

# 法律行為による基本権制約の限界

福 田 健 太 郎

1. はじめに
2. 公序良俗論の再構成
3. 3段階の統制
4. おわりに

## 1. はじめに

私法秩序を憲法秩序の中に取り込み、私法の解釈を国法体系の頂点に位置する憲法のコントロールの下に置こうとする見解が近時有力に唱えられているが<sup>1</sup>、現在の民法学の一つの大きな潮流を形成しつつあるとあってよい。これらの見解は、民法の解釈を憲法的価値によって正当化しようとするものであり、私法の独自性を強調する伝統的な立場から決別し、民法解釈の原理的な転換を志向するものといえる。

民法2条は「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」と規定しているところ、この2つの理念、とりわけ個人の尊重は憲法全体を貫く基本理念であることを考えると、民法自体が憲法的価値による正当化を求めているということができ、本来であれば同条が制定されたときにこのような動きが見られても不思議ではなかったが、伝統的な理解では、同条が解釈の標準として意味を持つのは主として家族法の領域においてであるとされていたこともあって<sup>2</sup>、憲法を民法全体の解釈基準として捉える見解が登場するにはなお時間を要した<sup>3</sup>。憲法と民法の関係について、民法学の側において本格的な議論が始まったのは1990年代に入ってからである。

---

<sup>1</sup>基本権保護義務の観点から議論を展開するものとして、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (1) (2・完) 私法関係における憲法原理の衝突」論叢133巻4号1頁以下、133巻5号1頁以下(1993年)があり、憲法と民法の階層秩序に着目してこの旨を述べるものとして、潮見佳男『民法総則講義』5-6頁(有斐閣・2005年)がある。

<sup>2</sup>我妻栄『新訂 民法総則』30頁(岩波書店・1965年)、幾代通『民法総則 [第2版]』12頁(青林書院新社・1984年)など。

<sup>3</sup>むしろ、同条については、私法の自由主義的法思想を理念として宣言した点に意義を見出していたように思われる(我妻・前掲注(2)29頁)。

憲法と民法をめぐる近時の議論は、特に公序良俗領域におけるそれを中心に発展してきた<sup>4</sup>。ここでは、類型論を基礎にした伝統的な公序良俗論が批判され、なぜ公序良俗違反になるのかという根本的な問いを基礎にして、従来並列的になされてきた分類が見直された。そして、第三者による侵害から個人の基本権を保護するために国家は積極的な措置をとらなければならないとする基本権保護義務の考えのもと、公序良俗規範が問題となる場面を4つに再分類する枠組みが示されるに至っている<sup>5</sup>。法令型 政策実現型公序良俗や裁判型 基本権保護型公序良俗などと呼ばれるものがそれであるが、これらの分類を通じて、公序良俗論に関する理論的な枠組みは着実に整理されてきているといえる。

ところで、憲法によって保障された基本権が法律行為を通じて他の私人によって制約ないしは侵害されるとき、理論的にも実践的にも、どこまでが許される制約でどこからが違法な侵害となるかということが必然的に問題となる。この点について、上記の見解は、私人間の紛争を基本権同士の衝突と捉えたうえで、どの程度の基本権の制約があれば裁判所が介入すべきなのか、また、その介入の程度はどの程度でなければならないのかということを基本的な視点として、具体的な衡量準則を提示しようとしている。過少保護の禁止と過剰介入の禁止という準則がそれである。

ところが、論者自身が認めているように、過少保護の禁止についての具体的な判断基準は、まだ十分には解明されていない状況にある<sup>6</sup>。過剰介入の禁止については比例原則という形で判断基準が既に確立されていることと対照的である。しかし、法律行為による基本権制約について、どこまでが許される制約で、どこからが違法な侵害となるのかは、まさにこの「過少保護の禁止」準則の適用場面である。また、法律行為の適法性を扱う際に、論理的な順序として第一次的に問題となるのは、過剰介入の禁止ではなく、過少保護の禁止の準則である。そうすると、「過少保護の禁止」準則について、具体的な判断基準を定立するための作業を行なうことは、今なお意義を有するものといわなければならない<sup>7</sup>。

本稿は、以上の問題意識をもとに、判断基準定立の準備作業として、フランスの議論を紹介するものである。フランスでは、近時、ヨーロッパ人権条約の私法領域への介入を通じて浸透してきている基本権への理解を背景に、裁判例の詳細な分析を通じて、許される基本権制約と違法な基本権

<sup>4</sup> 山本敬三『公序良俗論の再構成』1頁以下（有斐閣・2000年）[初出、「公序良俗論の再構成」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題 下巻』1頁以下（成文堂・1995年）]。もっとも、公序良俗の問題を憲法秩序との関係で論じようとする見解自体は既に1980年代に登場していた。そこでは、公序良俗違反が問題となる事案の分類基準を憲法規範に求める考え方が採られていた。米倉明「法律行為（29） 公序良俗違反の法律行為」法教72号60頁（1986年）。

<sup>5</sup> 山本・前掲注（4）57頁。

<sup>6</sup> 山本・前掲注（4）210頁 [初出、「基本権の保護と公序良俗」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第3巻 民事法』167頁以下（有斐閣・1999年）]。

<sup>7</sup> もとより、各論的には様々な基準が示されている。例えば、暴行行為論については、当事者の「関係・状況」と「利得」の大きさを中心的なファクターとし、これを相関的に考慮するという見解が主張されているし（大村敦志『公序良俗と契約正義』364頁 [有斐閣・1995年]）、退職後の競業避止義務についても、労働者の地位・職務が義務を課すのにふさわしいこと、前使用者の正当な秘密・情報の保護を目的とするなど、就業規則の必要性があること、対象職種・期間・地域から見て職業活動を不当に制約しないこと、適切な代償が存在すること、の4点を総合的に考慮する形で有効か無効かの判断が行われているとされる（土田道夫『雇用関係法（労働法概説）』244頁 [弘文堂・2004年]）。

侵害とを区別するための一般的な基準を提示する見解が登場している。実際の裁判例の分析を通じて判断基準を抽出するというアプローチを採っているが<sup>8</sup>、理論面からの検討とは両輪をなすものであり、参考になるものと思われる<sup>9</sup>。

## 2. 公序良俗論の再構成

まず、本稿の問題意識を鮮明にするため、基本権制約の限界について従来の学説がどのような見解を表明してきたのかということをご観する。この問題についての議論は公序良俗の土俵でなされることになるため、90条をめぐる議論を中心にみていくことになる。もっとも、公序良俗に関する議論の裾野は広く、その整理をするだけでも膨大な紙面を必要とするため、網羅的に採り上げることはできない。ここでは、本稿の問題意識に沿って、法律行為による基本権侵害がどこまで許されるかという視点から一般論を展開している学説を中心に、学説の状況を概観することにする。

### 2-1 従来のアプローチ

従来の公序良俗論は、我妻説に代表されるように、判例に現れた事案をいくつかの類型に分類し、整理するものが中心であった。ここでは、どのような行為が公序良俗に違反するものと判断されるのかという観点から、裁判例を、人倫に反するもの、正義の観念に反するもの、他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博する行為、個人の自由を極度に制限するもの、営業自由の制限、生存の基礎たる財産を処分すること、著しく射倖的なもの、に分類して紹介がなされていた<sup>10</sup>。問題となる事案を各類型に分類し整理するというこの傾向は、分類方法こそ異なれ、その後の学説にも引き継がれていった<sup>11</sup>。

これらの学説に共通することは、何が公序良俗違反かというところに重点が置かれ、その一般的な基準を定立することには慎重であったということである。むしろ一般的基準が立てられないところに公序良俗規範の意義を見出していったといえる<sup>12</sup>。

