

欧州人権条約の国内受容に関する基礎的考察 —ドイツにおける国際人権保障規準の受容と課題—

福王 守

〔目次〕

問題の所在

第1章 国際人権保障規準のドイツ国内法への受容

第1節 優先的連邦法としての「国際法の一般原則」

第2節 個別的国際法規の受容

第2章 国際法に関する国内訴訟手続

第1節 国際法の受容をめぐる基本法上の対応概念

第2節 国際法に関する国内訴訟手続

第3章 欧州人権条約のドイツ国内法への受容と実施

第1節 欧州人権条約の先駆性

第2節 欧州人権条約の国内受容と実施

第4章 「法の一般原則」としての欧州人権条約の意義と問題点

第1節 EUの基本権原則としての欧州人権条約

第2節 基本権に関する「法の一般原則」概念導入の問題点

結びにかえて

問題の所在

近代以降の市民社会は、中世における国王や教会権力といった、特定権力からの個人の自由の確保を目指してきた。さらに絶対主義に対する市民革命を経て、個人の人格の自由を核とした個人の尊厳原理を実現するために、立憲主義が導かれることとなった。立憲主義とは、個人の人格を踏みにじらぬように憲法の枠組みの中に政治権力のあり方を定めようとする考え方である。そして、基本的人権の尊重とは個人の尊厳原理の実現に直接的に寄与する立憲主義の手段であり、いわば目的でもある。

一般に、従来の国際社会は絶対的な主権国家の個別的合意の範囲で構成されてきた。永久的住民としての国民は、主権国家の不可欠な構成要素である。ゆえに、人権の扱いについては個別国家の主権を尊重して、いわば国内管轄事項として扱われてきた。しかし、第二次大戦中の惨禍への反省と戦後の国際社会構造の変化から、人権の普遍性に照らした国際社会全体の対処が不可欠と認識されるに至

った。ここで必要とされてきたのが、国際人権保障規準である。周知のとおり、すでに1966年の国際人権規約が今日における最も普遍的な国際人権規準として把握されている。またこれに先立って、人権の制度的保障の先進地域であるヨーロッパでは、同人権規約に先駆けて欧州人権条約が1951年以来効力を持ってきた。

では、今日の国際法の国内受容にあたって、このような先駆的な人権条約はどのように位置づけられ、その国家実行はさらにいかなる問題を提起してきたのであろうか。この点について、本稿では欧州人権条約に関する国際法実務、および法実証主義（実定法主義）を採る主要な締約国であるドイツにおける連邦憲法裁判所の判例検証を行いつつ、これに伴う国家主権の問題について基礎的な考察を試みたい。

第1章 国際人権保障規準のドイツ国内法への受容

第1節 優先的連邦法としての「国際法の一般原則」

1 ドイツ基本法と「国際法に対する好意」概念

国際法は、一般に国家間関係を規律する規則の総体として理解されている。近代以降の市民社会の発展に伴い、特に19世紀後半以降から今日に至るまで、一般国際法の分野においても主権国家の独立性を前提に、法実証主義的な理論が主として展開されてきた。すなわち、通説たる実定国際法学の立場によれば、国際法の構成要素には社会事実に沿った形式上の合理性と客観性が求められてきたのである。その結論として、条約と慣習国際法が実定国際法の形式的法源として認められてきた¹⁾。そして、ドイツは実定法主義に依拠する国として、理論面および実務面での中心的な役割を担ってきたとされる。

このように、今日の国家間は互いに独立であることを前提として、形式的には平等な関係が成り立っている。ゆえに、独立した主権国家が並存する国際社会は、基本的に当事国の合意または共通の意思の合致に基づく限りで保たれているにすぎなかった。しかし、周知のとおり、国家間関係が緊密さを増すとともに、協力と共存のための規範もより必要とされてきている。つまり、強制力を本質としながらも、国家関係の調整を図る“相互交流の法（the law of reciprocity）”としての国際法の重要性は一層高まってきているので

ある⁽²⁾。

こうした要請を受けて、ドイツ連邦共和国は、基本法第25条1段において、「国際法の一般原則 (Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts)」を連邦法の構成部分であると規定する。また、第2段によれば、国際法の一般原則はドイツの優先的な連邦法としての地位を有し、連邦領域の住民を直接的に規律する⁽³⁾。ゆえに、ドイツ基本法との効力関係について国際法の一般原則は、連邦法よりは上位に、基本法よりは下位に位置することになる。これらは、ドイツが第二次大戦後に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と言える。このような開かれた基本法の姿勢は、「国際法に対する友好性 (Völkerrechtsfreundlichkeit)」と称されている⁽⁴⁾。

この点について連邦憲法裁判所は、第25条や後述する第100条2項が国際法の一般原則を直接的に規定するにあたって「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⁽⁵⁾。そのことからまた、基本法は第25条が規定する国際法の一般原則、とりわけ条約に関するものについては、特別の「国際法に対する友好性」への責務を負っているとする⁽⁶⁾。同様の観点から、国際法に対する友好性の原則は、第24条の「国際的な協働 (internationale Zusammenarbeit)」原則および第26条の「諸国民の友好的共存 (friedlichen Zusammenlebens)」の原則と密接に関わっていると言えよう。

2 優先的連邦法としての「国際法の一般原則」

一般国際法上、条約と慣習国際法という二つの法源の間に効力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*)」原則は国際法上にも当てはまる。したがって、国際法実務において条約は特別法や後法として優先的に適用されることが多い⁽⁷⁾。ただし、条約は個別主権国家間の明示的な合意であり、一般的な効力が欠けている。そのため、仮に多数国間条約であったとしても、条約自体は国際法の一般原則には属さない⁽⁸⁾。したがって、その限りにおいて第59条第2項は特別法として位置づけられる。

一方、慣習国際法は一般法として、条約以上の普遍性を有してい

ると言える。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ろう⁽⁹⁾。

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⁽¹⁰⁾。なお、国際法の一般原則としては以下の適用例があげられている。

まず、専ら国家に関する裁判で適用された原則としては、「属地主義原則(Territorialitätsprinzip)」、「治外法権 (Immunität)」、「外交官(Diplomaten)」の接受などが挙げられる⁽¹¹⁾。次に、主として私人の裁判で適用された原則としては、「権利保護 (Rechtsschutz)」、「犯罪人引渡し (Auslieferung)」などが挙げられる⁽¹²⁾。

なお後述するように、欧州人権条約は国際法の一般原則としてではなく、効力上は連邦法律の地位を継承して適用される⁽¹³⁾。

第2節 個別的国際法規の受容

1 条約の国内受容について

基本法第59条第2項によれば、「連邦の政治的関係を規律し、または、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または協力が必要とする。」したがって、慣習法宣言的な内容を除けば、個々の条約法規自体を国際法の一般原則の類型に当てはめることはできない⁽¹⁴⁾。一般に条約の受容形態は、新たな国内立法措置を必要とする変型体制と、それを必要としない受容体制に分かれているとされる⁽¹⁵⁾。

一方、国際法のドイツ国内への受容形態については、従来から議論が分かれてきた。もっとも、基本法第25条によれば国際法の一般原則は連邦法の構成部分であり、それらは法律に優先して連邦の住民に直接的な権利と義務を生じさせる。したがって、この意味では連邦憲法裁判所の見解に示されたとおり、一般国際法としての慣習国際法は直接的に優先的な連邦法となる。さらに条約についても、例えば「条約法 (Vertragsrecht)」のような慣習法規則を明文として

宣言した条約には国内法的効力規定が存在する、と解することができる。これらを踏まえると、手続面からはドイツにおける国際法の受容形態が「変型」体制であるとは言えない⁽¹⁶⁾。

