

## EU における「法の一般原則」の行為規範性（三） －基本権保障問題を契機として－

福 王 守\*

### General Principles of Law as a Norm of Conduct in EU (3); as Viewed through the Protection of Fundamental Human Rights

Mamoru FUKUOH\*

#### Abstract

This paper tries to throw light on the significance of the “General Principles of EU Law” as a norm of conduct in international law. On the basis of Part 1 and 2, Part 3 tries to confirm the significance of the “General Principles of EU Law”, and survey the today’s issues of “fundamental rights”, “subsidiarity” and “proportionality”.

#### 問題の所在

#### I 裁判規範としての ICJ 規程第38条1項c

1. 実定国際法における行為規範と裁判規範

2. 一般国際法における「法の一般原則」の位置づけ

(以上23号)

#### II EU 法における「法の一般原則」の行為規範的性格

1. 機構法による基本権保障のあゆみ

2. 「法の一般原則」の行為規範的性格 (以上24号)

#### III EU 法形成における「法の一般原則」の評価と課題

1. 行為規範的性格を備えた実質的法源としての評価

2. 国内公法概念の援用と人権保障を通じた課題

小 結

(本号)

#### III EU 法形成における「法の一般原則」の評価と課題

以上、EU における基本権保障のあゆみを通じて、かつて不文の法原則であった、基本的人権、補完性および比例性がそれぞれ EU 法の明

文規定へと移行していく過程を検証した。これらを踏まえ、本章では EU 法における法の一般原則概念について、機構法の形成に向けた評価とともに関連する基本的課題を検討する。

#### 1. 行為規範的性格を備えた実質的法源としての評価

(1) 機構法への積極的な国内法原則援用の背景  
既述のとおり、一般国際法分野と比較して、EU 法分野において法の一般原則概念への依拠が積極的になされるに至った背景には、旧文明諸国における共通の法文化の存在が挙げられる。この点について、本稿との関わりから再度確認しておきたい<sup>105</sup>。

第二次大戦後における欧州統一運動の直接的契機は、1946年にチャーチル (W. Churchill) がチューリッヒで欧州全体に向けて行った演説にあるとされる。同演説によれば、ヨーロッパ

\*人文学部 国際文化学科

家族を再興すべきであり、その中でこそ欧州は平和に生きられる。そのためには一種のヨーロッパ合衆国としての具体的な組織を創設しなければならない。ここにおいて、まずはドイツとフランスの協力が必要であるが、その第一歩として地域的な国際組織を創設すべきである<sup>106</sup>。これを受け、48年には欧州統一運動国際委員会により、ハーグで「欧州会議 (Congress of Europe)」が開催され、「主権的権利 (Sovereign Rights)」に関する決議がなされている。すなわち、同会議は、ヨーロッパ諸国が自らの主権的権利の一部を移譲および融合することで共通の政治的および経済的活動を確保して共通の資源の統合および適切な発展に向けていく時期に至っていることを宣言する (第3段落)。どのようなヨーロッパ連合または連邦もその構成員の安全を確保し、外部の統制から自由でなければならない、また他のいかなる国家にも対立すべく指揮されてはならない点を考慮する (第4段)。連合ヨーロッパには喫緊の任務として漸進的に民主主義的社会体系を構築し、政治的な民主主義が人々を専制的な権力から保護するように、同体系の目的によってあらゆる種の隷属や経済的不安定性から人々を自由にするを命じる (第5段)。連合化または連邦化されたヨーロッパにおいてはドイツの統一のみがドイツ問題の経済的および政治的側面の解決をもたらすものであることを確信する (第6段)<sup>107</sup>。

そして、同決議の趣旨は、翌49年に制定された西ドイツのドイツ連邦共和国基本法において具体的に明文規定化されている<sup>108</sup>。同法第24条において、国際機構に対する国家主権の委譲が規定されるに至った。同条によれば、「連邦は、法律により、高権的権利を国際機関に委譲することができる<sup>109</sup>」。ここにおいて、「高権的権利 (Hoheitsrechte)」または高権的主権とは、国家の存立に関わる重要性をもちつつも国際機構

に委譲できる権利として把握される。同規定により、従来の主権概念は、国際機構に委譲することのできない、国家における最高かつ不可分の絶対的主権 (Souveränität)」として厳密に把握されることとなった<sup>110</sup>。

ただし、この時点において、高権的権利と絶対的主権を明確に区分する明確な基準は法的に明示されていない。その結果、ECでは共同体および構成国の権限について、いずれに属すべきか不明瞭な領域が生じた。これは機構法の立法過程においても、両者の権限配分の問題として顕在化していったのである。ECの設立時点において、機構の主要機関は、「議会 (Assembly, Parliament)」、「理事会 (Council)」、「委員会 (Commission)」および「裁判所 (European Court of Justice)」から成っていた (EEC条約第4条)。議会 (欧州議会) は、共同体に加入する国の国民の代表により構成され、この条約により与えられる決議および監督の権限を行使することとされた (EEC条約第137条)。同議会はECの国会に相当するが、実際は予算の可決権とECに関する問題についての諮問および監督権を有するにすぎなかった。理事会 (閣僚理事会) は、構成国の閣僚級の代表から構成され、ECの最高意思決定機関としてECの政策決定を行った (同条約第145条、146条)。この点で、同機関が実質的なECの立法機関として位置づけられていたといえる。委員会 (EC委員会) は、通常ECの執行機関と呼ばれており、立法過程においては提案機関としての位置づけがなされていた (155条)。委員会は構成国の合意に基づいて選ばれた委員から構成されていた。同委員会は、ECの内閣として各種の政策・法案・仮予算案の提出を行い、理事会の議決を経た後にそれらを執行した。また、1987年の「単一欧州議定書 (Single European Act, SEA)」に基づき、各機関の協力手続が導入さ

