

報告要旨

第1日目午前

国際社会の変化と国際制度——「立憲化 (constitutionalization)」を手がかりにして

山本 吉宣 (青山学院大学教授)

近年、国際政治学において、憲法、立憲主義、立憲化という概念がよく見られる。本報告の目的は、国際社会の変化と国際制度という観点から、国際社会における憲法、立憲主義、立憲化の議論を整理し、国際秩序のあり方を考えようとするところにある。国際制度は、国家の行動や国家間関係を律するルールのセットである。国際制度に組み込まれるルールには、大前提になるルールから、具体的なルールまで幾重にも階層的になっている。単純化して、第1 義的なルールと第2 義的なルール、あるいは構成的なルールと規制的なルール、という区分をすることがある。研究としては、第2 義的なルールや規制的なルールに焦点を合わせるものがあり、また現実にもこのような制度は多くの分野に形成されている。これに対して、第1 義的なルールや構成的なルールに焦点を合わせるのが国際社会における憲法とか立憲主義といわれるものである。したがって、国際社会における憲法とか立憲主義への関心が高まっていることは、国際社会の骨格が大きく変化していることを背景にしていると考えられる。

ここで、国際社会の憲法とか立憲主義というときいくつかの種類がある。一つは、機能的なアプローチであり、さまざまな国際レジームが形成され、同じ分野でも異なる規制的なルールが出来る場合、それらを調整するような高次のルールをつくる必要がある。この高次のルールを憲法ということがある。二つ目は、国際政治の基本行動原理の一つとしての立憲主義であり、力をベースとした国際政治ではなく、大国の恣意的な行動を抑制するために多角的な制度を作り、もって国際政治の安定を得ようとするものである。三つ目は、普遍的な規範 (ルール) としての憲法である。主権国家体系においては、各国がそれぞれ規範とか価値を保持し、それを前提として成り立っているという考え方に対して、人権などの普遍的な規範が、主権を超えて存在するという考え方である。四つ目は、契約アプローチとでも言うべきものであり、主権の絶対性、不可分性を前提とするのではなく、国家が契約によって、主権の一部を他に譲渡し、あるときは国家間の階層システムをつくりだし、またあるときには主権 (の一部) を国際組織に移譲し、国家の上位にあるルールやルール作りの枠組みを作り出す、というものである。最後、五つ目に、マクロ・歴史的なアプローチとでもいうべきものがあり、長期の歴史から見て、第1 義的/構成的なルールがいかに変化してきたかを考察するものである。それにはウエストファリア体制の中での変化を取り扱うものもあり、中世、近代、そしてグローバリゼーションの進んだ現在までにわたって考察しようとするものまでである。

以上 5 つの観点は、相互に重なるところもあり、また相対立するところもある。出来得れば、整合的な国際政治における立憲主義の可能性を考えてみたい。

国際法の現実的妥当性：その史的検証

明石 欽司（慶応義塾大学教授）

現代の国際法学者は、国際法について論ずる際に、「国際法が国際社会を規律している」という前提に立っているものと思われる。しかし、そのような前提は、国際法の歴史の中で当然のものとしてされていたのであろうか。また、仮にそのような前提が存在したとして、「国際法」とは、そしてその規律対象としての「国際社会」とは、どのようなものと観念されていたのであろうか。本報告は、国際法の歴史におけるそのような前提や観念について、それらの有無も含めて、検証することを目的としている。

本報告におけるそのような検証作業の主たる題材とされるのは、「近代国際法（学）」の形成期と考えられる 16 乃至 18 世紀における「国際法」関連の諸著作である。具体的には、バスケス(Fernando Vazquez)やアヤラ(Balthasar Ayala)といった、これまであまり注目されることのなかった学者の著作も検討対象に含めつつ、諸学説の中で、「国際法」がどのような形式で存在するものとされ、何をその規律対象とするものとされていたのかを確認する。

ところで、諸学説の列挙や分析だけでは、当時の現実の社会において「国際法」が実際に存在するものと認識されていたのか、そして「国際法」がどのような機能を営んでいたのか（国際法の現実的妥当性）といった点について十分に理解することは不可能である。当然のことながら、学説以外の何を検証することによって国際法の「現実」を提示することが可能となるのかという点は論争の対象となる。それでも、少なくとも、外交実務における「国際法」を巡る認識について検討することは、そのような「現実」の一端を示すことに繋がるであろう。そこで、本報告では外交（実務）の歴史の中での「国際法」認識にも触れることとする。但し、そのような認識の存在の有無やその内容を実証的に論証することは、（利用可能な資（史）料の制約という問題も含めて）困難を極める作業であり、通史的な論述はほぼ不可能である。そのため、本報告における外交実務における国際法認識を巡る議論は、「ウェストファリア講和会議」を巡るものにほぼ限定されることとなるであろう。

