)、本論文を執筆した2021年11月には、同年8月5日法律で、適用拡大に法律上の基礎を与えるとともに、期間が延長されている状況にある(Décision n° 2021-824 DC, 5 août 2021 が基本的な部分を合憲とする)。

2 議論の文脈とシャンペイユ・デスプラの主張

(1) アガンベン、トロペール、サン・ボネ

さて、この衛生緊急事態について、冒頭に述べたようにシャンペイユ・デスプラは権力が紀律的に行使されているというわけであるが、その議論が置かれるべき文脈の1つは、非常事態(état d'exception)についての理論的な論争である。

非常(例外)事態についての著作が日本でも知られる哲学者アガンベンは、非常事態を法秩序が停止されたアノミーであるとし、それが「統治の範型」となりつつあるとした(Agamben 2003 : 15, 42-43)。テロとの戦いが政治的・社会的関心を集めたこともあり、このような主張は日本でも注目されたが、フランスでは、これに対するトロペールの次のような批判が知られている。

トロペールにとって、テロとの戦いが非常事態であるかどうかはそもそも疑わしいが、仮にそうだとすると、それは通常とは異なる、「適用が稀であるべき」法命題が適用されているというだけのことである(Troper 2011 : 103-4 [強調原文])。非常事態となったことを決定する機関であっても、シュミットのどのような無制約の主権者となるわけではない(Troper 2011 : 104)。非常事態を

法秩序の存在しないアノミーと同視する哲学者の主張は誤解を招く、というわけである（長谷部 2017 : 148-49 も参照）。

もっとも、法学者が書いた文献のなかでも、非常事態と通常事態の判断の構造について質的な違いがあるとする指摘はある。たとえば、現在、非常事態についてフランスで論じる際に標準的とされるものの1つにサン・ボネの著作が挙げられると思われるが、そのサン・ボネは、非常事態を、通常のように法規範の当てはめによって解決を導くことができない事態であると考えている（Saint-Bonnet 2001 : 352, Saint-Bonnet 2007 : 31. 小島 2017 : 14-15 も参照）。しかし、人々が感じている「明白な必要（*évidente nécessité*）」を基準として判断するものであって、非常事態の公示がなされるべきか、その公示やその下での措置が正当なのか、それらの限界はどこにあるのかはこの基準によって決まり（簡潔には、Saint-Bonnet 2007 : 30）、裁判所等による統制も可能である、というのである。

このようなサン・ボネの説は、アガンベン議論とどこが異なるのだろうか。サン・ボネは、自らの著作が出された後に展開されたアガンベンの著作について、「当惑させられる」（Saint-Bonnet 2007 : 29）と否定的評価を下している。問題は、その理由が何か、である。

その理由は、トロペールのアガンベン批判と全く同じではない。トロペールは、非常事態においても何らかの意味で法の適用がなされると考えているが、サン・ボネは、非常事態においては行為を法規範の下に包摂することで答えが出るわけではないと述べているからである。サン・ボネは、「この明白な必要は、政治的なるものにも法的なるものにも属しない。それでも、政治的決断者も法律家も、明白な必要を（あるいは、別の言葉を使いながらも、明白な必要の概念を）取り扱い、援用することになる」（Saint-Bonnet 2007 : 30）という。他方で、アガンベンも、シュミットにおける委任独裁の観念内部で既存の法との関係に両義性が見られることを参照しつつ、非常事態が法秩序の内部にも外部にも同時に属しているという（Agamben 2003 : 58, 61）。つまり、以上の点の限りでは、両者の間に大きな違いはないのではなかろうか。アガンベンは、必要を客観的な状態と把握する説に対して、必要とはつまるところは主観的概念なのではないか、という疑問を投げかけており（Agamben 2003 : 52）、近年でもその指摘によって法律家を挑発しているが（アガンベン 2021 : 194）、筆者が読んだ印象では、この点は少なくともサン・ボネとの間では決定的な違いとならないように思われる。

法学者のサン・ボネがアガンベンに当惑しているのは、むしろ、アガンベン

が、非常事態が通常(normal)になっていると述べているからかと思われる。サン・ボネにとって、非常事態は(法規範の当てはめは難しいにせよ)「明白な必要」によって枠づけられているもので、あくまでも例外的な事態であり、いずれは戻るべき通常の事態があることが議論の前提である。このような前提を共有しないで発信を続けるアガンベンをサン・ボネは批判しているのであろう。

実際、サン・ボネは、現下の衛生危機について、少なくとも当初、明確な敵が存在するわけではないのだから、非常事態だとはいえないと述べていた(Saint-Bonnet 2020)。これに対して、アガンベンは取材に対して、「感染症の流行は、政府が我々に慣れさせてきた非常事態が通常の状態になったということをはっきり示しています」と語る(Agamben 2020)。このような語り方こそ、サン・ボネと衝突するところであろう。

