

# コンセイユ・デタ訴訟部と憲法院による権利保障の交錯と連携

国際機構国際教育交流センター海外留学部門

河 嶋 春 菜

## 要旨

フランスでは、一般に憲法院が法律の憲法適合性審査を通じて憲法上の権利の保障を担うと理解されているが、最高行政裁判所であるコンセイユ・デタ訴訟部は憲法院の創設以前から適法性審査によって憲法及び法律上の権利の裁判的保障を担ってきた。本稿は、憲法上の権利の解釈にかんする憲法院とコンセイユ・デタ訴訟部の相互作用を探求する研究の端緒として、主にコンセイユ・デタ訴訟部による憲法適合性審査を通じた憲法上の権利の裁判的保障について分析する。

## キーワード

フランス憲法, 人権, 憲法院, コンセイユ・デタ

## 目次

はじめに

I. 憲法上の権利の擁護者としての憲法院とコンセイユ・デタ

II. 行政の行為の統制者—コンセイユ・デタ

III. 行政裁判官による憲法規範の吸収

IV. コンセイユ・デタと憲法院による権利保障の交錯

おわりに—今後の課題—

## はじめに

フランス第五共和制の1958年10月4日憲法（以下、憲法）は法律の憲法適合性審査の権限を憲法院に集中させており（第61条及び61-1条）、憲法院判決の結論及び理由が全ての公権力を拘束する（第62条3項）一方で、行政裁判所を含む通常裁判所が憲法を参照して裁判権を行使することを妨げていない。また、権利の裁判的保障という側面を見れば、とりわけ最高行政裁判所であるコンセイユ・デタ訴訟部も行政の行為の適法性審査を通じて権利の擁護に寄与してきた。このような事情があるフランスの公法学では、憲法と行政法の関係を論じる中で、憲法院による権利保障における、コンセイユ・デタ訴訟部の影響ないし作用が議論されてきた。

そもそも、憲法院とコンセイユ・デタは、異なる制度理念に基づいて設立された。コンセイユ・デタは1799年に執行権に属する政府の諮問機関として生まれた一方、憲法院は1958年憲法によって創設され、行き過ぎた議会中心主義を是正する、立法権の掣肘機関としての起源をもつ<sup>1</sup>。コンセイユ・デタは、主に政府からの諮問を受け法令案や法律問題についての答申を行う行政部、自らのイニシアティブ又は首相の命によって法律問題について調査を行う調査・報告部、そして行政訴訟の裁判を行う訴訟部から構成されている。すなわち、コンセイユ・デタは、今日でも憲法以前の機関として法の形成から適用まで法秩序全体に関心を有しており、憲法院に対しても人事や判決形成の面で大きな

<sup>1</sup> 滝沢正（2018年）『フランス法 第5版』三省堂，200-209頁。

影響力を有していることが指摘されている<sup>2</sup>。しかし、憲法院創設以前にコンセイユ・デタ訴訟部（以下、単にコンセイユ・デタとする）がいかなる手法で「憲法上の」権利保障を担ってきたかという問いに、体系的に取り組む憲法学研究は管見の及ぶ限り存在しない。

憲法院の権利保障機能<sup>3</sup>をコンセイユ・デタとの関連で検討する現代的意義は大きい。フランスの違憲審査制度は、憲法院と通常裁判所が存在するヨーロッパ型違憲審査制を基礎としており、憲法の解釈権が憲法院に集中されている一方、憲法に加え条約及び法律については、コンセイユ・デタがその裁判的保障を担っている。したがって、権利規範の多元性とそれらの保障を担う裁判所の多層性という、二重の多様性のなかで、憲法及び憲法院が固有の権利保障機能を担うのかが問われている。とりわけ、2008年の憲法改正によって、憲法院に法律の事後的違憲審査（憲法適合性の優先問題、以下 QPC とする。）権限が与えられたが、この QPC 手続において、コンセイユ・デタは破棄院と並んで QPC 移送審査裁判官として違憲の抗弁の受理可能性審査を担う。手続の段階は違えども、憲法院と通常裁判所が同じ裁判手続で憲法を適用するため、憲法院とコンセイユ・デタによる憲法上の権利規範の解釈にかんする両者の相克が具体的な場面で注目されている<sup>4</sup>。

本稿は、憲法院とコンセイユ・デタによる憲法上の権利保障の相互作用を明らかにする研究の一部である。当面の課題として、コンセイユ・デタによる古典的な憲法上の権利規範形成が憲法院による新しいそれらにいかんにか作用しているかを明らかにすることを目指す<sup>5</sup>。そのために、憲法院による憲法上の権利保障に向けた展開を概観した後 (I)、コンセイユ・デタが行政の行為に対する権利擁護に寄与してきたこと (II)、及び、憲法上の権利規範を判決の中に取り込んできた手法を検討する (III)。そして、コンセイユ・デタが確立してきた権利の憲法院による受容と、この受容を経て憲法院によって認められた憲法上の権利について、コンセイユ・デタが再受容する可能性について検討する (IV)。

## I. 憲法上の権利の擁護者としての憲法院とコンセイユ・デタ

憲法院は憲法第7章によってフランス憲法史上はじめて創設された機関である。しかし、憲法の下、憲法院が憲法適合性審査を用いてただちに権利保障を担うようになったわけではなく、主に三段階の展開を経て権利保障に積極的に寄与するようになったと言われる<sup>6</sup>。本稿との関連では、憲法院が当初予定されてい

<sup>2</sup> コンセイユ・デタの統治機構上の位置について、晴山一穂（1978）「フランス行政法におけるコンセイユ・デタの位置と役割」広岡隆他〔編著〕『現代行政と法の支配』251頁以下。コンセイユ・デタの憲法院に対する組織上の影響につき、植野妙実子（2011年）「コンセイユ・デタの特異性と先進性」、日本比較法研究所編『Future of Comparative Study in Law』、中央大学出版会、572頁。井上武史（2016年）「フランスにおける合憲性統制機関——憲法院とコンセイユ・デタ」川崎政司＝大沢秀介〔編著〕『現代統治構造の動態と展望』尚学社、267-282頁。コンセイユ・デタの多重機能に着目する研究として、奥村公輔（2016年）「フランスにおける憲法解釈機関としてのコンセイユ・デタ行政部」レファレンス783号、87-107頁。

<sup>3</sup> 憲法院の機能を考えるにあたっては、憲法院の裁判による権利保障機能を重視するエクサンプロヴァンス学派と、憲法学の「法律化」に抵抗し政治学的視点から憲法の全体的に考察することを主張するパリ第二大学の対立が参考になる。山元一「解題 I 現代フランス憲法学にとっての『政治法』の意義」（2013）山元一＝只野雅人〔編訳〕『フランス憲政学の動向（*Jus Politicum*）』、慶応義塾大学出版会、1-8頁。

