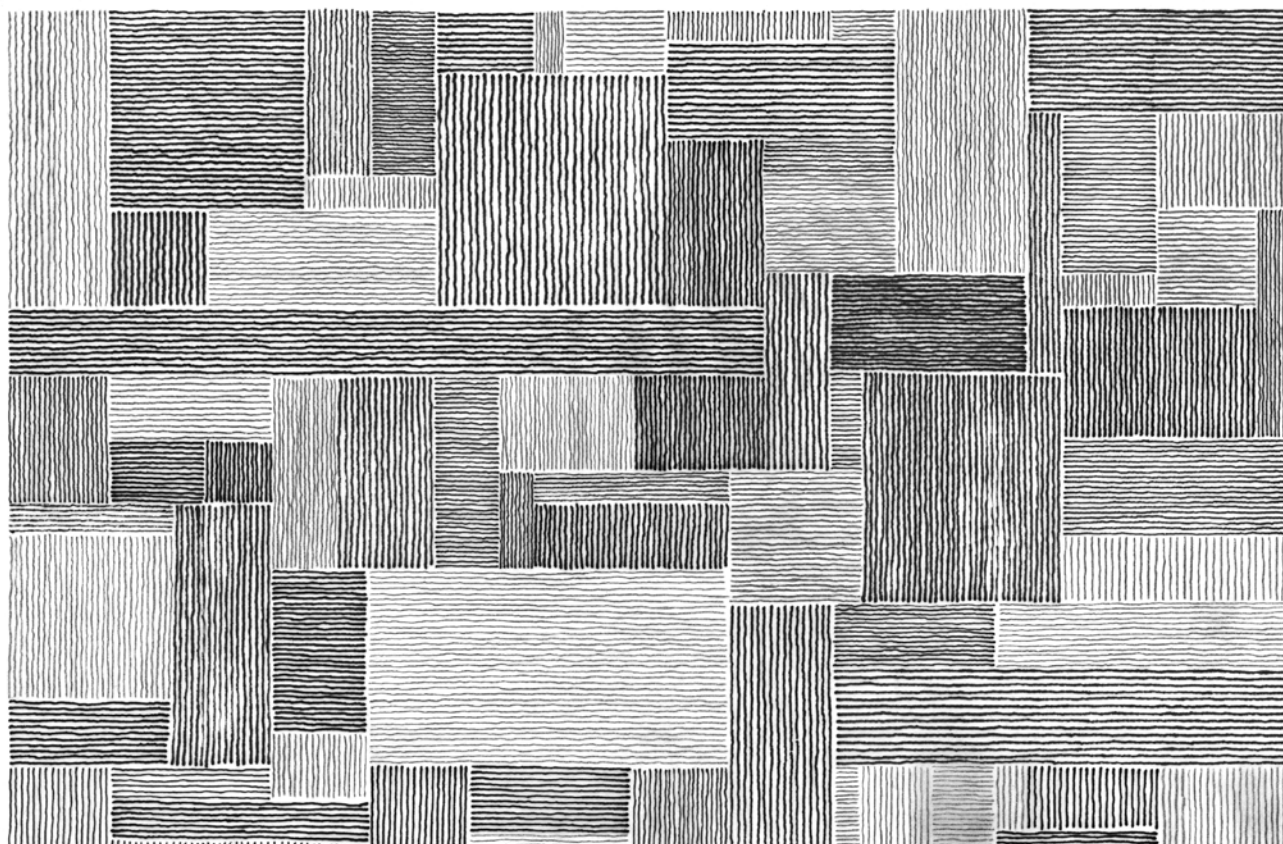


ICCLP Publications No.15

ISSN 0919-4169

X^{ème} JOURNÉES JURIDIQUES
FRANCO-JAPONAISES
“BALANCE DES INTÉRÊTS”
(Tokyo, 17-18 septembre 2019)

第10回
日仏法学共同研究集会報告集
「利益の衡量」
(2019年9月17日-18日 東京)



ISSN 0910-4169

ICCLP Publications

No. 15

第 10 回日仏法学共同研究集会報告集
「利益の衡量」
(2019 年 9 月 17 日 - 18 日 東京)

X^{ème} JOURNÉES JURIDIQUES FRANCO-JAPONAISES

“BALANCE DES INTÉRÊTS”

(Tokyo, 17-18 septembre 2019)

2020

International Center for Comparative Law and Politics

Graduate School of Law and Politics, the University of Tokyo

7-3-1 Hongo, Bunkyo-ku, Tokyo 113-0033 JAPAN

目 次

はじめに

北村 一郎・森田 宏樹・齋藤 哲志 ……………i

プログラム ……………iii

第1部 総論・歴史

ニコラ・コルニュ＝テナール (Nicolas Cornu-Thénard) (訳 平野 秀文) ……………1

「フランス法における利益衡量——議論形式の歴史的考察」

瀬川 信久 ……………11

「日本における利益衡量論」

第2部 私法

シルヴェーヌ・ポワイヨ＝ペルツェット (Sylvaine Poillot-Peruzzetto)

(訳 岩川 隆嗣) ……………23

「経済法分野における利益の衡量と比例性のコントロール：競争法を例として」

中原 太郎 ……………33

「民法分野における『利益の衡量』の諸相」

ドミニク・アシェ (Dominique Hascher) (訳 宇野 瑛人) ……………45

「比例原則と破毀のコントロール」

垣内 秀介 ……………57

「利益衡量と民事裁判」

第3部 公法

ニコル・マエストラッチ (Nicole Maestracci) (訳 橋爪 英輔) ……………67

「憲法院判決の時間的調整」

小島 慎司 …………… 77

「憲法における比例原則」

ドミニク・キュストス (Dominique Custos) (訳 土井 翼) ……………83

「利益衡量の標準化の影響下でのフランス行政法における比例性による統制」

三浦 大介 …………… 91

「行政法における比例原則」

はじめに

本書は、日仏法学会が、フランスの比較立法協会 (Société de législation comparée) とともに、「利益の衡量 (Balance des intérêts)」をテーマとして、2019年9月17日—18日に東京大学で開催した「第10回日仏法学共同研究集会 (10èmes journées juridiques franco-japonaises)」における報告の記録である。

日仏法学共同研究集会は、日仏比較法の深化のために、1979年以来、約4年ごとに日仏交互に開催されてきたものであり、これまで、契約、紛争解決制度、責任、異文化と比較法、不動産所有権、家族、公益、情報、私的領域といった法分野における基本概念をテーマとして、共同研究を行ってきた。その第10回に当たる今回の共同研究集会は、「利益の衡量」を総合テーマとするものである。

フランス法では、公法の分野において、「比例原則」の適用によって結論を導く手法が形成されてきたが、近年では、私法の分野においても、欧州人権裁判所の判例の影響のもとで、古典的な法的三段論法ではなく、「比例原則」を適用して、事実評価に基づく利益の衡量という実質論によってそれを修正するような結論を導く破毀院判決がいくつか現れており、それをめぐって活発な議論がなされている状況にある。これは、欧州人権法の展開の中で、相対的な地位の低下について問題意識を有するフランスの破毀院の改革の動向とも関連するものである。他方で、日本法においては、20世紀前半から英米法の影響のもとで、事案の特徴に焦点を当てた判例研究のスタイルが一般化しており、また、民事法の分野では、それ以前の演繹的思考に基づいた概念法学を批判し、事実評価に基づく価値判断を重視した利益考量論が法解釈の手法として一定の影響力を獲得してきたところである。

このような「利益の衡量」という法解釈の手法が有する特性について、日仏間で比較法的小よび歴史的な検討を行い、その将来を展望することは、法のグローバル化の中で、フランス法モデルの位相を評価するとともに、日本法における法的推論の特性を再考するうえで重要な意義を有するものである。

本共同研究集会では、上記テーマについて、第1部 総論・歴史、第2部 私法 (民事実体法・民事手続法)、第3部 公法 (憲法・行政法) の3つのセクションに分けて検討を行ったが、会員ほか多数の参加者を得て、成功裡に終えることができた。

それぞれのセッションでは、日仏の各報告を踏まえてフロアとの討議がなされたが、両日とも討議の時間を30分程度延長せざるをえないほどの活発な意見交換が行われ、それを通じて相互の理解をさらに深めることができた。その要因としては、第1に、日本側において数回にわたる綿密な準備会を行い、それを踏まえて日仏の報告者が事前に問題意識を摺り合わせたことにより、双方の報告がかみ合った内容となったこと、第2に、全体の総論的考察として歴史のセッションを配置したことにより、利益衡量ないし比例原則についての日仏の異なる系譜ないし潮流の位置づけを示すことができ

たこと、第3に、フランス側報告者として、2名の破毀院判事と1名の憲法院構成員の参加を得たことで、司法実務の最前線を踏まえた知見に接することができたことなどを指摘することができよう。日仏双方の報告者には、周到的準備にご尽力いただいたことに深く感謝申し上げます次第である。また、短期間のうちにフランス側報告の邦訳原稿を準備いただいた若手の研究者、および当日の質疑の通訳をご担当いただいた先生方にも、感謝申し上げます。

末筆ながら、本共同研究集会の開催および本報告集の刊行に対して助成をいただき、財政面でご支援を賜った公益財団法人社会科学国際交流江草基金および公益法人野村財団に対して、深く感謝の意を表したい。

また、組織面では、東京大学大学院法学政治学研究科附属ビジネスロー・比較法政研究センターには、共催者としてご協力いただいたことに感謝する。特に、東京大学大学院法学政治学研究科長・法学部長室秘書の小疇典子氏、上記センター助教の川上美智子氏には、本書の刊行および編集についてご協力をいただいたことに厚く御礼申し上げます。

2020年3月

日仏法学会会長	北村一郎（東京大学名誉教授）
日仏法学会幹事（総務担当）	森田宏樹（東京大学教授）
日仏法学会幹事補佐	齋藤哲志（東京大学准教授）

第10回 日仏法学共同研究集会「利益の衡量」

主催：日仏法学会（日本）・比較立法協会（フランス）

共催：東京大学大学院法学政治学研究科附属ビジネスロー・比較法政研究センター

助成：公益財団法人社会科学国際交流江草基金・公益財団法人野村財団

日時：2019年9月16日（月）～18日（水）

会場：東京大学法学部（3号館8階大会議室）

2019年9月16日（月）

18:00 レセプション

2019年9月17日（火）

9:30 受付

10:00 開会挨拶

北村一郎（日仏法学会会長、東京大学名誉教授）

ドミニク・アシェ（比較立法協会会長、破毀院判事）

第1部 総論・歴史

座長：ドミニク・アシェ（比較立法協会会長、破毀院判事）

北村一郎（日仏法学会会長、東京大学名誉教授）

10:30 「比例原則の起源：比較史の試み」

ニコラ・コルニュ＝テナール（比較立法協会幹事、パリ第2大学教授）

10:55 「日本における利益衡量論」

瀬川信久（日本学士院会員、北海道大学名誉教授）

11:20 討論

質疑通訳：金塚彩乃（弁護士）

12:10 昼食休憩

第2部 私法

座長：ニコル・マエストラッチ（憲法院構成員）

大村敦志（学習院大学教授）

14:00 「経済法分野における『利益の衡量』とその適用：EU 裁判所と破毀院の判例」

シルヴェーヌ・ポワイヨ＝ペルツェット（破毀院特任判事、トゥールズ第1大学教授）

14:25 「民法分野における『利益の衡量』の諸相」

中原太郎（東京大学准教授）

14:50 「比例原則と破毀のコントロール」

ドミニク・アシェ（比較立法協会会長、破毀院判事）

15:15 「利益衡量と民事裁判」

垣内秀介（東京大学教授）

15:40 休憩

15:55 討論

質疑通訳：荻野奈緒（同志社大学教授）、金塚彩乃（弁護士）

17:50 第1日終了

2019年9月18日（水）

8:30 受付

第3部 公法

座長：ニコラ・コルニュー＝テナール（比較立法協会幹事、パリ第2大学教授）

山元一（慶應義塾大学教授）

9:00 「憲法院判決の時的適用範囲の調整」

ニコル・マエストラッチ（憲法院構成員）

9:25 「憲法における比例原則」

小島慎司（東京大学教授）

9:50 「行政判例における比例原則の誕生：國務院判例にみる適用範囲・判決スタイル・推論方法」

ドミニク・キュストス（カン＝ノルマンディー大学教授）

10:15 「行政法における比例原則」

三浦大介（神奈川大学教授）

10:40 休憩

10:50 討論

質疑通訳：高橋信行（國學院大学教授）

12:20 閉会挨拶

12:30 第2日終了

10^{èmes} journées juridiques franco-japonaises : Balance des intérêts

organisées par la Société franco-japonaise de la Science juridique et la Société
de législation comparée

co-organisées par Institute of Business Law and Comparative Law & Politics
à l'Université de Tokyo

avec le soutien de Fondation Egusa et de Fondation Nomura

Les 16, 17 et 18 septembre 2019

à l'Université de Tokyo, faculté de droit

Lundi 16 septembre

18h00 Réception des délégués français

Mardi 17 septembre

9h30 Accueil des participants

10h00 Allocutions de l'ouverture

Ichiro Kitamura, président de la Société franco-japonaise de la Science juridique, professeur
émérite à l'Université de Tokyo

Dominique Hascher, président de la Société de législation comparée, conseiller à la Cour de
cassation

1^{re} Partie : Rétrospective

10h30 Les origines du principe de proportionnalité : essai de comparatisme historique

Nicolas Cornu-Thénard, secrétaire général de la Société de législation comparée, professeur
à l'Université Paris 2

10h55 Des controverses des civilistes autour de la conception « balance des intérêts »

Nobuhisa Segawa, membre de l'Institut du Japon, professeur émérite à l'Université
d'Hokkaido

11h20 Débat

12h10 Déjeuner

2° Partie : Perspective en droit privé

14h00 La méthode et son application en droit économique : droit de l'Union européenne et jurisprudence de la cour de justice et de la Cour de cassation

Sylvaine Poillot-Peruzzetto, professeur agrégée, conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation

14h25 Les différents aspects de la « balance des intérêts » en droit civil

Taro Nakahara, professeur adjoint à l'Université de Tokyo

14h50 Le principe de proportionnalité et le contrôle de cassation

Dominique Hascher, président de la Société de législation comparée, conseiller à la Cour de cassation

15h15 La « balance des intérêts » et la juridiction civile

Shusuke Kakiuchi, professeur à l'Université de Tokyo

15h40 Pause

15h55 Débat

17h50 Clôture de la première journée

Mercredi 18 septembre

8h30 Accueil des participants

3° Partie : Perspective en droit public

9h00 La modulation dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel

Nicole Mastracci, membre du Conseil constitutionnel

9h25 Le principe de proportionnalité en droit constitutionnel

Shinji Kojima, professeur à l'Université de Tokyo

9h50 L'émergence d'un principe de proportionnalité dans la jurisprudence administrative française : champ d'application, style et structure du raisonnement suivi par le Conseil d'État
Dominique Custos, professeur à l'Université Caen Normandie

10h15 Le principe de proportionnalité en droit administratif
Daisuke Miura, professeur à l'Université de Kanagawa

10h40 Pause

10h50 Débat

12h20 Allocutions de la clôture

12h30 Clôture de la deuxième journée

14h30 Visite officielle à la Cour suprême

フランス法における利益衡量——議論形式の歴史的考察

ニコラ・コルニュー＝テナール（パリ第二大学教授）

訳 平野 秀文（千葉大学准教授）

批判のなかには、晩熟の実を結ぶものがある。明文の準則と法的カテゴリーからあらゆる紛争の解決が導きうるという謳い文句に対し、百年以上前に表明された批判は、今日、革命とすらいわれる裁判実務を生み出している。利益衡量の思想がフランスの裁判所の前で包括的な表現を見出すのに、百年を要したのだ。そして、それに由来する近時の改革のいくつかは、さらなる注目すべき議論を生じさせている。

利益衡量は、競合する利益の度量に基づいて紛争を解決するのに適している。形式的法源として認められた法規範から判決を演繹しようとするテキスト解釈とは逆に、利益衡量という手法は、当該争訟固有の事実的所与を、社会学や経済学その他のあらゆる関連諸学を動員して把握し、突き合わせるものであり、またその審査から紛争解決を帰納するものである。それは社会学の影響を受けた諸学説の歩みのなかで19世紀末から鍛造されてきたものだが、フランスの裁判所の前では長い間、周縁的に用いられるにすぎなかった。用いられなかったというのではないが、長い間、判決理由には現れない非公式なものにとどまっていたのである。しばらくはそれを他の法技術、すなわち比例性審査に関連づけることができた。比例性審査は、性質こそ利益衡量と異なるものの、補完的な野心の糧となった。しかしながら、そうした実務が公然と広まったのは、何より欧州裁判所の影響下においてであり、その今日の大流行を条件づけているのはこの欧州モデルである。

その大流行自体、利益衡量がフランスの法律家の辛辣な批判の的となることの理由の一部を成す。利益衡量は、対峙する議論を突き合わせ、かつ、判決の理由を定式化するための議論の道具である。ところで、フランスの多数の法律家の見解では、この道具はフランスにおいて特権化された伝統的な法的議論形式を再検討に付すものである。判決を実質的に理由づけうる要素だけでなく、形式面でその理由を表現する手法をも動揺させかねないというのである。このような危惧の妥当性を評価するのに、歴史的な分析が有益な光を与えてくれる。(I) 利益衡量の歴史を素描することは、同時に、(II) この制度の批判を法の歴史がもたらす省察へと開くことになるのである。

I 利益衡量の歴史

A 体系的議論への対抗手段

1 学説上の起源

利益衡量の観念は、まず批判的な見地から案出された。それは、19世紀に展開さ

れた、形式的法源の網羅性という先入観の再検討の一角を占めている。「ローマ法大系」はあらゆる性質の法的問題に答えうるとする先入観をもつパンデクテン学派、ならびに民法典の規定に基づいてどのような争訟でも解決できると考える註釈学派、に対する対抗措置として、利益衡量は現れてきた。

イエーリングは、1860年代以降に彼の思考が辿った転回点を通して、その先駆となった。パンデクテン学派の概念的・体系的アプローチを捨てたイエーリングは、法解釈を豊かにするために法の本質と目的を探求することを提唱する。彼はこの過程で、*utilitas* の観念に着想を得て、私法を各人の有用性に関わるものと述べるウルピアヌスの一節 [D. 1. 1. 2. *Ulpianus 1 Inst.*] を援用し、そこから有名な権利の定義「法的に保護された利益」を導き出した¹。それによれば、利益こそ法の実質であり、法は相反する諸利益の闘争の末にはじめて構想される。各人が己の主観的権利の保護のためにする闘争が、客観法を条件づけるというのである。

イエーリングに続き、社会学の影響を受けた諸学派（自由法運動、利益法学、社会学的法学、科学的自由探究学派）が、社会現実を相反する諸利益の衝突する場として描写した。このアプローチによると、法は、経済、社会、政治さらには倫理の面で対立し合う野心の複合的接続に由来するものである。そうだとすると、法体系が規範のすべての次元を考慮に入れるのは不可能だということになり、そこで、法規範の意味をその立脚する主たる利益を明らかにして理解し、別の解決方法を構想するには、別の議論モデルに依拠する必要があるということになる。

フランソワ・ジェニーは、1899年に『実定私法における解釈方法と法源』を公刊し、フランスに利益衡量の思想を紹介した。ジェニーは、同時代に実践されていた法的推論とそれが立脚する先入観に対する批判を掘り下げた。法律は必然的に欠缺や両義性、二律背反を含むものであるとすれば、判事がこれを完全で網羅的な法源と見ることはできないであろう。そこで、特権的な議論モデルの再検討がなされることになる。すなわち、法的カテゴリーは全ての現実を包含することはできないし、判事は「法律の口」とは見られず、その活動は法的三段論法の適用に還元できるものではない。それゆえ補完的方法が特権化されるべきである。形式的法源だけでは紛争を解決することができないときには、判事は主権的な評価を案出しなければならない。そしてそれは、「対峙する利益の衝突にかかる倫理、政治、社会、経済等々の考慮要素を衡量すること」によって導かれよう²。

2 哲学的条件づけ

この衡量を行うに当たり、哲学的な考え方の違いに由来していくつかの方法が考え

¹ R. von Ihering, *Esprit du droit romain*, § 71.

² F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, p. 173.

られる。より正確に言えば、ブノワ・フリードマンが示したように³、二つの着想源がこの点の方法論の省察を豊かにし、また相反する利益を知覚し突き合わせる手法を決めている。

第一に、イエーリング自身の着想源となった、ジェレミー・ベンサムである⁴。ベンサムによれば、集合的幸福は個人の効用の加算によって算定され、後者の総和は一般利益を構成するものであって、利益衡量は個々人の利益を最も累積する解決策を見つけることを可能にするはずである。この見地から考察したときには、利益衡量の作業は、最適化された計算を選択するために、対立する主張を金銭的に数量化し、それらを加算してとりうる手段を比較することを狙いとするものとなる。このようなアプローチは、アメリカの裁判手続の枠内で顕著に花開き、法の経済分析はこれを特権化した。

しかしながら、イエーリングが最後に特権化したもう一つのアプローチがある。オーギュスト・コントに着想を得たその定式は、より彫琢されたものである。それは、対立する個々人の利益に加えて、国家によって定義される一般利益を切り出すこと、そしてそれらの利益主張の総体を金銭の平面ではなく倫理の平面で評価することにある。このアプローチによると、利益衡量は、社会的重要性に応じて序列化された諸価値の均衡をとることを目的とするものとなる。個人と団体の自生的な発展は、倫理的価値の衝突を生む。調和を保持するにはそのなかから選択しなければならない。これこそジュニーと科学的自由探求学派が特権化したアプローチである。権利濫用に関する学説は、その一つの表れである。このモデルを徐々に補強するようになったもう一つの技法が、比例性審査である。

B 比例性審査の補強

利益衡量と同じく、比例性審査もその起源はドイツの学説・判例にある⁵。プロイセン上級行政裁判所が1882年に適用して以来、この審査手法は、ある強制処分が、ある保障された権利を違法に侵害するものでないかについて審査することを可能とした。したがって、この方途によるときは、個別の決定が基本権に直面しうることになる。しかしながら、比例性審査と利益衡量とは、同じ前提に立脚するものではない。利益衡量は、反形式主義からの批判に条件づけられており、必然的な瑕疵として知覚される法の不完全性を矯正することを狙いとする。これに対して、まず公法において法的処分の有効要件として構想された比例性審査は、それゆえまさに形式主義的な論

³ B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3^{ème} éd., 2011, p. 450-459.

⁴ Cf. J.H. Drake, preface to R. von Ihering, *Law as a means to an end*, Boston, Boston Books Company, 1913, p. XV-XXIV.

⁵ 起源につき参照, M. Cohen-Eliya et I. Porat, « American balancing and German proportionality : The historical origins », *International Journal of Constitutional Law*, 8/2, 2010, p. 263-286.

理の一部を成していた。

この手法は、有名な *Benjamin* 判決（1993 年）以来、フランス行政法でも採用され⁶、そこからコンセイユ・デタは、警察処分の比例性審査の権能を、処分が追及する目的にまで拡張した。次いで適用範囲は警察の問題を超えて拡大し、徐々に利益衡量と結びつくようになった。行政判事は、公益と基本的自由を両立させなければならなかったため、この審査手法を適用した。この点で大きな意味をもったのが公用収用の分野であり、有名な *Ville Nouvelle-Est* 判決（1971 年）は、行政判事をして対立する利益を衡量し、収用処分の比例性を評価させるに至らせた。こうして二つの道具立ては結びつき、使用領域は相当に拡大していくことになる。

比例性審査の広まりは、その審査手法の明確化へと導いた。欧州の裁判所の影響はこの点で決定的であった。すなわち、1968 年以来、欧州人権裁判所は「欧州人権条約」を、一般利益の保護と基本権の尊重との正しい均衡の要求と結びつけ⁷、それを比例原則の表れとして提示している⁸。比例原則は、欧州人権裁判所によれば、個別の訴訟ごとに対立する利益の衡量の末に、判事の個別具体的な計算によって作動するものである。特にドイツの法的伝統に想を得て、同裁判所は比例性を審査するための分析手法を徐々に採用した。*Handyside* 判決（1976 年）から *Olsson* 判決（1988 年）にかけて、同裁判所は、ある処分が「民主主義社会において必要」であるか否かを評価することを今日可能とする周知の基準を明確にした⁹。この点では三つの要件が充足されなければならない。処分はやむにやまれぬ社会的必要によるものであること、関連性と十分性のある理由によること、そして当該処分が追求する正当な目的に比例するものであること。必要性、相当性、狭義の比例性、は欧州司法裁判所も取り入れた基準となっている。

この解釈道具の採用にフランスの裁判所も大きな影響を受け、以上のように各司法秩序において理解された比例性審査を尊重するよう拘束されることになる。憲法の領域では、憲法院が明示的に比例性審査を利用するには、1979 年と 1980 年の決定を待たなければならなかった。その後それは、はじめこそ比較的厳格な用いられ方であったものの、法律の定める処分が当該法律の目的に比例するものであることを要求することで、徐々にすべての保護された権利・自由に拡張していった。「精神障害を原因とする保安監置および刑事免責宣言に関する法律」について下された憲法院決定（2008 年 2 月 21 日）以降、憲法院は「適合性」、「必要性」、「比例性」の三点審査を採用した。

⁶ Cf. D. Costa et D. Ribes, « Le contrôle de proportionnalité devant le Conseil d'État », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité* (dir. J.-P. Agresti), Aix-en-Provence, PUAM, 2018, p. 41-52.

⁷ CEDH, 23 juill. 1968, n° 1474/62 et a., *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/Belgique*.

⁸ X. Dupré de Boulois, « Regards extérieurs sur une jurisprudence en procès », *JCP G* 2016, doctr. p. 552.

⁹ この点につき参照, F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'Homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doctr. p. 502-513.

同院は、行政判事も同様にすることを厳命した¹⁰。コンセイユ・デタも速やかにこの三要件を明示的に取り上げていた¹¹。

破毀院でも近時、比例性審査をその仕方で明示的に使用し始めた。大議論となった2013年12月4日の決定以来¹²、破毀院は、個別具体的な解釈の枠内において、この審査がよく行われ、破棄院もこれに依拠しうることを示している。その際、破毀院は、利益衡量を優先させるため、必要に応じて立法規定の適用を排除してよいものとしている。破毀院改革法案の前触れとなったこの判決は、大きな論争を生じさせた。この論争を充実させるために、法の歴史はいくつもの議論を提供している。

II 歴史に想を得た利益衡量批判

破毀院改革法案は、利益衡量と比例性審査を用いることを予定していたのであるが、その点で興味深い批判を引き起こしている。そのうち、歴史的アプローチが闡明しうるものとして、政治的批判と法的批判という二つの脈絡を辿るのがよいだろう。

A 政治的批判：民主政のヴェール

政治的批判は、最も直接的な批判である。それはまさに慎重さが求められる性質のものであり、意見に属する。それは、進歩主義的かつ民主主義的な願望に照らし、利益衡量がその表現となりうるものかどうかを評価するかたちをとる。歴史的アプローチは、この点に関してどちらの側からなされる議論にも、異論の余地があることを明らかにするものである。

1 革命的批判

利益衡量に依拠したがる判事は、職務権限を逸脱し、反革命を助長すると非難されることがある¹³。フランス革命の高揚のなかで策定された実定法構造の基盤は、実際にそうした裁判実務に対抗していたようである。モンテスキューから受け継ぎ、1789年人権宣言、1790年8月16-24日法¹⁴、立法者照会制度、さらには1804年民法典5条、

¹⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*

¹¹ CE, Ass., 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827, rec. p. 505.

¹² Civ. 1ère 4 déc. 2013, n° 12-26066, *Bull. Civ.* I n° 234 ; *D.* 2014 : note de F. Chénéde p. 179, point de vue de H. Fulchiron p. 153 et obs. de J.-J. Lemouland et D. Vigneau p. 1342 ; *AJ fam.* 2013 : point de vue de F. Chénéde p. 663 ; *AJ fam.* 2014 : obs. de S. Thouret p. 124 ; *RTD civ.* 2014 : obs. de J. Hauser p. 88 et obs. de J.-P. Marguénaud p. 307.

¹³ Cf. F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 s ; F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2016, p. 511 s.

¹⁴ その第10条の規定はこうである。「裁判所が直接的にもしくは間接的に立法権の行使に参画し、または王が批准した立法府のデクレの執行を妨害もしくは停止した場合、汚職罪とする。」

に書き込まれた裁判作用と立法作用の分離は、この点で好んで援用される。フランスの裁判モデルに顕著な数多くの要素は、判事が少しでも立法者として振る舞おうとすることを厳しく非難する。歴史上の実例もこの見地から好んで動員され、アンシャンレジームの高等法院という恐るべき類比により、判事の活動を不信に追いやる。高等法院は、自ら進んで衡平判事と称しつつ、その判決を立法に優越させて、有害苛烈な記憶を残してしまった。今日利益衡量に依拠する判事は、同じく衡平を援用することで、その行き過ぎが革命を生じさせる一因となった高等法院に引き比べられてしまうのである。

当然、慎重に考えるならば、現代の裁判所は、その構成や歴史、管轄からも衡平の実践からも、アンシャンレジームの高等法院とはおよそ似つかないものといえよう。何より、厳格な権力分立解釈、これを鼓舞する立法中心主義、そしてそれに由来する法律の網羅性の主張が、革命に感化された立法の果てに却ってこれまた行き過ぎとなり、それが19世紀に告発されて、まさしく利益衡量の最初の推進力となったのである。実際には、今日のこの争点の弱さも、基本的にすでにこのとき生じていた。すなわちこの論点は、本質的に、『法の精神』の公刊から『裁判官統治論』の公刊までの、優に百年以上も先行していた議論を復活させるものであった。それでも、反革命期のこの推移は、当時の幾人もの利益衡量論者によって引き起こされたものであり、しかも彼ら自身はそれを「君主制の伝統」を終わらせるための「革命的」なものとして提示していたのである¹⁵。これは、おそらく、フランス史のなかであまりに頻繁に関心を引いた時代の、時代錯誤の道具的利用といえよう。

2 議論の民主主義化からの批判

よくあることだが、フランス革命の援用は、実際には象徴的な射程をもつ。その野心が民主主義的とされるような改革を推進する狙いがあるのである。この場合まさにこの特性こそが、議論の平面で論者が推すところの利益衡量の性質を決定している。いわく、三段論法という形式のヴェールが一見もたらず上辺に対し、利益衡量によることで、判事は自らの下す決定の真の理由を引き受けることができるだろう。そして利益衡量は、そうした決定を貴族主義的な法知識で飾り立てるよりも、あらゆる市民が理解し議論しうる理由を白日の下に示すだろう。利益衡量は、意見の民主政において透明性を尊重するという意味で、議論を民主主義化するものだ、というのである¹⁶。

三段論法は、それ自体として、その形式的な道具立てが「裁判所の言説に固有の領

¹⁵ P. Jestaz, J-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 s.

¹⁶ P. Jestaz, J-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 s. 「民主主義的裁判とは、その正当性を判事の制度的身分（競争試験）よりもその決定そのものの正当化理由に係らせるものであり、その正当化は、公共の現実の討議を可能とするために、一定周期で実施され、可能な限り広範な聴衆がアクセス可能な言葉遣いで表現されていなければならない。」

分」でありうると考えられる以上、批判を免れないのは確かである¹⁷。しかしその使用の支持者は、必ずしも人が思うほど単純素朴なのではなく、またそれが判事の決定過程を本当に転写していると当然に考えているわけでもない。支持者が三段論法に込める効能は何よりも形式的なものである。すなわち、その原理において、この論法は何よりも論点の明晰さと教育法に資するものであるべきである。それを理解するには、省察のまさに説得の次元を把握しなければならない。省察こそ、デカルトからドマを通じて民法典の起草者に至るまで、明晰さの法的レトリックを発展させたものだからである。古典古代の有力な文学の潮流の継承者たる¹⁸ 単純性・簡潔性・論理的明証性の雄弁術は、もちろん複雑な状況に相対したときにその欠点を露呈する。しかしながら、利益衡量の枠内に議論を条件づける逆方向のレトリックも、やはり不完全なものである。判決の正当化理由を拡張し、多重化し、多様化することは、それをより分かりやすく、より不確実にする危険を冒すことを意味する。判事の良心を完全に転写するという夢は、三段論法に劣らず見せかけのものである。利益衡量は、それどころか、決定を本当に理由づける精神の動きを網羅的に説明するものでもない。どちらかのレトリックに頼ることを正当化すべきは、むしろそれぞれの紛争の性質ではないか。

何より、民主政が確かに権力分立に還元可能でないのであれば、それは何らかの議論形式に還元可能でもないのである。ある改革を「民主主義的」と性質づけることは、その特徴を歴史の平面で克明に描きうるある政体を観念的に引き合いに出すことを前提としている。その場合、紀元前5世紀のアテナイの国制は、非常に深い省察の起源となっており、およそ何らかの投企を民主主義的と呼ぶときに、完全に無視することなどできないほどである。ところでこの歴史的所与は、ここでもまた慎重さを求める。裁判権に関して、民主主義体制は、その原理上、最大多数が裁判を担うことを要求し、他方で少数派が意見に属する法外的問題について意見を述べることは要求しない。しかるにこのような制度的枠組みは、決定のすべての形式的理由づけを排除するものである。全員での判断を完全に転写するのは不可能だからである。つまり、実のところ、民主政を原理的に特徴づけるのは、判決の理由づけの欠如なのである¹⁹。そもそも、貴族政的な環境にあったアテナイの体制に当時向けられていた批判の萌芽はそこにあ

¹⁷ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, LGDJ, 2005, n° 97. 「形式論理の支持者と敵対者との間の共通の錯誤は、それが裁判所の言説（事実および法上の）に固有の領分であり、また、その考え方によれば従うべきまたは避けるべきモデルであると考えていることにある。こうした分析は誤りである（…）。裁判所の三段論法の厳格さに関する論争は、仮象問題である。」 Cf. P-Y. Gauthier, « Contre la balance des intérêts : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189 s.

¹⁸ キケロの『弁論家について *de oratore*』の公刊の後に生じたアッティカ派は、キケロの饒舌で悲壮な文体よりも、リュシアス風の簡素な文体を好んだ。この点は、M. Fumaroli, *L'âge de l'éloquence*, Paris, Albin Michel, 1994, p. 47-57.

