

## 私法における一般利益と基本権

ムスタファ・メキ

幡野 弘樹、齋藤 哲志（訳）

1. —「現代の反射鏡（**Le miroir de la modernité**）」— 一般利益と基本権の衝突から、フランス社会と日本社会の共通点と相違点が明らかになる。この観点からすると、「日本法とフランス法」は、「現代という時代を映し出している」<sup>1</sup>。

2. — 一般利益の偶有性（**contingence**）— 一般利益は、あらゆる社会組織の中核である。一般利益概念は、偶有的であり、時代と場所により異なる<sup>2</sup>。その機能と内容は、特定の空間や特定の時間に密接に結びつけられている。

---

<sup>1</sup> J.-L. Halperin et N. Kanayama, *Droit japonais et droit français au miroir de la modernité*, Dalloz, Coll. A droit ouvert, 2007.

<sup>2</sup> M.-P. Deswarthe, *Intérêt général, bien commun*, *R.D.P.*, 1988, pp. 1289-1313, spéc. p. 1305 ; adde, J. Caillousse, *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, 2 tomes, Thèse Rennes, microfiche, 1978, spéc. n° 694, p. 564. 本書によれば、「一般利益は、一つの自明の真理として承認されるわけではない（...）それは、社会の政治的編成の一つのあり方から帰結するものに過ぎず、その編成自体が、一つの世界観、すなわち、一つのイデオロギーに規定されている」。経済学においても結論は同様である。とりわけ参照、G. Lasserre, *Essai sur la notion d'intérêt général*, extrait des annales de l'économie collective, n° 1, janvier-mars, 1967. 著者は、「一般利益は、高尚な意味における政治、主義主張、社会および公民の道徳、生についての構想に関する基本的な選択肢」と無関係には定義され得ないという考察から結論を導く。一般利益よりも「《共通善》という用語の方が好

しかしながら、一般利益概念に関する一般的な特徴は存在し、この概念が適用される場所の如何にかかわらず、分析を豊かなものとし得る。さらに、あらゆる文明化された社会（société civilisée）に固有のいくつかの傾向があり、それらがフランス社会と日本社会の関連づけ（rapprochement）を可能としている。具体例は多数ある。法の集団主義化（collectivisation）<sup>3</sup>、法の契約化（contractualisation）、法における効率性（efficience）の観念の飛躍的發展<sup>4</sup>、法の経済分析の影響、グローバリゼーション（mondialisation）、さらなる個人主義という方向への回帰、そしてとりわけ、法の基本権化（fondamentalisation）<sup>5</sup>が挙げられる。

---

ましい」かもしれない。「但し、この用語が想起させるトマス主義への依拠を排除する限りにおいてのことではあるが」。「[著者によれば、]一般利益は「評価と意見」に関わるのであり、その「学問的な」定義は存在しないかもしれない。[とはいえ、]「ある特定の時点において支配的な、人間および生、すなわち、文明的な共通の諸価値に関する一つの構想」ならば存在し得る。一つの「一般利益に関する集団的感觉」を持つことは可能である。D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Préf. J. BOULOUIS, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1977, p.240 et s., spéc. p.251 et s.

<sup>3</sup> フランスについて、参照、L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit)*, Thèse Nice, 2 tomes, Dactyl., 1979; Fr. Rangeon, *La société civile : histoire d'un mot*, in *La société civile*, Travaux du Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), P.U.F., 1986, p.9-32. 日本では、反公害運動や、消費者団体、フェミニズム団体の運動などが飛躍的發展を遂げている。これらの事例について、参照、J.-M. Boulouis, *Le Japon contemporain*, Fayard, CERI, 2007, p.239 et s.

<sup>4</sup> 国家の変容との関係について、参照、J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et société, 2003, spéc. p. 66 et s.

<sup>5</sup> フランス法における基本権化について、参照、M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., 2004, n° 395 et s., p. 240 et s.; J. Rochfeld, *Du statut du droit contractuel « de protection de partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, in *Etudes G. Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 835-866. 日本法については、参照、J.-L. Halpérin et Noki Kanayama, *Droit japonais et droit français*, op. cit., spéc. p. 93 et s.; Yoichi Higuchi, *Evolution récente du contrôle de la constitutionnalité sous la*

フランス社会と日本社会のこれらの共通点を明確にするためには、我々2つの社会における基本権の増大に着目することが、最も有益な分析視角であるように思われる。フランスそして日本において基本権が占める位置が、一般利益の理解に重大な影響を与えている。そのことに気づくには、簡単にそれらの言葉の意味について再検討する必要がある。

**3. — 定義不可能な一般利益概念 —** 一般利益は、諸概念の中でも最も定義が難しい<sup>6</sup>。まず第一に、この概念が把握し難いのは、それが多様な学問領域において考察の中心にあるためである。法律家にとって、この概念は、公法の脊柱（épine dorsale）となっており、公法上の多くの制度の構成要素となっている<sup>7</sup>。私法学者は、契約の無効、公序、経過規定法（droit transitoire）、人格法（droit de la personnalité）といった領域において、この概念をしばしば用いている<sup>8</sup>。政治学者は、その概念と法治国家との関係を強調する。一般利益は、国家権力の正統化根拠であり、国家の特権の限界でもある<sup>9</sup>。哲学者は、古代以来、プラトンの公的利益（intérêt public）あるいはアリストテレスの共通利益（intérêt commun）と、正義の観念とを対比している<sup>10</sup>。ジョルジュ・ギュルヴィッチのような社会学者は、一般利益を社会的行為（action sociale）の根拠、そして市民社会に

---

*Constitution japonaise de 1946*, in *Etudes de droit japonais*, Société de législation comparée, 1989, p. 169-184; Tadakazu Fukase, *Le fonctionnement de la Constitution japonaise de 1946*, in *Etudes de droit japonais*, op. cit., p. 105-123.

<sup>6</sup> G. Vedel, Préface de la thèse de M. Fr. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, Coll. Politique comparée, 1986, p. 8.

<sup>7</sup> *Rapport public du Conseil d'Etat* (1999), Considérations générales sur l'intérêt général, Etudes et documents n° 50, La documentation française, 1999, spéc. p. 277.

<sup>8</sup> M. Mekki, *th. préc.*, n° 3, p. 2 et s.

<sup>9</sup> Fr. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Préface de G. Vedel, Economica, Coll. Politique comparée, 1986.

<sup>10</sup> M. Mekki, *th. préc.*, n°49 et s., p.43 et s. (プラトンにおける超越性(transcendence)について) et n° 53 et s., p.46(アリストテレスにおける内在性(immanence)について).

由来する法の正統性の根拠としている<sup>11</sup>。トマス・アクイナスのような神学者は、理性的な〔概念である〕一般利益と、より道徳的な概念である共通善（*Bien commun*）との関係を明確化しようと試みた<sup>12</sup>。

次に、一般利益は、その機能のために定義不可能になっているように思われる。それは、何よりもまず、驚くべき呪術的力（*force incantatoire*）が刻み込まれた言葉である。一般利益は、経済についてのものであれ、社会、政治あるいは法についてのものであれ、イデオロギー的な語義における言説（*discours*）すべての中心にある。この意味において、一般利益は、レトリックの機能を果たす。またそれは、純粋に法的な技術でもあり、公権力の諸特権を正統化し、かつ限定する。一般利益は、とりわけいくつかの主観的権利（*droits subjectifs*）に対する侵害を正統化することを可能にしている<sup>13</sup>。これらさまざまな意味において、一般利益は、正統化機能と説明機能を果たしている<sup>14</sup>。

最後に、一般利益は、その偶有性のために定義不能になっているよう

<sup>11</sup> G. Gurvitch, *L'Idée du droit social. Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Préf. L. Le Fur, Sirey, 1932, spéc. p. 42.

<sup>12</sup> Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, trad. Deman, éd. Du Cerf, Desclée & Cie-Tournai-Rome ; S. Michel, *La notion thomiste de Bien commun*, Thèse Nancy, 1931 ; M. Villey, *Questions de Saint Thomas d'Aquin sur le droit et la politique*, P.U.F., 1987

<sup>13</sup> J. Ghestin, G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 1994, n° 198, p. 148 「主観的権利は、社会関係（*relations sociales*）のモードであり、一般利益、あるいはこう言ったほうが良ければ、共通善の探究と全く無関係ではあり得ない」とする。著者たちは、一般利益に従って主観的権利に制限が課されることを前提としている。〔さらに、〕自由に対する調整は、「一般利益の下に行われるのであって、ある個人のために行われるのではない」と付け加えている（n° 199, p. 150）。さらに参照、G. Michaelides-Nouaros, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, *R.T.D. civ.*, 1966, p. 216-235, spéc. p. 219.

<sup>14</sup> 一般利益の多様な機能について、参照、D. Truchet, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre*, in *L'intérêt général, Rapport public du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 361-374. 概観として、参照、M. Mekki, *th. préc.*, n° 20 et s., p. 18 et s.

に思われる。アリストテレスの共通利益とシエイエスの国民利益（*intérêt national*）<sup>15</sup>の間に共通点はない。ジャン＝ジャック・ルソーにより構想されたような、すなわち一般意思の表現としての法律を通じた一般利益と、ヨーロッパ共同体法の経済的一般利益とを対比することは不可能である。同様に、《パターナリスティック》な理解を基に、国家の専有物として把握されている伝統的な一般利益と、国家と市民社会で共同決定される参加重視型一般利益（*intérêt général participatif*）との間に共通点はあるのであろうか。さらに、1980年代末以来飛躍の一途をたどる市場の一般利益と、より普遍的な人類（*humanité*）の一般利益との間に、関係を織り成すことは困難である。

4. — 危機なのか変容なのか — しかしながら、これらの進展を一般利益の危機の兆候として把握することは、単純に過ぎるであろう。この概念は、それ自身価値を有するものではない。それは、衰退または危機という言葉で議論することが許されるような普遍的な本質を欠いているのである。一般利益は、不死鳥の如く、朽ち果てても灰の中から蘇るのである。それ故、真の危機（*crise*）というよりも変容（*mutation*）がここでの問題となる。

一般利益と基本権の関係の進展は、この30年間の最も顕著な変化の一つである。両者の接近の核心に位置するのは、法治国家（*Etat de droit*）の概念である<sup>16</sup>。法治国家〔概念〕は、形式的意味としては、法を生成し、この法を尊重する義務を引き受け、自らこの法に服している国家であると考えられていた。そのため、法主体と市民をあらゆる濫用から保護すべく、実効的な救済手段が設けられ保障されていた。今日、法治国家〔概念〕によって指示されるのは、あらゆる国家に課せられた、積極的な形で基本権を保護する義務である<sup>17</sup>。ところで、このような一般利益のイデオロギー

<sup>15</sup> E. Sieyès, « *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, janvier 1789 ; J.-D. Bredin, Sieyès. *La clé de la Révolution française*, Gallimard, 1978.

<sup>16</sup> とりわけ参照、J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, L.G.D.J., coll. Droit et société, 2003, spéc. p. 153 et s.

<sup>17</sup> 以上の展開について、参照、*L'Etat de droit*, Dossier réalisé par J. Chevallier, Problèmes politiques et sociaux, mars 2004, n° 898, La documentation française, 2004.

と基本権のイデオロギーの衝突の故に、後者の法的カテゴリーが何を包含しているかを明確化することが必要となる。一般利益と同様に、基本権は、法システムの根幹に、すなわちすべての権利の基礎に位置づけられる<sup>18</sup>。

5. 一定義不可能な基本権概念 — 基本権という「魔法の (magique)」<sup>19</sup> 概念は、アングロ・サクソン法における fundamental rights の翻訳であるが、残念ながら、それほど容易に概念として確定し得るものではない<sup>20</sup>。この点について、ある論者は「解答不能な (insoluble)」基本権と述べていた<sup>21</sup>。

ときに、基本権があらゆる法の基礎たる人 (homme) との間で取り結ぶ関係や、基本権承認の帰結が法秩序全体に及ぶという事実が強調されることがある<sup>22</sup>。別の論者によれば、「根源的かつ原初的な意味での基本権は、

<sup>18</sup> L. Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000, spéc. p. 13は、法学の様々な分野に、諸々の基本権の「種が蒔かれる (ensemencées)」であろうとする。

<sup>19</sup> Y. Madiot, *Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit*, in *La protection des droits fondamentaux*, Actes du colloque de Varsovie des 9 au 15 mai 1992, P.U.F., 1993, p. 35 et s., spéc. p. 58「基本権という概念は、流動的で捉えどころがないため、法律家を苛立たせるが、この概念は、法的分析の諸基準に挑みかかる《魔術的 (magique)》な何かを備えている」。同じく参照、J. Favard, *Le labyrinthe des droits fondamentaux*, Dr. social, 1999, p. 215 et s. 著者によれば、「基本権概念は、」 「把握し難い (insaisissable)」概念である。

<sup>20</sup> もっとも、複数の重要な研究が著されてはいる。参照、E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux en France*, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 6-42 ; M.-L. Pavia, *Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental*, P.A., 6 mai 1994, p. 6 et s. ; Fr. Terré, *Sur la notion de droits et libertés fondamentaux in Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2000, n° 1 et s. 基本権に関する辞典も存在する。参照、D. Chagnolaud et G. Drago, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006.

<sup>21</sup> Cl.-A. Colliard, *La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire*, in 7<sup>ème</sup> Congrès international de droit européen, Bruxelles, 2 au 4 octobre 1975.

<sup>22</sup> この意味において、参照、B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil*

それがあある特定の民主的社会において人 (homme) を人たらしめているもの (identité) を構成している (constituant) — ここでは確立する (établir) という意味で用いる — 場合に、基本権という名に値する」<sup>23</sup>。総じて言えば、権利の基本権的性格 (fondamentalité) について、2つの考え方が認められる。「本質主義的 (essentialiste)」なそれと「形式主義的 (formaliste)」なそれである。第一のいわゆる「本質主義的」な考え方は、基本権は価値の顕現であるという思想に基づいている<sup>24</sup>。反対に、基本権は、「規範主義的 (normativiste)」または「形式主義的」な意義においては、「憲法規範、または (および) ヨーロッパレベルの規範、国際的規範により保護されたすべての権利および自由」を意味する<sup>25</sup>。法および社会の基本権化という現象を認識するためには、「本質主義的」な理解の方が適格的であるように思われる。たしかに、基本権は、「理性の為せるところ (acte de raison)」であり、規範の階層制 (hiérarchie) に関連し得る。さらに大抵の場合は [実際に] 関連している<sup>26</sup>。しかし、基本権が、規範

constitutionnel, STH, 1988, n° 314, p. 189. 著者は、オエール教授 (A. Auer) の定式を採用する。オエール教授は、基本権について、「憲法秩序が、国家の諸機関との関係で、私人に対して承認する権利および保障の総体」と定義する。「基本権が《基本権的》であるのは、一方では、それがあらゆる権利の基礎である人 (homme) に関わるからであり、他方では、基本権の承認が法秩序全体に影響を及ぼす、あるいは、及ぼすはずであろうからである。基本権は、いわゆる社会権をも含んだ憲法上の自由 [権] (libertés constitutionnelles) (...) を網羅すると同時に、平等原則の諸種の構成要素をも網羅する」。

<sup>23</sup> M.-L. Pavia, *Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental*, P.A., 6 mai 1994, n° 54, pp. 6-13, spéc. p. 13.

<sup>24</sup> この意味において、参照、E. Picard, *des droits fondamentaux en France*, A.J.D.A., 1998, n° spécial, p. 6-42 ; W. Sabete, *Quelle théorie de la science juridique ? Réflexion sur la présentation scientifique du droit public*, R.D.P., 2000, p. 1291-1327.

<sup>25</sup> L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2000, n° 1218, p. 812.

