

フランス公法における「公序」

—— 個人の自由と国家の関わりをめぐる一考察 ——

JD171005 田中美里

目次

序章	7
0. 1 問題の所在 —自由に対立するものとしての「公共の福祉」？.....	7
0. 1. 1 「公共の福祉」論の発展.....	8
0. 1. 2 従来の「公共の福祉」論の限界.....	10
0. 2 検討の手法.....	14
0. 3 本論文の構成.....	17
第1部	
第1章 マニフェスタシオンとはどのような行為か	22
1. 1 マニフェスタシオンの出現以前.....	22
1. 2 1848年 マニフェスタシオンの出現.....	24
1. 3 小括.....	25
第2章 マニフェスタシオンの法制度	26
2. 1 1848～1935年 マニフェスタシオンの問題視.....	27
2. 2 1935年 デクレ=ロワの法制度.....	32
2. 3 1992年 立法者によるマニフェスタシオンの承認と届出制の強化.....	35
2. 4 「届出制」の実践—マニフェスタシオンの「制度化」.....	36
2. 5 集会 (réunion) との区別.....	42
2. 6 マニフェスタシオンに参加する自由.....	43
2. 7 小括.....	46
第3章 判例におけるマニフェスタシオンの自由	47
3. 1 従来の判決.....	47
3. 1. 1 1935年デクレ以前のコンセイユ・デタ判決.....	48

3. 1. 2	1935年デクレ以降のコンセイユ・デタ判決	52
3. 2	近年の判決	55
3. 2. 1	1988年 欧州人権裁判所判決	55
3. 2. 2	1995年憲法院判決	58
3. 2. 3	フィリップ・ジュアンによる「公序」の整理と1995年判決	60
3. 2. 4	1997年コンセイユ・デタ判決	65
3. 3	小括	66
第4章	国家による協力の提供とマニフェスタシオンの保護の現状	68
4. 1	「黄色いベスト運動」に対する政府の対応をめぐる議論	69
4. 2	Covid-19蔓延下におけるマニフェスタシオンの自由	73
4. 3	小括	76
第1部	総括	77
第2部		
第5章	一般行政警察	83
5. 1	一般行政警察の権限の所在	83
5. 1. 1	市町村の首長と知事に対する明文による権限授与	84
5. 1. 2	国家元首に対する判例による権限授与	85
5. 2	一般行政警察によって達成される「公序」の内容	86
5. 2. 1	安全、平穏、公衆衛生	86
5. 2. 2	人間の尊厳	87
5. 2. 2. 1	1994年 憲法院判決	89
5. 2. 2. 2	1995年 コンセイユ・デタ判決 – 「公序」の要素としての「人間の尊厳」	92
5. 2. 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	96
5. 2. 4	それ以外の目的	101
5. 3	一般行政警察活動の統制	104

5. 3. 1	比例性の審査.....	104
5. 3. 2	例外としての「人間の尊厳」	112
5. 4	小括.....	114
第6章	特別行政警察.....	115
6. 1	特別行政警察の権限の所在.....	115
6. 2	特別行政警察によって達成される「公序」の内容.....	117
6. 3	特別行政警察活動の統制.....	118
6. 4	小括.....	121
第7章	権限の競合問題	122
7. 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.....	123
7. 2	一般行政警察に対する特別行政警察の優越性.....	125
7. 3	小括.....	128
第8章	フランスの行政警察のあり方に見る「公序」の特徴.....	129
8. 1	フランスにおける行政警察制度の特徴と「公序」の特徴.....	129
8. 2	法概念としての「公序」	134
8. 3	立法が行政への授権を明確にすることの意義.....	137
8. 4	小括.....	139
第2部	総括	140
 第3部		
第9章	フランス憲法院による「公序」理解.....	143
9. 1	立法者の責務としての「公序」	143
9. 1. 1	判例の確認.....	144
9. 1. 2	憲法 34 条が選択された理由	149

9. 2 「憲法的価値を有する目的」としての「公序」	156
9. 2. 1 「憲法的価値を有する目的」とは何か	156
9. 2. 2 「憲法的価値を有する目的」がもつ機能	160
9. 3 小括	165
第10章 「公序」をめぐる審査についての検討	167
10. 1 憲法院による法律審査の手法の一般的傾向について	167
10. 2 「公序」と自由の調整について	173
10. 3 若干の変化の兆し 2020年8月7日判決	178
10. 4 文化的・社会的な「公序」についての審査 ブルカ禁止法をめぐって	182
10. 4. 1 立法過程における議論	184
10. 4. 2 コンセイユ・デタによる調査報告書	188
10. 4. 3 憲法院判決	189
10. 4. 4 なお提示された疑義 — 「ブルカ禁止法」に関する欧州人権裁判所の判断	192
10. 5 小括	196
第11章 法律による自由の保護と「公序」 — 伝統的な議論において	197
11. 1 「あらゆる障害の不存在」という意味での自由	198
11. 2 憲法によって保護される自由の対国家性について	205
11. 2. 1 公法・私法の区別の違いについて	206
11. 2. 2 いわゆる「私人間効力論」のフランスにおける不存在	208
11. 3 一般意思の表明としての法律	217
11. 4 小括	223
第12章 なお期待される立法者の役割 — 今日状況において	224
12. 1 EU及び憲法院の存在による法律中心主義の相対化	224
12. 2 なお重視されるべき立法者の役割	234
12. 2. 1 欧州人権裁判所	234
12. 2. 2 憲法院	236
12. 3 小括	246

第3部総括.....	247
結章.....	249
13. 1 本論文の要約.....	249
13. 1. 1 第1部.....	249
13. 1. 2 第2部.....	250
13. 1. 3 第3部.....	252
13. 2 結論.....	254
13. 2. 1 「公序」の内容について.....	254
13. 2. 2 「公序」の機能について.....	257
13. 2. 3 国家と諸個人の権利・自由の関わりについて.....	258
【文献目録】.....	261

序章

0. 1 問題の所在 一自由に対立するものとしての「公共の福祉」?

本論文は、憲法によって保護される権利・自由¹の保護において、国家がどのような役割を担うのかについて、検討を試みるものである。より端的には、国家が、諸個人の権利・自由の実質的な保護のために、何らかの積極的な役割を果たすことはあり得るのか、あるとすれば、それはどのようなものであるか、考察するものである。

戸波江二は、戦後の日本憲法学における支配的なあり方を整理して、次のように述べる²。

日本国憲法が制定されて以来、日本の憲法学は、公権力を統制して人権保障を確立することをねらいとする立憲主義憲法学が主流であった。そこでは、人権保障のために権力を規制することが憲法の第一義的意味であるとされ、権力の憲法規範ないし憲法原理からの逸脱を批判することに主眼が置かれてきた。

戸波は、こうした「『国家からの自由』『個人の人権』を中心に捉える人権理論」³に対

¹ 本論文において、筆者が、「権利・自由」と呼ぶものは、一般的に「人権」あるいは「基本権」と呼ばれているものと大きく異なるものではないが、以下のような事情から、本論文では、各国の憲法規範あるいは国際条約等で、人の権利として規定され、保護されているものを、「権利・自由」と呼ぶこととする。本論文が考察の対象としているフランス公法において、権利（droits）あるいは自由（libertés）と呼ばれているものは、本論文で検討する通り、日本憲法学において従来「人権」と呼ばれてきたものとは、国家との対抗関係の強さを必ずしも共有していないものと思われる。また、フランス公法において、近年、「基本権（droits fondamentaux）」と呼ばれているものは、一般的には、フランスの人権宣言および欧州人権条約において権利として規定されているものを指す場合が多いが、その具体的な内容は確定しているものではなく、いまだ争いのある状態であり、それゆえに、現在においても、「公的自由」という呼び名を使っている論者も少なくない。

Véronique Champeil-Desplats, « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum*, n° 5, 2010.

本論文の関心は、「基本権」の内容を確定することや、その「公的自由」との相違を明らかにするところではなく、憲法等の法規範によって、権利あるいは自由として一般的に認められたものが、具体的にはどのようにして保護されることとなるのかを検討するところにあるため、「基本権」の用語を用いずに、単に、「権利・自由」と呼ぶこととする。

² 戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」『日独憲法学の創造力 上 一栗城壽夫先生古稀記念』（信山社、2003）699頁。

³ 同上 701頁。

して、近年、こうした従来の理論では対応しきれない「『国家からの自由』を超えた人権問題が数多く発生している」⁴ことを指摘する⁵。そして、国家が諸個人の権利・自由の保護のために、様々な施策を行うことや、国家にそのような施策の実施を促すことができるような理論を構築することは、現代において権利・自由が実質的に保護されるために、重要であるとする⁶。

0. 1. 1 「公共の福祉」論の発展

日本国憲法の制定当初より、国家の活動と諸個人の権利・自由の保障との関わり合い方をめぐる議論のうち、重要な位置を占めてきたのが、「公共の福祉」という法概念の解釈に関する争いであった⁷。それは、日本国憲法第 12 条、第 13 条の文言などに表れるように、「公共の福祉」という概念が、その保護のためになされる国家の活動を正当化するものであったからだろう。ここでは、本論文筆者の問題関心の背景をなすものとして、日本憲法学における「公共の福祉」論の発展を見てみたい。

「公共の福祉」という概念と憲法上の権利との関係性について、日本国憲法制定当初、通説としての地位を確立したのが、美濃部達吉によって提唱されたいわゆる「一元的外在制約説」である⁸。また、戦後初期の概説書として相当な影響力を持っていた『註解日

⁴ 同上。

⁵ 戸波がここで指摘している具体的な問題は、表現の自由と名誉・プライバシーとの衝突、団体の政治活動と構成員の思想の自由の衝突、情報公開と知る権利の関係、選挙権をはじめとする外国人の人権の問題、科学技術を統制する必要性などである。同上。

⁶ 同上 701 頁。

⁷ 「公共の福祉」をめぐる近年の研究として、千國亮介「憲法解釈論の構造 (1) (2)」総合政策第 19 巻 (2018) 101-115 頁、第 20 巻 (2019) 59-82 頁などがある。千國は「『人権』とは、“对国家的な権利”に尽きるのか否か。もし尽きるとすれば、『公共の福祉』はどこまでいっても「人権」にとって外在的な存在である。では、外在的な存在としての『公共の福祉』とは、いったい誰のための福祉 [誰の利益] なのか。……『人権』が守られる社会における『公共』は、『人権』と (緊張関係にあるかもしれないが) 対抗関係にはないはずである、ということ」を指摘している。千國「憲法解釈論の構造 (1)」101 頁。

⁸ 美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、1953) 143-144 頁。美濃部は、「総て公法上に於いては権利と義務とは相反する観念ではなく、個人の権利が認められて居るのは決して単に其の権利者たる個人の利益のみを目的とするものではなく、同時にそれが国家及び社会の利益の為に適当であるとせられるが為であって、即ち公法上に於ける個人の権利は同時に国家及び社会の利益を目的とし、随って個人は国家及び社会に対し正当に其の権利を行使すべき義務を負うのである。」と述べて、個人の権利が憲法によって保障されるのは、各個人が自らの権利を行使できることが個人の利益となるにとどまらず、それが、国家及び社会の利益ともなるからであるという理解を示している。なお、引用部分では、美濃部が旧字体で表記しているものを、本論文筆者が新字体に直した。

本国憲法』は、いわゆる「内在・外在二元的制約説」の考え方を採用し、人身の自由、思想良心の自由、信教の自由などの「人格的自由」については、国家権力による妨害の排除が重視され、内在的な制約のみが存在する一方で、憲法に規定される権利の中には、国家権力による保障を求めることに主眼を置くものが存在し、後者のような権利については「公共の福祉」による制約が当てはまることを指摘している⁹。

その後、「公共の福祉」の内容や機能をめぐる解釈について、通説的な地位を占めるようになったと思われるのが、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・自由同士の矛盾・衝突を解消するための概念であるとし¹⁰、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¹¹¹²。

⁹ 石井照久＝石川吉右衛門＝石川正己ほか『註解日本國憲法』（有斐閣、1953年）296頁。なお、同書294頁は、「人格的自由」に加えられる「内在的制約」について、「現代においては、個人の権利や自由の恣意的な行使ないしその濫用の許されないことは、支配的な法律思想の強調するところであり、この意味では、個人の権利や自由については、その制約はますます大きくなりつつあると言える。しかし、それは権利自由の外から加えられる超越的な制限・侵害と見るべきではない。むしろ権利なり自由なりは、そのような制約を当然に内包するものとして歴史的社会的うちに形成発展されて来たものと考えなくてはならない。……この意味での権利自由に内在する（或はそこで前提されている）制約の限度如何は……現代の社会的地盤の要請するところとして、客観的な限界が存し、立法者によって左右することはできないのである」と述べている。このような記述から、同書における内在・外在二元的制約の考え方によれば、人格的自由についての内在的制約とは、権利そのものの本質や形成の歴史から導き出される「客観的な」限界を意味するのであり、これは、権利同士の衝突を解消するための制約と同一のものであるとは言いがたいように思われる。

¹⁰ 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1973）228頁以下。宮沢はここで、「各人の人権の享有およびその主張に対して、なんらかの制約が要請されているとすれば、それはつねに他人の人権との関係においてでなくてはならない」としている。

¹¹ この点につき、内野正幸は、宮沢説の特色は、いわゆる消極規制だけではなく、積極規制に当たるものも含めて、合憲的な人権制約のすべてを人権相互の衝突を調整するための内在的な原理として説明している点に存するが、その後の学説によって踏襲されたのは、消極規制についての部分について内在的制約の説明を与えるという部分に限る、と指摘している。内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991）328頁。

¹² 一方、こうした宮沢の「公共の福祉」理解とは異なった理解を示すものも、当時から存在していた。たとえば、阿部照哉は、ドイツの憲法裁判所の判例を題材に「公共の福祉」概念の機能と内容を検討する論考の中で、ドイツでは、個人の権利を保障すること自体が「公共の福祉」に含められて考えられ、それゆえに、両者を対立概念としてとらえない考え方があることを指摘している。すなわち、自由な表現などは、それ自体が公共性をもちうるものであると指摘しているのである。その上で、阿部は、このような「公共の福祉」の具体的内容は民主的に形成されるべきものであるとしている。阿部照哉「憲法における『公共の福祉』の機能と内容 ―ドイツの憲法判例を中心に―」法学論叢第98巻第3号（1975）。

その後、芦部信喜は、「公共の福祉」の内容や機能については、宮沢と同様の解釈をとった上で、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、「公共の福祉」の機能が増大し、権利制約が容易に正当化される事態を懸念した。そして、芦部自身の理論としては、憲法上の権利ごとに、その限界や制約の態様を具体的に検討すべきであることを説いた¹³。

上記のように理解された「公共の福祉」をめぐる議論は、その後、「違憲審査基準論へと変貌し、議論の重点を違憲審査基準の構築に移していった」¹⁴とされる。そして、判例においても、「公共の福祉」を権利制約の一般的根拠とする態度が示され¹⁵、その後、「判例が違憲審査の基準の精緻化に取り組み始めたとき、学説はこぞってその試みにエールを送った」¹⁶のである。

このように、学説の発展を振り返り、そして現状を見てみると、現在盛んになされている、各種の権利・自由の具体的な限界をめぐる議論や、裁判所で用いられるべき審査基準をめぐる議論などは、「人権 vs. 公共の福祉」¹⁷という二項対立図式を前提としているものといえることができるであろう。このような学説全体の流れに応じて、「公共の福祉」をめぐる解釈そのものや、この概念によって正当化される国家の活動そのものの役割や限界についての議論は、下火となってきたものと思われるのである¹⁸。

0. 1. 2 従来の「公共の福祉」論の限界

権利・自由と「公共の福祉」とを、二項対立の図式で捉える解釈手法には、しかしながら、一定の限界が指摘されている。

¹³ 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994）200頁以下。

¹⁴ 松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究第67号（2005）137頁。

¹⁵ 判例が、このような態度を示した初期の判決として、いわゆる「チャタレイ事件判決」（最高裁昭和32年3月13日大法廷判決）が知られている。この判決において、最高裁は、表現の自由を、極めて重要なものであるとしつつ、「公共の福祉によって制限されるもの」と示した。

¹⁶ 松本前掲注（14）139頁。

¹⁷ 同上。

¹⁸ 工藤達朗によれば、諸個人の権利・自由と「公共の福祉」との関係性は、日本国憲法制定当初より激しく議論され、それ故に、現在に至るまで、通説とよぶべきものは形成されておらず、むしろ、今日では、この問題そのものが不毛であると放棄されてしまった結果として、現在は審査基準論に問題が還元されている。しかし、工藤によれば、「審査基準論一本で『人権の限界』問題に対処するのは、審査基準論の加重負担であり、その前提となる、国家が保護すべき権利の性質等を考えることなどもやはり必要である。工藤達郎『憲法学研究』（尚学社、2009）79頁。

まず、その論理的整合性について批判があるところである。すなわち、現状として行われている種々の規制、あるいは将来必要となる可能性のある規制の根拠すべてを、憲法上の権利同士の矛盾・衝突で説明することは困難であろうという指摘である。内野正幸は、今日の状況において、たとえば、経済的弱者保護のための政策や、公的独占の保護、供給過剰の防止など、経済的な自由について比較的に広範な規制が合憲であると考えられていること、あるいは、売春の禁止など、性道徳の維持を実質的な根拠とする政策が一応受け入れられていることなどを指摘して、合憲的な権利制約を、権利相互の衝突の調整で説明することには「論理的整合性に問題がある」¹⁹とする²⁰。また、長谷部恭男は、「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」²¹と指摘して、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ことを論じている。

第二に、従来の「人権 vs. 公共の福祉」の対立図式は、現状としては、その考え方が目指していたはずの権利拡充を十分に達成できているとは言いがたく、日本政府による「公共の福祉」の運用は、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²²。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²³。

¹⁹ 内野前掲注(11) 328頁。

²⁰ 同上 328-348頁。なお、内野はここで、自由制約正当化事由のカタログとして、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、自身のカタログ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。

²¹ 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。

²² 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。

²³ 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12月19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「公共の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道

なかでも、行政警察活動は、「公共の福祉」の名の下に広く正当化される傾向を示しているように思われる²⁴。この問題を指摘している代表的な論者に、米田雅宏がいる。米田は、近時、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などを指摘して、警察の活動には警察法2条による限定があろうとも、実際には、非常に広範な活動が許容されているとする²⁵。

第三に、我々が通常想定するような健全な社会生活を維持するためには、憲法上の権利同士の矛盾・衝突が直接生じている場面以外についても、国家の活動が要される場合があるように思われる。たとえば、玉蟲由樹は、従来の「公共の福祉」論は、「人権制約の可否を消極的に論じるものであり、制約『すべき』という積極的な義務づけを含むものではなかった」²⁶が、しかし、「人権保障のシステム全体を実効的に機能させるため

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ことができる。

²⁴ この点について、警察法の存在によって、行政警察活動は、十分に統制可能であるとする議論がある。すなわち、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ているのである。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。

しかしながら、本論文筆者としては、警察法による行政警察活動への統制は、十分なものとは思われない。これについて、渡辺康行『「内心の自由」の法理』（岩波書店、2019）318頁以下を参照されたい。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、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。

²⁵ 米田雅宏『「警察権の限界」論の再定位』（有斐閣、2019）21頁以下。

²⁶ 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）35頁。

には、『人権は公共の福祉によって制約しなければならない』場合があるのではないか²⁷とする。玉蟲がここで具体例としてあげているのは、ある企業が人体に有害な化学物質を大気中に排出している場合である。この場合、「公共の福祉」は、この企業の活動を、国家が制約することを要請するはずである、と玉蟲はいうのである。それは、「人権に過剰に介入する国家が危険であることはいうまでもないが、人権制約が必要であるにもかかわらず、適切に制約権限を行使しない国家も信頼に値しない」²⁸からである。

この点、独禁法などの国家の介入を、単純に権利の制限とみなすべきではないことを指摘した、岡田与好の議論にも、共通の視座を見てとることができる。岡田いわく、経済が発展してきた歴史のなかでは、独禁法などの国家の介入によって個人の「営業の自由」が保護されてきた部分があるのであり、現在の通説のように、こうした国家の政策を「営業の自由」と対立的に理解するのであれば、それは、他者の自由を制限する自由を認めていることになり、『『個人の自由』の抑圧体系を、まさに人権理念で正当化するという顛倒的機能』²⁹を承認することになってしまうのである³⁰。

上記の各指摘にも表れているように、従来の「人権 vs. 公共の福祉」の対立図式は、国家による介入の最小化によって権利の保障を目指すものであるがゆえに、国家による介入の適切な程度やあり方についての議論が希薄になっているところがあるのではないだろうか。そうであるとするならば、これらの指摘・批判を乗り越えるためには、各権利・自由の限界を、論点ごとに考察するにとどまらず、国家と諸個人の権利の適切な関わり合い方、より具体的には、「公共の福祉」のような国家の活動を正当化する価値と憲法上の権利・自由との関係を、体系的に（あるいは、首尾一貫した形で）考察する必要があるように思われる³¹。

²⁷ 同上。

²⁸ 同上。

²⁹ 岡田与好『経済的自由主義 資本主義と自由』（東京大学出版会、1987年）62頁。

³⁰ 本文で紹介したもののほか、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頁なども参照。

³¹ 「公共の福祉」論をめぐるのは、本文で紹介したもののほか、そもそも、憲法が保障している権利・自由というものの形や性質について考察する必要があるという議論も存在する。工藤前掲注(18)78頁以下、樋口陽一『憲法 第三版』（創文社、2013）200頁など。このような議論も、自由と国家の関係を考察する上で、重要なものである。

0. 2 検討の手法

自由と国家の活動の関わり合い方をめぐる従来の議論については、近時とくに、ドイツ法との比較の観点から、国家の「保護義務」をめぐる議論が盛んになされているところである。ドイツの保護義務論は、「基本権は、国に対して、各人の基本権法益を第三者の侵害から保護するための積極的措置を命じる」³²という法理であり、「基本権を根拠とした国の憲法上の作為義務」を求める理論であると説明される。この保護義務論は、連邦憲法裁判所の判例によって成立・発展し³³、その後、立法府や学説においても浸透し³⁴、ドイツ国内においては通説的な地位を占めるに至っている。一方で、その射程などについて、曖昧な部分が残っていないわけではない。

たとえば、洪水や津波など、人以外の存在によってある者の権利・自由の行使が制限を受けたと考えられる場合や、自殺などの自傷行為・危険行為によって行為主体自身の権利・自由の行使が制限された場合など、法的三極関係が想定されない場合にも、国家が介入することが考えられる³⁵。このとき、この介入は、国家の保護義務によって説明されるべきなのであろうか。

このような問題について、小山剛は、「法的三極関係が保護義務に不可欠のメルクマールなのか、それとも典型事例の説明にすぎないのか、という問いには、簡単に答えることはできない」としつつ、「対象の同質性という便宜からは、基本権保護義務を、ひとまず私人による基本権法益の侵害という、典型的な事例に限定することが合理的である」³⁶としている。一方、戸波江二は、日本において保護義務論を導入する際には、三極構造を前提とせず、「国家が人権保障のために積極的活動を行うことを要求するという論理」一般として、広く保護義務論を導入し、「貧困・災害・事故などで人権の欠缺状況に陥っている人たちに対する国の人権配慮義務」³⁷まで、その内容に含ませるべきである、とする。このように、基本権保護義務論の持ちうる可能性や射程については、論者によって、その具体的な主張には差があり、解決が困難な問題が残されている状態

³² 小山剛『基本権保護の法理』（名城大学法学会、1998）1頁。

³³ 同上 19-27頁。小山によれば、その端緒となったのが、「第一次墮胎判決」であった。同判決においては、刑法の墮胎罪の規定を緩和し、妊娠12週間以内の中絶について、原則不処罰としたことの合憲性が争われたが、連邦憲法裁判所は、胎児が憲法による保護を享受することを肯定し、国には、その生命を保護し、促進する義務があるから、胎児の生命を他者による違法な侵害から擁護することが求められる、と示した。

³⁴ 同上 27-45頁。

³⁵ 同上 48-51頁。

³⁶ 同上 51頁。

³⁷ 戸波前掲注(2) 729頁。

である。

一方、フランス法との比較の観点からの先行研究も豊富に存在している。それが、「フランス共和主義」という政治理念をめぐる研究である。

2010年の「ブルカ禁止法 (loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public)」の成立に代表されるように、フランスにおける政治のあり方や、この国が依って立つ政治原理の特殊性が語られることは少なくない³⁸。そして、このような特殊フランス的な政治のあり方は、しばしば、フランスという国名と共和主義という政治思想とを結びつけて「フランス共和主義」と呼ばれる³⁹。

一般的に指摘されるフランス共和主義の特徴としては、中央集権的であること（他国に比べて地方分権に消極的であること）や、立法への信頼が厚いこと（他国に比べて違憲立法審査制度の導入が遅かったこと）、市民社会において性別や宗教などの帰属・属性を無視することなど多岐に及ぶが、その中でも、本論文において筆者が着目したいのは、諸個人の権利・自由と国家との関わり合い方についてである。

樋口陽一によれば、フランスにおける自由観の特殊性は、第一に、国家による自由、国家を中心とした自由の達成にある。すなわち、個人の自由というものは、自然災害や社会など様々な要因によって絶えず危険にさらされているのであり、そうした脅威から個人を守り、自由の保護に必要な秩序と正義を確保することは、国家の使命であるという認識を強くもっていることが、フランスの特徴である⁴⁰。

このようなフランスにおける自由観が他国とは異なる部分があることは、フランス国内でも強く主張されているところである。その代表的論者として、レジス・ドゥブレ (Régis Debray) がいる。ドゥブレは、フランス革命を起源とする「共和国」という考え方と、アングロ・サクソン諸国が形成してきたデモクラシーの考え方との間には、根本的な違いがあると主張する。ドゥブレによれば、共和国において、個人の自由は、恣意的な権力の行使、すなわち法の不在によって脅かされる⁴¹。それゆえ、個人の自由の保障のためには、制度が必要であり、社会が規則や規律をもっていることが必要となる

³⁸ 同法の成立過程や、その背後にあるフランス国内の事情や政治原理などについては、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）、および、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）などがある。

³⁹ 山元一「多文化主義の挑戦を受ける〈フランス共和主義〉」『現代フランス憲法理論』（信山社、2014）109頁。

⁴⁰ 樋口陽一『『共和国』フランスと私』（つげ書房新社、2007）130頁。

⁴¹ レジス・ドゥブレ著、水林章訳「あなたはデモクラットか、それとも共和主義者か」『思想としての〈共和国〉』（みすず書房、2016）34頁。

42。

もちろん、樋口やドゥブレによって示されたフランス共和主義のあり方は、いわば原形であって、「フランス共和主義」は時代とともに変化している部分もある。フランスでは、政治分野における男女平等を達成するためのパリテの政策（1999年）が採用されている。「フランス共和主義」は、伝統的には、「さまざまな個性や社会的文化的背景に富んでいる諸個人が一旦〈裸〉になり、そのような個人が国家という共同体を構成するという考え方」⁴³を採用してきたところ、このパリテは、男女という性的な属性によって市民を区別するものであるといえる。また、憲法改正（2003年）によって地方分権の理念が憲法1条に規定されるなどしており、これは革命以降の中央集権的な国家体制を一定程度変化させるものであるといえる。このように、フランス革命以降の伝統的なフランス共和主義のあり方に修正を加えるいくつかの政策がとられている⁴⁴。

このように、変化した部分もある一方、「フランス共和主義」や、そこにおける伝統的な自由観が完全に消滅したわけではない。本論文で論じるとおり、今日のフランスにおいても、国家の積極的な介入によって、諸個人の権利・自由を保護することを目指す政策は比較的多く存在し、そのような政策は、判例や学説においても広く受容されているように見受けられるのである。それゆえ、「フランス共和主義」は、国家と諸個人の権利・自由とのあり方を考察する際に、今日においても、なお有用な検討素材を提供するものであるといえよう。

本論文筆者は、以上のような背景から、国家と権利・自由の関係性の考察のため、フランスという国を検討対象として選択したが、その中でもとくに、「公序（ordre public）」という法概念に着目することとした。それには、以下のような理由がある。本論文で検討する通り、「公序」というフランスの法概念は、安全、平穏、公衆衛生などの諸価値をその中心的内容として、これらの確保・維持を国家の責務とする機能をもつものであり、行政警察活動の目的となったり、立法の基礎となったりするものである。この「公序」は、フランスの判例などにおいて、権利・自由の制約を正当化する場面で多く登場するものであるため、我が国の憲法学においては、日本における「公共の福祉」

⁴² 同上 45頁。

⁴³ 山元前掲注（39） 117頁。

⁴⁴ この点について、山元は、「グローバル化やマイノリティの権利意識の向上をはじめとする要因が作用して、多文化主義の考え方に典型的にみられるように、個人のみ力点を置くのではなく、さまざまな集団の存在やそれが有する文化や個性をも尊重しつつ、諸個人が共存することをめざすべきではないか、という声が強まってきた」という背景があることを指摘している。同上。

と同様に、権利・自由と対抗関係に置かれるものとして理解されてきたように思われる。しかしながら、本論文で論ずる通り、判例等における議論をつぶさに検討すれば、フランスの「公序」は、諸個人の権利・自由を保護するために必要な条件、と理解されるものであり、単に権利・自由の制約の根拠となっているというよりも、むしろ、問題となっている権利・自由の保護に必要な条件を整備することを国家に要請する概念であるといえる。

国家による過度な介入が権利・自由の侵害になることはいうまでもない。しかしながら、前述のとおり、国家のある程度の介入を想定してはじめて、権利の十分な保障を考えることができるような場合があるのだとすれば、国家による適切な介入の程度を考察する必要がある。そのような意味で、フランス法の「公序」は、国家の活動と諸個人の自由との関係性の1つの可能性を考察するために、有用な検討素材であるように思われるのである。

0. 3 本論文の構成

本論文は、大きく分けて3つの部から構成される⁴⁵。

第1部（第1章～第4章）では、「公序」による自由の保護の具体例として、フランスにおける集団的政治行動である「マニフェスタシオン」について、フランス政府がどのような対応をとってきたのかを検討する。後に見るとおり、「マニフェスタシオン」という活動は、国家による協力の提供によってこそ、実現可能なものとなっている現状があるのであるが、このような協力の背景には、「公序」の維持は国家の責務であるという考え方があるように思われる。

第2部、第3部では、法制度や判例などを手がかりとして、より一般的に、「公序」という概念が、各国家機関とどのような関わり合いをもつものであるのかを検討する。

第2部（第5章～第8章）では、行政警察制度を特に検討対象として、行政機関と「公序」との関わりを検討する。後述する通り、フランスの行政警察の制度は、立法者によって一般的な授権がなされる一般行政警察と、個別的な授権規定を必要とする特別

⁴⁵ なお、本論文は、すでに刊行されている拙稿の内容を基礎としつつ、それに大幅な加筆・修正を加えたものである。具体的には、第1部の内容は、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、第2号（2019）に、第2部の内容は、同「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」一橋法学第19巻第2号（2020）に、第3部の内容は、同「フランス憲法院判決における公序（ordre public）」の概念」一橋法学第18巻第3号（2019）に、それぞれ対応するものである。

行政警察に二分されるところを大きな特徴としているが、一般行政警察と特別行政警察がそれぞれ、その活動目的とする「公序」の具体的内容には違いがある。それは、立法による授権の具体性の程度に由来するものであり、一般行政警察には、立法者からの個別的な授権がないため、彼らが活動目的とすることができる「公序」の内容は限定的に理解されている。このように、第2部では、フランスにおける行政警察の活動は、立法者の「公序」解釈によって、比較的厳格に枠づけられるものであることを論じる。

第3部（第9章～第12章）では、立法領域の法制度及び判例等を検討する。まず、判例の検討から、フランス憲法院による「公序」解釈を論じる。憲法院は、「公序」という法概念を、諸個人の権利・自由の行使の保護と一体のものとして理解しており、かつ、「公序」の解釈・定義は、第一次的には立法者によってなされるべきものであるとしている。すなわち、立法者の存在あるいは彼らによって解釈される「公序」と、諸個人の権利・自由とは、対立的な関係には置かれられないのである。憲法院によって示されるこのような論理は、しかし、国家による介入と、諸個人の権利・自由との対立的な関係で捉える傾向のあった我が国にとっては、馴染みぶかいものであるとはいいがたい。そこで、第3部では、憲法院による「公序」解釈の背景にある、フランスの自由観・立法者観や、その現代における変容についても検討し、より考察を深めることを目指す。

最後に結章において、本論文の内容を振り返り、フランスにおいて、「公序」がどのような機能・内容を与えられてきたのかを考察し、そこから、フランスにおける国家と諸個人の権利・自由との関わり合い方を分析することとしたい。

第1部 フランスにおけるマニフェスタシオンの自由

第1部では、フランスにおける集団的政治行動である「マニフェスタシオン」という行為が、「公序」というフランスの法概念によってどのように保護されているのかを検討し、「公序」による自由の保護の一例を示すこととしたい⁴⁶。

本論文が、「公序」による自由の保護の具体的題材として、マニフェスタシオンの自由を選択したことには、次のような背景がある。

マニフェスタシオンは、後述する通り、日本や英米において「デモンストレーション」⁴⁷と呼ばれる行為にほぼ対応するものでありながら、フランスにおいて独自の発展を遂げた路上における抗議活動のひとつである。フランスでは、このマニフェスタシオンが、日本における「デモンストレーション」よりも、質量ともに活発になされているのであるが、筆者の考察によれば、それは、国家がマニフェスタシオンの開催について手厚い協力を提供していることと関係がある。そして、このような協力は、「公序」によって要請される側面を持っていると考えられるのである。

日本の憲法学において、「デモンストレーション」という活動の研究は、いわゆる「安保闘争」をめぐって、1960年代から1970年代にかけて多く行われた⁴⁸。その論説の多くは、各自治体が定めた公安条例の合憲性、とりわけ「許可制」は許容しうるかという観点からなされていた⁴⁹。このような「許可制」の合憲性をめぐる考察の背景には、

⁴⁶ 日本憲法学における「マニフェスタシオン」をめぐる先行研究としては、只野雅人「国民主権と政治空間：フランスにおける<<manifestation>>の自由をめぐって」『代表における等質性と多様性』（信山社、2017）183頁以下などがある。

⁴⁷ 本稿が「デモンストレーション」と呼ぶ行動は、日本の憲法学や裁判所判例において「デモ」、「集団行動」、「集団行進」または「集団的示威行動」などと呼ばれてきた路上における集団的抗議行動全般を指している。従来の日本憲法学においては、これらは厳密に区別されず、路上において市民が主張を同じくする他の市民と共に行進、または集会などの形態をとって表現活動（象徴的言論を含む）をすることをおよそすべて含んでおり、英米の憲法学で「demonstration」と呼ばれる行為とほぼ同様の行動類型であると考えられる。一方、フランスの「マニフェスタシオン（manifestation）」は、上記「デモンストレーション」と大部分重なり合うものであるが、区別する必要があるものである。デモンストレーションとマニフェスタシオンの相違については後述する。

⁴⁸ 一例として、阿部照哉「集団行進の事前規制—公安条例—」ジュリスト No.500（1972）48-55頁。

⁴⁹ 数少ない例外として、法律時報39巻12号（1967）がある。ここでは、アメリカ、フランス、西ドイツ、イギリスにおける「集団行動」の自由について比較憲法学的な議論がなされている。

この「デモ」の自由は、それに対する国家の介入が最小である時に最大化されるという見方があったように思われる。現在の概説書においても、デモの自由が、表現の自由あるいは集会の自由に含まれて、いわゆる自由権あるいは防御権のひとつに数えられていることから⁵⁰、このような発想が今日も支配的なものであることが分かる。

近年では、公安の観点に加えて、場の管理権との折り合いの観点から議論されることが増えており、いわゆる「パブリック・フォーラム論」との関わりで述べられることが多いようである⁵¹。デモンストレーションの自由を行使するためには、そのための場が当然に必要なから、「パブリック・フォーラム論」は、それ自体非常に重要なものである。しかし、この「パブリック・フォーラム論」もまた、デモの自由を国家による介入から保護しようとする点では、従来の議論と軌を一にするものであるように思われる。

しかしながら、そもそも、なぜデモの自由を保護することが容易ではなかったのか、という点に立ち返ってみると、国家の介入を最小化することがそのまま直接にデモの自由の最大化を意味するという論理は、素朴にすぎる部分があるように思われる。すなわち、デモの自由のように、社会との関わりを大きくもつ自由を行使しようとするれば、他の自由や利益との調節が不可避的に発生するのであって、仮に、この調節が、(国家による介入を防ぐために) 諸個人の責任においてなされなければならないのであるとすると、それは、一般の市民にとって、財政的に、あるいは社会的に非常に重い負担を強い

⁵⁰ 日本の憲法学においては、「デモンストレーション」が、表現の自由として保護されるのか、集会の自由として保護されるのかは特に議論されてこなかった。これは、表現の自由と集会の自由は同質であり、表現の自由が複数の市民によって行使される場合に集会の自由となると考えられてきたためだと思われる。日本国憲法 21 条が「集会、結社」と「言論、出版」や「その他一切の表現の自由」の保障を同一規定のなかに収めていることから、表現の自由と集会の自由を一直線上に捉えることは自然なことであったと思われる。たとえば、芦部信喜は、「集団行動〔……〕の自由は、『動く公共集会』として集会の自由に含まれるとみる見解が有力であるが、憲法二一条の『その他一切の表現の自由』に含まれるとみることもできる。いずれにせよ、憲法二一条によって保障されていることは疑いない」としている。芦部信喜『憲法 第6版』(岩波書店、2015) 216 頁、括弧内は本論文筆者。また、佐藤幸治は、表現の自由としての性質を否定することはないが、「集会、結社の自由」には、「表現の自由」では組み尽くせない価値があることを指摘して、「道路における集団行動」を「集会の自由」の項目にふくめている。佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011)290 頁。他の学説においても、ほとんど同様の理解がとられているといえる。

⁵¹ 近年では 2016 年 11 月に、法学セミナー742 号において特集が組まれている。ここでは、公的に管理された場所、または、駅やショッピングモールなど、企業が管理している場所における管理権と抗議活動の折り合いが多く扱われている。

るものであり、結果として、市民がデモの自由を満足に行使することは困難となるであろう。

一方、後に論ずる通り、フランスにおけるマニフェスタシオンの自由は、警察をはじめとする行政による協力、言い換えれば、国家による介入によって、むしろ保護されていると考えられる部分がある。そして、このような国家による介入は、「公序」と自由の調和のためになされるものであり、ここにおいて、「公序」という概念は必ずしも自由と対抗関係に置かれるものとは理解されていない。

このような理由から、フランスにおけるマニフェスタシオンの自由の保護態様は、「公序」概念の機能を見るために有用な素材となるものと思われる。

第1部における検討は次のように進む。第1章では、フランスにおいて、マニフェスタシオンがどのように発展した行為であるのかについての歴史を概観する。この作業が必要なのは、フランスにおいて「マニフェスタシオン」と呼ばれている行動が、どのような特徴をもつものであるのかを明らかにするためである。

第2章では、マニフェスタシオンに関する法制度および、それについての運用を検討する。フランスでは、1935年までの間、マニフェスタシオンを直接の対象とする法律は存在しておらず、1935年に初めて、届出制を定めるデクレが制定された。これは、単に届出制を定めるものに過ぎなかったが、それに対して、政府は、現場の警察に対して、これを許可制と同様に運用せよとの指示を出す。それに従って、当初警察は、マニフェスタシオンを強く弾圧しようとしていたが、そのような運用は徐々に緩和され、今日では、マニフェスタシオンの開催について協力を提供するようになっている。このような運用の方法が、フランスにおけるマニフェスタシオンの自由の保護の、最大の特徴となっている。

第3章では、関連する判例を検討して、フランスにおいて、マニフェスタシオンの自由が憲法レベルの保障を受けるに至る過程を確認する。まず、憲法上の保護を与えられる以前のコンセイユ・デタ判例を検討し、コンセイユ・デタが、警察権限を枠づける方法によって、マニフェスタシオンに一定の保護を与えていた一方で、その保護はやはり強固なものとは言いがたかったことを確認する。次に、マニフェスタシオンの自由が憲法レベルの保障が与えられることが宣言された1995年の憲法院判決を中心に、そこに至る過程、その影響を論ずる。

最後に第4章では、近年の状況を見る。フランスでは、近年、暴力的な行為に至る参加者が増加していることなど、平和的なマニフェスタシオンを困難にする要因が発生しているのであるが、これについて、フランス政府がどのような対応をとっているのか、

また、今後どのような対応をとることが望まれているのかを検討する。

第1章 マニフェスタシオンとはどのような行為か

「マニフェスタシオン」の法的定義は自明なものではない。したがって、マニフェスタシオンをめぐる法制度の変遷を追う作業を通して、その定義を明らかにする必要がある。結論からいえば、マニフェスタシオンは、「デモンストレーション」よりもやや狭い意味をもつフランス語であり、次のように定義されるべき行動である。すなわち、「①最後まで平和的態様を保ち、②路上などの公共の場において、③自らがすでにもっている主張を他の市民に対してアピールする表現行動」である。集会やその他の形態でのアピール行動を路上で行うことは、「デモンストレーション」には含まれるが、「マニフェスタシオン」には含まれない。

マニフェスタシオンが、他の行動と区別されて認識されるようになるのは1848年のことである。1. 1では、フランスで「マニフェスタシオン」と特に呼ばれる行動が、どのような特徴によって他の路上における抗議活動と区別されるのかを明らかにするため、1848年以前に存在していた路上における抗議活動を検討する。

1. 2では、1848年の春に「マニフェスタシオン」と呼ばれる行動が出現したことを確認し、それがどのような特徴をもつものとして生まれたのかを論ずる。

1. 1 マニフェスタシオンの出現以前⁵²

1789年の人権宣言11条が、自由として保護される表現方法として「発言」「記述」「出版」を挙げているように、フランス革命の前後には、「マニフェスタシオン」は自

⁵² マニフェスタシオンの歴史に関わる議論については、Vincent Robert, « Aux Origines de La manifestation en France (1789-1848) », *La Manifestation*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1990 に最も具体的な記述がなされているため、これを中心に参照した。その他、より一般的な記述がなされているものとして、以下に挙げるものがある。特に注釈がついていないものに関しては、これらの参考文献の情報を総合する形で筆者がまとめている。Olivier Filleule=Lilian Mathieu=Cécile Péchu(eds.), *Dictionnaire des mouvements sociaux*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2009, pp.454-461、Danielle Tartakowsky, *Le pouvoir est dans la rue*, Aubier, 1998, pp.16-38、高村学人『アソシアシオンへの自由』(勁草書房、2007) 26-28頁。

由として保護される行動とは認識されていなかった。当時、主張や要求を同じくする人々が公道に繰り出し、集まり、行列するという行為は多く存在していた。しかしながら、それらは、表現方法というよりも、その後に引き続くバリケード等のより直接的・暴力的な行動の前兆として認識されていたのである⁵³。

現在我々が認識しているような、相当程度組織化され、最後まで平和的な態様を保った行動として、「マニフェスタシオン」という言葉を最初に使用したのは、1848年版リヨン年報 (*Annales lyonnaises des 1848*)の著者であったとされている⁵⁴。彼が年報のなかで、マニフェスタシオンという言葉に定義を与えようとしていたことは、フランス社会にとってマニフェスタシオンという現象自体が目新しいものであったことを示している。

それ以前の路上における抗議活動は、バリケードなどの直接的な実力行使を伴うものか、そうでなければ「シャリバリ」や宗教的行事や祭りなどの機会を利用するものであった⁵⁵。

「シャリバリ」は、フランスの人々が自らの要求を表現しようとした最初の形態であったと言われる。もともとは「大騒ぎ」を意味する言葉で、例えば、身分不相応な結婚や再婚をした人をからかうために、その者の家の前で釜や鍋を叩いてはやしたてる風習であった。

当時の農民や職人を中心とする一般市民は、自らの意見を広めて世論を形成するための正統な手段をもっていなかったため、このシャリバリが自らの主張や要求を達成するための手段として使用されるようになる。例えば、リヨンでは、パリから派遣された知事に対して反発する大規模なシャリバリが3日間に渡って行われたという。

シャリバリの政治的利用は、次のような特徴によってマニフェスタシオンとは区別されるべきである。第一に、シャリバリによってなされていた要求は、政治家が行った政治的な決断や政策に向けられていたものというよりも、その政治家個人の人格に対して向けられたものであった。何らかの具体的な政策を求めるものではなく、単に、気に入らない政策がとられた場合に、以前の状態に戻すことをもとめるものでしかなかった⁵⁶。

⁵³ Alain Boyer, « La liberté de manifestation en droit constitutionnel française », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 44, 2000, p.679.

⁵⁴ Robert, *supra* note 52, p.69.ロベールによれば、この年報の著者の氏名は不明であるが、おそらく、リヨンの図書館司書である、ジャンバプティスト・モンファルコン(Jean-Baptiste Monfalcon)である。

⁵⁵ 「シャリバリ」の政治的利用に関わる部分は、*Ibid.*, pp.74-75 および、高村前掲注(52) 27頁を参照した。

⁵⁶ この点につき、高村学人は、当時のシャリバリの利用は、租税等の新たな政策が、先祖

第二に、シャリバリの規模はあまり大きくなかった。シャリバリは、自分たちの住んでいる、まさにその村や町の中でのみ行われていたもので、都市で行うことで多くの人々の賛同を得ようとするものではなかった。

「シャリバリ」のほかに、葬儀や謝肉祭などの宗教的な行事が自らの主張をアピールする場として利用されることもあった。たとえば、謝肉祭の時などに、死刑執行の際に行う行進を模した行列を組んでなんらかの主張をする、というようなもので、1823年には、「Liberté, Constitution」（「自由、憲法」）等のスローガンをつけた霊柩車が目撃されている⁵⁷。また、1825年と1832年には、それぞれ、フォア将軍、ラマルク将軍の葬儀にあたって、市民団体や秘密結社などが、選挙権や差別撤廃などの要求を書いた幟を持って参列、行進を行なったとされる⁵⁸。

これらは、以下のような点で現在のマニフェスタシオンとは異なっている。第一に、祭などの他の行事の機会に依存している点である。第二に、最終的に暴動や騒擾へとつながっていた点である。第三に、当時の人々からは、これらの抗議活動は、その集団の計画性や組織性が不十分であることを示すものとして認識されていた点である。当時の人々は、入念な計画を練るための時間があり、十分に人数がいる時にはストライキの方法を好んで選択していたようである⁵⁹。

1. 2 1848年 マニフェスタシオンの出現

二月革命後の1848年の春、ようやく「マニフェスタシオン」という言葉でよばれる行動類型が確認できるようになる。例えば、3月17日に選挙の延期を求めたもの、4月16日に労働問題に関する主張を行ったもの、そして5月16日にナポレオン親衛隊による反革命ブルジョワジーへの抗議活動を行ったものなどが、マニフェスタシオンとして確認されている⁶⁰。前述の通り、この1848年に初めて「マニフェスタシオン」という言葉の定義が試みられた。

伝来の慣習に反している場合には蜂起しても構わないのだという論理によって、住民たちが自己正当化していたものである、としている。また、このような行動は、領主の様々な特権や圧政を、「検討し、批判し、法という普遍的な言語によって再定式化しようとするもの」ではなく、その意味で「政治的」ではなかったと高村は評価している。高村同上 27頁。

⁵⁷ Robert, *supra* note 52, p. 76.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 77.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 79-80.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 86.

これらは、以下のような特徴を持っていた。第一に、為政者個人に対しての不満を述べるだけであったシャリバリとは異なり、政策の是非をめぐる主張を行っており、現代的な意味で「政治的」なものであった。第二に、組織者自身の意向により、非武装のものであり、最後まで平和的な態様を保っていた。上記3つのマニフェスタシオンは、すべて、組織者自身の解散命令によって解散しており、統制がよくとれていたものであったとされる。第三に、事前に入念な計画があり、かつ都市で行われたことによって、人々から注目を集め、大きな影響を与えることに成功したことが挙げられる。たとえば、3月17日のマニフェスタシオンは、実際に選挙の延期という結果を達成したのである。

このような、マニフェスタシオンと呼ばれるものが出現する以前には、民衆の公道における活動は無秩序で暴動に直結するものであった。それゆえにすぐさま弾圧がなされていた。しかしながら、よく組織されて入念に計画された「マニフェスタシオン」が出現すると、今度は、市民の集団が公権力のライバルとなることを恐れた為政者の警戒の対象となった。集団の力をもって個人の思考を歪め、大きな政治的インパクトを与えることで国家転覆をも達成しうる行動であるとされたからである⁶¹。すなわち、「マニフェスタシオン」は、より暴力的で直接的な他の行動と区別される形で誕生したのであるが、その強い「政治性」と「集団性」によって規制の対象となっていたのである⁶²。

1. 3 小括

マニフェスタシオンの出現以前から、路上における抗議活動は存在していたが、それは「シャリバリ」、あるいは、宗教的な行事などを政治的主張の機会として利用するというものであった。加えて、それらは組織性・計画性が十分ではなく、それゆえに、最終的には暴動や騒擾へとつながっていった。

それ自体が独立して計画・組織され、最後まで平和的な態様が維持された「マニフェスタシオン」が出現したのは1848年の春のことであった。

第2章では、この「マニフェスタシオン」という新しい行動類型の出現に対して、当時の政治家たちが、どのような対応をとったのかを検討する。

⁶¹ *Ibid.*, p.22.

⁶² この点につき、サミュエル・ハヤットは、以下のような指摘をしている。1848年以前は革命の契機としてのみ存在していた路上における抗議活動は、1848年を境に、特殊利益を主張する集団としての側面を強めた、とされる。Samuel Hayat, « La République, La Rue et L'urne », *POUVOIRS*, 116-2006, pp. 31-44.

第2章 マニフェスタシオンの法制度

第2章ではまず、1848年から1935年までの法制度を検討する(2.1)。この間、マニフェスタシオンが具体的な法制度の対象となることはなかったこと、そして、このことは、立法者による黙認を意味するものではなく、マニフェスタシオンは「集団性」と「政治性」を強く持つ行為であるとして、むしろ、問題視されていたことを論じる。

続けて、マニフェスタシオンについての、初の具体的な法制度である、1935年のデクレ・ロワの内容及びその後に出された通達の内容を検討する(2.2)。このデクレは、マニフェスタシオンの組織について、「届出制」⁶³を定めたものであるが、その直後に出された通達は、「許可制」とほぼ同様の解釈を求めるものであった。

次に、1992年、マニフェスタシオンの自由を一般的に保護するための法律が制定されたことを論じる(2.3)。この法律は、一定の方法でマニフェスタシオンを妨害した者について、刑罰を与えるものであり、同法は、「マニフェスタシオンの自由」という言葉を用いている。ここから、この頃までに、フランス社会にマニフェスタシオンという活動が定着したことがわかる。

続けて、マニフェスタシオンの実際の運用を検討する(2.4)。1920年頃を境に、フランスの警察行政は、マニフェスタシオンに対して、単なる規制というよりも、むしろ「協力」を与えるようになったのであるが、それが、今日のフランスにおいて、他国においてよりも活発なマニフェスタシオンが可能になっている主要な要因であるように思われるため、ここで検討する。

2.4までの検討は、マニフェスタシオンの組織に関わる法制度とその実践をめぐるものであったが、フランスにおいて、マニフェスタシオンは、集会とは観念的には峻別されるものであるため、この区別について見ておく必要がある(2.5)。

最後に、マニフェスタシオンに参加する自由についての法制度を確認することとする(2.6)。

⁶³ 「届出制」と「許可制」という用語法とその内容に関しては、芦部信喜『憲法学III 人権各論(1)』(有斐閣、1998)502-503頁を参照。芦部によれば、「届出制」とは「規制目的は第一次的には適正な交通警察にあると解し、規制方式は集団行動を行う者が公安委員会に通知すれば足りる」とする制度である。対して「許可制」とは、「禁止の網を一般にかぶせておき、弊害が生じないと考えられる特定の場合にその禁止を行政庁が個別的に解除する」制度である。デモンストレーションに関して「許可制」を採用しているのかが問題とされた代表的な事例としては、東京都公安条例事件などがある。

2. 1 1848～1935年 マニフェスタシオンの問題視

1935年にマニフェスタシオンを具体的に規定する法律が初めて制定されることになる。それ以前は、マニフェスタシオンを直接の対象とする法規定は一切存在せず、法律によってすでに規制対象としていた「騒擾(*atroupelement*)」⁶⁴の規定を、行政が適用したりしなかったりすることによって、マニフェスタシオンを時には禁止し、時には認めていた⁶⁵。

後述する通り、マニフェスタシオンについての規定が置かれていなかったのは、マニフェスタシオンが、その「政治性」によって、為政者による警戒の対象となったためであるが、他方で、マニフェスタシオンが、それまでの抗議行動とは異なり、暴力性を克服したものでたがゆえに、ある程度の規制緩和がなされたことも指摘できる。ダニエル・タルタコウスキー(Danielle Tartakowsky)によれば、1848年に「マニフェスタシオン」と呼ばれる行動類型が出現し、活発になされるようになったことをきっかけとして、1848年6月7日法が制定された⁶⁶。同法は、武装の騒擾および、非武装であるが「公序」を乱すおそれのある騒擾を違法なものとするものであったが、一方で、非武装であり、かつ、「公序」を乱さない抗議行動については、とりたてての規定を置いておらず、それについては、規制の対象としないものであった。ここには、平和的なマニフェスタシオンについては、一定の保護を与えようとする態度と同時に、マニフェスタシオンは、潜在的には騒擾に陥る危険性をもつものとして評価しようとする意図を汲み取ることもできる。

憲法院が憲法上の権利を保障する役割を担うようになる以前⁶⁷、人々の権利保障の限

⁶⁴ 行政が使用していた騒擾の規定は、法律上当然に違法となる武装した集団と非武装ではあるが公共の平穏を乱すおそれのある集団に関するものである。この規定は1848年6月7日法によるものであり、同規定は1960年まで有効であった。現在は「地方公共団体に関する一般規定(*Code général des collectivités territoriales*)」のL2212-2条に「公道や公の広場などで、公共の平穏を乱す性格の全ての集まりを規制することができる」とする規定をおいている。

⁶⁵ Marcel-René Tercinet, « La liberté de manifestation en France », *Revue de droit public*, 1979, p.1013.

⁶⁶ Tartakowsky, *supra* note 52, p. 22.

⁶⁷ 憲法院が自らに権利保障の役割を与えたのは、1971年の判決においてである。フランスは、「公的自由論」の伝統の下で違憲立法審査権を拒否しつづけてきた。人民の代表が制定した一般意思たる法律を、なんらの民主主義的基盤ももたない裁判所が介入し、審査することは、無謬であるはずの一般意思をゆがめることにほかならず、有害無益とされてきたからである。ところが、1958年に「政治的機関・諮問的機関」として設立されたフランスの憲法院は、1971年7月16日のいわゆる「結社の自由」判決によって、「人権保障機関へのメタモルフォーゼ」を遂げた。この判決以降、憲法院は、1789年人権宣言、1946年憲法前文、および「共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理」等を「憲法

界を画定する場面において、中心的な役割を果たしていたのは、コンセイユ・デタをはじめとする行政裁判所であった。この行政裁判所における権利保障は、行政警察などの行政機関の活動権限の限界を定めるという方法によってなされたのであるが、ここにおいて支配的な地位を占めていた理論が「公的自由論」⁶⁸である。これは、ある自由は、法律によって内容や限界が具体化されてはじめて裁判所による保障を受けるとするものであり⁶⁹、それゆえに、マニフェスタシオンを組織することのように、立法上、自由としての承認を十分に与えられていないものについては、裁判所による保護も十分に手厚いものとはならなかったのである⁷⁰。

筆者の考えでは、マニフェスタシオンに関するこのような具体的な法規定の欠如は、単なる立法者による「無視」ではなかった。すなわち、マニフェスタシオンは、政治性と集団性とを強く併せ持っていることによって積極的な警戒の対象となったのである。

マニフェスタシオンは第一に、その政治性によって警戒の対象となった⁷¹。かつては

ブロック」と呼び、これらを自らが違憲審査の際に準拠する規定群であるとしている。人権保障機関としての憲法院の役割につき、フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例 II』(信山社, 2013) 300-313 頁等を参照。

⁶⁸ 「公的自由」論における著名な研究者であるジャン・リベロ (Jean Rivero) は、1974 年出版の公的自由と人権に関する概説書において、「公的自由」とは、公権力が承認し、ある実定法の枠内で捉えられる自由であると説明している。他方の人権は、自然権思想から生まれた哲学的、思想的な概念であり、実定法を超える次元において捉えられるものと説明されている。Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, Press Universitaires de France, 1974, pp.16-17. その後の 1991 年の版においては、人権と公的自由は同義でないという点は維持されているものの、今日のフランスは人権の考え方を部分的であれ受容していると説明がされている。リベロによれば、公的自由は、すべて、人権の内容に含まれるが、すべての人権が公的自由として認められるわけではない。Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, Press Universitaires de France, 1991, pp.22-25. このようなリベロの説明は、ジュリアン・ブドンによれば、「19 世紀末にまでさかのぼるフランス法の伝統にごく親和的な理解」である。ジュリアン・ブドン著、石井三記＝河嶋春菜訳「19 世紀フランスにおける人権から公的自由への変遷」法政論集 276 号(2018)436 頁。

浦田一郎によれば、このような「公的自由」の概念は第三共和制のもとで確立したものである。立法者によって承認された「公的自由」は、行政による侵害に対抗できる力を得る一方、法律による承認を欠いた「無名の自由」については、行政の介入に制限はないとされる。浦田一郎「法律による人権保障と立憲主義」比較憲法研究会編『憲法の歴史と比較』(日本評論社, 1998) 146 頁以下参照。

⁶⁹ この点につき、ブドン同上 449-51 頁に詳しい。ブドンの説明によれば、1958 年以前のフランスでは、個人的権利及び自由の擁護は、「適法性」の審査によってのみなされていた。

⁷⁰ Tercinet, *supra* note 65, pp.1034-1036.

⁷¹ この点につき、ドース・ソレンヌ (Dauce Solenne) は、イギリスにおいては、デモ

自らも路上における抗議活動に参加していたはずのジョルジュ・クレマンソー (Georges Clemenceau)ら共和主義者たちが、男性普通選挙権の定着を理由として、マニフェスタシオンを含む路上における抗議活動を違法化しようとしたのである⁷²。

男性普通選挙権が達成される以前は、市民は自らの主張を国政に反映させるための正統な方法を持たなかった。そのため、路上における抗議活動が圧政に対抗するための唯一の方法であり、正統なものとしてイメージされていた⁷³。しかし、普通選挙権が与えられ、祭典⁷⁴などによって普通選挙権の浸透が進められた結果、制度化されていない政治行為は、市民の間でも、民主的に選出された代表によって形成される一般意志を歪めるものと考えられるようになった⁷⁵。さらに、本来マニフェスタシオンの権利を強固に主張してきたはずの社会主義者たちが、普通選挙権が与えられたことと引き換えに引き下

ンストレーシヨンの自由を往来の自由の延長として構成したのに対して、フランスでは、「政治的な自由(liberté politique)」として構成したことを指摘している。ソレンヌによれば、政治的な自由はフランスにおいては、「ほとんど好意的でない」扱いを受けてきており、このことは、今日でも残存している公道における集会とマニフェスタシオンとの違いに現れている。Dauce Solenne, *La liberté de Manifestation en France et en Grande-Bretagne, thèse sous la direction de Monsieur le professeur Jean Morange*, 2002, p.14.

