

グローバル化による近代的国際／ 国内法秩序枠組みの再編成＊

—カディ事件を契機とした試論的考察—

小 畑 郁

概 要

グローバル化は、法的な観点からみれば、国家や国際機構によるフォーマルな規制が、国境を越えるモノ・サービス・カネの大規模短期移動に伴って、錯綜して行使される状況を意味する。それは諸国家間の権限の抵触を最大限避けるように作られてきた近代的国際／国内法秩序枠組みを破壊している。第1カディ事件でヨーロッパ司法裁判所は、自律的なEU法秩序の観点から安保理制裁の実施規則を違法として取り消したが、これが国連法秩序を一切考慮しないことを意味するとすれば、EU基本権規範の発展から導かれる教訓とは矛盾する。つまり、加盟国の憲法原理を尊重するEU司法府の判断がある限りで、加盟国の裁判所もEUの措置に対する全面的審査を控えてきたと解されるからである。この論理は、EU司法府と国連レベルのありうる審級にも妥当する。このように、グローバル化が進展すると、各法秩序の完全な自律性は失われるが、関連法秩序の中核的原理はどこでも尊重すべきであると考えられる。

キーワード

グローバル化、近代的法秩序枠組み、第1カディ事件、EU基本権規範、強行法規の特別連結論

＊筆者は、2013年2月18日、19日の両日、ストラスブール・ヨーロッパ評議会で開催された Contextual Approach to Human Rights and Democracy と題するシンポジウムで、“Towards a Pluralistic Conception of Human Rights Protection: *Kadi*, ECJ and the Never-ending ‘Conundrum of High and Low Standards’” という報告を行う機会に恵まれた。また同年2013年9月14日、慶應義塾大学で開催された研究会において、ほぼ同内容の「グローバル化と一貫性志向の法学の危機」という報告を行った。本稿は、これらの報告用原稿を日本語にし、加筆・修正を行ったものである。ここで、以上の機会を設け、参加いただいた方々に改めて感謝申し上げたい。その際の議論においてのみならず、その後も、法学の各分野の方々にご教示いただいたが、なお咀嚼するには至らず、試論的考察に止まっている。今後の発展を期すとともに、本稿が今後のより広い本格的な議論のための捨て石となることがあれば、望外の幸せである。

はじめに

グローバル化を社会科学にとって有用な概念として用いるようとするならば、まずはそれをせいぜい 1980 年代以降に生じた新しい現象として捉えておくことが重要である。こうした立場からは、グローバル化は、日々大量の資本が国境を越えて移動する（長期資本移動のみならず短期資本移動が大規模に生ずる）現象を中核とし、それに伴って大量のモノおよびサービスの頻繁な越境移動が起こっている事態を指していることができる¹⁾。また、こうしたカネ・モノ・サービスの大量・頻繁な越境移動は、それらの担い手としてのヒトの移動も、その限度で加速化させている。

本稿は、国際法学のディシプリンから、こうしたグローバル化が、近代的な国際法／国内法秩序枠組みのあり方にどのような再編成をもたらし、さらに法学のあり方にどのような影響を及ぼすのかを、考察しようとするものである。ここで、「近代的な国際法／国内法秩序枠組み」（以下、「近代的法秩序枠組み」ともいう）というのは、諸国家が単に形式的に平等であるばかりでなく、一定の距離を保って「棲み分け」ている状態を基礎とするものである。

近代国際法は、各国家の人格の相互尊重を基礎とするという意味で、人の人格の相互尊重を基礎とする国内私法秩序にしばしばなぞらえられてきたが、それだけでは説明できない特殊な装置が各所に埋め込まれている。つまり、あえて＜権限の配分＞という現代的な分析視角を用いて表現すれば、諸国家の権限の間に作為的に消極的抵触をもたらさうという規正が働いているのである。そもそも、国家の管轄権の配分が、圧倒的に場所的基準に基づいてなされていること自体が、そうした規正の現われであるし、戦争に際しての中立法²⁾、主権免除³⁾や国内的救済原則⁴⁾もそうである。これらは、不用意に他国が関わりう

1) たとえば参照：古城佳子「グローバリゼーションの何が問題か」世界法年報 24 号（2005 年）3 頁以下、13 頁。

2) これについての、なお古典的な文献は、石本泰雄『中立制度の史的研究』（有斐閣、1958 年）である。古典的国际法の下では、戦争がいったん開始されると、第三国は戦争に参加しない限り、交戦国双方に対して「中立」の立場に立つことを求められ、交戦国双方を公平に取り扱う義務などが課された。なお、近代国家の「中立」性（あるいは「中性」性）は、より一般化して捉えることができ、この場合には、簡単に言えば、（他国の）政治のあり方に対して、プラスの価値判断もマイナスのそれも差し控えることを意味する。これについては、参照：西平等「神の正義と国家の中立」思想 1020 号（2009 年）52 頁以下。このような中立概念から、次に述べる主権免除のほか、政治犯不引渡原則も説明できる。この原則については、芹田健太郎「政治犯罪人不引渡原則の成立」（初出 1972 年）芹田『亡命・難民保護の諸問題 I』（北樹出版、2000 年）所収。

