

## 比較法研究におけるEU法の位置 ——中村報告へのコメント

須 網 隆 夫

### 1 序

筆者は、「EU法は、比較法研究に新たな課題を突きつけている」という一文で始まる中村教授による報告の認識を、多くの点で共有している。本稿では、それを前提に、比較法研究の本質である、異なる「法・法秩序・法制度」の「比較」という作業自体に焦点を当て、比較法研究においてEU法が占める位置がどこにあるかを考察してみたい。現代の比較法研究は、これまで異なる国家法を比較の対象として進められてきたと言えるだろう。社会体制の異なる資本主義法と社会主義法の比較は、比較法研究に困難な課題を突きつけたように思うが、なお両者はともに国家法としての共通性を有している。しかし、EU（欧州連合）は主権国家ではなく、EU法も国家法ではない。従って、EU法を比較法研究の対象に含めようとする場合には、そもそもEU法は、他の国家法との比較対象となり得るのか否かが、最初に関わなければならない。

### 2 「比較」が成立するための前提条件

大木雅夫教授が、「比較法にとって最も本質的な作業は、比較である」と指摘されたように<sup>(1)</sup>、「比較」は、比較法研究の中心的作業である。「比較」とは、複数の異なる対象を比べ合わせ、その異同を明らかにする知的作業を意味するが、「比較」を行うためには、比較の対象が、一定の前提条件を満たす必要があることに注意する必要がある。すなわち、複数の比較対象間において比較が可能であるためには、それら比較の対象が、同次元ないし同一平面にあることが前提となり、そのような関係にない両者を比較することは、本来不可能である<sup>(2)</sup>。確かに、一見すると同次元にないものが比較の対象とされる場合が実際には存在する。しかし、その場合にも、当該比較に関する限り、両者は同次元にあるものとして扱われているは

ずである。およそ比較により、対象間の異同を明らかにするためには、共通の基準により、異なる対象を測定するという作業が不可欠であるからである。従って、比較対象が同次元に存在するという前提条件が必要であることは、比較という作業に含まれる本質的要素の論理的帰結であると考えられる。

このような比較の前提条件が満たされるべきことは、その必要性に対する理論的承認は別として、これまでの比較法研究において、明確に意識されることは少なかったように思う。それは、現在の比較法研究が、基本的に、「複数の国家的法秩序の存在を前提として」<sup>(3)</sup>、諸国家の法秩序・法制度を比較し、そこから科学的認識に基づく示唆を得ようとする学問であるからである。そこでは、例えば、資本主義国・社会主義国という国家体制の相違は認識されながらも、比較対象が、主権国家の法である国家法である限り、対象となる法が存在する次元の同一性は容易に肯定され、そのため直ちに各国家法間の内容の相違が研究対象とされたのである。

「異なる法秩序」の比較という比較法の原理的意味に立ち戻れば、比較の対象は必ずしも国家法に限定されないはずである。しかし実際には、国家法と同程度の範囲と程度をもって対象たる社会を規制する法秩序はこれまで存在せず、その結果、比較法研究が、「異なる法秩序」イコール「異なる国家法秩序」と理解してきたことは、ある意味で当然の成り行きであったろう。大木教授は、比較法研究の方法として機能的に同等のものを比較する「機能主義の原則」の有用性を明らかにされている<sup>(4)</sup>。機能主義の立場に立てば、比較の対象は国家法には限定されないはずであるが、大木教授も、機能主義の実際の適用に際して、やはり共通性・類似性を容易に認識できる国家法間の比較を念頭に置かれていることは、以上のような事情を示すものであろう。

これに対してEU (EC) 法は、各加盟国法と実質的に融合する部分がありながらも、加盟国法とは区別された独立した法秩序であることが、欧州司法裁判所の判断によって明示され<sup>(5)</sup>、多くの学説もその独自性を承認してきた。そればかりではなく、EU 法は、一部に異論はありながらも<sup>(6)</sup>、主権国家間の法である国際法とも区別されてきた<sup>(7)</sup>。このような主権国家の法である国家法とも、主権国家間の法である国際法とも異なる EU 法は、如何なる意味で、国家法ないし国際法との比較法研究の対象となるのであろうか。前述の比較の前提条件に留意すれば、比較の対象となる以上、如何なる意味で、他の法と同次元にあるのかが問われねばならない。

同次元にあるものとして比較を行う以上、比較対象となる両者間に共通の要素

が見出され、その共通する要素の集積が、両者を比較可能な次元にまで到達させる必要がある。比較に必要な集積の程度を正確に確定することは容易ではないが、以下には、加盟国法・国際法それぞれの関係において、EU法との比較可能性の検討を試みる。

