

裁判による条約の審査について（一）
— 統治行為論の射程 —

齊藤芳浩

目次

問題の所在

第一章 予備的考察

第一節 条約に関するフランスの制度と運用

第二節 条約に関するわが国の制度と運用

第二章 条約と統治行為—フランス—

第一節 条約の内容

第二節 条約の交渉

第三節 条約の締結手続

第四節 条約の締結の決定

裁判による条約の審査について（二）——統治行為論の射程——

第五節 条約の公布

第六節 条約の解釈

第七節 条約の執行

第八節 条約の留保・改正

第九節 条約の終了・運用停止

第十節 小括（以上本号）

第三章 条約と統治行為——日本——

第四章 考察

問題の所在

従来、条約に関し、日米安全保障条約問題を契機として、⁽¹⁾条約の内容に関する司法審査はどこまで及ぶか、といった問題が議論されてきた。一方、条約の内容の合憲性の問題を除いて、条約の締結から終了に至る手続あるいは行為についての議論状況をみると、国会による統制の観点からの研究がある程度みうけられるものの、司法審査の及ぶ範囲についての議論はあまりなされていなかったようである。

さらに、条約の締結から終了に至る手続または行為に関連する司法審査と一口に言っても、分析的に観察するならば、その内容は多岐にわたる。条約の内容に対する司法審査を別としても、条約の交渉、条約の批准・承認手続、条約の批准・承認の決定、条約の公布、条約の解釈、条約の執行、条約の留保、条約の改正、条約の終了・運用停止など、に関する司法審査の射程が問題となる。

これらの行為は、個別にみるならば、それぞれ重要性を有するものであり、「条約の締結手続は、統治行為である」などというような、おおざっぱな括りで済まされるようなものではない。例えば、実際にわが国では、条約の承認手続に議会承認があるかどうかという問題について、司法審査が及んでいるのであるから、それだけとってみても個別的な検討が必要であることがわかる。

本稿は、これらの条約に関する行為について、具体的な事例を参照しながら、それぞれの内容と性質を明らかにし、その上

で、その内容と性質に応じて、どの程度の範囲で裁判による審査が及ぶのか検討を加えようとするものである。その際、素材として、わが国の事例とともに、事例が比較的豊富であるとともに、統治行為論の母国でもある、フランスの事例を参照していく。

なお、本稿では、「条約」という語で、国際約束⁽³⁾一般をさす場合と、限定された意味での条約（わが国の場合ならば、国会承認を受けているもの）をさす場合がある。文脈上、どちらの意味で用いているか明らかと思われる場合は、特に注釈をつけず条約という語を用いるが、この両者が混同されるおそれがあると思われる場合や、特に行政取極等を含む国際約束一般を意味する場合は、前者の意味の条約については「国際約束」という言葉を使う場合がある。

本稿では、まず、議論する上での基礎作業として、条約の締結ないし終了手続に関する、フランスとわが国の制度と運用を確認する（第一章）。次に、フランスとわが国における具体的運用を、個別の手続ごとに検討し（第二章、第三章）、そして、最後に、条約の締結ないし終了手続に関する裁判による審査の射程について、全体的な考察を加えるとともに、若干の理論的検討を行なう（第四章）。

(1) 最高裁大法廷一九五九（昭和三四）年二月一六日判決（砂川事件）刑集一三卷一三三三—三五頁。

(2) 本稿では、司法審査という用語のほか、フランスの憲法院の行なうような抽象的審査を含めるために、裁判による審査という用語を用いる。

(3) 「国際約束」という用語は、広い意味での条約を示すときに用いられるもので、外務省設置法四条四号および五号などで用いられている。

第一章 予備的考察

本章では、本稿の主題を理解するために不可欠な、フランス国内とわが国の国内における、条約に関する現実の制度と運用を確認していく。ただし、ここでは、確認作業以上の、条約関係の制度と運用に対する理論的考察は控える。まず、フランスの制度と運用をみよう。

第一節 条約に関するフランスの制度と運用

一 フランスにおける条約の締結手続

(1) フランス第五共和国憲法上の条約および国際協定の概念

条約の締結手続をみる前に、フランス国内法における、条約の概念を確認しておこう。フランス第五共和国憲法は、次のように定めている。

第五二条 共和国大統領は、条約について交渉し、かつ、これを批准する。

共和国大統領は、批准に付されない国際協定の締結を目的とするすべての交渉について報告を受ける。

このように、第五共和国憲法は、「条約」(traité)と「国際協定」(accord international)を区別している。条約は、大統領

の名において、交渉され、批准される。これに対し、国際協定は、政府の名において締結され、批准に附されない。この国際協定は、さらに、国際法上の、事後的な承認の対象になるもの(国際法上の「承認」「受諾」など)と、対象とならないもの(署名だけで国際法上の効力が発生するものなど)に区別される。⁽⁴⁾なお、この条約と国際協定という区別は、批准の存否と国内的な手続に注目した区別であり、国際法上の、条約、協定等の概念とは一致しない。⁽⁵⁾

国内手続における、より実質的な区別は、憲法五三条による区別である。五三条一項・二項は、以下のように規定している。

第五三条 平和条約、通商条約、国際組織に関する条約もしくは協定、国の財政を拘束する条約もしくは協定、法律の性

格をもつ規定を変更する条約もしくは協定、人の身分に関する条約もしくは協定、領土の割譲、交換または併合を内容に含む条約もしくは協定は、法律によらなければ、批准され、または承認されない。

前項の条約もしくは協定は、批准され、または承認された後でなければ、効力を発しない。

これをみればわかるとおり、五三条は、国際約束の内容により、議会による締結の許可が必要な国際約束とそうでないものを区別している。したがって、国際法上の批准に附されない国際約束であっても、その内容によっては、議会の許可が締結の前提として必要となる場合があるし、国際法上の批准を要求されている国際約束であっても、その内容によって、議会の許可が必要ないものもあり得る。⁽⁶⁾

さらに、五三条の議会の許可に代えて、大統領は、憲法二一条により、「憲法に反することはないけれども、諸制度の運営に影響をおよぼすであろう条約の批准を許可することを目的とする法律案」を人民投票に付託することができる。この「条約」の中には、「国際協定」も含まれると解されている。⁽⁷⁾

(2) フランスにおける条約および国際協定締結ならびに終了・運用停止の国内手続

第五共和制下のフランスにおける国際約束締結ないし終了・運用停止の国内手続について、まず、議会による批准の許可が必要で、大統領によって批准される条約の典型的な締結手続を追うことによって確認してみよう。

国際法上の批准が必要な条約については、その交渉は、大統領の指揮下で行われる。大統領は全権委員を任命し、全権委任状に署名する。全権委員は大統領の名で交渉を行う。条約案文が確定されると、条約に署名がされる。次に、政府は、当該条約につき、コンセイユ・データ (Conseil d'Etat) の意見を聴いた後、閣議で審議し、議会に許可を求める法律案を提出する。⁽⁸⁾ なお、このとき大統領は、議会に許可を求める代わりに、許可を求める法律案を人民投票にかけることができる。議会で条約の批准を許可する法律案が可決されると、⁽⁹⁾ 大統領は、国際法上の批准を行うかどうかを決定し、批准書に署名する。大統領は、このとき、批准をすることを拒否できるし、いつ行うかも自由に決定できる。⁽¹⁰⁾ 批准書の交換等がなされると、国際法上、条約に拘束されることについての同意が確定的となる。そして、国内的には、「個人の権利義務に影響を及ぼすであろう性質」の国際約束については、⁽¹¹⁾ 大統領はデクレにより、これを公布しなければならぬとされている。⁽¹²⁾

次に、議会での許可が必要なく、批准のいらぬ国際協定の典型的な締結手続を追ってみよう。

批准のいらぬ協定については、政府の指揮の下で交渉が進められる。大統領は、政府から報告を受けるだけである。政府が協定の交渉を行い、合意がなされると署名される。なお、署名の委任状が発出されるときは、委任状は外務大臣によって署名される。国際法上は、署名だけで効力が発生する場合が多い。そして、国内的には、「個人の権利義務に影響を及ぼすであろう性質」の国際約束については、大統領はデクレにより、公布しなければならぬとされている。また、国内法秩序におい

ては、この公布のデクレに大統領が署名することが、国際約束に国内的効力をもたらす憲法五五条における「承認」であるとされる(第二章第三節二(3) ナヴィガートル社事件参照)。

それでは、条約の終了・運用停止の国内的手続はどのようなものだろうか。フランスでは、条約の終了・破棄については、執行権が議会の介入なしにそれらの行為を行えるとされる。これは、議会の許可は、締結を確定するものではなく、単に締結が可能という状態にするという意味であるから、条約の締結している状態を止めることについて新たな許可は必要ないという理由に基づく⁽¹³⁾。もともと、議会には、政府を不信任することで、条約の終了・破棄について政府をコントロールする道が残っている⁽¹⁴⁾。また、条約の運用停止についても、条約の終了同様、執行権は、議会の介入なしに、その行為を行えるとされている⁽¹⁵⁾。

なお、現在では、「個人の権利義務に影響を及ぼすであろう性質」の国際約束に関する留保・解釈宣言およびその撤回ならびに国際約束の終了・破棄も公布の対象になっている⁽¹⁶⁾。条約の運用停止は、法令上は、公布の対象となっていないけれども、現在の判例では(第二章第九節二参照)、公布が必要とされている⁽¹⁷⁾。

次に、フランス国内において、国際約束が法律・行政行為に対していかなる地位を占めているのかを確認しておこう。

二 フランスにおける条約の国内的効力 — 条約と法律及び行政行為 —

フランスの第五共和国憲法五五条は次のように定めている。

第五五条 適法に批准されまたは承認された条約もしくは協定は、他方当事国による各協定もしくは各条約の施行を留保条件として、公布後直ちに法律より優越する効力をもつ。

この規定により、現在では国際約束の国内的効力が、国内法による補完、具体化を要することなく、認められるという状況になっている。もともと、国際約束が国内的に効力をもつためには、いくつかの条件がある。まず、前提条件として、①国際約束が自動執行の性格をもつこと、次に、五五条の定める条件として、②国際約束が適法に批准されまたは承認されていること、③国際約束が公布されていること、④相互性の条件を満たしていること、である。これらの条件が満たされるときに、国際約束が国内法秩序で効力をもつことになる。しかし、この現在の段階に至るまで、国際約束の国内的効力についての取り扱いは変遷を経ている。国際約束が国内法へ組み入れられていった歴史的経緯を時代を追いながら確認しておこう。⁽¹⁸⁾

(1) 第三共和制

第三共和制憲法には、条約の締結手続に関する規定（一八七五年七月二六日憲法的法律八条）はあったものの、条約の国内的効力に関するいかなる規定もなかった。それでは、司法裁判所と行政裁判所は、条約の国内的効力をどのように扱っていたのだろうか。

司法裁判所は、一八七五年憲法以前から公布を条件として条約が国内で適用されるとしていた。破棄院 (Cour de cassation) は、一九世紀初頭から、「条約は法律の効力をもつ」という立場をとっていたのである。破棄院が、このように条約と法律を同一視し、両者が同じレベルのものともなしていたことから、両者が矛盾するときには後法優位の原則がとられた。この考え方は、条約とそれよりのちに制定された法律との関係が問題となった、破棄院民事部一九三二年二月二日のサンシェ対ゴズラン事件判決⁽¹⁹⁾における、一般代理官 (検事長) (procureur général) マッテル (Paul Matter) の有名な論告⁽²⁰⁾において、次のように表現されている。「あなた方 (破棄院の判事 (引用者補足)) は法律の意思以外のいかなる意思も認識しないし、また知ること

もできない。これがわれわれの司法制度がよって立つ原理そのものである」。

一方、行政裁判所は、司法裁判所より慎重な立場をとっていた。行政裁判所は、越権訴訟 (recours pour excès de pouvoir) と全面裁判訴訟 (contentieux de la pleine juridiction)⁽²¹⁾とで異なった態度をとっていたと思われる。越権訴訟では、条約違反という理由は行政行為の取消の根拠として認められなかった。⁽²²⁾これに対して、全面裁判訴訟では、少なくともいくつかのケースで、条約の援用が認められていた。⁽²³⁾

しかし、この区別は論理性に乏しく、また、場合によっては、越権訴訟で条約を適用したり、逆に全面裁判訴訟で条約の適用を認めなかったりしていたので、行政裁判所の態度ははっきりしたものとはいえなかった。⁽²⁴⁾

(2) 第四共和制

一九四六年憲法は、第三共和制憲法とは異なり、条約の国内的効力について明確に規定していた。二六条では、「適法に批准され公布された外交上の条約は、その条約がフランスの法律と矛盾する場合であっても、法律としての効力を有する。そして、その条約の適用を確保するためには、条約の批准を確保するために必要な立法上の措置を必要としなす」とされ、国際法と国内法の関係につき一元的立場がとられていた。また、二八条では、「適法に批准され公布された外交上の条約は、国内法律より優越する効力を有する…」とされていた。なお、二六条で条約が法律としての効力をもつとし、二八条で条約が法律より優位するとしているので、一見矛盾があるようにもみえる。しかし、二六条は、単に条約が国内で適用可能であることを示し、二八条は、規範のヒエラルヒーを決定しているのであって、矛盾があるわけではないと説明されていた。⁽²⁵⁾

この憲法により、行政裁判所は、行政行為の取消が争われる越権訴訟においても、条約を根拠として判決できるようなった。⁽²⁶⁾しかし、憲法の規定からすれば、後法優位というマッテル法理も放棄されるべきであつたはずであるのに、破棄院もコンセイユ・デタもこの法理をあいかわらず維持していた。これは、立法権を優位とするフランス的な権力分立の考えにより、司法裁判所も、行政裁判所も、法律の審査権をもたないという原則に由来する。この権力分立の原理を規範のヒエラルヒーの原理より優越させることによって、司法裁判所も、行政裁判所も、法律の合憲性審査権はもちろん、法律の条約適合性審査権をもたないことになつたのである。⁽²⁷⁾

(3) 第五共和制

一九五八年憲法は、この問題について第四共和制憲法の立場を維持している。すでにみたように、憲法五五条は、「適法に批准されまたは承認された条約もしくは協定は、他方当事国による各協定もしくは各条約の施行を留保条件として、公布後直ちに法律より優越する効力をもつ」と規定している。また、一九五八年憲法は、憲法院 (Conseil constitutionnel) を新たに創設し、それに法律の合憲性審査を担わせるとした。それでは、第五共和国憲法下では、裁判所により、条約と条約より後に制定された法律との効力関係は実際にどう扱かれることになつたか。

まず、憲法院は、人口妊娠中絶法がヨーロッパ人権条約の条項に違反しているかどうか争われた、一九七五年一月一五日の判決で、⁽²⁸⁾憲法院は、条約と法律との適合性を審査する権限をもたないと判断した。憲法院は、憲法五五条が条約の法律に優越する効力を定めていることを確認した。しかし、この憲法は、条約の法律に対する優越という原理が、憲法六一条が定めている憲法院の権限によつて確保されることを命じていないし、含意もしていない。その理由は次である。憲法六一条によつ

てなされる判決は絶対的で決定的な性格をもつものに対して、条約は、その適用範囲が署名国との間に限られているという点で相対的であり、また相互性の条件のために、時期のよって適用が左右される点で偶然的であるという性格をもっている。また、「条約に反する法律は、そうだからといって、憲法に反するとはいえないであろう」。以上の法律の条約適合性の審査と法律の合憲性の審査との性質の違いから五五条の原理は六一条の手続によつては保障されない。この判決で、憲法院は、自ら条約と法律の適合性審査についての管轄権がないと宣言したので、結局、その管轄権の空白を埋める必要が出てきた。

破棄院合同部は、この憲法院の判決を受けて、一九七五年五月二四日のジャック・ヴァブル事件判決で、マッテル法理を放棄し、条約が、それより後に成立した法律に対して優越することを認めた。一般代理人(検事長 トゥフエ (Touffait))は、本件の論告で、その根拠を二つあげている。ひとつは、憲法院が、自ら無権限であることにより、黙示的に司法・行政裁判所に管轄権を委ねたとみられること。もうひとつは、通常裁判所が法律の条約適合性を審査できないわけは、通常裁判所が法律の合憲性審査機関でないからとされているが、憲法院が法律の条約適合性審査と合憲性審査を別のものであるとしたから、法律の条約適合性審査は、通常裁判所が管轄できるとみられること。ただ、学説には、このような説明は不十分で、憲法五五条が、権力分立の憲法的原理を暗黙的に制限することによって、通常裁判所に法律の条約適合性審査権を与えたという説明が、このような解決を正当化できるとするものがある。⁽³⁰⁾

これに対して、コンセイユ・デタは、憲法院の判決の後も、しばらくマッテル法理を維持していた。しかし、争訟部大法廷一九八九年一〇月二〇日のニコロ氏事件判決で、とうとうマッテル法理を放棄し、条約の法律に対する完全な優位を認めたの⁽³¹⁾

であった。

このように、第五共和制では、条約は法律に優越する国内的な効力をもつことになった。なお、フランスでは、議会による承認を必要としない国際約束も、法律より上位の効力があるとされている。⁽³²⁾

条約と法律・行政行為との関係は以上で確認した。それでは、条約と憲法は、第五共和制フランス国内で、規範のヒエラルヒーの観点において、どのような関係にあるのか。これについて、次に検討しよう。

三 フランスにおける条約の国内的効力—条約と憲法—

第五共和制までは、条約の憲法適合性を裁判所が審査する制度は存在していなかった。しかし、第五共和国憲法によって、憲法院が創設され、この憲法院が条約の憲法適合性を審査することになった。その審査手続は事前審査が基本である点に特徴がある。この憲法院による条約の合憲性審査手続をみてみよう。

第五共和国憲法の運用の下では、条約の合憲性審査は、五四条の定める手続と六一条の定める手続により行われている。⁽³³⁾このうち、五四条による審査は、国際約束にのみ適用される特別なものである。これに対して、六一条による審査は、法律一般に適用されるもので、より一般的な性格をもつ。まず、前者の手続をみよう。

憲法五四条は、次のように定めている。

第五四条 共和国大統領、首相、両議院いずれかの議長、または六〇人の国民議会議員もしくは六〇人の元老院議員による付託をうけた憲法院が、国際協約が憲法に違反する条項を含んでいると宣言した場合には、憲法改正の後でなければ、

当該国際協約の批准または承認の許可はなしえない。

五四条の手続で、憲法院に付託できる者は、共和国大統領、首相、両議院いずれかの議長、または六〇人以上の国民議會議員もしくは六〇人以上の元老院議員である。もともと、付託権者は、共和国大統領、首相、両議院いずれかの議長だけであったが、一九七四年の六一条の手続における提訴権者の拡大に歩調を合わせる形で、一九九二年の憲法改正により、付託権者の範囲が拡大された。

付託できる時期は、これまでの実例によると、国際協約 (engagement international)⁽³⁴⁾の署名から、議会で、あるいは憲法一条による国民投票で批准・承認を許可する法律案が可決される前までとされている。

審査対象については、憲法五三条一項が予定する法律による許可が必要な国際協約に限られるのかどうか議論された。この点、これまでの運用では、政府が、必ずしも五三条一項の予定しない国際協約の批准・承認を許可する法律を、自己の裁量により、議会にかけるときは、憲法院は審査可能とされている。

それでは次に、憲法六一条による手続をみてみよう。憲法六一条二項は次のように定めている。

第六一条二項 「憲法適合性という」同じ目的で、法律は、その審署前に、共和国大統領、首相、国民議会の議長、元老院の議長、または、六〇人の国民議會議員もしくは六〇人の元老院議員によつて、憲法院に付託されることがができる。

この六一条による国際約束の合憲性審査については、そもそも五四条があるにもかかわらず、なぜ五四条に加えて六一条でも審査が可能となるのかという問題がある。これは、以下のような事情によると説明されている。六一条の手続で憲法院に付託できる者は、一九七四年の憲法改正により、六〇人の国民議會議員または六〇人の元老院議員にも拡大された。しかし、こ

のとき、なぜか五四条の付託権者を六一条と同様に拡大するという改正がなされなかった。この欠落を補う意味で、憲法院は一九七六年二月三〇日の判決で、六一条を国際約束の合憲性審査手続に利用できることを示唆した。⁽³⁵⁾これにより、国際約束の批准・承認を許可する法律を媒介として国際約束の内容も合憲性審査ができることとなった。

付託できる時期は、議会が国際約束の批准・承認を許可する法律を可決してから、大統領が法律に審署するまでの間である。現時点での、五四条との最大の相違はこの付託時期の差であるといえる。

なお、審査対象は、議会が可決した法律であり、国民投票によつて採択された法律には及ばない。⁽³⁶⁾

以上のように、フランスでは、憲法と条約との間に矛盾があつてはならないとされている。これは、憲法典の規定上必ずしも明らかでないものの、国内法秩序においては、暗黙的に、憲法が、条約より上位の効力をもつということが前提となつている。⁽³⁷⁾これについて、コンセイユ・デタは、争訟部大法廷一九九八年一月三〇日のサラン氏事件判決で、条約に付与された優越性は、国内法秩序においては、憲法的性質をもつ規定には適用されないと述べている。

また、右で論じたように、基本的に、憲法院は条約を事前審査する権限しかもっていない。それゆえ、憲法と条約の内容に矛盾があるとしても、裁判所がそれを事後的に審査し、条約を違憲であると宣言することはできない状況にある。ただし、憲法院は、条約の批准・承認手続については、間接的な形で、事後的に審査できるとされている。また、コンセイユ・デタも近年判例を変更し、条約の批准・承認手続を事後的に審査できるとした。これらについては、のちに詳述する(第二章第三節二参照)。次の節では、わが国の制度と運用を確認していこう。

- (4) Cf. Jean Combaucou et Serge Sur, *Droit international public*, 6^e éd., Montchrestien, 2004, p. 121.
- (5) 国際法上は、例えば協定という名の国際約束であっても批准されるものもあるし、逆に、条約という名の国際約束であっても批准されないものもある。— Cf. Thierry S. Renoux et Michel de Villiers, *Code constitutionnel*, 3^e éd., mise à jour au 2004, Litec, 2004, p. 473.
- (6) なお、この議会の許可が必要とされる事項には、軍事同盟、相互援助、不可侵に關する国際約束などの重要事項が入っていない。もともと政府は、リストにない国際約束についても、その裁量により、議会の許可を求めることができると解されている。— Cf. Pierre Pactet, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, 21^e éd., Armand Colin, 2002, p. 575 ; Elisabeth Zoller, *Droit des relations extérieures*, P. U. F., 1992, pp. 210, 211 et 213.
- (7) Cf. Pactet, *supra* note 6, p. 576.
- (8) Cf. Renoux et de Villiers, *supra* note 5, p. 474.
- (9) 国民議会および元老院の議院規則によらず、各議院が採決するのは、条約自体ではなく、条約の批准を許可する法律案である。この点は、わが国の採決の仕方に類似している。— Cf. Zoller, *supra* note 6, p. 221. なお、領土の割譲・交換・併合については、關係する住民の同意が必要とされる（憲法五三條三項）。
- (10) Cf. *ibid.*, p. 77 ; Pactet, *supra* note 6, p. 574.
- (11) 逆に言うべ、個人の権利義務にかかわらない国際約束については、すべてが公布されるわけではない。— Cf. Pactet, *supra* note 6, p. 581.
- (12) Décret n° 53-192 du 14 mars 1953, art. 3. なお、フランスが加入している国際約束により、国際機関が発した国際約束をその国際機関が公布する場合に、国内的な公布は不要とされる。— Cf. Zoller, *supra* note 6, p. 79.
- (13) Cf. *ibid.*, p. 230 ; Pactet, *supra* note 6, p. 575.
- (14) Cf. Zoller, *supra* note 6, pp. 230-231.
- (15) Cf. Cour d'appel de Paris, 28 janvier 1926, Renault et Soc. des usines Renault, C. Soc. Rousiski Renault, *Sirey*, 1927, II, pp. 1-4, note J.-P. Niboyet.
- (16) Décret n° 53-192 du 14 mars 1953, art. 4 et 5.
- (17) Cf. Geneviève Burdeau, Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'état de droit, *Annuaire français de droit*

international, 1986, p. 855.

- (18) Cf. Ronny Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, mise à jour au 1990, Hachette, 1990, pp. 73-123. 邦語の文献として、参照 滝沢正「フランスにおける国際法と国内法—条約と法律を中心として—」上智法学論集四二巻一号（一九九八年）三九頁以下、建石真公子「法律に対する条約優位原則」の裁判的保障（二）—フランス一九五八年憲法第五五条の提起する問題—」名古屋大学法政論集一五一巻（一九九三年）二二九頁以下。
- (19) Cour de cassation, chambre civile, 22 décembre 1931, Sanchez C. cons. Gozland, *Dalloz*, 1932, I, pp. 131-141, concl. Paul Matter, note André Trasbot.
- (20) 一般代理人（検事長）の論告は、中立的な立場で述べられる諮問的な意見であり、判事を拘束するものではないが、重要な意義をもつ。—参照、北村一郎「フランスにおける公的輔佐（ministère public いわゆる検察）の概念」（山口俊夫編（代）『野田良之先生古稀記念』東西法文化の比較と交流』、有斐閣、一九八三年、所収）七〇一頁以下。
- (21) 越権訴訟とは、行政決定の取消を求めるもので、全面裁判訴訟とは、原状回復・損害賠償などを求めるものである。
- (22) Cf. Conseil d'État, 28 mai 1937, Sieur Decerf, *Sirey*, 1937, III, pp. 73-75, note Pierre Laroque.
- (23) Cf. Conseil d'État, 12 juin 1901, Ducand, *Recueil des décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs (=Lebon)*, p. 524.
- (24) Abraham, *supra* note 18, pp. 74-75.
- (25) *Ibid.*, p. 75.
- (26) Cf. Conseil d'État, 30 mai 1952, dame Kirkwood, *Revue du droit public*, 1952, pp. 781-795, concl. Letourneur, note Marcel Waline.
- (27) Abraham, *supra* note 18, pp. 105-106.
- (28) Conseil constitutionnel, 74-54 DC du 15 janvier 1975, L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (=GDCC)*, 13^e éd., Dalloz, 2005, pp. 303-333.
- (29) Cour de cassation, chambre mixte, 24 mai 1975, Administration des Douanes c. Société Cafés Jacques Vabre et autre, *Juristat*, *périodique (La Semaine juridique)*, 1975, II, n° 18180 bis, concl. Touffrât.
- (30) Abraham, *supra* note 18, pp. 110-111 et 116.