<sup>4</sup> 事後的憲法適合性審査導入後に邦語で公表された研究として、例えば、ジャン＝マルク・ソヴェ〔著〕、伊藤洋一〔訳〕（2017年）「フランス国務院とヨーロッパ法・国際法」国家学会雑誌、第130巻3・4号、322-393頁。井上武史（2016年）「フランス憲法院」、曾我部真裕＝田近肇〔編著〕、『憲法裁判所の比較研究』、信山社、3-22頁；植野妙実子＝兼頭ゆみ子（2014年）「憲法院とコンセイユ・デタの関係」、比較法雑誌、第48巻1号、2014年、33-59頁。レジ・フレス〔著〕、植野妙実子＝石川裕一郎〔訳〕（2016年）「憲法院とコンセイユ・デタ（Le conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat）」比較法雑誌、第50巻1号、101-115頁。

<sup>5</sup> フランスでコンセイユ・デタが権利規定を含む憲法諸規定の擁護者であることを最初に指摘した本格的・体系的な論文として、Francine BATAILLER, *Le Conseil d'Etat, Juge constitutionnel*, Bibliothèque du droit public, LGDJ, 1966, p. 578-588. なお、本稿では権利の伝統的裁判的保障を担うコンセイユ・デタと、1958年憲法で創設された憲法院との関係に着目するため、欧州人権条約やEU法をはじめとする国際法の憲法解釈へのインパクトについては、差当たり検討の対象としない。

た機能に加えて、新たな権利保障機能を獲得していったことに着目して、憲法院の展開を概観する。

一つ目の展開は、とりわけ1971年以降、憲法適合性審査における準拠規範が憲法前文に掲げられる諸権利規定に拡大されたことである。合憲性ブロック (bloc de constitutionnalité) と呼ばれる憲法適合性審査の準拠規範の括りには、1789年の人および市民の権利宣言、1946年憲法前文、2004年環境憲章、「共和国の諸法律により承認された基本的諸原則 (Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, 以下 PFRLR とする。)]」<sup>7</sup>、並びに「我々の時代に特に必要な諸原則 (Principes particulièrement nécessaires à notre temps)]」<sup>8</sup>が含まれている。フランス憲法の条文には、例えば第66条等僅かな条文を除いては権利規定がないため、憲法院が単に憲法前文で言及されるこれらの権利条項に憲法上の規範性を認めたことの帰結は重要である。

二つ目の展開は、1974年の憲法改正によって、憲法適合性の事前審査における憲法院への提訴権が拡大されたことである。憲法院は、従前より議会における法律の議決後、大統領による審署前に大統領、首相又は各議院議長の付託によって当該法律の憲法適合性審査を行う権限を有していたが、1974年改正では、これに加えて60名の国民議会議員又は60名の元老院議員が憲

法に違憲の疑義を付託できるようになった。憲法院への付託が、執行権と立法権との対抗関係において議会を掣肘する機能を有するだけでなく、議会内における多数代表者に対する少数代表者の対抗手段となったのである。議員提訴権の拡大により、前述した1971年以降の合憲性ブロックの拡大と相まって、憲法院への付託件数が飛躍的に伸び<sup>9</sup>、現在では、議員付託の殆どが権利保障を主張するものであることが指摘されている<sup>10</sup>。とすれば、議員付託権限の拡大は、憲法院に対し、多数代表者によって看過された憲法上の権利について解釈を付す機会を与えるものであったといえる。

三つ目の展開は、2008年憲法改正によって施行後の法律の憲法適合性審査である事後審査が導入されたことである<sup>11</sup>。この展開は、一部の論者によれば、憲法院の「『憲法裁判所』への変貌」と評されるほど、フランス公法史を決定づける展開であった。すなわち、進行中の訴訟当事者は、訴訟上争点となっている法律が憲法上の権利及び自由を侵害すると考える場合、QPCを提起することができる。QPCを受けた管轄裁判所、次いでその上告裁判所は事実審を停止して優先的にQPCの受理可能性を審査し、受理可能と考えれば当該QPCを憲法院に移送する。後述するように、実定法上、議会制定法や行政裁判所判例によって、いわば「上からの」権利保障が行われてきたフランスにおい

<sup>6</sup> 憲法院の歩みをまとめた邦語研究として、例えば、フランス憲法判例研究会編(辻村みよ子編集代表)(2012年)『フランスの憲法判例2』信山社、2頁以下。辻村みよ子=糖塚康江(2012年)『フランス憲法入門』三省堂、5頁以下。植野妙実子(2015年)『フランスにおける憲法裁判』、日本比較法研究所叢書99、中央大学出版部、1-23頁；井上武史、前掲注4)、3頁及び9頁。

<sup>7</sup> 1946年憲法前文第1項は、フランス人民が「共和国の諸法律により承認された基本的諸原則」を再確認することを宣言する。本諸原則は、第五共和制下の1971年に憲法院によって後述する「結社の自由」判決において憲法的効力を認められた(山元一(2002年)「憲法院の人権保障機関へのメタモルフォーゼ」、フランス憲法判例研究会編・辻村みよ子編集代表『フランスの憲法判例』、信山社、144頁)。その後の憲法院判例によれば、ある原則が共和国の諸法律により承認された基本的原則であるためには、当該原則が重要な規則を含むこと(CC. Décision n°98-407 DC du 14 janv. 1999, *J.O.* du 20 janvier 1999, p. 1028, cons. 9)、一つ又は複数の成文法で規定されていること(CC. Décision n°86-224 DC du 23 janv. 1987, *J.O.* du 25 janvier 1987, cons. 15)、そして継続的に適用されていること(CC. Décision n°88-244 DC du 20 juill. 1988, *J.O.* du 21 juillet 1988, cons. 12.)の三つの条件を満たしている必要がある。

<sup>8</sup> 「我々の時代に特に必要な諸原則」は、1946年憲法前文第2項で言及される。社会権を含む権利宣言がレフェレンダムで否決された1946年当時は、第2項で第3項以下に規定される政治的、経済的及び社会的諸原則の重要性を「宣言」することに本項の意義があったが、1946年憲法前文全体が合憲性ブロックとされた現在では、我々の時代に特に必要な諸原則を援用するまでもなく第3項以下の個別権利及び原則そのものが憲法上の効力を有する。

<sup>9</sup> 提訴権拡大直後、1974年6月から1981年5月までの5年間に憲法院が受け取った67件の提訴のうち63件は議員団によるものであった。なお、エクサンプロヴァンスのルイ=ファヴォール研究所は約10年毎に議員への提訴権拡大後の動向にかんする統計資料を公表しており参考になる。Louis FAVOREU, *Vingt ans de saisine parlementaire*, Economica PUAM, 1995 ; Didier MAUS et André ROUX (dir.), *30 ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Economica PUAM, 2006。

<sup>10</sup> Louis FAVOREU et alii., 2015, *Droit des libertés fondamentaux*, 7<sup>e</sup> édi., Dalloz, 2015, p. 144。

<sup>11</sup> QPC導入の経緯や制度について、植野妙実子、前掲注6)、31頁以下。今関源成(2010年)「フランス憲法院への事後審査制導入—『優先的憲法問題 question prioritaire de la constitutionnalité』」早稲田法学85巻3号、10頁以下。辻村みよ子(2010年)『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』、有信堂、144頁以下。

て、条件付ではあるが、私人が「下から」違憲の抗弁を提起することを認めた点で、QPC 手続導入の意義は極めて大きいといえる。QPC 判決の蓄積は著しく、8年間のQPC実施を経て、既に事前審査判決の総数を超えている。

