

## 連合王国の公益訴訟に関する一考察 : Gordon Anthony 教授の研究プロジェクトに依拠して

深澤, 龍一郎  
名古屋大学大学院法学研究科 : 教授

<https://doi.org/10.15017/4151231>

---

出版情報 : 法政研究. 87 (3), pp.377-429, 2020-12-18. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 連合王国の公益訴訟に関する一考察

——Gordon Anthony 教授の研究プロジェクトに依拠して

深 澤 龍 一 郎

- 一 はじめに——「連合王国裁判所における公益」
- 二 公益訴訟の生成と拡大
- 三 公益訴訟の基礎的考察
  - (一) 公益の概念
  - (二) 行政訴訟の目的と原告適格の役割
- 四 公益訴訟に対する批判

## 一 はじめに——「連合王国裁判所における公益」

既にわが国でも紹介されているように、イギリス（イングランドおよびウェールズ）の行政訴訟における原告適格の法理は極めて緩やかであり、例えば、後述のとおり、政府開発援助に関する大臣の決定について政府開発援助の監視団体が司法審査を求めることや、領海外の大陸棚における石油・ガス調査試験掘免許案について環境保護団体が司法審査を求めることを認めた判例がある。このように現在のイギリスでは、特別の法律の根拠がなくても、公益訴訟を提起することが許されると評価してよいと思われるが、なぜイギリスの行政訴訟において原告適格の法理はこれほど緩やかなのだろうか。わが国の最高裁判例によると、行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審理することのできる対象は、「法律上の争訟」（裁三条一項）、すなわち「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるもの」に限られ（最判昭和五六年四月七日民集三五卷三三三頁、最判平成一四年七月九日民集五六卷六号一三三四頁）、さらに、取消訴訟（抗告訴訟）の原告適格の判断において、「私人等権利主体の個人的利益」と「公益」は明確に区別されてきた（最判昭和五三年三月一四日民集三三卷二二二頁を参照）。それでは、イギリスの行政法学（公法学）において、個人的利益と公益はいかなる関係にあると理解されているのだろうか。そもそも、行政訴訟の本来の目的とはどのようなものと考えられているのだろうか。

連合王国では、Economic and Social Research Councilの助成に基づき、クイーンズ大学ベルファスト法学部（Queen's University Belfast, Law School）のGordon Anthony教授（共同研究者としてJohn Morrison教授とDimitrios Doukas博士）により「連合王国裁判所における公益（Public Interest in UK Courts）」という研究プロジェクトが実施されたことがある（研究期間は二〇〇九年一〇月一日から二〇一一年二月三十一日まで）。このプロジェクトの主な狙いとは、「公

益〔public interest〕という言葉が連合王国裁判所における公法訴訟においてどのように使用されており、それはどのような理由によるものか」を確定すること、より精確には、「その言葉を裁判所が用いる様々な方法の分類学〔taxonomy〕とそれらの使い方が連合王国の現代的憲法に関して何を明らかにするか」を解明することであった。<sup>26</sup>そして、この研究プロジェクトの成果の概要は、ウェブサイトで、八つの項目——「公益を定義する〔Defining Public Interest〕」「その言葉は裁判所でのどのように現れるか〔How the term arises in court〕」「ヨーロッパ連合法〔EU Law〕」「ヨーロッパ人権条約〔The ECHR〕」「公の当局の決定〔Public Authority Decisions〕」「司法審査〔Judicial Review〕」「公益を理由とした不開示特権〔Public Interest Immunity〕」「表現の自由〔Freedom of expression〕」——に分類して公開され、とりわけ「その言葉は裁判所でのどのように現れるか」という項目においては、次のように、五つの主たる現れ方が挙げられている。<sup>27</sup>

