



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランス法における一般利益に関する序論的考察
Author(s)	ムスタファ, メキ; 齋藤, 哲志//訳
Citation	新世代法政策学研究, 1, 125-156
Issue Date	2009-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43663
Type	other
File Information	1_125-156.pdf



フランス法における一般利益に関する序論的考察^{i ii}

ムスタファ・メキ

齋藤 哲志（訳）ⁱⁱⁱ

1. — 文化に依存する概念 — 法は、数多くの謎を秘めている。その非常に有名なものの一つとして、一般利益を挙げることに異論はない。これは、公法、私法に共通の謎である。公法の《脊柱（*Epine dorsale*）》¹であり、私法の《支柱（*pilier*）》²である一般利益は、公法のそれであれ私法のそれであれ³、数多くの法的構成（*constructions juridiques*）の核心部分に位置している。一般利益は、法的構成において、限定機能と正統化機

ⁱ 本論文は、2007年9月にパリで開催された第7回日仏法学共同研究集会〔憲法・行政法・民法における一般利益＝公益〕での報告のために著された論考を基にしている（但し、研究集会の記録である *L'intérêt général au Japon et en France*, Dalloz, 2008 には収録されていない）。本誌での訳出を許可して下さった日仏法学会、特に、幹事（当時）の大村敦志教授に感謝を申し上げたい。同研究集会の概要については、ジュリスト1353号（2008）所収の特別座談会を参照されたい。

ⁱⁱ 凡例 《○○》：原文ママ、（○○）：原語、[○○]：訳語の補充、[＝○○]：訳語の言い換え。

ⁱⁱⁱ 事前に拙訳をお読みくださり、的確な補訂と貴重なコメントをくださった吉田克己教授に、この場を借りて御礼を申し上げたい。

¹ 参照、*Rapport public du Conseil d'Etat (1999), Considérations générales sur l'intérêt général*, Etudes et documents, n° 50, La documentation française, 1999, spéc. p. 277.

² 拙著、M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2004, n° 24, p. 21.

³ 一般利益は、公法においては、公役務（*service public*）の理論、公産（*domaine*

能とを同時に保障する⁴。一般利益は、[客観]法（*Droit objectif*）の軸心（pivot）であるが故に、その外延を明確に確定しなければならず、予めそれを前提として（*pétition de principe*）事足りたことにしてしまわないことが必要である⁵。

いかなる考え方が採られるにせよ、一般利益は、ある社会全体の展開を観測し得るプリズムである。というのも、一般利益の概念化の如何は、国

public)、公共営造物（*ouvrages publics*）といった法的構成の核心部分に位置する。行政法の分野では、数多くの立法の基礎を成している。参照、拙著、*préc.*, n° 14, p. 13 et s. 私法においては、法人概念に関する考察に際して援用される。一般利益は、いくつかの訴権の受理要件となっており、公序や無効理論についての鍵概念（*notion-clé*）とされている。一般利益は、法律を、その適用の時的範囲に関して規整する一つの道具であり、通常裁判所の裁判官、憲法院の裁判官および国際裁判所の裁判官の用に供される。一般利益は、法治国家の概念と不離の関係にあり、[客観]法（*Droit objectif*）の価値論的かつ目的論的な把握を媒介する。*Ibid.*, n° 3, p. 2。

⁴ 一般利益は、《すべての者の賛同（*adhésion*）を調達し得る一つの論拠》である（M.-P. Deswarte, *Intérêt général, bien commun, R.D.P.*, 1988, p. 1289 et s., spéc. p. 1291.）。さらに参照、J. Chevallier, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, vol. 1, Travaux du Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.)*, P.U.F., 1978, p. 11 et s., spéc. p. 11. 本書によれば、一般利益は、国家のイデオロギー（*idéologie étatique*）において、《正統化の根本原理の役割を果たす》。《この原理によって、国家をめぐるコンセンサスが強化され、国家の権威の妥当性に対する信頼が絶えず更新されることとなる》。

⁵ D. Truchet, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, in L'intérêt général, Rapport public du Conseil d'Etat (1999)*, Etudes et documents, n° 50, La documentation française, 1999, p. 361 et s., spéc. p. 370. 本論文によれば、《コンセイユ・デタは、一般利益について決して説明することはない。判例を変更するときであっても、明白な常識、換言すれば、事物の本性の領分にある常識を確認する判決を下すことで、一般利益について言明する[にすぎない]》。著者は、次のようにも指摘する。《ある根本概念が訴訟を機会とするのでなければ確実に認識され得ないことは、健全なことではない。しかし、一般利益とはそのようなものである。一般利益は、定義されず、確認されるのである》（同、*Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Préf. J. Boulouis, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1977, spéc. p. 264.）。

家と市民社会それぞれの位置づけおよび役割に大きく依存するからである。一般利益は、それが、フランソワ・オスト教授が描くところの、ユーピテル型の法（*droit jupitérien*）にも似た、超然とした自由主義的な国家の利益であるときには、超越的な（*transcendant*）利益たる外観を呈する。一般利益は、ヘーラクレス（*Hercule*）という古代の形象が象徴する、いわゆる《福祉（*providence*）》国家においては、よりプラグマティック、すなわち、対峙し合う諸利益の間での衡量の帰結であろうとする。一般利益は、ヘルメース（*Hermès*）⁶が体现する《交渉に基づく手続き重視の法（*droit négocié et procédural*）》を頂く体制においては、複数の個別利益の間で交わされる対話（*dialogue*）と合意（*consensus*）の帰結である。この意味において、一般利益は、時間においても空間においても相対的な概念である。フランス社会について述べられる事柄をそっくりそのまま他の社会に移し替えることはできないのであるから⁷、一般利益は、文化に依存

⁶ これら神話上の形象について、参照、Fr. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge, in La force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la dir. P. Bouretz, éd. Esprit, Série philosophie, 1991, p. 241 et s.; 同、*Jupiter, Hercule, Hermès, in Dictionnaire de la justice*, P.U.F., 2004, p. 698 et s.

⁷ M.-P. Deswarte, *Intérêt général, bien commun, op. cit.*, p. 1305; さらに参照、J. Caillosse, *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, 2 tomes, Thèse Rennes, microfiche, 1978, spéc. n° 694, p. 564. 本書によれば、《一般利益は、自明の真理として承認されるわけではない（...）。それは、社会の政治的編成の一つのあり方から帰結するものにすぎず、その編成自体が、一つの世界観、すなわち、一つのイデオロギーに規定されている》。経済学においても結論は同様である。とりわけ参照、G. Lasserre, *Essai sur la notion d'intérêt général, extrait des annales de l'économie collective*, n° 1, janvier-mars, 1967. 著者は、《一般利益は、高尚な意味における政治、主義主張、社会および公民の道徳、生についての構想に関する基本的な選択肢》と無関係には定義され得ない、という考察から結論を導く。一般利益よりも、《「共通善」という用語の方が好ましい》かもしれない。《但し、この用語が想起させるトマス主義への依拠を排除する限りにおいてのことではあるが》。一般利益は《評価と意見》に関わるのであり、その《学問的な》定義は存在しないかもしれない。[とはいえ、]《ある特定の時点において支配的な、人間および生、すなわち、文明的な共通の諸価値に関する一つの構想》ならば存在し得る。一つの《一般利益に関する集団的感覚》を持つことは可能である。

する概念 (notion culturelle) である。政治、法および経済の体制の変容が、一般利益の概念化の如何に、直接に影響を及ぼすのである。

本稿はフランスのみを対象とするが、一般利益の変容は、法治国家 (Etat de droit) [の観念] に基礎を有する産業化された国 (pays industrialisés) のすべてが直面しているグローバルな現象の帰結でしかない。こうした考察によって、例えば日本のような、異質な文化に浴した別の国において生じている議論にも光を当てることが可能となる。

2. ー 量的基準と質的基準との間で ー フランス社会の著しい変化を具現化するのであるから、一般利益は、あらゆる法的考察および政治的考察の《要石 (clef de voûte)》となる。この概念の一義的な定義から議論を始めるのが妥当である。一般利益は、定義不能であるどころか、多様な角度から把握され得る。二つの基準が議論を規定している。すなわち、量的基準 (critère quantitatif) と質的基準 (critère qualitatif) である。各々の基準が、異なった問題群を媒介する。

一般利益の名において [利益が] 表明される場合、量的平面においては、代表性 (représentativité) の問題が提起されることとなる。一般利益は、あるときは、斉一性 [=全員一致] (unanimité) に基づく利益であり、またあるときは、多数性 (majorité) に基づく利益である。

斉一性 [に基づく利益] とは、全員 (tous) の利益のことである。一般利益の名において [利益を] 語るということは、当該集団内のすべての利益の名において [利益が] 表明されるということに帰着するのである。ジャン＝ジャック・ルソーの考察は、この意味において、全員の利益と理解された理想的な一般利益の名において行われる政治的行為の追求を志向していた⁸。

他方の思潮は、より現実主義的であり、一般利益を多数者の利益の表明に還元する。この思潮を代表する非常に著名な者の一人として、アレクシ

⁸ 参照、P. Favre, *Unanimité et majorité dans le contrat social de Jean-Jacques Rousseau*, R.D.P., 1976, p. 111 et s.

