

# フランスにおける「公序」と 自由をめぐる一考察

— フランスの行政警察のあり方を手がかりとして —

田 中 美 里\*

- I 序論
- II 一般行政警察と特別行政警察の区別
- III 権限の競合問題
- IV フランスの行政警察のあり方に見る「公序」の特徴  
おわりに

## I 序論

### 1. 問題の設定

#### 1-1. 「公共の福祉」の曖昧さ

本稿は、フランスの行政警察のあり方と、「公序 (ordre public)」という法概念との関係性を、憲法学的な観点から検討することで、我が国の「公共の福祉」の内容や限界についての示唆を得ることを目指すものである。

本稿筆者は、これまで、「公序」というフランス法の概念の内容や機能を明らかにし、我が国の「公共の福祉」解釈についての示唆を得ることを目指してきた。その試みのひとつとして、前稿においては、フランス憲法院が、法律の憲法適合性審査をする中で、「公序」の位置づけや機能をどのように理解し、使用しているのか検討した<sup>1)</sup>。それにつづく本稿では、行政活動の領域あるいは行政裁判所においては、「公序」がどのような概念として理解されているのかを検討するこ

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第19巻第2号2020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

ととした。

「公共の福祉」の解釈について、かつて通説的な地位を占めていたと思われるのが、宮沢俊義による解釈であろう。宮沢は、「公共の福祉」とは、憲法上の権利同士の矛盾・衝突を解消するための概念であるとし<sup>2)</sup>、この主張はいわゆる「一元的内在制約説」として、多くの学説に受け入れられたのである<sup>3)</sup>。その後、芦部信喜は、「公共の福祉」の内容について、宮沢と基本的には同じ解釈をとった上で、判例が、憲法上の権利の制約を正当化する概念として「公共の福祉」を用いていることに着目した。そして、「公共の福祉」の拡大解釈を避けるためには、人権ごとの限界や制約の態様などを検討することが重要であることを説いた<sup>4)</sup>。

このように、従来の日本憲法学では、「公共の福祉」をめぐる議論は、各権利に対しての制約の限界はどこにあるのかという論点に収束する傾向があり、「公共の福祉」そのものに対して積極的な定義を与えようとするものは決して多くはなかった<sup>5)</sup>。

それに伴って、これまで日本の憲法学では、「公共の福祉」を理由とする権利

- 
- 1) 田中美里「フランス憲法院判例における『公序 (ordre public)』の概念」一橋法学第18巻第3号(2019)299頁以下。
  - 2) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕(有斐閣、1974)228頁以下。宮沢はここで、「各人の人権の共有およびその主張に対して、なんらかの制約が要請されるとすれば、それはつねに他人の人権との関係においてではなくてはならない」としている。
  - 3) 本稿において、筆者が「憲法上の権利」あるいは「権利」と呼ぶものは、憲法学で、従来「人権」と呼ばれてきたものと大きな差異があるものではないが、本稿では、検討対象をより明確にするため、「憲法上の権利」と呼ぶ。なお、フランス法に関する記述においては、「自由」という表記を使用している。それは、フランス行政裁判所の検討対象となる全ての自由が、憲法レベルでの保護を与えられているわけではなく、それゆえ、行政裁判所では、現在でも、自らの検討対象となる自由を、「公的自由 (libertés publiques)」あるいは、単に「自由 (libertés)」と呼称しているためである。
  - 4) 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣、1994)200頁以下。
  - 5) このような日本の憲法学における議論の全体的な方向性は、ある程度批判の対象となってきた。「公共の福祉」の機能は、各自由同士の衝突の解消にとどまらないはずであることを指摘するものとして、工藤達朗『憲法学研究』(尚学社、2009年)78頁以下、116頁、および玉蟲由樹「人権と国家権力——『公共の福祉』の多元的機能」法律時報第86巻第5号(2014)。また、自由と安全の関係性に着目して、国家による自由と安全の積極的確保の意義を、憲法学においても分析していく必要性を論じるものとして、小山剛「自由と安全 若干の憲法学的考察」警察学論集第58巻6号(2005)79-87頁。

制約について、それが立法によるものなのか、行政活動によるものなのかを厳密に区別して論じるというよりも、今問題となっている権利に対して、国家が正当化不能な侵害をしていないのかが特に問題とされてきたように思われる。ここには、個人と国家全体を対立させる構図をとった上で、立法であれ行政活動であれ、およそ国家の活動について、正当化可能なものかどうかを重視する思考が垣間見えるように思われる。

もちろん、そこでは行政活動が適法なものであることを当然の前提として要求してきたのであり、それゆえ、憲法学の観点からは、行政活動の根拠となっている法律の内容を中心的争点としてきたのだと考えられる。しかしながら、本章1-2で論ずる通り、行政の活動について、法律がその活動を真に統制できているのかは疑わしい現状がある<sup>6)</sup>。そうすると、行政活動に対して十分に統制を及ぼすためには、その活動が法律の範囲内に限定されているかを検討するのみでは足りず、法律による行政への授権の適切なあり方について、あるいは、どのような場合に行政の活動が法律による授権の範囲を超えたといえるのかについて、憲法学的な観点からの一般的・理論的な考察が必要であるといえよう。

ところで、日本政府による「公共の福祉」の運用は、これまで、国際連合の規約人権委員会より、繰り返しの注意を受けている<sup>7)</sup>。同委員会が指摘するところによれば、我が国において、「公共の福祉」の概念は曖昧かつ無限定に使用され

6) この点について、渡辺康行『「内心の自由」の法理』（岩波書店、2019）318頁以下を参照。渡辺はここで、警察の公安当局によって収集されたムスリムの個人情報が出した、「ムスリム捜査事件」をめぐる提起された憲法上の争点を検討しているが、その中のひとつに、法律の留保の問題がある。原告らが、当該情報捜査について特別の根拠規定を要求したため、警察法2条1項は、当該情報収集の根拠法たりえるかが争点となったのである。これに対して東京地裁は、警察法2条1項に定められる「犯罪の予防」や「その他公共の安全と秩序の維持」が警察の責務であることから、これらに必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない任意の手段による限り一般的に許容される、とした。このように、確かに、警察法は、警察活動の目的を「犯罪の予防」や「公共の安全と秩序の維持」に限定しているが、実際の運用においては、これらに必要な警察の諸活動が任意の手段である限り一般的に許容される傾向があり、その目的や内容については明確な限定は示されていないことがわかる。

7) 日本政府の「公共の福祉」の運用に関する、規約人権委員会による批判について、窪誠「なぜ、日本国憲法『公共の福祉』概念が、国連人権機関で問題とされるのか？」大阪産業大学経済論集第18巻（2016）第1号1頁以下参照。

ており、そのような運用は、自由権規約の下で許容される制約を超えて、自由を制限している可能性がある<sup>8)</sup>。

規約人権委員会が指摘している「公共の福祉」の概念の運用の曖昧さ、限界のなさの原因は、第一には政府による運用や解釈の方法にあると思われる。しかしながら、日本政府の「公共の福祉」の運用に対して、従来の憲法学の解釈が、十分な統制を与えられていないのであるとすれば、今一度、「公共の福祉」そのものを積極的に検討する意義があるように思われる。というのも、内野正幸が指摘しているように、国家による憲法上の権利への介入を、すべて権利相互の衝突で捉えることは現実としては不可能なのであるとすれば<sup>9)</sup>、従来の解釈は、「権利相互の衝突」の拡大解釈を招くおそれがあるのである。

この点は、長谷部恭男が次のように指摘しているところでもある<sup>10)</sup>。

一元的内在制約説のよって立つ前提は、政府が必ずしも個々人の人権には還元しえない社会全体の利益としての公共の福祉の実現をその任務としている

---

8) 規約人権委員会の指摘は日本政府サイトより閲覧可能。https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000054774.pdf 最終閲覧日：2020年1月10日。

委員会は、さらに、自由権規約第18条および第19条の各第3項に規定された厳格な要件を満たさない限り、思想、良心及び宗教の自由あるいは表現の自由に対する権利への如何なる制限を課すことを差し控えることを勧告している。ここで言われている「第3項」の規定とは、上記の自由についての制限を「公共安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳の保護」あるいは、「他の者の基本的な権利及び自由を保護するため」という目的に限定するものである。すなわち、これら以外の目的のために、思想、良心および宗教の自由、あるいは表現の自由を制限することについて、委員会は懸念を示していると理解することができる。

9) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991）328-348頁。内野は、たとえば、売春業の規制などは、性道徳の維持の要請を援用してはじめて正当化するものであるのに、学説の多くが、「公共の福祉」については内在制約説をとりながら、善良な風俗を維持するために売春等の規制を合憲とする傾向があることについて、論理整合性に問題があると指摘している。なお、内野はここで、自由制約正当化事由のカatalogとして、①他者の権利・利益の確保のほか、②本人の客観的利益の保護、③公共道徳の確保、④経済取引秩序の確保、⑤自然的・文化的環境の保護、⑥国家の正当な統治、行政機能の確保、⑦社会政策的・経済政策的目的の実現を挙げている。筆者自身は、自由制約正当化事由について、自身のCatalogを提示する準備はなく、その意味で、内野の議論に全面的に同意するものではない。

10) 長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016）66頁。

という明白な事実をあいまいにするばかりでなく、現にある人権が制約されている以上、その制約根拠となっているのも人権であるという誤った思考を導く危険がある。

このような理解をとるならば、「公共の福祉」の内容、すなわち、どのような性質を持つものであればそこに含みうるのか、「公共の福祉」は、誰の、どのような活動を正当化するのか、ということを積極的に検討する意義がいまなお存在しているように思われるのである。

## 1-2. 日本における行政警察活動の目的の曖昧さ

本稿は、主な検討対象を行政警察活動の限界に設定している。というのも、あらゆる行政活動の中でも、行政警察活動は、法律によって一応の限界が設けられているものの、実際には「公共の福祉」の名の下に特に広く正当化される傾向があり、法律による統制が十分に機能していないきらいがあるからである。

行政警察の活動権限の限界という問題は、我が国においては、「警察権の限界」論として論じられてきたものであると思われる。この問題は、戦前には警察法学の中心的論点であったものの、戦後には不要のもの、さらには有害のものとの批判の対象となり、議論全体が下火となっていった<sup>11)</sup>。

公共の安全や秩序の維持について、国家がその確保を自らの任務とすることについては、特定の時代や社会に限らず、異論はあまりないようである。一方で、その任務を担うための警察を、国家が組織し、運営する必要性と、恣意的な警察活動の統制とは、緊張関係に置かれることとなる。それにもかかわらず、戦前、警察権の限界について明文規定を置いている国は多くなかった。そのため、ドイツをはじめとしたヨーロッパ諸国、あるいは日本においても、警察権の限界をめぐる議論は、「法律による統制の不備を補う規範」として中心的な地位を占めて

11) たとえば、田村正博は、警察行政法の概説書において、「警察権の限界」論とその誤りという項目を設け、現憲法下においては、警察も他の行政機関と同様に、憲法の定める基本的人権の尊重等の制約に基づく限界を考えれば足りるのであり、もはや「警察権の限界」論は過去のものとなったと強く主張している。田村正博『全訂 警察行政法解説〔第二版補訂版〕』（東京法令出版、2019年）75頁以下。

いたのである。

しかしながら、戦後、警察権の限界について実定法上の定めが作られたことによって、実定法外の法規範である「警察権の限界」論は、むしろ法治主義を後退させる危険性をもつものとして批判の対象となった。すなわち、警察法2条1項は「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもってその責務とする」と定め、つづく2項は「警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきもの」と定めており、これらの明文規定によって、警察活動は十分に統制されうると主張されたのである<sup>12)</sup>。

しかしながら、このような「警察権の限界」論不要論や有害論に対して、米田雅宏は、次のように問題提起する。

「実定法の定め」の名のもとで、実力行使を伴う警察活動固有の特徴が平準化され、その統制の質が緩んでいるということはないだろうか。公共の安全と秩序の維持という任務を国家が誠実に履行しようとするほど、法治国家たることを掲げながらもそれを裏から掘り崩す危険性があることに「実定法の定め」を唱える議論は果たしてどこまで自覚的だろうか。

このように問題提起した米田が、具体的に検討している問題のひとつに、「警察が担いうる任務の範囲」はどこまでか、というものがある<sup>13)</sup>。すなわち、国家が遂行するあらゆる公的任務の遂行において、警察に何かしらの関与を求めることは正当化できるのか、それとも、警察による関与には、警察の本質によるなんらかの限界があるのかという問題である。

米田のこのような問題意識の背景には次のような事情がある。第一には、近時、

---

12) この点について、「警察権の限界」論は不要であると強く主張する田村正博は、警察の活動範囲は、法律による特別の規定の範囲か、あるいは警察法2条1項の範囲に限定されるとしつつも、「責務達成に間接的に関わるだけであっても責務の中に含まれる活動であるので、警察の責務と全く無縁なものでない限りこの要件を満たすものといえる」としている。同上94頁。

13) 米田雅宏『「警察権の限界」論の再定位』(有斐閣、2019)21頁以下。

産業廃棄物処理に関する環境官庁と警察の連携や、いじめや非行に関する学校教育機関と警察の連携の必要性などが強く主張される傾向があることである。第二には1994年の警察法の改正によって「市民生活の安全と平穏」を所掌事務とする生活安全局の設置されたことなどを考えると、たとえ警察法2条の規定による限定があろうとも、警察内部部局の新設等を通じて、同条の意義を掘り崩す危険性はなお残っていることである。この問題の解決のため、米田は、ドイツにおける警察権の限界を検討している。

本稿は、フランスにおける行政警察のあり方の検討を通して、この問題の解決に向けて微力ながら貢献を試みる。

### 1-3. 検討対象としてのフランスの行政警察と「公序」

私たちは、多くの諸個人からなる社会で生きており、社会に存在する諸個人は法的には平等であるべきであるが、現実には個人がもつ力には差がある。そのことを前提にすれば、国家が各個人の自由に介入することを全くなくしては、結局は力が強いものがより多くの自由を享受することとなり、各個人が十分に自由を享受することは叶わなくなる。言い換えれば、諸個人が自らの自由を十分に行使するためには、国家が適切に調整を図る必要がある。中でも、安全や平穏などは、私たちが生活するための第一条件として、行政警察等によって確保される必要があるものである。しかしながら、行政による恣意的な介入は許されないのであるとすれば、どのような場合に、どのような方法で介入することが望ましいのだろうか。

フランス法における「公序」という概念は、本稿で検討する通り、安全や平穏等の内容を持つものであり、それを維持、実現するための国家活動を正当化する概念である。「公序」は、その実現のために必要な程度で、行政を含む公権力による各人の自由の行使への介入を正当化するという点で「公共の福祉」と共通する部分がある<sup>14)</sup>。しかしながら、筆者の考察によれば、「公序」は、その維持に関わる行政の活動をすべて正当化するものではなく、むしろ、行政警察の活動を枠づける機能をもっている。結論を先取りすれば、「公序」に含まれる内容には、安全や平穏といった行政警察への一般的授権に適したものと、公衆道徳や種の多

様性などの立法による特別の授権に適したものの二段階が存在する。そして、一般的授権がなされる内容は、かなり限定的に捉えられている。このような特徴を持つ「公序」を考察することで、「公共の福祉」の検討についての有益な示唆を得ることが期待できる。

本稿は、「公序」を考察するための具体的な題材として、フランスの行政警察のあり方を選択している。フランス行政法においては、行政活動は、全体として、一般利益 (*intérêt général*) の実現のためになされるものと理解されている<sup>15)</sup>。この「一般利益」とは、国家の存在理由たる活動目的全体のことである。一般利益のうち、個人に対して強制力をもって行使される性格をもつものが「公序」の名前でよばれている<sup>16)</sup>。フランスにおいて、行政活動の種類は、警察行政活動と、その他の書類やパスポート等の発行等の公役務に大別されるが、この二つのうち、「公序」の維持、達成に関わる活動がひろく警察行政活動と呼ばれている<sup>17)</sup>。本稿の目的は「公序」の運用方法を検討することであるから、検討の題材としては、行政警察活動が適切であると判断した。

## 2. フランスにおける「警察」の概念の広さと本稿の対象の限定

フランスにおける「警察 (*police*)」の概念は、日本における「警察」の概念

---

14) なお、筆者がすでに検討したところでは、「公序」は、各人の自由の制約を正当化することを唯一の機能とする概念ではなく、各人の自由の行使を積極的に保護する側面がある。この点については、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頁を参照いただきたい。

15) Jean Rivero = Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 1996, p. 385.

16) Etienne Picard, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 20 juin 1996 spécial, p. 65. ピカルルによれば、「公序」と「一般利益」の概念は、相互に似通っているように思われるが、「公序」はとりわけ強制力が強い点で区別される。ここから、フランス法において、法律等の明文規定において、目的が「公序」である、と書かれていなくても、個人の自由の行使に対して強制力を及ぼす行政活動は「公序」の実現に関わるものと理解されていることがわかる。また、ジャック・プティも、同様の理解をとっており、「公序とは、当該時代と地域において、権利や自由の行使をよりよく保護するために相当重要であると考えられるもので、一般利益のうちで強制的な性格によって特徴づけられるものである」と説明している。Jacques Petit, « Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif », *La police administrative*, PUF, 2014, p. 208.

