

## 条約違反の国内法律とドイツ基本法の国際法親和性原則（一）

—国内法律による二重課税回避条約の無効化の合憲性をめぐって—

福 王 守\*

### Die Verfassungswidrigkeit völkerrechtswidriger Gesetze und Die Völkerrechtsfreundlichkeit im Grundgesetz

Mamoru FUKUOH\*

#### 問題の所在

#### I 条約違反の国内法律と Treaty Override 決定

1. ドイツにおける国際法の受容と国際法親和性原則
2. 条約違反の国内法律と Treaty Override 決定  
(2015) (以上本号)

#### II 条約の遵守と国際法親和性原則

1. Treaty Override 決定 (2015) の概要
2. 条約の遵守と国際法親和性原則

#### 小結

#### 問題の所在

国際法規の誠実な遵守は、国家間関係の重要な基礎である。国連で1969年に採択された「条約法に関するウィーン条約 (Vienna Convention on the Law of Treaties)」26条によれば、「効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に履行しなければならない<sup>1</sup>」。同条約は、従来不文の慣習法であった国家間条約の締結・発効、解釈、効力および終了等に関する国際法規則(条約法)を明文化した重要な一般国際法である<sup>2</sup>。合意原則は国際社会を基礎づける普遍的な基本原則とされてきた。

一方で、個別国家の存立にとって重大な利益

に関わる事項については、国際法違反の国内法状況が生じうる。20世紀における国際的な経済活動の進展に伴い、所得税を始めとした租税分野においては、国際法違反の国内法状況が多く生じることとなった。これが「国内法律による二重課税回避条約の無効化」の問題である。ここではドイツの状況に着目する。ドイツは、連邦共和国基本法25条において「国際法の一般原則」が連邦法に優先すると規定する。同原則に通じる国際法への開かれた基本法の姿勢は、不文の「国際法親和原則(国際法への友好性原則)」として従来理解されてきた。しかし、連邦憲法裁判所におけるいわゆる“Treaty Override 決定 (2015年)”では、国際法の一般原則や国際法親和性原則に触れられつつも、国際法違反の国内法状況が合憲と判断されるに至った。本稿ではドイツにおける国際法の位置づけと同決定の内容を踏まえ、国際法遵守をめぐる国際法親和性原則の意義と問題点について、国内法および国際法の法比較的観点から基礎的考察を行うこととする。

\*人間総合学群 人間文化学類

## I 条約違反の国内法律と Treaty Override 決定

### 1. ドイツにおける国際法の受容と国際法親和性原則

#### (1) ドイツにおける国際法の受容体制と法的地位

初めに、ドイツ法を貫く基本的な立場である法実証主義を概観する。かかる立場からドイツにおける国内法と国際法の基本的位置づけを把握した上で、両者の交錯する問題を法比較的に検討していきたい<sup>3</sup>。

今日の法学一般における通説的立場である法実証主義とは、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しようとする立場である<sup>4</sup>。国家機関による法制定行為に代表されるように、実定法は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過程で発達してきた。18世紀後半の市民革命を経て成立した近代市民社会は、社会契約論を背景として市民国家として形成されていく。国家に優先する市民（国民）の自由と平等の実現に向けて、市民社会（市民国家）は経済競争の自由を本質とした資本主義構造を市民自らが営むという、私的自治を旨として形成されてきた。かかる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、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<sup>5</sup>。法律学一般において、法の現れ方を意味する多義語を「法源（sources of law）」という<sup>6</sup>。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<sup>7</sup>。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。

従来、ドイツは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、大陸法系の代表国として位置づけられてきた。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 Rechtstheorie）」は、法学各部門に共通する一般的問題を総論的に論じる立場であり、ドイツにおいて19世紀後半から20世紀にかけて主張された。20世紀前半に主張された「純粋法学（Rein Rechtslehre）」によれば、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り、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された<sup>8</sup>。

また、国家間関係を規律する国際法分野においても、法実証主義は理論上および実務上の基礎を築いてきた。今日の国際法の起源は、市民革命と産業革命をいち早く経験した近代以降のヨーロッパにおける共通の公法に求められる。ドイツにおける国際法の把握も実定国際法学の立場を基本とする。