ス・ド・トクヴィルが挙げられる⁹。彼は、アメリカのデモクラシーを研究し、一般利益に、より多数の者の利益を見て取った¹⁰。同一の観点から、エマニュエル・シェイエスは、多数者の一般利益、すなわち、第三身分によって具現化される多数性¹¹に基づく一般利益を擁護した¹²。

量的な基準は、一般利益の問題と代表性の問題とを結びつける紐帯を強調する。しかしながら、この基準は、[一般利益の] 概念を、その広がり のすべてにおいて把握するには不十分であり、この点で、単なる便法であることを露呈する¹³。

もう一つの基準、すなわち、質的性質のそれは、一般利益と複数の個別利益との間に保たれる諸関係という問題群を照らし出すものとして提示される¹⁴。一般利益は、個別利益の総体から超然としていなければならない

⁹ A. de Tocqueville *De la Démocratie en Amérique*, Préface et Bibliographie par Fr. Furet, Garnier - Flammarion, 1981, 2 volumes (初版・1835年、第2版・1840年), pp. 57 et 58.

¹⁰ 《多数者の支配の絶対性は、諸々の民主的な統治のまさに本質を成す。なぜなら、デモクラシーにおいては、多数性よりほかに耐性あるものはなんら存在しないからである》(A. de Tocqueville, *De la démocratie...*, op. cit., vol. I, 2^{ème} partie, Chapitre VII, p. 343.)。

¹¹ この点について、参照、Fr. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Préface de G. Vedel, Economica, Coll. Politique comparée, 1986, spéc. p. 132 et s.

¹² 参照、J.-D. Bredin, *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Gallimard, 1978. 第三身分が、国民 (Nation) の大多数を代表し、少数者の諸特権に置き代わる、とする。

¹³ 一つの批判として、参照、D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Préf. J. BOULOUIS, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1977, spéc. p. 286; Ch. Eisenmann, *Droit public, Droit privé. En marge d'un livre sur l'évolution du Droit civil français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle, extrait tiré de la Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger, octobre-décembre 1952*, L.G.D.J., 1952, p. 903 et s., spéc. p. 933 et 934.

¹⁴ 同様に、自然的な一般利益から合理的な一般利益への移行を描出することもで

のであろうか。また、超然としていられるのであろうか。この論争によって、一般利益が、超越的（transcendant）性格を有するのか、それとも、内在的（immanent）性格を有するのか、について議論するよう導かれる。

超越性（transcendance）とは、《ある種類の存在または行為の本性的な作用からは帰結せず、これらにとって外在かつ上位の原理の介入を前提とする事柄》¹⁵を指す。こうしたアイデアの次元にあるプラトンにおける公的利益（*intérêt public*）は、超越的な一般利益¹⁶、すなわち、諸々の個別利益の上位に存し、かつ、それらとは区別される一般利益である。一般利益が、統一性、秩序および一貫性の要素である¹⁷のに対して、個別利益は、僭主制および無秩序の原因である¹⁸。以上の事柄は、プラトンの思想の歴

きよう（参照、Fr. Rangeon, *th. préc.*, p. 85 et s., spéc. p. 86）。しかしながら、この区別は、一般利益のイデオロギー性およびその政治性に過度に規定されている。

¹⁵ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 18^{ème} éd., avant-propos R. Poirier, P.U.F., 1996, V^o Transcendant, sens A, p. 1144.

¹⁶ Platon, *La République*, G.F. - Flammarion, 1966, Livre IV, 420c-421c, p. 171 et 172. 《我々は次のように言うこととしよう。そもそも、ポリスを建設することで、ただ一つの階層をとりたてて幸福にしようとしたのではなく、可能な限りポリスを全体的なものとしてしようとしたのだとしても、結果として、我がポリスの戦士たちが非常に幸福となった、ということに何ら驚くべき点はなかろう（...）。我々はいま、ポリスの住人のうちの少数の者を幸福にするために彼らを特別扱いすることによってではなく、ポリスを全体的なものとして看做すことによって、幸福なポリスを作り上げようと考えている》。

¹⁷ *Ibid.*, Livre V, 462a-462e, p. 217 《しかしながら、ポリスを分裂させ、単一ではなく複数とすること以上に、ポリスにとって悪しきことはあるのだろうか。ポリスを統合させ、単一なものとしてすること以上に善きことはあるのだろうか。答えは否である》。；463e-464d, p. 219 《こうして、我が国家 [Etat] においては、他のすべての国家における以上に、市民一人一人の身に善きことまたは悪しきことが生じたとき、市民たちは単一の声を挙げるであろう。すなわち、我々は直ちに次のように言う。私はうまくいっている、あるいは、私はうまくいっていない、と》。同様に、プラトンの単一的かつ《全体主義的》な構想が明らかとなる、全体的なものとしてのポリスへの言及箇所として、参照、*Ibid.*, Livre IV, 420c-421c, pp. 171 et 172 et Livre V, 465c-466d, p. 221.

¹⁸ *Ibid.*, Livre V, 462a-462e, p. 217 《公的な出来事にせよ、私的な出来事にせよ、同一の出来事を機縁として、ある者が激しい苦痛を感じ、同時にある者が強い

史的コンテクストによって説明される。彼は、都市アテネの安定と安全を脅かした政治の大危機の証人であった¹⁹。個別利益の上位にある公的利益は、アイデアから成る安定した世界、すなわち、悟性によって認識されるものから成る世界に属し、感性によって把握され、安定しない、個別利益から成る世界において不可欠なものである。公的利益は、それ自体が一つの善（un Bien）である²⁰。

これに反して、一般利益は、内在的な意味においては、個別利益と異なる性質を有さない。《ある存在または諸々の存在の総体のうちに含まれ、それらにおいて外的行為から帰結するのではない事柄は、それらにとって内在的である》²¹。より広くは次のように定義される。《当該存在から、そして、ただそれのみから帰結する事柄ばかりではなく、この存在が参与するまたは志向するあらゆる事柄もまた、内在的である。この志向が、他の存在の介入によるのでなければ行為に移され得ない場合であってもそうである》²²。この内在性（immanence）[の概念]が、アリストテレスの思想全体に満ちている。『ニコマコス倫理学』および『政治学』において、プラトン派の思想に対する批判に専心した後に、アリストテレスは、アテネが平和と繁栄の直中にあった時代に、共通利益（*intérêt commun*）という語を用いて、自らの一般利益論を展開した²³。哲学者にとって、ポリスの

喜びを感じるとき、こうした感情の自己中心化（*égoïsme*）は、ポリスを分裂させるのではなかろうか》。同旨、Platon, *Les Lois, Œuvres complètes*, Tome XII, 1^{ère} partie, Texte établi et traduit par A. Dies, Société d'édition « les belles lettres », Paris, 1956, Livre IX, 875a, p. 130.

¹⁹ 参照、Fr. Rangeon, *th. préc.*, p. 46.

²⁰ Platon, *La République*, *op.cit.*, Livre VI, 506c-507c, p. 264. 《我々はまた、それぞれの事物の实在を、美それ自体や善それ自体などと呼んでいる。[このとき]我々は、まずは、これらの事物の实在を複数のものとして想定する（ここでは、感覚的な世界が参照されている）が、続いて、アイデアの単一性を前提とすることで、これらの事物をそれぞれに固有のアイデアの下に配置している》。[(○○)は著者による挿入]

²¹ A. Lalande, *Vocabulaire technique...*, *op. cit.*, V^o Immanent, sens A, p. 470.

²² *Ibid.*, sens B, p. 470. M. Blondel, sur le sens B, p. 468と比較せよ。

²³ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Nouvelle traduction avec introduction, notes et index de J. Tricot, 8^{ème} tirage, Librairie J. Vrin, 1994, spéc. Livre I, 4, p.

利益は、単一なものに還元されるはずがない。即自的な善（*Bien en soi*）は存在し得ないであろう。なぜなら、一方では、各人の善はそれぞれあまりに異なっているため、[それらから]超越的で一般的な一つの善を導くことはできないからである²⁴。他方では、ポリスの豊かさは、利益の多様性および複数性に存するからである²⁵。個別利益は、その性質上、一般利益と区別され得ない²⁶。

内在〔の概念〕は、それを極限まで突き詰めるならば、一般利益を複数の個別利益の総和に還元することに行き着く。こうして、一般利益は、あるときは、より急進的な者にとって、複数の個別利益を単純に足し合わせたものと表現され²⁷、またあるときは、より穏健な者にとって、ある同一の目的の追求という目的論的（*téléologique*）な基準によって裏打ちされた、複数の個別利益の総和と表現される²⁸。

45 et s. ; 同、*La Politique*, 2 volumes, Nouvelle traduction avec introduction, notes et index de J. TRICOT, Librairie philosophique J. Vrin, 1962, spéc. Tome I, Livre II, 2, p. 84 et s.

²⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, *op. cit.*, Livre I, 4, p. 47.

²⁵ Aristote, *La Politique*, *op. cit.*, Livre II, 5, p. 101. 《ポリスは (...) 複数のものである。それは、教育という手段によって、共通かつ単一なものへと復されなければならない》。

²⁶ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, *op. cit.*, Livre I, 1, p. 35. 《政治の究極的目的は、まさしく人間の善であろう》。人間間の友誼とポリスの善との関係について、参照、*ibid.*, Livre VIII, 1 et 2, p. 382 et 383. 但し、アリストテレスは、本性の上では承認しないものの、価値の上では、ポリスの善が〔ポリスと〕切り離された個人の善よりも《美しく、神的である》ことを承認する（同、Livre I, 1, p. 35.）。

²⁷ R. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé. Essai critique*, 1911, Coll. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, p. 49 ; J.-J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, édition Harrison, Oxford, 1948.

