

コロナ禍のフランスにおける 行政裁判官による自由の制約を伴う行政措置の統制

イントロダクション：コロナ禍における行政の権限と人権の調整の探究

第1 コロナ禍のフランス公法及び自由の保護の中でのコンセイユデタの地位の強化

A. コロナ禍における行政訴訟の対応

B. 自由を制約する措置に対する二つの救済方法

1. コロナ禍における行政訴訟の中心となった自由権緊急審理手続き

a) コロナ禍における新しく効果的な手続き

b) 緊急事態の裁判官

c) コロナ禍での自由権緊急審理手続きにおける裁判官の役割の変化

2. 越権訴訟：コロナ禍における自由の制約に対する合議による本案審理

第2 コロナ禍において自由を制約する行政の行為の適法性の条件

A. コロナ禍における数字に基づく行政裁判官による統制

B. 中央行政と地方行政との間の措置の一貫性の必要性

1. コロナ禍における政府と地方行政との間の権限の分配に関する伝統的
判断

2. 行政裁判官による新しい基準の導入：コロナ禍における規制措置の明確
さと分かりやすさ

第3 結論：日本にとって参考になるものはあるのか？

1. コロナ禍のフランス公法及び自由の保護の中でのコンセイユデータの地位の強化

イントロダクション :

コロナ禍における行政の権限と人権の調整の探究

歴史の中で、「常に恐怖を感じている人びと¹」とされる西洋人が、自分たちの安全が脅かされたとき、あるいは中世の黒死病、1918年から1921年までに5億人の感染者を出したスペイン風邪、若しくは2020年から私たちが直面している新型コロナウイルス感染症などのような感染症が生じたときに、国に助けを求めるのは驚くことではない。国により、人々の意識の中に自由がどのように根付いているか²が異なる以上、感染症のような深刻な危機的状況に前に、それぞれの社会はそれぞれの方法で反応し、対応する。現在私たちが直面している新型コロナウイルス禍は、「グローバルかつ国家の枠を超えた」³危機の存在を明らかにした。この危機を前に国家は何らかの対応をすることを余儀なくされたが、その対応の法的な位置づけは、それぞれの国の法文化に加え、感染症の危機を理由に取られる自由を制約する措置をどのようにその国の人々が受け止めるのかということによっても決定される。いずれにせよ、それがどこの国であれ、新型コロナウイルスは、自由とその制約の新しい関係を作り出したとすることができる。その新しい関係の中では、民主主義の観点からも、社会活動の観点からも、市民や企業などの経済活動の主体は厳しい状況に置かれることとなった。成文法の国であるフランスでは、事態に対応するため新しく法律が作られたが、この新し

¹ Jean DELUMEZAU, *la peur en occident* (西洋における恐怖), Fayard, 1978, Pluriel. Paul VIRILIO, *L'administration de la peur* (恐怖の管理), Textuel, 2020

² シモーヌ・ヴェイユ、「根をもつこと」

³ Ulrich BECK による著作、*La société du risque* (リスク社会), Champs, Flammarion, 2011 の用語より

い法律は、公権力と行政に自由の制約を伴う幾多の措置を取ることを可能とした。しかし、行政による自由を制約する措置の実施は、行政裁判官の厳しい監督の下に置かれている。

2020年3月からのフランスにおける新型コロナウイルス感染症の感染拡大防止を理由とする自由の制約に関する行政裁判所の数百の判断の分析からは、政府及び他の行政機関により取られた措置に対する裁判的統制が強まっていく傾向があったことが分かる。市民の健康を守るという目的と、自由の制約を伴う措置の法律適合性の統制との間のバランスの模索を行う中で、裁判官は、規制措置に関する審査における一貫性の原則を徐々に緻密にしていった。裁判官は、自由を制約する規制措置は、明快で分かりやすいものでなければならないとするとともに、比例原則に基づく裁判統制を深化させていった。その際に、裁判官は、感染症の広がり状況の日々の変化を重視し、行政機関に対し、措置が発令された時点での感染症の状況に照らし、行政機関がとった措置が必要かつ適合的であり、比例原則を満たすものであったのかを問うた。このようなフランスの判断の方向性は、例えばドイツでも同様に見られた。ドイツにおいては、感染症対策に関する裁判所による統制において「裁判官は、取られた措置が比例原則（必要性、目的、狭義の意味における比例原則）を尊重しているかについて大きな注意を払った」⁴。スペインにおいても、行政裁判官は、比例原則の尊重を重視した。

日本においては、新しい法律が作られることなく、既存の法律を新型コロナウイルス感染症に適用できるよう、法改正を行うことで対応がなされた。その法律に基づき、2020年4月7日に首相により緊急事態宣言が発令され

⁴ Philippe COSSALTER, « L'État de droit et la crise sanitaire en Allemagne », Société de Législation comparée, 17 juin 2021., p.13 (https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/questionnaire_scl_coronavirus_allemande_20210615-2.pdf).

たが、その中でいわゆるロックダウンが行われることはなかった。フランスと日本では、コロナ禍を前にした法的な対応は異なったが、いずれの国における措置も、個人及び企業の本質的な自由の行使の制約を伴うという意味において、法的な論点は共通していた。自由の制約の対象となった企業には、レストランなどの飲食事業者も含まれ、コロナ禍において営業の縮小あるいは停止により大きな影響を受けることとなった。

フランスの行政法は、行政の権限の保護と⁵、国家の権限行使の結果から市民や企業などの行政の名宛人の権利と自由の保護との間の調和あるいは妥協を常に模索するが、とりわけ顕著な傾向としては、フランス公法及び行政法の進化は、行政及び市民との権利関係の調整における市民の権利擁護の強化という方向から説明され、この中において学説及び行政裁判官は、公法における「拡大する私権化 subjectivisation」の傾向を指摘する。近年、行政の措置に対して、行政裁判官による擁護を求めることのできる、行政に対する市民の権利や自由がより重視されるようになってきている。コロナ禍においては、緊急の事態下で行政は様々な措置をとらざるを得なかったが、それでもなお、フランス行政法におけるこのような特徴は維持された。

2020年3月からのコロナ禍において、フランスでは、自由の制約が過度なものにならないようにしつつ、行政が緊急事態に対応することができるようにするための、多くの法令が採択されたが、これら法令に見られる自由の制約が過度なものにならないようにするという配慮が、フランスにとって本質的に重要な点である。自由はフランスに深く根を下ろし、国家があるリスクの影響の抑え込みを目的とする場合であっても、国が取る措置は、そのリスクに照らして正確で、正当化されるものであり、そして比例的なものでなければならないという法的義務を国に課す根拠となる。コンセイユデタの裁判

⁵ Achille MESTRE による *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration* (コンセイユデタ、行政権限の守護者), LGDJ, 1974 がフランス公法におけるこの問題を論じる。

官であり、コンセイユデタの報告書と研究を担当する部局のトップである Martine de BOIDSDEFRE マルティヌ・ド・ボワデフルは、「普通法からの例外であるとしても、緊急事態は法治国家の中にある」⁶と指摘する。言い換えれば、コロナ禍においては、自由と自由の強制という関係は転倒してしまっただが、裁判官は非常時に取られた措置であっても、厳しい裁判的統制を及ぼしたのである。