なお、一般に個人が公権力による人権侵害を理由として国際法上の保護を受けようとする場合、まずは国内法制度を通じた権利の救済が必要である（国内的救済の原則）。

条約を国内法として受容する場合の多くは、連邦衆議院および参議院の関与の下に新しく国内法の形式で規定されることになる。これを「条約法律（Vertragsgesetz）」と呼ぶ⁽¹⁷⁾。また一部において、誤解されやすい内容を含む条約については第77条を考慮して、「同意法律（Zustimmungsgesetz）」の形で発せられる⁽¹⁸⁾。

これらの条約を受容するに当たって、まず初めに立法機関の同意を必要とするのは、当該条約が本質的に連邦の政治的関係を規律するからである。したがって、第59条2項に該当する条約とは、その内容及び目的について「本質的にまたは直接的に国家共同体内部における国家の存立、地位および重要性（影響力）または国家共同体の秩序に係る条約である」、と言われる⁽¹⁹⁾。

2 「文明国が認めた法の一般原則」について

（1）裁判準則としての沿革

厳密な実定国際法学の立場からは、国際法の法源は条約と慣習国際法に限定される。ただし、ここで問題となるのが「文明国が認めた法の一般原則（ICJ規程第38条1項C）」である。なぜならば実定国際法学の中からも、最近では本概念を国際法の第三の法源として位置づけようとするものが出てきているからである。しかし、文明国が認めた法の一般原則は以下の理由から、厳密には実定国際法の一般原則とは区別されてきた。

「法の一般原則」がはじ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、1920年の常設国際司法裁判所規程（PCIJ規程）においてである。もっとも、近代以降の国際仲裁裁判を通じて、本原則は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来ていた⁽²⁰⁾。

当時、一般国際法の分野でも複雑化する国際紛争に対処すべく、法実務の予測性と合理性を確保することがより一層必要とされていた。このため19世紀後半以降には、通説たる実定法主義の下で厳

密な国際法に基づく国際司法裁判が求められてきた。ここで実定法主義は国際社会を独立した主権国家の合意に基づくものとし、条約と国際慣習法のみを国際法の形式的法源と見なしたのである⁽²¹⁾。

しかし、国際社会の変遷につれて実定法主義は現実の社会に理論的にも実務面でも対応できなくなる。ここで実定国際法の欠缺による“裁判不能 (*non liquet*)”を回避するため、いわば妥協的に導入されたのが法の一般原則概念である。本原則は国際連盟の要請に基づく「法律家諮問委員会 (der beratende Juristenausschuß)」の審議を経て P C I J 規程第 3 8 条の 3 に明文化された。これが現在の国際司法裁判所 (I C J) 規程第 3 8 条 1 項 C として受け継がれることとなった⁽²²⁾。

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」であり、その起源を主に「ローマ市民法 (*jus civile*)」に求めることができる。これらの根拠は国際仲裁裁判の歴史と、法律家諮問委員会の審議過程から窺える。周知のとおり、近代以降の国際法はヨーロッパ公法とを中心として発達してきた。ゆえに文明国とは、一般にキリスト教とともに普及したローマ市民法を背景とするヨーロッパ諸国を意味するのである⁽²³⁾。

(2) 形式的法源としての問題点と適用範囲の拡大

しかし法の一般原則については、今日までの間に厳しい評価が下されるに至っている⁽²⁴⁾。すなわち、一般国際法上の司法裁判を通じて本原則が直接の判決の淵源となったことは一度もないのである。その原因としては主に二つのことが考えられる。

第 1 に、実定国際法学が法の一般原則概念を厳格に実定法上の原則として捉えようとしてきたことである⁽²⁵⁾。旧キリスト教文明諸国の国内法に共通する法原則の背景には、ローマ市民法が存在する。そして市民法とは基本的に平等な私人間を規律する私法であって、そこには自然法の要素が少なからず含まれていることが分かる⁽²⁶⁾。したがってそこには理論上の矛盾が内在している。

第 2 に、P C I J 規程設置当時の「文明国」の定義が今日の国際社会の基準に合わないことが挙げられる。今日の文明国の範囲は「キリスト教的ヨーロッパ諸国」に留まらないことは明らかである。これまでも外国人の人権保障に関する“相当の注意義務 (*due diligence*)”

の程度をめぐって、西欧を中心とする「国際（文明国）標準主義」と非西欧諸国の「国内標準主義」が対立してきた。従来の政治経済面の発展程度に照らせば、例えば発展途上国内において、ヨーロッパ先進国内の人権保障水準を当てはめることは不可能である。ゆえに、第二次世界大戦後の非西欧諸国の独立と国際社会への参加の増大とともに、自国民の取扱いと同一の注意義務内容を持つ国内標準主義を、一般国際法における相当の注意義務の範囲とするに至っている⁽²⁷⁾。このように、いわゆる「文明国」という表現はいわば他の文明諸国からの批判を浴びた結果、少なくとも一般国際法上は原義のまま用いられることはなくなってきている⁽²⁸⁾。

このような理由から、特にICJ設置後の賠償責任をめぐる国際裁判については、法の一般原則の明示的な適用を回避する傾向が見受けられる。すなわち、いわゆる途上国が訴訟当事国である場合、自国に不利となる本原則の適用を恐れて裁判付託を躊躇する傾向にあることが指摘される。また審理する裁判官の側についても、両当事国に対する裁判の予測性と公平性を確保するために、あえて抽象的な本原則を明示的に援用しない傾向が明らかとなってきたのだ⁽²⁹⁾。

ただし、地域的な国際法実務に着目するならば本原則の有効性はむしろ高まってきているともいえる。例えば、旧文明国からそれ以外の文明国へと適用範囲が拡大された場面としては、コンセッション（経済開発協定）が挙げられる⁽³⁰⁾。また、旧文明諸国間での発展的な適用場面としては、後述するように、EUにおけるECJおよび欧州人権裁判所の実務などが挙げられよう。

一方、ドイツにおいても法の一般原則は比較的柔軟な受容がなされているようである。連邦憲法裁判所の判決においても、「一般国際法上の一般原則」と「文明国の国内法に共通な一般原則」がそれほど厳密に区別されずに判示されている場合がある⁽³¹⁾。

第2章 国際法に関する国内訴訟手続

第1節 国際法の受容をめぐる基本法上の対応概念

ドイツ基本法における国際法の基本的位置づけは上記のとおりであるが、このような基本法の国際法に対する好意的姿勢は、どのように国内訴訟を通じて確保されているのであろうか。

まず、国際法の一般原則の効力について訴訟手続面で確保しよう

としているのが基本法第100条2項である⁽³²⁾。第2項によれば、第25条2段との関わりから「ある法的紛争において、国際法上のある„原則 (Regel)“が連邦法の構成部分であるかどうか、およびそれが個人々人に対して直接に権利・義務を生ずるものであるかどうかについて疑義があるときは、裁判所は連邦憲法裁判所の決定を求めなければならない」。なぜならば当該原則が十分な普遍性を有しているならば、第25条に基づいて一般国際法上の原則として連邦法の構成部分となるからである。そしてそれは優先的な連邦法として、領域住民に直接的な権利・義務を生み出すこととなる。この意味で第100条2項と第25条は“訴訟手続上の対応 (prozessuale Gegenstück)”を成していると言われる⁽³³⁾。

このように、第100条2項の目的は、„国際法の一般原則 (eine allgemeine Regel des Völkerrechts)“の効力を手続法上で保障することである⁽³⁴⁾。さらに問題となる原則については、連邦憲法裁判所法第83条1項に従って連邦憲法裁判所のみが、連邦法として存在するのかまたはそれが個人に対して権利義務を生じさせるのかを審査する⁽³⁵⁾。