国際法分野における法源は、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。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<sup>9</sup>。実定国際法学は「自足性（self-sufficiency）」を主な前提とする<sup>10</sup>。ここから国家主権原理が生じ、かかる原理は国際法において主に2つの側面をもって現れる。第1は、絶対的な法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、自国の自己保存や発達に役立つ限りにおいて、国際法が合法的に存在することになる。ゆえに、第2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国際法の排他的な淵源だとする側面が導かれる<sup>11</sup>。

実定国際法学は、自らが最高かつ絶対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に、国際法定立の方法および手続きに着目した国際法の現れ方（存在形式）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き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てきたのである<sup>12</sup>。例えば、国連の主要機関たる「国際司法裁判所（International Court of Justice, ICJ）」は厳密に実定国際法に基づいて国際紛争の司法的解決に当たるとされており、a. 条約、b. 慣習国際法が主たる裁判基準であることが明記されている（国際司法裁判所規程第38条1項）<sup>13</sup>。ただし、同項 c. 以下にも裁判基準等が示されているとおり、実定法の不完全性は今日の実定国際法においても認識されている。

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<sup>14</sup>。

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およそ以下のとおりである<sup>15</sup>。まず、条約の受容に関する根拠となるのが59条2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<sup>16</sup>。これは「条約法律（Vertragsgesetz）」と呼ばれ、連邦議会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<sup>17</sup>。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、77条を考慮して「同意法律（Zustimmungsgesetz）」の形で発せられる<sup>18</sup>。よって、59条2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25条は「連邦法の構成部分としての国際法」について定めており、59条2項の条約とは異なる概念として把握される。25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。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2つの態様が存在するといえる。

## （2）国際法の一般原則と国際法親和性原則

ここにおいて、基本法25条1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59条2項のような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2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。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といわれる<sup>19</sup>。

したがって、国際法の一般原則と実定国際法の形式的法源との関係は次のように把握されている。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<sup>20</sup>。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<sup>21</sup>。もっとも、一定の多数国間条約は25条に当てはまるような慣習法的原則を含みうる。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<sup>22</sup>。その意味で、例えば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んでおり、いわば慣習法宣言条約として位置づけることができよう。なお、条約と

慣習国際法が衝突した場合には条約の方が優先するが、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<sup>23</sup>。慣習法上の諸規則と一致する限りにおいて条約の優位性が有効であることは、25条において（もまた）当てはまる<sup>24</sup>。

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<sup>25</sup>。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<sup>26</sup>。これらは多く各国に慣習国際法として形成されており、「外交関係に関するウィーン条約（1961年）」のように条約として法典化されているものもある。

さらに、国際法との関連からは、次の憲法原則も把握されている。上述のとおり、国際法の一般原則は連邦法の構成部分となる。同原則は、ドイツの国内法律に優先し、連邦領域の住民に対して直接に権利・義務を生じさせる。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<sup>27</sup>。この点につき、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<sup>28</sup>。また、基本法は25条によって適用される国際法の一般原則（とりわけ条約に関する）以外にも「国際法親和性」原則を遵守することを義務付けている<sup>29</sup>。国際法親和性原則は、24条の「国際的な協働（internationale Zusammenarbeit）」原則および26条の「諸国民の平和的共存に向けた基本決定（Grundentscheidung für friedliche



Zusammenleben der Völker)」と類縁関係にあると解されている。こうした背景から、不文の「国際法親和性原則」は従来25条の「国際法の一般原則」と関連の中で、国際社会に開かれた基本法上の不文原則として把握されてきたといえよう。

## 2. 条約違反の国内法律と Treaty Override 決定 (2015)

(1) 連邦憲法裁判所による国際法の審査手続  
次に、国内法として受容された国際法に対して基本法上の疑義が生じた場合について、憲法裁判上の審査手続を確認する。

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。また、当該既定を解釈する際には、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<sup>30</sup>。

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100条1項に従って「具体的規範統制 (konkrete Normenkontrolle)」の手続き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、連邦憲法裁判所に事件を移送することになる<sup>31</sup>。