<sup>26</sup> B. Beignier, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile*, in *Le droit français à la fin du XXe siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 153-170, spéc., p. 165. 著者は、民事訴訟

の階層制と区別されなくなってしまうことはない。基本権は、いわば規範外（hors normes）の存在である<sup>27</sup>。ある権利は、それが憲法上のものであるから基本的なのではなく、基本的であるから憲法上のものなのである<sup>28</sup>。この権利のカテゴリーについてしばしば非難されている危険性<sup>29</sup>にも関わらず、「基本権理論（théorie de la fundamentalité）」はフランス法において勢力を広げている。2つの現象が基本権の増大に寄与している。それらはともに、私的利益を媒体として伝播したものであり、同一の強度を備えている。すなわち、基本権および基本的自由の「憲法化（constitutionnalisation）」と「ヨーロッパ化（européanisation）」である。

の一般原則に関する考察を機会として、ある権利を基本権とすべくこれを憲法規範のブロックに含めることで神聖化する（sacraliser）という現代的な傾向に異議を唱える。ベニエ（B. Beignier）教授は、「憲法を尊重すれば、憲法に然るべき位置づけが与えられるが、それ以上のものは与えられない。憲法学の新派がそう主張するように、憲法を規範の階層序列（hiérarchie）の頂点に置くと同時に、価値の階層序列の基礎としようとするならば、この提案は、憲法に対して固有の矛盾をもたらすものとなる」（p. 170, *in fine*）。

<sup>27</sup> E. Picard, *L'émergence...*, *op. cit.*, spéc. p. 8 et s. 著者にとって、実体法上の価値の階層序列は、規範の階層序列と並存しているようである。さらに参照、B. Beignier, *Hiérarchie...*, *op. cit.*, p. 166「規範の階層序列に関する制度上の原則は、規範それ自体の価値を説明するには不十分である」とする。

<sup>28</sup> B. Beignier, *Hiérarchie...*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>29</sup> 基本権は、「国家の退化（dégénérescence de l'Etat）」の原因になるかもしれない。主として手続上の権利である基本権の増殖によって、法治国家は「手続国家（Etat de procédure）」にまで減殺されてしまうであろう。この意味において、参照、G. Braibant, *L'avenir de l'Etat*, in *Etudes G. Dupuis*, L.G.D.J., 1997, p. 39-46, spéc. 44. この危惧は、実体的基本権と全く同程度に手続的権利が重要であるという事実に徴しただけでは正当化されない。基本権というカテゴリーは、個人が従うべき共同体主義的な一つの集団（groupe communautaire）の権利であると主張する者もある。これは、個人としての人間（homme-individu）という考え方に基礎を置く基本権を衰退させるものであろう。こうした問題について、参照、P. Fraisse, *Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturaion des droits de l'homme ?*, *R.D.P.*, 2001, p. 531-553. 最後に指摘すべきは、基本権は、無秩序の原因として非難され得た、ということである。なぜなら第一に、基本権は不明確でありうまく定義されていないからである、この意味において、参照、J. Morange, *Le*

いずれの現象も「権利の水平化（horizontalisation des droits）」に役立っている。

要するに、基本権についての考え方として〔以下の〕4つを取り出すことができ、それぞれが真実の一端を含んでいる。〔第一に、〕〔ある権利の〕基本権的性格は、〔当該権利の〕価値論レベルでの優位性の表現である。権利は、それが本質的な価値を示しているが故に、基本権たる性格を帯びる。〔第二に、〕ときに、基本権的性格は、形式レベルの単純な問いによって条件づけられる。すなわち、権利が、憲法またはヨーロッパ人権条約等の国際条約といった、規範の階層制の頂点に位置する法文によって承認されているという条件である。〔第三に、〕社会の基礎に位置し、制度の土台を構成する事柄もまた、基本権たる性格を帯びる。この意味において、人間（personne humaine）は、基本権的であるということと同義である。最後に、共通の事柄、共有されている事柄を、基本権的であると性質付けることができる<sup>30</sup>。

一般利益〔概念〕に対するのと同様に、私法学者は、基本権概念に対してほとんど無関心である。彼らは、基本権概念を、専ら公法的な概念であるのみなしているのであろう<sup>31</sup>。そうした時代が過ぎ去ったわけではなく、

*droit français des libertés publiques a-t-il un avenir ?*, in *Clés pour le siècle*, Université Paris II, Panthéon-Assas, Dalloz, 2000, p. 1315-1329, spéc. p. 1324. これに加えて、この無秩序は、「憲法院が憲法上の価値を有する基本権に照らして行う法律の合憲性コントロールによってもたらされるとともに、（司法および行政系統の）通常裁判所およびヨーロッパ人権法院が基本権に関するヨーロッパの諸規範に鑑みて行使する法律その他の国家の行為（actes étatiques）の〔人権条約〕適合性コントロールによってもたらされる」（J. Andriantsimbazovina, *L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de « fundamentalité » ?*, *R.F.D.A.*, 2002, p. 124-138, spéc. 125.）。

<sup>30</sup> 以下の四つの考え方について、参照、V. Champeil-Desplats, *Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification*, in *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 11 et s., spéc. 26 et s.

<sup>31</sup> この意味において、参照、J. Carbonnier, *Droit civil. Les personnes*, P.U.F., 21<sup>ème</sup> édition, 2000, n° 94. 公法における研究として、参照、J.-F. Lachaume, *Droits fondamentaux et droit administratif*, *A.J.D.A.*, 1998, p. 92 et s. ; V. Champeil-

私法における研究は、増加しているとはいえ<sup>32</sup>、いまだそれほど量的に多くはない。しかしながら、今日では、いかなる私法分野の法律家も、20世紀後半以来、法システムの転換点として紹介されてきた権利のカテゴリー〔訳注：すなわち基本権〕を考慮せずに議論を展開することは不可能である<sup>33</sup>。

一般利益〔概念〕と同様に、基本権概念を、形式レベルの問題に還元することはできない。権利の基本権的性格を形式的に確認する条項や判決を超えた、権利の基本権的性格についてのよりプラグマティックな基準は、権利に付与された機能の如何である<sup>34</sup>。すなわち、行政系統や司法系統の

---

Desplats, *La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français*, D., 1995, Chr., p. 323 et s. ; 同, *Les droits et libertés fondamentaux en France...*, op. cit. et loc. cit. ; P. Wachsmann, *L'atteinte grave à une liberté fondamentale*, R.F.D.A., 2007, p. 58 et s.

<sup>32</sup> J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Préf. E. Garaud, P.U.A.M., 2003; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. Leveneur, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 15, 2002 ; J. Rochfeld, *Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, in Etudes G. Viney, 2008, L.G.D.J., p. 835-866 ; J.-P. Marguénaud, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées Ass. H. Capitant, Lille, Litec, 1997, p. 45-61 ; X. Dupré de Boulois, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé*, J.C.P. (G), 2007, I, 211 ; A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2005.

<sup>33</sup> この意味において、参照、M. Gauchet, *Quand les droits de l'homme deviennent une politique*, *Le Débat*, 2000, n° 110, p. 258 et s.

<sup>34</sup> とりわけ参照、V. Champeil-Desplats, *Les droits et libertés fondamentaux en France...*, op. cit., spéc. p.31 et s. 本書は、「特殊な法制度の正当化、権限の付与および正統化、権利主張または判決の妥当性に関する説得 (la justification d'un régime juridique distinctif, l'octroi et la légitimation d'un pouvoir, la persuasion du bien-fondé de prétentions ou de décisions)」という三つの機能ないし効果を区別している。

裁判官は、追求される目的に応じて、〔問題となる権利を〕基本権であると性質決定している。たとえば、司法裁判所の裁判官の管轄に服する暴力行為 (voie de fait) は、行政裁判所の裁判官にとってみれば、私的所有権または基本的自由に対する重大かつ明らかに違法な侵害がある場合にしか立証され得ない。〔逆に、〕司法裁判所の裁判官の管轄は、侵害された自由の基本権的性格に条件づけられている。これと同趣旨のこととして、行政裁判所の裁判官は、「行政権の行使に当たり、基本的自由に対する重大かつ明らかに違法な侵害がある」場合、行政に対する命令権限を有する（行政裁判組織法典 L. 512-2）。〔さらに、〕司法裁判所の裁判官が、急速審理〔レフェレ〕(référé) 手続のような例外的な制度の利用を正当化しなければならないときに、権利の基本権的性格という性質決定に依拠することも趣旨を同じくする。というのも、基本的自由に対する侵害は、それ自身明らかに違法な侵害である（民事訴訟法典809条）。裁判官が、この形容詞句 (qualificatif) 〔訳注：「明らかに違法な (manifestement illicite)」という形容〕を用いるのは、係争中の権利間の衝突を規律するため、法律行為の合法性を評価するため、あるいは、法律や命令を解釈するためである<sup>35</sup>。結局、いわゆる基本権は、一般利益と同様に、レトリカルな意味で、技術的な概念であると同時にイデオロギー的な概念である。この概念によって、公的利益間、私的利益間あるいは公的利益と私的利益との間で行われる一定の組み合わせ (combinaison) を正統化することができる。

**6. ー 相互に他方を明らかにし合う一般利益と基本権 ー** ここでは、基本権概念が何を包含しているかについて強調することや、一般利益〔概念〕に関する様々な研究を再検討することが問題となっているのではない。ここでの目的は、主として、一般利益の基本権化の動き、ならびに、対立する諸利益間の調整という問題の再登場について強調することにある。一般利益と基本権との対比は、フランス社会と日本社会において何が基本的価値とされているのかを教えてくれる。環境、公衆衛生 (santé publique)、

---

<sup>35</sup> 私法における具体例の総体について、参照、X. Dupré de Boulois, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé*, J.C.P. (G), 2007, I, 211, spéc. n° 6 et s.

参加民主主義（*démocratie participative*）は、このような対比の産物である。このつがい（*couple*）〔訳注：一般利益と基本権〕はまた、国家、市民社会、個人という三項の関係を新たな視点から照らし出す。そこでは、権威（*autorité*）、強行性（*impérativité*）、押しつけられた法（*droit imposé*）、秘密（*secret*）といった観念が後景に追いやられ、賛同（*adhésion*）、説得（*persuasion*）、調整（*conciliation*）、参加（*participation*）、情報〔開示〕（*information*）が問題となる。このような調整（*conciliation*）に際して、たとえば、法のグローバル化（*mondialisation*）、社会組織の弱体化、諸利益の細分化、決定中枢および権力中枢の分散といった周囲〔訳注：調整の場〕を取り巻く現象の解明が争点となる。基本権の肥大化（*hypertrophie*）によって明らかとなるのは、一般利益の主観化（*subjectivation*）である<sup>36</sup>。

7. — 我々は、もはや基本権を参照せずに一般利益について考察することはできない。すると、私的利益が、基本権の媒介者として、一層重要性を帯びる。さらに、公的利益は、この重要な価値〔訳注：基本権〕を媒介する私的利益に対して、もはや権威主義的な形で自らを押し付けることはできない。対話（*dialogue*）と比例性（*proportionnalité*）が、両者〔＝公私の利益〕の共存のキーワードとなる。

一般利益のイデオロギーは、今後、基本権のイデオロギーとなる。この一般利益の基本権化は妥当なものであり、対立する諸利益の制御（*régulation*）に波及する。このように、一般利益の基本権化は、まさに飛躍的發展を遂げているが、それでもなお、基本権と一般利益の衝突（*confrontation*）が消滅することはなかった。したがって、二面的な関係について問いを立てるのが適切である。すなわち、基本権と一般利益の融合関係（*rapport fusionnel*）の妥当性（Ⅰ）と基本権と一般利益の対立関係（*rapport conflictuel*）の存続（Ⅱ）という問いである。

<sup>36</sup> この概念について、参照、G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, vol. 51, 2006, spéc. n° 398 et s., p. 228 et s.

## I. — 融合関係の妥当性

8. — 基本権の保護は、一般利益の一つの目的である。国家は、一般利益に関わる価値（*valeurs d'intérêt général*）となっている基本権保護に留意しなければならない。基本権は、当初は、場合によって生ずる、公的機関（*autorités publiques*）とりわけ国家機関の濫用に対して、個人を保護することを当為としていた。基本権は、法治国家の観念と密接に結びついている。この点から、法の基本権化によって、一般利益の主観化がもたらされ、個人および個人の諸権利がより一層中心に据えられることとなった（A）。しかしながら、バランスに配慮した結果、基本権は、集合的企図（*projet collectif*）を実現する道具ともなり、その反射的效果として、〔基本権の〕個人主義的理解から一層乖離し、より客観的なニュアンスを帯びることとなった（B）。

### A／一般利益の主観化

9. — 基本権の増殖（*pulvérisation*）は、法治国家という考え方の進展と直接に結びついている。この権利のカテゴリー〔訳注：基本権〕は、まず伝統的には、実体的性質（*nature substantielle*）を有する権利の総体を包含する（1°）。続いて、よりオリジナルな形で、このカテゴリーは、手続的性質（*nature processuelle*）を有する権利の総体を指示する（2°）。

### 1°／実体的権利と法治国家

10. — 一般利益の実体的な基本権化は、並行する2つの道を辿っている。一方で、基本権化は、法治国家理論の実体化の産物である。他方で、それは、私人間の関係への基本権の普及の結果であり、それがあつた種の争訟の私化（*privatisation des conflits*）をもたらしめている。

a) 法治国家理論の実体法化

11. — 法の基本権化 — 第二次世界大戦で残虐な行為（*atrocités*）がな

された直後に、多くの法文が基本権というカテゴリーに依拠することとなった<sup>37</sup>。たとえば、1945年6月26日の国連憲章前文は、「*基本的人権と人間の尊厳及び価値*」について、国連加盟の諸国民の信念を確認した<sup>38</sup>。1949年5月23日のドイツ連邦共和国基本法をも引かなければならない。その第1章は、「基本権（*die Grundrechte* = les droits fondamentaux）」と題されている。さらに、1950年11月4日にローマで調印された、著名な、人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約〔訳注：ヨーロッパ人権条約〕がある。但しそこには、権利と自由との間に、実は相違が存在しない<sup>39</sup>。最後に、〔訳注：ヨーロッパ連合〕基本権憲章が、将来的に、より重要性を帯びるかもしれない。というのも、2007年12月12日のリスボン条約は、基本権憲章に対して、通常の条約と同一の価値を付与することを望んでいるからである（〔訳注：リスボン条約批准後の〕ヨーロッパ連合条約6条1項）<sup>40</sup>。

これらの法文以上に、基本権概念が最大の成功を収めているのは、憲法院においてである<sup>41</sup>。権利の根本性に依拠することによって、憲法院の賢者たちは、ある権利の憲法的性質を確認すること<sup>42</sup>や、立法行為を制限

しながらその権利を強化すること<sup>43</sup>、さらには基本的価値を有する憲法的権利と他のものとを階層化せずに区別すること<sup>44</sup>ができる。

諸々の通常裁判所も同様に、基本権概念を好んで用いている<sup>45</sup>。たとえば破毀院は、所有権を基本権のカテゴリーに組み込んでいる<sup>46</sup>。防御権（*droit de se défendre*）もまた、「憲法的性格を有する基本権（*droit fondamental à caractère constitutionnel*）」と性質付けられている<sup>47</sup>。

こうした権利が私法全体に広がっている。一般利益のイデオロギーは、昨今では基本権のイデオロギーと競合状態にある<sup>48</sup>。その結果、基本権のカテゴリーは、混乱を惹起している。このカテゴリーは、数多くの行政行為の実効性（*efficacité*）を制限する<sup>49</sup>。たとえば、日本法でもとりわけ顕著

<sup>43</sup> Déc. du 10 et 11 octobre 1984, Entreprises de presse (consid. N° 37), *R.D.P.*, 1986, p. 395 et s., obs. L. Favoreu.

<sup>44</sup> Déc. du 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration (consid. N° 3), Rec. p. 224. には、「憲法的性格を有する基本権（*Droit fondamental à caractère constitutionnel*）」という表現が見られる。本文の分析について、参照、J. Favre et B. Tardivel, *Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle »*, *R.D.P.*, 2000, p. 1411 et s.

<sup>45</sup> 独身条項（*clauses de célibat*）に関して、参照、C.A. Paris, 30 avril 1963, D., 1963, p. 428 et s., note A. Rouast。パリ控訴院は、以下のように明言した。「やむを得ざる明白な理由（*raisons impérieuses évidentes*）がある場合を除き、非婚条項（*une clause de non-convol*）は、基本的人格権（*droit fondamental de la personnalité*）を侵害するものとして無効であると宣言されなければならない」。概観として、参照、A. Sériaux, L. Sermet, D. Viriot-Barrial, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, spéc. n° 234。著者たちは、「基本権」という語の使用を、「裁判上のレトリック」でしかないと解している。

<sup>46</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janvier 1995, D., 1995, p. 328 et s., obs. M. Grimaldi ; *R.T.D. civ.*, 1996, p. 932 et s., obs. Fr. Zénati.

<sup>47</sup> Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, D., 1995, p. 513 et s., concl. M. Jéol, note R. Drago.

<sup>48</sup> 批判的な見解として、参照、J. Foyer, *Le droit civil dominé, in Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes P. CATALA, Litec, 2001, p. 13-20, spéc. p. 13 「判例が法規範へと翻訳したそうした人権のイデオロギーは、民法において重きを成し、[結果として] 民法は自由な法（*droit libre*）であることを止めた[...]」とする。

<sup>49</sup> 行政法における攪乱作用（*effet perturbateur*）の概観として、参照、L. Sermet,

<sup>37</sup> 日本における基本権の生成とほぼ時期を同じくする。参照、T. Fukase, *Le fonctionnement de la Constitution japonaise de 1946*, op. cit., spéc. p. 119 et s. 日本国憲法は、個人の尊重（13条）や社会権（25条乃至28条）を承認している。

<sup>38</sup> J.-P. Cot et A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 1991.

<sup>39</sup> この意味において、参照、F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, *R.T.D. civ.*, 1982, p. 245-328 ; B. Genevois, note sous Conseil constitutionnel 22 janvier 1990, *R.F.D.A.*, 1990, p. 406 et s., spéc. p. 414。著者は、基本権や基本的自由といった型通りの表現はトートロジカルであると評価する。

<sup>40</sup> この問題について、参照、Denys Simon, *Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne, Europe*, février 2008, repère, 2.

<sup>41</sup> とりわけ参照、N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf. M. Gobert, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 287, 1997。このテーマの第一部全体が、一般利益概念をめぐる展開されている。保護される基本権が一般利益と抵触するか否かによって、保護の強度が変わるとする。

<sup>42</sup> 例えば参照、Déc. du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, (consid. n° 16), *R.D.P.*, 1982, p. 377 et s., obs. L. Favoreu.