よりも非常に広いものであるため、本論での検討に入る前に整理しておきたい。

前提として、フランス法全体において、「警察」の概念や警察の制度を包括的・体系的に定めた明文規定は存在しない<sup>18)</sup>。そのため、「警察」の概念については、判例や学説による整理を参照する必要がある。その結果、あらかじめ次のようにまとめることができる。

フランスにおける「警察」の概念は、「公序」の維持に関わる国家の活動を一般的に含んでいる<sup>19)</sup>。前述の通り、「公序」とは、国家の存在理由全体をさす「一般利益」のうち、諸個人に対して強制力をもって達成される目的のことを指す。すなわち、より端的には、フランス法における「警察」とは、手続を制定する、あるいは、直接に制限をかけるなど、何らかの形で、諸個人のあらゆる活動を枠づける作用をもつ国家活動全体を広く指す言葉である。

そのような意味の「公序」の維持に関わる国家の活動を「警察」の枠組みの中で捉えることとなるため、そこには、立法、行政、司法の三権すべてが含まれることとなる。たとえば、エティエンヌ・ピカール (Etienne Picard) の説明によ

17) Jacques Petit = Pierre-Laurent Frier, *Droit administratif*, L.G.D.J., 2019, p. 324

同書において、行政活動は、警察行政活動と公役務の二つに分類されて説明されている。このような分類法は、他の行政法概説書 André de Laubadère = Jean-Claude Venezia = Yves Gaudemet, *Traité de droit administrative*, L.G.D.J., 1994 や、André Maurin, *Droit Administratif*, Sirey, 2018 においても採用されている。これに対して、行政活動の種類を、警察行政活動、公役務に加えて、私人の行為への助成活動の三種に分類して説明している概説書も存在する。Rivero = Waline, *supra* note 15, pp. 385-7. また、ジョルジュ・ヴェデルも、三分類で説明をする。Georges Vedel, *Droit administratif*, PUF, 1961. このように、行政活動の分類法については、各学説で違いが見られる。ただし、「公序」を目的とした活動が「警察行政活動」となるという点については共通しているため、本稿でも、それを前提としている。

なお、フランス行政法において、かつては一般利益を充足するものとしての「公役務」の概念が行政法の全ての論点を包み込むものと考えられていたようである。しかしながら、行政警察などは上記のように定義される「公役務」には含まれないと考えられるようになったことによって、警察と公役務を区別して整理するようになったようである。ジャン・リヴェロ著、兼子仁＝磯部力＝小早川光郎編訳『リヴェロ：フランス行政法』（東京大学出版会、1982）33-5頁。

18) 岡部正勝＝國本惣子「フランス行政警察法ノート (1)」警察学論集第55巻第4号 (2002) 120頁以下。

19) Etienne Picard, *La notion de police administrative*, L.G.D.J., 1984, pp. 524-9, 及び Vedel, *supra* note 17, p. 15.

れば、立法府は刑法等を立法することによって（あるいは、後述する特別警察を設立することによって）、警察権を行使し、この刑法等を実際の事例に適用することによって、司法は警察権を行使する。そして、本稿が考察対象としている行政警察の権限は、後述する通り、行政警察の一般的権限を与えられている市町村の首長（maire）や国家元首、あるいは、立法によって特別に警察権限を与えられる諸機関などによって行使されることとなる<sup>20)</sup>。注意すべきであるのは、ここでいう行政警察には、いわゆる「警察官」のみではなく、法律によって警察権限を与えられる、諸機関を広く含むことである。警察の権限を持つ諸機関については、Ⅱにおいて論ずる。

また、ここで本稿の対象を限定しておきたい。まず、行政警察と司法警察の区別をしておく必要がある。フランスにおいては、日本における司法警察と行政警察の区別とほぼ同様に、被疑者の逮捕や証拠調べに関わる業務を担当する司法警察と、本稿が検討しているように、安全や平穩の維持のように、犯罪が発生していない状態での活動を担当する行政警察が区別されている<sup>21)</sup>。本稿は、行政警察を検討の対象とするものであって、司法警察に関するものではない。

また、本稿は緊急事態に関するものではなく、平常時の行政警察活動に関するものであることをここに断っておきたい<sup>22)</sup>。

---

20) Picard, *Ibid* および, Vedel, *Ibid*. なお、ヴェデルは、警察活動は、規定の制定、命令、あるいは直接の禁止や許可によって行われる、と説明している。

また、ピカールは、別のところでも同趣旨の理解を説明しており、「公序の規範を定立し、適用し、遵守させるこの機能は、警察という一般的な名称の下に示されなければならない」としている。エティエンヌ・ピカール著、平田和一訳「フランス法における行政警察一定義、権限および権限行使の要件」専修法学論集第64号（1995）86頁。ここからも、フランス法における「警察」の概念は、日本で「警察」と呼んでイメージするような警察官等よりもとも広く、個人の自由を枠付ける国家の活動全般を指していることがわかる。

21) フランスにおいては、行政裁判所の系統が司法裁判所とは独立しているため、たとえば、警察活動によって市民が損害を被った場合に、それが司法警察であれば司法裁判所に国家賠償訴訟を提起し、行政警察であった場合には行政裁判所に訴えを提起する、というように、日本においてよりも区別の利益が大きく、それゆえに、法学上、この区別の限界事例などは一大論点となっているようである。この点について、岡部＝國本前掲注18）120頁。

22) フランスの緊急事態に関する研究として、奥村公輔「フランス緊急事態法関係法令集」駒澤法学第16巻第3号（2017）63頁以下、奥村公輔「補訂：フランス緊急事態法関係法令集」駒澤大学法学部研究紀要76（2018）107頁以下参照。

### 3. 本稿の構成

本稿は以下のように進む。まず、Ⅱで、フランスの行政警察制度の全体像を示す。具体的には、フランスでは、一般行政警察と特別行政警察の区別があること、そして、誰にそれぞれの権限が与えられ、その権限にはどのような限界があるのかを検討する。Ⅲで、各警察機関の権限の競合問題について検討する。ここでは、個別立法によって設立される特別行政警察が、一般的な授権のみを根拠としている一般行政警察に対して、優越的な地位を占めていることを示す。Ⅳでは、Ⅱ、Ⅲで検討したフランスの行政警察のあり方と「公序」の概念との関係性を検討する。

## Ⅱ 一般行政警察と特別行政警察の区別

フランスの行政警察制度は、「公序」の維持について、市町村 (commune) の首長 (maire) などに一般的に権限が与えられる一般行政警察と、立法によって個別具体的な目的設定、権限授与、手続制定がなされる特別行政警察に区別される点に大きな特徴がある<sup>23)</sup>。以下、1-1 から 1-3 では、一般行政警察の権限の所在、一般行政警察によって達成される「公序」の内容、一般行政警察活動の限界を検討する。次に 2-1 から 2-3 にかけて、特別行政警察の権限の所在、特別行政警察によって達成される「公序」の内容、特別行政警察活動の限界を検討する。これらの検討を通して、フランスの行政警察制度全体の特徴を掴みとることを目標とする。

なお、フランスにおける「一般行政警察」と「特別行政警察」との区別は、日本の行政法学における「保安警察」と「狭義の行政警察」との区別と、重なり合う部分もあるが、同一ではない点を付言しておきたい。後述する通り、フランスの特別行政警察は、個別立法によって設立されるという性質によって一般行政警察と区別されるものであって、目的の内容のみによって区別されるものではない。

23) 仏語文献としては、Maurin, *supra* note 17, p. 125 et s, De Laubadère = Venezia = Gaudemet, *supra* note 17, p. 743 et s, Petit = Frier, *supra* note 17, p. 334 et s. など。また、日本語で翻訳されているものとして、ピカール前掲注 20) などがある。

したがって、特別行政警察の中にも、安全や平穏等、一般行政警察と同じ目的を持つものも存在している。加えて、特別行政警察の介入は一般行政警察の介入を原則として排除し、両者が協力関係を持つことは想定されない。この点については、Ⅲで詳述する。

## 1. 一般行政警察

### 1-1. 一般行政警察の権限の所在

一般行政警察の権限については、明文の規定が置かれているほか、判例によって権限授与がされている。

#### (1) 市町村の首長と知事に対する明文による権限授与

明文規定によって権限授与がされているのは、市町村の首長 (maire) と、国の代表として地方を監督する知事 (préfet) である<sup>24)</sup>。

まず、地方自治体法典<sup>25)</sup>のL2212-2条が、市町村の首長に対して、自らの管轄する領域における警察権限を授与している。市町村の首長が自らの警察権限を行使するにあたって、市町村議会は一切の権限を持っていない。すなわち、市町村の首長に与えられた警察権限は首長によって単独で行使される<sup>26)</sup>。

フランスでは、県庁所在地や人口が2万人以上の都市などでは警察が国営化されている<sup>27)</sup>。これらの地域の警察権限は、市町村の長と知事の間で配分がなさ

---

24) 警察に関すること以外も含めた maire と préfet の権限配分、関係性については、大山礼子『フランスの政治制度〔改訂版〕』(東信堂、2013) 174頁以下、大津浩『分権国家の憲法理論』(有信堂、2015) 255頁以下、滝沢正『フランス行政法の理論——国家賠償・地方制度』(有斐閣、1984)、5頁以下、178頁以下。

補足として、フランスの明文規定上は、市区町村には自由な行政執行権が認められているのみであり、日本法で「条例」と呼ばれる、地域一体に適用されるルールであっても、法的には「命令 (reglement)」という表現で呼ばれている点には注意が必要である。ジャン＝マリ・ポンティエ、大津浩訳「地方分権と法治国家」成城法学第78号(2009)148頁大津訳注参照。

25) Code general des collectivités territoriales.

26) フランス政府運営サイト <https://www.collectivites-locales.gouv.fr/police-administrative-0> 参照。最終閲覧日：2020年3月6日。

また、ピカール前掲注20)を参照。

れている。国家警察についての権限配分は市町村法典のL2214-3条およびL2214-4条に定められている。L2214-3条においては、警察が国営化されている地域においても、基本的には市町村の首長が警察権限を持つことを定められている。その例外として、L2214-4条は、公共の平穩に関わる事柄と、人が多く集まる場所における秩序維持に関わる警察権限は、国の代表である知事によって行使されることを定めている。

補足として、上記の権限配分には、パリやセヌ＝サン＝ドニ県などのいくつかの例外がある。たとえば、パリ市内においては、警察権限はパリ市長と警視総監との間で配分されており、セヌ＝サン＝ドニ県などでは、知事と警視総監の間で権限配分がなされている<sup>28)</sup>。

## (2) 国家元首に対する判例による権限授与

判例によって権限授与がされているのは、国家元首 (chef de l'État) である。今日のフランスにおいて、国家元首は、判例および学説上、大統領あるいは首相を指すものとされている<sup>29)</sup>。国家元首に対しては、1919年8月8日のラボンヌ判決<sup>30)</sup>によって、国家全土における警察権限が与えられることが明らかになった。

この事件は、1899年3月10日に政府が制定したデクレが、自動車の運転に関する免許制を導入したことの合法性を争ったものである。同デクレは、自動車を運転するために必要な能力を持つものだけに免許を与えることを定めていたが、その条件にあわず、免許を与えられなかったラボンヌ氏が、同デクレの違法性を

27) 地方自治体法典 R2214-1条および R2214-2条。また、国家警察の権限範囲の推移については、フランス会計検査院作成の資料、Cour des comptes, Rapport demandé par la commission des finances de l'Assemblée nationale (Article 58-2 de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 et L.132-4 du code des juridictions financières), Tome 1を参照。

28) フランス政府運営サイト前掲注 26)。

29) Marceau Long = Prosper Weil = Guy Braibant = Pierre Delvolvé = Bruno Genevois, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2019, p. 211.

30) Conseil d'Etat, 8 août 1919, *Labonne*, Lebon 737.

同判決の内容および解説については、Long et al., *ibid.*, pp. 208-11 参照。

主張した。彼は、公道の安全の確保という目的は、市町村の警察権限にのみ属するものであるから、国家元首には公道の安全を確保するという目的のための活動をとる権限は与えられていないことを主張した。コンセイユ・デタは、ラボンヌ氏の主張を斥けて、たとえ明文による権限授与がなくとも、国家元首は、その固有の権限として、国家全土におけるあらゆる事由についての警察権限を持つことを示した。

この判決によって、国家元首には、国家全土における一般行政警察権限が与えられることが明らかとなった。その後も同趣旨の判決が維持されていることから、現在においても同様の理解が維持されているといえる<sup>31)</sup>。

## 1-2. 一般行政警察によって達成される「公序」の内容

一般行政警察によって達成される（あるいは、一般行政警察活動の目的とすることができる）「公序」の内容は、安全、平穩、公衆衛生、人間の尊厳の四つに限られる。前の三つは明文規定を根拠としているものである(1)。四つ目の人間の尊厳は、1995年のコンセイユ・デタ判決によって付け加えられたものである(2)。このほか、公衆道徳が一般行政警察によって達成される公序に含まれるか否かについては、特に争いがあるため、個別に検討する(3)。最後に、一般行政警察には、その他の目的のために活動する権限が与えられていないことを検討する(4)。以下、順を追って検討する。

### (1) 安全、平穩、公衆衛生

市町村の首長の警察権限を定めている地方自治体法典 L2212-2 条は、「市町村警察は、良き秩序、公共の治安、安全、公衆衛生の確保を目的とする」と定めて

---

31) 同様の趣旨を述べたコンセイユ・デタの判例は数多くあるが、一例として、例えば Conseil d'État, 2ème et 7ème sous-sections réunies, du 23 novembre 2011, n° 345021 では、公的自由に関する事柄を立法事項とする憲法 34 条の規定は、「航空機の運転による騒音被害を抑えるための措置」をとる権限を首相から剝奪していない、とした。この点については、憲法院も同様の理解を示しており、たとえば、2000年の判決において「憲法 34 条の規定は、立法による権限授与がなされていなくとも、国家元首に固有の権限として認められる一般警察権限を、彼から剝奪するものではない」と示している。Décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, Cons. 19.

おり、続けて、「とりわけ、以下のようなものが含まれる」として、市町村警察の目的となる「公序」の内容を詳細に定めている。その中では、治安、安全、公衆衛生のほか、平穏、人間や動物の伝染病等の原因となる環境汚染の予防、人および財産の安全を脅かすような道徳の侵害、有害あるいは凶暴な動物に対する処置などが列挙されている。

このように、市町村警察活動の目的とすることができる事柄は、一見、環境汚染や有害動物への対処など多岐に渡っているように思われる。しかしながら、フランス国内の学説やコンセイユ・デタ等の裁判所の判例では、安全、平穏、公衆衛生に、(2)で確認する「人間の尊厳」を加えたものを、公序の「要素」と呼んで整理し、それ以外の目的は基本的に認めない姿勢が示されている<sup>32)</sup>。ここから、環境汚染や有害動物への対処などの目的は、安全や平穏、公衆衛生と結び付けられて考えられており、逆に、これらに結びつく範囲でのみ、一般行政警察の目的に含まれると考えられる（この点については、この後につづく(4)の部分や、Ⅱの権限の競合問題の部分で詳述する）。

## (2) 人間の尊厳

「小人なげ (lancer de nains)」に関する1995年10月27日コンセイユ・デタ判決<sup>33)</sup>は、「人間の尊厳」は、それ自体が「公序」の内容に含まれる、と判断した<sup>34)</sup>。この判決の内容については、拙稿においてすでに検討したことがあるの

32) たとえば、ピカール前掲注20)、あるいは、Petit = Frier, *supra* note 17, pp. 328-331. コンセイユ・デタによる説明として、Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile integral*. またフランス内務省作成の「市町村首長と一般行政警察権限 (Le maire et les pouvoirs de police administrative générale)」と題されたパンフレットにおいても、首長の警察権限の領域として、平穏、安全、衛生を挙げています。

内務省サイト <https://www.interieur.gouv.fr/Publications/Infos-collectivites/Pouvoirs-de-police-du-maire-et-protocole> より閲覧可能。最終閲覧日2020年2月21日。

33) Conseil d'Etat, arrêt 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727.

