フランス憲法院判例における「公序(ordre public)」の概念

田 中 美 里※

はじめに
Ⅰ　憲法34条の解釈としての「公序」
Ⅱ　憲法院判決における「非物質的公序(ordre public immatériel)」
おわりに

はじめに

フランスにおいて、立法府、行政府、裁判所といった国家機関が人々の利害を調整する際に用いる「公序」という概念がある。この概念は、我が国の憲法学において、あまり研究されてこなかった。それには、「公序」という概念が、自由の制約を正当化する場面で多く登場するものであり、我が国における「公共の福祉」に対応する概念だと見做されてきたという事情があると思われる。「公共の福祉」に関わる研究が、人権保護のための理論を構築するにはあまり効果的ではないと考えられた関係で、「公序」についての研究もあまり盛んになされてこなかった。

しかしながら、判例等における議論をつぶさに検討すれば、「公序」が、「公共の福祉」と同様に自由の制約の正当化を主な機能とするものであるかについては議論の余地がある。例えば、1995年の憲法院判決[1)]や、この事案についての政府の答弁書[2)]を見てみると、「公序」は単に自由の制約の根拠とされているという

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第18巻第3号2019年11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
1)　Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995.

より、むしろ、問題になっている自由の保護に必要な条件を整備することを国家に要求する根拠とされていることがわかる[3)]。

国家による過度な介入は自由の侵害となる。一方で、集会や、公道における表現活動など、国家の不介入がとくに重視されてきた自由についても、国家のある程度の介入があってはじめてその行使が十分に保障される場面を想定しうる。そうであれば、国家による適切な介入とはいかなるものであるかを考察する必要がある。筆者の考察によれば、フランスにおいては、「公序」を基礎として、国家の適切な介入のあり方をめぐる議論がなされている。それゆえ、「公序」という概念の意味ないし機能を研究することは、自由を侵害する過度な介入と自由を保護するための適切な介入との区別や関係についての考察を発展させる可能性をもつものと思われる。

本稿では、このような研究の一環として、憲法院判例において、「公序」がどのような概念として用いられているかを検討する[4)]。Ⅰでは、憲法院が「公序」の根拠規定として、立法者によって定められるべき法律事項を規定した憲法34条を選択し、「憲法的価値を有する目的」という位置付けを与えたことを確認する。Ⅱでは、「公序」は人々の感情や倫理観の問題と関係を持つのかという「非

2) Observations du gouvernement, https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-94-352-dc-du-18-janvier-1995-observations-du-gouvernement より閲覧可能。最終閲覧日：2019年7月8日。

3) このことは、すでに拙稿、田中美里「フランスにおける『公序』とマニフェスタシオンの自由（1）（2・完）」一橋法学第18巻第1号（2019）133-167頁、第18巻第2号（2019）279-306頁において論じている。また、渡辺洋によれば、ドイツにおける「集会法」をめぐる議論においても、「公序」は「特定の領域内における人間の秩序だった共同生活の欠くべからざる前提」として捉えられ、単なる「公安」とは一応の区別がなされるものである。ただし、この「共同生活の欠くべからざる前提」に何を含むのかは各裁判所によっても解釈が分かれているようである（渡辺によれば、連邦憲法裁判所が、集会の自由を制約するための「公序」の侵害を非常に限定的にしか認めていない一方で、ノルトライン・ヴェストファーレン州上級行政裁判所は、「公序」の概念を「公安」とは独立した概念として解釈し、「公序」への侵害の有無は、「人間の尊厳」と「自由で民主的な基本秩序」の内実によってはかられることとなると比較的広く理解している）。渡辺洋「公安と公序――ドイツ集会法をめぐる論争――」神戸学院法学第35巻第3号（2005）713-22頁。このような状況は、本稿で検討しているフランスにおける議論状況と類似する部分があるように思われる。なお、ここで渡辺が「公序」と呼んでいるものは、ドイツ語の「公共の秩序」を略記したものである。本稿が「公序」と呼んでいるものと内容を同じくする部分があるか否かについては今後の検討課題とする。

物質的公序」の問題を検討する。

我が国の憲法学において、「公序」という概念をめぐる研究が全くなかったわけではない。たとえば浦田一郎は、「公序の維持」が行政と立法のいずれの権限に含まれるものであるかについて考察している[5)]。ただ、浦田の研究は、憲法院が現在のように活発に違憲審査権を行使する以前に関するものであり、「公序」という概念について憲法院が何を述べているかを論じたものではない。

近年では、「人間の尊厳」が「公序」の要素であると示したコンセイユ・デタ判決を検討するものや、「公序」を理由として「ブルカ禁止法」が制定されたことについて検討するものが存在するが[6)]、これらの研究は、個別の事案を検討対象とするものであって、「公序」の内容を明らかにするという観点から検討するものではない。

「公序」が憲法院によってどのような概念として用いられているかという問題は、実はフランス国内においても比較的新しい主題である。というのも、「公序」は、従来、行政裁判において盛んに議論されてきた概念なのである。フランスの地方自治体法典L2212-2条は「市町村警察は、良き秩序、安全、治安、公衆衛生を確保する目的をもつ」と規定しており、これが、警察行政による「公序」維

4)　フランスにおける「公序」が関わる法分野は、民法、労働法、刑法、行政法など多岐にわたる上、近年では国際法分野でも「公序」が議論と対象となっている（EU内で各国がそれぞれの「公序」の考え方を保持している点などについて）。これらの法領域すべてで理解される「公序」は全て同じ一つの「公序」なのか（単数形のordre public）、それとも、各領域ごとに異なる「公序」が存在するのか（複数形のordres publics）、という点については、学説上争いがあるようである。「公序」は単数形か複数形かという問題について取り扱った先行研究として、たとえば、Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public: ordre public ou orders publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001など。各法分野ごとに「公序」が異なる内容をもつのか、それとも、その中に共通する本質と呼ぶべきものがあるのかという点は、非常に興味深く、検討の必要がある。その意味で、本稿は全体の作業のなかの一部である。

5)　浦田一郎「憲法的公共性とフランス警察法における『公序』観念について」『立憲主義と市民』（信山社、2005）。

6)　「人間の尊厳」については、小林真紀「フランス公法における『人間の尊厳』の原理(1)(2・完)」上智法学論集第42巻第3巻167頁以下、第43巻第1巻55頁以下、および、小島慎司「『名誉』の放棄」上智法学論集第52巻第1・2号（2008）261頁以下。ブルカ禁止法については、村田尚紀「公共空間におけるマイノリティの自由――いわゆるブルカ禁止法をめぐって――」関西大学法学論集第60巻第6号（2011）21頁以下、中島宏「フランスにおける『ブルカ禁止法』と『共和国』の課題」憲法問題23（2012）24頁以下。

持の根拠規定とされてきた。他方で、憲法には「公序」を直接規定する条文は存在しない。このような事情から、これまで「公序」は行政裁判所の審査対象となってきたのである。

しかしながら、フランス憲法院が立法に対しての違憲審査を行うようになり、その審査のなかで「公序」という概念を盛んに使うようになったことによって、上記のような状況は変化した。憲法院は、立法によって達成されるべき「法律事項」を規定した 34 条を根拠として、「公序」に「憲法的価値を有する目的」という位置付けを与えている。いまや「公序」は、憲法と深い関わりを持つ概念となっており、憲法と「公序」の関係性を検討する価値は十分にあると思われる。

なお、フランス法において、「公序」と類似するものとして「一般利益（intérêt général）」という概念がある。これら二つの概念は、憲法院によって併用されており、憲法院がその使い分けを判例の中で明示したことはないが、元憲法院長官のピエール・マゾー（Pierrre Mazeaud）は、「たとえ公序と一般利益が非常に強い近接性を持つものであったとしても、憲法院はこれらを完全に区別して」[7]いると言う。そしてマゾーは、憲法院が判例の中で用いている表現を見れば、一般利益のうち、「自由の盾（bouclier）」としての性質をもつものが「公序」とされていることがわかると説明する[8]。ここから、「公序」は一般利益の一部である、と捉えられていることがわかる。

このことはコンセイユ・デタの研究報告[9]でも確認できる。コンセイユ・デタによれば、憲法院は一般利益などの概念によって自由が制限されるということを認めているけれども、自らの信条を表現する自由などの一部の自由については、その表現が「法律によって定められた公序を害するときにのみ制限できる」[10]。ここからも、「公序」は一般利益の一部であることが読み取れる。さらに、「公序」が一般利益の中でも特に差し迫ったものを指すのだと読み取ることができ

7）　Pierre Mazeaud, « Libertés et ordre public », 2003, https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/libertes-et-ordre-public より。最終閲覧日：2019 年 7 月 8 日。

8）　*Ibid.*

9）　Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 2010.

10）　*Ibid.*

る[11]。以上から、少なくとも、「公序」が一般利益の一部であると言うことができる。

I　憲法34条の解釈としての「公序」

はじめに述べたとおり、フランス憲法上「公序」という文言が明示された条文はなく、フランス憲法と「公序」という概念の関わりは一見して明らかではない[12]。だからといって、憲法院は、憲法や憲法上保護される自由と「公序」が関わりを持たないという立場をとっているわけではなく、1980年代以降、「公序」は憲法上保護される自由との関わりをもつという立場を一貫して提示している。そこで、憲法院は「公序」にどのような位置付けを与えているのか、ということが問題となる。

本章では、**1**で、憲法院が「公序」にどのような位置付けを与えたのかを確認する。**2**で、そのような位置付けが与えられた理由を検討する。**3**で、憲法院が

11) 「公序」は一般利益の一部である、という包含関係については、学説も概ね一致しているように思われる。例えば、アンヌ・ルヴァードは、「憲法院が『一般利益の目的』とたびたび呼称して明らかにしようとする憲法的価値を持つ目的は、公序の維持などの行政裁判所が法律の中に求めてきたものと同様のものである。」と述べている。ここで、ルヴァードは、「一般利益の目的」の一例が「公序」の維持であると述べているのであり、学説上でも「公序」が一般利益の一部として扱われているといえる。Anne Levade, *« L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après », L'esprit des institutions, l'equilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003, pp. 691–2.
　また、クリストフ・ヴァンベールは、「公序は一般利益の一部である」とした上で、「一般利益は部分的な利益やカテゴリカルな利益に対応することが可能な概念である」とし、この「部分的な利益」の一例としてグループの利益等を挙げている。ここから、集団の利益等、必ずしも公的な利益とは言い切れないものであっても、一般利益には含められると考えられる。以上から、ひとまず、「公序」は、一般利益よりは狭いものであって、より公的なニュアンスが強い概念であるということができるであろう。Christophe Vimbert, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de droit public*, 1994, p. 705.

12) 「公序」という文言が明文に表れている法文としては、民法6条の「当事者の意思の合致によっては、公序、良俗に寄与する法を侵すことはできない」との規定がある。なお、フランス民法と基本権の関係性を扱ったものとして吉田克己「フランス民法と基本権保障――契約法を素材として」『社会変動と人権の現代的保障』（信山社、2017）35頁以下が先行研究として挙げられる。

「公序」の限界についてどのような審査を行っているのかを考察する。

なお、本章の内容は、「公序」の諸要素全般に関わるものとして論じる。フランスにおいて、「公序」は、伝統的には、安全（sécurité）、平穏（tranquillité）、公衆衛生（salubrité publique）を三大要素（triptyque）として持つ、とされてきた[13]。これらは、人間の精神や倫理観という目に見えず触れることができないものではなく、我々の身体や財産の完全性や健康という他人から確認が可能であるものであることから、一般に「物質的公序（ordre public matériel）」[14]と呼ばれている。さらに、Ⅱでみるように、近年では、「非物質的公序（ordre public immatériel）」[15]というべきものが、法的に承認されたと言われている。すなわち、「公序」は、人間の精神の問題と無関係ではなくなった、と言われているのである。本章で論じる事柄について、憲法院は、上記のどの要素に関わるものであるか、特に限定をしていないから、本稿においても、特に区別せずに扱うこととする。

1 「公序」の位置付け

本節では、⑴で、憲法院が「公序」に与えている憲法上の位置付け、すなわち、憲法34条を「公序」の根拠規定とすること、それによって、「公序」の達成を第一次的には立法者の責務としたこと、そして「憲法的価値を有する目的」という位置付けを与えていることを確認する。⑵で、「憲法的価値を有する目的」という位置付けを与えられたことが、判決においてどのような効果を持つものなのか、「憲法的価値を有する目的」がもつ機能から検討する。

---

13)　Conseil d'Etat, *supra* note 10, p. 24. 実際に判例において言及したものとしては、Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

14)　たとえば、モーリス・オーリウも、これらの三要素を「物質的で外在的な公序（L'ordre matériel et extérieur）」と呼んでいる。Maurice Hauriou, *Précis de droit administrative*, 11e éd., Sirey, 1927, p. 550.

15)　Immatériel の訳語につき、中島宏は、「抽象的」という語を当てている。中島前掲注6) 30頁。しかし、本稿においては、原語のニュアンスに忠実に、ひとまず、「非物質的」との訳語をあてることとする。この点、筆者と同様に「非物質的」との訳語を当てているものとして、村田前掲注6)。この物質／非物質の訳語については、さらなる検討の余地がある困難な問題であり、今後の課題としたい。

(1)「公序」の根拠規定としての34条[16]

憲法院が「公序」に初めて明確に言及したのは、1981年1月20日判決[17]である。本件は、安全の強化と諸個人の自由の保護に関する1981年法[18]が、刑法および刑事手続の大幅な改正をその内容に含んでいたことをきっかけに提訴された

16) 憲法院が「公序」の根拠規定として選択した34条の内容は、以下のように、法律によって定められるべき法律事項を規定したものである。
①法律は、次の事項に関する規律を定めるものである。
・公民権、および公的自由の行使のために認められる基本的保障。メディアの自由、多元性、独立性。国防のため市民の身体およびその財産に対してなされる規則。
・国籍、人の身分および能力、夫婦財産制、相続および無償譲与。
・重罪（crime）および軽罪（délit）およびそれに適用される刑罰の決定。刑事手続。大赦、新たな裁判秩序の創設および司法官の身分。
・あらゆる性質の租税の基礎、税率、徴収の態様。通貨発行制度。
②法律は、また、次の事項に関する規則も定める。
・両議会、地方議会、国外のフランス人代表機関の選挙制度、および、地方公共団体議会構成員に関する、職務と機能の条件。
・公的施設の類の創設。
・国の文官および武官に認められる基本的保障。
・企業の国有化および公的部門から私的部門への企業の移転。
③法律は、次の基本原則を定める。
・国防の一般組織。
・地方公共団体の自由な行政、権限、財源。
・教育。
・環境保護。
・所有制度、物権、および民事・商事に関わる債務。
・労働権、労働組合権、社会保障。
④予算法律は、組織法律によって定められる条件および留保のもとで、国の歳入と歳出を定める。
⑤社会保障財政法律は、組織法律によって定められる条件および留保のもとで、社会保障に関する財政収支の一般要件を定め、かつ収入の予測を考慮して支出の目的を定める。
⑥計画策定法律は、国の活動目標を定める。
⑦公的財政の複数年の方針は、計画策定法律によって定められる。この方針は、公行政の会計の均衡という目標に組み込まれる。
⑧本条の諸規定は、組織法律によって明確化され、補充されることを許す。
辻村みよ子＝糠塚康江『フランス憲法入門』（三省堂、2012）260-1頁を参考に、筆者が訳出。

17) Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981. 同判決の解説については、佐藤修一郎「治安と自由」フランス憲法判例研究会『フランスの憲法判例』（信山社、2002）205頁参照。

18) Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

ものである。なかでも、軽罪に対しての減刑事情の制限や一定の犯罪についての執行猶予の条件の厳格化、新たな犯罪類型の追加などが問題となった。これについて、罪刑法定主義や刑罰の比例性、無罪の推定などの観点から違憲の疑いがあるとされたのである。同判決は、判決理由56で「公序の侵害を防止することは憲法的価値を有する原理や権利の実践に必要なものである」と言って、「公序」の概念に言及をしたが、特定の規定を「公序」の根拠とすることはなかった。

憲法院が1958年憲法34条を「公序」の根拠規定と明示したのは、1982年7月27日判決[19)]による。この判決は、ラジオ、テレビでの視聴覚コミュニケーション（報道等）に関わる法律[20)]の違憲性をめぐるものである。同法が、放送の多元性、独立の保障を掲げ、そのための機関（HACA）を設置したことなどから、思想や意見の自由な表明を保障する1789年人権宣言11条や営業の自由を侵害するものである、との主張がなされて、本件が提起された[21)]。

本判決の判決理由4は以下のように述べた。

> 憲法34条は、公民権、および公的自由の行使のために認められる基本的保障に関わる規則は法律が定めると規定している。この規則は、与えられた諸状況において公序の維持に対処するものであって、自由の行使の保護のために必要な範囲を超えてはならない。

それに続く判決理由5は以下のように述べた。

> 技術とその統制の現状を考えると、人権宣言11条の結果としてのコミュニケーションの自由と、一方では、コミュニケーションの手法に本質的な技術的制限、他方では、憲法的価値を有する目的である、公序の維持、他者の自

---

19)　Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 また、この判決に関する先行研究として、曽我部真裕「表現空間の設計構想（フランス）――思想・意見の多元性原理をめぐって」駒村圭吾＝鈴木秀美『表現の自由Ⅰ――状況へ』（尚学社、2011）140頁。

20)　Loi n° 82-652 de 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

21)　この事件の一連の概要については、高山直也「フランスのテレビ放送と多元主義の原則」外国の立法236（2006）176頁以下に詳しい。

> 由、そして社会文化的な表現流通の多元性の保護、を調和することは立法者の役割である。

このように述べて、同法を合憲と判断した。本判決は、次の三点を示している点で重要である。第一に「公序」の根拠が憲法34条にあること、第二に、「公序」は「憲法的価値を有する目的」という枠組みにおいて捉えられること、第三に、「公序」の維持は、立法者の役割であるということである。

憲法34条を「公序」の根拠規定とする立場が最も明確に見られたのが、1985年1月25日判決[22]である。1985年判決は、ニューカレドニアの緊急事態に関する法律の違憲性をめぐる判決である。ニューカレドニアでの独立運動に伴う政情不安に対応するため、フランス政府が緊急事態を宣言した。1955年の緊急事態に関わる法律では、12日以上の緊急事態の延長は、法律によってのみ認められるとされていたために、政府によって緊急事態を延長する法律が可決された。しかし、憲法に定めのない緊急事態は認められないと主張する一部議員によって、同法の違憲性の審査が提起された。本件は、結論としては合憲の判断がなされたのであるが、以下の部分で、「公序」が34条を根拠規定とすることが明示された。

まず判決理由3においては、以下のように述べられた。

> 公的自由を行使するために市民に与えられる基本的保障に関わる規定は法律によって定められる、とする憲法34条の規定およびこの責務の枠組みにおいては、自由の尊重と、それなしでは自由の行使が保障されない公序との間に必要な調和を行うことは立法者に帰する。

それに続く判決理由4では、次のように述べられた。

> 憲法がその36条において、明示的に緊急事態の存在を認めているからといって、立法者が前述のとおり、自由の要請と公序の保護の調和のために緊急

22）　Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

事態を用意することを排除するものではない。

本判決は、1982年判決と同様に、憲法34条の規定を引いて、そこから、「公序」の維持を立法者の役割としているといえる。また、ここでは、「公序」に対して、「それなしでは自由の行使が保障されない」という性格づけがなされている。

憲法院が「公序」の根拠規定として選択した34条は、法律が定めるべき「法律事項」を列挙することによって、行政と立法の間の権限配分をすることを当初の目的として制定されたものである[23]。同条が「法律事項」として列挙している事項のうち、第一に挙げられているのは①公民権、および公的自由の行使のために与えられる基本的保障、②メディアの自由、多元性(Le pluralism)、独立性、③国防のため市民の身体およびその財産に対してなされる規則という三つの事柄である(以下、これを法律事項の「第一項目」と呼ぶ)[24]。憲法院は、34条のうちのどの項目が「公序」の根拠となっているのかは具体的には示していないが、34条を「公序」の根拠規定とすることを明示した1982年判決および1985年判決が、同条が公民権および公的自由の行使のための基本的保障は法律によって定められる、としていることから「公序の維持」を導き出したことを考えれば、上記「第一項目」の①を念頭に置いているといえるだろう。

憲法院による、このような解釈が可能になっている一つの理由は、憲法34条の末尾の規定で、「本条の諸規定は、組織法律によって明確化され、補充されることを許す」とされていることだろう。この規定によって、34条に列挙されている「法律事項」が完全な限定列挙ではない、という解釈が可能になる。これが、裁判官が34条について柔軟な解釈をほどこすことの基礎になっているのだろう[25]。

近年の判決においては、34条に言及しないこともあるようである。ブルカ禁

23) François Luchaire = Gérard Conac = Xavier Prétot, *La constitution de la République française, Analyses et commentaires*, 3e édition, Economica, 2009, pp. 880-3.
24) 34条の全文については、注16)に記載。
25) Luchaire, supra note 23, p. 885.

止法をめぐる2010年10月7日判決[26]では、人権宣言4条、5条、1946年憲法前文を根拠に、自由は法律による制限を受けるという一般論を導き出し、それを「公序」の根拠としている（同判決については、次章で詳しく分析する）。34条自体には言及せずに、「自由は法律によって制限される」あるいは「公序と自由の調和は立法者の責務である」といった趣旨の表現と、関連している自由を保障する具体的規定を基礎として「公序」を考慮対象とする態度は、2017年6月9日判決[27]や2019年4月4日判決[28]にも表れている。

ただし、2012年2月28日判決[29]では、34条の「第一項目」①に言及した上で、「自由なコミュニケーションの権利、発言、記述、出版の自由の行使に関わる規則を制定することは立法の領域に属する」としており、憲法院が「公序」についての扱い方を変化させたとはいえない。

34条に直接言及するか否かに関わらず、憲法院は、「公序」について「憲法的価値を有する権利と原理の保護のために必要な公序と自由を調和することは立法者の責務である」[30]といった表現を用いており、憲法院の「公序」の性質についての解釈は、事案によって大きく変化しているようには思われない。すなわち、「公序」は自由や権利の保護と深く結びついた存在であるという考えをとっており、その考えを基礎として、「公序」の維持は立法者の責務である、という論理を一貫して採用しているといえる。

前述のとおり、「公序」の概念は、フランスにおいて行政裁判所で盛んに運用がなされてきたものであり、行政による公序維持活動が法的な問題となってきたのであるが、憲法院は、「公序」の問題は、どちらかといえば立法の領域で問題となるものと解釈していると指摘できる[31]。それは、次項で検討する、「憲法的価値を有する目的（l'objectif de valeur constitutionnelle）」という位置付けを「公序」が与えられたこととも深く関連する。というのも、この「憲法的価値を有する目的」は、立法者に対して、この「目的」が十分に達成されることを要求

26）　Décision nº 2010-613 DC du 7 octobre 2010.
27）　Décision nº 2017-635 QPC du 9 juin 2017.
28）　Décision nº 2019-780 DC du 4 avril 2019.
29）　Décision nº 2012-647 DC du 28 février 2012.
30）　Décision nº 2019-780 DC du 4 avril 2019.

するからである。

(2) 「憲法的価値を有する目的(L'objectif de valeur constitutionnelle)」としての「公序」

i) 「憲法的価値を有する目的」とは何か

憲法院が、「公序」に「憲法的価値を有する目的」という位置付けを与えたのは、先に検討した、1982 年 7 月 27 日判決においてである。前述の通り、同判決の判決理由 5 において、「憲法的価値を有する目的である、公序の維持、他者の自由、そして社会文化的な表現流通の多元性の保護」という表現が使用されたのである。同判決は、憲法院が「憲法的価値を有する目的」という表現自体を初めて使用した判決でもある。

憲法院の判例上、「公序」のほかに「憲法的価値を有する目的」とされているものは、報道に関わる企業における経営の透明性、多元性の尊重、他者の自由の尊重、保健行政、法律の理解可能性ないし公開性、住宅の多様性などである[32]。これらは、その概念自体は憲法上の明文規定には表れていない、という点で共通している。ただし、憲法明文規定の解釈として概念を引き出すことができる場合と、憲法院が概念自体を創造したというべき場合が存在する。前者に当たるもののひとつが「公序」である。すなわち、「公序」は前述の通り、34 条の明文規定の解釈から引き出された概念である。

憲法院は、違憲審査権を自らに与えたとされる 1971 年判決以降、「立法は憲法

31) 地方警察の一般警察権限を定めた地方自治体法典 L2212-2 条は、現行法として残っているため、現在でも、警察は「公序」維持のための活動を一般的にとることができる。そのため、憲法院も、行政が「公序」とまったく無関係であると考えているとは言いづらい。一方で、後述の通り、憲法院は、「憲法的価値を有する目的」に関する行政と立法の間の権限配分において、立法の不足を違憲としているから、「公序」についても、第一次的な責任を負うはずの立法が十分な立法をしないことは憲法院の統制の対象となるであろうと考えられる。

32) 「憲法的価値を有する目的」として承認されたもののリストにつき、François Luchaire, « Brèves remarques sur une création du conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle», *Revue française de droit constitutionnel*, no 64, Presses Universitaires de France, 2005, p. 676 を参照。ここでは、2005 年の時点で承認されていた 11 の項目が明らかにされている。

に合致する範囲で、一般意思の表明となる」という前提をとっているが、アンヌ・ルヴァード（Anne Levade）によれば、これは、憲法が法的な序列のうち、一番の優位性を持つことの確認である[33]。つまり、ここでは、憲法は立法を拘束するというヒエラルキーが示されたものと言って良い。そうすると、憲法上保護される自由に何らかの影響を与えるのであれば、それは憲法上何らかの位置付けをもつ概念である必要があるのであって、「公序」を「憲法的価値を有する目的」としなければ、「公序」による自由の制限はもれなく違憲であるということになってしまう。端的にいって、憲法院が、「公序」の維持という事柄を考慮対象とする必要があると考えた以上、「公序」に何らかの憲法上の位置付けを与える必要があったということである。ただし、その際に与えられる位置付けは、憲法レヴェルのものであればどのようなものでもよい、ということではないだろう。

この点、ピエール・ドゥモンタリヴェ（Pierre de Montalivet）によれば、学説において、「憲法的価値を有する目的」という概念は、憲法上保護される自由を制限するための道具である、という点で広く同意がみられる[34]。たとえば、フランソワ・リュシェール（François Luchaire）は、「憲法院は、憲法的価値を有する目的を、法規定を統制するためには用いたことはない。憲法院はむしろ、憲法的価値を有する目的を理由に、憲法的原理に例外を設け、制限することを正当化しているのである」[35]と指摘する。つまり、リュシェールは、「憲法的価値を有する目的」は、法規範というよりも判決のレトリックである、と整理しているのである。

しかし、ドゥモンタリヴェは、そのような理解は一面的だと指摘する。そして、「憲法的価値を有する目的」のほとんどが自由を保障する規定と結び付けられていることを根拠として、「憲法的価値を有する目的」は、いずれも、「憲法上の権利や自由の実効性（effectivité）の条件を構成する」という性質を持ち、「自由の

33） Levade, *supra* note 11, pp. 700-2.

34） Pierre de Montalivet , « les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du conseil constitutionnel* N° 20（2006） https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle より閲覧可能。最終閲覧日：2019 年 7 月 9 日。

35） François Luchaire, *supra* note 32, p. 678.

正確な射程を定めることに寄与する」[36]との説明をする。

ドゥモンタリヴェによるこの分析を、検証してみよう。まず、「公序」については、前述のとおり多くの判決において、「それなしでは自由の行使が保障されない」と表現されている。そのほか、「憲法的価値を有する目的」には、⑵の冒頭で列挙したとおり、報道に関わる企業における経営の透明性や保健行政、他者の自由の尊重などが含まれる。1986 年 7 月 29 日判決の判決理由 16 は、「報道に関わる企業における経営の透明性」は「報道の自由に反したり、それを制限したりするものとは程遠く、その自由の効果的な行使を強化するものである」[37]と表現している。また、保健行政は、健康への権利に対応するものであるといえるし、他者の自由の尊重は、いうまでもなく、国民の自由な生活のために必要なものであるといえよう。ここから、確かに、憲法院は、自由を保護する性質をもつといえるものに対して、「憲法的価値を有する目的」という表現を使用しているといえよう。

ii）「憲法的価値を有する目的」がもつ機能

ドゥモンタリヴェによれば、「憲法的価値を有する目的」は、「規範」としての役割を担っている。具体的には、禁止、義務、許可、の機能をもつものであり、その名宛人は立法者である[38]。第一の機能は、「憲法的価値を有する目的」に反する規定をとることを禁止することである。第二の機能は、「憲法的価値を有する目的」を達成するための積極的な義務を定めることである。この義務を果たさない場合には、違憲である、と判断されることになる。第三の機能は、「憲法的価値を有する目的」を達成するために、憲法上保護される自由を制限することを許可する機能である。今度は、機能に関するドゥモンタリヴェのこの議論を、具体的な判例に当てはめて考察する。

「禁止」の機能は、たとえば、2003 年 7 月 24 日判決[39]に見られる。同判決は、

36） De Montalivet, *supra* note 34.
37） Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986.
38） De Montalivet, *supra* note 34.
39） Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003.

元老院議員の任期を9年から6年へと短縮し、被選挙資格を持つ年齢を35歳から30歳へと変更するなどの内容をもつ組織法である「元老院議員選挙改革に関する法律」[40]が作られたことについてのものである。その判決理由20においては、以下のように述べられた[41]。

> 憲法34条が立法者にゆだねた権限を十分に行使することは立法者に帰する。その権限を行使する場合、立法者は、憲法的価値を有する原理や規則を尊重し、法の適用を責務とする行政や司法によってもその尊重がなされるように気を配らねばならない。この観点からいうと、憲法の同条に由来する法律の明確性（clarté）の原理、そして、1789年人権宣言の4、5、6、16条に由来する法律の理解可能性（intelligibilité）ないし公開性（accessibilité）という憲法的価値を有する目的は、立法者に対して、憲法に反する解釈や恣意性の危険から権利主体を守るため、十分に正確な規定や不明瞭でない表現を使用することを要請する。

このように述べて、同法7条の規定が法律の理解可能性ないし公開性を欠いていることは、選挙制度の公正さに反し、違憲であるとした。2005年4月21日判決[42]においても、適用規範について説明している判決理由9のなかで、法律の理解可能性ないし公開性を確保することが立法者の責務として要請されることが述べられている。

「禁止」の機能が「憲法的価値を有する目的」への違反を禁止している一方で、「義務」の機能は、その「目的」の達成のためのより積極的な保護を要求するも

40） Loi n° 2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs.

