

司法権の国外委譲と憲法

——投資条約仲裁を手がかりとした序論的考察

村西良太

I. はじめに

(1) グローバル化に伴う統治構造の変容を顧みるとき、たとえば法定立の局面（すなわち立法権）への注目に比して、法執行の局面（なかんずく司法権）は、少なくとも国内公法学の領域においては、これまで十分な関心を惹いてこなかったように思われる。その主因の一つは、国内の司法作用に匹敵する紛争解決制度が、国際法の平面においては未発達であったことに求められるだろう。

周知のごとく、国際法の平面において法関係を取り結ぶ主体は「主権国家」である。そうすると、仮に国際条約の解釈・適用をめぐる紛争の解決が「国際裁判」に委ねられたとしても、その「当事者」として対峙するのは「主権国家」であるから、ここでの「裁判」を国内の司法作用——すなわち個人の主観的権利・義務の存否をめぐる「事件」の解決——と同視することは明らかに不適切である。別の言い方をすれば、「国際裁判」と「国内裁判」の競合は、ここではそもそも問題とならない。

けれども、近時のグローバル化の進展は、こうした牧歌的な描写をもはや許さなくなっているようにも思われる。なぜなら、超国家的な紛争解決手続において、このところ「私人」による訴えの提起とこれに対する拘束的な裁定が、しばしば目に留まるようになってきたからである¹⁾。とりわけ国内公法学にとって黙過できないのは、私人が国またはその機関を相手どり、公権力行使の違法性を国外の紛争解決機関に訴える事象の増大である。そして、こうした地殻変動をもたらす最大級の震源こそ、本稿において検討の俎上に載せ

1) もっとも、私人のイニシアティブに基づく超国家的な紛争解決の枠組みは、すでに1970年代の国際法学において「私人の国際法主体性」の名の下に論じられていた。参照、田畑茂二郎『国際法I〔新版〕』（有斐閣・1973年）187-189頁。そこでは投資条約仲裁もすでに言及されている（189頁）。

られる「投資条約（に基づく）仲裁」である²⁾。

(2) 最初に制度の概要を略述するならば、国家間で締結される投資条約によって、締約国はそれぞれ相手国の投資家による事業活動につき、一定の作為・不作為の義務——数多の投資条約に共通かつ最重要の条項としてたとえば公正衡平待遇義務——を負う。投資条約は加えて、いわゆる ISDS (Investor-State Dispute Settlement: 投資家対国家紛争解決) 条項を置く。締約国はこの条項を通じて、自国の措置に関わる条約違反が、相手国の投資家によって仲裁廷に付託されうることをあらかじめ認諾する。そして、仲裁廷によって下された紛争解決の指示は、法的拘束力を持ち、締約国はこれを「自国の裁判所の確定判決とみなして」執行するよう義務づけられる。

以上のような制度の概観に徴するかぎり、いわゆる投資条約仲裁は、公法上の「事件」を法令の適用によって終局的に解決する営みに他ならず、国内の司法作用といよいよ大きく重なり合うようにみえる³⁾。こうした見立ては、そもそも「国内裁判所の代替制度」⁴⁾として創設された投資条約仲裁の出自からいっても、おそらく理に適っているだろう。問題は、その憲法上の評価である。

もっとも、投資条約仲裁について違憲／合憲の結論を一足跳びに提示することは、本稿の意図するところではない。それよりも、そうした評価の前提として、投資条約仲裁に拘束されることへの同意が、日本国憲法——なかんずく「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と謳う 76 条 1 項——の指し示す統治構造にいかなる影響を及ぼすのか、つまり投資条約仲裁の採用によって生ずる統治構造の「変容」とは具体的にどのような事態を意味するのか、この点を今すこし掘り下げてみるのが本稿の一次的な主題なのである。

(3) このような試みにとって示唆に富んでいると思われるのが、ドイツの公法学において

2) 多くの邦語文献において「投資協定仲裁」と呼称されているところ、この「協定」が国会の承認を得て批准される通常の国際条約であることを明確に示すため、本稿においては「投資条約仲裁」の語を用いることとしたい。前掲註 1) の内容とあわせて参照、瀧本正太郎「投資条約仲裁ネットワークの国際（世界）法秩序像」法律時報 85 巻 11 号 (2013 年) 37-42 (37) 頁。

3) 参照、原田大樹「投資協定仲裁と国内公法」同『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会・2015 年）269-287 (274) 頁。それによれば、投資条約仲裁は「国内の行政救済法に基づく裁判所による救済手段とかなりの点で重なり合う」。こうした理解は、国際法・国際経済法を専攻する論者にも共有されているようである。「ISDS が果たす役割は、従来は国内行政訴訟が担っていたものだと思います。その意味では、ISDS は国内行政訴訟を代替することになると思います」。小寺彰＝佐久間総一郎＝柳赫秀＝斎藤誠「〔座談会〕法的観点からみた TPP」ジュリスト 1443 号 (2012 年) 12-28 (18) 頁 [小寺発言]。

4) 参照、小寺彰「貿易・投資分野における国際紛争処理の新次元——正統性確保とその方向性」ジュリスト 1299 号 (2005 年) 57-63 (63) 頁。

しばしば論究の対象とされてきた「統治権の委譲 (Übertragung von Hoheitsrechten)」なる概念である。その正確な含意は本論での検討に譲り、ここではさしあたり、この概念が「統治権の制限 (Beschränkung von Hoheitsrechten)」との対比において語られてきたことだけを確認しておきたい。つまり、国際条約の締結によって国内の統治権が一定の「制限」に服することは、いわば「当たり前の話」⁵⁾であって、条約締結の権能を執政府(や議会)に授ける憲法は、そうした何らかの「制限」を当初から織り込んでいるはずである。しかしながら、そのような通常の「制限」を越えて、国際機構に統治権を「委譲」する段になれば、これをも当然に憲法の枠内と言い切ることは困難ではないか、という疑念が上記の概念を通して浮かび上がってくる。

以上を前提に考えるとき、投資条約に基づく仲裁廷の拘束的かつ終局的な紛争解決は、司法権の国外委譲と性格づけられないだろうか。あるいはそこまでいえなくとも、国内裁判所による司法権の行使に何らかの影響が及んでいるとはいえるのではないか。仮にそうだとすると、これらの営みは日本国憲法に照らしてどのように評価されるべきなのか。本論における考察は、これらの問いを念頭に展開されることとなる。

(4) 本稿はそれゆえ最初に投資条約仲裁のしくみを概観したうえで(II)、その比較のための素材としてEU司法裁判所(III)、さらには欧州人権裁判所(IV)に視野を拡げたい。これらはいずれも条約によって創設され、そこでの判断に法的拘束力が認められる点において共通するものの、この「法的拘束力」がそれぞれの局面において具体的に意味するところ——換言すれば締約国(またはその国内機関)に課される義務の内容——はけっして一様でないように思われる。上述の「統治権の委譲」なる概念の分析を通してそのことを明らかにしたうえで(V)、最後に、条約それ自身ではなく国内法による自発的な国際協力の一環としてもたらされる司法権の変容とその限界を論じてみたい(VI)。

II. 投資条約仲裁の概要

一般に「投資条約」と呼ばれる国家間約束は、厳密には「投資保護条約」ないし「投資自由化条約」としての実質をそなえている。むろん「投資」に含まれる営みは多種多様であるところ⁶⁾、さしあたり外国企業による工場の建設・操業を引き合いに出すならば、す

5) 瀧本正太郎「国会審議に見る投資条約仲裁の虚像と実像」法律時報 87 卷 4 号 (2015 年) 43-48 (44) 頁。

6) 参照、玉田大「TPP における投資保護と投資自由化」ジュリスト 1443 号 (2012 年) 48-53 (49) 頁。

で稼働中の工場を不当な収用・国有化から守るのが投資の「保護」と位置づけられるのに対して、稼働前の段階も含めて事業の開始・継続の全過程を差別的・恣意的な規制措置から守るのが投資の「自由化」である。そして投資条約の質的な拡充の軌跡は、もっぱら「投資保護」に的を絞った規律から「投資自由化」をも射程に収めた規律への発展として描かれてきた⁷⁾。

投資条約の形式面に着目するならば、当時の西ドイツとパキスタンによって刻まれた出発点（1959年）⁸⁾から今日に至るまで、その圧倒的多数は二国間条約（BIT: Bilateral Investment Treaty）である⁹⁾。その総数はまことに膨大であり、諸規定の文言はむろん条約ごとに異なるものの、先に述べた実質面においては——後述の仲裁先例の積み重ねによって——むしろ共通化が図られてきた¹⁰⁾。すなわち投資保護にせよ投資自由化にせよ、これら条約上の諸規定は締約国（投資受入国）に対して一定の作為または不作為を義務づけるところ、そうした義務の中身は条約ごとの文言の違いにかかわらず均一に解されてきた¹¹⁾。投資自由化に関していえば、自国の投資（家）に対する場合と同等以上の待遇を授ける義務（内国民待遇義務）、締約相手国以外の国の投資（家）に対する場合と同等以上の待遇を授ける義務（最恵国待遇義務）、さらには投資（家）を公正かつ衡平に扱う義務（公正衡平待遇義務）がいずれの条約によっても投資受入国に課されている¹²⁾。また投資保護については、こうした差別的・恣意的取扱いの禁止に加えて、収用にあたって正当な補償を与える義務がいずれの条約からも等しく導き出される¹³⁾。

7) 参照、西元宏治「国際投資法体制のダイナミズム——国際投資協定ネットワークの形成と展開」ジュリスト 1409号（2010年）74-85（76）頁。

8) Vgl. Claus Dieter Classen, Der EuGH und die Schiedsgerichtsbarkeit in Investitionsschutzabkommen, EuR 2012, S. 611-627 (612).

9) 参照、西元・前掲註7) 74頁。

10) このことを指して「二国間条約のネットワーク」が語られ、そこでの「一般法」の形成が注目されてきた。参照、瀨本・前掲註2) 39頁以下。

11) 参照、玉田大「投資協定仲裁の多角化と司法化」国際問題 597号（2010年）44-53（47-48）頁。

12) 投資条約仲裁の先例を顧みるとき、公正衡平待遇義務に準拠した仲裁判断はしばしば目に留まるのに対して、内国民待遇義務や最恵国待遇義務の違反を扱う仲裁判断は低調といわれる。投資受入国が外国投資家に対して供すべき待遇について、前者は確たる一定水準を示すのに対して（絶対的基準）、後二者によって求められる水準は他との比較においてはじめて定まるといえる（相対的基準）。このことも含めて、西元宏治「最恵国待遇——投資協定仲裁による解釈とその展開」小寺彰編『国際投資協定——仲裁による法的保護』（三省堂・2010年）56-83（58, 63）頁、小寺彰・松本加代「内国民待遇——内国民待遇は主権を脅かすか？」同書 84-100（87）頁、小寺彰「公正・衡平待遇——投資財産の一般的待遇」同書 101-119（103）頁。

13) ここでの「収用」には、土地や施設の国有化といった「直接的な収用」のみならず、投資家の所有権には影響を及ぼさないものの投資財産の使用・享有を毀損し、ひいては事業活動の継続を困難にする「間接的な収用」も含まれる。収用には至らない（すなわち補償を要しない）規制との線引きにあたっては、侵害の程度に加えて、規制措置の性質や目的も考慮されることとあわせて、松本加代「収用——規制と間接収用」小寺編・前掲註12) 120-136頁を参照。

たとえば甲国と乙国との間で投資条約が締結され、甲国籍の民間企業が乙国内において化学薬品の製造プラントを操業する。このとき乙国は、既述のごとき条約上のさまざまな義務を負い、そのかぎりでは本件プラントに対する規制権限の行使において一定の制約をこうむる。かように主権国家が条約の締結を通じて国際法上の義務を引き受けることそれ自体は、特記されるほどの重大事項ではないだろう。にもかかわらず投資条約による規制主権の喪失が喧しく論じられる理由、それこそが他の条約には類をみない「投資家対国家紛争解決 (ISDS) 条項」の存在である¹⁴⁾。

投資条約の中にこの条項が置かれることによって出来るのは、投資受入国による規制措置の条約適合性に関する、投資家個人のイニシアティブに基づく仲裁判断である。すなわち先の具体例に引きつけていえば、乙国の規制権限の行使によって権利侵害を受けたと主張する甲国籍の民間企業が、乙国を相手どって仲裁廷に救済を申し立て、仲裁廷は公平な第三者の立場から当該申立ての当否——つまり乙国の規制措置をめぐる条約違反の有無——を終局的に判断するのである。

仲裁廷は常設機関ではなく、申立てごとに組織され、本来であればそのつど両当事者——すなわち申立人たる甲国籍企業と被申立人たる乙国——の合意が調達されなければならない。しかしながら案件ごとにいちいち合意を確認することは煩瑣であり、とくに申立人の側からすれば被申立国の同意を常に迅速に取り付けられるとは限らず、ともすれば投資家の権利保護は画餅に帰してしまう。ISDS 条項はこうした展開を防ぐべく、自国が被申立人となった場合の仲裁付託に対する合意をあらかじめ包括的に表明しておく手法といえる。すなわち ISDS 条項が組み入れられた投資条約の下では、いずれかの締約国の国籍をもつ投資家からの一方的な不服申立て（仲裁付託）をもって、当該仲裁管轄に対するもう一方の当事者たる締約国の合意が自動的に成立することとなる¹⁵⁾。

