

憲法と諸法の一考察 (1)

— 「諸法の憲法化」を手がかりとして —

山井 聡 也*

はじめに

- I 古典的議論としての「行政法の憲法的基礎」論争
- II 「憲法化」の源流
- III 「憲法化」の視座転換 (以上本号)
- IV 「憲法と諸法」の自律性を基にした立論
- V 日本における「憲法と諸法」をめぐる議論状況 — 「民法と憲法」を題材におわりに

はじめに

フランスにおいては、一般に、「長年にわたって、憲法と他の法分野は、異なる世界を構築し、互いに無視しあっていた」¹⁾とされる。同様に、「憲法と民法」の関係についてフランス法学界を先導してきたニコラ・モルフェシス (Nicolas Molfessis) は、「1958年において、憲法と民法が互いに出会う宿命にあるとは全く思われていなかったであろう」と指摘し、「そもそも、『フランスの真の憲法』²⁾にたとえることができたのは、むしろ民法典なのである。その反対、すなわち憲法の中に民法に関係する法文を見出すことは、予測すらできなかったのである」³⁾と述べる。

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第24巻第2号 2025年8月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) Michel Verpeaux, « Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit », *RFDA*, 2014, pp.1203-1204. 同様の指摘として, Bertrand Mathieu, « Droit constitutionnel et droit civil: < de vieilles outres pour un vin nouveau > », *RTDC*, janvier-mars 1994, p. 59.

この原因は、フランスにおいて、憲法が「公権力を組織する法」であり、その裁判的保障がなされてこなかった⁴⁾ことにある。特に、司法裁判所である破毀院や行政裁判所であるコンセイユ・デタが法律の違憲審査を行ってこなかったことが影響している⁵⁾。そのため、「憲法と諸法」の関係を意識する契機に乏しく⁶⁾、この問題が本格的に論じられるようになったのは、1971年に憲法院が人権保障としての憲法裁判を開始して以降のことである。こうした状況は、フランス特有のものではなく、違憲審査を導入した多くの近代国家において共通のものであった⁷⁾。特に、フランスは、現在でも憲法典内部に本格的な人権条項を持たない一方で、ナポレオン法典（通称）と呼ばれる民法典（Code civil）が1804年に制定されて以来ほぼ無傷なまま⁸⁾持続しており、今もなお近代国家の原像を維持して

- 2) Jean Carbonnier, « Le Code civil », *Les liens de mémoire, La nation*, tome I, sous la direction de Pierre Nora, Paris, Gallimard, 1997, pp. 293 et s.; Yves Gaudemet, « Le Code civil, < constitution civile de la France >, 1804-2004 *Le Code Civil Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 297 et s. 石井三記「フランス民法典の運命」同編著『コード・シヴィルの200年』（創文社、2007年）3頁以下。
- 3) ニコラ・モルフェシス（幡野弘樹訳）「民法の憲法化」新世代法政策学研究11号（2011年）209頁。
- 4) Mathieu, *supra* note 1) p. 59; Pierre Delvolvé, « La constitutionnalisation du droit administratif », *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 400.
- 5) 破毀院は、1833年5月11日判決（C. Cass., 11 mai 1833）において、「憲法上の諸形式において審議され審署された法律は、違憲性を理由に裁判所において攻撃（attaquée）しえない」とする。コンセイユ・デタにおける同様の判決として、C.E., 23 mai 1901, *Delarue* および C.E., 6 novembre 1936, *Arrighi* がある（Olivier Gohin, « Le Conseil d'État et le Contrôle de constitutionnalité de la loi », *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe-XXe siècle*, sous la direction de Dominique Chagnollaud, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2003, p. 158）。他にも、河嶋春菜「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」名古屋大学国際教育交流センター紀要5号（2018年）9頁以下。
- 6) 滝沢正「フランスにおける私法と公法」上智法学論集52巻1・2号（2008年）122頁。
- 7) 特に、「憲法化」の主唱者であるファヴォールは、この「憲法化」の現象が他国に存在していたこと、この現象を比較法によって認識したと説明している（Louis Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », *L'unité du droit Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 27）。フランスにおいて「憲法化」の比較法上の先駆的研究として、Michel Fromont, « les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Éditions Cujas, 1975, p. 49 et s. 他にも「憲法化」がフランス固有でないとの指摘として Mathieu, *supra* note 1) p. 60; Pierre Bon, « La constitutionnalisation du droit espagnol », *RFDC*, No. 5, 1991, p. 35.

いる⁹⁾。このように、フランスでは、「宣言」としてしか存在しなかった人権と、自律性をもって発展してきた諸法との関係が、遅れてやって来た違憲審査を契機として、初めて本格的な問題として浮上したのである。ゆえに、フランスは、違憲審査を契機として「憲法と諸法」の関係が本格的に意識され、議論が行われるようになった国の1つとして、この問題を分析するための格好の素材であるといえる。

フランスにおける違憲審査の導入後、「憲法と諸法」の議論の嚆矢となったのは、「憲法の法律学化」の主唱者であるルイ・ファヴォール (Louis Favoreu) の「諸法領域の憲法化 (la constitutionnalisation des branches du droit)」という問題提起であった。この「憲法化」概念に対しては、民法学者及び一部の憲法学者から激しい批判が寄せられた。そして、この「憲法化」概念は、ファヴォール以外の者の手によって異なる意味が付与され、現在では、多義的な概念となっている¹⁰⁾。

日本においては、樋口陽一による「憲法化」の定義¹¹⁾が広く知られている。

-
- 8) 家族法の大改正があったことや他にも細かい改正があったことは留保しておく。なお、大村敦志も同様の認識を示している (同「フランスにおける『憲法と民法』」同『法源・解釈・民法学』(有斐閣、1995年) 351-353頁 (初出「民法と憲法の関係——フランス法の視点」法学教室 171号 (1994年) 52頁以下))、他にも滝沢・前掲注6) 111頁も「フランス民法典いわゆるナポレオン法典は、1804年に制定されて以来二百年を超えるにもかかわらず現役の法典である。時代を貫いて有効な、また地域を問わず市民社会を規律する規範と認識されなければ、ありえないことである」という。
- 9) Louis Favoreu, « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *RFDA*, No. 0, 1984, p. 174. ファヴォールは「1958年憲法は、同じスタイルで起草され、十分な権利宣言を有さず、端的で簡潔なままであり、1875年憲法及び1946年憲法と、見かけ上異ならない」と述べている。
- 10) Ariane Vidal-Naquet, « La constitutionnalisation des branches du droit et < l'impérialisme du droit public », *L'identité du droit public*, sous la direction de Xavier Bioy, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 90. 本稿では扱わないが、憲法典に組み入れられることを意味する「憲法化」とは区別されたい。後者の意味で使っているものとして、イザベル・ジロドゥー「環境法の憲法化——フランスの特殊性と可能性と限界——」法学志林 106巻1号 (2008年) 1頁以下、館田晶子「常態化する『危機』——国籍剝奪条項の憲法化をめぐる——」憲法問題 33号 (2022年) 84頁以下、Denis Baranger, « Comprendre le < bloc du constitutionnalité », *Jus Politicum*, 2018, No. 20-21, p. 121; Laurent Eck, « Faut-il constitutionnaliser la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971? », *RFDC*, No. 130, 2022, p. 377 et s. これらに対して、本稿と同一の意味で用いるものとして、幡野弘樹「家族法の憲法化の現状」法律時報 91巻5号 (2019年) 45頁以下。

樋口は、「憲法と民法」の論争を背景に、「民法の憲法化」を「民法規範によって定められていることがらが憲法規範の意味として受容され、立法をも拘束するものになること」と定義し、「憲法の民法化」とは、「憲法規範によって定められていることがらが民法の内容として受容され、私人間で実現されること」と定義している。この定義は、樋口が日本の「憲法と民法」の論争、さらに私人間効力の論争を意識したこともあり、後述する「憲法化」の源流であるファヴォールーの定義(Ⅱ)とは異なっている¹²⁾。このように、日本の憲法学においては、日仏の制度上の違いが大きく影響して、第5共和制における議論がそのまま跡付けられていない可能性がある¹³⁾。そこで、本稿では、第5共和制における議論に着目し、現代フランスにおける「憲法と諸法」の問題を描写することとする¹⁴⁾。

本稿の目的は、「憲法と諸法」の関係の分析を通じて、「憲法とは何か」という根本的問いに迫ることにある。冒頭の言葉にある通り、そもそも歴史的に「憲法

11) 樋口陽一「憲法・民法九〇条『社会意識』」[栗城壽夫先生古稀記念]『日独憲法学の創造力』(信山社、2003年)145頁(傍点は樋口による)。2つの概念を統合した方向性として、糖塚康江「『憲法と民法』関係におけるフランス・モデル」関東学院法学19巻1号(2009年)4頁。他にも、大河原良夫「フランス憲法院と法律事項(三)——統治構造における憲法院の位置づけ——」東京都立大学法学会雑誌30巻2号(1989年)264頁は「上からの『憲法化(constitutionnalisation)』の問題」を取り上げている。また、蛭原健介「フランス行政裁判における憲法院判例の影響(-)」立命館法学263号(1999年)156-159頁において、公法・刑法・私法の「憲法化」が概略され、「憲法化」を「法律の憲法的基礎付けを与える」ものとして紹介している。他にも、山田哲史「日本における『憲法適合的解釈』論の現状分析」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』(有斐閣、2018年)26-28頁。

12) 樋口陽一「民法と憲法」日仏法学24号(2007年)34頁以下参照。特に、同36頁以下は、「憲法の民法化」について、私人間効力の議論で終始している点に表れている。

13) 日独の制度上の違いによる議論のずれの違いの可能性について、林知更「論拠としての『近代』——三菱樹脂事件」駒村圭吾編『テキストとしての判決——「近代」と「憲法」を読み解く』(有斐閣、2016年)127-128頁参照。

14) 本稿において、主な検討対象としているのはQPC導入以前の問題状況である。QPCにより違憲審査の対象となる法律の範囲が拡大したため、「QPCの導入は、『法の憲法化』に第二の風を吹き込んだ」といわれている(François Chénéde, « Quelle < constitutionnalisation > pour le droit civil des contrats? », *Jus Politicum* No. 20-21, 2018, p. 56) ものの、本稿は、フランスにおいて憲法化の問題提起がなされた初期の議論を扱うことで、フランスにおける「憲法と諸法」の原則形態を明らかにすることを目的とするため、QPCは扱わないこととする。なお、引用した論稿は、QPCの民法への影響を否定的に描写している。

と諸法」の接点はほとんどなかったにもかかわらず、現代国家においては、違憲審査制が導入され、憲法によって諸法を統制しなければならない状況が存在している。もっとも、法は歴史的事実や社会と無関係に存在するものではない以上、歴史的に育まれてきた諸法の自律性を全く考慮せずに、後から登場する違憲審査の存在を前提として憲法と諸法の階層的關係のみを論じることは妥当な法解釈とはいいがたい¹⁵⁾。この相反する2つの状況が、「憲法と諸法」の問題の核心にあり、本稿は、違憲審査制が普及した現在における「憲法」を諸法との関係から措定するという難問に取り組むこととする¹⁶⁾。そして、これまで日本で提示されてきたフランス・モデルが1789年人権宣言から1804年民法典までを考察して提示されてきたのに対し、本稿は、主に第5共和制におけるフランス憲法学を素材として、現代型のフランス・モデルを提示することを目的とする。

このような目的を達するため、本稿では、憲法院始動後に主張された「憲法化」概念を軸とした検討を行う。そこで、「憲法化」の前提となる古典的議論としての「行政法の憲法的基礎」論争を考察したうえで(Ⅰ)、「憲法化」概念の軌跡をたどり(Ⅱ)、同概念に対する評価を検討して、「憲法化」からの議論の展開を確認する(Ⅲ)。さらに、「行政法の憲法的基礎」の主張から「憲法化」への批判まで通底するジョルジュ・ヴェデル(Georges Vedel)の見解を考察し、この見解の「現代化」を検討する(Ⅳ-1)。そのうえで、このヴェデルの議論について、現代憲法学を牽引するドゥニ・バラランジェ(Denis Baranger)の議論との接続可能性を検討する(Ⅳ-2)。最後に、日本における議論との関係性を簡単に確認することで、本稿の位置づけを示すこととする(Ⅴ)。

I 古典的議論としての「行政法の憲法的基礎」論争¹⁷⁾

「行政法の憲法的基礎」を宣言したのは、元パリ第二大学教授で憲法院裁判官(1980-1989)を歴任したジョルジュ・ヴェデルである。1954年に提起されたこの

15) 同様の問題意識として、只野雅人「日本国憲法の現代的意義：企画趣旨」法の科学48号(2017年)16頁。

16) 本稿では、「諸法」の代表格である民法と行政法を取り上げる。

議論は、1990年代には古びた議論となったとヴェデル自身が評した¹⁸⁾ものの、「憲法化」ないし「憲法と諸法」の議論の出発点として依然として重要な意義を有している¹⁹⁾。そこで、本章では、ヴェデルとシャルル・アイゼンマン (Charles Eisenmann) の間で交わされた「行政法の憲法的基礎」論争を紹介し、検討することとする。

1. ヴェデルによる「行政」概念の刷新

「行政法の憲法的基礎」論争の出発点は、ヴェデルがレオン・デュギ (Léon Duguit) やガストン・ジェーズ (Gaston Jèze) らが構築した伝統的学説である「行政法の中心概念 = 公役務 (service public²⁰⁾)」とする学派 (以下、「公役務学派」という) に対して、その憲法的基礎の欠如を主張し、行政法の中心概念の刷新を図った²¹⁾点にある。

1.1 「公役務」学派への挑戦

デュギは、「もし、国家に対して権力的意思を認めるのであれば、国家に対し

17) 深瀬忠一「フランスにおける『行政法の憲法的基礎』をめぐる論争について(-) 北大法学論集 27巻3・4号 (1977年) 545-558頁 (深瀬①)。なお、この論文は、(二)以下が存在しない未完の論文となっており、1954年のヴェデル論文の検討で幕を閉じており、アイゼンマンの反論やヴェデルのその後の再反論については紹介がなされていない。ただし、概略的ではあるが、深瀬「フランス公法学の第一人者ジョルジュ・ヴェデル教授の貢献」ジュリスト 1252号 (2003年) 168-169頁 (深瀬②) に紹介がある。他にも、この論争について、Emmanuel Breen, « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann: une controverse sur les fondements du droit administratif », *RFDA*, 2002, pp. 232-243.

18) Georges Vedel, « Propos d'ouverture », *La constitutionnalisation des branches du droit*, sous la direction de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, Paris, Economica, 1998, p. 14.

19) 後の学説から「先見の明」があったと評されている (Bernard Stirn, « Constitution et droit administratif », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* No. 37, 2012, p. 7)。

20) 「公役務」概念について、宮沢俊義「Service public の概念について」法学協会雑誌 56巻5号 (1939年) 877頁以下、野村敬造『フランス憲法・行政法概論』(有信堂、1962年) 260頁以下、ジャン・リヴェロ (兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳)『フランス行政法』(東京大学出版会、1982年) 32-33頁参照。他にも、André de Laubadère, *Traité Élémentaire de droit administratif*, 2^e édition, L.G.D.J., Paris, 1953, pp. 38 et s.; Jacques Chevallier, *Le service public*, Que sais-je?, Paris, puf, 1987.

21) Georges Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1954, pp. 21 et s.

て法的制限を持ち出すことは合理的に不可能である。公的活動は、もし公役務の観点から行使されたのであれば、法(droit)によって制限されえないのであり、まさにこの意味で公役務の目的によって制限されるのである。公法の基礎には、公役務概念以外の何物も存しないというのが正しいであろう²²⁾と主張して、公法の中心概念として公役務を定位した²³⁾。同様に、ジェーズも「公役務の必要性は、公法におけるすべての特別な理論の基礎を成している」としたうえで、「公法におけるすべての特別な規律は、その基礎および正当化根拠として、公役務の概念を有している」²⁴⁾と論じて、「公法の中心=公役務」と主張した。この帰結として、「公役務」概念が、行政の定義、行政裁判所と司法裁判所の管轄権の配分、行政法の領域を画定する基準となる。管轄権の基準の例として、デュギは、権限裁判所(Tribunal des conflits)のブランコ判決²⁵⁾を挙げる²⁶⁾。この判決は、国が運営するたばこ工場の車によって子供が負傷したものであり、子供の親が国家に民事責任を負わせるべく民法に基づいて司法裁判所に訴えを提起した。その訴えが、権限裁判所に持ち込まれたものである。権限裁判所は、以下のよう
に判示した。

「公役務に従事する者の行為によって引き起こされた私人に対する損害について国家に帰属し得る責任は、私人間について民法上確立した原理によって規律さ

22) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, 3^e édition, Paris, E. De Boccard Éditeur, 1928, p. 44.

