

タイトル	スペイン王国の政令（decreto-ley）：Gabriel Doménech Pascual, “Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por Decreto-ley”（2019）に学ぶ
著者	ドメネク・パスクアル, ガブリエル; Doménech Pascual, Gabriel; 鈴木, 光; SUZUKI, Hikaru
引用	北海学園大学法学研究, 56(1): 103-140
発行日	2020-06-30

## スペイン王国の政令 (decreto-ley)

— Gabriel Doménech Pascual, “Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por Decreto-ley” (2019) に学ぶ —

ガブリエル・ドメネク・パスクアル(著)  
鈴木 光(訳)

### 訳者まえがき

スペイン王国において、内閣は、憲法に基づき、緊急命令を発する権限を有する。

スペイン憲法第八十六条（緊急命令）

一 特別かつ緊急の必要（*extraordinaria y urgente necesidad*）がある場合には、内閣は代行命令（*Decretos-leyes*）の形式をとる暫定法（*disposiciones legislativas provisionales*）を発することができるとが定められている。ただし、この命令は、国の

基本的制度の秩序、第一編に定める市民の権利、義務および自由、自治州制度ならびに一般選挙法に影響を及ぼすものであつてはならない。

二 代行命令 (Decretos-leyes) はすべて、審議および表決に付するため、直ちにこれを下院に提出しなければならない。下院が閉会中のときは、右の目的のため、命令の公布後三〇日以内に、これを召集しなければならない。下院は、所定の期間内に、命令の承認または廃止につき、明確に意思を表明しなければならない。このため、議院規則により、特別の略式手続を定める。

三 前項で定める期間内に、下院は、緊急手続により、命令を政府提出の法律案として取り扱うことができる。

内閣が緊急命令を発することができるのは「特別かつ緊急の必要がある場合」に限られるが、それは具体的に如何なる状況を指すかについては、学説上、定説を見ない。本稿は、スペイン王国を代表する行政法学者であるバレンシア大学法学部ガブリエル・ドメネク・パスクアル (Gabriel Doménech Pascual) 教授の論文「政令により遮蔽された政府の措置に対する効果的な司法保護 (“Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por Decreto-ley” (2019))」を紹介し、同国における、国会での議論を避けるための隠れ蓑として緊急命令が多用されている現状、憲法の趣旨に反する緊急命令が発せられている可能性、憲法の趣旨に反する緊急命令から国民の権利を保護する方法、および司法府の果たし得る役割などを学び、ひいては本邦の緊急事態条項をめぐる議論への有益な示唆を得ようとするものである。

右のスペイン憲法第八十六条の邦訳は、国士館大学特任教授の百地章先生によるものである (畑博行・小森田秋夫編『世界の憲法集〔第五版〕』二五〇頁 (有信堂高文社・二〇一八年))。百地先生は、*decreto-ley* を代行命令と訳して

おられるが、『現代スペイン語辞典』（白水社）、日本の全国紙（一例として朝日新聞、平成三十年九月十五日第十一面）、並びにスペイン法に関する学術論文等では政令と訳される例が多いことから、本稿では、これを政令と表現することをお許しいただきたい。

「政令により遮蔽された政府の措置に対する効果的な司法保護」<sup>①</sup>

“Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por Decreto-ley” (2019)

スペイン王国バレンシア大学法学部教授

ガブリエル・ドメネク・パスクアル (Gabriel Doménech Pascual)

目次

要旨

一 序

二 スペイン憲法に明確に違反する慣行

三 国民を無防備にするために発せられる政令 (decretos-leyes) に直面する国民を司法上如何に保護するか

(一) 政令 (decretos-leyes) の適用により指図される行為に対する異議申立て

(二) 政令 (decretos-leyes) は法律 (leyes) と同一の司法上の敬意を受けるに値しない

- (三) 欧州連合法に違反する政令 (decretos-leyes) の (司法上および行政上の) 不適用
  - (四) 憲法違反の政令 (decretos-leyes) の行政上の不適用
  - (五) 政令 (decretos-leyes) の適用により引き起こされる状況および行為に対する予防的措置
  - (五) の一 基礎
  - (五) の二 予防的措置の法制度
- 四 結論
- 五 引用文献目録

## 要旨

スペイン政府は、スペイン憲法第八十六条に基づき、極めて厳格な条件下で、かつ「特別かつ緊急の必要」がある場合にのみ行使することが認められている政令 (decretos-leyes) 制定権を、広く濫用している。つまり政府は、影響を受ける国民が、論争的となつてゐる規制について裁判所で異議を唱えるのを防ぐため、ますます多くの政令を発している。本稿は、こうした慣行はスペイン憲法に適合するか、また裁判所はこうした慣行からどのように国民を保護し得るかを分析する。

## 一 序

私たちの統治者たちは、影響を受ける人々が裁判所で彼らに異議を唱え、裁判所が違法判決を下す可能性に対する

論争の手段を遮蔽 (blindar) する目的で、好んで政令 (decretos-leyes) を発している。加えて私たちの統治者たちは、利害関係者に対し「優越的な地位にある」ことを示すことを好み、憲法第二十四条が認める基本的権利の行使を妨げる目的で政令 (decreto-ley) 形式を利用する、と、公然と、大胆かつ明確に表明している。四つの事例を紹介する。

政府は、八月二十四日の王政令 (Real Decreto-ley) 10/2018 において、戦没者の谷 (Valle de los Caídos) に埋葬されている独裁者フランシスコ・フランコ (Francisco Franco) の遺骸を掘り出すためのさまざまな措置を採用した。その実施は数日前に鳴り物入りで発表された。スペイン放送協会 (Radio Televisión Española) は、政府に極めて批判的な態度を見せることにはやや懐疑的であり、またはその言葉を歪曲するメディアでもあるが、同協会は、本発掘は、その進展を遅らせる「提訴を回避する (evitar demandas judiciales)」ため「引用符は原文」、歴史記憶法 (Ley de Memoria Histórica) 「を修正する」政令 (decreto ley) により行われると報道した。これは、EFE通信と Europa Press の幹部情報源により確認された。<sup>(2)</sup>

四月二十日の王政令 (Real Decreto-ley) 3/2018 は、十一月二十日の Real Decreto 1057/2015 の制定以来、私たちの法制度で既に正式に施行されていた二つの規範を、法的階級を備えるものへと引き上げた。前者の効力により、新たな運転手付き車両 (vehículos con conductor; 以下 VTC) の免許の付与は、居住予定の自治州領域に存在するもの数と、同領域のタクシー数との比率が三十分の一を超える場合、拒否しなければならない。後者の効力により、VTCは、対応する自治州の領域外においてサービスの二〇パーセント以上を提供することが禁止された。メディアが異口同音に警告したように、<sup>(3)</sup> 政令 (Decreto-ley) を求めた目的は、最高裁判所が前述の Real Decreto 1057/2015 の適法性に関して宣言する判決 (RJ/2018, 2695) を問もなく下しそれらを取り消してしまう可能性、およびその結果、新しい競争者がこの領域に参入できるようになる可能性から、両方の制限を「遮蔽する (blindar)」ことであった。<sup>(4)</sup> 政府は、好まし

くないと推量される司法決定の法的結果を巧みに回避するため、試合半ばで競技規則を変更したのである。<sup>5)</sup>

運転手付き車両の賃貸に関する陸上輸送管理法を修正する九月二十八日の王政令 (Real Decreto-ley) 13/2018 は、VTC免許ではもはや都市輸送が許可されなくなると規定した。これは事実上、収用を意味する。彼らは「補償 (E indemnización)」として四年間都市サービスを提供し続けることが許可され、最大でさらに二年間延長することができ、この措置は、別の場所では、企業の自由を恣意的、差別的、かつ甚だしく制限する方法であるうえ、憲法上正当と見積もられる補償を伴わないことから、憲法違反の措置である、と主張された。<sup>6)</sup>しかし、開発大臣ホセ・ルイス・アバロス (Jose Luis Abalos) は、その政令 (Decreto-ley) を社会に発表するために開催された記者会見において、『VTC規則は『法的に遮蔽されている (blindada jurídicamente)』から、憲法裁判所へのあらゆる手段の訴えや免許所有者からの大量の苦情は、たとえ発生したとしても回避される』と述べた。<sup>7)</sup>

二〇一九年初頭、カタルーニャ自治州政府は、VTCがCabifyやUberのように数値化情報 (デジタル方式) の商取引環境 (プラットフォーム) を通じて都市サービスを提供し続けることを事実上不可能にするいくつかの措置の承認を発表したが、これは前述の王政令 (Real Decreto-ley) 13/2018 にあらかじめ規定された「補償 (indemnización)」を実際に排除するものであった。たとえば、サービス申込と効果的なサービス提供との間に数時間の最短期間を確立することや、VTCは各レース後に活動拠点に戻るように義務付けられることが予測された。<sup>8)</sup>カタルーニャ競争局 (Autoritat Catalana de la Competència, 以下ACCO) は、これらの規定は差別的であり、自由競争に非効率的な制限を導入するものであり、利用者の福祉を低下させ、交通渋滞と大気汚染を増加させる、と警告する新聞発表を公表することで即座に対応した。ACCOはまた、それが最終的に承認された場合は、「委託された使命にしたがい、市場競争を擁護し促進するための適切な行動をとる」と指摘した。<sup>9)</sup>

