

**Institute of Social Science, University of Tokyo**  
Discussion Paper Series J-140 (May 2005)

**EU 法の挑戦と比較法の課題**

2005 年 5 月

J-140

中 村 民 雄

[tamio@iss.u-tokyo.ac.jp](mailto:tamio@iss.u-tokyo.ac.jp)

## EU法の挑戦と比較法の課題

### *Challenges of European Union Law on Comparative Legal Studies*

中村民雄

#### はじめに

EU法は、これまでの比較法研究に新たな課題を突きつけている<sup>1</sup>。逆に比較法研究もEU法研究に対して新たな問いを投げかけている。本稿では、この両面のうち前者、EU法から比較法研究への問いかけを中心に論じる<sup>2</sup>。そして比較法を前進させるために提言も多少おこなう\*。

\*なお、本稿では、EC法を念頭においてEU法を論じる。EU法は、EC（欧州諸共同体）法と、EU諸国間の外交・安全保障の分野、また警察・刑事司法の分野に関する二つの政府間協力に関する法とからなる。しかし、いまだにEC法が量的にも質的にも中心であるので、EC法をもってEU法一般を論じても大過はない。法的にまたは歴史的記述などで、EUと区別することが適切な場合はECと記す。

#### 1. 「EU法の各国法に対する挑戦」という図式

1950年代から1990年代末までの、EU法と構成国の法（以下、各国法）との関係を論じた英語圏の先行研究<sup>3</sup>には、一定の共通した特徴がみられる。ほとんどの研究において、EU法または各国法のいずれか一方を固定し、一方により他方が変化させられ、または形成されたという図式で分析し記述してきたという特徴である<sup>4</sup>。この特徴は、日本における先行研究にも共通して見られる。

このような図式は、EU法秩序の最終的な有権解釈機関である欧州司法裁判所（EC裁判所）の展開してきたEU法言説と、各国法秩序において展開されてきた伝統的な憲法および国際法言説との拮抗から生じてきたように思われる。それぞれの言説を確認するところから始めよう。

##### （1）EU法言説と国家憲法言説

欧州司法裁判所は、欧州三共同体（EC）<sup>5</sup>の設立初期から、一定の条件を満たしたEC法規が各国国民に対して直接に権利および義務を発生させる効果（直接効）をもつことや、EC法規と各国法の抵触においてEC法規が各国法に優先して適用されるという優位性の原則（EC

<sup>1</sup> 本稿は、EUの立法を素材に比較法研究の課題を論じた拙稿「EUの法調和の実践と比較法の課題」比較法研究65号57-68頁（2004年）を基礎にして、そこでの考察を欧州司法裁判所（EC裁判所）の法形成を素材にさらに発展させたものである。

<sup>2</sup> 比較法の視点がEU法の理解を深め、体系的記述を変革させよう点についての詳論は別の機会にゆずる。

<sup>3</sup> 大部分は、EU法学の側から、EU法の各国法との関係での性質や効力を論じた研究であるが、比較法学の側からEU法を主題とした各国法および比較法研究も含まれる。

<sup>4</sup> 拙稿「EU政体規範（constitution）研究の現状と展望」聖学院大学総合研究所紀要22号99-130頁（2002年）。これはEUの憲法的規範（政体規範）に関する、1950年代から1990年代までの50年間の（英語圏の）研究史のレビューである。もっとも、英語で書かれ、または英語に翻訳された先行業績に限られている。

<sup>5</sup> EEC（欧州経済共同体）ECSC（欧州石炭鉄鋼共同体）EAEC（欧州原子力共同体）の三共同体。ただし、ECSCは50年の時限付共同体であり2002年7月に終了した。

法の優位性)を明らかにしてきた。そしてこれらの根拠として各国の国家主権の制限(主権制限)をあげてきた。すなわち、EC法は、各構成国がその主権的権利を制限し、EC設立条約に定めた範囲においてECに立法・行政・司法の統治権を付与したところに成り立つのであり、ゆえにEC法は、その対象とする範囲においては、各国法からは独立の独自の法秩序でありつつ、各国法秩序の一部であるが各国法の上位法として存在する、という連邦方式の法秩序像を欧州司法裁判所は提示してきた。これがEU法言説である。このEU法言説は、設立条約の目的、精神、全体構造、条文の文言に訴えて、散在する規定に欧州司法裁判所が意味づけをあたえて成立したのであった。当初から欧州司法裁判所の解釈的言説であったところに注意する必要がある。

典型例は、欧州司法裁判所の1963年のファン・ヘント・エン・ロース(van Gend en Loos)事件の先決裁定である。この裁定は、今日のEU法秩序の骨格をなすEC法規の直接効、そして国内法に対する優位性を初めて示した画期的な判例である。

事件は、EC設立直後の時期、域内各国間の関税引き上げを禁じたEC条約の規定に反してオランダが引き上げ措置をとったため、はたして当該EC条約の規定に各国の私人に直接に権利を発生させる効果があるかどうか、その効果がある場合、EC条約上の権利と各国法のどちらが優先するかをめぐる争われた。これらの論点に関する明文はEC条約にはなかった。そこで欧州司法裁判所は、設立条約の「精神、全体構造、条文の文言」を考慮して判断する必要があると述べ、EC条約の目的とEECの制度の特徴的な部分を指摘したあと、次のような結論を導いた。

「([attendu] qu') [欧州経済] 共同体は国際法における新しい法秩序(un nouvel ordre juridique)を構築するのであって、構成国は、限られた領域においてではあるが、その主権的権利を共同体との関係で制限したのであり(les états ont limité leurs droits souverains) また共同体の統治は、構成国のみならずその国民にもおよび、

(que, partant,)したがって、構成国の立法とは独立に(indépendant de la législation des états membres)、共同体法は個々人に義務を課すのみならず権利をも与えるのであって、この権利は個々人の法的遺産(patrimoine juridique)となる。」<sup>6</sup>

この裁定と後の判例の累積により確立したEU法の各国法に対する優位性の原則は、今日、2004年の欧州憲法条約(The Treaty establishing a Constitution for Europe)<sup>7</sup>において「この憲法および連合に付与された権限を行使して連合機関が採択した法は、構成国の法に優位するものとする。」(憲法条約I-6条)と明文で確認されている。

2004年の憲法条約はまた、ファン・ヘント・エン・ロース事件以来の、各国の主権制限によるEUの成立という法律構成を引き継いで、EUと構成国との統治権限の分有体制をfederal

<sup>6</sup> Affaire 26/62 Van Gend en Loos [1963] Rec. 3, 24; [1963] ECR 1, 12. *See also*, Case 6/64, Costa v. ENEL [1964] ECR 585; Case 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629; Case C-213/89, Regina v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame [1990] ECR I-2433.

<sup>7</sup> 全訳および主要局面の解説は、衆議院憲法調査会事務局(中村民雄執筆)『欧州憲法条約 解説及び翻訳』(衆議院憲法調査会事務局、2004年)

という言葉は使わないものの明文化している。たとえば、一定の統治事項はEUの「排他的権限」に属し、その権限は専らEUとしてのみ行使できる（構成国の一方的行使は排除される）と規定している（憲法条約 I-13 条）。要するに、EU 法言説は、各国の主権制限による越境的な統治体制の成立という法律構成を基礎に、連邦方式の統治体制を念頭において具体的な基本原則を展開するものであった。もっとも連邦方式の統治体制が、連邦「国家」であるのか、国家ではない独自の新種類の統治体制であるのかは未だに明らかではない<sup>8</sup>。

ところが、各国法の側では、憲法を中心とする国法体系が強固に確立しており、EU 法言説を全面的に無条件に国内法として受容する国は多くはなかった。とくにイギリス、ドイツ、フランス、イタリアといった大国の裁判所は、1950年代から1990年代初めまで、EU法の優位性の原則は、各国憲法秩序において許容される範囲でのみ許容されるという制約を課して受容していた。

イギリスを例にとると<sup>9</sup>、不文憲法の国であるが、コモン・ロー上の憲法原則が存在し、それによれば、国家の主権は、対外的には国王（内閣）対内的には国会の中の国王が貴族院と庶民院の両院と共同してのみ行使する（国会主権）ものとされてきた。国会の対内立法権に対するイギリス法上の制約はなく、国会はどの会期においてもあらゆる事柄を立法する権利をもつものとされている（「国会主権の原則」）。その理解にたち、国内法と国際法は二元的に区別され、国際法のうち、国民の権利義務を変更するものは、ひとり国会の中の国王だけができるので、国会の立法等の行為を経て初めて国内法上の効力を認められるものとされてきた。

ゆえに、EU法も、国会が立法等の行為によりそれに国内法上の効力を認めるときにその範囲でのみイギリス法上は存在し効力をもつことになる。現に国会は1972年に欧州共同体加盟法（European Communities Act 1972）を制定し、EU法の国内法上の効力を将来にわたって認めた。このような理解から、イギリスでは、EU法の優位性は各国が主権を制限したところに絶対的に成り立つという理解ではなく、国会が法律で認める範囲で相対的に認めたという受け取り方になり、「国会主権の原則」は最終的に国会がEU法を破る自由を維持しているので存続していると考えられている。

1990年代のイギリスの最上級審の裁判所である貴族院判決において、国会が明文で1972年の欧州共同体加盟法を覆さない限りは、あるEU法規とそれより後のイギリス国会の法律とが抵触したとき、EU法規に優位性を認めるという立場がとられた<sup>10</sup>。しかし、この貴族院判決も、国会が明示的に1972年法を覆すことは国会の権利として残存していることを示唆しており、ゆえに究極の「国会主権の原則」は国会に存続していると考えられる立場をとっていることもできる。

政治家の認識も同様であり、2004年3月のイギリス国会における政府答弁において、欧州

<sup>8</sup> この点について、拙著（前掲注7）。

<sup>9</sup> 詳細は、拙著『イギリス憲法とEC法—国会主権の原則の凋落』（東大出版会、1993年）。

<sup>10</sup> R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. [1991] 1 AC 603 (HL) per Lord Bridge (at 658). *See also*, R. v. Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunity Commission [1995] 1 AC 1 (1994, HL)（EC法規を根拠にイギリス議会の制定法のEC法適合性審査 違憲審査と同等の機能を果たすをイギリスの裁判所に請求しうることを認め、かつ本件ではイギリス議会の制定法がEC法違反であると貴族院は認めた。）

憲法条約の成立がイギリスの国会主権を侵害するものではないかという論点について、政府閣僚は次のように答弁している。

「オブライエン（O'Brien）通商投資大臣： EU 法の優位性は確立した原則でありまして、過去 30 年にわたり国会主権の原則と並び立ってまいりました。今回提案されている〔憲法〕条約はこれをいささかも変えるものではございません。…この新条約の諸規定にイギリス法上の効力を与えるには、国会がその諸規定を承認しなければなりませんし、国会が望むなら、この諸規定を承認する立法を否決することもできるわけです。1972 年の欧州共同体加盟法を覆すことさえ国会はできるわけです。…イギリスが条約上負っている義務に反する国内立法をする権利はいつも国会にあるわけです。」<sup>11</sup>