### 2-2 近時のアプローチ

このような動きに対し、1980年代から主張されている経済的公序論をも参考に、なぜ公序良俗違反なのか、すなわち、どのような理由があれば裁判所は憲法上の自由である契約自由を制限する

<sup>8</sup> 公序良俗規範は定型的な判断基準を抽出できないからこそ意義があるともいえるが、どういう要素がどの方向に作用するのかという方向性を提示することも予測可能性を確保するためには必要なことである。

<sup>9</sup> なお、どのような類型の紛争を念頭に置いた議論かということが問題となるも、本稿では、山本・前掲注(4) 63頁のいう裁判型・基本権保護型公序良俗を中心に検討することにする。

<sup>10</sup> 我妻・前掲注(2) 272頁以下。我妻類型の詳細とその問題点については、椿久美子「我妻類型とその現代的変容」椿寿夫・伊藤進編『公序良俗違反の研究 民法における総合的検討』89頁以下(日本評論社・1995年)などを参照。

<sup>11</sup> 現在の状況については、山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民商133巻3号17頁以下(2005年)に詳しい。

<sup>12</sup> 我妻・前掲注(2) 271頁は、「第90条は、抽象的規定であることがその生命である」とする。

ことが許されるのかということ、憲法秩序に遡って明らかにしようとする見解が現れている。山本敬三による一連の論稿がそれである。

本稿の問題意識と共通するところが大きいのがいわゆる裁判型 基本権保護型公序良俗であり、これはまさに憲法の私人間適用が問題となる場面に他ならないのであるが、論者はここで、第三者による侵害から個人の基本権を保護するために国家は積極的な措置をとらなければならないという国家の基本権保護義務を基底に据えて、具体的な衡量準則の確定に着手する。そこでは、問題となっている契約の拘束力をそのまま認めることが一方当事者Aの基本権に対する侵害を帰結し、過少保護の禁止に反することにならないか、また、そこでAの基本権を保護するために公序良俗規範を適用することが過剰介入の禁止に反することにならないか 他方当事者Bの基本権に対して過度に介入することにならないか という大まかな判断枠組みが示され、次にそれらの枠組みについて、具体的な判断基準が示されることになる<sup>13</sup>。

まず、過剰介入の禁止についてであるが、これについては具体的な判断基準がすでに確立しているとされる。行政法の領域で警察比例の原則として古くから認められてきた比例原則がそれであるが、論者によると、この比例原則は、適合性の原則 手段が目的の達成に適したものであることを要請する、必要性の原則 手段が目的の達成に必要不可欠であることを要請する、均衡性の原則（狭義の比例原則） 目的と手段が均衡を失っていないことを要請する の三つの部分原則を通じて具体化され、過剰介入の禁止に関する一般的な基準として機能するという。

ところが、もう一方の過少保護の禁止については、その判断枠組みが、日本においてはもちろん、ドイツにおいてもまだほとんど明らかにされていない。そこで、「何が『過少』な保護かは、侵害を受けているAの基本権だけをみていても決まらず、「その契約におけるAの基本権とBの基本権の衡量によって決ま」り、その際には「Aの基本権に対する制約の制度が大きければ大きいほど、Bの基本権を保護することの重要性が大きくなければならない」という、衡量時に必ず依拠しなければならない共通の原則に従わなければならないとする。そして、「Aの基本権がどの程度制約されるか」、「その契約をそのまま有効にすることによってBの基本権を保護することがどの程度重要か」という要素を衡量することで過少保護の禁止に該当するか否かを決しようとする<sup>14</sup>。

このように、法律行為による基本権制約がどの程度まで許容されるのかということについて、基本権という視点から判断基準を提示しようとする動きが登場してはいるものの、本格的な検討は今後の議論に委ねられているといえよう。

### 3. 3段階の統制

#### 3-1 総説

フランス民法典6条は「公の秩序および善良の風俗に関する法律は、個別の合意をもって除外す

<sup>13</sup>山本・前掲注(4)209頁以下。

<sup>14</sup>山本・前掲注(4)210頁以下。

ることはできない」と規定するが、契約の成立という観点からみると、立法者が一定の契約について有効性の要件を規定している場合を除いて、1108条に規定された要件以外の有効要件はない<sup>15</sup>。Larroumetによると、契約の公序良俗への合致は1108条の要件に統合されなければならない、もし公序が契約の成立に関して問題となるのであれば、その尊重がなされなければならないのは、*objet*や*cause*を通じてであるという。すなわち、当該契約が公序良俗に適合しているか否かを判断することができるのは*objet*と*cause*を通じてのみであるという<sup>16</sup>。実際、多くの概説書においては、*objet*や*cause*の項目で、契約の公序良俗適合性の問題が扱われている<sup>17</sup>。もっとも、概説書の中には、*objet*や*cause*と並んで、公序良俗を独立の項目として採り上げているものも見られる<sup>18</sup>。以下では、代表的な概説書における叙述を確認することにする<sup>19</sup>。

### 3-2 概説書の記述

多くの概説書は、契約の公序良俗適合性の問題について一般的な基準を立てることに消極的である<sup>20</sup>。そこでは、伝統的公序の問題として、国家や家族などの政治的公序に関する叙述が、また、現代的公序問題として、指導的公序や保護的公序などの経済的公序に関する叙述がなされ、それぞれについて判例の動向等が記されている。しかし、それ以上の段階に踏み込むものは少なく、わずかに濫用条項の問題に関して、法律の規定に沿った基準が提示されているにとどまる<sup>21</sup>。もちろん、何を以て公序良俗違反と判断するかということを一般的・抽象的に定義することは極めて困難なことであることを考えると、このような態度にも理由がある。それゆえ、学説の中には、抽象的な定式にこだわることは無駄であるとする指摘も見受けられる<sup>22</sup>。

<sup>15</sup>Christian Larroumet, *Droit civil*, tome3, *Les obligations*, *Le contrat*, 9<sup>e</sup> éd., Economica, 1996, n° 395 bis, p. 359.

<sup>16</sup>*Ibid.*

<sup>17</sup>Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil*, tomeII, premier volume, *Obligations, théorie générale*, 9<sup>e</sup> édition par François Chabas, Montchrestien, 1998, n° 245, p. 252; Alain Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1999, n° 158 et s, p. 105 et s; Rémy Cabrillac, *Droit des obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2004, n° 78 et s, p. 54 et s.

<sup>18</sup>Jacques Flour, Jean-luc Aubert et Éric Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 11<sup>e</sup> éd., Armand colin, 2004, n° 275 et s, p. 201 et s; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999, n° 347 et s, p. 344 et s; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Cours de droit civil, Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Éditions Cujas, 1999, n° 525 et s, p. 305 et s; Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 21<sup>e</sup> édition refondue, Presses universitaires de France, 1998, n° 68 et s, p. 137 et s (ただし、章題は「契約が社会的要求に適合していること」となっている); Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, *Droit civil, Obligations*, 2. *Contrat et quasi-contrat, Régime général*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 1986, n° 520 et s, p. 184 et s.

<sup>19</sup>フランスの公序論を紹介するものとして、後藤巻則「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」椿 = 伊藤編・前掲注 (10) 152頁以下 [初出、「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」法時65巻2号80頁以下 (1993年)]、難波譲治「フランスの判例における公序良俗」椿 = 伊藤編・前掲注 (10) 165頁以下 [初出、「フランス判例における公序良俗」法時65巻3号87頁以下 (1993年)] が挙げられる。

<sup>20</sup>François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *op. cit.* (note 18), n° 347 et s, p. 344 et s; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *op. cit.* (note 18), n° 525 et s, p. 305 et s. Christian Larroumet, *op. cit.* (note 15), n° 397, p. 363は、何が許され何が禁止されるのかというカタログを作ろうとしても無駄であるとまで言う。

<sup>21</sup>例えば、Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, *op. cit.* (note 18), n° 626 et s, p. 225 et s.

