

講 演

連邦憲法裁判所の最新判例からみた基本法と 国際秩序との関係

フィリップ・クーニヒ
岡田俊幸 訳

序論

- 1 基本法における規範的出発点
- 2 基本法と国際秩序との関係に関する
連邦憲法裁判所の基本的な判例
- 3 連邦憲法裁判所のアクチュアルな判例
：裁判所間の協力というパラダイム
- 4 未解決の問題と展望

序 論

現代の国際法秩序は、依然として、その相互関係において主権平等の地位にある主権国家の並存によって形作られている。このように国連憲章2条1号において定められている。

我々が観察することができ、かつ多くの者が、それを、国際法が将来においてその任務を克服するための装備を過去におけるよりもより良く整えることができるという希望の根拠としているあらゆる現代的展開および修正も、この出発点を変えるものではなかった。これらの変化は、国際法主体の範囲の拡大、非国家的アクター、つまり市民社会のアクターの規範形成プロセスへの編入、国際法における規範序列（これはこの法領域では当初は未知のものであった。）の端緒の形成、さらには、国際刑事裁判所の設立や、例えば世界貿易法の領域における司法化の進展のような制度的変更にかかわる⁽¹⁾。たとえ我々が

(1) S. dazu *Kunig, Das Völkerrecht auf dem Weg zu einem Recht der Weltbevölkerung?*, Rechtswissenschaftlicher Kongreß “Globalisierung und Recht”, JSPS, DAAD, Alex v. Humboldt-Stiftung im Rahmen des Jahres

今日、国際法の立憲化の端緒を話題にすることができ、かつ、国際法が国家的利益を中心としていること（これは、しばしば、支配層である諸個人または人的多数派の利益となり得る。）を克服し、国際法をこの世界の住民の利益となるように方向付ける試みを行っているとしても、これらすべてのことは、諸国家が出発点において、国家が国際法に貢献するのかどうか、どの範囲で貢献するのか、どのように仕方で貢献するのかを自ら決定することができるということを変更するものではない。国際法自体は、国内法秩序が自らを国際法とどのような関係におくのかということの規定しない。言い換えれば、国家が国際法に対してその遵守、つまり結果の責任を負う。このことを個別の国家がどのように達成し、かつ生じさせるのかは、個別の国家自身に委ねられたままである。

理論の視点からみると、国内法と国際法に関する二元論と一元論という理論的構想間の争い、混合構想の形成、さらには、変型、編入、採用または受容のメカニズム⁽²⁾——これらすべては、国際法に対する国内的対応可能性の多様性を裏付ける説明の試みである。従って、これに関連する議論状況の多種多様性は、国家がその法秩序を国際法の影響にどのような仕方で開くのかを決定する際の個別の国家の自由という私の出発点の証拠となるものである。

それ故、ここでは、こうした理論の争いを報告することはせずに、むしろ、ドイツ法が国際法にどのような仕方で係わりあっているのかについて報告することとする。その路線を定めるのは、憲法であるドイツ基本法である。主要な規範の出発点を述べた (1) 後、これらの出発点に関する連邦憲法裁判所のいくつかの特徴的な比較的古い判例についての記憶を喚起したい (2)。これに引き続いて、連邦憲法裁判所の最近の関連判例に立ち入ることとする (3)。私は、これによって、今日、ドイツにおける国内法への国際法の影響に関する法律学上の議論の中心に何が位置しているのかについての一つの印象を伝えることにしたい。これは、その他の点でも法律学上の関心を集めてきただけでなく、その政策的次元でもドイツにおいてその時々で幾度も議論されてきた問題設定にかかわる。そこから、いくつかの未解決の問題が生じ、それは展望と結び付くこととなる (4)。

„Deutschland in Japan“, Oktober 2005, http://www.tokyo-jura-kongress2005.de/de_voelkerrecht.php.

(2) S. Kunig, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl., 2004, 2. Abschnitt Rn. 28 ff.