したがって、ある国内 „法律 (Gesetz)“が国際法の一般原則と一致するかという問題は、第1項に基づいて明らかにされる。これに対して第2項は、手続要件が存在する場合に、原審裁判所の裁判官に、移送を通じた連邦憲法裁判所の判断の要請を義務づけるのである。また、これまで連邦憲法裁判所は、当事者に対して開始手続における移送の請求権を認めてきた。

第2節 国際法に関する国内訴訟手続

1 「国際法の一般原則」への疑義と審査手続

原審裁判所裁判官の移送に従い、連邦憲法裁判所は第100条第2項に基づいて、国際法のある原則が連邦法の構成部分であるかどうかの問題について決定する。

しかし、第2項による手続を連邦憲法裁判所に提起するためには、具体的な法的紛争に基づくことが必要である⁽³⁶⁾。ゆえに、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る。最上級の憲法機関とされる連邦議会や連邦政府は、第2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

体的な法的紛争の範囲内で、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。ただし、連邦憲法裁判所法第83条2項2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関与することができる⁽³⁷⁾。

さらに、第100条2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どうかである⁽³⁸⁾。したがって、ある具体的な法的紛争において、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どうかを審査する場合、この問題は具体的規範統制（第100条1項）の手続を経ることとなる。なぜならば当該事件は、もはや法訴訟の段階において国際法ではなく、国内法をめぐる問題となっているからである。具体的法律紛争を介した基本法と国内法の問題は、第1項の手続を経て審査されることになる。これに対して、第2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過ぎない。

したがって、第2項の手続に基づく国際法としての審査の対象となるには、まず法的紛争に国際法上の疑義が現れることが要件とされる。換言すれば、行政手続、または立法手続における疑義や具体的な争訟性を持た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⁽³⁹⁾。

2 具体的規範統制および抽象的規範統制による手続

これに対して、国内法として受容された条約法律の効力については次のことが当てはまる。ドイツ国内法上、国際法の継承規定は変型または執行命令を経た、“法律（Gesetz）”としての地位を持つ。ここにおいて、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、欧州人権条約にも当てはまる。また、解釈の際には国際法上の原則に考慮すると同時に、国内憲法上の原則についても考慮が必要となる⁽⁴⁰⁾。

このような形態で国内法に受容されることで、個々の条約は連邦法律としての地位を有することとなる。したがって、上述のとおり、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には、これは基本法と国内法律の問題となる。このため、基本法第100条1項に従って“具体的規範統制（Konkrete Normen-

kontrolle)“の手續を経なければならない。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本件を移送するのである。これに対して、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、第93条1項2号に従って、„抽象的規範統制 (Abstrakte Normenkontrolle)“の手續が必要となる⁽⁴¹⁾。すなわち本件は「連邦法律、ラント政府、もしくは連邦議会構成員の3分の1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実質上一致するかどうか、または、ラントの法がその他の連邦法と一致するかどうか、ということについて意見の相違または疑義がある場合」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ていると言える。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。例えばEC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ことなどが挙げられる⁽⁴²⁾。

第3章 欧州人権条約のドイツ国内法への受容と実施

第1節 欧州人権条約の先駆性

1 基本権保障の普遍性と固有性

一般国際法上の人権の扱いについては、これまで国家主権を尊重して原則的に個別国家の裁量に委ねられてきた。国際法上の国家とは、領域、永久的住民、政府、および国際法を遵守する意思と能力(外交能力)を備えていることを要件とする。これらのいずれもが他国によって介入されないとする独立権こそが、国際法上もっとも狭義の国家主権であると理解されてきた⁽⁴³⁾。ここで永久的住民とは、一般に国家の構成要素としての国籍を有する国民が想定される。

したがって、自国民の扱いは国家の対外的な独立権行使における不可分の要素をなしている。ゆえに、国民の権利義務に関する決定権は当該国家にあるのであって、これは本来他国には介入されない国内管轄事項である。国家の独立権および主権平等を基本としている国際社会では、他国の国内事項への不干渉は国際慣習法上の義務

として捉えられてきた。つまり、基本権保障は原則として主権国家の固有の政策に委ねられてきたのである。この姿勢は個別国家間のみならず、国際機構と主権国家間の関係においても同様であったと言える⁽⁴⁴⁾。

その一方で、基本的人権の問題はもはや国際関心事項として国際社会の判断にも委ねられるべきだとする考え方が普及してきた。特に自由権的基本権とは、国家を想定する以前に与えられるべき所与の権利（自然権）として一般に把握されている⁽⁴⁵⁾。この権利は本来国家の基本法たる憲法にあらかじめ規定されるべきものである⁽⁴⁶⁾。

これを受けて、一般国際法の分野でも第二次世界大戦後、国連の主導の下で国際的な人権保障のための国際人権章典の作成が試みられた⁽⁴⁷⁾。世界人権宣言および国際人権規約は従来の人権の形式的平等主義の思想を一步進め、不平等の是正のためには国家の積極的政策を必要とする、実質的な人間平等主義の思想を貫こうとしている。つまり、国家に優先する人権の性質を踏まえて、この問題を“国際社会（community of nations）”の利益または“人類共通の利益（common interests of mankind）”に関わる問題（国際関心事項）として扱おうとする姿勢が窺えるのである。自由権に代表されるような、いわば普遍性を持った権利については、その侵害は諸国間の友好関係や国際平和を脅かすことにつながる。この場合は国内事項不干渉原則の例外となり、国際社会全体の利益に関わる人道的関心事項として、国際管轄事項に属するとされる。これは特に国際連合の展開とともに形成されてきた概念である⁽⁴⁸⁾。したがって、当該国家による作為または不作為による人権侵害は、さらに国際社会を通じて、人権の性質に応じて是正されねばならないと考えられるようになってきたのである。

2 国際人権保障規準としての先駆的性格

（1）欧州の人権保障と欧州人権条約

第二次世界大戦後のヨーロッパ全体の人権保障は、欧州審議会（Der Europarat）に始まる諸制度を通じて徐々に確保されてきた。1949年に欧州審議会は、人権保障に関する地域的な国際協議機構として設立された⁽⁴⁹⁾。戦後の欧州の地域的国際機構は、いわば冷戦構造という社会体制の対立の中で多く形成されていった。にもかかわらず、今日まで欧州審議会は東西ヨーロッパにわたり国家を越

えた人権保障制度の構築に寄与している。この点において審議会は際立った存在であると言えよう⁽⁵⁰⁾。

本審議会の設立条約は欧州審議会規程である。規程の前文は、「個人の自由、政治的自由および法の支配」が民主主義の基礎をなすものであり、人民の「共同の世襲財産」であると規定する。これを受けて第1条第a項は、本審議会の目的がこれらの「擁護と実現」を図りつつ、「加盟国の経済的および社会的進歩を容易にするために加盟国の間に一層大きな一致を達成することにある」と定める⁽⁵¹⁾。また、この目的達成のために第3条では、「法の支配」および「基本的人権の尊重」という法原則の受諾を加盟国の義務としている。こうして人権保障実現のために欧州諸国の協力が必要とされたのである。

したがって、後のEUのような急速に進んだ地域統合の形態と比べて、欧州審議会は次のような特徴を持つといわれる。すなわち、欧州審議会の本来の目的は国家を越えた次元への社会統合とは言いきれない。審議会自体はあくまでも各国の独立と平等の次元を保ちつつ、加盟国間の膨大な条約を通じて国家間の「法的な均質化」を図ろうとしているにすぎない⁽⁵²⁾。むしろ審議회를母体とした法制度と実施機関によって、徐々に貫国家的な人権保障体系が構築されてきたと言えよう。

この欧州審議会の目的達成のために、1950年に法的指針として作成されたのが「欧州人権条約」である。これは国際連合による国際人憲章典作成作業の影響を強く受けおり、後の国際人権規約(1966)に先駆けた具体的な実施措置である点で大きな意義を持っている。