23) デュギは別のところで、「公役務の観念は、公法の基礎として、主権の観念に取って代わった」と述べている(Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 33)。このデュギの見解については、和田英夫「主権・国家・歴史——デュギー『公法の変遷』における——」法律論叢60巻4-5号(1988年)339頁以下、兼子仁=磯部力=村上順『フランス行政法学史』(岩波書店、1990年)27頁以下[兼子執筆]、山元一「《法》《社会像》《民主主義》(五・完)——フランス憲法思想史研究への一視角——」国家学会雑誌107巻9・10号(1994年)155頁参照。また、デュギの『一般公法講義』の翻訳として、レオン・デュギー(赤坂幸一・曾我部真裕訳)『「一般公法講義」(1926年)(三)(四)』金沢法学48巻1号(2005年)109頁以下、金沢法学48巻2号(2006年)115頁以下参照。

24) Gaston Jèze, « La notion de travaux publics et de domaine public », *RDP*, 1921, p. 364.

25) T.C., 8 février 1873, *Blanco*.

26) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel. La théorie générale de l'État. Éléments, fonctions et organes de l'État*, Tome 3, 3^e édition, Paris, E. De Boccard Éditeur, 1930, p. 49.

れ得ない。この責任は、一般的でもなければ絶対的でもなく、公役務の必要性 (les besoins) 及び国家の権利と私人の権利との調和の必要性 (la nécessité) に従って変化する特別なルール (règle) を有している。」

このような考え方は、ヴェデルによると、1900年代以降モーリス・オーリウ (Maurice Hauriou) 以外のほとんどすべての学者がこの学派に連なっていたとされる。

これに対して、ヴェデルは、次のように行政法の基礎に憲法があることを前提に議論を始める。

「憲法が行政法を構成する総体である諸規律の必然的基礎であることは、すべての人が合意するであろう。この確認は、論証の必要がない。それは、フランス法秩序の基礎であり、国家機関の章典である憲法の性質それ自体に由来するからである。」²⁷⁾

この当時、公役務とは言い難い行政警察 (police administrative) や公役務の私管理 (gestion privée du service public) などを主な原因²⁸⁾として、公役務概念は、行政の基準としての実効性を喪失したといわれ、「公役務概念の危機」²⁹⁾が論じられるようになっていた。この危機について、ヴェデルは、「公役務学派によって展開された諸理論の憲法的根源の不在」³⁰⁾こそが真の問題であると主張した。

27) Vedel, *supra* note 21) p. 21.

28) 行政警察とは、域内で個人の活動を規制することであり、公役務の私管理とは、契約など行政の手法を用いないで民法の手法で公役務を行うことである (リヴェロ・前掲注20) 33-34頁参照)。他にも、「一般利益に対応しない活動を行う公法人 (例えば、医師会)」の登場により、公役務概念が曖昧となったことを指摘する文献もある (野村・前掲注20) 390頁)。

29) 椎名慎太郎「公役務概念の現代的機能」成田頼明 = 園部逸夫 = 金子宏 = 塩野宏 = 小早川光郎編著『行政法の諸問題 上』(有斐閣、1990年) 157頁、今関源成「公役務理論の変遷 (ノート)」同『法による国家制限の理論』(日本評論社、2018年) 406頁以下 (初出・早稲田法学 59巻 1~3号 (1984年))、大橋麻也「フランスの行政判例に見る公役務の識別方法」『早稲田大学法学界百周年記念論文集 第一巻 公法・基礎法編』(成文堂、2022年) 337-364頁参照。Jean-Louis de Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. 同書の書評として神谷昭「書評」国家学会雑誌 71巻 11号 (1957年) 86-92頁。

30) Vedel, *supra* note 21) p. 22.

さらに、ヴェデルは、公役務概念が実質的 (matériel) 観点から定義されていることも公役務概念の欠点であると主張する。なぜなら、ヴェデルにとってフランス公法学における概念と基準は、主に形式的な (formel) ものであるからである³¹⁾。ヴェデルがいう実質的観点とは、行為の内容や状況による区別であり、形式的観点とは、手続や機関による区別を指す。このような区別の下、ヴェデルは、フランス公法学の主な基準が形式的であることの例証として、法律と政令の異同を挙げる。実質的観点から、法律と政令は、規範定立行為という点で同一の行為であるが、法律は、立法手続に従った立法権力保持者の行為として定義され、手続及び機関の観点から定義されている。そして、法律は、始原的権力 (puissance initiale) として、(準) 無制限であり、立法者自身の自己制限しか期待できないが、命令は、二次的派生的権限 (compétence secondaire et dérivée) とされ、法律により制限されたり、取り消されたりする。このような両者の違いは、形式的基準から生じており、フランス公法学においては形式的観点が重視されていることを指摘する³²⁾。そして、公役務概念は本質的に実質的なもの³³⁾であり、主な基準として採用できない、とする。

さらに、ヴェデルは、「行政法の憲法的基礎を我々に示唆するものとして必要なのは、理論上の思索 (spéculations) ではなく、判例である」³⁴⁾として、2つのコンセイユ・デタ判例 (Arrêt Heyriès と Arrêt Labonne) を提示する。

1つ目の判例は、Arrêt Heyriès³⁵⁾である。事案としては、第1次世界大戦下において、公務員に対する懲戒を行う前に、懲戒処分的一件記録を送付することになっていた1905年4月22日法律を、1914年のデクレ (命令) によって停止していた。そのため、事前に一件資料にアクセスできずに罷免された Heyriès 氏

31) *Ibid.*, pp. 26-31 (30).

32) Georges Vedel, *Droit Administratif*, 2^e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, p. 29. なお、個々の行政行為と命令制定行為の違いは重要であるが、両者とも行政行為であり、同一の適法性原理・行政裁判官の統制に服すること、行政の責任を課されることなど共通しており、類似性の方が優位しているため、形式的基準に従うべきとしている (Vedel, *supra* note 21) p. 30.)。

33) Vedel, *supra* note 21) p. 31.

34) *Ibid.*, p. 36.

35) C.E., 28 juin 1918, Heyriès, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 1918, pp. 651-652.

がこのデクレが違法であるとして訴訟を提起した。この事案に対し、コンセイユ・デタは、以下のように判示している。

「1875年2月25日憲法的法律3条によると、共和国大統領は、フランス行政機関の長に位置づけられ、法律を執行する任を負っている。したがって、大統領は、いかなる時も法律および命令により制定された公役務が機能する状態であるように注意する責任を負い、戦争が帰結する困難によって麻痺しないように注意する責任を負っている。」

この判示について、ヴェデルは次のように指摘している³⁶⁾。まず、憲法が1875年体制において大統領を行政の長としたのは、「法律執行」の任務を負っていたことによる。そして、「公役務の継続的機能」は、法律執行の一形態である。さらに、例外状況において、法律執行は、ある法律の適用停止を正当化する。つまり、行政の長である大統領は、憲法が与えた任務である「法律執行」＝「公役務の継続的機能」を遂行するために、法律の適用停止をすることができるのであり、大統領は単に法律を執行する立場にあるのではなく、憲法に基礎を置いた権限を有しているのである。

2つ目の判例は、Arrêt Labonne³⁷⁾である。事案としては、大統領が、法律で明確に認可されていないにもかかわらず、運転免許の剥奪を行えるデクレを公布した。このデクレに基づき、警察庁長官の命令によりLabonne氏の運転免許が剥奪された。Labonne氏は、このデクレが大統領に法律上与えられていない権限に基づき違法であるとして訴えを提起した。コンセイユ・デタは以下のように判示している。

「法律、特に1879年12月22日-1879年1月法律及び1884年4月5日法律によると、公道と交通の安全確保は、県(département)及び市当局の責任で行われるとされているが、国家元首は、立法による委任を受けることなく、固有の権力として、領土全体においていかなる場合にも適用されなければならない警察措置を決定する権限を有する。」

この判示より、大統領は、法律に基づかなくとも、固有の権限として「警察」

36) Vedel, *supra* note 21) p. 37.

37) C.E., 8 août 1919, *Labonne*.

措置を決定する権限を有することとなる。以上2つの判決を合わせると、最広義における行政の役割は、「公役務の継続的機能」と「警察（公秩序維持）」であり、これらは法律を超えた憲法上の権限として認められていることとなる³⁸⁾。このようにして、ヴェデルは、行政法（公法）の基礎にあるのは、公役務ではなく憲法であることを示し、公役務学派に代わる新たな見解を構築することを試みるのであった。

1.2 「公権力」概念に基づく定式

では、公役務概念によって「行政」を定義づけられないとした場合、ヴェデルはどのようにして「行政」を定義するのか。ヴェデルが提示するのは、大統領の権限として規定されている「法律執行」を延長した「執行権」概念であり、「行政」とは、「公権力の行使」としての「執行権」である³⁹⁾とするものである⁴⁰⁾。

ヴェデルは、形式的観点を中心に公法上の概念を規定していく。ヴェデルによると「形式的観点は、公法学において優れているところ、実質的観点により補完される」⁴¹⁾こととなる。そして、形式的観点として「執行権力」を主な基準として、これを補完する基準として、実質的観点から「公権力」概念を用いることとなる。この概念構成は、ヴェデルが「行政」のみを定義しようとしただけでなく、他の国家機関についても視野に入れたうえで定義することを試みたことから生じている。

まず、「公権力」概念の起源は、憲法に根ざしている。つまり、憲法学は、国民主権 (*souveraineté nationale*) の存在を認めているところ、その帰結として、国家機関に対して、一般法から逸脱した一定の特権を与えている。この特権として、議会には法律を作る権限が認められ、裁判所には訴訟を解決する権限が認められる。同様に執行権力にも特権が認められるのであるが、この特権には拘束がある。つまり、「公権力」の性質として「拘束 (*sujétions*) を伴う特権 (*prérogative*)

38) Vedel, *supra* note 21) p. 41; Vedel, *supra* note 32) p. 14.

39) 簡潔な紹介として、リヴェロ・前掲注 20) 35-36 頁。

40) ヴェデルの見解は、モーリス・オーリウ (Maurice Hauriou) の所説に依拠していることは明らかであるが、本稿では、紙幅の関係及び筆者の能力上、オーリウの公権力概念にまで言及する余力がない。今後の課題とする。

41) Vedel, *supra* note 21) p. 46.

tives)」があり、「特権と拘束は、緊密に結びついている」とする。その理由は「法治国家の目的がいかなる権力機関にも権力を恣意的に行使させないことにあるから」⁴²⁾である。これがヴェデルの描く「公権力の制度」であり、これを「行政」に特化させたのが「行政制度 (régime administratif)」⁴³⁾である。つまり、ヴェデルによれば、「行政は、公権力の制度の下に執行権を行使することとして定義される」⁴⁴⁾。そして、このような「行政制度」に従う権力としての執行権力(=「行政」)が存在する以上、「行政」は憲法上の基礎を有することになる。ただし、行政は、任務を遂行するために、特権を捨てて私法に従うことがあるとされるが、これは例外的にその方が容易であるからである。

以上の立論は、1954年の第4共和制期になされた「1789年から1958年まで法律の優位と立法領域の無限定的性格に結びついたフランス憲法の伝統」⁴⁵⁾に基づくものである。これに対して、第5共和制になり法的革命が生じたという。では、どのように変わったのか⁴⁶⁾。

第5共和制憲法により変わったのは、(大統領の権限の留保付きで)20条ないし22条から政府が国家の政治の決定及び指揮において優位性を持つようになったこと、行政の双頭制となったこと(非常事態においては大統領に権限集中)、34条と37条から法律と命令の関係の変化である⁴⁷⁾。特に、法律と命令の関係について、命令制定権が一般的権限となり、立法権限が例外となったこと、立法領域が34条により無限定領域と限定領域を規定したこと、オルドナンス⁴⁸⁾が明記

42) *Ibid.*, p. 43.

43) 宮沢俊義「フランス公法学における諸傾向」『公法の原理』(有斐閣、1967年)75-77頁(初出・フランス學會編『フランスの社會科學』(刀江書院、1930年))参照。他にも、兼子=磯部=村上前掲注23)260頁以下[磯部執筆]参照。

44) Vedel, *supra* note 32) p. 21.

45) *Ibid.*, p. 9.

46) 深瀬②・前掲注17)548頁以下は、第5共和制期に執筆されたヴェデルの行政法の体系書に基づいているため、第5共和制期におけるヴェデルの立論が非常にわかりやすい。これに対し、本稿では、源泉たる1954年論文を出発点に、行政法の教科書で補完するという構成をとっている。

47) Vedel, *supra* note 32) pp. 21-33.

48) 一般に、憲法34条が列記する法律事項について、一定の要件のもとで政府が発出できるものである(只野雅人「規範秩序と委任立法——近時のフランスにおける立法の一側面——」一橋法学22巻3号(2023年)161頁以下)。

されたこと等を挙げる⁴⁹⁾。これらの諸変化により、i 命令制定権限の一般性と立法権限の例外性、ii 「法律執行」が行政の一側面となったこと、iii 法律は可決されれば争いえないことから、その特有の法領域として維持していること、iv 命令が立法事項以外を規定できるようになったものの、裁判的統制下にある以上、未だ行政行為の1つに過ぎないという。

さらに、ヴェデルは、「行政法 公権力の一般法」という章を設け、i を拡張して、行政法を公権力の一般法として位置づける。ヴェデル曰く、「行政活動、より単純に言えば、行政が一般法の活動を具体化するの、立法活動との関係だけではない。他の国家活動との関係でも同じである」⁵⁰⁾。このように述べて、ヴェデルは、司法活動が例外的性格であるとし、外交活動も行政との関係で例外であるとする。そして、次のように結論付ける。「行政は、一般法たる国家活動に他ならない。行政制度は、国家活動の一般法である」⁵¹⁾。

2. アイゼンマンによる反論とヴェデルの再構成

上記のヴェデルの問題提起は、第4共和制期の1954年になされた。これに対して、第5共和制が始動し、結社の自由判決を経て憲法院が人権保障機関に変貌しようとしていた1972年にアイゼンマンは、約100頁にも及ぶ論文を執筆して、ヴェデルに対して苛烈な批判を行った⁵²⁾。深瀬忠一は、この批判を「仮借のない反論」と呼び、「その激越さは、私を驚かせていた」⁵³⁾と評している。そして、このアイゼンマンの反論は、ヴェデルの議論を深化させることとなる。そこで、ヴェデル理論に対するアイゼンマンの反論を次にみることにする。

49) Vedel. *supra* note 32) pp. 27-33.

50) *Ibid.*, p. 42.

51) *Ibid.*, p. 44.

52) アイゼンマンの他にも批判があったものの、本稿では最もインパクトの強かったアイゼンマンの批判のみを扱う。アイゼンマン以外の批判として、René Chapus, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, pp. 235-282; Paul Amselek, « Le service public et la puissance publique - Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA*, 1968, pp. 492-514.

53) 深瀬①・前掲注17) 546頁。

2.1 アイゼンマンによる苛烈な反論

アイゼンマンは、ヴェデルの立論を「恣意的」な構成とし、結論として、「憲法は、行政法の基礎について、完全に何も言っていない (muet)⁵⁴⁾ことを主張している。特にアイゼンマンが強調したかったことは、「この憲法〔1958年憲法〕は、行政の何らかの定義を全く与えていないし暗示もしていない⁵⁵⁾ということである。アイゼンマンの批判を大きく2つに分けると、①行政制度に基づく行政の定義への批判及び②行政制度の適用領域のルールへの批判である。

第一に、①においてアイゼンマンが批判しているのは、単に憲法典上「行政」の定義がないことではない。アイゼンマンの批判の対象は、ヴェデルが提示する「行政制度」の4つの基本的 (essentiel) 事項⁵⁶⁾が憲法上何ら明記されていないことにある⁵⁷⁾。このことから、「1958年憲法は、……ジョルジュ・ヴェデルが《行政制度》と名付けた包括的概念の下にまとめようとした法的諸与件を何ら承認していない⁵⁸⁾という。そして、判例も立法も含めた全ての法源は、行政の定義を何ら与えていない⁵⁹⁾ため、行政の定義は憲法から引き出され得ないこととなる。加えて、アイゼンマンは、ヴェデルらのように公役務の私管理を除く「行政」を制限的に定義する立場は、「行政 (administration) 概念」と「行政機関 (Administration)」の分離を避けられない⁶⁰⁾とする。なぜなら、制限的定義によると、私法制度に基づく公役務とみなされる諸活動は、行政活動ではないが、行政機関、行政主体による活動である以上、かかる活動を「行政」から除くと、「行政機関」の活動で「行政」でないものが生じることになるからである。つまり、アイゼンマンは、「行政」の機能による定義ではなく、「行政組織」による定義を志向して

54) Charles Eisenmann, « La théorie des < bases constitutionnelles du droit administratif > », *RDP*, 1972, p. 1422.