²⁸ ルネ・シャプス教授（M. R. Chapus）にとって、公的利益とは、《収束する複数の私的利益を集めたもの》である（*Droit administratif général, Tome I*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 1993, n° 633, p. 471.）。私法に関しては、とりわけ参照、L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Préf. G. Viney, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 278, 1997, spéc. n° 11, p. 9.

3. — 一般利益の《自己超越性》 — 実を言えば、これらの基準のいずれもが、他を排して一方だけが採用されるべきものではない。一般利益は、内在性と超越性との中間に位置する。一般利益は、《自己超越的（*auto-transcendant*）》²⁹なのである。あらゆる内在的なアイデアは、超越的な部分を備えており、逆もまた然りである。内在的な正統性が、一般利益の超越的な確定を補完することもある。超越的な正統性が、一般利益の内在的な確定に依拠することもある。結局のところ、《したがって、内在性は、(...) 自同性（*identification*）を意味しない。他方、超越的であることは、必ずしも、他から切り離され、空間的に外在的であることを意味しない。我々が、生きながらにして自ら自己を乗り越えるのであれば、望みを持って自ら以上の存在となることを欲するのであれば、また、行為とは創造的なものであるとすれば、それは、我々に内在する超越的なものの存在故のことではなからうか》³⁰？

量的性質のものであれ、質的性質のものであれ、決定的な形での基準の提示は、何の役にも立たない。なぜなら、一般利益の内包は、時と場所に応じて変化するからである。しかしながら、一般利益を、機能的な概念すなわち実体的な内容を有しない概念にまで縮減してはならない³¹。一般利益が、すべての法的標準（*standards juridiques*）のうちで最も大雑把なも

²⁹ この概念について、参照、Fr. Ost, *Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous dir. Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, avant-propos Fr. Ost, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 17 et s., spéc. p. 28 et s. さらに、集団的利益の視角からは、参照、L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd. par L. Trotabas, L.G.D.J., 1932, spéc. n° 50 et s. ; R. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, 2^{ème} éd., Rousseau, 1922, spéc. p. 362 et s. et p. 592 et s.

³⁰ L. Laberthonnière, in A. Lalande, *Vocabulaire technique...*, *op. cit.*, V^o *immanent, sens* B, p. 469.

³¹ ジャン・ブルワ（J. Boulouis）によれば、《自明でもなく詭弁でもない語を用い

のであるとしても³²、あらゆる実体的な定義を断念することは望ましいことではない。一般利益は、ある特定の時点、ある特定の社会において、相対的に明確な内容を備えるのであり、それが果たす諸機能のみに還元されるべきではない³³。

4. — 一般利益の方法としての定義 — 一般利益の帰趨を観測し、かつ、一般利益を社会体制の変容を観察するプリズムとするためには、方法としての（méthodique）定義³⁴を選択することが妥当である。方法

て客観的に確定し得る意義が欠けているとしても、一般利益は、概念として存在を賦与されている（...）。この存在は、実定法から直接導き出される（...）。（法的言説にせよ裁判上の言説にせよ）一般利益が用いる諸々の定式は、ある一定の場面では、一般利益の敷衍の際にはっきりと特定された一つの役割を果たすために用いられる。したがって、まさに、そのようにして割り当てられた機能の観点から諸々の定式を考察することによって、内容が不確実な諸概念を、その有効性の如何について把握する最良の機会がもたらされる。結局のところ、《一般利益》は、ほかにも多数存在するそうした概念の一例にすぎない》（Préface de la thèse de M. D. Truchet, *th. préc.*, p. 15 et 16.）。〔（〇〇）は著者による挿入〕

³² S. Rials, *Le juge administratif français et la technique des standards (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Préf. P. Weil, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Tome 135, 1980, spéc. p. 107.

³³ ジョルジュ・ヴェデル（Le Doyen G. Vedel）は、概念化のための概念（notion conceptuelle）と機能的概念（notion fonctionnelle）とを区別した先駆者であるが、[その一方で]この区別を相対化している。なぜなら、機能的概念は、しかるべき時期が来れば、しばしば、概念化のための概念となるからである。参照、G. Vedel, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, J.C.P. (G)*, 1950, I, 851, spéc. n° 4. [ある概念が] 機能的概念であるのは、一定の段階においてでしかない、とする。また、それは、《一般に、少なくとも部分的には、概念論的な性質を備えた一段上のレベルの総合へと解消されることによって、消えゆく運命にある》。同様に、この区別を相対化するものとして、参照、Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif, th. préc.*, n° 31, p. 31 ; Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Préf. B. Oppetit, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 198, 1987, spéc. n° 496, p. 241.

³⁴ ジョルジュ・ヴェデルとピエール・デルヴォルヴェ教授（P. Delvolvé）は、公的利益を、その作動とコントロールを保障する、管轄権を有する諸機関との関連にお

（méthode）とは、《ある一定の帰結に到達するための道程（...）》³⁵である。ここでの問題は、ある特定の時点におけるある特定の場所で、誰によって、どのようにして、また、なぜ、ある利益が他の利益の上位にあるものと判断されたのか、または、そのように看做されたのかという問いに答えることである。この観点からすれば、一般利益は、対峙し合う諸利益の間で行われる仲裁（arbitrage）³⁶の帰結と表現される。必要なことは、この仲裁を行う者と、その手法を同定することである。

以上の仲裁という考え方は、既に、公法の諸部門全体において支配的なものとなっている³⁷。有機的（organique）な基準を用いることによって、公人によって代表される公的利益と、私人によって代表される個人的または集団的な私的利益とを区別することが可能となる。このように考えれば、

いて、法的に定義している。参照、G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, 1^{re} éd. 1958, 12^{ème} éd., P.U.F., coll. Thémis Droit public, 1992, p. 518.

³⁵ A. Lalande, *Vocabulaire technique...*, *op. cit.*, V^o Méthode, sens A, 1^o, p. 623.

³⁶ この意味において、参照、G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif...*, *op. cit.*, p. 517. 《複数の多様な個別利益の間での仲裁》と表現する。

³⁷ とりわけ参照、D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif*, Thèse Bordeaux, Dactyl., 1975, p. 365 et s., spéc. p. 366 ; M.-P. Deswarte, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, R.F.D.C.*, 1993, p. 23 et s., spéc. p. 27 et s. ヨーロッパ共同体法においては、一般利益は、《仲裁、選択》の帰結である。これは、《複数の構成国において表明され、ときには大きく異なり合う様々な利益の間で、共同体の諸制度に基づいて行われる》。この意味において、E. Honorat, *La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, in Rapport public du Conseil d'Etat (1999), Considérations générales sur l'intérêt général, Etudes et documents*, n° 50, La documentation française, 1999, p. 387 et s. 競争に関する共同体法上の諸規律の発動の場面で、共同体法上の公的利益と構成国の複数の公的利益との間で均衡が追求されていることが最も明瞭となる。《裁判官は（...）ある種のバランスシートの作成、すなわち、市場の諸法則の侵害と、この法則を排除する一般利益上の諸目的の保護との間で行われる、ある種の比例性コントロールに専心する》（*L'intérêt général, Rapport public du Conseil d'Etat, op. cit.*, p. 351.）。

一般利益とは、あるときは、私的利益と公的利益との間で³⁸、またあるときは、複数の私的利益間または複数の公的利益間で³⁹、実際に行われた仲裁の帰結である。一般利益は、一つの《均衡 (équilibre)》、一つの《中庸 (juste milieu)》⁴⁰として要請される。

このように一般利益を方法として定義すれば、これによって、一般利益の帰趨を過去および未来に辿ることは、もはや《キマイラのな [=非現実的な] 企図 (projet chimérique)》⁴¹ではなくなる。方法は、一般利益の名において行為する者、その表明の態様、および、一般利益の名において追求される目的の同定を前提とする⁴²。以上のような方法としての合理性

³⁸ 一般的に言えば、《一般利益は、私的利益と対立するのではなく、私的利益に対して自らを強いるのである》(D. Truchet, *L'intérêt général dans la jurisprudence...*, op. cit., p. 371.)。しかしながら、《強い》私的利益が、《より弱い》公的利益に優越することがある。一連の具体例について、参照、D. Linotte, *th. préc.*, p. 376 et s.

³⁹ D. Linotte, *th. préc.*, p. 333 et s.

⁴⁰ G. Pellissier, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse Paris I, microfiche, 1995, spéc. p. 74. Fr. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, Paris, 1986, p. 463 et s., spéc. p. 464 et 465 と比較せよ。本書によれば、《社会が諸集団に分裂したものと観念され、複数の個別利益間での利益の同一化の可能性が、論争的となっている連帯という事実に解消された以上、一般利益は、複数の集团的利益の形態をとることとなる。このとき、一般利益は、全体化の原理としては存在し得ない。しかし、単に、それぞれの団体に個別的な諸利益を編成する原理としてならば、すべての団体が等しく一般利益の伝達者であるとはいえ、存在し得る (...)》。展開される利益の論理は、一般的なものの下に個別的なものが服するまたは従属するという論理ではなく、平衡の論理、均衡の論理であり、したがって仲裁の論理である。同旨、L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, Préface de Stanley Hoffmann, P.U.F., Coll. Quadrige, 1985, réimpression 1992, p. 110 et s., spéc. p. 116 et 117.《より現実主義的に見れば、一般利益の確定は、対立し合う多様な個別利益を明瞭な仕方では仲裁することではない。このとき、その内容は、利益の衝突の解決か、または当該諸利益の合成物ではない》。

⁴¹ この意味において、参照、A. Tribes, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse Paris II, Dactyl., 1975, p. XI.