⁷² Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, 2000, pp.315-325 および Hayat, *supra* note 62, pp. 32-34 を中心として参照。また、同様の指摘が Olivier Filleule=Danielle Tartakowsky, *La manifestation*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2013, p. 36 においてもなされている。

⁷³ Hayat, *ibid.*

⁷⁴ この「祭典」という手法は、自らが依っている価値を市民の間に浸透させることを狙って、革命期の為政者たちによってしばしば採用されている。選挙を祭典として開催したもののほか、「理性」崇拝のための「理性の祭典」や、ロベスピエールによる「最高存在の祭典」などがある。

⁷⁵ 革命期における「祭典」の役割に関しては、Pierre Rosanvallon, *Le Modèle politique français*, SEUIL, 2004, pp. 37-47 に詳しい。ロザンヴァロンによれば、革命期、立法者たちは、祭典を執り行うことによって市民を単一の国に属する国民として構成することを目指した。すなわち、各人の差異を捨象することで発見される均質な「個人」や平等な選挙権および選挙制度を讃えることで、国家の公の領域の独占ないしその結果としての国家の統一と、「国民」という概念を祝福しようとするものであった。また、普通選挙権とマニフェスタシオンの緊張関係は、Olivier Filleule=Danielle Tartakowsky, *supra* note 72, pp. 42-51 に詳しい。ここでは、イギリスやアメリカをはじめとして、その影響を受けたヨーロッパ諸国においては、路上における抗議活動は、普通選挙権を勝ち取るために長年にわたって使用された行動であり、このような経緯から、路上における抗議活動と普通選挙権は、手段と目的の関係で調和的に捉えられるものであったと指摘されている。他方のフランスにおいては、1848年という早い時期に男性普通選挙権が認められており、それがフランスにおけるマニフェスタシオンの違法化のひとつの理由であると指摘されている。

がったという事情が重なり、マニフェスタシオンの自由を正当化しようと試みる者はいなくなったのである。

このような「マニフェスタシオン」と「選挙制度」の対立的な関係につき、革命後の共和派の「公」「私」の峻別と、その結果としての「国家による公の領域の独占」を考察してみたい。ここでは著名な歴史家であるピエール・ロザンヴァロン（Pierre Rosanvallon）による論考を参考にする。ロザンヴァロンの整理によれば、革命期の、とりわけ普通選挙権を導入した 1848 年以降に確立された制限的民主主義の概念は、「公の領域」の限定的な理解から生じている面がある⁷⁶。19 世紀の議会で各政治家、思想家たちによって争われていたのは、国家像や民主主義のありかたの哲学だけでなく、「公私」の区別のあり方でもあったのである。

「公の領域」の限定的な理解は、ジャコバン主義の思想に由来しているとされる⁷⁷。それは、投票と世論を徹底的に区別し、投票を唯一の正統な政治的意見表明の場とすることで、政治に関わる公の事柄を、議会が全面的に吸収することを狙うものであった。そしてこのような思想は、実際、集团的請願、公道での貼り紙の自由の規制、禁止に現れている。すなわち、1791 年には、集团的請願と、私的な集団・個人による貼り紙が禁止されたのであるが、これらはいずれも、公的な領域を私的な領域から峻別することを目指すものであった。請願は個人の権利としては存在するが、それが集団によって行使される場合には、単に個人が自らの要望を立法者に伝えることを超えて、集団が請願の作成のために談義して、ある種の公共空間を形成することにつながる。また、公道での貼り紙も、法律の内容や官報を周知するための主要な方法であったから、私的な貼り紙と公的な貼り紙の混同は避ける必要があったのである⁷⁸。

ロザンヴァロンは、当時マニフェスタシオンなどを多く経験した「街頭(rue)」において「公共の平穏を乱す行為」を軽罪としていたことを、上述の結社や集团的請願をめぐる政策と同様の理由によるものだと説明している⁷⁹。選挙というもっとも公正なルートが国によって制度化された以上、それ以外の方法で自らの存在や主張を、集団で協力してアピールすることは選挙の公正さを歪めるものでしかなかったのである。

ロザンヴァロンによれば、以下のような政治家の発言に、このような意図が典型的に現れている。例えば、ワルデック・ルソー(Waldeck-Rousseau)は、人々が街頭でマニ

⁷⁶ Rosanvallon, *supra* note 72, pp. 315-325.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 315-316.

⁷⁸ 集团的請願と、貼り紙の禁止については、岡村等「フランス革命期における反結社法の役割に関する研究(2)」早稲田法学会誌 68 巻 2 号に詳しい。

⁷⁹ Rosanvallon, *supra* note 72, p. 318,321.

フェスタシオンを行うことを「公道の侵奪⁸⁰」と表現した。また、ジョルジュ・クレマンソーは、自分がマニフェスタシオンの自由を認めないのは、民主主義や労働者階級と敵対しているからではなく、むしろそれらを支持しているからである、と主張している⁸¹。これらの発言からは、投票という正規のルートによって民意をはかることこそ、民主主義の理念に合致するものであり、それ以外の方法は、その民意を歪める危険性があるものであるという認識を読み取ることができるように思われる。

マニフェスタシオンは、さらに、集団への警戒の対象ともなった。ジャン・リベロ（Jean Rivero）によれば、1789年宣言で保護されることを想定されていたのは、そもそも、第一には個人の自由であって、集団的な自由は「1789年宣言に無視された」⁸²存在である。リベロいわく、1789年宣言は、各自由が、単に個人によって行使されるだけでなく、その行使の意思そのものが個人によって形成されることを求めている⁸³。革命直後の1791年には同業組合の全面的廃止を目的とする、通称ル・シャプリエ法が成立し、その後の1792年には修道会を廃止するデクレが成立したのであるが、このような法律が実際に成立し得たということからも、上記の背景を見ることができよう。

これらの法をめぐる議論では、ある集団の内部で共有された特殊な利益が、社会を分裂させる要因となること、そして個人を支配してしまうことへの警戒が、共通して語られた。そのため、社会実態の変化に対応するために集団という存在を受け入れた1900年ごろにも、集団を受容するための特別な議論が必要とされたのである⁸⁴。

これらの「国家による公の事柄の独占」と「集団への警戒」は、多くの場合、組み合わせられて政策へ反映されている。例えば、宗教的な部分社会の利益を主張することで社会を分裂させるという理由で修道会を禁止したのち、それ以前に修道会が担っていた教育や慈善の事業を、国家の独占的責務とする主張がなされた。この組み合わせは、「公序」という枠組の下で提示されたのであるが、この点については、第3部にて詳述することとする。

マニフェスタシオンの上記のような違法化は、政権を握っている者の意図であり、現実の社会においてマニフェスタシオンは存在し続けていた。そればかりか、違法化し弾

⁸⁰ *Ibid.*, p. 321.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 320-321.

⁸² Jean Rivero, *Les Libertés publiques*, Press Universitaire de France, 1991, p. 66.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Philippe Juen, *La liberté de manifestation*, Atelier national de reproduction des thèses, 1999, p. 94

圧を試みたことにより、国家と市民の間の衝突は時に非常に激しいものとなっていた⁸⁵。

2. 2 1935年 デクレ=ロワの法制度

1934年2月6日、マニフェスタシオンを契機とした、流血を伴う非常に激しい抗議活動が行われ、これは後に、「2月6日事件」と呼ばれるようになる。この事件をきっかけとして、マニフェスタシオンを具体的に規定する法律の必要性が意識され⁸⁶、1935年10月23日、「公序維持の強化に関わるデクレ=ロワ」（以下、「1935年デクレ」と呼ぶ）が制定された⁸⁷。

1935年デクレは、「当該地域の慣習に合致したマニフェスタシオン」という例外を除きマニフェスタシオンを届出制⁸⁸のもとに置くものである。この届出は、主に、以下の内容を含んでいる必要がある。

1. マニフェスタシオンの組織者の姓名、住所。
2. 当該地域における選挙権をもつ3名の署名⁸⁹。
3. マニフェスタシオンの目的、場所、時間、参加者の集まる場所、計画された行程。

デクレ2条によれば、記載事項が正確に記載されている届出について、行政は受け取りを拒否できないとなっており、デクレの明文規定そのものは、純粋な「届出制」を定

⁸⁵ 例えば、1877年9月8日のマニフェスタシオン、1908年の5月から7月にかけてのマニフェスタシオンにおいては、規制しようとする警察と市民の間の衝突から、多くの死者が出たとされる。

⁸⁶ Thibault Guilluy, « La liberté de manifestation, un droit introuvable ? », *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2015, p. 504.

⁸⁷ Décret-loi du 23 Octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement de l'ordre public.

⁸⁸ 「届出制」と「許可制」という用語法とその内容に関しては、芦部前掲注（63）を参照。

⁸⁹ この条件によって、外国人がマニフェスタシオンを組織することは基本的には不可能となっていた。しかし実際には、サン・パピエ（Sans-papiers）と呼ばれる滞在許可証のない外国人によるものなど、外国人によるマニフェスタシオンの事例は少なくなかった。教会の敷地内など「公道」以外の場所で行われている場合であれば、土地の所有者の使用許可を得てマニフェスタシオンを行うことは可能であったと思われる。現在は、2019年の法改正によって、この条件は削除されたため、外国人がマニフェスタシオンを組織することも法制度上可能となった。

めているように思われる。しかし、その後、「許可制」と同様の解釈をせよ、との通達が出される。

1935年10月27日、当時内務省長官であったジョセフ・パガノン(Joseph Paganon)によって通達が出された(通称「パガノン通達」)。この通達は以下のようなものであった。

1935年10月23日のデクレ・ロワの運用に関わる新しい通達によって、市区町や知事は、公序を危険にさらす性質をもち、熱狂をひきおこしかねないすべてのマニフェスタシオンを禁止することができる。その開催のために選択された日時や時間、場所や手法によって、その人々の集まりによって事件や公道において警察が予防すべき問題が見込まれるとき、集会を対象とした禁止命令をだすことも可能である⁹⁰

この通達に使用されている文言は広範なものであり、行政機関が「公序を危険にさらす性質をもち、熱狂をひきおこしかねない」と判断したマニフェスタシオンはすべて禁止できるのであるから、禁止よりも制限的でない方法によって対処するための方策を警察が十分に検討したのかは問われないこととなる⁹¹。すなわち、このパガノン通達は、1935年デクレで定められた届出制を許可制のごとく運用するよう、現場の警察に要求したものであったといえる。しかしながら、次章で論じる通り、コンセイユ・デタは、このパガノン通達の意図に反し、1935年デクレは、あくまで届出制を定めたものにすぎない、という解釈を繰り返し提示した。それゆえ、当時の警察は、パガノン通達によって示されたような当時の政府の意図と、コンセイユ・デタによる法的な解釈論との間で、板挟みの状態に置かれていたものと推察される。そうした状況の中で、フランスの警察は、届出を、市民との対話の機会として活用し、協力を提供することで、「公序」の維持とマニフェスタシオンの組織との調和を図るような運用を発展させていったのであるが、これについては、2.4にて論ずることとする。

なお、1935年デクレは、その1条で、地域の慣習、風俗に沿ったマニフェスタシオンに関して届出の義務を免除している。すなわち、そのようなマニフェスタシオンについては、届出なしに自由に行って良いとされたのだと理解することができ、これらのマニフェスタシオンについては、限定的に、立法者による自由の承認がなされたといえる。

第3章でより詳細に検討する通り、コンセイユ・デタは、1935年以前から、宗教的

⁹⁰ Tercinet, *supra* note 65, p.1019.

⁹¹ Guilluy, *supra* note 86.

な色彩を帯びたマニフェスタシオンについては、宗教的な活動の1つとして1905年の政教分離法⁹²によって保障された信教の自由によって保護されるものであるとの理解を示していた。すなわち、1905年以降、信教の自由は、立法者によって承認された「公的自由」となっていたのであり、宗教的なマニフェスタシオンについては、その行使の一形態として、他のマニフェスタシオンよりも厚い保護が与えられてきたのである。1935年デクレに定められた例外規定も、そのような従来の法解釈に従ったものであると理解できる⁹³。

デクレ1条の例外規定は、「地域の慣習に合致した」マニフェスタシオン全体に及ぶものであり、そうした意味では、保護の対象を宗教的な色彩のマニフェスタシオンに限定するものではなく、むしろ、地域において長年繰り返行われてきたマニフェスタシオンについて、たとえば文化的なものなどにも保護を拡大するものであったとも理解可能である⁹⁴。

その反面、1937年4月27日通達において、当時の内務大臣であるマルクス・ドルモイ(Marx Dormoy)が、次のように述べたことから⁹⁵、特に、政治的なマニフェスタシオンについて、届出制の制限のもとに置くということが、1935年当時の立法者の意図であったことがうかがわれる。

1935年デクレによって制定された規制は、政治的なマニフェスタシオンのみを事前の届出の義務のもとに置くものである。伝統的な性質のものや同業組合に関するものなどは、自由に行われることとなる。

このように、第3章で後述する1995年の憲法院判決が出されるまでは、政治的なマニフェスタシオンを組織することは、自由として承認されていなかった。とはいえ後述するように、コンセイユ・デタは、「公序」の概念の解釈を通して、「公序」の保護に必要な警察活動を認めていなかったため、政治的なマニフェスタシオンも一定程度の保護は受けていたと考えられ、そのような意味で、実際の運用は、パガノン通達によって要求されていたほどに厳しいものではなかったといえる。

なお、1935年デクレは、2012年のオルドナンス19条によって廃止されたが⁹⁶、同オ

⁹² Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat.

⁹³ Guilluy, *supra* note 86, p. 503 および、Tercinet, *supra* note 65, pp. 1016-1019.

⁹⁴ Tercinet, *Ibid*, p. 1017.

⁹⁵ Archives départementales de l'Isère, dossier 52 M 77, cité par Tercinet, *Ibid*, p. 1017.

⁹⁶ Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012.

ルドナンスは、1935 年デクレの内容をほぼそのままの形で、国内安全法(Code de la sécurité intérieure)の L211-1 条から L211-4 条に組み込むものであり、現在も、マニフェスタシオンの組織について届出制を採用するという基本姿勢は変更されていない。

2. 3 1992 年 立法者によるマニフェスタシオンの承認と届出制の強化

前述の通り、フランスでは、立法者によってマニフェスタシオンの自由が承認されていたとは言いがたい状況が長く続いていたが、1992 年、マニフェスタシオンの自由を一般的に保護するための法律⁹⁷が制定されることとなった。

1992 年に制定された刑法 431-1 条は、次のように規定するものである。

共謀または脅迫によって、表現の自由、労働の自由、結社の自由、集会の自由、マニフェスタシオンの自由の行使を妨げた者は、1 年の懲役または 10 万フランの罰金に処する。刑法によって定められる、共謀または暴行、暴力、実力行使、破壊、損壊によって、上記の自由の行使を妨げた者は、3 年の懲役または 30 万フランの罰金に処する。(強調筆者)

このように、1992 年の刑法は、「マニフェスタシオンの自由」という言葉を用いて、マニフェスタシオンを行うことが「自由」としての評価を受けるものであることを示し、その上、その行使を妨げることを禁止している。現行の刑法においても、431-1 条は、罰金の単位がユーロに修正されているほかは、内容を変えずに残されている。

立法者が、マニフェスタシオンを自由として承認するに至ったことの背景には、2. 4 で見るように、フランスにおいて、届出制を中心としたマニフェスタシオンの実践が積み重なり、その結果として、多くのマニフェスタシオンが平和化されたことがあるように思われる。

1992 年法によるマニフェスタシオンの自由の承認が、届出制の存在を前提としていることは、同法の 431-9 条の規定に表れているように思われる。431-9 条の内容は、次のようなものである。

次の場合は、6 ヶ月の懲役または 7500 ユーロの罰金を科す。

⁹⁷ Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique.

1. 法律によって定められる条件による事前の届出のない、公道におけるmanifestationを組織した場合
2. 法律によって定められる条件によって禁止された公道におけるmanifestationを組織した場合
3. 予定するmanifestationの目的や諸条件について、不十分で、不正確で、欺くような性格の届出をした場合

この条文によって、manifestationを組織するにあたっては、十分に正確な情報を記載した届出をし、かつ、禁止されない、という条件を満たす必要があるということが明確になった。すなわち、この431-9条は、フランス社会に定着した届出制をより強化しようとするものであったと評価することができるであろう。

このように、1992年、立法者は、届出制を中心として発展してきたmanifestationを自由であると認め、manifestationを妨害することへの禁止を定めた一方で、そこで保護が与えられるmanifestationを、届出を正確にし、禁止されていないものに限定しようとしたのだということが出来る。

2. 4 「届出制」の実践—manifestationの「制度化」

上記のような、立法者によるmanifestationの自由の承認の背景には、manifestationの実際の運用や、そこでの実践経験の積み重ねがあるように思われるため、本節では、そのことを論じる。

本節で見るのは、今日「フランス流の理論 (doctrine à la française)」⁹⁸と呼ばれるに至っている、フランスにおけるmanifestationの保護の原型あるいは基準となっているような運用である。近年、manifestationをめぐる状況は急激に変化しつつあり、そうした状況との関係で、国家に求められる対策にも変化が見られているところである。しかし、それらの変化は、ここで見るような「フランス流の」運用を否定するものではなく、これを出発点として、必要な修正を加えたり、むしろ状況の変化にもかかわらず、その出発点にあえて立ち返ることを求めたりするものであったりする。そうしたごく近年の状況は、第4章で確認することとし、本節では、出発点としての運用を確認することとする。

⁹⁸ この表現は、公的機関による報告書なども含めて、今日あらゆる場面で用いられている。たとえば、Défenseur des droits, *Rapport du Défenseur des droits sur « Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie »*, 2017, p. 6.

1880年代から1920年前後までは、マニフェスタシオンの禁止や解散命令といった、現在の日本でなされているのと同様の規制方法がとられていた。特に、1900年代のはじめごろまでには、警察の抑圧的な態度が目立っていたとされる⁹⁹。

なかでも、ルイ・レピンヌ (Louis Lépine) がパリの警察庁長官であった時には、非常に激しい弾圧がなされていた。このことは、1935年デクレの契機となった2月6日のマニフェスタシオンが、最終的には騒擾となり、そして警察と市民の間で流血を伴う衝突があったことがよく示している。ベルリエール・ジャンマルク (Berlière Jean-Marc) によれば、このような弾圧により、残忍すぎる、冷静さを欠いているといった警察への悪評が市民の間で高まり、行政全体への信頼が著しく低下した¹⁰⁰。そのため、単なる弾圧を試みることはやめ、国家が積極的に環境を整えることによって、マニフェスタシオンの自由が暴力活動等に妨害されることなく、適切に行使されるように方向付けをなすようになった¹⁰¹。

マニフェスタシオンをめぐる社会学的考察の第一人者としてオリヴィエ・フィユル (Olivier Filleule) がいる。フィユルは、フランスのマニフェスタシオンへの対応方法は、1920年以降大きく変化し始めたことと指摘する¹⁰²。そして、その結果として、マニフェスタシオンのうちの多くが「平和化 (pacification)」された、と説明するのである。以下は、彼の議論に依拠して、その変化と現状を検討する。

まず、1921年に、表現の自由の守護者として、他方で無秩序への城壁としての二種の機能を担うために「機動憲兵 (gendarmérie mobile)」が導入された¹⁰³。彼らは、特殊な技能と訓練により、破壊活動等の危険行為を始めた参加者 (casseur) のみを追い

⁹⁹ Berlière Jean-Marc, « Du maintien de l'ordre républicain au maintien républicain de l'ordre ? Réflexions sur la violence. », *Genèses*, 12, 1993, pp. 12 et s.

¹⁰⁰ *Ibid.* および Michel Offerlé, « Descendre dans la rue de la « Journée » à la « manif » », dans *La manifestation*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1990, p. 102.

¹⁰¹ 組織者と警察行政との間の協力体制が最初に試みられたのは、1909年10月17日のマニフェスタシオンであるとされている。このような協力体制が生み出されたことは、「共和主義的対応」と評価されている。*Ibid.*, pp.27-9. また、同マニフェスタシオンで警察行政と組織者との間の協力関係によって、平和なものへと発展したことが、「マニフェスタシオンの権利」の考え方を発展させた、との指摘もある。Dominique Cardon et Jean-Philippe Heurtin, « Tenir les rangs », *La manifestation*, Presses de la fondation nationale des Sciences politiques, 1990, p. 125.

¹⁰² Olivier Filleule, « Du pouvoir d'injonction au pouvoir d'influence ? », *Police et manifestants*, Presses de la fondation nationale des Sciences politiques, pp. 85-112.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 86.

出すことが可能な専門部隊である。フィユルによれば、彼らの存在によって、従来であれば参加者の一部が危険な者であることを理由に全体を禁止せざるを得なかったマニフェスタシオンを許可することが可能になっており、マニフェスタシオンの禁止件数の減少に寄与している。つづいて第二次世界大戦後には「CRS (Compagnies Républicaines de sécurité)」が、1953年には「パリ地域警察部隊 (Compagnies de la prefecture de police de Paris)」が、同様の趣旨に基づいて設立されている¹⁰⁴。

フィユルによれば、「規制」から「協力」への変化は、1935年の届出制の導入によって加速した¹⁰⁵。すなわち、届出制の導入によりマニフェスタシオンの組織者と警察行政が事前の対話の機会を得たのである。

警察は、届出の機会を徐々に広く活用するようになり、現在では、警察によって手厚い協力が提供されるようになっている¹⁰⁶。たとえば、組織者は事前に危険な行動をとる可能性のある参加者を警察へ報告しておき、それへの対処方法とともに考えたり、組織者の側に経験が足りない場合には、警察側がノウハウを教えたりする、という実践がなされているのである。リセの学生などが初めて組織する際などには、一ヶ月以上に及ぶ綿密な打ち合わせがなされることもある¹⁰⁷。また、実際に参加者のなかに暴徒化する者

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 91-93.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 95-96. 日本でも、警察とデモンストレーション組織者との間の交渉は行われているが、その多くは非常に抑圧的なものであり、このような交渉の存在によってこそ、条例の文言上「届出制」をとっているものが「許可制」に接近しているという批判がなされてきた。筆者がここでフランス行政によるマニフェスタシオンへの対応につき積極的評価をしているのは、交渉の存在そのものではなく、そこでなされている交渉の内容や、その方針である。このようなフランス行政による「交渉」が、フィユルによって「純粋なルール設定 (l'imposition pure et simple des règles du jeu)」と評価されている点は注目し得る。フィユルは日本とフランスの比較を行っているわけではない。しかし、一般的な許可制とフランスにおけるマニフェスタシオンの対応とを比較し、以下のような分析をなしている。すなわち、通常の許可制のもとで行われる交渉は、組織者・参加者に対して、警察が提示する条件を受容するか禁止を甘受するかの二択を迫るものであるが、フランスでなされている組織者との対話のなかで実現可能な行程などを模索する過程は「ルール設定」である、との分析を提示している。これが、単に行政の「心持ち」の問題に止まってしまうのであれば、法的な意義が疑わしいとの批判があるであろうが、筆者としては、このような「心持ち」には「公序」による基礎付けがあると考えている。これについては第3章で詳述する。

¹⁰⁷ リセにおける課外実習としてマニフェスタシオンを行ったり、マニフェスタシオンを行う際に使用する横断幕 (banderoll) を作成したりするなどの活動は比較的多く行われているようである。このような教育が可能になっている理由の大きなものに、教員自身がマニフェスタシオンの組織や参加経験を豊富にもっていることが指摘できる。リセにおいて

があれば、組織者と警察が協力してそれを排除する。

以上が、フィユルによって与えられた、マニフェスタシオンの「平和化」の説明である¹⁰⁸。彼はまた、平和化された現代のマニフェスタシオンを「制度化された (institutionnalisé)」マニフェスタシオン、とも表現している¹⁰⁹。すなわち、フランスにおいて、上記のような行政による協力の発展に比例して、マニフェスタシオンが日常的に「ありふれた (courant)」活動となっていたのであり、市民が国家によって与えられたルールに同意しつつそれを活用している点で、「制度」との表現が使用されているのである¹¹⁰。フィユルの分析によれば、このような制度化の結果として、社会にマニフェスタシオンが深く根付き、頻繁に使用される表現方法となり、現代社会において正当性を獲得したことが、立法者によってマニフェスタシオンの自由が承認され、ついには後に見るように、憲法レベルでの保護を受けることへとつながったのである¹¹¹。

補足として、上記の行政との対話には、組織者の側からは、SO (service d'ordre) が参加するのが一般的である¹¹²。このSOは、CGT (フランス労働総同盟) やCGTU (フランス統一労働総同盟) 等の大規模な労働組合連合に、マニフェスタシオンの組織のために置かれている部隊である¹¹³。彼らは1920年ごろから組織され始め、1980年代ごろから急速に発展、定着し、現在のマニフェスタシオンでは、リーダーとしての役割を担っている。警察とともに行列の先頭に立ち、また、彼らが組織するマニフェスタシオン

マニフェスタシオンを通して教育を行う意義などについては、Nicolas Mariot, « Le Frisson fait-il la manifestation ? », *POUVOIRS*, 116-2006, p. 98.に詳しい。

¹⁰⁸ フランスで実際に行われているマニフェスタシオンは、参加グループごとにコスチュームやテーマ曲などを作成・使用し、さながら「パレード」のような様相を呈していることも多い。子供達も含めて、多くの市民にとって、楽しみながら参加する祭りのような存在であるといえる。このようなあり方からすれば、フィユルの指摘の通り、フランスにおけるマニフェスタシオンは、革命期におけるものよりも大幅に「平和化」されているといえるであろう。

¹⁰⁹ Filleule, *supra* note 102, p. 87.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 88

¹¹¹ *Ibid.*, p. 87. フィユルは明言はしていないが、「フランスにおける、マニフェスタシオンの合法性は世論の中で確立された事実となり、すべての職業において非常に広く利用されるものとなり、規制していた法律は徐々にその合法化との境界へ向かい、ついには、憲法上の権利として保護される、公的自由として名を連ねることとなったのだ」という表現からは、かつて立法者や裁判所による保障を受けることができなかった要因として、制度化がなされていなかったことが大きいと判断していることが伺える。

¹¹² Cardon=Heurtin, *supra* note 101, pp. 123-155.

¹¹³ ドミニク・カルドンおよび、ジャンフィリップ・ウルタンによれば、彼らは、まさしく、「内部に存在する警察」と呼ぶべき存在である。*Ibid.*, pp.123-5.

においては大きな障害となってきた極左団体等との交渉を警察とともに行うことで対策をはかっている。彼らは、暴力的な行動をとる一部の参加者によってmanifestationが妨害されることを防ぎ、他の参加者たちが本来の主張を計画通りになすことを目標としているのである¹¹⁴。

フィユルが、現在のmanifestationの運用を「制度」と表現することは、以下の理由から支持することができよう。

第一に、上記のmanifestationに提供される協力を、行政のみによる、法的基盤を欠いた運用方法にすぎないものと評価することは妥当でない。国家が、機動憲兵やCRSの設立のために予算と労力等を割き、さらにそれを発展させていることを考慮すれば、行政のみならず、立法や裁判所をも含んだ国家全体によって協力が提供されていると評価すべきである。さらに、1992年には、立法者によって、manifestationの「自由」としての性質が承認されているのであり、それと同時に届出制が強化されていることを踏まえれば、フランスにおけるmanifestationの自由の保護は、届出制を契機とした市民と警察との間の協力関係を前提としていると考えるのが自然である。そうであれば、警察行政による協力や機動憲兵やCRSらの存在も含めて、法制度という評価をすることは妥当である。

第二に、このような「制度化」とでもいふべき状態は、フランスが、「国家による公の領域の独占」という課題を持っていたことから整合的に説明できるからである。2.1で論じたように、フランス革命以後、とりわけ普通選挙権が確立された1848年以降は、選挙制度が市民の政治的意見表明の唯一の正統な場としてみなされるようになり、manifestation等の制度化されていない政治活動はながらく強い警戒の対象となってきたのである。当初の立法者たちは、manifestationという存在を否定することで、「公の領域の独占」を維持しようとした。レピヌなどによる激しい規制がなされていたことも、これと同趣旨であると考えられる。しかしながら、この激しい規制にも関わらず、フランス国民がmanifestationをすることをやめることはなく、例えば、1934年の2月6日事件に見られるように、国家と市民の間の非常に暴力的な衝突が絶えなかったのである。これは、フランスにおいて、選挙制度のみによっては汲み尽くすことのできない個人の利益が存在し、主張されてきたことを意味する。そうであるならば、そのような個人の利益を国家へと伝達する行為のひとつであるmanifestationを、「制度」として整備し、積極的に保障することで、「公の領域の独占」を（かろ

¹¹⁴ Sommier Isabelle, « La CGT: du service d'ordre au service d'accueil. », *Genèses*, 12, 1993. pp. 69-88.

うじて) 維持することが要請されることになる。

第三に、フランスのマニフェスタシオンの自由は、現状として、国家権力の介入に対抗するかたちで完全に自由に行使されることが想定されているものというよりも、国家によって行使の機会が整えられることで実質的な保障がなされているからである。すなわち、1935年のパガノン通達などは、市民がマニフェスタシオンを組織することについて、警察が協力を提供して、積極的に関与するということは想定しておらず、「公序」を侵害する危険性があれば、マニフェスタシオンを禁止できるとするものであった。しかし、現状の運用は、警察の協力により、「公序」侵害を防ぎながら、マニフェスタシオンの組織をできる限り可能にするという方針である。仮に、警察の介入を一切排除しようとするのであれば、それは、マニフェスタシオンの自由を拡大するものというよりも、むしろ、パガノン通達の頃の考え方に戻ってしまうことを意味するのであり、容易にマニフェスタシオンを禁止するということになりかねない。

以上より、現在のフランスにおけるマニフェスタシオンの運用は、「制度」としての側面を持ち、国家と市民の間の協力の下に行われているものであると言える¹¹⁵。

なお、現在のフランスでは、「マニフェスタシオン」の類型に入れることができない路上における抗議活動が多く存在している。これらは、たとえ集団で行っていても、「マニフェスタシオンの組織」とはならず、騒擾や、何らかの破壊行為などに至らない限り、規制されることはない。現時点で、法制度が存在していない公道での抗議活動としては、例えば路上でタイヤや国旗を燃やす、トラックで凱旋門のロータリーを周回し続ける、公道で通行止めを行い運動への支持表明をした者のみを通すといったものがある。これらの多くは許可をとっているものではないため、積極的に「合法」であるとはいえない。しかし、これらがすぐさまの規制の対象となることも少なく、その多くが「放任」されている。このように合法、違法の間に、曖昧な事実上の黙認の領域が広く存在していることはフランス社会の1つの特徴である。一方で、このような「マニフェスタシオン」以外の方法での抗議活動は、一般の市民が広く参加するものというよりも、政策に直接

¹¹⁵ 制度内容として事前の届出を契機とした警察との対話を想定していることから、この「制度化」について、フィユルはあくまで「届出制」の手続きにのった、法的に「マニフェスタシオン」と定義されるものを考察の対象としているといえる。この点につき、フランスの社会において、報道等では届出のない路上における抗議活動等も広く「マニフェスタシオン」と呼称する傾向があることに注意が必要である。例えば、2018年11月からフランス全土でなされている「黄色いベスト運動 (les Gilets jaunes)」について、「マニフェスタシオン」という言葉が多く使われているが、その多くが届出なしのものであり、SOも置いていない。そのため、最終的には暴動へとつながるものも少なくはなかった。これについては、第4章において詳述する。

の利害関係を持っている労働者などが行うものであることが多く、参加の敷居が低いものばかりではない。

このことを踏まえると、フランスにおいて、路上における抗議活動のすべてが国家によって制度化されているわけではなく、「マニフェスタシオン」は、多くの市民にとって、馴染みやすく、比較的参加が容易であるような抗議活動として、「制度化」がなされているといえるであろう。

2. 5 集会 (réunion) との区別

以上が、マニフェスタシオンを組織することに関わる基本的な法制度と実践のあり方である。マニフェスタシオンを組織しようとする者が考慮すべきもう 1 つの規定として、集会に関する規定があるので、ここで確認しておきたい。

フランスにおいては、公道での集会の開催が 1881 年法 6 条で一切禁止されており、そのことは、1935 年デクレ 1 条でも「1881 年 6 月 30 日法で規定された条件において、公道における集会の開催は禁止する」と再確認されている。

マニフェスタシオンは公道での行進や練り歩きなど、人々の移動を伴うことが多い。一方で、必ずしも移動を伴うとも限らないため、マニフェスタシオンと公道における集会とを区別する必要がある。フランスにおいて公道での開催が禁止されている集会とは以下の 3 つの特徴を備えたものである¹¹⁶。

1. 一時的な集まりであり継続性がないこと（継続して定期的集まるのであれば、「結社 (association)」となる）。
2. 利益をまもるためにうちあわせる、または考えや意見の発表をきいたり共有を図ったりするという目的をもっていること。
3. 最低限の組織がなされていること（偶発的なものであり、かつ騒擾の条件を満たした場合は騒擾として罰されることとなる）。

¹¹⁶ この集会の定義は、主に判例および政府委員による定義（1933 年の 5 月 19 日に出されたコンセイユ・デタ判決（通称「バンジャマン判決」）および、バンジャマン事件に際して出された「集会は、利益をまもるために打ち合わせる、または考えや意見の発表を聞くという目的をもつ、一時的なグループである。」という政府委員による定義）により与えられたものであり、学説上も争いがないようである。Jean Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2000, p.248 以下、および、Patrick Washsmann, *Libertés Publiques 8^e édition*, DALLOZ, 2017, pp. 800-801 を参照。政府委員による意見（Conclusion）については、*Recueil general des lois et des arrêts: en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Sirey, 1934, Tome 3, pp. 4 et s.

上記の条件を満たすと「集会」となり、公道での開催が禁止される。マニフェスタシオンはこれまで明文規定で禁止されたことはなく、後述の通り、現在では憲法レベルでの保護を受けているから、上記のように定義される「集会」と「マニフェスタシオン」は観念として峻別される。「マニフェスタシオン」は、公道における「集会」であってはならないから、参加者内で共有された利益や主張を、単に「表現する」場でなければならず、意見や思想をそこで交換し発展させる場であってはならない¹¹⁷。言い換えれば、マニフェスタシオンは、個人によってなすこともできる表現活動を、集団で行うことによって単に影響力を高めているにすぎないと捉えうるのに対して、集会は、本質的に他者との交流を予定し、その交流の中で自らの思考を変化・発展させていくというものであり、両者は区別されなければならないということになるであろう。ここから、他者との交流によって互いの思考に影響を与えることは、フランスにおいて特に強く警戒されてきたこと、そして、このような警戒が今日においても消滅していないことが分かる。また、このような区別は、フランス革命以後の共和派に典型的に見られる、「国家による公の領域の独占」という思考によるものであると考えるのが自然であり、ここから、「国家による公の領域の独占」という理念が今日のフランスにおいても残存しているといえる。

以上から、フランスにおけるマニフェスタシオンは、「①最後まで平和的態様を保ち、②路上などの公共の場において、③自らがすでにもっている主張を他の市民に対してアピールする表現行動」と定義すべき行動であり、「デモンストレーション」よりも狭い意味を持つものであるといえる。

2. 6 マニフェスタシオンに参加する自由

ここまでの記述では、マニフェスタシオンの組織者に関する規定や制度を中心に扱ってきた。2. 6 では、マニフェスタシオンへの参加者に関する規定を確認しておきたい。

マニフェスタシオンに参加する際の規制については、刑法 (Code penal) の 431-9-1 条から 431-11 条までに置かれた規定が中心となる。以下、順に確認していく。

まず、431-9-1 条は、「公道におけるマニフェスタシオンの内部であるいはすぐ近くで、公序が侵害され、あるいはされる危険が発生したその時あるいはその直後において、適法な動機なくして、顔の一部又は全部を故意で隠すことは、懲役または 15000 ユー

¹¹⁷ この点につき、Solenne, *supra* note 71 では、マニフェスタシオンと路上における集会は、「熟考 (réflexion)」の機会の有無によって区別されるとされている。

口の罰金によって罰される」というものである。これは、「黄色いベスト運動」に際して、覆面をつけた状態で暴力的な違法行為に至るものが非常に多かったため、それへの対応策として2019年4月の「マニフェスタシオンにおける公序強化と維持のための法律」によって新設された条文である¹¹⁸。

次に、431-10条は、1992年より置かれている規定であり、その内容は、「武装した状態で、マニフェスタシオンあるいは公的な集会に参加することは、3年の懲役または45000ユーロの罰金を科す」とするものである。

最後に、431-11条は、同じく1992年に制定されたものであり、ここまでで紹介してきた431-9-1条などに規定されている罪について、有罪判決を受けた場合には、その刑罰に加えて、最長3年間のマニフェスタシオンへの参加禁止などを命じることができることを定めたものである。

また、マニフェスタシオンに際して犯罪が発生した場合に、司法警察が可能な捜査を定めた規定として、刑事手続法(Code de procedure pénale)の78-2-5条がある。この規定も、「マニフェスタシオンにおける公序強化と維持のための法律」によって新設されたものである。同条は、犯罪の捜査という目的のため、司法警察は、マニフェスタシオンが行われている公道において、あるいはそのすぐ近くの場所において、個人が所有する鞆の目視検査や、周辺を走行中の車両などの検査を行うことができることを定めている。このように、近年、マニフェスタシオンの機会を利用して、暴力的な行為や窃盗に至る者が増加していることに対応するため、様々な規定が置かれるようになってきているのである。

なお、「マニフェスタシオンにおける公序強化と維持のための法律」の第3条については、憲法院によって違憲の判断が出たため¹¹⁹、廃止された。この第3条は、マニフェスタシオンにおいて人の身体や財産に重大な損害を負わせるような事態が生じた場合、その現場で活動していた者について、知事（あるいは、パリにおいては警視総監）が、マニフェスタシオンへの参加を禁止することができる、とするものであった。

これに対して、憲法院は、同条は、対象となる個人がその時になしていた具体的な活動と、マニフェスタシオンの間に生じた身体あるいは財産への損害との間に、何らの関係性も求めておらず、あらゆる活動について、その当該活動が暴力行為に陥っているか否かに関わらず、禁止の要因とするものである、と批判した（判決理由23）。すなわち、

¹¹⁸ Le Figaro による報道記事を参照。 <http://leparticulier.lefigaro.fr/article/cacher-son-visage-lors-d-une-manifestation-est-desormais-puni-d-un-an-de-prison/>
最終閲覧日：2020年8月4日。

¹¹⁹ Décision n°2019-789 DC du 4 avril 2019.

同条の規定は、あるマニフェスタシオンによって、何らかの損害が生じたとき、誰の、どのような活動がその損害の原因となってしまったのかを具体的に問うことなく、その場で活動していたという事実のみをもって、以後のマニフェスタシオンへの参加を禁止できる権限を知事に与えるものであった。さらに、憲法院は、同条は、ある個人のマニフェスタシオンへの参加の禁止を命じる権限を行政機関に対して与えることになることを批判し（判決理由25）、結果として、第3条は、憲法に違反することを示した。

前述のとおり、フランスにおいては、すでに、司法裁判官が、マニフェスタシオン中の行動によって有罪判決を受けた者に対して、その罪の刑罰に加えて、最長3年間のマニフェスタシオンへの参加禁止を命じることができることとなっているため、この憲法院の判断は、裁判官による判断が介在することなく、行政機関がマニフェスタシオンへの参加を禁止できるようになることへの警戒心を示したものであると理解することができる¹²⁰。

近年数々の法律によって個人のマニフェスタシオンへの参加の自由が制限される傾向が強まっていることについては、学説上も批判が少なくない。たとえば、ピエリック・ガルディアン(Pierrick Gardien)は、過去のマニフェスタシオンにおいて、ある個人が刑法に違反するような一定の危険な行為をしたことは、将来におけるマニフェスタシオンにおいて、同様の危険があることを意味しないこと、また、過去の行為を理由とする権利制限が一定の場合に正当化されるとしても、そのことについては、本人が抗弁する機会を十分に与えられる対審の状態を確保した状態で判断されねばならず、行政機関に対して、マニフェスタシオンへの参加の禁止を命令できるような権限を与えることは許されないことなどを指摘している¹²¹。特に、後者の指摘については、警察によって、独断的に、恣意的な判断がなされる危険性が強調されている¹²²。このようなガルディアン

¹²⁰ なお、同法の第3条の内容については、2019年2月26日にフランス政府に対して提示された欧州人権委員会の勧告的意見においても、批判の対象となっていた。そこでは、行政機関に対して、個人のマニフェスタシオンの参加を禁止することができる権限を与えということによって、恣意的な運用がなされる危険性があるという懸念が示されていた。憲法院による判断も、これと同趣旨のものであると理解できる。

Memorandum on maintaining public order and freedom of assembly in the context of the “yellow vest” movement in France.

<https://rm.coe.int/commdh-2019-8-memorandum-france-en/1680932f57>

より閲覧可能。 最終閲覧日：2021年1月1日。

¹²¹ Pierrick Gardien, « Les dangers de l’interdiction administrative de manifester », *La revue des droits de l’homme* (En ligne), Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 16 juin 2015.

¹²² *Ibid.*

による批判は、上記の憲法院判決の内容と重なる部分も大きいように思われ、フランスにおいて、個人の権利が制限される場合には、裁判機関による、対審の状態を確保しての判断が介在することが重視されていることがわかる。

なお、マニフェスタシオンの途中でなされる表現内容については、他の表現方法による場合と同様の規制が及ぶことになる。例えば、差別的言論や、ホロコースト否定の言論などについて一定の制限があるが、ここでは詳述しない¹²³。

2. 7 小括

1935年デクレが制定される以前は、マニフェスタシオンを直接の対象とする法制度が存在していなかった。それは、当時の立法者たちにとって、選挙という、国によって整備された整備された方法以外で政治的な主張をなすこと、しかも、それを集団でなすことは、公正な民主主義を歪め、集団の利益によって国を分裂させる危険をもつものであったからである。

1935年、マニフェスタシオンについて、届出制を定めるデクレが制定された。このデクレそのものは、届出制を定めるものにすぎなかったが、その後、パガノン通達によって、現場の警察に対して、これを許可制と同様に運用せよとの指示が出される。

一方、実際の運用においては、届出の機会を利用して、警察がマニフェスタシオン組織者と話し合いをして、協力を提供する体制が整えられていった。また、一部の暴力的な参加者に対応するための専門部隊も編成された。このような運用により、マニフェスタシオンの多くが「平和化」されたことによって、1992年には、マニフェスタシオンの自由を承認する法律が制定されることとなった。

ここで自由としての評価を与えられた「マニフェスタシオン」は、あくまで個人がすでに持っている考えや主張をアピールする行動であり、そのような意味で、「集会」とは区別されるものである。この区別が今日も残っていること、そして、公道における集会の開催は今日においても禁止されているというところに、「集団」への警戒が、なお残存していることが見てとれる。

第3章は、判例において、マニフェスタシオンの自由がどのように保護されてきたのか、または保護されてこなかったのかを検討する。

¹²³ この点に関しては、曾我部真裕「フランスにおける表現の自由の現在：「記憶の法律」をめぐる最近の状況を題材に」憲法問題第25巻(2014)75-86頁に詳しいので、参照されたい。

第3章 判例におけるマニフェスタシオンの自由

フランスにおけるマニフェスタシオンの自由は、1995年の憲法院判決によって、憲法による保護を受ける自由として承認されることとなったのであるが、歴史を遡ってみると、マニフェスタシオンがフランスに登場した1848年以来、マニフェスタシオンは、常に裁判所による厚い保護の対象となってきたわけではない。むしろ、法律による承認を受けていない、すなわち、行政による介入に対して保護されるべき「公的自由」であるとは宣言されていない行為であったがために、行政はこれに比較的自由に介入することができることとされ、コンセイユ・デタにおいても、そのような扱いを受けてきた。

一方で、コンセイユ・デタは、「公序」の概念の解釈などを通して、警察による介入が正当化できる場合について一定の制限をかけており、そのような意味で、裁判所は、マニフェスタシオンの保護について、一定の役割を果たしてきたともいえる。

3.1では、まず、従来の判決として、近年に至るまでのコンセイユ・デタ判決を検討する。ここでは、法律によって保護の対象となることが明示された、宗教的な性質のマニフェスタシオンや、「地域の習俗に合致した」マニフェスタシオンについては、比較的厚い保護が与えられる一方で、そうではない、政治的な性質のマニフェスタシオンについては、行政による介入が比較的広く認められる傾向があったことを確認する。

3.2では、マニフェスタシオンの自由が憲法による保護を受けることが示された1995年の憲法院判決を中心に、同判決に影響を与えた1988年の欧州人権裁判所判決などを検討する。

3.1 従来の判決

ここでは、コンセイユ・デタ判決において、マニフェスタシオンの自由がどのように扱われてきたのかを論じる。

フランスにはながらく、現在憲法院が行っているような、法律の憲法適合性審査の制度が存在せず、そのために、市民がどの程度の自由を行使することができるのか、ということ、行政による介入との関係で主に論じられてきた。そうした中で、市民の自由の行使の具体的な限界を提示する役割を果たしてきたのが、行政裁判所であった¹²⁴。

¹²⁴ ジャン＝マルク・ソヴェによれば、「コンセイユ・デタは、最初は一般利益と公の秩序の擁護者として創設され、行政の良き運営を自らの主要な役割とし、強者に対抗して弱者に奉仕するための、また、公権力に対抗して個人に奉仕するための機関とはみなされ」なかった。しかし、「19世紀の末以降、コンセイユ・デタは、公の秩序及び行政活動の尊重の要請を行政の相手方の権利保護と調和させることが必要であることを速やかに感じ取る

第三共和政期に確立された「公的自由」論のもとでは、「法律によって規定された自由の規制は、原則として法律の定めるところによる」が、「しかし、その原則の上で、法律の定めるところにより法律に反しない範囲で、警察命令による人権規制が考えられ」、「法律より厳しい規制を行うことは、権限踰越となる」¹²⁵。一方で、法律によって規定されていない、法律がそれについて沈黙している自由については、「行政権は、このような自由に介入することができる」¹²⁶とされてきた。すなわち、当該自由が法律によって規定されたものであるのかということや、法律は警察に対してどのような権限をどの程度与えているのかということの解釈を通じて、行政裁判所は様々な自由の行使の限界を明らかにしてきたのである。

こうした原則の下で、マニフェスタシオンの自由は、どのように扱われてきたのであろうか。

3. 1. 1 1935年デクレ以前のコンセイユ・デタ判決

宗教的な性質のマニフェスタシオンは、比較的早い段階から、厚い保護の対象となってきた。それは、1905年の政教分離法¹²⁷によって、信教の自由が保障されたからである。同法1条は、「共和国は、信教の自由を保障する。共和国は、公序のために以下に規定する制限のほかは、自由な信仰の実践を保障する。」としており、信教の自由に対して行政が介入する場合には、「公序」という目的によって正当化される必要があることを示している。また、葬儀の自由に関する1887年法¹²⁸の2条は、「命令の方法によるものも含め、世俗的または宗教的な理由で、葬儀に対して適用される個別的な規定を置くことは、決してあってはならない」と定めていた¹²⁹。ここでも、葬儀を行う自由について、行政機関が命令を発することは、法律によって制限されていることがわかる。このように、信教の自由の行使、なかでも、葬儀の場におけるそれは、立法によって比較的厚い保護を受けていた。そのことの意味が典型的に具体化された判例が、1909年

ように」なったのだという。特に、第二次世界大戦後には、コンセイユ・デタは、リベラルな法理論の発展に大きく寄与するようになった。ジャン＝マルク・ソヴェ著、晴山一穂＝石井三記＝福田真希＝河嶋春菜訳「コンセイユ・デタと基本権の保護」法政論集 271号（2017）175頁以下。引用はそれぞれ、180頁、181頁。

¹²⁵ 浦田一郎「議会による立憲主義の確立」『立憲主義と市民』（信山社、2005）185頁。

¹²⁶ 同上 188頁。

¹²⁷ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat.

¹²⁸ Loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles.

¹²⁹ 同法の2条の規定は、現在はすでに廃止されている。

のオリヴィエ師事件判決¹³⁰である。

この事件の発端は、1909年9月1日、サンス市の首長が、「すべての宗教的マニフェスタシオン、とりわけ、葬儀の場において公道でなされるマニフェスタシオンを禁止する」という命令を発したことであった。この命令に、オリヴィエ師が違反したことから、この命令の適法性について、コンセイユ・デタが判断することとなった¹³¹。

コンセイユ・デタは、「1905年法1条は信教の自由と信仰の自由な実践を保障しており、唯一規定された規制は公序の為のものである。そして、1887年法2条は、首長が、葬儀に対して、世俗的または宗教的な理由によって、個別的な規定を制定することを禁止している。」と、この事件に関連する法規定を確認し、このような規定には「地域の慣習や伝統を可能な限り尊重し、その制限を秩序の維持に必要な場合に厳格に限定しようとする立法者の明白な意志を見てとれる」と示した。そして、今回のサンス市の命令については、「公道における秩序維持の何らの必要性も市長によっては示されていない」と判断し、同命令を、権限を超えるものであるとして、無効とした。

コンセイユ・デタは、その他の判決においても同様に、宗教的なマニフェスタシオンについては、比較的厳格な審査を行っている。たとえば、1934年のプロテー事件¹³²においては、宗教的なマニフェスタシオンについて、事前の届出を必要とすることを定めたサン＝レジェール＝デ＝ゾーベ市の首長が定めたことが権限超越であると判断された。この事件において、コンセイユ・デタは、オリヴィエ師事件の時と同様に、1905年法の1条を引きながら、「公序」のための規制でない限り、信教の自由を制限できないことを確認し、同市の首長は、そのような理由を十分に示していないことを指摘した。

このように、コンセイユ・デタは、1935年デクレの以前から、1905年法の存在を主な理由として、宗教的な性質のマニフェスタシオンについては、比較的厚い保護を及ぼし、「公序」によって正当化されるほかは、それに対して、届出制を定めるなどの方法で制約を加えることは許されないという理解を一貫して示している。

前述の通り、1935年のデクレにおいて、「当該地域の慣習に合致したマニフェスタシオン」について、届出をなさなくてもよい、と定められていることは、こうした判例の傾向を反映したものであると考えられる。

一方で、コンセイユ・デタは、徐々に、行政警察の権限一般について、限界付けをす

¹³⁰ Conseil d'Etat, 19 février 1909, *Abbé Olivier*. Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux (以下、Recueil lebon と表記), p. 180.

¹³¹ Marceau Long=Prosper Weil=Gui Braibant=Pierre Delvolvé=Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2019, p.110.

¹³² Conseil d'Etat, 2 mars 1934, *Prothée*, Recueil lebon, p. 1235.

のような理論を発展させていく。たとえば、立法による根拠なしに、行政警察がある行為について許可制を定めることは許されないという理論や、「公序」を理由とした警察活動について、一定の比例性を要求するような理論など、行政警察権限の発動機会に一定の限界をかけるという方向から、あらゆる自由に対して一定の保護を与えるような理論を発展させていくようになったのである。その結果として、コンセイユ・デタの判決においては、政治的なマニフェスタシオンについても、無限界に行政による介入を認めないこととなっていった。このような「公序」の解釈を通じた警察権限の限界付けについては、本論文第2部で詳述することとして、ここでは、マニフェスタシオンの自由に関連する部分についてのみ論ずる。

まず、コンセイユ・デタは、ある行為について許可制、あるいは全面的な禁止を定めることは、行政警察の権限に含まれず、許可制を定めることができるのは、唯一立法者のみであるという一般的な理論を発展させていった¹³³。すなわち、立法者によって明示的な承認を与えられた自由であるか否かに関わらず、その行為について、行政警察が許可制や全面的な禁止を敷くことは、権限踰越となる。

また、1933年のバンジャマン判決において、集会の開催を禁止するためには、その集会が「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¹³⁴。集会の自由は、1881年の集会の自由法¹³⁵によってすでに承認されている「公的自由」であり、そのような意味で、このバンジャマン判決の射程が直接、政治的なマニフェスタシオンに及ぶわけではない。このことは、政府委員（Commissaire du gouvernement）による見解（Conclusions）¹³⁶において、以下のように述べられていることから分かる¹³⁷。

¹³³ たとえば、Conseil d'Etat du 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, Recueil lebon, p. 117 など。

¹³⁴ Conseil d'Etat, 19 mai 1933, *Benjamin*, Recueil lebon, p. 541.

判決の内容および評釈については、Long et al., *supra* note 131, pp. 266 et s.

¹³⁵ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion.

¹³⁶ この見解は、訴訟審理に先だって、行政裁判所の調査官（政府委員）などが、事実や争点、関連する判例や学説を整理して、担当裁判官に提示するための書類である。裁判官は、これを参照しながら、判決の執筆に当たるとされており、必ずしも、裁判所が出す判例の結論と内容が完全に重なるものではないが、裁判所の見解を知るためのひとつの材料となりうるものである。

¹³⁷ Conclusions Michel sous Conseil d'Etat, 19 mai 1933, *Benjamin*, Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, Tome 3, p. 5.

警察権限は、市民に認められた様々な自由の尊重によって制限される。〔……〕市町村当局の権限に与えられる制限は、法律が、該当する公的自由が行使されるべき条件を細かく規定していればいるほど、大きくなる。単に一般的に自由であることが宣言されているにすぎない場合には、警察権限はより自由に行使されうることとなる。〔……〕反対に、自由が原則であるということが、法律によって特に命令的に(*impératif*)規定されている場合や、その自由の尊重を保障するための規定を細かに定めている場合には、市町村当局〔が警察権限を行使しようとする場合〕には、より厳しい状況となる。〔……〕すなわち、〔警察に関する〕首長の権限は、その時、その場の秩序維持の必要性の大小と、立法者によって与えられる自由の尊重の保障の大小によって変化する。(括弧内筆者)

このように、ある自由について、行政による判断の裁量がどれくらい広く認められるのかは、立法によって、その自由が承認されているのか、そして、その承認がどれくらい具体的なものであるのかに、左右される。そして、政治的なマニフェスタションを組織する自由は、立法者によって承認されていない自由であるがために、行政裁判所によっても、特別な尊重を与える対象ではなかったのであろうことが分かる。

1917年のバルディ判決に際して提出された政府委員見解では、「マニフェスタションや行列、騒擾というものは、その推定からして(*par présomption*)、公共の平穩を害するおそれのあるものである」から、他の個人的な表現活動とは異なる扱いをすることが正当化される、という解釈が正面から示されている¹³⁸。このような表現は、マニフェスタションを、騒擾と同様のものとして扱い、そして、それについて、第一には公共の平穩を害するおそれを生じさせるものとの推定が働くことを示したものであるといえる。なお、本論文第2部で詳述するとおり、この「公共の平穩」は「公序」の一部を構成するものであり、公共の平穩を害するような行為は、すなわち、「公序」を害する行為であることとなり、それゆえに、警察行政がこれに介入することが正当化される。すなわち、マニフェスタションは、その「推定からして」警察による介入が正当化されるものであると理解されているのだといえる。

このように、マニフェスタションの自由は、信教の自由など、すでに公的自由として承認されたものと同等の保護を受けていたわけではない。しかし、コンセイユ・デタが、早い時期から、「公序」の解釈を通じて、警察権限を限界づけるような理論を積み重ね、

¹³⁸ Conclusions Corneille sous Conseil d'Etat, 10 août 1917, *Baldy*, recueil lebon, pp. 644-645.

それによって様々な自由を保護しようとする傾向を示していたことは重要である¹³⁹。

実際、マニフェスタシオンについて出されたパガノン通達で、「公序を危険にさらす性質をもち、熱狂をひきおこしかねない」と判断されたマニフェスタシオンはすべて禁止できる、と示されたことは、バンジャマン判決の内容がマニフェスタシオンにも及ぶということを懸念した、当時の政府の否定的な態度を反映したものであると指摘されている¹⁴⁰。

3. 1. 2 1935年デクレ以降のコンセイユ・デタ判決

コンセイユ・デタにとっては、1935年のデクレは、従来自身が示してきた理論を変えるものではなかった。

たとえば、政治的なものも含めて、すべてのマニフェスタシオンを許可制の下に置こうとした、ペイラン市の首長による命令について、1938年の判決¹⁴¹は、次のように述べて、命令を無効とした。

ペイランの首長は、葬式のための行列のみを例外として、公道におけるすべての行列とマニフェスタシオンを事前の許可制の下においたのであるが、このような命令の適法性を正当化するような公序維持の必要性は示されなかった。1935年デクレは、公道における行列、行進、人の集まり、より一般的にいう、マニフェスタシオンについて、単に事前の届出を定めるものであり、これは首長に特別な権限を与えるものではない。〔……〕首長は、その権限を越えている。（括弧内筆者）

同様の解釈は、1939年の判決¹⁴²でも繰り返し示されている。この判決においても、「1935年デクレは、単に事前の届出を定めるものであり、首長の権限を強化するものではない。〔それゆえ〕期間の定めなく、一般的に〔マニフェスタシオンについて許可制を定めた〕命令は、首長の権限を越えたものである（括弧内筆者）」と示されている。

¹³⁹ マニフェスタシオンと騒擾を同列に扱った、バルディ判決におけるコルネイユ意見は、一方で、行政警察全体に通底する考え方として、「自由が原則であり、警察による制約は例外である。（la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception）」とも述べている。この言葉は、行政警察の権限の限界を考える際に、現在もなお、学説において引かれるものとなっている。Ibid., p.640.

¹⁴⁰ Juen, *supra* note. 84, pp.71-72.

¹⁴¹ Conseil d'Etat, 4 février 1938, *Abbé Nicolet*, recueil lebon, p. 128.

¹⁴² Conseil d'Etat, 1^{er} Février 1939, *La Lyre mascaréenne*, recueil lebon, p. 50.

このように、コンセイユ・デタは、1935年デクレとパガノン通達から3年後という、比較的早い段階から、一貫して、それらが行政警察の権限を特に拡大するものではない、という解釈を示してきた。すなわち、1935年デクレは、あくまで、届出制を定めるものであるから、行政警察が許可制を置くことの根拠とはなりえないということであり、これは、法律の根拠なしに行政警察が許可制を設置することは許されないという、従来の自身の理論を、1935年の後も継続して採用することをあらためて確認したものと解釈することができる。

このような意味で、「公的自由」とは認められていない、政治的なマニフェスタシオンについても、行政警察権限の限界の観点から、一定の保護を及ぼそうとしてきたコンセイユ・デタの態度と、政治的なマニフェスタシオンについて特に厳しい態度で臨むことを警察に要求してきた政府の態度との間には、一定の認識のずれがあったと言える。

他方で、政治的な性質のマニフェスタシオンについては、立法者による承認がない「無名の自由」であったために、その保護には、やはり弱々しい部分があったこともまた確かである。

たとえば、1966年1月21日の判決¹⁴³では、円滑な交通のために、一定の場所に限定して、マニフェスタシオンを禁止することは、他の公道においてはマニフェスタシオンが可能であるということから、違法とはならないという判断が出されている。すなわち、マニフェスタシオンについて全面的な禁止をすることは許されない、という従来の解釈を維持しつつも、禁止が一定の場所に限定されている場合には、それが、「公序」の侵害によって正当化されるものでなくとも許される、という判断が示されていると理解できる。これは、宗教的な性質のマニフェスタシオンについての制約には、「公序」による正当化を比較的厳格に求めていたことに比べると、弱い保護であると言わざるを得ない。

加えて、マニフェスタシオンへの警察の介入について、「公序」による正当化を要求する場合であっても、その審査は、非常に緩やかで抽象的なものにとどまることが少なくなかった¹⁴⁴。一例として、1954年2月19日の判決¹⁴⁵を見てみよう。この判決は、フランス労働総同盟パリ支部（*l'Union des syndicats ouvriers de la Région Parisienne C.G.*

¹⁴³ Conseil d'Etat, du 21 janvier 1966, n° 61692. この判決の内容は、フランス政府サイト <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636312/> にて閲覧可能。
最終閲覧日：2020年12月30日。

¹⁴⁴ Tercinet, *supra* note. 65, pp.1034-1038.