第1日目午後

非国家主体と自衛権

浅田 正彦（京都大学教授）

21世紀は「テロの世紀」ともいわれ、その最初の年に発生した9.11同時多発テロ事件を受けた対テロ戦争は、いまだにアフガニスタンにおいて継続中である。テロリストその他の非国家主体が関係する武力行使の事態は、その後も止まるところを知らない。国際法はこのような事態をいかに規律しているのか。

国際司法裁判所（ICJ）においても、非国家主体が関係する武力行使の事態は何度か扱われている。武力行使の問題が初めてICJに係属した1986年のニカラグア事件がそうであるし、その後も2004年のパレスチナの壁事件、2005年のコンゴ・ウガンダ事件などにおいて、この問題が取り上げられた。この間ICJは、一貫して自衛権を国対国の問題として扱い、非国家主体に対する自衛権という概念を認めてこなかったように思える。他方で、少数意見としては、パレスチナの壁事件でも、コンゴ・ウガンダ事件でも、複数の裁判官が、非国家主体に対する自衛権を認めるよう強く主張している。しかし、そもそも、そこでいわれている「非国家主体に対する自衛権」という概念自体、必ずしも明確ではない。(A) 非国家主体そのものに対する自衛権を問題にしているのか、それとも(B) 非国家主体が所在する領域国との関係における自衛権を問題にしているのか。

(B) の場合における非国家主体と領域国との関係については、①非国家主体が領域国の事実上の機関である場合、②領域国が非国家主体を積極的に支援する場合、③領域国が非国家主体の行為を黙認する場合、④領域国が統治能力を有しない場合などが考えられるが、いかなる場合に領域国に対する自衛権の行使が認められることになるのか。

この点について、ニカラグア事件では「侵略の定義」第3条（g）が準用され、領域国による「実質的関与」の有無が基準とされたが、その場合の「実質的関与」とは、いかなる関与をいうのか。また、「実質的関与」とは、非国家主体の行為の領域国への帰属（二次規則）の問題であるのか、それとも領域国の行為規範（一次規則）の問題であるのか。前者であるとすれば、それは国家責任条文第8条（国が指示し又は支配する行為）にいう「支配」といかなる関係にあるのか。いずれにせよ、ニカラグア事件における「実質的関与」という基準は、9.11同時多発テロ事件やその後の国家実行によって変化したのか。

ニカラグア事件判決において、自衛権行使の前提である武力攻撃とは、「最も重大な形態の武力行使」とされたが、テロリストをはじめとする非国家主体の行為は、多くの場合、さほど重大でない行為が繰り返し行われるという点に特徴がある。そのような特徴は、自衛権の前提としての「武力攻撃」の概念との関係でいかなる意味を持つのか。また、そのような特徴は、先制的自衛、武力復讐との関係で、いかなる意味を持つのか。

本報告では、以上のような非国家主体と自衛権の関係に関するさまざまな疑問について、ICJの判決および勧告的意見（少数意見を含む）ならびに主要な国家実行を検討することに

よって、若干の考え方のヒントが提示できればと考えている。

Targeted Killing in the Context of Hostilities

– Interaction between Human Rights Law and International Humanitarian Law Revisited –

Yutaka Arai (Senior Lecturer, University of Kent at Canterbury/Brussels)

A state-sponsored, targeted killing is a lethal attack against a person, who is a “non-combatant” but considered to pose a serious threat to a targeting state. This controversial pattern may be envisaged in four circumstances: (i) law enforcement scenarios governed by international human rights law (IHRL); (ii) “calm” occupied territories where issues of security are governed by the laws of occupation under international humanitarian law (IHL) and IHRL; (iii) “volatile” occupied territories where eruptions of fighting may amount to either non-international armed conflict (NIAC) or international armed conflict (IAC); and (iv) extraterritorial circumstances regulated by the rules of either IAC or NIAC concerning conduct of hostilities. What is particularly controversial is the extent to which IHRL can be deemed to influence the interpretation of the IHL rules on conduct of hostilities in the latter two scenarios.

The elements of proportionality elaborated in the case-law of IHRL are of marked importance to assessing the legality of lethal force in occupied territories. Yet, can they be considered appropriate to assessing cost-benefit, anticipatory impacts of attacks in full-blown, armed conflicts? To what degree, is the “percolation” of human rights law to affect the presumption that the IHRL-based right to life in scenarios of armed conflict is subject to the IHL rules on conduct of hostilities as *lex specialis*? This is also closely related to the *Tatbestand* of the concept of direct participation in hostilities. Any doctrinal endeavour to “transplant” IHRL-based requirements of proportionality during conduct of hostilities will overcome the unsavoury assumption that IHL-based proportionality is measured by reference to the relative weight of military advantage and of speculative, “collateral damage” on civilian lives and property.

The paper, which uses discourse on targeted killing as a useful point of departure, will focus on some of the salient questions relating to the capacity of the notion of proportionality developed in the IHRL to enhance effectiveness of the right to life of individual persons in situations of armed conflict.