<sup>22</sup>Jacques Flour, Jean-luc Aubert et Éric Savaux, *op. cit.* (note 18), n° 276, p. 202.

このように、概説書レベルでは、フランスにおいても一般的な基準についてそれほど意識的に議論されているわけではない。現実問題として、特に経済的公序の領域においては立法の役割が大きく、その限りで司法判事の果たす役割が低下するため、かかる傾向もやむを得ないということもできよう。しかし、当然のことながら、司法の役割が重要であるということを否定するものは見られない<sup>23</sup>。

### 3-3 Julien Raynaudの所説

このような状況の中、法律行為によって基本権が侵害されている場合にどのように対処すべきなのかという問題について正面から議論する見解が現れている。Julien Raynaudによる研究がそれであるが、大要は以下のとおりである<sup>24</sup>。

現在、破毀院は、国内法秩序において、ヨーロッパレベルにおける基本権の反射効を確立しようとしている<sup>25</sup>。このような基本権の水平的な拡大傾向は、法律行為理論に対しても少なからず影響を与えつつある。もともと垂直的な側面しかもたない基本権が水平的な効果をもつと、法律行為と基本権が衝突する場面が出現することになる。それゆえそのための調整準則が必要となる<sup>26</sup>。すなわち、ここでは、個別的な解法リストを用意すること以上に、あらゆる場合に適用できる論証方法を提案することが問題となるのである。

論者はここで、許される基本権制約と容認できない基本権侵害とを分ける基準として、侵害の正当性、侵害の比例性、侵害の非本質性の三つを挙げる。基本権侵害が正当なものであるとは、問題となっている法律行為を正当化する適切な理由がなければならないということの意味する。それゆえ、この段階では、自由に対する行為の影響を検討することは問題とならず、非難される侵害を許す可能性があるかどうかを検討することが問題となるのである。探求すべきは、干渉を正当化する理由があるかということである。

侵害の比例性というのは、様々な領域で議論されているとおり、探求された目的に対して最も侵害の度合いが少ない手段が選択されなければならないという意味である。今日のヨーロッパ人権システムにおいても、比例性の要件は、④自由をもっとも侵害しない方法が選ばれるべきであるということ、また、⑤干渉が引き起こす損害は、それが生じさせる利益との関係で衡平であることを前提としている。

<sup>23</sup>Gérard Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 8<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1997, n° 504, p. 186は、「判事に課される問題は、私法関係において、法律行為が民事的自由に対して課す制限を有効にすべきかどうかということである」と述べるが、ここでは、基本権を制約する法律行為をどのように扱うかという問題が他でもない司法に課せられているのである。

<sup>24</sup>Julien Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n° 1 et s., p. 15 et s.

<sup>25</sup>V. Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mars 1996, JCP 1997,II, 22764, note Nguyen Van Tong ; JCP 1996, I, 3958, n° 1, obs. Jamin ; D. 1997, p. 167, note de Lamy ; RTDciv. 1996, p. 1024, obs. Marguénaud ; RTDciv. 1996, p. 580, obs. Hauser ; RTDciv. 1996, p. 898, obs. Mestre ; Cass. Soc., 12 janv. 1999, D. 1999, p. 645, note Marguénaud et Mouly ; RTDciv. 1999, p. 358, obs. Hauser ; RTDciv. 1999, p. 395, obs. Mestre. 最近でも, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 2006, N° de pourvoi 04-19349 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2006, D. 2006, 2887, note Christian Atiasなどがある。

<sup>26</sup>Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 88 ter, p. 122.

侵害の非本質性というのは、たとえ正当性・比例性という要件が充たされたとしても、それによって基本権の本質が侵害されている場合には、そのような制約は許容されないということを意味するものである。論者は、侵害が正当かつ比例的であっても、それが権利の本質を侵害するものであった場合、問題となっている自由の穏やかな侵害といえるのか、と疑問を呈する<sup>27</sup>。問題となっている基本権の完全な消滅と引換に与えられた正当な利益を完全に実現することを認める侵害類型を想像することができるため、この問題は、まさに提起される価値のあるものなのだとする。

この見解によると、三つの要件を充たした場合に初めて、問題となっている基本権制約が効力をもつものとして認められるというのであるが、基本権制約の限界について一般的基準を提示したのもので注目されよう。とりわけ、最後の要件は、従来あまり意識されてこなかった問題であっただけに興味深いものといえる。以下では、上記 ~ の基準について、Julien Raynaudの分析にそって細部を見ていくことにしたい。

### 3-4 侵害の正当性

ここでは、干渉を正当化する理由があるかということが問題となる。何をもって理由があるといえるかについては当然のことながら争いがあるも、具体的なケースで確認すると以下ようになる。1972年に判断されたケースでは、使用者が、安全上の理由から、グラインダーや穿孔器、帯鋸を扱う男性労働者に、長い髪を切るか、ネットに入れるよう要求した。労働者がそれを拒絶し解雇されたため、彼は個人の自由を侵害するものであるとして損害賠償を求めた。アルジャントゥイユ労働裁判所は労働者の請求を一部認めたが、パリ控訴院は、本件措置が労働者の安全確保のためのものであるとする使用者側の理由の正当性を認める方向で判断を下した<sup>28</sup>。

また、1997年には、アントニー小審裁判所が、危険な動物の保有を一般的に禁止したHLMの内規について判断を下すことになった。HLMの内規に、危険な動物を飼ってはならないという条項があったにもかかわらず賃借人がそれに従わなかったため、賃貸人が解除を請求したという事案で、ここでは、かかる内規が、特別法である1970年7月9日の法律10条<sup>29</sup>に抵触しないかということが問題となった。賃貸人は動物保有の禁止を正当化するため、内規の目的は、あらゆる攻撃を予防し賃借人の安全に配慮することであり、アメリカン・スタッフオードシャー・テリアやロットワイラーなどが危険な動物で人になつきやすい動物でないことは明らかである、と主張した。小審裁判所は、種類や攻撃性を考慮せず人になつきやすい犬の保有を賃貸人は禁止することができず、あらゆる犬の危険性のみに依拠して一般的禁止を規定する内規は1970年7月9日法の制裁を免れな

<sup>27</sup>Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 269, p. 279.

<sup>28</sup>CA Paris, 15 févr. 1972, *L'informateur du chef d'entreprise* 624, p.435. パリ控訴院は、そのうえで、結論を留保し、長髪であることが本当に事故の危険を有するものなのかということ等を調査するため、鑑定人を選任した。

<sup>29</sup>居所での動物保有を禁じる条項はすべて、それが人になつきやすい動物 (animal familier) に関わる限りにおいて、書かれないものとみなされるとする。Loi 70-598 9 Juillet 1970 ; Loi modifiant et complétant la loi du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel.

