

Title	EC法の優越とフランス憲法規範：フランス国内判例の新展開
Sub Title	Droit communautaire et normes constitutionnelles nationales : à propos de jurisprudences récentes en France
Author	伊藤, 洋一(Ito, Yoichi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.12 (2009. 1) ,p.101- 170
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	慶應義塾創立150年記念号下巻 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090125-0101

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

EC法の優越とフランス憲法規範

——フランス国内判例の新展開——

伊 藤 洋 一

はじめに

I. EC法違反法令の違憲審査

II. EC法の間接的違憲審査

おわりに

はじめに

EC法の国内法秩序における効力の問題は、EC法学においては、古典的な問題であり、いかなる教科書・体系書においても、この問題に触れないものは無い。EC法の加盟国法に対する優越が、直接適用性と並ぶEC法の基本原理であること、この二つの原理がEC判例により形成されてきたことは、周知の通りである¹⁾。しかし、全てのEC規範の、憲法規範を含む全ての国内法に対する絶対的優越を肯定したEC判例²⁾ に対しては、EC法と加盟国の憲法規範、特に基本権規定との関係につき、加盟国の国内裁判所、特にドイツ・イタリアの憲法裁判所の強い抵抗があったことをも、同時に想起せねばならない³⁾。

EC法の加盟国の憲法規範に対する優越の問題は、EC裁判所と、ドイツおよびイタリアの憲法裁判所との間の相互的影響関係の中から形成されてきたと言っても過言ではない。1950年代末のEEC発足当時、具体的違憲審査権を持つ憲法裁判所は、ドイツとイタリアにしか存在しなかったことを考えれば、この

1) CJCE, 5-2-1963, aff. 26/62, Van Gend & Loos, Rec. I; CJCE, 15-7-1964, aff. 6/64, Costa / ENEL, Rec. 1141.

2) CJCE, 17-12-1970, aff. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH, Rec. 1125.

両国の憲法裁判所が、EC法と憲法規範との関係という争点について、主導的な役割を果たすことになったのは、むしろ当然であった。

これに対して、フランスの国内裁判所は、憲法規範との関係におけるEC法の優越如何という論点に関する限り、EC判例の形成に対してドイツ連邦憲法裁判所およびイタリア憲法裁判所に匹敵するような影響力を行使することが無かった⁴⁾。その理由としては、以下のようなフランス国内法に関わる事情を指摘することができよう。第一に、フランスでは、憲法規範に対するEC法の優越が問題となる前段階とも言うべき、通常立法に対するEC法の優越確保の問題解決のために長い時間がかかった。フランスの国務院（Conseil d'État）が、EC法の国内後法に対する優越を承認したのは、実にEC裁判所のCosta / ENEL判決から四半世紀を経た1989年のNicolo判決においてであったことを想起せねばならない⁵⁾。そもそも通常立法に対するEC法の優越すら完全に確保できない状況においては、憲法規範との適用関係が問題となることは考えにくい。

第二に、フランス憲法院（Conseil constitutionnel）の管轄権は、フランス第五共和制憲法上、ドイツおよびイタリアの憲法裁判所に比して極めて限定的であった。この両国の憲法裁判所と異なり、フランス憲法においては、憲法院の違憲審査権限は、事前かつ抽象的な審査に限定されていたのみならず（第61条及び54条）、提訴権者も非常に限定されていた。従って、そもそも憲法院が、

3) V. BVerfG (2. Sen.), 29-5-1974, 2 BvL 52/71, Internationale Handelsgesellschaft [Solange-I], BVerfGE 37, 271; Corte cost., 27-12-1973, n° 183, Frontini, Giur. cost. 1973, 2401; Corte cost., 8-6-1984, n° 170, SpA Granital, Giur. cost. 1984, I, 1098; Corte cost., 21-4-1989, n° 232, Soc. FRAGD, Giur. cost. 1989, I, 1001. EC裁判所とドイツ連邦憲法裁判所との影響関係については、拙稿「ヨーロッパ法（4・完）：EC法の国内法に対する優越（3）—EC法と憲法規範」法学教室266号（2002）121頁以下、齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』信山社（2002）129頁以下参照。

4) Cf. Alter, Karen J., *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford, Oxford UP, 2001, p. 173 et suiv.

5) CE Ass., 20-10-1989, Nicolo, Rec. Leb. 190; [1990] 1 CMLR 173; EuGRZ 1990, 106; Long, Marceau, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé & Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative [GAJA]*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 95.

憲法判断を示すことのできる機会が、制度上極めて限られており、憲法判例の展開の可能性も限定されることになった。確かに、憲法第54条は、条約につき「事前」の抽象的審査を規定していた。しかし、第五共和制憲法の制定前に批准を完了していたEC条約は、憲法第54条による審査対象たりえず⁶⁾、またEC派生法についても、批准または承認を要する「条約」には該当しないため、同条の審査対象たりえなかった⁷⁾。そのみならず、憲法院自身の判例により、憲法第61条による事前の違憲立法審査については、憲法第54条の場合と異なり、条約が審査基準たる憲法規範に含まれないとされたため、通常の違憲立法審査の枠内において、立法が条約との適合性審査の対象となる機会が無くなってしまった⁸⁾。

第三に、フランスでは従来、通常裁判所には違憲立法審査権限が無いとされてきたため、憲法院におけると異なり、民刑事・行政裁判所においては、立法に対する違憲主張はそもそも却下を免れなかった⁹⁾。このような状況においては、フランスの通常裁判所において、憲法規範を援用する実益が、ドイツやイタリアの場合と比べて、小さくなるのは当然であろう。

ところが、このようなフランスの状況に、1990年代末以降徐々に変化が現れることになった。フランスにおいても、憲法規範とEC法との適用関係に關す

6) Cons. const., 19-6-1970, n° 70-39 DC, Ressources propres des Communautés européennes, Rec. 15; Cons. const., 30-12-1976, n° 76-71 DC, Élection du Parlement européen au suffrage universel direct, Rec. 15.

7) Cons. const., 30-12-1977, n° 77-90 DC, Loi de finances rectificative pour 1977, Rec. 44. Cf. Dord, Olivier B., Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé : de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne, Cahiers du Cons. const. 1998, n° 4, 98, p. 100-101; Drago, Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2^e éd., Paris, PUF, 2006, n° 480-484; Isaac, Guy & Marc Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 9^e éd., Paris, Sirey, 2006, p. 293-294.

8) Cons. const., 15-1-1975, n° 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse [IVG-I], Rec. 19; Favoreu, Louis, Loïc Philip, Patrick Gaïa, André Roux & Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel [GDCC]*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 22; フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』信山社(2002)第11事件 [建石真公子].

る判決例が、後に見るように、まず通常裁判所において相次いで現れた。次に、特に2004年夏以降、憲法院が新たな判例を展開するに至り¹⁰⁾、更にこのような憲法院判例の新展開をうけて国務院も、2007年2月に新たな判例を打ち出すことになった¹¹⁾。これまで長い間、EC法と憲法規範との関係に関するヨーロッパ法上の議論は、ドイツおよびイタリアの判例・学説の主導のもとに展開されてきたのであるが、ついにフランスの判例・学説も直接参加するようになってきたわけである。

このようなフランス国内判例の動向の変化については、以下のような背景を指摘することができよう。まず、1989年に下された国務院のNicolo判決以降、行政裁判所においても、EC法を含む条約の立法に対する優越がついに確立し、立法の「条約適合性」審査が一般化したことが重要である。法律の条約適合性を争えるようになって初めて、今度は立法に憲法規範の裏付けがあった場合に、条約の立法に対する優越原理との適用関係が問題となるからである。行政裁判所の最上級審である国務院のSarran判決、民刑事裁判所の最上級審である破毀院のFraisie判決は、いずれもこのような文脈で下された判決であった¹²⁾。

しかし、憲法院判例の新展開の背景として最も重要なのは、ヨーロッパ統合の進展に伴う憲法改正である。そもそも1958年憲法には、長い間「ヨーロッパ

9) CE Sect., 6-11-1936, Arrighi, Rec. Leb. 966. V. par ex., Chapus, René, *Droit administratif général*, tome I, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 98; Verpeaux, Michel & Bertrand Mathieu, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 138 et suiv.

10) 特に重要な判決として、Cons. const., 10-6-2004, n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Rec. 101; Cons. const., 19-11-2004, n° 2004-505 DC, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Rec. 173; Cons. const., 27-7-2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF 3-8-2006, p. 11541. なお、最初の二つの判決例については、拙稿「EU基本権憲章と『民主的』統治問題」社会科学研究（東京大学社会科学研究所紀要）57巻2号（2006）57-64頁を参照されたい。

11) CE Ass., 8-2-2007, req. n° 287110, Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine, Rev. fr. dr. adm. [RFDA] 2007, 384, concl. Guyomar, Mattias; Rev. trim. dr. eur. [RTDE] 2007, 378, concl. Guyomar.

条項」が存在せず、EC法もその他の国際条約と同じ扱いがなされてきた。憲法上は、ヨーロッパ統合に対する直接的言及は存在せず、EC条約も他の多くの条約と同視されてきた。条約の立法に対する優先適用を規定した憲法第55条も、EC法規範に限らず条約一般に関する規定であった。ところが、マーストリヒト条約以降、EC・EU条約の大改正が相次ぎ、条約批准に先立つ憲法改正が必要となった結果、1990年代初頭以降頻繁に憲法改正がなされるようになり¹³⁾、憲法第88-1条以下に、ヨーロッパ統合関連規定が置かれるようになった。比喩的に言うならば、「憲法の『ヨーロッパ化』」が進行することとなったのである。

このような憲法規定レベルの変化は、憲法院の違憲審査にも影響を与えずにはいない。その最初の具体例は、EU市民の地方参政権に関する立法の違憲審査事例であった¹⁴⁾。EU市民権に関する具体的規定を行った憲法第88-3条が、まさに係争立法の言わば「親規範」として、憲法第61条による違憲立法審査において、審査規範となったからである。たしかに憲法第88-3条と係争立法とが、親子関係にある規範であってみれば、そのような現象は形式上当然のことではある。しかし、EU市民への地方参政権付与が、EC条約レベルで規定された「EU市民権」の国内法化義務の具体化であることを考えるならば、フランス憲法規定の「ヨーロッパ化」現象が、違憲審査にも投影されるようになった最初の事例として注目に値する¹⁵⁾。

憲法院が2004年夏以降に展開することとなった新判例も、まさにこのような

12) CE Ass., 30-10-1998, Sarran, Rec. Leb. 368; Cass. Ass. plén., 2-6-2000, M^{lle} Fraisse, Bull. Ass. plén., n° 4, p. 7.

13) ヨーロッパ統合関連の憲法改正としては、1992年（マーストリヒト条約）、1999年（アムステルダム条約）、2003年（EU逮捕状）、2005年（EU憲法条約）、2008年（リスボン条約）を挙げることができる。

14) Cons. const., 20-5-1998, n° 98-400 DC, Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, Rec. 251.

文脈において理解すべきものである。原理的判決となった憲法院の2004年6月10日判決は、EC指令（directive）の国内施行義務を、マーストリヒト条約批准の際に新設された憲法第88-1条¹⁶⁾により基礎づけたからである。同憲法規定は、「フランスは、設立条約により、一定の権限を共同行使することを自由意思により選択した加盟国からなる、ECおよびEUに参加する」と規定するのみで、直接的にはEC法と国内法との関係について規定しているわけではなかった。憲法院は、しかしながら、同条により、フランスはEC・EU法を誠実に施行する義務を負うとの新解釈を示し、更にEC指令の国内施行義務に反する立法が、憲法第88-1条違反ゆえに違憲となると判示した¹⁷⁾。「憲法の『ヨーロッパ化』」が、1998年判決で適用された憲法第88-3条のような極めて特定された事項にとどまらず、より一般的なEC指令の国内施行立法に及ぶことが明らかとなったのである。

しかしながら、このような「憲法の『ヨーロッパ化』」は、視点を変えれば、同時に「ヨーロッパ法の『憲法化』」でもあることに注意せねばならない。たしかに従来のフランス国内判例と異なり、EC・EU法は、他の国際条約とは別個の地位を認められることになった。この結論は、1960年代初頭以来、一貫し

15) V. par ex., Verpeaux & Mathieu, *op. cit.*, 2002, p. 280-282. なお、このような憲法規定自体が参照する規範を審査規範とする、新たな違憲審査類型に関する総合的研究が2007年に現れている。V. Roblot-Troizier, Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2007.

16) フランス憲法第88-1条の規定は以下の通り。Art. 88-1. La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences.

17) Cons. const., 10-6-2004, n° 2004-496 DC, précit., cons. 7. De même, Cons. const., 1-7-2004, n° 2004-497 DC, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, Rec. 107, cons. 18; Cons. const., 29-7-2004, n° 2004-498 DC, Loi relative à la bioéthique, Rec. 122, cons. 4; Cons. const., 29-7-2004, n° 2004-499 DC, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 70-17 du 6 janvier relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Rec. 126, cons. 7.

てEC法の直接適用性・優越原理の論拠として、EC法の「特異性」を強調してきたEC判例と、一見したところ殆ど同じである。しかし、フランス憲法院の新判例がEC・EU法に独自の地位を認めるに至った論拠は、あくまでも憲法改正によりヨーロッパ統合が特則規定の対象となったことに求められているのであり、EC判例の力説してきたところとは異なり、EC法自体の「独自かつ固有の性質」¹⁸⁾ではない。EC条約上の義務である、EC指令の国内施行義務は、憲法院の新判例では、フランス第五共和制憲法の規定に基づく「憲法的要請 (une exigence constitutionnelle)¹⁹⁾」なのである。この意味においては、「ヨーロッパ法の『憲法化』」を語る事ができるであろう。

かかる「ヨーロッパ法の『憲法化』」は、単なる理論構成の問題にとどまるものではなく、憲法院による具体的な違憲審査のあり方に影響せずにはいない。EC法の優越を、EC秩序の独自性により基礎づけるEC判例によるならば、全てのEC規範は、憲法規範をも含む全ての国内法規範に優越し、その論理的帰結として、EC法規範の効力は、EC法の枠内でのみ審査されるべきであって、たとえ憲法規範との関係であろうとも国内法との適合性審査の対象たりえない²⁰⁾。これに対して、上記のようなフランス憲法院判例によれば、国内法秩序におけるEC法の優越の根拠は、あくまで憲法規定に求められるのであるから、EC法の国内施行義務も無制限ではなく、憲法上の限界が生じることになる。具体的には、例えばEC指令の国内施行立法に対して、係争立法の根拠たるEC指令の違憲性を主張できるという結論につながり得る。これは、「EC派生法の間接的違憲審査の可否」の問題として知られている問題であって、後に詳述するように、憲法院は、2004年6月10日判決において、そのような審査の可能性を、一定の条件のもとで肯定した。

したがって、このようなフランスの最近の判例動向が、フランス国内法判例・

18) CJCE, 15-7-1964, aff. 6/64, Costa / ENEL, Rec. 1141, p. 1160.

19) Cons. const., 10-6-2004, n° 2004-496 DC, précit., cons. 7.

20) CJCE, 17-12-1970, aff. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH, Rec. 1125, p. 1135, pt. 3.

学説にとって極めて重要な意義を持つことは当然であり、このことは、原理的判決となった憲法院の2004年6月10日判決²¹⁾ および国務院のArcelor判決²²⁾ に関して、直ちに新聞報道がなされ、夥しい評釈・論文が現れた事からも明らかである。

しかし、これら一連のフランス国内判例は、フランス国内法的見地のみならず、ヨーロッパレベルの比較法的見地からも、即ち他の加盟国の判例・学説にとっても、EC法の重要論点に関する新たな寄与として注目されることになった。実際にも、フランスの上記新判例につき、既にドイツ²³⁾、イタリア²⁴⁾、スペイン²⁵⁾、オランダ²⁶⁾ 等において評釈・論説が現れており、EC法と憲法規範との関係につき、問題意識を共有する他の加盟国学説の関心の高さを窺うことができる。

EC法と憲法規範との関係に関する国内判例の事例研究として、本稿では、

21) Rev. fr. dr. const. [RFDC] 2004, n° 60, 804, Alcaraz, Hubert; AJDA 2004, 1534, Arrighi de Casanova, Jacques; D. 2004, Chron., 3089, Bailleul, David; AJDA 2004, 2261, chron. Belorgey, Jean-Marc, Gervasoni, Stéphane & Lambert, Christian; Rev. de la recherche juridique [RRJ] 2004, 1829, Biroste, David; JCP 2004, II, 10116, Blanchetier, Philippe; RDP 2004, 878, Camby, Jean-Pierre; AJDA 2004, 1385, Cassia, Paul; Les Petites Affiches [LPA] 9-7-2004, n° 137, 5, Chagnollaude, Dominique; LPA 14/15-7-2004, n° 140/141, 3, Chaltiel, Florence; RMC 2004, n° 480, 450, Chaltiel, Florence; AJDA 2004, 1937, Chamussy, Damien; LPA 17-11-2004, n° 230, 3, Derieux, Emmanuel; RFDC 2005, n° 61, 147, Dupéré, Olivier; CMLRev. 2005, 859, Dutheil de la Rochère, Jacqueline; AJDA 2004, 1537, Gautier, Marie & Melleray, Fabrice; RFDA 2004, 651, Genevois, Bruno; LPA 15-11-2005, n° 227, 3, Georgopoulos, Théodore; JCP éd. A. 2004, 1620, Gohin, Olivier; Rev. gén. dr. int. pub. [RGDIP] 2004, 1053, Haupais, Nicolas; RTDE 2004, 587, Kovar, Jean-Philippe; RDP 2004, 889-911, Levade, Anne; Pouvoirs 2004, n° 111, 199, chron. Levade, Anne; RFDC 2004, n° 59, 465, Luchaire, François; Europe 2004, n° 8/9, 6, Magnon, Xavier; Le Monde du 17-6-2004, 8, Mathieu, Bertrand; D. 2004, 1739, Mathieu, Bertrand; LPA 12-8-2004, n° 161, 16, Monjal, Pierre-Yves; Rev. du dr. de l'Union eur. [RDUE] 2004, 509, Monjal, Pierre-Yves; D. 2005, J., 201, Mouton, Stéphane; RDP 2004, 869, Oberdorff, Henri; RDP 2004, 912, Roux, Jérôme; RTDE 2005, 597, Sales, Éric; LPA 18-6-2004, n° 122, 12, Schoettl, Jean-Éric; AJDA 2004, 1497, Verpeaux, Michel; Dr. adm. 2004, n° 8/9, comm. 130, Verpeaux, Michel; JCP 2004, II, 10116, Zarka, Jean-Claude.

