

# 実定国際法における国内公法概念の類推 ——国際人権保障に向けた国内法原則の援用を契機として——

福 王 守

## 問題の所在

国連を中心とした実効的な人権保障制度の策定は、徐々にではあるが個別国家の枠組みを超えた「人間の尊厳」の確保に向けて進展しつつある。これに伴って、伝統的な法実証主義に基づく実定国際法学も、従来の厳格な立場に修正を加えながら国際人権保障の実効性を確保しようと努めてきた。一般に、これまでも実定国際法の欠缺補充のために、国内私法原則の援用が盛んに行われてきたとされる。ここにおいて、さらに今日の国際人権保障のために必要とされているのは、国内公法原則の援用である。

しかし、これに伴う新たな問題点も指摘されてきている。これが国家主権の制約問題である。特に、国家主権の一部的委譲に基づくEUでは、国際公益を目的として、構成国の人権が制限される場面が生じつつある。よって本稿では、さらに具体的な「個人の尊厳」を国際法によって適正に確保するための基礎課題について、国内公法概念の類推問題を手がかりとして検証してみたい。

## 第1章 実定国際法の欠缺と私法概念の類推

### 第1節 実定国際法学の限界と私法概念の類推

近現代の歴史的過程を通じて法実証主義一般に当てはまるように、実定国際法学は、理論的にも実務的にも矛盾と限界を呈するに至っている<sup>①</sup>。すでに20世紀の早い段階において、ローターバクトは「最近の定式化に見られるような現代実定法主義は、国際法上の一貫した体系を構築する基礎を与えておらず、また、実定法学者自身が自説の国際法に実効性を与えられない」と指摘している<sup>②</sup>。

まず理論的には、条約を締結する際に無前提的に遵守されるべきとされる、合意は守られなければならない (*pacta sunt servanda*) 原則を十分に説明することができない。なぜならば、実定国際法学は国家主権の独立性を前提としているからである。すなわち、国家を規律するのは当該国家の意思のみである。しかし、この合意原則は常に締約国家の意思を

越えた所与の前提であるとされており、この点を理論的に説明することができない。

次に、実定国際法学上、国際法実務においても国家が適用できるのは自らの意思に基づく条約と慣習国際法だけであるが、はじめから国家間のあらゆる関係を未成熟な国際法で規律することは不可能であった。ゆえに、国家間紛争を対象とする国際裁判では適用法規の欠如によって、常に裁判不能 (*non liquet*) に陥るおそれがあったのである。しかし、ジェイ条約 (1794) 以来の近代国際仲裁裁判の場面において、「法の欠缺」を理由とした裁判不能が宣言されたことは一度もなかった<sup>9)</sup>。なぜならば両当事者に共通な実定法上の適用法規が存在しない場合でも、裁判所は「正義」や「衡平」といった裁判基準を用いて審理を行ってきたからである。

ここにおいて、条約および慣習国際法を補充する実定法上の裁判準則として、積極的に援用されてきたのが「国内私法原則」である<sup>10)</sup>。ただし、国際法への私法原則の類推については、法実証主義者からの厳しい批判もなされていた。当初、「主権原理の眞の所産である法実証主義の見解は、国家の意思からは直接由来しない概念や原則が、国際法上拘束力を持つ規則の分野に侵入することを許せなかった。この主権原理は、国家によって保護された永久で奪うことのできないその概念によって、私法へのいかなる依拠をも拒む運命にあった。なぜならば、私法は、経済上のかつより低次元の秩序と考えられた利害関係と関わっていたからである」とされる。にもかかわらず、結局、厳格な法実証主義学派は、主権原理から導かれるその排他的な姿勢によっても「形式的には私法への依拠を拒みつつ、実質的にはその受容に同調する」ことを余儀なくされ、現実との矛盾に対処せざるを得なくなったのである<sup>11)</sup>。

## 第2節 国内私法概念の類推の意義と限界

### (1) 国内私法概念類推の意義と内容

さらに、20世紀に入って厳密な国際法規に基づく国際司法裁判が実施されたため、国内私法原則の援用を実定法において明示的に根拠づける必要性が生じてきた。ここにおいて、国内私法原則の類推は常設国際司法裁判所規程 (1920) において、いわば妥協的に「法の一般原則」概念として普遍的に明文化されるに至る<sup>12)</sup>。P C I J 規程第38条の3の「文明国が認めた法の一般原則(The general principles of law recognized by civilized nations)」に着目するならば、その起源は自然法の要素を含んだ

ローマ市民法 (*jus gentium*) に求めることができる。

まず、私法類推に関する実務上の根拠としては「国際仲裁裁判所が法の一般原則に依拠する場合にはいつでも、概して私法の一般原則という、一国に普及した法体系に属さず、全てのまたは主な私法体系において一律に適用される規則を示した原則を適用」してきたことが挙げられている。

次に歴史的な根拠としては、ゲンチリーやグロティウスといった国際法の古典期（創始期）の代表的な学者の見解が挙げられている。なぜならば「古典期の学者は、一大帝国の法がその包括性によって、また権利と正義との普遍的に認められた調和性によってどの程度国際法の淵源として依拠されうるか、という問題に直面していた」からである。そして、ローマ法全体の中で国際法に類推適用されたのが固有の私法であり、それらの多くが自然法の影響を受けていたとされる。

さらに、「文明国が認めた法の一般原則」については次のように分析される。まず、「文明国」概念とは「キリスト教的ヨーロッパ文明国」に起源をもつといえる<sup>6)</sup>。近代の国際法は本来、ヨーロッパ公法として発達してきた。近現代にかけて国際的に影響力の大きかったヨーロッパ諸国において、もっとも共有された文化的背景はキリスト教である。そして、かつてこの地域を席卷したローマ帝国を規律していた高度なローマ市民法が、キリスト教の普及とともに近隣諸国に浸透していったことは明らかである。したがって、P C I J 規程第38条の3が本来予定していたものは「ヨーロッパ・キリスト教文明諸国の国内法に共通な一般原則」であると定義することができる。

## (2) 私法類推の展開と限界

P C I J 規程の発効後、国際司法裁判においてローマ私法への直接的な言及は仲裁裁判時代よりも極端に減っている。ただし「法の一般原則」といった間接的な表現を用いながらも、P C I J を通じて援用された法原則の多くは、やはりローマ私法から導かれたものであった。しかし、戦後の I C J 時代に入ると、「法の一般原則」自体への言及も減少していくことになる。