3) この原則およびその現代的展開については、参照：水島朋則『主権免除の国際法』（名古屋大学出版会、2013 年）。

4) これについての古典的な文献は、太寿堂鼎「国内的救済原則の適用の限界」法学論叢 76 巻 1=2 号（1964 年）67 頁以下、である。

る問題に関わることは避けなければならない、さもないと、国家間紛争という常に武力闘争（戦争）の可能性のある事態になる可能性が高い、という考慮が働いているとしか説明できない原則である。こうした国際法秩序の下で、各国法秩序は、高度な自律性を保つという構造ができあがっていた⁵⁾。

国家の「中立」性からその基礎を奪った戦争の違法化ないし差別的戦争概念への転換は、一つには武力不行使原則と集団的安全保障という国際社会の一般利益に基づく法制度を確立させた点で、もう一つには国家の人格を実力から切り離して法的に構成する契機を与えたという点で、このような「棲み分け」ないし消極的抵触の追求という構造に深刻な打撃をもたらすものであった。しかし、第2次世界大戦後の社会科学の思考を基本的に支配してきた冷戦は、中立政策を一定程度現実的なものとし、また諸国家の公的規制がそれぞれ全く異なる価値判断に基づきなされる事態を所与のものとしたので、近代的法秩序枠組みは、根本的な再検討を迫られることはなかった⁶⁾。冷戦の崩壊は、差別的戦争概念が全面展開する条件を作り出し、とりわけ各国家の公的規制は、国際社会の一般利益の実現と関係するか、そうでなくとも共通の価値の実現プロセスを担うものであると理解されるようになってきた。

ところで、グローバル化に伴うカネ・モノ・サービスの流動化は、メガ・コンペティションを生み出し、市場の暴力性も解放するので、一方で公的規制の必要性を高めるが、他方で国家や国家が創設した国際機構による規制の実効性を決定的に弱めてしまう。また、もともと国家的統合が弱い地域では、脱冷戦・脱イデオロギー化にともなって、「失敗国家 failed states」が生み出され、他方でこうした国々に対する再植民地化もあらかじめ選択肢から除外されているために、国家的規制の空白地帯ではあるが、なおグローバルな市場の一部である地域も生まれている⁷⁾。こうして、とりわけ越境の自由を獲得した資本に対して、一国的規制が無効であることは明白である⁸⁾。

結局、多少とも実効的な公的規制を加えようとする国家（先進国）は、国境を越える規制権限行使に躊躇しなくなる。いまや合衆国のみならず、EUや日本ですら、競争法の域

5) 国際社会の「原子論」的理解という場合、単純に平等な諸国家を構成要素とするフラットな社会（上位の構造をもたない社会）という意味だけでなく、それを構成する諸国家が、相互に距離を保ち高度に自律的である、という意味ももっていると理解すべきであろう。

6) より具体的には、参照：小畑郁「特集の趣旨説明に代えて（特集・国際法秩序構想の諸系譜と現在）」法律時報85巻11号（2013年）4頁以下。

7) ソマリア沖の海賊問題とそれに対する対処を想起せよ。

8) （先進）諸国家の規制がときに近代的法秩序原理、とりわけ人権を無視するように暴走するのは、「テロリズム」対策（非正規身柄移送 extraordinary renditions の横行が象徴的である）やサイバー犯罪規制（高度に発展した情報テクノロジーの利用に対する介入）にみられるように、その実効性にはせいぜい当たり外れがあることに対する、むしろ焦りと苛立ちがあるとみるべきである。したがって、これに対して近代的法秩序原理を持ち出すだけでは対抗できない。なぜなら近代的法秩序枠組み自体が崩れてきていることの現れでもあるからであ

外適用に消極的とはいえ⁹⁾、したがってさしあたり、これらの間での調整のための協力が必要とされている¹⁰⁾。普遍主義や受動的属人主義の採用による刑罰法の域外適用も目立っている¹¹⁾。このように錯綜する国家的規制に加えて、もともと国家間の利害調整装置にすぎなかった国際機構も、そこでの共通の目的が機構の（あるいは国際社会の）一般的目的と読み替えられて、諸国の国家的規制の調和を図るだけでなくそれらを一定の方向に誘導することを通じて、事実上の規制権限を及ぼすようになっている¹²⁾。さらに、集団的安全保障装置としての国連や国際刑事裁判所といった、そもそも国際社会の一般的利益を実現するための国際機構もその権限を強化しつつある。

こうして、グローバル化に伴って、フォーマルなカヴァランス装置（国家と国際機構）による公的規制は、ますます重複し錯綜するようになる¹³⁾。注意すべきなのは、これらの公的規制は、いまや共通の目的をもっていると考えられており、したがって、これらの間のハーモナイゼーションについて語ることができることである。しかし、このことは、近代的な法秩序枠組みの伝統を強く引きずっている各法秩序にとって、深刻なジレンマを生