シャンペイユ・デスプラは、こうした学説上の論議の文脈でいえば、ひとまずトロペールの側に立ってアガンベンから距離をとるような意見を述べている。1955年法律による緊急事態の下では、内務省の統計によると、判決を除外しても、都合10000近く一般的な規範が制定されており、同法の緊急事態が法を排除したアノミーであるというのは事実と反している(Champeil-Desplats 2018: 25-26)。そして、コロナウイルスの蔓延による衛生緊急事態について非常事態の通常化だとするアガンベンの評価も、「おそらく(まだ)言い過ぎである」(Champeil-Desplats 2020: 885)、というのである。

こうした評価は、フランスの多くの法律家の間で共有されるものであろう。たとえば、アルペランも、緊急事態と法治国を対立させるのは無意味であり、緊急事態とは、ちょうど特別法が一般法を排するように通常状態の適用が排されている(déroger)状態であるに過ぎないという(Halpérin 2017: 21-22, 26)。トロペールやアルペランのような立場をとらなくとも、そもそも法律に基づく緊急事態であり、上記のように、裁判所による統制も完全に失われているわけではない以上、法外の事態ではないと考える方が自然であろう。とりわけ衛生緊急事態については、1955年法律による緊急事態と異なり、科学的データに基づくことが求められている点でも(公衆衛生法典L. 3131-19)、政治的決断者の判断に委ねられているものではないとする指摘もある(Petit 2020: 836)。

しかし、この点についていえば、すでに述べたように、アガンベンが非常事態を単純に法外の事態と考えているかのようにいうのも、彼の主張を戯画化し過ぎている可能性がある。むしろ、アガンベンとサン・ボネの相違点をものさしにする方が有益と思われるが、この点については、シャンペイユ・デスプラ

はどう考えるのであろうか。

(2) 法治国の弱体化

アガンベンとサン・ボネの相違点は、非常事態の通常化についてであった。この点、シャンペイユ・デスプラは、衛生緊急事態が法治国を停止するものだというの言い過ぎではあり、法治国の内部にはあるのだけれども、それを弱体化させているとする（Champeil-Desplats 2020 : 881）。これは、一面では、シャンペイユ・デスプラが問題にする法治国の原理が実質的なもの（たとえば Favoreu *et al.* 2020 : n^{os} 34, 762 に見られるような、人権を保障するために権力の枠づけを行った国家が法治国だという見方）であることによるが、これまでの議論との関連でいうと、非常事態の通常化というアガンベンの問題意識を、シャンペイユ・デスプラが完全に切り捨てているわけではないことを意味するように思われる。「おそらく（まだ）」言い過ぎだという表現を使うのもそのためであろう。では、シャンペイユ・デスプラは、具体的には、いかなる事態を指して弱体化と述べているだろうか。

まず、衛生緊急事態の下では、自由に生活するためには健康を守らねばならないという論理の下で、隔離・検疫、外出禁止、娯楽・信仰の場所の閉鎖、商業活動の制限など広範な制限がなされている。それらは、公衆衛生法典上認められた措置としてなされるだけでなく、市長の一般警察権による制限によってもなされる。この一般警察権の行使について判例上の非常事態（*circonstances exceptionnelles*）の法理を適用するというのでは十分ではないというのが立法により衛生緊急事態を設けた理由の1つであったが（河嶋 2021 : 115-17 も参照）、法改正後の衛生緊急事態の下でも、一定の限界（CE, ord. réf., 14 avril 2020, n^o 440057）の内部においてはあるものの、市長の一般警察権の行使は可能とされ、マスクの着用義務づけや厳しい外出制限など、多様な規制がなされた。

そして、こうした広範な制限が、すべての人々に平等な効果をもたらしているというわけではないようである。人権擁護委員会は、先に引いた意見において、措置の適用にあたっては、移民、保護者のいない子ども、生活困窮者、失業者、不安定な雇用形態にある労働者などに配慮を要すると警告している（CNCDH 2020 : n^o 3）。そして実際、同居者の数は何人か、家の広さはどれだけかによって、一般的な外出制限が与える負担は異なるほか、構造的に家事の負担を担うことが多く、家庭内暴力にも直面しがちな女性にとってはとりわけ重い負担になっていると報告されている（Hennette-Vauchez 2020）。1955年法律の緊急事態においては、大多数の人々にとって制限が感じられず、一部の人の

み非常に大きな権利・自由の侵害が生じていた(Champeil-Desplats 2018: 47-48)とされるのに対して、衛生緊急事態では、全員に適用され制限が感じられる仕組みであるが、その実際上の効果は不平等であるところが特徴である。

シャンペイユ・デスプラは、以上のような問題点を指して、法治国が「紀律的」であり、それゆえに「差別的」になっていると形容し(Champeil-Desplats 2020: 882)、裁判所の統制が行われているとしても、規制の構造そのものを問い直すようなものにはなっていないことも合わせて(Champeil-Desplats 2020: 885)、それを法治国の弱体化であると問題視するのである。