ここにおいて戦後復興期に数多くの国際裁判例を分析し、個々の具体的な法の一般原則を4つのカテゴリーに分類したのがチェン(B. Cheng)である。分析によれば、それらは自己保全の原則 (self-preservation)、信義誠実の原則 (good faith)、責任概念 (concept of responsibility) に関する

原則、および司法手続き (judicial proceedings) に関する原則であるとされる<sup>9)</sup>。

チェンはその分析を通じて、国際仲裁裁判と国際司法裁判における法適用の場面について、条約と慣習国際法の間隙を埋める法原則の分類を試みている<sup>10)</sup>。特に私法原則の類推との関わりからは、責任概念に関する原則が重要である。チェンによれば「本概念は、その真の意味においては本質的に国内私法における責任と類似している。その本質とは、法違反行為を行うあらゆる法主体に義務を課している点にある<sup>11)</sup>」。

その理由としては、まず、近代国際法の形成過程においては家産国家的な観念が支配的であり、現象形態の上で国家相互の関係が私人相互の関係に極めて類似していたことが挙げられる。また、これまで国際公益の観念が未成熟であり、違法行為による侵害は対等な国家関係の侵害と考えられていた。ゆえに、違法性の救済には国内法上の私法関係に類似して、被害に基づく損害賠償という形でなされることが多かったことが挙げられる<sup>12)</sup>。

したがって、国家責任をめぐる裁判例からは時代の経過とともに個々の原則の内容がより具体化されていく過程が理解できる。例えば「相当の注意義務」違反のような国際法違反行為からは、さらに完全な賠償を支払う義務が導かれている。それは「正当な補償」を賠償の範囲とし、「原状への回復」を目指した「金銭賠償」義務であることがほぼ明らかになってきている<sup>13)</sup>。しかし、一方で法の一般原則自体の援用は、時代の経過とともに激減していくのである。

このように、P C I J 規程に明文化され、I C J 規程にも踏襲されたにもかかわらず、国際司法裁判実務において法の一般原則には厳しい評価が下されることとなった。これには主に次の理由が考えられる。

第1に、本原則があくまでも実定法上の原則として捉えられようとしてきたことである。しかし本原則は極めて抽象的な法概念であり、そこには本来自然法の要素が含まれている。それは法律家委員会の審議やローマ市民法という、本原則の起源に照らして明らかである<sup>14)</sup>。

第2に、P C I J 規程設置当時の「文明国」の定義がもはや今日の実情に合わないことが挙げられる。たしかに、当時予定されていた文明国概念とは「キリスト教的ヨーロッパ文明国」であったといえよう。しかし、その範囲が旧文明諸国としてのヨーロッパ諸国に限定されないのは明らかである。そしてI C J 規程設置後の賠償責任をめぐる裁判については、当事国 (特に途上国) が自国に不利な法原則の適用を恐れて裁判

付託を躊躇する傾向にある。また裁判官の側でも、裁判の予測性と公平性を確保するために、あえて本原則を明示的に援用しない傾向が明らかとなってきている。事実、ICJの実践を通じて本原則が直接的な判決の淵源とされたことはこれまで一度もないのである<sup>(15)</sup>。

ここにおいて、従来の私法概念の類推はひとつの限界を示すに至っている。

## 第2章 国際社会による「人間の尊厳」の実効的確保の要請と対応

### 第1節 国際社会における「人間の尊厳」原理

#### (1) 国内的な必然社会構造と「個人の尊厳」

戦後の一般的な国際司法裁判において、国内私法原則や法の一般原則の明示的な援用場面は減少の一途をたどってきた。ただし、これらの事実から国内私法原則や法の一般原則の援用がもはや不要になった、と判断するのは性急である。なぜならば、国際仲裁裁判や地域的な国際機構において、依然として本原則は頻繁に援用されてきており、個々の原則についてICJの場合よりも発展的な適用形態が見受けられるからである。こうした過程は主に次の二つの場面において見受けられる。一方の場面としては、旧文明国からそれ以外の文明国への適用範囲の拡大場面であるコンセッション（経済開発協定）が挙げられる<sup>(16)</sup>。また他方としては、旧文明国間での発展的な適用場面である、EUのヨーロッパ裁判所（European Court of Justice, ECJ）、およびヨーロッパ人権裁判所が挙げられる<sup>(17)</sup>。そして、後者の場面においては国際人権保障を通じた「法の一般原則」概念の新しい適用形態が見出せる。それは国内私法原則から国内公法原則としての、法の一般原則の援用形態である。まず本章では、国内公法原則の類推を要請するに至る背景について整理しておきたい<sup>(18)</sup>。

近代以降の欧米市民社会は、自己決定を旨とする私的自治の原則を生み出しながら、法治国家を形成していく<sup>(19)</sup>。ここで必要とされたのが「人による支配」ではなく、人間の尊厳原理を頂点とする「法による支配」である。そして、治者と被治者が同一であらねばならないとする「民主主義原理」が確立する<sup>(20)</sup>。これは自由主義原理を統治の側面から捉え直したものである。これらの普遍的な価値観を前提として、国内社会の基本的なあり方を定めるために、立憲主義が導かれることとなった。

この段階の国家において、人間の尊厳原理はさらに「個人の尊厳（尊

重)」原理として捉えられるに至る。ここにおける不可侵の個人の人格とは、道徳上の抽象的な内容にとどまらない。これは適正な手続きを経て公的に確保すべき具体的な内容を意味する<sup>(21)</sup>。

また、これらの基本的人権を保障する手段として、立憲主義は国家の権力行使に関する最終意思決定権を国民に与えている（国民主権）<sup>(22)</sup>。それは、全国民が憲法を承認するという「正当性の要素」のみならず、憲法制定後の権力行使の最終意思決定権を有権者が掌握するという、「権力性の要素」をも意味する<sup>(23)</sup>。国民主権の観点からは、立法・行政・司法といった統治権力を分散させることが求められる（権力分立）。この派生原理は、国家権力を分散することでその濫用を防ぎ、国民の人格を踏みにじらないことを目的とする<sup>(24)</sup>。