る。これに対するオールタナティブな枠組みを構想するとすれば、世界大の連帯に基づくネットワーク型の公共圏の構築ということになるが、それでも、それが資源配分におけるさまざまな不公正を十分に是正するまでに近い将来成長しようとするのは楽観的といわざるをえない。むしろ国家や国際機構によるフォーマルな公的規制にも依拠する長い過渡期があると考えられる。このフォーマルな規制の論理の内部から近代的法秩序枠組みの再編を論ずる本稿にも意義がありうると考えるのは、こうした現状認識に基づく。

9) 参照：土田和博編著『独占禁止法の国際的執行』（日本評論社，2012年）。

10) 2000年の日米独禁協力協定（反競争的行為に係る協力に関する日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の協定）は、そのごく端緒的な例である。

11) 1987年に公開されたアメリカ法律協会のアメリカ対外関係法第3リステイトメントでもなお、受動的属人主義は一般的承認を受けていないとされていた。参照：アメリカ対外関係法リステイトメント研究会（訳）『アメリカ対外関係法第三リステイトメント（1）』国際法外交雑誌88巻5号（1989年）69頁以下、83頁。しかし、日本は、2003年の改正で、刑法の適用に関してこれを採用した（刑法3条の2）。

12) WTOは、とりわけガット時代には、各国が通商政策決定権を持ち合って行う、相互主義に基づく交渉（ラウンド）を通じて、そしてその限りで貿易自由化を図る装置にすぎなかったが、現在では、自由で「公正」な貿易の実現は機構それ自体の目的と信じて疑われなくなっており、紛争解決手続のみならず貿易政策検討制度（TPRM）やとりわけ加盟交渉を通じて事実上の規制権限を及ぼしている。さしあたり参照：中川淳司『WTO—貿易自由化を超えて』（岩波新書，2013年）。通商政策決定権については、参照：佐分晴夫「最恵国条項の史的研究」法政論集（名古屋大学）63号（1975年）53頁以下。

13) ここでは十分に考察できないが、こうしたフォーマルな規制の錯綜は、インフォーマルな事実上の規制の展開との緊張関係と関連という視点からも分析されるべきである。これらのインフォーマルな規制は、多くの場合市場の力を利用することで、より高い実効性を有するが、そうであるがゆえに正統性問題を惹起せざるをえない。とはいえこのことを理由に、ますます人為的に範囲を限定された国籍保有者の内部での「民主主義」の決定に依拠する先進国における国民的決定の「正統性」を不問に付すわけにはいかない。インフォーマルな規制には、プロフェッショナルな自律的集団による規律もあり、端的には今日の大学をめぐる状況を想起すれば明らかのように、その「正統性」を相当程度強調しなければならなくなっている。フォーマルな規制とインフォーマルな規制とをどのように結合して、今日の暴力と貧困に対処するかが、極めてアクチュアルな課題となっているのである。

み出す。つまり、一方では、各々の立場から抵触する他の規制を単純に無視してその効力を否定することで済むわけではないが、他の法秩序を考慮することは、自らの一貫性（あるいは純潔性）を傷つけることになりうるからである。

国連の狙い撃ち制裁措置の既存の諸法秩序に照らしての合法性が問われたカディ (Kadi) 事件は、このようなジレンマを伴う公的規制の交錯が問題となった典型的な事件といえることができる。本稿では、この事件を取り上げ、そこで提起された問題を一般化することを通じて、主題にアプローチしたい。

I. 第1 カディ事件ヨーロッパ司法裁判所判決¹⁴⁾

——閉じられた環と開かれた問題¹⁵⁾

1. 関連事実

1998年8月に発生したケニアとタンザニアにおけるアメリカ大使館爆破事件などに対応して、国連安全保障理事会（以下、安保理という）は、1999年10月15日、決議1267を採択した。この決議は、タリバンやタリバン系企業に対して資産凍結措置をとることを決定し、この対象者は、安保理のすべての構成国で構成される制裁委員会（以下、1267委員会という）によって指定されるものとした¹⁶⁾。翌2000年12月19日に採択された決議1333は、措置の対象者を「ビンラディンとその連携者」にも拡大した¹⁷⁾。2002年1月28日に採択された決議1390は、以上の措置を継承・強化し、またとくに移動制限措置をも規定した¹⁸⁾。

これらの決議を実施するため、ヨーロッパ連合 EU では、1267委員会により指定され

14) *Kadi and Al Barakat v. Council and Commission*, Joint Cases C-402/05 P and C-415, Court of Justice of the European Communities (Grand Chamber), Judgment of 3 September 2008, European Court Reports〔以下、ECR と引用する〕2008 I-6351〔以下、*Kadi I* ECJ Judgment と引用する〕。本判決の紹介ないし評釈として、参照：中村民雄，ジュリスト 1371号（2009年）48頁以下；同，中村民雄・須網隆夫（編）『EU法基本判例集〔第2版〕』（日本評論社，2010年）367頁以下；中西優美子，国際人権 20号（2009年）125頁以下。

15) 本節の記述は、筆者の次の旧稿（のとくに次の箇所）に基づいており、重複部分があることをお断りしておきたい。拙稿「個人に対する国連安保理の強制措置と人権法によるその統制」国際問題 592号（2010年）5頁以下（6-8頁）。

16) S/RES/1267 (1999), paras. 4(b), 6(e).