では、「紀律的」で「差別的」だということには、制約がどのようなものかという含意があるのであろうか。

(3) 紀律的とは何か

シャンペイユ・デスプラは、「紀律的」という際にフーコーを意識している。フーコーは、『監獄の誕生』第3部で紀律(discipline)について解説する。それは、修道院、軍隊、作業場に存在しており、17世紀以降、一般的になった支配の様式である。こうした支配は学校、病院、工場等においても見られ、ここでは、綿密な規則を定め、何かにつけて監視をし、身体の細部を統制することで、合理的な方向づけ(rationalité)が与えられる(Foucault 1975: 142)。ここでいう紀律的な権力は、誘導(incitation)や管理(régulation)によって人々を導く形態の権力とは定式上は異なるものの、フーコー研究者の間では紀律的な権力と誘導・管理の権力は相互排他的ではないと捉えられているようである(Skornicki 2015: 129. 金森 2010: 210も参照)。フーコー研究者の著作を読むと、権力装置を何通りに整理するかについて必ずしも意見の合致が見られるとはいえない様子が窺われ、素人の筆者がこの点に立ち入ることはできないが、本論文にとって重要なのは、紀律にせよ管理にせよ、人々を導こうとする権力行使の形態が、権力者の命令への服従を自己目的化した主権(Senellart 2012: n° 11)とは区別されている点である(簡潔にはSkornicki 2015: 119の表を参照)。特定の目的に導かれ、そうであるがゆえにその目的との関係では制限的に行使される(Senellart 2012: n° 24)、しかし逆にいえば、人々がその目的に従って管理されている——そのような特徴を、紀律的な権力は、管理する権力と共有しているわけである(Skornicki 2015: 117-18)。

したがって、衛生緊急事態における権力行使が紀律的であるというのは、市民に対して外出制限が課されているという禁止の部分だけを問題にするものではないと思われる(一般的な文脈ではあるが、Ewald 1991: 140-41)。問題とされ

ているのはむしろ、人々が、生命・身体への危険の回避を第一に優先するという特定の形而下的な方向づけを被って、それ以外の価値をないがしろにさせられていることなのであろう。これを、安全を確保することを重視した生権力の問題として捉えることもできるであろうが、シャンペイユ・デスプラのように紀律的であると呼ぶこともできるし、他の個別的境遇が考慮されていないことを以て差別的であると形容することもできると思われる。

これがサン・ボネのいう「明白な必要」の論理と重なっているかどうかは、筆者には判断が難しい。ただ、紀律的な権力がこのような次元で発動していることに注目することは、法の停止を意味するわけではまったくない（Goupy 2017：105-6）以上、法学にとってこのような議論が興味深くない、ということはおそらくないであろう（日本での研究として、関：2001など）。

とりわけ、フーコーが挙げている紀律の例は、日本でいえば特別権力関係や各種の団体内での内部紀律の問題として論じられうるものであり、そうした団体の内部紀律が社会に遍在する、という把握の仕方は、特別権力関係を論じる上でも早くから提示されてきた（美濃部 1936：132-33）。そのような分析手法を採用することがいかなる意味を持つのかは、法と権力の関係一般を論じるような法哲学的な問題とは別の意味でも興味深いであろう。

ところで、このように元々は特殊な権力関係を想定されて使われた紀律という概念を、一般的な権力関係に応用した例が法学の過去の蓄積にないわけではない。それが冒頭で述べたオーリウの紀律法概念である。そこで用いられた概念枠組みの特徴を考え、ここでは紀律という概念が、検討素材に対する論者のいかなる考えを投影するために彫琢された概念であったのかを調べることは、現在の問題を分析する手法を豊かにするためにも意義深いことなのではないか。そのような問題意識を持って、以下では節を改めて、オーリウの紀律法概念が誕生する1つの契機について検討を行う。

II 分析

1 課題の再提示

オーリウは、1907年の『行政法精義〔第6版〕』以降、制度に由来する規範として、紀律法（*droit disciplinaire*）と規約法（*droit statutaire*）があると述べている（Hauriou 1907：19, Hauriou 1910：136）。そこでいう紀律法とは、「制度化された社会的権威に由来する法行為・法規範の総体であり、個人に措置を課したり、対抗しうる地位を創設したり、逸脱した行いを抑圧したりすることを対象

とし、すべて主に制度の利益において、また、制度の持つ強制力のみを担保としてなされるもの」(Hauriou 1910 : 137, Hauriou 1916 : 128)をいう。集団の利益を集団内部で実現するため構成員に対して作用を加える法であるということになる。

