
種 別： 論説

タイトル： 公法における「目的」

著 者： 小島 慎司

所 収： 『上智法学論集』第 54 卷 2 号（平成 22 年 12 月）53-86 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

論 説

公法における「目的」⁽¹⁾

小島 慎司

序

I 教会の鐘の音と礼拝行進

- 1 市長の警察権と信教の自由の衡量
- 2 地元の伝統の尊重
- 3 オーリウの説明

II 合目的性を評価し直す行政裁判

- 1 行政法学——権限濫用か法律侵犯か
- 2 憲法学——イニシアティヴ
- 3 民法学——権利濫用か違法か
- 4 比較法学——directive

III 目的と自由

- 1 目的に仕える自由
- 2 政権と教権

結

(1) 本論文は、筆者にとっては、同じく市長の（本論でいう意味で）裁量的な警察権の行使に対する統制を扱った拙稿「『名誉』の放棄」本誌 52 卷 1=2 号（2008 年）1 頁以下の、検討の角度を変えた続編である（Christelle Ballandras-Rozet « Réflexion sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *AJDA*, 2007, p. 2242 は、権限濫用が辺境に追いやられた現在においてなお警察規制の統制が行政道徳の統制に近づくことを指摘し、先の拙稿で扱った小人投げゲーム事件を掲げる）。

序

教会は鐘を鳴らしミサの始まりを知らせたり信者に死者が出たことを伝えたりすることがあるが、鐘の音は同時に公の空間にも広がってしまう。また、かつて見られた司祭の率いる信者たちの礼拝行進は1つの信仰心の現れではあるが、公道で行われる以上、やはり教会の外部とは無縁でない。そこで、20世紀初めのフランスでは、政教分離を徹底しようとする市長がこれらの行為を制限、禁止し、数多くの訴訟でその当否が争われたことがある。本論文の課題は、こうした訴訟についてのモーリス・オーリウの議論の意味を、これらの訴訟についての行政法上の議論や同時代の法律学の動向と関連づけながら明らかにすることである。

冒頭の素材は、見方によってはエキセントリックとも思えるほどの政教分離がもたらしたいいかにもフランス的な事件であり、現在の日本の憲法学では、政教分離か信教の自由か、共和主義か多元主義かといった原理的な対立軸に直接に引きつけて好んで論じられそうな問題である⁽²⁾。しかし、オーリウにとってはそうではなかった。越権訴訟の取消事由である権限濫用 (*détournement de pouvoir*) や、直前のコンコルダ時代 (1801-1905年) の特殊な訴訟類型であった濫用の訴え (*recours pour abus*)⁽³⁾ に関係する問題であったからである。しかしながら、テキスト

(2) フランスでのイスラム教徒のスカーフ論争がしばしば素材にされる。樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』(東京大学出版会、1994年) 114頁以下、内藤正典・阪口正二郎編著『神の法 vs. 人の法』(日本評論社、2007年)。

(3) *Recours pour abus* の訳語には「職権濫用」の訴(たとえば佐治謙讓「國教制度を論ず」法学論叢 18巻3号(1927年) 47-8頁)と「権限踰越」の訴(たとえば野田良之『フランス法概論』(有斐閣、1970年) 433頁)とがあり、後者が定着したともいわれる(小泉洋一『政教分離と宗教的自由』(法律文化社、1998年) 280頁以下、斎藤千加子『行政訴訟と行政裁判権』(成文堂、2004年) 106頁以下)。しかし、その理由は明らかでない。踰越か濫用かは、合法・違法の指標で論じうるかにかかわり、本論文にとっては無視しえない。*Recours pour abus* が政権と教権との調整の仕組みであるとの評価は共有されているので、字義どおり濫用と訳すことで大過はないと思われる。

の叙述や引用を真に受ければ、そうしたテクニカルな問題をさらに掘り下げると、目的 (but) という概念にかかわる原理的な議論の基盤があるように思われる。具体的には、現在の日本でいう執政 (統治) の問題や我々にとっても共有財産となっている同時代の民法学、比較法学の動向、自由の概念がこうした基盤と繋がっていることがわかる。本論文は、この思わぬ繋がりを指摘することで、視野を広くしたいと考えているのである。

本論に入る前に、オーリウのテキストの検討の仕方について1点断りを置きたい。オーリウは、1926年に「統治作用としての法 (police juridique) とルールとしての法 (fond du droit) ⁽⁴⁾」という論文を執筆し、その成果を生かして翌1927年に『行政法精義』を改訂し第11版を公開した。本論文は、この晩年のオーリウの議論に直接の検討対象を限定する。それは、この2つの著作を公開したオーリウにとって、冒頭に示した訴訟が、宗教に対する特殊な警察規制 (police spéciale) という辺境に位置すると同時に1926年の論文で扱われたような根本的な議論に関連する、切実な問題であったからである ⁽⁵⁾。勿論、このことは、他の

(4) Maurice Hauriou, « Police juridique et fond du droit », *RTDC*, 1926, p. 265 et s. これまでは「法の監督」と「実体法」(多賀谷一照「フランス行政立法論 (IV)」千葉大学法学論集4巻1号(1989年)103頁)、「法秩序維持と実体法」(磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁ほか『フランス行政法学史』(岩波書店、1990年)著作目録)、「法的規律と実体法」(橋本博之『行政法学と行政判例』(有斐閣、1998年)219頁)と訳されてきた。しかし、police juridiqueを秩序維持や規律と訳すと、これが紀律(懲戒)法(droit disciplinaire)のみを指すとの誤解を与える恐れがある。また、fond du droitに対する実体法という訳語は相対的には好ましいが、行政裁量、権利濫用、自由や能力がfond du droitの問題ではないことを伝えられない。他方、「本権」(仲野武志『公権力の行使概念の研究』(有斐閣、2007年)165頁)と訳されることもあり、文脈によっては適切な場合がありうるが、ここでは取得された権利(droit acquis)(が発生した後を規律する法)に限定されるようなニュアンスを与えるべきではないように思われる。本論文は、合法性と合目的性の違いが反映される訳語を選んでいる。

(5) その根拠としては、詳しくは本論で述べるようにそのように読み解いておむね整合的な理解が得られることに加えて、次のテキストの形成過程がある。すなわち、『行政法精義 [第11版]』では、宗教警察についての叙述が1926年の論文の趣旨を反映する形で刷新された。その際にルセ神父事件など1923年の諸判決が以前から触れられてい

時期のオーリウのテキストを無視することを意味しない。オーリウのテキストの変化を無目的に追わないことを意味するに過ぎない。

以上を枕として、以下ではまず、採り上げる国務院の判例とそれにオーリウが与えた説明を紹介し(→I)、次いで、そうした説明の背景にある理論的問題を検討する(→II、III)。

I 教会の鐘の音と礼拝行進

まず、1、2では当時の国務院判例を紹介するが、当時の判例といっても、すぐ後に述べるとおりその数は極めて多い⁽⁶⁾。したがって、煩瑣を避けるため、以下で判例を紹介するに当たっては、オーリウが特に下敷きにしたと思われるもののうち1908年のモレル神父事件判決⁽⁷⁾、1923年のルセ神父事件判決⁽⁸⁾について詳しく紹介し、それ以外については両判決と関連づけながら言及するにとどめる。次いで3で、これに対してオーリウが与えた説明を検討する。

1 市長の警察権と信教の自由の衡量

1907年3月29日、サラン(Salins)市の市長は、教会が1つの宗教上の日課を果たすに当たり5分以内の長さで1度しか鐘を鳴らしてはならず、また、午前7時(冬期は午前8時)以前または午後8時以降には鐘

たモレル神父事件などの判決と併せてクローズアップされている(Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^e éd. (Paris : Sirey, 1921), pp. 539-40 ; 11^e éd. (Paris : Sirey, 1927), pp. 540-1)。そして権限濫用についての説明には、宗教警察についての豊富な実例を参照することを求める叙述が新しく盛り込まれた(10^e éd., p. 458 ; 11^e éd., p. 423)。したがって、本文のような評価が許されると思われる。

- (6) そのうちいくつかは斎藤・前掲注(3)、83頁以下で詳しく検討されている。
- (7) C.E. 5 août 1908, *Abbé Morel et autres*, Rec. 858. 実は本判決は、宗教警察という特殊な文脈を切り離してIIの冒頭で言及する問題を扱う際に日本でも検討されてきた(古典的な文献として阿部泰隆『フランス行政訴訟論』(有斐閣、1971年)103頁)。
- (8) C.E. 9 mars 1923, *Abbé Rousset*, Rec. 227.

を鳴らしてはならないとするアレテを定めた。その結果、サラン市では、教会のいくつもの宗教的活動が行いえなくなった。そこで、モレル神父らがアレテの取消を求めた。これがモレル神父事件である。国務院は、次のように述べてアレテを取り消した。

「公の秩序及び公の静謐のために教会の鐘の使用を規制することは、1905年12月9日法律27条及び1906年3月16日デクレ50条に基づき市長の権限であるが、市長はこの権限の行使と、1905年12月9日法律1条及び1907年1月2日法律5条によって保障される信教の自由 (*liberté des cultes*) の尊重とを調整 (*concilier*) しなければならない。……サラン市長は、本件のように宗教的な鐘の使用を制限するために、公の秩序及び公の静謐を維持する必要性に由来するいかなる理由 (*motif*) も援用しえなかった。ゆえに、市長のアレテの諸規定は信教の自由の行使 (*libre exercice du culte*) を侵害し、市長は、これらの諸規定を定めることにより、1905年12月9日法律及び1907年1月2日法律を無視した。」

当時、引用された1905年12月9日法律（以下、政教分離法）27条、1906年3月16日デクレ50条により、教会の鐘の使用についての規制は、市長の警察権（一般的には1884年4月5日法律97条）に含まれるとされていた。他方で、同じ政教分離法は1条で「信教の自由の行使」を保障し、1907年1月2日法律5条は信教のための施設を引き続き司祭や信者が使用しうると定めている。本判決の判断は、警察権と信教の自由という2つの権能を「調整」する枠組みの下で、信教の自由に軍配を上げるというものである。

