

ドイツ基本法における国際法の一般原則

——ドイツ基本法第二五条をめぐる議論を通じて——

福 王 守

問題の所在

第一章 ドイツにおける法実証主義と実定国際法

第一節 ドイツにおける法実証主義

第二節 法実証主義に基づく国際法の把握

第二章 ドイツ基本法における「国際法の一般原則」

第一節 国際法親和性原則と「国際法の一般原則」

第二節 連邦憲法裁判所による「国際法の一般原則」の審査手続

第三章 国内法の一般原則との交錯

第一節 文明国が認めた法の一般原則

第二節 国際法の一般原則と国内法の一般原則との交錯

第四章 国際法における法原則の包括的把握をめぐる課題

第一節 EUにおける国内公法概念の援用をめぐる課題

第二節 国際機構への主権移譲に伴う民主主義確保に向けて

ドイツ基本法における国際法の一般原則（福王）

問題の所在

すべての国を拘束する普遍的な国際法を、一般国際法という。国際社会のすべてを拘束する国際法は、原則として慣習国際法の形式でしか存在しない。⁽¹⁾これについて主に問題となるのは、公権的な立法機関が存在しない国際社会において、その妥当性は何によって基礎づけられるのかという点、および一般国際法がいかなる性質をもつかという点であると指摘される。⁽²⁾今日、人権や環境等の国境を越えた共通問題に対処すべく多数国間条約が制定されてきている。いわば国際公益のために一般国際法がどのような性格や機能を有するのかが問われている。

一方、一九四九年に制定されたドイツ連邦共和国基本法第二五条では、「国際法の一般原則」が連邦法の構成部分であると規定する。これは国内法律に優位するのみならず、国民に対して直接的な権利義務を生じさせる。また、ドイツ連邦憲法裁判所では同原則の中に「文明国が認めた法の一般原則」を含めて用いられているとも評される。⁽³⁾この点で、ドイツにおいては二つの法原則について包括的に把握する傾向が窺える。本稿では両者の本来の意味と内容を確認した後、ドイツに関する国内外の裁判実践を踏まえて、これらの包括的把握の意義と課題を考察する。特に、国際法分野への国内公法原則の援用に着目し、EUにおける基本権保障と民主主義をめぐる問題点に触れることとする。

第一章 ドイツにおける法実証主義と実定国際法

第一節 ドイツにおける法実証主義

(1) 法実証主義とは

法律学一般に今日まで主流である法実証主義（実定法学）の考え方は、一八世紀後半以降のヨーロッパ近代市民社会を中心に発達してきた。これは専制君主制の絶対主義に対する市民革命期を台頭の契機とする。さらに一九世紀の産業革命を経て、自然法論（自然法学）に対して、法実証主義は市民社会における資本主義の要請に応える形で発達していった。⁽⁴⁾

一般に「法源 (sources of law)」とは、法の現れ方を意味する多義語である。法源の捉え方は、自然法論と法実証主義において大きく異なる。⁽⁵⁾ 両者は歴史的に深い関連性をもちつつも対立する立場として捉えられ、法概念をめぐる議論が交わされてきた。自然法学または自然法理論は、時代と国情により論理的にも機能的にも異なつて展開されているものの、およそ近代以降の自然法とは人間理性に基づいて構成される、普遍的に正しい永久不変の法として定義されてきた。⁽⁶⁾ すなわち、理性に基づく「正義・公平・公正」といった概念自体が法であり、これらは実定法を基礎づける上位の法として把握されている。⁽⁷⁾ ゆえに、自然法学における法源とは、（個別具体的な）法の拘束力が導かれる根源として捉えることができるのである。この立場は、古代ストア哲学、中世カトリック哲学および近世合理主義哲学において展開されている。⁽⁸⁾

これに対し、法実証主義とは、実定法のみを法と認めて経験的考察と形式論理により理論構成をしようとする立場

である。⁽⁹⁾ 実定法は国家機関による法制定行為に代表されるように、経験的事実に照らして形成された人定法を意味する。法実証主義は、近代自然法論の矛盾を克服しようとする中で発達してきた。一七・一八世紀の近代自然法論は人間理性に基づく近代国家のあり方を演繹的に提示した一方で、現実生活や歴史から乖離した法典の編纂やフランス革命に伴う恐怖政治と革命裁判は、権力者による独裁的な社会支配を生み出すに至った。人間理性の概念も、異なる時代や社会において個々に差異をもつ人間によって考え出されたものであり、これに基づく自然法も結局は絶対的な基準とはなりえなかつたのである。⁽¹⁰⁾ このため、一八世紀後半の市民革命を経て成立した近代市民社会は、国家に優先する市民の自由と平等の実現に向けて、経済競争の自由を本質とする資本主義構造を市民自らが営むという私的自治原則を旨として形成されてきた。かかる市民社会の構造的要請に応える形で、法実証主義は台頭してきた。

市民社会秩序の安定に向けて、資本主義構造からは経済的側面での予測可能性と政治的側面での合理的支配が要請され、対応する法のあり方についても客観性、明確性および合理性が求められた。これを充たすものが実定法であり、特に私法分野における国家制定法が高度に発達することとなった。したがって、市民社会の要請の下で実定法を重視する観点からは、客観的な存在形式を備えた法のあり方が形式的法源として把握されてきたのである。⁽¹¹⁾ 形式的法源には、主に成文法（制定法）および慣習法が当てはまる。

(2) ドイツにおける法実証主義

ドイツは従来国家制定法を基本とした厳密な法実証主義を採用しており、いわゆる大陸法系の代表国として位置づけられてきた。ドイツ法の特徴として挙げられるのが、国家の基礎をなす連邦制である。

一般に、国家としてのドイツ (Deutschland, Germany) は、ヴェルダン条約 (八四三年) を契機とした東フランク王国 (八四三—九一一年) にまで遡るとされる⁽¹²⁾。これに続く神聖ローマ帝国 (九六二—一八〇六年) は中世より一九世紀初頭に至るまでのドイツ国家として発展した。同国は、皇帝が選挙制で選出された点で特徴的であった。皇帝はローマでの戴冠を必要としたことから、これによってローマ・カトリック教会の權威を通じて諸侯の台頭を抑制し、同国は最大の封建主義国家として発展した。しかし、帝国下の教会・修道院を治める帝国教会政策は国家的な発展をもたらす一方、やがて叙任権闘争によって教会との結合は弱められ、諸領邦の自立化を促した。そして、宗教改革に伴う新教と旧教の対立を契機とした三〇年戦争 (一六一八—一六四八年) によって国土は荒廢し、諸侯は領邦国家として事実上の独立国となったとされる。さらに、独立した権能をもった国家の連携としての連邦制は、復古主義的なウィーン体制を背景としたドイツ連邦 (Deutscher Bund, 一八一五—一八六六年) において結実する⁽¹³⁾。

次に、法実証主義には一般法学、純粋法学、分析法学等が属するとされるが、特に前二者についてはドイツ法が深く関わっている。「一般法学 (Allgemeine Rechtslehre)」は、法学各部門に共通する一般の問題を総論的に論じる立場であり、ドイツにおいて一九世紀後半から二〇世紀にかけて主張された。二〇世紀前半に主張された「純粋法学 (Rein Rechtslehre)」は、実定法の認識においては政治思想や道徳的な立場を排除する必要がある、法を純粋に考察すると実定法は下位規範と上位規範にわたる段階的構造をなすものであるとする⁽¹⁴⁾。

また、ドイツ法の基礎にはかつてのローマ法が存在している。中世後期には、ヨーロッパ西部および中部においてローマ法の継受がなされ、古代ローマ法やカノン法 (教会法) の考え方や実務が受容された。その核をなすものは、古代ローマ帝国から形成されてきた各法の集大成としての「ローマ法大全 (Corpus Iuris Civilis, 五三四年完成)」である⁽¹⁵⁾。

とりわけ、ドイツはローマ法の継受が最も浸透した地域であり、一五世紀半ば以降の約一世紀はドイツ法の歴史にとつて重要な時期であったとされる。その継受の原因としては、ローマ皇帝の後継者を自認し、帝国における法の分裂状態の克服を目指すドイツ国王の皇帝理念の存在が指摘されている。⁽¹⁶⁾一七世紀に入り、特に同法典の中核をなす学説彙纂 (Pandekten) は、後に「パンデクテンの現代的慣用」と称されて近世ドイツ社会に合わせて修正されていった。

第二節 法実証主義に基づく国際法の把握

(1) 実定国際法学における形式的法源

一方、国家間関係を規律する国際法分野においても、法実証主義は現在まで理論上実務上の基礎を築いてきた。法学一般と同様、一八世紀後半のヨーロッパ近代市民社会において実定国際法学が台頭する。市民革命と産業革命をいち早く経験したヨーロッパでは、一九世紀半ば以降の経済的政治的な国際機構の設立とともに、多くの条約が「ヨーロッパ公法」として結ばれていった。さらに、二〇世紀における国際連盟、国際連合による国際法の定立作業等を通じて、実定国際法としての条約と慣習国際法はその対象を広げつつ、現在まで国際法の中心的な役割を果たしてきている。

国際法分野にける法源は、およそ実質的法源と形式的法源に大別されている。前者は法定立行為や立法者等のように、主に法を発生させる行為や主体を動態的に把握した表現である。また、後者はその結果として現れた法の存在形式を静態的に把握した表現である。⁽¹⁷⁾

実定国際法学について、二〇世紀の早い段階で理論的および実務的観点から批判的に検証しているのがローターバ

クト (H. Lauterpacht) である。⁽¹⁸⁾ その分析によれば、自然法論者は自然法が主要な諸国民の法の淵源であるとする。他方、実定国際法学派は「自足性 (self-sufficiency)」を主な前提とする。⁽¹⁹⁾ こうから国家主権原理が生じ、かかる原理は国際法においておよそ二つの側面をもって現れる。第一は、絶対的な法的および道徳的価値の実体としての国家概念の側面である。よって、国際法が合法的に存在するのは、自国の自己保存や発達に役立つ限りにおいてである。ゆえに、第二には、厳格な実定法主義原理として、国際慣習や条約によって認められた諸規則だけが国際法の排他的な淵源だとする側面が導かれる。⁽²⁰⁾

こうして、近代ヨーロッパ市民社会を背景とした実定国際法学は、自らが最高の存在であるがゆえに対外的な独立権をもつ主権国家を主体とする。かかる国家間の合意を前提として、国際法の現れ方 (存在形式) としての国際法定立の方法および手続が形式的法源として把握されてきた。したがって、この意味の法源としては、国家間の明示的合意の方法および手続によって成立する条約と、国家間の黙示的慣行の合致によって成立する慣習国際法に限定されたものである。⁽²¹⁾ 特に、一九世紀後半の厳格な法実証主義的見解によれば、形式的法源を通じて実定国際法の体系は完結したものとしてみなされていた。

もつとも、第二次大戦後の国連による国際法の法典化作業が進められる中で、従来独立していた条約と慣習国際法の関係はより相対化されるに至っている。そのため、現代国際法では「法」と「非法」の関係も相対化される傾向が認められると指摘される。例えば、国際法の形成という動態的な観点からは、「ソフト・ロー (soft law)」、「衡平」および「国家の一方的措置」等が実質的法源として把握されてきている。⁽²²⁾ 特に、ソフト・ローは「既存の法 (hard law)」に対して非拘束的合意、プログラム法および形成途上の法と呼ばれ、一九六〇年代後半から法概念として用い

られてきている。これは法における拘束力の低いもの、または非法における何らかの法的拘束力の窺えるものを意味するとされる。前者には、条約規則中の努力・交渉・協力義務等のような、拘束力や義務性の弱いものが当てはまる。また、後者には規範性をもった国連の決議や文書等が該当するとされる。これらは法と非法の中間の段階にあるものとして把握され、決議の規範的性格、文書の反復効果等から将来的に国家実行と法的確信を経た慣習国際法化が期待されている。⁽²³⁾

(2) 実定国際法学における行為規範と裁判規範

次に、実定国際法の形式的法源である条約と慣習国際法は、次の点で国内法とは異なる性格を有する。⁽²⁴⁾ 一般に法とは、国家の組織的政治権力たる政府によって強行される社会規範である。法には多く道徳的な規範が含まれているが、「社会規範（行為規範）」たる道徳規範の効力が内的に義務意識によって担保されるのに対し、「強制規範（裁判規範）」たる法規範の効力はさらに外的に政治権力によって保障されている。ゆえに道徳とは異なり、社会規範と強制規範が結びついた二重構造が法の姿であるといわれる。⁽²⁵⁾