34) 同判決の内容や評価について論じた邦語の先行研究には次のようなものがある。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(1999)167頁以下、第43巻第1巻(1999)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。

で<sup>35)</sup>、ここでは細かな分析は割愛し、本稿に関係する範囲で紹介をする。「小人なげ」のゲームは、小人症の男性を弾丸に見立てて投げ飛ばし、飛距離を争ったり、的当てを行ったりする遊戯である。訴訟の発端は、ディスコクラブでの小人なげの実施を、モルサン＝シュール＝オルジュの首長が一般行政警察の権限で禁止したことであり、人間の尊厳を傷つけるような性質の行為を、一般行政警察の権限で規制しうるか否かが争点となった。これについて、コンセイユ・デタは、次のように述べた。

市町村警察の権限をもつ当局は、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。

ここで言われている「地域特有の状況」というものは、(3)で検討するとおり、公衆道徳の保護に関する、一般行政警察活動に要求される条件である。すなわち、この判決において、コンセイユ・デタは、人間の尊厳を他の公衆道徳一般とは区別した上で、人間の尊厳への侵害はそれ自身が一般行政警察の活動を正当化する、としたのである。このようにして、「人間の尊厳」は、安全、平穩、公衆衛生に加えて、一般行政警察活動の4つ目の目的となった。

1995年以降の判決においても、コンセイユ・デタは、「人間の尊厳」の保護が一般行政警察の目的となるとする理解を一貫して示している。

たとえば、2007年1月5日の緊急救済手続に関するオルドナンスを挙げることができる<sup>36)</sup>。これは、「フランス人連合 (Solidarité des française, SDF)」という市民団体が、炊き出しのような形でスープを配布する企画を練っていたが、配布するスープについて、一定の人々を排除する意図であえて豚肉を入れることを公表していたため、パリ警視総監が当該企画の開催を禁止したことに対して、SDFが、この禁止命令の取り消しを求めた事件である。これに対してコンセイユ・デタは、この企画が人間の尊厳を侵害する危険のあるものであり、それゆえ

35) 田中前掲注1)。

36) Conseil d'État, Juge des référés, du 5 janvier 2007, n° 300311.

に、公序を侵害する危険性のある行動を禁止することができる行政警察は、本件企画も禁止できる、と示した。

また、2014年1月9日のオルドナンスを一例として挙げることもできる<sup>37)</sup>。これは、コメディアン・デュドネ (Dieudonné) のショーの開催を、ロワール・アトランティック県の知事が禁止したことに対する緊急救済手続に関するものである。デュドネは、人種差別的な表現、とりわけ反ユダヤ的な表現を芸風としており、本件で禁止された「Le mur」というショーも、これまでと同様に、反ユダヤ的な表現を含んだ演目が予定されていた。これについて、コンセイユ・デタは、まず、行政警察は公序の侵害を予防するための措置をとる権限をもつことを述べ、続いて、当該ショーで予定されている内容が、人間の尊厳を侵害する性質であることを認めて、当該ショーの開催を禁止したことは、明白に違法なものとはいえないと示した。

### (3) 公衆道徳は一般警察行政の目的としての「公序」に含まれるか

公衆道徳 (moralité publique) が、一般警察行政の目的としての「公序」に含まれるのか、という点については学説上争いがある。というのも、コンセイユ・デタは、風俗営業店の禁止や、ボクシングの禁止、海水浴場での服装に関する規制など、公衆道徳と考えられるような目的を達成するための警察活動を、たびたび合法と判断してきたからである<sup>38)</sup>。

中でも、非倫理的な映画の上映規制に関する1959年12月18日判決<sup>39)</sup>は、市町村の首長は、どのような場合に非倫理的な行動を規制することができるのかについて、コンセイユ・デタが定式を示した最初の判決として有名なものである。そのため、特にこの判決の解釈について、学説が割れているようである。

37) Conseil d'État, Juge des référés, du 9 janvier 2014, n° 374508.

38) 売春宿の禁止については Conseil d'État, 17 décembre 1909 n° 28773、ボクシングの禁止について Conseil d'État, 7 novembre 1924, « Club indépendant chalonais », 海岸での服装に関する規制について Conseil d'État, 30 mai 1930 « Beaugé », これらの判例の趣旨については、Conseil d'État, *L'ordre public, Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, Direction de l'information légale et administrative*, 2018, p. 56 を参照。

39) CE, 18 décembre 1959, Société « Les films Lutétia ».

この判決については、JCP 1961, 11898 において、Pierre Mimin による評釈がある。

1959年判決の内容と事件概要は次のようなものであった。この事件は、ニースの首長が「*Le feu dans la peau*」という題名の映画の上映を禁止したことについて、レ・フィルム・ルテチア社 (Société Les Films Lutetia) が禁止の違法性を主張して裁判を提起したことを契機とするものである。この主張に対して、コンセイユ・デタは、管轄地域の秩序を維持する責任がある首長は、「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」映画についての上映を禁止できる、と示した。

この判決の解釈について、一方では、この判例の存在から、コンセイユ・デタは、公衆道徳が一般行政警察活動の目的となることを認めていると解釈する学説がある<sup>40)</sup>。たとえば、ジャック・プティ (Jacques Petit) とピエール＝ローラン・フリエ (Pierre-Laurent Frier) は、行政法概説書において、「一般警察の権限は、良心における秩序を追求することができない」<sup>41)</sup>としつつも、それに続けて「当局はただ、良心の一定の状態を保護する権限をもつのみである」<sup>42)</sup>と説明している。すなわち、警察当局は、内心そのものに介入するわけではないけれども、当該時代に生きる平均的な個人によって、当然の如く承認されると言えるような良心の感覚については、保護することができる、というのである<sup>43)</sup>。

他方では、コンセイユ・デタは、あくまで公衆道徳そのものを「公序」を構成するものとは考えていない、と解釈する学説がある。たとえば、クリストフ・ファルデ (Christophe Fardet) は、コンセイユ・デタは、「映画の非倫理的性質」のみを理由として公序を害することを認めているわけではなく、「地域の状況」を加えて検討していることに注目する<sup>44)</sup>。そして、「映画の非倫理的性質」それだけでは、一般行政警察の目的たる「公序」にはならず、「地域の状況」と組み合わせられることで、「公序」を侵害する可能性をもつと表現されているにすぎない、と主張する。すなわち、一般行政警察の目的としての「公序」の内容そのものは、同判決によって変化しておらず、依然として、安全や平穏のことを指して

---

40) たとえば、Nelly Ach, « Police et moral », *La police administrative*, PUF, 2014, pp. 100 et s. あるいは、Petit = Frier, *supra* note 17, pp. 329 et s.

41) Petit = Fier, *Ibid.*, p. 329.

42) *Ibid.*

43) *Ibid.*

いる、というのである。フランス政府も、このような見解を採用しているようである。たとえば、市町村における売春規制に関する内務省通達においては、同判決を参照したうえで、「このように、地域特有の事情と結びつく場合に限って、公衆道徳の侵害は、公序紊乱を構成する」と説明している<sup>45)</sup>。

どちらの考え方が説得的であると考えerべきであろうか。まず、強調しておくべきなのは、コンセイユ・デタの態度はまちまちであり、そこに一貫した説明を与えることは困難であろうことである。

前者の学説のように、コンセイユ・デタは、公衆道徳そのものを、一般行政警察の目的に含めて考えているのだと解することも可能であろうと思われる。たとえば、1993年7月28日の判決<sup>46)</sup>において、コンセイユ・デタは、「公序への侵害がない場合であっても市町村の首長は、記念碑の真の意味合いを損なうような性質の献花を禁止できる」と明示している。この判決は、コミュニティーの記念碑の下に、墮胎によって亡くなった胎児たちへの献花をすることを禁止したことに関するものである。ここでは、「公序への侵害がない場合であっても」、首長は自身の警察権限を、記念碑の意味合いの保護のために行使することができる、と明示されている。この判決の存在は、前者の学説にとっては、強力なよりどころとなるように思われる。

一方で、後者の学説のように理解することも可能であり、筆者には、こちらの方がより説得的なように思われる。それには以下のような理由がある。

44) たとえば、Christophe Fardet, « Exist-t-il des ordre public spéciaux? », *La police administrative*, PUF, 2014, p. 133.

あるいは、André Decocq = Jean Monreuil = Jacques Buisson, *Le droit de la Police*, Litec, 1998, p. 480 も、公序というものは、公共の場における振る舞いが問題とされるものであって、心の中の問題を含むものではない、と説明している。同書が1998年出版のものであることを考慮すると、同書は、1959年判決などの存在は、公序の性質を大きく変えるものではないとの判断を採用しているものといえよう。

45) <https://www.interieur.gouv.fr/content/download/7747/73081/file/INTD0200165C.pdf>  
<https://www.interieur.gouv.fr/content/download/7747/73081/file/INTD0200165C.pdf>より閲覧可能。

この点、注32)においても言及した、内務省作成のパンフレットにおいても、同様の指摘がされた上で、「首長の警察権限は、道徳的な秩序に関わるものではない」と説明されている。

46) Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 28 juillet 1993, n° 107990.

第一に、公衆道徳のために市町村の首長が規制を行うことが問題となった事件において、実は、コンセイユ・デタは、「公序」一般と公衆道徳を区別していると説明することが可能である。たとえば、海水浴場での服装への規制に関する1930年5月30日のBeaugé判決<sup>47)</sup>では、コンセイユ・デタは、「公共の場における良き秩序 (bon ordre) と良識の確保」は市町村の首長の権限に含まれると判示している。たしかにこの時、コンセイユ・デタは、市町村の首長が、公衆道徳の維持のための規制を行うことを明示的に認めていた。しかしながら、上記のような表現からは、「公序」そのものと、良識とは区別しようとする微妙な意図を読み取ることができる<sup>48)</sup>。このことは、前述の1993年の献花に関する判決でも同様に指摘できる。ここから、コンセイユ・デタは、確かに、時には、良識や公衆道徳のようなものを理由にした規制を合法と判断してきたが、一般警察行政の目的として認められる「公序」自体には、それらを含まないことによって、ある程度慎重に判断する余地を残してきた、と言えるのではないだろうか。このような表現は、「人間の尊厳」を「公序」そのものの内容に含まれるとした、前述の「小人投げ」判決の内容とは対照的なように思われる。

第二に、公衆道徳それのみを理由にした規制を正当化するような判決は、時代とともに減少してきている。たとえば、風俗営業店の閉鎖に関する1960年9月30日の判決<sup>49)</sup>において、コンセイユ・デタは、警察は「公衆道徳を侵害することによって公序紊乱を引き起こすような風俗営業店を封鎖」することができる、と示している。あるいは、より近年の、ポルノショップの電光掲示板規制に関する1977年5月11日判決<sup>50)</sup>でも、地域の状況と組み合わせることで、公衆道徳

---

47) Conseil d'Etat, 30 mai 1930, « Beaugé ».

48) この点は、コンセイユ・デタは、公衆道徳そのものを理由とした警察活動を認めているとする立場をとるテイトジェンも指摘している。テイトジェンは、コンセイユ・デタが「良き秩序」と「良識」を区別していることは、むしろ、公衆道徳そのものために市町村警察が規制することをコンセイユ・デタが認めていることの証左となる、と説明している。このように、コンセイユ・デタの表現から、どのような意図を読み取るかについては、複数の解釈が可能であろうと思われる。Pierre-Henri Teitgen, *La police municipale générale*, Sirey, 1934, p. 33.

49) Conseil d'Etat, 30 septembre 1960, « Sieur JAUFRET ».

50) Conseil d'Etat, 1 / 4 SSR, du 11 mai 1977, n° 01567.

は規制の理由となりうる、と示されている。このように、1959年判決と同様に、公衆道徳はそれが乱された結果として「公序」を侵害する場合に規制が正当化されるという論理を提示する判決が増えてきている。

さらに、2016年のブルキニの規制に関する判決では、より明確に、「市町村の首長によってとられる警察的措置は、……もつぱら、時間や場所等の状況の考慮から生じる公序の要請に対して、適合し、必要であり、比例したものでなければならぬ」と述べられている（強調筆者、同判決の内容については、(4)で詳述する）。

このような大きな流れで見れば、献花に関する1993年の判決は、例外的事例として位置付けることも可能なように思われる。

第三に、コンセイユ・デタ自身近年示している説明によれば、公衆道徳そのものが一般行政警察の目的となることはないからである。たとえば、前述の1995年の「小人なげ」判決について、コンセイユ・デタは、次のような解説を加えている<sup>51)</sup>。

人間の尊厳の尊重を公序の構成要素とすることによって、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ことを示した。しかしながら、行政警察による拡大解釈を防止するため、公衆道徳を公序の構成要素と認めることを拒否する。

あるいは、2010年にコンセイユ・デタが作成した、「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（Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral）」という、いわゆるブルカ禁止法に関する調査報告書においては、まず、「公序」の内容について、安全、平

---

51) 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 2020年2月12日。

穏、公衆衛生は明文規定により、人間の尊厳は判例により認められると示された。その上で、公衆道徳については、次のように述べられている<sup>52)</sup>。

公衆道徳は、地域特有の状況との関わりにおいて、ときに「良き秩序」という性質を与えられることもあるけれども、一般的な形で「良き秩序」の性質を与えられるものではない。

このように、これまでの数々の場面で、コンセイユ・デタ自身が、「公衆道徳」そのものを「公序」の構成要素とはしないことを明示している。

以上の三点をまとめると、全体の傾向としては、「公衆道徳」そのものが一般行政警察の目的となるのではなく、「公衆道徳」が著しく傷つけられた場合に、それが「地域特有の事情」との組み合わせによって、結果として安全、平穏、公衆衛生、人間の尊厳という「公序」の内容を傷つける場合があり、その場合に、一般行政警察の活動が正当化される、と考えられる。

なお、公衆道徳をめぐる、このような解釈問題を避けるため、近年では、公衆道徳に関する規制については、**2-1**以降で検討する、特別行政警察の方法、すなわち、目的ごとの個別法を制定することで解決する傾向が見られる。たとえば、公衆道徳を乱すような性格の酒場やレストランの閉鎖に関する権限は、公衆衛生法<sup>53)</sup>のL3332-15条による個別規定によって、知事に与えられている。特別行政警察と一般行政警察それぞれの活動目的の違いについては**2-2**にて詳述する。

#### (4) それ以外の目的

安全、平穏、公衆衛生、人間の尊厳以外の目的のために、一般行政警察の権限を行使することは、基本的には正当化されない。このことが最も典型的に表現されたのが、ブルキニの着用禁止に関する2016年8月26日のオルドナンス<sup>54)</sup>で

---

52) Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, p. 25.

53) Code de la santé publique.

54) Conseil d'Etat, ordonnance du 26 août 2016, n° 402742, 402777.

ある<sup>55)</sup>。

ブルキニは、宗教上の理由から肌を多く露出することができないイスラム教徒の女性などを対象に開発された新しい形態の水着である。本件オルドナンスは、ヴィルヌーヴ・ルベの首長が、自らの管轄地域内の海水浴場における水着について、次のような禁止命令を出したことに対して、緊急救済手続 (référé) がとられたことを契機に出されたものである。ヴィルヌーヴ・ルベの首長による禁止命令は次のようなものであった。

このコミュニンの海水浴場の全区域において、特に6月15日から9月15日までの期間、良俗とライシテの原則を尊重し、衛生、安全を確保するような海岸の公共用地にふさわしい服装を身につけている者以外の、海水浴場への入場を禁止する。

この禁止命令によって、ブルキニの着用が禁止されることとなったのである。これについて、コンセイユ・デタは、次のように述べた。

海岸への入場規制と海水浴の実践の観点から、沿岸地帯にある市町村の首長によってとられる警察的措置は、海岸への良好なアクセス、海水浴における安全、衛生、海水浴場における品位を考慮しつつ、もつぱら、時間や場所等の状況の考慮から生じる公序の要請に対して、適合し、必要であり、比例したものでなければならない。その他の考慮に基づく規制を敷く権限は首長にはなく、自由に対しての制限は、公序にもたらされる侵害の危険性によって正当化されねばならない。(強調筆者)

このように、海水浴客に対して、ライシテの尊重などを求めて、それによって

---

55) ブルキニの着用禁止の問題については、村田尚紀「フランスの公共空間における信教の自由：ヴィルヌーヴ＝ルーベ市長反ブルキニ決定をてがかりに」関西大学法学論集第66巻第5、6号(2017)1235頁以下、中島宏「フランスにおけるブルカ・スカーフ・ブルキニ規制に関する一考察」『憲法思想と発展』(信山社、2017)361頁以下を参照。

服装に制限をつけることは正当化できない、と判断された<sup>56)</sup>。

ここで注意が必要なのは、フランスでは、2010年に公共の場で顔を覆い隠すことを禁止する、いわゆる「ブルカ禁止法」<sup>57)</sup>が制定されており、同法に対しては、憲法院がすでに合憲判断を出していることである<sup>58)</sup>。ブルカ禁止法は、規定の文言上は、公共の場で顔を覆い隠すことを禁止するものであって、ブルカがイスラム教の信仰に基づく服装であることを直接に問題とするものではない。それに対し、顔を覆い隠さない形態であり、安全上も問題がないブルキニを禁止することには、個人の宗教的帰属を強く意識させる服装であるがゆえに禁止するという意図が、より直接的に現れているといえる<sup>59)</sup>。

しかしながら、筆者の考えでは、ブルカ禁止法とブルキニ禁止命令とは、実のところ、その背景にある問題を共有するものである。というのも、ブルカ禁止法に対する憲法院判決は、同法の正当化が可能な理由として、「立法者は、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。」と立法者の意図を整理しているのである。そして、このような立法者の意図を「公序の保護」に当てはまるとしている。このように、憲法院は、当時の立法者が、顔を覆い隠すことそれ自体を問題としているというよりも、宗教等の理由からブルカを着用し、その結果として社会から疎外され、劣等な地位に置かれている女性の存在を問題としているのだと理解し、その上で、ブルカ禁止法を「公序」の保護のための立法にあたるとして正当化している。そうであるならば、ブルカ禁止法と、ブルキニ禁止命令は、実質的には非常に似通った性質のもので