いとして、「危険性」に基づく規制を書かれないものとした<sup>30</sup>。

Raynaudは、この2つのケースの分析を通じて、裁判例において、法律行為に由来する侵害の正当化が、基本権を侵害する「利益」の正当化を経ていることを明らかにする。そして、かかる利益は正当なものであると同時に現実的なものでなければならないとする。以下、順に見ていくことにする。

### 3-4-1 正当な利益の存在<sup>31</sup>

#### 3-4-1-1 立法による準則

正当な利益の存在は基本権制約の正当な理由となりうるが、それはしばしば主観的なものであるため、示された利益が正当なものかどうか判断することは困難である。この点、立法者があらかじめ基本権に対する制約を正当化する利益を示していれば、基本的には立法者の立場に従えばよい。例えば、公衆衛生法典L.1121 - 5条は、得られる利益が予見しうるリスクを正当化する等の場合を除いて、妊婦や産婦に対する医学的検査を認めていないし、民法典16 - 10条は、「医学目的もしくは科学研究のためにしか」人の特性についての遺伝的検査を認めていない。また、労働法の領域では、労働法典L.122 - 35条が「内部規則は、達成すべき仕事の性質によって正当化されない制限を、人格の権利、個人の自由、集団の自由に対して課することができない」としている。すなわち、「達成すべき仕事の性質」が基本権を制約する正当事由となっているのである。もっとも、全ての立法準則が必要な基準を提供しているわけではないため、立法に頼らずに必要な準則を導き出すことが求められることになる。

#### 3-4-1-2 一般的な準則

基本権制約を正当化するいくつかの場面を抽象的に提示することは可能であるが、そのなかでもっとも異論が少ないと思われるのが、「問題となっている制約が、それを受けた人の利益を考慮して、不問に付される場合」である<sup>32</sup>。この場面においては、ある者Aが別の者Bの基本権を制約したとしても、その制約がBの利益に直結する。例えば、医療契約などは、基本的に人体に関するものであるが、それは身体の完全性を侵害されるように思われる者の健康を回復させる目的を有している。企業内部においてなされる一定の強制についても同様である。例えば、一定の衣服の着用義務などは、一見個人の自由を侵害するもののように思えるが、危険な機械の操作に起因する危険から労働者を保護する目的を持っている場合が多い<sup>33</sup>。すなわち、そこで探求されているのは、身体の完全性尊重に対する権利の保障である。

<sup>30</sup>TI Antony, 5 mai 1997, *Gaz. Pal.*, 2, p. 507, obs. Serge Pautot. もっとも、本件については、賃借人の保有する犬が他人に著しい損害を与えていたため、賃貸借契約上の義務違反を理由に解除請求が認められている。

<sup>31</sup>V. Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 196 et s., p. 216 et s.

<sup>32</sup>Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 203, p. 222.

<sup>33</sup>CA Paris, 15 févr. 1972, *L'informateur du chef d'entreprise* 624, p.435.



### 3-4-1-3 具体的な適用例

(a) 具体例で確認してみよう。まず基本権侵害を正当化しない場合である。免責条項等に代表されるところの行き過ぎた利益追求と、人種差別の問題について見てみることにする。

まず、<sup>34</sup> についてであるが、人体に生じた損害に対する責任を負わない条項が例として挙げられる。本来であれば負うことになる賠償義務をあらかじめ特約で排除しておこうとするものである。

では、この場合に損害賠償義務を逃れる者の利益は、基本権<sup>35</sup> ここでは、損害賠償を受ける権利

に対する侵害を正当化することができるものなのであろうか。この点について、現在では、何人もその身体の尊重を受ける権利を有するとする民法典16-1条は有力な判断材料になるが、裁判所はこの規定ができる前に、既にこの種の規定を激しく非難していた。トゥールーズ控訴院は、いかなる事故があっても保証しない旨の掲示がアトラクション（乗り物）の乗車口に記載されていたという事案において、「人体の完全性は合意の対象として考えることはできず、そのような条項は価値がない」として、免責を主張する控訴人らの主張を退けたのである<sup>34 35</sup>。

次に、<sup>36</sup> についてであるが、遺言書の追記に、受贈者がユダヤ人と結婚した場合は贈与を取り消すと規定していた事件が例として挙げられる。セーヌ民事裁判所は、「この規定は、受遺者が自ら選んだ者と婚姻する自由を侵害するのみならず...1946年10月27日フランス共和国憲法がもたらす公序準則をも侵害するものである。憲法は、フランス人民が新たに、何人も人種・宗教・信条の区別なく、不可譲かつ不可侵の権利を有すると宣言したと規定している」と述べ、遺言に挿入されたこのような条件は無効であるとした<sup>36</sup>。

(b) では、逆に、正当な利益とは具体的にどのようなものを指すのであろうか<sup>37</sup>。民法典16-4条4項は、「遺伝病の予防と治療を目的とする研究は別として」と規定しているが、ここから、健康の維持は基本権の制約を正当化する利益となることがうかがえよう。ここでは、体調を改善させるために個人の身体の完全性を（一時的に）傷つけることはより価値のあることなのかということが問題となっているのであるが、瀕死の人は、明らかに、人間であることに固有の自由を享受することができないのであるから、健康の保護というのはその正当性に疑いのかからない目的といえる。前述のような人体への干渉を目的とする合意も、それが生命・健康の保護を目的とする限りにおいて正当化される。民法典16-3条が述べる「医学的な必要性」とは、この趣旨をいうものである。

安全の確保についても同様のことが言える。人の安全を守るという目的は正当と評価されるに値する。安全がなければ、基本権の具体的な行使も危ういものになるからである。安全の確保はそれ

<sup>34</sup>CA Toulouse 23 oct. 1934, D. P. 1935, 2, p. 49, note Léon Mazeaud. V. aussi CA Paris, 23 déc. 1985, Gaz. Pal. 1986, 2, somm, p. 441. ただし, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984, 1, p. 384, note François Tarabeux ; D. 1984, IR, p. 486, note Gabriel Baronは、レガッタの主催者が小棧橋と可動式浮き棧橋との間に夜間灯りなしで距離があるまま放っておいたため、参加者が転倒して怪我をしたという事案において、重大なフォートがあれば免責条項を援用できないと判示している。重大なフォートがなければ免責条項は有効であることを前提にしているように思われる。

<sup>35</sup>V. TGI Paris, 3 juin 1969, Gaz. Pal. 1969, 2, p. 57, note A. T ; CA Lyon, 27 juin 1913, D. P. 1914, 2, p.73, note Henri Lalou.

<sup>36</sup>T. civ. Seine 22 janv. 1947, Gaz. Pal. 1947, 1, p. 67.

<sup>37</sup>V. Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 216 et s, p. 233 et s.

ゆえ、労働権を含め様々な自由の制約を正当化する理由となる。とりわけ核関連施設において、この要請は強くなる。コンセイユ・デタは、緊急の場合には身体強制を伴う義務を課す業務通達が問題となった事案で、当該通達の規定は、危険な核生産物の取扱いに特化された。それゆえ、継続的に機能しなければならない。工場に適用される安全措置について規定するものであるから、「企業労働者のストライキ権行使に影響を及ぼしたとしても」そのような規定は労働法典L.122 - 34条が定義する内部規則の適用領域内にあるとして、当該規定が内部規則として規定されることを認めた行政の決定を是認した地方行政裁判所の判断を支持した<sup>38</sup> <sup>39</sup>。

### 3-4-1-4 判断の限界

しかし、当然のことながら、判断が難しいケースも存在する。Raynaudは、この点について、1978年5月19日の破毀院大法廷判決<sup>40</sup>を例に出して問題点を指摘している。カトリック系の私立学校に勤務していた女性教諭が離婚しその後再婚したため解雇されたという事案であるが、教諭側は、婚姻の自由や信教の自由といった憲法上保障されている基本的自由を私生活の場において行使したことを理由とする解雇は誤りであり、学校の宗教的性格は婚姻の自由に対する侵害を正当化する十分な理由とならないと主張した。これに対して、破毀院は、「職務上必要な例外的な場合を除いて、使用者は婚姻の自由を侵害してはならない」という一般論を提示しつつも、本件契約において、学校側の宗教的確信は教諭も認識しており、契約に自発的に組み込まれたものといえるから、この状況は教諭に対抗できる例外的な場合に当たるとした。そのうえで、使用者側のフォートは教諭が立証しなければならないところ、「学校は、その固有の性格と評価を維持し、企業の適正な歩みを守るために行動したのであり、控訴院は、学校がいかなるフォートも犯さなかったと判断することができた」として破毀申立を退けた。

ここで注目すべきは、Robert Schmelck首席検事の論告である<sup>41</sup>。Schmelckは、第二の婚姻が

<sup>38</sup>CE 29 déc. 1995, statuant au contentieux N° 159167.