講演のタイトルにおいて、私は、「国際秩序」という言葉を使った。これによって、私は、国際法、つまり、主として諸国家によってその相互関係を対象として生み出される法、法に服する者が自ら作り出すのに加えて、法に服する者が法の実現の主要なアクターでもあるという法を指している。法の名宛人が法そのものを生み出し、その遵守を監視する——これは、国際法が他のあらゆる法秩序から根本的に区別される構造的特殊性である。私が国際秩序という言葉を使うとき、古典的な国際法だけを言っているのではなく、超国家的な法設定段階、すなわち、ドイツにとっては、欧州統合の法も含めている。この法も国際法上根拠付けられ、国家間の関係にその根源を有しているが、しかし古典的な国際法の構造からはみ出している。この法は、超国家的な立法権限および実現、さらには、強力な権力を有するルクセンブルクの欧州裁判所という点に特徴がある。欧州共同体のこの超国家性が欧州連合のたんなる国際性と並立している——これは複雑な混合関係である。こうして、法律、法規命令、条例という古典的な国内法の法源に、その間に、共同体法の規則および指令の形態におけるヨーロッパの法律が加わった。両者は、国内法においても妥当し、国内法においてもすべての法適用者によって優先的に遵守されなければならない。さらに、欧州連合から、他の法形式における規範的刺激も生じるが、それは国内法に国際法上の基準としてかかわるものである。そして最後に、欧州共同体は自ら第三者と条約を締結することができ、そこから同じく加盟国の法秩序への影響が生じる。

1 基本法における規範的出発点

基本法と国際秩序との関係に関するドイツの議論においては、しばしば、基本法の特別の国際法友好性が語られる。これによって、基本法が、ドイツ憲法史の他の局面と比較して、さらに、他国の法秩序と比較しても、つまり、比較法的見地から見ても、とくに強い程度に国際的な影響に開かれていることを表現しようとしている。この国際法友好性は、部分的には、原理にまで高められ、従って包摂可能な法命題のように理解されている。連邦憲法裁判所も、例えば、外国籍を有する者が引渡しを要求している国において死刑の危険にさらされる場合にこの者の引渡しは基本法と対立するかどうかという問題に答える際に、この趣旨で取り扱っている⁽³⁾。裁判所は、この点について、基本法の国際法友好性は、他国の法秩序の尊重を命じており、従って、ある国が死刑を維

持することを尊重することも命じている、と述べた。この判決は、様々な観点から時代遅れのものとなった。今日では、一般に認められている生命に対する基本権保護義務が、この種の事例における引渡しにとっての憲法上のハードルとなる⁽⁴⁾。しかし、これとは別個独立に、国際法友好性の原理の採用に対する懐疑が出されている。法に対して友好的であるのは、法を遵守する者である。言い換えれば、法を遵守する義務は存するが、それ以上でもまたそれ以下でもない。友好性という範疇は、この厳格な区別を混同させる危険を内包している。一般的に妥当するのは、個別の規範が存在する限りはその範囲において、個別の規範から法状況が決定されなければならないのであって、優越的な諸原理から直ちに決定されるものではないということである。例えば法治国家原理にしても、何よりもまず、具体的な法治国家的個別要素に依存しているのであって、それは決して、あらゆる方向に投入され得る一般条項に退化してはならない⁽⁵⁾。

この意味において、国内法秩序に関する基本法の個別言明については、一つの概観にとどまる。

前文からしてすでに豊富な内容を有している。前文は、合一されたヨーロッパにおいて世界の平和に奉仕せんとするドイツ国民の意思と、ドイツ統一の創出以降に改正された文言においてはさらに、たんに歴史的な仕方ではないのであるが、諸国民の自決権を語っている。これによって、前文は、統一の創出によって国際法上の自決権の実現は完了したこと、従ってドイツは1990年の国境に縮小され、かつ今後もそうあるべきことを明らかにしようとしている。

基本法1条2項は、世界におけるあらゆる人間共同体、平和および正義の基礎としての人權への信奉を含んでいる。この規定は、体系的には、基本権の部に位置しているが、それにもかかわらず基本権ではない。適切な見解に従えば、これは外交に対する国家目標規定である⁽⁶⁾。

基本法26条は、侵略戦争の遂行を違憲と宣言し、これによって国連憲章2条

(3) BVerfGE 18, 112 ff.