¹⁴⁵ Conseil d'Etat, du 19 février 1954, *Union des syndicats ouvriers de la région parisienne C. G. T.*, recueil lebon, p.113.

T)によって計画されていたマニフェスタシオンが、パリ警視總監によって禁止されたことをめぐるものである。コンセイユ・デタは、彼らによって計画されたマニフェスタシオンについて、「禁止を適法とみなすことができるような、公序に対する侵害を与えるものであり」、「警視長官が、良き秩序の維持と公共の平穩の維持の他に、何らかの目的を持っていたとはいえない」とだけ述べて、この禁止を適法なものと判断した。ここでは、当該マニフェスタシオンが、どのような経緯で、どの程度、「公序」を侵害することが予測されるのか、などの具体的な審査は行われなかった¹⁴⁶。

また、そもそも、コンセイユ・デタによって救済がなされるだけでは、マニフェスタシオンの自由への保護が十分であるとは言いがたい。行政裁判所に訴訟が提起されてから、コンセイユ・デタの判決が出るまで、通常何年かの時間を必要とする。そうすると、マニフェスタシオンのように、時宜にかなっていることが特に重要な要素となる活動の場合には、それが行政によって禁止された場合に、後からそれについて救済を受けることの意義は大幅に減少してしまうこととなる¹⁴⁷。それゆえ、マニフェスタシオンの自由が十分に保護されているというためには、事後的な救済を受けることだけではなく、その行使そのものが（事前に）十分に保護されていることが必要となるであろう。

これらの点を考えると、やはり、立法者によってマニフェスタシオンの自由が承認されていない状態で、行政裁判所がマニフェスタシオンを保護しようとするには限界が存在していたといえよう。

しかしながら、前述の通り、実際に業務に当たっている警察の側の態度が次第に和らぎ、そして、1992年には、立法者によってマニフェスタシオンの自由が、政治的なものか否かの区別なく承認されたこと背景には、やはり、コンセイユ・デタによる判例の積み重ねの存在があったようにも思われる。

以上を総合すると、コンセイユ・デタは、一般的な理論としては、バンジャマン判決によって示されたような比例性の考え方や、行政による介入は原則的に、一面的な禁止であってはならないとする考え方などといった、警察権限の発動に一定の歯止めをかけるような理論をもち、それをマニフェスタシオンの自由についても適用することによって、一定の保護を及ぼしてきたと言いうる。その一方で、政治的な性質のマニフェスタシオンについては、比較的容易に規制を正当化する傾向があり、これはやはり、「公的自由論」のもとで、政治的なマニフェスタシオンの自由には立法者による承認が与えら

¹⁴⁶ この点について、テルシネは、この当時の社会情勢を鑑みるに、当該マニフェスタシオンが、公序を侵害する可能性が高いとは言いがたい状況であったと指摘する。Tercinet, *supra* note.65, p. 1037.

¹⁴⁷ *Ibid*, p. 1038.

れていなかったことの限界を示していると思われる。

3. 2 近年の判決

本節では、マニフェスタションが、フランスにおいて初めて憲法上の保護を受ける「自由」として宣言された1995年の憲法院判決を中心に検討する。まず、同判決に影響を与えたとされる1988年欧州人権裁判所判決を確認したのち(3. 2. 1)、1995年憲法院判決の内容の確認と検討を行う(3. 2. 2)。そして、この1995年憲法院判決の内容や意義について、「公序」という法概念との関係での考察を加える(3. 2. 3)。最後に、同判決の影響を見るため、1997年のコンセイユ・デタ判決をみる(3. 2. 4)。

3. 2. 1 1988年 欧州人権裁判所判決¹⁴⁸

この判決は、以下のような事件につき出されたものである。

Plattform という団体が、妊娠中絶に関わるデモンストレーション¹⁴⁹を計画し警察に対して申請したところ、警察は反対の意を示さず、公道の使用許可を出した。一方で、Plattform と同じ場所、時間に「対抗デモ」を行おうと計画していた二つの団体に対して、警察は禁止の判断を出した。しかしながら、その禁止にも関わらず、当日になると多くの対抗デモ者たちが集まってしまい、Plattform との間で、卵やガラス片を投げつけあうなどの衝突が生じた事件である。

この状況に対して、Plattform が、警察が十分な警備を怠ったことで、自分たちのデモンストレーションの成功が妨げられたのだと主張し、デモンストレーションを有効に行うための策がないことは、欧州人権条約10条に定められた表現の自由と、11条に定められた集会および結社の自由に反するとして、条約上の権利が侵害された際の救済を定めた13条のもとで、訴訟提起した事件である。被告はオーストリア政府である。

欧州人権裁判所は、判決理由32において、次のように述べて、デモンストレーションの保障のために、国家の積極的措置を要求した。

¹⁴⁸ Décision de la Cour, 21 juin 1988 Plattform « Artze für das Leben » contre Autriche, A no139.

¹⁴⁹ この「デモンストレーション」という言葉は、同判決の仏語版では「マニフェスタション」という言葉に訳されている。本稿が論じている通り、本来、デモンストレーションとマニフェスタションはそこに含まれる行為の違いなどがあるが、フランス語においてデモンストレーションに対応する言葉はマニフェスタションのみであるため、そのような訳が使用されているものと思われる。

デモンストレーションという行為は、反対する思想を持っているものをいらつかせ、攻撃を与えるものである。しかしながら、参加者たちは、反対者たちから、身体的な危害を加えられるかもしれないという不安を持たずに、デモンストレーションを行うことができなければならない。〔……〕平和的な集会の、真の、効果的な自由は、国家が単に介入をしない、という自由に縮減されてはならない。〔……〕条約 11 条は、時に、個人間の関係の領域においてさえも、積極的な措置を要求するのである。(括弧内および強調筆者)

その上で、実際にとられる具体的手法については各加盟国に広い裁量があり、裁判所は、あくまで必要な程度の措置がとられていたかだけを判断することを強調した。

本件におけるオーストリア政府の具体的措置については、以下のように述べた。オーストリアの刑法 284、285 条は、禁止されていない集会を、解散させたり、妨害したりすることを違法としており、また集会法 (Assembly act) も、必要な場合には、国家が集会を禁止できるとする規定を置いていることから、オーストリア政府がデモンストレーションの積極的措置への配慮をしていると判断できる (判決理由 33)。さらに、事件当日に生じた衝突も、対抗デモが自らの主張を叫び、卵やガラス片が飛び交うに止まっており、これはさほど深刻な衝突とはいえ、かつ、当日は 100 人ほどの警察が、デモ隊と対抗デモ隊を引き離そうと十分に尽力したと判断できる (判決理由 37、38)。

本判決は、まず、判決理由 32 の強調部分にあるように、デモンストレーションの自由を効果的なものとするために、国家に積極的措置までを求めた、非常に踏み込んだものであったといえる。そして、オーストリア政府が刑法および集会法において、市民の一定の行動や集会を禁止しうる規定を置いていることを、デモンストレーションの保護のための「積極的措置」と認定していることも興味深い。個人の行動や集会の開催を国家が制限、禁止することは、適切な範囲を超えてなされれば、個人の自由の侵害となるのであろうが、そのような禁止規定が適切に適用されるのであれば、デモンストレーションの積極的な保護、とも解釈されうるということであろう。

また、本件において、Plattform 側は、欧州人権条約 10 条の表現の自由と、11 条の集会の自由の双方の規定の適用を主張していたものの、裁判所は 11 条の集会の自由の適用についてのみ論じた。しかしながら、欧州人権裁判所は、デモンストレーションの自由について表現の自由の適用を拒否したわけではないと考えられる。なぜなら、1991 年に出された *Ezelin 対 France* 事件¹⁵⁰において、「一般規定である 10 条の特別規定にあ

¹⁵⁰ L'arrêt du 26 avril 1991, *Ezelin contre France*, A n° 202. この事件は、以下のような経

たる 11 条は、2 つを別個に考えることはできない」(判決理由 35) と判示しているからである。ここから、欧州人権裁判所は、デモンストレーションの自由は、表現の自由と集会の自由の双方の保護を受けるとしていることがわかる。

なお、山元一によれば、欧州人権裁判所における平和的な集会の自由の保護の枠組みは、全体として、以下のように整理される¹⁵¹。

- ①欧州人権条約 11 条によって保障される平和的な集会には、静態的なものだけではなく、行進や行列も含まれる。
- ②集会やデモンストレーションについて、届出制を設けること自体は、平和的な集会の自由に違反しない。
- ③11 条の保護を受けるためには、集会やデモンストレーションは、平和的である必要がある。
- ④国は、平和的な集会や示威行動の自由を消極的に容認するだけでは十分でなく、適法な集会や示威行動が平穏裡に行われるよう、必要であれば、私人間の関係に介入することによって積極的な配慮を行わなければならない。
- ⑤集会の自由の規制について、国家の評価の余地が認められるとしても、国家的シンボルや国家的アイデンティティが関係するからといって、評価の余地が増大すると考えてはならない。

本論文との関係でとくに重要だと思われるのは、④である。すなわち、ある社会において、マニフェスタシオン(あるいは、より一般的に集団示威行動や集会)の自由が十分に保護されるために、国がどこまで積極的な対応をとらねばならないのかということ

緯によるものである。弁護士であったエズラン氏が、グアドループ独立運動に関連するマニフェスタシオンに参加したところ、当該マニフェスタシオンにおいて、警察その他に対する侮辱的な言辞が発せられた。このことについて、エズラン氏は裁判所から証人として尋問を受けたが、これに回答しなかったため、同氏は、懲戒処分の対象となった。これに対して、同氏が、表現の自由と平和的な集会の自由を侵害するものとして欧州人権委員会に申立を行い、委員会によって、欧州人権裁判所に付託がなされた。

同判決の内容や意義については、山元一による評釈「激越な言辞を伴ったデモ行進に参加した弁護士に対する懲戒処分と集会の自由 ―エズラン判決」戸波江二＝北村泰三＝建石真公子ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例 I』(信山社、2008) 430 頁を参照されたい。

¹⁵¹ 山元同上。ここでは、山元による整理を参照しつつ、本論文の関心との関係で、整理をし直した部分がある。

は、当該社会の状況、現実との関係で考える必要がある、と欧州人権裁判所は考えているのだといえる。このような立場からフランスの状況を見てみると、フランスは、これまでの歴史の中で、マニフェスタションとして始まった運動が、最終的には流血にも至るような暴動につながってしまうという経験を幾度となくしているものであり、そうであるならば、フランスが現状そうしているように、立法あるいは行政警察などがマニフェスタションの自由に介入するという対応も、それが適切なものである限り、マニフェスタションの自由の保護のひとつとして理解できるということになるだろう。

3. 2. 2 1995 年憲法院判決¹⁵²

欧州人権裁判所の Plattform 判決から 7 年後、マニフェスタションの自由に憲法レヴェルの保護を及ぼす判決が、フランス憲法院によって出された¹⁵³。この判決は、フランス国内における危険なマニフェスタション参加者に対応するため、「安全に関する指針および計画（Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité）を定める法律」が採択されたことを契機とするものである。この法律の規定のうち、監視カメラを公道設置すること、およびそれによる録画について規定した 10 条、マニフェスタションの途中で所持品検査について規定した 16 条、および、マニフェスタション中の行為によって有罪判決を受けた者に対して最長 3 年間のマニフェスタションへの参加の禁止を可能とする 18 条の規定につき、違憲性を主張する議員らによって憲法院に憲法判断が求められた。

この問題に対して、憲法院は、18 条の規定につき、「立法者によって想定されている最長 3 年のマニフェスタションの参加の禁止は、有罪の判決によってその限界が定められている。それゆえ、司法裁判官が、当該禁止の方針や、その適用の範囲について決定することができる¹⁵⁴。本件条文が想定している犯罪の性質を考慮すると、マニフェスタションへの参加禁止〔……〕は、刑罰の比例原則に反するものでなく、さらに個人的自由、往来の自由、思想および意見を集团的に表明する権利の要請に対する認識を誤ったものではない（括弧内筆者）」と述べて、その規定の合憲性を確認した（判決理由 24）。

¹⁵² Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995.

¹⁵³ 1988 年の欧州人権裁判所判決がフランス憲法院判決に与えた影響につき、Aurélie Duffy-Meunier=Thomas Perroud, « La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé » *Jus Politicum*, no 17, 2017, p. 347.

¹⁵⁴ この一文に表れているように、憲法院は、実際の具体的な条文適用の場面において、司法裁判所が介入する機会がある場合には、当該条文そのものが比例性の要請を満たしていると判断する傾向がある。この点については、第 3 部において、詳述することとする。

その一方で、10条の一部および第16条2項、3項、4項の規定につき違憲性を確認している。これらは、監視カメラに映った場合の肖像権や、自己の住居近くに監視カメラが設置されることに関するプライバシー権など、個人的自由¹⁵⁵についての違憲性を指摘したものであった。

18条の規定そのものについては合憲判断をしたものの、マニフェスタシオンの自由を「思想および意見を集団的に表明する権利」と表現し、また、それを立法によって侵害することは、憲法上の問題を引き起こしうることを明示した。この1995年判決はフランス国内で初めてマニフェスタシオンの自由を認めたものであるといえる。

以下、本判決の内容について検討するが、まずもって問題となるのは、本判決はなぜ、マニフェスタシオンを憲法レベルの自由として承認したのか、という点である。この点が問題となるのは、前述の通り、フランスにおいてマニフェスタシオンは、ながらく立法者たちから普通選挙権との関係で敵対視されてきたはずであるからである。

1946年憲法の第一草案段階では、憲法上の保護を受ける自由として、「公道において自由に行列をなす権利、集会をする権利はなんびとにも保障される」という条文が第16条に入っていた（この「公道において」という部分は、自由に行列をなす、という権利にのみかかっており、集会をする権利にはかかっていない）¹⁵⁶。しかしながら、この憲法は人民投票によって否決されたため、施行に至っておらず、その後実際に施行された憲法からはこの文言が抜けているため、この時点では、マニフェスタシオンの自由による憲法上の保護を与えることは、フランス市民によって拒絶されたといえる。

このような事情から推察するに、本判決が自由として承認した理由として求められるのは、前章で確認した国家、とりわけ行政による協力体制の発展であろう。すなわち、この協力により、マニフェスタシオンが治安や円滑な交通、他の自由との調整をとることが可能になったことが指摘できる。フランス革命後、市民による激しい抗議活動を経験したフランスにおいて、いまだ騒擾につながることもあるとはいえ、マニフェスタシオンが平和裡に成功している実績が多く蓄積されてきていることの意義は、特に大きいであろう。その結果として、1992年には、立法者によって「自由」という性質が承認

¹⁵⁵ フランソワ・リュシェール（François Luchaire）によれば、現在のフランスにおいて、個人の自由（*libertés individuelles*）と公的自由（*libertés publiques*）の二種の自由が存在し、憲法院判決においてはそれらが混在しているが、個人の自由が問題となるときには、審査が厳格化する傾向が見られるという。François Luchaire, « Vidéosurveillance et fouille de voitures devant le conseil constitutionnel », *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 3-1995, pp. 575-602.

¹⁵⁶ Tercinet, *supra* note 65, p. 1011.

されたこともすでに確認したとおりであり、そのような意味でこの 1995 年憲法院判決以前から、マニフェスタシオンが「自由」として認められるための大きな流れがあったのだといえる。

次に、本判決は、マニフェスタシオンの自由を消極的自由としてのみ承認しているのか、という問題がある。欧州人権裁判所で積極的措置に言及がなされたにも関わらず、その後に出された本判決は、積極的措置について言及せず、消極的自由としての性質のみに言及しているからである。しかしながら、前述のマニフェスタシオンへの協力体制を鑑みると、本判決が消極的側面にのみ言及したのは、単に事案の特性によるものであると考えられる。すなわち、本判決で問題となった規定は、規定に該当する者について最長 3 年間のマニフェスタシオンへの参加禁止を定めるものであったため、これがマニフェスタシオンの自由への過度な介入に当たるのか、という消極的側面についてのみ論じれば十分であったと考えられる。

また、本判決の特徴として、マニフェスタシオンの自由を「表現の自由」としてのみの性質を認めたことが指摘できる。前述の通り、公道における集会の開催を一切禁止する 1881 年法が現行法として存在しているため、憲法院も、集会としての性質を認めることは出来なかったと解することができる。マニフェスタシオンの自由を「表現の自由」のみの性質を与えるという方針は、2016 年にだされた QPC 判決¹⁵⁷においても繰り返されているため、今後の変更がない限り、憲法院の基本的な姿勢とみて構わないであろう。

3. 2. 3 フィリップ・ジュアンによる「公序」の整理と 1995 年判決

1995 年の憲法院判決を、「公序」と自由の関係性の観点からもう少し考察したい。1995 年判決で問題となった「安全に関する指針および計画を定める法律」では、「公序」という法概念が鍵となっていた。すなわち、後で詳しく見るように、本判決に際して提出された政府答弁書においては、本法案が「公序」の目的を達成しようとするものであり、それゆえに正当化されるべきものであるということが強調されていたのである。そして、ここで「公序」という概念は、単にマニフェスタシオンの自由の制約を正当化するものにすぎないものではなく、むしろ、マニフェスタシオンの自由が社会において活発になされるうるための条件を意味するものとして表現されていたのである。

¹⁵⁷ Décision n° 2016-535 QPC 及び Commentaire を参照。Commentaire は、フランス憲法院サイト <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016535QPC.htm> にて参照。最終閲覧日：2020 年 12 月 30 日。

この「公序」という概念がどのようなものであるのか、ここでは、フィリップ・ジュアン(Philippe Juen)の議論を参照しながら、検討してみたい¹⁵⁸。

ジュアンは、そもそもフランスにおける「公序」の概念には3つの次元が存在すると指摘する。それは、「外在的公序 (ordre public extrinsèque)」、「調整的公序 (ordre public “inter-liberté”）」、そして「本質的公序 (ordre public intrinsèque)」である¹⁵⁹。そして、これら全てが揃って初めて、私たちの自由が実効的に保障されるのであり、そのことはあらゆる全ての自由に共通である。

「外在的公序」は、我々が生活を送るために必要な最低限の治安、衛生や人身の安全を意味するものである。この「外在的公序」は、必ずしも社会の多数者の利益を意味するものではない¹⁶⁰。例えば、1993年10月15日のコンセイユ・デタ判決は、死刑がなされないとの確証をフランス政府が得ていない状態で、死刑廃止がなされていない国への犯罪人引き渡しを拒否したのであるが、その際には「フランスの公序に反する」(強調筆者)との理由が示されている¹⁶¹。ここでは、死刑を受け入れることはできないというフランス社会に一定以上共有された価値観のもとで、直接的には被疑者の人身の安全が「公序」として表現されている。

「調整的公序」は、複数の自由の間で必要となる調整を意味する。例えば、ある公道でマニフェスタシオンの自由を行使する市民がいれば、他の市民の往来の自由は制限される。逆に、ある公道を往来している市民がいれば、他の市民がその道でマニフェスタシオンをする自由は制限されている。往来の自由のように、一見他者の自由を制限することがないように思える自由であっても、潜在的な制限まで含めれば、およそ全ての自由の行使に関して、常に調整の作業は必要である¹⁶²。

「本質的公序」は、自由の持続的保障のために必要な、いわば自由の「外縁」にあたるものである。これは「自由の濫用」の可能性を前提としている。ある自由を濫用するとき、すなわちある自由を不適切に行使しているとき、それは、他の自由を侵害しているのみでなく、その自由そのものの本質を傷つけていることになるのである。多くの場合、この「本質的公序」は、国家の積極的な協力的介入を要求する。例えばマニフェスタシオンにおいては、最後まで平和な態様を保っているものでなければ、暴力な

¹⁵⁸ Juen, *supra* note 84, pp. 203-50.

¹⁵⁹ これらの訳語は、筆者がひとまず当てたものである。筆者が知る限り、これらの公序の分類はジュアン自身が提唱しているものであるため、現在定訳は存在していない。

¹⁶⁰ Juen, *supra* note 84, p. 206.

¹⁶¹ Conseil d’Etat, 15 octobre 1993, M^{me} Joy Davis-Aylor.

¹⁶² Juen, *supra* note 84, pp. 210-13.

どの実力によって自らの政治的主張を他人に強要するということになり、正当化されえない行動となる。そうなれば自由としての本質を失ってしまうのである。そのため、マニフェスタシオンが社会において持続的に保障されるためには、危険な人物や武器などを取り除いておく必要がある。しかし、市民のみでは財源的にも技術的にも限界があるので、国家による協力的介入が要求されることになる¹⁶³。

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

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

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

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

¹⁶³ ジュアンは、欧州人権裁判所が1989年判決においてデモンストレーションの自由の保障のために加盟国は積極的措置が求められるとしたことを、この「本質的公序」の考え方に近いものであるとしている。Juen, *supra* note 84, p.215.

必要以上に侵害するものでないことが主張されている。

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

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

以上の各条文に対しての政府による説明においては、「公序」が、すべての自由や価値のバランスをはかるための概念として使用されていることがわかる。とりわけ、他の利益や自由を守ることが、マニフェスタシオンを自由の制約とはなっておらず、むしろその保護を強化するものである、との論理が提示されていることは興味深い。ここでは、同法の各条文がマニフェスタシオンの自由を過度に制限するものであると主張する議員たちと、それに対して反論を展開している政府と、どちらがよりよくマニフェスタシオンを実効的に保障できているのかという構図が、「公序」をめぐる提示されている¹⁶⁴。ここから、「公序」は、いまその制約が問題となっている自由をも含めて、すべての諸原理や諸自由のバランスをとり、実効的・持続的に保障していくための概念として使用されていることが分かる。

ジュアンの「公序」の整理に当てはめると、10 条について提示されている理由には

¹⁶⁴ この点につき、1970 年に、破壊活動取締法が制定された際にも、同法の反対派・賛成派の双方が「マニフェスタシオンの自由」を自らの主張の根拠として主張していたことが指摘されている。Tercinet, *supra* note 65, p. 1011.

「調整的公序」、16条については「外的公序」と「本質的公序」、18条については「本質的公序」の考え方が現れているということができよう。

上記の政府答弁書を踏まえて1995年の憲法院判決が書かれた。まず、判決理由3にて、「公序への侵害の防止は、憲法的価値を有する原理や権利の保護のために必要なものである」と述べて、政府答弁書と同様に、公序の維持は、憲法上保障される権利の保護のために必要なものであることが確認された。その後は特に「公序」概念にあらためて明確な定義を与えようとする部分はない。一方、判決理由16においては「一方では憲法的保障を受ける自由の行使、他方では公序への侵害の防止との間の調和の確保は、立法者に任されている」という表現がなされている。ここから、本判決においては、「公序」の、自由を制約する消極的側面と、自由の実効的保護のための前提条件という積極的側面の両方が提示されていることがわかる。

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

ここまでの内容を踏まえて、ジュアンの主張を検討する。筆者の考えでは、ジュアンの主張は以下の三つの理由から支持できる。まず、1995年の政府答弁書において、「公序」が、いま制限されようとしているマニフェスタシオンの自由をも含めた、あらゆる自由が保護されるための前提条件であるという意味で使用されており、憲法院もまた「公序」への侵害の防止は、憲法上の権利の保護のために必要なものであるとしているからである。

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

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

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

以上から、フランスの「公序」は、個人の自由の実効的保障を国家の責務とするという積極的側面を持っていると考えることができる。

3. 2. 4 1997年コンセイユ・デタ判決¹⁶⁵

前述の通り、マニフェスタシオンの自由、なかでも、政治的な性質のマニフェスタシオンを組織する自由は、公的自由として宣言されていない「無名の自由」であったため、裁判上の保護が十分には与えられてこなかった¹⁶⁶。しかしながら、前述の憲法院判決の2年後、1997年11月12日に出されたコンセイユ・デタ判決においては、マニフェスタシオンの自由が比較的厚い保護を受けた。それは、1995年判決によって、フランスにおけるマニフェスタシオンの自由に、明確な法的基礎を与えられたことによるものといえる。1997年判決は、次のような事件に際して出されたものである。

中国の国家主席がフランスを訪れたことに際し、「フランスにおけるチベット協会 (Communauté tibétaine en France et ses amis)」が1994年9月9日にパリにおいてマニフェスタシオンを計画していた。しかしながら、開催日の3日前である9月6日、パリの警察長はこの国家主席訪問に関するマニフェスタシオンを全て禁止した。これに対し、コンセイユ・デタは次のように述べて、内務大臣の主張を拒否して警察による禁止命令の違法性を確認した。

判決は、「中国大使館の周囲において、『フランスにおけるチベット協会』によって計

¹⁶⁵ Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 12 novembre 1997, n° 169295.

¹⁶⁶ Tercinet, *supra* note 65, pp. 1035-1036 および, Guilluy, *supra* note 86, p. 506.

画されていた複数のマニフェスタシオンによって引き起こされる無秩序の危険に対応するために、必要なあらゆる措置をとる権限が警視総監に帰属するとしても、当該訪問の際の公序維持の必要によって正当化される措置を超えた一般的な禁止命令は正当化されえない」と述べ、続けて、「当該マニフェスタシオンが『共和国の国際関係に害悪をもたらさうる』ということは、公序侵害の危険に含まれるものではなく、禁止を正当化しない」と示した。

ここでは、従来の判決と同様、警察によってとられた措置が、「公序」という目的によって正当化される必要があり、それ以外の目的によっては正当化を認めないという論理が提示されている。一方、この判決においては警察によってなされた措置の必要性が、侵害の危険性に見合っているかという比例性の審査がなされた。ここで、コンセイユ・デタによって採用された審査手法は、従来なされてきたものよりも比較的に厳格なものであったといえる¹⁶⁷。

3. 3 小括

1935年デクレの制定以前から、コンセイユ・デタは、マニフェスタシオンの自由を一定程度保護する理論を提示していた。まず、宗教的な性質のマニフェスタシオンにつ

¹⁶⁷ 一方で、レフェレ・リベルテ (référé-liberté) の登場によって、このような方向転換の意味が薄れているとの指摘もある (Guilluy, *supra* note 86, pp. 507-11)。レフェレ・リベルテは、2000年6月30日の制度改革によって、2001年1月1日から導入された新制度である。この制度に関わる規定は、CJA (Code de justice administrative) の L251-2 条である。これは、「緊急の要請によって正当化される付託がなされた場合、公法上の法人や、公役務を委任されている司法上の組織に対して、その権限の行使に際して重大かつ明白に違法な侵害をなした場合、急速審理の裁判官は基本的自由を保護するために必要なすべての措置を命じることができる。急速審理の判事は、48時間以内に判断を宣言する。」とするものである。この制度は、問題となっている自由が重要で基本的なものであり、かつ事柄が緊急である場合に使用することができ、48時間以内に当該自由の侵害を止めさせることを狙うものである。ギリーによれば、この手続きは、マニフェスタシオンのように、時宜を得ていることが非常に重要な自由について、有用な手続きとなることが期待されていた。しかしながら、2014年7月26日に行われるはずであったマニフェスタシオンに対して7月25日にパリ警察庁が禁止命令を出したことが争われ、2014年の7月26日にコンセイユ・デタによって出された急速審理手続による判断においては、「明白な違法性」が認められなかったのである。急速審理によって、48時間以内に審査する必要があるために、むしろ審査密度が下がってしまっていることが主な原因である、とギリーは説明している。Guilluy, *supra* note 86. (レフェレ・リベルテの制度について、詳細に述べた文献として、邦語では、橋本裕之「行政訴訟に関する外国法制調査—フランス(下)」ジュリスト1237号(2003)、仏語では、Jean Rivero et Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 2004、René Chapus, *Droits du contentieux administratif*, Montchrestien, 2006がある。

いては、立法者によって、1905年法でその保護が宣言された、信教の自由に含まれる行動として、比較的厚い保護が及ぼされていた。

一方政治的なマニフェスタションについては、そのような法律による保護は与えられていなかった。とはいえ、コンセイユ・デタは、警察行政の権限一般を枠づける理論を徐々に発展させていった。例えば、警察が立法による権限授与なしに一般的な禁止を定めるようなことは許されない、などである。

1935年デクレの制定は、コンセイユ・デタにとっては、そうした自身の理論に変更をせまるものではなく、あくまで届出制を定めたものにすぎなかった。しかしながら、政治的なマニフェスタションについては、「公序」侵害の危険性が比較的容易に認められる傾向があるなど、それが「公的自由」として宣言されていないことの限界も、またたしかに存在していた。

マニフェスタション一般について、憲法レベルでの保護が与えられたのは、1995年の憲法院判決においてであった。同判決においては、平和的にマニフェスタションの自由を行使しようとする者の権利と、暴力的な行為をする者による「公序」侵害の防止とをどのように調和させるのが問題となった。所持品検査の権限を警察に与えることや、一定の人について、マニフェスタションへの参加禁止を命じるということは、マニフェスタションの自由を侵害するものではなく、むしろ保護するものであるという主張が政府によってなされ、憲法院はこれを認めた。ここにおいては、「公序」という概念をめぐって、マニフェスタションの自由を保護するとは、具体的にはどのようなことを意味するのかという、マニフェスタションの自由の解釈が提示されていたということができ

第4章 国家による協力の提供とmanifestationの保護の現状

ここまでの章では、市民による届出を契機とした、国家による協力の提供によって、manifestationの多くが平和化し、その結果として1995年には、憲法院によって、憲法上の保護を受ける自由として承認されたことを確認した。このようなmanifestationの保護のあり方は、フランスにとっては一種の原型となってきたのであるが、近年、manifestationを取り巻く環境は大きく変化しつつある。

たとえば、「ブラックブロック (Black blocs)」と呼ばれる集団をはじめとして、manifestationの場において暴力的な行為を行う者が多く見られるようになったこと、SNSをはじめとしたインターネット上のサービスを利用したmanifestationの呼びかけが増えたことによって、届出がなされないままにmanifestationが開催されて、警察がその全容を把握できなかつたり、組織者自身も、manifestationの全体を把握し、管理することが困難になつたりしていることなど、従来のようなmanifestationの組織を難しくするいくつかの要因が発生している¹⁶⁸。すなわち、今日の少なくないmanifestationにおいては、参加者全員が、必ずしも平和的で、よく組織されたmanifestationを望んでいるわけではなく¹⁶⁹、そのような状況の中で、平和的なmanifestationを望む者たちの、manifestationの自由をどのようにして保護するのか、ということがフランス社会にとっての喫緊の課題となっているのである¹⁷⁰。

こうした問題が特に顕著に現れたのが、2018年11月から継続的になされた「黄色いベスト」運動 (les gilets jaunes) であった。この運動においては、暴力的な行為に至る参加者も多く、そうした暴力的な行為に対して、国家はどのように対応すべきである

¹⁶⁸ Lauren Bakir, « Les mutations récentes de la liberté de manifester en France », *Revue française de droit administratif*, mars-avril 2020, pp.319-320.

¹⁶⁹ Défenseur des droits, supra note. 98, pp. 7-10. 権利擁護官による指摘によれば、こうした状況の変化の中でも、印象的であったのは、2017年5月1日のmanifestationの際に、CRSの一員が、砲弾を投げつけられたことによって重大な火傷を負ったこと、2016年5月18日に警察車両が燃やされたことなどである。

¹⁷⁰ このような状況に対して、権利擁護官は、多岐に渡る提言をしている。たとえば、事前に警察に届出ることが自らの権利の行使のためにも重要であることを再認識すること、催涙弾の使用を禁止すること、投擲武器の使用などについての条件を透明化し、任務に当たるものに十分な教育をすること、警察官の指示が参加者全体に伝達されるように、チェーンメールやSNSの活用などを検討すること、秩序維持の任務に当たっている者を見分けることを容易にするための何らかの工夫をすること、などである。 *Ibid.*, pp.20 et s.

のか、こうした状況の中で、マニフェスタシオンをどのように行っていくべきなのか、ということが多く議論された。

さらに、2020年には、Covid-19が世界的に蔓延する中で、フランスにおいては、多くの人が集まるような活動の一つとしてマニフェスタシオンが規制の対象となった。このような公衆衛生の問題も、マニフェスタシオンの開催を妨げる1つの要因となりうるのだ、ということが改めて認識されたのである。

第4章では、このような、マニフェスタシオンの開催の障害となりうる、近年の様々な問題に対する議論を追うことによって、マニフェスタシオンの自由を保護するために、国家にはどのような役割が期待されているのか、考察を深めることを目指す。

4. 1 「黄色いベスト運動」に対する政府の対応をめぐる議論

2018年11月頃より、フランス全土において継続的になされた「黄色いベスト運動」においては、非常に暴力的な行為をなす参加者たち(casseurs)と、それに対応するために出動した警察官たちとの間の激しい衝突の様子が連日報道された。このような運動の様子や、警察官たちによる弾圧行動によって少なくない被害者が出たことなどは、当然のことながら、フランス国内の関心の対象となるばかりでなく、世界的な注目を集め、中でもヨーロッパ諸国の関心の対象となっていた。

そのような状況の中で、2019年2月26日、欧州人権委員会は、フランス政府に対して勧告的意見書(memorandum)を出した¹⁷¹。この意見書は、欧州人権委員会の代表であるドゥニヤ・ミヤトヴィッチ(Dunja Mijatović)氏が、フランス国内の現状を視察し、フランス政府は、激しさを増す「黄色いベスト運動」に対して、とりわけ暴力的な行為をなす一部の参加者たちに対して、どのような対応をとっているのか、またどのような対応をとるべきであるのかについて検討し、その調査結果をフランス政府に対して通知したものである。ここでは、この意見書の内容を検討することによって、現在フランス政府によってとられている、公序の維持とマニフェスタシオンの自由の保護のあり方は、ヨーロッパ全体においては、どのような評価を与えられており、どのような点で不十分であると考えられているのかを考察したい。

ミヤトヴィッチは、まず、「黄色いベスト運動」の参加者の大半は平和的な抗議活動者であった一方で、一部の参加者が車を暴走させる、投擲物を使用する、バリケードを建てるなどの違法な行為に及び、それに対抗するために、警察官などが催涙ガスなどを使用し、その結果、参加者ではない市民たちにも死亡者が出る事態が発生していること

¹⁷¹ *supra* note 120.

を指摘した¹⁷²。その上で、民主的に選ばれた代表たちによってなされた政策的決定に対して、暴力行為をもって抗議する、すなわち、マニフェスタシオンに際して暴力に訴えることは、法の支配の原則からしていかようにも正当化できないこと、そしてまた、暴力行為は、社会的・政治的危機に対する対抗策として機能しえないことを指摘して、一部の参加者が暴力行為に訴えていることを強く非難した。

一方で、警察官などが必要の無い場面で催涙ガスを使用したり、あるいは、催涙手榴弾などを頭に向けてぶついたりするなどの不適切あるいは過剰な対応をとるといった問題が散見されたことを指摘した。それに加えて、マニフェスタシオン参加者に対して、職務質問がなされるということも少なくなく、これが、マニフェスタシオンへの自由な参加を妨げる要因となっていることも指摘された。

彼女は、次に、「黄色いベスト運動」における混乱の原因の検討を行った。その検討においては、まず、マニフェスタシオンの自由は、フランスにおいて、伝統的にどのように保護されてきたのかが考察された。ミヤトヴィッチは、「フランスは、立法者や行政府によってなされる決断に抗議するため、あるいはそれを支持するために、公衆たちがあらゆる要求や意見を自由に表現することを可能にした歴史を持つ国である」¹⁷³と、フランスの歴史の特殊性を確認した上で、フランスにおいて、「公序」を維持しながらも、マニフェスタシオンの自由の効果的な行使を実現するための学説が十分に発展してきたことを指摘する。彼女が整理したところによれば、その学説は、次のような原則を提示するものである。

- ①暴力的な接触を避けるため、警察官などとマニフェスタシオン参加者たちの距離を一定に保つこと
- ②マニフェスタシオンを組織する際には、その内部に、マニフェスタシオンを組織し、機能させるため集団を置き、その集団をトップとする階層構造を構築しておくこと¹⁷⁴
- ③警察などによる実力行使をするのは、真にそれが必要と思われる場合に限ること
- ④実力行使は、段階的になされること

¹⁷² ミヤトヴィッチによれば、このような事態は、特に 2018 年 12 月 1 日以降多く発生するようになった。

¹⁷³ *supra* note 120, p. 2.

¹⁷⁴ この点は、本論文筆者が、第 2 章において指摘したように、マニフェスタシオンが、SO などの組織者内部のリーダーによって、他の参加者が把握され、管理されているような状態を指すものであると思われる。

⑤可逆的な方法で実力を行使すること

ミヤトヴィッチは、このような原則を維持した状態でマニフェスタションが行われるためには、警察当局とマニフェスタション組織者との間で、行程や、安全を維持する方法などについて、十分な対話的交渉がなされておく必要があることを強調した。

彼女が視察したところによれば、「黄色いベスト運動」は、上記の原則を実践に移すことを困難にする三つの要因があった。第一に、「黄色いベスト運動」においては、SNSなどを通じて参加者が募集されていたために、運動自体が組織だっておらず、かつ、警察への事前の届出もほとんど行われていなかった。それゆえ、上記の原則を満たすために必要な、警察とマニフェスタション組織者との間の対話の機会がなかったのである¹⁷⁵。

第二に、「黄色いベスト運動」においては、非常に多くの参加者がおり、かつ運動の規模もフランス全土に広がっていた。そのため、マニフェスタションへの対応を専門とする機動憲兵のみでは対応が間に合わず、地域の一般警察たちも出動することとなった¹⁷⁶。ミヤトヴィッチが、今回の視察を通して明らかにしたところによれば、マニフェスタションへの対応を専門とし、催涙ガスなどの扱いに長けている機動憲兵に比べて、地域の一般警察は、必要のない場面で催涙ガスなどを使用してしまったり、「公序」維持のためには過剰なほどの実力を行使したりする傾向があった¹⁷⁷。

最後に、この運動が非常に長期間に及び、対応する警察官たちが疲弊していたことを指摘した¹⁷⁸。

このように考察を展開した彼女が、フランス政府に対して提案する方策は、次のようなものであった¹⁷⁹。まず、警察官たちへの倫理教育、技術教育の機会を充実させること、

¹⁷⁵ *supra* note 120, p. 2.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 2-3.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 4.

¹⁷⁸ *Ibid.* p. 6.

¹⁷⁹ 欧州人権委員会によるこのような意見に対して、フランス政府は反論書を提出している。Réponse de la France au memorandum de la commissaire aux droits de l'homme du conseil de l'europe fausant suite à sa visite en France du 21 janvier 2019.

<https://rm.coe.int/reponse-de-la-france-au-memorandum-de-la-commissaire-dunja-mijatovic/1680933168>

より閲覧可能。最終閲覧日：2020年12月30日。

その内容は、フランスの当局による対応が、その場の状況に対して比例的なものであり、適切であったことを主張するものであるが、この反論書においても、「黄色いベスト運動」における混乱の原因の一つは、今回の運動が、インターネット上での呼びかけによってなされるものであったため、「黄色いベスト運動」に真摯な態度で参加しようとする

そして、彼らへの社会的、経済的な生活保障を十分にすることである。これは、今回の視察を通して、manifestationに対応するための経験や知識、プロフェッショナル意識が不十分であった地域の一般警察によって、多くの被害が出たこと、一方で、警察官への生活保障が十分ではない状況で、プロフェッショナル意識などを要求することは困難であることを改めて指摘するものである。さらに、段階的な武器の使用を徹底させることも要求した。それは、警察官が過剰に武器を使用することは、警察官たちと市民との間の信頼関係を破壊し、結果として、公序維持のために必要な対話の機会を失わせるからである。

筆者の問題関心から重要であるのは、欧州人権委員会の見解としても、manifestationの自由の保護のためには、国家による積極的な協力提供が不可欠であると認識されている点である。まず、ミヤトヴィッチにおいても、警察当局とmanifestation組織者との間の対話的交渉の役割は非常に重要なものと認識されている。そして、そのような機会を提供するものとしての事前の届出の機会は、manifestationの自由を制限するものであるというよりも、manifestationの自由の保護のために必要なものであるとされている。

さらに、ミヤトヴィッチが、manifestationの参加者の一部が暴力的な行為をするに至った場合について、それが多くの被害者を出す状況に陥ってしまったことの原因を、専門的な知識や経験を欠いた者が対応に当たってしまったことや、警察組織全体の疲弊感に求めたことは注目に値する。それは、manifestationの自由が、現実の社会において実効的に保障されるためには、その自由が自由として宣言されているということだけではなく、manifestationに専門的に対応することができる国家組織が存在し、十分に機能していることや、警察官への社会的・経済的基盤保障が適切になされていることなどが必要であるという、欧州人権委員会の認識を示すものであるからである。

欧州人権委員会による具体的な提案が、フランス社会において容易に実現可能なものであるかの検討は、別途必要であると思われるが、ここでは、manifestationの自

者のほか、混乱した状況に乗じて、犯罪行為をなすという目的のために運動を利用とするものも参加が可能になってしまったことにあることが強調されている（反論書によれば、インターネットでの参加呼びかけの段階で、犯罪行為を助長させるような呼びかけも散見された）。

フランス政府によれば、manifestationに際しての職務質問は、このような犯罪行為を目的とした者たちと、「黄色いベスト運動」の参加者を区別し、運動参加者たちのmanifestationの自由を保護するために必要なものであった。

由が現実の社会において十分に保障されうるためには、国家が様々な条件を積極的に整える必要がある、という認識が、フランス国内のみならず、欧州人権委員会においても共有されているということを指摘するにとどめる。

なお、「黄色いベスト運動」に顕著に現れたような、届出制の無視、暴力行為の増加といった状況に対応するために、2019年4月に、「マニフェスタシオンにおける公序強化と維持のための法律（Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations）」¹⁸⁰が制定された。

この法律は、国内安全法などの規定のうち、マニフェスタシオンに関する部分についての改正を加えるものである。以前は、マニフェスタシオンを組織する際に行う届出には、「当該地域における選挙権をもつ3名の署名」が必要である、とされていたところ、同法は、この部分を「1名」に改正したため、現在は、当該地域において選挙権を持っている必要はなくなり、すなわち、居住地についての要件がなくなり、かつ、署名が必要な人数も1人となった。この改正によって、届出に必要な要件が大幅に緩和されることとなった。この要件緩和の理由について、国民議会における報告は、「マニフェスタシオンの組織者に、法律に定められた申告をするように促し、行政機関が必要に応じて支援策をとることを可能にする」¹⁸¹のために、要件を簡素化することを目指した、と説明している。この説明の前提として、以前は、マニフェスタシオンの組織者となるためには、マニフェスタシオンの予定地に居住している必要があったため、そのような条件が整わなかった場合には、届出をせずにマニフェスタシオンを決行してしまうということが多かった、と指摘している。

4. 2 Covid-19 蔓延下におけるマニフェスタシオンの自由

2020年3月頃からの、全世界的な Covid-19 の蔓延に対応するため、フランス政府は、2020年5月31日、「衛生上の緊急事態の枠組みによる、covid-19 の蔓延への対応に必要な一般的措置に関するデクレ（Décret prescrivant les mesures générales

¹⁸⁰ Loi n°2019-290 du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.

¹⁸¹ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, adoptée par le sénat visant à prévenir les violences lors des manifestations et à sanctionner leurs auteurs (n° 1352).

http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/l15b1600_rapport-fond#_Toc256000008

より閲覧可能。最終閲覧日：2020年12月30日。

nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire)」を發布した¹⁸²。

同デクレの目的は、第1条第1項に規定されているように「ウイルスの蔓延を抑制するため、国全体において、あらゆる状況やあらゆる場所において、複数の人の間に1メートル以上の物理的間隔を保つことなどの、衛生維持のための方策をとること」であり、同条第2項は、複数の人が集まる活動においても、このような方策が厳守されることを要求している。マニフェスタシオンとの関係で特に問題となるのが、同デクレ第3条である。

第3条は、「10人以上が同時に参加するような、公道あるいは公の場における集まり、集会、活動は、共和国全土において禁止される。」と規定されていた。この規定はその文言から分かるように、マニフェスタシオンを直接の規制対象とするものではなかったが、マニフェスタシオンも、公道において人が10人以上集まるという要件を満たしているように思われるため、フランス各地で禁止される事態が起きた。それに対して、複数の団体や労働組合が、緊急救済をコンセイユ・デタに提起し、マニフェスタシオンに対して、同デクレ第3条を適用しないように求めた。それに対して、コンセイユ・デタは、7月13日に、次のような判断を出した¹⁸³。コンセイユ・デタは、まず、係争時においても、いまだウイルス蔓延を防ぐための対策が必要な状態にあったこと、そして、公道におけるマニフェスタシオンを開催するとすると、「バリア基準 (mesure barrière)」¹⁸⁴を維持することが難しい複雑な状況が生じる場合もあると予想することはできることを確認した (判決理由13)。それにつづけて、つぎのように述べた。

しかしながら、そのような〔バリア基準を維持した状態での〕マニフェスタシオンの組織が、すべての状況において、国家全土において、全く不可能なわけではない。〔…〕10人以上が同時に参加するような、公道におけるマニフェスタシオンに対する禁止は、「バリア基準」をとること、あるいは、5000人以上の集まりの開催への禁止

¹⁸² Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

¹⁸³ Conseil d'Etat, ordonnance du 13 juin 2020, n°s 440846, 440856, 441015.

これは、複数の団体から提起された三つの緊急救済手続に対して、まとめて一つの判断を出したものである。

¹⁸⁴ フランスにおいて、この「バリア基準」とは、ウイルス蔓延の防止を目的とした様々な防衛を可能にする様々な行動様式や基準のことを意味している。具体的には、握手を控えることや、手をこまめに洗うこと、人と人との間に1メートル以上の間隔を保つことなどが挙げられる。

が尊重されないと明らかになった場合にのみ、衛生上の脅威に厳格に比例し、時と場所に適したものであると判断される（判決理由 14、括弧内筆者）

このように、コンセイユ・デタは、公道におけるマニフェスタシオンを禁止するためには、単にそれが 10 人以上の集まりであることでは足りず、人数が 5000 人以上であることか、あるいは、「バリア基準」の維持が尊重されていないなどの特別な事情が必要であると示した。この 5000 人以上という指標は、5 月 11 日のデクレの 8 条によって示されたものである¹⁸⁵。同デクレ 8 条は、「5000 人以上が集まる企画はすべて、2020 年 8 月 31 日まで共和国全土において開催することはできない」と規定している。すなわち、この緊急救済においては、5 月 31 日デクレの第 3 条の規定と、5 月 11 日デクレの第 8 条とのうち、どちらの規定が、公道におけるマニフェスタシオンに適用されるのかが争われたものであったと考えることができる。そして、これに対して、コンセイユ・デタは、マニフェスタシオンの組織者あるいは参加者たちが、「バリア措置」の維持を尊重している限りにおいては、5 月 11 日デクレ第 8 条の適用のみがなされるべきであると判断したのである。

このようなコンセイユ・デタの判決には、次のような背景があると考えられる。それは、5 月 11 日デクレにおいて、すでに一定の集まりが禁止されていたにもかかわらず、多くの集会やマニフェスタシオンが企画され、それに対して禁止命令が出されたとしても、参加者たちは集まってきてしまっていた、という事情である¹⁸⁶。そして、このような場合の参加者たちは、組織者による指揮を欠いた状態であるため、「公序」の維持や、「バリア基準」の維持が難しくなっていたのである。このような状況を勘案すると、「バリア基準」の維持が想定可能な 5000 人以下という限定をつけながらも、マニフェスタシオンの組織を許可したコンセイユ・デタの判断は賢明なものに思われる。というのも、マニフェスタシオンを組織する労働組合などが、事前に「バリア基準」を維持するための方策を十分に考慮した上で計画をし、それを警察と共有しておくことによって、自然発生的に人が集まってしまい混乱状態に陥り、バリア措置も守られないような事態に陥ることを防ぐことができるからである。

¹⁸⁵ Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

¹⁸⁶ このような状況については、ル・モンド紙が詳細に報じている。Le Monde, mardi 16 juin 2020, p.14.

4. 3 小括

近年フランスでは、暴力的な行為に至る参加者の増加や、SNS の利用の増加、感染症の蔓延など、従来の方法でのmanifestationの開催を困難にする要因が発生している。このような状況への対処方法は、いまだ確固たるものとして確立されているわけではなく、フランス政府によって模索されている最中である。

ただし、そこで模索されている方法は、フランスにおけるmanifestationの実施において原型となってきた、届出制を中心とする警察による協力提供の体制を否定するものではなく、むしろそれを強化しようとするものであるといえる。例えば、フランス国内では、届出制の利用を促すために要件を緩和する、公衆衛生の点で不安があるmanifestationについて、あえて許可を出し、警察の協力を提供することによって、必要な措置を講ずることを可能にするなどである。

このような、国家の介入によるmanifestationの自由の保護については、フランス国内ばかりでなく、欧州においても、一定の支持を得ているものといえることができる。

第1部 総括

第1章では、まず、マニフェスタシオンがフランスにおいて、バリケード等とは区別される、平和的な態様を最後まで保っているということをその定義自体に含んだ行動として、1848年ごろに出現したことを論じた。その後、1935年ごろまでは、普通選挙権との緊張関係が特に意識されており、1935年に初めて具体的法制度として「届出制」が定められたのである。

実際の運用としては、1920年ごろまではマニフェスタシオンの自由に対して抑圧的な運用がなされたが、その後徐々に協力的な介入がなされるようになり、現在では行政による協力を含めて「制度」として保護がなされているというべき状態である。そしてこの「制度化」によって、他の自由や利益との調和が可能になったマニフェスタシオンが、1995年憲法院判決によって、自由としての承認が明確になされたことを論じた。この承認の際には、公道での開催が依然禁止されている「集会」の自由との区別は維持されたままであった。このように、あくまで表現活動であるマニフェスタシオンと、他者との交流による自らの思考への影響を本質的に予定する集会を観念として峻別する点に、フランス革命以後の、個人の思考が集団によって歪められることへの警戒心が残っていることが見える。

以上の考察から、フランスにおける「マニフェスタシオン」の自由の際立った特徴として、全くもって自由になされることが想定されているというよりも、立法・行政による協力がその内実に含まれた「制度」として保護されていることが指摘できる。ここで、筆者が「制度」として保護されている、と表現していることにつき、以下の点を明示しておきたい。

第一に、国家に対して対抗する術がない、ということの意味しているわけではない。ここで「制度」という言葉を使っているのは、国家自身によってその自由の行使の機会や条件が相当程度整えられているという側面についてである。憲法院によって、マニフェスタシオンの自由が承認されたいま、国家の介入の方法や方向性がマニフェスタシオンの自由を損なうようなものであるのならば、国家に対抗する形で、個人がマニフェスタシオンの自由を主張することは可能であろう¹⁸⁷。ただし、この場合であっても、問題

¹⁸⁷ この「制度」と「自由」の関係については、奥平康弘が、『『権利』は、個人にとってそれ自体が目的であると同時に、客観的には『制度』が『よき制度』であるために必要不可欠な公共性を担う大事なコンセプトなのである』と述べて、それまで、国家による制度設計を待たずして保障されることが想定されるとされてきた精神活動の諸自由に関して、制度による保障と自由による保障が相互補完的に両立するとのことを指摘している。

となる可能性があるのは、国家の介入の方法や方向性であって、現代のフランスにおいて、マニフェスタシオンの自由が、国家による介入を一切なくして実現可能な自由であるとは言い難いと思われる¹⁸⁸。実際に、現在なされている行政による協力的介入が、違憲であるとする学説や訴訟は管見の限り見当たらないのである。

第二に、ここでいう「制度」および「制度化」という言葉は、フランス語の«institution»、«institutionnalisé»を翻訳したものである。この言葉は、自由の実質的保障のために必要な実践の仕組みを指していることが多く、憲法に先行する「制度」そのものを憲法上の保護の対象とするという意味での「制度体保障」を想定しているわけではない¹⁸⁹。ここでは、「自由」とは離れて存在する「制度」の構想を試みているのではなく、「自由」の実質的保障のために国家による一定の介入が必要とされる場合があると指摘している

本稿も、奥平と同様の視座にたつて「制度」と「自由」の関係性を考察している。奥平康弘『憲法 III 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993）98 頁。

¹⁸⁸ 日本では、デモンストレーションの開催につき許可が出されたとしても、警察署長により条件が付与されることが多く、この条件付与によってデモンストレーションが本来予定していた行程や日程を変えることを強いられている。例えば、道路交通法 77 条 2 項は、「当該申請に係る行為が許可に付された条件に従って行なわれることにより交通の妨害となるおそれがなくなると認められるとき」には許可を出さなければならない、との規定を置いており、警察による条件付与を想定した規定になっているといえる。このような状況で、現状において警察によってなされている対応は、条件を拒否して禁止されるか、条件を甘受して許可を得るかという選択を迫るものである。また、近年では、土地の管理権を行使するかたちで、そもそもデモンストレーションを行いうる場所を制限するという手法もとられている。例えば、新宿区では、2018 年に、既存の基準に「学校・教育施設、商店街に近接しない」という項目を加えることによって、デモンストレーションの出発地に設定することができる公園を 4 カ所から 1 カ所に減らすことが決定された。このように、市民の側のそもそもの選択肢を狭めることによって、交渉の場において警察がもつ力は相対的に増大しているといえることができる。

一方、フランスにおいては、警察による一方的な条件付与というよりも、組織者と警察の間の綿密な対話がなされている。この交渉が非常に協力的である点については第 2 章で述べた通りである。

¹⁸⁹ 「制度体保障」については、石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論・再考』（日本評論社、2007）に詳しい。憲法学からは、従来、シュミットの「制度的保障」の理論について、「自由の制度への従属」という結果をもたらすのではないかという批判がなされてきた。芦部前掲注（13）87-94 頁など。ここでいう「制度」はあくまで、自由と別個の体系を持つものとして描かれている。この点、同じ「制度」の言葉は使用しているが、基本権と調和的に捉える論者としてヘーベルレがいる。シュミットの「制度的保障論」やヘーベルレの「制度的基本権論」の関係については、赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』（信山社、2008）183-241 頁および、浜田純一「制度概念における主観性と客観性」『現代国家と憲法の原理』（有斐閣、1983）487-528 頁。

にとどまる。上記の意味での「制度」の要請の度合いは、自由の性質によって変わりうるが、マニフェスタシオンのように、社会との関わりを深く持つものについては、その要請がとりわけ色濃く現れるといえる。

第2部 行政警察と「公序」

第2部では、国家の活動のうち、行政領域において、「公序」がどのような意味や役割をもつ法概念であるのかを検討する。

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¹⁹⁰。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。そして、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¹⁹¹。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に関する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行政警察活動と呼ばれている¹⁹²。「公序」という法概念を検討するという本論文の関心か

¹⁹⁰ Jean Rivero=Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 1996, p. 385.

¹⁹¹ Etienne Picard, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *L'actualité du droit administratif*, 20 juin 1996 spécial, p.65. ピカールによれば、「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のであり、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.

¹⁹² 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 190, 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、

らは、検討の題材としては、行政警察活動が適切である。

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。それゆえ、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、行政警察活動を枠づける機能を備えている¹⁹³。

なお、フランスにおける「警察 (police)」の概念は、日本における「警察」の概念よりも非常に広いものであるため、ここで整理をしておきたい。

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¹⁹⁴。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全般的に含んでいる¹⁹⁵。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

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）33-35頁。

¹⁹³ 一方、日本における行政警察活動は、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。これについては、序章ですでに指摘した。

¹⁹⁴ 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。

¹⁹⁵ Etienne Picard, *La notion de police administrative*, L.G.D.J, 1984, pp. 524-529, 及び Vedel, *supra* note 192, p. 15.

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、ここで筆者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¹⁹⁶。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。

また、ここでの検討対象を限定しておきたい。まず、行政警察(police administrative)と司法警察(police judiciaire)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、安全や平穏の維持のように、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¹⁹⁷。ここでの検討は、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。加えて、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¹⁹⁸。

第2部の検討は以下のように進む。まず、第5章、第6章で、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

¹⁹⁶ 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ても広く、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。

¹⁹⁷ 司法警察は、刑事手続法(Code de procedure pénale)14条に「刑法上の犯罪の存在を確認し、証拠を収集し、被疑者を捜索する」ことに従事する者、として定義されている。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(194)120頁。

¹⁹⁸ 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。

あること、そして、それぞれ誰に権限を与え、どのような限界を持っているのかを検討する。第7章で、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。第8章では、それまでに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。

第5章 一般行政警察

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¹⁹⁹。第5章では、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。

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。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、第6章、第7章で詳述する。

5. 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

¹⁹⁹ 仏語文献としては、Maurin, *supra* note 192, pp.125 et s, De Laubadère=Venezia=Gaudemet, *supra* note 192, pp.743 et s, Petit=Frier, *supra* note 192, pp. 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 (196) などがある。

限授与がされている。

5. 1. 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²⁰⁰。

まず、地方自治体法典²⁰¹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²⁰²。

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おり²⁰³、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れている。国家警察についての権限配分は地方自治体法典の 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。L2214-4 条においては、例外として、公共の平穏に関わる事柄と、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が定められている。

補足として、上記の権限配分には、パリやセーヌ＝サン＝ドニ県などのいくつかの例

²⁰⁰ 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、日本法においては「条例」と呼ばれている、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・ポンティエ著、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。

²⁰¹ Code general des collectivités territoriales.

²⁰² 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（196）を参照。

²⁰³ 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。

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、セーヌ＝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²⁰⁴。

5. 1. 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²⁰⁵。国家元首に対しては、1919年8月8日のラボンヌ判決²⁰⁶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²⁰⁷。

²⁰⁴ フランス政府運営サイト前掲注 (202)。

²⁰⁵ Long et al., *supra* note 131, p. 211.

²⁰⁶ Conseil d'État, 8 août 1919, *Labonne*, Recueil lebon 737.

同判決の内容および解説については、Long et al., *supra* note 131, pp. 208-211 参照。

²⁰⁷ 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剥奪していない、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、彼から剥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.

