

EU 域内市場における 移動の自由と公の秩序

小場瀬 琢 磨

I. 問題の所在

EU 運営条約は、構成国が EU 域内における移動の自由を制限する際に根拠として許される事由のひとつとして「公の秩序（〔英〕 public order, public policy ;〔独〕 die öffentliche Ordnung ;〔仏〕 ordre public）」（以下「公序」という）を定めた⁽¹⁾。同条約が商品，人，サービスおよび資本の移動の自由のそれぞれに関して公序を例外事由として定めたことに照らすと，公序は経済活動の規制に関する一般的な適法規制事由の位置を占めるといえる。この例外事由は移動の自由を制限しようとする EU 構成国に対して裁量権を与えたようにみえる。

現実には，しかし EU 構成国による公序の援用は EU 法による制限を著しく被った。EU 裁判所は，商品，人，サービスおよび資本の移動の自由

(1) EU 運営条約36条（1957年 EEC 条約36条 = 1997年アムステルダム条約版 EC 条約30条），EU 運営条約45条 3 項（1957年 EEC 条約48条 = 1997年ア条約版 EC 条約39条），EU 運営条約52条 1 項（1957年 EEC 条約56条 = 1997年ア条約版 EC 条約46条），EU 運営条約65条 1 項 b 号（1992年マーストリヒト条約版 EC 条約73 d 条 = 1997年ア条約版 EC 条約58条）。EU 運営条約72条，346条および347条も公序概念を用いる。以下，旧規定時代の判例学説を扱う場合も現行条約の条文番号で呼ぶ。共同体法と EC 法は EU 法に統一した。欧州連合司法裁判所は，欧州経済共同体司法裁判所および欧州共同体司法裁判所と称されていたが，統一的に EU 裁判所と呼ぶ。引用の際に原文に改変を加えた場合は亀甲括弧により示した。

を原則的に保障する EU 域内市場において公序に基づく規制は例外に当たるという点から出発し、公序に依拠する構成国の自由を大幅に制限した。そもそも公序の維持は、およそあらゆる法秩序における法の基本的作用であり、主権国家の主要なはたらきのひとつに数えられる。そのはたらきに EU 域内における自由移動の権利の保障という観点から EU 法の制限が及ぶようになった。

ここで改めて公序とはなにかが問われる。しかし EU 法はこの問いに正面から答えていない⁽²⁾。なぜか。このパラドックスが本論文の主題である。以下では、EU 法と国内法がともに適用される超国家法秩序において、公序が EU 法と国内法の関係を整序するはたらきを担うことに着目して上記主題に接近する。EU 法上の公序は、国内法に先在する公序を EU 法に包摂し、各国の重要利益を EU の側から尊重するための枠組概念に当たるので、公序の内容は、公序をめぐる構成国と EU の対話を通じて個別の事件においてはじめて認識される。そのため EU 法は公序の明確な定義を与えていない、という答えを上記パラドックスについて与える（以下 II）。

(2) 法務官カポトルティは、EU 法独自の自律的な公序が存在しない理由を次のように説明する。「[EU 法] は、公の安全や公衆衛生に独自の定義を与えていないのと同様に、公序を定義しておらず、また [EU 法] 独自の (independent) 定義を与えようとしていない。[EU] 基本条約および第二次法には構成国法から採られた多くの文言が存在しており、その解釈は構成国に特有の原則、法規および概念を参照しながら行うのである。『公の秩序』という文言もそうしたカテゴリーに含まれる。とりわけ公序の概念はさまざまな関連（例えば行政法、刑法および国際私法）において用いられるため、公序に関して国内法制度自体に不安定と不一致がみられることは指摘するまでもない。したがって、[EU 法] の解釈のはたらきを担う [EU] 裁判所に公序の定義を質問することは失当である」、と。Opinion of AG Capotorti in Joined Cases 115/81 and 116/81 *Adoui and Cornuaille* [1982] ECR 1714, point 3, at p. 1716. 指令2004/38号6章（27条から33条まで）は欧州市民の移動居住権を公序に基づいて制限する構成国に制約を課すが、同指令も公序概念を定義していない。学説上の公序の定義として、たとえば「統治作用により定められた社会の根本的利益にふれるような根本的規則」。K.-Ph. Wojcik, Commentary on Art. 65 AEUV, in v. d. Groeben et al. (eds), i *Europäisches Unionsrecht* (7th edn 2015) 2076.