(4) S. *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 5. Auflage, 2000, Art. 2 Rn. 54 ff; s. auch *Kunig*, Zur staatlichen Verantwortlichkeit für das Leben, in: *Arkan/Yongalik* (eds.), *Liber Amicorum Tugrul Ansay*, 2006, 159 ff.

(5) Dazu *Kunig*, Der Rechtsstaat, in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre BVerfG*, Bd. II, 2001, 421 ff

(6) S. *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, aaO., Art. 1 Rn. 37 ff.

4号の国際法上の武力行使の禁止と共同歩調をとる。国際法上禁止された武力の行使あるいは武力行使への参加は違憲である。連邦行政裁判所は、最近、対イラク戦争の過程でアメリカ合衆国の措置を支援することを拒否した連邦軍士官の事件でこれについて判断しなければならなかった。連邦行政裁判所は、この士官を彼に対して下された懲戒処分から免れさせた⁽⁷⁾。

国連憲章2条4号と基本法26条との平行性の起爆力は明白である。その点で重要なのは、国家間の軍事力行使の国際法上の正当化根拠の射程、つまり、国連憲章51条の自衛権および国連憲章7章に基づく安全保障理事会の、場合によってはありうる正当化行為に加えて不文の正当化の可能性が存するかどうかという問題である。個人的には、私は、国連のシステムをその点では完結的であると考える側に属しているのであるが、本日はこれを掘り下げる余裕はない⁽⁸⁾。

基本法16条も国際秩序にかかわる。そこでは、2000年の憲法改正以降、法治国家の諸原則が保持されている限りにおいて、ドイツ人を欧州連合の加盟国または国際裁判所に引き渡す可能性が開かれた。条文の書き方——法治国家の諸原則への拘束——からして、これは、基本法が欧州統合プロセス全体に対して規定している立場に類似している。すなわち、マーストリヒトという見出し語と結び付いた統合プロセスの緊密化に起因する憲法上の疑義を払拭するために1992年に導入された基本法23条は、ドイツが欧州連合の発展に協力すること、その際に高権的諸権利も欧州連合に移譲することができることを規定しているが、しかし憲法上の中核的言明が限界を設定する形でかかわることを望んでおり、統合プロセスは、これらの憲法上の中核的言明によって評価されなければならないのである。この関連において、民主的、法治国家的、社会的および連邦的な諸原則が語られ、さらに、本質的な点でこの基本法に匹敵する基本権保護も語られており、従って、このような基本権保護はヨーロッパのレベルにおいても存在しなければならない。基本法は、統合の質に対する期待を条文化し、その独自の中核的言明をこの質の基準にまで上昇させた。

これに対して、基本法と国際秩序との関係に関する二つの別の規範的出発点は、古典的国際法にかかわるものであり、国際司法裁判所規程38条が条文化しているように、国際法の法源の構成要素の対をなしている。

(7) BVerwG, Urt. v. 21.6.2005, DVBl. 2005, 1455.

(8) 学説状況については、Bothe, in: Vitzthum (Hrsg.), aaO., 8. Abschnitt Rn. 18 ff..

歴史的根拠から体系的には連邦大統領に関する基本法の章に組み入れられている（というのは、国家元首が——かつては君主であるが——対外的に代表するからである。）が、基本法59条2項の条項がこうしたものとして存在する。この条項は、条約に対して、立法権限を有する諸機関の関与という条件の下で国内において法律のランクを付与する。これは単純法律のランクということであり、従って、条約は、憲法より下位で、他のすべての議会制定法と同格に位置することになる。それ故、規範が相互に矛盾する場合、つまり、法律の競合の場合、条約は、他のすべての法律と同様に扱われることを甘受しなければならない。その結果として、世界の多くの憲法の下での場合とは異なって、特別法か一般法かに関する一般準則が適用されるし、さらには時間的優先に関する一般準則も適用される。

