

資料
〔翻 訳〕

フィリップ・ストフェル＝マンク^{*}
「フランス契約法と基本権」

山 城 一 真 訳

〔1〕 法の言説において基本権が引合いに出されることは、新しい現象ではない。クレオンに対するアンティゴネの訴えは、はるか昔から法律家の良心のなかに響き渡っている。法律家の良心における自然法の伝統は、世紀を経るにつれて、維持され、拡充され、ますます讃えられるようになってきた。中世の幻想を解かれた西洋においては、人権宣言における新たな誓約が——素朴なものであれ、学識に基づくものであれ——、自然法を改めて表明している。しかし、近時、基本権の援用は、格別の力を得つつある。この40年来、人権はあらゆる領域に拡がっているのである。その源は様々であるが、互いに交差しており、それぞれに正統性を備えている。憲法院と欧州人権裁判所は、豊富な判例によって、法文の起草者が想像だにしなかったような規模で、基本権化 (fundamentalisation) の流れを増大させてきた。しかも、こうした動向はますます加速している。2008年の憲法改正以来、優先的憲法問題という法技術によって、憲法院にさらなる活動の場が与えられたのである⁽¹⁾。他のあらゆる領域と同じく、契約法もまた、欧州人権裁判所から来る水流と、フランスの憲法ブロックから来る水流の狭間で、こうした増水にさらされているのである。

〔2〕 もっとも、契約規範は私法的な性質を有するものだから、こうした発展とは間接的な関わりしかもたないとみる余地もあろう。このような考えを抱かせる背景には、二つの法技術的な理由がある。すなわち、一方で、基本権の宣言は、その出自である自由主義的伝統によると、第一次的には国家を名宛人とす

※ Philippe STOFFEL-MUNCK, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

(1) 憲法61-1条 (2008年7月23日の憲法的法律第2008-724号29条による改正) 「裁判所に係属中の訴訟において、法律の規定が憲法の保障する権利および自由を侵害しているとの主張がなされた場合には、憲法院は、所定期間内に言い渡されるコンセユ・デタまたは破毀院の移送に基づき、この問題を受けることができる」

る。そのため、その効果は、主として国家と個人との間における垂直的なものにすぎないのである。他方で、その延長上にあることだが、基本権尊重の番人たるべき機関が私人間の争訟に関する管轄権限を有しないために、契約に関する争訟はその手を免れてきた。憲法院は、法律の憲法適合性をコントロールするものであり、また、欧州人権裁判所は、国家に対する訴えしか採り上げることができないのである。⁽²⁾

[3] ところが、このように自由主義的な見方をしたときでさえ、契約は基本権尊重という傾向と無関係ではない。基本権の躍動と、国家によるその尊重に対するコントロールの増大は、基本権を侵害する公権力行使の可能性を限定することにつながるからである。ところで、これら基本権の具体的な行使は、市民についていえば、その契約自由の行使というかたちで現れる。この点においては、被治者 (administrés) の個人としての自律の高まりは、基本権保障を享受する手段としての契約自由の強化というかたちをとってきたのである。

[4] 以上とは逆に、契約が基本権尊重の高まりによる支配に服することもあった。たしかに、憲法院もストラスブールの〔欧州人権〕裁判所も、契約に関する争訟については管轄権限を有しない。しかし、通常裁判所は、私人間において基本権を響き渡らせるための種々の手段を有している。その筆頭にあるのが、公の秩序という観念である。

たとえば、欧州人権条約の前文によれば、加盟国が保持する「政治的な理念および伝統、自由の尊重、ならびに法の支配という共通財産」に関する権利の保障は、同条約の目的そのものである。

これをみると、基本権が公序の核心に関わることは明らかではなからうか。そうであるならば、個人は、契約に関する訴訟においても基本権を主張することができるとするのが論理的である。「公の秩序および善良の風俗に関する法律は、個別の合意によってその適用を除外することができない」(民法典 6 条)⁽³⁾ のである。

ヨーロッパ裁判所もまた、条約によって保障される権利を私人間の水平的な関

(2) ヨーロッパ人権条約 34 条「人権裁判所は、締約国の一つによる条約または議定書において承認された権利の侵害の被害者であると主張するあらゆる自然人、あらゆる非政府組織またはあらゆる私人の団体による申立てを受けすることができる。締約国は、いかなる方法によってもこの権利の実効的な行使を妨げない義務を負う」。

(3) M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2001.

係において援用することを認めてきた。欧州人権裁判所は、1981年8月13日のヤング・ジェームズ・ウェブスター判決において、イギリスに対して敗訴判決を下したが、その判決理由は次のようなものであった。すなわち、当事者が不服を申し立てたのは使用者によって課された取扱いに対してであったが、「それを適法なものとしたのは、その時点で効力を有していた法にほかならない」と判示したのである (§ 49)。これを皮切りに、保障されている権利に対して私人が侵害を加えても、これに対して何らの制裁も課されないという事態を許容するような実定法を存置していることを理由として、国家の責任を認める一連の判決が下された⁽⁴⁾。しかし、欧州人権裁判所は、いつもながらの慎重さをもって、自らの立場として、「条約の保障を私人間にまで拡張する方途について一般理論を構築することは、望ましいことではないし、まして必要なことではない」と明言している⁽⁵⁾のである。

[5] フランスの判例も、こうした慎重さを共有しているのだろうか。私の知る限りでは、条約によって保障された権利が、その性質上、公序の内容をなすとした判例はいまだ存しない。それにもかかわらず、契約という下位規範については別異に考えることができるとすれば、いかにしてであろうか。また、契約規範の正統性が、基本権の尊重を命じる規範に対抗することができるとすれば、それはどのようにしてであろうか。

少なくとも、真に合意され、ましてや交渉までされた契約については、この点を問題にする余地があろう。基本権は、公権力によってもたらされる侵害から保護されなければならない。加えて、基本権はしばしば自由と同視され、その保護は、個人の自由の保護の一環をなすものとされている。その結果、基本権の保護に対し、個人の自律領域を保障する役割を与えようという試みが生じることとなるのである。ここにもまた、基本権の古典的なコンセプトが顔をのぞかせている。それが契約法の領域に適用されると、国家は、個人が自らの権利行使について自由⁽⁶⁾に合意した事柄を尊重するよう要請されるのである。

(4) F. Sudre, J.-P. Marguénaud *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5^e éd., PUF, 2009, p. 29. B. Moutel, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, th. Limoges, 2006.

(5) Cour EDH, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001, req. n° 24699/94, § 46.

(6) Pour un développement à l'extrême de cette idée, v. R. Dijoux, *La contractualisation des droits fondamentaux*, th. La Réunion, 2010.

上にみたところには、二つの自由概念について幾度となく繰り返されてきたあるパラドクスが看取される。一つは、論者によっては「北米的 (nord-américaine)⁽⁷⁾」とも形容される自由概念であり、いま一つは、「ラ・ボエシー、ルソー、そしてカントによって、自由とはその放棄を禁ずることによって確立されるのだという考え方が遺された古いヨーロッパ⁽⁸⁾」に特有のものというべき自由概念である。

[6] フランス法は、こうした二つのコンセプトのいずれか一方を選択するという途を採ってはこなかった。フランスの立法者は、保障される権利の膨大なリストのなかで、ある種の選別を行ってきたとみることができよう。つまりこうである。立法者は、ある権利については個人の自律に任せている。その例としては、たとえば、基本権たる性質を有することが明らかであるにもかかわらず、出訴権 (droit d'agir en justice) を制限する条項は有効とされていることが挙げられる。これに対し、人間の尊厳 (dignité humaine) という観念に関わる権利は、たとえ同意があったとしても、絶対に侵害されてはならないとされる。民法典16条が、「法律は、人の優越性 (la primauté de la personne) を保障し、その尊厳に対する一切の侵害を禁止し、その生の始まりから人間の尊重を保障する」と規定するのは、この趣旨である。このように、人間の尊厳に対する侵害は、条文上、否定されているのである。

[7] しかし、だからといって民法典16条の規範が明瞭であると考えられるならば、それはまったくの錯覚である。そもそも、侵害とは何であろうか。また、合意の自由、その選択に従う自由は、人間の尊厳のしからしめるところと無関係なのであるか。最後に、裁判所にアクセスする権利のように、意思によって制約される余地のある権利であっても、当事者の合意によってその実質を完全に空洞化してしまうことは許されない。たとえば、時効期間を短縮する条項は認められているけれども、その期間を合意によって1年未満とすることはできないのである (民法典2254条)。

以上のようにみると、契約と基本権との関係は、二つの相反する動向の間での緊張関係として描き出すことができるだろう。すなわち、一方では、基本権は、合意内容の決定に関する当事者の自由を拘束する作用をもつ (1)。しかし、他

(7) E. Garaud, *La violation d'un droit fondamental*, Lamy droit du contrat, Etude 245, 2011, n° 245-3.

(8) C. Labrusse-Riou, « La maîtrise du vivant: matière à procès », *Pouvoirs*, 1991, n° 56, p. 92.

方では、それは、契約自由に奉仕し、自律に委ねられるべき領域において当事者を保護するものともなるのである (2)。

1 契約自由に抗う基本権

[8] フランス法学説においては、「最も基本的な権利は、被害者の同意とは無関係に擁護され、保護されなければならない⁽⁹⁾」ということが、広く一般に認められている。基本権がどのようにして契約自由を制約するかを確認させてくれる裁判例は、豊富に存在する (A)。しかし、契約自由に対して基本権が及ぼす強制的作用は、こうした消極面にはとどまらないかもしれない。基本権の尊重は、契約の効力を排除するだけでなく、新たな契約内容を付け加えることをも可能とするはずだからである (B)。

A 契約自由を制限する基本権

[9] ここにおいて問題になるのは、基本権の最もよく知られた作用である。すなわち、契約によって、基本権の享受に対する過度の侵害をもたらすことは許されないのである。ここでの基本権は、存在 (être) や財産 (avoir) の保護に向けられている。いいかえれば、そこには、人格的な (extrapatrimonial) もの ((1))、財産的な (patrimonial) もの ((2)) とがある。

(1) 契約によって人格的権利を過度に侵害することの禁止

[10] 契約によって人格的権利を過度に侵害することは、これまでも常に禁じられていた。その最初の現れは、人を物として処分することを禁ずる点に認められる。それは、奴隷の禁止 (欧州人権条約 4 条)、拷問および非人道的または品位を傷つける処遇の禁止 (同条約 3 条)、そして、より一般的には、人体が取引の対象とならないものとされていること (民法典 1128 条) に具体化されている。

地上での生における魂と肉の一体性に関する宗教的議論の延長で、身体は人格の基礎 (*substratum*) であり、したがって所有ではなく存在の次元に属する、という考え方については、一定のコンセンサスが確立しているように思われる。これによると、身体は人間たる条件に内在するものなのだから、尊厳の観念はそこにも自ずから適用されることとなろう。1128 条は既にそのような趣旨に読むこと

(9) M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », D. 2005.2973, p. 2978, col. 2.

