

# フランスにおける「公序」と マニフェスタシオンの自由 (2・完)

田 中 美 里<sup>\*</sup>

## 序論

- I マニフェスタシオンとはどのような行為か (以上 18 卷 1 号)
  - II 「公序」
  - III 我が国の状況との比較
- むすび (以上本号)

## II 「公序」

本章では、「公序」の内容及びその変容について検討したのち、1995 年判決および政府答弁書について具体的に検討することで、「公序」という概念が積極的に自由を拡充する機能を持つことを論じる。

学説<sup>93)</sup>や憲法院自身による説明<sup>94)</sup>から、「公序」の維持が国家の責務であるという点については争いがないようであるので、この点は以降の議論の前提とする。

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 18 卷第 2 号 2019 年 7 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程・日本学術振興会特別研究員 DC

93) この点につき、公序 (ordre public) の辞書的な意味については、Armelle Le Divellec = Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Dalloz, 2017 や, Association Henri Capitant (eds.), *Vocabulaire juridique*, Press Universitaires de France, 2016 の ordre public の項目に詳しい。また、学説については、Jean-Jacques Israel, *Droit des Libertés fondamentales*, L.G.D.J., 1998, p. 52 や Louis Favoreu = Patrick Gaïa = Richard Ghevontian (eds.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2015, pp. 459-60 などを参照した。

94) « Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle » 8ème séminaire des cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003 を参照。

以下では、その維持が国家の責務であるという「公序」の内容がいかなるものであるかを検討する。第1節、第2節では「公序」の内容が、歴史を通じてどのように変化してきたのかを見る。第3節では、現代のフランスにおける「公序」について考察する。

なお、「公序」によるマニフェスタシオンの保護を論じるという、本稿の問題関心から、本章は「公序」の内容の一部を考察するものである。すなわち、筆者がマニフェスタシオンの特徴であると考え、「政治性」と「集団性」に関わる部分を選択的に取り上げたものである。

### 1 「公序」の成り立ち

フランス革命直後から形成された、当初の「公序」はどのような内容を持つものであったのだろうか。ひとまず、「ordre public」という言葉から、公的な秩序、という意味合いをもつものであることはわかるが、それが具体的な内容として何を指すかは必ずしも明らかではない。

小山敬晴によれば、フランスの「公序」の概念は、「国家思想に対応して政策的に形成される歴史を有する」<sup>95)</sup>のものであり、歴史とともに少しずつ内容を変えてきたものである。19世紀においては、「フランス革命で打ち立てられた理念を保護するためのもの」<sup>96)</sup>であった。

フランス革命後、「公序 (ordre public)」の概念が初めて法文に明示的に提示されたのは、1789年の人権宣言11条である。人権宣言11条は、「何人も、その表明が法律によって確立された公序を害さない限り、信仰に関するものも含めて、自らの意見によって脅かされることはない」<sup>97)</sup>としている。ここでいう「法律」は、同宣言6条において「一般意思の表明である」とされているものである。こ

---

95) 小山敬晴「フランス労働法における公序概念の一考察」九州法学会会報(2017)13頁。本論文において小山は、「公序」概念につき労働法の観点から考察しているが、「公序」概念の歴史に関する部分での記述は、その内容から、必ずしも労働法の分野に限定されるものではないと判断し、参照した。

96) 同上。

97) 人権宣言および各憲法の条文の内容に関しては、辻村みよ子=糠塚康江『フランス憲法入門』(三省堂、2012)を参考に、すべて筆者自身の責任において翻訳した。

こから、「公序」とは一般意志の表明たる法律が確立するものと想定されていたことが分かる。そのため、「公序」の内容を見るためには立法者が議会でなした議論を見ることが有効であろう。

以下、議会において「公序」という概念が登場し、重要な役割を果たしたと考えられる場面を確認することで、「公序」が形成された当初の具体的な内容を見ていきたい<sup>98)</sup>。

フランス革命後初めて、「公序」を明確に定義しようとしたのは、刑事訴訟法の起草のためになされた、アドリアン・デュポール（Adrien Duport）による報告である<sup>99)</sup>。デュポールは、人権宣言の起草に大きく関与した当時の有力な政治家である。この報告は、「公序」という言葉がアンシャン・レジーム下で王によって専制的に使用されていたところに、新たな意味を与えようとするものであった<sup>100)</sup>。

まず、デュポールは、大革命によって達成された新たな社会のあり方を「真の公序」<sup>101)</sup>とよび、アンシャン・レジーム下での社会秩序とは区別する。そして「大革命、憲法、公序」という3つの事柄につき、「大革命はあらゆる種類の奴隷制度を打ち破き、憲法は自由を樹立いたしました。公序はこの自由を維持しなければならない」<sup>102)</sup>と述べたのである。ここから、デュポールは、「公序」を、大革命によって達成された価値を反映した憲法が確立した自由を維持することを目的としているもの、と定義づけていることがわかる。

98) ここでの筆者の考察は、岡村等「フランス革命期における反結社法の役割に関する研究（1）」早稲田法学会誌第68巻1号（2017）および岡村前掲注40）に着想を得たものである。同論文は、フランス革命期にとられた、結社と集団的請願の自由を制約する諸法律およびその制定のためになされた議会での議論をつぶさに研究したものである。岡村は、それらの議論のなかでは、「中間団体の排除」「国家の『増殖』」「公の事柄の国家による独占」「公序の維持」という理念が順に登場することを主張した上で、革命後にとられた「すべての施策は、広い意味で革命がつくりだそうとする秩序＝公序をささえる要素」をもつと説明している。同論文と本稿は、「公序」概念が、フランス革命によって達成を目指された諸価値を含むものとする点で関心を同じくするものである。

99) *Archives Parlementaires*, 1ère série, tome 21, p. 42 et s.

100) *Ibid.*, p. 43.

101) *Ibid.*

102) *Ibid.*, p. 47.

それでは、「公序」が維持しようとする、憲法が確立した自由とは具体的にはどのような内容を持つのだろうか。それが明らかになるのが、1791年6月14日になされたル・シャプリエ (Le Chapelier) による報告である。この報告は1791年9月3日の「身分や職業を同じくする労働者および職人の集合に関するデクレ (Décret relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession)」<sup>103)</sup>、通称ル・シャプリエ法の基礎となっているものである。このル・シャプリエ法は、その第一条で、「身分や職業を同じくする労働者および職人のすべてのコルポラシオン (同業組合) を廃止することはフランス憲法の基礎のひとつであり、いかなる理由、いかなる形態でもそれを事実上再建してはならない」として、同業組合を全面的に廃止するものである。

6月14日の報告において、ル・シャプリエは、廃止されたコルポラシオンを事実上再建しようとする試みをなす市民が存在する状況を「公序に対する重大な違反である」<sup>104)</sup> (強調筆者) と表現した。それに続けて、「我が国には、もはや各個人の利益と、一般利益のみが存在するのである。市民に中間的な利益を吹き込み、コルポラシオンの精神により公共の事柄から市民を引き離すようなことがあってはならない」、「職が必要な者に職を与え、身体が不自由な者に救済を与えるのは国家である」<sup>105)</sup> と強調したのである。ここから、ル・シャプリエは、中間的な利益を主張する集団を認めないこと、また、公的な扶助は国家のみによって果たされるべき事柄であることを、公序という枠組の下で主張しているといえる。

このようなル・シャプリエの論理が当時の主流を占めていたことは、たとえば1791年憲法の前文が「自由及び平等の権利を害する」存在として「貴族」や「封建制」とならべて「コルポラシオン」を挙げていることや、それにつづく第1編で無償での公教育や公的扶助のための施設が国家によって組織されると宣言していることからわかる。さらに、1793年憲法第20条が、公的扶助は国家の神聖な負債であると宣言し、つづく1795年憲法第361条が、いかなる市民の集合も民衆協会を名乗ることはできない、と宣言していることも同様の論理による

---

103) J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois*, tome 3, p. 22.