な問題となっている<sup>50</sup>国外退去命令に関して見れば、基本権の尊重は、適法性コントロール（*contrôle de légalité*）の不可欠な一部をなしている<sup>51</sup>。一般利益と同様に、基本権は様々な機能を有している。神学的な観点から見ると、基本権は自然権の復活の表れである<sup>52</sup>。また、基本権には、公訴権を制限する機能がある。一般利益のように、基本権は表現的あるいはレトリック的機能（*fonction expressive ou rhétorique*）を有している。それは安心感を与える言説であり、言葉のインフレの対象となっている<sup>53</sup>。もっとも基本権は、しばしば、その語が「流行」する前から潜在的に存在していた諸権利を定式化（*formalisation*）したものと理解されている<sup>54</sup>。しかしながら、この言葉を選択することで、公的自由（*libertés publiques*）や人権という、過度に公法的な色づけが避けられる<sup>55</sup>。また、「人権」[概念]は、法の自然法的理解（*conception jusnaturaliste*）、したがって過度にイデオロギー的な理解と結び付けられることがあまりに多いが、基本権[概念]は、「人権」[概念]に付きまとう歴史的境遇から不利益を被ることもない<sup>56</sup>。人権[概念]には、これを実定的な現実性を欠いた一つの観念にと

*L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, Thèse Aix-Marseille III, 1994 ; J.-F. Flauss, *Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit du contentieux administratif*, P.A., 4 août 1989, p. 26 et s. ; S. Braconnier, *Les potentialités de la Convention européenne des droits de l'homme pour le juge administratif*, R.J.C.O., 9/1999, p. 45 et s.

<sup>50</sup> 日本における外国人の権利について、参照、J.-L. Halperin et Naoki Kanayama, *op. cit.*, p. 105 et s. さらに参照、Y. Iwasawa, *International Law, Human Rights and Japanese Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, spéc. p. 146 et s.

<sup>51</sup> CE. Ass. 19 avril 1991, Belgacem, R.F.D.A., 1991, p. 502, concl. R. Abraham.

<sup>52</sup> P. Eyt, *On n'en a pas fini avec le droit naturel*, Nouvelle revue théologique, 1983, p. 23 et s.

<sup>53</sup> J. Favard, *Le labyrinthe...*, *op. cit. et loc. cit.*

<sup>54</sup> この意味において、参照、E. Picard, *L'émergence...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>55</sup> この意味において、参照、N. Molfessis, *Les droits de la défense*, « *droit fondamental à caractère constitutionnel* », *Justices*, 1995, 1, p. 201 et s.

<sup>56</sup> とりわけ参照、M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F., 1<sup>re</sup> éd., 1983. 同旨、Y. Lequette, *Recodification civile et prolifération des sources*

どめておきたいという願望がのしかかっているが<sup>57</sup>、ここから、より現実  
に根ざした公的自由[の概念]の成功が説明される<sup>58</sup>。もっとも、公的自由  
の概念の方は、私法分野の法律家に歓迎されておらず、ときに、まずい「年  
の取り方をした」(*mal «vielli»*)と評価されている<sup>59</sup>。公法ではさほど着目  
されなかったものの、市民的自由（*libertés civiles*）というカテゴリーが、  
ある時期<sup>60</sup>、私法学説や私法判例を魅了したように思われる。このカテゴ  
リーは、公法私法の区別とは無関係に、市民の自由を具現化する。しかし  
すぐに、市民的自由よりも一層明確であり、より判事が操作しやすい主観  
的権利（*droits subjectifs*）という性質付けが好まれることとなった<sup>61</sup>。そ  
れは、客観法（*droit objectif*）が法主体に付与する法的権能（*prérogative*  
*juridique*）である。主体の人格が対象となっている場合には、主観的権利  
の非財産的な側面である人格権（*droits de la personnalité*）の問題と

---

*internationales*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 171-196, spéc. n° 17 et ss., p. 186 et s. 反対、A. Debet, *Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme, in 1804-2004...*, *op. cit.*, p. 953-973 著者は、民法とヨーロッパ人権法とが取り結ぶ諸関係に関して、むしろ楽観的な見方を提出している。

<sup>57</sup> この意味において、参照、L. Husson, *Droits de l'homme et droits subjectifs, une confrontation nécessaire*, *Archives de philosophie du droit*, 1981, Tome 26, p. 345 et s., spéc. p. 359.

<sup>58</sup> J. Rivero, *Les libertés publiques, les droits de l'homme*, P.U.F., coll. Thémis, 8ème éd., 1997, p. 21 et s.

<sup>59</sup> この意味において、参照、J. Morange, *La crise de la notion de liberté publique*, in *Mélanges R. Drago*, éditions Economica, 1996, p. 101 et s. 反対、G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, éditions A. Colin, 4ème édition, 1999, spéc. p. 14.

<sup>60</sup> しかしそれは一時的であつた。参照、A. Benet, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée, contribution à l'étude des libertés civiles*, Thèse Paris II, 1985, spéc. p. 262.

<sup>61</sup> 主観的権利の概念もまた多くの疑義を免れていない。とりわけ参照、M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, éditions Montchrestien, 4ème édition, 1975, spéc. p. 225 et s.

る<sup>62</sup>。しかしながら、主観的権利の定義もまた、学説の一致を見ていない。結局、基本権が、統合的カテゴリー（*catégorie fédératrice*）として登場する。それでも何人かの論者は、基本権に、人権の進歩というよりも凋落を見て取る<sup>63</sup>。以上の基本権の普及は、法治国家の理論に直接的に影響を及ぼしている。

**12. — 一般利益の基本権化と法治国家の形式的意義 —** 一般利益の基本権化は、法治国家理論の中核に位置する<sup>64</sup>。マチュー、ヴェルポー両氏の表現によれば、「このようにして権利に認められた基本権的性格は、多数決民主主義原理や主権原理といった諸原理を組上に載せながら、まさに実定法の基礎を揺るがしている」<sup>65</sup>。

ドイツ法（法治国家（*Rechtsstaat*））から着想を得て、デュギーやカレ・ド・マルベールにより展開された「法治国家の」形式的意義によると、国家は、法主体との関係において、法主体個々の法的地位を保障すべく、自ら法制度に従う。この場合、法治国家は、諸個人をあらゆる専制から保護するために存在する。法の憲法化はこの方向に位置づけられる。したがって、形式的に見れば、基本権は、憲法的価値を有する権利（*droits à valeur constitutionnelle*）のカテゴリーに属している。この権利は、「法によって国家権力を」枠づけ、制限するのである。

したがって、憲法的価値を有する権利が問題となっている以上、憲法的価値を有する一般利益たる目的（*objectif d'intérêt général ayant*

*valeur constitutionnelle*）のみが侵害を正統化することができ、関係する権利や自由の変性が生ずれば、これが侵害の限界となる<sup>66</sup>。

**13. — 一般利益の基本権化と法治国家の実体的理解 —** 法治国家は、徐々に、純粹に形式的な理解から離れ、実体的理解へと向かっている。すなわち、法的に明示的に承認され、保障のメカニズムにより実現される「原理および価値全体への賛同（*adhésion*）」を意味している<sup>67</sup>。ここでは、裁判官が、中でも、著名な1971年7月16日裁決<sup>68</sup>、および、環境憲章の憲法への導入<sup>69</sup>による憲法ブロックの拡張の後にその権限を増した憲法院の裁判官が、中心人物となる。基本権は、憲法院の裁判官にとって、とりわけ裁決の正統性を強化するための新たなパラダイムとなっている<sup>70</sup>。

一般利益は、これを取り囲みさらには吸収している基本権なくしては、もはや価値を有しない<sup>71</sup>。この現象「の展開」は、基本権の国際化の圧力の下で加速している。ヨーロッパ人権条約とともに、ヨーロッパ共同体法院判例に照らしても、また、ヨーロッパ基本権憲章の採択を鑑みても、ヨーロッパ共同体法が占める位置も大きくなっている。こうした位置づけが、

<sup>66</sup> たとえば、租税平等主義（*égalité devant l'impôt*）に関して、参照、*Déc. n° 97-390, D.C. du 19 novembre 1997, loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française*.

<sup>67</sup> J. Chevallier, *Avant-propos, in L'Etat de droit sous la dir. J. Chevallier*, Paris, la Documentation française, mars 2004, n° 898, spéc. p. 8.

<sup>68</sup> C.C., *Déc. n° 77-44 DC du 16 juillet 1977, Rec. 29* ; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1999, n° 19, p. 252 et s.

<sup>69</sup> O. Garreau, *La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement, in Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité, in Mélanges J.-Ph. Colson*, Grenoble, P.U.G., 2004, p. 279 et s.

<sup>70</sup> 参照、Champeil-Desplats, *La notion de droit « fondamental » et le Conseil constitutionnel, D. 1995, Chr.*, p. 323 et s.

<sup>71</sup> この現象の概観として、参照、G. Marchesini, *L'incidence de la protection des droits fondamentaux sur l'autorité des décisions administratives*, Thèse dactyl., Toulon, 2004.

<sup>62</sup> 概観として、参照、J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, spéc. p. 103 ; P. Kayser, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, R.T.D. civ., 1971, p. 445 et s., spéc. p. 492.

<sup>63</sup> たとえば参照、P. Fraisse, *Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ?*, R.D.P., 2001, p. 531 et s., spéc. p. 541.

<sup>64</sup> とりわけ参照、G. Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et société, n° 38, 2004. Adde, J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et société, n° 35, 2003, spéc. p. 153 et s.

<sup>65</sup> B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., Manuel, 2002, spéc. p. 20.

アングロ・サクソン法系の法の支配 (*Rule of law*)<sup>72</sup>に近い法治国家像、すなわち超国家的な「諸価値の基礎」(«*socle de valeurs*» transnationales)により枠付けられた国家像<sup>73</sup>を強固なものとしている。

ヨーロッパ法について見れば、広義の基本権の一部である人権は、当初から、国家の干渉 (*ingérence*) に対する個人の保護に動機づけられていた<sup>74</sup>。この観点からすれば、ヨーロッパレベルの公序 (*ordre public européen*) の目的は、もっぱら国家の公的利益と個人や集団の私的利益との衝突を解決することにある<sup>75</sup>。とはいえ、ヨーロッパ人権法が私法内部

<sup>72</sup> D. Mockle, *L'Etat de droit et la théorie de la rule of law*, *Les Cahiers de droit*, décembre 1994, vol. 35, n° 4, p. 830 et s.

<sup>73</sup> J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 2003, spéc. p. 33.

<sup>74</sup> こうしたヨーロッパ人権条約の垂直効について、とりわけ参照、J.-P. Marguénaud, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, op. cit., p. 45-61, spéc. p. 49-57. 水平効について、参照、A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Préf. L. Leveneur, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 15, 2002, spéc. n° 57 et s., p. 66 et s. さらに参照、*C.E.D.H. et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de J.-P. Marguénaud, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, Coll. Perspectives sur la justice, 2001, spéc. p. 75 et s. さらに参照、O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, Coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Tome XXIX, Bruxelles, 1999, spéc. p. 300 et s.

<sup>75</sup> ヨーロッパ人権法院は、1995年3月23日のLoizidou事件判決 (A. 310, § 35, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Recueil de décisions, n° 53, obs. Fr. SUDRE) 以来、ヨーロッパ人権条約が「ヨーロッパレベルの公序を規定する憲法的文書 (*l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen*)」である、と言及する。ヨーロッパレベルの公序 [の概念] について、参照、Fr. Sudre, *L'ordre public européen*, in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux*, sous la dir. M.-J. Redor, Actes

に介入する場面も増えている<sup>76</sup>。

## b) 基本権間の衝突の私化

14. — 基本権保護と私的権力 — 権利の基本権化は、公権力に対する個人の保護ばかりでなく、私的権力に対する個人の保護によっても動機づけられる。ヨーロッパレベルの人権の水平化 (*horizontalisation des droits européens*) が、その主たる表れである。ある論者は、これを民法に対する支配 (*domination du droit civil*) と分析している<sup>77</sup>。この問題は、数多く

*du colloque de Caen, 11 et 12 mai 2000*, Nemesis, Bruylant, Coll. Droit et justice, Tome 29, 2001, p. 109-131. ここで著者は、ある困難を強調する。ヨーロッパレベルの公序は、「ヨーロッパ社会 (*société européenne*) にとって基本的なものと解され、この社会の構成員に課される規範の総体」(p. 113 et s.)を総合的に指称し得る概念であるが、この概念を一義的に定義しようとすれば困難に遭遇する。[また著者によれば、]ヨーロッパレベルの公序は、「共通価値 (*valeurs communes*)」の存在や、民主主義社会のヨーロッパ型の構想 (*conception européenne d'une société démocratique*) に特有の諸原則〔[法の] 優越性の原則 (*principe de prééminence*)、人間の尊厳の原則 (*principe de dignité humaine*) 等〕の存在を隠蔽する (spéc. p. 117 et s.)。[さらに、]ヨーロッパ人権条約や同法院が、明らかに、一定の人権に対する制限の正当化として公序に依拠していることをも指摘しなければならない。

<sup>76</sup> 手続法についても実体法についても、参照、J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2001, spéc. n° 31 et s., p. 37 et s. 特に、ヨーロッパ人権条約は、商取引法において、手続レベルでも実体レベルでも人権を重視する。とりわけ参照、P. de Fontbressin, *La Convention européenne des droits de l'homme, une voie nouvelle pour la Cité et l'Entreprise*, in *Etudes offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 59-69, spéc. p. 66. 本書は、企業が「人権 [法] の新たな領域」となるのではないかとする。; C. Leclerc, *Réflexions sur l'incidence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit des affaires, Dr. et patrimoine*, septembre 1999, p. 67-72 ; J.-F. Renucci, *Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme, Dr. et patrimoine*, septembre 1999, p. 64-66.

<sup>77</sup> この意味において、参照、J. Foyer, *Le droit civil dominé*, in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 13-20. とはいえ、ヨーロッパ人権法の「将来は不確実である」(Ph. Malaurie, *La Convention*

européenne des droits de l'homme et le droit civil français, *J.C.P. (G)*, 2002, I, 143, spéc. n° 24, in fine.)としても、民法に対する支配が一つの見事な試み (une belle aventure) であることに変わりはない。

<sup>78</sup> とりわけ参照、M.-A. Eissen, *La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour*, in *Mélanges R. Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, vol. 3, Paris, éd. A. Pédone, 1971, pp. 151-162. 同旨、J. Rivéro, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, in *Mélanges R. Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber III, Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, vol. 3, Paris, éd. A. Pédone, 1971, p. 311-322, spéc. n° 1, p. 311 et 312. 「(...) 国家が人権の行使に対して及ぼす脅威は、弱き者の自由に対して強き者の所為が及ぼす脅威という一層一般的な現象の特殊な一面にすぎない。(...) 人権に真の意味で生気を吹き込むには、私人間の諸関係において人権を尊重させるよう努めることが必要である」とする。さらに参照、P. de Fontbressin, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations*, in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 157-164, spéc. p. 164 「債権者たちの世界、すなわち、《自然法と書かれた理性の合流点》(ジャン・ドマ) では、ヨーロッパ人権条約の水平的効果の帰結が、他でもない、義務を価値付ける債務法 (un Droit des obligations en quête d'une valorisation du Devoir) という債務法の将来の姿となり得る」。反対、Fr. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Bruylant, 1990, spéc. n° 601 et s., p. 674 et s.

<sup>79</sup> この論争について、参照、D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Préf. P. Lambert, Bruylant, Nemesis, Coll. Droit et justice sous la dir. P. Lambert, Bruxelles, 1995, p. 30 et ss. 同じく参照、*La France et la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés Fondamentales, XXVe anniversaire de la ratification de la Convention, Colloque du 3 mai 1999, in Europe*, Hors série, n° 10 bis, octobre 1999.