- (31) Conseil d'État, Assemblée, 20 octobre 1989, M. Nicolo, *Lebon*, pp. 190-199, concl. Patrick Frydman ; *Revue française de droit administratif*, 1989, pp. 813-833, concl., note Bruno Genevois, pp. 993-999, note Louis Favoren, pp. 1000-1008, note Louis Dubouis ; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1989, pp. 788-792, note Denys Simon, pp. 756-763, chron. Edmond Honorat et Eric Baptiste ; *Revue trimestrielle de droit européen*, 1989, pp. 786-797, note Guy Isaac ; Dalloz, 1990, J., pp. 135-141, note Paul Sabounin ; *Revue générale de droit international public*, 1990, pp. 91-102, note Jean Boulois ; *Revue critique de droit international privé*, 1990, pp. 139-143, note Paul Lagarde ; *Journal du droit international*, 1990, pp. 5-33, note Jacques Dehaussy ; *Revue du droit public*, 1990, pp. 801-811, note Jean-François Touchard ; *Annuaire français de droit international*, 1990, pp. 944-947, chron. J-F. Lachaux ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Brabant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (=GAJA), 15^e ed., Dalloz, 2005, pp. 683-694.
- (32) Cf. Abraham, *supra* note 18, pp. 26 et 106.
- (33) 参照「大藤紀子」フランスにおける批准前の条約の合憲性審査について (一) (二)「橋研究」一八巻一四号 (一九九三年) 七一頁以下、一八巻四号 (一九九四年) 八九頁以下、矢口俊昭「現代フランスにおける国際取極の違憲審査」(現代憲法学研究会編、小林直樹先生還暦記念『現代国家と憲法の原理』、有斐閣、一九八三年、所収) 一四七頁以下、同「欧州統合に関わる諸条約と憲法院」(中村睦男ほか編『欧州統合とフランス憲法の変容』、有斐閣、二〇〇三年、所収) 一〇四頁以下、大河原良夫「フランス憲法院と条約」(東京都立大学法学会雑誌三四巻一四号 (一九九三年) 二二二頁以下)。
- (34) この「国際協約」という概念は、「条約」「国際協定」の両概念にかかわるものである。
- (35) Conseil constitutionnel, 76-71 DC du 30 décembre 1976, *Dalloz*, 1977, J., pp. 201-206, note Léo Hamon ; Ronny Abraham, *supra* note 18, p. 51.
- (36) Conseil constitutionnel, 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Recueil de jurisprudence constitutionnelle* (=RJC), 1959-1993, Litec, 1994, pp. 510-511.
- (37) Cf. Abraham, *supra* note 18, pp. 35-36 ; Renoux et de Villiers, *supra* note 5, p. 493.
- (38) Conseil d'État, Assemblée, 30 octobre 1998, M. Sarrau et Levaucher et autres, *Revue française de droit administratif*, 1998, pp. 1081-1093, concl. Christine Maugié. なお、この判決は「大藤紀子」規範内部の「規範違反」——セラン (Sarrau) 事件判決 (CF, Ass., 30-10-1998) をめぐって——聖学院大学総合研究所紀要三三巻 (二〇〇一年) で紹介されている。

第二節 条約に関するわが国の制度と運用

一 わが国における条約の締結手続

(1) 日本国憲法上の条約の概念

先に、日本国憲法における条約の概念を確認しておこう。日本国憲法九八条二項にいう「条約」とは、名称の如何にかかわらず、日本が当事国であるすべての国際約束を意味する。その中には、国会の承認を必要とする国際約束および国会の承認を必要としないその他の国際約束がすべて含まれている。これに対し、七三条三号の「条約」とは、締結について国会の承認を必要とする国際約束を意味する。この場合も、条約という名称を持っているかどうかにかかわらず、国会の承認を必要としない国際約束の締結は、七三号二号の「外交關係を処理すること」に含まれるものとして、内閣の専権事項となるとされている。⁽³⁹⁾

それでは、国会承認が必要な条約とそれ以外の条約をどのように区別するのか。これにつき、一九七四年に政府を代表して、大平国務大臣は、以下のように説明している。⁽⁴⁰⁾

(一) 国会の承認が必要な条約(七三条三号の条約)は、①法律事項を含む国際約束、②財政事項を含む国際約束、③わが国と相手国との間、あるいは国家間一般の基本的な關係を法的に規律するという意味において政治的に重要な国際約束であつて、それゆえに、発効のために批准が要件とされているもの、という三基準のいずれかに該当するものである。⁽⁴¹⁾

(二) 国会承認条約に該当しない国際約束は、①すでに国会の承認を経た条約の範囲内で実施し得る国際約束、②国内法の範囲内で実施し得る国際約束、③すでに国会の議決を経た予算の範囲内で実施し得る国際約束、のいずれかに当たるもので、七三条二項にいう外交関係の処理の一環として行政府限りで締結し得るもの(行政取極)である。

次に、わが国における、条約締結および終了・運用停止手続を確認しておこう。

(2) わが国における条約締結および終了・運用停止の国内手続

日本国憲法下での条約締結手続を見る前に、大日本帝国憲法下での条約締結手続を参考までにみておこう。

明治憲法一三条は、「天皇ハ戦ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ条約ヲ締結ス」とし、条約締結を天皇の大権事項として、議会の介入を排除している。このことを、憲法義解では、「外国と交戦を宣告し、和親を講盟し、及条約を締結するの事は総て至尊の大権に属し、議会の参贊を假らず。此れ一は君主は外国に対し国家を代表する主権の統一を欲し、二は和戦及条約の事は専ら時機に應じ籌謀敏速なるを尚ぶに由るなり。…専ら議会の関渉に由らずして天皇其の大臣の輔翼に依り外交事務を行ふ」と説明している。⁽⁴²⁾ 明治憲法を制定する過程では、一定の条約締結に議会の関与を認める意見もあったものの、⁽⁴³⁾ 結局、君権主義が強調され、天皇の専権となったのであった。⁽⁴⁴⁾ なお、枢密院官制六条によると、「列国交渉ノ条約及約束」⁽⁴⁵⁾ は、枢密院の諮詢を経るものとされ、公布については、公式令八条によって、「国際条約ヲ発表スルトキハ上論ヲ附シテ之ヲ公布ス」と定められていた。

これに対し、日本国憲法は、その七三条三号で、内閣の事務として、「条約を締結すること。但し、事前に、時宜によつては事後に、国会の承認を経ることを必要とする」と定め、旧憲法とは異なり、条約締結の民主的統制を認めている。ただ、こ

ここでは、先にもみたように国会の承認が必要な国際約束についてなら限定がなされていない。実は、憲法制定過程⁽⁴⁷⁾では、「国民の権利義務に係る条約（立法事項を含む条約）」「国家又は国民に財政上の負担を課する条約」「講和条約、領土変更条約、修好、通商航海条約等国家に重大なる義務を課する条約」については、国会の協賛を要するとする意見などもあったのであるけれども、結局、憲法の条文に織り込まれることはなかった。また、現行憲法は、六一条で国会承認の手続について規定し、七条一号で条約の公布について定めている。

ところで、条約法に関するウィーン条約^{一一}一条によると、条約の締結手続のうち、条約に拘束されることへの同意表明は、署名、条約を構成する文書の交換、批准、受諾、承認もしくは加入により、または合意がある場合は、他の方法により表明することができる⁽⁴⁸⁾とされている。これを意思表示の方法ないし回数からみて類型化してみよう。批准、受諾、承認は、条約文の確定の意思表示↓条約に拘束されることへの同意表明、という類型に入る（類型二）。加入は、条約に拘束されることへの同意表明のみの類型に入る（類型三）。この加入という手続はすでに条約内容が確定されている条約に事後的に加わる場合に用いる手続であるから、条約文の確定の意思表示というものは存在しないのである。署名、条約を構成する文書の交換は、条約文の確定の意思表示と条約に拘束されることへの同意表明を同時⁽⁴⁹⁾に行う類型に入る（類型三）。なお、国際法上、批准書・受諾書・承認書・加入書が、交換（二国間条約の場合）、寄託（多数国間条約の場合）または通告（簡略な形式）されたとき、条約に拘束されることについての同意が確定となる。また、類型三の署名、文書の交換等の場合は、その署名・文書の交換等によって同意が確定となる。これらの類型を基にしながら、国内手続がどのようにとられるのかをみてみよう。

まず、国会の承認を要する条約の場合を考えよう。⁽⁵⁰⁾類型一の場合は次のような手続になる。まず、条約の締結交渉は当事国

の権限がある者によって行われる。権限がある者とは、全権委任状をもつ者、関係国の慣行やその他の状況から全権委任状を必要としない者、および職務の性質から全権委任状を必要としない者である(条約法に関するウィーン条約七条)。わが国では、この国際法上の全権委任状にあたるものとして、憲法上の全権委任状と外務大臣が発給する参加・署名委任状がある。前者の発給は、外務大臣の申出により、内閣が閣議決定し、天皇の認証を受ける(外務公務員法八条二項および憲法七条五号)。後者は、外務大臣が発給する⁽⁵¹⁾。

交渉が行われ、条約の案文に関し実質合意がなされると内閣法制局により条約案の審査が行われる⁽⁵²⁾(内閣法制局設置法三条一号)。次に、条約文への署名のために閣議決定がされ、条約文に対して署名がされて、条約文が採択・確定される。

署名の後、条約案を国会に提出するための閣議決定がされる。次に、条約案が国会で審議され、承認される⁽⁵³⁾。このとき、参議院が衆議院と異なつた議決をしたときは、衆議院優越の原則が働く(憲法六一条)。なお、条約の規定に基づかない留保をする場合は、留保を付して条約を締結するという事について国会の承認が求められる。これに対して、条約の規定に基づいて留保の場合は、国会の承認を得ている条約の枠内の行為であるという理由で、国会の承認を経ず、行政府のみの判断で行つて⁽⁵⁴⁾。

国会で承認されると、批准の場合は、内閣で批准の閣議決定をし、天皇が批准書を認証(憲法七条八号)する。受諾・承認の場合は、内閣が閣議決定をし、外務大臣が受諾書、承認書に署名する。

類型二の場合は、右の説明のうち、条約文への署名までの段階がない以外は、おおむね同じである⁽⁵⁵⁾。なお、この加入の場合には、内閣が閣議決定をし、外務大臣が加入書に署名することになる。

類型三の場合は、交渉がされ、条約案ができると(類型一の内閣法制局の審査までの部分に相当)。次に条約案が閣議決定を経て国会に提出され、国会承認を受ける。そのうち、内閣が閣議決定をして、条約に署名・文書交換をする。

なお、実際には、国会の承認手続が、批准後、文書交換の後、署名の後、加入・受諾・承認の後等に、つまり、「事後に」なされたことがある。⁽⁵⁶⁾

国会承認条約の公布は、内閣の助言と承認に基づき天皇によりなされ(憲法七条一号)、官報に掲載される。このとき、公布の時期については、特に法令の定めがないので、内閣が決定することになる。⁽⁵⁷⁾

国会の承認を必要としない行政取極についての国内手続も、三つの類型にわけられる。第一は、署名、文書の交換等のみで、条約の当事国になる場合(先の類型三)。第二は、受諾・承認の手続を要する場合(先の類型二)。第三は、加入の手続を要する場合(先の類型一)。

第一の場合は次のようになる。当事国の権限のあるものにより交渉が行われ、案文に関し実質合意がなされると、内閣法制局で調整がなされる。⁽⁵⁸⁾その後、通常は署名等のための閣議決定がなされ、署名等が行われる。行政取極の公布については、特に法令に規定はない。実務上は、慣例として、外務省または主務省による官報での告示という形式でなされる。⁽⁵⁹⁾

第二の受諾・承認という手続を要するものは、典型的には次のような手続をとる。当事国の権限のあるものにより交渉が行われ、案文に関し実質合意がなされると、内閣法制局で調整がなされる。閣議決定の上、案文に署名などがされた後、さらに内閣が閣議決定をし、外務大臣が受諾書・承認書に署名をするという手続になる。

第三の加入の場合は、条約文への署名までの段階がなく(内閣法制局の調整はある)、内閣が閣議決定をしたのち、外務大臣が

加入書に署名することになる。

条約の終了・運用停止の場合の国内手続はどのようなものだろうか。条約の廃棄・終了の場合、当該条約に廃棄・終了に関する規定がある場合とそうでない場合に区別される。実務上、条約に規定がある場合には、国会の承認は必要なく、行政府の専権で条約の廃棄・終了が行えるとみなされている。これに対して、条約に規定がない場合についての、政府のはっきりした見解はない。⁽⁶⁰⁾ また、条約の運用停止手続に関して政府の見解は特に示されたことがないので、国会承認の必要性についても明らかではない。

次に、わが国において、条約が国内法による補完・具体化なして、国内的効力を有するかどうかということと、条約と法律・行政行為との効力関係について、歴史的経過に従いながら確認しよう。

二 わが国における条約の国内的効力—条約と法律及び行政行為—

(1) 大日本帝国憲法体制

旧憲法には、条約の国内的効力について、特に定めがなかった。もともと、「凡ソ条約ハ法律ト同一ノ力ヲ有」⁽⁶¹⁾することを当然の前提としていた憲法起草者もいた。この問題について、政府は、条約を公布することにより直ちにその条約が国内的効力をもつという立場をとっていた。また、国内法秩序における条約の地位について、政府は、条約は法律と同順位にあり、後に公布された条約は、前に制定された法律と抵触する限度において、その法律に代わって適用されるものとして取り扱っていた。⁽⁶²⁾ この立場を表明したものとして、日本政府が、一九〇六年九月三〇日にオランダ政府の照会に対し公式に回答したものがあ

る。そこでは、「…条約ハ国法ノ一部トシテ公布ニ依リ当然一般ノ遵由力ヲ有スルモノト解シ特ニ法律命令ヲ制定シテ之ヲ国法中ニ編入スルカ如キコトナク又条約ノ規定ニ抵触スル法律命令ノ規定ハ当然変更セラレタルモノト解釈致居候…」と述べられている。⁽⁶³⁾

また、実際、条約に直ちに国内的効力を認めた例として、「日清講和条約」第五条（一八九五年四月一七日調印）、「船舶衝突ニ付テノ規定ノ統一ニ関スル条約」第七条および「海難ニ於ケル救援援助ニ付テノ規定ノ統一ニ関スル条約」第一〇条（一九〇一年九月三日調印）などがある。後者は、時効期間について商法と異なる定めをおいていたが、そのまま法律と同等の効力が認められた。⁽⁶⁴⁾

さらに、条約ではなく、国際慣習法についてはあるが、判例として次のものがある。大審院一九二八（昭和三）年一二月二八日決定は、「…凡ソ国家ハ其ノ自制ニ依ルノ外他国ノ権力作用ニ服スルモノニ非サルカ故ニ…民事訴訟ニ関シテハ外国ハ我国ノ裁判権ニ服セサルヲ原則ト」するとし、主権免除という国際法の原則が日本国内で有効であることを認めている。条約の国内的効力を認めた判例としては以下のものがある。東京地方裁判所一九三二（昭和七）年六月三〇日判決では、「…条約カ批准ヲ経テ条約トシテ完全ナル効力ヲ生スルト共ニ之ヲ国内ニ公布スルニ依リテ別段帝国議會ノ協賛ヲ経スシテ法律ト同一ノ効力ヲ有スルニ至ルモノト解スヘク我カ国ノ従来ノ先例モ亦常ニ此ノ解釈ニ從ヒタリ」とされた。またこの事件において、控訴を受けた東京控訴院一九三五（昭和一〇）年二月二〇日判決では、「…該条約は批准を経て条約として完全なる効力を生ずると共に之を大正十一年条約第三号として国内に公布せられたること公知の事実なるを以て右条約は前段帝国議會の協賛を経ることなく公布に依り直ちに法律と同一の効力を具備するに至れるものなりと解すべきこと我國憲法の精神並に実例に徴し一点

疑のなきところなり」と述べられている。

以上のように、旧憲法下では、条約は、少なくとも法律と同程度の国内的効力が認められていたといえる。

（2）日本国憲法体制

日本国憲法第九八条二項は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定めている。しかし、この規定から、条約が直ちに国内的効力をもつかどうか、条約と法律とはいかなる効力関係にあるか、という問題に対する答えを明確に導くことは困難である。しかし、現行憲法審議過程で、すでに政府は、「日本ガ公ニ解釈トシテ執ツテ居リマスル態度ハ、其ノ国内法トシテノ内容ヲ持ツテ居リマスル条約ハ、之ヲ公布スレバ直チニ国内法トシテノ力ヲ持ツテ居ル、…今後ト雖モ其ノ解釈ヲ変フル所ハナイト信ジテ居ル」とし、条約の国内的効力を認めていた。⁽⁶⁸⁾ また、実際に取り扱いにおいても、自動執行条約は、特別な立法措置を必要とせず国内法的効力をもつとされ、また条約は法律より上位の効力をもつとされている。

これについて、初期には法律と条約が同等であるかのような見解が述べられたこともあるが、政府は次のような見解を述べている。⁽⁶⁹⁾

〔佐藤（達）政府委員〕 ……条約と法律との関係、これについては、実は憲法ができましたときに、当時の金森國務大臣は、御審議の帝国議會では、条約は法律に優先するというようなことを言つておるのを私は覚えております。しかしこれは、そういう学説もありますけれども、…優先するとまでは行かないで、同等じやないか、先法と後法の関係で、条約があつても、あとでそれに矛盾する法律ができれば、その条約は国内的には変形^{マツ}あれるのではないかというような考え方も、学説としてはこ

ざいます。しかしこの点は、今申し上げましたように、大体憲法の第九十八条の第二項をどう見るかということで、条約を尊重しなければならぬという憲法の条文は、法律に対する関係では、せめて優先的に扱えということを言っているのかどうかという見方があるわけです。そこでおそらく金森さんも、法律よりは優先しますと答えたのだらうと思います。現在政府としては別にそれを変更するような気持は持つておりません⁽⁷⁰⁾。

〔政府委員（大出峻郎君）〕…条約に国内法としての効力をそのまま認めるか、あるいは別に国内法を制定いたしました国内法化するかにつきましては、国によってそれぞれ異なる取り扱いがなされているというふうに承知をいたしておりますが、我が国におきましては一貫して、これは憲法第七条一号に公布の規定がございしますが、条約は公布されることによりまして国内法としての効力を有するものと考えられておるわけでありませう。

このことは、憲法第七十三条の第三号、先ほど申し上げました三号の規定により、条約の締結については国会の承認を要するといふふうにされていることが一つ。また、憲法第九十八条第二項により、『日本国が締結した条約』は、『これを誠実に遵守することを必要とする。』というふうにされていることにより、条約の内容として含まれる法規範に対する国家意思というものもは確定をいたしておるわけでありませう。改めて同一内容の国内法を制定する必要は一般にはないというふうに考えられるからであります。：

次にもう一つ、条約と国内法との関連について申し上げさせていただきますのは、国内法的効力を有するとされましたという条約と法律との形式的効力の優劣、どちらがまさるかということにつきましては、憲法がその第九十八条第二項において特に条約の遵守義務を定めているという趣旨から見まして、法律よりも条約の方がまさるといふふうに解されてお

るわけであります⁽⁷¹⁾」。

この点、判例も同様な解釈を行っている。例えば、東京高等裁判所一九五三（昭和二八）年二月二八日決定では次のように述べられている。

「…条約は国際関係を規律するものとして国家を拘束すると同時にその国内的な立法事項を定めたものはこれを公布することにより直ちに国内法としての効力を生じ国民を拘束するものと解すべ⁽⁷²⁾」きである。

条約と法律の効力関係については、次のように述べられている。

「国際法と国内法の関係に關して、日本国憲法第九十八條第二項は、条約の国内的効力を認めている事は明らかであつて、この条約遵守主義は…条約優位を謳つているものと解せられる」（神戸地方裁判所一九六一（昭和三六）年五月三〇日判決⁽⁷³⁾）。

「公労法四條三項はわが国が締結した同條約（団結権及び団体交渉権についての原則の適用に關する條約（引用者補足））にてい触するものとして、憲法九八條二項にも反するものといわなければならぬ」（東京地方裁判所一九六六（昭和四一）年九月一〇日判決⁽⁷⁴⁾）。

このように、現憲法下では、条約は公布により直ちに国内的効力をもち、また、法律より上位の効力をもつとされているといえる。もつとも、条約は、その適用範囲が締結国との間に限られているから、法律より上位の効力をもつ場合も、その範囲に限られることになる。

ところで、以上の議論は国会承認条約にはそのまま当てはまるとしても、国会承認を経ない、行政取極の場合はどうなのだろうか。この行政取極の国内的効力および法律との効力関係について、特に政府として見解が示されたことはない。この問題を扱うことは本章の本来の趣旨から逸れるものであるけれども、多少検討を加えてみよう。

まず、行政取極に国内的効力があるかどうかであるが、憲法九八条二項で、条約の遵守を謳っていることから、特別の立法措置等がなくとも、行政取極が国家機関を拘束するという意味での国内的効力をもつのは当然であろう。⁽⁷⁵⁾

それでは、法律との効力関係はどうか。この点、国会承認条約の条項に基づき締結された行政取極については、国会承認条約と同等の効力を持ち、法律より優位すると思われる。⁽⁷⁶⁾ なぜなら、そのような行政取極は根拠となる国会承認条約と一体とみなせるからである。

問題は、それ以外の行政取極である。⁽⁷⁷⁾ 例えば、国際技術協力を内容とする行政取極を、その内容に相反する国内法を作ることにより事後的に国内において執行できないようにすることは可能なのだろうか。国内法秩序において条約が法律に優位するとされる理由は、憲法七三条三項の規定により、国会承認を経ているという点と、憲法九八条二項が、条約の遵守を定めているという点である。このうち前者は、行政取極が、民主的なコントロールを受ける機会である国会承認を経ていることから、行政取極には該当しない。ただし、以下の点を考慮する必要がある。すでにみたように国会承認のいる条約とそれ以外のものの区別は政府見解によると次のようになっている。国会の承認が必要な条約（七三条三号の条約）は、①法律事項を含む国際約束、②財政事項を含む国際約束、③わが国と相手国との間、あるいは国家間一般の基本的な関係を法的に規律するという意味において政治的に重要な国際約束であって、それゆえに、発効のために批准が要件とされているもの、という三基準のいずれかに該当するものである。こうしてみると、通説的な意味での憲法四一条の実質的意味の法律に当たるものなど、⁽⁷⁸⁾ 民主的コントロールが特に必要な国際約束は、政府が以上の要件を守っている以上、国会承認を受けることになる。

結局、問題となるのは、本来行政立法で可能な領域（憲法四一条の解釈から導かれる実質的意味の法律の対象とはならない領域）に関

し、立法がなされた場合⁽⁷⁹⁾における、その法律と行政取極との効力関係である。つまり、国会による民主的コントロールを必ずしも必要としない規範領域に成立した規範同士の関係なのである。したがって、民主的コントロールという観点からみて、法律が行政取極より国内的効力の面で優越するべきだという理由は絶対的とはまではいえない。一方で、九八条二項は条約の遵守を定めている。また、国際法上、行政取極も条約も、その国際約束に特段の定めがない限り、効力に差があるわけではなく、当然、行政取極違反は、国際法違反である。そうすると、行政取極を法律に優位させる方が、国際関係における信頼の保護の観点からすれば合理的なように思われる。

なお、行政取極に反する法律を事後に作り行政取極を執行不能にするのであれば、むしろ、当該行政取極の終了あるいは執行停止を検討すべきであろう⁽⁸⁰⁾。

ただ、国会承認を受けるべき条約が行政取極の形で締結された場合はどうなるか。この場合、条約締結手続違反という形で、裁判所によって国内的に無効にされないまでの間に限り、暫定的に当該行政取極が法律に優位するとみるべきであろう。

三 わが国における条約の国内的効力—条約と憲法—

まず、旧憲法下では、条約と憲法との効力関係はどのように扱われていたのか。この問題について、有力な学説は、条約の締結は憲法の下に行われる大権の作用であるから、条約により憲法を変更することはできないと述べていた⁽⁸¹⁾。もつとも、このことが問題になった実例が見当たらないので、有権解釈は不明である。

それでは、現憲法下ではどのように扱われているのだろうか。まず、政府見解をみてみよう。

〔國務大臣（大橋武夫君）〕…若し又憲法に違反する條約が締結され、国会によつて承認されたとすればどうなるか、こういう点も問題となるわけでありますが、この点につきましては、憲法の規定は少くとも明文上において明確を欠き、又學者の間におきましてもいろいろ議論があるところであり、一概に論じ去ることは困難であります。極く大まかに申し上げますならば、憲法改正の手續と條約締結の手續とを対比いたして見ますというと、條約は国内法としての効力においては憲法の下位にあると考えなければならぬと思います。尤も國際法規としては、たとえその條約が憲法に違反するといつたしましても、國家を拘束するものでありますから、内閣としてはこの拘束を免れますために、條約の改訂に努力をいたしまするか、或いは又憲法を改正するための措置をとるか、いずれか方法（82）によつてこの矛盾から放免されるような措置をとらなければならぬのと考える次第でございます。

〔政府委員（佐藤達夫君）〕…大体憲法改正の手續というものは、衆參兩院三分の二以上の大多數の賛成がなければならぬのみならず、更に國民投票に付して大多數が賛成しなければ改正はできないという嚴重な手續が設けられているわけであります。これに対して條約締結の手續というものは、或いは法律の場合に比べてもゆるやかであると申し得るくらいに、兩院の普通の議決のみで條約は締結され、その制定手續において憲法改正の場合と條約締結の場合とは非常に違うわけであります。その簡易手續によるところの條約の形を以て、重大な手續を要するものとされている憲法の條章が覆えされる、或いは変更されるというようなことは、この憲法が認めているはずがないというのが一般的な私は考え方であろうと思つてあります。その意味におきまして我々といつたしましては、條約は憲法には優先し得ないものである、憲法に違反する條約ができた場合には少くとも国内法的には、これは無効であるというような考え方を、ずつと堅持して参つておるわけであり（83）ます。

また、判例も、最高裁判所大法廷一九五九(昭和三四)年十二月一六日判決(砂川事件)⁽⁸⁴⁾において、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは」日米安保条約が違憲審査の範囲外であると判示した。これは、条約が違憲無効となりうることを前提とするものであるから、憲法が条約より優越した効力をもっていること、および、裁判所が条約の合憲性を審査できることを認めているといえる。⁽⁸⁵⁾

このように、基本的には憲法が条約より優先的に適用されるという見解が現実の運用では採られているといえる。

しかし、実務上、憲法がすべての国際法より優越した効力をもっているとは考えられていない。この点につき、政府は次のように述べて、一部の国際法規は、憲法を超えて適用される場合があるとしている。

「政府委員(林修三君)：憲法と条約の関係につきましては、学説上、憲法優位説、条約優位説が両方あるわけでございます。あるわけでございますが、従来われわれの考え方といたしましては、これを必ずしも一元的には考えておりません。いわゆる条約と申しましても、いろいろなものがあるわけでありまして、いわゆる、何と申しますか、国際自然法と申しますか、要するに確立された国際法規、そういったものはやはり憲法がその法秩序として受け入れているのだ、かように考えるわけでありまして。たとえば、外交官の治外法権というようなのは、これは当然に憲法がその秩序の中に受け入れておるものであり、こう考えるべきだと思うわけでありまして。すべて裁判所に出訴できるという問題に対するこれは例外になりますけれども、これはやはり国際法秩序がそこは優先して働くものである、かように考えております。それからもう一つは、逆に二国間の政治的、経済的な条約、こういうものがあつたから、直ちにそれによって憲法が改正されるかということになりますと、これはやはりそう簡単には言うことができない。やはりそういう場合においては、憲法を優先して考える。憲法違反のような、そう

いう二国間条約を結ぶべきではない、かように考えるべきだということを言っておるわけでありませう。もう一点は、これも蛇足でございますが、従来、たとえば降伏文書あるいは平和条約というような一国の安危にかかわるような問題に関する件におきましては、これは必ずしも、憲法と条約とを比較してみた場合には、やはり条約が優先するという場合はあろう。これはこういう三点に分けて、大体、従来言っておるわけでありませう。⁽⁸⁶⁾

なお、条約の締結手続を審査できるかどうかという問題があるが、これについては、後に詳述する(第三章第三節参照)。

(39) なお、条約その他の国際約束の締結・解釈・実施に関する事務は外務省が行う(外務省設置法四条四号および五号)。

(40) 第七十二回国会衆議院外務委員会議録第五号昭和四九年二月二〇日二頁。

(41) この基準につき、③のなかに、「批准が要件とされているものを基準に加えている点は疑問である。すなわち恐らくは『政治的に重要』な内容の条約は慣行上その発効には批准を要する条約として取り扱われるのが通例であることにかんがみてこの基準を加えたのであろうが、しかし批准を要する条約であるかどうかは締結手続上の基準であり、『政治的に重要な』というのは内容上・実質上の基準である」という批判がある。―佐藤功「ポケット注釈全書 憲法(下)〔新版〕」(有斐閣、一九八四年)九〇〇頁。

(42) 伊藤博文(宮沢俊義校註)『憲法義解』(岩波書店、一九四〇年)四〇・四一頁。

(43) 例として、井上毅の意見。―稲田正次『明治憲法成立史 下巻』(有斐閣、一九六二年)二二二頁。

(44) 同六一七・六三三頁。

(45) 一九三八年にこの部分は「国際条約ノ締結」と改正されている。

(46) 枢密院の諮詢が必要な条約の範囲に関する議論については、参照、中村道「条約に関する戦前の日本の実行―『国際法先例彙輯』を素材として―」神戶法学雑誌五四卷二号(二〇〇四年)六二頁以下。

(47) 参照、大石眞「憲法と条約締結承認問題」法学論叢一四四卷四・五号(一九九九年)九八・一〇三頁。

- (48) 三月二十四日に中間的にとりまとめられた外務省条約課の意見。—佐藤達夫(佐藤功補訂)『日本国憲法成立史 第三卷』(有斐閣、一九九四年)二五三・二五四頁。
- (49) 柳井俊二「条約締結の実際的要請と民主的統制」『国際法外交雑誌七八巻四号(一九七九年) 六八頁。
- (50) わが国の場合、署名、文書交換、批准、受諾、承認、加入などの、条約に拘束されることへの同意表明の形式と国会の承認の必要性は、法的に關係しない。ただし、批准を要する条約は、現在の政府見解からすると、国会承認が必要となる。
- (51) 芹田健太郎「条約締結に関する国内手続」(『国際法事例研究会編』『日本の国際法事例研究(5) 条約法』、慶応義塾大学出版会、二〇〇一年、所収)二五・二八頁。
- (52) ただし、多数国間条約の場合は、国際会議等により案文が確定した後、国会提出決定のための閣議の前に内閣法制局の審査が行なわれることが多い。—内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局百年史』(内閣法制局、一九八五年)二五一頁。
- (53) なお、実務上、国会の承認の内容は、国会に提出されている「××条約の締結について承認を求めめるの件」という議案である。条約自体は、この議案の付属文書であって、議決の対象ではない。これは、政府が国会は条約の修正権を持たないという見解をとっていることに由来する。—参照、芹田・前出註(51)三四・三五、三八頁。
- (54) 同三六頁。
- (55) ただし、この加入の場合、内閣法制局の審査は、国会提出決定のための閣議の前に行なわれる。—前出註(52)二五一頁。
- (56) 衆議院事務局編『衆議院先例集 平成十五年版』(衆議院、二〇〇三年)四一九・四二〇頁(三三六号)、山内一夫編『政府の憲法解釈』(有信堂、一九六五年)二二六頁。
- (57) 芹田・前出註(51)四四頁。
- (58) 行政取極の場合は、すでに国会の承認を得た条約、法律、予算の範囲内であるかどうかという検討のみなので、真の意味での審査ではなく、調整であるといわれる。—参照、芹田・前出註(51)三三頁、柳井・前出註(49)六八頁。
- (59) 林修三「条約の国内法上の効力について」『法学教室七号(一九六三年) 三五頁、芹田・前出註(51)四五頁。
- (60) 芹田・前出註(51)四六・四八頁。
- (61) 例として、井上毅。—稲田・前出註(43)一二二頁。
- (62) ただし、条約が先にあり法律が後にできた場合、法律が条約を変更できるのかどうかは明確ではない。

(63) 高野雄一「憲法と条約」(東京大学出版会、一九六〇年) 一二八頁より引用。

(64) 同三一頁。

(65) 大審院民事判例集七卷二二号一二八頁。

(66) 法律新聞三四四六号七頁。

(67) 法律新聞三八三四号五頁。

(68) 第九十回帝國議會貴族院帝國憲法改正案特別委員會議事速記録第二十二号昭和二十一年九月二六日三頁。

(69) 「佐藤(達) 政府委員 条約と法律との関係におきましては、これは元の憲法時代から政府の立場は大体一貫していると申し上げてよろしいと思うのでありますが、条約が締結されまして、その内容に国内法的な事項を持つておる。それが無事締結されて、従つて官報に公布されるということになりますれば、それは法律と同等の力を持つという建前で近年まで、たとえば商法の会社法の特例というようなものがあつたわけでありまして、何ら商法の会社法の特例に関する法律という国内法の手続をとらずして、そのままが処置されて来たというようなことがあつたわけでありま