104) *Archives Parlementaires*, 1ère série, tome 27, p. 210.

105) *Ibid.*

ものであろう。

以上から、フランス革命直後の「公序」は、「集団の否定」と「国家による公の領域の独占」という2つの論理を組み合わせることによって、集団や身分というアンシャン・レジームの軛から個人を解放し、その個人の利益は国家が積極的に保護することを目指したと考えられる。

1810年には、20人以上の民衆協会を行政によるほぼ完全な裁量の下に置いた1810年の刑法典が制定され、同規制は1901年に結社の自由法が制定されるまでの間続く<sup>106)</sup>。このことは、19世紀の間、「公序」は上記の二つの内容を維持していたことを示すものであると考えられる。

## 2 20世紀における「公序」

フランスは、1881年の集会の自由法、それにつづく1901年の結社の自由法によって、集団という存在を受容した。第1節で行なった検討から、フランス革命直後の「公序」が、その内容として「集団の否定」と「国家による公の領域の独占」という二つの論理を含んでいたことが明らかになった。であるから、集団を受容したことは、「公序」の内容に少なからぬ影響を与えたことが推察される。それゆえ、本節では、集団の受容によって、「公序」の内容がどのように変容したのかを検討する。まず、(1)では、「制度」の下での集団の受容を提唱した、エミール・デュルケム (Émile Durkheim) の理論を検討する。(2)では、集団を、個人間の契約の集積として構成したワルデック・ルソー (Waldeck Rousseau) の理論について検討する。(3)では、彼らの理論が「公序」にどのような変容をもたらしたのかを検討する。

### (1) 国家による集団の受容 エミール・デュルケムの理論

第三共和制期の議会在、集団を受容することを可能にした大きな要因のひとつがエミール・デュルケムの社会学であると言われる<sup>107)</sup>。

デュルケムは、ルソー (Jean-Jacques Rousseau) が唱えた中間団体否認の論

---

106) 岡村前掲注98)。

理とその結果としての国家と個人の二極構造の構築は、現実の社会とはあまりにかけ離れたものであり、かつ、現実の社会においては集団が積極的に評価される側面も存在することを指摘した<sup>108)</sup>。その一方で、デュルケムは、革命によって集団が解散し、個人が析出されたことの意義も認めているのであり、ここから、デュルケムは、「〈中間集団の存続の問題性〉と〈中間集団の不在の問題性〉」をともに考えようとした<sup>109)</sup>人物であると評価されている。デュルケムは、集団の存在の意義を主張する際に、国家は他の集団とは区別され、上位に置かれる特別な機関である、ということを強調しており、これは、「国家による公の領域の独占」という従来の論理と調和的な分析であるといえる。加えて、この分析は、フランス革命以後の社会的事実をありのままに分析するという科学的な手法によってなされた<sup>110)</sup>。この主張内容と分析手法から、デュルケムは、当時の議会のなかで中心的な存在であった「急進派」による支持を得て、正統な地位を築いたとされる<sup>111)</sup>。このような地位にあるデュルケムは、何を主張したのか、具体的に見ていきたい。

まず、デュルケムは国家とそれ以外の集団は、国家がその内部に複数の諸集団を含み、かつ、国家よりも上位に位置する集団を持たないことによって明確に区別されるとする<sup>112)</sup>。この区別の方法によれば、国家はその定義そのものに集団の存在を予定していることになる。国家と集団の違いはそれだけではない。デュ

---

107) 高村前掲注15) 200-207頁。この点につき、ピエール・ロザンヴァロンは、デュルケムらによる社会学の登場以前から、労働者の権利の必要性などが意識され始めていたことを指摘している。Pierre Rosanvallon. *supra* note 37, pp.261-4. そのような基礎の上で、デュルケムのような社会学の登場に対する抵抗感は比較的少なかったと思われる。

108) エミール・デュルケム(宮島喬=川喜田喬訳)『社会学講義』(みすず書房、1974) 679頁。

109) 中島道夫「デュルケムの『国家—中間団体—個人』プロブレマティーク」日仏社会学年報第26号(2015)。

110) 山元一「『法』《社会像》《民主主義》(三)」国家学会雑誌106巻9, 10号、765頁。また、エミール・デュルケム(菊谷和宏訳)『社会学的方法の規準』(講談社、2018) 66頁では、デュルケム自身によって、社会学的研究において、最も基本的な規準は「社会的事実を物のように考察する」ことであるとの主張がされており、その客観性が強調されている。

111) 高村前掲注15) 194頁。

112) デュルケム前掲注108) 76-79頁。

ルケムによれば、国家の最大の特徴は、「ただそれのみが社会に代って思惟し、行動する資格をそなえていること」<sup>113)</sup>である。具体的には、議会や政府などの国家機関が、国民と接触する機会を持つ際に、その接触によって政策が何らかの影響を受けることは考えるとしても、国政に関わる決定そのものは常に国家自身がなすのである。人体で例えた場合には、国家は国という身体に存在する唯一の脳にあたり、それ以外の諸機関、集団は身体の部分にすぎない<sup>114)</sup>。

それでは、デュルケムが双方ともに異議を認めている国家とそれ以外の集団は、それぞれどのような役割を持つのであろうか。デュルケムによれば、集団はそのままにしておけば個人をほしいままに支配してしまうから、そのような局地的な集団の権力の上にとつ、普遍的な権力が必要である。それが国家である。すなわち、国家の役割は、集団が個人を抑圧的な力によって支配することを防ぐことにある<sup>115)</sup>。そして、「権利の確立」は「国家の所産」<sup>116)</sup>であるから、国家が積極的に活動することと、個人の自由とは、手段と目的の関係で調和的に捉えられる<sup>117)</sup>。

以上が、デュルケムが国家の役割について述べたことである。他方、集団の役割は以下のように説明される。今日の国家はあまりに広大であるために、各個人が国家に対して直接的に要望を伝える機会はほとんどなく、あったとしても、そのような機会だけで、国家が個人の希望を十分に捕捉することはできない。そうすると、国家が個人に対してなそうとする規制が、内容として正しくないものとなる危険性が非常に高い。それゆえ、個人との関係を国家よりも密に築くことが可能な中間団体などの集団が、個人の要望を汲み取って、国家にそれを伝達することが必要となる<sup>118)</sup>。つまり、集団は、国家が個人に対してなそうとする規制の内容が正しくあるために必要なのである。