れている<sup>111</sup>。

上記の規定からも、共同体の立法定立権限がいずれの機関に属していたかは明確ではない。このため、基礎法と派生法という二重の機構法は必ずしも体系化されていなかったのみならず、多くの法分野について法欠缺領域が残された状態となっていた。この点につき、ECはその「設立に際して、一方で政治的には欧州議会に対して真の立法権限を帰着させることについて合意できず、しかし他方では共同体立法機関－閣僚理事会およびEC委員会－に対してこのような権限の充足を指示することもできなかったため、同時に何らかの実効的な統制機関を設立せずに裁判所による厳格な事後審査が想起された」と指摘されている<sup>112</sup>。したがって、曖昧な立法権限を付与された旧共同体の各意思決定機関に代わり、司法機関たる当時の「EC裁判所（ECJ）」に一定の立法的機能が期待されたのである。

ECJは1951年にECSCの主要機関として設置された後、3共同体設立以降はこれらに共通の司法機関として機能してきた。共同体法上、同裁判所は「基本条約の解釈及び適用について、法規の遵守を確保する」と位置づけられている（EEC条約第164条、ECSC条約第31条、EURATOM条約第136条）。その管轄権については、契約上共同体の管轄とすると明文で定められている場合を除けば、基本的には国内裁判所に属する（EEC条約第183条、ECSC条約第40条、EURATOM条約第155条）。ECJの扱う賠償訴訟の多くは、共同体の非契約上の損倍賠償責任を追及するものに限定されていた<sup>113</sup>。

しかし、立法上の位置づけに留まらず、自らの司法作用によって立法の事後審査を行うことで、ECJは共同体法の欠缺補充とその実効性確保を図る役割を担ってきた。その際に、ECJを通じて積極的に行われたのが、構成国の国内法や機構法全体の体系から導かれる法原則を

「法の一般原則（general principles of law）」として援用することであった<sup>114</sup>。ECJは司法作用を通じて、EC法の欠缺を補充する役割を果たしてきた。例えば、機構法の内容の中心は行政法であったにもかかわらず、特に第1次法には行政手続に関する規定が欠缺していた。このため、ECJは「特に一般行政法及び基礎法の領域において、不文の共同体法を定式化してきた」と指摘される。また、法の一般原則を確認する方法は一概には法則化できず、およそ法の比較を通じて発見していることから、「構成国の法秩序に共通な法の一般原則は『比較ヨーロッパ法（vergleichenden europäische Recht）』とも呼ばれていた<sup>115</sup>。

また、ECJによる法の一般原則の適用過程を段階的に分析する見解もある。すなわち、「第1は帰納的な段階であり、裁判所は特定の条約規定から一般原則を導き出す。第2は演繹的な段階であり、裁判所は当該一般原則の適用によって法廷における個々の問題に対する解決策に立ち至るのである。強調されるべきは、裁判所がこのように行動する際の法的判断の淵源が条約ではなく、法の一般原則だということである」。そして、法欠缺への対処を通じてECJが強く目指したことは、「常に共同体法の実効性を確保すること」であった。ここから『国内法に対するEC法の優位性の原理（a doctrine of supremacy of community over national law）』が導かれ、裁判所は本原理を確固として支持してきたのである<sup>116</sup>」。

## （2）行為規範的性格を備えた実質的法源としての評価

こうした背景の下、「基本的人権」、「補完性」および「比例性」は、いずれも法の一般原則としてEU法に関する国家実行を長期間に及び規律してきた。この点で、法の一般原則は裁判規

範に留まらない一定の行為規範としての役割を果たしてきたといえよう。この事実には照らすならば、法の一般原則はそれ自体が新たな法を生み出す事実上の契機および主体となっていたと（動態的に）把握できる点で、一定の実質的法源としての役割を果たしてきたともいえる<sup>117</sup>。とりわけ、基本権規定たる EU 条約第 6 条 3 項の定立過程において、法の一般原則は裁判実務を通じて条約規定の形成に大きく寄与している。

さらに、補完性原則および比例性原則の実践からは、法の一般原則が国際機構の民主的統制の重要な手段となっていることが確認できた。既述の通り、国内社会における民主主義は、欧州市民国家における立憲民主主義の文脈で捉えられてきた。自己のあり方を（市民）自らの責任で決定しようという自律性に至上の価値を置く「自由主義原理」を基礎として、市民国家たる法治国家では、治者と被治者の同一性を旨とする「民主主義原理」が成立した<sup>118</sup>。両原理を前提とし、個々の国民の人格の不可侵性を本質とした「個人の尊厳」を憲法の基本原理として、立憲民主主義（原理）が導かれている<sup>119</sup>。

一方、従来の国際法上の民主主義については、一般に独立した主権国家間の平等という観点から、主に国連等の国際機構内部における構成国の平等が論じられてきたにすぎなかった<sup>120</sup>。これに対し、EC および EU は国家主権の一部を高権的権利として移譲することで成立しており、機構の意思決定に様々な形で構成国が参加できる仕組みをもつに至った。同機構の民主主義は、従来の国際社会における場合と比べてより実効的に確保されようとしている点で、一歩進んだ性格を有していることが窺える。なお、民主主義については、リスボン条約によって 2009 年に新設された EU 条約第 2 編において独自の関連規定が設けられている。第 9 条から第 12 条までは「民主主義の原則に関する規定