す。今日の新憲法の下におきましてもその点は同じことであるというふうに考えます」。―第九回国会衆議院法務委員會議録第九号昭和二十五年二月八日一頁。

(70) 第十五回国会衆議院外務委員會議録第八号昭和二十七年二月一〇日四・五頁。

(71) 第十二回国会參議院商工委員會會議録第十三号昭和六三年五月二四日一七頁。

(72) 民集八卷四号八五八頁。

(73) 下級裁判所刑事裁判例集三卷五・六号五一九頁。

(74) 労働関係民事裁判例集一七卷五号一〇四二頁。

(75) 参照、林・前出註(59)三五・三六頁。これに対し、通常の行政取極に国内的効力がないとする見解として、関道雄「わが国の国内法としての条約」自治研究四四卷七号(一九六八年)四六頁。「国民を拘束するという意味で実質的な国内的効力はない」とする見解として、村上讓「わが国における条約および慣習國際法の国内的効力」時の法令六八八号(一九六九年)二四頁。

(76) 参照、阿部照哉「憲法〔改訂〕」(青林書院、一九九二年)二七九頁。

(77) 国会承認条約の条項に基づき締結された行政取極は、法律より優位するが、それ以外の行政取極は、行政府の制定する命令・規則等と同等の効力であるとする見解として、林・前出註(59)三九頁。また、行政取極の「形式的効力としては当然条約や法律の低位規範として位置づけら

れるべきであろう」とする見解として、谷内正太郎「国際法規の国内的実施」(広部和也・田中忠編、山本草二先生還暦記念「国際法と国内法」、勁草書房、一九九一年、所収)一一三頁。

- (78) 例えば、宮沢俊義は、「直接または間接に国民を拘束し、あるいは国民に負担を課する」ものが、実質的意味の法律であるとしている。―宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂 日本国憲法』(日本評論社、一九七八年)三四三頁。この点、実質的意味の法律とは、「およそ一般的・抽象的な法規範をすべて含む」と説くものもあるが(例として、芦部信喜「憲法(新版補訂版)」(岩波書店、一九九九年)二六四頁)、例えば、ある国にかくかくしかじかの技術協力をするという約束は、一般的抽象的法規範とはいえないであろう。

- (79) 例えば、××国に対して、国の行政・研究機関は○×についての技術協力をしてはならないという内容の法律などが考えられる。ただし、執行権と議会との意見が食い違う場合には、議会が行政取極に反する法律を作ることとはいえない。

- (81) 美濃部達吉「逐条憲法精義全」(有斐閣、一九二七年)二七八頁。

- (82) 第十二回国会参議院平和条約及び日米安全保障条約特別委員会会議録第十四号昭和二六年十一月九日九頁。

- (83) 第十九回国会参議院外務委員会会議録第二十二号昭和二九年四月一六日七頁。

- (84) 前出註(1)。

- (85) これは明白ではないという意見もある。しかし、高度の政治性のある条約は、司法審査の範囲外であるということは、その他の条約は司法審査の範囲内ということであろう。―参照、横田喜三郎「条約の違憲審査権(二)―砂川判決を中心として―」(国家学会雑誌七三巻七号(一九五九年)五七〇・五七一頁註(二))。

- (86) 第三十三回国会参議院予算委員会会議録第四号昭和三四年一月一七日二六・二七頁。

第二章 条約と統治行為—フランス—

前章では、条約の、国内的な締結・終了手続および規範のヒエラルヒーの観点における国内法での地位等について確認作業を行った。本章では、おおむね条約締結・終了手続の流れに従いながら、その手続ごとに裁判によってどのような統制がなされているのか、あるいは統制されていないとするとその根拠はどこにあるのかという論点について、フランスの判例を中心に考察していききたい。まず、締結・終了手続を見ていく前に、条約の内容自体を裁判所が審査できるかという問題を取りあげ、そのうち、手続ごとに議論を進めることにする。したがって、①条約の内容、②条約の交渉、③条約の締結手続、④条約の締結の決定、⑤条約の公布、⑥条約の解釈、⑦条約の執行、⑧条約の留保・改正、⑨条約の終了・運用停止、という順序でそれぞれをみていこう。

第一節 条約の内容

すでに述べたように（第一章第一節三参照）、第五共和制では、条約の内容の合憲性については、憲法院が、事前に審査できることになっている。ただし、憲法院は、議会にかけられない（憲法五四条の場合、憲法二一条の国民投票にもかけられない）条約は審査できないし、条約が成立してから事後的に審査することもできない。そこで、行政裁判所の役割が注目される。これにつ

いてみてみよう。

一 かつての行政裁判所の立場

従来、コンセイユ・デタは、条約の内容の審査を要求する越権訴訟についても国家賠償訴訟についても、審査を拒否してきた。その理由は、条約がフランスと外国との関係にかかわるからであるとされていた。

このような立場をとる判決の代表例として、コンセイユ・デタ一九五一年六月一日トンキャン・スズ鉄マンガン重石社及びオー・トンキャン・スズ鉱山社事件判決をみてみよう。⁽⁸⁷⁾この事件は次のような事情の下におこった。

ヴィシー政権下のフランスは、インドシナを日本に占領されているさなかの一九四二年九月一八日に仏・日協定を結んだ。それは、仏日で合同委員会を作り、共同で鉱山を管理するという内容であった。原告の鉱山会社は、フランスがその条約に署名し条約を締結したことなどにより損害をうけたとし、損害賠償をフランス政府に求めた。また、原告は、フランスが合法的な権力機関によって代表されていなかったとも主張した。

この問題について判決は以下のように述べている。「：一九四二年九月一八日の仏・日協定への署名：という、原告の会社が援用している事実は、フランスと外国との関係にかかわっているということが書類上明らかである。原告が主張するように、フランス国が、この事件において、正当な権力機関によって代表されていないということを仮に認めたとしても、この状況は、問題視されている行為に行政作用としての性格を与えるという効果をもつものではない。よって、問題の事実は、コンセイユ・デタへの訴訟行為に根拠を与えることはありえない」。

二 現在の行政裁判所の立場

しかし、現在では条約自体から生ずる損害に対しては、国家賠償訴訟が認められるようになってきている。その契機となったのがコンセイユ・データ争訟部大法廷一九六六年三月三〇日電波エネルギー総合会社事件判決である。⁽⁸⁸⁾この事件の事実関係は以下のようなものであった。

原告の電波エネルギー総合会社は「パリジャン放送」の放送場所と設備の所有者であつたが、第二次世界大戦下におけるドイツによるフランス占領中、それらを徴用されていた。戦争後、原告はフランス政府に対し、ドイツの徴用行為による損害を賠償するように要求し、行政訴訟をおこした。その主張の根拠の一つが次のようなものであつた。一九〇七年一月一八日のハーグ協約の附属文書によると、放送に関する手段は接収されうるが、返還されなければならないし、損害は賠償されるとされている。これによると原告はドイツに対して債権をもっていることになる。しかし、一九四六年と一九五三年の連合国とドイツの協定によると、ドイツに対する、住民と国の債権の審査は、賠償問題の最終的解決まで延期されるとなつていた。これに対し、原告は、この協定により、不定期間、ドイツに対する債権の要求ができなくなるとし、これが、公の負担の前の平等に反すると主張して、フランス政府に賠償を求めたのである。

この事件につき、コンセイユ・データは、次のように述べた。「フランスと他国との間に締結され、国内法秩序に正常に組み入れられた国際約束から生じた損害賠償に対する、国家の責任は、公の負担の前の市民の平等の基礎の上に、以下の条件で発生しうる。その条件とは、第一に、国際約束自体も、必要な場合その批准を許可した法律も、賠償をすべて排除しようと意図したとは解釈されえないこと、第二は、賠償を求められている損害が、十分に重大で特別な性格をもっていることである」。

そして、この事件では、特別な性格という条件が満たされていないので、原告の主張は却下されるとした。

この判決は、従来、統治行為とされ、裁判の管轄外とされていた条約自体について審査できるとした点で、重大な意義を有するものである。それではなぜ、条約自体の審査が可能となったのであろうか。

これにつき、本判決の論告担当官ベルナル (Michel Bernard) は次のように説明する。まず、かつて外交行為の審査が統治行為とされていたのは、外交行為が国際法秩序に属するからであるとされていたけれども、外交行為が「国内法秩序において効力をもち、国家の対外関係行為の判断が問題にならない」のならば、外交行為も審査できる⁽⁸⁹⁾。次に、現在、国内法秩序上、条約は、法律と同等かそれ以上の効力を認められていることから(一九四六年憲法以降)、国内法秩序上は条約を法律と同様に効力のあるものとみることができ⁽⁹⁰⁾。さらに、法律による特別な損害に対する賠償を認めた判決(ラ・フルーレット判決)⁽⁹¹⁾が存在する⁽⁹²⁾。これらの結果として、条約による特別な損害に対する賠償を認めることができるようになる。つまり、条約の国内法秩序における地位の確立と国家賠償に関する判例の発展により、条約自体の審査が、国家賠償については可能になったということである⁽⁹³⁾。

このように、フランスでは、現在「国内法秩序に正常に組み入れられた国際約束」は、国家賠償の方法によってならば、裁判の審査対象になるとされている⁽⁹⁴⁾。なお、ここでの国家賠償とは、以上の説明をみると明らかのようにわが国での損失補償に近いものといえる。また、この判決以降、実際に条約を原因とする国家賠償を認めたものとしては、コンセイユ・データ一九七六年一月二十九日外務大臣対ビュルガ夫人事件判決⁽⁹⁵⁾がある。

ところで、以上の行政裁判所の立場は、すでに述べたような(第一章第一節三参照)、行政裁判所は条約の内容の合憲性を審査

できないという立場を変更するものなのであろうか。以上の判決で言われているのは、条約自体が合憲か違憲かということではなく、条約の適用において、公の負担の平等という「法の一般原理」(principes généraux du droit)⁽⁹⁶⁾に反する局面があるから、その部分を条約の不備と捉え、それについて審査できるということである。これは、法律と公の負担の平等との関係を審査したラ・フルーレット判決が、立法意思の解釈の形(不備な法律を立法者の消極的な沈黙と捉え、それを法の一般原理で修正するという手法)をとっていることから理解できる。

これについて、わが国では、財産権を侵害する立法に対しては憲法二九条三項により、違憲無効とするべきという立場と、三項により直接補償できるという立場があるが、後者が通説判例である。⁽⁹⁷⁾後者の立場とは、裁判所は、立法自体を違憲「無効」とはしないけれども、憲法に適合しない部分を事実上自ら修正するということであろう。この立場は、フランスの判例の立場に近似しているように思われる。

しかし、このような、上位の法規範(憲法あるいは法の一般原理)によつて下位の法規範を事実上修正するという手法は、上位の法規範と下位の法規範の適合性を判断しているという点で、実質的に合憲性審査に近いものととらえることもできるかもしれない。そのように考えると、かなり限定的であるけれども、フランスにおいて、条約の内容について、行政裁判所が、合憲性審査類似の作用を行なっているともいえよう。

(96) Conseil d'État, 1^{er} juin 1951, Société des étains et wolfram du Tonkin et Société des mines d'étain du Haut-Tonkin, *Revue juridique et politique de l'Union française*, 1951, pp. 254-261, note J. D. V.

- (8) Conseil d'État, Assemblée, 30 mars 1966, Compagnie générale d'Énergie radioélectrique, *Revue du droit public*, 1966, pp. 774-788, concl. Michel Bernard ; *GAJA*, 15^e éd., pp. 574-581.
- (9) Bernard, *supra* note 88, p. 779.
- (10) *Ibid.*, p. 780.
- (11) Conseil d'État, Assemblée, 14 janvier 1938, Société La Fleurette, *Dalloz*, 1938, III, pp. 41-46, concl. Roujou, note Louis Rolland ; *GAJA*, 15^e éd., pp. 319-325.
- (12) Bernard, *supra* note 88, p. 782-784.
- (13) *Ibid.*, p. 784.
- (14) なお、この判決では、「国内法秩序に正常に組み入れられた国際約束」でない国際約束（批准ないし承認されていない国際約束や公布されていない国際約束）は、審査対象からはずれている。これに対して、石油開発会社（Coparex）判決の論告（次節参照）では、公布されていない国際約束でも審査対象になると主張されている。
- (15) Conseil d'État, 29 octobre 1976, Ministre des affaires étrangères c / consorts Burgat, *Lebon*, pp. 452-453, *Revue du droit public*, 1977, pp. 213-224, concl. Jean Massot ; *Jurisclasser périodique (La Semaine juridique)*, 1977, II, n° 18606, note François Julien-Laferrrière ; *Dalloz*, 1978, J., pp. 76-81, note Charles-Louis Vier et François Lamoureux. *やむを得ず*、条約のみならず、慣習法による損害賠償にも言及した判決がのちに現れた。ただし、損害賠償が本当に可能としているのかどうかは定かではない。— Conseil d'État, 4 octobre 1999, Syndicat des copropriétaires du 14-16 boulevard Flandrin, *Lebon*, pp. 297-298 ; *Jurisclasser périodique (La Semaine juridique)*, 2000, II, n° 10387, note Hervé Faupin ; *Revue générale de droit international public*, 2000, pp. 263-276, note Florence Poirat.
- (16) フランスでは、「法の一般原理」が法律と同等の効力をもつか、あるいは、法律の解釈を拘束するものであることが認められている。
- (17) 最高裁大法廷一九六八（昭和四三）年一月二七日判決（河川附近地制限令事件）形集二三卷一一号一四〇二頁。参照、塩野宏「行政法Ⅱ〔第四版〕」（有斐閣、二〇〇五年）三二六頁。

第二節 条約の交渉

条約を締結しようというときに最初に行う国家間の行為は交渉である。条約を締結するための交渉という外交行為は、統治行為なのだろうか。この外交行為について、明確に統治行為としての性格をみとめたものは、コンセイユ・デター一九二六年三月五日グラマ氏事件判決⁽⁹⁸⁾である。この事件の概要は次のようなものであった。一九二一年締結の仏・ギリシャ協定によると、一九二二年一月からフランスがギリシャに軍を駐留させること、及び、破棄通告を一方がしない限り駐留は一年ごとに自動更新されることが定められていた。しかし、一九二三年にフランスとギリシャは新協定を結び、仏軍が同年五月に撤退すること、及びフランスは四月までの駐留手当てをギリシャから受け取ることを合意した。仏軍の軍人（原告）は、フランス政府がギリシャに対して年末までの手当てを要求しなかつた点について過失があるとし、年末までの手当ての額と支給された額との差額をフランス政府に要求した。

これに対して、コンセイユ・デターは次のように判決した。「この申立ての審査は、二番目の協定を締結するためになされたギリシャ政府との交渉において、フランス政府によって行われた行為の評価を必然的に含むことになる。このような条件下で提起された訴訟は、その性質上、一八七二年五月二四日の法律九条によってコンセイユ・デターに委ねられうる訴訟ではない」。第五共和制下において、一九六六年の電波エネルギー総合会社事件判決以降の判決として、コンセイユ・デター一九六八年一月二九日タラグラン氏事件判決⁽⁹⁹⁾が現れた。この事件は以下のようなものであった。⁽¹⁰⁾一九六二年のエピアン協定によると、ア

ルジェリア政府は、フランス人に対し差別的な措置をとらず、正当な補償なしに収用をしないと定めていた。ただし、アルジェリアがこの協定を無視したときに、フランス政府がアルジェリア政府に代わって賠償をするという規定は盛り込まれていなかった。原告は、所有していた学校をアルジェリア政府に収用されたため損害を受けたとして、フランス政府に損害賠償を求めた。そのとき原告は、エビアン協定の内容そのものは争わず、フランス政府がエビアン協定締結のために交渉し、連署したことにより、損害がもたらされたと主張した。

これについて、コンセイユ・デタは、以下のように述べた。「この場合において、援用されている損害の起源となつたとされる諸行為と諸決定は、新国家独立に関するフランス政府によつてとられた活動と切り離すことができないものである。ゆえに、…上述の申立ては、その性質上、行政裁判にかかりえない問題である」。

これ以降も、石油開発にかかわる仏・アルジェリア協定が問題となつた、コンセイユ・デタ一九七九年七月一三日石油開発会社 (Compagny) 判決も、⁽¹⁰⁾ 取消の要求につき、「この書簡に含まれている(税金支払いの(引用者補足)催促は、両国政府で進行中だつた交渉と切り離すことができないので、その結果、いずれにしろ、取消訴訟の対象にはなりえない」とし、また国家賠償請求につき、「…原告の会社が主張している損害は、フランスとアルジェリアとの間の交渉行為に結びついているので、公のサービス上の過失を基礎として、フランスの国家賠償責任を生じさせることはありえない」と述べている。さらに、同種のものとして、仏・モロッコ議定書が問題となつたコンセイユ・デタ一九八六年一月三日バステード氏事件判決がある。⁽¹⁰⁾ ここでは、「…フランス政府によつてなされ、一九七四年四月二日の仏・モロッコ議定書の署名に至つた活動は、フランスと外国との関係を問題にするものである。この活動は、その性質上、原告に対してフランスの国家賠償責任を生じさせるもので

はない」と述べられている。

ただ、これらの問題は、条約締結までの外交交渉を問題としているものだとすることに注意すべきである。一九六六年の電波エネルギー総合会社事件判決以降は、条約そのものを国家賠償訴訟で争えるようになったわけであるから、交渉及びそれに付随する行為を争うよりも、処分や損害を実際に引き起こした条約自体を争うのが筋である。実際、一九七九年の石油開発会社 (Coparex) 判決や一九八六年のバステイド氏事件判決では、判決で賠償の要件を満たさないと却下されたものの、条約自体も争われている。つまり、現行の判例理論の枠組みでは、条約締結のための外交交渉を争うことに疑問がある。外交交渉自体の統治行為性をみるためには、条約締結のための交渉ではなく、単独の外交交渉に関する事例をみるべきであろう。

しかし、以上の判決でも一応、行政裁判の審査対象とならない理由に触れている。その要点は、問題になった政府の行為は、①外交交渉と結びついており、②その外交行為と切り離すことのできないものである、というものである。しかし、外交交渉と結びついているからというだけでは、コンセイユ・データ一九九八年一月一日移民労働者支援団体 (G. I. S. T. I.) 事件判決 (本章第六節二参照)、コンセイユ・データ一九九八年一月一日移民労働者支援団体 (G. I. S. T. I. Blotzheim et SCI Haselaecker) 事件判決 (本章第三節二 (4) 参照) 等の判例を見れば明らかのように、現在では、十分な根拠とならない。根拠として考えられるものは、外交交渉が、それ自体、国内法によっても、国際法によっても、通常は拘束されておらず、高度に裁量的な行為であり、裁判になじまないものであるということである。実際、憲法院一九八二年七月一七日判決は、⁽¹⁰³⁾「……この(法律案の条項で予定されている(引用者補足)言及は、(命令ではなく(引用者補足)純粹に叙述的な性格を持つもので、フランスの外交関係行為の事項について権限を持つ公的機関にいかなる義務を課すものではない。したがって、この条

項は、憲法五二条に反すると宣言されることはありえない」と延べ、外交交渉については、執行権に憲法上自由が認められており、それを立法が制限できないという趣旨の判決を出している。

-
- (88) Conseil d'État, 5 mars 1926, Gramat et autres, *Dalloz*, 1926, I, p. 208.
- (89) Conseil d'État, 29 novembre 1968, Tallagrand, *Lebon*, p. 607 ; *Dalloz*, 1969, J., pp. 386-387, note Victor Silvera ; *Journal du droit international*, 1969, pp. 382-388, note David Ruzié ; *Revue du droit public*, 1969, pp. 686-693, chron. M. Waline.
- (100) なお、この事件は、独立国同士の国際約束の交渉が問題になったのではなく、本国とそこから独立しようとする植民地との交渉が問題となったのである。
- (101) Conseil d'État, 13 juillet 1979, S. A. Compagnie de participations, de recherches et d'exploitations pétrolières (Coparex), *L'Actualité juridique, Droit administrative*, 1980, pp. 371-375, concl. Alain Bacquet.
- (102) Conseil d'État, 3 octobre 1986, Bastide, *Revue du droit public*, 1987, p. 488, chron. Y. Gaudemet.
- (103) Conseil constitutionnel, 82-142 DC, 27 du juillet 1982, *RJC*, 1959-1993, pp. 128-130.

第三節 条約の締結手続

すでに触れたように、第五共和国憲法五五条は、「適法に批准されまたは承認された条約もしくは協定は、…公布後直ちに法律より優越する効力をもつ」としている。そうすると、適法に批准されまたは承認されない条約もしくは協定は、本来無効なはずである。この問題について、フランスの裁判所はいかなる立場をとっているのだろうか。司法裁判所・行政裁判所は、従来、条約の批准・承認行為の存在（権限あるものによって批准・承認されたか）は審査していたけれども、原則としては手続の適法性（議会の許可が必要かどうか）は審査していなかった。しかし、近年、大きな変化が生じている。また、憲法院は、従来から、間接的な形で、批准・承認手続の審査をしているといえる。これらの状況について、裁判機関ごとに点検しよう。

一 憲法院

憲法院は、場合によっては、間接的な形で、批准・承認手続の合憲性を審査しているといえる。憲法五四条による審査と、憲法六一一条による審査とに分けてみてみよう。なお、憲法院は、法律の内容だけでなく、立法手続に關しても審査している⁽¹⁰⁴⁾ので、憲法五三条により議会の許可がある場合、議会の許可を求める法律案の立法手続についても審査できるものと考えられる。

(1) 五四条に基づく審査

まず、憲法五四条に基づく審査の場合を検討しよう。審査例として、憲法院一九七〇年六月一九日判決がある⁽¹⁰⁵⁾。この事案では、ある国際約束について、憲法五三条の議会の許可が必要かどうかが論点となった。フランスは、一九五一年と一九五七年の条約によつて、ヨーロッパ共同体に加盟していた。この条約は、共同体の財政につき、加盟国の負担金から共同体独自の財源への段階的移行を定めていた。一九七〇年四月二日に共同体の理事会は、共同体の財源を加盟国の負担金から固有の財源に切り替えていくことを決議した。そして、フランス政府は、この決議を承認するための法律案を議会に提出した。この際、首相は、憲法五四条に基づき、この決議等が、憲法三四条、国民主権、人権宣言一四条に違反しないかどうかについて憲法院の判断を求めた。

このとき、憲法院は次のように述べた。「憲法三四条に規定されているような立法の性質をもつ事項に、一定の点において、かかる当該決議によつて予定される条項の採用は、五三条にしたがつて、法律によつて介入されている」。

もっとも、この憲法院の判断は、執行権が議会に法律による許可を求めたことを正当と認めただけである。仮に、まだ国際約束の批准・承認のための法律案を執行権が議会に提出していない段階で、憲法院が許可の法律が必要であると判決したとしても、それは、事前に、執行権にどのような手続をとるべきかを教えているにすぎない⁽¹⁰⁶⁾。そもそも制度的に、五四条の手続では、議会の法律による許可が必要な国際約束を、その許可の欠如を理由に無効とすることはありえないわけで、そうすると、五四条による審査は、手続の真の審査とはいえないことになる。

(2) 憲法六一条に基づく審査

それでは、憲法六一条に基づく審査はどうか。審査例として、憲法院一九七五年二月三〇日判決がある。⁽¹⁰⁷⁾この事案の概要は次のようなものである。チリとフランスは一九七二年六月一日と一九七四年九月一六日に負債の繰り延べに関するふたつの協定を結んだ。しかし、これらの協定は議会の法律による許可を受けていなかった。このため、議員団が、この負債の繰り延べを内容の一部とする一九七六年の予算法律の一部が憲法五三条等に違反しているとして、憲法院に提訴した。

判決は、当該協定が予算にかかわるもので議会による許可が必要なものであることを前提とした上で、当該協定は、予算法の議決のときに暗黙的に議会によって承認されたと考えられるので、当該予算法も違憲ではないとした。

この判決の結論の妥当性は別として、憲法院は、国際約束が議会の承認の対象になるべきかどうかを審査したと思われる。つまり、国際約束を執行する法律について審査するときに、その法律の根拠となっている国際約束が適法な手続によって批准されているかどうかを審査できるとしたのである。

それでは、憲法院は、国際約束が国内的に効力をもつようになった後は、その内容について、審査することを拒否しているのかかわらず、なぜ、手続違反の場合は、審査が可能としているのだろうか。アブラムは次のように説明している。ひとつは、手続の憲法適合性は、内容の違憲性より、根本的な問題であるという理由である。というのは、手続違反によって締結された国際約束は、存在しないものであるから、その不存在を援用できるのは当然であると考えられるからである。もう一つは、内容の合憲性は、憲法五四条、六一条によって、審査されうるから、事後的な付随的審査ができないことを正当化できるけれども、手続の違憲性はこれらの手続のよって事前に審査することはできないから、事後的な審査が必要という理由である。

また、司法裁判所も、行政裁判所も、五三条の手續に關して、審査をしていないから、憲法院が審査をすべきである。⁽¹⁰⁸⁾ なお、この後者の理由に關し、現在では、行政裁判所が、従来の判例を変更し、批准・承認手續の審査ができるとしたことに注意する必要がある。

ただし、この審査によつて違憲になるのは、國際約束を執行する法律であつて、國際約束自体が無効となるわけではない。また、この審査手續が有効なのは、國際約束を執行する法律が問題になるときだけである。したがつて、この審査手續は、國際約束が自動執行性をもつてるときなどは有効でないという限界をもつてすることに注意すべきである。

二 行政裁判所

行政裁判所は、伝統的に条約の批准・承認手續は、統治行為であり、審査できないという立場をとつていた。ただ、以前から、批准・承認手續と切り離しうる部分、批准・承認の存在自体、条約の公布、という部分については審査できるとしていた。主要な判例を確認しておこう。

(1) カラコ夫人事件判決

コンセイユ・データ一九二六年二月五日カラコ夫人事件判決⁽¹⁰⁹⁾は、条約の締結手續については審査できないけれども、条約自体と切り離しうる部分は審査できるとした。事実の概要は以下である。一九二四年一月二二日のフランス・チェンジア協約は、同年一月二八日にフランス大統領のデクレにより批准され、翌日の二九日に官報で公布された。その内容は、戦争での利益に課税するシステムに関するもので、チェンジアの初級委員会の決定に不服がある場合、パリの上級委員会に申立てができると

いう制度を創設するというものであった。原告は、協約が締結される時、チェニジア側が適正に代表されていないことなどから当該協約が無効であること、この協約をチェニジアで有効に適用するためには法律が必要であること等から、デクレが取り消されるべきこと、を根拠として、一九二四年一月二八日のデクレの取消しを求めて訴えた。

これに対して、裁判所は次のように述べた。「一九二四年一月二二日にフランスとチェニジアの間で締結され、一九二四年一月二八日に共和国大統領のより、また一九二四年二月五日にチェニスのチェニジア総督によつて批准された協約は、外交事項における政府の権力と結びついており、そのため、訴訟によつてコンセイユ・デタにおいて審査されえない。また、問題となつてゐるデクレは、当該協約を批准するものである限りにおいて、その性質上、コンセイユ・デタに付託される余地はない。一方で、このデクレはこの批准にだけ関わつてゐるわけではない。このデクレは同時に、一九一六年七月一日の法律一条により設置された上級委員会に、チェニジアの初級委員会により下された決定に対する不服申立に対して裁決し、この不服申立に適用する規則を定めるといふ権限を与えるといふ目的をもつてゐる。かくしてこのデクレが定める条項は、協約自体と一体のものではなく、それゆゑ、訴訟の対象となる」。なお、裁判所は、協約自体と區別できるデクレの部分についても、違法性は確認できないとした。

この判決が下された時点では、すでに述べたとおり（第一章第一節二（一））、行政裁判所は、国際約束の国内的効力を、すくなくとも越権訴訟においては、認めていなかった。したがつて、国内的効力をもつためには、国内法上の措置が必要となる。この判決では、その措置がデクレであるとしたのである。つまり、デクレを当該協約と一体の部分と、その協約を執行する派生的な部分に分け、後者は審査できるとしたのである。⁽¹¹⁰⁾

この判決は、国際約束の締結手続は、外交事項における政府の権力と結びついており、そのため、訴訟によってコンセイユ・デタにおいて審査されないと述べ、伝統的な立場をとっている。したがって、締結手続の一部である批准手続も審査されないことになる。

ところで、この判決の重要性は、この判決において、初めて明確に「切り離しうる」(detachable)行為の理論が採用されたことである。この理論は、外交関係に介入することなしには扱えない事件と、フランス政府固有の問題、つまり国内秩序の問題としてみなすことができる事件を区別し、後者には、審査権が及ぶというものである。⁽¹¹⁾この判決以降、切り離しうる行為の理論は、特に条約の執行の審査について、広く行政判例を支配することになった(本章第七節参照)。

(2) ヴィラ氏事件判決

次に現れた重要判決は、コンセイユ・デタ争訟部大法廷一九五六年一月一六日ヴィラ氏事件判決⁽¹¹²⁾である。この事件は次のようなものであった。一九四六年五月一七日のフランス・イタリアの交換公文は、フランスに在留するイタリア人に最恵国待遇を与えるという内容であった。この交換公文は、一九四七年四月二五日のデクレにより批准され、このデクレにより同月二七日に公布された。ただし、この四月二五日の「交換公文を批准する」と冠されているデクレ以外に、大統領は、この交換公文の批准に関するいかなる文書にも署名していないし、交換もしていなかった。この点、国際法上の批准のない当該交換公文は、第四共和国憲法二六条・二八条の「適法に批准され公布された外交上の条約」ではなく、国内的効力がない疑いがあった。また、当該交換公文の内容は、第四共和国憲法二七条により、法律により承認される必要があるようにも考えられた。原告(イタリア人)は、建設業を行う許可をフランス政府に申請したが却下された。そのため、原告が、この処分は上記の交換公文