欧米等の近代以降の市民国家は、国民一人ひとりを人格の担い手として尊重するという「個人の尊厳」の実現を国家の究極目的とし、これを憲法の基本原理とした。個人の人格は不可侵であり、適正な手続を経て公的に確保すべき具体的な内容を意味する。⁽²⁶⁾ かかる国家は、個人の尊厳に根差した立憲民主主義原理を特徴とする。これは、国民の自由意思による自己決定を旨とした「自由主義原理」と、治者と被治者の同一性を旨とした「民主主義原理」に基づき、憲法の枠組みの中で政治を行う価値原理である。⁽²⁷⁾

また、立憲民主主義では個人の尊厳の具体的な内容を基本的人権として捉え、国家目的として確保しようとした（基本的人権の保障原理）。かかる基本的人権を確保する補助手段として、国家の最終的な意思決定権が国民に与えられた（国民主権原理）⁽²⁸⁾。さらに、立法・行政・司法という統治権力を分散させることで国家権力の濫用の抑止を試みた（権力分立原理）⁽²⁹⁾。これら三原理は究極の基本原理たる個人の尊厳から導かれる基本原理である。こうした国内社会は、一般に平和裏に安定した必然社会として捉えられ、憲法により規律された集権的な構造をもつといえる。したがって、国内法上は行為規範のうち裁判を通じてその利益を実現できるものが、さらに裁判規範として把握できる。このように、形式的法源としての国内法規範とは基本的に双方の規範が一体となったものとして理解されている。

これに対して、並立した主権国家で構成される国際社会において、すべての国家を包括的に規律する憲法および国際統治機構は存在しない。法実証主義的観点からは、国家の自足性を前提とした国家の最高性、独立性および平等性を尊重する点において、今日まで国際法と国内法は依然として事実上の二元的な関係を保ってきたといえる⁽³⁰⁾。かかる観点からは、国際社会は主権国家の意思が合致する範囲で成立する合意社会として把握され、個々の国際法によって規律された分権的な構造をもつといえる。ゆえに、国内法秩序とは異なり、実定国際法学においては裁判規範が必ずしも日常の国家実行を規律する行為規範とはいえない。例えば、行為規範としての「国際礼讓（international comity）」に対する違反の場合には、相手国にはそれと同程度の国際礼讓違反で報いる「報復（retaliation）」が認められる一方、さらに一歩進んだ法違反行為の場合には被害国には同じ程度の国際法違反で対応する「復仇（reprisal）」が認められてきたのである⁽³¹⁾。この点からも、厳密に両者の性質を備えた規範は条約と慣習国際法に限定されてきたといえる（国際司法裁判所規程第三八条一項 a、b）⁽³²⁾。

また、国内法の統治機構との比較において、国際社会では統一的な立法・行政・司法機関が存在しないため、法の本質たる強制力という側面から捉えた場合、実在的強制（実効性）の点では国内法に比べて国際法は未熟な法である。しかし、当為的強制（妥当性）の点では国内法に劣ることはない。また組織的な統一性をもった権力の法としての国内法に対して、より広く調整および相互交流の法としての性格が国際法には認められるとされる⁽³³⁾。

なお、形式的法源としての条約と慣習国際法の価値は同等であり、基本的には両者の間に効力上の優劣は存在しない。ただし、一般的な法律関係における「後法は先法に勝る（*lex posterior derogat priori*）」原則、および「特別法は一般法に勝る（*lex specialis derogat lege generali*）」原則は国際法においても当てはまる。今日までの国際法実務を通じて、条約は特別法や後法として少なからず優先的に適用されてきた⁽³⁴⁾。

第二章 ドイツ基本法における「国際法の一般原則」

第一節 国際法親和性原則と「国際法の一般原則」

(1) 国際法親和性（国際法に対する友好性）原則

次に、ドイツの基本法（Grundgesetz, GG）を通じた実定国際法の受容はおよそ以下のとおりである⁽³⁵⁾。まず、条約の受容に関する根拠となるのが第五九条二項であり、「連邦の政治的関係を規律し、又は、連邦の立法の対象に関わる条約は、それぞれの連邦の立法について権限を有する機関の、連邦法律の形式での同意又は協力を必要とする」。この場合、国内において実際に実施されるのは当該条約自体ではなく、新たに制定された国内法である。また、当該条

約とは、「国家の存立、国家領域の不可侵性、国家の独立性、国家の地位および重要な影響力」を内容的に扱うものとされる。⁽³⁶⁾これは「条約法律 (Vertragsgesetz)」と呼ばれ、連邦衆議院および参議院を通じて新しく国内法の形式で規定されることになる。⁽³⁷⁾また、内容的に解釈を誤りやすい部分を含む条約については、基本法第七七条を考慮して「同意法律 (Zustimmungsgesetz)」の形で発せられる。⁽³⁸⁾よって、第五九条二項の場合における条約の実施手続に照らすならば、ドイツにおける条約の受容形態とは、基本的に新たな国内立法措置を必要とする「変型 (Transformation)」方式として理解することができる。

一方、基本法第二五条では「連邦法の構成部分としての国際法」について定めている。⁽³⁹⁾これは、第五九条二項の条約とは異なる概念として把握される。第二五条によれば、「国際法の一般的諸原則 (Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts) は連邦法の構成部分である。それらは、法律に優先し、連邦領域の住民に対して直接に権利・義務を生ぜしめる」。これは第二次大戦後にドイツがその憲政史上初めて国際法に対して国内法を開こうとした姿勢の表れだと解されており、開かれた基本法の姿勢は、「国際法親和性 (または国際法に対する友好性, Völkerrechtsfreundlichkeit)」と称されている。⁽⁴⁰⁾この点について連邦憲法裁判所は、「基本法が組織する当該国家の国際法秩序への編入」を前提としている、と判示する。⁽⁴¹⁾また、基本法は第二五条が規定する「国際法の一般原則」の中でも特に条約に関するものについては、特別の「国際法親和性」への責務を負っているとされる。⁽⁴²⁾同様の観点から、国際法親和性原則は、第二四条の「国際的な協働 (internationale Zusammenarbeit)」原則および第二六条の「諸国民の友好的共存 (das friedlichen Zusammenleben)」の原則と密接に関わっていると解されるのである。

したがって、ドイツにおける国際法の受容には、国内立法化される個別条約を介した「変型 (Transformation)」

と「国際法の一般原則」としての直接的な「受容 (Rezeption)」という一つの態様が存在するといえる。

(2) 基本法第二五条としての「国際法の一般原則」

このように、基本法第二五条一文における国際法とは、「連邦法の構成部分」としての「国際法の一般原則」を意味する。これは第五九条二項のような個別事例毎に当事国間を拘束する国際法規則ではなく、国際法の中であらゆる事例について普遍的に国家を拘束する一般原則として把握できる。第二文によれば、当該原則は国内立法措置を経ずにドイツの国内法律に優先して連邦領域の住民を直接的に規律する。よって、ドイツ国内法における「国際法の一般原則」とは、憲法たる基本法よりは下位に、また国内法律よりは上位に位置づけられた、優先的連邦法としての特性を有していると理解できる。また、「国際法の一般原則」とは、例えば過半数の国家に一般的に適用されたり、さらには「はるかに大多数の国家」が認めたりするようなものを意味する。この場合、ドイツによる明示的な承認は問題とならない。しかし、当初から一貫して承認を拒否している場合には、ドイツは国際法上拘束されることはない⁽⁴³⁾とされる。

国際法の一般原則が実際に国内裁判で適用された例としては、「属地主義原則 (Territorialitätsprinzip)」、「治外法権 (Immunität)」、「外交官 (Diplomaten)」の接受等が挙げられる⁽⁴⁴⁾。私人をめぐる裁判を通じて適用された原則としては、「権利保護 (Rechtsschutz)」、「犯罪人引渡し (Auslieferung)」等が挙げられる⁽⁴⁵⁾。

また、条約および慣習国際法との関係については次のように指摘されている。慣習国際法は一般法として、条約以上の普遍性を有すると解される。ドイツ基本法において、慣習国際法を直接的に規定した文言は存在しない。しか

し、それは決して消極的な意味としてではなく、むしろ、慣習国際法が国際法の一般原則としてすでに理解されているという意味で捉えられるべきである。⁽⁴⁶⁾これに対し、条約とは個別主権国家間の明示的な合意であり、第三国に対する一般的な効力は欠けている。そのため、仮に多数国間条約であったとしても、条約自体は普遍性をもった「国際法の一般原則」には属さない。⁽⁴⁷⁾もともと、一定の多数国間条約は第二五条に当てはまるような慣習法原則を含みうる。その際に前提となるのは、当該原則が条約として適用されているのみならず、慣習国際法としても一般的に適用されているということである。さらに、双方が衝突した場合に条約は慣習法に対して優先するが、それは慣習国際法が例外的に強行的な国際法としては位置づけられない限りにおいてである。⁽⁴⁸⁾

第二節 連邦憲法裁判所による「国際法の一般原則」の審査手続

(1) 条約の審査手続

国際法の一般原則としての性格が問題となった場合、ドイツの国内裁判ではこれが連邦法の構成部分であるかが審査されることとなる。一般に、国内法として受容された条約は以下の審査手続を経る。

既述のとおり、国内法として受容された条約は、「条約法律」としてドイツ国内法上に位置づけられる。これは国際法の継承規定であり、変型または執行命令を経た連邦法上の「法律 (Gesetz)」としての地位をもつ。条約法律は既存の国内法律に対する新法として位置づけられるため、後法原則に基づく効力上の優位性を有することになる。同様のことは、ヨーロッパ人権条約についても当てはまる。また、当該規定を解釈する際には、国際法上の原則を考慮すると同時に、国内憲法上の原則についても考慮が必要となる。⁽⁴⁹⁾

具体的争訟を契機として基本法に対する条約の効力が問題となる場合、これは基本法と国内法律の問題となる。このため、基本法一〇〇条一項に従って「具体的規範統制 (konkrete Normenkontrolle)」の手續を経なければならぬ。すなわち、原審裁判所は審理を一時中断し、基本法に対する当該法律の違憲性のみを独立して判断するように、連邦憲法裁判所に事件を移送することになる⁽⁵⁰⁾。

他方、具体的な争訟を経ずに連邦法律としての条約の違憲性が問題となる場合には、九三条一項二号に従って、「抽象的規範統制 (abstrakte Normenkontrolle)」の手續が必要となる⁽⁵¹⁾。すなわち本件は「連邦法律、ラント (州) 政府、もしくは連邦議会構成員の三分の一の申立てに基づき、連邦法律もしくはラントの法がこの基本法と形式上および實質上一致するかどうか、又は、ラントの法がその他の連邦法と一致するかどうかについて意見の相違又は疑義がある場合」として、連邦憲法裁判所の管轄権に属する。抽象的規範統制手續を経て、当該条約が基本法に違反すると判断された場合、この条約は手續上連邦法律としての効力を失うことになる。しかし、実際には条約締結権者の意思は優先的に尊重されるといえる。すなわち、問題の法律について即時には全部無効と判断されない場合が多い。この点につき、旧 E C に西ドイツが加盟する際に、基本権規定が欠如している点などの問題点を抱えつつも、違憲部分の確認に留まった事例等が挙げられる⁽⁵²⁾。

(2) 「国際法の一般原則」の審査手續

これに対して、「国際法の一般原則」の審査手續は次の過程を経る。問題となる国際法上の原則が裁判上で適された場合、連邦憲法裁判所は原審裁判所裁判官の移送に従い、基本法第一〇〇条二項に基づいて当該国際法原則が連邦

法の構成部分であるかにつき決定する。本手続を連邦憲法裁判所に提起する際には具体的な法的紛争が必要とされており、国際法の効力問題を提訴する権限は原審裁判所に限定されている⁽⁵³⁾。最上級の憲法機関とされる連邦議会や連邦政府は、第二項の問題を自ら直接に連邦憲法裁判所に提訴することはできない。これらの措置に関する具体的な法律紛争の範囲内で、疑義はいわば間接的に裁判所によって提起されるに留まる。連邦憲法裁判所法第八三条二項二段に基づいて、最上級の憲法機関はいずれの場合においても諸手続には関与することができる⁽⁵⁴⁾。