のできるものであったし、民法典16-1条も同旨を繰り返している。後者は、民法典16条に続いて人間の尊厳の保護を謳うものであり、その身体的な側面について次のように定めている。

何人も、その身体の尊重への権利を有する。

人の身体は、侵すことができない。

人の身体、その構成物およびその産出物は、財産権の目的とすることができない。

[11] 本条により、頭髮等について伝統的に認められている些末な例外を別とすれば、臓器売買や人体から産出される物の取引は違法とされている。もっとも、このことは、古典的な禁止事項を再確認する意味をもつにすぎない。とはいえ、一方では、テクノロジーの発展によって侵害のリスクが高まっており、他方では、社会の世俗化によってユダヤ＝キリスト教的文化に由来する道徳的敬意への支持が崩壊しているこの時代にあっては、こうした再確認も有益ではあろう。

かくして、基本権、あるいは人間の尊厳の希求は、古い観念に着せられた新たな衣装だといえる。それは、現代の実情によりよく即する〔基本権・人間の尊厳という〕呼称をもつ衣装を着せることによって、〔過去に存在してきたのと〕同一の公序を存続させることに寄与するのである。また、それは、より柔軟なものであるようにもみえる。基本権尊重の要請に基づく禁止は、定型的なものではなく、むしろ機能的なものであると考えられるからである。⁽¹⁰⁾

[12] このことは、部分的には、私生活および家族生活の尊重に対する権利(欧州人権条約8条)の抬頭によっても確認することができる。契約の一方当事者が、相手方のこの権利を制限しようとすることがある。この制限は、相手方の「契約には関わらない (extracontractuelle)」生活のせいで、契約によって追求しようとする経済的目的を阻害されることを避けようとするものである。ここで問題となり得る基本権は、私生活および家族生活の尊重に対する権利だけではない。契約によって達しようとする目的によっては、表現の自由への権利(欧州人権条約10条)や、宗教的実践の自由への権利(同条約9条)、さらには婚姻に対す

(10) この趣旨を述べるものとして、M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ 2004, n° 463 s., spéc., n° 490は、次のようにいう。「契約が直接・間接に人の身体やその構成物を目的としているからといって、それだけで直ちに契約が違法とされるというわけではない。人間の尊厳という参照規準 (la norme de référence) は、契約の有効要件を柔軟化することに寄与する。……人間の尊厳を参照することによって、契約自由をコントロールのもとに置くとともに、絶対的かつ非現実的な禁止を避けることができるようになるのである。」

る権利 (同条約12条) までもが、契約が首尾良く作用することの妨げとなり得るのである。しかも、これらの自由が契約の作用とはまったく無関係に行使されたときであっても、このことに変わりはない。

[13] たとえば、使用者の利益に反するかたちで被用者の表現の自由が行使されようとも、それが会社の部屋の外におけるものであれば、こうした表現の自由の行使を妨げることはできないだろう。クラヴォー判決は、このことを明確に述べたものである⁽¹¹⁾。しかし、その保護は画一的に行われるわけではない。すなわち、一方で、それは濫用による制約を受ける。また、他方で、「達成すべき職務の性質に照らして正当化され、かつ、目的に比例する⁽¹²⁾ (proportionné) 制約は、[表現の自由の行使についても] もたらされ得るのである」。

[14] 同様に、独身条項または寡居条項 (clauses de célibat ou de viduité) に関する古い判例を挙げることもできよう。この判決の示すところによると、フランスの裁判官においては、欧州人権条約、あるいは憲法ブロックの価値の承認が、基本的なものと思量される個人の自由を自発的に譲渡することに対してコントロールを及ぼす手段になるとは、想定されていなかったといえよう。また、これらの判例は、保護が絶対的なものではないことをも示している。つまり、個人の自由を譲渡するような性格の制約であっても、正当な理由に基づいて比例的に及ぼされるときには、なお認められてきたのである。たとえば、その種の制約は、無償行為については認められ、有償行為については禁じられてきたが、いずれの場合にも、条項の追及する目的が正当性を欠いている、あるいは、侵害が比例性を失っている、という抗弁の可能性は留保されていた。今日、基本権の制約の適法性に対するコントロールは、この抗弁の判断を通じて行われているのである。

たとえば、ある有名な判決は、エールフランスの客室乗務員の労働契約につき、次のように判示した。「婚姻に対する権利は、公序に属する個人権であって、制限することも譲渡することもできない。したがって、私法上の有償契約関係の

(11) Cass. soc., 28 avril 1988, *Clavaud c. Dunlop*, Bull. civ. V, n° 257. 「企業における表現の自由の行使は、原則としてサンクションの対象とならないのであって、濫用にわたらない限りこれを完全に行使することのできる企業外においても、事情は異なるない」。

(12) Cass. soc., 29 septembre 2010, n° 09-41543; LPA, 27 janvier 2011 (n° 19), p. 12, n. Ph. Neiss. 「濫用の場合を除いて、被用者は、企業の内部および外部において、自らの表現の自由を享受する。この自由に対しては、達成すべき労働の性質によって正当化され、かつ、探求される目的に比例する制約のみを及ぼすことができる」。

(13) CA Paris, 1^{er} avril 1862, D. 1862.2.77 (独身条項). Cass. req., 18 mars 1867.1.332 (寡居条項)。

領域においては、……婚姻の自由は原則として保護されなければならない、結婚禁止条項は、明瞭な強制的理由がない限り、人格に関する基本権を侵害するものとして無効と宣言されなければならない⁽¹⁴⁾」。

[15] 以上のように様々な事例があるけれども、やはり、訴訟の核心は、私生活および家族への権利に集中させられていた。ここに新たな発展をもたらしたのは、またしても労働契約訴訟であった。労働契約に関しては、流動性条項 (clauses de mobilité) が特に問題となってきた。この条項によって、使用者は、被用者の就業地を契約締結後に変更することができる。そのために、労働者は住居から一時的に離れるか、さもなければ転居することを余儀なくされることがあるのである。こうした条項の有効性は、破毀院が欧州人権条約に照らして契約法の適用を規制する最初のきっかけとなった。

1999年、破毀院は、欧州人権条約 8 条のみを根拠として、次のように判示した。「自己および家族の住居を選択する自由は、人格の一つの発露である。使用者によるこの自由の制限は、企業の正当な利益を保護するためにそれが不可欠であり、かつ、占めている職務およびに要求される労働にかんがみて、〔自由の制限によって〕追求される目的に比例していることを条件としてのみ、有効と認められる⁽¹⁵⁾」。

その後、同旨の判例がさらなる充実をみているが、それらの判例は、コントロールが柔軟に行われることをも明らかにしている。というのは、およそあらゆる流動性条項が無効とされたわけではなかったからである。コントロールは、ただその適用についてのみ、ケース・バイ・ケースに及ぼされるにすぎない。つま

(14) CA Paris, 30 avril 1963, D. 1963.428, n. A. Rouast. P. Voirin, « Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie » D. 1963, Chr., 247.

(15) Cass. soc., 12 janvier 1999, n° 96-40755; Bull. civ. V, n° 7.

(16) たとえば、次の判決を参照。Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-44315; Bull. civ. V, n° 219; Dr. soc. 2000, 734, obs. B. Gauriau; JCP E, 2000, p. 40, n. Catherine Puigelier; D. 2000, somm., 84, obs. M. C. Escande-Varniol. 「使用者は、労働契約を信義に従い誠実に履行する義務を負うものでありながら、危機的な家庭状況にある被用者に対し、他の被用者が引き受けてもよい役職に直ちに異動するよう命じたのであり、このことは、労働契約条項の濫用的な行使にあたる」。Cass. soc. 6 février 2001, n° 98-44190, Bull. civ. V, n° 41; D. 2001, somm., 2168, obs. C. Mathieu. 「一方で、X 婦人が運動障害のある子をもっており、昼食の時間にはその介護に当たらなければならないことを知っており、他方で、X 婦人が……従前に就いていた職務が自由のあるものであったにもかかわらず、使用者は流動性条項を適用したものであるが、使用者のこうした行動には、非難されるべき軽率さが認められる」。Cass. soc., 15 mai 2007, n° 06-41277, Bull. civ. V, n° 74.

り、条項の具体的な適用が当該基本権に対して及ぼす侵害に照らして、濫用に対するコントロールが行われる。そして、その条項が、性質上、自由を実質的に空洞化している場合にのみ、無効がもたらされるのである。

[16] こうした推論の仕方は、基本的自由の制約全般について妥当する。この判断手法は、1988年、クラヴォー判決によって広く知られるところとなったものであるが、1992年以降には、立法者によって労働法典のなかに一般的に導入された。今日においても、労働法典 L. 1121-1 条 (旧 L. 120-1 条) は、「何人も、人格権 (droits des personnes) ならびに個人的および集団的自由に対し、達成すべき労働の性質によって正当化することができず、追求される目的に比例しない制限をもたらし⁽¹⁷⁾ことはできない」と規定している。

[17] 私生活および家族への権利の尊重がしばしば要請される契約類型として、もう一つ、居住目的の賃貸借契約を挙げることができる。賃借人は、自らの選択に従って私生活を享受し、あるいは、家族に享受させることができ、これを賃貸借契約において自由に制約することはできないものとされる。賃借人が第三者を継続的に宿泊させることを禁ずることについては、大変に著名な判決があり、「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. 1 条に照らして、当該賃貸借契約条項は、借主からその近親者を宿泊させる可能性を奪⁽¹⁸⁾う効力をもち得ない」と判示している。

[18] 欧州人権条約 8 条のみを根拠する本判決が〔クラヴォー判決の〕10年後に繰り返されたことで、上記の条項は、労働法と同じレベルのコントロールがここにも及ぼされることを広く知らしめた⁽¹⁹⁾。契約は、その拘束力をもってしても、基本権の行使を覆すことはできないのである。

賃貸借という題材は、コントロールの具体性を例証する事例をほかにも提供している。たとえば、建物正面へのパラボラアンテナの設置を禁止することの有効性が契機となって下された複数の判決がある。その一例として、パリ控訴院は次

(17) これら全体について、v. Ph. Waquet, « Les libertés dans l'entreprise », RJS 2000.335.

(18) Cass. 3^e civ., 6 mars 1996, n^o 93-11113; Bull. civ. III, n^o 60; RTDC 1996.580, obs. J. Hauser et 898, obs. J. Mestre; RDI 1996.620, obs. Collart-Dutilleul; D. 1997.167, n. B. de Lamy; JCP 1996.I.3958, n^o 1, obs. C. Jamin; JCP 1997. II. 22764, n. Nguyen van Tuong

(19) Cass. 3^e civ., 22 mars 2006, n^o 04-19349; Bull. civ. III, n^o 73.