41） なお、本判決や、他の判決において、「憲法的価値を有する目的」と「憲法的価値を有する原理」という用語は、流動的に用いられているように見える。筆者の考察によれば、憲法院は「目的」と「原理」の用語を、あまり厳密に区別せずに使用しているように思われるが、この二つの用語の使い分けについての、さらなる検討については今後の課題としたい。

42） Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005. 本判決の解説については、奥村公輔「法律の規範性と明瞭性」フランス憲法判例研究会『フランスの憲法判例Ⅱ』（信山社・2013）207頁以下。

のである。それは、たとえば、1995年1月19日判決[43]に見られる。同判決は、「住宅の多様性（diversité de l'habitat）」を確保するため、地方公共団体の「住宅への権利」に対する責務を民間事業と分担することなどを定めた法律[44]について、一部議員が、住宅への権利についての法的保障を減ずるものであるとして違憲審査を提訴したことを契機としている。判決理由7は「すべての人が適切な住居を利用する可能性という原理は、憲法的価値を有する目的である」とした。それにつづく判決理由8では、以下のように述べて、立法者が憲法的価値を有する目的を達成する義務をもつことを示した。

> この憲法的価値を有する目的を実施するための手法を決するという責務は、立法者および政府に対して、その各権限に応じて課せられる。立法者は、この目的のため、旧法規定を修正、補完ないし廃止できるのであるが、それはもっぱら、旧法規定が目的としていた、憲法的価値を有する原理の法的保障を奪わないという条件の下である。

結論としては、問題となっている1994年法は、旅行者を受け入れる際の条件や、避難する場所をもたない人々の緊急宿舎の提供について定めている1990年法を十分に考慮しているため「憲法の要請を見誤るものでなく、むしろ、その実践のための条件を強化するものである」と判断して、合憲判断を出している。ここでは、旧法の規定の保護を後退させることを禁止するとともに、「憲法的価値を有する目的」の達成のために十分な法規定を置くことを義務づけている。

同様の説明が見られるのが、1986年7月29日判決[45]である。同判決は、報道機関の経営の透明性と多元性を確保することを目的とする1984年法および1944年8月26日オルドナンスを廃止する法律が作られたことに関するものである。新法は、同一人物または同一法人が、新聞の全国部数のうち30％以上を有する

43） Décision nº 94-359 DC du 19 janvier 1995.

44） Loi nº 95-74 du 21 janvier 1995 relative à la diversité de l'habitat.

45） Décision nº 86-210 DC du 29 juillet 1986. 本判決については、樋口陽一『権力・個人・憲法学』（学陽書房・1989）128頁以下において紹介がある。

ことを規制していたが、それが旧法の規制を緩和するものであったことが問題となった。判決理由 23 では以下のように述べられた。

> 同法 11 条の、報道の多元性、より一般的には報道がその一要素であるコミュニケーションの方法の多元性を保護する様式は、それに効果的な保障を与えるものではない。これは、かつて立法者がしていたような法整備とは程遠いものである。この様式は実際、旧法の廃止との組み合わせによって、憲法的価値を有する原理から法的な保護を剝奪するものである。

このように述べて、報道の多元性についての保護を後退させるような法律は違憲である、としたのである。

また、「憲法的価値を有する目的」が「義務」の機能を果たしていると考えられる事例には、三権の間の権限配分において、立法が十分なされることを要求するものも存在する。たとえば、1986 年 9 月 18 日判決[46]である。同判決は、コミュニケーションの自由について、視聴覚コミュニケーションについての統制をはかる独立機関（HACA）を、コミュニケーションと自由に関する国家委員会（CNCL）にとってかえること、国有の番組作成会社である T. F. 1 の私営化、電波の利用許可についての制度などを定めた法律[47]に関するものである。この判決は、99 個の判決理由から成るものであり、非常に多くの論点が争われたのであるが、ここでは電波によるコミュニケーション配信サービスにおける多様性の確保についての論点を取り扱う。まず判決理由 11 で、社会文化的な表現の流通の多元性について以下のように述べた。

> 社会文化的な表現の流通の多元性は、それ自体憲法的価値を有する目的である。そして、多元性の尊重は民主主義の条件である。視聴覚コミュニケーシ

46)　Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.
同判決をめぐる問題、および、フランスにおける放送の自由についての議論は、高山前掲注 21）および、清田雄治「フランスにおける独立行政機関（les autorités administratives independantes）」の憲法上の位置」立命館法学第 321・322 号（2008）1471 頁以下参照。

47)　Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

> ョンの手法が拠り所とする国民が、公的セクターにおいても私的セクターにおいても、情報の誠実さの尊重のなかで、多様な性格の表現を保障するプログラムを自由に使用できるのでなければ、人権宣言11条によって保障される思想や意見の自由なコミュニケーションは、実効的なものといえない。決定的であるのは、その全体が人権宣言11条に宣言される自由の対象である聴衆やテレビ視聴者が、私的利益や公権力によって、かれらの適切な決定が取って代わられることなく、彼らの自由な選択を行うことができるということである。

このように述べて、その目的を果たすために、立法者が果たすべき責務について検討した。まず、公的セクターにおける多様性について述べた判決理由13において、「公的セクターについて、立法者は、彼ら自身で、社会文化的な思想の流通の多様性を確保するための規定をおいている」と評価している。その規定のなかでも、CNCLの果たすべき責務について定めた13条に言及した判決理由14では、以下のように述べている。

> 同法13条は、「CNCLは、国有番組作成会社の番組にとりわけ政治的情報の放送において、その勧告によって、思想と意見の流通に関する表現の多元性の尊重を監視する」と規定している。この規定は、CNCLが、法律によって定められた職務を果たすことを義務付けるものであり、それゆえ、勧告をすることはCNCLにとって義務としての性格をもつ。CNCLが法律によって与えられた権限を行使することを拒んだ場合には、裁判所によって権限逸脱と判断される。

このように、法律は、公的セクターにおける多様性の目的の尊重を確保している、と判断している。私的セクターについては、判決理由17において、同一の人物がいくつもの電波使用許可を得て、一定以上の影響力を行使することをCNCLが規制する、との規定を同法が置いていることを指摘している。判決理由96で明示されているように、CNCLは独立行政機関であることを合わせ考え

ると、憲法院は、「憲法的価値を有する目的」を達成するという目的の達成のため、行政機関の権限の内容と限界が、法律によって明確に規定されていることを要請しているといえる。

なお、同判決は、判決理由25から37において、同法の39条から41条は違憲であると判断している。それは、同法が、直接的・間接的に、同一人物がテレビ放送許可を得ている諸企業の資本を合計で25パーセント以上所有することを禁止しているが、25パーセント未満の場合や、ラジオ放送の独占については何らの規制もしていないこと、また、それに関連して、ラジオ放送とテレビ放送の双方についての影響力を総合して考えることはしていないこと、などを理由としている。ここでは、純粋に、「憲法的価値を有する目的」の保護のために必要な保護を与えていないという意味で、立法の不足が咎められているといえる。

最後の「許可」の機能については、非常に多くの事例があるが、一例として、「公序」という目的と公道におけるマニフェスタシオン（集団的政治行動）の自由の調和が問題とされた2019年4月4日判決[48]が挙げられる。本判決は、マニフェスタシオンにおける「公序」の維持の強化を目的とする法律[49]が問題となったものである。この判決においては、判決理由9において、「公序」の維持という「憲法的価値を有する目的」と自由の調和は、立法者によって果たされる責務であるという一般論を明示して、マニフェスタシオンの自由の制約を承認している。具体的には、刑事手続法138条に規定されている監視処分下にある者の遵守事項に、裁判官が指定した場所におけるマニフェスタシオンの参加を禁止する事項を挿入する同法8条の規定について、判決理由36から40において次のような検討がなされ、合憲であると判断された。すなわち、法規定の適用に関しては、司法が介入すること、また、対象者が、その取消を司法に申し立てることができることなどから、立法者は、「公序」の維持という憲法の要請を実行するものであって、思想や意見の集団的表現の権利に対して、不必要で、不適合で、比例しない制約を与えるものでないとしているのである。ここから、憲法上保護される

48）　Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019.

49）　Loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.

自由に対して、必要な程度の制約を与えることは、「憲法的価値を有する目的」の要請によって、正当化されることが分かる。

なお、「公序」が実現しようとする自由の保護と制約について以下の点を指摘しておきたい。すなわち、「公序」によって保護される自由は、そこで制約が問題となっている自由をも含みうるものであって、単に、他者の自由の保護を理由として、当事者の自由を制約する、という考え方にすぎないものではない（この点は、拙稿[50]ですでに指摘した点であるので、ここでは、要点のみを再確認するにとどめる)。たとえば、マニフェスタシオンの間の安全の確保のために、参加者に所持品検査等を行うことが争われた1995年1月18日の判決[51]においては、所持品検査を行うことによって、暴力行為を行う可能性のある者のみを排除して、マニフェスタシオン全体の円滑な開催を確保することができる、ということが強調されていた。このように、「公序」は、事案の当事者の自由と、他者の自由を同時に追求する手段を模索することを立法者に要求する、という役割を果たす場合がある。筆者のこの指摘は、小林真紀の以下のような指摘によっても裏付けられるだろう。すなわち、小林は「『憲法的価値を有する目的』の実現によって正当化される制限的措置が、現実において、個人の権利・自由の行使をある程度“制約する”ことになっても、結果的にそれらを“不当に侵害する”ものであってはなら」ず、「憲法的価値を有する目的」の実現を立法者が追求することが、「総体的な観点から、最終的に人権保障のレヴェルを向上させる方向を目指すよう促す効果」を持たないのであれば、憲法院が、わざわざ「憲法的価値を有する目的」という概念を援用する意味がない、と指摘しているのである[52]。

1での議論をまとめよう。まず、憲法院が「公序」の根拠規定として憲法34条を選択することによって、「公序」の維持の第一次的な責任を立法府に課したことを確認した。そして、その「公序」に「憲法的価値を有する目的」という位置付けを与えたことによって、立法者に対して以下のような方向づけを行うものとしたことを検討した。すなわち、憲法院は、立法者に対して、「公序」に反す

50) 田中前掲注3）とりわけ、「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)」632頁以下。

51) Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995.

る規定を置くことを禁止し、または、「公序」を適切に運用するように義務づけし、必要な際には、自由などのほかのものとの調整を許可している、と考えられる。

2　憲法 34 条が選択された理由

2 では、憲法院は「公序」の根拠規定として、なぜ憲法 34 条を選択したのかを検討する。

実は、学説にも目を向けてみると、「公序」の根拠となりうる規定は、1958 年憲法 34 条以外にも存在する。たとえば、リュシェールによれば、1946 年憲法前文の、「国家は国民の健康、物理的安全、休息、余暇を保障する」との文言が「公序」の根拠となりうる[53]。リュシェールは、かつての憲法院長官であり、学問的にも第一線にあったことを考慮すれば、リュシェールの主張は、憲法院に一定程度影響を与えているはずであるが、それでもなお、憲法院は、34 条を主たる根拠規定として選択したのである。そのことの意味を捉えるために、1946 年憲法の前文で定められている事柄と、1958 年憲法の 34 条の内容の違いから検討することが有益であろう。

1946 年憲法前文では、国民の健康、物理的安全、休息、余暇が列挙されていた。仮に 1946 年憲法前文を「公序」の根拠とした場合には、「公序」は、上記の諸項目の保護と深く関わりをもつものであるということになろう。対して、憲法

52)　小林真紀「フランスにおける合憲性審査基準の変容」上智法学論集第 25 巻第 3 号（2002）114 頁。なお、「憲法的価値を有する目的」の果たす機能は、小林の論考においては、次のように大きく 3 つに整理されている。第一には、立法者が憲法上保護される自由に対して制約を課すことを可能にする「調整機能」。第二には、抽象的な憲法規範を、具体的事案に適用しやすい形に援用したり、憲法上規定はないが、現実としては憲法的保障を確保する必要がある事項について立法者に実現義務を課したりする「適応機能」。第三には、「目的」を設定することで、立法者によって選択された手段との間での合目的審査を行ったり、その手段の有効性を審査する有効性審査を行ったりすることを可能にするという「統制機能」である。この小林の整理は、上記ドゥモンタリヴェによる整理と、実質的内容を大きく異にするものではないように思われる。すなわち、小林が指摘する調整、適応、統制、の機能は、それぞれ、ドゥモンタリヴェが指摘する、許可、義務、禁止の機能にほぼ対応するものであるということができよう。

53)　François Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 367.

院は、「自由の行使のために与えられる基本的保障」を定めた、1958 年憲法の 34 条を根拠規定として選択した。この意図はたとえば、前述の 1985 年 1 月 25 日判決の判決理由 3 に表れている。憲法院はここで、34 条に定められる立法者の責務を「自由の尊重と、それなしでは自由の行使が保障されない公序との間の必要な調和」を行うこと、としており、「公序」は自由の行使の前提条件であり、「公序」と自由は不可分一体のものであると明示しているといえる。このように、憲法院は、「公序」と自由の結びつきを特に意識したことによって、34 条を根拠規定として選択したのだと考えることができる。

しかしながら、前述のとおり、憲法 34 条の規定そのものには、「公序」と自由との一体性についての言及どころか、「公序」という概念そのものへの言及も見られない。それゆえ、なぜ、「公序」と自由は一体のものであると考えることが出来るのかは一見して明らかではない。それを考えるために手助けとなるのが、34 条が根拠規定とされる以前の判決であろう。

1980 年 7 月 22 日判決[54]などがその例である。この 1980 年判決は、原子力問題の保護と統制に関わる法律[55]をめぐって提起されたものである。同法 6 条が、原子力施設の意図的な侵害を罰する規定を含んでいたために、その規定が施設労働者のストライキ権を過度に侵害しているとの指摘がなされたのである。本判決の判決理由 4 は、以下のように判示した。

> 1958 年憲法が確認する 1946 年憲法の前文は、ストライキの権利は法律が定める枠組みのなかで行使されるとしている。このような規定を置くことによって、制憲者たちは、ストライキ権は憲法的価値をもつ原則であるが、制限をもつものであり、必要な調和は立法者によって設定されるとしたのである。

本判決は、ストライキが守ろうとする職業的利益と、原子力施設の営業を継続するという一般利益との間の調和が問題とされているものであって、「公序（ordre public）」という言葉は登場しない。しかし、はじめに確認したとおり、

54）　Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980.

55）　Loi n° 80-572 du 25 juillet 1980 sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.

一般利益の概念は「公序」をその内容に含むものであることを前提とすると、ここで述べられた、憲法上保護される権利であっても一定の限界があり、その限界は第一義的には立法者によって設定されるべきだ、という考え方は、「公序」についても当てはまるはずである。

ポリーヌ・ジェルビエ（Pauline Gervier）によれば、自由が制限をその内容自体に必然的に含むものであるという考え方は、フランスに伝統的なものである。現実の社会において自由を保護するためには、自由を定義するという作業を伴うのであって、そのためには、自由の範囲を確定する必要がある、というのである[56)]。

この点をジェルビエは、ロベルト・アレクシ（Robert Alexy）による、「外在的制約 / 内在的制約」に当てはめて説明している[57)]。アレクシが「外在的制約」と呼ぶ考え方は、「権利」と「制約」という二つのものを分離して想定する考え方である[58)]。すなわち「最初に、制約されていない、権利そのもの、があるとして、その次に制約が適用されたのちに残されたもの、つまり、制約された権利というものがある」[59)]とする考え方である。アレクシによれば、この外在的制約の考え方をとったとしても、法的には、ほとんどの場合、権利は制約を施されるのであるが、しかし、理論上は制約のない権利というものが考えうる、と主張する点にこの考え方の特徴がある。

一方、「内在的制約」とはどのような考え方なのだろうか。アレクシはこれを、「権利と制約という二つのものが存在するのではなく、ただひとつのもの、ある内容をもった権利、というものがある」[60)]とする考え方であり、そこでは、「制

56)　Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, L. G. D. J., 2014, p. 41 et s.

57)　*Ibid.*

58)　Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2002, pp. 178–81. なお、アレクシ自身は、この議論を、ドイツ基本法との関係で検討しており、他国における自由観を分類するものとして提示しているわけではない。しかしながら、「内在的制約／外在的制約」の議論の部分は、一般論として述べられており、特にドイツ基本法との関係に、明確に限定をしているわけでもないと思われる。

59)　*Ibid*, p. 179.