この時代の国務院は、このモレル神父事件以外にも関連する判決を数多く出していた。それらについて3点にわけて付言したい。

第一に、事件の内容について。教会の鐘の音を巡って紛争が生じるな

ど、一部の市で生じたかなり特異な例であろうと思いがちである。しかし、決してそうではなく、よく似た紛争が各地で発生していた⁽⁹⁾。しかも、これらの規制が問題となるのはいわゆる「外部での宗教的行為 (manifestations extérieures du culte)」(教会 (lieu de culte) の外部で行われるか、少なくとも外部とかわかる宗教的行為) に対する侵害となるからであるが、同じ外部での宗教的行為に対する市長の警察規制が争われた事件も広く数え上げるならば、くまなく探すのは難しいほどの数の紛争が生じていたことがわかる。たとえば、公道での礼拝行進 (procession)⁽¹⁰⁾、聖体の所持 (port du viatique)⁽¹¹⁾、葬列 (convoi funèbre)⁽¹²⁾ などの禁止が争われていたのである。

第二に、訴訟の形式について。モレル神父事件は越権訴訟で争われたが、有効性審査訴訟 (recours en appréciation de validité)⁽¹³⁾ の形式を採った例もかなりあった。すなわち、アレテ違反により違警罪に問われた神父

(9) 類似性の強いものを選んで、C.E. 5 août 1908, *Abbés Lecleroq et Gruson*, Rec. 858 ; C.E. 12 février 1909, *Abbé Rimbaud*, Rec. 157 ; C.E. 30 juillet 1909, *Abbé Jourdan et autres*, Rec. 780 ; C.E. 13 janvier 1911, *Abbé Bazergues*, Rec. 14 ; C.E. 3 février 1911, *Abbé Bouvard*, Rec. 131 ; C.E. 8 avril 1911, *Abbé Anselme*, Rec. 460 ; C.E. 8 avril 1911, *Abbé Pierre*, Rec. 460 がある。

(10) C.E. 5 août 1908, *Abbés Lecleroq et Gruson*, Rec. 858 ; C.E. 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres*, Rec. 180 ; C.E. 1^{er} mai 1914, *Abbé Didier*, Rec. 515 ; C.E. 21 mai 1909, *Abbé Garcin, sieurs Boude et Imbert*, Rec. 511 ; C.E. 9 mars 1923, *Abbé Rousset*, Rec. 227 ; C.E. 16 mars 1923, *Abbé Gauthier*, Rec. 252 ; C.E. 6 juillet 1923, *Abbé Thomas*, Rec. 549 ; C.E. 21 novembre 1923, *Abbé Laurent*, Rec. 739.

(11) C.E. 19 mars 1909, *Abbé Deguille*, Rec. 307 ; C.E. 16 mars 1923, *Abbé Gauthier*, Rec. 252 ; C.E. 21 mai 1909, *Abbé Garcin, sieurs Boude et Imbert*, Rec. 511 ; C.E. 21 novembre 1923, *Abbé Laurent*, Rec. 739.

(12) C.E. 2 août 1907, *Abbé Garcin*, Rec. 755 ; C.E. 14 février 1908, *Abbé Valette*, Rec. 143 ; C.E. 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres*, Rec. 180 ; C.E. 16 mars 1923, *Abbé Gauthier*, Rec. 252. 葬列そのものを禁止する場合も、葬列を率いる司祭が祭服を着ることを禁止する場合もある。

(13) 逐一典拠を示さないが、現在では違法性審査訴訟 (recours en appréciation de légalité) という名称が普通である。本論文で検討する判例でも主文で違法 (illégal) と宣言する例が多い。しかし、本論文の内容を示すには、違法性審査に限定するのは適切ではない。

が違警罪裁判所においてアレテの有効性の問題を提出し、それが先決問題として国務院に送付されるという経過を辿る場合である。もっとも、本論文で見た例が有効性審査訴訟の形式を採ったという言い方は控えめに過ぎる。正確には、国務院が刑事訴訟の先決問題を審理するようになったのはこの時期のことで、それは本論文で見たような宗教警察関連の事件において生じた慣行であったからである⁽¹⁴⁾。この点についてはⅢの2でもう一度言及する。

第三に、判決の内容について。市長の警察権と信教の自由を調整するというモレル神父事件判決の枠組みは、細かな文言まで同じとはいえないにせよ、越権訴訟、有効性審査訴訟のいずれにおいてもおおむね共有されているといつてよいと思われる⁽¹⁵⁾。また、結論についても、ほとんどの国務院判決は、モレル神父事件判決と同じである。すなわち、司祭の請求を認め、アレテを取り消したりその無効を宣言したりしている。小さな自治体で生じた1つ1つの事件についてその社会的背景を確定することは難しいが、問題となったアレテは当時から一般的に、折からの反教権主義に与する市長がカトリック教会を狙い撃ちしたものと受け止められていた⁽¹⁶⁾。そうだとすると、当時の判例は、各地の市長の推進する極端な政教分離政策に対する有力な統制手段となっていたといつても過言ではないと思われる。

2 地元の伝統の尊重

もう1つ注目する1923年のルセ神父事件は次のようなものである。

(14) André Fliniaux, « La recours en appréciation de validité », in *Mélanges Maurice Hauriou* (Paris : Sirey, 1929), pp. 312-9.

(15) これまで引いてきた判決のなかには、「調整」という文言まで同じものもかなりある。他方、2で見えるルセ神父事件がそうであるように、「調整」ではなく「適合 (conformer)」という語が使われている判決もいくつかあるが、実質的に同趣旨といえよう。

(16) C.E. 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres*, Rec. 180 では判決文自体がこのことを暗示している。オーリウの評価も似ている (モレル神父事件等についての note, S. 1909. 3. 1 ; note sous C.E. 16 mars 1923, *Abbé Gauthier*, S. 1924. 3. 41)。

ルセ神父は、1921年11月1日(諸聖人の日)に礼拝行進を組織した。ところがこれが、ブレノー(Bléneau)市の市長が1894年6月9日に出していた、市内での礼拝行進を禁止するアレテに違反するとして、同神父は違警罪に問われた。この刑事訴訟の先決問題として、アレテの有効性の問題が國務院に移送された。本判決は、次のように述べてアレテを無効とした。

「儀式、礼拝行進、外部での宗教的行為を規制することは、1884年4月5日法律97条及び1905年12月9日法律27条に基づき市長の権限であるが、市長は自らの任務を遂行するに当たり、公の秩序のために定められた規制の下で信教の自由の行使を保障した1905年12月9日法律1条に適合(se conformer)しなければならず、かつ、秩序の維持に必要な限度においてしか地元の伝統(traditions locales)を侵害してはならない。……ブレノー市長は、死者への祈りを目的とするものや地元の慣行や伝統で認められているもののような儀式を禁止することを正当化するために、公の秩序を維持する必要性に由来するいかなる理由(motif)も援用しえなかった。……ゆえに、申立人が当該アレテが1884年4月5日法97条及び1905年12月9日法律27条に違反しているというのには理由がある。」

礼拝行進は、すでに1で言及したとおり、外部での宗教的行為の典型である。社会的背景、結論についても1と同様である。また、本判決の枠組みも、概ね前述の、市長の警察権と信教の自由を調整するものといえる。ただ細かく見ていくと、本判決においては特に、地元の伝統に根ざした宗教的行為を禁止するには市長の警察権の存在理由に合致した正当化根拠が求められると考えているようにも思われる。こうした、地元の伝統を尊重すべきであるという考え方を示している判決は、このルセ神父事件判決以外にも数多く存在している⁽¹⁷⁾。

3 オーリウの説明

以上で見た判例に対してオーリウが与えた説明を噛み砕き、その内容を便宜上2点にわけて要約しよう⁽¹⁸⁾。

第一に、1、2で見た判例の争点は市長の権限濫用の有無である。すなわち、判例が文言上法律侵犯と結論づけているにも拘わらず、越権訴訟の取消事由、有効性審査訴訟の無効事由は権限濫用である⁽¹⁹⁾。

特に越権訴訟についていわれることであるが、現在でいう内的違法に相当する取消事由のうち、法律侵犯が合法性の観点からのものであるのに対して、権限濫用は合目的性の観点からのものである。これらのうち、越権訴訟の原型に近いものは后者であった。国務院が法律侵犯（正確には法律侵犯及び取得された権利の侵犯）を越権訴訟の取消事由としたのは訴訟費用の負担や弁護士強制から解放するためのことであるが、それは1864年11月2日のデクレを受けてのことに過ぎないからである⁽²⁰⁾。こうした理解は、おおむね先代のラフェリエールに見られるが⁽²¹⁾、オーリウにも受け継がれている。日本でも、「行政道德（*moralité administrative*）」に基づく統制としての越権訴訟という標語で早くから知られてきたし、「訴訟化した階層的異議申立（*recours hiérarchique devenu contentieux*）」としての越権訴訟というフレーズもその内容をよく示している⁽²²⁾。

(17) 地元の伝統について比較的よく似た仕方で言及するものとして C.E. 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres*, Rec. 180 ; C.E. 19 mars 1909, *Abbé Deguille*, Rec. 307 ; C.E. 21 mai 1909, *Abbé Garcin, sieurs Boude et Imbert*, Rec. 511 ; C.E. 1 mai 1914, *Abbé Didier*, Rec. 515 ; C.E. 6 juillet 1923, *Abbé Thomas*, Rec. 549 がある。

(18) 本項について一般的には Hauriou, *op. cit.* (n. 4), pp. 268-70, 281-5 ; *op. cit.* (n. 5), 11^e éd., pp. 423, 540-1 を参照。ただし、*directive* についてはⅡの4での検討に回している。

(19) Note Hauriou sous C.E. 16 mars 1923, *Abbé Gauthier*, S. 1924. 3. 41 もこうした理解と一貫した主張を展開している。

(20) Hauriou, *op. cit.* (n. 5), 11^e éd., pp. 386-7, 388-9, 414-6.