最後に結論する（同 III）。

II. 超国家法秩序における公序

A. EU 法上の枠組概念としての「公の秩序」

EU 運営条約の一連の規定は、EU 域内市場における移動の自由の例外的規制事由のひとつとして公序を規定した⁽³⁾。公序は、もっぱら EU 法の解釈のみによってその内容の確定できる EU 法上の概念ではなく、一定の正当目的の国内法規をめぐる国内法と EU 法の関係を整序するために、国内法と EU 法の相互作用を許容する EU 法上の枠組概念である⁽⁴⁾。そのことは、公序が国内法と EU 法のいずれに属するかという点を検討することによって明らかになる⁽⁵⁾。

もし公序が純然たる国内法上の概念だとすると、その内容を確定するのは各国法であり、EU 法における公序は単に各国法の参照を指示するにすぎないことになる。そうだとすると、EU 法の規制を免れて各国が公序の内容を自由に定めて許されることになり、また EU 域内市場における自由移動原則の適用範囲は各国ごとに大きく異なることになる。このような結果は、越境的経済活動の自由を原則として保障する EU 域内市場と相容れず、EU 法の統一性の原則⁽⁶⁾と矛盾し、さらに EU 運営条約が公序を正当化事由として定めたこととも齟齬を来す。正当化は EU 法による構成国法

(3) N. Nic Shuibhne, *Exceptions to the Free Movement Rules*, in C. Barnard and S. Peers (eds), *European Union Law* (4th edn 2023) 516.

(4) H. Schneider, *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag* (1998) 78; M. Frey and L. Pfeifer, *Der ordre public – die öffentliche Ordnung*, *EuR* 2015, 722.

(5) こうした検討は、すでに E. Scheibeler, *Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof* (2004) 133–154が行なう。

(6) Case 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585, 593–4.

の一連の評価過程であるから、EU法が構成国法の公序をそのまま受け入れることはありえない。以上の理由から、公序がEU法の規律を免れた純然たる構成国法上の概念だというのは困難である。

では、公序を構成国法から自律的なEU法上の統一的概念と解して妥当か⁽⁷⁾。そのようなEU法概念の典型例としての労働者の概念（運45条）について、EU裁判所はこう述べる。「〔労働者〕概念について定めることが国内法に委ねられたならば、各国は、『労働者』概念に変更を加え、恣意的に一定範囲の人を〔EU運営〕条約の保護から除くことが可能となるであろう⁽⁸⁾」と。国内法上の労働者の概念をそのままEU法に転用して労働者の範囲を定めて許されるならば、自由移動権の認められる人の範囲が国ごとに異なるという不合理な結果を生じてしまう。こうした結果は、EU運営条約が労働者の自由移動を可能な限り広い範囲において原則として保障しようとした趣旨と相容れない。したがって「労働者」の概念は、国内法から自律的なEU法上の概念であって、EU法独自の意義を有するものと解すべきである。EU裁判所は、この点から出発して、労働者とは他人の指揮命令に服しつつ、労務を提供し、その対価として賃金を受け取る者をいうと定義した⁽⁹⁾。

労働者をEU構成国法から自律的なEU法上の統一的概念と解すべきだとした理由は、しかし公序には当てはまらない。その理由は、公序の例外事由としての性質に求められる。公序の解釈適用においては、移動の自由

(7) E. Kocher, Commentary on Art. 45, in M. Pechstein et al. (eds), ii *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV* (2017) 743 は、公序の概念はEU法により自律的にかつ狭く解釈すべきであるとしながら、「EU法は構成国に対して『統一的な価値尺度』を定めていない」し、「公序の概念は場所ごとに、また時に応じて、異なる意義を有することがある」といい、公序がEU法上の自律的な概念ではないと自認する。

(8) Case 75/63 *Unger* [1964] ECR 177, 184.