数日後、マドリードで開催された開発省および自治州の代表者間会議の後、カタルーニャ自治州政府は、問題の制限は政令 (decreto-ley) により承認されると発表した。これは明らかに、影響を受ける国民、ACCO、および市場と競争に関する国家委員会からの上訴を防げるものであった。<sup>10)</sup> 報道機関は、前記の会議で「同省の代表者が、ある共同体により承認されたこの分野に関する政令 (decreto-ley) を政府が裁判所でノックダウンしようとすることは決してないことも明らかにした」ことから、複雑にはなるものの、少なくとも、憲法裁判所でのみ異議を申し立てることができる旨指摘した。この裁判手続きに対応する一連の手続きを取ることは一層複雑になり、通常裁判所が担当する事件よりもはるかに長時間を要する。<sup>11)</sup> 最終的に、一月二十九日の政令 (Decreto ley) 4/2019 は、大部分のVTCがカタルーニャでの活動を発展させ続けることをほぼ不可能にする三つの措置を確立した。それはすなわち、(i) 十五分以上の最低事前契約時間。これは地方自治体により無制限に延長可能、(ii) 事前契約の無い場合またはサービスマン賃貸時、公道での運転・駐車禁止、(iii) そのサービスマン契約前の、利用者に対する車両の地理的位置情報の提供禁止、である。法定保証評議会 (Consell de Garanties Estatutaries) は、これらの措置は企業の自由を著しく制限する方法であり憲法第三十八条に違反する、との見解を真つ先に述べたが、このことは議会の承認を妨げなかった。また、アラゴンやバレンシアなどの自治州もカタルーニャの「例」を踏襲することはなかった。<sup>12)</sup>

これら四つの事例が示す疑わしい慣行は、政令 (decreto-ley) の形式が一般化され、かつ粗雑に濫用されている、より広範な現象を表している。憲法第八十六条に規定されている権限の悪用は、すでに多くの研究の主題となっている。それらは、その主な表れと原因を中心に説明するとともに、(i) 政令 (decretos-leyes) を尊重しなければならぬ憲法規定、(ii) 憲法裁判所がそれらについて行った解釈、(iii) それらに対する議会の事後的統制権行使の構成、に関し、内実のある基本的修正を伴う、いくつかの改善策を提案している。<sup>13)</sup>

本稿はこれらの文献に二つの点で貢献しようとするものである。まず、前述の「遮蔽 (blindajes)」を実施しようとする政令 (decretos-leyes) のスペイン憲法との適合性を検討する。ついで、そのような規範の影響を受ける正当な権利と利益の効果的な司法保護を得るために国民が利用することのできる手段を分析する。

## 二 ス페인憲法に明確に違反する慣行

政令 (decretos-leyes) は、議会制民主主義における異例を構成する。民主主義的な正当性が間接的にしか保たれない少数の人々により構成される行政機関が、極めて迅速かつ不透明な手続きにより、国民の直接の代表者により構成される機関において、より多様な、参加型でかつ透明性のある手続きを通じて承認されるものと同じ法的価値を有する法的規範を採択できることは、異例である。政府が議会の規定を廃止できるのは異例である。したがって、ほとんどの西洋の民主政治国家には、類似の可能性がない。それゆえ私たちの憲法第八十六条も、その異例な特徴を考慮し、その利用には極めて厳格な要件を満たすことを条件としている。

それにもかかわらず、周知のごとく、理論上は特別かつ例外的なものが、ごく普通の立法生産における慣行になり替わっている。あらゆる政治思想傾向の政府が、前述の憲法規定により彼らに与えられた権限を大に行使し濫用しており、今日のスペイン王国では、法律よりも多くの政令 (decretos-leyes) が発せられるまでに至っている。<sup>(15)</sup> この慣行はあまりにも標準化されているため、多数野党の党員は政府による濫用をほとんど非難しない。自分たちも同じことをしてきたこと、そして機会がありさえすれば再びそれを行うことを自覚しているからである。

無数の著者により非難されているこの慣行について、<sup>(16)</sup> 私たちは、私たちの憲法裁判の多くの華々しい失敗を見るべきである。憲法裁判所は、その歩みの最初の数十年間、スペイン憲法第八十六条がその資格を与える理由と一致する

かどうか、すなわち政令 (decretos-leyes) 発布のための「特別かつ緊急の必要の状況 (situación de extraordinaria y urgente necesidad)」があつたかどうかを判断する際、顕著な緩慢さを示していた。これは、この概念を過度に広く解釈してきた政府が、もともと大きかつた評価の許容範囲をさらに広げるのに好都合であつた。その後、憲法裁判所は、行き過ぎが明らかに容認できないほどの比率を占め始めた時、ある程度の訂正をし、理由が欠如しているとして、いくつかの政令 (decretos-leyes) を無効にし始めた。<sup>17)</sup> しかしそれは、この悪い慣行を食い止めるにはまったく役立たない。なぜなら、おそらく私たちの統治者たちは、合憲性が疑われる政令 (decretos-leyes) の採択がもたらす政治的利益が、数年後に最終的にそれが取り消されることに起因する費用を、しばしば上回ることを考慮する傾向があるからである。

規制を遮蔽するために発せられたほぼすべての政令 (decretos-leyes) は、前述の資格上の理由を欠いていることを容易に確認することができる。説明は非常に簡単である。政府が、問題とされる措置に正規の地位を与えたり、またはそれを議会に持ち込むのではなく、それを遮蔽するために政令 (decreto-ley) 形式を利用しようとする通常の目的は、特別かつ緊急の必要の状況に対処することではなく、(i) 裁判所による反論と再審査を防ぐこと、および/または、(ii) 通常の一連の立法手続きや正規の規定推敲手続きを伴う遅延や面倒な事柄を省き、多かれ少なかれ即座に有権者を満足させるため迅速にそれを承認することにある。<sup>18)</sup> この点に関しては、本稿の序で言及した、フランコの遺骸発掘とVTCをめぐる法制度の事例が例証している。四十年以上もの間、戦没者の谷に埋葬されていたその遺骸を、そこから掘り出しほかの場所へ持つていかなければならない特別かつ緊急の必要があるとは推測されず、さらに法律の承認手続きの下にある民主主義的な価値感を犠牲にしてまで行わなければならないほどのことも思われない。発掘に取り掛かるために必要な立法上の修正が通常の議会手続きを通じて行われた場合、如何なる極めて深刻な損害が

引き起こされるのか、推測できない<sup>19</sup>。他方、最近一年間に私たちの都市で生じたVTC数の増加が、これらの車両の都市サービスの貸出の禁止を特別かつ緊急に必要とするほど大きな経済的、環境的、社会的、交通渋滞の問題を構成するとは到底考えられない。まして、禁止の効果が四年以内に出始めるのであれば、そのことは、想定された緊急性の「自己反論」となる<sup>20</sup>。憲法裁判所が何度か述べているように、「とくに、その内容にかかわらず、その構造のために、現行法の状況を即座に変更しない規定」は、政令 (decretos-leyes) とは認められない<sup>21</sup>。

このように遮蔽された規制は、二重の憲法違反を犯すことに留意すべきである。一面では、それらはスペイン憲法第八十六条に違反し、最終的には、この経路により承認された規制の民主的正当性と品質を低下させる。他方で、それらは、国民が、影響を受ける正当な権利と利益の効果的な司法保護を求める可能性を極めて実質的かつ不当な方法で制限することにより、効果的な司法保護を受ける権利を侵害する。

実際、「遮蔽 (blindaje)」は、影響を受ける人々が対応する措置を直接求めることを妨害する。政令 (decretos-leyes) は、立法政令 (decretos legislativos、議会の承認のもとで発せられる政令) — 委任法の制限を超える限り — および規則 (reglamentos) とは異なり、決して行政訴訟の対象にならない。前者 (立法政令と規則) が、通常の裁判所により適用されず、取り消される場合すらあることを正当化する理論上の理由は、おそらく後者 (政令) にも有効であるにもかかわらず、である。憲法裁判所は政令 (decretos-leyes) に対する直接的な上訴を担当する独占権を有している。しかし、影響を受ける個人は、上訴を申し立てる資格がないのである。

のちに見るように、利害関係者はこれらの規定を「間接的 (indirectamente)」にしか攻撃することができない。彼らはそれらが適用されるのを待たなければならない。一般的に、保護を求めるには、ある憲法違反の規範に基づいているとの理由で異議を唱えるための、何らかの行政行為が発せられる必要がある。これは、いくつかの理由から、彼

