

フランスにおける友愛原理に基づく 連帯罪違憲判決とその意義

—不法滞在幫助罪の免責，社会権への影響，法院弁護士の役割—

奥 忠 憲

はじめに

フランスにおいて，外国人入国滞在被庇護権法典（code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile（以下，CESEDA 法典と表記する））の第 L.622条の1⁽¹⁾は，外国人による不法な入国，移転又は滞在を幫助し，又は，幫助しようとすることを原則として犯罪としている（第1項）。ただし，同条の4⁽²⁾は，下記の2018年違憲判決，又は，これを受けた法改正までは，不法滞在の幫助に限り，外国人の特定の家族による幫助（第1号及び第2号），又は，非営利の行為であり，かつ，法的助言，外国人に尊厳ある十分に実質的な生活条件を保障するためになされる食事，宿泊，若しくは，医療の提供，又は，外国人の尊厳，若しくは，身体上のインテグリティを保障するための幫助（第3号）に限り，刑事責任を免責されるとしていた。

しかしながら，このような規定に対しては，免責の対象を不法滞在の幫助に限定していることや，専ら人道上の目的に基づきなされる幫助であっ

(1) 邦訳として，拙訳「フランスにおける友愛原理に基づく連帯罪違憲判決——関連法規と関連判決も含めて——」本誌本号（2019年）。

(2) 邦訳として，拙訳・前掲（注(1)）。

でも前記の要件に該当しない限りは免責されないことから、連帯したことをも犯罪とする「連帯罪 (délit de solidarité)」を定めているとして、強い社会的批判の対象となっていた。ミシェル・トエスカ監督によるドキュメンタリー映画である『自由』⁽³⁾は、イタリアとの国境に面した山岳地のブレユ＝シュル＝ロワイヤ市において不法移民規制への反対活動の一環として外国人の不法移転と不法滞在を幫助してきたセドリック・エルウ（オリーブ農家、活動家）による活動や、連帯罪を理由とした彼の逮捕等を取材したものであり、2018年5月に開催されたカンヌ映画祭のスペシャル・スクリーニング部門に出品される等、大きな反響を呼んだ。

エルウ、及び、彼と同じく外国人の不法移転と不法滞在を幫助したことから連帯罪を理由に逮捕されたピエール＝アレン・マノーニ（ニース大学理学部地理学科教員）の刑事裁判の中で、民刑事裁判の最高裁判所である破毀院から、連帯罪の規定に関し、スピノジ・シュロー（SPINOSI & SUREAU）法院弁護士事務所によって提起された合憲性優先問題（question prioritaire de constitutionnalité（以下、QPCと表記する））が憲法院に移送された。これを受けた憲法院2018年7月6日判決第2018-717/718 QPC号⁽⁴⁾は、前記の連帯罪の規定の一部を違憲としたことにより、大きな社会的注目を浴びることとなった。

また、この判決は、とりわけ、初めて友愛原理に憲法上の最高規範性を認めたことにより、憲法学界からも強い関心を向けられることとなった。すなわち、友愛は、自由、平等とともに、憲法第2条において「共和国のスローガン」として、憲法前文及び憲法第72条の3において「共通の理念」として明記されている原理である。この判決において、憲法院は、友愛原

(3) Michel Toesca (sous la direction de), *Libre*, Jour2Fête, 2018.

(4) C.C., 6 juil. 2018, n° 2018-717/718 QPC. 邦訳として、拙訳・前掲（注(1)）。

理の憲法上の性質について判断する機会を初めて得ることになり、その中で、これらの条文に基づき、この原理に関し、憲法上の最高規範性を導いたのである。

本稿では、この判決とその後の法改正等の展開につき、明らかにしたうえで検討し(1)、そのうえで、この判決の有する意義について考察する(2)。

1. 連帯罪違憲判決とその後の展開

前記の憲法院2018年7月6日判決第2018-717/718 QPC号では、友愛原理に憲法上の最高規範性を認めたとうえで、CESEDA 法典第 L.622条の4につき、不法滞在の幫助を免責対象としている一方で不法移転の幫助を免責対象にしていないことや、これらの幫助のうち、純粹に人道上の目的からなされる幫助のすべてを免責しているわけではないことを違憲とした ((1))。その後、この判決を受けた連帯罪規定に関する展開として、2018年9月10日法律第2018-778号第38条⁽⁵⁾は、CESEDA 法典第 L.622条の4を改正することにより、不法移転の幫助にも免責対象を拡大させ、さらに、専ら人道上の目的からなされる幫助を免責される行為に追加した。この法改正では、不法入国の幫助は免責対象とはされなかったが、この点については、憲法院2018年9月6日判決第2018-770 DC号⁽⁶⁾において合憲であるとされた ((2))。

(1) 連帯罪違憲判決—憲法院2018年7月6日判決第2018-717/718 QPC号

憲法院は、前記のとおり、エルウとマノーニの刑事裁判における破毀院からの QPC の移送を受け、憲法院2018年7月6日判決第2018-717/718 QPC

(5) 邦訳として、拙訳・前掲 (注(1))。

(6) C.C., 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC, paragr. 101 et s. 邦訳として、拙訳・前掲 (注(1))。

号において、友愛原理に憲法上の最高規範性を認めたくえて、連帯罪規定の一部を違憲とした。

前提として、まず、憲法院は、以下のとおり、申立人側の申立理由を確認した⁽⁷⁾。すなわち、CESEDA 法典第 L.622条の 4 第 1 項が、不法入国と不法移転への幫助を免責していない点、又は、純粹に人道的な行為としてなされる不法滞在幫助を免責対象としていない点で、友愛原理に違反する (①)。以上と同じ点で、罪刑必要性比例性原理に違反する (②)。同法典第 L.622条の 4 第 1 項第 3 号の免責規定が、十分に明確なものでないことから、罪刑法定主義原理に違反する (③)。不法滞在の幫助が免責対象となる一方で、不法入国と不法移転の幫助が免責対象ではない点で、平等原理に違反する (④)。以上が申立人側の申立理由として確認されたのである。

また、本判決では、条文の文言を直ちに違憲無効としてしまうと過剰な効果が発生せざるをえなくなるために、その判決の効力についても問題となった (⑤)。

これらにつき、憲法院は、以下のとおりに判示した。

①友愛原理違反から導かれる申立について

憲法院は、まず、この原理が憲法上の最高規範性を有するか否かという点につき、判決の公式解説 (commentaire) によれば初めて検討した⁽⁸⁾。その結果として、これが、前記のとおり憲法前文、憲法第 2 条、及び、憲

(7) C.C., n° 2018-717/718 QPC, op. cit., paragr. 5.