5. 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（5. 2. 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（5. 2. 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（5. 2. 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（5. 2. 4）。以下、順を追って検討する。

5. 2. 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、平穩、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、平穩、公衆衛生に、5. 2. 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²⁰⁸。ここから、環境汚染や有害動物への対処などの目的は、安全や平穩、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5. 2. 4の部分や、第7章の権限の競合問題の部分で詳述する）。

²⁰⁸ たとえば、ピカール前掲注（196）、あるいは、Petit=Frier, *supra* note 192, 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、平穩、安全、衛生を挙げている。

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12月30日。

5. 2. 2 人間の尊厳

「人間の尊厳」²⁰⁹という目的が一般行政警察の目的として認められたのは、1995年のコンセイユ・デタ判決によってである。

警察行政によって達成されるべき「公序」という目的が持つべき性質について、従来多く参照されてきたのがモーリス・オーリウの考え方であろう²¹⁰。オーリウは、「物質的で外在的な秩序 (l'ordre matériel 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²¹¹。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 (salubrité publique)」を挙げている²¹²。そして、その理由を「警察は、思想や感情における精神的な秩序を追求しない」²¹³からだとしている。

「公序」の構成要素をこのような「物質的」なものに限定するという考え方は、裁判所においてもながく原則となってきた。たとえば、ブルカ禁止法をめぐる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²¹⁴。

しかしながら、1995年、コンセイユ・デタは、「人間の尊厳」が、一般行政警察の目

²⁰⁹ ここでは、「dignité humaine」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。

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、どの訳語を当てるのが適切かという問題については、今後の課題としたい。

²¹⁰ 日本国内の文献については、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(1999)167頁以下、第43巻第1巻(1999)55頁以下、および、小島同上。

フランスにおいても、同様である。Gilles Lebreton, « Ordre public et dignité de la personne 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.

²¹¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administrative*, 11e éd., Sirey, 1927, p. 549.

²¹² *Ibid.*, p. 550.

²¹³ *Ibid.*, p. 549.

²¹⁴ Conseil d'Etat, *supra* note 208.

的に含まれるものであることを示した。このことは、「公序」という法概念の内容や機能を明らかにする関心からは非常に重要なことである。というのも、「公序」の内容が、安全や平穏などの物質的なものに限定されるのであれば、その把握は比較的容易であるのに対して、「公序」が思想や感情における秩序をも含むものであるとなれば、その内容や機能は大きく拡大されることとなり、その正確な把握はより困難になるからである。それゆえ、ここでは、コンセイユ・デタが、「人間の尊厳」を一般行政警察の目的に含めたことについて、少し丁寧に検討しておきたい。

そもそも、フランス国内において、「人間の尊厳」という概念が法的規範として考慮されることが初めて宣言されたのは、1994年の憲法院判決においてである。その翌年の1995年10月27日、「小人なげゲーム」をめぐる、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）²¹⁵。ここで問題となった「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」の維持という目的を理由として、このゲームの開催を禁止した命令をめぐる、「人間の尊厳」は一般行政警察の目的に含まれるのかという点が議論されることとなったのである²¹⁶。

以下では、1994年の憲法院判決によって、「人間の尊厳」という概念が法的に拘束力をもつような法規範であることが示されたことを確認し（5. 2. 2. 1）、次に、モルサン-シュール-オルジュ判決についての考察を行う（5. 2. 2. 2）。

²¹⁵ この点、小林も、「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」としている。小林前掲注（210）184頁。

²¹⁶ 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。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、「公序」を考察するという本論文の目的から、ペルシュ判決は検討の対象とはしない。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『生まれにくい』権利？」法学セミナーNo573（2002）72-76頁などがある。

5. 2. 2. 1 1994年 憲法院判決²¹⁷

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。ここでは、1994年に採択された「人体の尊重に関する法律」²¹⁸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」²¹⁹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。

この法律に対して、国民議会議員たちが、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、憲法適合性審査を提訴した²²⁰。その諸論点とは、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。

こ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」²²¹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。以下、もう少し詳細に見てみよう。

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

²¹⁷ 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『フランスの憲法判例II』（信山社・2013）97頁以下。

²¹⁸ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

²¹⁹ 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

²²⁰ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 - Saisine par 60 députés <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-94-343344-dc-du-27-juillet-1994-saisine-par-60-deputes> より閲覧可能。最終閲覧日：2020年12月30日。

²²¹ ここでいう「憲法的価値を有する原理」とは、「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。小林真紀によれば、「憲法的価値を有する目的」とは、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を持つものである。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）87-97頁。

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。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のであるが、その趣旨として、「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ことは読み取ることができる。憲法院は、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、それに法概念としての地位を与えたのだと考えられる。

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「憲法上の価値を有する原理」は、その下に、上記4つの原理を含むものであると理解されていることがわかる。

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検討を加えておきたい。一点目は、「人間の尊厳」の根拠規定についてであり、二点目は、憲法院は、「人間の尊厳」を「公序」を構成するものであるとは示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²²²。

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²²³。とい

²²² Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995. これは、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。

²²³ Guillaume Glenard, « La dignité de la personne humaine : in ordre de valeurs ? », *Revue*

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されることを許さない、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、コンセイユ・デタによる「人間の尊厳」の解釈である。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²²⁴。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つ当なものとして評価するのである²²⁵。

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²²⁶。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おり、ここに解釈の違いを見いだすことができる。

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とがわかる。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²²⁷。シャンペイユ-デス

française de droit administratif, 2015, pp. 869 et s.

²²⁴ たとえば、Conseil d'État, Juge des référés, 10/01/2014, 374528 など。

²²⁵ Glenard, *supra* note 223, p. 872.

²²⁶ 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。

²²⁷ Véronique Champeil-Desplats, « Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2013,

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²²⁸。「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。

5. 2. 2. 2 1995年 コンセイユ・デタ判決²²⁹ - 「公序」の要素としての「人間の尊厳」

次に見るのは、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。この判決において、「人間の尊厳」という概念が、「公序」の要素に新たに加えられ、一般警察の活動目的に含められることが示されたのである。

本判決は、前述の通り、「小人なげゲーム (lancer de nain)」をめぐるものである。訴訟の発端は、ファン・プロデュクスイオン社が、小人症の男性であるヴァシュ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として、モルサン-シュール-オルジュの首長が、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・プロデュクスイ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²³⁰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」の開催を一般警察の権限で禁止することは違法である、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〔…
…〕コミューンの首長が主張するように、その見世物が『人間の尊厳』を侵害し、

p. 178.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Arrêt 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, n° 136727

²³⁰ Tribunal administratif de Versailles, 2^e ch., 25 février 1992, Soc. Fun Production, M. Wachenein c/ Commune de Morsang-sur-Orge. *Revue française de droit administratif*, 1992, pp.1026-31.

『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（括弧内筆者）

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。〔……〕地域特有の状況が欠如していたり、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、当人が報酬に対して自由にショーに参加していたとしても、禁止しうる（括弧内及び強調筆者）

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。ここで用いられている「公序の構成要素」や、「地域特有の状況」といった用語は、どのような意味をもっているのだろうか。

伝統的には、安全、平穏、公衆衛生という一般行政警察の目的が「公序」の三要素（安全、平穏、公衆衛生）と呼ばれてきたが、これらを維持するための活動には、「地域特有の事情」というものは必要とされてこなかった。そして、モルサン-シュール-オルジュ判決において、コンセイユ・デタは、「人間の尊厳」を「公序」の要素と呼ぶことによって、「地域特有の事情」というものがない場合であっても、その維持を一般行政警察の目的とすることを正当化した。これらの事情から考察してみると、「公序」の要素とコンセイユ・デタが呼んでいるものは、それ自体が一般行政警察の活動目的となるものであって、それ以外の特別な条件を必要としないものを指すのだと考えられる。

もともと、「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²³¹によって示されたものである²³²。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、一般警察行政は、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」の伝統的な三要素のうち、「平穩」に対応するものであると思われる。一方、②の部分は、一般警察行政がある活動の非倫理性を理由に規制しようとするとき、その活動が非倫理的であるということだけでは足りず、「地域特有の状況」の条件をも満たしたとき、それが「公序」の侵害になるのだと理解されていることがわかる。

非倫理的な活動の規制について、「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、すなわち国レベルの特別警察と地方自治体レベルの一般警察の競合に由来する」²³³、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、担当大臣によって特別警察の権限を行使して、明文規定にしたがってなされるものである。それゆえ、担当大臣による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、という一応の推定が働くことになる。そうであるならば、そこに地域の一般警察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「公序」侵害の可能性があるとさえなければならない。

対象行為の非倫理性を理由とした一般行政警察の権限行使につき、「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

²³¹ Conseil d'Etat, Section, du 18 décembre 1959, n° 36385 36428.

²³² この点につき、小林前掲注 (210) 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：2021年1月1日。

²³³ 小林前掲注 (210) 203頁。

年7月26日のコンセイユ・デタ判決²³⁴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が、この定式を覆したのが1995年のコンセイユ・デタ判決であることになる。すなわち、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したのである。

なお、本件において、コンセイユ・デタが本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入であるとの批判が存在する²³⁵。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²³⁶。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、安全や平穏などの「公序」の他の要素にも関わる性質であり、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。

このようにして、「人間の尊厳」は、安全、平穏、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²³⁷。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、それゆえに、「公序」を侵害する危険性のある行動を禁止する

²³⁴ Conseil d'Etat, 2/6 SSR, du 26 juillet 1985, n° 43468.

²³⁵ たとえば、Bertrand Seiller, « La censure a toujours tort », *L'actualité juridique droit administratif*, 2014, p.129.や、Camille Broyelle, « Retour sur l'affaire Dieudonné », *L'actualité juridique droit administratif*, 2014, p.473. など。

²³⁶ 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 », *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 885.

²³⁷ Conseil d'État, Juge des référés, du 5 janvier 2007, n° 300311.

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²³⁸。これは、コメディアンのデュドネ(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。

5. 2. 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²³⁹。

中でも、5. 2. 2でも検討した非倫理的な映画の上映規制に関する1959年12月18日判決²⁴⁰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ため、この判決の解釈について、特に学説が割れているようである。この判決において、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、と示されたことは、一般行政警察の目的を拡大するものであったのか、それとも、むしろ限定しようとするものであったのだろうか

²³⁸ Conseil d'État, Juge des référés, du 9 janvier 2014, n°374508.

²³⁹ 売春宿の禁止については Conseil d'Etat, 17 décembre 1909 n° 28773、ボクシングの禁止について Conseil d'Etat, 7 novembre 1924, « Club indépendant châlonnais », 海岸での服装に関する規制について Conseil d'Etat, 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。

²⁴⁰ CE, 18 décembre 1959, *Société Les films Lutétia*, Recueil lebon, p. 693.

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

か。

この判決の解釈について、一方では、この判例の存在を根拠に、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理解する学説がある²⁴¹。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」²⁴²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」²⁴³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²⁴⁴。

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たわけではなく、「地域の状況」を加えて検討していることに注目する²⁴⁵。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(強調筆者)」と説明している²⁴⁶。

²⁴¹ 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 192, pp.329 et s.

²⁴² Petit=Frier, *Ibid.*, p.329.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ 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。

²⁴⁶ <https://www.interieur.gouv.fr/content/download/7747/73081/file/INTD0200165C.pdf>

どちらの考え方が説得的であると考えらるべきであろうか。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²⁴⁷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。

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たのだ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²⁴⁸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²⁴⁹。このことは、前述の1993

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

この点、注(208)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。

²⁴⁷ Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 28 juillet 1993, n° 107990.

²⁴⁸ Conseil d'Etat, 30 mai 1930, « Beaugé ».

²⁴⁹ 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タイトジェンも指摘している。タイトジェンは、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

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ことを明示した、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²⁵⁰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²⁵¹でも、地域の状況と組み合わせることで、公衆道徳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、……もっぱら、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」と述べられている（強調筆者、同判決の内容については、5. 2. 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・デタ自身が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「小人投げ」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²⁵²。

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

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.

²⁵⁰ Conseil d'Etat, 30 septembre 1960, *Sieur JAUFFRET*, Recueil lebon, p. 504.

²⁵¹ Conseil d'Etat, 1 / 4 SSR, du 11 mai 1977, n° 01567.

²⁵² 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12月30日。

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。

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」²⁵³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。

あるいは、ブルカ禁止法に関する2010年の調査報告書においては、まず、「公序」の内容について、安全、平穩、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²⁵⁴。

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、平穩、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、公衆道徳をめぐり、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、第6章で検討する特別行政警察の方法、すなわち、目的ごとの

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Conseil d'Etat, *supra* note 208, p. 25.

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²⁵⁵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。

5. 2. 4 それ以外の目的

安全、平穩、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²⁵⁶である²⁵⁷。

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。

このコミュー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、もっばら、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)

²⁵⁵ Code de la santé publique.

²⁵⁶ Conseil d'Etat, ordonnance du 26 août 2016, n° 402742, 402777.

²⁵⁷ 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」『憲法の思想と発展』(信山社、2017) 361 頁以下を参照。

このように、海水浴客に対して、ライシテの尊重などを理由に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²⁵⁸。

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」²⁵⁹が制定されており、同法については、憲法院がすでに合憲判断を出していることである²⁶⁰。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²⁶¹。

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、劣等な地位にいたのであって、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。このように考えると、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、実質的には同じ性質の問題に対処しようとするものであったといえよう。

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

²⁵⁸ 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。

²⁵⁹ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

²⁶⁰ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

²⁶¹ 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（257）378頁。

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²⁶²。

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たのは、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な要素となっ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²⁶³。

これを示した判例として、たとえば、1960年11月16日判決²⁶⁴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²⁶⁵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

²⁶² 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」の名の下に共和国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、立法者がもつ立法の権限と、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, *supra* note 239, pp. 62-63.

²⁶³ Yves Jegouzo, « Police Générale et polices spéciales en matière environnementale », *La police administrative*, PUF, 2014, p. 153.

²⁶⁴ Conseil d'Etat, du 16 novembre 1960, Recueil lebon. p. 628.

²⁶⁵ Conseil d'Etat, 6/4 SSR, du 8 décembre 2000, n° 204756.

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取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。本論文の目的からすれば、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²⁶⁶。

5. 3 一般行政警察活動の統制

5. 3 では、一般行政警察活動について、コンセイユ・デタは、どのような統制を及ぼしているのかについて論じる。ここで検討するとおり、一般行政警察活動については、基本的には比例性の考え方によって、審査がなされている（5. 3. 1）。他方で、「人間の尊厳」の確保・維持を目的とした活動については、例外的な扱いを受けている（5. 3. 2）。

5. 3. 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だろうか。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²⁶⁷。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

²⁶⁶ Yves Jegouzo, *supra* note 263, p.152.

²⁶⁷ たとえば、De Laubadère= Venezia= Gaudemet, *supra* note 192 では、このような説明の方法がとられている。

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²⁶⁸。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でのバランスがとれたものである必要がある²⁶⁹。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²⁷⁰。

筆者が考察するところによれば、この争いは、何をもち「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、という判断であるとも言い換えることができる。ここには、「公序」の目的の解釈を通して、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、本論文では、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、と理解する立場をとり、以下の検討を進める²⁷¹。

²⁶⁸ Petit, *supra* note 191.

²⁶⁹ *Ibid.*, p.208.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ 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、その後に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

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²⁷²。

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²⁷³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れども、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²⁷⁴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限は、パリ市長およびパリ警視總監に属するが、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、5.2で確認した通り、安全、平穏、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²⁷⁵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²⁷⁶、

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。

²⁷² Conseil d'Etat, 19 mai 1933, *Benjamin*. Recueil lebon, p. 541.

判決の内容および評釈については、Long et al., *supra* note 131, pp. 266 et s.

²⁷³ Conseil d'Etat, Section, du 26 avril 1968, n° 69456.

²⁷⁴ Conseil d'Etat, Section, du 4 mai 1984, n° 49153.

²⁷⁵ Conseil d'Etat, 23 décembre 1932, *Sté L'Éveil de contres*, Recueil lebon, p. 1129.

²⁷⁶ Conseil d'Etat, 12 novembre 1927, *Bellescize*, Recueil lebon, p. 1048.

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²⁷⁷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²⁷⁸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²⁷⁹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²⁸⁰。

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採用されたような、フランスにとって馴染みある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²⁸¹。従来の審査との区別を図るため、本論文でも、適合性、必要性、狭義の比例性を検討する新しい審査手法を「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用いられてきた。しかしながら、そこでなされてきた審査は、基本的には、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を考える

²⁷⁷ Conseil d'Etat du 20 octobre 1971, n° 78655.

²⁷⁸ Conseil d'Etat, Assemblée du 22 juin 1951, n° 00590 02551.

²⁷⁹ Conseil d'Etat du 29 janvier 1932, n° 99532. 本判決の全文については、フランス政府サイト <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636107/> より閲覧可能である。最終閲覧日：2020年12月30日。

²⁸⁰ たとえば、Conseil d'Etat du 4 mai 1984, n° 49153 など。

²⁸¹ 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。

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」の審査の段階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よりも、より体系的な審査手法であるということができよう。

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²⁸²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、と明示した。憲法院は、それ以降の判決で繰り返しトリプルテストの表現を用いている²⁸³(憲法院によるトリプルテストの導入や、それへの評価は、第3部で詳しく検討する)。

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²⁸⁴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²⁸⁵。

コンセイユ・デタがトリプルテストを使用し始めていることは異論の余地のない所であるが、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、トリプルテストを導入することによって行っている審査は、従来の審査とは性質を異にするものであるという理解がある。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。

²⁸² Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008.

²⁸³ Petit, *supra* note 191, p. 217 et Petit=Frier, *supra* note 192, p. 345.

²⁸⁴ Conseil d'État, Assemblée, 26/10/2011, 317827.

²⁸⁵ Conseil d'État, ordonnance du 9 janvier 2014, n° 374508 及び、Conseil d'État, 10ème - 9ème SSR, 09/11/2015, 376107.

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²⁸⁶。

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切な程度の制約であるから、そのような意味で、「公序」の維持に比例した手法が採用されているのかを問う従来の審査においても、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すでに含まれていた²⁸⁷。

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だろう。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²⁸⁸。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」²⁸⁹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るべき利益と比例を失」²⁹⁰するものではないかを検討するものである。

²⁸⁶ Petit, *supra* note 191, pp. 218-219.

²⁸⁷ Petit=Frier, *supra* note 192, 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 », *Revue française de droit administratif*, 2018, p. 343 et s.

²⁸⁸ シュテルン前掲注(271)167頁。

²⁸⁹ 同上 170頁。

²⁹⁰ 同上 172頁。

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」の達成のために適格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導入した場合に妥当なものとなる。

ここで注意が必要なのは、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²⁹¹。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」²⁹²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」²⁹³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。言い換えれば、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、コンセイユ・デタが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

²⁹¹ 同上。

²⁹² 柴田前掲注（281）「憲法上の比例原則について（一）」202頁。

²⁹³ 同上。

る、と直ちに評価することはできない。

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るような事態を招いていたのである。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、行政警察の側でも、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²⁹⁴。

ここまでの検討から、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たとは評価しがたい。
- 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で体系的なものとする効果が見込まれる。

次に、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。

²⁹⁴ この点で筆者と同様の点を指摘するものとして、Roulhac, *supra* note 287.

5. 3. 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体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²⁹⁵。すなわち、安全や平穏が問題となっている場合には、警察が警備に当たるなどの対処によって対応が可能な場合も存在するが、「人間の尊厳」を侵害するような言説や振る舞いは、警備などを増やしたとしても対応できるものではない。

実際、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²⁹⁶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

²⁹⁵ 「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体が「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。

²⁹⁶ 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, 9 novembre 2015, n° 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、適合的であり、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。

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おらず、単に「警察当局には対処が非常に難しいほどの、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て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日のオールドナンス²⁹⁷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日のオールドナンス²⁹⁸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、禁止命令を正当化する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

²⁹⁷ Conseil d'État, ordonnance du 11 décembre 2014, n° 386328.

²⁹⁸ Conseil d'État, ordonnance du 16 avril 2015, n° 389372.

く、この点については、判例の蓄積を待つ必要がある²⁹⁹。

5. 4 小括

第5章では、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、平穏、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、一般行政警察の権限の限界について、コンセイユ・デタは比例性の考え方を基礎として、警察の目的や手段が「公序」によって正当化可能なものであるかを審査し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ることを指摘した。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。

²⁹⁹ 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。

第6章 特別行政警察

第6章では、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。

6.1 特別行政警察の権限の所在

特別行政警察は、あらゆる目的に対して、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(organisms 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, ICPE)に関するもの(以下、ICPE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³⁰⁰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くられている³⁰¹。

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³⁰²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。

³⁰⁰ Code du cinema et de l'image animée.

³⁰¹ 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 n° 2001-618 du 21 juillet 2001 などがある。

³⁰² Arrêté du 23 décembre 1959 portant réglementation des jeux dans les casinos.

狩猟警察については、環境法³⁰³L421-1 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³⁰⁴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にくい場合の使用禁止命令について、パリ警視総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、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。

ICPE 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。

³⁰³ Code de l'environnement.

³⁰⁴ Arrêté du 23 novembre 1979 portant règlement sanitaire du département de Paris.

6. 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。

一例をあげると、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。特別警察の1つである映画警察では、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³⁰⁵³⁰⁶。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衛生法 L3332-15 条³⁰⁷なども、公衆道徳を理由とする規制に対する権限を直接与えている点で、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。

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も、立法が特別行政警察を設立する必要があり、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³⁰⁸において、いわゆる「予防原則(le principe de precaution)」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

³⁰⁵ 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、公の平穏、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。

³⁰⁶ 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。

³⁰⁷ L'article L3332-15, Code de la santé publique.

³⁰⁸ Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 24/09/2012, 342990.

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 規制の状況を国自身が把握し、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³⁰⁹。

6. 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³¹⁰。というのも、一般行政警察活動に対して適用していた比例性の審査は、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かったのか、という検討を本質的に伴うものだからである。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、行政の側に広い裁量は与えられない場合が多い。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の意味しない。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の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、実質的な裁量が残されている場合である。この場合に当た

³⁰⁹ 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 より閲覧が可能である。

³¹⁰ 本節の内容について、Petit, *supra* note 191, pp. 211-213.

るのが、1996年7月31日判決³¹¹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。

広告、看板等に関する1979年12月29日法³¹²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あまり認められていないように見える場合であっても、その内実として、裁量がある程度認められている場合においては、判断内容の適法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³¹³と2003年2月7日判決³¹⁴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、国外追放命令を受

³¹¹ Conseil d'Etat, 2 / 6 SSR, du 31 juillet 1996, 139171.

³¹² 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。

³¹³ Conseil d'Etat, Assemblée, du 19 avril 1991, 107470

³¹⁴ Conseil d'Etat, 10ème et 9ème sous-sections réunies, du 7 février 2003, 243634.

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³¹⁵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り得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。この場合は、問題の規定を本件に適用した行政の判断が条約違反であるとされたのであるといえる。

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³¹⁶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

³¹⁵ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

³¹⁶ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

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。

6. 4 小括

第6章では、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。

第7章 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³¹⁷。

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する場合に問題となり、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のと、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べきである、ということである³¹⁸。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

³¹⁷ Didier Truchet, « Les concours de police », *La police administrative*, PUF, 2014, p. 140.

³¹⁸ *Ibid.*

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³¹⁹。以下、この傾向を順に検討する。

7. 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

第5章で検討した通り、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³²⁰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³²¹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も、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

³¹⁹ *Ibid.*, p.141.

³²⁰ 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 131, p.59 et s.

³²¹ Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale.

で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 (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 50km 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 40km の制限をつけることは可能だが、毎時 80km にすることは許されない³²²。

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³²³。

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ができる、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、平等の観点から要請されるものである³²⁴。すなわち、フランス人は、国内のどこにあっても、個別の公序侵害に対して、同一のレヴェ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

³²² Maurin, *supra* note 192, p. 129.

³²³ Conseil d'État, 5ème - 4ème SSR, 14 octobre 2015, n° 375027, Cons. 2.

³²⁴ Truchet, *supra* note 317, p. 142.

うな理念は、国内安全法³²⁵L111-1 条に明確に現れているという³²⁶。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³²⁷。

行政警察による「公序」の保護の限界を検討するという本論文の問題関心から、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。

7. 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³²⁸。

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ラ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。

本論文の問題関心からは、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

³²⁵ Code de la sécurité intérieure.

³²⁶ Truchet, *supra* note 317, p. 142.

³²⁷ 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 régaliennne ? », *La police administrative*, PUF, 2014, pp.5-7.

³²⁸ Truchet, *supra* note 317, pp.141-142.

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³²⁹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³³⁰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、市町村の首長が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³³¹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³³²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³³³によって、国（あるいは、Autorité de Régulation des Communications 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。

³²⁹ Conseil d'Etat, 14 mars 1914, « Gurnez », Lebon 350.

³³⁰ Conseil d'Etat, 7 mars 1930, « Compagnie aérienne française et Chambre syndicale de l'industrie aéronautique », Lebon 257.

³³¹ Conseil d'Etat, 8 / 3 SSR, du 10 avril 2002, n° 238212.

³³² Conseil d'Etat, Assemblée, du 26 octobre 2011, n° 326492.

³³³ Code des postes et communications électroniques.

同様に、遺伝子組換え品(OGM)についての2012年9月24日の判決³³⁴がある。この判決においては、環境法のL533-3条の規定は、意図的な遺伝子組換え植物の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³³⁵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³³⁶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

³³⁴ Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 24 septembre 2012, n° 342990.

³³⁵ Conseil d'Etat, 5ème et 4ème sous-sections réunies, du 10 octobre 2005, n° 259205.

³³⁶ Code de la construction et de l'habitation.

ついて、対応をするための組織であるといえる。

7. 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、7. 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って、より厳格な規則を置くことができる。

7. 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、つづく第8章において検討をする。

第8章 フランスの行政警察のあり方に見る「公序」の特徴

第8章では、ここまで見てきたような、フランスの行政警察の制度のあり方から、「公序」という概念の特徴を検討する。まず、フランスの行政警察制度の特徴が、法律による権限付与や権限の限界設定が明確になされることが要請される点にあるということ(8.1)、それが、「公序」という法概念の意味によって要請されるものであること(8.2)を論じる。そして、行政活動に対する法律による授権が明確でなければならないということが、フランスにおいて、どのような意義をもつものであるのかを検討する(8.3)。

8.1 フランスにおける行政警察制度の特徴と「公序」の特徴

ここまでの検討から、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 (Etienne Picard) 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」が、法概念として持っている特徴がある³³⁷。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」

³³⁷ Etienne Picard, *supra* note 195, pp. 534 et s.

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³³⁸。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、自由に対しての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³³⁹。

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るものとなってしまう。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

³³⁸ *Ibid.*, pp. 534-537.

³³⁹ *Ibid.*, pp. 537-539.

しまうのである。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³⁴⁰。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³⁴¹。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³⁴²。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、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い、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³⁴³。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、

³⁴⁰ *Ibid.*, pp. 540 et s.

³⁴¹ *Ibid.*, pp.542-543.

³⁴² *Ibid.*, pp. 545 et s.

³⁴³ Picard, *supra* note 191, pp. 58-59.

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の介入することは、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るだろう。

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³⁴⁴。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、「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

³⁴⁴ Picard, *supra* note 195, pp. 551 et s., pp. 558-568.

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、一般警察行政の活動の合法性について、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³⁴⁵。

一方で、「公序」の内容を形成するのか微妙なもの、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³⁴⁶。

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、立法府への制裁をすることはありうる³⁴⁷。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。

なお、ピカールによって、このように示されている「公序」と自由との関係については、以下の点について注意を要する。

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

³⁴⁵ *Ibid.*, p.554.

³⁴⁶ *Ibid.*, pp. 555-556.

³⁴⁷ *Ibid.*, pp. 549-551.

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。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。

8. 2 法概念としての「公序」

ピカールによれば、8. 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³⁴⁸。

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³⁴⁹。

- 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・ヴデル(Georges Vedel)も同様の説明を与えている。ヴデルによれば、「行政の越権行為に対する救済を求めること

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 545.

³⁴⁹ *Ibid.*, pp. 545-551.

は、公序それ自体 (Le recours pour excès de pouvoir est d'ordre public)」³⁵⁰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³⁵¹。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」という法概念は、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³⁵²。

「市民的公共権力³⁵³による、私的権力からの自由」の体制は、しかし、この権力が私人間関係に不断に直接に介入する秩序ではなかった。……絶対王政（絶対主義的法）から一革命を媒介として一市民社会（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

³⁵⁰ Vedel, *supra* note 192, p. 393.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 394.

³⁵² 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。

³⁵³ 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。

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、「オールドナンス（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、慈恵的措置であった。

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」³⁵⁴。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³⁵⁵。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」³⁵⁶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るならば、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、本論文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。

³⁵⁴ 水林前掲注（352） 313頁。

³⁵⁵ 同上 314頁。

³⁵⁶ 同上。

8. 3 立法が行政への授権を明確にすることの意義

ここまでの検討から、フランスの行政警察活動の大きな特徴は、法律による権限付与あるいは権限の限界設定が明確になされるところにあるといえる。筆者の考察によれば、このように、立法による行政への授権が明確になされることが、フランスにおける意義は、私たちの自由の行使が過度に制限されることを防止する、ということにとどまらない。

レイモン・カレ・ド・マルベール (Raymond Carré de Malberg) によれば、国家が行政権を行使するに際して、「明文で付与された、したがって派生的な権限しか有さず、そのような権限しか行使することができない」³⁵⁷ということが、革命を経て、君主制を乗り越えたフランスにおいて、非常に重要な意味を持つ。それは、君主制においては、君主が「歴史的伝統や君主の人格から、憲法によるあらゆる付与に先行して存在する源と基盤を有する特権」³⁵⁸として、行政権を行使していたのに対して、革命後のフランスにおいては、もはや、行政機関は自らが「実現可能なことを単独の意思で決定できるようにする本源的な力」³⁵⁹をもっていない。すなわち、行政権は、それを付与した「法律の執行」としてのみ正当化可能なものである。

カレ・ド・マルベールは、行政権が法律の「執行」にとどまっているときのみ、正当化可能なものになるのだ、という理解から、行政権を授権する法律にも、一定の性質が備えられていることを要求する³⁶⁰。それは、「範囲の限定された授権」である、ということである。仮に法律が、あらゆる行為や措置について無制限な授権を行うとすれば、法律が授権しているのは、もはや行政権ではなく、立法権それ自体であることになってしまう³⁶¹。

カレ・ド・マルベールはここで、法律がどのような方法で授権する時に、執行する権限を与えているという評価をできるのか、どのような場合には、立法権それ自体を与え

³⁵⁷ カレ・ド・マルベール著、時本義昭訳『法律と一般意思』（成文堂、2011）32頁。なお、時本による訳では、行政あるいは行政権ではなく、「執行」あるいは「執行権」という用語が使用されている。カレ・ド・マルベールの議論において、フランスにおける行政権は、一般意思によって作られる立法を執行に移すものにすぎない、という趣旨が強調されていることからすると、administratif という用語は、行政ではなく、「執行」と訳す方が適切なのだと思われるが、本文では、行政警察などの用語とそろえるために、「行政」という用語を使用している。

³⁵⁸ 同上。

³⁵⁹ 同上 33頁。

³⁶⁰ 同上 38頁。

³⁶¹ 同上。

ていることになってしまうのかという判断基準などを具体的に述べているわけではない。それゆえ、カレ・ド・マルベールの理論を現実には当てはめた場合に、どのような結果を導き出すことができるのかは、彼自身の説明からは必ずしも明らかではない。

とはいえ、立法が行政に対してある活動の権限を授権する場合、授権する旨の明文規定を形式的に置けば良いということではなく、その授権法律がある程度具体的に権限の範囲を限定するものであるという実質的な要件があるのだということ、そして、それは、立法権と行政権、それぞれの権限の本質からして導き出される結論であることは、十分説得的に思われる。そして、このような議論は、特別行政警察活動については、相当に具体的な法律による規定が要求されるフランス行政警察制度のあり方や、それに対するエティエンヌ・ピカールの説明と整合的に理解することができるように思われる。

カレ・ド・マルベールの説明によれば、行政による活動は、仮に、結果として私たち諸個人の利益や自由を保護するものであったとしても、その結果のみを以て正当化されることはないということになるであろう。諸個人の利益や自由について検討し、それを法文化するのは、立法者の責務であり、立法者は、必要であると判断した場合には、範囲を限定して行政権へ権限付与をする。このモデルに従った場合には、究極的には、行政は、立法によって授権された内容を機械的に適用していれば良いということになる。

とはいっても、ピカールが指摘するとおり、あらかじめ、社会で起こりうるすべての事象に対応する法律をつくっておくということは、現実的には不可能であるし望ましくもないだろう。それゆえ、私たちの自由が脅かされる典型的な場合については、ある程度一般的な権限付与をするという一般行政警察のあり方はカレ・ド・マルベールの理論からしても、許容されるものであると思われる。しかし、その場合であっても、どのような場合に私たちの自由が脅かされる典型例に当たるのかということについては、法律をもって可能な限りの具体化を試みるべきであるということになるだろう。このような観点からいえば、一般行政警察の活動の範囲は、融通無碍に拡大されるべきではなく、その活動範囲が、自由の保護に不可欠な条件という「公序」を明確に構成するような事柄に適切に限定されるような規定にしておくことが必要であろうし、裁判所においても、それを念頭においた判断をすることが求められることになるだろう。

ところで、上記のようなカレ・ド・マルベールの考え方は、フランスにおける「法律中心主義」の考え方と深く関係するものと思われるが、この「法律中心主義」についての検討は第3部で行うため、ここでの検討は省略する。

8. 4 小括

第8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。8. 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、8. 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。

最後に、8. 3では、レイモン・カレ・ド・マルベールの議論を参照して、法律による行政への授權が明確であるということが、フランスにとってどのような意義をもつものであるのかを検討した。カレ・ド・マルベールによれば、行政活動は、その根本的な性格からして、法律の「執行」でなければならない。行政活動は、結果として、諸個人の利益や自由の保護につながるというだけでは十分に正当化されず、法律によって授權された範囲にある必要があるし、立法も具体的・明確に授權する必要があるといえる。

第2部 総括

第5章、第6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明らかとなった。

第7章では、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がわかった。さらに、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であるといえる。

第8章では、それまで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」を侵害し、かつ法律を執行するものとしての行政権の本質を傷つけるものとなる、と考えられる必要があることを論じた。

第2部での検討全体から、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。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³⁶²。

³⁶² 本論文では、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。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。本論文で検討した通り、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。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。

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。その上で、保安警察は、急迫した危険の除去の必要がある場合に限り活動が可能になり、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。米田前掲注（25）、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。

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。

第3部 立法活動と「公序」

第3部では、立法活動との関係において、「公序」という概念がどのような概念として解釈され、そして、どのような機能が与えられているのかを検討する。

まず、第9章では、フランス憲法院による「公序」の理解について検討する。具体的には、第9章で憲法院が「公序」に与えている憲法上の位置づけを検討する。第10章では、そこで確認した位置づけの下で、憲法院が現状で行っている審査・統制を検討する。

後述する通り、フランス憲法院は、「公序」を自由の保護と一体の法概念であると理解し、その理解の上で、「公序」の解釈・定義を、第一次的には立法者によってなされるべきものであるとしている。しかしながら、「公序」と自由の保護はどのようにして一体のものと考えられるのか、ここで「公序」と一体のものとする「自由」とは、具体的にはどのような特徴を持ったものであるのかなどは、判決の文言のみからは必ずしも明らかどころではない。筆者が考えるところによれば、フランスにおける「自由」の理解は、必ずしも他国におけるそれと同一のものではないから、「公序」が自由の保護と一体のものとなる、という憲法院の説明をよく理解するためには、フランスにおける「自由」の意義、特徴をある程度明らかにしておく必要がある。

それゆえ、第11章では、憲法院の「公序」理解の基礎となっていると思われる「公序」と自由との関わりや、より広く、フランスにおいて法律と自由との関わりはどのように理解されているのかを考察する。より具体的には、革命後のフランスにおいて、立法者は、市民の権利・自由を定義し、そして保護するという存在として観念されるようになったことを確認する。

第12章では、複数の要因から、第11章で見えるような立法観が一定の変容を迫られ、立法者は法概念や権利・自由の定義の役割をもはや独占しなくなったことを見る。今日のフランスにおいては、憲法院による法律の憲法適合性審査が行われており、立法者もはや無謬の存在ではない。加えて、現在フランスは、欧州連合の一員としての顔を持っており、フランス国内の法は、欧州の法と無関係に存在するものではない。一方で、そうした今日の中においても、フランスにおける法概念や権利・自由の保護において、立法者がなお第一次的な位置を占めていることを示す事情も存在する。それゆえ、こうした今日の中において、立法者はどのような役割を果たすことが期待され、そこでつくられた法律に対しては、どのような性質の統制が加えられることになるのかを再検討

する必要がある。

第9章 フランス憲法院による「公序」理解

ここでは、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、「公序」は、憲法との関係ではどのような位置づけを与えられるものなのかを検討する。具体的には、まず、憲法院が、「公序」という法概念の憲法上の根拠規定として、1958年憲法の34条を選択したことを確認し、その理由を考察する(9.1)。つづけて、憲法院が「公序」に与えている「憲法的価値を有する目的」という具体的な位置づけを検討する。まず、「憲法的価値を有する目的」というものがどのようなものなのかを確認し、それがどのような機能をもつものであるかを検討する(9.2)。

9.1 立法者の責務としての「公序」

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³⁶³。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。

筆者が考察したところによれば、憲法院は、「公序」という概念を「自由」の保護と一体のものと捉え、そして、「公序」の維持や確保を立法者の責務であると理解している。以下、このことの検討を進める。

³⁶³ 「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。

まず、判例における表現や文言を分析し、憲法院が「公序」の根拠規定として憲法 34 条を選択していることを確認する (9. 1. 1)。つづけてなぜ憲法 34 条が「公序」の根拠規定となるのか、その理由を考察する (9. 1. 2)。

9. 1. 1 判例の確認

憲法院が「公序」という概念に初めて明確に言及したのは、1981 年 1 月 20 日判決³⁶⁴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³⁶⁵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 5 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」と示して、「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³⁶⁶。

憲法院が「公序」の根拠規定を明らかにしたのは、1982 年 7 月 27 日判決³⁶⁷においてである。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

³⁶⁴ 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。

³⁶⁵ Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes

³⁶⁶ なお、本判決において、憲法院は、人権宣言 8 条を引き合いに出しながら、法律が刑罰の比例性に「明白に」反してはいない、としている。これについて、フィリップ・ロイクとルイ・ファヴォールは、「憲法院は、暗に、比例原則が憲法的価値をもつことを認めたのであろうか？」と疑問を提起している。すなわち、この判決が出された 1981 年の時点では、憲法院は、自らの判例において比例性の審査を行うのか否かについて態度を明らかにしていなかったのだといえる。Loïc Philip=Louis Favoreu, « Sécurité et liberté. Droit constitutionnel pénal. Liberté individuelle. Pouvoirs du juge constitutionnel », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Sirey, 1984, p. 501.

しかし、本論文でも論じている通り、近年フランス憲法院は、「トリプルテスト」の表現を頻繁に用いており、1981 年の時点に比べると、比例性の考え方の導入により積極的になってきていると思われる。

³⁶⁷ 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、曾我部真裕「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。

る法律³⁶⁸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³⁶⁹。

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、これは、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。

このように示して、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³⁷⁰にあること、第二に、「公序」は「憲法

³⁶⁸ Loi n° 82-652 de 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

³⁶⁹ 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。

³⁷⁰ 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。

の価値を有する目的」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³⁷¹。

憲法 34 条を「公序」の根拠規定とする立場が最も明確に示されたのが、1985 年 1 月 25 日判決³⁷²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 日以上にわたる緊急事態の延長は、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

-
- 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）260-261 頁を参考に、筆者が訳出。

³⁷¹ ルイ・ファヴォールは、本判決についての評釈の中で、「立法者は、憲法上の権利や自由を実践に移さねばならない。というのも、立法者によって具体化され、現実の社会で実現できる形にされ（actualisé）、その実践の条件を規定しなければ、権利や自由というのは存在しないからである。一方で、立法者の権限には、憲法上の原則を実践するという制限が伴うこととなる」としている。すなわち、憲法院によれば、立法者は、憲法上の権利や自由の実践のために立法を行う者であると基本的には理解されるが、一方で、その権限は無限界ではなく、「公序の維持」や「多元性の保護」などの「憲法的価値を有する目的」という憲法上の原則によって枠づけられることになるのである。Louis Favoreu, « Note sous décision n° 82-141 DC », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, avril 1983, n° 2, p. 387.

³⁷² Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985.

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³⁷³。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であるとしている。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おり、憲法院は「公序」を、自由を行使するための条件として理解していることがわかる³⁷⁴。

³⁷³ 同判決及び同判決で問題となった法案成立などの詳細な経緯については、Bruno Genevois, « La jurisprudence du conseil constitutionnel en 1985 », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, n° I, p. 400-402 を参照。このほか、邦語における評釈として、蛭原健介「審署後の法律に対する『事後審査』—ニューカレドニア緊急事態判決」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』（信山社、2002）414頁以下がある。

³⁷⁴ なお、ルイ・ファヴォールによれば、半日という非常に短時間の間に下されたものであることも、本判決の特徴である。半日で判決を出すという判断は、憲法院自身の判断によるものであるが、ファヴォールは、その理由について、ニューカレドニアでの政情不安に対応する必要があるという緊急性のある事態と、それに対応しようとするフランス政府に対して、憲法院の存在が障害にならぬように、という政治的な配慮によるものであったと分析する。Louis Favoreu, « Note sous décision n° 85-187 DC », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, mars-avril 1986, n° 2, p. 416.

ここにおいても、政治の判断に対して、自らの介入は控え目にしようとする憲法院の基本的な姿勢が見えるように思われる。

憲法院が「公序」の根拠規定として選択した 34 条は、当初の目的としては、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ために制定されたものである³⁷⁵。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）³⁷⁶。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、としている部分から「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「公序」の根拠としているといえるだろう。

憲法院によるこのような解釈は、憲法 34 条の「法律事項」に列挙された事項は、一定の解釈の余地を残したものであるという理解を前提にしている。というのも、仮に、同条の規定が法律事項を厳格に限定して列挙するものなのであるとすれば、文言に登場していない「公序」という概念を、同条を根拠に引き出すことは許されないことになってしまうからである。ここで着目すべきは、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り、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となったものと思われる³⁷⁷。

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。ブルカ禁止法をめぐる 2010 年 10 月 7 日判決³⁷⁸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」を検討

³⁷⁵ François Luchaire=Gérard Conac=Xavier Prétot, *La constitution de la République française, Analyses et commentaires*, 3^e édition, Economica, 2009, pp. 880-883.

³⁷⁶ 34 条の全文については、注（370）に記載。

³⁷⁷ Luchaire et al, *supra* note 375, p. 885.

³⁷⁸ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

する態度は、2017年6月9日判決³⁷⁹や2019年4月4日判決³⁸⁰にも表れている。

ただし、2012年2月28日判決³⁸¹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、近年の判決において、34条への言及をしなくなったというわけではない。

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」³⁸²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。

先述のとおり、憲法院は、憲法34条に規定されている法律事項が、厳格な限定列挙ではなく、一定程度の解釈を許すものであるということから、憲法34条の文言には登場していない「公序」という概念を、34条を根拠規定とするものとして審査に用いている。このような理由はしかしながら、憲法34条が憲法院によるある程度柔軟な解釈を許容することを示していようとも、なぜ、憲法院が憲法34条を、「公序」の根拠規定に選択したかという積極的な理由を説明するものではない。そこで、次の9.1.2では、他の憲法院判例や、学説による分析などから、この理由を検討する。

9. 1. 2 憲法34条が選択された理由

学説にも目を向けてみると、「公序」の根拠となる可能性をもつ規定は、1958年憲法34条以外にも存在する。たとえば、フランソワ・リュシェール（François Luchaire）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³⁸³。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。しかし、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。その理由はどのようなところにあると考えられる

³⁷⁹ Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017.

³⁸⁰ Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019.

³⁸¹ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

³⁸² Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019.

³⁸³ François Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987, p. 367.

であろうか。そのことを捉えるためには、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る。そうすると、仮に1946年憲法前文を「公序」の根拠とした場合、「公序」は、上記の諸項目の保護と深く関わりをもつ概念であるということになる。

対して、憲法院は、「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。ここから、憲法院は、「公序」と自由の結びつきを特別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いう論理に至るのかは、一見して明らかなことではない。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³⁸⁴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³⁸⁵をめぐる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

³⁸⁴ Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980.

³⁸⁵ Loi n° 80-572 du 25 juillet 1980 sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.

いう「一般利益」との間の調和が問題とされたものであった。それゆえ、「公序（ordre public）」という言葉は登場しない。しかし、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。

ポーリーヌ・ジェルビエ（Pauline Gervier）によれば、自由とそれへの制限を一体の問題と捉える方法は、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、その定義には、自由の内容や、その自由によってできることやその範囲の決定を含むというのである³⁸⁶。

この点をジェルビエは、ロベルト・アレクシ（Robert Alexy）によって提示される「外在理論(external theory)/内在理論(internal theory)」の区分に当てはめて説明している³⁸⁷。アレクシが「外在理論」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³⁸⁸。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」³⁸⁹とする考え方である。アレクシによれば、この「外在理論」をとったとしても、ほとんどの場合、実定法によって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。そしてこのような考え方をとった場合には、権利それ自体と制約それ自体は、必ずしも必然的な関係を持つわけではなく、ある個人と他者との関係あるいは共同体の利益との調整の観点から初めて、制約の必要性が語られることになる³⁹⁰。

一方、「内在理論」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

³⁸⁶ Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, L.G.D.J., 2014, p. 41 et s.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2002, pp178-181. 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、一般論あるいは理論的な区別として述べられており、ドイツ基本法との関係に特に限定しているわけでもないと判断し、本論文でもこの理論を使用した。

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 179.

³⁹⁰ *Ibid.*

利、というものがある」³⁹¹とする考え方であり、そこでは、「制約という考えは範囲の考え方に置き換えられる」³⁹²と説明する。そして、この内在理論のもとでは、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りものとなる³⁹³³⁹⁴。

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「内在理論」に該当するとする³⁹⁵。より具体的には、1789年の人権宣言が、その4条ですでに「自由とは、他者を害さないすべてのことをなしうることである」と自由の定義づけをなし、それにつづく7条で、「何人も、法律が定める場合、形式によってのみ……訴追され、逮捕され、拘禁される」と定められていることから分かるように、フランスにおいては、権利あるいは自由が宣言される当初から、それらは一定の制限を伴うものとして定義されていた³⁹⁶。

ミシェル・トロペール（Michel Troper）によれば、人権宣言11条を見ても、フランスにおいて、制限が自由の一部をなし、自由にとって外在的な存在ではなかったこと

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ なお、日本の憲法学においても、樋口陽一によって、同様の議論がなされている。樋口によれば、「権利を語ることは、同時に『どこまでがその権利なのか』という問いをかならず伴うこととなる」が、「その際に、『何をしてもよい自由』をまず想定し、それに対する制約という形で権利の限界を論ずる見地（いわば権利の二段階画定）と、何をする自由なのかはそれぞれの歴史社会のあり方に対応する輪郭を持っているはずだ、と考える見地（いわば一段階画定）とがありうる」のであり、そうした権利の理解の違いは、『『公共の福祉』の理解の仕方のちがいに、反映」されるのである。樋口前掲注（3）200頁。ここで樋口が、「二段階画定」と呼んでいるものは、アレクシの理論でいう「外在理論」に、「一段階画定」は「内在理論」にそれぞれ対応するものであるように思われる。なお、樋口は、私たちの社会における自由は、「のっぺらぼうのものではなくて、それぞれの歴史社会のあり方に対応する輪郭を持ったもの」であるはずである、として、一段階画定の考えの方が、憲法史・憲法思想史をふまえたものであると評価している。同上201頁。

なお、「一段階画定」「二段階画定」という用語は、内野正幸によっても用いられている。しかし、内野は、ある行為が、「憲法上の自由」に該当するののかについて、一定の限定をかける考え方を「二段階画定論」と呼び、限定をかけない考え方を「一段階画定論」と呼んでおり、この用語法は、樋口による用語法を裏返すものであるといえる。内野前掲注（11）323頁以下。

両者の用語法のうち、どちらの方が適切であるかを判断することは、本論文の目的を超えるものであるため、ここでは論じない。

³⁹⁵ Gervier, *supra* note 386.

³⁹⁶ *Ibid.*, p.41.

が分かる。人権宣言 11 条は、表現の自由を宣言する規定であるが、この規定で採用された表現方法は、「ある原則を表明し、それに対する制限を順に表明する」³⁹⁷というものではなかった。そこで採用された表現方法は、次のようなものであった。

思想および意見の自由な伝達は、人の最も貴重な権利のひとつである。すべての市民は、それゆえ、法律に定められる場合に自由の濫用についての責任を負うことを除いて、自由に話し、書き、出版することができる。

トロペールは、以上の条文の構成について、「自由な伝達は最も貴重な権利のひとつであるという、その基礎を説明するところから始まり、そしてそれに由来する原則の内容を定義するものである。この原則は、自由の濫用に対する責任を負うことを除いて、自由に話し、書き、出版することができるというものであり、〔ここにおいて、自由の濫用についての〕責任は、原則に対する外在的な制限とはなっておらず、その一部をなしている（括弧内は本論文筆者）。」³⁹⁸と分析する。トロペールいわく、人権宣言は自由と責任を結びつける一方で、その責任は法律によってのみ設けることができると宣言することによって、恣意的な検閲や許可制といった方法で自由が制限されることがないように安全網を張った³⁹⁹。

ジェルビエは、このような「内在理論」の考え方はフランスに深く根ざしており、このようなところから、「公序」が自由を定める規定を根拠にする、憲法院の説示が説明される、とする⁴⁰⁰。

「内在理論」をめぐる上記の分析は、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ように思われる⁴⁰¹。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

³⁹⁷ Michel Troper, « La loi Gayssot et la constitution », *Annales Histoire, Sciences sociales*, 1999, n°6, p. 1241.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ *Ibid.*, p.1242.

⁴⁰⁰ Gervier, *supra* note 386, p.41.

⁴⁰¹ Anne Levade, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003, pp.691-692.

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。すなわち、立法者がある自由について、一定の限界を定めるような立法をしたとしても、それは、その自由を実社会において行使可能な形にすることによって「実践」に移すものとして理解される傾向があるということである。

憲法院は実際、ある法律が憲法適合的であることを述べる際などに、ある自由を「問題にすること」と「実践すること」の区別を用いている。一例として、2010年に制定された「集团的暴力行為への対策と公役務従事者の保護を強化するための法律(Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public)」について、憲法適合性を審査した2010年2月25日の判決などがある⁴⁰²。同法は、人に対しての暴力行為あるいは器物破損を目的とした集団に、その目的を知らず参加していたことを刑罰の対象とする規定などを含んでおり、これについて、このような規定の必要性や罪刑法定主義との関係性のほか、集团的意見表明の自由を侵害するものではないのかが争われた。憲法院は、判決理由9において、次のように述べて、同法の規定が、集团的意見表明の自由を侵害するものではないことを示した。

十分に明瞭で正確な語句によって定義された、この軽罪(délit)は、罪刑法定主義に反するものではない。難解ではなく、曖昧でもない語句によって構成されるその構成要件は、それ自体として、思想や意見の集团的表現の権利を問題にする(mettre en cause)ものではない。(強調筆者)

このように、憲法院は、ある法律がある権利を侵害するものであるのか否かという問題を、ある法律がある権利の存在やあり方を「問題にするものであるか否か」という問題として表現している。そして、「問題にするものではない」から、同法の規定は集团的意見表明の自由を侵害するものではないと示している。このような言い回しからは、ある立法がある権利を制限するものであったとしても、それが権利を「問題とする」ものであるとは限らないし、もし当該法律が権利を「問題とする」ものであるとなれば、権利侵害の疑いが生じることとなる、という理解を見てとることができる。

この「公序」と自由の一体性についての検討は、第11章であらためて行うので、ここではひとまず34条の検討に戻りたい。

⁴⁰² Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010.

「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も、憲法院にとっての34条の意義がよりよく理解できる。たとえば、1965年7月2日の判決⁴⁰³では、「憲法37条によれば、『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⁴⁰⁴。

本論文での検討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、国家レベルの「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、自由が保護されることや、その要件などは、命令などではなく、法律によって決せられるべきであるという解釈をとっていることが確認できるであろう⁴⁰⁵。

⁴⁰³ Décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965.

⁴⁰⁴ 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。

⁴⁰⁵ なお、ジュリエット・ガテ（Jeliette Gaté）とマリー-ロール・ゲリー（Maire-Laure Gély）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'Assemblée 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。（ちなみに、1958年から1970年の間には、600頁前後しかなかった。）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。ガテとゲリーいわく、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、「立法の領域の拡大は、行政規則の領域（champ réglementaire）の縮小を必然的に導くものである」。Lucaire et al, *supra* note 375, p.886.

一方、2020年のcovid-19の蔓延下において、公衆衛生の維持を目的とした緊急の対応のほとんどは、政令の方式でなされており、こうした緊急事態においては、ガテとゲリーの指摘は必ずしも当てはまらないと思われる。

以上をまとめると、憲法院は次のような自由観を基礎として、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。そして、自由の具体的な範囲や内容の画定は、法律によってなされるべきである。ここから、「公的自由」の保障を立法者の責務として定めた憲法 34 条が「公序」の根拠規定となるという論理が導かれるのである。

9. 2 「憲法的価値を有する目的」としての「公序」

ここまで見てきたとおり、憲法院は、「公序」の解釈・定義は、なによりもまず、立法者の責務であると解釈している⁴⁰⁶。このことは、憲法院が、「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」に与えていることにも深く関連する。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するからである。以下では、憲法院による「公序」の解釈について、よりよく理解するため、この「憲法的価値を有する目的」という概念について分析する。まず、「憲法的価値を有する目的」とはどのような内容をもつ概念であるのかを分析し(9. 2. 1)、つづいてその機能を検討する(9. 2. 2)。

9. 2. 1 「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、先に検討した通り、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(intelligibilité)と接近可能性(accessibilité)、住宅の多様性などで

⁴⁰⁶ 第 2 部で検討した通り、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いえない。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。

ある⁴⁰⁷。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り、根拠規定なしに、概念自体が創造されたものではない。

憲法院は、法律の憲法適合性を審査する権限を自らに与えたとされる1971年判決⁴⁰⁸以降、「立法は憲法に合致する限りで、一般意思の表明となる」という前提をとっている。アンヌ・ルヴァード (Anne Levaude)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⁴⁰⁹。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。端的に言って、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、憲法レベ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⁴¹⁰。たとえば、フランソワ・リュシェールは、「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、

⁴⁰⁷ 「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。

⁴⁰⁸ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

⁴⁰⁹ Levaude, *supra* note 401, pp. 700-702.

⁴¹⁰ 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：2020年12月30日。

制限することを正当化しているのである」⁴¹¹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、立法に対して何らかの制限をかけるための法規範ではなく、立法を正当化するためのレトリックにすぎないと理解しているのである。

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。「憲法的価値を有する目的」の内容は多岐にわたり、たしかに、一見その間に何らの共通性も見いだせないようにも思われるが、ドゥモンタリヴェによれば、そのような印象とは異なり、「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の条件 (conditions d'effectivité des droits et libertés constitutionnels) を構成」し、「自由の正確な射程を定めることに寄与する」⁴¹²ものという性質を共有している。そして、そのことは、「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から明らかになるのである。

ドゥモンタリヴェの主張を検証してみよう。「憲法的価値を有する目的」には、先に列挙したとおり、報道に関わる企業における経営の透明性や、法律の理解可能性と接近可能性、他者の自由の尊重などが含まれる。

たとえば、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」⁴¹³と表現している。また、法律の理解可能性と接近可能性について、1999年12月16日判決の判決理由13は、人権宣言によって規定される『『権利の保障』は、市民が、彼らに適用される規範について、自らのものとして十分に理解しないとすれば、実効的なものとはならないであろう」⁴¹⁴と述べて、法律が市民にとって理解可能であることと接近可能であることは、憲法上の権利の保障にとって必要であることを述べた。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。「公序」についても、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」と繰り返し表現されている。

このように、確かに、憲法院は、自由を保護する性質をもつと説明しうるものについて、「憲法的価値を有する目的」という表現を使用しているのであり、社会に存在するあらゆる利益を、その性質を問わずに、「憲法的価値を有する目的」に包含しているわけではないのだと考えられる。

⁴¹¹ Luchaire, *supra* note 407, p. 678.

⁴¹² De Montalivet, *supra* note 410.

⁴¹³ Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986.

⁴¹⁴ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

加えて、ある概念を「憲法的価値を有する目的」と認めるとき、憲法院は、その概念が一定以上具体的なものであることを要求するという指摘もある⁴¹⁵。フランスにおいて、国家が目指すべき究極の目的、すなわち、国家の存在理由（raison d'être）は、「一般利益」の達成にあるとされている。すなわち、あらゆる国家の活動は、究極的には、一般利益の達成に寄与するものであるか否かによって正当化されるかどうか決定される⁴¹⁶。しかしながら、憲法院は、この一般利益そのものには「憲法的価値を有する目的」という位置づけを与えてはおらず⁴¹⁷、一般利益に含まれる「公序」や住宅の多様性などの、より具体的な目的についてのみ、「憲法的価値を有する目的」という位置づけを与えている。ここから、憲法院は、立法を正当化する概念であれば、なんでも「憲法的価値」を与えているわけではないことがわかる。

一方で、「憲法的価値を有する目的」が、総体的な観点からは、諸個人の自由を保護するものであったとしても、やはり、ある個人が今まさにしようとしている自由の具体的な行使については、立法による制約を正当化していることもまた事実である。たとえば、保健行政のために一定の食品や薬品の販売に制限をかけるような法律をつくった場合、それらを守る、買うといった個人の活動は制約を受けているのであり、そのような具体的な自由の制約が、「憲法的価値を有する目的」という概念によって正当化されることとなる。そのような意味で、リュシェールによる指摘もまた当たっていると考えるべきであろう。

このように考えてみると、ドゥモンタリヴェとリュシェールによる指摘は、どちらも問題の一面を正確に捉えている部分がある。つまり、「憲法的価値を有する目的」に含まれる諸概念と自由とは、単純な一面的関わり合いをもつものではなく、複雑で多面的な関わりをもつものであるといえる。

このことは、本論文の第1部で検討したような、「公序」とマニフェスタシオンの自由との関わり合いを考えてみてもわかる。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⁴¹⁸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

⁴¹⁵ Noëlle Lenoir, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », Colloque du vendredi 6 octobre 2006, 憲法院サイト <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/l-interet-general-norme-constitutionnelle> より閲覧可能。最終閲覧日：2020年11月6日。

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995.

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。ここでは、所持品検査などをされずに、好きなものを好きな所へ持ち込むという自由の行使は制約されている。しかしながら、その制約によって、マニフェスタシオンの自由と安全とを双方ともに保護することが目指されているのであり、そして、安全は、社会に存在するあらゆる人々の生活の前提となっているものであるから、諸個人の自由の保護のために必要なものであるとも考えられる。

このような「憲法的価値を有する目的」と自由との関係性について、小林真紀は、次のように指摘している。小林によれば、「『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」ない。なぜなら、「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ベ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からである⁴¹⁹。

「公序」によって制約されるのではなく、むしろ保護されると考えられる自由は、どのような性質をもつものであるかについては、第11章において検討することとし、ここでは、ひとまず、「憲法的価値を有する目的」についての検討を続けることとしたい。

9. 2. 2 「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⁴²⁰。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

⁴¹⁹ 小林前掲注(221)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。

⁴²⁰ ドゥモンタリヴェのこのような考察の背景には、ポルタリスによって提唱された「法律は、許可し、命じ、禁止する (la loi permet, ordonne ou interdit)」という定式が存在

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⁴²¹に見られる。同判決は、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」⁴²²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⁴²³。

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ないし接近可能性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接近可能性を欠いていることは、選挙制度の公正さに反するとし、違憲であると判断した。2005年4月21日判決⁴²⁴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

がある。Pierre de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, p.330.

