

記 録

文書番号	SCJ 第 20 期-200728-20370700-001
委員会等名	日本学術会議法学委員会「グローバル化と法」分科会
標題	グローバル化の中の法 何が問題か
作成日	平成20年(2008年)7月28日

※ 本資料は、日本学術会議会則第二条に定める意思の表出ではない。掲載されたデータ等には、確認を要するものが含まれる可能性がある。

この記録は、日本学術会議法学委員会「グローバル化と法」分科会の審議結果を
取りまとめたものである。

日本学術会議「グローバル化と法」分科会

委員長	櫻田 嘉章 (第一部会員)	甲南大学法科大学院教授
副委員長	小森田秋夫 (連携会員)	東京大学社会科学研究所教授
幹事	小寺 彰 (連携会員)	東京大学大学院総合文化研究科教授
幹事	糊澤 能生 (連携会員)	早稲田大学大学院法務研究科教授
委員	吾郷 眞一 (連携会員)	九州大学大学院法学研究院教授
	阿部 浩己 (連携会員)	神奈川大学大学院法務研究科教授
	奥脇 直也 (連携会員)	東京大学大学院法学政治学研究科教授
	河野 正憲 (連携会員)	名古屋大学法学研究科特任教授
	佐藤やよひ (連携会員)	関西大学法学部教授
	鈴木 賢 (連携会員)	北海道大学大学院法学研究科教授
	高山佳奈子 (連携会員)	京都大学大学院法学研究科教授
	道垣内正人 (連携会員)	早稲田大学大学院法務研究科教授
	新倉 修 (連携会員)	青山学院大学大学院法務研究科教授
	古川 照美 (連携会員)	福岡女学院大学学長
	松井 芳郎 (連携会員)	立命館大学法科大学院教授
	山内 敏弘 (連携会員)	龍谷大学法科大学院教授
	山下 泰子 (連携会員)	文京学院大学外国語学部教授

要 旨

1 作成の背景

近時進展が著しい社会のグローバル化により様々な問題が新たに生じ、その光とともに陰に対する取り組みが模索されているなか、本分科会は、グローバル化にいかにか法が対応しているか、また対応すべきであるかを検討する分科会として組織された。

本分科会では、グローバル化現象が何を指し、またどのような問題を抱えているかを明らかにするために、委員全員が各自の直面しているグローバル化と法の在り方について報告を行うことから鋭意審議を始め、それぞれどのような政策提言があり得るかを模索してきた。

本記録は、グローバル化の多義性と、法的側面におけるそれへの対応の多様性を認識しつつ、法の代表的な分野から、論攷を募り、次期以降の分科会の活動の基礎を提供することを目的として作成されたものである。

2 現状及び問題点

人・モノ・カネ・情報の国境を越えた移動の容易化・大量化・迅速化、グローバルな相互依存関係の深まり、グローバルな認識・価値・規範意識の発展、及び主権的国民国家を結節点とする国内社会と国際社会との2元的構造の「緩み」等、グローバル化の現象が進行している。

また、これらグローバル化の現象の進行にともない、その歴史的起源、不可避性・不可逆性、世界経済に与える意義、アメリカとの関係、及び将来的な射程等の問題をめぐって、世界的な規模で論争が生じている。

これらグローバル化の現象の進行にともない、またこれらグローバル化をいかに認識するかに応じて、国民国家、及びグローバルなレベルにおいて、グローバル化をいかに制御し、またグローバル化にいかにか適応していくかが問題となっている。法の役割もこれらふたつのレベルで問い直されている。

3 報告の内容

(1) 法と法学一般の視点から

以下の省察をとおして、立法、裁判、研究、教育・人材養成のそれぞれの場面における課題を明らかにする必要がある。

国際法自体が変容しつつあることに注意を払いながら、国内法と国際法との交錯の諸相を豊富に明らかにすること。

国内法と国際法の交錯の諸相のうち、何が、どのような意味で新しいのか、それらはグローバル化とどのように結びついているのかを明らかにすること。

人権と主権、安全と人権、自由貿易と環境など、グローバル化のもたらす、あるいはそれが先鋭化させる諸価値や諸原理の間の相克に眼を向けること。

日本における国内法と国際法との関係づけ方、国際的な法の定立へ向けた姿勢、日本国憲法の意味等の問題をはじめとして、「グローバル化と法」という問題構成における日本の立ち位置を明らかにすること。

(2) 国際公法の視点から

グローバル化における国際法の状況、意義、あり方について考える上で、以下の諸点が重要である。

最高・独立の存在としての国家、及びそれによって構成される国際社会という認識は、歴史的には決して普遍的なものではなく、グローバル化は新しいようであるが、実は古い現象であること。

人権は国によって守られるだけでなく、国際組織によっても保護の対象となること、人道に対する罪を犯す個人は、国を超えて国際法廷によって裁かれること、伝統的な外交的保護の手法を使わずに、個人（企業）が直接国際協定の一方当事者となること、また人権や環境については、市民団体の活動

が国境を越えて国際公益実現のために働くこと等、人及び法人が世界社会の構成員としての性格を有すること。

グローバル化はしばしばアメリカ化であると主張されるが、一国の覇権に基づく世界国家ができるのではなく、機能主義的な統合の結果として世界社会が統一されるのがのぞましく、その過程で新しい法現象が生まれてくることに対して、伝統的国際法は柔軟に対応しなくてはならないこと。