<sup>39</sup>事案の特殊性を考慮して、基本権制約が正当化されることもある。ある男性がオペラにコーデュロイのズボンと半袖の開襟シャツを着用して入場しようとしたところ、チケットに記載されていた夜会用礼服を着用していないという理由で入場を拒否されたという事案で、エクサン・プロヴァンス大審裁判所は、「チケットに記載されていた『夜会用礼服着用』という注意書きは、確かにタキシードや燕尾服を着用することを義務付けるものではないが、上演されるトーンと調和する服装、ここでは少なくとも『平服』（ダークスーツに白いシャツ、ネクタイ）を着用することを要求して」おり、「これらの夕べは、優雅で通の雰囲気をも望む世界中からの音楽好きを魅了するものであり、『大衆』の祭典ではなく、『選ばれた人々』の祭典なのである」から、原告は劇場内に普段着で入場させることを主張する根拠を欠くとした（TGI Aix-en-Provence 6 déc. 1968, Gaz. Pal. 1969, 1, p. 111, note A.T.）。ここでは、自由な服装を選択する権利あるいは服装で差別されない権利の侵害が、「正装した夕べの威信を維持するという正当な関心」（Gérald Cornu, obs. sous TGI Aix-en-Provence 6 déc. 1968, RTDciv. 1969, p. 354.）により正当化されたといえるのである。賃貸借の事案においても、パリ控訴院は、不動産の調和と美観を正当な動機と判断した。事案の詳細は不明であるが、外国人賃借人が自国のテレビ放送を受信するため賃借物件にパラボラアンテナを設置しようとしたと思われる事案において、裁判所は、賃借人が「不動産の正面に設置されるパラボラアンテナによって間違いなく侵害される不動産の調和と美観を、重大かつ正当な動機として援用することができる」と判示した（CA Paris 28 mars 1995, D. 1996, Sommaires Commentés, p. 379, obs. Centre de recherche de droit privé, L'université de Nancy II. Egalement CA Paris 16 déc. 1999, D. 2000, IR p. 49.）。

<sup>40</sup>Cass. Ass. Plén. 19 mai 1978, D. 1978, p. 541, concl. Robert Schmelck, note Phillippe Ardan.

<sup>41</sup>Robert Schmelck, concl. sur Cass. Ass. Plén. 19 mai 1978, D. 1978, p. 541.

現実的に施設固有の教育目的を危険に晒すということが証明されていない以上、使用者が夫婦結合の不可解消性という教会法準則と結びついたカトリック施設であるという事実だけで、婚姻の自由という公序原則に違反しているということを認め、再婚したという理由で労働者を解雇することは相当ではない、と主張した。まさに、ここでは、現実的利益が正当性判断の重要な要素となっているのである。

### 3-4-2 現実的利益の要求

基本権制約を正当化する際に現実的利益を要求することは、正当な利益の要求を客観化し、偽りの正当化を暴くことに繋がる<sup>42</sup>。まず、<sup>43</sup>についてであるが、ここでは1994年のパリ控訴院判決が参考になる。ある内縁カップルが共同で靴屋の支配人として従事するという労働契約が結ばれた企業と男性間、企業と女性間でそれぞれ契約が締結されたが、この契約にはカップルの一方が別居した場合はもう一方の契約も解除されるという内容の条項が含まれていた。そこで、このような条項は別居の自由等を侵害するものではないかということが争われた。労働法典L.120-2条は、従来判例法理を確認する形で「何人も、達成すべき任務の性質によって正当化され得ない、そして目的と比例しない制限によって、人格権あるいは個人・集団の自由を侵害することができない」と規定するが、本件では、使用者側が、達成すべき任務の性質<sup>44</sup>本件では、支店の健全な共同経営を確保すること<sup>45</sup>を援用することができるかが問題となった。パリ控訴院は、会社の利益の現実性が欠けているとして、かかる条項を無効とした<sup>43</sup>。使用者は、店の規模が一組の支配人を必要としているということ<sup>46</sup>を正当化できなかった。

また、基本権制約を正当化するために架空の正当な利益が主張されることがしばしば見うけられる(前記の問題)。それゆえ、「現実性の要求」はここでは偽りの正当化を暴くという機能を果たすのである。すなわち、正当な利益という文言がマジックワードとなって恣意的に基本権侵害が正当化されることを防止しているのである。パリ控訴院1963年4月30日判決が参考になる。航空会社が女性客室乗務員に対して原則として独身であることを義務付けるいわゆる独身条項の有効性が問題となった事案である。航空会社は、客室乗務員の仕事は通常の家族生活と両立しない等、様々な主張を行った。そして、これらは一見すると正当な目的と評価することも可能なものであった。しかし、控訴院は、競合他社は既婚者でも雇用しておりそのような弊害は生じていないとし、そのうえで、かかる独身条項に含まれている、妊婦の解雇を禁止するという刑事制裁を伴う公序に関する法定の規定を避けることという隠された目的を暴き、航空会社側の主張を退けた<sup>44</sup>。すなわち、提出された正当化理由は現実的なものではないとしたのである。

このように、現実的利益を要求することは、結果として、偽りの正当化を排除することに繋がる。

<sup>42</sup>V. Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 225 et s., p. 239 et s.

<sup>43</sup>CA Paris 10 mars 1994, D. 1994, IR, p. 139. 労働契約の領域では、基本権を侵害するための現実的利益の要求は、多くのケースにおいて、解雇の現実的理由の要求に相当する。

<sup>44</sup>CA Paris 30 avril 1963, D. 1963, p. 428. V. Pierre Voirin, "Marion pleure, Marion crie Marion veut qu'on la marie" A propos de l'arrêt de la cour de Paris du 30 avril 1963, D. 1963, chron. p. 248-249.

しかし、問題となっている利益が現実的なものか否かを判断することは容易ではない。この点に関して、現実の裁判例に即していうと、例えば、ランス控訴院が、競業禁止条項は「その職業的知識、企業内の役割、与えられた責任によって、労働者が、使用者の競争相手となり得る者に特別の専門的能力を届けることができるということが立証される場合にしか有効にならない」<sup>45</sup>と指摘しているように、現実的利益といえるか否かは当該利益に「現実的な危険」が切迫しているか否かということによって判断できるように思われる。破毀院も、「労働者の職務に鑑みると、競業禁止条項は企業の正当な利益保護に不可欠のものであるとは言えない」<sup>46</sup>として、現実的危険の存在が競業禁止条項の有効性判断の前提となるということを確認しているように思われる。すなわち、ここでは、「企業にとって特別の競争上の危険」<sup>47</sup>が必要とされているのである。従って、労働者が「下級職についており、競争相手の通常の職務執行の範囲において旧使用者にとって打撃となる特殊で秘匿性のある情報へのアクセスを有していな」ければ、競業禁止条項は無効なのである<sup>48 49</sup>。

### 3-5 侵害の比例性<sup>50</sup>

(a) 次に比例性(比例原則)の要件について検討する。比例原則の歴史は古く、その淵源はローマ法にまで遡ることができるが、直接的にはプロイセン一般ラント法に適用されてからの警察法・行政法領域において発達してきた概念である<sup>51</sup>。フランスにおいても、労働法典L.120-2条に代表されるように、実定法のレベルで比例原則が取り込まれている<sup>52</sup>。Raynaudによると、この基準は当該制約手段が必要最小限度のものか、すなわち不可欠なものかというところで問題となる。ここでは、探求された目的を達成するためのより侵害的でない他の方法が存在するときは、当該基本権制約は比例的ではないということを確認することが重要である。既に、公法の領域では、「比例原則は、自由の行使の統制を...社会調和や公序の保護に厳格に不可欠なものに限定することにある」

<sup>45</sup>CA Reims 7 janv. 1980, JCP 1980, éd. E, p. 280.