⁴²¹ Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003.

⁴²² Loi n° 2003-697 du 30 juillet 2003 portant réforme de l'élection des sénateurs.

⁴²³ 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。

⁴²⁴ 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。

能性ないし接近可能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のである。それは、たとえば、1995年1月19日判決⁴²⁵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⁴²⁶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といえる。

同様の説明が見られるのが、1986年7月29日判決⁴²⁷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日オー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

⁴²⁵ Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995.

⁴²⁶ Loi n° 95-74 du 21 janvier 1995 relative à la diversité de l'habitat.

⁴²⁷ Décision n° 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。

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剥奪するものである。

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⁴²⁸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⁴²⁹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

⁴²⁸ 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(369)および、清田雄治「フランスにおける独立行政機関(les autorités administratives indépendantes)」の憲法上の位置」立命館法学第 321・322 号(2008)1471 頁以下参照。

⁴²⁹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

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、CNCL への義務づけをなしていることから、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。このように、憲法院は、法律が CNCL の活動について、明確な統制を置くことを要請している。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、純粹に、「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、第1部において検討したように、「公序」という目的と公道におけるマニフェスタシオンの自由をめぐる2019年4月4日判決⁴³⁰が、一例として挙げられる。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⁴³¹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。

このように、「憲法的価値を有する目的」は、立法者に対して、その目的の達成に反する立法を禁止し、その保護のために積極的に取り組むことを義務とし、その達成のために憲法上保護される自由との間での調整をなすことを許可するものである、ということができる。

9.3 小括

第9章の議論をまとめよう。まず、憲法院が「公序」を自由の保護と一体のものと捉え、そこから、「公序」の根拠規定として憲法34条を選択し、「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

⁴³⁰ Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019.

⁴³¹ Loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.

けを行うものとしたことを確認した。すなわち、憲法院は、立法者に対して、「公序」に反す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。

第10章では、このように上記のように解釈される「公序」について、憲法院は、どのように統制を及ぼしているのかを検討する。

第10章 「公序」をめぐる審査についての検討

ここでは、憲法院が、「公序」という概念が関係する法律の憲法適合性について、どのような審査を行っているのかを検討する。

まず、検討の前提として、憲法院によってなされる審査手法の一般的な傾向について確認する(10. 1)。つづいて、そのような一般的な傾向が、「公序」に関する法律に対する審査についても当てはまるのか否かを検討し(10. 2)、そこで確認された「公序」をめぐる審査の手法について、近年変化の兆しが見られつつも、憲法院の態度に大きな変化を見ることはできないことを確認する(10. 3)。最後に、2010年に制定された、いわゆる「ブルカ禁止法」を題材として、憲法院による審査をより具体的に検討し、憲法院が立法者の判断を尊重する傾向を示していることを確認する(10. 4)。

10. 1 憲法院による法律審査の手法の一般的傾向について

ここでは、憲法院によってなされる法律の憲法適合性審査の一般的な傾向について検討、整理を試みる。

2002年の段階で、憲法院による審査の手法は、「二重の基準論や審査基準論といった形で政治部門との関係を定型化して客観化しようとする判断手法を生み出すまでには至っていない」⁴³²との評価を受けている。一方で、「そうした未分化な判決手法のなかで、『解釈留保』と『明白な過誤の法理』がまとまった手法としてよく取り上げられるものである」⁴³³とも説明されている。「解釈留保」とは、ある法律について、これこれの条件のもとでは合憲である、と判断することによって、法律の解釈方法に制限をかける方法であり、いまひとつの「明白な過誤の法理」とは、立法府がその権限を行使するにあたって、なんらかの明白な過誤を犯すことがなかったのかを判断するものである⁴³⁴。

⁴³² 今成源成＝蛭原健介「憲法院の審査機能と判断手法」フランス憲法判例研究会『フランスの憲法判例』(信山社、2002) 369頁。

⁴³³ 同上。

⁴³⁴ 一般に、この「明白な過誤の法理」は、比例原則の適用の一形態であり、かつ、比例原則の適用の中でも最も合憲判断を導きやすい審査基準であると考えることができよう。しかしながら、フランス憲法院は、Décision n° 85-196DC du 8 août 1985の判決に見られるように、この審査基準を使用することによって、むしろ自らの解釈裁量を拡大し、違憲の判断を導くなどしている。憲法院によるこのような「明白な過誤の法理」の使用によって、「合憲性のお墨付きを与えるだけの形式的な審査に過ぎない」という評価は逆転し、この法理は、〔……〕曖昧な推論に基づいて裁判官の判断を国会の判断に取って代える裁判

憲法院の審査手法を体系だって説明することが困難である、という状況は、現在に至ってもあまり変化していないと思われるが、近年、ある法律が、その法律の目的に対して「適合的で、必要で、比例的」であるか否かを問うという、トリプルテスト（triple test）の表現を導入していることは指摘されるべきだろう⁴³⁵。しかしながら、憲法院がその判決文においてトリプルテストの表現を使用しているとはいえ、その審査を実質的に行っていると評価できるのかどうかは、慎重な検討を要する問題である。実際、フランスの学説においては、憲法院は、トリプルテストを本格的に導入しているわけではない、という評価が有力なように見受けられる。

たとえば、リタ・ブスタ（Rhita Bousta）は、憲法院は、トリプルテストの表現こそ導入しているものの、そこで実際になされている審査は、権利の制約に対しての手続的保障（les garanties procédurales）が用意されているのか否かというものであることを指摘している⁴³⁶。まず、憲法院は、立法者がある法律を制定することによって達成しようとする目的を審査することについて、消極的な態度を示しているのであるが、ブスタは、その理由を、ドイツ基本法とフランス憲法との権利規定のあり方の違いに求めている。

周知のとおり、ドイツは比例審査の母国なのであるが、ブスタは、ドイツにおいて比例審査の考え方が形成・発展していったのは、基本法の規定のあり方によるのだとする。ドイツの基本法 19 条 2 項は、「基本権は、いかなる場合であっても、その本質的内容において侵害されてはならない」⁴³⁷と規定する。ブスタによれば、基本法のこの規定は、「一般的、絶対的な規定とはほど遠いものであり、ここでは、法律による権利や自由の制約は、自由と制限、そしてとりわけ制約への制限という観点から理解され」、それゆえ、「立法者の目的は、比例審査の観点から統制を受けることとなる」⁴³⁸。

一方、フランスにおいては、立法者の権限は、憲法 34 条の規定によって、一般的に

官統治をもたらす危険な法理だといった正反対の評価を受けることになる。明白な過誤の法理は、こうした両義性を有している」（括弧内は本論文筆者）という指摘がなされるに至っている。今関源成「明白な過誤の法理—『ニューカレドニアの制度変更に関する法律』判決」フランス憲法判例研究会『フランスの憲法判例』（信山社、2002）426 頁。

⁴³⁵ このトリプルテストが、従来フランスの行政裁判所において用いられてきた比例性の審査とは区別されるものであることは、第 2 部で論じた通りである。

⁴³⁶ Rhita Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *Revue française de droit administratif*, 2001/4, n° 88, pp.913 et s.

⁴³⁷ 高橋和之『世界憲法集 第二版』（岩波文庫、2012）182 頁。

⁴³⁸ Bousta, *supra* note 436, p. 918.

規定されているのみであって、ドイツ基本法のような立法者の権限への制限規定を欠如しているということが、フランスにおいて憲法院が比例審査を積極的に行っていないひとつの要因になっているのだとブスタは指摘する⁴³⁹。そして、実際に憲法院が行っている審査は、ある権利が制約される際に行政裁判所あるいは司法裁判所による審査の機会が存在するような法規定になっているのか、あるいは、一度権利が制約されたとしても、それを回復するような手続きが定められているのかを問うものである⁴⁴⁰。

ブスタは、上記のような自身の分析を論証するために、多くの判例を用いているが、ここではすべてを紹介することはせず、ブスタによって指摘されている特徴が顕著に表れているものとして、2003年11月20日の判決⁴⁴¹を紹介することとする。

この判決は、「移民管理、外国人の入国、国籍に関する法律（Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité）」に関するものである⁴⁴²。この法律には、外国人を行政的な措置として一時的に勾留する場合に、それ

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 919.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003. なお、同判決の判決理由 23 において、憲法院は、付託された法律の目的が不法移民への対策にあるとして、このような目的は、「公序の維持」に含まれる、とした。ニコラ・フェラン(Nicolas Ferran)によれば、憲法院は、同判決において初めて、不法移民の存在そのものと「公序」を明示的に結びつけた。憲法院は、それまでも、不法移民への対策を「公序」と結びつけて論じることはあったものの、それは、不法移民の存在そのものが「公序」への侵害となるというよりも、管理されていない者の存在によって、結果的に「公序」が侵害される可能性があり、その場合には行政警察による統制が正当化される、という様にも解釈できる論理であった。一方、2003年判決では、明確に、不法移民がフランスに入国し、往来しているということ自体が、法の観点からすれば「望まない(non désirée)」事態であり、「公序」への侵害を構成するということが示されたのである。このような判示について、フェランは、これまで、解釈が欠如していた部分を補うものであった、と評価しており、必ずしも否定的に捉えているわけではないようである。Nicolas Ferran, « La politique de maîtrise de flux migratoires et le respect des droits et libertés constitutionnels », *Revue du droit public*, n° 1, 2004, pp.278-279.

しかしながら、本論文筆者としては、法を遵守しないことや法的な手続に従わないことそれ自体が、「公序」への侵害を構成する、という論理があまりに行き過ぎてしまうと、本論文で論じているような、公権力の発動に限定をつけるという「公序」の機能を後退させることとなるように思われる。この点については、今後もフランス国内における動きを注視する必要があるであろう。

⁴⁴² 同法案が提出された経緯などについては、Laurent Domingo, « Note sous décision n° 2003-484 DC », *Revue française de droit constitutionnel*, janvier-mars 2004, n° 57, p. 96-113 を参照。

以前は、最長で12日間であった期間を、最長22日間の勾留⁴⁴³が可能となるように、期間を延長する規定が含まれていたため、その措置の比例性が争われたのであるが、これについて、憲法院は、判決理由64から65にかけて、次のように述べて、これを正当化した。

第一に、この規定は、48時間を超える外国人の勾留についての、司法機関による審査に変更を与えるものではない。〔……〕第二に、この期間の延長は、外国人に対してフランス領土からの退去を強制する行政の決定に対して、異議申立てをする権利に影響を与えるものではない。(括弧内筆者)

このように、勾留期間の延長を定める法律の合憲性について、その期間の延長そのものが、権利や自由を侵害するものでないのか、ということについての審査をするのではなく、期間の延長について、司法機関による介入の機会があること、異議申立ての機会があることを根拠として、勾留期間の延長を定める法律を正当化したのである⁴⁴⁴。

ヴァレリー・グゼル＝ルビアン(Valérie Goesel-le bihan)は、ブスタとは異なった視点から、憲法院が比例審査を積極的に導入していない理由を検討している。グゼル＝ルビアンによれば、比例審査には事実評価という要素が必然的に含まれており、それゆえに、比例審査はフランスの裁判官にとっての「タブー」である、事実と法の区別を侵すものであるとの懸念が根強い⁴⁴⁵。この事実と法の区別と、事実評価の「タブー」化について、グゼル＝ルビアン自身は詳細に説明していないため、ここでは、小島慎司による説明に依りながら、このことについてもう少し検討してみたい。

フランスにおいては、最も古典的には、第2部で検討したとおり、バンジャマン判決

⁴⁴³ 勾留が22日間まで延長されるのは、対象者の国の領事館による渡航書類の発行が遅れている、渡航のための手段がないなどの場合である。なお、ごく例外的な状況ではあるが、緊急的な事態あるいは、公序に対して特に重大な危険が予測される場合には、32日間の勾留が認められる場合もある。*Ibid.*, p.108.

⁴⁴⁴ 憲法院は、1993年の判決において、すでに、立法者は、勾留の延長について司法機関が介入する可能性を奪うことはできない、と示しており、2003年の判決は、こうした憲法院の基本的姿勢を変更することなく引き継いだものであると考えることができる。

Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. なお、この判決も、「移民管理、外国人の入国、国籍に関する法律(Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité)」に関するものである。

⁴⁴⁵ Valérie Goesel-Le bihan, « Le contrôle exercé par le conseil constitutionnel : défense et illusion d'une théorie générale », *Revue française de droit constitutionnel*, 2001/1 n°45, p.78.

などの行政裁判所判例において、比例性の審査が導入されてきた。小島は、フランスの学説上、このような比例性の審査は、その審査の内実が、ある事実がある法的概念に当てはまるか否かという法的な審査とは、性質を異にするものとして理解されていることを紹介する⁴⁴⁶。

小島が、フランスの学説を紹介しつつ指摘するところによれば、フランスにおいては、比例性の審査は、「法的性質決定に対する審査の例ではない」⁴⁴⁷とされている。フランスにおいて、伝統的には、生の事実については裁判官の審査は及ばず、行政に裁量が認められる領域であった。そして、バンジャマン判決でなされた審査というものは、比例性の審査の一要素となる将来において予測される騒擾の程度を、「公序」という法的概念の解釈とは切り離して、生の事実の問題として審査するものであったと考えられている。小島は、このように学説を整理して、フランスにおける「比例原則の原型は、事実の評価（認定）という法規範の当てはめとは異質な行政の判断について裁判官が審査を及ぼすテクニックであった」⁴⁴⁸ののだとしている。

このことを、筆者なりにもう少しみ砕いて説明してみたい。たとえば、ある集会を開催しようとする者がいるが、その集会の内容に反対する者たちによる暴動が起きる可能性があるため、警察はその集会を禁止することができるかどうか、というバンジャマン事件のような事例を想定してみよう。このとき、警察行政は、まず、どの程度の暴動が起き、その暴動によってどのような被害が出るかが予測されるかという生の事実の認定を行う。そして、そのような生の事実の束あるいは連なりが、警察行政の介入を正当化する「公序」という法概念に当てはまる事象であるのかどうかを認定する。このように、ある活動について警察行政が介入するとき、そこでなされている評価は二段階に分けて考えることができる。小島の説明によれば、元来、行政裁判所が審査の対象とすることができるのは、この後者の部分についてであり、前者の部分については、警察などの行政機関の側に裁量があるとされていたのである。

第2部で検討したとおり、行政裁判所がその職務のひとつとして審査することができるのは、問題となっている行政活動が、適法なものであるかどうか限定されている。そして、法律上、「公序」の侵害があると認定された場合には、一般行政警察の活動が正当化され、むしろ要求されることが定められている。このような状況において、一切の事実認定について行政裁判所は介入できないということになってしまうと、行政機関

⁴⁴⁶ 小島慎司「比例原則：フランスの場合」上智法学論集第56巻第2・3号（2012）71-79頁。

⁴⁴⁷ 同上 75頁。

⁴⁴⁸ 同上。

によってすでに高く見積もられた危険について、それでもなおそのような危険が「公序」には当たらないことを認定しなければ、当該警察活動を違法であるとは言えないことになってしまう。しかしながら、そうなることは、裁判所が警察活動を審査し、統制することはほとんど不可能になってしまうだろう。それゆえ、ある警察行政活動が違法であると判断するためには、警察行政活動がその介入の基礎とした事実認定そのものに誤りがあり、「公序」の侵害があるとはいえないような事実について、「公序」の侵害を認め、介入をしたのだという論理をとる必要があることになる。そのような意味で、バンジャマン事件などに示された比例性の考え方は、裁判所自身がある事実への評価をし、それとの関係で警察の介入が正当化されるのかを検討するという論理を導入したものであるといえ、その点で画期的なものだったのである。

このような小島の説明からは、ひとまず、フランスにおいては、元来、裁判官の役割は事実の評価には及ばないのだという大前提が存在していたこと、そして、比例性の審査は、そうした前提を打破し、事実評価をも裁判官の審査対象とするところに大きな意義があるものであったことがわかる。

グゼル＝ルビアンの説明に戻ろう。グゼル＝ルビアンによれば、裁判官が事実評価に踏み込むことの基本的な抵抗感やそれに伴う比例審査への慎重な態度は、憲法院判事においては顕著に表れることとなる。それは、本来は立法者が自らの職分としてなした立法事実の認定や評価を破壊してしまうことにつながるからである⁴⁴⁹。

実際、憲法院は、自らが果たす役割が、立法者のそれにとって代わってしまうことへの抵抗感を、判決の中で繰り返し明示してきた⁴⁵⁰。たとえば、1975年1月15日判決⁴⁵¹の判決理由1では、次のように示されている。

憲法61条⁴⁵²は、憲法院に対して、議会と同じように一般的な評価や判断をするような権限を与えてはいない。憲法はただ、憲法院に対して、付託された法律についての憲法適合性について、意見を表明する権限を与えたにすぎない。

このように、憲法院は、立法者によってなされた事実についての具体的な判断につい

⁴⁴⁹ Goesel Le-bihan, *supra* note 445, p.79.

⁴⁵⁰ 本文で紹介した1975年判決のほか、Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 や、Décision n° 84-176 DC du 25 juillet 1984 においても、同様の文言が示されている。

⁴⁵¹ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

⁴⁵² 憲法61条は、憲法院に対して、法律の憲法適合性審査の権限をあたえている条文である。

て、実質的な判断を控える傾向があるのである⁴⁵³。

以上を総合して考えてみると、憲法院は、立法事実についての何らかの評価を伴うところから、比例審査を導入することについて慎重な態度を示しており、そして、個別的な権利の制約についての審査としては、司法裁判所や行政裁判所による判断が介在する機会があるかどうかということを検討しているといえる。言い換えれば、これは、立法者による権利の制約の程度の問題そのものではなく、実際の具体的な適用事例において、過度な権利制約がなされないような運用や適用がなされていくことを期待している態度なのだといえるのではないだろうか。

なお、フランスでは 2008 年より、合憲性優先問題(QPC)の制度が導入されており、これによって、 CONSEIL D'ÉTAT もしくは破毀院の所轄下にある裁判所は、必要と判断した場合には、法律が施行された後でも、合憲性の問題を憲法院に対して提起することができる⁴⁵⁴。

そうすると、個人の権利制約について、裁判所の判断が介在するような手続になっているのか否かということは、憲法院にとって次のような意義を持っていると考えられる。たとえば、行政機関による判断のみで個人の権利を制約できるような法制度などのように、司法裁判所や行政裁判所による判断が介在せずに、個人の権利が制約されてしまうような場合には、実質的には、法律それ自体の施行によって終局的な権利制約がなされることとなるため、憲法院も密度の高い審査を要求されるようになる。一方で、個人の権利を制約するべきか否かの判断について、裁判所の判断が介在するような手続が定められている場合には、裁判所が具体的な事例との関係で権利制約を再検討するか、あるいは、必要な場合には法律の規定そのものについて QPC を提起することが可能になるため、法律そのものの内容について事前に抽象的な審査を行わずとも、将来において法律内容が是正されていく機会があるということになるのであろう。

10. 2 「公序」と自由の調整について

前述のとおり、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、という定式を導出した⁴⁵⁵。

⁴⁵³ Luchaire, *supra* note.155, p.592.

⁴⁵⁴ QPC の制度内容については、ベルトラン・マチュー著、植野妙実子＝兼頭ゆみ子訳『フランスの事後的違憲審査制』（日本評論社、2015）に詳しい。

⁴⁵⁵ 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

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（強調筆者）」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。

立法者が立法の目的として設定している「公序」が、自由の行使の保護のために必要な範囲に限定される、というこの表現を一見すると、「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審査がなされることが予想されるように思われる。一方で、憲法院が、全体的な傾向として、比例審査を全面的に展開することについて慎重な態度をとっていることはすでに確認した通りである。「公序」の問題が関わった場合は、その例外となるだろうか。

この点につき、ジェルビエは、「公序」が関わった場合も例外ではなく、むしろ、「公序」については、審査が特に限定的なものになるという分析を提示している⁴⁵⁶。ジェルビエによれば、対象の法律が「公序」の名の下につくられている場合、特に、トリプルテストの各要素についての審査が丁寧になされているとは言いがたく、その審査密度は非常に低いものにとどまっている。以下は、ジェルビエの説明に従って、このような限定された審査の内容を概観してみたい。

まず、手段の適合性についての審査は、目的の重要性からして、ある事象について立法が何らかの規定を置くこと自体が正当化されるのか、という審査に縮減されている。すなわち、いま立法が掲げている「公序」の維持という目的の重要性を確認し、それゆえに、立法が何らかの自由を制約すること自体が正当化されることを確認するにとどまり、立法者によって選択された具体的な手段が、「公序」の保護という目的に対して特別に適合的なものであるかが判断されているわけではない。

第二に、手段の必要性についての審査は、問題となっている立法が、「公序」という目的のために必要なものであるという理由が詳細には説明されず、また、立法者によって選択された手段よりも、より制限的でない手段が存在するか否かなどは検討されない。

第三に、狭義の比例性についての審査は、追求される目的の重要性と、それに対する権利制約の度合いを比べるものではなく、目的を達成するために必要な権利の制約について、手続的保障がなされていることを確認するものとなっている。すなわち、実際に

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 410.

⁴⁵⁶ Gervier, *supra* note 386, pp. 180-196.

権利が制約される具体的な場面については司法裁判所や行政裁判所の判断が介在する機会が定められていることから、不必要な制約はなされないという結論を導くことが多い。

ジェルビエによれば、このようにトリプルテストの各要素について、憲法院が積極的に審査していないということは、2004年3月2日の「犯罪行為の変化への司法適応に関する法律(Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité)」の憲法適合性をめぐる判決⁴⁵⁷を見ると、よく確認できる。この判決においては、問題となっていた法律のうち、組織だって企てられた犯罪に対して、より効果的に対応するために、保護観察期間の延長や家宅捜査の条件を緩和する規定の部分が、住居不可侵などの個人的自由を侵害するのではないかということが最大の争点となった。

まず、適合性について見てみよう。これについて、憲法院は、単に「立法者が規定を定めた、対象となる犯罪は、十分に重大で複雑なものである」ことを確認し⁴⁵⁸、同法の該当部分に対する違憲の主張を斥けた。すなわち、対象となる重大犯罪の発生を抑止する、あるいは、対象の犯罪が起きた場合の捜査の効率化するという、目的の重要性を確認したにとどまる。

次に、必要性については、判決全体を通して、より制限的でない手法が存在するかなどは審査されず、同法が対象としている犯罪が、重大なものであることや、それについての捜査が国家にとって非常に重要な任務であることが強調されて、違憲の主張を斥けた。

最後に、狭義の比例性について、家宅捜査などの許可が司法裁判所によって発されること、それゆえに、家宅捜査などをするためには、証拠調べや住所の特定の必要性などの明確な理由があることが必要であることなどを確認し、立法者は、住居の不可侵などについて正当化できない侵害を与えるものではない、と判断した⁴⁵⁹。

以上が、「公序」に関する立法についての憲法院の審査の内実や密度をめぐる、ジェルビエの評価をまとめたものである。

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、それがゆえに、「公序」という目的の根拠規定として、自由の保護を法律事項として定めた憲法34条が選択されたのである。この論理によれば、「公序」の保護は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、という定式は、「公序」

⁴⁵⁷ Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004.

⁴⁵⁸ Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 19.

⁴⁵⁹ Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 46-47.

と「自由」を対立構造において衡量しようとするものとはいいがたい⁴⁶⁰。

この点について、ルネ・セーヴ（René Sève）は、憲法院が「公序」が関わる法律について及ぼす審査においては、「公序」という概念の解釈が中心的な役割を占めていると指摘する⁴⁶¹。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⁴⁶²。10. 1における、比例性審査の性格についての検討と合わせて考えると、これは、国内における具体的な立法事実を認定し、それに対応する立法目的を設定するということは、あくまで立法者自身の責務であるとしつつ、そこで設定された目的が「公序」という法概念に当てはまるものであるかどうかを審査する態度なのだと考えられる。

たしかに、憲法院は、立法者が「公序」と主張するものが、「公序」と呼ぶべきものなのか否かの検討、すなわち法概念としての「公序」の解釈から、判決の結論を導く場合も少なくない。

たとえば後述するブルカ禁止法をめぐることは、まさに、ブルカ禁止法が「公序」を基礎としうるか、という点が最大の争点となっており、立法者が主張するものが「公序」

⁴⁶⁰ 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。

⁴⁶¹ René Sève, « La mesure de l'ordre public », *L'ordre public*, DALLOZ, 2015, p. xi. 強調は本論文筆者。

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 », *Actualité juridique droit administratif*, 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る。フランス国内においても、学説は大きく二分されている。憲法院による比例性審査に関する研究として、他に、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-contrôle-de-proportionnalité-exercé-par-le-Conseil-constitutionnel-technique-de-protection-des-libertés-publiques-456.html> 最終閲覧日：2021年1月6日 など。

⁴⁶² Sève, *Ibid.*

と呼べるのであれば合憲、呼べないのであれば違憲、といっても過言ではないような状態であった。そして、同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いいがたく、立法者が主張する「公序」は、憲法院による「公序」の解釈と整合的なものといえるかを審査している、といえる⁴⁶³。

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制を置くことについて判示した前述の 1986 年判決⁴⁶⁴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。曾我部真裕は、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⁴⁶⁵。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 条の大胆な解釈をしてまで、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いいがたく、それ自体自由を保護するものであると憲法院が考えている「公序」の要請を、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⁴⁶⁶。

⁴⁶³ 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。

⁴⁶⁴ Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.

⁴⁶⁵ 曾我部前掲注（367）141 頁。

⁴⁶⁶ この点、ルイ・ファヴォールは、第 1 部で確認した 1995 年判決に関する評釈の中で、「公序」に関する循環構造が存在してしまっていることを指摘している。すなわち、「公

10. 3 若干の変化の兆し 2020年8月7日判決

一方で、このような憲法院の比例審査に対する慎重な態度は、このほど、若干の変化の兆しを見せていることも指摘しておくべきであろう。2020年8月7日、憲法院は、テロ行為によって刑罰の対象となった者に対する刑期終了後の保安措置(*mesure de sûreté*)⁴⁶⁷を定めた法律 (Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine) の規定のうち、その中心部分をなす第1条、第2条、第4条について、憲法違反の判断を出した⁴⁶⁸。第2条と第4条は、第1条の内容の適用方法に関わる規定であったため、第1条が違憲という判断を受けたことに伴って、違憲であるとの宣言がなされたものである。それゆえ、同判決の中心的な争点は、第1条の内容が、憲法適合的なものであるといえるか否かであった。

同法第1条は、刑事手続法に「テロ行為を行った者に適用されうる保安措置(*Mesures de sûreté applicables aux auteurs d'infraction terroristes*)」という節を新たに挿入するものであり、その内容は、刑法421-1条以下に規定される「テロ犯罪(*infraction terroriste*)」を行ったとして有罪判決を受け、5年以上の権利剥奪刑⁴⁶⁹の対象となった者あるいは累犯によって3年以上の権利剥奪刑の対象となった者であり、かつ、その信念などによってテロ行為を再び行う危険性が特に高い者について、同法が定める保安措置の対象とする、というものであった。同法が定める保安措置の内容は、決められた居住地に住まうことの義務づけ、警察への定期的な出頭の義務づけと電子データによる監視⁴⁷⁰などである。

序」という概念を、権利を保護するものとして理解し、そして、憲法院の保護の対象もまた権利であることによって、憲法院は、もはや、自由の要請と「公序」の要請との間の調整を考える必要さえないということになってしまった、というのである。このようなファヴォールの指摘は、本論文における筆者の分析と重なる部分があるように思われる。Louis Favoreu, « Note sous décision n° 94-352 DC », *Revue française de droit constitutionnel*, avril-juin 1995, n° 22, p. 365.

⁴⁶⁷ 山口俊夫『フランス法辞典』(東京大学出版、2002)によれば、「保安措置(*mesure de sûreté*)」とは、刑罰を補完するためのものとして、将来において犯される恐れのある犯罪を予防するために課せられる社会的防衛の措置であり、刑罰に対する副次的なものとして、両者は併科されうる。その一般的な内容は、滞在禁止、免許取消、施設内収容、一定の就業禁止などである。

⁴⁶⁸ Décision n°2020-805 DC du 7 août 2020.

⁴⁶⁹ 権利剥奪刑(*peine privative de liberté*)とは、短期の拘禁刑に代えて、運転免許の停止や、車両や武器の没収などの、一定の権利または活動の一定期間の禁止をもって刑罰とする制度である。山口前掲注(467)参照。

⁴⁷⁰ 報道記事によれば、この監視は、電子ブレスレットの着用を義務づけることを想定していたものであった。 *Le Monde*, 07 août 2020.

この1条の規定について、それぞれ、元老院議員からは、個人の往来の自由や私的生活の自由の尊重に対して、不適合で、不必要で、比例していない侵害をなすものであることが主張され⁴⁷¹、国民議会議員からは、個人の危険性について恣意的な判断がなされる可能性によって罪刑法定主義に違反している可能性があることが指摘され⁴⁷²、憲法院に対して同法の憲法適合性審査が付託されることとなった。

これに対して、憲法院は、まず、保安措置そのものは刑罰とは異なる性質をもつものであると理解されるものであるものの、1789年人権宣言の2条、4条、9条に定められている様に、必要な程度を超えて個人の自由を制約されることは許されないという点では刑罰と同様であり、そうした意味で、「公序」への侵害の予防と、憲法上保護される権利や自由との調和を図るのは立法者の責務であることを確認した（判決理由10）。

次に、テロ行為への対策をするという目的は、「公序」の侵害を予防するという憲法の価値を有する目的であるということを確認した（判決理由11）。

ここまでの説示は、本論文でもすでに何度か確認しているものと同趣旨であり、特に特筆すべきところがあるわけではない。注目すべきであるのは、判決理由14において、次のように述べた部分である。

客観的な要素によって評価される、テロ行為者の際だった危険性に関連して、そのような行為を繰り返すことを予防するために保安措置を講ずることは、立法者の裁量に属することであるとしても、それは、憲法上保護される権利や自由に対してより制限的でない方法では、その行為の予防のために不十分であり、かつ、その施行条件や期間が、追求される目的に対して適合的であり、比例的である場合に限られる。この要請の尊重は、その者がすでに刑期を終えていればこそ、なお一層強く要求される。（強調筆者）

このように述べた憲法院は、つづく段落で保安措置の内容を具体的に確認し、同法が非常に多岐にわたって、対象者に義務づけや禁止を設けていることや、そのような措置が最長で10年にも及ぶ場合があることを指摘して（判決理由15-19）、それゆえに、

⁴⁷¹ 憲法院サイト https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020805dc/2020805dc_saisinesen.pdf より閲覧可能。最終閲覧日：2021年1月2日。

⁴⁷² 憲法院サイト https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020805dc/2020805dc_saisinedep.pdf より閲覧可能。最終閲覧日：2021年1月2日。

同法は、「憲法上の要請を見誤るものである（判決理由 20）」と結論づけている。

判決理由 14 の強調部分から、憲法院が自身の審査に、より制限的でない方法によって、同じ目的を達成しうるか、という視点を導入し始めているようにも見える。すでに検討したとおり、従来の憲法院の審査は、トリプルテストの 2 段階目である必要性の審査において、より制限的でない方法の存在を検討することに積極的でなかったため、その点で、憲法院の態度は若干変化していると評価できるようにも思われる⁴⁷³。

一方で、この判決においても、やはり、適合性、必要性、狭義の比例性の各段階について、順を追って丁寧な具体的検討を展開しているわけではなく、実質的には、規定の内容を文言通りに確認したのみで違憲の判断を導いており、なぜ同法の規定が必要性の基準を満たさなかったのか、適合性や狭義の比例性についてはどのような評価がされるのかについては、十分な説明がなされたとは言いがたい。それゆえ、判決を読む限りは、憲法院は、立法の内容の諸要素を総合的に考慮して、規制が厳しすぎるものであるという判断をなし、その判断に、トリプルテストの表現を当てはめているにとどまると読むことも可能である。

このように、憲法院による審査は、若干の変化の兆しを見せ、「公序」をその目的に掲げている立法についても、ある程度厳格な審査を行うようになってきているといえる。一方で、いまだ、トリプルテストを全面的に展開しているとは評価しがたい状態にある。

この点について、今関源成による次のような指摘も踏まえておくべきであろうと思われる。それは、フランス憲法院によってなされる立法の憲法適合性審査においては、審査手法の一般的な厳格さと、審査内容の実質的な厳格さは、他国における立法の憲法適合性審査においてのように、関連付けられていないという傾向についてである⁴⁷⁴。たとえば、一般的には、「明白な過誤の法理」は、あらゆる違憲審査の手法の中でも、最も合憲の結論を導きやすい部類のもので理解されるものであろうが、フランス憲法院は、この審査手法を、むしろ自らの解釈権限を拡大し、法律についての違憲判断を導くために使用する姿勢を示している⁴⁷⁵。

このように、現在でもやはり、フランス憲法院の審査手法を体系立って説明すること

⁴⁷³ グゼル＝ルビアンによれば、本判決は、ある権利剥奪の措置が問題となって事例を除いて、初めて、トリプルテストが明示的に適用されたものであり、その点で新しい傾向を示すものであった。Velérie Goesel-Le Bihan, *La liberté personnelle dans la décision n° 2020-805 DC : entre continuité et innovation, Actualité Juridique. Droit administratif*, 5 octobre 2020, n° 32, p.1817.

⁴⁷⁴ 今関前掲注 (434)、426－431 頁。

⁴⁷⁵ 同上 430 頁。

は困難であるという評価を変える要因はあまりないように思われるし、どのような審査手法が採用されるかという観点と、憲法院がどの程度丁寧に実質的な審査を行っているかという観点を関連付けて分析することは、フランス憲法院に関してはあまり有効ではないのかもしれない⁴⁷⁶。

⁴⁷⁶ たとえば、インターネット上の憎悪的コンテンツについての対策法（Loi n°2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet）に関する判決（Décision n°2020-801 DC du 18 juin 2020）を見ても、フランス憲法院における審査手法と審査の厳格さ（あるいは、違憲の結論が導かれることが予測される程度）の間の関連付けが、他国におけるそれとは異なる部分があることがわかる。

同法は、テロ行為の扇動や、児童ポルノなどに関連するオンラインコンテンツについての規制を強化しようとするものであった。同法は、第1条第1項で、インターネット事業者は、行政が指定したコンテンツを1時間以内に削除せねばならないとの義務を定め、同条第2項で、インターネット事業者は、第1項の義務に加えて、刑法のいくつかの規定に明白に違反するコンテンツについて、個人の通報に基づいて24時間以内に削除せねばならないとの義務を定めるものであった。

これについて、憲法院は、まず同法が、「公序への侵害を与える、表現の自由とコミュニケーションの自由の濫用（abus）を食い止めるための規定」であるとした上、表現の自由とコミュニケーションの自由は、民主主義の条件であり、他の自由への尊重を保障するものであるがゆえに特別な重要性を持つことを確認し、それゆえに、表現の自由への規制は、目的に対して、必要で、適格的で、比例的なものでなければならない、と、トリプルテストの表現を用いながら示した（判決理由4）。

しかし、それに続いた実質的な判断の中では、第1項の義務が、1時間以内の削除という非常に短時間のものであるがゆえに、行政の判断についての適法性審査を裁判所に提起する時間がないことを指摘し（判決理由6）、第2項の義務についても、個人によって通報されたコンテンツが、刑法の規定に「明白に」違反するの否かを判断することは容易ではないため、結局インターネット事業者は、刑法の規定に「明白に」違反するの否かに関わらず、通報を受けたコンテンツを削除してしまうことになるであろうから、表現の自由について過度な規制を与えることが予測されることを指摘し（判決理由13-18）、同法第1条第1項、第2項を違憲であると判断した。

判決は、トリプルテストの言い回しを用いながらも、ここでもやはり、第1項については、裁判所の判断が介入し得ないことを、第2項については、刑法の規定に違反することの「明白性」の判断は容易ではないがゆえに、立法者の意図は、当初の予定の通りには実現しないであろうということを理由として、同法が違憲であると判断している。すなわち、憲法院は、法律によって得られる利益と失われる利益を客観的な立場から比較しているとは、やはり言いがたく、立法者の意図がその意図の通りに実現されるのか、あるいは、権利の制約について裁判所が介入する機会が保障されているのかなどを重要視しているように思われる。一方で、この判決においては、このような審査の方法によって違憲の判断を導いているのであり、憲法院による審査が、常に緩やかなものであるという評価を与えることもまた困難である。

同法の憲法院判決以前の内容について、トマ・オックマン著、山元一監訳・田中美里訳「インターネット上の情報操作と憎悪の伝播 —フランスの立法による応答」法学研究第

10. 4 文化的・社会的な「公序」についての審査 ブルカ禁止法をめぐる

前述のとおり、憲法院は、「公序」の維持を目的とする立法についても、一定程度厳格な審査を行う姿勢が示し始めている。このことは、憲法院が、「公序」の保護を自由の行使の保護と一体のものとして捉えるという解釈の方法をとっていることが、必ずしも、審査の強度そのものを薄めるというわけではないということの意味するであろう。

しかしながら、「公序」が安全や平穏などの伝統的な内容を超えて、社会的あるいは倫理的な問題と関わりを持つ場合については、その限りではないように思われる。すなわち、「公序」が社会において共有された価値観であったり、文化的な背景を含むものとなったりする場合には、憲法院は、立法の内容についての判断を特に大きく立法府に譲る傾向にある。ここでは、このことを、2010年の「ブルカ禁止法」に関する議論を中心的な素材として検討する。

2010年9月14日に、フランス元老院において、「ブルカ禁止法」⁴⁷⁷が可決された⁴⁷⁸。この法律は、その1条において「何人も、公共空間（l'espace public）⁴⁷⁹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。また、同法は、その第3条において、同法に違反した際には、最大で150ユーロの罰金が科されること、あ

93 卷第6号（2020）45頁以下参照。 また、同法の最終法案は、フランス政府サイト http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15t0419_texte-adoptee-seance より閲覧可能である。 最終閲覧日：2020年11月27日。

⁴⁷⁷ Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁴⁷⁸ 同法の内容、成立過程での議論等については、村田前掲注（38）および、中島前掲注（38）に詳しい。

⁴⁷⁹ 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.*

るいは（またはそれに加えて）市民講習を受けることを義務づけている。

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の主張がなされて、憲法院に審査が提起された。2010年10月7日、憲法院は、トリプルテストの文言を使用することなく、単に「立法者によって採用された規定によって確保される、公序の保護と憲法上の権利の保障との間の調和は、明白に比例しないものではない。（判決理由5）」と述べて、同法の内容をほぼそのままに、合憲であると判断した。

同法は、「公序」の保護をその目的に掲げたものであった⁴⁸⁰。そして、この「公序」という概念は、これまで見てきた通り、憲法院が、自由の行使の保護のために必要な条件であると理解してきたものである。しかしながら、これから検討するとおり、ブルカ禁止法において「公序」として掲げられている「互いに顔をさらし合うこと」ということが、自由の行使の保護のために必要な条件であるかというのかは、一見して明らかなことではないように思われる。実際、後述する通り、欧州人権裁判所は、ブルカ禁止法を制定したことを、最終的にはフランス政府の判断として尊重すべきことを理由に条約に適合するものと判断しつつも、同法の内容については、消極的な評価を示した。

このような状況のなかでも、憲法院が、ブルカ禁止法について、厳格な審査を適用せずに憲法適合的であると判断したことは、憲法院の基本的姿勢を示す出来事であると思われる。すなわち、憲法院は、「公序」の内容や限界を、自ら積極的に解釈・定義し、それを基礎として立法者の判断の正当性をはかるというよりも、立法者による解釈・定義を尊重し、それを判断の出発点としているように思われるのである。

⁴⁸⁰ 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」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」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。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だと考えられる。

以下では、まず、立法過程における議論（10. 4. 1）、コンセイユデタの調査報告書の内容（10. 4. 2）を順に検討する。ここで立法過程における議論やコンセイユ・デタの調査報告書の内容を確認するのは、ブルカ禁止法の制定、あるいは、同法を「公序」の概念によって正当化するということが、フランス国内においても、「公序」の解釈との関係で大きな困難を伴う作業であったことを確認したいからである。

その後、同法を合憲であると判断した憲法院の判決を検討する（10. 4. 3）。最後に、欧州人権裁判所による指摘などを参照することで、フランス憲法院による判断の特徴をより明確に示すことを試みる（10. 4. 4）。

10. 4. 1 立法過程における議論

ブルカ禁止法の制定をめぐることは、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ここでの検討の目的を超える。そこで、ここでは、当時の法務大臣であるミシェル・アリヨーマリー（Michèle 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（*étude d'impact*）のうち、「公序」に関わる部分を見る。

アリヨーマリーは、以下のように共和国における共生の重要性を強調した⁴⁸¹。

みなさま、われわれの共和主義における約束事である、共生の意味というものは、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（括弧内筆者）。

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⁴⁸²。

〔ブルカの着用の〕禁止の射程は、〔すなわち、一般的な禁止という手法の選択は、〕この規則が法的基礎とするもの自体によって導かれるものなのです。公共空間においては、一般的な禁止がなされること、それは、それが憲法的基礎、すなわち、社会的公序の基礎の上に立っていることによるのです。公序の概念は、

⁴⁸¹ Assemblée Nationale, 3^e séance du 6 juillet 2010, J.O.R.F., p. 5367.

⁴⁸² *Ibid.*

伝統的には、三つの物質的な構成要素：安全、平穩、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（括弧内は筆者）。

ここで、アリョーマリーは、「社会的、非物質的公序」が、ブルカ禁止法を正当化する憲法的基礎となるのだと主張している。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⁴⁸³。ここから、アリョーマリーは、憲法院が「共生」という価値が存在することを承認していること、そして、そのような価値が「公序」という概念の下で捉えうるのだということを主張しているのだといえる。

「共生」という価値と顔を社会にさらすこととの関係につき、影響評価書において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⁴⁸⁴。

このように述べて、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いるわけではない。

「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

⁴⁸³ 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する 10. 4. 2 において詳述する。

⁴⁸⁴ *Etude d'impact*, pp.5-6.

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⁴⁸⁵。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、「共生」という価値を「公序」に含まれるものとして主張することには、比較的に慎重な態度をとっていたといえよう。

影響評価書は、さらに、従来、安全やライシテの原則を理由とした、個別的な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⁴⁸⁶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⁴⁸⁷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⁴⁸⁸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⁴⁸⁹。

ここで問題となるのは、ブルカ禁止法による、規制の一般化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、参考になるのは、アリヨー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⁴⁹⁰。

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。

すなわち、「公序」のなかでも、「共生」という社会的な「公序」に関するかぎり

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p.7.

⁴⁸⁶ L'article 78-1 du code de procédure pénale

⁴⁸⁷ Dectret n°2009-724 du 19 juin 2009

⁴⁸⁸ Loi n°2004-228 du 15 mars 2004

⁴⁸⁹ *Étude d'impact*, p.4.

⁴⁹⁰ Assemblée Nationale, *supra* note 481., p.5367.

で、一般的な規制が正当化されうるというのである。

彼女はまた、「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」⁴⁹¹、とも述べている。彼女の主張に従えば、自由や平等へ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、社会における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⁴⁹²。

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、と主張されているが⁴⁹³、これは上述のアリョーマリーの主張と同趣旨のものであるといえよう。これらの主張は、今日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アリには共有していない人々が存在する、ということ为前提にしたものであるが、それは、互いに顔をさらすことが社会契約の基本的価値であるとする主張とは矛盾する部分があるように思われる。すなわち、顔を互いにさらすということが、社会の構成員となるためにどれほど必須の要素であるのかということについては、安全などに比べると、明確なコンセンサスがある状態ではない、ということ、立法者が自ら認めているようにも思われるからである。

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コンセンサスが社会にあるのか、という点でも、同法には一見して十分な基礎があったとはいえない⁴⁹⁴。

⁴⁹¹ *Ibid.*, p.5368

⁴⁹² *Ibid.*, p.5369

⁴⁹³ *Etude d'impact*, p.21.

⁴⁹⁴ 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

10. 4. 2 コンセイク・デタによる調査報告書⁴⁹⁵

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」の検討がコンセイク・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」⁴⁹⁶である。

この報告書の中で、コンセイク・デタは、採用しうる立法根拠を順に検討している⁴⁹⁷。「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⁴⁹⁸。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、コンセイク・デタは、「公序」は法的基礎となりうるか、という検討に移る。コンセイク・デタは、「公序は一定の自律性 (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」⁴⁹⁹とする。そして、

律 (loi comme un instrument de communication) 」というあり方が、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。Damien Chamussy, « Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitution à la sécurité juridique », *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2006, p.349.

⁴⁹⁵ Conseil d'Etat, *supra* note 208.

⁴⁹⁶ *Ibid.*,

⁴⁹⁷ *Ibid.*, pp.17-21.

⁴⁹⁸ 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。このコンセイク・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ふ行為とでは、「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と思われる。

⁴⁹⁹ Conseil d'Etat, *supra* note 208, p.25.

1993年8月13日⁵⁰⁰や、1999年11月9日⁵⁰¹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、と評価する⁵⁰²。憲法院は、前者の判決においては、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」を保護する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⁵⁰³。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)」⁵⁰⁴であり、ベール着用の一般的規制は、「公序をより深刻に害するものでなければ、不可能でないにしても、難しい」⁵⁰⁵と結論づけた。

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、どのような価値観が「公序」に含められうるのかについてはより一層の慎重な検討を必要とする、とコンセイユ・デタは考えていたのだといえよう。

10. 4. 3 憲法院判決⁵⁰⁶

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、同法における「公序」の内容について、明確な定義はなさ

⁵⁰⁰ 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『フランスの憲法判例II』（信山社、2013）70頁以下。

⁵⁰¹ 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『フランスの憲法判例II』（信山社、2013）91頁以下。

⁵⁰² Conseil d'Etat, *supra* note 208, p. 27.

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p.29.

⁵⁰⁶ Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

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、劣等な地位にいたのであって、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。

このように、ブルカ禁止法の合憲性について、憲法院が行った審査は、立法者の意図を確認し、それについて、「比例性に明白に反して」いない、という判断を示したにとどまるものであって、そのような結論に至った論理についての説明が十分なされたとはいえない。

ブルカ禁止法は、元来は安全や平穏、公衆衛生といった内容を中核とする「公序」という概念が、どのような広がりを持ちうるものであるのかという「公序」の限界が問題となったものであり、その合憲性の判断には、本来、非常に細やかな検討を要するものであったといえる。それだけに、結論が合憲であれ違憲であれ、憲法院による丁寧な審査と説示を期待することは、自然なことであったように思われる。

この点、ベルトラン・マチュー（Bertrand Mathieu）は、「憲法院は、著しく繊細なものであるこの分析に踏み込まなかったと考えられる」と指摘している⁵⁰⁷。また、ペイ

⁵⁰⁷ Bertrand Mathieu, « La Validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur « le voile

ルー・シッコ (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」⁵⁰⁸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して、ペイルー・シッコは、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⁵⁰⁹。すなわち、「顔をさらすこと」が社会生活の、ひいては自由の行使のための条件を構成するといえるか否かは、政治的な選択と強く関わる問題であり、立法者によって解決されるべき問題であることが意識されたということなのであろう⁵¹⁰。

ミシェル・ヴェルポー (Michel Verpeaux)によれば、憲法院による立法者の尊重という態度は、同判決が、人権宣言5条に言及し、そして同法を正当化した、ということに表れている。人権宣言5条は、「法律は、社会に有害な行為しか禁止することができない」とするものであるが、この条文は、憲法院判決においては、あまり頻繁に使われるものではなく、2010年の判決の前には、2000年3月30日の判決⁵¹¹で用いられたのみである。その意味で、人権宣言5条への言及は、2010年判決の特徴の一つであった。

ヴェルポーによれば、人権宣言5条は本来、行政権に対して法治主義による統制を及ぼそうとするものであったが、フランス国内における法秩序に憲法が含まれるようになった現在、立法者による法解釈、すなわち、「社会に有害な行為」とはどのようなものを指すのかをめぐる立法者の考え方が、行政だけではなく、憲法院にとっても、議論の出発点となるようになってきている。なぜなら、立法者が、「公序」の定義の生みの親であり、根本原理 (L'alpha et l'oméga) として存在しているのであり、その意味で、立法者は、憲法院による一方的な統制の対象であるとはいいがたいからである⁵¹²。

このようにして、合憲であると判断されたブルカ禁止法であるが、後述するとおり、欧州人権裁判所は、同法の内容を実質的には批判するような判断を出している。これを検討することによって、フランス憲法院によってなされている審査の特徴がより鮮明な

intégral »», *La semaine juridique Général (JCP G)*, No 42, 18 octobre 2010, p. 1932.

⁵⁰⁸ Peyroux-Sissoko, *supra* note 210, p. 126.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ この点、アンヌ・ルヴァード (Anne Levade) は、同判決は、「社会変動に対応するための新たな規定を採択するための好機を判断することは、立法者にのみ帰属する」という論理に基づくものである、とする。Anne Levade, « Epilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *La Semaine juridique Générale (JCP G)*, 2010, n° 43, pp. 1977-1981.

⁵¹¹ Décision n° 2000-426 DC du 30 mars 2000.

⁵¹² Michel Verpeaux, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, n° 42, pp. 2375-2377.

ものとなると思われるため、つづく 10. 4. 4 では、欧州人権裁判所による判決を中心的な素材として検討を進める。

10. 4. 4 なお提示された疑義 — 「ブルカ禁止法」に関する欧州人権裁判所の判断

2014年7月1日、欧州人権裁判所は、フランス政府が制定した「ブルカ禁止法」についての条約適合性審査を行った⁵¹³。この審査は、フランスに住むムスリム女性の提訴に対するものである。彼女は、自身の信仰心に従って、日常的にブルカまたはニカブを着用していたが、フランス政府が「ブルカ禁止法」を制定したことによって、外出時にそれらを着用することが叶わなくなり、彼女の内心の平穏が侵害されたと主張した。より具体的には、欧州人権条約の第8条（私生活および家族生活の尊重を受ける権利）、第9条（思想、良心および宗教の自由）、第14条（差別の禁止）に違反するものであると主張した。

欧州人権裁判所は、この主張をしりぞけ、「ブルカ禁止法」は条約に適合するものであるとの判断を示した。しかしながら、その判断の内容を具体的に検討してみると、実質的には、欧州人権裁判所は、ブルカ禁止法を制定したフランス政府の判断を強く批判しているように思われる。ここでは、欧州人権裁判所が判断の中心としている欧州人権条約第9条との関係で、裁判所が述べていることを検討してみたい。

欧州人権裁判所は、条約第9条に規定される宗教の自由への制約が正当化されるのは、その明文規定にあるように、公共安全のため、もしくは他者の権利および自由の保護のために限定されるべきことを指摘し、「ブルカ禁止法」がそのいずれかに当てはまるのか否かを検討した⁵¹⁴。

まず、欧州人権裁判所は、公共安全のためという理由によって、ブルカ禁止法を正当化することは困難であることを示した。裁判所は、フランスの立法者が、国内の安全を図るためには、個人の特定をする必要があると主張したことは考慮しつつも、そのような目的を達成するためには、ブルカなどの着用を一律で禁止する必要は必ずしもないように思われること、そして、フランス政府はその必要性を十分に証明できていないことを指摘した（判決理由139）。

続いて、同法が他者の権利および自由の保護という目的によって正当化されうるかが検討された。裁判所は、顔を互いにさらすということが、フランス社会における共存のための条件であるという政府の主張は、正当化可能なものであると示し、ブルカ禁止法

⁵¹³ S.A.S v. France (no. 43835/11)

⁵¹⁴ 同上 判決理由138から159までを参照。

がその目的との関係で正当化しうるかの検討に入った（判決理由 140－143）。

これについて、裁判所は、まず、この審査の提訴者である女性の主張が説得的なものであることの確認を行った（判決理由 144－147）。第一に、フランス国内においてフルフェイスのヴェールを日常的に着用している女性は、法が制定された 2009 年の段階で 1900 人程度であって、それゆえ、法律が制定されるほど、共存の価値に対する脅威になり得ていないこと、第二に、それまでヴェールを着用してきたムスリム女性たちについて、彼女たちを社会から孤立させ、彼女たちの自律性や信教の自由、私生活の尊重に対して好ましくない影響を与えること、第三に、法の制定当時において、フランス人権擁護官をはじめとして、国内または国外から、同法が比例的ではないという批判がなされていたことが確認された。

裁判所はさらに、同法の制定時に展開されていた議論においては、「イスラム嫌い (islamophobic)」な感情を背景にもった主張がなされていたことへの懸念を示した（判決理由 149）。

裁判所はこのように、提訴者による女性の主張への共感を強く示し、かつ、同法の内容が「イスラム嫌い」な感情を保護しているのではないかという疑念を持ちながらも、同法が制定する刑罰が、150 ユーロ以下の罰金あるいは市民講習を受けることという比較的軽いものであること、さらに、フランス政府は、社会の多様性のみではなく、それなしでは民主的な社会の形成が不可能となる、寛容な精神をも達成しようとする目的から同法を制定したということを考慮すると、この問題は、社会の選択であるというべきである、とした（判決理由 152, 153）。そして、民主的な社会は、それぞれに大きく異なるものであり、国内の為政者がそこで果たす役割は特別に大きいのであり、言い換えれば、フランスは、この件について、広い解釈裁量を持っているのである、と示した（判決理由 154, 155）。

このような検討の結果として、欧州人権裁判所は、「ブルカ禁止法」を、条約適合的なものであると結論づけたのである。欧州人権裁判所がこのような結論に至った経緯を今一度整理してみよう。

裁判所はまず、「ブルカ禁止法」が、公共安全という目的によっては正当化され得ないことを確認し、つづけて「ブルカ禁止法」がフランス社会における共存の条件という目的との関係で正当化しうる手段であったかを検討した。この検討において、裁判所は、実質的には、フランス社会において、互いに顔をさらすことが共存の条件といえるのかということについて、疑念を示していると言えよう。というのも、この部分で裁判所が指摘しているのは、フランスにおいて、ブルカの着用は国内においてさほど大きな

問題を引き起こしている行為ではないはずであること、同法がムスリムの女性の生活に好ましくない影響を与えること、同法は多くの団体や機関から批判の対象となっていたこと、さらに、同法の制定の背景には、「イスラム嫌い」の感情があったのではないかということなどであり、これらはいずれも、フランス政府が「ブルカ禁止法」を制定したことを非難し、同法の正当化の難しさを指摘するような内容であったからである。

確かに、裁判所は、結論としてはフランス政府の判断を正当化した。しかしながら、その理由は、各国の立法者は、国内の状況に対応するための民主的な基盤をもっており、それゆえに広い裁量を持っているからだ、という一般論にとどまっていた。これらを全体として考察するに、欧州人権裁判所は、ブルカ禁止法の内容そのものや、それについてのフランス政府の主張自体については理解しがたいと感じながらも、最終的にはフランス国内の政治的な判断に委ねるべき領域であることを示したのである。

ところで、フランス政府は、2020年7月より、Covid-19の蔓延防止のために、マスクの着用を義務づけた。具体的には、11歳以上のすべての人について、レストランや書店、美術館、駅や空港などの閉鎖的な場所や職場において、マスクを着用することが義務づけられ、さらに、知事が必要であると判断した場合には、公道においてもマスク着用が義務づけられることとなった⁵¹⁵。

このようなマスク着用の義務づけは、ブルカ禁止法の内容や目的と矛盾するのではないかということは、フランス国内ばかりでなく、国外からの耳目も集め、盛んに議論された。ブルカ禁止法においては、「何人も、公共空間において、その顔を隠すための衣服を着用してはならない」と規定する第1条の適用が除外される例として、「法律または命令によって、当該衣服の着用が命じられる場合あるいは許可される場合、または、健康上あるいは職務上の理由によって正当化される場合、または、スポーツの現場や祭典、芸術活動、伝統的な表現方法としてなされる場合には、第1条による禁止は適用されない」と規定する第2条第2項が存在する。この度のマスク着用の義務化は、大統領によって出されるデクレによって命じられたものであり、かつ、ウイルス等による感染症の予防という目的は、この第2条第2項の規定に当てはまるものであると思われる。フランス内務大臣による説明によれば、感染症予防のためにマスクを着用することは、刑法の対象とならない一方で、身分照合の必要からマスクを外すことを求められる場合

⁵¹⁵ 2020年12月31日の時点で、この義務に関する法規定は、「衛生緊急事態下における covid-19 蔓延に対応するための一般的対策に関する 10月16日デクレ (Décret n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire)」である。なお、この義務に違反した場合には、135ユーロの罰金の対象となる。

にはそれに応じる必要がある⁵¹⁶。このように、マスク着用の義務づけは、ブルカ禁止法の明文規定との関係では法的な矛盾を引き起こすものではない。

しかしながら、今回のマスク着用の義務づけが、ブルカ禁止法を正当化していた理由となってきた、互いの顔をさらすことは、社会における共生の条件である、という主張の基礎を掘り崩すものであるという主張がなされている⁵¹⁷。なぜなら、今回のマスク着用の義務づけは、鼻や口などの顔の大部分を覆い隠すという同じ行為について、それが感染症予防という理由によるものなのか、イスラム教の信仰によるものなのかという着用の動機によって、それを刑罰の対象とするか否かが区別されることを意味するからである。さらに、マスク着用を義務づけたデクレにおいては、何が「マスク」に当たるのかという厳密な定義をしてはいない。それゆえ、医療用の不織布マスクをつけている人もいるが、布製の自分で作成したマスクをつけている人や、スカーフをマスクの代用として使用している人も少なくない。そうした状況にあって、なお、ブルカやニカブの着用を刑罰の対象とすることができるのであれば、そこではやはり、その着用が感染症予防なのか、宗教上の行いとしてなされたものであるのかを、裁判官が判断しなければならないこととなるだろう。

ブルカ禁止法の制定当初の議論を振り返ってみると、立法者たちは、同法がライシテの原則によっては正当化しがたいとのコンセイユ・デタの意見にしたがって、信仰心のあらわれとして顔を隠すことが問題なのではなく、顔を覆い隠すことそれ自体が、他者の拒否を意味するのであるという説明を採用した。しかしながら、仮に、マスクを着用した状態であっても社会生活を送ることに大きな支障はないということになれば、顔を互いにさらすことは、社会における共生の条件であるという立法者たちの主張の基盤は掘り崩されることとなるであろう。このような事態は、欧州人権裁判所によってすでに示されていた同法への疑念を顕在化させるものであったとも考えられる。

このように、ブルカ禁止法の内容や、同法が「公序」を正当化根拠としていることに

⁵¹⁶ Le journal du dimanche 紙による 2020 年 4 月 5 日の報道

<https://www.lejdd.fr/Societe/port-dun-masque-de-protection-voici-ce-que-dit-la-loi-3959951> より閲覧可能。最終閲覧日：2020 年 12 月 31 日。

および、Le Figaro 紙による 2020 年 4 月 5 日の報道

<https://www.lefigaro.fr/actualite-france/coronavirus-peut-on-porter-un-masque-en-france-20200405> より閲覧可能。最終閲覧日：2020 年 12 月 31 日。

⁵¹⁷ The Washington Post 紙による 2020 年 5 月 10 日の報道

https://www.washingtonpost.com/world/europe/france-face-masks-coronavirus/2020/05/09/6fbd50fc-8ae6-11ea-80df-d24b35a568ae_story.html より閲覧可能。最終閲覧日：2020 年 12 月 31 日。