(9) See, e.g., Case 66/85 *Lawrie-Blum* [1986] ECR 2121, para. 17.

の原則的保障の範囲よりも、構成国の個々の具体的な規制の例外的許容性が問われる。公序の保護のための措置は、第一次的に各国が決定して許されると EU 運営条約が認めているのだから、その内容はむしろ国ごとに異なることが当然である。このような国内法と EU 法の機序に着目すると、EU 法上の公序は国内法の定めた公序を EU 法に包摂するための枠組概念に当たるといえる。

ここでの EU 法の役割のひとつは、公序に統一かつ自律的な概念定義を与えることではなく、例外事由としての公序の適用に EU 法の枠組みを課し、その上で各国の法適用に対する EU 法の統制を及ぼすことによって、第二次的に構成国による公序の濫用を抑制することである⁽¹⁰⁾。もうひとつは、国内法・裁判所と EU 法・裁判所の間を仲立ちし、両者の対話を促すことによって、正当な国内規制の適用を EU 法の側から適法と評価することにある。

公序のはたらきを例証するため、オメガ事件における国内裁判所と EU 裁判所の対話を取り上げてみよう⁽¹¹⁾。同事件の原告は、レーザー光線発射銃を用いた擬似殺人ゲームを行なわせる遊戯施設を運営しようとした。この遊戯サービスはイギリスの会社が開発したものであり、原告は当該会社とのフランチャイズ契約に基づいてドイツにおいて当該サービスを提供しようとした。当該サービスの提供の際に用いるレーザー光線発射銃とレーザー光線感应チョッキはイギリスからの輸入品であった。以上のように本件のサービスは EU 域内における商品およびサービスの越境的移動の自由の行使に当たするため、その制限措置は、正当化されなければ EU 法違反に当たる⁽¹²⁾。被告のボン市長は、公序の危殆化を理由として当該施設の

(10) Scheibeler, n. 5 above, 143-4.

(11) Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609; 中村民雄・須網隆夫(編著)『EU 法基本判例集(第2版)』(日本評論社, 2010年) 243頁以下。

(12) Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, paras 3, 13 and 25.

営業禁止命令を発した⁽¹³⁾。原告は当該命令の取消を求めた。

上告審のドイツ連邦行政裁判所は、ドイツの国内法に照らした審査を行い、当該措置は適法であると判断した⁽¹⁴⁾。本件における「公の秩序に対する危険」は、行政法の秩序罰の対象となる行為を一般的に定めた州法の規定に登場する。このドイツ法上の「公の秩序」は、連邦憲法裁判所の判例⁽¹⁵⁾によれば、「価値による充足を要する一般条項」であり、その意義は人の尊厳（基本法1条1項）、生命および身体の不可侵の権利（同2条2項1文）および国家の暴力独占（同20条）という基本権ルールに影響される⁽¹⁶⁾。人の尊厳の尊重（基本法1条1項1文）は、基本権の体系における重要な憲法原則であり⁽¹⁷⁾、人の社会的な価値および尊重の要求と結びつくことにより、人を単なる客体としてのみ扱うこと、および人の主体としての性質を根本から疑問にさらすような扱いをすることを禁ずる。連邦行政裁判所は、このような国内憲法的価値を公序に反映させた。