<sup>46</sup>Cass. soc. 14 mai 1992, D. 1992, p. 350, note Yves Serra.

<sup>47</sup>Jacqueline Amiel-Donat, note sous Cass. Soc. 14 mai 1992, JCP 1992 II, 21889, p. 248. Yves Serra, La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 1996, chron. p.246は、dangerositéという文言を用いる。

<sup>48</sup>Cass. soc. 13 janv. 1999, N° de pourvoi 97-40023.

<sup>49</sup>危険の存在は、ある条項が予防的に作用する際にも必要となる。例えば、盗難の危険を防止するために所持品等の検査が許されるかという問題で、コンセイユ・デタは、問題となっている企業は、金属工業・貴金属化学に特化された企業であるから、「盗難という個別の危険が存在し、たとえ金属の存在を感知する装置による職員の統制は人格権を侵害するものであるとしても、その侵害は、この場合、盗難防止という特殊な必要性によって正当化される」と判示し、内部規則の目的の正当性を盗難の危険に関連させて評価した(CE 8 juil. 1988, statuant au contentieux N° 71484, 71542.)。逆に、危険が単なる可能性にとどまっているだけでは十分ではない(CE 17 juin 1987, statuant au contentieux N° 32805.)。存在しない危険のための保険がcauseを欠くのではないかと言われている(Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *op. cit.* (note 18), n° 511, p. 300, note 1.) のと同様に、危険に基づかない基本権制約は、現実的利益の要求に応えるものではないのである。

<sup>50</sup>V. Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 244 et s, p. 257 et s.

<sup>51</sup>クラウス・シュテルン(小山剛訳)「過度の侵害禁止(比例原則)と衡量命令(1)」名城44巻2号159頁(1994年)。

<sup>52</sup>ヨーロッパ人権裁判所判例との関係でも検討すべき点が多い。Anne Debet, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz, 2002, n° 389 et s, p. 379 et s.

と述べられているところであるが<sup>53</sup>、私法の領域でも、破毀院が不可欠性という文言を用いて事案の解決に当たる例が見うけられる。ある企業の企業委員会が休暇手当ての分配方法を変更し、前年度の所得税申告書を要求するようになったため、この措置の是非が争われたという事案で、破毀院は、「所得税の申告書は本質的に嫡出・非嫡出という家族状況、財産状況、負債状況といった情報を含むものである」という控訴院の判決を引用し、このような申告書は休暇手当ての分配のために不可欠のものではないとして、かかる取扱いを民法典9条違反とした<sup>54</sup>。不可欠性の要求は常に明示されているというわけではないが、判断の基礎に据えられていることは確かである<sup>55</sup>。

(b) 基本権制約が正当な利益の保護のためになされ、それが必要最小限度の手段を用いてなされたものであったとしても、当該手段によって制約される利益の程度が保護される利益のそれと比べて過大であれば、当該制約は比例的とはいえない。他の手段と比べるだけでなく、当該手段によってもたらされる不利益と被保護利益との関係も問題とされなければならない。すなわち、比例的であるためには、当該制約が不可欠か否かというだけでなく、問題となっている制約が衡平であるかということも重要な要素となる。

このような衡平性についての基本的な発想は、それ自体、古くから指摘されていることである。破毀院は既に1920年の時点で、この発想を判決文中に示している。すなわち、顔から産毛を除去するために放射線療法を施したところ顎の皮膚に完治不能の損傷を与えてしまったため損害賠償請求がなされたという事案において、産毛除去という僅かな結果のために、この身体の不完全性をより悪化させるリスクを患者が負うことは全く要請されず、医師は患者の要請を拒絶すべきであったとした原判決を支持し、医師からの破毀申立を退けた<sup>56</sup>。判決が行った利益と危険との比較は、まさに比例的コントロールについて述べたものといえる。そして、この考えは近時では競合避止条項の領域にまで拡大してきている。1994年1月4日の破毀院商事部判決が、「3年間、ヴェルサイユ市役所から直線距離で半径30キロメートル以内においてはタクシー業務をしてはならない」とする条項について、「問題となっている条項が、たとえ時間的・場所的に制限されているとしても、契約の目的に照らして比例性を欠くかどうか調べることもなく判断を下した」控訴院はその判決に適法な基礎を与えていないとした。ここでは、比例性判断にあたって、当該競業避止条項によって生じる不利益と、生じる利益とを比較衡量する必要性が説かれている<sup>57</sup>。すなわち、前者の程度は

<sup>53</sup> François Julien-Laferrrière, *L'État de droit et les libertés*, in *Mélanges Jacques Mourgeon, Pouvoir et liberté*, Bruylant Bruxelles, 1998, p. 173.

<sup>54</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1984, Bull. civ. I, n° 176.

<sup>55</sup> 例えば、労働法領域においては、労働者の長期の疾病（による欠勤）が解雇の正当な理由となりうることを破毀院も限定的に認めているが、それは、かかる欠勤が人員の交代を不可避免的に生じさせることになると評価されるからである（V. Cass. soc. 13 mars 2001, D. 2001, p. 2239, note Harold Kobina Gaba.）。ここでは、契約関係の解消が不可欠であるときに、私生活尊重の権利に踏み込んでいく可能性が認められている。しかしながら、このような対応は、もし一時的な配置転換で事が足りるのであれば、比例性の要件に合致していないということになる。それゆえ、裁判所には、企業が置かれている客観的状況の「深刻さ」を評価することが要請されているのである（V. Cass. soc. 16 juil. 1998, N° de pourvoi 97-43484.）。V. CA Paris, 15 févr. 1972, *L'informateur du chef d'entreprise* 624, p.435.

<sup>56</sup> Cass. civ. 29 nov. 1920, S. 1921, 1, p. 119. V. aussi 22 déc. 1947, D. 1948, p. 172.

<sup>57</sup> Cass. com. 4 janv. 1994, D. 1995, p. 205, note Yves Serra. 同趣旨のものとして、Cass. com. 9 nov. 1993, D. 1994, somm. comm. p. 220.

後者の程度を超えてはならないとされているのである<sup>58</sup>。

このように、衡平性の要件は、比例性判断の際に不可欠のものとなっているが、当然のことながら、基本権制約によって得られる利益、損失をどのように評価するのか、またそれをどのように衡量するのかということについては判断が難しい<sup>59</sup>。しかしながら、このことは、一般論としても比例性の要件が基本権制約の限界を画する手段として妥当性を欠くということにはならない。比例原則自体は、法の一般原則として古くから活用されてきたものであり、Domatも「個人の間の自発的な約束は、その約束の使用を必要とする様々な必要性との関係で比例的でなければならない」<sup>60</sup>と述べ、比例的統制の必要性を指摘しているのである。

### 3-6 侵害の非本質性

#### 3-6-1 総説

Raynaudは、以上の二つの基準に加えて、侵害の非本質性というもうひとつの基準を提示している<sup>61</sup>。ここで問題となるのは、問題となっている行為が最初の二つの段階をクリアした場合、すなわち当該制約が正当で比例的である場合に、それだけでその制約が適法なものと評価されるのかということである。達成しようとする利益があまりに重要なものであるために、一方の基本権の消滅までもが正当かつ平衡とされる場合が観念できないわけではない。裁判所はまだこのような問題について十分咀嚼したうえで判断を下しているわけではないが、一部にこの問題を意識した主張がなされている事件も見うけられる。例えば、1993年5月6日のパリ控訴院判決の事案がそれであるが、ある不動産の共有規則では、当該建物でいかなる職業・商業を行おうが自由だが、音と臭い

<sup>58</sup> 逆にいえば、この要件を満たせば、基本権が制約することも可能となりうるということである。V. Jean Carbonnier, note sous Trib. Civ. de Lille 18 mars 1947, D. 1947, p. 507 et s.