らの立場を大きく弱める。第一に、遮蔽された規範は、それが正式に適用される前でさえ、損害を、しかも時には賠償が困難または不可能な損害を引き起こす可能性がある。たとえば、前述の王政令 (Real Decreto-ley) 13/2018 は、その発布の瞬間から、VTC企業に、資金調達とその活動拡大の面で困難な経験を生じさせた。この規範により課された四年以内に (VTC事業を) 終わらせるといふ深刻な脅威が、債権者、労働者、および供給者の危険性を相当程度高め、それが彼ら (VTC企業) との経済関係の足かせとなったからである。<sup>(22)</sup> 第二に、影響を受ける人々が、正当な権利と利益に対する完全かつ効果的な司法保護を得るためには、行政措置を使い果たしたのちに、行政不服訴訟 (recurso-contencioso administrativo) を提起し、所管の司法機関から憲法裁判所へある問題を上申してもらい、そこでおそらく数年間も長引く手続きを経て、問題とされる規制が無効であると宣言してもらわなければならない。この宣言は、とくに憲法違反の規範の適用が暫定的に取り返しのつかない損害をもたらす場合、おそらく遅きに失することになる。影響を受ける正当な人々が、対応する政令 (decreto-ley) に対し憲法違反を理由とする上訴を申し出ない場合、考えられる措置に直接異議を唱える可能性を影射を受ける人々から奪うことは、他の有害な効果をもたらす可能性もある。第一に、とくにある裁判官がそれに対する違憲の問題を上申することを決定した場合、その有効性について不確実な状況が作り出され得る。そしてその状況は、憲法裁判所がその点に関する判決を下すまで、数年間、容易に持続する。第二に、その不確実性は、対立と訴訟を引き起こす可能性がある。第三に、一部の司法機関はこれは憲法に準拠していると理解し、他の司法機関がそれとは反対の評価をした場合、その政令 (decreto-ley) により同様に影響を受ける人々が不公平な方法で取り扱われることが正当化され得る。この結果として生じる不平等は、それに疑問を呈しない通常裁判所の判決が確定した後には当該政令 (decreto-ley) の違憲判決が下される場合、回復不能な損害につながる可能性がある。

### 三 国民を無防備にするために発せられる政令 (decretos-leyes) に直面する国民を 司法上如何に保護するか

通常裁判所は、司法統制を妨害する目的で発せられる政令 (decretos-leyes) により影響を受ける正当な権利と利益を保護するため、法的法令に残された可能性を徹底的に調べ上げるべきである。容易に理解できるように、その遵守を政府の行き当たりばったりに委ねたままにしておくことはできないところの憲法第二十四条二項が定める基本的権利を、効果的に司法保護しなければならぬ側面があるからである。裁判所は、現実に根差しかつ法律上可能な範囲で、これや他の基本的権利に対する制限を最小限に抑える方法で法令 (ordenamiento) を解釈・適用しなければならぬ。他方、もし影響を受ける人々を保護しないという政府の目的達成が容認されれば、政府によるこの憲法違反の慣行の継続を将来的に奨励することになり、かつそれに有利に働くことになる。加えて、今までのところ、憲法裁判所によるその後の寛容かつ手遅れの介入は、前記の慣行を防止するには役立たないことが明らかであると同時に、影響を受ける国民を効果的に保護するにも不十分である点に留意しなければならぬ。そのことはまた裁判所が、いざその判断に委ねられた条項の効果を、一般的効力のある形で、予防的に一時停止しようとすると見せるためらいにも貢献している<sup>(23)</sup>。

#### (一) 政令 (decretos-leyes) の適用により指図される行為に対する異議申立て

ある法的地位を有する規範から影響を受ける国民は、たとえ憲法違反を理由とする上訴を通じて直接それを非難する資格がない場合でも、その適用から生じる状況と法律上の行為、——たとえば税の精算、行政上の制裁、合法性の回

復命令など——について、通常裁判所に異議を唱え、その保護のもとで生じる規範は憲法規定に違反すると主張することができる。

これは、たとえば、上訴人によるとスペイン憲法と欧州連合法に違反する、ある政令 (decreto-ley) の適用において発せられた行政決定に関する事案である、二〇一七年一月三十一日の最高裁判所判決 (RJ 2017, 298) (rec. 1616/2016) により明確に述べられている。当該審級の裁判所は、「実際には、法的階級を有する規範に疑問を呈することを意図し、憲法違反の問題を提起している」という理由で、行政訴訟を承認しなかった。最高裁判所は、(i) 「本裁判で異議が唱えられたのは、行政訴訟を通じて完全に異議を唱えることができる二つの行政決定であること」、(ii) 「行政訴訟で用いることのできる異議申立て理由を直接または間接的に制限する」規則はなく、また、異議申立て対象である決定の「隠れ裏の役割を果たす法律の無効性をもつばら異議申立ての理由として利用することを妨げる」規則もないことを理由に、前判決を破棄すると判断した。要するに、「あらゆる利害関係者は、それら (行政決定) の根拠となっている法的階級を有する規範が法律 (Decreto) と一致しないことを理由に、ある行為またはある条項に正当に異議を唱えることができる。」最高裁判所は、これは何らの異例を構成するものではなく、ただ単に「司法機関を、憲法裁判所に (訴訟の本案判決に先立つ) ある問題を提起する権限を行使する立場」に置くだけである、と指摘した。

この「裁判所での終結」という結論は、可能であれば、上訴人が欧州連合法違反を申し立てる場合、より大きな理由で適用される。なぜなら、その場合、通常の司法機関は、原則として事前に予審問題を上申せずに、欧州連合法違反とされるその法的地位を有する規範を適用しないことができるからである。

## (11) 政令 (decretos-leyes) と法律 (leyes) と同一の司法上の敬意を受けるに値しない

通常裁判所は、政令 (decretos-leyes) に対し、普段法律 (leyes) を取り扱う場合と同じような敬意を示すべきではなく、それよりもはるかに低い敬意を示すべきである、と強調するのは興味深いことである。裁判所は、対応する政令 (decreto-ley) が法律 (Derecho) に適合するか否かを検討する際、たとえば、(i) ある違憲問題が上申されているか否か、または欧州連合司法裁判所に予備問題が上申されているか否か、(ii) その政令 (decreto-ley) を適用するか、または連合法違反を理由にその政令を適用しないか、(iii) 問題とされる法的階級を備えた規範の適用において発せられる行為の即時実行により引き起こされる可能性のある賠償不可能または困難な損害に直面している上訴人の正当な権利と利益を保護するための予防的措置を採用する必要があるか否か、を決定する際に、そうする必要がある。

憲法裁判所は、同様の観点から、「正当な権限に由来する行為または規範には正当性が推定されるといふ考えは、機関と大衆意思との関係がより直接的であればあるほどエネルギーを増し、それが議員の場合はそれが最大限に達する。なぜなら、議員はまさに大衆意思を代表する者だからである。」と指摘した。<sup>24)</sup> これは、予審に付される規範の創造者が、大衆意思との関係が議会ほど直接的ではない政府である場合、その(正当性の)推定はより弱くなるべきことを意味する。

裁判所が法律 (leyes) を検討する際に自己規制することを正当化する主な理由は、法律は公的手続きを通じ、国民を最もよく代表する機関によりすでに入念に検討されており、そこでは少数派を含むすべての政治勢力が参加し広く討議することができる、恣意的かつ均衡を欠いた規制 (regulaciones) が確立される危険性が十分に削減されていることにある。<sup>25)</sup> この二つの状況はいずれも、政令 (decretos-leyes) の場合には当てはまらない。なぜなら政令 (decretos-leyes) は、より民主的正当性の低い機関により、単なる行政規則の発布に通常用いられる手続きよりも透明性と

保証に欠ける手続きを通じて承認されるものだからである。

政令 (decreto-ley) を「認定 (convallida)」するための下院 (Congreso) による事後的介入が「補償 (compensar)」を認めず、民主的正当性の欠如、すなわちこれは、その規範は通常の立法手続きを通じて一般国会により承認されたものではなく、政府によって承認されたものであることを意味するが、それさえ認めないことが強調される点は興味深い<sup>26)</sup>。その理由は、認定手続きが不十分なため、検討対象とされる規範についての政治参加、議論、改善、および統制の可能性が極めて低いことにある。この手続きでは、実際にはつぎのようなことが行われる。(i) 法律 (leyes) の制定時には立法議会の両方が参与するが、(政令の場合は) 立法議会の片方、すなわち下院 (Congreso) しか介入しない、(ii) (下院が政令に) 変更を加えることは許されず、したがって検討対象の本文を改善することはできず、追認または廃止の択一となる、(iii) 政府のある構成員が、下院に、政令 (decreto-ley) を発布「しなければならぬ理由 (las razones que han obligado)」を表明し、その後の討議は全体のために確立された規定にしたがって行われる。<sup>27)</sup> つまり、まず賛成派に順番が与えられ、つぎに反対派に十五分間が与えられたのち、国会議員集団はわずか十分間でそれぞれの立場を決めなければならない。<sup>28)</sup>