## （2）国際的な合意社会構造と「人間の尊厳」

一方、集権的な法構造を持つ国内社会に対して、国際社会には国家を包括的に規律する憲法や、国家に上位する統治機構は存在しない<sup>(25)</sup>。一般的に従来の国際社会については、法実証（実定法）主義的観点から、独立した主権国家を前提として把握されてきた。対外的な独立権としての国家主権の前提は、国家の自足性（self-sufficiency）にあるとされる。これを満たすために、実定国際法学上あらゆる国家は他国に介入されない平等な関係を保っている。この意味では、今日まで国際法与国内法は依然として事実上の二元的な関係を保ってきたといえる<sup>(26)</sup>。

よって、実定国際法学の視点からは、国際社会は合意社会として把握され、国内社会はより（平和裡に）安定した必然社会として把握されることになる。また、国家主権の独立性を前提に、国際法とは主に国家間関係を規律する規則の総体として定義されてきた。

また一般国際法上、国家を構成する要素としては、領域、永久的住民、政府、および外交能力（国際法を遵守する意思と能力）が挙げられる。特に、永久的住民としての国民は、主権国家の不可欠な構成要素である<sup>(27)</sup>。ゆえに、人権の扱いについては個別国家の意思を尊重して、いわば国内管轄事項として扱われてきた。

ただし、従来から外国人の取扱いに関する慣習国際法として、「どの国も反対しない最低限の保障」が国家には必要とされてきた。特に自国内の私人（国民）による国際法違反行為について、国家は当該行為の事前および事後における相当の注意（due diligence）を国際法上の義務としている、と理解されてきた。したがって、国内における外国人に対する

法令の基本も、国内標準主義を基調としつつ、形式上は「内外国人平等取扱原則」が貫かれてきたのである<sup>(28)</sup>。

さらに、20世紀における二つの世界大戦を経て、ようやく国際社会においても人間の尊厳の不可侵性が強く認識されるようになる。一般に戦後の国際的な人権の具体的内容については、すでに1941年のルーズベルト米国大統領の「四つの自由」演説に現れていると指摘される。この演説で示された「自由」の概念は国際社会に普遍的な道徳律として、第二次大戦の枢軸国と戦う連合国の根拠とされたといわれている<sup>(29)</sup>。

そして、大戦の反省に基づいて設立された国際連合の目的は、国際の平和と安全の維持に置かれた（国連憲章第1条1項）が、その目的の達成と人権の保護は不可分の関係にあると規定されることとなった（第1条3項）<sup>(30)</sup>。また国連は人権委員会（Commission of Human Rights）を設置し、国際人権章典の制定に着手することになった。いわば、従来の形式的な内外国人平等取扱主義の姿勢から、国家の枠組みを超えた実質的な「人間平等取扱主義」への移行が急務とされたのである。これに応えたのが世界人権宣言（1948）と国際人権規約（1966）である。

## 第2節 「人間の尊厳」の実効的確保に向けた国際的対応

このように、国連主導による人権保障の実務を通じて、人間の尊厳は徐々に国際的にも確保されようとしてきた。これに応じて、従来の実定国際法学も人権保障の実務を理論的に補完しようと努めてきた<sup>(31)</sup>。

特に、自由権の人権の前国家的な性質に照らすならば、この問題は国際社会（community of nations）の利益または人類共通の利益（common interests of mankind）に関わる問題として把握しうる。そして、このような事項が法実証主義的な観点からも国際関心事項（matter of international concern）として把握されてきたのである。現在では、当該問題が国際関心事項として認定される場合には、加盟国の国内管轄事項の是非を確定せずに国連の介入が正当化されるに至っている<sup>(32)</sup>。

また、1990年代以降、社会主義体制の衰退と各国地域における独立紛争の激化に伴い、民族浄化の問題などの深刻な人権侵害問題が頻発化することとなった。この情勢変化に対応して、国際関心事項の中でも深刻な人道的関心事項については、より積極的に国際管轄事項（matter of international jurisdiction）として位置づけられてきている。最も進んだ見解には、今日における国際平和、人権と自決権および非差別平等は、一般国際法上の強行規範（*jus cogens*）であると主張するものもある<sup>(33)</sup>。さ

らに、ルワンダ紛争や旧ユーゴ紛争を対象とした地域的な国際刑事裁判所の設置は、国際社会が戦争犯罪人「個人」を裁く道を開くことになる。そして、ようやく2002年に国際刑事裁判所（International Criminal Court, ICC）規程が国際社会に向けて発効するに至ったのである。

### 第3章 国際人権保障における公法概念の類推

#### 第1節 実定国際法における国内公法概念類推の必要性

##### (1) 国際機構を通じた国家間関係の組織化の傾向

さて、ヨーロッパは国際社会でもっとも人権保障制度の進んだ地域であるといわれる。これは主に、この地域に歴史的に共通のローマ法文化が内在していることに起因する。共通の法文化的基盤の下でいち早く市民革命の進んだヨーロッパは、第二次世界大戦後の国際的な人権保障制度の確立に向けても、中心的な役割を担うことになった。そして、地域的国際機構を通じて、国家間の組織化がもっとも早く行われたのである。

戦後のヨーロッパ全体の人権保障は、1949年設立の欧州審議会（Council of Europe）にはじまる諸制度を通じて徐々に確保されてきた。今日まで欧州審議会は、東西ヨーロッパにわたる国家を越えた人権保障制度の構築に寄与している。本審議会の設立条約は欧州審議会規程である。規程の前文によれば、「個人の自由、政治的自由および法の支配」が民主主義の基礎をなすものであり、人民の「共同の世襲財産」である。これを受けて第1条a項は、本審議会の目的がこれらの「擁護と実現」をはかりつつ、「加盟国の経済的および社会的進歩を容易にするために加盟国の間に一層大きな一致を達成することにある」と定める<sup>64)</sup>。また、この目的達成のために、第3条では「法の支配」および「基本的人権の尊重」という法原則の受諾を加盟国の義務としている。

また、欧州審議会の目的達成のために、法的指針として作成されたのが欧州人権条約（1950）である。これは国際連合による国際人権章典作成作業の影響を強く受けており、後の国際人権規約（1966）に先駆けた具体的な実施措置である点で重要とされる<sup>65)</sup>。本条約はその正式な名称（人権および基本的自由の保護に関する条約）からも明らかなおお、自由権を中心として規定されている<sup>66)</sup>。前文によれば、欧州諸国は「政治的伝統、理想、自由および法の支配についての共通の遺産（a common heritage）を有」しており、「世界人権宣言中に述べる権利のいくつかについての集団的実施のために最初の措置をとる」とする。条約



