
種 別： 研究ノート

タイトル： 比例原則——フランスの場合

著 者： 小島 慎司

所 収： 『上智法学論集』第56巻2-3合併号（平成24年12月）71-79頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

研究ノート

比例原則——フランスの場合

小島 慎司

少し前から日本の憲法学においては、アメリカの違憲審査基準論との緊張を意識しながら、ドイツの比例原則の判断枠組みを活用する提唱が有力化している。では、フランスの場合はどうであろうか。

フランスでは1970年代からとりわけ国務院の判例にドイツの比例原則に似た考え方が見られることが主に論文や教科書で指摘されてきたが、さらに1990年代には比例原則についてのテーゼが2本単著化され(Philippe 1990, Xynopoulos 1995)、現在に至っていると思われる。これらのテーゼのうちXynopoulos 1995はフランスで比例原則が元来有していた特徴とその変化を鮮やかに描き出すものである。この鮮やかさは、補注で後述するようにフランスでも理論的には批判のある特定の見方の採用と引き換えに得られるに過ぎないが、憲法学と行政法学にまたがるがゆえに理解しづらい問題の構造を見通す上では有用である。そこで、本論文では、Xynopoulos 1995の枠組みに即して、フランスでの比例原則(*principe de proportionnalité*)——しばしば「比例性の審査〔統制〕(*contrôle de proportionnalité*)」と呼ばれる——の用いられ方の特徴を明らかにし(I、II)、日本憲法学での比例原則の提唱に対してそこから得られる示唆を論じたい(III)。

I 憲法院判例における比例原則

比例原則の概念に明示的に言及した例(たとえば *Cons. const. déc. 89-260 DC du 28 juillet 1989, Commission des opérations de bourse, Rec. 71*) でないとしても、実質的にこの原則を用いたと評されるフランス憲法院の判例は少なくない。たとえば次の判例が挙げられる。

(1) ミッテランの方針に基づく国有化法につき、「このたび行われる財産と

営業の移転が私的所有権と営業の自由を制約し〔違憲審査の基準という意味での憲法法源である〕1789年の宣言の前記の諸規定〔=所有権の不可侵性を定め公の必要と事前の補償を条件とする場合に限ってその剥奪を認めた同年人権宣言17条など〕に違反することは明らかになっていないのだから、憲法院が審査の対象としている法律によって決定された国有化の必要性について立法者が行った評価は、明白な過誤 (*erreur manifeste*) がない限り、否定されえない」(Cons. const. déc. 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisation I*, Rec. 18; 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)28)という説示が挙げられる。ここに見られるテクニックは明白な過誤の審査と呼ばれ、この判決以降頻繁に用いられ、違憲の結論を導いた例もある (Favoreu et Philip 2009: 30-n° 32 に列記されている)。この明白な過誤の審査は、テーズにおいてだけでなく教科書においても比例性の審査の1つに数えられるが、その理由は規制の目的となる利益と侵害される利益とを衡量し過度の侵害を抑制しているからである (Philippe 1990: 148, surtout 175, Xynopoulos 1995: 370-1, Rousseau 2010: n° 145, Drago 2011: n° 412, Mathieu et Verpeaux 2002: 484-8)。さらに特定の必要性 (*nécessité*) の原則が用いられたとされるものもある (たとえば Cons. const. déc. 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, Rec. 15; 『フランスの憲法判例』31)。

(2) 大学内部の各種の評議会の委員の構成について教授とその他の教員・研究者の数を合わせて他の地位の者の数と等しくするように定めた法律の規定について、「教授の団体とその他の教員・研究者の団体との間に数的に不均衡があるため」、上記の意味での憲法法源である「共和国の諸法律によって承認された基本的原理」としての「教授の独立が脅かされる」(Cons. const. déc. 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, Rec. 30; 『フランスの憲法判例』26)と述べた説示もテーズにおいては比例原則を用いたとされることがある。教授の独立(自由)とそれを侵害する要請を衡量し、侵害が過度であるとして教授の独立を侵し違憲と判断したからである (Xynopoulos 1995: 373)。

以上で見た(1)と(2)で用いられた比例原則にはその論理の構造において違いがある。(1)の説示においては、人権宣言17条という法規範に違反しているかとは独立して立法者が明白な過誤を犯したかが問われており、この後者の検討が比例性の審査とされる。これに対して、(2)の説示においては、比例性を欠く侵害がなされたことが教授の独立を保護する法規範に違反する理由とされているからである (Xynopoulos 1995: 367-77)。

Xynopoulos 1995の見方によると、結論としてはフランスでは当初(1)の構造を持つものを指して比例性の審査と呼んでいたものの、やがてそれに(2)