議会がその審議に付された政令 (decretos-leyes) に対して果たす制御機能が、如何に過度に寛容かつ脆弱であるかを示す資料がある。憲法の効力が発生してから最初の四十年間、政府により承認された五七六件の (政令の) うち、認定が拒絶されたのはわずか四件であった。しかも拒絶された四件のうち一件は誤りであり、訂正後「承知した」と承認され、新たな政令 (decreto-ley) が認定された。<sup>29)</sup>

同様に、政府は正規の規定や法的階級を伴う規範案の構想を練る場合、実施すべき一定の手続きがあり、これよりそれらの法律 (Derecho) との合致、品質、成功がある程度保証されるが、政令 (decretos-leyes) は通常、そうした

手続きをひとつも遵守せずに承認される点にも注意を要する。実際、政府の法律 (Ley) 50/1997 (十一月二十七日) 第二十六条は、「法律 (Ley) の基本構想、および王立法政令 (real decreto legislativo) と正規の規範案を推敲する際は、(つぎに参照する手続きと統合される手段により) 調整される」と定める。この規定を反対解釈すると、政令 (decreto-ley) 案を作成する際はそのような手続きを遵守する義務がないことを明瞭に読み取ることができる。換言すると、この場合、政府は、以下の事柄を完全に省くことができ、実際、通常は省かれている。

i 自発性 (イニシアチブ) で解決される問題、その承認の必要性、機会、目的、および可能な解決代案に関し、規範から将来影響を受ける可能性のある人々をよく代表する人々や組織からの公開意見聴取。

ii 規範により正当な権利または利益に影響を被る人々、およびその対象との直接的な関連の維持を目的とする人々を集団化または代表する国民および組織または協会に対する公開情報と意見聴取の手続き。

iii 以下に示す事柄の説明を含む、規範確立による影響分析報告書。(1) (規範) 提案の好機であり、提案の必要もあること。検討対象たる規制の代替案。(2) 問題となっている規定の内容とその法的分析、(3) 当該措置の経済・予算上の影響。当該規範の影響を受ける地域、集団または業者にそれを適用した後に発生する結果について評価をしなければならず、ここでは、競争相手、市場単位、競争力への影響、およびその分野の現行法との調和について触れる必要がある。(4) とりわけ中小企業にとっての、規範確立の提案に必然的に伴う経営負担に関する評価。

(5) 商品への影響。

iv 国務院の報告書。

v 提案する省または省の一般技術事務局の報告書。

vi その（規範の）文言の適切さと適法性を保証するのにふさわしいと評価できる他の研究成果と意見。

立法者がこうした手続きの実行義務を定めたのは、おそらく当然ながら、それを実行することで得られる副次的な利益がその費用を上回ると考えたからである。利害関係を有する国民は、こうした申立て手続きにより公務管理に参加し、正当な権利・利益を聞いてもらい保護してもらいうことが出来る。その上、行政機関は、通常、対処しようとする規制上の問題を可能な限りより良い方法で解決するのに非常に役立つ貴重な情報を得ることが出来る。したがって、前述の手続きを遵守することで、このように入念に準備された規定の正当性と質が大幅に増すとともに、その規定が法律に適合する見込みも高まり、関係するすべての権利・利益の間の正しい均衡が達成されると考えられる。このことは、（もし）そうした手続きを完全に省略してしまえば、対応する規範的規定の正当性と質が大幅に低下するとともに、その規範に、法律に適合した、均整のとれた適切な、影響を受ける利益全体を十分に満足させるような制限が含まれる見込みも大きく低下することを意味する。したがって、これらのすべての手続きを慎重に遵守して準備された行政規定は、これらの手続きをすべて完全に切り捨てて発令されたものよりも、当然、より大きな司法上の尊敬を受けるに値するのである。

## (三) 欧州連合法に違反する政令 (decretos-leyes) の (司法上および行政上の) 不適用

スペイン王国の裁判所は、対応する政令 (decretos-leyes) の適用により生じた状況や法的行為に対抗措置の行為が取られたことに気づいた場合、独断で、——原則として予審問題を上申する必要なしに——、その判断によれば欧州連合法の原則または規定に違反するものを適用しないことができる。<sup>39)</sup> たとえば、VTC分野に関してカタルーニャ自治州政府が発表した措置の一部が、サービスの設立と提供の自由に対する差別的で並外れた制限を構成すると考えるのは、決して常軌を逸したことはない。国内の司法機関は、その事例で適用される欧州連合法の規定の解釈が既に十分に明らかな場合を除き、唯一または最終の審級においてある事件の判決を下す場合に限り、(欧州) 司法裁判所に対し予審問題を作成する義務がある。<sup>41)</sup>

また、行政当局や私法上の法人でさえ、公務に従事する場合は、原則として、それがすでに法的階級にあるものか規定に関するものであるかにかかわらず、欧州連合法に違反すると考えられる国の規範的规定を、独断で適用しないことができる。このことは、司法裁判所の判例で繰り返し述べられている。<sup>42)</sup> これらの当局が欧州連合の機能に関する条約 (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) 第二五七条の目的のために「司法機関 (órganos jurisdiccionales)」とみなされるのに必要な特徴、すなわち法的起源を持ち、常設かつ独立した機関であり、強制性を備えた管轄権を持ち、その決定手続きに矛盾命題があり、法的規範にしたがって解決する、という特徴を備えている場合、これらがその義務から「解放 (liberarse)」される唯一の可能性は、ルクセンブルク裁判所に対し、任意に予審問題を作成することである。<sup>43)</sup>

(四) 憲法違反の政令 (decretos-leyes) の行政上の不適用

本稿は、別の所で、行政は、その判断によればスペイン憲法の規定に違反すると考えられる法的階級を有する規範を適用しないことができること、そして(そのような場合は)適用すべきではないと主張した<sup>24)</sup>。合憲の規範とそれより下位の階級にある規範との間に矛盾が生じており、かつ違憲問題を上申する可能性がない場合、合憲規範を下位規範よりも優位に立たせる唯一の方法は、前者を直接適用し、後者を適用しないことである。

反対に、行政がたとえ違憲と考えても法的階級を備えた規範の適用をやめることができないと評価するならば、違憲と考えられる規範に基づき指図された行為に抗議する人々に、裁判所で行政上訴をするよう強いるという承諾がたい結果をもたらすことになる。この「行政上の措置を使い果たす」義務は、効果的な司法保護を受ける権利に対する、並外れた、無駄な制限となる。なぜなら、上訴の解決を引き受ける行政機関は、違憲規範による損害を被る上訴人の正当な権利と利益を保護することができないからである。二〇一八年五月二十一日、最高裁判所(RJ 2018.2383)(num. 815/2018)は、以下に述べるように、そうした見解を示す判決を下した。すなわち、「税金と残りの収入に関する地方自治体公法の適用的行為の隠れ蓑となつている法的規定の違憲性がもつばら議論される場合、それを発表する権限またはそれに対する権限を有する者に提案する権限を持たないことに関する問題は、それが取り扱う法的規範の適用を強制することになるが、その後の行政訴訟の可能性を前提として、義務的なものとしてあらかじめ準備された適合する行政上訴の申し立てを強制する結果にはならない。」

## (五) 政令 (decretos-leyes) の適用により引き起こされる状況および行為に対する予防的措置

## (五) の一 基礎

政令 (decreto-ley) が「もっぱら (solo)」憲法に違反すると考えられる場合、裁判所は違憲問題を上申し、その解決を待たねばならない。このとき裁判所は、その間に、とりわけ異議を唱えられている行動が即時に実行されると、その後の判決では完全に償うことのできない損害を引き起こされる危険性がある場合、上訴人の権利を実質的に保護するため、適切で必要かつ均整のとれた予防的措置を講ずることができ、また講じなければならない。

異議を唱えられている行為がある政令 (decreto-ley) に基づいて実施されたという単なる状況は、その一時停止ができることを妨げるものではなく、正当な人々の権利を実際に保護するための他の均整のとれた予防的措置をとることの妨げにもならない。通常裁判所にのしかかる、ある法的階級を備えた規範の不適用を決める判決を独断で下してはならないという禁止は、当該規範の適用により生じる具体的な決定や法的状況の効果を、予防的に禁じることを妨げはしない。

この説が用いることのできる確固たる理由はつぎの通りである。(i) 最初のもっとも重要な点は、予防的措置をとる可能性のある前述の状況を否定すると、それは、原告が、効果的な司法保護を受ける権利の核心的な内容のひとつ、すなわち、現実的な効果をもたらすためにしばしば必要不可欠であるところの予防的に保護される権利を完全に奪われることを意味する点である。<sup>(35)</sup> 憲法上そのような剥奪を指示する規定はなく、これは受け入れることができな

(ii) 第二は、たとえば民事訴訟や行政訴訟において、そのような措置を採用できる条件を規制する規定は、原告の申立て理由の如何により、それらを採用する可能性を排除したり制限したりすることはないと点である。これは

非常に論理的かつ納得できる説明である。これまで見てきたように、——それが基礎を置いておられるところの法的階級を備えた規範は違憲であると(の論理を)展開し得るように——、行政決定に異議を申し立てる可能性が異議申立て理由により制限されないのであれば、上訴人の予備的な保護もまたそうした理由により制限されないことは、首尾一貫しているといえる。