(3) 国際刑事法の視点から

条約に基づく犯罪化にあたっては、国際協調のメリットを考慮しつつも、民主主義や刑法の謙抑性を不当に損なうことのないようにしなければならない。

刑法適用法の面では、「引渡ししか訴追か」の原則を実現しうるような立法的対応が検討されるべきである。

ヨーロッパ法の発展を参考としつつ、手続における国際協力をさらに推進する必要がある。

ヨーロッパや ICC で導入された被疑者・被告人の権利の保障、被害者に対するケアなどを模範としつつ、手続における人権保障を向上させなければならない。

(4) 国際私法の視点から

グローバル化の進展する現代において、透明性の高い法制度の構築を目指す観点から、国は次の施策を講じるべきである。

新規立法にあたっては、そのルールが国際私法（主に、法適用通則法）によって日本法が準拠法となる場合に適用されるだけでよいのか、それとも、準拠法のいかににかかわらず、一定の場合には適用されるべきルールであるのかを明確にすべきであり、後者の場合には、具体的にどのような基準で適用・不適用が定まるのかを明確にすべきである。

既存の法律についても、できる限り、上と同様の措置を講じるべきである。

目 次

1	はじめに	1
2	グローバル化の中の法—何が問題か	2
	(1) 現象としてのグローバル化	2
	(2) 争点としてのグローバル化	3
	(3) 法と法学の課題	4
3	グローバル化した世界社会と法—国際法の視点から—	6
	(1) 国際化と世界化	6
	(2) 世界社会と構成員としての人及び法人	6
	(3) 機能主義的な統合による世界社会法の到来	8
4	グローバル化と法政策—国際刑事法の視点から—	10
	(1) 問題の所在	10
	(2) 犯罪および刑罰の内容に関する相違	10
	(3) 刑事手続の内容に関する相違	12
	(4) 国家主権か相互承認か	13
	(5) まとめ	14
5	国内立法におけるグローバル化への配慮—国際私法の視点から—	16
	(1) はじめに	16
	(2) 保証制度の改正の例	16
	(3) その他の例	18
	(4) まとめ	18
6	おわりに	20

1 はじめに

近時進展が著しい社会のグローバル化により様々な問題が新たに生じ、その光とともに陰に対する取り組みが模索されているが、本分科会は、委員が比較的多分野の者から構成されていることに鑑み、グローバル化にいかにか法が対応しているか、また対応すべきであるかを検討する分科会として組織された。2006年末ないし2007年初にようやく全委員が確定したので、まずグローバル化現象が何を指し、またどのような問題を抱えているかを明らかにするために、委員全員が各自の直面しているグローバル化と法の在り方について報告を行うことから鋭意審議を始め、それぞれどのような政策提言があり得るかを模索してきた。このような意見交換の場を通じて、改めてグローバル化の多義性と、法的側面においてもそれへの対応の多様性が認識されたので、他分野におけるグローバル化現象の検討を通じてグローバル化の全体的・包括的な認識を踏まえつつ、なお、法的側面に焦点を当ててシンポジウムを開催することが決定されたので、そのテーマ及び具体的実施要綱を決定することの中から、今期の分科会で行いうる報告の在り方を検討してきた。そこで比較的に短期の活動の中から、報告としては、法の代表的な分野から、論攷を募り、次期以降の分科会の活動の基礎を提供するとともに、今回必ずしも十分に扱えなかった、しかし、法学分野において焦眉の問題として認識されている、グローバル化中の法曹教育の問題などを次期以降への申し送り事項とすることも決定された。

以下は、今期の本分科会の活動報告をかねた、報告である。

2 グローバル化の中の法—何が問題か

(1) 現象としてのグローバル化

グローバル化の“定義”は多様であり、それぞれについて厳密な議論を必要とする。しかし、「何が問題か」を問おうとする場合には、グローバル化について語るとき、どのような“現象”が念頭に置かれているかを考える形で、問題の広がりを考えることで足りるであろう。

そのような現象を整理するならば、第1にあげられるのは、人・モノ・カネ情報の国境を越えた移動の容易化・大量化・迅速化である。ここでは、主として経済のグローバル化が念頭に置かれる。このようなグローバル化を可能にしたもののひとつは輸送や情報通信の分野における技術であるが、国境の壁を低くする意識的な政策の作用も無視することができない。この点では、人・モノ・カネ・情報のそれぞれにおいて事情は同じではなく、個別に吟味することが必要である。

第2は、グローバルな相互依存関係の深まりである。ここでは、経済的な相互依存関係だけではなく、政治的なそれも強調される。相互依存関係の深まりによって、いかなる国家も自らの意思を自律的に形成し、それを単独で貫いてゆく能力を多かれ少なかれ失うが、世界の諸国家間の非対称な関係までもが失われるわけではないことにも注意する必要がある。

第3は、グローバルな認識・価値・規範意識の発展である。地球環境問題をはじめ、いわゆる global issues の存在についての認識が、個人のレベルにおいても深まっている。このことは、人びとの意識を普遍的な価値や規範の承認へと向かわせるだけではなく、差異や対立がグローバルなレベルで世界を引き裂いているという意識をも生み出す。

第4は、主権的国民国家を結節点とする国内社会と国際社会との二元的構造の（“解消”ではないものの）“緩み”である。国民国家のあれこれの程度・態様での相対化が進み、国際的要因が国内社会に直接に浸透する度合いが高まる一方、国家を主要なアクターとしてきた国際社会における国際組織・多国籍企業・NGO・個人など新たなアクターの役割が高まっている。「グローバル市