これに対して、すでに言及した国際司法裁判所規程38条の第二の法源である慣習国際法は、その価値が引き上げられた。基本法25条は、国際法の一般的諸原則は連邦法の構成部分であり、（単純）法律に優先し、かつ個人に対して直接に権利および義務を生ぜしめることを規定している（その際には、慣習法のこうした一般的諸原則が内容的にこのように直接に権利および義務を生ぜしめる性質を有していることが前提となるが、慣習法の広範な部分については、慣習法が国家間に向けられているということにかんがみて、こうした場合には当たらない）。この条項は、すでに言及した基本法の国際法友好性のテーゼが主として根拠とするものである。基本法は、ここで、国際法の一般的諸原則をいわずに憲法とその他の法の中間に押し込んだのである。

確認しておかなければならないのは、この法律優位は憲法に対する優位ではないということである。たしかに基本法は開いているが、まさに開いているにすぎないのであって、自らを劣位におくものではない。このことが基本法23条によって欧州連合に対しては——かつ欧州連合に対してのみ——、ルクセンブルクの欧州裁判所が共同体法優位のドグマによって要求しているように、異なるものとなっているのかどうか、なっているとするとそれはいかなる帰結を伴うものなのか、ということが主要な紛争領域である⁽⁹⁾。しかし、このことが結果としてさらに古典的国際法に対しても、すなわち、条約にほかならず、従って他のすべての法律と同様にたんに法律のランクしか有しない欧州人権条約の領域に対しても部分的に異なるものになっている可能性があり、これが、この

(9) Dazu *Streinz*, *Europarecht*, 7. Aufl., 2005, Rn. 190 ff.

ところ、連邦憲法裁判所とシュトラースブルクの欧州人権裁判所との間の紛争線を規定しているのである。両者については後にまた取り上げることとする。

2 基本法と国際秩序との関係に関する連邦憲法裁判所の基本的な判例

連邦憲法裁判所は今やほぼ55年にわたるその歴史の中でしばしば、そして様々な状況において国際秩序に取り組まなければならなかった。二つの歴史的状況において、これは、過去の体制不法の克服、つまりナチズムの克服とドイツ民主共和国というドイツにおける数十年間の第二国家の克服にかかわるものであった。ここでは、国際法上の継続性または不継続性の問題が提起される。これについてはここで話題にはしない。また、両ドイツ間の壁における殺人射撃に関する連邦憲法裁判所の厄介な判決——ここでは、刑法上の遡及効禁止が酷使された⁽¹⁰⁾も、土地所有権の無償収用に関する判決⁽¹¹⁾も、たとえ二つの事例において国内法に対する国際法の影響が一定の役割を果たしていたとしても、話題とはしない。

連邦憲法裁判所は、すでに言及した、国内法への国際法の入口門、つまり、条約および慣習国際法の国内法上のランクと国内法上の意義について、当初はまさに明確な指針を見出していた。さらに、連邦憲法裁判所は、国際的な事案の判断のために基本権を活性化してきた。その際、連邦憲法裁判所は、国際私法を基本権によって豊富化してきた⁽¹²⁾のに対して、先に国際法友好性との関連において言及したように、いまのところ引渡しに関する法を基本権によって豊富化してはいない。けれども、保護義務に関する基本権解釈上の新たな展開をこれに転用すれば、このことは時代遅れになったと言ってもよい⁽¹³⁾。庇護権および一般外国人法、つまり国外退去命令と国外退去強制の憲法上の限界付けの問題も、憲法、とくに基本権の部分が国家間の関係にいかに関与を及ぼしているかを示している。

連邦憲法裁判所は、多数のいわゆる規範確認の手續においても、慣習国際法

(10) BVerfGE 95, 96; krit. dazu *Kunig*, in: *Münch/Kunig*, Grundgesetzkommentar, Bd. 3, 5. Auflage 2003, Art. 103 Rn. 34.

(11) BVerfGE 101, 239.

(12) BVerfGE 31, 58.

(13) S. o. Fn. 4.