本条約はその正式な名称(人権および基本的自由の保護に関する条約)からも明らかとなおり、自由権を中心として規定されている⁽⁵³⁾。前文によれば、欧州諸国は「政治的伝統、理想、自由および法の支配についての共通の遺産を有」しており、「世界人権宣言中に述べる権利のいくつかについての集団的実施のために最初の措置をとる。」条約は主に12の自由権を定めているが、これらは世界人権宣言が予定する市民的および政治的権利及び自由を具体化しようと試みている(第1-12条)。

(2) 第11議定書による制度改革

なお、欧州人権条約その後のたび重なる改正を経た末、1998年には本条約に関する第11議定書が発効した。その結果、今日では条約の主な実施は人権裁判所が担うこととなった。

第11議定書(1998年発効)は、裁判所の機能を充実してこれまでの欧州の人権保障制度を抜本的に改革しようと試みている⁽⁵⁴⁾。その改正の要点はおおよそ次のとおりである。すなわち、第1は人権裁判所の常設化であり、第2に人権委員会と人権裁判所の統合によって効率化を図ることである。これによって裁判所を通じた人権保障は制度上一層確保されることとなった。

本議定書の前文は、条約の改正の「緊急の必要性」に触れている。主な理由としては「申立件数の増加と欧州審議会加盟国の増大」が挙げられ、改正の目的は「人権及び基本的自由の保護の効率を維持し並びに改善する」ことであるとする。そして「特に既存の欧州人権委員会及び欧州裁判所に代る新しい常設の裁判所の設立」を改正内容の中心としたのである。

次に、今回の改正によって人権委員会は裁判所に統合されて廃止となった。すなわち裁判所は人権委員会の機能を吸収し、初めから個人の出訴権を確保できることになった。また締約国側もこの権利の行使を「いかなる方法によっても」妨げてはならないとされた(第34条)。こうしてようやく、個人は人権侵害の救済を直接に人権裁判所に求められるようになったのである。

なお、第33条は選択条項としての位置づけられており、裁判の付託は原則的に任意とされるが、すべての締約国は義務的管轄権を承認している。また出訴権者は締約国および個人である。裁判所は管轄事件に対する判決に加えて、閣僚委員会の要請に応じて勧告的意見を下すことができる(第47条)⁽⁵⁵⁾。

第2節 欧州人権条約の国内受容と実施

1 ドイツ国内への受容と実施状況

欧州人権条約の締約国として、ドイツの連邦憲法裁判所は本条約をこれまで尊重してきている。ただし人権の国内的救済の法実務に際しては、これまで条約の国内的効力の問題を抱えており、ひいては欧州人権裁判所との権限関係に苦慮しているのが実情である⁽⁵⁶⁾。この原因は本条約の国内法への受容とその法的地位にある。

学説については、ごく最近ではその直接的効力が主張されている。しかし、結果的に連邦憲法裁判所は直接的効力を認めていない⁽⁵⁷⁾。むしろ、同条約が基本法第59条に基づく変型を通じてのみ効力を有するに過ぎない点に判断の比重が置かれている⁽⁵⁸⁾。

また、基本法も条約自体に関する連邦憲法裁判所の管轄権を設けていない。なぜならば、条約自体は基本法の一部ではないからである。ゆえに、公権力による条約上の基本権の侵害を、ただちに国内法上の基本権の侵害と置き換えることは難しい。したがって、上述のとおり裁判所の審査対象は、条約として受容された後に国内法として変型された、条約法律または同意法律に限定されることになる。換言すれば、侵害された条約上の基本権内容は、いわゆる憲法異議の手続を通じて実現されるものではない⁽⁵⁹⁾。

したがって、条約違反の事実自体に対する直接的な判断は、ほぼ欧州人権裁判所に委ねられている。

なお、条約違反による人権侵害の国内的救済については、次の現状が指摘されている。第1に、連邦憲法裁判所は基本法上の原則の枠組みにおいて間接的な審査基準として適用するにとどまる。この点については、例えば国家機関による「法の下での平等」原則の任意適用の枠組みなどが挙げられている⁽⁶⁰⁾。第2に、人権条約はまた基本権に関する法律上の解釈という枠組みの中で、“解釈上の補助手段 (Auslegungshilfe)”として援用されうるにすぎないとも指摘されている⁽⁶¹⁾。

2 管轄権をめぐる問題点

欧州人権条約の国内実施問題については多く指摘されるところではあるが、ここでは従来の実定国際法学の観点から、問題の根本的な原因として、条約による人権の取扱いに関する相反する要請を重ねて指摘しておきたい。

まず、人権の扱いの固有性との関連からは、条約自体の自動執行性の問題が挙げられる。一般に国内において変型措置をとらずに直接適用されうる条約を“自動執行的条約 (Self-executing Völkervertragsrecht)”と言う⁽⁶²⁾。従来、当該条約の自動執行性の有無は当事国の意思によって決められてきた。すなわち、条約が直接適用可能であるかどうかは締約国の国内法が決定する。また、すでに述べてきたとおり、人権の取扱いは本来、個々の主権国家の国内管轄事項であった。ゆえに、人権条約といえども国家間の合意であり、国内

法制度における手続を経ずに直接的に個人に権利義務を付与するとは言えない。

しかし、その一方で人権の取扱いが個別国家の国内管轄事項とは言えない場合も増えてきている。特に、自由権的基本権はいわば国家に優先する前国家的権利である。この意味で、人権問題は国際関心事項であり、さらに人道的な性質を有する人権問題については、国際管轄事項として扱われる場合も少なくない。ゆえに、自動執行的な条約の概念に個人の権利義務を付与とする考え方も有力とされる。こうした視点を踏まえると、人権問題を国内管轄事項としての条約の適用を回避することにも大きな問題が残ることとなる。

こうした見解を受けて、ドイツにおける近年の学説にはその直接的効力が主張するものもある。しかし、連邦憲法裁判所はこれまで直接的な効力を結果的には認めていない。人権問題の持つ普遍性と固有性という相異なる要請をいかに調和させるかが、今後とも課題とされるであろう。その意味で、第11議定書発効後における欧州人権条約の実施状況の検証が、今後とも必要とされるであろう。

第4章 「法の一般原則」としての欧州人権条約の意義と問題点

第1節 EUの基本権原則としての欧州人権条約

このように、ドイツにおいて欧州人権条約の直接的な国内適用は実施されているとは言いがたい。しかし近年では、間接的な形を取りながらも、実質的に同条約に規律される場合が増加している。それが欧州連合(EU)における「法の一般原則」の実務である。

1 主権の委譲をめぐる共同体法と国内法の対立

旧ECは、かつての冷戦構造の下で西欧の資本主義諸国の経済力を統一的に確保する目的で組織された。そのために共同体が設立当初より貫こうとしてきたのが“国内法に対するEC法の優位性の原理(a doctrine of supremacy over national law)”であった。そのために、共同体の司法機関である“EC裁判所(European Court of Justice, ECJ)”も、初期の判決では共同体法の実効性を確保する目的で、構成国の国内法に対する共同体法の優位性を明確に示してきた⁽⁶³⁾。

しかし、共同体設立当初から裁判所に提訴されてきた事件には、

共同体法の適用の是非とともに基本的人権の保護を求めるものが少なくなかった。これは共同体の設立に伴う特殊性を考慮すればむしろ自然なこととも言える。各構成国は共同体の設立に際して、いわば国家の独立権の一部を委譲している。しかし、EUの場合はさらに特殊な成立基盤を有しているため、国内法の観点から、委譲可能な主権を「高権の主権 (Hoheitsrechte)」⁽⁶⁴⁾として、不可譲な根本的主権を「絶対的主権 (Souveranität)」⁽⁶⁴⁾として把握する必要が出てくる。そして、従来からEUにおける委譲可能な高権の主権の拡大に伴い、不可譲なはずの絶対的主権の範囲が制限されつつあることが問題とされてきたのである。