60)　*Ibid.*

約という考えは範囲の考え方に置き換えられる」[61]と説明する。そして、この内在的制約の理論のもとでは、権利の範囲について議論は、それがいかほど制約されるか、ではなく、その権利の内容、すなわち、何がその権利に含まれるかをめぐるものとなる、とする[62]。

ジェルビエは、アレクシの理論に当てはめた場合には、フランスに伝統的な自由の考え方は「内在的制約」の理論となる、とする[63]。そして、第二次世界大戦後の国際的な人権保護の流れの中で、自由の制約と自由の範囲の問題を同一視する理論は、以前ほど見られなくなったと指摘しつつも、なお「内在的制約」の影響が残っており、このような「内在的制約」の考え方から、「公序」が自由を定める規定を根拠にすることが説明される、とする[64]。

上記のジェルビエによる分析は、フランス国内の学説上、« mise en cause » と « mise en oeuvre » の区別という議論がいまもなお存在していることから裏付けられるだろう[65]。この区別は、前者が、「問題にすること」、後者が「実践すること」を意味しており、つまり、自由の存在そのものを（観念的に）問題にすることと、その自由を実際の社会において実践に移すことの区別である。そして、前者は制憲者の仕事であり、後者は立法者の仕事であるということになる。この区別に従えば、ある社会において、そもそも何の自由が許容されるかということは制憲者のみが議論しうるのであって、その自由の保護を定める憲法が一度制定された後は、立法者はその自由を実践に移すことのみができる。このような区別がフランスの社会において、現実味を持って維持されていることの理由については、さらなる検討を要するところであろうが、ここでは、そのような区別の存在を指摘するにとどめたい。

34条の検討に戻ろう。「公序」という概念は登場しないものではあるものの、もう少し広く憲法院判例を見てみると、憲法院にとっての34条の意義がよりよく理解できるであろう。たとえば、1965年7月2日の判決[66]では、「憲法37条

61）　*Ibid.*
62）　*Ibid.*
63）　Gervier, *supra* note 56.
64）　*Ibid.*
65）　Levade, *supra* note 11.

によれば、『法律の領域に属する事柄のほかは、命令の性格を有する』とあるが、その領域は、34条だけではなく、他の憲法の諸規定、とりわけ72条から74条の規定によって決定される」とされている[67]。本稿の目的に関わる部分を訳出すれば、72条第4項においては、「公的自由または憲法上保障される権利の行使の本質的要件が問題とされる場合を除き」、地方公共団体が一定の場合に法律および命令の適用から除外されることを認めている。また、74条においては、組織法律は、「海外公共団体が、公的自由の行使のために国土全体において承認される保護を尊重し、かつ、国の監督下におかれるという条件の下で、権限を行使するための要件」を定める、とされている。これらの規定は、全体として、公的自由の保護や、その要件などは、国家レヴェルの「法律」という手法で定められることを要請しているものであると言えよう。憲法院がこれらの規定を法律と命令の区別のために使用していることから、憲法院は、自由に関わるものについては、基本的には法律が決するべきである、との解釈をとっていることが確認できるであろう[68]。

以上をまとめると、憲法院は以下のように自由を考察して、憲法34条を「公序」の根拠規定としたのだと考えられよう。すなわち、自由を保護することは、自由の具体的な範囲および内容を定める作業を第一段階として伴うものであって、「公序」は、その役割を果たすもののひとつである、と考えることによって、憲

66) Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965.

67) この72条から74条の規定をすべて訳出することは避け、ここでは、本稿の目的に関わると思われる箇所を指摘するにとどめる。

68) なお、ジュリエッテ・ガテとマリー－ロール・ゲリーによれば、「自由」が問題となるか否かに関わらず、フランスにおける立法数とその詳細さが全体として増している。それは、その年に出された法令をのせた法令集（recueil annuel de l'Assemblee nationale）のページ数が、1990年には1300頁であったところ、2006年には2500頁にも及んでいることにも表れている。ここでは、このような立法の増加の傾向について、フランスにおいて、行政の規則よりも立法は崇高なものとされ、好まれる傾向があるからである、との指摘がなされている。このような理由によって、「公序」が関わるものに限らず、憲法院およびコンセイユ・デタで、立法の不足を咎めるような判決が出されており、それによって、立法の領域が全体として拡大していることが指摘できる。立法の数が増え、詳細さも増していることは、法的に放置される領域が狭くなってきていることを示しているのであり、その分、行政の裁量に委ねられる部分は縮小している、といえるであろう。Luchaire, *supra* note 23.

法34条を根拠規定とすることが導かれるのである。

3 「公序」の限界

3では、上記のように解釈される「公序」が、どのような限界を持つのかを検討する。憲法院は、「公序」の根拠規定を憲法34条に置くことによって、「公序」の要請は、自由の保護に必要な程度を超えてはならない、という定式を引き出した[69]。憲法院によるこのような考え方は、たとえば、前述の1982年7月27日判決の判決理由4などに表れている。すなわち、「憲法34条によって規則は、与えられた諸状況において公序の維持に対処するものであって、ある自由の行使の保護のために必要な範囲を超えてはならない」としており、ここでは、「公序」の維持の要請は、ある自由の行使の保護のために必要な範囲でのみ追求されうるとしているのである。

憲法院は、「公序」の限界を「自由の行使の保護のために必要な範囲を超えてはならない」と設定することによって、どのような審査を行っていると考えるべきであろうか。一見すると、「公序」という目的と、それによって制約される自由との間の比例性審査をしているように見えるが、前述の通り、憲法院は、「公序」の概念を、自由の保護を目的とするものと捉えているのであり、そうであれば、「公序」と「自由」は対立構造におかれて衡量されるものではないはずである[70]。

この点、ルネ・セーヴ（René Sève）が、フランスにおいては、ヨーロッパの他国に比べて、比例性審査が定着しておらず、その代わりに「公序」の解釈が中

69) この点、ドゥモンタリヴェは、自由の保護に必要な程度という限界は、「公序」に限定されるものではなく、「憲法的価値を有する目的」に一般的に適用されると指摘している。それは、「憲法的価値を有する目的」自体が、憲法上保護される自由の保護を目的とするからである、とされる。 De Montalivet, *supra* note 34.

70) この点、植野妙実子が「フランスでの比例性原則は、単なる比例的な措置を意味するのではなく、目的に沿った適切な必要な措置が講じられているのかを問うもの」と説明している点は興味深い。「公序」は自由を保護するための「憲法上の価値を有する目的」とされているため、目的に沿った適切な措置を講じているか、ということは、まさに「公序」の解釈を行う作業であるということも可能であろう。植野妙実子『フランスにおける憲法裁判』（中央大学出版、2015）163頁。

心的な役割を占めていると指摘していることは興味深い71)。セーヴによれば、それは、憲法院が立法者の役割を尊重しているからである72)。

たしかに、憲法院は、審査の第一段階として、立法者が「公序」と主張するものが、憲法が要求する「公序」であるのか、ということを審査しているといえる。たとえばⅡで詳述する、ブルカ禁止法をめぐっては、ブルカ禁止法が「公序」を基礎としうるか、という点が争点となっていた。ブルカ禁止法について合憲判断を出した2010年判決においては、立法府が立法の基礎として主張していた「共生」という価値が「公序」に含まれる、と判断し、そこから同法は合憲である、と判断していた。ここではある立法によって失われる利益と得られる利益を、第三者的視点から裁判所が認定して、それを比較衡量するという意味での比例性審査を行っているとは言いがたく、「公序」と自由の調和は立法者の仕事であることを前提として、立法者が主張する「公序」は、裁判所が考える「公序」の解釈からみて合理的なものといえるかを審査している、といえる73)。

また、たとえば、視聴覚コミュニケーションに対して、多元性確保のための規

---

71)　René Sève, « La mesure de l'ordre public », *L'ordre public*, DALLOZ, 2015, p. xi.
一方で、ジャック・プティは、2008年の判決（décision no 2008-562 DC du 21 février 2008）以降、憲法院は、比例性審査について明確に言及するようになっていることを指摘している。Jacques Petit, « Les ordonnances Dieudonné: séparer le bon grain de l'ivraie », *AJDA*, 2014, p. 870. プティが指摘するように、たしかに、2008年の判決において、憲法院は、自由を制約する立法が目的の達成のために適合し、必要であり、比例しているか、という典型的な比例性審査を明示的に用いている。憲法院が、ドイツ流の比例性審査を用いていると評価できるか否かについて評価するためには、比例性を思わせる用語が使用されているかにとどまらず、実質としてどのような審査が行われているのかを検討する必要があり、フランス国内においても、学説は大きく二分されているようである。憲法院による比例性審査に関する研究として、たとえば、Valérie Goesel-Le Bihan «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », Jus Politicum, n° 7　http://juspoliticum.com/article/Le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-Conseil-constitutionnel-technique-de-protection-des-libertes-publiques-456.html 最終閲覧日：2019年8月14日など。

72)　*Ibid*.

73)　このように、憲法院が「公序」と考えているものと、立法府が「公序」であると主張しているものの内容を比較し、その差があまりに大きいものでないかを審査している、という側面をとってみれば、比較衡量をしている、という評価をする余地があるように思われる。ただし、それは、立法によって得られる利益と失われる利益とを比較する審査と性質を異にするものであると思われる。

制を置くことについて判示した前述の 1986 年判決[74]において、憲法院は、人権宣言 11 条によって保障されるコミュニケーションの自由が、公序の維持や、他者の自由の尊重、表現の多元性の保護という憲法的価値を有する目的との間で調和される、という定式を述べたあと（判決理由 8)、人権宣言 11 条は、表現の受け手が自由に情報を選択することができることを内容として含むとして（判決理由 11)、「公序」の維持や多元性の保護のために法規制を行うことは、むしろ表現の自由に資するものである、としている。曽我部真裕は、同判決を、「もっぱら表現の送り手の自由を定めた規定であると理解されていた」人権宣言 11 条を、「本質的には表現の受け手の権利を定めるものと判断した」点で画期的である、と評価している[75]。ここで憲法院は、同法を審査する際に、単に表現の自由を、「公序」の維持や情報の多元性と対立するものと捉えて、その規制によって得られる利益と失われる利益を比較衡量しているわけではないように思われる。人権宣言 11 条の大胆な読みかえをしてまで、同法はむしろ表現の自由を保護するものであるから、表現の自由と調和する、と説明しているのである。

　このように、憲法院は、「公序」について問題となる法制度によって得られる利益と失われる利益を比較するという意味での比例性審査を行っているとは言いがたい。憲法院は「公序」の解釈として、**1** で検討した通り、自由の保護のために必要な条件であるとしているから、その解釈ゆえに「公序」は「自由の行使のために必要な範囲を超えてはならない」という限界を導き、その限界についての審査をしている、といえる。

　このように考えると、「憲法 34 条によって規則は、与えられた諸状況において公序の維持に対処するものであって、ある自由の行使の保護のために必要な範囲を超えてはならない」という表現は、それ自体自由を保護するものである「公序」の要請の解釈を、立法府が見誤るものでないかを審査するものである、といえるであろう。

---

74)　Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.
75)　曽我部前掲注 19）141 頁。

4　小括

本章では、憲法院が「公序」を自由と一体のものと捉えていること、そこから、憲法34条を根拠規定とし、「憲法的価値を有する目的」という位置付けを与えていることを確認した。また、このような位置付けを与えた理由には、自由の保護のためには自由の範囲を決定する作業が必要であり、その作業は立法者によっておこなわれるべきである、というフランスに伝統的な考え方があるのではないかという考察を加えた。さらにそこから、「公序」の限界として、「自由の行使の保護のために必要な範囲」というものが考えられていることも確認した。

本章では、「公序」が持つとされている物質的／非物質的側面は特に区別せずに考察を進めた。それは、本章で述べた、憲法院が「公序」に与えた位置づけなどについては、憲法院は、特に物質／非物質的公序の区別なく論じているからである。次章では、「公序」の非物質的側面について検討する。

Ⅱ　憲法院判例における「非物質的公序（ordre public immatériel）」

本章では、「非物質的公序」の検討を通して、どのようなものが「公序」の名の下に尊重を義務づけられるのかを考察する。

「公序」という概念で尊重が義務づけられるものが持つべき性質について、多く参照されるのが、モーリス・オーリウの考え方であろう[76]。オーリウは、「物質的で外在的な秩序（l'ordre materiel et extérieur）」のみが、警察行政の目的、なかでも一般警察行政の目的として妥当しうるとした[77]。オーリウは、このような秩序は「混乱状態と対置される平穏な状態」のことを指すのだと説明して、その構成要素として、「公的な平穏（tranquillité publique）、公的な安全（sécurité publique）、公衆衛生（salubirité publique）」を挙げている[78]。そして、その

76)　日本国内の文献については、小林前掲注6)、小島前掲注6)。
フランスにおいても、同様である。Gilles Lebreton, « Ordre public et dignité de la personnne humaine: Un problème de frontière », *L'ordre public: Ordre public ou orders publics? Ordre public et droits fondamentaux, Bruylant*, 2001, p. 354 et s. Marie-Odile Peyroux-Sissoko, *L'ordre public immatériel en droit public français*, L. G. D. J, 2018.

77)　Hauriou, *supra* note 14, p. 549.

理由を「警察は、思想や感情における精神的な秩序を追求しない」[79]からだとしている。

「公序」の構成要素を「物質的」なものに限定するという考え方は、裁判所においても原則となってきた。たとえば、後述するブルカ禁止法をめぐって提出されたコンセイユ・デタの調査報告書においても、「公序」は伝統的には安全（sécurité）、平穏（tranquillité）、公衆衛生（salubrité publiques）を三要素としてきた、と明示されている[80]。

しかしながら、オーリウが上記のような整理を行っていた当時、すでに、非倫理的な内容を含む映画を行政が統制することを可能にする規定[81]が存在しており、「公序」という概念は、市民の倫理観や感情の問題に一定程度関わりを持ってきたといえる。コンセイユ・デタの判決においても、「公序」の「伝統的な三要素」を超えた目的のために、地域警察が活動することを承認した事例は数多くある。たとえば、売春のための場を規制のもとに置くことを認めた事例[82]、海水浴客が海岸で着替えをすることの規制を認めた事例[83]、道路の名付けが良俗に沿っているのかを審査することを認めた事例[84]などである。

また、警察行政活動に関わる事例以外でも、感情の問題とは完全に切り離すことはできない問題が「公序」の問題として取り扱われた事例は少なくない。たとえば、1993年10月15日のコンセイユ・デタ判決[85]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（アメリカ）への犯罪人引き渡しをすることは、「フランスの公序に反する」としている。ここでは、死刑は残酷な刑であり、完全に廃止すべきであるというヨーロッパ的価値観およびフランス国民の感情といったものが「公序」の内容とされているよ

78）　*Ibid.*, p. 550.
79）　*Ibid.*, p. 549.
80）　Coseil d'Etat, *supra* note 9.
81）　L'article 6 , Décret du 18 février 1928, JORF du 19 février 1928 p. 2016.
82）　Conseil d'Etat, 11 décembre 1946, Dames Hubert et Crépelle, n° 81273, Recueil Lebon, p. 300.
83）　Conseil d'Etat section, 30 mai 1930, Beaugé, n° 89673, Recueil Lebon, p. 582.
84）　Conseil d'Etat, 1 / 4 SSR, du 19 juin 1974, n° 88410.
85）　Conseil d'Etat, 15 octobre 1993, M^{me} Joy Davis-Aylor, n° 144590.