のように判示している。「アンテナ設置への権利という原則は、欧州人権条約10条によって保障されているのであり、情報への自由なアクセスが憲法的性格を有する以上（人および市民の権利宣言11条）、アンテナ設置権の行使は、1966年7月2日の法律第66-457号第1条によって構成される事前審尋手続に服する⁽²⁰⁾」。

クルシド判決においては、欧州人権裁判所もまた、「情報を……受ける権利」を内容とする〔欧州人権条約〕10条に基づき、居住者の「パラボラアンテナ設置への権利」を認めた。例によって、本件においても、人権裁判所は利益衡量を加えている。すなわち、貸主の利益としては、自らが欲するとおりに所有権を処分する利益、および、建物の下を通る通行人の安全とともに建物正面の美観を尊重するという利益が、これに対し、借主の利益としては、パラボラアンテナによってアクセス可能となる情報を取得するという利益が、それぞれ衡量されたのである。本件賃借人はイラク人であり、母国からの電波を受信するために使える合理的なアクセス方法は、衛星放送しかなかった。他方で、アンテナの設置が安全なものであること、および、建物の美観が大きく損なわれていたことが認定された。これら全事情を参酌したうえで、秤は賃借人の方へと傾いたのである。他の事情があれば、別の結果が生ずることもあり得た⁽²¹⁾だろう。

[19] また、居住用賃借権をめぐる紛争は、労働権をめぐる紛争とともに、人権のなかには他の人権よりも基本権性において劣るようにみえるものがあることを確認させてくれる。わけても、宗教的行為への権利は、フランスの法文化においてはそれほど重要視されていないようである。したがって、その具体化たる行為を契約によって制限することは、比較的容易に認められることとなる。ユダヤ教徒である区分所有者による宗教的儀式のための建築が問題になったある事件が、このことを例証している。本件は、仮庵祭のために、木の枝でできた小屋がアパートマンのバルコニーにしつらえられたという事案であった。1週間だけで取り壊されるものであるとはいえ、この簡素な造作は、バルコニーに設置することができるものに関する区分所有者の規約に違反するものであった。訴訟が係属するに及んで、破毀院は、次のように判示することを躊躇しなかった。他の区分所有者に迷惑をかけるような具体的な結果が何ら生じなかったにもかかわらず、控訴院が、「宗教的自由は基本権ではあるけれども、共有者の規約への違反を適法ならしめるものではないと説示したのは正当である⁽²²⁾」。

(20) CA Paris, 21 septembre 2010, n° 08/15003, *Keita C. OPH de Vitry sur Seine*. Dans le même sens, CA Paris, 24 septembre 2009, *Juris-Data* n° 379643. CA Paris, 17 mars 2009, *Juris-Data* n° 375897.

(21) Cour EDH, *Khurshid c. Suède*, 16 décembre 2008, req. N° 23883/06.

[20] 本判決は、微妙な判断を含んでいない点で特殊である。つまり、利益衡量が一切行われていないようにみえるのである。このことは、基本権のうちに内在的な階層関係が存在することの証左である。情報の自由、表現の自由、あるいは家族生活への権利に適用される際には、このような理由づけは想像し得ないだろう。

[21] こうした階層関係のあり方は、法文化に応じて様々である。たとえば、他国の法制度には、宗教的行為をより尊重するものもあろう⁽²³⁾。とはいえ、同じ制度の内部においてさえ、裁判官ごとに判断が区々になるとすれば、それは耐え難い無秩序である。このようナリスクに想いをいたすと、人がそうであるところのもの (ce que la personne est) ではなく、人がそれを有するところのもの ((ce que la personne) a) の保護へと向けられた基本権が、上述の階層関係のどこに位置づけられるかという問いが導かれることとなろう。

(2) 経済的性格を有する権利を過度に侵害することの禁止

[22] 欧州人権条約またはフランスの憲法ブロックを構成する宣言は基本権のリストを示しているが、そのうち、明らかに経済的性格を有するようみえる権利は、ただ一つしかない。それは、所有権 (droit de propriété) である。所有権は、1789年の人及び市民の権利の宣言17条によって承認されているとともに、各個人の「財 (bien) の尊重に対する」権利というきわめて広い庇護のもと、欧州人権条約第一議定書1条によっても承認されている。

所有権は、間接的ながら契約をも保護する。所有権は、自らの財を自由に処分する権利をその本質的な属性とするからである。このことは、賃貸借のように一定期間継続するものでありながら、物の使用を取り戻すために、たった1日で解消することができるという効果をもつ契約を締結する権利をも含意している。

[23] 以上に述べたことに対応するのは、企業活動の自由 (liberté d'entreprendre)⁽²⁴⁾ である。憲法院は、この自由を1789年の人権宣言4条に結びつけている。

(22) Cass. 3^e civ., 8 juin 2006, n^o 05-14774; Bull. civ. III, n^o 140; D. 2006.2887, n. C. Atias; RTDC 2006.722, obs. J.-P. Marguénaud.

(23) たとえば、カナダの最高裁判所は、探求される目的が命ずるところと制限の比例性を判断した結果、フランスの破産院とはまったく逆の解決を採用した (v. J.-P. Marguénaud, RTDC 2006, p. 725, col. 2 visant les décisions de la Cour suprême du Canada, Synd. Nothcrest c. Amselem, RCS 2004, 2, p. 551)。

企業活動の自由は、広い意味における所有権の一面を捉えている。しかし、それは、特定の財に対する作用からはまったく離れて、活動を展開する自由それ自体をも捕捉する点において、所有権を越えるものでもある。この観点からは、企業活動の自由は、次のように分類することができる。すなわち、それは、労働者の目からみたとときには、労働の自由 (*liberté du travail*) である。他方、その余の者にとっては、それは、商工業の自由 (*liberté du commerce et de l'industrie*) に類別することができる。

欧州人権裁判所の判例は、この経済的自由を私生活と結びつけている。というのは、私生活は、事業活動にかかるものも含めて、「周囲の人々との関係を取り結び、これを展開する個人の権利」を概括的に含んでいるからである。⁽²⁵⁾ この保護の内容は、その後、とりわけ2004年および2005年に明確にされた。⁽²⁶⁾ それは、おそらく、まず、欧州人権裁判所が「特別の重み」を与えている欧州社会憲章 1 条 2 項のもつ効果によって展開されることとなろう。さらに、その保護を推し進める効果をもち得るものとしては、「事業活動の自由 (*liberté professionnelle*)」および「労働の自由 (*droit de travailler*)」⁽²⁹⁾ を対象とする欧州連合基本権憲章 15 条、

(24) Conseil constitutionnel, Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, § 16, D. 1983.196, n. L. Hamon ; JCP G 1982.II.19788, n. N. Quoc Vinh et C. Franck.

(25) Cour EDH, *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, req. n° 13710/88, § 29. 本判決は、次のように続ける。「加えて、『私生活』という観念に関するこうした理解が、事業活動ないし商業活動を除外していると考えらるべき原理的な理由は何ら存しないものと解される。結局、大多数の人にとっては、労働こそが、多くの価値を見出すのみならず、外界との関係を強める機会を最大化する契機となるのである」 (§ 29)。

(26) Cour EDH, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, 27 juillet 2004, req. n° 55480/00 et 59330/00 は、次のように判示する。「本件禁止は、申立人につき、事業活動を展開する様々な可能性を著しく侵害し、8 条にいう『私生活』の尊重への権利の享有に対して重大な影響をもたらす」 (§ 50)。また、Cour EDH, *Rainys et Gasparavicius*, 7 avril 2005, req. n° 70665/01 et 74345/01, § 35.

(27) Cour EDH, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, 27 juillet 2004, req. n° 55480/00 et 59330/00. 同裁判所は、「この観点から、欧州社会憲章 1 条 2 項および欧州社会権委員会が同条に与えている解釈 (後述 § 31)、ならびに、国際労働機関によって採用された諸条文 (§ 32) に対し、特別の重みを与えている。裁判所は、さらに、いかなる壁も、条約の経済的分野と社会的分野とを隙間なく区切るものではないことを想起させる (*Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, pp. 14-16, § 26)」 (§ 47)。

(28) 欧州社会憲章は、欧州人権条約と同じく、欧州評議会の条約の一つである。1996年に改正されたヴァージョンにおいて、1 条 2 項は次のように定めている。「労働に対する権利の行使を実効的なものとするために、締結国は以下の義務を負う。……(2)自由就いた職業によって生計を得る権利を、労働者に対し、実効的な方法で保障すること」。

(29) 欧州連合基本権憲章 (JOUE n° C 83 du 30 mars 2010) 15 条 1 項は、次のように定め

ならびに、「営業の自由 (liberté d'entreprise)」に関する同憲章16条をも指摘することができる。

しかし、目下のところ、企業活動の自由に対する保護の主要なものは、フランス国内の判例のなかにみられる。

[24] フランス国内においても、その保護には長い歴史がある。たとえば、司法裁判所の判例は、役務は時間によってでなければ約することができないとする民法典1780条の文言を一般化して、期間を永久とする約定を禁じているが、それに際しては、企業活動の自由という観念に依拠していたのである。また、判例が、民法典1709条に基づき、永久の貸借を禁ずることを理由づけるときにも、企業活動の自由が根拠とされた。学説は、そこに次のような観念の現れをみている。すなわち、「フランス革命が遺した伝統によれば、自然人の自由を永久に譲渡するような仕方ではなされる約定は、たとえそれが意思に基づき、原因を完全に認識して引き受けられたとしても、人間の尊厳によって妨げられるという観念」である。

ここでもまた、永久の貸借の禁止が、数学的なイメージで捉えられるような厳密さをまったく有していないことに気づかされる。永久性がどの程度の危険をもつかは、自由に対して課される拘束との関数であるから、特に契約当事者の年齢にかんがみてケース・バイ・ケースに評価されるのである。そのうえ、法人に対する適用は、認められていないわけではないけれども、いっそう微妙である。

競争禁止条項および処分権制限条項という二つの典型的な制約についても、以上と同じことが妥当し得る。

[25] 競争禁止条項につき、破毀院社会部は、そのコントロールの根拠を、「1791年3月1日および17日の法律7条が規定する商工業の自由の原則⁽³¹⁾」に、さらに大きなレベルでいうと、「事業活動の遂行の自由という基本原則⁽³²⁾」に求めている。それはまた、賃労働関係以外にも拡張されている。破毀院商事部は、ここに

る。「何人も、労働し、かつ、自由に選択し又は承諾した職業を遂行する権利を有する」。

(30) Ghestin, Jamin et Billiau, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n° 206. Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010, n° 292.

(31) Cass. soc., 19 novembre 1996, Dr. soc. 1997, p. 95, obs. Gérard Couturier.

(32) Cass. soc., 10 juillet 2002, Bull. civ. V, n° 239 (3件の判決), RDC 2003, 17, obs. J. Rochfeld; JCP G 2002.II.10162, n. F. Petit; D. 2002.2491, n. Y. Serra; *ibid.*, somm., 3111, obs. J. Péliissier; Defrénois, 2002.1619, note Libchaber; Dr. social, 2002, 949, note Vatinet.

「商工業の自由」を見出している⁽³³⁾のである。

このように、労働法と商法とでは保護の根拠は似ているようにみえるが、その内容は異なっている。労働法においては、競業禁止条項は、時間と場所の両面において限定されなければならない、また、使用者の正当な利益を保護するために必要なものであり、かつ、金銭による代償を与えられなければならない。他方、一般法においては、金銭による代償の必要性は一般化されておらず、また、場所または時間について限定が存在すれば足りるとされる⁽³⁴⁾こともある。ただ、いずれにしても、その有効性は「具体的に評価されなければならない、かつ、その調整は、制限が果たす機能との関係で、時間および場所についてコントロールされなければならない⁽³⁵⁾」。

最後に、このような柔軟性は、救済の効果にも反映されている。たとえば、少なくとも労働法においては、裁判官が労働の自由に対する制約を必要な限度に比例するように条項を修正⁽³⁶⁾することも、また、そのような制約を無効とすることも、認められているのである。

[26] 処分権の制限については、判例もまた、現代における基本権の抬頭がそれに敵対することになろうとは予期していなかった。既に1853年には、破毀院は次のように判示していたのである。「財の自由な処分は、公序および公益に関わる格律であり、ナポレオン法典544条、1594条および1598条を中心とする法律の趣旨と文言から帰結される……。この格律は、人の意思によっては左右し得ない。いかなる所有も、法律に定められる場合、つまり、法律において、所有の本質的な属性である財の自由な処分という基本原則に公式に反することを許容すべきだと考えられた場合でなければ、譲渡し得ないものと宣言される⁽³⁷⁾ことはない」。

(33) Cass. com., 4 juin 2002, n° 00-14688; Bull. civ. IV, n° 98; D. 2002.2328, obs. E. Chevrier. Adde Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-16679, D. 2008.248, obs. M. Gomy.