以上のとおり、憲法院による憲法適合性審査は、憲法前文に憲法上の効力を認めたことが起点となって、判決における憲法解釈の積み重ねによって諸権利規定の内容を豊富にしてきた。判決の蓄積による人権保障機能の深化は、周知の通り、コンセイユ・デタが自らの判例によって委任裁判権を獲得し、法の一般原理を認めながら行政の行為による私人の権利侵害を統制してきたことに重なる<sup>12</sup>。

憲法院は、法律の憲法適合性審査を独占している一方、行政の行為<sup>13</sup>にかんしては憲法適合性審査の権限をもたない。フランスでは、行政法規<sup>14</sup>は行政の行為として行政裁判所による適法性審査に服しており、行政の行為による権利侵害についても、憲法院創設以前か

ら、行政裁判所が訴訟管轄権を有してきた。とりわけ、最高行政裁判所であるコンセイユ・デタは、行政の行為の裁判的統制<sup>15</sup>を通じて憲法上及び法律上の権利の保障を行ってきたのである。これが、コンセイユ・デタが「普通法 (droit commun) 上の憲法裁判官」<sup>16</sup>と呼ばれる所以である。

すなわち、憲法院と行政裁判所の双方が憲法上の権利の裁判的保障を確保してきた。とはいえ、コンセイユ・デタが第五共和制以前からフランス公法秩序を構築しており、さらに第五共和制においては憲法以前の国家機構として存在していることに関連して<sup>17</sup>、二つの点に留意しなければならない。第一に、憲法院の誕生前から、コンセイユ・デタによって積み重ねられた公法判例に正当性が推定されること<sup>18</sup>、第二に、コンセイユ・デタは第三、第四共和制期の大半の時期に、明示的な形では当時の憲法や権利の宣言に照らした適法性審査を行わなかったことである。

<sup>12</sup> 兼子仁＝磯部力＝村上順 (1990年)『フランス行政法学史』第一章 (兼子)、岩波書店、3-4頁；P. ウェール、D. プイヨー [著] (兼子仁・滝沢正 [訳]) (2007年)『フランス行政法—判例行政法のモデル (Le droit administratif français – le modèle du droit administratif jurisprudentiel)』、三省堂、34頁。

<sup>13</sup> フランスにおける行政の行為は、行政処分に加え、行政法規の制定行為も含む。

<sup>14</sup> 行政法規としては、政府が立法府からの授権を受けた上で法律事項について定めるオルドナンスや、デクレ (執行命令、委任命令、及び独立命令)、アレテ (発布権者によって大臣アレテ、県知事アレテ、市長村長アレテに区分される)、通達及び訓令がある。第五共和制における命令は委任命令及び法律の適用のための子細を定める執行命令のほか、憲法34条及び37条をうけて政府が独自に定める独立命令とに区分される。なお、国会と政府の法規制定権限にかんする裁判的統制について、奥村公輔 (216年)『立法手続と権力分立』信山社、11-43頁。

<sup>15</sup> ただし、コンセイユ・デタは行政の行為の唯一の統制者ではない。刑事裁判官は係争中の訴訟の解決のために必要な限りにおいて、刑法典第111-5条にしたがって一般行政行為、命令行為又は個別行政行為の適法性を審査することができる。選挙裁判官としての憲法院は、選挙統制にかかわる限りでデクレの憲法適合性審査を行うことがある (CC., décision n°88-1027/1028/1029 du 4 juin 1988 など)。

<sup>16</sup> Yann AGUILA, « Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », in. Xavier PHILIPPE et Marthe FATIN-STEFANINI (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans*, Actes du colloque du 26 novembre 2011, Cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1, PUAM, 2011, p. 27. ; Stéphane -Justin LIEBER et Damien BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA*, 2010, p. 1355. ところで、行政機関の一部にあって行政の自己統制を積極的に担うことが期待される行政裁判官とは異なり、破棄院を頂点とする司法裁判所の裁判官は、大革命以来の司法裁判官に対する不信を背景に民法典を適用する裁判官であると考えられた。本稿はコンセイユ・デタに注目するが、フランスにおける権利保障の中で破棄院及び民法典の役割を過小に評価しようとする意図はない。「法を語る口」としての司法裁判官の法制史的意味について、セルジュ・ドシ [著] (石井三記 [訳]) (2014年)「モンテスキューの有名な喩え『法律の口としての裁判官』について」法政論集256号、325-343頁。また、民法典こそがフランス社会の憲法であると言われる点について、石井三記 (2007年)「序 フランス民法典の運命」同編著『コード・シヴィルの二〇〇年—法制史と民法からのまなざし』創文社、12-15頁。

<sup>17</sup> コンセイユ・デタの直接の起源はナポレオン・ボナパルトが第一統領となった共和暦8年 (1799年) 憲法第52条である。当時から政府の法律顧問と行政訴訟判決の原案を作成するという二重機能を有していたものの、裁判機能については最高決定権限を国家元首に留保する制度をとっていた (留保裁判権)。1872年5月24日法律によってコンセイユ・デタは自律的に裁判権限を行使できるようになる (委任裁判権)。滝沢正、前掲注1), 200頁。また、井上武史、前掲注4), 33頁を参照。

<sup>18</sup> George VEDEL, « Réflexion sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, 1992, p. 652.

## II. 行政の行為の統制者—コンセイユ・デタ

コンセイユ・デタは法律の憲法適合性審査を行わないが (1)、行政の行為の裁判的統制において権利の擁護に寄与してきた (2)<sup>19</sup>。1958年以降は、さまざまな手段を用いて、徐々に憲法上の諸権利規定を参照し、憲法上の権利保障に寄与している (3)。

### (1) 憲法適合性審査に対する自制

憲法適合性審査に関するコンセイユ・デタの権限について、リーディング・ケースは1936年のアリギ判決<sup>20</sup>である。違憲審査制が確立していなかった第三共和制期の本判決において、コンセイユ・デタは「立法障壁の理論 (théorie de loi-écran)」を用いて法律と委任命令の憲法適合性審査を拒否した。立法障壁の理論は、直接的には、行政裁判官は議会制定法に照らして行政の行為を統制するのであって、憲法に照らして議会制定法を統制することはできないことを意味し、間接的には、委任命令及び執行命令についても、行政裁判官は憲法適合性を審査できないことを含意している。後者の審査さえできないとされるのは、法律に基づいて発せられる委任命令ないし執行命令の憲法適合性を審

査することは、当該法律の違憲性を問題にすることと変わらないからである。すなわち、行政裁判官は、法律の正当性を前提としたうえで、法律が憲法と委任命令ないし執行命令との間の障壁となるために、これらの命令の法律適合性を問うことはできても憲法適合性を問うことはできない、との考え方である。コンセイユ・デタは、今日でも一貫して、法律の憲法適合性審査を行わない<sup>21</sup>。

コンセイユ・デタが法律の憲法適合性審査を自制する立場は歴代の憲法によって暗に制度化されてきた。周知の通り、第三共和政期に多くの論者によって法律の憲法適合性審査の必要性が主張されたが<sup>22</sup>、1946年の第四共和制憲法は裁判による法律の憲法適合性審査制度を設けなかったし<sup>23</sup>、1958年の第五共和制憲法は通常裁判所ではなく憲法院に憲法適合性審査権限を与えたからである。こうして、コンセイユ・デタが法律の憲法適合性審査を行わないことは行政訴訟の「黄金律」と言われるようになった<sup>24</sup>。