(8) Commentaire à la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juil. 2018, p. 16.
なお、この公式解説については、憲法院のホームページ (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018770dc/2018770dc_ccc.pdf) においてダウンロードすることができる (2019年5月7日最終確認)。

法第72条の3において明記されていることを確認したうえで、この点を理由として、友愛原理に憲法上の最高規範性を認めた⁽⁹⁾。さらに、こうした友愛原理から、滞在の合法性にかかわらず人道上の目的 (but humanitaire) から他者を幫助する自由を導いたのである⁽¹⁰⁾。

判決の中では、友愛原理の一般的な内容について言及されてはいない。その一方で、判決の公式解説では、友愛原理が、「連帯の要請に基づく集団的側面」、及び、「寛容の要請に基づく個人的（又は、より正確には個人相互間の）側面」という2つの側面を有するものであるとされている⁽¹¹⁾。これらの側面は、ジャン＝クロード・コリアール⁽¹²⁾、及び、ギ・カニヴェ⁽¹³⁾の指摘を受けたものであると思われる。

前者における連帯の要請については、社会保障法制、ひいては、社会権の基礎とされているものである。すなわち、社会保障法典は、その最初の条文である第 L.111条の1において「社会保障は、国民の連帯の原理に基づく」としている。コリアールは、この連帯の要請が、余剰を有する者に対し、その余剰のいくらかを、必要最低限度のものを持たない者を援助するために充てることを求めるものとしたうえで、この要請の具体例として、

(9) C.C., n° 2018-717/718 QPC, op. cit., paragr. 7.

(10) Ibid., paragr. 8.

(11) Commentaire, op. cit., pp. 18-19.

(12) Jean-Claude Colliard, Liberté, égalité, fraternité, *L'Etat de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, pp. 98-101. ただし、同書は、公式解説では、後者の側面に言及する際には引用されていない。

(13) Guy Canivet, La fraternité dans le droit constitutionnel français, Michel Morin (sous la direction de), *Responsabilité, fraternité et développement durable en droit : En mémoire de l'honorable Charles Doherty Gonthier*, Lexis Nexis, 2012, pp. 473-474. 同書も、公式解説では、後者の側面に言及する際には引用されていない。また、公式解説では前者の側面については同書の465-466頁が引用されているが、そこには該当しうる指摘がないため、誤りではないかと思われる。

労働の再分配等を内容とする労働時間規制に言及している⁽⁴⁾。また、カニヴェは、この連帯という概念が、1946年憲法前文における社会権等の権利や、これを受けた憲法院判決の基礎にあるものとしている⁽⁵⁾。

ドミニク・ルソーは、おそらくはこうしたこと等を考慮した結果として、憲法院が、本判決において友愛原理に憲法上の最高規範性を認めたことにより、社会権を尊重した憲法判例をうみだすための手段を有することになったと評価している。この点をはじめ、友愛原理と、連帯や社会権との関係については、本稿の2(2)において改めて詳記する。

後者については、公式解説では、その基礎にある寛容の要請の例として、互助の精神から、「苦境にある者に対し、その者の違法性にも拘わらずなされる」援助に対する寛容の要請が挙げられている⁽⁶⁾。この点に関連するものとして、コリアールは、友愛原理の例につき、移民の受け入れ⁽⁷⁾や、他国への人道的介入の権利⁽⁸⁾を挙げている。また、カニヴェは、友愛原理が、「たとえば、被庇護権、通常の家生活を送る権利や、さらには、不法状態にある外国人をケアする権利といった、他者を受け入れることや人間の尊厳を尊重することを意味するすべての権利をカバーしている」⁽⁹⁾とも指摘している。

したがって、滞在の合法性にかかわらず人道上の目的から他者を幫助する自由は、こうした幫助を対象とする犯罪を連帯罪として批判する一般的な言説とは異なり、正確には、連帯の要請ではなく寛容の要請に基づく後者の側面から導かれているものと思われる。

(4) Colliard, op. cit., pp. 98-99.

(5) Canivet, op. cit.

(6) Commentaire, op. cit., p. 19.

(7) Colliard, op. cit., pp. 99-100.

(8) Ibid., pp. 100-101.

(9) Canivet, op. cit., p. 474.

その一方で、憲法院は、外国人が、入国し、滞在する絶対的かつ包括的な憲法上の権利を保障されているわけではないこと、及び、不法移民対策という目的が、公序の維持に関わるものであり、憲法上の最高規範性を有する目的にあたることを確認した²⁰⁾。

その結果として、立法者は、友愛原理と公序の維持を衡量しなければならないとした²¹⁾。

そのうえで、まず、以下の2点に関し、立法者が、CESEDA 法典第 L.622 条の4に定められている刑事免責につき、両者の間で均衡のとれた衡量をしたかどうかを審査した。

第1に、不法滞在の幫助が免責の対象となる一方で、不法入国と不法移転の幫助が免責の対象とはならない点について審査した。この点につき、不法移転の幫助は、不法入国の幫助とは異なり、必ずしも「不正な状態 (situation illicite)」²²⁾を発生させるという結果になるわけではないことを指摘した²³⁾。このことを理由として、不法入国の幫助とは対照的に、不法移転の幫助を免責の対象としなかったことについては、立法者において友愛原理と公序の維持との間の均衡のとれた衡量がなされていなかったとし、その結果として、CESEDA 法典第 L.622条の4第1項に定められている「不法滞在」という文言を違憲であるとした²⁴⁾。

ただし、公式解説では、不法入国の幫助についても、これが、刑法典第

²⁰⁾ C.C., n° 2018-717/718 QPC, op. cit., paragr. 9.

²¹⁾ Ibid., paragr. 10.

²²⁾ ルソーは、憲法院が、なぜ、不法入国の幫助によって発生する状態につき、「違法な状態 (situation illégale)」ではなく、「不正な状態」という言葉を用いたのかと、批判を含意した疑問を呈している (Dominique Rousseau, *Enfin une bonne nouvelle : le principe de fraternité existe !*, *Gazette du Palais*, 2018, p. 1961.)。

²³⁾ C.C., n° 2018-717/718 QPC, op. cit., paragr. 12.