に反すること等を理由として、行政訴訟を提起した。これに対して判決は、この交換公文の有効性を問題にすることなく、交換公文の定める内容は、原告の主張を容認するものではないとした。このように、判決は、交換公文の有効性について特に言及していないけれども、論告担当官ローラン (Laurent) は、この点について論告の中で次のように論じている。

批准手続の適法性について、裁判所の審査の射程と限界を決定する必要がある。純粹に法的な観点からは、国内法秩序における、批准行為の「存在」だけではなく、批准行為の「適法性」も審査すべきである。したがって、国際約束が議会の法律による許可が必要なものであるかどうかも審査すべきことになる。一方、經驗的な観点からは、現実には議会の承認が必要なものにその手続がとられていない国際約束が多くあり、それを裁判で適用しないと判断するとその影響が懸念されること、仮に、裁判所が議会承認の必要性を審査するとしても、条約の解釈権は外務大臣にあるから、実際の裁判による統制の効果は疑わしいこと、が指摘できる。さらに、裁判所が、議会承認を求めるべきかどうかを審査するなら、それは、議会和政府との間の本質的に政治的な（強調原著者）関係に「裁判官支配」を持ち込むことになる。⁽¹¹³⁾

「以上の確認は、裁判によるコントロールの方法と限界をわれわれに教える。この確認は、もっぱら国内法の観点から考えられた批准手続が確定された統治行為（強調原著者。以下同じ）を含むという事実を実際に明らかにしている。この（統治〔引用者補足〕）行為は、大統領が、政府を介して、批准の前に立法による授權を求めるか否かという決定の中に存する。執行と立法の間の関係に直接的に關係するため、この決定は、その性質により、裁判官のコントロールを免れる。しかし、これが、批准に關する裁判によるコントロールに対する唯一の障害である。裁判によるコントロールは、批准手続に、国内法上効果を与えるその他の要素、つまり、批准行為の存在について、抗弁により、行使されることができし、またされるべきである。そして

この批准行為の存在は、憲法典によつて右の効果をもたらす権限が与えられている権力機関によつてもたらされる。換言すると、憲法典により、国際約束の義務的性格がもたらされる条件である、批准の適法性は、事前の立法による許可の欠如、つまり批准行為に関する法律という基礎の欠如という理由が受理できないという唯一であるが明確な留保の下に、われわれの考えによると裁判官の審査に服するのである⁽¹¹⁴⁾。

このような立場からこの事件をみる。まず、この交換公文が憲法二七条により議会の承認を必要とするかどうかは審査の対象とならない。しかし、大統領は、この交換公文の批准に関するいかなる文書にも署名していないし、交換もしていない。なお、交換公文を官報で公布することを命じている一九四七年四月二五日デクレは、「交換公文を批准するデクレ」と冠されているけれども、このデクレを批准手続とみなすことはできない。したがつて、当該交換公文は大統領による批准が欠如しており、国内的な効力をもつものではない⁽¹¹⁵⁾。

判決は、論告担当官の意見のなかの、公布のデクレは批准とみなせないという部分には同意せず、交換公文の有効性を認めた。しかし、これ以降の判例は、その他の部分、すなわち、議会承認の必要性は審査できないけれども、批准行為の存在は審査できるという点、については、論告担当官の意見に従っているようである。結局、コンセイユ・デタは、この判決を契機として、条約の議会承認の必要性(批准手続の適法性)については審査できないけれども、批准が権限ある機関によつてなされたかどうか(批准の存在)については、裁判所は審査できるといふ立場を打ち出したといえよう。

これ以降の判決において、例えば、コンセイユ・デタ一九六一年三月三日アンドレ氏とニコラ・ゲマン織物会社事件では、⁽¹¹⁶⁾「争訟において判決を下すときに、国際条約の批准のためにとられる手続の適法性を審査することは、コンセイユ・デタの役

割ではない」と判決され、その論告では、「コンセイユ・デタの権限は、この場合、批准の存在を確認することに限定され、その適法性には及ばない」⁽¹⁷⁾と論じられているのは、ヴィラ氏事件判決を踏襲するものであるといえよう。

(3) ナヴィガートル社事件判決

このヴィラ氏事件の判決内容をさらに精緻なものにしたものが、コンセイユ・デタ争訟部大法廷一九六五年七月一三日ナヴィガートル社事件判決⁽¹⁸⁾である。この事件の概要は次のようなものであつた。第四共和制下のフランスとモナコは一九五四年三月二五日に協定を結び（一九五四年六月一五日に官報で公布）、戦争によって生じたフランスのモナコ人への損害賠償について定めた。ただ、その協定によると、船舶の損害は賠償から除かれるとされていた。原告（モナコの会社）は、この協定がフランス国内法秩序において無効であること等を理由として、ヨットの損害について賠償を求めた。

これに対して、判決は次のように述べた。「当時効力のあつた一九四六年一月二七日の憲法二六条および二八条によると、外交条約は、適法に批准および公布されたときのみ、法律としての効力をもつ。『簡易な形式の』、つまり共和国大統領が全権委任状を授与することなしに交渉された協定の場合、憲法典によつて要求されている批准は大統領により与えられる単なる承認として理解されるべきである。この承認は、特に、フランス共和国官報での当該協定の公布のデクレへの共和国大統領の署名によつてなされる」。そして、この事件の協定については、次のように論じた。「フランスとモナコ公国との間で結ばれ、特にフランスにおいてモナコ人が受けた戦争損害を賠償することを内容とする、一九五四年三月二五日の交換公文の条項は、一九五四年六月一五日に官報で公布されたけれども、この公布が、共和国大統領によつて署名されたデクレの対象となっていないことは明白である。大統領の介入を欠いているので、当該交換公文は、一九四六年一月二七日の憲法によると、適法に批

准および公布されているとみなすことはできない」。こうして、交換公文の国内的効力が否定され、結果として、フランスの国内法だけが原告に適用されることになったが、裁判所は、国内法の規定で、原告の主張は認められないと結論した。

この事件での中心的論点は次のものであった。原則として、国際法上、署名だけで効力をもち、国際法上の批准手続を必要としない簡易な形式の国際約束について、第四共和制憲法は特に規定を置いていない。それでは、このタイプの国際約束にとって、国内法上有効であるため必要とされる、「適法な批准および公布」とは、いかなるものであるか。論告担当官フルニエ (Fournier) は、その論告の中で、この問題について、次のように論じている。

この問題に対しては、まず、ヴィラ氏事件でのローランの論告のように、「批准」とは、言葉の正確な意味でとらえるべきであり、国際法上の意味での「批准」がないものは、国内法上無効であるとする立場もありうる。しかし、この立場をとると、第四共和制下で締結された簡易な形式の国際約束すべてが国内で適用できなくなることになり、不都合である。そこで、憲法典上の要求と現実を調和させるためには、憲法典上の「批准」という言葉を解釈し直す必要がある。⁽¹¹⁹⁾「すでにみたように、批准は国際法上正確な意味をもっている。しかし、批准はまた、国内法においても法的効果をもっている。というのは、批准という行為は、まさに、フランスの交渉者によって署名された国際約束の利益と時宜を確認し、国内法にその国際約束を導入することを認める行為であるからである。われわれの見解によると、この条件においては、憲法制定者は、批准という言葉を使用したとき、国際的な慣例がその言葉に与える正確な意味ではなく、むしろ、国内法においてその言葉に付与される意味に依拠して、その言葉を使用した、と認めることに大きな困難はない。憲法制定者は、フランスの交渉者にかくかくしかじかの国際約束の締結手続をとるよう義務付けようとしたのではなく、もつと単純に、かくして交渉された協定が、何らかの形式によつ

て、権限ある機関、すなわち、憲法三一条の文言では、共和国大統領の裁可を受けることを要求しているのである。ゆえに、嚴重な形式の条約とまったく同様に、簡易な形式の協定が、憲法典上の意味で、批准されるべきことをみとめるべきである。しかし、この批准は、この二つの様式に応じて、同じ形式でされるわけではない。条約に対しては、批准は、伝統的な形式である『批准書』によつてなされる。簡易な形式の協定に対しては、批准は、共和国大統領によるもので、協定の条項の承認を含む、何らかの行為によつてなされる。特に、その行為は、共和国大統領が当該協定を官報に公布することを命ずるデクレでありうる⁽¹²⁾。そして、この解決は、すでにヴィラ氏事件判決でローラン氏の論告に反して暗黙的に取り入れられたものと思われる⁽¹²⁾。また、批准行為は、締結国間において国際約束を適用可能にする効果と国内においてそれを適用可能する効果という二重の効果がある。前者は、国家間の関係に関わる統治行為であるから審査できないけれども、後者については、統治行為である議会と行政との関係を除いては、審査できる。したがつて、行政裁判所は、批准行為に関して、執行権力のなかで誰が批准する権限をもっているかという批准の存在の問題については審査できる⁽¹³⁾。

以上の判決を結論から整理すると、批准手続自体については、カラコ夫人判決では、審査できないとされていたが、まさにカラコ夫人判決のとり切り離しうる行為の理論によつて、後の判決では、批准行為は、国際的意味と国内的意味とがあり、後者については行政裁判所が審査できるとした。ただし、国内的な意味での批准行為のなかでも、議会と行政の関係、具体的には、条約が憲法典上議会の許可が必要なものであるかどうかという点（批准の適法性といわれている）は、統治行為であるから、審査できない。審査できるのは、結局、批准の存在、すなわち、批准をする権限のあるものによつて批准がされたかどうかという問題である。

（4）SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker 事件判決

ところが、近年になって、判例が大きく転換された。そのはつきりした転回点になった判決がコンセイユ・デタ争訟部大法院一九九八年二月一八日SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker 事件判決⁽¹²⁴⁾である。この事件は以下のこときものであった。フランスとスイスは、共同でスイス国境近くのフランス領内に、空港を設置することを決め、一九四九年七月四日にベルンにおいて協約を締結した。なお、この協約には三通の附属文書が伴っていた。そして、この協約と附属文書は、一九五〇年八月一日の法律により批准が許可され、一九五二年一月二五日に批准書が交換された。また、この協定と附属文書は、一九五三年五月一三日の共和国大統領のデクレにより、六月三日に官報で公布された。のち、この附属文書うちのⅢが、空港拡張の障害となったため、両政府は、一九九六年二月二日と二九日に、交換公文により、附属文書Ⅲに、条項変更のための追加文書を加えた。これは、一九九六年五月一三日の大統領のデクレにより、一九九六年五月一日に官報で公布された。原告は、この交換文書は国家財政にかかわるものであり、憲法五三条によって法律による許可が必要であるのに、その手続がとられていないことを理由として、交換公文の公布のデクレの取消しを求めて訴えた。

これに対して、裁判所は次のように判決した。「この条項（憲法五三条と五五条）の組み合わせから、憲法五三条に關係する条約あるいは協定で、法律の許可なしに批准あるいは承認がなされているものは、前述の五五条の意味において適法なものとして批准あるいは承認されているとみなすことはできない。国内法において公布に与えられた効果を鑑みると、憲法五三条に關係する条約あるいは協定の公布は、この条約あるいは協定の批准あるいは承認が法律によって許可されなければ、合法的にないしえない。条約あるいは協定の公布行為による憲法五三条の条項の無視から引き出され、行政裁判所判事の前にもちだされた

理由の妥当性に関して判決するのは行政裁判所判事の役割である」。しかし、一九四九年七月四日の協約とその附属文書によると、両政府は、「はじめから、空港設備の拡張の可能性を予見していた」のであって、一九九六年の交換公文については、新たに法律による許可を求める必要はない。

このように、判決は、これまでの判例を大きく転換し、批准の「存在」だけではなく、批准の「適法性」も審査するという立場をとるに至った。この変更の根拠は、どのようなものであったのか。論告担当官バシュリエ (Gilles Bachellier) は、次のように論じている。

そもそも、行政裁判所が国際約束の批准・承認手続の適法性を審査できないとしていた理由は次の三つのものである。第一は、裁判所の審査が外交に介入することに対する心配である。もし裁判所が介入して、当該国際約束が国内的に適用できないとなると、「一方で、フランスの国家責任が国際関係において生じるおそれがある。他方で、国際的な交渉におけるフランスの立場が弱くなる可能性がある」。⁽¹²⁵⁾ 第二は、批准手続が、議会と政府の関係にかかわるといふ理由である。「直接的に執行権と立法権の関係に関わっているので、この（議会に許可を求めるかどうかという〔引用者補足〕決定は、その性質上、裁判官の審査を免れる。…そして、議会がこの批准を許可する法律案を付託されたとき、この付託によって、承認が求められている政府の外交政策の一部が議会のコントロールの下におかれるということがみてとれる。批准手続はゆえに裁判官が介入できない政治的な面をもっている」。⁽¹²⁶⁾ 第三は、条約の解釈権が、裁判所にはなく、外務大臣がもっているという状況のもとでは、裁判による審査もあまり意味がないという理由である。⁽¹²⁷⁾

しかし、今日では、以上のような理由も再検討する余地がある。その根拠は次のようなものである。

第一は、現状では、国際約束に関する議会の権限を保障する憲法五三条が十分尊重されていないことである。憲法院は、憲法六一一条と五四条によって、事前に国際約束の審査ができるけれども、憲法五三条の手続が守れているかどうかを審査することは、例外的な場合を除いて、できない。そうすると、五三条の手続は、憲法院によっても行政裁判所によっても、保障されないことになる。「実際には、この保障の欠如は、憲法五五条の文言と両立しがたい。この条項の効果によって、法律より優越した効力をもつためには、条約と協定は、特に、適法に批准されあるいは承認されなければならなかった。われわれは、国際協定の国内法への導入が議会の権限を保障している憲法上の手続を尊重してなされているかどうか裁判官が確認することをこれらの条項が授權している、と考える」⁽¹²⁸⁾。

第二は、国際約束の行政領域で占める無視できない地位である。国際約束は、近年その数が大変増えている。また、コンセイユ・データ一九八九年一〇月二〇日のニコロ氏事件判決(第一章第一節二(3)参照)以降、国際約束の法律に対する優位が行政訴訟上も確立し、その結果、国際約束の審査の必要性が、以前より増した。⁽¹²⁹⁾

第三は、国際約束の解釈権を行政裁判所が有するにいたったことである。以前は、条約の解釈権が、裁判所にはなく、外務大臣がもっているのでは、裁判による審査の有効性が乏しいとされていた。しかし、コンセイユ・データ一九九〇年六月二九日移民労働者支援団体(G. I. S. F. I.)判決(本章第六節二参照)で、国際約束の解釈を自らなしようと判決した。⁽¹³⁰⁾

第四は、執行権と議会との関係である。裁判官が執行権と議会との関係に介入する危険という議論は、それほど説得的ではない。現実に、憲法三四条の立法事項を侵害する行政命令は、行政裁判所が審査し排除している。この立法事項を侵害する行政命令は、執行権が、議会に諮るべき問題を議会に諮らないと決定したものとみることができるとは、つまり、ここでは、行政裁

判所は、憲法三四条の立法事項と憲法三七条の命令事項の権限配分について、執行権と議会の関係を審査しているのである。⁽¹³¹⁾

第五は、国際約束の国内的効力を否定することからくる影響は、乗り越えられないものではないということである。なぜなら、今でも不適法に公布された国際約束は、国内的に効力をもたないけれども、これと状況は同じである。また、この不適法な公布による無効が、フランスの国際責任を発生させたということはなかった。したがって、五三条の手續に関する審査の影響も過大評価すべきでない。また、ドイツやイタリアなどの国も国際約束の裁判所による審査を行っている。さらに、もし、五三条の違反があり、当該国際約束が国内的に無効になっても、政府は、議会の許可なく発したデクレを法律で有効にするよう議会に求めることができる。⁽¹³²⁾

第六は、これまでの判例政策と整合することである。ニコロ氏事件判決の結果、憲法五三条違反の国際約束が、完全に法律に優越する効力をもつことになるけれども、五三条の手續の審査ができるとなれば、そのような事態を避けられる。また、ナヴィガートル事件では、執行権内部の憲法上の権限配分に関する適法性を審査したのだから、今度は憲法上の議会の権限に関する適法性を審査すべきである。⁽¹³³⁾

以上のような論理によつて、フランスでは国際約束の批准・承認手續の審査範囲が拡大されたのである。この立場は後にパンバ・ディエン氏判決⁽¹³⁴⁾でも確認され、条約の公布のデクレが無効とされている。さらに、コンセイユ・デタは、国外退去処分⁽¹³⁵⁾の根拠となった仏・アルジェリア協定とその追加条項が、法律の承認を受けているかどうかが問題となった、コンセイユ・デタ訴訟部大法廷⁽¹³⁶⁾二〇〇三年三月五日アグン氏事件判決で、越権訴訟だけでなく、違法性の抗弁 (exception d'illegality) という手段でも、条約の締結手續の適法性が審査できるとした。ただし、コンセイユ・デタは、二〇〇二年七月八日ポルタ町

事件判決で、⁽¹³⁷⁾「国際約束の批准または承認が法律によつて許可されている場合は、この批准あるいは承認を許可している法律が憲法に反しているであろうかどうかということに基づく主張について判断するという権限は行政裁判所の判事に属していない」と述べ、条約の手續の合憲性の判断は可能でも、内容の合憲性は判断できないとしている。

三 司法裁判所

(1) かつての立場

司法裁判所は、かつては、条約の批准・承認手續の適法性を審査できるといふ立場をとつたとも思われる判決を下したことがあつた。例えば、破棄院民事部一九五四年七月六日ドウオデンク不動産会社事件判決は、⁽¹³⁸⁾「一九四八年七月一〇日の法律は、共和国大統領に上記の協約を批准することを許可しており、当該協約は、憲法二六条に従つて、一九四八年四月二七日に公布のデクレの対象となり、一九四八年四月二九日の官報に掲載された。この協約は、このようにフランスにおいて適法に審署されたので、法律の効力をもつ」と述べて、暗黙的に批准手續の審査をした。

しかし、下級審であるが、パリ控訴院一九六八年六月一八日クラルスフェルド夫人対仏独青少年事務所事件判決は、⁽¹³⁹⁾「民事裁判機関には、国際協定の公布へと連なる手續の適法性についても、憲法条項の観点におけるその協定の内容の合法性についても、判決を下す役割は属していない。一九六三年七月三二日の共和国大統領のデクレで、官報にその協定が公布されたという事実により、一九六三年七月五日の上述の協定は判事を拘束する。この協定は、国内の法律の効力より優越した効力をもつて、フランス国内の法秩序に統合されるものとして、みなされなければならない」というはつきりと批准・承認手續を審査で

きないという立場をとった。

そして、破棄院が、手続についての管轄権を明確に否定したのは、破棄院民事部一九七七年一月二五日ルイロル氏対エメン・ディンゲン地区青少年事務所事件⁽¹⁴⁰⁾である。この事件の概要は次のようなものであった。ドイツ連邦共和国の裁判所は、ルイロル氏に対して、その子の後見人である児童施設に扶養手当を支払うよう命じた。ルイロル氏がフランスに居住したため、施設側は、フランスの裁判所に、ドイツの裁判所判決の執行承認を求めた。これに対して、ルイロル氏側は、この判決の執行承認に関して定めている一九五八年四月一五日のハーグ協約が、人の身分の関する国際約束であるにもかかわらず、憲法五三条一項の定める法律による議会の許可なしに公布されているので、無効であるなどと主張した。

判決は、「司法裁判所に、国際約束の批准の適法性を審査する役割は属しない」とし、当該協約が、憲法五三条一項の手続に反しているかどうかは、審査できないという立場を明確にした。

(2) 現在の立場

しかし、コンセイユ・データ争訟部大法廷一九九八年二月一八日SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker事件判決を受け、それに同調する形で、破毀院の立場は、破毀院民事部二〇〇一年五月二九日アフリカ・マダガスカル航空安全協会事件⁽¹⁴¹⁾において転換した。この事件では、執行承認制度について規定している一九九四年二月一六日の仏・セネガル協定の有効性が争われた。この事件で、破毀院は次のように判決した。

「国際条約の批准の適法性を審査することは、判事の権限に属する。一九九四年二月一六日の仏・セネガル協定は、強制執行の行使について定め、かくして、立法者に留保されている、所有権、物権、民法・商法上の債務の制度の基本的原理にかか

わっているのです、憲法五三条により、法律によらなければ批准されない。この場合、それがなされていないので、憲法五五条に従って、この協定が適法に批准あるいは承認されたとはみなすことができない」。

この判決によって、破毀院もコンセユ・デタと同様の立場にたち、条約の締結手続を審査できることになったのである。もっとも、執行権が最終的に条約を批准・承認するかどうかという決定自体は別の問題である。これについて次に考察してみよう。

- (97) Cf. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6^e éd., Montchrestien, 2001, pp. 291 et s.
- (98) Conseil constitutionnel, 70-39 DC du 19 juin 1970, *RJC*, 1959-1993, pp. 21-22; *Revue générale de droit international public*, 1971, pp. 239-244, note C. Rousseau.
- (99) Pierre Serrand, *L'acte de gouvernement (Contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État)*, thèse, 1996, Université Panthéon-Assas (Paris II), p. 232.
- (100) Conseil constitutionnel, 75-60 DC du 30 décembre 1975, *RJC*, 1959-1993, pp. 35-36; *Dalloz*, 1976, J., pp. 461-463, note Léo Hamon; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1976, pp. 308-311, note Pierre Py; *Juriscasseur périodique (La Semaine juridique)*, 1976, II, n° 18368, note J.-M. Bollé; *Journal du droit international*, 1976, pp. 405-411, note David Ruzié; *Revue du droit public*, 1976, pp. 995-1026, chron. Loïc Philip.
- (101) Abraham, *supra* note 18, pp. 54-55.
- (102) Conseil d'État, 5 février 1926, Dame Garaco, *Dalloz*, 1927, III, pp. 1-5, note Jean Devaux.
- (103) もっとも、このテクレの協約を「執行」する部分とされている部分は、特に、当該協約を補足したり、付け加えをしりしているものではなく、当該協約の内容の繰り返しにすぎないものであった。このことから、もし、この部分を審査できるといいうのなら、当該協約自体を審査することと同じになるであろう批判がありうる。— Cf. Devaux, *supra* note 109, p. 5.
- (11) Cf. René Chapuis, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 956.

- (11) Conseil d'État, Assemblée, 16 novembre 1956, Sieur Villa, *Lebon*, p. 433 ; *Revue du droit public*, 1957, pp. 123-141, concl. Laurent ; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1956, pp. 486-488, chron. Fournier et Brabant.
- (12) Laurent, *supra* note 112, pp. 132-133.
- (13) *Ibid.*, pp. 133-134.
- (14) *Ibid.*, pp. 135-136.
- (15) Conseil d'État, 3 mars 1961, Sieur André et Société des tissages Nicolas Gaimant, *Lebon*, p. 154 ; *Revue générale de droit international public*, 1961, pp. 626-631, concl. Jean-François Henry ; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1962, p. 35, note C. M.
- (16) Henry, *supra* note 116, p. 629.
- (17) Conseil d'État, Assemblée, 13 juillet 1965, Société Navigator, *Lebon*, pp. 423-437, concl. Fournier.
- (18) Fournier, *supra* note 118, pp. 430-432
- (19) なお、論告は「第五共和制とは、簡易な形式の国際約束は、首相によるテクレでも、固有の意味での批准に付されない協定の「承認」になるべきである」と述べた。 — *Ibid.*, p. 434.
- (20) *Ibid.*, pp. 432-433.
- (21) *Ibid.*, p. 433.
- (22) *Ibid.*, pp. 434-436.
- (23) Conseil d'État, Assemblée, 18 décembre 1998, SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker, *Lebon*, pp. 483-500, concl. Bachelier ; *Revue française de droit administrative*, 1999, pp. 315-332, concl. Gilles Bachelier ; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1999, pp. 180-181 et 127-134, note Fabien Raynaud et Pascale Fombeur.
- (24) Bachelier, *supra* note 124, *Revue française de droit administrative*, p. 322. なお、条約法に関するウィーン条約四六条によると、違反が明白で基本的な重要性を有する国内法の規則に係わる場合、国際約束自体を無効にする根拠として、国内法の規定違反を援用できる。これは、国際慣習法としてフランスにも適用できる。
- (25) *Ibid.*, pp. 322-323.
- (26) *Ibid.*, p. 323.

- (18) *Ibid.*, p. 324.
- (19) *Ibid.*, pp. 324-326.
- (20) *Ibid.*, p. 326.
- (21) *Ibid.*, p. 326.
- (22) *Ibid.*, pp. 326-327. なお、行政裁判所の判例によらず、公布された国際約束は遡及的に適用される。
- (23) *Ibid.*, p. 327.
- (24) Conseil d'État, 23 février 2000, Bamba Dieng et autres, *Lebon*, pp. 72-73.
- (25) Conseil d'État, Assemblée, 5 mars 2003, Aggoun, *Revue française de droit administrative*, 2003, pp. 1214-1228, concl. Jacques-Henri Stahl, note Jean-François Lachaux.
- (26) 行政上の行為の適用に関する訴訟の機会に、その行為の非適用を結論するため、その違法性を援用する抗弁。
- (27) Conseil d'État, 8 juillet 2002, Commune de Porta, *Lebon*, pp. 260-262 ; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 2002, pp. 1005-1007, note Francis Donnat et Didier Casas.
- (28) Cour de cassation, chambre civile, 6 juillet 1954, Procureur général près la Cour de cassation c. Sté immobilière Dehondencq, *Revue critique de droit international privé*, 1954, pp. 612-630, concl. Rey, note Hervé Lenoan. 行政訴訟の提起に際し、原告は、その行為の非適用を結論するため、その違法性を援用する抗弁。
- (29) Grus C. Ricordi et Durtilly et comp., *Dalloz*, 1888, I, pp. 5-12, rapp. Lepelletier, note Louis Sarrut.
- (30) Cour d'appel de Paris, 18 juin 1968, dame Klarfeld c. Office franco-allemand pour la jeunesse, *Juriclassseur périodique (La Semaine juridique)*, 1969, II, n° 15725, note David Ruzié ; *Journal du droit international*, 1969, pp. 671-673, chron. Ph. Kahn.
- (31) Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 25 janvier 1977, Réyrol contre l'Office de la jeunesse de l'arrondissement d'Emmendingen, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles*, I, pp. 32-33 ; *Dalloz*, 1977, J., pp. 685-688, note E. Mezger ; *Journal du droit international*, 1977, pp. 470-474, note David Ruzié.
- (32) Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 29 mai 2001, Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. M. N'Doye, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, N° 1, chambres civiles, janvier 2001*, pp. 97-98 ; *Revue générale de droit international public*, 2001, pp. 1031-1044, note Alain Ondoua.

第四節 条約の締結の決定

執行権は、五三条により必要な場合、議会の法律による許可を受けた後、条約を批准・承認することになる。したがって、議会の許可と、条約の批准・承認は別のものである。ある国際約束が五三条の規定から議会の許可を必要とするものであるのに、執行権がその許可なしで批准・承認をした場合は、以上で見たとおり、裁判所によつて審査されうる。ここでの問題は、議会の許可を受けたのち、最終的に、条約を批准・承認するかどうかという執行権の決定自体を、裁判所が審査できるか、ということである。

執行権が条約を批准・承認するかどうかは、仮に、その条約が法律の許可を受けているものであるとしても、執行権の任意の判断に任されているとされる。判例も、司法裁判所であるパリ控訴院一九二六年一月二八日ルノーおよびルノー工場社対ルスキ・ルノー社判決で、⁽¹⁴²⁾「この立法権の関与は、共和国大統領に条約の批准することおよび条約を公布することによつてそれを執行することを許可するという目的しかもっていない。つまり、この関与は大統領の権力を減じるものではなく、大統領は、状況に応じ、条約を公布するためにこの立法権の許可を利用することもでき、条約を公布しないために許可を利用しないこともできる」とし、執行権の任意の判断を認めている。また、政府の見解でもこのことは認められている。例えば、ジョーベル (M. Jobert) 外務大臣は、一九七三年の国民議会で次のように発言している。「批准あるいは承認の権限は、憲法典が執行権に与えた権限であり、五三条に予定されている一定の場合、協定または条約が法律通過後にしか批准あるいは承認されないと

しても、議会による投票行動は、…憲法典が認めている特権を執行権が行使することを立法の形式で許可することにすぎないゆえに、その特権は、完全なもので制限されえないものである⁽¹⁴³⁾。学説においても、E・ゾレルは、このことを次のようにいつている。「批准は、純粹に裁量的な行為であつて、いかなる理由であつても、たとえそれが全くの時宜的な理由であつても、拒否されうるものである」⁽¹⁴⁴⁾。

もし、この問題が裁判で問題となるとすると、執行権が議会の許可があるにもかかわらず条約を批准・承認しないという不作為を国家賠償訴訟で争うことになるだろう。しかし、これまでこの問題が裁判で争われたことはないけれども、それは、時宜に応じてなされる裁量的な主権行為であるから、統治行為ということになると主張されている⁽¹⁴⁵⁾。ただし、これを統治行為としてではなく、単なる自由裁量行為と捉えることもできるだろう。

なお、批准・承認するかどうかという判断自体は統治行為だとしても、批准・承認を決定した場合、誰がどういう手続で判断したかという判断手続については、審査が及ぶ可能性があるように思われる。

(142) *Supra* note 15.

(143) Serrand, *supra* note 106, p. 236 より引用。

(144) Zoller, *supra* note 6, p. 73.

(145) Serrand, *supra* note 106, pp. 237-238.