では、行政の行為に対する憲法適合性審査はどうか<sup>25</sup>。前述した委任命令及び執行命令とは異なり、独立命令は法律の根拠なしに発令される行政法規であり、憲法と独立命令の間に介在する法律がないから立

<sup>19</sup> コンセイユ・デタの行政裁判所としての権限については、例えば、司法研究所編 (1995年)『フランスにおける行政裁判制度の研究』司法研究報告書第49輯第1号。伊藤洋一 (1993年)『フランス行政訴訟の研究—取消判決の対世効』東京大学出版会。ジャン・リヴェロ [著] (兼子仁=磯部力=小早川光郎 [編訳]) (1982年)『フランス行政法』東京大学出版会を参照。ただし、1987年、1995年及び2000年に行政裁判法制の改革が行われている。改革に着目する体系的な研究として、例えば、橋本博之 (2001年)『行政訴訟法改革』弘文堂。

<sup>20</sup> CE., 6 novembre 1936, Arrighi, *D.*, 1938, 3, p. 1, concl. Latournerie, note. Eisenmann. この判決が分析される際、ラトゥルネリ論告担当官による論告意見の次の箇所がしばしば参照される。ラトゥルネリは「法律の完全なる至高性」を信じるフランス的な権力分立概念に基づきコンセイユ・デタによる法律の憲法適合性審査を否定したが、同時に「最も美しい法構造の調和を犠牲にし、時には外見上の衡平を犠牲にしようとも、法の一部分が不完全な状態、つまりサンクションを欠いた法の状態にとどまっていることを、しばし甘受しなければならない」と憲法適合性審査への希望を含ませる。

<sup>21</sup> 1958年憲法下においても、コンセイユ・デタは法律の憲法適合性審査権限をもたないと考えている (CE., ass., 20 octobre 1989, Roujansky, Rec. 383, concl. Frydman, *D.* 1997, p. 259, note Ghevontian)。Olivier GOHIN et Florian POULET, *Contentieux administratifs*, 9<sup>ème</sup> édi., Lexis Nexis, 2015, p.83.

<sup>22</sup> ジュリアン・ブドン (石井三記 [監訳] 河嶋春菜 [訳]) (2018年)「19世紀フランスにおける人権から公的諸自由への変遷 (De droits de l'homme aux libertés publiques au XIX<sup>ème</sup> siècle en France)」名古屋大学法政論集, 第276巻, 446-447頁。植野妙実子, 前掲注6), 49頁。

<sup>23</sup> 1946年憲法下の憲法委員会は、憲法の改正手続規定の中で定められており、法律の憲法の統治機構規定との整合性を審査し、法律の施行が憲法改正を前提とするかどうかの判断を行う機関に留まるものであった (1946年10月27日憲法第91条-93条)。

<sup>24</sup> Bruno GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, p. 715s.

<sup>25</sup> 以下の文献がこの問題設定を行い、詳細に検討している。Louis FAVOREU et Thierry Serge RENOUX, *Le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs*, Dalloz, 1993.

法障壁の理論は当てはまらない<sup>26</sup>。したがって、独立命令については<sup>27</sup>、当然、憲法も準拠規範 (normes de référence) となりうるのである。このような、フランスにおける憲法適合性審査をめぐる複雑な状況には、準拠規範としての憲法の位置づけに関する特殊フランス的な背景がある。

## (2) 準拠規範

コンセイユ・デタは学説による協力を受けながら「行政の保護のための法から行政の相手方の保護のための法にむけて発展」してきた<sup>28</sup>。よく知られる通り、学説は第四共和制期まで議会制定法中心主義にたち、法律によって承認された権利と自由のみが実定法上の保護を受けると考えていた。このような権利と自由は、法律によって公的に承認された諸自由という意味で、公的諸自由 (libertés publiques) と呼ばれる。行政の行為が、ある公的自由を侵害するかどうかを統制する際には、行政裁判所は当該公的自由を規定する法律に照

らしてその行政の行為を審査する。つまり、コンセイユ・デタにとって最も由緒ある準拠規範は法律なのである。さらに、法律が不在の場合にも、コンセイユ・デタ判例は、命令より規範階層上上位の規範として、法の一般原理や RFRLR を確立することによって、権利保障に寄与してきた<sup>29</sup>。

一方、憲法上の諸権利規定については、やはり第三共和制期に、権利宣言の法的性質にかんする活発な議論が繰り返された<sup>30</sup>。既存研究によれば、第三共和制期の1875年の憲法諸法律そのものには権利規定がおかれなかったため、一部の論者は法律に規定されていない権利の根拠を1789年の権利宣言に求めようと考え、中でも、同宣言に法律だけでなく憲法にさき先行する実定法律上の効果を認める意見が有力に示された<sup>31</sup>。これに対して通説は1789年宣言に実定法上の効果を認めなかった<sup>32, 33</sup>。1946年10月27日の第四共和制憲法前文の諸権利規定もまた、このような第三共和制期の議

<sup>26</sup> 憲法37条。コンセイユ・デタは、1960年に初めて独立命令（本件ではオルドナンス）にかんする判断を行い、命令権による違警罪の設定が罪刑法定主義を定める1789年宣言に反しないと判断した (CE., 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. p. 110.)。なお、その後、憲法院は違警罪を命令権限に従属させることを認めながらも、「かような刑罰が自由はく奪的措置を含まない限り」という留保を付している (CC., Décision n°73-80 L du 28 novembre 1973, *J.O.* du 6 décembre 1973, p. 12949.)。独立命令の統制につき、土屋和恵 (1971) 「フランス行政法に於る独立命令に対する適法性コントロールに関する一考察」一橋論叢65 (1), 66-91頁。

<sup>27</sup> 第三共和政期におけるデクレ＝ロワ、第五共和制憲法第38条によるオルドナンスの場合も同様である。

<sup>28</sup> フランス行政法の歴史上の発展には「判例と学説の緊密な協力」があったといわれる点について、兼子仁＝磯部力＝村上順 (1990年) 前掲注19), 3-4頁。2006年から2018年5月までコンセイユ・デタの実質的なトップである副院長を務めたソヴェも、コンセイユ・デタによる権利保護は「行為遂行的話法 (discours performatif)」の影響下で、すなわち学説に促される形で発展している点を強調する (ジャン＝マルク・ソヴェ (晴山一穂 [訳], 石井三記, 福田真希, 河嶋春菜 [共訳]) (2017年) 「コンセイユ・デタと基本権の保護」, 名古屋大学法政論集第271号, 180頁)。

<sup>29</sup> 規範階層上における法の一般原理の位置については、命令より上位且つ法律より下位とする見方と (例えば René CHAPUS), 法律と同位とする見方が存在する (Yves GAUDEMET)。

<sup>30</sup> ジュリアン・ブドン, 前掲注22), 441頁以下。法の一般原理について、伊藤洋一 (1986) 「フランス行政法における『法の一般原理』について」法学協会雑誌103巻8号: 157-199頁。