民社会」や「世界社会」という観念は、このような現象を写し取ったものにはほかならない。

(2) 争点としてのグローバル化

以上のような現象として現われるグローバル化をどうとらえるかは、とくに経済のグローバル化を焦点として、世界的な規模で論争の対象となっている。

第1に、グローバル化の歴史的起源をどこに求めるか。それを幾世紀にもわたる長期のプロセスであるとするのか、それとも、先進国におけるブレトン=ウッズ体制からの転換、途上国における輸入代替工業化からの転換、社会主義国における指令的計画経済の放棄など、20世紀の最終段階における諸変化がもたらした新たな現象であることを強調するのか。

第2に、グローバル化を、資本主義の本性の今日的な局面における現われととらえ、それゆえに基本的には不可避的・不可逆的なものとするのか、それとも、特定のイデオロギー（新自由主義）とそのもとでの政策による人為的な帰結としてとらえ、それゆえに対抗し制御することの可能なものとするのか。

第3に、市場経済のもつ競争機能と資源配分の効率化機能がグローバルな舞台で発揮させるプロセスをつうじて経済的豊かさが実現され、世界は平準化へと向かうとするのか、それともグローバル化は、伝統的社会ネットワークの破壊をともないながら、地域別、部門別又はジェンダー別の階層化や分極化、富の極端な偏在などをもたらすと見るのか。また、グローバルな市場経済の安定性を信頼するのか、それとも、その不安定性、とりわけ金融の自由化のもたらす実体経済と金融との乖離が胎胚するグローバルな経済危機の可能性を重視するのか。

第4に、グローバル化のもとのアメリカの位置をどうとらえるか。グローバル化をアメリカによって推進され、アメリカの利益によって貫かれた「アメリカ化」にほかならないとするのか、それとも、アメリカの特殊な位置を認めつつ、そのアメリカさえもグローバル化のもとで制約を受けていることを強調するのか。

第5に、グローバルな経済競争においてマイナスとなる要素（規制）が変容を迫られることをつうじて、資本主義の社会=経済モデルは（リベラルなそれへと）平準化してゆくを見るのか、それとも、グローバル化への対応の仕方そのものが各国ごとの歴史的条件などによって規定されて異なったものとなるがゆえに、複数の社会=経済システムへの分岐が持続すると見るのか。

グローバル化をどうとらえるかをめぐるとこのような対立に応じて、それへの対応をめぐると対立も生じる。それは、グローバル化を推進する「グローバリズム」とこれに抵抗する「反グローバリズム」との正面衝突として現われることがあるが、現実には争点になっているのはグローバル化を制御しつつ適応し、適応しつつ制御する、その仕方であるとして見ることができる。制御と適応の場のひとつは依然として国民国家であるが、事柄の性格上、このレベルにおける制御には限界があり、制御と適応はおのずからグローバルなレベルでのものとならざるをえない（「グローバル・ガバナンス」）。法の役割も、これらふたつのレベルで問われることになる。

(3) 法と法学の課題

グローバル化と法という問題に取り組むさいに、なすべき課題は何か。

第1は、国際法自体が変容しつつあることに注意を払いながら、国内法と国際法との交錯の“諸相”を豊富に明らかにすることである。今日の国際社会においては、国家間条約をつうじて国際社会の共通利益を実現するだけでなく、「国際公益」と呼ぶべきものの実現をめざす法制度化が追求されており、法の定立における非国家的主体の役割や、グローバルな部分社会の定立する「ソフト・ロー」の役割が高まっている。国際社会におけるこのような法状況が国内法にどのようなインパクトをもたらしているかを、国内法の側からもより注意深くとらえてゆく必要がある。

第2に、そのような国内法と国際法との交錯の諸相のうち、何が、どのような意味で新しいのか、それらはグローバル化とどのように結びついているのか、を明らかにすることである。このような作業が必要なのは、一方では、古い思考や概念に囚われることなく新しい現象を直視することが求められているからであるが、他方では、新しい現象が登場していることを理由に、これまでに築

かれてきた原理や理論を「時代遅れ」なものとして安易に放擲しないためでもある。グローバル化のもたらす新しい問題への鈍感さは、それに対する過剰な反応に容易に転化しかねない。

このこととも関連して、第3に、人権と主権、安全と人権、自由貿易と環境など、グローバル化のもたらす、あるいはそれが先鋭化させる諸価値や諸原理のあいだの相克に眼を向けることが必要である。価値の選択や調整において、法はとくに重要な役割をはたすからである。

最後に、「グローバル化と法」という問題構成における日本の立ち位置を明らかにすることである。日本における国内法と国際法との関係づけ方（例えば国際人権に対する対応）は理論的・実践的にどのような特徴をもっているのか。国際的に定立された法の受容という側面だけではなく、そのような法の定立へ向けた姿勢をも視野に入れたとき、日本の現状はどう見えるか。日本国憲法の存在は、ここではどのような意味を持つか。ヨーロッパにおいて欧州連合が持っている意味を東アジアに置きなおしたとき、何が見えてくるか、等など。