Non-Use of Force According to the UN Charter: Are There Any Recent Changes ?

Olivier Corten (Professor, Université libre de Bruxelles)

Some authors, notably in recent years, have claimed that the non-use of force in international law is undergoing an important metamorphosis as a result, in particular, of the requirements of the 'war against terror'. More specifically, some authors consider that the systematic prohibition laid down in the Charter of the United Nations (1945) should be made more flexible in the current context of international relations, allowing room for the development of new concepts such as humanitarian intervention, pre-emptive war and self-defence against non-State actors. Nevertheless, a careful study of recent texts and State practice suggests that the Charter system still continues to be based on a true 'jus contra bellum' having definitively renounced its 'jus ad bellum' periods. This general statement will be illustrated by three different examples.

Firstly, 'humanitarian intervention' by a State or a group of States without a clear authorization provided by the Security Council still remains prohibited. During the 'Kosovo War' (1999), only a small number of States referred to this controversial concept, which met with great reluctance on behalf of the international community of States as a whole. This reluctance was confirmed by several declarations of States (G77, NAM,...) during the 2000's. The adoption of the 'responsibility to protect' concept in 2005 did not change the current state of international law: a specific authorization of the Security Council is still required for a State to intervene in another State on humanitarian grounds.

Secondly, 'Pre-emptive war' has been strongly condemned in recent years. In its 2005 report, the UN Secretary General rejected this concept, considering that pre-emptive self-defence was strictly limited to the very particular case of an imminent threat. However, even this rather moderate position was not accepted by the majority of States during the debates which lead to the adoption of the 60/1 General Assembly Resolution. These States condemned preventive or pre-emptive war in general, leaving no loopholes for any kind of exception. Accordingly, resolution 60/1 offers no basis for a broad interpretation of Article 51 of the UN Charter, which still requires an actual (and not potential) 'armed attack' for the right of self-defence to be triggered.

Thirdly, non-use of force in 'international relations' according to the UN Charter remains applicable only between States, not between States and non-State actors. The

ICJ asserted this very clearly in the *Wall* Advisory opinion (2004). In the same vein, in the *Armed Activities (DRC-Uganda)* Case (2005), the ICJ affirmed that self-defence according to Article 51 requires a previous armed attack by a State. Nevertheless, it must be pointed out that the existence of such an armed attack can be established in the case of ‘the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregular or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State [...] or its substantial involvement therein’ (Article 3g) of the GA Resolution 3314 (XXIX) (Definition of aggression)).

Finally, it can be concluded that ‘the relevant provisions of the Charter are sufficient to address the full range of threats to international peace and security’ (2005 *World Summit Outcome*, A/RES/60/1, 24 October 2005, at par. 79).

第2日目午前

国際法と文化 —文化多様性条約の射程—

西海 真樹 (中央大学教授)

グローバリゼーションは、人、物、資本の移動とともに、地球規模での文化の普及を促進してきた。今日、私たちは日本にいながら世界のさまざまな地域の書物、音楽、美術、演劇、映画、サブカルチャーに接することができ、それは明らかに私たちの文化生活を豊かにしてくれている。しかし他方で、グローバリゼーションのもとの文化の普及はそのときどきの支配的文化に有利なかたちで行われることが多く、その結果、特定の文化の世界支配、文化の均一化、それへの反作用としての文化的孤立をもたらしかねない。

グローバリゼーションのもとの文化の交換・交流がもつこのような2側面は、文化の交換・交流についての2つの対照的な態度を生み出した。1つは、文化の自由な交換・交流は私たちの生活を豊かにするものだから、他の物やサービスと同様、文化の交換・交流も、市場と資本の論理にしたがって、自由に行うことが望ましいという態度である。もう1つは、市場と資本の論理のみにしたがった文化の交換・交流は、特定の文化の世界支配を生じさせ、それは結果的に地球上の文化を画一的で貧困なものにしてしまう。それを回避するためには、文化の交換・交流に何らかの規制を加えるべきだという態度である。

このような2つの態度は、文化の交換・交流への国内法的、国際法的規制に影響をおよぼしてきた。第1次世界大戦後、ヨーロッパ諸国がアメリカ映画の寡占状態から自国映画産業を保護するためにとった種々の割当制や、露出済み映画フィルムの割当制を認める1947年ガット4条は、そのような法的規制の典型的な例である。このような法的規制にみてとれるこれら2つの態度の対立は、実は文化的アイデンティティをめぐる対立にとどまらず、各国の文化産業間の競争をめぐる経済的対立でもあり続けている。