<sup>80</sup> 但し、手続法のレベルでは、ヨーロッパ人権条約の遵守のコントロールを任務とする諸機関において、もっぱら締約国がその行為について帰責される。この問題について、参照、Fr. Rigaux, *La protection...*, op. cit., p. 684 et 685. ヨーロッパ人権法院2000年2月29日判決と比較せよ。同判決は、人権条約10条を根拠として、株式会社について有責判決を下した。この株式会社は、私法上の法主体であるとはいえ、「ラジオ放送およびテレビ放送という公役務の責任主体として」国家が担うべき役割を果たしていた。同

の学説上の議論を喚起し<sup>78</sup>、その意味で、実定法は具体例に満ちている<sup>79</sup>。水平効 (effet horizontal) には、直接的なものと同接的なのがあり得る<sup>80</sup>。

間接効 (effet indirect) とは、締約国が負っている積極的義務 (obligations positives) を意味する<sup>81</sup>。国家は、正当化されないあらゆる積極的な干渉をしてはならないが、これにとどまらない。国家は、あるいはヨーロッパ人権条約が承認する権利を実際に行使することを認めない<sup>82</sup>、あるいは反対に、純粋な私人によるそうした権利の侵害を容易にする<sup>83</sup>、といった形で行われる消極的な干渉についても、咎められてはならない。

じく初の事例として、人権法院は、人権条約を私人間に適用することで、正当事由のない解雇 (本件ではジャーナリストの解雇) に抗する新たな手段を承認した (参照、C.E.D.H., 29 février 2000 (*Affaire Fuentes Bobo c/ Espagne*), D., 2001, p. 574-579, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly)。

<sup>81</sup> 参照、O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bibl. de la faculté de droit de l'université Catholique de Louvain, T. XXIX, Bruylant, Bruxelles, 1999, spéc. p. 309 et s.; Fr. Sudre, *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, R.T.D.H., 1995, p. 363-384; J.-P. Marguénaud, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées Ass. H. CAPITANT, Lille, Litec, 1997, p. 45-61, spéc. p. 58 「(...) 人権条約に基づいて [国家が] 負担する義務の履行のために、国家による積極的措置が必要とされる場合がある。国家は、そうした場合には、謙抑的に消極的であり続けることはできなくなり、問題となる権利を保護すべく、妥当かつ適切な措置を採らなければならない」。

<sup>82</sup> フレデリック・シュドル (F. Sudre) 教授は、これを「国家の不作為 (*abstention de l'Etat*)」と称する。この不作為は、「国家自体が [人権条約によって] 保障される権利を無視することである」。参照、*Les « obligations positives »...*, op. cit., n° 15, p. 370. 本書では、消極的干渉 (*ingérence passive*) は、「規範のレベルにとどまらない、具体的なレベルでの積極的措置の導入に関する国家の懈怠から生じ」得るとする。

<sup>83</sup> *Ibid*, p. 372 「国家の不作為は、他者による [人権条約によって] 保障される権利への干渉から構成される」とする。ここでの問題は、「国内の法体系の機能不全 (*défaillance*)」である。すなわち、これを理由として、私人または私人から成る団体によって、条約が保護する権利の侵害が可能となったまたは黙認された、というような機能不全である」(n° 18, p. 372)。[すると、] 2001年12月11日の MURCEF 法に基づく商事

この原則は、ヨーロッパ人権裁判所によって定期的に再言されている<sup>84</sup>。

ヨーロッパ人権条約の直接的水平効（*effet horizontal direct*）とは、他の私人に対して人権条約の規定を援用する私人の権限を意味する。実定

---

賃貸借の賃料改定に関する、ヴェルサイユ控訴院2003年2月6日判決をもこの意味で解釈し得るのではないか。参照、C.A. Versailles, 6 février 2003, 「法源の根本的な大混乱を目指す判決である。すなわち、驚くべきことに、（商事賃貸借の賃料改定（*révision*）に関して）法律と破毀院が同時に事実審判事によって否定された」〔訳注：評釈のタイトル〕D., 2003, p. 720-725, note P.-Y. Gautier. 同控訴院は、以下のように考察する。すなわち、MURCEF法は、商事賃貸借における賃料確定（*fixation*）に関する破毀院判決を否定するものであるが、一般利益に関わるやむを得ざる理由に基づくものではなく、よって、係属中の訴訟には適用され得ないとする。とりわけ同控訴院は、MURCEF法は「一般利益に関わるいかなる理由にも対応しておらず、賃貸人に唆されて可決された法律である以上、賃貸人の不興を買っていた判例法に終止符を打つという目的より他の目的を有していなかった（...）」という事実に言及する。

<sup>84</sup> 積極的義務の理論を公認した最初の判決は、ヨーロッパ人権法院1968年7月23日判決である。参照、*Linguistique belge, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 7<sup>ème</sup> éd., Sirey, par V. Berger, 2000, n° 180, p. 503-508. [もつとも、] ヨーロッパ人権法院は、その後何年にも亘って、ほとんどこの理論に依拠することにはなかった。とりわけ参照、C.E.D.H., 6 février 1976 ; C.E.D.H., 13 juin 1979, *Marckx, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, n° 121, p. 335-339 ; C.E.D.H., 9 octobre 1979, *Airey, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, n° 45, p. 146-149 ; C.E.D.H., 13 mai 1980, *Artico, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, n° 105, p. 290-292 ; C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, n° 55, p. 172-174 ; C.E.D.H., 13 août 1981, *Young, James et Webster, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, n° 185, p. 524-527. その後、1985年の一判決が、不変かつ完全に確立された今日の判例法の出発点となった。参照、C.E.D.H., 26 mars 1985, *X... et Y... c/ P.-B., Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, n° 142, p. 382-384 「国家の積極的義務は、諸個人間の関係における私生活の尊重を図る措置の採用を意味し得る」(art. 8) ; C.E.D.H., 28 novembre 1988, *Nielsen c/ Danemark* (art. 11) ; C.E.D.H., 29 avril 1997, *H.L.R. c/ France* (art. 3) ; C.E.D.H., 28 octobre 1998, *Osman c/ R.-U.* (art. 2). 近年の例として、参照、C.E.D.H., 29 février 2000, *préc.* : 「(...) 一定の場合、国家には、私人に由来する侵害であっても、表現の自由を求める権

法は、かなりの数の具体例を提供している<sup>85</sup>。破毀院第一民事部は、1993年10月23日判決において初めて、「原判決は、*Dempster* 氏と *Mail Newspaper* 社に対して、[原告が] 被った損害の賠償を命じたが、[原判決は、] その2項において表現の自由に対するいくつかの限界を規定する人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約〔訳注：ヨーロッパ人権条約〕10条に違反しておらず、同条約8条1項を適用したものである」と判示した<sup>86</sup>。同旨の判決として、近親者の入居を禁止する条項を含んだ賃貸借契約に関して、破毀院第三民事部1996年3月6日判決がある。本判決は、「人権および基本的自由の保護のための条約8条1項によれば、居住向け賃貸借中の条項は、近親者を〔当該住居に〕近親者を入居させる可能性を賃借人から奪うという効果を有し得ない。よって控訴院は[...] 適法に判決を理由づけている」と判示している<sup>87</sup>。同様に、労働法も明快な例を提供する。1999年に破毀院社会部が下した一連の判決がある。社会部は、1999年1月12日判決において、人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約8条を適用法条として、使用者の一方的決定に基づいて新たな職務

---

利を侵害から保護する積極的義務がある」(art. 10). C.E.D.H., 24 février 1998, *Botta c/ Italie*と比較せよ。人権法院は[本判決で、] いくつかの私営海水浴場施設による障害者がビーチに出たり海に入ることを妨げる行為を是正するための措置を、国家が採らなかつたという事案について、次のように判示した。「原告 *Botta* によって主張されたこの権利は (...) 個人間の関係に関わるが、この関係は、内容において非常に重大であるが不明確である。故に、国家に対して要請された私営海水浴場施設の義務違反を是正する措置と、原告の私生活との間には、なんら直接的関係の有無を検討する余地がない」(cité par S. Guinchard (dir.), *Droit processuel. Droit comparé du procès*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Coll. Précis, 2003, spéc. n° 120, p. 166.)

<sup>85</sup> 網羅的研究として、参照、J. Mestre, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, European Review of Private Law*, 2, 1994, pp. 31-45.

<sup>86</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 octobre 1990, *Bull. civ. I*, n° 222. V. égal. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 février 1991, *Bull. civ. III*, n° 63.

<sup>87</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 mars 1996, *Bull. civ. III*, n° 60 ; D., 1997, pp. 167-169, note B. de Lamy ; *J.C.P. (G)*, 1996, I, 3958, n° 1-3, obs. Chr. Jamin ; *R.T.D. civ.*, 1996, pp. 897 et 898, obs. J. Mestre ; *R.T.D. civ.*, 1996, pp. 1024 et 1025, obs. J.-P. Marguénaud.

地域に居住するために住所を変更することを被用者に義務づける労働契約中の契約条項は、「被用者の住所選択の自由（liberté de choix du domicile）」を侵害すると判示した<sup>88</sup>。社会部は、すぐ直後の1999年1月14日判決において、この解決を繰り返している。破毀院は、ヨーロッパ人権条約14条と同第1付属議定書1条に基づいて、疾病保険地方金庫（Caisse primaire d'assurance maladie）の決定に対するトルコ国籍の原告の訴えを棄却した控訴院判決を破毀した。疾病保険地方金庫は、全国連帯基金（Fonds national de solidarité）による追加手当の原告への給付を拒んだが、その理由は、社会保障法典L.815-5条が、互惠性を承認する国際条約がない場合にこのような手当を認めていないというものであった<sup>89</sup>。

こうした現状からすれば、他の論者とともに、もはや人権のイデオロギーが存在するだけでなく<sup>90</sup>、憲法に類比される、完成された法、流動的で柔軟な論理を有する法が存在するのではないか<sup>91</sup>と考えざるを得ない。

<sup>88</sup> Cass. soc., 12 janvier 1999, *Bull. civ.* V, n° 7 ; D., 1999, p. 645-648, note crit. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *Dr. soc.*, 1999, p. 287-289, obs. J.-E. Ray ; *R.T.D. civ.*, 1999, p. 358 et 359, obs. J. Hauser ; *R.T.D. civ.*, 1999, p. 395 et 396, obs. J. Mestre ; *J.C.P. (G)*, 1999, I, 181, n° 3, obs. T. Lahalle. 同様に参照, Chr. Pettiti, *L' article 8 de la Convention européenne des droits de l' homme et la protection du domicile du salarié, T.P.S.*, 1999, Chr., n° 6 ; J. Richard de la Tour, *Le libre choix du domicile du salarié et le contrat de travail, R.J.S.*, 2/99, p. 94-97. Pour une étude d' ensemble, v. A. Debet, *th. préc.*, n° 452 et s., p. 428 et s. ; J. Mouly, *Les droits sociaux à l' épreuve des droits de l' Homme, Dr. soc.*, 2002, p. 799-805.

<sup>89</sup> Cass. soc., 14 janvier 1999, *Bull. civ.* V, n° 24 ; D., 1999, p. 334-336, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *J.C.P. (G)*, 1999, II, 10082, note Fr. Sudre. Décision intervenant dans la continuité d' une décision de la Cour européenne des droits de l' homme du 16 septembre 1996, D., 1998, p. 438-441, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly. この解決は、類似の事実関係について、1999年10月21日判決によって確認された。 *Dr. soc.*, 1999, p. 1122-1124, obs. X. Prétot.

<sup>90</sup> この問題について、参照, M. Delams-Marty, *De la juste dénomination des droits de l' homme, Droit et Cultures*, 35, 1998/1, p. 101 et ss.

<sup>91</sup> 参照, M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l' homme, D.*, 1988, Chr., p. 221-224, spéc. p. 223 著者は、曖昧な論理 (logique floue)、すなわち、明確な論理に取って代わる「グラデーションの論理 (logique de gradation)」に言及する。

15. — 一般利益の主観化 — 結局、基本権化した一般利益 (intérêt général fondamentalisé) は、こうして法律から切り離される。法律は、もはや一般利益を独占していない<sup>92</sup>。一般利益は、基本権および基本的自由の総体を具現化する。裁判官は、その総体を、立法者の行き過ぎから保護することに努めようとする。「[一般利益に] 固有の訴訟における機能 (fonction contentieuse spécifique) は、国内法においては新規のものだが、この機能によって、一般利益が立法者によって実際に追求された目的と異なり得ることが明確にされたように思われる。このことは、法律の正統性と至高性を投票に結び付ける我々が法律中心主義の伝統とは逆向きのものである」<sup>93</sup>。

1946年の経済的かつ社会的な「憲法」原理「[訳注：第4共和憲法][の登場]以来、権利の新たなカテゴリーの増殖に好都合な時代が訪れ、この増殖が一般利益の主観化をもたらしている。コーエン (D. Cohen) 教授によれば、「第三世代さらには第四世代の基本権といわれる『…を求める権利 [=…への権利] (les droits à)』が増大している。「すなわち、《教育を求める権利、健康を求める権利、住居を求める権利、私生活 [の保護] を求める権利、肖像 [の保護] を求める権利、名誉 [の保護] を求める権利、澄んだ大気を求める権利 (さらには [良好な] 環境を求める権利)、情報 [公開] を求める権利、生活保護 (RMI) を求める権利、衡平な裁判 (procès équitable) を求める権利、氏名 [の保護] を求める権利、非人道的で劣悪な取扱を受けないことを求める権利」といった権利である」<sup>94</sup>。新世代のこれらの基本権は、「個人に法的特権を与えるというよりはむしろ

<sup>92</sup> 本文は, R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l' Etat*, Paris, Sirey, 1922, rééd. C.N.R.S., 1962の理解を再検討したものである。

<sup>93</sup> C. Pérès, *L' intérêt général et les lois restrictives de responsabilité civile*, in Etudes G. Viney, L.G.D.J., 2008, p. 805-834, spéc. n° 4, p. 811 著者は、民事責任に関する限定的な諸法律を尺度として、上記の言明について、非常に説得的な論証を展開している。

<sup>94</sup> D. Cohen, « Le droit à... », in *L' avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Paris, Dalloz, P.U.F., Juris-Classeur, 1999, p. 393 et s.

ろ、社会がその実現を促す諸価値を主観化するものである。それらは一般利益上の諸価値（*valeurs d'intérêt générale*）である」<sup>95</sup>。たとえば、公役務を求める役務利用者の権利<sup>96</sup>、公役務の質を求める市民の権利<sup>97</sup>、さらには行政の分野における安全を求める権利<sup>98</sup>などがある。同種の考え方を採れば、「競争を求める権利」も人権として理解され得る。すなわちそれは主観的権利であり、「これに基づいて、経済主体は、自らの競合者が競争に関する諸規範を遵守するよう主張することができる。この意味において、競争法は、[客観]法（*droit objectif*）として、まさに諸々の主観的権利を配分するのである」<sup>99</sup>。以下の事柄も同様の思考に基づく。すなわち、公正・対審・独立の原則は、当初は、法の一般原則を通じて国家及び行政裁判所の裁判官によって保護されてきたが、昨今では、これらの「防衛権（*droits de la défense*）」は、主観化の展開により、衡平な裁判を求める権利という名の下に、ヨーロッパ人権条約により保護されている。したがって、一般利益の主観化は、手続的基本権（*droits fondamentaux processuels*）の増加とも表現される。この現象は、法治国家や民主主義思想のイメージを一新している。

## 2°／手続的権利と法治国家

16. — 民主主義的要請としての司法へのアクセス — 基本権のカテゴリリーは、単に実体権のみを包含するものではない。基本権の新たなカテゴリ

<sup>95</sup> G. Clamour, *th. préc.*, n° 398, p. 228.

<sup>96</sup> S. Nicinski, *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, spéc. p. 301 et s.

<sup>97</sup> M. Voisset, *La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics, R.F.D.A.*, 1999, p. 743 et s.

<sup>98</sup> L. Moreau, *La déontologie de la sécurité en droit public français, thèse dactyl.*, Montpellier, 2004.

<sup>99</sup> J.-B. Racine, *L'ordre concurrentiel et les droits de l'homme*, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges A. Pirovano, éditions Frison-Roche, 2003, p. 419 et s., spéc. p. 433.

リーが、飛躍的發展を遂げつつある。それが手続的権利である<sup>100</sup>。それは、今日では、主として、著名なヨーロッパ人権条約6条1項が承認する権利、すなわち衡平な裁判を求める権利である。この規定の変化形（*déclinaisons*）は数多い。法の優越の原則（*principe de prééminence du droit*）、司法[へのアクセス]を求める権利（*droit au juge*）、合理的期間の尊重を求める権利、公正かつ独立の裁判所による裁判を受ける権利、実体権の実効性（*effectivité des droits substantiels*）[を求める権利]などである<sup>101</sup>。この問題が有する純粹に法的な位相を超えて、政治[学]的に見ても社会学的に見ても、訴訟はフランス社会の中核に位置し、一般利益概念に影響を及ぼしている。裁判官が、国家と社会のインターフェイス（*interface*）として登場する。訴訟は、ゆっくりとした成熟よりも政治による不意の決断（*décision brutale du politique*）の方が好まれる微妙な問

<sup>100</sup> こうした手続的権利の飛躍的發展は、1960年代末から、とりわけ環境分野において、メンタリティに変化が生じているにはせよ、伝統的に紛争の訴訟的解決よりも友誼的[＝非訟的]取り決め（*arrangement amiable*）を優先させる傾向があるだけに、日本社会について一層顕著である。この点について、参照、Takehisa Awaji, *Les Japonais et le droit*, in *Etudes de droit japonais*, op. cit., p. 9-24, spéc. p. 17 et s. ; Noboru Koyama et Ichiro Kitamura, *La conciliation en matière civile et commerciale au Japon*, in *Etudes de droit japonais*, op. cit., p. 225-305.