その一方で、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、93条1項2号に従って、「抽象的規範統制 (abstrakte Normenkontrolle)」の手続きが必要となる<sup>32</sup>。すなわち本件は「連邦法律、ラン

ト (州) 政府、若しくは連邦議会構成員の3分の1の申立てに基づき、連邦法律若しくはラントの法がこの基本法と形式上及び実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。抽象的規範統制手続を経て、当該条約が基本法に違反すると判断された場合、この条約は手続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。例えば、旧 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事等が挙げられる<sup>33</sup>。

これらに対し、「国際法の一般原則」の審査手続は次の過程を経る。問題となる国際法上の原則が裁判上で適用された場合、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100条2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。本手続きを連邦憲法裁判所に提起する際には具体的な法律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<sup>34</sup>。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きに関与することができる<sup>35</sup>。

また、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に留まる<sup>36</sup>。

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すぎない。したがって、同項の手続き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<sup>37</sup>。

さらに、決定の主文は連邦憲法裁判所法83条1項に従って述べられる。すなわち基本法100条2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<sup>38</sup>」。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、同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<sup>39</sup>。同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31条2項）。これまで、この手続きを通じて下された重要な決定の件数は多くない。これらの争点の多くは、法主体間の法律関係から生じる条約上の請求権認容についてである<sup>40</sup>。

## （2）国内法律による条約違反と Treaty Override 決定

以上のとおり、ドイツは国際法への開かれた姿勢を基本法上で示しつつ、第2次大戦後の復興と国際社会への復帰を果たしていった。しかし、ヨーロッパにおける経済統合が進められていく一方で自国の経済保護政策を迫られた結果、「国内法律による二重課税回避条約の無効化」

の問題も顕在化するに至った。

### a. “Treaty Override” 問題の背景

“Treaty Override” とは、主に租税分野において用いられる表現であり、およそ国内立法による実質的な条約内容の無効化を意味する。これは、他国籍企業の進出等による自国経済への影響を防ぐことを目的とする。今日ではより広い概念で用いられる場合もあるが、本稿ではかかる原義に基づく考察を旨とする。

20世紀後半以降、国際的な投資の増加に伴い国家間の租税摩擦が多く生じてきた。これに対処すべく、国際社会による二重課税の防止等を目的とした「租税条約」の策定が活発化した。国際機構による初期の対応としては、国際連盟期による公正な国際取引の確保に向けた法的取組みが行われている<sup>41</sup>。租税条約については、主に次のような役割が指摘されている<sup>42</sup>。第1は、国家間の脱税防止を主目的とした、税務の相互執行協力の役割である。これは脱税への課税・情報交換・徴収共助等のような国家間における従来の懸案事項を対象としており、国際連盟モデル租税条約（1928年）の策定を契機とする。第2は、国際的な二重課税の回避を目的とした、各国の租税条約策定の指針としての役割である。これは、1948年に設立された「経済協力開発機構（Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD）」における、OECD モデル租税条約（1963年）を契機としている。同モデル条約は締約国間による署名・批准等の手続きを経た法的効力をもつ条約とは異なるが、今日の国際租税条約の道義的指針として、個別条約を締結する際の規準となっている<sup>43</sup>。

一方で、1980年代にはかかる租税条約の締約国間における協力関係が崩れる事態が生じてきた。特に経済大国たるアメリカの新たな国内立

法によって、条約の効力が事実上失われる状況が生じてきたのである。こうした状況を「タックス・トリートイ・オーバーライド (tax treaty overrides)」という<sup>44</sup>。これは正規の条約廃止手続によらない、事実上の「条約無効化」を意味するといえる。かかる状況に対して、OECDは当初より批判的な見解を示しており、事実上破棄された当該租税条約の実効性および破棄された条約相手国の信頼性をめぐる問題点を指摘している<sup>45</sup>。