は主に12の自由権を定めているが、これらは世界人権宣言が予定する市民的および政治的権利及び自由を具体化しようと試みている（第1-12条）。さらに、現在まで13の追加議定書（採択数11）によって自由権の拡大を図っている。

## （2）EUにおける国家主権の委譲と国内公法原則類推の必要性

その一方で、かつての冷戦構造の下で西欧の資本主義諸国の経済力を統一的に確保する目的で創設されたのが、1958年の欧州共同体（旧EC）である。共同体の設立にあたり、従来の国際社会にはない新しい試みがなされた。すなわち、これまで以上に欧州自由主義諸国の経済統合を図るために、旧ECは各構成国の対外的独立権としての「主権」を一部委譲する形で組織されたのである。

ここにおいて、共同体が構成国に対して当初より貫こうとしてきたのが国内法に対するEC法の優位性の原理（a doctrine of supremacy over national law）であった。そのために主要な役割を果たしてきたのが、共同体の司法機関であるEC裁判所（ECJ）である<sup>37)</sup>。共同体は設立時より、構成国の主権委譲をめぐる利害関係の中で妥協を余儀なくされてきた。特に、旧ECの設立の段階から、すでに特定の共同体立法機関に立法権限を帰着させることができなかつたのである。そのため、特定の実効的な立法統制機関をおかずに、裁判所による厳格な事後審査が想定されたといわれる<sup>38)</sup>。この意味で、ECJは今日に至るまで単に法の欠缺を埋めるだけでなく、裁判実務を通じて積極的にEU法の形成に関与することを使命とされていた。

ECJの初期の判決では、共同体法の実効性を確保するために、構成国の国内法に対する共同体法の優位性を明確に示してきた<sup>39)</sup>。しかし、その一方では基本権分野における共同体法の欠缺の問題への判断を拒んできたのである。やがて、この消極的姿勢に対する各構成国の批判は厳しいものとなった。その結果、1970年代における構成国の国内裁判を通じて、共同体法への不信感が明確に示されるに至った。これがドイツ連邦憲法裁判所の決定である（solange I Beschluß, 1974）。本件ではEC法による貿易統制の違憲性が争われた。ここで連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）は、EC法に基本権規定が含まれていないことを理由として、それができるまでの間は当裁判所が違憲審査権を持つことができると判示したのである<sup>40)</sup>。

この決定に危機感を抱き、共同体諸機関は基本権保障分野における法

の欠缺問題に具体的に対応しはじめた。ここで共同体が注目したのが欧州人権条約である。

1975年、ECJは、裁判を通じて欧州人権条約を共同体の基本的人権保障の根拠として初めて明示した。次いで77年に共同体の主要機関は、基本的人権を尊重する旨の共同宣言を行う<sup>(41)</sup>。これを受け、79年にECJは欧州人権条約が共同体の人権保護の淵源であって、このことが共同宣言を通じてすでに証明されていると見なした<sup>(42)</sup>。さらに90年代に入り、共同体諸機関は基本権保障の確保に向けて、より積極的な姿勢を示すに至る。まず91年に、ECJは人権条約が共同体の基本権保障の主要な淵源であると認めた上で、同人権尊重原理に矛盾する措置を受け入れることはできない、と判示するに至る<sup>(43)</sup>。

こうしてEUは、1993年にマーストリヒト条約に基づいて誕生した。本条約はEUの設立条約であるとともに、はじめて基本権保障規定を設けた点で大きな意義を持つ。さらに、99年に同条約は改正され、基本権保障はより強化されることとなった<sup>(44)</sup>。

アムステルダム（改正マーストリヒト）条約前文は、自由、民主主義、人権と基本的自由の尊重、および法による支配の諸原則への愛着を確認している。このことにより、EUの経済統合の目的が基本的人権の尊重原則に基づいて行われていくことが確認されている。また、これを受けて第6条1項によれば、「連合は、自由、民主主義、人権および基本的自由の尊重の諸原則、および法の支配、構成国に共通な諸原則を基礎とする。」続く第2項は、欧州人権条約が保障し、「各構成国に共通な憲法上の伝統に基づく基本権を共同体の法の一般原則（general principles of Community law）として尊重する」と規定するに至った。

さらに、第7条は共同体の人権保障機能の制度的な強化を試みている。第1項では、欧州理事会に「第6条1項に掲げる諸原則に対する重大かつ継続的違反の存在を認定すること」を認める。そして、第2項では違反国に対して、一定の権利の停止という法的制裁が可能となった<sup>(45)</sup>。

## 第2節 国際人権保障における国内公法原則類推の意義と問題点

EUにおける地域的国際法の実践は、国際人権保障に向けた国内公法原則の積極的な類推の道を開いた。EUにおける主権の委譲は、今や経済的な分野から基本的人権の分野にまでその範囲を広げつつある。

EU構成国は、一定の独立性を共同体に委譲することで事実上国家に対する上位規範の存在を認めてきた。この事実関係は国内社会における

統治の仕組みと若干類似させて把握することもできよう。すなわち、今日に至ってEUは、個々の平等な構成国の独立性を規律しうる統治機構としての役割を担いつつある。ここでは範囲を限定しながらも、EUと構成国の関係は、より密度の高い必然社会の関係へと一元的に把握されつつある<sup>(46)</sup>。これは、国際法の一般化を促すものであり、その実効性を確保するという意味では肯定的に受け止めることができよう。

しかし、このようなEUの急速な権限の拡大に伴い、基本権を法の一般原則として位置づけることは、国内法とEU法の新たな問題をも提起することとなった。それは厳密にはEUの実定法とはいえない、「法の一般原則」と構成国の国内法規範との衝突の問題である<sup>(47)</sup>。その背景にはEUと構成国をめぐる主権の二重性が深く関わっている。EUの場合、各構成国が独立権の一部を委譲している事情に照らして、国家主権については委譲可能な高権的主権(Hoheitsrechte)と、不可譲な絶対的主権(Souveränität)として把握する必要がある<sup>(48)</sup>。構成国の高権的主権の拡大に伴い、本来不可譲な絶対的主権の範囲が制限されつつあることは問題とされよう。