¹⁹ このような枠組みでなお判決を理由づけようとするのは、採決された決定を正当化するのに、最大多数の投票はそれだけでは不十分であると解されていることを意味する。

るのである²⁰。もちろん民主政の観念はクセノフォン以来もはや同じではないが、それについての深い省察を示すことなしに、その政体と原理面で根本的に正反対の実践を、民主主義的と呼ぶことはできないであろう。

B 法的批判：事実と法の峻別

1 事例判決 (jugement d'espèce)

もう一つの重要な批判が、法の平面で利益衡量に向けられえた。すなわち、フランス法の構造に由来する、事実と法の峻別を覆すものだという批判である²¹。法的三段論法の形式を再検討するとき、(利益) 衡量は、当為を存在に適合させるため、法と事実を混同しがちとなる²²。実際、矯正の見地で使用された場合、この手法によると、各事実状況に固有の利益衝突から司法上の決定が導かれることになるのであって、それゆえそれは千差万別となる。そもそも、利益衡量は、単に「フランス風の」法的推論の構造を揺るがすだけではない。それは終審で用いられるものである以上、事実審と終審の間の伝統的な管轄配分にも打撃を与えるものである。こうした批判は、まず第一に現在の破毀院改革の方向性に向けられている。これに対して、論者の中には、衡平のためにはカズイステックな解釈によって法を構築するほうがよいと主張するものもある²³。こうした論争を評価するために、ローマの法律家の考え方を参照するのがよいであろう。それは、事実と法の峻別という今日よく用いられる術語を構想したのが彼らだからだというだけでなく、彼らが正しくカズイステックな方法の枠内において衡平に資するという野心をもってその術語を用いたからでもある。

事実と法の峻別という原理は、その最初の構想において、下された判決の射程にかかるものである。法上の議論が一般的な射程を誇るものであるのに対し、事実に基づく議論は当該事件限りの射程しかもたない²⁴。このように考察したときには、二つの推論形式は相互に厳密に峻別される。ではどちらが利益衡量に対応するのだろうか。その答えは、大方の直感を裏切るものである。すなわちこの手法は、たとえ基本権の対抗を主張することがあるとしても、必ずしも法的議論、法上の判決を求めるものではない。利益衡量は、むしろ反対に、具体的な事由に基づいて法的議論の厳格さを矯

²⁰ アルキビアデスの声を借りて、クセノフォンは、民主政において、説得によることなしに全人民につき決定を課す所為を批判する。それは彼にとって暴力行為を構成する、と。Cf. Xénophon, *Mém.* I.2.40-46.

²¹ 例えば、F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille » cit.

²² P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution à la Cour de cassation » cit. 「もはや大前提は法規範のみではありえず、小前提は性質決定された事実ではありえない。事実は今や大前提に統合される資格を有している。」

²³ P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution à la Cour de cassation » cit.

²⁴ Cf. N. Cornu Thénard, *La notion de fait dans la jurisprudence classique. Étude sur les principes de la distinction entre fait et droit*, Thèse Université Paris II ; à paraître.

正しようとするときに、事例的議論を要求するものである。利益衡量が個別具体的に用いられるときにはそうなるのである。このことはとりわけ破毀院改革が示唆するであろう。そう考えれば、法律家パウルスが各人に固有の利益の司法上の評価を、事実問題であって法的问题でないと定義するのも不思議ではない²⁵。

用語法はこの見地から明確にすることができる。このような事実要素 (*res facti*) の解釈が、ローマの法律家が *casus* なる用語に込めた意味において、厳密にカズイスティックなやり方に帰着するということとはありえない。*casus* は法規範を表現する記述形式であり、ある状況が法規定の節を通して一般的射程をもつ効果を備えたものである²⁶。事案の検討は衡平のために経験的に規範を鍛造することを可能にする。しかしこのとき衡平は市民的なものと性質決定され (*aequitas civilis*²⁷)、こちらの経路から鍛造された理屈はおよそ法外的議論に適用し難いものとなる。ローマの法律家の用語法によると、利益衡量は本来的に法的カズイスティックの原因とはなりえない。片や *res facti* は、事例判決の枠内で判事が単独かつ自律的に解釈する要素を意味する。そうであるならば、係争事案は、その特殊性により、あらゆる一般化の試みを受け付けない。その結果たる評価はもはや一般的な規範の鍛造に参与せず、むしろそのような規定を矯正または補充することを可能とする。そこでの野心は、当該事案のみに射程が限定された法外的議論に立脚して、いわゆる自然的衡平 (*aequitas naturalis*) に資することである。この *quaestio facti* の枠組みこそ、利益衡量の作業に相当するものである。しかしながら、このように考えたとき、この道具は、本来的に事実と法の混同をもたらすものではなく、事実問題のみを要求するものとなり、それゆえその射程は当該事件限りのものとなるべきなのである。

こうした方法論の結論が、まさしくそのような判決形式を構想した学説に響いている。フランソワ・ジェニーの仕事はこの点で非常に大きな意味をもち、ローマ法文の読解に想を得た省察を裏付けるものである。ジェニーは、司法的決定が法の形式的法源の資格を主張しうるなどは決して主張しないし、したがっておよそ司法的決定が明定された法律に公然と対立しうるなど認めるはずもない。その説くところの利益衡量は、同人によれば、特別の条件下でのみ行いうるものである。判事がこれを用いうるのは、形式的法源が沈黙している場合のみであり、その判決の射程は当然に当該事件に限られることとなる²⁸。利益衡量は、実定法を矯正するために用いられるときに

²⁵ Paul. 5 *ad Sab.* D. 50. 17. 24 : *Quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit* ; この点につき参照、G. Samuel, « La notion d'intérêt en droit anglais », in *Droit et intérêt* (dir. Ph. Gérard, F. Ost et M. van der Kerchove), Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1990, III, p. 309-333 および *The Foundations of Legal Reasoning*, Anvers, Maklu, 1994, p. 39-40.

²⁶ この見地から参照、N. Cornu Thénard, *La notion de fait* cit., p. 175-186.

²⁷ ローマのレトリックと法における *aequitas civilis* と *aequitas naturalis* の区別の起源につき参照、M. Bretone, *Storia del diritto romano*, 13^e éd., Roma-Bari, 2010, p. 337 s.

²⁸ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1919, I, p. 210.

は、事実問題のみをもたらすのである。

2 終審判事の役割

破毀院の役割は、以上の省察に照らして明確にすることができる。事実と法の峻別が破毀院にとって現実にその管轄領域を拘束する境界線を構成したことがない以上、原理的に、破毀院が利益衡量を用いる妨げとなるものはない²⁹。ジェニーが述べていたように、事実審理を禁じるものはないのである³⁰。しかしながら、この技法はおそらく慎重に用いたほうがよい。個別具体的な利益衡量の枠組みにおいて提起される議論は、相対的で、異論の余地を残し、時と場所によって変わりうるものである。それゆえ、ローマの法律家の分析の通り、利益衡量にかかる判決がもつ射程は特定のなものであり、一つのディテールが判決の文面を変えることすらありうる。ところで、事例判決を下すことは、必ずしも終審裁判所のためになるとは限らない。このような実践は、判例のなかに矛盾をもたらし、法の不確実性だけでなく法の前への不平等にも与ってしまうかもしれない。この議論方式が説得という役目を否認しかねないだけでなく、破毀院がその使命の土台からも踏み外してしまう危険性すらある。おそらくだからこそジェニーは、フランスにおける利益衡量の偉大な創始者であるにもかかわらず、例外的な場合を除いて破毀院がこれを用いるのを厳しく戒めていたのである。

実際には、事案におけるあらゆる事実要素を变形させ、破毀判事のあらゆる介入に一般的な射程を与えるという意思は、判事が規範を無限に構築し続ける代りに法規範の総体的網羅性を求める、汎法的野心 (*ambition panjuridique*) とでもいうものの反映である。しかしこの野心もやはり、法的三段論法を単純素朴に是認するようなそれとまったく同じく、空しいものである。それは結局、どちらの場合も、地形図を、描こうとする領土の実寸大で作成しようとすることに帰着する。大それた野心は、法作用を、その核心すら腐敗させて、無益なものにしてしまいかねないものである。

²⁹ この見地から著名な研究として、G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, p. 363-371.

³⁰ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources* cit., II, p. 202-207.

日本における利益衡量論

瀬川 信久（日本学士院会員・北海道大学名誉教授）

はじめに

日本では利益衡量による裁判例が以前から多い。それらは、騒音差止請求事件¹、プライバシー侵害²、忘れられる権利の侵害³、親子関係不存在確認請求⁴、非嫡出子相続分⁵、認知による日本国籍取得⁶など様々な事案でみられる。法規範を利益衡量の形で規定する法律もある。昔からの法律では、賃貸借の更新の判断を賃貸人と賃借人の諸利益の衡量によらしめる借地借家法 11 条、32 条があり、近年では、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」（2014 年）の 27 条、28 条がある。フランスとの違いは、日本では利益衡量による裁判に対し今日では大きな異議がないことである。

このように、利益衡量による裁判に日本法は好意的であるようにみえるが、それはなぜか。以下では、まず、利益衡量による裁判実務の基礎になっていると考えられる制度的条件を検討し（Ⅰ）、その後で、学説の法解釈方法論の中で利益衡量の考え方がどのように形成されたのかを探る（Ⅱ）。以上によって、利益衡量を軸として日本法とフランス法を比較してみたい。

Ⅰ 裁判実務における利益衡量の制度的基盤

A 制定法規定の拘束の弱さ

a 法文の簡潔さと緩さ

日本の法典、制定法は、裁判官に、法規範を形成する大きな裁量権限を与えたことが、利益衡量による裁判を可能にしたことが考えられる。裁判官に裁量権限を与えた

¹ 名古屋地判昭 55・9・11 判時 976 号頁、名古屋高判昭 60・4・12 判時 1150 号頁（新幹線騒音訴訟）。これらについては、淡路剛久「新幹線訴訟控訴審判決における人格権論と利益衡量」ジュリスト 728 号 35 頁以下、森島昭夫「差止と公共性：名古屋新幹線訴訟控訴審判決における利益衡量論」法時 57 巻 9 号 19 頁などを参照。

² 最判平 6・2・8 民集 48 巻 2 号 149 頁。

³ 最決平 29・1・31 民集 71 巻 1 号 63 頁。

⁴ 最判平 18・7・7 民集 60 巻 6 号 2307 頁。

⁵ 最決平 25・9・4 民集 67 巻 6 号 1320 頁。

⁶ 最大判平 20・6・4 集民第 228 号 101 頁。

のは、まず、簡潔で曖昧な法律の条文である。

民法典規定の原始規定でみると、1804年のフランス民法典の条文数は2281カ条であったのに対し、1896年・1898年制定の日本民法典には1146カ条しかなかった。日本民法典の規範はフランス民法典に比べておよそ2倍曖昧であり、その分、裁判官の法解釈の余地が広いといえることができる。もっとも、フランス民法典の不法行為法の条文数は例外的に少なく、その5カ条——1384条の他人の所為についての責任を、父母、使用者、教師の責任に分けて数えても8カ条——は日本民法典の16カ条よりも少ない。この点で、日本民法全体の状況は、フランスの不法行為法の議論状況から推測することができる。日本民法の規定が簡潔であるのは、不平等条約改定のために立法が急がれ、起草者等は慣習規範の具体的な内容を民法典の中に組み込むことができず、一般的な規範のみを規定したことによる。起草者自身が、民法典は10数年後に改正し、それまでの間、曖昧な条文は解釈によって補完されるものと考えていた⁷。

また、日本民法典には、裁判官が事案の状況に適切な解決を採用できる条文がある。まず、「慣習」を法源とする条文が多い⁸。90条の「公の秩序」や「善良の風俗」、110条の「正当な事由」といった一般的な条項もある。これらの枠概念は、フランス法でいう「法の意図的な欠缺 (lacune intra legem)」であり、法律三段論法の形の中で拡張解釈や利益衡量を可能にする。

b 判例による一般条項の形成

以上の法律の一般条項による拡張的解釈に加えて、判例は法律規範に対する例外を形成し拡張した。重要なのは、「権利濫用」と「信義誠実の原則」である。20世紀初めの10年に、学説はフランス法とドイツ法から「権利濫用」と「信義誠実の原則」という観念を導入し、まもなく判例はこれらの法理を採用し、その後次第に適用事案を挙げた。そして、1947年の民法典改正は第1条に、公共の福祉による私権の制限とともに、権利濫用と信義誠実の原則を、適用領域を限定することなく規定した^{9 10}。

権利濫用についてその適用事案をみると、当初は、流水利用権、戸主権、所有権に基づく請求などであったが、その後、煤煙公害、不動産賃貸借の解除、時効の援用等に広がり、今日では民法にとどまらず、民事訴訟法、労働法、会社法等に及んでいる。

⁷ 瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集41巻5・6号(1991年)2447頁注(4)とその本文。

⁸ 「慣習」に委ねる条文はフランス民法典とほぼ同数の10数カ条であるが、条文数全体の中での割合は倍である。また重要なのは、民法92条が当事者の法律行為の解釈を慣習に委ねていることである。そして、例えば賃料値上げ請求は、同条によって判例が認めた後に、借地法、借家法が明文化した。

⁹ 以上につき、谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法(1)』152～161頁〔安永正昭〕、山野目章夫編『新注釈民法(1)』185頁以下〔平野裕之〕参照。

¹⁰ 原案にはなく、国会審議の過程で追加された(菅野耕毅「権利濫用論の史的展開」『民法講座1』68頁)。この第1条には、2004年の現代語化の改正時に「基本原則」の見出しが付された。

民法では現在、親子関係不存在確認請求、認知無効確認請求、遺留分減殺請求等の相続人間、家族間の請求事案が目立つ¹¹。そして、この適用事案の拡大に伴い、利益衡量の内容も、当事者の一人が受ける不利益と得る利益の衡量、あるいは、当事者の一方が受ける不利益と他方が得る利益の衡量から、家族法、会社法の事案では複数の関係者の利益の衡量へと変わっている。

もっとも、フランスでも、19世紀末から判例・学説が権利濫用、信義則の法理を認め、その適用領域を拡大してきた¹²。特に、権利濫用の事案類型の拡大範囲は、日本の判例とだいたい同じであり¹³、その判断では、次第に広範で多様な諸利益を衡量しているようである。判例による一般条項の形成が利益衡量の基礎になることは、日本法に限られるわけではない。

c 付随的違憲審査制と憲法の原則的規範

利益衡量による裁判を可能にする一般条項として、第2次大戦後の改革による違憲立法審査権を付け加える必要がある。戦後の憲法は、すべての審級の裁判官が私人間の訴訟において法律の違憲性を審査する権限を与えた。その結果、裁判官は憲法の規範を援用し解釈して、訴訟で問題になっている法律が違憲で無効だとすることができると。例えば、非嫡出子の相続分を半分にしていた民法900条について、まずいくつかの下級審裁判例が、そして最後には最高裁が、憲法14条（平等の原則）によりつつ利益の衡量によって無効とした（前掲注5）。

B 日本の最上級審の制度的特徴

以上に述べた制定法規定の拘束の弱さは、bの末尾で述べたように、利益衡量を支える理由としてそれほど決定的ではない。制定法規定の拘束の弱さよりも重要だと思われるのは、日本の最上級審の制度上の特質である。

a 事実審の性格を持つ最上級審

フランスの破毀院は元来、立法部による法律を裁判所が歪曲しないかを監視するために議会に付置された¹⁴。厳格な法律審であり、破毀する場合に、1967年以前は差戻

¹¹ 以上につき、谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法（1）』168～217頁〔安永正昭〕。権利濫用の事案はフランスと共通するものが多い。

¹² Loïc Cadet et Philippe le Tourneau, *Abus de droit, Répertoire civile Dalloz*, 2015, Philippe le Tourneau et Matthieu Poumarède, *Bonne foi, Répertoire civile Dalloz*, 2017.

¹³ Cadet et le Tourneau, *op.cit.*, n^{os} 9-12, n^{os} 104 et suiv., n^{os} 185 et suiv.

¹⁴ 林屋礼二「上訴制度の目的」『民事訴訟法の争点〔新版〕』（1988年）317頁、319頁、滝沢正『フランス法第5版』（2018年）62頁、74頁。

しのみでき、自判できなかつた¹⁵。判決理由の書き方は法律的三段論法の論理に限定されている¹⁶。

これに対し、日本の最上級審(大審院、最高裁)も法律審とされるが、破毀院と違って、破棄自判もフランスより広く認められてきた。また、厳密な法律判断に限らず、相当に広く事実判断をしている。ここでの事実判断とは、控訴裁判所が確定した事実と異なる評価を与えることであるが、その評価をする際に諸利益を衡量し、その利益衡量を判決理由の中に記述している。この事実判断は、破棄自判する場合に多いが、控訴審とは別の理由で上告を棄却する場合にも行っている。そもそも上告審の制度目的について、日本の学説では古くから、(a)「裁判の適正・権利の保護」か、(b)「法令の解釈適用の統一」かが議論されているが、そこでは(c)「法律の遵守の確保」を切り分けて議論していない¹⁷。

日本の最上級審のこの特質は、大審院設置の経緯に遡る。明治維新(1868年)時に一部の地方行政庁の中に裁判所が設置されていたところ、1871年(明4)より、司法省の下に、地方行政庁から独立した府県裁判所・区裁判所の設置が進められ、1875年(明8)に大審院・上等裁判所が設置され、府県・区裁判所の裁判に対する上訴を受理するようになった¹⁸。設置当時、大審院は原判決を破棄するときは「便宜ニ大審院自ら審判」することができ、実際にも通常は、当事者の対審で事実認定をした上で自判していた。さらに言うと、原判決の当否を判断するときにも、事実認定をしていた¹⁹。

最上級審設置の目的が、フランスでは立法部による裁判所の監視であり、ドイツでは司法の中央集権化と連邦法の解釈の統一であったが²⁰、日本では、行政庁から裁判所を分離し中央集権的な司法制度を構築することであった。大審院設置当時は議会が開設されておらず——帝国議会開設は1890年(明23)——解釈の統一が問題となるほどの実体法規範はなかったから、大審院を「立法者の武装した腕」と考えることはなかった。そのほか、下級審裁判官の能力が低く、差戻した場合の適切な判決を期待

¹⁵ 1967年以後は自判できるようになった。山口俊夫『概説フランス法上』(1978年)353頁、358頁、滝沢・前掲掲載書194頁。

¹⁶ 例えば、権利濫用の判断における諸事情、諸利益の衡量を、控訴院、下級審裁判所は判決理由に記述するが、破毀院は今回の改革まで記述していなかった。Christophe Jamin, *Juger et motiver*, *RTDCiv.* avril-juin 2015, p. 270 は、「破毀院は立法者の武装した腕だから、三段論法で事足りているのだ」という。

¹⁷ 林屋・前掲注15・317～8頁、山田文「上訴制度の目的」『民事訴訟法の争点』(2009年)253頁。

¹⁸ 瀧川毅一『日本裁判制度史論考』(1991年)1頁以下。なお、1875年の大審院は、井上毅がボアソナードヤブスケの意見(「大審院構成」)に従って立案した(瀧川・前掲書12～14頁、『井上毅伝 資料篇第二80頁以下』の「佛國大審院考」(明治6年)を参照)が、ボアソナードヤブスケは破毀院のあり方に批判的だったという。

¹⁹ 林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』(2006年)44～6頁、157頁以下、特に190～3頁。大審院の自判を現行民法325条・326条のように制限したのは旧民法(1890年(明23))からである。

²⁰ 兼子一「上告制度の目的」『民事法研究 第2巻』173頁以下(初出は1953年)、林屋・前掲注15・319頁。

できなかったこともあったであろう。こうして日本では、最終審の制度を、フランスの共和制モデル (c) から離れ、ドイツ法をモデルに理解するようになった (b) が、解釈を統一する実体法規範が貧弱だったから、法解釈の統一ではなく裁判法の統一と考えたのでないか。たしかに、1880年代末以後の議会の開設、諸法律の制定、裁判官を含む法曹教育の整備²¹、さらに戦後の諸改革によって、最上級審の背景は大きく変わった。しかし、今日でも、日本では3審制と考え（フランス、ドイツは2審制である）、上告制度の目的を (a) 「裁判の適正・権利の保護」と考え、最高裁が広く事実評価をしていることの淵源は、ここにあるように思われる。

b 最高裁判所の人的構成と意見の公表

戦後民主化の改革は、最高裁に利益衡量を促すような制度的条件を2つ付加した。上告審が事実審的であることは、aに述べたように立法府尊重の欠如に由来するが、こちらは、司法部の民主化思想に基づく。

まず、新たな裁判所法が非職業裁判官の任命を可能にした。実際には、下級審裁判所ではキャリアでない裁判官の数は非常に少ない。しかし、最高裁では結構多い。最高裁の15人の裁判官の構成は、以前は若干変動することがあったが、1965年以後は、職業裁判官6、検察官2、外交官1、行政官1、大学教授1、弁護士4で安定している。

加えて、最高裁の裁判官の意見の公表が、英米をモデルにして改革された。下級審裁判所の裁判官は従前と同じように審理の秘密を守らなければならないが、最高裁の裁判官は判決文で自らの意見を、補足意見あるいは反対意見として表明する義務を負っている。これにより、まず、最高裁の非職業的裁判官が、ついですべての裁判官が、一般に対する説得に熱心になった。この個人意見には、もちろん法律三段論法による議論もあるが、利益衡量やその他の議論もみられる。

c 最高裁の判断に対する国際的な審査がないこと

フランスの破産院の判決はヨーロッパ裁判所の介入を受ける。そして、当該事案に適用する・破産院とヨーロッパ裁判所に共通の法律規範——法律的三段論法の大前提となる法律規範——は限られているから、どうしても利益衡量による判断の適否の問題になるのであろう。これに対し、日本の最高裁判決は何らかの国際裁判所の審査を受けることがない。最高裁の利益衡量は国内の法律家の批判を受けるだけで、その批判は執行力あるサンクションを伴わないので、大きな議論にならない。

Aのbでみたように、フランスでも、権利濫用、信義則等の中で利益衡量の判断が次第に拡大してきたが、それがさらに内発的に拡大する前にヨーロッパ人権裁判所が介入・促進し、介入に対する制度的な対応の必要が、利益衡量に対する好感と反発と問題意識を増大させているように思われる。そうだとすると、日仏の裁判実務の差異

²¹ 三阪佳弘『近代日本の司法省と裁判官 19世紀日仏比較の視点から』（2014年）173頁以下。

のうち現象的に最も重要なのは、この最上級審判断に対する外からの審査の有無であり、フランスの利益衡量の問題は日本では未経験のものということになる。

II 学説論争における正義、裁判の考え

A 探照灯としてのジェニー

日本法の歴史の中では、利益衡量という考え方は1960年代半ばの法解釈論争において現れ、その後の民法学に定着し、少し後には公法学でも採られるようになった。他方、フランス法の歴史をみると、既にF. ジェニーの『法解釈方法と実定私法の法源』に、「利益の平衡(l'équilibre des intérêts)」という、利益衡量に近い観念がみられる²²。ジェニーは、この「利益の平衡」を、彼が説く「自由な探究(la libre recherche)」を実務において活用するための基礎・原理(principe)と考えている。そして、日本の利益衡量論は、遡ると、部分的にジェニーやヘックから着想を承けている。そこで、ジェニーの「利益の平衡」の基礎にある考えを分析し、それを参照することにより、利益衡量をめぐるフランス法と日本法の議論を関連づけ、比較してみる。

ジェニーにおいて、法解釈の基礎は4つの命題にまとめられる。第1に、形式的な法源である法律には広範な欠缺がある(①)。第2に、類推というような伝統的な法論理によって法規範を演繹することはできず、事実と種々の科学分野の議論によらなければならない(②)。第3に、立法者ではなく裁判官あるいは法律家が紛争の解決を考え出す使命を負っている(③)²³。他方で、ジェニーの利益の衡平というとはえ方は、人々が各自の利益を追求し、その利益の追求が利益の衝突と法的な紛争を引き起こし、裁判はその中の一定のものを採るという社会像を含んでいる(④)²⁴。しかし、ジェニーの利益の衡平は、積極的で信頼すべき裁判官(⑤)を前提としていなかったように思われる。

利益衡量をめぐる日本の学説の展開を、以上の5点についてみてみよう。

²² F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droits privés positifs* (1899). 以下では、1919年刊行の第2版による。「利益の平衡」に関する論述はn^{os} 173-174, n^{os} 164-168にある。

²³ Xavier Magnon, *Commentaire sous La méthode de la libre recherche scientifique de F. GénY, Les grands discours de la culture juridique*, 2017. <hal-01725354>, p. 2は次のように述べる。形式的な法源には諸々の欠缺があること(①)、裁判官の法創造の権限は不可避であること(③)、法が事実に適合する必要があること(②)の3つは、「法の一定のとはえ方、存在論的な諸前提、さらに言えば、法を理解するときの一定のイデオロギーを指し示しているようにみえる」。

²⁴ Christophe Caron, *Utilisation de la « balance des intérêts » pour résoudre les conflits de droits fondamentaux*, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1633は、前掲注22・GénY, *Méthode*, n^o 173について次のようにいう。「ジェニーによると、各裁判官が実行しなければならない最高の使命がある。それは、正しく調整すること(la juste conciliation)が人間の社会的目的を実現するのに必要であると思われる相競う諸要求に最も適切な満足を与えるために、眼の前の諸利益について真の衡量を行うことである」。

B 法解釈方法論と利益衡量

a 法解釈学の基礎の形成

誤解を与えないために、まず最初に、日本の法学は法的議論の概念化のために、近代化の当初から大きな努力をしてきたし、今日もその努力を続けていることを確認しておきたい。特に、1860～70年代の法概念の翻訳・造語、80～90年代の基本的法律の整備、1910年代のドイツ法学継受期までの学説の作業は、法的議論の概念化に集中していた。しかし、1920年代以後は、概念化の作業と並行して、法解釈のあり方を探る中で、利益衡量論の基礎となる考えを積み重ねてきた。

振り返ると、今日の法解釈論の基本的部分は1920年代に——第1次大戦後の民主化と産業化の時代であり、先に述べた「権利濫用」論と「信義誠実の原則」が定着した時期に——形成された。当時の法解釈論を「利益衡量」という観点から振り返るときに取り上げるべき学説は、末弘巖太郎と我妻栄である。この二人は1920年代から30年代にかけて、法解釈方法論を探究し法学会に大きな影響をもった²⁵。

末弘は、自由法運動の影響の下で、ジェニーに相当近い立場を採った。彼は、法律の欠缺を認めなければならないこと(①)、概念的な論理以外の思考を以て、実践する現実の中に法を根付かせ汲み取らなければならないこと(②)、裁判官が法律を創造することを認めるべきこと(③)を主張した²⁶。さらに彼は、「利益」の分析を重視した²⁷。しかし、利益の「衡量」は説いていない。末弘は、自由法論とともに、それまでに進められた中央集権化に対抗するものとして、ラスキの多元的国家論やエアリッヒの「生ける法」の考えをもっていた。この考えから、立法機関が制定した法規範に依拠しない法規範を打ち立てることを重視し、判例法の形成もその一つと考えていた²⁸。しかし、その判例法の形成が裁判官の利益の衡量によるものとは考えなかったように思われる²⁹。

このように、末弘は法律の欠缺と裁判官の法創造を認めていたが、他方で、法律はそれが想定する社会関係の限りでは裁判官を羈束するとし、また、裁判官が法創造する場合にも、「同じものは同じように」という法治主義のために、法概念と、法律を

²⁵ 末弘は1920年代初めから、末弘より9歳年下の我妻は1920年代後半から、いずれも1930年代初めにかけて、法解釈方法論を提示している。

²⁶ 瀬川信久「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座 別巻1』（1990年）4頁以下、同「末弘巖太郎の民法解釈と法理論」六本佳平・吉田勇編『末弘巖太郎と日本の法社会学』（2007年。以下では「末弘巖太郎」で引用）183頁以下。

²⁷ 瀬川・前掲注26「末弘巖太郎」185～188頁を参照。

²⁸ 瀬川・前掲注26「末弘巖太郎」213頁以下、特に注37)を参照。

²⁹ ただ、裁判官による法創造は無秩序をもたらさないかという疑念に対し、末弘は、法創造は、事実認定における事実と明確な法律規範と三段論法によって拘束されると述べた上で、「裁判のことを考へる」とときには「裁判官に対する信頼だけは飽くまでも之を基礎に置く必要がある」と答えている（瀬川・前掲注26「民法の解釈」5～7頁）。

大前提としない三段論法によらねばならないとした³⁰。

裁判官の法創造を認めた末弘は、裁判研究の必要性を強調し、その方法論として、事案の事実関係の分析を説いた。「事実に依って概念を洗え。そうして洗われた活きた新しい概念の上にあるべき法律を築かねばならぬ」と³¹。これ以後、事実分析を重視する判例研究は大学の研究と教育で非常に重要になり、裁判例とその批評の刊行が増加した。さらに、末弘は実務にも働き掛け、事実と判決要旨を簡略化した大審院判例集を批判し、裁判官が解決を下すときに基礎にした事実関係を含む理論を公刊するように要求した。実務はこれに応じて、事案の詳しい事実を公刊するようになった³²。今日、多くの判例研究が、事案の事実を分析し、それによって先例としての判決の射程を確定する作業をしている。

以上に対し、我妻は、末弘の多元的国家論、生ける法の考えを採らなかった。しかし、社会の一定の生活関係を法律に基づく判断（裁判）によって処理することが法律の中心的職能だとし（「裁判中心の考察方法」）、末弘の①②③の考えを基礎とした。その上で、裁判の実際結果を重視する立場から、③の裁判官の法創造の問題は、「具体的事案に対する価値判断」と「現行法規の論理的体系」をいかに結合するかの問題であるとした。このうちの価値判断が本体であり、論理的体系は、法律の確実性と国権に対する個人の自由を確保するために価値判断に後から着せる衣裳だとした。この論理的体系として、我妻は末弘と違い、法律的三段論法を考えている（法律規範として柔軟で幅広いものと考えているが）³³。他方、価値判断としては、眼前の問題において相争うすべてのファクターを観察し、考慮すべきあらゆる要素を検討して、当該法律関係における具体的な原理を求めることを考えている。このように、我妻は法解釈を、裁判官による細切れ社会学（piecemeal engineering）の試行錯誤と考えた³⁴。そして、この社会学が近視眼的にならないための「社会現象の法律を中心とする研究」の必要を説き、自らは、近代民法の体系を、資本主義と国家統制の進展による債権法の優位として描き、膨大な裁判例と学説と自らの法解釈論をその中に位置づけた³⁵。このように我妻は、相争う社会諸ファクターの調整を、社会構造という巨視的な観点から探究した。我妻が裁判官による利益衡量論を考えなかったのはこのゆえであろう³⁶。

³⁰ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」5～6頁、同・前掲注26「末弘巖太郎」195～6頁参照。末弘は、三段論法——大前提は法律の規範に限られない——と法概念の重要性を説いていた。末弘は、非法律的三段論法と法概念によることは、秩序維持のための法的コミュニケーションに必要な要素と考えていたように思われる。

³¹ 瀬川・前掲注26「末弘巖太郎」200頁参照。

³² 瀬川・前掲注26「末弘巖太郎」202頁参照。

³³ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」12～3頁。

³⁴ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」14～5頁。

³⁵ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」15～7頁。『近代法における債権の優越的地位』と『民法講義』8冊。

³⁶ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」58頁。

b 利益衡量論の形成

以上の戦前の法解釈方法論のうち、末弘の多元的国家論、生ける法の部分は、1930年代後半の国家統制体制への強化の中で急速に消滅した³⁷。戦後復興期には、国家法以外の法を探究する動きがあったが、次第に、我妻のような法観念が、多くの法律家の支持を得ていった。

ところで、戦後の民主化の曲がり角の1950年代に、いくつかの判決が、いわゆる法解釈論争を引き起こした。その論争の中で、来栖三郎は、これまでの法解釈の考え方に2つの考えを付け加えた。法解釈は一つではないこと（解釈の複数性）、したがって解釈者は可能な複数の解釈から、政治的責任の意識をもって一つを選ばなければならないこと（法解釈の主観性とそれに伴う責任）である³⁸。ここには、諸利益の衝突という社会観（上記④の前半）をみることができる³⁹。

法解釈のとらえ方が以上のところまで蓄積した1960年代に、加藤一郎と星野英一が、判例研究の作業を自省する中から、利益衡量を中核に置く法解釈方法論を提唱した。彼らは、法解釈のとらえ方に2つの考えを付加した。裁判は相争う利益の他を犠牲にして一定の利益を選択するものだという認識（④の後半）と、積極的で信頼に値する裁判官という考え（⑤）である。利益の衝突と裁判官による裁定という前者の考えにはヘックやジェニーの影響をみることができる。しかし、この提言の背後には、制限超過利息の充当・返還の可否、根抵当、代物弁済の予約、担保的効力をもつ相殺、賃借人の保護など、この時期の経済的成長の中で生じ、法律規範の枠を超える利益衡量を必要とした紛争が大きな比重を占めていた。論者が考えた利益は、多くが経済的社会的な利益であり、特に金融取引の環境変化にともない制定法規範が基礎とした社会的評価を変更しなければならなくなった利益であった⁴⁰。例えば、根抵当、代物弁済の予約、担保的効力をもつ相殺の問題は、1960年代の余裕資金の社会的な増加のゆえに一般金融機関が中小企業への融資を拡大した中で活用されるようになった担保方式であった。また、制限超過利息の充当・返還の事案では、同じ余裕資金の増加のゆえに一般金融機関の融資以外の金利が急激に下落し、契約時には借主が一応納得していた利率が弁済時には異常と評価される高利になったことが、契約時の利率の合意を弁済の時点で評価し直すことを必要とした。取引環境の変化が、諸利益のいわば社会的性質決定（qualification）のし直しを要請した事案であった。

利益衡量の重視に対しては、少なくない民法学者が、基準の曖昧さと裁判官の権限

³⁷ 瀬川・前掲注26「末弘巖太郎」219頁以下。以後、末弘は法解釈学を「実用法学」ととらえるようになるが、それは我妻のとらえ方に近いように思われる。

³⁸ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」22頁以下。

³⁹ 来栖の法解釈の主観性とそれに伴う責任には、Jamin, *op.cit.*, p. 168が「公論の民主主義における『解釈学的転回 (tournant herméneutique)』」と呼ぶものをみることができる。

⁴⁰ それらは、フランスでは1970年代半ばのAdolphe Touffait et André Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celle de la cour de cassation, RTDCiv.* 1974が、破毀院の判決理由のあり方を批判するときに考えた利益である。