---

56) Conseil d'État, ordonnance du 26 septembre 2016, n° 403578 においても、ほぼ同一の文言が繰り返されて、同趣旨の結論が導かれている。

57) Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

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

59) この点について、例えば、中島宏は、ヴィルヌーヴ＝ルベの命令は、「ブルキニ」という文言を含むものではなかったが、海水浴に際して、宗教的帰属をこれ見よがしに表明する衣服の着用を禁止するものであり、また、文言上はこの条件に当てはまる衣服一般が禁止されるものの、自治体の長の意図は、イスラム教の戒律を理由とした女性向けの衣服、とりわけブルキニを禁止するものであった、と説明している。中島前掲注 55) 378 頁。

あるといえよう。

それではなぜ、ブルカ禁止法では「公序」に含められた問題が、ブルキニ禁止命令においては、「公序」に含まれない、と判断されたのであろうか。筆者の考えでは、その理由は、ブルキニ禁止命令が、一般行政警察の権限によって制定されたルールであり、立法者によるルールの制定ではなかった、という点に求められるべきである<sup>60)</sup>。

コンセイユ・デタによる説示は、丁寧に見てみると、市町村の首長によってとられる警察的措置は、もっぱら「公序」の要請に対して比例するものである必要がある、と述べており、ここで問題とされているのは、立法と行政を両方含めた国家権力全体の介入の限界ではなく、あくまで市町村の首長が行使する一般行政警察権限の限界であることがわかる。

ここから、フランスにおいては、同じ「公序」の名前で正当化を試みようとしている場合に、それが、どのような性質の権限であるかという点が非常に重要視されていることが指摘できる。より具体的には、「公序」の具体的内容を決定する、立法と行政という2つの機関のうち、立法はより積極的な内容決定が可能であるということになる。

環境保護や種の多様性確保などの問題についても同様に、一般行政警察の目的にはならない。一般行政警察権限にとって、狼や熊、猪などの野生動物は、住民に危害を加える害獣としての意味しか持たず、種の多様性等の観点からの積極的な保護の対象とはならない<sup>61)</sup>。

これを示した判例として、たとえば、1960年11月16日判決<sup>62)</sup>がある。この判決では、一般警察行政は、狼の保護の目的のために駆除以外の特別な措置をと

60) 本稿筆者と同様の解釈をとる学説として、たとえば、Mattias Guyomar のものがある。ギュヨマールによれば、2010年のブルカ禁止法と2016年のブルキニ禁止命令は、「公序」の名の下に共和國的な価値観を達成しようとした点で共通しているはずである。それにもかかわらず、コンセイユ・デタがブルキニ禁止命令を正当化しなかったのは、立法者もつ立法の権限と、市町村の首長が持つ警察権限という権限の性質の違いによるものである、と説明する。Conseil d'Etat, *L'ordre public*, pp. 62-3.

61) Yves Jegouzo, « Police Générale et polices spéciales en matière environnementale », *La police administrative*, puf, 2014, p. 153.

62) Conseil d'Etat, du 16 novembre 1960, Lebon. 628.

る権限をもたないから、そのような措置をとった場合には、それは警察としてではなく、単なる善意的な協力者としての評価を受けるのだと示された。

また、2000年12月8日判決<sup>63)</sup>においては、市町村において、狼や猪が出現した場合に、それらの危険を排除するために対処する一般行政警察の権限と、EU指令92/43第12条が各加盟国に与える自然の動植物保護のための権限とは、その目的を全く別にするものであって、一般行政警察の権限による狼や猪などの捕獲や駆除は、EU指令等によって定められる条件の中に収まっている限りで正当化される、とされた。ここでは、結果としては、市町村議会が、目的や条件に何らの限定もつけずに、首長に対して、狼の駆除に関する一般的な権限付与をしたことが、EU指令が個別に定める限界を見誤るものであり、正当化されない、とされた。本稿の目的からすれば、害獣としての狼や猪に対処するために与えられる一般行政警察の権限と、動植物保護のために国家に与えられる権限は、全く別の性質のものであるとされた点が重要である。

このように、一般行政警察は、安全や平穏などの、人間の直接的利益に関わるもののみを保護対象とするものであると考えられ、動植物の利益など（それらを保護することは廻り回って人間の利益とはなるであろうが）は、その保護対象とはならない<sup>64)</sup>。

### 1-3. 一般行政警察活動の統制

#### (1) 比例性の審査

コンセイユ・デタは、一般行政警察活動に対して、どのような統制を及ぼしているのであろうか。この点について、学説による解釈は割れているようである。

一方では、コンセイユ・デタは、警察活動の目的や手法が適法なものかどうか、総合的に審査しているとする説がある<sup>65)</sup>。この立場からは、コンセイユ・デタは、より制限的でない方法によっては「公序」の侵害を防ぐことはできなかった

---

63) Conseil d'Etat, 6/4 SSR, du 8 décembre 2000, n° 204756.

64) Yves Jegouzo, *supra* note 61, p. 152.

65) たとえば、De Laubadère = Venezia = Gaudemet, *supra* note 17 では、このような説明の方法がとられている。

のかという、比例性の審査を全面的に展開しているわけではなく、警察活動の手法についての審査方法のひとつとして、比例性の考慮があるにすぎないと説明される。すなわち、コンセイユ・デタは、目的の内容それ自体が適法でないと判断した場合には、比例性の審査に至らずに、当該警察活動が違法であるという結論を導き出すことが多いから、必ずしも比例性の審査を全面的に採用しているとは言えない、ということである。

他方では、一般行政警察活動に対して、一貫して比例性の考え方が適用されてきたとする説がある<sup>66)</sup>。ジャック・プティ (Jacques Petit) によれば、これは、警察活動そのものが、「公序」の保護を目的としていることによって必然的に導かれる結論である。プティによれば、「公序」は、一方では、諸個人の自由のより良い保護のために必要なものという本質をもち、他方では、具体的な場面においては、諸個人の自由の行使に対して制限を加えるものである。それゆえ、「公序」を目的とする警察活動は、その目的ゆえに自由の保護と制限との間のバランスがとれたものである必要がある<sup>67)</sup>。そのように考えると、判決文の文言上は、警察活動の目的や手法が正当化できるものなのか総合的に検討しているように見えても、「公序」の要請に比例していない警察活動は認められないという比例性の考え方そのものは、一貫して採用されてきた、とするのである<sup>68)</sup>。

筆者が考察するところによれば、この争いは、何をもって「比例性の審査」という言葉を使うか、という言葉遣いの問題であるように思われる。確かに前者の学説のいう通り、警察活動の目的の適法性などから結論を直接に導いている判決は多くある。しかしながら、「公序」の維持に合致しない目的の追求は違法である、とすることは、プティが指摘するとおり、「公序」によって要請される目的を超えた自由への制約を許さない、という判断である。ここには、「公序」の目的的解釈を通して、自由への制約と自由の保護とのバランスをとろうとするコンセイユ・デタの思考を読み取ることができる。そこで、本稿では、コンセイユ・デタは、いわゆる「比例性の審査」を、全ての事例で欠かさずに導入してきたわ

---

66) Petit, *supra* note 16.

67) *Ibid.*, p. 208.

68) *Ibid.*

けではないが、比例性の考え方そのものは一貫して基礎としてきた、という立場をとり、以下の検討を進める<sup>69)</sup>。

古典的な判決において、比例性の考え方が最も明確に提示されたのは、1933年5月19日のバンジャマン事件判決である。バンジャマン事件は、ヌヴェールにおいて開催が予定されていたルネ・バンジャマン氏の講演会について、その開催への反対デモが多く起きたために、ヌヴェールの首長が、同講演会の開催を禁止したものである。同判決において、コンセイユ・デタは、当該講演会の開催を禁止するためには、講演会が「公序」を侵害する性質のものであることに加えて、その侵害が、警察の協力によっても防ぐことができないほどの重大なものである必要がある、と示した<sup>70)</sup>。

その後、コンセイユ・デタは、このような比例性の考え方を使った判決を多く出している。たとえば、1968年4月26日判決<sup>71)</sup>では、いわゆる「スラム街(bidonville)」において開催が予定されていた集会在、「公序」を侵害する恐れがあるとして禁止されたことに関して、たしかに、スラム街の状態での開催であることから、「公序」を侵害する恐れは認められるけども、それへの対策をとることは可能であった、として、禁止命令を違法とした。同様に、1984年5月4日判決<sup>72)</sup>において、パリ市内の歩道における音楽活動やショーなどを規制する権

---

69) この点、ドイツにおいては、目的の内容自体が、憲法あるいは法律に適合的なものか否かの審査が比例審査に含まれるとする指摘が存在する。たとえば、クラウス・シュテルンは、比例審査の一要素である「適合性審査のなかで、措置及び目標それじたいが、憲法上、問題のないことが審査されねばならない」のであり、「憲法に違反した措置ないしは目標は、それだけでただちに(per se)非適合的である」としている。クラウス・シュテルン著、小山剛訳「過度の侵害禁止(比例原則)と衡量命令(一)」名城法学第44巻第2号(1994)168頁。

また、淡路智典によれば、ドイツの裁判所における比例原則の適用過程は、典型的には、まず、規制目的の正統性を審査し、その後手段審査に入るという段階で説明されるが、有力少数説においては、比例原則そのものの一段階目として、目的の正当性の審査が行われていると説明される。淡路智典「憲法上の比例原則の構造と段階説」社学研論集Vol.17(2011)参照。

本稿においては、フランスにおける議論を整理するにとどめたが、ドイツにおける議論との比較検討は、今後の課題としたい。

70) Conseil d'Etat, 19 mai 1933, « Benjamin ».

判決の内容および評釈については、Long et al., *supra* note 29, pp. 266 et s.

71) Conseil d'Etat, Section, du 26 avril 1968, n° 69456.

限は、パリ市長およびパリ警視総監に属するが、ほとんど全ての区域において絶対的な禁止を設けることは、過度な規制となり許されない、と示された。

このほか、前述の通り、警察活動の目的や手法を審査している場合がある。以下、順に紹介する。

まず、警察活動の目的の内容それ自体の適法性を審査している場合である。一般警察行政は、1-2で確認した通り、安全、平穩、公衆衛生、人間の尊厳という目的のみのために活動することができるということが原則であり、それ以外の目的のために活動することは許されない。たとえば、市町村に所属する音楽隊に対して、他の音楽隊よりも好条件の活動場所を提供することを違法とした1932年12月23日判決<sup>73)</sup>や、警察活動にかかる経費を削減することを目的にすることを違法とした1927年11月27日判決<sup>74)</sup>、観光客の安全を確保するという名目で湖での観光業を制限したが、実のところは、ある者のみを優遇し、他の者を不利に取り扱うという私的な目的のためであったためにそれを違法とした1971年10月20日判決<sup>75)</sup>などがある。

次に、手法を審査する場合がある。まず、許可制や届出制を定めることができるのは立法者のみであり、行政警察の権限で、許可制や届出制を置くことはできないこととなっている。たとえば、1951年1月22日判決<sup>76)</sup>においては、市町村の首長が、公道における職業カメラマンの撮影行為を許可制のもとに置いたことについて、市町村の首長には、法律による特別な権限授与なくしては許可制を敷く権限はない、と示された。

また、その例外を示したものとして、1932年1月29日判決<sup>77)</sup>がある。ここでは、市町村の首長が、旅行者のアクセスの確保のために、路上駐車を許可制の下に置いたことについて、公共事業を中心的な活動領域とする企業に対するものは例外として、許可制を敷くことは違法であるとされた。すなわち、公共事業を中

72) Conseil d'Etat, Section, du 4 mai 1984, n° 49153.

73) Conseil d'Etat, 23 décembre 1932, « Sté L'Éveil de contres », Lebon 1129.

74) Conseil d'Etat, 12 novembre 1927, « Bellescize », Lebon 1048.

75) Conseil d'Etat du 20 octobre 1971, n° 78655.

76) Conseil d'Etat, Assemblée du 22 juin 1951, n° 00590 02551.

77) Conseil d'Etat du 29 janvier 1932, n° 99532.

心的な活動領域とする企業に対しては、許可制を敷くことも許される、ということになる。また、全面的な禁止命令を出すことは基本的には違法であるとされている<sup>78)</sup>。

近年では、警察活動が、目的に対する適合性 (adaptation)、必要性 (nécessité)、狭義の比例性 (proportionalité au sens strict) を満たすか、という比例審査が使用されるようになってきている。この審査は、ドイツの憲法裁判所や欧州人権裁判所の影響で、フランスにも導入されたものであり、フランスにとっては、比較的新しい審査手法であることから、バンジャマン判決で見られた従来の比例性の審査とは区別されて、「トリプルテスト (triple test)」と呼ばれている<sup>79)</sup>。従来の審査との区別を図るため、本稿でも、適合性、必要性、狭義の比例性を検討する審査手法を「トリプルテスト」と呼ぶこととする。

前述の通り、比例性の考え方は、フランスの行政裁判所において、トリプルテストの導入以前から広く使用されてきた。しかしながら、そこでなされてきた審査は、より制限的でない手法によって同じ目的を達成することはできないのかというものであり、これは、実質的には、トリプルテストにおける「必要性」の審査にあたるものであったといえる。その意味で、トリプルテストは、フランスにおける従来の比例性の審査を、より体系的に洗練させたものであると、ひとまず評価できよう。

フランスの判例全体のうち、トリプルテストを導入する意図を明確に示した最初の判例は、2008年2月21日の憲法院判決<sup>80)</sup>であるとされる。この判決は、一定の重大犯罪について有罪となり、かつ、精神的な病を抱えた状態で自らの刑期を終えた者に対して、施設 (Centre socio medico judiciaire du sûreté, CSMJS) でのさらなる治療を施すことを可能にする手続きを定めた法律に関するものである。ここで憲法院は、私生活の尊重や個人の自由などに対する制約は、追求される目的に対して適合的で、必要で、比例したものでなくてはならない、と明示し

78) たとえば、注72) に挙げた Conseil d'Etat du 4 mai 1984, n° 49153 など。

79) ドイツにおける比例原則については、注69) で挙げたもののほか、柴田憲司「憲法上の比例原則について (一) (二・完)」法学新報第116巻第9・10号 (2010) 183頁以下、第116巻第11・12号 (2010) 185頁以下参照。

80) Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008.

た。憲法院は、それ以降の判決で繰り返しトリプルテストを用いている<sup>81)</sup>。

その影響を受けて、コンセイユ・デタでもトリプルテストが使用されるようになった。コンセイユ・デタが、トリプルテストを想起させる表現を初めて使用したのは、2011年10月26日の判決<sup>82)</sup>である。この事件そのものは、生体認証技術を使用したパスポートに関する特別行政警察に関するものであるので、ここでは詳細は割愛する。コンセイユ・デタが、一般行政警察に関してトリプルテストを全面的に展開したのは、前述の、反ユダヤ的な表現を芸風としているデュドネのショーの開催禁止命令に関する一連の判例である<sup>83)</sup>。

このように、トリプルテストをコンセイユ・デタが使用し始めていることは異論の余地はないが、その意義の捉え方は、学説によって差があるようである。一方では、コンセイユ・デタは、トリプルテストの導入に伴って、新たな性質の審査をするようになってきているとの理解がある。他方で、コンセイユ・デタは、トリプルテストの言い回しこそ導入しているが、そこでされている審査は、従来のものと性質を大きく異にするものではない、とする理解がある。

これら二つの理解に共通する部分は、従来の比例性の審査は、警察が「公序」の維持という目的を達成するために、効果的な対処をしているのか否かを問うものであったという理解である。

トリプルテストによって、審査の性質が変わったとする理解によれば、トリプルテストの一要素である「狭義の比例性」の審査は、全く新しい考慮要素である。すなわち、「狭義の比例性」の審査は、問題となっている警察活動が、「公序」の維持のためには適合的で必要な対処であった場合でも、なお、その対処が自由に対する過度な制約を及ぼすものでないのかという考慮を促すものであって、これはフランスにとっては新しい考慮要素である<sup>84)</sup>。

一方で、トリプルテストの導入は、審査の性質を大きく変えていないとする理解によれば、そもそも、「公序」という概念そのものが、自由の行使に対する適

81) Petit, *supra* note 16, p. 217 et Petit = Frier, *supra* note 17, p. 345.

82) Conseil d'État, Assemblée, 26/10/2011, 317827.

83) Conseil d'État, ordonnance du 9 janvier 2014, n° 374508 及び、Conseil d'État, 10ème - 9ème SSR, 09/11/2015, 376107.

84) Petit, *supra* note 16, p. 218-9.