<sup>59</sup> 原因の一つは、そのような利益・損失の評価が、仮定的な性質を有していることにある。とりわけ人体を目的とする契約が問題となっている場合に顕著に現れる。パリ控訴院1959年1月13日判決が参考になる (CA Paris 13 janv. 1959, JCP 1959, II, 11142, obs. R. Savatier.)。控訴院は、形成外科手術が問題となった事案で、「外科医は…患者の意思がどうであれ、手術によって患者が受けるリスクと期待できる利点との間にある明らかな非比例性を理由として、手術を拒絶すべきであった」と判断した。ここでは、利益、損失を厳密に評価することができないことを前提に、「明らかな」という一語を入れることで不都合性を回避しようとしたものと評価できるのである。もちろん、利益や損失、あるいはその間の衡平についての評価が大体において一致する場合も存在する。パラボラアンテナの設置が問題になったストラスブール大審裁判所1996年11月19日判決を紹介しよう。これは、マグレブ出身のカップルが、パラボラアンテナを個人でバルコニーに設置したところ、賃貸人であるOPHLMがこれに反対したという事案である。当該不動産に共通のケーブルネットワークを利用することもできたのであるが、それではアラブの番組を見ることができなかったため、不動産の外観を犠牲にしてパラボラアンテナの設置に踏み切ったのであった。OPHLMは、不動産の内的ネットワーク接続が整っている以上個人のアンテナ設置に反対することが出来るとする1966年7月2日の法律第457号 (当時) を盾にとったが、裁判所は、以下のように判断し、賃貸人側の請求を退けた。すなわち、表現の自由を保障するヨーロッパ人権条約10条には、情報收受の自由も含まれ、この自由を制限するためには、その制限が保護しようとしている権利の重要性と比較して比例的でなければならないところ、所有者のコントロールの下でケーブル敷設を促進するという所有者の利益は、カップルが受ける制約を正当化するほどには十分ではないとしたのである (TI Strasbourg, 19 nov. 1996, LPA N° 151, p. 25, note Luc Bartmann. 無記名の囲み記事によると、この種の紛争は現実には多いが、裁判例として公表されるものは少ないという)。

<sup>60</sup> Cité par Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *op. cit.* (note 17), p. 40.

<sup>61</sup> Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 267 et s, p. 279 et s.

と埃を出す商業だけは禁止されていた。当該建物でレストランを営もうと思っていた数名の共有権者は、かかる共有規則は商業の本質を奪うものであると主張した<sup>62</sup>。裁判所は正面からこの主張に応えることはしなかったが、この主張から問題の所在の一端を垣間見ることができる。

そうすると、ここでの問題の核心は、現実問題としてどのような自由制約が権利の本質を侵害しているものと評価されるのかということである。

### 3-6-2 本質部分の侵害

いかなる基準をもって本質部分の侵害と評価すべきなのかということについては争いがあるが、そのような行為があれば通常は本質的部分の侵害と評価されるというものと、通常は必ずしも本質部分の侵害とはならないが、その者との関係では本質的部分の侵害と評価されるものが観念できよう。Raynaudは、前者についてのアプローチを客観的アプローチ、後者についてのそれを主観的アプローチと名付けている<sup>63</sup>。

#### 3-6-2-1 客観的アプローチ

ここでは、通常であれば当該行為は基本権の本質部分を侵害するものとして評価されるというものについて検討することにする。この問題についても一般論として何らかの基準を立てることは難しい。しかしながら、基本権を完全に消滅させてしまうようなものがここに含まれることについて異論はないであろう。

例えば、独身条項や強制居住条項が挙げられる。前者は現在では1982年7月13日法によって禁止されているが、婚姻の自由の本質を侵害するものである。婚姻の自由は、個人に開かれた選択可能性の中にあるのであり、具体的には、公式に結合するのか、独身でいるのか、それとも内縁関係をとるのかPACSを選択するのかということを選択できるということの中にある。それゆえ、あらゆる結合を禁止することはこの自由を奪うことにほかならない。選択の余地を奪ってしまうという意味で、独身条項は、権利行使の際に主体に与えられている操作の余地の「制限」としては評価されないのである。同様に、強制居住条項も、ヨーロッパ人権条約第4議定書2条が保障する居所選択の自由を否定するものであるから、それは許容される「制限」とはならない。

基本権を完全に消滅させる別の例として、あらゆる訴権行使を禁止する条項が挙げられる。憲法院が、人権宣言16条と関連付けて、裁判に対する権利は基本権の特権を構成するとしているところである<sup>64</sup>。そして、このような条項が公序違反であるということについては、裁判例が示すとおりである。アンジェ控訴院は、1935年に、総会の決定に対して裁判所にいかなる不服申立もすることができないとする約款は公序に反するとしているし<sup>65</sup>、最近では、ヴェルサイユ控訴院が、すべての訴権を一般的に禁止する条項を公序違反と判示している<sup>66</sup>。破毀院も、すでに1863年の段階

<sup>62</sup>CA Paris 6 mai 1993, Rev. Droit immob. 1993, p. 413, obs. Pierre Capoulade, Claude Giverdon.

<sup>63</sup>Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 273 et s., p. 282 et s.

<sup>64</sup>CC 21 janv. 1994, D. 1995, somm. comm. p. 302.

<sup>65</sup>CA Angers 21 mai 1935, S. 1936, 2, p. 113.

<sup>66</sup>CA Versailles, 1<sup>re</sup> déc. 1988, D. 1989, somm. comm., p. 155.

で、「賃貸人が賃借人に賃貸物を使用・維持させる義務を負うことは、賃貸借契約の本質である」と述べ、「賃借人は、賃貸借期間中、賃貸人に対して損害賠償を請求することを、そして、賃貸人に対して、いかなる理由であれ裁判所に提訴することを放棄する」と規定する条項を非難している<sup>67</sup>。すなわち、賃貸人が履行を怠ったときに賃借人が有する「賃貸人を裁判で訴える権利」は賃貸借契約の本質から導かれる権利であり、この権利を排除することは、基本権の本質部分を侵害することになるのである。

### 3-6-2-2 主観的アプローチ

労働に対する権利の制約については、かつてPicが述べたように「それぞれの事例において、問題となっている合意が、仕事をして生きていくために不可欠な最低限の自由を尊重しているかいないか探求すること」が必要である<sup>68</sup>。労働に対する権利について、侵すことのできない本質があるとするれば、それはまさにこの最低限度の自由といえよう。もっとも、社会には様々な人が存在するため、客観的には同程度の制約を課せられたとしても、その制約が当該個人の基本権に与える影響は異なる。それゆえ、ある特定の者についてのみ、基本権の本質部分の侵害となる場合が存在しうる。極論すれば、完全に同じ二つの契約に現れている同じ条項の効力が、個人Bに対してと個人Aに対してとで異なるということがある。このような条項の効力は、制約される側の事情によって大きく左右され、制約主体の意図とは無関係であるため、制約主体が当該制約は労働の自由に対する許容される範囲内の制約と考えていた場合でも、本質部分に触れている場合がある。

破毀院審理部は、かつて、「本件の事実の下では、この条項は、その効果において、植民地と4年の期間に限定されているが、商業・産業の自由に反するのみならず、人間的自由と生存権を侵害するものである」としたインドシナ控訴院の判断を支持し、本質的侵害の考慮に好意的な判断を下したことがある<sup>69</sup>。

本質的侵害の問題について説明するのに最も適しているのは、競業禁止条項が問題となる事案である。例えば、1952年の破毀院社会部判決は、ある条項の規定が一定の期間、種類、部門に限定されていても、その条項が労働者をしてカメルーン国内であらゆる仕事を得ることを不可能にする場合には、違法となると示している<sup>70</sup>。また、1994年にパリ控訴院が述べたように、競業禁止条項は、いかなる場合でも労働者を失業に追い込んだり、排除したりする効果をもつものではない<sup>71</sup>。すなわち、活動して生きることを合意で禁止することは労働の自由の本質そのものを侵害するものとされているのである。

基本権の本質的侵害に関する最近の例は、不可譲条項についてのものである。所有権は憲法的価値を有する基本権であるが<sup>72</sup>、譲渡の自由は財産支配の最高の表現なのであるから、そこに極度の

<sup>67</sup>Cass. req. 19 janv. 1863, S. 1863, 1, p. 185.