(21) Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd. (Paris : Berger-Levrault, 1896), t. 2, pp. 409-11, 549-50, 558-9.

第二に、1、2で見た判例は次の2つの枠組みを示している。1つは、裁判所が外部での宗教的行為に対する警察規制の当否を検討する場合には、警察権と信教の自由の衡量 (balance) を行うというものである。この枠組みは、モレル神父事件判決で明確に見られ、ほとんどの判決で共有されている。もう1つは、この1つ目の枠組みから派生するものである。すなわち、裁判所が警察権と信教の自由の行使を衡量するに当たり、規制が外部での宗教的行為を全面的に禁止している場合と部分的に (たとえば礼拝行進のみ) 禁止している場合を区別し、前者については原則としてすべての場合に、後者については地元の伝統に基づく行為についても禁止している場合に、規制を取り消しあるいはその無効と宣言するという枠組みである (以上2つを以下では「判例の比較衡量の枠組み」と呼ぶ)⁽²³⁾。

第一点で示したように権限濫用が合目的性の観点からの統制であるとすれば、この判例の比較衡量の枠組みは、次のような意味で、裁判所が自らに課した合目的性の要請であるといえる。すなわち、市長はたとえば教会の鐘を規制するか、いかに規制するかについて法律で一義的に義務づけられていない。しかし、そうした一義的に義務づけられていない権限を公の秩序を維持する目的で行使しなければならないという一定の合目的性の要請を、市長は自らに課している。アレテはその要請によって理由 (motif) づけられているはずである。これに対してアレテの理由を審査する国务院も、同じく法律によって一義的に義務づけられていないが、審査の上では一定の合目的性の要請を自らに課しているはずであ

(22) Hauriou, *op. cit.* (n. 5), 11^e éd., pp. 346, 384. 阿部・前掲注 (7)、120頁、橋本・前掲注 (4)、214-220頁。

(23) こうしたオーリウの理解が的確かについては異論の余地がある。その後も含めて地元の伝統を尊重するという判例法理が存在したことは確かなようであるが (斎藤・前掲注 (3)、87-90頁)、部分的禁止の場合に地元の伝統を援用して規制の当否を論じるのが判例理論であるとまでいうには躊躇させる判決 (C.E. 19 mars 1909, *Abbé Deguille*, *Rec.* 307 ; C.E. 21 mai 1909, *Abbé Garcin, sieurs Boude et Imbert*, *Rec.* 511) も存在するからである。

る。そうした要請が先の判例の比較衡量の枠組みに現れているという具合である。

こうしたオーリウの説明にはいかなる意味があるか。Ⅱ、Ⅲでは、それを詳しく明らかにしていきたい。

Ⅱ 合目的性を評価し直す行政裁判

序において仮説的に示したとおり、オーリウのⅠの3の説明の背景には、目的 (but) という概念がある。それは、具体的には、2つの意味においてである。一方では、モレル神父事件などでの市長のアレテについての行政裁判は市長という統治機構 (gouvernement) の活動の目的を評価し直す作用であり、また、判例の比較衡量の枠組みはこのように評価し直すに当たっての標準を示している。他方では、神父等の信教の自由もまた統治機構の活動の目的と無関係ではない。本節は前者の点を、Ⅲは後者の点を論じる。

もっとも、このうち本節で扱う前者の点、すなわち、Ⅰで見た事件での市長のアレテについての行政裁判がその合目的性を評価し直す作用であるという点は、Ⅰの3の説明の内容をほとんど繰り返したに過ぎない。権限濫用を取消事由、無効事由としているからである。しかし、ここで示したいのは、合目的性を評価し直すという性格づけが、取消事由という小さな領域だけではなく、より広がりのある目的説と関連しているということである。この点については、オーリウ自身が次のように述べている。

「権限濫用の仕組みが極めて明確に示しているのは、フランス行政法において、行政の活動が^①行われるべき行政作用 (une fonction administrative à remplir)、の観念 (idée) に支配されており、その行われるべき行政作用の一般的な目的が官吏の権限にとって尺度 (mesure) や

標準 (norme) として働くべきであると考えられていることである。この権限濫用の仕組みは、1875年頃にドイツの法律家フォン・イエーリングが『法における目的』——近時『法における進化 (*Evolution dans le droit*)』(パリ、1901年)というひどく不正確なタイトルで翻訳された——という著作で明らかにした有名な目的説 (*doctrine des buts*) をフランスの國務院の判例が直観的に適用したものである。イエーリングがおそらくは知らなかった判例上の権限濫用の仕組みは、1864年11月2日のデクレとそれ以後の判例の動向に遡るのであるから、イエーリング説よりもかなり古い⁽²⁴⁾。」

イエーリングとの本家争いは別として、オーリウの権限濫用論が目的説という広い基盤と繋がっていることは確かであると思われる⁽²⁵⁾。では、そうした権限濫用論を採ること、目的説に立つことはいかなる意味を持つのか。それを明らかにするには、テキストに明示された根拠を辿って、同時代の法律学の動向との関連を踏まえることが有効である。以下では行政法学それ自体での議論をもう少し詳しく見た(→1)後で、憲法学(→2)、民法学(→3)、比較法学(→4)の順に検討を加える。

1 行政法学——権限濫用か法律侵犯か

Iの3で、オーリウにとって本論文で見た判決は合目的性の観点から

(24) Note Hauriou sous C.E. 16 novembre 1900, *Maugras*, S. 1901. 3. 57. Voir aussi, note Hauriou sous C.E. 27 février 1903, *Olivier et Zimmermann*, S. 1905. 3. 17.

(25) オーリウは、有名な *commerce juridique* についてだけではなく、イエーリングの目的説自体に対しても好意的な評価を繰り返している(注(24)で引いたもの以外に *spéc., Principes de droit public*, 2^e éd. (Paris : Sirey, 1916), p. 284)。当時のドイツ公法学の見取り図として仮に、ゲルバー＝ラーバント学派が意思に注目してその客体を捨象することで倫理学などから公法学を純化したのに対してイエリネックはイエーリングの利益説(目的説)も併用することで公法学を不純(実質)化したという見方(先行する論文もあるが *Olivier Jouanjan, Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)* (Paris : PUF, 2005), *spéc.*, pp. 178-84, p. 328 note 3) に立つならば、イエーリングへの好意的評価は、オーリウの公法学も不純であったことの現れと考えることもできよう。

権限濫用を統制するものであって、合法性の観点から統制するものではないと指摘した。しかし、このように権限濫用の統制と合法性の統制を切り離して考えてよいかについては、行政法学上、議論が錯綜している。以下ではこのことを、オーリウと他の学説との対立とオーリウ自身の議論内部での屈折に即して説明する。

第一に、同時代において、オーリウが権限濫用の統制と見ていたもの、たとえばモレル神父事件などでの市長のアレテに対する統制を法律侵犯の統制と考える見解も少なくなかった。こうした反対説は、法律が市長にアレテの制定を認めた目的とアレテの目的とが合致するかを審査しているのだから、権限濫用の統制も法律侵犯の統制の派生型に過ぎないというのである。ラフェリエールを古典的というならばオーリウは古典的な立場を守ろうとしたことになるが、ミシュウ、デュギ、アルトゥールなど著名な論者がこの点では反対説に与していた⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾。

(26) 本論文で検討してきた判例に明示的に言及して反対説を説くものは少ないが (Fliniaux, *op. cit.* (n. 14), p. 325 note 5 et pp. 331-2)、もう少し広く市長の警察権の統制全体を視野に取めるならば同じ指摘が見られる (Roger Bonnard « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RD.P.*, 1923, p. 384)。このように考えていくと、より一般的には、権限濫用は法律侵犯の派生型である (たかだか成文法違反か慣習法違反かの違い程度である) という結論に至りやすく、当時はこうした議論が有力になりつつあった (すでに引いた著作に加えて Henri Ebrén, *Théorie du détournement du pouvoir* (Valence : A. Ducros, 1901), pp. 29-30, 46 ; Émile Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RD.P.*, 1902, pp. 455-61 ; Léon Michoud, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration* (Paris : LGDJ, 1913), spéc., pp. 84-90 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. (Paris : E. de Boccard, 1928), t. 2, pp. 390-1, 496. やや異なる論旨を含むが Marc Réglade, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *RD.P.*, 1925, p. 413 et s.)。ラフェリエール自身、こうした反対説の可能性を意識していた (Laferrrière, *op. cit.* (n. 21), t. 2, p. 411)。

(27) この争点は同時に現実的な問題でもあった。次のように、アレテ違反の罪に神父等が問われた刑事訴訟で司法裁判所 (特に破毀院) がアレテを無効、ゆえに無罪と判断するかに関係し、当時の司法裁判所は国務院と異なってアレテをほとんど無効としなかったからである。

まず大前提として、司法裁判所がアレテの合法性を審査することは、権力分立の要請を考慮してもなお、可能とされていた (法令上は 1832 年 4 月 28 日の刑法改正に基づく

本格的には丁寧な跡づけが求められる点ではあろうが、さしあたり、現在ではむしろこの反対説に近いと思われる説明が有力であるといつて間違いはないと思われる。現在、本論文で見てきた判決そのものが引用されることはほとんどないが、同じような市長の警察権の統制の問題は権限濫用ではなく法律侵犯にかかわるとされる⁽²⁸⁾。行政決定の広義の目的のうち、それがなされた原因と呼びうる客観的な理由(motif)を審査するのは法律侵犯の統制の一部と考えられているからである。権限濫用により統制されるのは、行政決定の主観的すなわち心理的な動機(but, mobile)に限られているのである⁽²⁹⁾。