デュルケムは、この「伝達」の役割も、集団によって全く自由になされるべき

---

113) 同上 83頁。

114) 同上 84頁。

115) 同上 98頁。

116) 同上 93頁。

117) 同上 93-98頁。

118) 同上 98-99頁。

ものとは想定しておらず、国家によってつくられた「制度」によってなされる必要があるとしている<sup>119)</sup>。それは、集団の力が必要以上に強くなり、個人を代表するがごとき存在になり、国家の普遍性を脅かすことを防ぐためである。このことを、デュルケムは「万人が統治するならば、統治は事実上存在しなくなる」<sup>120)</sup>と表現した。

この主張は、彼の民主政の捉え方に由来するものと考えられる。デュルケムによれば、民主政とは、慣習や伝統など、人々が無意識に支配されてきたものも含めて、すべての論点を議会が討議の対象とすることによって、明晰な意識の領域を拡大する営みである<sup>121)</sup>。そうであれば、集団と個人の関係、集団と国家の関係、国家と個人の関係はどれも、議会の討議の対象となるべきということになる。国の中で思惟できるのは国家のみであるから、集団が個人の要望を伝える方法を整えるのは国家の責務となり、そこから「制度」という言葉が使用されていると考えられる。そして、この責務を国家が怠ることは民主政の理念に反することになるのであろう。

以上のようなデュルケムの理論は、19世紀を通して、現実の社会には結社が多く形成され、事実として黙認せざるを得ない状況であったことと相まって、立法者によって受け入れられた<sup>122)</sup>。

## (2) 個人の契約による集団 ワルデック・ルソーによる法理論

デュルケムの理論によって修正がなされたのは集団の全面的否定の論理であって、この後も集団という存在が無条件に肯定されたわけではなかった。この点につき、1901年の結社の自由法の具体的基礎となった、1899年のワルデック・ルソーによる法案を見てみたい<sup>123)</sup>。

この法案に関する演説の中で、ワルデック・ルソーは、結社の自由は「契約類型の一つ」<sup>124)</sup>として捉えるべき事柄であり、それゆえ、構成員とは区別された集

---

119) 同上 120-124頁。

120) 同上 120頁。

121) 同上 119頁。

122) 高村前掲注15) 191-243頁。

123) 同上 273-299頁。

団が、構成員を失ってもなおそれ自体永続することは許容できない、としている<sup>125)</sup>。ここにはなお集団そのものを肯定することへの躊躇を読み取ることができる。

実際に施行された1901年の結社の自由法でも、ワルデック・ルソーの契約的構成が採用されており、あくまで諸個人の意思が合致する範囲での集団の形成を許すものとなっている。このことは、革命前には、構成員とは独立した財産を築いていたことなど、契約的な結社とは性格を異にする点があると判断された修道会が、1901年の時点でも、他の結社と同様の保護を受けるには至らなかったことに影響を与えているとされる<sup>126)</sup>。

### （3）20世紀における「公序」の変容

前述の通り、デュルケムが国家以外の集団の存在を認めつつも、なお国家が唯一の思惟の場であると主張したことが、革命後のフランスが集団を受容する際の理論的基盤を形成したと考えられる。その際の論理は、とくに「国家による公の領域の独占」と非常に調和的なものであったと言える。集団に対しては国家と個人との間の「伝達」という役割を与えた一方で、このような役割は、国家によって統制される「制度」を通して果たされるべきものであるとしているからである。換言すれば、デュルケムは、「公序」の内容のうち、「国家による公の領域」を強調することによって、他方の「集団の否定」の部分を変更したのである。

さらに、ワルデック・ルソーが考案した、結社の契約的構成によって、「国家による公の領域の独占」が強化されたと筆者は考えている。すなわち、集団はあくまで、私的な個人の契約による結びつきにすぎないのであって、個人の意思が合致した範囲でのみ国内での活動ができるのである。この意図は、言い換えれば、集団をあくまで私的な領域でのみ活動させようとすることであり、私的な個人の契約による結びつきを超える、公的な要素を含む活動することは想定されていないと言える。

---

124) 同上 274頁。

125) 同上 276-277頁。

126) 同上 298-289頁。

ここで重要なのは、デュルケムやワルデック・ルソーが、あくまで個人の自由や利益を保護する方法として、「国家による公の領域の独占」を捉えていることである。たとえば、デュルケムは、前述の通り、集団がその抑圧的な力によって個人を支配せぬよう、個人の権利を国家の活動の所産として構築することを主張していた。ワルデック・ルソーもまた、集団は個人の意思が合致する範囲でのみ形成されるとの留保によって、集団が個人を支配することを避けようとしたのである。これは、革命直後の立法者たちが、集団や身分から解放することで、個人の自由と利益を確保しようとしたことを受け継いだものと考えるのが妥当であろう。

以上を総合すると、革命後100年以上たった1900年前後において、「公序」は少なくとも、「国家による公の領域の独占」によって個人の自由を保護することを含んでいる、とすることができる。

### 3 現代の「公序」

前節から、1900年前後の「公序」が少なくとも「国家による公の領域の独占」によって個人の自由と利益を保護しようとするものであったことがわかった。すなわち、問題となっている事柄が、公的な要素を含んでいれば、それは国家自身の責任において遂行される事柄となる。そうすることで、個人が国家以外の集団によって支配されることなく、自らの自由を全うすることを目指すのである。本節では、このような思考が、20世紀を通じて、また21世紀に入りどのように変化したのか、また変化していない部分があるのかを検討する。(1)では、「人権」という思考を受容したことで、「公序」はどのような影響を受けたのかを検討する。(2)では、現在のフランスにおける「公序」が、個人の自由の実効的保障を国家の責務とする側面を持っていることを論じる。(3)では、公序の「積極的側面」の射程を論じる。

#### (1) 「人権」という思考の受容と「公序」

ポリーヌ・ジェルビエ (Pauline Gervier) によれば、前述の、個人の自由の確保としての「公序」の捉え方は、20世紀を通じてよく見られたものである<sup>127)</sup>。

20世紀における「公序」は、自由と対立的に捉えられるものではなく、むしろ自由との一体性が強調されていたのである<sup>128)</sup>。これは、第三共和制期に、国家の働き、とりわけ立法という行為が、自由を生み出し保障することを目的とするという「公的自由」の考え方が確立したことによるものと考えられる<sup>129)</sup>。

その後、フランスがヨーロッパの他国からの影響を大きく受けるようになるにつれ、法律を超えて保護されるべき「人権」という考え方が勢力を強め、その結果として、法律は「公序」を使用して自由を制約する傾向を強めた<sup>130)</sup>。「人権」は、法律等の国家の介入による具体化を待たずして、人はそれを行行使できる。そうであれば、国家の主要な作用は、他の利益との衡量による自由の制約を正当化することである、ということになるのである。

このような人権の大きな波の中で、これまでの多くの憲法院判決においては、「公序」とは、法律によって、諸自由との「調和 (conciliation)」が求められるものであるとされてきた<sup>131)</sup>。すなわち、法律は、公序と自由を調和させることをその目的としており、その調和の作業が適切になされているかが憲法院の統制の

127) Pauline Gervier, *La Limitation des Droits fondamentaux consitutionnels par L'ordre public*, L.G.D.J., 2014, p. 2.