- 22) RFDA 2007, 789, Canedo-Paris, Marguerite; JCP 2007, II, 10049, Cassia, Paul; RTDE 2007, 406, Cassia, Paul; LPA 28-2-2007, n° 43, 5, Chaltiel, Florence; LPA 19-4-2007, n° 79, 8 & 22, Chaltiel, Florence; RMC 2007, n° 508, 335, Chaltiel, Florence; RFDC 2008, n° 74, 339, chron. Chaltiel, Florence; LPA 4-7-2007, n° 133, 27, Chrestia, Philippe; D. 2007, 2742, Deumier, Pascale; JCP éd. A. 2007, 2081, Drago, Guillaume; Dr. adm. 2007, n° 5, 9, Gautier, Marie & Melleray, Fabrice; Rev. trim. dr. homme [RTDH] 2007, n° 71, 909, Lemaire, Fabrice; AJDA 2007, 577, chron. Lenica, Frédéric & Boucher, Julien; RFDA 2007, 564, Levade, Anne; RFDA 2007, 578, Magnon, Xavier; Rev. jur. de l'économie publique [RJEP] 2007, n° 645, 298, Plessix, Benoît; RGDI 2007, 490, Poirat, Florence; RTDCiv. 2007, 299, chron. Rémy-Corlay, Pauline; RDP 2007, 1031, Roux, Jérôme; Europe 2007, n° 3, 5, Simon, Denys; D. 2007, 2273, Verpeaux, Michel; RJF 2007, n° 5, comm. 602. V. aussi, Pinon, Stéphane, Les démêlés du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de «primauté» du droit communautaire, AJDA 2008, 1077; *id.*, L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Regard sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, RTDE 2008, 263; Schrameck, Olivier, Réflexions sur l'arrêt *Arcelor*, in *Constitutions et Pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, 545.
- 23) 憲法院判例につき、Classen, Claus-Deiter, Anmerkung zur Entscheidung v. 10. 6. 2004 – 2004-496 DC, JZ 2004, 969; Legendre, Alain, Neues aus der Rechtsprechung zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts in Frankreich, EuZW 2004, 485; Mayer, Franz C., Europarecht als französisches Verfassungsrecht, EuR 2004, 925; Pfeiffer, Thomas M., Zur Verfassungsmäßigkeit des Gemeinschaftsrechts in der aktuellen Rechtsprechung des französischen Conseil constitutionnel, ZaöRV 2007, 469; Walter, Christian, Der französische Verfassungsrat und das Recht der Europäischen Union, EuGRZ 2005, 77. 国務院のArcelor判例につき、Albrechtskirchinger, G., Conseil d'État zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts, EuZW 2007, 165; Mayer, Franz C., Edgar Lenski & Matthias Wendel, Der Vorrang des Europarechts in Frankreich, EuR 2008, 63.
- 24) 憲法院判例につき、Chiti, Edoardo, Il diritto europeo e la Costituzione francese, Giornale di dir. amm. 2005, 441; Costanzo, Pasquale, La giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* nel biennio 2003-2004, Giur. cost. 2005, 4176, spéc. 4211-4213; Pizzanelli, Giovanna, La «costituzionalizzazione» del carattere obbligatorio del diritto europeo e le nuove prospettive per il *Conseil constitutionnel*, Riv. It. Dir. Pubbl. Com. [RIDPC] 2005, 1405. 国務院のArcelor判例につき、Dicosola, Maria, La *primauté* in Francia tra giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria, Dir. pub. comp. eur. [DPCE] 2007, 615; Pollicino, Orreste, Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione *Arcelor* del Conseil d'État in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario, Diritto dell'Unione Europea [DUE] 2007, 895.

2004年夏以降の憲法院判例および国務院のArcelor判例の検討を行うことにしたい。これらのフランス国内判例は、いずれも具体的にはEC指令の国内施行法令の違憲審査に関わる新判例であり、EC指令を国内施行した法令につき、憲法院または通常裁判所が、いかなる審査権限を持つかという問題に関する原理的判決である。これら新判例には、大きく分けて二つの側面がある。第一は、EC法に反する国内法令の違憲審査の問題、第二は、そのような国内法令の前提となるEC法の違憲審査の問題である。そこで、以下では、最初に近時の判例における、EC法違反法令の違憲審査の枠組を検討し（I）、次にEC法の間接的違憲審査の枠組を検討する（II）ことにしたい。

本稿の課題は、EC法と憲法規範との関係に関する原理的問題に焦点を絞って新判例の背景および具体的帰結を検討することであり、各事件における実体法上の問題については一切立ち入らない。しかし、かかる原理的問題に関する限りでは、フランス国内法の観点からのみならず、可能な限り比較法的観点からも検討することにした。

I. EC法違反法令の違憲審査

憲法院の新判例が、憲法第88-1条に基づき、EC指令の国内施行義務を「憲法化」したことの直接的な帰結は、かかる義務に反する国内法令が「違憲」立法審査の対象となるということであった。そこで、以下では、まず憲法院の新判例（A）およびそれをうけた行政判例の新展開（B）につき、その背景、概

25) 憲法院判例につき、Rodríguez Iglesias, Gil Carlos, El Consejo constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva, Rev. de Derecho Comunitario Europeo [RDCE] 2004, n° 18, 393; Segura Serrano, Antonio, La primacía y el control de constitucionalidad del derecho comunitario en Francia, RDCE 2005, n° 20, 93.

26) Reestman, J.H. & C.B. Schutte, Het Europees Grondwettelijk Verdrag en beginsel van voorrang van Europees recht in Frankrijk en Spanje. Lessen voor Nederland ?, SEW 2006, 145.

要を整理し、かかる違憲審査判例の展開に対する評価（C）を試みることにしたい。

A. 憲法院判例の新展開

2004年夏以降の憲法院の新判例の意義を理解するには、まず新判例の概要を整理した上で（1）、更に新判例の射程を明らかにする（2）必要がある。

1. 新判例の概要整理

憲法院の新判例の第一弾となった2004年6月10日決定の意義を理解するためには、まずフランスにおける違憲立法審査に関する従来の制度枠組を、簡単ではあれ整理しておく必要がある。フランス憲法院の違憲審査権限の中で、本稿の問題関心から重要なのは、憲法第54条および第61条に基づく審査である。しかし、両者のうち、前者は批准前の「条約」のみを対象とするものであるもので、EC法に反する「立法」の違憲審査が考えうるのは、後者に基づく審査、即ち事前かつ抽象的な違憲審査の枠内においてである。

ところが、既に述べたように、憲法院は、1975年の所謂「妊娠中絶」判決において、憲法第61条による違憲立法審査の枠内においては、条約との適合性審査を行う管轄権が自らには無いとの判断を示していた²⁷⁾。この判決において直接問題となったのはヨーロッパ人権条約であったが、本件判旨の射程は、EC法をも含む条約一般にも及ぶと解されてきた。したがって、同判例によれば、憲法第61条による違憲審査の枠内では、立法に対する条約違反の主張は、そもそも受理されえない。

さて、直接適用性のあるEC規則（règlement）については、国内施行のために立法が必要とされることは少ないであろうが、EC指令（directive）の場合には、国内施行のためには原則として国内法令の制定が必要である（EC条約249条）。EC指令の国内施行のために立法がなされた場合には、そのような立法も

27) Cons. const., 15-1-1975, n° 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, Rec. 19. V. *GDCC*, 13^e éd., 2005, p. 315 et suiv.

他の立法と同様法律であることに違いはないので、憲法第61条による事前違憲審査の可能性が生じる²⁸⁾。しかし、このような事例においても、上述の「妊娠中絶」判例に従うならば、EC指令の国内施行立法に対して、当該EC指令に反しているという主張は認められないことになる筈である。

ところが、上記2004年6月10日判決は、EC指令の国内施行義務を、マーストリヒト条約批准の際に新設された憲法第88-1条により基礎づけた。憲法院は、この一般的なヨーロッパ統合参加規定から、EC法の誠実な国内施行義務を導き、EC指令違反の国内施行立法は、同条違反として違憲となるとの新判断を示したのである²⁹⁾。

勿論、この場合の違憲審査の対象は、形式的には係争立法と憲法第88-1条との適合性であり、EC指令が、そのまま直接、違憲立法審査の基準となる憲法規範 (*bloc de constitutionnalité*) 化されたわけではない。しかし、先の「妊娠中絶」判例とは異なり、立法に対して、EC指令との適合性を争う主張ができることを認めたことには変わりはない。「妊娠中絶」判例は、少なくとも、EC指令の国内施行立法に関する限りでは、修正されたわけである。

そこで、学説の中には、憲法院が将来、憲法第61条の違憲立法審査の枠内において、EC指令の国内施行立法のみならず、全ての立法につきEC指令との適合性審査を行う可能性を指摘する見解³⁰⁾、更に進んで、EC指令に限らず全てのEC法との適合性審査を一般的に行うことになるのではないかと予測する見解も見られた³¹⁾。この後者の予測によれば、憲法院の「妊娠中絶」判例は、

28) V. par ex., Cons. const., 3-8-1994, n° 94-348 DC, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992, du Conseil des Communautés européennes, Rec. 117.

29) Cons. const., 10-6-2004, n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, cons. 7.

30) Levade, Anne, Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire, RDP 2004, 889, p. 909.

31) Roux, Jérôme, Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution, RDP 2004, p. 922-923 & 925.

EC・EU法に関する限りでは、全面的に放棄されることになる。しかしながら、他方で、Mathieu教授のように、憲法院がそこまで踏み込むかにつき、主として憲法院の審査に必要な人的・時間的資源の観点からの問題性を指摘する見解もあった³²⁾。

果たして憲法院は、その後の一連の判決例において、2004年6月10日判決の射程を限定する姿勢を示し、EC・EU法に限ってであれ、直ちに「妊娠中絶」判例を全面的に放棄する意図がないことを明らかにした。そこで、次に、それら一連の判決の中でも、2004年夏以来の憲法院判例を総括した重要判決である2006年7月27日判決³³⁾を中心に、新判例の射程を検討することにしたい。

2. 新判例の射程

憲法院は、EC指令に反する国内施行立法を対象とする違憲審査の射程が、上述のような一部学説の予想に反して、相当に限定されたものであることを、その後の一連の判決例において明らかにした。大別すれば、まず違憲審査の対象となる立法の範囲に関する限定 (a)、次に違憲審査の基準となるEC法規範の範囲に関する限定 (b) である。

32) Mathieu, Bertrand, Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions, D. 2005, Chron., 920, p. 923. V. aussi, Fines, Francette, Chronique de jurisprudence nationale relative au droit communautaire, Ann. dr. eur. 2004 [2006], 879, p. 882.

33) Cons. const., 27-7-2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JORF 3-8-2006, p. 11541; RFDC 2007, n° 69, 85, Alcaraz, Hubert; RFDC 2007, n° 69, 123, Blachère, Philippe; Dr. adm. 2006, n° 10, comm. 155, Cassia, Paul & Cassia-Saulnier, Emmanuelle; D. 2006, 2157, Castets-Renard, Céline; RMC 2007, n° 504, 61, Chaltiel, Florence; RFDC 2007, n° 69, 100, Charpy, Chloé; Giur. cost. 2005, 3723, spéc. 3763-3768, Costanzo, Pasquale; RTDCiv. 2007, 80, chron. Encinas de Munagorri, Rafael; LPA 4-12-2006, n° 241, 7, chron. Janicot, Laetitia; D. 2006, Chron., 2878, Magnon, Xavier; D. 2006, 2337, Massot, Jean; LPA 22-8-2006, n° 167, 3-4, Mathieu, Bertrand; RFDC 2007, n° 69, 123, Protière, Guillaume; LPA 14-8-2006, n° 161, 4 & LPA 15/16-8-2006, n° 162/163, 3, Schoettl, Jean-Éric; Europe 2006, n° 10, 2, Simon, Denys.

a. 違憲審査対象となる立法の範囲

憲法院には、制度上、議会を通過した立法についてしか事前審査の可能性が無いのであるから、EC指令の国内施行に必要な立法がなされない事例、すなわち立法の不作为に関する違憲審査の可能性が無いのは当然である³⁴⁾。しかし、2006年以降の判決例は、立法一般について、EC指令の国内施行義務違反を理由とする違憲審査が一般的に可能となったと考えるのが、早計であることを示すことになった。

憲法院は、まず2006年3月3日の判決において、新判例による違憲審査の対象となる立法が、「EC指令の国内施行のために」制定された立法に限られることを明らかにした³⁵⁾。この判示によれば、単行立法の全ての規定でなくとも「EC指令の国内施行のために」設けられた規定であれば、新判例の適用があるが、逆に、EC指令の規律対象事項に関わる立法であっても、「EC指令の国内施行のために」制定されたのではない立法については、従来通り「妊娠中絶」判例が維持され、EC指令違反の主張は却下されることになる³⁶⁾。

更に、2006年7月27日の判決は、憲法院による違憲審査が完全な審査ではなく、EC指令に「明白に反する」国内施行立法のみを違憲とするにとどまることを明らかにした³⁷⁾。同判決に関する憲法院の公式コメントは、裁量統制に関する行政訴訟における伝統的な表現「明白な評価の過誤 (erreur manifeste d'appréciation)」に擬して「明白な国内施行の過誤 (erreur de transposition manifeste)」との表現を用いて説明している³⁸⁾。換言すれば、EC指令に反する全ての立法が違憲とされるのではなく、憲法院の違憲審査は、EC指令に「明白に反する」立法に限定されるのである。

憲法院は、このような限定の理由を、憲法第61条の枠内における事前の違憲

34) Levade, art. précit., RDP 2004, 889, p. 908.

35) Cons. const., 30-3-2006, n° 2006-535 DC, Loi pour l'égalité des chances, Rec. 50, cons. 28; Cons. const., 27-7-2006, n° 2006-540 DC, cons. 20.

36) Cons. const., 30-3-2006, n° 2006-535 DC, cons. 28.

37) Cons. const., 27-7-2006, n° 2006-540 DC, cons. 20.

38) Cahiers du Cons. const. 2006, n° 21, p. 15.

立法審査手続上の制約に求めた³⁹⁾。フランス憲法院による違憲立法審査制度は、法律の公布前にのみ認められる「事前」審査であるところに特色がある。しかも、憲法第61条3項によれば、憲法院は、提訴から1ヶ月、政府が緊急審理を求めた場合には1週間以内に判断を下さねばならない。このような違憲審査制度のもとでは、係争立法が反すると主張されるEC指令につき、EC裁判所に真正な解釈を求めて先決問題を移送する余地は實際上無い。EC裁判所が、先決問題の移送を受理してから判決を下すまでには、いずれにせよ1ヶ月をはるかに越える時間がかかる⁴⁰⁾のが実情であるから、憲法院としては、仮に援用されたEC指令の解釈に疑義があったとしても、憲法の規定する違憲審査の制度上、EC裁判所への先決問題を移送することはできない。

また、そもそも憲法院は、通常の国内裁判所と性質を異にする特別な機関であって、先決問題の移送手続に関するEC条約234条にいう「裁判所」には該当しない⁴¹⁾という理由付けも主張されている⁴²⁾。

以上のような理由から、憲法院は、援用されたEC指令の解釈に疑義が無く、係争立法が、当該EC指令に「明白に反する」場合にのみ、違憲判断を行うという態度を打ち出した⁴³⁾。

憲法院による理由付けの当否についてはともかく、EC指令の国内施行義務が「憲法化」されたとしても、違憲審査の対象となる立法の範囲は、当初予想された以上に限定的なものであり、法律一般を対象とするものでも、また完全な違憲審査がなされるわけでも無いことが明らかとなった。以上二つの制約は、

39) なお、既に1980年代末に、当時の憲法院事務総長であったGenevoisは、憲法院が、仮に立法の違憲審査（憲法第61条）を行うことになったとしても、その審査手続の制約ゆえに、係争立法の条約違反が明らかである場合に限定されざるを得ないであろうと述べていた。Genevois, Bruno, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions S.T.H., 1988, n° 581, p 374.

40) 憲法院の判決当時のEC裁判所における先決問題事件の平均審理期間は、約2年であった。V. Levade, art. précit., RDP 2004, p. 897; Picod, Fabrice, *La constitutionnalité du droit communautaire dérivé ... à la française*, DUE 2004, p. 879 & note 34.

41) Schoettl, Jean-Éric, *Primauté du droit communautaire : l'approche du Conseil constitutionnel*, EDCE 2007, n° 58, 379, p. 396.

いずれも違憲審査の対象となる立法に関するものであるが、更に違憲審査の基準となるEC規範に関する制約も存在することに注意せねばならない。

b. 違憲審査の基準となるEC規範の範囲

2004年夏以降の憲法院の新判例は、全てEC指令の国内施行立法に関する事件であり、EC指令以外のEC規範との適合性審査については、全く触れるところが無い。この点で、憲法院の構成員が、新判例の射程はEC指令の国内施行立法の違憲審査事例に限るのであって、その他の事例については、EC法に関わる場合であっても、従来通り「妊娠中絶」判例が維持されていると明言している⁴⁴⁾ことは、重要である。少なくとも現時点では、憲法院による立法審査は、EC指令との適合性審査以外の事例、例えば、条約レベルの規範（EC・EU条約）、

42) この憲法裁判所の「特殊性」論は、必ずしもフランス憲法院のみが主張している論理ではなく、憲法院事務総長Schoettlが、明示的に引用している（Schoettl, *ibid.*）ように、イタリア憲法裁判所も同じ立場をとっていた。但し、同氏の引用するCorte cost., 18-4-1991, n° 168, Soc. industria dolciaria Giampaoliは、憲法裁判所自らの先決問題移送可能性を傍論で示唆した事例（V. Daniele, Luigi, Corte costituzionale e direttive comunitarie, Foro it. 1992, I, 660, col. 665）であり、引用の趣旨からは不適切である。もっとも、イタリア憲法裁判所は、その後1995年の決定で、初めて明示的にEC条約177条〔現234条〕に言う「裁判所」性を否定した。V. Corte cost., ord. 29-12-1995, n° 536, Soc. Messaggero servizi / Ufficio registro Padova, Foro it. 1996, I, 783, col. 790。またドイツ連邦憲法裁判所も、あくまで通常裁判所が、EC裁判所に先決問題を移送せよとし、自身は未だ嘗て一度もEC裁判所に先決問題を移送したことが無い。

43) 勿論、以上の二つの理由付けに対しても、批判が無いわけではない。V. Chaltiel, Florence, Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs, RMC 2007, n° 504, 61, p. 64-64; Rossetto, Jean, L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France, in *Constitutions et Pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, 447, p. 456-457.

44) Mazeaud, Pierre [憲法院長官], L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives [Session plénière de la Commission de Venise, 16 décembre 2006], EDCE 2007, n° 58, p. 398; Dutheillet de Lamothe, Olivier, Le Conseil constitutionnel et le processus d'intégration communautaire, in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, Pedone, 2008, 85, p. 89.

あるいは同じくEC派生法でも、EC規則については及ばないということになるからである。

これと関連して問題となるのは、加盟国の国内施行法令が必要とされるという意味において、規範構造がEC指令と同一である警察・刑事司法協力分野、いわゆるEUの「第3の柱」における枠組決定 (décision-cadre, framework decision) (EU条約第34条) の場合である。この事例についても新判例が及ぶか否かにつき、学説においては問題が指摘されており、肯定論も有力である⁴⁵⁾が、憲法院の明示的判示が無い现阶段では、憲法院の立場についての確実な予測は困難である。

いずれにせよ、このようにEC指令に審査規範の範囲を限定することが、憲法院の新判例の論理と整合的と言えるか否かはまた別論であり、憲法院が2006年に明らかにしたこのような限定に対しては、学説による強い批判がある。なぜならば、そもそも憲法院の新判例が根拠としたのは、フランスがヨーロッパ統合に自由意思により参加する決意を示した、一般的規定である憲法第88-1条であるにも拘わらず、EC法の国内施行義務がEC指令のみに限定され、EC法の根本規範であるEC・EU条約規定や他の派生法には及ばないとするには合理性を見だしにくいからである⁴⁶⁾。

同じ理由から、EC指令との適合性審査が、EC指令の国内施行のために制定された立法に限るとされた点も、批判を免れない。上記憲法第88-1条の趣旨か

45) Genevois, Bruno, Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. À propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, RFDA 2004, 651, p. 660-661; Picod, art. précit., DUE 2004, p. 874; Roux, Jérôme, La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution, RDP 2007, 1031, p. 1069-1070. 否定的解釈として、Levade, Anne, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, 564, p. 577.