²⁴⁾ Ibid., paragr. 13.

122条の7において「自己，他人又は財産を脅かす現在の又は急迫した危難に直面し，その者又は財産を守るために必要な行為をした者は，用いられた手段と脅威の重大性との間の比例性が失われていない限りにおいて，刑事責任を負わない」と定められている緊急避難 (état de nécessité)²⁵⁾ にあたるときには，同条に基づき免責されることが指摘されている²⁶⁾。この点は，後記のとおり，後の憲法院2018年9月6日判決第2018-770 DC号においても確認されることになる。

第2に，専ら人道上の目的からなされる幫助行為のすべてを免責の対象としているわけではない点につき，以下のとおり審査した。

すなわち，CESEDA 法典第 L.622条の4第1項第3号は，家族以外の者が見返りを受けることなく幫助するときには，法的助言のみが，幫助をした者の求める目的を問わずに免責の対象となるが，その一方で，給食，宿泊，若しくは，医療を提供する幫助については，外国人に尊厳ある十分に実質的な生活条件を保障するためのものであるときに限り，又は，その他のあらゆる幫助については，外国人の尊厳，若しくは，身体上のインテグリティを保障するためであるときに限り，免責の対象となるとしている。

憲法院は，以上の点を確認したうえで，この規定につき，友愛原理に基づく解釈留保²⁷⁾を施した。すなわち，この規定が，友愛原理に違反しないものであるとすると，人道上の目的においてなされる他のあらゆる幫助行為についても適用されるものとして以外に解釈されることはありえないと

²⁵⁾ フランス刑法における緊急避難について解説する邦語文献として，島岡まなほか『フランス刑事法入門』（法律文化社，2019年）52-54頁。

²⁶⁾ Commentaire, op. cit., p. 21.

²⁷⁾ 憲法院による解釈留保の手法につき，詳しくは，奥村公輔「フランスにおける憲法適合的解釈——憲法院による解釈留保付き合憲判決と国家機関によるその尊重」土井真一（編著）『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣，2018年）第5章（149-178頁）を参照されたい。

判示したのである²⁸⁾。そのうえで、立法者が、この規定につき、このように解釈される限りで、友愛原理と公序維持との間で均衡を明らかに欠いた衡量をしたわけではないとすることにより、こうした解釈留保の限りで、この規定に関する友愛原理違反から導かれる申立を退けたのである²⁹⁾。

なお、こうした解釈留保については、その中で示された「人道上の目的」という文言の意味が問題とされている。この点につき、ルソーは、『『人道上の目的』という文言は、他者を幫助する自由が、無私無欲、かつ、無償でなければならないということの意味している。おそらくは、活動家としての目的をも含意しているのではないだろうか』³⁰⁾としている。ただし、公式解説では、「立法者が免責の問題について改めて関わろうとするのであれば立法者、及び、いずれにしても管轄裁判所は、どのように『人道上の目的』が正確に評価されるのか、及び、どの限りで人道上の目的が『活動家としての目的』に資する活動と結びつきうるのかを決める責任を負うことになるであろう」とされている³¹⁾。したがって、この「人道上の目的」という文言の意味を明確なものとするためには、今後における立法者や管轄裁判所の動きを俟つ必要がある。また、その動きの結果として憲法院が改めて審査の機会を得た際にも、どのような判断がなされるのか注目される。

② 罪刑必要性比例性原理違反の申立について

憲法院は、QPC についての憲法院の事後的審査権を定める憲法第61条の1を解釈した結果として、法律に関して自らに議会と同様の判断権が与え

²⁸⁾ C.C., n° 2018-717/718 QPC, op. cit., paragr. 14.

²⁹⁾ Ibid., paragr. 15.

³⁰⁾ Rousseau, op. cit.

³¹⁾ Commentaire, op. cit., p. 23.

られているわけではなく、刑罰の必要性についての判断権はあくまでも立法者にあるとしつつも、罪刑が明らかに比例していないことのないことを確認しなければならないとした⁶²⁾。そのうえで、CESEDA 法典第 L.622条の4第1項第3号につき、そこに定められている免責が人道上の目的でなされるあらゆる不法滞在幫助にも適用されるとする前記の解釈留保の限りで、罪刑必要性比例性原理には違反しないとしたのである⁶³⁾。

③罪刑法定主義原理違反から導かれる申立について

憲法院は、「法律は、厳密かつ明白に必要な刑罰しか定めてはならず、また、何人も、犯罪行為の前に制定、公布され、かつ、適法に適用された法律によってしか処罰されてはならない」とする1789年人権宣言第8条、及び、「法律は、……重罪及び軽罪の決定、並びに、それらに適用される刑罰……に関する法準則を定める」とする憲法第34条の規定から、罪刑法定主義原理を導き、これに基づき、立法者に対し、「恣意的な権限行使を排除するのに十分に明瞭で明確な文言により、刑法の適用範囲を確定し、重罪及び軽罪を定める義務」を課している⁶⁴⁾。そのうえで、CESEDA 法典第 L.622条の4第1項第3号につき、その規定が多義性を有するものではなく、恣意的な権限行使の危険から保護するのに十分に明確であるとすることにより、罪刑法定主義原理違反の申立を退けた⁶⁵⁾。

④平等原理違反から導かれる申立について

申立人側は、前記のとおり、不法滞在の幫助のみを免責の対象とする一

⁶²⁾ C.C., n° 2018-717/718 QPC, op. cit., paragr. 18.

⁶³⁾ Ibid., paragr. 20.

⁶⁴⁾ Ibid., paragr. 17.

⁶⁵⁾ Ibid., paragr. 19.