が、それ以前から判例上も可能であった(Achille Mestre « Recherches sur l'exception d'illégalité », in *Mélanges Maurice Hauriou*, p. 565 et s.)。ではなぜ宗教警察の例についてはアレテを無効としなかったのか。1つの説明としては、特に破毀院について権限濫用は事実にかかわるので判断しえないというものがありうる。しかし、これでは違警罪裁判所が権限濫用の統制を控えた例(たとえば Trib. de simple police de Tonnerre 8 septembre 1908, *Revue du culte catholique*, 1908, p. 365 cité par note Hauriou, S. 1909. 3. 1)の説明が見つからない。そこでもう1つの、およそ司法裁判所は行政活動の合目的性については判断しえないという説明が有力であった。大切なのは、いずれの説明によるにせよ、法律侵犯の統制と権限濫用の統制との違いが説明の前提となっていたということである。このことを判決自身が述べた例が Cass. crim. 5 mai 1905, S. 1908. 1. 203、解説でこれを指摘する例は数多いがたとえば note anonyme sous Cass. crim. 7 décembre 1907, Cass. crim. 25 juillet 1908 et Cass. crim. 19 décembre 1908, S. 1909. 1. 57 ; note anonyme sous Cass. crim. 26 avril 1907 et Cass. crim. 28 février 1908, S. 1909. 1. 59 ; note anonyme sous Cass. crim. 7 janvier 1910, S. 1910. 1. 472 を参照(古典的には、権限濫用の先例 C.E. 26 novembre 1875, *Pariset, Rec.* 934 に関するものだが Laferrière, *op. cit.* (n. 21), t. 2, p. 559)。これに対して、権限濫用を法律侵犯に吸収させる反対説が司法裁判所による統制の積極化を唱える(Fliniaux, *op. cit.* (n. 14), pp. 329-31)のは自然なことであり、これに適合的な判決も存在していた(たとえば Cass. crim. 9 avril 1909, S. 1909. 1. 535 ; Trib. corr. Nîmes 19 janvier 1909, S. 1909. 2. 29)。

- (28) 現在の、事実の評価の過誤にかかわるリーディングケースとされる C.E. 4 avril 1914 *Gomel* について、オーリウが C.E. 1 mai 1914 *Abbé Didier* と一緒に相互に関連づけながら論評している(note Hauriou sous ces arrêts, S. 1917. 3. 25)ことは、本論文で見た判決群が *Gomel* 判決さらには事実の評価の過誤の法理とつながっていることを示している。
- (29) たとえば René Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd. (Paris : Montchrestien, 2001), t. 1, pp. 1039-55 ; Jacqueline Morand-Deville, *Droit administratif*, 10^e éd. (Paris : Montchrestien, 2007), pp. 711-21. 交告尚史「権限濫用の法理について」東京大学法科大学院ローレビュー第4巻(2009年)162頁以下のいう権限濫用の「掩蔽」である。

さらに第二に、オーリウ自身にも、特に 1926-7 年には、権限濫用と法律侵犯の垣根を低くする議論が見られる。それまではむしろ権限濫用に近づけて理解していた⁽³⁰⁾、行政決定に事実の評価の過誤があるがゆえに決定を取り消した判決を、法的コースの不存在ゆえの取消と理解し、取消事由としては法律侵犯に位置づけるようになったからである。したがって、読み手には極めて紛らわしいことに、本論文がこれまで見てきた事件についても、それ以前と同様に権限濫用の例とする同時に、事実の評価の過誤つまり法律侵犯の例に数えてさえているのである⁽³¹⁾。

少数説になり以上のように自説を「変更」⁽³²⁾するオーリウに一貫したものと見いだすとすれば、モレル神父事件などでの市長のアレテに権限濫用を見るか法律侵犯を見るかは、二者択一の問題ではないと考えるしかないように思われる。つまり、取消事由や無効事由としては権限濫用ではなく法律侵犯であるか、あるいはさらに外的違法であるか考えるかはここでは副次的問題でしかない⁽³³⁾。本論文にとっての問題は、そこに権限濫用的なものを見いだしたこと、つまり、目的説的な角度から見たことがいかなる意味を持つか、いかなる同時代の動向を反映したものであったのかである。この問題に対する答えを、項を改めて、まずオーリウ自身の憲法学において探ってみよう。

(30) Note Hauriou sous C.E. 4 avril 1914 *Gomel et C.E.* 1 mai 1914 *Abbé Didier*, S. 1917. 3. 25 ; Hauriou, *op. cit.* (n. 5), 10^e éd., pp. 459, 539-40.

(31) Hauriou, *op. cit.* (n. 5), 11^e éd., pp. 429-30, 541 ; note Hauriou sous C.E. 22 janvier 1926, *Lefranc*, S. 1926. 3. 25 ; note Hauriou sous C.E. 27 mars 1925, *Mariani*, S. 1927. 3. 57. 1917 年から 1927 年までのオーリウ説の変化については Georges Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français* (Paris : Sirey, 1934), pp. 175-92、橋本・前掲注 (4)、212-26 頁。先に現在の標準的な取消事由の整理がオーリウ説と乖離していると述べたが、ここではむしろオーリウ説は現在の標準的な整理に近い。

(32) 橋本・前掲注 (4)、222 頁。

(33) 興津征雄「越権訴訟の起源をめぐって」日仏法学 25 号 (2009 年) 96-8 頁によれば、そもそも越権訴訟はその成立時において目的説によって把握されるような作用を果たすことを期待されていたという。

2 憲法学——イニシアティヴ

オーリウは、統治機構を論じる上で、執行権が合目的性を評価する作用と性格づけられるという。

「執行権 (*pouvoir exécutif*) とは、何よりも、自ら採るべき決定——例外的な (*gouvernemental*) あるいは日常的な (*administratif*)⁽³⁴⁾ 次元の決定——のイニシアティヴ (*initiative*) を有している。原則的にこのイニシアティヴは自由であり、このイニシアティヴが法律によって要件や期間を定められることは例外的である。……イニシアティヴとは、ある措置を採る (採らない) こと、あるいは、ある措置を採る時点を選ぶことであり、本質的には、合目的性の評価 (*appréciation d'opportunité*) である。それは、合法性 (*légalité*) の統制 (*contrôle* [審査]) に服している近代の統治機構においては裁量的権限 (*pouvoir discrétionnaire*) に残存しているものを構成する⁽³⁵⁾。」

このように、オーリウは執行権の本質的属性としてイニシアティヴというが、その意味するところは合目的性の評価や裁量的権限の存在なのである。このように、執行権には合目的性の評価の面があるという主張は、当時のフランスで説かれていた、執行権には単なる法律の執行に尽きない面があるという指摘とかかわる⁽³⁶⁾。この指摘が現在の日本でい

(34) 訳語を選ぶ上では Hauriou, *op. cit.* (n. 5), 11^e éd., p. 15 ; *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd. (Paris : Sirey, 1929), p. 420 を考慮した。ここでいう *gouvernemental/administratif* の区別は、本文のいうイニシアティヴが統制を受けないかにかかわる。したがって *gouvernemental* とはいうものの単に裁量的というよりも強い意味であるために、敢えて執政 (統治) 的という訳語を避けた。言い換えれば、ここでいう意味で *administratif* な決定・作用であっても、それを本論文のいう裁量的権限の行使と見ることは可能である。

(35) Hauriou, *op. cit.* (n. 34), 2^e éd., pp. 376-7.

(36) Joseph Barthélemy, « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application », *RDP*, 1907, p. 295 et s.

う執政（統治）説の1つの原型であることは確かである⁽³⁷⁾。

注意すべきことは、この執行権の裁量的権限が、裁量的とはいうものの、他の機関（典型的には裁判所）によって統制されないものに限られないという点である。ある執行権の決定が裁判所によって合目的性の観点から統制されたとしても、その執行権の決定はやはり合目的性の評価であったといえる⁽³⁸⁾。したがって、逆に、執行権が先んじて評価した合目的性を事後的に評価し直す裁判所の作用も、合目的性の評価であるという点においては執行権と同じであると考えられよう。

以上を要するに、権限濫用論に立つこと、正確に言えば形式的には法律侵犯を見るにせよ目的説に与して論じることは、憲法学上、現在の日本でいう執政作用を裁判所に託す見方を選ぶことでもあるといえよう。

3 民法学——権利濫用か違法か

フランス行政法学が権限濫用を論じていたのと同時期の民法学では権利濫用（abus des droits）が論じられていた。その古典的な判例に次のものがある⁽³⁹⁾。

(37) 執政説の原型がすべてフランスの議論であるのでは勿論ないが、石川健治「政府と行政」法教 245 号（2001 年）77 頁注（19）の引用文献をさらに遡ると本文での議論に至ることも否定しえないであろう。

(38) 阿部・前掲注（7）、119-20 頁が引くようにオーリウが「裁量的」を使うときには裁判所による統制を受けない場合を指すように見えることもある。しかし、そうではない例もある。「およそ行政決定には、行為の合目的性の評価が裁判官に服しない限りにおいて裁判官には評価されない一部のイニシアティブに対応した一部の裁量的権限が残存している。」（Hauriou, *op. cit.* (n. 5), 11^e éd., p. 340. 傍点は小島）このくだりを含む箇所と本文で引用した議論との関連はオーリウ自身が明示するところである（Hauriou, *op. cit.* (n. 34), 2^e éd., p. 377 note 1）。阿部は、合法性の問題ではないが裁判によって統制される部分（行政道徳）と統制されない合目的性の問題を混同することを確に批判する。しかし、行政道徳の問題も、執行権の活動の目的と関連する点で合目的性の問題と根において繋がっていることも確かであるように思われる。

(39) Lyon, 18 avril 1856, S. 1856. 2. 199. この判例が古典的な例であることは、Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité (Essais de téléologie juridique I)*, 1^{re} éd. (Paris : Dalloz, 1927), n° 24 を参照。末川博「フランスにおける権利濫用論」同『権利侵害と権利濫用〔末川博法律論文集Ⅱ〕』（岩波書店、1970 年〔初出は 1929 年〕）205 頁も

Yは、自ら所有する土地に掘られた井戸にポンプを取り付けて、地下水源(鉱泉)から水を汲み出した。そのため、近接し地下水が相互に行き来していたXの水源から地下水の3分の2が失われた。この取水は、Xを害する目的で行われ、得られた地下水は何に使われることもなく川に捨てられた。Yに対するXの損害賠償の請求を認容した原判決について、リヨン控訴院は1856年4月18日に、Yの行為が専らXに対する害意のみに基づくとして、その判断を是認した。権利濫用論は、たとえばこうした判例を引き、土地の所有権に基づいて地下水を汲み上げたに過ぎないにも拘わらずXが損害賠償責任を問われた理由をXが所有権を濫用したからであると説明する議論であった。