また、第一〇〇条二項を通じて連邦憲法裁判所が審査できるのは、一定の国際法の原則が連邦法として存在するかどうか、また、それが個人に対する権利および義務を生ずるかに留まる⁽⁵⁵⁾。ゆえに、ある具体的な法律紛争において、すでに国内法律として受容された国際法規（条約）が国際法の一般原則と一致するかを審査する場合、これは国内法の問題として、具体的規範統制（基本法第一〇〇条一項）の手続を経ることとなる。これに対して、二項によっては優先的な連邦法としての国際法優位の問題が扱われるにすぎない。

したがって、二項の手続により国際法の一般原則としての審査の対象となるためには、初めに当該法律紛争に国際法上の疑義が現れることが要件とされる。行政、立法手続上の疑義および具体的な法律紛争を介さない学問的な論争については、これらを連邦憲法裁判所に移送することはできない⁽⁵⁶⁾。

なお、決定の本文は連邦憲法裁判所法第八三条一項に従って述べられる。すなわち基本法第一〇〇条二項の問題について、連邦憲法裁判所は「国際法の原則が連邦法の構成部分であるかどうか、及び、それが個人に対して直接に権利・義務を生ずるかどうかを、その裁判において確定する⁽⁵⁷⁾」。肯定的な決定の場合、「以下の国際法の一般原則が存在する。この原則は、連邦法の構成部分である」と判示される。否定的な決定の場合、連邦憲法裁判所は連邦法の性質

についての言い渡しを控えた上で、「……と定める国際法の一般原則は存在しない」と判示する。⁽⁵⁸⁾ 連邦憲法裁判所の決定主文は「法律としての効力 (Gesetzeskraft)」を有する。この決定主文は連邦法務大臣により連邦官報に公布される(連邦憲法裁判所法三二条第二項)。これまで、この手続を通じて下された重要な決定は多くない。この点において、国際法を尊重してきたドイツの基本姿勢が窺える。一〇〇条二項に基づく移送手続の上の請求権認容についてである。⁽⁵⁹⁾

第三章 国内法の一般原則との交錯

第一節 文明国が認めた法の一般原則

(1) 概要

以上、「国際法の一般原則」について、ドイツ基本法および連邦憲法裁判所との関わりから概観してきた。これらを踏まえ、関連する実定国際法上の問題について国際司法裁判所 (ICJ) 規程第三八条一項cの「文明国が認めた法の一般原則」との関連から言及したい。

一九四六年の ICJ 規程では、条約、慣習国際法に次いで第三八条一項cに「文明国が認めた法の一般原則」を規定している。歴史的にも、同原則は実定国際法上の形式的法源とは理論上区別されて扱われてきた。本来、同原則は基本法第二五条の「国際法の一般原則」とは異なる概念である。

「文明国が認めた法の一般原則」が初めて国際司法裁判上の裁判基準として明文化されたのは、一九二〇年の常設

国際司法裁判所（P C I J）規程においてである。これは、実定国際法の欠缺による「裁判不能（non liquet）」を回避するために、法実証主義において妥協的に導入された法概念である。本原則は国際連盟の要請に基づく「法律家諮問委員会」の審議を経てP C I J規程第三八条一項第三段に明文化された。これが現在のI C J規程第三八条一項として受け継がれている。⁽⁶⁰⁾ 同委員会の審議過程および近代の国際仲裁裁判例に照らすならば、ここで本来予定された「文明国が認めた法の一般原則」とは、およそ「ヨーロッパ・キリスト教文明国の国内法に共通の原則」である。また、その起源はかつてローマ帝国内の市民を規律していた国内私法としての「ローマ市民法（*ius civile*）」に求められる。歴史上、帝国の発展過程において、キリスト教文化とともにローマ市民法がヨーロッパ諸国に普及していったと解されている。そして、近代以降の国際法は、ヨーロッパ公法を中心として発達してきたため、一九世紀から二〇世紀における「文明国」とは、かかるヨーロッパ諸国を主に意味してきたのである。⁽⁶¹⁾ 近代以降の国際仲裁裁判を通じて、これらの国内私法原則は私人間の関係を対等な国家間関係に準える形で援用され、条約および国際慣習法に次ぐ第三の判決の淵源として柔軟に用いられてきた。⁽⁶²⁾

しかし、P C I JおよびI C Jの裁判実務の歴史上、「文明国が認めた法の一般原則」が判決の直接的基準とされることはなかった。国家責任をめぐる若干の裁判例において、国内私法の原則が援用されるに留まってきたのである。⁽⁶³⁾ これには次のような内在的原因が考えられる。第一に、本原則の起源たるローマ市民法が私法を中心とした実定法とされながらも、まだ公法とは十分に分化されておらず、また自然法の要素も含まれていた点である。第二に、P C I J規程設置当時の文明国概念について、これが今日的規模にまで拡大した国際社会の概念に当てはまらなくなっただ点である。これらの矛盾は裁判審理の予測性欠如をもたらし、裁判自体の信頼性に不安定な要素を提起するこ

ととなった。すでに一九六〇年代には、賠償責任を争点とする訴訟につき、特に国際的な政治力に劣る途上国が裁判付託を躊躇する傾向にあることが指摘されている。⁽⁶⁴⁾ こうして、戦後のICJの実務において「文明国が認めた法の一般原則」は次第に裁判規範としての適用場面からすら遠ざかることになった。

(2) 実定国際法上およびドイツ国内法上の位置づけ

これらに照らすならば、従来の厳密な実定国際法学において「文明国が認めた法の一般原則」はおよそ次のように把握できる。

本来、本原則は国際司法裁判において、適用すべき条約と慣習国際法が欠缺した場合にのみ援用が許された国内法原則である。本原則は裁判の場面において適用される点で「裁判規範」であるが、具体的な個々の国内法原則はそれぞれ当該裁判においてのみ類推適用されるものである。この点で、法の一般原則自体は日常の国家実行を規律する行為規範とはいえないため、条約や慣習国際法と同じ形式的法源として位置づけることができない。仮に、既存の実定国際法が欠缺した裁判において、ある国内法原則が法の一般原則として援用された後も国際社会一般の国家実行を規律するようになった場合、当該原則はもはや法の一般原則とはいえない。相当期間に及ぶ国家実行の反復継続という慣行によって新たに行為規範としての性格が備わり、これに対する自発的な遵法精神たる国家の法的確信が得られたとみなせる点において、当該原則は慣習国際法へと昇華したものと捉えられる。⁽⁶⁵⁾ その意味では、法の一般原則概念は国内法と国際法を連結する役割を果たすものといえる。

ただし、PCIJ規程の設置から一世紀を経て国際法および国際裁判も多様な分野に及んできており、法の一般原

則概念もまた多義的に用いられるようになってきている。このような「国際法が変革過程にあるような時期には、法源論の本来の関心事項である立法的側面、すなわち国際法がいかに形成されるかという能動的契機⁽⁶⁶⁾の究明にその重点が移行」してきている。事実、国際仲裁裁判、国際刑事裁判の場面では同概念が積極的な役割を果たしてきた。さらには地域的国際法分野ではあるが、旧E Cおよび現在のE U法分野において、法の一般原則は一定の行為規範としての役割をも果たしつつある⁽⁶⁷⁾。

また、法実証主義を採りながらも、ドイツにおいて「文明国が認めた法の一般原則」は比較的柔軟な受容がなされていることが窺える。例えば、連邦憲法裁判所の判決や概説書には、「一般国際法上の一般原則 (die allgemeinen Regeln des Völkerrechts)」の範疇に「文明国の国内法に共通な一般原則 (die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze)」を入れて解釈する姿勢も見受けられるのである⁽⁶⁸⁾。ここには、本来異なる二つの概念を区別せずに包括的に捉える姿勢が窺える。

第二節 国際法の一般原則と国内法の一般原則との交錯

(1) 戦後ヨーロッパ法秩序の形成と国家主権の移譲

従来、法の一般原則は国家間の明示的な合意を経ない国内法原則であるため、どの程度まで一般性をもつかが問題とされてきた。これは国家主権概念の捉え方とも密接に関わるといえる。特に、二つの大戦を通じて形成されてきたヨーロッパ統一運動と新たな地域的国際法秩序の形成は、従来の法の一般原則概念に多様性と深化をもたらし⁽⁶⁹⁾た。

国際法學上、一般に国家間関係における伝統的な「国家主権」概念とは、国家の自己保存を前提とした法実証主義

の立場に基づいて対外的な国家の独立権として理解されてきた。対外的な国家主権の内容として考えられるのが、国家を構成する諸要素である。一九三三年のモンテビデオ条約で明記されたとおり、国際法上、国家を構成する要素としては、領域、国民としての永久的住民、政府、および外交能力（国際法を遵守する意思と能力）が挙げられる。これは本来的に他の国家や国際機構に対して委譲することのできない国家の至高の利益と解されてきた。

ただし、二〇世紀の国際連盟期における法実証主義的な立場からも、国際機構と国家との新たな法的関係を構築する必要性は指摘されてきた。国際法優位の一元論を主張していたウィーン学派によれば、「国家法に対しては国際法上の規定に優位性が帰属する。個々の国家の法秩序は国際法秩序の中で基礎づけられる。つまり、自らの成立と消滅の法的な前提を規律し、また自らの権限を空間的、人的および実態的な観点から決定する国家を、国際法は定義づけるのである」⁽⁷⁰⁾。

特に、ケルゼン (H. Kelsen) による国際法の捉え方の基礎には「すべての法をひとつの統一的な法体系として把握しようとする」点で、認識上の立脚点の統一を前提とする新カント派の影響が見られる。ケルゼンはボードン (E. Bodin) の理論にまで遡り、現段階の国際社会では国家がその本質において主権を有するため、国家自身が最高の秩序であるとする国家主権理論が先行している事実を認める。しかし、一方では徐々に「個々の国家をそれらの権力領域において相反して限定したり、また法主体を互いに調和させたりする法秩序として」、「権利の享有主体として考えられていた国家を越えて、当該国を他国に対して義務づけたり権限を付与したりする国際法が存在する」。なぜならば、主権概念は時代と共に徐々に変遷するため、「絶えず増大する世界規模の組織が国際法の成立および漸進的な強化に伴って、超国家的な法的共同体として存在してきている」からである。したがって、「主権理論は超国家的権力

に対してその観念体系を委ねなければならない⁽⁷¹⁾」。

また、第二次大戦後における欧州統一運動の直接的契機は、一九四六年にチャーチル (W. Churchill) がチュエリッヒで欧州全体に向けて行った演説にあるとされる。同演説によれば、ヨーロッパ家族を再興すべきであり、その中でこそ欧州は平和に生きられる。そのためには一種のヨーロッパ合衆国としての具体的な組織を創設しなければならぬ。ここにおいて、まずはドイツとフランスの協力が必要であるが、その第一歩として地域的な国際組織を創設すべきである⁽⁷²⁾。これを受け、四八年には欧州統一運動国際委員会により、ハーグで「欧州会議 (Congress of Europe)」が開催され、「主権的権利 (Sovereign Rights)」に関する決議がなされている。すなわち、同会議は、ヨーロッパ諸国が自らの主権的権利の一部を移譲および融合することで共通の政治的および経済的活動を確保して共通の資源の統合および適切な発展に向けていく時期に至っていることを宣言する⁽⁷³⁾。どのようなヨーロッパ連合または連邦もその構成員の安全を確保し、外部の統制から自由でなければならず、また他のいかなる国家にも対立すべく指揮されてはならない点を考慮する⁽⁷⁴⁾。連合ヨーロッパには喫緊の任務として漸進的に民主主義的社会体系を構築し、政治的な民主主義が人々を専制的な権力から保護するように、同体系の目的によってあらゆる種の隷属や経済的不安定性から人々を自由にすることを命じる⁽⁷⁵⁾。連合化または連邦化されたヨーロッパにおいてはドイツの統一のみがドイツ問題の経済的および政治的側面の解決をもたらすものであることを確信する⁽⁷⁶⁾。