<sup>31</sup> レオン・ドュギは「もし今日、立法者が1789年宣言で形成された原則を侵害する法律をつくらうものなら、当該法律は違憲である。1789年宣言は現在でも通常の立法者のみならず憲法制定権者たる立法者をも拘束するのであり、1875年2月25日[憲法]法律第8条したがって召集された国民議会は1789年宣言の文言に反する法律を制定することはできないと考えるべきである」と述べる。さらに「諸権利の宣言は確かに通常立法者を縛るものであり、したがって、もし権利宣言に銘記された諸権利が憲法の中で想起されたり保障を与えられたりしない場合にも、通常立法者が権利宣言に縛られることに変わりはなく、[権利宣言という]法に反する法律をつくらないことで諸権利の侵害を常に禁止されているのである」と続ける (L. DEGUI, *Manuel de droit constitutionnel*, Fontemong, 1907, p. 486-488)。しかしドュギは権利宣言の超法律・憲法的性格を認めながらも、依然として「議会立法中心主義にもとづいた言葉遣いをして」おり、「一般意思の表明としての法律という見方がなお支配的であったことを示」しているという指摘がなされている (ブドン, 前掲注22), 445-446頁)。

<sup>32</sup> レイモン・カレド＝マルベール等がけん引した第三共和制期における議論について、山元一 (1994年) 「《法》《社会像》《民主主義》(四)」, 「同 (五・完)」国家学会雑誌107巻4・5号, 294頁以下, 9・10号, 168頁以下。

<sup>33</sup> 人権宣言は第一に、第三共和制憲法 (1875年の憲法的効力を有する諸法律) に前置されていないため「期限切れ」であり、第二に、法的明確性に欠くと考えられた。また他の論者によれば、諸権利は、宣言されたり憲法に銘記されたりしても、それだけでは何らの法的効果ももたず、法律によって承認されて初めて実定法上で保障されると考えられた (A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel*, 1909, p. 562-563)。

論の素地の上で、更に社会権という取り扱いづらさも伴って、実定法上の効果を得られなかった。

とはいえ、コンセイユ・デタは憲法や権利宣言に準拠することを禁じられていたわけではない。それは、法律の憲法適合性審査権が憲法院に集中されている現行憲法下でも同様である。実際、今日では、コンセイユ・デタは1789年宣言と1946年憲法前文に実定法上の効力を認め、その殆どの条項を、行政裁判で準拠規範としている<sup>34</sup>。また、行政法規の統制ではなく、私人に対し権利を積極的に認める文脈ではないにせよ、憲法院が1970年代に憲法前文に憲法的効力を認める前から、コンセイユ・デタは憲法前文に掲げられる諸権利規定に準拠した例もある。例えば、初期の例として、コンセイユ・デタは1950年には1946年憲法前文第7項に<sup>35</sup>、1960年には1789年宣言8条に<sup>36</sup>依拠し、行政の行為の適法性を判断している。

### Ⅲ. 行政裁判官による憲法規範の吸収

そこで、行政の行為の適法性審査において、コンセイユ・デタが実際にはどのように憲法上の権利規定に準拠しているのかを見てみよう。

#### (1) 憲法上の諸権利規定に準拠する場合

コンセイユ・デタが憲法上の権利規定に準拠しているといっても、必ずしも判決で明示的に憲法を挙げているわけではない。換言すれば、諸権利規定そのものに直接的に言及しない場合にも、憲法上の諸権利の「エッセンス」を判決に取り込んでいる場合がある。

パリ第二大学行政法学教授のプロエーユは「1946年憲法は行政裁判官にとって有用か」<sup>37</sup>というタイトルの研究報告のなかで、コンセイユ・デタは1946年憲法前文に照らして行政行為の適法性審査を行うに当たり、まず同前文の条項を「篩」<sup>ふるい</sup>にかけ準拠可能な条項を選別することによって、同前文の効力を「中和(neutralisation)」する手法をとってきたと指摘する。すなわち、コンセイユ・デタは、憲法が有する規範階層上の権威(autorité)を弱める一方、憲法上の権利の保障を計ろうとしてきたのである。

まず、選別のための最も厳しい篩は直接適用可能性である。PFRLRのように行政裁判官にとって馴染みの深い権利が篩に通る一方<sup>38</sup>、新しい人権(例えば同第4項の庇護権)は「十分な明瞭性を欠く」という理由で、その権利保障を具体化するような実定法がない場合には、篩を通ることができない<sup>39</sup>。次に、先に見た立法障壁の理論もまた、1946年憲法前文が直接には参照規範とならない、という意味で、憲法前文の中和

<sup>34</sup> François MELLERAY, « La Constitution, norme d'application directe par le juge: conditions et limites », in: G. DRAGO (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes. Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation*, Dalloz, 2007, p. 29.

<sup>35</sup> 1946年憲法前文第7項はいわゆるストライキ権(罷業権)が法律の枠内で行使されるべきことを定めるが、1950年当時、いまだ立法の介入がなかった。内務大臣が公務員によるストライキへの参加を制限していたところ、県知事はアレテによって、これに違反した公務員に対し停職を命じた。コンセイユ・デタは、法律が存在しない以上、行政部局の長はストライキ権の行使にかんする規制を行うことができると判断したが、その際、1946年憲法前文第7項(「罷業権は、それを規律する法律の枠内で行使される」)に依拠している。(CE, 7 juill. 1950, *Dehaene, Lebon.*)

<sup>36</sup> CE., 12 février 1960, *Société Eky*, 前掲注26)。

<sup>37</sup> Camille BROUELLE, « Le préambule de 1946 est-il utile au juge administratif ? », Y. GAUDEMET (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*. Actes de colloque, Edition Panthéon-Assas, 2007, p. 61-68. 同じ研究集会において、ロプロ=トロワジエはより直截的に、1946年憲法前文が「[行政]裁判官の気分次第で直接適用される」と述べる(Agnès ROBLOT-TROIZIER, « L'applicabilité directe du Préambule », *idem*, p. 31-32.)。

<sup>38</sup> PFRLRは、既存の、且つ継続的に適用されている成文法で認められた原則を指すことを想起されたい。コンセイユ・デタがPFRLRによって公的自由を認めたりディンク・ケースとして、CE., ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, Rec. 317, *AJ* 1956, II, p. 400, chr. Fournier et Braibant. 本件では、結社の設立を認めなかったパリ市長に対し、コンセイユ・デタは結社の自由に関する1901年法律を挙げて、結社の自由が共和国の諸法律によって承認された基本原則であると述べ、1946年憲法前文第1項にもとづき市長決定の取消を命じた。

<sup>39</sup> CE., 27 septembre 1985, *France Terre d'Asile et autres*, Lebon, p. 263. フランスへの入国にかんするデクレについて1946年憲法前文第4項違反を問われた事件で、コンセイユ・デタは「庇護権の原則は、1946年10月27日憲法前文で定められているが、十分な明瞭性を欠くから、法律又はフランス法に組み込まれた国際条約の条文で定められるべき条件と制限の範囲においてのみ命令権力を拘束する」と述べて、同項を適用しなかった。