に対するコントロールがないことを批判した⁴¹。しかし、法律的三段論法だけでは解決できない紛争が増えたために、利益衡量の方法は実務の理由付けにおいて一般化し、大学の授業で教えられ、判例研究において一般的になった。

c 利益衡量論に対する批判

1970年代まで、民法学者の大部分は、我妻と同じように、法解釈を基本的に、裁判官が当該状況に対して行う働き掛け、社会工学と考えていた。しかし、来栖や加藤、星野の議論の中には、法解釈を説得のための議論とみる動きがみられた。そして、1980年代になると、科学哲学や実践哲学の影響の下に、法解釈を、裁判官だけでなくすべての法律家が行う説得活動とみる見解が提示されるようになった。この中で、平井宜雄は、ポパーやトゥールミン等を基礎にしながら、この観点からの法解釈方法論を具体的に展開した。

平井によれば、法的議論で重要なのは、反論可能性と法的な思考様式である。平井は、利益衡量は反論可能性を欠き、法的議論を非合理に導くと批判した⁴²。平井は、この反論可能性を確保するものとして、三段論法（ミクロ正当化）を重視する。そこで考えるのは、大前提が制定法規範に限られない三段論法一般である⁴³。他方、法的な思考様式は、当事者を何か上位の目的のための手段として扱うことがない。法的議論は、各当事者を目的と考え、彼らの間の平等と正義を実現することによって紛争を解決するのである⁴⁴。平井はまた、法律共同体の言語と、法的議論の制度的制約と倫理の重要性を強調する⁴⁵。平井は自らを、概念的な論理を重視する伝統学派的擁護者だと自認する⁴⁶。

平井の批判にもかかわらず、裁判官の決定が諸利益の一つを優先するという利益衡量論が考えた現実を否定することはできない。平井もこの現実を否定せず、ただ、一つの利益の優先を利益衡量と価値判断によっては正当化できないとするのである。さらに言うと、平井が強調する法的思考様式は、利益衡量論が説くのは別の利益衡量である。それは、親子関係不存在確認請求事件判決などでみられるものであり、フランスの今日の利益衡量の事案においても一定の重要性を占めている。平井が利益衡量を丸ごと排斥するものではないことは確認する必要がある⁴⁷。

⁴¹ 批判者の中には、概念的な三段論法を重視する論者（ドイツ法研究者に多い）のほかに、当時のマルクス主義、近代主義の影響の下で「歴史の流れ」の探究を説く者もいた。

⁴² 瀬川・前掲注26「民法の解釈」78～9頁。

⁴³ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」80頁, 84～85頁。法文のほかに、判例から導かれる法律論、立法者意思、様々な中間命題等を議論の前提として受け入れられている限り広く大前提（マクロ正当化の根拠）にしてよいとする。非法律的な三段論法を考える点で末弘に近い。

⁴⁴ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」85～6頁。

⁴⁵ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」83頁。

⁴⁶ 瀬川・前掲注26「民法の解釈」86頁。

⁴⁷ 木庭顕「法学における歴史的思考の意味」法制史研究51号（2001年）139頁注（5）は、

むすびに代えて

以上の検討全体をみると、日本法が利益衡量を広く受容している基本的な理由は2つある。一つは、フランスと違って、「裁判官を法律の口」と考えていないことである。たしかに、日本の裁判官も、直近に立法された法律は厳格に適用する。政治的な対立がある事件では、法律の規範に従うか、現状の変更を避ける。しかし、適用する法律が古くて現在の状況に適合せず、また、政治的な対立がない事件では、新しい規範を形成することに躊躇しない。利益衡量を受容しているもう一つの理由は、日本の大審院、最高裁は、フランスの破毀院と違って、「立法者の武装した腕」と考えられていないことである。裁判官や最上級審に関する日仏のこれらの違いは、フランスでは裁判官に対する不信が憲法化され、共和制意識と議会の制定法の権威が大きいのに対し、日本では裁判官に対する事実上の信頼が支配し、共和制意識と法律の権威が弱いことに由来するようと思われる。

日仏比較の観点から見ると、利益衡量の問題の中心は、このように、国家体制の中の裁判の位置づけの違いにある。しかし、利益衡量をめぐるフランスのこの間の議論はヨーロッパ裁判所との関係で生じている（IのAc）から、利益衡量の問題は国家体制内の問題にとどまらない。他方で、利益衡量には種々のものがある。本稿の考察は、利益衡量をまず、法律的三段論法と対比して検討した。また、付随的に、利益と衡量の型についても探究し、利益衡量が、取引上の紛争か、私生活に対する侵害かによって異なることをみた⁴⁸（IのAb, IIのBbc等）。また、利益衡量には、コルニュー＝テナール教授が指摘するように、先例としての効果が異なるものがある⁴⁹。利益衡量の問題には複数の側面があり、本稿が検討したのはそのいくつかにとどまる。

利益衡量の問題全体を捉えることは難しい。ただ、問題が、法的ディスクールないしコミュニケーションの今日的な変化を反映していることは確かである。

星野英一の利益衡量は、個人ではなく団体の利益に着目する利益多元主義デモクラシーに対応していたとし、平井は星野の利益衡量が言語の基本要件を欠いたことを批判したのだとする。利益衡量の中の異なる型と質についての貴重な指摘である。

⁴⁸ 今日フランスで取り上げられる利益衡量の事案の多くは、「私生活」の尊重、人権の私人間保護（水平的効果）など、法的保護の対象になったのが近年で、法規範が確立していない事案である（Ph. Jestaz et al., *Revolution tranquille à la Cour de cassation*, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2062 et suiv., T. Marzal, *La Cour de cassation à « l'âge de la balance »*, *RTDCiv.* 2017-4, p. 789 et suiv.）。

⁴⁹ フランスでは利益衡量による判決を一般に「事例判決（arrêt d'espèce）」にとらえるようだが、日本でも、利益衡量による判決の中には「事例判決」ととらえられるものが少なくない（親子関係不存在の確認請求を権利濫用とした最判平18・7・7家月59巻1号98頁）。

経済法分野における利益の衡量と比例性のコントロール：競争法を例として

シルヴェヌス・ポワイヨ＝ベルツェット（破毀院特任判事・トゥルーズ第1大学教授）

訳 岩川 隆嗣（北海道大学准教授）

利益の衡量。私がこのテーマを知った時、ギリシアの女神テミスが手にしている正義の天秤のイメージが想起された。この天秤は、法律書出版社のロゴとして用いられているため、私の全ての法の研究に伴ってきたものであり、今日では、破毀院における私の評議に伴っている。なぜなら、利益の衡量〔天秤〕は、学派である前に、理論である前に、方法である前に、議論の検討〔計量〕の象徴だからである。これは、判事にとっては、女神テミスに結び付けられた第二の象徴である剣による紛争裁断の前の、事前作業の本質である。

この衡量〔天秤〕は、比較法の交わりの中心にも位置している。この交わりにおいては、経験的な蓄積の下で全ての法に共通する本質が探求され、異なった様相が示され、また、発展や解決の相違についての仔細な検討がなされる。これらは、その認識や理解を通じて行われ、時にはインスピレーションを生じさせる。ゆえに、SLC（比較立法学会）を、東京および東京大学への旅路のみならず、共通の出発点を起点とする我々相互の思考の発展への旅路にもご招待下さった日仏法学会に、感謝申し上げる。その共通の出発点が、利益の衡量である。

私が皆さんにお示しする思考の発展が、利益の衡量に関する考察というこの出発点を、経済法の中に位置づけるものである。

周知の通り、民法は、事実の真実性を起点として、規範の適用要件を探求し、認められる場合には当該規範を三段論法による推論によって適用するという、演繹的な方法を発達させている。そもそも、利益の衡量は、比例性のコントロールと共に、このような推論には馴染まない要素である。より正確に言えば、これらの基本要素は、法規範の策定において考慮されるという形で存在しており、ゆえに、判事にとって真に問題となるのは、立法者によってなされた利益の衡量に基づいて、ある状況に規範が適用されるかどうかを決定することにある。

経済法は、民法の幹から分割されるような、新しい対象に関する法ではない。むしろ、生産・流通・消費という経済活動に関する、異なった法のアプローチであり、このアプローチには国家による経済指導の形態が含まれている。経済法は、場合により制裁の対象となる経済主体に適用されるが、何より、市場、つまり市場の良好な機能に関心を寄せている。かかる新しいアプローチは、概念と方法の選択に影響を与える。しかるに、方法の観点からは、経済法は民法より、利益の衡量と比例性のコントロールを裁判の局面に組み入れる傾向にある。

経済法は、確かに新しい概念を含んでいるが、特に、立法者が市場の良好な機能以外の法の一般的目的を明示していない、市場の発達に適合するのに十分に柔軟な新し

い規範によって発展してきている。

方法も同様に異なっている。経済法は、ある行為の特徴づけよりも、市場の機能、経済主体の行為の市場に対する肯定的または否定的な効果に、関心を寄せている。

推論が、小前提に事実を置き、大前提に法規範を置いた法的三段論法の借り物であるとしても、市場メカニズムの分析、および、協定 (entente)・優越的地位の濫用 (abus de position dominante)・企業結合 (concentration) 取引の市場に対する現在のまたは潜在的効果の分析が、決定的である¹。市場への肯定的または否定的効果についての検証に基づいて、法的三段論法はしばしば、経済学的な分析の後に再構成されたかのような印象を与えている。

民法と比較した際の経済法のさらなる特徴は、経済法は、市場の良好な機能に関心を寄せているために、公的利益、正確には市場の良好な機能が最も重要な法である、という点にある。この意味で、多くの規範は強行的であり、意思自治を免れている。そのため、経済法は、その役割についての考察を求める。経済法は、経済専門家が分析するところの経済に仕えるものなのか、それとも、民法が私人の異なる経済的諸利益の調整としてのみ見ているであろう点に対して、一般利益 (intérêt général) を優先させる、法的活動の外在的規制なのか？

経済法においては、また、法規範の適用よりも各状況の特性に応じた分析を重視し、その各状況に経済メカニズムの規範を適用することを重視する経済専門家の後押しの下においては、行為の確認のみによって導かれうる解決という²、法の自動性を拒絶することが必要不可欠である。そのため、状況の全要素の必要的・具体的な分析が、前面に出されることとなる。

さらに、経済法は、その全盛期に自由競争と自由流通という基本原則によって域内市場を構築し、また、これら横断的な原則によって域内国の法を調和させている、EUの法の後押しの下において発展してきている、という特徴を持つ。経済法は、少なくともその実施に関しては、欧州人権条約および欧州連合基本権憲章によって明示された、公平な裁判を受ける権利による制限に服している。

もっとも、それでも経済法は、観点の変化に応じて、多様な内容を含んでいる。経済法は、伝統的に競争・流通・消費の法を含んでいるが、私は、競争法を唯一の例として、問題となっている私的・公的諸利益の重なり合いの様々な形態と、比例性のコントロールの様々な形態を示したいと思う。すなわち、この諸利益は、自由競争の法という、アプリアリに、市場の良好な機能、つまり公的利益のみに関心を寄せている法を対象とするのか、それとも不正競争の法という、私的諸利益の衡量によって、経

¹ しかし、経済専門家によって市場に対する効果の重要性が明らかにされた後の、競争制限的な対象行為へと帰する新たな傾向は、指摘しておかなければならない。この新たな傾向は、ある状況での行為の特徴づけのみを考慮することで、効果の分析のために長大で複雑になってしまう審理を省略することを、競争当局に認めるものである。

² 審理のコストを限定するべく、効果ではなくむしろ対象行為に着目するので、違反が潜在的に増加するという留保が付く。

済主体の行為の誠実さや透明性を保障し、かつ主体の不正によって他の主体に生じた損害を賠償することを目的とする法を対象とするのかによって、変化する。

最初に、自由競争の法は、何より公的諸利益の衡量に関心を寄せていること、他方で、不正競争の法は、三段論法によるアプローチに従って、主体の私的諸利益に関心を寄せていることが示される。しかし、私は、これらの規範および判事によるその実施において、多くの傾向が存在しており、その傾向によって、公的利益あるいは公的諸利益によって特徴づけられる競争法が、今日では経済主体の私的諸利益を関係させていること、他方で、対称的に、私的諸利益の衡量、特に三段論法による推論によって特徴づけられる不正競争の法が、次第に自由競争の法へと接続し、立法者または判事によって衡量される公的諸利益を考慮しつつあることを、示したいと思う。

1 自由競争の法：公的諸利益の衡量から私的諸利益の考慮まで

自由競争の法は、争訟の分析において、判事と立法者のペアに、独立の行政委員会が加わるという特徴を持っている。フランスにおいては、競争委員会（Autorité de concurrence）がこれに当たる。

この独立の行政委員会は、審理を行い、判事への不服申し立てが可能な裁決を下す。

これらの委員会は、産業分野または市場分野における専門家によって構成され、必ずしも法律家によっては構成されない。その構成員は、主として経済専門家ですらある。

先立つ委員会による裁決は、続いて判事が理解することとなる点の基礎となり、判事による介入の範囲、推論の出発点、用いられる方法を限界付ける。裁決は、それをコントロールする判事によって後に出される判決に対して、明らかに強い影響を与えている。もっとも、この裁決は、第一には経済学的な推論であるが、今日では手続に関する基本権の尊重により枠付けられている。

そのうえ、自由競争の法は、アプリアリに、公的諸利益のみを関心対象としている。しかし、経済主体の私的諸利益が考慮される傾向にある。

1.1 公的諸利益の衡量

伝統的な状況分析は、二段階で行われる。第一に、主体の行為のある市場に対する競争制限効果と競争促進効果が、比例性のコントロールによって決定されることで、市場の良好な機能という公的利益が保障される必要がある。

第二に、その分析が競争の侵害を帰結する場合には、少なくとも協定と企業結合に関しては、市場の利益に対する侵害と他の公的諸利益の実現との間での衡量が行われる必要がある。

1.1.1 状況の競争制限効果と競争促進効果の探求

協定か、優越的地位の濫用か、計画された企業結合かを問わず、行為または計画された統合が、競争制限的な目的や効果を有するか、または競争促進的な効果を有するかを決定することが、必要となる。

このようにして、比例性のコントロールが行われる。

二つの例が、このコントロールを例証している。選択的流通と競業避止条項である。

選択によって、排除された流通業者に対して市場が封鎖されるにもかかわらず、選択的流通は、製品販売やサービス供給の必要性との比例の下において、製品の性質によって正当化されれば、競争促進効果を持つシステムとして承認される。

同様に、フランチャイズ契約や流通契約、または営業権賃貸借 (location-gérance) 契約における、契約終了後の競業避止条項の制度の探求は、競争の侵害と、市場への自由なアクセスを保障する必要性との間の、比例性のコントロールによって行われる。そのため、競争の制限は、時・場所・移転したノウハウの重要性の点で、比例していなければならない³。しかし、この分析は、各当事者の私的諸利益間の衡量とも理解しうる。そう理解すれば、比例性のコントロールは、競業避止義務の債権者を保護する条項が、その債権者の利益と比例しているかどうかの審査となる⁴。

³ 例えば、破毀院は、正式に競業避止条項の比例性を評価している。

「しかし、控訴院判決は、競業避止条項が有効であるためには、当該条項が、時と場所において限定されていなければならないことのみならず、契約の目的との関係で比例しており、当該条項の受益者の正当な利益を保護するために必要なものでなければならないと表明した上で、次の点を考慮している。まず、本件競業避止条項の地理的範囲は、契約締結の時点において、限定されておらず、また定め得るものでもなく、反対に、契約が履行されるにつれて何らの制限なくフランス全土に拡大されるものであった。したがって、条項の地理的範囲に関する要件は遵守されていなかった。次に、当該条項は、契約の目的と比例していなかった。なぜなら、当該条項は、委託者の顧客 (clientèle) を守る目的を有しておらず、契約の目的は、一回的な、更新されないか殆ど更新されない、全体としての成人国民を対象とした取引の実現であって、これらの点は、顧客または地理的定着を必要とする場所的利益 (achalandage) の概念に内在する、ブランド・ロイヤリティ (fidélisation) という本件では存在しない観念を、排除するからである。最後に、当該条項は、契約締結前にかつての契約相手方が少なくとも付随的には既に企業を有していた事業活動を継続する可能性を、当該相手方から剥奪することで、当該相手方の国内市場へのアクセスを禁ずることのみを目的としたものであり、このことは、正当な利益の保護を特徴づけなかった。以上の状況において、上告理由第一で援用されていた探求を行い、その挙示と評価によって効力を失った上告理由第二・第三・第四で援用されていた探求を行うことを義務づけられていなかった控訴院は、適法にその決定を正当化した。上告理由は認められない」。Com., 11 mai 2017, pourvoi n° 15-12.872.

⁴ 「しかし、その文言の曖昧さゆえに必要となった条項の専権的解釈により、当該条項の最初の二項は、ダイエット食品の流通に関する一切の活動であって、商品購買に影響を与える者や (prescripteurs)、仲介業者または流通業者に対するもの、さらには、その製品の生産に関する一切の活動を事実上禁止しており、したがって、代理人 (agent) に契約上託されていた顧客と競業避止義務との間には相関関係が存在せず、その義務の広さは個人に対する販売活動のみを行っているクリス・ロール社の利益の保護には必要がなかったことを考慮することで、控訴院は、上告理由第二で非難されていた余分な理由 (motif surabondant) を除外して裁判を行うことができ、控訴院は実際にそのように裁判を行った。上告理由第二に含まれ得ない理由は、余剰として認められない」。Com., 15 mai 2012, pourvoi n° 11-18.330.

1.1.2 競争制限効果と他の肯定的効果との間の比例性

第一段階目での分析が、市場の利益の侵害を考慮するのに対して、第二段階目として、競争法は、協定に関して、他の比例性のコントロールを導入している。

例えば、EU 機能条約 101 条 3 項が定める適用免除は、競争制限効果を有してはいるが、最終的には生産・製造・進歩にとって有益な、消費者の利益となる、競争の侵害なくしては生じえないであろう結果をもたらす行為または統合を承認することを、可能としている⁵。

したがって、協定については、競争はそれ自体としては目的ではない。

しかし、比例性のコントロールが必要である。有益な効果は、競争の侵害なくしては得られないものでなければならない。そのため、二つの企業が共同で研究開発する旨の合意が承認されるためには、協定が問題であるにもかかわらず、これらの経済主体が連携して開発を行う必要のある発明が、消費者の利益となり、かかる連携無くしては得られないものであることが示されなければならない。

問題は、シーメンスとアルストムの統合に関して、企業結合を拒絶した欧州委員会の決定が示しているように、企業結合に関してはより微妙なものとなる。当該結合は、それを特定の市場における独占と見た欧州委員会において、欧州のより上位の利益を、巨大企業の形成に優先させなかったものとして非難された。

そうすると、欧州の競争政策の目的⁶に関する問題が提起される。市場の良好な機能という唯一の目的とバランスを取るべく、当該政策は、例えば産業政策上の利益を考慮に入れることができ、また入れなければならない、ということにまで行き着くのか？この問題に関する欧州における議論は、非常に政治的になっている。

以上のように、自由競争の法に置いては、公的利益の大きな影響力が存在している。しかし、だからと言って、私的諸利益が存在しないわけではない。

1.2 私的諸利益の考慮

選択的流通および契約締結後の競争禁止条項に関して示した例の分析は、公的利

⁵ 「第 101 条 ……」

3 項 しかし、第 1 項の規定は、以下のものに対しては、不適用を宣言されうる：

- 企業間のあらゆる合意または合意に類するもの
- 企業団体のあらゆる決定または決定に類するもの
- あらゆる協調行為または協調行為に類するもの

であって、製品の生産または流通を改善するか、または、技術的または経済的な進歩を促進し、そこから生ずる利益の公平な一部を利用者に割り当てるものであって、以下に該当しないもの。

a) 関係する企業に対して、当該目的のために必要不可欠ではない制限を課すこと

b) 関係する企業に対して、問題となっている製品の本質的な部分に関して、競争を排除する可能性を与えること」。

⁶ J. C. Roda, *Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence*, *D.* 2018, p. 1504.

益が、選択的流通のシステムの始動を望んでいる流通ネットワークのトップ (tête de réseau) や、現にまたは潜在的に排除される流通業者、競争禁止条項によるノウハウの保護を望んでいる流通ネットワークのトップなど、経済主体の私的利益と明らかに衝突していることを示している。したがって、これらの紛争は、異なる主体の私的利益の観点から捉え直すことが可能であって、そもそも、その主体は不平のある方の主体でも良い。市場への参入を望んでいる主体と、自身の市場における取り分を守るべくその参入を阻止する主体の対立である。このような、ありうるアプローチの二重性は、公的利益および現行の公的政策の効力を、減じさせるものではない。

そのうえ、自由競争の法は、競争政策と行為の摘発を強化するべく、公的訴訟 (actions publiques) に民事訴訟 (actions privées) を付加することで、ありべき利益を迅速に取り込んだ。例えば、自由競争は、不正競争に基づく民事訴訟の発展によって豊かなものになった。このように、公的利益をさらに強化するために、私的諸利益が利用されている。

* * *

しかし、競争法における諸利益の分析が、次第に私的利益を利益の衡量に組み入れているとしても、対称的に、不正競争に関しては、次第に強くなっていく市場機能の経済分析の影響力は、結局は同様に、その影響力が優先することではなく、経済主体の私的諸利益の地位を相対化することを帰結する。

2 不正競争の法：私的諸利益の衡量から公的利益の考慮まで

2.1 三段論法による推論に従った私的諸利益の衡量の原則

不正競争の法は、経済分野における民事責任の原則の適用である。そのため、非常に古くから、取引のために他の主体に損害を生じさせたとみられる主体の、行為の特徴づけの探求が必要とされており、そもそも、当該行為は、寄生の理論 (théorie du parasitisme) により競争的でも非競争的でもある。

私的諸利益の衡量は、直接的には行われぬ。なぜなら、特定の主体のありべき民事責任を取り上げるよう導くのは、民事のフォートを構成しうる行為の一覧表を規定する、法規範だからである。もっとも、競争禁止条項についての判事による分析の例は、当該分析は、当該義務の債権者と債務者の利益の衡量とも理解できることを示している⁷。

⁷ 特に、前掲 Com., 15 mai 2012, pourvoi n° 11-18.330 を参照。

2.2 公的諸利益を考慮する傾向

不正競争の法において公的利益をより深く考慮するよう導く、自由競争の公的政策と経済分析の魅力の一形態が存在する。

この動向は、自由競争についてのEU法の潜在的な増加の結果でも、欧州人権条約上の基本権の増加の結果でもある。

この傾向は、立法者によって新たに策定された規範、および、判事の作業の中において見出される。

2.2.1 立法者による新たな規範の構築における傾向

競争法規範の違反に基づく損害賠償訴訟の制度化の例と、不正競争における準拠法の決定の例は、市場の良好な機能という公的利益を考慮する新たな傾向を示している。

*競争制限的な損害の賠償のための特殊な民事訴訟構築における公的利益

加盟国およびEUの競争法規定の違反に基づく、国内法における損害賠償訴訟を規律する諸規定に関する欧州議会および欧州連合理事会の2014年11月26日の指令は、加盟国において国内法化がなされた。フランスにおいては、2017年3月9日のオルドナンスによって国内法化がなされた。当該指令は、特定の競争制限行為の違反に基づく損害賠償の民事訴訟を、明確にデザインしている。すなわち、当該指令により、証拠の提出・競争委員会の決定の効果・時効・責任の連帯性に関する特別な規定を有する民事訴訟を促すことで、競争制限行為に対する公的な闘争を支援することが必要となっている。

*不正競争に関する準拠法選択における公的利益

国際私法は、伝統的にはサヴィニーの見解により、私的諸利益の衡量の法として現れる。

しかし、公的な競争政策の魅力は、準拠法に関して、規範が当事者に強制されることのみならず、連結の判断基準が市場の利益によって決定されるという結果をももたらす。

後者のような準拠法選択は、そもそも警察法 (lois de police) の方法に依拠することを避けるものである。

準拠法決定における公的利益の考慮は、第6条が競争分野における準拠法についての特別な規定を定めている、契約外債務の準拠法に関する2017年7月11日の規則864/2007 (「ローマII規則」) に起因する。

同6条3項は、自由競争に関して、市場への効果の観点から準拠法を定めているが、これは驚くべきことではない。しかし、同条1項は、原則として、不正競争の訴訟について同様の解決を規定している。同条2項によれば、不正競争の訴訟について、状況が競争者の利益にのみ影響を与えるのであれば、一般法規範の適用、すなわち損害

の勃発に関する法の適用がなされる⁸。

言うまでもなく、原則と例外の分節は、明確には定められない。なぜなら、行為は常に市場に対する効果を有するから、6条2項の適用例を決めるのは困難だからであり、おそらく同項は殆ど適用されない〔アネクトドのように表に出てこない〕であろう。いずれにせよ、この点は、当該分節に関する争訟において、破毀院商事部が取り上げたことである⁹。

これらの場合には、判事は侵害された諸利益の選択によって裁定を下さなければならないが、判事はまた、今度は欧州人権条約によって課されている公的利益に照らして、比例性のコントロールをも行わなければならない。

2.2.2 判事における傾向：不正競争分野における公的諸利益間の比例性のコントロール

不正競争に関する伝統的な訴訟も、より上位の公的利益との比例性のコントロールの対象となりうる。

すなわち、例えば破毀院民事第一部は、2018年12月12日の判決により、判決が出されていない間に手続の存在を外部へ伝達することは、一般利益に関するテーマが問題であるとき、表現の自由の原則に照らして、信用毀損（*dénigrement*）を特徴づける、という原則の射程を評価した。このようにして、比例性のコントロールは、欧州人権条約に関するEU法の適用において、推論の大前提に導入されたのである¹⁰。

⁸ 規則6条は、次のように規定している。

「1項 不正競争行為に基づく契約外債務の準拠法は、競争関係または消費者の集团的利益が悪影響を受け、または受けるおそれがある地域の国の法である。

2項 不正競争行為が、特定の競争者の利益にのみ悪影響を与えるときは、第4条が適用できる。

3項

a) 競争制限行為に基づく契約外債務の準拠法は、市場が悪影響を受け、または受けるおそれがある国の法である。

b) 複数の国の市場が悪影響を受け、または受けるおそれのあるときは、被告の住所地の裁判所に訴訟を提起した損害賠償訴訟の原告は、当該請求が根拠とする契約外債務を生じさせた競争作用の制限によって、当該加盟国の市場が直接的かつ重大な悪影響を受けていれば、提訴した裁判所における法に基づいて自らの請求を基礎づけるよう選択できる。原告が、裁判管轄に適用される法規範に適合して、裁判所に複数の被告を召喚したときは、原告は、各被告に対して提起した訴訟に関連する競争制限行為が、同様に当該裁判所の属する加盟国の市場に直接的かつ重大な悪影響を与えるものである場合に限り、当該裁判所における法に基づいて自らの請求を基礎づけるよう選択できる」。

⁹ 「しかし、第一に、不正競争の訴訟の準拠法は、競争関係または消費者の集团的利益が悪影響を受け、または受けるおそれのある地域の国の法である、という原則には、当該行為が特定の競争者の利益にのみ悪影響を与える場合という例外が存在しているが、これはまさに、当該行為が市場に対する効果を有さないことを条件とするものであり、競争関係と市場が悪影響を受けるおそれがあるのはシンガポールであることを考慮することで、控訴院が認めなかったものである」。Com., 8 novembre 2017, pourvoi n° 16-10.850.

¹⁰ 「関係者の間において直接的かつ実質的な競争状況が存在しない場合であっても、一方によってなされた、他方により製造または販売されている製品の信用を失墜させるような

* * *

経済法における、私的諸利益の衡量の中での、さらには私的諸利益と公的諸利益の衡量の中での緊張関係が示された。そして、私は、競争・公正競争の政策を豊かなものとするために、当初の対立を超えて、私的・公的諸利益の考慮の間に関係性が存在している、ということを示した。

同様に、立法者によって事前に探求された利益の衡量と、判事によって事後的にケースバイケースに行われ考案される利益の衡量との間での、緊張関係が示された。そして、私は、経済法においては、事前に分野ごとの規範を規制し、提案し、判事のコントロールの下で当該規範を実施する権限を有している、競争委員会の存在によって、かかる緊張関係が乗り越えられていることを示した。

さらに、経済法における、法学と経済学の間での、ゆえに法と経済専門家の間での緊張関係が示された。しかし、ビッグデータの時代においては、利益の衡量と三段論法による推論の伸を裁定することよりも、経済法が人工知能（AI）の影響を受ける程度の方が問題である。

この点につき、検討対象市場（*marchés de référence*）の画定のような技術的な問題は、AIの貢献によって充実したものとなるであろうが、経済専門家が推奨するケースバイケースな分析の必要性は、自動化された分析から経済法を「守る」ように思われる。

これらは、法は学際性によってのみ充実しうることの証拠であり、このことは法は我々の比較法の交わりによってのみ充実しうることを示している。生命は、移動と交流によってのみ維持される。

そもそも、法は、科学である前に、ローマ人にとって善と衡平の術だったのであり、このことは、法は術として人間性の絶え間なき探求でのみありうることの証拠である、ということをお忘れないうえ。

話題に関する出版は、そのフォートの特徴づけに故意の要素を要することなく、信用毀損行為を構成しうる。しかし、製品に関してなされた評価が、一般利益に関するテーマに係るものであり、十分な事実に基づいているときは、当該暴露は、相当の節度をもって表明されたのであれば、批評の自由の権利を含む表現の自由の権利に属し、それゆえにフォートを構成するとみることができなくなる。反対に、信頼度の高い正確な情報を提供するよう義務付けられている出版物の発行者は、自身が公に知らせる事実の確認を行わなければならない。その確認が無いのであれば、製品に関する不正確で信用毀損的な情報の拡散は、当該発行者の責任を生じさせる」 (*pourvoi n° 17-31.758*)。

民法分野における「利益の衡量」の諸相*

中原 太郎（東京大学准教授）

はじめに

1. 本研究集会のテーマである「利益の衡量」は、一見、特に民法分野において、日本の法律家に馴染みのあるテーマである。著名な民法学者により指揮された「利益の衡量」（利益衡量）論は1960～70年代に繁栄し、1980年代になって加えられた批判によりその支配的地位に動揺が生じた後も、「利益の衡量」は相変わらず法的理由付けの最重要の様式の1つであるままである。このことは、この「新たな」方法の隆盛に直面しているフランスの法律家との、有益な対話がなされることを期待させる。

しかし、このような期待は、2か国における文脈がかなり相違するということにより、すぐに挫折する。フランスにおける最近の議論を先導しているのは、ヨーロッパ法との適合の要請である¹。「利益の衡量」という手法は、ヨーロッパ法源、とりわけ私生活・家族生活の尊重に関するヨーロッパ人権条約8条により要請される比例性のコントロールに属する。フランスの法律家の主要な関心事は、フランスの伝統に強く根付いている法的三段論法の運命にある。それに対し、ヨーロッパの圧力とは無縁の日本においては、「利益の衡量」は、当時支配的であったドイツ流の方法論である概念法学を相対化するために、一般的解釈方法論として主張されたものであった。その支持者により推奨された「利益の衡量」は、基本権に関するものかどうかにかかわらず、あらゆる実質的考慮を受容することを目的としていた。法的三段論法はそこまで聖なるものではなく、厳格にすぎるとして克服するに値するものであった。

2. もっとも、これらの文脈的・基本的な相違があるにせよ、日仏の比較考察は、両国法にとって貴重なものであろう。フランスの法律家が「利益の衡量」に対して示す臆病さ・不信感・嫌悪感は、次のことを自問させる。そもそも「利益の衡量」とは何であり、その射程は何か。対して、この手法に寛容な（しかしそれを十分に体系化しているわけではない）日本の法律家は、自らの到達点を振り返るほうがよい。我々は「利益の衡量」によって何をしているのか、また実定法の状況はどのようなのか。

* 本稿は、フランス語で作成された報告原稿（フランスにおける出版を予定している）の日本語訳であり、日本語文献の引用は最小限にとどまる。なお、脱稿後に公表された筆者の関連論稿として、中原太郎「日本法における権利濫用」民法研究第2集第8号（2020年）45頁以下。

¹ B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 ; Entretien avec B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G* 2015. 1122.

日仏を統合した考察の鍵は、次の基本的観点から「利益の衡量」の諸類型を描くことにあるように思われる。すなわち、この手法と法規範の関係である。というのは、「利益の衡量」の手法の本質的特徴は、法的三段論法（法規範の言明→当該事案における事実の抽出→当該事実への法規範の適用）との緊張関係にあるからである²。この観点からは、我々は、2つの種類の「利益の衡量」、すなわち法規範に内在的なもの（Ⅰ）と外在的なもの（Ⅱ）とに直面している。以下、それぞれの具体例及び論点について考察する。

I 法規範内在的な「利益の衡量」

3. 「利益の衡量」は、必ずしも法的三段論法とは対立しない。当該事案に適用される法規範への結実（A）ないし吸収（B）により、「利益の衡量」が法的三段論法に統合されることがありうる。ここでは、法的三段論法の実践が問題となっているにすぎない。本質的な問題点は、むしろ、現代法において増加しつつあるそのような法規範の正当性にある。

A 法規範への結実

4. 当該事案に適用されるべき法規範が明示的に関係諸利益の衡量を判事に対して要請している場合には、それは立法者が命じた法的三段論法の適用である。

典型的であり現代的でもある具体例を、契約上の債務の不履行のサンクションに見出すことができる³。フランスにおける契約並びに債権債務の一般的規律及び証明に関する法の2016年の大改正により、民法典に「債権者は、債務の履行が不可能である場合又は債務者にとっての履行の費用と債権者にとっての履行の利益に明らかな不均衡がある場合を除いては、付遅滞の後、債務の現実の履行を求めることができる」という規定（フランス民法典1221条）が導入された。それに対し、日本の立法者は、2017年の債権法の大改正に際して、同様の規定を明文化することまではしなかったが、同種の考え方を以下の新規定に見いだすことも可能である。「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは、債権者は、その債務の履行を請求することができない」（日本民法典412条の2第1項）。「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という文言は、この文

² D. Mazeaud, « Proportionnalité à la une ! », *JCP G* 2016. 1028 ; T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance ». Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017, p. 789.