46) Par ex., Magnon, Xavier, La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence *IVG*, D. 2006, Chron., 2878, p. 2881-2882; Mathieu, Bertrand, L'examen juridique de la constitutionnalité du contrat première embauche, LPA 13 avril 2006, n° 74, 4, p. 10; Roux, art. précit., RDP 2007, p. 1069.

らすれば、立法が「EC指令の国内施行のために」制定されたか否かよりも、そもそも立法が、EC指令と適合的であることの方が重要であるはずである。Rousseau教授が言うように、EC指令の施行法として立法すれば、EC指令との違憲審査の対象となるが、その後通常の立法の中にEC指令に反する規定を挿入すれば違憲審査を免れられるというのでは、いかにも説得力に乏しい⁴⁷⁾。それゆえ、学説においては、憲法院自身の言明にも拘わらず、憲法院が、現在の制限的な立場を長期的に維持することは、理論的見地からは困難であろうとの予測もなされている⁴⁸⁾。

いずれにせよ、憲法院が、一方で、EC指令の国内施行立法に関する違憲審査を開始しつつ、他方で、その射程を制限した結果、憲法院の審査権限が及ばない事例類型については、通常裁判所が審査権限を持つことになる。しかし、フランスにおいては、ドイツと異なり、憲法院と通常裁判所の間を繋ぐ具体的規範統制訴訟のような制度的メカニズムは存在しない。そのため、通常裁判所、特に行政立法につき原則的な適法性審査権限を持つ国務院争訟部の、憲法院の新判例への対応が注目されることになる。

B. 行政判例の新展開

まず、国務院の新判例の概要を整理（1）した後、新判例の射程を具体的に検討（2）しよう。

1. 新判例の概要

憲法院の新判例は、たしかに1975年の「妊娠中絶」判例の例外を認め、EC指令に反する立法の違憲審査を肯定したが、そこには少なからぬ限定が付されていた。そこで、問題となるのは、憲法院と通常裁判所との管轄権の関係であ

47) Rousseau, Dominique, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2006-2007*, RDP 2007, p. 1145.

48) Charpy, Chloé, *Chronique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (juillet-septembre 2006)* : Décision n° 2006-540 DC, RFDC 2007, n° 69, 100, p. 104-105.

る。

1975年の「妊娠中絶」判例に対しては、たしかに判決当時からその理由づけの正当性をめぐり強い批判があった⁴⁹⁾。しかし、EC法の視点からすれば、通常裁判所に対して、立法と条約の適合性審査を認めるという、見過ごしえない重要な長所があったことも、指摘すべきであろう⁵⁰⁾。同判例は、立法の「条約適合性」と「憲法適合性」を峻別し、前者については憲法第61条に基づく憲法院の審査権が及ばないと判示した。しかし、当時の通常裁判所は、国内の条約適合性審査は、条約の立法に対する優越を明文規定していた憲法第55条違反となり、したがって「違憲」立法審査を行使することにほかならないことを理由として、自己の管轄権を否定していた。フランスでは、大革命以来、通常裁判所に違憲立法審査権限が無いことは、憲法上の権力分立原理に基づく大原則だったからである。このような状況下で、立法の条約違反が「違憲」立法審査にあたらないうとして、憲法院が自己の管轄権を否定したことは、通常裁判所に対して大きな影響を与えることになった。通常裁判所が、それまで憲法第55条の実効性を保障する裁判機関は憲法院でしかありえないとの解釈をとっていたに

49) この憲法院判例に対する批判論の総括と、反批判については、Genevois, Bruno, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions S.T.H., 1988, p. 372-374を参照。なお、Genevoisは、1986年から1993年まで憲法院事務総長を務めた人物である。なお、憲法院の1975年判例の変更の当否については、その後も議論がある。V. par ex., Carcassonne, Guy, Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ?, Cahiers du Cons. const. 1999, n° 7, 93; Genevois, Bruno, Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ?, Cahiers du Cons. const. 1999, n° 7, 101; Verpeaux & Mathieu, op. cit., 2002, p. 289 et suiv.

50) Cf. Canivet, Guy, Constitution nationale et Europe. La dialectique du Un et du Deux, in *Constitutions et Pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, 73, p. 82-83. 憲法院の「妊娠中絶」判例における「違憲審査」と「条約適合性審査」の性質の違いに関する理由付けが、当時の国務院判例を批判したM. Lagrangeの判例評釈 (Note s. CE Sect., 1-3-1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, D. 1968, J., 285, p. 289) において、既に明確に提示されていたことは指摘するに値するであろう。なお、Lagrangeは、国務院出身で、1958年から1964年までEC裁判所の論告担当官 (avocat général) を務めた人物である。

も拘わらず、憲法の有権解釈権者である当の憲法院が、自らの管轄権を否定したのであるから、当然であろう。破毀院が、「妊娠中絶」判決後、直ちにVabre判決⁵¹⁾により判例を変更したことは周知の通りである。ここで、仮に「妊娠中絶」判決が、条約に違反する立法は憲法第55条違反として違憲となると判断していたとしたならば、立法の条約適合性審査を拒否していた通常裁判所判例は、憲法院の御墨付きを得て、更に長い間維持されていたであろう。また更に、「妊娠中絶」判決の3年後に下されたEC裁判所のSimmenthal-II判例⁵²⁾と、憲法院の解決は真っ向から対立し、まさにイタリア憲法裁判所が、その後辿ったのと同様の経緯⁵³⁾を辿ったであろう。従って、「妊娠中絶」判決につき、当時のイタリアの評者が、イタリアにとっても極めてホットな問題であるとして大きな関心を示し、憲法院判例に対して積極的な評価を与えていた⁵⁴⁾ことは、決して偶然ではない。

さて、2004年夏以降の憲法院の新判例は、EC指令に反する立法が憲法第88-1条違反となり、したがって違憲となると判断を下した。この新判例によれば、少なくともEC指令に関しては、立法との適合性審査は、「違憲」立法審査にほかならないことになる。しかし、通常裁判所に依然として違憲立法審査権限が無いのならば⁵⁵⁾、「妊娠中絶」判決以前の状況に戻り、通常裁判所には、EC指令に反する立法の審査権が無いことになるのではないかという疑義が生じうる。もしそうであれば、1989年のNicolo判例の一角が崩れることになり、EC法の観点からは重大な問題を生じる。

51) Cass. Ass., 24-5-1975, Soc. «Cafés Jacques Vabre», Bull. civ. ch. mixte, n° 4, p. 6; D. 1975, J, 497, concl. Touffait, A.

52) CJCE, 9-3-1978, aff. 106/77, SA Simmenthal [III], Rec. 629.

53) 拙稿「ヨーロッパ法(3): EC法の国内法に対する優越(2) — EC法と国内後法」法学教室265号(2002)113頁以下参照。

54) Marengo, Giuliano, La contrarietà della legge al diritto comunitario è una questione di costituzionalità?, Dir. com. scamb. int. [DCSI] 1975, 301.

55) V. CE, 5-1-2005, M^{lle} Deprez, M. Baillard, Rec. Leb. 1. 但し、後述するように、2008年7月23日の憲法改正により、通常裁判所における違憲の抗弁制度の導入がなされることになった点に、注意を要する。

幸いにも、憲法院は、そのような帰結を望まなかった。憲法院は、違憲審査がEC指令に「明白に反する」立法に限られると述べると同時に、明白な違反事例でない場合については、従来通り通常裁判所に審査権限があることを明言したからである。憲法院自身は、援用されたEC指令の解釈に疑義がある場合にも、EC裁判所に先決問題を移送することはできないが、通常裁判所は、必要があればEC裁判所の判断を求めた上で、係争立法の適用排除を行うべきである、と⁵⁶⁾。憲法院のこのような判示によれば、2004年以降の新判例は、あくまでも憲法院における立法のEC指令適合性審査権限を新たに認めたにとどまり、従来の通常裁判所による立法の条約適合性審査権限を縮減する効果を持つものではない筈である⁵⁷⁾。

しかし、破毀院が、憲法院が1975年の「妊娠中絶」判決に込めたメッセージを直ちに同年のVabre判決において受け止めたのに対して、国務院が破毀院に倣ったのが、1989年のNicolo判決であったことを想起するならば、ことはそう簡単ではないとも考えられる。行政判例が、憲法院の新判例に対して、どのような反応を示すか注目されたのは当然であろう。このような事情の下で国務院が下したのが、2007年2月8日のArcelor判決であった。

このArcelor判決が、まさに憲法院の2004年以降の新判例に対する行政判例の態度を占う重要判決として注目を集めたことは言うまでもない。国務院は、憲法院の新判例が示した、EC指令の国内施行立法に関する違憲審査の基本的枠組を受け入れ、憲法院による憲法第88-1条の新解釈に従い、EC法国内施行義務が同条に基づく「憲法上の義務」であると示した。このこと自体、従来EC法に他の国際条約と異なる独自の地位を正面から認めてこなかった行政判例としては、注目に値する⁵⁸⁾。

56) Cons. const., 27-7-2006, n° 2006-540 DC, cons. 20.

57) Fines, art. précit., Ann. dr. eur. 2004 [2006], 879, p. 883.

58) V. par ex., Chaltiel, Florence, Le Conseil d'État reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire, RMC 2007, n° 508, 335, p. 338; Dutheillet de Lamothe, art. précit., in *Mél. Puissochet*, 2008, p. 89; Pfeiffer, art. précit., ZaöRV 2007, p. 480.

しかし、問題はその先にある。憲法院と国務院とでは、制度上その役割が異なるため、その独自性を参酌しつつ、一定の修正を加える必要が生じるからである。もっとも、Arcelor事件で争われたのは、執行権がEC指令の国内施行措置として制定した行政立法であり、EC指令と係争行政立法との間に具体的規律を行う議会立法が介在しない事例であった。より正確に言えば、立法規定は存在していた。しかし、EC指令の国内施行令の制定を行政権に委任するのみであり、実体的な規律を一切含んでいなかったため、論告担当官も、本件では、EC指令を行政立法が直接国内施行した事例として分析を行った⁵⁹⁾。このような場合には、係争行政立法とEC指令の適合性審査問題は、直ちに憲法第88-1条違反の有無の問題となる⁶⁰⁾。国務院は、憲法院判例に従い、EC指令の国内施行義務が、憲法第88-1条に基づく憲法上の義務であることを肯定し、EC指令の国内施行を直接行う行政立法について違憲審査を行うことを明らかにした。

ところが、既に見たように憲法院は、EC指令の国内施行立法の違憲審査について、種々の制限を加えており、しかもそれらの制限に対しては学悦の強い批判があった。そこで、Arcelor判決の射程が問題となる。

2. 新判例の射程

EC指令を直接国内施行した行政立法について、憲法第88-1条に基づく「憲法上の義務」に違反していないかを審査すること自体は、従来の行政判例に照らせば、何ら革新とは言えない。国務院も、従来から行政立法に対しては違憲審査を行ってきたからである。

しかし、国務院が、憲法院判例における違憲審査に関する制限的解釈についてどのような態度をとるかは、重要な問題である。なぜならば、憲法院が制度上、EC指令の国内施行立法に関して、限られた提訴権者の申し立てに基づく「事前」の違憲審査しかできないのに対して、通常裁判所は、出訴権者の広さゆえ

59) Guyomar, concl. s. CE 8-2-2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 392 & 393.

60) Ibid, p. 393.

に、はるかに高い頻度で、「事後」審査を行うことになるからである。残念ながら、Arcelor判決からは、この点に関する明確な解答を得ることは難しいが、現時点で可能な限りにおいて論点整理をしておくことにしたい。

まず、憲法院は、既に見たように、違憲審査の対象となる立法を、EC指令の国内施行を目的として制定された立法に限定していた。憲法院判例とのアナロジーからすれば、国務院による違憲審査の対象となるのは、行政立法一般ではなく、EC指令の国内施行のために制定されたものに限定される可能性がある。Arcelor判決および同事件における論告からは、この点に関する国務院の態度を窺うことはできない。しかし、憲法院判例のこの限定に対しては、上述のように学説の強い批判があり、従って、国務院がかかる限定を認めることに対しては、反対論が有力である⁶¹⁾。更に、そもそも従来の行政判例においては、EC指令に反する行政立法は一般的に、憲法第55条に基づき、EC法違反として取り消されていたのであるから、もし憲法院のような限定を新たに持ち込み、行政立法の審査自体を拒否するとすれば、従来よりもEC法との適合性審査の実効性を損なう解決となってしまう。このような帰結は、憲法院が、一定の限定をしつつも、憲法第88-1条に基づき、EC指令の国内施行義務を「憲法化」し、立法によるEC指令違反に対する裁判的統制を開始した趣旨に反するものと言わねばならない。従って、少なくとも行政立法に関する限りでは、憲法院判例におけるような「EC指令の国内施行のために制定された」との限定は採用されないであろうと思われる。

より微妙なのは、Arcelor事件と異なり、EC指令と行政行為の間に、実質的な内容を持つ立法規定が介在する場合の処理である。なぜならば、そのような場合には、EC指令の国内施行を行った立法規定が存在しており、その立法規定に忠実な施行令の実体審査を行うとすれば、結局立法規定の憲法第88-1条違

61) Gautier, Marie & Fabrice Melleray, *Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? À propos des arrêts d'assemblée du 8 février 2007*, Dr. adm. 2007, n° 5, 9, p. 13; Roux, Jérôme, *La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution*, RDP 2007, 1031, p. 1052.

反の有無を審査することになるからである。換言すれば、通常裁判所が、立法の「違憲」審査を行うことになるのである。ところが、既に述べたように、フランスにおいては、通常裁判所に「違憲」立法審査権限が無いのが、大革命以来のいわば公理である。この場合には、フランス法の伝統的な表現によれば、立法が障壁となって (loi-écran)、直接の攻撃対象である行政立法に対する違憲主張が認められないということになる。

現にArcelor事件における論告担当官Guyomarは、本件の解決はあくまでEC指令と行政立法との間に立法が介在しない場合に限られるのであり、立法が介在する場合には、立法規定が、国務院による行政立法の違憲審査に対する障壁となると、明示的に指摘していた⁶²⁾。従って、学説においても、Arcelor判例の射程は、このような事例には及ばないだろうと予想するものがある⁶³⁾。しかし、国務院のメンバーの中にも⁶⁴⁾、また学説中にも⁶⁵⁾ 異論があり、結論を留保する見解もある⁶⁶⁾。従って、現時点では行政判例を正確に予測するのは困難と言わざるを得ない。

しかし、そもそもこのような「立法障壁論 (théorie de loi-écran)」を持ち出すことは、1989年のNicolo判例前に時計の針を戻すようなものであることを指摘しておかねばならないであろう。立法規定に忠実な施行令の適法性を争う際

62) Guyomar, concl. s. CE 8-2-2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 392.

63) Par ex., Deumier, Pacale, Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Conseil d'État dans le dialogue des juges, D. 2007, Chron., 2742, p. 2746; Roux, Jérôme, art. précit., RDP 2007, p. 1045 & note 40.

64) Lenica, Frédéric & Boucher, Julien, Chron. s. CE 8-2-2007, Arcelor, AJDA 2007, 577, p. 583.

65) Drago, Guillaume, La «guerre des juges» n'aura pas lieu, JCP éd. A. 2007, 2081, p. 35. 憲法院の2004年6月の判決の評釈の中には、憲法院が、通常裁判所に対して違憲立法審査権限を与えたとの解釈に立ち、EC指令の国内施行立法についても、違憲審査すべきと主張するものがあつた。V. par ex., Monjal, Pierre-Yves, La Constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire ... , LPA 12 août 2004, n° 161, 16, p. 21-22.

66) GAJA, 16° éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 118, p. 947; Levade, art. précit., RFDA 2007, 564, p. 576.

に、当該立法規定がEC指令違反であるとの主張を行うことは、条約の立法に対する優越を規定した憲法第55条違反を主張することに他ならず、従って立法の違憲審査権限の無い通常裁判所においては、そのような主張はそもそも認められないというのが、Nicolo判例以前の行政判例法理であったからである。Nicolo判例以降の行政判例は、かかる「立法障壁論」を斥けて、EC法に反する立法の適用排除を肯定してきたのであるから、憲法院の新判例をうけてにわか態度を変えるとすることは認めがたいように思われる。国務院としては、立法に対する「違憲」審査権限が無いとしても、EC指令と行政立法との間に立法が介在するような事例については、あくまで従来通り「条約適合性」審査として処理することにより、通常裁判所としての審査権限を肯定する途は残されていると思われる⁶⁷⁾。確かに、このような解釈をとった場合には、立法が介在する場合は、行政立法の「条約適合性」審査となるのに対して、立法が介在しないArcelor事件のような事例では、「憲法適合性」審査となることになり、やや不自然な印象を生じるが、Nicolo判例を覆しかねない解決を避けるためにはやむを得ないと思われる。

更に問題となるのは、憲法院が、違憲審査の基準となるEC規範の範囲を限定していた点である。上述のように、憲法院は、EC条約規定、EC指令以外の派生法の国内施行立法については、違憲審査を否定していた。そこで、行政判例が、この点につき憲法院判例と同様に、EC指令以外のEC法規範との審査を否定するかが問題となる。国務院の構成員の中には、Arcelor判決の射程が、少なくともEC派生法およびEUの枠組決定にも及ぶとする見解⁶⁸⁾があり、また学説においても、憲法院判例に対する批判的態度を反映し、EC指令に限られないとする見解が有力である⁶⁹⁾。

67) Cf. Fines, art. précit., Ann. dr. eur. 2004 [2006], 879, p. 883.

68) Lenica, & Boucher, chron. s. CE 8-2-2007, Arcelor, AJDA 2007, p. 581.

69) Gautier & Melleray, art. précit., Dr. adm. 2007, n° 5, p. 13; Levade, art. précit., RFDA 2007, p. 576; Magnon, Xavier, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'État, RFDA 2007, 578, p. 586; Roux, art. précit., RDP 2007, p. 1069.