17) S/RES/1333 (2000), para. 8(c).

18) S/RES/1390 (2002), para. 2.

た者の付表を付した理事会規則 337/2000 を採択した¹⁹⁾。また、理事会規則 467/2001 は、EC 委員会に付表を改訂する権限を与えた²⁰⁾。

サウジアラビア国民であるカディの名前は、2001 年 10 月に 1267 委員会のリストに登載され、数日後 EC 委員会によって理事会規則 467/2001 の付表に追加された²¹⁾。この措置は、安保理決議 1390 に基づく理事会規則 881/2002 に継承された²²⁾。カディは、自らにかかわる限りで関連規則の取消しを求めて EU 司法府に提訴した。

2. 一貫性の功罪

2008 年 9 月 3 日、ヨーロッパ司法裁判所は、第 1 カディ事件上訴審判決（以下、本件判決という）を言い渡した。それは、原告の請求を支持するものであった。その前提となる判断枠組みは次の通りである。

「国際協定で課される義務は、EC 条約の憲法的諸原理を害する効果を持ち得ない。この憲法的諸原理には、すべての共同体の行為は基本権を尊重するものでなければならないという原理を含む」²³⁾。他方、「共同体司法府により確保される合法性審査は、国際協定を実施しようとする共同体の行為に適用されるのであって、当該協定それ自体には適用されない」²⁴⁾。「[EC 条約 300 条 7 項、現行 EU 運営条約 216 条 2 項] が国連憲章にも適用可能であると想定すれば、国連憲章は、共同体の第 2 次法規に優越するであろう」²⁵⁾。「しかし、共同体法のレベルでの優越性は、第 1 次法規には、とりわけ基本権を含む一般原則には及ばない」²⁶⁾。関連安保理決議に基づく制度は、EC 司法府による審査から免除されるべきであると主張されたが、1267 委員会の審査手続の内実に鑑みて、いずれにせよ、その手続は、かかる一般的免除を生ぜさせるような性質のものではない²⁷⁾。

こうした判断枠組みの下で、実効的司法審査を受ける権利および財産権の侵害があると認定された。

19) Council Regulation (EC) No. 337/2000 of 14 February 2000, Official Journal of the European Communities [以下、Official Journal of the European Union と区別することなく、OJ と引用する] 2000 L 43, p. 1.

20) Council Regulation (EC) No. 467/2001 of 6 March 2001, OJ 2001 L 67, p. 1.

21) Commission Regulation (EC) No. 2062/2001 of 19 October 2001, OJ 2001 L 277, p. 25.

22) Council Regulation (EC) No. 881/2001 of 27 May 2002, OJ 2002 L 139, p. 9.

23) *Kadi I* ECJ Judgment, §§285.

24) *Ibid.*, §286.

25) *Ibid.*, §307.

26) *Ibid.*, §308.

27) *Ibid.*, §§318-326.

安保理の狙い撃ち制裁レジームの欠陥は、いかなる司法機関も見逃すことができないほど深刻であるから²⁸⁾、この判決の結論そのものには多くの支持を見いだすことができよう。下級審の第一審裁判所の判決が、国連と EU 双方を包含する普遍的法秩序の観点から審査して反対の結論に至ったこと²⁹⁾と比較すれば、本件判決が EU 法にのみ依拠したことは、違法の結論に直接的につながったともいえるであろう。

しかし、安保理の行動に対して法的統制を加えるという観点からいえば、本件判決には明らかに限界がある。要するに、裁判所は実施措置を不法と認定したが、それは、普遍的法秩序のレベルにおける関連安保理決議そのものの合法性や効力にはなんの関わりもないのである。本件判決は、EU の法原則に従えば安保理決議をそれが求めるように実施することはできないことを明確にしたが、それは単に EU 加盟国に、EU と国連のどちらに加盟国としての義務を果たすかの選択を迫るものにすぎない。もし EU 加盟国に EU の第 1 次法規を無視するという選択肢がないとすれば、彼らとしては、関連の安保理の措置の枠組みの修正を求めるほかはない。このプロセスは、法的には克服不能のジレンマを抱えており、したがって政治的なものである³⁰⁾。

いずれにせよ、本件判決は、EU 法秩序の自律性を保持したが、問題そのものは永続的に未解決のままにしているのである。こうした決定は、不可避のものであったのであろうか。そうとはいえないであろう。ほかならぬ EU 法の経験そのものから、この点で有益な教訓を引き出すことができるのである。

II. 他の法秩序における諸原理を考慮する必要性 ——EU 基本権規範の発展の教訓³¹⁾

1. EU 基本権規範の淵源と基礎

よく知られているように、EU 基本権規範は、もっぱら判例法の産物であり、判例法を通

28) 1267 委員会の手続の現状については、参照：丸山政己「国連安保理理事会と自由権規約委員会の関係 (1)」法政論叢 (山形大学) 48 号 (2010 年) 1 頁以下 (20-22 頁)。