ここでは特に、ECJの裁判実務を通じて基本権の欠缺補充に向けて重要な役利を担ってきた欧州人権条約と「法の一般原則」概念の問題について指摘しておきたい⁽⁶⁵⁾。

2 マーストリヒト条約における基本権保障

EUは1993年にマーストリヒト条約に基づいて設立された⁽⁶⁶⁾。本条約はEUの設立条約であるとともに、はじめて基本権保障規定を設けた点で大きな意義を持つ⁽⁶⁷⁾。さらに、1999年に同条約は改正され、現在はアムステルダム条約と呼ばれている。今後とも法改正は予定されており、構成国の基本権保障はより強化されることが予測される⁽⁶⁸⁾。

条約前文は、自由、民主主義、人権と基本的自由の尊重、および法による支配の諸原則への愛着を確認している。一般に前文とは、条約全体の目的と趣旨を明らかにしたものであり、条約全体の淵源として具体的な規定を導く。故に、ここからはEUの経済統合の目的は基本的人権の尊重原則に基づいて行われてゆくことが確認される。

またこれを受けて第6条1項は、「連合は、自由、民主主義、人権および基本的自由の尊重の諸原則、および法の支配、構成国に共通な諸原則を基礎とする」として、具体的に基本権の制度的保障を規定する。さらに第6条2項は、欧州人権条約が保障し、「各構成国に共通な憲法上の伝統に基づく基本権を共同体の法の一般原則として尊重する」と規定するに至った⁽⁶⁹⁾。

さらに、改正された第7条は、共同体の人権保障機能の制度的な強化を試みている。第1項では、欧州理事会に「第6条1項に掲げる諸原則

に対する重大かつ継続的違反の存在を認定すること」を認める。そして、違反国に対して一定の権利の停止という法的制裁が加えられることとなった(第7条2項)⁽⁷⁰⁾。

しかし、EUの急速な権限の拡大に伴い、基本権原則を法の一般原則として位置づけることは、国内法とEU法の新たな衝突問題を引き起こすこととなった。これが、厳密にはEU法とは言えない「法の一般原則」と構成国国内法規範との衝突である⁽⁷¹⁾。

第2節 基本権に関する「法の一般原則」概念導入の問題点

1 国際公益概念の未成熟性と絶対的主権の不可譲性

法の一般原則をめぐる規範の衝突問題は、国際公益概念の普遍性の問題に通じる要素を含んでいる。また、基本権保障の核となる個人の尊厳原理は、国家に優先する基本原理として捉えられてきた。しかし、仮にこれを国際社会の総意とした上でも、現時点であらゆる基本権保障原則を一般国際法上の原則として把握することは困難である。なぜならば、依然として今日までの国際社会は、主権国家による合意社会の域を出ないからである。

今日多く主張される国際公益または“人類の共通の利益 (common interests of mankind)”という概念も、依然としてそこから演繹的な価値体系を構築するまでには至っていない⁽⁷²⁾。むしろこのような背景ゆえに、国家間関係は平等な私人間の契約関係になぞらえる程度に留まってきたのであり、事実、法の一般原則も主に私法原則の類推として捉えられてきたのだ。EUはたしかに共通の法文化を背景としているものの、現時点のEUと構成国間の関係をより密接で安定した必然社会と捉えるには依然として無理がある。法の一般原則と国内法の衝突は何よりもそのことを証明していると言えよう。

2 「法の一般原則」としての欧州人権条約の問題点

現時点で基本権問題を法の一般原則によって解決することについては、少なくとも以下のような内在的な矛盾が認識されていなければならないと解する。

第1に、法の一般原則概念がEUにおいても依然として自然法の要素を残した原則であることが挙げられる。一般国際法上、本原則は自然法の要素を強く残したローマ市民法の影響を受けていた。一

般国際法との比較からEUにおける個々の法の原則に着目するならば、より実定法としての具体的な性格づけがなされていることが分かる⁽⁷³⁾。

しかし、共同体は本来基本権規定を欠いていただけでなく、行政法分野の法体系も極めて不十分であった。そのためこの分野での法の一般原則への依拠は積極的なされていたのだ。ここにはもちろん成文法として行動に発達したフランス法やドイツ法の行政法の原則も含まれているが、一方では、イギリスで発達した“自然的正義(natural justice)”の原則も採用されている⁽⁷⁴⁾。このように公法分野でのEU法は極めて未成熟な状態にある。

これに対して、特に自由権的基本権とは国家以前の権利であって本来国家の基本法たる憲法に明文で保障されていなければならない。なぜならば、個人の尊厳を確保するために、統治権の行使のあり方を定めたものが憲法であるからである。基本的人権は厳密に実定法が規律すべき分野に属する。したがって、依然として自然法の要素を含んだ本原則の適用範囲を積極的に拡大すべきかという点で、慎重な対応が求められる⁽⁷⁵⁾。

第2に、基本的人権に関する法の一般原則の適用を認める結果、これが合意を前提とした国際社会をより統一的な社会として捉えることにつながる。たしかに、EUの構成国はローマ法という共通の法文化に根ざしているといえよう。しかし、いかに共通な法文化的背景を持った地域的国際社会であっても、それを合意社会の枠組みから必然社会の枠組みへと拡大して捉えることが妥当であるのか、という疑問は依然として残されている⁽⁷⁶⁾。

3 ドイツ連邦憲法裁判所およびECJの対応

このようなECJの判決の動向に対しては、欧州連合の設立に関する条約の合法性をめぐる、1993年のドイツの国内裁判(マーストリヒト判決)が重要である。連邦憲法裁判所はEUが民主主義原理に基づく機関であることを認めながらも、ドイツの高権的主権の限界を越えたEU機関の権力濫用行為に対しては、依然として連邦憲法裁判所の審査が及ぶと判示したのだ⁽⁷⁷⁾。すなわち連邦憲法裁判所は、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「国民に由来する正当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ければならない」と判示する⁽⁷⁸⁾。

一方、こうした判決を受けて、欧州理事会はECが欧州人権条約に加盟する際の法的問題への意見をECJに求めている。裁判所は1996年に注目すべき勧告的裁判所意見を述べた。判示によれば、基本的人権の尊重はEU構成国共通の一般原則であり、共同体の行為の合法性を審査する根拠となる。ただし、ECが欧州人権条約に加盟するには二つの法的問題が存在する。第1に、本条約締結の前提としてのEC自身の権限が欠如している。すなわち、ECには基本的人権についての立法権限が一般に欠如しており、この分野での対外的権限も存在しない。第2に、ECの基本条約と欧州人権条約は根本的に立法趣旨が異なっている。よって、例えばECJと欧州人権裁判所の管轄権の問題については、具体的な提案と十分な情報が得られない限り、回答ができない⁽⁷⁹⁾。

結びにかえて

戦後の国際社会の緊密化に応えるべく、ドイツは基本法を通じて国際法に対する開かれた姿勢を示そうとしてきた。復興期における欧州人権条約の受容はこれを顕著に示したものであった。

人権概念が備える普遍性と固有性は、これまでもドイツ国内外における基本権保障問題に少なからず影響を及ぼしてきた。人権概念の普遍化の過程では、これまで以上に国家の高権的主権の範囲を拡大することになる。これは、国際社会を合意社会ではなく、国内社会に類似した必然社会として捉えることにつながるであろう。欧州人権条約第11議定書の試みによって、より普遍的な人権保障に向けた実効性が確保されていくことが期待される。