⁴² M.-P. Deswarte, *Intérêt général, bien commun*, op. cit., p. 1291.

(rationalité méthodique)⁴³ [という基準] によって、一般利益の概念を解明することが可能となる。その展開は、たしかに直線的ではないが、傾向は描出される。その傾向を示すために、フランソワ・オスト教授のメタファーを借りることができよう。教授は、裁判官の様々な形象を検討して、[それらを] ユーピテル型、ヘーラクレース型およびヘルメース型に区別している⁴⁴。

5. — ユーピテル、ヘーラクレース、ヘルメース — ユーピテルは、階層化された (hiérarchisé) 体制、すなわち、裁判官が法律に従う自由主義的な法治国家によって組織された体制を象徴する。ここで問題とされるのは、《法律墨守的な裁判官 (juge légaliste)》である。一般利益は、上位の利益、すなわち、複数の個別利益を超越する利益の形態をとる。この一般利益は、成文法をその表現態様とし、国家をその排他的な代表者とする。

ヘーラクレースは、社会国家 (Etat social)、すなわち、裁判官がより積極的な役割を果たす福祉国家 (Etat-providence) というイメージを表現したものである。裁判官は、プラグマティックな仕方、対立する諸利益を最も適切に組み合わせようと試みる。裁判官は、一般利益の規整 (régulation) において重要な役割を果たす。《社会の技師 (Ingénieur social)》たる裁判官は、《今度は、公的な諸政策に倣って、脅かされた諸利益を最善の状態に管理する》⁴⁵ことを試みる。裁判官は、国家と市民社会、すなわち、公的利益と私的利益とを繋ぐ軸心であり、《ボルト [=中心人物] (cheville)》⁴⁶である。

⁴³ マックス・ヴェーバーにおける法の合理性について、参照、M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, L.G.D.J., coll. Droit et société, n° 15, 1995, spéc. p. 26 et s.

⁴⁴ Fr. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge*, in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, sous la dir. P. BOURETZ, éd. Esprit, Série philosophie, 1991, p. 241 et s. ; 同, *Jupiter, Hercule, Hermès, in Dictionnaire de la justice*, P.U.F., 2004, p. 698 et s.

⁴⁵ *Jupiter, Hercule, Hermès*, op. cit., spéc. p. 699.

⁴⁶ A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire*, Gallimard, Coll. Bibliothèque des idées, 1981, spéc. § 13 et s., p. 69 et s.

ヘルメースは、ネットワークとしての国家（Etat-réseau）を表象する。この国家は、数多くの権力の中核や法の新たな産出源（nouveaux foyers producteurs de droit）という競争相手に応戦しなければならない。国家の至高性は衰退する。ここでは、法は、《交渉に基づく手続き重視の》それである。一般利益は、より一層、合意の帰結として立ち現れ、これを理由として、契約化される。契約は、一般利益の特権的な実現態様となる。

6. 一 これら三者の古代の形象が《理念型 (idéaltypes)》⁴⁷でしかないとしても、各々が、一般利益の何たるかを確定し、それを正統化する仕方を体现している。ユーピテル型の一般利益（Ⅰ）は、ヘーラクレス型の一般利益（Ⅱ）に、一層大きく取って代わられる。昨今では、両者が、飛躍的に発展したヘルメース型の一般利益（Ⅲ）と共存している。

I. ユーピテル型の一般利益

ユーピテルは危機に瀕している。階層化され、垂直的で、超越的な法制度のイメージは、もはや魅力を放っていない。伝統的に、国家は一般利益の唯一の保持者であり、法律は一般意思の特権的な表現手段であったが、いずれももはや充分には機能していない。一般利益は、国家の危機および法律の危機の影響の下で展開せざるを得なくなったのである。

7. 一 国家の危機 — 一般利益は、近代国家の基礎に存する⁴⁸。こ

⁴⁷ Max Weber, *Essais sur la théorie de la science* (Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Tübingen, J.C.B., Mohr, 1988), trad. J. Freund, Paris, Plon, 1965, spéc. p. 181 et s. さらに参照, M. Coutu, *Max Weber...*, op. cit., spéc. p. 22. 本書によれば、《理念型》は、《一義的な思想に関する見取り図を作成すべく》、諸々の現象に散在する形で見出される諸特徴を一つの側面から強調すること》を通じて、《諸価値との関係に即して行われる現実の様式化 (stylisation)》に基礎を置く。

⁴⁸ 一般利益は、《社会および国家の基礎を為す一つの構想》であり、《近代国家体制の確立 (constitution) と切り離すことができない》(L'intérêt général, Rapport public du Conseil d'Etat, op. cit., p.247.)。さらに参照, Fr. Rangeon, *th. préc.*, p. 21 et s. 本書によれば、一般利益は、国家権力の根拠として、法を遵

の点で、一般利益は、政治的かつ法的なイデオロギーたる外観を呈する⁴⁹。より広く言えば、一般利益とは、《制度化された政体に関するすべての正統化言説の母型》⁵⁰である。一般利益は、分裂、懸隔および分化の不存在を具現化し、単一かつ超越的な社会に奉仕する⁵¹。全体化の原理 (Principe de totalisation)⁵²たる国家は、中立的な第三者であり、市民社会における無秩序に対峙して秩序を保障する。

超越的かつ全体的なこのユーピテル型の国家が、いまや、危機に瀕している。国家は、正統性を希求するうちに、結果において、一般利益の名において行為するその仕方を再考しなければならなくなった⁵³。この危機は、複合的な複数の要因から成る。[国内の法秩序に] 優越する国際的な法秩序

守しながら全成員のために行為するものと見なされるこの権力を基礎づける。このとき、以上の事柄は、外交上のコントロール、投票、および、裁判所によるコントロールによって実現され、国家権力に対する制限として一般利益が参照される。また、一般利益は、一般利益に関わる諸目的を追求するものと看做される代議士および公務員の行為をも正統化する。

⁴⁹ この点について、参照, J. Chevallier, *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1978, p. 11 et s. ; J. Chevallier et D. Lochak, *Science administrative, Tome I, Théorie générale de l'institution administrative*, L.G.D.J., 1978, n° 389 et s., p. 358 et s. ; Fr. Rangeon, *th. préc.*, spéc. p. 13 et s. イデオロギー [=観念学] とは、《観念の研究 (...)、すなわち、その性格、その法則、それを表象する記号との関係、さらに、とりわけその起源の研究を目的とする学問 (...)》である (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 18^{ème} éd., avant-propos R. Poirier, P.U.F., 1996, V° *Idéologie*, p. 458 et 459.)。

⁵⁰ J. Chevallier, *Réflexions sur l'idéologie...*, op. cit., p. 12.

⁵¹ 一般利益のイデオロギーは、消極的な連帯と積極的な共同性から構成される社会の一体性を具現化する (J. Chevallier, *Réflexions sur l'idéologie...*, op. cit., p. 12.)。消極的連帯とは、内において統一され、かつ、外と対立する集団と理解された国民 (Nation) の同定である (p.14)。積極的な共同性は、共通の価値、および、統合を促進する集合的な企図が存在する、という観念に基礎を有する (p.15)。後者は、《社会の多様性は調停可能であり、減殺可能である》ことを前提とする。

⁵² *Ibid.*, p. 17 et s.

⁵³ 国家の正統性の危機については、参照, *Genèse et déclin de l'Etat*, A.P.D., Tome XXI, Sirey, 1976. さらに参照, O. Beaud, *Ouverture : L'honneur perdu de l'*

の出現や市民社会の飛躍的發展が、その主たる原因である。たしかに、国家は、諸々の自由の保護や暴力との戦いを保障し続けている⁵⁴。しかしながら、国家は、もはや排他的なモデルとしては承認されておらず、おそらくは、有力なモデルとしても承認されていない。

第一に、国家の危機は、一つのモデルの危機である。国家モデルは、市場モデルと競争関係にある⁵⁵。市場モデルのイデオロギーは、国家モデルのそれを引き継ぐ形で登場した。社会の規整は、供給と需要の作用という視角から、費用および経済的効率性という語を用いて考察されている⁵⁶。この市場モデルにすべてが飲み込まれようとしている⁵⁷。こうしたコンテ

Etat ?, in *L'Etat*, *Revue Droits*, n° 15, Tome I, 1992, p. 3 et s. ; P. Fraisseix, *De l'Etat-nation à l'Etat « groupusculaire » : chronique d'un dépérissement engagé*, D., 2000, Chr., p. 61 et s. この危機に相関する一般利益の危機について、参照、D. Linotte, *Faut-il croire encore en la notion d'intérêt général*, R.R.J., 1979-1980, p. 49 et s. ; J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D., 1998, Chr., p. 327 et s.

⁵⁴ J. Freund, *L'ennemi et le tiers dans l'Etat...*, in *Genèse et déclin...*, op. cit., p. 23 et s.

⁵⁵ 参照、M.-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, in *Droit et esthétique*, A.P.D., Tome 40, Sirey, 1995, p. 286 et s. ; 同、*Droit économique, concentration capitaliste et marché*, in *Mélanges G. Farjat*, éditions Frison-Roche, 1999, p. 397 et s. ; D. Truchet, *Etat et marché*, in *Droit et esthétique*, op. cit., p. 314 et s. さらに参照、B. Remiche, *Droit économique, marché et intérêt général*, in *Mélanges G. Farjat*, op. cit., p. 253 et s. ; M.-M. Leitaos-Marques, *Le droit économique entre l'Etat et le marché*, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20^{ème} siècle*, Mélanges Cl. Champaud, Dalloz, 1997, p. 443 et s. 同様に、市場の概念について、参照、J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, P.U.F., Coll. Thémis, 1^{re} éd., 1996, p. 43 et s.