コロナ禍において取られた措置や決定は、行政裁判官の前における多くの異議申立ての対象となった。以下では、行政の措置が争われる中で、フランス公法及びフランスにおける自由の擁護の中における行政最高裁であるコンセイユデタの地位は強化されたことをまず見た後で（第1）、2020年3月から2021年9月までの行政裁判所の判決を分析することにより、行政裁判官は、コロナ禍においても、比例原則（その採用は1930年まで遡る）を厳格に適用した厳しい裁判的統制を適用したことを明らかにする（第2）。行政裁判官は、コロナ禍における自由の制約に対しても、ある行政が対応を行う際には、その対応が行われたまさにその時点で感染症のリスクが認められるかを検討した上で、その対応がそのようなリスクに比して、必要かつ比例的なものであるかを審理した。最後に、2020年3月からのコロナ禍におけるフランスの行政裁判所の判例の観点から日本について検討する（第3）。

第1 コロナ禍のフランス公法及び自由の保護の中でのコンセイユデタの地位の強化

政府の諮問機関であり、裁判機関でもあるコンセイユデタ（国務院）は、フ

⁶ Martine de BOIDSDEFRE マルティヌ・ド・ボワデフル、*Du bon usage des états d'urgence*（緊急事態の望ましい使い方）、AJDA(行政法専門誌)、2021年9月27日号1827頁

ランス公法の中で中心的な位置を占めている。諮問機関としてのコンセイユデタは、政府提出法案に憲法に反した部分がないか、あるいは国際法や EU 法と適合しない部分がないかについて意見を表明する。また、コンセイユデタは、重要な政令に関する見解も求められ⁷、さらに、法的及び社会的に重要な課題の対応について公権力の注意を喚起するための報告書を作成する。裁判機関としてのコンセイユデタは、行政法、つまり、国と地方公共団体の活動に関し極めて重要な影響力を有している。GAJA（行政法の重要判例集）⁸の共著者でもある、コンセイユデタの構成員の一人が指摘するように、行政裁判官は、「分泌腺がホルモンを分泌するように、行政法を分泌し（訳注：フランスは成文法の国であるが、行政法に関しては、19世紀の判例法がその基礎を作ったため、行政訴訟法においては、行政裁判官の役割が著しく大きかった）、国も法により縛られる存在であると自ら認めてきた」⁹。このような行政裁判官は、国の権限の擁護者であるとともに、法治国家及び市民の自由の擁護者でも考えられている。重要な役割を担うフランスの行政裁判所の最高裁であるコンセイユデタは、コロナ禍の中、多数の申立に対応できるようその組織を整えた上で（A）、仮の処分として自由権緊急審理手続き及び本案として越権訴訟（B）において様々な判断を示してきた。

A. コロナ禍における行政訴訟の対応

コンセイユデタは、政府が発令する政令に関する紛争においては、一審かつ最終審として審理を行う。地方公共団体による措置に関する紛争においては、

⁷ コンセイユデタは、長い歴史の中で深く根を下ろした期間であり、その前身は12世紀の王の諮問機関である。その最も古い文書はルイ7世治下の1153年のものである。

⁸ M.LONG, P.WEIL, G.BRAIBANT, P.DELOLVE, et B.GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*（行政法重要判例集）, Dalloz, 2^{ème} éd., sept. 2021

⁹ Prosper WEIL, *le droit administratif*（行政法）, PUF, coll « Que sais-je ? », 21^{ème} éd., 2006, p1

一審は行政地方裁判所であるが、行政地方裁判所の判断に対する上訴は直接コンセイユデタに対し行われることになる。いずれの場合においても、緊急審理手続きの申立てがなされた場合には、裁判官は48時間以内に判断を占めなければならない。コンセイユデタが上訴審として審理する場合には、8日以内に判断をしなければならない。

行政訴訟において重要な役割を担うコンセイユデタは、緊急事態宣言下において取られた行政の措置に対する異議の申立てに対応するために、タスクフォースを設置した。行政訴訟法上の仮の処分であり、「行政訴訟のスター」とも言われる（後述する）自由権緊急審理手続きは、コロナ禍においてもその評判を裏切らなかった。2021年9月に公表されたコンセイユデタの報告書によると、2020年3月17日から同年12月31日までの間に、コンセイユデタは、新型コロナウイルス感染症に関する緊急事態に関連する864件の事件を審理したが、これは平常時と比べて570%増の数字である。最終的に、2020年にコンセイユデタが審理した1208件の緊急審理手続きのうち840件はコロナ禍において取られた措置に関連する事案であった。これらの申立てにおいて特徴的だったのは、申立を行ったのが、弁護士会や若手医師のグループ、難民の支援の団体、外国人の権利擁護のための団体など、団体によるものであった点である。これらの申立ては、一方では、基本的自由の行使に対する公権力の介入（ドローンの使用、宗教施設の閉鎖、デモの禁止など）の阻止を行政裁判官に求め、他方では、新型コロナウイルスの感染拡大を阻止するためのより一層の国の関与の義務付けを、行政裁判官に求めることを内容としていた¹⁰。2021年9月30日までの時点において、コロナ禍における自由制約の問題に関してコンセイユデタは1000以上の事件を審理した。

¹⁰ 2020年3月22日決定、若手医師組合による申立て、第439674号

コンセユデタには、報告書の作成及びコンセユデタの活動の研究を担当するコンセユデタの部局があり、年間報告書を作成し、行政法に関する重要な論点を公表しているが、2021年9月22日に公表された最新の報告書は、「緊急事態：強制下の民主主義」をテーマとした。その中で、コンセユデタは、緊急事態法制は重大な危機の場合に限ってのみ用いられるべきであることを強調するとともに、とりわけ、緊急事態法制が基本的人権を侵害するものである以上、発令の期間が長期にわたってはならないことを指摘した。

基本的人権を制約し、あるいはその行使を制限する行政の行為に対する行政裁判所の監督の重要さは、コンセユデタ訴訟部の所長であった Bernard S TIRN も「課題に直面する自由 les libertés en question」という著作の中で指摘している点である。

様々な訴訟を通して見えてくる課題は、法律による行政という要請を危機的な状況下においてどこまで緩和することができるのかという問題である。行政法をはじめとした公法の分野は、コロナ禍において大きく揺れ動いたが、感染症の危機の影響を法律による行政の観点から検討することが重要であり、コロナ禍に対応するために採用された通常の規律の例外となるような措置に対し、どこまで統制を及ぼすべきかが問われることとなる。

B. フランスにおける自由の制約に対する2つの異議申立ての方法

緊急事態宣言とコロナ対策は、行政の規制権限を強化するとともに、その監督を行う行政裁判所の役割も強化した。行政法は、個人の自由と権利の擁護

と、行政の権限の擁護との間のバランスを取るにより、法治国家を維持しようとして日々模索するため、規制権限の強化は、裁判所による統制も拡大するからである。このバランスを取ろうとする行政裁判官の試みの中で、行政裁判官が重視するのは、裁判官に対し法律適合性の審査が求められている規制措置を行政機関が取ったまさにその時点の状況である。市民は、行政の決定、あるいは市民に損害を生じさせるような行政の措置の迅速な停止を求めるのであれば、緊急審理手続きを利用することができ、その際には、問題となる行政の行為の取消を求めるために、越権訴訟の申立てを行うことが可能である。