オーリウによると、通例は、行政と公務員との関係で用いられる抑圧的な手段のみを指して、紀律法(懲戒法)と呼ぶことが多い。しかし、紀律法は「通常思われているよりもはるかに豊か」である(Hauriou 1910 : 137, Hauriou 1916 : 129)。私的団体でも見られるということもあるが、それだけではない。集団から追放されるべき構成員に対して抑圧的な手段を用いる場面だけでなく、すべての構成員に対して創設された組織を認めさせる場面にも及ぶからである。これは、構成員に対して集団における地位を与えることを意味しているであろう。ここでいう地位の付与には、個別の行政行為による場合も含まれる。個別の行政行為は、その対象そのものは個別的であるが、万人に対抗しうる地位を創設する点では一般的だからである(Hauriou 1910 : 137-38, Hauriou 1916 : 130, 橋本 1998 : 60-61, 仲野 2007 : 153, 土井 2019 : 758-59 も参照)。

公務員に対するものではない個別的な行為も紀律法なのであるから、警察的な措置も紀律法であるし、これを争う越権訴訟それ自体も紀律法である(Hauriou 1907 : 20)。たとえば、この時期に各地で頻発した紛争で、現在でも基本判例とされるものに、市長がその警察権を行使して、公道で聖職者を伴って行われる葬列を禁止したアレテを取り消した国務院判決がある(CE 19 février 1909, *Abbé Olivier*, Rec. 181. この紛争類型はオーリウにとって権限濫用が問題になる典型例の1つであった。Hauriou 1927 : 423 を参照)。この例でいうと、市長のアレテも紀律的な権力の行使であり、それが本来の趣旨とは異なる考慮によって行使されたことが一件書類から窺われるとして国務院が統制したことも、基本的には、紀律法に属すると考えられることになろう。

しかも、日本では、福利の増進という積極的な目的による場合も広く警察に含めて定義する説にあっても、それが命令の作用であることは前提とされてきたように思われるが(美濃部 1940 : 23)、紀律法を論じる際には、上記のように地位を配分することも含まれるのであるから、抑圧的な手段に限定されていないことにも注意を要する。

このように紀律法の対象は、公務員関係のような特別な関係にとどまらず、また、その態様についても広いものが想定されていることになるが、オーリウがある規範を紀律的と形容する際には、その形容にいかなる考え方が投影されているのであろうか。これが以下で検討する課題である。冒頭で述べたよう

に、オーリウは直前に出されたネザールの тез ーズを参照しているの、それと比較しつつ、この課題を検討してみたい。

2 ネザールの分析

ネザールの тез ーズの主題は、公務員、弁護士、代訴士、執行吏、公証人、競売吏、両替人、仲買人、教師、軍人、受勲者等が、刑法典によれば処罰されない非行に関しても、紀律を受けることである。この紀律的な権力について、各論的な研究は進んでいるものの、総論的な検討が進んでおらず、紀律は法の問題ではないような誤った印象を与えている。 тез ーズは、このような現状分析に基づいて、その欠損部分を埋めようという企図で書かれている (Nézar d 1903 : 3-4)。オーリウが参照する (Hauriou 1907 : 20 note 1, Hauriou 1910 : 140 note 1, Hauriou 1916 : 131 note 2) その第 1 部の目的は、紀律法が公法なのか私法なのか、それはなぜなのかを検討することである。ネザールの結論は、公法説であり、その理由は、紀律法が公法上の契約によるということでも刑法の一部だということでもなく、特殊な法だということにある。本論文の主題との関係では、その結論よりも、そこに至る論拠が何を意味しているのかが重要であるので、その点に注意しながら順に整理していきたい。

(1) 私法説・公法契約説を採用しない根拠

ネザールが私法説の典型とするのは、紀律法の関係において一方には職務上の義務が生じ、他方には制裁を加えることによってその履行を求める権利が発生するのは、契約による、という考え方である (Nézar d 1903 : 34)。

このような私法説の難点となるのは、紀律法が公法ではなく私法だとはいいにくい、という点にある (Nézar d 1903 : 48)。紀律的な権力は、私的利益を回復するためではなく、乱された秩序を回復するために発動されるからである (Nézar d 1903 : 50)。

これに関連して、当時のフランスでは、紀律法を公法としつつも、公権力に関わる公法契約の関係だと見る説も有力であったが、ネザールは公法契約を紀律法の根拠と見ることも否定する。このことを、ラフェリエールが志願による兵役について述べているところとの違いを通じて見てみよう。志願の関係を契約と見てその有効性の問題について通常裁判所の管轄を認めた破棄院判決 (Cass. civ. 10 décembre 1878, S. 1879. I. 222) に対して、ラフェリエールは、「国家がここで契約するのは兵籍に編入するためであるに過ぎない」 (Laferrière 1896 : 616) と反対する。契約ではあるが、公法契約だということである (一般の官吏に