55) *Ibid.*, p. 1421. [] は本稿筆者が補っている。以下同じ。

56) ヴェデルによれば、①行政機関と司法機関との分離、②(一方的な)執行決定を下す特権、③適法性原理による統制、④公権力の責任などが4つの基本原理である (Vedel, *supra* note 32) p. 55)。

57) Eisenmann, *supra* note 54) pp. 1369-1374.

58) *Ibid.*, p. 1370.

59) *Ibid.*, p. 1388.

60) *Ibid.*, pp. 1378-1381.

いた。また、アイゼンマンは、私管理を行政領域から排除しているにもかかわらず、ヴデルを含む一般的な行政法の体系書において公役務の章で説明がなされている点を指摘している⁶¹⁾。さらに、アイゼンマンは、私管理を「行政」から排除することによって公役務であるにもかかわらず行政でないものが生じること、公役務の大半が経済的な公役務となっていることから経済的な公役務を公役務から排除すると公役務が空洞化すること等を挙げ⁶²⁾、「行政 (administration)、行政の活動又は機能、行政行為を定義することは、……行政学 (la science administrative) の実践 (pratique) に反している」⁶³⁾と結論付ける。

第二に、アイゼンマンは、②において、ヴデルが憲法により行政だけでなく行政制度の概念をも定義したことについて、「行政制度の概念は、今日行政制度の適用領域、その領域が拡張することを望む国家の諸活動・行為を決定するルールを、推論によって確立することを可能にした」⁶⁴⁾と述べ、この妥当性を検証しようとする。

まず、アイゼンマンは、ヴデルの「行政制度」が憲法法規としては存在しないことを前提に、ヴデルが2つの外挿 (extrapolation) を行ったことを指摘する。第一の外挿は、憲法 34 条と 37 条に基づく政府の命令制定権の一般法的性格から、政府—行政のすべての行為は、原則として行政制度の対象となる⁶⁵⁾とする。アイゼンマンは、この外挿について、「法律に基づく行政的司法的決定は、立法制度に従うべきである」という点などを指摘し、「37 条—及び—34 条は、〔行政の〕諸活動・行動・行為のブロックが行政制度に従うことを言明していない以上このことを示唆していない」とし、「ジョルジュ・ヴデルが行った第一の外挿は、少しも憲法的基礎を援用していない」⁶⁶⁾と批判する。第二の外挿は、「第一の外挿の結果生じた、1つの機関群に限定されていた規律が、すべての国家機構に向けられた、すべての部門を統括する規則に基礎づけられ、吸収される」⁶⁷⁾ことである。

61) *Ibid.*, pp. 1381–82.

62) *Ibid.*, pp. 1383–87.

63) *Ibid.*, p. 1387.

64) *Ibid.*, p. 1389.

65) *Ibid.*, pp. 1389–1391.

66) *Ibid.*, p. 1394.

この言葉からは読み取りづらいが、次のアイゼンマンの疑問が簡潔かつ適切でわかりやすい。曰く、「どうして、法規の規定に関する一般法的権限の政府への割り当てから、すべての国家機関の行為が、政府—行政部門の外にあるものの行為についても同様に、原則として、行政行為の制度に従わなければならないのだろうか」⁶⁸⁾ということである。つまり、ヴデルが行政制度を公権力の一般法として位置づけ、それ以外の公権力を例外と位置付けることが第二の外挿である。

これら2つの外挿について、憲法が何ら言明していないこと、全体としての非現実性、特に行政、立法、司法の3つは完全に平等であることを指摘し、フランス公法の現実に何ら合致していないと批判する⁶⁹⁾。さらに、第二の外挿について、2点指摘する。まず、「命令権限の拡張は、……立法者たる議会からの切断を意味しない」とし、「それは、議会権限を何ら変更しない」⁷⁰⁾と指摘する。次に、「ジョルジュ・ヴデルがいう、行政制度又は自律的行政法が原則としてすべての国家（広い意味で公的（publiques））行為と状況を支配するというルールは、我々にとって、……現在のフランス法と馴染みのないものである」⁷¹⁾と批判する。

結論として、アイゼンマンは、1958年憲法が行政及び行政制度を何ら定義していないこと、憲法が行政法の適用領域について行政法固有の領域しか示していないことを指摘して、「憲法は、行政法の基礎について完全に何も言っていない」という⁷²⁾。

このアイゼンマンの立論は、憲法と行政法が上下関係にあることを否定するものであるかのようにも読める。しかし、そのような読み方はアイゼンマンの意図ではない。この論争を後に分析したエマニュエル・ブリーン（Emanuel Breen）によると、アイゼンマンの学説は、「憲法の最高性の不在ではなく、フランス実

67) *Ibid.*, p. 1395.

68) *Ibid.*, p. 1396.

69) *Ibid.*, pp. 1396-1402.

70) *Ibid.*, p. 1404.

71) *Ibid.*, p. 1407.

72) Eisenmann, *supra* note 54) pp. 1421-1422. 他にも、結論として、ヴデル理論が立法上も判例上も法源を持たない理論であり、フランス法に完全に馴染みのないものであることも論じている（p. 1422）。

定法における憲法の沈黙」をいうものであり、「憲法規範はおそらく最高性を有するが、それがすべてではない」⁷³⁾ことをいうものである。つまり、アイゼンマンにとって、「行政」は、憲法から導かれるものではなく、法律や命令から導かれるものだったのである。

このことは、ヴデルもよく理解していた。アイゼンマンの死後アイゼンマン理論を再考する機会を得たヴデルは、「彼にとって、多くの場合に行政の分野で執行権限が引き出されるのは、法律と命令からであり、憲法的承認は、立法的命令的法の欠缺に備えるための救済理論の類でしかない」⁷⁴⁾と指摘しており、アイゼンマン理論が憲法と法律の階層性を否定する趣旨でないことを認識している。

そのように解すると、アイゼンマンの *Arrêt Heyriès* に対する理解は次のようになる。ヴデルによれば、「彼は、コンセイユ・デタが1875年2月25日憲法的法律3条について口先だけで言及したことに異議を唱えることから始める」のであり、「憲法上の機関権限の領域への行政裁判官の介入は、例外でしかない」⁷⁵⁾こととなる。

ヴデルは、結論として、「シャルル・アイゼンマンにとって、憲法は国家、つまり責任を負う諸機関の諸機能を決定し、その行為の限界を決定するものであった」と指摘する。つまり、「憲法は諸権限を決定し、特に、行政を構成する機関の長の執行権力の権限を限定する。憲法は、一定の実体的な規律を明確化し、諸権限の行使を限界づける諸権利や諸自由を含む。憲法は、行政制度のような特定の国家制度を明確化しない。憲法は行政法を明確化しない」。

ヴデルは、「アイゼンマンによる行政法の憲法的基礎を語り得るならば、……その理論は、第一に消極的である」⁷⁶⁾と批判する。そして、ヴデルは、「しかし、[機能の] 決定権力の存在から、決定の内容を演繹することはできない」とアイゼンマン理論を批判したうえで、自らの理論の再構築を行う。

73) Breen, *supra* note 17) p. 233.

74) Georges Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *La Pensée de Charles Eisenmann*, sous la direction de Paul Amselek, Paris, Economica, 1986, p. 139.

75) *Ibid.*, p. 140.

76) *Ibid.*, p. 142.

2.2 ヴェデルによる議論の再構成（ヴェデルの再反論⁷⁷⁾）

ヴェデルは、アイゼンマンの反論を受けて、1980年に自らの体系書である『行政法』第7版のはしがき（Préface）⁷⁸⁾において、再反論を試みている。そして、1986年に、アイゼンマンの思考を追憶する企画において、自ら「行政法の憲法的基礎」論争について執筆し、そこでも自説を展開している。そこで、本稿は、両論稿を素材として、ヴェデル理論の再構築を検討する。

まず、ヴェデルは、アイゼンマンの批判を次のように要約する。「私〔ヴェデル〕が提示した《行政》及び《行政法》の定義が憲法上の（法律上も判例上も）基礎を有さないだけでなく、以下の理由から正統性を欠いている。それ〔ヴェデルの定義〕は、基準の問題と制度の問題を混同し、認識論の要件にも、《行政法学の実務》にも合致していない」⁷⁹⁾。これに対して、ヴェデルは、「法は、物理的あるいは社会的現実の引き写しではなく、「規範的性格とともに実務的合目的性に基づくとても広範囲な構築物」⁸⁰⁾なのでであると反論する。そして、ヴェデルは、立法・司法以外の公的活動の中で、私法に基づいてなされるものがある点についてアイゼンマンに同意しつつ、そのような私法を含めたすべての規律を行政法と呼ぶことに反対する⁸¹⁾。なぜなら、アイゼンマンが想定するような行政機関が行うすべての行為に対する規律の中には、他の諸活動に適用できないものもあれば適用できるものもある以上、それらを区別すべきと考えているからである。つまり、ヴェデルの主張は、「歴史及び目的によって説明される構造的関係を有する規範の総体を、法《システム》を法秩序と混同しないことを条件に、研究対象として構築すること」であり、「立法でも司法でもない一定の公的活動に適用し得る法規の自律的な総体」⁸²⁾を究明することにあつたという。

もっとも、ヴェデルは、「軽率にも、その権力〔自律的命令権〕から、行政が一

77) アイゼンマンは1980年に亡くなっており、この論争はヴェデルの反論によって終止符が打たれる。

78) Georges Vedel, *Droit administratif*, 7^e édition, Paris, PUF, 1980, pp. 19 et s.

79) *Ibid.*, p. 28.

80) *Ibid.*

81) *Ibid.*, p. 29.

82) *Ibid.*, p. 30.

般法の国家活動であると結論付けてしまった」⁸³⁾と自らの誤りを認めている。ヴェデルは以下2つの理由から、「行政＝一般法の国家活動」としたことが誤りであるという。第一に、憲法37条を広く解しても法律と命令の関係しか含んでおらず、立法活動と執行活動の関係を決定するものではなかったこと⁸⁴⁾である。第二に、命令と法律の関係について変動があったものの、当初の予想に反する変動であったこと⁸⁵⁾である。つまり、37条は命令制定権として政府に始原的権力を与えたわけではなく⁸⁶⁾、この点で第3・4共和制期と大きく異なるものではない。大きく異なるのは、立法者が始原的権力を失ったことである。

以上の通りアイゼンマンの批判に応えたいうえで、ヴェデルは自説を再構築していく。まず、ヴェデルによると、「行政法の憲法的基礎が存在するとすれば、それは、すべての法の憲法的基礎が存在するという、用語上弱い意味合いである」⁸⁷⁾ことになる。そのうえで、自説を以下のように再構成する。

「憲法の激動が行政法の継続的な発展にほとんど影響を与えなかったとすれば、それはまさに、わが国の政治システムの一見無秩序な変動が、ある政体から別の政体へと受け継がれてきたある種の憲法原理を無傷のまま残し、それがまさに行政法にとって重要なものであったからである、とあらかじめ答えていたのである。」⁸⁸⁾

つまり、ヴェデルにとって、「基礎」というのは、歴史的に受け継がれた「法体系の存在を前提とした原理」であり、この原理が憲法に書かれているかは関係がない。そして、国家体制そのものが変動していたとしても、各法体系が自律性をもって変化しなかったところに「憲法原理」が立ち現れていると考えている。このような発想は、ヴェデルによれば、「憲法の不継続性と行政法の継続性」⁸⁹⁾という自身の論文において既に明らかにしていたという⁹⁰⁾。

83) Vedel, *supra* note 74) p. 136.

84) *Ibid.*, p. 134.

85) Vedel, *supra* note 78) pp. 32-35.

86) C.E., 26 juin 1959, *Syndicat général des Ingénieurs-Conseils* において命令が統制されており、始原的権力でないことが、明示されている。

87) Vedel, *supra* note 74) p. 143.

88) *Ibid.*

このような考え方が後にファヴォールへの批判へとつながっていく(Ⅲ)ため、ヴェデル理論の本格的検討は後述することとする(Ⅳ)。

Ⅱ 「憲法化」の源流

ヴェデルとアイゼンマンの「行政法の憲法的基礎」論争は、1954年のヴェデル論文に始まり、1972年のアイゼンマンの大掛かりな批判、1980年のヴェデルによる再反論とアイゼンマンの死を経て、沈静化していった。これに対して、1970年代から憲法院が人権保障機関として始動し、この憲法院の活動を憲法学から分析しようと試みていたのは、ルイ・ファヴォールである。そして、ヴェルポーが「憲法化の概念を広めるのに貢献したのは、ルイ・ファヴォール教授である」⁹¹⁾と述べている通り、ファヴォールの「憲法化」こそが憲法化の源流であり、憲法院が人権保障機関として始動後の本格的な「憲法と諸法」の関係についての提言である。

そこで、本章ではファヴォールの「憲法化」概念を考察し、後の議論の土台を確認することとする。

1. ファヴォールによる「憲法化」の主張

ファヴォールは、1975年に「憲法ブロック」を定式化してから、「憲法学の法律学化」⁹²⁾を提唱し、フランス憲法学における新たな憲法学の潮流を構築した。

89) Georges Vedel, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: Le rôle du juge », *Mélangés offerts à Marcel Waline*, Tome 2, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 777 et s. この点について、深瀬①・前掲注17) 545頁の目次は、1977年論文でありながら、再反論が「憲法の断絶と行政法の継続」にもとづいてなされることを予見していた。深瀬のフランス憲法学への造詣の深さを物語っている。

90) ブレーンは、この論争について、国際法規範が行政法に侵入してくるまでという留保付きではあるが、「1980年7月22日憲法院判決がヴェデルに強力な論拠を与えることになっただろう。憲法院は、行政判例と行政法の《憲法化》と呼ばれ得る運動を開始した」とし、「ヴェデル教授の勝利」と評している(Breen, *supra* note 16) p. 234.)。なお、1980年判決は、行政裁判権の独立性を承認した判決であり、この点についても後述のⅣを参照。

91) なお、ファヴォールが「憲法化」の先駆的研究として挙げるミシェル・フロモンの論稿は、「憲法化」という言葉を使っていない(Fromont, *supra* note 7)。

そして、「諸法の憲法化」は、この新しい憲法学におけるキー概念の1つであった。まずは、この概念を紹介することとする。

1.1 ファヴォールによる「憲法化」の模索 (1980年代)

1.1.1 「憲法の法律学」の提唱

ファヴォールは、憲法が裁判規範として活用されることから、憲法学の新定義として、「憲法の法律学 (le droit de la Constitution)」⁹³⁾を、次のように主張した。

「憲法は、判例法及び適用される法となったため、憲法学は《再度法的性格を与え (rejuridicise)》られる。憲法学は、政治学の方が法学よりも重要性を有するような曖昧な義務的性格を有する政治のレシピのカタログではもはやない。それは、《憲法の法律学 (le droit de la Constitution)》であり、憲法院の判決の対象とならない条文がむしろ珍しいようであり、憲法条文が憲法裁判における解釈と適用を受け入れる憲法である。」⁹⁴⁾

「憲法学は、真の意味で、再び他の法学の基礎になるのであり、他の法学とのヒエラルヒー的關係をますます維持するようになり、以前には明白でなかったところ、公法の再統合が導かれるのである。」⁹⁵⁾

上記言葉に続けて、ファヴォールは、公的自由の憲法化、行政法学の一般化 (banalisation)、公共財政の司法化 (juridicisation)、憲法学と国際公法・EU法との關係を論じている⁹⁶⁾。

つまり、ファヴォールは、憲法院の活性化現象に基づいて憲法を法学化することで、憲法を頂点としたヒエラルヒーとしての法体系を確立しようとしたのであ

92) 樋口陽一「憲法学の『法律学化』をめぐって——第五共和制におけるフランス憲法学の新傾向」『権力・個人・憲法学——フランス憲法研究』(学陽書房、1989年)152頁以下、辻村みよ子「憲法学の『法律学化』と憲法院の課題——政治と法・人権をめぐるフランスの理論展開」ジュリスト1089号(1996年)70頁以下、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」山元一=只野雅人編訳『フランス憲政学の動向 法と政治の間』(慶應義塾大学出版会、2013年)4頁以下。

93) Louis Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs* No. 13, 1980 (1991), p. 23.

94) *Ibid.*, p. 23.

95) *Ibid.*, p. 23.

96) *Ibid.*, pp. 23-26.