しかし、委譲可能な主権の範囲を拡大していく過程では、さらに検証すべき課題が増大していくことにも留意しなければならない。たしかに、アムステルダム条約が基本権原則を法の一般原則として位置づけたことで、欧州人権条約はより普遍化され、EUと構成国の関係をさらに統一的に規律する可能性を開いた。だが、性急な適用場面の拡大は、個別国家の固有性への尊重を欠くこととなり、国家主権の根本的に不可分の要素についてまで委譲可能と見なすことにつながる。十分な検証のなされないままに、地域的国際社会を統一的に把握する便宜的手段として法の一般原則概念に依拠しつづければ、むしろ将来にわたって、国際法と国内法に関する理論と実務の混乱をもたらしかねない。

欧州人権条約を通じた法の一般原則への依拠は、国際法と国内法をめぐり一般性と固有性の問題を司法作用によって止揚するかのように見える。しかし、この一連の司法作用への過度な信頼は、今日までの国家間関係の前提である主権概念を揺るがしつつあることにも、留意しなければならない。1990年代の連邦憲法裁判所の判決とECJの勧告的意見は、こうした傾向に対して国内および国際司法双方の立場から警鐘を鳴らしたものとして受け止めることができよう。

註

- (1) したがって、ここでは従来の実定国際法学の立場から、法の発現様式または法定立の方法および手続きという意味で、国際法の法源を形式的法源として捉える（經塚作太郎『現代国際法要論（補訂版）』中央大学出版部、1992年、71頁）。
- (2) 經塚作太郎、前掲書、97頁；See Georg Schwarzenberger, *Three Types of Law, Current Legal Problems* vol. 2, 1949, pp. 114 - 115.
- (3) 第25条は、「国際法の一般的諸原則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。」と規定する（高田敏 初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第3版）』信山社、2001年、222頁；Hans D. Jarass, Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar* (5. Aufl.), 2000, S.570 ff.)。
- (4) Jarass/Pieroth, a. a. O., S.572, RdNr.4.
- (5) Vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts(BVerfGE)75,1/17.
- (6) Vgl. BVerfGE 18, 112/121.
- (7) 經塚作太郎、前掲書、87頁。
- (8) Jarass/Pieroth, a. a. O., S.573, RdNr.6；Vgl. BVerfGE 6, 309/363.
しかし、「条約法(Vertragsrecht)“は後に第25条に当てはまるような慣習法的原則を含みうる、とも指摘されている。その際に前提となるのは、当該原則が条約法として適用されているに過ぎないのか、または一般的に慣習法としても適用されているのかということである。さらに、条約は慣習法に対して衝突した場合には優先するが（Vgl. BVerfGE 18, 441/448）、それは慣習法が例外的に強制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。同様に、「同意法律(Zustimmungsgesetz)“も条約の優位性を共有する。
- (9) 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（Vgl. BVerfGE 23, 288/317）。したがって、「ある一般的な、確立された諸国家の実行に基づき、法的確信をもって行使された（一般的な）原則に基づいて、これらの行為が正当化されるのだ（Vgl. BVerfGE 6, 39/64 f.）。」
- (10) Jarass/Pieroth, a. a. O., S.572, RdNr.5；Vgl. BVerfGE 46, 342/389.
- (11) Jarass/Pieroth, a. a. O., S.573 ff., RdNr.9.
「属地主義」原則について。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)。国内法は対外的な事情に対しては事実に基づくきっかけがなければ適用できない。

「治外法権」原則について。外国およびそのための実施機関は、自国の主権作用に関しては他国の主権的行為に服さないが、他国の領域において自国の主権的な行為は行えない (Vgl. BVerfGE 16, 27/60 ff.)。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。外交的交流上の形式平等取扱いは外交使節に対して必要とされており (Vgl. BVerfGE 46, 342/402)、平和条約に反してはならない (Vgl. BVerwGE 37, 116)。ウィーン条約の範囲を越えた治外法権は第三国に対しては生じない (12) (BVerfGE 96, 58/86 ff.)。

Jarass/Pieroth, a. a. O., S.574, RdNr.10.

「権利保護」原則について。本原則によって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, 253/303 ff.)。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。本原則について認められているのは、„特定主義 (Spezialität)“の原則であるが、それ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って制限される (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)。

- (13) Vgl. BVerfGE 74, 358/370.
- (14) この意味で、条約法に関するウィーン条約 (1969) は、一般国際法上の原則を多く含むいわば慣習法宣言条約として位置づけることができる (Jarass/Pieroth, a. a. O., S.573, RdNr.6)。
- (15) 一般に条約を国内で実施する際の手続は各国の憲法体制に委ねられている。およそこの手続は2種類に分けることができる。その一つは „受容 (Rezeption)“ 体制であり、原則としてこの体制は条約を特別の立法行為を経ずに直ちに国内法として適用することを意味する。もう一つは „変型 (Transformation)“ 体制であり、国内実施の際には新たに立法行為を経るものである。この場合、実際に実施されるのは国内法であって条約そのものではない (經塚作太郎、前掲書、349頁)。

受容体制の国としては、フランス、アメリカ合衆国、日本などが挙げられる。変型体制の国としては、イギリス、カナダ、オーストラリアなどが挙げられる。

- (16) 国際法学会編、「国際関係法辞典」三省堂、1995年、423頁。
- (17) Jarass/Pieroth, a. a. O., S.732ff.; RdNr.7.
- (18) Vgl. BVerfGE 73, 339/375. なぜならば、「長期間解消できない国際法的な性質を持つ拘束力」には、議会による補強が必要であると解されているからである (Vgl. BVerfGE 68, 1/88)。
- (19) Jarass/Pieroth, a. a. O., S.734; RdNr.10; Vgl. BVerfGE 1, 372/382. 例えばその意味で当てはまるのは、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) またはいわゆる対東欧条約 (Vgl. BVerfGE 40, 141/164 f.) などが挙げられる。
- (20) Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, pp. 38-39.

一般に近代の国際裁判は、1794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)” に始まると言われる。なぜならば、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、ここで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からである。

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1872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「19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。

- (21) 国内社会において、国家の構成要素としての国民の行為は一般に憲法によって規律されている。したがって、国内法上は社会規範 (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を強制規範 (裁判規範) と理解することができる。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 (国内法の集権的性質)。

これに対して今日までの国際社会は依然として主権国家間の合意を前提としており、国際社会の上位にたつ憲法は存在せず、統一的な権力機関は存在しない (国際法の分権的性質)。ゆえに実定国際法学においては裁判規範が必ずしも行為規範とはいえない。よって結果的に、厳密に両者の性質を備えた規範が条約と国際慣習法に限定されるとい

- える(田畑茂二郎『国際法新講(上)』東信堂、1990年、26頁以下; 松井芳郎他著『国際法(新版)』有斐閣、1993年、16頁以下)。
- (22) 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、1986年、49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、(*Proces-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, 1920, pp.318ff.) 参照。
P C I J 規程第38条の3については、*P C I J Series D* (No. 1), p.20 参照。I C J 規程第38条1項Cについては、*I C J Selected Documents Relating to the Drafting of the Statute*, 1946, p.22.
- (23) 拙稿「[法の一般原則]の今日的意義と問題点(二)」『法学新報 第103巻10号』、1997年、115頁。
- (24) 国際仲裁裁判時代から第二次世界大戦後の復興期までの、本原則をめぐる法実務の分析についてはチェン(B. Cheng)が詳細に試みている(*Bin Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, pp.29ff.)。
- (25) 法律家諮問委員会におけるデカンの原案をそのまま受け入れることに対しては複数の反対意見が出た。当初、ルート(アメリカ)は適用法規を条約と国際慣習法に限定すべきだと主張した。またフィリモア(イギリス)は、両法規不在の場合には「すべての国家によって“国内裁判上(*in foro domestico*)”認められているもの」として捉えようとした。その結果、両者による修正案が“文明国が認めた法の一般原則(*the general principles of law recognized by civilized nations*)”として承認された(住吉良人「文明国が認めた法の一般原則」『法律論叢 第48巻4・5・6号』、1976年、265頁他)。
- (26) Lauterpacht, *op. cit.*, pp.11ff, p.297.
- (27) 經塚作太郎 前掲書、250-251頁。
- (28) 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66巻5号 1968年、41頁。
- (29) 小川芳彦「国際裁判所と法の創造」『法と政治』第15巻4号 1964年、19頁。
- (30) この点についてはじめて詳細な分析を試みたのがローターバクトの恩師であるマクネアである(Lord McNair, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, *BYIL* vol 33, 1957, pp.2ff.)。
- (31) Jarass/Piero, a. a. O., S.573, RdNr.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国内法原則(*Die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze*)”として把