当時においても、この権利濫用論が行政法学上の権限濫用論と互いに理論的に関連していることは公法学においても私法学においてもしばしば指摘されていた⁽⁴⁰⁾。そのなかでも特に、単に関連していると指摘するだけではなく、オーリウ説をかなり肯定的に受け止めて議論を展開したのがジョスランである。すでに1905年に『権利濫用論』を公にしていたジョスランは1927年に『法学における目的論第1巻』と銘打って『権利の精神とその相対性について[第1版]』を著すに際して、その冒頭から1926年のオーリウ「統治作用としての法とルールとしての法」を引用して自説を展開したからである⁽⁴¹⁾。

引く例である。

- (40) 公法学からの指摘として note Hauriou sous C.E. 27 février 1903, *Olivier et Zimmermann*, S. 1905. 3. 17 ; Michoud, *op. cit.* (n. 26), pp. 87-9 ; Duguit, *Les transformations générales du droit privé* (Paris : Félix Alcan, 1912), pp. 199-200 ; *op. cit.* (n. 26), pp. 383-4、私法学からの指摘としてジョスラン以外に Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., t. 2 (Paris : L.G.D.J., 1923), n° 871, p. 288 note 1 ; René Demogue, *Traité des obligations en général* (Paris : Arthur Rousseau, 1924), t. 4, n° 692 ; Henri Capitant, « Sur l'abus des droits », *RTDC*, 1928, p. 374 などがある。
- (41) すなわち、権利濫用で問われているのは合法性には収まらない後述の *directive* であるとか *police juridique* であるなどと論じられているのである。Josserand, *op. cit.* (n. 39), n° 1, pp. 2-3 et n° 232, p. 295。これ以外の箇所では、逐一オーリウへの言及はないので正確に影響関係を確定するのは難しいが、ジョスランは、オーリウと似た意味でしばしば

ジョスランがこの叙述を書いた1927年までに、権利濫用論に対しては、民法学上数多くの批判が向けられており、ジョスランもそれらに対して1つ1つ丁寧に反論している。そのなかで本論文に関係するのは、濫用行為は違法行為に過ぎないのではないかという批判についての検討である。この批判は、典型的には「ある1つの同じ行為が同時に合法かつ違法にはなりえない」とするプラニオルに見られ⁽⁴²⁾、当時において広く共有されていた。ジョスランがこうした批判を行った論者に数える者としてはエスマン、デュギなど公法学者以外に、レヴィ、バルド、マルタンがいるが⁽⁴³⁾、さらにリペールも加えることができ⁽⁴⁴⁾、権利濫用論の主唱者の一人であるはずのサレイユもこの点を認めてしまっている⁽⁴⁵⁾。こうした批判に対してジョスランは、合法か違法かは安定的に

directive という概念も用いている。もっとも、IIの4で見るように、directive 概念は、リヨン大学の同僚ランベール主宰の比較法研究所で話題になり、それをヒントにオーリウが利用したものである。したがって、ジョスランがオーリウから直接に影響されたというよりも、ジョスランとオーリウが共にランベールの比較法学の影響圏にあったと考えるべきであろう。

- (42) Planiol, *op. cit.* (n. 40), n° 871. プラニオルのこの趣旨の批判が当時から典型的批判とされたことはこれまで引用してきた文献を、現在の評価についてはさしあたり Alain Sériaux, « Abus de droit », Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris : PUF, 2003), p. 3 を参照。プラニオル説には日本でも学説史の検討とは異なる文脈においても早くから言及されてきた(末川博「権利濫用概説」同・前掲注(39)〔初出は1933年〕99頁)。
- (43) Note Adhémar Esmein sous Cass. req. 29 juin 1897, S. 1898. 1. 17 ; Duguit, *op. cit.* (n. 40), pp. 198-9 ; Emmanuel Lévy, « Responsabilité et contrat », *Revue critique*, 1899, p. 364 ; Gabriel Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., t. 15 : *Des obligations*, t. 4 (Paris : Société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1908), n° 2855, p. 539 ; Alfred Martin, « L'abus du droit et l'acte illicite », *Zeitschrift für Schweizerischen Recht*, 1906, spéc. pp. 29-34. Voir aussi, Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. 1 (Paris : E. de Boccard, 1927), p. 266 et s.
- (44) Georges Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines* (Paris : Arthur Rousseau, 1902), pp. 255-6 ; « L'exercice des droits et la responsabilité civile », *Revue critique*, 1906, pp. 359-65. Voir, Ripert, « Abus ou relativité des droits », *Revue critique*, 1929, pp. 52-5.
- (45) Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3^e éd. (Paris : L.G.D.J., 1914), p. 370 note 1 ; 3^e éd. nouv. tirage (Paris : L.G.D.J., 1925), p. 370 note 1.

判断されるのに対して、濫用の有無は社会の変化に合わせて柔軟に判断されるものであり、両者を一括りにして合法性に回収してしまわない方がよいと応戦している⁽⁴⁶⁾。

注意すべきは、これらの批判が権利濫用論と必ずしも結論を異にするわけではないということである。少し前の世代の民法学者のなかには、ドゥモロンブのように所有権の絶対性を主張して所有権者の権利行使の目的の審査に反対する者もいた⁽⁴⁷⁾。これは結論においても権利濫用論と衝突する議論であろう。しかし、プラニオルらは、結論は共有しつつ、濫用とされる行為は違法な行為であったと考えれば済むのではないかと主張するのである⁽⁴⁸⁾。したがって、プラニオルが揶揄するように権利濫用論は「ことば遊び」に過ぎないのか、ジョスランが反論するように違法と濫用との区別には意味があるのかが、対立点である。ドゥモローグは同時期に、権利濫用論の背景に法典万能主義の後退を見て取っており、ジョスランも『権利の精神とその相対性について』の第2版でこれに賛意を示しているが⁽⁴⁹⁾、以上のプラニオルのような批判説との対

(46) Jossierand, *op. cit.* (n. 39), pp. 315-6. ここまで詳細ではないが、Compte-rendu par Albert Tissier, *Revue critique*, 1904, p. 512 もサレイユに対して結論としては同旨の批判を向ける。

(47) Jean-Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 4^e éd. (Paris : A. Durand, 1867), t. 11, n^o 66.

(48) たとえば Lévy, *op. cit.* (n. 43), p. 375. 勿論、先に引いた判例の場合など1つ1つの実例に即していくと、ジョスランと注(42)、(43)に引いた論者の議論を当てはめると結論が異なると思われることはある。たとえば Planiol, *op. cit.* (n. 40), n^o 871 は害意があるだけでは通常は責任が生じないと考えているので、本文で引いた先の判例について責任を肯定するかは微妙である。しかし、ジョスランのいう「権利の相対性」を肯定するという意味においてはプラニオルも同じであり (Voir, David Deroussin, Préface de Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., (rééd., Paris : Dalloz, 2006), p. XIV)、本論文が主張しているのはこの点である。

(49) Demogüe, *op. cit.* (n. 40), n^o 634 ; Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd. (Paris : Dalloz, 1939), n^o 235, pp. 318-9. もっとも、権利濫用論が民法典の成立と共に不振になり社会法論の発展とともに活性化したというこうした認識には収まらない指摘も当時からなされていた (Etienne-Ernest-Hippolyte Perreau, « Origines et développement de la théorie de l'abus du droit », *Revue générale du droit*, 1913, pp. 493-4)。

立点に限っていえば、それは、法典万能主義かその逆のいわゆる「生ける法」の重視かというよりも、生ける法の問題が合法・違法とは異なる指標で判断されうると考えるかを巡る対立であったといえよう。

こうした対立は、Ⅱの1で見た、権限濫用と法律侵犯との関係についての行政法学上の議論とほぼ並行的に理解しえよう。勿論、行為の取消を問題にする場合と、損害賠償を問題にする場合すなわち自由ではない権利の問題を論じる場面との間には違いがあるが⁽⁵⁰⁾、権限濫用についてラフェリエールやオーリウの立場に近いのがジョスランの議論であると位置づけてよいと思われる。以上を要するに、合法・違法の指標では測りえない合目的性という問題を設定することは、民法学上は、権限濫用論を肯定すること、すなわち、プラニオルではなくジョスランに与することを意味した。

4 比較法学—— directive

これまでの議論では敢えて検討から外してきたが、1926-7年のオーリウは新しく *directive* (*standard*)⁽⁵¹⁾ という概念を用いている。この di-

本文で指摘したことは、引用は省くが、日本では権限濫用論の規範創造機能として戦前からすでに知られてきた。民法学以外において近時、鈴木祿彌を介して好意的に参照された例もある（たとえば白石忠志「『知的財産法と独占禁止法』の構造」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題』（弘文堂、2005年）509-10頁）。こうした理解自体に異論はないが、規範創造機能を見て取るかとは別に、ジョスランとプラニオルとの対立点のように、規範創造機能をいかに捉えるかという問題があることに注意すべきであるというのが以下の本文の論旨である。

- (50) Note Hauriou sous C.E. 27 février 1903, *Olivier et Zimmermann*, S. 1905. 3. 17. オーリウはイエーリング（注（24）に対応する本文を参照）についてもこの違いを無視するものとして批判する（note Hauriou sous C.E. 16 novembre 1900, *Maugras*, S. 1901. 3. 57. Voir aussi, Hauriou, *op. cit.* (n. 25), p. 185 note 1）。こうした違いをジョスランは本質的ではないというが（*Josserand, op. cit.* (n. 39), n°194）、カピタンもいうように（*Capitant, op. cit.* (n. 40), pp. 373-5）、権利と自由の違いを無視するのは適切ではない。ただ、本文の内容に限っていえば、オーリウやカピタンも認める権限濫用と権利濫用の共通点の範囲内とあってよいと思われる。
- (51) オーリウ自身は、*standard* と *directive* を区別している。*Directive* は *standard* を具体化した方針である。しかし、実例に則してみると、両者の区別は徹底していない。たと

rective という概念はルール (règle de droit) との対比において用いられている。ここでいうルールとは、特定の行為を行う (あるいは行わない) ようにある者を羈束する要請のことである。これに対して directive は、ある者がルールによって羈束されておらず、その意味でその者に一定の裁量が認められる場合に現れる。このように裁量的権限を行使する場合であっても、一切の標準もないままに行使するわけではない。このとき、いかに行使するかについて、明示されるかはともかく、一定の要請が存在するからである。この要請は、必然的にまずはその者が自らに対して課すものとなり、それを directive というのである。したがって、これまでの本論文にいう合目的性の要請を directive と呼んで、合法性の要請であるルールと対比したのである⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾。