第一に、「立法がその規定において、例えば『公益』に照らして決定を行うよう指名された決定権者に要求することにより、『公益』という言葉を使用する場合」である。最も良い例として、二〇〇〇年情報公開法〔Freedom of Information Act 2000〕において、特定の種類の情報の要求は「公益」テストに服し、つまり、当該情報を保有する公の当局は、当該情報が請求者に開示されることを「公益」が支持するかどうかを決定しなければならない。公の当局による不開示決定が争われた場合に、高等法院〔High Court〕は、法律問題として、「公益」が開示を要求するかどうかを決定しなければならないことがある。

第二に、「訴訟が『公益』のために提起される場合」である。この「公益」訴訟は、司法審査ではごく普通のことであり、裁判官がいくつかの手続ルールについて緩やかなアプローチを採用することにより可能とされてきた。

第三に、「裁判官が個別の法の発展を正当化するときに、自らその言葉を援用する場合」である。これも司法審査の判例法の前面に出ていたものであり、そこで、裁判官が「公益」に言及してきたのは、公法の射程の拡大により、特定

の決定権者が裁判所の統制を免れないよう確保するときであった。

第四に、「紛争の一当事者である公の当局が、訴訟の準備をするときと訴訟が審理されているときの両方か一方において、『公益』に言及する場合」である。前者の例として、公の当局が、特定の情報は「公益を理由とした不開示特権」の対象になるため、他方当事者に開示されるべきではないと主張することがある。また、後者の例として、公の当局がある特定の方法で行った理由を説明するときに、「公益」に依拠することがある。

第五に、ヨーロッパ連合法とヨーロッパ人権条約の両方か一方を参照して、主張がされるときである。ヨーロッパ連合法やヨーロッパ人権条約における個人の権利の遵守の要求は必ずしも絶対的なものではなく、「公益」上の正当化事由が存するときには、国家が個人の権利に制約を課すことが許されることがある。

Anthony教授の研究プロジェクトは、北アイルランド法（判例を含む）をも利用したものであるため、イギリス法の理論としても直ちに通用すると考えてよいかという点で限界があるように思われるものの、本稿では、その点に留意しつつ、彼の研究プロジェクトのうちの公益の概念および司法審査（行政訴訟）に関する成果に依拠して、連合王国の公益訴訟の理論的基礎について若干の考察を加えることにしたい（以下では敬称は省略する）。

## 二 公益訴訟の生成と拡大

(1) Anthonyの研究プロジェクトの成果に立ち入る前に、連合王国において公益訴訟（public interest litigation）とは何を指し、どのような経緯で広く認められるようになったかについて簡単にみておくことにする。

公益訴訟とは、「一九七〇年代に様々な不正、特にインド全土の監獄における囚人の違法な拘禁の問題に気付いたインド最高裁判所の創造物」であり、後に、従来はインド政府の執行部の独占事項であった行政のその他のすべての側面

にも拡大し、「旧宗主国もまた公益訴訟の魅力に抵抗できなかったようにみえる」との指摘がある<sup>(5)</sup>。そして、公益訴訟の概念は、連合王国ではわが国よりも広く使用されるようであり、自己の権利を侵害された「社会の恵まれない人々」(具体的には、児童、難民・庇護許与請求者・不法移民、障害者、ジプシー、女性のDV被害者、囚人、精神障害者、貧困者・住宅困窮者)に代わって「法的枠組みの中で活動する広汎な運動団体」が訴訟を提起し、または、訴訟参加する<sup>(6)</sup>といった文脈で使用されることがあることにも注意が必要である。

(2) イギリスの行政訴訟において、原告適格の法理を緩和し、公益訴訟の提起が広く容認される契機となった判例が、*Inland Revenue Commissioners v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* (一九八一年)<sup>(7)</sup>であることは、おそらく衆目の一致するところである。例えば、Richard Rawlings (UCL教授)は、イギリスの司法審査を、許可(原告適格)の段階、根拠の段階、救済方法の段階という三つの段階に分節したうえで、その展開を、①古典的モデルである「排水管〔drainpipe〕」モデルから、②許可の段階が押し広げられた「煙突〔funnel〕」モデルへ、さらには③より柔軟で開かれた「アメリカ式高速道路〔American freeway〕」モデルへと図式化し<sup>(8)</sup>、特に*National Federation*判決を、②「煙突」モデルの「護符」〔talisman〕と称している。ここでは、同判決に従ったその後の判決のうち、公益訴訟に関する論攻でよく取り上げられるものをいくつか紹介しておく。