1989年6月には、OECDの「租税問題委員会 (the Committee on Fiscal Affairs)」においてタックス・トリートイ・オーバーライド問題についての報告がなされた。同報告書によれば「“treaty override” という用語は、ある国の国内立法がこれまで当該国家に効力を有してきた単一または全条約の条項を無効にする状況に当てはまる<sup>46</sup>」。総じて、同文書におけるトリートイ・オーバーライドとは、「国際条約上の義務に明らかに違反する効力を有することを目的とした立法府による国内法律の制定行為である<sup>47</sup>」と主に類型づけられている。同年10月にOECD理事会は、同租税委員会報告書の採択と委員会提案に基づき「タックス・トリートイ・オーバーライドに関する理事会勧告」を採択し、加盟国に向けて次のように発した<sup>48</sup>。

「Ⅰ. 理事会は次の点を加盟国に勧告する。1. 自国において生じているかまたは租税条約を結んでいる国によって生じたかに関わらず、租税条約状況に関わる諸問題に対して取り組むべく速やかに二国間または多数国間の協議に着手すること。2. 国際条約義務に対する重大な違反の効果を与えることを意図した立法行為を回避すること。Ⅱ. 理事会は租税問題委員会に対して、この問題分野における状況の進展を追跡することおよび締約国による国際条約義務の実質的な違反を構成しうるいかなる行為に対しても理事

会に注意を向けさせることを命じる。」これを受けて、OECDモデル条約はさらに改定が加えられていくこととなった<sup>49</sup>。

次に、欧州の国際経済体制に大きな影響を与えたのが1993年の「欧州連合 (European Union, EU)」の設立である。EUは、第二次大戦後における欧州統一運動の中で1958年に完成した「欧州共同体 (European Community, EC)」を母体とする<sup>50</sup>。東西冷戦を背景として設立されたECは、西欧資本主義諸国の経済統合を目指した地域的国際機構であった。EC設立の契機となったのが、1950年の「シューマン・プラン (Schuman Plan)」である<sup>51</sup>。同プランに基づく52年の「欧州石炭鉄鋼共同体 (ECSC)」設立を契機として、58年の「ローマ条約 (The Treaty of Rome)」により「欧州経済共同体 (EEC)」および「欧州原子力共同体 (EURATOM)」が設立され、3つの主要機関が揃った。これらを総称したECは当初別々の法人格と機関を有していたが、67年に発効した機関融合条約によって単一の理事会および委員会が設置され、機構は特にEECを中心に一つの共同体に近い形で営まれてきた。ECは従来の国際機構と比べて独自の法構造を有するとともに、同機構には法による市場統合、政治協力および欧州連合の形成という3つの主要な制度が存在していた<sup>52</sup>。

かかるECを発展的に引き継いだEUは、92年の「マーストリヒト条約 (the Maastricht treaty)」に基づいて設立された。一般に「EU条約」と呼ばれたEU設立条約は、同機構における最高の法規範として事実上の憲法的役割を担うこととなった。同条約によって機構の一体化に向けた改革を行った結果、EECは新たにECと改称された (EU条約第G条A)<sup>53</sup>。また、連合の目標を定めたB条3段落では、構成国国民を「連合市民 (Citizens of the Union)」と

して位置づけ、連合市民権の導入を通じて構成国国民の権利および利益の保護を強化することを明示した。なお、ドイツでは1992年に基本法23条を新設し、「欧州連合のための諸原則」を規定している。

その後、2007年前半の欧州理事会議長国であったドイツの主導により EU 条約は大きく改正され、機構制度改革が進められた。その結果、09年には第3回目の EU 改正条約たる「リスボン条約 (the Lisbon Treaty)」が発効した<sup>54</sup>。同条約を通じて、EU の複雑な機構構造は一本化が図られている<sup>55</sup>。これに伴い、総則としての「EU 条約 (the Treaty on European Union, TEU 条約)」の名称はそのまま維持される一方で、各則としての EC 条約は「EU 機能条約 (または EU 運営条約, the Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU 条約)」に改称されることとなった。