切な程度の制約であるから、そのような意味で、従来なされていた比例性の審査でも、自由に対して過度な制約は正当化できないという観点は含まれていた<sup>85)</sup>。

どちらの理解が適切であろうか。この答えを得るためには、トリプルテストの各要素の内容をいま一度確認する必要がある。そのために、ここで、トリプルテストの「母国」とされる、ドイツにおける議論を参照したい。

クラウス・シュテルンによれば、トリプルテストの三要素は、それぞれ、次のような内容を持つものである。まず、手段の目的への適合性の審査とは、ある措置は、それを用いることによって望まれた結果を導くものであるか否かを検討するものであり、これは部分的適合性をもって足りる<sup>86)</sup>。次に、必要性の審査とは、「適法的な措置ないし手段のうち、もっとも過酷ではない結果をもたらす手段」<sup>87)</sup>か否かを検討するものである。最後に、狭義の比例性の審査とは、「個人の自由の地位に対する侵害によって生じる犠牲は公共のために得べき利益と比例を失」<sup>88)</sup>するものではないかを検討するものである。

トリプルテストの各要素の内容がこのようなものであるならば、たしかに、「狭義の比例性」の審査はフランスにとって新しい観点を含む、という指摘は、当たっている部分がある。すなわち、警察による措置が、「公序」の達成のために適合的かつ必要なものであっても、なお、自由を過度に侵害するものであるかを、「公序」の解釈とは独立して審査するという視点は、従来の比例性審査における、より制限的ではない方法によっては、「公序」を達成することはできないのか、という視点からははみ出す部分があるからである。しかしながら、このような理解は、コンセイユ・デタがトリプルテストの各要素を全面的かつ実質的に

---

85) Petit = Frier, *supra* note 17, p. 345.

この点について、たとえば、セドリック・ルーラック (Cédric Roulhac) は、トリプルテストそのものは、比例性の審査をより厳格なものにする効果をもつけれども、現状では、コンセイユ・デタは、トリプルテストの表現を使用しているだけで、実質的に行政活動への統制を強化しているわけではない、とする。Cédric Roulhac, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative, Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif », *RFDA*, 2018, p. 343 et s.

86) シュテルン前掲注 69) 167 頁。

87) 同上 170 頁。

88) 同上 172 頁。

導入した場合に妥当なものとなる。

注意が必要なのは、シュテルンによる次のような指摘である。シュテルンによれば、ドイツにおいて、「狭義の比例性」の作用やディメンジョンが著しく増大したのは、トリプルテストが、単に警察法の分野で適用されるにとどまるものではなく、憲法次元で、立法権を限界づける基準として使用されるようになってからのことである<sup>89)</sup>。この点、柴田憲司は、より端的に、「行政法の領域で発展してきた比例原則は、少なくとも西ドイツ憲法が制定される一九四九年までの間は、その第一原則（適合性）と第二原則（必要性）のみを意味し、第三原則（均衡性、狭義の比例性、衡量）は比例原則の構成要素ではなかったと解する論者が少なくない<sup>90)</sup>と指摘している。柴田はこれに続けて、「今日的な意味における第三原則たる均衡性の原則が比例原則の構成要素となったのは、西ドイツ憲法制定以降（の連邦憲法裁判所判例）において、比例原則が憲法上のランクを獲得した後のことである、という<sup>91)</sup>と説明している。

トリプルテストの「母国」であるドイツにおいて、「狭義の比例性」の審査が、立法権を限界づける基準として、連邦憲法裁判所においてこそ、その真価を発揮しているのだとすれば、フランスにおいても、トリプルテストがその真価を発揮するのは、コンセイユ・デタにおいてよりも、憲法院においてである可能性が高いといえよう。行政裁判所であるコンセイユ・デタにおいては、審査対象となっている行政活動が、立法者によって定められる権限の範囲に含まれるものであるかが主な審査対象とならざるを得ない。裏返せば、コンセイユ・デタが、法律の内容や法律によって定められた「公序」の解釈とは独立して、当該行政活動が自由を侵害するかを審査するという場面は、それほど多く想定されるわけではない。それゆえ、コンセイユ・デタにおいてトリプルテストが導入されたことは、従来の比例性の審査の実質的内容を大きく変化させるものである、と直ちに評価することはできまい。

また、そもそも、コンセイユ・デタは、現時点では、トリプルテストを全面的

89) 同上。

90) 柴田前掲注 79)「憲法上の比例原則について（一）」202頁。

91) 同上。

に導入しているとは言い難く、これもまた評価を困難にしている要因のひとつである。たしかに、警察活動が目的に対して適合的で、必要なもので、比例的なものである、というような、トリプルテストを想起させる言い回しは増えてきている。しかしながら、三つの要素をそれぞれ独立の項目として検討したことはこれまでほとんどなく、問題の事柄についての総合的な考慮をした上で、最後の結論部分にトリプルテストの言い回しを使用しているにとどまっていることが多い。

一方で、今後、トリプルテストが全面的に取り入れられるようになったならば、仮に審査に用いられる考慮内容について、従来と実質的な差は大きくないとしても、警察活動に対してなされる統制への理解が容易になるという意義が指摘できよう。前述の通り、従来、コンセイユ・デタは、比例性の審査と目的や手法そのものの審査を場合によって使い分けていた。それゆえに、コンセイユ・デタは、比例性の審査をしているのか否かについて、学説上の議論が生じてしまっていたのである。しかしながら、トリプルテストを全面的に導入するようになれば、警察活動の適法性は、目的に対する適合性、必要性、狭義の比例性の三段階で審査されるのだということ、また、それぞれの要素で何が審査されるのかが理解しやすくなる。そうなれば、学説による理解が容易になるだけでなく、警察行政の側でも、適法な介入をするためには、どのような要素を満たす必要があるのか、事前に考慮することが容易になり、違法な介入の防止につながるであろうと思われる<sup>92)</sup>。

(1)の内容から、一般行政警察活動に対してのコンセイユ・デタの統制の特徴は基本的に、次のようにまとめることができる。

- ①比例性の考え方は従来継続して使用されている。
- ②近年トリプルテストが導入され始めたものの、現状では、それは、コンセイユ・デタによる統制の性質を大きく変えてはいない。
- ③一方で、トリプルテストの導入は、将来的には、コンセイユ・デタの審査をより明確なものとする効果が見込まれる。

---

92) この点で筆者と同様の点を指摘するものとして、Roulhac, *supra* note 85.

(2)では、このような特徴の例外として、「人間の尊厳」を目的とする警察活動への統制を検討する。

## (2) 例外としての「人間の尊厳」

人間の尊厳を侵害する行為に対する禁止命令に対しては、比例性の審査が及ばない傾向がある。というのも、ある言説や振る舞いそれ自身が人間の尊厳を侵害するような性質であった場合、警察が禁止以外の何らかの対処をすることで、人間の尊厳の侵害という結果の発生を予防するということが想定し難いからである<sup>93)</sup>。

たとえば、人種差別的、ユダヤ人差別的表現を芸風としている前述のデュドネのショーは、これまで幾度となく禁止されてきたが、この禁止は、人間の尊厳を侵害する表現や振る舞いを禁止するものとして正当化されてきた。2014年1月9日のオルドナンス<sup>94)</sup>においては、「公序の要請による基本的自由への制約は、必要であり、適合的であり、比例していなければならない」というトリプルテストを想起させる文言が使用されているものの、他のより制限的ではない方法で対処できたのか否かなどはほとんど検討されておらず、単に「警察当局には対処が非

93) 「人間の尊厳」の絶対性については、ドイツにおいて、より盛んに議論されている。たとえば、玉蟲は、ドイツにおける従来の支配的見解は、「人間の尊厳は絶対的に保障されるものと解し、他の権利や利益との比較衡量を受けつけない概念と捉えてきた」と説明する。この意味で、フランスにおいて、「人間の尊厳」の保護を理由にした警察活動には、比例性の審査が及びづらい傾向があることは、ドイツにおける「人間の尊厳」の絶対性の議論状況と重なる部分があるようにも思われる。

しかしながら、その背景にある理由も同一であるかについてはなお一考の余地がある。というのも、フランスにおいて「人間の尊厳」の保護を理由とした警察活動に比例審査が及ばない傾向があるのは、「人間の尊厳」の性質上、それを傷つけるような行為に対しては、禁止が唯一とりうる手段となることが多いからである。すなわち、あるショーが安全や平穏を侵害するという理由で規制対象となる場合、会場の警備等では対処できなかったかということ審査することができるが、そのショーの内容それ自身が「人間の尊厳」を傷つけるものであった場合、警察が何らかの協力的な対処をとったとしても、ショーの内容そのものの問題は解決しない。そして、このような事情は、フランスの裁判所が、「人間の尊厳」に対して、他の自由との衡量を許さぬほどの価値を与えている、ということを必ずしも意味しないだろう。

なお、玉蟲によれば、ドイツにおいては、先端的な生命操作技術等との関係で、近年、「人間の尊厳」の絶対性についての解釈に変化が生じてきている。玉蟲由樹「人間の尊厳保障の法理—人間の尊厳条項の規範的意義と動態」(尚学社、2013) 51頁以下。

常に難しいほどの、「公序への深刻な侵害」が予想されることを指摘しているだけである。

ただし、「人間の尊厳」を理由とした警察権限による規制に対して、コンセイユ・デタが一切の限界を設けていないわけではない。次に紹介する二つの事例は、どちらも、問題となっている展示物について、人間の尊厳を侵害するものだとし、市民団体等が警察に対して禁止命令を出すように要請し、それを拒否されたことをめぐる緊急救済訴訟である。これに対して、コンセイユ・デタは、問題の展示物などが人間の尊厳を侵害するものではない、と認定して、警察が介入しなかったことは正当であると判断した。

一つ目の事例は、「Exhibit B」というタイトルの、植民地時代やアパルトヘイト時代における黒人に対する非人道的取り扱いに関する展示をめぐる、2014年12月11日のオルドナンス<sup>95)</sup>である。これについて、コンセイユ・デタは、当該展示物は、黒人に対するかつての非人道的取り扱いの実態を告発しようとするものであり、したがって、それを禁止しなかったことは、人間の尊厳に明白に違法な侵害を与えるものではないと示した。

二つ目の事例は、裸の状態で猥褻な姿勢をとる黒人の飾りをのせたケーキをつくったパティスリーに関する2015年4月16日のオルドナンス<sup>96)</sup>である。このパティスリーが自己の店舗のショーウィンドーで、問題の飾りを載せたケーキを複数年に渡って展示し続けたことに関して、グラスの首長は、禁止命令を出すことを求められたが、それを拒否したのである。このことについて、コンセイユ・デタは、まず、人間の尊厳が「公序」の構成要素であり、「公序」の維持のために市町村の首長が警察権限を行使できるという原則を確認した。そのうえで、問題となっているケーキは、たしかに非常に不愉快なものであるけれども、これに

94) Conseil d'État, ordonnance du 9 janvier 2014, n° 374508.

これと同様に、デュドネのショーの禁止に関する判決 Conseil d'État, 10ème - 9ème SSR, 09/11/2015, 376107 においては、同様に、「公序の要請による基本的自由への制約は、必要であり、適格的であり、比例していなければならない」と述べたうえで、2014年のオルドナンスと同様に、他の方法によって結果の発生を防ぐことができるかはほとんど検討されていない。

95) Conseil d'État, ordonnance du 11 décembre 2014, n° 386328.

96) Conseil d'État, ordonnance du 16 avril 2015, n° 389372.

対して関与をせず、さらには禁止を拒否したグラスの主張の判断は、明白に違法とはいえないと示した。

このように、コンセイユ・デタは、ある特定の人々が不愉快になるような行動というだけでは、禁止命令を出すには足りないとしている。すなわち、問題となっている行動は、人間の尊厳を侵害するといえるほどのものなのかどうかを審査しているといえる。

もっとも、どのような行動について、人間の尊厳の侵害を認め、あるいは不愉快になるものであるにとどまる、としているのか、その基準が明確に示されたことはいまだなく、この点については、判例の蓄積を待つ必要がある<sup>97)</sup>。

## 2. 特別行政警察

### 2-1. 特別行政警察の権限の所在

特別行政警察は、あらゆる目的に従って、立法によって個別に権限授与や手続きの設定がなされるものである。非常に多くの種類があり、ここですべてを挙げることは叶わないが、大枠を掴むために、いくつか例をあげ、それぞれが誰に権限を与えているのかを紹介する。

特別行政警察には、たとえば、映画の内容に関するもの（以下、映画警察）、カジノ等の賭け事（以下、カジノ警察）、狩猟と野生動物保護に関するもの（以下、狩猟警察）、パリ地区における衛生環境に関するもの（以下、パリ衛生警察）、遺伝子組換え品（organismes génétiquement modifiés, OGM）に関するもの（以下、OGM 警察）、公害の原因となる危険性のある建物（Installation classée pour la protection de l'environnement, ISPE）に関するもの（以下、ISPE 警察）などがある。

映画警察については、映画およびアニメ映像に関する法典<sup>98)</sup>の L211-1 条において、「映画作品の上演は、文化大臣による発行される上映許可に服する」と定

---

97) 仮説の段階にとどまるが、人間の尊厳への侵害を認めているケースと、そうでないケースを全体として見てみると、ユダヤ人差別、あるいはイスラム教徒の差別に関わる場合には人間の尊厳への侵害を認める傾向にあるように思われる。そのことの理由については、いまだ不明である部分が大きく、さらなる検討を必要とする部分である。

98) Code du cinema et de l'image animée.

められている。その他、細かな年齢制限等の付与に関して、デクレによって個別規定がつけられている<sup>99)</sup>。

カジノ警察については、まず、1959年12月23日のカジノにおける賭け事に関するアレテ<sup>100)</sup>の1条が、カジノ等の設置許可は、内務大臣によって出されることとしている。その上で、同アレテ93条が、「カジノにおける遊戯に関する統制 (la police des jeux dans les casinos) は、競馬と賭け事に関する中央機関 (service central des courses et des jeux) の長の権限によって、そして、その長が定める条件によって確保される」と定めて、「競馬と賭け事に関する中央機関」に対して、権限を付与している。同アレテは、何回か修正を施されているが、上記の規定は、同趣旨のまま現存している。

狩猟警察については、環境法<sup>101)</sup>L421-1条以下に規定が置かれている。L421-1条において、野生動物の保護や彼らの生息地、持続可能な狩猟のための調査や活動を行う機関として、「狩猟と野生動物のための国家機関 (Office National de la Chasse et de la faune sauvage, ONCFS)」が設置されており、このONCFSが環境大臣および農業大臣の管轄の下に置かれると定められている。

パリ衛生警察については、パリ地区における衛生規則を定める1979年11月23日のアレテ<sup>102)</sup>に定めがある。例えば、同アレテ31条には、パリ内における煙突や暖炉等について、使用方法や、定期的な清掃の義務が定められており、これらの清掃状況の監督や、状態が悪く火事等の事故に繋がりがねない場合の使用禁止命令について、パリ警視總監が権限を持つこととなっている。

OGM警察については、環境法L533-3条以下に規定が置かれている。まず、L533-3条において、「市場での売買以外の目的で、OGMを故意に流通させること、あるいは、そのような計画は、事前許可制に服する」としている。その上で、

---

99) たとえば、映画の対象年齢を区別するための委員会の構成や権限等に関する Décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques や、さらにこれを変更する、Décret no 2001-618 du 21 juillet 2001 などがある。

100) Arrêté du 23 décembre 1959 portant réglementation des jeux dans les casinos.

101) Code de l'environnement.

102) Arrêté du 23 novembre 1979 portant règlement sanitaire du département de Paris.