本報告では、このような文化の交換・交流をめぐる 2 つの態度が、文化の交換・交流への国際法的規制にどのような影響をおよぼしているか、そこにどのような問題点があるかを考察する。具体的な検討対象は、1947 年 GATT、WTO、OECD、UNESCO、EU、NAFTA における文化をめぐる諸交渉と、そこにおける文化にかんする法規範の形成・実施である。とりわけ、2005 年に UNESCO で採択され 2007 年に発効した文化多様性条約に重点がおかれる。この条約は、文化的表現の多様性を保護・促進するための措置・政策をとる主権的権利を国に認めた点で、上述の 2 つの態度のうちの後者が勝利したものと一般には捉えられている。しかしながら、国のそのような主権的権利を認めるにとどまっている点で、この条約は「多文化主義」の採用を締約国に求めたものとは言えず、一国内部の少数文化の抑圧を国家政策として正当化する危険がまったくないとはいえない。これらの点を含めて、新たな国際文化法の観点から、この条約の射程を考えてみたい。

文化と紛争解決メカニズムの諸相

河野 俊行（九州大学教授）

国際私法が扱う文化に関する法的紛争の典型例は、文化財の返還請求訴訟であろう。そのときの返還の対象は動産文化財であり、多くの場合、盗難、違法輸出、盗掘といった国内法違反を理由とし、所有権に基づく民事訴訟を手段とする。かかる事態を想定して 1970 年の文化財の不法な輸入・輸出及び所有権譲渡の禁止及び防止の手段に関するユネスコ条約、および 1995 年の盗取されまたは不法に輸出された文化財に関するユニドロワ条約は策定されたのであった。

ところが、近時、様相がきわめて多様になりつつある。第一に、返還対象がこれまでのように経済的価値のゆえに持ち去られた動産に限定されない。たとえばある種族の遺骸が返還請求の対象となっている。これについてはごく最近 2009 年 6 月 29 日にフランス上院が、ルーアン市にある自然史博物館が 1875 年以来保有してきたマオリ族の遺骸をニュージーランドに返還するための法律を採択したことが参考になりうる。なお、フランス上院は 2002 年にもコイサン族（かつてはホッテントットと称されていた）の女性の遺骸の南アフリカへの返還にも応じている。

第二に、返還請求の主体が多様化し、以前であれば、所有者である私人または国家が請求者となっていたところ、そのどちらでもないコミュニティやその代理人として博物館が請求することがある。2004 年、オーストラリアのヴィクトリア博物館が、大英博物館および王立植物園が保有するアボリジニの未公開絵画の展覧会を開催していたところ、Dja Dja Warrung コミュニティーの代表者がオーストラリア首相に、大英博物館に対して返還請求するよう要求した例がある。第三に、返還請求の根拠が、国内の制定法違反に限られず、文化の「所有」者としての立場に拠ることがある。ここでいう「所有」者とは有体財産の所有権を持つ者という意味ではなく、文化が帰属すべき者としての意味である。その

結果、第四に、文化が帰属すべき者がなす請求としては、当該文化をコントロールするための請求となることがありえ、返還請求に限定されないことになる。WIPO における伝統的知識・文化表現に関する政府間委員会の作業にはかかる位置づけを与えることもできよう。第五に、民事訴訟だけが解決のフォーラムとして適切であるという理解はすでに通用力を失っており、政府を介した交渉のほか、ADR の開発が重要課題である。

本報告では、これらの状況を具体的に描写した上で、文化をめぐる紛争処理の課題の分析と将来の制度設計のための考え方を探ることを目的としている。

第2日目午後

第1分科会 個別報告

旧ユーゴ国際刑事裁判所判例上の「犯罪共同体」概念

— その意義と問題点をめぐる議論を中心に —

木原 正樹 (神戸学院大学准教授)

1993年に設立された旧ユーゴ国際刑事裁判所(ICTY)においては、これまで多くの個人が「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」で裁かれてきた。その判例上、これら三つの犯罪の行為主体概念として形成されてきたのが、「犯罪共同体(joint criminal enterprise)」である。

そもそも、三つの対象犯罪は、組織犯罪として一般的政策の結果または国家利益などのために組織的に行われることが多く、その場合の行為主体は「組織」であると考えの方が、実態に合致する。この観点からみると、タジッチ事件上訴審判決以降のICTYの判例上、「犯罪共同体」という行為主体概念に基づいて「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」の成立が認められてきたのは、上記のような組織犯罪性を重視したものであるといえる。むしろ、これらの犯罪の行為主体も、個人的利己的理由から国内規則や上官の命令を無視して行われる個別犯罪と同様に「個人」のみである、と考えることの方に疑問が残る。実際に、「国際刑事裁判所規程に関するローマ条約(1998年)」の25条3項(d)では、「共通の目的を持って行動する人の集団(a group of persons acting with a common purpose)」という主体も「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」の行為主体として規定されており、その組織犯罪としての実態も考慮している。