以上はイギリスの例であるが、他の構成国においても、EU 条約の国家憲法への適合性の審査訴訟において（ドイツ、デンマーク）あるいは EU 法規（指令と国家憲法や法律）との抵触の解決において（フランス）同様の議論が展開されてきた<sup>12</sup>。いずれも国家主権は制限されるか残存するかといった対立言説である。

## （２）「EU 法対各国法」図式における比較法・外国法研究

以上の対立図式は、いずれも共通の法概念を使っている。EU 法の側も、各国の国家主権を EU 法が制限すると述べ、「主権」概念に訴えた言説を展開する。各国法の側も、EU の存立そのものは各国の憲法にもとづく主権的行為なくしてはありえないと、やはり「主権」概念に訴えた言説を展開している。ゆえに EU 法は各国の主権を制限するか否かという対立図式が直接に出てくる。この対立図式を念頭において、その後 40 年近くの比較法や外国法研究は展開されてきた。

主として次のような視点からの研究が登場した。第一は「EU 法が各国法に対して挑戦してきた」という図式で各国法の変化を記述し評価するものである。この視点は、EU 法秩序が各国法からは独立であり独自であるという EU 法言説を重視する。そこで独自独立の法秩序たる EU 法という言説を疑わずそれを所与として、EU 法により各国法はどう変化したかを問う。このような視点に立つ研究のキーワードは、「影響（influence）」「変化（change）」「変容（transformation）」「波及（spill over）」「〔国内法の〕欧州化（Europeanisation）」「統合（integration）」「〔各国法の〕調和、近似化（harmonisation, approximation）」などであった。

この図式を視覚的に描き出したイギリスの有名な判決の一節がある。イギリスが EC に加盟した翌年の 1974 年の判決において、控訴院のデニング記録長官（Master of the Rolls）は次のように述べた。

<sup>11</sup> House of Commons Debate (on EU Constitution) 24 Mar 2004. Hansard: H.C. vol.419, col. 318WH.

<sup>12</sup> Trevor Hartley, *European Union Law in a Global Context* (Cambridge U.P., 2004) pp.156-165, 168-170.

「〔EEC〕条約は、イングランドとそこの人々だけに關係する問題にはいささかも關与しない。これらは依然としてイギリス法が扱う。…しかし、ヨーロッパ的要素のある問題となると、この条約はあたかも押し寄せる潮 (an incoming tide) である。〔テムズの〕河口から流れ込み、上流へと遡ってくる。押し戻すことはできない。国会は今後この条約が国内法の一部であると決定した。それは国内制定法と同じ効力をもつのである。」<sup>13</sup>

このように EU 法 (の側を固定してそれ) が各国法を変化させるという図式で書かれた、比較法・外国法の研究書は多い。ヨーロッパおよび日本の代表的な作品を挙げるならば、Basil Markesinis (ed.) *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century* (Clarendon Press, 1994); Francis Snyder (ed.) *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration* (Hart Publishing, 2000); 中村民雄『イギリス憲法と EC 法 国会主権の原則の凋落』(東大出版会、1993 年; デイター・ショイニング(石川敏行監訳)『ヨーロッパ法への道』(中央大学出版部、2002 年; 中村睦男ほか編『欧州統合とフランス憲法の変容』(有斐閣、2003 年) などである。

第二の視点は、第一の視点を裏返して応用したものであるが、EU 法の各国法への影響とともに、逆に各国法の EU 法形成に対する影響も研究するものである。これは国法体系および国際法体系 (国法体系間の法体系) に依拠しながら EU の法と制度は作り出されたと考える各国憲法の視座を重視するか、少なくとも EC 法言説に拮抗するものとして考慮する立場である。

この立場は、各国法が EU 法を作る面 (たとえば EU の法や制度に各国法や国際法が基礎概念を提供するなど) もあることを指摘する。この視点が第一の視点と足しあわされる。(なぜ拒否されずに足しあわされるかといえ、各国法が EC 法を一定の条件をつけてであれ承認し受容している限りは、この立場とて第一の視点を全面的に否定することはできないからである。) すると、ある構成国の進んだ法や制度が EU の法や制度に採用され、それが EU 法となると、今度は共通の法として別の構成国へとヨーロッパ大に拡大的に波及するという相互作用的な現象があらわれ、次第に各国法が調和し収斂するといった、動的な視点が生まれることになる。この視点に立つ研究のキーワードは、「波及 (spill over)」「相互作用 (interaction)」「交雑 (cross-fertilisation)」「収斂 (convergence)」といったものになる。もっとも、この視点でも、まずは EU 法か各国法のどちらかが固定され、それが他方を変化させるという認識方法が根底にある。EU から各国へ、各国から EU へという双方向が足しあわされて、全体としては動的な構図となる。

この EU 法と各国法の相互形成という図式で書かれた代表的な先行研究を挙げるならば、Jürgen Schwarze, *European Administrative Law* (Sweet & Maxwell, 1992) [ドイツ語原書 *Europäisches Verwaltungsrecht* 2 Bds. (Nomos, 1988)]; Jürgen Schwarze (ed.), *Administrative Law under European Influence: On the convergence of the administrative laws of the EU Member States* (Nomos, 1996); Jürgen Schwarze (ed.), *The Birth of a European Constitutional Order: the interaction of national and European constitutional*

---

<sup>13</sup> H P Bulmer Ltd v J Bollinger SA [1974] Ch 401 at 418 (per Lord Denning MR).

*law* (Nomos, 2001); 比較法学会「ヨーロッパ統合と法」比較法研究 54 号 (1992 年) などである。

この視点は EU 法研究を国際法学の一部から各国法学および比較法学の一部として取り込むものであり、EU 法言説に対する国家憲法言説からの問題提起、国家憲法言説に対する EU 法言説からの問題提起の双方がつねにあるという見方による EU 法研究および各国法研究を導いた。こうして、一つには、各国法との関係で独立独自とされる EU 法ではあれ、それが作られるまでの準備過程では各国法が参照され、各国の法や制度が EU 法に借用されたり変形して応用されたりする事実を光をあてることができた。つまり EU 法が独立独自の性質であっても、EU 法 (の、とくに形成過程) を比較法的に研究することは可能であり、それどころか EU 法理解を深める上で不可欠であり有意義であることが明らかになった。二つには、EU 法と各国法との関係を、相互作用という二元的な動的な視点から分析し記述しなおす道を開いた。

### (3) 比較法様式論の限界

以上は鳥瞰的な見取り図である。ここまでは比較法研究の方法や実例を具体的に論じないままできた。そこで、これまで紹介してきた法現象の大局的な認識モデルにより整理した事実をもとに、具体的な法主題にふれながら、従来の比較法の方法がどんなもので、それらがどれほど EU 法の分析に貢献したのかを考察していこう。

たとえば、次のような場面で比較法は EU 法の分析に関係しえた。EU は各国法を「接近 (近似化) (approximate)」ないし「調和 (harmonise)」させるための EU 次元の立法 (「指令」の形式をとることが多い) をいくつかの政策分野において行なう権限をもっている。(EU 法上は「接近」と「調和」は有意な区別がないので、以下、調和という。) 各国の特定商品の規格や安全基準など、共同市場・域内市場の運営の円滑化のための各国法令の調和に始まり、各国の会社法の調和、各国の労働者保護法の調和、各国の消費者保護に関する法の調和、各国の環境保護に関する法の調和などさまざまな法領域について、調和のための立法をする権限が EU にはある。このうち一定の法領域では EU 次元の調和立法が比較的容易に採択されるが、他の法領域では採択されにくいという現象がある。また同じ法領域であっても、特定主題については調和が進むが、他の主題については進まないという現象もある。そこで、なぜ各国法が調和できるのか、どこまで各国法は調和できるのか、逆に調和できない法領域はどこか、あるいは同じ法領域でも調和できる部分とできない部分があり、その調和できない部分はどの部分で、それはなぜか、といった具体的な実践的な問題関心がでてくる。比較法は、はたしてこのような EU 法上の実践的な問題について、どれほどの分析力をもちえたのであろうか<sup>14</sup>。

このような具体的な実践的な問題関心の次元では、分析力をほとんど発揮しない方法は、法様式の比較法である。

日本において法様式に着目した比較法を深め、他に追従を許さないのは、大木雅夫『比較法講義』(東京大学出版会、1992 年) である。これはドイツの比較法学者ツヴァイゲルトの方法

<sup>14</sup> EU 立法に関する比較法の分析力不足について論じたのが、拙稿 (前掲注 1) であった。

論に倣い、各国の法の形式ではなく機能の面に着目して、各国法の比較によるマクロ分類・類型化が可能であると考え、各国法に通有の法様式を基準に、マクロ分類（法圏）をおこなう。大木『比較法講義』は、このような比較法の方法を論じることに著書の半分を費やし、残り半分を法の様式相違を、法典論、法律家論として展開している。

比較法様式論とはどんなものか。大木は最近の別稿<sup>15</sup>において、その骨子を自ら要約している。それに従って比較法様式論の分析枠組を整理すると、表1となる。もちろん大木の議論にはきめ細かな留保が慎重につけられている。その繊細なニュアンスをできるだけ簡潔に反映しつつ、表1ではまず原則的な対比を掲げ、それに対する大木の加えた修正的議論を、インデントをつけて細字で示した。

表1 大木雅夫による大陸法と英米法の様式識別（原則的特徴とその修正）

	大陸法	英米法
法源	成文化された法典主義 ただし、判例法が重要な領域もある（例：フランスの不法行為法）	不文の判例法主義 ただし、重要な法を体系的に提示する制定法も増えた。
法の体系	公法と私法の区別がある。 ただし、社会法や無体財産など境界領域法がでてきた。	公法と私法の区別が不明確である。 とはいえ、国王無答責原則など公権に関する特別法準則も中世以来あったし、行政審判所も20世紀に成長した。
手続法と実体法の区別	実体法が訴訟法より重視。 とはいえ、法学部の講義では両者は峻別されないし、交錯問題が研究されている。	実体法と手続法の区別がない。 もっとも、区別のない状態は令状制度に由来する。令状制度はローマの制度の名残であった。また、令状制度は19世紀後半に廃止された。
訴訟における裁判官・当事者の役割	糾問式の専門裁判官僚。 これは法は行為規範で社会全体に浸透すべきもの、という一般観念を体現している。だが、その糾問主義は次第に廃止された。	当事者対抗式のアンパイヤ的裁判官。 これは法は裁判規範であって、社会一般にあまねく浸透する必要はないという法観念を体現している。つまり、社会秩序の攪乱防止に重点がある。ところが、近時は、糾問主義の導入もイギリスでは検討されている。
法様式の主たる形成者	大学教授 大学教授の役割を過大評価していたきらいもある。大学教授がいなくとも、たとえば契約法の体系は社会生活の要請から生じたであろう。	裁判官とパリスタ（上位の裁判所での法廷弁論権をもつ弁護士） パリスタは1990年法以降 Courts and Legal Services Act 1990でソリスタ（上位の裁判所で法廷弁論権をもたなかった弁護士）にも一定条件のもと法廷弁論権が認められたなど新たな競争に面している。