1. コロナ禍における行政訴訟の中心となった自由権緊急審理手続き

a) コロナ禍における新しくかつ効果的な手続き

自由権緊急審理手続きは、今から20年以上前に、行政訴訟における緊急審理手続き(仮処分)に関する2000年6月30日の法律により導入された。現在、行政訴訟法典のL. 521-2条として法制化されている。

コンセイユダタは、自由権緊急審理手続きにおける自らの役割について、以下のとおり述べている。

「L. 521-2条に基づく申立てが行われ、公的法人の行為あるいは不作為により、基本的権利に対し、深刻かつ明らかに不法な侵害が生じたと判断される場合には、自由権緊急審理手続きを担当する裁判官は、短時間において権利を守るための措置を命じることを正当化する緊急の事態があり、また、そのような措置を効果的に命じるのが可能である場合には、基本的権利に対する侵害の効果を消滅させるような措置を取ることを命じなければなら

ない。」¹¹

つまり、緊急審理手続きは、行政（国、地方公共団体、公法人）が、自由の制約をもたらす内容の決定をし、要請を行い、文書を採択することにより、（表現の自由、私生活の尊重及び家族生活の尊重の権利、庇護権等の）基本的権利を侵害すると考えられ、かつ緊急性がある場合に行政裁判官の判断を仰ぐことができる手続きである。ル・ボ Le Bot 教授が指摘するとおり、「この手続きは、行政の決定が存在することを条件とするものではなく、それが行為であれ、不作為であれ、単なる状況が存在する場合においても利用することができる」¹²。例えば、県知事や市長が飲食店に対し、具体的な命令を出すことなく、その営業を制約するような要請を行うような場合であっても、フランスでは、行政の要請は、自由権緊急審理手続きの対象となり得るのである。

緊急審理手続きを担当する裁判官は、広い権限を有し、裁判官は、行政の命令や要請の停止を命じることができ、また、基本的人権を守るために必要となるあらゆる措置を取ることを命じることができる。そのためには、緊急審理手続き担当裁判官は、第一に、緊急に判断を行う必要性を示すとともに、行政がその行為あるいは不作為により、基本的権利に対し、深刻かつ明白に違法な侵害を生じさせたということを認定することとなる。その際に、裁判官は、行政が取った措置及び行政が有する手段の双方を考慮に入れ、具体的な審理を行うが、この審理の方法は、コロナ禍においてコンセイユデタが申立てを受けた数百の緊急審理手続きにおいても一貫して用いられた。

¹¹ CEJR, 18 mai 2020, *Association la Quadrature du Net, Ligue des droits de l'homme*, n° 440442.

¹² Olivier LE BOT, 「自由権緊急審理手続きは成功し過ぎたのか？」 *Le référé-liberté est-il victime de son succès ?*, RFDadm (フランス行政法雑誌)、2021., 657 頁

コロナ禍における行政裁判所の積極的な判断を通じて見えてきたのは、行政裁判官は行政に対して、厳しい統制を行ってきたという事実である。

そのため、フランスにおいて人々は、緊急事態下においても、行政裁判官に対して救済を求めることができるという安心感を抱いていた。そこで人々が求めた救済の内容も多様であった。コロナ禍の当初のロックダウン下においては、様々な分野に関する異議の申立てが行われたが、とりわけ医療機関、高齢者施設、刑務所及び弁護士会等において数多くの申立てが行われた。続いて、サッカーのフランスナショナルリーグに関する裁判¹³、デモの自由¹⁴、地方議会選挙の第二回投票日の決定、カフェやレストランの衛生基準の緩和、夜間外出禁止令¹⁵、あるいは健康状態に関する電子データの扱い¹⁶、パリ警視庁によるドローンの使用¹⁷など、ロックダウン解除後に取られた措置に関して裁判が起こされた。

加えて、政府の取った規制措置に対する異議申立ての理由も極めて多様だった。真摯かつ正当なものがある一方で、例えばマスクを製造する会社を国有化することを求めるというような現実的ではない申立ても存在した。中には、すべての感染者に対するヒドロクロキンの処方を求めて、行政裁判官が医

¹³ 新型コロナウイルスの感染拡大は、プロスポーツの試合も中断させた。戦争の場合除き、かつてない状況に関する研究は2020年から行われている。例えば、Jean-François BROCARD, « Les conséquences économiques de la crise de la Covid-19 sur le sport professionnel français » in Hélène PAULIAT et Séverine NADAUD (dir), *La crise de Covid-19. Comment maintenir l'action publique ?*, Lexisnexis, avril 2020, p.387 以下。

¹⁴ CEJR, 2020年6月13日、人権連盟及びフランス労働総連盟 (CGT) (2020年5月31日の政令の適用停止) ; AJDA 2020, 1198 頁 ; CEJR, 2020年7月6日、CGT, SOS Racisme, 441257号、441263号 (2020年6月14日の政令の適用停止)

¹⁵ CEJR, 2020年10月23日、Cassia 他、445430号

¹⁶ L. CLUZEL-METAYER, « la datarveillance de la Covid-19 », RDSS (Revue de droit sanitaire et social), 2020., 918 頁以下

¹⁷ CEJR, 2020年5月18日、Association Quadurature du Net et Ligue des Droits de l'Homme, 440442号, 440445号

療当局にとって代わることを求めるようなもの裁判もあった。

b) 緊急事態の裁判官

緊急審理手続きを担当する裁判官は、上述のとおり、原則として48時間以内に判断を下さなければならない。この手続きの迅速性は、時間という要素が何よりも重要な行政訴訟において、基本的自由や権利の擁護のための最大の保証である¹⁸。

とはいえ、緊急審理を担当する裁判官は、何らかの一般的な判断を行うための十分な時間を有していないことから、その判断は状況に即したものにならざるを得ない。フランスの最も重要な法律雑誌に掲載された記事の中で、コンセイユデタの2名のメンバーが使った言葉を借りるとすれば、緊急審理の事件を扱う裁判官はまさに「緊急事態の裁判官」である¹⁹。自由権緊急審理手続きの担当裁判官は、「直ちにあるいは短期間で確認できる権利の侵害を終結させることのできる措置²⁰」のみ命じることができるとされる。

ところで、コロナ禍におけるもっとも早い自由権緊急審理の申立て事案では、若手の医師の組合が、国に完全なロックダウンを発令することを命じるよう求めたものであったが、2020年3月22日の決定でコンセイユデタはこれを退けた²¹。

この判断の翌日に、国会は、2020年3月23日に緊急事態宣言を法律に

¹⁸J-C.MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au Garde des Sceaux, Mission MAGENDIE I), 15 juin 2004., p.11.

¹⁹ Aurélie BRETONNEAU et Jean LESSI, « Référés : l'irrésistible ascension », AJDA 2014, p.1484.

²⁰ CEJR, 27 nov.2013, *Epoux Charles*, n° 373300.

²¹ CEJR, 22 mars 2020, *Synd. jeunes médecins*, n° 439674.