このような省察をとおして、立法、裁判、研究、教育・人材養成のそれぞれの場面における課題を明らかにすることが求められている。

3 グローバル化した世界社会と法－国際法の視点から－

(1) 国際化と世界化

グローバリゼーションは、主権国家を主体とする国際社会(inter-national society)を前提とした上で、国境が意味を失っていく過程を表す概念である。ここでは国家があくまでも最高・独立の存在として意識されているのであるが、それは我々の存在拘束性を示すものであり、歴史的には決して普遍的な考え方ではない。古代ローマにおいて世界はすなわちローマであったので、「国際」という概念は無かった。中国を中心とした華夷秩序のもとでも「国際」の観念はない。国民国家ができて国家主権の最高・独立・平等概念が生まれ、我々が今日いうところの国際法も成立する。したがって、グロチウス時代に国際社会的側面の法(ius inter gentes)と世界社会的側面の法(ius gentium)が共存していたことも不思議ではなく、国家間法として国際法が定着する法実証主義最盛期でさえ一部の法は *lex mercatoria* として国境を越えて通用していた。19世紀にはいると国際行政連合が増加し機能主義的な統合が進み、自然法的な思想も実定国際法の中に散見された。戦争の違法化が進行し自然法や正戦論の復活といわれた国連体制誕生において、*ius gentium* 再来が指摘されることが多いが、これは突然発生したのではなく、古くから連綿と国際社会の中に生きてきていたものである。60年代にはフリードマンの協力の国際法概念、ジェサップのトランスナショナル法概念、70年代には主としてフランス学派による開発の国際法概念が競って世界社会法的判断枠組みを提供した。それに加えて実定法のレベルで国際人権保障法、国際人道法、国際環境法が充実し、*obligation erga omnes* や普遍的管轄権概念が一般的に認識されるようになり、地球社会は国際社会から世界社会へと捉えられ方が変わってきた。最近よく議論される人間の安全保障も、基本的に国家の枠を越えた世界社会を念頭に置いた議論である。それと同時に、伝統的な国際法にも変容が加えられ、国際法主体の相対化(個人・企業の主体性増大)が顕著になってきている。グローバリゼーションは新しいようでいて実は古い現象なのである。しかし、過去数百年続いてきた国家間法としての国際法に慣れてきた我々にとって、グローバリゼーションの下の法状況を理解し、解釈学の上でも政策提言の上でも時代にあっただ対応をとることは、重要なことである。

(2) 世界社会の構成員としての人及び法人

① 人権は国によって守られる（憲法によって保障される）だけではなく、国際組織によっても保護の対象となる

基本的人権はいうまでもなく憲法に規定された個人に帰する重要な権利であるが、イギリスにおける権利章典の歴史、フランス革命における人権の内容を考えると、それは第一義的に王権や国家権力に対する権利であることは明白である。従って、人権を侵害する主体はしばしば政府その他の国家機関であることが多い。一国における人権侵害が国内管轄問題として絶対的国家主権の中に埋没し、他国ないしは国際組織の関与を受けることができないとすると、国民としての個人ではない自然人としての個人の人権救済はおぼつかなくなる。ここに、地球市民としての個人（及び法人）が直接国際法の適用を受ける素地を認めることができる。

20世紀に入ってから国際社会（世界社会）は、伝統的な国際法原理を修正した。今まで国家の中に埋没し外交的保護権の対象としてしか個人的な権利を対外的に主張できなかった個人が、条約の不適用を理由として条約機構などの国際組織に権利侵害の救済を直接求めることが可能になったのである。

② 人道に対する罪を犯す個人は、国を超えて国際法廷によって裁かれる

いわゆる国際人道法は20世紀に進展したが、その一つの到達点は国際刑事裁判所の設立である。ここでは、個人が犯す犯罪行為がどの国に対しても法益侵害となるとされ、国際法が直接個人を対象にする。古くは海賊の取り締まりがこれに類似するものとして存在したが、そこではあくまでも各国が自らの国家機関を利用して海賊を処罰するものであった。条約上の組織（ICC 国際刑事裁判所）が、限定はあるもののいくつかの普遍的管轄権をもって個人を直接訴追していくことができるようになったのは、国際社会が世界社会に広がっていく契機を内包する。近時問題のテロ関連の条約も同じ方向性をもっている。

③ 伝統的な外交的保護の手法を使わずに、個人（企業）が直接、国際協定の一方当事者となる

企業と外国政府との間に締結される合意が、私法的な契約なのか国際条約なのかは、古くから争われていた問題であるが、投資紛争解決条約のもとに設けられたセンター（ICSID）は、片方当事者を個人（企業）とし、国と私人との間の紛争を国際法に依拠して解決しようとするものであり、ここでも、今まで国家の蓑の下に隠れていた個人が、国際法を媒介として前面に出てきた。ICSIDのような条約機構の中では、かつては論理的には無効とされたカルボー条項が実質化しているのであって、企業（私人）は国際法主体として認識されているのである。

④ 人権や環境については、市民団体の活動が国境を越えて国際公益実現のために働く

グリーンピースなどのやや過激な団体は氷山の一角で、地球市民（世界社会の主体）は、伝統的な国家間法としての国際法に飽きたらず、いわば「直接民主主義」の手法に訴えだした。Name and shame 手法ともいわれるソーシャルラベリングを用いて、市民団体はその行動の正当性に問題をはらみつつも世界社会の法の定立ないしは実施という観点から重要な働きをしている。最近10年くらいの間に爆発的展開を示したCSR（企業の社会的責任）概念とその実践もこのカテゴリーに入れることができる。とりわけ盛んに締結され始めた労働枠組協約が注目される。国際産業別組織と多国籍企業との合意は、いわば国内における労働協約の国際版である。今日30を超える国際枠組協約が締結されている。協約で定められている各種の労働基本権およびその他の労働基準（公正賃金、労働時間、訓練、安全衛生など）が守られていないとされた場合や、協約の解釈をめぐり紛争が生じた場合には、共同でその解決をはかり当事者に勧告をおこなうとされている。これは従来の条約（国家間関係を規律する法）では守れない利益、すなわち国家による批准がなされないとか、批准されていても国内労働行政機構の不備により実施されないなどの問題があるために実効性が弱いと批判される国際労働条約を、ここでは、条約内容の究極的な名宛人である労働者及び使用者が、国家が関与する前に率先して実施してしまうという構図が浮かび上がる。ILO条約という正規の国際法が達成できなかった国際公益を、私的団体同士の協定が代替するわけである。世界国家があると仮定すれば、国際枠組協約はその中における産業別労働協約として法的拘束力を持つのである。しかし世界国家（世界社会）はまだできていないから、国際労働枠組協約は実定法ではない。