³ 日本におけるその他の例として、借地借家法6条及び28条が挙げられる。これらの規定は、賃貸人が賃貸借契約の更新を拒絶するには「正当の事由」が必要であることを定めている。これらの規定は、賃貸人及び賃借人が賃貸借目的不動産の使用を必要とする事情や、賃借人が賃貸人に対して提示する退去補償金といった考慮要素を列挙する。

脈では、「債務者にとっての履行の費用と債権者にとっての履行の利益に明らかな不均衡がある」ケースを包含しうるだろう⁴。

5. 注意すべきは、このような「利益の衡量」の要請は、純粹に法律による創造物であるというよりは、実定法の展開の産物であるということである。法律条文の不存在は、「利益の衡量」の考え方を排斥するには十分ではない。その実践を要請する法規範を判事が「発見」することがありうるからである。この点で、フランスの破毀院が最近下した判決が良い考察の素材を提供する⁵。一戸建て住宅の図面付き建築契約が、建築・居住法典上要求される一定の法定事項の欠如により取り消された。破毀院は、「契約の取消しにより、両当事者は、契約締結前の状況を回復させることを義務付けられる」との理由により建築者に対しアストラント付きで建築物の撤去を命じた原判決を、破毀・取消した。破毀院は、事実審判事は「建築物の撤去が…その不具合及び不適合の重大性と釣り合ったサンクションであるかどうかを探求」すべきであったとし、契約当事者の利益の衡量を明示的に要請した。

破毀院が採用した解決が妥当であるか否かは、債権法体系全体の適合性の観点から判断されなければならないだろう⁶。フランス学説は割れている。一方で、本判決の解決は契約法及び原状回復法と整合しがたいとするものがある⁷。他方で、民事責任法の次元で考えるべきであるとし、本判決の解決は賠償と侵害の均衡の原則から正当化されるとするものがある⁸。いずれにせよ、この文脈で実践される「利益の衡量」は、適用されるべき法規範の解釈の方法論というよりは、法規範の内容それ自体の問題である。

⁴ さらに、一般的に履行請求権の一態様であると理解されているところの、契約不適合の場合における買主の売主に対する追完請求権も、一種の（不）均衡性の考え方により枠付けられている。すなわち、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法とは異なる方法による履行の追完をすることができる（日本民法典 562 条 1 項）。この規定は、他の有償契約にも準用される（日本民法典 559 条）。

⁵ Cass. civ. 3^e, 15 octobre 2015, n° 14-23.612, *Bull. civ.* III, n° 293, *D.*2015, p. 2423, note Ch. Dubois, *JCP G* 2016, p. 86, note M. Behar-Touchais, *RTD civ.* 2016, p. 107, obs. H. Barbier.

⁶ もっとも、本判決の射程をより広く考えることも可能である。すなわち、本判決の解決は、物権法の守備範囲である不法占拠のケースにも移調可能かもしれない。この点につき、J.-P. Chazal, « Raisonement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.*2016, p. 121. Du même auteur, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ.* 2014, p. 763 ; « Propriété versus régulation. La nécessaire balance des intérêts », *Cah. dr. entr.* 2015, dossier 48 も参照。

⁷ Ch. Dubois, « Violation des dispositions d'ordre public d'un contrat de construction individuelle : démolir la maison ou mollir la sanction ? », *D.*2015, p. 2423, spéc. p. 2426.

⁸ G. Lardeux, « Le contrôle de proportionnalité en droit des contrats. Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité en droit des contrats », in J. -Ph. Agresti (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, 2018, p. 93, n° 6, pp. 96-97 ; H. Barbier, supra note 4, p. 109. 破毀院が採用した解決と履行強制の比例性に関する民法典 1221 条の類似性を指摘する F. Rouvière, « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », *ibid.*, p.75, spéc. pp. 76-77 も参照。

B 法規範への吸収

6. 適用されるべき法規範が「利益の衡量」にいかなる言及もしていない場合でも、「利益の衡量」が容易に受け入れられることがある。それは、特に、法規範が「開かれた」概念を含んでおり、判事が一定のタイプの紛争に適用するためにそれを具体化する必要がある場合に於てはまる。このような具体化の過程において、「利益の衡量」の考え方が採用されうる。それゆえ、これは、当該の法規範の単なる解釈の問題である。ここでは、立法者は「利益の衡量」をアプリオリに要請するわけではなく（この点で法規範への結実の類型（前記 n^{os} 4-5 参照）と異なる）、また当該の法規範に「利益の衡量」をあらかじめ一義的に織り込んでいるわけでもなく（この点で既存の法規範の更新の類型（後記 n^{os} 13-14 参照）と異なる）、様々な紛争に直面する判事のために解釈の余地を残している。

最良の例は、民事責任法、中でも人格権に対する侵害のケースに見出される。フランスにせよ日本にせよ、民事責任の一般法は、その簡素性と解釈の余地とによって特徴付けられている。民事責任の一般条項は、侵害（損害）、加害者のフォート、因果関係の要件しか定めていない（フランス民法典 1240 条、日本民法典 709 条⁹⁾。しかるに、身体的完全性等の古典的法益に対する侵害との対比での人格権に対する侵害の特質は、対立利益との調整の必要性にある。たとえば、私生活に対する侵害は、表現の自由の保護のために正当化されうる。「利益の衡量」は、この調整を実現するために、あるいは正当化事由の概念の適用によって（フランス）、あるいは民事責任の要件の再構成（「違法性」理論）によって（日本）、行われる。日本の例を1つ引けば¹⁰⁾、ある者がノン・フィクション作品により前科を公表されたという事案について下された最高裁判決¹¹⁾は、このような行為についての民事責任の成否は、前科を公表されないことによる利益と公表により追求される利益の衡量により決せられるとした。

7. 理論的には、法規範の解釈の過程でなされるこの種の「利益の衡量」は、あらゆる民法分野で可能である。この観点からは、日本の法律家は、おそらくフランスの法律家よりもずっと、法律条文の解釈に熱意を注ぐ傾向にあることが特筆される。これ

⁹⁾ ただし、日本民法典 709 条は、保護法益の性質を粹付けていることに注意する必要がある。すなわち、民事責任は、権利又は法律上保護される利益の侵害の場合にしか認められない。このことが、日本における「違法性」理論の展開の基礎になった。この点につき、H. Morita, « Notion de préjudice en droit japonais », in Association Henri Capitant, IRDA et ARIDA, *Le préjudice : entre tradition et modernité*, Bruylant-LB2V, 2015, p. 23 ; T. Nakahara, « Le préjudice économique pur. Rapport japonais », *ibid.*, p. 53 参照。

¹⁰⁾ フランスの最近の例としては、専門会社に被保険者の申請が真実であるかどうかを調査することを依頼した保険者の民事責任に関して破毀院が下した判決がある。破毀院は、私生活の尊重を求める被保険者の権利と被保険者集団のために行うべき保険者の義務とを衡量した (Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2016, n^o 15-24.015, *JCP G* 2016.1136, note G. Lardeux)。Cass. civ. 1^{re}, 25 février 2016, n^o 15-12.403, *D.*2016, p.884, note J. -Ch. Saint-Pau, *RTD civ.* 2016, p.320, obs. J. Hauser et p.371, obs. H. Barbier も参照。

¹¹⁾ 最判平成 6 年 2 月 8 日民集 48 卷 2 号 149 頁。

は、おそらく、一般に、日本における法律条文が比較的簡素であり、かなりの解釈の余地を残し、柔軟な解決を可能にしていることに由来する。このことが、「利益の衡量」論が日本において説得的であると受け入れられた1つの主要な理由であるように思われる。

2つの例を挙げよう。1つ目は、不動産物権変動の対抗に関わる。日本民法典177条によれば、不動産物権変動はそれが登記される限りで第三者に対抗可能である。しかし、「第三者」の意義は限定的に解釈されている。それは登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者のみを指すとされ¹²、このことは不動産上の権利を争う者の間の利益調整に資する。2つ目は、債務不履行に際しての債権者の解除権に関わる。解除の一般の規律とは異なり（日本民法典541条）、（特に不動産の）賃貸借契約の解除は、賃借人による債務不履行の結果として賃貸人と賃借人との間の信頼関係が破壊された場合にしか認められない¹³。この種の契約の特徴に適合的な形で、契約当事者の利益が調整されている¹⁴。

II 法規範外在的な「利益の衡量」

8. より議論がありうるのは、既存の法規範に外在的な「利益の衡量」である。既存の法規範の単純な適用ではある意味で「望ましくない」解決が導かれるために、判事が「利益の衡量」の方法を使い、法的三段論法に正面から反対する。このような「利益の衡量」は、一方で法規範の創出（A）、他方で法規範の破壊（B）の形をとる。

A 法規範の創出

9. 判事により行われる「利益の衡量」は、「望ましく」紛争を解決するために当該事案に適用されるべき法規範の創出をもたらさう。「解釈」の名の下でなされるこのような操作の正当性は、常に微妙である。少なくとも、新たな法規範の定立（1）と既存の法規範の更新（2）とに分けて考える必要がある。

1 新たな法規範の定立

10. 既存の法規範が当該の紛争を解決するには不適切に見える場合、新たな適切な法規範を自ら定立することが考えられるだろう。そして、「利益の衡量」は、この願望

¹² 大判明治41年12月15日民集14巻1276頁。さらに、背信的悪意者は、登記の欠缺を主張する正当な利益を客観的に有する者であるとしても、「第三者」から除外される（最判昭和43年8月2日民集22巻8号1571頁）。

¹³ 最判昭和27年4月25日民集6巻4号451頁、最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁。

¹⁴ このような解決により、（軽微な不履行の場合に）賃借人が保護されるだけでなく、（重大な不履行の場合に無催告解除が認められることにより）賃貸人も保護されることに注意されたい。

を正当化することに役立ちうる。

実際、この種の立論は、やはり民事責任の分野において、「利益の衡量」論の支持者により実験的に行われた¹⁵。現代社会における技術発展により無過失責任の規律がますます要請されるのに対し、日本民法典における民事責任の諸規定は、フランス民法典におけるのと同様に、古典的な過失責任の原則に立脚している。当該学説は、航空機の墜落により第三者に生じた損害についての航空会社の責任を例にとる。すなわち、一方で、かかる不運な事故の被害者に、航空会社の過失を立証させるのは酷である。他方で、墜落の危険がある航空機を飛ばした航空会社に過失の有無にかかわらず損害賠償義務を課すのは、許される。航空会社は運賃の値上げや責任保険による対処が可能である以上、無過失責任の規律により航空事業が阻害されるわけではない。

11. このような立論を判事が実際に行おうとする場合、根本的な障害にぶつかることは明白である。一般的射程を有する新たな法規範を定立する結果、民主的正当性を欠く判事が立法権の領域に踏み込む危険がある。新たな法規範の定立は原則として立法によってなされなければならない、「利益の衡量」は立法の正当化にとどまるのが通常である。したがって、立法論である。

純粋な判例法上の無過失責任の規律が非常に少ないのは、このためである。日本の判事は民法典外の無過失責任の規律を承認するほど大胆ではなく、また無過失責任の規律を定める数少ない条文（たとえば、土地工作物所有者の責任に関する日本民法典717条¹⁶）を類推適用するほど大胆でもない。彼らは、むしろ、過失の推定や過失概念の緩和に依拠し、過失責任の規律に基づいて解決を図る。フランスの判事は、物の所為による責任の一般的規律を打ち立てた点において¹⁷、より大胆に見える。それでも、彼らは当該規律をフランス民法典1242条（旧1384条）項の文言に依拠してそれを正当化し、実質的理由を明らかにするのを避けていることに注意が必要である。

12. もっとも、立法論と解釈論の境界はしばしば曖昧であるゆえ、このことを誇張すべきではない。法の欠缺が存在し、判事がそれを埋めるのが適切であると考えられる場合には、「利益の衡量」は疑いなく貴重な立論である。この文脈でも、理論的観点、すなわち既存の法体系との適合性が、当該立論の説得力を確保するために不可欠な要素ではあるが。

1つの好例が、法人格に関する実定法の発展である。日本民法典は、この点に関し

¹⁵ 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」同『民法における論理と利益衡量』（有斐閣、1974年）3頁以下（25-27頁）。

¹⁶ 日本の判事の態度は実際にはいささかアンビバレントである。というのは、「土地工作物」の概念をできる限り広く理解しようとするからであり、当該概念により、スキー場のようなものも含め、土地に付属するあらゆる人工物を把握する。もっとも、「土地工作物」の語を無視することはせず、たとえば企業のような、人工物一般に当該規律を（類推）適用するのを拒む。

¹⁷ Cass. civ., 16 juin 1896, D.1897.1.433, concl. Sarrut, note R. Saleilles, S.1897.1.17, note A. Esmein ; Cass. ch. réunies, 13 février 1930, Bull. ch. réunies n° 34, D.P.1930.1.57, concl. Matter, note G. Ripert, S.1930.1.121, note P. Esmein 参照。

てはフランス民法典と異なり、当初から一定の団体に法人格を認めている。しかし、その承認の範囲が狭かったために¹⁸、日本の判例は、その実質が法人に匹敵する団体にできる限り法人と同様の効果を付与している（いわゆる権利能力なき社団）。それ自体「利益の衡量」の産物であるこのような理論構築は、本質的問題を提起する。すなわち、法人の基本的な属性は何か。この問題は、特にそのような団体の支払不能時に顕在化する。団体の債権者は構成員の資産を引当てとすることができるか。日本の最高裁は、否定の結論を下した¹⁹。かかる結論は、法人の歴史的分析だけでなく、団体の債権者と構成員の債権者の間の「利益の衡量」によっても正当化されなければならないだろう²⁰。

2 既存の法規範の更新

13. なおいっそう争いがあるのが、純粹に解釈論の枠内でなされる「利益の衡量」である。通常「閉じた」概念により構成される既存の法規範そのものは完全に非合理的でないとしても、特に紛争当事者の一方の基本権が侵害されるという点で、その単純な適用により「望ましくない」解決が導かれてしまうために、判事が当該法規範を当該紛争に適用するのをためらうことがありうる。判事は、新たな法規範の定立（前記 n° 10-12 参照）や既存の法規範の無効化（後記 n° 16-17 参照）の代わりに、形式的法規範の適用を単純に回避し、個別具体的な「利益の衡量」に依拠して直接に解決を修正する。

このような例は、家族関係の安定性という一般利益と個人の私益との衝突がしばしば生じる領域である家族法に見られる²¹。フランスにおいて我々のテーマである「利益の衡量」に関する議論の引き金となったのが、家族の問題に関し破毀院が下した一連の判決である²²。それらはすべて、民法典の諸規定の単純な適用と、ヨーロッパ人権条約 8 条により公権力に課される私生活・家族生活の尊重の要請との緊張関係が問

¹⁸ 日本民法典の原初規定は営利法人及び公益法人のみを規定しており、私益の非営利法人は法人格を取得するのが困難であった。いくつかの特別法、さらには 2008 年の法人の一般法の改正により、そのような団体も法人格を取得することが容易になった。

¹⁹ 最判昭和 48 年 10 月 9 日民集 27 卷 9 号 1129 頁。

²⁰ 星野英一「民法の解釈の方法について」同『民法論集第 4 卷』（有斐閣、1978 年）63 頁以下（82-86 頁）。

²¹ フランスにおける家族法以外の例として、自治体が地域都市計画に反して自己所有土地に別荘及びキャンピングカーを設置した者に対しその撤去を求めた請求を棄却した Cass. civ. 3^e, 17 décembre 2015, n° 14-22.095, *Bull. civ.* III, n° 601, *JCP G* 2016, p. 337, note P. -Y. Gautier が挙げられる。

²² Ph. Jestaz, J. -P. Marguénaud et Ch. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 ; F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2016, p. 796 ; V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123 ; H. Hulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 ; F. Chénéde, « Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017, p. 953 ; J. Hauser, « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », *JCP G* 2017. 166 ; V. Vigneau et C. Siffrein-Blanc, « Le contrôle de proportionnalité en droit de famille », in J. -Ph. Agresti (*dir.*), supra note 7, p.81.

題となったものである。20年以上継続した婚姻の無効の宣告は、私生活・家族生活の尊重を求める権利の行使に対する不当な干渉の性質を帯びるとの理由に基づき、民法典 161 条により禁止された直系姻族間の婚姻の取消しの訴えを棄却した 2013 年 12 月 4 日の判決²³は、非常にショッキングなものであった。民法典 333 条 2 項に基づいて検察官により提起された親子関係異議訴訟に関する 2015 年 6 月 10 日の未公判判決²⁴が、これに続いた。破毀判決こそ少数であるが、婚姻関係²⁵、親子関係²⁶、さらには民事的身分²⁷について、比例性のコントロールを及ぼす数件の判決が見られる。これらに匹敵する判断は、日本でも見られる。すなわち、平成 18 年 7 月 7 日に最高裁が下した判決²⁸は、ある夫婦から生まれた子について他の夫婦の嫡出子としての出生届がなされた場合²⁹の親子関係不存在確認請求に限界を設定した。そのような請求は、親子関係の不存在の確認が関係当事者の諸利益を総合的に考慮して不当な結果を導く場合には、権利濫用として認められないとした。このようにして、最高裁は、戸籍に誤って記載されている非嫡出子の親子関係について出訴期間制限なく異議を申し立てることができるという（判例上のものであるが定着している）規律を犠牲にして、長期間継続している事実上の親子関係を保護する方法を認めた。

14. これら諸判決がいずれも法の一般原則に依拠していることに注意すべきである。すなわち、フランスの諸判決は、ヨーロッパ人権条約が推奨する比例原則に依拠する。それに対し、日本の最高裁は、権利濫用の禁止により自己の判決を正当化する。仮に比例原則が適用されていたとしても結論はそう変わらないものと思われるため、条約適合性の要請は決定的でない。より重要なのは、紛争解決のための一種の補充的規範たる法の一般原則に依拠することにより、これらの判決が当初の規範に制限を加えていることである。その意味で、ここでは、「利益の衡量」は、現実には、既存の法規

²³ Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ.* I, n° 234, *D.* 2014, p. 179, note F. Chénéde, p. 153, point de vue H. Fulchiron, et p. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser et p. 307, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁴ Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790, *D.* 2015, p. 2365, note H. Fulchiron, *RTD civ.* 2015, p. 596, obs. J. Hauser et p. 825, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, *D.* 2017, p. 953, note F. Chénéde, *JCP G* 2017.166, note J. Hauser.

²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n° 15-19.853 ; 5 octobre 2016, n° 15-25.507 ; 9 novembre 2016, n° 15-25.068 ; 21 novembre 2018, n° 17-21.095, *D.* 2019, p. 64, Entretien avec P.-Y. Gautier.

²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-17.189.

²⁸ 最判平成 18 年 7 月 7 日民集 60 卷 6 号 2037 頁。最判平成 18 年 7 月 7 日家月 59 卷 1 号 98 頁、最判平成 20 年 3 月 18 日判時 2006 号 77 頁も参照。

²⁹ このようなことは、子宝に恵まれない夫婦が他の夫婦から生まれた子を自己の嫡出子として育てるのを可能にするために、しばしば行われたとされる。この場合、自己が出産した子ではないゆえその「母」と子の間には親子関係はなく、その妻が出産した子ではないゆえその「父」と子の間には親子関係が成立しないため嫡出推定は働かない。したがって、その「両親」それぞれと子の間には親子関係はなく、理論的には、誰でも、いつでも、親子関係について異議を申し立てることができる。

範の「更新」をもたらしているということができる。

フランス学説の一部が示すように、このような技法に対しては批判がないわけではない。一方で、既存の法規範自体すでに立法者による立法時の「利益の衡量」の産物であることを軽視してはならない。「利益の衡量」を再度行うことは「利益の衡量に利益の衡量を重ねる」ことを意味し、権力分立の原則や法の予測可能性を害しうる³⁰。他方で、それでも否定できないのは、保護されるべき利益を考慮していないという点でかかる立法的決定が不完全ないし不適切であると回顧的に判断されることがありうるという点である。この場合において判事がとるイニシアチブは必ずしも責められるべきものではなく、むしろ法体系全体に適合的に法の欠缺を補充するという職務の表れといえる。こうしたイニシアチブの是非は、当初の規範に付け加えられた補充的規範の正当性に依存する³¹。たとえば、日本の最高裁が2006年に下した前述の判決は、法的親子関係は必ずしも生物学的親子関係と一致するものではないという前提を改めて認識する機会を与える。(嫡出子という虚偽の記載がされているにせよ、)非嫡出子もやはりその家族的地位の安定性の利益を享受する。出訴期間制限や出訴資格の設定といった立法が困難であるならば、法の一般原則に依拠した判事による解決は、次善の策といえる。

B 法規範の破壊

15. 法規範外在的な「利益の衡量」のもう一つの形態は、当該事案への適用を避けるために、単純に法規範を破壊する、すなわち無効化(1)ないし無力化(2)するというものである。立法権との衝突は法規範の創出の場合と同様に深刻であるところ、判事により行われるこのような操作は、やはりその正当性の問題を生じさせる。

1 法規範の無効化

16. 当初は立法者により適切であると判断された法律の規定が、社会状況の変化により、当該事案に適用するのが不适当であるだけでなく、それ全体として不適切なものとなることがありうる。現在の法状況への対処を行う役目を担うのはこの場合も立法者であるが、問題となっている規定の全体としての憲法不適合ないし条約不適合の確認を媒介として、こうした状況の是正に判事が関与することがある。このような憲法適合性・条約不適合性のコントロールは、当該事案に適用されるべき法規範が上位規範に適合するものであることを確保することを目的とするものであり、このことにより、

³⁰ V. Vigneau et C. Siffrein-Blanc, supra note 20, pp. 86-88. P.-Y. Gautier, supra note 20, pp. 339-341 も参照。

³¹ さらに、もちろん、法源の問題、すなわち原告が援用する「原則」が真の一般原則に値するものかも問われる。ヨーロッパの圧力から独立した日本においては、一部の民法学説においてその存在が説かれるものの、比例原則は私法の一般原則として公認されているわけではない。むしろ、権利濫用の禁止がこれに代替している(後記 n° 19 参照)。

司法権が立法権の領域に「公式に」干渉することが正当化される。

憲法適合性・条約適合性のコントロールのあり方は、国によって異なる。フランスでは、法律の憲法適合性は、古典的には、法律の可決後・公布前に大統領、首相、国民議会議長、上院議会議長又は一定数の国民議会議員ないし上院議会議員により把捉される憲法院の介入により確保される。2010年のQ P Cの導入により、市民も、すでに施行されている法律の憲法適合性を、訴訟に際して争うことができるようになった。憲法院は、國務院又は破毀院が一定期間内に行う付託により、把捉される。法律の条約適合性のコントロールは、憲法院の権限が制限的である一方、原則として司法裁判所及び行政裁判所に属し、これらは国際条約に反する法律の適用を排除することができる。もちろん、ヨーロッパレベルでの要請も付言する必要がある。フランスも1974年に批准したヨーロッパ人権条約に関していえば、ヨーロッパ人権裁判所は、ヨーロッパ人権条約に対する違反を確認するために介入する。案件が最上級審まで到達した個人は、ヨーロッパ人権裁判所に申立てを行うことができる。日本のシステムはまったく異なる。憲法適合性のコントロールは、通常裁判所での訴訟の際になされる。ある法律のある条文の憲法不適合性が確認された場合、判事は当該事案における適用を排除することができる。(争われてはいるが法律に対して条約が優位するならば、条約適合性のコントロールについても同様の帰結となろう。)

17. これらの制度的相違は別として、また、これらの憲法適合性・条約適合性のコントロールの詳細は公法の同僚に任せるとして、ここでは、これらのコントロールも「利益の衡量」を反映したものであることを確認する。1つの例として、フランスでも日本でもかつて存在した、嫡出子と非嫡出子の相続分不平等が挙げられる。ヨーロッパ人権裁判所が2000年に下したマズレク判決³²が想起される。同判決は、フランスに対し、差別を禁じる第1議定書第1条及びヨーロッパ人権条約14条の違反を宣告した。ヨーロッパ人権裁判所は、「当該事案において、婚姻外で生まれたことに基づく差別を正当化するいかなる理由も見出されない。いずれにせよ、姦生子は、自己に帰せしめられない事情について責められえない」ことを指摘したうえで、「用いられる手段と目指される目的との間に合理的な比例関係が存在しない」と結論付けた。他方、日本の最高裁は、法の下での平等を要請する憲法14条に照らし、当該不平等は違憲である旨を2013年に宣言した³³。最高裁は、世論の変化や国際的な傾向をも含むいくつかの要素を指摘したうえで、当該の子に帰せしめられない理由、すなわち婚姻関係外で生まれたことをもって子を不利に扱ってはならないという考え方が十分に定着し、不平等の合理的な基礎はもはや存在しないことを確認した。フランスにせよ日本にせよ、その後すぐに、民法典の関係規定の改正により不平等が除去されたことも付言しておく³⁴。

³² CEDH 1^{er} février 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*.

³³ 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

³⁴ 生存配偶者及び姦生子の権利並びに相続権に関する諸規定の現代化に関する2001年12月3日の法律第1135号(フランス)、民法の一部を改正する法律(平成25年12月11日法

家族法は、社会の変化に敏感であることにおそらくは由来して、このようなコントロールがよく行われる領域である。日本法について情報を付け加えるならば、最高裁により、民法典規定の憲法適合性を扱う諸判決が下されている。たとえば、嫡出否認の出訴期間制限（日本民法典 777 条：合憲）³⁵、女性の再婚禁止期間（日本民法典 733 条 1 項：部分的に違憲）³⁶、夫婦同姓（750 条：合憲）³⁷ に関する最近の諸判決を挙げることができる。親子関係を決定するための中心的な仕組みである嫡出推定及び嫡出否認は、現在ではその全体が改正論議の対象となっていることを付言する³⁸。

2 法規範の無力化

18. ずっと疑わしいのは、既存の法規範の「非公式な」破壊である。法規範自体はまったく不適切ではないが、当該事案へのその単なる適用により、原告の利益よりも「優越する」利益が侵害されるおそれがあるという場合に関わる。法規範の更新（前記 n^{os} 13-14 参照）との相違は、そこから新たな法規範を導くことができないという点にある。何らかの「重要な」利益を保護するための、純粋にカズイスティックで例外的な、「政治的」ともいいうる解決である。

有名な例が、日本の最高裁により 1965 年に下された判決である³⁹。事案は、第 2 次大戦後にアメリカ軍基地用地として接収された土地の所有者が、これらの土地を賃借した国に対し、その返還と基地施設の撤去を求めたというものである。最高裁は、権利濫用の禁止を理由として請求を棄却した原判決を支持した。それによれば、撤去には莫大な費用がかかり基地の使用に重大な支障を生じることにより、被告が被る損失と原告が得る利益の間に不均衡が存在する。被告に害意があったかどうかは関係ない。明らかに「利益の衡量」に依拠する同判決は、「利益の衡量」論の支持者からすら強く批判される。同判決によれば、所有者は、何らかの利益、とりわけ公益に基づく占有侵奪を前に、容易に自己の土地に対する支配権をあきらめることを強いられてしまう。実際、同判決は、権利の行使と社会的・公的利益の調和をかかる請求により無視することにつき、原告に非難を加えるが、このような立論は、むしろ乱暴な印象を与える。

19. 権利濫用の禁止に依拠するという傾向は、フランス法との関係での日本法の特徴の 1 つかもしれない。この私法の一般原則は、古くから活用されていたものであるが、

律第 94 号) (日本)。

³⁵ 最判平成 26 年 7 月 17 日非公刊 (LEX/DB25446513)。最大判昭和 30 年 7 月 20 日民集 9 卷 9 号 1122 頁、最判昭和 55 年 3 月 27 日判時 970 号 151 頁も参照。

³⁶ 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁。日本民法典 733 条 1 項は、民法の一部を改正する法律 (平成 28 年 7 月 7 日法律第 71 号) により改正された。

³⁷ 最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁。

³⁸ 2019 年 6 月 20 日に、この問題に関する法制審議会が組織された。

³⁹ 最判昭和 40 年 3 月 9 日民集 19 卷 2 号 232 頁。

1947年に日本民法典に取り込まれた（日本民法典1条3項）。それ以後、日本の判事は、この原則を、かなり多様な紛争に適用し、既存の法規範の単なる適用から導かれる帰結を覆滅させる（前記 n° 13-14 も参照）。実際、この原則は、「利益の衡量」の考え方を直接に紛争解決に反映させるための便利な道具となっている。1965年判決（n° 18 参照）も含む最高裁の諸判決は、利益の不均衡という権利濫用の客観的要素を強調し、害意という主観的かつ古典的な要素を次第に軽視する傾向にある。

こうした日本の経験は、何らの枠付けもない「利益の衡量」の一種の危うさを示している。一方で、権利濫用の禁止の要件としては、乱暴な結論を避けるために、客観的要素と主観的要素を総合考慮するのがよいのだろう。このことは、「利益の衡量」の自足性（それだけで十分なものであること）を疑わせる。他方で、「利益の衡量」の実践に関していえば、衡量される利益の選別を行うのが望ましいのだろう。特に、既存の法規範に外在的な公益を考慮することには、慎重でなければならないだろう。

おわりに

20. 以上のような我々の実定法の概観からは、「利益の衡量」の操作が多様であることや、日仏法の状況がそう異なるものでないことだけでなく、両国における関心事の相違が明らかになる。フランス学説の様々な反応は、既存の法規範の更新という疑いなく最も厄介な類型（前記 n° 13-14）により引き起こされたのに対し、この類型は、「利益の衡量」の考え方に慣れている日本では、方法論の観点からは必ずしも注目を集めていない。両国の本質的な相違は、形式的法規範の拘束力に関する理解や、判事に期待される役割にあらう。

パンドラの箱とまではいえないにしても「利益の衡量」への道を開くことを受け入れる場合であっても、掘り下げるべき多くの問題が残っている⁴⁰。一方で、解釈方法論においてそれに与えられる地位は、法的三段論法の存在意義に、あるいは判決の執筆スタイルにも、直接の影響を及ぼす。三段論法に則った立論は、自足的ではないにせよ法的理由付けの核心なのか、それとも「利益の衡量」によりあらかじめ定められた解決を形式的に基礎付けるために従うべき単なる作法なのか。他方で、「利益の衡量」のあり方の明確化は、その美徳が柔軟性にあるとしても、法的安定性の確保のために肝要である。考慮されることが出来る利益（特に公益）は何であり、それらはどのような枠組みで衡量されるのか。

⁴⁰ T. Marzal, *supra* note 1 ; H. Fulchiron, *supra* note 20 参照。

比例原則と破毀のコントロール

ドミニク・アシェ（比較立法協会会長・破毀院判事）

訳 宇野 瑛人（東北大学准教授）

比例性審査

1. その内の一方が一般原則を表明するような二つの規範が緊張関係にある場合における解釈技術であるところの「比例性は、それだけで、無から、比例性が介入によって解決しようとしている紛争の具体的解決基準を産み出し得る、という意味での自律的規範としては現れない。その役割は、対立利益同士の界面となることと、最終的に当該紛争の解決基準を制御することとなるものの発見に限られる。換言すれば、比例性は対立する法的諸利益の内のある一つの利益が命ずるもの以外のなにももの命じ得るものではない」¹。

2. 規範の抵触は国内における規範間で生じ得²、あるいは抵触法分野において国家法の両立と関わることもあり得る³。以下の議論はこの内後者の問題をより重点的に扱う。

3. 比例性審査は、三段階のテストを想定しており、この三段階テストは以下の点の審査を要請する。1) 介入が追求されている目的にとって必要か否か。2) その目的は有用ないし正当か否か。3) 追求されている目的と侵害の間に均衡があるか否か。対立利益を較量すること、ないし狭義の比例性は、個別の事案ごとに、具体的に、当該事件の事情に応じて、追求されている目的と比較して手段が過大な負担を関係人に強いていないかを検討することによって、なされなければならない⁴。比例性原則にお

¹ S. van Drooghenbroek, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, n° 77.

² フランス法上規範を相手取って訴訟を行う方法として利用可能なのが、合憲性先決諮問である (Article 126-8 du code de procédure civile)。比例原則は、憲法裁判官にも (二つの憲法的要請間、例えば公序の尊重と個人の自由の保護の間の) 調整手段ないし基本的権利に対する制限のコントロール手段として用いられる。G. Canivet, *Le principe de proportionnalité*.

³ CEDH, 16 janvier 2018, req. n° 22612/15, Charron et autre c/ France (条約適合性審査と合憲性審査の区別につき, n° 28) .

⁴ G. Canivet, *Le principe de proportionnalité*. 比例性とは、ドイツ公法の概念 (« *Verhältnismäßigkeitsprinzip* ») である。その内容としては、1) 権利制限的措置は適切なものでなければならない。2) 当該措置は必要なものではない。すなわち、問題となった権利への侵害がより小さい適切な他の方法があってはならない。3) 当該措置は関連する権利を犠牲にして、一般的利益に向けられたメリットに比して過度な損害を産み出してはならない (狭義の比例性)。S. van Drooghenbroek, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 35)。この概念は、欧州法を介して (A. Barak, *Proportionality*, Cambridge University Press, 2012 pp. 131, 175) 国内法及び国際投資法に入ってきた (G. Bücheler, *Proportionality, Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2015)。

いては事実と法の間に関係が存在するとすれば、この脈絡における破毀によるコントロールとはどのようなものになるだろうか。

4. 破毀院は裁判官による法律の統一適用を注視することを使命としている。この統制の役割が、事実審裁判官に与えられた訴訟上の事実の収集・整理についてのあらゆる権限を排除する⁵。破毀院に付託された裁判官の判断に対する破毀院によるコントロールは厳格に制限されている。形式的な問題を除けば、事実に対して行われた法律の適用しかこのコントロールは対象とせず、事実については破毀院は主要事実として終審的に認定・評価されたものと看做さなければならない⁶。

比例性審査と破毀という方法：比例原則は上告理由として主張可能か？

5. 破毀院による比例性審査は契約や企業についての国内法の分野で行われている⁷。契約の取消しによってもたらされる損害を物質的に補償させることは、比例性審査の対象となる⁸。多くの実定法上の規定が比例性審査を予定している。契約法改正以来、現物履行も比例性の射程に入っている⁹。

6. EUの欧州法秩序へフランスが加わっており¹⁰、また欧州人権条約が存在する為に、破毀院は欧州司法裁判所及び欧州人権裁判所（Cour EDH）の提供する基準に適合するように国内法の条文を解釈することを義務付けられている。人権裁判所の決定は、

⁵ P. Bellet, *La Cour de cassation*, *Rev. intl. droit comparé*, 1978.13. A. Lacabarats, *Le contrôle exercé par la Cour de cassation*, in *L'accès au juge de cassation*, SLC, coll. Colloques, vol. 26, 2015, p. 245.