握されている。本原則は第25条に属する (Vgl. BVerfGE 23, 288/316 f.)。したがって法原則が認められる場合、それらは国内法秩序において合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持つが、特に解釈と欠缺の補充のためである。

- (32) Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., 1997, S.116, RdNr.159; Vgl. Jarass/Pieroth, a. a. O., S.968 ff./978
- (33) Schlaich, a. a. O., S.115, RdNr.158.
- (34) Jarass/Pieroth, a. a. O., S.978, RdNr.19. 連邦憲法裁判所は「基本法第100条2項による国際法の一般原則の保障機能」について言及しており、第2項は一般性を備えた国際法規範を明確にするものとして捉えることができる (Vgl. BVerfGE 75, 1/11)。
- (35) 連邦憲法裁判所法第83条1項は、「連邦憲法裁判所は、基本法第100条第2項の場合、国際法の原則が連邦法の構成部分であるかどうか、及びそれが直接に個人に対して権利・義務を生ずるかどうかを、その裁判において確定する」と規定する (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」比較法雑誌第16巻1号 (1982年、153頁)。
- (36) Jarass/Pieroth, a. a. O., S.978, RdNr.20. 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) 原審たる移送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 (Vgl. BVerfGE 64, 1/14 ff.)。(3) 移送対象が、国際法の一般原則上の存在、法的性格、効力の範囲及び拘束力であること (Vgl. BVerfGE 15, 25/31 f.)。(4) 連邦憲法裁判所法第84条、第80条2項に基づく疑義が裁判にとって重要であること (Vgl. BVerfGE 15, 25/30)。(5) 形式、根拠。連邦憲法裁判所法第84条、第80条2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。
- (37) 連邦憲法裁判所法第83条2項2段は、「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。
- (38) Schlaich, a. a. O., S.116 f., RdNr.160.
- (39) 第100条2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

を必要とする第100条1項の具体的規範統制とは異なる(a. a. O., RdNr. 164.)。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。この点でも第100条1項1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 23, 288/319; 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 第37巻2号』、1994年、242頁)。その際移送の権利は手続上まず訴訟関係人に帰属する。

もっとも、これまでこの手続を通じて下された重要な決定はわずかである。この場合に移送決定の根拠となる争点のほとんどは、ドイツ法の主体および外国法の主体間の法律関係から生ずる、条約上の請求権遂行の問題であったとされる。例えば、アメリカの軍法会議によって死刑を宣告され、1945年に処刑された捕虜の曹長に関する家族の遺族年金支払いの事例がある(Schlaich, a. a. O., S. 116, RdNr. 158)。

- (40) Jarass/Pieroth, a. a. O., S. 737, RdNr. 17.
- (41) a. a. O., S. 937 ff., RdNr. 17 ff.; Vgl. Fränk Burmeister, *Gutachten des Bundesverfassungsgerichts zu Volkerrechtlichen Verträgen*, 1998, S. 50 ff.
- (42) 田上譲治「改訂 西ドイツの憲法裁判」、信山社出版、1988年、110、120-121頁; Vgl. Burmeister, a. a. O., S. 38 ff. 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。
- (43) これらの四つの要件がはじめて明示されたのが、国家の権利義務に関するアメリカ諸国間条約(モンテビデオ条約、1933年)である(経塚作太郎 前掲書、148頁)。
- (44) 拙稿「欧州の基本権保障と「法の一般原則」」『敬和学園大学研究紀要 第9号』2000年、165頁以下。
- (45) 芦部信喜『憲法(新版補訂版)』岩波書店、1999年、73頁以下。
- (46) 国家権力からの自由による形式的自由を目的とする自由権規約(B規約)は即時の実現を、また国家の積極的な是正によって実質的平等を確

保しようとする社会権規約（A規約）は、漸進的な実現を求められていると解されている。

- (47) 第二次世界大戦の反省から、国連の究極的な目的である国際の平和と安全の維持（国連憲章第1条1項）の達成にとって、人権の保護は不可分の関係にあると認識されたためである（第1条3項）。そこで本来国際人権章典は単一文書の形式が予定された。しかし、国連は人権に対する各国の認識の相違に直面せざるを得なかった。なぜならば、ここには人権保障をめぐる従来から続いていた、欧米先進国を中心とした「国際標準主義」と、途上国を中心とした「国内標準主義」の対立が影響していたからである。したがって、第一段階としての世界人権宣言と、第二段階としての国際人権規約が段階的に作成されたといえる（Vgl. Rudolf Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 4. Aufl., 1994, S.402 ff. ; 国際法学会編 前掲書 83頁；小田滋・石本泰雄編 「解説条約集（第9版）」三省堂、2001年、106頁）。
- (48) 国際法学会編、前掲書、247頁－249頁。なお、国際法上の人権保障の必要性と諸原則については、（北村泰三 「国際人権と刑事拘禁」 日本評論社、1996年、7頁以下；Robert Jennings & Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. Vol.1, 1992, p.1000）参照。
- (49) 欧州審議会は、閣僚委員会と諮問会議から構成される。閣僚委員会は審議会の目的遂行措置に関して審議し、加盟国政府に勧告を行う代表機関である。一方、諮問会議は管轄内の事項について協議し、その結果を閣僚委員会もしくは加盟国政府に勧告する。

なお、「Der Europarat」は欧州評議会とも訳される。また、以下の国際機関とは区別される。「Der Europäische Rat（欧州理事会）」および「Das Europäische Parlament（欧州議会）」は、ともにEUの機関である（国際法学会編 前掲書、81頁）。
- (50) 畑博行・水上千之、「国際人権法概論」有信堂高文社、1997年、217頁。設立時点で審議会は、資本主義体制に基づく10カ国のヨーロッパ諸国から構成されていた。しかし、人権保障に対する強い関心は体制を越えて浸透していくことになった。特に冷戦時代においても、欧州の完全な東西分断を避けようとする双方側の意思は固く、その終焉とともに旧「東側」諸国が多く加盟することで全欧的な機構となったのである。
- (51) 香西茂・安藤仁介 編集代表 「国際機構条約・資料集」 東信堂、1986年、232頁。
- (52) 最上敏樹 「国際機構論」 東京大学出版会、1996年、235頁。