以下、このようにして着手される紛争解決のしくみを、仲裁廷の構造・仲裁廷の任務・仲裁判断の効力に分けて要説しよう。なお、仲裁手続の種類は単一ではなく、その選択は投資条約ごとに区々であるところ、ここでは最も多く——半数以上の紛争処理に¹⁶⁾——利用されるという「国際投資紛争解決センター」(ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes) の仲裁手続¹⁷⁾ に即して概観したい。

14) 参照、福永有夏『国際経済協定の遵守確保と紛争処理』（有斐閣・2013年）92頁。それによれば、投資条約仲裁は「非国家主体である外国投資家が国際法上の裁判的手続に基づき投資受入国に対して直接救済を求められることができる」点において「特異な手続」であるという。

15) 参照、福永・前掲註14) 170頁。このことをもって ISDS 条項は「仲裁手続〔の〕法制度化」と表現されている。

16) 参照、玉田・前掲註6) 50頁。

17) ICSID は、1965年の ICSID 条約によって世界銀行の下に設置された仲裁機関である。それゆえ ICSID 仲裁を選択する投資条約の両締約国は、原則として ICSID 条約の締約国でもある（ただし、ICSID 条約締約国以外

一. 仲裁廷の構造

ICSID 条約 37 条 2 項 (a) によれば、仲裁廷は両当事者の合意によって任命された単独または奇数の仲裁人によって構成される。実際には 3 名の仲裁人によることが多く、この場合、申立人と被申立国がそれぞれ 1 名ずつ仲裁人を任命し、双方の合意によって裁判長となる第三の仲裁人が任命される (同 37 条 2 項 (b))。この合意が不首尾に終わる場合には、同条約上の機関たる理事会 (the Administrative Council) 議長¹⁸⁾ による任命も可能である (同 38 条)。もっとも、理事会議長はこのとき、ICSID に常備された仲裁人名簿 (Panel) の中から任命しなければならない (同 40 条 1 項)。この名簿には、各締約国の指名する 4 名および理事会議長の指名する国籍の異なる 10 名が登載され、いずれの被指名者もかかる登載を受諾していなければならない (同 12 条, 13 条 1 項・2 項)。加えて同 14 条 1 項は名簿登載に指名される者の資質を規定しており、それによれば「徳望高く、かつ、法律、商業、産業または金融の分野で有能の名のある者であって、独立の判断力を行使することができる」と信頼されるもの (who may be relied upon to exercise independent judgment) でなければならない。この資質は、両当事者自身によって任命される——それゆえ必ずしも名簿登載者には限定されない——仲裁人についても、等しく充足が求められる要件である (同 40 条 2 項)。

任命された仲裁人がこうした資質を明らかに欠いていると考える当事者は、当該仲裁人の忌避を仲裁廷に申し立てることができる (同 57 条 1 文)。かかる忌避申立てが実際に認められるケースは稀であるものの、仲裁人の独立性・公平性に対する疑念に基づく忌避申立てそれ自体が僅少なわけではなく、それが仲裁人の自発的な辞任へ連なる場合もあるという¹⁹⁾。付言すれば、仲裁人の国籍に関する制限も厳しく、先述の ICSID 条約 37 条 2 項 (b) に従った手続の場合、当事者自身の任命にかかる仲裁人は当事者と同じ国籍を有する者であってはならず²⁰⁾、同 38 条に基づき理事会議長によって任命される仲裁人もまた両当事者とは異なる国籍を有する者でなければならない (同 38 条 2 文)。仲裁廷の構成に対するこれらの人的要件に照らせば、投資条約仲裁における「仲裁人の独立性・不偏性は極めて高い水準で求められている」²¹⁾ といわなければならない、このことは投資条約仲裁の司法的

の利用にも供される追加的制度 [Additional Facility] も設けられている)。

18) 理事会は ICSID 条約 3 条によって設置され、同 5 条によれば、その議長を国際復興開発銀行総裁が務めることとされている。

19) 参照、福永・前掲註 14) 205 頁。

20) この制限は ICSID 仲裁規則 3 条 1 項に基づく。この仲裁規則は、ICSID 条約 6 条 1 項 (a) の授権に基づき ICSID 理事会によって定立される。

21) 瀧本正太郎「投資家対国家仲裁は『仲裁』ではない——仲裁人の独立性・不偏性からの考察」浅田正彦＝加

特質を雄弁に物語っている。

二. 仲裁廷の任務

仲裁廷による審査・判断の対象となりうる紛争の範囲——すなわち仲裁廷の管轄——は、次のように二重に画されているといえることができる²²⁾。

その一つ目の限定は、言うまでもなく個々の投資条約によって書き込まれる。仲裁付託を決めるのは個々の紛争当事者間の合意である、という原則に立ち返るならば、ISDS条項をそなえる投資条約が仲裁廷の管轄を自由に画定できることは当然であろう。日本が締結している二国間投資条約に範を求めるならば、仲裁付託の対象を〈当該条約の投資関連規定に基づく権利に関して損失または損害の現実の発生が問題となっている紛争〉に明示的に限定する例が増えているようである²³⁾。かように救済の対象を「投資条約上の」権利に絞り込む明文規定は、仲裁判断における国内法の適用を斥け、投資条約自体を準拠法とする——すなわち投資受入国による規制措置の違法性をもっぱら当該投資条約に照らして判断させようとする——志向のあらわれと解される²⁴⁾。

二つ目の限定は、ICSID条約25条1項に記されている。それによれば、ICSID仲裁廷の管轄が及ぶのは「投資から直接生ずる法律上の紛争 (any legal dispute arising directly out of an investment)」である。つまり個々の投資条約が仲裁付託の範囲をとくに限定せず、一方締約国の投資家ともう一方の締約国（投資受入国）との紛争一般を仲裁判断の俎上に載せるようにみえたとしても、ICSID仲裁の枠組みを利用するかぎり、そこへ申し立てられる案件は「投資から直接生ずる法律上の紛争」でなければならない。この要件をめぐっては、とりわけ「投資」の定義が争われてきたところ、その核心は、持続的な事業活動と売買契約のごとき単発的な取引を分けて、後者に関する紛争を仲裁廷の管轄から除くことにあると説明されてきた²⁵⁾。また、仲裁廷の先例に徴するかぎり、本条項に規定された「紛争」とは、投資受入国の措置による損害が申立人たる投資家に現に生じているか、あるいは生ずるおそれのある係争に限られるという²⁶⁾。

翻って、投資条約上の権利を侵害し、もって投資家に損害を発生させる国家行為の方に

藤信行＝酒井啓巨編『国際裁判と現代国際法の展開』（三省堂・2014年）143-166（164）頁。

22) 参照、伊藤一頼「投資家・投資財産」小寺編・前掲註12）18-38（18）頁。

23) 参照、福永・前掲註14）302頁。

24) 参照、米谷三以「適用法規——国際法の直接適用とその含意」小寺編・前掲註12）39-54（42）頁。

25) 参照、伊藤・前掲註22）33-34頁。

26) 参照、福永・前掲註14）311-312頁。

注目するならば、たとえばコンセッション契約の一方的破棄、国内法に基づく行政庁の不利益処分、さらには国内法それ自体の違法性が争点となりうる。もっとも、先例の蓄積を踏まえるならば、仲裁廷は投資受入国の国内法そのものの条約違反を認定することには慎重といわれる²⁷⁾。他方、行政処分の違法性はしばしば仲裁判断の対象となるところ、そうした違法性判断の拠り所には注意が必要である。たとえば国内環境法の改正に伴う排煙規制の厳格化に基づき化学薬品の製造プラントに対して操業停止処分が下されたとして、ここで争われる「違法性」には、「国内法適合性」と「投資条約適合性」の二つが含まれるはずである。ICSID 条約 42 条 1 項 2 文は「紛争当事者である締約国の法 (the law of the Contracting State party to the dispute)」と「該当する国際法の規則 (such rules of international law as may be applicable)」の双方が仲裁判断における準拠法たりうることを定めているから、少なくとも理論的には、「国内法適合性」に照準を合わせた仲裁判断も十分に考えられる。とはいえ、仲裁判断における準拠法の選択・限定がそれぞれの投資条約ごとに生じうることは既述のとおりであり、近年では国内法の適用可能性を閉ざす投資条約が目立つことに鑑みると²⁸⁾、ほとんどの案件において仲裁判断の対象はもっぱら「投資条約適合性」に収斂しているとみてよいだろう。

三. 仲裁判断の効力

それでは〈投資受入国による規制措置は違法〉との結論に至ったとして、仲裁廷による判断は——そうした違法性の確認を超えて——どのような法的効果を与えうるであろうか。当事者たる投資家の救済という視角からすれば、その最も直截的な判断は原状回復の命令であるように思われ、たとえば違法な行政処分に際して仲裁廷がその取消しを命ずる可能性は——むろん個々の投資条約による例外的規律はあるにせよ——ICSID 条約の下で必ずしも否定されてはいない。

けれども実際のところ、そうした形成的内容の仲裁判断はほとんど見られない。既述のように仲裁廷への付託にあたっては、申立人たる投資家に現実の損害が発生していなければならぬ。そしてこのとき、かかる損害の因となった規制措置の是正（たとえば行政処分の取消し）をどこまでも追求することはむろん一つの選択ではあるものの、相手国政府への不信を抱えつつ当地での事業継続（再開）に執着するよりは、金銭による損害の填補をもって清算しようとする投資家が圧倒的多数を占める。それゆえ仲裁廷への申立ては

27) 参照、福永・前掲註 14) 346 頁。

28) 参照、米谷・前掲註 24) 41-42 頁。

通常、投資受入国に対する損害賠償請求であり²⁹⁾、ほとんどの仲裁判断は——形成的内容との対比でいえば——給付の内容をもつといえる³⁰⁾。

かかる仲裁判断の効力について、ICSID 条約は次のように規定している。

「各締約国は、この条約に従って行われた仲裁判断を拘束力があるものとして承認し、その仲裁判断を自国の裁判所の確定判決とみなして (as if it were a final judgment of a court in that State) その仲裁判断によって課される金銭上の義務をその領域において執行するものとする」(54 条 1 項)。

かくして仲裁判断が法的拘束力をもつことは明白である一方、これを「自国の裁判所の確定判決とみなして」執行する義務とは具体的に何を意味するであろうか。

このような考察にとって重要なのは、仲裁判断の「承認 (recognition)」および「執行 (enforcement)」にかかる手続である。仲裁判断 (または外国の裁判所による給付判決) について、その国内的効力、さらには執行力の具備を当然の前提とすることはできず、前者の効力は仲裁法 45 条 (または民事訴訟法 118 条) に基づく「承認」を通じて、後者の執行力は仲裁法 46 条 (または民事執行法 24 条) に基づく国内裁判所の「執行決定」 (または「執行判決」) を通じて、はじめて付与される³¹⁾。このうち「承認」は、そのための特別の手続を要しないという意味でしばしば「自動的」と形容されるものの、仲裁法 (または民事訴訟法) の当該規定は一定の要件を定めており、「執行決定」は、そうした要件の充足を執行機関とは独立の裁判所に慎重に審査させるための手続と解される。すなわち申立人の損害賠償請求権は、仲裁判断のみをもって強制的に実現できるとは限らず、そこに承認執行拒否事由が存しないことを確認すべく、当該仲裁判断の国内的効力をまず国内裁判所に宣明させるプロセスが整えられているのである³²⁾。

29) 参照、福永・前掲註 14) 72 頁、418 頁。

30) 投資条約仲裁は国内行政訴訟の代替として機能することがしばしば指摘されるところ (前掲註 3) を参照、本文での分析を踏まえるならば、投資条約仲裁は厳密には国家賠償訴訟に対応するということができれば。

31) それぞれの局面につき、国内法に基づく判決効の「付与」とみるか、それとも判決効の「拡張」と解するかは、過少に評価されてはならない問題かもしれない。このうち「拡張」とみる見解——日本においては外国判決に対する「承認」および「執行判決」のいずれについてもこのように捉える見解が多数のようである——によれば、外国判決に一定の効力を付与している源泉は当該外国の国法であり、日本の国内法によって遂行されているのは、その効力の空間的拡張にすぎない (からこれをもって判決効の「付与」と評するのは失当だ) と説かれるようである。「承認」はともかく、「執行判決」についてもこのような説明が妥当するのか、といった問題はまことに興味を惹くもの、本文で「付与」と述べたのは、仮に外国の国法に発する判決効の「拡張」であるにせよ、その「拡張」は国内法によってはじめて認められることを強調したいためである。なお、「付与」と「拡張」をめぐる学説の対立については、中野貞一郎『民事執行法 (増補新訂 6 版)』(青林書院・2010 年) 193 頁を参照。

32) 参照、中野・前掲註 31) 192 頁、203-204 頁。給付を命ずる仲裁判断につき執行決定が確定した場合には、この執行決定と仲裁判断が合体して「債務名義」となる (民事執行法 22 条 6 号の 2)。同じことは、外国判決とこれに関する執行判決にもそのまま当てはまる (同 22 条 6 号)。

ここでの問題は、以上のごとく慎重な手続が ICSID 条約に基づく仲裁判断にもそのまま妥当するか否かである。この条約によって仲裁判断を「自国の裁判所の確定判決とみなす義務が課せられていることを重くみる立場からは、国内裁判所による給付判決と同じく、仲裁判断はそのまま——つまり国内法に基づく「承認」および「執行決定」を経由することなく——「債務名義」（民事執行法 22 条 1 項）として「執行」されうる、との見解も唱えられている。その所説によれば、先述の ICSID 条約 54 条 1 項は、本条約に基づく仲裁判断に承認執行拒否事由は端から存しないことを謳っており、そうだとすれば、同条約に基づく仲裁判断の「執行」に際して、国内裁判所による「執行決定」を経由させる必要は認められないという³³⁾。もっとも、ICSID 条約は他方で、「仲裁判断の執行は、執行が求められている領域の属する国で現に適用されている判決の執行に関する法令に従って行われる」との規定を置いている（54 条 3 項）。むしろこちらの規定に軸足を置くならば、もはや上記の結論を維持することはできないだろう。