翌四九年、同決議の趣旨は西ドイツのドイツ連邦共和国基本法において具体的に明文規定化されている⁽⁷⁴⁾。同法第二四条によれば、「連邦は、法律により、高権的権利を国際機関に委譲することができる⁽⁷⁵⁾」。ここにおいて、「高権的権利 (Hoheitsrechte)」または高権的主権とは、国家の存立に関わる重要性をもちつつも国際機構に委譲できる権利と

して把握された。また、従来の主権概念は、国際機構に委譲することのできない最高かつ不可分の絶対的主権 (Soverenitat) として厳密に把握されることとなった。⁽⁷⁶⁾ かかる国家主権の捉え方は、国際機構の実効性を確保することに通じるという点で先駆的な試みであり、後のヨーロッパ共同体 (EC) の設立に強い影響を与えたと解される。ただし、高権の主権と絶対的主権を明確に区分する明確な基準は基本法上で示されていない。

また、EC内部においても、高権の権利と絶対的主権を明確に区分する明確な基準は法的に明示されていない。その結果、同機構および構成国の権限について、いずれに属すべきか不明瞭な領域が生じた。機構法の立法過程も、両者の権限配分の問題として顕在化していったのである。ECの設立時点において、機構の主要機関は、「議会 (Assembly, Parliament)」、「理事会 (Council)」、「委員会 (Commission)」および「裁判所 (European Court of Justice)」から構成されていた (EEC条約第四条)。しかし、共同体の立法定立権限がいずれの機関に属していたかは明確ではなかった。ここにおいて、曖昧な立法権限を付与された旧共同体の各意思決定機関に代わり、司法機関たる当時の「EC裁判所 (ECJ)」に一定の立法的機能が期待されたのである。

ECJは一九五一年にEECSの主要機関として設置された後、三共同体設立以降はこれらに共通の司法機関として機能してきた。共同体法上、同裁判所は「基本条約の解釈及び適用について、法規の遵守を確保する」と位置づけられていた (EEC条約第一六四条、EECS条約第三一条、EURATOM条約第二三六条)。その管轄権については、契約上共同体の管轄とすると明文で定められている場合を除けば、基本的には国内裁判所に属した。ECJの扱う賠償訴訟の多くは、共同体の非契約上の損賠償責任を追及するものに限定されていた。しかし、ECJは立法上の位置づけに留まらず、自らの司法作用によって立法の事後審査を行うことで、ECJは共同体法の欠缺補充とその実効性

確保を図る役割を担ってきた。その際に、E C Jを通じて積極的に行われたのが、構成国の国内法や機構法全体の体系から導かれる法原則を「法の一般原則 (general principles of law)」として援用することであった。⁽⁷⁷⁾ E C Jは司法作用を通じて、E C法の欠缺を補充する役割を果たしてきたのである。例えば、機構法の内容の中心は行政法であったにもかかわらず、特に第一次法には行政手続に関する規定が欠缺していた。このため、E C Jは「特に一般行政法および基礎法の領域において、不文の共同体法を定式化してきた」と指摘される。また、法の一般原則を確認する方法は一概には法則化できず、およそ法の比較を通じて発見していることから、「構成国の法秩序に共通な法の一般原則は『比較ヨーロッパ法 (vergleichenden europäische Recht)』とも呼ばれてきた」⁽⁷⁸⁾のである。

そして、法欠缺への対処を通じてE C Jが強く目指したことは、「常に共同体法の実効性を確保すること」であった。ここから『国内法に対するE C法の優位性の原理 (a doctrine of supremacy of community over national law)』が導かれ、裁判所は本原理を確固として支持してきた」と評される。⁽⁷⁹⁾

(2) E U法形成に向けた「法の一般原則」の役割

このように、E Cから今日のE U設立に至るまでの歴史的経緯を通じて、法の一般原則は機構を実務的な側面から支えてきた。とりわけ、「基本的人権」、「補完性」および「比例性」は、E U設立条約たる一九九二年のマーストリヒト条約を契機として条約規定化されていった。この点で、法の一般原則は裁判規範に留まらない一定の行為規範としての役割を果たしてきたといえよう。この事実を照らすならば、「法の一般原則」はそれ自身が新たな法を生み出す事実上の契機および主体となっていたと(動態的に)把握できる点で、一定の実質的法源としての役割を果たして

きたともいえる。⁽⁸⁰⁾ とりわけ、基本権規定たるEU法条約第六条三項の定立過程からは、不文の「法の一般原則」が国際裁判の実務を通じて一般条約の形成に大きく寄与していることが理解できる。

さらに、補完性原則および比例性原則の実践からは、「法の一般原則」が国際機構の民主的統制の重要な手段となっていることが確認できる。国内社会における民主主義とは異なり、従来の国際法上の民主主義については、一般に独立した主権国家間の平等という観点から、主に国連等の国際機構内部における構成国の平等が論じられてきたにすぎなかつた。⁽⁸¹⁾ これに対し、ECおよびEUは国家主権の一部を高権的権利として移譲することで成立しており、機構の意思決定に様々な形で構成国が参加できる仕組みをもつに至った。同機構の民主主義は従来の国際社会における場合よりもより実効的に確保されようとしている点で、一歩進んだ性格を有していることが窺える。なお、民主主義については、リスボン条約によって二〇〇九年に新設されたEU条約第二編において独自の関連規定が設けられている。第九条から第一二条までは「民主主義の原則に関する規定 (PROVISIONS ON DEMOCRATIC PRINCIPLES)」として定められている。

第四章 国際法における法原則の包括的把握をめぐる課題

したがって、EU法を通じた法の一般原則概念の多様化と役割の深化は、国際法の一般原則への国内法の一般原則の包括的把握を促しつつあるといえよう。しかしこれに伴い、新たな課題も提起されてきている。それは、基本権保障に伴う国内公法原則の援用問題であり、ひいては機構の民主主義にも関わる問題である。⁽⁸²⁾

第一節 EUにおける国内公法概念の援用をめぐる問題

(1) 基本権保障をめぐる裁判と「法の一般原則」間の衝突

一九五八年のEC設立当初より、機構法の欠缺への対応は多くの場面で具体的立法行為を伴わずに行われていた。特に、経済共同体ゆえの基本権保障規定の欠缺問題は、同機構に対する構成国の高権的権利の委譲との関わりから深刻化していった。⁽⁸³⁾これに対して、一九七四年に西ドイツ連邦憲法裁判所は重要な決定を下している (Solange I Beschl.）。当時のEC法による貿易規制の違憲性が争点となった本決定において、「連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht)」はEC法に基本権規定が含まれていないために、それができるまでの間は同憲法裁判所が違憲審査権をもつことができる、と判示した。⁽⁸⁴⁾同判決は、構成国の人権保障をめぐる機構の消極的な姿勢を転換させる契機となった。その後、ECが基本権保障への積極的な対応を行っていくに伴い、連邦憲法裁判所は徐々に機構への権限移譲の範囲を拡大していくこととなった。

このような背景から、EU設立当初より、機構法における人権全体を包括的に「法の一般原則」として規律することには、問題性も指摘されてきた。⁽⁸⁵⁾それは、法の一般原則概念自体に内在する抽象性に深く関わる。一般に、私的自治を旨とした私法とは異なり、公法は国家統治権の恣意的な発動を抑制するために厳密に実定法で規律されるべき法分野である。にもかかわらず、EUにおける行政法分野の未整備を補完する目的で、「自然的正義」の原則がEU法秩序に内在する法の一般原則として採用されてきている。また、国内社会において、国民とは国家に不可欠な構成要素であることから、その権利のあり方は現在でも基本的に当該国家の国内管轄事項である。特に、自由権の基本権は

国家以前の権利であつて、厳密に実定法が規律すべき公法分野に属する。このため、本来「人權の分野は極めて抽象的な法の一般原則のカテゴリーには含まれない」とも指摘されている⁽⁸⁶⁾。事実、「法の一般原則」を判決の直接的な淵源としたために、判示における明確性や客観性が疑問視される裁判例の存在も指摘されてきた⁽⁸⁷⁾。

その典型例としては、一九九四年の「X v Commission」事件が挙げられる。本件はEC時代の八九年に起きた事件であり、EC委員会臨時職員の採用審査時に応募者本人の同意なく実施されたエイズ検査に関する裁判である⁽⁸⁸⁾。ここでは、応募者の「プライバシー権 (privacy)」保護と健康診断実施による「共同体の一般的公益 (general public interest)」が衝突した。九二年の第一審裁判では、原告である応募者の訴えがすべて却下されたために、ECJが控訴審として法律上の審査を行った。その結果、委員会の行為が共同体の目的である一般的公益を逸脱しており、過度のプライバシー権の侵害であると判断されている。同判決を通じて、裁判所は欧州人權条約第八条および共同体加盟国共通の憲法の伝統に照らして、プライバシー権を共同体の法秩序が保護すべき基本的人權の一つであると認めている⁽⁸⁹⁾。しかし、本判決全体の文脈からは、むしろ共同体の一般的な公益に合致する限りは「比例性原則」に基づく「基本的人權 (プライバシー権)」の制限を機構の目的に適った手段として認める、という趣旨が読み取れるのである。

今日、「基本的人權」はリスボン条約を通じてEU条約上の法原則として位置づけられている。しかし、現段階においても、個々の具体的な人權内容は条文として規定されていない。EU条約第六条一項一段によってEU基本権憲章はEU条約およびEU機能条約と同価値をもつことが認められたものの、その適用に当たっては一定の制約が課されているのである (同項第二段、第三段⁽⁹⁰⁾)。また、EU自体は欧州人權条約には加入していない。

(2) 比例性原則の明文化とEUの民主的統制問題

さらに、法の一般原則概念自体の抽象性は、機構の民主的統制問題にも影響を与えてきた。⁽⁹¹⁾ EUでは、かねてから「民主主義の赤字 (democratic deficit)」と呼ばれる問題が提起されてきた。⁽⁹²⁾ 一般に、国内社会における民主主義の制度的保障とは、普通選挙によって選出された議会が行政政府を統制することを表す。EUの場合、民主主義の赤字概念とは、およそEU中核機関たるECの政策決定に欧州議会や加盟国議会が十分に統制できていない状態を意味してきた。EC内部の運営においては、説明責任を負わない理事会にむしろ立法権が委ねられ、加えて提案権を独占する委員会が過大な政治的権力を有してきた、と批判されてきたのである。よって、問題解決のためには国内における民主主義を対外的関係においても貫徹させるか、それが困難な場合には国家を超えた場での国際的決定を通じて何らかの民主的な統制手段を確保することが必要であると指摘されてきた。

とりわけ、比例性原則に内在する特性については注意が必要である。同原則に基づき、個々の目的達成に比例して取られねばならないEUの行動手段とは、およそ以下のことを意味するとされる。⁽⁹³⁾ 各構成国の合法的な経済活動の制限が正当化されるのは、採られる措置が正当に追求されるEU全体の公共目的を達成するために適切かつ必要である場合に限定される。複数の適切な措置が選択肢として存在する場合、最も負担の少ない措置が選択されなければならない。⁽⁹⁴⁾ 制裁は、違反行為の重大性に比例しなければならぬ。また、他者にとって重要性が非常に低いことを達成するために、一定の者に負担を課してはならない。⁽⁹⁵⁾ 一般的な共同体規範の適用が除外されるのは、その目的を達成するために必要な内容に限定される。

しかし、上述のとおり、比例性原則は国内法に対する機構法の優位性を確保する目的でも適用されてきた。それ

は、同原則に本質的に備わった性質にも起因すると考えられる。比例性の概念自体は古代ギリシャ時代にまで遡ると指摘される。最も抽象的な定義としては、義務の下で取られる行動がその目的に応じたものでなくてはならないことを意味するにすぎない。⁽⁹⁶⁾ 実際の行動が当該目的に適った手段であることを判断する基準について、比例性の文言自体からは示されていないのである。⁽⁹⁷⁾ このように、比例性原則は統一的な基準をもち、異なった文脈において異なった利益を保護するために用いられる点で、「開いた構造 (open texture)」という本質を備えており、事例毎に必要とされる司法上の精査の程度も異なっている。⁽⁹⁸⁾