取り込む法律第2020-290号を採択し（訳注：フランスでは2020年3月初め以降、法律上構成大臣に認められている権限や、判例上首相に認められている特別な権限に基づいて、外出禁止命令等を含む様々な措置が取られてきた。新しい法律は時間をさかのぼり、政府が取った措置にも法的根拠を与えることにより改めて合法化するものであった。）、これに基づき2020年3月12日からの緊急事態宣言が発令された。法律の効力発生日を遡及させることで、3月12日以降に政府が取った措置が合法化されたこととなる。アシル・メストル Achille MESTRE がかつて指摘していたとおり、緊急な事態は、「法的価値序列を転覆させる」²²。裁判官は、伝統的に、緊急な事態が存在するか否かの判断を行うが、2020年3月23日の法による緊急事態においても例外ではなかった。

c) コロナ禍での自由権緊急審理手続きにおける裁判官の役割の変化²³

自由に対する侵害をもたらす措置が、具体的な時間と場所において、必要なものであり、比例原則に従ったものであったのかという点に、フランスでの行政訴訟の審理は集中した。緊急審理手続きにおいて裁判官は、48時間という時間の制限内に、ウイルスの感染拡大のリスクをもたらす結果を考慮に入れながら、判断を示さなければならない。感染の第一波のピークの時点では、裁判官は、合法性に疑いがあるような場合であっても、どちらかという行政の措置に対しては寛大であった。例えば、刑事手続きにおける勾留期間の延長を認める行政の決定を停止するべきかどうかで争われた事案において、裁判官は、個人の利益と社会の利益という対立する利益をバランス

²² A.MESTRE, note sous CE, ass, 22 nov.1946, *Mathian*, Rec.278 ; Dalloz Sirey S.1947.3.1941

²³ Une étude de référence écrite par l'une des meilleurs spécialistes du contentieux administratif en France a été publiée sur ce point : Camille BROYELLE, « Regard sur le référé-liberté à l'occasion de la crise sanitaire », *AJDA* 2020, p.1355

にかけ、社会の利益を個人の利益に優越させた²⁴。この事案においては、コロナ禍とはいえ、勾留されている人びとの権利の侵害を容認するのか、あるいは新型コロナウイルスの感染拡大により裁判機能が停止してしまっている中においては、勾留されている人びとを裁判官が関与することなく釈放することが許されるのかということが論点であったが、行政に寛容な決定がなされたのは、新型コロナウイルスの感染が拡大し、人々の不安が増大していた2020年4月の時点であったことに注意を要する。

このような事案を含め、2020年に下された裁判所の判断を検討すると、2020年3月に取られた政府や公的機関の措置に関しては、行政裁判官は柔軟に対応していたとすることができる。裁判官は、2020年春の段階では、フランスにおいて壊滅的状况をもたらしていた公衆衛生上の状況の中で、行政機関に対し一定の裁量の幅を認めていたのである²⁵。

国のコロナ対策が不十分であるとして行われた申立てに対して、緊急審理手続きの中で裁判官は、目的論的かつ実践的アプローチをとり、「国はこれよりもよりよい対応をとるための手段を有しているか？」という問いを常に検討してきた。そして、もし国がその他の手段を有していたと考えられるのであれば、国の行為は著しい違法性を帯びると言えるのかどうか問われた。マスクや医療製品の供給が不十分だとして国が訴えられた裁判においては、裁判官はどちらかというところ、「行政機関が有する手段及び裁量の幅に鑑み、並びに行政が採用した措置に鑑み、行政は、明白に違法な行為を行わなかつ

²⁴ CEJR, 3 av.2020, *Union des jeunes avocats de Paris*, n° 439877 et *Synd des avocats de France*, n° 439894.

²⁵ Un ouvrage a été publié pour mettre en évidence les défis auxquels les administrations étaient confrontées en raison de l'apparition et de la propagation du Vodi-19 : Hélène PAULIAT et Séverine NADAUD (dir), *La crise de la Covid-19. Comment maintenir l'action publique ?*, Lexisnexis, avril 2020, 491 p.

た。²⁶」という言い方をして、行政よりの判断をしてきた。この点に関し、ペラン Alix Perrin 教授などからは「緊急審理手続き担当裁判官は、行政が有する手段に照らして、行政ができることだけを行政に命じ、行政がやるべきことを行政に命じなかったことは大変残念である。また、基本的自由に対する侵害が行われるとしてもそれは限られた時間（ロックダウンの期間）においてのみ許容されるのが原則であるにもかかわらず、その侵害が繰り返されるような場合であっても（つまり繰り返されるロックダウン）、同じ基準で判断を行う裁判官の姿勢は疑問である。²⁷」との指摘もなされている。しかしながら、時間的制約がある中でなされる判断である以上、緊急手続きにおいて本案の審理と同じだけの要請を行うことには限界もあることも事実である。同時に、同教授が指摘するように、初期の段階でこのような判断を裁判所が示したのは、「緊急審理手続き担当裁判官は、明白な事案に関してのみ判断を示す役割を有しているのであり、より慎重な判断をすることのできる本案の裁判官の代わりを務めることはできない」ためであることも忘れてはならない。

このような中で重要なポイントは、緊急審理手続きにおいて裁判官が、行政の新型コロナウイルス感染症対策を評価する際には、*国に対して寛容であるべきかどうか*という点にある。そして、行政裁判所の判断の分析を続けると、上述のとおり行政に寛容だった2020年春の終わり以降は、行政裁判官の判断は徐々に行政に対し厳しいものになっていき、裁判官は、自由の制約を伴う多くの措置の適用の停止を命じるようになったのである。

— 弁護を受ける権利及び公平な裁判を受ける権利：重罪院において、被告

²⁶ CEJR, 15 avril 2020, *Union nationale des syndicats FO Santé privée, la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force Ouvrière et autres*, n° 440002.

²⁷ Alix PERRIN, *Droit du contentieux administratif*, Dalloz, Mémentos, 2021., p. 179.

人の承諾なく、検察官の論告及び弁護人の弁論をオンラインで行うことを認める2020年11月18日の委任立法（オルドナンス。訳注：フランスではかなり広い範囲で政府に対する委任立法が認められているが、国会による事後的な批准が要請される。批准が行われるまでの間は、政府による立法は法律ではなく単なる行政上の決定という理解がなされるため、行政裁判所の審査の対象となる。）は、弁護を受ける権利及び公平な裁判を受ける権利に対する重大かつ明白に違法な侵害を構成する²⁸と裁判官は判断した。

— *宗教的行為の自由*: 第一回目のロックダウン解除の後の移行期間中の宗教施設における集会の禁止は、過度に自由を侵害するものと評価され、禁止は差し止められた。裁判官は、行政に対して、判決から8日以内に、感染症のリスクに厳密に比例的な措置であり、かつ宗教的施設における人の集まりを規律するために適した措置を取ることを政府に命じた²⁹。また半年後の別の事案では、裁判官は、政府に対し、決定から3日以内に、宗教施設において30人以上が集まることを禁止する政府の措置を見直すよう命じるとともに、宗教施設における人数制限を行う際には、施設の面積及び受入可能人数を考慮するよう要請した³⁰。この裁判所による決定は、自由を制約する措置は、感染症拡大のリスクに対して厳格につり合いが取れたものとなっていないと示す裁判所の姿勢を示している。

— *難民申請*: 裁判所は国に対し、難民申請窓口での予約を取るためのオンライン上のプラットフォームにおいてなされた難民申請の受付を再開するよう命じるとともに、申請窓口の数を増やすよう命じた³¹。

²⁸ CEJR, 27 nov.2020, n° 446712.