⁵⁶ 競争と一般利益との間の諸関係について、私法に関しては、参照、M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Thèse Paris I, 2 tomes, Dactyl., 2002, spéc. n° 553 et s., p. 506 et s. 公法に関しては、参照、G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Préf. J.-L. Autin, Vol. 51, Dalloz, Nouvelle coll. des thèses, 2006.

⁵⁷ この点について、参照、M.-A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, op. cit., spéc. n° 10 et s., p. 292 et s.

クトにおいては、一般利益が複数の個別利益から超然とした台座にとどまり続けることは困難であろう。以上の観点からすれば、一般利益とは、複数の個別利益間の相互作用の帰結である。

〔第二に、〕国家の危機は、代表性（représentativité）の危機でもある。代表性は、国家に対して、市民社会の中に中継点（relais）を探し求めるよう義務づける。その結果、中間団体（groupements intermédiaires）が飛躍的發展を遂げる。これは、法の集団主義化（collectivisation）⁵⁸の表徴である。この中継の役割は、とりわけ、エミール・デュルケームによって明らかにされた。彼は、既に次のように指摘していた。《国家＝国民（nation）は、国家（Etat）と私人との間に、一群の二次的団体（groupes secondaires）が挿入されるのでなければ、維持され得ない。この団体は、諸個人に非常に近いいため、彼らをその活動領域に強く惹き付け、そうすることで、彼らを社会的生活（vie sociale）の奔流へと引きずり込む》⁵⁹。集団的利益の伝達者たるこれらの団体は、法人格の付与の如何にかかわらず、国家のイデオロギーから制度体の（institutionnelle）イデオロギーへの移行を促進する⁶⁰。集団的な〔＝集団利益を有する〕（collectifs）諸団体の影響力は増大し、公的機関や中枢の決定機関にも波及しているが、その

⁵⁸ この現象について、参照、L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit)*, Thèse Nice, 2 tomes, dactyl., 1979 ; N. Laval, *Intérêt collectif, ordre collectif*, in *Le groupement et le droit : corporatisme, néo-corporatisme*, Centre de recherches sur les institutions publiques, Centre d'études des droits de l'homme sous la direction de M. Hecquard-Théron, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 155 et s.

⁵⁹ E. Durkheim, *De la division du travail social*, P.U.F., Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, spéc. p. 32 et 33. 中間領域（zone intermédiaire）の概念の下に包含される諸事項の概観として、とりわけ参照、M. Cappelletti, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)*, R.I.D. comp., 1975, n° 3, p. 571 et s., spéc. p. 589 ; I. Muller, *La normativité corporative « reconnue »*, in *Le groupement et le droit...*, op. cit., p. 31 et s.

⁶⁰ この現象について、参照、Fr. Rangeon, *th. préc.*, p. 231.

影響力に危険性がないわけではない。圧力団体の幻影が脅威を与えている⁶¹。ここから、ある者は、より強力な集団利益のみに仕える団体寡頭制国家（Etat groupusculaire）の出現を論難する⁶²。

8. 一 国家と一般利益 一 以上の状況において、一般利益は、もはや国家の専有物とは理解されない。かつては、次のように考えることもできた。《国家のみが、共通利益を代表する適性を備えており、この代表という務めを専有》していた。《[しかしながら、] この予断ほど誤れるものはない。それは、一連の論理的誤謬に基づいており、現実の諸事実によって幾度も否定されてきたものなのである》⁶³。昨今、一般利益とは、第一義的に、《集団が、社会的紐帯によって一つに結合した諸個人から成る団体として追求する利益》⁶⁴のことを言う。一般利益は、社会的利益（intérêt social）でもある。社会的利益とは、《均衡のシステムとしての《具体的な普遍（universel concret）》であり、《全体（tout）》である（...）》。《一般利益の概念は（...）、もはや恒等的な利益ではなく、全体的（tout）であることを

⁶¹ *Les lobbies et le pouvoir*, La Documentation française, 1992 ; M. Offerle, *Sociologie des groupes d'intérêts*, éd. Clefs politiques, 1994 ; O. Le Picard, J.-Chr. Adler, N. Bouvier, *Le lobbying : les règles du jeu*, Organisation, 2000 ; M. Clamen, *Le lobbying et ses secrets*, Dunod, 1997. さらに参照, P. Hassenteufel, *Les groupes d'intérêt dans l'action publique, Pouvoirs*, 1995, n° 74, p. 155 et s.

⁶² P. Fraisse, *De l'Etat-nation à l'Etat «groupusculaire» : chronique d'un déperissement engagé*, D., 2000, Chr., p. 61 et s.

⁶³ G. Gurvitch, *L'Idée du droit social. Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Préf. L. Le Fur, Sirey, 1932, p. 39. 国家による「一般利益の」独占は、三重の誤謬に基づいているであろう、とする。最も重大な誤謬は、《超機能的（supra-fonctionnelle）》組織化（organisation）は存在しないというものである。なぜなら、あらゆる組織化は、《特定の目的に基礎を有する、合理的で考え抜かれた計画》だからである。この誤謬は、《一般的》という語の両義性に端を発する。一般利益が、《抽象的な》《すべての個人において同一の》利益と把握されるのであれば、《この抽象的な同一性を体现する単一かつ全能の組織》すなわち国家によって代表され得るであろうし、代表されなければならないであろう（p. 41）。

⁶⁴ G. Pellissier, *th. préc.*, p. 67.

目標として、均衡をとりつつ単一化された対立する諸利益である。これこそが、《一般利益》の概念を成している。この概念は、対立する諸利益間の調停が実効的に実現される場たる《具体的な全体性（totalités concrètes）》が複数の相異なるものとして存在している以上、そのそれぞれに対応して異なった相貌を与えられ得るのである》⁶⁵。

社会的利益が生成しつつあるとすれば、翻って、国家的な「＝国家が代表する」（étatique）公的利益は断片化される。もはや国家的な「＝国家が代表する」単数の一般利益は存在せず、存在するのは、元来一つの階層秩序を有している複数の一般利益である⁶⁶。公的利益の概念の中にグラデーションが存在する⁶⁷。こうした《多様化され、分裂せられ、階層化された》対立する複数の公的利益は、とりわけ、都市計画法⁶⁸や、公益事由（cause d'utilité publique）を理由とする公用収用法⁶⁹において可視的である。

⁶⁵ G. Gurvitch, *L'Idée du droit social...*, *op. cit.*, spéc. p. 42. 同旨, Fr. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, p. 463 et s., spéc. p. 464 et 465.

⁶⁶ D. Linotte, *th. préc.*, p. 365 et s. et p. 380 et s. 本書は、例として、不予見に基づく行政契約の改訂の争訟を挙げる。この争訟において、裁判官は、契約を基礎とする公役務側の諸利益と利用者側の諸利益との衡量を行う。《経体的な一般利益は、必然的に、これら多様な構成要素とその間に形成された優先劣後とが合わさった結果である》（p. 366）。

⁶⁷ ガストン・ジェズ（G. Jèze）は、《公的利益の概念には、グラデーションが存在する》と主張していた。《より広範な公的利益の概念は、公土木（travaux publics）の理論の基礎部分に見出されるそれである（...）。程度の差はあれ、負担は重い。全く論理的なこととして、法律は、より重い負担を正当化するために、より重大な公的利益を必要とする、ということが十全に理解される》（note sous C.E. 20 juin 1921, *Commune de Monségur*, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1921, p. 361）。公的利益の概念の内部に存するグラデーションの概観として、参照, D. Linotte, *th. préc.*, p. 333 et s.

⁶⁸ 都市計画に関する規制に対する法定の適用除外は、以下の場合に可能となる。すなわち、《土地占用計画（P.O.S.= Plan d'Occupation des Sols）の諸規定が保護の対象とする一般利益に対する侵害が、適用除外によって明らかとなる一般利益との関係で、過度のものでない場合》である（C.E., 18 juin 1973, *Ville de Limoges*, *A.J.D.A.*, 1973, p. 495 et s.）。この問題全般についての研究として、参照, G. Pellissier, *th. préc.*, p. 82 et s.

⁶⁹ C.E. 28 mai 1971, *Rec.*, p. 410 ; D., 1972, p. 194 et s., note J. Lemasurier ; *J.C.P. (G)* 1971, II, 16873, obs. A. Homont ; *A.J.D.A.*, 1971, p. 404 et s. et p. 463

ユーピテル型の一般利益の危機は、国家の危機にのみ存するわけではなく、法律の危機にもまた存する。

9. — 法律の危機 — 実証主義的＝法律中心主義的（positiviste-légaliste）な体制において、国家は、法の排他的な源泉であり、「法律という形式は、排他的に国家に留保されている」⁷⁰。この《法形成に関する国家独占主義（étatisme jurislatureur）》⁷¹は、「ユーピテル型の法」⁷²の顕著な表現である。フランスの学説が、かつて、法（Droit）と法律（Loi）とを混同していたのかもしれない、と考えることは極端に過ぎるとはいえ⁷³、前者は、しばしば後者の《後見の下に（sous la tutelle）》⁷⁴把握されていた。ところで、国家の危機には、法律の危機が伴う。より一般的な現象である《法の衰退（déclin du droit）》⁷⁵に包含される法律の危機は、既成事

et s., concl. G. Braibant et Chr. D. Labetoulle et P. Cabanes. 公的利益間のバランスシートについて、参照、C.E. 20 octobre 1972, Rec., p. 657 et s. ; J.C.P. (G), 1973, II, 17470, obs. B. Odent ; R.D.P., 1973, p. 843, concl. M. Morisot ; A.J.D.A., 1972, pp. 576-583, Chr. P. Cabanes et D. Léger. [このバランスシートと] 相関的に行われる公的利益の具体的実現について、参照、D. Linotte, *th. préc.*, p. 331 et s. et p. 413 et s. ; D. Truchet, *th. préc.*, p. 253 et s.