(34) 独占権条項につき、Cass. com., 7 janvier 1969, Bull. civ. IV, n° 8を参照。約定それ自体は、「場所についての限定がなされており、特定の商業活動のみに関するものであるならば、それが時間的に限定されていないとしても、商工業の自由に違反することはない」。Cass. com., 15 juillet 1987, Bull. civ. IV, n° 184.

(35) Cass. com., 4 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 172, p. 120; JCP 1993, II, n° 22111, n. Marie-Chantal Boutard-Labarde; D. 1994, somm., 220, obs. Yves Serra.

(36) 典型例として、破毀院社会部が2002年10月18日に下した二判決は、いずれもサンクションを認めている。一方は契約改訂 (Bull. civ. V, n° 272)、他方は契約無効を認めた (n° 273)。

(37) Cass. civ., 6 juin 1853, D. 1853.1.191.

[27] ここでも、合意による所有権の制限は、それを根拠づける理由の正当性、および、制約の比例性との関係で評価されることとなろう。法律は、判例を踏まえて、自由に対する制約に関する解決方法を民法典900-1条として規定することとなっている。同条は、次のように定めるものである。

「贈与または遺贈された財に付された譲渡制限条項は、それが一時的なものであり、重大かつ正当な利益によって正当化されるものであるときに限り、有効である。この場合においても、受贈者もしくは受遺者は、当該条項が正当化していた利益が失われ、または、より重要な利益がそれを要請するに至ったときは、裁判上、当該財の処分につき許可を受けることができる」。

[28] 同様の原則は、有償行為において制約が加えられた場合にも適用される。これは、1971年以前に判示されていたところと軌を一にするものである。破産院が次のように述べるのは、その旨を認めたものといえよう。「期間が限定されており、重大かつ正当な理由によって基礎づけられたものであるならば、有償行為に譲渡制限条項を設けることは許される」⁽³⁸⁾。

[29] 同じことは、おそらく、これに類するあらゆる制限について妥当し得えよう。たとえば、所有者がある物件を賃貸するためには、物件を取得する時に融資を行った銀行から同意を得なければならないとする条項については、次のような判決が下された。「貸主の許可を得ない賃貸の禁止につき、賃貸に先立つ〔融資債務にかかる〕事前の返済請求を可能にするというサンクションをもたらす〔消費〕貸借契約の条項であって、当事者の一方に対して何ら格別の利益を得させないものは、民法典6条および1172条によって禁じられる。というのは、それは、憲法によって認められ、同法典554条に規定される、自らの財を絶対的に処分することができるという原則⁽³⁹⁾に対する侵害をなすからである」。

この定式からは、所有者に対して「格別の利益」を提供した旨、銀行が裁判官を説得することに成功した場合には、消極的な担保としての機能を果たす条項が許容される、と結論づけることができよう。

(38) Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2007, n° 05-14238, Bull. civ. I, n° 337 ; D. 2008.2954, obs. S. Bigot de la Touanne ; D. 2008. 963, n. A.-L. Thomat-Raynaud ; JCP N 2008, com. 1064, n. R. Mortier ; LPA, 19 sept. 2008 (n° 189), p. 6, n. C. Kuhn ; Rev. sociétés 2008.321, n. S. Schiller.

(39) Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 2005, n° 04-13772 ; RLDC, sept. 2006, n. G. Pilllet ; JCP E, 2006.2743, n. M. Lamoureux ; RTDC 2006.557, obs. J. Mestre et B. Fages.

[30] 定額優先約款 (pacte de préférence à prix fait) というより微妙な侵害についても、同じことが当てはまる。ある市町村が土地を低廉な価格で譲渡したが、取得者がその財を転売する旨を決したときには、20年以内であれば、譲渡価格と同じ低額での買戻しに応じなければならないという義務が留保されていたという事案があった。取得者は、この義務を免れたいと考え、期間の点につき、所有権を自由に処分することのできる権利を過度に制限するものであると主張した。とりわけ、当該条項の目的が「そのような財が提供されることが稀であり、かつ、不動産の価格が高騰していることとの関係で、たいていの家族の経済的能力が『低下』するという特徴のある状況において、財に対して投機することを妨げること」にある点につき、破毀院は次のように認めた。事実審裁判官の判断は、「約定のなされた態様は、特に条項の有効期間につき、実現される作用の性質と目的にかんがみて、所有権に対する侵害をなすものとはいえないとするものであり、正当である」⁽⁴⁰⁾。

[31] したがって、経済的性格を有する基本権については、契約によってもたらされ得る侵害に対するコントロールのプロセスは、他の領域で一般的に遭遇するものと同様であるとみることができる。すべては目的の正当性と手段の比例性の問題なのである。そして、これらの条項については、「事の嫌悪すべきは狭きに解すべし (*odiosa sunt restringenda*)」という法格言に照らして、厳格解釈がなされなければならない。以上のことは、競争禁止条項については明確に示されてきた⁽⁴¹⁾。

[32] また、侵害される価値がより大きいときには、司法における反応もさらに厳格になる。実際、営業の自由に関する1901年の法律に照らして、破毀院は次のように判示したのである。「期間を定めて設立されなかった社団のあらゆる構成員は、既に期限の到来した分担金および現在支払うべき分担金を支払った後で

(40) Cass. 3^e civ., 23 septembre 2009, n^o 08-18187; Bull. civ. III, n^o 203; Dr. et patrim., janv. 2010, p. 72, obs. J.-B. Seube; JCP G 2009., fasc. 48, n. G. Pillet; Dr. et patrim., février 2011 (n^o 189), p. 68, obs. Ph. Stoffel-Munck; Defrénois 2010.104, obs. R. Libchaber; RLDC, juin 2010 (n^o 72), n. H. Kenfack; RDC 2010.660, obs. S. Pimont; LPA, 25 mars 2010, p. 8, n. N. Randoux; Dr. et Patrim., mars 2010, p. 88, obs. B. Mallet-Bricout; RDC 2010.32, obs. T. Genicon; CCC 2010, n^o 1, p. 20, obs. L. Leveneur; RTDC 2010.127, obs. P.-Y. Gautier; RTDC 2009.717, obs. B. Pages.

(41) Cass. soc., 29 juin 1999, n^o 97-40082; Bull. civ. V, n^o 309. 「しかし、労働の自由の原則に制約をもたらす競争禁止条項は、厳格に解釈されなければならない、その定めるところを超えて拡張されてはならない」。

あれば、たとえ反対の約定があっても、何時においても社団から脱退することができる⁽⁴²⁾。これによると、それ以上に社団に参加するよう、契約によって拘束されることはないだろう⁽⁴³⁾。

[33] とりわけ、合意の目的そのものが人間の尊厳を害する性質をもつときには、その合意は必ず無効とされる。契約当事者が自らの尊厳を害する意思を有しており、かつ、そうした合意をすることが事業の自由の現れであったとしても、それは許されないのである。

このことを教えてくれるのは、いわゆる「小人投げ」に関する有名な事件である。本件において、憲法院は、自らの人格の「尊厳を害する」見せ物をする事によって金銭を得るという当事者の自由に対し、人間の尊厳という客観的かつ一般的な観念をはっきりと優先させたのである⁽⁴⁴⁾。

[34] 「人の尊厳に対する侵害」に関する刑法典の一節における罪刑の定めもまた、このことを教えている。同節においては、売春斡旋(刑法典225-5条以下)、物乞いからの搾取(同法典225-12-5条以下)から、尊厳を害する労働条件または住居宿泊条件に服せしめることを目的として他人の脆弱な状態に乗じて利益を得ること(同法典L. 225-13条以下)に至るまで、様々な態様の行為が定められている。これらの場合においては、被害者が自らの服する取扱いに対して承諾を与えたとしても、当該行為はなお犯罪となる。このことを明瞭に確認しているのは、いわゆる「新入生いじめ儀式 (bizutage)」に関する取扱いである。刑法典

(42) Cass. ass. Plén., 9 février 2001, n° 99-17642, Bull. ass. plén., n° 3 ; D. 2001.1493, n. Alfandari ; Defrénois 2001. 705, obs. C. Atias.

(43) Cass. 3° civ., 12 juin 2003, n° 02-10778 ; Bull. civ. IV, n° 125 ; D. 2004.367, n. M. C. Bénard ; RTDC 2003.771, obs. J. Raynard ; JCP 2003.II.10190, n. F. Auque ; RDC 2004.231, obs. J. Rochfeld et 349, obs. G. Lardeux. 「商人組合 (association de commerçants) との附合契約を締結し、賃貸借契約の期間中これを保持するよう賃借人を義務づけることを内容とする商事賃貸借の条項は、絶対無効である」。

(44) CE, 27 octobre 1995, n° 136727 et 143578, D. 1996.177, n. G. Lebreton ; RFDA 1995.1204, concl. Frydman ; JCP G 1996.II.22630, n. L. Hamon. 「低身長症の人を観客に投げさせることを内容とする『小人投げ』という見せ物は、身体障害を有し、そのような外形を呈する者を投擲物として使うように仕向けるものである。この目的自体からして、このような見せ物は人間の尊厳を害するものである。そうである以上、市町村の警察権限に与えられた権能は、特別の地域的情況がない場合であってもこれを禁ずることができる。低身長症者自らが対価を得て見せ物になることに同意していた場合において、その者の安全を保障するために保護措置が講じられたというときであっても、このことには変わりはない」。

225-16-1 条は、次のように定めているのである。「学校教育または社会教育関係に結びつく示威運動または集会に際して、屈辱的または卑劣な行為 (actes humiliants ou dégradants) に服し、またはこれを犯すよう他人を慫慂する行為は、その意思に反するか否かにかかわらず」犯罪を構成する。

[35] これら様々な場合において、尊厳という観念は、以前から不道徳と考えられていた合意の禁止を復活させている。そのため、「人の尊厳は、ポルノ映画の俳優が締結する契約の有効性に対する歯止めとなっている」⁽⁴⁵⁾などと主張されているのである。事実、尊厳という観念は、かつては善良の風俗による保護に委ねられていた禁止を承継している。

政策的な観点からより正確に言えば、人の自律という観念による刻印を受けた社会においては、尊厳という観念の参照は、結局、契約法の領域における公序の不変の力を例証するものにほかならない。とりわけ性の問題については、そのようにいうことができる。要するに、実定法に対するここまでの検討によって示されたのは、次のことである。すなわち、公序は、問題とされている価値が備える重要性に応じて、様々な強度をもつ。したがって、それに対する侵害は、強度の多様性に見合った調整の幅を伴う評価の対象とされるのである。

他方、これまでにみてきたところで際だっているのは、尊厳という観念の参照が、主として消極的な効力を伴っていることである。この観念を参照することによって、契約のなかに含まれ得ないものが画されるのである。ところで、それはより積極的な力をもちえないだろうか。それが可能であるとすれば、いっそう新たなものを見出すことができよう。

B 基本権によって契約内容を付加することの可否

[36] 民法典1135条は、次のように定めている。「合意は、そこに表明されたことだけでなく、衡平、慣習または法律が債務の性質に従って与えるあらゆる帰結についても、義務を負わせる」。そうであれば、基本権は、衡平または法律を通じて、基本権の尊重によって要請されるものを契約に対して付加することを正当化し得ないだろうか。

一見した限りでは、人権宣言も欧州人権条約も、こうした効力を求める理由とはなり得ない。しかし、別の宣言には、このような考え方を示唆するものがある。たとえば、国連総会によって1948年に採択された世界人権宣言は、その22条

(45) E. Garaud, *La violation d'un droit fondamental*, Lamy droit du contrat, 2011, Etude 245, n° 245-77.