る。そして、1980年当時、まず、ファヴォールが問題にしたのは、公法領域における憲法を頂点とした各法領域の再統合であった⁹⁷⁾。この点について、中村陸男は、ファヴォールの所説を引きつつ、「憲法の観念は、政治的処方箋のカタログから裁判規範へと変化し、人権の憲法化による公法の統一化が進められていくのである」⁹⁸⁾と指摘している。

上記ヒエラルヒーを構築するために必要となったのは、憲法院判例を受容することであった。ファヴォールは以下のように言う。

「実際、この問題は、どのように最上位の行政裁判所が、自身の判例から引き出されるものではなく憲法院によって引き出された憲法原理を適用することを受け入れるだろうかということにある。」⁹⁹⁾

つまり、ファヴォールの「憲法化」がまず問題としたのは、行政裁判所が憲法院判例を受容するかという点であり、この点については、司法裁判所も含めて後述することとする（Ⅱ-2）。

1.1.2 「憲法化」の模索

上記自らの問題提起に対応する形で、1982年に、ファヴォールは、「憲法院の判例がどのような影響を与えているのか」を検討する有名な論文¹⁰⁰⁾を発表する。この論文でファヴォールが問題としたのは、憲法院判例が「どのように影響するか？」（過程）、「どんな影響か？」（効果）の2つである。

まず、「どのように影響するか？」（過程）について、①概念上の影響（間接的影響）と②既判力¹⁰¹⁾（直接的影響）を挙げる。概念上の影響としては、法律（loi）領域の拡張的構成や公施設概念などに憲法院判例の影響があるとしている¹⁰²⁾。これに対して、②既判力については、参照規範の内容と統制される規範

97) この章のタイトルは、「公法の再統合」であり、後に1990年論文において、10年前に強調したのは「公法統一の動き」であったとする。

98) 中村陸男「憲法院の裁判機関としての性格」同『人権の法理と統治過程』（信山社、2021年）500頁（初出は、法学セミナー329号（1982年））。

99) Favoreu, *supra* note 93) p. 25.

100) Louis Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sur les diverses branches du droit », *Itinéraires Mélangés Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, pp. 235 et s.

について、直接的影響があるとする。第一に、参照規範としては、ファヴォール本人が「憲法適合性原理」¹⁰³⁾の内容として、憲法ブロック (le bloc du constitutionnalité) を定式化したものと同じ内容となっている¹⁰⁴⁾。彼によると、「憲法典、その前文、人権宣言、共和国の諸法律、一般的方法で憲法院が発見した憲法的価値を有する諸原理を含む諸規範は、実定法の中に統合され、諸規範のヒエラルヒーの頂点に位置づけられ、既判力を伴って解釈されるようになる」¹⁰⁵⁾とされる。第二に、統制される規範については、判決の手法によって異なるという。憲法院の判決手法には、全部 (一部) 違憲、合憲、解釈留保付き判決¹⁰⁶⁾とあるところ、ファヴォールは、「判決を支持するために憲法院が定式化した実定的性格を有する解釈は、問題となった法律を適用する任を負っている機関を拘束する」と述べる。その結果、「様々な法領域において、憲法院による法準則の定義・ヒエラルヒー化・解釈は、実務的に広がり、すべての分野の法学者は、実定法の誤

101) 62条3項は「憲法院の判決はいかなる不服申し立てにもなじまない。憲法院判決は、公権力およびすべての行政機関および司法機関を拘束する」と規定している。なお、本稿では、憲法院判決の拘束力を「既判力」と訳すが、民法1351条 (現1355条) のように当事者、対象、事由の同一性を求める既判力とは異なることには留意する必要がある (大河原・前掲注11) 283頁)。

102) Favoreu, *supra* note 100) pp. 236-237.

103) Louis Favoreu, « Le principe de constitutionnalité essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, 1975, Paris, pp. 33-48.

104) 江藤英樹「フランスの違憲審査制をめぐる憲法規範論の再検討」法律論叢74巻2・3号 (2001年) 241-243頁、拙稿「憲法、憲法ブロック、憲法法源」一橋法学24巻1号 (2025年) 133-137頁。なお、ファヴォールが考える「憲法ブロック」の内容としては次のようなものがある。「1789年人及び市民の権利宣言 (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen、以下「人権宣言」) 及び、第5共和制憲法前文が言及する第4共和制憲法前文が言及する「共和国の諸法律によって承認された基本原理 (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République、以下「PFRLR」)」、「現代において特に必要な政治的・経済的・社会的諸原理 (les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps、以下「現代において特に必要な原理」)」。なお、80年代初期においては、以上の内容に加えて「憲法的価値を有する法の一般原理」も含めて考えていた (Favoreu, *supra* note 9) pp. 175-178)。

105) Favoreu, *supra* note 100) p. 238.

106) 解釈留保付き判決：争われた条文について憲法院が与えた解釈を尊重する留保の下に、あるいは、立法者が利用する憲法原理を歪めない条件付きで、憲法裁判官が合憲と判断すること (*Ibid.*)。

解を避けるために考慮しなければならない」¹⁰⁷⁾こととなる。

次に、「どんな影響か？」(効果)については、主に3つの影響を挙げる¹⁰⁸⁾。第一に、法システムの基礎自体への影響であり、「法治国家において、統治者と被統治者の諸活動の総体は、法規にしたがう」こととなるどころ、「すべての諸活動が法規に従うこと」が広い意味での適法性原理 (le principe de légalité) である。そして、「憲法適合性統制がない諸国では、適法性原理は法律に従うという狭く厳格な意味を与えられる。これに対して、憲法適合性統制がある諸国では、適法性原理は《憲法適合性原理》と呼びうるものによって充実する」¹⁰⁹⁾。第二に、多様な公法領域で行われる変化であり、これは、ファヴォールが1980年に主張していたところと同様である。つまり、憲法が再度法的性格を与えられ、他の公法は、憲法院判例により基本概念や規範が明確化されたことである¹¹⁰⁾。第三に、私法(刑事・民事)における憲法判例の一定の影響をも主張する。刑事法領域については、1974年の提訴権拡大以降、憲法院が規範を明確化してきたという¹¹¹⁾。これに対して、民事法領域については、「憲法判例の影響が見えづらい」としつつも、「確かにある」¹¹²⁾という。例えば、「1977年11月23日判決¹¹³⁾において憲法院が定義した教育の自由と良心の自由の調和は、破毀院に係属した民事事件¹¹⁴⁾において、破毀院検察官 (avocat générale) により考慮された」¹¹⁵⁾例を挙げている。そして、ファヴォールは以下のように結ぶ。

「この現象〔各法領域の憲法化〕は、もはやその存在を否定することができない。《憲法的なるもの (le constitutionnel)》は、少しずつ、法の諸領域に《色を付ける (colorer)》最中である。この法領域には、憲法に直接依拠しているもの(つまり、大体公法に属するもの)だけでなく、今日までその関係があまり明ら

107) *Ibid.*, pp. 239 et s.

108) *Ibid.*, pp. 240-244.

109) *Ibid.*, p. 240.

110) *Ibid.*, pp. 240-242.

111) *Ibid.*, p. 242.

112) *Ibid.*, p. 242.

113) Cons. Const., 77-87 DC, 23 novembre 1977.

114) Cass. Ass. plén. 19 mai 1978.

115) Favoreu, *supra* note 100) p. 243.

かでなかったものも含まれる。』¹¹⁶⁾

1.2 ファヴォールー「憲法化」の定式化 (1990年代)

1990年代になると、ファヴォールーは、「憲法化」現象を定式化することに乗り出す。ここでは、憲法学の法律学化を高らかに宣言した1990年の著名な論文¹¹⁷⁾と、「法の憲法化」¹¹⁸⁾と題した1996年論文を取り上げる。

1990年において、ファヴォールーは、「法領域の憲法化」とは、第一に、「法領域は、今後、実定法の誤解を避けるために教育上、研究上考慮される必要のある憲法上の基礎を有する必要がある」、第二に、「憲法規範の適用の影響の下、関連事項が変化させられること」¹¹⁹⁾であると述べる。そのうえ、ファヴォールーは、「それ〔憲法化〕は、多様な法領域の特異性を失わせる性質を有しないだろう。なぜなら、既に強調したように、判例的憲法 (le droit constitutionnel jurisprudentiel) は、司法裁判所や行政裁判所の諸判例から引き出される解決策を強化し承認するからである。この強化は、EU法や国際法に基づく法秩序に取り巻かれている国内法の特異性を保護する性質を有する」¹²⁰⁾と述べる。このようにファヴォールーは、「憲法化」によって諸法の特異性が変化させられるのではなく、むしろ国際的な影響からの保護を果たす役割があることを強調する。ただし、憲法化により諸法が変容させられるという点に変更はない。

このような「憲法化」について、ファヴォールーは、1996年に、「法の憲法化」と題する論文を公表し、「憲法化」をさらに詳細に検討している。この論文において、ファヴォールーは、80年代と変わらず、「憲法化」が「法の統合」を帰結する¹²¹⁾と主張する。そして、「憲法化」という現象を分析するには、1982年論文と同様、憲法化の「過程」と「効果」に分けて検討しなければならないとし、ま

116) *Ibid.*, p. 244. 加えて、「憲法的なるもの」が公権力の機能の諸関係だけでなく、個人の法生活にも現れると冒頭で宣言していた (*Ibid.*, p. 235)。

117) Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, No. 1, 1990, pp. 71 et s.

118) Louis Favoreu, *supra* note 7.

119) Favoreu, *supra* note 117) pp. 86-87.

120) *Ibid.*, p. 88.

121) Favoreu, *supra* note 7) p. 25.

ずは「過程」の検討から始める。

1.2.1 「憲法化」の過程

まず、憲法化の過程として考慮すべきは2つあり、憲法規範の蓄積と法秩序における憲法規範の普及（拡散）である。第一に、憲法規範の蓄積について、1971年の結社の自由判決以降の憲法ブロックの形成、及び1974年の憲法改正による憲法院への提訴権拡大を要因として憲法規範が増加し、事前審査により憲法規範が審署の際に憲法解釈を適用することを可能にし、憲法規範の普及（拡散）を強化した¹²²⁾という。これに対して、個人の提訴権の不在が憲法化の存在を否定する論拠とされるが、個人の提訴権の存在が憲法化の存在と必然的に結びついているわけではないと反論する¹²³⁾。第二に、憲法規範の普及について、「法秩序上の憲法規範の浸透（*imprégnation*）ないし灌漑（*irrigation*）」が行われたという。ここでファヴォールは、「憲法の規範性がますます認められた」と指摘し、「憲法の諸準則は、行政機関や私人と同様、通常裁判官も直接適用できる」と述べる¹²⁴⁾。そして、「法秩序における憲法の浸透は、憲法院に対して多くの重要な諸法律が提訴される結果生じ、いわば、法律のテキストに〔憲法〕解釈が統合され、組み入れられるようになる」とし、これは「しばしば、留保付き適合¹²⁵⁾という手法を利用することで」起こる¹²⁶⁾としている。ファヴォールによると、以上は、憲法62条（既判力）が予定するメカニズムであり、「憲法規範は、司法的制裁を経なくても、しだいに既判力（*une autorité*）を有する」¹²⁷⁾こととなる。

もっとも、憲法規範の拡散について、2つの（偽の）障害と1つの真の障害

122) *Ibid.*, pp. 28-29.

123) *Ibid.*, p. 28; même auteur, « "L'exception d'inconstitutionnalité" est-elle indispensable en France? », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VIII-1992, pp. 15 et s.

124) *Ibid.*, p. 30. この点について、後述するヴェデルとデルヴォルヴェの共著論文が通常裁判所における憲法原理の適用の文脈で、「一定の場合、憲法原理は法律と独立して適用されえない」（Georges Vedel et Pierre Delvolvé, « La Constitution comme base du system juridique », *Journées de la Société de législation comparée*, RIDC numéro spécial, Vol. 1, 1979, p. 130）としている点を批判している。

125) 前掲注 106 参照。

126) Favoreu, *supra* note 7) p. 30.

127) *Ibid.*, p. 31.

があるとする。第一の障害は、司法裁判所・行政裁判所に対して憲法院判例を尊重させる制裁手段の不在であるが、「フランスにおいては、行政裁判所も司法裁判所も常に憲法院の判決を尊重し、憲法 62 条を適用している」こと、「たとえ通常裁判官が憲法院判例に従わないとしても、憲法院裁判官の結論が自身の結論よりリベラルでより基本権を保護するものである限り、従わないことは非常に難しい」ことから、「障害とならない」としている¹²⁸⁾。第二の障害は、立法の遮蔽 (écran législatif) である。立法の遮蔽とは、行政裁判所が、法律に依拠している行政行為について、その法律の違憲性を審査できないことから、かかる行政行為の憲法適合性の審査を拒否することである。この障害について、憲法と行政行為を対照させる手法を採ったコンセイユ・デタ判決があること、憲法と行政行為の間に法律が入っていないことが多いこと、憲法典以前の法律よりも憲法典を優先させた事例¹²⁹⁾を挙げて¹³⁰⁾、大きな障害とはならないとしている¹³¹⁾。第三に、真の障害は、法曹実務家による憲法の無視であるという¹³²⁾。憲法規範の普及が遅れたのは、単純に実務家たちの反応がなかったことにあり、これは、憲法が法と認識されていなかったことに起因する。

ここでファヴォールが強調したかったことは、フランスの法律家らの意識改革の必要性である。フランスの法律家の意識が違憲審査の導入という新たな展開に付随して変容しなければ、憲法化の進展は難しいというファヴォールの認識がこ

128) *Ibid.*, pp. 31-32.

129) C.E., Assemblée, 22 janvier 1982 において、1933 年 11 月 21 日デクレについて、法の前の平等に違反すると判断している。

130) Favoreu, *supra* note 7) pp. 33-34.

131) 「立法の遮蔽 (l'écran législatif)」について、エリザベート・ゾレルは、次のようにいう。「フランスは、《民主的共和国》(1958 年憲法 1 条) であり、憲法上承認された人権は、法秩序に直接の影響を与えなかった。それは、《立法の遮蔽》といわれる理論であり、実定法を民主的意思の表現とするものである。具体的に、この理論は、次のことを意味する。もし、司法裁判官が憲法上保障された人権に効力を与えようとしても、原則として、対象となる法律の解釈において考慮する以外にできないのである。ただし、司法裁判官が望めば、判決の引用 (les visés de sa décision) において問題となっている諸権利を参照して明らかにすることはできる」(Élisabeth Zoller, « Le Code civil et la Constitution », 1804-2004 *Le Code Civil Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 990-991)。

132) Favoreu, *supra* note 7) p. 35. なお、マチューも同じ指摘をしている。

ここに表れているだろう。

1.2.2 「憲法化」の効果

次に、ファヴォールは「おそらく、法の憲法化の効果について完全な一覧表を作成するには早すぎるだろう」¹³³⁾としつつも、憲法化の効果として、直接的効果と間接的効果があるとする。

まず、直接的効果としては、「裁判化 (juridicisation)」「上昇 (élévation)」「変化 (transformation)」の3つがある。第一に、憲法が「裁判化」されることで、「権力機関の地位、指示態様、権限や相互の関係は、今後、真の法規によって統制されている」¹³⁴⁾ことである。第二に、「上昇」は、規範の源泉と生産システムに関してみられる変化である。1958年以前には、法律が命令に関してのみならず、憲法に関しても、法律の適用領域を自己決定していた。しかし、1958年憲法は、立法者と命令制定権との権限分配だけでなく、立法者と憲法制定権者との権限分配を確立していることで、憲法の「上昇」があった¹³⁵⁾とする。第三に、「変化」とは、「憲法が法の内容の変化を生み出し又はもたらすこと」¹³⁶⁾である。ファヴォールは、比較法研究によって「憲法化」の第一人者となったフロモンの言葉を引用する。フロモンは「基本権の理論は、新しい法規を演繹すること (déduction) によって、逸脱する条文を取り消し、憲法に適合する意味で既存の規定を解釈することで、ドイツ法全体に重大な影響を及ぼすことを使命としている」¹³⁷⁾と述べる。まさに「諸法の変容」が憲法化の1つの効果なのである。

次に、間接的効果は、3つある。1つ目は、「法の近代化 (modernisation) = 自由主義化 (libéralisation)」である。ファヴォールによれば、憲法院による個人の自由の解釈が影響したであろう破毀院判決¹³⁸⁾、憲法院の出入国の自由の解釈が影響したであろうコンセイユ・デタ判決・権限裁判所判決¹³⁹⁾があるとして、

133) *Ibid.*

134) *Ibid.*, p. 36.

135) *Ibid.*, pp. 36-37.

136) *Ibid.*, p. 37.

137) Fromont, *supra* note 7) pp. 56-57.

138) C. Cass., Chambre civile 1, 15 mars 1988.