2000年代に入ると、欧米を始めとした国際経済環境は一時期大きく悪化する。アメリカにおけるサブプライム・ローン問題に端を発した金融市場の大きな混乱は、2008年9月のいわゆるリーマン・ショックを契機に金融資本市場全体の危機に発展し、米欧の金融システムを機能不全に陥れた<sup>56</sup>。リーマン・ショックとは、国際的な金融危機を招いた米国リーマン・ブラザーズの経営破綻とその後の株価暴落等を意味する。米国第4位の投資銀行であったリーマンが、低信用度者対象の高金利住宅担保貸付たるサブ・プライムローンを証券化した商品を大量に抱え込み、住宅バブル崩壊により08年9月に破綻した。これを受けて対米の大手金融機関が連鎖的に経営危機に陥り金融不安が深刻化した結果、欧米や日本で経済環境の悪化を招いた<sup>57</sup>。

特に、EU 域内においてはかねてからの重債務国の問題が顕在化していった<sup>58</sup>。2009年10月にはギリシャにおいて政権が交代することで旧

政権による財務粉飾が明るみになると、ギリシャ国債「ソブリン債」の格付けが引き下げられるとともに暴落し、世界各国の株価およびユーロ為替相場が下落した。かかる「ギリシャ経済危機」を契機とした、欧州の金融危機発展への懸念および世界経済の経済回復への悪影響といった状況を「欧州ソブリン危機」という。その後、ギリシャ政府は EU から10年と12年に総額33兆円の支援を受ける一方、支援条件としての緊縮財政を進めた。その後、反緊縮財政を掲げる新政権の下でも「ユーロ圏に残ること」を前提とした対応が進められたため、2015年8月に、EU は欧州安定メカニズム (ESM) に基づく3年総額11兆円を超える第3次金融支援を正式決定した。

#### b. Treaty Override 決定 (2015年)

およそ上述した国際経済状況下において、2015年にドイツ連邦憲法裁判所は「Treaty Override 決定」を行った<sup>59</sup>。本件は、ドイツの国内法律による二重課税回避条約の無効化の合憲性が争われた事例である。連邦財政裁判所からの提訴に基づく具体的規範統制の事例として、2015年12月15日に連邦憲法裁判所第2法廷において決定がなされた。同決定によれば、「事実の概要」はおよそ以下の通りである。

原手続において、税額査定を受けた原告夫妻は夫が一部ドイツにおいて、一部トルコにおいて非自営労働に因る所得を得た2004年に関する所得税命令に対して異議を申し立てた。原告らは、トルコで得た所得の範囲においては DBA-トルコ1985 (条約) の規定に従って非課税状態にあるべきだと主張した。しかし彼らは、トルコにおいて得た所得要素がそこで納税済みであったこと又はトルコが課税放棄した旨を所得税法50d 条8項1文に従って立証しなかったもので、税務署は全体の総賃金を課税義務の対象として扱った。原告の財政裁判所への訴えは認め



られなかった。

2012年1月10日付決定に伴い、連邦財政裁判所はその結果原告らによって始められた上告審手続を中止し、所得税法50d条8項1文が基本法に適合しているかにつき連邦憲法裁判所の判断を求めることとした。すなわち、憲法審査に関する手続きにおいて、2003年の税変更法の枠組にある2002年所得税法50d条8項1文は、基本法20条3項及び25条並びに3条1項との関連から2条1項に違反しているか。所得税法50d条8項1文によれば、非自営労働に因る無制限の納税義務者の所得に対して国際法上条約の形式で二重課税を回避するために定められた所得の免税措置（1989年11月27日に公布された同意法律に関連したトルコ二重課税回避条約15条1項に関わる23条（1）a）項1文に基づく）が、税額の査定に際して当該条約を顧慮せずに、条約に基づき課税権を与えられた当該国家がこの課税権を放棄したこと、又はこの国家において所得に対して定められた税が納められたことを納税義務者が立証する限りで認められるとする。

これに対し、連邦憲法裁判所は以下の「決定要旨」を述べている。

1. 連邦憲法裁判所法80条2項1文は、移送裁判所に対し考えうるいかなる法解釈を行うことも義務付けていない。当該移送問題に対する判決上の必要性の判断にとって、原則的に移送裁判所の法解釈は重要であるが、それはこの解釈が明白に維持できなくなる範囲においてである。