方で不法入国の幫助と不法移転の幫助を免責の対象とはしていない CESEDA 法典第 L.622条の 4 第 1 項が平等原理に違反すると申し立てた。この点につき、憲法院は、不法入国の幫助を免責の対象としていないことは友愛原理に反しないが、不法移転の幫助を免責の対象としていないことは友愛原理に反するとした前記の判示がある以上は、検討するまでもないとした⁶⁶⁾。

⑤ 違憲判決の効力について

憲法院は、「憲法第61条の 1 に基づき違憲であるとされた規定は、その憲法院判決の公示から、又は、その憲法院判決の指定する公示後の期日から、廃止される。憲法院は、その規定のもたらす効果を再び検討することのできる条件及び範囲を決める」と定めている憲法第62条を解釈した。その結果として、一方では、違憲判決の効力につき、その判決が QPC の申立人に適用されなければならないこと、及び、違憲とされた規定が判決の公示日から国家機関の中で適用されなくなることを原則とした。ただし、他方では、同条から、憲法院の権限として、違憲とされた規定の廃止日を指定する権限、違憲判決の効力発生を延期する権限、及び、その規定が違憲判決の前にもたらした効果を再検討する権限を導いた⁶⁷⁾。

以上を踏まえ、CESEDA 法典第 L.622条の 4 第 1 項の「不法滞在」という文言を違憲とした前記①の判示について検討した。すなわち、この文言が即時に廃止されてしまうと、前記①において刑事免責の対象とされていないことが合憲とされた不法入国の幫助についても免責対象とされてしまうという明らかに過剰な結果をもたらされることになる。したがって、その廃止日を2018年12月1日に延期するとしたのである⁶⁸⁾。ただし、本判決

⁶⁶⁾ Ibid., paragr. 13.

⁶⁷⁾ Ibid., paragr. 22.

⁶⁸⁾ Ibid., paragr. 23.

の公示からは、本判決の指摘した違憲性を抑えるために、今回の申立の対象となった家族以外の者による幫助の免責を定める同項第3号につき、その幫助が人道上の目的からなされるものであるときには、不法滞在の幫助だけではなく、不法滞在に付随する不法移転の幫助にも適用されるとした⁶⁹⁾。

(2) その後の展開

その後、この判決を受け、2018年9月10日法律第2018-778号第38条は、CESEDA 法典第 L.622条の4を改正することにより、不法移転の幫助も同条の刑事免責の対象とし、さらに、とりわけ、家族以外の者による非営利かつ無私無欲な幫助のうち、人道上の目的からなされるその他のあらゆる幫助を免責の対象とした(①)。

こうした法改正については、上院議員により、不法入国の幫助が人道上の目的からなされるものであっても刑事免責の対象としていない点で友爱原理に違反するのではないかとして憲法院の事前的違憲審査に付託された。これを受け、憲法院は、この点につき、憲法院2018年9月6日判決第2018-770 DC号において、前記の憲法院2018年7月6日判決を踏襲したうえで、さらに、前記の公式解説と同じく、不法入国の幫助も緊急避難条項の適用されるときには免責されることを確認することにより、合憲であるとした(②)。

①2018年9月10日法律第2018-778号第38条

2018年9月10日法律第2018-778号第38条は、前記の連帯罪違憲判決を受け⁴⁰⁾、以下のとおり、CESEDA 法典の規定を改正した。すなわち、同法典

⁶⁹⁾ Ibid., paragr. 24.

⁴⁰⁾ この法律の基となった法案を審査した上院と下院の憲法等委員会の報告書では、同条による改正につき、連帯罪違憲判決を受けたものであることが確認さ

第 L.622 条の 4 第 1 項につき、免責される幫助の対象として定められていた「不法滞在」という文言を、「不法移転、又は、不法滞在」という文言に改めることにより、引き続き不法入国の幫助を免責対象から外すと同時に、その一方で、免責対象となる幫助の範囲を不法移転の幫助にも拡大させた（第 1 号）。

また、家族以外の者による幫助行為の免責について定める同項第 3 号の文言を、「問題とされる幫助行為が、直接にも間接にも何らの見返りももたらしえたものではないときであり、かつ、その幫助行為が、法的助言、外国人に尊厳ある十分に実質的な生活条件を保障するためになされる食事、宿泊、若しくは、医療の提供、又は、外国人の尊厳、若しくは、身体上のインテグリティを保障するためのその他のあらゆる幫助をするものであったときには、あらゆる自然人若しくは法人による行為」から「問題とされる幫助行為が、直接にも間接にも何らの見返りももたらしえたものではなく、かつ、法的、言語的、若しくは、社会的な助言若しくは支援、又は、人道上の目的からなされるその他のあらゆる幫助を提供することであるときには、あらゆる自然人若しくは法人の行為」とした（第 2 号）。これにより、とりわけ、家族以外の者による非営利かつ無私無欲な幫助のうち、人道上の目的からなされるその他のあらゆる幫助を免責の対象としたのである。

②憲法院2018年9月6日判決第2018-770 DC 号

2018年9月10日法律第2018-778号第38条による法改正については、上院議員により、不法入国の幫助が専ら人道上の目的からなされるものであっても刑事免責の対象とはされていない点で、友愛原理に違反するのではな

ゝれている (A.N., *Rapp. de Élise Fajgeles*, n° 1173 (15^e législ.), 2018, p. 110 ; S., *Rapp. de François-Noël Buffet*, n° 700 (S.E. de 2017-2018), 2018, p. 22)。

いかとして憲法院の事前的違憲審査に付託された⁴¹⁾。

これを受け、憲法院は、憲法院2018年9月6日判決第2018-770 DC号において、以下のとおり、この点について再び検討した。すなわち、前記の憲法院2018年7月6日判決を踏襲し、憲法第2条、及び、憲法第73条の3を根拠に、友愛原理に憲法上の最高規範性を認め⁴²⁾、この原理に基づき、他者に対し、その者の国内滞在の合法性を考慮することなく人道上の目的から幫助する自由を導いたうえで⁴³⁾、立法者に対し、こうした友愛原理と公序の維持とを調整することを義務付けた⁴⁴⁾。

そのうえで、CESEDA 法典第 L.622条の1と4が、外国人の不法入国の幫助を刑事免責の対象とはしていないこと⁴⁵⁾、及び、前記の判決と同じく、不法入国の幫助については、不法移転又は不法滞在の幫助とは異なり、不正な状態を生じさせるとしたこと⁴⁶⁾を確認した。

さらに、不法入国の幫助についても、緊急避難について定める刑法典第122条の7が適用されるときには、同条に基づき免責されることを判示した⁴⁷⁾。このことは、前記のとおり、前記の判決では示されていないが、その判決の公式解説の中で指摘されていたことである。

以上を踏まえ、不法入国の幫助が、人道上の目的からなされるものであっても免責の対象とはならない点につき、立法者は友愛原理と公序の維持との間で明らかに均衡性の失した衡量をしたわけではなく⁴⁸⁾、したがって、CESEDA 法典第 L.622条の4における「不法移転、又は、不法滞在」

41) C.C., n° 2018-770 DC, op. cit., paragr. 102.