連邦行政裁判所は、問題の擬似殺人ゲームに暴力肯定傾向が潜んでおり、そうした傾向が公衆の価値意識と社会における行動に影響を及ぼしうると

(13) ノルトラインヴェストファーレン州の秩序官庁法（Gesetze über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden - Ordnungsbehördengesetz (OBG) -）14条1項によれば「秩序官庁は、個別の事件において公の安全又は秩序に対する危険（危険）に対抗するために必要な措置をとることができる」。本件の規制対象のサービスを特定的に禁止する連邦法律は存在しなかったが、すでに連邦において規制に向けた動きはみられた。1994年当時、擬似殺人ゲームの規制の必要性について連邦議会において質問があった。1997年には、最終的に法案採択には至らなかったが、連邦参議院に「人を貶める」遊戯を規制しようとする秩序違反法改正案（BT-Drucks. 13/8940）が提出された。

(14) BVerwGE 115, 189. 本件の終局判決は Bundesverwaltungsgericht, 6. Senat, Urteil vom 13. 12. 2006 (BVerwG 6 C 17.06).

(15) 連邦行政裁判所の決定は、公序とは「諸価値によって充たされることを要する一般条項」と解すべきだとする連邦憲法裁判所の判例 BVerfGE 7, 198 (215-216) に従う。

(16) BVerwGE 115, 189 (198).

(17) BVerfGE 6, 32 (36, 41); 45, 187 (227).

いう理由から本件の係争措置は人の尊厳の保護のための措置に当たると評価した⁽¹⁸⁾。

この擬似殺人ゲーム違法論はドイツ法特有の性格が色濃い⁽¹⁹⁾。本件ゲーム規制の根拠とされた「公の……秩序に対する危険」は、もともと州法たる秩序官庁法の不確定法概念であるが、ドイツの憲法論を投影する解釈を施すことによって、ドイツ法独特の内容を帯びた。州法の公序を EU 法上の公序に包摂し、EU 域内市場における移動の自由の制限の正当化論として組み立てようとする国内裁判所の判示はみられず、国内法の公序規定の解釈適用がみられるのみである。

連邦行政裁判所は、国内法に基づく本件規制の適法性については以上のように判断したが、EU 法に基づく本件規制の正当化については EU 裁判所に先決裁定を求めた。その結果、国内（憲法）的な公序論をどのように EU 法に包摂すべきかという EU 法の争点が生じた。国内裁判所のように、国内法と EU 法に基づく法的評価をそれぞれ独立別個に行なおうとすると、国内法と EU 法の抵触が生じうる。この抵触は EU 法の国内法に対する優位性原則によって解決しうる性質のものではない。EU 法の側に擬似殺人ゲーム違法論を受け止める規範的枠組を欠くならば、国内最上級裁判所と EU 裁判所の間に価値をめぐる争いを生じうるのみならず、加えて人の尊厳を認める EU の価値秩序（EU 基本権憲章 1 条参照）と域内市場の移動の自由との EU 法内部の矛盾をも惹起しうる。これが連邦行政裁判所の提起した問題である。

EU 裁判所は、まずドイツ法にいう公序を EU 法における公序に包摂し⁽²⁰⁾、次いで国内裁判所の人権論を EU 法の人権論の枠組に収まるもの

(18) BVerwGE 115, 189 (200).

(19) BVerwGE 115, 189 (202); R. Poscher, Menschenwürde, in Herdegen et al. (eds), *Handbuch des Verfassungsrechts* (2021) 1117.

(20) Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, para. 28.

として受け止めた。さらに公序の保護における国内裁判所の裁量の余地を広く認めることによって、EU法と国内法の価値の衝突やEU法内部の矛盾を避けた。

EU裁判所によれば、構成国の措置が公序の保護のための措置に当たるという判断が国内法に基づく一国かぎりの独自の評価に基づくにすぎないとしても、EU法上の公序に包摂することを妨げない⁽²¹⁾。

もっとも公序概念に依拠することを正当化しうる具体的な事情は、国ごとに、また時の経過によりさまざまでありうる。そのため権限ある当局は、EU基本条約の定めた限界の範囲内において裁量の余地を認められなければならないのである。