については、繊細な判断が必要なものであり、欧州人権裁判所あるいは、現下再燃している同法への批判は、同法の法的基礎が揺るぎなく確立されたとは言いがたいことを指摘するものであったとも思われる。

それにも関わらず、憲法院が実質的な審査に踏み込まず、立法者の判断に大きく譲っていること背景には、フランスの自由観あるいは立法観という、より根本的な問題があるように思われるのである。ここまでの検討で、すでに指摘したとおり、憲法院は、ブルカ禁止法についての審査に限らず、立法一般あるいは「公序」に関わる立法全体について、立法府の判断に大きく譲るところがある。そして、その背景には、憲法院が、「公序」を自由の保護と一体に捉えていることがあることも指摘したとおりである。そうであるとするならば、筆者が次にすべき作業は、「公序」と「自由」の保護が一体であるとはどのような意味であるのか、そして、立法者が、そのような「公序」を解釈・定義するとは、どのようなことであるのかを検討することであろう。

10. 5 小括

第10章では、憲法院が「公序」に関する法律についてどの程度の審査を及ぼしているのか、そしてそれは十分なものと評価すべきかどうかを検討してきた。10. 1 および10. 2 では、フランスでは立法事実の認定は、基本的には立法者の責任においてなされるべきと考えられていること、そして、そもそも憲法院は、「公序」という概念を自由の保護と一体化させて捉えているために、「公序」について比例審査を厳格に適用することは、フランス憲法院には馴染みにくい可能性があるのではないかということ指摘した。10. 3 では、近年若干の変化の兆しが見られることを見た。しかし、こうした変化の兆しがあるとはいえ、比例審査を全面的に展開しないという基本的な姿勢は維持されていることを確認した。10. 4 では、ブルカ禁止法の検討を通して、こうした憲法院の消極的な態度をより具体的に検討した。

第 11 章 法律による自由の保護と「公序」 —伝統的な議論において

第 9 章、第 10 章では、フランス憲法院が、「公序」という概念を自由の保護と一体のものとして理解しているということを指摘した。そのような理解の背景には、フランスの自由観、より具体的には、自由の保護は、第一義的には立法者によって定められるものであるという考え方が根強く存在していることがあるのではないと思われる。

憲法上保護されるべき自由は、第一には立法者によって保護されるという考え方は、憲法の主な目的を、立法者を含む国家権力の抑制であると捉えてきた我が国の憲法学にとって馴染み深いものであるとは言いがたい。特に、立法者が自由との調和を達成すべき「憲法的価値を有する目的」のなかでも、「公序」は個人の権利の限界を直接的に定めるものであるから、「公序」によって個人の権利・自由が保護されるということは理解が容易なものではないと思われる。

そこで、ここであらためて、フランスにおいて権利あるいは自由はどのように観念されるものなのか、そして、そのような権利・自由が、立法者あるいは彼らによって定められる「公序」によって保護されるという考え方は、どのように発展していったのかを検討してみたい。

まず、「フランス共和主義」の理念が最も典型的に表れている政策のひとつである革命後の中間団体の否定の政策と、その後の集団の受容の過程の検討を中心に、「公序」は個人の自由とどのような関わりを持っていたのかを考察する (11. 1)。筆者の考察によれば、中間団体の否定の政策と、その後の集団の受容の過程の考察から、フランスにおいて、個人の自由は、その行使についての「あらゆる障害の不存在」という意味で理解されていることが導き出される。

続けて、フランスにおける伝統的な立法観を検討してみたい。より具体的には、革命後のフランスにおいて、立法者によってつくられる法律が、その全体として個人の自由や権利を保護するものであるという考え方が発展・定着していった背景を考察する (11. 2、11. 3)。後述のとおり、フランスでは、革命後、法律によって自由が保護されるという「公的自由論」が発展したが、このことは、「公序」を含む、立法者によって用いられる様々な法概念が、自由の保護と一体のものとして理解されるという第 9 章、第 10 章の考察と深く関連するように思われる。このような考え方が発展した背景を検討することで、自由をどのような性質のものとして捉えたときに、法律による自由の保護という考え方が成立するのかを検討してみたい。

11. 1 「あらゆる障害の不存在」⁵¹⁸という意味での自由

ここでは、フランス革命後の中間団体否定の政策と、その後の集団の受容の過程を中心に、「公序」が重要な役割を果たした場面の考察を通して、「公序」がフランスにおける立法領域において、個人の自由とどのような関わりを持ってきたのかを検討する。そして、そこで保護される個人の自由とは、どのような性質をもつものであるのかを明らかにすることを試みる。

小山敬晴によれば、フランスの「公序」の概念は、「国家思想に対応して政策的に形成される歴史を有する」⁵¹⁹ものであり、歴史とともに少しずつ内容を変えてきたものである。そして、19世紀においては、「フランス革命で打ち立てられた理念を保護するためのもの」⁵²⁰であった。

フランス革命後、「公序（ordre public）」の概念が初めて法文に明示的に提示されたのは、1789年の人権宣言11条である。人権宣言11条は、「何人も、その表明が法律によって確立された公序を害さない限り、信仰に関するものも含めて、自らの意見によっ

⁵¹⁸ この「あらゆる障害の不存在」という表現は、フィリップ・ペティット（Philip Pettit）の、「恣意的支配の不存在としての自由（liberty as non-domination）」という発想に示唆を受けたものである。ペティットは、自らの思想的立場として、「共和主義（republicanism）」を選択しているが、これは、必ずしもフランスにおける政治思想に全面的な支持を与えるものではなく、ペティット自身の立場である。この「恣意的支配の不存在としての自由」は、アイザイア・バーリンによって提唱された「消極的自由」「積極的自由」という二元的な構図を克服するものとして、人々が、公権力あるいは他者によって恣意的な支配の対象とならないこと、という自由の理解である。このような自由観は、本論文で検討してきたフランスにおける自由観と重なる部分も大きい。フランスにおいて実際に選択されてきた政策が、すべてペティット思想と重なるわけではない。Philip Pettit, *Republicanism – A theory of freedom and government*, Oxford University Press, 1997.（小田川大典によれば、ペティットが共和主義的自由論を展開する際に起点となっているのは、『共和主義の伝統』の歴史的分析というよりも、むしろバーリン自由論に対する理論的批判である」。小田川大典「共和主義と自由」岡山大学法学会雑誌第54巻第4号（2005）55頁以下。）

ペティット思想に関する先行研究として、他に、山元一「憲法理論における自由の構造転換の可能性（1）（2・完）：共和主義憲法理論のためのひとつの覚書」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて』（日本評論社、2009）13頁以下、慶應法学第13巻（2009）83頁以下。

⁵¹⁹ 小山敬晴「フランス労働法における公序概念の一考察」九州法学会会報（2017）13頁。本論文において小山は、「公序」概念につき労働法の観点から考察しているが、「公序」概念の歴史に関する部分での記述は、その内容から、必ずしも労働法の分野に限定されるものではないと判断し、参照した。

⁵²⁰ 同上。

で脅かされることはない」⁵²¹としている。ここでいう「法律」は、同宣言6条において「一般意志の表明である」とされているものである。ここから、革命直後のこの段階から、「公序」は一般意志の表明たる法律が確立するものと理解されていたことが分かる。

以下、議会において「公序」という概念が登場し、個人の自由の保護について、重要な役割を果たしたと考えられる場面を確認してみたい⁵²²。

フランス革命後初めて、「公序」を明確に定義しようとしたのは、刑事手続法の起草のためになされた、アドリアン・デュポール（Adrien Duport）による報告である⁵²³。デュポールは、人権宣言の起草に大きく関与した当時の有力な政治家である。この報告は、「公序」という言葉がアンシャン・レジーム下で王によって専制的に使用されていたところに、新たな意味を与えようとするものであった⁵²⁴。

まず、デュポールは、大革命によって達成された新たな社会のあり方を「真の公序」⁵²⁵とよび、アンシャン・レジーム下での社会秩序とは区別する。そして「大革命、憲法、公序」という3つの事柄につき、「大革命はあらゆる種類の奴隷制度を打ち砕き、憲法は自由を樹立いたしました。公序はこの自由を維持しなければならない」⁵²⁶と述べたのである。ここから、デュポールは、まず、大革命によって達成された価値が憲法に反映され、その憲法によって確立された自由を維持するものが「公序」である、と定義づけていることがわかる。

それでは、「公序」が維持しようとする、憲法が確立した自由とは具体的にはどのようなものなのだろうか。一例として、1791年6月14日になされたル・シャプリエ（Le Chapelier）による報告を見てみたい。この報告は1791年9月3日の「身分や職業を同

⁵²¹ 人権宣言および各憲法の条文の内容に関しては、辻村＝糠塚前掲注（370）を参考に、すべて筆者自身の責任において翻訳した。

⁵²² ここでの筆者の考察は、岡村等「フランス革命期における反結社法の役割に関する研究（1）」早稲田法学会誌第68巻1号（2017）および岡村前掲注（78）に着想を得たものである。同論文は、フランス革命期にとられた、結社と集团的請願の自由を制約する諸法律およびその制定のためになされた議会での議論をつぶさに研究したものである。岡村は、それらの議論のなかでは、「中間団体の排除」「国家の『増殖』」「公の事柄の国家による独占」「公序の維持」という理念が順に登場することを主張した上で、革命後にとられた「すべての施策は、広い意味で革命がつくりだそうとする秩序＝公序をささえる要素」をもつと説明している。同論文と本稿は、「公序」概念が、フランス革命によって達成を目指された諸価値を含むものとする点で関心を同じくするものである。

⁵²³ *Archives Parlementaires*, 1ère série, tome 21, p.42 et s.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 43.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 47.

じくする労働者および職人の集合に関するデクレ(Décret relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession)』⁵²⁷、通称ル・シャプリエ法の基礎となっているものである。このル・シャプリエ法は、その第1条で、「身分や職業を同じくする労働者および職人のすべてのコルポラシオン(同業組合)を廃止することはフランス憲法の基礎のひとつであり、いかなる理由、いかなる形態でもそれを事実上再建してはならない」として、同業組合を全面的に廃止するものである。

6月14日の報告において、ル・シャプリエは、廃止されたコルポラシオンを事実上再建しようとする試みをなす市民が存在する状況を、「公序に対する重大な違反である」⁵²⁸(強調筆者)と表現した。それに続けて、「我が国には、もはや各個人の利益と、一般利益のみが存在するのである。市民に中間的な利益を吹き込み、コルポラシオンの精神により公共の事柄から市民を引き離すようなことがあってはならない」、「職が必要な者に職を与え、身体が不自由な者に救済を与えるのは国家である」⁵²⁹と強調したのである。このように、ル・シャプリエは、中間的な利益を主張する集団である中間団体の存在を認めないこと、また、公的扶助は国家のみによって果たされるべき事柄であることを、「公序」という枠組の下で主張したのである。

このようなル・シャプリエの論理が当時の主流を占めていたことは、たとえば1791年憲法の前文が「自由及び平等の権利を害する」存在として「貴族」や「封建制」とならべて「コルポラシオン」を挙げていることや、それにつづく第1編で無償での公教育や公的扶助のための施設が国家によって組織されると宣言していることからわかる。さらに、1793年憲法第20条が、公的扶助は国家の神聖な負債であると宣言し、つづく1795年憲法第361条が、いかなる市民の集合も民衆協会を名乗ることはできない、と宣言していることも同様の論理によるものであろう。1810年には、20人以上の民衆協会を行政によるほぼ完全な裁量の下に置いた1810年の刑法典が制定され、同規制は1901年に結社の自由法が制定されるまでの間続く⁵³⁰。

ここで、「公序」によって保護される自由とは、個人が集団や身分の利益を主張する中間団体から解放されている状態であると考えられる。このとき、重要であるのは、ここで自由として考えられているものは、単に法的な権利関係において個人が団体の支配から自由であるということにとどまらないということである。

⁵²⁷ Jean-Baptiste Duvergier, *Collection complète des lois*, tome 3, p. 22.

⁵²⁸ *Archives Parlementaires*, 1ère série, tome 27, p.210.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ 岡村前掲注(522)。

仮に個人が個人としての、団体の権利とは区別された法的な権利をもつということが、それすなわち自由を意味するというのであれば、個人は今後、そのような権利をもつということを法的に宣言すれば済むはずであることになるが、革命期のフランスが選択したのは、法的に権利を宣言することにとどまらない方法であった。すなわち、アンシャン・レジーム期には、個人は、経済的・社会的な生活基盤として修道会やコルポラシオンに大きく依存している傾向があったということから⁵³¹、個人が経済的にも、精神的にも自由であるためには、国家が、個人が生活していくために必要な経済的・社会的援助を提供することが必要なのだという論理が、同じ「公序」という概念のもとで主張されているのである。

ここから、「公序」によって保護される自由は、法的な権利関係においても、そして事実関係においても、個人の自律が妨げられないこと、すなわち、個人の自由に対する「あらゆる障害の不存在」として観念されていることがわかる。一方で、このような自由がすべての人に等しく保障されるためには、各人が持っている自由には、他人に対して何らかの支配を及ぼすようなことは含まれないこととなる。自由をこのようなものとして理解した場合には、自由は「公序」によって制約されるというよりも、むしろ保護されることとなる。

フランスは、1881年の集会の自由法、それにつづく1901年のアソシエーション契約に関する法律によって、集団という存在を受容した。しかし、そこにおいても、自由が上記のような性質を失うことはなかった。

第三共和制期の議会が、集団を受容することを可能にした大きな要因のひとつがエミール・デュルケムの社会学であると言われる⁵³²。

デュルケムは、ルソー（Jean-Jacques Rousseau）が唱えた中間団体否認の論理とその結果としての国家と個人の二極構造の構築は、現実の社会とはあまりにかけ離れたものであり、かつ、現実の社会においては集団が積極的に評価されるべき場面も存在するこ

⁵³¹ 高村前掲注（52）52頁以下。また、工藤庸子によれば、革命以前のフランスにおいては、出生、婚姻、死亡などといった身分に関する手続は、教会によって担われていた。工藤庸子『宗教 vs. 国家 フランス〈政教分離〉と市民の誕生』（講談社、2007）50頁。出生届、婚姻届、死亡届といった、身分の変更等に関する重要な場面で、教会が役割を担っていたことから、人々の生活の中心に教会の存在があったことが伺える。

⁵³² 高村前掲注（52）200-207頁。この点につき、ピエール・ロザンヴァロンは、デュルケムらによる社会学の登場以前から、労働者の権利の必要性などが意識され始めていたことを指摘している。Pierre Rosanvallon, *supra* note 75, pp. 261-264. そのような基礎の上で、デュルケムのような社会学の登場に対する抵抗感は比較的少なかったと思われる。

とを指摘した⁵³³。その一方で、デュルケムは、革命によって集団が解散し、個人が析出されたことの意義も認めているのであり、ここから、デュルケムは、「〈中間集団の存続の問題性〉と〈中間集団の不在の問題性〉」をともに考えようとした⁵³⁴人物であると評価されている。デュルケムは、集団の存在の意義を主張する際に、国家は他の集団とは区別され、上位に置かれる特別な機関である、ということを強調しており、これは、国家は個人を中間団体による支配から解放する責務を負う、という従来の論理と調和的な分析であるといえる。加えて、この分析は、フランス革命以後の社会的事実をありのままに分析するという科学的な手法によってなされた⁵³⁵。この主張内容と分析手法から、デュルケムは、当時の議会のなかで中心的な存在であった「急進派」による支持を得て、正統な地位を築いたとされる⁵³⁶。このような地位にあるデュルケムは、何を主張したのか、具体的に見ていきたい。

デュルケムによれば、国家を、他のすべての集団から区別する最大の特徴は、「ただそれのみが社会に代って思惟し、行動する資格をそなえていること」⁵³⁷である。具体的には、議会や政府などの国家機関が、国民と接触する機会を持つ際に、その接触によって政策が何らかの影響を受けることは考えうるとしても、国政に関わる決定そのものは常に国家自身がなすのである。人体で例えた場合には、国家は国という身体に存在する唯一の脳にあたり、それ以外の諸機関、集団は身体の部分にすぎない⁵³⁸。

それでは、デュルケムが双方ともに意義を認めている国家とそれ以外の集団は、それぞれどのような役割を持つのであろうか。デュルケムによれば、集団はそのままにしておけば個人をほしいままに支配してしまうから、そのような局地的な集団の権力の上にたつ、普遍的な権力が必要である。それが国家である。すなわち、国家の役割は、集団が個人を抑圧的な力によって支配することを防ぐことにある⁵³⁹。そして、「権利の確立」

⁵³³ エミール・デュルケム著、宮島喬＝川喜田喬訳『社会学講義』（みすず書房、1974）679頁。

⁵³⁴ 中島道夫「デュルケムの『国家—中間団体—個人』プロブレマティーク」日仏社会学年会報第26号(2015)。

⁵³⁵ 山元一「《法》《社会像》《民主主義》(三)」国家学会雑誌106巻9,10号、765頁。また、エミール・デュルケム著、菊谷和宏訳『社会学的方法の規準』（講談社、2018）66頁では、デュルケム自身によって、社会学的研究において、最も基本的な規準は「社会的事実を物のように考察する」ことであるとの主張がされており、その客観性が強調されている。

⁵³⁶ 高村前掲注(52)194頁。

⁵³⁷ デュルケム 前掲注(533)83頁。

⁵³⁸ 同上 84頁。

⁵³⁹ 同上 98頁。

は「国家の所産」⁵⁴⁰であるから、国家が積極的に活動することと、個人の自由とは、手段と目的の関係で調和的に捉えられる⁵⁴¹。

以上が、デュルケムが国家の役割について述べたことである。他方、集団の役割は以下のように説明される。今日の国家はあまりに広大であるために、各個人が国家に対して直接的に要望を伝える機会ほとんどなく、あったとしても、そのような機会だけで、国家が個人の希望を十分に捕捉することはできない。そうすると、国家が個人に対してなそうとする規制が、内容として正しくないものとなる危険性が非常に高い。それゆえ、個人との関係を国家よりも密に築くことが可能な中間団体などの集団が、個人の要望を汲み取って、国家にそれを伝達することが必要となる⁵⁴²。つまり、集団は、国家が個人に対してなそうとする規制の内容が正しくあるために必要なのである。

デュルケムは、この「伝達」の役割も、集団によって全く自由になされるべきものとは想定しておらず、国家によってつくられた「制度」によってなされることが必要であるとしている⁵⁴³。それは、集団の力が必要以上に強くなり、個人を代表するがごとき存在になり、国家の普遍性を脅かすことを防ぐためである。このことを、デュルケムは「万人が統治するならば、統治は事実上存在しなくなる」⁵⁴⁴と表現した。

この主張は、彼の民主政の捉え方に由来するものと考えられる。デュルケムによれば、民主政とは、慣習や伝統など、人々が無意識に支配されてきたものも含めて、すべての論点を議会が討議の対象とすることによって、明晰な意識の領域を拡大する営みである⁵⁴⁵。そうであれば、集団と個人の関係、集団と国家の関係、国家と個人の関係はどれも、議会における開かれた討議の対象となるべきということになる。国の中で思惟できるのは国家のみであるから、集団が個人の要望を伝える方法を整えるのは国家の責務となり、そこから「制度」という言葉が使用されていると考えられる。そして、この責務を国家が怠ることは民主政の理念に反することになるのであろう。

以上のように、デュルケムの理論は、国家に対して個人の要望を伝えるための存在がなければ、国家による政策もまた、個人に対する恣意的な支配に陥る危険性があると警告した。他方で、団体が活動するための機会は、国家自らが設立した制度によるものでなければならないことを強調したのである。このようなデュルケムの理論は、19世紀

⁵⁴⁰ 同上 93頁。

⁵⁴¹ 同上 93-98頁。

⁵⁴² 同上 98-99頁。

⁵⁴³ 同上 120-124頁。

⁵⁴⁴ 同上 120頁。

⁵⁴⁵ 同上 119頁。

を通して、現実の社会には結社が多く形成され、事実として黙認せざるを得ない状況であったことと相まって、立法者によって受け入れられた⁵⁴⁶。ここにおいて描き出される立法者像は、革命直後のように、集団を全面的に否定する存在ではない。しかしながら、やはり、集団が個人を支配してしまうことがないように、個人の自由を保護するという積極的な責務を負った存在である。

1901年の「アソシアシオン契約に関する法律」⁵⁴⁷（通称、「結社の自由法」）の具体的な基礎となる法理論を、実際に提供したのは、ワルデック・ルソーであった⁵⁴⁸。

この法案に関する演説の中で、ワルデック・ルソーは、結社の自由は「契約類型の一つ」⁵⁴⁹として捉えるべき事柄であり、それゆえ、構成員とは区別された集団が、構成員を失ってもなおそれ自体永続することは許容できない、としている⁵⁵⁰。ここには、集団が、個人の意思によって制御しえない、個人を超えた大きな存在へと成長してしまうことへの懸念を読み取ることができる。

実際に施行された1901年のアソシアシオン契約に関する法律においても、その表題に表れている通り、ワルデック・ルソーの契約的構成が採用されており、あくまで諸個人の意思が合致する範囲での集団の形成を許すものとなっている。具体的には、その第1条が、「アソシアシオンは、2人以上の契約によってなされる」と規定している。このような契約的構成が採用されたことは、革命前には、構成員とは独立した財産を築いていたことなど、契約的な結社とは性格を異にする点があると判断された修道会が、1901年の時点でも、他の結社と同様の保護を受けるには至らなかったことに影響を与えているとされる⁵⁵¹。そして、現在にいたるまで、結社を契約的構成によって捉える方法は続いており、同法の契約的構成を定めた第1条は、現在に至るまで改正の対象となっていない。

同法の成立100年を記念して締結された憲章⁵⁵²においては、その前文において、国家とアソシアシオンとの間の協力関係が、国家の一般利益に寄与するものであること、民

⁵⁴⁶ 高村前掲注（52）191-243頁。

⁵⁴⁷ La loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

⁵⁴⁸ 高村前掲注（52）273-299頁。

⁵⁴⁹ 同上 274頁。

⁵⁵⁰ 同上 276-277頁。

⁵⁵¹ 同上 298-300頁。この点、高村によれば、「修道会は、その団体としての性格が、契約的なアソシアシオンとは異なるものであり、永続的存在となって移転不能の永代財産を発生させる危険が高いので」他のアソシアシオンとは、異なる扱いを受けることとなった。同上 298頁。

⁵⁵² Charte d'engagements réciproques entre l'Etat et les associations.

主的営為と社会的対話の深化や個人の参加の機会の保障の観点から、国家はアソシアシオンを対話の相手方として承認していることなどが宣言された。一方で、アソシアシオンは、その活動や方針の決定において、すべての構成員の参加や差別のないことを重視し、民主政を尊重すること、議論や活動において透明性を確保することなどを定めている。このような憲章の方向性について、高村学人は、『国家』と『アソシアシオン』は、パートナーシップの信頼関係に基づき、相互に補完しあっていくもの⁵⁵³とするものであると評価している。

このように、現在においても、集団は、個人の要望を国家に正しく伝達するための対話の相手方としての役割を担うことを期待され、そうした存在として承認されている。そして、そうした範囲で活動が評価されている以上、結社の存在が、個人としての自由を法的に、あるいは事実上支配してしまうようなことがあれば、今もなお、それは問題視されることであることがわかる。すなわち、個人の自由は、社会における「あらゆる障害の不存在」なのであり、それゆえに、他人に対して何らかの支配を及ぼすようなことは「自由」としては観念されない、という考え方は現在でも残っているものと考えられる。

11. 2 憲法によって保護される自由の対国家性について

後述のとおり、「あらゆる障害の不存在」という意味での自由の理解は、「公序」との関係に限定されるものではない。すなわち、フランスにおいては、そもそも諸個人の自由や権利は、国家によって介入されないという対国家的な関係においてのみにおいて保護されるというようなものではなく、いわゆる私人間においても同様に保護されるものとして観念されるものであって、そのような自由観から、立法者や彼らが立法の際に用いる法概念は、自由を保護するものとして理解されるようになったものと考えられるのである。

つまり、自由を保護するための概念という「公序」の定義が、上記のような自由観に先立ってあったというよりも、革命期に形成された自由観や立法観のなかで、「公序」の概念にも、自由を保護するものという意義が与えられていったのだと考えられるのである。その考察の一環として、11. 2 では、フランスにおいていわゆる「私人間効力論」が存在しないということを検討する。

以下、検討に入るが、「私人間効力論」の不存在の検討に入る前に、11. 2. 1 で、そ

⁵⁵³ 高村前掲注 (52) 317 頁。

もそもフランスにおいては、公法・私法の区別そのものが、我が国におけるそれとは異なっているということを確認する。というのも、公法・私法の区別が異なっているということが、フランスにおける「私人間効力論」の不存在の前提となっているように思われるからである。

11. 2. 1 公法・私法の区別の違いについて

我が国の憲法学は、憲法上の権利は私人間の関係において効力を持つのかという、いわゆる「私人間効力論」において、「間接適用説」を通説として採用してきたものと思われる。この間接適用説は、民法 90 条の公序良俗規定などの一般条項の意味を憲法の内容によって充填することによって、私人間の紛争に対しても、憲法規定の効力を間接的に及ぼせるとするものであり⁵⁵⁴、こうした間接適用説の長所は、第一には、「基本権の対国家性という伝統的観念が維持され、公法（公権）と私法（私権）の二元性が維持されること」⁵⁵⁵にあるのだと説明されてきた。

このような説明から、我が国においては、憲法によって保護される諸個人の自由は、まずもって対国家的なものであると考えられていること、そして、その背景には、公法と私法とは、引き受けるべき領域を異にするものとして二元的に捉えられるべきものであるという思考があることが見てとれる。加えて、この公法・私法の区別は、私人と国家との関係を規定する法であるのか、国家によって介入されないことを原則とするような私人同士の関係を規定する法であるかによってなされるとされている。

こうした公法・私法の峻別思考は、必ずしも憲法学に固有のものではなく、民法の領域においても、相当に浸透しているものと思われる。すなわち、民法が適用されるべき「市民社会」あるいはそこでの私人同士の関係性は国家—市民関係とは異質のものであり、国家による介入を受けないことがその特徴として強調される傾向があるようである⁵⁵⁶。

このような公法・私法の区別は、しばしばフランスの例が引き合いに出されて説明されてきた。しかしながら、水林彪が指摘するところによれば、「国家」と「市民社会」とを異質なものと捉え、対立させるような考え方は、実のところ「特殊ドイツ的な」⁵⁵⁷理解であって、フランスにおける憲法—民法の関係性とは異なるものである。

ここでは、水林によって展開された議論を参照することで、フランスにおいては、公

⁵⁵⁴ 芦部前掲注 (13) 296 頁。

⁵⁵⁵ 小山剛「人権の私人間効力」杉原泰雄編『体系憲法事典』（青林書院、2008）408 頁。

⁵⁵⁶ 水林彪「近代民法の本源的な性格」民法研究第 5 号（2008）67 頁。

⁵⁵⁷ 同上。

法・私法の区別が他国とは異なっていることを検討することとする。

水林によれば、フランスの民法典の規律は、個人間関係のみをその対象とするものではなく、個人—国家関係をもその対象に含むものである⁵⁵⁸。水林が具体的な例として着目しているのは、民法 544 条および 545 条の規定である。民法 544 条は、所有の権利について定義する規定であり、所有権を、物を使用し、収益し、処分する権利である、と定めている。これを受けた 545 条は、まず、対個人的に所有権が保護されることを定め、「何人も、その所有を譲渡することを強制されない」と規定する。そしてそれに続けて、国家によって譲渡が強制されるのは、「公益 (utilité publique)」を理由にもち、加えて「正当かつ事前の補償」が与えられる場合に限定されることが定められている。

国家による所有権の制限について正当な補償が与えられるということは、我が国では憲法 29 条に定められている内容であり、すなわち、「公法」の領域に含められるべきものと考えられてきたものである⁵⁵⁹。加えて、国家による所有権の制限が、「公益」を理由にもつ場合に限られるという規定は、水林によれば、革命以前のフランスにおいては、君主が諸個人の所有をわがものにしようとしたこととの対比で、革命後はそのような恣意的な措置による所有権侵害を防止しようとするものであった⁵⁶⁰。このようなところから、フランス民法典には、所有権を、対個人的な関係のみならず、対国家的な関係でも保護されるものとする発想を見ることができるのである。

水林はまた、民法と行政法の関係性についても検討している。フランス行政法学の基礎を確立した学者の 1 人であるオーリウは、民法を一般法 (droit commun)、行政法をその特別法 (droits spéciaux) として理解していた、と水林はいう⁵⁶¹。たとえば、オーリウは、行政機関によって担われる職務の本質を、民法上の「事務管理」の概念を用いて説明している。すなわち、行政機関は、市民相互の気配りによっては満足に充足されえない一般的利益を達成するために、契約という契機なしに、自律的に活動する機関である、とオーリウは説明し⁵⁶²、この理解を前提として、オーリウは、行政作用には基本的には特別の行政法が適用されるが、民法典が含む基本的な諸規範も合わせて適用され続けなければならないとしているのである⁵⁶³。

水林は、このようにして、フランスにおける公法・私法の区別は、我が国における区

⁵⁵⁸ 同上 8-10 頁。

⁵⁵⁹ 同上 9 頁。

⁵⁶⁰ 同上 10 頁。

⁵⁶¹ 同上 12-16 頁。

⁵⁶² 同上 14-15 頁。

⁵⁶³ 同上 16 頁。

別とは異なるものであるということを示す。それに続けて、民法典編纂過程における議論を参照しつつ、フランスにおける公法（droit public）と私法（droit privé）の分類は、当該規定が「社会ないし公共の利益にかかわる程度が強い（傍点原文ママ）」それとも「諸個人の利益にかかわる程度が強い（傍点原文ママ）」⁵⁶⁴という基準によってなされることを指摘する。すると、憲法のうちでも、統治機構に関する規定は公法であることになるが、諸個人の権利に関する規定は、むしろ私法であることとなる。同様に、民法においても、公益法人に関する規定などは公法であることになるが、家族に関する規定などは私法に属することになるのである⁵⁶⁵。

水林は、フランスにおいて、我が国におけるような、私人同士の関係か、国家－私人の関係であるかの区別が重視されなかったことについて「最も重大な自然権が、他者によって侵されるか、それとも国家によって侵されるのかは、自然権の保全を第一義に掲げた人々にとってはどうしてもよいことであり、重要なことは、誰からも自然権が侵されないことだから」⁵⁶⁶だと説明している⁵⁶⁷。

以上の水林の議論は、フランスにおいては、公法・私法の区別が我が国におけるものとは異なること、むしろ、我が国の法学でいうような意味での公法・私法の区別そのものが存在せず、ただ各法律や憲法の中に、公的な事柄を対象とする条文と個人の利益を対象とする条文とが存在することを指摘するものであった。

本論文の関心との関係でいえば、公法・私法の区別のこのようなあり方を背景として、フランスにおいては、憲法上の権利について、いわゆる「私人間効力論」そのものが存在してこなかったこと（我が国の憲法学の用語を使えば、憲法上の権利は、私人間においても直接的に適用されると考えられてきたこと）が重要であるため、続けて検討に入る。

11. 2. 2 いわゆる「私人間効力論」のフランスにおける不存在

私人間の関係において、憲法に規定される権利保障は、どのような方法で、どの程度適用されるべきであるのか、という「私人間効力」あるいは「第三者効力」などと呼ばれる問題は、我が国においては、「戦後の憲法学におけるもっとも論争的なテーマの一

⁵⁶⁴ 同上 20 頁。

⁵⁶⁵ 同上 22 頁。

⁵⁶⁶ 同上 25 頁。

⁵⁶⁷ 水林のこの指摘は、前節で筆者が「あらゆる障害の不存在」として表現したことと同趣旨であろうと思われる。

つ」⁵⁶⁸として盛んに論じられてきた。私人間効力の問題が、憲法学における一つの重要なテーマとなっているという状況は、ドイツあるいはアメリカなどにおいても同様であろう。

しかしながら、フランスにおいては、「私人間効力」の問題は、『独立のテーマ』として論じられることがない⁵⁶⁹。なぜ、フランスには私人間効力という問題が存在しないのであろうか⁵⁷⁰。この理由について、山元は、フランスの学説を検討しながら、「憲法規範はなによりもまずすべての法的アクターが遵守すべき客観法規範として理解されるのであって、人権効力における垂直性と水平性を区別する意識が根本的に欠如していること」⁵⁷¹に着目した。そして、このようなフランスの法思考は、「革命期以来のフランス市民社会の法構造を現代において忠実に相続するもの」⁵⁷²であると評価している。

フランスの権利論に私人間効力の論点あるいは発想そのものが欠如しているということは、フランスにおいて自由あるいは権利と呼ばれて保障されるものの内実や性質、特殊性を理解するために必要であると思われるため、ここで確認しておきたい。

まず、ジャック・ロベール(Jacques Robert)とジャン・デュファール(Jean Duffar)によって書かれた基本書である『人の権利と基本権(Droits de l'homme et libertés fondamentales)』における記述を参照してみよう⁵⁷³。

⁵⁶⁸ 上村貞美「フランスにおける私人間の人権保障」香川大学一般教育研究第16巻(2012)25頁。

⁵⁶⁹ 同上 26頁。

⁵⁷⁰ フランスにおける「私人間効力」の問題は、高橋和之による論考「『憲法上の人権』の効力は私人間には及ばない 一人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト No.1245(2003)137頁以下を契機として盛んに検討されるようになった。高橋は、この論考において、「フランスには、少なくとも今までのところ、私人間にも人権の効力を認めるべきだというような議論は、人権規定が法的効力を公式に認められて以降も、管見のかぎり、無いようである」という整理をし、そこから、フランス法は、『無適用説』を前提にしていると思われる」という認識を導いている。同上137頁。

本論文でも確認する通り、たしかに、フランスにおいて「私人間効力」という論点は存在しないが、しかし、それはむしろ、人権宣言等によって保障される権利が、当初より、私人間においても当然に適用されるものと考えられてきたことによるのだと思われる。

⁵⁷¹ 山元一「憲法理論における自由の構造転換の可能性(1)」長谷部恭男=中島徹編『憲法の理論を求めて 奥平憲法学の継承と展開』(日本評論社、2009)35頁。この点、齊藤笑美子は、こうしたフランスの状況について、「あえて日本の学説風にいえば、『直接適用』に近い理解」といえるのではないか、との指摘をしている。齊藤笑美子「フランスにおける憲法規範の私人間適用をめぐる考察」一橋法学第9巻第3号(2010)22頁。

⁵⁷² 山元同上 36頁。

⁵⁷³ Jacques Robert=Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, p.21.

同書のなかで、「自由は誰に対して守られるであろうか？」とタイトルをつけられた項目を見てみると、「第一に、他者に対して」と書かれている。そして、「集団に対して」という記述が続き、最後に「国家に対して」という記述が来ている。「他者に対して」の部分の説明をより詳しく見てみると、「他の市民の活動によってもたらされる障害から、各市民の公的自由の行使を保護するということは、絶対的に必要なことである。〔…〕各個人の自由と他者の自由の間に必要な調和を実現するのは法律によってである。（括弧内筆者）」と説明されている。このような説明の内容や順序からすると、個人が持っている自由は、国家による介入に対して保護されるだけでなく、（むしろ、それよりも先に）他の個人あるいは集団に対して保護されるべきものであると考えられていることが分かる。

この私人間効力という問題の枠組みそのものが、フランスでは欠如している、ということを通して、フランスの伝統的な法意識を分析した論考に、ミシェル・トロペール（Michel Troper）によるものがある。「誰が第三者効力論を必要とするのか？—フランスの場合」と題されたその論考の中で、トロペールは、フランスにとっては、第三者効力（私人間効力）の考え方は必要ではなかったことの原因を検討している⁵⁷⁴。以下、その内容を見ていきたい。

トロペールは、まず、第三者効力という論点について、次のように整理している。すなわち、第三者効力の問題とは「第一義的には国家に対して個人を保護するものとして宣言されるような権利があるとした場合に、国家はある活動について介入しないように義務づけられたり禁止されたりするのであるが、それにも関わらず、信教の自由や表現の自由や教育権などの権利は、他の個人に対抗する形でも保護されるであろうか？」⁵⁷⁵ということを問う問題である。

トロペールによれば、第三者効力の問題が顕在化するのには、ある個人が合法的な方法で、他人に対して、ある権利の行使を妨げるような場合である。たとえば、表現の自由を行使しないようにする契約を結ぶであるとか、ある人の宗教や出身を理由に何かの契約を結ばないなどといった場合である。というのも、ある個人が暴力などの非合法な方法で他人の権利行使を妨害するような場合には、そもそも、暴力行使を禁止するという一般的禁止の方法で足りるからである。ある人が他人の権利行使を、契約を結ぶ（あるいは、結ばない）などの合法的な方法で妨げるような場合、その相手方の権利行使を妨

⁵⁷⁴ Michel Troper, « Who needs a Third party effect doctrine? — The case of France », András sajó=Renáta Uitz (edt), *The constitution in private relations : Expanding constitutionalism*, Eleven International Publishing, 2005, pp.115-128.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, pp.115-116.

げているという理由で契約を無効にすることができると思う場合には、権利は水平的な効力、すなわち、第三者効力をもつ、と理解されることとなる⁵⁷⁶。

ところで、トロペールによれば、フランス憲法や法学者の文章には、上記のような問題を意味する『憲法の第三者効力』、『水平的権利』、『間接的效果』といった表現は、(近年の非常に稀な例外を除いては)存在していない⁵⁷⁷。しかしながら、このことは、フランス人が、他者に対する権利を持っていないということを意味しない。トロペールは、「この問いに対しての明白な答えは、私たちはそのような権利を持っている、ということである」⁵⁷⁸と答えるのである。憲法上保護される権利が私人間においても保護されるという特別な議論なしに、私人間においても権利が保障されるという理論がフランスで定着しているのであれば、その理由はどのようなところにあるのだろうか。トロペールは、実質的理由と構造的理由に分けて論証する。以下、順にみていく。

まず、実質的理由についてである⁵⁷⁹。トロペールによれば、フランスにおいて私人間効力論が存在しない理由は、実質的には、フランス革命にまで遡る権利と国家との関係性をめぐる哲学的、政治的な考え方にその淵源を持っている。より具体的には、フランスでは、権利というものは、原理的には、創出されるものではなく宣言されるものであると考えられ⁵⁸⁰、その考えゆえに、権利という概念によって市民社会とは切り離された形で法人格を与えられるような、それ自体として堅固な実態を持ったものとして国家を捉える考え方が欠如しているのである⁵⁸¹⁵⁸²。

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p.116.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p.115.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pp.119-123.

⁵⁸⁰ この点について、オリヴィエ・ジュアンジャンは、1789年に宣言された諸権利と諸自由は、「国家の本来的な構成要素」であると理解され、それゆえに、これらの権利は、1789年に「宣言」されたものであって、創設されたものではなく、自然的で時効にかからないものであると捉えられていたことを指摘している。このジュアンジャンの指摘は、トロペールによる理解と同趣旨のものと考えられる。オリヴィエ・ジュアンジャン著、山元一訳「独仏基本権比較試論」法学セミナーno.597(2004)71頁。

⁵⁸¹ Troper, *supra* note 574, p.119.

⁵⁸² ジュアンジャンも同様に、独仏比較の観点から、フランスにおいて基本権は、公法にも私法にも、同様の影響を与えてきたことを指摘している。ジュアンジャンは、以下の二点に、その理由を求めている。①フランスでは、憲法裁判機関が構造的に脆弱であり、憲法院は、ドイツの連邦憲法裁判所ほどに確固たる地位を確立してはいないこと、②フランスでは、「主権的公権」の伝統が欠如していることである。

なお、トロペールは、後述のとおり、フランスが将来において、「本当は必要のない」私人間効力の理論を受け入れるようになるかもしれないことを指摘している。「本当は

実際、人権宣言は、フランス人が社会や国家の成立よりも前から持っている権利を宣言する形態を採用するものである。それゆえに、議会は、権利を生み出す力もなければ、それらを制限する力も持っていないし、市民と国家の間には、権利をめぐる特定の関係性があるわけでもない。そして、人は、どのような権力あるいは人に対しても、自らの権利がよく保護されるように、社会に参入していくのである⁵⁸³。このことは、人権宣言4条は、「各人の自然的諸権利の行使は、社会における他の構成員にそれと同じ権利の享受を保障すること以外の限界をもたない」としていることにも表れている。

人権宣言4条や、「法律は、社会に有害な行為しか禁止することはできない」と定める5条は、権利の限界を定めるものである。しかしながら、これは、権利それ自体を制限するものというよりも、権利の行使の方法の限界を定めたものであり、それゆえに、権利を絶対的に制限するというよりも、ある社会における当該権利の行使の方法を定義するものであると考えられるのである⁵⁸⁴。それゆえ、市民の代表である議会が、法律によって自由の行使の方法に制限をかけたとしても、それは、ある市民の他の市民に対する権利を定義したということになるのである。

このように、フランスにおいては、立法者が市民の権利へ制限を設けることについて、憲法が一定の禁止や授権を定めるような他国（アメリカやドイツなど）においてとは、憲法と法規定との関係性が異なっているのである。というのも、フランスにおいては、社会の唯一の目的は構成員全員の権利がよく保護されるということであり、それが実現するように、立法者は権利を定義すると考えられるからである。

なお、このようなトロペールの説明について注意を要するのは、「権利」あるいは「自由」と表現されるものが保護される段階は、二段階に分けて理解されているということである。そして、段階が2つ存在するにもかかわらず、そこで保護の対象となるものは、

必要のない」という、この表現の選択から、フランスが、他国におけるような、公法・私法の区別や憲法上の権利の適用領域に限定をかけるような理論を導入する可能性に対して、トロペールがそれを、必ずしも積極的に評価しているわけではないということが伺えるように思われる。一方、ジュアンジャンは、独仏両国の法体系の違いを、フランスの「欠点」と評価し、加えて、ゲオルク・イエリネックによるフランス法分析を引きながら、フランスが長きにわたって、哲学的諸原理についての抽象的思索か、あるいは純粋に実践的な目的のための活動かのどちらかのみを検討対象としてきた傾向を反省的に評価している。このような表現からは、ジュアンジャンは、ドイツにおける権利保障の諸理論のように、権利保障のための具体的な理論づくりがフランスにおいても発展していくことが必要であると考えているように推察される。ジュアンジャン前掲注（580）75頁。

⁵⁸³ Troper, *supra* note.574, p.119.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p.120.

どちらも、「権利」あるいは「自由」と呼ばれるものであるために、ややもすると混乱を招くように思われる。

トロペールによれば、私たちの権利は国家によって創出されるものではなく、宣言されるにすぎないものである。一方で、国家（特に立法者）は、権利の定義を法律の形で創出することとなる。この説明を、矛盾がないように咀嚼して考えると、次のようになるだろう。私たちは、社会の形成以前から、自然的に権利・自由を持っており、それゆえ、国家はこれを生み出すのではなく、宣言し、その存在を確認するにすぎない。ここで宣言された権利・自由は、いわば源泉のように、各時代、各社会の具体的な事情に影響されないものとして、手つかずの状態が存在する。この状態の権利・自由はしかし、源泉そのままの状態であるがゆえに、各時代、各社会において、具体的に保障可能な状態に、その一部を汲み出される必要がある。これが、立法者によって、権利・自由が定義されるという段階である。この定義の作業は、私たちの権利・自由が実社会においてよく保護されるためになされるものであって、源泉そのものに手を加えようとするものではない。

トロペールによれば、このことは、たとえば、人権宣言 11 条の規定を見るとよく分かる。人権宣言 11 条は、「すべての市民は、法律によって定められる場合に、その濫用についての責任を負うほかは、自由に発言し、書き、印刷することができる」と定めている。同条は、出版の自由をはじめとする表現の自由が何等の制限を持たないものであるとするものではない。一方で、アンシャン・レジーム期においては、王が自由に検閲するような制度をとっていたのに対して、同条は、行政による自由な検閲を廃止し、法律によって定められる場合にのみ、表現の自由が制限されることを定めたのである⁵⁸⁵。

トロペールは、フランスにおいて立法者の仕事がこのような性質で理解されるということが、実際には法律中心主義をもたらしたことや、フランスにおいて立法に対する憲法適合性審査の導入が遅くなったことを指摘している。

トロペールは、フランスにおける法文化の第二の特徴として、市民と対立するような国家という存在がないことを指摘している。人権宣言には「国家」という言葉が登場せず、ただ「社会」が登場するのみである。それは、社会とは切り離された形で法人格を与えられ、市民の活動を制限しようとするものとしてイメージされるような存在がフランス革命によって否定されたからである。トロペールによれば、フランス革命の目的そのものが、そのような、市民と国家との間の距離を否定するものであったのである⁵⁸⁶。

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p.120.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p.121.

フランスにおいても、立法権や行政権が無限であるとは考えられてこなかったが、トロペールいわく、それらの限界は、権力内部の構造によって確保されるべきものであった。たとえば、行政は適法な行為しかとることはできないし、立法の質は二院制の採用によって確保されるべきであると考えられていた⁵⁸⁷。

このように、トロペールによれば、フランス革命以来、フランスにおいては、権利というものを通して、市民と国家とを対立構造に置こうとする発想そのものが欠如していた。

トロペールは次に、構造的理由についての検討に進む。トロペールによれば、フランスにおいて、立法に対する憲法適合性審査の制度が存在しなかったことが、フランスにおいて第三者効力論が必要とされてこなかったことの要因の一つである。というのも、立法に対する審査が存在しないことによって、法律が権利を定義し保護するという論理が定着したからである。

しかしながら、フランスは今日、法律の内容について、事前の、あるいは事後的な憲法適合性審査をすでに導入している。トロペール自身、「自由主義的な政治哲学の影響、国家に対する個人の権利の考え方、立憲主義の発展、アングロサクソン系あるいはドイツなどの外国の考え方への憧れ、欧州の統合などの諸要素の影響のもと、フランスの裁判所が、本当は必要のない第三者効力論を受容するに至るかもしれないほどに、法文化は変化してきている」⁵⁸⁸としているように、フランスが置かれた状況は変化しつつある。

トロペールがこの説を展開した 2005 年から、フランスの状況は変化を続けており、トロペールによる説明は、現在のフランスの状況を理解するための完全な説明とはならないかもしれない。しかしながら、第 9 章、第 10 章で検討した通り、憲法院は、ある法律が市民の権利・自由を侵害するものではないかを審査するに当たって、立法者による判断を尊重するような態度を維持している。このように考えると、トロペールによる説明は、現在のフランスにおける法文化を理解するためにも、十分説得的なものであると評価できよう。

この点、水林も大革命後のフランスにおいて、国家(État)と市民社会(société civile)⁵⁸⁹は一元的なものとして存在していたという歴史認識を採りつつ、トロペールと同趣旨

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p.122.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p.128.

⁵⁸⁹ 水林は、原語のニュアンスを忠実に表現するため、それぞれ、État と Société civile と表記しているが、ここでは、本論文全体の表記との統一性を図るため、一応の訳語として、「国家」と「市民社会」の訳語を当てている。

の指摘をしている⁵⁹⁰。水林は、11. 2. 1 で検討したような公法・私法の理解をとった上で、1789 年の人権宣言や 1791 年の憲法は、市民社会全体を規律する基本法であり、我が国において「公法」と呼ばれるような国家と国民との関係を規律するというような、限定的な法ではなかったことを指摘する⁵⁹¹。

水林は、人権宣言と憲法は、その論理構造上、「何よりも citoyen 同士の関係……を規律するものであった」⁵⁹²とする。というのも、社会(*société*)というものの自体が、自然状態(*état de nature*)においては解決しえない人間同士の権利の侵害状態を解決するために形成されたものであり、その論理の帰結として、社会が解決すべき権利侵害事件として第一に想定されるのは、市民同士の関係におけるものであったからである。このように、「人権宣言・憲法は、citoyen 相互の関係を直接に規律するのであり、かかる事態を我が国の法学の概念によって表現するのであるならば、“憲法は『私人』間関係に直接に適用される”ということになる」と説明されるのである⁵⁹³。

水林は、この主張に至るまでに、大革命以前、あるいは以後のフランスにおいて、いかにして、国家と市民社会というそれぞれの観念が形成されていったのかについて綿密な検討を行っているが、本論文の目的を超える部分があるため、ここでは詳細に紹介することはしない。ただ、水林の次のような指摘は、本論文との関係でも重要なものと思われるので、少し長くなってしまいが引用しておきたい⁵⁹⁴。

フランス革命は絶対主義的 *État* を打倒し、人権宣言は、絶対主義にかわる新しい政治秩序を〔……〕*société* およびこれと類縁関係にある *association politique* なる語によって指示した。革命によって絶対王権は打倒されたとはいえ、1791 年憲法は君主制を維持したので〔……〕、その限りで *État* の語は、憲法の中に *Roi* (国王) と強い類縁関係にある語として生き残ったけれども、その *Roi* は、今や *Loi* (法律) ないし *Loi* を制定する立法権力に従属した存在であり、その意味において、*État* は *société* (*citoyens* の *association politique*) に回収され、この中に埋め込まれた存在となったのである。(亀甲括弧内は本論文筆者)

⁵⁹⁰ 水林彪「近代憲法の本源的性格 *société civile* の基本法としての 1789 年人権宣言・1791 年憲法」戒能通厚＝榎澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』(日本評論社、2008) 21 頁以下。

⁵⁹¹ 同上 37 頁。

⁵⁹² 同上。

⁵⁹³ 同上 38 頁。

⁵⁹⁴ 同上 33 頁。

すなわち、革命は、市民を抑圧するものとしての国家と市民社会との分離を克服しようとするものであったのであり、市民社会の中に国家あるいは国王の存在を取り込もうとするものであったのである。人権宣言・憲法によって達成が目指されたのは、「État と société の二元的秩序なのではなく」、むしろその双方を一体的にとらえる「一元的秩序にほかならない」⁵⁹⁵のである。このような歴史認識は、トロペールによるものと同趣旨のものであると思われる。

なお、水林がここで citoyen（本論文では、「市民」という訳をあてた）と呼んでいるものは、我が国の憲法学において、とりわけ「私人間効力」の問題をめぐる議論で「私人」と呼ばれるものと同様に、国家権力を行使しない主体のことを指している。しかし、水林によれば、citoyen は、『私人』という規定によって表現されつくされる存在ではない。citoyen は、私的所有〔……〕の主体という意味において、たしかに『私人』と言いうるが〔……〕、しかし、同時に、société において公権力を基礎づけるところの『政治的主体』であり、『公共人』でもある（括弧内は筆者）⁵⁹⁶。それゆえ、そもそも、「憲法（公法）の『私人』間効力如何」という問題設定は、〔……〕原理を異にする『公法』と『私法』とが併存する法体系を構想した特殊にドイツ的な—正確に言えば 19 世紀ドイツ的な—問題設定なのではなかろうか。（括弧内は筆者）⁵⁹⁷と水林は述べるのである。

水林は、別のところで、人権宣言・憲法によって宣言された市民の権利に対する保護が、いかにして民法典によって具体化されていくのかを検討している⁵⁹⁸。水林によれば、1791 年の段階においては、人権宣言・憲法は、全社会関係に妥当すべき市民の権利を宣言するものであり、ここには先述の通り、人権宣言や憲法を全社会関係における基本に据え、各種の法律はその価値を具体化するものであるとする「法体系一元論的思考」

⁵⁹⁵ 同上 31 頁。

⁵⁹⁶ 同上 40 頁。なお、citoyen には、「私人」という言葉では汲み取りきれない意味合いがあることについて、樋口陽一は、次のような指摘をしている。すなわち、「公共のための『徳』を要求される citoyen によって担われる市民社会は、それゆえに息苦しさを伴うだろう。そこには『濫用される可能性のない自由は自由といえるか』『負荷を課された自由は本当に自由といえるか』という批判が向けられることが避けられない。それはルソーを援用することの危うさ、きわどさという問題にほかならない。」というのである。このような樋口の指摘にも見えるように、フランス語の citoyen という言葉には、社会に対するある種の責務の主体といったニュアンスが含まれているといえる。樋口陽一「企業・市場・市民社会と国家 憲法学から見て」戒能通厚＝榎澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』（日本評論社、2008）53 頁。

⁵⁹⁷ 水林前掲注（590）41－41 頁。

⁵⁹⁸ 水林前掲注（556）38－50 頁。

⁵⁹⁹が認められる。しかしながら、革命が収束に向かい、民法典をはじめとする各種の法律が整備されていくと、憲法は、「全法体系の基本的性質を喪失してい」き、「これによって、一八〇二年以降、憲法は、統治機構のみを規定する法となっていった」⁶⁰⁰。その一方で、人権宣言・憲法が規定していた全社会関係における市民の権利などは民法典において規定されることとなっていった⁶⁰¹。言い換えれば、個人の権利は、憲法の規定によって法律から保護されるものというよりも、憲法や人権宣言の内容や価値を具体化した法律によって保護されると考えられることとなったのである。

このように、フランスにおいては、憲法上の保護を受ける権利について、いわゆる「私人間効力」論というべき問題そのものが存在しない。それは、フランス革命自体が、市民の権利を制限するものとしての国家像を克服しようとするものであり、そのために、市民社会と国家の二元性あるいは垂直的な関係を否定するものであったからであったということができよう。

11. 3 一般意思の表明としての法律

ここまでの部分では、フランスにおいて、権利あるいは自由というものが、対国家的なものとしてだけでなく、市民同士の関係においても保護されるべきものとして観念されてきたことを確認してきた。

そのように保護される自由というものは、専ら憲法あるいは人権宣言によって保護されるものではなく、法体系全体によって保護されるものであり、従って、各種の法律によって権利保護が具体化されることとなった。そして、一度法律によって権利が具体化されるようになると、憲法や人権宣言がもっていた権利保護の機能が薄められていくことになったのである。このようなフランスに特徴的な法思想は、「法律中心主義

⁵⁹⁹ 同上 42頁。

⁶⁰⁰ 同上。この点、樋口陽一によれば、フランス革命以後の憲法と民法それぞれの性質とその関係性（および、その推移）は、次のように説明される。「フランス革命期には、旧体制との断絶を強調する文脈で、人権宣言＝憲法の実質的価値が高く謳われた、その意味で、憲法価値の基本性が先行したといえる。その後はしかし、一八〇四年民法典の実質価値の基本性が、フランス近代法を特徴付ける」ようになっていった。その後、フランスにおいて、「近代憲法のあり方が定着する第三・第四共和政期には、『憲法』とは、議会の優位を確保する統治機構を意味したのであって、その意味で、価値中立的な枠組にほかならなかった」のである。樋口陽一「憲法と民法 ―その『緊張』と『協働補完』の関係」法律時報第76巻第2号(2004)94頁。

⁶⁰¹ 水林同上 42-43頁。

(légicentrisme)」と呼ばれるものであり、この思想の背景には、「国民は、本来自らの有する自由を実現するためには、主権を獲得して自主的な決定を行うことが必要であり、またそれで十分である」⁶⁰²という思考が存在していたといえる。

大革命によって絶対的な王の存在を否定し、市民自身による統治を達成した経験をもつフランスにとって、市民社会とは異質な存在としての国家を想定することは矛盾であったこと、そしてそれゆえに、権利保護についても、国家—市民関係と市民間の関係との区別を必要としなかったということは、大革命を経験したフランスの歴史を踏まえると、非常に説得的な論理であると思われる。一方で、そのような性質をもった権利が専ら法律によって保護されることとなった経緯については、いまひとつの検討を要する部分であると思われる。なぜならば、多くの場合において法律が市民の権利保護に寄与する、ということは、裁判所が憲法を適用することによって権利保護を図るという方法を否定する考え方、すなわち、「法律中心主義」に至ることを必然的には意味しないはずであるからである。つまり、法律と憲法の双方によって市民の権利を保護していくという方法もあり得たのではないか、とも考え得る。

そこで、11. 3では、フランスにおいて、「法律中心主義」が成立していく過程を今一度整理してみたい。

田村理は、フランスにおいて「法律中心主義」が採用されるに至った過程には、「性質の異なるいくつかの動機が含まれていた」⁶⁰³ことを指摘する。すなわち、フランス革命期の憲法制定国民議会は、「人権の限界の判断権を議会に独占させる『法律による』保障の制度を創り出そうとした。しかし、自然権思想に依拠していた彼らは法律によっても害し得ない人権の観念＝『法律に対する』保障の観念も同時にもっていた」のである。田村によれば、このことは、例えば、1791年憲法の規定のあり方に反映されている。

1791年憲法は、その第1編を「憲法によって保障される基本条項」と題し、憲法が「自然的・市民的権利」として保障する事柄を列挙している。そして、「立法権は、この編に定められ、かつ、この憲法で保障された自然的・市民的権利の行使を侵害し、阻害するいかなる法律も定めることはできない。」⁶⁰⁴と定めているのである。

革命直後の段階で、思想としては、「法律に対する保障」の考え方が存在していたこ

⁶⁰² 山元一「自由と主権 —最近のフランスにおける議論の一断面」『現代フランス憲法理論』(信山社、2014) 269頁。

⁶⁰³ 田村理「『フランス憲法史における人権保障』研究序説」一橋論叢第108巻第1号(1992) 127頁。

⁶⁰⁴ この部分の訳出につき、辻村=糠塚前掲注(370) 196頁を参照した。

とは、浦田一郎も指摘するところである。人権宣言はその前文の書きぶりに表れているように、権利を新たに創設しようとするのではなく、「示す (exposer)」ものにすぎないが、浦田によれば、このような人権宣言の表現は、「自由の行使は法律による保障を待つ必要はない」⁶⁰⁵という原理を示すものである。

田村によれば、このような「法律に対する」保障を定める規定は、立法権の限界を定めるものであり、その意味で、法律中心主義の発想とは矛盾しうるものである。フランス革命期の法律中心主義と「法律に対する」保障の対立は、しかし、一定の緊張関係を保ちつつも、「相対的な立法権への信頼によって妥協可能となった (強調本稿筆者)」⁶⁰⁶のであるという。以下では、田村の議論にそって、フランスにおいてどのように法律中心主義が成立していったのかを検討する。

田村は、革命期の制憲議会において、法律中心主義 (または「立法中心主義」) が成立する過程には「三種の動機」⁶⁰⁷が存在した、と説明する。田村によれば、「一方に古来の利害を可能な限り護るための立法中心主義」があり、「他方にアンシャン・レジームからの脱却の目的として人権を掲げつつ、それを他者 (特に民衆) から防御するため、また自ら持っていたアンシャン・レジーム下での利益を実質的に維持するために主張される立法中心主義」があった。そして「両者の中間に自然権を宣言することの意義は否定しないものの、それを実効的にするためには憲法によって創設された権力が定める実定法による保障が必要だと主張する立法中心主義」⁶⁰⁸があった。以下、それぞれについての田村の説明を見ていく。

第一の動機は、制憲議会において、主に右派によって主張されたものである。彼らは、革命によって宣言された「自然権が暴走し、自らの利害が危険にさらされる」⁶⁰⁹事態を防止するために、法律の必要性を強調した。たとえば、教会財産の没収が審議にあがった際に、右派は、「法律 (loi)」をそれまでの長い歴史を保護するものとして解釈し、そのような法律によって、一般市民の所有権が保護されるのと同様に、教会の所有権も保護されるべきことを主張したのである。