⁶ Art. 411-2 al. 2 du code de l'organisation judiciaire : 破毀院は、「異なる実定法の定めがある場合を除き本案の審理を行わない。」 C. Fattaccini, *L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation)*, in *L'accès au juge de cassation*, SLC, coll. Colloques, vol. 26, 2015, p. 229. 「条文上の要請というよりは伝統を理由として、フランス破毀院は、自身の規範的任務を広く解釈することを受け入れた。すなわち、破毀院は、その任務たる決定の法ルールへの適合性についてのコントロール（民事法につき art. 604 du code de procédure civile）が、法律違反の理由のみならず、裁判官の手続的権限又は決定への理由付記義務における懈怠の審査を志向する、法律上の根拠の欠缺の理由及びあらゆるいわば規則上の理由をも含むと解している。 A. Lacabarats, *Cour de cassation : quelques suggestions en matière civile*, juin 2015.

⁷ H. Barbier, *L'objectif de proportionnalité des sanctions contractuelles*, *RTD civ.* 2016.107. 保証における比例性の必要性につき、v. la jurisprudence citée dans Ph. Simler, *Cautionnement*, LexisNexis, 2015, 5^{ème} éd., n° 475 et s. V. Rapport S. Poillot-Peruzzetto, *La balance des intérêts et le contrôle de proportionnalité en droit économique, l'exemple du droit de la concurrence*.

⁸ 「彼が控訴院に主張していたように、控訴院は、彼に害をもたらした無秩序と不適合の重大性に対して建物取去が均衡的な制裁であったか否かを判断することにより決定への法律上の根拠の提供を欠いた。」 (Civ. 3^{ème}, 15 octobre 2015, n° 1423612)

⁹ Article 1221 du code civil (「債権者は、催告の上、債権にかかる義務の現物履行を求めることができる。但し、当該履行が不可能な場合又は誠実な債務者の履行費用と債権者の利益に明らかな不均衡が存在する場合はこの限りでない。») *La réécriture du code civil*, SLC, Droit comparé et européen, Vol. 29, 2018.

¹⁰ 比例性は欧州法の一般原則であり、EUと構成国間の権限分配を規律する為のものである。v. G. Canivet, *Le principe de proportionnalité*. Soc., 9 mars 2016, n° 1425840, 31 mars 2015, n° 1318667.

人権条約（Convention EDH）の公定解釈として、関係裁判官に対する相対的な既判事項の権威と対世的な解釈事項の権威を有する¹¹。人権条約に加盟している国は、「人権裁判所において攻撃されることも、自国の立法の変更も待つことなく」人権裁判所の決定を尊重しなければならないことを破毀院は明らかにした¹²。人権条約によって保障される権利を尊重する責任は第一次的には国家に課せられており、したがって人権裁判所を把捉する前に国内の不服申立手段が尽きる必要がある¹³。欧州によるコントロールが補充的であることは、国家権力の自国活力との直接的・恒常的な接触を理由に、保障される権利にもたらされる限定の必要性と比例性を評価する為の国際裁判官よりも国家権力が上位に位置づけられることが承認されていることから説明される¹⁴。比例性審査は基本的権利の領域において注目度を増している。

7. ごく近時まで破毀院は、何人も自身の私生活に関する権利を有するとする民法9条¹⁵や個人及び集団的自由についての労働法L.1121-1条¹⁶といった国内法の条文を基本的権利の侵害を制裁する根拠とし、国際法の条文を適用することは避けてきた。つまり、特定事案のコントロールをするのではなく条約の文言に関しては抽象的にコントロールを行ってきた¹⁷。しかし、裁判に服する者は法律が人権条約に違反するように思われるという理由で抽象的に法律に不服を述べることはできない、つまり主張する違反によって自らが損害を被ったことを具体的に主張しなければならない¹⁸。

¹¹ CEDH, *Irlande c/ RU*, 18 janvier 1978, req. n° 5310/71 : 人権裁判所は条約の規範を明確化し、保守し、発展させる資格を有する (n° 154)。

¹² Ass. plén., 15 avril 2011, n°s 1017049, 1030313, 1030316. 「何らの変更もなければ、自国の破毀院判決を媒介に、フランスはストラスブールにおいて非難され続けるであろうが、このことは、破毀院が欧州基準によるコントロールに合わせず、同時に最上級裁判所としての役割を果たさない、という事実を伝えるものである。」 B. Louvel, *Pour exercer pleinement son office de cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle*, *JCP* 2015.1122.

¹³ Article 35 Convention EDH.

¹⁴ CEDH, *Handyside c/ Royaume Uni*, 7 décembre 1976 req. n° 5493/72 ; CEDH, *Brannigan et McBride v. Royaume Uni*, 26 mai 1993, req. n° 14554/89.

¹⁵ Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, n° 0219886 (「原判決によれば、自身の補償給付廃止請求を基礎付ける為に、Brembor氏は私立探偵を用い、彼に元妻の生活水準についての情報収集及び同棲状態が存在し得るか否かの調査の任務を委ねた。Ogez氏は、私生活に干渉を受けた旨主張し、Brembor氏を裁判所へ呼び出して損害賠償の支払いを求めた。Ogez氏の主張を退ける為に、裁判所は彼女の私生活への干渉（争いのない事実）は、家事裁判官の面前での各当事者の収入の実態の立証の必要により正当化される旨判示した。そして、裁判所は、前記監視の報告書の内容によればOgez氏は何ヶ月もの間見張られ監視され追跡されていたことを認定した上で、そこから当該私生活への干渉が追求される目的に照らして過大であったことをも認定することで、前掲条文に違反した。）； Civ. 1^{ère}, 19 mai 1988, n° 9617112.

¹⁶ Soc. 14 janvier 2014, n° 1227284 (表現の自由)； 19 mars 2013, n° 1211690 et n° 1128845 (信仰の自由)。

¹⁷ Civ. 2^{ème}, 3 mai 2007, n° 0519439. AP, 7 avril 2006, n° 0511519.

¹⁸ CEDH, série A, n° 28, *Klass c/ RFA*, 6 septembre 1978, req. n° 5029/71. S. van Drooghenbroek, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., n° 340, 341, 814.

8. 比例性は、制約と限定の対象となり得る人権条約によって保障される権利に関する、条約の解釈原則である¹⁹。6条（公平な手続）、8条（私生活に関する権利）、9条（良心・思想・信仰の自由）、10条（表現の自由）、11条（集会・結社の自由）、12条（婚姻の権利）、14条（差別の禁止）、15条（戦争又は公的危険）、第4追加議定書の2条（移動の自由）によって保障される権利は、民主主義社会に必要な制約の対象となる。民主主義と法治国家制が、基本的権利の領域における比例性アプローチを正当化する²⁰。人権裁判所は、人権条約によって確約された保障を実行する為に、国家に付託された評価裁量をコントロールしている²¹。

9. 人権条約の規定を適用する事実審裁判官は、人権裁判所の判例上の原則を考慮しなければならない²²。さもなくば、法律違反²³、法律上の根拠の欠缺²⁴、あるいは申立てに対する応答欠缺²⁵を理由に破毀による介入を受ける。破毀院に対して十分に原因事実を伝えていない（ないし、不適切に伝える）決定は、法律上の根拠の欠缺、判断理由の欠缺、ないし判断理由の矛盾を理由に破毀される。仮に人権条約が事実審において主張されていないならば、条約違反の攻撃防御方法が純法的攻撃防御方法として破毀

¹⁹ さらに、国家はその裁量を享受するには以上のような評価に服さなければならない。S. van Drooghenbroek, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., n° 78, 700. P. M Dupuy, F. Francioni, E.U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2010.

²⁰ A. Barak, *Proportionality*, Cambridge University Press, 2012, pp. 472, 473.

²¹ CEDH, *Chassagnou c/ France*, 29 avril 1999, req. n° 25088/94 : 「この事案において、争われた介入を正当化する為に政府によって主張された唯一の目的は、『他者の権利及び自由の保護』である。仮にこの『権利及び自由』がそれ自体人権条約又はその追加議定書によって保障される権利及び自由に含まれているならば、それらの保護の必要性から国家が同じく条約によって認められる他の権利又は自由を制限し得ることを認めなければならない。『民主主義社会』の基礎を成すのは、まさにこのような各人の基本的権利間の均衡の不断の探求である。ある者とある者の結果的に対立する利益の衡量は、この場合困難な作業であり、締約国はこれについて重大な評価裁量を有する筈であって、国家権力は条約によって保障される権利への介入を正当化し得る『差し迫った社会的必要』の存否の評価について原則として欧州裁判官よりも優位に立つ。」(n° 113)

²² Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, n° 1318902 (「次に、原審判決は以下の通り述べる。Boulva氏は自身の実際の住所を教えることを拒絶することで公平手続の原則を侵害し、生活状態及び子の状態についてのあらゆる調査を妨げることで対審当事者の武器対等を破壊している。さらに、同氏の行為は自身のより上位の利益と衝突する。というのも、有効な調査がなければその利益の評価の全ての要素が裁判官に認識されない状態で決定が下される状態に当該利益を晒すからである。また、控訴院は、控訴人の裁判官へのアクセス権を無視しないで、欧州人権条約の規定の適用に不可欠な公平原則及び比例原則を正確に評価した。』)

²³ Com. 15 mai 2007, n° 0610606 (私的生活に関する権利及び訴訟における書面提出についての武器対等)。

²⁴ Civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n° 1327391 (芸術的表現の自由及び著作者の権利) ; 5 avril 2012, n° 1114177 et 16 octobre 2008, n° 0715778 (私的生活に関する権利及び訴訟における提出権。「紛争に関する提出物が証明権の行使に不可欠であったか否か、及び対立する矛盾利益と均衡が取れていたか否かを調査せず、控訴院は自身の判断に法律上の根拠を与えなかった」) ; Civ. 3^{ème}, 17 décembre 2015, n° 1422095.

²⁵ Civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° 1420790 (自身の親子関係を知る権利)。

院において受理可能か否かを審査しなければならない²⁶。仮に当該攻撃防御方法が比例性審査を必要とするものであり、かつまた、判決の認定から導出されない事実のいかなる要素の考慮も必要としない場合、破毀院は自らコントロールを行うことができる²⁷。この場合、法的安全の利益を理由として、破毀院は侵害の正負較量の為のルールを導出しなければならないであろう。仮に攻撃防御方法が下級審によってなされなかった事実の評価をその場で必要とするならば、事実審裁判官へ差し戻す必要がある。なんとなれば、不服対象となる決定に現れていない事実を調査しなければならない場合、それをなし得るのは破毀院ではないからである。具体的には、自身に付託された事件において、民法 321 条に規定される親子関係の探索を求める訴権の時効の適用を受けることが追求される正当な目的との関係で不均衡でないか、そしてとりわけ、競合する公的利益と私的利益の適切な均衡に配慮されているか、を追究しなかった控訴院判決も、法律上の根拠の欠缺を理由に破毀されなければならない²⁸。

10. 比例性アプローチは、手段が正当な利益の保護の為に必要であり、適合的であり、かつ均衡的であることを確認することによって、追求される目的と権利及び自由にもたらされる損害とを較量することを要請する。しかし、破毀院がこの事実の領域に闖入することは常に、裁判は終審的に控訴院によってなされることになっているにも拘らず、破毀院の第三審化を進める方向性を持つことになろう²⁹。比例性理論の構成に関して、破毀院の任務の構築原則が破毀院検討委員会によって改めて定められた³⁰。

11. 比例性審査は、極めて柔軟でありかつ破毀院が為そうとする審査の程度に従ってなされ得る、破毀という方法で現れることはない³¹。破毀院による法律の適用のコントロールには様々な強度のものがある。控訴院が自身の責任においてなした事実認定に基づいては異なる結論に至り得なかったであろう場合には、破毀院は承認を表明する。すなわち、控訴院は正確に考慮し、適切に推論し、判断を下した、と³²。この場

²⁶ Com. 4 septembre 2018, n° 1713015 (攻撃防御方法は、条約に関する詳細な分節的把握を伴わない形での条約の文言の単なる承認には限定され得ない)。

²⁷ Civ. 1^{ère}, 9 avril 2013, n° 1127071, v. *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Rapport 2018, p. 318.

²⁸ Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2018, n° 1721095.

²⁹ E. Faye, *La Cour de cassation*, La mémoire du droit, 1999, n° 148. Art. 311-1 al. 2 du code de l'organisation judiciaire.

³⁰ Rapport de la commission de réflexion, avril 2017, p. 169.

³¹ B. Louvel, Réflexions à la Cour de cassation, *D.* 2015.1326 ; F. Ferrand, La juridiction judiciaire suprême en droit comparé : missions, filtrages, intensité du contrôle, in *L'accès au juge de cassation*, SLC, coll. Colloques, vol. 26, 2015, p. 147 ; Ph. Jestaz, J-P Marguenaud, Ch. Jamin, Révolution tranquille à la Cour de cassation, *D.* 2014.2061 ; S. Guinchard, F. Ferrand, T. Moussa, Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionalité, *D.* 2015.278 ; V. Vigneau, Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité, *D.* 2017.123.

³² Civ. 1^{ère}, 30 avril 2014, n° 1311589 (「しかし、第一に、Akopian 氏、その配偶者、及びその 5 歳の息子のいた行政留置所が家族の引取りの為の認可を受けており、彼らの快適な生活の為に必要なあらゆるインフラを備えており、このケースではこの家族は家族が独占的に使える

合破毀院はいわば重いコントロールを行う。これに対して、軽いコントロールは、解決が異常なものでない限り（明らかな評価の過誤の場合を除いて）、事実審裁判官の職務遂行に裁量があることに立ち返る³³。この場合、控訴院は自身の判示するところから当該結論を推論し得たが³⁴、異なる結論もあり得たのである。

12. 事実審裁判官が比例性審査を行った場合には、当該事実審の判断に対して軽いコントロールを及ぼす余地がある。このことは、親子関係や婚姻取消しの訴権の時効の領域における以下のような例によって示される。

- ある女性が民法 327 条に基づいて婚姻外の父子関係の探索を求める訴えを提起した。推定父の身元は同法 321 条に定められる 10 年の時効期間³⁵が経過する前に原告に認識されていた。控訴院は、私的生活・家族生活の尊重を過度に侵害していないことを、父子関係探索の訴権の時効は 15 年来の安定的状態を訴追対象として取り上げようとしているという自身の認定から推論することが可能であった³⁶。
- ある女性が父子関係を争って母親を、推定父との親子関係の設定を求めて推定父の包括受遺者を裁判所へ呼び出した。控訴院は、自身の実事認定から、父子関係を争う訴えが資産上の利益の為にのみ提起され、また民法 333 条による同訴権の 5 年間の時効は正当な目的に照らして申立人の私的生活に関する権利への過度な侵害をもたらすものではないと判断し得た³⁷。
- 自身を 1965 年に認知し 2001 年に死亡して相続したところの者との父子関係を争う為の、自身の成人から起算する 30 年の時効期間を経過した女性が、2005 年に自身を認知した他の男性との民法 327 条に基づく父子関係の設定を求めて訴えた。控訴院は、父子関係探索の訴えの不受理は彼女の私的生活について過度な侵害をもたらすものではないことを、当事者が生物学的な現実と法的状態の適合を問題とし得る訴訟を処分したことから推論し得た³⁸。
- ある女性が自身の亡父の父子関係を争って兄弟姉妹及び遺言によって自身を認知した別の者の相続人を裁判所へ呼び出した。控訴院は、当事者は生物学上の親子関係

よう確保された空間で一同に会することを受け入れていたことを指摘した上で、Akopian 氏の状態について具体的調査を行った控訴院長は、以上のことから非人道的ないし品格を貶める取扱いを認定する為に必要な許容限度の侵害を受けたわけでも、彼女の自由の剥奪が過剰なものであったわけでも、家族生活の権利の侵害が証明されたわけでもない結論し、そこから適切に人権条約の規定、とりわけ 8 条が尊重されなかったとは言えないと推論した。』。

³³ Ch. Charruault, *A la frontière du pouvoir souverain : le contrôle léger*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 125.

³⁴ Com. 4 novembre 2014, n° 1320322 (「長はこれらの認定及び評価から、差押えの許可は効力を失っておらず、なされた差押えが人権条約 8 条によって禁止される大規模かつ無分別の性質を有していたとは証明されなかったと推論し得た。』)。

³⁵ 民法旧 340-1 条の 2 年の期間に代わる。

³⁶ Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2016, n° 1525068.

³⁷ Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2016, n° 1519853.

³⁸ Civ. 1^{ère}, 5 octobre 2016, n° 1525507.

について真実を知った後父子関係を争う訴えを提起することが可能であったが、法定の期間の間これをしてこなかったと認定することで、民法 334 条及び 321 条に定められる 10 年の時効期間は正当な均衡を尊重するものでありこの者の家族生活に関する権利に過度な侵害をもたらすものではないと推論し得た³⁹。

—ある男性が離婚後に元妻の前婚から産まれた娘と婚姻した。控訴院は、民法 161 条に定められる義父と娘間の婚姻取消しは同法 184 条によれば婚姻の挙式から 30 年の間求められるところ、娘が育父となっていた将来の配偶者と未成年の間 9 年間生活しており、かつその者達の夫婦財産的結合は 8 年間続いていたが、子を儲けていなかったという場合において、取消しは正当化不可能な介入ではないと推論し得た⁴⁰。

13. しかし、婚姻法・家族設立法についての判決においては、軽いコントロールに対する注目すべき例外があった⁴¹。ある離婚した女性が前夫の父親と再婚した。前妻に関する自身の父の遺言の定めによって相続上の権利に影響を受ける前夫は、義父と娘間の婚姻障害に関する民法 161 条に基づいて父親について死後の婚姻の無効を求めた。控訴院によれば、161 条は子を身分及び大人間の関係の変化（ここでは父親の後を継いで母親の夫となる祖父の立場の変化）から守る為に、家族の輪の内部の安定的な関係を維持することによって家族の統一性を保護するという正当な目的に対応するものである。この事例では、人権条約 8 条違反に基づく攻撃防御方法を職権で取り上げた破毀院によれば、挙式を経た結合体が異議なく 20 年以上継続していた以上、婚姻無効はこの女性の私的生活に関する権利行使への正当化不可能な介入である。当該婚姻の継続期間という極めて明白な事実のみが差戻しを伴わない破毀を説明することができる。法のコントロールは、完全に事実を捨象してはなされない⁴²。破毀院が重いコントロールを行う別の例外は、最も頻出のものとしては出版事件に関わる。事実審裁判官が人権条約 10 条によって保障される表現の自由に関して利益衡量を行ったとしても、破毀院は事実審裁判官の評価を完全にコントロールし⁴³、さらには事実の

³⁹ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2018, n° 1725938.

⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016, n° 1527201.

⁴¹ Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n° 1226066.

⁴² L. Husson, *Le fait et le droit, Archives de philosophie du droit*, t. IX, Sirey, 1964, p. 231.

⁴³ Civ. 1^{ère}, 14 juin 2014, n° 1316794 (「しかし、薬局集団や薬局網が作成した大衆へのあらゆる広告を禁止することは、公衆衛生の保護、国土における薬局の均衡的地理的分配の維持、小規模薬局の保護、地方において所属者の為に投資を行う可能性がある強いネットワークに属しない薬局の脆弱化防止といった目的によって正当化されることを述べた上で、控訴院はこれらのことから、公衆衛生法 R.5125-26 条及び同 R.5125-28 条が個人的になされる薬局による一定の形態の広告を許容し、D.5125-24 条に掲げられた集団が D.5125-24-2 条に定められた条件の下専ら当該集団の所属者の為に公衆衛生の主題について情報伝達ができる以上、この禁止は欧州人権規約 10 条によって保護される表現の自由に対して必要かつ追求目的に照らして相当な侵害をもたらすものである、と正確に推論した。攻撃防御方法は理由がない。」) ; 29 octobre 2014, n° 1326081 ; Crim. 11 juillet 2017, n° 1684859.

性質決定についての事実審裁判官の評価を自身の評価で置き換える。つまり、破毀院自身が比例性審査を行うようにすることで、破毀院が事実を再評価する事態をもたらすことになる⁴⁴。

14. この事案において事実審裁判官によって導出された法的結論に関して性質決定をコントロールすることは、法と事実の狭間にある。重いコントロールか軽いコントロールか、という問いはコントロールの程度に関するものであるが、いずれにせよ破毀院は事実審裁判官によって提示・認定されたままの事実で満足しなければならない⁴⁵。破毀院は、事実の要素を含む比例性に対する重いコントロールによって自身の評価を押し付けて破毀をしてはならない⁴⁶。2016年12月8日前掲判決においては⁴⁷、当該領域において重いコントロールを行えるとは考え難いとするにより、破毀院は2013年12月4日の判決へやや立ち戻っている。第三審級へと自らを変ずるのを避けるべく、破毀院は2016年以来裁判所構成法L.411-3条による差戻しを伴わない破毀の手段を有する。同条によれば、適切な司法行政の利益から正当化される場合には、破毀院は民事の領域において本案判断を下すことができる⁴⁸。法律違反の攻撃防御方法は法的根拠の欠缺へ降格され得る⁴⁹。後者の攻撃防御方法は、比例性によく馴染む事由であり、かつ、その柔軟性は強調しておくべきである。というのも、この類型は不服対象決定の解決が良いと言えるかもしれないが、しかしそれを有効なものとするにはさらにいくつかの要素を必要とする場合に対応するものであるからである⁵⁰。

⁴⁴ Rapport de la commission de réflexion, avril 2017, p. 169.

⁴⁵ V. Vigneau, *Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité*, op. cit. ; J-L Aubert, *Le fait et la Cour de cassation*, in *Études Simler*, LexisNexis Dalloz, 2006, p. 843 ; M-N Jobard-Bachelier, X. Bachelier, *La technique de cassation*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2010.

⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 1114515 (性別の変更) . Civ. 1^{ère}, 25 février 2016, n° 1512403 (「また、数年間に渡って行われた調査は数日から訳2ヶ月の期間のものであり、行政審査(多くの第三者を対象とする情報)から成るものであったこと、紡績工場の開業及び当事者の住居の近隣及び移動時の監視によって、これらの期間及び規模からして問題となった調査を一体として観察すると Landais 氏の私生活に関する権利へ過度な損害をもたらされたことが帰結されることを指摘しつつも、控訴院は法的帰結を自身の認定から導かず前掲条文に違反した。)

⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016, n° 1527201.

⁴⁸ 同条が用いられた場合、弁護士が破毀院の意図を認識した上で本案についての申立てを適時に行えるよう、手続再編成が必要となる。かつての当事者顧問会議の権限に対する反応から説明される差戻しを伴わない破毀の禁止は、もはや事件の本案に立ち入ることの禁止の正当化をする力を持ち得ない。v. P. Bellet, *La Cour de cassation*, *Rev. intl. droit comparé*, 1978.13.

⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 21 mars 2018, n° 1628741 (表現の自由及び私生活に関する権利) .

⁵⁰ D. Foussard, *Manque de base légale et création de la règle*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 69. H. Motulsky, *Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique*, *Ecrits*, t. 1, préf. G. Bolard, Dalloz, 2010, p. 31.

国際裁判権から国内裁判権への法律解釈技術の技巧的転換

15. フランスの法システムが欧州法に対して開かれたことで、国内法を人権裁判所によって与えられることばに適合的に解釈する必要が生じ、破毀院は必要があれば法律解釈の方法論を刷新しなければならない⁵¹。一部の判決は今なお抽象的コントロールを行い続けているにしても⁵²、現在では抽象的と具体的の二重のコントロールを行う判例が多く存在している。

16. 適用され得る人権条約の条文の文言を引用した上で（つまり、人権条約の規定の適用範囲に主張されている侵害が含まれるかを問題とした上で⁵³）、破毀院の近時の判決によって採用される枠組みは介入の法的根拠の認定を接続し（「裁判を受ける者がアクセス可能かつその効果を予見可能な法的根拠」）、次いで、当該法的介入によって追求される目的の正当性の審査を行う⁵⁴。続いて、「裁判官には、自身に付託された当該事件において、この条文の適用が人権条約によって保障される権利に、追求される正当な目的に照らして過度な侵害をもたらさないか否か、そしてとりわけ、競合する公的利益と私的利益の間の正当な均衡に配慮されているかどうかを、具体的に評価することになると思われる」というキー表現を用いて具体的コントロールが行われる。

17. 抽象的コントロールは、これらのいくつかの判決においては取ってつけたような方法で行われている。親子関係の分野における訴権の時効（民法 321 条）及び不受理事由（民法 333 条）は、それらの規定が第三者の権利と法的安全を保護しようとする点において正当な目的を追求するものである⁵⁵。法律上既に親子関係が存在することを理由とするあらゆる新たな親子関係の設定の障害事由（民法 320 条）は、親子関係に安定性を保障し子を親子関係紛争に巻き込まないようにしようとしている点におい

⁵¹ G. Canivet, *L'évolution des méthodes d'interprétation du code civil*, Conférence à l'Université d'Haïfa, mai-juin 2004. 民法草案において予定されていた法律の解釈に関する規定は民法典には採用されなかったが、註釈学派を経て学説から判例まで様々な方法論が提案された。A. Plantey, *L'esprit du code*, Séance de l'Académie des sciences morales et politiques du 15 mars 2004.

⁵² Civ. 2ème, 24 septembre 2015, n° 1328017 ; 22 mars 2018, n° 1712049 ; 28 juin 2018, n° 1716578 et 1716658 ; Civ. 3ème, 17 mai 2018, n° 1615792.

⁵³ ある者が父子関係を承認せしめられないということは、自身の祖先を知る権利が含まれる、人権条約 8 条によって保障される私生活及び家族生活に関する権利の行使への介入となる（CEDH, 13 juillet 2006, req. n° 58757/00, § § 37 et 38 ; 18 mai 2006, req. n° 55339/00 ; 18 mars 2013, req. n° 33783/09, § 45 ; 16 septembre 2011, req. n° 19535/08, § § 59 et 62） et d'établir sa filiation（CEDH, 26 juin 2014, req. n° 65192/11）。婚姻無効は人権条約 12 条によって保障される婚姻する権利への介入である。

⁵⁴ Commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Memento du contrôle de conventionalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, décembre 2018.

⁵⁵ Civ. 1ère, 9 novembre 2016, n° 1525068 ; Civ. 1ère, 6 juillet 2016, n° 1519853.

て正当な目的を追求するものである⁵⁶。いずれの場合も、正当な目的は容易に認められる。というのも、*Jacque Vabre* 判決⁵⁷ 以来行われている条約適合性審査と合憲性先行検討制度の施行以来用いられている合憲性審査は、条文が差別的ないし恣意的であることを発見する可能性を殆ど与えるものではないからである。また、親子関係の分野における時効に関しては第三者保護や法的安全について簡単な言及がなされ、GPA 及びフランスの管轄に属する者がこれを用いることができないようにすることの有益性については子や代理母の保護が言われ⁵⁸、婚姻取消しについては家族の廉潔性保護と家族構成の変更によって招来される帰結からの子の保護の必要性が言われる⁵⁹。

18. 確かに、追求される正当な目的を特定することなく比例性審査を行うことはできない。しかし、このあらゆる比例性審査の前提的検討の為には、人権条約に関して形成されてきた判例に由来する追求目的の正当性の要件が問題となる⁶⁰。人権裁判所は、ルーマニア裁判所の決定による養子縁組の取消しに関して、人権条約 8 条で保護される家族生活の権利への介入を認定し、養子に対する訴えを残すルーマニア法に違反した当事者の姉妹の請求に基づき取消しを認めるこの介入の法的根拠について疑念を示すと共に、養子ではなく姉妹の相続上の利益の名の下にする取消宣告の目的の正当性を問題とし、成立宣告から 31 年後かつ養親たる母の死亡から 18 年後に養子縁組を取り消すルーマニア裁判所の決定はたとえ当該養子縁組が詐害的な証拠でもって獲得されたものであっても過剰な手段であると結論した⁶¹。縁組者の悪意又は詐害の場合(民法 353-2 条)に第三者の申立てに基づき養子縁組が問題とされた事件における破毀院の理由付けと比較してみよう。同条による第三者故障申立ては、確かに養子縁組を無効とすることを可能とするが、第三者の権利を保護しようとしている点で正当な目的を追求するものであると破毀院は述べる。破毀院は事実審裁判官によって提示された事実認定(恋愛関係を是認する形の成人者を養子とする縁組を 3 年後に当該第三者が知って取り消した)をリステートした後、控訴院はこの事実から過度な侵害の不存在を推論することができたと結論している⁶²。不服対象の控訴院の判決が介入と正当な目的の審査にかける必要がある措置であるとしても、この審査を受けるのは法律である。すなわち、「フランス法によって厳格に規律される手続」すなわち第三者故障申立ては、破毀院が指摘するところによれば、「養子縁組の領域においては養親子関係の安全と安定という目的の名の下に制限的に解釈され、申立人が縁組者の責めに帰す

⁵⁶ Civ. 1^{ère}, 5 octobre 2016, n° 1525507.

⁵⁷ Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 7313556.

⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n° 1528597.

⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016, n° 1527201.

⁶⁰ S. van Drooghenbroek, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., n° 293 et s.

⁶¹ CEDH, *Zaiet c/ Roumanie*, 24 juin 2015, req. n° 44958/05.

⁶² Civ. 1^{ère} 13 juin 2019, n° 1819100.

べき悪意又は詐害の存在を証明した場合にのみ可能である。また、この手続は追求される目的を実現する為に必要かつこの目的に照らして十分な手段であると解される。」19. このようなコントロール手法は、内国立法が適合的か否かを見る超国家的な裁判権については説明がつく⁶³。国内裁判権にとってはこのアプローチは無意味である。というのも、国内裁判官は自国の法律を適用しなければならないからである。しかし、法律を裁くことは破毀裁判官の役割ではなく、フランスにおいては憲法評議会の任務である。裁判官が政治的・行政的事項へ干渉することを避けるべく、憲法評議会は議会と同じ性質のものとしては一般的な評価・決定権限を有さない。憲法評議会は、採用された方法が明らかに不適切とは言えない限り、立法者が与えた目的が他の手段によって実現され得たか否かを調査する能力を有さない⁶⁴。紛争状態に関するルールが想定する、補充性及び評価に従事する国家権力の優越的地位が、人権条約のシステムにおいて諸国家に認められている国家の評価裁量を説明する⁶⁵。人権裁判所は、自身は「父子関係の分野における争訟を国内レベルで規律する権限を有する国内権力に代替することを任務とするものではなく、人権条約の視点からこうした権力が評価権限を行使して下した決定を審査することを任務とする」と述べている⁶⁶。利益較量は獲得されたと思われる法律の正当性には無関係である⁶⁷。

20. 破毀裁判官は自身の内国職務から解放されるのだろうか。破毀裁判官は、人権協定についての既存の判例があれば、あるいは明白な場合であれば、法律の適用を排除し得る。また、選挙前30日の調査の公表禁止に関して、刑事部は表現の自由を保護する人権条約10条を根拠に、過剰性ありと判断し国内法を排除した。すなわち、「1977年7月19日の法律の1条に定められている投票のいずれかに関わる、あらゆる世論調査のあらゆる方法による出版・伝播・解説を禁ずることで、本訴訟の基礎となった条文は、前掲条約10.2条に列挙される正当な利益の保護に不必要な、情報を受送信する自由に対する制限を産み出している。条約のこれら規定と相容れない以上、問題の条文は刑事有罪判決の基礎として用いられ得ない」⁶⁸。もっとも、刑事部の決定は、合憲性先行諮問手続が導入される前のものである。人権裁判所の判例がなければ、人

⁶³ CEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, req. n° 25358/12, § 177. F. Matscher, *La protection judiciaire des droits de l'homme au niveau national et international*, Rapport introductif, Vol. 1, Congrès international de droit judiciaire, Giuffrè, 1991, p. 29.

⁶⁴ Conseil constitutionnel, Décision 433 DC du 27 juillet 2000.

⁶⁵ S. van Drooghenbroek, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., n° 685 et s. 国内の評価裁量の承認が比例性審査の実行に優越する (S. van Drooghenbroek, op. cit., n° 747).

⁶⁶ CEDH, 20 mars 2008, *Phinikaridou c/ Chypre*, req. n° 23890/02, § 48. ベルギー語の事件において、破毀院は自身のコントロールがこれらの措置が人権条約の存在と適合するかどうかにか及ばないことを明らかにしている。23 juillet 1968, req. n° 2126/64, § 10.

⁶⁷ A. Barak, *Proportionality*, Cambridge University Press, 2012, pp. 320, 344, 346.

⁶⁸ Crim. 4 septembre 2001, n° 0085329.

権裁判所への先決問題解決の為の移送⁶⁹が結論とならなければならない。

結語

21. 比例性は人権条約を変化させ得る。もともと、条約に適合的な形で規範の具体的適用がなされても、他の状況における当該規範の具体的適用の条約適合性についてはなおオープンである。破毀院の決定は法律を廃止するわけではなく特定の状況への適用を禁ずるものであり、解決の一般性は利害対立が生ずる状況の普遍的性質からもたらされるものであることが想起される。比例性アプローチの予測不可能性が強調され⁷⁰、事実状況を理由として法律を排除していることが暴かれた⁷¹。

22. しかし、破毀院が小人権裁判所となることによって、破毀院の決定に対する人権裁判所のコントロールを軽減するどころか、破毀院が国際裁判官のアプローチを受け入れることで国際裁判官をサポートして人権裁判所のコントロールを強化することが懸念される。比例性審査についての検討が破毀院判決の理由付けを基礎にしてより広汎な弁論に組み込まれる。本稿の目的は、とりわけ事実審裁判官に如何にして条約適合性審査がなされるかを示すことである。我々は未発達な段階にあり、この段階においては事実審裁判官がコントロールを行う時代へ進展することが目指される。その結果、破毀院判決の起草も、願わくは反復的・紋切り型の理由付けに閉じこもることなく、いま一度進展することになるはずである。

⁶⁹ Protocole n° 16 à la Convention EDH.

⁷⁰ S. van Drooghenbroek, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., n° 204, 406, 409, 768 et s.

⁷¹ P-Y Gautier, *La prescription sur le billot de la proportionnalité*, D. 2019.64.