公序は本来的に国内的な性質を有する上、しかも公序に基づく規制は価値評価を伴うため、その適法性を審査するためには国内機関に裁量権を与えなければならない。したがって、上記引用の示すように、公序に関する国内機関の評価に対してEU法は相対的な立場をとらなければならない⁽²²⁾。そのためEU裁判所は、まず国内法適用機関の見解を争わずに繰り返した後、EU法上の公序に包摂されたドイツ憲法上の人の尊厳が、EU法の一般原則としての人権に照らして保護の対象となりうるとした⁽²³⁾。次いで、基本権保護が移動の自由を制限する適法事由に当たるとしたEU判例を参照し⁽²⁴⁾、係争措置が基本権保護のための比例的な措置にとどまるか否かを緩やかに審査した⁽²⁵⁾以上のように、EU裁判所は、公序に依拠することによって当該措置に関する国内裁判所の判断をEU法に受容し、

(21) Ibid., para. 31.

(22) この判示は1970年代以来のEU裁判所の確立判例の確認である。Case 30/77 *Bouchereau* [1977] ECR 1999, para. 34.

(23) Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, para. 33.

(24) Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659, para. 71.

(25) Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, para. 39.

これに統制を加え、結論として追認した。

オメガ事件を手がかりとすると、公序をめぐる国内法と EU 法は相互作用は次のように整理できる。第一に、公序が、まず構成国の価値判断に基づいて構成国法の側で認識されることである。第二に、構成国の価値判断は国ごとに異なり得るため、EU の統一的な公序は存在しないことである。そうだとすると、第三に、EU 法上の公序には構成国の価値を包摂するはたらきがあるため、国内の法・裁判所と EU の法・裁判所の間の対話を通じて公序を共有認識しうることである。以上を要するに、公序は、法の適用対象に対してより近いところに位置する国内法適用機関と EU 裁判所の対話を可能とする枠組概念であるといえる⁽²⁶⁾。

B. 公序の沿革

公序が EU 法と国内法の相互作用を許容する EU 法上の枠組概念であることは、以下のように公序の沿革からもわかる。

公序は、すでに EU の成立以前に先在し、各国の国内法において生成発展を遂げてきた。1804年のナポレオン民法典 6 条は、私人間の取決めは「公の秩序および善良の風俗に関わる法律に反することはできない」と定め、道徳的および経済的社会的な秩序維持のために私的自治の範囲を限界づけた。後に、フランスにおいて公序は公法分野に広く転用された。そこでの公序は公の安全の維持に関する公の機関の権限を指し、警察に係る公序 (*ordre public de police*) の根拠を提供するものとされた。刑法、外国入法、セクト規制およびテロリズム対策法のように多様な規制がフランスにおいて公序 (*ordre public*) と呼ばれるようになった⁽²⁷⁾。

(26) M. K. Bulterman and H.R. Kranenborg, What If Rules on Free Movement and Human Rights Collide?, *ELRev.* 2006, 98.

(27) T. Corthaut, T., *EU Ordre Public* (2012) 19. 各法分野における公序の概観は中村紘一ほか監訳, *Termes juridiques* 研究会訳『フランス法律用語辞典』(三省堂, 1996年) 212頁。

こうした公序に類似する法概念は、当然ながら他の構成国にも存在する⁽²⁸⁾。一定の秩序維持のために契約の無効事由を規定するルールは他国にも存在するし、公の安全の維持に関する公の機関の権限は、少なくとも当該国の領域内において行なわれる限りにおいて、およそ主権国家の正当な統治権の行使と認められる⁽²⁹⁾。これらの各国法に遍在するルールを最大公約数的に公序と総称し、その保護のための措置に正当という評価を加えてEU規範化したものがEU法上の公序である⁽³⁰⁾。

EU法における公序は、しかし最初からそれ自体として内容を有しておらず、各国に先在する構成国法上の公序をEU法に受け止めるための法的枠組として出発せざるを得なかった⁽³¹⁾。公序は国内的な正当ルールをEU