(iii) 反対の結論は、憲法裁判所の十月三日の組織法 (Ley Organica) 2/1979 第三十条 (以下、LOTC) により課されてはいない。そこからは「上訴または違憲問題の承認は、憲法第一二一条二項の規定に基づき保護されている政府が、首相を通じて、法律 (Leyes)、規範的規定、または自治州法に基づく効力を有する行為に異議を唱える場合は別として、法律 (Ley)、規範的規定、または法律 (Ley) の効力を有する行為の有効性または適用を一時停止するものではない」と読み取ることができる。この約束事は憲法にしたがって解釈されなければならない。今のところ、それが、憲法裁判所によるある法律 (Ley) の適用の予防的一時停止を断定的に禁じているか否かは、疑問の余地がある。立法者がここに確立したいと願ったのは、事件の状況を慎重に判断した後、その裁判所によって例外的に合意される可能性を排除することなく、単純に、単にある上訴または問題を許容したことで、自動的にそのような一時停止が決まらなければならない(七月十四日、憲法裁判所判決、90/2010、RTC 2010, 90) と考えることは、決して不合理ではない。この意味で、ハビエル・デルガド・バリロ (Javier Delgado Barrio) 判事は、彼の個人的見解のなかで、前述の可能性は立法者によって明示的に予想されておらず、また排除もされていないと警告している。したがって、この沈黙は、断定的な禁止と理解されるべきではない。それどころかむしろ、裁判が審理されている間、とくに重要な利益を、取り返しのつかない損害を受ける危険性から保護する必要性は、憲法裁判所がその判断に委ねられた法的階級を有する規定を例外的に一時停止できることを正当化する。

いずれにせよ、LOTG第三十条が、問題とされる規定の適用において指図された行為の予防的一時停止まで禁止していると理解することは容認できない。このように広義の意味で解釈された場合、述べられている理由により、重大な憲法違反となる。したがって、この規定は、上訴または違憲問題の容認は、第二十四条の一般的な効力により、必ずしも検討対象になっている規範の適用の一時停止を伴うものではないと定めていると結論付けられなければならない。すなわち、その保護下で指図された行為が、欧州共同体(CD)の求めにしたがい、予防的措置の対象となり得ることはまた別の話なのである。

(iv) 同様の理由で、憲法第一六三条もそのような措置をとることを妨げないと理解すべきである。同規定は「ある司法機関が、ある訴訟において、当該事件に適用され、その判決がその効力の如何にかかわるところのある法的階級を備えた規範が憲法に違反し得ると判断した時は、その推測を、法律上定められた形式と効果により、如何なる場合でも一時停止されることなく、憲法裁判所へ問題提起することができる。」と定める。この最後の節は、効果的な司法保護を受ける権利の求めに照らして解釈されるべきであり、ここでは憲法はただ単に、一般的な効果として、憲法違反の問題提起が検討対象とされる法律(22)の一時停止を意味することを排除したかっただけのものと考えられ、これとは別に、裁判所は、問題を上申する前でさえ、その適用において指図された行為により影響を受ける正当な権利と利益を実際に保護するために必要な予防的措置を採用できるのである。

(v) さらに前述の事柄、すなわち、法律(22)の適用において指図される行為に対する予防的措置を採用することができなければ、影響を受ける人々の効果的な司法保護を受ける権利を著しく侵害するばかりでなく、私たちが検討しているこの有害かつ憲法違反の慣行を助長することにもなるという点も考慮すべきである。

(vi) 欧州連合法は、ここで私たちが擁護する説を明確に支持しているが、ここでは二つの推測を区別すべきである。

最初の問題は、法的階級を備えた規範が連合法に反すると考えられる場合に提起される。二つ目は、そのような規範がスペイン憲法に違反していると疑われる場合である。

最初のケースに与えられる解決策は、何十年もの間、疑いの余地なく認められている。一九九〇年六月十九日の判決 (TJCE 1991 12) (*Factorame*, C-213/89) において、司法裁判所は、国内裁判所は、共同体法から派生した権利が、ある国内法に基づき侵害されそうであり、さらには、国内の法的法令 (*ordenamiento jurídico*) がそうした予防的措置の採用を禁止し、共同体法との適合性に関する問題が解決されるまでの間、それは共同体法に適合しているとの推定が働くという推測が確立されている場合でも、それを効果的に保護するための予防的措置を講ずることができ、かつ講じなければならないことを十分に明らかにした。裁判所は三つの論拠に基づきこの見解を述べている。第一に、一九七八年三月九日の判決の文言 (*Sinenthal*, C-106/77) を繰り返している。すなわち、「権限を有する裁判官が、(共同体の) 法律を適用し、その適用と同時に、一時的なものも含め、共同体規範の完全なる効力の障害物となり得る国内立法規定を排除するために必要なすべてのことを行う権限の行使を拒否するという事実により共同体法の効果を削減するような、すべての国内法の法的法令規定、またはすべての立法的・行政的または司法的慣行は、共同体法本来の性質に固有の要求と大きく矛盾する。」第二に、つぎのことが付け加えられた。すなわち、「もしある国内法の規範が、本訴訟は共同体法に準拠しているということに気づいた裁判官が、共同体法に基づき主張される権利の存在について(効力が) 及ぶはずの司法決定の完全な効力を保証するための一時的措置を認めることを妨げることができるとするなら、共同体法の完全な効力もまた限られたものと見なされる。」最後に(裁判所は)、欧州経済共同体設立条約第一七七条のなかであらかじめ予想されていた予審問題の制度の効力は、<sup>36)</sup>「司法裁判所がその予審問題に応答するまで手続きを一時停止する国内司法機関が、司法裁判所の応答後に採用される決定を宣告するまで一時的な措置を認め

ることができないとするなら、損なわれることになるだろう」と指摘する。換言すると、司法裁判所、そして最終的には国内裁判所自身が採用する決定の効力を保証するには、予防的措置が必要であり、かつそれを請求し得るのである。

それ以外の方法がありえないことから、この解決策は、今日、スペイン法学においてまったく正常に受け入れられている。たとえば、最高裁判所はいくつかの判例において、行政訴訟の過程で予防的措置を採用するため通常用いられる法的大規模商業施設に対する税を調整する立法規定に基づき指図された清算を一時停止しなければならないと考えた。最近、ルクセンブルクの司法裁判所が、ある類似した規定の矛盾を宣言し、さらには、欧州連合検察庁 (Dirección General de Fiscalidad de la Unión Europea) が、問題とされる法的規範に関連し、スペイン王国に対する違反手続きを開始したことから、とくに高等裁判所は、上訴人の良い権利の徴候 (apariencia de buen derecho) (*fumus boni iuris* : 訴訟のメリットに関する成功の可能性) の必要条件が一致しているか否かの立証を一時停止した。<sup>(37)</sup>

二番目の事例は、その適用において異議を唱えられた行為が指図されたところの、法的階級を備えた規範の違憲性が申し立てられたものであり、欧州連合法による規制はないが、ここにはある類似した推定のための強固な解答を見ることができ。司法裁判所は、一九九一年二月二十一日の判決 (TJCE 1991, 136) (*Zuckerfabrik, C-143/88* 及び C-92/89) のなかで、国内司法機関は共同体に由来する規範を適用しないことはできないが、共同体法に違反すると評価される規則が予審に付される事件では、裁判所はその実施において指図される行政行為の実行を予防的に一時停止できるとの考えを示した。裁判所によると、共同体の規制はそのすべての要素が義務的であり、かつ加盟国に直接適用されるといふ状況は、「共同体法により正当化され得る人々のために派生する裁判上の保護を妨げ得ない。」共同体

の規則に対する司法保護とは、「国内司法機関にこれらの規則の合法性に異議を唱える正当な人々の権利を意味し、司法裁判所に予審問題を提出する動機となる。」「この司法裁判所の判決を待つ間、共同体の規則の無効を宣言することができる、正当かつ一定の必要条件を備えた唯一の有資格者が、問題とされる規則の効果を麻痺させることを可能にする一時停止という解決策を獲得できないなら、この権利は危険にさらされることになる。」<sup>39)</sup>

この問題は、憲法との適合性に疑問が呈されているある法律 (29) により指図された行政行為に異議が唱えられたときに引き起こされる問題と実質的に等しい。法的階級を備えた規範と欧州連合規制に関するスペイン王国の通常裁判所の立場は完全に類似している。この二つの事案において、前記の司法機関はいずれも、法律 (Derecho) に違反すると考えられるとの理由でそれらの規範の不適用を決定することにより、自身に委ねられた事件を解決することはできない。それらは、管轄裁判所、——または憲法裁判所または司法裁判所——にその規範を含む問題の規定が適合すべきもの、——つまり最初の事例ではスペイン憲法、二番目の事例では欧州連合の基本法——に適合しているか否かについて宣言してもらうため、先に予審問題を上申しなければならないのである。ところで、そのことは、そのような規範の適用において指図される行為に対し通常裁判所が予防的措置を講じることができることを何ら妨げない。これらの機関が「法律の支配に拘束される (sujetos al imperio de la ley)」(art. 117.3 CE) 状況にあることは、スペイン憲法に由来する正当な人々のための効果的な司法保護を妨害できる理由にはならない。法的階級を備えた規範に対する司法保護とは、正当な人々は司法機関に対しこれらの規範の合法性に関する異議を唱える権利を有することを意味し、憲法裁判所に予審問題を提起する動機を与える。この権利は、それらの規範の無効を宣言できる権限を有する唯一の機関である憲法裁判所の判決を待つ間、常に必要条件を満たすと推定される正当な人々が、問題とされる規範の規則の効果を麻痺させることを可能にする一時停止という解決策を手に入れられない場合は、危機に陥れられる。