第五節 条約の公布

フランスでは、条約が国内的に効力をもつためには、その条約は公布されなければならないとされている。公布とは、法規を市民が知ることのできる状態にすることで、その効果として、国は、法規を市民に対抗して適用できることになる。この原則は、一九四六年の憲法二六条では「適法に批准され公布された外交上の条約は、その条約がフランスの法律と矛盾する場合であっても、法律としての効力を有する」と表現され、一九五八年の憲法五五条でも「適法に批准されまたは承認された条約もしくは協定は、他方当事国による各協定もしくは各条約の施行を留保条件として、公布後直ちに法律より優越する効力をもつ」と確認されている。この原則を受けて、一九五三年三月一四日のデクレで、個人の権利義務に影響を及ぼす性質の国際約束、国際約束の留保・解釈宣言もしくはその撤回、または国際約束の廃棄は、官報によって公布されなければならないとされている（第一章第一節一（2）参照）。実務上、公布は閣議を経て、首相と外務大臣により副署された大統領のデクレによつてなされる。⁽¹⁴⁶⁾ただし、第五共和制下では、法的には首相のデクレで十分ではないかと指摘されている。⁽¹⁴⁷⁾

条約が国内で有効となり、市民に対して適用できる状態になるための、この公布の必要性について、フランスの裁判所は、伝統的に統治行為とはみなさず、審査可能という立場をとっている。古く一八三四年一月二八日の破棄院刑事部ジョジュ判決で、⁽¹⁴⁸⁾すでにこのような立場が示されている。これは、一八三四年四月二二日の条約で、ドン・カルロス (Don Carlos) がフランスとスペインの共同の敵であるとされ、これに基づいて、被告が、スパイの罪などで起訴されたというものである。

判決は、「翌月の五月に批准された、一八三四年四月二二日の条約は、フランスにおいて審署(公証)⁽¹⁴⁹⁾されていなかった。それゆえ、この条約は、適法なものとして、司法上の訴追の基礎になりえなかった」と述べた。

破棄院一般代理人(検事長 デュバン (Dupin))は、その論告のなかで、「かくして、市民というものを考慮の対象としたとき、審署の必要性は、法律に対するのと同様に条約に対しても存在する。∴そして、たとえわれわれの法律のどの条項も刑事に関する事項について審署を命じていなくても、事物の理によって、人間の理性は、知らない法律によって罰せられないことを望むであろう」と論じ、たとえ、一八三〇年憲章が条約の審署について沈黙しているとしても、条約が市民に対し国内的に効力をもつためには審署が必要であるとしている。

行政裁判では、コンセイユ・データ争訟部大法院一九五六年一月二六日ヴィラ氏事件判決(本章第三節一(2)参照)は、「一九五一年八月二三日にフランスとイタリアの間で署名された外国人居留協約は、批准も公布もされていなかった。よって、この条約は、まだ効力をもっていなかった」と述べ、公布のない協約の国内的効力を否定した。また、コンセイユ・データ一九六一年三月三日アンドレ氏とニコラ・ゲマン織物会社事件(本章第三節二(2)参照)での論告は、公布について、「国内法の行政行為の形式である、デクレによる公布は、少なくともその適法性に関して、行政裁判の審査にかかりうるように思われる。なぜなら、公布は外交行為でもないし、議会のコントロールに事後に服する行為でもない。公布行為は、交渉からも批准からも全くもって切り離しうる行為である」とし、公布は、統治行為と「切り離しうる」行為であるから、行政裁判において審査可能であると説明している。

実際、行政裁判所は、公布の存在だけではなく、その適法性についても審査している。例えば、国際協定が官報ではなく国

立映画センターの雑誌にしか掲載された場合について、適法な公布ではないので、その協定に国内的効力はないとした判例⁽¹⁵⁾、国際協約がデクレにより官報に公布されたが、のち、その原文と官報に登載された文との間の単なる技術的な誤り以外の内容に關係する訂正のデクレが官報に公布されたケースで、「条約や協約が公布される条件の適法性を審査する権限はある」とし、訂正のデクレに元のデクレと同じ署名がないことから、その訂正を取り消した判例⁽¹⁶⁾などがある。

しかし、コンセイユ・デタ一九七〇年一月四日ド・マルグレーブ氏事件判決⁽¹⁵⁾は、条約の公布の決定は統治行為であるという見解を示した。この事件の概略は次のようなものであった。原告は、アルジェリアで自動車修理工場を經營していた。一九四三年に原告は部品のストックをアメリカ軍に売却した。一方フランスとアメリカは戦争後協定を結び、フランスがアメリカの契約の肩代わりをするとした。そこで、原告は、フランスに代金の支払いを求めたが、拒否されたので、司法裁判所に訴えたところ請求が認められた。さらに、原告は、行政府が上記の協定を公布しなかつたことによつて損害を受けたなどという理由で行政裁判所に損害賠償を求めて訴えた。

コンセイユ・デタはこれについて次のように述べた。「国際協定を公布するかどうかの決定はフランスと外国との關係を問題にする。この決定は、もしものときに原告に対して国家賠償責任を生じさせる性質のものではない」。

これによると、コンセイユ・デタは、条約が公布の要件を満たしており国内的に有効であるかどうかという問題と、条約を公布するかどうかの決定という問題を区別し、後者は統治行為であるとみたことになる。しかし、国際約束が国民の権利義務にかかわる場合は、公布は義務的であるはずで、裁量の余地はないし、条約は、国際法上は署名ないし批准のときから有効で、国内的な公布は外交關係と「切り離しうる」のではないかと思われるから、これを統治行為であるとするのは疑問がのこる。

ただ、外国と秘密協定を結び（秘密協定を結ぶことが許されるかという問題は別論とする）、それを公にしないと相手国と約束しているような場合、デクレに基づく国内的な公布義務にあえて違反するということも考えられる。そのような場合、まさに統治行為に該当することもありえるだろう。しかし、この場合、裁判所による事後的救済として、国家賠償も認めないとする必要があるのだろうか。なお、これとは別の問題として、署名・批准から公布までの間に、条約の終了・運用停止の事由が生じたため、それに応じて公布もしなかった場合は、統治行為とみなせる余地がある。

この公布されない条約については、現実的需要によって、裁判所はその存在を認め考慮に入れている場合がある。例外的な場合に公布されていない条約を考慮して判決した事例として、コンセイユ・デター一九六一年一月三日ムブンヤ氏事件判決がある。カメルーンはフランスによる信託統治下にあったが、一九六〇年に独立した。ところが、このとき信託統治終了の国連の議決とフランスによる独立承認が公布されなかった。独立以前から提起されていた行政訴訟について、独立後その管轄権をフランスが失ったことを判決するために、コンセイユ・デターは公布されなかった国連の議決とフランスの承認を考慮せざるをえなかった。

(146) *Circulaire du 2 mars 1982 relative à la sous-direction des accords et traités.* (条約局に関する一九八二年三月二日の通達)。

(147) 参照、ナヴィガートル社事件判決（本章第三節二（3））、*Abraham, supra note 18, p. 81.*

(148) *Cour de cassation, chambre criminelle, 28 novembre 1934, Jauge, Tassin et autres, Sirey, 1834, I, pp. 822-830, concl. Dupin.* 民事事件に「破棄院大法廷判決で公布について審査したものでござい」*Cour de cassation, Assemblée plénière, 11 mars 1953, Gambino C. Cons. Arcens, Dalloz, 1953, J., pp. 297-301, concl. Blanchet.*

- (149) 当時は、審署（公証）と公布という用語が混用して用いられていた。ここでの審署は公布を意味する。法律の場合、本来、審署とは、執行府が法律の制定を適法と認め、法律を認証することで、その効果として、執行府が法律を執行可能な状態となる。公布とは、法律を市民が知ることのできる状態にすることで、その効果として、国は、法律を市民に対抗して適用できることになる。―参照、大石眞「公布再考」国学院法学一七卷三号（一九七九年）一一頁、François Luchaire et Gérard Conac (sous la direction de), *La constitution de la république française*, 2^e éd., Economica, 1987, p. 401.
- (150) Henry, *supra* note 116, pp. 629.
- (151) Conseil d'État, 30 octobre 1964, Société «Prosagor», Société «Les films Sacha Gordiné» et sieur Sacha Gordiné, *Lebon*, pp. 496-497.
- (152) Conseil d'État, 16 mars 1966, Carrel d'action morale et sociale et Union féminine civique et sociale, *Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique)*, 1967, II, n° 15057, concl. Bertrand.
- (153) Conseil d'État, 4 novembre 1970, Sieur de Malglaive, *Lebon*, pp. 635-636.
- (154) Abraham, *supra* note 18, p. 81.
- (155) Conseil d'État, 3 novembre 1961, MBounya, *Lebon*, pp. 612-619, concl. Ordonneau.

第六節 条約の解釈

一 かつての立場

近年まで、行政裁判所は基本的に条約の解釈ができないという立場が、伝統的にとられていた。⁽¹⁵⁶⁾ この伝統的立場を最初に明らかにしたのは、行政裁判所は「コンセイユ・データ一八〇八年七月一五日の外交条約の適用が問題となつてゐる。この条約の解釈からもたらされる問題は、訴訟の方法では、コンセイユ・データにおいて提起されえない」と述べた。そして、この立場が基本的に長く維持されてきたのである。ただし、この基本原則には二つの修正が加わつた。一つは解釈問題の裁判手続の中での扱いである。元来は、条約の解釈が争点の訴訟を単に拒否するか、あるいは、解釈にかかわる訴訟理由を拒否するというやり方がとられていた。しかし、コンセイユ・データ争訟部大法廷一九三二年七月三日カール及びト・サメ氏事件判決⁽¹⁵⁸⁾で、解釈問題を単に拒否するのではなく、まず外務大臣に質問を送り、その回答に拘束されて判決するという方法がとられ、その後その方法が引き継がれることになつた。もう一つは、「明確な法令の法理」(théorie de l'acte clair)⁽¹⁵⁹⁾の採用である。この法理は、コンセイユ・データ争訟部大法廷一九三八年七月一日ジャバン・デュドニオン氏事件判決で初めてはつきりと採用された。この判決は、条約の条項の意味が明確であれば、外務大臣への照会なしに、裁判所が判断できるとしたのである。なお例外として、欧州共同体を設立する条約(ローマ条約)二三四条(旧一七七条)に規定されている欧州共同体の法規範については、解釈の困難な場合、欧州共同体

司法裁判所に付託して判断を仰ぐことになっている。

これに対して、司法裁判所はよりニュアンスのある立場を従来からとっていた。破棄院民事部は、一八三九年六月二四日ナピエとその他対リシュモン事件判決⁽¹⁶⁰⁾以来、「私的利益を目的とする」訴訟においては、条約を解釈できるとしていた。これに対して、「国際公序の問題」あるいは「国際公法」が問題になるときは、自ら解釈できないという立場をとっていた。破棄院刑事部は、基本的に、条約の解釈を外務大臣に付託するという立場を維持していた。ある期間には、何度か民事部の判決に近い立場をとったこともあるが、「国際約束は、それが問題になるときは、国際約束締結の当事者によってしか解釈されえない高度な行政の行為である⁽¹⁶¹⁾」という、より制限的な立場にまたもどったのである⁽¹⁶²⁾。

二 現在の立場

ところで、コンセイユ・デタは、争訟部大法廷一九九〇年六月二九日移民労働者支援団体 (G.I.S.H.I) 事件判決⁽¹⁶³⁾において、従来の判例を変更し、条約を自ら解釈できるという立場をとるに至った。この事件は次のようなものであった。内務大臣と社会問題及び国民連帯担当大臣は共同して、一九八六年三月一四日にアルジェリア人とその家族についての、入国、滞在、雇用に関する通達を発した。この通達は、一九六八年一月二七日のフランス・アルジェリア協定およびそれを修正する内容をもつ一九八五年一月二二日の追加文書について、未成年の定義などの解釈を示していた。原告（移民労働者支援団体）は、この通達の部分的取消しを求めて訴訟を提起した。なお、コンセイユ・デタが外務大臣に当該国際約束の解釈を求めたところ、外務大臣は通達と同じ解釈を示した。判決は、政府の解釈の妥当性を審査した上、通達の一部を取り消した。

判決は、なぜコンセイユ・デタが条約の解釈を自らできるのかについて特別言及していない。この点につき、論告担当官アブラムが論告において次のように述べている。

もともと条約を行政裁判所が自ら解釈せず、外務大臣に解釈を付託していたのは、次のような理由である。

実際の理由として、①裁判官は、起草者の意図を知るための国際約束に関する起草資料へのアクセスが、政府に比べて困難である。②裁判官は、複数の言語の版がある国際約束を解釈するのに最適な立場ではない。

法的な理由として、③国際約束の解釈は、相手国との一致が必要で、その解釈をするのは政府が最適である。④裁判所の解釈が、相手国の解釈と相違する場合、国際的な責任を問われる可能性がある。⑤国際約束の解釈は、国際関係と切り離しうるものではないから、「統治行為」であり、訴訟において審査されえないものである。

もともと主要な理由であると思われる判例政策 (*politique jurisprudentielle*) の点から、⑥外交活動は、その性質上、行政活動ではなく、執行権が広範な自由をもつ統治行為とみるべきである。というのは、もし裁判所が国際約束を解釈できるとすると、例えば、条約の再交渉や、国際裁判の都合上、政府の外交的イニシアティブを害するおそれがある。⁽¹⁹⁾

しかし、以上のような正当化理由も、新しい状況に応じて再検討される必要がある。その理由は以下のようなものである。

①政府が国際約束の解釈をするとき、実際にはほとんどの場合、政府は、相手国と調整するわけではない。この状況は、裁判所が一方的に解釈するのとはかわらない。②起草資料については、多国間条約の場合、起草資料は、広く公表されている。また、欧州人権条約のように、特別な国際的適用機関があるものについては、起草資料を参照するより、その適用機関の解釈判例を参照した方が有益である。さらに、二国間条約の場合でも、裁判官は、外務大臣に情報の提供を要請できる。③間違った解釈

から発生しうる国家責任については、裁判官が、解釈において大臣よりしばしば誤るとはいえない。また、疑問な解釈に対しては上訴の方法で是正可能である。④現在は、国際約束の増加にともない国際約束の解釈を問題とする訴訟が増えており、もはや例外的なものといえなくなった。また、一九八九年一月二〇日のニコロ氏事件判決以来、憲法五五条の規定する、国際約束の法律に対する優位が貫徹されるようになったが、外務大臣の解釈に拘束されると、裁判官は、国際約束に反する法律を適用しない権限を外務大臣に間接的に移譲することになる。⑤実際にはすでに、明確な法令の法理を利用して、かなりの解釈権を行使している。⑥比較法的に見ても、外務大臣の解釈に裁判所が拘束されるというフランスのやり方が例外的である。⑦欧州人権条約六条は、すべての者が、裁判所において「公正な」(equitablement)審理を受ける権利を保障している。しかし、当事者の政府が国際約束の解釈権をもっているとする、もう一方の当事者に対して不平等であり、公正な審理とはいえない。また、六条は、裁判官の判決を保障しているのであって、裁判所でない機関に判決を下す権限を移譲することはできないはずである。また、この六条の原則は、裁判に関するフランス公法の大原則を確認したものにすぎないともいえる。⁽¹⁶⁵⁾

なお、この行政裁判所の判例変更を受けて、破棄院も、破棄院民事部一九九五年一月一九日アフリカ開発銀行対国際商業信用銀行事件判決⁽¹⁶⁶⁾において、従来の「国際公序の問題」「国際公法」にかかわるかどうかという区別を放棄し、「審査にかかっている訴訟において援用されている国際条約を、非裁判機関の意見を求める必要なしに、解釈することは、裁判官の職権に属する」として、自ら条約を解釈できるという立場をとるに至った。ただし、破棄院刑事部は、いまだ伝統的な立場に固執しているようである。⁽¹⁶⁷⁾

このように、判例が転換した理由は、論告に詳述されているとおりである。しかし、裁判所が条約を解釈できない根拠の一

つであつた、解釈の統治行為性に関する議論がなされていないように思われる。この点、解釈できない理由⑤は、そもそも、国際関係に関係するというだけで統治行為とするのは根拠として十分でないといえる。重要なのは理由⑥である。これについては、条約の解釈にかぎつていえば、解釈に対して政治的時宜性を認める必要性の程度がそれほど高くないという判断があると考えるのが自然であろう。

-
- (156) Cf. Abraham, *supra* note 18, pp. 95-99. 邦語の文献として、大藤紀子「条約の解釈に関するフランス Conseil d'Etat の判例変更について」一橋研究一七巻四号(一九九三年)一九・四〇頁。
- (157) Conseil d'Etat, 23 juillet 1823, Veuve Murat, comtesse de Lipona, *Lebon*, pp. 389-390.
- (158) Conseil d'Etat, Assemblée, 3 juillet 1931, Karl et Toto Samé, *Sirey*, 1931, III, pp. 129-135, concl. Etton, note Charles Rousseau.
- (159) Conseil d'Etat, Assemblée, 1^{er} juillet 1938, Sieur Jabih-Dudognon, *Lebon*, pp. 607-608; *Sirey*, 1939, III, pp. 41-43, note Ch. Rousseau; *Dalloz*, 1939, III, pp. 9-12, note Pierre Lamputé.
- (160) Cour de cassation, chambre civile, Napier et autres C. Richmond, *Sirey*, 1839, I, pp. 577-581.
- (161) Cour de cassation, chambre criminelle, 3 juin 1985, Brandlight, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle*, pp. 542-546.
- (162) Cf. Terchet, *infra* note 163.
- (163) Conseil d'Etat, Assemblée, 29 juin 1990, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G. I. S. T. I.), *Lebon*, pp. 171-183, concl. Romy Abraham; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1990, pp. 621-640, concl., note Gérard Teboul; *Revue critique de droit international privé*, 1991, pp. 61-79, concl., pp. 79-85, note Paul Lagarde; *Dalloz*, 1990, J., pp. 560-564, note Paul Sabourin; *Juristatseur périodique (la Semaine juridique)*, 1990, II, n° 21579, note Josiane Terchet; *Journal du droit international*, 1990, pp. 965-977, note F. Julien-Laterrière; *Revue française de droit administratif*, 1990, pp. 923-939, note Jean-François Lachaune; *Annuaire français de droit*

- internationale*, 1991, pp. 897-900, chron. J-F. Lachaux ; GA/LA, 15^e éd., pp. 703-711.
- (17) Abraham, *supra* note 163, *L'Actualité juridique, Droit administratif*, pp. 624-625.
- (18) *Ibid.*, pp. 625-628.
- (19) Cour de cassation, chambre civile, 19 décembre 1995, Banque africaine de développement contre Bank of Credit and Commerce International et autres, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, pp. 326-327.
- (20) Cf. Dominique Carreau, *Droit internationale*, 8^e éd., Pedone, 2004, pp. 538-539.

第七節 条約の執行

条約が国内的に法的効力をもち裁判所によつて適用されるということはすでに確認している（第一章第二節二参照）。ここでの問題は、条約自体の国内的効力ではなく、条約を執行する国内措置を裁判によつて審査できるかという問題である。

条約の執行は、一九世紀のはじめから統治行為とされ、裁判の審査に服していなかった。コンセイユ・デター一八二〇年六月十七日ルコザニ対私掠船「狩人号」事件判決⁽⁶⁸⁾では、「コンセイユ・デターは外交条約の執行に關係する問題を審査する権限をもっていない」とされ、この立場が長期にわたつて維持されていた。

しかし、すでに述べたように第四共和制憲法制定以降、条約が国内法秩序において効力をもつことが明確になり、また、それに応じて判例も条約の効力を認めるに至つたことにより、条約を執行する行為が条約と適合しているかどうか審査可能になった。

また、前にも触れたように（本章第三節二（一）参照）、一九二〇年代から、切り離しうる行為の法理が裁判で適用されるようになり、条約の執行が審査の対象となりうることになった。この法理の始まりといわれているのが次の二つの判決である。そのひとつの、コンセイユ・デター一九二四年六月二七日ゴールドシュミット及びストロース氏事件判決⁽⁶⁹⁾は、条約に基づく関税の免除に關する問題において、「…当該措置は、完全に条約自体から独立している。…したがつて、申立ては受理できる」と述べ、条約と切り離しうる行為は審査できるという立場をとつた。もうひとつの、コンセイユ・デター一九二六年二月五日カラコ夫人

判決は、すでに触れたように、「かくしてこのデクレが定める条項は、協約自体と一体のものではなく、それゆえ、訴訟の対象となる」と述べた。

(170) この切り離しうる行為の法理が判決で明確に表現されたのは、コンセイユ・デター一九三七年六月一日アルカン産業社事件判決である。この事件は、次のようなものであった。原告（アルカン産業社）は、ユーゴスラビアの会社に、航空用品の生産ライセンスを、生産量に応じてライセンス料を支払ってもらうという条件で、供与した。一方、一九三三年一月二七日のフランス・ユーゴスラビア協定は、両国間の「商品」の売買について、債務の相殺手続を定めていた。原告が、その協約に基づき、その条約によって設置されているフランスの事務局に、債務相殺を申し立てたところ拒否され、また担当大臣もそれを支持した。原告は、この条約の「商品」とは、物質だけにかぎられず適用されると主張し、その決定の取消しを求めた。

コンセイユ・デターは、「フランスの事務局の作用に関係がある問題となつてゐる決定は、この条約と切り離されるものである。ゆえに、これは行政訴訟の対象となりうる」と述べ、「切り離す」という表現を使って訴訟の対象となりうることを説明したのである。

これらの判決以降、条約を執行する行為は、基本的に、統治行為ではなく、裁判所によって審査可能な行為となつた。このことを、セランは、「かくして、現在の法的状況では、条約は国内法において合法性の法源であるから、その条約の適用のために取られた措置は、なによりもまず、従属的で枠付けられた行為、つまり執行行為である。執行機関に属する自由な『外交』活動の現われとは違い、それらの措置は、この同じ機関が行つてゐる行政活動の現われである」と述べ、条約の執行は裁判所によって審査できるとしてゐる。(171)

-
- (16) Conseil d'État, 17 juin 1820, *Lecosani*, C. Corsaire *le Chasseur*, *Sirey*, 1820, II, p. 274.
- (169) Conseil d'État, 27 juin 1924, *Steurs Goldschmidt et Strauss*, *Lebon*, pp. 607-608.
- (170) Conseil d'État, 11 juin 1937, Soc. des Etablissements Alkan et C^e et autres, *Dalloz*, 1939, III, pp.47-52, note Édouard Shtz.
- (171) Serrand, *supra* note 106, p. 267.

第八節 条約の留保・改正

フランスでは、条約に留保を附すときの手續はどうなっているのだろうか。フランスでは、議会の許可は条約そのものの締結だけにかかわり、留保及び解釈宣言は執行権の専権であるとされている。⁽¹⁷²⁾つまり、留保・解釈宣言について議会は関与しない。それは、批准を許可する法律が議会で採択されても、執行権がその批准を行なう義務をもたないのと同じ論理によって説明される。⁽¹⁷³⁾これについて、特に裁判例などは存在しないけれども、外務大臣が次のような答弁を行なったことがある。「もし、執行権が条約の開始あるいは廃棄の機会の判断者であるなら、執行権が、条約を、留保をするという方法で、部分的に有効にする自由を持つているべきであるというのはより強い理由で当然である。この執行権の判断は、緊密に外交作用の実施に結びついており、相手国の行動と国際状況の展開にしばしば由来する、政治的状況的理由によって本質的に決定されているのである」。⁽¹⁷⁴⁾

これについて、セランは、条約の批准、承認をすることと同様、やはり、留保をすることかも統治行為であると述べている。⁽¹⁷⁵⁾ただこの場合、執行権が、法規範を破る可能性がほとんど考えられない場合であるわけだから、あえて統治行為とする必要はなく、単なる自由裁量であるとも考えられる。

条約の改正は、フランスにおいては、元の条約の中に改正条項がある場合、憲法五三条による議会の介入なしで、可能であるとされる。判例でも、一九七八年四月二九日の憲法院判決は、「憲法五三条によって予定されている条件における立法によ

る許可という承認手続が全く欠けているときでも、適法に：国際通貨基金に関する協定に同意して、フランスが署名した（元となる国際〔引用者補足〕約束の効力によって、改正された条項は：フランスに対する義務となる」と述べている。

(172) Cf. Zoller, *supra* note 6, p. 228.

(173) *Droit international et Droit français, Etude du Conseil d'Etat, La Documentation Française, 1986*, p. 19.

(174) Serrand, *supra* note 106, p. 239 より引用。

(175) Serrand, *supra* note 106, p. 239.

(176) Conseil constitutionnel, 78-93 DC, du 29 avril 1978, *RJC, 1959-1993*, pp. 58-59.

第九節 条約の終了・運用停止

一 現在の制度

条約の終了とは、一般的に、有効に締結され効力を生じた条約が一定の事情の発生により効力を失い、条約としての存在を失うことである。運用停止とは、条約の効力を一時的に停止することである。⁽¹⁷⁾この条約の終了・運用停止は、当事国の同意のある場合と、ない場合に分けることができる。当事国の同意がない場合について、条約法に関するウィーン条約においても、重大な条約違反(六〇条)や事情の根本的な変化(六二条)などの場合は、条約の終了・運用停止の根拠として援用できるとされている。また、フランスの場合、憲法五五条が、「適法に批准されまたは承認された条約もしくは協定は、他方当事国による各協定もしくは各条約の施行を留保条件として、公布後直ちに法律より優越する効力をもつ」と定め、他方当事国が、国際約束をその国内で施行しないならば、フランスは、当該国際約束をフランス国内で施行しないことができる⁽¹⁸⁾とし、国際法上の条約違反の場合について国内的にとりうる措置を定めている。この憲法五五条は、自国固有の判断で、一方的に条約を終了・運用停止にできるとしており、全くの一方的決定を認めていない国際法の規定を超えた部分があると考えられる。条約の運用停止に関するフランスの事例は、事情の根本的な変化による条約の運用の停止に関するものと、憲法五五条が定める相互性の条件に関するものに分けられる。これをそれぞれ見てみよう。⁽¹⁹⁾

二 事情の根本的な変化による条約の運用停止

事情の根本的な変化による条約の運用停止は、かつてから統治行為とされてきた。⁽¹⁸⁰⁾ そのような判断を明確に確認したのは、コンセイユ・デタ争訟部大法廷一九九二年二月一八日ジロンド県知事対マムディ氏判決である。⁽¹⁸¹⁾ この事件は次のようなものであった。

一九八三年に署名され翌年に官報で公布された仏・モロッコ協定によると、モロッコ人については、フランスに入国するためヴィザが免除されていた。しかし、フランスにおいてテロが多発したため、フランスは、一九八六年一月一日に外務大臣がモロッコ国大使に通告し、同年一月一八日に官報に公布することにより、この協定のヴィザ免除条項を一方的に運用停止とした。原告(モロッコ人)は、一九八九年に入国した後、パスポートを紛失し、その結果ヴィザも取得できなかった。そのため、ジロンド県知事は、一九九〇年九月二四日に、原告を不法入国であるとし、国外退去処分を決定した。これに対し、原告が、この決定の取消を求めて訴えた。

これに対し、裁判所は次のように述べて、原告の主張を退けた。

「フランス政府は、…(ヴィザ免除条項の部分につき、モロッコに当該〔引用者補足〕協定を運用停止にする決定を知らせた。この運用停止の決定は、一九八六年一月一八日の官報に公布された外務大臣の通知により、公衆に知らされた。それ以降、フランス本国と海外県における外国人の入国条件に関する一九八四年四月一〇日の命令(arrêté) 第一条の適用により、マムディ氏は、一九八九年一〇月の時点において、フランス領内に合法的に滞在するためには、有効期間内かつフランスのヴィザが付いている、モロッコ政府のパスポートまたは代わりとなる旅行許可証を所持していなければならなかった」。

協定の運用停止がなぜ正当化されるのかについては、論告担当官ラミー (Francis Lamy) の論告が、次のように説明している。⁽¹⁸²⁾

この事件については、外務大臣は、モロッコへの書簡において、フランスにおけるテロリズムの多発という「事情の根本的な変化」が、協定の部分的運用停止をもたらしたとしている。

フランス国内法の観点においては次のことがいえる。「政府が一方的に条約の運用停止をするという決定は、フランスの国際関係に関する行動にとられたものであり、またその国際関係に関する行動から切り離すことができない『統治行為』を構成する」。「国際約束に対するすべての実害のある違反を封じ込めるために、大統領がもしものときにそれらの条約の実施に(条約の運用停止という手段で「引用者補足」) 反対しうることは時宜を得た (opportun) ことであろう。そしてそれは、全くの政治的問題 (question purement politique) であり、憲法典はそれに対して何の答えも与えていないし、また国家の最高権力機関の判断にのみ属する」。したがって、この行為は、裁判のコントロールを受けず、また、違法性の抗弁の対象にもならない。

ただし、運用停止行為が正当であったかどうかという内容的な判断(この場合は、国際法上、事情の根本的な変化があったかどうか、運用停止の国際法上の手続は適法であったか、という判断(引用者補足))は、裁判の対象とならないとしても、その行為の外在的条件の一定部分については、裁判の審査対象になりうる。本件の場合、運用停止行為の存在という点、および運用停止の公布の適法性という点の二点が問題となる。

第一の点について、本件については、政府による運用停止行為の存在を確認することができる。第二の点について、国際約

束の公布に関するデクレは、特に運用停止について定めていない。しかし、条約の運用停止は、その条約が規律対象としている領域の国内規範を復活させる効果があることなどから、公布する必要がある。この事件では、運用停止は官報で公布されているので、運用停止が国内的効力を発生するための要件をみたしている。

右のように、この事件では、協定が一方的に運用停止された。これに対して、二国間の条約の運用停止は、国際法上基本的な合意が必要であり、この場合は合意がなかったから、当該運用停止は国際法に反するという見方もできる。⁽¹⁸³⁾しかし、この事件では、条約の運用停止は「統治行為」であり、国際法に違反するかどうかという点は審査されなかった。ただし、この判決の論告は、裁判所が、運用停止行為の存在そのものと、当該行為の公布の適法性については、判断できるとしている。このように、フランスの行政裁判の判例では、統治行為の範囲がそれなりに限定されている点に注意すべきである。