のテクニックも含めるようになったという。なぜそう変化したといえるのか、そしてそうした変化にはいかなる意味があるのか。これらの問いを解くためには行政法学に迂回せねばならない。ほとんどの憲法訴訟の教科書を見ればわかるように、憲法訴訟の違憲事由は越権訴訟の取消事由に似せて構成されており、フランスでの憲法上の比例原則を論じるにも行政法上のその検討を逸することはできないからである。

II 比例原則の定着と変化

もちろん先行する議論もあったが、フランス行政法学において比例原則という概念を本格的に提唱したのは、当時、国務院の調査官でありいくつもの事件で論告を担当したブレバンの論文である（Braibant 1974）。ただ、注意すべきなのは、この論文は比例原則を通して何か新しい審査のテクニックを提唱するものではないということである。すでに知られているように（巨理 2008：238-43）、ブレバンの主張は、当時において既存の、たとえば次のテクニックがドイツやスイスでいう比例性の審査に相当するというものであった。

(a) まず最も古典的とされるのが特に市長の警察措置を統制するテクニックである。それ以前にも例があるが（現在でも判例集に引かれるのは C. E. 19 février 1909, *Abbé Olivier*, Rec. 181 であり宗教警察にかかわる同時代の判決群については小島 2010 も参照）、ブレバンが挙げるのはバンジャマン判決である。集会を禁止した市長の命令を取り消すに当たり同判決は「予測される騒擾が……集会を禁止することなしに市長がなしうる警察措置を定めることによっては秩序を維持しえないほど重大なものではなかった」ことを理由としている（C. E. 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. 541）。

(b) 次に、ほぼ同時並行的に形成されていた、収用を伴う開発事業の公益性認定を審査するテクニックがある。その最も著名な例がリール市東部ニュータウン判決で採用された費用便益衡量理論（*théorie de bilan*）である。同判決は、「事業が合法的に公益性があると認定されるのは、その事業のもたらす私的所有権に対する侵害、財政的費用、場合によっては社会的な次元での不利益が、その事業のもたらす利益に照らして過剰ではない場合に限られる」と述べている（C. E. 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement et Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « ville nouvelle Est »*, Rec. 410）。

(c) さらに、直前の時期に出現した、評価の明白な過誤（*erreur manifeste*

d'appréciation)の審査も比例性の審査に数えられる。ブレバンが示す一例はそのリーディングケースであるラグランジュ判決である。同判決は、市の田園監視員という職が廃止されたことに伴い市長が原告に示した道路工夫という職が「同等の職」かの評価については「明白に同等ではないという場合でなければ、行政裁判官の前で争いえない」と述べている(C. E. 15 février 1961, *Sieur Lagrange*, Rec. 121)。

ブレバンの見たところ、これらの判決の背後には、行政決定が前提とする事実状況(situation de fait)、行政決定の目的(finalité, but)、行政決定という手段(décision, moyen)の間で比例性(un rapport de juste proportion)が見られなければならないという意味での比例原則が存在している。たとえば(a)に即して言えば、予測される騒擾という事実状況と秩序の維持という命令の目的との関係で集会の禁止の命令という手段が比例性を欠いていると判断されたというわけである。

*** 事実状況という考慮要素 ***

ブレバンは事実状況という考慮要素を加味しトリアーデを構成するところに本家ドイツに対するフランスの比例原則の独自性を見ているが(この点を強調するのが亘理2008)、あるいはドイツにおいても取り立てて指摘しないだけで同様の要請が働いているかもしれない。以下の検討ではむしろ比例性の審査がフランスでは法規範の当てはめの外における審査であると理解されてきたことに特徴を見いだしている。

しかし、比例原則が1970年代のフランスで提唱され始めたときには、同原則が実体法上の一般原則として紹介されたというわけではない。それは、先に述べたように、それぞれ個々に根づいていた(a)～(c)という既存のいくつかのテクニックを総括したに過ぎないという意味でもあるが、さらに踏み込んで、これらのテクニックが、法規範の解釈・当てはめ(以下、法規範の当てはめという)の外での行政の判断を審査するものであったという意味でもある。

この点をもう少し敷衍しよう。法規範の当てはめの1つの例とされるのが、ある事実をある法的概念に含めようとする行為(Xynopoulos 1995: 56-7)という意味での事実の法的性質決定(qualification juridique des faits)である。たとえば「記念碑的眺望の保護」のために建築許可を出さないことができるという法律があるときにある広場が記念碑的眺望といえるか(C. E. 4 avril 1914, *Gomel*, Rec. 488)を検討することがこれに当たる。しかし、Xynopoulos 1995は伝統的に比