事実、EU法においても、補完性原則がEUの目的達成と直接的に関わるのに比べて、比例性原則は技術的側面から補完性に基づくEUの行動自体の目的と正当性を規律するにすぎない。また、「補完性及び比例性原則の適用に関する議定書」においても具体的な審査の基準が示されるまでには至っていない。このため、基本権保障規定の欠缺に対する機構の不作為を契機として、現在まで高権的権利の委譲をめぐる問題が続いているのである。⁽⁹⁹⁾ なお、リスボン条約によって、比例性原則の位置づけは以前よりも強調されている。とりわけ、連合の目的に関する新たな第三条第六項によれば、「機構は、諸条約中に自らに与えられた権限に相応しい適切な手段を通じてその目的を追求する」と定める。⁽¹⁰⁰⁾ 連合の権限に関する三原則を定める第五条以前の条項に、条約目的に応じた手段の正当性を説く比例性の趣旨が規定されており、EUの権限が段階的に強化されつつあることが窺える。また、リスボン条約政府間会議最終文書の「優越性に関する宣言」によれば、十分に確立されたEU裁判所の判例法に従って、EU条約・EU機能条約およびこれらを根拠として連合が採択した法は、同判例法が規定した諸条件の下で構成国の国内法に優越する。

第二節 国際機構への主権委譲に伴う民主主義確保に向けて

(1) 連邦憲法裁判所による補完性原則徹底の要請

ここにおいて、EUの民主的統制を図る上で、市民国家における立憲民主主義のあり方は一つの視座を提供するといえるであろう。⁽¹⁰⁾近代以降の立憲民主主義国家は、「基本的人権」を保障する手段として、国家の最終意思決定権を国民に与えている。それは、二つの要素を含む。第一は、制定された憲法に正当性の承認を付与できるのは、主権者たる全国民であるという「正当性の契機」である。第二は、憲法制定後も権力濫用を防止できるのは、事実上の最終意思決定権者たる有権者であるという「権力性の契機」である。⁽¹⁰⁾

欧州市民社会を通じて形成されてきたかかる民主主義の重要性は、今日のEUにおいても構成国の国内法判決を通じて明示されている。特に、EUの民主的正統化に向けた補完性原則の貫徹の必要性は、強く主張されてきた。ここでは、関連するドイツの連邦憲法裁判所判決に言及しておきたい。⁽¹⁰⁾

東西統一後のドイツ連邦共和国では、一九九二年に基本法第二三条の新設により「欧州連合のための諸原則」を規定し、国内憲法水準でEUが本質的な基本権保障機能を有していることを確認した。⁽¹⁰⁾しかし、同時にマーストリヒト条約の合憲性をめぐる裁判も提起された。一九九三年の「マーストリヒト判決」において、連邦憲法裁判所はEUが民主主義原理に基づく国際機構であることを認めながらも、ドイツの高権的権利の限界を超えたEU機関の権力濫用行為に対しては、依然として同裁判所の審査が及ぶと判示した。⁽¹⁰⁾EUへの加盟が民主主義原理とは矛盾しないものの、その前提として「国民に由来する正統性と影響力の行使が当該国家連合の内部においても確保されていないければ

ならない」。すなわち、民主主義の原理は主権委譲を妨げないものの、前提として「国家結合 (Staatenverbund)」としてのEU自体が民主的なものでなければならぬ。そして、EUが「高権的任務を遂行し、そのために高権的機能を行使用するとすれば、これを各国の議会を通じて『民主的に正統化 (demokratische Legitimation)』しなければならぬのは、まず何よりも加盟国の国民である」。同判決を通じて、ドイツ基本法第二三条の主たる目的が国際機構による国家の基本原理の侵害防止であることが、改めて確認されている。

さらに、リスボン条約の批准をめぐる二〇〇九年の「リスボン判決」では、一歩踏み込んだ見解が示されている。⁽¹⁰⁶⁾本件では、同条約の批准による基本法第三八条一項の「選挙権」侵害の有無が、主な争点とされた。⁽¹⁰⁷⁾連邦憲法裁判所は、同条約自体が基本法に違反しているとはいえないとした上で、裁判所としての基本姿勢を確認している。

すなわち、欧州統合への授権は、基本法がドイツ憲法秩序に定めているものとは異なる政治的意思形成の形を許容する。これは、不可譲な「憲法上の一体性 (Identität der Verfassung)」の境界にまで妥当する。ただし、民主主義的自己決定および公権力への平等な参加の原則は、平和および統合の任務ならびに国際法親和性の原則によっても不可侵とする(第二一九段)。基本法は、欧州統合および国際平和を望んでいるため、国際法親和性原則のみならず、「ヨーロッパ法親和性原則 (Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit)」が適用される(第二二五段)。基本法はEUに対する高権的権利を委譲する権利を立法者に委ねている。しかし、この授権は委譲の際に絶対主権的憲法国家性 (Souveräne Verfassungsgesamtheit) が権限付与原則に従った統合計画を基礎にすること、同国家性が憲法上の一体性の尊重の下に保護されること、また、構成国自らが責任を負う、生活関係の政治的および社会的形成能力を喪失しないことを条件とする(第二二六段)。ゆえに、基本法は、委譲された権限の行使からEUに対してさらなる権限が独自に創造さ

れるような高権の委譲をドイツの国家機関に許容していない。基本法は「権限的権限 (Kompetenzkompetenz)」の委譲を拒否する(第二三三段)。権限付与原則は、ヨーロッパ法上の原則であるのみならず、構成国国家の一体性を尊重するというEUの義務および構成国の憲法原則を受け入れたものである(第二三四条)。ヨーロッパ法は条約主体たる構成国の憲法制定権力を尊重しており、その義務は憲法の不可譲でありかつその限りで統合の影響を受けない一体性に適合するものである。ドイツ連邦憲法裁判所は、適宜自らの管轄内において、これらの原則の遵守状況を審査しなければならぬ(第二三五条)。

また、連合水準で権利保護が行われない場合、連邦憲法裁判所は欧州機関の法的行為が共同体法および連合法の補完性原則を遵守し、権限付与原則に従って付与された自らの高権的権利の範囲内にあるのかを審査する。さらに、同裁判所は、基本法第二三条一項三文および関連する第七九条三項に基づく基本法上の憲法一体性の不可侵的な中核部分が保護されているかを審査する。憲法上の要請である同審査権限は、基本法における「ヨーロッパ法親和性原則」に従って行使されるものであり、ゆえに「誠実な協力の原則 (Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit)」に反するものではない(第二四〇段)。高権的権利の種類および範囲においても、また自律して行動する連合権力を組織的および手続的に形成する上でも、EUの形成は民主主義の原則に適合しなければならない(第二四四段)。

その上で、EUの民主主義は現在の統合段階で国家類似的には形成されていないと裁判所は指摘する(第二七六一二九七段)。ゆえに、EU法の優位は、無制限のものとして認められたのではなく、これまでの判例で確認されている範囲での適用の優位であり、例外的かつ特別の場合には裁判所が「権限逾越に基づく統制」および「憲法上の一体性に基づく統制」を行使しようとした(第二三二一―三三四段)。

(2) 補完性および比例性原則規定の適用過程の監視

したがって、ここにおいて改めて重要となるのが、EU条約第七議定書としての「補完性及び比例性原則の適用に関する議定書」の趣旨である。⁽¹⁰⁸⁾ 同議定書前文によれば、「締約国は諸決定ができる限り連合市民のために行われることを確保するように願ひ、欧州連合条約第五条に規定された補完性および比例性原則の適用に関する要件を確定し、これらの原則の適用を監督する体制を確立することを決議」と述べる。いずれの機関も補完性および比例性原則の誠実な尊重を確保しなければならない(第一条)。委員会は立法行為を提案する前に意見を求めなければならない(第二条)、適宜、予定される行為の地域的規模を考慮しなければならない。なお、同議定書の目的に関して、「立法行為案(draft legislative acts)とは、一定の立法行為を採択するための委員会からの提案、一連の加盟国からの発議、欧州議会からの発議、司法裁判所からの要請、欧州中央銀行からの勧告および欧州投資銀行からの要請を意味する(第三条)。委員会、欧州議会および理事会は立法行為案および同修正案を、連合立法者と同時に国内議会に送らなければならない(第四条)。立法行為案は補完性および比例性の原則を尊重することより正当化されるものとする。いずれの立法行為案も両原則を遵守していることが判断できる詳細な意見を含まなければならない(第五条)。また、委員会は毎年欧州議会、理事会および国内議会に対して、欧州連合条約第五条の適用に関する報告書を提出しなければならない。この年次報告はまた経済社会委員会および地域委員会に送付しなければならない(第九条)。このように、両原則の適用状況については、権限付与原則との関わりから引き続き検証していく必要がある。⁽¹⁰⁹⁾

なお、二〇二〇年五月八日、連邦憲法裁判所は欧州中央銀行(ECB)が二〇一五年に導入したユーロ圏各国の国債を買う政策について、違法性を指摘している。⁽¹¹⁰⁾ 判決によれば、同政策の決定にドイツ政府や連邦議会の関与が十

分であり、ECBの権限が不当に拡大されているとする。すなわち、量的緩和政策（資産購入プログラム、QE）自体は違法ではないが、これが比例性を満たしているかどうかをドイツの諸機関（ドイツ政府、ドイツ連邦銀行）が確認して三カ月以内に連邦憲法裁判所に通知しなければならず、満たしていない場合にドイツ連邦銀行はQEに参加できない。本判決において、比例性原則はECBに対してQEの顕著な政策効果を検討し、それと政策目標達成とのバランスを考慮せよという意味で用いられている⁽¹¹⁾。ここでは、構成国の側から比例性原則に沿ったEU政策の適正化が問われている。

小 結

基本法はドイツの憲政史上はじめて、国際法に対して国内法を開く努力を法原則として明文上に規定した。その基本概念である「国際法親和性原則」は、「国際法の一般原則」という形で基本法第二五条に明文化され、今日では「ヨーロッパ法親和性原則」へと発展しながら、訴訟上の対応規定である一〇〇条二項を通じてその実効性が確保されてきた。この点では、EU条約も含めて慎重な国際法の実施姿勢がとられてきたといえる。ただし、二〇一〇年代のギリシャの財政危機、二〇二〇年のイギリスのEU離脱に加えて、新型コロナウイルス感染症（COVID-19）の世界的拡大問題等、域内における重要な諸問題に対応する上でさらに同機構は意思決定権限を強固にする必要性に迫られつつある。この点で、「国際法」および「ヨーロッパ法」への親和性・友好性のあり方は高権的主権との関連からさらに検討される必要がある。

一方、国際法学一般においても、法の一般原則の中に国際法の一般原則も含める考え方が示されてきている。これには国際社会で普遍性をもつものとして、相互主義、主権平等、国内管轄事項、公海の自由、侵略（武力行使）の禁止、人道の原則、人権保護等が挙げられている。また、法の一般原則自体についても様々な理論的位置づけが試みられている⁽¹²⁾。なお、今日では国際法協会 (International Law Association, ILA) において、国際法の発達に向けた国内法原則の使用について司法および立法の側面から検証が進められている⁽¹³⁾。さらに、国連国際法委員会 (International Law Commission, ILC) において二〇一九年から法の一般原則の法典化作業が始まったことは、大きな意味をもつものと思われる。第七一会合報告の結論部 (第二五三段) において、ICJ 第三八条一項cの法の一般原則には、「(a) 国内法体系に由来する原則 (derived from national legal systems)」のみならず「(b) 国際的な法体系において形成された原則 (formed within the international legal system)」も含むとされた⁽¹⁴⁾。国内法の一般原則の国際法の一般原則への包括的把握については、今後とも検証が必要である。

(1) 一九六九年の北海大陸棚事件において、ICJ は「一般又は慣習国際法」の規則および義務はその性質上国際社会のすべての構成員を拘束すると判示した。さらに条約上の規則が国際法の一般原則になったとみなしうるためには、自国の利害が特別に影響を受ける国々を含めて、その条約に対して非常に広範で代表的な参加があることが必要であろう、とする。「(岩沢雄司『国際法』(東京大学出版会、二〇二〇年) 五四―五五頁・波多野里望・尾崎重義編著『国際司法裁判所判決と意見』第二卷 (一九六四―一九三年)『国際書院』一九九六年) 四一、四五頁；see, ICJ Reports 1969, pp.3-257)。

(2) 後者に関しては、当事者の意思に基づく任意法規とこれによらない強行法規の性質が問題となる。従来、一般国際法は並立した主権国家の意思を尊重して、国内私法の類推に依拠した任意法規と位置づけられていた。しかし、奴隷条約 (一九二六年) やジェノサイド条約 (一九四八年) のような逸脱を禁止する一般国際法規が形成されたため、ウィーン条約法条約