(a) まず、*R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p World Development Movement Ltd* (一九九四年)<sup>(9)</sup>は、*World Development Movement Ltd*が、外務・イギリス連邦大臣を相手取り、マレーシアのPergau Damに資金を供給する援助に関する二つの決定(援助を付与する決定および資金をこれ以上供給しないとの言質を拒否する決定)の司法審査を申請した事件である。本件の主な争点は、当該援助の付与が、一九八〇年海外開発・協力法(Oversas Development and Co-operation Act 1980) 一条一項の目的に従い、マレーシアの「開発を促進するため」であったかどうかであり、原告団体は、本来なら他所に回る資金から利益を得るであろう開発途上国の人々の利益を代

表しようとしたのであった。

結論的に高等法院は原告の申請を認容し、その中で詳細な理由を付して意見を述べた[Rose]は、原告適格につき、*National Federation*判決を参照して、「原告適格は先決すべき争点〔preliminary issue〕として取り扱われるべきではなく、事件全体の法と事実の文脈で検討されなければならない」こと、さらに「原告適格を検討するときには、異議の実体的事項〔merits〕が支配的ではないにせよ、重要な要素である」ことを指摘し、Wadeの教科書の一文——「真の問題は原告が実質的な懈怠または濫用を証明できるかどうかであり、自己の個人的権利または利益が関係しているかどうかではない」——を引用した。<sup>(13)</sup> また彼は、「実体的事項はさて置き、本件にはいくつかの重要な要素があるように思われる」と述べ、「法の支配を擁護する重要性」、「提起された争点の重要性」、「その他の責任ある異議申立人が存しない可能性」、「救済が求められる義務違反の性質」、「援助に関して助言、指導、支援を与える点でのこれら原告らの顕著な役割」を挙げ、「本件においては、すべてのことが、本件原告らは……申請が関係する事項につき十分な利益を有すると結論を示す」としたのであった。<sup>(15)</sup>

(b) また、*R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p Greenpeace Ltd* (一九九九年)<sup>(16)</sup>は、自然環境の保護を主たる目的とする運動団体であるGreenpeace Ltdが、通商産業大臣を相手取って司法審査を申請し、同大臣が連合王国の領海外の連合王国大陸棚(UK Continental Shelf)で石油・ガス調査試掘免許を付与しようとしたことにつき争った事件であり、本件における主な争点は、ヨーロッパ経済共同体の生息地指令(Habitats Directive)<sup>(17)</sup>を実施する国内法が連合王国大陸棚にまで及ぶかどうかであった。

結論的に高等法院は原告の申請を認容し、その中でMaurice Kayは、原告適格については、「本件の申請のような訴訟を提起するその原告適格〔legal standing〕は十分に確立している」と簡単に処理した。<sup>(18)</sup>

(c) 他方で、原告適格の法理を厳格に解した判例もある。*R v Secretary of State for the Environment, ex p Rose*

*Theatre Trust Co*（一九八九年）<sup>(25)</sup> は、*Rose Theatre Trust Co* が、環境大臣を相手取り、一九七九年史的記念物・遺跡法（*Ancient Monuments and Archaeological Areas Act 1979*）に基づき *Rose Theatre* の遺跡を保存建造物に登録しない決定の司法審査を申請した事件である。