III. 比較素材としての EU 司法裁判所

国内立法であれ、それに基づく行政処分であれ、公権力による規制措置の違法／合法をめぐって国外の紛争解決機関に何らかの拘束的な判断が求められる事態は、現今の日本にとっては馴染みが薄い。ところがヨーロッパに視野を拓けるならば、このような事態はいわば日常茶飯であり、それが司法権の国外委譲に当たるかどうかの議論も、少なくとも日本よりは喧しいように思われる。その代表例として、本節では EU 司法裁判所を取り上げ、これと国内統治機関との関係をドイツ公法学の視角から検討したい。

一. EU 司法裁判所の構造³⁴⁾

EU 司法裁判所は、EU 条約に基づきルクセンブルクに設立された欧州連合の裁判機関であり、「司法裁判所」「通常裁判所」「専門裁判所」によって構成される（19 条 1 項）。

このうち後述の先決裁定手続において EU 法の統一的解釈を示す主体となる「司法裁判所」は、各加盟国から 1 名ずつの裁判官によって組織される（同条 2 項）。これらの裁判官は、①独立性に疑義がなく、②自国において最高位の裁判官職に必要な資格をそなえるか、ま

33) 参照、横島路子「ICSID 仲裁判断の承認・執行——その手続と実効性を中心に」上智法学論集 53 巻 4 号（2010 年）307-350（335-336）頁。

34) 邦語文献として参照、庄司克宏『新 EU 法 基礎篇』（岩波書店・2013 年）130 頁以下。

たは法律家として卓越した能力をもつと認められる者の中から、加盟国政府間の共通の合意に基づき選任される（同条同項、EU 機能条約 253 条）。

「司法裁判所」の内部には、全員法廷の他に、15名の裁判官から成る大法廷（EU 司法裁判所規程 16 条 1 文）と 3 名または 5 名の裁判官から成る小法廷が置かれる。たとえば例外的に重要な案件の場合は全員法廷によって（同 4 文）、訴訟当事者たる加盟国または EU 機関が要求する場合は大法廷によって（同 3 文）審理が行われるものの、ほとんどの案件は小法廷によって処理される。

二. EU 司法裁判所の任務

先に言及された EU 条約 19 条 1 項は、EU 司法裁判所に「条約の解釈および適用における法の遵守〔の〕確保」を委ねている。冒頭の「条約 (die Verträge)」は「EU 条約」と「EU 機能条約」の双方を指すのに対して、遵守されるべき「法 (das Recht)」はこれら 2 つの基幹法のみならず、それに基づく派生法（規則・指令）、さらには一般的な法原則をも含むと説明されてきた³⁵⁾。すなわち EU 諸機関による活動が基幹法の枠内に収まるように、また加盟国の諸機関による EU 法の実施がその統一的な解釈の下に適正に行われるように、必要な統制をほどこす役割が EU 司法裁判所に期待されているのである。

そのための訴訟手続として、EU 機能条約は条約違反手続（258–260 条）³⁶⁾・取消訴訟（263 条）³⁷⁾・不作為違法確認訴訟（265 条）³⁸⁾・損害賠償訴訟（268 条）³⁹⁾等を整備しているところ、なかでも「最も重要性の高い訴訟手続」⁴⁰⁾が先決裁定のしくみ（267 条）で

35) Vgl. Bernhard Wegener, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV / AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 19 EUV Rn. 5, 10 f.

36) これは欧州委員会が加盟国を（または実際には稀少であるものの加盟国が別の加盟国を）相手どって提起する訴訟であり、加盟国の諸活動に伴う基幹法違反（両条約上の義務の懈怠）の有無が争われる。基幹法違反が認められる場合には、司法裁判所はその旨の確認判決を下す。EU 機能条約 260 条 1 項によれば、基幹法違反の認定を受けた加盟国には当該違反状態を取り除く義務が課され、かかる義務の不履行に対しては同条 2 項に基づき一括制裁金または履行強制金の支払いが命ぜられる。

37) ここで取消請求の対象となりうるのは、EU 機能条約 263 条 1 文に列記された EU 諸機関による諸行為——その筆頭に掲げられているのは立法行為 (Gesetzgebungsakt) ——である。加盟国、EU 諸機関（欧州理事會を除く）、欧州中央銀行と並んで私人にも出訴資格が与えられている。

38) これは EU 諸機関が基本条約に反して必要な行為を怠る場合にその違法性を争うための訴訟手続であり、取消訴訟と相補的な関係にある。

39) EU 機能条約 340 条 2 文は、EU 諸機関または職員がその職務の遂行に際して損害を与えた場合の賠償義務を規定（なお同条 3 文は欧州中央銀行の同様の賠償義務を規定）しているところ、同 268 条に基づき、私人によるこうした損害賠償請求訴訟もまた EU 司法裁判所の管轄に属している。

40) Vgl. Matthias Herdegen, Europarecht, 18. Aufl. 2016, § 9 Rn. 26. 邦訳として参照, M・ヘルデーゲン（中村匡志訳）『EU 法』（ミネルヴァ書房・2013 年）156 頁。

あることは論を俟たない。その詳細へ分け入る前に、この先決裁定手続がきわめて重要と目される理由を後続の検討の前提として確認しておこう。

第一に、基幹法たる両条約にせよ、派生法たる規則・指令にせよ、EU法は国内法に対して適用上の優位を占める。この「適用上の優位」は「効力上の優位」と一対の概念であり、EU法と抵触する国内法がただちに無効となるわけではないものの⁴¹⁾、加盟国の裁判所や行政庁には、国内法の規定をなるべくEU法と適合的に解釈する義務、そしてそれが不可能な場合に当該国内法の適用を排除する義務が否応なしに——すなわち加盟国の国内法による自主的な選択ではなく条約上の要請として——課されることとなる。

第二に、国内法への転換を要する「指令」はいうに及ばず、そうした転換なしに国内での直接的効力を有する「規則」も含めて、EU派生法の執行は各加盟国の権限に属する。それゆえ諸個人がEU派生法に基づく権利侵害を争う場合、かかる訴えの係属先は加盟国の国内裁判所となる⁴²⁾。すなわち国内機関による執行措置を伴わない(keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen)規則の場合を除いて、個人がEU派生法の制定・執行に対する取消請求を「司法裁判所」に申し立てることは認められておらず(EU機能条約263条4項)、EU派生法に関わる不服の訴えはすべて国内裁判所の管轄となる。

以上を踏まえるならば、国内法に基づく規制措置の場合はもとより、EU派生法に基づく規制措置であっても、そのEU法適合性に関する審査権は国内裁判所の手中に収まり⁴³⁾、EU法違反を理由とする国内法の適用排除も、EU基幹法違反を理由とするEU派生法の無効宣告も、ともに国内裁判所の判断に委ねられるように見える。けれども国内裁判所のかような割拠を許すとき、EU法の解釈は加盟国ごとに区々となり、条約誠実遵守の原則(EU条約4条3項)、EU派生法たる「規則」の直接的効力(EU機能条約288条2文)、そしてこれらを基盤に確立されたはずの「EU法の優位」⁴⁴⁾はもろとも崩れ去ってしまうだろう。以下にみる先決裁定のしくみは、このような意味での統一ヨーロッパの瓦解を防ぐべく、EU法の統一的解釈をねらって採用された訴訟手続ということができる。

41) Vgl. Herdegen (Fn. 40), § 10 Rn. 3. 邦訳167-168頁。

42) Vgl. Peter M. Huber, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofes zu den nationalen Gerichten, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 6/2, 2009, § 172 Rn. 13.

43) EU司法裁判所のみならず各加盟国の国内裁判所もEUの司法機関として機能している、と評されることがあるのはこのような事情による。邦語文献として参照、庄司・前掲註34)141頁。

44) 「国内法に対するEU法の(適用上の)優位」は、EU法上の明文規定によって支えられているわけではなく、「司法裁判所」の先決裁定を通じて確立された原則であり、ここに正しく先決裁定手続の並外れた重要性が看取される。参照、中西優美子「EU法の有効性及び解釈と国内裁判所の先決裁定付託義務 (I (1))」自治研究89巻9号(2013年)93-103(94-95)頁。

1. 先決裁定の対象

EU 機能条約 267 条 1 項によれば、「司法裁判所」によって下される先決裁定の対象は大きく 2 つに分かたれる。1 つは両条約（すなわち EU 基幹法）の解釈であり、もう 1 つは EU 派生法（を含む EU の諸機関・諸組織による行為）の効力および解釈である。

たとえば店舗の適正配置規制を定める国内法によって営業不許可処分を受けた民間業者が、本件処分の取消しを求めて争うなかで、当該国内法の EU 基幹法違反（たとえばサービス提供の自由を保障する EU 機能条約 56 条違反）に説き及ぶと仮定しよう。このとき EU 機能条約の解釈は紛争解決の行方を左右する争点となる。

他方、特定製品の EU 圏内への輸入規制を定める EU 規則によって課徴金納付命令を受けた民間業者が、本件処分の取消しを求めて争うなかで、当該規則の EU 基幹法違反（たとえば物の移動の自由を保障する EU 機能条約 30 条違反）を主張する場合はどうか。EU 機能条約の解釈はもちろん、それを踏まえた EU 派生法の効力が焦点となるだろう。

2. 先決裁定の付託主体

いま架空の設例として掲げた争訟の解決がいずれも国内裁判所の管轄となることは、既述のとおりである。そしてかように EU 法の解釈問題・効力問題と関わることとなった加盟国の裁判所が審理をいったん中断し、これに対する統一的な解の提示を「司法裁判所」に求める——すなわち上記 EU 法の解釈問題・効力問題を付託する——ことによって、先決裁定手続は動き出す。

このような先決裁定の付託は、加盟国の裁判所に常に義務づけられるわけではない。つまり国内裁判所は、眼前の争訟解決にとって EU 法の解釈や効力をめぐる決定が必要と考える場合に、これに関する先決裁定を付託「できる」（EU 機能条約 267 条 2 文）。ただし、上訴に服さない（すなわち終審の）国内裁判所が同様の考えに至った場合、かかる付託は義務的とされる（同条 3 文）⁴⁵⁾。

これに背いて必要な先決裁定が回避される事態は、条約上の義務の懈怠に他ならないから、既述の条約違反手続⁴⁶⁾による是正へと連なる可能性が高い⁴⁷⁾。さらに場合によっては、

45) 後述のとおり、下級審の国内裁判所であっても、EU 諸機関による行為の効力を否認することは許されていない。すなわち EU 派生法の EU 基幹法適合性に関するかぎり、これを疑う国内裁判所は終審にせよ下級審にせよ先決付託の義務を負う。参照、庄司・前掲註 34) 144 頁。

46) 前掲註 36) を参照のこと。

47) Peter M. Huber, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV / AEUV, 2. Aufl. 2012, EUV Art. 19 Rn. 44. 条約違反を確認する判決が下されたにもかかわらず、それでもなお加盟国が義務の不履行を貫く場合には、再度の審理を経て、最終的に課徴金または制裁金の賦課が可能とされている。

国内法の平面での違法性（正確には違憲性）も問題となりうる。ドイツにおいてその抛り所となるのは、基本法 101 条 1 項 2 文に規定された「法律の定める裁判官（gesetzlicher Richter）」による裁判を受ける権利である。すなわちドイツ連邦憲法裁判所によれば、EU 司法裁判所の裁判官も本条項にいう「法律の定める裁判官」に含まれる⁴⁸⁾。そして終審たる専門裁判所が必要な先決付託を恣意的に（willkürlich）怠ったとすれば、裁判を受ける権利の侵害として、当該判決に対する憲法異議が認容されるという⁴⁹⁾。かように違憲の判定が付託義務のあらゆる不履行ではなく、「恣意的な」懈怠の場合に限定されているのは、裏を返せば、EU 法の解釈・適用における専門裁判所の判断余地（Spielraum）に憲法裁判所の敬讓がそれだけ入念に払われていることを意味している。とはいえ、争訟の解決にとって避けて通ることのできない EU 法の解釈問題が横たわり、それに関する「司法裁判所」の決定は未だ示されたことがないにもかかわらず、意図的に先決裁定を逃れるといった専門裁判所の明らかな怠慢は、条約違反と同時に憲法違反の誹りを免れない⁵⁰⁾。

三. 先決裁定の効力

「司法裁判所」による先決裁定が法的拘束力をもつことは疑いを容れない。かかる拘束力の具体的内容もそれに服する国内機関の範囲も、先決裁定の対象に即した説明を要する。第一に EU 法の解釈問題に関わる先決裁定の場合、付託を行った国内裁判所は「司法裁判所」によって示された解釈に沿って当該 EU 法を適用しなければならない。行政処分の根拠法律（国内法）と EU 基幹法との抵触が疑われる先述の設例を念頭に、今すこし踏み込んだ解説を付すならば、「司法裁判所」によって示された EU 基幹法の解釈に従い、これともはや両立しないと判断されるかぎり国内法の適用を排除し、当該処分の違法を認定することが国内裁判所の義務となる。

第二に EU 派生法の効力問題に関わり、かつその無効宣告に至った先決裁定の場合には、付託を行った国内裁判所はもとより、それ以外の国内裁判所も、さらには国内行政官庁も当該 EU 派生法を無効な立法措置として取り扱わなければならない。このような意味において EU 派生法の無効を認定する先決裁定には「対世効」がそなわるところ、そうした効力の否認は「司法裁判所」の専権と解され、たとえ下級審であっても国内裁判所が先決裁

48) Vgl. BVerfGE 73, 339 (366 ff.).