2. 基本法59条2項1文によれば、条約には他の、特別な解放条項（Öffnungsklausel）の適用範囲—特に基本法23条から25条—に該当しない限りにおいて、単独の国内法上の（連邦）法律としての地位が与えられている。

3. 基本法59条2項1文は、国際法に対する後法原則の効力を制限していない。後法の立法

者は—選挙を通して表明された国民の意思に従って—基本法により予め定められた範囲において前法の立法者の立法行為を改めることができるとしなければならない。

4. 国際法に違反した法律の憲法違反は、基本法における不文の国際法親和性原則に遡って根拠づけられるものではない。この原則はたしかに憲法的地位を有するものの、しかしながらすべての国際法規範に対する憲法上の無条件な遵守義務を有するものでは決してない。

5. （通常の）法律に対する条約法律の（限定的な）優位性又は後法原則の制限は、法治国家原則からは導き得ない。

結論. 2003年12月15日付税規定の変更に關する第2法律の枠組みにある所得税法50d条8項1文は、基本法に適合している。

上記決定要旨は、およそ以下の論点に集約できる。「1. 移送裁判所による移送問題に対する解釈義務」について、「2. ドイツ国内法における条約の地位」について、「3. 国際法に対する後法原則の効力」について、「4. 国際法親和性原則と法律の憲法違反」について、「5. 法治国家原則と通常法律に対する条約法律の優位性」について、および結論としての「所得税法50d条8項1文の憲法適合性」についてである。

したがって、次章では各論点の具体的な判示内容を掘り下げて分析と検証を行った上で、条約の遵守とドイツ基本法の国際法親和性原則の関係について法比較的な検討を行うこととする。

## 注

<sup>1</sup> Article 26. “PACTA SUNT SERVANDA”: Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith（植木俊哉・中谷和弘編代『国際条約集（2024年版）』（有斐閣、2024年）134頁；United Nations, *UNTC I-18232* (Vienna

Convention on the Law of Treaties) , 1980.

<sup>2</sup> 中谷和弘・植木俊哉・河野真理子・森田章夫・山本良『国際法（第5版）』（有斐閣、2024年）96頁。

<sup>3</sup> 拙稿「ドイツ基本法における国際法の一般原則」『法学新報』127巻7・8号（2021年）385頁以下。

<sup>4</sup> 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、1993年）1207頁。

<sup>5</sup> 本稿では法学上の通説たる（修正）法律関係説に基づき、国家統治権の発動に関する法を公法とし、それ以外の法を私法として大別する（伊藤正巳・加藤一郎編『現代法学入門（第4版）』（有斐閣、2005年）85、210頁以下）。

<sup>6</sup> 法源はおおよそ、哲学的法源、歴史的法源および形式的法源に分類される。哲学的法源とは法の効力または拘束力の根拠を意味し、自然法、正義、主権者、人民の総意等が当てはまる。歴史的法源とは、法の発生・形成の淵源であり、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、刑法典およびその他の罰則である（団藤重光『法学の基礎』（有斐閣、1996年）162-163頁）。

<sup>7</sup> なお、法実務の観点から法源を「裁判官が裁判において依るべき基準」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。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（伊藤正巳・加藤一郎編、前掲書、49頁）。

<sup>8</sup> 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）に始まる純粋法学派はウィーン法学派とも呼ばれ、後の法律学に大きな影響を与えた。なお、分析法学は19世紀にイギリスのオースティン（J. Austin）が提唱した。同学派は法を主権者が創設する

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、1993年）18、82、356、419頁；内閣法制局法令用語研究会編、前掲書、37、675、1184頁）。

<sup>9</sup> 国際法学会編『国際関係法辞典』（三省堂、1995年）291頁。

なお、ブラウンリー（I. Brownlie）は、憲法に基づく国内立法機関が国際社会に存在しない点に着目する。その見解によれば、「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）」とは、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明をいう（Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*（4th ed.）1980, pp.1ff.）。

<sup>10</sup> Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, p.7, 30; 拙稿「法の一般原則」の今日的意義と問題点（一）『法学新報』103巻9号（1997年）114頁以下。

<sup>11</sup> H. Lauterpacht, *op. cit.*, pp.43f., 298.