(一九六九年) はかかる法規を強行法規として位置づけ、これに抵触逸脱する条約を無効とした(第五三条(国際法学会編『国際関係法辞典(第二版)』(三省堂、二〇〇五年)三二—三三頁・岩沢雄司編第『国際条約集(二〇一九)』(有斐閣、二〇一九年)一四〇頁)。

(3) 畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判(第二版)』(中央大学出版部、二〇一三年)四三八頁以下。

(4) 拙稿「EUにおける「法の一般原則」の行為規範性(一)」駒沢女子大学研究紀要第二三号(二〇一六年)一六頁以下。

(5) 法源はおよそ、哲学的法源、歴史的法源および形式的法源に分類される。哲学的意味の法源とは法の効力または拘束力の根拠を意味し、これには自然法、正義、主権者、人民の総意等が当たる。歴史の意味における法源とは、法の発生・形成の淵源であり、法の発展を遡ってその淵源を求めるものである。これには個々の法制度の起源等が当てはまる。ここにおいて通常の意味で用いられるものが形式的法源である。これは法発見の源泉となるものをいう。例えば、刑法の形式的法源となるものは、刑法規およびその他の罰則である(団藤重光『法学の基礎』有斐閣、一九九六年、一六二—一六三頁)。

(6) 内閣法制局法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典』(有斐閣、一九九三年)五八五頁。

(7) 反封建的な近代啓蒙思想を背景として、一八世紀の自然法思想は人間理性に基づく法の存在を説き、自由および平等の権利は自然法によって認められたとする。同理念は、一五世紀から一八世紀まで続いた専制君主制たる絶対主義からの解放を求めた市民革命の動機となり、アメリカ独立宣言(一七七六)やフランス人権宣言(一七八九)に影響を与えた。そして、実定法としての近代市民法の中核をなすフランス民法典(一七八九)においても、人間理性を本質とする「個人の」人格の自由」はいわば基本的な価値原理となつて、個人の自由意思に基づく経済関係を法的に保障する「私的自治原則」を生み出すに至っている(粟田賢三・古在由重編『岩波哲学小辞典』岩波書店、一九七九年、六六頁・眞田芳憲『法学入門』中央大学出版部、一九九六年、一六八頁以下・伊藤正巳・加藤一郎『現代法学入門(第四版)』有斐閣、二〇〇五年、一四一、二〇八頁・内閣法制局法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典』有斐閣、一九九五年、五八五頁)。

(8) 自然法学を代表する学者としては、古代ギリシャの哲学者として後の中世スコラ哲学に影響を与えたアリストテレス(Aristoteles、前384—前322)、近代国際法の父とされるグロティウス(H. Grotius、1583—1645)、および近代啓蒙思想を導いたロック(J. Locke、1632—1704)等が挙げられる(同書、九、三二六、五八六、一三八五頁)。

(9) これには、一般法学、分析法学および純粹法学等が属するとされる(同書、二〇七頁)。

- (10) その結果、ドイツでは法を民族精神の発現として捉えた歴史法学がザヴィニー (F. Savigny) を通じて台頭し、理性的自然法論および法典化された自然法論は厳しく批判されるに至った。歴史法学は、法の根拠を民族の法的確信という社会的要素に求め、現行法についてローマ法を中心とした起源にまで遡って研究した点で評価される。ただし、その学問対象は、現に行われている法としての実定法であり、とりわけ私法とその法解釈の体系的構成の記述に留まっていた。この意味で、成文法の完全性を前提とした歴史法学は後に概念法学的法実証主義として批判されている (眞田芳憲、前掲書、一七五頁以下・伊藤正巳・加藤一郎、前掲書、二〇九頁)。
- (11) なお、法源については、実際の法実務の観点から裁判官が裁判をするにあたって依るべき基準となるものとして捉える立場も存在する。これによれば、裁判官が制度的に従うべきであるとされているものを「制度上の法源」とし、制定法および慣習法が当てはまるとする。また、これら以外の裁判規範として裁判官が事実上従っているものは「事実上の法源」とされ、判例、学説および条理が当てはまるとされる。(同書、四九頁)。
- (12) カール大帝の領土は、ヴェルダン条約 (八四三年) およびメルセン条約 (八七〇年) により三分割され、これがフランス、イタリア・ドイツの国家形成の契機となった (村上堅太郎・江上波夫他編『世界史小辞典』(山川出版社、一九六八年) 七七、四三七、五二七、六五六頁)。
- (13) これは、一八一四年のウィーン会議の結果、オーストリア・プロイセン等三五の君主国と四自由市で構成された全ドイツ的組織である。各国代表からなる連邦議会がフランクフルトに置かれ、オーストリアが議長として主導権を握ったとされる (同書、二六一、三二六、四二一、四三九頁)。
- (14) 一般法学はベルクボーム (K. Bergbohm)、メルケル (A. Merkel) らによって主張され、権利、義務、規範等の法的な一般概念の究明、体系化に貢献したとされる。ケルゼン (H. Kelsen) に始まる純粹法学派はウィーン法学派とも呼ばれ、後の法学に大きな影響を与えた。なお、分析法学は一九世紀にイギリスのオースティン (J. Austin) が提唱した法学理論である。同学派は、法とは直接または間接に主権者が創設する命令としての実定法であると捉え、自然法を排除するとともに法と道徳を分離して法の体系的・論理的分析を行った (山田晟『ドイツ法律用語辞典 (改訂増補版)』(大学書林、一九九三年) 一八、八二、三五六、四一九頁・内閣法制局法令用語研究会編、前掲書、三七、六七五、一一八四頁)。
- (15) ローマ法大全とは、東ローマ皇帝ユスティニアヌスが六世紀に編纂した法典集である。内容は、『学説彙纂』、『法学提要』、

『勅法彙纂』および『新勅法』からなる。二世紀のハドリアヌス帝以来の勅法を集めた勅法彙纂 (Codex) は、狭義のユスティニアヌス法典と呼ばれる。その後、学説彙纂がイタリアに知られた結果、一世紀末にはローマ法の復興が生じてローマ法大全は当時の社会に適合するように学問的に加工され、ドイツを中心に浸透していった。同法典に立脚した法が、中世以降の各国法制の骨格をなし、特に私法 (理論) の形成に多大な影響を与えた (同書、一三八五—一三八六頁・金子宏・新藤幸司・平井信雄編『法律学小辞典 (第四版補訂版)』(有斐閣、二〇〇八年) 一八〇頁)。

- (16) また、同じく近世ドイツ法を特徴づけるのが、領邦を中心とした君主の立法活動であると指摘される。一八世紀半ば以降、この立法活動はバイエルンのマクシミリアン民事法典 (一七五六年) 等のように、若干の領邦において体系的な大法典の編纂につながっている (ハンス・ペーター・マルチュケ著/村上純二訳『ドイツ法入門 (改訂第七判)』(有斐閣、二〇〇八年) 一三頁以下)。

- (17) 国際法学会編『国際関係法辞典』(三省堂、一九九五年) 二九二頁。

なお、ブラウンリー (T. Brownlie) によれば、「形式的淵源 (formal sources) とは、一般に適用される規則の創造のための法的手続および方法で、出訴裁判所の記載事項に基づいて受範者を法的に拘束するものである。一方、「実質的な淵源 (material sources) は、諸規則の中で、証明されれば法的拘束力を備えて一般適用される地位をもつものの存在証拠を提供する」。たしかに「形式的淵源と実質的淵源との区別を維持することは難しい」。しかし、「ある意味で「形式的な淵源」は国際法上に存在しない」。なぜならば「国内において法を創造する憲法上の機構に相当するものが、国際法上の規則を創造するためには存在しない」からである。ゆえに「形式的な淵源の代用語および恐らくは同義語として、一般適用される規則が諸国家の一般的同意によって創造される、という原則が存在する」。このことから、実質的淵源とは「個々の規則または実行に関する国家間合意のあらゆる重要な存在証拠」であるとし、「国際裁判所の判決、国連総会の決議、および「法創造的な」多国間条約」等が例として挙げられている。また、「ICJ 規程第三八条自体は「淵源」について触れておらず、また厳密に注目するならば淵源の直接的な列挙」とはみせないとされる (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., pp. 1H)。

- (18) 拙稿「法の一般原則」の今日的意義と問題点 (一) 『法学新報』一〇三卷九号、一九九七年、一一四頁以下。

- (19) Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p. 7, 30.

- (20) *Ibid.*, pp.43f.: 298.
- (21) 經塚作太郎『現代国際法要論(補訂版)』(中央大学出版部、一九九二年) 七一頁。
- (22) 国際法学会編、前掲書、二九一頁。
- (23) 後者のソフト・ローの例としては、一九四八年の世界人権宣言、一九六〇年の植民地独立付与宣言および一九七四年の国家の経済的権利義務憲章等が挙げられている(同書、二九一頁、五二二頁・横田洋三『国際法入門(第二版)』有斐閣、二〇〇五年、二七頁)。
- (24) 拙稿「裁判準則としての「法の一般原則」の法源性」『中央大学大学院研究年報』第二五号 法学研究科篇、一九九六年、一三一—一四頁。
- (25) 川添利幸『法学概論』(文久書林、一九七三年) 一、八、一二—一三頁。
- (26) 例えば、日本国憲法第一三条前段は、一人ひとりの人間が「人格」の担い手として最大限尊重されなければならないという趣旨であつて、これは「人格の尊厳」ないし「個人の尊厳」原理を表している。第一四条は「人格の平等」原理を規定しており、一三条と一四条と相まって、日本国憲法が「人格」原理を基礎とすることを明らかにするものである。人格の尊厳原理は二つのことを要請する。第一に、およそ公的判断が個人の人格を適正に配慮するものであることを要請する。第二に、そのような適正な公的判断を確保するための適正な手続を確立することを要求するものである(佐藤幸治、『憲法(第三版)』青林書院、一九九五年、四四四頁・根森健編著『資料集・人権保障の理論と課題』尚学社、二〇〇二年、三八頁以下)。
- (27) 民主主義とは、自由主義原理を統治の側面から捉え直したものである。さらに、民主主義に基づく法治国家思想を支えるために、権力分立思想が主張されるに至る(末川博『法学入門(第五版補訂版)』有斐閣、二〇〇一年、四〇—四一頁)。
- (28) 一般に、主権理論を初めて展開したのは、フランスの法学者ポードダン(J. Bodin)とされる。主権の絶対性は一五七六年の著書『国家論』において主張された。当時は絶対的な権勢を振るっていた旧教会権力に対する宗教戦争の最中であり、国家の統一が重要な関心事とされていた。彼は絶対君主制を前提として、主権概念を国家の絶対的かつ永続的な権力として捉え、その不可分性を説く。主権は立法権を中心に把握され、法は主権者の命令とされた。ただし、主権は絶対ではあるものの、主権者は神法・自然法に拘束されると理解されていた(阿部齊他編、『現代政治学小辞典(新版)』有斐閣、一九九九年、四七頁・田中成明他著『法思想史』有斐閣、一九八八年、四七頁)。

さらに、国民主権原理とは、絶対主義時代の専制君主の支配に対して、国民こそが政治の担い手であることを主張するた
めの理論的根拠となったことに始まる。一般に主権概念は、国家権力そのもの（国家の統治権）、国家権力の属性としての
最高独立性（体内的な絶対性と対外的な独立性）、および国政についての最高の決定権という三つの意味で用いられる（芦
部信喜・高橋和之補訂『憲法（第七版）』岩波書店、二〇一九年、三九頁以下）。

(29) これによって、国家権力は立法・行政・司法に区別・分離され、相互による「抑制と均衡」の保持が可能となった（芦部
信喜、前掲書、二七七頁）。

(30) Lauterpacht, *op. cit.* p. 7; vgl. Rudolf Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 4. Aufl., 1994, S.15ff.; 經塚作太郎、前掲書、
一一八頁以下。

(31) 田畑茂二郎『国際法新講（上）』（東信堂、一九九〇年）二五頁。

(32) 田畑茂二郎、前掲書、二六頁以下；松井芳郎他著『国際法（新版）』（有斐閣、一九九三年）一六頁以下。

(33) 「相互交流の法」は、シュバルツェンバーガーによれば、(the law of reciprocity)と表現されている（經塚作太郎、前掲
書、九一頁以下、九七頁；Georg Schwarzenberger, *Three Types of Law, Current Legal Problems* vol.2, 1949, pp.114-
115）。

(34) 經塚作太郎、前掲書、八七頁。

(35) 畑尻剛・工藤達朗編、前掲書、四四二頁以下；高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第六版）』（信山社、二〇一〇年）
二二六、二四〇頁；拙稿「ドイツ基本法における「国際法への友好性原則」」『駒沢女子大学研究紀要』第一九号、二〇二二
年、一二二頁以下；vgl. Hans. D. Jarass, Bodo. Pieroth, *Grundgesetz Kommentar* (16. Aufl.), 2020, Rn.1ff. zu Art.25, Rn.1ff. zu
Art.59.