うに見える。また、2015年1月28日の破棄院判決[86]においては、フランス人と外国人（ここではモロッコ人）との間の同性婚を阻害するような国際協定を「公序に反する」と判断している。当時、フランスとモロッコの間に存在していた国際協定は、両国民同士の婚姻に際しては、両国双方の国内法の規定を遵守するように義務付けていた。モロッコ国内では同性婚がいまだ違法であったがために、フランス人とモロッコ人の間の同性婚は違法であるとされたのである。ここでは、当時フランス国内ではすでに同性婚を是認する法律が制定されていたことを考慮して、それに反する内容の国際協定は「公序に反する」ものであり、それゆえ、当該国際協定のうち問題となった部分は無効となると示された。ここでも、「公序」は、同性婚を是認するというフランス国内で共有された価値を含むものであると考えるのが自然であるように思われる。

このように、フランス法全体において、「公序」を「物質的」なものに限定するという原則に収まりきらない事例は多く存在している。そこで、どのような性質を持つものが「公序」の名のもとに尊重が義務づけられることになるのかをあらためて考察する必要があるだろう。

本章では、そのことを、「公序」の非物質的側面をめぐる議論から考察する。**1**で、「非物質的」な側面をもつと思われる「人間の尊厳」が法規範であるとされた1994年の憲法院判決と、「人間の尊厳」が「公序」の要素であるとされた1995年のコンセイユ・デタ判決を順に検討する。**2**では、ブルカ禁止法をめぐる、立法府における議論、コンセイユ・デタにおける議論、2010年憲法院判決を順に検討する。

1 「非物質的公序」としての「人間の尊厳」[87]

1994年、憲法院は、生命倫理をめぐる法律についての合憲性審査の中で、「人間の尊厳」が、フランス国内で法的規範として考慮される、と初めて宣言した。その翌年の1995年10月27日、「小人なげゲーム」をめぐって、コンセイユ・デタ判決（いわゆる、モルサン＝シュール＝オルジュ判決）が出された。ここで問

86) Arrêt no 96 du 18 janvier 2015, n^{o} 13-50.059, Cour de cassation, première chambre civile.

題となった「小人なげゲーム（lancer de nain)」は、小人症の人を投げて、その飛距離を競ったり、的に当てようとしたりするゲームで、当時ディスコなどで行われ若者を中心に人気を博したものである。後述するとおり、「公序」の維持という理由を目的として、このゲームの開催を禁止した命令をめぐって、「人間の尊厳」は「公序」の内容に含まれるのかという点が議論された。本判決は、コンセイユ・デタによって出されたものであり、憲法院判決を対象とする本稿の関心の対象からは、一見外れるようにも見える。しかし、本判決は、前述の1994年の憲法院判決で、法的規範として承認された「人間の尊厳」の概念を、「公序」の一要素であるとした点で画期的な判決である[88)]。また、後述するとおり、ブルカ禁止法の制定過程においては、この判決が引き合いに出されて、「公序」が非物質的側面を持ちうるとの主張がなされ、2010年の憲法院判決では、立法府の主張がほぼそのまま受け入れられた。そのため、このモルサン＝シュール＝オルジュ判決は、憲法院判決の分析において、前述の1994年判決と2010年判決を橋渡しする役割を担っているものであると思われ、ここで検討する対象とする。

本節では、まず、1994年の憲法院判決を検討する。つぎに1995年のコンセイユ・デタ判決を検討する[89)]。

なお、フランス法の判例において、「人間の尊厳」が争点となった重要な判例

---

87)　ここでは、« dignité　humain » というフランス語を「人間の尊厳」と訳している。この点、小島慎司は、「小人なげゲーム」に関する論考のなかで、ここで問題とされている « dignité » は、むしろ、「名誉」と訳されるべきではないか、と指摘している（小島前掲注6）267頁）。本稿では、ひとまず、「尊厳」という訳語を当てたが、それは必ずしも、「名誉」という訳語との比較において「尊厳」という訳語がふさわしいと考えているからではなく、ひとまず、「尊厳」と訳したにすぎない。« dignité » に、どの訳語を当てることが適切かという問題については、今後の課題としたい。

88)　この点、小林前掲注6）においても、「一九九五年の国務院判決は、行政法における判例上初めて『人間の尊厳』の尊重という概念を法的に認め、この原理の価値に注目した判決である。判決文には現れてはいないが、このような結論に到達した背景には……一九九四年の憲法院判決の存在が大きく影響を与えている」と評価されている。小林前掲注6）184頁。

89)　ここで取り上げる二つの判例、およびフランス公法の分野における「人間の尊厳」の概念についての先行研究としては、日本国内では、小林前掲注6）、小島前掲注6）がある。フランス国内の研究としては、Lebreton, *supra* note 76や、Peyroux-Sissoko, *supra* note 76などがある。本稿の執筆に当たっても、これらの研究を大いに参照した。

には、ここで扱うもののほか、2000年に出された破棄院判決、いわゆる「ペルシュ判決」が存在する[90)]。このペルシュ判決は、風疹にかかった女性が、医師の誤診のために中絶する機会を失い、重度の障害を持った子を産んだことを発端とする事件である。これ自体は重要な論点を含む問題ではあるが、同事件は、「公序」の概念が重要な役割を果たしたものではないから、憲法院判決における「公序」の位置付けを見るという本稿の目的から、ペルシュ判決は検討の対象とはしない。

⑴　1994年　憲法院判決[91)]

1994年の憲法院判決は、生命倫理をめぐる二つの法律についての合憲性審査を行ったものである。すなわち、1994年に採択された「人体の尊重に関する法律」[92)]および、「人体の要素と産物の提供と利用、および、医学的補助、生殖、出生前診断に関する法律」[93)]が問題となった。ここでは、これらの法律が、生殖補助医療や先端医療について一定の規制を設けていたことが争いの対象となった。

この憲法院判決についての提訴は、国民議会議長であったセガンによる第一提訴と、国民議会議員による第二提訴の二つに分かれている。第一提訴は、多くの違憲審査の提訴とは性格が異なるものであった。というのも、このセガン議長による提訴は、問題となった法律の違憲性を確認するものではなく、同法の法的安定性を確保するために、むしろ合憲性の確認を求めるものであって、その意味で、「憲法院の『お墨付き』をもらう」[94)]という狙いがあるものであった[95)]。

---

90)　このペルシュ判決について扱った研究には、樋口陽一『憲法という作為 ――「人」と「市民」の連関と緊張』（岩波書店、2009）124-142頁、および、小林真紀「フランス司法裁判所の判例に見る『人間の尊厳』の原理（二・完）」法経論集第163号（2003）1-42頁、石川裕一郎「障害者の『生まれない』権利？」法学セミナーNo573（2002）72-6頁などがある。

91)　Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994. 本判決の解説については、小林真紀「1994年生命倫理法判決」フランス憲法判例研究会前掲注42）97頁以下。

92)　Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

93)　Loi n° 93-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal.

94)　小林前掲注6）173頁。

第二提訴は、通常の法律の違憲性審査の提起と同様の目的をもつものであり、同法と憲法との整合性について問題となりうる諸論点を指摘している96)。諸論点とは、生命に関する権利や平等原則、身体の完全性の尊重、人類の遺伝的遺産の保護、家族の権利、子供の健康および人格の自由な発展の権利、共和国の法律によって認められた個人的責任の原理、権力分立の憲法的原理、である。

上記の二つの提訴にもとづいてだされた憲法院判決によって、「人間の尊厳」という概念は、フランス国内において法規範として考慮される、と示された。すなわち、本判決の判決理由2において、「権利、自由、憲法的原理を再確認し宣言された1946年憲法前文」および、そこから導き出される「人間の尊厳の保護」は、「憲法的価値を有する原理」である、と示されたのである。結果として、国民議会議員による意見の主張は全て退けられ、同法は合憲であると判断された。

ここでいう「憲法的価値を有する原理」とは、Ⅰで検討した「憲法的価値を有する目的」同様、憲法上の明文規定から派生させることによって、憲法上の明文規定には現れていない概念を憲法院の審査に用いるための規範である。小林によれば、「憲法的価値を有する原理」には、以下のような機能が与えられる97)。すなわち、明文の規定を補うための補完化機能、他のより詳細な概念を包括する枠組み原理としての機能、(公役務の永続性などの)法の一般原理を憲法化する機能などである98)。

小林が指摘する、「憲法的価値を有する原理」の持つ諸機能のうち、本判決においては、補完化機能、および、枠組み原理としての機能が見て取れるように思われる。順に見ていこう。

まず、本判決は、前述の判決理由2において、1946年憲法前文の第一段落の

---

95) Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 - Saisine par Président de l'Assemblée nationale. https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-94-343344-dc-du-27-juillet-1994-saisine-par-president-de-l-assemblee-nationale より閲覧可能。最終閲覧日:2019年7月9日。

96) Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 - Saisine par 60 députés. https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-94343344-dc-du-27-juillet-1994-saisine-par-60-deputes より閲覧可能。最終閲覧日:2019年7月9日。

97) 小林前掲注52)。

98) 同上87-97頁。

うち、「人間を隷属させ、その価値をおとしめることを試みた体制に、自由な人民が勝利した翌日に、フランス人民は、すべての人は人種、宗教、信条による区別なく、譲渡不能で神聖な諸権利を有することを、再度宣言する」という第一文を引用し、そこから「隷属と価値の低下に対抗する人間の尊厳の保護」を導き出している。

ここで、憲法院が「人間の尊厳の保護」に対して「隷属と価値の低下に対抗する」という性質を与えていることに着目すると、「人間の尊厳」の補完化機能が見えてくる。先に引いた 1946 年憲法前文の部分には、「人間の尊厳」という特定の文言は現れていないが、「隷属と価値の低下」をフランスが拒絶したということが表現されている。その拒絶を実現するための手段を補完するために、「人間の尊厳」という概念を導き、それに法的な地位を与えたと考えられる。

また、判決理由 18 は、「本件の二つの法は、その全体で、人間の優位性、生命の誕生の時から人間であることの尊重、人体の不可侵性、完全性、非財産的性格、人類の完全性を示すもの」であり、「そのように認められた諸原理は、人間の尊厳の保護の、憲法的原理の尊重を確保しようとするものである」としている。ここから、「人間の尊厳の保護」という「憲法的価値を有する原理」は、その下に、上記 4 つの原理を含む、という構造が提示されていることがわかる。このように、「人間の尊厳」は、枠組み原理としての機能を与えられている。

このようにして、「人間の尊厳」は「憲法的価値を有する原理」という位置付けを与えられる法規範である、と宣言されたのである。なお、本判決の内容について、以下の二点について考察を加えておきたい。第一点目は、「人間の尊厳」の根拠規定についてであり、第二点目は、「人間の尊厳」を「公序」とはしていないことについてである。

第一に、憲法院が「人間の尊厳」の根拠規定を、1946 年憲法前文の一部としたことについて検討する。前述のとおり、憲法院は、1946 年憲法前文第一段落のうち、「人間を隷属させ、その価値をおとしめることを試みた体制に、自由な人民が勝利した翌日に、フランス人民は、すべての人は人種、宗教、信条による区別なく、譲渡不能で神聖な諸権利を有することを、再度宣言する」という第一文の内容から「人間の尊厳」を引き出している。翌年の 1995 年に出された判決

においても、「1946年憲法前文に由来する、おとしめに対する人間の尊厳の保護」と示して「人間の尊厳」の概念を使用したことから、1946年憲法前文第一段落第一文を「人間の尊厳」の根拠とするということは、憲法院の基本的な解釈の姿勢であるといえる[99]。

憲法院によるこの根拠規定の選択について、ギヨーム・グルナール（Guillaume Glenard）は1946年憲法前文の解釈を歪めるものであるとの批判を与えている[100]。というのも、1946年憲法前文第一段落は、憲法院が「人間の尊厳」の根拠とした第一文のすぐあとに、「フランス人民は、1789年人権宣言によって確立された人および市民の権利と自由、ならびに共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理を厳粛に再確認する」という第二文を続けているからである。グルナールによれば、憲法院が「人間の尊厳」の根拠とした第一段落第一文と、市民の権利や自由を宣言した第二文は、同じ段落に収められている以上、切り離して解釈されるべきではない。このふたつの文がひとつの内容を宣言しているのだと解釈すれば、1946年憲法前文第一段落は、市民の権利や自由が国家によって不当に侵害することを許さない、という宣言をしているのであって、自由と対抗する形で「人間の尊厳」を保護することの根拠とはなりうらない、とグルナールは主張する。この点で、グルナールが高く評価するのは、後述するコンセイユ・デタによる「人間の尊厳」の解釈である。後述する通り、コンセイユ・デタは、憲法院とは異なり、1946年憲法前文を「人間の尊厳」の根拠とはしておらず、その代わりに、基本的には、共和国的伝統と呼ぶべきものを「人間の尊厳」の根拠としている[101]。グルナールは、このようなコンセイユ・デタによる解釈は、法文解釈の手法として真っ当なものと評価するのである[102]。

第二に、憲法院が「人間の尊厳」を「公序」であるとはしていない点について

99） Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995. これは、Iでも確認した、住宅の多様性をめぐる判決である。本判決は判決理由6において、「1946年憲法の前文に由来する、おとしめに対する人間の尊厳の保護は、憲法的価値を有する原理である」と述べている。

100） Guillaume Glenard, « La dignité de la personne humaine: in ordre de valeurs? », RFDA, 2015, p. 869 et s.

101） たとえば、Conseil d'État, Juge des référés, 10/01/2014, 374528など。

102） Glenard, *supra* note 100, p. 872.

検討する。前述のとおり、1994年の判決においては、「人間の尊厳」が「公序」であるとは示されなかった。このような態度は、その後の判決においても続けている[103]。他方で、後述の通り、コンセイユ・デタは、「人間の尊厳」が「公序」の要素となる、という理解を示している。

第一、第二の点に共通して、フランス国内において、「人間の尊厳」がどのような性質を持つ概念であるか（何を根拠とするのか）、どれほどの拘束力を持つ概念であるのか（「公序」に含むべきものなのか）について、各機関はまちまちな態度を示している。このことの原因について、ベロニク・シャンペイユ－デスプラ（Véronique Champeil-Desplats）は、フランスにおいては、ドイツと異なり、「人間の尊厳」を規定する憲法の明文規定が欠如していることを指摘する[104]。シャンペイユ－デスプラによれば、明文規定を欠いていることで、「人間の尊厳」をめぐる学説の蓄積も十分ではなく、「人間の尊厳」は、フランスにとって、いまだ目新しく、理解の難しい概念にとどまっている[105]。「人間の尊厳」の内容や限界の画定のためには、判例の蓄積を待つ必要があるといえよう。

(2)　1995年　コンセイユ・デタ判決[106]
――「公序」の要素としての「人間の尊厳」

次に検討するのは、1995年10月27日のコンセイユ・デタ判決、いわゆる「モルサン＝シュール＝オルジュ（Morsang-sur-Orge）判決」である。

本判決は、その当時、ヨーロッパ全体で流行していた「小人なげゲーム（lancer de nain）」をめぐるものである。これは、前述の通り、小人症の男性を弾丸に見立てて投げ、その飛距離を競ったり、的当てを行ったりする遊戯である。訴訟の発端は、ファン・プロデュクスィオン社が、小人症の男性であるヴァシュ

103)　たとえば、Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009や、Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010など。

104)　Véronique Champeil-Desplats, « Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française ? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses Universitaires d'Aix Marseille 2013, Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ? p. 178.

105)　*Ibid*.

106)　Arrêt 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727.