(PROVISIONS ON DEMOCRATIC PRINCIPLES)」として定められている。第 9 条によれば、「連合はそのすべての活動において、市民の平等の原則を遵守し、市民は、連合の各機関及び各組織から等しく注意を払われる。連合市民権は、国民が有する市民権に追加されるものであって、それに代位するものではない<sup>121</sup>」。また、第 10 条は EU の運営における「民主主義」を明確に位置付けている<sup>122</sup>。

## 2. 国内公法概念の援用と人権保障を通じた課題

### （1）EU の基本権保障をめぐる裁判と「法の一般原則」間の衝突

しかし、法の一般原則の多義化と役割の深化に伴い、新たな課題も提起されてきている。本稿との関わりにおいて、それは基本権保障に伴う国内公法原則の援用問題であり、ひいては機構の民主主義にも関わる問題である<sup>123</sup>。

EU 設立当初より、機構法における人権全体を包括的に法の一般原則として規律することには、問題性も指摘されてきた<sup>124</sup>。それは、法の一般原則概念自体に内在する抽象性に深く関わる。一般に、私的自治を旨とした私法とは異なり、公法は国家統治権の恣意的な発動を抑制するために厳密に実定法で規律されるべき法分野である。にもかかわらず、EU における行政法分野の未整備を補完する目的で、「自然的正義」の原則が EU 法秩序に内在する法の一般原則として採用されている。また、国内社会において、国民とは国家に不可欠な構成要素であることから、その権利のあり方は現在でも基本的に当該国家の国内管轄事項である。特に、自由権的基本権は国家以前の権利であって、厳密に実定法が規律すべき公法分野に属する。このため、本来「人権の分野は極めて抽象的な法の一般原則のカテゴリーには含まれない」とも指摘されている<sup>125</sup>。事実、「法の一般原則」を判決の直接



的な淵源としたために、判示における明確性や客観性が疑問視される裁判例の存在も指摘されてきた<sup>126</sup>。

その典型例としては、1994年の“X v Commission”事件が挙げられる。本件はEC時代の89年に起きた事件であり、EC委員会臨時職員の採用審査時に応募者本人の同意なく実施された、エイズ検査に関する裁判である<sup>127</sup>。ここでは、応募者の「プライバシー権 (privacy)」保護と健康診断実施による「共同体の一般的公益 (general public interest)」が衝突した。92年の第1審裁判では、原告である応募者の訴えがすべて却下されたために、ECJが控訴審として法律上の審査を行った。その結果、委員会の行為が共同体の目的である一般的公益を逸脱しており、過度のプライバシー権の侵害であると判断されている。同判決を通じて、裁判所は欧州人権条約第8条および共同体加盟国共通の憲法の伝統に照らして、プライバシー権を共同体の法秩序が保護すべき基本的人権の一つであると認めている<sup>128</sup>。しかし、本判決全体の文脈からは、むしろ共同体の一般的な公益に合致する限りは「比例性原則」に基づく「基本的人権 (プライバシー権)」の制限を機構の目的に適った手段として認める、という趣旨が読み取れるのである。本件では、当時いずれも共同体法における不文の「法の一般原則」とされながらも、「EC法秩序に内在する原則」としての比例性が、「構成国の特性に由来する原則」としての基本的人権 (プライバシー権) に優先すると解されている。その判断基準も、結果的にはECJの自由裁量に委ねられていたといえよう。

今日、「基本的人権」はリスボン条約を通じてEU条約上の法原則として位置づけられている。しかし、現段階においても、個々の具体的な人権内容は条文として規定されていない。EU条約第6条1項1段により、EU基本権憲

章はEU条約およびEU機能条約と同価値をもつことが認められたものの、その適用に当たっては一定の制約が課されている (同項第2段、第3段<sup>129</sup>)。また、2018年10月現在、EUとしては欧州人権条約の加入には至っていない。

## (2) 比例性原則の本質的特徴と民主主義をめぐる問題

さらに、法の一般原則概念自体の抽象性は、機構の民主的統制問題にも影響を与えてきた<sup>130</sup>。EUでは、かねてから「民主主義の赤字 (democratic deficit)」と呼ばれる問題が提起されてきた<sup>131</sup>。一般に、国内社会における民主主義の制度的保障とは、普通選挙によって選出された議会が行政府を統制することを表す。EUの場合、民主主義の赤字概念とは、およそEU中核機関たるECの政策決定に欧州議会や加盟国議会が十分に統制できていない状態を意味してきた。EC内部の運営においては、むしろ説明責任を負わない理事会に立法権が委ねられ、加えて提案権を独占する委員会が過大な政治的権力を有してきた、と批判されてきたのである。よって、問題解決のためには国内における民主主義を対外的関係においても貫徹させるか、それが困難な場合には国家を超えた場での国際的決定を通じて何らかの民主的な統制手段を確保することが必要であると指摘されてきた。

ここにおいて留意されねばならないのは、比例性原則に内在する特性についてである。同原則に基づき、個々の目的達成に比例して採られねばならないEUの行動手段とは、およそ以下のことを意味するとされる<sup>132</sup>。各構成国の合法的な経済活動の制限が正当化されるのは、採られる措置が正当に追求されるEU全体の公共目的を達成するために適切かつ必要である場合に限られる。複数の適切な措置が選択肢として存在する場合、最も負担の少ない措置が選択され

なければならない<sup>133</sup>。制裁は、違反行為の重大性に比例しなければならない。また、他者にとって重要性が非常に低いことを達成するために、一定の者に負担を課してはならない<sup>134</sup>。一般的な共同体規範の適用が除外されるのは、その目的を達成するのに必要な内容に限られる。