三 相互性の条件による運用停止

相互性の条件による運用停止についても、司法裁判所では統治行為とみなされている。⁽¹⁸⁴⁾これを行政裁判所でも確認した判決が、コンセイユ・データ争訟部大法廷一九八一年五月二九日レク事件判決⁽¹⁸⁵⁾である。事実関係は、次のようなものであった。

一九五九年一月二六日の予算法律七一条Iは、旧植民地においてフランス政府のために働いていた者の年金について、一九六一年一月一日から、その年金を物価に応じた引き上げなどがない固定制の、元の年金にみあう終身手当に切り替えると定めていた。一方、フランスとアルジェリアが締結した一九六二年三月一九日のエビアン協定一五条は、上述の予算法律七一条Iを排除し、アルジェリア人の年金の権利は完全にフランスによって保障されるとした。ただし、アルジェリアもフランス人

の年金を保障するという内容であった。原告（アルジェリア人）は、フランス支配下の時期のアルジェリアにおいて学校の校長であったところ、フランスは、一九六四年に、上述の予算法律により原告の年金を終身手当に切り替えた。その理由は、アルジェリアが協定の一五条を守らないので、憲法五五条により協定の一五条は運用停止され、協定の一五条は適用されないというものであった。

判決は、次のように述べている。「条約または協定についての一方の当事国による執行の状態が、その性質上、その条約または協定の条項から、その条項に憲法が与えている効力を奪うかどうか、あるいはどのような範囲でそうなるかを判断するのは、行政裁判の判事の役割ではない。したがって、コンセイユ・デタは、レク氏の申請に対して判決する前に、問題の決定があった一九六四年において、アルジェリアが一九六二年三月一九日の政府によってなされた宣言を適用していた状態が、その性質上、…その宣言の一五条の前出の条項から、その効力を奪うものであるかどうかという問題を外務大臣に付託してしかるべきである」。

さらに、本判決の論告担当官テリイ (Jean-François Thery) は、なぜ、裁判官が憲法五五条の相互性の条件を審査すべきでないのかという点について、次のように論じている。

「相互性の留保を問題にすることは、国際関係にかかわる行動に關係する行為である。実際に、憲法典は、相互性が欠けるときに、権限ある機関に条約の適用を停止する義務を全く課していない。憲法典は、その諸機関に、手段と、武器を与え、そしてその諸機関に、この手段と武器を、全くの、時宜性 (pure opportunité) に由る判断によつて、利用することを委ねている」⁽¹⁸⁶⁾
(強調原著者)。

このように、判決では、相互性の条件の判断を行政にゆだねており、この判断を統治行為とみなしている。

ところが、ヨーロッパ人権裁判所が二〇〇三年二月一三日のシュヴロル判決で、⁽⁸⁷⁾ 以上のようなフランスの裁判所の判断を否定し、外務大臣にあらかじめ意見を求め、その意見に拘束されるとするのは、ヨーロッパ人権条約六条一項に違反するとした。「たとえば、相互性の条件の評価のために、コンセイユ・デタが大臣に付託することが必要であるように思われうるとしても、この場合に用いられた、予めの送付というコンセイユ・デタの現在の慣行によつて、その法廷は、大臣の意見に、つまり、法廷の外部にあり、その上、執行権に属する権力機関の意見に、その意見を批判にも対審的な論争にもさらすことなく、義務的に従うことを余儀なくされる。：原告は、当該訴訟に判決を下すために関連のある事実と法の諸問題すべてを検討するために十分な権限をもつ、あるいはもつと認められる裁判へのアクセスを有していたとみなすことはできない」。

この判決により、従来のフランス国内裁判所の立場は変更せざるを得ないことになったと考えられる。少なくとも、裁判所は、執行権に相互性の条件が充たされているかどうかの判断を付託し、その答えに拘束されるという従来の立場はとれないことになる。おそらく、そうすると、解決策としては次のようなものが考えられる。第一は、裁判官は、自ら相互性の条件につき判断すべきであるという立場。第二は、相互性の条件につき政府が一般的な形で決定し、その決定を公布しないかぎり、裁判官は、そのまま国際約束を適用するという立場。第三は、執行権が裁判時に相互性の条件により国際約束が執行停止されると主張したときに、裁判所が、その判断について要件を充たしているかどうか審査するという立場。このうち、第一の立場をとると統治行為の余地がなくなるであろう。第二の立場だと、政府の一般的決定自体は、裁判の審査対象にならないことになるだろう。第三の立場だと、執行権が、相互性の条件を利用して執行停止を主張するかどうかについては、裁判の審査対象に

ならないことになるだろう。これらの立場のそれぞれの利害を衡量した上で、フランスの裁判所がどのような立場を選択するかが注目される。

以上の、事情変更の原則に関連する判例と、ヨーロッパ人権裁判所の判決以前の相互性の条件に関連する判例を通じてみると、条約の運用停止が統治行為であるとする根拠は、結局、①国際関係に関する行為であり、またその国際関係に関する行為から切り離すことができないという点、②政治的な時宜性の判断が必要な全くの政治的問題であるという点、に求められているといえる。なお、「時宜性」という概念は、適法性 (*égalité*) という概念に対比されるもので、権力機関がある行為や決定をするときに斟酌する、利害、効用、正当性などについての各種の考慮をさす。

条約の終了・破棄については、すでにみたように（第一章第一節一（2）参照）、執行権は議会の介入なしにそれらの行為を行えるとされる。また、これらの行為を裁判所が審査できるかどうかについては、特に判例は存在しないけれども、運用停止の場合と同様の理由で、統治行為と考えられている。⁽¹⁸⁾

(17) 参照、大森正仁「条約の終了および運用停止」（国際法事例研究会編・前出註（51）、所収）一九五頁。

(18) Cf. Théry, *infra* note 185, p. 1712.

(19) この問題は、別稿で詳しく論じたことがあるので、参照されたい。齊藤芳浩「統治行為としての条約の運用停止（1）（2）」福岡県立大学紀要 一一巻二号（二〇〇三年）一・一〇頁、福岡県立大学人間社会学部紀要 一一巻二号（二〇〇三年）一・一五頁。

(20) Cf. Tribunal administratif de Nantes, 22 février 1990, Ben Bahafra, *Lebon*, Table, p. 628 ; Conseil d'État, 23 septembre 1992, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISIT) et Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP), *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1992, pp. 752-755, concl. David Kessler, note R. S. ; *Annuaire français de droit international*, 1993,

- pp. 995-996, chron. J.-F. Lachauune.
- (12) Conseil d'État, Assemblée, 18 décembre 1992, Préfet de la Gironde c/ M. Mhamed, *Lebon*, pp. 446-453, concl. Francis Lamy ; *Revue française de droit administratif*, 1993, pp. 333-341, concl., et pp. 341-345, note David Ruzié ; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1993, pp. 141-142 et 82-83, chron. Christine Maugué et Remy Schwartz ; *Dalloz*, 1994, J., pp. 1-4, note François Julien-Laterrière ; *Annuaire français de droit international*, 1993, pp. 969-970, chron. J.-F. Lachauune.
- (13) Lamy, *supra* note 181, *Revue française de droit administrative*, pp. 333-340.
- (14) Cf. Julien-Laterrière, *supra* note 181, p. 3.
- (15) Cf. Cour de cassation, chambre criminelle, 29 juin 1972, *Males, Jurisclasseur périodique (la Semaine juridique)*, 1973, II, n° 17457, note David Ruzié ; Cour de cassation, première chambre civile, 6 mars 1984, Kryla c. dame Lisak, *Journal du droit international*, 1984, pp. 859-868, note Jean Chappex ; *Revue générale de droit international public*, 1985, pp. 538-542, note C. Rousseau ; *Revue critique de droit international privé*, 1985, pp. 108-116, note Georges A. L. Droz ; *Annuaire français de droit international*, 1985, pp. 925-926, chron. J.-F. Lachauune.
- (16) Conseil d'État, Assemblée, 29 mai 1981, Rehou, *Lebon*, pp. 220-221 ; *Revue du droit public*, 1981, pp. 1707-1724, concl. Jean-François Théry ; *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 1981, pp. 485, et 459-464, chron. Frédéric Tberghien et Bruno Lasserre ; *Journal du droit international*, 1982, pp. 437-448, note Jean Chappex ; *Dalloz*, 1982, J., pp. 137-140, note Gilles Calonec ; *Revue critique de droit international privé*, 1982, pp. 76-81, note Paul Lagarde ; *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 407-435, note Claude Blummann ; *Annuaire français de droit international*, 1982, pp. 977-981, chron. J.-F. Lachauune.
- (17) Théry, *supra* note 185, *Revue du droit public*, p. 1717.
- (18) Cour européenne des droits de l'homme, 13 février 2003, Chevrol c/ France, *L'Actualité juridique, Droit administratif*, 2003, pp. 1984-1988, note Thierry Rambaud.
- (19) Cf. Zoller, *supra* note 6, p. 135 ; Serrand, *supra* note 106, pp. 273-274.

第一〇節 小括

以上でみた、フランスにおける、裁判所による、条約に関する行為についての審査を整理してみよう。なお、これまでの記述からもわかるとおり、フランスの論者の中には、統治行為の概念の中に、自由裁量行為とも解されるものを含めて論じている者もいることに注意を要する。

① 従来から統治行為とされていなかったものとしては、条約の公布の要件がある。

② 従来は統治行為であったが、現在は裁判所が審査可能となったものとしては、条約自体（ただし行政裁判では越権訴訟ではなく、国家賠償訴訟による場合）、条約の締結手続、条約の解釈、条約の執行がある。

③ 現在でも統治行為とみなされているものとしては、条約の交渉、条約の締結の決定そのもの（判例はない。なお、自由裁量行為とみることができるだろう）、条約の運用停止・終了（終了については判例はない）がある。ただし、条約の交渉については、交渉のあり方を争うよりは条約そのものを争うべきであろう。条約の交渉を除くと、現在の時点で判例により統治行為として認められているのは、結局、公布をするかどうかの決定そのものと条約の運用停止だけである。

医療情報の第三者提供の体系化（三・完）

村
山
淳
子

第一章 序論

（一）

第二章 保護法益の不存在（欠如）

第一節 被害者の承諾

第二節 被害者の死亡

第三章 優越的利益との調整

（二）

第一節 他の私益との調整

第二節 公益との調整

（三・完）

第四章 結論

第三章 優越的利益との調整

第二節 公益との調整

本節では、(ア) 公権力の私的領域への介入（もしくは、私人によるそれへの協力行為）、あるいは、(イ) 公益保護を目的とした私人による法益侵害が問題となる。

ここでは、衡量問題において、公益と私益とが衝突し、その間の調整が求められる。それゆえ、公法学—ことに本稿が利益衡量の共通の核として設定するところの、「患者の秘密保護の利益」の中核をなすプライバシーが、憲法上の権利の一つであることから（憲法一三条の規定する幸福追求権から導き出される個別的人権の一つ）⁽¹⁾、とりわけ憲法学において解決の鍵となる理論を見出すことができる。

憲法学の有力説によれば、公権力の介入からの個人の生活の保護は、個人の人格との関係性によって次のように類型化して考察される。⁽³⁾ すなわち、まず①人格の根源にかかわるような領域（「人格の一番内側に該当する」領域、⁽⁴⁾「内密領域」⁽⁵⁾）については、絶対的保護を与えなければならぬ—「やむにやまれぬ利益」⁽⁶⁾のための必要最小限度の介入しか正当化されない、次に②人格の外側にあるが個人が自由な私的生活を享受すべき領域（「プライバシー外延」⁽⁷⁾領域、「私的領域」⁽⁸⁾）については、相対的保護が与えられる—優越的公益が存在し、かつ正当な方法で行われるのであれば、介入は正当化される、そして③公的活動への参与が求められる領域（「公共的領域」⁽⁹⁾）については、基本的には保護する必要はない、とされるのである。一般に、

医療情報は②に該当するとされ、公権力からの介入（およびその協力行爲）、そして公益保護を目的とする法益侵害からは相対的保護を受ける。⁽¹¹⁾ すなわち、優越的公益が存在し、かつ、正当な方法で行なわれるかぎりにおいて、それは正当化される。⁽¹²⁾

このような公権力の私的領域への介入や公益保護を目的とする法益侵害を正当化せしめるような「優越的」公益とは何か。前節と異なり、ここには公益と私益という異質な法益間の衡量という困難な問題が横たわっている。現在の憲法学の通説は、憲法上の人権を制約する原理は對抗する他の人権のみであるとする「二元的内在制約説」を採っている。⁽¹³⁾ しかしこの通説を批判し、国家権力（介入）の正当性根拠に関し、より実質に迫る分析を展開する有力説がある。⁽¹⁴⁾ これによれば、国家権力（介入）の正当性根拠として「公共の福祉」を捉えた場合、それを実質的に支えるのは、一つに、「公共財」の供給であるという。⁽¹⁵⁾ そして、この「公共財」の典型例として、「警察」「消防」「防衛」を、さらには「表現の自由」をも含める。⁽¹⁶⁾ 後述するように、本節理論類型に属する医療情報の第三者提供の多くが、ここで挙げたいずれかのゆえに行なわれるものである。何が優越的公益であるかを、国家による「公共財」の供給の必要性から説明することは、実質的考察を志向する本稿の目的に適っている。⁽¹⁷⁾

何が正当な方法であるかについては、一般的に、「国民の承認」、「規範の明確性」、手段の合理性などが必要な要素として挙げられている。⁽¹⁸⁾ もっとも、保護すべき優越的公益がいかなる性格を有するものであるかによって、保護のあり方、すなわち「正当な方法」の内容も異なってくる。前記憲法学の有力説は、「公共財」を（ア）「警察・消防サービスの提供や、道路・橋の建設など、日常的な生活上の必要や利便に答えるべく、時宜に応じて促進され、提供されるべきもの」と（イ）「社会生活のより根底にあり、社会に生きる人々の生き方や考え方の基盤をなすようなもの」の二種に分けたうえで、（ア）はその時々

の議会多数派による立法（を根拠とする行政作用）に、（イ）は政治過程とは独立した裁判所に擁護を委ねるという「制度上

の工夫」が立憲主義諸国で通常とられていると分析する。⁽¹⁹⁾あるいは、伝統的な刑法学の体系でも、各論の犯罪の分類の体系化に際して、「個人的法益に対する罪」、「国家的法益に対する罪」、そして「社会的法益に対する罪」に三分して説明するのが通説である（三分説）⁽²⁰⁾。これは、同じ公益であつても国家の統治組織を前提とする利益か否かによつて、保護のあり方、すなわち正当な方法の基準に異なる考慮が要請されるからにはかならない⁽²¹⁾（もつとも、民法学においてかかる区別は自覚的になされてはいないようである。これは本来的に民法が私人間の利益調整を対象とする学問であるゆえであろう）。

このように、「正当な方法」は優越的公益が国家的法益か社会的法益かによつて異なる特色を呈し、そのあり方に関し異なる考察を要する。したがつて本稿では、「優越的公益の性格による正当な方法の違い、およびそれにもなう正当化基準の違い」という点に着目し、一・国家的利益との調整と二・社会的利益の調整とに細分して検討を進めることにする。

一・国家的利益との調整

国家的利益とは、国家の存立および維持にかかわる利益である。

本稿テーマに関連するのは、このうち国家の維持にかかわる利益、とりわけ行政作用・司法作用にかかわる利益である。

行政とは何かについて、行政法学の世界で見解の一致はみられない。しかし行政法学の有力説によれば、行政とは、「国家社会の需要に応ずるため、公の政策を具体的に実施する過程ないし行動」⁽²²⁾であるという（積極説）。行政権は内閣に帰属し（憲法六五条）、国民の厳粛な負託にもとづき、行政主体がこれを行なう。かつて行政作用は、警察・防衛といったごく小さな領域のみに限定されていた（「夜警国家」）。しかし今日ではその作用は実に広範にわたる⁽²³⁾（「社会国家」）。今日の行政国家にお

いては、行政上の利益のために、私的活動は広範な統制を受ける。⁽²⁴⁾しかし、行政主体の恣意と専断は許されない。近代法は、「法治行政の原理」(「法律の留保」、「法律の優位」、「手続的保障」)⁽²⁵⁾を基礎とし、少なくとも行政が国民に義務を課し、権利を制限する場合には、⁽²⁶⁾法律上の根拠を要求する(なかでも警察行政は、とりわけその要請が強い)⁽²⁷⁾。行政法は、⁽²⁸⁾このような法治行政の原理のもと、公益と私益の調整・配分を担っている。⁽²⁹⁾

司法とは、「具体的な争訟について、それに法を適用し、その結果を宣言することによって、その争訟を裁定し、解決する国家の公権力の作用」⁽³⁰⁾である。司法権は裁判所に専属し(憲法七六条一項)⁽³¹⁾、司法作用には論理性・客観性・中立性が要求される。その前提として、裁判官の独立と自由が保障され、⁽³²⁾裁判官は独立の第三者的立場で裁判を行い、法と良心以外の何ものにも拘束されない(憲法七六条三項)⁽³³⁾。ここでは、三権分立の要請から、とりわけ司法の独立性・中立性が強く求められる。このような司法のあり方を適正に保障するために、刑事・民事両訴訟法がルールを定め、それに則って司法警察活動が行われている。

本理論類型では、このような行政作用や司法作用の一部としての、あるいはその協力者としての医師による医療情報の第三者提供が問われているのである。ここでの正当性判断においては、「法治原則の遵守の検証」が前面に出てくる。すなわち、根拠法令の存在と意義、及び法律上の手続の遵守、が主要な基準となるのである。

形式的に法律上の根拠と手続きに則って行われることと、実質的に正当であることは、当然には一致しない。この点に齟齬が生じた場合の救済方法として、⁽³⁴⁾具体的争訟を通じて(憲法三一条)違憲審査(憲法八一条)が用意されている。多数説によれば、違憲判決が出た場合には、その具体的な事件に関しては、問題の法令は効力がないとされ、適用されない。問題の法

令自体の効力は存続するが、立法権および行政権は違憲判決を尊重して当該法令を廃止するであろうこと、そして廃止に至るまで政府はその執行を自制するであろうという、「礼讓」が期待される（礼讓期待説⁽³⁶⁾）。したがって、この理論類型においては、ときに、根拠法令は憲法違反でないか、にも注目が集まるのである。

この理論類型に属する具体的事案では、通常は明文の法令上の根拠が存在するため、一般に「法令行為」や「正当（業務）行為」にあたる⁽³⁶⁾として違法性阻却が理由づけられている。

本理論類型に属する場面類型は無数に存在し、逐一列挙すればきりが無い。ここでは、近年特に注目された若干の場面類型に触れるにとどめることにする。

場面類型 11 医師法二二条にもとづく異状死体の届出—正当化される

医師法二二条は、「医師は、死体又は妊娠四月以上の死産児を検索して異状があると認めたときは、二四時間以内に所轄警察署へ届け出なければならない」と規定する。これは、法律上の義務であり、違反した場合には五〇万円以下の罰金が科せられる（医師法三三条の二）。本条は、犯罪の発見、捜査、公安の維持、証拠保全などを目的とする⁽³⁷⁾。本条にもとづく医師の警察への届出は、法律上の義務であるため、手続きに則って適正に行なわれるならば、法令行為として正当化される。

本条をめぐっては、医療事故が発生したときにこれを警察に届け出る義務が医師に発生するのか、という問題がある。特に近時の都立広尾病院事件（東京地判平一二年二月二七日判決、東京地判平成一三年八月三〇日判時一七七一号一五六頁、東京高判平成一五年五月一九日判タ一一五三号九九頁、最判平成一六年四月一三日刑集五八卷四号二四七頁、判タ一一五三号九

五頁、判時一八六一号一四〇頁⁽³⁸⁾を契機に、この問題に注目が集まるようになった。これに関しては、主として次のような点が指摘されている。すなわち、①「異状」の定義が不明確であり罪刑法定主義に抵触する懸念があること、⁽³⁹⁾②自己の医療過誤で患者を死亡させ、刑事責任を問われうる医師にこの義務を課すことは、憲法二八条一項の黙秘権（自己追罪拒否権）（何人も、自己に不利益な供述を強要されない）に抵触する可能性があること、⁽⁴⁰⁾等である。しかし、すくなくとも患者が死亡し、それが医療過誤によることが明らかな場合には、医師法二一条にもとづいて医師に届出義務が生ずるとするのが、一般的な見解であるといつてよい。⁽⁴¹⁾

場面類型 12 捜査機関による事件・事故捜査への協力―強制協力ならば正当化されるが、任意協力ならば各医師の個別的判断にゆだねられる

捜査機関が医師に事件・事故捜査への協力として医療情報の提供を求める場合がある。また、医師が自発的に、医療情報を提供する場合もある。

この場合、強制協力（刑訴法二二八条の令状による捜査、各種税法上の質問検査権の規定等による）に応じたのであれば、法律の手續に則つて適正に行なわれるかぎり、その情報提供は正当化される。

これに対して、任意協力を求められたにすぎない場合、もしくは協力を求められていない場合には、必ずしも正当化されるとは限らない。医師は個別具体的に、情報提供の妥当性を判断しなければならない。学説は多岐にわたるが、たとえば「実質的な見地から、患者の意思と医療の社会公共性を踏まえた利益衡量的な検討が必要」⁽⁴²⁾などとされ、利益衡量を基準とするもの

が多い。

しかし、この点に關し、近時注目すべき最高裁決定が出ている。すなわち、平成一七年最高裁決定（平成一七年七月一九日裁時一三九二号一六頁）⁽⁴³⁾は、医師が治療の過程で行った採尿検査で覚せい剤が検出され、そのことを患者の承諾を得ることなく警察に通報した事例において、医師の通報行為を正当と評価した（その結果、尿についての鑑定書等の証拠能力が肯定された）。

また、平成一八年四月二日に改正された厚生労働省「医療・介護関係者における個人情報適切な取扱いのためのガイドライン」（以下、ガイドラインと略記）でも、捜査機関からの任意の照会への対応について、同様の方向で変更がなされている。すなわち、医師の個別的対応を求める立場から、一律に患者の同意を不要とする場合に本場面を加えている⁽⁴⁵⁾（この変更は、厚生労働省「医療・介護関係者における個人情報の適切な取扱いのためのガイドライン」に關するQ & A事例集」（以下、Q & A事例集と略記）（ホームページ：<http://www.mhlw.go.jp/topics/butyoku/seisaku/kojin/index.html>）（随時更新）にも反映されている）。

このように、捜査機関への医療情報の提供は、強制であれ任意であれ、一律に正当化される傾向が顕著になってきている。しかし、強制協力以外の場合に關して、一律に医療情報の提供を正当化することには疑問が残る。前記最高裁決定は、正当とする理由を明示しておらず、その射程は曖昧であり、学説の評価も分かれている。医師の証言拒絶権（後述参照）の趣旨、あるいは憲法三八条一項の黙秘権（自己追罪拒否権）の趣旨を考えるならば、本最高裁決定を、広範な射程を有するものと捉えるべきではない。あくまで、当該事例における利益衡量の結果であると理解すべきであろう。

場面類型 13 裁判における証言―各医師の個別的判断にゆだねられる

すべて国民は、裁判において証言すべき義務を負う。すなわち、裁判所は、何人をも証人として尋問することができ、何人もこれを拒否することはできない（刑訴法一四三条、民訴法一九〇条）。出頭しない場合には過料、罰金、勾引等が科せられ（刑訴法一五〇条以下、民訴法二七七条以下）、虚偽の証言を行った者は偽証罪に問われる（刑法一六九条）。このような裁判における証言義務は、裁判の公正のために、すべての国民に課せられた義務である。

しかし、特定の業務者については、業務上の秘密に関して、証言拒絶権が認められている（刑訴法一四九条、民訴法一九七条一項二号）。前記業務者らは、業務上の秘密に関しては、公判廷での証言を拒むことができ、またそれを証言するための出頭命令にも応じなくてよい。これは、前記業務者らの「守秘に対する信頼を手続き上担保する」ための制度であるといわれる。⁽⁴⁶⁾ それでは、このような証言拒絶権と守秘義務との関係はどう考えるべきか。前記業務者らが、証言拒絶権を行使できるにもかかわらずこれを行使せずに、業務上知り得た他人の秘密について証言した場合、守秘義務違反を問われるのか。通説によれば、前記業務者らが証言拒否権を行使せずに他人の秘密について証言しても、必ずしも秘密漏示罪を構成しない。⁽⁴⁷⁾ そして、証言をするかどうかは、本人の秘密保護の利益と証言することの利益との比較衡量によって決定すべきなどとする見解が多数を占める。⁽⁴⁸⁾ ①証言拒絶権はあくまでも権利であつて義務ではないこと、②証言は国民に課せられた義務であり、司法作用に協力する正当行為であることなどが、本説論者からは述べられている。これに対して、前記業務者らの証言は秘密漏示罪にあたりと主張する見解もある。⁽⁴⁹⁾ 理由としては、①証言拒否は前記業務者らの義務であること、⁽⁵⁰⁾ ②もし通説のように解するならば法律がわざわざ前記業務者らに証言の義務を免除した理由がわからなくなることなどが挙げられている。

いずれにせよ、「本人が承諾した場合」、および「証言の拒絶が被告人のためにする権利の濫用と認められる場合」には、証言拒否権は認められない(刑法法一四九条。民法法一九七条一項二号では、前者のみ)。したがって、医師が自身を被告とする医療過誤訴訟で、保身のために証言を拒否することは許されない。

なお、ドイツにおいては、証言拒否権(独民法(ZPO)二八三条一項六号、独刑訴法(StPO)五三条一項三号)⁽⁵¹⁾と守秘義務(独刑法(StraGB)二〇三条)は互いに独立して存在し、相互に影響を与え合わないという考え方が、出発点となっている⁽⁵²⁾。ドイツにおいて両制度は、人的適用範囲にかなりのずれがあり(例えば、ジャーナリストと聖職者は守秘義務を負わないが、証言拒否権は有する。逆に、プロの心理学者(Berufspychologen)、社労士(Sozialarbeiter)、および結婚相談員(Eheberater)は守秘義務を負うが、証言拒否権はもたない)、対象情報も異なる(守秘義務は人の「秘密」を対象とするのに対し、証言拒否権は業務上委託されたか知りえた事実すべてを対象とする)⁽⁵⁴⁾。両制度は、互いに相応(korrespondieren)するものではあるが、しかし同一のものではないとされているのである⁽⁵⁵⁾。

このことから、次のような帰結が導き出されることになる。すなわち、①守秘義務は依然として、一般的な違法性阻却事由によるほかは、破られてはならない⁽⁵⁶⁾。そして、②たとえ患者本人の承諾によって守秘義務が解かれた場合であっても(ドイツでも本人の承諾は訴訟における守秘義務を解く)⁽⁵⁷⁾、医師は依然として「権利」として証言拒否権を有し、証言するか否かを自ら決定することができる⁽⁵⁹⁾。裁判所はこの点につき指摘や勧奨によって影響を与えてはならず、刑事被告人や秘密維持に利益を有する証人も医師に証言拒否権の行使を求める権利をもたない⁽⁶⁰⁾。③医師自身を被告とする訴訟においては医師は証言拒絶権を失うが、⁽⁶¹⁾患者に対しては依然として守秘義務を負う。もっとも、(医学の専門家としてではなく)一被疑者としての供述

を拒絶する権利は依然として有する。

場面類型 14 精神保健福祉法や医療観察法にもとづく報告等—正当化される

精神保健福祉法では、厳格な要件と手続のもとで、精神障害者の強制治療を認めている。また、二〇〇五年に施行された医療観察法（「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」⁽⁶²⁾）によって、触法精神障害者に対する強制的な治療・観察の制度が新たに加わった。

このような精神障害者の強制治療が合憲か否か（つまりそれを許す法律が違憲か否か）、合憲であるとするならばそれはいかなる原理的根拠から説明されるのか（ポリス・パワーか、パレンス・パトリエ (Parens patriae) すなわち、病識を欠く精神障害者の治療の利益を国家が後見人的に保護するという考え方⁽⁶⁴⁾）か⁽⁶⁵⁾、学説の見解は分かれている。本稿では、学説の対立に深く立入ることはせず、現行法制下における精神障害者の強制治療は合憲であることを前提に、少なくとも「他害のおそれ」を理由とした措置入院（法二九条、二九条の二）や医療観察法による諸措置はポリス・パワーを主要な根拠とするものと捉え、これを本理論類型に配置して論を進めることにする（もし、パレンス・パトリエと解するならば、国家への情報提供は本人に代わりうる者への提供として、本人開示と同視すべきであろう）。

さて、措置入院の対象者を画する「自傷他害のおそれ」の基準については、昭和六三年四月八日厚生省告示一二五号⁽⁶⁶⁾が具体的に提示している。すなわち、

「入院させなければその精神障害のために・・・中略・・・自殺企画等、自己の生命、身体を害する行為（自傷行為）又は殺人、傷害、暴行、性的問題行動、侮辱、器物破損、強盗、恐喝、窃盗、詐欺、放火、弄火等、他の者の生命、身体、貞操、名誉、財産又は社会的法益等に害を及ぼす行為（他害行為で、原則として刑罰法令に触れる程度の行為）を引き起こすおそれがある」ことであり、精神保健指定医の判定による。

また、医療観察法の対象者については、条文で次のように定められている。すなわち、①殺人、放火、強盗、強姦・強制わいせつ及び傷害に当たる行為を行わない（法二条二項）、②心神喪失者もしくは心神耗弱者であつて公訴を提起されなかった、あるいは、心神喪失を理由に無罪または心神耗弱を理由に減刑の確定裁判（懲役また禁錮の刑で執行猶予がつかず、執行すべき刑期があるものを除く）を受けた者（法二条三項）である。処遇の要否を判定するのは、裁判所であり、「対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴つて同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するため、本法による医療を受けさせる必要があると認める場合」に当たるか否かを基準に決定する。