49) Vgl. BVerfGE 75, 223 (228 ff.); 82, 159 (192 ff.).

50) Vgl. BVerfGE 126, 286 (315 ff.). 「司法裁判所」によって既に示された EU 法の解釈とは異なる解釈を先決裁定の新たな付託もないままにあえて採用する場合等、先決裁定付託義務の「恣意的な」懈怠の具体例が他にも言及されている。

定を経ないまま EU 派生法を無視することは厳に禁ぜられるという⁵¹⁾。

もつとも、EU 法の統一適用への希求に基づくこうした「司法裁判所」の専権性を前に、国内裁判所（とりわけ連邦憲法裁判所）に留保されるべき審査権（Prüfungsvorbehalt）の有無が激しい論争の的となったことは周知のところである⁵²⁾。

その 1 つ目は、EU 派生法による基本権侵害に関わる審査権である。たとえば「規則」の内容が基本法上の基本権保障に反する場合に、ドイツ国内におけるその直接的効力を容認できないとすれば、そうした「規則」の違憲審査権を連邦憲法裁判所に留め置く必要が生ずるはずである。ところが連邦憲法裁判所は、かような EU 派生法に対する違憲審査権をいちおう自らの手に留保しつつ、その行使には慎重な姿勢を示してきた。その初期の判示によれば、連邦憲法裁判所による統制はさしあたり、基本法に匹敵する基本権保障を EU 法がその構成原理としてそなえているかどうかの審査に限られ、これが肯定されるかぎり、連邦憲法裁判所は基本法の個別の基本権条項に基づく違憲審査権の行使を控えるという⁵³⁾。後に EU 司法裁判所との「協力関係（Kooperationsverhältnis）」⁵⁴⁾と表現される連邦憲法裁判所のかような自制は、近時いっそう際立っているようにもみえる。というのも、基本権保障の観点から EU 派生法の基本法違反を連邦憲法裁判所に申し立てる当事者（具体的規範統制の場合には通常裁判所および専門裁判所）は、EU 法における基本権保障が基本法によって求められる最低（unabdingbar geboten）水準を一般的に（generell）満たしていないことを立証しなければならない、と 2000 年以降の複数の判決において説示されているからである⁵⁵⁾。この判示は、EU 派生法に対する違憲審査権の行使を、〈基本法によって基本権として保護された法益が EU 法の平面においては EU 基幹法の構造的な欠陥ゆえにもはや実効的な保障に浴しえない〉というきわめて例外的な場面に限定しようとする連邦憲法裁判所の意向表明と理解されている⁵⁶⁾。

2 つ目は、権限踰越の統制（Ultra-vires Kontrolle）と呼ばれる審査権である。ここで

51) Vgl. Herdegen (Fn. 40), § 9 Rn. 31, 35. 邦訳 158-159 頁, 160 頁。

52) これはすなわち、「司法裁判所」による先決裁定を踏まえた通常裁判所や専門裁判所の確定判決に対して、当事者がさらに憲法異議を提起できるかどうかの問題、あるいは通常裁判所や専門裁判所が司法裁判所に先決裁定を求めた後に、さらに当該事案を連邦憲法裁判所へ移送すること（具体的規範統制）が適法か否かの問題である。参照、国際裁判所研究会「国際裁判所と国内裁判所（3・完）」上智法学論集 53 巻 4 号（2010 年）153-205（175-176）頁〔佐藤亨〕。

53) Vgl. BVerfGE 37, 271 (285); 73, 339 (387). あわせて参照、伊藤洋一「ヨーロッパ法における多元的法秩序間の調整問題について」新世代法政策学研究 4 号（2009 年）93（97-101）頁。

54) BVerfGE 89, 155 (175).

55) Vgl. BVerfGE 102, 147 (164); BVerfGE 123, 267 (334 f.). あわせて参照、齊藤正彰「部分憲法としての EU の可能性」同『憲法と国際規律』（信山社・2012 年）153-174（161-166）頁。

56) Vgl. Huber (Fn. 42), Rn. 67.

の権限踰越とは、一口に言えば「限定的個別授権の原則」(EU 条約 5 条 1 項)に背くこと、すなわち EU 諸機関がその活動にとって不可欠とされる EU 基幹法(両条約)の授権を踏み越えることである。そしてかように EU 基幹法の授権が枉げられる事態は、ドイツ国内議会による条約承認法律の授権が枉げられる事態でもある。たとえば EU 基幹法に反する EU 派生法は、同時にドイツ国内法(条約承認法律)にも反しており、ドイツ国内におけるその放漫な適用は基本法との抵触を免れないだろう⁵⁷⁾。このうち(イ)EU 派生法が EU 基幹法による授権を逸脱していないかどうかの審査は、もっぱら EU 法の解釈問題であるから EU 司法裁判所の専管に属するのに対して、(ロ)条約承認法律による授権を逸脱していないかどうかの審査は、国内法の解釈問題であり、そうだとすれば国内裁判所——とりわけ連邦憲法裁判所——の掌中に帰するはずである⁵⁸⁾。

ところが連邦憲法裁判所は、ここでも EU 司法裁判所との「協力関係」に敬讓を払ってきた。その具体的な中身として第一に、上記(イ)の審査が EU 司法裁判所の専権であることに鑑みて、国内裁判所はこうした越権問題の審査を先決裁定手続により「司法裁判所」に付託すべきだという⁵⁹⁾。換言すれば、EU 派生法の EU 基幹法違反については、まず「司法裁判所」に審査の機会が与えられなければならない、そこで適切な判断が得られなかった場合にはじめて——たとえば具体的規範統制手続(基本法 100 条 1 項)の類推適用を通して⁶⁰⁾——ドイツ国内における当該派生法の適用排除を連邦憲法裁判所が決定できるというのである。そして第二に、こうした国内不適用の宣告は明白な(ersichtlich)権限踰越の場合に限定されるという。EU 派生法を例に敷衍するならば、EU 機関たる閣僚理事会の立法行為が EU 基幹法による授権を明らかに(offensichtlich)逸脱し、そうした逸脱が EU と加盟国との権限配分において重大な意味をもつ場合——つまり権限逸脱が「限定的個別授権の原則」や法治国的な統治権の拘束に鑑みて十分に深刻(hinreichend qualifiziert)といえる場合——にはじめて、連邦憲法裁判所は権限踰越を理由とする EU 派生法の適用排除に踏み込むというのである^{61) 62)}。

57) Vgl. BVerfGE 89, 155 (188). 後掲註 60) も参照のこと。

58) Vgl. Huber (Fn. 42), Rn. 74; ders. (Fn. 47), Rn. 53.

59) Vgl. BVerfGE 123, 267 (353); BVerfGE 126, 286 (303 f.). こうした先決裁定付託の必要が基本法の EU 法親和性(Europarechtsfreundlichkeit)によって基礎づけられることについては、Vgl. Huber (Fn. 47), Rn. 57.

60) Vgl. Huber (Fn. 42), Rn. 78. その背後には、EU 基幹法の授権を踏み越えた(すなわち「限定的個別授権の原則」を破る)EU 諸機関の行為につき、その国内適用を認めることは基本法 23 条 1 項 2 文に対する違反に他ならない、との理解が控えていると考えられる。

61) Vgl. BVerfGE 126, 286 (304).

62) 本論において個別には取り上げなかった 3 つ目の枠組みとして、憲法同質性(Verfassungsidentität・憲法アイデンティティとも訳される)の審査が挙げられる。基本法は 1 条および 20 条に規定された諸原則(前者

以上をまとめるならば、眼前の司法事実に EU 法を適用し、もって紛争を解決するのは国内裁判所の権限である。さらに当該紛争の解決にあたって EU 法の解釈または効力に関する統一的な決定が必要かどうかを判定するのも、国内裁判所の権限である。とはいえ、かかる必要性が肯定される場合、国内裁判所——なканずく終審裁判所——にとって「司法裁判所」への先決裁定付託は義務的であり、そこで示された EU 法の解釈または効力の判断に国内裁判所は拘束される。すなわち「司法裁判所」が解釈するところの EU 法規定ともはや両立できない国内法について、国内裁判所はその適用を排除しなければならない。また「司法裁判所」が有効性を認めた EU 法について、国内憲法や条約承認法律の見地からの無効を宣告する権限はいちおう国内裁判所に留保されているものの、ドイツ連邦憲法裁判所はその行使にきわめて謙抑的である。

IV. 比較素材としての欧州人権裁判所

ヨーロッパにおいて司法権の国外委譲を連想させる素材は、EU 司法裁判所に限られない。公権力による権利侵害の違法性をめぐって、当事者としての個人が国外の紛争解決機関に訴えを提起し、そこで拘束的な裁定が下されるしくみといえば、欧州人権裁判所こそ典型例に当たるように思われる。以下では、前節と同様にドイツ公法学の視角から、欧州人権裁判所と国内統治機関との関係を描出してみたい。

一. 欧州人権裁判所の構造

欧州人権裁判所は、いわゆる欧州人権条約⁶³⁾に基づき 1959 年にフランス(ストラスブー

については人間の尊厳の不可侵、基本権の保障、後者については民主制原理、法治国原理等)につき、これらが基本法改正によっても放棄されえない核心であることを謳ったうえで(79条3項)、EUに対する「統治権の委譲」もこの限界に服するといわば念を押している(23条1項3文)。本条によれば、「統治権の委譲」は「連邦参議院の承認を得た法律によって」実現されるから、この限界づけは一次的には立法者に宛てられているとみることができる。つまり議会は、デモクラシーをはじめとする基本法の根本的な諸原則が放擲されてしまうことのないように留意しつつ、十分に明確な——つまり包括的・白紙的でない——授權によってEU諸機関による活動を枠づける憲法上の義務を負っているのである。連邦憲法裁判所はこれを議会の「統合責任(Integrationsverantwortung)」と位置づけたうえで、EU諸機関への具体的授權をめぐってこの観点からの審査権が自らの手に留保されていることを強調してきた。Vgl. BVerfGE 123, 267 (351 ff.). 以上の説明から察せられるように、上述の2つの審査権留保も、この「憲法同質性の審査」の一環と解することができるように思われる。この点については、山田哲史『グローバル化と憲法』(弘文堂・2017年)434頁をあわせて参照。

63) 正式名称は「人権および基本的自由の保護のための条約」である。

ル)に設置された。この条約は欧州評議会⁶⁴⁾において1950年に採択され、1953年に発効した。この短い紹介からすでに明らかなように、欧州人権裁判所はEUの機関ではなく、欧州評議会の機関とすることができる。

裁判官の数は締約国の数(現在は47ヶ国)と同数とされている(同条約20条)。裁判官は、①高潔な人格を有し、②高等の司法官に任ぜられるのに必要な資格を有する者または能力を認められた法律家でなければならない(同21条1項)。各締約国はこのような就任基準を満たす候補者3名のリストを提出し、その中から欧州評議会の議員総会が投票によって裁判官を選任する(同22条)。

欧州人権裁判所の内部には、5つのセクションが設けられ、47名の裁判官は必ずいずれかのセクションに配属される。それぞれのセクションに、単独裁判官制、3名の裁判官から成る委員会、7名の裁判官から成る小法廷⁶⁵⁾が置かれる。そしてこれらセクションごとの法廷とは別に、大法廷⁶⁶⁾が17名の裁判官によって組織される。

二. 欧州人権裁判所の任務

欧州人権条約によれば、欧州人権裁判所の任務は、同条約とその議定書の遵守を確保することである(19条)。こうした任務の十全な遂行を期して、この条約は2つの訴訟手続を準備している。1つは、締約国が別の締約国に対してその条約違反を訴える国家間の手続であり(同33条)、もう1つは、個人が締約国による権利侵害についてその条約違反を訴える個人申立ての手続である(同34条)。

このうち個人申立ての受理について、同条約は次の要件を付している⁶⁷⁾。そこには国内裁判所における救済措置がすべて尽くされ、かつ最終的な決定から6ヶ月以内であること

64) 欧州評議会は1949年のロンドン条約に基づいて設立され、現在では欧州47ヶ国が加盟している。この条約上の機関として、加盟国の外務大臣によって組織される閣僚委員会、各国議会の議員から成る議員総会、そして事務局長が置かれている。

65) 小法廷は、各セクションの長、訴訟当事国によって選定された裁判官1名、そして事件ごとに指名される5名の裁判官によって構成される(裁判所規則26条)。かように被申立国の希望する裁判官が必ず1名選任されるしくみは、個人申立人との対等性において疑義の対象となり得る。参照、小畑郁『ヨーロッパ地域人権法の憲法秩序化』(信山社・2014年)67頁。

66) 大法廷を構成する17名の中には、裁判所長、裁判所次長(2名)および各セクションの長(部長を兼ねる裁判所次長を除く3名)が必ず含まれる(規則27条3項)。また、訴訟当事国によって選定された裁判官も含まれる。それ以外の構成員は、事件ごとに籤引きで決定される。