大木はこの論文で自らの比較法研究をふり返り、これまで「相違の相」から大陸法と英米法を捉えてきたが、両者を「類似の相」から見直すと、EUを通じた法の調和ないし収斂の可能性もまた見えてくるであろうと新境地を示している。そして、ヨーロッパ全体をみると、共通のヨーロッパ法律家の育成へと努力している姿が浮かび上がると指摘する。たとえば、EUの統一的法規範を、イギリスでも学生が選択科目で履修している。各国間の学者や学生の交換留学も、EUの政策的後押し（ERASMUS計画、SOCRATES計画）もあって盛んである。ヨーロ

<sup>15</sup>大木雅夫「大陸法とコモン・ロー 隣接の相の下における 」聖学院大学総合研究所紀要 25号 137-161

ッパ法としての共通の遺産が大陸法・英米法に仕切られた諸国にもあることを法制史の視点から語るカーネヘムの著書<sup>16</sup>に言及しつつ、大木は、未来への新しい意思と決断が不可能を可能にするとの楽天主義が成り立ちうる、と結んでいる。

明らかに大木の法様式に着目した比較法は、歴史的に長い幅にわたる、大局的なマクロの法・制度の特徴をつかむための方法であり、われわれがここで問題にしている具体的なミクロの問題関心に対応した方法ではない。異なる目的のための方法であり、おなじく調和の成否(大木の用語でいえば、相違および類似の相)を論じるにしても、時間の幅の取り方が根本的に異なる。ゆえにその方法の価値をミクロの問題関心だけから論断することはアンフェアである。またわれわれのミクロの関心は、特定の法主題に関する個別の実体法や手続法の内容にまで立ち入るが、大木はあくまでも法・制度の集合的な外形(スタイル)を論じる。時間幅の取り方の違いや考察する法の側面の違いなどからして、ほぼ不可避免的に、法様式に着目した比較法は、EU次元の具体的な調和立法の成否の分析枠組として、分析力をあまり発揮しないものとなる。

例をあげよう。(大木の視点にあわせて)なるべく時間幅を大きく、またスタイルについての例をあげるならば、欧州司法裁判所の判決文のスタイルやEU次元の立法のスタイルである。欧州司法裁判所の判決文のスタイルは、1950年代から1970年代半ばまでは、明らかにフランスの裁判所の判決文の書き方を模倣していた。すでに引用した1963年のファン・ヘント・エン・ロース事件の判決文の各段落は、attendu queで延々と続く一文で構成する判決文の各que節である(前掲引用を参照)。またEU立法は、いまだに大陸法のスタイルである。1985年のEC製造物責任指令<sup>17</sup>を例にとれば、簡潔明瞭に書かれたこのEC指令は、イギリスにおいて1987年消費者保護法(Consumer Protection Act 1987)を通して実施されたとき、複雑で細分化された伝統的なイギリスの制定法のスタイルにわざわざ変形された。このような局面を見る限り、大陸・英米のスタイルの違いは持続的で命脈を保っているともいえそうである。

しかし、欧州司法裁判所のフランス式の判決文スタイルは、フランス語版についてだけの、しかも1970年代までだけの、真理であった。そもそも英語やドイツ語版への翻訳過程で1950年代の当初からフランス式スタイルは採られていなかった。さらには、フランス語版においても1980年代以降は消失した。1980年代以降の欧州司法裁判所の判決文スタイルは、いわば無国籍であり、欧州司法裁判所が独自に開発したスタイルである<sup>18</sup>。これを比較法様式論はどう

---

頁(2002年)

<sup>16</sup> R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future—Unity and Diversity over Two Millennia* (Cambridge U.P., 2001)

<sup>17</sup> Dir. 85/374/EEC [1985] OJ L 210/29; Parliament and Council Dir. 1999/34/EC [1999] OJ L 141/20.

<sup>18</sup> 欧州司法裁判所の判決文スタイルが1980年代初頭に变化したことの要因は、加盟国数が増えるに従って翻訳作業が増大し、対応して判決書全体の構成をより簡潔にする必要が増したことにある(1973年にイギリス等3カ国が加盟、1980年にギリシャが加盟し10カ国となった)。1950年代から1970年代までの欧州司法裁判所の判決書は、事件名、キーワードによる骨子の提示、判決要旨、担当裁判官(judge rapporteur)による当事者の書面および口頭での主張の整理調書、判決文、法務官意見から構成されていた。この当時の判決文においては、もっぱら裁判所の法的判断だけが示されていた。ところが1970年代末に翻訳業務負担の激増と公式判例集の公刊遅延が著しくなった。そのため欧州司法裁判所は、担当裁判官の調書を公式判決書から省略することにし、その代わりに判決文の中に当事者の主張の重要部分を反映させる書き方に変えた。そこで今日では、判決文において、争点ごとに「当事者の主張」という小見出しがあり、諸当事者の主張が紹介された後、「当裁判所の判断」という小見出しが付されて、裁判所としての判断が示されるスタイルが一般的になっている。また、法務官意見に裁判所が同調する部分については、「法務官がその意見の 段落で述べているように」といった

分析するのであろうか。

またわれわれのミクロの問題関心からいえば、次の点が問題になる。なるほど法様式の違いが立法（EC 指令と各国実施法など）では残る。しかし、はたしてそのスタイルの違いが英米法族の国々において EU 立法の受容の障害になったのか。過去の実績からの答えは否である。たしかにイギリスにおいて、EC 製造物責任指令と 1987 年消費者保護法との間に齟齬がある点が問題とされたが、それはスタイルゆえではなく、実体法の内容が異なっていたからであった<sup>19</sup>。そして国内実施においての実体内容のズレは、大陸法族のフランスやギリシャなどにおいても、EC 製造物責任指令の実施において同様に生じている<sup>20</sup>。言い換えれば、EU 次元の調和立法の国内受容に困難が生じているのは、法令の書き方のスタイルの差異ゆえではなく、むしろ法の実体内容や各国の関連法との整合性、また EU 立法が関係当事者に与える利益・不利益の大きさなどをめぐって法的または政治的な意見の対立が生じるがゆえに生じている<sup>21</sup>。

また EC 判例の各国（不）受容の面でも同様のことがいえる。欧州司法裁判所の判決文の特定スタイルの採用ないし変更によって、各国裁判所における不受容や受容回避の頻度が変化したという事実はいまだに確認できない。欧州司法裁判所がフランス式の判決文スタイルをとっていた当時ですら、フランスの行政裁判所（とくにコンセイユ・デタ）は公然と EC 判例の受容を拒否した時期があった<sup>22</sup>。むしろ確認できるのは、EU 法固有の法概念を各国裁判所が各国法上の類似の法概念と混同して適用する例である<sup>23</sup>。これはしかし法の実体内容をめぐる問題である。

このように、スタイルという外形の相違を強調して法および制度を比較し類型化する方法は、マクロ次元においては有効であっても、具体的なミクロの次元の法の調和の成功失敗要因を分析する上では、たいした手がかりを提供しないことが多い。

---

言及がなされることも増えた。なお、1980 年代からは、先例を判決文で明示する書き方も採用され始めた。この点は英米法族のスタイルの影響とみることもできなくはないが、イギリスの加盟は 1973 年であり、影響がでるには時間がかかっている。またいまだに欧州司法裁判所の判決文では少数意見の公表はなく、また先例から離れる場合その理由をまったく説明せずに離れることも多い。

<sup>19</sup> いわゆる「開発危険の抗弁」（製造当時の科学技術の知見では製造物の危険性を防止できなかったことを理由とする責任の減免の主張）において問題となる、科学技術の水準を EC 指令は客観的な科学技術水準としていたが、イギリスの制定法は同業者の実施していた水準（業界水準）としていた。この齟齬をとらえて、欧州委員会はイギリスが国内実施を適切にしていると欧州司法裁判所に訴えた。しかし欧州司法裁判所はその点を争うイギリスでの事件がまだない段階でイギリスの裁判所が EC 指令に適合的に国内法を解釈しないと推定する根拠はないと述べて、欧州委員会の請求を棄却した。Case C-300/95, *Commission v. UK* [1997] ECR I-2649.

<sup>20</sup> Case C-52/00, *Commission v. France* [2002] ECR I-3827; Case C-154/00, *Commission v. Greece* [2002] ECR I-3879; Case C-183/00, *Gonzalez v. Medicina Asturiana SA* [2002] ECR I-3901. 欧州司法裁判所のこれらの判決によれば、構成国はたとえ EC 製造物責任指令が保護する以上に消費者保護的な国内法を整備していたとしても、それが EC 指令の明文で各国の実施裁量事項とされていないならば、当該指令の誠実かつ完全な国内実施義務の違反をおかしたことになる。例えば C-52/00 事件では、フランス法が EC 製造物責任指令と異なり、当該製造物責任を生じる最低損害額を設定せず、また製造者のみならず販売者についても製造物責任を負うとしていたが、このいずれも EC 製造物責任指令の文面に反するとの理由で違法とされた。

<sup>21</sup> 法の様式の違いは EC 次元での会社法の統一の難しさの原因にはまったくあげられていない。むしろ各国の周辺関連法との整合性や各国の会社法規制の目的や範囲の違いが大きい。See *Institut Suisse de droit comparé, Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen* (Schulthess, 2002) pp.43-74.