のために用いられる。そして、行政裁判官にとって最も「使い勝手が良い」節は、1946年憲法前文の規定を法の一般原理という形にして適用する方法である。

有名なジスティ事件判決を見てみよう。1976年4月29日デクレは、適法な在留資格をもってフランスに滞在する外国人がフランスに家族を呼び寄せて生活するための実質的な条件として、家族がフランスで就労しないことを課していた。判決において、コンセイユ・デタは、「法の一般原理と、とりわけ1946年10月27日憲法前文に鑑みて」、適法に在留する外国人の「通常の家族生活を送る権利」が導かれると述べた上で、当該デクレを違法なものとして取消した。本事件の論告意見は1946年憲法前文第10項に依拠して当該権利を擁護しているものの、判決では同前文のどの条項が参照されているかはわからない。本判決は、一般的には、コンセイユ・デタが1946年前文に準拠した初期の判例として注目されるが、同時に、法の一般原理とともに1946年憲法前文に準拠した判例であるともいえよう。憲法院はといえば、本コンセイユ・デタ判決時点では、まだ外国人の「通常の家族生活を送る権利」を認めていなかった。そのような状況で、コンセイユ・デタは、法の一般原理に準拠することによって、1946年憲法前文の実定法上の効力にかんする論争や、憲法院の権限に抵触するおそれから離れながらも、事実上、憲法上の権利を保障することができたといえる<sup>40</sup>。そもそも法の一般原理は、第一に法テキストに法源をもたない点と、第二に行政裁判官から発せられる点に特徴がある。したがって、コンセイユ・デタが、例えば憲法や民法典、条約を足場にして法の一般原理を導いたとしても、これらの法文の規範性や行政裁判への適用可能性にかかわらず、導かれる権利や自由は、ひとえに法の一般原理として行政の行為に対し拘束力をもつことになる。別の言葉を使えば、行政裁判官は、法の一般原理を用いることにより、あくまで行政行為に対して

法律を適用する裁判官であり続けることができた、とも評価できる。

ところが今日、コンセイユ・デタは法の一般原理を憲法前文によって基礎づけることを好んでいるという<sup>41</sup>。コンセイユ・デタは古典的な立場から脱つつあるのであろうか。

## (2) 立法障壁を乗り越えて憲法に準拠する場合

立法障壁の理論は、行政裁判官が法律の憲法適合性審査を行わないことの他に、行政の行為については、憲法ではなく法律への適合性審査を行うことを意味していた。ただし、たとえ法律による障壁が存在する場合であっても、行政裁判官がその障壁を乗り越え、憲法に照らして行政の行為を審査することがある。

そのようなケースは、行政裁判官が「法律存在の審査」を行う場合に当てはまる。法律存在の審査とは、上位の規範が無効又は廃止されたことによって、それに基づいて規律された下位の規範が無効となったことを確認する審査である。例えば、旧憲法下で制定され、障壁となっている法律が現行憲法に反する場合には、行政裁判官は当該法律を法秩序から消えたものと判断して、結果的に、行政の行為を直接憲法に照らして取消することができる。つまり、法律存在の審査とは、新憲法に反する古い法律が暗黙のうちに当然に無効となっていることを確認し、ひいては古い法律に基づいてとられた行政の行為の無権限 (*incompétence*) を導くものなのである<sup>42</sup>。

法律存在の審査は憲法改正によっても行われうる。例えば、2005年3月1日の憲法改正の後、コンセイユ・デタが法律存在の審査を行った「遺伝子組換研究情報委員会事件判決」が想起される<sup>43</sup>。同改正で憲法前文に挿入された環境憲章は、第7条で「何人も、法律によって定められる条件と限度において、公権力が保有する環境にかんする情報を入手する権利、及び環

<sup>40</sup> BROYELLE, précité note 37, p. 64-65.

<sup>41</sup> P. ウェール, D. プイヨー [著] (兼子仁・滝沢正 [訳]) 前掲注12)。

<sup>42</sup> ジェネヴォワによれば、コンセイユ・デタによる法律存在の審査そのものは1854年12月2日の *Veuve Massois* に遡ることができるという。1946年憲法の制定に伴う「暗黙の廃止 (*abrogation implicite*)」の例としてしばしば取り上げられる判決として、執行吏組合による団体交渉を制限する1945年11月2日オルドナンス第8条及び第10条が1946年憲法第6項に反するとされたコンセイユ・デタ判決を参照 (CE, ass., 16 décembre 2005, *Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité c/ Syndicat national des huissiers de justice*, Lebon 570, *AJDA* 2006. p. 357, chron. Landais et Lenica)。

<sup>43</sup> CE., 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique*, Lebon, Constitution, 2010, note. Le Bot.



境に影響を及ぼす公的決定の策定に参加する権利を有する」〔傍点筆者〕と定める。ところが、遺伝子組換え作物にかんする1992年7月13日法律は、市民が公的機関から遺伝子組換え作物の拡散の影響にかんする情報を入手するための手続を、法律事項ではなくデクレ事項としていた。そこでコンセイユ・デタは、環境憲章の憲法上の効力を認めた上で<sup>44</sup>、同憲章第7条上の権利行使の態様の規定をデクレに委任する1992年法律の有効性について、「〔環境憲章を憲法に挿入した〕2005年3月1日の憲法法律の施行は、黙示的ではあるが当然に、〔1992年法律の〕諸規定を無効にする効果を有する」と考えた。そして、無効とされた法律に基づいて発令された2007年3月19日デクレについては、いわば積極的無権限を理由に取消を命じたのである。

この判決の中で、コンセイユ・デタは憲法上の権利規定である環境憲章第7条を解釈して1992年法律の無効を導いたように見える。しかし、コンセイユ・デタは違憲を理由に法律の廃止を導く権限を持たない。違憲による法律の廃止を決定できるのは憲法院のみであって（憲法62条）、コンセイユ・デタは法律の適用を退けることができるに留まる。また、ジェネヴォワによれば、法律存在の審査において、コンセイユ・デタは行政の行為の無権限を審査するために必要な限りで憲法の形式的な規範を解釈するにすぎないと指摘している。つまり、行政裁判官は法律存在の審査で憲法に準拠しているとはいえ、審査の効果と実質の面で憲法院による法律の憲法適合性審査と同一視されえない点に注意したい<sup>45</sup>。

これに対して、「透明な障壁の理論（*théorie de l'écran transparent*）」が用いられる場合には、コンセイユ・デタは憲法の実質的な規範を解釈し、憲法を準拠規範とする。法律が透明な障壁と考えられる場合とは、法律が実質的な規範を含まない場合である<sup>46</sup>。この場合、法律は完全に透明な障壁でしかないから、行政裁判官は直接憲法に照らして委任命命ないし執行命令を審査できる。コンセイユ・デタ判例によれば、法

律による障壁の濃淡は、裁判官によって、法律の存在ではなく、それが実質的原則を含むか、それとも命令に原則設定までも丸投げするかによって見定められる<sup>47</sup>。後者の場合には、コンセイユ・デタは憲法上の規定に照らして命令を審査するのである。