### 3 国家法とEU法—加盟国法・第三国法との比較—

前述のように、EU法は、国家法とは異なる存在である。そこにおいて、国家法であるEU加盟国法、さらに、EU域外の第三国法とEU法を比較の対象とすることは可能であるのだろうか。

おそらく、1950年代の欧州経済共同体（EEC）設立当初は、競争法・通商法のように共同体が法執行を直接担当する一部の領域を除くと、EC法は、加盟国法と比較される対象として明確には認識されていなかったように思う。しかし、1960年代以降のEC法の法秩序としての発展は、国家法との比較を可能にする程度にまでEC法を成長させた。すなわち第一に、欧州司法裁判所の判例法の形成により、EC法の「直接効果」・「加盟国法に対する優位」が確立し<sup>(8)</sup>、EC法に、加盟国の国家法に直接的な影響を与える連邦法類似の側面が存在することが明らかになった。そして第二に、EC条約を根拠とした指令・規則など二次立法の制定が各分野において進み、少なからぬ分野において、国家法に近い密度で当該領域を規制する法体系の存在が看取できるようになった。例えば、環境法・会社法・労働法等の諸領域である<sup>(9)</sup>。

これらのEU（EC）法の発展の結果、現在では、EU域内に関する限り、「加盟国の法制度に統合され（integrated）、加盟国の裁判所も適用を義務付けられる」EU法と加盟国法は<sup>(10)</sup>、同一の地理的領域を規律する法として同次元にあると考えることができるようになり、中村報告が「EU法対加盟国法」図式における比較法・外国法研究に言及するように、EU法・加盟国法間の相互の影響が強まり、加盟国法に対する比較対象としてのEU法の位置が確立した。EU法と加盟国法の抵触が、前者の優位によって解決されること自体、両者が同次元にあることを示唆するとしても良からう。そして、このような加盟国法との比較可能性を媒介として、EU法と加盟国法以外の域外第三国の国家法との比較も可能となった。例えば、1985年に採択された製造物責任指令が、日本における製造物責任法の制定に際して大きな影響を与えたことは、その好例であるし<sup>(11)</sup>、憲法条約の制定に関連し

て、国家の立憲主義 (constitutionalism) と EU の立憲主義が、ある意味で並行的に議論されているのもその例であろう<sup>(12)</sup>。

もっとも、EU 法が一般的に国家法との比較対象となり得ることと、個々の EU 法と国家法との比較が可能であることとの間には、差異があることに留意しなければならない。例えば、二次立法でも、いわゆる「枠組み指令 (framework directive)」を国家法と比較することはより困難である。国家法は、多くの場合、同程度の詳細さで特定の事項を規制しているが、「枠組み指令」の場合は、まさに全体的な枠組みを示すに止まり、規制の具体的詳細は、加盟国の裁量に全面的に委ねられているからである<sup>(13)</sup>。

#### 4 国際法と EU 法—WTO 法との比較—

EU 法と国際法との比較についても、国家法と EU 法の比較と同様の問題が存在する。それは、EU 法は、国家法と異なるだけでなく、超国家機関の法として、国際法とも異なると一般に理解されているからである。

国際法と国内法との関係に関する一元論・二元論の対立は、国際法と国内法の内容的抵触を前提にしている<sup>(14)</sup>。加えて、基本的人権の保護など一部の領域では、両者の規律対象は現実重複しており、両者の比較可能性が常に排除されるわけではない。しかし、通常は国内的実施を必要とする国際法と国内法が、比較対象として同次元にあるとする認識は一般的ではなく、比較法研究が、国家法と国際法を比較対象としたことは、実際にもあまりなかったと思われる。そして EU は、国際法主体として域外第三国との対外的場面で活動するため、国際法に対する EU の対応について発展した欧州司法裁判所の判例法は、国際法との関係では、国家法と同様の位置に立つ。そのことは、例えば、WTO (世界貿易機関) 法の国内的効果が論じられる場面を想定すれば理解することができる。EC (欧州共同体) は、他の加盟国とともに、WTO 協定の原構成国であり (WTO 設立協定11条)、WTO に対して、他の WTO 構成国と同じ立場にある。対内的にも EC は、共通通商政策について排他的権限を認められており<sup>(15)</sup>、WTO 法の国内的効果を論じる場合には、欧州司法裁判所の判例と他の WTO 構成国の判例は、同じ次元にある<sup>(16)</sup>。従って、その限りでは、国際法と EU 法の比較は困難なようにも思われる。