128) *Ibid.*

129) 浦田一郎「議会による立憲主義の展開：« droits de l'homme »から« libertés publiques »へ」一橋論叢 110 巻第 1 号 (1993) 64-80 頁。また、浦田は別のところで、19 世紀から 20 世紀はじめにかけて、政府の警察独立命令の慣行が確立したことにより、警察権を行政権の固有の権限と見る見方が強化されたことを指摘している。そして、このような見方により、自由を制限する理由としての「公序」の内容は必ずしも法律によって決定がなされたものではなく、行政権自身による内容決定と運用がなされるようになったことが指摘されている。浦田一郎『立憲主義と市民』(信山社、2005) 182-201 頁。筆者は、公序がこのような、自由を制限する理由としての側面を持っていたことについては同意しつつも、本稿が主題としている、自由の拡充機能をもその内容としている、ということを手を主張する。

130) Gervier, *supra* note 127, p. 4. ジュリアン・ブドンによれば、「人権」という考え自体は人権宣言以降存在し続けていた。そして、「人権」と「公的自由」の内容は、19 世紀から 20 世紀初めにおいては「大筋のところでは一致して」いた。ただし、この「人権」は違憲審査制度を持つ国でイメージされるものとは大きく異なるものである。ブドン前掲注 29)。この点につき、近年、欧州人権裁判所における公序概念の使用において、徐々に自由との一体性が強調される場面が増えているとの指摘をなしているものがある。Louis favoreu = Patrick Gaia = Richard Ghevontian (eds.), *supra* note 93, pp. 459-60.

131) 例として、Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 や、Décision n° 2018-769 DC du 4 septembre 2018 などがある。

対象となるとされてきたのである。憲法院自身は、「憲法院を作り出した1958年憲法は、立法者によってなされた各自由と公序の調和を統制することを憲法院に許した」<sup>132)</sup>と説明している。ここから、憲法院が、公序の維持を、第一には立法者の責務であると考えていることがわかる。また、ここで言われている「公序」とは、個人の自由を制約することを正当化しうる、自由の外側に存在する治安や社会全体の利益という意味にとることが自然に思われる。

以上から、個人の自由は、「公の領域」を独占する国家よりも、「人権」によって、よく保護されるという思考を読み取ることができる。ここから、「国家による公の領域の独占」による個人の自由や利益の保護という考え方は一定程度弱まっているといえる。このことは、コンスタンス・グレーウェ (Constance Grewe) によって指摘されている、フランスにおける厳格な「公私区分」の弱まりからも説明されるところであろう<sup>133)</sup>。

グレーウェは、1958年憲法が第1条で定めているように、フランス憲法の原理として、国家の一体性や主権の不可分性が、理念としては、今日でも重要な意味を維持していることを確認する。その上で、現実に目を転じてみると、国家と個人の間には、「社会」という3つ目の領域が存在し、「多様性」がこの領域を支配している、と指摘する<sup>134)</sup>。「社会」という公とも私ともつかぬ中間的な領域が、とりわけ結社の自由法以降拡大し続けていることは、高村学人が指摘しているところでもある<sup>135)</sup>。つまり、ある程度公共性を持つ活動であっても、それは必ずしも国家のみによって担われるべき活動であるとはみなされなくなっているのである。

一方で、ルネ・セーヴ (René Sève) の以下のような指摘もある<sup>136)</sup>。セーヴによれば、フランス憲法院の判決において、「比例性の原則は、今日でもいまだ

---

132) « Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle » 8ème séminaire des cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003.

133) Constance Grewe, « L'unité de l'État: entre indivisibilité et pluralism », *Revue Du Droit Public*, N°5/6-1998.

134) *Ibid.*, p. 1354.

135) 高村前掲注15) 305頁以下。

136) René Sève, « la mesure de l'ordre public », *L'ordre public*, DALLOZ, 2015.

他国に比べて明白な形で現れておらず<sup>137)</sup>、そのかわりに公序と自由の「調和」という言葉が多く使用され、それを立法者の責務としている。このような言葉の選択につきセーヴは「立法者の役割の尊重」<sup>138)</sup>を強調し、裁判所の自制を示すものである、と評価している。そうであれば、フランスが「人権」の考え方を受容した今日にあっても、「人権」は立法や行政に対抗して裁判所によって保護が確保されるというよりは、三権全体の運用によってよく保護されると考えられているといえる。

また、憲法院自身が公序について説明していることは、実は、前述のこのみではない。「公序」とは、「憲法によって保護される諸権利と諸原理を実効的に確保することを目的とし、法的な営みによって作り出される」<sup>139)</sup>(強調筆者)ものである、とも説明しているのである。憲法院は、この意味の「公序」を「厳格な意味での公序 (la notion stricte d'ordre public)」と呼んでおり、これは1993年8月5日判決などでも確認されている<sup>140)</sup>。

憲法院がここで言っている「法的な営み」とは、前述の通り「立法」を想定しているものと考えられるが、現実としては警察行政による活動が相当に重要な位置を占めているというべきであろう。なぜなら、フランスにおいて、その管轄地域における「公序維持」一般が警察行政の権限の下に置かれており、個別具体的な事例全てについての立法による定めがなくとも、警察行政が「公序維持」のための活動を行うことが可能になっているからである<sup>141)</sup>。「憲法によって保護される諸権利と諸原理を実効的に確保することを目的」とする「公序」が立法、行政によって維持される、というこの定式には、少なくとも、個人の自由や利益の実効的確保のための、立法や行政による積極的な働きを予定されていることが示されている。

また、「国家による公の領域の独占」という思考が、現在のフランスにおいて、完全に消滅したものではないことは、第I章の、集会とマニフェスタシオンの峻

137) *Ibid.*, p. X.

138) *Ibid.*, p. XI

139) *Supra* note 132.

140) Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993.

141) この点につき、浦田前掲注7) 110-113頁。

別の部分で述べた通りである。

以上を総合すると、少なくとも次のことが言えるであろう。すなわち、「公序」は、マニフェスタシオンの自由などの実効的保護のため、国家による積極的な協力提供を予定している、ということである。

## (2) フィリップ・ジュアンによる「公序」の整理と1995年判決

上記のことを、公序と自由の一体性という観点からもう少し考察したい。ここでは、フィリップ・ジュアン (Philippe Juen) の議論を参照する。ジュアンによれば、公序を自由と一体に捉える考え方、すなわち「厳格な意味での公序」の考え方は、現在もなお存在している。そして、それは、マニフェスタシオンの自由を承認した1995年1月18日憲法院判決および、それに関する政府答弁書に具体的に見られるのである。以下、ジュアンの主張を検討する<sup>142)</sup>。

ジュアンは、そもそもフランスにおける「公序」の概念には3つの次元が存在すると指摘する。それは、「外在的公序 (ordre public extrinsèque)」、「調整的公序 (ordre public “inter-liberté”)」、そして「本質的公序 (ordre public intrinsèque)」である<sup>143)</sup>。そして、これら全てが揃って初めて自由が実効的に保障されるのであり、そのことはあらゆる全ての自由に共通である。

「外在的公序」は、我々が生活を送るために必要な最低限の治安、衛生や人身の安全を意味するものである。この「外在的公序」は、必ずしも社会の多数者の利益を意味するものではない<sup>144)</sup>。例えば、1993年10月15日のコンセイユ・デタ判決は、死刑がなされないとの確証をフランス政府が得ていない状態で、死刑廃止がなされていない国への犯罪人引き渡しを拒否したのであるが、その際には「フランスの公序に反する」(強調筆者)との理由が示されている<sup>145)</sup>。ここでは、死刑を受け入れることはできないというフランス社会に一定以上共有された価値観のもとで、直接的には被疑者の人身の安全が「公序」として表現されている。

142) Juen, *supra* note 47, pp. 203-50.