については、晴山 1976 : 77 も参照)。国務院管轄肯定説は有力になり(たとえば、Berthélemy 1916 : 377), 後の国務院は、このラフェリエールの表現を論告で採用しつつ志願契約の有効性の問題について自らの管轄を認めることになる(*conclusions de M. Corneille dans C.E. 29 mars 1917, Péchin, RDP, 1917, p. 272*)。しかし、ネザールから見ると、ラフェリエールが公法であるという点はいよいもの、志願の関係と兵籍への編入を一緒にして公法契約に構成する理由づけは不当である。紀律法が生じるのは、あくまで兵籍編入によるからである(Nézard 1903 : 69)。

(2) 公法説のなかで刑法説を採用しない根拠

このように、ネザールは、その基礎にある公益に注目して、紀律法は公法であるとしつつも、契約の構成を媒介させることなく、権力関係を起源とすると考えべきであるとする。では、紀律法は刑法の一部なのか。

確かに、当時の刑法学説においても、時には生命を奪うような刑罰を同意によって基礎づけることは不適切であり、刑罰権(*droit de punir*)を契約で基礎づけられないと説かれており(Garraud 1885 : n° 16A), この点では紀律法と同じである。当時公刊されたばかりのデュギの著作は、「懲戒は、その基礎という見地からすれば、国家という同一の観念によって説明されるという意味で、刑事罰である」と主張していた(Duguit 1903 : 464)。実際的にも、公証人に対する懲戒についての当時の判例において、懲戒委員会は法定されていない内容の懲戒はできないとされていたところで(Cass. civ. 4 août 1896, S. 97. 1. 23), ネザールは、懲戒の刑事罰の性格がこうした判例にも認められていると観察している(Nézard 1903 : 86)。

しかし、当時の刑法学説においては、刑罰と懲戒、刑法と懲戒法は異なるとする見解が有力であった。懲戒は、職業上の義務の懈怠に対して科されるものであるからである(Garraud 1885 : n° 57, 後の版であるが, Vidal 1906 : n° 64)。ネザールが出発点に置いた紀律法の定義も、職業上の非行の抑圧に注目したものであり(Nézard 1903 : 9), 懲戒が「公衆に対する職能の尊厳性(*dignité de la fonction*)」を守るために行われるものであって刑罰とは異なるとする認識に立っている(Nézard 1903 : 95)。その制裁の統制を図るにあたっては、刑法と同じように考える必要はなく、直接に人権宣言や憲法の観点から検討がなされるべきで、具体的には、その陳述を聴かれる権利(1793年の人権宣言14条など)の保障やいわゆる「自然の裁判官」の保障が重視されるべきである(Nézard 1903 : 110-12)。こうして、ネザールは、一方向的な権力行為と捉えつつも、刑

法と紀律法との違いを際立たせ、紀律法は特殊公法であるという説に立つことになる。

この背景には、一般論としてネザールが、意思説よりも利益説を、つまり、意思よりもその内容を重視していたこと（Nézar 1903 : 72-75）が関わるであろう。意思を法の根拠にして紀律法を契約と構成するのを排斥した上で、利益や目的に注目すると、一方向的な権力行為であっても刑法とは異なるといえる、というわけである。

3 オーリウの議論

(1) オーリウによる組み替え

以上のネザールの紀律法論の特徴は、次の2点に要約しうる。第一は、紀律法の根拠を意思の合致に求めていないことである（2 (1)）。第二は、紀律法の目的・内容が職能の尊厳性を守ることに見られるところに注目して、刑法と紀律法の領域を区分けしようとしていることである（2 (2)）。

では、これに示唆を受けたオーリウは、いかに紀律法を構想したのであろうか。以上の2点に対応させながら整理してみよう。

第一の、紀律法の根拠を意思の合致に求めない点は、オーリウも同じである。彼によれば、紀律法は「同意していなくとも課される」（Hauriou 1910 : 139, Hauriou 1916 : 131）ものである。紀律法の基礎を契約に求める説は、私法に接近させすぎており、正しくない。むしろ「制度の事実」に基礎を置くべきである、というのである（Hauriou 1910 : 139 note 1, Hauriou 1916 : 131 note 1）。紀律法も、一方の当事者が相手方に服する義務を負っている状況を指してはいるが、それはそのような義務の発生を当事者の意思の合致によらせるものではない。すでに見た志願兵の例についていえば、志願そのものは自由だとしても、志願した途端に紀律に服することになることに注目して、國務院の管轄を認めるべきであるとしている（Hauriou 1907 : 547）。

これに対して、第二点については、オーリウはネザール説に対して組み替えを行っている。とはいえ、紀律法も「法」ではあるけれども、それ自体、職能の尊厳性の保護というような道徳的な目的を持ったものであるということろまでは、オーリウも同じである。紀律的な権力への服従の義務といっても「道徳的な義務または職能上の義務のみが存在する」とし、紀律法は「法であるのと同様に法的道徳（*morale juridique*）である」と述べているからである（Hauriou 1910 : 139-40, Hauriou 1916 : 131）。