このようにオーリウが directive 概念を用いたのは、この時代の比較法学の影響を受けたためである。というのも、オーリウに影響したのは、リヨン大学の比較法学者ランベールの下で学位論文を書いたサンフリーであったからである。以下では、3 で見たジョスランがいたリヨン大学へともう一度迂回し、この消息を明らかにしたい。

サンフリーは当時、エジプトからの留学生であった。その経歴につ

えば本文で見た判例の比較衡量の枠組みは directive と呼ばれているが、似た枠組みが standard と呼ばれることもある。したがって、以下では両者を directive に代表させる。

(52) 極端な言い方をすると、本文の限りでいえば directive 概念を用いるかはことばの問題に過ぎない。オーリウは 1926-7 年に directive 概念を使うようになったことでオーリウは裁量的権限にかかわるそれまでの叙述を完全に改めたと述べているが (Hauriou, *op. cit.* (n. 5), 11^e éd., p. 341 note 1)、誇張であろう。

(53) 「統治作用としての法とルールとしての法」論文や関連する判例評釈 (note Hauriou sous C.E. 17 juillet 1925, *Association amicale du personnel de la Banque de France c/ Banque de France*, S. 1925. 3. 33) で用いられた directive 概念は、その後、裁量基準論で受け継がれてきた。新たに裁量基準は画一的処理につながり案件の個性的処理を阻むものと位置づけられたが (たとえば、交告尚史「個別審査と画一的処理 (1) (2) (3 完)」自治研究 60 巻 12 号 (1985 年) 132 頁以下、61 巻 3 号 (1986 年) 129 頁以下、61 巻 4 号 (1986 年) 134 頁以下)、他面において裁量基準が合目的性の要請を表現すること自体は否定されていないように思われる (特に、多賀谷・前掲注 (4)、103、117-8 頁はオーリウ説の有効性を指摘する)。

いては日本でも近時詳しく知られることとなったが、カイロ大学法学部で教えた後に1948年に公布されたエジプト民法典の起草にも尽力した「近現代のアラブ世界における最も重要な法学者の一人」である⁽⁵⁴⁾。サンフーリーに限らずランベールの下にはエジプトから多数の学生が訪れていた。それは、ランベールが1906年から1年間、カイロ大学で教鞭をとったからである。ランベールはイギリスと対立してリヨンに戻ったが、その後もリヨンで比較法学のセミナーを開いて留学生を受け入れたのである。1921年にはこのセミナーを正式の大学機関とし比較法研究所(Institut de droit comparé)を設立した⁽⁵⁵⁾。サンフーリーの学位論文「イギリスの判例における個人の営業の自由に対する契約的規制」は、ランベールの強力な指導の下で執筆され、この研究所の叢書として1925年に公開されたものである⁽⁵⁶⁾。

事業(営業)譲渡の場合の譲渡人や特に会社から退職する労働者に対しては、譲受人や会社にとって、競争避止義務を課す理由がある。しかし、こうした義務を課すことは営業の自由を制約することになり、契約で行えばそれは実質的な意味での取引制限(restraint of trade)となりうる。こうした契約を有効としてよいか。この点、イギリスの判例は、18世紀まで取引制限をすべて無効、18世紀からも期間や場所を限定した部分的制限以外については無効と判断していたが、19世紀末からは契約の性質、事業の性質などに鑑みて制約に合理性(rationalité)があるかを検討する柔軟な枠組みに変化した。サンフーリーの論文は、こうした

(54) 両角吉見「エジプト民法典小史」東京大学法科大学院ローレビュー2巻(2007年)158-61頁。

(55) 以上については、Suzanne Basdevant-Bastid, « L'Institut de droit comparé de Lyon », in *Introduction à l'étude du droit comparé (Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert)* (Paris : Sirey, 1938), p. 12.

(56) Abd-el-Razzak al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise* (Paris : Marcel Giard, 1925). 原型はÉdouard Lambert, *L'institut de droit comparé : son programme, ses méthodes d'enseignement* (Lyon : A. Rey, 1921), pp. 17, 19-20に見られる。

イギリスの判例の変化を描き出し、フランスの判例に対するイギリスの判例の柔軟な枠組みの優位性を主張するものである。

この論文がオーリウに限らずフランスの学界に無視しえない影響を与えたのは、以上のうちテーマではなく、サンフーリーが好意的に描いた現在のイギリスの判例の柔軟な性格である。サンフーリーはこの現在の判例には「法の運用に当たり裁判官を導き、裁判官に法の運用の目的 (*but, finalité*) についての1つの観念を与える」*directive* が妥当しているという。たとえば前述のように制約に合理性があるか検討する *directive* がその例である。こうした *directive* は、ルールと異なり裁判官自身を厳格に羈束しない。「一定の目的に辿り着くのにこれこれの道を通るように裁判官を義務づけない」。そうすることでイギリスの判例は社会の変動に柔軟に対応しえているというのである⁽⁵⁷⁾。

Directive という法のあり方は、サンフーリーがランベールの示唆を開展させたものであるが⁽⁵⁸⁾、そのランベールはこの概念を親交もあつたアメリカのパウンドから学んでいる⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾。このようにイギリス、アメ

(57) al-Sanhoury, *op. cit.* (n. 56), pp. 23-4, 38-45. サンフーリーもランベールも英語の *standard* を用いるが、本論文では議論が徒にわかりにくくなることを避けるためにオーリウの用いる *directive* に替える。

(58) al-Sanhoury, *op. cit.* (n. 56), p. 43 note 2 ; Lambert, *Préface d'al-Sanhoury, op. cit.* (n. 56), pp. XIX-XX.

(59) Roscoe Pound, *The administrative application of legal standards, Report of the annual meeting of the American Bar Association*, v. 44, 1919, pp. 454-6 ; See also, *An introduction to the philosophy of law* (New Haven : Yale University Press, 1922), pp. 115-20 ; Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (Paris : Marcel Giard, 1921), pp. 204-8 ; Préface de Georges Cornil, *Le droit privé* (Paris : Marcel Giard, 1924), pp. IX-X ; Introduction de Jules Patouillet (traduit par), *Les codes de la Russie soviétique*, t. 1 (Paris : M. Giard, 1925), pp. 12-3 ; Préface d'*Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, 2^e éd. (Paris : Dalloz, 1927), pp. XVII-XIX. ランベールはこうした *directive* としての法のあり方とⅡの2で見た権利濫用論との間には親和的な関係が成り立つと考えており、サルフーリーも同様である (al-Sanhoury, *op. cit.* (n. 56), p. 61)。

(60) このことは、現在の日本において執政説の視点を大事にする論者が人権論では敢えて違法論のフォームを採る近時の有力な動向 (石川健治「憲法解釈学における『議論の蓄積志向』」法時74巻7号(2002年)60頁以下、それを批判する穴戸常寿「『憲法上の権

リカの判例の機能とフランスのそれとを比較するというサンフリーの視点は、次の2つの意味においてランベールの比較法学を継承するものであった⁽⁶¹⁾。

1つは、比較の対象が判例にも及んだという意味においてである。同時代の日本でも知られていたように⁽⁶²⁾、パリでの1900年第一回国際比較法学会 (Congrès international de droit comparé) を承けて比較法学は20世紀初めの法学の花形の1つとなっていた。フランスでは、ランベールとそれに先んじていたサレイユがこの比較法学の中心であった。もっとも、これより前に外国法を学ぶということがなされていなかったわけではない。たとえば、1869年に設立された比較立法学会 (Société de législation comparée) は外国の法令の収集を継続的に行ってきた。しかし、サ

利』の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）243-4頁もこの点では同じ）との関係で、我々にも示唆的である。それは次の理由からである。パウンドにおいて *directive* に対応する原語は *standard* であるものの、過失による不法行為の有無を決定する上での相当の注意の *standard* やデュー・プロセスの *standard* などが例とされているにとどまる (Pound, *supra* note 59)。しかし、憲法問題を解く上で利益衡量に際して広い裁量を持つ裁判所の判断を予め枠づける通説的な違憲審査基準 (たとえば、芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）213頁) も機能的には *standard* の1つと考えることもできよう。そうだとすると、この通説は濫用論から憲法問題を論じる枠組みというと思われる (石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し」法教 340号 (2009年) 54-5頁も参照。ただし裁量論の位置づけについては本論文と異なる趣旨を含むかに見える)。通説と近時の動向との違いは、合目的性の判断を合法性の判断によって押さえ込むことを重視するか、無理に違法論に収めることを形骸化と考えて濫用論を直に主題化するかにかかわることになる。

- (61) 特にランベールの著作は膨大であるにも拘わらず、以下のサレイユとランベールの比較法学の特徴についての説明はその一部の検討のみに基づいているが、内容的には一般的に共有されうるものであり (Voir, Christophe Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité », *Revue internationale de droit comparé*, 4-2000, p. 733 et s. ; Thierry Kirat, « La méthode de jurisprudence comparative d'Édouard Lambert et son destin tragique », in David Deroussin (contributions réunies par), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III^e République La Faculté de Lyon* (Paris : La Mémoire du Droit, 2007), p. 213 et s.)、大過はないと思われる。
- (62) 杉山直治郎「比較法學の觀念に就て」同『法源と解釈』（有斐閣、1957年）341頁以下 [初出は1918年]。ランベールへの献呈論文集に日本から寄稿したのは、杉山の他に田中耕太郎、石崎政一郎であった。