(28) ドイツ民法138条は「良俗 (die guten Sitten)」の概念を用いることにより「すべての公正で公平に考える者の礼節感情」を反映する不文法規に反する法律行為を無効とする。林幸司「ドイツ法における良俗論と日本法の公序良俗」法律時報64巻13号244頁、同「我が国における公序良俗論の問題点」『駒沢法学』40-55頁は「公序良俗」および「公序」の優れた概観。

(29) G. Dahm, i Völkerrecht (1958) 499. 「外国人の入国を拒絶する権利は、主権および自衛権の原則にその根拠をもつところの、国家の本質に対応した変更しえない権利と見なされる」。EU構成国は国益保護のための安全弁として、欧州統合の深化にもかかわらず、なお当該権利を放棄していない。V. Kreuzschitz, Commentary on Art. 45 AEUV, in v. d. Groeben et al., n. 2 above, 1694.

(30) Frey and Pfeifer, n. 4 above, 23.

(31) 1955年の欧州居住条約 (European Convention on Establishment, <<https://rm.coe.int/168006457f>>) は、EU運営条約に酷似する定めにより締約他国民の入国と滞在を規律した先例である。同条約締約国は「公序、国の安全、公衆衛生又は公衆道徳に反しない限りにおいて、締約国民の短期的訪問のための入国を促進し、及び自国領域内において自由に旅行することを許可する」(1条)。「他の締約国の領域に適法に居住する締約国民は、国の安全に危険を及ぼし、又は公の秩序若しくは道徳を侵害する場合のみ、国外退去として許される」(3条1項)。同条約議定書1段は、各締約国が自国の基準により判断する権利を有する事項として、国外退去処分理由としての公序 (a. 1号) および公序の侵害行為を構成する事実 (a. 3号) を挙げた。さらに同3段a号は「『公序』の概念は大陸諸国において広く受け入れられている広い意義に解釈すべきである」とし、政治的理由、生活資力不足、および無許可就労を国外退去処分の根拠として認める。

法が評価・尊重するための法的枠組であるため⁽³²⁾、EU 立法機関がその内容を EU 立法によって事後的に詳しく定めることがありうるとしても、先験的に確定的な内容をもつ EU の公序なるものが存在するわけではない。

以上の素描の示すように、公序は、私人の意思によって適用を排除できない高次の重要ルールを出発点として、まず国内法において生成発展した。そのような国内法の規範的評価を EU 法に受け止める枠組概念として EU 法上の公序が国内法を後追いついて発展したのである。

C. 他の正当化事由との区別

EU 運営条約の関連規定の文言から公序の内容を読みとろうとしても、「公の」という限定が付されているものの、「秩序」が具体的にいかなる対象を保護するかという点は不明確なまま残る。つまり公序は、国内法によって確定されたなんらかの規範的な状態であるとはいえるが、その実体的内容は不確定なままである。例外事由としての公序の特徴は保護対象の特定性の低さにある。

より特定の保護対象をもつ他の正当化事由との関係において、公序の対象は残余的・補完的である⁽³³⁾。そのため、他の正当化事由の対象事項は公序の対象には当たらないとすることにより、公序の適用範囲を消極的に画定することは可能である。その際にとくに問題となるのが、公衆道徳および公の安全と公序との関係である。いずれの例外事由も、法の定める一定の状態を指す点、および構成国の裁量権を広く認める点において共通する。しかし「公衆道徳」は、より具体的に道徳的秩序に焦点を当てる点において区別される。「公の安全」は、一見したところ「公の安全及び秩序」(運36条, 65条1項b号)の一对の二語がひとつの観念を示すように読めるが、キャンパスオイル事件の EU 裁判所はそのような解釈を否定し

(32) Corthaut, n. 27 above, 80.

(33) Ibid., 88.