<sup>101</sup> 一例として、参照、Cass. ass. plén., 23 janvier 2004, *D.*, 2004, p. 1108-1114, note P.-Y. Gautier ; *J.C.P. (G)*, 2004, II, 10030, note M. Billiau : 「立法者は民事分野では遡及効のある規定を採用することができるとはいえ、ヨーロッパ人権条約6条が承認する法の優越性の原則および衡平な訴訟の概念によって、一般利益に関わるやむを得ざる理由がある場合を除き、立法権が、紛争の裁判上の解決に影響力を行使するために、裁判行政に干渉することは禁じられる。この一般的規範は、法律に付与される明確な性質決定の如何にかかわらず、また、国家が訴訟当事者である場合であっても適用される(...)。法律の文言であれ議会審議であれ、これらから、立法者が商法典L.145-38条に関する裁判所の解釈を修正するために、一般利益に関わるやむを得ざる理由に応えたこと、および、訴訟係属中の紛争の解決に影響を及ぼすことを目的として、当該新法律に遡及的な射程を付与したことは帰結されない。したがって、新法律を解釈法律（*loi interprétative*）と性質決定したか否かにかかわらず、原審は、当該法律の適用は排除されると正当に判示した」。

題に関わり合うことで、その性質を変えている<sup>102</sup>。フランス社会もまた、価値を見失った社会（société désenchantée）である。この社会は、訴訟を、価値論レベルの解体と再構築の場（lieu de déconstruction et de reconstruction axiologique）とするよう促す<sup>103</sup>。

**17. — 司法による対話・論証重視型民主主義 —** 訴訟は、対話・論証重視型民主主義（démocratie dialogue et discursive）の場である<sup>104</sup>。諸価値はテストされ、再構築される。このような訴訟の再構築機能は、目新しくはないが<sup>105</sup>、強化されている。公的決定機関（instances publiques）で議論が生ずる可能性がない場合<sup>106</sup>、市民社会のメンバーは、裁判所に訴えを提起し、裁判の場を跳躍台（tremplin）として利用する。「市民社会は訴訟を起こし、市民は投票する（la société civile plaide et le citoyen vote）」、これこそが、再構築の途上にある民主主義の格率である<sup>107</sup>。訴訟は、紛争を解決することで、すなわち、事例解決のための法（case law）に回答を加えることで満足せず、問題提起のための法（cause law）に寄与する<sup>108</sup>。

<sup>102</sup> これとは反対に、政治は、ときにあらゆる討議の障害となる。よって、まさしくこの障害を克服するために、原告は訴訟の壇上に向かうのである。こうした動向は、とりわけ環境に関わる問題について日本にも見られる。

<sup>103</sup> この点について、参照、Fr. Zénati, *Le procès, lieu du social, in Le procès, A.P.D.*, 1995, p. 239 et s., spéc. p. 242 et s.

<sup>104</sup> A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, éditions O. Jacob, Coll. « Opus », 1997, spéc. p. 229.

<sup>105</sup> とりわけ参照、Fr. Zénati, *Le procès, lieu du social, in Le procès, A.P.D.*, 1995, spéc. p. 242 et s. Pour une étude approfondie, J.-G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Thèse ronéot, Paris II, 1977.

<sup>106</sup> 日本におけるこの傾向の根強さについて、参照、J.-M. Boulouis, *Le Japon contemporain, op. cit.*, spéc. p. 245 et s.

<sup>107</sup> D. Salas, *Le tiers pouvoir, Vers une autre justice*, Hachette, Pluriel référence, 2000, spéc. p. 117 et s.

<sup>108</sup> L. Israël, *Le droit mis au service de causes politiques. Un détour par le cause lawyering, un modèle d'origine nord-américaine, in Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, sous la dir. E. Dockès, Dalloz, 2007, p. 7 et s.

訴訟は、訴訟物（objet litigieux）の厳密な限界を超えた社会問題（causes sociales）の名の下に道具化される。日本社会が経験してきたこと、今なお経験していることと同様である<sup>109</sup>。アメリカモデルの純粋かつ単純な移植ともいえるシステムに陥ることなく<sup>110</sup>、フランスの民事訴訟は、訴訟民主主義（démocratie contentieuse）の実現の場となっている<sup>111</sup>。訴訟は、議論と思想対立の新たな場である。こうした訴訟民主主義は、しばしば批判されるものの<sup>112</sup>、[フランス社会が] 正統性の危機を抱える社会であることを物語っている。この社会は、ハーバーマスが展開した非常に純理論的な理論<sup>113</sup>に見られ、複数の論者が論証重視型民主主義（démocratie discursive）と称するものにできる限り接近することを希求している。このような訴訟イメージは、1960年代以降、日本社会を席卷した動きと無関係ではない。

**18. — 平和の回復の場としての訴訟 —** ギリシャ悲劇と対比しながら、訴訟を鎮静の場（lieu d'apaisement）と見る論者もいる<sup>114</sup>。訴訟は、被害

<sup>109</sup> 元来の気質に反する日本におけるとりわけ環境分野での争訟の展開に、こうした見方が妥当する。参照、J.-M. Bouissou, *Le Japon contemporain*, Fayard, CERI, 2007, spéc. p. 201 et s. 著者は、原告にとって、賠償を得ることだけが目的ではなく、演壇を確保することがむしろ主たる目的であることを承認している（p.201）。これが、戦略として1970年代に発展せられ、1990年代および2000年代に発展が加速したことについても、同書を参照。

<sup>110</sup> 二つのシステム間の相違点について、参照、S. Schiller, *Hypothèse...*, *op. cit.*, spéc. p. 180 et s.

<sup>111</sup> また、まさにこの手段を通じて、水俣病をめぐる事案を機に、日本の市民社会が、国家に対峙して実際に覚醒したことについて、参照、Boulouis, *op. cit.*, p.245 et s.

<sup>112</sup> この論争について、参照、D. Salas, *Le tiers pouvoir...*, *op. cit.*, spéc. p. 145 et s.; Ph. Brun, *Sources sulfureuses: remarques cursives sur l'office de la doctrine, op. cit.*, spéc. p. 70; J. Michaud, *Justice et grands débats de société, in Mélanges P. Drai, op. cit.*, p. 633 et s.

<sup>113</sup> とりわけ参照、J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Trad. J.-M. Ferry, Cerf, Paris, 1992.

<sup>114</sup> Sur le plan pénal, v. R. Verdier (dir.), *La vengeance. Le face-à-face victime/agresseur*, Autrement, coll. « Mutations », 2004.

者の地位を理解し、公認することにも役立つ。だからこそ、被害者は交渉に基づく正義（justice négociée）の道を拒絶するのである<sup>115</sup>。このような沈静化（pacification）は実現可能である。なぜなら、訴訟は成熟の場（lieu de maturation）でもあるからである。手続法規範によって規律される対話を基礎として、訴訟は、立法者の注意を喚起し、そそり、引き付けるのである<sup>116</sup>。

したがって、基本権化は、一般利益の主観化の動きの端緒となる。これと引き換えに、基本権は個人主義的理解を脱する。これは、[基本権の]客観化の進展という形で現れている。

## B／基本権の客観化

19. — 基本権の客観化は、基本権のカテゴリーの内包や、基本権そのものの内容を一新している（1）。また、これにより、[基本権]保護の態様の変遷を理解することができる（2）。

### 1°／客観化された基本権の内容

20. 一客観性と主観性の狭間にある基本権 — 客観化の動向の射程の如何にかかわらず、権利は、決して完全に客観的なものとはなり得ない。なぜなら、権利の保持者は個人だからである。しかしながら、ある集団（groupe）の内部に、集団的に（collectivement）存在する法主体の問題がある。集団には、国民や人類（humanité）<sup>117</sup>のような巨大なものもあり得る。第三世代、第四世代の人権<sup>118</sup>は、それらが「個々人を越えた全体の一

<sup>115</sup> とりわけ、我が国における補償基金（fonds d'indemnisation）の失敗を想起せよ。

<sup>116</sup> 民事責任の観点からの包括的研究として、参照、M. Mekki, *La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile*, in Etudes G. Viney, L.G.D.J., 2008, p. 739-762, spéc. n° 22 et s., p. 761 et s.

<sup>117</sup> この概念について、参照、X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 22, 2003, spéc. n° 1424 et s., p. 769 et s.

<sup>118</sup> こうした概念の創始者として、参照、Karel Vasak, *Pour une troisième*

部として把握された人間の生活条件の維持に関わるという意味においてのみ、人権（droits de l'humanité）である」<sup>119</sup>という点で、前の2世代[の人権]と異なる。人権は客観化されている。というのも、第三・第四世代の人権は、その保持者の人格に結び付けられた諸特権（私生活、表現の自由、思想の自由）の保護のみに存するのではなく、すべての人間にとっての共通善（bien commun）という観念をも拠り所としているからである<sup>120</sup>。その例は多数ある。日本における「平和を求める権利」<sup>121</sup>、フランスにおける文化的権利（droits culturels）<sup>122</sup>、遺伝的特徴<sup>123</sup>や生態系（système écologique）の分野における人類の保護、[経済]発展を求める権利（droit

---

*génération des droits de l'homme*, in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge*, en l'honneur de Jean Pictet, 1984. 同じく参照、A. Amor, *Les droits de l'homme de la troisième génération*, in *Le nouveau droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Editions universitaires de Fribourg, 1991, p. 43 et s.

<sup>119</sup> X. Bioy, *th. préc.*, n° 1427, p. 771.

<sup>120</sup> こうした見解は、尊厳（dignité）の概念に妥当する。この見解について、参照、J. Rochfeld, *Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, in Etudes G. Viney, 2008, L.G.D.J., p. 835-866, spéc. n° 16, p. 856.

<sup>121</sup> 参照、Tadakazu Fukase, *Les juges et les grands choix politiques et administratifs de l'Etat. Droit constitutionnel japonais*, in *Etudes de droit japonais*, *op. cit.*, p. 333-378, spéc. p. 357 et s.

<sup>122</sup> G. Koubi, *Les « droits culturels » : un nouveau concept ?*, in *Savoir innover en droit. Concept, outils, systèmes*, Hommage à Lucien Mehl, La Documentation française, 1999, p. 241 et s. ; R. Pelloux, *Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification*, *R.D.P.*, 1981, p. 53 et s. ; J.-B. Marie, *Les droits culturels : interface entre les droits de l'individu et les droits des communautés*, in *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, sous la dir. P. Meyer-Bisch, Ed. de Fribourg, 1993, p. 197 et s.

<sup>123</sup> 人類の共通財産としてのゲノム[という考え方]について、参照、A.-C. Kiss, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, in *recueil des cours de la Haye*, tome 175, 1983 ; J. Charpentier, *L'humanité, un patrimoine mais pas de personnalité juridique* et A. Micoud, *Du patrimoine naturel de l'humanité considéré comme un symptôme*, *Droit et société*, 30/31, 1995, p. 265 et s.

au développement) などである。こうした傾向、すなわち、公人 (personnes publiques) に債務を負担させ、これに「対応する債権を集団に帰属させるかの如き」<sup>124</sup>傾向を説明するには、1つの例を挙げるだけで十分である。それは、環境や健康をめぐる提起される諸問題である<sup>125</sup>。

**21. — 環境〔保護〕および健康を求める権利の例** — フランス憲法に組み込まれた環境憲章1条は、「各人は、均衡が取れ、健康を尊重した環境の中で生活する権利を有する」<sup>126</sup>と規定している。同憲章6条は、公的政策は、「環境保護と環境の有効利用を調和させ、経済発展と社会の進歩を調和させる」配慮により指導されなければならない、と明確化している。環境への配慮が実定法に多数垣間みられるようになったことから明らかなように<sup>127</sup>、立法者は、こうした目標に感化されている。いくつかの下級審判決<sup>128</sup>やヨーロッパ人権裁判所判例<sup>129</sup>を信頼してよいとすれば、〔環境憲章〕

<sup>124</sup> X. Bioy, *th. préc.*, n° 1427, p. 771 et 772.

<sup>125</sup> M. Déjeant-Pons, M. Pallemarts, *Droits de l'homme et environnement*, Council of Europe Publishing, 2002. この問題は、日本においてとりわけ重要であり、日本法、および、日本人の法との関わり方に関する最も顕著な展開の端緒となった。こうした見解について、参照、Ichiro Katamura, *Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon, in Etudes de droit japonais, op. cit.*, p. 25-61, spéc. p. 49 et s. ; J.-M. Boulouis, *Le Japon contemporain, op. cit.*, spéc. p. 245 et s.

<sup>126</sup> F.-G. Trébulle, *Du droit de l'homme à un environnement sain, Environnement*, 2005, Comm. 29; M. Verpeaux, *La Charte de l'environnement, texte constitutionnel en dehors de la Constitution, Environnement*, avril 2005, p. 12; M. Prieur, *Du bon usage de la Charte constitutionnelle de l'environnement, Environnement*, avril 2005, p. 7 et s.

<sup>127</sup> [立法者の介入は、] 会社法、金融取引法 (le droit des marchés financiers)、倒産手続法 (le droit des procédures collectives)、民法に関わる。これらの例について、参照、M. Boutonnet, *Le contrat et le droit de l'environnement, R.T.D. civ.*, 2008, p. 1-25, n° 32, p. 21.

<sup>128</sup> TA Chalons-en-Champagne, 29 avril 2005, n° 0500828 s., Conservatoire du patrimoine naturel, *J.C.P. (G)*, 2005, act., 1216.

<sup>129</sup> J.-P. Marguénau, *La Charte constitutionnelle de l'environnement face au droit de la Cour européenne des droits de l'homme, Rev.jur.Envir.*, n° spécial,

1条によって承認された権利は、直接適用が可能である。さらに、ヨーロッパ共同体基本権憲章も、174条以下を、〔環境権の〕直接適用可能性に充てている。国内法においては、環境法典L. 110-2条中の諸規定が、直接適用可能性を対象とする。以上の健全な環境を求める権利 (droit à un environnement sain) は、国家に対する債権なのか、それとも、私人に対して援用可能な真の主観的権利なのかは、いまだ判然としない<sup>130</sup>。より適切な形で、〔そうした権利が〕「集団的利益〔の実現〕に向けられた主観的権利」であると主張し得る状況にあった<sup>131</sup>。

以上の、基本権の客観化の動きは、〔基本権〕保護の態様に影響を及ぼす。

## 2°／客観化された基本権の保護

### 22. — 人間主義的 (humaniste) 公序と環境保護的 (écologique) 公序

— 公序は、伝統的に、権利の基本権的性格を媒介する「〔法〕技術的チャンネル (canal technique)」<sup>132</sup>として認識されている。公序は、特定の時点、特定の場所における一般利益の何たるかを、写実する (dresser une photographie) ことを可能とする。権利を奪う技術 (technique d'éviction) で

2005.

<sup>130</sup> 債権とするものとして、参照、B. Mathieu, *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement, Cah. cons. const.*, n° 15, 2003, p. 145 et s., spéc. p. 148. 主観的権利という性質決定を支持するものとして、参照、M. Prieur, *Du bon usage..., op. cit.*, spéc. p. 10.

<sup>131</sup> M. Boutonnet, *Le contrat et le droit de l'environnement, R.T.D. civ.*, 2008, p. 1-25, spéc. n° 36, p. 25.

<sup>132</sup> E. Picard, *L'émergence..., op. cit.*, spéc. p. 17. 総合的な研究として、参照、M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics, Ordre public et droits fondamentaux, Actes du colloque de Caen, 11 et 12 mai 2000*, Nemesis, Bruylant, Coll. Droit et justice, Tome 29, 2001. より特定の研究として、参照、E. Picard, *Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique, op. cit.*, p. 17-61, spéc. p. 48 「結局のところ、以下の場合、公序は、基本権保護の必要性に基礎付けられる。それは、基本権が、それ自体では、自動的に保護を

ある公序は、「優越的価値の秩序（*ordre de valeur supérieure*）」<sup>133</sup>「社会の要請（*exigence sociale*）」<sup>134</sup>を、一般利益の名の下に表現する<sup>135</sup>。基本権の客観化は、公序に対して、リベラルというよりも人間主義的な性質を付与する<sup>136</sup>。この人間主義的公序は、人間の尊厳の保護を議論の中心に据える。環境保護の公序は、人間主義的公序の一部となっている<sup>137</sup>。人間の尊厳は、身体の尊厳に還元されることはなく、生活の質（*qualité de vie*）という意味での社会の尊厳（*dignité sociale*）とも解される<sup>138</sup>。ここに環境保護的な生活（*vie environnementale*）の質を統合することができる<sup>139</sup>。この意味で、環境憲章2条は、すべての者に、環境の保持および改善への関与を義務づける。同3条は、各人は環境に対する侵害を予防し、さもなくばその結果を限定しなければならないと規定する。最後に、同4条は、各人は損害の填補に協力しなければならないと付け加えている。

**23. — 一般利益の基本権化に役立つ契約技術 —** 個々人は、基本権保護の名の下に、自ら一般利益の実現に参与せざるをえなくなった。ここでも環境権が、最も適切な例を提供している。すなわち、優れて個人的な道具

---

受ける手段または実現に移される手段を持たない場合、したがって、誰かが基本権を行使したために「基本権保護という」目的が危険に晒される場合である」とする。ここから著者は、公序は、「基本権保護の必要性に基礎を置くと」同時に、基本権に従属する、と結論付ける。なぜなら、公序は、一つの技術ないし道具にすぎないからであり、また、基本権は、相対的でコンテキストに依存しており、公序上の要請が課される可能性を留保するのでなければ、価値を有しないからである（spéc. p. 49 et 50）。

<sup>133</sup> Fr. Terré, Ph. Simler et Y. lequette, *Les obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 373.

<sup>134</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., P.U.F., 2004, spéc. n° 983 et s.

<sup>135</sup> M. Mekki, *th. préc.*, n° 288 et s., p. 187 et s.

<sup>136</sup> この区別について、参照、M. Mekki, *th. préc.*, n° 395 et s., p. 240 et s.

<sup>137</sup> M. Boutelet et J.-C. Fritz, *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005, spécialement au sein de cet ouvrage collectif, M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public écologique en droit interne*, p. 80 et s.

<sup>138</sup> M. Mekki, *th. préc.*, n° 442 et s., p. 271 et s.

<sup>139</sup> この意味において、参照、M. Boutonnet, *op. cit.*, n° 29, p. 19.