しかし、上述のとおり、比例性原則は国内法に対する機構法の優位性を確保する目的でも適用されてきた。それは、同原則に本質的に備わった性質にも起因すると考えられる。比例性の概念自体は古代ギリシャ時代にまで遡ると指摘される。最も抽象的な定義としては、採られる行動がその目的に応じたものでなくてはならないことを意味するにすぎない<sup>135</sup>。実際の行動が当該目的に適った手段であることを判断する「基準」について、比例性の文言自体からは示されていないのである<sup>136</sup>。このように、比例性原則は統一的な基準をもたず、異なった文脈において異なった利益を保護するために用いられる点で、「開いた構造 (open texture)」という本質を備えており、事例毎に必要とされる司法上の精査の程度も異なっている<sup>137</sup>。

事実、EU 法においても、補完性原則が EU の目的達成と直接的に関わるのに比べて、比例性原則は技術的側面から補完性に基づく EU の行動自体の目的と正当性を規律するにすぎない。また、「補完性及び比例性原則の適用に関する議定書」においても具体的な審査の基準が示されるまでには至っていない。このため、基本権保障規定の欠缺に対する機構の不作为を契機として、現在まで高権的権利の委譲をめぐる問題が続いているのである<sup>138</sup>。

なお、リスボン条約によって、比例性原則の位置づけは以前よりも強調されている。とりわけ、連合の目的に関する新たな第3条第6項によれば、「機構は、諸条約中に自らに与えられた権限に相応しい適切な手段を通じてその目的

を追求する」と定める<sup>139</sup>。連合の権限に関する3原則を定める第5条以前の条項に、条約目的に応じた手段の正当性を説く比例性の趣旨が規定されており、EU の権限が段階的に強化されつつあることが窺える。また、リスボン条約政府間会議最終文書の「優越性に関する宣言」によれば、十分に確立された EU 裁判所の判例法に従って、EU 条約・EU 機能条約およびこれらを根拠として連合が採択した法は、同判例法が規定した諸条件の下で構成国の国内法に優越する。

したがって、同宣言の文脈からは、基本権保障をめぐる「比例性原則」の適用基準もまた、今後の判例法の蓄積により構成国の国内法に優先して形成されていくことが窺えるのである。

### (3) 条約上の新たな法原則としての課題

#### a. 構成国を通じた補完性原則貫徹の要請

ここにおいて、EU の民主的統制を図る上で、市民国家の立憲民主主義のあり方は参考となるであろう<sup>140</sup>。今日に至るまで、立憲民主主義原理は、個人の尊厳の内容を人権として具体的に把握し、「人権保障」原理を憲法の第1の派性原理としている。また、人権保障のための補助手段として、統治権力の抑制と均衡を旨とする「権力分立」原理が第2の派性原理とされてきた。さらに、人権保障のための補助手段として「国民主権」を第3の派性原理に導いた。これは本来、「権力分立」原理を徹底させるため、特権階級による制限選挙を否定して「全国民の国政参加」を通じた民主政治の貫徹を求めるものであった。ゆえに、立憲民主主義国家は、基本的人権を保障する手段として、国家の最終意思決定権を国民に与えているのである。それは、2つの要素を含む。第1は、制定された憲法に正当性の承認を付与できるのは、主権者たる全国民であるという「正当性の契機」である。第2

は、憲法制定後も権力濫用を防止できるのは、事実上の最終意思決定権者たる有権者であるという「権力性の契機」である<sup>141</sup>。

欧州市民社会を通じて形成されてきたかかる民主主義の重要性は、今日の EU においても構成国の国内法判決を通じて明示されている。特に、EU の民主的正統化に向けた補完性原則の貫徹の必要性は、強く主張されてきた。ここでは、関連するドイツの連邦憲法裁判所判決に言及しておきたい<sup>142</sup>。

東西統一後のドイツ連邦共和国では、1992年に基本法第23条の新設により「欧州連合のための諸原則」を規定し、国内憲法水準で EU が本質的な基本権保障機能を有していることを確認した<sup>143</sup>。しかし、同時にマーストリヒト条約の合憲性をめぐる裁判も提起された。1993年の「マーストリヒト判決」において、連邦憲法裁判所は EU が民主主義原理に基づく国際機構であることを認めながらも、ドイツの高権的権利の限界を越えた EU 機関の権力濫用行為に対しては、依然として同裁判所の審査が及ぶと判示した<sup>144</sup>。EU への加盟が民主主義原理とは矛盾しないものの、その前提として「国民に由来する正統性と影響力の行使が当該国家連合の内部においても確保されていなければならない」。すなわち、民主主義の原理は主権委譲を妨げないものの、前提として「国家結合 (Staatenverbund)」としての EU 自体が民主的なものでなければならない。そして、EU が「高権的任務を遂行し、そのために高権的機能を行使用するとすれば、これを各国の議会を通じて『民主的に正統化 (demokratische Legitimation)』しなければならないのは、まず何よりも加盟国の国民である」。同判決を通じて、ドイツ基本法第23条の主たる目的が国際機構による国家の基本原理の侵害防止であることが、改めて確認されている。

さらに、リスボン条約の批准をめぐる2009年の「リスボン判決」では、連邦憲法裁判所による新たな見解が示されている<sup>145</sup>。本件では、同条約の批准による基本法第38条1項の「選挙権」侵害の有無が、主な争点とされた<sup>146</sup>。連邦憲法裁判所は、同条約自体が基本法に違反しているとはいえないとした上で、裁判所としての基本姿勢を確認している。