た。すなわち、公の安全とは「基本的な公的サービスの維持および国家の維持の確実かつ実効的なはたらきのような国家の根本的利益⁽³⁴⁾」である。なお公の安全は対内的・対外的安全（＝安全保障）の両者を包括するものと解されているが⁽³⁵⁾、公序について対内対外の区別を認める解釈論は行なわれていない。

D. 保護法益の重大性

公序の特徴に関して以上に述べたことは、公序がまったく特定性を欠くとか、その対象を定めることが不可能だという趣旨ではない。公序の限界はEU法によって画される。

EUは域内市場の確立と運営を目指しており、あくまでもEU域内市場における移動の自由の尊重がEU法の基本原則であるから、その例外は狭く解釈すべきである⁽³⁶⁾。加えて域内市場の移動の自由の制限措置は正当化されなければならない、正当化の可否の判断はEU機関の統制に服する。以上の理由から、EU裁判所は、公序に対する「現実的かつ十分に重大な脅威」に対抗するための措置のみが正当化されると繰り返し判示してきた。

この判例上のルールは最初に労働者の自由移動に関して認められ⁽³⁷⁾、

(34) Case 72/83 *Campus Oil* [1984] ECR 2727, para. 7. キャンパスオイル事件では、一定の割合の石油製品を国営企業から固定価格で購入しなければならないとする措置が商品自由移動原則と適合的か否かが問われた。アイルランドは、公の秩序と公の安全の双方の事由に基づいて問題の措置を正当化しようとした。EU裁判所は、公の安全の事由のみについて正当化の可否を審査した。この判断を前提とすると、公の安全と公序が互いに独立した正当化事由であり、一方が適用される場合には他方は適用されないという相互排他的な関係にあることを指摘できる。

(35) e.g., Case C-367/89 *Richardt* [1991] ECR I-4621, para. 22. 構成国は、EU運営条約36条にいう公の安全を根拠として国家の対外的安全の確保のために戦略物資の通過規制をとることができる。

(36) Case C-348/96 *Calfa* [1999] ECR I-11, para. 24.

(37) Case 36/75 *Rutili* [1975] ECR 1219, paras 26-8.

後に商品⁽³⁸⁾、サービス⁽³⁹⁾、資本⁽⁴⁰⁾の各分野においても承認された。その背後には、さらに、構成国側のいう公序がEU法上の公序に包摂されるためには、構成国の措置が構成国または構成国社会の重大法益を保護するものでなければならないというEU法のルールが存在する。このルールは公序の内容を特定するものではないが、その限界を画すはたらきがある。すなわち、公序が構成国のあらゆる警察規制⁽⁴¹⁾や刑事法⁽⁴²⁾の適用を正当化するものではないこと、および国内法の潜脱の可能性やその濫用の抽象的なリスクを指摘するだけでは公序に基づく正当化の主張には不十分であることを同ルールの適用結果としていえる⁽⁴³⁾。

保護法益の重大性の判断基準は必ずしも明らかではないが、そのことは、保護法益の重大性の評価を国内当局が第一次的に担うことの帰結として容認されなければならない。ただし、EU裁判所は、構成国の評価に明白に理由がない場合はもちろん⁽⁴⁴⁾、重大性評価に消極的影響を与える関連事実（たとえば公序の適用対象とされる事実が移動先国における単なる適法な労働組合活動への従事にすぎないこと⁽⁴⁵⁾）を指摘することによってEU法の統制を及ぼす。国内当局が他国民の行為に関して明確な評価を与えた

(38) Case 7/78 *Thompson* [1978] ECR 2247, paras 32-4.

(39) Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, para. 30.

(40) Case C-54/99 *Eglise de scientologie* [2000] ECR I-1335, paras 20-1.

(41) P.-C. Müller-Graff, Commentary on Art. 36 AEUV, in v. d. Groeben et al., n. 2 above, 1456.