レイユやランベールは、こうした法令ではなく判例こそ比較しなければならぬという⁽⁶³⁾。サンフーリーの判例の機能の比較という視点はこれを受け継ぐものといえよう。

もう1つは、比較法学が外国法学ではなかったという意味においてである。サレイユにとってもランベールにとっても比較法学の課題は、単なる外国法の研究ではなく、異なる国の法を比べて何かを引き出すことであつた。いかなる結論を引き出すかについては力点の違いがあるが、いずれもフランス法の現状を変革する手がかりを比較法学に求めている⁽⁶⁴⁾。すなわち、両者共に、フランスの判例が民法典の起草者の意思から離れて社会の変動に適合しているのを承けて、学説も、民法典の論理的な解釈にだけ関心を向けるのではなく、民法典から離れるがゆえに恣意的になりがちな判例を導くようにすべきであり、そのためには比較法学の知見が有用であると考えていた⁽⁶⁵⁾。サンフーリーもイギリスの判例のあり方をフランスの判例にとっての指針とすべきであると主張する点でこうした比較法学の特徴を継承していたといえる。

サンフーリーの議論は、このように判例の機能を比較し、結論としてフランスにおいても裁判所によるより自由な法の運用を主張するものであつたがゆえに、ジョスラン、リペールのような同じく「生ける法」を重視する論者たちに好意的に迎えられ⁽⁶⁶⁾、*directive* というサンフーリー

(63) たとえば Saleilles, « Le droit commercial comparé. Contribution à l'étude des méthodes juridiques », *Annales de droit commercial*, 1891, p. 219 ; Lambert, *op. cit.* (n. 56), pp. 11-2 ; *Le gouvernement des juges, op. cit.* (n. 59), spéc., pp. 236-41, 256.

(64) 何を引き出すかについてサレイユとランベールとの間に力点の違いがあつたことが知られている(杉山・前掲注(62))。主眼を、一定の文明国の共通法を導くことに置くか(ランベール)、何が自国の法の進化に資するかに置くか(サレイユ)の違いである。後者は、共通法があつたとしても自国に特有の事情があれば無意味であるというのである(Voir, Saleilles, « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale d'enseignement*, t. 61, 1911, pp. 27-30)。しかし、この違いはまさに主眼の置き方にかかわるにとどまり、本文で述べる範囲においては両者は同一であつたと考えられる。

(65) たとえば Lambert, « Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Revue internationale d'enseignement*, t. 40, 1900, pp. 240-3 ; Saleilles, *op. cit.* (n. 64), pp. 17-25.

一の枠組みをそのまま用いた研究さえ見られた⁽⁶⁷⁾。オーリウの「統治作用としての法とルールとしての法」論文におけるルールと *directive* の対比も、こうしたランベール、サンフーリーの影響によって生まれたものである。

しかし、オーリウは、おそらく無意識のうちに、議論の力点をずらしているように思われる。サンフーリーがルールと *directive* を論じたのは主に裁判官についてである。つまり、裁判官も合目的性を評価すべきであると主張したのである。これに対して、オーリウにおいては行政にとっての *directive* も想定されていた。これは、権限濫用の統制が合目的性についての行政の評価を裁判所が評価し直すものであるというこれまで見てきた理解と対応している。このように一定の力点の違いはあるものの、*directive* 概念は、合目的性の評価という問いをオーリウと当時の比較法学が共有していたことを示している。言い換えれば、権限濫用論、目的論に立つことは、比較法学上は、イギリスやアメリカの判例の機能に好意的でそれを以てフランス法を変革しようとする立場に近づくことを意味したのである⁽⁶⁸⁾。

* * *

(66) Ripert, « Abus ou relativité des droits », *op. cit.* (n. 44), p. 43.

(67) Marcel O. Stati, *Le standard juridique* (Paris : Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1927). 未見であるが、André Schneider, *De l'indivisibilité de la propriété et de la gérance dans les officines pharmaceutiques*, Thèse Nancy, 1927. 後年の行政法学での例であるが、Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard* (Paris : L. G. D.J., 1980).

(68) 同時代にダイシーは、フランスではイギリスと異なり、私人間に妥当しているものとは別の法規範が政府や官吏に対して適用され、司法裁判所とは別に行政裁判所が存在することを指摘したが、そのダイシーでさえ、フランス行政法とイギリス法が裁判官による法創造 (judge-made law) に好意的である点で似ていると述べている (Alvert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. (London : Macmillan, 1915), pp. 369-70)。本文で述べたことは、仮にダイシーの指摘するような違いがあるとしても、ルールの適用ではないという点に限っては、イギリス法とフランス行政法との間に共通点がありうるということの意味している。

本節の冒頭で述べたとおり、モレル神父事件などについてのオーリウの説明は、市長のアレテについての行政裁判がアレテの合目的性を評価し直すことであり、また、判例の比較衡量の枠組みには評価し直すに当たっての標準が示されていると考えるものであった。本節の検討を要するに、目的説に立ち合法・違法の指標によってではなく合目的性の評価という角度から問題を立てることは、憲法学の統治機構論を現在の日本という執政説に近い立場から論じること、民法学上は権利濫用論に与すること、比較法学上はイギリス、アメリカの判例に好意的な同時代の動向に近づくことを意味していた。しかし、オーリウの目的説の射程はこれだけにとどまず、自由論にも及んでいる。節を改めてこの点を明らかにしよう。

Ⅲ 目的と自由

オーリウの説明において目的説は、Ⅱで見たとおり、市長のアレテに対する行政裁判の性格づけと関係するが、それだけではない。目的説という基盤は、神父等の信教の自由とも関係するからである。このことをまず、『憲法精義』や『公法原理』での議論を引きつつ一般的に(→1)、次いで、特に本論文で見た司祭の信教の自由の問題に即して(→2)明らかにしたい。

1 目的に仕える自由

Ⅱの2で見たように、目的説は、執行権が合目的性を評価する権能であるという見方とつながっている。言うまでもないが、この権能は、文字どおり恣意的な作用を行いうる力を想定しているのではなく、公衆に奉仕する(service public, service du public)という目的に仕えることが内在的に要請されている力である⁽⁶⁹⁾。オーリウは執行権が国家を代表=表象する(représentatif)権能であると述べているが⁽⁷⁰⁾、これも執行権が

公益を表象しなければならないことが前提とされていることを意味している。他方で、個人の自由はどうであろうか。この点、オーリウは、自由を取得された権利とは切り離し、それを各個人が公益を表象する限りで存立する高尚で公的なものと考えている⁽⁷¹⁾。勿論、執行権や立法権のような統治機構の一部であるのか、その外部に存在する私人であるのかの区別をオーリウが無意味と考えているわけではない⁽⁷²⁾。しかし、統治機構の権能と個人の自由の間に共通項がまったくないと考えたわけではない。統治機構の権能と自由は、共に公益という目的に依存しているという意味において、関係している。

2 政権と教権

次に、同じ問題を司祭の信教の自由の問題に即して論じたいが、その前にⅡに関係する議論に少し迂回する。

市長の警察権と信教の自由の行使が対立する場合、モレル神父事件やルセ神父事件では、越権訴訟にせよ有効性審査訴訟にせよ、通常の行政訴訟と同じように審理されている。しかし、1905年以前のコンコルダ体制の下では事情は異なっていた。こうした事件については濫用の訴え (*recours pour abus*) という特殊な救済方式が用意されていたからである。1905年以前に市長の警察権により信教の自由の行使が侵害された場合の訴えについて定めていたのは、革命暦10年芽月18日(1802年4月8日)の法律に含まれるコンコルダの組織化規定 (*Articles organiques de la convention du 26 messidor an 9*) の7条である。同規定6条は教権の濫用が

(69) Hauriou, *op. cit.* (n. 5), 11^e éd., pp. 12-3.

(70) Hauriou, *op. cit.* (n. 34), 2^e éd., p. 420. なお、有権者団の選出権も同じである (*ibid.*, p. 552)。オーリウにおける代表=表象の概念については拙稿「近代国家の確立と制度体の自由(3)」国家学会雑誌121巻7=8号(2008年)46-9頁。以下本項の内容はこの拙稿の議論と大きく重なる。

(71) 拙稿・前掲注(70)、71-5頁。

(72) 拙稿「近代国家の確立と制度体の自由(2)」国家学会雑誌121巻5=6号(2008年)111-2頁。

あった場合に国務院に対して訴えうるとしていたが、7条は同時に「信教の公的な行使 (*exercice public du culte*) 及び、法律や規則が司教に保障する自由の侵害」があった場合も同様に訴えることが可能であると定めていた。つまり、これまで見てきた事件のように、市長の警察規制により教会の活動が制約された場合には、この7条の訴えを提起しえたのである。1905年以降と同様に、直接に規制の濫用を主張する場合もあれば⁽⁷³⁾、刑事訴訟の過程で生じた争点が先決問題として送付される場合もあった⁽⁷⁴⁾。

モレル神父事件やルセ神父事件のような1905年以降の越権訴訟や有効性審査訴訟は、こうした濫用の訴えを受け継いだものといえる。まず、越権訴訟は行政の行為に向けられた濫用の訴えの受け皿になった⁽⁷⁵⁾。また、有効性審査訴訟については、それが先決問題としての濫用の訴えの受け皿となったというよりも、Iの1で触れたように、有効性審査訴訟の実体は先決問題としての濫用の訴えであったとさえいえる⁽⁷⁶⁾。政教分離法が適用される前の有効性審査訴訟は、民事訴訟の先決問題を審理する、利用頻度も低い訴訟形式に過ぎなかった。ところが、濫用の訴えの仕組みの廃止後も違警罪裁判所と国務院が刑事訴訟の先決問題を送りあるいは受ける慣行を止めなかったために⁽⁷⁷⁾、有効性

(73) たとえば C.E. (décret) 3 mars 1894, *Abbé Iteney, Rec.* 752 ; C.E. (décret) 29 mai 1894, *Abbé Bernard, Rec.* 752. 元首の裁定の内容は、行為に対する取消の場合もあるが、譴責や(事実行為の)削除にとどまる場合もあった (*Voir, Hauriou, Précis de droit administratif et droit public général*, 5^e éd. (Paris : Recueil général des lois et arrêts, 1903), p. 172)。こうした事件に対する元首の管轄権は、越権訴訟を審理する国務院の管轄権と競合する(この競合は特に後者の裁判権が委任司法とされるようになれば理論的には深刻になる)。この角度から問題を概観したものが斎藤・前掲注(3)、117-28頁である。

(74) たとえば C.E. (décret) 13 août 1895, *Abbé Lesage et autres, Rec.* 893 ; C.E. (décret) 13 août 1895, *Abbé Liénard, Rec.* 893.