<sup>12</sup> 経塚作太郎『現代国際法要論（補訂版）』（中央大学出版部、1992年）71頁。

<sup>13</sup> ICJ Selected Documents Relating to the Drafting of the Statute, 1946, p.22.

<sup>14</sup> 経塚作太郎、前掲書、87頁。

<sup>15</sup> 畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判（第2版）』（中央大学出版部、2013年）442頁以下；高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第6版）』（信山社、2010年）226、240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』19号（2012年）22頁以下；vgl. Hans. D. Jarass, Bodo. Pieroth, *Grundgesetz Kommentar*（18.Aufl.）, 2024, Rn.1ff. zu Art.25, Rn.1ff. zu Art.59.

<sup>16</sup> Jarass/Pieroth, a. a. O., Art. 59 Rn. 12; vgl. BVerfGE 1, 372/382. その意味で当てはまるものとして、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、仲裁条約および安全保障条約等が挙げられる (Vgl. BVerfGE 90, 286/359)。

<sup>17</sup> Jarass/Pieroeth, a. a. O., Art. 59 Rn. 8.

<sup>18</sup> 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要であると解されているからである (Vgl. BVerfGE 68,1/88)。

<sup>19</sup> 拙稿、前掲法学新報127巻7・8号掲載論文、394-395頁；Jarass/Pieroeth, a. a. O., Art. 25 Rn.7.; vgl. BVerfGE 46, 342/389.

<sup>20</sup> a. a. O., Art. 25 Rn. 8.; vgl. BVerfGE 96, 68/86. 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」、その背景には「国際法が要請し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い」という解釈が存在する。

<sup>21</sup> a. a. O., Art. 25 Rn. 11.; vgl. BVerfGE 100, 266/269.

<sup>22</sup> Jarass/Pieroeth, *Grundgesetz Kommentar* (12. Aufl.), 2012, Rn.6 zu Art.25.

<sup>23</sup> Jarass/Pieroeth, a. a. O., Art. 25 Rn. 9.; vgl. BVerfGE 18, 441/448.

<sup>24</sup> Jarass/Pieroeth, a. a. O., (18.Aufl.), 2024, Rn.11 zu Art.25.

<sup>25</sup> a. a. O., Art. 25 Rn. 12f. 「属地主義」原則について、他国の領域に向けた国家の「高権的行為 (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高権的行為及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いが必要とされており (Vgl.

BVerfGE 46, 342/402)、平和条約に反してはならない (Vgl. BVerwGE 37, 116/120ff.)。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 (BVerfGE 96, 68/86ff.)。

<sup>26</sup> Jarass/Pieroeth, a. a. O., Art. 25 Rn. 14f. 「権利保護」原則について、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, 253/303ff.)。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)。

<sup>27</sup> 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』124巻11・12号 (2018年) 151 - 152頁；Jarass/Pieroeth, a. a. O., Art. 25 Rn. 5)。

<sup>28</sup> Vgl. BVerfGE 75,1/17.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 111,307/318f.

<sup>30</sup> Jarass/Pieroeth, a. a. O., Art.59. Rn. 19.

<sup>31</sup> Jarass/Pieroeth, a. a. O., Art.100. Rn.1ff.; vgl. Frank Burmeister, *Gutachten des Bundesverfassungsgerichts zu Völkerrechtlichen Verträgen*, 1998, S. 50ff.

<sup>32</sup> Burmeister, S.38ff., Jarass/Pieroeth, a. a. O., Art.93. Rn. 90ff.

<sup>33</sup> 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 (田上讓治『改訂 西ドイツの憲法裁判』(信山社出版、1988年) 120頁以下)。

<sup>34</sup> Jarass/Pieroeth a. a. O., Art. 100 Rn. 34ff. 移送の適格性要件として、以下のことが挙げられている。(1) 法的紛争、すなわち裁判所手続の存在 (Vgl.