（instrument individuel par excellence）である契約が、一般利益に役立てられ、法主体自身による環境の効率的な保護に寄与し得るのである。たとえば、「環境契約（*contrats environnementaux*）」<sup>140</sup>の飛躍的發展が挙げられる。この契約は、環境保護を目的とし、私人と公人（*personnes publiques*）との間で（公害汚染地域の原状回復のための行政契約、公的援助と引き換えに適切な実践を約する契約（*contrats de bonnes pratiques en échange d'aides publiques*））、あるいは私人間で（温室効果ガス排出権譲渡契約、廃棄物〔処理〕に関する契約）締結される<sup>141</sup>。以上の現象は、環境に関する情報提供義務の契約への導入からも明らかとなる<sup>142</sup>。〔この義務は〕工業用地や旧工業用地の売買契約によく見られる<sup>143</sup>。契約は、環境分野において、一定の仕方で、一般利益としての役割（*fonction d'intérêt général*）を果たしている<sup>144</sup>。契約は、我々それぞれに関係する環境の集团的側面（*aspect collectif*）と、自身の利益のために行動する者、すなわち、一種の権利である福祉（*bien être*）を求める権利、健康を求める権利、もっぱら「良好な」環境を求める権利を要求する個人との、いわばインターフェイスとして役立てられている。この意味で、契約は、仲介役（*trait d'union*）なのである<sup>145</sup>。「それ故、環境保護は、まさに人間の

---

<sup>140</sup> M.-P. Lavoillotte, *Les contrats privés d'élimination des déchets*, Préf. M. Boutelet, P.U.A.M., 2002, spéc. n° 5.

<sup>141</sup> 参照、M.-P. Blin-Franchomme, *Le droit, le développement durable et l'entreprise éco-citoyenne : les places des accords environnementaux*, in *Le droit saisi par la morale, travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques*, PU Toulouse, 2006, p. 217 et s.

<sup>142</sup> とりわけ参照、O. Herrnberger, *Les nouvelles obligations pesant sur les rédacteurs d'actes de vente et de bail, J.C.P. (N)*, 2004, I, 1433 ; D. Deharbe, *La réalité juridique du droit à l'information en environnement industriel, B.D.E.I.*, 2005, n° 1, p. 6 et s.

<sup>143</sup> 一連の具体例について、参照、M. Boutonnet, *Le contrat et le droit de l'environnement, R.T.D. civ.*, 2008, p. 1 et s., spéc. n° 6 et s., p. 5 et s.

<sup>144</sup> この意味において、参照、M. Boutonnet, *op. cit.*, spéc. n° 23 et s., p. 16 et s.

<sup>145</sup> こうした人類中心主義（anthropocentrisme）について、参照、F.-G. Trébulle, *Du droit de l'homme à un environnement sain, Environnement*, avril 2005, p. 19 et s.

福祉（*bien de l'homme*）として、一般利益となる」<sup>146</sup>。私的利益の保護を通じて一般利益の保護とひとともに実現される環境保護は、一般利益の基本権化の具体例としての射たものである<sup>147</sup>。

一般利益の主観化と基本権の客観化は、基本権と一般利益のある種の融合（fusion）、さらには混乱（confusino）の原因であるとはいえ、個人と権力保持者（*détenteurs de pouvoirs*）の間での利益衝突は止んでいない。

## II. 一 衝突関係の継続

24. 一 対話ならびに方法としての一般利益理解 一 [相互に] 作用し合う私的利益と公的利益の増加、権力と決定の中核の分散、諸価値の急増、これらは、アブリオリには、強度において変わらない。それ故、効率性に基づいた議論の優位によって<sup>148</sup>、エドガール・モランの言葉を繰り返すならば<sup>149</sup>、この「複雑な思考（*pensée complexe*）」によって、一般利益を、次のように理解するよう促される。すなわち、均衡のとれた解決に至るために行われる様々なアクター間の対話（*dialogue*）の帰結として<sup>150</sup>、また、現存する諸利益をプラグマティックに組み合わせることで絶え間なく変動するこの均衡を保つために行われる諸利益の衡量という方法（*méthode*）の帰結として<sup>151</sup>、理解するよう促されるのである。

<sup>146</sup> M. Boutonnet, *op. cit.*, n° 24, p. 16.

<sup>147</sup> こうした見方について、同様に参照、M.-P. Lavoillotte, *Les contrats privés d'élimination des déchets*, *préc.*, p. 235 et s. 一例として、参照、C.A. Nancy, 26 septembre 2007 ch. com., arrêt n° 2073/07, SAS Novacarb c/ SNC Socoma, D., 2008, p. 1120 et s., note M. Boutonnet ; R.LD civ., mai 2008, n° 2969, note O. Cachard ; *J.C.P. (G)*, 2008, II, 10091, note M. Lamoureux.

<sup>148</sup> J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, *op. cit.*, spéc. p. 136.

<sup>149</sup> E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, ELF, 1990, p. 98 et s.

<sup>150</sup> ユルゲン・ハーバーマース [の思想] にとって重要な対話の側面について、参照、M. Mekki, *th. préc.*, n° 1076 et s., p. 651 et s.

<sup>151</sup> このように、私的利益と公的利益との間で、もしくは、私的利益間または公的利益間に存する比例的な階層秩序の帰結として、一般利益が方法として理解されるこ

基本権と他の利益との衝突の解決は、一般的には、比例性コントロール（*contrôle de proportionnalité*）を用いて、プラグマティックに行われる（A）。しかしながら、権威主義的でドグマティックな解決（*résolution autoritaire et dogmatique*）も、完全には消滅していない（B）。

## A / プラグマティックな調整の優越

25. 一 プラグマティックな調整（*conciliation pragmatique*）の対象は、あるときは公的利益と私的利益間 [のそれ] であり（1）、またあるときは私的利益相互間 [のそれ] である（2）。

## 1° / 公的利益と私的利益の衝突の解決

26. 一 基本権 vs. 公的利益 一 基本権と基本的自由は、ときに、伝統的理解に基づいて、一定の公的利益と衝突し続けている<sup>152</sup>。一般利益は、それぞれに違い違ふ複数の基本権、複数の公的利益を組み合わせることで導出

---

と（*acception méthodique*）について、参照、M. Mekki, *th. préc.*, n° 65 et s., p. 56 et s.

<sup>152</sup> 日本では、法律による公的自由（*libertés publiques*）の制限の根拠として、「公共の福祉（*bien-être public*）」が参照される（憲法13条：すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。《*Tous les citoyens devront être respectés comme individus. Leur droit à la vie, à la liberté, à la poursuite du bonheur, dans la mesure où il ne fait pas obstacle au bien-être public, demeure le souci suprême du législateur et des autres responsables du gouvernement*》（Traduction française recommandée par le ministère des Affaires étrangères du Japon, Tokyo, The international Society for Educational Information Inc., n° 05202-0186. 表現の自由の側から表現すれば、この自由は、しばしば「公共の福祉」に対して劣位に置かれる「ことになる」が、こうした現状はしばしば批判される。参照、J.-L. Halpérin et Naoki Kanayama, *op. cit.*, p. 113 et s. [但し、] 報道機関の表現の自由にはより大きな配慮が払われている。最高裁判所の弱腰（*frilosité*）[の理由]を理解するには、事案に立ち戻る必要がある。参照、J.-M. Bouissou (dir.), *Le Japon contemporain*, Fayard, CERI, 2007, spéc.p.198 et s.

されるが、その正統性は、効率性の観念と合理性の観念に支えられている。一般利益が生成すると、比例性コントロールを用いた諸利益の衡量というプラグマティックな方法を余儀なくされる。

**27. 一 憲法 一** 国内法において、比例性コントロールを用いた基本権と公的利益の間のプラグマティックな調整は、憲法訴訟全体に広まっている。個人の自由の保護を軸に構成され尽くした一つの法体系の支柱としてこの種のコントロールが要請されるドイツ法とは異なり<sup>153</sup>、フランスにおいては、比例性は明確な形では姿を見せず、いくつかの規定に絡んでふとした折りに姿を現す<sup>154</sup>。次第に、このコントロールは、複数のファクターの刺激を受けて、とりわけ憲法ブロックの爆発的增加、ならびに、憲法的価値を有する一般利益に関わる諸目的（objectifs d'intérêt général de valeur constitutionnelle）の出現によって、強度を増した<sup>155</sup>。憲法的価値を有する目的（objectif de valeur constitutionnelle）は、概して一般利益に関わるが、憲法院の裁判官は、この目的と自由を調整するために、比例性コントロールを利用しなければならなくなった。本人同定の有無の検証（vérifications d'identité）について、まさしく「この観察が」妥当する<sup>156</sup>。

<sup>153</sup> 総合的な研究として、参照、G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité, en France, Allemagne et Angleterre*, Préf. Y. Gaudemet, L.G.D.J., Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 179, 1995, p. 113 et s. ドイツ「法」の体系においては、個人の自由の尊重が配慮されるべきすべての事項の中心に位置づけられる。ドイツの体系とフランスの体系との比較について、参照、*ibid.*, p. 355 et s.

<sup>154</sup> たとえば、1789年の人および市民の権利宣言を参照。8条は次のように規定する。「法律は、厳格かつ明白な必要がある罰則でなければこれを規定してはならない」。この「必要性」の背後には、ある種の比例原則が前提とされているように思われる。同宣言1条、10条、11条および17条をも参照。これらの規定も比例性のコントロールの基礎を成している。

<sup>155</sup> 一層控え目であるとはいえ、この比例性のコントロールは、日本国憲法にも存在する。すなわち、憲法的価値を有する権利が侵害された場合に、「合理的理由（fondement raisonnable）」が語られる（Droit au Japon, p. 121）。たとえば参照、Droit du Japon, p. 348.

<sup>156</sup> 「犯行者の捜索および公序に対する侵害の予防、とりわけ、人および財産の安全

それ故、「一般利益」は、それ自体が憲法的価値を有する目的であると認識されているが、その資格で、たとえばストライキ権の行使に対する制限を正統化する<sup>157</sup>。憲法的価値を有する権利を前にすると、このような侵害を正統化し得るのは、憲法的価値を有する一般利益に関わる目的のみである。但し、関係する権利や自由の変性がないことが条件となる<sup>158</sup>。比例性コントロールは、明白な評価の過誤（erreur manifeste d'appréciation）というテクニックを通じて、徐々に広まっている<sup>159</sup>。特筆すべきは、必要性コントロール（contrôle de la nécessité）、または過剰性コントロール（contrôle de l'excès）と称される新たな形態のコントロールの出現であ

---

に対する侵害の予防が、憲法的価値を有する原則および権利の実現にとって必要である」（Déc. n° 80-127, D.C. des 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté, Rec.*, p. 15 ; *A.J.D.A.*, 1981, pp. 275 et ss., note J. Rivéro.）同旨のものとして、通信の自由に関する1982年7月27日判決を挙げることができる。この判決において、憲法院は、次のように判示した。人権宣言11条は、「公序の保護、他者の自由の尊重、ならびに、社会的・文化的表現の流通の多元性の保全という憲法的価値を有する諸目的」を根拠として制限され得る。「通信の当該態様は、その重大な影響力によって、社会的・文化的表現の流通の多元性に対して、侵害をもたらすおそれがある」（Déc. n° 82-141, D.C. du 27 juillet 1982, *Rec.*, p. 45 ; *R.D.P.*, 1983, pp. 333 et ss., chr. L. Favoreu）。

<sup>157</sup> 憲法院は、1979年7月25日判決において、以下のように明言した。「ストライキ権が憲法的価値を有する原則である」としても、それでも立法者は、「ストライキによって侵害され得る一般利益の保護」を確保するために、限界を画することができる。立法者は、「ストライキ権と同様に、憲法的価値を有する原則たる性格を持つ公役務の継続性（continuité du service public）の確保に必要な規制」を課することができる（Déc. n° 79-105, D.C. du 25 juillet 1979, *Rec.*, p. 33 ; *R.D.P.*, 1979, pp. 1705 et ss., chr. L. Favoreu）。

<sup>158</sup> たとえば、租税平等主義に関して、Déc. n° 97-390, D.C. du 19 novembre 1997, *loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française*（フランス領ポリネシアに適用される租税制度に関する組織法律（loi organique））を参照。総合的研究として、参照、G. Xynopoulos, *th. préc.*, spéc. p. 377 et s.

<sup>159</sup> この点について、参照、*ibid.*, p. 370-373 ; さらに参照、G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 1<sup>re</sup> éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit public, 1998, p. 309 et s.

る<sup>160</sup>。この点について、憲法院は、憲法上保護される権利についての「過度の侵害 (*atteintes excessives*)」<sup>161</sup>、または、法律と憲法的価値を有する規定との間の「明白な比例性欠如 (*disproportions manifestes*)」の存在<sup>162</sup>に言及する。憲法院のコントロールは、明確性と厳格性を増している。

それが単に法律レベルの (*législative*) 価値しか有していない権利や原則を侵害する場合でも、ときに、一般利益〔の存在〕が要請される。この場合、憲法院は、「十分な一般利益 (*intérêt général suffisant*)」のみを要求する<sup>163</sup>。たとえば、民事法律の遡及禁止原則の場合がそうである<sup>164</sup>。憲法院は、2006年12月14日の典型的な裁決 (*décision modèle*) において、次のように判示した。「立法者は、遡及的に法規範を修正する、または、行政行為を適法化することができる。但し、十分な一般利益を備えた目的 (*but d'intérêt général suffisant*) を追求し、かつ、既判力のある裁判所の判決ならびに刑罰および制裁の遡及禁止原則を尊重していることが条件と

<sup>160</sup> 発展しつつあった明白な評価の過誤のコントロールは、過剰性コントロール、必要性コントロールへと展開していった。この問題について、参照、G. Xynopoulos, *loc. cit.* ; さらに参照、G. Drago, *Contentieux...*, *op. cit.*, p. 310 et 311.

<sup>161</sup> Déc. n° 93-325, D.C. du 13 août 1993, *Rec.*, p. 224.

<sup>162</sup> Déc. n° 94-341, D.C. du 6 juillet 1994, *Rec.*, p. 88.

<sup>163</sup> 憲法院は、行政行為を適法化する法律 (*loi portant validation d'actes administratifs*) に関する1980年7月22日裁決 (Déc. n° 80-119) において、以下のように判示した。権力分立の原則によれば、立法者が裁判官に取って代わる必要も、裁判官を譴責する必要もない。そうであるとすれば、「憲法的価値を有する当該諸原則は、立法者が、その権限の行使において、かつ、必要があればのことであるが、刑事に関する場合を除き、遡及的規定という方途によって、判事に適用が委ねられた諸規範を修正することを妨げない」。但し、十分な一般利益の証明を条件とする。たとえば、法的安全の保護や衡平 (Déc. n° 85-192, D.C. du 24 juillet 1985, *loi portant diverses dispositions d'ordre social*) が、また、経済的公序の保護 (Déc. n° 96-375, D.C. du 9 avril 1996, *loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*) がそうした原則であるとされた。財政収支の均衡に関わらない単なる財政上の利益は、十分〔な一般利益〕とはされない (Déc. n° 95-369, D.C. 28 décembre 1995, *loi de finances pour 1996*)。

<sup>164</sup> 概観として、参照、G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préf. D. Rousseau, L.G.D.J., bibl. const. Et sc. pol., Tome 121, 2004, spéc. p. 139 et s.

なる。さらに、修正された、または、適法化された行為は、憲法的価値を有するいかなる規範または原則をも無視してはならない。但し、追求された一般利益に関わる目的がそれ自体憲法的価値を有する場合はこの限りでない。最後に、修正および適法化の射程が、厳格に画されていなければならない<sup>165</sup>。一般利益は、立法者が定義する利益でも、法律が具現化する利益でもない。それは、比例性コントロールを用いて、基本的権利と自由という尺度に照らしながら、憲法院によって一般利益と看做された利益である。

**28. — 行政法 —** 基本権と公的利益の間のプラグマティックな調整は、行政法にも存在する。権限争議裁判所1873年2月8日 Blanco 事件判決<sup>166</sup>の後、この〔比例性〕コントロールは、警察権をめぐる訴訟において顕著な飛躍を経験した。1909年2月19日 Olivier 事件判決では、コンセイユ・デタが、あらゆる公的自由の制限は必要最低限に (*au strict nécessaire*) 限定されなければならないと判示した<sup>167</sup>。続いて、集会の自由を制限した市の警察的措置に関する1933年5月19日 Benjamin 事件判決により、「適切な措置 (*mesure appropriée*)」の要請が最終的に承認された<sup>168</sup>。もっとも、

<sup>165</sup> D.C. n° 06-544, J.O., 22 décembre 2006, p. 19356.

<sup>166</sup> T.C., 8 février 1873, Blanco, G.A.J.A., *op. cit.*, n° 1 ; D., 1873, 3, p. 17 et s., concl. David : 公権力の責任は、「一般的でも絶対的でもない。公権力は、役務の必要、および、国家の諸権利と私人の諸権利との調整の必要性に応じて変化する特別な規範を有している (...)」。明示的ではないにせよ、本判決にはまさに比例性の観念が存在している。

<sup>167</sup> C.E., 19 février 1909, Abbé Olivier, *Rec. Lebon*, p. 181 ; D., 1910, 3, p. 121, concl. Chardenet ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1999, n° 22 「立法者の明白な意図は、地方の慣習および伝統をできる限り尊重することにあり、秩序の維持にとって必要最低限でなければこれを侵害しない、というものであった」。

<sup>168</sup> C.E., 19 mai 1933, *Rec. Lebon*, p. 541 ; G.A.J.A., *op. cit.*, n° 52 「Nevers市の市長によって援用された暴動の可能性は、市長が発動権限を有していた警察的措置を命じることで講演の開催を禁止しなければ秩序を維持し得ないほどの重大性を伴ってはいなかった」。この判例法は、表現の自由、移動の自由、工業活動および商業活

比例性〔の存在〕は常に黙示的にしか表現されない<sup>169</sup>。

以上の比例性コントロールは、都市計画法や公用収用法<sup>170</sup>、労働法<sup>171</sup>、国外退去法<sup>172</sup>など、公法全体に広まっている。このコントロールは、行政裁判所が行う条約適合性コントロール（*contrôle de conventionnalité*）の中心にすらなっている<sup>173</sup>。要するに、比例性コントロールは、「一般利益に

動の自由、企業が有する所有権者としての権利などに関わる争訟にも拡張され得るものであった。そうした判例全体について、参照、M. Fromont, *principe de proportionnalité*, A.J.D.A., 20 juin 1995, n° spécial, p. 156-166, spéc. p. 162.