143) これらの訳語は、筆者がひとまず当てたものである。筆者が知る限り、これらの公序の分類はジュアン自身が提唱しているものであるため、現在定訳は存在していない。

144) Juen, *supra* note 47, p. 206.

145) Conseil d'Etat, 15 octobre 1993, M<sup>me</sup> Joy Davis-Aylor.

「調整的公序」は、複数の自由の間で必要となる調整を意味する。例えば、ある公道でマニフェスタシオンの自由を行使する市民がいれば、他の市民の往來の自由は制限される。逆に、ある公道を往來している市民がいれば、他の市民がその道でマニフェスタシオンをする自由は制限されている。往來の自由のように、一見他者の自由を制限することがないように思える自由であっても、潜在的な制限まで含めれば、およそ全ての自由の行使に関して、常に調整の作業は必要である<sup>146)</sup>。

「本質的公序」は、自由の持続的保障のために必要な、いわば自由の「外縁」にあたるものである。これは「自由の濫用」の可能性を前提としている。ある自由を濫用するとき、すなわちある自由を不適切に行使しているとき、それは、他の自由を侵害しているのみでなく、その自由そのものの本質を傷つけていることになるのである。多くの場合、この「本質的公序」は、国家の積極的な協力的介入を要求する。例えばマニフェスタシオンにおいては、最後まで平和な態様を保っているものでなければ、暴力などの実力によって自らの政治的主張を他人に強要するということになり、正当化されえない行動となる。そうなれば自由としての本質を失ってしまうのである。そのため、マニフェスタシオンが社会において持続的に保障されるためには、危険な人物や武器などを取り除いておく必要がある。しかし、市民のみでは財源的にも技術的にも限界があるので、国家による協力的介入が要求されることになる<sup>147)</sup>。

これら「公序」の3つの次元はすべて、自由を制約するという消極的側面だけでなく、自由の実効的保障を国家の責務とするという積極的側面をもっている。ジュアンは、1995年1月18日判決とそれに伴って提出された政府答弁書の内容に、「公序」の積極的側面があらわれていると言う。ジュアンは、判決と政府答弁書につき、どの部分に「公序」の積極的側面が示されているのか、具体的は示していない。そこで、この部分は筆者自身の分析で補足することとする。

146) Juen, *supra* note 47, pp. 210-13.

147) ジュアンは、欧州人権裁判所が1989年判決においてデモンストレーションの自由の保障のために加盟国は積極的措置が求められるとしたことを、この「本質的公序」の考え方に近いものであるとしている。Juen, *supra* note 47, p. 215.

以下、政府答弁書、判決の順に検討したのち、その内容からジュアンの主張が支持しうることを論ずる。この部分の検討にあたって、重複するが事件を再度確認しておく。フランス国内における危険なマニフェスタシオン参加者に対応するための法律が採択されたことに際して、同法の違憲性を主張する議員らによって憲法院に憲法判断が求められたのがこの事案である。具体的には、以下の条文が問題となった。監視カメラを公道設置すること、およびそれによる録画について規定した10条、マニフェスタシオンの途中での所持品検査について規定した16条、そして、マニフェスタシオン中の行為によって有罪判決を受けた者に対して最長3年間のマニフェスタシオンへの参加の禁止を可能とする18条、の3つである。

まず、政府答弁書の内容から検討する。政府は、以下の理由を述べて、一部の議員らによる付託を拒否するよう憲法院に求めた。

まず監視カメラの設置と録画を定めた10条に関して、「今回批判されている規定を読めば、立法者が、憲法上同等の価値を置かれるべき二つの秩序の調和をなそうとする精神を読み取ることができる。一つ目は、私的な生活と個人的自由を保護するというものであり〔……〕二つ目は、それ抜きではもっとも基礎的な人権である、人身の安全と往來の自由が日常的に踏みにじられるであろう、安全と公序を保護するというものである。」と述べている。これに続けて、監視カメラによって録画された情報が濫用される可能性がないことやその情報の範囲は限定されており、プライバシーを必要以上に侵害するものでないことが主張されている。

つぎにマニフェスタシオンに際しての所持品検査を定めた16条につき、「本条文はマニフェスタシオンの自由の保護を強化するものでしかない。破壊者たちによるマニフェスタシオン参加者への不幸な乱入が拡大しつつあるなかで〔……〕16条は警察が以前は単純な禁止命令を出していたようなマニフェスタシオンに対して開催許可することを可能にしているのである。〔……〕公序への侵害を防止することは憲法上の価値をもつあらゆる原理とあらゆる権利を保護するために必要なことである、ということは憲法院が繰り返してきたことであるはずだ」(強調筆者)と述べた。このように、所持品検査によって危険な人物のみを逮捕

することを可能にすることで、むしろマニフェスタシオンの自由の保護が強化されると強調されている。

最後に、過去のマニフェスタシオン中の行為によって有罪判決を受けた人物へのマニフェスタシオンへの参加禁止を定めた18条につき、「マニフェスタシオンという特定の文脈で生じた違反は、民主的な価値の観点からはマニフェスタシオンのあるべき姿から外れたものであり、マニフェスタシオンの自由という表現を構成するものでない」「これは、マニフェスタシオンの権利の意義を本来あるべきところに戻すものである〔……〕そして、これは権利の濫用や違反行為によって侵害される公序の保護に関わるものである」（強調筆者）と述べた。そして、すでに有罪判決を受けている人物に一定期間の参加禁止をすることは比例性を欠いていないと主張した。

以上の各条文に対しての政府による説明においては、「公序」が、すべての自由や価値のバランスをはかるための概念として使用されていることがわかる。とりわけ、他の利益や自由を守ることが、マニフェスタシオンを自由の制約とはなっておらず、むしろその保護を強化するものである、との論理が提示されていることは興味深い。ここでは、同法の各条文がマニフェスタシオンの自由を過度に制限するものであると主張する議員たちと、それに対して反論を展開している政府と、どちらがよりよくマニフェスタシオンを実効的に保障できているのかという構図が、「公序」をめぐる提示されている<sup>148)</sup>。ここから、「公序」は、いまその制約が問題となっている自由をも含めて、すべての諸原理や諸自由のバランスをとり、実効的・持続的に保障していくための概念として使用されていることが分かる。

ジュアンの「公序」の整理に当てはめると、10条について提示されている理由には「調整的公序」、16条については「外的公序」と「本質的公序」、18条については「本質的公序」の考え方が現れているということができよう。

上記の政府答弁書を踏まえて1995年の憲法院判決が書かれた。まず、判決理

148) この点につき、1970年に、破壊活動取締法が制定された際にも、同法の反対派・賛成派の双方が「マニフェスタシオンの自由」を自らの主張の根拠として主張していたことが指摘されている。Tercinet, *supra* note 28, p. 1011.