42) Ibid., paragr. 103.

43) Ibid., paragr. 104.

44) Ibid., paragr. 105.

45) Ibid., paragr. 106.

46) Ibid., paragr. 107.

47) Ibid.

48) Ibid., paragr. 108.

という文言は、合憲であるとした⁴⁹⁾。

2. 連帯罪違憲判決の意義

以上のとおり、憲法院2018年7月6日判決第2018-717/718 QPC号では、友愛原理に初めて憲法上の最高規範性が認められ、この原理に基づき、専ら人道上の目的からなされる不法移転の幫助と不法滞在の幫助に刑事罰を科す規定が憲法違反とされ、これらについての刑事責任が免責された。この判決は、この判決を受けた2018年9月10日法律第2018-778号第38条による法改正、及び、この法改正に関する憲法院2018年9月6日判決第2018-770 DC号においても、支持されたのである。

それでは、こうした憲法院2018年7月6日判決とその後の展開につき、どのような意義を認めることができ、また、そこから、どのような示唆を得ることができるであろうか。

第1に、日本では、不法入国と不法滞在は入管法第70条に基づき犯罪とされており、その幫助についても、刑法第62条において犯罪とされている。こうした幫助については、専ら人道上の目的からなされる非営利かつ無私無欲な行為であっても、これを免責するとする規定はない。そこで、フランスの連帯罪違憲判決と比較し、友愛原理が憲法に明記されていない日本においても、憲法上の権利自由の保障の観点から、こうした行為のうち、特に不法滞在の幫助を免責する規定を設けるべきではないかが問題となる((1))。

第2に、友愛原理は、フランスの歴史上、社会権、及び、その社会権を基礎づける連帯原理と密接に結びついてきたものであった。そこで、連帯罪違憲判決の中で、友愛原理に憲法上の最高規範性の初めて認められたこ

⁴⁹⁾ Ibid., paragr. 109.

とが、今後、より社会権の尊重に配慮した憲法判例をうみだしていく契機となりうるという可能性が示唆されている ((2))。

第3に、連帯罪違憲判決において、憲法院が友愛原理に憲法上の最高規範性を認めるかどうか初めて判断する機会を有することになったこと、及び、結果としてこれを認めたことの要因として、法院弁護士の働きが挙げられている。さらに、このことを重要な一例として、憲法院が破毀院やコンセイユ・デタにおいて問題となった法律の合憲性をQPCとして法律施行後に審査するという事後的違憲審査制度(以下、QPC制度)を受け、これらの裁判所における法院弁護士は、生ける法を憲法から導き出す憲法上のアクターであり、また、その職や独立性が憲法典に定められるべき裁判所のアクターであることが指摘されている ((3))。

(1) 日本における不法滞在幫助罪の免責

友愛原理については、フランスの歴史や伝統と密接に結びついたフランス固有の原理であり、また、日本ではフランスとは異なり憲法典に明記されていないため、これ自体を日本の憲法秩序の中に見出すことは難しい。しかしながら、外国人の不法入国、不法移転、及び、不法滞在に対し、専ら人道上の目的からなされる非営利かつ無私無欲な行為によって幫助する自由については、たとえば、活動家としてなされる幫助であれば表現の自由や、宗教活動の一環としてなされる幫助であれば信教の自由等といった基本的人権によって保障される場合もあるものと思われる。

しかしながら、不法入国と不法滞在については、入管法第70条に基づき犯罪とされており、これらを幫助することは刑法第62条の幫助罪の対象となってしまうが、その一方で、これらを前記のような行為によって幫助することを免責する規定はない。

たしかに、こうした幫助は、前記のような基本的人権を踏まえ入管法第

70条と刑法第62条の規定を解釈した結果として、不法入国の幫助罪や不法滞在の幫助罪とされるものではないと解されれば、その構成要件に該当しないということになる。

または、前記のような基本的人権と公共の福祉との衡量の結果として、前者が後者に優越するものと判断されれば、刑法第35条の正当行為として違法性が阻却されることになるとも考えられる。さらに、フランスと同様に、緊急避難の要件に該当する場合にも、刑法第37条に基づき免責されることとなる。

とはいえ、精神的自由権をはじめとした基本的人権の行使に対する萎縮効果の除去や、罪刑法定主義原理といった観点からは、特に不法滞在の幫助については、フランスのように免責の範囲を定める規定を設けることができないか検討していく必要も生じてくるのではないと思われる。

ただし、フランスの免責規定に関しても、前記のとおり、「人道上の目的」という文言の意味につき、未だ不明確な点を残していることが指摘されている。日本において免責規定を定める場合にも、その規定の明確性が大きな課題となることが想定される。

(2) より社会権の尊重に配慮した憲法判例への契機？

社会権は、憲法院の軽視している権利であると評価されている。

たとえば、ルソーは、「憲法院は、大抵の場合、社会権を保障することよりも経済活動の自由を保障することに腐心している」とし、このことを、「憲法院は、しばしば、憲法の保障している権利自由を保障することよりも、公序を保護することに熱心である」ことと並び、「憲法院の欠陥」の一例としている⁵⁰。

また、ニコラ・モルフェシスは、憲法院が、社会権に関する違憲審査の

⁵⁰ Rousseau, op. cit.