²⁹ CEJR, 18 mai 2020, n° 440366.

³⁰ CEJR, 29 nov.2020, n° 446930.

³¹ CEJR, 20 av.2020, *Min.Int. OFII*, n° 440250.

― 集会及びデモの自由：フランスにおいても、表現の自由は極めて重要な自由と考えられているが、裁判官は、この権利に関し、「デモを行うという方法、あるいは集合するという方法により、表現の自由を行使することは、民主主義の条件であるとともに、他の権利と自由の尊重の保障である」³²と考える。したがって、2020年6月13日の決定において裁判官が、ロックダウン解除後のフランス全土において5000人以上の人が集まるあらゆるイベントを禁止することは、「公道におけるデモに関する一般的かつ絶対的な禁止と言わざるを得ず、そのような禁止は、現段階において、人々の健康を守るという目的に比して、必要であり、適合し、比例原則を遵守したものとみなすことはできない」と判断したことは当然であった³³。公道におけるデモに事前許可を必要とした政令も、申請に対する県知事の回答期限が明示されず、県知事による拒否の場合に行政裁判官に対する不服申立てに関する規定をおこななかったことを理由に、その執行は行政裁判官により停止された³⁴。

― 外国人の家族呼び寄せの権利：フランス在住の外国人が家族を呼び寄せの際のビザの発給を停止し、レッセパッセの取得を義務付けた政府の決定を行政裁判所は停止した³⁵。

― 往来の自由：高等保険機構 Haute Autorité de Santé の意見に基づき、厚生大臣が、ワクチン接種にもかかわらず、公立の高齢者施設に居住する高齢者の外出を禁止するよう要請することは、その結果として高齢者施設に対し一般的かつ絶対的な禁止となり、比例原則を侵害するものであり、そのよ

³² CEJR, 6 juill.2020, 441257, point 10.

³³ CEJR, 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et CGT* ; n° 440846.

³⁴ CEJR, 6 juill.2020, *CGT et autres*, n° 441257, 441263, 441384

³⁵ CEJR, 21 janv.2021, n° 447878.

うな措置には必要性も適合性も認められないと判断された³⁶。上述のようにフランスでは、行政が発令したものが単なる要請であったとしても、その効果において市民の基本的自由を侵害するものである場合には、行政訴訟の対象となる。

2. 越権訴訟：コロナ禍における自由の制約に対する合議による本案審理

越権訴訟は、ある行政の行為が違法であることを理由にその取消しを求めることを可能とする権利救済の手段である。この手続きにおいては、対審の法廷において、当事者双方の主張や証拠を提出することにより、当事者は対等な立場で戦う。対等な立場での主張の応酬は、緊急審理手続きにおいても重視されるが、審理により多くの時間をかけることのできる本案訴訟においては本質的に重要な手続きである。当事者双方の主張立証が尽くされる本案訴訟は、市民の「知る権利」と行政の「知らせる権利」³⁷双方を保障するものとも言える。

行政訴訟において**時間**は重要なファクターであり、行政訴訟の争点は、争われている行政の行為がなされた時点の状況により決定される。行政の措置が取られた**状況**（平常時か、戦時中か、自然災害や感染症の拡大の中か、緊急事態の発令中かなど）も同様に、行政の行為の適法性を判断するにあたり重要となる。

したがって、行政裁判所の判決の冒頭では、時間と状況を重視する次のよう

³⁶ CEJR, 3 mars 2021, n° 449759

³⁷ Bertrand SEILLER et Mathias GUYOMAR, *Droit du contentieux administratif*, Dalloz, 2021, 6^{ème} éd, p.411, n° 747 ; Christian VIGOUROUX, « La contradiction : principe et pratique devant le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Dalloz, 2010., p.571 et s.

な法的検討の文言が常に置かれることとなる。

「現在の感染症の拡大に基づく緊急事態の状況下において、国民の健康を守るため、行政各機関は、感染症の影響を予防し、限定するためのあらゆる措置を取ることができる。基本的権利と自由の制約を行使することとなるこれらの措置は、国民の健康を守るという目的に照らし、必要で、適合的であり、かつ比例原則を遵守したものでなければならない」

デモの自由に関して、行政裁判官は、感染の第一波の際に比して状況は変化していたことを理由に、ロックダウン解除後の制約は違法なものであったと判断した。まず、コンセイユデタは、緊急事態下でデモの自由を制約する二つの政令に関し、デモの自由を違法な制約を課すものであり（上述の緊急審理手続きにおいて審理された事案である。）、またその制約に対して有効な行政裁判官による救済の申立てが予定されていないということを理由として、政令の執行を停止した³⁸³⁹。続いて、コンセイユデタは、5000人の人数制限が争われた前述の事案の本案訴訟において、緊急審理の際と同様の一貫した判断を示し、緊急事態下において5000人以上の集会を禁止することは、デモの自由に対する「不必要かつ、不適合であり、比例原則を無視した」侵害であると判断した⁴⁰。

同様に、越権訴訟において、裁判官は、高等保健評議会 Haut Conseil de la Santé Publique の意見に基づいて決定された、新型コロナウイルス感染症により死亡した人の遺体を直ちに棺に入れることを命じる政令を取り消した。この政令は、遺族が亡くなった人の顔を見ることを不可能とするもので

³⁸ CEJR, 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et CGT* ; n° 440846.

³⁹ CEJR, 6 juill.2020, *CGT et a, Association SOS Racisme*, n° 441257, 441263, 441384

⁴⁰ CE, 15 janv.2021, *CGT et a* , n° 441265 ; AJDA 2021.819, note JOBART

あり、私生活及び通常の家族生活を送る権利に対する明らかに均衡を失した侵害となると判断されたのである⁴¹。この判決の第21項において、コンセイユデタは以下のとおり指摘をした。

「政府が高等保健評議会の意見に拘束されないとしても、政府は、取消しが求められている政令による制約を、その制約が発令されるまさにその時点において、一般的かつ絶対的な方法で義務付ける必要性を正当化するような主張も立証にも成功しなかった」

政府を法的に拘束しない専門家の意見（訳注：フランス法上、意見には、拘束意見と単純意見があり、例えば裁判官の任命にあたっては、憲法65条により、司法官高等評議会の拘束意見に基づき、政府は裁判官を任命しなくてはならない。）を理由として、政府はその責任を免れず、政府は自由を制約する措置をとるその時点において、その措置を正当化し得るすべての要素を提出しなければならないことをもまたこの判決は明らかにした。

したがって、新型コロナウイルス感染症はそれだけでは、トゥキユディデスがペロポネソス戦争の歴史ですでに書いていたように、社会生活にとって不可欠である、亡くなった人との別れの儀式を放棄させることを正当化しないと判断されたのである。

どの時点の決定かということが重要であるとしても、時間的要素と関係なく、権利の制約がなされてはならない分野があるとすれば、それは刑事手続きにおける弁護を受ける権利であった。越権訴訟において、コロナ禍においても、弁護を受ける権利は本質的に重要な権利であることが確認された。裁判官は、

⁴¹ CE, 22 déc. 2020, n° 439804.