例原則を用いたとされる (a) ~ (c) はこうした法的性質決定に対する審査の例ではないというのである (Xynopoulos 1995: 29-39, 54-9, 75-86)。これらは行政の行った事実の評価 (appréciation) にかかわる。事実の評価が法的性質決定ではないとすると、「評価」という概念に規範的な響きがあるにもかかわらず、上告理由となるかなどテクニカルな処理はともかく理論的な性質としては、事実の世界において認定を行うことに近づくように思われる。たとえば (a) のバンジャマン判決では、予測される騒擾の程度は、「公の秩序」への侵害の有無という警察措置を行う要件としてではなく、そうした要件とは理論的には切り離された事実として審査されていることになる。

この意味での事実の評価 (認定) は、定義上、法規範によって羈束されない。すなわち、法律上の明確な要件の定めによって、あるいは、法律を解釈したり法の一般原則を援用したりすることで、選択の余地なしに一定の結論に至らしめられるものではない。もっとも、日本の場合、生の事実であってもその認定は原則として裁判官の審査の対象とされると思われるが、フランスにおいてはこれについて伝統的には裁判官の審査が及ばない、つまり行政に裁量 (pouvoir discrétionnaire) が認められるとされてきた (Xynopoulos 1995: 30-1)。(a) ~ (c) は、伝統的には裁量の認められるはずのこうした事項についてなお裁判所が審査するテクニックだというわけである。フランスでの比例原則の原型は、事実の評価 (認定) という法規範の当てはめとは異質な行政の判断について裁判官が審査を及ぼすテクニックであった。

ところが、Xynopoulos 1995: 355 et s. によれば、フランスでも比例原則は徐々に一般原則と化し、事実の法的性質決定のような法規範の当てはめを審査する場合にも用いられるようになりつつあるという。たとえば、個人の自由を規制する場合には過剰な侵害を行うべきではないという原則が存在すると考えれば、法規範の当てはめを審査するときにも比例性の審査が行われていると見ることができるというわけである。

先に I において比例原則の適用領域が (1) から (2) へと拡張したと述べたが、その意味は以上に述べたところから明らかであろう。(1) は上記の (c) のテクニックを憲法訴訟に転用した例であるのに対して、(2) は少なくとも外形上は法規範の当てはめの形式を守った例だからである。

III 若干の考察

以上の見取り図はフランスで比例原則の形成史に対して投影された 1 つの理

解であり、異なる理解も存在する。

法規範の当てはめと事実の評価(認定)との二分法

以上の議論は Xynopoulos 1995 に即しているが、この議論は、法規範の当てはめと事実の評価(認定)とを二分しようとの想定に基づいている(この区別について 巨理 2002 : 75 注6も参照)。しかし、両者は常に截然と区別しようと考えられてはいない。それは表層的には、各テクニックの位置づけが論者によって異なることからわかる。たとえば、明白な過誤の審査について、本文と同じように法規範の当てはめの外において行われるものとの理解がある一方で(行政法学上の業績もあるがここでは特に憲法院による審査について、Habib 1986: 707-10 と元来は行政裁量論のテーズでデビューした論者による Rousseau 2010: n^{os} 144-9 を参照)、事実の法的性質決定を最小限の程度において審査するものと位置づける理解も存在する(たとえば Chapus 2001: n^o 1255。高世・西川 1997 : 114-22 も参照)。また、費用便益衡量理論についても、同理論の前提に公益適合原則というある種の法規範を見いだすならば、本文とは異なり、同理論もこの法規範の当てはめを審査するテクニックの一種と位置づけることもできる(巨理 2002 : 222-33 によればこの考え方が通説的とされる)。

このことをより理論的に考えれば、法規範が及ぶ領域と及ばない領域は本文で示したほどには明確に画しえないということもできる。Rials 1981、Cayla 2000 が明白な過誤の審査や比例性の審査などについて指摘するように、本文の意味で裁量が認められるかに見える場合にも一定の規範的要請が常に存在しているというわけである(リアルスの議論に基づく巨理 2002 : 333-5 も参照)。Xynopoulos 1995: 36 もこの考え方を意識はしているが、正面からは採用していない。

しかし少なくとも、フランスで比例性の審査について、憲法学でも行政法学でも、法の当てはめの審査にとどまるのかがしばしば問われてきたことは確かであると思われる。以下ではこのことを踏まえて、ドイツに学んで比例原則を日本の憲法学にも根づかせようとする提唱について筆者の考えるところを一点だけ述べたい。

それは普遍的であるということを根拠とした比例原則の提唱は避けるべきではないかということである。

目的審査を別途に用意し、必要性、目的適合性、狭義の比例性を審査するという意味での“テクニックとしての比例原則”は、未発達の形であれ(ジュアンジャン 2004 : 73) フランスには存在する。それは、ドイツから輸入されたことであるいはヨーロッパ統合によって初めて現れたものとしてではなく、フランス自身の行政法学の蓄積として存在している。他国についてもひょっとすれ