高等法院の *Schiemann* J は、原告適格につき、*National Federation* 判決を参照して、「制定法が課した義務の不履行の主張を審査している場合、当該制定法をみて、当該義務を遂行させることを可能にする権利を原告に与えているかどうかを調べるのが有益である」こと、「多数の人々が結合し、自らは利益を有すると主張するという事実は、個々人が利益を有していなかったときに、利益を創り出すものではない」こと、「利益を有しない者が法人を設立し、定款において特定の目的を追求する権限を当該会社に付与するという事実は、当該会社に利益を付与するものではない」ことなどを指摘した後に、「保存建造物に登録しない決定は、普通の市民が司法審査を申請する許可を取得する資格を与えられるための十分な利益を有しない政府決定の一つであるように思われる」と述べた。そのうえで彼は、原告適格に関する彼の決定により、大臣による違法な行為が非難されず、さらには明らかにされないままになるおそれがあるとの原告側代理人の主張を受け、「この主張は明らかに正当である」としつつも、「それに対する答えとは、法は、行政活動の適法性が法廷で争われることに関心を有するすべての個人のために存在することを、裁判所の職務とは考えないということである。議会は極めて広汎な裁判所へのアクセスの権利を与えることができたが、そうしなかったのである。異議申立人は、『申請が関係する事項につき十分な利益を有する』ことを証明しなければならぬ。裁判所は、申請が関係する事項——本件では国家にとって重要な記念物を保存建造物に登録しないこと——と決定の根拠となった制定法（本件では一九七九年法）をみて、その制定法が、その個人に対し、この国の他の市民に比して、その決定が適法に行われることについてより大きな権利または期待を明示的または黙示的に付与しているかどうかを決定する。我々はすべて決定権者が適法に行為することを期待する。我々はすべて司法審査を申請する権利を議会から付与されているわけでは



論 説  
ない」と論じ<sup>(22)</sup>、結論的に本件原告の原告適格を否認した。

(3) 上記のような公益訴訟の概念の使い方からは、既に公益と個人的利益が必ずしも峻別されていないことが窺われるところであるし、また、*Pergau Dam* 判決によれば、行政訴訟の目的とは、適法性保障を含む「法の支配」の擁護にあり、そのことを前提として、原告適格の役割とは、当該事案（訴訟を進行する原告が誰かを含む）が審理に値するものかどうかの目処を付けることにあるのではないか、との推測が成り立つように思われる。しかし他方で、*Rose Theatre* 判決は、行政訴訟の目的と原告適格の役割について、*Pergau Dam* 判決とは異なる理解に基づいているようであり、はたして連合王国において公益の概念や行政訴訟の目的は一般にどのようなものと考えられているのか、以下では、Anthonyの研究プロジェクトの成果をみることにしよう。

## 三 公益訴訟の基礎的考察

### (一) 公益の概念

(1) まず、連合王国における公益の概念について、Anthonyがその論攷「公益と司法審査の三つの次元」(二〇一三年)<sup>(23)</sup>において論じているところをみる。

Anthonyは、公益の概念につき、「行うべきおそらく最初の——自明の——指摘は、それが精確な定義を欠く概念であり、その意味と内容に関する二極化された討議の対象となってきたということである。その討議には必然的に多くの要素があったが、支配的なテーマは、公益を支えるような共有価値(“shared value”)を持った政治的共同体という推定の正統性の存否であった」と指摘する。すなわち、彼によると、公益概念に批判的であった論者が、政治的共同体など

の概念の人為性に注目し、公益概念が自律的な個人にとつて「根本的に非民主的な」含意を有することを示唆する一方で、そうした多数決主義（majoritarianism）に関する懸念は、共同体主義の（communitarian）論理を採用して、個人の利益をより広い社会の利益に取り込んだ代替的な諸モデルにより対抗されてきたとされる<sup>(25)</sup>。そして、そのようなモデル化（modeling）は、「相容れないようにみえる諸利益だけではなく、種々の横断的な個人的・部門的諸利益を有する政治的組織体の内部で公益をどのように測定すべきか」に関する明白な諸問題を回避しつつも、社会の構成員間の相補的（complementary）利益の存在を強調してきたため、明白な諸問題への答えは、個人的利益をより広汎な集合的（collective）利益の中に位置付けて、公益の規範的価値を強調する「優位性〔preponderance〕」理論、「二元的〔unitary〕」理論、「共通〔common〕」利益」理論に見出されてきた、とされるのである<sup>(26)</sup>。