<sup>22</sup> 例えば、コンセイユ・デタは 1978 年 12 月 22 日の判決で、EC 指令の直接効を全面的に否定した（*Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, [1979] Dalloz 155, [1980] 1 CMLR 543 (English Translation)）。その後、1980-90 年代に徐々に指令の直接効を認める立場に変わっていった。

<sup>23</sup> この点については、拙著（前掲注 9）pp.133-142 を参照。

もっとも、法様式比較の視点が有益な示唆を与える場面もある。それは次の傾向を説明する場面においてである。すなわち、EU 次元の各国法調和措置は、どの法政策分野についても、実体法の内容の調和がある程度進むのに対して、当該実体法上の権利を司法的に保障する場面での手続法や救済措置とその履行確保に関する実体や手続の法と制度については、外形的な基準による調和にとどまるという傾向がある。

たとえば、EU 次元で制定した、製造物責任指令にせよ、男女労働者の均等待遇指令<sup>24</sup>にせよ、通信販売に関する消費者の権利保護指令<sup>25</sup>にせよ、特定の当事者間の権利と義務を実体的に規定する。ところがそれらの権利を侵害された者が侵害した相手方に求めうる救済措置については、「実効的な救済」を司法機関を通して保障すべしといった外形的な規定をおくにとどまることが非常に多い。まれに、指令において具体的な救済措置（差し止めなど）の保障を各国に義務づける場合も、その他の適切な救済を排除する趣旨ではなく、各国法において適切な救済は依然として付与しうることが前提となっている<sup>26</sup>。

権利義務の実現手段・強制方法などの救済面は概括的・外形的な調和にとどまるという現象については、まさに EU 各国の法制度が様式において大きくは英米法型と大陸法型に区分されており、その区別が根深いがゆえに（先の表 1 でいう「法の体系」「手続法と実体法の区別」のコラムを参照）、また特定の法主題だけを扱う調和立法を超えて各国法制度一般に作用する面であるがゆえに、特定の EU の調和立法を通して、共通の救済措置と手続に調和できないと説明することが可能である。

#### （４）機能的比較法の分析力：弁護士の通信機密特権（AM&S 事件）

次に、ツヴァイゲルトとケッツの法制度・法様式論について言及しよう<sup>27</sup>。これはミクロ比較の局面で分析力を相対的に発揮する。これはマクロ局面では法様式だけでなく、法と制度の内実面も加味して、ヨーロッパ諸国の法を、ロマン法族（Romanistic Legal Family）、ゲルマン法族（Germanic Legal Family）、英米法族（Anglo-American Legal Family）、北歐法族（Nordic Legal Family）と分類する。

ツヴァイゲルトとケッツの最大の貢献は、ミクロ比較の実践における機能的比較という方法論の提唱である。法の制度や伝統的に持続する法様式にはマクロ次元での違いがあるとしても、より具体的な法的争点については、同様の法益が保護される結果の同質性を認めることはでき、その結果を導く法準則に共通する法の目的や法的推論も認めることができる。機能的に同質の法目的・法準則を発見し、それらから共通法を導くことは可能であると主張した。この方法を用いて、マクロ比較よりも一歩ミクロ比較に進んだ法族の分類まで進めたのである。

機能的比較法は、分類学のためだけでなく、実践において共通法を作り出し、または発見する場合にも用いる点で大きな意味をもつ。現に欧州司法裁判所においても、必要に応じて、

<sup>24</sup> Dir. 76/207/EEC [1976] OJ L 39/40.

<sup>25</sup> Parliament and Council Dir. 97/7/EC [1997] OJ L 144/19.

<sup>26</sup> 消費者利益保護のための差し止め指令(Dir. 98/27/EC [1998] OJ L 166/51).

<sup>27</sup> Konrad Zweigert & Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* 3rd ed. (Oxford U.P., 1998)

実践されてきた。AM & S 事件<sup>28</sup>が典型例である。欧州司法裁判所は、この事件において、構成各国の実体法を調査し、各国法が保護しようとする法益と保護範囲、保護の目的を確認しつつ、EU の関連実定法にも照らして、EU 実体法を形成した。機能的比較法がどのようなものであるかを知るうえでも、格好の素材であるので以下にやや詳しくみてみよう。

この事件は、EC 競争法違反の嫌疑をかけられたイギリスの企業に対して欧州委員会が立ち入り調査を行なった際に、被疑企業が、弁護士との間の通信機密特権 (legal privilege) を理由に一定の文書の提出を拒否した、という事件である。しかし欧州委員会は当該文書の提出を命じる決定を行なったため、被疑企業がその決定の取消を求めて欧州司法裁判所に提訴した。

第一の争点は、弁護士と依頼人との間の通信機密特権 (legal privilege) なるものが、そもそも EU 法上存在するかどうかであった。第二の争点は、かりに存在するとして、どの範囲の証拠物の提出を被疑企業は拒否できるかであった。当時の EU の実定法規 (1962 年の EC 競争法実施規則 17 号 14 条) には、これらの争点に関する明文の規定はなかった<sup>29</sup>。

第一の争点については、原告は通信機密特権の保護は不文の EU 法の一般原則のひとつであると主張し、被告である欧州委員会もこの点は同意した。しかし、この訴訟に参加したフランス政府は、この特権保護に関する各国法のばらつきは大きく、EU 法の一般原則なるものは認められないので、通信機密特権は EU 法上存在しないと主張した。本件を担当した法務官によれば、フランス政府は「本件は、イギリス国内の法準則にすぎないものを共同体に忍び込ませる試みに他ならないとまで主張した。」<sup>30</sup>

第二の争点については、被告の欧州委員会は、各国法での保護範囲がまちまちであることを指摘した。たとえば、英米法族諸国では、依頼人が所持する弁護士との通信文書も特権保護の対象となるが、大陸法族諸国はそうではない。また大陸法族諸国の場合、弁護士が所持する通信文書であっても絶対的に保護されるとは限らない。このようなばらつきを指摘し、各国法のコンセンサスがある範囲でしか保護は EU 法上認めるべきでないと主張した<sup>31</sup>。

このような当事者等の弁論の後、法務官<sup>32</sup>ウォーナー (Warner、イギリスの裁判官出身) は、「ここでの真の問題は、構成国の法が争点となっている種類の一般原則の存在を明らかに示すかどうかである...そのような原則が構成国の諸法から蒸留できるのであれば、その原則の概念の由来 (conceptual origin) 、それが発展した方法、またはその概念の適用範囲の詳細が、構成国ごとに異なっても問題ではない。」<sup>33</sup>と述べ、次のように指摘して、特権の存在を認めた。すなわち、すべての構成国で、弁護士と依頼人との間の通信の機密保護は何がしかは認められている。最も中核にあるのは、弁護士が依頼人の話したことを証言するように求められることはないという点であって、どの国もこれよりは広い範囲で特権を保護している。どの国も弁護士が機密を漏らさない義務を弁護士に課している。どの国も、自国の法制度の手続法の特徴に合

<sup>28</sup> Case 155/79 AM & S Europe Ltd. v. Commission [1982] ECR 1575.

<sup>29</sup> 1962 年規則 17 号の立法過程で、欧州議会は、弁護士との通信機密特権の保護に賛成する意見を表明していたが、EC 閣僚理事会はこの点について規定をおかずに規則を採択していた ([1982] ECR at 1623)。

<sup>30</sup> [1982] ECR at 1631 per Warner AG.

<sup>31</sup> Id. at 1648 per Slynn AG.

<sup>32</sup> 法務官 (Advocate General) とは、EU 公益の代表者として欧州司法裁判所において裁判所とは独立の立場から弁論をする EU の官職である。

<sup>33</sup> *Id.* at 1631-32 per Warner AG.

わせてこの守秘義務が認められている。各国の特権機密保護の法の発展は、ある程度は、法曹制度のありかたによっても規定されている。フランスを除いて、弁護士と依頼人の間の通信の機密を競争法行政庁が無視できる立法をもっている国はない。この特権は、人権ではないが、一般的に文明国の法で認められた権利としてある。ゆえに、規則 17 号 14 条にもとづく欧州委員会の権限は、企業と弁護士間の通信の機密を企業が主張する権利に服しつつ、行使できるものと解される<sup>34</sup>。このように特権の存在を認めた後、ウォーナー法務官は、第二の論点については、特権で保護される文書の範囲は特定せずに、むしろその点は個々の事案ごとに決すべきで、機密文書かどうかをだれが判断する手続とすべきかを論じればよい、と述べた。

しかし欧州司法裁判所は、当事者の弁論および法務官意見を不十分と考えた。そこで口頭弁論の再開を決定し（その間に法務官も任期切れで交代し）、次の各通信に対する機密特権の存否に関する各構成国の「立法、学説、判例法」について意見を陳述するように当事者および訴訟参加人に通告した<sup>35</sup>。

- 1．弁護士と弁護士間の通信
- 2．独立の弁護士と企業間の通信
- 3．契約または雇用関係により企業の顧問となっている弁護士と当該企業間の通信
- 4．企業内の法務助言者と同一企業または同一企業グループ内の被用者との間の通信
- 5．同一企業内または同一企業グループ内の被用者同士間の通信であって、当該企業または企業グループからは独立の弁護士から当該企業または企業グループに与えられた助言を述べた通信

この5つのカテゴリーは、要するに弁護士が被疑企業と利益相反関係に立たないで独立しているか（1，2，5）従属しているか（3，4）という視点を出発点にしている。身分的には独立の弁護士職ではあっても、企業との契約等の恒常的な利益関係にある弁護士もあり、その者との通信機密を EU 法上認めるべきかどうか、特権保護文書の範囲の重要な境界線になりうることを示唆した質問でもあった。

交代したスリン法務官（Slynn、イギリスの裁判官出身）は、比較法の方法について次のように述べる。比較法を基礎に欧州司法裁判所が EU 法を解釈または補充するとき、共通の構成国の解決法の最小限度を採用すべく義務づけられているわけではない。算術平均、各国法制度の多数が生み出す解決法を考慮して決定するわけでもない。欧州司法裁判所は、具体的な問題を測定し評価し、最善かつ最適な解決を探さなければならない。EU 法が何であるかの考慮の助けとして各国法を参照することは許される。この参照は、各国法を EU 法にそのまま輸入することを伴うわけではなく、各国法を EU 法の不文の原則を発見する道具として使うということである、と<sup>36</sup>。

そこでスリン法務官は、EU の当時 10 加盟国すべての国内実体法を参照して整理し<sup>37</sup>、次の結論に達する。第一の争点（特権の存否）については、構成国の個々の法は異なるが、あらゆ

<sup>34</sup> *Id.* at 1637 per Warner AG.

<sup>35</sup> *Id.* at 1604.

<sup>36</sup> *Id.* at 1649 per Slynn AG.

<sup>37</sup> *Id.* at 1651-53 per Slynn AG.