⁷⁰ G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 259 (S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, P.U.F., Coll. « L'interrogation philosophique » dirigée par M. Meyer, 1992, spéc. p. 99より引用) による定式。

⁷¹ S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 102.

⁷² Fr. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge*, *op. cit.*, spéc. p. 245 et s. 本書によれば、法は、法律を頂点とするピラミッドとして把握される。強行法および禁止法は、聖なるもの（Sacré）の概念、および、超越性の概念に基礎を有する。

⁷³ この問題について、参照、N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Préf. M. Vidal, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 381, 2002, p. 300 et s. 19世紀の著者たちの大多数は、法と法律とを混同することはなかったとする。

⁷⁴ *Ibid.*, p. 304 et s.

⁷⁵ *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur*

実となっている。《立法技術の危機（Crise de la technique législative）》⁷⁶、《法律の至高性の衰退（déclin de souveraineté de la loi）》⁷⁷、《法律の危機（crise de la loi）》⁷⁸、《法律の退化（dégénérescence de la loi）》⁷⁹、《法律の故殺（meurtre de la loi）》⁸⁰といった表現に見られるように、《法源の女王（reine des sources）》の座は脅かされている。量的側面から事態を表現する《立法のインフレ（inflation législative）》⁸¹は、《社会[の身体]の機能不全 [=消化不良]（indigestion du corps social）》⁸²を惹き起こしているが、これは、遺憾ながら、いつまでもかかずらっていられないほどあまりに有名な言説である。法律の質的な衰退は、一層教訓的である。伝統的に、法律は、その性質上、それ自体によって正当化される神聖な規範として承認されてきた。昨今、法律は、神聖性を奪われ⁸³、[他の規範の]

l'évolution du système juridique, 5^{èmes} journées R. Savatier, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995, Préf. D. Breillat, P.U.F., 1997 ; *Crises dans le droit, Droits*, n° 4, P.U.F., 1986 : spéc. B. Oppetit, *L'hypothèse du déclin du droit*, p. 9 et s. ; Chr. Atias, *Une crise de légitimité seconde*, in *Crises dans le droit*, *op. cit.*, p. 21 et s. さらに参照、J. Carbonnier, *La part du droit dans l'angoisse contemporaine*, in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1995, p. 181 et s. ; G. Ripert, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., 1949 (réimpression, 1998).

⁷⁶ A. Viandier, *La crise de la technique législative*, in *Crises dans le droit*, *op. cit.*, p. 75 et s.

⁷⁷ G. Morin, *La Loi et le Contrat. La décadence de leur souveraineté*, Coll. Félix Alcan, 1927, spéc. p. 3 et p. 13.

⁷⁸ Fr. Terré, *La « crise de la loi »*, in *La loi*, A.P.D., Tome 25, Sirey, 1980, p. 17 et s.

⁷⁹ B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 78, p. 100.

⁸⁰ M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Préf. Fr. Terré, rééd. Dalloz, 2001, n° 222 et s., p. 286 et s.

⁸¹ ジョルジュ・リペール (Le Doyen G. Ripert) は、既に、《法の衰退》と称される事態を表現する立法のインフレを告発していた。彼は、*Le déclin du droit...*, *op. cit.*, n° 21 et s., p. 67 et s. において、《法律の隷従（servitude des lois）》に言及する。

⁸² R. Savatier, *L'inflation des lois et l'indigestion du corps social*, D., 1977, Chr., p. 43 et s.

⁸³ この点について、参照、Fr. Terré, *La « crise de la loi »*, *op. cit.*, p. 22.

コントロールを受ける。法律は、一般意思の表明であり続けているかもしれないが、それは、一方で《憲法規範のブロック》⁸⁴に、他方で国際条約や国際協定に、適合することを条件としてのことである。法律は、この意味において、《支配され (*dominée*)》⁸⁵ている。法律を法規範 (*règle de droit*) の一つのモデルとしていた一般性もまた同様に脅かされている⁸⁶。少数のテクノクラート (*technocrates*) による仕事は、法律を、統治行為 (*actes de gouvernement*) というよりも、諸々の事実を管理する技術にしている⁸⁷。また、法律は、周囲を取り巻く科学的解決重視主義 (*scientisme*) によって、価値を落としている。これによれば、事案毎にケース・パイ・ケースで、とは言わないまでも、問題に応じてその都度立法がなされる⁸⁸。法律は、経済的に人を惹き付ける一つ的手段となり、複

⁸⁴ 憲法院は、une décision n° 85-197 du 23 août 1985 (Rec., p. 70 et s.)において、傍論を通じて、立法者の意思と一般意思との乖離を公式に認めた。《表決された法律 (*loi votée*) (...) は、憲法を尊重するものでなければ、一般意思を表明しない》。[すると、] 結局のところ、一般意思の表明の態様は二様に存在することとなろう。すなわち、一方は、法律であり、他方は、合憲性の司法的コントロールが加えられた法律である。この意味において、参照、Ph. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, « *La loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* », Préf. D. Rousseau, P.U.F., Coll. Les grandes thèses du droit français, coll. dirigée par C. Philip, 2001. 著者にとって、この定式は、一般利益と法律との間の紐帯の断絶を明らかにするものである。反対、M. Troper, *Préface sur la théorie juridique de l'Etat*, in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, p. 5.

⁸⁵ J. Foyer, *Le droit civil dominé*, in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 13 et s. ; J.-Cl. Soyer, *La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges J. Foyer*, P.U.F., 1997, p. 125 et s., spéc. p. 126.

⁸⁶ この問題について、参照、D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, éditions O. Jacob, 1997, spéc. p. 20.

⁸⁷ テクノクラートによる法律は、その技術的性格および当該法律がもたらす諸権限の乱立によって、正統性の喪失を惹起する。テクノクラートの権力は、政治権力や経済権力を枯渇させる。この意味において、参照、B. Oppetit, *L'hypothèse...*, *op. cit.*, p. 17 et 18.

⁸⁸ この科学的解決重視主義は、評価法律 (*lois d'évaluation*)、実験法律 (*lois expérimentales*) 等々に見られる。

数の法体系を競争状態に置く⁸⁹。カテゴリ毎の利己主義的な諸利益を弁護する者たちが、法律を切望する⁹⁰。以上の総体に、法の基本権化 (*fondamentalisation du droit*)⁹¹の傾向を付け加えなければならない。憲法およびヨーロッパ法上の基本権の噴出・細分化 (*pulvérisation*) は、しばしば法律を試しにかかる。国家と同様に、法律もまた、正統性を希求している⁹²。

⁸⁹ http://www.prospective.org/gps_front/index.php?rubrique_id=13&tpl_id=2&contenu_id=385&id=932&lettre=, H. Muir-Watt, *La concurrence entre les systèmes juridiques*.

⁹⁰ この意味において、参照、Fr. Terré, *La « crise de la loi »*, *op. cit.*, spéc. p. 20 et s., spéc. p. 22 et p. 27.

⁹¹ これは、法の憲法化 (N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf. M. Gobert, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 287, 1997 ; L. Favoreu, *La constitutionnalisation du droit*, in *L'unité du droit*, Mélanges R. Drago, Economica, 1996, p. 25 et s. ; G. Rouhette, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le droit privé*, in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, sous la dir. G. Drago, B. François et N. Molfessis, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1999, p. 141 et s.) および法のヨーロッパ法化 (A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. Leveneur, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 15, 2002 ; *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de J.-P. Marguénaud, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, Coll. Perspectives sur la justice, 2001 ; D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. Lambert, Bruylant, Nemesis, Coll. Droit et justice sous la dir. P. Lambert, Bruxelles, 1995 ; Tran Van Minh, *Droits de l'homme et pouvoirs privés. Le problème de l'opposabilité*, in *Multinationales et droits de l'homme*, Etudes coord. par Cao-Huy Thuan, P.U.F., publications de la faculté de droit et des sciences politiques et sociales d'Amiens, 1984, p. 97 et s.) の動きと連動した現象である。

⁹² この信頼性の危機について、参照、R. Bourgeois, *La raison dans le droit*, in *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz, P.U.F., éditions du juris-classeur, 1999, p. 25 et s., spéc. p. 29 et s. ; J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, *R.D.P.*, 1998, p. 659 et s., spéc. p. 668. 近代法の危機は、《法的理性の危機》の表徴であるとする。

10. — 法律と一般利益 — 結果として、一般意思の表明たる法律によって具現化されてきた一般利益は、変化を遂げている。今日では、一般利益とは、フランスの立法者のそればかりでなく、ヨーロッパ連合のそれでもある。これが一般利益の断片化の原因であり、立法者は、もはや一般利益の排他的な代表者ではなくなるであろう⁹³。しばしば法律は、一般利益の表現というよりも、自らの要求を聞いてもらうことができた一定の団体の利益の表現である。超越的な仕方ですから課されていた一般利益は、昨今、新たな表情を見せている。私的利益は、しばしば公的利益と対立するが、ときには、基本権の媒体として勝利を収める。諸規範の階層秩序は覆され⁹⁴、利益の対立が煽られる⁹⁵。結局のところ、一般利益は、法律の基礎であり、目的であるとはいえ、裁量的な形では、立法者の意のままにならない。このような法律は、裁判上のコントロールに服する。司法裁判所の裁判官は、ヨーロッパ人権条約上の諸権利の名において、法律、特に適及的に適用されるそれが、一般利益に関わるやむを得ざる理由（*motif impérieux d'intérêt général*）によって正当化されるか否かについて審査することができる⁹⁶。この場合に問題とされているのは、もはやユーピテル型の一般利益ではなく、ヘーラクレース型の一般利益である。

⁹³ ヨーロッパ共同体法における一般利益について、とりわけ参照、Th. Hamoniaux, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Préf. Fr. HAMON, L.G.D.J., Coll. systèmes/communautaire, 2001 ; E. Honorat, *La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, in *Rapport public...*, op. cit., p. 387 et s.