「刑事訴訟の法廷において被告人が物理的にその場にいるということの重要性に鑑み」、期日におけるビデオ会議の方法の一般化は、欧州人権条約6条に定める公平な裁判を受ける権利に対する侵害であり、かかる侵害は新型コロナウイルスとの闘いという理由によっても正当化されることはない」と判断した⁴²。コロナ禍においても、刑事手続きにおける弁護を受ける権利は無視されてはならないほど重要なものであることが確認されたのである。

第2 コロナ禍において自由を制約する行政の行為の適法性の条件

このとおり、行政裁判官は、徐々に行政に厳しい決定や判決を書くようになったが、それではどのような要素があれば、行政の行為は適法だと判断されるのか。この点に関する行政裁判所の判決の検討からは、措置の適法性の要件として、行政機関は、自由を制約する措置をとった時点において、具体的かつ信頼できる数字に基づき、正確に、感染症の拡大の状況を把握していなければならない (A)、政府との決定と一貫性を持ち、内容が単純で分かりやすい措置を取らなければならないことがあげられる (B)。

A. コロナ禍における数字に基づく行政裁判官の統制

高名なフランスの法律家であるアラン・シュピオ Alain SUPIOT は、行政裁判所による行政行為の裁判的統制における数字の重要性及び行政機関による決定や措置に関する検討を行った⁴³。フランス及び日本における新型コロナウイルス対策は、「数字による統制」、つまり、自由の制約を行うにあたっては、新型コロナウイルスの実行再生産数や、新規感染者数、死亡者の数な

⁴² CE, 5 mars 2021, *Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*, n° 440037.

⁴³ Alain SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

ど、数字を考慮に入れることが必要不可欠であった。例えば、ある判決において、コンセイユデタは、「訴訟の対象となっている措置を決定にするにあたって内務大臣がその必要性の根拠とする、いわゆるロックダウンが行われる一か月前の、2020年2月17日から24日の間に、ミュルーズ近郊におけるフランス全国から訪れた1000人以上が参加する宗教的行事は、グランデスト地方及びそれを越えた地方における大規模なウイルスの感染拡大を招いたという状況は、信者だけでなく、その他一般の人々に対する上述のリスクの重要性を示す。⁴⁴」と、数字を重視する認定を行った。

裁判官は、すべての訴訟において、行政機関がとった措置の必要性とその程度を監督するために、これらの様々な数字を検討した。科学及び専門家の知見を用いることは、コロナ禍の行政訴訟の特徴である。コンセイユデタは、行政機関は、自由を制約する内容の決定や要請を行う際には、感染症のリスクの高さを正確に証明できなければならないという要請をしたが、その法的検討の中では、度々「現在の科学的知見に鑑み」という言い回しを用いた。この言い回しが用いられていることから、行政裁判官が判断をするにあたっては、ウイルスの感染の方法や感染力に関し、医療関係者等による専門家会議の意見を尊重したことが理解されるが、専門家会議の意見自体も、徐々に正確になって行く知見に基づき変化していった。例えば、2020年11月29日、コンセイユデタは、ある緊急審理手続きの決定において、「フランス公衆衛生局 Santé Publique France による2020年11月26日の感染症の状況の報告からは、新型コロナウイルスの新規感染数は38%低下しており、重症者数は37%減少し、先週から見られた減少が現在も続いている。新規入院者数も22%減少し、ICUの入院者数も25%減少した。2020年11月27日の時点において、入院者数は2万8648人であり、重

⁴⁴ CEJR, 18 mai 2020, n° 440366, point 28.

症病床使用者は3883人という大きい数字であるとしても、そのことゆえに、医療システム全体に過大な負荷がかかっている状況ということではできない」と判断した⁴⁵。

他方では、カルティエ CARTIER 教授が指摘するように、「新型コロナウイルスに関連して、危機的状況における数字の政治的利用⁴⁶」と言えるような状況が存在したこともまた事実である。本来専門家の意見であっても、慎重に検討しなければならないにもかかわらず、コロナ禍においては、行政機関は出された数字をそのまま使ってしまいう傾向があった。しかし、現実問題として新型コロナウイルス感染症のような感染症の推移を予め予想しておくことは難しいとしても、公的倫理は、行政が市民の自由を制約する措置を取る際には、最低限の厳格さをもって数字や量的データを扱うことを要請する。実際に、フランスにおいては、裁判の対象となった各事案において、政府側代理人は、法廷において、政府が措置を取ったその時点で用いた数字が信用できるものであることを証明しなければならない。そして、政府の用いる数字は常にアップデートされ、客観的な指標に基づいたものでなければ、政府の措置が必要であり、比例原則を尊重したものであると裁判官を説得することはできない。フランスでは、15の地方事務所を持つ、公的行政機関であるフランス保険庁 Agence Santé Publique が、新型コロナウイルスに関するデータの管理の責任を持ち、毎日14時に感染の状況及び入院者の数が発表している。大統領は、2020年3月12日の時点ですでに、「私たちの行動を導くものは、科学に対する信頼である」と表明し、科学的アプローチの重要性を強調していた。また、数字を尊重するだけでなく、政府は専門家委員会の専門的見解を重視した。この専門家委員会は政府に助言をし、感染症

⁴⁵ CEJR, 29 nov.2020, n° 446930.

⁴⁶ Emmanuel CARTIER, « Pour une éthique publique de l'usage des nombres dans la gestion de la crise sanitaire », in V.BARBÉ, J-F.KERLÉO et J.PADOVANI (dir), *L'éthique à l'épreuve de la crise*, éditions de l'Építoge, 2021., p.78

の推移により必要とされる措置及び戦略についての意見を発するために設置された。例えば、裁判官は、その判断において「その措置が取られた日及び現時点においてフランス保険庁が評価したとおりの、現在の国内の感染症の状況に基づき⁴⁷」という言い方をする。

行政は、高等保健評議会の助言も重視する。行政が市民や企業の自由を制約する規制措置をとるにあたっては、これらの機関が発表する数字も重視されるとともに、その数字が信用に値するものであることが説明されなければならない。かかる措置に対してなされた申立てに対する裁判所の判決は、専門家委員会の見解及び現実をできる限り正確に映し出す統計データを引用する。こうしたアプローチにより、法的検討が最低限の科学的裏付けを持つようになる。このような科学的裏付けを行うことなく、行政機関は自ら取った自由を制約する措置の必要性も、適合性も比例性も証明することはできない。

とはいえ、重要なのは数字だけではない。数字に基づいて出される措置の内容の質も行政裁判官により厳しく統制された。質の判断に際しては、中央行政と地方行政の措置が一貫しているかどうかということと、取られた措置の内容と理由が名宛人に対し簡単に了解可能なものとなっているかどうか判断の対象となった。

B. 中央行政と地方行政との間の措置の一貫性の必要性

1. コロナ禍における政府と地方行政との間の権限の分配に関する伝統的判断

⁴⁷ CEJR, 6 juill.2020, n° 441257, point 20.