29) *Kadi v. Council and Commission*, Case T-315/01, Court of First Instance, Judgment of 21 September 2005, ECR 2005 II-3649; *Yusuf and Al Barakaat International v. Council and Commission*, Case T-306/01, Court of First Instance, Judgment of 21 September 2005, ECR 2005 II-3533. これらの判決の評釈として、参照：中村民雄、貿易と関税 54 巻 7 号 (2006 年) 75 頁以下。

30) なお、本判決後も、1267 委員会から得たリスト登載の簡潔な理由が示されただけで、彼の名前は、付表に改めて登載されたため、カディは、改めて提訴した (第 2 カディ事件)。2013 年 7 月の判決で、ヨーロッパ

じて発展してきたものである。すなわち、人権ないし基本権は EC の設立諸条約には規定されておらず、むしろそれへの言及を避ける態度がとられている³²⁾。1969年のシュタウダー事件判決（先行裁決）において、ヨーロッパ司法裁判所は、はじめて「共同体法の一般原則に含まれ、当裁判所がその遵守を確保しなければならない個人の基本権」という概念に言及した³³⁾。1970年の国際商事会社事件判決（先行裁決）では、次のように判示された。

実際、基本権の尊重は、当裁判所により保護される共同体法の一般原則の不可分の一部をなす。かかる権利の保護は、加盟国に共通の憲法的伝統に着想を得るものであるが、共同体の構造と目的の枠内において確保されなければならない³⁴⁾。

基本権に関する判例法は、早くも 1979 年のハウワー事件判決（先行裁決）で一応完成した姿を与えられた³⁵⁾。ここでは、「共同体機関の措置による基本権侵害の問題は、共同体法に照らしてのみ判断されうる」³⁶⁾とされつつ、加盟国に共通の憲法的伝統に着想を得つつけるものと認められている³⁷⁾。この点で、実際、ヨーロッパ人権裁判所やいくつかの加盟国憲法のテキストが参照された³⁸⁾。

この判例法の発展の原動力が、EU 機関の行為に対して、加盟国裁判所がその憲法上の権利を援用して審査権を行使することを阻止する必要性にあったことは、むしろ公然の秘密である³⁹⁾。実際に、国際商事会社事件についての 1974 年第 1「ゾーランゲ」決定にお

司法裁判所は、理由の記述それ自体が不十分にしか提供されなかったか、または理由付けに用いられた情報が実質的に十分ではなかった、として、カディの主張を認め、関連規則の取消を命じた下級審の判断を支持した。Commission, the United Kingdom and Council v. Kadi, Joint Cases C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, Judgment of 18 July 2013.

31) 本節の記述は、基本的に筆者の次の旧稿に基づいており、それと重複する部分があることをお断りしてきた。拙稿「EC/EU 法における人権規範の展開」法政論集（名古屋大学）224 号（2008 年）327 頁以下。

32) さしあたり見よ：拙稿「欧州評議会・欧州人権条約からみヨーロッパ憲法秩序」中村民雄・山元一編『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』（信山社、2012 年）22 頁以下（32 頁）。

33) Stauder v. City of Ulm, Case 29/69, Judgment of 12 November 1969, [1969] ECR 419, at §7.

34) Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel, Case 11/70, Judgment of 17 December 1970, [1970] ECR 1125, at §4. この判決の紹介として、さしあたり、大藤紀子（初出 2007 年）、中村民雄・須網隆夫編『EU 法基本判例集（第 2 版）』（日本評論社、2010 年）。

35) Hauer v. Land Rheinland-Pfalz, Case 44/79, Judgment of 13 December 1979, [1979] ECR 3727

36) Ibid., at §14.

37) Ibid., at §15.

38) 見よ：ibid., §§18-21.

39) さしあたり見よ：Paul CRAIG and Gráine DE BÚRCA, EU Law; Text, Cases and Materials, 4th ed. (Oxford, 2007), p. 381 [同書はその後改訂されているが、引用の趣旨に対応する記述は不鮮明になってきているので、第 4 版から引用する]；庄司克宏「EC 裁判所による基本権（人権）保護の展開」国際法外交雑誌 92 巻 3 号（1990 年）33 頁以下（33-34 頁）；須網隆夫「EU と人権」国際人権 18 号（2007 年）8 頁以下（9 頁）。

いて、西ドイツ連邦憲法裁判所は、憲法上の基本権の優越性に基づき自らの EC 法審査権を確認した⁴⁰⁾。この態度は、1986 年の第 2 「ゾーランゲ」決定で修正されたが⁴¹⁾、こうした各国裁判所とヨーロッパ司法裁判所との間の緊張関係は、現在でもなお存続あるいは強まっている。各国裁判所は、EU 法に対する自らの審査権を確認し、強化しているとさえみられるからである⁴²⁾。

こうして、ヨーロッパ司法裁判所が表面上 EU 法秩序の自律性にこだわるとしても、その態度は、加盟各国憲法のとりわけ基本権に関する規定に配慮する限りにおいて維持可能であることは明白である。