L533-3-3条で、「この許可は、バイオテクノロジー高等評議会 (Haut Conseil des Biotechnologies, HCB) が、当該流通が環境や公衆の健康にもたらす危険性を調査した上、その意見に従って出される」とされている。市場での売買については、L533-5条の定めによって、事前許可制のもとにおかれ、許可を得るためにはフランス政府と欧州委員会に対して、当該 OGM 商品についての安全性や潜在的な危険性についての調査書や統計書類を提出する必要があることとなっている。

ISPE 警察については、環境法 L511-1条以下に規定が置かれている。L511-1条では、健康や安全、平穏、農業や自然保護等に悪影響を及ぼす可能性のある、工場や造船場などの建物の新設について許可制のもとにおくことが目的とすることが定められ、L511-2条によって、対象となる建物は、化学技術の脅威の予防に関する高等評議会 (Conseil supérieur de la prevention des risques technologiques) の意見に従って、定められることとなっている。許可の出し方については、L181-1条以下に、場合分けされた形でいくつもの規定が置かれている。

このように、フランスにおいては、個別の目的に従って特別行政警察を創設する数々の立法が存在し、それぞれが別個に権限授与をしている。

## 2-2. 特別行政警察によって達成される「公序」の内容

特別行政警察によって達成される「公序」の内容は、一般行政警察によって達成される「公序」に比べて、より踏み込んだ内容を持つ場合が多い。

たとえば、特別行政警察の領域では、公衆道徳や良俗を目的とすることができる。2-1で権限を確認した映画警察では、著しく暴力的な内容や、芸術表現とは関係のない猥褻表現が多く含まれている映画について、全国規模での映画の内容による規制を行なっているのに対して、市町村の首長によって行使される一般警察行政権限によっては、地域特有の事情がない限り、映画の上映規制を行うことはできない。

それ以外でも、たとえば、ある地域の景観や動植物、農作物の保護のために、一定の道路への接近を制限することについては、市町村の首長に対して一般行政警察の権限を与えている地方自治体法典の L2212-2条とは別に、L2213-4条に

よって、特別に首長に権限が与えられている<sup>103)</sup><sup>104)</sup>。また、公衆の健康や公衆道徳等を侵害するような性質の酒場やレストランの、一定期間の営業禁止について、国家の代表（多くの地域においては、知事がそれにあたる）に権限を特別に与えている公衆健康法 L3332-15 条<sup>105)</sup>なども、公衆道徳を理由とする規制についての権限を直接に与えている点で、一般行政警察よりも踏み込んだ内容を持っているといえる。

あるいは、野生動物の保護、公害の原因となる危険性がある建物についての規制など、具体的な危険性がいまだ顕在化していない問題に対しては、立法が特別行政警察を設立するの必要があり、一般警察行政では対応することができない。というのも、コンセイユ・デタは、2012年9月24日の判決<sup>106)</sup>において、いわゆる「予防原則 (le principe de précaution)」は、「その目的としても、効果としても、公権力がその権限領域を超えることを可能にするものではない」と明示的に述べているからである。そうすると、環境保護等の観点から重要と思われる規制であっても、一般行政警察がそれに対して対処することは許されず、立法が個別的に権限を与える必要があることとなる。

他方で、一般行政警察と同様の目的を持つ特別行政警察も数多く存在する。たとえば、OGM 警察は公衆衛生や公衆の健康の確保を目的としている。これらは、目的の内容としては、一般行政警察に含めることも可能であるが、立法者が、国内で統一したレベルで保護を与えるべき事柄であると考えてることによって、特別行政警察が設置されることとなる。とくに、OGM の問題については、欧州委

---

103) 地方自治体法典 L2213-4 条第1項の内容は、次のようなものである。

市町村の首長は、公の平穩、空気の質、動物や野菜の保護、自然の動植物、あるいは、美しさ、環境、農業、森林保護、観光の推進のための景観保護に対して悪影響を及ぼすような性質の、一定の車両の交通について、その命令によって、一定の道路や一定の区域への接近を禁止することができる。

104) なお、地方自治体法典は、L2213-1 条から、L2213-31 条までを、「個別的な目的に関する警察権限 (Pouvoirs de police portant sur des objets particuliers)」というタイトルの章の下に置いている。この章に含まれる各条文では、ここで例示した L2213-4 条のほか、良俗を維持するため、首長には、墓地への遺体の適切な運搬方法の指定をする権限が与えられる、とする L2213-9 条などがある。

105) L'article L3332-15, Code de la santé publique.

106) Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 24/09/2012, 342990.

員会がトップ機関となって EU 域内全体で統一した規制を行なっている関係上、国内での OGM 規制の状況を国自体が把握し、監督する必要があるため、一般行政警察の権限領域から排除されることとなる<sup>107)</sup>。

### 2-3. 特別行政警察活動の統制

コンセイユ・デタは、特別行政警察活動に対して、一般行政警察活動に対してよりも、限定的な審査しか行っていない<sup>108)</sup>。というのも、一般行政警察活動に対して適用していたような比例性の審査は、より制限的でない手法によって同じ結果を達成することはできなかったのか、ということを検討するものだからである。特別行政警察の活動は、立法によって権限の発動条件と権限行使の方法が定められているために、行政の側に必ずしも裁量が与えられていない。それゆえに、比例性の審査を適用する余地があまりないこととなる。

ただし、このような事情の存在は、コンセイユ・デタが特別行政警察活動に対して一切統制を及ぼしていないということを意味しない。コンセイユ・デタは、次のような二つの方法によって特別行政警察活動を統制している。まず、活動の根拠となっている立法の規定の仕方によって、行政側に実質的な判断裁量がある場合である。次に、行政活動それ自体、あるいは行政活動の根拠となっている立法の内容が、欧州人権条約に違反しているとする場合である。以下順に検討する。

まず、行政側に一定程度の裁量が残されている場合である。この場合に当たるのが、1996年7月31日判決<sup>109)</sup>である。本判決は、各市町村内における商業広告等の掲示の許可地域、規制地域等の設置に関するものである。アルベールヴィルの首長の権限によって、同地において広告掲示の規制が敷かれたことによって、広告の撤去を命じられたアラ・ピュブリシテ社 (Société Ara publicité) が、撤去命令の違法性を主張した。

107) 遺伝子組換え品の規制に関して、数多くの EU 指令や指導が存在するが、それらを紹介することは、本稿の目的を超えるため、割愛する。その内容や枠組みについては、欧州委員会サイト [https://ec.europa.eu/food/plant/gmo/legislation\\_en](https://ec.europa.eu/food/plant/gmo/legislation_en) より閲覧が可能である。

108) 本節の内容について、Petit, *supra* note 16, pp. 211-213.

109) Conseil d'Etat, 2 / 6 SSR, du 31 juillet 1996, 139171.

広告、看板等に関する1979年12月29日法<sup>110)</sup>の13条においては、各市町村における広告等の掲示に関する規制地域等の設置は、次のような手続きを経てなされることが定められていた。まず、市町村議会からの要望があった場合、知事の命令によって構成されたプロジェクトグループが構成され、このプロジェクトグループが草案を作成する。草案は市町村議会によって審議されたのち、県議会において可決されると、市町村の首長の権限で施行されることとなる。否決されると、プロジェクトグループによって草案が修正され、再度の市町村議会による審議を経て、各市町村首長の権限で施行される。このように、同法においては、広告等の掲示に関する規制地域の設置について、踏むべき手続きが詳細に定められており、一見、首長の側には何らの裁量がないようにも思える。

しかしながら、コンセイユ・デタは、まず、同法は全体において、各市町村の機関に対して、どのような場所で広告を許可し、規制するのかを決定する実質的裁量を与えているのであるとして、続けて、アルベールヴィルの中心地において電光掲示板等を規制するという首長の判断には、明白な誤りや差別は見られない、と判断した。

このように、明文規定の文言上は、ある行政機関に対して裁量があまり認められていないように見える場合であっても、内実として、裁量がある程度認められている場合においては、判断内容の適切性を判断しているといえる。

次に、行政活動あるいは、行政活動の根拠となっている立法の内容について、欧州人権条約違反を宣言する場合である。この場合に当たるのが、1991年4月19日判決<sup>111)</sup>と2003年2月7日判決<sup>112)</sup>である。

まず、1991年の事件は、アルジェリア国籍の男性が、フランスでいくつかの犯罪行為をし、その結果として複数の有罪判決を受けていることを理由に、国外

---

110) Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes.

同法は、2000年9月18日のオルドナンス (Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000) によって廃止された後、現在では、環境法 (Code de l'environnement) L581-14条に同趣旨の規定が置かれている。

111) Conseil d'Etat, Assemblée, du 19 avril 1991, 107470.

112) Conseil d'Etat, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 7 février 2003, 243634.

追放命令を受けたことを発端としている。外国人出入国および難民保護に関する法<sup>113)</sup>の L521-1 条は、「公序に対して重大な脅威となる外国人の存在が認められた場合には、国外追放が命じられる」と規定しており、ここでは、「国外追放」という唯一の選択のみが示されているため、行政の側に裁量が無いように思われる。

これに対してコンセイユ・デタは、私生活および家族生活の尊重を受ける権利を定めた欧州人権条約 8 条の内容を引いて、当該男性には、国外追放を命じられるほどの「公序」に対する脅威は認められず、したがって、本件の国外追放命令は欧州人権条約 8 条に違反する、としたのである。すなわち、欧州人権条約 8 条は、その 2 項において、国が人の私生活や家族生活に介入できるのは、法律に基づいている場合であり、かつ、国の安全、公共の安全等の民主的社会において必要な場合に限られるとしているのであるが、本件の国外追放命令はそのような場合に当たらない、としたのである。

2003 年の事件ではより踏み込んで、行政活動の根拠となっている法律そのものが条約違反であると判断された。この事件は、報道の自由に関する 1881 年 7 月 29 日法<sup>114)</sup>の 14 条が、フランス以外の国で印刷された新聞等の出版物や、外国語で書かれた新聞等の出版物について、内務大臣が国内での販売禁止の命令を出すことができる、と定めていたことに関するものである。同条に基づいてなされた内務大臣の禁止命令に対して、その取消しが求められたのである。

問題は、同法 14 条は、内務大臣の禁止命令に関する条件等を何ら規定しておらず、内務大臣がほとんど全く自由に禁止することができるようになっていたため、内務大臣の判断について合法性を審査する余地がなかった点にある。これに対して、コンセイユ・デタは、まず、同条はそれ自体、条約に適合的なものであるか議論の余地がある、としたのである。そして、フランス全土において、規制の動機の適切性などを問わずに、外国語あるいは外国で印刷された新聞等の規制を許す同条の内容は、それ自体、欧州人権条約 10 条に規定される表現の自由に対して、比例的でない制約を与えるものであり、従って条約 10 条を見誤るもの

---

113) Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

114) Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

であると示したのである。同判決を受けて、1881年法14条は廃止された。

このように、個別立法に根拠を持っている特別警察の領域においては、コンセイユ・デタによる比例性の審査は限定的にならざるを得ない。その一方で、個別立法の存在にも関わらず、行政側にある程度の裁量が残っていると解釈する、あるいは、行政活動や立法の内容そのものが欧州人権条約に違反しているとすることによって、ある程度の統制を及ぼしているといえる。

なお、特別警察活動の根拠となる法律の内容については、ここで指摘したコンセイユ・デタによる統制のほか、他の法律と同様に、憲法院による憲法適合性の審査の対象となる<sup>115)</sup>。

### 3. 小括

本章では、一般行政警察と特別行政警察それぞれの権限の所在、目的となりうる「公序」の内容、権限の限界を論じた。

1-1 から 1-3 では、一般行政警察について検討した。権限の所在について、まず、明文規定によって市町村の首長および知事に地域レベルでの警察権限が与えられること、次に、判例によって首相や大統領に国家レベルでの警察権限が与えられていることを確認した。

次に、目的となる「公序」の内容について、安全、平穩、公衆衛生、人間の尊厳に限られること、そして、それ以外の内容は基本的には、一般行政警察の活動目的とはならないことを論じた。

最後に、権限の限界について、まず、1933年のバンジャマン判決以降、一般行政警察活動については比例性の審査が適用されてきたことを確認した。次に、近年では、トリプルテストと呼ばれる、適合性・必要性・狭義の比例性の審査を想起させる表現が見られるようになっていくことを指摘した。それは、従来の審査の性質を大きく変えるものには至っていないが、一方で、今後の発展次第では、審査基準の明確化が期待できることを論じた。さらに、「人間の尊厳」を目的とする警察活動については、比例性の審査は及ばない傾向があるものの、問題とな

---

115) 憲法院による憲法適合性審査については、拙稿前掲注1)を参照願いたい。

っている行為が「人間の尊厳」を侵害するものといえるか否かを判断することによって、警察活動の限界が示されていることを論じた。

2-1 から 2-3 では、特別行政警察について論じた。まず、権限の所在や目的については、特別行政警察ごとに様々に設定されていることを確認した。とりわけ目的については、立法者による直接の権限付与がなされるために、公衆道徳や種の多様性の確保など、一般行政警察よりも踏み込んだ内容を持たせることが可能であることを示した。

次に、権限の限界について、立法によって特別な手続きが定められている特別行政警察に対しては、コンセイユ・デタの統制は限定的になる傾向があることを論じた。一方で、コンセイユ・デタは、特別に定められた手続きの中にも、行政側の実質的な判断裁量を見出したり、行政による判断や根拠となっている法律それ自体が欧州人権条約に違反するという判断の手法を用いたりして、一定程度統制を及ぼそうとしていることを論じた。

### Ⅲ 権限の競合問題

ここまで検討したように、フランスにおける行政警察制度は、まず、一般行政警察と特別行政警察に区別される。この区別に加え、国家元首あるいは国の代表としての知事によって規制が敷かれる国家警察なのか、市町村の長によって当該管轄地域にのみ適用される規制が敷かれる市町村警察なのかという区別が重なり合う。そのため、フランスの警察には、国家一般行政警察と市町村一般行政警察、国家特別行政警察と市町村特別行政警察という四つの区分が存在することとなる。

これら四つの警察権限が、同じ目的に向けて活動する場合、警察権限の競合の問題が生じる。この権限競合の問題は、フランス法における警察制度の特徴に起因している。すなわち、各立法は各々の目的を設定して、それに応じて個別に警察を設立する（各立法は、他の立法が設立した警察とは独立した形で、個別に警察を作り出す）と考えられており、かつ、目的ごとに一つの警察権限のみが関わる（ある警察権限の介入は、その目的に関して、他の警察権限の介入を排除する）という特徴である<sup>116)</sup>。

なお、この権限競合は、複数の警察権限が同一の目的に対して活動しようの場合に問題となり、警察活動の対象に重複する部分があっても競合問題は生じないと解されている点には注意が必要である。例えば、市街地で狼が一定数発見され、それを警察が保護するとしよう。その狼を、住民に危害を加える害獣として市町村一般行政警察が保護しようとする事と、絶滅危惧種の保護のために特別行政警察が関与することは競合しない（現実的には、まず、一般行政警察が市街地に入ってしまった狼を捕獲し、絶滅危惧種保護のための特別警察がその後の処理を行うというように、順番に関与する場合が多いであろう）。

このように、同一目的に関する競合のみが問題となることを前提とすると、各特別警察を設立する個別の立法は、個別の目的について作られるものであるため、特別警察同士の間では、競合問題はあまり生じない。そこで、競合が特に問題となるのは、国家一般行政警察と市町村一般行政警察との間と、特別行政警察と一般行政警察との間である。

ディディエ・トゥルシェ (Didier Truchet) によれば、最も根本的な原則となるのは、「公序」の侵害の回避に対して、最も適切と思われる権限が問題に対処するべきである、ということである<sup>117)</sup>。しかしながら、問題は、「最も適切と思われる権限」とはどのような権限なのか、である。トゥルシェは、このことについて、コンセイユ・デタは一貫した姿勢を示しており、そこから、次の二つの一般的傾向が指摘できる、とする。第一に、市町村警察に対する国家警察の優越性であり、第二に、一般行政警察に対する特別行政警察の優越性である<sup>118)</sup>。以下、この傾向を順に検討する。

## 1. 市町村一般行政警察に対する国家一般行政警察の優越性

IIで検討した通り、市町村における警察権限は、基本的には市町村の首長に与えられる。一方で、コンセイユ・デタは、一貫して、国家元首に対して国家全土における警察権限を与えているため、両者が同質の事柄に対して規制を与える場

116) Didier Truchet, « Les concours de police », *La police administrative*, puf, 2014, p. 140.

117) *Ibid.*

118) *Ibid.*, p. 141.

合、権限の競合が問題となる。

この問題に対して、コンセイユ・デタが姿勢を明確にしたのは、1902年4月18日の判決<sup>119)</sup>においてである。この事件は、アリエ県の知事が、県内の公共の場における賭け事をすでに禁止していたが、その禁止には、湯治場という例外がついていたところ、ネリ＝レ＝バンの首長が、湯治場という例外なしに、その地域において賭け事を全て禁止したことを発端としている。

その当時、市町村の首長に警察権限を与えていたのは、現行の地方自治体法典の前身にあたる、市町村法典<sup>120)</sup>の91条であった。同法の97条は、この首長による権限は、知事等の上級行政庁による監督を受けることを規定し、99条は、知事にその監督する県全域において警察権限を行使する権限を与えていた。そのため、首長による前述の命令が、上級行政庁の「湯治場は例外として考える」という意図に反しており、違法なものなのではないか、という主張がなされたのである。

これに対して、コンセイユ・デタは、次のように述べた。

同法第99条が、知事に対して、その管轄地域における全ての地域あるいはいくつかの地域に適用される規制を敷く権限を与えていようと、当該地域の地域性への適切な配慮によって、市町村の首長が管轄地域において同一目的の、より厳格な規制を敷くことは、何らの規定によっても禁止されていない。

ここには、次の二つのことが示されている。まず、国家の代表である知事によってすでに規制が敷かれている目的に対して、市町村の首長がさらに規制を敷く場合、その規制が必要となる特別な地域性が適切に示される必要がある。次に、地域性によって正当化される市町村の首長による規制は、上級行政庁によって敷かれる規制よりも厳格なものである場合に限られる。アンドレ・モーリン

119) Conseil d'Etat, 18 avril 1902, Commune de Nérès-les-Bains.

同判決の趣旨および評釈については、Long et al., *supra* note 29, p. 59 et s.

120) Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale.