(3) 機能主義的な統合による世界社会法の到来

グローバリゼーションはしばしばアメリカニゼーションであるというようなこともいわれる。ドルが基軸通貨であるとか、アメリカ外交が世界政治を規定するとかいう意味においてそれは正しいが、グローバリゼーションの勢いは米国をもその下に置くものとなっている。一国の覇権に基づく世界国家ができるのではなく、機能主義的な統合の結果として世界社会が統一されるのがのぞましく、その過程で新しい法現象が生まれてくることに対して伝統的国際法は柔軟に対応しなくてはなるまい。ここでいう「機能」は経済、交通、通信、人権、人道、労働、環境、その他であり、それぞれについてすでに国境を越えた国際公益が存在し、伝統的な枠組みの中でも一定の統合がなされている。世界社会到来への契機は、これらの国際公益をいかにグローバルに実現していくかにかかっている。しかし、一方ではその公益性を検証するものは現在のところ個別国家から成り立つ国際社会でもある。しばらくの間は国際社会と世界社会が協働していくことになろう。

4 グローバル化と法政策——国際刑事法の視点から——

(1) 問題の所在

従来、グローバル化の中心は、「人・物・金〔・情報〕の移動」を伴う経済活動であり、法でいえば私法分野であった。これに対して、刑法は伝統的にドメスティックな法領域であったといえる。しかし、グローバル化に伴い犯罪現象の国際化が飛躍的に進むことにより、新たな問題も生じている。実体刑法の問題としては、複数国にまたがる犯罪が増加し、刑事手続法の問題としては、証拠の複数国への拡散も起こっている。そこで、「国際刑法」による対応が必要になってきた。

国内の刑事法における政策面では、実体法に関し、罪刑法定主義が原則とされてきた。これには多くの内容が含まれるが、行動の自由や処罰の予測可能性の保障としての「自由主義」、選挙で選ばれた国民の代表のみが議会で刑罰法規を立法できるという「民主主義」、また、裁判所・政府の恣意的な判断による処罰を認めない「三権分立」が重視される。手続法に関しては、デュー・プロセスの確保、つまり手続的な権利保障が、憲法上の要請とされてきた。

こうした法政策における要請は、グローバル化に対応する要請と矛盾する場合がある。刑事法の国際化には、一方で、国際刑事裁判所（ICC）のような超国家的刑罰権や、国際条約による犯罪化といった、超国家レベルでの対応としての「グローバリゼーション」と、他方で、国家刑罰権を出発点とした国家間協力による対応としての「インターナショナルリゼーション」との両側面がある。これらがいずれも、一国内のみの法制度構築では見られなかった葛藤を生む場合が出てくるのである。

(2) 犯罪および刑罰の内容に関する相違

犯罪論、つまり、何を犯罪と評価すべきかに関しては、インターネットを利用した表現活動に対し、どの国がどのように刑事法的規制を及ぼしうるのか、また、刑罰論の問題としては、テロリズムを含む確信犯的な国際犯罪への対策として、刑罰威嚇や行刑が有効性を持ちうるのか、といった問題がある。

① 超国家的な刑事立法

人身売買、児童買春・児童ポルノ、外国公務員に対する贈賄など、日本の近年の刑事立法の中には、国際条約を受けた犯罪化を含むものが多い。重大な法益侵害に各国が一致して対処するためには、このような方法が有効である場合もある。しかし、条約の内容はしばしば、妥協の産物という性格を持っている。また、この形式は、なお国会の承認と国内立法を経るものの、その制定過程は必ずしも民主的でない。その結果、不必要な犯罪化や重罰化と、その反面としての自由・権利の過度な制約に至るおそれがあることには注意しなければならない。従来国内法の内容との齟齬も生じうる。たとえば、OECD条約に基づいて不正競争防止法に設けられた外国公務員贈賄罪には、刑法典の賄賂罪にはない法人処罰や国外犯処罰がある。

さらに、近年では、テロリズム対策を中心とする領域で、国連憲章に基づいて全加盟国を拘束することとなる安全保障理事会決議の重要性が高まっているといえる。政治性の高い機関である安保理決議による矢継ぎ早の「立法」は、その効果からしても、国連を通じた国際的な犯罪対策のあり方を劇的に変容させる。ここでも、加盟国での立法化のプロセスはあるものの、トップダウン的な政策決定が「民主主義の赤字」となるのではないかが問われる。