⁹⁴ この観念について、とりわけ参照、P. Puig, *Hiérarchie des normes : du système au principe*, R.T.D. civ., 2001, p. 749 et s.

⁹⁵ この意味において、参照、Y. Lequette, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in 1804-2004..., op. cit., p. 171 et s., spéc. n° 17 et s., p. 186 et s. 反対、A. Debet, *Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme*, in 1804-2004..., op. cit., p. 953 et s.

⁹⁶ この問題について、参照、Ph. Malinvaud, *L'étrange montée du contrôle du juge sur les lois rétroactives*, in 1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 670 et s.

II. ヘーラクレース型の一般利益

11. — 裁判官の役割 — ヘーラクレース型の一般利益は、[他の二つの] 間に位置する。それは、変移しつつある法の表徴として、変化の直中にある社会を表現する。この一般利益は、ある一人の重要人物に、より重要な特権的権能を付託するように仕向ける。裁判官こそがその人である⁹⁷。こうした一般利益の司法化（judiciarisation）によって、その実現を保障する新たな諸手段の使用が正当化される。

フランソワ・オスト教授が用いるメタファーにおいて、ヘーラクレース型の法は、《よりプラグマティック》⁹⁸な法体制、すなわち、経済および社会の現実により近いが故により具体的な法体制を意味している。問題となる諸利益が多様であることを、また、その間にアプリアリに階層秩序を設けられるはずもないことを自覚すれば、立法者は、諸利益の仲裁を実施することなどもはやできなくなる。この必要な衡量を実施すべく、裁判官が、特権的なアクターとして重要視されることとなった⁹⁹。

12. — 対峙し合う諸利益間での仲裁 — 対立する諸利益を仲裁するために、裁判官は、ある特定の時点、ある特定の場所で承認されている諸価値の一覧表（*table de valeurs*）を参照する。裁判官は、公序[の概念]を用いて、この諸価値の尺度（*échelle de valeurs*）に適合する利益を優先させることで、《利益計算（*jaugeage des intérêts*）》および諸利益の階層化

⁹⁷ 紛争の司法化について、参照、V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, Préf. M. Pédamon, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 371, 2002., spéc. p. 410 et s.

⁹⁸ Fr. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge*, in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, op. cit., spéc. p. 245.

⁹⁹ 憲法に関して、参照、J.-E. Schoettl, *Intérêt général et Constitution*, in *Rapport public du Conseil d'Etat (1999)*, op. cit., p. 375 et s. ; M.-P. Deswarte, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, R.F.D.C., 1993, p. 23 et s. ヨーロッパ共同体法に関して、Th. Hamoniaux, *th. préc.* の各所を参照。

(hiérarchisation) を行う¹⁰⁰。可変的な概念である公序は、現在では、《人間中心主義的 (humaniste)》な表情を見せ、すべての配慮のうちで、人間 (personne humaine)¹⁰¹の保護を中心に据える。

裁判官の仲裁は、市民社会に現存する諸利益をより広く受容する方途とも表現される。そうすることで、裁判官は、法の集団主義化 (collectivisation du droit) の動きに寄与している。集団的な [= 集団利益を有する] 諸団体に法廷への道を開くことは、社会的利益に関するある一定の考え方を反映させて、対峙し合う諸利益を最も良く調停する手段ともなる¹⁰²。

最後に、裁判官たちは、同一の価値を有する複数の基本権の対立の増大に直面しなければならない¹⁰³。例えば、表現の自由と私生活の尊重、所有権と遺言の自由、営業の自由と労働の自由の対立が挙げられる。こうした法の基本権化の動向に対応すべく、裁判官たちは、比例性コントロール (contrôle de proportionnalité)¹⁰⁴ [という手法] を用いる。この手法を用いることによって、裁判官は、絶対的な仕方である権利をある別の権利に

¹⁰⁰ 公序と価値との関係について、参照、拙著、n° 337 et s., p. 208 et s.

¹⁰¹ この観念について、参照、D. Fenouillet, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique*, in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 487 et s.

¹⁰² この傾向について、参照、L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Préf. G. Viney, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 278, 1997 ; M. Cappelletti, *La protection d'intérêts collectifs...*, op. cit., spéc., n° 5, p. 576 et s.

¹⁰³ この基本権の噴出・細分化の危険性について、参照、Y. Lequette, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in *1804-2004...*, op. cit., p. 171 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, *L'ordre public*, in *1804-2004...*, op. cit., p. 473 et s., spéc. n° 8, p. 478.

¹⁰⁴ この公法上のコントロールについて、参照、G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, Préf. Y. Gaudemet, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 179, 1995 ; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Préf. Ch. Debbasch, Economica, P.U.A.M., Coll. Science et Droit administratifs, 1990. 私法に関して、参照、拙著、n° 620 et s., p. 379 et s.

優先させることがないように、事案毎に、また、状況に応じて、対立する諸権利を仲裁する。こうした、諸権利を規律するプラグマティックな方法は、ヨーロッパ人権法院の経験に直接に由来し、今日では、フランスの各系統の裁判所の全体に広まっている。

したがって、一般利益の代表者の正統性は、その実現を保障するために用いられる方法に存する。しかしながら、立法者および裁判官によって行われる諸々の仲裁は、今日では、限界を抱えている。なぜなら、この仲裁は、いまだ《外部の者 (l'extérieur)》によって行われているからである。より強力な正統性を備えるために、今後は、関係する諸利益が自らの利益の規整および調停に参与し得るようなメカニズムに、しかるべき位置づけを与えなければならない。したがってこれは、利益の代表性を強化することによって実現される。このとき、参加のイデオロギーが、ヘルメース型の一般利益の相貌の下に、飛躍的發展を遂げる。

Ⅲ. ヘルメース型の一般利益

13. — 参加のイデオロギー — 一般利益がより内在的な性格を備えれば、その保持者たる者の正統性は必ずや強化される。したがって、一般利益の概念の核心は、諸利益の代表性の問題に存するように見える¹⁰⁵。ユーピテル型の一般利益において、諸利益の代表性は、もっぱら政治と選挙に基づくものであり、一つの政治的イデオロギーとして必要とされている。

¹⁰⁵ 合理性の観念が、現存する諸利益の代表の諸条件の改善によって強化されることについて、参照、Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., spéc. p. 442 et s. 正統性に配慮することによって、ユルゲン・ハーバーマス (J. Habermas) のコミュニケーションの理論や、利益の計量に関する理論といった諸理論を提示することが可能となったとする。しかしながら、著者たちによれば、決定の合理性を高めるためには、決定へ至る手続き上の枠組み (cadres procéduraux) という用語のみによって推論することは妥当ではない。まずは、現存する諸利益の代表の条件を改善することで、利害を有する人々の参加を促進し、その上で、決定に至る手続き上の枠組みにあらゆる実効性を取戻させることが望ましい、とする。

た。これに対して、事案に応じた仲裁を重視し、諸利益にさらに接近しようとするヘーラクレース型の裁判官によって、代表性は強化される。しかしながら、諸利益の代表性を改善し、関係する人々の積極的な参加をもたらす、一層有効な手段が存在する。まさにここで、参加のイデオロギー（*idéologie de la participation*）¹⁰⁶が登場する。非常に多くの者を彼らに固有の利益の調停に参加させることによって、すなわち、彼らが一層頻繁に政治的決定に参加できるようにすることによって、一般利益は、より合意を重視したものとなり、さらには、契約化される。このとき、《交渉に基づく手続き重視の》法¹⁰⁷が出現し、そこでは、契約が、社会の規整の特権的技術となる。

14. — 一般利益の契約化 — こうして、市民社会の契約化（*contractualisation*）という現象は、一般利益の手続化（*procéduralisation*）の表徴となる。公法、私法のいずれもが、この契約化の波に巻き込まれている¹⁰⁸。今日では、公的活動は普く契約の締結を志向する。公私共同事業契約（*contrats de partenariat public-privé*）の成功は、この事態を例証する¹⁰⁹。[もっとも、] ときに名ばかりのものもある¹¹⁰。民事、刑

¹⁰⁶ 参加のイデオロギーについて、参照、J. Chevallier, *Science administrative*, *op. cit.*, p. 584.《一般利益と複数の個別利益との差異は、(...) もはや本質的なものとは理解されず、程度上のものと理解される傾向にある。一般利益は、公務員の頭の中から完全防備の状態で見み出されるものではない。一般利益の形成の基礎には、成員が有する、個別的、断片的で、競合する複数の利益がある。公務員の役割は、考え得る最良の妥協に到達するために、多様な諸利益間のバランスをとることである》。

¹⁰⁷ Fr. Ost, *Dictionnaire de la Justice*, *op. cit.*, et loc. cit.