由3にて、政府答弁書と同様に「厳格な意味での公序」概念が提示されており、その後は特に公序概念にあらためて明確な定義を与えようとする部分はない。一方、判決理由16においては「一方では憲法的保障を受ける自由の行使、他方では公序への侵害の防止との間の調和の確保は、立法者に任されている」という表現がなされている。ここから、本判決においては、「公序」の、自由を制約する消極的側面と、自由の実効的保護のための前提条件という積極的側面の両方が提示されていることがわかる。

また、18条に関する判決理由24においては、有罪判決を受けた者の「マニフェスタシオンへの参加禁止〔……〕は、個人的自由、往來の自由、思想および意見を集团的に表明する権利の要請に対する認識を誤ったものではない」（強調筆者）という表現が使用されている。ここから、立法者が法案を作る際には、その法案に関わる諸自由の性質についての認識を誤ってはならないとの論理が見える。そして、憲法院は、この「認識」を正しくしているか否かの説明を立法者に求めているのである。先に検討した政府答弁書において、同法がマニフェスタシオンの自由を制限するばかりでなく、むしろマニフェスタシオンの自由があるべき状態で行使されることを保障するものである、との理由が提出されていたのも、憲法院のこうした要求に呼応してのものという説明を与えることができよう。

ここまでの内容を踏まえて、ジュアンの主張を検討する。筆者の考えでは、ジュアンの主張は以下の三つの理由から支持できる。まず、1995年の政府答弁書において、「公序」が、いま制限されようとしているマニフェスタシオンの自由をも含めた、あらゆる自由が保護されるための前提条件であるという意味で使用されており、そのような「公序」の使用方法につき、憲法院も反対の意を示していないからである。

第二に、第I章で確認したように、現在のフランス行政は、相当な予算と労力を割いてマニフェスタシオンの組織に協力しているが、このことはジュアンが提唱する「公序」の捉え方によって整合的な説明が可能だからである。マニフェスタシオンの自由が全く自由に行使されるとすると、他の市民に自らの主張をアピールする表現活動の域を超え、その本質を失う事態につながりかねない。そうなれば、その時の治安や他の自由を侵害する危険性がある。これが、「外在的公序」

と「調整的公序」の必要性である。しかし、問題はそれだけではない。より長期的な視点から言えば、マニフェスタシオンの自由が、当該社会において与えられるべき持続的保障が難しくなるのである。これが、「本質的公序」の必要性である。ここで、立法や行政によってなされる介入が抑圧的なものになれば、今度は、マニフェスタシオンの自由が十分に確保されないこととなる。それゆえ、立法や行政が協力的に介入し、あらゆる自由を調和的に保護することが、「公序」によって求められているのである。

最後に、前章で述べた通り、1995年の憲法院によるマニフェスタシオンの自由の承認は、行政による協力的介入がなされている現状を前提としていていると考えられるからである。そうであれば、行政がある日協力をやめ、それによってマニフェスタシオンから危険な人物や武器を排除できなくなったと仮定した場合、国家が公序維持の責務を十分に果たしていない、と憲法院によって認められる可能性があるのである。

以上から、フランスの「公序」は、個人の自由の実効的保障を国家の責務とするという積極的側面を現在も維持している、と結論づけることができる。

### （3）公序の「積極的側面」の射程

ここまで、マニフェスタシオンとの関係を念頭に、「公序」の積極的側面を論じてきたが、ここでは、他の自由や他の概念との関わりを、補論として少しばかり論じたい。ベルナル・スタン（Bernard Stirn）は「公序」が、広い意味では、社会でつくられた合意や法的制度の価値を示すものであるとした<sup>149)</sup>。そして、フランスでの死刑廃止後、死刑制度のある国への犯罪人引き渡しを拒絶したコンセイユ・デタ判決のほか、同性婚を是認する法律の制定後、フランス人と外国人との間の同性婚を阻害する国際協定を「公序」に反するとした破棄院判決には、上記のような「公序」の側面が示されているとする。このように、「公序」には、まず、問題となっている自由の枠組みを立法府が設定し、その後は、行政、裁判所が「公序」を運用しながら、その自由が貫徹されるように積極的な保護を

149) Bernard Stirn « Ordre public et libertés publiques », *L'ordre public*, DALLOZ, 2015, pp. 5-15.

図るという、2つの段階が存在しているように思われる。この保護の段階の考え方は、ある程度多様な自由に共通しているように考えられる。そして、他国との関係が関わる問題も例外ではなく、「公序」が積極的な役割を果たした場面があるといえる。

また、自由の積極的保護のために、国家に協力を求める議論のひとつとして、ドイツをその由来とする「国家の基本権保護義務論」がある<sup>150)</sup>。この議論との関係や相違点について、明確な結論を出すには到底至っていないが、現時点では、以下のように考えられる。まず、自由の保護が問題になる場面の中には、国家の積極的な保護によってこそ十分に保護されるというものがある。そして、それは、従来「自由権」と呼ばれて、「国家からの自由」が強調されてきた自由についても例外ではない。そのような視座に立っている点は、本稿における「公序」の議論と「基本権保護」の議論は方向を同じくするものである。

しかしながら、「公序」は、国家と市民二者という法的三者関係を必ずしも前提としていない。少なくともこの点では「基本権保護」と異なっている。たしかに、マニフェスタシオン参加者が破壊行為に至って他者や物を傷つけないように、警察や機動憲兵が出動するような場面では、フランスの「公序」も、法的三者関係を想定している。一方で、そのような破壊行為に至る前の段階、すなわち、警察と組織者との対話の場面などでも「公序」が役割を果たすことは考えられる。このように、「公序」の議論は、自由の典型ともいえる、国家と市民の二者関係をも含むものであり、「基本権保護」とは重複する部分とそうでない部分を持っているといえる。さらなる検討は今後の課題としたい。

## 第Ⅱ章 小括

本章では、フランスの「公序」概念が、個人の自由の制約を正当化するという消極的側面のみならず、個人の自由の実効的保障を国家の責務とするという積極的側面をもっていることを論じた。

---

150) 「国家の基本権保護義務論」に関しては、小山剛『基本権保護の法理』（名城大学法学会、1998年）15-45頁、および、小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社、第3版、2016）129-132頁を参照。

第1節では、フランス革命直後からル・シャプリエ法が制定された1791年までになされた議論から、少なくとも「集団の否定」と「国家による公の領域の独占」の二つが「公序」の内容として含まれていることを論じた。この内容は、基本的には、集会や結社が承認される1900年ごろまで維持されたといえる。

第2節では、結社の自由法に多大な影響を与えたデュルケム、ワルデック・ルソーの議論を検討し、上記の二つの「公序」の内容のうち、前者が修正され、後者は強化されたことを論じた。