中では、社会権に関する決定を法律事項とする憲法第34条に基づくことにより、立法府に対する非常に広範な裁量を認めており、この点についてはほとんど統制をしてはいないと評価している。すなわち、社会権に関する憲法院の「判決の影響力は、ほんのわずかなものでしかないように思われるのであり、憲法院判例での社会権への言及は、立法府に対する影響を欠いているように思われる。したがって、憲法院は、社会権に対し、無意味ではないものの非常に限定的な保障しか与えていない。憲法院は、1946年の第四共和政憲法前文の規定が、法律事項を定め、社会権の実施が立法府の主権的権力に属することを意味する憲法第34条の規定と結びつかなければならないと考えている。したがって、憲法院による統制は、社会権を廃止するという、今日まで純粹に理論的なものでありつつけている仮定に限られるものでしかない。社会権は、最も保護されていない憲法上の権利であり、したがって、一般利益に対する社会権の服従は明白である」としているのである⁵¹⁾。

こうした状況に対し、ルソーは、憲法院が、憲法上の最高規範性を認めた「友愛原理により、より社会権の尊重に配慮した憲法判例をうみだす手段を有している」と評価しているのである⁵²⁾。

ただし、ルソーは、友愛原理と社会権との関係には言及していない。しかしながら、前記のとおり、友愛原理は、連帯罪違憲判決の公式解説、コリアルやカニヴェにより、連帯の要請に基づく集団的側面を有するものであり、この側面において、社会権の基礎とされていることが指摘されていた。そのため、おそらくはこうした指摘を踏まえたものではないかと思われる。

51) Nicolas Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, p. 127. 伊藤雅康「労働者の参加権と憲法院」札幌学院法学20巻2号(2004年)51頁。

52) Rousseau, *op. cit.*

また、ミシェル・ボルジェットは、以下のとおり、フランス法制史を研究することにより、友愛原理、連帯原理と社会権のそれぞれの関係について明らかにしており⁵³、こうした法制史研究も、ルソーにおいて考慮されたものと思われる。

すなわち、友愛は、フランス革命期において、自由、平等と並ぶスローガンの一つとされ、1793年人権宣言第21条や1793年憲法第122条等といった社会分野に関する規定を基礎づける原理として位置づけられた⁵⁴。

その後、この原理は、マクシミリアン・ロベスピエールの失脚とともに影響力を失っていくが、1848年の二月革命を経て同年に制定された第二共和政憲法の前文において、憲法典に明記されるに至る⁵⁵。ただし、この原理は、第二共和政では、社会分野における実効性を有するものとはされておらず、第二帝政では、この原理自体が否定されることとなり、第三共和政では、社会経済分野での統治権者の行為を規律するものとはされなかった⁵⁶。

その一方で、同時に、19世紀中頃以降においては、自然科学の方法論の影響を受けた結果として、又は、社会における相互依存の法則を主張する社会学の台頭、若しくは、友愛をはじめとした形而上学や宗教に属するようと思われるものを忌避しようとする実証主義の発展と思想の世俗化に伴い、社会が有機体として生きているものと把握されるようになった。その結果として、有機体としての社会を規律する連帯という客観的な原理が、オーギュスト・コントやエミール・デュルケーム等による社会学だけではなく、レオン・デュギに代表される法学をはじめとした他の社会科学や、

⁵³ Michel Borgetto, *Le concept de fraternité et la protection sociale, Informations sociales*, n° 196-197, 2018, pp. 16-26.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 20-21.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 21.

レオン・ブルジョワを筆頭に政界においても、友愛原理に代わり、又は、友愛原理に基づき、主張されるようになり、社会権の基礎として社会権や社会分野の法制度の発展に資することとなった⁵⁷⁾。

その後、「労働、家族、祖国」をスローガンとしていたヴィシー政府からの国土解放後の1946年に制定された第四共和政憲法では、そのヴィシー政府が「人間を隷従させ堕落させようとした体制」（前文第1段）として否定され、「自由、平等、友愛」（第2条）のスローガンが改めて明記された。同時に、前記の19世紀以降の連帯原理に基づく社会権の発展を受け、社会権が前文（第5段から第8段、第11段、第13段等）に明記されることとなり、その基礎として友愛原理が明確に位置づけられることとなった。これに続き1958年に制定された第五共和政憲法においても、それら3つのスローガンは、引き続き、前文第2段、第2条、及び、2003年の憲法改正により新設された第72条の3に定められているのである。また、連帯原理も、社会保障法典第L.111条の1の文言からも明らかであるように、社会保障法制を基礎づけるものとされている⁵⁸⁾。

以上を踏まえ、ボルジェットは、友愛原理につき、あるときには直接に、またあるときには連帯原理を媒介として間接に、法規範、法準則や法規の根拠となり、また、社会分野における政策を主導するものであると評価しているのである⁵⁹⁾。

ルソーは、公式解説等の指摘に加え、おそらくはこうしたフランス法制

57) Ibid., pp. 21-22. コントの学説、並びに、その後における社会学の展開についてデュルケームの学説を中心に解説するものとして、竹沢尚一郎『社会とは何か——システムからプロセスへ』（中央公論新社、2010年）91-116頁。この中でも、特に106-108頁では、デュルケームの学説や、ブルジョワによる連帯原理の主張が、第三共和政における社会分野の法制度の発展に寄与するものであったとされている。

58) Ibid., p. 23.

59) Ibid., pp. 24-25.

史研究も考慮したうえで、前記のとおり、憲法院が、友愛原理に憲法上の最高規範性を認めたことにより、より社会権の尊重に配慮した憲法判例をうみだす手段を有することになったとしているのではないと思われる。また、こうしたフランス法制史研究も踏まえると、ルソーの主張は相当の根拠を有するものであると評価することができるであろう。

とはいえ、こうした憲法判例をうみだす「手段を有する」という表現にとどめている以上は、今後において、この手段が実際に行使されるかどうかという点、また、実際に行使されるとして、どのような形で行使されるのかという点については、未だ判断の留保されているものと解される。

また、ルソーは、そもそも、こうした憲法院による社会権保障への影響に言及する前提として、専ら人道上の目的からその国内滞在の合法性を考えることなく他者を幫助する自由を導いた憲法院による「友愛原理の解釈は、憲法院が解決しなければならなかった事案に関するものであり、この解釈だけに友愛原理の意味を固定できるものではないであろう」と指摘している⁶⁰⁾。したがって、今後の憲法判例における友愛原理の展開は、憲法院による社会権保障への影響に限らず、期待されているのである。

(3) 法院弁護士の役割

友愛原理は、現行憲法典である第五共和政憲法においては、その1958年の制定当初から明記されていた原理である。しかしながら、憲法院は、長らく、この原理の憲法上の性質について判断する機会を有することはなかった。こうした状態において、この原理は、いわば『『眠れる』原理』であったのである⁶¹⁾。

こうした中で、憲法院は、連帯罪違憲判決において、初めて友愛原理の

⁶⁰⁾ Rousseau, op. cit.