この解決(策)は、最近、二〇一九年六月四日の最高裁判所判決(JUR 2019, 176038) (rec. 75/2019)により確認された。上訴人は、王政令(Real Decreto-ley) 10/2018の適用により、フランシスコ・フランコ(Francisco Franco)の遺骸を発掘しそれをパルド・ミンゴルビオ(Pardo-Mingorrubio)墓地へ移動することを認めようとする閣議決定の一時停止を求めた。最高裁判所は、この具体的な事例において、その点に関する決定を下すには、「上訴の正当な目的の保護に留意することで十分である。これは勝負(juego)における利害関係の重視について定める裁判法(Ley de la Jurisdicción) 第一三〇条一項に基づく判断基準のうち最初のものである」との考えを示した。したがって最高裁判所は、本件においては、「上訴人のいわゆる良い権利(buen derecho)の外観を明らかにするために必要な論拠、および政府の弁護士が却下を求める論拠についてはいずれも立ち入るに及ばない」と評価したが、他の類似の事例において前述の(良い権利の)外観の有無の判断に立ち入る可能性は排除しなかった。当該裁判所は、もっぱら「上訴の正当な目的」の見込みと勝負(juego)に関わるすべての利害の慎重な判断から推論し、もしその発掘を一時停止せず実行することになれば、「本件には特異かつ唯一の状況が集中しているため、上訴人らのみならず、公共の利益にとってもまた並外れた有害性もたらされるだろう」と指摘した。最高裁判所は、このことを考慮して、そしておそらく、一時停止は、発掘により損なわれる公共の利益が「行政訴訟が最終的に却下される場合」長期にわたり消極的な影響を受け続けることを意味しないことも考慮し、また「ある妥当な期間内に」[前述の上訴が]解決されるのを妨げる理由はないこと」から、申請された予防的措置を採用した。裁判所は、上訴人の良い権利(buen derecho)の外観を検討するつもりはないと述べつつ、事実上は、言外にそれを行っていることに留意すべきである。本件において、本判決は、発掘を求める公共の利益を満足させること(satisfacción)は、本件の本案判決が言い渡されるまでの間待つことができると評価しているが、(1)で本判決は、王政令(Real Decreto-ley) 10/2018を発令するのに必要な特別かつ緊急の

必要 (extraordinaria y urgente necesidad) はおそらくなかったことを言外に示しているのである。

### (五) の二 予防的措置の法制度

問題の政令 (decreto-ley) によりもたらされる状況および行為に対する予防的措置を採用する場合、どのような措置が適切であるかを定めるには、それを通じて前述の行為や状況に異議を申し立てることができるところの、そうした措置の採用を規制する規定を適用する必要がある。政令 (decretos-leyes) の大部分は公法に関して発せられることに鑑みると、通常は、行政訴訟の裁判権を規制する七月十三日の法律 (Ley) 29/1998 の第一二九条以下の規定にしたがう必要がある。公的な領域における優れた予防的決定は、異議が申し立てられている行政行為の執行の一時停止であるが、「判決の効力を確保 (asegurar la efectividad de la sentencia)」するために必要な他の形式の措置、とりわけ「有益な(確実な)内容 (contenido positivo)」を含む措置を採用することも可能である。裁判所は、たとえば、上訴人が特定の活動を実施し続けることを容認したり、訴訟当事者の一方に何かを与える、何かを行う、または何かを行わない義務を課すよう命じることができ、それはたとえば、ある当座預金口座における、合法性に疑義がさしはさまれている援助金を封鎖する、カステーリヤ語がその伝達言語のひとつであることを保証するため、カタルーニャ言語学教育制度を採用する、授与されたが(まだ)支払われていない補助金の金額を移動させる、上訴人がある専門学校の一員として登録する、ある公共財産の委譲を受ける、ある製品の確実な商品化に必要な家畜手帳を付与する、ある外国人に最初の居住および労働許可を与える、ある幼児教育施設の生徒に学校教育を整備する、刑務所の被収容者に必要な健康管理を施すなどである。

単独の行政行為と同様、政令 (decreto-ley) の実施において指図される——正規の——一般規定も、一時停止の対

象となることがある<sup>(49)</sup>。最高裁判所は、一定の内容を備えたある一般規則を確立しかつそれを一時的に適用する義務が被告行政にあると推測させるある正規の規定に関し、さらに積極的な予防的措置さえ講じた。たとえば、二〇一二年三月八日の最高裁判所判決 (JUR 2012. 102173) (rec. 203. 2012) は、「予防的な方法で判決が言い渡される限り、産業・エネルギー観光省は、この決定の第三番目の法的根拠に概説されている二つの項目に対応する規制活動の費用を完全に捻出する範囲まで、異議が申し立てられた命令 (Orden) により創設されたアクセス料金の決定を補足しなければならない」と命じた<sup>(50)</sup>。

通常裁判所は、申請された予防的措置の根拠を判断するにあたり、つぎに述べるさまざまな基本的要因を慎重に判断しなければならない。すなわち、(i) 遅延の危険性 (*periculum in mora*)、換言すると、考慮された措置が講じられない場合、上诉人に賠償不能または賠償困難な損害を引き起こす危険性、(ii) 当該措置から派生する可能性のある、関係する他の正当な利害に係わる費用と利益、および (iii) いわゆる「正当な権利の煙」訴訟のメリットに関する成功の可能性 (*funus boni iuris*)、または良い権利の徴候 (*apariciencia de buen derecho*)、換言すると、上诉人が彼の主張を評価する判決を獲得する見込み、である。

その例となるのが、二〇一八年九月二十六日のカタルーニャ自治州上級裁判所の判決 (JUR 2018. 284823) (rec. 142/2018) である。バルセロナ市当局は、VTC に対し、彼らがその地域で活動を展開するには地方免許を持たねばならないと義務付ける規則を定めた。これは事実上、数千台の VTC 市場を即時に強制追放することが予想されたが、本判決はその規則を予防的に一時停止した。裁判所は、その予防的な一時停止は「タクシー部門に損害を与える可能性がある」が、「同時に、一時停止を解除すれば、VTC 免許の保有者が深刻な損害を受ける可能性があることもまた認識している」と指摘した。それにもかかわらず、裁判所は、上诉人の圧倒的な良い権利の徴候 (*apariciencia de buen*

derecho) は決定的であると見なしたため、影響を受ける可能性のある利害や、移動性および大気環境の質に関する慎重な判断には立ち入らなかつた。一見すると、前述の当局には、「運転手付き車両である VTC の賃貸への介入を規制する権限はなく、それゆえ、その領域内で、国の許可に追加的許可を課す権限もないこと」が明らかである。「ましてや、介入を規制したり、遡及的效果を伴いながら必要な許可を規制したり……、許可の総数を制限する権限などは、なおさらないのである。」

政令 (decretos-leyes) に関しては、すでに前もって事細かに主張されたように、いざ上述の判断基準を適用する段になれば、裁判所は、議会制民主主義の重大な異例を構成する行政規範の規定に対し、ほとんど敬意を表すべきではない。とりわけ、それが憲法違反の香りを漂わせており、政令の作り手が、影響を受ける人々の効果的な司法保護を受ける権利を巧みに回避するために政令 (decreto-ley) の形を与えたと公言するような場合は、もつともそれに該当する。そのような発表は、本稿の冒頭で例として見たように、つまり政令 (decreto-ley) の作り手がそのような偽りの目的でそれを宣言したと明確に述べた、または少なくとも間違いようのない形で宣言したことは、(裏を返せば) 原告の良い権利の徴候 (apariciencia de buen derecho) がある確実な証拠となる。

#### 四 結論

本稿は、「政令の利用と濫用 (uso y abuso del decreto-ley)」に関する豊富な法律文献に二つの点で貢献しようとするものである。第一に、影響を受ける人々が裁判所でそれらに異議を唱える可能性から特定の規制を「遮蔽する (blindar)」目的で宣言された政令 (decretos-leyes)、および法律 (Ley) (Derecho) に違反する政令の宣言が、なぜスペイン憲法第八十六条および第二十四条に違反するのかを分析した。