第3節では現在のフランスにおける「公序」の内容を検討した。ここでは、「公序」の積極的側面が、1995年判決および政府答弁書に具体的に現れていることを確認した。そして、現在のフランスにおいても、自由の行使を実効的に保護する積極的責務を国家に課す、という機能を、「公序」がもつことを論じた。

### Ⅲ 我が国の状況との比較

むすびに入るまえに、本稿で論じた内容につき、本章で、フランスと我が国の比較を行っておきたい。まず、フランスにおけるマニフェスタシオンの自由と、我が国におけるデモンストレーションの自由についてである。この二つは、以下のような点で異なっている。

第一に、その保障の範囲についてである。我が国のデモンストレーションは、学説上、表現の自由または集会の自由の一形態として憲法上の保護を受けるとされてきた<sup>151)</sup>。たとえば、芦部信喜は、「集団行動……の自由は、『動く公共集会』

---

151) 日本の憲法学においては、「デモンストレーション」が、表現の自由として保護されるのか、集会の自由として保護されるのかは特に議論されてこなかった。これは、表現の自由と集会の自由は同質であり、表現の自由が複数の市民によって行使される場合に集会の自由となると考えられてきたためだと言える。日本国憲法21条が「集会、結社」と「言論、出版」や「その他一切の表現の自由」の保障を同一規定のなかに収めていることから、表現の自由と集会の自由を一直線上に捉えることは自然なことであったと思われる。また、欧州人権裁判所が、集会の自由は、表現の自由の特別規定であるとしていることも同様の趣旨と思われる。（欧州人権裁判所による、表現の自由と集会の自由の関係づけにつき、Anne Peters and Isabelle Ley (Eds.), *The Freedom of Peaceful Assembly in Europe*, Nomos, 2016, p. 51-3）。

として集会の自由に含まれるとみる見解が有力であるが、憲法二一条の『その他一切の表現の自由』に含まれるとみることもできる。いずれにせよ、憲法二一条によって保障されていることは疑いない<sup>152)</sup>とした上で、これには「届出制」が適用されるべきであり、「許可制」は違憲だと主張する。また、佐藤幸治は、表現の自由としての性質を否定することはないが、「集会、結社の自由」には、「表現の自由」では組み尽くせない価値があることを指摘して、「道路における集団行動」を「集会の自由」の項目にふくめている<sup>153)</sup>。判例上は、東京都公安条例事件判決や、徳島市公安条例事件判決においては、表現の自由として保護される要素をもつ、との表現が用いられており、これが集会の自由としての性質を拒否するものであるかは明らかでない。

一方、フランスのマニフェスタシオンは、明確に表現の自由であるとされており、集会の自由とは峻別されている。これは、前述の通り、公道における集会の開催が1881年法によって明文規定で禁止されているからである。フランスにおけるマニフェスタシオンは、デモンストレーションとは異なり、集会としての性質を含まないものであるから、集団が公道で意見交換や新たな意思形成を始めることは許されない。

第二に、行政による対応方法についてである。日本では、デモンストレーションの開催につき許可が出されたとしても、警察署長により条件が付与されることが多く、この条件付与によってデモンストレーションが本来予定していた行程や日程を変えることを強いられている<sup>154)</sup>。これは、条件を拒否して禁止されるか、条件を甘受して許可を得るかという選択を迫るものである。また、近年では、土

---

152) 芦部前掲注6) 216頁。

153) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）290頁。本文では、代表的なものとして芦部、佐藤の二説を参照したが、他の学説もほぼ同様の内容であるといつてよいだろう。例えば、辻村みよ子は、「集団行進や集団示威行動など集団行動の自由は、『動く公共集会』として集会の自由に含まれると解される傾向にあるが、憲法21条の「その他一切の集会の自由」に含まれると解することも可能である。いずれにせよ憲法21条によって保障される」としている。辻村みよ子『憲法』（第6版、日本評論社、2018）、225頁。

154) 例えば、道路交通法77条2項は、「当該申請に係る行為が許可に付された条件に従って行なわれることにより交通の妨害となるおそれがなくなると認められるとき」には許可を出さなければならない、との規定を置いている。これは、警察による条件付与を想定した規定になっているといえる。

地の管理権を行使するかたちで、そもそもデモンストレーションを行いうる場所を制限するという手法もとられている。例えば、新宿区では、2018年に、既存の基準に「学校・教育施設、商店街に近接しない」という項目を加えることによって、デモンストレーションの出発地に設定することができる公園を4カ所から1カ所に減らすことが決定された。このように、市民の側のそもそもの選択肢を狭めることによって、交渉の場において警察がもつ力は相対的に増大しているといえることができる。

フランスにおいては、警察による一方的な条件付与というよりも、組織者と警察の間の綿密な対話が行なわれている。この交渉が非常に協力的である点については第Ⅰ章で述べた通りである。行政による介入が協力的であるのは、法的な説明としては、第Ⅱ章で述べた「公序」による要請であると筆者は考えている。それ以外に、文化的な説明として、警察官自身も多くマニフェスタシオンの組織者、参加者となってきたという点を指摘できる<sup>155)</sup>。自ら組織、参加した経験をもつからこそ、マニフェスタシオンの内情や自由としての意義を、身をもって理解しているのであろう。また、フランスにおける抗議活動全般についての実践の大きな特徴として、法的な「規制」と「承認」の間の「放任」とでもいうべき領域が日本よりも大きく広がっていることを指摘しておきたい。例えば、フランスにおける抗議活動は、事前の届出がなされずに行われるものも少なくないが、それらがすぐさま解散させられるわけではないし、マニフェスタシオンには分類されない抗議活動なども多く存在している。それらは、法的に「承認」されているわけではないが、「規制」の対象となることも少ない<sup>156)</sup>。このような事実上の「放任」の領域を法的に論じることは容易ではなく、本稿では踏み込んだ分析をすることはできないが、そもそもの「放任」の領域の大きさが我が国とフランスでは異なっているという事実が各国の法的議論の方向性に与えている影響は小さくはないであろう。

---

155) 賃金や労働条件を争うものが多い。例えば、2016年には、テロの増加によって、自らの労働時間や身の危険が増したとの主張を行う警察官らによるマニフェスタシオンが行われている。加えて、フランスでは裁判官もマニフェスタシオンを行うことも一般的である。たとえば、2009年には、サルコジ政権に反対する、弁護士や裁判官によるマニフェスタシオンが行われている。

第三に、「自由」の捉え方についてである。日本の憲法学において、デモンストレーションに関して「届出制」の採用を主張し、「許可制」は違憲であると主張されてきたことは、国家権力による介入をできる限り排除することによって、デモンストレーションの自由を最大化しようとするものであったと考えられる。

一方で、フランスにおいて、行政によってなされている介入が違憲なものであるとする主張は、管見の限り、学説上も実際の訴訟においても見当たらない。もし自由は全く自由に行使されてこそその自由だ、というのであれば、協力的なものであろうと抑圧的なものであろうと、国家による自由への介入は受忍し難いはずである。ここから、フランスにおいては、「自由権」として捉えるべき自由に関しても、自由の実効的確保のためになされる国家の介入は受忍され、それどころか要求される場面があると考えられているのだということが指摘できる<sup>157)</sup>。