このような強制治療制度の一連の手續の中で、一定の身分にある医師（精神病院や指定病院の管理者、精神保健指定医、精神医療審査会のメンバー、精神保健審判員、精神保健参与員、精神保健判定医、指定入院医療機関の管理者等）は、国家機関に属する者として、あるいは国家機関への協力行為として、対象（候補）者の医療情報を、保健所長、厚生労働大臣、都道府県知事、精神医療審査会、地方裁判所等の第三者に提供する義務を負う。

ここでの医療情報の第三者提供は、ポリス・パワーにもとづく強制治療の過程で行なわれる。危険な精神障害者から社会公

共の安全を保護する利益、あるいは、かかる者の処遇を適正に決定する司法上の利益が、対象（候補）者の秘密保護の利益を凌駕するゆえに、人権擁護のための厳格な手続的保障のもとで、正当化されると捉えられる。

場面類型 15 感染症法にもとづく届出—正当化される

感染症法は、感染症の発生の予防及びその蔓延の防止を目的とする公衆衛生法である（法一条参照）。本法は、一定の感染症に罹患した者又はその疑いのある者につき、保健所長や都道府県知事等に届け出ることを医師に義務づけている（法一二条等）。それを受けて行政当局は、感染力や罹患した場合の重篤性等にもとづき総合的に決定された分類に応じて段階的に、建物封鎖（一類）、入院（二類以上）、就業制限（三類以上）などの必要な措置を講ずる（指定感染症、新感染症についてはその都度決定する）。

感染症法は、過去におけるハンセン病患者やエイズ患者に対する差別・偏見の歴史を踏まえ、感染症患者の人権の尊重を理念としている（法前文および法二条参照）。この理念のもと、公衆衛生という行政上の利益と、感染症患者（およびその疑いのある者）の秘密保護の利益とを比較衡量し、特に危険な感染症に限定して、関係者にとりわけ重い守秘義務を課した上で、前者の優位を認めたものである。

二〇〇六年、本法は、医学的状況の変化、生物テロ対策、そして人権尊重の要請に応じて、包括的な改正を経た（二〇〇七年施行）⁽⁶⁷⁾。主要な改正点は、①病原体等の管理体制の確立のための規定の創設、②結核予防法の廃止・統合、③患者等の人権尊重に向けた諸手続の改正、そして④最新の医学的知見に基づいた感染症分類の見直しであり、そのほか多岐にわたる。本稿

テーマと特に関連するのは④であり、本法の対象とされる（つまり医師の届出義務の対象となる）感染症は、改正後は以下のとおりとなった（法六条、七条）。

- ・ 一類感染症…エボラ出血熱、クリミア・コンゴ出血熱、ペスト、マールブルグ病、ラッサ熱、南米出血熱（改正法で追加）
- ・ 二類感染症…急性灰白髄炎、ジフテリア、結核（改正法で追加）、重症急性呼吸器症候群（SARS）（改正法で一類から移行）
- ・ 三類感染症…腸管出血性大腸菌感染症、（以下、改正法で二類から移行）コレラ、細菌性赤痢、腸チフス、パラチフス
- ・ 四類感染症…インフルエンザ、ウイルス性肝炎、黄熱、Q熱、狂犬病、クリプトスポリジウム症、後天性免疫不全症候群、性器クラミジア感染症、梅毒、麻しん、マラリア、メチシリン耐性黄色ブドウ球菌感染症、その他の厚生労働省令で定めるもの
- ・ 指定感染症…政令で定めるもの
- ・ 新感染症…病状の程度が重篤であり、かつ、まん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えるおそれがあると認められるもの）に限られる

そのほか、母体保護法二五条による届出義務、児童虐待防止法六条による通告義務にもとづくものなど、本理論類型に属する場面類型は多数存在しているが、本稿では割愛する。

一・ 社会的利益との調整

医師が国家組織に属する者としてではなく私人として、法令や国家組織の命令によるのではなく独自の判断で、社会生活の根底に存在し、人々の生き方や考え方の基盤となるような、社会の基本的な利益を実現するために、患者の医療情報を第三者に提供する場合がある（前述分類（イ）に該当）。

ここでの正当性判断は、政治的決定（つまり、立法やそれを根拠とする行政活動）とは距離をおいてあるべきであり、医師が独自の判断で、その職業倫理と社会的責任において決定する（そして最終的には、裁判所による擁護にゆだねられる）。正当性の基準となるのは、その時代・その社会に生きる人々が共有する価値観―換言すれば、国民的合意、公序良俗である。

場面類型 16 医学研究・医学教育のための情報流通―（患者の承諾なしには）正当化されない

医学研究・医学教育は、医学が臨床での応用を目的とする「実学」であることから、臨床実務とかかわることなしには成立しえない。そこで得られた情報はさらに、研究発表や教材といった形で循環する。逆に、実務としての医療は学問としての医学を基礎とし、医療水準が継続的に上昇してゆく前提には医学のたゆみない進歩がある。さらに医療を継承してゆくためには、医療従事者の養成教育が必要であり、⁽⁶⁸⁾すでに一応の養成教育を終えた者であっても、日進月歩の医療についてゆくためには、日々研鑽を続けてゆかねばならない。ここで用いられる医療情報のなかには、匿名化処理が困難なもの（たとえば、非常に稀有な症例など）や匿名化処理をすると価値を失うもの（たとえば、疫学研究では、情報の二重収集の防止のためにデータの個別性の確保が必要である）もある。

従来よりわが国では、患者にはほとんど知らせないまま、その医療情報を無断で医学研究・医学教育の目的で再利用すること（いわゆる医療情報の二次利用）が、特に躊躇されることなく行なわれてきた。⁽⁶⁹⁾ 患者は、医療行為についてのインフォームド・コンセントの前提としての説明は受けていても、その後の医療情報の二次利用については知ることもなかった。⁽⁷⁰⁾

しかしながら、個人情報保護法の成立後に作成された、前記ガイドラインおよびQ&A事例集では、匿名化処理を施さないかぎりは本人の承諾なく患者の個人情報を研究・教育目的で二次利用してはならないとの立場が明確に示されている。すなわち、ガイドラインでは、「特定の患者・利用者の症例や事例を学会で発表したり、学会誌で報告したりする場合等は、氏名、生年月日、住所等を消去することで匿名化されると考えられるが、症例や事例により十分な匿名化が困難な場合は、本人の同意を得なければならない」とされる。また、Q&A事例集でも、大学病院または大学病院の医師が「大学病院を受診する患者の個人情報を学術研究に利用する場合は、個人情報の利用目的の一つとして「学術研究の目的での利用」を通知・公表しておくか、学術研究の目的で利用する際に本人の同意を得る必要」があるとされている。さらに、「症例や事例によつては、患者の数が少ない場合や顔写真を添付する場合など、氏名等を消去しても特定の個人を識別できてしまう場合」もあるとしつつ、このような場合には、本人の同意を得る必要があるとしている。また、臨床実習についても、「医療機関等については、実習を行うに当たり患者等の個人情報を利用する場合には、あらかじめ院内掲示等により利用目的を公表しておくか、個人情報を利用する段階で当該利用目的について患者本人から同意を得る必要があ」とされている。

なお、個人情報保護法では、個人情報取扱事業者の義務等は「学術研究を目的とする機関やそこに属する者等が学術研究の用に供する目的で個人情報を取り扱う場合」には課せられないとされ（五〇条一項）、かわつて、安全管理措置や苦情処理に

ついでに自主的努力義務を負うこととされている(五〇条三項)。そのうえで、次の種類の医学研究の分野について、それぞれ指針が策定されている。すなわち、文部科学省・厚生労働省・経済産業省「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」(平成一三年三月二九日)、最終改正平成一七年六月二九日)、文部科学省・厚生労働省「疫学研究に関する倫理指針」(平成一四年六月一七日、最終改正平成一七年六月二九日)、厚生労働省「臨床研究に関する倫理指針」(平成一五年七月三〇日、最終改正平成二六年二月二八日)である。⁽⁷¹⁾ここでは、たとえ匿名化処理する場合であっても、研究の実施の段階で、第三者提供に關し、原則として文書によるインフォームド・コンセントを得ることを求めている。⁽⁷²⁾

本場面類型は一般に、患者の「プライバシー」と医療側の「学問の自由」(憲法二三条)とが衝突していると捉えられる。ここでいう「学問の自由」とは、研究者個人の「一般的な自由」⁽⁷⁴⁾ではなく、「客観的真理の探究」や「科学技術の発展」という社会的な利益に奉仕する高等教育機関の特権であり、そこにこそそのみ正当化の実質的根拠を見出しうる。⁽⁷⁵⁾「学問の自由」は後述の「表現の自由」と同様、「社会の利益を増大させる公共財としての性格を有し、その性格を有するからこそ保障されている権利」⁽⁷⁶⁾に属するのである。したがって本場面類型はむしろ、「患者の秘密保護の利益」と「医療の進歩と継承」という社会的利益」との衝突の問題と捉えるのが、本稿の意図する実質的な考察に適している。

医学研究・医学教育が医療の進歩と継承という国民の生命・健康に直結する社会的利益を支えていることを考えるならば、正当な方法で行なわれるかぎりにおいて、必要な範囲で本場面類型が正当化される可能性は理論的には十分存在する。特に近年、がん登録事業や「科学的根拠に基づく医療」(Evidence-based medicine, EBM)⁽⁷⁷⁾など、広範で網羅的な医療情報の活用にもとづく研究成果が注目されており、焦眉の要請が存在する。

しかし現時点では、このような医療情報の活用方法に関し、国民的合意が形成されているとはいい難い（それどころか、国民はそのような事実を知りもしなかったのである）。今後国民的合意を獲得してゆくためには、国民の啓発活動、責任ある研究者集団としての医学界の自主規範の定立と公表、それをチェックする独立の第三者機関の設置、そして何より医学界に対する国民の信頼の獲得という段階を踏まねばならないであろう。⁽⁸⁰⁾

場面類型 17 メディアへの情報提供―ほとんどの場合正当化されない

患者の医療情報がメディア（テレビ、新聞、週刊誌等）を通じて公表される場合がある。たとえば、政治家や芸能人の健康状態が取り沙汰されたり、事件・事故の被害者の容態が実名を付して報道されるケースなどがそうである。

メディアが私人や行政機関からの情報提供をもとに報道を行ない、それが名誉毀損やプライバシー侵害にあたる場合―取材源の秘匿⁽⁸¹⁾、デスクの編集権等から、情報提供者がストレートに責任を問われるケースは多くはないもの―情報源である私人や行政機関にも責任が及ぶ可能性がある。したがって、医師がメディアに患者の医療情報を提供し、メディアがそれをもとに報道を行ない、それが名誉毀損やプライバシー侵害を惹き起こした場合には、情報を提供した医師も責任を問われることがあるのである。

一般に、本場面類型では、患者の「プライバシー」とメディアの「表現の自由」（憲法二二条）（あるいは、それと表裏をなす解釈上の概念である「国民の知る権利」⁽⁸³⁾）とが衝突すると捉えられている⁽⁸⁴⁾。しかし、憲法が「表現の自由」を保障する実質的根拠は、表現者個人の「一般的自由」ではなく（あるいはそれは派生的利益にすぎず）、「民主的政治過程の維持」⁽⁸⁵⁾や文化の

醸成などの社会的利益に奉仕するところの、「公共財としての自由な表現空間の確保」⁽⁸⁷⁾にある。「表現の自由」もまた、前述したような「社会の利益を増大させる「公共財」としての性格を有するがゆえに保障されている権利」に属するのである。⁽⁸⁸⁾このように、本場面類型は、より実質的には、プライバシー・名誉を中心とした「患者の秘密保護の利益」と「メディアによる情報流通を通じた民主主義の活性化等の社会的利益」の衝突と位置づけることができる。

この問題―すなわち、一般的にはプライバシー・名誉と国民の知る権利や表現の自由の調整と捉えられている課題は、法律学における重要なテーマの一つであり、複数の法領域にわたって豊富な議論が存在している。この問題を解決する調整基準として、刑法に名誉毀損罪の明文の不処罰規定があるほか、民法の不法行為について確立した判例法理が存在している。また、憲法上の権利の衡量問題であるため、憲法分野における議論も豊富である。以下においては、刑法、民法、そして憲法の各分野における議論を概観しながら、特に医療情報の第三者提供の正当化の可能性と判断基準の抽出を試みる。

まず、刑法二三〇条の二第一項は、名誉毀損罪に関し、次のような一般的な不処罰要件を定めている。すなわち、①事実の公共性（摘示された事実が公共の利害に関するものであること）、②目的の公益性（摘示した目的が公益を図るためのものであること）、⁽⁸⁹⁾③真实性の証明（事実の真实性が証明できること）、である。これら三要件は、戦後の下級審裁判例において、民事名誉毀損事件にも類推適用されるようになった。⁽⁹⁰⁾そしてさらに昭和四〇年代には、これら要件に「相当性」の判断も含めた、いわゆる「真实性・相当性の法理」が民事事件に続いて刑事事件でも採用され、以後民・刑両名誉毀損事件を通じた判例理論として確立するに至ったのである。⁽⁹²⁾ここでこの免責要件は、前記要件の③が、③事実の真实性が証明されたときには違法性がなく、また、たとえそれが証明されなくても真実と信ずるについて「相当の理由」があるときは故意または過失がない、と変更

されたものである。理論の骨子は各法領域を通じて共通しているが、各法制度の趣旨の違いから、民法は刑法や憲法と比べ、解釈において免責に抑制的傾向があるという相違点が指摘されている⁽⁹³⁾。

（不法行為の一類型である）プライバシー侵害についても、当初は、名誉毀損と共通の基盤を有するとの認識から（伝統的には名誉毀損と同じく、表現行為もしくは表現行為につながる行為として行われる場合がほとんどであった）、名誉毀損事件での免責要件をほぼそのまま適用する裁判例が多かった⁽⁹⁴⁾。しかしその後、名誉毀損とプライバシー侵害の異質性⁽⁹⁵⁾、およびプライバシー侵害自体の多様性が強調されるようになり、プライバシー侵害の違法性阻却については、「その事実を公表されない法的利益とこれを公表する利益」との比較衡量によって判断するとの見解（比較衡量説）が増加し、今日の支配的見解となっている⁽⁹⁶⁾。したがって、プライバシー侵害においては、「公共性」や「真実性・相当性」は比較衡量の一要素にすぎず、これらを充足したからといってただちに免責されるものではない。

いずれにせよ、医療情報が個人情報の中でもきわめて私的要素が強い情報であることを考えると、着目すべきは「公共性」要件（①と②）であり、そこにこそ正当性判断の分岐点が見出せそうである。一般に、ある個人の医療情報が示す事実、およびそれを公表する目的に、「公共性」が認められるとは考えにくいことである。しかしそれでもなお、例外的に「公共性」を認めうるとしたら、いかなる場合か。

一つに、アメリカで盛んに議論されている「有名人・公的人物論」が妥当するケースが考えられる。これはすなわち、公的人物（公人）や有名人については、プライバシーや名誉は保護しなくてよいとか、制限されるべきであるという理論である。わが国の裁判例もこの理論を取り入れているが、どんな人でも一定範囲の名誉・プライバシーは保障されるべきである、とい

う基本的な態度を堅持し、(特に民法理論では)その適用範囲は限定されている。このような「有名人・公的人物論」の展開は、医療情報のメディアによる公表の正当性判断を考えるにあたり、一つの有力な指標を提供する。公的人物や有名人の医療情報は、公共の関心にさらされるものに秘められた「私的」要素であり、しばしば問題とされる「公的人物の私行」についての基準が妥当しうる。

一般に、「公的人物」に関しては、比較的広範に報道の自由を認める傾向にある。「公的人物」の範囲については、かつて「その職業からなお全人格的な活動が要請される」者として、「政治家、高級公務員、医師、弁護士、教授、教師、労働組合員など」が列挙されていた。⁽⁹⁷⁾ また、公共の利害に関しうるものとして、「公共的事業や、あるいは独占的色彩のある企業活動、一般大衆を顧客とする事業に関する事業、あるいは公衆の健康や生活にかかわる事項、たとえば、医師、教師、新聞記者の行状など」⁽⁹⁸⁾を挙げた学説もある。そして、公的人物に関する報道の正当性判断の基準とされているのは、「国民の政治的意思決定の前提となるか否か」、あるいは「公人ないし公職の候補者についての適格性を判断するのに必要であるか否か」⁽⁹⁹⁾である。特に公務員に関しては、刑法三三〇条の二第三項が明文で、真实性の証明だけで名誉毀損罪を不処罰とする規定を置いている。これは、公務員の地位の公益性にかんがみ、⁽¹⁰⁰⁾公務員に関する事実についてその公共性と摘示目的の公益性を擬制したものと解されている。⁽¹⁰¹⁾ それでも、いかに公的人物に関する事実といえ、無制限に公表してよいわけではない。「公務員としての人格、識見、能力等の批判は自由であるといっても、批判の対象は無制限ではなく、それは批判に耐え、批判をかてとして不断の反省努力によって改善しうる公務員の資質に関するものでなければならぬ」⁽¹⁰²⁾との最高裁の見解が一般に支持されている。とりわけ「公的人物の私行」については、「私行」であるからというだけで対象から除外されるわけではないが、⁽¹⁰³⁾実際の裁判例を

概観すると、公共性を肯定した事例は少ない。⁽¹⁰⁴⁾ 裁判例は基本的には否定的である。⁽¹⁰⁵⁾

芸能人・作家・プロスポーツ選手等の有名人については、公的人物とは一線を画する。彼らにはより広い範囲でプライバシーを認める立場がとられている。すなわち、「一般人に比してある程度限定的に解されるかもしれない」としながらも、「商業主義的興味本位の犠牲に供されてはならない」とし、異性関係の報道や伝記出版に制約を加えているのである。⁽¹⁰⁶⁾

以上のような一般的理論状況に照らして推察するならば、医療情報のメディアへの提供が正当化されるのは、秘密主体たる患者が政治家等の公的人物であって、かつ、その公人としての適格性や国民の政治的判断に必要な場合に限定されよう。特に医師には高度な守秘義務が課せられていること、および医療情報が一般にセンシティブな情報であることにかんがみると、他の事例よりもさらに抑制的であるべきである。もし、情報提供としても、政治活動に支障がないかどうかを明らかにし具体的病名は伏せるといった配慮が必要であろう（一般論においても、摘示の方法への配慮の必要性を指摘する学説がある）。⁽¹⁰⁷⁾

このような極めて限定された例外的ケースを除き、医師による医療情報のメディアへの提供は正当化されない。以下の諸ケースは、特に近時話題となったものであるが、いずれもメディアによる医療情報の報道が問題に含まれている。

①感染症報道における患者の個人識別情報の報道

エイズ・パニックやSARS騒動に代表されるように、原因不明の新種の感染症の登場によって人心がパニックに陥った場合、社会の関心はどうしても感染者が誰であるかに集中することになる。

しかしながら、ここで個人の医療情報を実名を付して（あるいは個人が識別できる形で）報道することは、感染者を著しい

差別・偏見に晒す一方で、そこから得られる利益はほとんどない。感染者が具体的に誰であるかを国民が知ったところで、感染予防や不安・混乱の解消には結びつかない。たとえば、大阪地判平成元年二月二七日判時一三四一号五三頁は、写真週刊誌によるHIV感染症患者の写真と過去の経歴の掲載について、違法性阻却を否定している。

② 犯罪被害者の実名報道

犯罪被害者の死因や死亡に至るまでの経緯、あるいはいかなる身体的・精神的ダメージを被ったかは、犯罪捜査の促進、捜査のあり方のチェック、そして世論を形成するうえで重要な情報である。近時の個人情報保護の流れの中で、人権擁護を理由とした警察の匿名発表に対する（主として憲法研究者やメディア側からの）批判として、事件報道にとって被害者のアイデンティティは重要な要素であり実名報道が原則であるとの主張もある。

しかしながら、医療情報に関していえば、被害者の医療情報を実名を付して報道することは、犯罪捜査の促進や事件についての世論形成にとって必ずしも必要不可欠なことではない（少なくとも、被害者や遺族の秘密保護の利益を犠牲にするほどの重要性はない）。被害者自身や遺族が拒否していたり、被害者の不利益になるような場合（たとえば、暴行を受けたなどのケース）、実名報道は行なうべきでない。個人情報保護法では、報道や著述業への適用は除外され（法五〇条二項）、かわって安全管理措置や苦情処理についての自主的努力義務を負うこととされる（五〇条二項）。しかしガイドラインには、医療機関がマスコミに医療事故について公表を行なうときには、匿名化する場合であっても本人又は家族等の同意を得るよう務めるべきことが記されており、本場面類型に対する慎重な姿勢が窺える。なお、二〇〇五年に施行された犯罪被害者基本法にもとづいて策定された「犯罪被害者等基本計画」によると、被害者の実名報道の有無が警察当局の判断にゆだねられている。しかし、

犯罪が多く被害者の身体侵害をとまなうことを考えると、被害者（あるいは遺族）の承諾を得るべきであろう（批判されている国家権力のメディアに対する介入という観点からもそのほうがむしろ望ましいであろう）。

③ 災害・事故発生時の安否確認報道⁽¹⁰⁸⁾

災害や事故のときの安否確認のための報道は、公共の利益ゆえに正当化されるのではなく、本人の黙示の承諾の推定によって正当化されると考えるべきである（場面類型2（イ）が意識不明の場合、あるいは、（ウ）患者に意識はあるが緊急事態で承諾を得る猶予がない場合に該当しよう（本稿（二）九頁参照））。したがって事態がひとたび落ちつき、意識を回復した本人が明確に反対の意思表示をした場合、あるいは、本人の利益に明確に反する場合には、もはや実名での報道は許されない。平成一八年改正のガイドラインで、災害発生時の警察からの公共の安全と秩序の維持の観点からの照会が、同意原則の例外に加⁽¹⁰⁹⁾えられている（Q & A事例集にも反映）が、メディア報道については考慮を別にすべきである。

第四章 結論

以上、医療情報の第三者提供の諸相を、わが国の全法秩序が共有する「実質的正当化原理」という視点から、統合的に体系化する作業を行った。

ここにその結論を纏め、体系の全体像を確認しよう。

医療情報の第三者提供は、以下のような全法秩序的レベルの正当化原理の体系によって説明することができる。

I 保護法益の不存在（欠如）

1 被害者の承諾

（1）明示的承諾

場面類型 1 特定の事項に關し、患者本人から口頭または文書で明示の承諾を得ている場合—正当化される

（2）黙示的承諾（包括的承諾、推定的承諾）

場面類型 2 家族への病状説明—患者本人の明示の反対の意思表示、もしくは患者本人が承諾をしないであろうと信ずるべき相当な事由がない限り、正当化される。また、事情によっては義務づけられる。

場面類型 3 医療関係者間での情報流通—患者が反対の意思表示をしないかぎり、医療の提供に必要な範囲で、正当化される

場面類型 4 第三者への情報提供が当然に予定されている健康診断結果の通知—当該健診の目的に必要な範囲で、正当化される

場面類型 5 社会福祉受給にあたっての医療情報の提供—受給者に契約的な選択の自由を保障したうえで、選択されたサービスの受給に必要な範囲で、正当化される

2 被害者の死亡

場面類型 6 遺族の求めに応じた死者の医療情報の提供—正当化される、場合によっては義務づけられる

場面類型 7 遺族以外の第三者への死者の医療情報の提供―法益主体者を患者から遺族に置き換えて、患者生存の場合に準じた考慮を行う

II 優越的利益との調整

1 他の私益との調整（私益間調整）

(1) 患者自身の他の利益との調整（同一主体内での利益調整）

場面類型 8 未成年者の意思に反する親への告知―医師の個別的判断にゆだねられる

(2) 第三者の利益との調整（別主体間での利益調整）

場面類型 9 感染の危険に晒された第三者への警告―厳格な緊急避難要件のもとで、正当化される

場面類型 10 遺伝子研究の提供者の血縁者への遺伝情報の告知―国の倫理指針で定められた厳格な要件を基準に、正当化されうる

2 公益との調整

(1) 国家的利益との調整

場面類型 11 医師法二二条にもとづく異状死体の届出―正当化される

場面類型 12 捜査機関による事件・事故捜査への協力―強制協力ならば正当化されるが、任意協力ならば各医師の個別的判断にゆだねられる異なる

場面類型 13 裁判における証言―各医師の個別的判断にゆだねられる

場面類型 14 精神保健福祉法や医療観察法にもとづく通報・報告―正当化される

場面類型 15 感染症法にもとづく届出―正当化される

(2) 社会的利益との調整

場面類型 16 医学研究・医学教育のための情報流通―(患者の承諾なしには) 正当化されない

場面類型 17 メディアへの情報提供―ほとんどの場合正当化されない

このような作業は、医療情報の法的保護のあり方を、全法秩序的観点から統合的に考察しようとする、筆者の一連の研究作業の一翼を担うものである。前研究⁽¹⁰⁾では、医療情報の第三者提供を禁止する複数の法制度を検討し、とりわけ「医療情報の性質による保護レベルの違い」という一つの視点から、統合的な説明を試みた。翻って本稿では、諸法制にもとづく正当化根拠や正当化場面を実質的正当化原理という視点から一つの体系に纏め上げるといふ作業を行った。前者が総論的な色彩をもつ原則論であるのに対し、後者は各論的に展開する例外論であるといえる。ゆえに本稿では、理論において前研究との有機的な繋がりを意識しつつ、一転、各論的な具体性・内容の豊かさを追求した。

近年、社会科学の分野では、伝統的な公私峻別論から公私協働論への転換という大きな流れがある(代表例として、官民協働、契約的手法による福祉行政、修復的司法などがある)。これと連動して、法学の世界でも、「法領域の混交」といふ現象が生じ、公法と私法を峻別する伝統的な近代法の枠組みを再考すべき時が到来している⁽¹¹⁾。

このテーマには、とりわけいくつかの法分野―すなわち、人格権法、環境法、労働法、経済法、そして医事法などが格好の素材を提供している。これらの法分野では、本来的に異質の法領域が重疊的に交錯し、統合的な考察なしには解決しえない諸問題を必然的に孕んでいるからである。特に医事法においてこの特徴は顕著であり、医師と患者の法的関係を説明する作業において、しばしば異質の法領域の架橋という課題に遭遇する。

公法と私法を架橋し新たな関係性を構築するという課題は、まずそれぞれ問題となる法分野やテーマごとに類型的整理・体系の構築に取り組み、そのうえでその関係性に共通の法則性もしくは何種類かの類型別の法則を見出してゆくという研究段階を経ることになる。本稿が、かような原理的探究を志向した取り組みに合流し、一素材として寄与することを希望している。

（付記）

筆者は民法研究者であるが、本稿テーマの特質から、民法以外の分野から多くの示唆を汲み取るようになった。執筆過程で分野を越えた多くの教示を受けたことをここに特記し、感謝申し上げます。

本稿全号の内容は、二〇〇六年一月二六日國學院大學において開催された、日本医事法学会第三六回研究大会シンポジウムで概略を報告させていただいた（シンポジウムの内容は年報医事法学二二号に掲載される予定である）。

なお本稿は、平成一六―一七年度科学研究費補助金（若手研究（B））、及び平成一八―一九年度科学研究費補助金（若手研究（B））の助成を受けた、研究課題の一部をなすものである（前者を主たるものとする）。

注

- (1) 佐藤幸治『憲法』四四五頁（青林書院、第三版、一九九五）によれば、「幸福追求権」とは、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのよ
うな存在としてあり続ける（人格的生存）上で必要不可欠な権利・自由」の総体をいう。
- (2) 佐藤・前掲注（1）四四五頁以下、芦部信善『憲法』一一四頁以下（岩波書店、第三版、二〇〇二）参照
- (3) 増成直美「患者の情報自己決定権と医学研究の自由」広島法学二四卷三号八四頁以下（二〇〇二）（ドイツ憲法学の「領域理論」と紹介）。日
本の有力憲法学説にも、類似的類型的考察がみられる（佐藤・前掲注（1）四五四頁以下、芦部前掲注（2）一一九頁等）
- (4) 増成・前掲注（3）八四頁
- (5) 増成・前掲注（3）八四頁
- (6) 芦部・前掲注（2）一一九頁
- (7) 佐藤・前掲注（1）四五四頁以下
- (8) 増成・前掲注（3）八四頁
- (9) 増成・前掲注（3）八四頁
- (10) 増成・前掲注（3）八四頁
- (11) 後者は民法や刑法を介して間接的に保護される。いわゆる憲法学における間接適用説や、民法学における基本権保護義務説の立場。拙稿「診
療情報の第三者提供をめぐるわが国の法状況の考察―異質の法領域の架橋を志向して―」西南学院大学法学論集三七卷一号七四頁（二〇〇四）
での学説の概略の紹介、そして詳細はその注で掲げた諸文献を参照されたい。
- (12) 増成・前掲注（3）八四頁以下
- (13) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』二二八頁以下（有斐閣、一九七四）、芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、一九九四）一九五頁以下等。このような制約
はすべての人権に内在するものであり、憲法における「公共の福祉」とは、対抗する人権相互を調整する実質的公平の原理にほかならないとさ
れる。
- (14) 長谷部恭男『憲法の理性』六九頁以下（東京大学出版会、二〇〇六）
- (15) 長谷部教授は、国家権力（介入）の正当性根拠として「公共の福祉」を捉えた場合、それを実質的に支えるのは、①国家の専門的・技術的知
識の存在、②調整問題、「いずれが正しいかより、いずれかに決まっていること自体が、そして、それに大多数の人が従うことが肝要な問題」、