#### IV. コンセイユ・デタと憲法院による権利保障の交錯

憲法院は、コンセイユ・デタが判決の中で導き出した権利や憲法上の権利をどのように取り扱ってきたのであろうか（1）。転じて、コンセイユ・デタは、憲法院によって導かれた権利や、合憲性ブロックから導かれうる新しい権利に準拠しているのであろうか（2）。

##### 1. 憲法院によるコンセイユ・デタ判例規範の受容

第一に、コンセイユ・デタが公的諸自由として、あるいは法の一般原理やPFRLRを通じて保障してきた権利を、憲法院が憲法上の権利として承認するかどうか、承認するのであればその方法が問われうる。

ヴデルは、憲法院がコンセイユ・デタ判例規範を参照して承認するのではなく、「受容」することにより憲法上の規範に引き上げる場合があると述べ、コンセイユ・デタ判例規範の区分によって、2つのパターンに整理する<sup>48</sup>。それは、①コンセイユ・デタが憲法規定を「中和」せずに直接憲法に準拠して導き出した行政判例規範を、憲法院が追認によって受容する場合と、②コンセイユ・デタが「中和」の手法を用いて憲法規定に準拠せずに導き出した行政判例規範を、憲法院が憲法上の規範として再定位してから受容する場合である。①と②には、コンセイユ・デタが行政の行為の憲法適合性審査を通じて権利を認めてきたかどうかという点に主な違いがある。ヴデルは統治機構にかんする例を多く挙げるが、ここでは、権利規定について考えてみたい。

まず、一つ目のパターン、すなわち、憲法院とコン

<sup>44</sup> 一方の、憲法院は2005年4月の判決で環境憲章を憲法適合性ブロックとして認めた(CC, Décision n°2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, J.O. du 4 mai 2005, p. 7702, texte n° 2)。

<sup>45</sup> Bruno GENEVOIS, précité note 24), p. 718.

<sup>46</sup> Arienne VIDAL-NAQUET, « Abandonner la jurisprudence du Conseil d'Etat Arrighi ? », G. DRAGO, *l'Application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, 2007, p. 133.

<sup>47</sup> CE., ass., 3 octobre 2008, *Comune d'Annecy*, Lebon.

<sup>48</sup> George VEDEL, précité note 18.

セイユ・デタが、ともに憲法から権利を導いた例は、簡単に見つけることができる。例えば、結社の自由は、パリ安南人友の会事件コンセイユ・デタ1956年判決<sup>49</sup>で、PFRLRのなかに見いだされていた。第四共和政期に遡る本判決は、「共和国の諸法律によって承認され、[1946年]憲法により再確認された基本的諸原則が(…)本件に適用される。この諸原則に結社の自由が含まれるのである」と述べ、1946年憲法前文に規範性を認めることによって、結社の自由に関する1901年7月1日法律の原則を、憲法上の原則として認めた。ここでコンセイユ・デタは市長による行政処分<sup>50</sup>の憲法適合性を審査している。一方、憲法院は1971年7月16日の結社の自由判決でPFRLRの憲法的効力を認め、ここに結社の自由が含まれると述べた。この判決で審査対象となった法律が解散命令の対象として念頭に置いていたのは極左団体であり、憲法院は憲法第4条の政治団体結成の自由に基づいて、結社の自由を保護することもできたが、憲法院はコンセイユ・デタと同じくPFRLRに基づいて当該自由を導いた。コンセイユ・デタが憲法に準拠した判決は憲法規範としての形成力をもたないため、憲法院が単にコンセイユ・デタ判決に依拠するだけでは結社の自由を憲法上の権利として認めることはできない<sup>51</sup>。しかし、憲法院は、合憲性の裁定者として、コンセイユ・デタがかつて憲法上に見出した自由を、同じ論拠を使って憲法から導いたのであり、これを、憲法院がコンセイユ・デタ判決を正当な憲法解釈によるものとして暗に確認し、吸収したとみることはできないか。ヴェデルが憲法院によるコンセイユ・デタ判決の「追認による受容」と呼ぶ例に当てはまると思われる<sup>51</sup>。

一方、コンセイユ・デタが法の一般原理によって、憲法適合性審査によらずに保障してきた権利については少々訳が違う。憲法院が法の一般原理上の権利を憲法上の権利として認める場合には、単なる追認ではなく、法の一般原理という不文法に基づく権利を憲法明

文上の権利として再定位する必要があるからである。これが、ヴェデルの二つ目のパターンに当たる。前掲したジスティ判決で、コンセイユ・デタは通常の家族生活を送る権利を導く際、法の一般原理に加えて、特段の条項に言及することなく1946年憲法前文に準拠した。この判決では1946年憲法前文がそれだけで準拠規範となりうるか定かではない。一方、憲法院は憲法上の規定に基づいて判断しなければならないから、コンセイユ・デタと同じ方法では当該権利を導くことはできない。そこで憲法院は、1993年の移民規制法判決の中で<sup>52</sup>、1946年憲法前文第10項に、通常の家族生活を送る権利を見出した。憲法院は、コンセイユ・デタ判決に依拠しそれを追認するかたちで同じ権利を導いたというよりも、むしろ、コンセイユ・デタにより認められた権利に具体的な憲法上の根拠を与えたようにみえる。ヴェデルの言葉を借りれば、憲法院によるコンセイユ・デタ判決の「再定位による受容」である。

このようにして憲法院は、コンセイユ・デタが保障してきた権利を受容し、憲法上の権利として認めてきた。しかし、コンセイユ・デタが判例上承認し、発展させてきた諸権利の全てを、憲法院が憲法上の権利として認めているとは言えない。このことは、憲法院が判決の中で「憲法上保障された公的諸自由」という言葉を用いていることからわかる(傍点筆者)。憲法院は、行政裁判官によって認められてきた公的諸自由や諸原則に憲法上の効力を認めることができるかどうかを具体的に判断していることが推測できる<sup>53</sup>。憲法院がどのような権利についてコンセイユ・デタによる承認を追認しており、どのような権利について追認しないのか、という点については、個別権利に関する研究を要する。

## 2. コンセイユ・デタによる憲法院判例の受容・再受容にかんする分析視点

第二に、ある権利がコンセイユ・デタ判例によって

<sup>49</sup> CE., ass., 11 juillet 1956, précité. note 38.

<sup>50</sup> 井上武史(2014年)『結社の自由の法理』, 信山社, 146-147頁。

<sup>51</sup> George VEDEL, précité note 18, p. 653.

<sup>52</sup> CC., Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *J.O.* du 18 août 1993, p. 11722.