の論争的な問題の解明に自ら貢献してきた。基本法100条2項において規定されている規範確認手続は、あらゆる専門裁判所は、具体的な法的紛争において、判決に必要である慣習国際法の基準の存在および内容に関連して疑義が生じる限りにおいて、連邦憲法裁判所への移送によって疑義の解明を招来せしめなければならないことを内容とするものである——この手続は、いわゆる具体的規範統制の意味における裁判官の移送義務と類似しているが、もちろん、それとも区別されるものである。というのは、そこでは、憲法と規範との合致の解明が問題となっているのではなく、むしろ、規範あるいは規範内容の存在の確認が問題となっているからである。この移送義務は、具体的規範統制における移送義務のように、法律上の裁判官を求める基本権によって担保されている。その結果として移送義務の不履行は、個人の憲法異議の試練にさらされる場合もあり得る⁽¹⁴⁾。こうした手続において、連邦憲法裁判所は、とりわけ、国家のおよび外交上の治外法権および裁判権の射程の問題を解明してきた⁽¹⁵⁾。

最後に、議会留保の問題も連邦軍の海外派兵に関する判決との関連において固まった。連邦憲法裁判所は、1994年、国際秩序および軍隊の役割に関する基本法の様々な言明を全体的に考察した上で、こうした議会留保を要求した⁽¹⁶⁾。これは裁判官の法継続形成の意味において要求されたのであるが、おそらくその限界を越えているものと思われる。実質的には、これによって憲法改正が生じた。これは、民主的視点からは歓迎することができるが、しかし、法治国家的視点からは批判しなければならない⁽¹⁷⁾。もちろん国家実務は連邦憲法裁判所に従う。国家実務は、裁判官的解釈だけに限定されるものではない憲法機関としての連邦憲法裁判所の役割を受け入れている。

すでに古典的と命名できる、特殊的に欧州統合にかかわる連邦憲法裁判所の判例にも言及しなければならない。1957年に国際法上設立され、その間に超国家性に転化した統合装置の憲法上の限界が幾度も問題となった。とくに、周知のようにパウル・キルヒホフ (Paul Kirchhof) によって形作られた1993年のいわゆるマーストリヒト判決⁽¹⁸⁾は、基本権保護について、ルクセンブルクの裁判所と連邦憲法裁判所間のいわゆる協力関係を要求しつつ、多くの問題を

(14) BVerfGE 64, 1.

(15) BVerfGE 46, 342; E 96, 68.

(16) BVerfGE 90, 286.

(17) Vgl. *Kunig*, in: *Vitzthum*, aaO., 2. Abschnitt Rn. 77.

(18) BVerfGE 89, 155.

未解決のままにしている。マーストリヒト判決は、他のヨーロッパ諸国も含めて法律学の議論の一部においてあからさまな批判を浴びた⁽¹⁹⁾が、他方で、欧州統合の諸制度に対する自己抑制を求める政治的に親切的な警告とも理解された。

3 連邦憲法裁判所のアクチュアルな判例：裁判所間の協力というパラダイム

この章の題名——裁判所間の協力——によって、私は、マーストリヒト判決に由来する「協力関係 (Kooperationsverhältnis)」という言い回しを引き継いでいる。この言い回しは、この判決では、連邦憲法裁判所と欧州裁判所との関係を念頭において語られており、いわばこれらの裁判所の目線の高さの同じであることを示唆している。しかし、裁判所間の協力という発想は、私が今から示そうとしているように、他の状況においても一定の役割を果たすし、それどころか、基本法と国際秩序の関係をめぐる議論のみならず、さらにはヨーロッパ全体における国内法秩序と国際秩序の関係をも刻印付けるものである。ここで、私は、ヨーロッパをもちやたんに欧州統合、つまり、25ヶ国を有する欧州連合の小ヨーロッパという意味で使っているのではなく、むしろ、その間に55ヶ国となった、つまり、この世界の国の4分の1以上を有している欧州評議会の大ヨーロッパという意味で使っている。