2. ワイラーにおける「高低差のあるスタンダード」という難問

いずれにせよ、現在では EU 法に基本権に関する規範が内在していることは否定できない。それは、基本権憲章という法的拘束力をもつ成文規範さえ有している。しかしながら、そこにカタログ化されたほとんどの権利が相対的なものであるから、EU 法で実際どういうスタンダードが採用されるかは、ほとんど未解決の領域である。実はこの場面で、加盟各国の憲法上の基本権への配慮から、極めて困難な問題が生ずるのである。これが、ワイラー (Joseph H. H. Weiler) がいうところの「高低差のあるスタンダードという難問 *conundrum of 'high' and 'low' standards*」である⁴³⁾。実際のワイラーの叙述はより複雑かつ婉曲的であるが、筆者の理解に従ってパラフレーズして述べれば次のようになる。

つまり、一方で、ヨーロッパ司法裁判所は、どの加盟国の裁判所による審査権の行使をも避けたいと思うならば、それは加盟国憲法が採用するスタンダードのうち最も高いものを採用すべきということになる。しかし、加盟国の憲法規範は各国が原則として自由に設定できるということを前提とすれば、最高のスタンダードの採用というのは、一加盟国

40) [*Solange I*], Beschluß v. 29. 5. 1974, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (以下, BVerfGE と引用する), 37, 271. 次の英訳を参照した。963 *International Law Reports* 383.

41) [*Solange II*], Beschluß v. 22. 10 1986, BVerfGE, 73, 339. 次の英訳を参照した。[1987] 3 *Common Market Law Reports* 225. この決定の紹介・解説として、奥山亜喜子、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第 2 版〕』(信山社, 2003 年) 426 頁以下。

42) さしあたり参照：須網隆夫「EU 法と国際法」福田耕治編著『多元化する EU ガヴァナンス』(早稲田大学出版会, 2011 年) 7 頁以下 (17-21 頁)；同「ヨーロッパにおける憲法多元主義」法律時報 85 卷 11 号 (2013 年) 43 頁以下。

43) Joseph H. H. WEILER [1995], "Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the European legal space", in *id.*, *The Constitution of Europe* (Cambridge UP, 1999), p. 102ff. at pp. 108-116. なお参照：Craig and De Búrka, *supra* note 39, p. 388f.

に拒否権を認めることに等しい。これは、その自律性を完全に否定することになるから、EU およびその法秩序にとって決して受け入れることのできない選択肢であろう。

他方、自国の基本権規範と両立できる EU 法規則の効力には、何らの問題もないというのが、個別加盟国や（その加盟国内での適用に際しての）EU の本音であろう。そうすると、それを単純に表現すれば、ヨーロッパ司法裁判所は、加盟国中最低のスタンダードを採用するということもありうる。しかし、こうした態度は、多くの国の裁判所による審査権行使を呼び起こすことになるであろう。

結局、ヨーロッパ司法裁判所は、基本権規範を適用するたびに、深刻なジレンマに直面していることになる。その意味で、この「難問」は、決して終わることのない問題である。事実としては、同裁判所は、国内スタンダード間の詳細な比較研究を行っているわけではない。それに乗り出せば直ちに問題が顕在化するからである。

注意すべきは、この「難問」が永続的に存在するからといって、ヨーロッパ司法裁判所が各加盟国の憲法上の諸原理を無視してよい、ということには決してならないことである。ワイラー自身は、スタンダードのレベルではなく、理念 *idea* のレベルでのある程度の統一性を確保することを示唆しているように見える⁴⁴⁾。たしかに、もし自らの憲法上の原理が、つまりその理念ですら全く尊重されていないと感じる加盟国の裁判所は、EU 法に対する審査権を行使するよう誘導されるであろう。ヨーロッパ司法裁判所は、自らは EU に固有の規範を適用しているだけであるとどれほど主張しようとも、各国の諸原理から乖離した決定を行うことは決してできないのである。

他方、加盟国が EU の目的を支持する限りで、その裁判所もまた自らのスタンダードの採用に固執することはできない。少なくとも EU 法の適用領域では、加盟国の裁判所は、自らの固有のスタンダードの溶解を認めざるを得ない。それはすなわち完全な一貫性ないし純潔性を放棄することにほかならない。

要するに、「EU 法秩序」も「各国法秩序」も、自らの一貫性・純潔性の維持について譲歩し、相互にその諸原理を尊重することが求められているのである。

3. 国連安保理制裁に対する個人の不服への「難問」の平行移動

この「難問」を、国連制裁レジームについての事件に（上方に）平行移動して適用することが、完全に可能である。上の下線部中の「EU 法秩序」のところに〈国連法秩序〉を入れ、「各国法秩序」のところに〈EU 法秩序〉を入れることができる。単純に表現すれば、ドイ

44) Weiler, *supra* note 43, at p. 114.