る構成国で、公益と適切な司法の運営の要請からして、依頼人は、自由に、率直に、全面的に、弁護士と話ができるべきだという一般的な準則があるといえる。そして、この原則は、文明社会にいる人は、弁護士に助言と助力を求めることができ、そしてもし訴訟になれば、弁護を頼めてしかるべきだという基本的な必要性からくるものである。ゆえに、これはEUの準則であってしかるべきである、と<sup>38</sup>。

第二の争点（特権の及ぶ範囲）については、この準則がEU法上どの範囲で適用されるべきかは、構成国の実行を考慮しつつ、共同体およびその機関、構成国、そしてEU法に服する個人の諸利益をも考慮しつつ、最善最適の解決を図るべきである。まず文書についていえば、弁護士・依頼人間の通信文書は、その所在が弁護士側、依頼人側のどちらにあっても保護されるべきである。たまたま所在が異なることで保護の有無が異なると、先の基本的要請にそぐわない。同様に、訴訟開始前、後も区別しない。さらに記録媒体の態様も問わない。記録のスタイル（詳細かメモか）も問わない。次に弁護士の立場についていえば、当該弁護士がたとえ企業に契約上雇われていても、弁護士団体の職業団体による自己規律と倫理に服する限りは、独立の弁護士と同様に扱える、と<sup>39</sup>。

欧州司法裁判所は、第一の争点についてはスリン法務官意見を肯定し、第二の争点については見解を異にした。

第一の争点について、裁判所は特権の存在を認めつつ、EC法が諸国法の相互浸透から形成される法としての独自の性質をもつがゆえに、その特権の存在の認定に諸国法を比較考慮する必要があると認める。そのうえで特権保護の目的ないし機能について、次のように述べる。

「EC法は、構成国の経済的のみならず法的な相互浸透（interpenetration）からも由来するのであって、機密の保持、とりわけ弁護士と依頼人との一定の交信に関する機密の保持に関する構成諸国の諸法に共通の原則や概念を考慮しなければならない。この機密性は、あらゆる人は、制約なく、弁護士に相談できてしかるべきであり、弁護士は独立の法的助言を必要とするすべての人にそれを与える職業たるべきであるという、すべての構成国において重要性を認められている要請に仕えるものである。」<sup>40</sup>（下線付加）

第二の争点については、特権保護の及ぶ範囲について各国法にばらつきがあるとはいえ、保護を与えている以上は、各国法に共通の基準を見つけると述べて、次のように続ける。（なお下線部は、第一の争点での下線部にほぼ対応した、範囲確定のための目的を述べる部分である。また、保護範囲は、文書と弁護士の二面から画定されている。）

「一方で、そのような交信は、依頼人の防御権（弁護権）のために、その利益において行われる。他方で、この交信は独立の弁護士、つまり、雇用関係により依頼人に拘束されていない弁護士から発生する。〔依頼人の防御権の保障のために〕…規則17号にもとづく行

<sup>38</sup> *Id.* at 1654 per Slynn AG.

<sup>39</sup> *Id.* at 1655 per Slynn AG.

<sup>40</sup> *Id.* para. 18.

政手続の開始後に行われた交信文書すべてに及ぶものと解されるのが相当である。また、当該手続の対象に係る、それ以前の交信文書にも拡大することが可能であると解するのが相当である。〔他方の〕保護される交信文書が発される法的助言者が満たすべき地位ないし資格としての、独立の弁護士という地位と資格の要件であるが、これは、裁判所の司法運営に協力し、完全な独立性において、司法運営という超越的な利益において、依頼人の必要とする法的助力を提供するように要請されるという弁護士の役割の概念に基づくものである。保護の対（つい）をなすのが、専門職倫理および規律の準則である〔る〕。この概念は、構成国に共通の法伝統の反映であり、共同体法秩序においてもまた見出される。EEC および EAEC 裁判所規程に関する議定書 17 条、ECSC 裁判所規程に関する議定書 20 条がそれである。設立の自由およびサービス提供の自由に関する条約の原則を考慮し、この EC 法上与えられる、弁護士と依頼人との間の交信文書に対する保護は、依頼人の居所たる構成国と関係なく、構成国のいずれかひとつにおいて専門職業を行うあらゆる弁護士に対して差別なく適用されるものと解するのが相当である。」<sup>41</sup>（下線付加）

比較法的に注目すべきは、特権保護を主張できる「弁護士」の範囲についての判断である。スリン法務官は被疑企業と雇用契約など法的に拘束される関係がある弁護士（いわゆるインハウス・ロイヤーなど）でも弁護士の専門職業団体の規律に服する限りは独立性があるので特権保護の範囲に入ると考えた。ところが裁判所は、インハウス・ロイヤーなど被疑企業に法的に拘束された弁護士は特権の対象とならないとした。この判断の違いはどこから来たのであろうか。

最大の違いは、欧州司法裁判所が EC 各国の共通の法準則だけでなく、EC の実定法にも訴えて、EC 法上のあるべき弁護士像を独自に形成したところにある。すなわち、「裁判所の司法運営に協力し、完全な独立性において、司法運営という超越的な利益において、依頼人の必要とする法的助力を提供するように要請されるという弁護士」という規範像であり、これが構成国に共通の法伝統の反映であり、EC 法においても「EEC および EAEC 裁判所規程に関する議定書 17 条、ECSC 裁判所規程に関する議定書 20 条」<sup>42</sup>に見出されるというわけである。

改めて第一の争点（特権の存否）の判決文を読み返せば、すでに欧州司法裁判所は特権の存在目的を「あらゆる人は、制約なく、弁護士に相談できてしかるべき」という目的にとどまらず、「弁護士は独立の法的助言を必要とするすべての人にそれを与える職業たるべき」という目的にまで広げて伏線を張っていたことに気づく。スリン法務官やウォーナー法務官は、この点で違っていた。彼らは特権の目的を「あらゆる人は、制約なく、弁護士に相談できてしかるべき」という点にのみ求めていた。欧州司法裁判所はこれに「独立の」弁護士という規範像を加えて、特権の成立目的の次元からして絞りをかけ、あらゆる構成国の法においても受け入れ可能な保護範囲の下方修正ラインの導出を企図した。そして EC 実定法規をもちだして「完全な独立性において、司法運営という超越的な利益」のために依頼人に法的拘束されずに活動する EC 法上の弁護士像がすでに諸国が共通に認めたものであるかのように立論した。しかし、

<sup>41</sup> *Id.* paras. 21-25.

<sup>42</sup> これらの規定は、欧州司法裁判所に出廷する弁護士等について、「その義務を独立して履行するに必要な権利と免責」を認めると定めていた。

引用された EC 実定法の諸規定は、欧州司法裁判所に出廷して弁論する弁護士が「独立して義務を履行するに必要な権利と免責」を認めるというものにすぎなかった。これらは本件の問題を含めた弁護士像を一般的に定めるものではなく、本件で問題になった法的問題に決定的な根拠を与えるものではなかった。

欧州司法裁判所の立論の説得力はさておき、このような欧州司法裁判所の法形成はツヴァイゲルトとケッツが提唱した機能的比較法という方法にもとづくものである。具体的な法命題を特定するために必要十分な法的に重要な事実関係を提示し、それに関連する各国法を調査する。そして各国法に共通の法的保護利益を抽出し、それに規範的な言語表現を与え、法規範として定式化する、という作業をしているのである。

また興味深いことに、この場面では、法様式論も説明において有用性をもつ。法務官スリンもウォーナーもイギリスの裁判官出身であり、彼らの弁護士という職像の規範像は、インハウス・ロイヤーに対しても独立に職業団体が規律をかけるイギリスの弁護士像があった。大木の指摘するとおり、英米法族における法曹団体の自律という伝統は、法曹自らの誇りであり信頼に足るものであり、裁判官もその法曹団体の出身者であるがゆえに相互の信頼関係は法制度の当然の前提とされている。他方、大陸法族の裁判官は、司法という国家権力の行使を担当する官職であり、それと弁護士は対置され、相互に信頼関係は前提されない。弁護士を制度的に司法制度運営に協力する義務で縛る必要がでてくる。ゆえに、弁護士像をめぐる、英米法族と大陸法族の両方の諸国にまたがる EC 法の共通の法の一般原則を形成する際には、大陸法族の諸国を納得させるだけのより厳しい独立性を弁護士の規範像に求めざるを得ない。

機能的比較法を実践することで、フランスから見れば国内法よりも広い特権保護を、イギリスにとってはより狭い特権保護を達成し、フランス政府が言いつのつた「イギリス国内の法準則にすぎないものを共同体に忍び込ませる試みに他ならない」といった批判は容易にかわすことができた。

この事件に携わったオランダ出身の欧州司法裁判所の元裁判官コープマンズ (Koopmans) は、本件で欧州司法裁判所が各国法の比較を行い、特権保護の根拠 (rationale) に照らして、その EC 法上の存在と保護範囲を決めたと述べている。彼はさらに、EC 法上の独自の法準則であるがゆえに、各国法上の用語と異なる用語を意図的に用いたとも指摘している。そこで通信機密保護特権を、legal professional privilege (イギリス) や secret professionnel (フランス) ではなく、Principle of protection of confidentiality of communications between the independent lawyer and his client (EC) と表現したと述べている<sup>43</sup>。この点は重要である。すなわち、AM&S 事件は、原告がイギリス法をベースにした通信機密特権 (legal privilege) を主張するところから始まったが、最終的には、欧州司法裁判所がイギリス法とは別個独立の、EC 法上の独自の法原則 (「弁護士と依頼人との間の通信文書に対する機密の保護」) を生成して終わったことを欧州司法裁判所の裁判官自らが認めているからである。各国法をヒントにして、EU 法の独自の法が形成されたのである。この点は、次の考察につながる。

<sup>43</sup> Thijmen Koopmans “The Birth of European Law at the Cross Roads of Legal Traditions” (1991) 39 Am. J. Comp. L. 493-507 at 499.

## (5) 機能的比較法の限界：EC 法上の構成国賠償責任の形成

以上にみた機能的比較法も、しかしながら、EU 法に接しては方法的に限界もみせる。なぜなら、EU 法の形成が機能的比較法によらずに、EU 独自の内在論理および法にもとづいて行なわれる場合も出てきているからである。このような事例に接したとき、独自に作り出された EU 法を、たとえドイツ法族かつフランス法族かつ英米法族などのそれぞれの特徴を兼ね備えた混合物と見て、構成要素にわけて説明することが可能であるとしても、はたしてそれで EU 法の内在論理にある特徴や独自の性質を分析しつくすことはできるのであろうか、という疑問がでてくる。つまり EU 法をひとつの法秩序単位として認識し、その独自の法の様式や性質を論じる必要も出てきているように思われる。(法様式比較についても、欧州司法裁判所の判決文スタイルの無国籍化は同様の課題を示している。)

これを裏からいえば、ツヴァイゲルトとケッツや大木に代表される従来の比較法研究は、考察の対象の大部分を国家法とし、それらを一定の基準により一層大きな単位(法族・法圏など)にまとめる作業を展開していたと大づかみにはいえるだろう<sup>44</sup>。この国家法を中心的な素材とする研究手法による限りは、越境的な、従来の国際法(つまり国家間の法)とも異なるらしい、独自の法秩序単位(EU 法)は対象とされにくいのである。

ツヴァイゲルトとケッツは、大陸法族と英米法族にまたがる EU 法そのものについても、EU 法の各国法への影響という現象も、比較法の問題としては取り上げていない。これに対して、大木は世界的にも早く 1962 年に EEC の立法・裁判制度と立法実務に着目し、多様性の中の統一の原理にもとづく制度設計がなされていることを指摘していた<sup>45</sup>。しかし大木の研究は、EU 法言説が欧州司法裁判所により本格的に展開される 1963 年の直前にいったん停止された。大木は、1960 年代後半から、当時の比較法の重要課題であった、資本主義法と社会主義法の比較の可能性という基本問題へと向かっていった<sup>46</sup>。大木が EU

<sup>44</sup> 同旨の限界指摘として、William Twining, *Globalisation & Legal Theory* (Butterworths, 2000) pp.174-193.