ば同様のことがいえるかもしれない。その限りでは、そうしたテクニックとしての比例原則は普遍化されたものといえるかもしれないが、テクニックに絞って移植するならば、ともすれば表層だけに関心を向ける傾向をさらに助長しかねない。判例を矛盾なく説明することには意を注ぐもののその説明にいかなる理解が投影されているのかが明確ではない議論ならば、深みが欠けており、その点では、批判されるべきところがあるにせよ、二重の基準論に劣るであろう。

したがって、テクニックとしての比例原則は、そこに投影された理解とセットにして提唱されるべきであるように思われる。しかし、比例原則にいかなる理解を投影するかについて普遍的なものがあるとは考えにくい。たとえば、日本では、実体法上の一般原則として比例原則を位置づけ、そこに通説的なアメリカ型の違憲審査基準論との違いを見いだす理解がある。

実体法に純化された比例原則の提唱

この点を自覚的に徹底しているのが、長らく石川健治が主張してきた法的構成であろう（とりわけ石川 2012）。石川の提唱する比例原則の理解は民法学や刑法学の概念を用いたところにも目を奪われるが、本論文との関係では、憲法上の比例原則を合法・違法のコードで論じるものとして明確に位置づけた点で注目に値する。したがって、少なくともフランスにおいては論者が既存の実体法の適用という静態的な相よりも法の生成という動態的な相を好んで論じた時代に有力化した利益（比較）衡量というテクニック（小島 2010 を参照）についても、違法性阻却事由における法益衡量説に回収して敢えて合法・違法のコードで論じ切ろうとすることになる。宍戸 2009a : 243-4 は石川を批判し、比例原則を保護範囲のレベルで論じているが、これも違法論で論じ切ろうとする狙い（その意味については宍戸 2009b : 111 注 44 を参照）をより鮮明にしたものと解するべきであろう。判断過程を統制する裁量審査において「人権論」が比例原則とは異なる形で現れるという問題が設定されるのも、比例原則を違法論で論じることを前提とすればこそであろう。

しかし、テクニックとしての比例原則に投影されたこうした理解は唯一のものであるとはいいづらい。本論文で検討した見方によれば、フランスでは当初、法の当てはめには収まりにくく合法・違法のコードの及びにくい事実の評価（認定）という衡量過程を審査するテクニックを指して比例原則と呼ばれていたからである。同様に、テクニックとしての比例原則が存在する他国においても上記のものとは異なる理解が投影されているのではないか。そもそも、ドイツにおいてさえ共通の理解がないのではなかろうか。ドイツの比例原則も、

このように普遍化されているとは到底思いにくい、それに投影された理解を込めてこそ提唱されるに値するのではないか。だからこそ、提唱者は百も承知のことではあろうが、テクニックとしての比例原則が普遍化したから日本でも使えるはずだという提唱の仕方は避けるべきであろうと考えるのである。

参考文献(引用したものに限り)

- 石川 2012 石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』——『憲法上の権利』への招待」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』(日本評論社) 15頁以下
- 小島 2010 小島慎司「公法における『目的』」上智法学論集 54巻2号 53頁以下
- 宍戸 2009a 宍戸常寿「『憲法上の権利』の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 [第2版]』(有斐閣) 231頁以下
- 宍戸 2009b 宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究 71号 100頁以下
- ジュアンジャン 2004 オリヴィエ・ジュアンジャン「独仏基本権比較試論」法学セミナー 597号 70頁以下
- 高世・西川 1997 高世三郎・西川知一郎『フランスにおける行政裁判制度の研究』(司法研修所、司法研究報告書 49-1)
- 亙理 2002 亙理格『公益と行政裁量』(弘文堂)
- 亙理 2008 亙理格「利益衡量型司法審査と比例原則」ジュリスト 339号 37頁以下
- Braibant 1974: Guy Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline* (Paris: LGDJ), p. 296 et s.
- Cayla 2000: Olivier Cayla, « “Si volonté générale peut errer” », *Le temps des savoirs*, t. 2, p. 61 et s.
- Chapus 2001: René Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd. (Paris: Montchrestien)
- Drago 2011: Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3^e éd. (Paris: PUF)
- Favoreu et Philip 2009: Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd. (Paris: Dalloz)
- Habib 1986: Laurent Habib, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1986, p. 695 et s.
- Mathieu et Verpeaux 2002: Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux* (Paris: LGDJ)
- Philippe 1990: Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises* (Paris: Economica)
- Rials 1981: Stéphane Rials, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *AJDA*, 1981, p. 115 et s.
- Rousseau 2010: Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9^e éd. (Paris: Montchrestien)

比例原則〔小島慎司〕

Xynopoulos 1995: Georges Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité* (Paris: LGDJ)

(本学法学部准教授)