次にフランスの「公序」と我が国の「公共の福祉」とを比較してみたい。我が国の「公共の福祉」は、昭和20年代、30年代の判例においては、「人権の対立物ないし人権に優位する価値」<sup>158)</sup>（強調原文）と考えられ、国家は「公共の福祉」の名において人権を外から法律により制限することができるものであるとされた。その後、昭和40年代に入り、人権制約はそれぞれの権利に内在する必要

156) たとえば、「黄色いベスト運動」においては、参加者たちが公道を封鎖して、運動への支持を表明するのであれば通行を許可する、というような「検問」がなされている。仮に、この活動の届出が警察へなされたとしても、許可ができることは考えづらい。そのため、こうした活動の多くは届出なしで行われていると推察される。しかし、実際に逮捕や禁止、解散につながる事例は多いわけではなく、事実上の「放任」がなされている、と考えられる。また、フランスでは、マニフェスタシオンに続く形で暴徒化が生じたとしても、あくまでマニフェスタシオンと、その後の暴徒化の部分は区別されて論じられることが多く、いわゆる「集団暴徒化論」をとってマニフェスタシオンを規制しようとする見解はあまり見られない。たとえば、パリ市街の多くの店舗や建造物が、「黄色いベスト運動」に際して暴徒化した一部参加者たちによる破壊活動の被害にあっているが、パリ市長であるアンヌ・イダルゴ (Anne Hidalgo) は、暴力行為は非難しながらも、「フランス人はみなマニフェスタシオンを行う権利がある」と主張して禁止命令を出すことを拒絶した。レクスプレス サイト [https://www.lexpress.fr/actualite/societe/anne-hidalgo-refuse-d-interdire-les-manifestations-a-paris\\_2051975.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/anne-hidalgo-refuse-d-interdire-les-manifestations-a-paris_2051975.html)にて参照。最終閲覧日：2018年12月17日。

157) この点につき、欧州人権裁判所は1988年の判決において、デモンストレーションの自由を実効的に保障するための積極的措置を、加盟国に明確に求めている。そうであれば、フランスのような行政による協力提供が唯一の方法ではないにしても、何らかの積極的な介入が想定されていてよいのではないだろうか。

158) 芦部前掲注92) 201頁。

最小限度なものに限られるという、いわゆる「一元的内在制約」の考え方が判例にみられるようになる<sup>159)</sup>。このように「公共の福祉」の捉え方は変化しているものの、「公共の福祉」は人権の制約を正当化する概念であるという理解は共通しているように思われる。学説においても、「公共の福祉」が人権制約を正当化するという判例の理解に基本的には従った上で、「公共の福祉」の曖昧で広範な理解を避けるべく、各事例や各人権の制約を考察するようになったのである。

一方、フランスにおける「公序」は、前章で確認したとおり、ある自由の実効的保障を促進する機能をも持っているものであるといえる。1995年判決およびそれに伴う政府答弁書に見えるのは、国家機関それぞれ（ここでは、具体的には、政府、法案に反対の意を述べた一部の議員、憲法院を指している）が、マニフェスタシオンの自由の「本質」をどのようなものであると捉え、どのように制度を設計すればよりよく保護することができるのが争点となった。このように、フランスにおける「公序」は、政府を含めた立法者に対して、いま問題となっている法案や制度設計が、ある自由の本質に沿った保障を与えるのかの説明を要求する側面があるといえる。

## むすび

最後に、これまでの議論を概括したのち、その上で今後の課題を述べることにしたい。

### 1 概括

本稿は、フランスにおけるマニフェスタシオンの自由の保障実態の考察を通して、フランスにおける「公序」が、個人の自由の実効的保障を国家の責務とする積極的側面を持つことを論じた。

第I章では、まず、フランスにおいて「マニフェスタシオン」という行動が、1848年に他の路上における抗議活動とは区別される形で出現したことを論じた。

---

159) 同上 200-212頁。

その出現後は、1935年までの間は、選挙制度を唯一の公正な政治活動にしようとした立法者によって存在を否定され続けたが、1935年には「届出制」が制定される。しかし、この「届出制」は実際には、「許可制」と同様に解釈せよとの通達のもとで運用がなされることとなる。

一方で、実際の運用は、マニフェスタシオンの組織に対して非常に協力的なものへと徐々に発展した。とりわけ、以下の点が指摘できる。第一に、平和的に自らの主張をアピールするというマニフェスタシオンの本来の目的を果たすことを、暴力的な行動により妨害する者に対応するため、国家が特殊部隊を形成している点、第二に、警察と市民の間の情報共有が十分になされている点である。このような「制度化」というべき発展を遂げたマニフェスタシオンは、1995年に憲法院によって自由として承認されることとなった。

第Ⅱ章では、フランスにおける「公序」の内容の変遷を見たのち、上述のフランス行政によるマニフェスタシオンへの協力が「公序」による要請であることを論じた。「公序」は、フランス革命直後は「集団の否定」と「国家による公の領域の独占」という二つの内容を含んでいたが、1900年前後の結社の自由法に関わる議論を通して、前者は修正され、後者が残ることとなる。

現在のフランスは、法律を超えて保護されるべき「人権」の考え方を受容している。そのために、我が国の「公共の福祉」と同様、「公序」は、ある自由を制約する側面を強めた。その一方で、ある自由を実効的に保障することを求める積極的側面もいまだに残している。この点を、1995年の憲法院判決と、それに伴って提出された政府答弁書の内容から具体的に検討した。

第Ⅲ章では、我が国の「デモンストレーション」、「公共の福祉」を、フランスの「マニフェスタシオン」、「公序」と比較して、若干の考察を述べた。ここでは、第一に、マニフェスタシオンはデモンストレーションとは違い、集会を含まない行為であること、また、行政による介入が望ましい状態でなされていること、第二に、「公序」は、政府を含めた立法者に対して、問題となっている法案や制度設計が、ある自由の本質に沿った保障を与えるのかの説明を要求する側面がある、ということを指摘した。

## 2 今後の課題

本稿では、「公序」という概念の内容のうち、筆者がマニフェスタシオンの自由と関わりが深いと判断した部分、すなわち、「集団性」と「政治性」を強く持つ行動に対して「公序」がどのように関わりを持つかという視点から「公序」の内容を扱った。そのため、その全容を明らかにする作業には至らなかった。とりわけ、「公序」の積極的側面はどのような場面で強く現れるのか、自由の性質によって「公序」との関係性は異なるのか、といった点は検討するに至らなかった。この点を今後の課題としたい。

また、「公序」という概念は、コンセイユ・デタを筆頭とする、行政裁判所によって発展したものであり、それを憲法院が受け継いだものであると考えられるため、行政裁判における「公序」の内容及びその変容、役割についても考察する必要がある。

さらに、フランスにおいては、「公序」とは別に、一般的には自由を制約する機能をもつとされている「一般利益」という概念が存在している。この「一般利益」と「公序」との関係性の解明についても、今後の課題としたい。