これらの理論について、Anthonyは、Virginia Heldの著書<sup>(27)</sup>の参照を指示するが、それによると、それぞれの理論は、概略、以下のものとされる（傍点は原文イタリック）。

「優位性」理論——この見解は、(a) Xは公益にならない（なる）、(b) Xは個人 $I_1, \dots, I_{n-1}$ の利益になる（ならない）、(c) Xは個人 $I_n$ の利益にならない（なる）（個人 $I_1, \dots, I_n$ それぞれにとつての利益の程度は同じであり、nは2よりも大きいと仮定する）のうち、(a)および(b)が同時に妥当することはないが、(b)および(c)が同時に妥当することがあると考える。この見解の概要は、公益がいやしくも何らかの意味を有するのであれば、個人的利益の優位であるもの、や合計と矛盾することはありえない——ただし、この優位性は様々な方法で構成され、計算されると考えることができる——と考える功利主義的（utilitarian）・集合主義的（aggregationist）諸概念の中に最も明確に見出すことができる<sup>(28)</sup>。

「共通利益」理論——この見解は、(a) Xは公益になる（ならない）、および、(b) Xは個人 $I_1$ … $I_n$ の利益になる（ならない）が同義であると考ええる。この見解は、公益を、ある政治的組織体の全構成員が共通して有する利益——おそらくはある統治制度ないし個人的利益の違いを調整する特定の決定方法についての共通利益や、すべての個人ないし集団に利益を与える何らかの取り決めを維持することについての共通利益——と同一視することの中に見出すことができる。<sup>(29)</sup>

「二元的」理論——この見解は、(a) Xは公益になる（ならない）、および、(b) Xは個人 $I_1$ の利益にならない（なる）が同時に妥当することはないと考ええる。これは、社会と政治に関する様々な理想主義的 (idealist) その他の諸概念の中に見出すことができ、これらの諸概念によると、秩序のある一貫した単一の価値体系を仮定し、または、それに訴えることが正当と認められるのであり、この体系に従ったものだけが正当と認められる。<sup>(30)</sup>

またAnthonyは、さらなるアプローチは、「手続的形式としての公益」を中心としたものであったと指摘する。<sup>(31)</sup> 彼は、Barry Bozemanの著書の一節を引用しつつ、このアプローチは、「公益についての規範的な見方を受け入れることができないうが、公益概念を完全に放棄する用意のない者」<sup>(32)</sup>の妥協的な立場を表すものであると評したうえで、このアプローチにとって基本的なのは、政府の利点は共有価値を代表する能力と想定されるものにあるのではなく、社会の中で「必然的に生じる多数の競合する諸利益のために政府が与えるアクセス・ポイントの多様性」にあるとの理解であるとい<sup>(33)</sup>う。したがって、このアプローチによると、統治とは、「熟慮と討議を通じて諸利益を調整することに関わり、合意された——言い換えれば、確実に受入可能な——政策と結論を産み出すことができる手続を有することに関わるもの」であり、この見方によると、公益とは、「民主的に正統化された制度の内部で生じる熟議プロセスから現れるもの」であ

るといのである。<sup>34)</sup>

(2) そしてAnthonyは、そのような諸モデルの長所・短所が何であれ、連合王国公法の様々なよく知られた特徴に浸透しており、このことは、例えば、手続的アプローチと連合王国憲法の代表民主制の重視に当てはまると述べる。<sup>35)</sup> 彼は、連合王国憲法における国家概念の欠如に注目して、次のように敷衍する。<sup>36)</sup>