さらに、国家主権を法の一般原則で規律することには、以下のような内在的矛盾が存在している。

第1に、法の一般原則概念はEUにおいても依然として自然法の要素を残した原則である。共同体法は基本権規定の欠缺があるのみならず、共同体の行政に関する法体系も極めて不十分であった。そのため行政法分野における法の一般原則への依拠も、共同体の設立当初から積極的になされていたのである。ここにはもちろん成文法として高度に発達したフランス法やドイツ法の行政法の原則も含まれている。しかし一方では、イギリスで発達した自然的正義(natural justice)の原則も採用されている<sup>(49)</sup>。本来厳密に実定法で規律される公法分野において、EU法の未整備を補完する目的で、自然法の要素を残した法の一般原則概念が積極的に類推適用されてきたのである。

第2に、国内社会の集権的な法構造と、国際社会の分権的な法構造は依然として残されたままである。しかし、いかに共通の法文化的背景を持った地域的国際社会であっても、それを現時点で合意社会の枠組みから必然社会の枠組みへと拡大して捉えることは尚早である。事実として戦後の国際社会が、覇権国の力の均衡と抑制によって保たれてきたことは否めない。今日に至るまで、国際社会は法の実効性を確保するための統一的な構造基盤が未成熟である<sup>(50)</sup>。

第3に、一般国際法上、法の一般原則は本来適用法規不在による「裁判不能」を回避する裁判規範に過ぎない。さらに、通常上の国家実行を通じて行為規範としての性格が備わるならば、当該規範は慣習国際法として把握されるべきである。

これに対して、少なくとも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。この点に照らせば、本来、法の一般原則は必ずしも成文化される必要がなく、特に「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」とも指摘される<sup>(9)</sup>。事実、基本権保障に向けたEU法と構成国国内法との急速な接近の傾向は、双方からの新たな牽制を招いている<sup>(10)</sup>。

たしかに、今日では国際社会の要請に基づいて、少なからず国家主権の制限が必要とされてきている。同様に、国内社会における実効的な人権保障も、国家の独力によっては果たしえなくなっている。しかし、だからこそ国際機構の真の民主的な運営にとって、絶対的主権への配慮が必要とされてきている。その根拠となるのが主権概念における「正当性の要素」と「権力性の要素」という、二重の要素の存在である。すでに述べたとおり、国内法上の国民主権原理は、治者と被治者の自同性を旨とする、民主主義社会における国民の最高意思決定権を意味する。さらに本原理は、全ての国民の総意が憲法を制定するという正当性の要素と、制定後も国民が統治のあり方を決定するという権力性の要素を含んでいるのである。

この考え方は、本質的にEUと構成国との関係にも敷衍させられるであろう。つまり、人権保障機能も備えつつあるEUの実効性を確保する上で、構成国には高権的主権の委譲後も共同体のあり方を統制する民主性を残しておかねばならない。主権委譲による正当性の要素とともに、委譲後の権力性の要素が構成国には認められなければならない、と考える。

## 小結

今日の国際的な人権保障の進展に照らすならば、国際社会を通じた適正な「個人の尊厳」の実効的確保に向けて、基本権保障に関する国内公法の援用の頻度はさらに高まることとなろう。その意味で人権保障を通じた実定国際法学の修正的な姿勢は、いわば歴史的な要請として肯定的に捉えられるべきであろう。

現在では、国際刑事裁判所（ICC）規程の発効に伴って、形式上は

国家主権を超えて、戦争犯罪人を個人として裁く道が国際社会に開かれた。ICC規程第21条1項cは、裁判上の適用法規について、裁判所規程や国際法規範を補充するための裁判規範として、「世界の諸法体系の国内法から裁判所により導き出された法の一般原則」を認めている。また、規程の第3部（第22条-33条）にかけて、適用すべき「刑法の一般原則」について定めている<sup>(53)</sup>。しかし、人道的介入に最も積極的なアメリカは規程への批准を拒み続けている。その背景には、国際社会の覇権国として裁判の主導権を握ることができないことに対する、同国の不満が存在する。主権委譲に関連して、ここでは国際人権保障機構の運営に対する過剰な権力性への固執問題が、新たに示唆されているといえよう。

依然として国際社会は各国の独立性に対する尊重から営まれている。国際機構を通じた民主的な人権保障を確保する上で、少なくとも、覇権国主導の公法概念の類推が進展していくことは避けられなければならない。特に、本来憲法上に規定されるべき基本的人権の原則を、抽象的な「法の一般原則」として援用することについては、今後とも一層の検証が必要とされるであろう。

## 註

- (1) ここでは法の拘束力の基礎について、時と場所を問わず普遍的な神の意思、正義、理性などの、超経験的なものに拘束力の基礎を求める立場を「自然法学派」として把握する。これに対して、時と場所に適合した実証性を尊重して、経験の可能な「合意」に拘束力の基礎を求める立場を「実定法（法実証主義）学派」として把握する。したがって、ここでは従来の実定国際法学の立場から、法の発現様式または法定立の方法および手続きという意味で、条約と慣習国際法を国際法の形式的法源として捉える（経塚作太郎『現代国際法要論（補訂版）』中央大学出版部、1992年、71頁、101頁以下）。
- (2) Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, pp. 298-299.
- (3) 本条約に基づいて英米仲裁委員会（the British-American arbitration commissions）が設けられた。ここでは「損害賠償の測定方法や裁判所の自己管轄の決定権といった審議の中心問題に対して、国際法上の確立した規則として認められるまで1世紀を要した解決策が受け入れられて」いる。そして、それ以降の「19世紀における莫大な件数の小規模仲裁裁判は、問題解決に際して私法の適用に依拠していた」とされる（*Ibid.*, pp. 38-39）。
- (4) 特に、アラバマ号事件（the Alabama arbitration, 1872）を管轄したジュネーブ裁判所は、「諸国家に適用されるものとしての相当の注意（due diligence）の意味と範囲についてだけでなく、ローマ法において知られる過失（*culpa*）のさまざまな形態について扱わねばならなかった」といわれる（*Ibid.*, p. 39）。
- (5) もっとも、当時すでにローターバクトは、「今や、国際法が保護する利益で根

本的に国内法および私法が保護する利益と異なるものはない、ということが徐々に認められてきて」いる、と指摘していた。なぜならば「原則として国際関係分野での国家の政治的活動は、主に経済上の集团的利益を保護するために向けられている」からであった。つまり、本来的に国際法における私法の混在が認められてきたのである (*Ibid.*, pp.ix, 18, 73)。