但し、ICTY判例上形成されてきた「犯罪共同体」概念と、ローマ条約上の「共通の目的を持って行動する人の集団」の異同に関しては、未だに激しい議論がなされており、結論がでていないとはいえない。その原因の一つは、被告人とその他の「犯罪共同体」のメンバーが共謀に従って行動した場合、メンバーの一人が共謀で合意されていない犯罪を実行したという類型でもICTYは被告人に対して責任を科してきたのだが、この点に関する評価が定まっていないからである。この点、一方で、ICTYは多くの適正な処罰を行うことができたという肯定的な評価も得たものの、他方で、「怪物的な責任理論(monster theory of

liability)」に基づく処罰だ、または、「犯罪共同体として知られる野獣(the beast known as joint criminal enterprise)」に基づく処罰だ、といった痛烈な批判も招いたのである。

とはいえ、「犯罪共同体」概念は、カラジッチ事件を始めとするICTYに現在係属中の事件において鍵を握っているだけでなく、国際刑事裁判所(ICC)が今後「共通の目的を持って行動する人の集団」を解釈する際にも重大な影響を与える存在でもあるのは、確かであろう。そこで、本報告では、この「犯罪共同体」概念をめぐるこれまでになされてきた様々な議論を整理し、その問題点と将来的な意義を明らかにしたい。

国際刑事司法における検察官の裁量の意義と課題——国際刑事裁判所を中心に——

竹村 仁美 (九州国際大学准教授)

国際刑事司法も国内刑事司法も、その資源の制約から、社会で起こった刑罰法規に触れる全ての行為に対して刑事司法の枠組みで刑事的制裁をもって対処することはできない。犯罪行為の処理について、多大な権限を有するのが検察官であり、検察官は刑事事件の処理について裁量権を有する。つまり、検察官の裁量の行使の結果が刑事司法の行方を大きく左右する。もっとも、国内社会では、検察官の裁量の行使の余地のないほどに、重大犯罪はほぼ例外なく刑事事件として処理されることになるのに対して、国際社会では、そもそも国際刑事司法が取り扱う犯罪が非常に重大であり、そうした重大犯罪の背景に膨大な関与者が存在することに加えて、国際刑事司法の資源はそれら全てを裁くに十分ではない。

国際刑事司法における検察官の実行は、限りある資源の中で国際社会の関心事である重大な犯罪を裁き、正義の実現を果たすという国際刑事司法の意義及び目的を支える原動力である。国際刑事司法において、検察官の裁量の行使及び裁量の統制の方法について批判的に検討することは、国際刑事司法制度のあるべき姿とその存在意義を再確認することに他ならない。この点で、国際刑事司法の検察官の裁量を検討するに当たり、国内刑事司法の検察官の裁量の問題意識に基づく考察よりも、国際法の拠って立つ国際社会の構造といった国際刑事司法の特質を意識した国際法学からのアプローチが重要となる。

本報告では、以下の諸点の検討を通じて国際刑事司法における検察官の裁量の意義及び課題を分析する。第一に、国際刑事司法における検察官の地位や役割などの紹介を通じ、検察官の裁量の意義について検討する。第二に、国際刑事司法における検察官の裁量の行使に関して今日生じている様々な課題とそれを克服する方策について考察する。アドホック国際刑事法廷では所与の事態についての訴追のための事件の選定が、検察官の役割であり、その裁量の行使の結果として注目される点であった。それに対して、国際刑事裁判所の検察官は、訴追のための事件だけでなく、捜査のための事態の選定までもをもする権限が与えられており、より一層困難な任務・裁量を有している。また、国際刑事司法における検察官の裁量の行使のあり方及び統制の問題は、国内社会の三権分立思想の類推では単純に解決できないといわれる問題を含んでいる。最後に、国際刑事司法における裁量権の適

切な行使を追及すると、検察官自身のアカウントビリティーの所在の明確化の問題は避けて通れない。アカウントビリティーの明確化は検察官自身の正統性の問題でもあり、検察官の裁量の行使の正統性は国際刑事法廷、国際刑事裁判所自体の正統性の認識の問題と密接に絡んでいる。そこで、最後に、国際刑事司法における検察官の裁量の行使の問題が、検察官・国際刑事法廷・国際刑事裁判所の正統性といかに関係するのか考察し、国際刑事司法制度のあり方を考える端緒としたい。

EU の庇護法 — 国際難民法への新たな試み —

佐藤 以久子 (桜美林大学准教授)

難民への庇護の問題について、EU では、現行の EU の統合を推し進めるなかで 1990 年代より各国が個々に対応する問題から一国家を超えた地域内での庇護の負担分担の平準化を念頭に EU 共通の課題とされている。具体的には、これまで国際社会において困難であった庇護に係る共通の制度の構築を目標とし、庇護・保護の有資格者、庇護申請者の受入、庇護申請手続に関する適用規則の共通化を試み、国際的規範を EU 地域の文脈へと詳細かつ断片的に採り入れ包括的な難民の保護に取り組んでいる。こうした EU 共通の庇護制度の政策目標とは、「EU が移動の自由を保証しなければならない領域であること、EU 加盟国は 1990 年代以降に EU 領域に国際的保護を求める人の流入に対する共通の解決策を見出すために庇護分野において欧州共同体レベルでの合意された共通原則の枠組みを作り、EU の伝統的人道主義を担保しつつ更に明確な価値基準を提供すること」である。