これに対して、左派は、革命によって達成が目指される国家像の出発点を権利に置いた。田村によれば、彼らは、アメリカなどのように、立法権を含む不完全な権力と人々

⁶⁰⁵ 浦田一郎「議会による立憲主義の形成 — 〈 droits de l'homme 〉 から 〈 libertés publiques 〉 へ」『立憲主義と市民』(信山社、2005) 166 頁。

⁶⁰⁶ 田村前掲注 (603) 127 頁。

⁶⁰⁷ 同上 131 頁。

⁶⁰⁸ 同上。

⁶⁰⁹ 同上 129 頁。

の権利とを対置する構図ではなく、権利を出発点として創られた完全な権力の構築を望んだ。彼らは、自身によって創られる「一般意思の表明」としての法律によって、アンシャン・レジームからの脱却を推進しようとしていたのである⁶¹⁰。

このように真正面から対立する右派と左派の動機の間には、「自然権の存在自体は否定しないものの、それは実定法の支配に服してはじめて実効的になる」⁶¹¹と考えた中道右派などが存在していた。彼らは、法律によって権利に制限が明確に示されることによってはじめて、私たちが実効的に行使することができる権利が示されると考えたのである。

田村は、このように、異なる派閥による三つの動機が存在していながらも、それぞれが、結局は立法による自由の保護という点で合意を見ることによって、フランスにおいて、法律中心主義が成立していったのだと説明するのである⁶¹²。

田村自身は、この三つの派閥がそれぞれに異なる動機を持っていたことの分析に重点を置いていたものと思われる。しかしながら、ここで示された動機には、共通する部分を見いだすことも可能なように思われる。それは、法律によらない、恣意的でアドホックな制限を否定しようとする態度である。右派は、自らの既得権益を保護するために法律の必要性を主張したのであるが、これは、予測不可能で明示されていない方法で、自らの財産が没収されることへの拒否であると考えられる。また、左派と中道右派の動機

⁶¹⁰ 同上 130 頁。

⁶¹¹ 同上。

⁶¹² この点、マルセル・ゴーシェは、人権宣言を作成する段階において、人間の権利をめぐって対立していた立場を、穏和派と愛国派の2つに分けて整理している。ゴーシェによれば、「穏和派の関心は個人の諸権利の行使に制限を加えることにあり、愛国派は各人の権利と国民の権力とを同時に保証することで、自然権をいわば完全に『社会化』しよう」と意図していた。この2つの主張は対立するものであるように思われるが、しかし、「法の概念」の理解によって奇妙にも1つの主張へと収斂していくこととなったのだとゴーシェは説明する。すなわち、人権宣言4条に明文化された、権利・自由の限界は法によってのみ定められる、という理解によって、穏和派と愛国派の関心は、共に満たされることとなったのである。

ゴーシェによれば、この第4条は、シエースの思想から着想を得たものであり、このシエースの狙いは、法の支配を「自由で平等な行為者のあいだに成立しうる関係全体を包括」するものとすることによって、「個人の恣意的な支配の生じるすきまを残さない」というものであった。一方、ゴーシェは、このような方針は、現実としては、人権宣言によって「宣言されたばかりの自由が、自由の限度を拡大することも縮小することもできる法の後見のもとにおかれてしまう」ことを意味するものでもあったことを指摘している。

マルセル・ゴーシェ著、富永茂樹訳「人間の権利」フランソワ・フュレ＝モナ・オズーフ編『フランス革命事典 6』（みすず書房、2000）100 頁。

は、社会に生きる市民たちが、自ら持っている自然権を十分に行使するためには法律が必要だと考えた点で共通している。田村が、この動機をアンシャン・レジームからの脱却という表現で説明しているように、もはや王による恣意的で予測不能な自由の制限は許されないと考えられたのだと思われる。ここにおいて、行政活動によって市民の権利が制限されることへの警戒心を見ることができる。

ところで、革命後の市民の自由を保護するものとしての立法への信頼には、ジャン・ジャック・ルソー（Jean-Jacques Rousseau）の思想が大きな影響を与えていたことはよく知られたことである。ルソーの思想は、社会契約によって私たちは、自らが持っている自由について「一般意思の最高指揮に対して全部譲渡」⁶¹³を行うとする点に、その特徴の一つがあり、このような思想から多大な影響を受けたフランス革命の論理においても、私たちの自由の保護を、一般意思に全面的に委ねることが理念として目指されたのである。しかしながら、浦田一郎は、このような「法律に信頼を寄せる思想」は、実際には「複数の政治的利害に基づくものであり、単純にルソーの影響に帰することは許されない」⁶¹⁴ことを指摘する。すなわち、ルソーは、経済的な特権をも一度廃止し、財産秩序の再編を目指したが、人権宣言によって選択されたのは、「経済的特権の有償廃止＝実質的存続の路線」⁶¹⁵であったと浦田はいうのである。この浦田の指摘は、法律中心主義の考え方が、誰か1人の思想家に帰するものではないとする点で、先述の田村の説明と軌を一にするものであると思われる。

なお、田村が、制憲者が立法者に寄せた信頼は、「相対的」なものであったと表現している点には注意が必要である。田村自身はこの「相対性」について特別な説明をしていないが、おそらくフランスに伝統的に根ざしていた司法への不信感を想定しているのではないかと思われる。

アンシャン・レジーム期のフランスにおいて、最高裁判所としての機能を担っていたパルルマン(parlement)の裁判官たちは、自らの利害関係の観点から、当時必要であった課税制度を拒絶したり、パルルマンの体制を変えるための司法改革を拒絶したりしていた。このようなパルルマンの絶大な権力とその濫用は、フランス革命勃発のきっかけの一つとなった⁶¹⁶。それゆえに、革命後のフランスにおいても、裁判官が市民からの信頼を得ることは容易ではなく、市民の代表としての性質をもつ立法者には、「相対的な」信頼が与えられることとなったのだといえる。このような司法への不信が強かったとい

⁶¹³ 浦田前掲注（605）165頁。

⁶¹⁴ 同上167頁。

⁶¹⁵ 同上。

⁶¹⁶ 中村義孝「フランスの裁判制度（1）」立命館法學2011年第1巻（2011）13-14頁。

うことを見ても、やはり、フランスでは、立法という方法で、統一的に、そして事前に、権利の限界が提示されているということが、権利の保障において重要視されていたということができるとはならないだろうか。

一方で、田村は、先述のとおり、革命直後の段階においては、法律に先立って私たちは権利を持っているという自然権の思想も強く影響力を持っていたことを指摘している。立法への信頼が確立しようとしている中で、法律に先立つという意味での権利は一体どのように保障されることとなったのだろうか。

田村はこれについて、制憲議会における議論の末、最終的には、権利の保障は「立法権の制限ではなくて、人権を侵さぬようにそれを構成し、権力分立を定めることによってなされる」⁶¹⁷と考えられたことを指摘している^{618,619}。

確かに、立法府と、行政府・司法府それぞれとの均衡あるいは立法府内部での派閥の存在や二院制の採用によって、様々な権力が拮抗し合い、それによって質の高い議論が確保されるという理想的な状態を維持することが想定できるのであれば、そこでなされる議論によって、すでに様々な権利への保障や利害関係の調整などが十分に配慮された法律が作られると考え得るかもしれない。そうであれば、制定後の法律について後から裁判官が口だしをするということは、すでになされた権利や利害への配慮を蒸し返すものとも捉えることができる。そして、このような見立てを採用するのであれば、行政や司法による介入に比べて、法律という形式での介入は、市民にとって予測可能性も高く、恣意性が低い点で望ましいことになるであろう。

⁶¹⁷ 田村前掲注(603)137頁。

⁶¹⁸ 11. 1. 2で指摘した通り、トロペールも同様の指摘をしている。Troper, *supra* note 574, pp. 121-122. トロペールによれば、権力が適切に分立している場合、権力の活動の結果は、常に予測可能なものとなり、そのような意味で、人々は、自由になることができる。

⁶¹⁹ モナ・オズーフは、当時の権力分立の構築において、議会は、「執行権の越権にたいする極端な不信」を抱いており、「執行権は本質的に立法権にたいしてありうるかぎりの害を加えるもの」と考えていた、とする。このようなオズーフの指摘からは、当時の議会によって考えられていた「権力分立」というものが、特に立法と行政(執行)との分立を重視するものであり、しかも、その意図が行政による立法への介入を防ごうとするものであったことが伺える。モナ・オズーフ著、樋口謹一訳「自由」フランソワ・フェレ＝モナ・オズーフ編『フランス革命事典 5』(みすず書房、2000)268頁。

11. 4 小括

ここまで見てきたように、フランスにおいては、各人がもつ自由や権利は、対国家的な関係に限られず、社会において持ちうるあらゆる関係において保護されなければならない、という自由観を背景に、法律によって自由を保護するという法律中心主義が確立されていった。

この法律中心主義の考え方に則れば、法律あるいはそこにおいて意味・内容が具体化される法概念は、自由を保護するものとして観念されることとなる。すなわち、立法者が条文に明文化するあらゆる法概念は、すべて、市民の自由や権利を保護するために用いられたものである、という一応の推定が働くこととなる。そうであれば、「公序」という法概念の内容を確定することは、第一次的には立法者の責務なのである、という考え方が憲法院によって繰り返し強調されてきたことも理解が可能である。

とはいえ、現在のフランスの状況は、革命期のそれと同じではない。そこで、つづく第12章では、今日の状況を考察していくこととする。

第 12 章 なお期待される立法者の役割 —今日の状況において

現在のフランスには、憲法院という法律を審査するための機関があり、また EU という国際的な共同体による影響も存在する。これらの機関は、フランスにおいて、法律中心主義が政治思想としての支配的地位を築いていた時代には存在していなかったものであり、そのような意味で、これらの機関が、法律中心主義にどのような変化をもたらしたのかを考えてみる必要があるであろう。第 12 章では、EU および憲法院という 2 つの存在を踏まえて、現在のフランスにおける立法者の役割について検討する。

まず、EU 及び憲法院の存在によって、フランスにおける法律中心主義の伝統が一定程度相対化されつつあることを論じる (12. 1)。次に、そのような中で、「公序」という法概念をめぐる立法者と他機関との関わり合いは、今日、どのようなものとなっているのかを検討する (12. 2)。

12. 1 EU 及び憲法院の存在による法律中心主義の相対化

第 11 章で見てきたような法律中心主義の考え方、すなわち、権利の保障という役割を、フランス国内立法者が独占するということは、近年大きな変容を被っていると言わざるを得ない。

第一に、フランスは、単に単独の国家としてのフランスとしてだけでなく、欧州の一員としての側面を強めている。欧州人権条約と欧州人権裁判所の存在は、いまや、フランス国内における権利保障にも、直接・間接の大きな影響力を及ぼしていることは疑いようのない事実であるように思われる。この点、山元は、フランスにおける権利の保障は、「もっぱら実定法秩序の外に立つ思想的次元に存在するものと捉えられたのであって、永らく実定憲法レベルにおいてそれに対して法的保障が及ぼされることはなかった」⁶²⁰という歴史的な事情を確認しつつ、欧州人権条約及び欧州人権裁判所の影響を受ける中で、フランスにおいても「基本権 (droits fondamentaux)」の考え方が受容されたこと、また、欧州人権裁判所は、欧州各国内で「国内裁判所の法律適用の場面における統制を通じて、憲法裁判に代替する機能を果たしている」ことを指摘している⁶²¹。

第二に、植野が「1970 年代から憲法院が人権保障を担うようになって、それまで、

⁶²⁰ 山元一「ヨーロッパ統合とフランスの人権」『現代フランス憲法理論』533 頁。

⁶²¹ 同上 529-534 頁。

行政裁判所による命令の合法性審査（法律適合性審査）が人権保障の中心であったことにかわって、この分野で大きな役割を果たすようになった」⁶²²と指摘するように、現在のフランスにおける権利保障を考える際に、憲法院の存在を無視することはできない。特に、2008年の「合憲性優先問題（Question prioritaire de constitutionnalité, QPC）」の導入以降は、憲法適合性審査が、法律の施行に対して事後的に、かつ、市民による申立てによって可能となっており、法律の規定の憲法適合性について憲法院が審査する機会は拡大しているといえる⁶²³。QPCの関連で出された憲法院判決の結果を見ても、全体の約5分の1が違憲判決であるとされており⁶²⁴、市民の権利の保障において、憲法院が果たしている役割は小さくない。

このように、現在、欧州連合あるいはフランス憲法院は、フランス国内での権利保障についても、一定の役割を演じているのであり、それにともなって、フランスにおける権利の保障における立法者の独占的な地位は、一定程度相対化されてきていると考えることができる。

ここまで見てきたように、「公序」という法概念は、自由の保護と一体のものとして理解されてきたものであり、フランスにおいては、「公序」の解釈・定義と、自由や権利の解釈・定義とは、同質の作業であると捉えられてきた。このことを踏まえると、自由や権利の解釈・定義についての立法者の独占的地位が相対化されているという状況から、「公序」の解釈・定義においても、立法者の独占的な地位が相対化されつつあることを推論できるように思われる。

実際、第9章、第10章においてすでに確認したように、立法者による「公序」の解釈・定義は、憲法院あるいは欧州人権裁判所によって審査の対象とされている。たとえば、憲法院は、「憲法上の価値を有する目的」という法規範の中に「公序」を含めることによって、一定の方向付けを試みているし、欧州人権裁判所も、フランスの立法者が「公序」によって正当化した法律の内容について、欧州人権条約に適合するものであるのか審査をしている。このように、「公序」の解釈・定義は、もはや、立法者によって完全に独占されているわけではない。そこで、12.1では、現在のフランスにおける「公序」の解釈・定義において、どのような機関が、どのように関わってくるのかということ、あらためて、体系的に分析することを試みてみたい。

ただし、ここで参照するのは、「一般利益（intérêt general）」の解釈・定義における

⁶²² 植野妙実子「公的諸自由と基本権の保障」『フランスにおける憲法裁判』131頁。

⁶²³ QPCの制度概要、制度設立の経緯などについては、南野森＝池田晴奈＝曾我部真裕＝井上武史「QPC判決の展開」『フランスの憲法判例II』を参照されたい。

⁶²⁴ 同上 307頁。

立法者の地位の相対化をめぐる議論である。本来であれば、「公序」の解釈・定義についての立法者の地位の相対化を体系的に論じるような先行研究を参照すべきであると思われるが、そうした研究は管見の限り見当たらない。

「一般利益」という概念は、「フランス公法の要石 (clef de voûte du droit public français)」とも称されるように、フランス公法全般において、枢要な位置づけを与えられてきたものである。他の法概念と同様、その正確な定義は困難であるが、コンセイユ・デタによれば、この「一般利益」は、「共同体を共に作りあげるといふ至高の自由」⁶²⁵のことを意味するのであり、国家によってなされるあらゆる活動は、一般利益という究極の目的によって正当化されねばならない、と考えられてきたものである。

より具体的には、伝統的な法律中心主義のもとでは、この「一般利益」が行政権限の行使の適法性あるいは違法性の基礎となってきた⁶²⁶。すなわち、「一般利益」の内容は、まず、立法者によって具体化され示されることになるが、そのようにして法律に表された「一般利益」をコンセイユ・デタが解釈し、行政活動がその「一般利益」に合致するかどうかによって、当該活動の適法・違法を判断してきたのである。「一般利益」という概念は、共同体のあり方そのものに関わるものであり、理論上は、国家によってなされる活動全般が「一般利益」への合致を求められるのである⁶²⁷。しかし、その解釈が実際に問題となってきたのは、主に行政活動との関係においてであって、立法者による「一般利益」の解釈・定義を統制するための制度を持っていなかったし、その必要性も強く認識されていたわけではないといえる。

しかしながら、後述する通り、現在では、フランス憲法院や欧州人権裁判所も、この「一般利益」の概念を用いて立法を審査するようになっており、立法者の活動も、「一般利益」への合致を求められるようになっている。

⁶²⁵ Conseil d'Etat, *Réflexion sur l'intérêt général-Rapport public 1999*. 全文は、コンセイユ・デタのサイトより閲覧可能である。 <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999> 最終閲覧日：2020年10月9日。

また、この内容については、翻訳が刊行されている。本論文の執筆に当たっても、大いに参照した。内海麻利「コンセイユ・デタ 『一般利益に関する考察 1999年報告書』」駒澤法学第17巻第2, 3, 4号(2018)91頁以下。

⁶²⁶ Guillaume Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, Juin 2004.

憲法院サイトより閲覧可能。 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-interet-general-instrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux> 最終閲覧日：2020年12月31日。

⁶²⁷ Lenoir, *supra* note 415.

このように、国家の活動が正当化されうるか、という問題について、抜きん出た重要性を与えられてきた「一般利益」について、立法者が果たす役割が相対化されつつあることは、フランスの法概念において、広くそうした傾向があることを示唆するものであるように思われ、そのため、「一般利益」の解釈・定義についての立法者の地位についての考察は、「公序」におけるそれについても類推して理解するために、参照に値するものであると思われる⁶²⁸。

第一に参照するのは、ジャン・マソー (Jean Massot) の議論である⁶²⁹。マソーは、今日のフランスにおいて、立法者は、もはや一般利益の表明を独占する存在ではなくなったことを指摘する。マソーによれば、そのような変化は、地方分権の発展、公的事業への私的アクターの参入、独立行政機関等、様々な要因が絡みあって引き起こされたものである。その中でも、マソーが重要な要素として指摘するのが、以下の2つのことである。第一に、第五共和政において憲法院が設立され、その憲法院が、法律の憲法適合性を審査することによって、一般意思の表明としての議会の最高の地位に一定の制限が与えられたこと。第二に、欧州人権条約をはじめとする、欧州の法が、フランス国内においても影響力を持っていることであり、この影響の大きさは、第五共和政憲法の第55条⁶³⁰が、適法に批准された条約や協定について、法律に優越する権威を与えていることから明白である。

憲法院や欧州の法は、具体的にはどのような形で、フランスの立法者による一般利益の解釈・定義に影響を与えているのだろうか。

マソーはまず、憲法院による影響から検討する。マソーによれば、憲法院による一般利益の領域への参入は、慎重な (*avec prudence*) なものにとどまっている。その慎重さは、その人事において、民主的な正統性を欠いていること、また「一般利益」の概念が

⁶²⁸ この点、ピエール・ドゥモンタリヴェは、「憲法上の価値を有する目的」に含まれる諸概念は、明言されるか否かに関わらず、「一般利益」と結びつくものである、としている。De Montalivet, *supra* note 420, p.178. このような指摘からも、「一般利益」についての考察は、「公序」についての検討のためにも有益であるといえる。

また、憲法院も、「公序」を、一般利益を結びつけて理解している。たとえば、*Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981* においては、被疑者の捜査および公序の侵害の予防という目的について、「一般利益という目的の保護」との言い換えを行っている (判決理由 56-58)。

⁶²⁹ Jean Massot, « L'intérêt général en droit constitutionnel », *L'intérêt général au Japon en France*, Dalloz, 2008, pp.157 et s.

⁶³⁰ 第55条は、次のように定める規定である。「適法に批准または承認された条約あるいは協定は、各条約・協定についての他方当事国における施行を条件として、公示後直ちに、法律に優越する権威をもつ。」

憲法の規定自体には存在していないことによって、その位置づけが不明確なことである。このような事情によって、憲法院は、立法への統制を全面的に展開しているわけではないが、しかし、確かに、一般利益の解釈を示そうとしている。

マソーは、憲法院は、これまで、主に次の3つの場合に、一般利益を解釈してきたことを指摘する。第一に、平等原則との関わりにおいて、第二に、権力の分立との関わりにおいて、第三に、法律の質との関わりにおいて、である。順に見ていこう。

まず、平等原則との関わりにおいてである。たとえば、1988年1月7日の判決⁶³¹において、憲法院は、平等原則と一般利益との関わりに言及した。同判決の判決理由10において、次のように示された。

立法者が異なる状況に対して異なる方法で規制を敷くこと、別異取り扱いが当該法律の目的との関係で導かれる限りにおいて、一般利益への配慮を理由として平等に例外を設けることについて、平等原則は障害となるものではない。(強調筆者)

マソーは、憲法院によるこのような判示は、立法の動機を審査しようとするものであり、仮にそれが一般利益と関係の無いものであった場合には、そのような立法を統制するような余地を生み出したものであったと評価する⁶³²。

第二に、権力の分立との関わりにおいて、憲法院は、一般利益の解釈を示している。たとえば、1980年7月22日の判決⁶³³においては、コンセイユ・デタによってすでに無効なものと宣言されたデクレを、再度有効なものとするための法律（Loi portant validation d'actes administratifs）について、権力の分立を侵害するものでないかが争われた。これに対して、憲法院は、同法が、公役務の継続的な運営などの一般利益のために制定されたことを理由として、同法を憲法に適合するものと示した⁶³⁴。その後、こ

⁶³¹ Décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988.

⁶³² この点、マソーは、2000年12月28日の判決を自らの主張の裏付けとしている。同判決においては、2000年財政修正法（Loi de finances rectificative pour 2000）が問題となったが、そのうち、社会保険料の雇用者負担分についての会計検査などについて、農業従事者をその対象から除外した同法64条について、憲法院は、「法律においても、その立法作業においても、異なる取扱いを正当化するような一般利益の動機への言及がなされていない。よって、64条は憲法に反するものである。」としている。Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, cons. 46.

⁶³³ Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980. この判決の評釈については、福岡英明「法律による追認」『フランスの憲法判例』（信山社、2002）312頁以下を参照願いたい。

⁶³⁴ Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, cons. 2, 9.

の一般利益の合致への要請の程度は強化され、1999年12月29日の判決⁶³⁵では、行政の行為を法律が追認するためには、「一般利益の十分な目的（but d'intérêt général suffisant）」⁶³⁶が必要である、と述べられるに至った。言い換えれば、立法者の目的が、一般利益に十分合致するものでなければ、行政行為の追認は、権力の分立を侵害するものとなる可能性があるということである。

第三に、法律の質との関係で、憲法院は一般利益の解釈を示している。一例として、2006年の財政法（Loi de finances pour 2006）をめぐる2005年12月29日判決⁶³⁷がある。この判決のうち、同法78条が、あまりに長く、複雑な構成になっているために、利用者にとって、時に専門家にとってさえ、その内容の読解が困難になっていることが検討された部分において、憲法院は、この条文の複雑さを正当化するような一般利益による動機は何らも見いだせないことを示して、この条文を違憲とした⁶³⁸。すなわち、条文を複雑にせざるを得ない一般利益がある場合は別として、そうでないのに条文を複雑化することは許されない。

以上が、憲法院による「一般利益」の解釈への参入の説明である。マソーは続けて、欧州人権裁判所の影響の検討に入る。マソーが具体例として挙げる判決は、1999年10月28日の判決⁶³⁹である。この判決は、以下のような事件に対して出されたものである。

1953年、社会保障金庫（caisses de sécurité sociale）のストラスブール支部の代表と、労働組合の代表との間で、「特別な困難への補償（Indemnité de difficultés particulières, I.D.P.）」についての合意が形成された。しかしながら、これを具体的に適用するに際して、様々な困難が生じて複数の訴訟が提起され、さらにそれに対して、複数の裁判所がそれぞれに異なる結論を出すなど、多くの混乱が生じている状況であった。このような混乱に対応するため、立法者は、1994年1月18日、I.D.P.の割合を固定するような法律⁶⁴⁰を作成し、これについて憲法院は、憲法適合性を承認した。しかしこのとき、ズィエリンスキ氏やプラダル氏をはじめとした複数の市民による訴訟が、通常裁判所においていまだ係属中であった。それゆえ、このような折りに上記の立法がなされ、この立法によって争訟の解決を図ろうとしたことが、欧州人権条約6条に定めら

⁶³⁵ Décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999.

⁶³⁶ Décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999, cons. 8.

⁶³⁷ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005.

⁶³⁸ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons.84-88.

⁶³⁹ Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France, 24846/94, 34165/96, 34166/96 et al.

⁶⁴⁰ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994. なかでも、この事件に関連するのは、85条の規定である。

れる、公正な裁判を受ける権利を侵害するのではないか、ということが争われることとなった。

これについて欧州人権裁判所は、判決理由 57 において、「条約 6 条に定められる公正な手続の概念は、一般利益の差し迫った理由（*imperieux motifs d'intérêt général*）が無い限り、争訟の司法的解決に影響を与える目的で立法者が裁判所の運営に対して介入することに対抗する。（強調筆者）」と述べ、その上で、当時国内で、法的な解釈をめぐる混乱が生じていたという事情は、訴訟の途中で立法することを正当化せず、公正な手続を侵害するものであると結論づけた（判決理由 57-61）。

このように、欧州人権裁判所は、欧州人権条約によって定められる諸原則に反するような立法を行う場合、「一般利益の差し迫った理由」によって強く正当化される必要があるということを示した上、国内において様々な訴訟が提起され混乱が生じているというだけでは、「一般利益の差し迫った理由」として不十分である、と判断した。ここでは、どのような理由が「一般利益の差し迫った理由」に当たるのかという基準などについては明確にされなかったのであるが、しかし、国内の立法者によって「一般利益」であると主張されているものを、そのままに承認しているわけではないという点において、たしかに、欧州人権裁判所も、「一般利益」の解釈・定義に参入しているということができよう。

さて、このようなマソーによる整理に対して、辻村みよ子が応答している⁶⁴¹。辻村は、マソーの指摘を「立法者がもはや一般利益の定義の独占者ではなくなったことを丹念に論じた」⁶⁴²ものとして高く評価しつつ、マソーによって示された国内立法者、国内の裁判機関、欧州の裁判機関の三者関係ではなく、そこに、欧州の立法者を加えた四者関係で理解すべきではないかということ提案している。というのも、フランスの共和主義的な権利保護、あるいは統治の考え方からすれば、あらゆる政治的決定に、フランス国民が、直接的・間接的に参加する契機が重要であり、国民の参加の下で、一般利益が解釈されていくことが重要視されるはずであり、「論理的に言えば、フランス国内では主権者がフランス人民であるのと同じように、欧州市民が欧州連合の中の主権者として立ち現れるはずである」⁶⁴³からである。

⁶⁴¹ 辻村みよ子「第五共和政下の人権保障と共和主義」『フランス憲法史と立憲主義』。辻村がマソー報告の対照報告者として報告したものとして、Miyoko Tsujimura, « L'intérêt general end roit constitutionnel français – contre rapport japonais par Miyoko Tsujimura », 『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』（有信堂、2010）。

⁶⁴² 同上 371 頁。

⁶⁴³ 同上 372 頁。

辻村によって提示された四者関係は、なお、典型的には選挙という方法によって、代表者の選出に国民（あるいは欧州市民）が参加し、ひいては一般利益の解釈・定義においても参加の機会があることを重視すべきであることを指摘したものであると理解でき、この点で、現状起きている変化を整理し、記述しようとしたマソーによる議論とは、やや異なる側面から考察されたものであるといえるであろう。しかしながら、フランス国内の立法者が、「一般利益」の解釈・定義を独占するものではなくなりつつある、という基本的な理解は共有しているものと思われる。

ここまでは、近年活動を活発化させているということから、憲法院あるいは欧州を検討対象としてきた。一方で、憲法院の創設以前より、権利保障の一端を担ってきた機関として、コンセイユ・デタが、「一般利益」の解釈・定義において、どのような位置づけにおかれるのかにも触れておくべきであるように思われる⁶⁴⁴。コンセイユ・デタは、法案の作成などについて政府から諮問を受けて報告書を作成することによって、法律の形成について間接的に関わり⁶⁴⁵、そしてまた、行政訴訟を通して、法律の適用に直接関わる機関であるため、コンセイユ・デタがフランスの法秩序全体において果たしている役割は相当に大きいといえる⁶⁴⁶。

コンセイユ・デタは、1999年に、「一般利益に関する考察」という年次報告を出して

⁶⁴⁴ コンセイユ・デタは、行政裁判所として、法律の適用、解釈を通じて、市民の権利保護に大きく寄与してきたことで知られている。2016年において、当時コンセイユ・デタの副院長であった、ジャン＝マルク・ソヴェ(Jean-Marc Sauvé)が説明したところによれば、自由の保護というものは、司法裁判所と行政裁判所の間で共有された責務であり、具体的には、司法裁判所は個人的自由の保護を通じて、行政裁判所は、行政による「公序」の概念の適用を統制することを通じて、それぞれ、自由を保護してきたといえる。このソヴェの発言は、2016年6月16日にオーヴェルニュ大学にて行われたコロックにおけるものであり、以下のコンセイユ・デタのサイトより全文が閲覧可能である。

https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-protecteur-des-libertes#_ftn1 最終閲覧日；2020年10月8日。

⁶⁴⁵ コンセイユ・デタが法律の作成において果たしている役割について、ロールーアリス・ブヴィエ(Laure-Alice Bouvier)は、「コンセイユ・デタは、法律の作成において、最重要機関としての側面をもつ。」ブヴィエによれば、コンセイユ・デタは、法の専門家として、立法者あるいは政府と協働して法律を作成する存在であり、そのような意味で、法律を事前に審査するような存在でもある。Laure-Alice Bouvier, *Le conseil d'Etat et la confection de la loi*, L.G.D.J, 2015, p. 7.

なお、1958年憲法は、その39条で、政府が法案を提出する場合には、議院に対してそれが提出される前に、コンセイユ・デタの意見を聞くことを手続として定めている。

⁶⁴⁶ 河嶋春菜「コンセイユ・デタ訴訟部と憲法院による権利保障の交錯と連携」名古屋大学国際教育交流センター紀要第5号(2018)5頁。

いる⁶⁴⁷。コンセイユ・デタの説明によれば、フランス公法において、「一般利益」の概念がそのプレゼンスを高めたのは18世紀以降のことであるが、この概念の意味内容は、当初から明らかなものではなく、18世紀以降、この概念の理解をめぐって、功利主義的な捉え方と主意主義的(volontariste)な捉え方とが対立してきた。前者は、社会に共通の利益を個別的な利益の総和とみなす傾向があり、後者は、一般利益を、個別利益を調節した一般意思の表明として理解する。そして、このどちらの理解をとるのかによって、当てはまる民主主義観が変わってくるのであり、そうした意味で、この一般利益の解釈をめぐる衝突は、今日においても何ら意義を失っていない⁶⁴⁸。功利主義的な考え方をとった場合には、公共空間(l'espace public)は、社会を構成するさまざまな要素の、個々に異なった(時に衝突さえする)諸利益を共存させるための場と、縮減的に捉えられることとなる。一方、主意主義的な考え方は、フランスにおける共和主義の伝統に沿うものであり、それは、唯一の政治社会をとともに作り上げる、という意味での最高の自由を実現することを目指して、各々の帰属や利益を超越するための諸個人の能力に訴えかけるものである⁶⁴⁹。

コンセイユ・デタは、こうした主意主義的な思考から捉えられた一般利益の概念は、何よりもまず、一般意思の表明である法律によって定義されるものと考えられてきたとする。そして、様々な国家機関が、そこで定義された一般利益の保障に携わるなかで、行政裁判所は中心的な役割を担うようになり、一般利益の具体化において、大きな貢献を果たしてきたことが指摘されている。そして、今日においては、自由主義的な思想の影響などによって、純粹に主意主義的な意味で一般利益を捉えることに対して、反発が強まっていることなどに触れながら、裁判官には、一般利益が決して国家理性の口実とならないために、諸個人の権利と一般利益の要請とが調和するよう、慎重に判断を積み重ねていく努力が求められることが強調されている⁶⁵⁰。

このようなコンセイユ・デタによる説明からは、以前より、行政の領域において、法律をどのように適用すべきかという具体的な場面で、行政裁判官が「一般利益」の概念の解釈に関わってきたことがわかる。しかし、その関わり方は、必ずしも立法者と同質ではない。

コンセイユ・デタが説明するところによれば、立法者は、「一般利益が何たるかを語ることによって、一般利益の受託者となり、民主的正統性の源へと還ることを自ら引き

⁶⁴⁷ Conseil d'Etat, supra note 625.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Ibid.*

受ける」⁶⁵¹のであるが、一方で、裁判官が行うのは、「諸原則の尊重と一般利益という目的との間の調和をはかることにある」⁶⁵²。そして、裁判官たちは、一定の権利や個人の自由の行使、あるいは平等原則や法的安定性の原則などと、一般利益とを付き合わせることによって、「豊かな法的構築物」を生み出してきた、としている。すなわち、一般利益そのものは、まずは立法者によって定義されるのであるけれども、その他の原則との調和を図るという作業において、裁判官は（立法者によって定義された）一般利益の内容を具体化する任務を担うという風に考えることができるであろう。換言すれば、ここでなされている作業は、裁判官自身が一般利益を積極的に定義するというよりも、立法者の意図を解釈し、それによって一般利益を具体化していく作業であるといえよう。

以上のコンセイユ・デタの議論を今一度整理してみよう。立法中心主義の下で、立法者が一般利益の解釈・定義において支配的な地位を占めていた時代から、行政裁判官による概念の明確化はなされていた。しかしながら、それは、複数の立法の間、あるいは法秩序全体に表現される様々な価値、原則を調和させることによってなされる作業であって、立法者によってなされた仕事を統制しようとするものというよりも、むしろ、それを明確化しようとするものであった。

このような観点から見ると、先に検討した、憲法院や欧州人権裁判所の登場は、立法者による一般利益の解釈・定義について、より直接的に限界を設けるものであったと考えることができよう。というのも、時に、ある立法が一般利益に合致しないものであると判断することさえあるからである。

さて、ここまで、「一般利益」の解釈・定義における立法者の地位の相対化について検討してきた。前述のとおり、一般利益は「公序」を含むものであり、なおかつ、一般利益は、根本的な国家の存在理由そのものを意味するものであるがゆえに、法の領域全体に関わるものであるとするならば、その一部分をなす「公序」の解釈・定義においても、一定程度上記の議論が当てはまるものと類推することが可能であろう。そして、欧州人権裁判所や憲法院が、「公序(ordre public)」という概念を用いて判決を出し、それによって、法律の内容を一定程度審査していることは、第9章、第10章において確認してきたとおりである。

これらを総合すると、「公序」の解釈・定義においても、立法者の地位は一定程度相対化してきているのではないかと考えられる。

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² *Ibid.*

12. 2 なお重視されるべき立法者の役割

12. 1 で確認したような、立法者の地位の一定の相対化の事実にもかかわらず、本論文筆者は、フランスにおける法概念の定義、あるいはそれによる自由の保護において、立法者が、なお中心的な役割を果たしていくことについては、すぐさまの変化は見られないであろうと推察する。というのも、フランスの憲法院と欧州人権裁判所は、前述の通り、法律の内容や質についての統制を加えようとする反面、フランス国内の立法者の判断を尊重するような判断をすることも少なくなく、そうした意味で、どちらの機関も、立法者に代わって、自らが全面的に権利保障を担おうとする態度を示しているわけではないからである。

このような背景から、ここでは、立法者がなお中心的な役割を果たしていくであろうことを示唆する事情を確認し、その上で、立法者とその他の機関とは、「公序」の解釈・定義において、どのような関わり合いを持つことが予想されるのか、検討する。

12. 2. 1 欧州人権裁判所

まず、欧州人権裁判所は、かねてより「評価の余地 (margin of appreciation)」という理論を用いて、具体的な政策決定、法律制定について、各国内の機関による判断を尊重してきた。この「評価の余地」理論とは、「締約国がとった措置が、この『評価の余地』—国家の裁量—の範囲内にあると判断されれば、権利の制約が存在すると認められなくても条約違反を生じない」⁶⁵³というものである。

江島晶子によれば、欧州人権裁判所が、「評価の余地」理論の下で、どの程度の国家の裁量を認めるかは、場合によって異なる。具体的には、「ヨーロッパにおいてコンセンサスが存在する場合には、国家の裁量は狭くなり、ヨーロッパ人権条約機構の監視権限が広く」なり、「他方、コンセンサスが存在しないか、弱い場合には国家の裁量は広くなり、国家の判断が尊重される」⁶⁵⁴のであるという。たとえば、欧州人権裁判所が表現の自由について、特別に厚い保護を与える（言い換えれば、国家の裁量を狭く見積もる）傾向があるのは、「表現の自由がヨーロッパの民主的社会にとって必要不可欠であ

⁶⁵³ 江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所における『評価の余地』理論の新たな発展」明治大学大学院紀要第29集（1992）58頁。本論文では、そのすべてを取り上げる余裕がなかったが、この論考において、江島は、各種の原則や自由、権利において、それぞれ、「評価の余地」理論がどのように用いられ、どのような発展を遂げてきたかをつぶさに検討している。

⁶⁵⁴ 同上72頁。

るといふ共通の理解の存在を強力な根拠としているから」⁶⁵⁵であると江島は指摘する⁶⁵⁶。

このような「評価の余地」理論の適用のあり方からは、現段階では、欧州人権裁判所が、国内の権利保障において、立法者が果たす役割を尊重しようとしていることが読み取れるように思われる。

まず、加盟国間でのコンセンサスが十分でない、と考えられる場合（たとえば、文化的な違いなどが大きく関わる場合などであろう）には、「評価の余地」は大きく見積もられて、各国立法者の判断が基本的には尊重される、ということになる。一方で、欧州人権裁判所が「評価の余地」を小さく見積もって、各国の判断に積極的に介入しようとする場合であっても、加盟国間でのコンセンサスが存在するか否かが配慮されるのであるから、そうした意味では、各国の立法者の存在を無視するものではないといえるであろう。なおかつ、「評価の余地」を小さく見積もることは、「評価の余地」を全く無いものとするのとは異なって、各国の立法者が強力な正当化理由を提示できた場合には、各国の立法者の判断が尊重される余地が残されているということになるであろう。

第10章において、フランスの「ブルカ禁止法」をめぐる欧州人権裁判所の判決を検討したが、同判決が最終的にフランス立法者の判断を条約に適合するものと結論したのも、この「判断の余地」によるものであった。該当部分である、判決理由154と155について、いま一度、その文言を確認してみたい。

裁判所は、すでに、一般的な方針として、民主的な社会におけるあらゆる意見というものは、当然に大きく異なるものであり、そこにおいて、国内の政策立案者は、特別な重要性を与えられる、ということを経験する機会を得ている（判決理由154）。言い換えれば、フランスは、この事例において、広い評価の余地を持っているのである（判決理由155）。

伊達聖伸は、このケースについて、「ヨーロッパの政教関係は国によって大きく異なるので、この問題に関する『評価の余地』は大きくなる」がゆえに、フランス社会における不寛容が助長される「リスクを冒すおそれがあると警鐘をならし」つつも、「法制化事実そのものは追認するよりほかなかった」⁶⁵⁷のであろう、との理解を示している。

先に参照した江島は、自らの説明を、この「ブルカ禁止法」をめぐるケースに当ては

⁶⁵⁵ 同上。

⁶⁵⁶ 同上。

⁶⁵⁷ 伊達聖伸「欧州評議会と承認のライセンス ―報告書『民主的な社会における信教の自由と共生』を糸口として」上智大学外国語学部紀要第51巻（2016）215頁。

めて論じているわけではないが、江島の説明に当てはめて考えてみるならば、おそらく、信教の自由の重要性については、加盟国間でのコンセンサスは相当に高度に存在するものと考えられる一方、宗教と国との具体的な関係性については、十分なコンセンサスが存在するとは言いがたい、と判断されたのではないかと考えられる。

このように、欧州人権裁判所は、事案の性質によって程度の差を設けつつも、まずは立法者による政策の選択を尊重する方針を選択しているということができ、かつ、そのような尊重は、ブルカ禁止法のように「公序」概念の解釈が問題となった場合にも同様であるといえる。

なお、パトリック・バックスマン（Patrick Wachsman）が指摘するところによれば、「評価の余地」の大きさを決する最も重要な要素は、ヨーロッパにおけるコンセンサス（*consensus européen*）の有無であるが、一方で、欧州人権条約の基礎的な価値（*valeurs fondamentales de la convention EDH*）に関するものについては、評価の余地は狭くなり、逆に、そうでないものについては、評価の余地は大きくなる傾向もある⁶⁵⁸。欧州人権条約の基礎的な価値としてバックスマンが挙げているのは、寛容、多元主義、自由な精神（*esprit d'ouverture*）などであり、これは、民主的な社会を特徴付けるものである、と説明されている。そうであるとするならば、民主的な社会の構築を根本的に困難にしてしまう可能性がある法律、すなわち、寛容や多元主義、自由な精神などの価値を根底から切り崩してしまう危険性があるような法律を審査する場面では、「評価の余地」は小さくなり、比較的厳格に審査されることとなるであろう。

12. 2. 2 憲法院

憲法院については、どうだろうか。

第10章で確認した通り、憲法院が、現状で、立法を審査するために用いている主な手法には、「解釈留保」「明白な過誤の法理」などがある。審査手法は、実際にその手法をどれくらい厳格に適用するのにかによって、導かれる結果は変わるものであるが、一般的に言えば、「解釈留保」も、「明白な過誤の法理」も、立法者によってなされる法概念の解釈や定義を比較的尊重するものであるといえる。というのも、解釈留保は、立法者によって作られた法制度の枠組みを基本的には維持しながら、当該法制度を、憲法上の原理や権利保障などと調和させるための条件を明確化する手法であるといえるし、明白な過誤の法理は、明白な過誤がない限りは、立法者による判断を尊重する手法であるからである。また、前述の通り、憲法院は現状で、比例性のトリプルテストを全面的に導

⁶⁵⁸ Conseil d'Etat, *supra* note 239, p. 93.

入して立法者による活動を統制しようとはしていない。

憲法院が法律を審査する際に、他に用いている枠組みとして「憲法的価値を有する目的」があり、これは、すでに述べたとおり、立法者による活動に対して、これらの「目的」に合致するようにという一定の方向付けを行う機能をもつものである。しかし、この「目的」は、「それらが全体として達成されるべきものであるがゆえに」、「立法者に対して特定の明確な結果の達成を義務づけるものではない」⁶⁵⁹。

このように、憲法院は、全体として、立法者の判断や、そこでなされた手法の選択などについて、基本的には尊重する態度を示しているといえる。

また、そもそも、憲法院の地位あるいは、憲法院が社会のなかで果たすべき役割については、いまだ模索されている途中であることを指摘しておくべきであろう。フランスにおいては、裁判官が政治のあり方、特に立法の内容について何らかの口出しをすること、いわゆる「裁判官政治」への疑念が他国においてよりも根強かった。実際、フランス憲法院は、その制定当初の意図としては、権利を保障するための「裁判的機関」というよりも、むしろ第五共和政憲法に含まれる法律事項などの規定によって定められる権力分立のバランスを維持するための「政治的機関」であった⁶⁶⁰。

憲法院は、結社の自由を侵害するものとして届出制を違憲にした 1971 年 7 月 15 日判決⁶⁶¹をきっかけとして、諸個人の権利を保障するための位置づけを自らにあたえるようになったが⁶⁶²、こうした憲法院の「裁判的機関」化や、それによる立法内容の憲法による統制の動きは、フランスにおいては、異論の余地がないものというよりも、むしろ、あらためての議論の対象となってきたものである。そして、現在もなお、憲法院の存在自体が正当化されるのか、あるいは正当化されるとしても、憲法院はどのような性質の役割を果たすべきなのかといった様々な点について、統一見解というべきものが存在

⁶⁵⁹ De Montalivet, *supra* note 420, p. 512.

⁶⁶⁰ 山元一「憲法院の人権保障機関へのメタモルフォーゼ」フランス憲法判例研究会『フランスの憲法判例』（信山社、2002）141 頁。

⁶⁶¹ Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971. 評釈については、山元同上参照。

⁶⁶² 同上。

していないように思われるのである⁶⁶³⁶⁶⁴。

例えば、憲法院による活動が活発化している傾向を痛烈に批判する論者として、ミシェル・ゲネール(Michel Guénaire)がいる⁶⁶⁵。ゲネールは、権力の機能に対して憲法規範による統制を及ぼすことは、政治的な創意を挫くものであり、憲法という固定化された規範によって、政治を縛り付けることは、知性による人類のあらゆる変革や進歩を窒息させることであるとして、「あらゆる領域への憲法の拡大によって、政治は危機にさらされている」⁶⁶⁶と主張するのである。ゲネールは、このような自らの主張の理由を次のように説明する。第一の理由は、憲法の規定は、常に一昔前のものであるから、時代の変容に合わせた躍動的な議論を阻害してしまうということであり⁶⁶⁷、第二の理由は、憲

⁶⁶³ 本項目を執筆するに当たっては、中村義孝「フランスにおける『法治国家』論と憲法院 —ルイ・ファポルーとドミニク・ルソーの所論をめぐって」立命館法学 246号

(1996) 596頁以下を大いに参照した。ほかに、フランス憲法院による法律の憲法適合性審査の正当性の問題をめぐる先行研究として、池田晴奈「フランス憲法院の人権保障機能の再検討(上)(下)」同志社法学第60巻第4号(2008)47頁以下、同巻第5号(2008)105頁以下などがある。

⁶⁶⁴ ここでは、主に、1991年に、雑誌 *Débat* において展開された議論を参照した。この当時フランスでは、フランス憲法院の位置づけや、果たすべき役割が特に活発に議論されていたが、それは、フランス憲法院が法律の憲法適合性審査において、その活動を活発化させていたことと無関係ではないと思われる。たとえば、本論文でもすでに参照している1985年1月25日の憲法院判決(*Décision n° 85-187 DC*)においては、一定の条件を満たした場合には、審署後の法律についても憲法適合性審査を行うことができる旨が示されており、これは、それまで事前の憲法適合性審査のみを行ってきた歴史を踏まえると、画期的なことであった。このような状況のなかで、フランス憲法院の審査が、他国における違憲審査と同様の役割を担っていくべきであるのか否か、活発な議論の対象となっていた。

⁶⁶⁵ Michel Guénaire, « La constitution ou la fin de la politique », *Débat*, n° 64, mars-avril 1991, pp. 149-157.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 149.

⁶⁶⁷ ゲネールは、立法者に対して、憲法上の権利の保障への配慮を要求するということは、法律の内容に関する議会での生き生きとした議論を、憲法という昔の法規定に妥当するかどうかの打算に置き換えてしまうことであり、それゆえ、憲法適合性審査は、偶像化された過去の規定との抽象的な対話をもって、現在の社会において生きた利害関係をもつ現存の関係者たちとの生き生きとした対話を崩壊させてしまうのだ、と主張する。 *Ibid.*, p. 150.

フランス憲法院は、憲法的価値を有する規定の総体である「憲法ブロック(*bloc de constitutionnalité*)」という規範の束を、自らの憲法適合性審査に用いているが、この中には、1958年憲法のほか、1789年の人権宣言、1946年憲法の前文などが含まれる。それゆえ、立法者は、自ら作成した法律が憲法違反となる事態を避けるためには、1789年の人権宣言の内容についても十分に配慮する必要があることになる。すなわち、立法者たちは、

法院による法律の憲法適合性審査においては、法の一般原則であるはずの対審構造が十分に確保されておらず、法律の内容の是非について十分な議論を展開することはできないというものである⁶⁶⁸。

一方、憲法院が現代のフランスにおいて、何らかの役割を果たすことを期待し、そこでなされる審査の性質などを「転轍理論 (la théorie de l'aiguilleur)」として理論化した論者に、ルイ・ファヴォール(Louis Favoreu)がいる⁶⁶⁹。

ファヴォールによれば、第三・第四共和政期には、政党や諸勢力が互いに対立し合い、拮抗しあうような状況が整っており、それゆえに、議会においてなされる議論は活発なものになり得たし、また、一度作られた法律の内容も、次々と入れ替わる政権によって見直され、修正される機会を多く持っていた。しかしながら、現代においては、そのような状況は整っていないため、重要な法律については、憲法院における審査のような、慎重な議論あるいは再検討の機会を要求する必要があるという。

このような状況を踏まえれば、憲法院がある程度積極的に活動することが望ましいことにはなるが、ファヴォールによれば、そこでなされる立法の憲法適合性審査は、立法者に対する「障害物(verrou)」あるいは「障壁 (barrage)」としてではなく、「転轍器 (aiguillage)」として理解されるべきである⁶⁷⁰。すなわち、憲法裁判所や憲法院の判事によって提示される法律の違憲性の指摘は、憲法的法律⁶⁷¹の採択によって、乗り越えられるものであり、そのような意味で、判事たちは政策についての「最後の言葉(dernier

現在の社会に適用されるべき規定をめぐる議論において、200年以上前の規定の内容についても配慮する必要があることになる。ゲネールは、そのようなことは、現在を生きている私たちの利害関係を正確に把握し、議論することに対する障害となるのだと主張しているのだといえる。

⁶⁶⁸ ゲネールによれば、憲法院における審査では、二つの対立する主張をする者が互いに争いあい、議論を尽くすような対審的な手続の整備が、コンセイユ・デタや破毀院と比べると不十分である。それゆえ、憲法院判事の前で、審査にかけている法律の内容を支持するための十分な議論を展開することはできないし、そうした議論についての十分な公開性が確保されているわけでもない。 *Ibid.*, p.150.

⁶⁶⁹ Louis Favoreu, « De la démocratie à l'état de droit », *Débat*, n° 64, mars-avril 1991, pp. 157-162.

なお、「転轍理論」を採用している論者はファヴォールに限られないが、本論文では、代表的な論者としてファヴォールを参照した。

⁶⁷⁰ Louis Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46 No2, Avril-juin 1994, p.578.

⁶⁷¹ 憲法的法律とは、憲法所定の手続によって制定され、憲法規範に対して効力をもつ法律である。山口前掲注(467)を参照。

mot)」を語るものではない。判事たちが違憲の判断を下すことは、それによって、憲法制定権力に対して、慎重な憲法解釈をあらためて促すものであると理解することができる⁶⁷²。多くの場合、争点となっている問題が社会的に重要なものであればあるほど、国民の間のコンセンサスを得ることは困難になるのであり、社会的に特別に重要な選択であればこそ、多数派は反対派の同意を得ることが必要になるのである⁶⁷³。このように考えると、真に国民の多数がその法律について同意している場合や、反対派の説得に成功した場合などには、憲法の内容を変更することによってその法律は合憲なものになるため、憲法審査は、法律にとっての絶対的な障害となるとはいえないのである。

このようなファヴォルーの「転轍理論」の考え方に対して、ミシェル・トロペール(Michel Troper)は、十分に強固なものではないとして、その「弱さ」を指摘する⁶⁷⁴。第一に、より多くの多数派によって支持される決定の方が、より少ない多数派によって支持される決定よりも、質の高い決定であるということは必然ではない。なぜなら、何らかの決定をする場合に、より少ない人数によって、その決定を拒否することができるということは、より多くの人の自律な判断を阻害するという結果を招くのであって、これは、民主主義の価値によって必然的に正当化されるとはいえないからである。第二に、例えば共和政そのものの選択など、憲法的法律によっても変えられないものが、憲法には含まれているように思われる。第三に、何よりも、選挙によって選ばれた代表ではない判事が一般意思を語るということや、通常法律と憲法との間で重みが異なるという考え方は、フランスの伝統にはなじまない。

ゲネールとは異なり、トロペールは、憲法院が活動している事実そのものを否定的に捉えているとは言えないが、ただ、憲法院の存在を民主主義の観点から正当化することはどうしても難しいと考えているようである⁶⁷⁵。この点、第11章で参照した論考において、トロペールが、近年の法文化の変化によって、フランスは、「フランスの裁判所

⁶⁷² Favoreu, *supra* note 670, p.579.

⁶⁷³ *Ibid.*, p.580.

⁶⁷⁴ Michel Troper, « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, dailloz, 2003, pp.925 et s.

⁶⁷⁵ トロペールによれば、憲法院によってなされている審査は、法の解釈を含むものであり、その性質としては、立法者が法律を制定するとの間に大きな違いはない。そのように考えると、現在、フランスにおいては、立法者と憲法院判事という2つの立法機関が存在することとなり、これは、まさに「混合政体 (gouvernement mixte)」であるというべき状況である。そうであるのに、現在の多くの学説は、憲法院の存在を民主主義の観点と調和的に捉えようとしており、それゆえに、「迷宮から決して抜け出すことができない」のである。 Troper, *Ibid.*, p.935.

が、本当は必要のない第三者効力論を受容する」⁶⁷⁶（強調筆者）ことになるかもしれない、と主張していることが参考になるように思われる。このような表現からは、法律の形で個人の自由や権利が具体化されるということが、フランスにとっての本来的な考え方であるはずだ、というトロペールの考え方が伺えるように思われる。

このように、フランス国内においても、憲法院は、その正当化可能性や期待される役割をめぐる議論の対象となっており、確固たる地位をすでに築いているものとは言いがたい。興味深いのは、憲法院の存在を比較的積極的に評価しているファヴォールの「転轍理論」においても、憲法院判事は、「法律の内容についてではなく、ただ、その手続についての意見を述べるにとどまる」⁶⁷⁷、とされていることである。すなわち、ファヴォールにおいても、憲法院判事が法律について何らかの口出しをするのは、その制定の過程に何らかの手続的な問題があった場合であると想定されており、憲法院判事自身が、独自の法概念や権利の解釈・定義を積極的に展開するものとは想定されていないということである。

このように、現状としては、フランス国内における諸個人の権利保護において、立法者が果たす役割は今もなお非常に大きいものであり、立法の内容は、私たちの権利がどのように、どの程度保護されるのかを直接的に左右するものであるといえよう。

さて、ここまででは、権利の保障あるいは、権利を保障する法概念としての「公序」の定義において、立法者が中心的な役割を果たすということに、すぐさまの変化はないであろうことを指摘してきた。しかし、その一方で、憲法院も、憲法規定や法律規定の解釈、内容の具体化について、一定の役割を果たしていることも検討してきたとおりである。このような状況にあるフランスにおいて、権利の保障や法概念の定義において、立法者と憲法院はどのような関わり方をすることになるのだろうか。

重要だと思われるのは、フランスにおける法律への信頼の背景には、立法者が国民全体の代表であること、そして、それゆえに、社会に複雑に存在する権利や利益の衝突を適切に調整し、その上で、「公序」という概念を具体化することを彼らに期待する思考がある、ということである。言い換えれば、法律の内容や、そこで具体化された「公序」は、社会の権利や利益の衝突を適切に調整するものである必要があり、その限りで、立法者は私たちの代表としての責務を十分に果たしていると言いうるのである。そしてまた、彼らが代表としての地位を与えられているのは、国民が彼らの働きを知り、評価

⁶⁷⁶ Troper, *supra* note 574, p.128.

⁶⁷⁷ この説明は、ファヴォール自身ではなく、トロペールによってなされたものである。Troper, *supra* note 674, p.924.

し、その上で彼を選出していることが前提となっていることも重要である。

そうであるならば、立法者には、自らが主張する「公序」が、誰の、どのような権利を、どのようにして保護しうるのか、十分に議論し、その構想を国民に対して明確に説明することが求められることになるであろう。そうでなければ、国民は、当該法律が「公序」を正当化理由とすべきものであるのかどうか否か、すなわち、立法者が、国民の代表として適切に任を果たしているか否かを判断することができないからである。

このように考えると、憲法院には、立法者によって主張される「公序」が、実は、単に国家的な利益を正当化しようとするものになっていないのか、「公序」を具体化するものであると主張される当該法律が、真に自由を保護するものとなっているのか、審査する役割が期待されるように思われる。

前述の通り、現に憲法院は、「憲法的価値を有する目的」の枠組みと、「公序」の解釈を通して、そのような取り組みの一部をなそうとしている。すなわち、「憲法的価値を有する目的」のひとつである「公序」について、それを適切に維持することを立法者に要求しているが、この「公序」は、憲法院が、「それなしでは自由の行使が保障されない」ものと理解しているものであり、それゆえに、ある法律を「公序」によって正当化するためには、これが自由の行使を保障するものであることが要求されるはずであるし、この「公序」の維持について、不足があってはならない。ただし、ここでなされる審査は、立法に先立って明確な形を与えられる権利を想定して、それが、立法によって侵害されていないかを検討するものというよりも、立法によって、国民の自由が拡充されるという立法者の主張の説得性を見るものとなるであろう。

また、憲法院が近年、「法律の質(*qualité de la loi*)」の観点から、法律の統制を試みようとしていることが注目に値するよう思われる⁶⁷⁸。「法律の質」とは、元来は、法律が備えるべき資質をめぐる立法学上の概念であるが、憲法院が、その一部を自らの判決で用いるようになったことから、「法律の質」の問題は「法化(*juridicisation*)」されつつある⁶⁷⁹。「法律の質」の問題は、法律の安定性や法律の効率性に広く関わる問

⁶⁷⁸ フランス憲法院による「法律の質」をめぐる統制に関する論考として、只野雅人『『饒舌な立法』と『一般意思』 —フランスにおける立法と政治—』『代表における等質性と多様性』(信山社、2017) 291 頁以下。

近年、フランスにおける「法律の質」の低下(*dégradation*)は、フランス国内でも大きな問題となっており、この論点をめぐる研究も盛んになされている。たとえば、Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*, La Documentation française, 2006 や、Pierre Albertini (dir.), *La qualité de la loi*, Editions Mare et Martin, 2016 など。

⁶⁷⁹ Pierre de Montalivet, « La « juridicisation » de la légistique. À propos de l'objectif de Valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », Roland Drago (dir.),

題であるが、それらの中でも、憲法院が、比較的明確に法規範化しているものに、「接近可能性(*accessibilité*)」と「理解可能性(*intelligibilité*)」がある。

この「接近可能性」と「理解可能性」とは、類似する概念であるが、互いに区別されるものである。前者は、適用されうる法を物理的に発見する可能性のことであり、市民が、自らが関わる具体的な事例について適用される可能性がある規範について、物理的に到達できるということを意味する⁶⁸⁰。後者は、理解が可能であること、言い換えれば、人間の知性によって一定の意味を理解されるという性質のことを意味する⁶⁸¹。

憲法院が、これら2つの概念を、「憲法的価値を有する目的」の枠組みに含めて、法規範化する意図を明確に示したのは、1999年12月16日の判決においてであった⁶⁸²。同判決の判決理由13において、憲法院は次のように述べて、「法律の接近可能性と理解可能性が憲法上の価値を有する目的である」ことを根拠づけた。

人権宣言6条によって規定される法の前の平等と、同16条によって要請される「権利の保障」は、市民が、彼らに適用される規範について、自らのものとして十分に理解しないとすれば、実効的なものとはならないであろう。そして、このような理解はさらに、法律によって定められる限界を除いては、その行使が制約されないと定める人権宣言4条と、「法律によって禁止されていないすべての行為は妨げられず、また、法律が命じていないことを強制されない」と定める人権宣言5条によって保障される権利・自由の行使の為に必要なものである。(強調筆者)

このように、憲法院は、人権宣言4条、5条、6条、そして16条に定められる、法の前の平等と、自由の保護(及び、法律によってのみ自由の限界が設定されること)を根拠として、法律の接近可能性と理解可能性という目的が「憲法的価値を有する目的」であることを示したのである。

その後、憲法院は、2002年1月12日の判決⁶⁸³において、この2つの目的に、さらに、法律の明確性(*clarté*)の原理の要請を加えた。同判決の判決理由9は、次のよう

La confection de la loi, puf, 2005, pp.99 et s.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p.118.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p.120.