<sup>169</sup> G. Xynopoulos, *th. préc.*, p. 13 et s. Dans le même sens, M. Fromont, *Le principe de proportionnalité*, *op. cit.*, spéc. p. 161.

<sup>170</sup> この場合に真の比例性コントロールは存在しない、と主張し続けている論者もいる。この意味において、参照、M. Fromont, *Le principe de proportionnalité*, *op. cit.*, pp. 162 et 163.

<sup>171</sup> たとえば、企業の内部規則について判示する行政裁判所の判決の妥当性に関して、参照、C.E., 1<sup>er</sup> février 1980, *Ministre du travail c/ Société Peintures Corona*, *Rec. Lebon*, p. 59 ; Dr. soc., 1980, p. 310-317, concl. A. Bacquet 「当該規定が人権に対してもたらす侵害に照らして」、当該規定は「その一般性において限度を超えている。すなわち、本件においては、雇用者が企業内の安全の確保のために適法に課すことができた義務の限度を超えている」。総合的な研究として、参照、X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Préf. Ch. Debbasch, Economica, P.U.A.M., Coll. Science et Droit administratifs, 1990, p. 348 et s. : 本書は「労働の諸自由」を検討対象とする；G. Xynopoulos, *th. préc.*, pp. 89 et ss. 本書は、複数形を用いて表現される「労働権 (*droits du travail*)」を検討対象とする。

<sup>172</sup> C.E., 19 avril 1991, *Belgacem*, *Rec. Lebon*, pp. 152 et 162, concl. R. Abraham ; D., 1991, pp. 399-401, note X. Prétot コンセイユ・デタは、ヨーロッパ人権条約が規定するような比例原則を適用している。すなわち、[本件では] 次のように判示している。「有責判決の後の行動を考慮すれば、*Belgacem*氏に対して宣言された国外退去措置は、当人の家族の生活に対する侵害の重大性に照らして、公序の保護に必要な措置を逸脱していた。以上の状況において、当該措置は、上記条約〔＝人権条約〕8条に違反するものであった」。

<sup>173</sup> 網羅的な分析として、参照、R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, 14<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, Domat-Droit public, 2000, spéc. n° 1268, pp. 1056 et ss. ; さらに参照、J.-P. Markus, *Le contrôle de conventionnalité des lois par le*

関わる公権力の使命を首尾よく遂行する必要性と、市民の自由を保護する必要性との均衡」<sup>174</sup>という要請を表現しているのである。

**29. — ヨーロッパ人権法 —** 国際的な観点からみると、国内裁判所の裁判官も国際裁判所の裁判官も、主としてヨーロッパ人権条約を用いて、比例性コントロールに努めている<sup>175</sup>。このコントロールは、基本権と広義の<sup>176</sup>法律が媒介する公的利益との衝突の調整を目的とする。

いわゆる不可侵の権利を除いて、締約国は、正統な目的を追求し、か

*Conseil d'Etat*, A.J.D.A., 20 février 1999, Doctr., p. 99-112. 外国人〔居住〕区域の隔離に関して、近時、ヨーロッパ人権法院の態度が硬化していることについて、参照、S. Grataloup, *La Cour européenne des droits de l'homme maintient sa jurisprudence en matière d'éloignement du territoire des étrangers*, Dr. famille, mai 2001, Chr. n° 12, pp. 9-11. ヨーロッパ人権法院の様々な判決をまとめて評釈したものとして、参照、M. Levinet, *Eloignement des étrangers délinquants*, J.C.P. (G), 2001, 10503.

<sup>174</sup> X. Philippe, *th. préc.*, p. 154. 網羅的な研究として、参照、G. Xynopoulos, *th. préc.*, p. 78 et s.

<sup>175</sup> ヨーロッパ人権条約18条を上記の比例性コントロールの根拠と解する著者もいる。この意味において、参照、X. Philippe, *th. préc.*, p. 54 同条によれば比例性が一般原理となろう、とする。18条の規定は以下の通りである。「本条約の用語において、いわゆる権利および自由に対してもたらされる制限は、それが規定された目的のためでなければ適用することができない」。反対、G. Xynopoulos, *th. préc.*, spéc. pp. 251 et 252 この分野〔＝比例性のコントロール〕に関しては、特別規定以外に一般規定は存在しないであろう、とする。

<sup>176</sup> 第四附属議定書2条3項をも付け加えておこう。網羅的な分析として、参照、V. Coussirat-Coustere, *Article 8, § 2, in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Préf. P.-H. Teitgen, 2<sup>ème</sup> éd., avant-propos E. Decaux et P.-H. Imbert, Economica, 1999, p. 323-351 ; 同, *Article 10, § 2, ibid.*, p. 409-418. さらに参照、M.-A. Eissen, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, *ibid.*, p. 65-81, spéc. p. 66 et s. 著者は、これについて、比例性が「背後に透けて見える (*en filigrane*)」と述べている。

つ、その目的と〔これに〕対応する権利の尊重との間の適切な均衡を遵守している場合には、基本権ならびに基本的自由を制限することができる。〔ヨーロッパ人権裁判所〕1976年12月7日 *Handyside* 事件判決<sup>177</sup>と、1979年4月26日 *Sunday times* 事件判決<sup>178</sup>の直後から、「やむを得ざる社会的必要 (*besoin social impérieux*)」<sup>179</sup>の存在という表現に見られる、お決まりの形容詞 (*adjectif*)〔訳注：*impérieux*〕が聞かれるようになった。この意味で、適切かつ十分な理由 (*motifs pertinents et suffisants*) によって、干渉が正当化されなければならない。適切性 (*caractère pertinent*) は、国家が特定された目的を達成するために干渉することを余儀なくされた状況を考慮することで、具体的に (*in concreto*) 評価される<sup>180</sup>。十分な理由 (*motif suffisant*) とは、より事實的 (*factuel*) なものであり、〔ある措置が、〕「国家による目的達成にとってまさしく適当な (*juste propre à atteindre le but de l'Etat*)」措置であることを意味する。十分性 (*suffisance*) は、一方で有用かつ適切な措置 (*mesure utile et adéquate*) が、他方で問題となっている諸利益に照らして必要最小限に限定された措置が存在するものと仮定している。このことは、「過不足なき均衡 (*juste équilibre*)」<sup>181</sup>という判例法上の〔他の〕条件との区別をときに困難なものとする。ヨーロッパ人権裁判所は、比例性の一般的コントロールを、すなわち、国家が

<sup>177</sup> C.E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside*, Série A, n° 24, §§ 48-50.

<sup>178</sup> C.E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times*, Série A, n° 30, §§ 63-65.

<sup>179</sup> 「やむを得ざる社会的必要」という語は、すべての判決において明示的には繰り返されないものの、しばしば黙示的に前提とされている。秩序 (C.E.D.H., 18 février 1991, *Moustaquim*, Série A, n° 193, § 43) や道徳 (C.E.D.H., 29 octobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman*, Série A, n° 246, § 70) といった一般利益の保護が問題となり得る。他方、他者の名声 (C.E.D.H., 8 juillet 1986, *Lingens*, Série A, n° 103, § 39) や家庭生活 (C.E.D.H., 24 mars 1988, *Olson*, Série A, n° 130, § 67) といった私的利益が問題とされることもある。抽象的に (*in abstracto*) 評価される正統な目的とは異なり、ここでの裁判官の役割は、介入の理由が妥当かつ十分であるか否かを審査することによって、事案毎に (*in casu*) 状況を具体的に (*in concreto*) 評価することである。

<sup>180</sup> 判例のサンプルについて、参照、V. Coussirat-Coustere, *Article 8, § 2, op. cit.*, spéc. p. 335 et 336.

<sup>181</sup> この問題全体について、参照、V. Coussirat-Coustere, *ibid*, p. 338.

追求した正統な目的と干渉との間の「過不足なき均衡」のコントロールを追加した。

実際、比例性コントロールは、〔訳注：しばしば人権に対する制約が認められる場合について言及のある各条文の〕2項を超えて、ヨーロッパ人権法全体に広まっている<sup>182</sup>。ヨーロッパ人権条約4条2項または15条の解釈原則としての比例性 (*proportionnalité-interprétation*) は、「《性質決定を導く概念 (*concept qualificateur*)》を行動させる手段であり、直接的ではなく間接的なコントロールの道具となっている」<sup>183</sup>が、これに加えて、「過不足なき均衡」のコントロールが、ヨーロッパ人権裁判所判例の判決箇条 (*dispositifs*) の中核部分として要請されている<sup>184</sup>。ヨーロッパ人権

<sup>182</sup> 以上の一般化の出発点は、ヨーロッパ人権法院1968年7月23日 *Linguistique Belge* 事件判決 (前出) であるように思われる。人権法院は、差別〔的政策〕に恣意性がなく、したがって、人権条約14条の適用を免れるには、用いられた手段と追求された目的との間に合理的な比例関係が存在することを要求した。今日では、14条に基づくあらゆる判例が、まさしく比例性原則に基礎付けられている。この点について、参照、J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant et Office des publications des Communautés européennes, 1995, spéc. p. 750.

<sup>183</sup> こうした性質付けについて、参照、G. Xynopoulos, *th. préc.*, pp. 54 et ss., spéc. p. 58. 人権条約4条2項の観点から、たとえば労働 (*travail*) は、解釈原則としての比例性に依拠しつつ、強制的 (*forcé*) 労働ないし義務的 (*obligatoire*) 労働と性質決定されるのである。この場合、比例性は、別の実体上の原則の作用を確保する手段でしかない。この例について、参照、G. Xynopoulos, *ibid*, pp. 255 et ss.

<sup>184</sup> ヨーロッパ人権法院は、国家によって追求される正統な目的と、問題となる権利または自由との間で、過不足なき均衡に留意されているか否かについて審査する。そのために、人権法院は、当該権利または自由に対する侵害の重大性および強度を考慮する。網羅的な研究として、参照、V. Coussirat-Coustere, *ibid*, pp. 338 et 339. 人権条約第一議定書1条の「過不足なき均衡」要件の適用を機縁として、人権法院は、1982年927日の *Sporrong et Lönnroth* 事件判決において、「条約全体に根ざした、(共同体の一般利益と個人の基本権保護の要請との間の) そうした均衡 [= 過不足なき均衡] の確保への配慮は、第一附属議定書1条の構造にも反映されている」と強調した。この問題について、参照、L. CONDORELLI, *Premier protocole additionnel, Article 1, in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 972-997, spéc. p. 980.

条約第一附属議定書1条に基づいて作り上げられた理論構成が、このことを十全な形で例証する<sup>185</sup>。

また、国家の積極的義務が問題となっている場合にも、締約国に残された評価の余地（*marge d'appréciation*）を正統化するために、比例性コントロールが登場する。それは上から（*en amont*）介入する<sup>186</sup>。より特定の一般利益に照らしてみると、正統な目的（*but légitime*）とは、あるときは一般利益そのものを（第一附属議定書1条）、あるときは国家の利益を（8条、9条、10条、11条は、国家の安全、領土の保全、公共の安全、秩序の防衛ないし維持を指示する）、あるときは社会（*corps social*）の利益を（8条、9条、10条、11条は、健康および公衆道徳の保護、ならびに、国家の経済的福祉に係る）、あるときは一定の私的利益を（8条、9条、10条、11条は、他人の権利及び自由に関わる）意味している。

<sup>185</sup> 第一附属議定書の1条は、三つの場合を包含している。参照、M. Mekki, *th. préc.*, n° 812 et s.

<sup>186</sup> この場合、過不足なき均衡という基準は、国家の積極的義務の存否を決するために上から（*en amont*）登場する。1986年10月17日の *Rees* 事件判決が、[積極的義務に関して] 比例性の尊重を要請した初めての判決である。「積極的義務の存否を決するためには、一般利益と個人の諸利益との間で留意されるべき過不足なき均衡を考慮しなければならない。これは、条約全体の基層にある配慮である」（同判決 § 37）。事案は、性転換者（*transsexuel*）に関わるもので、同人は、とりわけ新たな性同一性（*identité sexuelle*）の法的承認がなされなかったことに起因する、社会生活への参与を妨げる障壁を、不服の主たる対象としていた。政府は、適切な措置を採ることを怠っていたのであろう。にもかかわらず、人権法院は、人権条約8条への違背と看做すことを拒否した。この判決は、1990年2月21日の *Powell et Rayner* 事件判決において確認され、最終的に承認された。同判決は、原則的判決（*arrêt de principe*）として通用している。性転換の問題についての近年の適用事例として、参照、C.E.D.H., 22 avril 1997, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni*, Série A, n°, § 41 同判決は、ある性転換者について、匿名ドナーが提供した精子の人工受精によってパートナーが出産した子供の父として民事身分証書へ記載することを認めなかった。参照、Fr. Rigaux, *Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées*, *R.T.D.H.*, 1998, p. 117 et s. 網羅的な研究として、参照、Fr. Sudre, *Les « obligations positives »...*, *op. cit.*, spéc. n° 29 et s., p. 378 et s.

一般利益という尺度から、比例性コントロールの浸透を例証するには、遡及的法律に関する争訟が役立つであろう。たとえば、ヨーロッパ人権裁判所は、制限された基本権と法律との間で、真の比例性コントロールを行うようになった。大抵の場合、2つの条文が援用される。第一が6条1項であり、同条項を根拠に、人権裁判所は「6条が規定する法の優越の原則ならびに公正な裁判の概念は、一般利益に関わるやむを得ざる理由（*impérieux motifs d'intérêt général*）がある場合を別として、立法権がある係争の裁判上の解決に影響を及ぼす目的で、司法行政に介入することを禁じている」<sup>187</sup>と判示している。第二に、ヨーロッパ人権条約第一附属議定書1条を根拠として、一般利益という尺度を用いて、比例性コントロールが行われている。たとえば、ヨーロッパ人権裁判所は、2005年10月6日の2つの判決によって、フランスを条約違反とし、患者の権利と保健システムの質に関する2002年3月4日法律1条を譴責した（*censuré*）<sup>188</sup>。追

<sup>187</sup> CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez, Dr. et patrimoine*, 2000, n° 80, p. 96 et 97, obs. Chr. Pettiti ; *D.*, 2000, *Somm. comm.*, p. 187 et 188, obs. N. Fricero. *Adde*, S. Bollé, *L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*, *R.F.D.A.*, 2000, p. 1254-1267 ; A. Boujeka, *Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme (C.E.D.H., 28 octobre 1999)*, *P.A.*, 8 juin 2000, n° 114, p. 21-31 ; B. Mathieu, *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle, A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC*, *R.F.D.A.*, 2000, p. 289-304.

<sup>188</sup> C.E.D.H., 6 oct. 2005, *Maurice c/ France et Draon c/ France*, *J.C.P. (G)*, 2006, II, 10061, note A. Zollinger et I, 109, n° 16, obs. Fr. Sudre ; *R.T.D. civ.*, 2005, p. 743 et s., obs. J.-P. Marguénaud et p. 798 et s., obs. Th. Revet. V. déjà, C.E.D.H., 9 déc. 1994, *raffineries grecques et Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, série A, n° 301-B ; C.E.D.H., 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera, S.A. et autres c/ Belgique*, série A, n° 332. *Adde*, C.E.D.H. 9 janvier 2007, *Aubert et autres c/ France*, *R.D.C.*, 2007, p. 477 et s., obs. A. Debet, à propos de l'article 29 de la loi du 19 janvier 2000 validant les heures d'équivalence effectuées de nuit par les salariés d'établissements de santé.