において次のように定めている。「すべて人は、……自己の尊厳と自己の人格の自由な発展とに欠くことのできない経済的、社会的及び文化的権利の実現に対する権利を有する」。さらに、23条3項は、次のように付け加えている。「労働する者は、すべて、自己及び家族に対して人間の尊厳にふさわしい生活を保障する公平かつ有利な報酬を受ける権利を有する」。契約法は、まさにこうした目的に関わり得るものといえよう。

[37] もっとも、こうした条約も、これに類する趣旨をもつ他の規範も、フランス法においては直接的な効力をもたないし、いわんや〔私人間における〕水平的効力をもつことはない。しかし、尊厳という観念が受ける保護を介して、それが国内法において何らかの影響を与えることはあり得ないだろうか。実をいえば、そこに一定の創造力を与えることは可能であるように思われる。

たとえば、尊厳という理念は、労働法を貫いていると考えることができるし、また、〔特定の私人に対する強制可能性をもたない〕抽象的権利 (droit-créance) から〔特定の私人に対する強制が可能な〕具体的権利 (droit de créance) への移行を正当化することもできるだろう。⁽⁴⁶⁾

[38] 同様に、排除との闘いに関する1998年7月29日の法律第98-657号も、「排除との闘いは、すべての人間の平等な尊厳の尊重の上に基礎づけられる国家の至上課題である」と規定している。より具体的にいえば、その規律対象は、生存の維持に必要な財に関する諸種の契約である。特に、同法136条は、「不安定な状況にあることによって格別の困難に直面しているすべての人または家族は、水道、電気および電話通信サービスの供給にアクセスし、またはそのアクセスを保持するための援助を地方公共団体から受ける権利を有する。〔最低所得に関する1988年12月1日の法律第88-1088号〕43-6条に定める〔公的援助の〕処分を禁じられるまでの請求書の不払いがある場合であっても、電気および水道の供給の維持は保障される」。同137条は、同様の趣旨から、銀行「口座への権利」を創設している。というのは、銀行口座は、社会的援助を受け取るためだけに限らず、通常の生活を営むのに必要な基本的技術だからである。

ある注釈によれば、その基本的な考え方は、「物質的 (雇用、居住)、知的 (教育、訓練 (formation)、文化) および愛情的 (家族および子ども) な諸条件を人間性に対する法的なヴィジョンのなかに」包摂したところにあるとされている。注

(46) T. Revet, « La dignité de la personne humaine en droit du travail », in *La dignité de la personne humaine*, dir. T. Revet et M.-L. Pavia, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 137.

釈の著者は、こうした考え方を推し進めるにあたって次のように解説しているが、私もそれは正当なことだと考える。すなわち、「ある生物を人間的であらしめるのは、身体の完全性という肉体的な広がりだけではない。人間的であるということ、そして、そうあり続けるということは、(ペットを除く) 動物のような棲処に住まわされないこと、十分な衣服と食事と治療を与えられ、かつ、自分の資産で通信し、連絡し、家族を形成し、子を育てること等が可能であるということをも前提とする」というのである⁽⁴⁷⁾。契約法は、このような綱領を実現させることにも寄与するものといえよう。

[39] さらに、民法典もこのような痕跡をとどめている。たとえば、不動産賃貸借に関する1719条は、今日、次のように定めている。

「賃貸人は、契約の性質上、いかなる特約も要せず、以下の義務を負う。

- (1) 賃借人に対し、賃貸物を引き渡すこと、それが主たる住居であるときは居住適正性のある (décent) 居室を引き渡すこと。居住用賃貸建物がこの用途に適しないときは、貸主は、占有者の立退きを求めるために、賃貸借〔契約〕の無効または解消を主張することができない。

[40] のみならず、消費者、旅行者または労働者の身体の安全性を保護する無数の条文は、国際的な規範が一致して認めていた生命への権利の一面を表すものではなからうか。民法典1135条を根拠とする安全配慮義務 (obligation de sécurité) に関する判例は、身体の安全性への権利を表明するものとして理解することができないだろうか。これは、既に60年代にボリス・スタルクが明言していたことである。

[41] 以上のように考えられるのではあるが、それでも、契約における人間の尊厳の尊重に関わり得る契約内容の付加は、なおマージナルなものである。それは、生命に関わる財についてのものであり、かつ、その目的は、財の適正さ (décence) を保障すること、支払がなされていないにもかかわらず財の供給を一時的に維持することに限られているのである。

ここで、宗教的自由に関する例を再び採り上げてみよう。ユダヤ教は、安息日に電子機器を使用することを禁止しているため、賃借人がユダヤ教徒である場合には、電子機器を使用しないで済むようにするための積極的な措置を賃貸人において講じるように強制すべく、宗教的自由が主張されることが間々ある。ある事

(47) T. Revet, RTDC 1998, p. 990.

案では、賃借人は、デジコード〔=オートロック様の施錠装置〕を使わなければ建物の門を開くことができなかつたため、〔電気を使わずに開閉することのできる〕機械式の鍵を設置するように賃借人に求めた。これに対し、事実審、そしてこれに続いて破毀院は、次のように冷淡な判断を下した。「借主の宗教的信条に基づいて課される行いは、明示的な合意がある場合を除き、賃貸借契約の内容には取り込まれないのであって、貸主の負担において何らの債務を生じさせることもない⁽⁴⁸⁾」。

破毀院社会部もまた同旨をくり返している。「使用者が被用者の宗教的信条を尊重しなければならないことはたしかであるが、明示的な合意⁽⁴⁹⁾がなければ、それが労働契約の内容に取り込まれることはない」というのである。

[42] 既に10年ほど前にある学者によって提起されていた次の問題に対しては、以上のような枠組みのなかで答えることができる。その学者は、「破毀院は、おそらく、契約当事者の尊厳が、契約の均衡を回復するよう裁判官を義務づけることを認めるに至るであろう⁽⁵⁰⁾」と論じていたのである。しかし、どうもそのようにはみえない。そもそも、民法典1135条がそれに資するということが既に疑わしい⁽⁵¹⁾。また、その契約がなければ人たるに値する状態を維持することができなくなるというような場合を除けば、尊厳という観念を参照することによって契約内容への付加が正当化され得るとみることも疑わしい。実定法を考察する限りでは、そのような理解を導くことはできないのである。また、以上に述べたことは、実践的な理由からも支持され得る。人間の尊厳を理由とする異議申立のインフレ化が生じると、かえってその価値が貶められることにならないだろうか。また、法人間の契約をこうした枠組みに位置づけることは、どうすれば可能なのだろうか。さらに、以上の理解は、より根本的には、「解釈者が一方当事者を弱者とみてこうしたパターナリスティックな保護を与えることは、かえって人間の尊厳を尊重しないことにつながる⁽⁵²⁾」ことから導かれる。

(48) Cass. 3^e civ., 18 décembre 2002, n^o 01-00519; Bull. civ. III, n^o 262; D. 2004. 844, obs. Damas; RTDC 2003. 290, obs. Mestre et Fages; RTDC 2003.383, obs. Marguénaud; RTDC 2003.575, obs. Libchaber; RDC 2003.220, obs. A. Marais; RDC 2004.231, obs. Rochfeld et 348, obs. Lardeux.

(49) Cass. soc., 24 mars 1998, n^o 95-44738, Bull. civ. V, n^o 171.

(50) D. Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit? », *Mélanges F. Terré*, Dalloz-Jurisclasseur-PUF, 1999, p. 329, p. 335-336.

(51) Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005, n^o 363 s.

(52) Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011, n^o 751.

[43] 自己についての決定をなす自由は、われわれの人間性の構成要素の一つではないだろうか。自由になした行為に対して責任を負うべきだということは、その延長線上にあるのではないだろうか。そこにおける公序は、われわれのみるところでは、誤って締結され、またはその他の許容されない約定から解放することを目的とする。それによって、約定の全部または一部が覆滅されるのである。公序がわれわれにとって不利に跳ね返ってきたことだけをみても、人間の尊厳が他者の犠牲において公序を回復するというようなことは認められない。尊厳という観念を肉体的なものに限定しない構想を採るならば、尊厳は、むしろ、自覚的かつ適法になされたリスク引受けの結果に従うことを命ずるといえよう。そこでは、契約自由は、人間の尊厳に対抗するものではなく、むしろこれを助長するものだということができるのである。

2 契約自由に仕える基本権

[44] 基本権には、契約自由を助長するという側面もある。契約自由が財産的な目的を有することからすれば、このことは逆説的であるようにもみえる。しかし、所有権についてと同じことが、ここにも妥当するのである。のみならず、契約自由の地位そのものが、基本権秩序のなかで大いに向上させられている (A)。基本権による契約自由の強化の現れは、将来的にはさらに拡大することとなる (B)。

A 契約自由の地位

[45] 契約自由の地位は、この15年の間に明らかに向上している。契約自由は、危機的状況から立ち直ったのである。

1989年、ロベール・バダンテールを長とする憲法院は、「法律の遡及効の全面的な禁止は、契約法の領域においては、共和国の法律によって認められている基本原則であるとは解し得ない」と判示した⁽⁵³⁾。また、1994年には、同じ人員構成のもとで、「憲法的価値を有するいかなる規範も、契約自由を保障してはいない」と判示された⁽⁵⁴⁾。

[46] ところが、1997年、こうした事態に変化が生じることとなる。全面的に刷新された人員構成のもとで、憲法院は次のように認めることとなったのであ

(53) Cons. Const., décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, § 13.

(54) Cons. Const., décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, § 9.