他の（成文）憲法は「人民〔people〕」と「国家〔state〕」との関係——後者が「公益」の形式的表現および可視的象徴」である——を規定していることがあるが、連合王国憲法は歴史的にそのような理論化を欠き、その代わりに、国王〔Crown〕の地位および国王とウェストミンスター議会との関係に集中してきた。このことは、国王自身が代表できる利益の性質に関する議論につながったが、よりよく知られているように、ウェストミンスター議会が憲法内部において独自の卓越した地位に昇格する結果をもたらした。さらに、議会主権の原則はもはや全面的な司法の支持を享受していないことはたしかである——権限委譲〔devolution〕、ヨーロッパ化、グローバル化が思いつく——が、その原則は依然として、ウェストミンスター議会が法的に主権者であるのは、その権威が有権者の正統化力〔legitimizing force〕に由来するからであるとの理念に源泉がある。このようにみると、ウェストミンスター議会は、社会内部の競合する諸利益を寄せ集め、立法プロセスを通じてそれらの諸利益を調整し、裁判所が至高と考える法律において受け入れられる結論を統合する熟議フォーラムになるのである。

(3) 次にAnthonyは、「共同体」の理念への訴えが行政法の多くの中に見出すことができ、ある程度、このことは、行政法が果たすと時々主張される役割を前提とすると、不可避と考えられるであろうと指摘する。<sup>37)</sup> 彼は、前世紀中に発展した行政法体系は、公共財の給付を通じた社会改革（reinvention of society）に集中していると主張されたことがあ

り、これは Carol Harlow と Richard Rawlings による行政法の「青信号 [green-light]」理論の領域であり、その極地では、公の当局は「思ひやりのある利他主義 [considerate altruism]」に基づき権力を行使するという理解と一致するという。<sup>(38)</sup> 青信号理論とは、行政法の中に政治的進展の媒質を認め、「行政国家」を歓迎するものであるが、<sup>(39)</sup> 公益概念について彼は次のように指摘する（傍点は筆者）<sup>(40)</sup>。

そのような利他主義は、公的組織体に対し、自己の決定により影響を受ける個々人の利益を考慮するよう要求するが、さらに、また同じくらい重要なことに、「公的組織体は独自の権利または利益を有さず、全体 [general good] のために……権限を行使しなければならない」ことを意味する。したがって、支配的な心象は、公的組織体が社会全体のために、そして、「適法かつ関連する公益上の根拠」のみを追求して行為するというものである。さらに、司法審査の厳格な手続要件が正当化されると主張されてきたのは、この理由による。というのも、厳格な手続要件は、行政の安定性の向上をもたらし、かくて社会全体に利益を与えると解されるからである。裁判所は、同様に、「公の政策」の根拠に基づき、公の当局の過失責任 [negligence liability] に関する制限的かつ著しく永続的な判例法の系統を正当化するときに、「共同体の利益」に言及してきた。

(4) 他方で、Anthony は、行政法の「赤信号 [red-light]」ないし「統制 [control]」理論も公益に言及しているが、ここでの言葉の用途は変化しようと指摘し、引き続き次のように述べる（傍点は筆者）<sup>(41)</sup>。ちなみに、赤信号理論とは、行政法の主たる役割は国家権力の行き過ぎを統制し、より精確には国家権力を通常裁判所の支配に服せしめることであると考えるものである。<sup>(42)</sup>

そのような理論は、その中核において、主権者たる立法府が権限を公の当局に付与したのであり、行政法の第一的な役割は、そのような権限の行使が議会により設定された限界を遵守するよう確保することであると仮定するものである。このことは、元々は、統制がアルトラ・ヴァイリズ〔*ultra vires*〕理論と同義であることを意味するものであったが、裁判所は、つとに、公法上の保護を、「個人や団体だけではなく公衆一般に影響を及ぼす」という意味で「公益の問題」を伴う紛争において、非制法的領域にまで拡大した。これは、一九六〇年代以降のコモン・ローの拡大に関して述べられた多くのことの一面であり、コモン・ローの拡大は、コモン・ロー上の基本的権利の承認と保護の向上も伴うものであった。その保護は、当初は、行政決定の「慎重な精査」の形式をとったが、今や、一九九八年人権法のもとで現れた補足的な諸原理により概ね支配されている。これらの中で顕著なのは、個人的権利を承認することには、「公益」が存する——というのも、このことは統治権力の濫用に対する歯止め〔*brake*〕として作用しうる規範的基礎を法に与えるからである——という理念である。<sup>(44)</sup>