<sup>45</sup> 大木雅夫「ヨーロッパ共同体における法の統一」立教法学 4 号 43-111 頁(1962 年)、同「ヨーロッパ共同体における技術的協力の法規制」ジュリスト 257 号 51-54 頁(1962 年)。前者の論文は、ヨーロッパ諸国法の統一はなぜ、いかなる意味で可能かを考える論文である。「多様性における統一性の原理」が法統一のメタ指導原理としてヨーロッパ諸国に通用であり、EC の制度設計にも、EC 派生法とくに指令にも、この原理が応用されたものと見られる。各国法などの国法体系ならびに国際法体系の外に、EEC という機関が定立する、等しく国家および国民を拘束する新しい(源からの)法体系としての「ヨーロッパ法」が成立している、と論じる。後者の論文は、工業所有権の法統一が困難ながら課題であることを指摘し、また欧州原子力共同体は、越境的な技術協力を支援推進する制度となっていると指摘している。なお、大木の立教法学の論文を国際法学者の匿名氏がジュリストの論文短評欄において取り上げ、国際法的には条約により成立した国際組織の法であってなんら新規性はなく、独自のヨーロッパ法を展開する存在として評価するのは過大であると論じた。これに対して大木は、比較法の視点と異なる視点から批評すること自体がアンフェアであると反駁した。大木雅夫「ヨーロッパ共同体理解のために」ジュリスト「批評と紹介」にこたえて」ジュリスト 258 号 53-55 頁(1962 年)。

<sup>46</sup> 比較法の対象とする国家法として、当時はソビエト法は無視できなかった(大木雅夫『ソビエト法思想の歴史の変遷』(民主主義研究会、1963 年))。また大木にとっては、比較法学の方法論も大きな課題だった(ツヴァイゲルト＝ケッツ(大木雅夫訳)『比較法概論：私法の領域における 原論』(東大出版会、1974 年))。その後、大木は『日本人の法観念：西洋的法観念との比較』(東大出版会、1983 年)、『異文化の法律家』(有信堂高文社、1992 年)、『資本主義法と社会主義法』(有斐閣、1992 年)、『比較法講義』(東大出版会、1992 年)、シュロツサー(大木訳)『近世私法史要論』(有信堂高文社、1993 年)と仕事を展開した。2000 年代になって欧州法研究へと回帰した(大木雅夫「大陸法とコモン・ロー 隣接の相の下における」聖学院大学総合研究所紀要 25 号 137-161 頁(2002 年))。この壮大な知的遍歴には瞠目させられる。

法を再び論じたのは2000年代に入ってからである。

要するに、比較法の対象を国家法にとどめ、それらの分類方法を論じ、共通法認定の可能性を論じるに留まっていた点に、従来の比較法研究の限界があったと私は考える。その限界内に留まる限り、EU法のように直接に個人に権利義務を発生させる越境的な統治体の法(「国際法」という言葉を意図的に使わない)の独自の特徴認識の方法論は考究されないであろう。またEU法以外の面でも、国家を通さない、私人や国家以外の主体による、国家領域単位と異なる単位での法形成(グローバルな、あるいは複数国にまたがるローカルな法など)があるとすれば、それらを認識も分析もできないということになる。

この限界は、しかし、今日のEU法の発展状況に照らしても、克服する必要がある。それは、欧州司法裁判所によるEU法形成が、もはや機能的比較の方法によらず、EU法秩序の内在論理だけで自律的に行なわれる事例まで現れているからである。

それを示す重要な事例を挙げよう。EU構成国のEU法違反により私人に損害が発生したときの構成国の賠償責任をEU法上の法理として提示した一連の欧州司法裁判所の先決裁定<sup>47</sup>である。ここでは嚆矢となったフランコヴィッチ(Francovich)事件<sup>48</sup>の先決裁定を取り上げる。

この事件は、EC指令の国内不実施の事案である。倒産企業の労働者の未払い賃金を国が代払する制度の整備を各国に命じたEC指令があった。イタリアは実施期限までにこれをまったく国内実施しなかった。期限徒過後、この実施懈怠のために未払い賃金を確保できなかった労働者が、イタリア政府の立法の不作為により損害をこうむったとして、未払い賃金と同額の損害賠償をイタリアの裁判所において政府に求めた。

問題は請求根拠であった。国家賠償責任に関するイタリア法は、責任の成立要件は私法上の不法行為責任と同等であり、立法の不作為についても国会の故意または過失を要件とするため、その立証は至難であった。そこで原告労働者らは、EC指令の国内不実施という懈怠は、明白なEC法違反の行為(不作為)であり、その違法行為による私人の損害に対しては、構成国は賠償する責任を負うべきとのEC法上の賠償責任法理が各国法とは別個に存在すると立論した。イタリアの裁判所は、欧州司法裁判所に先決裁定を求めて事件を付託した。

EC法においては、構成国のEC法違反行為(作為または不作為)に対する責任を定める明文の規定は(事件当時もなければ、現在も明文では)ない。あるのは、ECの機関および公務員の不法行為責任の明文規定にすぎない(EC条約288条2段)。それによれば「契約上のものではない責任については、共同体は構成諸国の諸法に共通の一般原則に従って、共同体の機関または使用者がその職務の遂行において与えた損害を賠償する責任を負うものとする。」明らかにこの責任の実体要件については、各国法比較にもとづいて欧州司法裁判所が特定すべきものとの方法がそこに示されている。ゆえにEC機関が負う損害賠償責任に関しては、すでにみたAM&S事件のように、各国の機能的比較により実体要件が形成されても異論は少ないであろう。

しかし、構成国が負う損害賠償責任は別問題ともいえる。その責任がEC法の管轄内かも

<sup>47</sup> Cases C-6/90 and C-9/90 Francovich v. Italian Republic [1991] ECR I-5357; Case C-46/93, Brasserie du Pêcheur SA v. Germany [1996] ECR I-1029.

<sup>48</sup> Cases C-6/90 and C-9/90 Francovich v. Italian Republic [1991] ECR I-5357.

問題となりうるし(権限問題) かりに EC の権限であるとしても、どのような方法で法を特定するかも問題である(法発見の方法問題)。現に欧州司法裁判所は 1980 年代までは、権限問題も法発見の方法問題も、いずれも曖昧にしてきた。そこで、構成国が EC 法違反の行為をした場合の被害者に対する救済は、各国法において与えられるが、その場合、各国法において同様の状況で与えられる救済措置と同等の措置であって、かつ実効的な救済と評価できるものを保障する義務が構成国にある、と述べるにとどまっていた<sup>49</sup>。ところが本件では、イタリア法は実効的な救済を与えなかった。そこでついに欧州司法裁判所は、各国法が救済を付与しないときに、EC 法上の損害賠償という救済を認めることができるかどうかという権限問題と、できるとしていかなる方法で法(実体要件)を発見するかという発見方法問題に直面することになった。原告および訴訟参加した欧州委員会は、EC 法上の構成国賠償責任が存在すると主張したが<sup>50</sup>、被告のイタリア政府および訴訟参加したイギリス、オランダ、ドイツ政府はいずれもこの問題は、先例がないとの理由で、あるいは EC が扱う権限をもたない各国法上の問題であるとの理由で、当該責任の存在を否定する主張をした<sup>51</sup>。

法務官ミショー(Mischo)は、各国法比較をまったくすることなく、賠償責任の有無について、次のように論じた。EC 法の全面的な実効性を保障するのは原則として各国法である。しかし EC 指令の国内実施懈怠は、明白な EC 条約(条約 10〔旧 5〕条、249〔旧 189〕条)違反である。欧州司法裁判所が構成国の EC 法違反を確認した場合、構成国はその判決に服従し、あらゆる適切な措置をとる義務を負う(条約 228〔旧 171〕条)。「あらゆる適切な措置」は実効的でなければならない。ゆえに、その義務には違法行為により発生した損害を賠償する義務も含まれてしかるべきである。よって構成国は、EC 機関が負う賠償責任と同様の責任を負いうる、と<sup>52</sup>。

法務官は、権限問題については、すでに EC 判例で解決済みであるという。すなわち、欧州司法裁判所は直接効がある EC 法に構成国が違反した場合、構成国に私人の損害を賠償する義務が EC 法上あることは認めている(たとえば EC 法上の課金を実施する構成国が誤って私人に課金を行なった場合、構成国に返還義務が生じるとの先例がある)<sup>53</sup>。欧州司法裁判所は、EC 法違反の行為により生じた損害を賠償する責任があるという原則はすでに打ち立てていたが、委細は国内法に任せていた<sup>54</sup>。ゆえに、EC 法から直接に付与された私人の権利を構成国が侵害した場合、国内法上、政府免責などの原則があったとしても、構成国がその損害を賠償する EC 法上の責任を否定することは許されない。許されるならば、直接効のある EC 法の実効性を損なうことになる<sup>55</sup>、と。

そして法務官は、国家の立法行為(不作為を含む)に対する免責が認められない理由を次のようにいう。

<sup>49</sup> この点の諸判例を整理した教科書の説明として、Paul Craig and Gráinne De Búrca, *EU Law* 3rd ed. (Oxford U.P. 2003) pp.230-273.

<sup>50</sup> *Id.* at 5366-67.

<sup>51</sup> *Id.* at 5368-69.

<sup>52</sup> [1991] ECR I-5357 at 5379 per Mischo AG.

<sup>53</sup> *Id.* at 5382.

<sup>54</sup> *Id.* at 5383.

<sup>55</sup> *Id.* at 5385.