マーストリヒト判決においては、要求された協力は、必要とあればヨーロッパの法行為もドイツの基本権を基準として判断しようとする連邦憲法裁判所の主張する権限と関連している。この留保は、一度も形式的には破棄されていない。ただし、最近、この留保は訴訟法的修正を受け、これによりこの留保は理論の領域に追放されている。もともと連邦憲法裁判所は、ヨーロッパのレベルで十分な基本権保護がいまだ存在しない限りで、その審査権限を保持し続けると述べていた。いわゆる第二次「ゾーランゲ判決」においてこれはひっくり返された⁽²⁰⁾。すなわち、欧州裁判所が実効的かつ基本法と本質的に同じものと考えられる基本権保護を保障している限りにおいて、連邦憲法裁判所は、その権限を要求しないだろうというのである。2000年になると、今度はいわゆ

(19) *Schwarze*, Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt, NJ 1994, 1 ff.; *Ipsen*, Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, 8 ff.

(20) BVerfGE 73, 339.

る「バナナ市場決定」において、連邦憲法裁判所は、さらに、第二次共同体法によるドイツの基本権の侵害を叱責する憲法異議および裁判所の移送は、ヨーロッパの法状況が一般的に、つまり個別の事案から離れて、必要な基本権水準を下回っていることを根拠付けることができない場合には不適法であると判断した⁽²¹⁾。これは、連邦憲法裁判所の管轄に関する、ほとんど乗り越えることができない、まさになお理論的にのみ克服することのできるハードルである。形式ではなく、実質的に連邦憲法裁判所は自制したのである。連邦憲法裁判所と欧州裁判所の間の基本権紛争は、これによって、その激しさが失われた。

しかし、その間に——2005年に——新たな紛争領域が明らかになった。欧州勾留状法——これは、その名称に反して、ドイツの議会制定法であり、欧州の枠組決議の置換を目的とするものであるので、「欧州」という名称が付されている——の合憲性に関する2005年7月18日の判決において、連邦憲法裁判所は、この法律を違憲であると、詳しく言えば、すでに言及した基本法16条の法治国家性条項とも合致しないし、基本法19条4項における実効的基本権保護の保障にも合致しないと判断した⁽²²⁾。判決によると、連邦の立法者は、枠組決議の置換に際して立法者に与えられた置換の余地を十分に基本権を配慮して充填したとは言えないのであり、従って、ここでは、基本法を基準とする枠組決議の審査が問題となっているのではない。ただし、共同体法に基づくのではなく、連合法に基づく枠組決議の効果の点に関して、連邦憲法裁判所は、ここでは統合法が問題となっているのではなく、国際法の枠組みにおける欧州の協力が問題となっていることを強調した。その結果として——ここにまさに起爆力があるわけだが——、国内議会がこの種の枠組決議に対しても置換を拒否することができることは排除できないとした。

ルクセンブルクの欧州裁判所は、この数週間前に、プッピーノ判決において、明確に異なる基点を選択した⁽²³⁾。欧州裁判所は、枠組決議も厳格な置換

(21) BVerfGE 102, 147.

(22) BVerfG, Urt. v. 18.7.2005-2 BvR 2236/04, NJW 2005, 2289; krit. hierzu *Tomuschat*, Ungereimtes/Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl, EuGRZ 2005, 453 ff.; *Vogel*, Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, 801 ff.; *Schünemann*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Haftbefehl: markiges Ergebnis, enttäuschende Begründung, StV 2005, 681 ff.

(23) EuGH, Urt. v. 16.6.2005-C-105/03, NJW 2005, 2839.

義務に服すること、さらに、これに加えて枠組決議の置換を目的とする国内法は枠組決議に調和するように解釈されなければならないことから出発した。これによって、基準となる連合条約の諸規定にかんがみて問題のある仕方、枠組決議という道具が狭義のヨーロッパ法の指令に接近することになった。連邦憲法裁判所がその際にすでに存在していたブッピーノ判決に立ち入らなかったことは注目に値する⁽²⁴⁾。

表向き「協力している」はずである裁判所間のこうした対話の欠如は、最近、連邦憲法裁判所とシュトラースブルクの欧州人権裁判所——これによって、示唆しておいたように、「大ヨーロッパ」のレベルに到達する——の間でも示された。対話の欠如は、ここでは、判決理由にのみ当てはまることはもちろんである。この高位のかつ最高の裁判所の両長官がインタビューにおいてそれぞれ他の裁判所に対する憂慮を表明したことは、異例の経緯であり、注目に値する。その背景は以下のとおりである。