- (6) なお、P C I J 規程の起草を委嘱された法律家諮問委員会(the Advisory Committee of Jurists, 1920)の設立経緯と議論については、牧田幸人『国際司法裁判所の組織原理』有信堂、1986、49頁以下；*Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists, 1920*; See, P C I J Series D (No. 1) , 1931, p.20(Art.38-3)
- (7) Lauterpacht, *op. cit.*, pp. 9,11; 拙稿「法の一般原則」の今日的意義と問題点 (一)』『法学新報103巻9号』、1997年、132-133頁。
- (8) 筒井若水「現代国際法における文明の地位」『国際法外交雑誌66巻6号』、1968年、41頁。
- (9) Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p.29.
- (10) チェンの分析によれば「I C J 規程第38条1項cの採用は、国内法体系のように、国際法が多くての定式化されていない諸原則を含んでいるとする見解を支持するものである。しかし「文明諸国側の承認という要素は存在しつつも、通常の慣行の必要性は欠けている (*Ibid.*, pp.23-24)」。
- (11) *Ibid.*, p.389; また、ローターバクトも同様に「対応する私法上の原則を採用する必要性は、一層大きな明確性をもって国際不法行為に対する国家責任の理論において示される」と指摘している (Lauterpacht, *op. cit.*, p.134)。
- (12) 田畑茂二郎『国際法I』有斐閣、1973年、126-127頁；栗林忠男『国際法』日本放送出版協会、1990年、120頁。
- (13) チェンによれば、「原状の回復は損害を被った当事者が再び『もとのままの状態』になるための完全な賠償であって、回復 (reparation) という意味での賠償の範囲を決して超えるものではなく、特に懲罰的損害賠償 (punitive damages) の考えには論駁するものである」。また、ホルジョウ工場事件本案判決 (1928) でも明らかとなり、裁判所は実損害の補償こそが賠償の本質であるとして、得べかりし利益 (*lucrum cessans*) の賠償についてはかなり慎重な態度を示している (Cheng, *op. cit.*, p.234; 拙稿「裁判準則としての「法の一般原則」の法源性」『中央大学大学院研究年報25号法学研究科篇』、1996年、17頁以下)。
- (14) 例えば法律家諮問委員会の審議過程においても、すでに委員長デカン (Descamps) の提案の際にこれが「文明諸国民の法的良心による命令」という説明がなされている (*Procès-Verbaux*, pp.318ff. 田畑茂二郎、前掲書、122頁；経塚作太郎、前掲書、84-85頁)。
- (15) 小川芳彦「国際裁判所と法の創造」『法と政治15巻4号』、1964年、19頁。
- (16) Lord McNair, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, B Y I L vol.33, 1957; 森川俊孝「仲裁と法の一般原則」『皆川洗先生還暦記念論文集、紛争の平和的解決と国際法』所収、1981年；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。
- (17) 大森正仁「法の一般原則と国家責任に関する一考察」『慶応義塾大学法学部開

説百周年記念論文集』、1990年；拙稿「実定国際法における「法の一般原則」の役割」『敬和学園大学研究紀要7号』、1998年。

- (18) 拙稿「人権保障の基本原則に関する比較法的考察」『法学新報109巻5・6号』、2003年。
- (19) これは、資本主義社会において個人が自由に法律関係を結ぶことができるとする、私法の基本原則の具体的な内容として捉えることができる。その内容としては、人格の自由（個人の自由平等）を核として、所有権の自由、契約の自由、などの具体的な原則が導かれる（伊藤正巳・加藤一郎編、『現代法学入門（第3版補訂版）』有斐閣、1999年、83頁、138-139頁；末川博『法学入門（第5版補訂版）』有斐閣、2001年、38-39頁）。
- (20) さらに、民主主義に基づく法治国家思想を支えるために、権力分立思想が主張されるに至る（末川博、前掲書、40-41頁）。
- (21) 例えば、日本国憲法第13条前段は、一人ひとりの人間が「人格」の担い手として最大限尊重されなければならないという趣旨であって、これは「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理を表している。また、第14条は「人格の平等」原理を規定しており、13条と14条と相まって、日本国憲法が「人格」原理を基礎とすることを明らかにするものである。人格の尊厳原理は二つのことを要請する。第1に、およそ公的判断が個人の人格を適正に配慮するものであることを要請する。第2に、そのような適正な公的判断を確保するための適正な手続を確立することを要求するものである（佐藤幸治『憲法（第3版）』青林書院、1995年、444頁；根森健編著『資料集・人権保障の理論と課題』尚学社、2002年、38頁以下）。
- (22) 一般に、主権理論をはじめて展開したのは、フランスの法学者ボダン（J. Bodin）であったといわれる。主権の絶対性は1576年の著書『国家論』において主張された。当時は絶対的な権勢を振るっていた旧教会権力に対する宗教戦争の最中であり、国家の統一が重要な関心事とされていた。彼は絶対君主制を前提として、主権概念を国家の絶対的かつ永続的な権力として捉え、その不可分性を説く。主権は立法権を中心に把握され、法は主権者の命令とされた。ただし、主権は絶対ではあるものの、主権者は神法・自然法に拘束されると理解されていた（阿部齊他編『現代政治学小辞典（新版）』有斐閣、1999年、47頁；田中成明他『法思想史』有斐閣、1988年、47頁）。
- さらに、国民主権原理とは、絶対主義時代の専制君主の支配に対して、国民こそが政治の担い手であると主張するための理論的根拠となったことに始まる。一般に主権概念は、国家権力そのもの（国家の統治権）、国家権力の属性としての最高独立性（対内的な絶対性と対外的な独立性）、および国政についての最高の決定権という3つの意味で用いられる（芦部信喜『憲法（新版補訂版）』岩波書店、1999年、39頁以下）。
- (23) なお、国民主権原理における権力性の要素を強調する考えは、ルソー（J. J. Rousseau）の人民主権論に始まるとされる。すなわち、同じ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まらなかった点で、ホブズ（T. Hobbes）やロック（J. Locke）とは異なる。ルソーによれば、主権は国家を構成する人民の共同利益に向けられた一般意思として把握される。さらに一般意思は立法意思と同一視され、それは全市民の参加によって行使されるも