⁶¹⁾ Ibid.

憲法上の性質について判断する機会を有することになったのであり、この原理の憲法上の最高規範性を認めたくて、違憲判決の根拠としたのである。

では、なぜ、友愛原理は、この判決において、このようにいわば目を覚ますことができたのか。その要因として、ルソーは、この判決の示された裁判におけるパトリス・スピノジ法院弁護士の働きを挙げている。すなわち、前記のとおり、この判決の前提となった QPC は、スピノジ・シュロー法院弁護士事務所によって提起されたものである。スピノジは、その代表として、憲法院において、申立人の行為のような、直接にも間接にも何らの見返りももらえなかった専ら人道上の目的からなされる不法滞在補助を刑事免責の対象としていないことが友愛原理に違反することを主張した⁶²⁾。その結果として、憲法院は、友愛原理に憲法上の最高規範性を認め、この原理に基づき違憲判決を示したのであると考えられているのである⁶³⁾。

ルソーは、こうしたスピノジの働きを、2010年の QPC 制度施行に伴う法院弁護士の役割の変化の一例として評価している⁶⁴⁾。すなわち、法院弁護士は、破毀院やコンセイユ・デタにおける裁判の弁護等を本来の役割としており、憲法院がこれらの機関からの移送を受けて法律の合憲性を審査する QPC 制度が施行されるまでは、裁判の中で法律の違憲性を主張することができなかった。こうした中では、憲法解釈を考慮し、又は、これを用いても無駄だったのである。しかしながら、QPC 制度の施行により、彼らは、破毀院やコンセイユ・デタにおいて、又は、QPC が移送された場合には憲法院において、法律の違憲性を主張することができるようになり、

62) 憲法院は、判決文の中で、判決理由の説明に先立ち、スピノジの意見書 (observations) を参照し、彼の意見を聴取したことを明らかにしている。

63) Rousseau, op. cit. ; Dominique Rousseau, L'avocat, acteur constitutionnel, *Gazette du palais*, 2018, p. 1908.

64) Ibid.

又は、そうしなければならなくなったのである。したがって、彼らには、破毀院やconseil d'Étatにおける事案を憲法学のレベルにおいても検討することが求められているとするのである。

また、そうした法院弁護士役割の変化を受け、ルソーは、彼らにつき、「裁判所の『補助職』」ではなく「憲法上のアクター」であるとする⁶⁵⁾。すなわち、彼らは、法解釈の能力により、憲法学に精通した法実務家となったのであり、新たな憲法原理を発見する能力により、才能のある憲法の代理人となったのであり、社会の中に散りばめられている憲法の文化の懸け橋となったのである⁶⁶⁾。そのため、こうした憲法上のアクターとして、持続的に創造され続ける生ける法(droit vivant)を憲法から導き出す存在であるとしているのである⁶⁷⁾。生ける法という言葉は、議会の制定する法文ではなく、裁判所(民刑事裁判所や行政裁判所)の適用する規範を意味するものであるとされている⁶⁸⁾。

以上の指摘につき検討してみると、連帯罪の規定の合憲性については、以前にも、法律公布前における上下両院議員からの付託による事前的違憲審査制に基づく憲法院判決である憲法院1996年7月16日判決第96-377 DC号において問題となったことがある⁶⁹⁾。この判決では、憲法院は、人間の

⁶⁵⁾ Ibid.

⁶⁶⁾ Rousseau, L'avocat, acteur constitutionnel, *ibid.*

⁶⁷⁾ Ibid.; Rousseau, Enfin une bonne nouvelle: le principe de fraternité existe!, *op. cit.*

⁶⁸⁾ 井上武史「フランス憲法院への事後審査制導入の影響——通常裁判所の法解釈に対する違憲審査——」岡山大学法学会雑誌第62巻第1号(2012年)76頁以下、同「フランス憲法院への事後審査制導入の影響」曾我部真裕・田近肇(編著)『憲法裁判所の比較研究——フランス・イタリア・スペイン・ベルギーの憲法裁判——』(信山社, 2016年)146頁以下。

⁶⁹⁾ この判決と連帯罪違憲判決とを対比するものとして、Xavier Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 5^e éd., LGDJ, 2017, pp. 224-225 (n° 446-447).

尊厳の保障の原理に違反しているのではないかとする上院議員からの主張を検討したうえで退けた⁷⁰⁾。

この点も併せて考慮すると、今回の連帯罪違憲判決の裁判の過程において、法実務家である法院弁護士は、破毀院の裁判を契機とした QPC 制度に基づく申立を受けた憲法裁判の中で、新たに、友愛原理に基づき、申立人の行為のような直接にも間接にも何らの見返りももたらしえなかった専ら人道上の目的からなされる幫助を刑事免責の対象としていないことが憲法違反であることを主張することにより、新たな憲法上の原理を発見し、そこから新たに生ける法を導くという役割を果たしたのであると考えることができるであろう。以上を踏まえると、前記のルソーの指摘は妥当であると思われる。今後は、こうした指摘について他の判決を検討する際にも意識することにより、その判決の理解を深めていくと同時に、その指摘の意義や射程についても詳しく明らかにしていきたい。

さらに、ルソーは、法院弁護士につき、前記の指摘のとおり彼らが憲法上の重要な存在であることから、また、彼らによる権利保障の観点からも、「裁判所の『補助職』」ではなく裁判官や検察官と同じ「裁判所のアクター」として、裁判官や検察官と同様に⁷¹⁾、彼らの職や独立性を憲法典に規定することを求めているのである⁷²⁾。

以上のような法院弁護士の役割に関する理解は、憲法院の判決を分析する際に有意義な視座を提供するものとして、さらには、憲法改正に関する議論にも関わるものとして、非常に重要なものであると思われる。

また、そうした法院弁護士の役割に関する理解は、フランス法研究だけ

⁷⁰⁾ C.C., 16 juil. 1996, n° 96-377 DC, cons. 11.

⁷¹⁾ 裁判官や検察官については、憲法第8章では、司法機関の独立性に関する規定に加え、彼らの独立性に関する規定や、彼らの任命や懲戒等の手続における権限を有する司法官職高等評議会に関する規定等が設けられている。

⁷²⁾ Rousseau, *L'avocat, acteur constitutionnel*, op. cit.