EU 共通の庇護制度は、1999 年のアムステルダム条約 (EU 法：欧州連合条約 (EU 条約) 及び欧州共同体成立条約 (EC 条約) と関連条文の修正条約) 以降 EU 法における司法・自由と安全保障分野の問題—「人の自由移動、庇護と出入国管理」とされ (EC 条約第 4 章) また第 1 柱の欧州共同体法の下に置かれ、同制度内容はタンパレ (1999 年～2004 年)・ハーグ計画 (2004 年～2009 年) に基づき徐々に具体化され枠組み作りが進められている。現在、EU 共通の庇護制度の要である EU 共通の最低基準のうち主要な基準を定め EU 共通の庇護制度の基礎固めとなる第一段階を終え、2010 年には全ての庇護関連法案を採択するべくこれまでの不備を再考し、第 2 段階の目標に向けて具体案を議論中である。

ここで留意する点は、EU 法の下で共通の庇護制度の構築によって未完ではあるが単なる共通政策から EU における領域内庇護—EU の庇護法を形成しつつあると考えられる点、また、EU の庇護法は庇護の問題が移民の出入国管理と密接に関連する問題としてとりわけ不法移民の出入国管理に組み込まれている点である。そこで、本報告では、これら 2 点について EU の庇護法とは何かについて焦点をあて、関連法規の位置づけ及び庇護権の意味より EU の庇護法を把握し、EU の庇護法と国際難民法との整合性や難民への保護において何らかの価値がある新たな試みであるのかを検討したい。

また、移民の出入国管理に組込まれた EU の庇護法については、上述の EU の庇護法を

検討するなかで明らかにすることとし、また、実際に多様かつ厳格な出入国管理行政施策が庇護法よりも遥かに迅速かつ多く施行され更には EU 領域外での国境管理監視体制や難民出身地域での保護計画により庇護が領域外へと広がっている実態にも若干触れたい。そして、庇護申請者が入国の水際で排除されている問題について、国際法上の「庇護を求める権利」と「ノン・ルフールマン原則」に抵触しないのか、EU の庇護法上どのように解釈されているのかを明らかにしたい。

第2分科会「国際社会と家族」

分科会の趣旨

コーディネーター・早川眞一郎（東京大学教授）

家族の法的規律は、各国それぞれの習俗・伝統・文化などを色濃く反映していることもあって、他の分野（たとえば商取引や契約）の法的規律に比べると、いわゆる国際化になじみにくい側面を有している。しかし、国境を越える人の移動が活発化するのに伴い、家族をめぐる法的問題にも、国際的な要素がさまざまな形で反映されるようになってきている。

この分科会では、このような国際化社会における家族について、日本が検討を迫られているいくつかの法的問題を取り上げる。具体的には、国境を越える子奪取への対応（岡野報告及び織田報告）、離婚等の家族事件をめぐる国際裁判管轄の判断（植松報告）、及び出入国管理における家族の取扱（村上報告）である。いずれも、問題自体としては従来から存在してきたものではあるが、最近の内外の情勢を背景にして、あらためて本格的な検討が求められている問題である。これらの問題に関する、第一線の研究者・実務家による報告とそれに基づく討論を通じて、国際社会において家族及びそのなかの弱者（とくに未成年子）の保護をいかにして図るかを探ることとしたい。

国境を越える子の奪取をめぐる問題の現状と課題

岡野 正敬（外務省国際法課長）

両親間の子の奪い合いは深刻な問題であり、日本でも家族法分野の難題の一つとされている。そして子の奪い合いが国境を越えた形で行われると事態はより複雑になり、関係国の行政及び司法当局の関与と協力なしに問題解決をすることが困難になる。国境を越えた人の移動が頻繁になるにつれ、国際結婚が増加し、それに伴い国際離婚の数も増加している。同時に国境を越える子の奪取の事例も世界的に増加している。両親が離婚した子は可哀そうという目で見られるのが通常であるが、子の連れ去りが国境を越えて行われる場合、事案はより劇的に語られる。たとえばフランスでは、本年前半、ロシア人の母親による子のロシアへの連れ帰り事件が連日マスコミ報道をにぎわせた。

日本も例外ではない。日本人が当事者となる国際離婚も増えており、子の奪取事案の当事者になることもめずらしくない。外国に居住していた日本人が不法に子を日本に連れて帰る事例もあれば、日本に居住する外国人が不法に子を国外に連れ出す事例もある。連れ去られた子の所在が不明な事例もあれば、家庭内暴力や幼児虐待が絡むこともある。そし