利益衡量と民事裁判

垣内 秀介（東京大学教授）

はじめに

「利益衡量」は、日本の法律家にとっては目新しいものではなく、むしろ長年慣れ親しんで来た概念であろう。本研究集会における瀬川報告も指摘するとおり、利益衡量の概念が講学上の議論に登場したのは高々 1960 年代のことであるが、とりわけ民事においては、当事者双方の諸利益を考慮し、適切な均衡を探究することが裁判官の役割に含まれる、という漠然とした観念は、それに先立って存在したといってもよいように思われるし、利益衡量論が日本において速やかに普及したのも、そうした背景の下で説明できるように思われる。実際、利益衡量という観念は、日本の民事法の随所に見られるものといえよう。

この報告では、利益衡量という観念が日本における民事の裁判官の活動にどのような形で浸透しているか、また、裁判官のこの観念に対する態度に影響を与えている制度的、あるいは非制度的な要因としてどのようなものが考えられるのかについて、検討を試みる。もっとも、そのためには、まず、利益衡量の概念について若干の準備的な分析をしておくことが適当であろう。

1 「利益衡量」の概念について

1.1 利益衡量の法規範創出機能

本研究集会における中原報告が概観するとおり、利益衡量は、法規範創出の一方法であると考えることができる。そこでも述べられているとおり、利益衡量の結果¹は、法律の規定に「結実」し、あるいは「吸収」されることがあるほか、既存の規範を破壊または変更し、新たな規範によって置き換えることもある。さらには、既存の規範によってはなお明示的に規律されていない状況について、全く新たな法規範の定立を導くこともある。

以上のいずれの場合においても、利益衡量の機能は、それが既存の法規範に与える

¹ なお、フランス語の「balance」と日本語の「衡量」との間には、興味深いニュアンスの違いが見られるように思われる。フランス語の「balance」は、名詞としては、均衡のとれた状態を意味し得るのに対して、日本語の「衡量」は、むしろ行為の側面、すなわち、利益を検討し、評価し、突き合わせ、衡量する、という側面に重点があるといえよう。

影響は様々であるものの、新たな法規範の創出という点に帰着するといえる。この作業は、しばしば立法者によって行われるところであり、その場合には、その結果は法律の規定という形をとるのが通常であるが、裁判官や法学者によって行われることもあり得、その場合には、結果は法律の規定の解釈という形をとることになる²。そして、1960年代以来日本の民法学者によって激しく議論されてきたのは、まさにこの後者のような場合に、利益衡量が解釈方法として認められるかどうか、という問題であったといえる。

しかしいずれにしろ、これらの場面では利益衡量は法規範の創出手段として機能するのであり、いったんそうしてある規範が創出された場合には、その適用そのものは、昔ながらの法的三段論法の手順を踏むことになる。すなわち、裁判官が事実を確定し、当該規範が適用されるかどうかを判断するわけである。

1.2 利益衡量の解決創出機能

しかしながら、仮に利益衡量の中心的な機能は規範の創出にあるとしても、その機能はそれに尽きるわけではなく、利益衡量には、これとは異なる重要な機能があるように思われる。すなわち、利益衡量は、時として、既存の、あるいは新たに創設される一般的な法規範を介在させることなく、問題となっている争いの解決を直ちにもたらし、という機能を営むことがあるように思われる。この場合、裁判官は、当事者双方の諸利益を検討し、衡量した上で、いずれの当事者の主張を認めるかを直ちに決することになる。

もっとも、このような場合を想定すると直ちに問題となるのが、こうした解決は——それが法規範の適用から導かれるのでないとすれば——、そもそもいかにして正当化され得るのか、という点であろう。

1.2.1 法律によって要請される利益衡量

この問いに対してまず想起される解答は、法律自身が裁判官による利益衡量の実施を予定しているから、というものであろう。たしかに、法律自身が個別事案の解決を裁判官による衡量に委ねている、といえる場合には、そうした解決もまた正当である、と言い得るように思われる。

そのような場合としては、まず、法律の規定がある程度明示的に裁判官による利益衡量を予定している、という場合が考えられる。

² 立法者や解釈者が明示的に利益衡量に言及する形で判断を行う場合には、こうした作業の介在を認知することが容易であるが、場合によっては、こうした作業が黙示のうちに行われ、結果として利益衡量が実践されたことについては、せいぜい推測することができるにとどまることもある。

例えば、民法 770 条 2 項によれば、裁判所は、同条 1 項各号に掲げる離婚原因³がある場合であっても、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができるものとされる。ここでは、したがって、裁判官は一切の事情を考慮して、婚姻の継続にかかる利益を考量し、離婚原因の重大性と比較することが求められることとなる。

また、借地借家法 6 条によれば、借地権設定者は、正当の事由があると認められる場合に限り、借地契約の更新について異議を述べることができる。そして、異議に正当事由があるかどうかの判断にあたっては、規定上、裁判官が、借地権設定者及び借地権者が土地の使用を必要とする事情、土地の利用状況、借地権設定者が土地の明渡しと引換えに財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出といった諸事情を考慮すべきものとされる。ここでもまた、裁判官は、当該事件の具体的な事情に基づいて、借地権設定者及び借地権者の利益を衡量しなければならないわけである。

さらに、裁判官による利益衡量を明文で定める規定がない場合であっても、判例によってそうした規範が創設されることがあり得る。その例として、2 つの最高裁判例を挙げておこう。

第一の事件は、被告が、原告が傷害罪によって有罪判決を受けた事実を記載した書籍を公刊したことを理由として、損害賠償が求められたものであるが、最高裁判所は、ある者の前科に関わる事実を公表されない利益が保護に値するかどうかは、その者のその後の生活状況、事件の歴史的・社会的意義、その者の地位、実名公表の必要性、著作物の目的、性格といった諸事情に依存するものとした⁴。結果として、民法 709 条・710 条⁵に基づく損害賠償請求は、裁判官が、こうした諸事情を考慮して、その者の利益が著者の利益に優越すると判断する場合に、認められるべきこととなる。

第二の事件は、報道関係者の取材源に係る証言を拒絶する権利の有無が争われたものである。最高裁判所によれば、証人が職業の秘密（民訴法 197 条 1 項 3 号）を理由として証言を拒絶できるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見および裁判の公正との比較衡量によって決せられるべきである、とし、この比較衡量にあたっては、当該報道の内容、その持つ社会的な意義、当該取材の態様、将来における同種の取材活動が妨げられることによって生ずる不利益、当該事件において当該証言を必要とする程度、代替証拠の有無等の諸事情を考慮しなければならないものとされる⁶。

以上でみたいずれの場合においても、法規範はそれ自体としては直ちに当該事案の解決そのものを示すわけではない。法規範は、各事件における解決を特定するという

³ 具体的には、不貞行為、悪意の遺棄、3 年以上の生死不明、回復の見込みのない強度の精神病、その婚姻を継続しがたい重大な事由である。

⁴ 最 3 小判平成 6・2・8 民集 48 卷 2 号 149 頁（ノンフィクション「逆転」事件）。

⁵ 不法行為及び慰謝料に関する規定である。

⁶ 最 3 小決平成 18・10・3 民集 60 卷 8 号 2647 頁。

任務を断念し、これを裁判官による利益衡量に委ねているのである。したがって、解決は、もはや、法規範の単純な適用によって導かれるとはいえない。それはむしろ、個別事案の事情を考慮する裁判官がその都度生み出すものなのである。結果として、利益衡量は、各事案の特性に応じた最適な解決をもたらすという機能を果たすことになる⁷。言い換えれば、ここでは、利益衡量は、法規範の一般性を相対化しつつ、解決を個別化する機能を営むのである⁸。

1.2.2 法律の規定しない利益衡量

以上のいくつかの例は、日本の民事法において利益衡量が果たしている役割の一端を示すものである。それは同時に、そこで裁判官が果たしている役割の重要性を示すものでもある。というのも、すでに述べたとおり、裁判官こそが、各事案の特性を考慮した上で結論を出すという任務を委ねられているからである。ところで、この任務は、そうした作業が法律の規定や判例の採用する法律の解釈という基礎を有する場合には、十分に正当なものといえる。しかし、日本の裁判実務の実態を考えると、こと

⁷ さらに、民法2条1項（信義則）のような一般条項の適用もまた、類似のプロセスを含むものといえよう。そこでも、規範そのものが具体的な解決を直ちに示すわけではないからである。

⁸ 研究集会における質疑応答の中では、この点に関し、いくつかの興味深いやり取りがみられた。1つは、コルニュ・テナル教授の報告に対する金山直樹教授の質問をめぐるものであり、そこでは、およそ先例的意義をもたない当該事案限りの判断というものが観念できるか、ということが問題とされた。もう1つは、アシェ判事及び筆者の報告に関する中原太郎准教授のコメントであり、そこでは、本文のような区別は論理的には成り立たず、すべての利益衡量は一般的な規範の創出として理解できるのではないかが問題とされた。

筆者の理解では、いずれの問題も、裁判における判断あるいは法規範の適用対象となる事実関係をどこまで細分化し、識別するか、という点に関わる。すなわち、先例的意義に関する第1の論点は、具体的事案に即した判断であったとしても、当該事案とまったく同様の事案を想定することはできる、と考えれば、その限りで当該判断に先例的意義を見出し得るはずである。これに対して、事案の具体化の度合いをいわば無限大にとれば、それと全てのディテールにおいてまったく同一の事案というものは存在しないはずであり、当該判断が、黙示にはあれそうした個別性の高い事案のみを対象としてされた、と解するのであれば、その判断にはおよそ先例的意義はない、ということになり得る。問題は、後者のように考えることにどの程度の実践的意義があるか、という点に帰着することになる。同様に、第2の論点についても、個別事案の諸事情を考慮した解決の導出であっても、そうした諸事情を要件とするところの一般的規範を観念した上で、その適用として説明することは可能であり、その限りでは、中原准教授の指摘は正当といえる。ここでも、問題は、そのような規範が仮に結論導出後に後付的にしか観念されないのであれば、そのような説明をあえてすることにどのような実践的意義が認められるか、という点に帰着することになる。

こうした対立は、裁量型のルールに関して、証明責任の所在が問題とされるような一般的な意味での要件事実を観念すべきかどうかに関する伊藤滋夫教授と山本和彦教授との対立とも通底する面があり（伊藤滋夫「家事事件と要件事実論との関係についての問題提起」同編『家事事件の要件事実』94頁以下（日本評論社、2013）、山本和彦「総合判断型一般条項と要件事実」伊藤滋夫先生喜寿記念『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』65頁以下（青林書院、2009）参照）、興味深い。なお、この問題については、垣内秀介「家事事件要件事実研究会を終えて3」伊藤滋夫編『家事事件の要件事実』192頁以下（日本評論社、2013）も参照。

はこれにとどまらないように思われる。というのも、個別事案の特性に応じた解決を追求するという裁判官の傾向は、以上の範囲にとどまるものではなく、裁判官の活動により広範な影響を与えていると思われるからである。実際、広い意味での利益衡量の観念は、そうした衡量を定める法律の規定や判例が存在しない領域においても、裁判官の活動に影響を与えているように思われる。

まず、日本では、古くから、「スジ」、「スワリ」⁹などと呼ばれる事件についてのあつ種の総合的な印象が、裁判官の判断に影響を与えることがあると言われる¹⁰。そうしたことが問題となるのは、とりわけ、法的分析によって導かれる結論と裁判官の衡平感覚との間にずれが生じるような場合である。こうした印象の内容が言語化して表現されるわけではなく、その内容を特定するのは困難であるが、そこから導かれる結論は、当該事案の諸事情に適合し、裁判官の衡平感覚に合致するような解決を目指して行われる、ある種の利益衡量に立脚するものと考えられよう。

もっとも、裁判官としては、自身のする裁判の理由としてそうした印象に明示的に依拠することはもちろん許されない。裁判理由は、認定事実¹¹に法規範を当てはめるという形式で示さなければならないからである。そうだとすれば、裁判官がその適当と考える解決を裁判に盛り込むためには、2つの方法しかないことになる。すなわち、法解釈に手を加えるか、それとも事実認定を操作するか、である。前者については、上級裁判所によって是正されるおそれがより大きいとするならば、裁判官としては後者の道を選び、証拠の状況が許す範囲ではあるが、認定事実を自身が望ましいと考える結論に沿うように調整することが考えられよう¹¹。こうした場合、広い意味における利益衡量の過程は、事実認定の中に隠されることとなり、その影響を検知することは困難となる。

いずれにしても、判断が判決の形をとる限り、裁判官としては法的議論によってその判断を理由付けなければならないから、解決の内容について裁判官に与えられた幅は相当に限られたものとならざるを得ない。言い換えれば、判決という形式は、必ずしも利益衡量の結果を解決に盛り込むために適したものだというわけではない。さらに言えば、利益の衡量、言い換えれば両当事者の利益の均衡というものが重要なのであるとすれば、法的解決というものは、それが典型的にはオール・オア・ナッシングの形式をとる以上、必ずしも適したものとはいえないであろう。そうした均衡は、むしろ中間的な解決によってよりよく図られることも多いと考えられるからである。

ところで、以上のような考察は、実務における訴訟上の和解の重要性の少なくとも

⁹ 用語としては、「スジ」とは、線、話の構成、さらには道理などを意味し、「スワリ」は、落ち着き、安定性、均衡といった意味を持つ。

¹⁰ 例えば、村松俊夫「裁判官と法」日本法哲学会編『法と裁判（法哲学年報1958）』47頁以下（有斐閣、1959）のほか、近時の文献として、加藤新太郎「事件のスジの構造と実務」伊藤眞先生古稀祝賀『民事手続の現代的使命』211頁以下（有斐閣、2015）参照。

¹¹ ただし、こうした処理に対する批判として、伊藤滋夫『事実認定の基礎』263頁以下（有斐閣、1996）がある。

一端を説明するもののように思われる。というのも、和解の枠内においては、解決は法規範によって拘束されないからである。

実際、裁判官は訴訟のいかなる段階においても和解を試みることができるものとされ（民訴法 89 条）、この権限は実務上大いに活用されている。今日、第一審における一般法上の裁判所である地方裁判所では、3 分の 1 以上の事件が和解で終了しており、その多くは裁判官の提案や示唆によるものである。通例、裁判官は各当事者を相手方当事者の同席なしに個別に聴取し、解決についての希望や譲歩の可能性を調査し、相当と考える解決を探究する。裁判官は、必要と考えれば事件についての見通しを当事者に告げ、その提案する解決を受け入れるよう当事者にしばしば助言する。ここで、例えば裁判官が原告にその請求の一部を断念するように求め、あるいは被告に請求の一部を受け入れるように勧める場合に、そこにある種の利益衡量が働いているとみることが難しいであろう。

和解に対する裁判官の態度に関していえば、歴史的には、1960 年代に興味深い変化が生じたことも指摘しておくべきであろう¹²。この時期以前においては、調停者の役割と、事件について裁判をするという任務とが両立するののかについて、裁判官の間でも懐疑的な見方が存在したことがしばしば指摘される。しかしながら、ここ数十年にわたって、日本の裁判官の大半は、訴訟の係属中に当事者を和解させるという任務を積極的に受け入れてきた。統計をみても、1960 年頃までは 20 パーセントを切っていた和解率が、60 年代には上昇を始め、1975 年頃には 30 パーセントに到達した。したがって、この 15 年間に和解率はほぼ倍増し、その後安定しているわけである。

こうした変化の原因を特定することは困難であるが、一方では、交通事故訴訟の激増が裁判官に事件の迅速処理の手法としての和解の活用を促したことが契機となったものと考えられる。和解の効用がこうした形でいったん認知されると、他の種類の事件においても活用が進んだと考えられるのである。他方で、1960 年代頃から、公害訴訟などにおいて、多数の被害者により迅速かつ効果的な救済を提供するための手段として、やはり和解の有用性が認識されたという事情もあろう。こうした和解の活用に対しては、当初、憲法によって付与された司法の役割を超えるものであるとする批判もみられたが¹³、今日では、和解における裁判官の積極的な役割は、概ね受け入れられているように見える。

ここまでみてきたことから、利益衡量が、法律によってそれが予定されている場合にとどまらず、その態様はさまざまであるものの、他の場合においても、重要な役割を果たしているということが出来る。付言すれば、前者の場合には、法律の規定または判例に基づくものである以上、利益衡量の内容は多かれ少なかれ構造化されたも

¹² 和解率の歴史的な推移及びその背景に関しては、垣内秀介「訴訟上の和解の現在——『和解技術論』出現以後の展開を振り返って」草野芳郎先生古稀記念『和解は未来を創る』19 頁以下（信山社、2018）参照。

¹³ 加藤一郎「司法と行政」判夕 782 号 2 頁以下（1992）参照。

のとなるが、その他の場合には、衡量のプロセスは構造化されてもおらず、より可視性も低い。しかし、いずれの場合においても、裁判官の役割が極めて重要であることは、共通する。諸事情を検討し、考量して具体的な解決を探究するのは彼らだからである。もし、こうした必ずしも容易ではない任務を、それにもかかわらず日本の裁判官がフランスの同僚たちと比較してより積極的に受け入れているとするならば、彼らのそうした振る舞いにはどのような要因が影響しているのか、という問題が提起されることになる。

2 利益衡量に対する裁判官の態度に影響する制度的・非制度的条件

あくまで仮説としてではあるが、以下では、日本の裁判官の態度に影響を与えている可能性がある点として、3つの要因について述べることにする。

2.1 裁判官の地位

はじめに、日本の裁判官が伝統的に享受してきた、その資質及び廉潔さに対する高い信頼について、言及しておく意義があろう。実際、日本においては、裁判官は法律家の中でも特にエリートに属すると考えられてきたし、例えば裁判官が当事者や関係者から収賄する、といったことはおよそ想像できない。そして、こうした信頼は、日本における裁判官の地位とも関係しよう¹⁴。

日本においては、裁判の権能は、2009年に裁判員制度が導入された刑事事件を別にして、原則として職業裁判官によって行使される。裁判官は、通常、司法試験に合格して司法研修所における修習を終えた者のうち、特に優秀な層から、まずは判事補として採用される。その任期は10年であるが、10年の執務の後には判事として採用されるのが通例である。裁判官の地位は憲法上の保護を受ける。その任期中は、公の弾劾または心身の故障のため職務を執ることができないと決定された場合を除き、罷免されないし（憲法78条）、その報酬は、在任中減額されることがない（憲法79条6項・80条2項）。さらに、その人数は伝統的に限られており¹⁵、報酬の水準も、他の国家公務員と比較して高いものとなっている。

こうして、日本の裁判官は伝統的に高い信頼を得ており、そのことは、その判断に、例えばそれが法律の直接の適用によるものではないとしても、一定の権威を付与している面があると考えられよう。

¹⁴ ただし、以下で述べるような制度的な条件のみから裁判官に対する高い信頼が説明できるわけではなく、実際には、さらに歴史的・文化的な諸条件を考慮に入れる必要がある。

¹⁵ 現在、判事の定数は2125名、判事補は927名に過ぎない（裁判所職員定員法1条）。

2.2 手続の構造

第二に、日本の民事訴訟手続における裁判官の中核的な役割を指摘すべきであろう。

日本の民事訴訟手続は、歴史的にはドイツ法の影響を強く受けたものであるが、とりわけ次のような点にその特色がみられる。すなわち、英米型の陪審制の不採用、口頭弁論の一体性（各手続段階の厳格な区分に乏しいこと）、判決裁判官による手続の強力かつ継続的なコントロール、証拠評価に関する裁判官の裁量性の強さ（伝聞法則などの証拠能力に関する厳格な規律の不存在）、上訴の広範な許容などである¹⁶。

これらの特色のうち、この報告との関係で最も重要であるのは、判決裁判官による手続の強力なコントロールや、事実認定における裁量性という点であろう。端的に言えば、裁判官は、手続の進行を支配し、事案について把握するために必要な釈明を行い、適当と考えれば事実上あるいは法律上の主張の補充を当事者に促すこともある。また、すでに述べたとおり、和解へも積極的に関与する。事案の審理におけるこうした各種の介入は、事実関係について深く理解し、実情に即した解決についての見通しを形成することを容易にするであろう。換言すれば、日本の民事訴訟手続の構造の下では、裁判官は当該事件の事実関係との距離が非常に近いといえることができる¹⁷。

2.3 裁判所に対する一般の期待

最後に、日本における裁判利用者の意識についても指摘する意味がある。言い換えれば、利用者の民事裁判に対する期待が、日本の裁判官の振る舞いに影響する可能性である。実際、時に、利用者が「正義」として期待するところは¹⁸、法律の規定するところとは必ずしも一致しないと言われ、そのことが、裁判官が、たとえ法規の適用から導かれる結論とは一致しない場合であっても、具体的な事実関係に即した解決をしようと努めることの背景をなしていると考えられる¹⁹。

¹⁶ こうした日本の民事訴訟手続に顕著な手続構造については、垣内秀介「民事訴訟の手続構造と「法の同化」」カール・リーゼンフーバー＝高山佳奈子編『法の同化:その基礎、方法、内容』551頁（De Gruyter, 2006）参照。

¹⁷ さらに付言すれば、事実関係の探究という関心は、最高裁判所にすらある程度共有されているともいえる。最高裁判所は、日本においても法律審と考えられているが、それにもかかわらず経験則違反を理由とする破棄判決が珍しくないことは、そうした関心の1つの現れといえよう。

¹⁸ 日本において国民の実体的正義実現に対する期待の強さについては、加藤新太郎教授が「正義必勝の観念」と表現している。例えば、伊藤眞ほか『民事訴訟法の論争』185頁（有斐閣，2007）〔加藤新太郎発言〕。

¹⁹ スジ・スワリをめぐる前掲の文献等参照。

終わりに

仮に、これまでのところ、フォーマルな、あるいはインフォーマルな形での利益衡量が重要な役割を果たしてきたとしても、そのことは、将来においてもそうであり続けることを必ずしも意味しない。近いうちに日本の裁判官に対する信頼が失われる、というようなことは予期すべきことでないにしても、例えば、手続における裁判官の主導的な役割が当事者主義の考え方に反しないかについては、近年議論があるところである。また、裁判利用者の意識が変わっていくことも、考えられることであろう。外国法を継受したばかりの時代においては、法的解決を社会の実情に合わせていくという役割が裁判官に期待されたとしても、社会の多様化、グローバル化が進む中で、そうした役割が今後も正当性をもつかどうかは、定かではない。

こうしたことの結果として、少なくともインフォーマルな利益衡量の役割というのが今後減少していくとすれば、将来的には、日本法とフランス法の逆方向からの接近をみる可能性があるのかもしれない。

*本稿は、口頭での読み上げ原稿の日本語訳に若干の注を追加したものであり、その性質上、文献の引用等のごく不十分なものととどまることをお断りしておきたい。

憲法院判決の時間的調整

ニコル・マエストラッチ（憲法院構成員）

訳 橋爪 英輔（早稲田大学非常勤講師）

はじめに、「利益衡量」が裁判所の職務に不可分であるということについて念を押すことは私にとって必要なことである。裁判官は裁判を行うときに何を生み出すのであろうか。対立する諸利益を調整することを探究しているのである。裁判官は対立しているようにみえる諸原理の間にカーソルを置く場所を決定する。裁判官は比例性審査を行っている。このことは、前の報告者¹が言及したように、フランスの憲法院が明示的に言及したのは1970年代からであるが、違憲審査権を行使する裁判官にとって特にあてはまることである。

したがって、法律の合憲性を審査することは、対立または相反する憲法的諸原理を調整することによって、対立する諸利益を裁定することである。このために、憲法院はこれらの諸原理の均衡点を決定する。この均衡点は諸制度の連続性を確保する一種の羅針盤である。しかし、これは永久的に安定したものではない。社会が発展するにつれて当然に変動するし、社会がすぐに変わればそれだけ早く変動する。審査権の行使の困難さは、両最上級審裁判所が対立した最も難しい判断を例として引き合いに出せば理解できる。普及されたデジタル・コミュニケーションが飽和した空間において表現の自由と私生活の保護をどのように調整するか、あるいはまた、テロリストの脅威の時代に、個人的自由を守る一方で公の秩序をどのように守るかといった例である。

問題となっている法律が憲法原理に違反しているかどうか、その違反が過度なものであるか、そうでないか、そして、それ自体憲法によって保護されている一般利益によってその違反が正当化されるか否かを判断するにあたり、憲法院は、常に明示的に言及しているわけでないとしても、ずっと前から比例性審査を行ってきた。比例性審査はこのように憲法院の活動の中心にある。

したがって、憲法院の判例は全体的にこのシンポジウムのテーマに関係がある。しかしながら、与えられた時間を考慮し、憲法院が立法規定を違憲と判断し、違憲判断の効力を調整した判決について言及するに留める。

- **廃止判決（*décisions d'abrogation*）の時間的調整（*modulation*）：比例性審査の問題への集中**

憲法院が調整を行った諸判決が私たちのテーマにとって一層興味深いものに思われるのは、ある法学教授の最近の論文中の表現につなげば、それらが「合憲性審査のあ

¹ Nicolas Cornu-Thénard

らゆる《政治的な》問題を濃縮する²からである。すなわち対立する諸利益を調整すること、予想される影響が比例的であるか、不均衡であるかの指標を測ること、立法規定の違憲性を独力で治癒できる議会の時間を尊重しながらも、違憲の規定を維持しないことである。できる限り、これらの目的のすべてが、同一の判決の中で果たされなければならない。

憲法裁判官は違憲判断となりうる結果を評価する際に必ず比例性審査を行っている。そして、すでに具体的に適用が行われている、生ける法 (loi vivant) に作用するこの比例性審査は、それ自体で、具体的審査と抽象的審査の厳密な境界線を消し去る。だからといって憲法裁判官によって行われる審査は具体的審査となるわけではないが、QPC、とりわけ憲法院判決の時間的効力 (effet dans le temps) の調整は憲法院に対しより帰結主義的なアプローチを余儀なくさせている。このようにして憲法院は、審査に付された規定に対してより具体的な考慮を徐々に導入している。

しかし、この点に関するフランス憲法院の判例の意義や展開を説明する前に、フランスの合憲性審査のシステムについて簡単に言及する必要があると思われる (すでに完全に理解されている方々に対しては前もってお詫びしたい)。

• フランスにおける合憲性審査に関する重要な基礎知識

フランスでは合憲性審査はできて間もない。1958年より前は、いかなる者も立法者を統制しなかった。立法者は主権者である人民の意思を示している以上は、誰も立法者を裁くことができないと考えられていた。

憲法院が1958年に第五共和制憲法によって創設されたのは、ある強い理念が伴ったことであった。すなわち、立法者が執行府の権限を侵害することを防ぐことである。というのも、ド・ゴール政権が生まれる以前の議院内閣制は政府が極めて不安定であるという特徴があった³。

1958年の時点では未だに憲法院は実質的に独立した裁判所ではなかった。憲法院の権限は限定されていた。4つの有資格者のみによる付託を受けるだけであった。すなわち、共和国大統領、首相、元老院議長、国民議会議長である。特に、憲法院は公布前でなければ法律を審査することができず、言い換えれば、いまだ適用されていない法律しか審査できない。この観点から、フランスの憲法院はその時点でヨーロッパにおける例外であったし、私が言及しようとしている2008年の憲法改正によって創設された新たな付託手段とは別に、このような法律の合憲性審査手段が維持されている以上は、ずっと例外であり続けている。

² Dominique Rousseau, *Le Conseil constitutionnel, maître des horloges, Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel* n°54 (Dossier : La Constitution et le temps), Janvier 2017.

³ 1946年から1958年の第四共和制。

それ以降、結社の自由に関する 1971 年 7 月 16 日判決⁴によって憲法院が（諸権力間の関係を主に規律する）1958 年憲法を根拠とするだけでなく、（市民の基本的諸権利を言明する）1789 年人権宣言をも根拠としてその審査権限を行使すると判断したことで、付託可能性が拡大した。このように、フランスでは憲法規範がひとつの法典に収められているのではなく、法の集合体に収められている。これがいわゆる「憲法ブロック (bloc de constitutionnalité)」であり、これに環境憲章が 2004 年に採択された後に追加されることになる⁵。

その上、1974 年の憲法改正⁶以降は、憲法院は前述の 4 つの有資格者によるだけでなく、60 名の国民議会議員または 60 名の元老院議員によっても付託される。一般的に野党に所属する議員たちが関わる。

しかしながら、これらの改革に反して、憲法院の活動は比較的低調なままでいた。というのは 2008 年の改革までは、憲法院は 1 年あたり 15～20 件の判決を下していた。憲法院によって法律が有効と認められ、公布されたならば、もはやその法律の合憲性に異議を申し立てる手段が存在しなかった。そして、法律が違憲と判断されたとしても、その判断の時間的効力の問題が提起されることがなかった。違憲とされた規定は決して適用されず、つまり、まるで存在しなかったかのように消え去るのである。

- **QPC（合憲性優先問題）を創設した 2008 年の改革は生ける法を裁判する可能性を導く。**

2008 年の憲法改正⁷は合憲性審査の性質を根底から変更した。市民に新たな権利を与え、市民にすでに適用されている法律の合憲性に異議を申し立てることを可能にすることが重要であった。それ以降は何人も訴訟において自らに適用され、違憲と考える立法規定についての合憲性優先問題（QPC）を提起することが可能になった。何人もどんな裁判所の前でも、QPC を提起できる。しかし、最上級審裁判所（司法事件では破毀院、行政事件ではコンセイユ・デタ）は、この合憲性優先問題を選別し、重大と判断した問題のみを移送する。破毀院およびコンセイユ・デタはこれまでにおよそ 5 件につき 1 件の割合で（すなわち 20%）憲法院に移送している。

ひとたび問題がコンセイユ・デタまたは破毀院によって移送されたら、憲法院には判決まで 3 ヶ月の期間がある。この特に短い期間もまた、その他のヨーロッパ各国の憲法裁判所からフランスを差別化するものである。QPC は対審による審理、かつ、訴訟当事者ではないが保護されるべき利益を有する者が参加できる公開の弁論の対象

⁴ 1971 年 7 月 16 日判決 DC71-44 号：結社契約に関する法律。

⁵ 環境憲章は、2005 年 3 月 24 日判決 REF2005-31 号 (Hauchemaille et Meyet) で憲法院によって憲法的価値が認められた。

⁶ 1974 年 10 月 29 日の憲法改正。

⁷ 第五共和制の諸制度を現代化する 2008 年 7 月 23 日の憲法改正。

となっている⁸。この憲法訴訟中は、政府もまた首相が代表して見解を述べる。

この改革を受けて、憲法院は正真正銘の裁判所となった。だからといって憲法院は最高裁判所になったわけではない。他の憲法裁判所とは異なり、たとえ裁判官が法律の合憲性を最上級審裁判所の一方が形成した確立した解釈に則って審査することがあるとしても、憲法院は依然として、ただ法律の合憲性判断のみを行う裁判官のままである。コンセイユ・デタや破毀院がそれぞれの裁判系統の最上級審裁判所であり続けるが、これらの裁判所もまた国際協約、とりわけ欧州人権条約（CEDH）に反すると判断した法律の適用を拒けることが可能である。この条約適合性審査について、憲法院は自らの判例の立場において行うことができないとしている。

現在では QPC の登場は、裁判を受ける者に新たな権利を与え、たとえ一部の人々が他の人々よりも早く獲得するにせよ、そのような利点があり議論の余地のない進歩であると考えられている。

しかしながら、これらの国内とヨーロッパで交叉する諸手続が、多くの場合に類似する基本的諸権利を擁護するものであり、当事者にとって理解するのに相当複雑なシステムを構成している。しかし、裁判へのアクセス可能性の問題は他の討論会を行うに値する問題であり、ここでは扱わない。

変化したこと、そして何よりもまして重要なのは、それ以降、生ける法、すなわち、弁論で討議されるのが適用の実態である規範に合憲性審査が作用することである。憲法院が抽象的審査を続けたとしても、次第に法律が適用される具体的状況を考慮するようになり、常に判決の中で言及するわけではないが、憲法院は自らの思考の中に、審査に付された立法規定の影響についての統計データ、社会学的研究、評価報告書、証拠といった事実的な根拠を含めるようになる。

同じく変化したことは、それ以降は通常裁判所が合憲性審査に関係することであるが、2008年改革以前は通常裁判所が合憲性を判断してはならなかったのである。それ以降憲法院に問題を移送するか否かを決定するのは通常裁判所の裁判官である。それゆえ憲法文化は裁判に関わるすべての者、司法官、弁護士のみならず、次第に増えていく市民によっても共有される。

2010年にこの改革が施行されて以降、憲法院は800件以上の QPC を審査し、憲法院が判断した30%の判決は全部または一部廃止判決である。

原則として、規定の廃止は QPC を提起した当事者とともに、違憲と判断された規定を根拠とする係属中の事件の当事者すべてにも即時的な影響をもたらす。しかし、2008年憲法改正の起草者は、憲法院に判決の効力の調整することを可能にすることで、この原則に対する例外を定めたのである。

QPC 施行後に下された違憲判決のうちの35%で行われているのがこうした調整である。私が本日関心を持っているのは、これらの判決である。

⁸ 2013年11月22日判決 ORGA2013-128号で憲法院が採択した内部規則により、訴訟参加人は特別の利益を証明する（6条）。

- 生ける法を裁判することにより、廃止判決の執行方法が考慮されなければならない。すなわち、違憲判断の効力の調整である。

憲法院が公布される前でしか法律を審査できない限りは、時間的効力の問題は生じない。その反面、多くのヨーロッパの国においてすでに存在するような違憲判断方法の例外を設けることによって《生ける法》の審査を始めてからは、違憲判決の時間的適用範囲の問題が即座に生じた。すなわち、違憲審査の例外手続をすでに定めている他のヨーロッパのシステムの審査は、私たちに廃止判決の具体的な執行方法が極めて恐るべき問題を生じさせることを示してきた。

すなわち、すでに適用されてきた規定を廃止することは、法的空白 (*vide juridique*) を生み出し、または、契約上の地位を不安定にさせ、多数の争訟を招き、多くの刑事手続を白紙に戻し、そして、国家予算に重大な影響をもたらしかねない。この影響はいくつかのケースでは不均衡 (*disproportionnées*) であり、当該規定の廃止が擁護しようとした原理とは別の憲法的諸原理に違反するおそれがある。

これらの問題を解決するために、憲法典は憲法裁判官に、極めて広汎な裁量を与えた。憲法 62 条は次のように定めている。「憲法 61-1 条に基づいて違憲と宣言された規定は、憲法院の判決の公布あるいはその判決の定める期日以降に廃止される。憲法院は、当該規定により生じる効力が再審査の対象となるための要件と制限を決定する。」

したがって憲法院は違憲と判断された規定の廃止が効力をもつ期日を決定できる。加えて憲法院はその違憲を援用できる個人または集団を決定することができる。そして、憲法院は、違憲の規定の廃止が有効でない間に、または、新たな規定が立法者によって議決されていない間に、その規定がどのように解釈されなければならないかを明示することによって、移行期間を調整することができる。

2010 年に QPC についての最初の憲法院判決が下されて以降、憲法院はこの規定を行使してきた⁹。この判決によって憲法院は平等原則違反を理由にアルジェリアの退役軍人に適用される特別の年金制度を廃止した。憲法院は退役軍人の国籍がどこのものであっても退役軍人間の平等を保障する制度を採択するための期間を立法者に与えるために、廃止の効力を延期した。すなわち憲法院は、即時的廃止はより一層不平等であった旧制度を存続させる結果を招くと判断した。しかしながら、憲法院はその判決に原告にとって実効的な効力を維持するため、裁判所は立法者が新たな規定を採択するまで、裁判を延期しなければならないと決定した。