- のとみなされた（同書、41-42頁；佐藤幸治、前掲書、58頁以下、98頁以下）。
- (24) これによって、国家権力は立法・行政・司法に区別・分離され、相互による「抑制と均衡」の保持が可能となった。特に個人の尊厳と民主主義との関わりから、西欧型の民主制は「立憲民主主義」と呼ばれる（芦部信喜、前掲書、261頁）。
- (25) 国内社会において、国家の構成要素たる国民の行為は一般に憲法によって規律されている。したがって、国内法上は行為規範のうち、裁判を通じてその利益を実現しうるものを、裁判規範として把握することができる。このように、形式的法源としての国内法規範とは基本的に双方の規範が一体となったものとして理解されている（国内法の集権的性質）。
- これに対して、今日までの国際社会は依然として主権国家間の合意を前提としており、国際社会の上位にたつ憲法は存在せず、統一的な権力機関は存在しない（国際法の分権的性質）。ゆえに実定国際法学においては裁判規範が必ずしも行為規範とはいえない。よって、厳密に両者の性質を備えた規範は条約と慣習国際法に限定されてきたのである（田畑茂二郎『国際法新講（上）』東信堂、1990年、26頁以下；松井芳郎他著『国際法（新版）』有斐閣、1993年、16頁以下）。
- (26) Lauterpacht, *op. cit.*, p.7; Vgl. Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 4.Aufl., 1994, S.15ff.; 経塚作太郎、前掲書、118頁以下。
- (27) これらの4つの要件がはじめて明示されたのが、国家の権利義務に関するアメリカ諸国間条約（モンテヴィデオ条約、1933年）である（経塚作太郎、前掲書、148頁）。
- (28) 同書、250頁以下。たしかに、第一次大戦後の諸条約の中にも「少数民族の保護」を目的としたものが存在する。また、国際連盟期においても若干の人権保障規定は設けられたものの（委任統治制度や国際労働基準の設置など）、一般的な人権保障規定の定立までには至らなかった（トーマス・バーゲンソル著（小寺初世子訳）『国際人権法入門』東新堂、1999年、6頁以下）。
- (29) フランクリン・D・ルーズベルト大統領による4つの自由とは「言論と表現の自由」、「信仰の自由」、「欠乏からの自由」および「恐怖からの自由」といわれる（同書、17-18頁；畑博行・水上千之、『国際人権法概論』有信堂、1997年、17頁）。
- (30) 小田滋・石本泰雄編『解説条約集 第9版』三省堂、2001年、106頁；See, Bruno Simma(ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary (vol. I), 2002, pp.173ff. (Art.3) .
- (31) 北村泰三『国際人権と刑事拘禁』日本評論社、1996年、7頁以下；See, Robert Jennings & Authur Watts, Oppenheim's International Law, 9th ed. Vol.1, 1992, p.1000.
- (32) そこには、国連諸機関が加盟国の植民地問題や人権侵害問題を取り上げようとすると、必ずといってよいほど当事国はその介入を阻止するために、本件を国内管轄事項として主張してきた事実がある（国際法学会編、『国際関係法辞典』三省堂、1995年、249頁）。
- (33) 例えば、奴隷売買、集団的殺害などが国際管轄事項に当てはまる（同書、174-175頁、247-248頁）



- (34) 香西茂・安藤仁介 編集代表 『国際機構条約・資料集』 東信堂、1986年、232頁；Clare Ovey and Robin White, *The European Convention on Human Rights*, 2002, p.2f.
- (35) 例えば、国際人権規約B規約第15条には、刑罰法規の不遡及を規定している。これは世界人権宣言第11条2項をもとに、欧州人権条約第7条をほぼ踏襲した規定である。そして第2項では「この条約のいかなる規定も、国際社会の認める法の一般原則により実行の時に犯罪とされていた作為または不作為を理由として裁判しかつ処罰することを妨げるものではない」と規定する。  
 ここでは法の一般原則について、ICJ規程や欧州人権条約とは異なった記述がされている。すなわち従来、文明国の認める(recognized by civilized nations)という表現が、国際社会の認める (recognized by the community of nations) と改められているのである。この表現は、法の一般原則に関する法概念を、より普遍的に捉えようとする国連の姿勢のあらわれとして受け止めることができる(Felix Ermacora, Manfred Nowak, Hannes Tretter (eds.), *International Human Rights*, p.27, pp.195ff.; 宮崎繁樹編集『解説・国際人権規約』日本評論社、1996年、195頁)。
- (36) Vgl. Geiger, a. a. O., S.402ff.; 国際法学会編、前掲書、81頁以下；畑博行・水上千之、前掲書、218頁。さらに社会権については1961年の欧州社会憲章が規定している。
- (37) 裁判所は現在でもEUの主要な司法機関として、EC条約の解釈および適用についての法規の遵守を確保することを任務とする (EC条約第220条)。なお、付託件数が著しく増大したため、1989年以来第一審裁判所が付置されている(第225条)。ECJの管轄下の訴訟形態としては、先決訴訟と直接訴訟が挙げられる。先決訴訟とは、国内裁判に先立ってECJから国内裁判所に与えられる判断である。この場合の提訴権者は、当該事件を所轄する構成国の国内裁判所である。また、直接訴訟の主なもの、取消訴訟、義務不履行申立訴訟、不作為の違法確認訴訟、損害賠償責任申立訴訟などである。この場合の提訴権者は、構成国、EC諸機関、および自然人・法人である(山根裕子『新版・EU/EC法』有信堂高文社、1995年、125頁以下)。  
 もっとも、共同体が当事者である係争は、基本的に国内管轄権から除外されることはない(第240条)。また、賠償訴訟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いて、基本的に国内裁判所に属する(第288条1段)。
- (38) Michael Schweitzer, *Europarecht*, 1993, S.104.
- (39) 「国内法に対する共同体法の優位性の原理」は*Costa v ENEL Case* (1964) で初めて判示された。本件ではEEC条約第189条を根拠に、国内法に対する共同体法の優位性が確認されている (See, Case 6/64 [1964] E C R 585; 田畑茂二郎 太寿堂鼎編、『ケースブック国際法 (新版)』有信堂、1987年、25頁以下)。
- (40) Schweitzer, a. a. O., S.217f.; Vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 22, S.293ff.; 川添利幸「欧州統合とドイツ憲法」『国際社会における法の普遍性と固有性』所収 中央大学出版部、1995年、180頁以下。
- (41) See, Case36/75 *Rutili v Minister of the Interior* [1975] E C R 1219; *Official Journal of the European Community (O J)* 1977, C 103/1.