すなわち、欧州統合への授權は、基本法がドイツ憲法秩序に定めているものとは異なる政治的意思形成の形を許容する。これは、不可譲な「憲法上の一体性 (Identität der Verfassung)」の境界にまで妥当する。ただし、民主主義的自己決定及び公権力への平等な参加の原則は、平和及び統合の任務並びに「国際法への友好性原則 (Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit)」によっても不可侵とする (第219段)。基本法は、欧州統合及び国際平和を望んでいるため、国際法への友好性原則のみならず、「ヨーロッパ法への友好性原則 (Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit)」が適用される (第225段)。基本法は EU に対する高権的権利を委譲する権利を立法者に委ねている。しかし、この授權は委譲の際に絶対主権的憲法国家性 (Souveräne Verfassungsstaatlichkeit) が権限付与原則に従った統合計画を基礎にすること、同国家性が憲法上の一体性の尊重の下に保護されること、また、構成国自らが責任を負う、生活関係の政治的及び社会的形成能力を喪失しないことを条件とする (第226段)。ゆえに、基本法は、委譲された権限の行使から EU に対してさらなる権限が独自に創造されるような高権の委譲をドイツの国家機関に許容していない。基本法は「権限的権限 (Kompetenzkompetenz)」の委譲を拒否する (第233段)。権限付与原則は、ヨーロッパ法上の原則であるのみならず、構成国国家の一体性を尊重するという EU の義務及

び構成国の憲法原則を受け入れたものである（第234条）。ヨーロッパ法は条約主体たる構成国の憲法制定権力を尊重しており、その義務は憲法の不可譲でありかつその限りで統合の影響を受けない一体性に適合するものである。ドイツ連邦憲法裁判所は、適宜自らの管轄内において、これらの原則の遵守状況を審査しなければならない（第235条）。

また、連合水準で権利保護が行われない場合、連邦憲法裁判所は欧州機関の法的行為が共同体法及び連合法の補完性原則を遵守し、権限付与原則に従って付与された自らの高権的権利の範囲内にあるのかを審査する。さらに、同裁判所は、基本法第23条1項3文及び関連する第79条3項に基づく基本法上の憲法一体性の不可侵的な中核部分が保護されているかを審査する。憲法上の要請である同審査権限は、基本法における「ヨーロッパ法への友好性原則」に従って行使されるものであり、ゆえに「誠実な協力の原則（Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit）」に反するものではない（第240段）。高権的権利の種類及び範囲においても、また自律して行動する連合権力を組織的及び手続的に形成する上でも、EUの形成は民主主義の原則に適合しなければならない（第244段）。

その上で、EUの民主主義は現在の統合段階で国家類似的には形成されていないと裁判所は指摘する（第276-297段）。ゆえに、EU法の優位は、無制限のものとして認められたのではなく、これまでの判例で確認されている範囲での適用の優位であり、例外的かつ特別の場合には裁判所が「権限逾越に基づく統制」および「憲法上の一体性に基づく統制」を行使しようとした（第331-343段）。

#### b. 機構の民主的統制に向けた補完性および比例性原則の課題

したがって、ここにおいて改めて重要となる

のが、EU条約第7議定書としての「補完性及び比例性原則の適用に関する議定書」の趣旨である<sup>147</sup>。同議定書前文によれば、「締約国は諸決定ができる限り連合市民のために行われることを確保するように願い、欧州連合条約第5条に規定された補完性及び比例性原則の適用に関する要件を確定し、これらの原則の適用を監督する体制を確立することを決議」すると述べる。いずれの機関も補完性及び比例性原則の誠実な尊重を確保しなければならない（第1条）。委員会は立法行為を提案する前に意見を求めなければならない（第2条）、適宜、予定される行為の地域的規模を考慮しなければならない。なお、同議定書の目的に関して、「立法行為案（draft legislative acts）」とは、一定の立法行為を採択するための委員会からの提案、一連の加盟国からの発議、欧州議会からの発議、司法裁判所からの要請、欧州中央銀行からの勧告及び欧州投資銀行からの要請を意味する（第3条）。委員会、欧州議会及び理事会は立法行為案及び同修正案を、連合立法者と同時に国内議会に送らなければならない（第4条）。立法行為案は補完性及び比例性の原則を尊重することより正当化されるものとする。いずれの立法行為案も両原則を遵守していることが判断できる詳細な意見を含まなければならない（第5条）。また、委員会は毎年欧州議会、理事会及び国内議会に対して、欧州連合条約第5条の適用に関する報告書を提出しなければならない。この年次報告はまた経済社会委員会及び地域委員会に送付しなければならない（第9条）。

同議定書が明示するとおり、機構による立法行為は連合市民のために行われるものである。比例性原則が機構に有利な公共利益の根拠とならぬよう、構成国およびEU各機関によって補完性原則および比例性原則の適用状況を監視しつづけなければならない。今後とも、権限付与



原則との関わりから両原則を検証していく必要がある<sup>148</sup>。

## 小 結

実定国際法学における法の一般原則概念は、適用法規不在による裁判不能を回避すべく、1920年のPCIJ 規程に明文をもって導入された。この意味で、ICJ 規程第38条1項cは、これまで裁判規範としての役割に留まってきた。一方、第二次大戦後の様々な国際裁判の実務を通じて、法の一般原則概念はより多義的性格を備えつつ国際法と国内法を連結する役割を果たしてきている<sup>149</sup>。これが顕著に現れているのがEU 法分野であった。基本権保障を通じたEU 法実務からは、法の一般原則概念がより多義化されて深化していく過程が確認できる。とりわけ、基本的人権、補完性および比例性原則は、EC の時代より不文の法原則として長期に及び把握されてきた。法の一般原則概念は、裁判においてのみならず、これらが条約上の新たな法原則になるまでの国家実行を支えてきた。ただし、仮に裁判規範であり行為規範であっても、従来の実定国際法の枠組みにおいて、法の一般原則自体は形式的法源にまでは到達しないと考える。なぜならば、「各国の国内法で共通に認められた原則が、明示的な合意をとまえば（それは）条約となり、法的確信を経て国際社会に実行されれば国際慣習法となる」からである。また、「形式論として、法の一般原則が国際司法裁判所の裁判基準とされるのは、その基準を認める条約（規程）があるからであり、その意味で、この場合の法源は、先行する規程（条約）そのものであり、法の一般原則ではないとも考えられる」とも指摘されてきた<sup>150</sup>。