て、日本人の親による子の日本への連れ帰りの事案に関し、日本の司法制度が有効に対応できていない、日本は子の奪取を野放しにしているとの批判がカナダ、アメリカ、イギリス、フランスからなされている。この問題については、子の幸福を最優先に考えるべきであるという点において、関係者の間で共通の認識があると思われるが、問題は子の幸福の意味である。家族法制度はその国の社会慣習を反映しており、子の幸福の意味するところも各国により異なりうる。また、誰の監護の下に置かれることが子の幸福につながるのかは具体的状況を見て判断せざるをえず、演繹的アプローチだけでは問題解決を図りにくい分野であるとともに、親の権利が絡むと問題は更に複雑になる。

本報告では、日本の社会が直面している国境を越える子の奪取の現状を概観し、日本社会としていかに対応すべきか、そのために相応しい国際法、国内法の枠組は何かについて議論したい。1980年のハーグ条約については種々の先行研究があるが、本報告では最近の事案の増加を踏まえ、日本が締結する利益と不利益そして日本が締結しないことによる利益と不利益を検討するとともに、日本の家族法法制との整合性について議論したい。また、ハーグ条約を締結せずに問題を解決する方途があるのかについても議論したい。

ハーグ国際子奪取条約の現在

織田 有基子（北海学園大学教授）

ハーグ国際私法会議第14会期（1980年10月）において採択された「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」（1983年12月1日発効、以下、本条約）は、その後、ハーグ国際私法会議非加盟国を含む多くの国々および関係諸機関から概ね好意的に受け入れられ（2009年6月15日現在、締約国は81ヶ国）、周知のとおり、ハーグ国際私法条約の成功例の一つとして挙げられることも多い。

本条約は、子の監護の問題においては「子の利益」に至高の価値が置かれるべきことを前提とした上で、「不法な連れ去りや留置による有害な結果から子を国際的に保護すること、子の常居所地国への迅速な返還を保障する手段を確立すること、および面接交渉権の保護を確保すること」を目的とし（前文）、中央当局システムを軸としながら子の迅速な返還および面接交渉権行使の実現を図る方策を示している。たとえばA国で監護権者たる親甲と暮らしている子を、別居中の親乙がB国に連れ去った場合、親甲から直接に（あるいはA国の中央当局を経由して）返還の申立てを受けたB国裁判所は、甲乙のいずれが監護権を有するかという本案を審理することなく、直ちに子の返還を命ずることができるのである。

しかし、我が国は本条約をいまだ批准していない。その理由としてはいくつか考えられる。たとえば、家庭内暴力や性的虐待などの事情を含む事案への対処、子の返還費用の問題、子の返還の実現に関する法整備の必要性など、困難な問題が幾重にも立ちはだかつており、また国際的な子の奪取の問題に対する国内世論の関心の高まりは、現状では必ずし

も十分とは言えないように思われる。他方、父母の一方が子を日本へ連れ去ってしまえば本条約の適用を免れることができ、結果的に、日本はいわば「子奪取天国」になっているとして、海外からの批判ないし本条約への加入の要請は最近とみに高まっている。国境を越えて移動することが日常化している昨今、本条約が想定する事案はますます増加することが予想され、また国連の児童権利条約（ないし児童の権利委員会）との関係に鑑みても、我が国は何らかの対応を迫られることになる。本条約の批准の可否の検討はその対応の一つの形になり得るのではなかろうか。

ハーグ国際私法会議は、本条約制定以来、その運用状況を確認し問題点を明らかにするための特別委員会を定期的で開催してきており、多くの成果をあげている。直近の第5回特別委員会（2006年）において検討された内容およびその後の活動をも視野に入れつつ、本条約の現在の姿を立体的に捉え直すことによって、批准の可能性を探ることとしたい。

離婚の国際裁判管轄を認定する基準に関する立法論的考察

植松 真生（香川大学准教授）

国際裁判管轄を規律する立法作業が、法務省の法制審議会国際裁判管轄部会において進められている。この立法作業は財産関係を対象とし、家族関係は対象外とされている。とはいえ、国際的な家族関係に関する裁判例は多く公表されており、離婚の国際裁判管轄が問題とされた裁判例の数も多い。

裁判例において使用されている、離婚の国際裁判管轄を認定する際の管轄原因は多岐にわたる。被告の住所、原告の住所、婚姻共同生活地、夫婦の国籍（日本に居住）などである。もっとも、これらの管轄原因が単独で日本の国際裁判管轄を肯定する基準とされているわけでは必ずしもない。原告の住所は、被告の住所が日本にない場合に、一定の要件の下で管轄原因とされることが多いと観察される（最高裁昭和39年3月25日判決・民集18巻3号486頁など）。婚姻共同生活地も、原告がその地に住所を有する場合（名古屋地裁平成11年11月24日判決・判時1728号58頁）、あるいは夫婦のいずれかがその地に住所を有する場合（浦和地裁越谷支部平成3年11月28日判決・民集50巻7号1467頁）に管轄原因とされている。夫婦の国籍も、原告が自己の国籍国に居住することを要件として、管轄原因とされている（東京高裁平成5年1月27日判決・民集50巻7号1474頁）。