欧州人権裁判所は、モナコ王女の個人申立に基づいて、ドイツの民事裁判所が意見表明の自由あるいはプレス自由を人格権の保護とのそれぞれの関係において欧州人権条約の基準に合致しない仕方、解釈していることを確認した⁽²⁵⁾。これらのドイツの民事裁判所は、その裁判に際して、ドイツの基本権の状況に関する連邦憲法裁判所の指針に精確に従っており、その結果、ここに連邦憲法裁判所に対する間接的な批判が現れたのである。

連邦憲法裁判所は、他の民事法上の事案において、これに対して原理的な仕方、で応答した⁽²⁶⁾。問題の核心は、ドイツの裁判所がヨーロッパ人権と平行するドイツの基本権について判断しなければならない場合に、シュトラースブルクの判決実務がドイツの裁判所に対して拘束力を有するか否かである。連邦憲法裁判所は、欧州人権条約が単純法律のランクであることを強調した後で、それにもかかわらず欧州人権条約は他の法律と同じ法律ではなく、とくに、後に制定された他の法律に劣位するものではなく、他の単純法律の人権適合的解釈を要求すること、しかし、その際にシュトラースブルクの判決実務への拘束は存在しないことを述べた。シュトラースブルクの判決実務は、むしろ、——判

(24) *Gerhard*, Sondervotum zu BVerfG, Urt. v. 18.7.2005, aaO.; *Unger*, „So lange“ nicht mehr: Das BVerfG behauptet die normative Freiheit des deutschen Rechts, NVwZ 2005, 1266 (1271)

(25) EGMR, Urt. v. 24.6.2004-59320/00, NJW 2004, 2647.

(26) BVerfGE 111, 303.

決原文の言葉を使えば——「決定的に考慮されなければならない (maßgeblich zu berücksichtigen)」。

これはアンビバレントな定式である。「決定的に」考慮されなければならないというのは、「原則的に (grundsätzlich)」, 「いつもは (regelmäßig)」考慮されなければならないということだと言うことができる。それにもかかわらず、「考慮される」という文言を強調すると、これは明らかに拘束を下回っている。従って連邦憲法裁判所は、ドイツの専門裁判所に、正当な理由が存在する場合は欧州人権条約に独自の論証的解釈を施してシュトラースブルクの判決実務から離れる権限を容認したのである。それどころか連邦憲法裁判所は、この権限をこれに関連付けられた憲法上の義務の中に見出している。つまり憲法は国際法を押し退けて貫徹する。このことは、将来に対する紛争の潜在可能性を意味し、モノコ判決が下されたプレス法の特権領域については、すでに混乱を惹起している⁽²⁷⁾。

私にとって重要なことは、これは特殊ドイツ的な問題ではないということである。というのは、欧州人権裁判所の判例の相対化の発生は、欧州評議会の他の加盟国においてもすでに注目を集めており、加盟国の一部は——我々はロシアやトルコを念頭においているのであるが——厄介な人権貸借対照表を提示している。こうして欧州人権裁判所の権威の弱体化の危険が迫っている。

4 未解決の問題と展望

国内法システムへの国際法規範の適切な組み入れという伝統的問題は、今日、とりわけ裁判的権利保護の多段階システムの視点から提起される。問題となるのは、規範相互の関係というよりも、裁判所相互の関係である。というのは、カールスルーエ、シュトラースブルクおよびルクセンブルクにおいては、大部分において、たしかに形式的には異なっているが、実体的には同一のあるいは同じ意味の基準を手がかりとして判決を下さなければならないからである。と同時に、前記の諸裁判所は、相互に明確な序列の関係にない。

こうした序列は、裁判所の競合の他の領域においては、少なくとも事実上存在し、それが他の領域において紛争の解決をもたらしてきた。私は、ドイツの憲法裁判権と専門裁判権との間の十年以上にわたる厄介な関係に言及する。こ

(27) S. dazu *Kunig*, in: *Jacobs/Papier/Schuster*, Festschrift für Peter Raue, 2006, 191 ff.