より自由を尊重する傾向にある¹⁴⁰⁾とする。さらに、「すべての領域で、……平等原理が法の近代化を確保し、いくつもの差別を終わらせた」という。2つ目は、「法秩序の統一化 (unification)」である。ファヴォールは、「憲法の諸規範は、徐々に、法の様々な諸部門の共通の基礎となる」とし、憲法ブロックの諸要素が行政裁判官や司法裁判官によって利用されると主張する¹⁴¹⁾。さらに、ファヴォールは、憲法化が公法と私法の区別を相対化するという。その理由として、コンセイユ・デタが利用する法の一般原理¹⁴²⁾を、司法裁判所は利用できなかったが、そのような障害は憲法規範にはなく、むしろ憲法院が適用した憲法規範は、すべての司法機関を拘束することから、憲法規範の他の規範への優越が公法と私法の区別を相対化し、法秩序の統一を果たすとする¹⁴³⁾。3つ目は、「法秩序の単純化¹⁴⁴⁾ (simplification)」であり、統制される行為のヒエラルヒーの単純化と準拠規範のヒエラルヒーの単純化である。前者は、第5共和制憲法が法律、命令、オールドナンスの階層関係を複雑にしていたため、これを《中立化 (neutralisation)》つまり、命令を法律に従属するものとして、オールドナンスを立法からの委任として単純化したものである。後者については、憲法的価値を有する規範 (この規範に位置するものはすべて同価値)、立法的価値を有する規範、立法より下位で命令より上位のレベルとして法の一般原理¹⁴⁵⁾があるとする。

139) T.C., 9 juin 1986.

140) 他にも労働法や刑事法の領域で自由が確保されるようになったという。

141) Favoreu, *supra* note 7) p. 39.

142) 法の一般原理とは、コンセイユ・デタが訴訟において利用する不文法源である。この原理について、リヴェロ・前掲注 20) 80 頁以下、神谷昭「フランス行政法における法の一般原理」国家学会雑誌 73 巻 6 号 (1960 年) 528 頁以下、植野妙実子「フランスにおける法の一般原則」比較法雑誌 40 号 (1983 年) 1 頁以下、伊藤洋一「フランス行政判例における『法の一般原理』について」法学協会雑誌 103 巻 8 号 (1986 年) 1625 頁以下など参照。

143) Favoreu, *supra* note 7) p. 40.

144) Louis Favoreu, « Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 Janvier 1988 au Senat, Paris, L.G.D.J. Montchrestien, 1988, pp. 164-170.

145) この点については、植野・前掲注 142) 16 頁以下、伊藤・前掲注 142) 1645 頁以下参照。René Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux de droit et des autres règles jurisprudentielles de droit administratif » *D.* 1966, chr. 99.

憲法化には、以上の直接的効果と間接的効果があるとまとめたうえで、ファヴォールーは以下のように論じる。

「19世紀と20世紀の大部分において、法秩序は重要な軸としての法律と主要な調節器としての憲法典を有しており、すべては、この2つの軸の周りで整序されていた。今日、重要な軸は憲法典であり、調節器は憲法院であり、法秩序全体がこの2つの軸の周りで再構成されている。……法律は至高の《格調 (le mètre)》ではなくなり、今日、それは憲法である。」¹⁴⁶⁾

以上のようにまとめたファヴォールーは、真の障害となる法曹実務家に対して、「法を語る法学者や哲学者、その他の者は、この非常に重大な変化に気付かなければならず、もはや法 (droit) と法律 (loi) との間にある同一性 (identité) に基礎を置いて推論 (raisonnement) を組み立て続けることはできず、もはや《前文の法 (droit de préambule)》又は《政治法 (droit politique)》ではなく真の法となった憲法の法律学 (droit de la Constitution) の存在を否定して推論を組み立て続けることはできない」¹⁴⁷⁾と述べ、「問題は、大部分の活発な法学者が法律中心主義 (légicentrisme) の精神の中で自己形成されていることであり、新しい概念について、彼らの法文化を修正することが難しいことである」¹⁴⁸⁾と述べて、警鐘を鳴らす。

以上をまとめると、ファヴォールーの「憲法化」とは、憲法院の始動とともに各法領域が憲法から独立していた時代からの転換を示唆するものであり、ここでの重要な問題は、憲法院とその判例の影響を分析して、憲法規範を頂点に据えた法秩序の構築のために、憲法規範を各法領域にいかに浸透させるか¹⁴⁹⁾であった。

146) Favoreu, *supra* note 7) p. 41.

147) *Ibid.*, p. 41. ファヴォールーの勧告を無駄ではないとする実務家の論説として、Michel Jéol, « Les techniques de substitution », *La Cour de cassation et la Constitution de la République Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 75.

148) Favoreu, *supra* note 7) p. 42.

149) Verpeaux, *supra* note 1) p. 1206.

2. ファヴォール「憲法化」の影響と限界

このような「憲法規範の浸透」を意味する「憲法化」現象を分析するには、憲法院判例のみを眺めていても得られることは少ないであろう。モルフェシスの言葉を借りると、「憲法院判決のみから憲法化を結論付けることは、源泉の現れる点とそれが帰着する点を混同することになる」¹⁵⁰⁾からである。つまり、ファヴォールの憲法化は、行政裁判所であるコンセイユ・デタや司法裁判所である破毀院の判決に表れ、諸法が変容していくことに主眼があったからである。そこで、次は、憲法院判決が各通常裁判所に対してどのような影響を及ぼしたかを見ていくこととする。

ここでまず問題となるのは、上記ファヴォールの見解の通り、コンセイユ・デタや破毀院が憲法院判例に拘束されているのか、という点である。前述のとおり、憲法院判決については、憲法62条3項に基づく既判力が認められているものの、この問いに対する回答は非常に難しい。なぜなら、フランスの違憲審査は事前審査制であるため、審署前に違憲と判断された法律は施行されず、合憲と判断された法律は通常裁判所の憲法判断の必要がなく、各裁判所において、合憲であることを前提に審理が進められるからである¹⁵¹⁾。そのため、憲法院判決の影響は、他の法律について判断された憲法判断を異なる法律において利用する場合や、解釈留保付き判決により指定された条件に従って法律を解釈する場合など限られた場面でしか顕在化しない¹⁵²⁾。そして、憲法院判例の遵守を確保する手段がないため、コンセイユ・デタや破毀院が憲法院判決に法的拘束力を持って拘束されることもない¹⁵³⁾。

このような状況において、コンセイユ・デタや破毀院は、法的に拘束されていないものの、自らの法解釈において憲法院判例の解釈を受容する可能性がある。

150) Nicolas Molfessis, « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, No.105, 2003, p. 90.

151) Denys de Béchillon et Nicolas Molfessis, « Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit Propos introductifs », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 16, 2004, p. 101. ただし、あえて法律が合憲であることが憲法院によって宣言されていることを述べて当該訴訟に適用できることを確認するケースもある (Mathieu Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 502)。

かかる傾向が活発化してきたのが1980年代半ば以降とされている。蛭原健介は、「憲法院判決にたいする対応を法的に強制するシステムが存在しないにもかかわらず、憲法院判例の展開を背景として、とりわけ1980年代半ば以降、行政裁判所、司法裁判所さらには権限裁判所(Tribunal des conflits)においても憲法院判例を受容する姿勢がみられるようになってきた」¹⁵⁴⁾と指摘する。そこで、このような傾向を簡潔に確認していくこととする。

2.1 コンセイユ・デタへの影響(QPC以前)

まず、コンセイユ・デタによる憲法院判例の受容について、蛭原は、1960年代の憲法院とコンセイユ・デタの関係は、法律と命令の権限配分の問題において「不一致」であった¹⁵⁵⁾という。もっとも、1970年代後半には、論告¹⁵⁶⁾における憲法院判例の受容が見られ、1980年代半ばには、コンセイユ・デタの憲法院判例への積極的対応が見られるようになった¹⁵⁷⁾という。そこで、本稿では、1980年代のコンセイユ・デタ判決を出発点としてみていくこととする。

152) de Béchillon et Molfessis, *supra* note 151) p. 101 は、解釈留保判決の影響も見えづらいついとしている。「川上はとでも探究しやすいが、川下はおそらくそうではない」(p. 101)と述べている。なお、フロモンは、解釈留保以外では法的に拘束されないことを前提に、破毀院が法律ではなく、憲法を適用しなければならない場面として、立法と命令の区別が違反している法律が問題となるとき、国内法における国際法の適用条件が問題となるとき、海外領土の法律が問題となるとき、政治家の刑事責任が問題となるときがあるという(Michel Fromont, « La jurisprudence constitutionnelle de la Cour de cassation », *Constitution et finances publiques: études en l'honneur de Loïc Philip*, Paris, Economica, 2005, pp. 81-85)。

153) ジュヌヴォワは、「コンセイユ・デタの立ち位置をまとめると、コンセイユ・デタは、憲法院の判断事項に自己を適合させるが、憲法院の判断事項を広く考慮したときでさえ、上級裁判所の判例(la jurisprudence de la Haute instance)によって法的に拘束されているとは考えていない」という(Bruno Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel Principes directeurs*, Paris, Les Éditions S.T.H., 1988, p. 60)。

154) 蛭原・前掲注11) 151頁。

155) 蛭原健介「フランス行政裁判における憲法院判例の影響(二・完)」立命館法学264号(1999年)371-375頁。

156) 政府委員という「コンセイユ・デタの独立と公正を象徴する如き役割」を持った人が政府の利益代表としてではなく、両当事者に公平な立場で事件の結論を示すもので、多くの事件でこの結論が採用される(大西芳雄「コンセイユ・デタ——行政訴訟の実態——」立命館法学34号(1960年)130頁)。

157) 蛭原・前掲注155) 375-386頁。

まず、コンセイユ・デタが憲法院の解釈を参照した初めての判例として、CFDT テレビ・ラジオ統一労働組合事件判決¹⁵⁸⁾がある¹⁵⁹⁾。この判決において、コンセイユ・デタは、憲法院判決¹⁶⁰⁾に言及したうえで、デクレを適法と判断している。

この判決よりも重要なコンセイユ・デタによる積極的対応の例として挙げられるのは、ウテル社事件判決¹⁶¹⁾である。この判決の事案¹⁶²⁾は、ウテル社が水質汚染負担金の金額について財政局に対して不服申し立てをしたところ、これが却下されたため、その取消しを求めて訴えが提起された。この判決で問題となったのは、水質汚染負担金が租税の性格を有するの否かであった。従来、コンセイユ・デタは、ガスコーニュ製紙事件判決¹⁶³⁾において、水質汚染納付金を租税や特別課徴税 (taxe parafiscale) などとは異なる特殊な負担金と考えていたところ、憲法院は、1982年6月23日判決¹⁶⁴⁾において次のように判示した。

「行政的性格を有する公施設たる流域財政局が徴収する諸納付金は、財政法律に関する組織法律 1959年1月2日オールドナンス 4条の意味における特別課徴税 (taxes parafiscales) ではない。財政局に完全に帰属する性質の支出の資金調達を確保する目的で定められたものであり、それら〔諸納付金〕は、1959年1月2日のオールドナンス 5条に定められたサービスの対価ではない。かくして、これら納付金は、完全に課税の性質を有するものとして位置づけられなければならない、憲法 34条が立法者に課税基準、税率、徴収方法を定めることを留保したもので

158) C.E., 1er juillet 1983, *Syndicat unifié de la radio et de la télévision CFDT*, Rec. 293.

159) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 5^e édition, Paris, PUF, 2020, p. 805. Disant, *supra* note 151) p. 647. 蛭原・前掲注 155) 386-389頁。

160) Cons. Const., 79-105 DC, 25 juillet 1979. 北川善英「判批」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』（信山社、2002年）225-230頁。

161) C.E., Ass, 20 décembre 1985, *Société anonyme Établissements Outters c./ Agence financière de bassin Seine-Normandie*.

162) この事案については、蛭原・前掲注 156) 390-391頁、大河原・前掲注 11) 270-271頁。他にも、Guillaume Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, Economica, 1991, p. 296; *Recueil Dalloz Sirey Jurisprudence*, 1986, pp. 283-286.

163) C.E., 21 novembre 1973, *Société des papeteries de Gascogne*, Rec. 654; *AJDA*, 1974, pp. 489-494; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 1974, pp. 54 et s.

164) Cons. Const., 82-124 L, 23 juin 1982, cons. 2.

ある。」

この憲法院判決を受けて、コンセイユ・デタは、ウテル社事件判決において、次のように判示する。

「1982年6月23日 n° 82-124 判決において、憲法院は、水管理制度、配水及び水質汚染に関する1964年12月16日法律の適用に関して、流域財政局が徴収する諸納付金が完全に課税の性質を有するものと位置づけなければならず、憲法34条が立法者に課税基準、税率、徴収方法を定めることを留保したものである。」

このような判決について、ギヨーム・ドラゴ (Guillaume Drago) は、「このコンセイユ・デタ判決は、憲法院の判決に対して、既判力を承認した」¹⁶⁵⁾と述べており、元コンセイユ・デタ訴訟部部長のブルーノ・ジュヌヴォワ (Bruno Genevois) も、同様に「コンセイユ・デタは、しばしば (fréquemment) 憲法院判例を明示的に引用して、自らの判例を修正するに至っている」¹⁶⁶⁾と指摘している。

80年代以降のコンセイユ・デタによる憲法院判例の受容については、マチュー・ディザン (Mathieu Disant) は、4つの段階に分けて、1980年代は「確認 (affirmation)」、1990年代は「強化 (consolidation)」、2000年代は「普及 (banalisation)」と「一般化 (généralisation)」である¹⁶⁷⁾としている。ディザンの分析を詳述する余裕はないが、コンセイユ・デタによる積極的対応が確立していった過程を見て取ることができよう。

2.2 破毀院への影響 (QPC 以前)

憲法学者のジャン＝イヴス・シュロ (Jean-Yves Cherot) は、「破毀院を通じて〔憲法院判例の受容が〕行われることはめったにない」と指摘し、その理由として、憲法化は基本的に議会・憲法院を通じてなされ得るが、破毀院で直接扱うことはめったにないことを挙げている¹⁶⁸⁾。しかし、ジュヌヴォワによると、「以

165) Drago, *supra* note 162) p. 297.

166) Bruno Genevois, « L'influence du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, No. 49, 1989, p. 53.

167) Disant, *supra* note 151) pp. 647-663.

前、時折学説は、司法裁判官が憲法院と同様の解決策を採らない¹⁶⁹⁾ことを非難していた」ものの、「しかし、近年においては、司法裁判官は、憲法院判例を受容するようになってきている」¹⁷⁰⁾と指摘する。事実として破毀院が憲法院判例の受容を行うことが多くないことは多くの論者が指摘するところであるものの、破毀院も、部分的にはあるが、憲法院判例の受容を行っているとする見方が一般的であるように思われる¹⁷¹⁾。

その端緒¹⁷²⁾となる判例は、破毀院の1985年4月25日判決¹⁷³⁾である。この判決の事案は、1946年3月18日デクレ及び同年6月30日デクレ（外国人を対象とした身元確認に関する命令）と1983年6月10日法（すべての人を対象とした身元確認の法律）を対照し、後者の制定により前者が無効となったかが争われた。

168) Jean-Yves Cherot, « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel Réponse à Christian Atias », *RFDC*, No. 7, 1991, pp. 441-442.

169) ジュヌヴォワが挙げるのは、1979年11月8日判決（Cass. crim., 8 novembre 1979, *Trignol*）及び1978年5月19日判決（Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, *dame Roy*）である。

170) Genevois, *supra* note 166) p. 54. ジュヌヴォワが挙げるのは、1982年11月9日社会部判決（Cass. Soc., 9 novembre 1982）及び1985年4月25日判決である。後者がより明白である（Genevois, *supra* note 166) p. 54; Drago, *supra* note 159) p. 821）ため、本稿では後者を扱う。

171) 齊藤笑美子「フランスにおける憲法規範の私人間適用をめぐる考察」一橋法学9巻3号（2010年）694頁以下は、破毀院判例を参照し、「破毀院は、集团的労使関係に関するケースでは積極的に憲法規範に直接依拠しており、個人と使用者の関係においても憲法規範を適用している。精神的自由権の場合には、憲法規範の適用が目立った動きをしているとは言えない」（697頁）という。なお、控訴院や大審裁判所の分析について、同698頁以下参照。他にもパリ控訴院の判決を中心に紹介するものとして、齊藤芳浩「私人間効力論の考察」佐藤幸治ほか編著〔阿部照哉先生喜寿記念論文集〕『現代社会における国家と法』（成文堂、2007年）291頁以下。齊藤芳浩は、「現時点においては」と留保付きではあるものの、「基本権と内容が重なる私人間の基本的自由の問題は、私法上の公序良俗、不法行為等を活用することによって、私法の枠内で解決されている」として「憲法典に書き込まれている基本権は、原則として私人間関係には無関係であると考えられている」としつつ、「争議権に関しては、基本権の直接適用が、場合により認められているようである」（295-296頁）という。

172) なお、憲法院による人工妊娠中絶法判決（Cons. Const., 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 7）により、法律の条約適合性審査が憲法院の権限に属しないとされたため、破毀院が法律の条約適合性審査を開始したCafé Jacques Vabre判決（Cass. Chambre mixte., 24 mai 1975）がある。この判決について、フロモンは、「憲法院に適合した判例を発展させる意思を見せた最初の敬候といえる」という（Fromont, *supra* note 152) p. 79）。

173) Cass. crim., 25 avril 1985.