BVerfGE75,1/11)。(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 94,315/328)。(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, 124/133)。(4) 連邦憲法裁判所法84条、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 75, 1/12ff.)。(5) 形式・根拠として、連邦憲法裁判所法84条、80条2項に基づき、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付けなければならない。

<sup>35</sup> 連邦憲法裁判所法83条2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。

<sup>36</sup> Klaus Schlaich/Stefen Koiroth, *Das Bundesverfassungsgericht* (12.Aufl.), 2021, Rn.169.

<sup>37</sup> 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。この点において、裁判所の十分な確信を必要とする100条1項の具体的規範統制とは異なる (a. a. O., Rn. 172)。また、当該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。この点でも100条1項1段による手続とは異なる。以上より、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、又はドイツ、外国、若しくは国際的な上級裁判所の決定又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』37巻2号 (1994年) 242頁)。

<sup>38</sup> 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』16巻1号 (1982年) 153頁。

<sup>39</sup> Schlaich/Koiroth, a. a. O., Rn. 178.

<sup>40</sup> 最初の裁判例としては、アメリカの軍法会議によつ

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、遺族年金支払いの事例が挙げられる。2007年には、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 (Staatenostand)」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できないと判示された (a. a. O., Rn. 166; vgl. BVerfGE118,124)。

<sup>41</sup> 占部裕典「タックス・トリートイ・オーバーライドと国際租税秩序」『神戸学院法学』25巻1号 (1995年) 191頁。

<sup>42</sup> 矢内一好「国際連盟によるモデル租税条約の発展」『税務大学校論叢』20号 (1990年) 381-382頁。

<sup>43</sup> 小原義雄・山手治之・小室程夫『国際経済条約・法令集』(東信堂、1997年) 382頁; 国際法学会編『国際関係法辞典 (第2版)』(三省堂、2005年) 209頁; OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, 2017.

<sup>44</sup> 占部裕典、前掲論文、192頁。

<sup>45</sup> 同論文、193頁。

<sup>46</sup> OECD *op. cit.*, R (8) -2, para.2., the Committee on Fiscal Affairs "Report on Tax Treaty Override (adopted by the OECD Council on 2 October 1989)".

<sup>47</sup> *Ibid.*, R (8) -3, para.5.

<sup>48</sup> OECD Legal Instruments (OECD/LEGAL/0253) "Recommendation of the Council OECD Legal Instruments concerning Tax Treaty Override (Adopted on 02/10/1989)", pp.3f.

<sup>49</sup> 同条約は1977、92、94、95、97、2000、03、05、08、10、12、14、17年に改正されている (財務省ホームページ「国際課税に関する基本的な資料」[https://www.mof.go.jp/tax\\_policy/summary/international/h01.htm](https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/h01.htm) (2024年9月3日検索))。

<sup>50</sup> 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』102巻3・4号 (1995年) 382頁以下。

<sup>51</sup> これはドイツとフランスの石炭・鉄鋼の全生産を共同管理下に置き、同組織への参加を他のヨーロッパ諸国に認めるという趣旨をもつ (法令用語研究会編、前



掲書、1338頁)。

<sup>52</sup> 山根裕子『EC法』(有信堂、1993年)3頁以下;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』18号(2011年)54頁以下。

<sup>53</sup> 国際法学会編、前掲国際関係法辞典、35、76、88頁;拙稿、前掲駒沢女子大学研究紀要19号掲載論文、29頁。

<sup>54</sup> 同論文、30-31頁; *Q*/2007, C306/1.

<sup>55</sup> 庄司克宏『EU法政策編』(岩波書店、2003年)131頁以下、141頁以下。

<sup>56</sup> 内閣府『経済財政白書(平成21年度年次経済財政報告)』(内閣府、2009年)103頁以下。

<sup>57</sup> 朝日新聞クロスサーチ「リーマン・ショック」  
<https://xsearch.asahi.com/chiezo/> (2024年9月9日検索)

<sup>58</sup> 同サイト「欧州ソブリン危機」「ギリシャ経済危機」  
(2024年11月29日最終検索)

<sup>59</sup> BVerfGE 141, 1, Beschluss 2 BvL 1/12.