しかし、オーリウは、刑法と紀律法の間で、一方が、市民が一般的に服する

権力関係であり、他方が、公務員等の服する特別な権力関係である、というように領域の区分けを行っていない。すでに述べたように、警察的な措置と市民との関係においても広く、このような紀律法の関係を見て取っているし、刑罰権の基礎にも懲戒権に似たものを置いているからである(Hauriou 1910 : 143, Hauriou 1916 : 135)。

警察の概念との関係でいえば、現在、オーリウの著作は、物理的な秩序の維持に限定する狭義説の古典のように引かれることがあり、それに対応するような叙述も著作の中に確かに存在する。しかし、全体として見ると、紀律法の概念が物理的な秩序の維持の内部で完結するわけではなく、道徳的な基礎づけに踏み込んでいるといえるように思われる(小島2008)。

(2) 後年の試みとの比較

したがって、オーリウは、ネザール説の骨格を維持しつつ、紀律法の適用領域の拡張を行ったといえる。このようなオーリウ説については、第二次大戦後にオーリウの制度理論を参照しながら議論を展開したマルジョンのテーゼと比較することで、さらにその輪郭を明確に把握することができる。

マルジョンは、特定の職能に結びついている点で紀律法は刑法と異なるとするネザールのような立場を、内容を見る前に適用領域で絞ろうとするのは結論の先取りであるとして拒絶し(Mourgeon 1967 : n^{os} 36-38)、むしろその基礎については刑法と紀律法が接近していると考え(Mourgeon 1967 : n^o 44。ただし、違いも認めている。山本2013 : 258-59も参照)。マルジョンは制度理論を応用して、国家を「一次的制度」(制度のなかの制度)と呼ぶところ(Mourgeon 1967 : n^o 24)、そこでいう一次的制度にも紀律法を見て取ることができるのだというのである(Mourgeon 1967 : n^{os} 38, 42)。このように(1)で見た第二点のうち、紀律法を一般市民の服する関係にも広く用いる点については、マルジョンは、ネザールよりもオーリウに近い。

しかし、マルジョンは、このように制度であれば広く紀律法が認められるということから、制度によって構成員に課された義務が名誉や敬意を保つことに関わるものであるとまでいう必要はないという。道徳的な要請などというよりも簡明な、また、道徳的な要請から独立した内容(つまり、法的な内容ということと思われる)を持つこともあるからである。この点ではマルジョンは明確にオーリウと袂を分かっている(Mourgeon 1967 : n^{os} 36, 38)。制度理論家であるマルジョンは、紀律法にとって制度の目的の貫徹が重要であることはオーリウから受け継いでいるが(このような継承の例はマルジョンに限らない。De La Gressay

et Légal 1953 : n° 11 を参照)、その目的の内容が紀律法の定義にとって重要ではないと考えている。その意味で、オーリウが重視した、紀律法が道徳的な要請に支えられているという点については、切り落として継承したようである。

一般論としていえば、ムルジョンのように、この道徳的な要請の部分の切り落としたくなるのも分からなくはない(これは、権限濫用=行政道徳違反という定式が見えづらくなったことと並行関係にあると思われる。橋本 1998 : 220 を参照)。ムルジョンの選択は、ネザールであれば公務員等の職能集団の関係にのみ見て取った紀律法を市民一般に対する関係からも見いだそうとする点ではオーリウに倣おうとする (Mourgeon 1967 : n° 42 note 84) ものである。しかし、そうであればこそ、一般市民が特定の職能集団に匹敵する関係を形成しているとは思にくい以上は、通例、ネザールたちが考えてきたような道徳的な要請がそこに働いていることを想定するのは難しいからである(これとの関連で、塩野 1962 : 162 の指摘が興味深い)。

しかし、オーリウは、紀律法を市民一般についても論じながら道徳的な要請の問題を指摘し続けていた。オーリウにおいては、ここでいう道徳的な要請が「制度」の問題であることと同視され (Hauriou 1910 : 140 note 1, Hauriou 1916 : 131 note 2)、それゆえに意思の合致には還元されない、という具合に、体系上も (1) で見た第一点と不可分に組み合わさって論じられていたように思われる。これは、なぜであろうか。

それは、一方的な権力行使が統制を受けることをいうためなのではないか、と思われる。公務員でもないのに紀律法に服する市民は、それだけでいえば植民地における現地人 (indigénat) の地位 (Hauriou 1910 : 142 note 2, Hauriou 1916 : 134 note 2) とも大差はない。しかし、それが市民の自由にとって危険にならないのは、紀律法が「公の裁判官 (juge public)、つまり、非行者と国民的制度の間に置かれた第三者とみなされうる裁判官という媒介」 (Hauriou 1910 : 141, Hauriou 1916 : 133) を得ることで、均衡を達成するからである。紀律法に服する市民は、意思にだけ注目すれば一方的に義務づけられていることになる。しかし、紀律的な権力が「道徳的な義務または職能的な義務」という内容・目的の達成に必要な限りで発動されるように、その権力行使は統制されている。オーリウが道徳的な要請に言及したことにはこのような背景があるのではなかろうか。