<sup>53</sup> Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus politicum* (en ligne), n°7, 2012, I, A, 2. <http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il-une-conception-des-libertes-publiques-402.html> (2018年5月22日最終閲覧)。

従前に認められた権利であると同時に、後に憲法院によって認められた憲法上の権利でもある場合に、コンセイユ・デタは当該権利の性質をどのように再評価するのか、という問いが生ずる。

この問いは二つの点で複雑である。一点目として、繰り返しになるが、憲法第62条3項によれば、憲法院判決（解釈留保付き判決を含む）は終局的であり対世効を有すると考えられているが<sup>54</sup>、コンセイユ・デタが当該法律とは別の法律を扱う場合には、憲法院判決の権威は及ばない。つまり、憲法院判決の既判事項は憲法院に付託された法律ないし法律条文に限られるのである。二点目として、コンセイユ・デタは行政の行為にかんする適法性の裁判官であり、前述した通り、憲法だけでなく、国際条約、法律、法の一般原理といった多様な規範に準拠することができるので、優先的に憲法に準拠する必要はない。行政裁判官は、法の一般原理を参照することもできれば、欧州人権条約や欧州基本権憲章に依拠することもできるのである。ただし、コンセイユ・デタが憲法上の権利規定に準拠して行政の行為を審査する場合で、当該憲法規定にかんする憲法院による憲法解釈が存在する場合には、憲法院による解釈にしたがって当該規定を理解し、訴訟に当てはめているというのが通説的評価である<sup>55</sup>。コンセイユ・デタは、ちょうど憲法院がコンセイユ・デタの積み重ねてきた公法規範を尊重するように、概して憲法院の判例規範を尊重しているのである。

ただし、二つの留保が必要であるように思われる。一点目として、憲法院判決への参照の方法は統一されていない。例えば憲法院は、1984年にPFRLRとして大学教授の独立に憲法上の効力を認めた<sup>56</sup>。その後、1992

年にコンセイユ・デタは、同じく大学教授の独立の原則を法の一般原理に求めることなく憲法上の原則として準拠したが、その際、明示的に憲法院判決に言及している<sup>57</sup>。一方、コンセイユ・デタは憲法院判決に言及せずに、憲法院と全く同じ文言で憲法上の規定の解釈を述べることもある<sup>58</sup>。つまり、憲法院が付した解釈を、引用元を示さずに引用する場合である。コンセイユ・デタは、憲法院が憲法規定に付した解釈を憲法規定に内在するものと考えているのではないか。

二点目として、憲法院によって憲法上の効力を認められておらず、合憲性ブロックから導くことが難しい権利もあり、コンセイユ・デタが認める法の一般原理や条約上の権利が重要な役割を担っている領域もある点である<sup>59</sup>。このことは、憲法院とコンセイユ・デタとの関係において具体的な問題を生じさせる。つまり、コンセイユ・デタがQPCの受理可能性を審査する際に、ある憲法上の権利が実定法上又は条約上では、コンセイユ・デタないし欧州人権裁判所判例において、十分に保障されている場合に、当該QPCを「重大な問題」として受理・移送するかどうかが目されるのである。

## おわりに—今後の課題—

本稿では、コンセイユ・デタによる憲法適合性審査を整理した上で、①コンセイユ・デタ判例によって構築されてきた権利規範が1958年憲法によって設置された憲法院によっていかに受容されてきたか、また、②その逆方向への受容・再受容はいかにについて、いかなる問いが生じているか、という問いを立て、検討して

<sup>54</sup> 憲法院による解釈留保について、奥村公輔（2016年）「憲法適合的解釈についての比較法的検討 フランス」比較法研究第78号、47-62頁。

<sup>55</sup> 例えば、標準的な憲法注釈書である以下を参照。Therry S. RENOUX, Michel de VILLIERS et Xavier MAGNON, *Code constitutionnel*, édi. 2017, pp. 1095-1096.

<sup>56</sup> CC., Décision 83-165 DC du 20 janvier 1984, Rec. p. 30 ; obs. in. Louis FAVOREU et Loïc PHILIPPE, 1986, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, p. 564. フランスにおける教授の独立について詳細な検討を行う邦語論文として、堀口悟朗(2012年)「『教授会自治』と『教授の独立』」、慶応義塾大学法学政治学論究103号、42頁以下。

<sup>57</sup> CE, 29 mai 1992, *Association amicale des professeurs titulaires du Muséum national d'Histoire naturelle*, Rec. p. 216 ; CE, 9 juill. 1997, Picard et Mme Turque, *AJDA*, 1997, p. 718.

<sup>58</sup> 例えば、憲法第66条が司法裁判所に住居の不可侵を含む個人的自由の保障をゆだねていたとした憲法院判決(CC., Décision n°83-164 du 29 décembre 1983, *J.O.* du 30 décembre 1983, p. 3871, cons. 28) とコンセイユ・デタ判決 (CE., 5<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> sections réunies, 9 juillet 1986, *Ville de Paris*, Lebon.)。なお、近年の判例では、憲法第66条は人身の自由を保障すると考えられているようである。

<sup>59</sup> Franck MODERNE, « Principes fondamentaux, principes généraux », *RFDA*, 1998, p. 498s. この問題は、憲法と欧州人権条約がそれぞれ保障する権利の範囲が異なる点に起因して、コンセイユ・デタと憲法院がそれぞれ保障する権利の異同を論ずる際に指摘される。

きた。

①について、1958年憲法は、憲法院に法律の憲法適合性審査権限を与えているが、憲法院による権利の承認やその論拠には、1958年の憲法制定以前のコンセイユ・デタ判例の蓄積が継承されている。既存研究では、憲法院内におけるコンセイユ・デタの人的影響力が強調されてきたが、憲法上の権利保障においても憲法院に「行政法文化」が見いだされるのである<sup>60</sup>。視点をかえれば、行政法的文化を継承した憲法院による憲法解釈が形成力を有することにより、フランス公法を構築してきた行政法判例の正当性が強化されるともいえる。次に、②の点について、行政裁判官は、憲法上の権利規定や憲法院判例に明示的に言及するかどうかにかかわらず、憲法を「中和」しながらもそのエッセンスをくみ取るような手法を用いたり、憲法院判例を尊重したりすることによって、公法秩序の統一に寄与してきた。一般に、ド・ゴールによって推し進められ、執行権の拡大を企図して制定されたといわれる1958年

憲法ではあるが、裁判権の多元性にもかかわらず「裁判国家体制へとかなり巧みに移行をなしとげている」と評価されるのは、憲法院と行政裁判所による憲法適合性審査の展開によるところが大きい<sup>61</sup>。そして、その展開においては、憲法院とコンセイユ・デタ双方の判例が作用しあっているのである。

しかし、以上の点は、本稿の検討のみをもっては、権利保障における憲法院とコンセイユ・デタの関係が完全には明らかにならないことをも示している。

フランスで妥当する権利規範と裁判手続の多様性<sup>62</sup>の構造の中において、憲法院とコンセイユ・デタによる憲法上の権利保障の構造を可視化するためには、具体的権利の研究とともに、条約適合性審査における両機関の相互作用やQPC手続における両機関の機能を検討しなければならない。とりわけ、現在でも有効な立法障壁の理論はQPC手続きの導入によって大きく変容してきていると考えられる。これらの点は、今後の研究課題としたい。

<sup>60</sup> 近年、憲法院におけるコンセイユ・デタの影響を、憲法院の裁判権行使全体を見渡して考察する研究が行われている。Antoine FAYE, *Les bases administratives du droit constitutionnel français*, coll. Thèses Tome 144, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 383s.

<sup>61</sup> 滝沢正 (1998年) 「フランスにおける憲法の最高峰規制に関する一考察」上智法學論集, 第41巻3号, 31頁。

<sup>62</sup> Patrick GAÏA, 2013, « Le Conseil constitutionnel et le droit de l'Union européenne », *AJJC* 2012, p. 545s.