67) 個人によって提起された申立ては、いずれかのセクションに割り当てられ、その長によって報告裁判官が指名される(規則48条、49条)。報告裁判官の付託しだいで、委員会または小法廷が当該申立ての受理可能性を審理し、ここで却下を免れた案件のみが小法廷における本案審理の対象となる。こうして本案審理に進む案件が全体の3~4パーセントに留まることとあわせて、小畑・前掲註65)67-68頁を参照。

が必要と定められている（35条1項）。その前提として同条約は、条約違反の措置に対する市民の実効的な異議申立てを可能ならしめる制度形成を各締約国に求めており（13条）、まずはこうして整えられた国内の救済制度によって人権侵害の認定と除去を実現させることがこの条約の基本的な構想なのである⁶⁸⁾。したがってドイツ連邦共和国に対する個人申立ての場合、欧州人権裁判所によるその認容判決は、常に当該事案に関する連邦憲法裁判所判決の修正を意味するだろう⁶⁹⁾。そして正しくここに、「司法権の国外委譲」を論ずる余地が生ずることとなる。

三. 欧州人権裁判所判決の効力

欧州人権裁判所による判決が法的拘束力をもつことは、欧州人権条約に明記されている。すなわち「締約国は、自国が当事者であるいかなる事件においても、（欧州人権）裁判所の最終判決に従うことを約束する」（46条1項）。もっとも、本条に基づき首肯できるのは「国際的な平面での法的拘束力であり、ヨーロッパ人権条約が国内的効力を有している国でも、判決が国内的効力やましてや執行力を有するとは限らない」と説明される⁷⁰⁾。

ここで欧州人権裁判所の判決に認められる国際法上の拘束力について、ドイツ連邦憲法裁判所は次のような解説に従っている。それによれば、「条約違反の認定判決からさしあたり帰結されるのは、条約当事国が、自らの活動は条約適合的だったという見解をもち主張できなくなることである」⁷¹⁾という。

この説示を根底的に支えているのは、第一に確認判決／形成判決の区別であり、第二に国家／国家機関の区別であると思われる。すなわち、欧州人権裁判所は個別の事案に限って人権条約違反を確認するのみであり、たとえば行政処分に対する取消判決を下すことは想定されていない⁷²⁾。そして、こうした確認判決に従うべき主体はあくまで「条約当事国」

68) Vgl. Hans-Joachim Cremer, in: Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK / GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, Kap. 32 Rn. 78.

69) Vgl. Oliver Dörr, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten, DVBl. 2006, S. 1088-1099 (1095).

70) 小畑・前掲註 65) 73-74 頁。

71) BVerfGE 111, 307 (321)。判決自身が明示するように、この部分は著名なハンドブックの解説に依拠して書かれている。Vgl. Jochen Abr. Frowein, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 1992, § 180 Rn. 14.

72) Vgl. BVerfGE 111, 307 (320)。もっとも、欧州人権裁判所による条約違反認定判決に従う義務、すなわち原状回復の義務が当該加盟国によって十全に果たされない場合には、同裁判所は申立人に対して「正当な満足」を与える（すなわち当該加盟国に対して金銭賠償を命ずる）こととされている（欧州人権条約 41 条）。このか

であって、その国内機関——立法府・行政府・司法府——ではない。つまり具体の行政処分について条約違反が確認された場合に、当事国は国家としてもはやこれと異なる結論を採用できず、さらに進んで原状回復の義務を負うものの⁷³⁾、これは条約違反のすみやかな治癒に向けられた「結果」の義務に他ならず、そこへ至る「手段」——すなわちどの国家機関のいかなる行為を通じて当該「結果」へ導くか——の選択はなお当事国の裁量に委ねられている⁷⁴⁾というのである⁷⁵⁾。

翻って国内法の平面においては、連邦憲法裁判所も欧州人権裁判所の判決に従う国家機関の義務を肯定する。すなわち「ドイツの公権力を担うすべての機関は (alle Träger der deutschen öffentlichen Gewalt) 原則として人権裁判所の判決に拘束される」⁷⁶⁾という判示がそれである。連邦憲法裁判所は、この「拘束される (gebunden)」という言辞について、欧州人権裁判所の判決を「顧慮する (berücksichtigen)」義務と言い換えたうえで、その含意を「高次の法、とりわけ憲法に反しないかぎり、欧州人権条約の規定をこれに対する欧州人権裁判所の解釈に従って眼前の事例に適用する」義務と解説している⁷⁷⁾。

もっとも、欧州人権裁判所への個人申立てに課された上述の要件——すなわち国内裁判所による終局的判決の先行——に照らすとき、ドイツの行政庁や裁判所にこのような「顧慮義務」を課すことは必ずしも容易でないだろう。というのも、行政処分を例にとるならば、たとえ条約違反の認定が人権裁判所によって下されたとしても、国内法の平面においては、

ぎりで欧州人権裁判所は、たしかに形成判決を下すことはないとしても、給付判決を下す権限を有しているといえることができる。

73) 継続中の条約違反についてはこれを停止する義務、過去の条約違反については可及的すみやかに条約違反の発生前の状態に復させる義務がそれぞれ課される。こうした原状回復の義務を欧州人権条約 46 条 1 項によって根拠づける解釈が、加盟国の統治権に服するすべての諸個人に人権条約上の権利・自由が保障されることを謳う同 1 条を補強する関係にあることも含めて、Vgl. Cremer (Fn. 68), Rn. 75 f.

74) 条約違反 (人権侵害) を引き起こす国家行為は、ほとんどの事例において行政行為または裁判所の判決とされる。このうち国内裁判所においては適法とされた行政行為が欧州人権裁判所において条約違反と認定された場合、これに従って原状回復を実現する手法は後述のとおり 1 つではない。Vgl. Jens Meyer-Ladewig / Kathrin Brunozzi, in: Jens Meyer-Ladewig / Martin Nettesheim / Stefan von Raumer, EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 46 Rn. 26. また、行政行為それ自体というより、その根拠となった法律規定に条約違反の瑕疵が認定されるケースについてはどうだろうか。この場合も当該条約違反を取り除く手法には複数の選択肢が考えられるはずであり、立法府による当該規定の改廃を実現させるか、それとも当該規定はそのままに条約適合的な解釈の追求によって従前の適用実務を改めるかの選択は当事国に委ねられると解される。Vgl. BVerfGE 111, 307 (325).

75) 以上の叙述については、ジャン・ポール コスタ (建石真公子訳) 「国際裁判所と国内裁判所との対話——ヨーロッパ人権裁判所の場合」国際人権 25 号 (2014 年) 3-12 (4-5) 頁をあわせて参照。

76) Vgl. BVerfGE 111, 307 (323).

77) Vgl. BVerfGE 111, 307 (329). この判示は直接的には国内裁判所の義務を明らかにする文脈上に位置しているが、その内容は国内行政庁の義務としても妥当すると考えられる。後掲註 89) および 90) もあわせて参照のこと。

当該処分⁷⁸⁾の適法性（有効性）はとうに確定済のはずだからである。国内裁判所によって違法ではないことが確定されたはずの行政処分について、その効力問題を蒸し返すことはそもそもいかにして可能なのだろうか。以下ではこの点に留意しながら、ドイツ国内の行政庁や裁判所にとっての「顧慮義務」の中身を析出したい。

1. 申立人のイニシアティブに基づく手続

ドイツの国内法は第一に、欧州人権裁判所において行政処分の違法認定（つまり勝訴判決）を得た当事者に、原状回復へ向けた手続のいわば開始請求権を与えている。すなわち国内的には決着がついたはずの公権的判断を人権裁判所の判決に沿って仕切り直すよう求める権利が、国内法によって当事者たる私人に特別に認められているのである。

その1つ目は、裁判のやり直し、つまり再審（Wiederaufnahme）の請求である。ドイツの民事訴訟法は再審事由の1つとして「欧州人権裁判所が欧州人権条約またはその議定書の違反を確認し、判決がかかる違反に基づく場合」を掲げるところ（580条8号）、行政裁判所法はこの規定を行政訴訟にも準用している（153条1項）。

この手続は3つの段階から成っている⁷⁸⁾。最初に、国内の行政裁判所（および憲法裁判所）において請求棄却の憂き目に遭った当事者（原告）が当該判決の条約違反を欧州人権裁判所に訴え、そこでの勝訴判決をもって行政裁判所に再審を申し立てる。次に、この申立てに理由のあることが肯定されなければならない。具体的には、行政裁判所の判決が欧州人権裁判所によって認定された人権条約違反「に基づく」といえなければならないところ、かかる要件の充足は、再度の審理を経た新たな判決によって条約違反が除去または少なくとも緩和されるか否かにかかっている。そして最後に、行政裁判所はあらためて同一事案の本案審理を行い、欧州人権裁判所の判決を「顧慮」しつつ——後述のように原則的にはこれにそのまま従いつつ——新たな判決を下すこととなる⁷⁹⁾。

2つ目は、行政処分のやり直し、つまり行政手続再開（Wiederaufgreifen des Verfahrens）の請求である。ドイツの行政手続法は、「官庁は、次に掲げる場合において、当事者の申立てに基づき、抗告訴訟によっては争い得ない（unanfechtbar）行政行為の廃止（Aufhebung）⁸⁰⁾ または変更を決定しなければならない」と規定し（51条1項）、その

78) Vgl. Ferdinand O. Kopp / Wolfgang-Rüdiger Schenke, VwGO Kommentar, 23. Aufl. 2017, § 153 Rn. 4.

79) Hans-Joachim Cremer, Die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als Wiederaufnahmegrund nach § 153 Abs. 1 VwGO i.V. mit § 580 Nr. 8 ZPO, in: FS f. Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 649 ff.

80) この Aufhebung は、争訟または職権による取消し（Rücknahme）および撤回（Widerruf）を含む上位概念とされる。Vgl. Hartmut Maurer / Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, §

具体的な場合の1つとして「民事訴訟法580条に基づく再審事由が存する場合」を挙げている(同3号)⁸¹⁾。取消訴訟の棄却によって有効性の確定に至った行政行為が本条にいう「unanfechtbarな行政行為」に当たるとは、連邦行政裁判所の数次の判例によって肯定されている⁸²⁾。すなわち国内の行政裁判所(および憲法裁判所)において敗訴しながらも、欧州人権裁判所において勝訴判決を得た当事者(原告)は、行政処分 of 違法性に関する問題をいわば蒸し返し、その取消しを所管行政庁に直接請求できるというのである。

この請求が厳密には2種の申立てから成り立っていることは、いまの説明に垣間みえるだろう⁸³⁾。1つは行政手続再開を求める申立て、つまり終局判決ゆえに本来であれば動かしがたいはずの行政処分の効力確定をいったん解くことに向けられた申立てであり、もう1つは違法な行政処分の取消し・変更を求める申立てである。前者に対する許否の判定は、行政手続法51条1項に定められた請求事由を満たしているかどうかの判定であり、この手続法的な関門が突破されることによってはじめて、後者に対する実体法的な判定—すなわち当該処分に取消し・変更を加えるべき理由が存するかどうかの判定—が下される。この新たな行政処分(Zweitbescheid)⁸⁴⁾に際して、所管行政庁は、やはり欧州人権裁判所の判決を「顧慮」しなければならない。

2. 行政庁のイニシアティブに基づく手続

上記2つの手続は、いずれも権利侵害を受けた当事者の申立てによって開始されるのに対して、そうした申立てを待たずに公権力が自発的に原状回復に着手する途も考えられる。もとより裁判所は適法な提訴を待つて動き出す受動的な機関であるから、かような自発的な処置が可能とすれば、それは行政庁自身の決定に基づく行政手続の再開であろう。この場合、当事者の申立てによって開始される先述の手続と同様、厳密には行政手続の再開それ自体の決定がまず先行し、新たな行政処分の決定がこれに続くこととなる。

これまでの叙述からすでに明らかのように、このうち第1段階の決定が行政庁の裁量的判断に委ねられることを自明の前提とすることはできない。こうした前提を受け容れるこ

11 Rn. 4.

81) 他に、「行政行為の基礎となった事実的状况または法的事実的状况が事後的に当事者に有利となるように変化した場合」(1号)および「当事者にとってより有利な決定をもたらしたであろう新たな証拠が存する場合」(2号)が請求事由として列挙されている。

82) Vgl. BVerwGE 82, 272 (274 f.); 95, 86 (88 f.). 他に、出訴期間の徒過によってもはや効力の有無を争えなくなった行政行為もこの概念に含まれる。それゆえ上述の行政裁判所法153条1項と行政手続法51条1項とは射程が異なることについて、Vgl. Cremer (Fn. 79), S. 684 Fn. 194.

83) Vgl. Maurer / Waldhoff (Fn. 80), Rn. 80.

84) Vgl. Maurer / Waldhoff (Fn. 80), Rn. 80, 87.