- (53) 本条約とは別に、社会権については1961年の欧州社会憲章が規定している。
- (54) F. スュードル著／建石真公子訳『ヨーロッパ人権条約』有信堂、1997年、8頁；畑博行・水上千之 前掲書、1997年、225頁以下；最上敏樹、前掲書、243頁以下。
- (55) 締約国は裁判所の終結判決に従い、閣僚委員会はその執行を監視する(第46条)。See *Series A of the European Convention on human rights (Series A)*, vol.41A, 1998；前掲『解説条約集』、154頁以下。
- (56) Schlaich, a. a. O., S. 254, RdNr. 334(p) ff., ； Geiger, a. a. O., S. 407 f. : 齋藤正彰「国法体系における条約の適用」『北大法学論集第4号』、1955年、981-982頁。
- (57) BVerfGE 10, 271/274.
- (58) Vgl. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 52, 313/334.
- (59) 基本法第93条1項4aによれば、連邦憲法裁判所は公権力によって国内法上の基本権侵害がなされた者に対する憲法異議について、管轄権を有する。
- (60) Vgl. BVerfGE 74, 358/369 f.
- (61) Schlaich, a. a. O., S. 254f., RdNr. 334(q)；Vgl. BVerfGE 64, 135/157.
- (62) 国際法学会編 前掲書、389頁。
- (63) 「国内法に対する共同体法の優位性の原理」は“Costa v ENEL Case (1964)”で初めて判示された。本件ではEEC条約第189条を根拠に、国内法に対する共同体法の優位性が確認されている (See Case 6/64 [1964] ECR 585；田畑茂二郎・太寿堂鼎編、『ケースブック国際法(新版)』有信堂、1987年、25頁以下)。
- (64) 例えば、ドイツ連邦共和国基本法第24条1項は「連邦は、法律により、主権を国際機関に委譲することができる」と規定する。ここにおける主権とは委譲可能な高権の主権 (Hoheitsrechte) を意味している (Vgl. Thomas Flint, *Die Übertragung von Hoheitsrechten*, 1998, S. 89 ff. (96)；Jarass/Pieroth, a. a. O., S. 558 ff. (561)；樋口陽一・吉田善明編、『解説 世界憲法集 第4版』三省堂、2001年、200頁)。
- (65) 基本権原則としてのEUの制度的対応と本概念の導入経緯については、(拙稿、前掲紀要第9号、165頁以下) 参照。
- (66) 1990年代に入り、共同体諸機関はさらに基本権保障への積極的な姿勢を示すに至る。まず1991年に、ECJは、人権条約が共同体の基本権保障の主要な淵源であるのみならず、同人権尊重原理に矛

盾する措置を受け入れることはできない、と判示するに至る (Walter Cains, *Introduction to European Union Law*, 1997, p.78; See Case 260/89 [1991], ECR, I-2925, 2963-64)。この見解は構成国内における共同体の評価を高めるとともに、共同体法および旧EC組織の抜本的な改革を示唆することとなった。

かつてドイツ連邦憲法裁判所は1974年の決定 (solange I Beschluß) において、当時のEC法に基本権規定が含まれていないことを理由として、それができるまでの間は当裁判所が違憲審査権を持つことができると判示した (Schweitzer, a. a. O., S. 217 f.; Vgl. BVerfGE 22, S. 293 ff.; 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』所収 中央大学出版部、1995年、180頁以下)。

しかし、連邦憲法裁判所は、その後の国内裁判を通じて段階的にEU法に対する評価を高める判示を下していく。まず1979年の決定 (Vielleicht-Beschluß) では、ECの第一次法に対するドイツの違憲審査権を否定する。この段階で連邦憲法裁判所の違憲審査権はEEC条約には及ばず、派生法にまで限定されることになった (Vgl. BVerfGE 52, 187)。

次いで、1986年にはEC法による輸入規制法規の違憲性を争点とした決定 (solange II Beschluß) において、最も効力の強いEC派生法である「規則」に対する違憲審査権を放棄した。すなわちこの段階で裁判所は従来の立場を変更し、基本権規定を持たない共同体にも実質的にドイツの水準に見合う基本権訴訟を行えばよいと判断している (石川敏行「ドイツ法」『比較法研究』所収、1992年、有斐閣、34頁以下; BVerfGE 73, 339)。

- (67) マーストリヒト条約の発効に先立ち、1992年にドイツでは基本法第23条[欧州連合のための諸原則]が新設された。ここにおいて、EUが「民主的、法治国家的、社会的および連邦的な諸原則ならびに補完性の原則に義務づけられており、本質的にドイツ基本法に匹敵する基本権保障を有していること」が、国内憲法水準ではじめて認められた。したがって、「このために、連邦は、連邦参議院の同意を得て、法律により主権 (Hoheitsrechte) を委譲することができる」こととなった (Vgl. Jarass/Pieroth, a. a. O., S.533 ff. (537) zu Art. 23; 樋口陽一・吉田善明編 前掲書、200頁)。

- (68) See Lammy Betten & Nicholas Grief, *EU Law and Human Rights*, 1998, pp. 130 ff. Vgl. Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.),

Kommentar zu EU - Vertrag und EG - Vertrag, 1999, S. 122ff.

なお、アムステルダム条約第2条ではEUの目標達成にあたり“補完性の原則 (principle of subsidiarity)”の尊重を確認している。すなわちEUの専属管轄以外の内容については各構成国が行動の主体となる。そして「行動の目的が構成国によっては十分に達成されえず」、かつその行動の規模または効果に照らして共同体がよりよく達成できる場合に限り、共同体が補完的に行動することを意味する。アムステルダム条約には、マーストリヒト条約に比べて補完性の原則の適用基準となりうるより詳細な表現が若干なされている (Cairns, *op. cit.*, p. 6, 97; 中原喜一郎「欧州連合と補完性の原則に関する一考察」『法学新報第102巻3・4号』、1995年、376頁以下)。

Vgl. Calliess/Ruffert, a. a. O., S. 52ff. zu Art. 6.

- (69) Vgl. a. a. O., S. 5. zu Art. 7 - 2.
- (70) この問題については (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10号』2001年、183頁以下) 参照。
- (72) また、人類の共通利益自体が広範で曖昧な性格を含んでいる。さらに一方では「現在においても、なお、特別国際法に対応する少数の国家間の共通利益は存在」するため、これらの実現のためには「依然として、主権国家相互の双務的な関係を自律的に調整する従来の合意原則が適用されることになる」と指摘される (大谷良雄「共通利益概念と国際法」国際書院、1993年、23頁)。
- (73) さらに、個々の原則についても、もはやローマ市民法に起源を求めることのできない新しい内容も存在する。例えば、「構成国に共通な法の一般原則」として「租税 (税金) と公共サービス料金とのちがい・不当利得の禁止・企業秘密保護」などが挙げられる (山根裕子 前掲 EC/EU法、77-78頁)。
- (74) デイビッド・エドワード&ロバート・レイン (庄司克弘訳)『EU法の手引き』国際書院、1988年、78頁。
- (75) この点に照らせば、「人権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。なぜならば、法の一般原則は必ずしも成文化される必要がないからである」。それ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ってきたのだ (Betten/Grief, *op. cit.*, p. 57)。
- (76) 一般国際法の分野では、近年特に国際連合憲章を国際社会の憲法として解釈しようとする試みがなされつつある。この見解は1990年

代以降の安全保障理事会の活発な活動に負うところが大きい。たしかに、ここでの“憲法 (constitution)”について、国内法体系との比較から類推されたものと言える。ただし、国連憲章が国内社会の憲法に対応する機能を果たしうるという意味で、国際社会の憲法と見なせるかという点において、学説は大きく分かれている（佐藤哲夫「国際連合憲章第七章に基づく安全保障理事会の活動の正当性」『一橋大学研究年報 法学研究 34、2000年、200頁以下』）。

- (77) ドイツ憲法裁判研究会編、1996年、325頁以下；Vgl. BVefGE, 155, Urteil v. 12. 10. ; Flint, a. a. O., S. 112ff.
- (78) 川添利幸 前掲論文、184頁以下。すなわち判示によれば、同じ基本原理でありながら、人権および民主主義の原理は連邦主義の原理とは区別されるべきである。人権や民主主義の原理は国家を問わず本質的に必要とされるため、その普遍性については到達レベルの差が問題となるにすぎない。しかし、連邦制とは、ドイツを初めとして限定された国家の固有のあり方である。この意味での国家の固有性は不可譲なものとして尊重されねばならない。
- (79) Betten/Grief, *op. cit.*, pp. 111ff. ; 山根裕子、「ケースブック EC 法」東京大学出版会、1996年、96-97頁；See Opinion 2/94 Accession by the Community to the ECHR [1996] ECR I-1759.