② 刑事規制の諸原則

刑罰は人権に対する重大な制約であることから、伝統的に、刑事規制については、他の規制手段が十分でない場合にのみ許されるという「最終手段（*ultima ratio*）性」が強調されてきた。刑罰はできるだけ制限的に用いるべきだという「謙抑性」、網羅的にではなく必要な部分についてのみ個別に用いるべきだという「断片性」、また民法・行政法などの規制で足りるときにはそれらによるべきだという「補充性」の諸原則も、同様の「刑罰消極主義」の考え方によるものである。実体法の内容としても、法益保護の原則、責任主義、個人責任の原則、個別行為責任の原則といった制約原理が認められている。

ところが、国際的な刑事立法政策の推進においては、これらの諸原則が十分に検討されないままに、刑事規制の広範化・厳格化だけが進行してしまう場合があることに注意を要する。

③ 文化葛藤の問題

さらに、国際的なレベルでは、刑事規制の対象について統一を図ることも困難がある。特に、たとえば、インターネット上の性的な表現をどのように規制するか、重婚罪を処罰するのか一夫多妻を認めるか、差別を助長する表現活動を犯罪とするか憲法上の表現の自由とするか、性的なサービスの提供を売春として規制するか営業の自由とするか、クローン技術の研究を人間の尊厳に反するとするか学問の自由に属するとするかといったように、文化や家族制度にかかわる規制についてはそうである。

逆にいえば、殺人罪の処罰など、人の生命の保護にかかわるものについては、大部分が国際的に統一可能であるとの見方もできる。これについては、各国が協力して対処することができる。そこで、刑事における国際協力では、「双方可罰性」が原則とされてきた。しかし、近年では、日米刑事共助条約やEU共通逮捕状に基づく協力、国際刑事裁判所(ICC)への協力のよう、自国で可罰性のない事件に関する国際協力という例外が広く設けられつつある。だが、自国で犯罪とされないものを処罰するために他の刑罰権に協力することには疑問もある。刑罰に関しては、多くの死刑廃止国が、死刑存置国に死刑対象犯罪の被疑者を引き渡すことを認めない制度を定めている。処罰範囲についても同様に考えるのであれば、双方可罰性の要件は撤廃すべきでないこととなろう。EUでは、32種類の犯罪について、双方可罰性の確認なくいずれの加盟国の逮捕状でも全域で効力を有することとなる「共通逮捕状」制度が2002年以降導入されているが、ドイツでは、その国内化立法が、双方可罰性のない行為についても自国民の外国への身柄引渡しを広く認める内容であったことを違憲とし、国内化法の作り直しを命じる連邦憲法裁判所判決も出されている。

(3) 刑事手続の内容に関する相違

刑事手続の場面では、国境を越えて移動する被疑者や証拠をどの刑罰権がどのように追跡し、同時に人権保障を図っていくかという困難な問題が突きつけられてきている。手続における人権保障に関しては、国際的な標準が引き下げと引き上げの両方向の議論がある。近年の犯罪現象の国際化や犯罪手段の高度化、とりわけテロリズムへの対策として、国際条約には、手続的権利保障を切り下げる例外を認める傾向や刑罰積極主義の傾向が見られる。反対に、死刑や拷問については廃止の潮流がある。

実体法においては双方可罰性の原則があったが、手続法では、他国の異なる制度の有効性を承認しないと、刑事訴追が維持できなくなるのではないかという問題がある。かつて最高裁は、ロッキード事件丸紅ルート上告審判決（最大判平7・2・22刑集49巻2号1頁）において、外国にいる証人に刑事免責を付与して得た供述の嘱託証人尋問調書に関し、日本の刑事訴訟法の中に刑事免責に関する規定がない以上、証拠として許容されないとした。しかし、ICCでは、有罪答弁や公訴時効（出訴期限）不適用など、日本法にはない制度があり、ICCに対する協力では、それらの有効性も前提としなければならない。ここには、対象犯罪の特殊性や厳密な手続の困難性といった国際刑事裁判の特殊性もあるが、国家間の水平的な協力においても、日本では認められていない手続的制度の法律効果のある程度受け入れる必要があると思われる。

刑事における手続的協力は、重大な犯罪が行われたのにどこにも処罰する国がないという事態を避けるために要請される。各国は「引渡しか訴追か（*aut dedere aut judicare*）」を求められることになる。この点、日本法において、国外犯の処罰範囲が諸外国に比べて狭いことは、複数国の刑法の重疊的適用による政治的対立を回避しうる点で、大きなメリットを有するものの、現行法制では、自国民の不引渡しなどの制限があるため、引渡しも訴追もできない場合が出てしまうという問題がある。比較的軽微な罪については、コスト面から見て不訴追の事例が出てもある程度やむをえないともいえるが、そうでない場合が問題については、国際社会において「不処罰の文化」を克服するために、引渡しか訴追かを可能にする国内法制度を作る必要がある。

(4) 国家主権か相互承認か

不処罰を回避するとともに重要なのは、過度の処罰を回避することである。刑法 5 条は、外国判決を理由とする一事不再理効を否定しているが、実務では、外国で執行を受けた刑を日本で受けるべき刑の量から差し引くという控除（算入）の考え方が採用されている。さらに進んで、すでに被告人が受けた手続的な負担をも考慮し、より大きな控除を認めることが望ましい。

これに関連して、いわゆるロス疑惑事件で無罪判決の確定した男性に対して、米国が刑事手続を開始し、日本の外相が、捜査共助を行う旨の発言をしたと報道されており、このような政府の態度には問題があると考えられる。前提として、日本で無罪が確定した事件について、もう一度日本で裁判をやり直すことはできない（憲法 39 条）。その後で新証拠が発見されても、再審が認められるのは、有罪の確定判決を覆す方向でだけである。日本国自身も再度の裁判ができないのであるから、同じ事件について外国の刑事手続に協力することはなおさらできない。