以上のように、国務院判例の射程についてはいまだ明らかでない点が残っているが、憲法院による憲法第88-1条の解釈に従い、EC指令の国内施行義務を「憲法化」したことに疑問がない。次に、このような憲法院および国務院判例に対する評価を行うことにしたい。

3. 新判例の評価

憲法院および国務院の新判例が、EC指令の国内施行義務の根拠を憲法第88-1条に求めたことは、裏から言えば、他の一般の条約に対して、EC・EU法の特異性を承認したことになるものであり、その限りではEC判例の結論に合致する。

しかし、このようなEC法の「憲法化」は、EC法の観点からは、勿論問題が無いわけではない。EC指令の国内施行義務は、言うまでもなくEC条約上の義務であって、各加盟国の憲法規定には左右されてはならないものだからである。従って、2004年6月10日判決に関する憲法院の公式コメントが、EC指令の国内施行義務につき、「EC法上の義務であるのみならず、憲法上の義務でもある」と述べていた⁷⁰⁾にせよ、EC法学説から、EC判例との整合性に関する問題を指摘された⁷¹⁾ことは当然であろう。

けれども、憲法院の新判例は、EC指令の国内施行義務につき、国内法上の新たな履行確保手段を創設するものであって、加盟国の国内法におけるEC法の実効性強化という視点からは、歓迎されるであろう。このことは、EC側からは当然であるが、フランス政府にとっても好ましいことと認識されていることを指摘せねばならない。実際、Raffarin首相は、テレビのインタビューにおいて、憲法院判例によるEC指令の国内施行義務の憲法化を歓迎する発言をし

70) Cahiers du Cons. const., 2004, n° 17, p. 12.

71) Par ex., Dutheil de la Rochère, Note on Cons. const. 10-6-2004, n° 2004-496 DC, CMLRev. 2005, p. 863; Fines, art. précit., Ann. dr. eur. 2004 [2006], 879, p. 889; Picod, art. précit., DUE 2004, 869, p. 875.

72) Chaltiel, Florence, Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes, RMC 2007, n° 504, 61, p. 63.

たと言われる⁷²⁾。なぜならば、近年EC指令の国内施行義務違反により、EC裁判所から巨額の間接強制金（EC条約228条2項）の支払を命じられる事例が現れている⁷³⁾のみならず、EC指令の国内施行について「劣等生」となることは、他の加盟国とのECレベルにおける政治的交渉力にも影響するからである。したがって、フランス政府にとっても、EC指令を国内法施行を期限内に適切に行うことが、重要な政治課題と認識されていることは、まさにこの問題につき、De Villepin首相が、2006年4月に国務院への諮問を行っていたことから窺えよう⁷⁴⁾。なお、同首相の諮問に応えた報告書が国務院の総会で承認されたのは2007年2月22日であり、Arcelor判決が下された2月8日と殆ど同時期であることは、単なる偶然ではないであろう。

かくして、憲法院の新判例、およびそれに従った行政判例により、EC指令の国内施行法令については、フランス憲法第88-1条に基づき、国内施行義務違反の有無が審査されることが明らかとなった。しかし、このような理論構成は、あくまでも国内法秩序における最高規範たる憲法規範に基づくものであるため、EC指令と憲法規範との抵触事例をいかに扱うかという難問が生じる。実は、憲法院の新判例においても、また国務院のArcelor判決においても、特に内外の注目を集めたのはこの論点に関する判断部分であった。そこで、以下ではEC法規範の違憲審査の問題を検討することにしたい。

II. EC法の間接的違憲審査

憲法院が、EC指令の国内施行義務を憲法第88-1条の新解釈により導き、かかる憲法上の義務を立法者が遵守しているか否かについて審査することとなっ

73) V. par ex., CJCE, 12-7-2005, aff. C-304/02, Commission / France, Rec. I-6263.

74) Conseil d'État, *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État du 22 février 2007*, Paris, Documentation française, 2007.

た結果、EC指令に反する立法は違憲判決を受けることになるが、逆にEC指令に忠実な立法の場合には、更に次のような問題が生じる。EC指令を忠実に施行した法律に対し、その規定内容が憲法規範に反するという主張がなされた場合にどのようにすべきかという問題である。勿論、係争立法の制定手続等に関する憲法規定違反の主張については、EC指令に対する違憲主張とは関連性が無いので、通常の違憲審査と同様の扱いをすれば良く、何ら特別な問題は生じない。しかし、係争立法の規定内容に対する違憲主張は、間接的にはあれ、実質的には同内容の根拠規定たるEC指令に対するものであって、EC指令の違憲審査を行うのと同じことにならざるをえない。EC指令の規定文言を一語一句引き写しにした立法規定の事例⁷⁵⁾を考えるならば、理解しやすいであろう。そのような場合に、国内裁判所がEC派立法の違憲審査を行うことは、まさにEC法の、全ての国内法規範に対する絶対的優越というEC法の大原則に反する。かくして、ことは国内法秩序における最高規範たる憲法規範と、EC法の優越原理との抵触問題という、古くて新しい原理的問題に帰着する。

以下では、まず憲法院判例の新展開（A）を、次に行政判例の新展開（B）を検討した後、評価を行う（C）ことにしたい。

A. 憲法院判例の新展開

国内法秩序における憲法規範とEC法の抵触問題は、決して近年になって突然現れた新たな問題ではない。特に、フランス以外のEC加盟国、特にドイツおよびイタリアにおいては、つとに学説においても判例においても論じられた重要問題であった。従って、フランス憲法院の新判例の意義を理解するためには、それに先立つ内外の事情を整理しておく必要がある。

75) Cf. Conseil d'État, *op. cit.*, 2007, p. 36 et suiv. なお、ヨーロッパ人権裁判所において、EC指令の国内施行立法とヨーロッパ人権条約との適合性が争われたCantoni事件（CEDH, 15-11-1996, Cantoni / France, Rec. 1996-V, n° 20, 1614）も、まさにそのような「引き写し」事例であった。

1. 新判例の背景

従来の憲法判例については、本稿の冒頭で整理しておいたところを想起されたい。まず、憲法第54条に基づく違憲審査は、既に批准を完了したEC条約に対しては、制度上認められず、また既に批准を完了したEC条約に基づく派生法は、憲法第54条による違憲審査対象たる「条約」にも、憲法第61条による違憲審査対象たる「法律」にも該当しないので、憲法院による違憲審査の直接的な対象たりえないということであった。

これに対して、憲法院は、従来EC指令の国内施行立法については、通常の立法と同様に憲法第61条に基づく事前の違憲審査対象となることを認めていたものの、そのような場合に、EC法の特異性を考慮した特段の扱いがなされるべきだとはしてはいなかった。もっとも、EC指令の国内施行立法の違憲審査において、EC指令自体の違憲性が問題となった事例はこれまで存在せず、憲法院がこの問題につき正面から検討せねばならないような機会は生じていなかった⁷⁶⁾。

けれども、憲法院がEC指令の国内施行立法に関する違憲審査の問題に無関心であったわけではない。フランス憲法院は、まさにEC派生法の違憲審査問題につき、1997年9月に、他のEU加盟国の憲法裁判所構成員およびEC裁判所長官を招いて、研究集会を主催していた⁷⁷⁾。なお、憲法院も、フランス憲法判例についての報告書を提出しており、上記論点に直接関わる憲法院の判決例が殆ど無いため、確言はできないとしつつ、少なくともEC指令の国内施行立法について違憲審査権を否定してはいないので、憲法61条に基づく違憲審査の枠内で、間接的にEC指令の違憲審査を行う可能性があることを指摘していた⁷⁸⁾。更に、憲法院の構成員であるDutheillet de Lamothéは、2003年10月の研究集

76) V. Levade, art. précit., RDP 2004, p. 891-892; Roux, art. précit., RDP 2004, p. 914-915.

77) V. “Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé (Conférence des 25 et 26 septembre 1997)”, *Cahiers du Conseil constitutionnel* 1998, n° 4; Melchior, Michel & Pierre Vandernoot, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé*, *Rev. belge de dr. const.* 1998, 3.

78) Rapport français, *Cahiers du Cons. const.* 1998, n° 4, 59, p. 65-66.

会報告において、このようにEC法の特殊性を一切考慮せずに、EC指令の必然的帰結である立法について通常通りの違憲審査を行うことが、EC派生法の間接的違憲審査となり問題である点を指摘するとともに、この問題に関する先例が孤立したものであるので、未だ憲法院判例が固まったと考えるのは早計であると述べていた⁷⁹⁾。

このような問題については比較法的知見が重要となることは言うまでもない。フランス憲法院内部においても、具体的な事件が現れる以前から、EC規範の間接的違憲審査の問題について比較法研究を行うとともに、他の加盟国の憲法判例の状況を念頭に置きつつ、周到な検討を進めていたことは、上述の研究集会の報告書を見れば一目瞭然であろう。フランス憲法院の新判例との具体的な比較は後に行うとして、ここでは極く簡単に、他の加盟国の憲法判例を素材とした比較法的な選択肢を整理しておこう。

主要なものだけを挙げるならば、最も親ヨーロッパ的な解決は、EC法規範に対する間接的違憲審査を全面否定するオーストリアの憲法判例であり、例えばEC指令の国内施行法令に対しても、憲法裁判所における違憲主張を一切認めず、通常裁判所はEC法適用義務を負うとする⁸⁰⁾。これに対して、良く知られているように、ドイツ、イタリアの憲法判例は、いずれもEC法規範に対する間接的違憲審査の可能性を原則的に肯定していた。但し、イタリア憲法裁判所⁸¹⁾と異なり、ドイツ連邦憲法裁判所は、著名なSolange-II決定において、ECレベルにおける基本権保障水準が、一般的にボン基本法と同等の水準である限りにおいては、EC規範の個別的審査権限を行使しないとしていた⁸²⁾。

79) Dutheillet de Lamothe, Olivier, Le Conseil constitutionnel et le droit européen, RFDC 2004, n° 57, 23, p. 30.

80) VfGH, 26-6-1997, B877/96, VfSlg. 62, 912, Nr. 14886; Cahiers du Cons. const. 1999, n° 7, 67.

81) Corte cost., 21-4-1989, n° 232, Soc. FRAGD / Min. Fin., 91 Racc. 369; Giur. cost. 1989, I, 1001; Foro it. 1990, I, 1855; Rev. univ. dr. homme [RUDH] 1989, 258.

82) BVerfG (2. Senat), 22-10-1986, 2 BvR 197/83, Wünsche Handelsgesellschaft [Solange-II], BVerfGE 73, 339; RTDE 1987, 534.

このように、他の加盟国の憲法判例も立場は一致しておらず、それぞれニュアンスを異にする解決を提示していたのであって、フランス憲法院が、これらを比較検討した上で、自らの態度を決定しようとしたことは言うまでもない。なお、他の加盟国の上記憲法判例については、註に掲げておいたように、いずれもフランス語訳が存在しており、憲法院関係者が直接判決文を参照しうる状況にあったことも重要である。ともあれ、フランス憲法判例の形成が、純粹に国内法の視点のみからなされるということではなくなったことを忘れてはなるまい。

以上のような背景のもとに下されたのが、2004年6月10日の憲法院判決であった。同判決は、EC指令の国内施行立法の違憲審査において、EC指令に対する違憲主張を行うことの可否、すなわち間接的なEC規範の違憲審査の可否につき、以下のような新判断を示すこととなった。憲法第88-1条に基づく、憲法上のEC指令の国内施行義務には、ただ一つ限界がある。すなわち、EC指令に反する憲法の明示的規定 (*une disposition expresse contraire de la Constitution*) がある場合であり、そのような規定が無い場合には、EC指令が、条約の規定する管轄権およびEU条約6条の保障する基本権を遵守しているかにつき、——場合により先決問題として——審査する権限は、EC裁判所にのみ属する⁸³⁾。

この新判断で注目すべきは、EC指令を忠実に施行した法律については、憲法院が、原則として独自の違憲審査を行わないという原則を示しつつ、しかし同時に、憲法院がEC指令の違憲審査をする可能性が留保されるという例外を示した点である。憲法院の新判例を評価するためには、まず上記の判旨における原則と例外の射程を具体的に検討することが不可欠である。そこで、以下では、この原則(2)と例外(3)につき、逐次検討することにしよう。

2. 憲法院によるEC指令の違憲審査権限の原則的否定

憲法院は、この判決が、6月13日に予定されていた欧州議会選挙戦において、

83) Cons. const., 10-6-2004, n° 2004-496 DC, cons. 7.

反欧州統合論者により政治的に利用されることを危惧し、公表を選挙後の6月15日に延期したほどであったが、同判決が公表されるや、ル・フィガロおよび高級紙ル・モンドまでが、憲法院がヨーロッパ法のフランス憲法に対する優越を承認したとの見出しを掲げた⁸⁴⁾。判決文全体を読めば、そのようなマスコミの見出しが、誤解を招くものであって、判決の論理構成を正確に要約したものとは言えないことは明らかであり、この点は、直ちにヨーロッパ法専門家等が指摘した通りであった⁸⁵⁾。なぜならば、ル・モンドの同日付け社説が正しく指摘していた⁸⁶⁾ように、同判決においては、EC法の優越の根拠が、憲法規定（第88-1条）そのものに求められていたからである。

しかし、EC指令の忠実な国内施行立法につき原則として違憲審査を行わないという、憲法院の結論に関する限りでは、マスコミが掲げた見出しも全くの誤りではない。憲法規範に反するとの主張がなされた場合でも、EC指令について違憲審査を行わないということは、実際の帰結から見れば、憲法院が、憲法規範の最高法規性の保障を貫徹せず、EC指令の国内施行立法の合憲性を認めるということになるからである。

このような判示の背景をなす考慮は想像に難くないが、既に述べたように、EC判例の大原則は、EU加盟国の国内裁判所にとっては周知のことである。EC派生法の違憲審査否定は、EC法の国内法に対する優越原理の論理的帰結にほかならない。しかしながら、国内裁判所、特に憲法裁判所は、加盟国憲法の擁護者としての役割上、EC判例の体現する統合促進に向けての求心力と、完

84) V. Gattegno, Hervé & Christophe Jakubyszyn, Le droit européen prime désormais sur la Constitution française, *Le Monde* 17-6-2004; Les Sages acceptent la primauté de Bruxelles, *Le Figaro* 17-6-2004.

85) Par ex., Levade, Anne, Les Sages ne disent pas ce qu'on voudrait leur faire dire !, *Le Figaro* 18-6-2004; Cassia, Paul, Le véritable sens de la décision n° 2004-496 du Conseil constitutionnel, *AJDA* 2004, p. 1385; Chagnollaude, Dominique, Watson propage une fausse nouvelle (Après la décision n° 2004-496DC du 10 juin 2004 du Conseil constitutionnel), *LPA* 9 juillet 2004, n° 137, 5.

86) L'Europe des lois, *Le Monde* 17-6-2004.

全には放棄しえない遠心力の微妙な均衡をとらねばならない立場にある。遠心力が大きくなりすぎれば、「法による統合」事業は、空中分解してしまうであろう。このような考慮は、同判決に関する憲法院の公式コメント⁸⁷⁾ および憲法院事務総長Schoettlの解説⁸⁸⁾ を見れば一層明らかとなる。憲法院は、公式コメントにおいて、EC指令の必然的帰結たる国内施行立法を違憲とすれば、「EC法秩序に未曾有の危機 (une crise inédite de l'ordre juridique communautaire)」をもたらすことになるであろうと明確に指摘しており、EC判例の根底にある論理に対する理解を示していた。

そこで、一方で、EC法の国内法に対する絶対的優越、他方で、国内法秩序における憲法規範の最高規範性という、そもそも相いれない二つの原理を調整する方策を見いださねばならない。憲法院は、上述の1997年9月の研究集会における報告においても、憲法第61条に基づき、EC派生法を直接違憲審査の対象とすることは全く考えられないと述べていた⁸⁹⁾ が、本件のように間接的な違憲審査となる事例にも同じ結論をとるか否かが、大きな問題であった。

さて、この問題は、フランス一国にとどまらず、EU加盟国全てに共通する課題であるだけに、解決策の模索には比較法研究が有益であると同時に不可欠でもある。憲法院の上記公式コメントは、まさに既に言及した1997年9月の研究集会における比較法研究の成果に依拠し、大部分の国内最上級審・憲法裁判所は、EC派生法の効力審査については、EC裁判所との関係での「一種の並行訴訟の抗弁 (une sorte d'exception de recours parallèle)」を認めるべきだとしている、と要約している。「並行訴訟の抗弁」とは、フランス行政訴訟理論における用語である⁹⁰⁾ が、ここでは、EC派生法の効力審査については、EC裁判

87) Cahiers du Conseil constitutionnel, 2004, n° 17, p. 12.

88) Schoettl, Jean-Éric, Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel, LPA, 18 juin 2004, n° 122, 10, spéc. p. 16-19.

89) Rapport français, Cahiers du Cons. const. 1998, n° 4, 59, p. 64.

90) V. par ex., Chapus, René, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 702 et suiv.; 邦語では、J. リヴェロ (兼子仁・磯部力・小早川光郎 編訳) 『フランス行政法』 東京大学出版会 (1982) 268頁以下参照。

所への訴訟ルートが存在しているのであるから、国内裁判所側では、EC派生法の効力を争う主張は受理しないとすべきであることを意味する。同コメントは、更に続けて、EC派生法に関しては、独自の争訟制度を認め、EC裁判所のみが審査権を持つとすべきであり、国内裁判所においては、違憲審査の対象外とすべきだと述べている。憲法院によるこの部分の解決が、上述のオーストリア憲法判例の解決に近いことは明らかであろう⁹¹⁾。

EC派生法の違憲審査を原則的に否定したこの判示部分に関する限りは、憲法院の新判例が、EC判例に適合的であることは否定できない。問題は、かかる違憲審査免除（immunité constitutionnelle）の射程であろう。上述した「明示的な憲法規定」という例外については暫く措くとして、憲法院の判示において注目すべき点は、次の二点である。

第一は、憲法院が、EC裁判所の排他的審査権限を、「条約の規定する管轄権」についても「EU条約6条の保障する基本権」についても肯定した点（判決理由7）である。後者の基本権保障問題が、特にドイツおよびイタリアの憲法判例におけるEC法と憲法規範との関係論において、最も重要な問題であったことは、周知の通りである⁹²⁾が、特筆すべきは前者の問題、すなわちEC機関による加盟国権限の侵害の有無についても、EC裁判所に排他的な審査権限を認めた点である。なぜならば、憲法院事務総長Schoettlは、上記の1997年の憲法院主催の研究集会の総括報告において、古い判決例ながら、憲法院が、EC派生法につき条約の規定する管轄権内で制定されていることを確認した事例⁹³⁾が存在することを指摘していた⁹⁴⁾のであり、憲法院が、「条約の規定する管轄権」に関する自己の違憲審査権限を明示的に否定したことには重要な意義が認

91) V. par ex., Dutheil de la Rochère, Note on Cons. const. 10-6-2004, n° 2004-496 DC, CMLRev. 2005, p. 864; Fines, art. précit., Ann. dr. eur. 2004 [2006], 879, p. 884; Genevois, art. précit., RFDA 2004, p. 655; Picod, art. précit., DUE 2004, p. 874.

92) 拙稿「ヨーロッパ法（4・完）：EC法の国内法に対する優越（3）—EC法と憲法規範」法学教室266号（2002）121頁以下参照。

93) Cons. const., 30-12-1977, n° 77-89 DC, précit.; Cons. const., 30-12-1977, n° 77-90 DC, précit.