この判決の中に、判決の時間的適用範囲に関連するすべての問題やその結果として憲法裁判官に生じる複雑な裁定がすでに見いだされる。すなわち原告にとって判決の実効的な効力を維持すると同時に、即時的廃止の有害な影響に注意を払うこと、立法者の特権を尊重しながら、新たな法律の採択までの移行期間の間に違憲の効力を制

⁹ 2010 年 5 月 28 日判決 QPC2010-1 号：Consorts L (年金の凍結)。

限するように留意することである。

- 次第に具体的要素を包含する抽象的な合憲性審査

しかしながら初期のころ、憲法院は慎重なままであった。多くの場合、立法者に新しい法文を採択できるように猶予を与えたとしても、憲法院は何よりも移行期間についての指定を与えることに躊躇う態度を示してきた。立法者の手を導くことを自ら禁じるフランスの憲法文化をこのようにして憲法院は尊重したのである。今やフランスで有名となったジョルジュ・ヴェデル（George Vedel）学部長の言葉を借りれば、「憲法院は消しゴムを与えられる権利をもつが、鉛筆を与えられる権利はもっていない」。しかし、消しゴムと鉛筆の境界は、はっきりと見えないほどまで隙のないわけではない。そして、憲法院の判例は、廃止判決の具体的影響をますます考慮した均衡点を探求することで発展してきた。

このような発展は、フランスの憲法院が他の憲法裁判所の多くと異なり、完全に抽象的な審査を行ってきただけに一層顕著なものである。その発展は憲法院が公布前の法律の審査に限定されていた当時にすでに生じていた。そのような審査は、法律が当然に一度も適用されていないのであるから、より自然である。その上、憲法院は法律の具体的適用方法の妥当性を評価することを常に自ら禁じてきた。このように憲法院は「立法者が自らに定めた目的が他の手段によって達成しうるか否かを考慮された手段が追求された目的と適合しないことが明白でないことを理由に判断することは」、憲法院の役割でないとして毅然として判断してきた¹⁰。

確かに、憲法院は何よりも慣れ親しんだ抽象的審査手続を QPC の訴訟に移行することを望んでいた。しかし、現実の個人に適用されている生ける法を独占するからには、審査方法も必然的に変化する。そして、理論的に憲法審査が抽象的なままであるにせよ、「その生命」は QPC の訴訟、特に時間的効力を決定する判決部分において吹き込まれている。

それに伴って憲法院は 2011 年から以下の類型の正当化を採用している。「原則的に、違憲の宣言が QPC の提起者に利益を与えなければならず、憲法に反すると宣言された規定が憲法院の判決の公布日に係属している事件で適用できないが、憲法 62 条の規定は、規定の廃止日を定め、時間的にその効力を延長し、同時にその違憲の宣言が作用する前に規定が生じさせた効力を再検討することを定める権限を憲法院に留保している」¹¹。

このように憲法院は多くの場合に相反する要請を両立させるために活用する極めて広い権限をもっている。憲法院の判決の効力を延期するかどうか、そしていかなる条

¹⁰ 普遍的疾病保障の創設に関する法律についての 1999 年 7 月 23 日判決 DC99-416 号。

¹¹ 2011 年 3 月 25 日判決 QPC2010-108 号および QPC 判決 2010-110 号。

件で延期するかを決定するために、保護される権利の性質だけではなく、法律が憲法的諸原理を侵害することの重大性も考慮することになる。問題となっている諸利益に及ぶ違憲判断の影響を評価する、すなわち、個人の利益または一般利益が問題となり、それらを調整することになる。さらに憲法院は、議会の特権を尊重する必要性とこれらの要請を調和させようと努めることになる。このようにして憲法院は比例性審査を行っている。

QPC 施行以降憲法院が遭遇した様々な文脈を通じて、私は相反する利益を調整するために憲法院が根拠とする諸要素を抽出することを試みる。

しかしながら、この分析はフランスの歴史やシステムに起因する主な3つの理由によって困難になっている。

- ・第1に、QPCの制度が最近のものであり、判例による実践が安定していない。当事者たちがQPCを自分のものとし、規定の違憲性を主張する習慣がついたとしても、未だ当事者たちは潜在的な違憲判断の効力の調整について体系的に主張しようとは思わない。当事者たちがその主張をしたとしても、未だに生じていない影響の評価を可能にする具体的要素をほとんど討議に出してこないのである。
- ・第2に、フランス法の伝統は簡潔な理由付けを好んでいる。憲法院もこの伝統から免れておらず、その結果、憲法裁判官が根拠とする要素の一部は暗黙のままである。学説に解釈における大きな自由を与える利点があるが、当事者にとってほとんど理解できず、良識的でないという不都合がある。
- ・最後に、そして最も困難な点であるが、QPCの創設することで、憲法起草者は違憲であると考えている法律に異義を申し立てる可能性のある当事者に新たな権利を付与することを目的としていた。もし憲法裁判官がその者の主張の正しさを認め、法律を違憲無効とすることを判断した場合に、その違憲判断の利益をその者に与えることができないのは不適切であると裁判官は理解する。ところが、時間的効力の調整によって時には憲法院はその違憲判断の利益を申立人から奪う可能性がある。そういうわけで憲法院は時折申立人またはすでに訴訟参加をした者に限定して即時的利益を享受させている。

• 憲法院は違憲の効力を時間的に延期する自らの判決をどのように正当化するか？

効力発生の延期が必要であるという状況であるのは、即時的廃止が法的空白をもたらすからである。

しかし、ほとんどの場合、憲法院は即時的廃止が「明らかに過度な影響をもたらす」という一般的な定式によってその延期を正当化している。時折憲法院はその影響がどの点で明らかに過度であるかを明示することがあり、常にというわけではないが、最近の判決では説明のためにより努力をしていることが観察できる。判例の中で、憲法院は廃止が即時的でないことを正当化するいくつかの原理を比較検討している。わず

かな例のみを引用するが、憲法院は以下を援用する機会があった。それは、「公序に対する侵害を予防する憲法的価値を有する目的」¹²や、環境の保護および「動植物を保護する利益」¹³、「健康を保護する要請」¹⁴、「未成年の刑事裁判分野における共和国の諸法律によって承認された基本的原理」¹⁵である。

- 無効とされた法律を移行期間の間適用し続けることは可能であるか？

しかしながら、憲法院が立法者に猶予を与え、廃止の効力をそのようにして延期すると決定しても、移行期間の間に適用できる法を検討しなければならない。ある規定が違憲と判断された場合には、その期間中に同じ状態のままにしておくことはまず容認できない。この問題を解決するため、憲法院は《解釈留保 (réserve d'interprétation)》を行っている。憲法院は無効となった規定がその違憲性を除去するように解釈されなければならないことを明確にする。

いくつかのケースで、解釈留保によって憲法院は法律の文言に完全に反する解釈を行うことを可能にしている。例えば2014年10月9日の判決は《組織的詐欺》の事件で警察留置を96時間まで及びうると定めた規定を無効とした。憲法院はその規定の廃止の効力を時間的に延期したが、とりわけ即時的効力が多くの刑事手続を再審査することによる過度な影響をもつという理由によるものであった。しかしながら憲法院は、違憲性を解消するために当該規定を組織的詐欺の事件に対して、96時間の警察留置の手段を可能にしていると解釈することはできないと明示した¹⁶。このように憲法裁判官は、一時的には、法律の定めとは相反することをまさしく要求している。

この《一時的な解釈留保》は憲法院が下した判決から考えられる最も正当な結果を導き出そうとするためには必要なものである。しかしながら、このような一時的な留保を言明することによって、憲法裁判官が法律の改正するために取り入れなければならない手段を立法者に押し付けているようにみえるという理由によって解釈留保が批判されている。

しかし、これらの批判を過度に強調する必要はない。一方で、憲法裁判官は全体としてその権限を慎重に行使しており、他方で、立法者は法律を改正するために設定された猶予を常に尊重してきた。

¹² 2013年11月23日判決 QPC2013-357号。

¹³ 2012年7月27日判決 QPC2012-269号。

¹⁴ 2010年11月10日判決 QPC2010-71号、2011年6月9日判決 QPC2011-135/140号。

¹⁵ 2011年7月8日判決 QPC2011-147号。

¹⁶ 2014年10月9日判決 QPC2014-420/421号（組織的詐欺事件に対する警察留置の例外的延長）

- 無効とされた法律によってすでに生じた効力はどのような結果となるのか？

憲法院がその判決の効力を調整するための権限は、廃止の効力を延長することに限られない。憲法院は無効となった規定によって生じた効力を調整することもできる。

憲法院が契約関係を基礎づける規定を無効とする場合がそうである。この場合、憲法院の関心は契約上の関係の安定性や継続性を保護する、あるいは少なくとも、必要な期間の間、旧法を存続させることにある。このようにして、憲法院は現行の契約が無効から一定の期日まで現状のまま維持しうること¹⁷、あるいは、廃止の期日に有効な契約が〔憲法院によって〕確認された違憲性を根拠に異議が申し立てられないこと¹⁸を判決できたのであった。

租税分野や社会保障分野の規定の一部に対して、国家予算にとって過度なコストをもたらす状況にあれば、憲法院はすすんで差し迫った見直しを回避することを模索する。

憲法院は同様に、当事者が、自身が被害を被っていない規定の廃止を根拠に司法裁判所または行政裁判所の判決に異議を申し立てるようにできるような副次的効果を回避しようとする。例えば、検察官の請求が弁護人に送達されることを定めた刑事訴訟法の規定が、弁護人を委任していない当事者への通知を除外しているとして無効と判断した事例である。憲法院はその判決中で、廃止が弁護人のいない当事者のみ利益を与えると明示したのである。というのは、彼らだけが無効となった規定の被害者だからである¹⁹。

最後に、憲法院はどのような条件で無効となった判決に基づいて下された判決に異議申立てがなされるかを定めることができる。ほとんどの事例で、憲法院は認められた違憲性が終局的に判断されていないすべての事件で援用できると定めている。しかし、時折、憲法院は特に刑事分野で、とりわけ規定の廃止が罰則を消滅させる場合にさらに一步進むことがある。憲法院はこのように終局的に判断されている有罪判決の効力の一部を無効にする。それに伴い、憲法院は無効となった規定に基づく有罪判決が前科簿に記載されないと判断したことがある²⁰。また、無効となった罰則に基づく刑罰が実施の対象とすることができないと判断した²¹。

¹⁷ 2014年7月18日判決 QPC2014-410号

¹⁸ 2011年12月9日判決 QPC2011-205号

¹⁹ 2011年9月9日判決 QPC2011-160号。

²⁰ 2011年9月16日判決 QPC2011-163号、2012年2月17日判決 QPC2011-222号。

²¹ 2013年6月7日判決 QPC 2013-318号。

結論

市民に新しい権利を与える目的をもっていた QPC は 2020 年に 10 周年を迎えることになる。したがって、未熟な権利であり、発展の途上にある。このことは廃止の効力を修正し、調整した諸判決にとって特にあてはまる。これらの諸判決は、ますます複雑になる地位や制約に対して必要的・均衡的・適合的な応答を追求することによって、相反する諸目的や諸原理を調整しようとしている。憲法院はこのようにして「オーダーメイドの」慣れ親しんだ抽象性から脱し、もはや無視し得ない具体的現実に適しようとしている。

憲法院に与えられた廃止判決の効力を調整するための権限は、判決が QPC 以前は抽象的にしかみていなかった具体的な影響について自問することを憲法院に義務づける。

これは最終的な効果がまだ測ることのできない「めだたない (à bas bruit)」変化であるが、合憲性審査にとっての重要な変化である。審査が行われる際に参照される諸原理は同じものであるが、その影響は様々に認識される。憲法院判決は、申立人から見ても、同じ状況にあるすべての者から見ても妥当であるように思われなければならない。その結果、憲法院判決は、当事者がもはや不在ではなくなった多くのパラメータを考慮した均衡点を追求することを必要としている。

憲法における比例原則

小島 慎司（東京大学教授）

1. 「利益衡量（balance des intérêts）」や「比例原則（principe de proportionnalité）」はあいまいで、ある意味では陳腐な概念である。広い意味では、すべての法的推論で行われているといえるからである。基本権侵害との関係に絞って論じるにしても、いかなる意味でのそれを論じるのかを明確にするべきであろう。

管見の限り、フランスでは、基本権との関係で、少なくとも次の2つの場面で「比例性」が論じられているようである。1つは、フランスの憲法院が基本権侵害を理由に法律を違憲とする場面である。フランス憲法学の教科書は、その審査手法の1つとして、「比例性審査（contrôle de proportionnalité）」を数えている¹。

2. もう1つは、著名な2013年12月4日の判決（Cour de cassation, 4 décembre 2013, n° 12-26.066）以降、破毀院が、欧州人権条約との関係で、法令の適用を排斥する場面である。破毀院指導部は、こうした「具体的・個別的審査（contrôle *in concreto*）」²をやはり「比例性審査」と呼んでいる³。これは、日本でドイツ法を参照しつつ、「基本権の規範外効果（*normexterne Wirkung*）」⁴と呼び慣わされてきたものに概ね相当するのではないかと思われる。ここでいう「規範」は法律のことである。

3. 「具体的・個別的審査」によればQPC手続を利用することなく基本権侵害の問題を解決できるわけで、それがこうした審査を行う狙いなのだとする評価⁵が妥当であるかどうかは報告者には分からない。ただ、両者の場面は、機能的には無関係ではないとはいえるのだろう。しかし、検討を始めるにあたっては、両者を区別した方がよいと思われる。本報告では、前者の意味での「比例性」を第1部で、後者の意味でのそれを第2部で扱う。

第1部 違憲審査と第1の意味での「比例性」

1) 利益衡量による審査の活性化

4. 日本の憲法判例は、1965年頃までの間、一元的外在制約説に立っていたといわれる。その特徴は、最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号839頁に見られるような、「法

¹ Drago 2016 : n° 412.

² この概念が何を意味し、いかなる審査手法がそこに包摂させられているかが、近年のフランスでの論議の、日本にとっての意義を考える鍵になると思われる（齋藤 2019:175 も参照）。

³ Louvel 2015 : 1326.

⁴ 山本 2000 : 330。

⁵ Chénéde 2016 : 805.

的三段論法 (syllogime juridique)」と形容しうる判断枠組みにある。

しかし、ちょうど全通東京中郵事件(最大判昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁)の頃から、最高裁は、基本権と対立利益とを衡量する過程を明示して、判断を下すようになった。

5. このように裁判所が早くから利益衡量を当然視するようになったことは日本の憲法訴訟の特徴であるといわれるが⁶、そうした変化はなぜ生じたのだろうか。その理由として指摘されていることは、制約理由とされる「公共の福祉」が概念の解析によって内容が明らかになるようなものではないということである。「公共の福祉」はあまりに抽象的であり、問題となった個々の法令との関係においてしかその内容を同定できないのである⁷。

6. 1960年代以降、芦部信喜教授をはじめとした憲法学説が、アメリカ法に学んで「立法事実 (legislative facts)」の審査を提唱したのは、現在から見ると、この利益衡量の定着を求めようとしたものだといえる。全農林警職法事件(最大判昭和48年4月25日27巻4号547頁)に象徴されるように、判例の一部に形式的な法的三段論法に回帰しかねない動きがあったため、それを批判したのである。「立法事実」は、日本の場合には、裁判官の恣意的な判断に対する警戒心から論じられた母国アメリカと異なり⁸、積極的な違憲審査のための道具立てとして論じられた。このように、利益衡量の手法が、違憲審査を活性化させるものとして歓迎されたことは、日本法の特徴の1つだといえる(第1の結論)。

2) 予測不可能な審査

7. 他方で、戦後の憲法学説が提唱した内容には、もう1つ、「二重の基準」の理論(カロリーヌ理論)がある。これもアメリカ法 (*United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938)) に由来するが、その特徴は、一般的には立法の合憲性を推定しつつ、一定の場合にはその推定を覆滅させるところにある。覆滅させる場合としては、選挙権、表現の自由、結社の自由を制約する立法や、少数派への差別をもたらす立法の合憲性を論じる場面が挙げられている。

このような学説は非常に有力であるが⁹、判例がそれに与したといえるかどうかは評価が難しい。日本の判例も、精神的自由に対する規制が経済的自由に対するそれよりも厳格な基準の下で審査される必要があると述べることがあるが(最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁、最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁、最判平成7年3月3日民集49巻3号687頁)、このような説示が、裁判官たちが自ら

⁶ 江橋 1987: 70 を参照。

⁷ 伊藤 1977: 199-200 を参照。

⁸ 浅野 2013: 429-30。

⁹ 伊藤 1959, 芦部 1965。

の判断枠組みを一定の政治哲学によって予め縛ることにコミットしたことを示唆しているのかどうか、よく分からないところがある。裁判所としては、縛られることなく、事案ごとに判断したいと考えるのも不自然ではないからである。

8. そのようななか、1990年代頃になると、ドイツ法の影響で違憲審査に「比例性」を取り込もうとする論者が増えてきた¹⁰。日本の判例を、裁判官の立場に即して読もうとするならば、どちらかといえば、この手法に近いものとして読むことになるのかもしれない。

9. このような審査手法に対して、必然的に緩やかな審査に至ると批判するのは必ずしも適切ではない。手段の必要性の審査を厳格に行えば、この審査手法から深い審査を導くことは論理的には可能であろう。しかし、経験的な事実として、裁判官の手を縛らない審査は緩やかな審査に帰結しがちなのではないか¹¹。また、審査が予測不可能になるのではないか¹²。このように、日本の違憲審査においては、裁判所による「利益衡量」や「比例性審査」の恣意性が批判的となってきた（第2の結論）。

第2部 違憲審査と第2の意味での「比例性」

10. では、第2の意味での「比例性」についてはどうか。日本はアメリカ流の分散型違憲審査¹³を採用しているので、裁判所は、事案における基本権侵害を理由に、法律の適用を排除できると考えるのが自然である。第2の意味での「比例性」の審査は、分散型違憲審査の下では原型だとすらいえるはずである。実際の判例でも、たとえば、ビラ配布のための住居等への立入りの処罰が問題になった事案で、住居等侵入罪（刑法130条）の成否とは別に、その罪による処罰の憲法21条適合性が検討されている（最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁、最判平成21年11月30日刑集63巻9号1765頁。最判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁も参照）。このような処理の手法は「適用違憲」の一種である。

もっとも、このような場合の憲法論と法律との関係は必ずしも明確にされてこなかったし¹⁴、現実の判例で活用されてきたともいいにくいと思われる。上記の事案では、1審で被告人が無罪とされても（たとえば、東京地判平成16年12月16日刑集62巻5号1337頁）、2審以降では有罪判決が下され、維持されることが多い。

他方で、日本の判例は、憲法を参照して時に大胆な法律解釈を行うことに対して、比較的寛容であるような印象を受ける（たとえば、最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁）。近年では、堀越事件（最判平成24年12月7日刑集66巻12号

¹⁰ 松本2001の刊行が皮切りとなったと思われる。

¹¹ 奥平1965:56、芦部1968:175。ドイツでの評価との違いにつき、石川ほか:108 [松本]。

¹² 高橋2017:251。

¹³ Cappelletti 1971:69。

¹⁴ 宍戸ほか2016:18。

1337頁)がその例であろう。

そうだとすると、日本の裁判所は、法律を適用すると基本権侵害が生じかねない事案に直面した場合、冒頭で触れた、近年のフランスでいうところの「具体的・個別的審査」をするよりも、思い切った法律解釈を行う傾向があるといえそうである(第3の結論)。

しかし、それはなぜだろうか。上記の堀越事件では、裁判官が個別意見で、適用違憲の手法を採用するならば、裁判官による法律の恣意的適用を招きかねないと述べている。その意味では、法秩序の不安定化¹⁵が懸念されているといえる。もっとも、大胆な法律解釈が法秩序の不安定化と無縁であるのか、分からないところも残る。

裁判官が適用違憲を避けようとするのは、「具体的・個別的審査」が日本の違憲審査の原型であるはずだという、すでに述べたところからすれば、一見すると不思議であるが、原型だからこそのことだといえるかもしれない。日本の裁判所にはすべての種類の事件が係属し、裁判官は、具体的な事案との関係で行き過ぎた基本権侵害の存在を見て取ったとしても、「適用違憲」以外に、事実認定で工夫したり、法令解釈によって回避したりという具合に多様な手法で問題を処理することができる。具体的な事件から取り出したはずの問題を抽象化して、法令違憲かどうかの形で問いを立てて検討することもできる。

11. Maerstracci 氏の報告は、このような「具体的・個別的審査」に、当該事件にもたらす影響を考慮した上での違憲判断の繰延べ等の問題も包摂している。元々抽象的な審査のみを行ってきた憲法院が、QPCの導入によって被った変化が、この具体化・個別化だというのである。繰延べという点では、日本では、一票の価値訴訟における合理的期間論がこれに近いといえる(近年の定式化として、最大判平成25年11月20日民集67巻8号1503頁)。裁判所は、選挙区割りが憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にある場合でも、合理的な期間の経過を待って法律の規定が違憲となると考えている。その間、立法府にボールをパスしているわけである。将来の一時点以降に繰り延べるというのではないが、討論の際に指摘されたとおり、ある時点以降、非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1と定める民法の規定が違憲であると述べた最大決昭和25年9月4日民集67巻6号1320頁は、違憲判断の効果を時間的に調整した事例といえる。もっとも、これらはいずれもやや特殊な領域ではあり、増えつつあるとはいえ、今後、他の領域でこうした判断手法が積極的に用いられるかどうか、現段階では予測できない。

* * *

12. 基本権は、社会における1つの価値であり、衡量の対象となる。問題は、誰がい

¹⁵ この点について、ドイツ法と比較した議論として、毛利2005:351も参照。

つ衡量をするかである。裁判官もできるのか、できるとして、いつ行うのか。この点、すべての種類の事件を扱う日本の裁判官は、事実認定から法解釈まで多様な次元で基本権侵害の問題を処理することが可能であり、法令違憲の判断においても、しばしば予測不可能と批判されるほどに自由に衡量を行うことができる（第1、第2の結論）。そうであるがゆえに、とまでいってよいかどうかは分からないが、「具体的・個別的審査」において、憲法上の基本権であることを明示的に述べて自由な衡量を展開し、法律の適用を排除することには慎重であるように見える（第3の結論）。

- 浅野博宣「立法事実論の可能性」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相（上）』（2013）
芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の審査」（1963）同『憲法訴訟の理論』（1973）
芦部信喜「司法審査制の理念と機能」（1965）同『憲法訴訟の理論』（1973）
芦部信喜「現代における言論・出版の自由」（1968）同『現代人権論』（1974）
石川健治ほか『憲法訴訟の十字路』（2019）*
伊藤正己『言論・出版の自由』（1959）
伊藤正己「憲法解釈と利益衡量論」ジュリスト 638号（1977）
Barak, Aharon, Proportionality (2), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012)
Cappelletti, Mauro, *Judicial review in the contemporary world* (Bobbs-Merrill, 1971)
Chénéde, François, « Contre-révolution tranquille à le Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz*. 2016, p. 796
Drago, Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 4^e éd. (PUF, 2016)
江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座憲法訴訟2』（1987）
Louvel, Bertrand, « Réflexion à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*. 2015, p. 1326
松本和彦『基本権保障の憲法理論』（2001）
毛利透「『法治国家』から『法の支配』へ」法学論叢 156=5（2005）
奥平康弘「表現の自由」（1965）同『表現の自由I』（1983）
Rousseau, Dominique et al., *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd. (2016)
齋藤哲志「フランス法—『異なる法』を学ぶ」南野森編『〔新版〕法学の世界』（2019）
Schlink, Bernhard, Proportionality (1), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012)
宍戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ』（2016）
Sweet, Alec Stone and Mathews, Jud, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72 (2008)
高橋和之『体系憲法訴訟』（2017）
山本隆司『行政法の主観法と法関係』（2000）

（注）*は、研究集会後に公刊された。

利益衡量の標準化の影響下でのフランス行政法における比例性による統制

ドミニク・キュストス（カーン大学教授）

訳 土井翼（一橋大学講師）

フランス行政法において「行政が用いる手段と行政が目指す目的との関係、適合性の存在」¹について表現するためにしばしば援用されてきたのが、比例性の概念である。利益衡量への依拠は、比例性の概念と密接に結びついている。そこで、利益衡量とか利益を衡量におくとかいったことが、比例性を達成するために、また、とりわけ比例性を検証するために従事すべき実践を表現すべく語られる。したがって、利益衡量は比例性を動かすための分析的道具なのである。

フランスの行政分野における比例性による統制の展開は、自生的な比例性による統制から欧州化された比例性による統制への道程からなるものであった。比例性による統制は、まずは 20 世紀初頭、フランスにおける行政法の発展がどちらかといえば自己言及的な時代に誕生した。比例性による統制の登場は、フランス行政法の歴史において決定的なものであった。これにより、行政権の行使が一般利益と私的利益との調整の論理の中に組み込まれ、国務院をしてこうした利益衡量の守護者たらしめられたからである。

しかしながら、比例性という文言が法文に表現されることはなお少数にとどまる。憲法院は 1989 年に人及び市民の権利の宣言（DDHC）から刑罰の比例性を抽出することができた²が、それにもかかわらず、比例性という表現は憲法の条文には現れていない。21 世紀初頭の立法者は何よりもまず行政に比例性を説くことを目指しているが、それにもかかわらず、法律が明示的に比例性について語ることもほとんどない。実際のところ、歴史的には、比例性の地位向上は行政争訟にその起源をもつ。たしかに、行政の裁量権の統制手段として、比例性は、20 世紀初頭には既に、国務院判例を介して公法における本質的価値としての地位を獲得していた。しかし、国務院の諸判決において比例性という一般原則が公式に承認されたことはないという、比較法学者の Michel Fromont³ 及び Jaques Ziller⁴ が 1995 年及び 1996 年に示した総括は、ごく最近まで妥当なものであった。こうした状態は、1933 年の *Benjamin* 判例と比例性の概念との血縁関係を検知することが容易であり、また、学説もこれを見逃していなかつ

¹ G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris, L. G. D. J., t. 2, 1974, p. 297-306, p. 297.

² 憲法院は人権宣言 8 条から刑罰の比例制を導出している。Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC. Le Conseil d'État a repris l'analyse: CE 21 juin 2013, *El Dirini*.

³ Michel Fromont, Le principe de proportionnalité, *JDA* 1995 N. Spécial, p. 156.

⁴ Jacques Ziller, Le principe de proportionnalité, *AJDA* 1996 N. Spécial p. 185.

たことからして、特に衝撃的なものであった。

比例性による統制は結局は2011年及び2016年に公認され、その際に、欧州連合裁判所（CJUE）及び欧州人権裁判所（CEDH）が比例性による統制の枠内で実施している分析方法が明示的に採用された。しかるに、フランスの最上級審が実施した方法論的転回の起源は、比例性という欧州的原則を明示的に実践に結びつける2つの裁判所に見出すことができる。かくして、分析者は、欧州的分析方法の継受は単に比例性による統制を公認するにとどまらず、フランス行政法において比例原則を公式に承認することをも意味するとの結論をここから引き出す傾向がある。こうした推論は、現国務院副院長の Bruno Lasserre が2019年に、「諸欧州裁判所からの影響は、フランス法における比例原則の公認及びそこに由来する統制の強化にまで達することとなった⁵」と宣言したこともあり、非常に魅力的なものである。この宣言をした張本人の職に照らしてみると、分析者は、国務院は近い将来の判決のなかの一つで明示的に比例性を法の一般原則と形容するのではないかと、との予想に到達することとなる。

少なくとも明らかなのは、フランス行政法における比例原則の展開につき説明するためには、明示期から潜在期を区別することが適当だということである。もっとも、欧州法のインパクトは比例性の第一期の過程においてさえ知覚することができる。このことを示すのが、まだその実体を明らかにしてはいなかったが、比例性による統制の適用範囲の拡大である（I）。当初領域（I A）への新領域（I B）の追加は、次第に強まる法的グローバル化という背景のなかで進行している。すなわち、ここで問題とする行政法は、諸規範を混ぜあわせて肥沃なものとする2つのつぼ、1950年代及び1960年代から比例性を法の一般原則に仕立てあげた欧州連合及び欧州評議会のなかで展開している。

法的グローバル化の2つ目の現れは、行政作用の比例性を裁判所が検証するための方法が欧州化したことに起因する（II）。国務院に固有の、20世紀に落成した比例性の分析手法には、2010年以降は、行政裁判権の役割を比例性の統制者としてのものに洗練する2つの欧州裁判所に由来する分析手法が明示的に付け加えられている。欧州連合裁判所からは、ドイツの判例から導入された、行政行為の比例性に関する三段階的分析方法がもたらされている（II A）。欧州人権裁判所からは、比例性に関する非三段階的審査方法のみならず、条約適合性に関する適用審査の方法がもたらされている（II B）。しかるに、このような方法の借用は、法的標準化（standardisation juridique）の証として、ローマ＝ゲルマン法族に属する行政裁判官の職務の変遷をもたらすものとなる。

⁵ Bruno Lasserre, *L'eupéanisation de l'office du juge: vers un jus commune procédural ?*, *Revue de l'Union européenne*, 2019, p.204.

I) 比例性による統制の適用範囲拡大の一部は欧州法の影響と結びついている

I A) 20世紀に現れた3つの伝統的領域

I A 1) 警察及び基本権保護領域

a) *Abbé Olivier* 1909 ; *Benjamin* 1933

CE Abbé Olivier 1909 : 「特に葬儀に関して、地方の慣習及び伝統を可能なかぎり尊重し、それらへの侵害は公序を維持するために厳密に必要な範囲でのみとする立法者の意図は明確である」。

CE Benjamin 1933 : 「Nevers 市長が主張する事故の可能性は、集会を禁止することなく自己に権限が属する警察措置を発することでは秩序を維持しえないといえるほどに深刻なものではなかった」。

b) 憲法院は未だ存在していなかったが、二極的類型における利益衡量を介して、国務院は基本権の事後的保護者を自認するようになった。

I A 2) 土地改良及び都市計画領域

a) *Ville nouvelle Est* 1971 ; *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption* 1972

CE Ville Nouvelle Est 1971 : 「ある事業につき適法に公益宣言をなしうるのは、当該事業がもたらす私的所有権に対する侵害、財政的コスト及び窮極的には社会秩序に対する不都合が、それが示す利益に鑑みて過剰なものでないときに限られる」。

CE Société civile Sainte-Marie de l'Assomption 1972 : 「……または、それがもたらすその他の公益に対する侵害が、それが示す利益に鑑みて過剰なものでない」

b) 国務院は多極的類型における利益衡量を実施する手段を獲得したが、これを理由とする大規模計画の取消しはなお稀なものにとどまる。

I A 3) 行政制裁 (répression administrative) 領域

a) *Lebon* 1978 ; *Arfi* 2007 (専門職に対する処罰 [sanction]) ; *Dahan* 2013 (公務員に対する処罰)

CE Lebon 1978 : 「これらの所為に基づき X 氏の退職処分を言い渡すに際して、大学区長は明白な瑕疵のない評価を行っている」。

Dahan 2013 : 「越権訴訟の提起を受けた越権裁判官は、懲戒処分の対象とされた公務員の非違行為が内部規律的な処罰を正当化する性質の過誤 [fautes] であるのか、また、その処罰が過誤の重大性に比例したものであるのかを審理する権限を有する」。

b) 二極的類型における利益衡量を介して、また、欧州人権裁判所判例⁶との連続性

⁶ CEDH Gde Ch., 19 avril 2007, *Vilho eskelinen et autres c. Finlande*, n° 63235 / 00 : 公務員領域における公正な手続への権利 (欧州人権条約 6 条) の尊重。

を示しつつ、国務院は2度にわたり、1980年代以降にみられる行政制裁の範囲の拡張を裁判的統制に適合せしめた。

I B) 21世紀に現れた3つの新領域

I B 1) 緊急性領域

a) *Préfet des Alpes Maritimes* 2001

CE *Préfet des Alpes Maritimes* 2001 (執行停止急速審理): 「緊急性は(……)当該事件の状況全体を考慮して、客観的かつ包括的に評価されなければならない」。

b) 2000年の行政裁判所における緊急手続改革(執行停止急速審理, 保全急速審理, 基本的自由急速審理)は、急速審理裁判官の権能を増大せしめた: 1950年欧州人権条約15条1項

多極的類型における利益衡量: 執行停止急速審理と保全急速審理

二極的類型における利益衡量: 基本的自由急速審理

I B 2) 経済規整領域(処罰を除く)

a) *Société de Coca-Cola* 1999 (執行行為); *Société Métropole Télévision* 2013 (独立規整機関の行為)

CE *Société Métropole Télévision* 2013: 「その実施が自己の認可に服せしめられる企業結合の実施が通知された場合、競争委員会(Autorité de la concurrence)は、商法典の上記規定〔商法典法律430条の2以下〕により当該委員会に認められた、当事者が自己の面前で行った確約を実効的に実現せしめるための禁止権、差止権、命令権または認可権を、当該企業結合の実施による影響を受ける市場につき十分な競争を維持するために必要な事柄に比例して行使する責任を負うことに鑑みて」

b) フランスにおける規整法の発展を背景として、また、欧州連合法⁷との連続性を示しつつ、国務院は、利益衡量が経済的自由に関係する際に、比例性による統制を現に用いている⁸。

I B 3) 国有財産領域

a) *Commune de Port-Vendres* 2017

CE *Commune de Port-Vendres* 2017: 「〔公産の管理者は、〕裁判官の統制の下で、一般利益を理由としてそのような申請を拒否する旨の決定をすることができる。こうした理由が存在するか否かを確定するためには、場合により、評価要素全体のなかから、占有者の活動に課される特別の制約、特に公役務継続性の原則に起因しうる制約を考

⁷ 欧州連合条約5条5項〔4項? : 訳者注記〕。

⁸ CE, ass., 22 juin 1951 *Daudignac*: 地方公共団体による商工業の自由に作用する経済警察上の行為への古い適用例。

慮する必要がある」。

- b) 多極的類型における利益衡量の新しい適用事案，比例性による統制の適用範囲の自律性？

一定の領域（警察，土地改良及び都市計画，国有財産）は，第二期に欧州的影響を受けてはいるものの，自生的なものと評価することができる。
行政制裁，緊急性及び経済規整は，欧州的影響をもっとも顕著に受けた領域である。