求された目的は、一般利益に関わるものでなければならず、講じられた措置は〔目的に〕比例していなければならないのである<sup>189</sup>。

私的利益もまた一般利益に寄与しており、一般利益はそれらの結合の帰結にすぎない、という見解から議論を開始するならば、今度は、私的利益間でのプラグマティックな調整という介入態様に力点を置かなければならない。私的利益は、一般利益の名の下に、基本権を媒介しているのである。

## 2°／私的利益相互間の衝突の解決

30. — 衝突する私的利益間での比例性コントロール — 基本権の増殖とともに、私的利益間の衝突も増加している<sup>190</sup>。そもそも、この種の衝突に直面しても、絶対的な形である権利を別の権利よりも優位に立たせることは困難である。言い換えれば、権利間に階層序列 (hiérarchie) は存在しない。それでも、衝突があれば、解決が要請される。この点について、比例性コントロールは、衝突する権利間で、ケース・バイ・ケースの、いわば状況に応じた調整 (conciliation contextualisée) を可能にする。具体例は多数ある。遺言の自由と婚姻の自由〔の衝突〕、表現の自由と私的生活の尊重に対する権利〔の衝突〕、財産権と住居を求める権利〔の衝突〕などである。

労働法が、例として役立つであろう。なぜなら、労働の自由あるいは被用者の私生活は、使用者の企業活動の自由 (liberté d'entreprendre) と衝突する。このとき、「何人も、人の権利ならびに個人および集団の自由に対して、達成すべき任務の性質によって正当化されず、追求された目的

に比例しない制限を課すことはできない」と規定する、労働法典 L. 1121-1 条 (2007年3月12日のオルドナンスにより修正された1992年12月31日第92-1446号法律) のような法律上の規定が拠り所とされる。将来的には、すべての契約条項が、この条文が規定する比例性コントロールに服することになるかもしれない<sup>191</sup>。

労働法における比例性コントロールは、ヨーロッパ人権条約の諸規定の直接的水平効 (effet horizontal direct) を通じて、国際的なレベルにも位置づけられる<sup>192</sup>。既に引用した *Spileers* 事件判決<sup>193</sup>において、破毀院は、転居条項 (clause de mobilité) は、企業の正統な利益にとって必要不可欠であり、かつ、〔正統な利益に〕比例していなければならない、と明言している。本件〔の条項〕は、これを満たさないものとされた<sup>194</sup>。

<sup>191</sup> この意味において、参照、N. Gavalda, *Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail*, *Dr. soc.*, 1999, p. 582-590. spéc. n° 52, p. 590 ; A. Lyon-Caen et I. Vacarie, *Droits fondamentaux et droit du travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 421-453, spéc. p. 448 et s. 一例として、次のような契約条項が挙げられる。「被用者が、雇用者に対して、自らの活動を排他的に提供する義務を負う」旨の条項は、「労働の自由を侵害する」。「当該条項は、企業の正統な利益の保護に不可欠な場合で、遂行されるべき任務の性質によって正当化され、かつ、追求された目的に比例する場合でなければ、有効ではない」(Cass. soc. 11 juillet 2000 (2 arrêts), D., 2000, I.R., p. 228 et 229 ; *Bull. civ.* V, n° 276 et 277 ; *Dr. et patrimoine*, mars 2001, n° 91, obs. P.-H. Antonmattéi. V. déjà, Cass. soc., 14 décembre 1999, *Dr. soc.*, 2000, p. 163-167, concl. J. Duplat, note J.-E. Ray.)。

<sup>192</sup> M. Mekki, *th. préc.*, n° 417 et ss.

<sup>193</sup> *Ibid.*, n° 912 et ss.

<sup>194</sup> その文言というよりもその考え方において同旨の判決として、破毀院社会部 1999年5月18日判決 (*D.*, 2000, *Somm. comm.*, p. 84 et 85, obs. M.-C. Escande-Varniol ; *Dr. soc.*, 1999, p. 734-736, obs. B. Gauriau) を挙げることができる。「雇用者は、労働契約を誠実に履行する義務を負っているが、困難な家庭事情を抱えていた被用者に対して、他の被用者を就けることも出来たポストに直ちに異動することを強いることで、当該条項を濫用的に用いた」。他の手段 (当該ポストに他の被用者を就けること) があったという議論は、条項の有用性および必要性と称される事柄を想起させる。同旨、Cass. soc., 10 janvier 2001, n° pourvoi V 98-46.226.

<sup>189</sup> この比例関係について、参照、C.E.D.H., 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, Série A, n° 52, § 69 ; C.E.D.H., *Pressos Compania Naviera S.A. et autres*, préc.

<sup>190</sup> 批判として、参照、Y. Lequette, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 171-196, spéc. n° 17 et s., p. 186 et s.

法の危機の徴表であるにせよ、過渡的状況の現れであるにせよ、比例性コントロールは、利益の衝突をプラグマティックに解決することを可能にする。しかしながら、利益の衝突のドグマティックな解決も、完全には消滅していない。

## B／衝突に対するドグマティックな解決の妥当性

31. — [利益の] 衝突のドグマティックな解決は存続している (1) が、この解決は、ときに、危険な形で、プラグマティックなコントロールを隠れ蓑 (paravent) としてその背後に姿を潜めている (2)。

### 1°／衝突に対するドグマティックな解決の存続

32. — 基本権 vs. 道德秩序 — 公的利益は、公的機関が定めるような超越的な一般利益であり、諸利益の衡量という手段によって、常に私的利益に押し付けられる、と考えることは誤りであろう。優越的と判定された価値の名の下に、いくつかの基本権を無視して行われた解決の例は数多い。たとえば、刑法において、基本的自由の侵害 (lésion)<sup>195</sup>は、社会秩序が「これに対して」反応するよう要請しないときは、許容され得る。すなわち、犯罪は、正当防衛または緊急避難という上位の定めによって、非犯罪化される (neutralisées)。ときに、一層危険な形で、いくつかの衝突の解決の背後に、道德秩序の回帰「という現象」がはっきりと見て取れる。国内法では、小人投げ (lancer de nain) 事件判決が、偏向の危険を最もよく示している<sup>196</sup>。人間の尊厳 (dignité humaine) の名の下に、行政裁判所の裁

<sup>195</sup> J. Rivero, *Une éthique fondée sur le respect de l'Autre*, in 1989. *Les droits de l'homme en questions*. La documentation française, 1989, p. 179 et s., spéc. p. 181 「国家の安全に対する侵害を別にすれば、大半の犯罪は人権の侵害以外の何ものでもない」とする。

<sup>196</sup> C.E. 27 octobre 1995, D., 1996, p. 177-180, note G. Lebreton ; *J.C.P. (G)*, 1996, II, 22630, note F. Hamon ; *P.A.*, 24 janvier 1996, n° 11, pp. 28 et ss., note M.-C. Rouault ; *R.F.D.A.*, 1995, pp. 1204 et ss., concl. P. Frydman : 「人間の尊厳の尊重は、公序の構成要素の一つである」。本件では、市長が、ディスコで行われる

判官は、背の低い被用者に対して、ディスコで行われる興業において放り投げられる役を務める可能性を否定した。この事件で主張された人間の尊厳という論拠は、善良な風俗や道德秩序の復活の一形態である<sup>197</sup>。いかにも可逆的であり、いかにも自由を侵害する (liberticide) 人間の尊厳を、これほど絶対的な仕方、労働の自由や自らの身体を処分する自由に対して優位に立たせることができるのであろうか。

道德秩序は、基本権および基本的自由に対する侵害を無制限に許すようなものであってはならない。だからといって、諸利益間のあらゆるドグマティックな解決を排除してはならない。共通善や社会正義の名において行われる場合には、ドグマティックな解決にも良い面がある<sup>198</sup>。

33. — 基本権と社会正義 — あらゆる社会は、価値の階梯 (échelle de valeurs) に支えられている。今日、この階梯が、基本権の増殖に脅かされている。この増殖が、個人の自律を過度に促進してしまう時が来るかもしれない。過激化された個人主義 (individualisme exacerbé) は、社会の内部破裂 (implosion sociale) を惹起し、各人があらゆる禁止を取り除く権利を要求するという事態が生ずるかもしれない。法は、個々人が有する一群 (corps) の基本権を、軸 (âme) なきままに足し合わせたもの (addition) にまで縮減されてはならない。ファーブル＝マニャン教授の明確な定式を再録しよう。「別の規範や別の法源 (教会や道德など) を法に優越させることが問題となっているのではない [...]。法規範が、人間の人間性 (humanité des êtres humains) に対して、とりわけ人間の理性に対してもたらず帰結を評価することが問題なのである。実際、法の人類学

---

限りで、小人投げを目的とする活動を禁じたことが問題となった。同様に、人間の尊厳は、ヨーロッパ共同体法院2004年10月14日判決 (une décision de la C.J.C.E. du 14 octobre 2004, *Dignité de la personne humaine et droit communautaire*, *Droit administratif*, 2005, comm. 11, P. Cassia.) によって、共同体法上の原則ともなった。

<sup>197</sup> 契約法の分野における総合的研究として、参照、*Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ?*, *Débats, R.D.C.*, 2005-4, p. 1273 et s.

<sup>198</sup> これを認めなければならないとしても、道德秩序と社会正義の間には、ときに境界が設けられなければならない。

的な機能 (*fonction anthropologique du droit*) によって、まさに共通善や社会正義が持つ一定の意義が、排除されている」<sup>199</sup>。

さらに、この主張を敷衍すると、基本権は、保持者 (titulaires) が処分することができ、また、放棄することさえできるかもしれない単なる個人の主観的権利としては認識されていない、ということがきわめて重要となる。実を言えば、個人は基本権の保持者ではない。個人は、法 (Droit) によって [付与された] 基本権の受益者なのである。基本権は、基本的価値に関わる権利 (droits des valeurs fondamentales) を具現化しており、それらを個人が放棄することができてはならないであろう。それ故、人に対して自傷行為または自殺を法的に承認するかのような、個人の自律に関するあらゆる思想は、まさしく基本権の否定であり、社会に関する超リベラル (ultra-libérale) で自由破壊的な (liberticide) 考え方に資することとなろう<sup>200</sup>。

社会正義に関する一定の考え方に基づくのでなければ正統に基礎づけないドグマティックな調整の次に、今度は、プラグマティズムを僭称する議論 (raisonnements faussement pragmatiques) の背後に潜むドグマティックな選択の再流行 [の様子] を観察することとしよう。

## 2°／ 衝突に対する偽りのプラグマティックな解決の危険性

34. — 偽りの比例性コントロールの危険性 — 危険なことに、比例性コントロールが、ドグマティックな、さらにはイデオロギー的な選択を隠す単なる言説に過ぎない状況に堕しているケースの増大が観察される。比例性コントロール、この場合、私的利益間、公的利益間、または私的利益と公的利益との間の衝突を解決するために問題となるそれは、実は幻想でし

<sup>199</sup> M. Fabre-Magnan, *Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale*, D., 2008, Chr., p. 31-39, spéc. p. 35.

<sup>200</sup> 以上を基に、個人としての自律を求める権利 (droit à l'autonomie personnelle) を承認したヨーロッパ人権法院2005年2月17日判決 (C.E.D.H. K.A. et A. D. c/ Belgique, 17 février 2005, JCP (G), 2005, I, 159, n° 12, obs. Fr. Sudre ; R.D.T.D. civ., 2005, p. 341, obs. J.-P. Marguénaud) に対して批判を表明することができる。

かない。裁判官は、非常にしばしば、但し立法者も同様であるが、比例性という安心感を与える言説を、付け鼻 (faux-nez) として用いている。

たとえば、憲法院の「十分な一般利益 (intérêt général suffisant)」を取り上げてみよう。この [コントロールの] 明確化は、一般利益に関わる追求された目的 (but d'intérêt général poursuivi) について行われる、憲法院の厳格なコントロールを正当化するはずである。ところが、実務においては、少なくとも現在の判例の状態では、全くそうっていない。憲法院は、[立法者に] 単なる理由提示義務 (obligation de motivation) を課すことで満足している。その逆効果として、一般利益は、一定の権利に対する侵害を正統化するために、隠れ蓑として、また、単なる言説として用いられさえしている<sup>201</sup>。憲法院は、実際には、実質的なコントロールを行っていない。憲法院が比例性コントロールに努めるのは、一般利益への過度の侵害を試みる立法者に対して、一般利益を振りかざすときである<sup>202</sup>。しかしその場合も、一般利益が不十分であると判断され、これに基づいて [法律が] 違憲とされることは稀である。

ヨーロッパ人権裁判所が一般利益に関わるやむを得ざる理由 [という基準] を用いて行う比例性コントロールについても、同様の観察が可能である。ヨーロッパ人権裁判所は、締約国が広範な評価の余地を作用させる根拠となる一般利益に関わる理由について、専ら軽度のコントロールを行っている。同裁判所は、立法者による一般利益の評価が「明らかに合理的基礎を欠く (*manifestement dépourvue de base raisonnable*)」ことが判明する場合でなければ、締約国が主張する理由について再検討すること

<sup>201</sup> この意味において、とりわけ参照、G. Merland, th. préc., p. 189 et s. ; 同く参照、C. Pérès, op. cit., spéc. n° 8 et s., p. 820 et s. ここでは、一般利益への依拠が立法者にとってほとんど説得力を持たないという意味で、「現実離れたコントロール (*contrôle désincarné*)」が語られる。日本の最高裁に関する研究についても、同様の結論が導かれている。すなわち、憲法13条の公共の福祉は、判事によってほとんどコントロールされることがない。立法者に広範な操作の余地が残されており、立法者がこの概念が意味すべきところを定義している。参照、Droit du Japon, p. 139

<sup>202</sup> 参照、M. Mekki, op. cit., n° 726 et s., p. 433 et s. ; 同旨、G. Merland, th. préc., p. 267 et s.

を自らに許していない。そもそも、そのような場合〔訳注：「合理的基礎の明らかな欠如」が判明する場合〕は実際には稀である。しかしながら、ヨーロッパ人権裁判所が下した近時の一判決によって、一つの希望がもたらされるかもしれない。この判決は、フランスを条約違反とするものであった。〔負債の〕償還表（*tableaux d'amortissement*）に関する2006年2月14日の *Carpentier* 事件判決<sup>203</sup>である。フランスは、適法化法律（*loi de validation*）〔訳注：旧法下において、不動産ローン（*crédit immobilier*）契約申込時に、貸主が償還表の提出をしない場合にサンクションを設けていたが、遡及的に適法化した（1996年4月12日法律第96-314号第87条）〕の正当化を目的として、一般利益に関わる理由として、「経済活動一般を危機に陥らせないために、銀行システムの財務上の均衡を保つ」必要性を主張した。ヨーロッパ人権裁判所は、この理由を不十分であると判断した<sup>204</sup>。

以上の比例性コントロールの付け鼻、すなわち論点先取りの虚偽（*pétition de principe*）に帰着する正統化言説は、それが必要でなかった場合にすら姿を現す。表現の自由の濫用がそのような場合である。表現の自由の行使が、私生活の自由や商業活動および工業活動の自由といった基本的自由を侵害する場合には、1881年7月29日法律により規定された犯罪の問題となるが、この法律は、排他的に（*de manière exclusive*）〔訳注：特定の事案のみに〕適用される。この法律が適用されない場合には、民法典1382条の一般法が適用される。しかしながら、この場合に、フォート（*faute*）は特異な形で評価される。というのも、判例は、表現の自由の濫用の証明を要求しているからである。その後、この〔表現の自由の〕濫用は、*Camel* 事件判決において、侵害の比例性という概念を参照しながら定義された<sup>205</sup>。民法典1382条とヨーロッパ人権条約10条を適用法条として、

<sup>203</sup> *R.D.C.*, 2006, p. 289 et s., obs. Th. Revet.

<sup>204</sup> 同旨、*C.E.D.H.*, 14 février 2006, *Cabourdin c/ France* ; 18 avril 2006, *Vezen c/ France* ; 2 mai 2006, *Sant-Adam et Millot c/ France*. これらすべての判決について、参照、A. Debet, obs. in *R.D.C.*, 2006, p. 879 et s.

<sup>205</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.489, P+B+I ; M. Mekki, *La parodie d'une marque de cigarette au nom de la lutte contre le tabac : quand la*

控訴院判決が破毀された。判決理由は、以下の通りである。「*CNMRT* 社は、若年層向けの一般的な〔喫煙〕予防キャンペーンの機会に配布された、健康に有害な製品であるタバコを吸うことの危険性を示すポスターや切手の中に、挿絵として、ユーモラスな形で、《キャメル》という商標のタバコパッケージのデザインに含まれる諸要素を利用した。これによって、*CNMRT* 社は、キャンペーンの趣旨に従って、すなわち公衆衛生という目的において、その趣旨に比例した手段により行動しており、表現の自由という自らの権利を濫用してはいなかった」。破毀院第二民事部2008年4月8日判決も、こうした〔目的・手段の〕比較（*rapprochement*）〔というコントロール手法〕を追認している<sup>206</sup>。しかしながら、こうした推論に基づいて様々な判決が下され際に、比例性コントロールは、実際には、純粹にドグマティックなものであった一つの選択を正統化するための隠れ蓑のように見えるものであった。すなわちそれは、公衆衛生に役立つように用いられた表現の自由に対して、優位性を付与するという選択である。公衆衛生のために役立てられた表現の自由が、商業活動及び工業活動の自由が媒介する経済的な考慮よりも優先すべきとされたのである。ここで主張したいのは、経済的自由が公衆衛生上の考慮以上の価値を有するというのではない。そうではなく、もしこの価値の階層序列が、公権力が採用するそれであるならば、これは透明性ある形での表明（*déclaration transparente*）の対象とされるべきであって、比例性コントロールという見せかけの背後に隠されてはならないのである。

35. — 結局のところ、基本権としての一般利益は、魅力的な言説でありレトリックであるが、時に欺瞞的なものとなる。別の文脈において、但し同様の発想の下に、一般利益に奉仕する契約、より広く表現すれば契約化もまた、公的機関が下した決定の正統性を強化するためのレトリックの一形態となっている。しかしそれは、まったく別の主題であるが。

---

*concurrence des idées l'emporte sur celle des produits, R.L.D. civ.*, février 2007, p. 16-22.

<sup>206</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.251 assoc. Greenpeace France e. a. *c/ SA SPCEA Areva*.