められるからである。また、比較法的見地からも、他の加盟国の国内憲法判例、中でも著名なドイツ連邦憲法裁判所の「マーストリヒト判決」⁹⁵⁾と対照的な判示を行ったものとして特筆すべきであろう⁹⁶⁾。他の加盟国、特にドイツの学説が、この判示部分に注目したことは言うまでもない⁹⁷⁾。但し、この点に関する憲法院の審査権放棄に対して、フランス憲法学説の一部には強い批判論がある⁹⁸⁾。

第二は、係争立法規定が、「無条件かつ明確な共同体指令規定の必然的帰結 (les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises)」を導いたものに過ぎない場合には、憲法院にはその違憲審査権限が無いと判示した(判決理由9)点である。ここで問題となるのは、EC指令の「無条件かつ明確な」規定との文言の意義である。

この表現は、EC判例におけるEC指令の直接効成立要件を思わせるが、果たして憲法院のSchoettl事務総長の解説では、「EC指令の無条件かつ明確な規定、すなわち、国内法において直接適用される規定」であるとされており⁹⁹⁾、憲法

94) Schoettl, Jean-Éric, Droit constitutionnel et droit communautaire dérivé : la question du conflit éventuel, Cahiers du Cons. const. 1998, n° 4, 90, p. 94. V. aussi, Roux, art. précit., RDP 2004, p. 919.

95) BVerfG (2. Senat), 12-10-1993, 2 BvR 2134/92, 2159/92, Brunner [Maastricht-Urteil], BVerfGE 89, 155; RUDH 1993, 286. 岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所のマーストリヒト判決」石川明・櫻井雅夫(編)『EUの法的課題』慶應義塾大学出版会(1999)193頁以下参照。ECと加盟国との管轄権配分につき、国内裁判所の審査権限留保を行ったものとして、他にもデンマーク最高裁の判決例が著名である。Supreme Court, 6-4-1998, Cahiers du Cons. const. 2007, n° 22, 119; [1999] 3 CMLR 854; EuGRZ 1999, 49.

96) Fines, art. précit., Ann. dr. eur. 2004 [2006], 879, p. 885; Gautier, Marie & Fabrice Melleray, Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire, AJDA 2004, p. 1540; Roux, art. précit., RDP 2004, p. 919.

97) Par ex., Classen, Claus-Dieter, Anmerkung zur Entscheidung v. 10. 6. 2004 – 2004-496 DC, JZ 2004, 969, p. 971; Pfeiffer, art. précit., ZaöRV 2007, p. 504; Walter, Christian, Der französische Verfassungsrat und das Recht der Europäischen Union, EuGRZ 2005, 77, p. 80; Segura Serrano, art. précit., RDCE 2005, n° 20, 93, p. 125.

98) *GDCC*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 325.

院の構成員であるDutheillet de Lamotheも、「すなわち、EC判例によれば直接効のある」規定であると述べている¹⁰⁰。また、Schoettlは、更に、直接効あるEC指令規定の場合には、仮に憲法院が、その規定の忠実な国内施行立法を違憲としても、当該EC指令規定が国内法において直接適用される以上、違憲判決をしても実効性を欠くおそれがあると指摘し、補足的な新判例の正当化を行っている。逆に言えば、憲法院の新判例は、EC指令規定が直接効を持たない場合には、及ばないと考えられていることになる。

しかし、このような新判例の適用範囲の限定に対しては、学説による批判がある。なぜならば、新判例が憲法第88-1条から導いたEC法の国内施行義務の一般性からすれば、国内施行さるべきEC指令規定に直接効があるか否かにより、違憲審査の可否を決定するのは理解しがたいからである¹⁰¹。

特にRoux教授は、次のような詳細な批判を行っている。即ち、直接効の無いEC指令規定についてこそ、加盟国の国内施行立法の必要性があるとすら言えるのであるから、そのような事例で従来通り違憲審査を行うというのでは、憲法院の新判例の目的に反する¹⁰²。本判決の解決において重要なのは、国内施行立法が依拠したEC指令の規定に直接効があるか否かという点ではなく、憲法院が、EC派生法の間接的な違憲審査を行うことにより、EC派生法についての、EC裁判所の排他的な審査権限を侵害することを避ける必要があるという考慮であったはずである。つまり、係争国内施行立法がEC指令の規定の忠実な施行措置であって、その必然的帰結と見るべき場合には、違憲立法審査は、結局EC指令の規定内容を実質的には審査することに帰着するので、そのような事例ではEC裁判所の管轄権を尊重するということであった。逆に、立法者に裁量の余地が残されている場合には、国内施行立法は、EC指令規定の「必

99) Schoettl, art. précit., LPA 18 juin 2004, n° 122, p. 18.

100) Dutheillet de Lamothe, art. précit., in *Mél. Puissochet*, 2008, p. 89.

101) Simon, Denys, L'obscur clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires, Europe 2006, n° 10, p. 3.

102) Roux, Jérôme, La transposition des directives communautaires à l'épreuve de la Constitution, RDP 2007, 1031, p. 1053-1054.

然的帰結」とは言えず、その違憲審査を行っても、間接的なEC指令の違憲審査とはならないということである。そうであるとすれば、憲法院が示した「無条件かつ明確な規定」という文言は、EC法上のEC指令規定の直接効の有無という法技術的な意義と解すべきではなく、国内施行立法規定が、EC指令規定の「必然的帰結」と言えるか否かの判断基準としての意味を持つものと解すべきであるということになる¹⁰³⁾。

この解釈は、上述のような憲法院の関係者の説明からは若干離れるが、妥当であると思われる。確かに直接効を肯定できるようなEC指令規定の場合には、当然に加盟国の立法者の裁量の余地が無いと言えようが、国内施行立法が、EC指令規定の「必然的帰結」であると言える程度に立法者の裁量の余地が限定されているならば、必ずしも当該EC指令の規定に直接効が無ければならないとする必要はないであろう。憲法院の判示を支持する論者も、加盟国の立法裁量の余地が限定されているか否かの判断基準として「無条件かつ明確な規定」という文言が使用されていることを強調している¹⁰⁴⁾。更に、その後憲法院の2006年11月30日判決は、エネルギー部門に関する法律の違憲審査に際して、「明確かつ無条件な規定」への言及を一切せずに、EC指令の「目的」違反を理由として違憲判断を下しており¹⁰⁵⁾、Levade教授の指摘するように、当該EC指令の規定が、厳密に直接効を生じるか否かが決定的な意味を持つというわけでは無いことを示唆していると解釈できそうである¹⁰⁶⁾。

次に、憲法院による違憲審査権限否定の射程を決める重要な点、すなわち例外的な違憲審査の肯定に関する判示部分の検討を行うことにしよう。

103) Roux, *ibid.*; id., Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution, RDP 2004, p. 921.

104) Genevois, art. précit., RFDA 2004, p. 657; Monjal, art. précit., LPA 12 août 2004, n° 161, 16, p. 20.

105) Cons. const., 30-11-2006, n° 2006-543 DC, Loi relative au secteur de l'énergie, Rec. 120, cons. 9.

106) Levade, art. précit., RFDA 2007, 564, p. 575.

3. 違憲審査可能性の留保

この点に関して、憲法院は、2004年判例における定式（a）を、2006年の判決において修正することになった（b）ので、以下ではそれぞれにつき順次検討することにしよう。

a. 「明示的な憲法規定」

憲法院は、2004年6月10日判決において、国内施行立法が、EC指令規定の「必然的帰結」と言える場合には、当該立法規定の内容について違憲審査を行わないと判示したが、この原則には、「EC指令に反する明示的な憲法規定（une disposition expresse contraire de la Constitution）」が存在しない場合には、という例外が付されていた。そこで、まず問題となるのは、ここに言う「明示的な憲法規定」とは何かである。憲法院によるEC指令の違憲審査の可能性が、「明示的な憲法規定」の概念の広狭に左右されることは言うまでもないからである。

この点につき、憲法院の事務総長Schoettlの同判決に関する解説は、「明示的な憲法規定」の概念が、相当に限定されたものであることを指摘していた¹⁰⁷⁾。

第一に、「明示的な」規定でなければならないので、基本権に関する全ての憲法規範がこれにあたるのではなく、あくまで憲法の明文規定——憲法前文が引く1789年の人権宣言を含む——でなければならない。この説明は、憲法院判例により「発見」された不文の憲法規範、特に「共和国の諸法律により承認された基本原理（*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*）¹⁰⁸⁾」が、EC派生法の違憲審査規範に含まれないことを意味する点で、重要である。

第二に、判決文の文言には含まれていないが、単に「明示的」であるのみならず、フランス憲法に「固有の」規定でなければならない。この点は、実際にも、翌月の7月29日の生命倫理法に関する憲法院判決が、1789年人権宣言11条

107) Schoettl, Jean-Éric, *Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel*, LPA 18 juin 2004, n° 122, p. 18.

108) V. par. ex. Drago, op. cit., 2006, n° 301 et suiv.; Verpeaux & Mathieu, op. cit., 2002, p. 267 et suiv.

の保障する思想の自由につき、「この自由は、EC法の一般原理としても保護されている」ことを指摘した後、本案判断に入ることなく、この違憲主張を斥けたことにより確認されることになった¹⁰⁹⁾。同判決につき、憲法院の公式コメントは、「EC指令の国内施行に対抗できる憲法規範は、フランス憲法の明示的規定であり、かつフランス憲法に固有の規定のみである」と明言した上で、憲法院判例の基本的な考え方は、いかなる場合にも裁判官を持つこと、かつ一人だけ持つということだ、と説明している¹¹⁰⁾。換言すれば、EC法上保障されている基本権については、EC裁判所に委ね、憲法院が二重に審査を行うことは無いということの意味するのであり、憲法院が、EC指令の違憲審査規範の範囲を可能なかぎり限定することにより、EC判例との抵触の危険を極小化しようとしたことは明らかであろう。

また更にここで注目すべきは、フランス憲法に「固有の」憲法規定への限定が、EC法の優越に関するEC判例法理の論理を逆手にとったものと見ることができることである。国内憲法裁判所が、EC規範による基本権侵害を懸念し、EC法の国内法に対する絶対的優越の承認に消極的であったのに対して、EC裁判所がとった戦略は、基本権保障がECレベルでもEC法の一般原理として行われることを示すことであった¹¹¹⁾。EC裁判所により、EC法レベルで基本権保障がなされるのであるから、国内裁判所、特に憲法裁判所が改めて独自の基本権保障のために、EC規範の違憲審査を行うことは、必要でも妥当でもないというのが、EC判例を主導したPescatore判事の論理であった¹¹²⁾。ところが、フランス憲法院が例外的に肯定したEC指令の間接的違憲審査は、その審査規範がフランス憲法に「固有の」憲法原理に限られるとすれば、EC裁判

109) Cons. const., 29-7-2004, n° 2004-498 DC, Loi relative à la bioéthique, cons. 6-7. V. Schoettl, Jean-Éric, La brevetabilité des gènes, le droit communautaire et la Constitution, LPA 17 août 2004, n° 164, p. 10.

110) Cahiers du Cons. const. 2004, n° 17, p. 19.

111) 拙稿・法学教室266号(2002)123-124頁参照。

112) V. Pescatore, Pierre, Les droits de l'homme et l'intégration européenne, CDE 1968, 629.

所による基本権保障と重複することはない。従って、EC裁判所によっては保障されえないフランス憲法「固有」の憲法規範について、フランス憲法院が審査権を留保することは、上記のEC判例の論理と何ら抵触しないという論理を主張することができるのである。

しかし、「明示的な憲法規定」という表現は、学説の強い批判を浴びた。そもそも、憲法院の関係者が、裁判外で補足説明をせねばならなかったことに見られるように、第一の批判は、その概念の不明瞭さに対するものであった¹¹³⁾。また、「固有な」憲法規定という点に関しても、どのような基準により「固有」と判断すべきかが、明らかでないという指摘があった¹¹⁴⁾。

第二の批判は、憲法の「明文規定」に違憲審査の基準となる規範を限定し、従来の判例に反して、憲法規範の内部に階層関係を肯定するかの如き判示を行った点に向けられた。

憲法院が、憲法判例により「発見」された不文の憲法的規範ではなく、あくまでも「明示的な」憲法規定である場合に基本権留保を限定したのは、まさに後者のみを「制憲者意思」の表現として重視したからと考えられ、この点は、EC法の国内施行義務を憲法第88-1条により基礎づけた憲法院の新判例の論理と整合的である。勿論、EC指令の間接的違憲審査事例において、違憲審査の基準となる規範の範囲を限定することが、EC裁判所との衝突を可能なかぎり回避しようとする考慮に適合的であることは言うまでもない。

しかし、従来、明文規定の根拠の有無に拘わらず、憲法規範の内部における

113) V. par ex. Genevois, art. précit., RFDA 2004, 651, p. 657; Picod, Fabrice, Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne, Cahiers du Cons. const. 2005, n° 18, 144, p. 146; Rousseau, Dominique, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2004, RDP 2005, 267, p. 274; Roux, art. précit., RDP 2004, 912, p. 929; Verpeaux, Michel, Contrôle de la loi transposant une directive communautaire, Dr. adm. 2004, n° 8/9, comm. 130, p. 27, p. 29.

114) Mathieu, Bertrand, Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national, Cahiers du Cons. const. 2005, n° 18, p. 142; Gautier & Melleray, art. précit., AJDA 2004, p. 1541.

区別を認めない見解が支配的であった。国務院が、条約に対する憲法規範の優越を判示した、前述のSarran判決でも、憲法規範の存在形式による区別は一切なされていなかった。憲法院の判示に対して、学説により、また特に国務院関係者から有力な批判がなされた¹¹⁵⁾ことは、このような従来からの学説状況に照らせば容易に理解されよう。また、人間の尊厳のように重要な基本権でありながら、憲法上に明文規定の根拠が無く、不文の憲法規範により保護されているものがあることも、「明文の憲法規定」に限定することへの不都合として指摘された¹¹⁶⁾。

そこで、学説の中には、Mathieu教授のように、憲法院の意図を評価しつつも、EU憲法条約規定 (art. I-5) を参照しつつ、「フランス憲法秩序に固有の基本原則 (principes fondamentaux propres à l'ordre constitutionnel français)」と文言を修正することを具体的に提案する者もあった¹¹⁷⁾。おそらく、このような批判ゆえであろう、憲法院は、2006年7月27日の判決において、新たな文言を提示することになった。

b. 「フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理」

憲法院長P. Mazeaudは、2005年1月3日の大統領に対する恒例の年頭挨拶において、2004年度の憲法院判例の重要な展開として、国内法とEC法との関係についての2004年夏の一連の判決例に言及した¹¹⁸⁾。この演説の中で、同院長は、EC法の直接効および優越が憲法に基づくものであり、従ってEC法の優

115) V. par ex., Genevois [国務院争訟部長], art. précit., RFDA 2004, 651, p. 658 & 661; *id.*, Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire, RFDA 2005, 239, p. 240; Arrighi de Casanova, Jacques [国務院構成員], La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes, AJDA 2004, 1534, p. 1537; Gautier & Melleray, art. précit., AJDA 2004, 1537, p. 1540-1541; Picod, art. précit., DUE 2004, 869, p. 876.

116) Mathieu, Bertrand, Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions, D. 2005, Chron., 920, p. 922.

117) Mathieu, art. précit., Cahiers du Cons. const. 2005, n° 18, 141, p. 142.

118) Mazeaud, Pierre, Voeux du président du Conseil constitutionnel au président de la République. Discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Élysée, Cahiers du Cons. const. 2005, n° 18, 2, p. 8-9.

越にも限界があることに触れ、その限界が、「わが憲法典に明示的に書き込まれかつわれわれに固有なもの」であると述べた。これが、2004年6月の判決における「明示的な憲法規定」の説明であることは言うまでもないが、更にこれを次のように言い換えた。すなわち、「わが憲法のアイデンティティーに内在するもの (tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle)、ここで『内在する』というのは次の二重の意義において、すなわち本質的かつ他と異なるという意義においてである」と。

その翌年、2006年7月27日の判決において、憲法院は、指令の国内施行措置が、「憲法制定者が同意した場合を別として、フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理 (règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France)」に反することはできないと判示した¹¹⁹⁾。この判示は、上記のMazeud院長の演説における表現を、正式に採用したものと言えよう。

この新たな定式に対する学説の反応は、先の「明文の憲法規定」に比べれば、好意的であった¹²⁰⁾ が、いずれにせよ依然として明確とは評し難いことも否めない¹²¹⁾。憲法院の判例政策としては、確かに今後の判例に選択の余地を残すある程度漠然とした概念の方が好ましいであろうが、具体的に何が「フランス憲法のアイデンティティーに内在する」原理と言えるかは、憲法院以外の誰にも分からないからである。

しかし、より重要なのは、「フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理」という新たな文言が、先の「明文の憲法規定」を単に言い換えたのみで実質に変わりが無いのか、あるいは逆に、先の文言よりも憲法規範

119) Cons. const., 27-7-2006, n° 2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 19.

120) Par ex., Levade, art. précit., RFDA 2007, p. 564; Magnon, Xavier, La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence *IVG*, D. 2006, Chron., 2878, p. 2880.

121) V. par ex., Chaltiel, Florence, Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs, RMC 2007, n° 504, 61, p. 63; Simon, art. précit., Europe 2006, n° 10, p. 2

の範囲を拡大したのかという点である。学説の中には、従来の「明文規定」と異なり、「原理」という文言が採用されたことを根拠として、憲法の明文規定に限らず、判例により発見された不文憲法規範をも含む趣旨であるとの解釈が有力である¹²²⁾。このような解釈が有力なのは、そもそも2004年判例の文言における憲法の「明文規定」への限定に対して、批判的見解が学説上有力であったことを反映するものと思われる。しかしながら、憲法院の関係者の解説・論文を見る限り、そのような実質的な変更を示唆するような説明は皆無であって、むしろ2004年夏の一連の判決において「明文の憲法規定」と説明していた概念である言うのみである¹²³⁾。上記のような有力説の解釈が正しいとすれば、2006年判決による文言の変更は、明らかに重大な判例変更を意味する筈であり、憲法院の公式コメント、憲法院事務総長Schoettlの判例解説、特に、2004年以来一連の憲法院の審理に直接参加しているDutheillet de Lamotheの論説が、かくも重要な変更点について何ら指摘を行っていないことは理解しがたいと言わねばならない。

また、この点と関連して注目すべきは、2004年夏の判決と異なり、2006年7月27日の判決においては、「憲法制定者が同意した場合を別として (sauf à ce que le constituant y ait consenti)」という文言が、付加されている点である。この判決部分については、フランス国内学説においてはあまり注目されていない

122) Cassia, Paul & Cassia-Saulnier, Emmanuelle, *Rapports entre la Constitution et le droit communautaire*, Dr. adm. 2006, n° 10, comm. 155, p. 32; Chaltiel, Florence, *Chronique de Droit constitutionnel européen*, RFDC 2008, n° 74, 339, p. 341; Charpy, Chloé, *Chronique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (juillet-septembre 2006)* : Décision n° 2006-540 DC, RFDC 2007, n° 69, 100, p. 110; Simon, art. précit., *Europe* 2006, n° 10, p. 2.