(36) Jarass/Pieroth, a. a. O., Art. 59 Rn. 12, vgl. BVerfGE 1, 372 [382].

例えばその意味で当てるべきなのは、平和条約、同盟、中立または軍縮条約、政治的協力に関する協定、仲裁条約ならびに
安全保障条約（Vgl. BVerfGE 1, 372 [381]）またはつわゆる対東欧条約（Vgl. BVerfGE 40, 141 [164f.））等が挙げられる。

(37) Jarass/Pieroth, a. a. O., Art. 59 Rn. 8.

(38) Vgl. BVerfGE 73, 339 [375]. なぜならば、「長期間解消できない国際法的性質をもつ拘束力」には、議会による補強が必

ドイツ基本法における国際法の一般原則（福王）

- 要であると解されているからである (Vgl. BVerfGE 68, 1 [88])。
- (39) 畑尻剛・工藤達朗編、前掲書、四四二頁。
- (40) 本稿では、近年における国際法への親近性と接近性という観点を踏まえ、「国際法親和性」という表記を用いる (吉岡万季「家族法の国際化とその憲法上の限界」『法学新報』第一二四卷十一・十二号、二〇一八年、一五一—一五二頁; Jarass/Pieroth, a. a. O., Art. 25 Rn. 5)。
- (41) Vgl. BVerfGE 75, 1 [17].
- (42) Vgl. BVerfGE 18, 112 [121].
- (43) Jarass/Pieroth, a. a. O., Art. 25 Rn. 7; vgl. BVerfGE 46, 342 [389].
- (44) a. a. O., Art. 25 Rn. 12f.
- 「属地主義」原則に「ついで」、他国の領域に向けた国家の「主権行為 (Hoheitsakte)」は対象国の同意によってのみ実現できる。ただし、国家による給付の場合は別である (Vgl. BVerfGE 14, 221 [237])。国内法は体外的な事情に対しては事実に基づく契機がなければ適用できない。「治外法権」原則について、外国およびその実施機関は自国の主権作用に関しては他国の主権的行為および仲裁手続に服さない。他国によって主権的に利用される財産については強制執行をすることはできない (Vgl. BVerfGE 46, 342 [364])。「外交官」原則について、外交使節に対して外交的交流上の形式平等取扱が必要とされており (Vgl. BVerfGE 46, 342 [402f.])、平和条約に反してはならない (Vgl. BVerwGE 37, 116 [120f.])。ウィーン条約の範囲を超えた治外法権は第三国に対しては生じない (BVerfGE 96, 68 [86] ff.)。
- (45) Jarass/Pieroth, a. a. O., Art. 25 Rn. 14f.
- 「権利保護」原則に「ついで」、保障されているのは外国人のための適切な権利保護である (Vgl. BVerfGE 60, 253 [303f.])。特に、刑事訴訟において通訳を求めることが、被告人がドイツ語に熟達していない場合に保障されている。「犯罪人引渡し」原則について、認められているのは「特定主義 (Spezialität)」の原則である。同原則によれば、刑事訴訟手続は外国による犯罪引渡しの許可により制限を受ける (Vgl. BVerfGE 57, 9 [28])。反対に、犯罪人引渡しが他国によって唯一可能になるのは、公正な裁判手続の本質的核心が保障される場合である (Vgl. BVerfGE 63, 332 [338])。
- (46) Jarass/Pieroth, a. a. O., Art. 25 Rn. 8; vgl. BVerfGE 96, 68 [86f.].

国際法の一般原則に例外なく数えられるのが、慣習国際法である。重要なのは、「十分な国家実行、すなわち平和裡にかつ一貫した慣行が、広く普及しかつ国家代表の関与の下で行われることであり」「さらにその背景には「国際法が要請および許容しまたは必要とする範囲において行わねばならない」という解釈が存在していることである。

- (47) Jarass/Pieroth, a. O., Art. 25 Rn. 11.; vgl. BVerfGE 100, 266 [269].
- (48) Jarass/Pieroth, a. O., Art. 25 Rn. 9.; vgl. BVerfGE 18, 441 [448].
- (49) Jarass/Pieroth, a. O., Art. 159, Rn. 19.
- (50) Jarass/Pieroth, a. O., Art. 100, Rn. 1ff.; vgl. Frank Burmeister, Gutachten des Bundesverfassungsgerichts zu Völkerrechtlichen Verträgen, 1998, S. 50ff.
- (51) Burmeister, S. 38ff.; Jarass/Pieroth, a. O., Art. 93, Rn. 90ff.
- (52) 田上讓治『改訂 西ドイツの憲法裁判』（信山社出版、一九八八年）一二〇頁以下。また、無効の内容についても法律全体の場合と一部の場合とがあり、さらに法律制定当初から無効の場合（宣言的意味）と将来に向かって効力を失う場合（形成的意味）がある。
- (53) Jarass/Pieroth, a. O., Art. 100 Rn. 34. 移送の適格性の要件としては、以下のことが主に挙げられている。（１）法的紛争、すなわち裁判所手続の存在（Vgl. BVerfGE 75, 1 [11]）。（２）移送対象が、国際法の一般原則上の存在、法的性格、効力の範囲および拘束力であること（Vgl. BVerfGE 315, 1 [318]）。（３）原審裁判所の疑義または当該裁判所外における一層重大な疑義に基づくこと（Vgl. BVerfGE 118, 124 [134f.]）。（４）連邦憲法裁判所法八四条、八〇条二項に基づく疑義が裁判に与えて重要であること（Vgl. BVerfGE 75, 1 [12ff.]）。（５）形式、根拠。連邦憲法裁判所法八四条、八〇条二項に基づいて、連邦憲法裁判所は移送を具体的規範統制の場合のように根拠づけなければならない。
- (54) 連邦憲法裁判所法八三条二項は、「連邦憲法裁判所はあらかじめ、連邦議会、連邦参議院及び連邦政府に対して、所定の期間内に意見陳述の機会を与えなければならない。これらの機関は手続のあらゆる段階において、これに参加することができる」と規定する（畑尻剛・工藤達朗編、前掲書、五九三頁）。
- (55) Klaus Schlaich/Stefen Koiroth, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl. 2001, Rn. 169.
- (56) 一〇〇条二項による手続における移送義務を根拠づけるためには、疑義があれば足りるとされる。この点において、裁判

所の十分な確信を必要とする一〇条一項の具体的規範統制とは異なる (a. a. O. Rn. 172)。また、この疑義については必ずしも当該裁判所自身が抱く必要はなく、裁判所以外において、「根拠のある疑義 (ernstzunehmende Zweifel)」が存在する場合でも十分であるとされる。この点でも一〇条一項一段による手続とは異なる。このことから、連邦憲法裁判所は根拠のある疑義が「裁判所の見解が憲法機関の見解、またはドイツ、外国、もしくは国際的な上級裁判所の決定または国際法学の定評ある著者の学説と異なる場合」に存在すると判示している (Vgl. BVerfGE 64, 1 [14] : クラウス・シュライヒ著 (名雪健二訳) 「ドイツ連邦憲法裁判所論 (四)」東洋法学三七卷二号 (一九九四年) 二四二頁)。

(57) 畑尻剛「西ドイツの具体的規範統制における連邦憲法裁判所の手続」比較法雑誌一六卷一号 (一九八二年) 一五三頁。

(58) Schlaich/Korioth, a. a. O. Rn. 178.

(59) この点が争われた最初の裁判例としては、アメリカの軍法会議によって死刑を宣告され、一九四五年に処刑された捕虜の曹長に関する、遺族年金支払いの事例が挙げられる。また、二〇〇七年の判決によれば、期日に達している私法上の支払請求の履行につき、支払能力を論拠に「国家避難 (Staatenstand)」を主張して一時的に拒否する権限を私人に対して国家に付与することは、国際法の一般原則としては確認することができな (a. a. O. Rn. 166; vgl. BVerfGE 118, 124)。

(60) 法律家諮問委員会の設立経緯については、(牧田幸人「国際司法裁判所の組織原理」有信堂、一九八六年、四九頁以下) 参照。委員会における具体的な審議過程については、(Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists 1920, pp. 318ff.) 参照。常設国際司法裁判所規程第三八条における「文明国が認めた法の一般原則」については、(PCIJ/Series D (No. 1), 1931, p. 20) 参照。

(61) 筒井若水「現代国際法における文明の地位」『国際法外交雑誌』第六六卷六号、一九六八年、三八頁以下。拙稿「法の一般原則」の今日的意義と問題点 (二) 『法学新報』第一〇三巻十号、一九九七年、一一五頁。

(62) Lauterpacht, *op. cit.*, pp. 38f.

一般に近代の国際裁判は、一七九四年の「英米友好通商航海条約 (Jay Treaty)」およびこれに基づく「英米仲裁委員会 (the British - American arbitration commissions)」に始まるといわれる。この委員会では「損害賠償の測定方法や裁判所の自己管轄の決定権」が中心的な争点となり、ここの解決策がやがて国際法上認められたものとして確立されていくこととなった。特に、アメリカ南北戦争時におけるイギリスの中立義務違反が争われた一八七二年のアラバマ号事件では、国際的

な中立義務が国際法上の義務であることが確認された。これを契機とした「一九世紀の莫大な件数の仲裁裁判は、問題解決に際して私法の適用に依拠していた」とされる。

- (63) 例えは「コルフ海峡事件 (Corfu Channel Case)」において、裁判所はアルバニア当局に対して、国際海峡に通じる領海内に機雷が敷設されている「急迫した危険 (imminent danger)」を航行船舶に警告する義務があるとする。これを怠ったことは「重大な不作為 (grave omission)」であり、一般私法上の不法行為要件としての「過失 (negligence, fault)」を構成すると判示してゐる (ICJ/Reports 1948, pp. 4ff.; ICJ/Reports 1949, pp. 4ff. 244ff. ; 皆川洗編著『国際法判例集』有信堂、一九七五年、四三二頁以下、五二九頁以下)。

- (64) 小川芳彦「国際裁判所と法の創造」『法と政治』一五巻四号、一九六四年、一九頁。

- (65) 経塚作太郎、前掲書、八四頁。

- (66) 村瀬信也他著『現代国際法の指標』(有斐閣、一九九四年)一八頁。

- (67) 例えは、EC期からEU期に至るまでの基本権保障の歩みからは、かつて不文の「法の一般原則」として位置づけられていた「基本的人権 (Fundamental Human Rights)」、「補充性 (Subsidiarity)」、「比例性 (Proportionality)」といった法原則が、長期間の機構法実務を経た後に現在のEU条約中に明文化されている事実が認められる(拙稿「EUにおける「法の一般原則」の行為規範性(二)」駒沢女子大学研究紀要第二四号(二〇一七年)一八頁以下)。

- (68) Jarass/Pieroth, a. a. O., Art.25 Rn. 8. 同書によれば「文明国が認めた法の一般原則」は国際法において「一般的に認められた法原則 (Die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze)」として把握されている。同原則は二五条に属する (Vgl. BVerfGE 96, 68 [86])。したがって、それらは諸国内法秩序において一致して見出されなければならない、また国家間交流に向けて委譲が可能でなければならない。当該法原則は補充的な性格をもつが、それは特に解釈と欠缺の補充のためである。
- (69) 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要第一九号、二六―二七頁；拙稿「国際機構への高権的権利の移譲と補充性原則」『法学新報』(第一二〇巻九・十号)二〇一四年、六六〇頁以下；拙稿「EUにおける「法の一般原則」の行為規範性(三)」『駒沢女子大学研究紀要』第二五号、二〇一八年、八一頁以下。

- (70) Rudolf Geiger, a. a. O., S.16.