破毀院は、前者のデクレを維持し、前者のデクレにおいて、身元確認手続の適法性審査を行う裁判官が行政裁判官か、司法裁判官か不明確であったところを、憲法66条¹⁷⁴⁾と刑事訴訟法136条を考慮して、司法裁判官の管轄とすると判示した。

この判例について、ファヴォールは「1985年判決は、破毀院が憲法院判決の既判力を承認したことを明確に示している」¹⁷⁵⁾と述べる。これに対して、モルフェシスは、憲法66条に直接言及したこと、この判決の破毀院検察官の趣意書に多くの憲法院判例が挙げられていることから、「憲法判例の受容は確かにある」という。もっとも、破毀院が自らの管轄権を回復する事案であることを強調したうえで、ファヴォールの見解には懐疑的な視点を示す。なぜなら、「破毀院は、……判決において、憲法院判決への参照を一切回避している」からである¹⁷⁶⁾。

さらに、モルフェシスは、「まとめると、破毀院判例研究が示すのは、まず、司法裁判官は、憲法院が促した自己固有の権限を強化する解決には非常に自発的に応じていることである。より一般的には、〔憲法院の〕解決策が時宜を得たものである場合はすべて受容がなされており、たとえ憲法院判例が強制でなくても、憲法院判例から着想を得ているのである。それゆえ、この受容形式は、司法裁判官の従属の表明が欠けているという特徴があるところ、全体的に、憲法院の解決の妥当性 (bien-fondé) に依存している」¹⁷⁷⁾と述べている。

このような破毀院の姿勢、つまり、憲法院判例への言及はないものの、憲法原理を参照する姿勢は、その後も続くこととなる¹⁷⁸⁾。例えば、「ストライキの権利」への言及¹⁷⁹⁾や「人間の尊厳の保護という憲法原理」¹⁸⁰⁾への言及等がその例である。また、憲法条文のみへの言及もある¹⁸¹⁾。他にも、憲法院によって承認

174) 憲法66条1項「何人も、恣意的に拘禁されてはならない。」2項「司法機関は、個人的自由の守護者であり、法律が定める要件に従って、この原則の尊重を保障する。」

175) Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 5^e édition, Paris, Sirey, 1989, p. 167.

176) Nicolas Molfessis, *Le conseil constitutionnel et droit privé*, L.G.D.J., 1997, pp. 520-522. このモルフェシスの学位論文について、虻原健介「破毀院における憲法院判例の受容をめぐって——ニコラ・モルフェシによる批判的検討」明治学院論叢法学研究72号(2001年)231頁以下参照。

177) *Ibid.*, p. 530.

178) Drago, *supra* note 159) pp. 821-822; Fromont, *supra* note 152) p. 79.

された憲法原理を用いる¹⁸²⁾こともあった。このような状況をドラゴは、「司法裁判官は、提起された問題に対応するために利用できる規範を探究するという意味で、プラグマティックな態度を採用している」と指摘し、「憲法規範というものは、司法裁判官が利用できるが明示的な参照なしに役立つものである¹⁸³⁾という。

上記の破毀院の態度を明確に示したのは、次の *Breisacher* 判決¹⁸⁴⁾である。この判決の事案は、パリにある半官半民の企業が財務上の不正行為の疑いで告発されたところ、事件当時パリ市長であり、刑事手続中は大統領の地位にあったジャック・シラク (Jacques Chirac) を証人として事情聴取することができるかが問題となり、改正前の憲法 68 条¹⁸⁵⁾の「共和国大統領は、大逆罪の場合に限り、職務の遂行において行われた行為について責任を負う」と規定されていた文言の解釈が問題となった。この文言について、既に、国際刑事裁判所ローマ規程 (ICC 規程) 27 条の 1 が上記憲法旧 68 条に違反するか否かが問われた憲法院判例¹⁸⁶⁾が存在していた。ICC 規程 27 条の 1 は、「本規程は、公的地位に基づくいかなる区別もなしに、すべての人に平等に適用される。特に、国家元首や政府の長、政府または議会の構成員としての公的地位は、いかなる場合も、本規程に基づく刑事責任を免除するものではなく、また、それ自体が刑の軽減の理由とならない」と定めており、この規程が上述した旧 68 条に反するのではないかとの疑いがあった。憲法院は、旧 68 条の帰結として、大統領が大逆罪以外において職務執行上の責任を負わないことを確認し、「さらに、在職中の刑事責任は、同条 (68

179) Cass. soc., 7 juin 1995, *Soc Seroul c./ Beillevaire et al.* において「憲法上承認されたストライキ権の行使 (l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu)」と言及されている。

180) Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001. において「人間の尊厳の保護という憲法原理の尊重の要請 (l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine)」と言及されている。

181) Cass. soc., 12 decembre 2000.

182) Cass., 17 septembre 1996.

183) Drago, *supra* note 159) p. 822.

184) Cass. Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*.

185) 2007年2月23日の憲法的法律により全面的に修正されている。この改正前の条文については、以下「旧68条」という。

186) Cons. Const., 98-408 DC, 22 janvier 1999. 建石真公子「判批」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例Ⅱ』(信山社、2013年)50頁以下。

条)に定められた手続に従って、高等法院の前においてのみ問題とされ得る」(cons.16)と述べて、規程27条の1が憲法68条に反すると判示した。

このような憲法院判決があったため、Breisacherは、上記憲法院判決は、ICC規程27条の1の違憲性を争うものであること、68条の免責は、職務上の行為に限られ、それ以外の行為は他の市民と同様に免責されないことを主張した。この主張に対して、破毀院は以下のように判示した。

「憲法院の判決の既判力は、判決主文だけでなく、これを支えるのに必要な判決理由にも生じ、憲法院が審査したテキストに関してのみ、公権力および行政機関、司法機関を拘束する。この意味で、1999年1月22日判決は、国際刑事裁判所が管轄する犯罪について、共和国大統領を国際刑事裁判所に告訴する可能性についてのみ判決したものである。したがって、共和国大統領が証人として証言させられるか、職務の遂行以外に関与した違反行為のすべてを追及されるか否かを司法裁判所の管轄に属する。」

このように述べて、破毀院は、憲法院が審査したテキストのみという条件付きではあるが、憲法院判決の主文とその理由に既判力が生じることを承認した。ただし、憲法院の既判力を憲法院の審査の対象となった法令に限定することで、その射程を限定したことに注意が必要である¹⁸⁷⁾。

2.3 小括

以上の通り、コンセイユ・デタも破毀院も段階的に憲法院判例を受容するようになっていったとみることが可能である。もっとも、上記の破毀院判例から分か

187) この判決は、1999年判決の射程を外したうえで、「68条の帰結として大統領が同条の手続に従って高等法院の前でのみ責任を問われ得る」という憲法院の論理ではなく、68条の解釈として「特に公権力の通常的作用、さらに国家の持続性を確保するために、人民から直接選ばれた共和国大統領は、在任期間中、何らかの罪で、一般管轄権を有する刑事裁判所の前で、補助的証人として証言させられたり、召喚されたり、移送され得ない」という独自の論理でシラク大統領の証人召喚命令を棄却した。この判決について、ドラゴは、「憲法院が1999年に発したものと結論は同じであるが、議論を呼んだ論文によると、解釈過程 (le cheminement de l'interprétation) が憲法院による解釈との関係で自律性を有し、かくして憲法院との関係で司法裁判官の自律性を明らかにした」と述べている (Drago, *supra* note 159) p. 823.)。

る通り、憲法院の既判力の承認は条件付きであったことが分かる。この原因は、憲法院判例による拘束を法的に確保する手段がないことにある。ドゥニ・ドゥ・ベシヨン (Denys de Béchillon) とモルフェシスは、共著論文において、「結論として、62条に基づいて、司法裁判官は、一定の場合に、憲法院に付託されていない法律上の条文の違憲性を確認することができるだろう」¹⁸⁸⁾として、司法裁判官による憲法の尊重の可能性を指摘しつつ、「しかし、この議論には限界がある。司法裁判官が憲法院の既判力に従うとしても、司法裁判官は、〔既判力の範囲を〕明示的に審査されたテキストのみを対象とすると判断することで、既判力を限定することができる。なぜなら、ここでは、破毀院が最後の言葉を持つからである」¹⁸⁹⁾と適切に指摘している。彼らの言葉を再び引用すると、「憲法化の限界」としては、以下のことが言えるだろう。

「司法裁判官は、憲法院判決の既判力の実務上の支配者である。……この関係性の下、62条は、制裁の不在に苦しんでいる。憲法院は初めの言葉を持つが、決して最後の言葉を持たない。」¹⁹⁰⁾

3. 「憲法化」と「憲法的基礎」との異同

まとめに代えてモルフェシスの言葉を引用しよう。モルフェシスによると、憲法化とは、「古典的には、憲法又は憲法院の影響が1つ又は複数の法分野に現れる、実定法に及ぼす影響を示す」¹⁹¹⁾ものである。言い換えると、「ファヴォールが広めた《諸法領域の憲法化》は、憲法院による寄せ集めの憲法ブロックの利用が多様なフランスの諸法にしばしば大きな変化をもたらすものであり、立法由来のあるいは昔ながらの諸規律を、1971年7月16日の基礎的な判決から自らを保障者とした憲法院の諸原理に従わせることである」¹⁹²⁾。

188) de Béchillon et Molfessis, *supra* note 151) p. 101.

189) *Ibid.*, pp. 101-102.

190) *Ibid.*, p. 102. 斜体は原文による。

191) Nicolas Molfessis, « La constitution, source du droit privé », *Pouvoirs*, No 166, 2018, p. 63.

192) Olivier Beaud et Philippe Conte, Patrick Wachsmann, « Préface », *Jus Politicum* No. 20-21, 2018, p. 5.

以上のファヴォールの「憲法化」に対して、ヴェデルの「行政法の憲法的基礎」論はどのようなものであったか。ヴェルポーによると、ヴェデルの「行政法の憲法的基礎」論は、「憲法がフランス法秩序の基礎であり、国家組織の章典であることを考慮して、行政法の特殊性を構築した」¹⁹³⁾ものである。このような違いについて、ファヴォール自身が以下のように指摘している。

「行政法の憲法的基礎論は、《行政制度 (régime administratif)》の存在についての議論であり、つまり、私法及び他の法分野との関係に対する自律的で特有の法の存在についての議論である。……他方、諸法分野の憲法化の現象は、反対に、公法と私法の区別を消す傾向にある。」¹⁹⁴⁾

このように、両理論は、公法と私法の区別について対立するものであるところ、法体系の基礎に憲法を置こうとする発想は共通している。また、両理論は、判例を重視する点で共通点を有する。この点につき、ドゥニ・バラランジェ (Denis Baranger) は、ヴェデルの議論がコンセイユ・デタの2つの判例 (arrêt Heyriès et arrêt Labonne) に依拠していることを指摘しながら、「かくして、裁判官による解釈が法源そのもの、つまり成文憲法の権威と威厳を与えられたものとみなされたのである」と述べ、「ルイ・ファヴォールもまた同様に同じ手法を採用した」¹⁹⁵⁾と言及する。

以上の通り、「憲法化」とは、憲法院判例が諸法に及ぼす影響の問題であった。これに対して、「社会の基本法」といわれてきた民法の側から、大きな批判が巻き起こり、「憲法化」概念自体の視座転換が引き起こされることとなる。日本においてもよく参照されているPACS法判決も検討しつつ、「憲法化」にどのような意味が付与されるに至ったかを確認する。

Ⅲ 「憲法化」の視座転換

ファヴォールによる「憲法化」の提唱は、時代の転換を示すものであった。し

193) Verpeaux, *supra* note 1) p. 1205.

194) Favoreu, *supra* note 7) p. 27.

195) Baranger, *supra* note 10) p. 106.

かし、「浸透 (imprégnation)」「灌漑 (irrigation)」という強すぎる表現に表れているように、その主張の急進性は、多くの学者（特に民法学者）から強い反動を生じさせるものであった。そこで、本章では、ファヴォルーの「憲法化」に対するアンチテーゼとして提唱された諸学説を参照し、その影響及び限界を検討することとする。

1. 「憲法化」への多様な見解

前述のとおり、「憲法化」については、賛否両論多様な見解が主張された。以下では、肯定的な見解、否定的見解、調和的見解を紹介し、「憲法化」分析の軸の変化を確認する。そのうえで、新たに主張された「憲法化」を軸に、その影響と限界を考察することとする。

1.1 肯定的見解

元憲法院裁判官（1965—1974）で高名な憲法学者でもあるフランソワ・リュシエール (François Luchaire) は、1982年に、「民法の憲法的基礎」¹⁹⁶⁾を詳述する大部な論文を、民法学者の牙城¹⁹⁷⁾とされてきた『季刊民法雑誌』に公表した。この論文において、リュシエールは、憲法院が憲法的価値を承認したのものとして、憲法ブロックの諸要素を挙げ、これらの規定が立法者の拘束と裁判官の拘束を導くとする¹⁹⁸⁾。他方、権限分配の規定である34条¹⁹⁹⁾と37条を挙げ、これらの規定が基本原理の定義を明確にさせること等を指摘する²⁰⁰⁾。そして、リュシエールは、「憲法は、今日、すべての法領域に浸透しており、結果として民法にも浸

196) François Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTDC*, No. 2 avril-juin 1982, pp. 245 et s.

197) 大村・前掲注8) 356頁参照。

198) Luchaire, *supra* note 196) p. 249.

199) 第34条は1項において「法律は、次の事項に関する規律を定める」とし、「公民権、および公的自由の行使のため市民に認められる基本的保障」「国籍、人の身分および能力、夫婦財産制、相続および無償贈与」「重罪および軽罪の決定」等を掲げ、3項において、「法律は、次の基本原則を定める」とし、「所有制度、物権及び民事上・商事上の債務」を掲げる。

200) Luchaire, *supra* note 196) pp. 249-250.

透している」²⁰¹⁾と結論付ける。

このリュシェールの立論に対して、モルフェシスは、「現実には、34条は、憲法の民法に対する何らかの実体的な影響を基礎づけることができるものではなかったのである」と手厳しく批判する。その理由として、モルフェシスは、「34条は、規範を定めるための権限分配を問題としているにすぎないからである」²⁰²⁾と指摘する。

ただ、この批判は、リュシェールの立論のすべてを捉え切れてはいないように思われる。なぜなら、リュシェールの見解は、34条（及び37条）のみに依拠しているわけではなく、憲法ブロックについても言及しているからである。

リュシェールは、「人権を保護する憲法上の諸規範」²⁰³⁾というタイトルの下、「民法に関する憲法上の諸原理は、人間の権利と自由を承認するテキストと原理についての源泉 (source) である」と述べる。そして、以下の3つの問題を提起する。

第一に、リュシェールは、民法の領域において、「権利や自由によって、憲法の意味として何を理解する必要があるか？」と問題提起をする。この問題について、まず「自由 (liberté) とは人権宣言2条でいう権利 (droit) であるから、《権利 (droits)》の定義で十分である」こと、「《社会に抵抗し得る権利》を問題とし、これは1789年人権宣言の帰結である」ことを指摘する。これに続けて、人権宣言2条²⁰⁴⁾と人権宣言前文²⁰⁵⁾を挙げ、「したがって、ここで人の諸権利を定義するのは、社会との関係においてである」²⁰⁶⁾と論じている。

第二に、リュシェールは、「憲法的価値とは何か？それはテキストか、または

201) *Ibid.*, p. 249.