123) *Cahiers du Cons. const.* 2006, n° 21, p. 15; Schoettl, Jean-Éric, *La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? (suite et fin)*, LPA 15/16 août 2006, n°s 162/163, 3, p. 10; *id.*, *Primauté du droit communautaire: l'approche du Conseil constitutionnel*, EDCE 2007, n° 58, 379, p. 383 & 394; Dutheillet de Lamothe, art. précit., in *Mél. Puissechet*, 2008, p. 93; Canivet, Guy, *Constitution nationale et Europe. La dialectique du Un et du Deux*, in *Constitutions et Pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, 73, p. 86.

が、フランス憲法院判例の論理構造を示すものとして注目すべきであると思われる。この新たな文言は、憲法院が、上述の「フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理」との関係では、EC派生法の間接的違憲審査を肯定した上で、その例外的違憲審査の更なる例外条項として付加されている。即ち、「フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理」に該当するものであっても、「憲法制定者が同意した場合」には、EC派生法の間接的違憲審査の基準となる規範から外される可能性を肯定しているのである。そうであるとすれば、この憲法制定権者への言及、より正確には憲法改正権者への言及は、2004年判決がEC指令の違憲審査の基準を、憲法の「明文規定」に限定していたのと同じ論理に基づくものと見うる。

したがって、少なくとも憲法院の現在までの意図としては、2006年判例における「フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理」という定式の採用は、単なる表現の変更にすぎず、憲法の「明文規定」への限定という実質に変わりはないと解すべきであるように思われる¹²⁴⁾。

以上のように憲法院の新判例の射程については、不明確な点が依然として残されている。しかし、更に問題となるのは、通常裁判所の判例動向である。憲法院による「ヨーロッパ法の憲法化」が、EC法規範の違憲審査という局面で、通常裁判所においてどのように具体化されるかという問題につき、正面から判断を示した国務院のArcelor判決を、次に検討しよう。

B. 行政判例の新展開

Arcelor判決の検討(2)に入る前に、まず同判決に至る行政判例の状況(1)を整理しておく必要がある。本稿の冒頭で触れたように、フランスの行政裁判所においては、違憲立法審査が認められていなかったため、そもそも条約の国内後法に対する優越の確保がなされるまでに長い年月を要した。そのため、条約の間接的な違憲審査が問題となることも稀であり、更に、行政判例は、そ

124) Blumann, Claude & Louis Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3^e éd., Paris, Litec, 2007, n° 942, p. 612.

のような違憲審査の可能性についても消極的であった。それゆえ、国務院が、憲法院の新判例の受容するに際しては、従来の行政判例との整合性をも考慮せねばならなかったからである。

1. 新判例の背景

憲法院の新判例による「ヨーロッパ法の憲法化」への動きは、既に見たように、あくまでも憲法規定、具体的には憲法第88-1条に基づくものであった。従って、同条に基づく立法者のEC指令国内施行義務が「憲法上の義務」とされたとしても、かかる「憲法上の義務」には、2004年判例によれば「明文の憲法規定」、2006年判例によれば「フランス憲法のアイデンティティーに内在する原理」の限界があるとされた。換言すれば、憲法院の新判例は、あくまでも国内法秩序においては、憲法規範が最高規範であることを前提していた。この点は、憲法院が、EU憲法条約に関する判決¹²⁵⁾において明示的に判示したところである。既に述べたように、国務院も、国内法秩序においては憲法規範が最高規範であり、条約の国内法に対する優越を規定した憲法第55条が、憲法規範との関係では適用されないことをSarran判決で判示していた¹²⁶⁾。その限りでは、憲法院判例と行政判例は一致しており、憲法院のEC指令の違憲審査可能性を肯定した新判例の受容には、何ら問題が無いと思われるかもしれない。

しかしながら、憲法規範に対して、EC法の優越を主張できないということは、直ちに通常裁判所が、EC規範の違憲審査を行うということを意味するものではない。現にSarran判決の射程を巡り、条約に対する憲法規範の優位を肯定したことから、国務院が、条約の違憲審査を肯定することになるのではないかが議論された¹²⁷⁾が、国務院関係者は、条約の違憲審査の開始には否定的であっ

125) Cons. const., 19-11-2004, n° 2004-505 DC, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Rec. 173, cons. 10. V. aussi, Cons. const., 20-12-2007, n° 2007-560 DC, Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne [Traité de Lisbonne], JORF 29-12-2007, p. 21813, cons. 8.

126) CE Ass., 30-10-1998, Sarran, Rec. Leb. 368; CE, 3-12-2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, Rec. Leb. 624.

た¹²⁸⁾。

実際、国務院は、Sarran判決以後も、行政裁判所が、行政行為の根拠たる条約に対する違憲主張の審査権限を持たないと判示してきていた¹²⁹⁾。立法による批准許可がなされた条約の違憲審査を行うことは、まさに立法の違憲審査を行うことになるため、通常裁判所には、そのような管轄権が無いとされたのである。この点で、フランス法は、条約批准立法に対して、通常裁判所において事後的に違憲主張を行うことが可能であるドイツやイタリアと全く事情を異にする。更に、条約の違憲審査は、憲法第54条に基づく憲法院の専属管轄であるため、条約の国内施行を行った行政立法に対する取消訴訟においても、当該条約に対する違憲主張は認められない¹³⁰⁾。

このように、理由付けはともかく、従来の行政判例は、間接的にであれ条約の違憲審査を行うことに対して否定的であった。Arcelor事件における論告担当官Guyomarも、憲法院の新判例が、従来の国務院判例との整合性問題を生じることを指摘しており¹³¹⁾、従来の行政判例を前提する限り、国務院がEC派生法の違憲審査権限を自己に認めることを当然視することはできなかつた¹³²⁾。

更に、憲法院の2004年判例に対しては、特にEC指令の国内施行義務を、それに反する「憲法の明示的規定」に限定した点について、国務院の構成員から強い批判があったことは、既に述べた通りである。

このような背景のもとで、国務院が、憲法院の新判例をどのように受け止め

127) V. par ex., Aubin, Emmanuel, Le Conseid d'État, l'application de l'accord de Nouméa et les limites de l'exception d'inconventionnalité, LPA 23 juillet 1999, n° 146, 13, p. 17.

128) Maugué, Christine, L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité, Cahiers du Cons. const. 1999, n° 7, 87, p. 89-90; GAJA, 15^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 784.

129) CE, 8-7-2002, Commune de Porta, Rec. Leb. 260.

130) CE, 3-11-1999, Groupement national de défense des porteurs des titres russes, Rec. Leb. 343.

131) Guyomar, Mattias, concl. s. CE 8-2-2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 393.

132) Lenica, & Boucher, chron. s. CE 8-2-2007, Arcelor, AJDA 2007, 577, p. 579; Levade, art. précit., p. 568. V. aussi, Camby, Jean-Pierre, Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ?, RDP 2004, 878, p. 885.

たかが、次の検討課題である。

2. Arcelor判例による憲法院判例の受容

国務院のArcelor判決が、学説の注目を集めたことは、上述のような背景からすれば、当然であろう。特に、フランス憲法院と国務院の間には、ドイツ連邦憲法裁判所と通常裁判所との間におけるような制度的な統制関係は無いため、国務院が憲法院の一般的な判示に従うか否かは、法的拘束力の問題ではなく、国務院の判例政策の問題であると言ってよい。この点に関して、Arcelor事件の論告担当官Guyomarは、まず憲法院判例には厳密な意味での国務院に対する拘束力はないが、現実的な政策的配慮から、憲法院判例を前提とした解決を採用することを提案した¹³³⁾。その理由として挙げられたのは、憲法院判例に抵抗することは、EC裁判所に対する挑戦と受け止められる危険があることであった。折角国務院とEC裁判所との関係が近年修復されつつある¹³⁴⁾にも拘わらず、他の加盟国の最上級審とEC裁判所との協力関係の進展の動きに反して、一人挑戦の態度を採ることは危険であり、ECレベルで、「裁判官の戦争 (la guerre des juges)」を開始したと受け取られるような解決は避けねばならないからである。

ここでは、かつてEC加盟国の国内裁判所の中でも、最もEC判例に対して強い抵抗を示した国内裁判所として知られてきた¹³⁵⁾ 国務院内部における、親EC的な態度が注目されよう。しかしながら、憲法院判例の示した、EC指令に

133) Guyomar, Mattias, concl. s. CE 8-2-2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 390-391.

134) V. CE Ass., 11-12-2006, Soc. De Groot en Slot Allium BV, Rec. Leb. 512. Cf. aussi, Béchillon, Denys de & Philippe Terneyre, Le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés européennes. Nouvelle donne, Pouvoirs 2008, n° 123, 105, spéc. p. 109 et suiv.; Simon, Denys, La jurisprudence récente du Conseil d'État: le grand ralliement à l'Europe des juges ?, Europe 2007, n° 3, 5.

135) V. par ex., Hartley, Trevor C., *The Foundations of European Community Law*, 5th ed., Oxford, Oxford U.P., 2003, p. 256; Pollicino, Oreste, Tanto rumore per (quasi) nulla ? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'État in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario, DUE 2007, 895, p. 903.

反する法令の違憲審査開始、EC指令の忠実な国内施行措置に対する違憲審査の拒否という側面についてはともかく、EC指令の間接的違憲審査の可能性留保という側面については、その性質上、親EC的解決を探ることはそう容易ではない。

国務院は、憲法院判例に倣い、EC指令の国内施行義務が憲法第88-1条に基づく「憲法上の義務」であることを承認した上で、しかしEC指令の国内施行を行った行政立法の審査については、「特段の態様 (des modalités particulières)」によることを明らかにした。

国務院のArcelor判決において示された解決を、図式的に整理すれば次のようになる。即ち、係争行政立法が、EC指令の忠実な施行措置に該当するか否かをまず検討し、忠実な施行措置ではないということであれば、もはやその根拠たるEC指令の間接的違憲審査を行う余地は無い。反対に、EC指令の忠実な施行措置である場合には、更に、EC指令に対して主張されている憲法規範の性質により、扱いを異にする。なお、ここで問題となる憲法規範は、あくまでEC指令の規定内容に関わるものであることが当然の前提である。

まず、EC指令に対して違反が主張されている「憲法の効力を持つ規定または原理 (une disposition ou un principe de valeur constitutionnelle)」を実効的に保障しているような「EC法の規範または一般原理 (une règle ou un principe général du droit communautaire)」が存在するか否かを検討する。そのようなEC法上の原理が存在する場合には、係争行政立法の合憲性を確保するため、根拠たるEC指令が、そのようなEC法の一般原理に適合しているか否かを審査する。EC法の一般原理に反しないことが明らかであれば、直ちに違憲主張を斥けてよいが、EC指令の解釈につき疑義があれば、EC裁判所に先決問題を移送した上で、EC法の一般原理違反の有無を判断する。逆に、援用された憲法規範の実効的保障をおこなうEC法の一般原理が存在しない場合には、行政裁判所は、直接係争行政立法の違憲性を審査する。

以上が、Arcelor判決の提示したEC指令の国内施行令の審査に関する「特別の態様」の概略である。この複雑な審査態様の射程の具体的検討に入る前に、

まず、国務院が、従来の行政判例における管轄権問題をどのように解決したかを見ておこう。

従来の行政判例によれば、国務院には、間接的にであれ、条約の違憲審査を行う裁判権限が無いとされていた。従って、国務院が、EC指令の間接的違憲審査を開始するためには、まず自己の管轄権問題を解決する必要があった。そこで、Arcelor事件における論告担当官Guyomarは、次のような論理を展開し、国務院の審査権限を正当化した。

憲法院の2004年以來の新判例は、憲法第88-1条からEC指令の国内施行義務を導いたが、このような憲法上の義務としての国内施行義務は、あくまで実体的な憲法規定を遵守する限りでのみ存在する。ところが、国務院が、国内施行令の根拠たるEC指令につき合憲性審査権限を持たないとするならば、本件のようにEC指令を直接行政立法が国内施行した事例では、EC指令の憲法適合性を審査する国内裁判所が存在しなくなってしまう。なぜならば、本件のような事例では、EC指令については、憲法院による事前の違憲審査（憲法第54条）の可能性がなく、またその国内施行を行う立法も存在しないので、憲法院による事前の違憲立法審査（憲法第61条）の機会も無く、憲法院によるEC派生法の違憲審査の可能性が無いからである。憲法院の新判例が、EC指令の国内施行立法について違憲審査を肯定したのも、EC派生法に関するかかる特別な事情を考慮したものと考えられるのであり、国務院も、同様の考慮からEC指令の違憲審査権限を肯定すべきである、と言うのである。

要するに、EC指令を直接国内施行した行政立法については、憲法院によるEC指令の違憲審査の可能性がなく、国務院がかかる任務を引き受けなければ、裁判的な憲法規範の保障に欠缺が生じるという論理である。これは、かつて破毀院が、憲法院の「妊娠中絶」判決を受け、Vabre判決¹³⁶⁾により、通常裁判所による憲法第55条の裁判的保障に踏み切ったのと同様の論理であって、驚く

136) Cass. Ass., 24-5-1975, Soc. «Cafés Jacques Vabre», précit.

にはあたらない¹³⁷⁾。国務院にとって、憲法院の新判例を完全に無視するのではない限り、自己のEC指令の違憲審査権限を全面否定するという選択肢は無いからである。国務院のArcelor判決が、Guyomar論告を採用し、EC指令の違憲審査の可能性を肯定したことは、既に判決の示した特別な審査態様の概要から明らかであろう。

さて、管轄権の問題を解決した後問題となるのは、EC指令の国内施行令を審査する場合の「特別な態様」をいかに制度設計すべきかである。既に述べた判決の概要から明らかのように、国務院の判旨においては、EC指令に対して援用されている憲法規範に相当する保護規範が、EC法秩序において存在しているか否かが決定的な重要性を持つ。この点に着目した特別な審査態様を、国務院がいかなる論理によって打ち出したかを、次に検討することにしよう。

憲法院は、既に見たように、EC指令の違憲審査の基準となる憲法規範を、フランス憲法に「固有の」憲法規定に限定した。しかし、2004年の憲法院判例においては、EC指令の間接的違憲審査を行う際に基準となる憲法規範の範囲は、フランス憲法に「固有の」全ての憲法規範ではなく、憲法の「明文規定」に限定されていた。2006年以降の新たな定式と、2004年の定式との異同について学説の解釈が分かれてはいるものの、憲法院の関係者の発言を見るかぎり、2004年判例による「明文規定」という限定が全く放棄されたものと解釈することに問題があること、更に、憲法院のそのような限定の背後には、EC法との抵触の危険を極小化するために、あくまで「制憲者」意思を手がかりとする意図があると考えられることは、既に述べた。その結果、憲法院判例は、一方でフランスの「憲法的アイデンティティー」、換言すればフランス憲法の「核心」をなす憲法規範の保障を目指しながら、他方で、制憲者意思による基礎付けに

137) V. Drago, Guillaume, La «guerre des juges» n'aura pas lieu, JCP éd. A. 2007, 2081, 29, 31, p. 35; Plessix, Benoît, Le marché des quotas d'émission de gaz à effet de serre à l'épreuve de la communautarisation du droit constitutionnel, RJEP 2007, n° 645, 298, p. 300.

固執したため、「明文規定」という形式的な限定を付加せざるを得なかった。その限りにおいて、憲法院の新判例は、フランス憲法に「固有な」憲法規範の保障という論理を徹底させることができず、それゆえにこそ学説の少なからぬ批判を浴びたのであった。

これに対して、国務院のArcelor判例は、まさにフランス憲法に「固有な」憲法規範の保障という論理を徹底させたものと見るができるように思われる¹³⁸⁾。

2004年の憲法判例が示した憲法の「明文規定」という限定に対して、国務院関係者から強い批判がなされていたことは、既に指摘したが、中でもArcelor判決との関連で注目すべきは、国務院争訟部長Genevoisの論説である¹³⁹⁾。同部長は、Arcelor判決の下される直前の2006年末をもって退官しているが、憲法院事務総長をも務めた憲法院通として、また国務院きっての理論家として、更に言うまでもなく争訟部トップの要職を占める重要メンバーとして、国務院内部で大きな影響力を持っており、上記論説は、現にArcelor事件における論告においても明示的に引用され、同判決の理論構成に大きな影響を与えたと見られるからである。

Genevois争訟部長の憲法院判例理解の中で、本稿の関心から注目されるのは、以下の諸点である。まず、同部長は、憲法院が2004年6月の原理的判決において、EU条約6条によりヨーロッパレベルで保障される基本権に相当する憲法上の基本権に関し、EC指令の違憲審査を原則的に放棄したのは、EC裁判所の排他的管轄権を尊重しようとしたからであることを指摘する。憲法院が、このようにEC裁判所の管轄権を強調したところからすれば、たとえ憲法院が、EC法規範の違憲審査権行使を放棄したにせよ、憲法的価値を持つ規範または

138) Cf. Rossetto, Jean, L'Union européenne face à l'identité constitutionnelle de la France, in *Constitutions et Pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, 447.

139) Genevois, Bruno, Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé, RFDA 2004 p. 658.

原理に、ECレベルで相当するものが無い場合には、限界を認めざるを得ない。この点に関わる決定的な論証として、Genevoisは、イタリア憲法裁判所のFRAGD判決¹⁴⁰⁾を引用する。この判決は、EC派生法の違憲審査の可能性を認め、傍論ながら、EC法と憲法規範との抵触を肯定した唯一の国内憲法判決例として、EC学説においてはつとに知られているが、Genevoisが目じたのは、イタリア憲法裁判所が、自己の違憲審査権限を根拠づけようとした次のような判決理由である。たしかに、EC法秩序が、私人の権利保障のための実効的裁判システムを備えており、加盟国の法秩序に共通の原理を下敷きとしたEC法の一般原理として基本権保障がなされていることは認めねばならない。しかしながら、だからといって憲法裁判所が、EC法を執行した立法が、「わが憲法秩序の基本原則」に反しないか、あるいは「人の不可譲の権利」を侵害していないかにつき違憲審査を行う権限を失うということにはならない。「結局のところ、到底起りそうもないことも、全く起りえないというわけではない。更に、少なくとも理論的見地からは、わが憲法秩序の全ての基本原則が、加盟国の法秩序に共通の原理の中に、従ってEC法秩序に含まれるとは確言できないことを考慮する必要がある¹⁴¹⁾。」イタリア憲法裁判所は、このように述べて、EC裁判所による条約解釈につき違憲審査を行う可能性を肯定したのであるが、Genevoisが目じたのは、引用の後半部分、即ち「わが憲法秩序の全ての基本原則が、加盟国の法秩序に共通の原理の中に、従ってEC法秩序に含まれるとは確言できない」という部分である。なぜならば、イタリア憲法裁判所は、イタリア憲法の基本原則が常にEC法レベルにおいても保障されるとは限らないという論法によって、自己の違憲審査権限を正当化しようとしたと解されるからである。

140) Corte cost., 21-4-1989, n° 232, Soc. FRAGD, précit. この判決の事案については、拙稿「EC判例における無効宣言判決効の制限について（2・完）」法学協会雑誌111巻3号（1994）299-301頁を参照。

141) RUDH 1989, p. 260; Giur. cost. 1989, I, p. 1007-1008 (Motiv. in diritto 3.1). なお、イタリア語原文と若干ニュアンスの違いが見受けられるが、本文中の引用の趣旨は、Genevoisの理論展開の分析にあるので、本文中の訳は同氏が引用しているフランス語訳による。

なお、憲法院の構成員であるDutheillet de Lamotheも、まさに上記引用部分を「極めて興味深い」として引用し、FRAGD判決の理由付けは、まさにフランス憲法院のそれと一致すると評しており¹⁴²⁾、フランス憲法に「固有な」原理とEC指令との適合性審査を肯定した憲法院判例の着想の源泉が、イタリア憲法判例にあったことを窺うことができる¹⁴³⁾。しかし、既に見たように、憲法院は、この論理を徹底せず、憲法の「明文規定」にEC指令の違憲審査規範を限定していた。

これに対して、Genevoisは、上記FRAGD判例の示唆した論理を徹底することにより、EC法規範の違憲審査枠組を構想することになった。2004年の憲法院判例の定式によれば、EC指令の違憲審査の基準となる規範は、憲法の「明文規定」に限定されていたが、フランス憲法に「固有な」規範は、「明文規定」されているとは限らない。憲法院による違憲審査権限の論拠が、EC裁判所においては保障されえない、フランス憲法に「固有な」規範の保障にあるとすれば、EC法の違憲審査の基準となる憲法規範の範囲を画定するための決定的な基準は、憲法に明示的規定があるか否かではなく、フランス憲法に「固有な」規範であるか否かでなければならない¹⁴⁴⁾。Genevoisが、2004年6月の憲法院判決における「憲法の明文規定」という定式に対して極めて批判的であったのは、以上のような論理に基づくものであった。

Arcelor事件における論告担当官Guyomarも、まさに以上のようなGenevois

142) Dutheillet de Lamothe, Olivier, *Le Conseil constitutionnel et le processus d'intégration communautaire*, in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, 85, p. 94-95. なお、憲法院事務総長Schoettlも、同様にこの判決部分を興味深いものとして引用している。Schoettl, art. précit., EDCE 2007, n° 58, 379, p. 391.