さらに、合意に基づかない法概念への過度の依拠は、国家主権の独立性という実定国際法学の前提を徐々に狭めながら、国家間の力関係を

法秩序の關係に一層反映させることにも通じることになる。EU における民主主義と主権委譲の問題は、このことを顕著に示すものといえよう。かつて、ローターパクトは1927年の著書「私法の淵源と国際法への諸類推」において次のように述べている。「未組織の共同社会（an un-organized community）」である国際社会においては、「あらゆる優勢な利害関係それ自体が法として主張される。本論文は、私法がかつてこれらの要因のひとつであり、また現在においてもそうであることを示すものである。」そして、同書では私法類推の問題に関する経験主義的かつ社会学的な取扱いの必要性が指摘されている<sup>151</sup>。戦後の国際社会の組織化が最も進んだ欧州では、EU の民主主義確保との関連において、人権保障を契機とした公法概念の類推問題が生じてきた。一般国際法の分野においても、例えば国際刑事裁判所（ICC）の法実務からは、国内公法の類推問題とともに、機構の民主的運営の確保に向けた補完性原則の役割が指摘されている<sup>152</sup>。未成熟な国際社会において、個々の国内法原則が国際立法過程に果たす役割と課題を検証することは、PCIJ 規程設置から約1世紀になろうとする現代においても一定の意義をもつものと考ええる<sup>153</sup>。

## 注

<sup>105</sup> 拙稿、前掲法学新報第120巻9・10号掲載論文、660頁以下

<sup>106</sup> 金丸輝男編著、前掲書、16頁；中原喜一郎前掲論文、385頁以下；see, W. Lipgens and W. Loth (ed.), *Documents on the History of European Integration* Vol.3, 1988, pp.663ff.

<sup>107</sup> 同会議での政治決議では、「連合(Union)」または「連邦(Federation)」という対立的妥協的表現が窺える。一般国際法上、国家連合自体は限られた国際法上の主体に留まり、その構成国家は対外的国家主権と国際法

主体性を維持する。連邦の場合、連邦構成国（支邦、支分国、州）は国際法主体性を失い、構成国間の関係は国内法上の関係とされて外交および国際機構への加盟等の権能は連邦に帰属する。欧州統合運動の過程からは、連合主義を連邦主義に向けた段階として捉えることができる（国際法学会編、前掲国際関係法辞典（第2版）、894頁；金丸輝男編著、前掲書、17頁；中原喜一郎、前掲論文、385頁；*Congress of Europe: The Hague-May, 1948: Resolutions*, London-Paris: International Committee of the Movements for European Unity, 1948, p. 16 at Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (CVCE) HP）。

<sup>108</sup> 拙稿「ドイツ基本法における「国際法への友好性原則」」『駒沢女子大学研究紀要第19号』、2012年、26頁以下。

<sup>109</sup> *Thomas Flint, Die Übertragung von Hoheitsrechten*, 1998, S.89ff. (96)；高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第6版）』信山社、2010年、225頁；Vgl. Hans. D. Jarass, Bodo. Pieroth, *Grundgesetz Kommentar* (12.Aufl.), 2012, S.589ff. zu Art.24.

<sup>110</sup> 山田晟『ドイツ法律用語辞典』大学書林、1993年、322、583頁。

<sup>111</sup> SEA は、ローマ条約の修正条約である。1985年の「域内市場白書」を受けて、同議定書は経済統合達成の期限1992年12月31日に設定した。また、閣僚理事会における特定多数決方式の採用を行い、各加盟国の人口割合等に基づく加重的な票数配分が行われることとなった。また、修正 EEC 条約第149条により議会の役割は強化され、1法案を2回修正できる権限を与えられている（吉野正三郎編著、前掲書、298頁；山根裕子、前掲『EC 法』、11頁以下、69頁以下）。

<sup>112</sup> Schweitzer, a. a. O., S. 104.

<sup>113</sup> なお、付託件数の著しい増大から1989年に第一審裁判所が付置された。管轄権の対象となるのは、EU と EU 職員の紛争、個人と委員会の訴訟、EU 競争法事件及び損害賠償請求訴訟であった（国際法学会編、前掲国際関係法辞典（初版）、37頁）。

<sup>114</sup> 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要第18号掲載論文、55頁。

<sup>115</sup> Schweitzer, a. a. O., S.17.

<sup>116</sup> Hartley, *op. cit.*, pp.137ff.