しかし他方で、EU 法と国際法との間では、相互的影響の存在、とりわけ EU 法の国際法への影響が活発に論じられ<sup>(17)</sup>、特に最近では、EU 法と WTO 法を並行的

に論じる論稿が少なからず見られ<sup>(18)</sup>、EUだけではなく、WTOを合わせて「立憲化」が議論されている<sup>(19)</sup>。そこではWTO法は、なお伝統的な国際法の範囲内に止まってはいるが、「協力の法」から「統合の法」へ徐々に変化し、EU法とWTO法には、ともに国内法制に影響する「統合の法」として共通項が存在すると指摘される<sup>(20)</sup>。このような両者の比較を可能としているのは、以下のような両者に共通する要素の存在であろう。第一は、EU・WTO両者の法的性格に関する共通性である。EUは、伝統的国際組織とは異なるが、加盟国間で締結された基本条約が憲法的規範を構成していることが示すように、その内部には少なからぬ国際法的要素が存在している。例えば、超国家機関とは言っても、閣僚理事会の全会一致により意思決定が行われる場合には、その実質は、伝統的な国際組織における意思決定と類似する。他方WTOは、全体としては通常の国際組織であるが、司法化された紛争解決手続き等、その一部に超国家的要素を含むと考え得る部分がある。したがって、両者の法的性格には、共通の基準による比較を可能にする契機が存在している。第二は、両者の目的における共通性である。ECが、加盟国間に存在する域内障壁を廃止し、内部に国境のない域内市場を創設することを目的とするのに対し（EC条約2条）、WTOも、世界レベルでの通商自由化を目的としている<sup>(21)</sup>。そして、WTO設立以前のGATT時代と異なり自由化の対象は、「物の貿易」だけではなく、「サービス貿易」等にも拡大している。その結果、国際通商に対する障壁を除去する過程において、ECでは、加盟国間の域内関税から始まり、差別的な国内規制、さらに非差別的な国内規制へと除去の対象が拡大していったが、WTOにおいても、程度は異なるものの、同じ方向性の発展を看取することができる<sup>(22)</sup>。

もっとも、これらの共通要素が、両者の比較を可能とするとは言うものの、他方で両者の法的性格の相違はなお顕著であり、比較の対象の選定・比較の方法については、なお慎重な考察が求められる。

## 5 国内法と国際法

以上のようなEU法と国家法・国際法との比較可能性は、比較法研究にとって何を示唆しているのだろうか。

近代法学は、国家法と国際法の二分論を基礎に発展したと考えられる。国際法と国家法の規範としての同一性を論じたケルゼンの場合も、念頭に置いているのは、

あくまで国家法と国際法である<sup>(23)</sup>。そのため、あらゆる法概念は、国家法ないし国際法いずれかの枠組みの中で形成されてきた。しかし、中村報告が指摘するように、EUには、「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」。

このような新たな法状況の分析に際しても、伝統的な法概念（例えば、立憲主義・主権）がとりあえずの出発点となる。しかし、他方で新しい法状況の発生は、それらの法概念自体の変容をも促す。例えば、国家法の下で形成された法概念を、国家ではないEUにそのまま適用することは、適用の前提を欠くために不適切であり、一定の理論操作が必要である。換言すれば、比較法研究の対象に国家法以外の法秩序を取り込むためには、国家法ないし国際法の下で発展した法概念を一旦解体し、その上で、その中から新しい法状況に対しても適用可能な本質的要素を抽出して当該概念を再構成し、その再構成された概念を利用して、新たな法状況との比較を行うという作業が不可欠となるのではないだろうか。これに対して、新たな法状況に正面から向き合わずに、それを既存の法概念に引き付けて解釈することは本末転倒であり、客観的な研究態度とは言えない。そこでは、法概念は、その形成の歴史性を捨象し、ある種のドグマに転換してしまっているからである。もっとも、現在そのような法概念の再構成の必要性が明確に認識されているとは言えず、加えて個々の法概念からの本質的要素の抽出と概念の再構成の作業が、どのような方法論に基づくべきであるのかも明確ではない。ここに、今後の比較法研究の一つの課題があるだろう。

本課題の追求には多くの困難が伴う。しかし、もし法概念の再構成に成功すれば、比較法研究には新たな分野が切り開かれることになるだろう。比較対象となる法の間に存在する法的性質の相違を考慮した、比較の基準となる新たな法概念の構築により、対象の性質の相違は比較法研究の妨げとはならず、一定の条件を満たす場合には、国内法と国際法との比較も可能となるはずであるからである。そして、既にEU法に、国家法とも国際法とも比較され得る部分が存在することは、そのような可能性を示唆している。