II) 近時のフランス行政法における比例性による統制方法の欧州化

II A) フランスの行政裁判権に固有の方法

II A 1) 比例性による統制の中間的段階としての，明白な評価の瑕疵の活用

- a) 概念的差異：明白な瑕疵の統制がもつ基底の合理性 対 *Benjamin* 判例の *Aristoteles* 的中庸

Odent：明白な瑕疵の統制は，「重大な瑕疵と非合理的解決を未然に防ぐ，最小限度の良識と論理を行政官庁に課すこと」を目的としている。

CE Lagrange 1961：「廃止官職と公務員が再配置されうる欠員官職という2つの官職間の衡平の評価に関して明白な瑕疵が存在したか否かを確定する」

- b) 裁量権の枠付けに共通する機能の活用：明白な瑕疵の統制は比例性による緩やかな統制に変貌した。

Conclusions Braibant, CE Lebon 1978：「諸兄には，行政を代置するのではなく，単に〔過誤と処罰とが〕明らかに不均衡な場合に決定を禁止する〔*censurer*〕ことが求められているにすぎない」。

CE Arfi 2007：「非比例的な処罰」

CE Dahan 2013：「比例的な処罰」

Costa en 1988：明白な評価の瑕疵による取消しは，「行政決定の理由への比例原則の黙示的な適用である」。

Sauvé en 2010：「高度に技術的な問題が関係する事件においては，限定的な審査類型を選択する。すなわち，これらの事件においては，比例性を著しく欠いたと認定する場合にのみ決定を取り消すのである」。

II A 2) 諸段階の構造化の欠如

- a) 二極的類型における利益衡量：*Benjamin* 判例に由来するモデル／多極的類型における利益衡量：*Ville nouvelle Est* 判例に由来するモデル

- b) 差異

Fromont en 1995 et Ziller en 1996：狭い比例性概念

概念的差異：「人の防衛」対「最適の探究」

用いられる技術の差異：比例性による統制（二極的類型における利益衡量）は「目的と手段との適合性を注視する」のに対して、収支勘定〔bilan〕が考慮するのは、「理由であって、もはや目的」は考慮されず、また、「赤字になるときに限って行為の禁止をもたらす」。

II B) 諸欧州裁判所を介して伝達された法的グローバル化に由来する方法

II B 1) 欧州連合裁判所の実践する三段階審査の採用

a) 欧州連合裁判所の例：利益衡量の柔軟な構造化

適合性、必要性及び狭義の比例性という三段階からなる手続はグローバル・スタンダードとなったが、これはドイツの判例を模範としている。

方法を実践する際の体系性の欠如

b) 国務院による継受

警察：*Association pour la promotion de l'image (APIM) 2011*

経済規整：*Canal Plus 2012*

土地改良及び都市計画：*Commune de Levallois-Perret 2012*

CE APIM 2011：「これらの規定全体からは、公的官庁による記名個人情報の収集、保存及び処理はあらゆる人が有する私生活に関する権利の行使への干渉を構成し、こうした干渉は、それが正当な目的に対応し、また、データの選択、収集及び処理がその目的に照らして適当かつ比例的な態様で実施される場合にのみ適法に認められうるとの結論が導かれる。……攻撃対象たるデクレに規定された措置は適合的でも必要的でも比例的でもないという原告の主張には、理由がある」。

CE Canal Plus 2012：「以上のことから、映画の内容に関する権利の取得及び映画チャンネルの編成に関する差止命令は適合的でも必要的でも比例的でもないとの原告会社の主張には、理由がない」。

CE Commune de Levallois-Perret 2012：「不動産または不動産物権の収用を必要とする事業の公益的性格につき判断しなければならない場合、裁判官は、当該事業が一般利益という目的に対応するものであるか、収用者は収用に訴えることなく、とりわけ自己の資産に属する財を用いることで同等の条件の下に事業を実現することができなかったか、そして、当該事業がもたらす私的所有権への侵害、財政的コスト、また場合によっては、社会経済秩序への不都合が、それが示す利益に鑑みて過剰なものでないか、を順次統制する権限を有する」。

II B 2) 欧州人権裁判所の実践する比例性の具体的適用方法の採用

a) 欧州人権裁判所が用いる非三段階的比例性審査方法の国務院による継受

CE Avis contentieux, Harounur 2012：1950年人権条約8条（私的生活及び家庭生活へ

の権利)を侵害する外国人に関する警察上の措置の比例性／必要性

b) 欧州人権裁判所が1950年条約の保護する自由の実効性保障として用いる条約適合性に関する適用審査の方法の国務院による継受：*Gonzalez Gomez* 2016：急速審理における破毀裁判官及び行政裁判法典（CJA）法律821条の2に基づき事件を処理する裁判官たる資格による

CE Gonzales Gomez 2016：「法律が人権及び基本的自由の保護に関する欧州条約上の規定と適合することは、当該法律上の規定の適用が、一定の特別の事情の下で、当該条約により保障された権利への非比例的な干渉を構成しうることの障害にはならない。したがって、裁判官は、問題の法律上の規定の目的に照らして、当該規定の実施により生ずる、条約の保護する権利及び自由への、それ自体としては条約適合的な、侵害が過度なものでないかを具体的に評価する権限を有する」。

結論

1) 実務を比較の見地におく

比例性による統制の内部的手順〔séquencement〕に関する一般的柔軟化傾向
比例性による統制の強度に関する一般的柔軟化傾向

2) 行政裁判官の職務の改革

理由付けの三段階的構造化と決定の三段論法的起案
利益衡量の公認と先例の実践

行政法における比例原則

三浦 大介（神奈川大学教授）

I 行政法上の比例原則の機能

日本の行政法はその草創期から、ドイツ行政法学の影響を強く受けてきた。行政法上の比例原則についても、それが19世紀からすでに警察法上の原則であったドイツ法理論が、日本において参照され、20世紀初頭には日本行政法に取り入れられていた。

いわゆる「警察比例の原則」は、「警察権の限界論」として登場した。すなわち、警察権により人民の自由を拘束するには、その拘束が社会秩序を維持する必要のためでなければならず、その必要の程度を超えて人民の自由を侵害する場合には警察権の正当の限界を超える、とするものである¹。

かかる警察比例の原則は、自由主義を基盤とする「法の一般原則」であり、秩序維持・治安維持・危険防止の目的で行われる行政上の警察措置に適用されてきた。だが、時代を経ることによって比例原則は、警察行政分野にとどまらず、広く規制行政一般に適用されるようになり、さらには給付行政分野における適用可能性さえ議論されるようになった。また現在では、比例原則の根拠を憲法13条に求める学説もある²。なお、わが国では、裁判官が判決において「比例原則」の語を明示的に用いることはほとんどなく、評釈する者の理解に依るものであることを、ここで付言しておく。

さて、比例原則の伝統的機能は、行政の警察権力の行使において以下の原則を要求するものである。

すなわち、A「目的適合性の原則」—手段が目的に対して適合していなければならないこと、B「必要性の原則」—目的達成のためにとられる手段（規制）が、「必要最小限」であること、を要求する。

こうした比例原則の典型的な機能の他に、「利益衡量」というテーマに最も適合的であると思われる、C「狭義の比例原則」と呼ばれる機能がある。これは、「目的と手段が不釣り合いなものであってはならない」ことを内容とする³。この原則は、行政の警察権その他の規制権限の行使により得られる公益と、当該権限の行使により失われる利益との間で適切な衡量を要求するものであり、上記のA、Bとは色合いが異なる。

¹ 美濃部達吉『行政法撮要全』（有斐閣、1924年）15頁参照。

² 例えば、兼子仁『行政法総論 [第4版]』（筑摩書房、1990年）157頁参照。

³ 以上につき、須藤陽子「行政法における比例原則」『ジュリスト増刊・行政法の争点』（有斐閣、2014年）22-25頁参照。なお、角松生史「日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き—裁量統制との関係を中心に—」政策科学 21-4, Mar. 2014, 191頁は、ドイツ警察法由来のかかる三要素は、わが国においてかなりの程度まで共通理解になっているであろうと述べる。

るものである⁴。

この狭義の比例原則も学説上古くから認識され、裁判例においてもこうした利益衡量を明確なかたちで適用した事案が存在する。

警察事案で有名なのは、パトカーの追跡事故に関する国家賠償請求事件の最高裁判決⁵で、追跡行為が国家賠償法1条1項の適用上違法であるというためには、追跡が職務質問、現行犯逮捕といった「職務目的を遂行する上で不必要であるか、又は逃走車両の逃走の態様及び道路交通状況等から予測される被害発生 of 具体的危険性の有無及び内容に照らし、追跡の開始・継続若しくは追跡方法が不相当であることを要する」とされた。

追跡という公益上の目的と事故発生の具体的危険性とを衡量して、後者が上回る場合には、その時点で追跡行為は違法となるとの理解に基づくものである⁶。

II 比例原則の裁量統制機能

1 裁量統制手段の一つとしての比例原則

現在において、比例原則の適用領域としてよく引き合いに出されるのは、警察行政の分野以外の規制行政に関するものである。

その中でも行政庁の裁量権が観念される分野である。比例原則に関する行政法学上の興味は、その裁量統制機能にあるといえる。

行政事件訴訟法30条は「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる。」と定めており、いかなる場合が裁量権の逸脱・濫用を構成するかが問題となるが、その一つに、比例原則違反がある。

2 公務員の懲戒処分の事例

例として、公務員に対する懲戒処分の事案があげられる。公務員の懲戒処分については、当該処分をするかどうか、するとしていかなる措置を行うかという、効果裁量の部分に任命権者の幅広い裁量権が観念される。

そのリーディングケースは、昭和52年の最高裁判決「神戸税関事件」⁷である。

一般に、公務員に対して行われる懲戒処分には比例原則が適用されることに争いはないが、その審査の方式について最高裁は、裁判所が公務員の懲戒処分の適否を審査するにあたっては、「懲戒権者と同一の立場に立つて懲戒処分をすべきであつたかど

⁴ 亘理格「利益衡量型司法審査と比例原則」法教339号42-43頁参照

⁵ 最判昭和61年2月27日民集40巻1号124頁。

⁶ 稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子『行政法〔第4版〕』（有斐閣、2018年）45-46頁〔稲葉馨〕参照。

⁷ 最判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁。

うか又はいかなる処分を選択すべきであつたかについて判断し、その結果と懲戒処分とを比較してその軽重を論ずべきものではなく、懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである。」と判示した。

これは、フランスの公務員懲戒事案において比例原則が、「評価の明白な過誤」の統制として導入されたのに似ている⁸。

この最高裁の判決は、懲戒権者の幅広い裁量権を前提にして、処分の著しい違法を追及するスタイルであり、密度の低い審査を予定していると考えられる。

しかし近年の裁判例では、この最高裁判決の枠組みを維持したまま、比較的密度の高い審査が行われている。

酒気帯び運転を摘発されたことを理由に懲戒免職処分を受けた職員が当該処分の取消しを求めた河西市の事件⁹で裁判所は、休日に行った酒気帯び運転で、その程度も道路交通法違反として処罰される最下限の水準であったこと、知人に勧められての飲酒であったこと等の諸事情を考慮し、本件酒気帯び運転に対し直ちに懲戒免職処分をもって臨むことは、「社会通念上著しく妥当性を欠いて苛酷であり、裁量権を付与した目的を逸脱し、これを濫用したものと評価すべきである」として処分を取り消した。

また、神戸市の事件¹⁰は、酒気帯び運転のうえ物損事故を起こした職員に対する懲戒免職処分に関する訴訟であるが、最高裁は、前夜に摂取したアルコールが分解されず朝まで残存した事案であり、非違行為に至った動機や原因について特段の非難に値する等の事情がなかったこと、採用後30年間前科前歴もなく、懲戒処分を受けることもなく真面目に勤務してきたこと等の事情を勘案し、本件懲戒免職処分には裁量権の濫用があったとしてこれを取り消した。

さらに公立学校の式典において国歌斉唱時に起立しなかった教員への減給処分に関する事件¹¹では、「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となるものといえる」とし、「不起立行為等に対する懲戒において戒告を超えて減給の処分を選択することが許容されるのは、過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前後における態度等……に鑑み、学校の規律や秩序の保持等の必要性と処分による不利益の内容との権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎付ける具体的な事情が認められる場合であることを要すると解すべきである。したがって、……過去の処分歴等が減給処分による不利益の内容との権衡を勘案してもなお規律や秩序の保持等の必要性の高さを十分に基礎付けるものであることを要するというべきである」と判示し、「……過去に入学式の際の服装等に係る職務命令違反

⁸ C.E., 9 juin 1978, Lebon, Rec. 245.

⁹ 最決平成21年9月18日判例集未登載。大阪高判平成21年4月24日労判983号88頁参照。

¹⁰ 最決平成22年1月21日判例集未登載。大阪高判平成21年4月24日LEX/DB25442477.

¹¹ 最判平成24年1月16日集民239号253頁。

による戒告1回の処分歴があることのみを理由に同第1審原告に対する懲戒処分として減給処分を選択した都教委の判断は、減給の期間の長短及び割合の多寡にかかわらず、処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き、上記減給処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないと解するのが相当である」とした。

このように裁判所は、公務員への懲戒処分に関する行政庁の裁量権の逸脱・濫用の有無につき、比例原則（狭義の比例原則）の観点から丁寧な審査を行うようになってきている。

3 比例性の統制と判断過程の統制

ところで、神戸市立工業高等専門学校が生徒が、信仰上の理由から格技である剣道の実技に参加しなかったことをもって学校長から受けた原級留置処分および退学処分の取消訴訟¹²で最高裁は、「高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能」であり、「信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかかわらず、原級留置、退学という事態に追い込まれたものというべきであり、その不利益が極めて大きい」ものであって、本件各処分は「被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであった」として、「本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮すべきであった」とした。その上で、「信仰上の理由に基づく格技の履修拒否に対して代替措置を採っている学校」もあり、「履修拒否が信仰上の理由に基づくかどうかは外形的事情の調査によって容易に明らかになるであろうし、信仰上の理由に仮託して履修拒否をしようという者が多数に上ることも考え難いところである。さらに、代替措置を採ることによって、神戸高専における教育秩序を維持することができないとか、学校全体の運営に看過することができない重大な支障を生ずるおそれがあったとは認められないとした原審の認定判断」は是認できるなどとした。そして、学校長の措置は、「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会通念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない」と判示した。

公立学校の生徒に対する「不利益処分の選択」が問題となった事件であり、比例性の審査が登場する場面である。

しかし最高裁は、比例原則違反をストレートに導くのではなく、原告生徒が信教の自由に反する行為を強いられることの不利益の重大性と、代替措置を採ることによる

¹² 最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。

学校運営上の支障の程度とを比較衡量し¹³、代替措置を採ることも可能であったとした上で、学校長が本件各処分に至る判断の過程で、代替措置を採ることの是非等を考慮しなかった点をとらえて違法と判断している。

本判決は、行政庁の裁量処分における判断過程の審査を行った事例として位置づけられている。これは、裁判所が行政庁と同一の立場で処分をやり直し、裁判所の判断を行政庁の判断に代置するという、羈束処分において用いられる審査と異なる。裁判官が行政庁の判断の過程をトレースし、その過程で必要な考慮を行ったか否か、不必要な事項を考慮しなかったか否か等を審査する手法である。

この「判断過程の審査」は、裁量処分に対する審査手法としては審査密度が最も高いものと評価されている。比例性の審査が、行政庁の選択した手段、ないし当該手段によりもたらされた結果に着目し、目的との均衡を図るものであるのに対し、この判例は、行政庁の結論に至る判断過程に重きを置いた審査である。

比例性の審査は行政庁の結論の妥当性そのものを捉える点で異なるが、上記公務員判例に見られるように、相応に密度の高い審査を行っているのが実情であって、一概に判断過程の審査の方がその点で優れているともいえないように思われる。公務員の懲戒処分は、当該公務員の身分に不利益を与えるものである。とりわけ懲戒免職処分は、公務員の身分をはく奪するという重大な不利益を課すことになるのであって、裁判所も慎重な審査を行うものと思われる¹⁴。

II 比例性の審査と利益衡量型審査

行政処分の適法性に関して比例原則が適用される領域として他に、建築規制や出入国管理行政などがあげられている¹⁵。また、行政処分の附款の内容（過重な条件を付してはならないという原則）や、行政処分以外にも、行政指導（退職勧奨を短期間のうちに執拗に行ったことが違法と判断された事例¹⁶）、行政契約においても観念される。

いずれにせよ、行政処分に対する比例性の審査として注目されてきたのは、「狭義

¹³ 栗田佳泰「宗教上の理由に基づく『剣道』の不受講」『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』有斐閣、別冊ジュリストNo.217（2013年）96-97頁参照。なおこの点、高裁判決（大阪高判平成6年12月22日民集50巻3号517頁）は明確に、「神戸高専が控訴人に対し剣道実技に代わる代替措置をとらなかったことによって保持しうる公共的な利益と控訴人が剣道実技の受講を拒否したことによって受けなければならなかった不利益、すなわち本件各処分との軽重を比較考量することとなる」としている。

¹⁴ 比例原則と判断過程統制方式との役割分担を論ずるものとして、角松・前掲193頁以下がある。

¹⁵ 比例原則の適用領域については須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010年）221頁以下、および須藤・前掲（行政法における比例原則）25頁参照。

¹⁶ 最判昭和55年7月10日判タ434号172頁。稲葉馨・人見剛・村上裕章・前田雅子・前掲133頁〔人見剛〕参照。

の比例原則」である。公務員の懲戒事案では、ある公務員に対し懲戒処分を行うことで得られる公務の秩序維持（得られる公益）と、それによって侵害される当該公務員の権利（失われる利益）との間で適切な利益衡量を図るのが比例原則の機能である（特に上記 2012 年判決を参照）。

さて、行政処分の違法性審査における利益衡量型審査一般に注目すると、土地収用法に基づく裁量処分である事業認定（フランスにおける「公益宣言」*déclaration d'utilité publique* に当たる）の適法性が争われた日光太郎杉事件¹⁷が有名である。

裁判所は、「土地収用法は『公共の利益の増進と私有財産の調整をはかり、もつて国土の適正且つ合理的な利用』を目的とする（同法 1 条参照）ものであるが、この法の目的に照らして考えると、事業認定の要件の一つである「同法 20 条 3 号所定の『事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること』という要件は、その土地がその事業の用に供されることによつて得らるべき公共の利益と、その土地がその事業の用に供されることによつて失なわれる利益（この利益は私的なもののみならず、時としては公共の利益をも含むものである。）とを比較衡量した結果前者が後者に優越すると認められる場合に存在するものであると解するのが相当である。」とした。その上で裁判所は、かかる比較衡量を行うに際し、行政庁の判断の過程に着目し、行政庁がいかなる事項を考慮したか、あるいは不必要な事項を考慮していないか否か等を丁寧にトレースし、「本件事業計画をもつて、土地の適正かつ合理的な利用に寄与するものと認めらるべきであるとする控訴人建設大臣の判断は、この判断にあつて、本件土地付近のもつかけがない文化的諸価値ないしは環境の保全という本来最も重視すべきことがらを不当、安易に軽視し、その結果右保全の要請と自動車道路の整備拡充の必要性とをいかにして調和させるべきか的手段、方法の探究において、当然尽すべき考慮を尽さず……、また、この点の判断につき、オリンピックの開催に伴う自動車交通量増加の予想という、本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れ……、かつ、暴風による倒木（これによる交通障害）の可能性および樹勢の衰えの可能性という、本来過大に評価すべきでないことがらを過重に評価した……点で、その裁量判断の方法ないし過程に過誤があり、これらの過誤がなく、これらの諸点につき正しい判断がなされたとすれば、控訴人建設大臣の判断は異なつた結論に到達する可能性があつたものと認められる。してみれば、本件事業計画をもつて土地の適正かつ合理的な利用に寄与するものと認められるべきであるとする控訴人建設大臣の判断は、その裁量判断の方法ないし過程に過誤があるものとして、違法なものとして認めざるをえない」とした。

神戸高専事件でも見られた、裁判所による行政の「判断過程の統制」という審査手法は、以後の裁量処分に対する審査において用いられることが多くなってきている。

この日光太郎杉事件における利益衡量型審査は、フランスにおける開発行為に係る

¹⁷ 東京高判昭和 48 年 7 月 13 日行集 24 卷 6・7 号 533 頁。

土地収用事案における「費用便益衡量 (bilan coût-avantages)」に似ている。都市整備開発事業の公益宣言に関する越権訴訟である 1971 年のリール市東ニュータウン事件¹⁸で CONSEIL D'ÉTAT は、「事業の公益宣言は、当該事業による私所有権への侵害、財政上の費用、そして場合によっては社会秩序における支障が、当該事業のもたらす利益に比べて過剰なものでない限りにおいて適法になし得る」とし、開発事業のもたらす利益とそれにより生ずる諸利益への侵害との間で比較衡量を行うべきことを判示したのである。

フランスではこの費用便益衡量を、比例原則と関連付けて説明されている¹⁹。他方で、日本では日光太郎杉事件における利益衡量において比例原則が観念されることはない。確かに、前記の公務員の懲戒処分事案においては比例原則をもって利益衡量が行われるが、それは、処分をするかしないか、するとしていかなる措置を選択するかに関する行政庁の裁量、すなわち効果裁量を統制する手段として認識されてきた。つまり、目的一手段間の均衡を問うものである。土地収用法の事業認定に関する裁判では、事業計画が土地収用法に規定する、事業認定の要件に適合しているかどうかの問題となった。つまり、行政処分の要件の認定に係る裁量権が審査対象となった事案であり、その判断における利益衡量を比例原則の一環として把握することはなかったのである²⁰。

結局、わが国における行政法上狭義の比例原則の主な役割は、目的一手段間の均衡を統制することであり、利益衡量一般に観念されるものではない²¹。

¹⁸ C.E., 28, mai 1971, Ville nouvelle Est, Rec. 410.

¹⁹ cf., Guy Braibant, « Le principe de proportionnalité », *Mélange offerts à Marcel Waline*, t.2, L.G.D.J., 1974, p. 301. Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 27^e éd., 2018, p. 741. George Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*, L.G.D.J., 1995, p.81 et s. なお、フランスの費用便益衡量と比例原則との異同について詳細に分析したものとして、亙理路『公益と行政裁量—行政訴訟の日仏比較』(弘文堂, 2002年) 238-256 頁参照。

²⁰ 以上につき、2019年7月23日開催の現代公法判例研究会における人見剛教授の同旨の発言を踏まえた。

²¹ 行政処分の適法性審査に関し、利益衡量が行われるケースは他にもある。例えば、課税原因がないのに課税処分を受けた原告が、不服申立て期間を徒過してしまったために取消訴訟を提起できず、無効確認訴訟を提起した事案(最判昭和48年4月26日民集27巻3号629頁)では、行政処分の無効の要件である「瑕疵の重大かつ明白性」のうち明白性の要件を充たさないことから、当該処分は当然無効とまではいえないのではないかが問われた。最高裁は、「一般に、課税処分が課税庁と被課税者との間のみ存するもので、処分の存在を信頼する第三者の保護を考慮する必要のないこと等を勘案すれば、当該処分における内容上の過誤が課税要件の根幹についてのそれであつて、徴税行政の安定とその円滑な運営の要請を斟酌してもなお、不服申立て期間の徒過による不可争的効果の発生を理由として被課税者に右処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的な事情がある場合には、前記の過誤による瑕疵は、当該処分を当然無効ならしめるものと解するのが相当である」とした。この事案は、利益衡量に基づく審査が行われたが、比例原則の適用事例ではない。違法な処分を無効な処分とみるべきか、あるいは取消すべき処分とみるべきかについて、徴税行政の運営と原告の受ける不利益との間で利益衡量したものであって、手段選択の問題ではない。

Ⅲ 比例原則の課題

学説では、こうした規制行政の分野に限られず、給付行政の分野にも比例原則が適用されると主張されている。もっとも、適用事例としてあげられるもののうち、生活保護の保護廃止処分²²などは、原告の生存権保障に関わるものであり、伝統的な比例原則の機能に親和的な領域であるといえよう²³。

さらに、比例原則の機能として「過小規制」の禁止（例えば、行政上の規制権限の不作为責任）等も議論される。いずれにしても、比例原則は自由主義の思想から誕生した歴史的背景を有し、警察、行政の領域からそれ以外の規制行政分野に適用されてきたものであるから、比例原則の「軸足」は、あくまでも個人の権利・利益の保護に置かれるべきであり、公益に軸足を置くのなら、それはもはや伝統的意味での比例原則ではないように思われる²⁴。

関連して、環境法の分野においては、比例原則をもって法的解決（環境保全）を図ることは困難であると指摘されてきた。

1967年制定当初の公害対策基本法には、「経済調和条項」—生活環境の保全は経済の発展との調和を図る—が規定されていた。これは、事業者の「経済的自由」に重きを置いた比例原則的な思考に基づく規定といえよう。過去に深刻な公害事件を発生させた諸法律の欠陥が、まさに投影されたものであったといえる。

他方で、現在の環境基本法には、持続的発展の原則が示されている（4条）。環境への負荷の少ない健全な経済の発展を図りながら持続的に発展することができる社会を構築するため、国民・事業者の権利・利益よりもむしろ、公益たる環境保全に軸足を置くことが要請されている。そうしなければ、将来世代にわたり良好な環境を残すこと（3条）は不可能である。それには「予防原則」に基づく行政上の環境規制が要請されるところであって、伝統的な比例原則といかに調和するかが課題となる²⁵。

²² 福岡地判平成10年5月26日判タ990号157頁。

²³ 須藤・前掲（比例原則の現代的意義と機能）222-223頁、226-227頁参照。

²⁴ 須藤陽子は前掲書『比例原則の現代的意義と機能』の中で、比例原則は個人の自由と財産を保護するため警察法の領域で成立・発展を見た法原則であるから、警察規制以外の権利・利益に関わる規制に着目して適用を拡大することは比較的容易であると述べている（221-222頁参照）。また、ドイツでは比例原則の機能につき「過小の禁止」のほか、補助金等の「過剰給付の禁止」までも議論され、さらにドイツ法、EU法では組織間の権限配分原則である「補完性原理」と比例原則の内容を「重なり合うものとして」理解することがあるという。これらがわが国で紹介されており、比例原則はこうした「開かれた原則」として、その発展可能性が議論されている（須藤の同書第1章、6章、7章および9章を参照。比例原則の発展可能性として特に229-230頁を参照）。

²⁵ もっとも、予防原則の適用においては比例原則の適用も必要であると説かれている（大塚直『環境法〔第3版〕』（有斐閣、2010年）54頁参照。なお、両者の関係について詳しくは、大塚直「環境法における予防原則」城山英明・西川洋一郎編『法の再構築Ⅲ 科学技術の発展と法』（東大出版会、2007年）125-130頁参照）。

ところで、比例原則は国民の自由権を保護するために成立した原則であり、それゆえに元来は「力強さ」のある、行政活動の統制原理である。

警察作用においては「必要性の原則」の適用が多いが、これは人身や財産に対する実力行使が付随することがあり（警職法1条2項）、比例原則が厳格に審査される。

ただ、警察行政以外の一般行政に適用され、特に裁量処分の統制手法として用いられる場合には、「著しい」比例原則違反を指弾するのに留まるものと理解されている²⁶。その意味で、先に述べた通り、比例性の審査密度は必ずしも低くはないと考えられるが、裁量処分の実体的審査の手段である比例原則には限界がある。

そこで、比例原則の機能をより実効的なものとするために、フランス行政法の比例原則の機能が参照されている。それによると、日本の比例原則が目的—手段の二項関係であるのに対し、フランスにおいては、目的、手段、「事実状況（*situation de fait*）」の三要素を掲げ²⁷、各要素間での適切な比例関係を求めるものであって、「国家による権利侵害の目的及び手段について、抽象的事実ではなく、個々の事案の具体的事実状況に応じてバランスのとれた正当化理由を要求するという点で、利益衡量過程の適正性に関する審査密度の高度化に寄与することが期待できる」²⁸という。もっとも、実際の裁判では、個別事情が審査され、目的—手段—事実状況の三要素が総合考慮されていることは、前記公務員判例からも読み取れる。「飲酒運転で摘発された職員は、理由の如何を問わず、原則として懲戒免職処分とする」との裁量基準を定める自治体もあるが、その適用の際には個別事情を考慮した基準の弾力的運用が求められるのである。

事案の特殊事情審査の必要性・重要性について、わが国ではかつてフランスの議論が参考にされてきた²⁹。わが国の判例・学説でも、裁量基準に基づく画一的処理は裁量権の逸脱・濫用を構成する場合があることが認識されている。比例原則の要素として明示的に「事実状況」を加えることで、こうした理論状況にあるわが国では、比例性の審査密度の向上を促すことになるであろう。

神戸税関事件では、公務員への懲戒権を有する行政庁に広範な裁量権を認める理由として、「諸般の事情を考慮」する必要性をあげている。この学説は行政庁の裁量権にある「諸般の事情」認定権に対し、より踏み込んだ裁判所の審査を期待するものである。

いずれにせよ目的—手段の二面関係に基づく静態的審査から、動態的な三面関係へと移行することによって、比例性の審査を適正な行政判断の確保へと導く要素となるであろう。

²⁶ 須藤・前掲（比例原則の現代的意義と権能）226頁，229頁参照。

²⁷ cf., Braibant, *op.cit.*, p. 298.

²⁸ 亘理・前掲（利益衡量型司法審査と比例原則）45頁。

²⁹ 交告尚史「個別審査と画一的処理（1～3・完）」自治研究60巻12号～61巻4号，および大貫裕之「事案の特殊事情審査義務について（1～2・完）」自治研究64巻10号～64巻11号など。

ICCLP Publications No.15

第10回日仏法学共同研究集会報告集「利益の衡量」(2019年9月17日-18日 東京)
X^{èmes} JOURNEES JURIDIQUES FRANCO-JAPONAISES "BALANCE DES INTÉRÊTS"
(Tokyo, 17-18 september 2019)

発行 2020年5月29日
東京大学大学院法学政治学研究科附属ビジネスロー・比較法政研究センター
比較法政部門 (ICCLP)
〒113-0033 東京都文京区本郷7-3-1
tel: 03-5841-0606 fax: 03-5841-3161
e-mail: lhikaku@j.u-tokyo.ac.jp

編集 東京大学大学院法学政治学研究科附属ビジネスロー・比較法政研究センター
比較法政部門 (ICCLP)
(本書の無断転載・複写・引用を禁じます)

印刷 よしみ工産株式会社
〒113-0033 東京都文京区本郷3-26-1 本郷宮田ビル3F

Issued on 29 May 2020

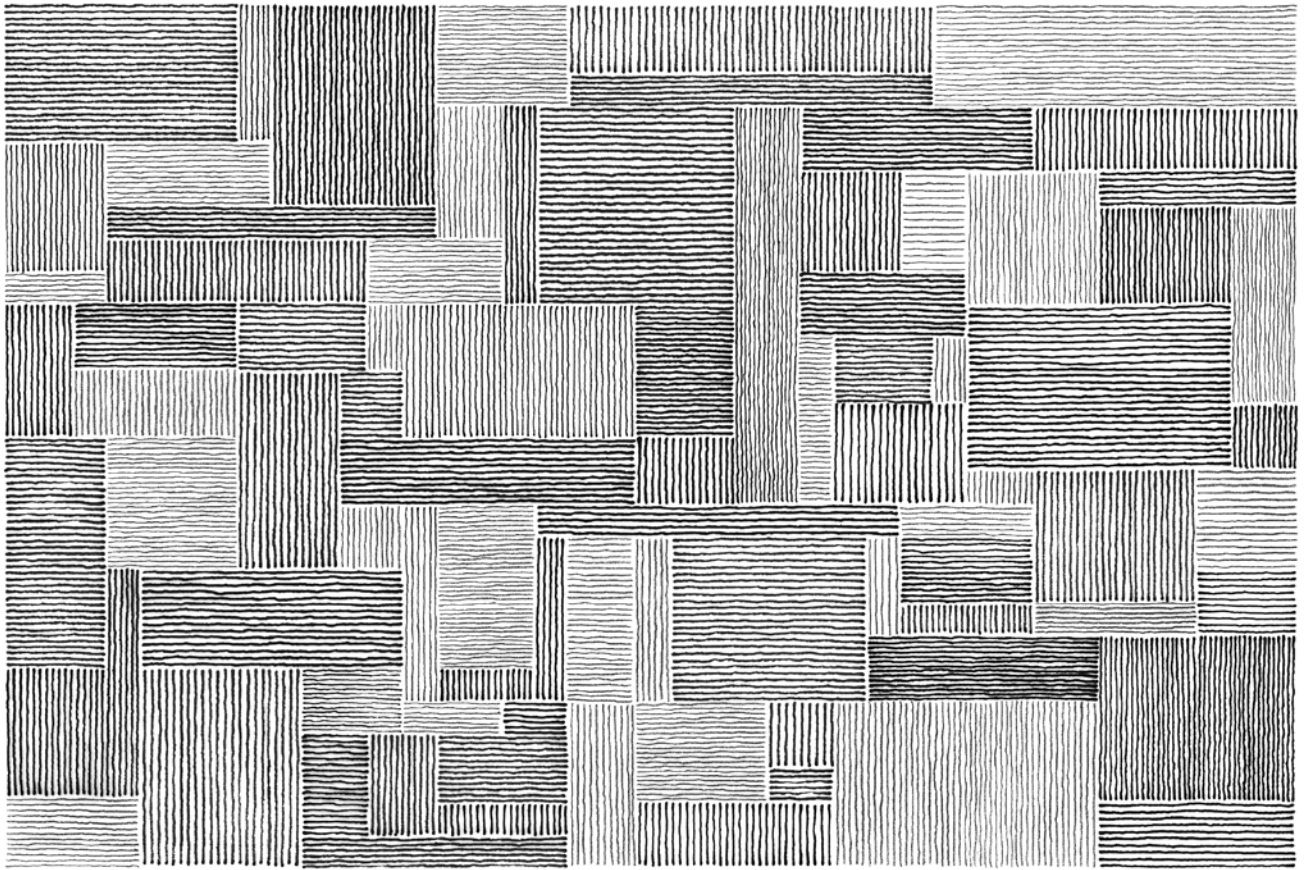
Published by International Center for Comparative Law and Politics (ICCLP),
Graduate School of Law and Politics, the University of Tokyo.

7-3-1 Hongo, Bunkyo-ku, Tokyo 113-0033 JAPAN

tel: + 81 3 5841 0606 fax: + 81 3 5841 3161

e-mail: lhikaku@j.u-tokyo.ac.jp

No part of this publication may be copied, reproduced, or quoted without prior written consent from the ICCLP.



2020
International Center for Comparative Law and Politics
Graduate School of Law and Politics, the University of Tokyo