ただし、日本の特別な協力を得ずに、米国が独自に自国法に基づいて手続を進めること自体は、何ら日本の主権を侵すものではない。たとえば新証拠が発見された場合に、米国は、日本で無罪が確定した事件について自国で裁判を起すことができるが、もし有罪として処罰する場合には、刑の程度を決める際、すでに被告人が日本で受けた身柄拘束などの負担を考慮して、刑を軽くすることが求められよう。

(5) まとめ

これまでの考察に基づき、日本の展望として重要だと思われる 4 つの点を指摘したい。

第 1 に、条約に基づく犯罪化にあたっては、国際協調のメリットを考慮しつつも、民主主義や刑法の謙抑性を不当に損なうことのないようにしなければならない。第 2 に、刑法適用法の面では、「引渡しか訴追か」の原則を実現しようとするような立法的対応が検討されるべきである。第 3 に、手続における国際協力は、さらに推進される必要がある。この分野におけるヨーロッパ法の発展には目ざましいものがあり、アジアでも参考にされるべきである。第 4 に、手続における人権保障が、それと同時に、向上されなければならない。ヨーロッパや

ICC で導入された制度の中には、被疑者・被告人の権利の保障、被害者に対するケアなど、模範とされるべきものが少なくない。

国際社会において、日本は、政治的・経済的・法的に影響力ある地位を有している。このことを今以上に自覚した刑法の構築が望まれる。

5 国内立法におけるグローバル化への配慮－国際私法の視点から－

(1) はじめに

立法過程においては、各方面の利害得失を踏まえて、長期・短期の全体の利益を実現すべく議論が行われ、法が制定されることになるが、そこで勘案される「利害得失」も「全体の利益」も原則として主権者である国民のそれである。もちろん、外国との関係も考慮されることもあることは事実であるが、基本的には国民にとっての「利害得失」・「全体の利益」という尺度で評価検討されるにとどまることが多く、グローバル化している社会において、自国法が国際的な広がりがある対象事項のどのような局面を適用対象とするのかが明確に認識されることはほとんどないのが実情である。

その結果、国内法が制定されても、その国際的な適用範囲が不明確であって、実際の事例において適用に困難が生じ、あるいは、予防法的な観点又はコンプライアンスの観点から、法の適用について事前の予測がつかないという法的不安定な状態になってしまうことがあるように思われる。

本稿では、上記のような問題関心から、最近制定された日本法の中から、保証契約に関する改正の例をとりあげ、今後、グローバル化に対応した国内立法のあり方について提言しようとするものである。

(2) 保証制度の改正の例

中小企業等が金融機関から融資を受ける際に、その経営者等が個人として保証人となり、将来にわたって当該金融機関からその経営する企業への借入れについて上限額の定めなく保証する包括根保証がしばしば行われ、経済状況の変化等により企業経営が行き詰まると、その経営者等の個人も過大な保証債務を抱えて破産してしまうという事態に対応するため、保証契約の成立には書面又は電磁的記録を要する等の民法改正が平成16年法律147号により実施された(民法446条2項・3項)。しかし、法適用通則法10条は、「法律行為の方式」について、当該法律行為の準拠法によることもできるが(1項)、行為地法に定める方式の規定に適合する方式も有効としている(2項)ので、保証契約の準拠法が日本法の場合であっても、保証契約の締結地が甲国であれば、甲国法に適

合する方式でよいということになり、仮に甲国法が書面等の方式を求めていなければ、無法式でも保証契約は有効とされることになる。

上記のような国際私法ルールを前提として保証に関する上記の民法改正を検討すると、立法に際しては、少なくとも次の2つの問題が検討されてしかるべきであったように思われる。その第1は、上記のように改正されたルールは、保証契約について当事者が外国法を準拠法として指定している場合にも適用されるのか、という問題である。上記の例で言えば、保証契約の準拠法が甲国法とされる場合、甲国法が極度額を定めない包括根保証契約を有効としているときには、日本に住む日本人であるAは日本の銀行との間でそのような保証契約を有効に締結することができるのかという問題である。第2に、日本法が保証契約の準拠法とされている事案であっても、書面等によることを求める民法446条2項・3項は国際私法上の方式として扱い、法適用通則法10条により、契約の締結が外国で行われた場合には、当該外国法が行為地法として適用され、その行為地法の定める方式に適合していればよいのか、が問題なる。上記の例で言えば、甲国で保証契約を締結した場合には、たとえ保証契約の準拠法が日本法であっても、甲国法が書面によることを求めていないときには、書面によらない保証契約でも有効と扱ってよいのか、という問題である。

国際私法理論によれば、私法上の強行法規の中には、それによって実現しようとする法政策が一定以上の強さを持っており、自国法が準拠法とならない場合であっても、そのルール自らの地域的適用範囲を有し、それに入る対象に対しては適用していくという「絶対的強行法規」があるとされており(それに対して、準拠法になった場合にだけ適用されればよいような強行法規を「相対的強行法規」という)、上記の民法の規定がこれに該当するのか否かが問題となるということになるろう¹。しかし、そのような解釈に委ねてしまうにはあまりに大きな問題であり、条文上、この点が明確にされていないことは遺憾である。

上記の最高裁判決が対象としている事案は昭和48年から52年にかけて特許を受ける権利の譲渡や特許出願が行われており、たとえ平成16年の特許法改正において外国において特許を受ける権利についてルール化をしたとしても、その適用対象となるものではない。しかし、平成16年改正は、職務発明につ