(André Maurin) がその概説書において説明するところによれば、たとえば、国家元首が全国の公道において毎時 50 km の速度制限をつけていた場合、それよりも下級の行政警察権限は、自らの地域において、地域特有の事情がある場合には毎時 40 km の制限をつけることは可能だが、毎時 80 km にすることは許されない<sup>121)</sup>。

この定式は、近年のコンセイユ・デタ判決においても繰り返されている。たとえば、速度制限に関する 2015 年 10 月 14 日判決では、次のように述べられた<sup>122)</sup>。

国家全土に適用される警察規制を制定する権限は、その固有の権限として首相に帰属する。その権限の行使によって、首相は、全国の様々な種類の道路に対して、それぞれの速度制限をつける。このように首相によって敷かれた規制は、しかしながら、その目的としても効果としても、各道路を管轄する警察から、地域特有の状況に応じてより厳格な規制をおく権限を奪うものではない。

このように、コンセイユ・デタは、国家元首などが、一度その管轄領域全土に対して規制を設けた場合には、市町村の首長が重ねて介入をするためには地域特有の事情を要求する、という態度を一貫して示しており、ここから、市町村行政警察に対して、国家行政警察は優越する、という一般的傾向を指摘することができるであろう。

ここで問題となるのは、このような国家行政警察の優越性の意義は、どのように説明されうるかである。というのも、安全等の侵害の現場に近い者、すなわち市町村警察が規制を敷く方が、制約を侵害の防止に比例したものにできる、と考えることも可能だからである。逆に言えば、規制が必要のない地域もあるのであれば、国家元首が国土全体に対して規制を敷くことは、自由の過度な制限になる危険性もあると思われる。

トゥルシェによれば、フランスにおける国家行政警察の優越性は、平等の観点

---

121) Maurin, *supra* note 17, p. 129.

122) Conseil d'État, 5ème - 4ème SSR, 14/10/2015, 375027, Cons. 2.

から要請されるものである<sup>123)</sup>。すなわち、フランス人は、国内のどこにあって、個別の公序侵害に対して、同一のレベルで保護されることが求められているのであって、このような理念は、国内安全法<sup>124)</sup>L111-1 条に明確に現れているという<sup>125)</sup>。同条は、「国家は、共和国全土において、諸制度と国家全土の利益の保護、法律の尊重、平和と公序の維持、人と財産の保護のために監督をし、安全を確保する義務を負う」（強調筆者）としている。

このように解すると、フランスにおいては、国家はあくまで、「公序」を維持する義務を自分自身の義務として保持しているが、国家自身が全ての地域について適切な対処をとることは現実として難しいため、地域警察に対して、限定的に「公序」維持のための権限を付与している、と言えるだろう<sup>126)</sup>。

行政警察による「公序」の保護の限界を検討するという本稿の問題関心から、より重要なのは、次に検討する特別行政警察と一般行政警察の競合問題である。検討を進めよう。

## 2. 一般行政警察に対する特別行政警察の優越性

コンセイユ・デタは、特別行政警察の介入は一般行政警察の介入を排除するという理解を一貫してとっている。トゥルシェによれば、このような理解の背景には、次のような理由がある<sup>127)</sup>。

第一に、一般行政警察と特別行政警察の関係は、一般法と特別法の関係とパレルに考えることができる。第二に、第一の理由と関連して、特別行政警察には立法者の意図がより直接的に反映されていると考えられる。すなわち、立法者が

123) Truchet, *supra* note 116, p. 142.

124) Code de la sécurité intérieure.

125) Truchet, *supra* note 116, p. 142.

126) この点について、ジャック・シュバリエ (Jacques Chevallier) は、警察行政制度において、国家の役割が前面に出てくることは、フランスの大きな特徴であり、フランスにおける福祉国家観と密着に関わる問題であると説明する。シュバリエによれば、イギリスなどのアングロ・サクソン系の国では、警察活動等の市民の生活の保護に関わる問題は、人々の日常生活に近い権限によって解決されるべき問題であって、国家が介入すべき問題であるとは考えられていなかった Jacques Chevallier, « La police est-elle encore une activité régalienne? », *La police administrative*, PUF, 2014, pp. 5-7.

127) Truchet, *supra* note 116, pp. 141-2.

その目的について、特別な手続きや制度が必要だという意図を持っているからこそ、そのための特別行政警察を設立するのである。第三に、特別行政警察は、個別法において、特別な調査権限や手続きが詳細に定められているので、達成しようとする目的に対してより適切な権限行使が期待できる。

本稿の問題関心からは、この特別行政警察の優越性は非常に重要である。というのも、一度、立法者によって特別警察が設立された目的については、一般行政警察の活動領域ではなくなるという枠組みは、立法による行政警察活動の統制に資するものであるように思われるからである。

以下、実際の判例を使って、一般行政警察に対する特別行政警察の優越性を確認したい。

まず、比較的古い判例としては、国家全土における鉄道の管理や新たな線路の開通に関しては、法律によって公共事業大臣にのみ権限が与えられており、そのため、市町村の首長には一切の権限がないことを示した1914年3月14日判決<sup>128)</sup>がある。また、飛行機やヘリコプターなどの航空機の航路や飛行許可等に関する権限は、法律によってすべて国に与えられるから、知事にはその権限がないことを示した1930年3月7日判決<sup>129)</sup>がある。同様の趣旨の比較的新しい判決として、パイロット養成所の旋回訓練の管理や規制は法律によって国に権限が与えられるから、市町村の首長は一般行政警察権限を行使できない、とする2002年4月10日判決<sup>130)</sup>がある。このように、鉄道や航空機の運転、運用に関わることについては、知事や市町村の首長に警察権限は与えられていない。

このような特別行政警察の優越性は、達成しようとする目的が、一般行政警察の目的と重なっている場合も例外ではない。たとえば、2011年10月26日判決<sup>131)</sup>では、電子通信によって発される電磁波による健康被害を防ぐための措置（本件では特に、携帯電話のアンテナに関する規制）をとる権限は、郵便・電子通信法典<sup>132)</sup>によって、国（あるいは、Autorité de Régulation des Communica-

---

128) Conseil d'Etat, 14 mars 1914, « Gurnez », Lebon 350.

129) Conseil d'Etat, 7 mars 1930, « Compagnie aérienne française et Chambre syndicale de l'industrie aéronautique », Lebon 257.

130) Conseil d'Etat, 8 / 3 SSR, du 10 avril 2002, n° 238212.

131) Conseil d'Etat, Assemblée, du 26 octobre 2011, n° 326492.

tions Électroniques des Postes (ARCEP) などの国によって権限を与えられる独立機関) に排他的に与えられているのであり、市町村の首長はこの分野について一般行政警察権限を行使できない、と示された。同判決は、国民の健康については、国家全土において、高度に統一されたレベルで保護が与えられる必要があるのであり、かつ電磁波による健康被害は、土地によって危険性が変わるものではなく、それゆえに国に排他的に権限が与えられると説明を加えている。このように、住民の健康という、一般行政警察の目的に含まれる目的であっても、特別行政警察が設置されている場合には、一般行政警察の関与は認められない。

同様に、遺伝子組換え品 (OGM) についての 2012 年 11 月 24 日の判決<sup>133)</sup>がある。この判決においては、環境法の L533-3 条の規定は、遺伝子組換え植物の意図的な拡散に対する対処のための特別警察を設立しており、この枠組みにおいては、国家機関が、専門家の意見を参考にして、地域性も考慮した上で、対応策を検討することとなっているため、市町村の首長は、自らの管轄する地域においても、OGM に関する規制を敷く権限を一切持たない、と示された。これも、アンテナ規制の事例と同様に、健康が問題となったものと言えよう。

例外として、緊急の対応が迫られている場合があげられる。たとえば、火災による被害を受けた後の建物の取壊しに関する 2005 年 10 月 10 日判決<sup>134)</sup>がある。本件では、火災の後に崩壊する危険を高度に持つ建物について、市町村の首長が、地方自治体法典 L2212-2 条に定められる一般行政警察の権限で対応したことが問題となった。

地方自治体法典 L2213-24 条は、建築・住居法典<sup>135)</sup>の L511-1 条から L511-4-1 条に定められる、危険建造物に対処する特別行政警察権限を、市町村の首長に与えている。すなわち、一般と特別のどちらの権限を行使しようとも、市町村の首長という同一の人物によって対処がとられることには変わりはない。しかしながら、建築・住居法典 L511-3 条では、建物等の取壊しに関して、裁判所に対し

132) Code des postes et communications électroniques.

133) Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 24 septembre 2012, n° 342990.

134) Conseil d'Etat, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 10 octobre 2005, n° 259205.

135) Code de la construction et de l'habitation.

て人員の任命を依頼すること、調査報告書を作成することなど、手続きが特別に定められていたところ、本件ではそのような手続きを踏まずに、建物を取壊したことが問題となったのである。

これに対して、コンセイユ・デタは、「とりわけ重大な危険があるという非常に緊迫した状況においては、その危険の原因はなんであれ、市町村の首長は一般警察行政の権限を合法に行使することができる」と述べた。ここで、「危険の原因はなんであれ」と示されていることから、本判決の内容は、建物の取壊しにのみ限られるものではなく、緊急の対処が必要とされる事態に広く適用されるものと思われる。

このような例外は存在するものの、特別行政警察の優越性に対する態度は、強く一貫して提示されており、コンセイユ・デタの基本的な解釈であると言える。

このように、フランスにおいては、国民の生活のための「公序」維持の任務は、第一次的には立法府の責務であると考えられていることがわかる。この枠組みにおいては、一般行政警察は、安全や平穏などの、時と場所との関係でのみ危険性を計算が可能な事柄であり、それゆえに、立法で具体的内容をあらかじめ制定することに適さない事柄について、対応をするための組織であるといえる。

### 3. 小括

本章では、各警察権限の間の競合問題を検討した。まず、1では、国家一般行政警察が、市町村一般行政警察に優越するという基本的傾向を確認した。国家元首や知事によって警察権限を行使されると、その後は、市町村の首長は地域の特別な事情がある場合に限り、より厳格な規則を置くことができる。

2では、特別行政警察が一般行政警察に優位することを論じた。鉄道や航空機の管理など、市町村をまたいだ管理が必要となるものや、アンテナやOGMなど国家全土で危険性が同程度認められるものについては、特別行政警察が設立されていることが多い。ひとたびその特別行政警察が介入を始めると、一般行政警察の関与は排除されることとなるが、例外として、非常に高い緊急性のある問題については、一般警察行政の権限で一時的な対処をすることも許される。特別行政警察の優位性の意義は、つづくIVにおいて検討をする。

## IV フランスの行政警察のあり方に見る「公序」の特徴

### 1. フランスにおける行政警察制度の特徴と「公序」の特徴

ⅡとⅢにおける検討から、フランス行政警察制度の特徴として、次のような点が指摘できる。

- ①個人の自由を枠づける機能、すなわち「公序」の適用の機能をもつ行政活動全般を含むように、「行政警察」の概念を広くとる。
- ②その上で、立法による一般的授権がなされる一般行政警察と、個別的な授権がなされる特別行政警察との区別をする。
- ③一般行政警察と特別行政警察の間には、それぞれが活動の目的とすることができる「公序」の内容に差が設けられる。具体的には、一般行政警察の目的は、安全、平穏、公衆衛生、人間の尊厳に限定され、それを超える目的の達成のためには、個別立法によって特別行政警察を設立する必要がある。
- ④一般行政警察では達成できない「公序」の内容があり、かつ、特別行政警察が優越性をもつことから、「公序」の具体的内容の決定は、立法者の責任において行われ、行政警察活動は、立法者によって解釈された「公序」の運用にとどまるといえる。

エティエンヌ・ピカールによれば、フランスにおいて、行政警察活動がこのようなあり方をとる背景には、「公序」の特徴がある<sup>136)</sup>。本章では、このエティエンヌ・ピカールの議論を軸に、行政警察制度のあり方と「公序」の関係性を検討する。なお、本稿筆者がここで検討を試みているのは、あくまで、警察によって達成される「公序」であり、立法者によって達成される「公序」についてではない点に留意されたい。

ピカールによれば、フランス国内の学説は、行政警察によって達成される「公序」と自由という二つの概念の関係性について、従来、次のような二つの考え方

---

136) Etienne Picard, *supra* note 19, pp. 534 et s.

を提示してきた。

第一に、「公序」と自由を対立関係で捉える考え方である。これは、国家のなかで、自由を保護するという役割は、立法者によって排他的に担われる、というフランスに伝統的な考え方に忠実な考え方である。この説によれば、警察行政による「公序」維持の活動は、つねに、立法者が確立した自由とは対立することとなる。しかしながら、ピカールは、この考え方を、あまりに表面的な捉え方であると批判する。なぜならば、この説は、立法者によって確立された自由に対して、なぜ、行政による介入が時には許されるのかを一切説明していないからである。そして、そもそも、安全や平穏といった諸条件が確保されていない社会で、私たちが自らの自由を十分に行使できるとは考えづらく、そうすると、自由の行使のためには、安全や平穏などの諸条件、すなわち「公序」が一定程度以上に確保された社会が必要になるのである<sup>137)</sup>。このような批判を受けて、次のような第二の説が主張されるようになった。

第二の説は、「公序」と自由は、対立するものではあるものの、調和可能であるとする考え方である。これは、自由と警察活動の目的としての「公序」は、それぞれの目的の方向性が逆方向であり、対立してしまう危険性を孕んでいると考える点で第一の学説と共通している。ただ、適切な範囲で「公序」の実現が目指される場合、すなわち、自由に対する制約が比例的な範囲にとどまっている場合、「公序」は自由との調和が可能になり、正当化されると考えるのが、この説の特徴である。しかしながら、ピカールによれば、この説は、不十分であり、かつ矛盾している。なぜなら、警察活動によって達成される「公序」と、立法者が制定する自由が、互いに対立するものであることに変わりがないのであれば、なにをもって自由への制約が適法なものへと変化するのか、解答を与えられないからである<sup>138)</sup>。

ピカールの第1、第2の説への批判は、次のようにまとめることができよう。警察活動によって達成される「公序」を、自由にとって外的な存在と捉え続ける限り、自由に対する制約は、自由とは無関係の、自由とは対立する目的を達成す

---

137) *Ibid.*, pp. 534-7.

138) *Ibid.*, pp. 537-9.

るものとなってしまふ。そのような制約が時と場合によっては正当化されると考えてしまえば、それは、社会あるいは国家の利益を個人に対して押し付けることも許される、ということになってしまふのである。そしてこのことは、自由に対しての制約がいかに比例していようとも変わらない。

従来の二つの説に、このように批判を加えて、ピカールは、第三の考え方として自らの考えを提示する<sup>139)</sup>。ピカールによれば、純粋な法概念としての「公序」の捉え方と、実定法体系において「公序」が果たしている機能の束として、あるいは、一定の時代、社会において果たしている役割の束としての「公序」を区別することで、上記の二つの説を乗り越えることが可能である（ここでいう実定法には、当然憲法も含まれる）。「公序」という名の下に警察行政が行う数々の規制は、それら自体としては、全く別個のものとして存在するものであり、純粋な法概念としての「公序」を観念して初めて、それらは等しく「公序」の名の下に正当化可能な規制として関連づけられる。

ピカールによれば、機能の束としての「公序」の内容は、社会のあり方や時代によって変化し続けるものである。その意味で、機能の束としての「公序」は、当該社会にとって「必要な概念 (norme de nécessité)」としてしか理解できず、実際の社会に適用された場合に「公序」が果たす役割は、可変的なものであり、それ自体を定義することは難しい<sup>140)</sup>。しかしながら、この「必要性」は行政によって無限定に拡張されるものであってはならない。なぜなら、「公序」は、それが法概念としてもつ本質によって、枠づけられるからである。

「公序」が法概念としてもつ本質とは、どのようなものだろうか。この問いに対する答えを得るために、ピカールは、純粋な法概念としての「公序」と実定法上の自由との関係性について、検討を進める<sup>141)</sup>。ピカールによれば、概念としての「公序」は、自由を保護するために必要なものとして観念される。なぜならば、法の世界において、優越的地位を占めているのは自由であり、そのことを前提にすると、このように解釈しなければ、「公序」は、自由の保護とは無関係の、

139) *Ibid.*, pp. 540 et s.

140) *Ibid.*, pp. 542-3.

141) *Ibid.*, pp. 545 et s.

国家的な利益を個人に対して押し付けるための道具となってしまう、国家は警察国家に成り果ててしまうからである。

ピカールは、別稿において、上記の論理を補足するような説明を加えている<sup>142)</sup>。ピカールによれば、「公序」は、それ自体として価値をもつものではなく、自由を定義し、実践に移すことを可能にするものとしてのみ、価値を持つものである。法概念としての「公序」は、実定法上の自由を定義づけるものであり、そのような意味で、両者は、不可分一体のものとして理解され、「公序」は、それが法概念として誕生する瞬間から、自由を保護するために必要なものとして存在していなければならない。権利というものは、それ自体内容が確定したのものとして最初から存在しているわけではなく、社会に存在するあらゆる人が十分に自由を行使するためには、実定法規範としての「自由」を定義する必要がある。それを定義づけるのが「公序」であり、その範囲でのみ「公序」は存在意義を持っている。

「公序」は、「自由」の要請によって生じる法概念であるという、ピカールの主張は非常に説得的なように思われる。私たち諸個人は、安全や平穏それ自体のために生き、死ぬということを人生の目的としているわけではないだろう。そうであれば、あくまで、安全や平穏が、私たち諸個人の利益のために存在しているのだと言わねばならない。このことを前提とすれば、国家が私たちの自由の行使に対してなんらかの介入や制限を加えることがあったとしても、そのような介入は、総体的な観点からは（あるいはまわりまわって間接的には）私たちの自由な生き方の助けとなるものでなくてはならないだろう。そうすると、「公序」という名を掲げて、自由の保障とは全く無関係の外的な理由から私たちの自由を介入することは、いくらそれが比例しているように見えようとも、そもそも正当化不能であることになろう。

ピカールによれば、このような「公序」の理解をとって初めて、フランスの警察行政の特徴を説明することができる<sup>143)</sup>。フランスにおいては憲法34条によって、立法者が法律によって自由を保護することが定められている。そうすると、

---

142) Picard, *supra* note 16, pp. 58-9.