ナン氏と契約を結び、ディスコクラブで「小人なげ」のショーを行おうとしたところ、このショーが著しく人間の尊厳を傷つけるものであることを理由に、モルサン＝シュール＝オルジュの長が、市町村法典 L131–2 条による、一般警察権限を基礎として、禁止したことである。この禁止命令に対して、ファン・プロデュクスィオン社とヴァシュナン氏が禁止の取り消しと損害賠償を請求して提訴したのである。本判決は、原審である、ヴェルサイユ地方行政裁判所の判決[107]を覆すものであった。

原審である、ヴェルサイユ地方行政裁判所の判決は、次のように述べて、人間の尊厳を傷つけるものであることを理由に、本件の「小人なげゲーム」の開催を禁止したことは違法である、との判断を出した。

> ある一定の人々が問題の見世物を組織することについて、抗議を公表している、というにすぎない状況は、公序紊乱の発生を予測させる性質のものではなく……コミューンの長が主張するように、その見世物が『人間の尊厳』を侵害し、『品位を汚すような側面』を持っていたとしても、禁止は地域特有の状況無くしては、合法的になされえない

ここでは、第一に、問題となる見世物が、物議をかもすような性格のものである、という事実だけでは、「公序」を侵害するとはいえないこと、第二に、「人間の尊厳」を侵害することや、「品位を汚すような側面」を持っている見世物であっても、地域特有の状況がなければ禁止はできない、という定式が示されている。

この原審の判断を覆したコンセイユ・デタ判決では、以下のように述べられている。

> 市町村警察の権限を持つ当局は、公序の侵害を予防するためのすべての手法を採りうる。人間の尊厳は公序の構成要素である。当局は、地域特有の状況を欠いていたとしても、人間の尊厳を侵害しうる遊戯を禁止しうる……見世

107） Tribunal administratif de Versailles, 2e ch., 25 février 1992, Soc. Fun Production, M. Wachenein c/ Commune de Morsang-sur- Orge. R. F. D. A, 1992, pp. 1026–31.

物として小人の発射を行う小人なげゲームは、身体的障害者やそのように見えるものを、発射物として使用するものであり、その目的そのものからして、このような遊戯は人間の尊厳を侵害する。……地域特有の状況や、あるいは問題となっている人の安全を確保する方策が採られていたとしても、そして、当人が自由にショーに参加していたとしても、禁止しうる

このように、「人間の尊厳」を侵害する遊戯の禁止については、地域特有の状況の有無は問題にならない、と判示したのである。なお、人間の尊厳が「公序」の一要素であることにつき、コンセイユ・デタ自身は、以下のように解説を加えている[108)]。

人間の尊厳を侵害し、良心を乱すおそれのある見世物を禁止することを承認することによって、コンセイユ・デタは、公序は単に『物質的で外在的』なものにはとどまらず、人間の概念（conception de l'Homme）を含むものであり、公権力はそれを尊重させることができる、と示した。しかしながら、公権力によるあまり広い解釈を防止するため、公衆道徳（la moralité publique）を公序として認めるものではない

ここでは二つのことが述べられている。第一に、「人間の尊厳」は「公序」の内容となったがゆえに、公権力によって、その尊重が一般的に確保されるべき対象となったこと、そして、第二に、公衆道徳一般を「公序」とはしないこと、である。

判決につき、以下の三点からもう少し掘り下げて検討をする。第一に、「地域特有の状況」は何を意味するか、第二に「公序」の要素とは何か、第三に「人間の尊厳」は「公序」の要素となりうるか、という点である。

108）　Conseil d'Etat, « le respect de la dignité de la personne humaine est une composante de l'ordre public », https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge-et-ville-d-aix-en-provence より閲覧可能。最終閲覧日：2019 年 7 月 9 日。27 octobre 1995 - Commune de Morsang-sur-Orge - Rec. Lebon p. 372.

i)「地域特有の状況」は何を意味するか

「地域特有の状況」という条件は、1959年12月18日のコンセイユ・デタ判決[109]によって示されたものである[110]。同判決は、非倫理的であると疑われる内容の映画の上映について、以下のように判示した。

> その上映が、深刻な混乱を引き起こすか、または、その映画の非倫理的性質と地域の状況からして、公序を害するおそれがある場合、コミューン内の秩序を維持することを責務とする、コミューンの長は、その管轄地域において、産業開発大臣による上映許可が与えられた映画の上映を禁止することができる。

ここから、警察行政は、問題となる行為が、①深刻な混乱を引き起こす場合、または、②非倫理的であって、かつそれについての地域特有の状況があるために「公序」を害するおそれがある場合、その行為に制限をかけることができる、という判例法理が導きだされた。①は、「公序」の伝統的な三要素なうち、「平穏」に対応するものであり、②は、「公序」の「非物質的側面」に言及したものであるように思われる。すなわち、「公序」の三要素を構成していない「非物質的側面」については、「非倫理性」と「地域特有の状況」の二つの条件を同時に満たしたとき、それが「公序」の侵害になる、と考えられる。

「非物質的公序」について「地域特有の状況」という条件を要求する理由として、小林は、「映画の分野における行政警察の二重構造、すなわち国レヴェルの特別警察と地方自治体レヴェルの一般警察の競合に由来する」[111]、と説明している。すなわち、フランス国内において、映画の上映許可は、第一段階としては、担当大臣によってなされるものである。それゆえ、国レヴェルでの上映許可を得ている映画については、著しく非倫理的ではない、という推定が働くことになる。

109）　Conseil d'Etat, Section, du 18 décembre 1959, n° 36385 36428.

110）　この点につき、小林前掲注6）および、Pierre Tifine, « Droit administrative français », https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/08/11/droit-administratif-francais-cinquieme-partie-chapitre-1/ より閲覧可能。最終閲覧日：2019年7月9日。

111）　小林前掲注6）203頁。

そうであるならば、第二段階で地域行政が介入するとすれば、「地域特有の状況」があるからこそ、その映画の上映が何らかの問題を引き起こす、といえなければならないのである。このように考えると、「地域特有の状況」というものは、「非倫理性」という、一見して「公序」を侵害するとは言えないものについて、「公序」を侵害する具体的な危険性を求めるものであるといえるだろう。

この「地域特有の状況」というものは、「非物質的公序」との関係でのみ問題となるものと解されるべきではなく、警察行政による「公序」を理由とする規制については、「物質的」か「非物質的」かを問わず、「公序」の侵害を確実にするような具体的な状況が要求されている、と考えるべきであろう。なぜなら、物質的公序を明らかに害する、殺人や窃盗、暴動などの行為は、あらかじめ、国家レヴェルでの立法で禁止されているはずであり、国家レヴェルで禁止されていない行為について、地域の警察行政が規制をかけることが許されるのであるならば、それは、問題となる場面との関係で、「公序」を害する具体的な危険性を再計算する必要があるからである。

すなわち、上記の①深刻な混乱をもたらす場合、または②非倫理的であって、かつ、それについての地域特有の状況がある場合、というものは、結局、双方ともに、公序侵害の確実性を図るための指標を示したものである、とまとめることができよう。

対象行為の非倫理性を理由とした規制につき、「地域特有の状況」を要求する態度は、その後のコンセイユ・デタ判決にも引き継がれた。たとえば、1985 年 7 月 26 日のコンセイユ・デタ判決[112)]では、« le pull-over rouge » と題する映画をエクサンプロバンスで禁止したことつき、1959 年判決と同様の定式を使用して審査している。そして、「小人なげゲーム」について審査したヴェルサイユ地方行政裁判所も、この伝統に従って、「地域特有の状況」を要求したのである。

この定式を覆したのが、1995 年のコンセイユ・デタ判決である、ということになる。ここでは、前述のとおり、「人間の尊厳」そのものが、「公序」の構成要素である、ということによって、「地域特有の状況」という条件を不要なものと

112)　Conseil d'Etat, 2/6 SSR, du 26 juillet 1985, n° 43468.

した。これはどのような意味をもつのであろうか。

ii）「公序」の要素とは何か

「人間の尊厳」が「公序」の要素となるのであれば、「地域特有の状況」は必要でない、ということはどのような論理なのであろうか。これを考えるためには、伝統的に「公序」を構成するとされてきた物質的な三要素（安全、平穏、公衆衛生）と、1959 年判決で問題となっていた非倫理性はどのような関係に置かれるかを考察する必要がある。

仮に、伝統的な三要素のみが、「公序」を構成するものである、と厳しい限定をかけて理解する場合には、「地域特有の状況」があるからといって、三要素のどれを侵害するわけでもない映画を、「公序」を侵害することを理由として規制することはできないこととなる。そうであるならば、「公序」は、厳密には、「要素」と裁判所が示したものだけを含むものではなく、場合によっては、「要素」以外の内容も含みうる柔軟性を持っている、とするべきだろう。

それでは、「要素」とはどのような機能を果たしているものと考えるべきであろうか。前述の通り、明らかに「公序」の要素を侵害する行為は、国レヴェルでの規制の対象になる。例えば、殺人や窃盗など、「安全」を明らかに害する行為は法律によって禁止される。同様に、「平穏」を明らかに乱すといえるほどに非倫理的な映画であれば、国レヴェルでの規制を受ける。それゆえ、過激な内容は含むけれども、「平穏」を明らかに害する、とまでは言えないような映画の規制については、地域の具体的な状況と照らし合わせて、公序侵害の危険性を再計算する必要がある。

以上のように考察すると、「公序」の要素とは、それが明らかに害される場合には、具体的な状況と照らし合わせるまでもなく、国レヴェルでの一般的な規制の対象とすることが可能なものであって、逆に、それが明らかに害されない場合には、具体的場面との関係で「公序」の侵害の危険性を再計算することを求める、という機能があるものと考えられる。

この考察にしたがえば、「人間の尊厳」を「公序」の構成要素、とすることは、それを明らかに侵害する性質をもつ行為につき、一般的な規制をとることを可能

にすることであったといえる。「小人なげゲーム」について実際に問題となったのは、地域における一般的な禁止であったが、「小人なげゲーム」を国全体で一般的に禁止するということがあったとしても、おそらく許容されるであろう。なぜなら、1994 年の憲法院判決によって、「人間の尊厳」を保護するために立法することはすでに承認されているからである。このことは、モルサン＝シュール＝オルジュ事件に際して提出された政府答弁書において、本来は、国全体で解決することが望ましいけれども、そのような立法を欠いている現状としては、地域における一般的禁止を要求する、との主張がなされていることからも裏付けられるであろう[113]。

iii）「人間の尊厳」は「公序」の要素になりうるか。

上記の考察から翻って、「公序」の要素が持つべき性質を考察するに、前述の通り、「公序」の要素は、それを明らかに侵害する場合には、具体的状況を要求しない、という機能をもつから、その内容は一定程度以上の普遍性を持っている必要があろう。つまり、フランス国内においては、地域や状況の区別なく、それが同等に確保されていることが求められるものである必要があると考えられるだろう。

「安全」「平穏」「公衆衛生」は、我々がみな、生活をするために最低限必要とするもの、といえるであろう。それでは、「人間の尊厳」はどうであろうか。この点、たとえば、ジル・ルブレトン（Gilles Lebreton）は、同判決によって、コンセイユ・デタは、「人間の尊厳」という概念を絶対的なものとしてしまい、「人間の尊厳」の内容について民主的な議論の対象とすることはもはや不可能になった、と批判している[114]。ルブレトン自身は明示していないものの、この批判は、「人間の尊厳」を誰もが同様に必要とするものなのかどうかは議論の余地があるという前提をとっているように思われる。

「小人なげゲーム」の当事者であったヴァシュナン氏も、本判決の内容を「私の仕事を取り上げておきながら、何らの埋め合わせもない」と批判している[115]。

113）　Conclusions sur Conseil d'Etat, Aseemblée, 27 octobre 1995, RFDA, 1995, p. 1204 et s.
114）　Lebreton, *supra* note 76, pp. 364–5.

ヴァシュナン氏は、自らの意思でファン・プロデュクスィオン社と契約を結んでおり、弾丸としてなげられるというこの仕事に、ある種のやりがいや生きがいを見出していたのである。それゆえに、本件にあっても、訴訟当事者となり禁止の取り消しを求めていた。つまり、ヴァシュナン氏自身は、「人間の尊厳」よりも「仕事」を求めていたのだといえる。

この点につき、小島慎司は、本件で問題となっていたのは、「人間の尊厳」というよりもモルサン＝シュール＝オルジュ市長が、小人症の障害者であるヴァシュナン氏に求める「社会的な役割」であった、と指摘する[116)]。すなわち、1994 年の生命倫理で問題になった「尊厳」としての dignité と、本件で問題となった dignité は、性質を異にするものであり、後者については「尊厳」ではなく、「名誉」という訳語をあてるべきであろうと指摘するのである。もし、小島が指摘するとおり、本件で問題となっていたものが、障害者に対して社会が期待する役割だったとするのであれば、それが「安全」や「平穏」、「公衆衛生」と同等に国民全員が必要とするものなのかは疑問が残るように思われる[117)]。

また、本件において、コンセイユ・デタが当人の自由な意思に優越するかたちで「人間の尊厳」を使用したことについては、個人の意思決定に対する過度な介

115） https://www.ledauphine.com/france-monde/2014/02/17/lancer-de-nains-l-interdiction-a-brise-sa-vie 最終閲覧日：2019 年 7 月 7 日。

116） 小島前掲注 6）267 頁。

117） この点、後述する「フルフェイスのベールの着用禁止に関わる法的可能性をめぐる研究」において、コンセイユ・デタ自身が、人間の尊厳には、二つの理解が含まれると指摘している。すなわち、一つには、モルサン＝シュール＝オルジュ判決によって認められた、人間の自由な意思と引き換えに守られる共同体の「人間の尊厳」という理解があり、もう一つには、欧州人権裁判所が認めているような、人間の自由な意思を保護しようとするものとしての「人間の尊厳」という理解があるというのである。小島が指摘する通り、前者の意味での dignité を「名誉」、後者を「尊厳」という呼び分けをすることが適切かは、いまだ判断しかねるが、コンセイユ・デタ自身が、「人間の尊厳」の複数の機能を認めていることは興味深い。Conseil d'Etat, *supra* note 9, p. 19. なお、玉蟲由樹は、近年、ドイツにおいても、「人間の尊厳」が特定の主体の「尊厳」には還元できない、抽象的な意味を与えられる傾向があることを指摘し、この傾向を批判する。玉蟲によれば、「個人が自ら望んで、他者に隷属する場合や、肉体的・心理的苦痛を受ける場合には、人間の尊厳を侵害する行為は存在していないというべきである。……人間の尊厳は、個人にとっての主観的な『よき生き方』を保障するものではあっても、普遍的・客観的な『よき生き方』を保障するものではない」。玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013）155-6 頁。

入であるとの批判が存在する[118)]。しかしながら、個人の自由な意思によっても処分できないものがあるという考え方をとることは、「人間の尊厳」の問題に固有のものではないように思われる。たとえば、シートベルトの着用の強制や、大寒の日に路上生活者を屋内に移動させる法制度が存在することは、本人の意思によっては「安全」を処分できないことを示しているといえよう[119)]。それゆえ、「公序」というものを本人の自由な意思に優越させるという問題は、「公序」の要素全般に関わるものであり、この批判は「人間の尊厳」が「公序」の要素に加わることの妨げとはならないであろう。

ここで、注意を要するのは、前述のとおり、コンセイユ・デタ自身が「公権力によるあまりに広い解釈を防止することは必要であり、公衆道徳（la moralité publique）を公序として認めるものではない」[120)]との解説を加えている点である。つまり、1995年の判決によって普遍性を与えられたのは、「人間の尊厳」という概念に限るのであって、上記の映画の倫理性をめぐって問題になっていたような、一般的な道徳観や暴力性等を広く含むとは考えられていなかった。そうすると、コンセイユ・デタ自身としては、「人間の尊厳」の性質を特別視し、その結果として「公序」の構成要素としたのだと考えることができよう。

2　ブルカ禁止法をめぐる議論

2010年9月14日に、フランス元老院において、「ブルカ禁止法」が可決された[121)]。これは、その1条において「何人も、公共空間（l'espace public）[122)]において、その顔を隠すための衣服を着用してはならない」と規定するものである。全身を覆ってしまう「ブルカ」等のヴェールを禁止すべきだとの声を受けて起草

118)　たとえば、Bertrand Seiller, « La censure a toujours tort », *AJDA*, 2014, p. 129. や、Camille Broyelle, « Retour sur l'affaire Dieudonné », *AJDA*, 2014, p. 473. など。

119)　この点で、筆者と同様の考察をしているものとして、Thibaut Leleu, « Dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative », *RFDA*, 2015, p. 885.