ある本案訴訟において、コンセイユデタは、自宅からの外出制限に関する首相の権限を以下のとおり確認した。

「首相は、その固有の権限に基づき、訴訟の対象となっている措置が決定された時点において、感染症、とりわけ新型コロナウイルス感染症のようにフランス全土に感染が広がる感染症が生じた場合には、フランス国内全土に対する規制措置を発令することができる。往来の自由などの基本的権利と自由の行使を制約することを可能とするこれらの措置は、これらの措置が目的とする国民の健康の保護という目的に照らして、必要かつ適合的であり、比例原則を遵守したものでなければならない⁴⁸」

この首相の権限は、フランス行政法上、1919年のコンセイユデタの判決において認められたものである⁴⁹。この判決においてコンセイユデタは、首相には以下の権限があるとはじめて判断していた。

「法的な委任を受けることなく、またその固有の権限に基づき、首相は国内全体において適用される規制措置を決定することができる」

ラボンヌ Labonne 判決と呼ばれるこの1919年の判決は、また、地方の行政機関は以下の権限を有すると判断していた。

「地方行政機関は、首相により定められた一般的な規律に、その地域において公益が必要とする追加的な命令を出すことができる。」

つまり、フランス行政訴訟上、全国的に適用のある一般的な規制措置を取る

⁴⁸ CE, 22 déc.2020, n° 439800.

⁴⁹ CE, 8 août 1919, *Labonne*, *GAJA*, 23^{ème} éd, 2021, n° 33., p.218 et s.

ことは首相の権限に属し、県知事や市町村長（訳注：フランスにおける県知事は政府から派遣される中央政府の公務員である。他方、市町村長は直接選挙で選出される。したがって、日本とのアナロジーで考える場合には、日本の県知事の権限はフランスの市長村長が行使することとなる。そのため以下では市町村長に関する言及がなされている。）は、その権限の及ぶ地域において追加的な規制措置を取ることができることが判例上確立している。そして、こうした1919年のラボンヌ判決が打ち立てた原則は、コロナ禍における行政訴訟においても適用された。

市長村長はその地域における警察権を有する。その権限の行使にあたっては、市町村長は政府により取られた措置の内容を緩和することはできないが、以下の条件のもとにおいてのみ、その地域における自由の制約を具体化することができる。

- 市町村長による措置が地域の実情に鑑み必要であること
- その措置が生じている問題に照らして比例的であること

あくまでも、市町村長ができることは中央政府の措置の具体化であることを鑑みれば、このような比例原則を満たさない措置を市町村長が取ることは、中央政府の措置と一貫しない措置を取ることになるが、これは、市町村長に対して認められてきた規制権限を越えることとなる。したがって、市町村長による比例原則の尊重は、中央政府の措置の一貫性を判断する指標ともなるのである。

この原則の適用により、2020年春のコロナウイルス感染の初期の段階においては、各地の市町村長により取られた複数の措置が、必要性はなく、ま

た比例原則を無視したものであるとして、違法であると判断された⁵⁰。

日本のグローバルダイニング社に関する訴訟は、フランスに場所を置き換えると、政府に一般規制権限を与える法文に基づき、都知事に対し東京都に関する一般規制権限を認めるものと理解される。

そうであるとする、現在の日本での訴訟は、法律の憲法適合性自体も争われているが、その中心的争点は、営業の自由に対する侵害が比例原則を侵害したのか否かという点にあると理解する（なお、付言するにフランスにおいては、自由の間に優劣はない。公法においては、その規範的な意味において、ある自由が他の自由よりもより保護されなくてはならないという理解はなされず、営業の自由は、例えば移動の自由と同じ価値を有し、精神的自由と経済的自由の間に優劣はない。）。このことを前提に、上記の中央行政と地方行政の権限の関係性に照らし合わせて検討すると、政府の措置の評価とは別に、政府の措置を東京都で具体化する東京都知事による本件命令は、当該措置がその実情に鑑み必要であるのか、また、比例原則を満たしたものであるのかということ、東京都知事により取られた措置それ自体に即して判断する必要があることとなる。

したがって、本件における都知事の命令は、フランス法の観点から見ると、次のような判断があり得ると考えられる。つまり、知事や市長という規制権限を有する行政機関により感染症の状況が過大に評価され、その過大な評価に基づいて知事や市長が、均衡を逸し、特定の飲食業者（本件においてはグローバルダイニング社）にのみ異常な負担を課すという平等原則に反した措置を取られたのであれば、行政裁判官は、以下の理由によりかかる措置は違

⁵⁰ CEJR, 20 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n° 440057.

法であると判断するだろう。また、以下の理由により違法とされた措置をとった市町村長の権限行使は、その地域における一般的規制権限それ自体を超えたものと判断される。

－ 客観的事実の不正確な把握: 新型コロナウイルス感染症の存在という事実は存在していたが、東京都知事により不正確な評価がなされた。

－ 不必要かつ比例原則及び平等原則に反した規制行政権限の行使: 裁判官は、東京都知事により取られた措置が、状況に照らして明らかに正当化できるものではないと判断するだろう。

－ 権限濫用: 20時以降の営業時間の短縮を求める都知事の命令は、インターネットのサイトにおいて表現の自由を行使した事業者を対象にしているという意味において、公衆衛生上の目的を追求したものではなく、都知事は、その権限を法によって認められた目的以外の目的で行使をしたものであり、その権限の行使は違法性の瑕疵を帯びる。都知事の措置の対象となった店舗においてクラスターの発生が起きていないということは、当該事業主体が、感染予防の措置を取りつつ営業を続けたいという希望が正当なものであったことをより裏付けるものと考えられる

2. 行政裁判官による新しい基準の導入: コロナ禍における規制措置の明確さと分かりやすさ

このように、フランスにおいては、規制権限を有する行政機関は、相互に作用するとともに、相互に補完しあっているが、これまで見てきたとおり、この規制権限の行使は行政裁判所の統制を受ける。行政裁判所は上述のような

一貫性の判断を行うに際し、措置の単純さと分かりやすさという条件も求めている。

公的な場所におけるマスクの着用義務を課したある市の市長の命令に関する紛争において、行政裁判官は全国的に取られる措置との関連で、当該に地域における規制行政の分かりやすさという新たな基準を打ち立て、複数の決定がこの基準に基づき下された。これらの決定の中では、裁判官は、公衆衛生上の緊急事態下において規制権限を行使することの難しさを意識しつつも、そのような事態においてもなお、行政により取られる措置の一貫性及び分かりやすさを厳格に審査した⁵¹。行政行為の名宛人は、どのような理由により自由を制約する措置がとられたのか、そのような条件下において自由が制約されるのかを理解できなければならない。別の言い方をすれば、行政は、明確な内容の決定を行い、強制される自由の制約の理由を簡単かつ分かりやすい方法で説明できなければならないのである。

コンセイユデタの緊急審理手続きにおいて裁判官は、措置の分かりやすさは裁判所の判断の対象となるとして、2020年9月に採用した見解を確認し、以下のような判断を行った⁵²。

「規制措置が比例原則を満たしたものであるかということは、対象となる人々に対する影響及び目指される公的な利益を達成するために適切なものであるかという観点から評価される。

規制の名宛人となっている人びとがその内容を理解し、適切に適用するた

⁵¹ CEJR, 6 sept.2020, n° 443750 et 443751 ; CEJR, 14 Sept.2020, n° 443904 : pas de pouvoir de dérogation d'un arrêté préfectoral pour des situations particulière telles que ...le grignotage ; CEJR, 23 oct.2020, n° 445430 préc.