ツ連邦憲法裁判所が、EU の措置についてドイツのスタンダードのみに照らした完全な審査を行うというのが適当でないと考えるのであれば、ヨーロッパ司法裁判所が国連の措置について EU のスタンダードのみに照らした完全な審査を行うことも適当とはいえない。

つまり、〈国連法秩序〉も〈EU 法秩序〉も、自らの一貫性・純潔性の維持について譲歩し、相互にその諸原理を尊重することが求められている。これによりたしかに、ヨーロッパ司法裁判所による国連制裁に対する審査権も許容され、国連による判断権の独占は正統化されないが、しかし、EU 法秩序の中に立て籠もったままの審査も認められないのである。第 1 カディ事件についてのヨーロッパ司法裁判所判決についていえば、やはり国連法秩序の原理については、考慮すべきであったと思われる。

他方において、国連レベルの決定も、各加盟国の個別の法秩序を考慮に入れるべきである。というのは、後者は、制裁の適用についての正統な「連結」を有しているからである。国連が、そもそも自らが当事者となる独立の制度的な司法的判断機関といえるものを有していないことがこの問題を増幅させているために見落とされがちであるが、この「連結」の正統性を国連がそもそも承認していないことが、問題の出発点にある。手続的に各加盟国レベルでの審級での判断が許されるかどうかという問題より以前に、それぞれの国の憲法原理との抵触がある場合に、これらの国にもたらされるうる苦境を理解しようとする態度が十分に示されていないのである。この状況が続けば、国連制裁レジームは、国内裁判所によるより大胆な審査あるいはサボタージュによって、掘り崩される可能性がある⁴⁵⁾。

むすび

上の考察から、グローバル化が進行すると、各（国際・国内）法秩序の完全な自律性というものは失われることが分かる。他の法秩序を無視することもできないが、他方で（最

45) もっとも、この状況は、いわば力比べであって、それには理論的問題が残っている。つまり、このプロセスに参加できる国や各国裁判所の範囲は実際上限定される。その「資格」は、国の軍事力をも中核とする実力によって、制裁を安保理決議通りに実施すべしという圧力に耐えられるということ、さらに、国の裁判所における法的推論を支える理論の担い手が、この分野での国際的なアカデミア・ネットワークにおける評価に堪える知的ヘゲモニーを有していることである。この二つの条件は、国家平等原理とは無関係に備わる特権であるから、国連法秩序のあり方を決定していくのは、安保理はもとより、国連総会における一国一票制を基礎とする討議の過程とは性格的に異なるプロセスということになる。それは（どの程度）「正統」といえるだろうか。ここに、近時の「グローバル立憲主義」に対する理論的な批判（の可能性）が集約的に現れているということが出来る。グローバル立憲主義については、さしあたり参照：最上敏樹「国際立憲主義の新たな地平」法律時報 85 巻 11 号（2013 年）6 頁以下。

高の) スタンダードを完全に適用することもできない。おそらく唯一の脱出口は、法定地法の中核的諸原理を保持しつつ、他の関連する法秩序の中核的諸原理を重疊的に適用することであろう。これは、実質的にヴェングラー(Wilhelm Wengler, 1907-1995)が提唱した、強行法規の特別連結(Sonderanknüpfung)の考え方と一致する⁴⁶⁾。

この概念の(拡張的)適用には、二つの障害があったといえよう。一つには、特別連結を認める法秩序の範囲をどのように画するか、ヴェングラーの理論からすれば、世界中の法秩序における強行法規が連結を認められる場合もある。そこまで認められないとしても結局適用すべき法が錯綜し、法的安定性の考慮からは懸念が高まることは避けられない。この問題の本格的検討を行う準備はないが、次のことだけ言っておきたい。支配的国际私法学説は、一つの単位法律関係に一つの準拠法が対応すること、そのほかには法廷地の公序のみが適用されることを前提としてきたが、こうした考え方もまた基本的には国家間の「棲み分け」という近代的法秩序枠組みを前提としていることである。したがってグローバル化により、この考え方の修正もまた迫られているといえることができる。

強行法規の特別連結論についてのもう一つの問題は、こうした概念は、せいぜい国際私法の分野に妥当するものと考えられてきたことである。しかし、グローバル化の進行に伴って、従来の前提が次の点で変化していることに注意が必要である。公法の領域外への適用は今日例外扱いで済むような状況ではなく、また国際法における公法的規律が国家の壁を突き抜けて(私人を含む法律関係を直接規律するような形で)及んでいることである⁴⁷⁾。そうすると、従来国際私法学の内部で培われてきた抵触法的正義をより広範に公法分野にも適用する必要が出てきたということであろう⁴⁸⁾。

実のところ、ほとんどそのようには認識されていないが、法廷地の公序の適用と全く同じ現象が、犯罪人引渡の分野では認められてきた⁴⁹⁾。ヨーロッパ人権裁判所のゼーリング事件の判決⁵⁰⁾は、極めて明快にヨーロッパにおける人権基準は完全な形で域外に適用