ではなく、日本法研究にも何らかの示唆をもたらすものであろうか。この点につき、たしかに、日本においては、憲法裁判権、刑事事裁判権、及び、行政裁判権が、最高裁判所を終審裁判所とする司法裁判所に一元化されているため、そこにおける弁護士が、社会における具体的な問題を踏まえ、憲法解釈を考えたいうで、法律の違憲性を主張することにより、憲法判例の形成に影響を及ぼしていく存在であると理解されていることは、異論の余地のないものであると思われる。しかしながら、仮に、将来において憲法改正がなされた結果として、憲法裁判権を行使する憲法裁判所が、民事裁判、刑事裁判や行政裁判を管轄する裁判所と分離され、これらの裁判所からの移送を受けた憲法裁判を管轄することとなったときであっても、前記の法院弁護士に関する理解を踏まえると、依然として、民事裁判、刑事裁判や行政裁判を管轄する裁判所における弁護士が憲法判例の形成に影響を及ぼしていくことを期待することもできるのではないかと考えられる。

さらに、憲法は、弁護士につき、第34条と第37条第3項の中で刑事手続における弁護人の存在に言及し、第77条第1項において最高裁判所の規則制定権の対象としている以外には、規定を設けておらず、その職や独立性について定めているわけではない。しかしながら、既に憲法判例の形成に影響を及ぼし、基本的人権の保障を目指す存在であるとされている以上は、その職や独立性についての定めを明記する憲法改正をすることも議論されるべきではないと思われる。

おわりに

以上のとおり、本稿では、憲法院が友愛原理に憲法上の最高規範性を認めたいうで、この原理に基づき、連帯罪に関する規定について解釈留保を施し、又は、これを憲法違反であるとした憲法院2018年7月6日判決第

2018-717/718 QPC 号について確認し、その意義について検討した。

具体的には、この判決自体（1(1)）、並びに、この判決を受けた法改正とその法改正の合憲判決（1(2)）について確認した。そのうえで、その連帯罪違憲判決の意義につき、第1に、日本の不法滞在幫助罪についても、免責規定を設けるべきかという点（2(1)）、第2に、憲法院が、友愛原理の憲法上の最高規範性を承認したことにより、より社会権の尊重に配慮した憲法判例をうみだす手段を有することとなったと指摘されている点（2(2)）、及び、第3に、QPC 制度を受け、法院弁護士が憲法裁判において憲法から生ける法を導く憲法上のアクターであり、その職と独立性を憲法典に定められるべき裁判所のアクターであると指摘されている点（2(3)）から検討した。

その結果として、第1の点につき、日本では、憲法典から友愛原理を導くことは難しいものの、専ら人道上の目的から不法入国や不法滞在を幫助することについては、信教の自由や表現の自由等の基本的人権により保障されうるものと思われる。そうすると、たしかに、前記のような基本的人権を踏まえた入管法第70条と刑法第62条の解釈として、不法入国や不法滞在の幫助罪とされるものではないと考えられる場合もありうる。また、これらをはじめとした基本的人権を考慮した結果として、刑法第35条の正当行為として違法性を阻却できる場合も考えられる。さらに、刑法第37条の緊急避難に基づき免責される可能性もある。とはいえ、基本的人権の行使に対する萎縮効果の除去や、罪刑法定主義原理といった観点からは、特に不法滞在の幫助については、フランスのように免責規定を設ける必要もあるのではないかと指摘した。

第2の点に関し、そうした憲法院が社会権の尊重に配慮した憲法判例をうみだす手段を有することとなったという指摘は、友愛原理に関する公式解説の説明、その説明の中で引用されていたコリアールとカニヴェの理解、

並びに、ボルジェットによるフランス法制史研究を受けたものであると考えられるのであり、また、これらを踏まえると、妥当なものであると思われるとした。

第3の点の指摘については、日本法研究に対しても、将来において憲法改正がなされた結果として、民事裁判、刑事裁判や行政裁判を管轄する裁判所からの移送を受けて憲法裁判権を行使する憲法裁判所が設けられたときであっても、依然として、民事裁判、刑事裁判や行政裁判を管轄する裁判所における弁護士が憲法判例の形成に影響を及ぼしていくことが期待されるのではないかという示唆をもたらすものであるとした。また、この第3の点の指摘につき、日本において、弁護士が、既に憲法判例の形成に影響を及ぼし、基本的人権の保障を目指す存在である以上は、その職や独立性を憲法に明記することを検討する契機を与えるものであるということからも、非常に有益なものであるとした。

しかしながら、以下のとおり、依然として多くの課題が残されている。

第1の点については、違憲判決の中で免責の要件とされた「人道上の目的」の意味が未だ明確にはされておらず、とりわけ、活動家としての活動とどのようにどの程度関係するものであるのかが十分に明らかにされていない。判決の公式解説では、この点に関する検討は、立法者や管轄裁判所に委ねられている。したがって、今後は、これらの動向や、その動向を受けた憲法院の判断について注視していく必要がある。

第2の点に関し、憲法院は、友愛原理を解釈した結果として、他者の国内滞在の合法性を考慮することなくその他者を幫助する自由が保障されるとした。しかしながら、こうした解釈は、あくまでも判決の前提となった破毀院での刑事裁判の事案を受けてなされたものである。したがって、友愛原理の意味は、決して、そうした自由に尽きるものとはされていない。とりわけ、判決により、憲法院が社会権の尊重に配慮した憲法判例をうみだ

すための手段を有することとなったと評価されているが、こうした手段が実際に行使されるのか、行使されるとして、どのように行使されるのかについては、予断の許されるものではない。この点をはじめ、さらなる友愛原理の意味が明らかにされるためには、今後における判例の展開と蓄積が俟たれることとなるのである。

第3の点につき、法院弁護士がQPC制度に基づく憲法裁判の中で重要な役割を果たしているという指摘を受け、今後は、QPC制度に基づく他の判決を検討する際にも、法院弁護士の働きに注目することにより、こうした指摘を判決の理解を深める一助とすると同時に、その指摘の意義や射程についても詳しく明らかにしていく。また、法院弁護士に関する憲法改正が議論される際には、その議論につき、必要に応じ、そうした指摘も踏まえ検討していく。

本稿における研究は、以上に関する今後の研究に向けた契機として位置づけられるものでもある。

(2019年5月7日脱稿)