120)　Conseil d'Etat, *supra* note 108.

121)　同法の内容、成立過程での議論等については、村田前掲注6）および、中島宏「『共和国の拒否』――フランスにおけるブルカ着用禁止の試み――」一橋法学第9巻第3号（2010）に詳しい。

されたという、その背景から、同法は、「ブルカ禁止法」と呼ばれることが多い。しかしながら、その正式名称は「公共空間において顔を隠すことを禁止する法律」であることからも分かるように、必ずしもブルカのみを禁止するものではなく、ニカブやシタルなども含めて、全身を覆い隠してしまう種類のヴェールを全般的に対象とするものである。

同法が、ブルカ等を日常的に着用しているイスラム教徒をはじめとする市民の、表現の自由、信教の自由、往来の自由を侵害しているのではないかと主張がなされて、憲法院に審査が提起された。その結果として、2010 年 10 月 7 日に、憲法院は一部留保を付けたものの、同法をほぼそのままの形で合憲であると判断した。

同法の立法過程においては、ブルカの着用が「公序」を侵害しうるものであることが主張された。このことは、共和国と宗教の関わりについて定めた、ライシテの原則の内容と関わりがあると思われる。

ライシテの原則は、1905 年のいわゆる「ライシテ法」[123]によって規定された内容を基礎とするものである。この「ライシテ法」は、第 1 条で「共和国は良心の自由を保障する。共和国は、それが以下に表される公序の利益を唯一の制限として、信仰の自由な実践を保障する」と規定している。

この条文の意味につき、1995 年のセクトに関する調査委員会(Commission d' enquête sur les sects)による報告は、次のような解釈を示している。すなわち、「宗教を信仰することが、公序を害しない限り公的な事柄を構成しないということである。つまり、宗教的な事柄はもっぱら個人的なものであり、私的な領域にとどまる」[124]と。ここから、ある信仰の実践が公的な議論の対象となるか否かは、「公序」を害するか否かを分水嶺として決される、ということがわかる。

---

122) この「公共空間」という言葉について、政府作成の影響評価書では、以下のように定義を試みている。すなわち「公共空間とは、公道もしくは、公衆に対して開かれた、もしくは公役務に関わる場所を指す」としている。つづけて「公衆を受け入れる場所、というものは、複数の、互いに知り合いではない人々が、交友関係の排他性を求めない場所である。すなわち、公園、カフェ、交通機関、商店などが、顔を隠すことが禁止される場所に含まれる」と具体化している。Projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Etude d'impact, Mai 2010, p. 17.

123) Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et et de l'Etat.

124) Rapp. AN n° 2468, 22 décembre 1995.

以上のような背景から、立法過程における議論、立法府の求めに応じて出されたコンセイユ・デタの調査報告書、そして同法に対しての憲法院における合憲性審査のすべてにおいて、「公序」が議論の中心となったのである。

立法府およびコンセイユ・デタでなされた「公序」の解釈は、憲法院判決にも相当な影響を与えたと考えられるため、立法過程における議論、そしてコンセイユ・デタの調査報告書の内容を順に検討してから、最後に憲法院の判決を検討する。

(1)　立法過程における議論

ブルカ禁止法の制定をめぐっては、具体的なものを含めれば膨大な量の議論がなされており、それを全て追うことは、本稿の目的を超える。そこで、ここでは、当時の法務大臣であるミシェル・アリヨ－マリー（Michéle Alliot-Marie）による立法趣旨説明および政府の立法に関しての見解をまとめた書類である影響評価書（etude d'impact）のうち、「公序」に関わる部分を見る。

そこでなされている主張のうち「公序」に関わるものは、大まかには以下のように二つに分類できる。一つが、「共生」の条件という「公序」の解釈であり、いまひとつが、立法目的を「公序」とすることで、規制の一般性を正当化しようとするものである。以下、順に検討する。

i）「共生」の条件としての「公序」

アリヨ－マリーは、ブルカ等のベールを公共の場で着用することを禁止する法律は、「社会の共生という基本的価値を体現する社会的公序を確立する」ものであると繰り返し強調した[125)]。自らの演説を、以下のように共和国における共生の重要性を強調することから始めた。

> みなさま、われわれの共和主義における約束事である、共生の意思というものは、我々が共有する価値の周りに集まる能力、そして共通の目的を共有す

125）　Assemblée Nationale, 2^{e} séance du 6 juillet 2010, J. O. R. F., p. 5322.

る意思に依るのです。……この問題は、安全の問題でも、宗教の問題でもありません。共和主義の観念の問題なのです。共和国は顔をさらすことによって実現される、すなわち、これは、尊厳、平等、そして透明性の問題なのです。

それにつづけて、以下のように「公序」の概念を援用している。

本法は、憲法的基礎、すなわち、社会的公序の基礎の上に立っているのであります。……公序の概念は、伝統的には、三つの物質的な構成要素：安全、平穏、公衆衛生を含むとされてきました。しかしながら、公序の概念は、社会的な、非物質的な構成要素 —— 社会的、共同体的、非物質的のどれでよぶかは大した問題ではありません —— を含むものであって、それは同等に重要なものなのです。

ここで、アリヨ－マリーは、「非物質的公序」（あるいは、社会的公序）は、本法を正当化する憲法的基礎である、と主張している。しかしながら、憲法院は、そのような「公序」を明確に認めたことはなかったし、コンセイユ・デタも、前述のように、「非物質的公序」を一般的には認めていなかったはずである。この点について、アリヨ－マリーは以下のように説明している。

わたしの視座からいえば、憲法院は、黙示的には社会的公序の概念を認めております。ともかく、共和国の諸価値に関わる場合、われわれが諦めなければならないのは、なにかが事前に明示的には認められてない、というゆえではないのです。

この前の部分で、彼女は憲法院が一夫多妻と近親相姦の禁止を判断する際に、「共生（vivre-ensemble）」という基本的価値に依っていると指摘している[126)]。よって、アリヨ－マリーは、憲法院は黙示的に「非物質的公序」を認めているとの理解を示しているといえる。しかし、「非物質的公序」が判例によってすでに

明確に認められたものでないとしても、共和国の諸価値のために必要なものはつくられるべきであるとの主張されていることから、アリヨ－マリーにとって、憲法院が「非物質的公序」を明示的に認めていないことは、そもそもあまり問題ではなかったと見受けられる。いずれにしても、「共生」の価値を体現している本法は、「公序」という基礎を持っているのである、との主張をしている、とまとめることができよう。

なお、アリヨ－マリーは上記の発言で、「社会的な公序（ordre public social）」と「非物質的公序」というものを同義に使用しているのであるが、それらは完全に重なり合うものであるか否かは議論の余地があるように思われる。というのも、「非物質的公序」の問題は前述のとおり、基本的には映画の倫理性などとの関わりで、裁判所において審査が施されてきたものであり、必ずしも、社会の多数派の倫理観をそのままに反映したものではないからである。

「共生」という価値と顔を社会にさらすことの関係につき、影響評価書では以下のように述べられている。

> 社会性の基礎的なルールというものは、交流、眼差し、会話から成り立つのであって、どのような場合であっても、互いに顔をさらすことを前提している。反対に、顔を完全に隠してしまうということは、それが自由な意思によるものか強制されたものかを問わず、自分自身と他人の否定に至るのであり、また、人間関係の実践を不可能にする。このようなふるまいは、それ自体、社会契約を不安定にする、象徴的暴力なのである[127]。

このように言って、顔を完全に覆うベールを身につけることは、人権宣言４条の「他人を害する行為」にあたり、規制の対象としうる、としている。ただし、これはあくまで、ベールの着用が社会的紐帯を害するという主張であって、影響

126)　ここで参照されている憲法院判決は、明示されてはいないものの、その内容から、おそらく、n° 93-325 DC du 13 août 1993、n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 であると思われる。これらの判例については、コンセイユ・デタの報告書を検討している(2)において詳述する。

127)　*Etude d’impact*, pp. 5-6.

評価書においては、「公序」と「共生」という二つの概念が直接結びつけられてはいない。

「公序」の侵害という観点からは、影響評価書では、ベールを身につけることが、社会生活の順調な機能や安全を害するから、「公序」を侵害することになると主張されている。たとえば、個人の身元確認や、親が学校に通う子供の迎えに行く場合、郵便配達の際などに、顔が隠れていることは不都合である、というのである[128)]。この意味での「公序」は、伝統的な三要素のうちの「安全」の枠組みで捉えることができると思われる。よって、影響評価書は、「公序」の「非物質的側面」を主張することについては比較的に慎重な態度をとっていたといえよう。

ii) 「公序」という目的を設定していることに伴う規制の「一般性」

影響評価書は、従来、安全やライシテの原則を理由とした、個別の法律が存在していたことを指摘している。具体的には、警察による身分確認を拒否できないことを定めた刑事手続法78-1条の規定[129)]や、公道におけるマニフェスタシオンの参加者が顔を隠すことに1500ユーロの罰金を定めた2009年のデクレ[130)]は、安全の観点からブルカの着用を規制するものであるとした。また、公立の学校において、これ見よがしに宗教的帰属を表明するようなシンボルを身につけることを禁止する2004年法[131)]は、ライシテの観点からの規制であるとしている。影響評価書は、これらの規定はすべて、社会生活の基礎を揺るがす行動について対処するものであったとし、本法もその延長線上にあるものと主張している[132)]。

ここで問題となるのは、規制の「一般性」はなにゆえに正当化されるかである。これまでは、安全やライシテの原則といったものを規制の理由としていたために、個別的な法律しか作ることができなかったのだとしたら、一般的規制は、それら以外の理由で正当化する必要があることになろう。この点につき、参考になるの

128) *Ibid.*, p. 7.
129) L'article 78-1 du code de procédure pénale.
130) Dectret n° 2009-724 du 19 juin 2009.
131) Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004.
132) Étude d'impact, p. 4.

は、アリヨ－マリーの説明である。彼女は、以下のように述べて、本法における規制が一般的なものであることは「公序」の概念によって正当化されると主張した[133]。

> 物質的公序は求められる目的と規制との間の比例性を含むものであるとしても、社会契約の基本的な価値を体現する社会的な公序は、一般的規制の手法をとることを可能にするのです。……多くのコンセイユ・デタ判決が、このような社会的あるいは物質的公序の外縁を明確にしています。

彼女はここで、モルサン＝シュール＝オルジュ判決を参照しているが、同判決は、前述のとおり、「人間の尊厳」という概念を「公序」の構成要素としたことによって、一般的な規制を正当化したのであり、また、コンセイユ・デタ自身、「公衆道徳（moralité publique）」全般を「公序」として認める意図はなかった、との解説を加えていた。つまり、アリヨ－マリーは、（意図的なものかどうかは定かではないが）判決の拡大解釈をしている、と言える。この拡大解釈がなされたのは、おそらく、本法の立法にあたっては、一般的な規制手法を採用することを特に重視していたからだろう。すなわち、アリヨ－マリーは、「場所や時、ある仕事に限定した部分的な禁止は現実の秩序に困難をもたらすのです……自由や、尊厳や平等を尊重しないフルフェイスのベールをどのように是認しうるでしょうか」[134]、と述べているのである。彼女の主張に従えば、自由や平等も、「人間の尊厳」と同様に普遍的に保障されるべき価値であって、その保障が場所や時や、仕事の性質によって区別されるということは、混乱を招くのである。

他方で、それに続く部分で、同法が「グローバリゼーション（mondialisation）」と「社会の複雑化」に対応するものであるとして、以下のように述べた部分には若干の矛盾が見られるように思われる[135]。

133）　Assemblée Nationale, 3^{e} séance du 6 juillet 2010, J. O. R. F., p. 5367.
134）　*Ibid*., p. 5368.
135）　*Ibid*., p. 5369.

> グローバリゼーションと我々の社会の複雑化に際して、我々は共生のための、共通の未来（destin commun）を提示する意思のための、一定の目印を求めており……われわれの共通の責任は、民主主義と共和国の原理を実践することに注意を示し、そして、我々が共有する価値を再確認することなのです。

影響評価書においても、本法を制定することによって、ベールを着用する女性たちやその周囲の女性たちに対して、「共生」の原理を尊重するように促すことができる、と主張している[136)]。これらの主張は、現代のフランス社会には、フランスに伝統的な価値観をアプリオリには共有していない人々が存在する、ということを前提にしているように思われるのであるが、これは、ブルカの禁止が、普遍的な価値を具体化するものである、という主張とは対立するのではないだろうか。

このように、「公序」の法的な解釈という点でも、同法を受け入れるための準備が社会にあるのか、という点でも、本法は十分な基礎があったとは言い難い。

この点、コンセイユ・デタが発表した現代のフランスにおける法律のあり方に関する研究にて、ダミアン・シャムシー（Damien Chamussy）によって「対話の道具としての法律（loi comme un instrument de communication）」というあり方[137)]が、提示されていることが興味深い。ここで、シャムシーは、フランスには伝統的に、法律を社会と代表の間の対話の契機と捉える傾向があり、そのことが議会の権限の制限を試みた第五共和政でもなお、立法が増加傾向をとっていることの要因の一つであると指摘している。上記の検討の通り、同法を受け入れるための法的、社会的基礎が十分にあるとはいえない状態で、立法が行われたことも、このようなフランスにおける法律のあり方全体と無関係ではないように思われる。

136) *Etude d'impact*, p. 21.

137) Damien Chamussy, « Procédure parlementaire et qualité de la legislation: la constribution du Conseil constitution à la sécurité juridique », *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2006, p. 349.

(2)　コンセイユ・デタによる調査報告書[138)]

2010年1月29日、フィヨン首相により、ブルカ禁止をめぐる「最も効果的な法的解決」の検討がコンセイユ・デタに諮問された。その結果をまとめたものが、「フルフェイスのベールの着用禁止に関わる法的可能性をめぐる研究」[139)]である。

この報告書の中で、コンセイユ・デタは、採用しうる立法根拠を順に検討している[140)]。「公序」の概念以外で検討されているのは、おおまかには、ライシテの原則、人間の尊厳や男女平等、安全であるが、それぞれ以下のような理由で、ブルカ禁止法の成立根拠にはなりづらい、と判断されている。まず、ライシテの原則は、基本的には、国家に対して中立性を要求することで市民の信教の自由を保護するものであるから、個人による信仰表現の一般的禁止の根拠にはなりづらい。人間の尊厳や男女平等は、真に自発的なベールの着用を規制する根拠とはならない[141)]。そして、フルフェイスのベールを着用していたからといって、それ自体が暴力的なものであるわけではないから、安全の問題が生じているとは言いづらい。

このように整理して、コンセイユ・デタは、「公序」は法的基礎となりうるか、という検討に移る。コンセイユ・デタは、「公序はある程度の自律性（autonomie）や固有の内容（contenu proper）を持ちうる。すなわち、私たちが相互に要求するものや、社会生活に必須の保障のための最低限の基礎を表す概念であるとみなされうる」[142)]とする。そして、1993年8月13日[143)]や、1999年11月9日[144)]の憲法院判決には、そのような「公序」の要請があらわれている、と評価

138)　Conseil d'Etat, *supra* note 9.

139)　*Ibid*.

140)　*Ibid*., pp. 17-21.

141)　この部分は、一見、ヴァシュナン氏の自由な意思に反して、「小人なげゲーム」を規制対象としたモルサン＝シュール＝オルジュ判決の内容と整合しないようにも思われる。このコンセイユ・デタの報告書の中で明示されているわけではないが、おそらく、人を「弾丸」という物に見立てて投げるゲームと、自らの信仰心に従って街中でベールを身につけるという行為とでは、「人間の尊厳」を侵害する蓋然性が違うのだ、という理解によるものだと思われる。

142)　Conseil d'Etat, *supra* note 9, p. 25.