<sup>68</sup>Paul Pic, note sous Cass. civ. 26 mars 1928, D. 1930, 1, p. 145.

<sup>69</sup>Cass. req. 17 mai 1911, S. 1913, 1, p. 253.

<sup>70</sup>Cass. soc. 18 oct. 1952, Bull. civ. IV, n° 736.

<sup>71</sup>CA Paris 25 oct. 1994, D. 1995, somm. comm., p. 207.

<sup>72</sup>Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 1995, D. 1995, somm. comm., p. 328.



制約を持ち込むことはできない。譲渡の自由を奪うことは、まさに所有権の本質的侵害といえるのである（民法典900 - 1条参照）。

### 3-6-3 本質的でない制約の具体例

違約金条項に関するものが挙げられる。違約金条項とは、労働者が受けた職業訓練にかかった費用を使用者が負担するかわりに、労働者は一定の期間仕事にとどまる義務を負い、あるいは、訓練にかかった費用を使用者に返還する義務を負うというものである<sup>73</sup>。労働者は契約を解消したければ違約金を支払わなければならないので、労働の自由に対する侵害といえなくもない。しかし、そのような条項は形式的には立法者によって禁じられていないし、労働者の訓練のために投下した、使用者の、投資に対する採算が取れるようにするという正当な関心によって正当化される<sup>74</sup>。また、この条項は、額と期間が明らかに過度でなければ比例的である。そして、本質性の問題について、仮に労働者が使用者の所に拘束されていても、活動を明白に妨げられるということにはならないのであるから、労働の自由の本質的な侵害という結論に至ることは難しい。別の所で専門能力を活用する可能性、企業を立ち上げる可能性が、条項の期間内において一時的に妨げられるにすぎないのである。

## 4. おわりに

以上に見たように、Julien Raynaudは、基本権の水平的拡散という現象を念頭におきつつ、膨大な数の裁判例を分析し、一定の衡量準則の抽出することに成功している。侵害の正当性、侵害の比例性、侵害の非本質性という判断基準がそれであるが、まず分析手法それ自体は積極的に評価されてよい。冒頭で述べたように、現実の裁判例から一定の規範を抽出する作業は、純粹に理論的な考察と両輪をなすものであり、その重要性に疑問の余地はないからである。

問題は、フランスの裁判例が果たして上記の3つの基準<sup>75</sup>によって説明できるのかということである。確かに、裁判例を（極めて限定的にはあるが）眺める限り、基本権制約の限界を定める基準として、当該制約が正当な利益を保護するためになされていることと、当該制約が目的との関係で比例的であることという2つの基準が存在し、また機能していることは疑いない<sup>76</sup>。しかし、非本質性の要件は、論者自身が認めているとおり、裁判例によって明示的に示されたものではないた

<sup>73</sup>Jean-Pierre Chauchard, Les clauses de dédit-formation ou le régime de liberté surveillée appliqué aux salariés, Dr. soc. 1990, p. 24.

<sup>74</sup>Jacqueline Amiel-Donat et Yves Serra, note sous CA Paris 3 mai 1984, D. 1985, p. 156.

<sup>75</sup>用語の問題にすぎないが、以上の基準は、基本権の制約を正当化するための基準であるため、ここでは「侵害」ではなく「制約」という文言を用いることにしたい。

<sup>76</sup>とりわけ、第一の基準は、RipertやArdantの指摘にも繋がるものである。Georges Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4<sup>e</sup> éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, n° 24は、法律の規定がなくても尊重されなければならない倫理法則があり、人は「正当な動機」(motif légitime) なくして生命・人格・自由を処分してはならないと述べ、Philippe Ardant, Les libertés du citoyen dans l'entreprise, Introduction au débat, Dr. soc. 1982, p. 428 et s, spéc. p. 431は、自由制約には正当な原因 (cause légitime) が必要だと説いている。

め、この要件を独立に認める必要があるのかということを慎重に検討する必要がある。

まず、非本質性の要件を認めるということは、本質的な侵害がなければ基本権の制約も許されるという結論を認める方向に行きかねない。わずかであっても、基本権に対する侵はすべて、制裁されるものであるということを信じなければならない<sup>77</sup>と述べる者もあり、この批判に応接することは不可欠である。

また、何をもって本質的と判断するかという基準自体が曖昧であることも否定できない。基本権を永続的に侵害する行為は基本権の本質を侵害するものと評価されやすいが、公衆衛生法典L.1231-1条の要件に基づく臓器提供が有効であることに争いはない。不妊手術についても、出産を不可能にするものであるから禁止されるのかということとそういうわけではない（公衆衛生法典L.2123-1条参照）。このように、とりわけ生命倫理が絡んでくる問題については、基本権に対する永続的侵害という点のみを根拠にして、本質性の要件を充足させるわけにはいかないのである。

加えて、この要件の大部分は比例性の判断の場で考慮することが可能である。基本権の本質を侵害するような法律行為は、比例性要件の要素のひとつである衡平性を欠くと評価される場合が多いであろう。

このように考えると、非本質性の要件を独立の要件として認めず、それ以外の要件に吸収されるべきであるとする見解にも理由があるように思える。

しかしながら、まず、単一の対象に焦点をあてることにある段階、つまり、受けた侵害の度合いを判断する場に、比例性の要件を持ち込むことは厳密にいうと妥当ではない。比例性のテストは、前述の通り、複数の対象を衡量して妥当なものを導き出すというところに本質があるからである。また、比例性判断のみでは、基本権からその本質を奪うような行為を確実に除去することができない可能性がある<sup>78</sup>。そして、本質性の議論は、基本権の本質を侵害しなければいかなる制約も許されるという文脈でなされているのではなく、たとえ正当性要件や比例性要件を満たしていたとしても、基本権の本質を侵害するような行為を適法と認めることはできないという文脈でなされていることを考えると、最後の安全弁として本質性の要件を独立の要件として掲げることに一定の意義があるように思われる。

当然のことながら、以上の衡量準則を無批判に受け入れたり、日本の裁判例をこの分析に盲目的に当てはめたりすることは慎まなければならない。しかし、フランスにおいても基本権相互の調整という視点に立ってこの問題を正面から取り扱おうとする傾向が現れてきていることは強調されて余りあることであり<sup>79</sup>、基本権をベースにした衡量の必要性が意識されてきているのは事実である。議論は緒についたばかりということができ、今後の展開を注視することにしたい。

<sup>77</sup>Emmanuel Putman, sous Revue des thèses, RTDciv. 2002, p. 623.

<sup>78</sup>Julien Raynaud, *op. cit.* (note 24), n° 313, p. 308.

<sup>79</sup>J.-P. Marguénaud, La troisième chambre civile de la Cour de Cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats (Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 2006, Zéline, Petites affiches, 2006, n° 148, p. 18 note E. Garaud ; Dr. et procédures, 2006. 263, obs. E. Bazin et Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2006, Amsellem, Petites affiches, 2006, n° 133, p. 9, note D. Fenouillet ; RJPJF 2006, n° 10, p. 12, note E. Putman), RTD civ. 2006. 723. 比例原則を用いた衡量を重視している。