- (42) 本件では、原告が自己の所有権、および自由な貿易または職業の権利を主張した。もっとも、ここでECJは欧州人権条約の重要性を認めながらも、これを直接の判決の淵源として援用してはいない (Lammy Betten & Nicholas Grief, *EU Law and Human Rights*, p.60; See, Case44/79 (Hauer v Land Rheinland-Pfalz) [1979] ECR 3727.
- (43) W. Cains, *Introduction to European Union Law*, 1997, p.78; See, Case 260/89 [1991], ECR I-2925, 2963-64.
- (44) なお、アムステルダム条約第2条ではEUの目標達成にあたり補完性の原則 (principle of subsidiarity) の尊重を確認している。すなわちEUの専属管轄以外の内容については、各構成国が行動の主体となる。そして「行動の目的が構成国によっては十分に達成されえず」、かつその行動の規模または効果に照らして共同体がよりよく達成できる場合に限り、共同体が補完的に行動することを意味する。アムステルダム条約には、マーストリヒト条約に比べて補完性の原則の適用基準となりうる、より詳細な表現が若干なされている (Betten/Grief, *op. cit.*, pp.130f.; Cairns, *op. cit.*, pp. 6, 97; 中原喜一郎「欧州連合と補完性の原則に関する一考察」『法学新報102巻3・4号』、1995年、376頁以下)。
- (45) Vgl. Christian Calliess/Matthias Ruffert(Hrsg.), *Kommentar zu EU - Vertrag und EG - Vertrag*,1999, S.52ff. zu Art.6, S.121f. zu Art.7-2; Frank Emmert(ed.), *European Union Law Documents*, 1999, p.5.
- (46) ウィーン学派のケルゼン (Kelsen) はボダンの理論に遡りつつ、現段階の国際社会において国家自体が最高の秩序であるとする、国家主権理論先行の事実を認める。しかし一方では、徐々にではあるが「個々の国家をそれらの権力領域において相反して限定したり、また法主体を互いに調和させる法秩序として」、「権利の享有主体として考えられていた国家を越えて、当該国を他国に対して義務づけたり権限を付与したりする国際法が存在する」ことを指摘する。その理由として、主権概念は時代とともに徐々に変遷するのであって、「絶えず増大する世界規模の組織が国際法の成立及び漸進的な強化に伴って、超国家的な法的共同体として存在してきている」ことを挙げている。したがって、彼は「主権理論は超国家的権力に対してその概念体系を委ねなければならない」と主張した(Hans Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes* (1931), *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, 1970, S.165 ff.; Geiger, a. a. O., S.16)。
- (47) 拙稿「法的一般原則」と国内法の衝突に関する一考察『敬和学園大学研究紀要10号』2001年、183頁以下。
- (48) Vgl. Thomas Flint, *Die Übertragung von Hoheitsrechten*, 1998, S.89ff. (96) ; 例えば、ドイツ連邦共和国基本法第24条1項は「連邦は、法律により、主権を国際機関に委譲することができる」と規定する。ここにおける主権とは委譲可能な高権の主権 (Hoheitsrechte) を意味している (Vgl. H. D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz Kommentar* (6.Aufl.), 2002, S.604ff. zu Art.24; 樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集第4版』三省堂、2001年、200頁)。
- (49) デイビッド・A・O・エドワード&ロバート・C・レイン (庄司克弘訳)『EU法の手引き』国際書院、1988年、78頁。
- (50) 一般国際法分野では、近年特に国際連合憲章を国際社会の憲法として解釈し

ようとする試みがなされつつある。この見解は1990年代以降の安全保障理事会の活発な活動に負うところが大きい。たしかに、ここでの憲法 (constitution) 概念は、国内法体系との比較から類推されたものといえる。しかし、国連憲章が国内社会の憲法に対応する機能を果たしようという意味で、国際社会の憲法と見なせるかという点に関して、学説は大きく分かれている。ただし、これら二つについては概念の意味と背景が基本的に異なっているため、区別して理解されるべきである (佐藤哲夫「国際社会における“constitution”の概念『一橋大学法学部創立五十周年記念論文集、変動期における法と国際関係』所収、2001年、503頁以下)。

- (51) それゆえに本原則は、これまで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)。
- (52) 例えば、欧州連合の設立に関する条約の合法性をめぐる、1993年のドイツの国内裁判はいわゆる「マーストリヒト判決」とよばれ、極めて重要な示唆に富んでいる。すなわち、連邦憲法裁判所はEUが民主主義原理に基づく機関であることを認めながらも、ドイツの高権の主権の限界を越えたEU機関の権力濫用行為に対しては、依然として連邦憲法裁判所の審査が及ぶと判示したのである (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. BVefGE, 89, 155, Urteil v. 12.10.; Vgl. Flint, a. a. O., S. 112ff.)。

さらに裁判所は、EUへの加盟が民主主義原理とは矛盾しないものの、前提として「国民に由来する正当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」と判示する。すなわち、同じ基本原理でありながら、人権および民主主義の原理は連邦主義の原理とは区別されるべきである。人権や民主主義の原理は国家を問わず本質的に必要とされるため、その普遍性については到達レベルの差が問題となるにすぎない。しかし、連邦制とは、ドイツをはじめとして限定された国家の固有のあり方である。この意味での国家の固有性は不可譲なものとして尊重されなければならない (川添利幸、前掲論文、184頁以下)。

一方、こうした判決を受けて、欧州理事会はECが欧州人権条約に加盟する際の法的問題について、ECJに意見を求めている。この要請に対して、ECJは1996年に注目すべき勧告的意見を述べた。判示によれば、基本的人権の尊重はEU構成国共通の一般原則であり、共同体の行為の合法性を審査する根拠となる。ただし、ECが欧州人権条約に加盟するには二つの法的問題が存在する。第1に、本条約締結の前提としてのEC自身の権限が欠如している。すなわち、ECには基本的人権についての立法権限が一般に欠如しており、この分野での対外的権限も存在しない。第2に、ECの基本条約と欧州人権条約は根本的に立法趣旨が異なっている。よって、例えばECJと欧州人権裁判所の管轄権の問題については、具体的な提案と十分な情報が得られない限り、回答ができない (Betten/Grief, *op. cit.*, p.111ff.; 山根裕子『ケースブックEC法』東京大学出版会、1996年、96-97頁; See, Opinion 2/94 Accession by the Community to the EHCR [1996] ECR I-1759)。

- (53) Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones(ed.), *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary*, 2002, (Materials) pp.14f.; (Volume II) pp.1916ff.