第二に、それを通じて、国民が、これらの規範から影響を受ける正当な権利と利益の効果的な司法保護を得ることができると手続きを検討した。とりわけ、問題とされる政令 (*decretos-leyes*) に由来する状況や行為に対しては常に異議申立てができることを強調した。また裁判所は、対応する異議申立てに気づいた場合、(i) これらの法的階級を有する規範に対し、法律 (*leyes*) に値するものよりもはるかに低い敬意を示すこと。(ii) 欧州連合法に属するある規範に違反すると判断する場合は、(まったくの) 独断で、——すなわち、原則として予審問題を上申する必要なく——、その政令 (*decretos-leyes*) を適用しないこと。(iii) とくに、異議を申し立てられている行動を即時に実行すると、——および憲法違反または連合法との矛盾が申し立てられているところの政令 (*decreto-ley*) の適用により——、その後の判決では完全に償うことができないと考えられる損害がもたらされる危険性から上訴人の権利を実際に保護するため、適切で、必要かつ均整のとれた予防的措置を採用することが必要であることも強調した。

## 五 引用文献目録

- Aragón Reyes, Manuel (2016), *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Instel, Madrid.
- Arana García, Estanislao (2013), «Uso y abuso del decreto-ley», *Revista de Administración Pública*, 191, pp. 337-365.
- Baño León, José María (2018), «La competencia municipal en el transporte urbano discrecional, a propósito de la STS núm. 921/2018, de 4 de junio (RJ 2018, 2695), sobre los límites a las VTC», *Revista de Estudios Locales. Cuad.*, 212, pp. 66-68.
- Barreiro González, Germán José (2003), «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho*

*Privado y Constitución*, 17, pp. 45-60.

Boix Palop, Andrés (2004), *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid.

Boix Palop, Andrés (2012), «La inconstitucionalidad del decreto-ley autonómico». *Asamblea. Revista de la Asamblea de Madrid*, 27, pp. 121-148.

Carrnona Contreras, Ana M. (2013), «El decreto ley en tiempos de crisis». *Revista Catalana de Dret Public*, 47, pp. 1-20.

Carrnona Contreras, Ana M. (2017), «Decreto-ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)». *Diritto & Questioni Pubbliche*, 17, pp. 107-138.

Cobrerros Mendazona, Edorta (2015), «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *Revista Vasca de Administración Pública*, 103, pp. 171-207.

De la Iglesia Chamorro, Asunción (2013), «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular: los decretos-leyes nacionales y autonómicos». *Estudios de Deusto*, 61-2, pp. 69-80.

Díaz de Mera Rodríguez, Ana (2011), «Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 24, pp. 137-178.

Domènech Pascual, Gabriel (2001), «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *Revista de Administración Pública*, 155, pp. 59-106.

Domènech Pascual, Gabriel (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Domènech Pascual, Gabriel (2011), «El principio de presunción de validez», en Juan Alfonso Santamaría Pastor (ed.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1031-1060.

- Domènech Pascual Gabriel (2018), «Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, 2018, pp. 131–164.
- Domènech Pascual Gabriel (2019), «Penalty y expulsión. La economía de las plataformas digitales en el sector de los taxis y los VTC», en Antonio Ortí Vallejo y Gemma Rubio Gimeno (eds.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa. Perspectivas general y sectoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 293–310.
- Donaire Villa, Francisco Javier (2012), *Las normas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas. Las figuras del Decreto legislativo y del Decreto-ley autonómicos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.
- Fernández Ferreres, Germán (2016), «Inaplicación judicial de la ley por razón de la primacía del Derecho de la Unión Europea y derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 181, pp. 25–44.
- Ferreres Comella, Víctor (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Fuertes López, Mercedes (2002), «Tutela cautelar e impugnación de Reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 157, pp. 57–87.
- García Majado, Patricia (2016), «El presupuesto habilitante del decreto-ley ante la crisis económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 25.
- González García, Ignacio (2017), «La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, pp. 99–124.

- González López, Juan José (2018), «A vueltas con el Decreto-Ley: consideraciones sobre el control de la extraordinaria y urgente necesidad», en Santiago Bello Paredes (dir.), *Cuarenta años de Constitución Española: un análisis desde España e Iberoamérica*, Aranzadi, Cizur Menor.
- González-Deleito, Nicolás (2019), «La contrarreforma del modelo de arrendamiento de vehículos con conductor», *Actualidad Administrativa*, 1/2019.
- Górriz López, Carlos (2019), «Taxi vs. Uber: de la competencia desleal al arrendamiento de vehículo con conductor», *Revista de Derecho Mercantil*, 311.
- Herráiz Serrano, Olga (2011), «Teoría y práctica del Decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas Comunidades», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 25, pp. 105-161.
- Lafuente Benaches, Mercedes (2018), «¿Cabe exhumar por decreto-ley?», *Revista General de Derecho Administrativo*, 49.
- Martín Rebollo, Luis (2015), «Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, pp. 23-92.
- Núñez Lozano, María del Carmen (2003), «El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, 162, pp. 337-358.
- Tardío Pato, José Antonio (2013), «La introducción de decretos-leyes autonómicos en España», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 160, pp. 319-359.

注

- (1) 本稿は、経済・競争省 (DER2015-67613-R) とバレンシア自治州政府 (Generalitat Valenciana) (PROMETEO/2017/064) からそれぞれ資金提供を得ている二つの研究計画の枠内でその構想が練られたものである。この公表論文の草稿に対し、Luis Arroyo, José María Rodríguez de Santiago, Julia Ortega, Andrés Boix, Pedro Corvino, Diego Gómez, Gonzalo Erics, Emilio Aparicio, Jesús Alfaro, Arturo Muñoz 及び Mariano Bacigalupo がお寄せ下さった有益な評論に感謝します。(本稿に) 残存している誤りはすべて筆者の責任である。
- (2) 二〇一八年八月二十一日、*rieses* のトップニュース「フランコの発掘は、その遅延を誘発する裁判上の申立てを回避するため政令 (decreto ley) により行われる」で報じられたニュースを参照。
- (3) そのほか、*El Mundo* 「地方の不均衡」に対する国内法を創設するためタクシー「遮蔽」の正当化を促進」(二〇一八年四月二十日)、*Europa Press* 「政府が王政令 (Real Decreto Ley) で Uber を制限しタクシーを保護」(二〇一八年四月二十日)、*El País* 「政府は法律を用いて Uber や Cabify のような企業の発展からタクシーを保護」(二〇一八年四月二十一日)、*ABC* 「政府は、Uber と Cabify からタクシーを守る規範を遮蔽」(二〇一八年四月二十日) を参照。
- (4) 最終的に、最高裁判所は、二〇一八年六月四日の判決 (RJ/2018, 2695) (rec. 438/2017) で、そのような制限は法律に適合していると評価した。この最高裁判所判決 (RJ/2018, 2695) のいくつかの側面については、Bano León (2018) と Domenech Pascual (2019) を参照。
- (5) 「立法検証」に類似する事柄により提起される問題については、一般に、Domenech Pascual (2002, 432 頁以下) と Boix Palop (2004) を参照。
- (6) Domenech Pascual (2019)：同様の意味で、González-Deleito (2019) と Gorriz López (2019) を参照。
- (7) *Europa Press* 「バロスは、タクシーも VTC も法律を「味方につけた」とは言えなくと保証した」(二〇一八年九月二十八日)。
- (8) *El Confidencial* 「カタルーニヤの Uber と Cabify に致命的な打撃、事前注文のみ可能」(二〇一九年一月九日)。
- (9) 二〇一九年一月十日、「ACCO」は、VTC に最低六時間前のサービス事前契約義務を課す差別的かつ制限的な競争を検討する」と題するカタルーニヤ競争局の新聞発表。
- (10) *El Confidencial* 「政府が譲歩：VTC に十五分前の注文を要求、タクシーはストライキに突入」(二〇一九年一月十八日)。
- (11) *El Confidencial* 「カタルーニヤ自治州政府による Uber と Cabify を消すための法律創設への青信号の助長」(二〇一九年一月十七

- (12) 二月二十二日の当見解 (2/2019) (TUR 2019, 73422) を参照。
- (13) 運転手付き車両の賃貸による乗客輸送にわたる緊急措置に関するマラゴン政府政令 (Decreto-ley 7/2019, de 12 de marzo, del Gobierno de Aragón) および運転手付き車両の賃貸による任意の公共乗客輸送サービス提供に関するバレンシア州議会の政令 (Decreto-ley valenciano 4/2019, de 29 de marzo, del Consell) を参照。
- (14) たんてんてん Aragón Reyes (2016, 173 頁以下) を参照。
- (15) この表では、最近三年間、国家により発せられた法的階級を備えたさまざまな種類の規範の数を見ることが出来る。