143) 興味深いことに、フランスの国内判例が、イタリア憲法裁判所のFRAGD判決に大きな示唆を得たと見られるにも拘わらず、イタリア学説の方が、ドイツ学説よりも、フランスの新判例に対して消極的な評価を下している。V. par ex., Chiti, Edoardo, *Il diritto europeo e la Costituzione francese*, *Giornale di dir. amm.* 2005, 442; Pollicino, art. précit., DUE 2007, 895.

144) Genevois, art. précit., RFDA 2004, p. 658 & 661.

争訟部長の見解に依拠して論旨を展開した。EC指令の国内施行例の審査について、特別な審査態様を設ける必要があるとして、国務院も、憲法院の新判例の示した「フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理」という定式に依拠すべきであろうか。Guyomarは、この定式への該当性を判断する権限は、国務院ではなく、憲法規範の有権解釈者である憲法院に属することを指摘しつつ、行政裁判所に、より適した定式として、EC法秩序において憲法規範に相当する保障が存在するか否か（*l'existence d'une équivalence des protections*）を検討することを提案した¹⁴⁵⁾。具体的には、EC法秩序において、フランス憲法と同等の保障が存在するならば、EC指令に対する違憲主張は、EC法上の相当する規範に対する違反主張と読み替えられることになり、EC指令の解釈・効力に関する判断は、EC裁判所の排他的管轄権に属することになる。これに対して、EC法秩序において、フランス憲法に相当する保障が存在しない場合には、そのような違憲主張のEC法への移し替えは不可能であるので、国務院が、EC指令の間接的違憲審査を行うことになる¹⁴⁶⁾。従って、国務院によるEC指令の間接的違憲審査がなされるか否かは、EC法秩序においても援用されている憲法規範に相当する保障が存在するか否かについての判断に左右されることになる。

憲法院も、EC裁判所の審査対象とするEC法規範について、独自に二重の審査を行わないという方針の下に、フランス憲法に「固有な」憲法規範に、EC指令の違憲審査の基準となる規範を限定していたのであるから、Guyomarの提案も、大筋では憲法院判例の提示した方向に沿ったものと評せよう。しかし、同論告担当官の提案を、子細に検討するならば、憲法院判例と国務院判例との間には、看過しえぬ違いがあることに注意せねばならない。実際、Guyomar自身、自己の提案が、EC法における「同等の保障」の存否判断の基準に関して、憲法院判例よりも厳しいものであると述べており¹⁴⁷⁾、具体的にも、次の二点

145) Guyomar, Mattias, concl. s. CE 8-2-2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 395.

146) *Ibid.*, p. 396.

147) *Ibid.*

において、違いが生じうる。第一は、EC法における「同等の保障」の存否判断方法であり、第二は、EC指令の違憲審査の基準たる憲法規範の範囲についてである。

まず第一の点は、Guyomarが、EC法における「同等の保障」の存否判断に際して、EC裁判所により解釈されているようなEC法の一般原理が、「その性質およびその射程」に鑑みて、援用されている国内憲法規定または原理の遵守の「実効性を保障しているか」を検討すべきであると提案している¹⁴⁸⁾点に関わる。ここでは、単にEC法秩序においても援用されている憲法規範に相当するような規範があるかという、形式的な比較にとどまらず、更に踏み込んで、実質的な保障の同等性を、事件毎に実質審査する姿勢が明確に表れているからである。

換言すれば、そこには「規範の相当性」ととどまらず、実質的な「保護の相当性」をも要求する姿勢が読み取れるのであり、このような国務院の姿勢は、憲法院との態度の違いを示すものとして、評者の注意を引かずにはいなかった¹⁴⁹⁾。また、2007年から憲法院の構成員となったCanivet元破毀院長が、憲法院と国務院の定式の違いは、決して些細なものではないと指摘している¹⁵⁰⁾ことも、この点で注目されよう。確かに、Arcelor事件においては、問題となったのが経済分野での規制における平等原理であったこともあり、EC法における「同等の保障」の存否判断に問題は生じなかった。しかし、国務院が、形式的な規範の存在のみならず、EC法規範の実際の射程についても実質審査を行ったとの指摘が、国務院の関係者からもなされている¹⁵¹⁾。そこで、国務院が将来実質審査を行い、EC法レベルにおいて「保護の相当性」が充分でないと判断する可能性を否定できないという指摘も存在する¹⁵²⁾。

148) *Ibid.*, p. 395.

149) Levade, art. précit., RFDA 2007, p. 566 & 574; Magnon, art. précit., RFDA 2007, p. 582; Pollicino, art. précit., DUE 2007, p. 910; Roux, art. précit., RDP 2007, p. 1061.

150) Canivet, art. précit., in *Mél. Gicquel*, 2008, p. 92.

151) Lenica, & Boucher, chron. s. CE 8-2-2007, Arcelor, AJDA 2007, p. 581; GAJA, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 946.

このような国務院の姿勢は、更にEC指令の間接的違憲審査の際の、審査規範となる憲法規範の範囲画定にも関係する。憲法院の2006年判例が、「憲法の明示的規定」という2004年判例の定式に代えて、「フランス憲法のアイデンティティーに内在する原理」という新たな定式を打ち出したことの意義につき、実質的な判例変更と解する有力学説が存在すること、しかし憲法院関係者の説明からは、そのような解釈に疑問が残ることは、既に述べた。さて、Arcelor事件における論告担当官は、この点に関して、次のような憲法院判例解釈を示した。2004年判決の提示していた憲法の「明示的規定」という基準は、2006年判決により放棄され、フランス憲法に「固有な」原理という基準のみが採用された、というのである¹⁵³⁾。この解釈が、上述のGenevois争訟部長の2004年判決に対する批判論と完全に一致することは、勿論偶然ではない。

なぜならば、論告担当官Guyomarは、まさに先に見たGenevoisの構想したEC派生法の違憲審査正当化論に、全面的に依拠した提案を行っているからである。上位のEC法規範との適合性審査については、EC裁判所に排他的管轄権を認めるべきであるが、EC裁判所による保障がなされえないフランス憲法に「固有な」原理に関しては、国内裁判所に依然としてEC法の違憲審査権限を認めるべきだという構想においては、EC裁判所と国内裁判所との間で、EC規範の効力審査の基準となる規範の範囲が重複しないことが決定的な重要性を持っており、憲法の明文規定があるか否かに拘わらず、あくまでフランス憲法に「固有な」原理の保障が確保されねばならないからである。

Guyomarが、EC指令とEC法の一般原理との適合性審査に関して、EC裁判所に排他的管轄権を承認することは、「フランス憲法の部分的な共同体化」になるという懸念に対して、EC法秩序においても、援用されている憲法規範と同等の保障がなされているのだから、「何ら法的主権を委譲をすることにはなりません」と断言できた¹⁵⁴⁾のは、まさにフランス憲法に「固有な」原理の保

152) Chaltiel, Florence, *Chronique de Droit constitutionnel européen*, RFDC 2008, n° 74, p. 343; Levade, art. précit., p. 574.

153) Guyomar, Mattias, concl. s. CE 8-2-2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 387.

障を完全に確保したと確信できたからにはかならない。

このような解決は、たしかに、国内裁判所によるEC規範の違憲審査を全面否定しているEC判例と、結論においては一致しない。しかしながら、EC判例が、加盟国の憲法裁判所に対して独自の違憲審査権限行使の放棄を迫った論理に対する、十分に筋の通った回答であることは確かであるように思われる。

Arcelor判決は、以上のような論理に基づき「特別な態様」を提示したが、残る問題は、そのような特別な審査態様が、EC指令を直接国内施行した行政立法以外の事例に及ぶかという、新判例の射程の問題である。

この点は、EC指令違反の立法に関する違憲審査を承認した憲法院の新判例が、他の事例類型にも及ぶかという、前述の問題と勿論関係する。但し、EC指令違反の行政立法について違憲審査を行うという局面と、EC指令自体の間接的違憲審査を行うという局面とでは、EC法の国内法に対する優越という視点からは、利害状況が全く異なる点に注意せねばならない。前者の局面では、国務院の新判例の射程を広くとることは、EC指令の国内施行の実効性を強化することにつながる限りにおいて、EC法との抵触の度合いは小さくなる。これに対して、後者の局面では、国内法秩序において、憲法規範のEC法に対する優越を保障することこそが狙いとなるのであるから、EC判例との抵触を回避しようとするならば、そのような危険性を可能なかぎり限定することが望ましい。しかし、あくまで憲法規範に依拠する国内裁判所の論理からすれば、この二つの局面は、表裏一体であり、素直に考えるならば、前者の違憲審査が肯定される範囲は、当然後者における審査可能性の範囲と一致せねばならない。従って、EC指令の国内施行の実効性を高めるために、前者の局面では審査可能性を広く解しながら、後者の局面ではこれを限定的に解釈するという解決をとることは、論理的に困難であることに注意せねばならない。

現段階では、前者の局面については、憲法院判例と異なり、国務院が、「EC指令の国内施行のために制定された」行政立法に審査を限定することは難しい

154) *Ibid.*, p. 395.

であろうこと、またEC指令と行政立法との間に立法が介在する場合についても「特別な審査態様」が適用されるか明らかでないこと、EC指令以外のEC派生法との適合性審査にも及ぶであろうことを指摘する見解が有力である¹⁵⁵⁾ ことを確認するとどめるほかはない。しかし、この局面について新判例の射程が拡張されればされるほど、後者の局面、即ちEC派生法の間接的違憲審査の可能性も大きくなることは、指摘しておかねばならない。

これと関連して問題となるのは、EC派生法ではなく、EC・EU条約のような基本条約レベルについても、「特別な審査態様」が適用されるか否かである。換言すれば、通常裁判所である国務院が、EC条約規定の国内施行措置たる行政立法を審査する際に、条約規定の間接的違憲審査を行うことができるかという問題である。上述のように、EC法に反する国内施行措置の違憲審査という局面では、憲法第88-1条から導かれる義務の一般性から、EC指令に限らず、EC派生法一般、更にはEC条約規定との適合性審査をも肯定すべきであるとの学説が有力であった。そのような見解を採用した場合には、国内施行措置の合憲性を確保するために、その根拠たるEC条約規定そのものについても間接的な違憲審査を肯定せざるをえないであろうことは、既に述べた通りである。

しかしながら、国務院の内部には、憲法院と国務院との管轄権を巡る状況の違いを理由として、国務院が、EC条約規定の間接的違憲審査を行う可能性を否定する見解がある¹⁵⁶⁾。国務院が、従来の行政判例にも拘わらず、EC指令を直接国内施行した行政立法の審査の枠内において、その根拠たるEC指令の違憲審査権限を自己に認めたことは、既に見た。目下の問題、すなわちEC条約規定の間接的違憲審査の可否の問題との関係で想起せねばならないのは、論告担当官Guyomarの理由付けである。Guyomarは、国務院の管轄権を肯定すべき理由として、もし国務院が自己の管轄権を認めなければ、他にEC指令の違

155) Gautier & Melleray, art. précit., Dr. adm. 2007, n° 5, p. 13; Lenica, & Boucher, chron. s. CE 8-2-2007, Arcelor, AJDA 2007, 577, p. 581; Levade, art. précit., RFDA 2007, p. 576; Magnon, art. précit., RFDA 2007, p. 586.

156) Lenica, & Boucher, chron. s. CE 8-2-2007, Arcelor, AJDA 2007, 577, p. 581.

憲審査を行いうる国内裁判機関が存在しなくなってしまうことをあげていた。この正当化論を反対解釈するならば、他の国内裁判所機関、より具体的には憲法院が、違憲審査を行う機会を持ちうる、あるいは持ちえた条約レベルのEC規範については、憲法院の排他的管轄権を尊重すべきであり、国務院が独自に違憲審査を行うべきではないという結論を導きうるからである。この見解によれば、Arcelor判例によるEC規範の違憲審査の可能性は、あくまでもEC・EU派生法レベルの規範にのみ認められるべきであり、条約レベルの規定には及ばないということになる。学説中にもこのような解釈をとる見解がある¹⁵⁷⁾。

ここで更に、条約レベルの規定について違憲審査を否定する見解が、そもそもその国内施行令の違憲審査自体をも否定するのか、あるいは国内施行令の違憲審査は肯定するが、その根拠たるEC条約規定については、違憲審査をしないとする趣旨であるのかは明らかでなく、この論点についても、国務院の今後の判例を待つほかはない。

C. 新判例に対する評価

2004年6月の憲法院判決に始まり、2007年2月の国務院に至る一連の新判例につき、EC法規範の間接的違憲審査の問題について検討してきたが、これらの新判例をどのように評価すべきであろうか。

1. 問題の困難性

まず最初に指摘しておかねばならないのは、EC法と憲法規範の抵触問題の持つ原理的性格とその解決の困難性である。EC裁判所にとって、EC法の国内法に対する絶対的優越は、EEC条約の起草作業に携わり、更にEC裁判所の裁判官を務めたPescatore教授の有名な表現を借りるならば、共同体としての「存在維持に不可欠の要請 (une exigence existentielle)」¹⁵⁸⁾ なのであり、たとえ憲

157) Cassia, Paul, Principe constitutionnel d'égalité : renvoi à la CJCE pour difficulté sérieuse, JCP 2007, II, 10049, p. 69. Cf. aussi, Monjal, art. précit., LPA 12 août 2004, n° 161, 16, p. 21.

法規範との関係においてであっても譲ることのできない絶対的要請である。しかし、憲法裁判所にとっても、憲法こそが自己の存在の基盤であり、少なくとも国内法秩序においては、最高規範たる憲法規範が、たとえEC法との関係に限られるとしても、劣後するという結論は認めがたい。それゆえ、EC裁判所のRodríguez Iglesias長官自身、憲法裁判所が、EC裁判所の要求するようなEC法の絶対的優越をおいそれとは認め難いことに理解を示しており、ヨーロッパ統合の現段階においては、EC法と加盟国の憲法規範との抵触事例について、論理的に満足できる解決を見いださえないことを認めていた¹⁵⁹⁾。EC裁判所と国内憲法裁判所とが、各々の擁護すべき法規範体系の最高法規性を主張する限り、両者を同時に満足させる原理的解決を見いだすことは難しい。

また、本稿で検討してきた憲法院および国務院の新判例には、親ヨーロッパ的側面と、反ヨーロッパ的側面とが併存しているため、いずれの側面を重視するかによって、当然評価も異なってくる。前者の側面としては、EC指令の違憲審査権限を原則的に放棄した点を挙げられようが、逆に例外的にはあれ、EC指令の違憲審査の可能性を肯定した点は、反ヨーロッパ的と見られよう。しかも、これらいずれの側面についても、現時点では、必ずしも新判例の射程が明らかでないことも評価を困難とする。

更に、新判例における同一の解決についても、評者のヨーロッパ統合に対する立場によって、当然評価は異なってこざるをえない。国内裁判所によるEC派生法の違憲審査の肯定は、EC法の統一適用性に対しては、明らかに悪影響を及ぼすと言わざるをえないが、加盟国の主権を強調し、少なくとも現状にお

158) Pescatore, Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1975 [réimpression, Bruxelles, Bruylant, 2006], p. 227.

159) Rodríguez Iglesias, Gil Carlos & Alejandro Del Valle Gálvez, *El Derecho comunitario europeo y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la Comunidades europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales*, RDCE 1997, n° 2, 329, p. 373; Rodríguez Iglesias, Gil Carlos & Jean-Pierre Puissechet, *Droit constitutionnel et droit communautaire dérivé : Rapport de la Cour de justice des communautés européennes*, Cahiers du Cons. const. 1998, n° 4, 78, p. 81.

いては、EUが連邦制国家ではないことを力説する立場をとるならば、むしろ積極的な評価をすべきことになるからである。

従って、完全に客観的な評価を行うことは極めて困難であるが、フランスの新判例について、特に比較法的視点から、一定の評価を行うことは可能であり、また必要でもある。そこで、以下では、いくつか主要な論点に絞って、比較法的評価を試みることにしたい。

2. 比較法的評価

憲法院の2004年6月10日判決は、一方で、憲法第88-1条を手がかりとして、EC指令の国内施行義務を「憲法化」することにより、EC指令の（間接的な）違憲審査を原則的に否定しつつ、他方では、憲法上の基本権保障の可能性を、限定的ながら留保しようとした。憲法院の新判例に従った国務院についても、ニュアンスの違いはあれ、同様である。このような配慮は、比較法的に見た場合、決して珍しいものではなく、イタリア・ドイツの憲法判例と共通するものであることは疑問の余地が無い¹⁶⁰⁾。また、いずれの憲法裁判所も、EC判例の主張するEC法の特異性論をそのままでは認めることなく、あくまで自国の憲法規定の解釈に依拠した理論構成を行ってきた点でも、また、国内法の規範階層秩序においては、国内憲法が、EC法よりも上位にある最高規範であることを前提している点でも共通する。しかし、基本的な思考を共有しつつも、具体的な抵触の解決方法については、それぞれ独自の「特別な態様」を編み出してきたおり、この点に関する比較法的検討には、大きな意義がある。

以下では、まず原理的問題、次に、より実際的な問題につき検討することにしてしよう。

フランス国内判例の新展開を、原理的な次元で、特にドイツ、イタリアの憲

160) V. par ex., Dutheillet de Lamothe, art. précit., in *Mél. Puissechet*, 2008, p. 94; Guyomar, Mattias, concl. s. CE 8-2-2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 389; Rodríguez Iglesias, Gil Carlos, El Consejo constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva, RDCE 2004, n° 18, p. 395.