<sup>117</sup> 拙稿「EUにおける「法の一般原則」の行為規範性（一）」『駒沢女子大学研究紀要第23号』、2016年、17-18頁。

<sup>118</sup> 本稿では原則を生み出す根本的価値観を原理（doctrine）として捉えることとする。また、原理から派生する基本的な価値観を原則（principle）として捉える。原則には例外が伴う場合が想定される。これらに基づく個々の具体的な法規範を、法規則または規定（rule）として捉えることとする（法令用語研究会編、前掲有斐閣法律用語辞典（第4版）、313頁；栗田賢三・古在由重編、前掲書、72-73頁）。

<sup>119</sup> 近代憲法は、生来的な人間の自由および平等という自然権思想を、国民に憲法制定権力が存するという考えに基づいて成文化した法である、とされる。自然権としての人権（自由の原理）と国民主権（民主の原理）とが、ともに「個人の尊厳」原理に支えられて、不可分に結び合っている共存の関係にあるのが近代憲法の本質であり理念である（芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第6版）』岩波書店、2015年、397-398頁）。

<sup>120</sup> 既に戦後の復興期において、国際社会の組織化に伴って民主主義の精神や原則が国際人権保障の分野で相当程度に実現されてきている、との指摘がなされている（横田喜三郎「民主主義と国際法」『民主主義の法律原理（SE版）』所収、有斐閣、1985年（1952年初版）、178頁以下、193頁以下、211頁）。

<sup>121</sup> Art.9: In all its activities, the Union shall observe the Principles of equality of its citizens, who shall receive equal attention from its institutions, bodies, offices and agencies. Every national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship.

<sup>122</sup> 第10条1項「連合の運営は、代表民主主義に基礎を置く。」

同条第2項「市民は、連合の段階では欧州議会において直接的に代表者となる。加盟国は、欧州理事会ではその国家元首又は政府の長が、また理事会ではその各政府が代表し、当該政府は国内議会又はその市民に対して民主的に責任を負う。」

同条第3項「すべての市民は、連合の民主的運営に参加する権利を有する。」

同条第4項「欧州レベルの政党は、欧州の政治意識の形成及び連合市民の意思の表明に寄与する。」

<sup>123</sup> 拙稿、駒沢女子大学研究紀要第18号掲載論文、68-69頁。

<sup>124</sup> 拙稿「実定国際法における国内公法概念の類推」『敬和学園大学研究紀要第12号』2003年、115頁以下。

<sup>125</sup> それえゆえにこれまで本原則は、権利濫用の禁止や法的安定性といった統治権の発動のための行為基準としての役割にとどまってきたのである（Betten/Grief, *op. cit.*, p.57）。

<sup>126</sup> 拙稿「法の一般原則」と国内法の衝突に関する一考察『敬和学園大学研究紀要第10号』、2001年、185頁以下。

<sup>127</sup> 原告はEU職員採用試験に際して本人の同意なくエイズ検査を受けさせられた結果、陽性であることを理由に採用を拒否された。第1審裁判所の判決では、健康上の秘密を守る権利がエイズ検査にのみあてはまるとして、プライバシー権を限定的に解した。結果として、裁判所は採用にあたる原告の非協力的な態度などを理由として訴えをすべて却下し、委員会の採用拒否決定を有効とした。控訴審では法的争点のみが審査され、本件では検査に至った過程が原告のプライバシー侵害にあたるのが争われた（山根裕子、前掲ケースブックEC法、92頁以下；Betten/Grief, *op. cit.*, p.63; see, Case C-404/92P X v Commission [1994] ECR I -4737）。

<sup>128</sup> 欧州人権条約第8条（私生活および家族生活が尊重される権利）

第1項：すべての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。

第2項：この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主社会において必要なものを除きかなる公の機関による干渉もあってはならない（杉原高嶺編『コンサイス条約集』三省堂、2009年、78頁；see, Case C-62/90 Commission v. Germany [1994] ECR I -2575 23節）。

<sup>129</sup> 拙稿「EUにおける「法の一般原則」の行為規範性（二）」『駒沢女子大学研究紀要第24号』、2017年、18頁。

<sup>130</sup> 拙稿「EUにおける比例性原則の意義と課題（二）」『駒沢女子大学研究紀要第21号』、2014年、50頁以下。

<sup>131</sup> 庄司克宏『国際機構』岩波書店、2006年、208頁以下；須網隆夫「超国家機関における民主主義」『法律時報74巻4号』、2002年、29頁以下。

<sup>132</sup> エドワード・レイン（庄司克宏訳）、前掲書、81-82頁。

<sup>133</sup> See, Case 331/88 R v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA [1990] ECR I -4023, [1991] 1 CMLR 507.

<sup>134</sup> See, Case 8/55 Fédération Charbonnier de Belgique v High Authority [1954-56] ECR 292.

<sup>135</sup> 同原則の精神は古代ギリシャ時代の格言である「すべては中庸に（*pan metron ariston*）」の中に包まれている（Evelyn Ellis(ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1999, pp.65ff.; 古川晴風編著『ギリシャ語辞典』大学書林、1989年、718頁、826頁；川原拓雄『現代ギリシア語辞典』リーベル出版、2004年、74頁）。

<sup>136</sup> 例えば、当時の観念論哲学者であるアリストテレス（Aristoteles, 384～322 B.C.）は、実際的かつ常識的な立場から実証的に人間観察や国家制度の調査分析を行ったと評される。他方で、理論の世界とは異なり、人間の行為や歴史にはそれ自体の原理も法則も認められないとする。この考え方は、無原則的・妥協的・折衷的な中庸道徳と中産階級支持の国家思想として、当時の格言にも現れている（出隆「アリストテレス」『世

界大百科事典第1巻』平凡社、1976年、472頁以下）。

<sup>137</sup> 一般に、「開いた構造」とはある概念が厳密に定義されえない状態を意味する哲学用語である（三省堂編修所編『グランドコンサイス英和辞典』2001年、1828頁；E. Ellis (ed.), *op. cit.*, p.84.)。

<sup>138</sup> 拙稿「ドイツ基本法における「国際法への友好性原則」」『駒沢女子大学研究紀要第19号』、2012年、28頁以下。

<sup>139</sup> Art.3-6:The Union shall pursue its objectives by appropriate means commensurate with the competences which are conferred upon it in treaties.