46) Wilhem WENGLER, "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts in internationalen Privatrecht", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. 54, Heft 4(1941), S. 168. 抄訳としても利用できる文献として、桑田三郎「強行的債務法の連結問題」(初出 1952 年) 桑田『国際私法研究』(文久書林, 1966 年) 235 頁以下。ヴェングラーの理論については、なお参照: 佐藤やよひ「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』の理論構造」国際法外交雑誌 97 巻 3 号 (1998 年) 301 頁以下。ヴェングラーの学説を強行法規の特別連結論全般のなかで位置づけて考察するものとして、参照: 折茂豊『当事者自治の原則』(創文社, 1970 年) 186-231 頁。

47) 後者の点については、とりわけ参照: 古谷修一「国際刑事裁判システムの国際法秩序像」法律時報 85 巻 11 号 (2013 年) 32 頁以下。古谷がこの論文の副題として「『介入の国際法』の顕在化」と性格付けていることに注意。

48) 参照: 横溝大「国際法と抵触法との関係に関する新たな動向」法律時報 85 巻 11 号 (2013 年) 26 頁以下。

49) 筆者の指摘として、見よ: 小畑郁「判例紹介・ゼーリング事件/キンドラー事件」(初出 2000 年) 松井芳郎ほか編『判例国際法〔第 2 版〕』(東信堂, 2006 年) 248 頁以下 (251 頁)。

50) *Soering v. UK*, Judgment of 7 July 1989 [PC], Publications of the European Court of Human Rights: Series A, no. 161.

されないことを、次のように認めている。

〔ヨーロッパ人権条約〕1条⁵¹⁾は、次のような一般原則を正当化するものとは読めない。つまり、締約国は、その引渡義務にもかかわらず、引渡先の国において手続の対象者を待つ諸条件が条約のおおのこの保障に完全に合致していると納得しなければ、彼を引き渡しはならないという原則は認められない〔下線は引用者〕⁵²⁾。

ヨーロッパ人権裁判所は、その後、実際には条約3条〔拷問等の禁止〕に規定する違反する待遇が待っている場合にのみ送還が許されないとしてきたが（ノン・ルフールマン原則）、近年、拷問による証拠が使われるという6条〔公正な裁判〕の違反の場合⁵³⁾、および5条〔恣意的拘禁の禁止〕についてその甚だしい違反（flagrant breach）⁵⁴⁾の場合にも、そうした待遇が待つ場合の送還禁止を導き出している。しかし、いずれにせよ、領域内で刑事手続が完結する場合とは異なり、中核的原理しか適用されないことは、一貫して認められているのである⁵⁵⁾。

こうして、今日の法律家は、自らの属する法秩序の自律性に固執するのではなく、ますます多元的な見方をする必要性に迫られているといえよう⁵⁶⁾。比較法史的見地はむしろ、譲れない価値や原理を守るためにも必要とされている。それは、各法秩序固有と考えられてきた価値や原理のなかから、普遍的なものを取り出し、それらを他の法秩序からの十分な考慮に値するものとして鍛え上げる作業の基礎となる知恵だからである⁵⁷⁾。

もちろん、こうした実践的立場の前提は、世界における基底的価値の共通化（意識）を一旦受け入れることにあり、共通化していると理解されている諸価値の普遍性の検証は、

51) 「締約国は、その管轄内にあるすべての者に対し、この条約の第1節に定義する権利および自由を保障する。」

52) *Soering Judgment*, *supra* note 50, para. 86.

53) *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 janvier 2012, para. 267. これはゼーリング判決で「甚だしい裁判拒否」について理論上認められていた法理の適用である。 *Soering Judgment*, *supra* note 50, para. 113.

54) *El Masri v. Macedonia*, Judgment of 13 December 2012 [GC], para. 239.

55) 同じことは、破綻した婚姻から生ずる（元）配偶者による子の連れ去りの処理についても妥当する。子の奪取条約（国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約）の解釈論を離れていえば、子が現に所在する国の法廷地法も通常「正統な連結」を有しており、その中核的原理を裁判所で適用する余地があろう。

56) それは、一体的な法体系を前提として、過去の判断との齟齬をできるだけ避けて、一貫性のある解釈を与えるという、近代法学（とくに国民国家の官僚法学）の一つの側面とは矛盾する。しかし、法学のもう一つの側面としては、正義を具体的経験に即して具体的に見いだす、という任務もあったことを想起すれば、なおこうした作業を法学の知恵の範囲のなかに位置づけることができるであろう。

57) その一つのささやかな試みとして、見よ：小畑郁「人権条約機関における人権概念と判断手法」比較法研究 75号（2013年）221頁以下。

たえず必要であろう。また、価値共通化の機能を支える法律家の世界的共同性という観念には、それに関わる知的ヘゲモニーが少数の特定の場合から生み出され、再生産されるという状況を想起すれば、構造的な不公正が埋め込まれているといえることができる⁵⁸⁾。このことも、軽視すべきではないであろう。いわば、ゲームのルールの変更を直視してそれに慣れていくことは不可欠であるが、それとともに、新しいルールの公正さを検証していくことが必要であろう。

58) 参照:小畑郁「ヨーロッパ人権条約における国内的実施の進展と補完性原理」法律時報 80 巻 5 号 (2008 年) 48 頁以下。