143)　Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. 同判決についての解説は、光信一宏「外国人の憲法的地位」フランス憲法判例研究会前掲注42)『フランスの憲法判例Ⅱ』70頁以下。

する[145)]。憲法院は、前者においては、フランスに居住する外国人に、彼らの家族を呼び寄せて生活を営む権利を認めたが、その一方で、そうした権利は、「公序」を保護のための規制に服するとした。その上で、複数の配偶者を呼び寄せることは、ポリガミーを容認しないフランスにおいては、憲法に反するものとして規制される、とした。後者においては、パックスを行うための登録に関わる規制において、近親相姦の禁止を定めることは、「公序」の尊重に資すると表現されている。コンセイユ・デタは、これらの憲法院判決に現れているような、人々が社会生活を行うために必要な最低限の条件というべきものを、「積極的公序」と呼び、これが、本法がとりうる唯一の根拠であろう、とする[146)]。しかしながら、「このような公序の概念は、法学説においても判例においても十分に発展していない」として、このような「公序」を基礎としてブルカ禁止法を制定することは「あやうい解決策（solution risquée）」である、と結論づけている[147)]。

コンセイユ・デタは、「人間の尊厳」という概念は「公序」の構成要素である、と認めているのであるが、前項で検討したとおり、それは「人間の尊厳」という概念が十分な普遍性を有するものである、と考えられたことの結果であったと考えられる。このことは、コンセイユ・デタが、本法のようなブルカ着用の一般的規制は、「公序をより深刻に害するのでなければ、不可能でないにしても、難しい」[148)]と主張していることからもわかる。そうであれば、倫理観や道徳に関わる価値観のうち、何が「公序」の構成要素となるほどの普遍性を有するかは、なお一層の検討を要する問題であるということになる。憲法院によって、多様性の尊重、多重婚や近親相姦の禁止の憲法適合性が承認されたからといって、あくまでそれは、問題となっている価値観を具体的に検討しての結果であって、何が「非物質的公序」として含められるかという問題については、学説や判例の積み重ね

---

144) Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999. 同判決についての解説は、齊藤笑美子「婚姻外カップル立法化の合憲性」フランス憲法判例研究会前掲注42)『フランスの憲法判例 II』91頁以下。

145) Conseil d'Etat, *supra* note 9, pp. 27.

146) *Ibid*.

147) *Ibid*., p. 28.

148) *Ibid*., p. 29.

を待つしかなく、より一層の慎重な検討を必要とする、とコンセイユ・デタは考えているのであろう。

(3)　憲法院判決[149)]

2010年10月7日に、「ブルカ禁止法」を一部留保つきで、合憲とする憲法院の判決が出された。この判決の内容は以下のようなものであった。

まず判決理由3において、「公序」について、明確な定義はなされないまま、人権宣言4条、5条、10条、1946年憲法前文を根拠として、信教の自由は保護されるが、法律によって確立される「公序」を侵害する場合には、法律によって制限される、という一般原則を示した。

つづく判決理由4では以下のように判示した。同法の1条、2条は、「その当時までは例外的であった、公共の場において顔を隠すという実践の出現に対応するという目的を持っている」のであるとして、次のように、立法者の意図を整理した。

> 立法者は、そのような実践は、公的な安全への危険を構成しうるとともに、社会生活の最低限度の要求を見誤るものであると考えた。立法者はまた、顔を隠している女性たちは、それが自主的か否かを問わず、疎外され、劣等な地位にいるのであって、それは、自由と平等の憲法原理に著しく衝突するものであると考えた。

そして、懸案の法律を適用することによって、「立法者は、公序の保護の目的のため、これまでは個別の状況にあてがわれた規則を補い、一般化したのである」と認定している。

つづけて、判決理由5で、「立法者は、公序の保護と、憲法上保護される諸権利の保護の間の調和を確立する諸規定を採択したのであり、その調和は比例性に明白に反しているものではない。」とした。最後に、結論として、同法の禁止が

149)　Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

人権宣言 10 条に規定される信教の自由および、公共の宗教施設での信教の自由および、公共の宗教施設での司教の自由の行使に過度な制限をあたえない、という留保のもとで、合憲であるとの判断を出した。

この憲法院判決について、以下の三点について、検討を加える。

まず、「公序」と一般的な規制の関係についてである。憲法院が「これまでは個別の状況に留保されてきた規則」と呼ぶものが何を指しているのは、判決文自体では明示されていない。この点について、本判決に附せられたコマンテールが、これまでは個別具体的な状況に応じて、顔を隠すことを規制した規定がいくつか存在していたことを指摘している。そこでは、政府の影響評価書が指摘していた、身分確認等についての諸規定と同じものが挙げられている[150)]。憲法院は前述の判決理由 4 において、立法者が「公序」の保護を目的として規制を一般化したことを確認し、それをそのまま承認している。ここから、憲法院も、「公序」を理由とした規制は、一般的なものとなることを認めたのだといえよう。

第二に、本判決において、結局、「公序」はどのような内容を持つものとして取り扱われていたか、という点である。判決そのものに「公序」の定義を見ることはできないため、判決文の内容から考察する必要があるだろう。この点について、判決が 1789 年人権宣言 5 条を参照している点に注目するのが、中島宏である[151)]。人権宣言 5 条は、「法律は、社会に有害な行為のみを禁止できる」とする規定であるが、中島は、憲法院は、この規定を引くことによって、逆に、「社会に有害な行為」であれば法律は禁止できる、という解釈を示したのである、と分析している。そうであれば、ここで、「公序」を侵害する行為とは、「社会に有害な行為」を広く指すもの、と捉えられているのであろうと解することができる。それでは、「社会に有害な行為」はどのように捉られているのであろうか。判決は、立法者の意図を、「公的な安全への危険を構成しうるとともに、社会生活の最低限度の要求を見誤る」ことを理由に、顔を隠すことを規制するものである、と整理し、その規制は、立法者によってなされるべき「公序」と諸権利の保護の

150)　https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2010613dc/ccc_613dc.pdf より閲覧可能。最終閲覧日：2019 年 7 月 9 日。

151)　中島前掲注 6）29 頁。

間の調和を見誤るものではない、と判示している。であるから、本判決で問題とされている「公序」は、伝統的な「物質的公序」と、本法をめぐって盛んに議論されていた「非物質的公序」の双方を含むものと考えられたといえる。なお、本判決は、「人間の尊厳」の概念にも、ライシテの原則にも言及せず、前述の通り、人権宣言 4、5、10 条、1946 年憲法前文にのみ言及した。すなわち、本判決が言及している「公序」とは、すでに「公序」の要素であるとされた「人間の尊厳」とは異なるものであることになる。立法の目的を、立法者の意図から整理し、それをなお承認したことから考えれば、判決のいう「公序」は、アリヨ－マリーや影響評価書による立法目的の説明と大きく異なるものではないことになろう。この点、ベルトラン・マチュー（Bertrand Mathieu）は、本判決が「公序」の非物質的側面を認めたものであるとする立場をとった上で、「公序」の内容が具体的に明示されなかったことを指摘する。それにつき、「憲法院は、著しく繊細のものであるこの分析に踏み込まなかったと考えられる」と評価している[152)]。憲法院が今後の判決において、「公序」の非物質的側面についてのより踏み込んだ分析をなす可能性も考えられようが、現状では次のように考えられる。「公序」の要素の機能が、個別具体的な状況なしに、一般的規制を可能にするものであるという筆者の分析が正しければ、本件で一般的規制の基礎とすることが認められた、社会において顔をさらすということは、少なくとも「公序」の要素となったのだということができよう。

第三に、本判決が非常に簡潔なものであったことが指摘できる。フランス全土を揺るがすような問題であったにもかかわらず、本判決には 6 つの判決理由しかつけられなかった。しかも、その大半が、使用した根拠条文と、立法者の意図の確認に割かれていたのである。本判決が立法者の意図をほとんどそのまま再確認するものであったことにつき、ペイルー－シッソコ（Marie-Odile Peyroux-Sissoko）は、「憲法院の論法は、法的な論理というよりも、政治的なものであった」[153)]と指摘している。フランス憲法院が、政治に大きく譲歩したことの理由と

152)　Bertrand Mathieu, « La Validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur « le voile intégral »», *JCP* G, No 42, 18 octobre 2010, p. 1932.

153)　Peyroux-Sissoko, *supra* note 76, p. 126.

して、ペイルー－シッソコは、本判決が、「社会の問題」に対応するための法律をめぐるものであったからだ、と指摘している[154]。そして、「公序」の非質的側面を認めたことによって、憲法院は、「社会を保護すること」という機能を広く「公序」に与えたことになる、と主張する[155]。前述の通り、憲法院が「公序」の限界や内容を明らかにしないまま、立法者の主張をほぼそのまま承認するものであったことを考えれば、ペイルー－シッソコの分析は当たっているといえるだろう。

以上の分析から、憲法院は、時代の変化、社会の要請を反映しうる概念として、「公序」を柔軟に理解していることがわかった。しかしながら、その限界は明らかではなく、今後の判例の蓄積が待たれるところである。

3 小括

1では、「人間の尊厳」が法的規範と宣言された1994年の憲法院判決、および、その「人間の尊厳」が「公序」の一要素であるとされた1995年のコンセイユ・デタ判決を検討した。ここでは特に、「人間の尊厳」を「公序」の要素とすることによって、「地域特有の状況」という条件をなくして一般的規制を可能にしたのではないかと論じた。そこから、「公序」の要素となるものは、一定以上の普遍性を持つものである必要があるといえるだろう。

2では、ブルカ禁止法をめぐる立法過程での議論、コンセイユ・デタによる調査報告書の内容、および2010年の憲法院判決を検討した。これらのいずれにおいても、「公序」の内容がどのように捉えられるかということが議論の中心となっていた。立法過程では、「共生」の条件として国民が尊重すべき、相互に顔をさらすという共和国の価値が「公序」であるとの主張がされ、コンセイユ・デタはそのように「公序」を捉えることの危険性を指摘していた。結果として、憲法院は立法府が示した「公序」の解釈を、ほぼそのまま追認した。しかしながら、この憲法院判決においては、「公序」の非物質的側面がどこまでの広がりを認められるものであるのか、その限界は明らかにならなかった。一方で、憲法院は

154) *Ibid.*

155) *Ibid.*, pp. 126-7.

「公序」を、社会の要請に応じた、比較的柔軟な運用が可能な概念と理解していることが確認された。

おわりに

本稿は、憲法院判決を主な題材として、「公序」はどのような内容を持つ概念であるかを検討してきた。Ⅰでは、憲法院が「公序」にどのような憲法上の位置付けを与えているかを検討した。まず、憲法院は憲法34条を「公序」の根拠規定として選択したことを確認した。そして、なぜ法律事項を定めた規定である憲法34条を根拠規定に選択したかという理由について検討した。ここでは、以下の二つの分析から説明を試みた。ひとつは、「公序」は自由の範囲を確定するもののひとつであり、「公序」を考察することは、問題となる自由の保護の方法を考察することと表裏一体である、と憲法院が考えていること、いまひとつは、憲法の他の諸規定の内容から、自由に関わる問題は、第一次的には法律の形式によって定められるべきである、と憲法院が解釈していることである。

次に、憲法院が「公序」に「憲法的価値を有する目的」という位置づけを与えていることを確認し、その意味を検討した。ここでは、多元性の尊重や法律の理解可能性など、「憲法的価値を有する目的」に含められる他の概念も合わせ考えて、この「目的」は立法者に対して、「目的」の十分な達成を命じる法規範であることを確認した。より具体的には、この「目的」に反することを禁止し、「目的」を達成するための積極的努力を義務付けし、「目的」と他の規範との調整を行うことを許可する、という機能があることを検討した。

また、憲法院は「公序」について、自由の保護に必要なものであるかという審査を行っていることも確認した。これについて、憲法院は「公序」を、自由を制約するものであり、かつ、保護するものと捉えており、「公序」を単純な自由の対立物とは捉えていないことによる、との分析を加えた。そこから、憲法院は、「公序」を保護する立法によって得られる利益と失われる利益を比較しているというよりも、それ自体が自由を保障するものである「公序」の解釈について、立法者が誤っていないかを審査しているというべきであろうことを指摘した。

Ⅱでは、「公序」の非物質的側面についての検討から、「公序」の名の下に保護されるものの性質について分析した。「公序」は従来、倫理や感情の問題と全く無関係であったとは言い難いが、2010 年のブルカ禁止法をめぐる憲法院判決では特に問題となった。その前史として、「人間の尊厳」が法規範として考慮されることを宣言した憲法院判決、および、「人間の尊厳」が「公序」の要素であることを判示して、「小人なげゲーム」を一般的に禁止することを是認したコンセイユ・デタ判決を見た。同判決の検討を通して、「公序」の「要素」には、一般的禁止を正当化する側面があるのではないかということを指摘した。この分析にしたがえば、2010 年の憲法院判決は、「共生」の条件のうち、少なくとも、顔を相互にさらすことを「公序」の要素にしたといえる。「公序」の非物質的側面の限界は明らかとはならなかったが、憲法院が「公序」を社会の要請に対応することが可能な、比較的柔軟な概念として運用しているのではないかとの分析を加えた。また、「公序」の「要素」には一般的禁止を正当化する機能があるとの分析から、「公序」の「要素」となる事柄には、一定以上の普遍性が要求されるであろうことも指摘した。

「公序」という概念の特徴について、本稿での検討から得られたことを今一度整理すれば、以下のようになるであろう。第一に、「公序」は具体的な適用の場面において、自由を制約する概念として機能することがある一方で、自由を保護する概念としても機能するものと考えられる。その理由として、Ⅰで検討した通り、自由を保護するためには、まず自由の範囲を具体的に確定する段階が必要だと考えられていることが指摘できよう。また、ここでいう自由の範囲は、実際の社会生活において、ある自由がその本質を十分に発揮できる範囲と解することができる。このことは、制憲者と立法者の間に、権利を「問題にすること」と「実践すること」の権限配分が存在することを通して検討した。この権限配分によれば、立法者が自由を制約する、あるいは、積極的に保護する立法をするとき、それはいずれもその自由の「実践」であるべきだ、ということになる。自由とその制約のこのような関係性は、情報の多元性など、「公序」以外の「憲法的価値を有する目的」にも共通する部分があるだろう。

第二に、「公序」の「要素」となるものは、一定以上の普遍性をもち、単にそ

れがあった方が（もしくは、なかった方が）便利であるということを超えて、誰にとっても、どのような状況においても同様に必須なものであると考えられる。この洞察は、「人間の尊厳」を理由として「小人なげゲーム」を一般的に禁止することが正当化されたことの検討を通して得られたものである。「人間の尊厳」は「公序」の要素であるから、それを侵害する行為は一般的に禁止の対象となるという論理をとるためには、その前提として、「人間の尊厳」が私たちの生活にとって、安全や公衆衛生にとって同等に必須なものと考える必要があるであろう。一方で、ブルカ禁止法について出された憲法院判決および立法者による主張においては、互いに顔をさらすことは共生のための最低条件であるから「公序」と言える、とされたが、「公序」のこのような解釈をコンセイユ・デタは批判していた。コンセイユ・デタと憲法院の「公序」をめぐる対立は、「公序」は社会生活において必須なものに限定されるべきだとの共通認識を前提に、社会生活に必須なものとは何かの解釈が争われたものと考えることはできないだろうか。

本稿を通して筆者が得た知見が正しいものであるかどうかを検討するためには、他の領域においての「公序」の分析が欠かせない。特に、「公序」は憲法院の設立以前から、主に行政裁判所で運用されてきたものであるから、行政裁判所による「公序」の運用を検討が必要であろう。そのため、今後は行政裁判所における「公序」についての検討を進めることとしたい。

〔付記〕

本稿は、2019年度科学研究費補助金（課題番号「19J10609」）による研究成果の一部である。