「そればかりか、本件でわれわれが扱っている文脈は、一定の構成国で発達した、国家が立法者の資格でもつ免責の理論が予定する状況とはまったく異なっている。国内法上は、立法者が立法義務に服する場合もほとんどなければ、立法者が何をすべきかを特定することも可能ではないことが多い。さらには、立法者が立法期限を切られることもほとんどない。私見では、指令の国内実施との関係では、立法者は、法律の実施に責任をもつ行政の立場に近いといっても言い過ぎではないだろう。」<sup>56</sup>（下線付加）

要するに、各国の憲法秩序では立法権をもつ機関（各国議会）も、ECの憲法秩序では（EC指令の実施の局面では）行政機関と位置づけられうるから、というのである。EC指令の国内実施という局面では、すでに構成国の立法部といえども、立法をするか否かの裁量を奪われており、立法内容も詳細に特定されており、かつ期限までに実施すべき義務まで課されている。ゆえにEC法の目からみれば、構成国の立法機関は、機能的にはECの行政機関であると考えるのが妥当であり、その観点から法を形成すべきだというのである。これは構成国の立法機関の憲法的位置づけの転換、一つのパラダイム・チェンジである。これこそEU法が独自の内在論理を発揮している局面である。各国の機関を、EUの統治秩序において位置づけなおしているのであるから。なお、法務官は、責任要件は、EC機関が負う賠償責任の要件と同様にすべきだと提言した。

欧州司法裁判所が本件でとりえた解決方法は二つあった。ひとつは、AM&S事件と同様に機能的比較法に訴える方法である。EC機関の不法行為責任は明文の規定がある。この場合、各国比較により、各国法に同様の損害賠償責任法理が認められるなら、それを参考にEC法上の構成国の賠償責任を法の一般原則として形成しようと論じるものである。これは機能的比較の方法に親和的である。具体的な実体法要件についても同様の方法論で特定していくことができる。こうすれば、責任主体をEC機関から構成国に代えただけの法命題を特定する作業であるから、同様の方法論によることがEU法の体系上整合的だと正当化することもできよう。

しかし欧州司法裁判所は第二の方法をとった。それはEU法の当時までの蓄積に訴えて、EU法に内在的な論理により独自に賠償法理を認める権限があるととらえ、かつその実体法要件を特定する方法、つまり自律的な法形成の方法である。この方法の場合、各国法比較は必要不可欠の作業ではなくなり、発見した法の説得力を強化するために、それに資する限りで利用されるにすぎない。欧州司法裁判所も、法務官と同様、各国法の比較はいっさいせず<sup>57</sup>、EC法の蓄積がもつ内在的な論理から構成国の損害賠償責任の法理を導いた。

欧州司法裁判所は、先決裁定において、法務官意見よりもさらに自律的な論理に訴えた。ここでは構成国の賠償責任の存在を認めた部分だけを引用しよう（冒頭の番号は判決段落番号）。なお、実体要件は、EC機関の賠償責任要件に類比して特定された。

<sup>56</sup> *Id.* at 5385.

<sup>57</sup> ただし、この事件の評議に加わった一人の裁判官が、個人の資格で各国法の比較調査をした論文を発表している。Fernand Schockweiler, “Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d’actes juridiques dans la Communauté Européenne” (1990) *Rev. Trimestr. de Droit Eur.* 27.

「31 EEC 条約は、その独自の法制度を創ったのであり、その法制度は構成国の法制度に編入され、構成国の裁判所も適用を義務づけられる。この法制度に服するものは、構成国だけでなく各国国民でもある。個人に負担を課するのと同様に、EC 法はまた権利をも個人に発生させるのであり、これは法的遺産 (legal patrimony) となるのである。これらの権利は条約の明文規定から生じるだけでなく、条約が個人ならびに構成国および EC 機関に対して明確に定めた義務からも生じる。( Case 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1 and Case 6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585 を参照。)

32 しかも、当裁判所が一貫して判断してきたように、各国裁判所は、EC 法規定をその管轄内で適用する任務を負うが、EC 法の準則が全面的な効果をもつよう確保し、かつ、個人に EC 法規定が付与する権利を保護しなければならない。( とくに Case 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629, 16 段落、および Case C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433, 19 段を参照。)

33 かりに、構成国の責めに帰すべき EC 法違反により個人がその権利を侵害されたときに救済を得ることができないようであれば、EC 法準則の全面的な実効性は損なわれ、個人に付与された権利の保護は弱体化されてしまうであろう。

34 本件のように、構成国の事前の行為〔= 国内実施行為〕に EC 法準則の全面的な実効性が依存する場合で、しかもその行為がなく、かつ、個人が国内裁判所で EC 法が付与する個人の権利を実施強行できないような場合、構成国から救済を得ることができることはとりわけ不可欠である。

35 ゆえに、構成国の責めに帰すべき EC 法違反の結果、個人に生じた損失および損害に対して国家が責任を負うべきとする原則は、本条約の制度に内在する。

36 そのような損失および損害を填補する構成国の義務の追加的な根拠としては、本条約 5 条〔現 10 条〕が挙げられる...」(下線付加)

要するに、EC 法は独自の法秩序であり、そこにおいては、法が各国政府、各国裁判所を通じて個人に実効的に保障されるべきものとされ、EC 法上の個人の権利が侵害されたとき、個人はつねに全面的に実効的に救済をうけるべきものとされる。この性質の法秩序においては、各国法が実効的な救済を与えない場合は、EC 法上の救済がおのずと内在するのであり、それを各国裁判所は保障しなければならない、という論理である。

こうして結果的には、法務官が指摘していたように、各国立法機関は、EU 法上は、EU 指令の国内実施の目的では行政機関に類比された位置におかれることになった。各国憲法がこのような位置づけを拒絶しようとも、各国裁判所は EU 法上の義務として、この EU 法を適用しなければならない立場におかれたのである。

この欧州司法裁判所の、一方的言明に近い規範的な秩序像の主たる根拠として示されているのは、EC 条約の特定の条文ではない。この点は、法務官意見がまず条約の条文を根拠に責任の存在を導出したのに対して、裁判所がそのような論理構成を回避し、判決 36 段になって初めて「追加的な根拠」として、構成国の条約遵守義務を定める EC 条約 10 条が掲げられてい

るところに明確に現れている。欧州司法裁判所が根拠としたものは、EC 条約全体の目的、精神、全体構造、散在する関連規定に訴えて EU 法言説を EC 条約の唯一の解釈（“the” interpretation）として提示したファン・ヘント・エン・ローズ事件などの先例である（上記判決 31、32 段落を参照）。つまり欧州司法裁判所は、自らが打ち立てた EU 法言説を根拠に、その言説をさらに強化させる法理を導いた。これはニール・マコーミックに倣っていえば、「自己言及的（self-referential）な」法形成である<sup>58</sup>。1960 年代の初期の EU 法言説が形成されたあと、その言説を個々の具体的な法理のレベルで補強する小さな判決が累積し、1990 年代になってその累積でも EU 法秩序の実効的な形成ができないことが判明した局面で、再びこのような根本的な法形成（言説強化）をしている。初期の大前提を各国が受容するなら、その後の累積は受容せざるを得ず、そのようにして各国受容の実績も重なってきたことから（国家憲法言説に訴えた抵抗も多少はあったが次第に減った）このような内在論理に訴えた二期目の大胆な自律的な法形成も可能になったものと思われる。

このようにして形成される面もまたもつ越境的な新たな法秩序を、従来の比較法の視点から特徴づけることは、不可能ではないにせよ、つねに不十分であり、また本件のような場合、不適切であろう。なにより、立法機関の行政的機能性を強調する法務官意見に明確に現れていたように、国家憲法上は一元的に明確に位置づけられていた機関を、二元的に重層化して位置づける法を形成し、それを国家憲法に対して受容を迫るほどの特徴を EU 法はもっている。国家法や国家間法（国際法）に観察されない、このような EU 法秩序の新たな特徴をつかめないからである。

## 2．多元重層法の融合図式での比較法研究

### （1）視座の再設定：多元重層法の融合という図式

では、今後の比較法研究はどのように進めばいいのであろうか。これまでの考察から、次の点を指摘できよう。

第一に、国家法秩序とは異なる単位の統治法秩序が出現している。異なる単位には、複数の国家にまたがる、より大きな地域単位もあれば（EU など）、逆に国家の下にある自律的法秩序で、一国内にとどまり、または複数国家間またがり、存在する単位（特定地域のアボリジナルな共同体など）もある。本稿からいえることは、少なくとも複数の国家にまたがる越境的な統治法秩序として EU 法が出現しているということである。EU 法は独自の論理により自ら法を生成する力をもっている。その法の特徴は、EU を構成する各国法に由来する特徴ももちうるが、EU 独自の特徴（様式、制度、法内容）ももちうる。ゆえに、このような国家と異なる単位の法秩序を、独立の単位（ユニット）として、比較法の考察対象に入れなければならない。

第二に、その場合、比較法はそのような独自の、国家と異なる単位の統治法秩序の独自の法的特徴を認識する枠組みや視座をいまだに語っていない。ゆえに、今後、この分析枠組みや視

<sup>58</sup> Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty* (Oxford U.P., 1999) pp. 102-104.

座を考察する必要がある。しかも、そのような非国家単位の法秩序をいかなる目的で何と比較するのか、ということも考察する必要がある。

本稿では、最後の目的と比較対象については、さしあたり未決保留にし、なによりもまず EU 法秩序の特徴を認識する枠組みを作る糸口を考えることにする。

では、その枠組みをどう作っていけばよいのであろうか。ここで、いまいちどこれまでの議論の出発点にあった、EU 法と各国法の関係に対する視座をふり返ってみよう。それは、EU 法と各国法を対立的に捉える図式、あるいはその応用として、各国法が EU 法へ、EU 法が各国法へと順次相互作用を及ぼすという図式であった。

この図式に合うのは、AM&S 事件（弁護士機密事件）である。論点に対して一定の回答を与える各国法はあったが、EU 法はなかった。そこで各国法をベースにそこから EU 法が形成された。この場合は、EU 法と各国法が対立している、または順次相互作用を及ぼす、という図式にあてはまる。

では、フランコヴィッチ事件（構成国の賠償責任事件）はどうか。一見これも各国法があり EU 法が不在または不明確であった、という対立はある。しかし、そこでの EU 法形成は、各国法からの作用ではなく、EU 法の内在論理からであった。ただし、そうして形成された EU 法が逆にその後各国法に作用を及ぼしうる点では、相互作用の始点が EU であって、EU から各国へ、その後各国から EU へと相互作用が循環してくるのではないかと見ることも不可能ではない。

しかし、フランコヴィッチ事件が示しているのは、それ以上のことである。それは、各国法と EU 法が順次相互を受容していくという円環的なプロセスではなく、EU 法の形成がその瞬間から同時に各国法の内在論理を根本的に動揺させる事実である。フランコヴィッチ事件のミショー法務官意見にあったように、EU 法秩序においては、各国憲法上は立法機関である各国機関も、EC との関係では行政機関（のようなもの）に位置づけうるとされた。各国の統治機関の憲法的な位置づけそのものが、EU 法の出現により二重の位置づけに変化している。近時の EC 判例では、各国の最高裁判所についても、それが EC 法の各国における適用において重大な EC 法違反をおかした場合は、EC 法上の損害賠償責任を負うと判断された<sup>59</sup>。各国の裁判所までも、EU 法の適用の局面では、司法機関かつ行政機関という位置づけになっている。

しかもこれは EU 法言説の一方的な言明にすぎないというものではない。各国憲法秩序においても、この損害賠償責任法理が受容されている。現に各国の私人がこの EC 法上の損害賠償請求権によって、EC 法違反を犯した各国政府に対して、各国の裁判所を通じて、責任の追求ができて<sup>60</sup>。つまり現実として、EU 法がその内在論理により展開して各国法秩序内に浸透し、「主権」概念により成立していた各国憲法秩序内に、「主権」概念では一貫して説明しきれない<sup>61</sup>各国法の局面を生み出している。やや一般化していえば、国家憲法言説が抛って立つ基本概念（「主権」、「国家」、「国民」など）や視座（自己完結的な全面的な統治権をもつ国家

<sup>59</sup> Case C-224/01 Köbler [2003] ECR I-10239.