- (71) Hans Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes (1931)*, Volkssouveränität und Staatsouveränität, 1970, S. 165ff.

- (72) 金丸輝男編著『ECからEUへ―欧州統合の現在』(創玄社、一九九七年)一六頁:「欧州連合と補完性の原則に関する一考察」『法学新報』第一〇二巻三・四号、一九九五年、三八五頁以下: see, W. Liggins and W. Loth (ed.), *Documents on the History of European Integration* Vol.3, 1988, pp. 663ff.
- (73) 同会議での政治決議では「連合(Union)または「連邦(Federation)」という対立的妥協的表現が窺える。一般国際法上、国家連合自体は限られた国際法上の主体に留まり、その構成国家は対外的国家主権と国際法主体性を維持する。連邦の場合、連邦構成国(支邦、支分国、州)は国際法主体性を失い、構成国間の関係は国内法上の関係とされて外交および国際機構への加盟等の権能は連邦に帰属する。欧州統合運動の過程からは、連合主義を連邦主義に向けた段階として捉えることができる(国際法学会編、前掲国際関係法辞典(第二版)、八九四頁:金丸輝男編著、前掲書、一七頁:中原喜一郎、前掲論文、三八五頁: *Congress of Europe: The Hague-May, 1948. Resolutions*. London-Paris: International Committee of the Movements for European Unity, 1948, p. 16 at Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (CVCE) HP)。
- (74) 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要第一九号掲載論文、二六頁以下。
- (75) Thomas Flint, *Die Übertragung von Hoheitsrechten*, 1998, S.89ff. (96): 高田敏・初宿正典編訳、前掲書、一二二五頁: Jarass/Peroth, a. O., zu Art. 24.
- (76) 山田晟『ドイツ法律用語辞典』(大学書林、一九九三年)三三二、五八三頁。
- (77) 拙稿「地域的国際法の形成と国内法原則の援用」『駒沢女子大学研究紀要』第一八号、二〇一一年、五五頁。
- (78) Michael Schweitzer, *Europarecht*, 1993, S.17.
- (79) T. C. Hartley, *The Foundation of European Community Law*, 1994, pp. 137ff.
- (80) 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要第二三三号掲載論文、一七一―一八頁。
- (81) 既に戦後の復興期において、国際社会の組織化に伴って民主主義の精神や原則が国際人権保障の分野で相当程度に実現されてきている、との指摘がなされている(横田喜三郎「民主主義と国際法」『民主主義の法律原理(SE版)』所収、有斐閣、一九八五年(一九五二年初版)、一七八頁以下、一一一頁)。
- (82) 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要第一八号掲載論文、六八―六九頁。
- (83) 拙稿「EUの基本権保障と民主的統制」『法学新報』第一二六巻三・四号、二〇〇九年、六五六頁以下。

- (84) Schweizer a. a. O., S. 217f.; Lammy Betten/Nicholas Grief *EULaw and Human Rights*, 1998, pp. 64ff. ; 川添利幸「欧州統合とドイツ憲法」『国際社会における法の普遍性と固有性』（中央大学出版部、一九九五年）一八〇頁以下；vgl. BVerfGE37, 271, 1974.
- (85) 拙稿「実定国際法における国内公法概念の類推」『敬和学園大学研究紀要』第一二号、二〇〇三年、一一五頁以下。
- (86) それえゆえにこれまで本原則は、権利濫用の禁止や法的安定性といった統治権の発動のための行為基準としての役割に留まらざるべきである (Betten/Grief, *op. cit.*, p. 57)。
- (87) 拙稿「法の一般原則」と国内法の衝突に関する一考察」『敬和学園大学研究紀要』第一〇号、二〇〇一年、一八五頁以下。
- (88) 原告はEU職員採用試験に際して本人の同意なくエイズ検査を受けさせられた結果、陽性であることを理由に採用を拒否された。第一審裁判所の判決では、健康上の秘密を守る権利がエイズ検査にのみ当てはまるとして、プライバシー権を限定的に解した。結果として、裁判所は採用にあたる原告の非協力的な態度などを理由として訴えをすべて却下し、委員会の採用拒否決定を有効とした。控訴審では法的争点のみが審査され、本件では検査に至った過程が原告のプライバシー侵害にあたるのが争われた（山根裕子「ケースブックEC法」『東京大学出版会、一九九六年、九二頁以下；Betten/Grief, *op. cit.*, p. 63; see, Case C-404/92P X v Commission [1994] ECR I-4737)。
- (89) 欧州人権条約第八条（私生活および家族生活が尊重される権利）
 第一項：すべての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。
 第二項：この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全もしくは国の経済的福利のため、無秩序もしくは犯罪の防止のため、健康もしくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主社会において必要なものを除きいかなる公の機関による干渉もあってはならない。（杉原高嶺編『コンサイス条約集（第二版）』（三省堂、二〇一五年、七三頁；see, Case C-62/90 Commission v. Germany [1994] ECR I-2575 1111節)。
- (90) 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要第二四号、一八頁。
- (91) 拙稿「EUにおける比例性原則の意義と課題（二）」『駒沢女子大学研究紀要第二二号』、二〇一四年、五〇頁以下。
- (92) 庄司克宏『国際機構』（岩波書店、二〇〇六年）二〇八頁以下；須網隆夫「超国家機関における民主主義」『法律時報』第七四卷四号、二〇〇二年、二九頁以下。

- (93) デイビッド A O エドワード・ロバート C レイン (庄司克宏訳) 『EU法の手引き』(国際書院、一九九八年) 八一―八二頁。
- (94) See, Case 331/88 R v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA [1990] ECR I-4023, [1991] 1 CMLR 507.
- (95) See, Case 8/55 Fédération Charbonnier de Belgique v High Authority [1954-56] ECR 292.
- (96) 同原則の精神は古代ギリシヤ時代の格言である「すへつは中庸に (*pan metron ariston*)」の中に含まれている (Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1999, pp. 65ff.; 古川晴風編著『ギリシヤ語辞典』(大学書林、一九八九年) 七二八、八二六頁; 川原拓雄『現代ギリシヤ語辞典』(リール出版、二〇〇四年) 七四頁。
- (97) 例えば、当時の観念論哲学者であるアリストテレス (Aristoteles, 384-322 B. C.) は、実際的かつ常識的な立場から実証的に人間観察や国家制度の調査分析を行ったと評される。他方で、理論の世界とは異なり、人間の行為や歴史にはそれ自体の原理も法則も認められないとする。この考え方は、無原則的・妥協的・折衷的な中庸道徳と中産階級支持の国家思想として、当時の格言にも現れている (出隆「アリストテレス」『世界大百科事典第一巻』平凡社、一九七六年、四七二頁以下)。
- (98) 一般に、「開いた構造」とはある概念が厳密に定義されない状態を意味する哲学用語である (三省堂編修所編『グランドコンサイス英和辞典』(三省堂、二〇〇一年) 一八二八頁; E. Ellis (ed.), *op. cit.*, p. 84)。
- (99) 拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要第一九号、二八頁以下。
- (100) Art. 3-6: The Union shall pursue its objectives by appropriate means commensurate with the competences which are conferred upon it in treaties.
- (101) 拙稿、前掲法学新報第一一六卷三・四号掲載論文、六七―一頁以下。
- (102) なお、国民主権原理における権力性の契機を強調する考えは、ルソー (J. J. Rousseau) の人民主権論に始まるとされる。彼は社会契約説に立脚しつつも、それを国家統治の正当性の根拠に留めなかった点で、ホブズ (T. Hobbes) やロック (J. Locke) とは異なる。主権とは、国家の構成員たる市民全体としての「人民 (people)」の共同利益に向けられた一般意思を意味する。一般意思は立法意思と同一視され、それは全市民の参加によって行使されるものとみなされた。ゆえに、個々の具体的な市民すべてが主権者となることで、直接民主主義がより徹底されることになる (芦部信喜・高橋和之補訂、前掲書、

四一―四二頁・山下威士編『法学（増訂版）』尚学社、一九九二年、六八頁以下）。

(103) 拙稿、前掲法学新報第一二〇巻九・十号掲載論文、六八五頁以下。

(104) 第二三条（一）項によれば、「統一された欧州を実現させるために、ドイツ連邦共和国は、欧州連合の発展に協力するが、この欧州連合は、民主的、法治国家的、社会的及び連邦的な諸原則及び補完性（Subsidiarity）の原則に義務付けられており、本質的な点でこの基本法の基本権保障に匹敵する基本権保障を有しているものとする。この点について、連邦は、連邦参議院の同意を得て、法律により主権を委譲することができる」。また、同条（1a）項によれば、「連邦議会及び連邦参議院は、欧州連合の立法行為が補完性原則に抵触することを理由として、欧州連合裁判所に訴えを提起する権利を有する（高田敏・初宿正典編訳、前掲書、二二五頁）」。

(105) ドイツ憲法裁判研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、一九九六年）三二五頁以下：Vgl. BVerfGE, 89, 155, Urteil v. 12. 10. 1993.

(106) 中西優美子「ドイツ連邦憲法裁判所によるEUリスボン条約判決」『貿易と関税』vol.58, No.2, 2010, 2^o 二〇一〇年、六七頁以下：vgl. BVerfGE, 2 BvE2/08 vom 30. 06. 2009.

(107) 基本法第三八条一項：ドイツ連邦議会の議員は、普通、直接、自由、平等及び秘密の選挙でこれを選挙する。議員は全国民の代表者であって、委任及び指図に拘束されることはなく、自己の良心のみに従う（高田敏・初宿正典編訳、前掲書、二二二頁）。

(108) 同議定書は全部で九条からなる（PROTOCOL (No 2) ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF SUBSIDIARITY AND PROPORTIONALITY, of 2010, C83/206）。

また、同議定書の注釈については、（庄司克宏「EU条約・EU機能条約コメンタール 第八回 EU条約第五条と補完性議定書（上）」『貿易と関税』第六〇巻六号、二〇一二年、五〇頁以下）参照。

(109) この点については、（庄司克宏「EU条約・EU機能条約コメンタール 第九回 EU条約第五条と補完性議定書（下）」『貿易と関税』第六〇巻九号、二〇一二年二頁以下；中西優美子「権限付与の原則」『聖学院大学総合研究所紀要』第四八号、二〇一〇年、二二三頁以下）参照。

(110) 本訴訟は、二〇〇〇人に近いドイツの経済学者や法学者らのグループによるものである。連邦憲法裁判所は一七年に量的

- 緩和政策への懸念を示し、ECJに判断を求めていた。一八年末に、ECJはこれを適法と認めている（日本経済新聞「二〇二〇年五月五日・六日：朝日新聞」二〇二〇年五月八日：Bundesverfassungsgericht HP, Urteil vom 05. Mai 2020 - 2 BvR 859/15, at https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.html?sessionid=854462&LC=FF97BB8954338D0E.A3BD4BC2_cid393_cas_of_28_August_2020)°。
- (111) 田中素香「ドイツ憲法裁判所のQ.E. (量的緩和策) 違憲判決」『世界経済時評 IMPACT』No.1769, 2020. 06. 01。 <http://www.world-economic-review.jp/impact/article/1769.html> (二〇二〇年八月二十九日最終検案)
- (112) また、法体系に内在する基本原則を法の一般原則に含める考え方もある（岩沢雄司、前掲書、六〇—六四頁；中谷和弘・植木俊哉・河野真理子・森田章夫・山本良『国際法（第三版）』（有斐閣、二〇一九年）九—九二頁；拙稿「法の一般原則」概念の今日的意義と問題点（一）」『法学新報』第一〇三巻十号、一九九七年、一二二頁以下）。
- (113) IIA, THE USE OF DOMESTIC LAW PRINCIPLES IN THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW, *STUDY GROUP DRAFT REPORT JOHANNESBURG CONFERENCE* 2016, 2016, pp. 2ff.
- (114) 二〇二〇年のILC第七二回会合においては、法の一般原則に関する作業報告が予定されている。同報告書では主に本原則がP C I J規程に導入される経緯からICJにおける実践まで歴史に触れつつある (ILC, First report on general principles of law / by Marcelo Vázquez-Bernúdez, Special Rapporteur, A/CN. 4/732, 2019)°。

(駒沢女子大学人文学部教授)