とは、取消訴訟の棄却によって確定に至ったはずの行政処分の効力を行政庁かぎりの判断でいったんリセットさせることに他ならないから、それを是とするに足りる法律上の根拠が望まれるところであろう。この点につき、たとえば連邦行政裁判所は次のような理解を示してきた⁸⁵⁾。

周知のごとく、いったん発出された行政処分の効力を行政庁の職権により否定する手段として、行政手続法は「取消し」(48条1項1文)と「撤回」(49条1項)を定めている。同法はさらに、国内裁判所において取消訴訟が不首尾に終わった当事者(原告)に行政手続再開の申立てを認める前述の51条1項につき、この48条1項1文および49条1項に何らの影響も与えないことをわざわざ断っている(51条5項)。そしてこれらの規定を綜合するならば、行政手続法は行政庁に対して、相手方当事者からの申立てがなくとも、あるいは同法51条1項に掲げられた要件⁸⁶⁾の存否にかかわらず、その裁量的判断に基づき行政処分の再考に着手する権限を与えているというのである。

それでは欧州人権裁判所が行政処分に対する条約違反の認定判決を下した場合、果たして行政庁はこの裁量権をいかに行使すべきであろうか。連邦憲法裁判所の判決を一瞥すると、行政手続の再開とそれに続く当該処分の効力否定が行政庁の「義務」といえるかどうかについて、煮え切らない説示が目にとまる。それによれば、「特定の行政行為の発出について人権条約違反が認定された場合に、所管官庁は、当該行政行為を行政手続法の規定に従って廃止できる」という⁸⁷⁾。けれども国内のすべての機関に課される人権裁判所判決への「顧慮義務」からすれば、国内裁判所による行政処分の有効性の確定を解いたうえで、欧州人権裁判所の判決に従った新たな行政処分を下す以外に、行政庁に残された選択肢は無いとみるべきであろう⁸⁸⁾。

3. 「顧慮義務」の基盤としての条約承認法律

以上のように、国内的には確定済といえるはずの行政処分の適法性(有効性)を、欧州人権裁判所の判決を契機にふたたび宙に浮かせるよう国家機関に求めているのは、国内法——具体的には行政手続法や行政裁判所法——である。そしてまた、これに引き続く新たな行政処分または判決にあたって、欧州人権裁判所の判決内容を十分に踏まえるよう求めているのも、以下に述べるように国内法である。

法律が国家機関に一定の作為を求めているのであるから、これらは端的に国内行政庁や

85) Vgl. BVerwGE 135, 137 (142 ff. Rn. 14 ff.).

86) 前掲註 81) を参照のこと。

87) BVerfGE 111, 307 (325). 傍点は引用者。

88) Vgl. Cremer (Fn. 68), Rn. 102.

国内裁判所にとっての「義務」に他ならず、欧州人権裁判所による条約違反認定判決を「顧慮（する）義務」と総称されてきたことは既述のとおりである。ここで便宜上、本来的には動かしがたい行政処分の効力に関わる前者の義務を「広義の顧慮義務」、そして再度の行政処分または判決に関わる後者の義務を「狭義の顧慮義務」と名づけたうえで、このうち「狭義の顧慮義務」が指し示す内容にあらためて光を当ててみたい。

連邦憲法裁判所によれば、「顧慮義務」は少なくとも次のことを求めるといふ。それは「関係する欧州人権条約のテキストや欧州人権裁判所の判決が考慮に入れられ（zur Kenntnis genommen werden）、国内での決定に携わる裁判所、所管官庁、または立法者の意思形成過程に流れ込む（einfließen）ことである」⁸⁹⁾。この「流れ込む」という表現の含意は一見したところ定かでないけれども、連邦憲法裁判所が同じ判決の中で次のように述べていることは有益な示唆を含んでいよう。「所管官庁または裁判所は、（欧州人権裁判所の）判決を明示的に（erkennbar）取り上げ、それにもかかわらず当該国際法に関する法的見解に従わない場合には、その理由を跡づけられるように説明しなければならない」⁹⁰⁾。

こうした判示に照らせば、本稿にいう「狭義の顧慮義務」とは、欧州人権条約のテキストを欧州人権裁判所の指示どおりに解釈し、同裁判所の判決に原則的にはそのまま従う義務のことであると解して差し支えないであろう。

同じ判決によれば、このような意味での「顧慮義務」は、「承認法律と結びついた欧州人権条約の諸規定ならびに法治国的要求（ドイツ連邦共和国基本法 19 条 4 項と結びついた同 20 条 3 項、59 条 2 項）によって」⁹¹⁾ 基礎づけられるという。同一の内容が「（欧州人権条約に対する）承認法律を経由してもたらされる義務」⁹²⁾ と記されていることにもあわせて着目するならば、連邦憲法裁判所のみるところ「狭義の顧慮義務」の根拠は、欧州人権条約それ自体ではなく、これに対する承認法律に存するのであろう。そして本稿にい

89) BVerfGE 111, 307 (324).

90) BVerfGE 111, 307 (324). 括弧内は引用者。なおこの判決によれば、かかる「顧慮義務」への違反に対しては、それによって基本法上の基本権が侵されたことを直接の理由として、連邦憲法裁判所に提訴することが可能でなければならないという。BVerfGE 111, 307 (329 f.)。このような判示の前提には、国内法の効力順位という視角からは通常の連邦法律と同位にすぎない欧州人権条約といえども、基本法における基本権条項の解釈にあたってこれを補助的に（als Auslegungshilfe）参照することはむしろ基本法上の義務とすら解される、との理解が根を下ろしている。BVerfGE 111, 307 (317, 329)。

91) BVerfGE 111, 307 (322 f.)。なお、ここで引用されている基本法の条文は、以下のとおりである。19 条 4 項「何人も、公権力によって自己の権利を侵されたときには、裁判所に出訴する道が開かれている」、20 条 3 項「立法は憲法的秩序に、執行権および裁判は法律および法に拘束されている」、59 条 2 項「連邦の政治的関係を規律し、または連邦の立法の対象と関わる条約は、それぞれ連邦の立法につき権限を有する機関の、連邦法律の形式での承認または協力を必要とする」。

92) BVerfGE 111, 307 (324). 括弧内は引用者。

う「広義の顧慮義務」が「狭義の顧慮義務」のいわば不可欠な前提としての位置を占めることに鑑みると、直接的には別の国内法（行政手続法や行政裁判所法）が規律を及ぼす前者についても、その究極的な根拠は承認法律に遡るといって差し支えないように思われる⁹³⁾。換言すれば、欧州人権裁判所の判決に国内法の平面における拘束力——すなわち国内の諸機関に対する拘束力——を与えている「源泉」は条約承認法律であり、「広義の顧慮義務」の直接的な根拠たる国内法もそうした拘束力の確実を期して整えられているという意味において、立法者自身による条約承認法律の補完ないし具体化なのである。

もっとも、条約承認法律にそこまでの意味を読み込むことはけっして自明の解釈ではない。というのも、欧州人権条約それ自体は欧州人権裁判所の判決に対する上述の意味での拘束力の付与を必ずしも要求しておらず、そうだとすれば、この条約を承認する法律もまたそのような拘束力の付与を志向してはいないと推し量るのがむしろ自然だからである⁹⁴⁾。にもかかわらず、欧州人権裁判所の条約解釈ないし判決に対する国内行政庁や国内裁判所の「顧慮義務」を承認法律から導き出すとすれば、その名称とは裏腹に、国内議会は欧州人権条約の単なる承認（国内適用の承認）に留まらない規範内容を承認法律の中に含ませたと理解することになるだろう⁹⁵⁾。そうすると、その理由——つまり国内議会は承認法律の内容として必ずしも条約の企図するところではない上述の「顧慮義務」をなぜ新たに規律したのか、あるいは厳密な言い方をすれば、承認法律はなぜそのように解釈されるべきなのか——が、次に問題となる。その回答として、基本法の底流を成す「国際法親

93) もっとも、当事者の申立てによって開始される再審や行政手続の再開とは異なり、行政庁による自発的な行政手続の再開については、行政手続法や行政裁判所法だけを根拠にその「義務」を語ることはできない。この場合には、いずれの「顧慮義務」もその直接的な根拠を条約承認法律に求めることとなるだろう。

94) 一般的に国際条約それ自体は「国家の」義務を国際法の平面において規律するに留まるものの、これが憲法所定の手続に従って「承認」されると、当該条約は国内法の平面における効力を獲得し、かくして国内法の一部となった条約規定を遵守する「国家機関の」義務が根拠づけられる。欧州人権条約に引きつけて再説するならば、これに対する承認法律（基本法 59 条 2 項）の成立に伴って同条約は国内法としての効力をもつから、国家機関は同条約の諸規定に拘束され、そこに定められた「人権」を侵害しない（あるいは尊重する）義務を負う。そして当該条約が「欧州人権裁判所の最終判決に従う」義務を定める以上、当該判決に即した原状回復を妨げない（あるいはそうした原状回復に協力する）という意味での「国家機関の」義務を語ることは可能であると思われる。とはいえ、欧州人権条約は既述のとおり原状回復の「結果」を希求するに留まり、他方でそうした「結果」が不十分にしか達せられない場合を見越して金銭賠償での解決さえ視野に取めている（41 条）のであるから、たとえば行政処分や行政訴訟の再審を各国に義務づけているとまでは解されないだろう。そうすると、同条約に対する承認法律をもって、本文に記した意味での「広義の顧慮義務」および「狭義の顧慮義務」を国内行政庁や国内裁判所に課する解釈もおよそ自明とはいえないはずである。

95) H・J・クレマーはこのことを指して、「国内立法行為としての承認法律は、欧州人権条約 46 条 1 項に基づく欧州人権裁判所判決に従う義務を受容 (rezipieren) すると同時に、これを修正 (modifizieren) した」と表現し、これは「欧州人権条約に対する承認法律を、この法律が欧州人権条約 46 条 1 項に基づく欧州人権裁判所判決に従う義務を修正し強化 (verschärfen) したと憲法適合的に解釈すること」なのだとして述べている。Vgl. Cremer (Fn. 68), Rn. 93 f.

和性 (Völkerrechtsfreundlichkeit)」の原則が浮かび上がることについては、本稿の末尾においてあらためて言及したい⁹⁶⁾。

V. 司法権の国外委譲とは何か

本稿がこれまでに検討してきた紛争解決のしくみは、少なくとも次の点において共通している。それは、紛争解決機関が国際条約によって設置されていること、そして同じく条約の規定によって当該機関（国際裁判所または仲裁廷）の決定（判決または仲裁判断）に法的拘束力が認められていることである。それゆえ条約締約国はいずれも、これらの紛争解決を国家として受け容れ、あるいはその過程において示された条約解釈に国家として従う義務を負っているということができる。しかしながら他方で、このような条約上の義務は国家機関の活動——なかんずく国内裁判所による司法権の行使——にいかなる影響を与えるか、そしてかかる影響の発生源はどこへ遡るかを仔細に観察するならば、安易な同一視は慎まれるべきであるように思われる。

以下では、ドイツ基本法にあらわれる「統治権の移譲」なる概念に着目し、司法権の国外委譲とは何のことかを問う視点から、グローバル化に伴う司法権変容の諸相を素描してみたい。

一. 「統治権の委譲」

ドイツの基本法は、国際機構に対する「統治権の委譲」を明文でもって容認している。「連邦は、法律によって、統治権 (Hoheitsrechte) を国際機構 (Zwischenstaatliche Einrichtungen) に委譲する (übertragen) ことができる」という規定がそれである (24条1項)。原語を添えて記された諸概念につき、まずは簡単な解説を加えよう。

1. 「統治権」

本条に基づき「委譲」の対象とされうるのは「Hoheitsrechte」であって、「Hoheitsgewalt」ではない、としばしば解説されてきた⁹⁷⁾。それによれば、「Hoheitsgewalt」は「国家の

96) 後掲註120)を参照のこと。

97) Vgl. Hermann Mosler, Die Übertragung von Hoheitsgewalt, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 11, 3. Aufl. 2013, § 175 Rn. 28, 33.

主権 (Souveränität)」と同義に解されるべき「総体としての国家権力」であるのに対して、「Hoheitsrechte」はかかる国家権力の構成要素たる「個々の統治権」を指すという。司法権がこのような「統治権」に含まれること、すなわち基本法 24 条 1 項が国際機構への司法権の委譲を許容していることは、明らかといってよいだろう。

2. 「国際機構」

統治権の委譲先を示すこの概念は、条約によって創設された国際組織を広く含むと理解されてきた。すなわち「国際機構」は条約に存立の根拠を有し、条約により委譲された「統治権」を行使するのである⁹⁸⁾。このとき「国際機構」は、自らの機関 (Organ) を通じて「自己の」統治権を行使するのであって、「ドイツの」統治権を行使するのではない。換言すれば、国際機構がその機関を通じて行使する「統治権」は、加盟国間の条約上の授權に基づく派生的な (abgeleitet) 権限ではある——つまり原初的な (originär) 権限ではない——ものの、これを「自己の」権限として手中に収め、「自己の」機関を通じて自律的に活動するところに、基本法 24 条 1 項にいう「国際機構」の特質が見出される⁹⁹⁾。

3. 統治権の「委譲」

本稿の考察にとって最も重要な分岐点を形成するのは、この「委譲」という概念である。字面どおりにこれを捉えるならば、国内から国外へ統治権を「譲り渡すこと (Abtretung)」と定義されるところ、判例・通説の一致した理解によれば、このような定義は適切とはいいがたい。というのも、「委譲」をかように狭い意味での「譲渡」と同義に解してしまうと、統治権の創設と配分を指示する憲法の基本構造が憲法改正によらずに改変される可能性を開く結果となるところ、基本法 24 条 1 項がこうした帰結を容認する趣旨とは解されないからである¹⁰⁰⁾。連邦憲法裁判所はかかる考慮に基づき、本条項にいう統治権の「委譲」について、次のような理解を提示した。

「基本法 24 条は、本来的には統治権の委譲を授權しているのではなく、基本法の妥当領域 (Geltungsbereich) におけるドイツ連邦共和国の排他的な支配権の要求 (Herrschaftsanspruch) が取り下げられ、国外に淵源をもつ法に国家の支配領域内部における直接的な効力および適用可能性が承認されるべく、国内の法秩序を（一定の限界内に

98) Vgl. Mosler (Fn. 97), Rn. 36.