結び

以上の本論から分かることは、オーリウが、市民一般に対してなされる紀律的な権力の行使を論じる場合には、構成員の同意によって義務づけられる関係は見られないとしつつも、かといって、命令者の意思だけを論じるだけでは十分ではないとして、そうした意思の内容に当たるものの検討を行おうとしているということである。

ところで、本論文の前半で、近年、紀律的な権力の行使についてフーコーを参考にした法学者の発言があることを紹介した。そのフーコーは、紀律の問題が「法の下にあるもの (infra-droit)」(Foucault 1975: 224) であると述べていた。これを法の問題でないかのようにいうことについては、研究者の間では、法の領域を不当に狭くするものなのではないか(ハント=ウィックム 2007: 96)、むしろフーコーの意図は法のとりうる形態の変化を扱おうとするところにあったと考えるべきではないか(Ewald 1990: 138-39, 関 2001: 143)といった意見が説かれているが、本論文との関係で重要なのは、法の問題に含めるとして、紀律の問題がどのような問題なのかである。

この点、フーコー研究者の間では、本論文の言葉では紀律がどこまで認められるかという形で表現しうる問題について、「権利 (droits)」の広狭によって決まるのではなく、「なすべき物事か、またなすべきではない物事か (des choses à faire et des choses à ne pas faire)」決まるとする指摘がある (Senellart 2012: n° 20)。筆者の勉強もまだ十分に追いついていないが、ここで説かれているのが、意思—命令という箱ではない、その内容(目的)という実質的な要素の重要性であるとすれば、オーリウの議論はその問題を受け止める手がかりとして参考になるところもあるのではないだろうか。

もちろん、それは両者を同視しようということではない。オーリウ説においては、超越的な目的に従って紀律が統制される、という前提が置かれていたのに対して、現代でいう紀律を導く目的(自然性 [naturalité] や合理性 [rationalité] と呼ばれるもの)は形而下のいわば標準であって、本来変わりうるものであるが、それにもかかわらず、それが固定的に捉えられている、というのが現在の問題状況なのであろう。このような違いを同定することが重要であると思われる。

Agamben 2003 Girogio Agamben, *État d'exception*, trad. par Joël Gayraud (Seuil) (ジョ

- ルジヨ・アガンベン〔上村忠男＝中村勝己訳〕『例外状態』〔未来社〕
- Agamben 2020 Giorgio Agamben, « L'épidémie montre clairement que l'état d'exception est devenu la condition normale », *Le Monde* du 24 mars 2020 (アガンベン 2021 : 57 頁以下)
- Berthélemy 1916 Henry Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 8^e éd. (Arthur Rousseau)
- Bioy 2020 Xavier Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6^e éd. (LGDJ)
- Champeil-Desplats 2018 Véronique Champeil-Desplats, « Aspects théoriques : ce que l'état d'urgence fait à l'État de droit », in Stéphanie Henneute-Vauchez (dir.), *Ce qui reste (ra) toujours de l'urgence* (Institut Universitaire Varenne)
- Champeil-Desplats 2020 Véronique Champeil-Desplats, « Qu'est-ce que l'État d'urgence sanitaire ? D'un état d'urgence à l'autre, ou l'intégration des régimes d'exception dans les États de droit contemporains », *Revue française d'administration publique*, n° 176
- CNCDH 2020 Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis du 28 avril 2020, *Etat d'urgence et Etat de droit*
- De La Gressaye et Légal 1953 Jean Brèthe de la Gressaye et Alfred Légal, « Discipline », *Répertoire de droit criminel et de procédure pénale*, t. 1 (Dalloz), p. 799 et s.
- Duguit 1903 Léon Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents* (Albert Fontemoing)
- Dupré de Boulois 2020 Xavier Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, 2^e éd. (PUF)
- Ewald 1991 François Ewald, Norm, Discipline and the Law, Robert Post (ed.), *Law and the Order of Culture* (University of California Press), pp. 138-61
- Favoreu et al. 2020 Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, 23^e éd. (Dalloz)
- Foucault 1975 Michel Foucault, *Surveiller et punir* (Gallimard) (ミシェル・フーコー〔田村俊訳〕『監獄の誕生』〔新潮社])
- Garraud 1885 René Garraud, *Précis de droit criminel*, 2^e éd. (Larose)
- Goupy 2017 Marie Goupy, « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? Une réflexion sur le succès de la notion d'état d'exception à l'ombre de la pensée de Michel Foucault », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 79
- Halpérin 2017 Jean-Louis Halpérin, « Le normativisme est-il impuissant face à l'état d'urgence ? », in Halpérin et al. (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation* (Presses universitaires de Paris Nanterre), p. 21 et s.
- Hauriou 1907 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6^e éd. (Sirey)
- Hauriou 1910 Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 1^{re} éd. (Sirey)
- Hauriou 1916 Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e éd. (Sirey)
- Henneute-Vauchez 2020 Stéphanie Henneute-Vauchez, « L'urgence (pas) pour tou(te)s », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés

- Kempf 2021 Raphaël Kempf, « Passe sanitaire et impasse des libertés », *Le Monde diplomatique*, septembre 2021, p. 20
- Laferrière 1896 Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., t. 1 (Berger-Levrault et C^{ie})
- Mourgeon 1967 Jacques Mourgeon, *La répression administrative* (LGDJ)
- Nézard 1903 Henry Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire* (Arthur Rousseau)
- Petit 2020 Jacques Petit, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, 2020, n° 15, p. 833
- Saint-Bonnet 2001 François Saint-Bonnet, *L'état d'exception* (PUF)
- Saint-Bonnet 2007 François Saint-Bonnet, « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 6, p. 29 et s.
- Saint-Bonnet 2020 François Saint-Bonnet, « Covid-19 : le discours guerrier est une erreur », *Le Figaro* du 16 avril 2020
- Skornicki 2015 *La grande soif de l'Etat. Michel Foucault avec les sciences sociales* (Les Prairies ordinaires)
- Senellart 2012 Michel Senellart, « La question de l'État de droit chez Michel Foucault », in Jean-Pierre Potier et al. (dir.), *Libertés et libéralismes : Formation et circulation des concepts* [en ligne] (ENS Éditions)
- Troper 2011 Michel Troper, *Le droit et la nécessité* (PUF)
- Vidal 1906 Georges Vidal, *Cours de droit criminel et science pénitentiaire*, 3^e éd. (Arthur Rousseau)
- アガンベン 2021 ジョルジョ・アガンベン [高桑和巳訳]『私たちはどこにいるのか? 政治としてのエピデミック』[青土社, 2021年]
- エーストライヒ 1982 ゲルハルト・エーストライヒ『ヨーロッパ絶対主義の構造に関する諸問題』成瀬治編訳『伝統社会と近代国家』(岩波書店) 233頁以下
- 金森 2010 金森修『〈生政治〉の哲学』(ミネルヴァ書房)
- 河嶋 2020 河嶋春菜「フランスの感染症まん延対策関連法令集」帝京大学 34巻1号 417頁以下
- 河嶋 2021 河嶋春菜「フランス——新たな法律上の『緊急事態』の創設」大林啓吾編『コロナの憲法学』(弘文堂) 112頁以下
- 小島 2008 小島慎司「『名誉』の放棄」上智法学論集 52巻1=2号 286頁以下
- 小島 2013 小島慎司『制度と自由 モーリス・オーリウによる修道会教育規制法律批判をめぐって』(岩波書店)
- 小島 2016 小島慎司「憲法上の自由に対する事実上の制約について」上智法学論集 59巻4号
- 小島 2017a 小島慎司「非常事態の法理」論究ジュリスト 21号 13頁以下
- 小島 2017b 小島慎司「制度と公開・均衡(3) モーリス・オーリウによる大統領選出方法改革の提唱をめぐって」国家学会雑誌 130巻11=12号 855頁以下

- 塩野 1962 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣）
- 関 2001 関良徳『フォーコの権力論と自由論 その政治哲学的構成』（勁草書房）
- 土井 2019 土井翼「名宛なき行政行為の法的構造 行政法と物の法，序論的考察（6・完）」国家学会雑誌 132 卷 9=10 号 757 頁以下
- 仲野 2007 仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣）
- 橋本 1998 橋本博之『行政法学と行政判例』（有斐閣）
- 長谷部 2017 長谷部恭男『憲法の論理』（有斐閣）
- 晴山 1976 晴山一穂「フランスにおける管理関係論の検討（2・完）」法学論叢 98 卷 3 号 51 頁以下
- ハント=ウィッカム 2007 A・ハント=G・ウィッカム（久塚純一監訳、永井順子訳）『フォーコと法』（早稲田大学出版部）
- 美濃部 1936 美濃部達吉『日本行政法（上）』（有斐閣）
- 美濃部 1940 美濃部達吉『日本行政法（下）』（有斐閣）
- 山羽 2021 山羽祥貴「『密』への権利（下） コロナ禍の政治的言説状況に関する若干の問題提起」法律時報 93 卷 7 号 60 頁以下
- 山本 2013 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか編『高橋和之先生古稀記念 現代立憲主義の諸相（上）』（有斐閣） 253 頁以下

※ 2021 年 5 月 15 日に行われた全国憲法研究会春季総会における奥村公輔教授の報告「フランスにおける緊急事態と憲法・憲法学」からもご教示を受けていることも申し添える。

（東京大学法学部教授）