202) Nicolas Molfessis, « La constitutionnalisation du droit civil », *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 419-420. 同旨の日本語訳として、モルフェシス・前掲注3) 210頁。

203) ここでいう「規範」とは、「本質的に実体的な規定に含まれるもの」であり、「付随的に憲法に留保された領域を決定」するものであり、その「目的は人権の保全」にあるものである。

204) 「すべての政治的結合の目的は、人の、時効によって消滅することのない自然的な諸権利の保全にある」と規定している。

205) リュシェールが着目するのは「立法権および執行権の行為が、すべての政治制度の目的とつねに比較され得ること」である。

原理か？」と問題提起をしたうえで、人権宣言と1946年憲法前文については、「憲法的価値が条文それ自体と結びついている」と指摘しつつ、PFRLRについては「憲法的価値が原理に結びついており、テキストそれ自体ではない」²⁰⁷⁾と述べる。そして、「原理が存続している場合、《共和国の(Républicaine)》法律によって承認されている以上、憲法的価値を有する」²⁰⁸⁾と述べている。さらに、PFRLRになり得るかについて、「当該法律が原理を承認しているか」「原理は常に効力を有するか」「その原理は基本的か」「その原理は人権を承認しているか」という4つの条件を探究する必要があると述べ、「この探究は、特に民法典全体についてもなされなければならない」とし、その理由として「民法が《共和国の(de la République)》法律である」²⁰⁹⁾ことを挙げる²¹⁰⁾。

第三に、リュシェールは、「一定の社会的構想は、憲法の諸規範の基礎に結びついている」と指摘して、1789年の個人主義(individualiste)と1946年の社会主義(socialiste)を挙げる。これと同時にリュシェールは、「民法に関する憲法の諸規範は、人権の保全を《すべての政治的結合の目的》の目的とする人権宣言によって承認された諸権利——つまり、自由、平等、財産権、安全——に結び付き得る」²¹¹⁾と述べる。

このように、リュシェールは、構想として、「憲法が民法に浸透すること」を述べつつも、民法について「原理の探究」が必要であるとして、民法上の諸原理を憲法規範と結び付けようとしている。そして、民法と人権宣言が結びつくことを自明の前提としたことから、ファヴォールのように「憲法化による諸法の変容」を打ち出すのではなく、民法上の諸原理が憲法規範と結びつくことを論証し

206) Luchaire, *supra* note 196) pp. 250-251. 他の個人から給付を受ける権利は、憲法上保障されている権利に含まれないとしている。

207) *Ibid.*, p. 251. 斜体は原文による。

208) *Ibid.*, p. 251.

209) *Ibid.*, p. 251. 斜体は原文による。

210) なお、憲法院は、民法を基礎としてPFRLRを定式化したことはない(Veronique Champeil-Desplats, « Le Code civil, source de principes fondamentaux reconnus par les lois de la république? », *Code civil et Constitution (s), journée d'études du 25 mars 2004 à l'Assemblée Nationale*, Sous la direction de Michel Verpeaux, Paris, Economica, 2005, p. 15 et p. 20)。

211) Luchaire, *supra* note 196) p. 252.

ようと試みることとなる。この意味では、後述するヴェデルの構想（IV-1.）やモルフェシスの構想（IV-2.4）に近い側面が多分にある²¹²⁾といえる。

さらに、ファヴォールーの「憲法化」を支持した人物として、ファヴォールーの指導の下、学位論文として『憲法と私法』²¹³⁾を提出したマルク・フランジ（Marc Frangi）を忘れてはならない。本稿でフランジの学位論文について詳細に紹介することはできないが、フランジは自身の学位論文の締め言葉として、以下のよう語っている。

他の法領域（行政法、国際法、刑法）と比較して、「民法に対する憲法の関係は、希薄なもの（faible）として現れているだろう。……いずれにせよ、憲法と憲法から引き出される原理を通じて、憲法と憲法原理の統一体にはすべての諸法領域が従属している。……この憲法化は、直接的に民法に対して、間接的に他の法領域に影響する憲法規範を通じてなされるだろう。今後、広い意味での憲法の認識は、民法の法源と実質をより完全に理解するのにますます必要になるだろう。」²¹⁴⁾

このフランジの学位論文について、大村敦志は、「私法の『憲法化』は確固たる現象となったという確信がそこには認められるように思われる」²¹⁵⁾と指摘している。

他にも、ファヴォールーが「憲法化」の起源²¹⁶⁾として名指しするミシェル・フロモン（Michel Fromont）は、ヴェデルが諸法の自律性を強調して憲法化を批判していることを確認しつつ、「憲法の諸規律は、それ自身、頻繁に、伝統的な〔諸法の〕概念の助けを借りて解釈される。それでも、すべての法領域に憲法の

212) ヴェデルは、「公法とは無関係な法領域を含む多様な諸法と憲法とのつながりは、幻想ではない。このことは、……フランソワ・リュシェールやニコラ・モルフェシスによって既に証明されている」と述べており、リュシェールとモルフェシスを同列に扱っている（Georges Vedel, « Préface », in Bernard Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif Introduction au droit public*, 7^e édition, Paris, L.G.D.J., 2011, p. vi）。

213) Marc Frangi, *Constitution et droit privé Les droits individuels et les droits économiques*, Paris, Economica, 1992.

214) *Ibid.*, p. 272.

215) 大村・前掲注8) 357頁。

216) Voir *supra* note 7.

諸規律が浸透することは、法典編纂の衰退に関連して一貫性をますます失っている法律に対して、一定の一貫性を再度与えている」²¹⁷⁾と指摘している。このフロモンの指摘は、諸法を変容させる「憲法化」という現象が諸法に一定の一貫性を与えているという肯定的な側面を照らしたものといえよう。

このようにファヴォルールの「憲法化」に対しては、主に憲法学者の側から肯定的な見解が述べられている。これに対して、民法学者の側からは、大きな批判を寄せられることとなった。

1.2 否定的見解

ファヴォールが定式化した「憲法化」に対しては、主に3つの批判が提出されている。

第一に、ファヴォールの「憲法化」に対して、「民法の憲法化」よりも「憲法の民法化」の方が有用であるとする、「憲法化」の視座を転換する批判である²¹⁸⁾。

この批判の中心にいたのは、民法学者であり法哲学者でもあるクリスティアン・アティアス(Christian Atias)であり、「憲法の民法化(civilisation de la Constitution)」²¹⁹⁾という主張であった。彼によれば、(純粋な)「民法の憲法化」とは、「憲法が、それ自身の〔憲法上の〕民法の性質決定(ses propres qualifications civiles)を備え得るものであり、家族、契約、財産に関して伝統的に使われている概念に対して、それらをさらに付け加えられ得る」²²⁰⁾ことであり、民法は「対象でしかなく、着想ではない」ことである。これに対して、「憲法の民法化」とは、「憲法が、民法に影響しかつ将来影響する改革を形式的に支配することを試みるために、〔実質的に〕民法に由来する諸概念を与えられる」²²¹⁾ことである。

そして、アティアスは、「何らかの基礎原理(grands principes)の荘厳な宣言

217) Fromont, *supra* note 152) pp. 75-76.

218) この論争の紹介として、大村・前掲注8) 357頁。

219) Christian Atias, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, No. 7, 1991, p. 436 et s.

220) *Ibid.*, p. 436.

221) *Ibid.*, p. 436. 滝沢・前掲注6) 123頁。

は対策 (remèdes) を何ら打ち出さない」²²²⁾と述べ、憲法は民法に対して寄与することが少ないと批判する。加えて、「立法権力の限界を固定するために民法の概念に訴えることは、何世紀もの間民法が記録し書き留めたかけがえのない (irremplaçable) 経験の一部が公法や公法理論の中に浸透する方法となり得る」とし、「民法の憲法化」は有用であるが、「憲法の民法化」は有用でないと結論付けた。

このアティアスの立論に対しては、同僚の憲法学者であるシュロからの応答がある。シュロはアティアスへの応答論文において以下のように主張している²²³⁾。

まず、アティアスへの譲歩として、「憲法が民法に取って代わるべきではない」²²⁴⁾ことに同意する²²⁵⁾。これに対して、「憲法と民法の関係について、憲法の民法化、つまり憲法が柔らかい蠟人形のように、民法 (Code civil) の特徴 (marque) を記録するというモデルに同意しない。この提案は、憲法理論の伝統の存在を見誤っている」²²⁶⁾として、アティアスの立論を批判する。その表れとして、シュロは、「憲法裁判官は、自身の領域の伝統から〔原理などを〕汲みだしている」²²⁷⁾ことを挙げる。他にも、家族法の大改正において、民法が憲法に適合するように改正されたことを指摘する²²⁸⁾。結論として、シュロは、憲法が諸法に対して受忍させる発展は社会の発展であること、憲法判例が公法と私法の共通の基礎を探究していること、憲法が民法原理を受け継いでいるため憲法を民法に適用しても激変はないことから、「私法テキスト、私法の理論、伝統の利用が憲法裁判官の仕事に現れるが、それは、〔私法の〕伝統を受動的に記録することとは程遠い。それは、憲法テキストに十分な効力を与えるために公法と私法の共通

222) *Ibid.*, p. 438.

223) Cherot, *supra* note 168) pp. 439 et s.

224) *Ibid.*, p. 439.

225) 人権宣言が民法に役立つこと自体はあり得るとしており、その具体例として、当時社会主義であったポーランドを引き合いに出し、ポーランド民法は経済の中心 (l'essentiel) とはなりえないことに言及する。つまり、人権宣言が最低限度の自由を保障していることの重要性を留保しているのである。

226) Cherot, *supra* note 168) p. 442.

227) *Ibid.*, p. 442.

228) *Ibid.*, p. 443. なお、破毀院が国際私法の影響を受けていること等を挙げ、憲法の影響にとどまらないことにも言及している。

の基礎を探究し、作り上げるための積極的な法的受容の行為である」²²⁹⁾と主張する。

このような憲法学者による応答があるものの、同じく憲法学者のヴェデルは、アティアスに与した立論を行う。ヴェデルは、「民法や行政法の憲法化を語るよりもむしろ、憲法の《民法化(civilisation)》や《行政法化(administrativisation)》を語るべきではないか?」と述べたうえで、「憲法裁判官の概念構成(concept)や活動において、諸法領域における憲法よりも、民法、行政法、刑法のほうが多く存在する」²³⁰⁾と指摘する。ヴェデルは、一貫して、「憲法化」に対して懐疑的な姿勢を取り続けることとなる。

第二に、ファヴォルールの「憲法化」は「憲法学者の帝国主義」と批判された²³¹⁾。この批判の中心にいたのは、「行政法の憲法的基礎」論争の火付け役のヴェデルであった。彼は、「少し不安なことは、憲法、憲法裁判官、憲法解説者がすべての鍵を握り、すべての方法を監視する、《憲法学者の》帝国主義を基礎に法的世界(univers juridique)が、構築されることである」²³²⁾という。この主張の根底には次のような確信があった。「法の基本的概念がその存在を汲みだすのは、憲法からではない。既存の基礎的概念の中に根を張っているのが憲法である」²³³⁾。

上記ヴェデルの主張は、「諸法の自律性」を強調し、憲法によって諸法を変容させようとする憲法学への警鐘と捉えるべきものである。このようにヴェデルは、歴史上、民法が自律性をもって発展してきたことを考えると、憲法から当然に民法の基本概念を導くことは難しいと主張する。このような主張は、民法学者は当然のことながら、諸法の歴史を重視する後続の憲法学者にも引き継がれる²³⁴⁾こととなる。

229) *Ibid.*, p. 445.

230) Georges Vedel, « Aspects généraux et théoriques », *L'Unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris Economica, 1996, p. 8.

231) Vedel, *supra* note 18) pp. 13-18; Molfessis, *supra* note 150) p. 100.

232) Vedel, *supra* note 18) p. 14.

233) *Ibid.*, p. 16.

234) Vidal-Naquet, *supra* note 10) pp. 93-103. バランジェも同様の見解を示していることは後述する。

第三に、ファヴォルーの「憲法化」への批判として挙げられるのは、「法秩序の憲法化への不適合」である。この点を指摘するモルフェシスは、「実定法は、……法の憲法化に対する、法秩序の順応の困難を説明する。その主な理由は、フランス法システムの構造は、憲法院の発展をなす現象に関してのみを考慮しているわけではないことにある」²³⁵⁾という。つまり、ファヴォルーの「憲法化」が憲法院判例に重点を置きすぎたことで、他の実定法が受容できるような論理になっていないとの批判である。この批判は、3つの観点から説明される。

第一に、既判力 (*autorité*) の観点から、憲法院判決の既判力の射程を限定した *Breisacher* 判決²³⁶⁾ を例に挙げ、「簡潔に言えば、すべての判決が灌漑に対しての従属を拒否し、明確に妨げようとしている」とし、憲法院の判決に従う場合は司法裁判官の自主的な選択に過ぎないとして、あくまでも憲法院判決の拘束力が及んでいないと指摘する。第二に、競争力 (*compétitivité*) の観点、つまり、憲法と条約の競合の観点から、通常裁判所は、法律の条約適合性審査を行うが、法律の合憲性審査を拒否することが挙げられる。その原因として、合憲性の審査は憲法院の専属管轄であること等が挙げられるが、この解決策は正当化され得ないという。なぜなら、憲法院は事前審査制の限界²³⁷⁾として、あくまで審署前の法律しか審査対象とできないため、審署後の法律を審査しても憲法院の管轄を侵害しないからである。他にも、通常裁判所が違憲の法律を無効として権力分立原理を見誤ることがあり得ないことや法律の合憲を審査する権限が裁判官の権限であることを挙げる。第三に、正統性 (*légitimité*) の観点から、「この追加的な法源なしで済ますことができる教育を受けてきた多くの法学者の明らかな無関心に加えて、より深刻なのは、カルボニエ教授の表現に従うと、《よそから来た判例》への不信がある」とし、「憲法院帝国主義への危惧」を表明する。そして、2003年時点の現状を次のようにまとめる。

「現状は中間状態である。基本的諸権利の発展と裁判官による法律の違憲審査

235) Molfessis, *supra* note 150) pp. 97-101.

236) 前掲注 184 参照。

237) 審署前の法律しか提訴される可能性がないため、憲法適合性統制の対象は限定されていた。

への敵意の間の緊張状態であり、条約適合性統制と憲法適合性統制の不協和音であり、裁判秩序全体に憲法が普及しているものの、相互の組織的なコミュニケーションの不在である。]²³⁸⁾

モルフェシスは、このように述べて改革の必要性を訴えるのである。そのため、モルフェシスは、「憲法化」概念それ自体を批判しているというより、現状の制度を踏まえると、「憲法化」が機能しているか疑わしいという趣旨の提言をしているように思われる。

1.3 調和的見解

憲法学者のベルトラン・マチュー (Bertrand Mathieu) は、「民法的憲法 (droit constitutionnel civil)」、つまり「民法に適用可能な憲法的法規」の存在を主張する。まず、マチューは、憲法学者にとってよく使われる方法として、「一定の憲法条文が民法、より広く私法に適用しうる」²³⁹⁾ことを主張する。その具体例として、平等原理や他者の権利によって制限される自由などを挙げる。次に、憲法条文に存在しない民法原理を憲法上のものとして承認することを挙げる²⁴⁰⁾。この後者の場合、民法原理を憲法上のものとして承認することで、私法の変動性への障害となることを不安に思うだろうことを留保しつつ、このリスクは過大評価されてはならない²⁴¹⁾という。その理由として、生命倫理の領域などは、立法による基本原理の決定では不十分であり、人権宣言などで確保する必要があることを挙げる。また、民法に適用される憲法が存在すると、立法者・命令制定者が当該法を侵害できないこと、個人や司法裁判所が援用できること、私人にも適用されて契約などが憲法に拘束されること等をあげる。最後の点について、民法1134条1項²⁴²⁾(当時)が合法的に取り決められた協定の義務的効力の原理を規定していたこと、破毀院が憲法に含まれる原理を民法6条²⁴³⁾や1133条²⁴⁴⁾の意

238) Molfessis, *supra* note 150) p. 101.

239) Mathieu, *supra* note 1) p. 60.

240) *Ibid.*, pp. 61-62.

241) *Ibid.*, p. 61.

242) 1134条(当時)「適法になされた合意は、当事者間に対して、法律に代わって効力を有する。」

味において公序の要素として考慮していたことを挙げ、民法学者にとってなじみのないことではない²⁴⁵⁾と断言する。これ以外にも、人権宣言と民法に共通点があること等も挙げ、民法的憲法の存在を主張している。

さらに、ドミニク・ルソー (Dominique Rousseau) は「憲法」が「覇権主義的法」なのか、それとも「調和する法」なのかと問題を提起し²⁴⁶⁾、自身は「憲法」を「調和の法」として提示する。

まず、憲法を覇権主義的法と捉える見解について、「学説の一部を読解するに、憲法学者が法分野の領域でその学問〔憲法学〕の覇権を確立することを目指してある種のクーデターを実現したとされる」ものの、「この主張は支持できない」と論じる。つまり、ルソーにとって憲法は覇権主義的ではないのである。

そして、ルソーによると、「憲法は、他分野との関係において、法—政治間の (juridico-politique) 領域における複雑性と多様性を尊重する調和を生み出した」法として説明される。なぜなら、「憲法の言明は、政治生活と法生活を同時に構造化し、正当化するが、それら〔政治生活と法生活〕を決定しない」からである。

さらに、憲法院の出現により政治的紛争を法的紛争へと変貌させたものの、憲法の知見が唯一ではないこと²⁴⁷⁾、加えて、憲法院が条文にテキスト上書かれていない意味を与えるものの、自由で裁量的ではないことを主張する²⁴⁸⁾。その理由として、公的批判に晒されることを挙げる。この具体例として、「人間の尊厳」原理を挙げる。同原理は、ヴェデル委員会 (1993年) が提案し、立法者が人体尊厳法を制定、これを国民議会議長による憲法院への提訴があり、憲法院による「人間の尊厳」原理の創造がなされたものである。

以上より、「調和の考え」は「法的知見の多様性を受け入れ、単なる覇権主義

243) 6条「公序良俗に関する法律は、当事者間の協定によって反することができない。」

244) 1133条 (当時)「法律上禁止されている場合、公序良俗に反する場合、動機は違法である。」

245) Mathieu, *supra* note 1) p. 62.