¹⁰⁸ *Droit négocié, droit imposé ?*, sous dir. Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis, n° 72, Bruxelles, 1996.

¹⁰⁹ とりわけ参照、Y. Gaudemet, *Le partenariat public-privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*, D., 2007, Chr., p. 3084 et s.

¹¹⁰ 契約の《管理の手段（*outil de gestion*）》としての側面について、参照、S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M., 2007, spéc. 2^{ème} partie.

事、行政の各訴訟は、調停、斡旋および和解に門戸を開いている¹¹¹。個人間の私的関係は、次のような数多くの利点を伴った、魅惑的契約（*contrat conquérant*）¹¹²に浸食されている。契約は、柔軟であり、事案に応じた拘束関係（*lien sur mesure*）の創出を可能とし、より高度な予見可能性の実現に役立つ。《契約》という語は、それが体現する事柄によっても魅力を放つ。すなわち、自由、安全、責任がそれである。契約の真のレトリックが、しかるべく活用される。再雇用援助計画契約（*contrat de PARE* [= *Le Plan d'Aide au Retour à l'Emploi*]）、親権者責任引受契約（*contrat de responsabilité parentale*）、[外国人] 受入・統合契約（*contrat d'accueil et d'intégration*）等¹¹³は、契約が有するこの呪術的な力（*force incantatoire*）を存分に表現している。契約は、それが表象する事柄、および、それが想起させる事柄によって魅了するのである。法規（*normes*）それ自体もまた、契約的な手続きを活用する。すなわち、交渉に基づく法律（*lois négociées*）¹¹⁴、プログラム法律（*lois de programme*）またはプログラム策定法律（*lois de programmation*）¹¹⁵等が、その主たる表現である。

¹¹¹ 訴訟の契約化について、参照、拙著、n° 1183 et s., p. 736 et s.

¹¹² ある著者たちによれば、契約は、《構築の手段（*outil de structuration*）》として、これら様々な領域に登場している。参照、S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche renouvelée...*, *op. cit.*, spéc. la 1^{re} partie.

¹¹³ PAREについては、参照、J. Rochfeld, *Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique »*, *R.D.C.*, 2005-2, p. 257 et s. 親権者責任契約については、参照、E. Lambert, *Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale*, *Droit de la famille*, Juin 2007, Etude 25; F. Rollin, *Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale*, *R.D. sanit. soc.* 2007, n° 1. [外国人] 受入・統合契約については、参照、Art. L. 311-9 *Ceseda*.《[外国人の] フランス社会への共和国民としての統合の》要件は、《とりわけ、フランス共和国を司る諸原理の尊重に関する個人的忠誠、これらの原理の実際の尊重の程度、および、フランス語の充実な理解に鑑みて判断される》。

¹¹⁴ Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, avant-propos Fr. Ost, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, n° 72, 1996.

¹¹⁵ プログラム策定法律の性質決定には問題があることについて、参照、St.

根底にある哲学的思想は単純なものである。経済学者ならば、こう言うであろう。より完全な《情報（information）》のためには、需要と供給の働きが自由に展開するよう放任しなければならない¹¹⁶。決定に参加せられる人々の数が多くなればなるほど、なされる決定が最適化される機会も増えるのである¹¹⁷。絶対的な真理が到達し得ない理想であるような複雑な世界においては、相対的な真理で満足しなければならない。相対的な真理が正統性を有するためには、対話と討議（discussion）¹¹⁸に基礎付けられなければならない。

とはいえ、出現からあまり年月を経ていないために、そのすべての効果

Guérard, *Loi de programmation : loi nouvelle ou contrat implicite ?*, in *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., coll. Droit et société, Tome 13, p. 121 et s.

¹¹⁶ この無知（ignorance）の理論について、参照、F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté, Tome I, Règles et ordre*, 1^{re} édition (1980), Trad. R. Audouin, P.U.F., Coll. Quadrige, 1995, p. 13 et s., spéc. p. 13 et 14. 《デカルト主義的な意味における行為の完全な合理性は、当該行為に関係するすべての事実の完全な知識を要請する。製図＝設計者や技師は、諸々の具体的な客体を、それらが目指された結果を生み出すように組み立てるべく、すべてのデータ、および、それらを導くまたは操作する完全な力を必要とする。しかし、社会における行為の成否は、人が知り得る以上の事実があることによって左右される。したがって、我々の文明全体が (...)、デカルト主義の語義において、我々は知る（connaître）ことができること以上のことを推し量る（présomons）、という事実に立脚している》。この点について、同じく参照、F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté, Tome II, Le mirage de la justice sociale*, 1^{re} édition (1985), Trad. R. Audouin, P.U.F., Coll. Quadrige, 1995, spéc. p. 12 et s.

¹¹⁷ この意味において、とりわけ参照、J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, op. cit., Livre II, Chap. VII, p. 76. 《諸国民に妥当する最良の社会の諸規範を発見するためには、人間の情念を知りながらそのいずれにも動かされず、また、我々の本性と如何なる関係をも有せずに我々の本性を知り尽くした (...)、卓越した知性の持主でなければならないであろう》。

¹¹⁸ この観念について、参照、J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel, Tome I, Rationalité de l'agir et rationalisation de la société (Theorie des kommunikativen Handels*, 1981), Trad. J.-M. Ferry, Fayard, Coll. L' espace du politique, 1987; 同, *Théorie de l'agir communicationnel, Tome II, Pour une*

を判定し得ないこの現象を前にして、対立し合う複数の概評が提示されている。例えば、諸個人の間に契約に基づいて階層秩序を再構築することによってもたらされる、社会の再封建化（reféodalisation）を強調することも可能である¹¹⁹。しかしながら、契約は、個人主義の副作用のために稀釈化された社会的紐帯を強化するという長所を有しており¹²⁰、参加、対話および論証を重視するデモクラシー（démocratie participative, dialogique et discursive）に役立てられるのである¹²¹。いかなる価値判断がなされるのであれ、この現象は、契約に基づく一般利益ではないにしても、少なくとも、より合意を重視した一般利益を生ぜしめる¹²²。[もっとも、] この一

critique de la raison fonctionnaliste, (1981), Trad. J.-L. Schlegel, Fayard, Coll. L' espace du politique, 1987. この問題について、同じく参照、J. Lenoble, *Droit et communication : Jürgen Habermas*, in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, op. cit., p. 163 et s., spéc. p. 173. 本論文によれば、合理性とは手続としてのそれである。発話された事柄（énoncé）の真実性は、もはやその内容にはなく、《有効な論拠提示の手続きの過程において、妥当要求（prétention à la validité）が正当化され、かつ、いかなる論拠によっても否定され得ない限りにおいて存在する》。

¹¹⁹ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, spéc. p. 164 et s.

¹²⁰ 個人主義というコンテクストにおいて契約が果たす社会的機能について、参照、Fr. de Singly, *L'individualisme est un humanisme*, éditions de l'aube, 2005, spéc. p. 44 et s.

¹²¹ 参加デモクラシーの幻想について、参照、J.-P. Gaudin, *La démocratie participative*, Armand-Colin, 2007 ; M. Crépon et B. Stiegler, *De la démocratie participative : fondements et limites*, éd. Mille et une nuits, 2007. より楽観的な見方として、参照、M. Hervé, A. d' Iribarne et E. Bourguinat, *De la pyramide aux réseaux : récits d'une expérience de démocratie participative*, préface de Ségolène Royal, éd. Autrement, 2007.

¹²² *L'intérêt général*, in *Rapport du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 356. 例えば、コンセイユ・デタの報告書は次のように強調している。《(...) 外部から市民社会を秩序づけるという国家観は、諸利益の間で仲裁を行う真新しい代表 [の観念] に取って代わられる。ここから帰結するのは、多様化された手続きの増大である。そうした手続きは、場合に応じて、独立的な諸機関による、脱中心化（décentralisation）、協議（consultation）、契約化または規整の領分に属する。》

般利益も、選挙にまつわる一定の打算や、立法の魅力醸成作戦の影響を免れてはいない。

15. — フランスから日本へ — 結局のところ、現時点では、一般利益の契約化という現象について判断を下すことは非常に困難である。現在は、いまだ観察と問題提起の時である。しかしながら、一つだけ確かなことが認められる。すなわち、一般利益の実現は、国家の正統性の危機、ならびに、伝統的な法源論の正統性の危機というコンテキストにおいては、法律、裁判官および契約という三幅対の按配 (*combinaison tripartite comprenant la loi, le juge et le contrat*) の賜物である。この現象は、フランス社会に固有のものではなく、より複雑で、個人主義的で、市場モデルという支配的なモデルとともにネットワーク状に動いている (*fonctionnant en réseaux*) 世界の帰結である。したがって、一般利益についてフランスで妥当する事柄は、おそらくは、日本のような他の国においても同程度に妥当するであろう。この日仏共同研究集会への寄稿全体が、諸々の現象が収束に向かっていることを物語っている。