法判例と比較した場合、まず注目されるのは、フランス憲法院が、EC裁判所の派生法審査に関する排他的審査権限を承認する言明を行った点である。この点が、EC派生法の効力否定をEC裁判所の排他的権限としたEC裁判所のFoto-Frost判例に適合的であることは言うまでもない¹⁶¹⁾。いずれにせよ、EC裁判所によって保障されている規範に関しては、独自の違憲審査を行わないとしたことは、上述したように、EC機関と加盟国の権限配分問題につきEC裁判所の排他的管轄権を承認したことと並び、フランス憲法院のEC裁判所に対する信頼を示すものとして、国内学説から注目された¹⁶²⁾ことは勿論、特にEC裁判所長官を務めたスペインのRodríguez Iglesias教授ほか、フランス国外の評者から積極的評価を受けた¹⁶³⁾。

次に注目すべき原理的問題は、EC法規範の間接的違憲審査の根拠付けの異同に関わる。

ドイツ連邦憲法裁判所のSolange判例の基本的な論理は、国際組織に対する管轄権委譲（ボン基本法24条）によっても、憲法改正の限界（同79条3項）を無視することは許されないというものであった。従って、憲法改正によっても侵害することのできない憲法的価値の核心が、基本権であり、また、管轄権委譲の限界についても、ドイツ連邦憲法裁判所が最終的判断権を持つということになる。イタリア憲法裁判所の論理も、基本的には同様の論理構造を持つが、1989年のFRAGD判決は、更に、イタリア憲法上の不可侵の原理が、必ずしも常にEC法秩序においても保障されるとは限らないという指摘を行い、自己の

161) CJCE, 22-10-1987, aff. 314/85, Foto-Frost / HZA Lübeck-Ost, Rec. 4199, pt. 15-18.

162) V. par ex., Fines, art. précit., Ann. dr. eur. 2004 [2006], 879, p. 885; Oberdorff, Henri, Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire : coopération et contrôle, RDP 2004, 869, p. 872.

163) Rodríguez Iglesias, art. précit. RDCE 2004, n° 18, 393, p. 395-396; Classen, art. précit., JZ 2004, 969, p. 971; Pizzanelli, Giovanna, La «costituzionalizzazione» del carattere obbligatorio del diritto europeo e le nuove prospettive per il Conseil constitutionnel, RIDPC 2005, 1405, p. 1412; Pfeiffer, art. précit., ZaöRV 2007, 469, p. 476 & 504; Segura Serrano, art. précit., RDCE 2005, n° 20, 93, p. 125; Walter, art. précit., EuGRZ 2005, 77, p. 80.

違憲審査権限の留保を正当化しようとしていた。しかし、イタリア憲法判例については、この後者の論理が、EC法規範の違憲審査の基準となる規範の範囲画定に直接影響するものか否かは、必ずしも明らかでなかった。

これに対して、フランス憲法院、特に國務院の新判例は、上記イタリア憲法裁判所判決の中に見出した論理を徹底させることにより、EC法規範の違憲審査の基準となる規範の範囲を、EC法秩序において国内憲法に相当する保障がなされえない、フランス憲法に「固有な」規範に限定するという解決を打ち出した。その限りにおいては、フランスの新判例は、違憲審査規範の範囲を、ドイツおよびイタリア憲法判例よりも限定したと評することができよう。特に、ドイツ連邦憲法裁判所と異なり、フランス憲法院が、EC派生法による加盟国の管轄権侵害につき、自らの違憲審査権限を否定したことは、この観点からも重要である。

以上は、原理的次元の問題であるが、更に検討すべきは、より実際的な次元の問題である。

フランスの新判例は、ドイツ、イタリアの憲法判例と、一定の条件の下では、EC法規範の間接的違憲審査の可能性を肯定している点で共通する。しかし、各国の解決は、かかる違憲審査の可能性に関して異なる条件を付しているため、自ずからEC判例との抵触可能性も、異なりうる。

一般的に言えば、間接的な違憲審査の基準となる憲法規範の範囲が狭いほうが、EC裁判所との判断抵触の危険は低くなるであろう。その限りでは、EC法秩序における保障可能性に拘わらず、「不可侵の憲法規範」全体を違憲審査規範とするドイツ、イタリアの憲法判例よりも、フランスの新判例の方が抵触の危険は低くなると、一応考えられよう。しかしながら、この点については、ドイツ連邦憲法裁判所のSolange-II判例が、EC法秩序において、一般的にボン基本に相当する基本権保障水準が維持されている限り、そもそもEC法規範の間接的な違憲審査を行わないとしているため、違憲審査権限は、いわば「伝家の宝刀」として実際には、殆ど使われる可能性が無い¹⁶⁴⁾ことを忘れてはならない。従って、イタリア憲法判例と同様¹⁶⁵⁾、このような一般的な違憲審査権発動に

対する限定（solange条項）が存在しないフランス国内判例の場合には、ドイツ法と比べて、むしろ間接的な違憲審査権の発動可能性は高いと考えられる¹⁶⁶⁾。実際にも、ドイツ連邦憲法裁判所は、国務院のArcelor事件の直後の2007年3月13日に抽象的規範統制訴訟において、更に同年5月14日には、憲法抗告（Verfassungsbeschwerde）において、いずれもEC指令の国内施行立法に対する違憲主張を、Solange-II判例を適用して却下した¹⁶⁷⁾。特に前者の決定は、まさに国務院のArcelor事件において争われていたのと同じのEC指令（2003/87/CE）の国内施行立法に対して違憲主張がなされた事例であっただけに、注目される。国務院は、本件で主張されていた憲法原理が、平等原理であってEC法の一般原理としても保障されているとして、たしかに結論的にはEC裁判所にEC指令の解釈をEC裁判所に先決問題として移送したが、ともかく違憲主張につき本案審理を行った。これに対して、ドイツ連邦憲法裁判所は、EC指令の忠実施行立法についても、EC規則に関するSolange-II判例の適用があることを明らかにし、そもそもそのような場合には、違憲審査権限を行使しないことを明らかにしたからである¹⁶⁸⁾。

従って、EC法規範の間接的違憲審査が行われる可能性という点では、フランスの新判例は、イタリア憲法判例よりは、審査規範の限定性ゆえに危険は低

164) V. par ex., Streinz, Rudolf, *Europarecht*, 6. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2003, p. 80.

165) フランス憲法院および国務院の新判例が、この点で、ドイツ憲法判例よりも、むしろイタリア憲法判例に近いと指摘を行う見解として、v. Cassia, art. précit., JCP 2007, II, 10049, p. 68; Plessix, art. précit., RJEP 2007, n° 645, p. 302.

166) Gautier & Melleray, art. précit., Dr. adm. 2007, p. 14; Deumier, Pacale, Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Conseil d'État dans le dialogue des juges, D. 2007, Chron., 2742, p. 2746; Magnon, art. précit., RFD 2007, p. 582.

167) BVerfG (I. Senat), Beschluss, 13-3-2007, 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79; DVBl. 2007, 821; EuGRZ 2007, 340; NVwZ 2007, 937; BVerfG (3. Kammer des I. Senats), Beschluss, 14-5-2007, 1 BvF 2036/05, BVerfGE; EuGRZ 2007, 350; NVwZ 2007, 942.

168) 但し、ここに引いた連邦憲法裁判所決定は、いずれも第1小法廷によるものであり、一連のSolange決定について判断を下してきた第2小法廷が、同じ結論を導くか否かは定かでないとの見方もあることに注意を要する。V. Heck, Daniel, Rechtsschutz gegen durch EG-Richtlinien determiniertes Gesetzesrecht, NVwZ 2008, 523, p. 524.

いが、ドイツ憲法判例と比べた場合には、危険は高いということになる¹⁶⁹⁾。

しかし、理論的な違憲審査の可能性が残るとしても、現実にフランス国内裁判所が、EC法規範の違憲判断を下す可能性が高いと評すべきかはまた別問題である。EC判例との原理的対立が指摘されるにせよ、EC指令の間接的違憲判断の可能性が実際には低いと評する点では、論者は一致している¹⁷⁰⁾。

更に、考慮せねばならないのは、国内裁判所により違憲判断が下された場合の実際の帰結である。別の言い方をすれば、違憲判決の「実効性」と言ってもよい。ここで注意せねばならないのは、ドイツおよびイタリアと、フランスにおける憲法改正の限界に関する状況の違いである。

フランスにおいては、EC指令の違憲審査が、「フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理」についてなされるとしても、それは、憲法院が2006年7月27日判決で明言したように、「制憲者が同意した場合は別」であった。つまり、憲法院によれば、たとえ「フランス憲法のアイデンティティーに内在する規範または原理」に反すると判断された場合であっても、当該憲法原理を、憲法改正の対象とすることが可能なのである¹⁷¹⁾。この判示は、フランスにおける憲法改正権の無限界論を前提するものであり、この点については、憲法改正の限界論に立つドイツやイタリアの場合と根本的に異なるのである¹⁷²⁾。逆に言えば、ドイツおよびイタリアでは、一旦憲法裁判所により違憲

169) 危険が高いという本文の表現は、勿論EC側から見た場合であり、加盟国側からみれば、ドイツではそもそも与えられない憲法上の権利保護手段が、フランスでは認められており、フランスの方が実効的な権利保障を認めているという評価につながる。V. Mayer, Lenski & Wendel, art. précit., EuR 2008, p. 83.

170) V. par ex., Schoettl, art. précit., EDCE 2007, n° 58, 379, p. 389; Dutheillet de Lamothe, art. précit., in *Mél. Puissechet*, 2008, p. 93; Genevois, art. précit., p. 657; Pizzanelli, art. précit., RIDPC 2005, 1405, p. 1409.

171) Levade, art. précit., RFDA 2007, p. 569; Charpy, chronique précit., RFDC 2007, n° 69, p. 116.

172) Classen, art. précit., JZ 2004, 969, p. 971; Magnon, art. précit., D. 2006, Chron., 2878, p. 2880; Pfeiffer, art. précit., ZaöRV 2007, 469, p. 505; Walter, art. précit., EuGRZ 2005, 77, p. 83.

判断が下されてしまえば、EC法に適合するような方向で憲法改正をすることにより、危機を打開する可能性は無く、ECレベルに、より深刻な状況をもたらすことになるのに対して、フランスの場合には、たとえEC規範につき間接的な違憲判決が下されるという最悪の場合であっても、憲法改正による解決の可能性が常に存在しているため、違憲判決のもたらす障害はより小さいと評されるのである¹⁷³⁾。

また、現実問題としても、万一フランス憲法院が、違憲判決を下した場合、27カ国以上の加盟国を擁する今後のEUにおいては、違憲とされたEC法規範の改正によってよりも、フランスの憲法改正により危機を打開することになる可能性の方が高いであろう。このような蓋然性を前提するならば、フランスの憲法・行政法学説の中に、フランスの新判例が、憲法規範のEC法に対する優越を建前としつつも、結局のところ、このような事例における違憲判決の「実効性」が乏しいことを遺憾とする口吻をもらすものが少なくない¹⁷⁴⁾ ことも容易に理解されよう。逆に、このような事情は、フランスの新判例がEC指令の間接的違憲審査の可能性を留保しているにも拘わらず、フランス国外の学説、特にドイツの学説から全体として肯定的な評価を受けていることを説明するものと思われる。

173) Pfeiffer, *ibid.*

174) Rousseau, Dominique, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle* 2004, RDP 2005, 267, p. 272, 274-275; Cassia, Paul, *Le droit communautaire dans et sous la Constitution française*, RTDE 2007, 406, p. 415; Pinon, Stéphane, *Les démêlés du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de «primauté» du droit communautaire*, AJDA 2008 1077; *id.*, *L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Regard sur la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, RTDE 2008, 263; Chapus, René, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 128. V. aussi, Kovar, Jean-Philippe, *Commentaire des décisions du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004 : rapport entre le droit communautaire et le droit national*, RTDE 2004, 587, p. 596-597.

おわりに

最後に、2004年以來の憲法院および國務院の新判例の総合的な評価を行い、残された課題を指摘しておくことにしたい。

まず、2004年以來の憲法院および國務院の新判例を簡単に総括した後、総合的な評価を行うことにしよう。

近時のフランス国内判例の展開は、本稿冒頭で述べたように、一方で、相次ぐ憲法改正に見られるような「憲法の『ヨーロッパ化』」を、また他方で、EC指令の国内施行義務の憲法化に見られるように、「ヨーロッパ法の『憲法化』」の動きを背景とするものであった。憲法院は、憲法改正により追加された「ヨーロッパ条項」を憲法規範として違憲審査の基準となる規範とせざるを得ず、その結果、1975年以來の「妊娠中絶」判例を、少なくともEC指令に関しては修正することとなった。しかし、他方で、ヨーロッパ法上のEC法の国内施行義務が、「憲法上の義務」とされた結果、当然その義務にも憲法上の限界が課されることとなり、間接的にはあれ、EC指令の違憲審査の可能性を認めることとなった。

しかし、EC法規範の違憲審査問題は、EC法の国内法に対する絶対的優越を主張してきたEC判例と、原理的に厳しい緊張関係に立たざるを得ないデリケートな問題である。ただ、フランス憲法院にとって幸いにも、他の加盟国の国内裁判所、特に多くの憲法裁判所が、この共通の問題を抱えてきており、既に他の加盟国の国内判例が蓄積されてきていた。今や、この問題に関する国内判例の形成は、フランスに限らず、比較法の知見無くしては考えられない状況になっているが、実際にも、フランス憲法院が、自ら他の加盟国の憲法裁判所・最上級審との「水平的」な協力関係を築きつつ、積極的な比較法調査活動を行い、新判例を打ち出したことは、本稿でも随所で触れた通りである。また、國務院も、Arcelor判決における論告に明らかかなように¹⁷⁵⁾、他の加盟国判例の動

175) Guyomar, Mattias, concl. s. CE 8-2-2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 389-391 & 395. V. aussi, Genevois, art. précit., RFDA 2004, p. 653-655.

向を見ながら判例形成を行っていた。更にコンセイユ・デタのArcelor判決が、翌月のドイツ連邦憲法裁判所決定において、直ちに引用された¹⁷⁶⁾ことは、近時の「水平的」影響関係が極めて速い速度で、しかも双方向的に展開していることを示すものとして注目されよう。このような加盟国の国内裁判所間のいわば「水平的」な影響関係は、EC法の形成における重要な側面であり、EC裁判所の判例形成のみに目を奪われ、国内判例の動向を等閑視しがちな日本のEC法研究にとっては、今後重要な研究課題となるであろう。

本稿で検討したフランス国内判例の新展開の総合的な評価については、以下の二点を指摘するにとどめたい。第一は、既に半世紀近くEC判例が要求してきた、EC法の、憲法規範をも含む国内法に対する絶対的優越論が、結局フランス国内判例によっては承認されず、EC法の優越自体、あくまで国内憲法規定により根拠づけられることが再確認された点である。この点は、EC裁判所と、国内裁判所、特に憲法裁判所との間の立場の違いを考えるならば、やむをえないであろう。

第二は、それにも拘わらず、フランス憲法院および国務院が、EC裁判所との「戦争」を回避すべく、EC判例の論理を綿密にたどりながら、イタリア憲法裁判所ともドイツ連邦憲法裁判所とも異なる「第三の途」を模索し、EC裁判所との「対話」継続への努力姿勢を見せたことである。特にドイツ連邦憲法裁判所が、憲法改正の限界を規定するボン基本法79条3項を絶対的前提とし、いわば純粋に国内憲法レベルの論理を組み立ててきたのに対して、フランス憲法院および国務院は、あくまでEC判例の設定した土俵に上がり、一方で、EC裁判所による保障がなされている憲法原理については、EC裁判所の排他的管轄権限を承認するとしつつ、他方で、EC裁判所の論理を逆手にとって、EC裁判所による保障が行われえない、フランス憲法に「固有な」憲法原理に限り、EC指令の間接的違憲審査を留保した。確かに、結論的には、EC指令の間接的違憲審査の可能性を留保した点で、EC裁判所と一致しないが、前提となる論

176) BVerfG, Beschluss, 13-3-2007, précit., Gründe C-I-2.

理は、EC裁判所と国内裁判所の相互補完的な役割分担論である。この点は、EC法と憲法規範との階層関係の論理を貫徹することなく、あくまでも国内裁判所とEC裁判所との管轄権の調整という、平和共存型の論理を展開したものとして積極的に評価すべきであると思われる。

最後に、二つの残された課題を指摘しておきたい。

まず、本論において検討したように、憲法院と國務院のいずれの新判例についても、現時点では不明確な点が残されていた。このような不確定性は、判例による法形成においては不可避の問題であるが、新判例の対象となる国内法令の範囲、違憲審査の際に基準となるEC法規範の範囲、更には、国内憲法規範と「同等な保障」のEC法秩序における存否の審査態様等、新判例の射程の明確化に大きな意義を持つ重要な点につき、いずれも不明確な点が残されている。

次に、本年7月23日の憲法改正について、一言しておかねばならない¹⁷⁷⁾。同憲法改正は、現行の1958年憲法の大改正であるが、本稿との関係では特に、通常裁判所において違憲の抗弁が導入されたこと（新61-1条）が重要である¹⁷⁸⁾。本論でも随所で指摘したように、フランスの通常裁判所の判例法は全て、通常裁判所には違憲立法審査権限が無いという、フランス大革命以来の大原則を前提として形成されてきている。それゆえ、2008年夏の憲法改正により、通常裁判所においても立法に対する違憲主張が可能とされたことは、今後の通常裁判所の判例に大きな影響をもたらす可能性がある。特に、本稿で指摘した「ヨーロッパ法の憲法化」および「憲法のヨーロッパ化」現象を考慮するならば、従来のような「憲法適合性審査」と「条約適合性審査」との峻別を前提とする判例理論の体系が維持できるかについては、疑問が生じよう¹⁷⁹⁾。

177) Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, JORF 24-7-2008, p. 11890.

178) V. Mbongo, Pascal, Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité, D. 2008, Chron., 2089; Roux, André, Le nouveau Conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ?, JCP 2008, I, 175; Verpeaux, Michel, Question préjudicielle et renouveau constitutionnel AJDA 2008, 1879.

いずれにせよ、通常裁判所における違憲の抗弁の導入には、組織法律の制定が予定されており、その制定には、まだ暫く時間が必要であろう。しかし、具体的な制度運用が始まった暁には、本稿の主題に関しても、予想外の判例展開の可能性あることを最後に指摘しつつ、擱筆することにした。

[2008年10月12日脱稿]

付記：本稿執筆のための文献・資料収集には、「科学研究費・基盤研究（B）システムとしてのヨーロッパ行政法の形成—基本原理・基本原則の分析」（2006-2010年度）による助成を受けた。

179) Cf. Alberton, Ghislaine, *Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ?*, AJDA 2008, 967; Cassia, Paul & Emmanuelle Saulnier-Cassia, *Contrôle de constitutionnalité «a posteriori» et contrôle de conventionnalité de la loi : une coexistence impossible ?*, D. 2008, 166.