年	組織法	通常法	政令 (Decretos-leyes)
二〇一八	五	十一	二十八
二〇一七	一	十二	二十一
二〇一六	二	〇	七

- (16) なかへんてん Barreiro González (2003, 57 頁以下); Díaz de Mera Rodríguez (2011); Arana Garcia (2013); de la Iglesia Chamorro (2013); Martín Rebollo (2015); Garcia Maiado (2016); Aragón Reyes (2016); Carmona Contreras (2017); たんてん González López (2018) を参照。自治州により発せられた、極めて類似した実際問題を提示する政令 (decretos-leyes) に関して、Herráiz Serrano (2011); Boix Palop (2012); Donaire Villa (2012); Tardío Pato (2013); たんてん González Garcia (2017) を参照。
- (17) 憲法裁判所判決 68/2007 (三月二十八日、RTC 2007, 68); 31/2011 (三月十七日、RTC 2011, 31); 137/2011 (九月十四日、RTC 2011, 137); 1/2012 (一月十三日、RTC 2012, 1); 27 (二月十九日、RTC 2015, 27) と 29/2015 (二月十九日、RTC 2015, 29); 196 (九月二十四日、RTC 2015, 196) と 199/2015 (九月二十四日、RTC 2015, 199); 211/2015 (十月八日、RTC 2015, 211); 230/2015 (十一月五日、RTC 2015, 230); 26/2016 (一月十八日、RTC 2016, 26); 38/2016 (三月三日、RTC 2016, 38); 70/2016 (四月十四日、RTC 2016, 70); 125 (七月七日、RTC 2016, 125) と 126/2016 (七月七日、RTC 2016, 126); 169/2016 (十月六日、RTC 2016, 169); 73/2017 (六月八日、RTC 2017, 73); たんてん 150 (十二月二十一日、RTC 2017, 150) と 152/2017 (十二月二十一日、RTC 2017, 152) を参照。

- (18) Núñez Lozano (2003, 349 頁以下) が指摘するところに、法律により留保されていない分野における政令 (decreto-ley) による規制は、「二つの「明らかに消極的な効果」がある。それは、「規則の推敲手続きを切り捨てること」と「新たな規範が予審に付されぬよう遮蔽すること」である。
- (19) 王政令 (Real Decreto-ley) 10/2018 の「特別かつ緊急の必要 (extraordinaria y urgente necesidad)」の欠如に關し、より詳しくは Lafuente Benaches (2018, 14 頁以下) を参照。
- (20) 王政令 (Real Decreto-ley) 13/2018 に關し、より詳しくは Doménech Pascual (2019) と Górriz López (2019) を参照。
- (21) 憲法裁判所二月十四日判決 (39/2013) (RTC 2013, 39) 及び二月十八日判決 (26/2016) (RTC 2016, 26)。
- (22) その意味で、二〇一八年十月十二日の *El Economista* に掲載されたニュース「Uber と Cabify を制限する政令 (decreto) が VTC の信用を切斷」を参照された。
- (23) 憲法裁判所七月十四日命令 (90/2010) (RTC 2010, 90 AUT0) を参照。
- (24) 憲法裁判所五月二十三日判決 (66/1985) (RTC 1985, 66) を参照。
- (25) Ferreres Comella (1997, 163 頁以下) を参照。また、必要な変更を加えたものに Doménech Pascual (2018) を参照。
- (26) その意味については Carmona Contreras (2013, 17 頁以下) を参照。
- (27) 下院規則 (Reglamento del Congreso) 第一百五十一項。
- (28) 下院規則 (Reglamento del Congreso) 第七十四条二項。
- (29) 王政令 (Reales Decretos-leyes) 1/1979 (一月八日)、1/2006 (一月二十日) (その内容を王政令 (Real Decreto-ley) 2/2006 (二月十日) を繰り返して)；4/2017 (二月二十四日) 及び 21/2018 (十二月十四日)。
- (30) 全体については Fernández Farreres (2016) を参照。
- (31) 欧州連合の機能に關する条約 (TFUE) 第二六七条 および欧州司法裁判所一九八二年十月六日判決 (*Cilfit y otros*, C-283/81) を参照。
- (32) とりわけ、欧州司法裁判所一九八九年六月二十二日判決 (TJCE 1989, 149) (*Frattelli Costanzo*, C-103/88) ；一九九九年四月二十九日判決 (TJCE 1999, 93) (*Ciotala*, C-224/97) ；二〇〇三年九月九日判決 (TJCE 2003, 245) (*CIF*, C-198/01) ；二〇一〇年一月十二日判決 (TJCE 2010, 1) (*Petersen*, C-341/08) ；二〇一〇年十月十四日判決 (TJCE 2010, 302) (*FuB*, C-243/09) ；二〇一〇年十二月二十二日判決 (TJCE 2010, 414) (*Ganiero e Iglesias Torres*, C-444/09) 及び C-456/09) ；二〇一二年五月二十四日判決 (TJCE 2012, 124) (*Amia*,

- C-97/11)´ および二〇一八年十二月四日判決 (TJCE 2018, 289) (The Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Siochana, C-378/17) を参照。公務を行う私的法人に関しては、欧州司法裁判所二〇一七年十月十日判決 (JUR 2017, 252965) (Farrell, C-413/15) を参照。私の見解については、全体に Cobreros Mendazona (2015) を参照。
- (33) 予審問題の提起に関する欧州司法裁判所の国内司法機関への勧告 (2018/C 257/01) を参照。
- (34) Domech Pascual (2001 年 2011) を参照。
- (35) とりわけ重要なものとして、憲法裁判所判決 115/1987 (七月七日) RTC 1987, 115; 238/1992 (十二月十七日) および 78/1996 (五月二十日) RTC 1996, 78) を参照。
- (36) 現在の、欧州連合の機能に関する条約第二六七条を参照。
- (37) 最高裁判所二〇一五年十二月十四日判決 (RJ 2015, 5258) (recs. 607 及び 614/2015)´ 二〇一六年二月二十四日判決 (RJ 2016, 4129) (re. 2517/2015)´ 二〇一六年七月七日判決 (RJ 2016, 3731) (rec. 3454/2014)´ 及び二〇一七年三月二十四日判決 (rec. 1605 (RJ 2017, 1273) 及び 1296/2016 (RJ 2017, 1300)) を参照。
- (38) 現行の欧州連合の機能に関する条約第二八八条と等しい、欧州経済共同体「設立」条約第一八九条からの引用。
- (39) 欧州司法裁判所二〇〇五年十二月六日判決 (TJCE 2005, 364) (ABNA y otros, C453/03, C11/04, C12/04 y C194/04) は、類似の予防的措置を採用できるのは (行政当局ではなく) 国内裁判所のみである、と詳細に述べた。
- (40) 最高裁判所二〇一四年七月十七日判決 (RJ 2014, 3728) (rec. 2815/2013)。
- (41) 最高裁判所二〇一四年五月二十九日判決 (RJ 2014, 3033) (rec. 3182/2013) 及び二〇一四年七月三十日判決 (RJ 2014, 3521) (rec. 3365/2013)。
- (42) 最高裁判所二〇一三年十二月三日判決 (RJ 2013, 8156) (rec. 4586/2012)。
- (43) 最高裁判所二〇〇九年七月九日判決 (RJ 2010, 332) (rec. 1643/2008)。
- (44) 最高裁判所二〇一七年九月十九日判決 (RJ 2017, 4174) (rec. 3148/2016)。
- (45) カステイリャ・イ・レオン自治州上級裁判所 (Burgos) 二〇一〇年九月二十日判決 (RJCA 2002, 916) (rec. 59/2002)。
- (46) ムルシア自治州上級裁判所二〇〇六年十二月二十二日判決 (JUR 2007, 179681) (rec. 416/2006)。
- (47) アラゴン自治州上級裁判所二〇一五年二月二十日判決 (JUR 2015, 89967) (rec. 281/2014)。
- (48) カステイリャ・イ・レオン自治州上級裁判所二〇一四年九月三十日判決 (JUR 2014, 293289) (rec. 363/2014)。

- (49) 規制規定の予防的一時停止については *Fuertes Lopez (2002)* を参照。  
 (50) 同様に、最高裁判所二〇一二年三月十五日命令 (*JUR 2012, 111004*) (*rec. 212/2012*) を参照。

### 訳者あとがき

本稿では、スペイン王国バレンシア大学法学部ガブリエル・ドメネク・パスクアル (*Gabriel Doménech Pascual*) 教授のご承諾を得て、その論文「政令により遮蔽された政府の措置に対する効果的な司法保護 (“*Tutela judicial efectiva frente a medidas gubernamentales blindadas por Decreto-ley*” (2019))」の試訳を紹介させていただいた。ドメネク教授のあたたかいか指導に心より感謝申し上げます。邦訳の間違いや表現不足に関する一切の責任は鈴木光にある。ドメネク教授の本論文は、『スペイン行政法ジャーナル』(*Revista Española de Derecho Administrativo* 198, Abril-Junio 2019, *Pages 139-164*) に掲載されている。邦訳の公表を快くお認めくださった同ジャーナル編集部にも衷心より御礼申し上げます。

なおドメネク教授は、本論文の公表後、ごくわずかではあるが文中に複数の誤記を発見され、それらの訂正を望んでおられる。本稿は、ドメネク教授ご自身の手による訂正版をもとに邦訳を試みたものであることから、本論文とは完全には一致しない箇所がある点にご留意いただきたい。