これらの管轄原因がどのような根拠に基づいて使用されるのかについても、裁判例の態度は一様でないように思われる。国際裁判管轄に関する依るべき明文のルールが存在しないことを前提に、離婚についても、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理にしたがって決定するのが相当と判示する裁判例もある。もっとも、これらの裁判例においても決定の基準は同一でない。被告の住所を管轄原因とすることには、ほぼ一致があるように観察される。これに対して、被告の住所が日本にない場合の条理に基づく判断基準

は必ずしも一様でない。裁判の適正・迅速という観点を重視し、婚姻共同生活地を管轄原因とするものもあれば、当事者の公平という観点を重視し、一定の要件の下で原告の住所を管轄原因とするものもあると考えられる。最高裁平成8年6月24日判決（民衆50巻7号1451頁）は、当事者双方の利益保護に配慮しつつ、被告の住所がある（婚姻共同生活地とも考えられる）ドイツにおいて離婚判決が確定しているけれども、その判決が日本で承認され得ず、婚姻を解消するためには離婚請求訴訟を提起する以外に方法はないという事情を重視し、日本に離婚の国際裁判管轄を認めている。

日本の裁判例における離婚の国際裁判管轄の認定基準は法的な明確性に欠けるように思われる。とくに、原告の権利保護という観点から、外国で離婚に関する裁判が確定し、それが日本において承認されるかどうかという事情を重視するとすれば、日本の裁判所が離婚について国際裁判管轄を有するかどうかは、より見通しが悪くなるように思われる。裁判国が国際裁判管轄を有するかどうかだけが承認要件となるわけではないからである。報告においては、離婚の国際裁判管轄の認定基準を決定する際に重視すべき観点は何か、そのような観点は管轄原因にどのように反映されるべきか、という点に焦点を当てる。そして、離婚の裁判管轄を認定する基準をどのように具体化するか、立法論的なたたき台の視座を提示したい。

出入国管理行政における家族の保護

村上 正直（大阪大学教授）

周知のように、各国の出入国管理行政に対して、人権保護を目的とする条約（人権条約）が一定の影響を及ぼしてきている。若干の条約は出入国管理行政に一定の制約を課す明文規定をもつ。しかし、近年の発展で、より特徴的なことは、人権条約の（出入国管理の分野に明示に言及しない）より一般的な規定について、条約の履行監視機関が外国人の出入国及び在留に関する国家の裁量権を制約する解釈を展開してきたことである。その際、国家の裁量権を制約する制約の根拠とされてきたのは、主として生命・身体の保護、家族生活の尊重及び社会的諸関係の維持の必要性である。

この報告では、これらの制約タイプのなかでも、家族生活の保護（及び、それに関係する限りで身体の保護や社会的諸関係の維持）を理由とするものを取りあげ、その現状と課題とを検討しようとするものである。報告の内容を今少し具体的に示すならば、第1に、この報告でとりあげる人権条約は、主に欧州人権条約と自由権規約であり、検討の素材とするのは、主に欧州人権裁判所の裁判例と規約人権委員会の先例である。

第2に、家族生活の保護の観点からみた場合には、外国人の入国、在留及び出国のすべての側面が問題となるが、そのそれぞれの側面において働く家族生活の保護の要請の度合いが異なる。この報告では、それに留意しつつ、外国人の出入国及び在留と人権条約のかかわり合いを検討する。報告の中心となるのは、追放（退去強制）の側面である。

第3に、家族生活の保護を理由として外国人の入国や在留の継続が認められ、追放が制約されるか否かは、関連する国家の利益と個人の利益の比較衡量による。家族の保護を理由とする国家の裁量権が制約されるか否かのポイントとなるのが、これである。そこでは、いかなる要素がいかなる程度の重みをもって衡量されるのかが問題となる。この点については、欧州人権裁判所においても、規約人権委員会においても、ときに揺れ動いており、必ずしも明確ではない。この報告では、できる限り、これを明らかにしたい。また、これとの関連で、子どもの最善利益原則はその重要性を増しつつあり、この報告のなかでもやや詳細にとりあげる。

出入国管理行政と人権条約とのかかわりあいの問題は、特に1990年以降、主要各国も直面している現在進行中の問題である。日本でも、家族の保護と退去強制をめぐる裁判例のいくつかにおいて、従来の裁判例とは異なる判断をするものがみられはじめている。また、法務省入国管理局は、2006年に「在留特別許可に係るガイドライン」を公表し、2009年にこれを改訂している。国連に目を向ければ、国連国際法委員会は、「外国人の追放」というテーマを議題としてとりあげ、2005年から特別報告者の報告書を審議している。この報告では、可能であれば、これらの動向についても触れたい。