⁵² CEJR, 6 septembre 2020, n° 443750 et n° 443751

めに必要となる措置のシンプルさと分かりやすさは、考慮に入れられなくてはならない、当該措置の実効性を判断するための要素の一つである。」

この事案においては、いつ、どの場所でマスクの着用が義務的になるのかが一見して分かる程度に、市長の命令が分かりやすいものでなくてはならないとされた。

これと同様に本件の事案を考えるのであれば、東京都知事がグローバルダイニング社に対して20時以降の営業時間の短縮命令を出さなければならなかったかという理由を簡単かつ明確に説明できるのでなければ、それだけで東京都知事による命令はフランス法の基準からすれば違法なものと評価されるだろう。

つまり、県知事や市町村長がある法律に基づき規制権限を有しているとしてもそれだけでは不十分であり、実際に発令される規制措置の文書構成上も、シンプルさ及び分かりやすさという意味において質の高いものでなければならぬのである。

第3 結論：日本にとって参考になるものはあるのか？

裁判所の判断を俯瞰して見ると、新型コロナウイルス感染症の拡大が落ち着くにつれて、行政裁判官による行政行為に対する裁判統制が厳しくなってきたということが出来る。

行政裁判官による裁判的統制は、国民の健康を守るための行政上の措置と自由の尊重との間の調和の模索の中で決定的に重要な役割を果たしたのはこれまで見てきたとおりである。

コンセイユデタも、この点を意識的に取り上げ、上述のとおり、2021年9月26日に、200頁を超える年間報告書において、「緊急事態：強制の下の民主主義」というテーマを扱った。コンセイユデタはこの報告書の中で、異常に長く続いた異例の束縛下にあった自由と、より広く民主主義の侵害を帰結する緊急事態下における措置についての批判的な検討を行った。コンセイユデタによる問題提起は示唆に富むが、その中でコンセイユデタは、今後の対策として、平常時の法制度から逸脱しない法的手段を用意することが重要であると提言する。なぜなら、コンセイユデタは、コロナ禍における法令や決定は、「制度の通常の運用の価値を下げ、長期的視点からは、社会的統合を変質させる」と考えるからである⁵³。

この報告書の中でコンセイユデタは、時間と場所を限定し、比例原則を満たす公的アクションの実施を提言する。これまで、自由を制約する規制措置の執行を停止、あるいは取り消す際に、コンセイユデタは、以下のような判断を行ってきた。

「一般的かつ絶対的な性質を有する措置は、ウイルスの感染拡大という目的に照らして、必要、かつ適合的であり、比例原則を満たしたものであるということとはできない」

この緊急事態に関する報告書の中で強調されたのは、緊急事態下の例外的な法制度にとって、規範や決定の採用や発令は、不必要に自由の行使を制約しないよう、厳密に必要な不可欠なものに限られなくてはならないという必要性である。

⁵³ Martine de BOISDEFFRE, « Du bon usage des états d'urgence », étude précitée, *AJDA* 27 sept.2021., p.1827.

上記より、比較法的な観点からは、まとめると、フランスにおいては、行政裁判官は、コロナ対策に関し、次の点に関する裁判的統制を行ったということが出来る。

- (例えば営業の自由などの) 自由を制約することを目的とする行政の決定の法的基礎は、明確に示され、明白かつ分かりやすいものであるか？
- 法的な基礎は、地方の行政当局（知事、市町村長）が自由を制約する措置を取ることを許容しているか？
- 政府の決定をより厳しいものとする地方の決定や措置は、公的な利益に適合的であったか？
- 措置が取られた日の状況に照らして、その措置は正当化されるものであり、かつ必要なものであったと言えるか？
- 規制措置は、その時と場所に照らして比例原則を満たしたものであったか？

フランスの行政裁判官により示された判断は、行政が決定をした日の感染症の状況を分析するところから必ず始まる。自由の制約をもたらす行政の規制措置に関する基礎的判例となっている1933年の重要な判決⁵⁴以降、フラ

⁵⁴ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *GAJA*, 23^{ème} éd, 2021, n° 42., p.280 et s.

ンスの行政裁判官は比例原則に基づく裁判上の統制を行ってきた。比例原則に基づく審理は、一般的かつ絶対的な射程を持つ、つまり比例原則に違反した禁止や制約、あるいは経済的損害を生じさせるがゆえに損害賠償の対象となるような、特定の人や事業者のみに正当化できない負担を課すような禁止や制約を伴う行政による規制を一貫して無効にしている。

— 最後に、対象となる事業者が十分な主張ができるような対審的構造の議論が行われた上で行政の決定は取られたのか否か？

コンセイユデタが強調するように、「行政機関により法廷でなされた主張」が、これらの問いに肯定的に答えられる場合にのみ、新型コロナウイルス感染症による緊急事態時に取られた、自由の制約を伴う規制措置が合法的であると判断される。フランスであれ、日本であれ、感染症や、環境の問題、あるいはサイバー攻撃などのリスクを前に、社会はますます予見不可能かつリスクの多いものとなっている。私たちの社会はリスク社会へと変質し、リスクへの対応を理由とする私たちの自由が制約される可能性も高まり、平時においても自由の侵害の芽が胚胎される⁵⁵。今後は、厳しい裁判所からの統制なくしては、私たちの民主主義社会で自由の侵害が現実化していくことになるだろう。このような状況において、社会の変動の中心を支えるのはまさに裁判官である。その中で裁判官に求められるのは、エドゥアール・グリッサンの言葉を借りれば、「予見不可能性の中で発展」していくことに他ならない。

2021年10月21日 トゥールにて

翻訳：原告訴訟代理人 金塚彩乃

⁵⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Libertés et Sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010.

略歴

エマニュエル・オーバン、トゥール大学教授



法学博士、フランス公法上級教授資格（アグレガシオン）保有（PRCE 認定：特級クラス認定－上級教授資格保有者のうちの最上級資格）。ポワティエ大学で長年教鞭をとった後、現在トゥール大学所属。専門は、公務員倫理、公務員職務規程、行政訴訟及び公務員法。

2021年3月からは、トゥール大学の学際的法学研究所の共同代表者を務めるとともに、修士課程の公衆衛生法講座を担当する。これまで行政法に関する40冊以上の著作及びフランス国内外の法律専門誌に掲載された200本以上を執筆した。

行政訴訟（公務員法に関する訴訟及び国家賠償法に関する訴訟）における行政側代理を行う法律事務所の法律顧問を務めるとともに、公的セクターにおけるコンプライアンス（法的リスクの予防）の実施に携わる。2021年6月に、文化大臣の命令により、フランス文化省の職業倫理委員会のメンバーに任命される。日本及びフランスの公法の比較法的研究を行う、日仏の30校以上の大学により構成される研究会である NihonEuropa の共同代表も務める。2020年には、トゥール大学において、「コロナ禍に対する行政の対応」というテーマで修士課程の学生のためのセミナーを実施した。