る。すなわち、契約自由は、それ自体としては憲法的価値を有しないけれども、「それを無視することが憲法によって保障された権利および自由に対する侵害⁽⁵⁵⁾をもたらすことに寄与するときには」、契約自由の看過を主張することができる。これによって、企業活動の自由または所有権に対する侵害がもたらされるときには、契約自由に対する侵害にサンクション⁽⁵⁶⁾が加えられ得ることとなった。契約自由は、「第二次的なもの⁽⁵⁶⁾」ではあるが、憲法現実 (réalité constitutionnelle) の一つをなすに至ったのである。

[47] また、その2年後には、次のような判断が下されることとなる。「契約が当事者間における共通の法律であるとすれば、期間の定めのない私法上の契約がいずれかの当事者によって事後に解消され得ることは、1789年の人および市民の権利の宣言4条に由来する自由によって正当化される⁽⁵⁷⁾」。契約をもって当事者間の「法律」となすことが、憲法院の筆によってこうして確認されたことは、大いに賞賛された。さらに、このように、契約から離脱する権利が基本的自由から帰結され得るのだとすれば、そのエネルギーは、契約を締結しない権利、さらには契約自由そのものにも波及し得るのではないだろうか。排除との闘いに関する1998年の法律(上述 [38])に関する判決には、このような考えを抱かせるものがあ⁽⁵⁸⁾った。

[48] 新たに長官に就いたイヴ・ゲナの威信のもとで、こうした転回は確固たるものとなる。2007年12月7日、憲法院は次のような判断を下すこととなった。「履行過程にある契約に対して公益的理由に基づく修正を加えることは、立法者の自由に属する。ただし、適法に締結された契約の意味 (l'économie) に対して、人および市民の権利の宣言4条に由来する自由を明らかに無視するような重大な侵害⁽⁵⁹⁾をもたらすことは許されない」。

その1週間後の12月13日、憲法院は、さらに次のように判示する。「契約自由

(55) Cons. Const., décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997, § 48. もっとも、本判決は、「『意思自律』なる憲法原理は、人および市民の権利宣言4条からも、憲法的価値を有するその他の規範からも帰結されない」と付け加えた。

(56) Ph. Terneyre, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental? Le point de vue constitutionnel », AJDA 1998, p. 667.

(57) Cons. Const., décision n° 99-419 DC du 4 novembre 1999, § 61, RTD civ. 2000, 109, obs. Mestre et Fages. Adde N. Molfessis, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », JCP G 200. I. 210.

(58) Cons. Const., décision n° 1998-403 DC du 29 juillet 1998, § 40, v. *infra*.

(59) Cons. Const., décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, § 48.

は、人および市民の権利の宣言 4 条に由来する⁽⁶⁰⁾。こうした確証は、その後も維持されることとなる。しかも、それは、自然人についてのみならず、法人についても及ぼされることとなった⁽⁶¹⁾。そのため、現在では、契約自由が憲法的価値を有すること、そして、「立法者は、適法に締結された契約に対し、十分な公益的理由によって正当化されない侵害をもたらすことはできず、1789年の宣言 4 条および 16 条から帰結される要請を無視することは許されない⁽⁶²⁾」ということが、承認されているのである⁽⁶³⁾。

[49] ヨーロッパレベルでは、契約自由に対する基本権たる地位の付与は、これほど明確にはなされていない⁽⁶⁴⁾。しかし、所有権の保護と、処分・収益の自由とこのこれに対応する原則とを根拠として下された判決を通じて、その承認を看取することができる。実際、第一議定書 1 条は財の尊重に対する権利を保障しており、かつ、この財という観念が、契約から生じる債権のような財産的価値をも捕捉するものであることは、古くから認められていたのである⁽⁶⁵⁾。

その結果、契約自由に対する侵害が財の尊重に対する権利にも及ぶ限りにおいては、契約自由は欧州人権条約によっても保護され得ることとなる。いうなれば、1997年当時の憲法院をとりまいていたのと近い状況（上述 [46]）にあるのである。ただし、両者の間には違いもある。それは、所有および財についてのヨーロッパレベルのコンセプトが、憲法院によって採用されているものよりも広いことである。

(60) Cons. Const., décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, § 37.

(61) Cons. Const., décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, § 17; Cons. Const., décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, § 18; Cons. Const., décision n° 2006-396 DC du 30 mars 2006, § 23; Cons. Const., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, § 29; Adde N. Molfessis, « Le contrat », in *L'entreprise et le droit constitutionnel*, RLDA, décembre 2010, supp. Au n° 55, p. 47. P.-Y. Gadhoum, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011.51.

(62) Cons. Const., décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, § 20.

(63) Cons. Const., décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, § 13. V. déjà, Cons. Const., décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, § 4.

(64) Comp. D. de Béchillon, « Le principe de liberté contractuelle dans la convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges D. Labetoulle*, Dalloz 2007, p. 53.

(65) Cour EDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, 9 novembre 1994, req. n°13427/87, § 59; RTDC 1995, 652, obs. Frédéric Zénati. 最後に、v. Cour EDH *Consorts Richet et Le Ber c. France*, 18 novembre 2010, req. n° 18990/07 et 23905/07, § 89.

[50] 契約自由は、とりわけ次の3つの側面を含んでいる。

- 契約を締結しない自由。その表れは、たとえば、ある「財」を譲渡する義務を強制しようという国家の恣意からの保護に認められる。
- 契約に基づく債務関係の内容について合意する自由、特に債権を生じさせる自由。おそらく、こうした自由が厳しく規制されている領域もあろう。また、公的領域——それは、多様かつ流動的である——に属する契約においては、その内容は定型化されていよう。それでも、裁判官は、それが遵守されるよう注意を払うのである。この自由が作用するときには、国家は、どのような仕方によっても契約の効力を害することはできず、もしこれを害するときには、広い意味における所有権に対する侵害という異議申立てを受けることとなる。
- 契約から離脱する自由。憲法院は、パックスに関する法律につき、1999年の判断のなかでこれを採り上げた（上述 [47]）。たとえば商事賃貸借の行使に対する権利にみられるように、この自由もまた領域ごとに様々な緩和を受けることになるが、しかし、いかなる方法によっても侵害することができない原則であり続けている。

さて、それでは、公権力が契約自由に対して不当な取扱いをしようとしたときに、基本権という見地からはどのような救済が与えられるのだろうか。ここまでの検討により、いよいよその現況をみていく用意が整った。

B 基本権による契約自由の保護の現況

[51] 公権力によって契約自由に加えられる侵害をコントロールする機会をもつアクターとして、司法レベルでは3つのものがある。これらは、それぞれ固有の法文化を有している。そのため、問題に対するアプローチは異なっており、その現況も異なっているのである。その第一は、司法裁判所である。欧州人権条約を適用する場合であっても、その法文化は私法的かつフランス的である ((1))。第二は、欧州人権裁判所である。その法文化は、同じく私法的ではあるが、ヨーロッパの多様性を反映して雑多なものとなっている ((2))。そして、第三は、憲法院である。その法文化は公法的かつフランス的である。先にみたとおり、憲法院が契約自由の価値を高めてきたことは明らかであるが、具体的に現況をみていくと、その態度はなおも控えめである。この点は、法文化的要因によって説明され得るだろう ((3))。

(1) フランス司法裁判所の現況

[52] フランス司法裁判所の現況は、穏健なものといわざるを得ないだろう。

司法裁判所には、法律の憲法適合性を審査する権限はない。また、条約適合性を審査する権限を獲得したのも最近のことにすぎず、その適用に関する過度の慎重さが取り払われてからはさらに日が浅いのである。その文化は、どちらかといえば自由主義的である。その理由は、その文化が民法典のもとで形成されたことに求められる。民法典の特徴は、財産法の領域においては、いささかでも自由かつ明瞭な意思が認められるならば、自由こそが原則であり、禁止は例外であるという考え方の影響をとどめている点にあるのである。しかし、同時に、裁判所が、権力をもつ政治的多数派が表明するものである法の御言葉 (Verbe juridique) にひたすら仕えるものであったことを考えると、以上の状況は、数世紀をかけて生成してきたものであるともいえる。破毀院の厳肅な判決手続が行われる部屋の天井には、この至上の法が刻まれている。この掟は、法律を具象する像のもとにひれ伏して懇請する裁判官を描く記念碑的なフレスコ画のなかに、有無をいわせぬ明瞭さをもって現れている。この象徴は、力強く、古く、そしてしっかりと根付いているのである。

以上のような文脈においては、高次の原則をもって法律を斥けることができるなどという考えは、司法裁判所にとっては、少なくとも経済領域においてはなじまない。そのため、基本権が援用されても、その私法上の効力はむしろ犠牲にされてきたのであって、司法裁判所はそれを習慣としてきたのである。

基本権の参照は、契約自由が有する様々な側面を保護するために、周期的に現れている。

[53] たとえば、1995年、破毀院は、「所有権は基本権であり、憲法的価値を有する」と判示した。かかる理由に基づき、破毀院は、農事賃貸借の強制的な成立を命じた事実審判決を破毀した。これは、単独の所有にかかる地片を自由に処分することができるという権利に制約を課することを意味するが、その根拠となる法の規定は何ら存しなかった⁽⁶⁶⁾のである。

[54] 破毀院が他人の土地に対する不法な侵害を許さない旨の判断をする際に、「いかなる者に対しても、公益を理由として、かつ、その者が正当かつ事前の補償を受ける場合でなければ、その所有権を譲渡することを禁止することはできない」とする民法典545条を根拠としたのも、これと同旨である。それゆえ、破毀院は、土地の価値に比べて過大な措置であったにもかかわらず、違法建築の

(66) Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1995, n° n° 92-20013, Bull. civ. 1995, I, n° 4 ; D. 1995, somm. p. 328, obs. M. Grimaldi ; JCP G 1996, I, 3921, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; RTD civ. 1996, p. 932, obs. F. Zénati.

除却を命ずるというサンクションを下したのである。⁽⁶⁷⁾

2005年には、所有権の保護は、公共建築物の不可侵性という原則をも打ち砕いた。土地に対する私法上の権利がないにもかかわらず浄化ステーションが建築された事案において、破毀院はこれを適法なものとして認めず、したがって、単なる損害賠償の付与を留保した取壊しの強制を認めた。破毀院は、取壊しを認めなかった原判決を破毀するにあたり、次のように判示した。「司法裁判所においては、いかなる態様のものであれ、公共建築物の完全性または機能に対する侵害を及ぼすような性質を有する措置を命ずることはできないのであるが、当該建物の完成が、行政権が行使する権能と何ら関わる余地のないことが明らかな行為によるものであり、かつ、何らの適正化手続も行われなかったときは、この限りではない」⁽⁶⁸⁾。

[55] 2010年には、破毀院は、「欧州人権条約第一追加議定書1条とともに、都市計画法典L. 332-6条」に徴して、一般利益上の目的を満足させ得るものであったにもかかわらず、土地の譲渡強制を認めた控訴院判決を破毀した。⁽⁶⁹⁾

[56] 他の自由が考慮されることもある。たとえば、「企業活動の自由という基本原則」⁽⁷⁰⁾に基づいて、使用者による指揮権の行使を正当化した判決がある。もっとも、基本権の名のもとに与えられる契約自由の保護が、——契約を締結しない自由という——所有の領域における消極的側面に集中していることは、まったく明瞭である。他方、法律のコントロールは、いまだ認められていない。

[57] 以上によると、目下の現状は、フランスの裁判官の法文化から推測されたような水準にとどまっていると認めなければならない。つまり、いまだ穏健な立場をとっているのである。クリストフ・ジャマンが書いたように、破毀院が、「20世紀の最初の10年間に展開した知的動向によって生み出された契約法の社会モデルへの執着」⁽⁷¹⁾をなおも抱えていることも、おそらく、以上のことによって説

(67) Cass. 3^e civ., 7 novembre 1990, n^o 88-18601 ; Bull. civ. III, n^o 226 ; RDImm., 1991, 303, n. Gianotti は、侵害に対する所有権の保護は、濫用によっても失われ得ない」とする。

Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, n^o 00-16015 ; Bull. civ. III, n^o 71 ; D. 2002, 2075, n. C. Caron.