<sup>140</sup> 拙稿、前掲法学新報116巻3・4号掲載論文、671頁以下。

<sup>141</sup> なお、国民主権原理における権力性の契機を強調する考えは、ルソー（J. J. Rousseau）の人民主権論に始まるとされる。彼は社会契約説に立脚しつつも、それを国家統治の正当性の根拠にとどめなかった。主権とは、国家の構成員たる市民全体としての「人民（people）」の共同利益に向けられた一般意思を意味する。ゆえに、個々の具体的な市民すべてが主権者となることで、直接民主主義がより徹底されることになる（山下威士編『法学（増訂版）』尚学社、1992年、68頁以下）。

<sup>142</sup> 拙稿、前掲法学新報第120巻9・10号掲載論文、685頁以下。

<sup>143</sup> 第23条(1)項によれば、「統一された欧州を実現させるために、ドイツ連邦共和国は、欧州連合の発展に協力するが、この欧州連合は、民主的、法治国家的、社会的及び連邦的な諸原則及び補完性（Subsidiarität）の原則に義務付けられており、本質的な点でこの基本法の基本権保障に匹敵する基本権保障を有しているものとする。この点について、連邦は、連邦参議院の同意を得て、法律により主権を委譲することができる」。また、同条（1a）項によれば、「連邦議会及び連邦参議院は、欧州連合の立法行為が補完性原則に抵触することを理由として、欧州連合裁判所に訴えを提起する権利を有する（高田敏・初宿正典編訳、前掲書、225頁）」。

<sup>144</sup> ドイツ憲法裁判研究会編『ドイツの憲法判例』信

山社、1996年、325頁以下；vgl. BVerfGE, 89, 155, Urteil v. 12.10.1993.

<sup>145</sup> 中西優美子「ドイツ連邦憲法裁判所によるEU リスボン条約判決」『貿易と関税 vol.58.No.2. 2010.2』、2010年、67頁以下；vgl. BVerfGE, 2 BvE2/08 vom 30.06.2009.

<sup>146</sup> 基本法第38条1項：ドイツ連邦議会の議員は、普通、直接、自由、平等及び秘密の選挙でこれを選挙する。議員は全国民の代表者であって、委任及び指図に拘束されることはなく、自己の良心のみに従う（高田敏・初宿正典編訳、前掲書、233頁）。

<sup>147</sup> 同議定書は全部で9条からなる（PROTOCOL (No 2) ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF SUBSIDIARITY AND PROPORTIONALITY, OJ 2010, C 83/206）。

また、同議定書の注釈については、（庄司克宏「EU 条約・EU 機能条約コメンタール 第8回 EU 条約第5条と補完性議定書（上）」『貿易と関税第60巻6号』、2012年、50頁以下）参照。

<sup>148</sup> この点については、（庄司克宏「EU 条約・EU 機能条約コメンタール 第9回 EU 条約第5条と補完性議定書（下）」『貿易と関税第60巻9号』、2012年22頁以下；中西優美子「権限付与の原則」『聖学院大学総合研究所紀要第48号』、2010年、223頁以下）参照。

<sup>149</sup> その初期の実践例として、1950年代以降における欧米諸国の民間企業と開発途上国との経済開発協定またはコンセッション上での仲裁条項が挙げられる。ここには、旧文明国たる欧米諸国から、それ以外の法文化圏に向けて「法の一般原則」の適用範囲の拡大が窺える（A. D. McNair, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, BYIL vol.33, pp.8ff.; 森川俊孝「仲裁と法の一般原則」『紛争の平和的解決と国際法』北樹出版、1981年、175頁以下；落合淳隆『石油と国際法』敬文堂、1977年、98頁以下；拙稿「法の一般原則」の発展とコンセッション」『中央大学大学院研究年報26号 法学研究科篇』、1996年、27頁以下）。

<sup>150</sup> 經塚作太郎、前掲書、84-85頁。

<sup>151</sup> Lauterpacht, *op. cit.*, p.305.



<sup>152</sup> 例えば、2002年開設の「国際刑事裁判所 (International Criminal Court, ICC)」の場合にも、独自の「補完性原則」が貫かれている。ICC の場合は加盟国への参加を促すためにも、補完性原則を十分に確保して国内裁判所の管轄を優先させることが必要とされている (YILC 1994, *op. cit.*, p.52; 江藤淳一「国際刑事裁判における法の一般原則の意義」『上智法學論集第57巻4号』, 2014年、158～162頁; 長嶺安政、「国際犯罪と国際刑事裁判所」『国際問題450号』、日本国際問題研究所、1997年、23頁以下; 松田誠「国際刑事裁判所の管轄権とその行使の条件」『ジュリスト1146号』有斐閣、1998年、45頁以下; 拙稿「国際刑事裁判所規程と国内公法概念の類推」『敬和学園大学研究紀要13号』、2004年、68-69頁、78頁以下)。

<sup>153</sup> なお、今日では国際法協会 (International Law Association、ILA) においても、国際法の発達に向けた国内法原則の使用について司法および立法の側面から検証が進められつつある (ILA, THE USE OF DOMESTIC LAW PRINCIPLES IN THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW, STUDY GROUP DRAFT REPORT-JOHANNESBURG CONFERENCE 2016, 2016, pp.2ff.)。

#### 〔付 記〕

本論文は、国際法学会第119年次研究大会第2分科会 (2016年9月10日) における研究報告「国際裁判における法の一般原則－国内法原則の類推を契機とした国際法上の役割と課題」に基づき、加筆修正したものである。本報告に際して直接的な御指導をいただいた、森田章夫先生 (研究企画委員会幹事) ならびに江藤淳一先生 (座長) には、とりわけ心より感謝申し上げたい。