このような新しい比較法研究の実現は、比較法研究にとって意義を有するだけでなく、国家法と国際法を含むより統一した共通法秩序形成の一步ともなり得るかもしれない。最近のある論稿は、目的と手段が比例すべきことを意味するドイツ法を起源とする「比例性の原則（principle of proportionality）」が、EU法においてEC権限の行使を規制する原則として確立しただけでなく、さらに欧州人権裁判所によ

り採用され、一般国際法においても承認されていると分析した上で、未だその種の原則を明示的には採用していないWTO法への導入可能性を検討しているが<sup>(24)</sup>、共通法秩序形成の方向性に沿った業績として評価できよう。いずれにせよ、EUの発展が象徴する今日の国際社会の法的複雑さは、比較法研究に大きな発展可能性を付与していると認識できるだろう。

以上

- (1) 大木雅夫『比較法講義』（東大出版会・1992年）109頁。
- (2) 大木教授も、「比較方法は、比較される諸項間に比較可能性がある場合にだけ適用される、比較可能性とは、その諸項間における構造的類似性または機能的透過性として捉えられる」と述べられ（同96頁）、比較に必要な前提条件の存在を認識されている。
- (3) 同・50頁。
- (4) 同・96頁以下。
- (5) Case 26/62 *van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie des Belastingen*, [1963] ECR1; Case 6/64 *Costa v. ENEL*, [1964] ECR585.
- (6) Trevor C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union* (1999).
- (7) 須網隆夫「ECにおける国際条約の直接効果—「条約の自動執行性」と「EC法の直接効果」—」早稲田法学76巻3号（2001年）53頁以下。
- (8) 須網隆夫『ヨーロッパ経済法』（新世社・1997年）20—36頁。
- (9) 岡村堯『ヨーロッパ環境法』（三省堂・2004年）、Vanessa Edwards, *EC Company Law* (1999), Roger Blanpain, *European Labour Law* (6th and revised ed. 1999).
- (10) *Joined Cases C-6/90 and C-9/90 Francovich and Others*, [1991] ECR I-5357, para. 31.
- (11) 東京海上研究所編『新製造物責任法体系 [海外篇]』（弘文堂・1998年）。
- (12) Ernst-Ulrich Petersmann, *Proposals for a New Constitution for the European Union: Building-Blocks for a Constitutional Theory and Constitutional Law of the EU*, 32 CML Rev. 1123 (1995); *European Constitutionalism Beyond the State* (J. H.H. Weiler and Marlene Wind eds., 2003).
- (13) 例えば、廃棄物枠組み指令と呼ばれる指令75/442号（Council Directive of 15 July 1975 on waste, OJ 1975, L 194/39）は、そのような指令の例である。

- (14) 島田征夫『国際法 [第三版補正版]』(弘文堂・2005年) 28-30頁。
- (15) 須網隆夫「EUの発展と法的性格の変容—「ECへの権限移譲」と「補完性の原則」—」聖学院大学総合研究所紀要26号(2003年) 159頁以下。
- (16) Thomas Cottier, A Theory of Direct Effect in Global Law, in European Integration and International Co-ordination, Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann 99, 105-111 (Armin Von Bogdandy, Petros C. Mavroids and Yves Mény eds., 2002).
- (17) J.A. Frowein, The Contribution of the European Union to Public International Law, in European Integration and International Co-ordination, supra note 16, at 171-179.
- (18) The EU, the WTO and the NAFTA, Towards a Common Law of International Trade (J.H.H. Weiler ed. 2000) ; The EU and the WTO, Legal and Constitutional Issues (Grainne de Búrca and Joanne Scott eds., 2001).
- (19) Neil Walker, The EU and the WTO: Constitutionalism in a New Key, in The EU and the WTO, supra note 18, at 31-57.
- (20) Thomas Cottier, supra note 16, at 100.
- (21) 松下満雄『国際経済法—国際通商・投資の規制 [改訂版]』(有斐閣・1996年) 29-31頁。
- (22) Thomas Cottier, supra note 16, at 114.
- (23) H. ケルゼン (鶴飼信成訳)『法と国家』(東大出版会・1969年)。
- (24) Meinhard Hilf and Sebastian Puth, The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law, in European Integration and International Co-ordination, supra note 16, at 199.