143) Picard, *supra* note 19, pp. 551 et s, pp. 558-68.

「公序」を実定法に盛り込み、具体化することによって自由の定義づけを行い、権利を実定法上保護される形での自由にするための枠付けを行うのは、立法者であって、行政ではない。もし警察が立法による授権の範囲を超えて、恣意的に権限を行使するとすれば、それは自由を保護するという「公序」の範囲を超えてしまい、したがって「公序」それ自体を見誤るものとなる。

このように考えると、立法による行政警察への権限授与は、ある程度具体的で厳格なものであることが要求される。他方で、毎回の具体的な警察行政活動に対しての規定をすべて作成することは不可能であり、かつ、「公序」の観点からも不適切である。というのも、仮に立法がすべての事例を網羅するようにあらかじめ規定を作るとなると、それは、過度に広範な規定にならざるを得ず、自由の保護に不可欠な条件という「公序」を見誤ることとなるからである。

そこで、安全や平穏などの、明らかに「公序」を構成することについて疑いのない内容については、一般行政警察に対して一般的な授権を行うことで、ケースバイケースでの対応をさせ、もし問題が起きた場合には訴訟で救済をする、ということが自由の保護のために最適であることとなる。ここで、一般行政警察の活動の適法性について、裁判官が参照するのは法文そのものというよりも、実際に存在する状況であることとなる<sup>144)</sup>。

一方で、「公序」の内容を形成するのが微妙なもの、言い換えれば、環境保護や公衆道徳など、時代や、社会の状況によってその要請の度合いが変化し、それが自由の条件となるか否かについて民意を問う必要があるものについては、民主的正統性をもつ立法府が決定すべき事柄となり、特別行政警察の領域に入ることとなる<sup>145)</sup>。

ここで留意すべきなのは、我々の出発点が、純粋な法概念としての「公序」と「自由」の一体性であったことである。そうすると、立法者が、それらを実定法に具体化する際に、誤りをおかす可能性はある。今日のフランスにおいては、もはや、法律は無謬であるという前提はとられていない。そのため、裁判所自らが、あるべき「公序」の解釈を行い、それと実定法の規定とを比べ、立法府への制裁

---

144) *Ibid.*, p. 554.

145) *Ibid.*, pp. 555-6.

をすることはありうる<sup>146)</sup>。特別警察行政に対してのコンセイユ・デタの審査、あるいは、より直接的には、憲法院による法律の憲法適合性審査は、このようにして、説明されることとなろう。

ピカールによって、このように示されている「公序」と、日本の「公共の福祉」の違いについて、ここで一応の整理を試みておきたい。

自由と一体の「公序」、すなわち、自由を保護するための概念としての「公序」という考え方は、一見「公共の福祉」における一元的内在制約の考え方に近いように見える。というのも、一元的内在制約も、他者の人権を理由とした人権制約のみを認めるものであるからである。しかしながら、両者は次のような違いを持っていると筆者は考えている。

第一に、ピカールのいう「自由」は、日本の憲法学でいう「人権」とは同一のものではないと考えるのが適当である。なぜなら、ピカールは、「自由」という言葉を、権利を実社会において適用可能な形に具体化したものとして使用しているからである。そうすると、フランスにおける法概念としての「自由」は、日本の憲法学で「人権」と呼び、立法による実定法化を待たずに保護の対象となるものとは、少し異なるものであることがわかる。すなわち、ピカールは、人権というものと、実社会において保護される自由というものを区別したうえで、「公序」は自由の保護のために必要なものであり、自由に内在するものとするのである。このように「自由」というものは、それが適切に行使されている限り、公序を侵害することがないように立法者によって具体化されるものなのだ、と考えることによって、公序の侵害の防止あるいは回復のための国家介入は、自由の保護や回復と一致すると考えることが可能になる。

第二に、「公序」による自由の保護というものは、他者の人権あるいは自由の保護のみでなく、自身の自由の保護も含んでいると考えるべきである。というのも、フランスでは、シートベルトの着用を義務づけることや、大寒の日に家のない者を強制的に施設に入れたりすることは、適法な警察活動とされているが、このことは、自身の安全は、自分の意思だけでは処分できないことを意味している。

---

146) *Ibid.*, pp. 549-51.

そうすると、フランスにおいてとられている警察活動、およびその根拠となっている「公序」は、自身の利益の保護（あるいは、自身のもつ潜在的な自由の保護ともいえるであろう）も含むものであって、他者の利益のみが問題となるわけではない。

## 2. 法概念としての「公序」

ピカールによれば、1で見たような「公序」の特徴から、さらに、警察行政の適法性を厳格に審査する必要が導き出されるという。すなわち、「公序」は自由を保護するために存在するものであるとすれば、自由の外縁を定めている法律それ自体が「公序」を定めるものであり、そうすると、行政による「公序」の恣意的な運用は違法なものとして厳しく統制される必要がある<sup>147)</sup>。

このような結論に至るためにピカールは、次のような思考を辿る<sup>148)</sup>。

- ①我々が自由を持つことそれ自体は、特定の法律による根拠づけを必要としない。そうすると、自由を保護するために必要な概念である「公序」もまた同様に、原理的には、法律という根拠をもつ必要はない。
- ②しかしながら、実社会において自由が保障されるためには、まず、自由の具体的な内容が立法者によって規定される必要がある。そのことの裏返しとして、「公序」は、その機能や発動の条件を法律によって具体化される必要がある（また、当然、警察組織のあり方等も、ある程度具体化されていなければ、実際の活動を行うことができない）。
- ③法律によって与えられた権限を超えて警察が活動する場合には、それは、自由の過度な制約にあたるばかりでなく、「公序」も侵害することになる。

この点、行政の越権行為の違法性について、ジョルジュ・ヴェデル（Georges Vedel）も同様の説明を与えている。ヴェデルによれば、「行政の越権行為に対する救済を求めることは、公序それ自体（Le recours pour excès de pouvoir est

---

147) *Ibid.*, p. 545.

148) *Ibid.*, pp. 545-51.

d'ordre public)』<sup>149)</sup>である。すなわち、警察行政の越権行為への救済を求めることは、法治主義そのものから正当化されるべきものであり、それゆえ、私たちは、行政の越権行為への救済を求める際に、それを特別に定めた法律を必要とはしないし、逆に、契約などの形で越権行為への救済を求める権利を自由に処分することはできない<sup>150)</sup>。なぜなら、行政活動が法律に基づいていることは、法の健全なあり方全体に関わる問題であって、私たち個人の利益だけが問題となっているわけではないからである。このような意味で、警察行政の活動の違法性の訴えは、諸個人から発信されることが多いが、行政の越権行為に対する裁判所の救済は、我々の利益の保護や回復のために必要なものであるばかりでなく、「公序」を行政の恣意から守ること、すなわち「公序」の質の担保のために必要であることになろう。なお、ここでヴェデルがいう「公序」というものは、その趣旨からして、行政が実際に「公序」と主張しているものではなく、ピカールがいう純粋な法概念としての「公序」であると解するのが適切であろう。

このように考えると、「公序」の概念は、一方では、確かに私たち諸個人の自由の具体的な行使を制約する機能をもつものではあるけれども、他方では、そこに含まれる内容が無制限に拡張されることを許さないという側面を本質として持っていることになるであろう。

この点について、水林彪による以下の議論と重なり合う部分があるように思われるため、ここで参照しておきたい。水林は、フランス革命およびその後の人権宣言に見られる近代フランスにおける法のあり方について、次のように述べる<sup>151)</sup>。

「市民的公共権力<sup>152)</sup>による、私的権力からの自由」の体制は、しかし、この

---

149) Vedel, *supra* note 17, p. 393.

150) *Ibid.*, p. 394.

151) 水林彪「比較憲法史論の視座転換と視野拡大」『思想としての〈共和国〉日本のデモクラシーのために〔増補新版〕』（みすず書房、2016）212頁。

152) ここで水林が「市民的公共権力」と呼んでいるものは、絶対王政の社会から抜け出したフランスにおいて、その後、公権力としての役割を担う存在、すなわち、制憲者や、三権に分立された立法府、執行府（行政府）、司法府の権力体のことである。

権力が私人間関係に不断に直接に介入する秩序のではなかった。……絶対王政（絶対主義的法）から——革命を媒介として——市民社会（市民法）へと転換したことによって、権力と法のあり方が根本的に変化した。

水林によれば、フランス革命の前後では、権力と法のあり方が抜本的に変化させられている。革命以前の絶対王政下にあつては、王の意思の伝達、すなわち、臣民のあらゆる行動を禁止し、命令し、許容するということが、「オルドナンス（命令）」という形態をとっていた。私たちの日々の行動はすべて、行政の監督下に置かれて、時に許容され時に禁止されたのであり、ここでは、許容されたことを為すことも、君主の恩恵に過ぎず、慈惠的措置であつた。

しかしながら、革命によって達成された「近代市民法」は、「要件と効果によって構成される裁判規範命題すなわち公権力の行為規範へと転換した」<sup>153)</sup>。水林によれば、このような法命題は、第一次的には、執行権力や裁判権力を行使するものの行為を制約することを目的としている。そして、立法者もまた無制約に権力を行使するのではなく、実定憲法によって拘束される<sup>154)</sup>。このように、「近代市民法体系における法律は、すべて、国民を拘束するための行為規範ではなく、権力を行使する者の行為規範にほかならない」<sup>155)</sup>と水林は説明する。

水林が説明するように、「これこれの場合にのみ、これこれの自由は制約される」と公権力の発動機会を限定するところに、近代における法のあり方の特徴があるとすれば、法は、自由の制約の限界を示す側面をもつものであるといえよう。それでは、本稿の考察の対象である「公序」の性質については、どのようなことが言えるだろうか。

水林が指摘するように、近代におけるあらゆる法は、公権力の発動条件を限定的に定めるものであるならば、行政警察の活動を根拠づける諸規定も同様に、警察活動を可能とする諸条件を限定的に規定しているものと理解すべきである。つまり、警察活動の根拠となる諸規定は、私たちの自由を制約する側面をもつもの

---

153) 同上 313頁。

154) 同上 314頁。

155) 同上。

でありながら、同時に制約の限界を示すものであるということである。そして、「公序」は、本稿で検討してきた通り、安全や平穏などの意味を持ち、実定法に定められる行政警察の様々な活動の実質的な目的となるものである。そうであるならば、警察活動の根拠となっている諸規定が目的としている「公序」もまた、公権力の発動を無限定に認めるものではなく、公権力の発動を枠づける機能を備えているものと理解するのが妥当といえよう。

### 3. 小括

本章では、エティエンヌ・ピカールの議論を主軸として、「公序」という法概念がもつ特徴を検討した。1では、フランスの行政警察の特徴、中でも、特別行政警察と一般行政警察それぞれによって達成される目的を区別した上で、一般行政警察によって達成される目的を限定的に捉えるというあり方と、公序が持つ特徴との関係性を論じた。

ピカールによれば、「公序」は私たちの自由と対立するものではなく、私たちの自由を保護するための法概念でなければならない。それゆえに、立法者によって一般的な授權をされ、従って行政側の裁量が大きくなる一般行政警察の活動目的は、安全や平穏など、私たちの自由のために必要なものであることに異論のないものに限定される必要がある。

また、2では、行政の恣意的な権限の利用は、「公序」という目的そのものを見誤った違法行為として厳しく統制される必要があるのであり、そのような恣意的な運用を許さないことは、「公序」が、自由への制約の限界を規定するという近代法の本質を共有すべきところから要請されることを指摘した。

## おわりに

本稿は、フランスの警察行政のあり方を検討することで、そこから、フランスにおける「公序」の特徴を抽出することを試みた。

IIでは、一般行政警察と特別行政警察それぞれの権限の所在、目的の内容、権限の限界を検討した。この検討から、フランスにおいては、一般行政警察の目的

となりうるのは、安全、平穩、公衆衛生、人間の尊厳に限られるのであり、それ以外の目的の達成のためには、個別立法で特別行政警察を設立する必要があることが分かった。

Ⅲでは、各警察権限の間の競合問題について検討した。具体的には、国家一般行政警察が市町村一般行政警察に優位すること、そして、特別行政警察が一般行政警察に優位することを検討した。この検討から、フランスにおいては、第一次的には国民の生活のための「公序」の維持は国家自身、とりわけ立法府の責務であると考えられていることを論じた。このような枠組みの下で、一般行政警察は、安全や平穩などの、時と場所との関係でのみ危険性を計算することができる事柄について、対応をするための組織とされているのである。

Ⅳでは、Ⅱ、Ⅲの考察を通して確認されたフランスの警察行政のあり方と「公序」の関連性について検討した。ここでの検討から、「公序」は個々の具体的な自由の行使について制約をするものではあるものの、総体的な観点からは、自由を保護するものでなくてはならず、それゆえ、行政による恣意的な「公序」の運用は、自由を侵害するばかりでなく、「公序」を侵害するものとなると考える必要があることを論じた。

本稿での検討全体から、フランスの行政警察の制度は、「公序」に含まれる内容のうち、安全や平穩などの一般的授権に適した事柄と、種の多様性の確保などの立法による特別の権限授与に適した事柄とを区別し、それぞれの性質ごとに、一般行政警察と特別行政警察の制度を対応させているのだといえる。

このように、「公序」の内容を性質ごとに区別したり、それに対応して、立法的統制の要請の強さを区別したりするという視点は、日本憲法学における「公共の福祉」論には不十分であったものように思われる。というのも、序論で指摘したとおり、従来憲法学では、「公共の福祉」の問題を各人権の限界の問題に還元する傾向があり、それに伴って、どのような内容は行政への一般的授権に適しており、どのような内容は立法で個別的に定めるべきであるのかを、積極的に論ずることは少なかったように思われるからである。

もちろん、どのような内容が一般的授権に適しているのかを検討する必要性は、「公共の福祉」を精査することを必然的に要求するものではないだろう。そして、

我が国の現状を考えると、「公共の福祉」そのものを主題化することは、必ずしも望ましいとは言い切れないようにも思われる。しかしながら、私たちが自由を等しく享受するためには、行政による活動が一定程度求められ、その一方で、無限定で恣意的な活動は許容できないのであるとすれば、行政に対する授権とその限界のあり方を、何らかの形で検討する必要があるだろう。

このような観点からは、行政による活動内容そのものの適切性を検討するにとどまらず、一般的授権、個別的授権のどちらに適した目的であるかを区別することで、行政活動への適切な立法的統制を目指すという、フランスの議論のあり方は、我が国にとっても示唆的なものであると思われる。

なお、本稿では、他国の状況との比較を行うことが叶わず、フランスの行政警察の特徴が、フランスに固有のものであるのか、他国とも共通する部分があるのかを検討することができなかった。今後の課題として、たとえば、アメリカのポリス・パワー（警察権能）をめぐる議論や、ドイツの行政警察制度をめぐる議論などとの比較検討を行う必要があるように思われる。

アメリカのポリス・パワーは、州民の健康・安全・福利厚生、道徳などを確保するための州政府の固有の権限とされ、もともとは州立法府によって行使されていたものであるが、専門的・技術的な知識を要する問題の増加とともに、実質的には行政委員会に権限が移譲されていったとされる<sup>156)</sup>。野口貴公美によれば、この過程で、行政委員会への立法的統制は衰退していった<sup>157)</sup>。本稿で検討した通り、フランスにおいては、専門的・技術的な領域を担当する特別行政警察に対しては、むしろ立法的統制を強める傾向があることは、上記のような、アメリカの行政委員会のあり方とは対照的であるように思われる。

また、米田によれば、ドイツにおいては、秩序維持や犯罪の予防に直接に関わる「保安警察」と、それ以外の領域を担当する「秩序行政」とが区別された上で、秩序行政に対しては、個別根拠法が要求されるようである<sup>158)</sup>。その上で、保安

---

156) 野口貴公美「ポリス・パワーの変容：州立法府から行政委員会へ」社会志林第47巻第4号(2001)および、折原卓美「ポリス・パワー——州主権と経済——」『アメリカ経済史の新潮流』(慶應義塾大学出版会、2003)107頁以下参照。

157) 野口同上、7-8頁。

警察は、急迫した危険の除去の必要がある場合に限って活動が可能になり、かつ、秩序行政が活動可能な状況においては、保安警察の活動権限は否定される。このようなドイツの警察制度のあり方は、フランスの状況と共通する部分が大きく、精緻な検討を要すると思われる。

他国の状況に関するさらなる検討については、今後の課題としたい。

〔付記〕

本稿は、2019年度科学研究費補助金（課題番号「19J10609」）、および2019年度 Hitotsubashi International Fellow program -Outbound- 経費助成による研究成果の一部である。

---

158) 米田前掲注(13)、および、ドイツの警察制度については、須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010）93頁以下も参照。