(68) Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005, n^o 03-14165 ; Bull. civ. I, n^o 287.

(69) Cass. 3^e civ., 7 juillet 2010, n^o 09-67742.

(70) Cass. soc., 13 juillet 2004, n^o 02-15142 ; Bull. civ. V, n^o 205, Dr. ouvrier, n. crit. E. Dockès.

(71) C. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras, coll. Méthodes du droit, Dalloz 2009, p. 175,

明され得るだろう。

これに対して、欧州人権条約は、今日においては、経済的自由を促進することを目指していると解される。先述のとおり、裁判官は、処分行為をしない自由に対する制約が正当な目的を追求するものであるかどうか、また、この自由に対して課される制約に比例性が存するかどうかを検証することができるが ([27] ~ [31])、これと同様に、処分権に対して、ひいては、より広く契約自由に対して制限をもたらす法律の条約適合性に対するコントロールが、将来において展開することはあるだろうか。ジャマン氏も指摘するように、「列車は動き出している」⁽⁷²⁾のである。

こうした動向が促されるためには、二つのことが前提条件となる。第一は、優先的憲法問題 (QPC) に関する憲法院の判例が消極的な立場にとどまっていることから、司法裁判所としては、欧州人権条約に依拠する方向へと導かれること。第二は、欧州人権裁判所の判例がこうした方向性を促進すること、である。これら二点の考察に進むこととしよう。

(2) 欧州人権裁判所の現況

[58] 欧州人権裁判所の現況は、一見したところでは、貧弱なもののように思われるかもしれない。しかし、財の尊重に対する権利に関する近時の3つの判決は、立法者によって契約自由に加えられた制約の正当性および比例性に対するコントロールが拡大していることを示している。

[59] 第一の判決は、2006年6月19日のフッテン・チャプスカ対ポーランド判決⁽⁷³⁾である。欧州人権裁判所は、審理事件に類する一連の事例を対象としつつ、代表的事例のみに判断を下すパイロット判決手続を適用して、居住賃貸借における賃料の値上げと更新を定めたポーランド法は、財の尊重に対する賃借人の権利を侵害するものであると判示した。判決は、次のように認定している。「所有者が責任を負うべき大規模修繕の費用には何ら触れておらず、現に、支払うべき賃料が財の維持費よりも少額に定められていた」 (§ 198) という点で、「所有権の重要な構成部分である、自らの財から利益を獲得するという所有者の権利は、無に帰せしめられており、財を処分するという権利もまた、実質的には空洞化されてい

p. 206.

(72) *Eod. Loc.*, p. 207.

(73) Cour EDH, *Hutten-Czapka c. Pologne*, 19 juin 2006, Requête n° 35014/97; RTDC 2006.719, obs. J.-P. Marguénaud.

た」 (§ 202)。というのは、「裁判所は、ポーランドにおける住宅状況の困難さが、賃借人保護のための立法の採択を正当化するのみならず、……市場価値を下回るほどの低水準に賃料を定めることをも正当化すると改めて認めているが、その正当化根拠は、その間、国家が、原告その他の所有者に対し、維持費をまかなうために必要な金額を保障するほどの資力を有しない常況にあったという事実には求められておらず、アパートマンの賃貸によって得られる最低限の利益の可能性にも触れていないのである」 (§ 186)。

大法廷は、さらに次のように付け加えている。「本件異議申立ての理由となっている所有権侵害は、賃料の価額のみにかかわるものではない。それは、むしろ、賃料の決定、賃貸借の譲渡における所有者の権利に対する諸種の制限、法律が当事者に課している財産的負担、および、損害を填補し、緩和するための法的仕組が何ら存しないことに起因するのである」 (§ 224)。

[60] その1年後、欧州人権裁判所は、クレジャ、ミハルシア対ルーマニア事件判決においても同様のアプローチを繰り返している⁽⁷⁴⁾。〔本件においても、〕所有者は、彼らに対する法律の適用が、財の尊重に対する権利への過度の侵害をもたらしていると考えた。そこで、人権裁判所は、その伝統に従って、立法の目的が正当であるか、および、用いられた手段が『『正当な均衡』を遵守しているか』を審理した。そして、「その判断にあたっては、共同体の一般利益の要請と個人の基本権の保護という至上目的との間での慎重な判断を要する」 (§ 42) ものとされた。

人権裁判所は、これに続いて次のように述べている。「居住についての大規模立法がもたらす影響に関する事件においては、法的評価は、賃貸市場における契約自由および契約関係に対する国家の介入の範囲についてのみならず、手続保障、ならびに、制度の作用と所有者の財産権に対するその影響が恣意に流れ、予見可能性を失わせることがないようにするためのその他の保障にまで及び得る」 (§ 42)。

人権裁判所は、ここでも伝統に従って、「不明確性——立法によるか、行政によるかを問わず、権力の行使に伴って生じるもの——は、国家の行為を評価するにあたって考慮されるべきファクターである」 (§ 42) と強調しているのである。

一見したところでは、「契約自由」が名指しで保護の対象とされたのは、これが最初で最後のことであるようにみえる。しかも、本件においては、人権裁判所は、相対する利益の間の均衡は保持されていたと認めたのである。

(74) Cour EDH, *Cleja et Mihalcea c. Roumanie*, 8 février 2007, Requête n° 77217/01.

さて、第三の判決は、利益の衡量を示唆する文言を用いてこそいないものの、こうした考え方が裁判所の推論のなかに定着していることを示しているように思われる。

[61] 第三の判決として採り上げるのは、2010年11月18日のリシェ、ル・ベール対フランス事件判決である⁽⁷⁵⁾。本件は、同一の家族の複数人で、プロヴァンス地方の海岸からほど近い、ある有名な広い島を所有していたという事案である。家族のメンバーがこの島の大部分を売ろうと考え、国がこれを取得しようとしたのであるが、国には、民間の買い手が提示した金額を払うことができなかった。それにもかかわらず、国は、これを低額で取得することに成功した。国は、取得者に対し、代償として、彼らがなお保有する地所の上に、一定のカテゴリーの建物を建築する権利を有するものとするを約束したのである。しかるに、その後、所轄官庁によって、売主の建築計画は不許とされた。その理由は、都市計画および環境に関する立法の変遷により、そのような建築はもはや認められないというものであった。

売買契約の文言を検討した結果、人権裁判所は、本件売買契約においては、売主の建築権を保持する旨がまさに保証されていると認定した。次いで、同裁判所は、次のように判示している。「所轄官庁は、約定をなすこと、その約定の射程、および、それがポルケロール島の環境に対して与える影響を認識していた。そうであるにもかかわらず、同官庁は、約定を遵守するための措置を何ら講じなかったのである」 (§ 121)。そのうえで、「さらに、同官庁は、仲裁手続による解決を用いて、相対する利害を調整しようとはしなかった」 (§ 121) と付け加えている。

以上から、人権裁判所は、次のように結論づけている。「同官庁の行為は、申立人から、財について有益な享受をなす可能性を奪うだけでなく、有益な享受をなし得ない場合に、契約を解消し、または被った損害について賠償を得る可能性をも奪うものであった」 (§ 123)。そして、「申立人は、本件において、常軌を逸した格別の負担を強いられており、これによって、所有の保護と一般利益の要請との間で調整されるべき正当な均衡が失われる結果となっている」 (§ 124)。

[62] これらの判決は、二重のことを明らかにしている。すなわち、一方、契約自由に対する侵害は、権利者が自らの権利の堅固さについてもっていた正当な信頼を大きく損なう立法から生じ得る。他方、立法の正当性、または、当該権利

(75) Cour EDH, *Richet et Le Bert c. France*, 18 novembre 2010, Requête n° 18990/07 et 23905/07; RTDC 2011.150, obs. Th. Revet; JCP A 2001.2005, n. D. Bailleul; GP 2011, n° 19 à 20, p. 13, n. M. Séno.

に加えられる侵害の比例性が、一般利益の保護と契約当事者の権利の尊重との間に存在すべき均衡を失するものである場合には、こうした侵害は、欧州人権条約に違反するものと性格づけられ得るのである。

以上のようなアプローチは、契約当事者による予見を損なう立法、また、恣意的な適用の可能性がある基準を用いることで契約当事者の予見を妨げるような法適用に対して、疑義を投げかけることへと導き得る。

コントロールのプロセスは、以上のようなものである。それは、程度の差はあれ厳格な要件をもつものとして理解され得よう。このコントロールが機動的に行われるべきこと、そして、このコントロールが、適用における予見可能性の高い立法をなすべく立法者を拘束し得ることは、疑いない。

とはいえ、このような方向へと導くことには、意義があるように思われる。それは、おそらく、憲法院よりもむしろ欧州人権条約によって実現されることとなろう。実際のところ、憲法院は、契約自由を憲法的価値のある原則にまで高めようという立場を公式に採ったのであるが、そこにおける契約自由の保護は、何らの実効性も伴っていないのである。

(3) 憲法院の現況

[63] 契約自由の具体的な保護については、憲法院判例の現況はかなり貧弱である。

とはいえ、契約自由の地位を高めてきた憲法院が、その傾向を生じた初めの時期に下した諸判決のうち、1998年7月29日の判決は、ある種の果敢さを証するものであった⁽⁷⁶⁾。それは、排除との闘いに関する法律についてのものである。

[64] 同法107条の定めるところによれば、不動産差押えがなされる場合において、差押実施債権者は、裁判官が定めた競売価格にだれも応じなかったときは、自動的にこの価格で競落したものとされる。この規定につき、憲法院は次のように認定した。すなわち、本条は、「裁判官によって定められた価格で当該物件を購入しようという意思がない場合であっても、差押実施債権者が所有者となるべく強制する」ことを可能にするものである。このことを理由に、憲法院は、「このような所有権移転は、合意の自由という原則に反する。この原則は、所有〔権〕の取得を支配すべきものであり、自己の財産を自由に処分する権利の行使と切り離すことのできないものなのである」 (§ 40) と判断したのである。

(76) Cons. Const., décision n° 1998-403 DC du 29 juillet 1998.

[65] 同様に、2000年には、憲法院は、労働時間に関するある法律について判断を下すこととなった。この法律には、既に締結された労働時間に関する合意を覆すことを求める規定が含まれていた。憲法院は、次の理由から、これを違憲と宣言したのである。すなわち、「本条は、1998年6月13日の法律に従って締結された諸々の合意に含まれている実体的条項に反して、契約内容を修正している。しかし、それらの条項は、その締結の当時においては、いかなる現行法の規定にも反しておらず、1998年の立法者によって定められた労働機関の短縮によってもたらされる予見可能な結果を何ら無視するものではなかった⁽⁷⁷⁾」。

[66] 同年には、居住に関する法律の規定もまた違憲とされた。その理由としては、次のように述べられている。「すべての人が居住適正性のある住居を持つ可能性を有するという〔本法律の〕目的には、憲法的価値が認められるけれども、……本件において不服の対象とされている規定がこの目的の実現に対して寄与するところは、適法に形成された契約の意味に対してこれほどにまで重大な侵害を加えることを正当化するに足るものではない⁽⁷⁸⁾」。

[67] もっとも、このような否定判断は、なおも例外にとどまっている。ある論者の述べるところによると、契約自由を保護するための強大なコントロール手段が憲法院に与えられたときにも、憲法院が「過剰な熱意という罪を犯すことはなかった⁽⁷⁹⁾」のである。

[68] 優先的憲法問題という手続もまた、それほど目立った結果をもたらしてはいないように見える。ニコラ・モルフェシス教授は、2010年の終わりに、「優先的憲法問題が債務法に対してはごくわずかな影響しか及ぼさないであろうと考えるのは、まったく正当である」と述べている⁽⁸⁰⁾。別の論者も、同年、次のように主張している。「契約法の領域における憲法適合性の要請は、保護されるべき権利や自由を表明しさえすれば直ちに保護が正当化されると考えさせられるほどには、高められていない」。というのは、「コントロールは、結局のところあまり厳

(77) Cons. Const., décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, § 44.