99) 国際機構の自律性 (Autonomie) と当該機構の行使にかかる権限の原初性 (Originarität) との相違については、Vgl. Alexander Proelß, Bundesverfassungsgericht und überstaatliche Gerichtsbarkeit, 2014, S. 64 f.

100) Vgl. BVerfGE 37, 271 (279). 加えて狭義の「譲渡」であれば、統治権は元の在処を離れて別の新たな場所へ移るのだから、国内の機関は委譲された統治権を一切行使できなくなってしまう（ところ、基本法 24 条 1 項がそのような事態の招来をねらっているとは考えられない）との指摘もある。

において) 開放しているのである」¹⁰¹⁾。

この判示が意味するところを、以下では節をあらためて、さらに掘り下げてみよう。

二. 直接支配効

統治権の「委譲」に関わって、いま述べたように一方の極に統治権の「譲渡」と呼ぶべき営みが想起されるのに対して、もう一方の極には統治権の「制限 (Beschränkung)」と称すべき営みが想定されてきた。この「制限」という語は、基本法 24 条 2 項¹⁰²⁾の中で実際に用いられている概念であり、本条項の位置づけを反映して、従来は主として軍事同盟への加入が国内法へもたらす影響を測る文脈において言及されてきた。すなわち軍事条約に基づいて同盟軍の領空通過を受忍すべき義務、あるいは自国の(つまりドイツ連邦国防軍の)兵士を同盟機関の指令に服させるべき義務が国家に生ずるとして、これらは統治権の「制限」なのか、それとも単なる「制限」を超えて統治権の「委譲」へ至っているのか、という問いの立て方が学界に浸透したのである¹⁰³⁾。そしてこのとき、各々の厳密な定義はともかく、統治権の「委譲」とはその単なる「制限」を上回る強度の授権を意味するのだ、という認識がひろく共有されていたということが出来る¹⁰⁴⁾。

それでは、この「委譲」と「制限」を分かつメルクマールはどこに存するのであろうか。従来のドイツ公法学説にその回答を求めるならば、それは「直接支配効 (Durchgriffseffekt)」の有無である。つまり、国際機構の機関によって定立される二次法——これには裁判機関による判決も含まれる——が、加盟国国民の権利義務をダイレクトに基礎づけ、あるいは加盟国の国内機関にダイレクトに拘束的な指示を与えるかどうか。

101) Vgl. BVerfGE 37, 271 (280); 73, 339 (374).

102) 本条項は次のとおりである。「連邦は平和維持のために相互集団安全保障体制に加盟することができる。連邦はこのとき、欧州および世界の諸民族の間における平和的かつ永続的な秩序をもたらす、またこれを確保すべく、自らの統治権の制限に同意するものとする」。

103) この種の問題は、連邦憲法裁判所にとっても馴染みの深いテーマといえるだろう。たとえば 1984 年 12 月 18 日の判決においては、NATO 条約に伴う「統治権の委譲」の有無が判示の対象となった。このとき俎上に載せられたのは、アメリカの核搭載ミサイルをドイツ領内に配備する旨の NATO の決定に対する連邦政府の同意決定であり、その基本法適合性に関する判断の過程において、かようなミサイル配備の受入れを「統治権の委譲」とみるべきかどうか問題となった。連邦憲法裁判所は、ドイツ領内にアメリカのミサイルを配備させることそれ自体は未だ「統治権の委譲」に至らないとしつつも、当該ミサイルの発射を決定する権限がこの局面においては NATO の特殊な機関とみなされるべきアメリカ合衆国大統領に委ねられる点につき、基本法 24 条 1 項にいう「統治権の委譲」に相当する効果が認められると判断した。Vgl. BVerfGE 68, 1 (89 ff.). もっとも、本件ではもっぱらミサイル配備のためにドイツの領土が利用されることの受忍のみが主題となっており、後述の「直接支配効」がただちに肯定される局面ではないことから、この判示には少なからぬ学説が疑義を呈しているようである。Vgl. Mosler (Fn. 97), Rn. 20.

104) Vgl. Thomas Flint, Die Übertragung von Hoheitsrechten, 1998, S. 131.

より精確を期するならば、二次法のかような効力を当該国際機構の設立条約が要求しているかどうか。この一点が評価の分かれ目であり、そうした要求を含んだ条約に承認を与えること——すなわち当該条約に国内法としての効力を認めること——が「統治権の委譲」だということである¹⁰⁵⁾。

かように「統治権の委譲」といっても国際条約に対する承認には違いがないから、手続法的な視点からみれば、通常の承認法律（基本法 59 条 2 項）に基づく実現で事足りるようにも思われる。けれども有力な見解によれば、このような意味での「統治権の委譲」は、本来的には憲法改正を要する重大な営みであり、通常の承認法律と同列に論じることではできない。基本法が 59 条 2 項とは別に 24 条 1 項を置いたのも、かかる考慮の所産であり、憲法改正を経ずとも「統治権の委譲」を可能ならしめるところに本条項のねらいが潜んでいるというのである¹⁰⁶⁾。このような理解に従うならば、基本法 24 条 1 項に基づく「法律」には、通常の「条約承認法律 (Vertragsgesetz)」の機能のみならず、いわば「統治権委譲法律 (Übertragungsgesetz)」としての機能が付着しており、国際機構による二次法への「直接支配効」の付与を内容とする条約の場合、その国内法化は常にこうした特別な法律の所管と解されることとなろう¹⁰⁷⁾。

三. 司法権の委譲

如上の「直接支配効」を念頭に置くと、本稿が取り上げた紛争解決のしくみはどのよ

105) Vgl. Christian Tomuschat, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 24 (Zweitbearb. 1981), Rn. 8 f., 17.

106) Vgl. Tomuschat (Fn. 105), Rn. 17, 34.

107) 基本法 24 条 1 項と 59 条 2 項との関係は、未だ完全には解明されていないといわれる。基本法は 1992 年に、それまで 24 条 1 項の下で一元的に取り扱われていた「統治権の委譲」のうち、EU へのそれを括り出して 23 条 1 項を新設した。連邦は EU の創設・発展に協力すべく「連邦参議院の承認を得た法律によって統治権を委譲することができる」と定めるこの条項について、連邦憲法裁判所は 2009 年のいわゆるリスボン判決において「59 条 2 項の特別法」と位置づけた (Vgl. BVerfGE 123, 267 (387)). なお、基本法 24 条 1 項は連邦参議院の関与を求めておらず、その当否に関する議論が 23 条 1 項の新設に一定の影響を与えたとされる。このことも含めて、基本法 23 条 1 項の新設へ至る経緯について、岡田俊幸「ドイツ憲法の〈ヨーロッパ条項〉——基本法第 23 条をめぐって」石川明＝櫻井雅夫編『EU の法的課題』(慶應義塾大学出版会・1999 年) 129 頁以下を参照)。この判示に関するかぎり、おそらく 23 条 1 項と 24 条 1 項とを切り離すべき理由はないから、連邦憲法裁判所の理解に従うならば、24 条 1 項もやはり「59 条 2 項の特別法」たる位置を占めることとなるだろう。これに対して、両者の適用領域は重ならないとして、「統治権の委譲」には 24 条 1 項に基づく法律と 59 条 2 項に基づく法律の双方が必要とする見解も唱えられている (Vgl. Proelß (Fn. 99), S. 59 f.)。もともと、この後者の見解に立つにせよ、実務上 1 つの条約に対する承認法律は 1 つだけである。この単一の承認法律の中に二重の機能——すなわち〈当該条約規範の国内的効力を基礎づける機能〉と〈国際機構への統治権の委譲を基礎づける機能〉——を見出すかぎりでは、上記 2 つの見解に径庭はなく、上記の対立は、それぞれの機能を基本法のどの条文によって根拠づけるかの違いに帰着すると考えられる。

うに評価されるべきであろうか。それぞれの条約に対する国内議会の承認は、当該条約の単なる国内法化を超えて、「司法権の委譲」をもたらすといえるだろうか。本稿のいちおうの総括として、最後にこの問いを考えてみたい。

そうした考察の起点として、司法作用の文脈における「直接支配効」の意味を明らかにする必要があるだろう。条約に基づき国際機構に紛争解決機関が設けられることはその必須の前提であるから措くとして、そこでの決定にいかなる効力が認められるとき、「直接支配効」の存在が肯定されるのだろうか。この点につき諸学説の完全な一致が存するかどうかは定かでないものの、少なくとも次のような場合に「直接支配効」を肯定できることは、異論のないところであろうと思われる。すなわち、国際機構に設けられた紛争解決機関の決定が、①たとえば国内行政庁による処分を取消すことによって個人の権利義務を形成する場合、②国内裁判所による判決を取消または変更する場合、③国内裁判所による再審査なしに執行名義となる場合等がそれである¹⁰⁸⁾。

以下ではこのような視角から、欧州司法裁判所、欧州人権裁判所、そして投資条約仲裁廷の決定（判決または仲裁判断）をもって「司法権の委譲」を語ることができるかどうか、考察してみよう。

1. 欧州司法裁判所と「司法権の委譲」

EUの創設・発展への協力が「統治権の委譲」を伴うことは、これを個別的かつ明示的に認める条文（23条1項）がわざわざ基本法に整備されたことから明らかである。なかでも論究の対象とされてきたのは「立法権の」委譲であるものの¹⁰⁹⁾、EU司法裁判所との関係においては「司法権の」委譲が語られてきた。

その所説によれば、本稿においても最重要の訴訟手続として紹介された¹¹⁰⁾先決裁定のしくみは、「司法権の委譲」に該当するという。もっとも、着目されるべきはその理由であろう。既述のとおり、この先決裁定手続において、EU司法裁判所はたとえば国内行政庁による処分を取消す権限をもたないし、最上級審として国内裁判所の判決を変更するわけでもない。他方で、これら二つの裁判所には、次のような「協力」がEU条約によって強制されている。すなわちEU法の解釈または効力が結論を左右する案件の処理にあつ

108) Vgl. Tomuschat (Fn. 105), Rn. 41, 107.

109) EU機能条約は閣僚理事会（および欧州議会）にEU立法の権限を与えるとともに（294条）、そこで定立された「規則」に対して各加盟国の国内における直接的な効力を認めている（288条2項）。つまりEUの機関にはダイレクトに諸個人の権利・義務を規律する権限が与えられているから、かかる「規則」制定権をもって「立法権の委譲」を肯定することができる。

110) 前掲註40)を参照のこと。

て、国内裁判所はそうした解釈問題・効力問題につき EU 司法裁判所の見解を求めなければならず、しかもそこで示された判断に背いてはならない。換言すれば、両裁判所は共同で事件の解決に従事するところ、その中核的作業たる法解釈において国内裁判所は EU 司法裁判所に付き従う義務を条約によってダイレクトに課せられており、ドイツの公法学説はこの点に「司法権の委譲」を見出してきたのである¹¹¹⁾。

2. 欧州人権裁判所と「司法権の委譲」

翻って欧州人権裁判所は EU の機関ではないので、これについて「司法権の委譲」を論ずるとすれば、その舞台は基本法 24 条 1 項であろう。本条項にいう「国際機構」は、条約によって設立された国際組織を広く包括し、法人格の有無を問わないから、欧州人権裁判所もこれに含めて理解することに障害はないといわれる¹¹²⁾。問題は、当裁判所に「直接支配効」を伴う権限が与えられているか否かに収斂しよう。

一見したところ、これには肯定の回答がふさわしいようにも思われる。順を追って説明するならば、憲法所定の手続および形式に従って議会の承認を得た欧州人権条約には、国内法としての効力が認められる。そうすると、具体の行政処分が違法かどうかの判断には、欧州人権条約との抵触の有無も含まれる。そしてかかる終局的な判断権は、国内裁判所の掌中に帰するはずである。それにもかかわらず、欧州人権裁判所によって行政処分の条約違反が認定されると、これを適法として決着させたはずの国内裁判所の判決は蒸し返され、その再審または行政庁による処分再考が義務づけられる。このとき国内行政庁も国内裁判所も、原則として欧州人権裁判所による条約解釈には従わなければならない。こうしてみると、欧州人権裁判所に対して「司法権の委譲」が生じているように思えなくもない。

しかしながら、管見のかぎり、こうした結論はドイツ公法学説に皆無といってよい。それはひとえに、「直接支配効」の否定に基づいている。すなわち、先に述べた再審（または処分再考）の義務づけも、あるいは欧州人権裁判所の法文解釈に対する国内裁判所（または国内行政庁）の拘束も、条約によってダイレクトに課された義務ではない。欧州人権条約それ自身は、欧州人権裁判所の判決に対するかくも徹底的な追従を加盟国の国内機関に求めてはおらず、上記の義務はいずれも、国内法（直接的には行政裁判所法・行政手続法、究極的には条約承認法律）によるいわば自発的な選択の帰結にすぎない¹¹³⁾。換言すれば、欧州人権裁判所の判決に国内的な「支配効」を付与しているのは紛れもなく国内法

111) Vgl. Tomuschat (Fn. 105), Rn. 107.

112) Vgl. Cremer (Fn. 68), Rn. 86.