⁶⁸² Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

⁶⁸³ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

に述べた。

憲法 34 条によって立法者に与えられた責務を果たすにおいて、立法者は、憲法的価値を有する原則や規則を尊重し、それらが、法の適用に従事する行政機関や司法機関においても尊重されるように気を配らねばならない。その観点から、憲法 34 条に由来する法律の明確性の原理と、1789 年人権宣言 4 条、5 条、6 条、16 条に由来する法律の理解可能性という憲法的価値を有する目的は、立法者に対して、権利の主体が憲法に反する解釈あるいは恣意の危険から守るために、十分に明確な規定と曖昧でない定式を採用するように命じている。

法律の明確性については、「原理」という言葉が用いられ、一方の接近可能性、理解可能性については、「目的」という言葉が用いられており、これらの言葉が十分に意図的に区別されて用いられているのかは、現状では明らかでない部分も大きい。加えて、明確性と、接近可能性、理解可能性とは、それぞれどのような違いがあるもので、どのように関わるのかということは、明確であるとは言いがたい。

ともかくも本論文の関心からは、憲法院はその判例全体を通して、「明確性」「接近可能性」「理解可能性」といったような「法律が備えるべき資質として様々なものを憲法上の要請として提示してきた」⁶⁸⁴ということが重要である。とりわけ、憲法院がこのような「法律の質」を、単に、一種の芸術品としての法律が備えるべき資質であるからという理由によって、その統制の対象としているのではなく⁶⁸⁵、市民の権利保護のために必要なものとして法規範化していることは重要である。法律への接近可能性や理解可能性などが十分でないとき、国民がその法律の内容について知り、その是非について検討することは困難になるからである。

なお、2002 年の判決は、判決理由 13 において、先に引いた部分につづけて、次のように述べた。

憲法院に付託された法律の規定について、憲法適合性の審査に必要な解釈を行うことは、憲法院に帰属する。そして、法の適用は、行政機関や司法当局に属するのであるが、必要な場合には、それは、同規定が憲法に適合するものであると承

⁶⁸⁴ 只野前掲注 (678) 301 頁。

⁶⁸⁵ ドゥモンタリヴェによれば、立法学は、元来は「法律を作り出す芸術 (art de faire des lois)」としての側面を持っていた。De Montalivet, *supra* note 679, p.99.

認するために憲法院が表明した留保のもとでなされる。

この説示にも示されているように、「法律の質」をめぐる審査は、憲法院が比較的早い時期から用いてきた審査手法である「解釈留保」とも関わりを持つものである。すなわち、憲法院は、法律の理解可能性や接近可能性を憲法的価値を有する目的として理解しているのであるが、そのことは、憲法院自身が、必要な場合には、法律の理解可能性や接近可能性に寄与することも正当化するのである⁶⁸⁶。言い換えれば、憲法院に付託された法律が、不明確であるがゆえに、行政その他の機関による恣意的な解釈を招く可能性がある場合には、憲法院は、条文の内容をより明確なものにすることができるし、逆に、立法者自身が法律を明確な形で規定すればするほど、憲法院によって留保がつけられる可能性は低くなる⁶⁸⁷。

ここで確認したような、憲法院によって展開される「法律の質」をめぐる説示は、立法者によって作成される法律は、その内容が明確で、かつ理解可能であり、それによって行政あるいは司法機関による恣意を排除することが出来る場合には、市民の権利・保護を保護するものとなるという論理を前提にしているように思われる。そして、このような論理の背景には、民主的過程によって、法律の内容が時代と共に是正されていくことへの期待が透けて見えるように思われる。すなわち、国民が、自らに適用される法律の内容を明確に理解することがないのであれば、それを作成した立法者たちの活動を適切に評価することは難しいのであって、それゆえに、法律の内容を理解することは、自己統治の理念を貫徹するためには不可欠なものであると考えることができる⁶⁸⁸。

そして、憲法院自身が、解釈に留保をつける場合であっても、それは、憲法院自身の権利・自由の解釈によって法律を枠づけようとする意図によってなされるものというよりも、立法者自身が目指したはずの当該法律の目的が適切に果たされるように、法律の内容を明確化の手助けをする、という風に理解されるのであろう。

このように、フランス国内における「公序」の具体的な内容の決定や、それによる権

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p.122.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ ドゥモンタリヴェは、憲法院が用いている根拠規定の他、憲法によって保護される諸自由・諸権利、及び、民主主義の観点からも、「接近可能性」および「理解可能性」は、憲法的価値を有するものとして根拠づけられる。それは、市民自身が、自らの代表によって定められる自由の限界を知るということは、自由や権利を実効的に行使するための条件となるものだからである。De Montalivet, *supra* note 420, pp.104-105.

利保護のあり方は、次のようなプロセスによって説明できるであろう。第一に、「公序」によって、誰の、どのような権利が、どのように保護されることとなるのか、という具体的な構想が、立法者によって示される。次に、憲法院は、その構想の説得性や、当該法律の、法律としての質を審査する。憲法院が、当該法律に示された「公序」が、自由の行使のための条件としての性質を持たないものであると判断した場合や、当該法律が法律としての質を持たないものであると判断した場合には、解釈留保の方法で解決を図るか、それが困難な場合には、当該法律を憲法に違反するものであるとの結論が出されることになるであろう。

12. 3 小括

第 12 章では、まず、欧州連合やフランス憲法院の存在によって、「一般利益」の解釈・定義における立法者の地位が一定程度相対化しつつあることを確認した。欧州人権裁判所や憲法院は、それぞれ、立法者の目的や意図が「一般利益」に十分合致していることを求めているが、これは、「一般利益」という概念についての一定の解釈を行い、その上で、立法者の目的や意図との合致を検討する態度であるといえ、そのような意味で、立法者はもはや、「一般利益」の解釈・定義を独占する者ではない。この「一般利益」は、「公序」をその一部に含むものであること、また、第 9 章、第 10 章で検討した内容から、「公序」についても同様の現象が指摘できる。

一方、欧州人権裁判所は「評価の余地」の手法によって、各国内の立法者による判断を尊重する余地を残しているし、憲法院も、実際の事件においては、立法者の判断を広く尊重する傾向があることから、国内における自由や権利の保障において、立法者が果たす役割はなお大きいといえる。

そのような中で、憲法院は近年、「法律の質」の観点から、立法者を統制しようとしており、これは、フランスにおける立法者への信頼の基礎となっている、自己統治の理念に沿うものなのではないかと考えられる。

第3部総括

ここまで検討してきた通り、フランスにおける法律中心主義の背景には、私たちの権利は、他者による活動や、自然災害などによって日々侵害されうる、というような自由観があると思われる。このような想定をとった場合には、単にそれが権利であるとして宣言されるだけでは、ある権利は十分に保護されるということにはならず、各人が自らの権利を十分に行使することができる現実的な状況が整っていることが必要であることになる。このような自由観から、フランスにおいては、公法・私法の区別が他国におけるそれとは異なっていたり、あるいは、「私人間効力」論が、個別の論点として存在することなく、いわば当然のこととして、憲法上保護される権利・自由は、私人間にも直接に適用されると理解されていたりするるのであった。

このような自由観に加えて、当時の政治家たちの利害関係においても、法律によって権利・自由を保護するという点で合致を見たために、法律中心主義が確立していくこととなったのである。

上記のような意味で、私たちの権利が法的に保護されるのであれば、私たちの権利は、逆に、他者の権利行使を妨げないという限界を持つこととなる。その場合には、どのようなとき、どのようなことをすると他者の自律を妨げるということになるのか、日々変動する社会状況などとの関係で、具体的に考えていく必要がある。

このように考えると、現実の社会において、享受されるべき具体的な「自由のかたち」、あるいは、その裏返しとしての「公序」のかたちは、まずは立法者によって初めて明らかにされるものであり、フランスにおいて、立法者は、なによりもまず、自由を保護するものとして立ち現れてくる、ということも理解が可能なところとなるであろう。換言すれば、権利・自由の保護の出発点となるのは、立法者によって具体化される法律であることになるし、「公序」をはじめとした法概念の解釈・定義もやはり、第一次的には立法者によってなされるべきものであるということになるであろう。

フランス憲法院は、しかし、「公序」の解釈に一切立ち入っていないわけではなく、「それなしでは自由の行使が保障されない」ものとして、自由の行使の保護と一体化させた解釈を示し、加えて、「公序」を「憲法的価値を有する目的」という枠組みに含めて、「公序」を適切に維持することを立法者に要請している。そのような意味で、憲法院も、「公序」解釈に参入しているのであるが、上記のような「公序」理解の方法は、やはり、立法者による解釈を大きく尊重しようとするものである。一方で、憲法院は、「法律の質」の審査を通して、立法を統制しようとする姿勢も示しており、これは、立

法者による解釈の尊重の前提となっている、国民の代表としての立法者という立法者像を維持するための試みとして理解することが可能なように思われる。

欧州人権裁判所も、フランス国内における法概念解釈と無関係ではなく、一定の影響を与えている。しかし、欧州人権裁判所も、「評価の余地」という理論を用いて、各国内における法概念解釈を尊重する姿勢を示している。なかでも、宗教と国家の関わり合い方など、欧州内でのコンセンサスを築くのが困難な事柄については、特に広く「評価の余地」をとる傾向がある。一方で、民主的な社会の前提となるような価値については、比較的に厳格に審査される傾向があるのではないかということも指摘されている。

以上を総合すると、第3部の内容は、以下のようにまとめることができる。フランスの「公序」の解釈・定義については、第一には、立法者の責務であるとされ、憲法院によっても、欧州人権裁判所によっても、立法者による判断が尊重される傾向がある。このような尊重の背景には、立法者が国民の代表として、日々、侵害の危険にさらされている権利・自由を、侵害から保護し、各種の権利・自由を調整する役割を果たすことへの期待がある。そうであるとするならば、代表としての資質を十分に持つ者を立法者を選ぶ必要があり、そのような民主的統制が十分に働くための条件が整えられる必要がある。たとえば、法律の内容が、専門家だけではなく、一般の国民にとっても接近可能であり、理解可能であること、また、寛容の精神や多元主義そのものを掘り崩すものではないこと、などである。このような条件が満たされない場合には、立法者の判断を尊重するための前提が揺らぐのであり、そうした場合には、裁判所によって状況が是正されることが求められることになるのではないだろうか。

結章

13. 1 本論文の要約

結論を述べる前に、本論文の内容をもう一度確認する。

13. 1. 1 第1部

第1部では、路上における抗議活動の一つであるマニフェスタシオンが、フランスにおいてどのように発展し、そして現在のように活発に行われるようになっていったのかを考察した。

市民によるバリケード等の抗議活動が、革命における重要な要素の1つとなっていたように、フランスには、古くから、様々な路上における抗議活動が存在していた。しかしながら、その多くは、革命や騒擾などの暴力的な側面の強い結果を導くものであった。そのような様々な活動のなかから、「マニフェスタシオン」は、最後まで平和的な態様を保っていることを特徴とした、新しい抗議活動の形態として、1848年に登場した。

このマニフェスタシオンに対して、当時の為政者たちは、その強い「集団性」と「政治性」によって警戒の対象とし、当初は抑圧の対象としての扱いをしていたものの、徐々に、最後まで平和的な態様が保たれるように、むしろ協力を提供するようになっていった。たとえば、行政警察をはじめとする行政機関による協力の提供は1920年代から少しずつ発展し、マニフェスタシオンの組織者と警察とが互いに綿密なやりとりを経て、協力体制を築くようになっていった。1992年には、マニフェスタシオンの「自由」を保護するための法律が制定され、マニフェスタシオンは、フランスにおいて「自由」としての評価を受けるに至った。その後、1995年には、憲法院によって、このマニフェスタシオンの自由が、憲法レベルでの保護を受けることが宣言された。

上記のようなマニフェスタシオンの自由の保護のあり方の特徴は、届出制を基礎としていること、そして、警察をはじめとした行政機関による協力が手厚いこと、などである。すなわち、組織者からの届出が、警察と組織者の間の対話の契機となり、その後、警察と組織者は、綿密な情報共有を繰り返して、平和的なマニフェスタシオンの開催にとって障害となりうる要素の除去に尽力するのである。

しかし、近年、ブラックブロックをはじめとする戦闘的な態度の目立つ集団が、マニフェスタシオンに乱入することが増えており、こうした事態に対応するため、フランスは、従来の制度を修正する必要性に迫られている。将来において、どのような対応をとっていくようになるのかは、予測が困難であるが、現時点では、大まかには、届出制の強化や、警察と組織者や参加者との間の意思疎通の円滑化などが目指されているようであ

る。たとえば、届出のために必要な要件を緩和したり、SNSなどの新しい技術を導入することが提案されていたりする。これは、従来のマニフェスタシオン保護のあり方を抜本的に見直すものというよりも、従来の、警察の協力による保護の基本的方針はそのままに、その実際の運用を時代に合わせて微修正しようとするものであるといえる。

このように、フランスにおけるマニフェスタシオンの自由は、全体として、国家による介入を排除することによって保護されているものというよりも、むしろ、国家による適切な介入のあり方を模索することによって保護されているものと思われる。

「公序」という法概念は、安全や平穏を中核的な内容とする法概念であるため、一見、マニフェスタシオンの自由を制約するためのものと見えるが、一方で、フランスにおいて、「公序」維持の責務は、市民ではなく、国家にあることとされているため、結果として、マニフェスタシオンの自由と「公序」とを調和させていくために必要な、積極的な協力が国家に要求されることとなっている。

13. 1. 2 第2部

第2部では、フランスの行政警察活動を検討素材として、「公序」という法概念が、行政領域においてどのような内容や機能を持つものであるのかを検討した。

フランス行政警察の大きな特徴は、「公序」の維持について、立法によって一般的な権限授与がなされている一般行政警察と、個別的な授権を必要とする特別行政警察とに分類されるところにある。そして、一般行政警察の活動の目的となりうる「公序」の内容は、安全、平穏、公衆衛生、人間の尊厳という4つの内容に限定され、これを超える目的のために活動するためには、立法者は、特別行政警察を設立する必要がある。より具体的には、公衆道徳に関連する活動や、環境保護のための活動などについては、特別行政警察の活動領域に含まれる。

加えて、各警察権限の活動に排他性があるのも、フランスの行政警察制度の特徴の1つである。すなわち、1つの目的については、一種の警察のみが活動することができるのであり、そして、全体としては、国家行政警察が市町村行政警察に優越し、特別行政警察が一般行政警察に優越する。

本論文の問題関心から特に重要であるのは、特別行政警察が一般行政警察に優越するという関係性である。このような特別行政警察の優越性は、その授権規定の性質に由来するものと考えられている。特別行政警察を設立するための特別法は、立法者が、ある事象に対応するために特別な権限授与や手続制定をしているものであり、かつ、その事象について、どのように、どの程度、行政が介入すべきであるかという立法者の意図が、

より直接的に反映されているといえるのである。

このようなフランスの行政警察制度のあり方について、本論文では、主に、エティエンヌ・ピカールの議論に依りながら、考察を進めた。エティエンヌ・ピカールは、「公序」という法概念を、純粋な法概念としてのそれと、実社会において果たしている機能の束としてのそれに分けて捉えている。ピカールによれば、「公序」が、ある時代、ある社会において実際に果たしている機能は、非常に多岐に及ぶものであり、それらをあらかじめ定義することは困難であるが、一方で、それらの機能は、「公序」が法概念として本質的に持っている限界によって、相互に関連付けられ、枠づけられることとなる。

ピカールによれば、そもそも、国家や法というものが、私たち諸個人の権利・自由をよりよく保護するために存在しているものであるという根本に立ち返ってみると、「公序」という法概念もまた、その一見したところの印象とは異なって、私たちの権利・自由を保護するものであるという本質を持っている。そして、フランスにおいて、諸個人の権利・自由の解釈・定義の権限は、憲法によって立法者に与えられているから、「公序」の確保・維持に関する国家の活動も、立法者によって解釈・定義されなければならないということが出発点となる。

この考え方からは、特別行政警察の枠組みの方が、一般行政警察の枠組みよりも、権利・自由の保護に、よりよく適っているということになる。しかし、一方で、世の中で起きるあらゆる事象を網羅するような個別立法を、あらかじめすべて用意しておくことは、現実的ではないし、仮に用意しておくとしたら、その規定は、過度に広範な規定となることが予測される。すると、今度は、私たちの権利・自由を保護するものという「公序」の限界を見誤ることになってしまう。

そこで、ピカールによれば、現状フランスでなされているように、安全や平穏など、私たちが、自らの権利・自由を行使するにあたって、明らかに必要とするものについては、行政警察に対して一般的な授権を行い、現場での具体的な判断に委ね、一方で、環境保護など、各時代や各社会の変容を色濃く反映するような目的については、個別立法によって特別な権限授与をすることが、最も適切なバランスであることとなる。

このような、立法による比較的厳格な授権を要求することの意義は、フランスにおいては、単に、私たちの権利・自由が過度に制限されることを防止することにとどまらないように思われる。レイモン・カレ・ド・マルベールによれば、行政権の範囲が法律によって統制されていることは、革命後のフランスにおいて、非常に重要な意義を持っている。それは、君主が行政権を広く、一般的に行使していた君主制を、革命によって克服したフランスにとって、国民の代表である立法者たちが、行政権の範囲を限定

し、その範囲でのみ活動可能であることとしたことは、まさに、君主制の打倒を象徴するものであったからである。このモデルにおいては、究極的には、行政は、立法によって授権された内容を、機械的に実行するだけの機関であることとなる。

現実の社会においては、ピカールの指摘するとおり、一般行政警察の枠組みは一定程度必要であるだろうし、現場の運用においては、行政警察には一定の判断裁量が与えられる。しかし、それでもなお、一般行政警察の枠組みは、できる限り限定的に理解されるべきだということが、カレ・ド・マルベールの理論からは要求されることとなるだろうし、現状、フランスでは、実際にそのようになっているように思われる。

13. 1. 3 第3部

第3部では、「公序」が立法活動とはどのように関わるのかを検討した。

フランス憲法院は、「公序」の根拠規定として、1958年憲法の34条を選択した。この34条は、諸個人の自由の行使への保障を、法律が定めるとするものである。これが「公序」の根拠とされたのは、憲法院が、「公序」を自由の保護と一体のものと捉え、それゆえに、「公序」の解釈・定義は、第一には、立法者の責務であると理解していることによる。

一方、憲法院は、「公序」を、「憲法的価値を有する目的」のひとつに加え、それによって立法者に一定の方向付けをなすことを試みている。この「憲法的価値を有する目的」は、憲法院が立法者に対して、その適切な確保・維持を義務づけ、必要な場合には、自由その他の価値との調整を許可する、憲法レベルの価値を持つ諸目的の総称であり、ここには、「公序」のほか、法律の理解可能性と接近可能性や、表現流通の多元性などが含まれている。

このような「憲法的価値を有する目的」は、その確保・維持のために、憲法上の権利・自由との調節を一定程度許されるものであるから、この諸目的は、権利や自由とは対立的な関係に置かれるものだとする理解がある。しかしながら、ピエール・ドゥモンタリヴェによれば、「憲法的価値を有する目的」はいずれも、権利や自由が、実社会において実効的に保障されるための射程を定めるものであり、それゆえに、権利や自由の保障のために必要なものである。すなわち、ある個人が今まさにしようとしている、自由の具体的な行使については、「憲法的価値を有する目的」が一定の制限をしているわけであるが、しかし、当該自由の行使が、実社会において到底受容しがたい方法でなされているのであるとすれば、それを制限することによって、むしろ、国民の自由な生活が確保されるという場合も想定できるのであり、総体的な観点からいえば、「憲法的価値を

有する目的」が、権利や自由の保障のために必要であるという説明も可能である。このドゥモンタリヴェの説明は、憲法院による「公序」解釈に、より調和的なものであるといえるだろう。

さて、上述のとおり、憲法院は、「公序」を自由と一体のものと理解し、かつ、「公序」の解釈・定義は、第一には立法者によってなされるべきものであると理解しているがゆえに、「公序」が関係する法律について、その法律が目的に対して「適合的で、必要で、比例的」であるか否かを問う、トリプルテストを全面的に展開していない。より正確には、トリプルテストの表現は用いているものの、そこでなされている審査は、立法が解決しようとしている目的が、そもそも立法することを正当化するほどに重要なものであるかどうか、ということであったり、実際に法律の規定が適用される具体的な場面において、司法裁判所や行政裁判所の判断が介在するような手続になっているのか、ということであったりを問うものである。あるいは、規定に曖昧な部分がある場合には、解釈留保をつけて、規定内容を具体化する場合もある。

これは、立法者の制定した目的と手段の関係性を、外在的な視点から審査する態度であるというよりも、むしろ、立法者が制定した規定が、行政機関などによる恣意的な解釈がなされることを予防し、法律が立法者の意図の通りに実現されることを目指す態度であるように思われる。すなわち、憲法院による審査は、一般的な傾向として、立法者による目的制定や概念解釈などを出発点とし、それが、意図された通りに実現するかどうかを見るものであるといえることができる。

このような憲法院の態度の背景には、フランスに伝統的な自由観の存在があるように思われる。ル・シャプリエ法の存在に象徴されるように、革命期のフランスでとられた政策は、個人を集団から法的に解放するだけでなく、事実関係においても解放しようとするものであった。すなわち、個人が自由であるためには、単に、自由であることや、これこれの権利が保障される、という法的な宣言がなされるだけでは十分ではなく、個人が、その事実関係においても他者に支配されることがないよう、国家が積極的に配慮することが求められるのである。また、フランスでは、憲法上の権利や自由は、いわゆる私人間においても、とくに問題なく適用されると考えられているのであるが、このようなところにも、フランスにおいて、憲法上の権利や自由が、対国家的な関係においてだけでなく、社会において個人が持ちうる様々な関係において、十分に保護されるということが重要視されていることがわかる。

このように、個人の権利・自由が、社会における様々な場面において、侵害されうるという自由観を基礎とした場合、各人の権利・自由の保障は、現実の場面との関わりを

深めることとなり、その結果として、法的な制度や手続などとも関わりを深めることとなる。そうであるとすれば、権利・自由を保障するために必要な法的な定めを制定するのにふさわしいのは、国民の代表である立法者であるということになるのも、納得のいくところである。

フランス革命期には存在していなかった、欧州人権裁判所や憲法院の存在によって、フランス国内の立法者の活動には、ある程度の統制が及ぶようになり、これによって上述のような自由観にも一定の変化がもたらされている。具体的には、諸個人の権利・自由は、欧州人権条約や憲法といった、法律よりも上位に位置する法規範によっても保護されるのであるから、場合によっては、法律は、諸個人の権利・自由を侵害する存在となる、と考えられるようになってきている。しかしながら、本論文で検討したとおり、欧州人権裁判所や憲法院は、フランス国内の立法者の判断を大きく尊重する態度をとっていることから、自由観の変化は一定程度にとどまっており、権利・自由の保障において、フランス国内の立法者は、なお中心的な役割を果たしているといえる。

一方、フランス憲法院は、法律の「接近可能性」と「理解可能性」を、「憲法的価値を有する目的」に加え、法律がこれらの目的を十分に尊重することを求めている。これらは、国民が、自分たちに適用される可能性のある規定を十分に認識し、そして理解するためには必要なものであり、これが欠けている場合、国民が法律の是非について検討することは困難にし、ひいては、国民が立法者の活動を評価することを困難にする。このように、憲法院は、立法者による「公序」の解釈・定義を直接的に統制するというよりも、立法者への信頼の前提となっている条件を整えようと尽力しているように思われるのである。

13. 2 結論

以上の本論文の内容を踏まえて、一応の結論を述べることにしたい。

13. 2. 1 「公序」の内容について

本論文で検討した内容から、「公序」の内容は、その中核にあたる部分があり、そしてその周辺に一定の柔軟性をもった部分があると考えられる。

中核にあたる部分とは、一般行政警察の目的となる内容のことであり、現時点では、安全、平穏、公衆衛生、人間の尊厳の4つがこれにあたる。本論文で論じたとおり、フランス法では、長い間、安全、平穏、公衆衛生が、「公序」の「三要素」と呼ばれて、こ

これらこそが「公序」の中心的な内容を意味するものであると理解されてきた。この「三要素」は、人間の活動にとって必要な外的な（自らの精神とは直接関わらない）条件であり、それゆえに、時代や社会の具体的なあり方の変化にもかかわらずに「公序」の中核を構成しつづけてきたものであるといえる。

ここに、モルサン＝シュール＝オルジュ判決を契機に、「人間の尊厳」が加えられたことから、「公序」の要素には、時代の変容に対応する一定の柔軟性があることが明らかになったが、一方で、その柔軟性はさほど大きいものではない。というのも、コンセイユ・デタは、この「人間の尊厳」を、公衆道徳一般とは区別して理解すべきことを強調し、「人間の尊厳」の特殊性を強く意識しているし、「公序」の要素を超える目的のために行政警察が活動するためには、個別立法による特別行政警察が必要であるとしている。このようなことから、この「公序」の要素は、限定的に解されるべきものであると考えられていることがわかる。

安全、平穏、公衆衛生、人間の尊厳という「公序」の要素を確保・維持するための活動について、立法から行政警察への一般的な授権が許されるのは、本論文で論じたとおり、これらは諸個人の権利・自由の行使の条件となるものであるという論理が、ある程度普遍的に通用するからであろう。安全や公衆衛生などを一切欠いた状態においても、人間らしい、自分らしい生き方ができるという個人は、全くいないわけではないであろうが、あまり多くはないだろう。それゆえ、「公序」の要素を確保・維持するという国家の責務は、時代や社会の変容にはあまり大きな影響を受けずに認められることとなるだろう。同時代に生きる多くの人々の多様性を考慮しても、やはり、ほとんどの人にとって、安全や公衆衛生などを欠いた状態では、自らの権利・自由の行使は困難になるであろう。

一方、このような中核的な部分の周りには、立法者によって、時代や社会の状況に合わせて定義がなされるような周辺的な部分がある。環境保護に関する政策や、2010年のブルカ禁止法などが、その例である。

環境保護や種の多様性の確保といった価値は、現在では「公序」の内容を構成するものとなっており、特別行政警察の目的となっているが、このような価値観は、フランスにおいて古くから存在しているものであるとはいいがたい。フランス国民の間で、環境保護への意識が十分に共有されたことを象徴するのが、2004年の環境憲章（Charte de l'environnement de 2004）の制定であろう。この環境憲章は、諸個人が環境への権利を持つとともに、環境保護のための責務を負うことを定めたものであり、現在、この環

環境憲章は、法秩序において憲法と同等の位置にあるものとされている⁶⁸⁹。この環境憲章の制定と、そこに定められた諸個人の環境への権利と責務を憲法レベルのものとした事実は、フランスにおける環境保護への意識が、他国と比べても高いことを感じさせるものであるが、実は、フランス国内での環境保護への意識の高まりは、比較的最近のことであるとされている⁶⁹⁰。つまり、今日のフランスでは、健全な環境なしに人間が人間らしい生活を送ることはできないこと、言い換えれば、良い環境は、私たちの権利・自由の行使のために必要な条件であることが広く共有された認識となっているが、これは時代や社会のあり方に左右されない価値観であるとはいいがたい。

また、2010年のブルカ禁止法についても同様である。フランス国内で、「互いに顔をさらすこと」が、社会的な関係の条件であり、「公序」というべきものであると考えられるようになったのは、フランスでの生活を望むイスラム教徒の存在が目立つようになってからのことであり、ブルカ禁止法の直接のきっかけとなったのも、ブルカを着用している女性に対して、フランス国籍を与えることを拒否した2005年の事件であった⁶⁹¹。

このように、環境保護の重要性や、「互いに顔をさらすこと」という価値は、時代や社会の変化によって受ける影響が大きいものであり、それだけに、今後に変容を遂げる可能性も高い。このような周辺的な「公序」は、中核にあたる部分とは異なり、大きな柔軟性を持っているものであるといえる。

なお、このように、「公序」の周辺的な部分には、一定の柔軟性が求められ、それゆえに、立法者が解釈・定義することになっている一方で、その柔軟性にも一定の限界が設けられていることには注意が必要である。というのも、フランス憲法院がいうように、「公序」は、諸個人の権利・自由の行使のために必要なものであり、そうであるがゆえに、諸個人の権利・自由の行使との間で調整をしたとしても、総体的な観点からは、権

⁶⁸⁹ 環境憲章の制定や、それを憲法前文に盛り込むためになされた憲法改正の経緯などは、江原勝行「フランスの環境憲章制定をめぐる憲法改正について 一環境権と集団の人權享有主体性との関連に関する一考察」早稲田法学第80巻第3号（2005）を参照。

⁶⁹⁰ この点、門彬によれば、フランス国内で、環境保護のための活動をする者（いわゆる、エコロジスト）が出現したのは、1968年の5月革命前後であったが、当時は、彼らの主張は広くは受け入れられることはなかった。しかし、1970年代以降、公害をはじめとする環境問題が現実のものとなっていき、徐々に、環境問題に取り組む必要があるという意識が高まっていったが、それでも、フランスは、環境保護について、長らく他国に遅れをとっていた状態であった。フランス国民の間で、環境保護への積極的取り組みの必要性が共有され始めたのは、2000年代に入ってからのことであった。門彬「『環境憲章』制定のためのフランス憲法改正法案」外国の立法：立法情報・翻訳・解説 第222号（2004）。

⁶⁹¹ 中島前掲注（38）133頁以降。

利・自由を保護するものであると観念できるのであった。そうであるとすれば、立法者によって「公序」が解釈・定義される場合であっても、「公序」が法概念として持っている限界に収まっている必要があるであろう。

13. 2. 2 「公序」の機能について

本論文の内容から、「公序」には、立法/行政間の権限配分をし、それによって、行政による恣意的な権利制約を防止しようとする機能があるといえる。

前述のとおり、「公序」の内容には、中核的な部分と周辺的な部分があり、そして、行政警察に対して一般的な授権が許されているのは、その中核的な部分に限定されている。

仮に、「公序」に含まれる内容が、国民の生活にとって必要なものであるから、国家にその確保や維持が要請される、ということだけが重要なのであれば、そのような国家の責務は、行政あるいは立法のいずれかによって達成されればよい、ということになるであろう。このことは、序章で指摘したように、まさに日本において多く見られる現象である。すなわち、我が国においては、「公共の福祉」に合致するような国家の活動は、全体として正当化可能であると考えられる傾向があり、この傾向は、特に裁判所において顕著に見られる。それゆえ、ある目的を達成する際に、それが立法の方法でなされるのか、行政活動によってなされるのか、より具体的には、どのような性質の行政機関によってなされるのかという論点は、あまり前面には出てこず、ともかく、その国家の活動が、諸個人の権利・自由を過度に侵害していないか、ということが中心的な争点となる。

一方、フランスにおける行政裁判では、問題となっている行政警察活動などが、法律による授権の範囲内のものであるのか、ということが中心的な争点となることが多い。たとえば、市町村の首長が、一般行政警察の権限を行使する際には、その活動が、「公序」の中核的な内容のためになされるものであるのかということが問われ、そうでないと判断された場合には、適法性が否定されることとなる。また、特別行政警察の権限を行使する際には、立法者によって定められた個別的な手続に則っている必要があり、それを超えて、行政機関が活動した場合には適法性が否定される。ここでは、これらの行政警察の活動の目的や結果が、国家の活動として望ましいものであったのかどうかではなく、立法者によって与えられた権限を適切に行使しているのかということが問われているといえる。

このように、「公序」の内容は、基本的には立法者によって解釈・定義されるもので

なくてはならず、「公序」を確保・維持するための行政の活動は、立法者による授権の範囲にとどまっている必要がある。このようなところから、「公序」には、立法者の存在を中心として、立法/行政間の権限配分を厳密にする機能があるといえる。

13. 2. 3 国家と諸個人の権利・自由の関わりについて

フランスにおける法律中心主義の背景には、私たちの権利は、日々の他者による活動や、自然災害などの形で侵害される可能性がある、というような自由観があると思われる。すなわち、フランス法において、諸個人の権利・自由は、対国家的な関係においてのみ理解されているものではなく、社会で諸個人が持ちうるあらゆる関係性において理解されるものである。これは、いわゆる「私人間」において、憲法上の権利・自由が保護されるということにとどまらず、自然災害等も含めて、諸個人が、自らの権利・自由を行使しようとする際に、障害となりうるあらゆる事象について、国家は適切な対応をとることが要請される。

このような想定をとった場合には、単にそれが権利であるとして宣言されるだけでは、ある権利は十分に保護されるということにはならず、各人が自らの権利を十分に行使することができる現実的な状況が整っていることが必要であることになる。このようにして、フランスにおいて、自由や権利は、具体的な法制度や、国家機関の構成などとの関連性を深めていくことになる。そうすると、私たちの自由が十分に保護されるためには、社会のあり方や変化に応じて、迅速かつ適当な対応を国家がなすことが求められることになる。

上記のような意味で、私たちの権利が保護されるのであれば、私たちの権利は、逆に、他者の権利行使を妨げないという限界を持つこととなる。その場合には、どのような場合に、どのようなことをすると他者の自律を妨げるといえるのか、現在の社会の状況などとの関係で、具体的に考えていく必要がある。

このように考えると、現実の社会において、享受されるべき具体的な「自由のかたち」、あるいは、その裏返しとしての「公序」のかたちは、まずは立法者によって明らかにされるものであり、フランスにおいて、立法者は、なによりもまず、自由を保護するものとして立ち現れてくる、ということも理解が可能なところである。

たとえば、第1部で見たように、フランスでは、近年のブラックブロックなどの暴力的な参加者の問題が顕在化するに伴って、彼らに妨害されることなく平和にマニフェスタシオンを行うことができるようにするための立法がなされたが、このような具体的な法制度の整備をするのにふさわしいのは、やはり、民主的な基盤をもっている立法者で

あるということになるであろう。

ここで重要なのは、第3部の最後に指摘したように、立法者に対するこのような信頼は、彼らが国民の代表としての性質を持っていることを背景としているのであり、言い換えれば、社会に複雑に存在する権利や利益の衝突を立法者が調整し、その上で、「公序」という概念を法律の内容に具体化していくことが期待されているということである。ここにおいて、国民は、自らが代表として選出した立法者が、社会状況に適切に対応し、国民の自由を保護する存在となっているのかを継続的に考えていかなければならないことになる。

そうであるならば、立法者には、自らが主張する「公序」が、誰の、どのような権利を、どのようにして保護しうるのか、十分に議論し、国民に対して明確に説明することが求められることになるであろう。そうでなければ、国民は、当該法律が「公序」を正当化理由とすべきものであるのかどうか否か、判断することができないからである。

また、憲法院自身がすでに行っているように、法律の質を担保するための取り組みも重要になってくるだろう。なぜなら、法律への接近可能性や理解可能性などが十分でないとき、国民がその法律の内容について知り、その是非について検討することは困難になるからである。

このように、フランスにおいては、「公序」の具体的な内容の決定や、それによる権利保護のあり方は、全体として、次のようなプロセスによって説明できるであろう。

第一に、「公序」によって誰の、どのような権利が、どのように保護されることとなるのか、という具体的な構想が、立法者によって示される。次に、憲法院は、その構想の説得性や、当該法律が、法律としての質をもつものであるのかを審査する。憲法院が、当該法律に示された「公序」が、自由の行使のための条件としての性質を持たないものであると判断した場合や、当該法律が法律としての質を持たないものであると判断した場合には、当該法律を憲法に違反するものであるとの結論が出されることになる。最後に、立法者によって「公序」維持のための権限を与えられた行政機関は、法律の規定にしたがって、「公序」維持のための具体的な活動をするが、このとき、授權の範囲を超えるような活動をした場合には、当該行政活動は、「公序」に反するものとして違法なものとなる。

本論文全体を通じた検討から、「公序」というフランスの法概念は、一方では、諸個人の権利・自由を保護するための国家の介入を正当化するものであり、しかし他方、あらゆる国家の活動を、その性質にかかわらず正当化するのではなく、それが権利・自由を保護するものとなるように、一定の枠付けや方向付けをするものであることが明らか

になった。

以上のような、フランスにおける国家と諸個人の権利・自由の関わり合い方は、革命によって、国民自らが王政を打倒した経験など、フランスに固有の歴史的事情を背景としたものである。それゆえ、この考え方をそのまま我が国に輸入するということは、容易ではないであろうし、かつ、望まない結果を導く危険もある。

しかしながら、私たちの権利や自由をよりよく保護するために、私たち自身が契約をして国家を形成したという社会契約的な発想そのものに、反対の意を述べる論者は多くないはずである。私たちはなぜ国家を必要とするのか、という原点に一度立ち返ってみるならば、やはり、国家は、私たちの権利や自由に対して一方的に侵害を与えるような外的な存在であると捉えるべきではなく、むしろ、国家による活動は、どのような場合に、私たちの権利・自由の保護のために寄与しうるものとなるのかを、なんらかの形で考察する必要があるのではないだろうか。そして、そのような考察を積極的に試みていくことは、私たちの権利・自由への制約が際限なく大きくなることを必ずしも意味しないはずであるし、むしろ、どのような場合に、国家による介入が私たちの権利・自由への許容しがたい侵害となるのかを明確化することにも寄与しうるはずである。

なお、本論文では、「公序」による自由の保護というような考え方が、フランスに特殊なものであるのか、それとも、他国にも類似の考え方が存在するのかといった点については、十分に検討することができなかった。とくに、序章で言及したとおり、ドイツ法には、「保護義務論」という興味深い議論が存在し、この議論と、フランス法における議論との相違点などについては、検討する意義が大きいと思われる⁶⁹²。今回十分に検討することができなかった議論への分析については、今後の課題としたい。

⁶⁹² 現時点での一応の考察を述べておくとすれば、ドイツの「保護義務論」は、基本権の防御権的な性格を基礎としつつ、それを拡大して、国家には、個人の権利を他者の侵害から保護する義務がある、とするものである。それゆえ、序章で確認したように、「保護義務論」の射程をめぐっては、これを、いわゆる「私人間効力」の問題に限定して考えるのか、それとも自然災害などによる権利制約にも拡大して考えるべきであるのかという、解決困難な問題が残されている。

一方、フランスにおける自由観は、その出発点からして、国家の介入を予定しているものであるために、ドイツの「保護義務論」よりも広く、より一般的に、権利保護のための国家の介入が要求されるように思われる。すなわち、フランスにおいても、国家の過度な介入は違憲な権利侵害となるのであるが、それが違憲であり許されないと理解されるのは、それが国家の介入であったからという理由によるのではなく、いま問題となっている国家の介入の具体的な方法が、権利保護という国家の目的にそぐわないものであったからという理由によるのであろう。

【文献目録】

1. 外国語文献

- Alain Boyer, « La liberté de manifestation en droit constitutionnel française », *Revue française de droit constitutionnel*, n°44, 2000
- André Decocq=Jean Monreuil=Jacques Buisson, *Le droit de la Police*, Litec, 1998
- André de Laubadère=Jean-Claude Venezia=Yves Gaudemet, *Traité de droit administrative*, L.G.D.J, 1994
- André Maurin, *Droit Administratif*, Sirey, 2018
- Anne Levade, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, 2003
- Anne Levade, « Epilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *La Semaine juridique Générale(JCP G)*, 2010, n° 43
- Assemblée Nationale, 3^e séance du 6 juillet 2010, J.O.R.F.
- Aurélien Duffy-Meunier=Thomas Perroud, « La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé » *Jus Politicum*, no 17, 2017
- Berlière Jean-Marc, « Du maintien de l'ordre républicain au maintien républicain de l'ordre ? Réflexions sur la violence. », *Genèses*, 12, 1993
- Bertrand Mathieu, « La Validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur « le voile intégral » », *La semaine juridique Général (JCP G)*, No 42, 18 octobre 2010
- Bertrand Seiller, « La censure a toujours tort », *L'actualité juridique droit administratif*, 2014
- Bruno Genevois, « La jurisprudence du conseil constitutionnel en 1985 », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, n° I
- Camille Broyelle, « Retour sur l'affaire Dieudonné », *L'actualité juridique droit administratif*, 2014
- Cédric Roulhac, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative, Retour sur l'appropriation du « triple test de proportionnalité » par le juge administratif », *Revue française de droit administratif*, 2018

- Christophe Fardet, « Exist-t-il des ordre public spéciaux? », *La police administrative*, PUF, 2014
- Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile integral*
- 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
- Conseil d'Etat, *Réflexion sur l'intérêt général-Rapport public 1999*
- Conseil d'Etat, *Rapport public 2006*
- 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
- Damien Chamussy, « Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitution à la sécurité juridique », *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2006
- Danielle Tartakowsky, *Le pouvoir est dans la rue*, Aubier, 1998
- Dauce Solenne, *La liberté de Manifestation en France et en Grande-Bretagne, thèse sous la direction de Monsieur le professeur Jean Morange*, 2002
- Défenseur des droits, *Rapport du Défenseur des droits sur « Le maintien de l'ordre au regard des règles de déontologie »*, 2017
- Didier Truchet, « Les concours de police », *La police administrative*, PUF, 2014
- Dominique Cardon=Jean-Philippe Heurtin, « Tenir les rangs », *La manifestation*, Presses de la fondation nationale des Sciences politiques, 1990, p. 125.
- Etienne Picard, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *L'actualité du droit administratif*, 20 juin 1996 spécial
- Etienne Picard, *La notion de police administrative*, L.G.D.J, 1984
- François Luchaire, « Vidéosurveillance et fouille de voitures devant le conseil constitutionnel », *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 3-1995
- François Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, 1987
- 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
- François Luchaire=Gérard Conac=Xavier Prétot, *La constitution de la République française, Analyses et commentaires*, 3^e édition, Economica, 2009
- Georges Vedel, *Droit administratif*, PUF, 1961.
- Gilles Lebreton, « Ordre public et dignité de la personne humaine : Un problème de frontière », *L'ordre public: Ordre public ou orders publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001
- Guillaume Glenard, « La dignité de la personne humaine : in ordre de valeurs ? », *Revue française de droit administratif*, 2015
- Guillaume Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Chaiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, Juin 2004.
- Jacques Chevallier, « La police est-elle encore une activité régaliennne ? », *La police administrative*, PUF, 2014
- Jacques Robert=Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2009
- Jean-Baptiste Duvergier, *Collection complète des lois*, tome 3
- Jean Massot, « L'intérêt général en droit constitutionnel », *L'intérêt général au Japon en France*, Dalloz, 2008
- Jean Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2000
- Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, Press Universitaires de France, 1974
- Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, Press Universitaires de France, 1991
- Jean Rivero=Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 1996
- Jean Rivero=Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 2004
- Jacques Petit, « Le contrôle juridictionnel des mesures de police par le juge administratif », *La police administrative*, PUF, 2014
- Jacques Petit, « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie », *Actualité juridique droit administratif*, 2014
- Jacques Petit=Pierre-Laurent Frier, *Droit administratif*, L.G.D.J, 2019
- Laure-Alice Bouvier, *Le conseil d'Etat et la confection de la loi*, L.G.D.J, 2015
- Lauren Bakir, « Les mutations récentes de la liberté de manifester en France », *Revue française de droit administratif*, mars-avril 2020
- Laurent Domingo, « Note sous décision n° 2003-484 DC », *Revue française de droit*

- constitutionnel*, janvier-mars 2004, n° 57
- Loïc Philip = Louis Favoreu, « Sécurité et liberté. Droit constitutionnel pénal. Liberté individuelle. Pouvoirs du juge constitutionnel », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Sirey, 1984
- Louis Favoreu, « Note sous décision n° 82-141 DC », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, avril 1983
- Louis Favoreu, « Note sous décision n° 85-187 DC », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, mars-avril 1986, n° 2
- Louis Favoreu, « Note sous décision n° 94-352 DC », *Revue française de droit constitutionnel*, avril-juin 1995, n° 22
- Louis Favoreu, « De la démocratie à l'état de droit », *Débat*, n° 64, mars-avril 1991
- Louis Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46 No2, Avril-juin 1994
- Marceau Long=Prosper Weil=Gui Braibant=Pierre Delvolvé=Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2019
- Marcel-René Tercinet, « La liberté de manifestation en France », *Revue de droit public*, 1979
- Marie-Odile Peyroux-Sissoko, *L'ordre public immatériel en droit public français*, L.G.D.J., 2018.
- Maurice Hauriou, *Précis de droit administrative*, 11e éd., Sirey, 1927
- Memorandum on maintaining public order and freedom of assembly in the context of the “yellow vest” movement in France.
- Michel Guénaire, « La constitution ou la fin de la politique », *Débat*, n° 64, mars-avril 1991
- Michel Offerlé, « Descendre dans la rue de la « Journée » à la « manif » », dans *La manifestation*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1990, p. 102.
- Michel Troper, « La loi Gayssot et la constitution », *Annales Histoire, Sciences sociales*, 1999, n° 6
- Michel Troper, « Who needs a Third party effect doctrine? — The case of France », András sajó=Renáta Uitz (edt), *The constitution in private relations : Expanding constitutionalism*, Elean International Publishing, 2005

- Michel Troper, « La logique de la justification du contrôle de la constitutionnalité des lois », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, dalloz, 2003
- Michel Verpeaux, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2010, n° 42
- Miyoko Tsujimura, « L'intérêt général en droit constitutionnel français – contre rapport japonais par Miyoko Tsujimura », 『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』(有信堂、2010)
- Nelly Ach, « Police et moral », *La police administrative*, PUF, 2014
- Nicolas Ferran, « La politique de maîtrise de flux migratoires et le respect des droits et libertés constitutionnels », *Revue du droit public*, n° 1, 2004
- Nicolas Mariot, « Le Frisson fait-il la manifestation ? », *POUVOIRS*, 116-2006, p. 98.
- Noëlle Lenoir, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », Colloque du vendredi 6 octobre 2006
- Olivier Filleule, « Du pouvoir d'injonction au pouvoir d'influence ? », *Police et manifestants*, Presses de la fondation nationale des Sciences politiques
- Olivier Filleule=Danielle Tartakowsky, *La manifestation*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2013
- Olivier Filleule=Lilian Mathieu=Cécile Péchu(eds.), *Dictionnaire des mouvements sociaux*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2009
- Patrick Washmann, *Libertés Publiques 8^e édition*, DALLOZ, 2017
- Pauline Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, L.G.D.J., 2014
- Philippe Juen, *La liberté de manifestation*, Atelier national de reproduction des thèses, 1999
- Philip Pettit, *Republicanism – A theory of freedom and government*, Oxford University Press, 1997
- Pierre de Montalivet, « les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du conseil constitutionnel* N° 20 (2006)
- Pierre de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006
- Pierre de Montalivet, « La « juridicisation » de la légistique. À propos de l'objectif de Valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *La confection de la loi*, puf, 2005

- Pierre-Henri Teitgen, *La police municipale générale*, Sirey, 1934
- Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, 2000
- Pierre Rosanvallon, *Le Modèle politique français*, SEUIL, 2004
- Pierrick Gardien, « Les dangers de l'interdiction administrative de manifester », *La revue des droits de l'homme* (En ligne), Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 16 juin 2015.
- Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, adoptée par le sénat visant à prévenir les violences lors des manifestations et à sanctionner leurs auteurs (n° 1352)
- Recueil general des lois et des arrêts: en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Sirey, 1934, Tome 3
- René Chapus, *Droits du contentieux administratif*, Montchrestien, 2006
- René Sève, « La mesure de l'ordre public », *L'ordre public*, DALLOZ, 2015
- Réponse de la France au memorandum de la commissaire aux droits de l'homme du conseil de l'europe fausant suite à sa visite en France du 21 janvier 2019.
- Rhita Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *Revue française de droit administratif*, 2001/4, n° 88
- Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2002
- Samuel Hayat, « La République, La Rue et L'urne », *POUVOIRS*, 116-2006
- Sommier Isabelle, « La CGT: du service d'ordre au service d'accueil. », *Genèses*, 12, 1993
- Thibault Guilluy, « La liberté de manifestation, un droit introuvable ? », *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2015
- Thibaut Leleu, « Dignité de la personne humaine comme fondement des mesures de police administrative », *Revue française de droit administratif*, 2015
- Valérie Goesel-Le bihan, « Le contrôle exercé par le conseil constitutionnel : défense et illusion d'une théorie générale », *Revue française de droit constitutionnel*, 2001/1 n° 45
- Valérie Goesel-Le bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7

- Velérie Goesel-Le Bihan, La liberté personnelle dans la décision n° 2020-805 DC : entre continuité et innovation, *Actualité Juridique. Droit administratif*, 5 octobre 2020, n° 32
- Véronique Champeil-Desplats, « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum*, n° 5, 2010.
- Véronique Champeil-Desplats, « Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française? », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux?*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2013
- Vincent Robert, « Aux Origines de La manifestation en France (1789-1848) », *La Manifestation*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1990
- Yves Jegouzo, « Police Générale et polices spéciales en matière environnemetale », *La police administrative*, PUF, 2014

2. 日本語文献

- 赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』（信山社、2008）
- 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994）
- 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論』（有斐閣、1998）
- 芦部信喜『憲法 第6版』（岩波書店、2015）
- 阿部照哉「憲法における『公共の福祉』の機能と内容 —ドイツの憲法判例を中心に—」
法学論叢第98巻第3号（1975）
- 阿部照哉「集団行進の事前規制—公安条例—」ジュリスト No.500（1972）
- 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）
- 池田晴奈「フランス憲法院の人権保障機能の再検討（上）（下）」同志社法学第60巻第4号（2008）、同巻第5号（2008）
- 石井照久＝石川吉右衛門＝石川正己ほか『註解日本國憲法』（有斐閣、1953年）
- 石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論・再考』（日本評論社、2007）

- 石川裕一郎「障害者の『生まれない』権利？」法学セミナーNo573(2002)
- 今成源成＝蛭原健介「憲法院の審査機能と判断手法」フランス憲法判例研究会『フランスの憲法判例』（信山社、2002）
- 今関源成「明白な過誤の法理—『ニューカレドニアの制度変更に関する法律』判決」フランス憲法判例研究会『フランスの憲法判例』（信山社、2002）
- 植野妙実子『フランスにおける憲法裁判』（中央大学出版、2015）
- 上村貞美「フランスにおける私人間の人権保障」香川大学一般教育研究第16巻(2012)
- 内海麻利「コンセイユ・デタ 『一般利益に関する考察 1999年報告書』」駒澤法学第17巻第2, 3, 4号(2018)
- 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991）
- 浦田一郎「法律による人権保障と立憲主義」比較憲法研究会編『憲法の歴史と比較』（日本評論社、1998）
- 浦田一郎「議会による立憲主義の形成 — 〈droits de l'homme〉から〈libertés publiques〉へ」『立憲主義と市民』（信山社、2005）
- 浦田一郎「議会による立憲主義の確立」『立憲主義と市民』（信山社、2005）
- 江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所における『評価の余地』理論の新たな発展」明治大学大学院紀要第29集(1992)
- 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)
- 江原勝行「フランスの環境憲章制定をめぐる憲法改正について —環境権と集団の人権享有主体性との関連に関する一考察—」早稲田法学第80巻第3号(2005)
- 蛭原健介「審署後の法律に対する『事後審査』—ニューカレドニア緊急事態判決」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』（信山社、2002）
- エミール・デュルケム著、宮島喬＝川喜田喬訳『社会学講義』（みすず書房、1974）
- エミール・デュルケム著、菊谷和宏訳『社会学的方法の規準』（講談社、2018）
- 大津浩『分権国家の憲法理論』（有信堂、2015）
- 大山礼子『フランスの政治制度〔改訂版〕』（東信堂、2013）
- 岡田与好『経済的自由主義 資本主義と自由』（東京大学出版会、1987年）
- 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)
- 岡村等「フランス革命期における反結社法の役割に関する研究(1)(2)」早稲田法学会誌第68巻1号(2017)、早稲田法学会誌68巻2号(2018)
- 奥平康弘『憲法 III 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993）

- 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)
- 奥村公輔「補訂：フランス緊急事態法関係法令集」駒沢大学法学部研究紀要76(2018)
- 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)
- 小田川大典「共和主義と自由」岡山大学法学会雑誌第54巻第4号(2005)
- オリヴィエ・ジュアンジャン著、山元一訳「独仏基本権比較試論」法学セミナーno.597
(2004)
- 折原卓美「ポリス・パワー 一州主権と経済一」『アメリカ経済史の新潮流』(慶應義塾
大学出版会、2003)
- 門彬「『環境憲章』制定のためのフランス憲法改正法案」外国の立法：立法情報・翻訳・
解説 第222号(2004)
- 工藤達郎『憲法学研究』(尚学社、2009)
- カレ・ド・マルベール著、時本義昭訳『法律と一般意思』(成文堂、2011)
- 河嶋春菜「コンセイユ・デタ訴訟部と憲法院による権利保障の交錯と連携」名古屋大学
国際教育交流センター紀要第5号(2018)
- 清田雄治「フランスにおける独立行政機関(les autorités administratives indépendantes)」
の憲法上の位置」立命館法学第321・322号(2008)
- 工藤庸子『宗教 vs. 国家 フランス〈政教分離〉と市民の誕生』(講談社、2007)
- 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
- 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)
- 小島慎司「『名誉』の放棄」上智法学論集第52巻第1・2号(2008)
- 小島慎司「比例原則：フランスの場合」上智法学論集第56巻第2・3号(2012)
- 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)、第43巻第1巻(1999)
- 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)
- 小林真紀「1994年生命倫理法判決」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)
- 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)
- 小山剛『基本権保護の法理』(名城大学法学会、1998)

- 小山剛「自由と安全 若干の憲法学的考察」警察学論集第 58 卷 6 号(2005)
- 小山剛「人権の私人間効力」杉原泰雄編『体系憲法事典』(青林書院、2008)
- 小山敬晴「フランス労働法における公序概念の一考察」九州法学会会報(2017)
- 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『フランスの憲法判例 II』(信山社、2013)
- 齊藤笑美子「フランスにおける憲法規範の私人間適用をめぐる考察」一橋法学第 9 巻第 3 号 (2010)
- 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011)
- 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)
- 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)、第 116 巻第 11・12 号(2010)
- ジャン＝マリ・ポンティエ著、大津浩訳「地方分権と法治国家」成城法学第 78 号 (2009)
- ジャン＝マルク・ソヴェ著、晴山一穂＝石井三記＝福田真希＝河嶋春菜訳「コンセイユ・デタと基本権の保護」法政論集 271 号 (2017)
- 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)
- ジュリアン・ブドン著、石井三記＝河嶋春菜訳「19 世紀フランスにおける人権から公的自由への変遷」法政論集 276 号(2018)
- 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社、2010)
- 曾我部真裕「フランスにおける表現の自由の現在：「記憶の法律」をめぐる最近の状況を題材に」憲法問題第 25 巻(2014)
- 曾我部真裕「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)
- 高橋和之『世界憲法集 第二版』(岩波文庫、2012)
- 高橋和之による論考「『憲法上の人権』の効力は私人間には及ばない —人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価」ジュリスト No.1245(2003)
- 高村学人『アソシアシオンへの自由』(勁草書房、2007)
- 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)
- 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)
- 只野雅人「国民主権と政治空間：フランスにおける<<manifestation>>の自由をめぐって」『代表における等質性と多様性』(信山社、2017)

- 只野雅人『『饒舌な立法』と『一般意思』—フランスにおける立法と政治—』『代表における等質性と多様性』(信山社、2017)
- 伊達聖伸「欧州評議会と承認のライセンス—報告書『民主的な社会における信教の自由と共生』を糸口として」上智大学外国語学部紀要第 51 卷 (2016)
- 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 卷第 5 号 (2014)
- 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)
- 田村理『『フランス憲法史における人権保障』研究序説』一橋論叢第 108 卷第 1 号(1992)
- 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)
- 千國亮介「憲法解釈論の構造 (1) (2)」総合政策第 19 卷 (2018)、第 20 卷 (2019)
- 辻村みよ子「第五共和政下の人権保障と共和主義」『フランス憲法史と立憲主義』
- 辻村みよ子＝糠塚康江『フランス憲法入門』(三省堂、2012)
- 戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」『日独憲法学の創造力 上—栗城壽夫先生古稀記念』(信山社、2003)
- トマ・オックマン著、山元一監訳・田中美里訳「インターネット上の情報操作と憎悪の伝播—フランスの立法による応答」法学研究第 93 卷第 6 号 (2020)
- 中島道夫「デュルケムの『国家—中間団体—個人』プロブレマティーク」日仏社会学会年報第 26 号(2015)
- 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 卷第 3 号 (2010)
- 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)
- 中村義孝「フランスの裁判制度 (1)」立命館法學 2011 年第 1 卷 (2011)
- 中村義孝「フランスにおける『法治国家』論と憲法院—ルイ・ファボラーとドミニク・ルソーの所論をめぐって」立命館法学 246 号 (1996)
- 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 卷第 4 号(2001)
- 橋本裕之「行政訴訟に関する外国法制調査—フランス(下)」ジュリスト 1237 号 (2003)
- 長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』(東京大学出版会、2016)
- 浜田純一「制度概念における主観性と客観性」『現代国家と憲法の原理』(有斐閣、1983)
- 樋口陽一『憲法 第三版』(創文社、2013)
- 樋口陽一『『共和国』フランスと私』(つげ書房新社、2007)

- 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)
- 樋口陽一『権力・個人・憲法学』(学陽書房・1989)
- 樋口陽一「企業・市場・市民社会と国家 憲法学から見て」戒能通厚=糊澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』(日本評論社、2008)
- 樋口陽一「憲法と民法 ―その『緊張』と『協働補完』の関係」法律時報第76巻第2号(2004)
- 福岡英明「法律による追認」『フランスの憲法判例』(信山社、2002)
- ベルトラン・マチュー著、植野妙実子=兼頭ゆみ子訳『フランスの事後的違憲審査制』(日本評論社、2015)
- 松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究第67号(2005)
- マルセル・ゴージュ著、富永茂樹訳「人間の権利」フランソワ・フェレ=モナ・オズーフ編『フランス革命事典 6』(みすず書房、2000)
- 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)
- 水林彪「近代民法の本源的性格」民法研究第5号(2008)
- 水林彪「近代憲法の本源的性格 *société civile* の基本法としての1789年人権宣言・1791年憲法」戒能通厚=糊澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』(日本評論社、2008)
- 光信一宏「外国人の憲法的地位」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)
- 南野森=池田晴奈=曾我部真裕=井上武史「QPC判決の展開」『フランスの憲法判例II』
- 美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、1953)
- 宮沢俊義『憲法II〔新版〕』(有斐閣、1973)
- 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る」関西大学法学論集第60巻第6号(2011)
- 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)
- モナ・オズーフ著、樋口謹一訳「自由」フランソワ・フェレ=モナ・オズーフ編『フランス革命事典 5』(みすず書房、2000)
- 山口俊夫『フランス法辞典』(東京大学出版、2002)
- 山元一『現代フランス憲法理論』(信山社、2014)
- 山元一「激越な言辞を伴ったデモ行進に参加した弁護士に対する懲戒処分と集会の自由

ーエズラン判決」戸波江ニ＝北村泰三＝建石真公子ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例I』（信山社、2008）

山元一「憲法理論における自由の構造転換の可能性（1）（2・完）：共和主義憲法理論のためのひとつの覚書」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて』（日本評論社、2009）、慶應法学第13巻（2009）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）

山元一「《法》《社会像》《民主主義》（三）」国家学会雑誌106巻9,10号

山元一「憲法院の人権保障機関へのメタモルフォーゼ」フランス憲法判例研究会『フランスの憲法判例』（信山社、2002）

米田雅宏『「警察権の限界」論の再定位』（有斐閣、2019）21頁以下

レジス・ドゥブレ著、水林章訳「あなたはデモクラットか、それとも共和主義者か」『思想としての〈共和国〉』（みすず書房、2016）

渡辺康行『「内心の自由」の法理』（岩波書店、2019）