ここでは、連邦憲法裁判所は自己の画定基準を押し通すことができた⁽²⁸⁾。私は、さらに、90年代初頭におけるベルリン州憲法裁判所の革新的判例——私は当時ベルリン州憲法裁判所判事として判決実務に寄与する機会を光栄にも与えられた——の後、連邦の憲法裁判権と州の憲法裁判権との関係において大変動が生じたことにも言及する。ここでも連邦裁判所が最終的に沈静化させる発言権を行使した。ちなみに、それは、ベルリンからの革新の趣旨に沿ってであるが⁽²⁹⁾。

二つの欧州の主要な裁判所と国内の憲法裁判所との間の未解決の問題の解決は、形式的意味において、つまり、欧州憲法条約におけるこれに関連する諸規定——欧州連合条約がいつか発効すればの話であるが——によって、あるいは、欧州人権条約の改正によって、これを期待することはできない。むしろ、これらの事例において最終的には欧州のパートが押し通せるということが前提とされなければならない。欧州の第二次法に対する基本権保護の問題、従って超国家的局面については、すでに言及したバナナ市場決定を考慮に入れると、紛争の潜在可能性はすでに排除されている。欧州裁判所が、国際法に分類されるべき枠組決議を超国家的法行為のように取り扱うという自己の路線にとどまるかどうかは、現在のところ不確定であるように思われる。連邦憲法裁判所と欧州人権裁判所との紛争から将来において重大な困難が生じるかどうかの判断は困難であると言うほかない。おそらく事態は、あらゆる関与する裁判所が、将来において、さらに強い程度でお互いに注意を払い、相互に論証的にその判決と対決するところまで進むだろうし、調和に努める中で全体としてそうなることは確実である。

従って討議的な裁判所であって、判例はたんに一方的に確定する種類のものではもはやない。このことは、もっとも広い意味での法的対話の水準の向上に役立ち得る。この法的対話に、ドイツおよびヨーロッパにおいて学問もまた持続的に関与してきた。この法的対話がヨーロッパの外でも興味を持たれていること——早稲田大学においてドイツ憲法に関する行事が定期的に行われていることが、このことを印象深く証明している——を見ることは大いに満足すべきことである。何が正しいか、何が正しいものであり得るか、あるいは何を正しいとすべきかに関する対話によってのみ、我々は、法に対する我々の責任を果

(28) S. dazu *Kunig*, VVDStRL 61 (2002), 34 ff

(29) BVerfGE 96, 345; vgl. auch *Kunig*, in *Münch/Kunig*, aaO., Art. 142, Rn. 14 ff.

たすからである。我々がどこで共通の基準を発見し、我々がどこで、歴史のおよび文化的特殊性からして我々にとって十分に領ける違いにあくまで拘ることが賢明であるのかを我々が認識するためには、この議論は、今日の理解と条件の下では、国際的にかつ全世界的にのみ行うことができる。このことは、憲法と国際秩序との関係にも当てはまる。

[訳者後記]

本稿は、フィリップ・クーニヒ (Philip Kunig) 教授が2006年3月2日に早稲田大学で行った講演 “Das Verhältnis des Grundgesetzes zur internationalen Ordnung im Lichte neuer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” を訳出したものである。クーニヒ教授は1951年生まれ。1985年にハンブルク大学で教授資格を取得された後、ハイデルベルク大学教授などを経て、1988年以降ベルリン自由大学教授を務められている。また、1992年から2000年まではベルリン州憲法裁判所判事も兼務されていた。クーニヒ教授は、憲法、行政法、国際法および環境法の分野において多数の著書・論文を発表されているが、憲法分野においては、教授請求資格論文である *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986が日本でもよく知られているし、フォン・ミュンヒの創設した基本法コンメンタールの共同編者としても著名である (v. *Münch/Kunig* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1 (5. Aufl., 2000), Bd. 2 (5. Aufl., 2001), Bd. 3.(5. Aufl., 2003))。