(78) Cons. Const., décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, § 50.

(79) P.-Y. Gadhoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2011.51 (conclusion).

(80) N. Molfessis, « Le contrat », in *L'entreprise et le droit constitutionnel*, RLDA, décembre 2010, supp. Au n° 55, p. 47, p. 50 col. 1, citant C. Pérès, « La question prioritaire de constitutionnalité », RDC 2010.539, n° 9.

格なものではないからである⁽⁸¹⁾」。

[69] 優先的憲法問題に関して2011年に下された2件の判決は、こうした予測を強固にするものである。両判決はいずれも、もっぱら、競争制限行為に関する商法典 L. 442-6 条に関わる。

本条は、取引契約 (contrats d'affaires) に固有のものであり、次のように規定する。

1 すべての製造者、商人、職人、手工業者名簿に登録された者による次の行為は、行為者としての責任を負わせ、惹起された損害を賠償する債務を行為者に負わせる。

(2) 商取引の相手方をして、当事者間の権利義務について著しい不均衡 (déséquilibre significatif) を生じさせる債務関係に服せしめ、または服せしめようとする事。

[70] 規制対象行為に対して過料という制裁が課される可能性があることとの関係で、この制裁が罪刑法定主義に反するか否かという優先的憲法問題が提起された。破毀院商事部は、これを憲法院に移送する理由があるものと判断した。その理由は、次のように説かれている。「ここで提起された問題は、商法典 L. 442-6 条 1 項 2 号によって宣言される禁止の文面が、罪刑法定主義から導かれる〔刑罰法規の〕明晰性および明確性の要請に適合するものであるか否かという点につき、重大性を有するものといえる⁽⁸²⁾」。

[71] 憲法院において、訴訟人は、ある契約またはある契約条項が「著しい不均衡」であると性格づけられるか否かを事前に決することは、契約当事者にとっては不可能であると主張した。

これに対し、憲法院は、「立法者は、〔濫用条項に関する〕消費法典 L. 132-1 条に規定されている、当事者間の権利義務についての著しい不均衡という法観念を参照したのである」と判示して、この申立てを斥けるにとどめた。さらに、憲法院は次のように付け加えている。「〔この観念の〕内容は、判例によって既に明確にされている」のであるから、「違反が認められるのは、裁判官がいかなる判断を下す⁽⁸³⁾とも、その解釈が恣意的であるという批判を被る余地がないような場合である」。以上が、今日、審理を求めた企業の名前にちなんでダルトイの優先的

(81) C. Pérès, « La question prioritaire de constitutionnalité », RDC 2010.539, n° 8.

(82) Cass. com., 15 octobre 2010, n° 10-40039.

憲法問題 (QPC Darty) と呼ばれている事件の顛末である。

[72] この解決は、驚くべきものである。まず、著しい不均衡という観念の内容は、司法裁判所によっても決して理論的に明確化されているわけではない。そのようなことは、そもそも司法裁判所の性格にそぐわないのである。司法裁判所において問題となる法性決定は、消費者に対して提示された附合契約に照らして、裁判官が、契約条項に関する規制を発動することを可能ならしめるものである。つまり、論理的に言えば、濫用条項という法性決定は、事前に存在する原則から演繹されるわけではない。それは、任意法規に投影されている均衡から合意内容がどれほど隔たっているか、その程度に即して個々に決定されるのである。

加えて、消費者保護を目的とする規律には、商法典には存在しないような歯止めが数多く含まれている。たとえば、そこにおいては、支払われた金額と、提供された給付の価値として裁判官が評価したものとの間に存し得べき不均衡を考慮することは、許されていない (消費法典 L. 132-1 条 7 項)。これに対し、商法典は、むしろこの点について判断するよう促している。L. 442-6 条 1 項 1 号は、「提供される役務の価値に比して著しく不均衡な」契約上の利益を取得するという事実をもって、競争制限行為とみているのである。

最後に、消費者保護を目的とする規律は、一連の例示によって具体化されている。それらの例示をみると、濫用条項における法性決定のもつリスクがどのような場合に顕著になるかを感得することができる。特に、事業者の責任を制限するあらゆる条項は濫用的とみなされ、これについては評価の余地は存しないものとされているのである (消費法典 R. 132-1 条)。

濫用条項という観念を参照することで憲法院が企図したのは、取引契約において責任制限条項と同じくらい一般的に用いられている条項が、刑事制裁に晒されるということであろうか。そのように考えることはできないだろう。もしそうであるとすれば、契約自由に対する侵害は甚だしいものとなる。消費法典によって濫用的と推定されるあらゆる条項が同様の運命にあるのだとすれば、契約自由に対する侵害は、なおさら顕著になろう。

[73] 以上のように結論づけると、憲法院においては、商法典 L. 442-6 条 1 項 2 号が契約自由に対してもたらず侵害は問題にされなかった、という反論を受けるかもしれない。この点が問題になったのは、後続の事件においてであった。シ

ステムU社によって提起された優先的憲法問題において、商法典 L. 442-6 条 1 項 2 号の措置と企業活動の自由との整合性が問題とされたのである。

これに対し、憲法院は、次のように答えるにとどめた。「立法者は、企業活動の自由という原則と商取引関係における均衡を維持する必要性から生じる一般利益との間の調整を行ったのである。違憲の申立てがなされた規定によって企業活動の自由に対して加えられる侵害は、追求される目的との関係で均衡を失したものである⁽⁸⁴⁾」。

さらに、著しい不均衡を生み出す合意は、行政機関が求めるときには無効とされる旨を憲法院が確認し、また、商法典 L. 442-6 条 3 項が同旨を定めているけれども、その理由づけが軽いことには驚かされる。現在の L. 442-6 条によれば、価格が著しい不均衡の原因となっていると判断された合意につき、無効を宣告することができるということになるのだろうか。つまり、事業者間において然るべく交渉された特定の契約条項につき、それが著しい不均衡の原因になっているとして無効を宣告することができるのであろうか。

[74] 契約自由に関する問題という重大な論点を前にして、憲法院からの応答があまりに簡素であることには驚かされる。憲法院は、契約自由に対して基本原則としての価値を与えているけれども、立ち入ったコントロールがなされていないために、これに実質的に違反する立法が同時に行われているということになるだろうか。

基本権に対する侵害の正当性は、相対する利益の衡量というかたちで決せられているが、そのプロセスは、各個の利益の重要性に見合ったものであることを前提とする。事業者間での動産取引においては莫大損害による瑕疵を考慮することは禁じられるという基本原則に対する明白な逆転が生じており、それによって契約自由に対する侵害が生じているときに、それが正当であるかどうかをわずか数行のなかで判断することはできないだろう。

それでは、広い意味での所有権に対するこのような制約が、追求される目的に比例するものであると考えられるのはいかなる場合か。この点をより明確にする機会をもつことになるのは、おそらく、欧州人権裁判所であろう。フランスの司法裁判所としては、商法典 L. 442-6 条 1 項 2 号が欧州人権条約に適合するか否かが争われるに至ったときには、自らこの問題への回答をもたらすことができるのではないかと思われる。

(84) Cons. Const., 13 mai 2011, DC n° 2011-126 QPC, § 5.

総 括

[75] 以上のとおり、契約法の基本権化は、相反する方向性を有し得る動向である。基本権の援用は、伝統的には、契約自由を制限する方法であると考えられてきた。しかし、それは、契約自由を強化することにも奉仕し得るのである。もっとも、フランスの裁判官が有する法文化によれば、この問題は、契約自由の強化という角度からよりも、むしろ契約自由の制限という角度から考察されるのが常であった。

[76] いずれにせよ、基本権の尊重がどのような影響をもたらすかは、利益衡量という法技術によってケース・バイ・ケースに決せられる。ただ、従前の学説によって論じられてきたことには反するかもしれないが、利益衡量という法技術が、契約法を破壊するような性格をもつということは、特にないように思われる。「費用＝便益」のバランスを比較するという手法は、契約自由に対する制約がどのような点について許されるかという問題に適用されるときには、伝統的な推論の一側面にすぎない。裁判官は、公序に対する侵害が存するか否かを決めるにあたっては、こうした推論に従って、ケース・バイ・ケースの判断を行っているのである。譲渡制限条項、独身条項、寡居条項、あるいは競業禁止条項をめぐる古典的な紛争は、まさにこのことを示している。

また、利益衡量に依拠する推論は、立法者がどの程度まで契約自由に対する制約を加えられるのかという問題についても、この点に関するコントロールを行う権能を有する機関の判例のなかに古くから存在する。

しかし、だからといって、利益衡量という手法があらゆる法的紛争の解決方法になるというわけではない。裁判官が、ある債権につき支払がなされるべきか否かを検討するにあたり、妥当性に関する感覚のみに従って判断を下すようになれば、法システムそのものが変質してしまうことは明白である。おそらく、これに伴って経済システムも変わることとなろう。契約の拘束力が当事者の利益の主観的な衡量にかからしめられているような社会は、市場経済の展開には適しないからである。市場は、約束の尊重を前提とする。そして、この約束は、法的安全を前提とするのである。以上のように、公序は、基本権に関わるときには、契約自由を再編することがあるが、それがために法的安全性が著しく害されることはない。かくして、契約法の基本権化を憂慮するには及ばないというのが、私の考えである。契約法の基本権化は、人間の尊厳の地位を高める。それは、民法の基本理念の浸透 (civilisation) の新たな段階であり、民法典の破壊では決していないの

である。

【注】

① 本稿は、科学研究費補助金基盤研究（B）研究課題番号22330035（研究代表者：淡路剛久教授）による研究企画として、2011年11月3日、ストフェル＝マンク教授（パリ第一大学）を早稲田大学に招いて開催された講演の翻訳である。当日は、多くの研究者の参加を得て、講演をめぐって活発な議論がなされた。ご参加いただいた方々に対しては、上記プロジェクトの構成員に代わって謝意を表する次第である。また、この場をお借りして、ストフェル＝マンク教授に対しても心からお礼を申し上げたい。Je tiens à exprimer ma plus vive reconnaissance à Monsieur le Professeur Philippe STOFFEL-MUNCK pour la confiance qu'il m'a accordée. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

② 本文中、[] で括った部分は原著者による補足、〔 〕で括った部分は訳者による補足である。また、原文においてイタリック体によって強調された部分は、訳文に圈点を付して示した。

③ 本テキストの翻訳にあたっては、科学研究費補助金若手研究（B）研究課題番号23730110による助成を受けた。