¹ 「絶対的強行法規」については別冊 NBL80 号(法例の見直しに関する諸問題(1))65 頁(2003)参照。

いてのルールを明確にし、法解釈をめぐる無用な争いをなくすことを目的としていたはずであり、その後、上記の最高裁平成18年10月17日判決が一定の判断を示したからといって、完全にルールが明確になったわけではない。たとえば、会社と従業者との間の特許を受ける権利の譲渡契約について外国法を準拠法としておけば、日本の特許法35条3項は適用されないのか、という点については、上記最高裁判決の反対解釈をすればそのような結論に至るようにも読めるが、従業者の労務提供地が日本国内である場合にもそれでよいのかという点については、様々な異論があり得るところであろう。したがって、最高裁判決が間近に予定されていたことは、グローバル化に対応した立法をしなかったことを何ら正当化するものではないと言うことができよう。

(3) その他の例

保証契約の成立に関する法改正の例のほかにも、消費者契約法、労働基準法・労働組合法などの労働法規利息制限法・特定融資枠契約に関する法律・出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律などの金利の規制に関する諸規定など多くの法律について、準拠法が日本法になったときだけ適用されるルールなのか、そうではなく、準拠法のいかににかかわらず、それぞれ独自の地域的適用範囲を有するのか、その場合、その適用基準は具体的にどのようなものなのか不明確であって、取引当事者に無用の警戒心を抱かせ、無駄なコストを発生させている例は枚挙にいとまがない。コンプライアンスの強化が求められている昨今の状況から、多くの個人・企業は法令遵守の確保に神経をとがらせているにもかかわらず、そもそも、ある法律が適用されるのかどうか分からないという状況は早急に改めるべきであろう。

(4) まとめ

以上のことから、グローバル化の進展する現代において、透明性の高い法制度の構築を目指す観点から、国は次の施策を講じるべきである。

(a) 新規立法にあたっては、そのルールが国際私法(主に、法適用通則法)によって日本法が準拠法となる場合に適用されるだけでよいのか、それとも、

準拠法のいかんにかかわらず、一定の場合には適用されるべきルールであるのかを明確にすべきであり、後者の場合には、具体的にどのような基準で適用・不適用が定まるのかを明確にすべきである。

(b) 既存の法律についても、できる限り、(a)と同様の措置を講ずるべきである。

6 おわりに

「グローバル化と法」分科会では、今期において以上にその一端を示すような検討を行ってきた。「2. グローバル化と法——何が問題か」はいわば総論であって、「現象としてのグローバル化」と「争点としてのグローバル化」を切り口として、「グローバル化と法」という問題に取り組むにあたっての課題として、国内法と国際法の交錯の「諸相」を改めて明らかにすること、グローバル化との関連でこうした「諸相」の何がどのように新しいのかを明らかにすること、グローバル化がもたらすあるいは先鋭化する諸価値・諸原理の相克に目を向けること、そして「グローバル化と法」における日本の位置を明らかにすること、の4点を挙げる。ついで各論に入って、「3. グローバル化した世界社会と法——国際法の視点から——」では、主権国家によって構成される伝統的な国際社会との対比において、人や企業、NGOなどを構成員とする世界社会が機能主義的な統合を通じて実現しつつある有様を描く。他方、国内法の立場からは「4. グローバル化と法政策——国際刑事法の視点から——」が、グローバル化の進展がもたらした犯罪の急速な国際化に対処するために、国の刑罰権を出発点とした従来の国際協力を超えた超国家的な対応が生じつつあることを指摘し、それが意味では民主主義や人権保障、あるいは刑法の謙抑性といった諸価値との矛盾を生じつつある様子を析出する。さらに「5. 国内立法におけるグローバル化への配慮——国際私法の視点から——」は、保証契約の改正を主な素材として、グローバル化が進展する国際社会にあっては国内法の制定・改正においても法的な安定性と透明性を確保するために国際的な適用範囲を明確にする必要があると指摘する。

今期における分科会での議論は以上に尽きるわけではないが、それにしても2.で掲げた課題に照らせば、「グローバル化と法」に関する検討はよくいってもその緒についたにすぎないことを認めなければならない。グローバル化時代における国際法と国内法の交錯という論点については、この点で代表的な事例であるとはいえ刑事法と国際私法の2分野しか取り上げることができなかったが、さらに取り上げるべき多くの法分野が残されていることは言うまでもない。この論点についてはまた、グローバル化が日本法に与える影響だけでなく、逆に日本が日本法に固有の価値をどのように国際社会に発信していくのかという課題もあるが、この問題については手をつけることができなかった。さらに視点はいささか異なるが、グローバル化が日本における法学の研究・教育に与えるインパクトも重要な課題であって、この課題に関する分科会での検討も始まったばかりである。こ

うして「グローバル化と法」分科会での検討は、多くの課題を次期以降に先送りすることになった。最後に挙げたグローバル化のもとにおける法学教育の改革については、国際法学会が「国際関係法教育検討委員会」を設けて検討を始めており、この委員会の作業との連携も視野に入れる必要があるかもしれない。もちろん、次期以降の分科会の活動計画は各分科会自体がお決めになることであるが、今期の分科会としてはこのように考えている次第である。また、読者の皆さんにも、「グローバル化と法」分科会で取り上げるべき課題について、ご意見をいただくことができれば幸いである。