および③「囚人のデイレンマ状況」(「各当事者がそれぞれ独立に、各自にとって最善の利益を目指して行動すると、かえって全体としては最善の結果に到達しえない。しかし、各当事者が協調して全体の利益を増大させようとしても、あまりにも当事者の数が多いなどの事情から相互のコミュニケーションと協調は困難である」という状況)を適切に解決しうる国家の能力であるとする。同教授は、このうち、中でも「囚人のデイレンマ状況」に対して行われるのが、「公共財」の供給であるとする(長谷部・前掲注(14)七三頁以下)。

(16) 長谷部・前掲注(14)七四頁以下

(17) 詳解すれば、「多数人の私的なイニシアティヴにつきまとう社会的協調の困難」(長谷部・前掲注(14)七四頁)を解決するための国家による「公共財」の供給の必要性から、本理論類型における公益の優越性が説明できるのである。

(18) 増成・前掲注(3)八七頁以下。また、拙稿・前掲注(11)七三頁で紹介した、佐藤幸治教授、芦部信喜教授の見解も参照されたい。

(19) 長谷部・前掲注(14)七五頁(そのうえで、「表現の自由や営業の自由は憲法上の地位が認められ、より厚く、あるいはより薄く保障される根拠は、それぞれの自由権の公共財としての価値によるところが大きい」とされる)

(20) 団藤重光「刑法綱要各論」八頁(第三版、一九九六)参照

(21) 団藤・前掲注(20)八頁(「国家という統治組織を前提とする法益と、これを前提としない社会的法益のあいだには、かなり本質的なちがいがあふ」とする)

(22) 南博方「行政法」七頁(有斐閣、第五版、二〇〇四年)

従来の有力説(控除説、蒸溜説、消極説)によれば、「行政」とは、「国家作用の中から立法と司法とを除いた残余の作用」であった(同書六頁参照)。しかしながら近年、「行政」を積極的に定義づけようとする見解(積極説)が有力化しており、本文で引用した南教授の定義づけも積極説の立場からのものである。

(23) 南教授は、行政作用を、目的・内容の面と、形式の2つの面から考察する必要があるとし、前者の観点から、行政作用を、①「秩序行政作用」、②「整序行政作用」、③「給付行政作用」の3つに分類する(南・前掲注(22)四〇頁参照)。

(24) 佐藤幸治「現代国家と司法権」四四九頁以下(有斐閣、一九八八)等参照

(25) 近代法が基礎とする「法治行政の原理」には、「法律の留保」(行政の行動は、国会が制定した法律の根拠に基づかなければならないという立法原理)(南・前掲注(22)一〇頁)、「法律の優位」(一切の行政行動は、法律に違反してはならず、かつ、行政措置によって法律を事実上改廃、変更してはならない)(同書一一頁)、「手続的保障」(一切の行政上の争訟は、司法裁判所の裁判的コントロールに服する)(同書一

一頁)の三原理が含まれるという。

(26) 法律の留保の範囲については、見解の分かれるところである(①侵害留保説(「この立法原理が、国民の権利利益を侵害する行政行動にのみ妥当する」)、②重要事項留保説(「国民の自由・平等にかかわる重要事項については法律の根拠を要する」)、③権力行政留保説(「授益的であると侵益的であるとを問わず、およそ権力行政については法律の根拠を要する」)、④全部留保説(「一切の行政行動について法律の根拠を要する」)(以上、南・前掲注(22)一〇頁以下)。しかしいずれの見解をとるにせよ、「国民に義務を課し、権利を制限する場合に、法律または条例の根拠を必要とする」という点については、異論はない。

(27) すなわち、「警察権は、原則として、法律または条例に基づいてのみ行使することができ」、かつ、公共の安全と秩序の維持に限定された目的のためにのみ(警察消極目的の原則)、必要最小限に行使されなければならない(警察比例の原則)(南・前掲注(22)四四頁)

(28) 「行政法とは何か」ということ自体問題であるが、「解釈学としての行政法学の対象」となるのは、「行政機関を名宛人とする」行政機関に対して、当該法規が定める要件の有無を認定する権限を授権する―法を中核に、行政機関の組織に関する法(行政組織法)、および当該権限行使手続および権限行使に關して生じる紛争解決手続に關する法(行政手続法)が加わる―法であるとされる(岡田雅夫『試論行政法講義ノート』(二〇〇一年、西日本法規出版)一五頁、同「行政法と二つの「行政」法關係」『情報社会の公法学(川上宏二郎先生古稀記念論文集)』(二〇〇二年、信山社)三〇頁以下参照)

(29) 南・前掲注(22)初版はしがきV(「したがって、行政法上の諸問題の解決に当たっては、常に公益と私益との比較衡量が要請される」)

(30) 佐藤功『日本国憲法概説』三八六頁(学陽書房、全訂第三版、一九八五)参照(原文では、「司法権と・・・」となっている)。司法権の觀念については、佐藤・前掲注(24)一〇頁以下が詳しい。

(31) 「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」

(32) 佐藤・前掲注(24)五三三頁以下(有斐閣、一九八八)参照(「司法的正義」について精密な議論が展開されている)。

(33) 「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」

(34) 違憲審査制について、佐藤・前掲注(24)二〇九頁以下(有斐閣、一九八八)を参照した。これによると、わが国の学説・判例は、日本国憲法下の違憲審査を、米国流の「付随的審査制」と捉え、「具体的な争訟」に付随してのみ違憲審査はなされうとする(いわゆる「事件・争訟性」を要求する)。

(35) 違憲判決の効力に關するわが国の学説状況については、佐藤・前掲注(24)三〇二頁以下を参照した。学説は次の二説に大別される。すなわ

- ち、① 一般的効力説(「違憲判決は当該法令の効力をその制定権者による改廃の手續をまたずに対世的・一般的に失わせるという考え方」(同書三〇二頁)と、② 個別的効力説(「当該判決における法律無効の効果は当該事件についてののみであり、他の事件では全く無関係であって、当該法律そのものは依然として有効で行政機関も執行義務を負う」(同書三〇三頁)とする考え方)である。しかしいづれにせよ、これらを「実際の考慮の前に理論を譲歩させて」(同書三〇九頁)修正させた諸説(佐藤教授のいう「修正一般的効力説」、「修正個別的効力説」)をとり、多数説はその一種であるところの、いわゆる礼讓期待説(「立法権、行政権は、違憲判決を尊重して、その法令を廃止するであろうし、その廃止に至るまで、政府は、その執行を自制するであろう」(橋本公巨『憲法』五七四頁(青林書院、一九七二)とするもの)をとるとする(佐藤・前掲注(24)三〇五頁以下)
- (36) たとえば、大塚仁『刑法概説(各論)』一三二頁(有斐閣、第三版増補版、二〇〇五)(伝染病予防法、性病予防法、結核予防法などにもとづく届出について)
- (37) 野田寛『医事法上巻』一六七頁(青林書院、一九八四)、平野龍一ほか編『注解特別刑法五―医事・薬事編(一)』七五頁(青林書院、第二版、一九九二(小松進)等
- (38) 本件は、看護師のミスにより患者が死亡した医療事故について、医師法二一条の定める二四時間以内の届出が行われなかったことにより、病院長らが刑事訴追された。本条違反が刑事訴追にまで至ったはじめてのケースであり、医療界に大きな衝撃を与えた。本判決の解説を含むものとして、甲斐克則「看護婦による医療事故と医師の届出義務―都立広尾病院事件」年報医事法学一八号二三五頁以下(日本評論社、二〇〇三)、田中圭二「医療事故と医師法二一条の届出義務―都立広尾病院事件」年報医事法学二〇号一八一頁以下(二〇〇五)等
- (39) 甲斐・前掲注(38)一三九頁、児玉安司「医師法21条をめぐる混迷」六五頁、樋口範雄「ジュリスト増刊」ケース・スタディ 生命倫理と法」(有斐閣、二〇〇四)、法医学会「異状死ガイドライン」(一九九五年五月)、日本外科学会の声明(二〇〇二年七月)等
- なお、前記法医学会ガイドラインは、「社会生活の多様化・複雑化にともない、人権擁護、公衆衛生、衛生行政、社会保障、労災保険、生命保険その他にかかわる問題が重要とされなければならない現在」、異状死の解釈は拡張されるべきと主張する。「基本的には、病気になる診療をうけつつ、診断されているその病気で死亡することが「ふつうの死」であり、これ以外は異状死と考えられる」との記載がある。そして、「診療行為に関連した予期しない死亡、およびその疑いがあるもの」との項目の下で、診療行為の過誤や過失の有無を問わず、
- ・注射・麻酔・手術・検査・分娩などあらゆる診療行為中、または診療行為の比較的直後における予期しない死亡
 - ・診療行為自体が関与している可能性のある死亡

・診療行為中または比較的直後の急死で、死因が不明の場合のすべてを異状死として警察届出の対象としている。

- (40) 児玉・前掲注(39) 六四頁以下、佐伯仁志「異状死体の届出義務と黙秘権」樋口範雄『ジュリスト増刊』ケース・スタディ 生命倫理と法 七一頁(有斐閣、二〇〇四)等

なお、前出都立広尾病院事件最高裁判決では、公益上の必要性、犯罪を構成する事項の供述までも強制するものではないこと、そして医師免許に伴う社会的責務を理由に、医師の合理的負担であるとして違憲性が否定されている。

- (41) 甲斐・前掲注(38) 一一九頁等

- (42) 佐久間修「医師の守秘義務と公益上の通報義務」ジュリ二二〇三三(二〇〇五) 六八頁

- (43) 本判決の解説を含むものとして、瀧野貴生・法学セミナー六一〇号一二九頁、佐久間・前掲注(42) 六四頁以下、伊藤研祐「救急患者から明示的な承諾なくして行われた採尿・薬物検査、陽性反応が出た場合の医師の警察への通報、ならびに、警察官による尿の押収の適法性」刑事法ジャーナル三三(二〇〇六) 一〇六頁以下等。

- (44) 「刑事訴訟法第一九七条第二項(捜査に必要な取調べ)等については、法の例外規定の対象であるが、当該法令において任意協力とされており、医療・介護関係業者は取調べ等が行われた場合、回答するか否かについて個別の事例ごとに判断する必要がある。この場合、本人の同意を得ずに個人情報提供を行ったとしても、法第一六条違反とはならないが、場合によっては、当該本人からの民法に基づく損害賠償請求等を求められるおそれがある」としている。

- (45) 「警察や検察等の捜査機関の行う刑事訴訟法第一九七条第二項に基づく照会(同法五〇七条に基づく照会も同様)は、相手方に報告すべき義務を課すものと解されている上、警察や検察等の捜査機関の行う任意捜査も、これへの協力は任意であるものの、法令上の具体的な根拠に基づいて行われるものであり、いずれも「法令に基づく場合」に該当すると解されている」とする。

- (46) 加藤一郎・森島昭夫編『医療と人権』七一頁(有斐閣、一九八五)(平林勝政)

- (47) 団藤・前掲注(20) 五一〇頁注一(第三版、一九九六)、福田平「刑法各論」二二二頁(有斐閣、全訂第三版増補、二〇〇二)、大塚・前掲注(36) 一一二頁等

- (48) 団藤重光編『注釈刑法(三)』(有斐閣、一九六五) 二六四頁(所一彦、大塚・前掲注(36) 一一二頁等。また、内田文昭『刑法概要(中巻)』一四三頁(青林書院、一九九九)は、義務衝突の問題と捉えるが、何が「優越利益」すなわち「優越義務」なのかを個別具体的に判断すべきと

する。

- (49) 大谷實『医療行為と法』五九頁(弘文堂、新版補正第二版、一九九七)等
- (50) 曾根威彦『刑法各論』九二頁(弘文堂、第三版補正版、二〇〇三)
- (51) Vgl. Deutsch, Medizinrecht, 2003, Rn. 482
- (52) Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, §69, Rn. 12 (Schlund) (「守秘義務は、個々の経験則によつて異なつて形成された証言拒否権によつて、変化してはならない」。守秘義務と証言拒絶権の関係について) Lile, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung, 1999, 766ff.
- (53) Vgl. LK-Jahneke, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1989 zu §203, Rn. 9; Schönke/Schröder/Bearbeiter-Lenkner, StGB-Kommentar, 25. Aufl., 1997, §203, Rn. 3
- なお、わが国法制でも、刑法一三四条、刑訴法一四九条、民訴法一九七条一項二号相互に人的適用範囲の違いはある。たとえば、薬剤師や医薬品販売者、弁護士は守秘義務を負うが、刑訴法上の証言拒絶権はない。
- (54) Vgl. Karlsruher Kommentar zur stpo 1982 Rn. 3 zu §53 StPO Rn. 3
- (55) Vgl. Laufs/Uhlenbruck (Schlund), a.a.O. (Note 52), §69, Rn. 12
- (56) Deutsch, a.a.O. (Note 51), Rn. 475 ff
- (57) Laufs/Uhlenbruck (Schlund), a.a.O. (Note 52), §71, Rn. 4
- (58) 証言拒絶権は義務ではなく権利であること(Laufs/Uhlenbruck (Schlund), a.a.O. (Note 52), §71, Rn. 4)
- (59) Laufs/Uhlenbruck (Schlund), a.a.O. (Note 52), §71, Rn. 4; BGH MedR 1997, 270 m Ann Weip in JR 1997, 33. (「対抗利益との衡量によつて」証言するかどうかを決定するもの)
- (60) BGH MedR 1997, 270= BGHS42, 73 ff; Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 52), §71, Rn. 4
- (61) Deutsch a.a.O. (Note 51), Rn. 482.
- (62) 従来の措置入院等の処遇について、「様々な程度の精神症状を持つ一般の精神障害者と同様のスタッフ・施設の下で処遇することとなるため専門的な治療が困難となっていること」、退院後の継続的な医療を確保するための実効性のある仕組みがないこと、都道府県を越えた連携を確保することができないこと等」の問題が指摘されるようになり、「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者については、国の責任において

手厚い専門的な医療を統一的にを行い、また、継続的かつ適切な医療を確保するための仕組みを整備すること等により、その円滑な社会復帰を促進することが特に必要であることから、本法により、そのための新たな処遇制度を創設することとされたものである」(町野朔「精神医療と心神喪失者等医療観察法(ジュリスト増刊)」一三頁(有斐閣、二〇〇四)(白木功)、中山研一「心神喪失者等医療観察法の性格」「医療の必要性」と「再犯のおそれ」のジレンマ」(刑事法研究 第一〇巻)一八四頁以下(成文堂、二〇〇五) 参照

(63) 特に医療観察法による処遇につき、精神障害者のみに「おそれ」の段階で予防的の強制治療を認めることは法の下の平等(憲一四条)に反するのではないか、との批判がある(町野・前掲注(62) 七三頁。しかし、精神障害者の強制治療そのものを違憲とする見解は異説にとどまるようである。

(64) 町野・前掲注(62) 一〇七、一〇九頁(横藤田誠)

(65) たとは、町野・前掲注(62) 七三頁は、両原理を「パレンス・パトリエが精神障害者の強制医療の基礎をなし、ポリスパワーが強制医療を制約する」(後見的強制医療の範囲が過剰に広範に渡ることを避けるために、再犯の危険性の除去という大きな社会的必要性が制約原理として要求されることとなる)と位置づける。

(66) 町野・前掲注(62) 一〇七頁(横藤田) より引用

(67) 改正内容の概略については、厚生労働省健康局結核感染症課「特集・第一六五回国会主要成法律」感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律等の一部を改正する法律(ジュリ一三三九号(二〇〇七) 四六頁以下参照

(68) 開原成允・樋口範雄「医療の個人情報とセキュリティ」三〇頁(有斐閣、第二版、二〇〇五) (このような医療教育のための診療情報の利用も、長期的にみれば医療の成立に必須のものと考えられることができる)とする

(69) 増成・前掲注(3) 七七頁、柳井圭子「患者の個人情報の保護と提供—イギリスにおける匿名化された患者情報の使用に関する議論状況—」(川上宏二郎先生古稀記念論文集) 情報社会の公法学 三三三頁(信山社、二〇〇二)、宇都木伸「診療情報の利用とconfidentiality」湯沢雍彦||宇都木伸編「人の法と医の倫理」二九三頁(信山社、二〇〇四) 等参照。

(70) 増成・前掲注(3) 七七頁参照

(71) ガイドライン別表五、佐藤雄一郎「医学研究における倫理審査の法的責任—あるべき審査の確立のために—」東海法学第三六号(二〇〇六) 一六六頁以下の注(1) 等を参照した。

(72) ただし、本人からインフォームド・コンセントを受けることが困難な場合(未成年者や精神障害者等を被験者とする研究)においては、倫理

審査委員会の承認を含めた厳格な要件のもとで、法定代理人や家族等の代諾権者による代諾を認めている(「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」では、「その実施しようとしている研究の重要性が高く、かつ、その人からの試料等の提供を受けなければ研究が成り立たない」と倫理審査委員会が承認し、研究を行う機関の長が許可した場合)、「臨床研究に関する倫理指針」では、「当該被験者について臨床研究を実施することが必要不可欠であることについて、倫理審査委員会の承認を得て、臨床研究機関の長の許可を受けたとき」とされる)。

(73) 「研究の自由」には、「学問の自由」の保障の核心があるとされる(戸波江二「憲法から考える―学問研究の自由の限界」法学セミナー四九七号(一九九四)六七頁)

(74) 一般的な行動の自由は、「一般的な自由」、「国家からの自由」、「(对国家)防衛権」ともいわれ、「散歩や逆立ちや鼻の頭を掻く自由」などが例として挙げられている。国家はそのような自由に対しても「防衛線」を設営し、刑法や不法行為法を通じて保護を与えているという(長谷部・前掲注(14)一二九頁以下参照)。しかし、それはあくまで「防衛」であって、そこから何かを請求する権利が導き出されることはない(増成・前掲注(3)七四頁以下参照)

(75) 増成直美氏は、ドイツ憲法裁判所判決BVerfGE, NJW 1986, 1243を引用しながら、診療情報の医学研究利用の問題を、医学研究者の「研究の自由」と患者の「情報自己決定権」(「いつ、いかなる限度で、個人的な生活状況が明らかにされるのかを原則として自分で決定する自己決定の考えから導かれる個々の権限」(BVerfGE 65, 1))とどう、憲法上保障される二つの権利の衝突の問題として位置づける。そして、「医学研究の自由」と患者の情報自己決定権の関係においては、原則的には、患者の情報自己決定権に優位性が認められる」と結論づける(増成・前掲注(3)七四頁以下)

(76) 長谷部・前掲注(14)一五八頁(長谷部教授は、もう一つの根拠として、「学問の自由の象徴的意義」を挙げている)

(77) 長谷部・前掲注(14)一五九頁

(78) 長谷部・前掲注(14)七四頁

(79) 「EBMA」は、①患者の臨床的背景、②外部からのエビデンス、③それぞれの専門医の専門技術の3つの統合(番号は筆者、以下同様)である。このうち①患者の臨床的背景とは、既往歴、遺歴、経済的背景等の患者の臨床的背景や特性といった名前つきの患者の診療情報」である。そして②外部からのエビデンス(科学的根拠)とは、メタアナリシス、大規模試験等から得られる信頼性の高い外部からのエビデンス、すなわち、匿名の患者の診療情報の統計学的解析から提供される情報」である(増成直美「診療情報の法的保護の研究」(成文堂、二〇〇四)頁以下より引用)。

(80) 増成・前掲注(3) 八六頁以下は、「すべての個人から承諾を得ることが困難もしくは不可能であるときには、その研究計画の価値が公共の利益の観点から個人の承諾を得るべきであるという原則を凌駕することについて、倫理委員会等の承認によるデータの扱いの正当化が法律に明規されていれば、その患者情報の利用の途は残されうるであろう」とする。

なお、特に倫理委員会について、宇都木伸「イギリスにおける医学研究倫理委員会(一)」東海法学一四号(一九九五)二七三頁におけるLocal Research Ethics Committees §3. 12の訳出、佐藤・前掲注(71)一六六頁以下参照

(81) 最大決昭和四四年一月二六日刑集三卷一四九〇頁(博多駅事件)、最小決昭和五三年五月三二日刑集三卷三三四七頁(外務省秘密電文漏洩事件)。最近、民事事件で初めて、取材源に関する報道関係者の証言拒絶権を認める最決平成一八年一〇月三日裁時一四二二号一三頁(五三記者事件)が出て、注目を集めている。本件についての解説を含むものとして、鈴木秀美「判批」セレクト二〇〇六(法教三二八号別冊付録)八頁、長谷部恭男「特集・取材源秘匿と公正な裁判」取材源秘匿と公正な裁判―憲法の視点から―ジュリ一三三一九号(二〇〇七)九頁以下、坂田宏「取材源の秘匿と職業の秘密に基づく証言拒絶権について―いわゆる比較衡量論について―」ジュリ一三三二九号(二〇〇七)九頁以下

(82) 情報提供者の責任につき、裁判例を整理したものとして、藤岡康宏「損害賠償法の構造」(成文堂、二〇〇二)を参照した。それによると、以下のような現状を読み取ることができる(具体的な裁判例については、同書を参照されたい)。

①まず、全体として、責任肯定例は相当数あるものの、責任否定例のほうが多い。

②新聞への情報提供については、責任肯定例が多い。(情報提供者の責任肯定例の多くは週刊誌への情報提供である)。さらに月刊誌、またはテレビの生出演者などでは、いっそうその傾向は強まる。

(83) 佐藤幸治教授は、「知る権利」の多義性を指摘し、四つの用法を区別する。すなわち、①「権利の主体についても内容についても特定せず、漠然と国民は政府や社会に関するあらゆる事柄について知ることができるべきであるという趣旨」で語る場合で「一種の政治的スローガン」としてのもの、②「憲法の保障する権利・自由を支え、その保障についての解釈を指導すべき憲法内在的な理念ないし原理として」用いる場合、③②にとどまらず、「情報受領権」ないし「情報収集権」として、「それ自体独自に観念しようとする」用法、④「自己に関する情報(個人情報)を自ら知り、みることができ権利(自己情報開示請求権)もしくは「自分の情報を知る権利」としての用法である(佐藤・前掲注(24)四七〇頁以下参照)。

この分類に従うとすれば、本稿で問題としているのは②の意味での「知る権利」である(もつとも、同教授は②と③の違いは曖昧で区別し難いともされている)。

(84) たとは、最(大)判昭和四四年六月二五日集三卷七号九七五頁(刑法三三〇条の二につき、「人格権としての個人の名誉の保護と、憲法二二条による正当な言論の保障との調和をはかったもの」であるとする)

(85) 長谷部・前掲注(14) 一三六頁

(86) 長谷部・前掲注(14) 七四頁、一三六頁以下参照。大塚仁ら編『大コンメンタール刑法第二二卷』三九頁(中森喜彦)(青林書院、二〇〇三)(刑法三三〇条の二につき、「真実を述べることもすべて処罰されるとすれば、正当な批判も許されないことになり、社会の健全な発展は阻害され、言論・表現の自由の保障は、その意義を大きく制限されることになる」と記述する)

(87) 長谷部・前掲注(14) 一三六頁

(88) 長谷部・前掲注(14) 七四頁

(89) 「目的の公共性」要件の機能は小さいとされ、「事実の公共性」の認識に解消、もしくは不要とする学説もある(学説の概観については、大塚ら(中森)・前掲注(86) 四三頁参照)。

(90) 東京地判昭和三〇年七月一日下民集六卷七号一三九七頁等

(91) まず民事事件で、最判昭和四一年六月二三日判決民集二〇卷五号一一一八頁(署名狂やら殺人前科)事件判決。続いて刑事事件で、最大判昭和四四年六月二五日刑集三三卷七号九七五頁(夕刊和歌山時事)事件判決

(92) ほかに、最判昭和六二年六月一日民集四〇卷四号八七二頁、最判昭和六二年四月二四日民集四一卷三三号四九〇頁、最判平成元年一二月二二日民集四三卷一二号二二五二頁等

(93) 幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』九二頁(有斐閣、一九九三)等

(94) 東京地判昭和六二年一月二〇日判時二二五八号三四頁(「逆転」事件第一審判決)等。

(95) 竹田稔『プライバシー侵害と民事責任』一九四頁以下(判例時報社、増補改訂版、一九九八)、藤岡・前掲注(82) 一六八頁等

(96) 特に最判平成六年二月八日民集四八卷三二号一四九頁(「逆転」事件判決)を契機として、比較衡量説をとる裁判例が増加し、踏襲されていった(最判平一四年九月二四日(石に泳ぐ魚)事件判決、最一小判平成一五年三月一四日民集五七卷三三二二九九頁等)。

(97) 青柳文雄『刑法通論Ⅱ 各論』四一五頁(泉文堂、一九六三)(「私人」の行動がなおも公共の利害に関しうる場合との位置づけから)

(98) 藤木英雄『刑法各論(有斐閣大学双書)』二五頁(有斐閣、一九七二)(同様の位置づけによる)

(99) 最判昭和四一年六月三日民集二〇卷五号一八一頁(「署名狂やら殺人前科」事件。公務員につき、「公務員はすべて国民全体の奉仕者であり、公務員の選定、罷免は、国民固有の権利であるから、主権者(選挙権者)である国民は、公務員またはその候補者の適否を判断するため、当該公務員またはその候補者について知る必要があるから、また知る権利を有するものである」としたうえで、「特に国会議員ないしその候補者については、他の一般公務員と異なり、その適否の判断には殆ど全人格的な判断を必要とする」と判示する(第一審判決より引用))

(100) 公務員は全体の奉仕者であり、その選定・罷免は国民固有の権利である(憲法一五条一項・二項) ことによる(団藤・前掲注(20) 五〇三頁注三〇、曾根・前掲注(50) 九九頁、大塚ら(中森・前掲注(86) 四九頁

(101) 大塚ら(中森)・前掲注(86) 四九頁。なお、同じく一項の特例として、犯罪捜査促進のために「起訴前の犯罪行為」につき、公共性要件を擬制したものととして、2項がある。

(102) 最判昭和二八年二月一日刑集七卷二二四三六頁(「片手落」事件。片腕のない議員に対して「肉体の片手落は精神の片手落に通じる」と発言した事件。「公務員の職務と関係のない身体的不具の事実の摘示は許されないとされた

(103) 最判昭和五六年四月一日刑集三五卷三三八四頁(いわゆる「月刊ペン事件判決」)(「私人の私生活上の行状であっても、そのたずさわる社会的活動の性質及びこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのかんによつては、その社会的活動に対する批判ないし評価の一資料として、刑法三〇条ノ二第一項にいう『公共の利害に関する事実』にあたる場合があると解すべきである」と判示)、大塚ら(中森)・前掲注(86) 四四頁

(104) 最判昭和五六年四月一日刑集三五卷三三八四頁(月刊ペン事件判決。宗教界指導者の女性関係)、東京地判昭和六〇年一月二九日判時一六〇号九七頁(ボクシングジム会長の私人としての生活行動。前判旨を民事にも適用)

(105) 東京地判昭和五六年六月三日判時一〇一八号九三頁(詐欺の被疑者の容疑事実のうち的女性関係に関する部分)、東京地判昭和六二年一月二四日判時一二七〇号九九頁(ボクシングジム会長に関して「女性関係が乱れている」)、東京地判昭和六三年二月一日判時二二六四号五一頁(悪徳商法の商社会長の愛人)、東京地判平成四年一〇月二七日判時一四七一号一二七頁(大学総長選挙をめぐる大学常務理事の女性関係)、東京高判平成二二年一月二八日判時一七五〇号一〇三頁(元首相の孫の事業経営能力)等。

なお、週刊誌の世界では公共関心事性がないとされた例は多く、これに対し、新聞報道の場合は公共関心事性や公益目的性が否定される例が乏しいとされる。

(106) 東京地判昭和四三年一月二五日判時五三七号二八頁。また、東京地判昭和四九年七月一五日判時七七七号六〇頁、東京高判平成二二年一月二五日判時一七四三号一三〇頁等

(107) 中野次雄『改正刑法の研究』(良書普及会、一九四八)一七六頁、一七七頁(刑法二百二条の二第一項の①公共の事実要件に関し、「公共の利害に関する事実といえるためには、その事実を公表することは公共の利益上必要な限度を超えないことを要する」とする)、大塚ら(中森)・前掲注(86)四五頁

(108) 個人情報保護法施行後の「過剰応答」の例として引き合いに出される。たとえば、二〇〇五年四月の尼崎脱線事故(朝日新聞二〇〇五年五月二五日)。樋口範雄「個人情報保護法と医療情報の近時の動向」年報医事法学二二号一九六頁以下参照(日本評論社、二〇〇六)

(109) 「災害発生時に警察が負傷者の住所、氏名や傷の程度等を照会する場合等、公共の安全と秩序の維持の観点から照会する場合」を、「国の機関若しくは地方公共団体又はその委託を受けた者が法令の定める事務を遂行することに対して協力する必要がある場合・・・」の例記に加えている。

(110) 拙稿・前掲注(11)九五頁以下。この内容を纏めたものを、二〇〇五年一月二七日に京都府立医科大学で開催された、第三五回日本医事法学会総会研究大会において個別報告させていただいた。本報告の内容については、年報医事法学二二号一六頁以下(二〇〇六)を参照されたい。

(111) 日本法学会九州研究支部「九州法学会分科会記録」市民的公共性／公共圏のゆくえ」九州法学会会報(九州法学会、二〇〇六)五七頁以下(江口厚仁)参照(公／私の関係について法学・社会学にわたる広い視野からの言及がなされている)

(112) 九州法学会会報(江口・前掲注(11))五八頁、六〇頁参照

(訂正)

(一) におきまして、注に誤りがありましたので、お詫びして訂正いたします。

(二)

(44) Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 41), §75, Rn3→Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., 2002, §75, Rn3 (Schlund) 以下、本文献引用箇所は Laufs/Uhlenbruck (Schlund) a.a.O. (Note 44)