113) この点については、前掲註 94) を参照のこと。

であって、しからは条約それ自体に基づく「司法権の委譲」を語る土壌がここには欠けている、というのが学説の一致した見解なのである¹¹⁴⁾。

3. 投資条約に基づく仲裁廷と「司法権の委譲」

最後に、以上の分析を投資条約仲裁に応用することによって、ドイツにおいて未だ十分には論じられていない「司法権の委譲」の新たな可能性を探ってみよう。ICSID 条約に基づいて設置された仲裁廷が基本法 24 条 1 項の「国際機構」に当たることは、上述の説明に照らして明らかであるから、ここでも焦点は「直接支配効」の有無に絞られる。つまり、ICSID 条約ならびに個々の投資条約が仲裁廷の判断にどれだけの拘束力を認めているか、これこそが唯一の評価尺度となるだろう。

かかる考察に着手するドイツの先駆的な研究をみるかぎり、本件をもって「司法権の委譲」と結論づける立場は劣勢に甘んじることとなりそうである。その最大の理由は、形成権限の欠如——すなわち形成判決を下す権限が仲裁廷には欠けていること——である¹¹⁵⁾。既述のとおり、仲裁廷が当事国の具体の措置につき条約違反を認定するとして、その救済手段はたいてい当事国に対する損害賠償義務の確定に尽きるし、仮に原状回復を命ずるとしても、条約上たとえば行政処分を取消す効果が仲裁判断に与えられているわけではないからである¹¹⁶⁾。さらに付言すれば、投資条約は一般的に仲裁廷と国内裁判所との協働を予定しておらず、必ずしも国内裁判所における救済の先行を義務づけているわけでもない。それゆえ仲裁廷の判断が国内裁判所による判決を取消す（あるいは変更する）事態もおよそ想定の外へ追いやられる¹¹⁷⁾。

翻って投資条約仲裁に特有の事情を正視するならば、これとは異なる絵を描くことが可能かもしれない。この特有の事情とは、仲裁判断が確認判決ではなく給付判決に相当すること、しかも仲裁判断を「自国の裁判所の確定判決とみなして」執行するという（少なくとも文面上は）きわめて厳格な義務が ICSID 条約（54 条 1 項）によって課されていることである。この条約は他方で、仲裁判断の執行がその国で「現に適用されている判決の執

114) Vgl. Tomuschat (Fn. 105), Rn. 115; Cremer (Fn. 68), Rn. 87-89.

115) Vgl. Bernd Grzeszick, Völkervertragsrecht in der parlamentarischen Demokratie, NVwZ 2016, S. 1753-1761 (1757)

116) Vgl. Christoph Ohler, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, JZ 2015, S. 337-346 (342, 344).

117) もっとも、仲裁廷に対する申立てと国内裁判所に対する出訴との関係は個々の投資条約の規律に委ねられるから、後者による救済の先行を義務づける（または両者の同時並行を許す）制度設計も考えられるところである。ただ、このような制度の下で国内裁判所とは異なる仲裁判断が下され、その法的拘束力が認められたとしても、このことからただちに、国内裁判所のいわば上級審としてその判決を変更する権限が仲裁廷に与えられているとはいえないだろう。

行に関する法令に従」うことを宣明しているところ（54条3項）、おそらく学説の多数はこちらの規定に着目し、仲裁判断には「直接支配効」が具わっていないことを強調するであろうと思われる。これに対して、仲裁判断を「自国の裁判所の確定判決とみなして」執行する義務を額面どおり厳格に理解し、仲裁判断に対する執行力の付与が条約によってダイレクトに要求されていると捉える場合、換言すれば、執行手続の形成はいちおう国内法に開かれているように見えながら、仲裁判断に対する国内裁判所の統制の余地は条約によってダイレクトに否定されていると解する場合には、投資条約仲裁を「司法権の委譲」の新しい事例として加えることができるかもしれない¹¹⁸⁾。

VI. おわりに

(1) 本稿は、投資条約仲裁が国内の統治構造——なかんずく国内裁判所による司法権の行使——へ及ぼす影響に照準を定め、一方では「統治権の委譲」を明文で認める憲法典の存在によって、もう一方では欧州における裁判機関の並立によって、そうした議論の地平を先進的に拓いてきたと目されるドイツの判例・学説を検討してきた。

本稿が取り上げた EU 司法裁判所、欧州人権裁判所、そして投資条約仲裁廷は、いくつかの点において共通している。第一にその設置が国際条約に基づくこと、第二にもつぱら当該条約の解釈を任務とし、公権力の行使をめぐる締約国と私人との間の紛争解決に携わること、第三にそこでの解釈ないし決定に法的拘束力が付与されていることである。しかしながら、これら条約に基づく紛争解決機関と国内裁判所との絡み合いは一様ではなく、たとえば欧州司法裁判所の先決裁定手続のごとき同一事件の解決における両者の協働の義務づけは、他の2つの制度設計にはみられない。また、等しく単独での紛争解決が予定される場合であっても、欧州人権裁判所は公権力の行使に関する条約違反の認定（いわば確認の裁定）に主力を注ぐのに対して、投資条約仲裁廷は国家賠償義務の確定（いわば給付の裁定）を本務としている。こうした違いは、それぞれの紛争解決機関によって下される決定の効果に反映されるから、一口に「法的拘束力」といっても、その意味するところは各々慎重に考察されなければならない。

118) Vgl. Grzeszick (Fn. 115), S. 1757. この論攷は、EU・カナダ包括的経済貿易協定 (Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement: CETA と略称される) に基づく仲裁廷につき、そこで下される仲裁判断が形成的効果をもたないこと、仲裁判断の執行手続は各々の国内法による形成に開かれていることを理由に、本協定が「統治権の委譲」に該当することを否定する一方で、仲裁判断に対する国内裁判所の統制の余地が著しく限られていることに照らせば、これとは異なる結論もあり得なくはないことを示唆している。

(2) かような「法的拘束力」の分析にとって、「統治権の委譲」を単なる「統治権の制限」から分け隔てようとするドイツの通説的な試みは、有益な示唆を与えてくれる。そこで両者を分かつメルクマールとされてきた「直接支配効」なる概念は、もっぱら司法権の文脈に引きつけていえば、次の2つの要素から成るとみてよいだろう。1つは、国外の紛争解決機関による法文解釈ないし裁定に、国内行政庁または国内裁判所による先行判断を変更したり、あるいは後に控えるそうした判断を拘束したりする効果が認められることであり、もう1つは、そうした効果の付与を条約それ自身が要求していることである。むろん条約がみずから望んだ効果といえども、それを国内法として作用させるのは承認法律であり、国内議会によるその定立が「司法権の委譲」と位置づけられることとなる。

紛争解決機関を起ち上げ、その裁定に法的拘束力を付与する条約の承認が、必ずしも上述の意味での「司法権の委譲」に当たるわけではないことは、欧州人権条約の例に明らかである。この条約は、欧州人権裁判所の判決に紛れもなく法的拘束力を与えている（46条1項）。そしてドイツにおいては、当裁判所の条約違反認定判決に、国内的には完結済みと目される行政処分や行政訴訟の有効性をいったんリセットする効果が与えられ、この判決を十分に踏まえた新たな判断が国内行政庁や国内裁判所に義務づけられている。とはいえ、行政手続の再開にせよ行政訴訟の再審にせよ、欧州人権条約は欧州人権裁判所の判決にそこまでの効果を結びつけようとはしておらず、こうした制度の構築はどこまでも国内法による自発的な選択の帰結と解される。

投資条約に基づき国家賠償を命ずる仲裁判断がほとんどそのまま——たとえ国内裁判所による「執行決定」を経るとしても形式的な審査のみによって——執行名義とされる事態についても、これは国内法による任意の制度形成にすぎないのか、それとも投資条約それ自身による義務づけなのかを吟味する必要が生ずる。仮に前者だとすれば、それによって国内裁判所の司法権の行使に一定の制約が課されているにせよ、これをもって「司法権の委譲」と性格づけることはできない。

(3) ドイツの議論はおおむね以上のように整理できるとして、筆者には未だ釈然としないものが残る。それはおそらく、上に述べた国内法による自発的な選択の限界に関わっている。むろん条約上は課されていない義務を加盟国がみずから進んで国内機関に負わせること——それによって条約目的の実現にいつそう深くコミットすること——が、ただちに禁じられるわけでないというのはその通りであろう。そうやって国内裁判所に課された義務が、「直接支配効」によって彩られた「司法権の委譲」とは区別されることも理解できる。とはいえ、そうした国内法による制度形成が国内立法者の底なしの任意に開かれているはずはなく、そこには憲法上の一定の限界が厳存していよう。

たとえば国内裁判所の終局判決に宛がわれた効果、すなわち行政処分の適法性（有効性）を確定させる効果について、これをいったん消去する権限を国外の紛争解決機関に付与する場合、国内議会の承認を通じて国内法の一部となった条約規定について、国外の紛争解決機関によるその法文解釈に国内裁判所を従わせる場合¹¹⁹⁾、あるいは国外の紛争解決機関による給付的内容の裁定を執行可能な名義として承認する場合、仮に自発的な国際協調の一環として国内法がこれらの制度を採用したならば、少なくとも〈国内法による司法権の制限〉を語ることはできるのではないか。そしてこのとき、憲法典はそのような統治権の制限を本当に許しているのかどうか問われるべきなのではないだろうか。

連邦憲法裁判所がこうした憲法上の疑義を払拭する文脈において持ち出したのは、「国際法親和性の原則」であった。EUへの、あるいはもっと広く国際機構への「統治権の委譲」さえも明示的に容認する基本法は、ドイツの公権力が国際法——これには条約本体のみならず条約上の機関の定立する二次法も含まれる——と調和的に行使されることを求めている、という論法がそれである¹²⁰⁾。かくして欧州人権裁判所の法文解釈ないし判断に対する十分な顧慮を国内裁判所（または国内行政庁）に義務づける国内法は、憲法に反するどころか、むしろその誠実な遵守として積極的な評価に浴する。さらにそうした顧慮義務を、これを明示的には謳っていない国内法から導き出そうとする営みもまた、当該法律の憲法適合的な解釈として歓迎されうることとなる。

(4) 以上のようなドイツの経験から、日本の学説はどのような示唆を汲みとることができるか、最後に簡単に述べておきたい。

日本国憲法は、条約の承認に「法律」形式を求めておらず（73条3号）、承認成立のための要件は法律の場合のそれに比して緩やかである（61条）。日本の憲法学説が、かくも簡易な手続を通じて憲法の実質的な改正が行われてしまうことへの警戒を募らせてきたこ

119) このような問題が日本の憲法学とも無縁ではないことについて、高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリスト1244号（2003年）69-82（82）頁、同「国際人権論の基本構造——憲法学の観点から」国際人権17号（2006年）51-56（54-55）頁を参照。

120) 既述のとおり、基本法は23条1項においてEUへの「統治権の委譲」を、24条1項において広く国際機構への「統治権の委譲」を、それぞれ明示的に容認している。連邦憲法裁判所は他にも、国際法の一般的諸原則につき通常法律に対する優位を認めていること（25条2項）、国際条約を国内の権力分立システムの中へ組み込んでいること（59条2項）、相互集団安全保障システムへの加盟を認めていること（24条2項）、国際法廷（Schiedsgerichtsbarkeit）による国際紛争の平和的解決を求めていること（24条3項）、そして平和の破壊、とりわけ侵略戦争が憲法違反であると宣明していること（26条）を「国際法親和性の原則」の根拠として掲げている。Vgl. BVerfGE 111, 307 (318). この原則の多様な含意については、山田・前掲註62) 352-440頁による詳細な分析を参照。

と¹²¹⁾、さらにドイツにおいて、国際機構への「統治権の委譲」が本来的には憲法改正を要するマターと考えられてきたことをあわせて想起するならば、条約（とそれに対する承認）かぎりでも国外の紛争解決機関の判断に国内機関への直接的な拘束力を付与する試みは、現行憲法下においてきわめて慎重な検討に服さなければならないだろう。

しからば国内法がまったく自発的に、国内の司法判断に相当する効果を、国外の紛争解決機関の判断に認める場合はどうか。裁判制度の構築ないし形成はそもそも法律に委ねられているとはいえ、厳重な憲法改正手続が簡易な手続によって代替されてしまうことへの懸念をふたたび顧みるならば、ここにも憲法上の限界は観念されうる。

こうした違憲の疑いを回避する有力な論拠を日本国憲法の中に求めるとすれば、それは国際法規の誠実な遵守を謳った98条2項であろう。これまで法律に対する条約の優位を根拠づける場面においてのみ都合よく言及されてきたようにも見える¹²²⁾この条項について、そこに込められた意義を丁寧に説き明かすことは、日本の憲法学説に課せられた使命といえるのではないか。「統治権の委譲」を明示的には認めていない憲法典にあつて、この条項にどこまでの実質を読み込むことができるか。その検討は今後の議論に開かれている。

121) たとえば樋口陽一はこのことを明言している。「憲法の国際協調主義は、『自国の主権を維持し、他国と対等関係に立』つ（前文）ことを前提としたうえでのものであることを考えれば、『自国』に関する最重要事項として国民投票を含む硬い改正手続（96条）によらなければならない憲法変更を、憲法の条項と矛盾する条約を締結することによって可能にする結果となる条約優位説は、承認しがたい」（樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社・2007年）103頁）。憲法優位説（通説）が主としてこの論拠に支えられていることについては、芦部信喜『憲法〔第6版〕』（岩波書店・2015年）384-385頁を参照。

122) 参照、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）89頁。条約の承認に国会の承認を求める73条3号および「98条2項の趣旨からみて」法律に対する条約の優位を肯定するのが「当然の帰結であつたと解される」という。他方、憲法と条約との効力関係については、「国際協調主義という不明確な一般原則に大きくよりかかって条約優位を主張するのは、妥当ではない」（芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣・1993年）93頁）という論難が広く浸透している。これらの点については、齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社・2002年）27頁以下をあわせて参照。