<sup>60</sup> イギリスの事例として、*E.g.*, R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. [2000] 1 AC 524 (HL). *See also*, Cases C-46/93 and C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA v. Germany, and R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. [1996] ECR I-1029 (ECJ).

<sup>61</sup> MacCormick *supra* (note 58); Neil Walker (ed.) *Sovereignty in Transition* (Hart, 2003).

が存在し、そこに自己完結的な法秩序が存在するという見方など)そのものが、EU 法秩序の成長とともに問い直されている<sup>62</sup>。他にも例がある。たとえば EU 法の実定規範や判例法理は、統治権限の多元的な分有秩序を強く示唆する(国家ではないが連邦方式の EU 統治秩序)<sup>63</sup>。ところがフランス憲法は、主権は単一不可分であると規定する。そのためフランス憲法において EU 法原則の理論的な受け止めにますます困難が生じている<sup>64</sup>。

したがって、EU 諸国については、各国法から EU 法が形成され、それが逆に各国法に波及するといった円環的な順次の相互作用であるといった見方は不十分である。円環的な相互作用はあるにしても、その作用を通して、各国法を成り立たせていた国家憲法の基本概念そのものが変容され、(それゆえ各国憲法の基本概念に依存して出発した EU 法の基本概念もまた同調して変容され)こうして各国法と EU 法のそれぞれの基本概念がいわば同調的に変容し、新しい共通の基本概念となって融合する可能性もでてくる。これは従来の共通の基本概念から派生する法概念や法理(たとえば弁護士機密特権)が収斂するという派生的な次元とは異なる。いっそう根本的な次元の法の変容と融合である。

以上を要するに、少なくとも EU 法秩序については、その最も根本的な特徴までつかむために、円環的な相互作用図式から、根本的な法概念の形成まで射程に収めうる法融合図式へと進める必要がある。すなわち、EU においては、自らが拠って立つ基本概念が重複しつつ相違する局面もある複数の法秩序(各国法秩序と EU 法秩序)が、重層する統治制度(EU)を共有しつつ多元的に存在する。その各国法秩序と EU 法秩序は、基本概念から派生する法については、相互作用によりそれを形成または修正して調和を求める。しかしそれだけにとどまらず、それぞれの法秩序を成り立たせている基本的な法概念に対しても相互に同時変容的な融合作用も及ぼしうる。この基本的な法概念の同時変容を通して、両法秩序に共通する新たな基本概念が生じる可能性があり、こうして「EU 共通法秩序」という一つの融合した法秩序単位が形成される可能性がある。このような見方が必要になるのではなかろうか<sup>65</sup>。

## (2) 非国家法秩序の比較法に向けて

では、EU 法秩序を念頭に、非国家かつ重層多元法秩序に視野を広げた比較法において、何を具体的に考察すればいいのであろうか。このような法融合を起こしうる法秩序の特徴をつかむためには、どのような着眼点がありうるであろうか。以下は、現時点での私の提案である。

第一に、法融合の素材となる、各法秩序の「法的遺産」に着目し、これらを検証することである。法融合が生じるとしても、国家法秩序が生じる以前にヨーロッパにおいて「共通の法(ius

<sup>62</sup> 広渡清吾「法の比較について的方法的考察」滝沢正編『比較法学の課題と展望：大木雅夫先生古稀記念』(信山社、2002年)27-58頁。とくに29-36頁。

<sup>63</sup> 衆議院憲法調査会事務局(中村民雄執筆)『欧州憲法条約』(衆議院憲法調査会事務局、2004年)32-38頁。

<sup>64</sup> 山元 一「『ヨーロッパ憲法制定権力』?」樋口陽一ほか編『国家と自由：憲法学の可能性』(日本評論社、2004年) 小島慎司「主権を欠いた政治体について--オリヴィエ・ポーの連邦論を読む」國家學會雑誌 116巻 11・12合併号(2003年)1178-1229頁。

<sup>65</sup> 拙稿「動く多元法秩序としてのEU」中村民雄編『EU研究の新地平 前例のない政体への接近』(ミネルヴァ書房、2005年)第7章。Tamio Nakamura, "The EU as a Plural Constitutional Order: An approach to the Constitutional Treaty" University of Tokyo, ISS Discussion Paper Series, F-116 (2004).

commune)」があったということであるなら<sup>66</sup>、その過去の歴史から、基本概念の変容の可能性や変容の範囲が説明できるかもしれない。

第二に、しかし、過去にない新たな社会現象への法的対応という側面もあると推定されるので、いわゆる EU 法に固有に発生した法概念や法制度だけをピックアップして、その法概念の形成過程、実体法内容の特徴、思想的淵源を考察し、また法制度の特徴を浮き彫りにするという方法も考えられるだろう。その固有の概念や制度の淵源は、第一点の過去の歴史に求められるかもしれないし（過去物の改鑄）まったくの新規の発明である可能性もある。それゆえ、第一点と第二点は関連する面をもつ。

第三に、ただし忘れてならないのは、従来の比較法研究で得られた方法的成果が EU 法固有の特徴をつかむために有効である局面もあることである<sup>67</sup>。

このうち第二点の一例は、本稿でとりあげたフランコヴィッチ事件（構成国の EC 法上の損害賠償責任）の法理である。すでに詳しく見たように、その形成論理からみたとき、EU 法固有の法形成の特徴が読み取れた。

第二点の例であるが第一点にもかかわる例は、“Eurojargon juridique”（EU 法特殊用語）の研究である。EU に固有に発生したがゆえに、EU 法の特徴が率直に反映されているのではないか、という推定から着目するわけである。立法の局面でこの例がある。「補完性の原則（principle of subsidiarity）」である。これは 1990 年代の EU 条約により実定法化された。2004 年署名の欧州憲法条約 I-11 条 3 項にも継承されている。

この原則の思想的淵源をたどれば、キリスト教における多元社会の共生のための行動準則として展開されたものであり（さらにその起源はアリストテレスにも遡るといわれるが）<sup>68</sup>、統治権限が多能的に分有された統治体制において権限の所在を指定する準則としてこれを活用したのは、遠藤乾の研究によれば、17 世紀初頭に活躍したヨハネス・アルトジウス（Johannes Althusius, 1557-1638）であった<sup>69</sup>。

EU 法としてこの原則を用いる場合は、現行の EU 体制において統治権限が多能的に分有されているが、とりわけ EU にある権限の各国に対する行使を政治過程での論議を通じて規制する法準則（行為規範）として用いられている。この原則について、機能的比較法の手法により、たとえばアメリカ合衆国における連邦と州の間の権限配分を決する法理と類比して<sup>70</sup>、その特徴を描くという方法もありうる。しかし、その思想的淵源ゆえに、連邦方式の統治体制をとる国にも見られない独特の実体内容をもつかもしいない。実定法的比較と法制史的な比較の両方

<sup>66</sup> R.C. van Caenegem, *supra* (note 16).

<sup>67</sup> たとえば、Case 804/79 Commission v. UK [1981] ECR 1045（北海漁業資源保護事件）において、欧州司法裁判所は、EC 共通漁業政策が予定された期限になっても成立していないとき、各国が一時的措置をとる権限を期限後は全くもたなくなると判断した。Koopmans 元欧州司法裁判所裁判官は、この事件の判決においては、ドイツ憲法にいう Bundestreue（連邦と州は相互に協働する義務があるという連邦忠誠）の発想が応用されたと説明している。

<sup>68</sup> 澤田昭夫「補完性原理 The Principle of Subsidiarity：分権主義的原理か集権主義的原理か？」日本 EC 学会年報 12 号（1992 年）31-61 頁。

<sup>69</sup> Ken Endo, “Subsidiarity and its Enemies: To What Extent Is Sovereignty Contested in the Mixed Commonwealth of Europe?” Robert Schuman Centre Working Paper no. 2001/24.

<sup>70</sup> 補完性原則をアメリカの連邦制度の規律準則として応用できると論じたものとして、*e.g.*, George A. Berman, “Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States”

により、この原則を通して、EU 法固有の法内容および法形成の特徴が浮き彫りにできるのではなからうか。

第三点にかかわる例は、欧州司法裁判所の法的推論の研究であり、すでに従来の比較法研究の視座から相当数の業績がある<sup>71</sup>。本稿で紹介したコープマンズ裁判官の論稿もその一つであった。しかし、法融合図式の視角からは、各国において教授される EU 法の内容とその教え方、提示の仕方も興味深い。はたしてどれほど共通性または相違が認められるであろうか。この点で、たとえば、各国での代表的な EU 法教科書の比較は、研究に値するであろう。

## むすび

EU 法は、国家単位ではない（非国家単位の）法秩序が形成されていることを雄弁に物語っている。従来の比較法は国家法を比較の主要な第一素材としてきたが、その考察対象を拡大し、このような非国家法秩序の固有の法の特徴や、それと国家単位法など他の法秩序との比較に今後取り組むべきである。本稿では、EU 法について、今後のいくつかの糸口を論じた。ただし本稿では、非国家単位法秩序を何のために、何と比較するのかという目的・方法については、深く論究していない。今後の課題としたい。

(2005.1.17)

---

(1994) 94 Colum. L. Rev. 332-456.

<sup>71</sup> *E.g.*, A.G. Chloros, “Principle, Reason and Policy in the Development of European Law” (1968) 17 Int’l & Comp. L. Q. 849; Pierre Pescatore, “Le recours dans la jurisprudence de la CJCE à la méthode du droit comparé” (1980) R.I.D.C. 337; Thijmen Koopmans, “The Birth of European Law at the crossroad of legal traditions” (1991) 39 Am. J. Comp. L. 493; David Edward, “How the Court of Justice Works” (1995) 20 E. L. Rev. 539; C.N. Kakouris, “L’utilisation de la méthode comparative par la CJCE” in Drobnig and S. van Erp (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts* (Kluwer, 1999) p.100.