246) Dominique Rousseau, « Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel droit d'harmonie », *Journées de la Sociétés de législation comparé, RIDC* numéro spécial vol. 17, 1995, p. 345.

247) *Ibid.*, pp. 345-346.

248) *Ibid.*, pp. 346-347.

的統一の下に追いやることを拒否し、諸領域(discipline)間の対話による必要な一貫性の構築を語るようになる²⁴⁹⁾と論じる。

以上の通り、マチューは憲法を軸に民法を統制する点を留保しつつも、民法を多分に考慮する姿勢を示すことで「民法的憲法」を提示し、ルソーは、政治過程の中における憲法を措定することで、憲法を「調和の法」として位置づけ、覇権主義的な観点を排斥する。

1.4 小括

これまで見てきたように、ファヴォルーにとっての「憲法化」は、「憲法院判例の諸法への影響」であり、各法領域を憲法によって「色付け」「浸透」「灌漑」することであった。このような主張に対して、「憲法学者の帝国主義」であるとの批判や、「憲法の民法化」こそが必要ではないかとの批判が相次いだ。これに対して憲法学者として「憲法学の覇権主義」から転換するような形で、民法と憲法の両者を調和させようとする見解が主張されるに至っている。

以上の結果、「憲法化」の中には、ファヴォルーの「憲法化」だけでなく、アティアスの「憲法の民法化」の考え方も共存することとなる²⁵⁰⁾。このような学説の流れは、ファヴォルーの予想するところではなかったものの、「憲法と諸法」という相互に独立しつつ、影響しあっている法関係の問題にとっては当然の結果であったといえる²⁵¹⁾。特に、ファヴォルーが提唱する「憲法化」においては、「憲法(=憲法院判例)の諸法(=各通常裁判所)への影響」の分析が主な課題となっており、「諸法から憲法への影響」が主な検討課題の俎上にのせられていなかった。そこで、次に、ファヴォルーの「憲法化」の分析視角として不十分であった「諸法から憲法への影響」を考察することとしたい。

249) *Ibid.*, p. 348.

250) 古くからある事項を憲法レベルに引き上げるという意味で「憲法化」という概念が使われていたことも、「憲法化」の多義化につながる一因であった可能性もある。

251) 山元一「〈法構造イメージ〉における憲法と民法」法学セミナー 646号(2008年)14-15頁。

2. 民法から憲法院への影響と限界

憲法院判決に民法の影響が現れ始めたのは、財産権の問題として分析し得る国有化判決²⁵²⁾であると思われる。同判決において問題となったのは財産権の補償である。これに対して、本稿では、「民法の憲法化」の代表例として議論されてきたPACS法判決を中心に検討する。そのため、本稿では、民事責任について、つまり民法旧1382条（現1240条²⁵³⁾）の憲法院への影響に絞って考察する。

2.1 憲法院判決に現れる諸法の影響

まず、憲法院の1982年10月22日判決²⁵⁴⁾を考察する。この判決は、労働法521-1条を補完する職員代表機関の整備に関する法律8条の違憲性が問われたものである。同条は、刑事上の違法行為又は明らかに団結権の行使とは無関係のものでない限り、使用者は集団労働争議によって生じた損害の賠償を請求することができないとするものであった。同条について、憲法院は、「何人も他者を害する権利を有さないところ、原則として、他者に損害を加える人間の行為 (le fait) は、その過失 (la faute) によって損害を発生させた者に賠償する義務を課す」(cons. 3) と述べる。そして、フランス法のいかなる分野においても損害の重大性に関わらず過失による損害を賠償の対象から外す規定がないことを考慮し (cons. 5)、「ストライキ権及び団結権の実効的行使の確保は、上述の規定 [8条] による平等原理に対する重大な侵害を正当化できない」(cons. 8) と述べ、8条を違憲とした。

この違憲判断において、憲法院はどの条文を参照したのだろうか。憲法ブロックにおいて考えると、人権宣言4条は、「自由とは、他人を害しないすべてのことをなしうることにある」と規定している。これに対して、民法旧1382条（現1240条）は、「他人に損害を生じさせるすべての人の行為は、過失 (faute) によって損害を生じさせた者に対して、損害を賠償させる義務を負わせる」と規定し

252) Cons. Const., 81-132 DC, 16 janvier 1982. 同判決について、田村理「判批」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』（信山社、2002年）189頁以下。

253) 旧民法ベースで議論されていることが多いため、本稿においても1382条の方を摘示することとする。

254) Cons. Const., 82-144 DC, 22 octobre 1982.

ている。両規定を対照すると、憲法院が参照した条文は民法ではないかと考えて、「憲法院は、民法 1382 条を憲法段階にまで高めた」²⁵⁵⁾と評する者もいた。

これに対して、リュシェールは、「憲法院は、民法 1382 条に憲法原理としての価値を認めたわけではない」²⁵⁶⁾として、憲法院が想定する憲法原理を画定していく。リュシェールは、cons. 3 に着目し、「《行為 (le fait)》よりむしろ、《過失 (la faute)》という表現を選択して、憲法院は、単なる損害に責任が生じないことを強調した」²⁵⁷⁾という。そして、「憲法院は、過失行為の被害者の賠償権を否定する条文を、法律および公職の前での平等に反するとして、非難した」ことに着目し、「平等原理を利用」して、「過失責任の原理に憲法的効力を与えたのではなく、過失による被害者の賠償権に憲法的効力を与えた」²⁵⁸⁾とする。ヴェデルも「憲法院が……民法 1134 条及び 1382 条という民法の 2 つの柱に対して憲法的価値を与えることを拒絶したことは明らか」と述べ、「ストライキ行為の責任に関して、憲法裁判官は、憲法上の規律違反を認め、それは問題となっている憲法上の規律であり、1382 条ではない」²⁵⁹⁾と論じている²⁶⁰⁾。

この判決について樋口は、「82 年判決は、損害賠償請求を法律で禁ぜられた者が平等を侵害されるということを問題としていたのであって、民法 1382 条の内容を審査の依拠基準としていたのではなかった」²⁶¹⁾と論じている²⁶²⁾。では、憲法院による「民法の憲法化」の事例はほかにないのか。樋口が挙げるのは、次に

255) Loïc Philip, « Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel », *RDP*, 1983, p. 413.

256) François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*. 2^e édition, tome 2 - Jurisprudence, Paris, Economica, 1998, p. 142.

257) *Ibid.*, p. 143.

258) *Ibid.*, p. 143.

259) Vedel, *supra* note 18) p. 15.

260) 同様の指摘として、Guillaume Drago, « La constitution < en réserves > », *Droit famille*, Hors-série Décembre 1999, p. 49. この論稿は、在外研究中の一橋大学大学院法学研究科博士後期課程所属の極山大樹氏の協力を得て参照することができた。ここに感謝を記す。

261) 樋口陽一「憲法規範の私人間適用と、私法規範の『憲法化』——フランスと日本」憲法理論研究会編『立憲主義とデモクラシー』（敬文堂、2001 年）27 頁・注 4）。同様の認識として、モルフエシス・前掲注 3) 218 頁。

262) なお、フランスにおいては、1982 年判決が民法 1382 条を憲法化したのかという形で議論が活発になされている。

検討する PACS 法判決である。

PACS 法判決²⁶³⁾は日本でも有名な判決であるが、簡単に事案を確認すると、PACS 法²⁶⁴⁾とは「婚姻外民事連帯協定」を規定する法律であり、同法によると、この協定に基づいてパートナーとなった者が、パートナーの相手方に裏切られた場合、この法律に基づいて、損害賠償請求をすることができる。この損害賠償請求の規定が憲法に違反しないかが問題となった。この事案に対して、憲法院は、「他人に損害を引き起こす人の行為は、どんなものでも、その損害が過失 (faute) により生じたときは、その人に損害を賠償する義務を負わせるということが、人権宣言 4 条の帰結として生ずる」(cons. 70) と述べており、この判事が民法旧 1382 条の憲法化ではないか、との疑いを生じさせた。

人権宣言 4 条と民法旧 1382 条 (現 1240 条) の条文は前述した通りであるところ、確かに、憲法院の判示部分 (cons. 70) は、民法旧 1382 条の生き写しのような規範を人権宣言 4 条から導いている。この点については、樋口も「憲法院が宣言第 4 条から『帰結する』としてのべた文章は、民法典 1382 条の正確な再現に他ならなかった²⁶⁵⁾と述べている。そして、樋口は、ドミニク・ルソーの言葉²⁶⁶⁾を借りて、「民法典 1382 条の巧妙な憲法規範化²⁶⁷⁾と論じ、別のところでも「民法規定の実質が、立法の憲法適合性審査をする準拠規範グループ——いわゆる「憲法ブロック」——の中にとり込まれ、将来の立法者を拘束する形式的効力を与えられたことになる²⁶⁸⁾と評している。同様に、マチューとヴェルポーの体系書においても、「憲法院は、1999 年判決において、より明確に、民法 1382

263) Cons. Const., 99-419 DC, 9 novembre 1999. 齊藤笑美子「判批」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』(信山社、2002年)98-104頁、同「判批」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例Ⅱ』(信山社、2013年)91-94頁。

264) この法律について詳しくは、フィリップ・ジェスタツ(野村豊弘=本山敦訳)「内縁を立法化するべきか——フランスの PACS 法について」ジュリスト 1172 号 (2000 年) 98 頁以下参照。

265) 樋口・前掲注 261) 21 頁。

266) Dominique Rousseau, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1998-1999 », *RDP*, No. 1, 2000, pp. 26-27.

267) 樋口・前掲注 261) 22 頁。

268) 樋口陽一「《コメント》憲法と民法——その「緊張」と「共同補完」の関係」法律時報 76 巻 2 号 (2004 年) 93 頁。

条が提示する法規の憲法的性格を再び援用した²⁶⁹⁾と言及されている。

これに対して、「民法 1382 条の憲法化」に対して慎重な意見も多く見られる。フィリップ・ブラシェール (Philippe Blachère) とジャン＝バティスト・スーズ (Jean-Baptiste Seube) は、PACS 法判決の評釈において、「1999 年 11 月 9 日判決においてと同様、1982 年判決において、憲法院が保護したのは、民法 1382 条ではなく、損害賠償を受けるための《責任追及の権利 (*la faculté d'agir en responsabilité*)》である²⁷⁰⁾と論じる。彼らによると、「憲法院の保護の動機付けは、責任のある人 (*le fautif*) が処罰されないことではなく、被害者が賠償請求の権利を奪われないことである²⁷¹⁾という。そして、憲法院は、フランス民法学の重鎮であるジャン・カルボニエ (Jean Carbonnier) の「1382 条になんらかの憲法的事柄があるとすれば、それは損害賠償であり、過失への制裁ではない²⁷²⁾という言葉を支持したとされる。同様に、憲法学者のエリザベート・ゾレル (Élisabeth Zoller) は、「民法のどの条文も《憲法化》されていないし、常に民法は (幸運にも!) 諸条文を変更し、修正し、改正するために憲法改正手続を経る必要がない²⁷³⁾という。ゾレルは、PACS 法判決に対して、「損害を与えられた被害者の賠償権は、憲法院によって明示的に留保されたところでは、〔民法〕1382 条ではなく、人権宣言 4 条に由来するのであり、憲法院は、同条を参照し (1382 条を少しも参照せず)、《自由とは他者を害さないすべての行為をすることをいう》と判示している²⁷⁴⁾と論じる。

PACS 法判決は、多くの論者が指摘する通り、人権宣言から導かれた規範を基

269) Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux Constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 737.

270) Philippe Blachère et Jean-Baptiste Seube, « Le PACS à l'épreuve de la Constitution Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 portant sur la loi relative au pacte civil de solidarité », *RDJ*, 2000, p. 224. 斜体は原文による。

271) Blachère et Seube, *supra* note 270) p. 224.

272) Jean Carbonnier, *Droit civil Introduction*, Paris, PUF, 23e édition, 1995, p. 192.

273) Zoller, *supra* note 131) p. 983. 他にも、Philippe Jestaz, « Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *La Légitimité de la Jurisprudence du Conseil constitutionnel Droit public - Droit privé - Science politique*, sous la direction de Guillaume Drago et Bastien François et Nicolas Molfessis, Paris, Economica, pp. 11-12.

274) Zoller, *supra* note 131) p. 983.

に議論されており、その規範が民法の条文と非常に類似していても、民法条文に憲法的価値を与えたとは考えるべきではない。もっとも、憲法院の判示は、1382条の生き写しともいえるが、どのような理論構成が可能であろうか。この問いへの応答は、本稿の帰結であるため、後述することとする（IV-3）。

2.2 「民法の憲法化」の限界

ミシェル・ヴェルポーは、「憲法化の諸制約 (limites)」として、「憲法化の諸条件」と「憲法裁判官の賢慮」を挙げる。まず、ヴェルポーは、「憲法化の第一の条件 (condition) は、確かに、憲法の厳格な性質にあり、それは特に通常法律とは異なる改正手続に起因する」²⁷⁵⁾という。さらに、ヴェルポーはもう1つの条件として、「諸法の憲法化を妨げ得る直接的救済措置の不在」²⁷⁶⁾を挙げる。このように、彼は、一定の規律が憲法化により固定されることに懸念を示している。

そして、「裁判官の賢慮」として、ヴェルポーは、「憲法院は、おそらく憲法の固い土台 (marbre) において、法律の諸条文、例えば民法を凝固させる怖さを経験した。……なぜなら、民法の諸条文は社会の産物であり、社会はそれ自体変わり得るものだからである」²⁷⁷⁾という。この「怖さ」の具体例として、異性婚の憲法化を挙げて以下のように述べる。

「例えば、仮に、憲法院が、民法に基礎づけられた婚姻は必然的に男性と女性との婚姻であるという原理を憲法化することを望んだ場合、同性婚への道を開く2013年5月17日法律²⁷⁸⁾が憲法に違反すると宣言されたであろうし、憲法院の判決が社会の発展全体を妨害してしまうことになる。」²⁷⁹⁾

確かに、確定した憲法原理が「婚姻＝異性婚」として他の婚姻を排除する趣旨まで含む場合には、同性婚の法制度化を阻む原因となる可能性がある。このような解釈に対しては、「結婚＝異性婚」が憲法原理であったとしても、他の婚姻を

275) Verpeaux, *supra* note 1) p. 1209.

276) *Ibid.*, p. 1209.

277) *Ibid.*, p. 1209.

278) La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

279) Verpeaux, *supra* note 1) pp. 1209-1210.

排除する趣旨が含まれていると考えるか否かが重要であるとの応答が考えられよう。しかし、現在のように同性婚への理解が普及していない時代に、「結婚＝異性婚」として他の結婚を排除するような解釈が主流となり得ていた可能性はある。時代の変化に憲法原理はどのように対応するべきか。この点については、フランス憲法というまさに歴史上何度も変遷した憲法典を有する国家におけるヴェデルの「憲法の継続性」という考え方を確認してから応答することとしたい(Ⅳ-1、3)。

3. 小括

これまで見てきたように、「憲法と諸法」を考えるためには、「憲法から諸法への影響」だけでなく、「諸法から憲法への影響」を考えることも重要である。そして、後者に焦点を当てると、憲法院は、憲法テキストには書いていないが民法条文には書かれている規範を援用することで、民法条文をもとに憲法規範を構築しているのではないかとの指摘がなされてきた。もっとも、民法原理がそのまま憲法となることに対する警戒感は強く、ヴェルポーの警鐘以外にも、民法の変動性への障害となるリスクも指摘されていた。そのため、憲法は民法に対して、一定程度の自律性を有している必要がある。

そこで、次の章においては、「憲法と諸法」の関係について、両者が一定の自律性を有して独立しているものの、相互に影響しあっていることをどのように位置づけるべきか、という問題に対するフランス憲法学の応答を考察することとしたい。