(75) オーリウはこうした場合の濫用の訴えを階層的異議申立に近いものとして把握しているので (*op. cit.* (n. 73), p. 172)、政教分離後に「訴訟化した階層的異議申立」である越権訴訟が受け皿となるのは極めて自然であるといえよう。

(76) ここまで強い指摘を行うわけではないが、斎藤・前掲注(3)、91-8頁は判例を通してこの移行を分析している。

審査訴訟が増加した経緯があるからである⁽⁷⁸⁾。

ここで注意すべきは、1905年以前の濫用の訴えに対する裁定が、裁判権であるとしても1872年以降も元首が自らに留保していたその行使であるとか、「政治的、例外的 (politique et gouvernemental)」性格を持つなどといわれるものであったことである⁽⁷⁹⁾。形式上は國務院の議を経た元首のデクレの形式であり、ゆえに当然ながら「フランス共和国大統領は…裁決する (Décrète)」という文章で書かれていた。したがって、濫用の訴えに対する裁定は、およそ権限濫用の統制がそうであるという意味以上に、ルールを適用する裁判というイメージからはあからさまにかけ離れていたものであった。勿論、政教分離法以降の、宗教警察に関係する越権訴訟や有効性審査訴訟からはこうした留保司法の残滓とでもいべき性格は失われた。しかし、それらの訴訟が濫用の訴えを機能的に代替したことは確かである。こうした宗教警察に固有の経緯を考えると余計に、IIの2で見たとおり、國務院による権限濫用の統制が執政的な権能の行使であることは不自然ではないであろう。

しかし、本項で指摘したいのは、そのことと関連するが別の点である。それは、以上に述べたように元首の権力が裁定していた1905年以前の濫用の訴えが、政権 (autorité civile) と教権 (autorité ecclésiastique) という2つの権力の衝突 (conflits) を現したものであったということである。この見方は、オーリウにおいても他の論者においても採用されていたが⁽⁸⁰⁾、組織化規定の成立過程を考えても当然の発想である。組織化規定は、確かに法律によって一方的に定めたものではあるものの、コンコルダという政権と教皇庁との間での合意を法律化する上で加えられたものだからである。したがって、1905年以前において、濫用の訴えで

(77) 注(27)を参照。

(78) Filinaux, *op. cit.* (n. 14), pp. 312-9.

(79) Laferrière, *op. cit.* (n. 21), p. 84 ; Hauriou, *Précis de droit administratif*, 2^e éd. (Paris : Recueil général des lois et arrêts, 1893), p. 708 ; *op. cit.* (n. 73), p. 172, spéc. note 1.

(80) Laferrière, *op. cit.* (n. 21), t. 2, p. 83 ; Hauriou, *op. cit.* (n. 73), p. 171.

争われた信教の自由は、単に個人の自由であると同時に、教権を体現するものでもあったといえる。

モレル神父事件やルセ神父事件のような政教分離法の下での事件の場合には、勿論、信教の自由の背後に教権が控えているわけではない。しかし、警察権と信教の自由の行使との対立という問題が、ある秩序が政権と教権をいかなる関係に立たせているかという問題と間接的にはかかわっていることは以上のことから示唆されていると思われる。秩序のあり方がその秩序がいかなる公益を目的としているかに依存すると考えるならば、信教の自由は、規制しようとするアレテの制定やその濫用を統制しようとする行政裁判のような統治機構の権能と同じく、広い意味で公益という目的と関係しているということができよう。そう考えれば1で自由について一般的に見たオーリウの議論とも平仄が合うのである。

結

以上の検討を要するに、モレル神父事件、ルセ神父事件などについてのオーリウの議論は、2つの点で公益という目的に関係するものであったといえる。すなわち、第一に、判例の比較衡量の枠組みは、政教分離法などの法文が市長や国務院を一義的に羈束していない場合において、先行する市長の合目的性についての評価を国務院が評価し直すという意味を持つものである。ゆえに、ここで問われているのは、裁判のイメージに反して、合法・違法の指標では語り尽くしえない目的の問題である。この目的説は、行政法学だけでなく当時の憲法学、民法学、比較法学の共通の基盤を形成していた。第二に、この目的説は信教の自由とも関係していた。確かに、政教分離法の成立以降であっても、特にオーリウの捉え方による信教の自由は、公益のあり方と無関係ではないという点で、目的の問題と間接的に関係していたからである。これが本論文の結論である。

最後に2つのことを指摘して本論文の結びとしたい。1つは、オーリウが目的説に立った理由である。これまで見たとおり、オーリウの目的説は権利濫用論や比較法学と互いに触発されながら発展したものであるが、それは因果的な影響関係の一部を説明したに過ぎない。理論的に見てオーリウはなぜ目的説に立ったのか。目的論 (téléologie) に対して同じ批判が向けられたように、社会を見るに当たって事物が一定の目的に向かう (べきである) と考えるのは、非科学的な結論の先取りに過ぎないのではないか。この問いに対するオーリウの答えの1つは、初期の『社会的運動論』に求められる⁽⁸¹⁾。オーリウの見るところ、物理学においても熱が高温の物体から低温の物体へと移り閉鎖系においては最終的には静態的な均衡に達するという経験則 (クラウジウスの原理) が成立する。そのアナロジーによって考えれば、社会の運動にも一定の方向づけ (conduite) が存在するといえる。オーリウは、そう考えるに当たって古い形而上学に後退するのではないかと恐れる必要はないというのである⁽⁸²⁾。このように大がかりな正当化を経なければならなかったという限りでいえば、オーリウにとっては目的説は、同時代にジョスランやランベール、サンフリーなど同じ説に与する論者がいたとはいえ、理論的には論証の負担の重い説であったと思われる。

このように負担の重い論証を経た目的説は、統治機構論にも自由論にも影響を与えるものであった。しかし、個人の自由論が実際上の帰結を左右したわけではない。本論文がもう1つ指摘したいのはこの点であ

(81) 自らの公法の原理論が初期の社会学の研究の延長にあることをオーリウは長い間指摘し続けている (Hauriou, « Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre », *Recueil de législation de Toulouse*, 1909, p. 17 note 1 ; *op. cit.* (n. 25), p. 15 note 1)。もっとも、以下で述べる熱力学的な根拠以外に、オーリウ説の理論的な根拠はベルクソンやベルナルなど複合的である (ベルクソンに対しては一定の留保を付している。ベルナルとの関係については石川健治『自由と特権の距離 [増補版]』(日本評論社、2007年) 178-81頁)。

(82) Hauriou, *Leçons sur le mouvement social* (Paris : Recueil général des lois et arrêts, 1899), pp. VI-VII et p. 103 et s. この点については別のテーマを扱う論文でもう少し詳しく検討する予定である。

る。というのも、モレル神父事件やルセ神父事件の結末は、市長が警察権を行使する目的を裁判所がいかに評価し直すかというⅡの統治機構論にかかっているのであって、信教の自由を公益という目的を根拠とするものとするか否かには依存しないからである。しかし、権限濫用論の関連領域であるⅡの3で見た権利濫用論においては、個人が自由（ここにおいては、あるいは権利）を行使する目的を他人（他の機関、特に裁判所）が評価し直すことが現実化していた。こうした統治（政治的判断）の領域から個人（個人的判断）の領域への目的説の拡張は、個人の自由を公益という目的とはまったく無関係とすることが難しいこともまた否定しえないところであるとすれば⁽⁸³⁾、むべなることである。しかし他方では、権利濫用論と称して個人の行為の目的を問う議論の危険性が当時から指摘されてきた⁽⁸⁴⁾。ここに合法・違法ではなく目的を論じる公法学の取扱いの難しさの一端が現れているように思われる。

※本論文の執筆にも資料面で村上順教授（明治大学）の手助けを受けた。記して謝意を表す。

（本学法学部准教授）

(83) 拙稿「取引と法人格」ジュリ1378号(2009年)55頁以下、「制度と人権」長谷部恭男編『講座・人権論の再定位[第3巻]』（法律文化社、2010年刊行予定）。

(84) Ripert, « Abus ou relativité des droits », *op. cit.* (n. 44), spéc., pp. 43-6. この批判に端を発した論争は、パリ大学（リベール）とリヨン大学（レヴィ、ジョスラン）との緊張関係も手伝ってレヴィ（Ripert, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », *Reveu critique*, 1928, p. 21 et s.）のみならずジョスランもボルシェヴィズムの布教者かといった政治的レッテル貼りの対立となってしまったが（Josserand, « A propos de la relativité des droits », *Revue critique*, 1929, p. 277 et s. レヴィとジョスランらリヨン大学の同僚たちの法学的な共通点と政治的な相違点を区別すべきであることは Carlos Miguel Herrera « Droit et socialisme à la Faculté de droit de Lyon », in Deroussin (contributions réunies par), *op. cit.* (n. 61), pp. 280, 283-6 も指摘する）、リベールの論旨は、目的の問題を主題化する意義は肯定するとしても、その正当性を審査することに対して強い危惧を示すところにもある。権利はもともとエゴイステックであるはずだという批判はこれを意味している。リベールの批判は政治的レッテル貼りの側面が目されるが、ジョスランの議論に向けられるこうした批判と同型のものがレヴィの *confiance légitime* 論にも向けられること自体はリベールが指摘するとおりであると思われる（参照、拙稿・前掲注（83）「取引と法人格」）。