(42) 指令2004/38号27条2項2文によれば「過去の犯罪歴は、かかる〔公序に基づく〕措置の根拠をそれ自体で構成するものとされてはならない」。

(43) Case C-434/10 *Aladzhev* [2011] ECR I-11659, paras 37-40. 多額の租税債務を負う者の脱税行為を取締るため、当該人の出国を禁止することは、社会の根本的利益の危殆化への対抗措置として認められる余地がある。

(44) Case C-355/98 *Commission v. Belgium* [2000] ECR I-1221, para. 30. 「民間警備会社が社会の根本的利益、すなわち公の秩序と安全に触れるような現実的かつ十分に重大な危殆化を構成するというベルギー政府の主張は明白に理由を欠く」。

(45) Case 36/75 *Rutili* [1975] ECR 1219, paras 29-31.

場合、EU法は謙抑的でなければならず⁽⁴⁶⁾、EU側が構成国の評価を全面的に代替することは許されない。以上からわかるように、保護法益の重大性の判断においても、構成国の法適用機関の評価の尊重とEU法による受容と統制という公序のはたらきが繰り返されているのである。

III. 結論

本論文では、EU域内市場における移動の自由の例外的制限事由としての公序の概念にEU法が明確な定義を与えていないのはなぜかという問いを扱った。その検討結果は次のように要約される。

EUの超国家法秩序では同一事実に対してEU法と国内法がともに適用されうるため、EU法の適用事件において各国の正当規制をEU法上正当と評価するためのルールが必要となる。公序は、そのための枠組概念のひとつに当たり、もともと各国に先在した公序の維持のための正当規制をEU法上評価するための枠組を提供する。公序の具体的内容は、国内法・裁判所とEU法・裁判所の対話を通じて個別事件において発見すべきものであるため、EU法の公序は明確に定義されていない。EU裁判所は公序

(46) Case 41/74 *van Duyn* [1974] ECR 1337, para. 19. EU裁判所は、ファン・ダイン事件においてセクト信者のセクトにおける就労を目的とした入国の拒否処分を公序に基づいて正当化できるとした一方、他方アドゥイ事件において風俗嬢の在留不許可処分は公序により正当化できないとした。Joined Cases 115/81 and 116/81 *Adoui and Cornuaille* [1982] ECR 1665, para. 9. 両事件において関連国内法は問題の人の活動をそれぞれ禁止していなかった。そこでアドゥイ事件のEU裁判所は、自国民に禁止されていない行為を他国民が行なう場合に他国民に退去を強制することは平等原則に反するから許されないという判例をあらたに確立したと指摘する者がある。e.g., D. Doukas, *Morality, Free Movement and Judicial Restraint at the European Court of Justice*, in P. Koutrakos et al. (eds), *Exceptions from EU Free Movement Law* (2016) 155. 後者の事件は、しかし国内当局の明確な規制態度の欠如という点で前者の事件とは区別されるから、両事件を同列に置いた指摘は説得性に乏しい。

に反映される各国の価値判断の相違に対して相対的な立場をとるものの、構成国の重大利益の侵害の事案に EU 法上の公序の適用を限定することにより公序の適用範囲に外的限界を設けた。

欧州市民の自由移動権の制限事由としての公序⁽⁴⁷⁾および比例原則等の公序の適用を制限するルール⁽⁴⁸⁾については稿を改めて論ずる。

(47) EU 運営条約21条1項は「EU 基本条約及び実施法規に定める制限及び条件を留保しつつ」欧州市民に対して EU 域内における自由移動権を与える。この規定は、同45条3項などの「EU 基本条約……に定める制限及び条件」を参照指示することにより、域内市場における人の自由移動権の制限事由である「公の秩序、安全および公衆衛生」が欧州市民の自由移動権に対しても適用されることを明らかにする。K. Lenaerts et al., *EU Constitutional Law* (2021) 144.

(48) すでに中村民雄・須網隆夫（編著）『EU 法基本判例集（第3版）』（日本評論社、2019年）221-3頁の解説がある。