(5) このように個人的権利の承認が公益になるだけでなく、逆に公益概念が個人的権利を制約する理由になることは、引き続きAnthonyが以下で述べるとおりである（傍点は筆者<sup>(45)</sup>）。

しかし、同様に顕著なのは、ヨーロッパ人権条約の意味での公益上の正統な根拠（例えば、安全保障、公の秩序、保健または道徳など）を追求する場合には、比例的な制約を制限付き権利〔*qualified rights*〕に課すことができることを容認する系統の理由付けである。そのような理由付け……もまた、「個々人の基本的権利が至高のものであるが……無制限ではない。というのも、我々は、同様に権利を有する個々人の共同体で生活しているからである」と記すことにより、共同体の心象に訴えているのである。結果として、権利に有利な推定を伴うけれども、「共同体へのす

べての者の義務や他者の権利の尊重を保障し保護する「必要性」を承認する権利の言説においては、公益の二元的な使用があるのである。

ただし、公益と個人的権利が対抗する場面においても諸利益の相補性をAnthonyは次のように指摘する（傍点は筆者<sup>46</sup>）。

しかし、個人の権利を共同体の権利と衡量しようとする試みは、例えば、その衡量があまりにも頻繁に共同体に有利に、より明白には立法府や行政府の選択に有利にされる場合には、多数決主義という批判につながることもある。ここで、コモン・ローは、これまで、個人の権利が第三者の利益と重なり合うことがあり、その第三者の利益は次により広汎な公益の一部を構成することがあると記すことにより、個人を保護しようとした。そのような諸利益の相補性は、司法の推論における高度なニュアンス〔high degree of nuance〕を示唆するものであるが、それにもかかわらず、具体的な紛争では、個人の権利とより広汎な利益との間の選択に譲らなければならない。その選択に直面すると、裁判所は紛争の文脈を「すべて」と考え、なされるべき衡量は関係する権利と権利に影響を及ぼす決定や行為の種類に依存することがよく知られている。

Anthonyが諸利益の相補性に言及するとき参照しているのが、*R v Immigration Appeal Tribunal, ex p Bakhtaur Singh*（一九八六年<sup>47</sup>）である。本件は、インド人であるS氏が受けた国外退去命令を争った事件であり、当時の入国管理規則（immigration rule）が、「退去強制が実体的当否に照らして正当な経過であるかどうかを検討するときには、公益が当該事案の同情すべき〔compassionate〕事情と衡量される」と定めていたところ、この衡量における第三者利益

の考慮（S氏にとって有利な方向への考慮）について、Lord Bridge of Harwichは、次のように述べた。<sup>(48)</sup>

当院のもとの弁論において、ある特定個人を退去強制させることが彼の家族や彼と密接な関係を有する者以外の第三者に及ぼす影響が、彼を退去強制させるべきかどうかの裁量決定に関連する一要素に十分なりうることは争われなかった。いくつかの例によりこのことが明らかとなる。一、退去強制に服すべき者は共同で事業を行ってきた。彼の退去強制は共同事業を破綻させるであろう。二、退去強制に服すべき者は成功した輸出事業を行っている会社にとつて必要不可欠でかけがえのない労働者である。彼の退去強制は事業を著しく損なうであろう。三、退去強制に服すべき者はソーシヤル・ワーカーであり、ある特定の地域共同体は彼に依存するようになっていた。彼の退去強制は、当該地域共同体から、代わりを見つけることが困難な彼のサービスを奪うであろう。四、退去強制に服すべき者は公的に重要な科学的調査に従事するチームの不可欠な一員である。彼の退去強制は、その調査が成功すれば公衆が享受するであろう利益を危険にさらすであろう。

私は、退去強制を回避することについての第三者の利益の領域が徐々に拡大し、究極的には公衆全体にまで及ぶ可能性を証明するようにこれらの例を選んでみたのである。

(6) かくして、連合王国においては、公益概念に関して複数の理解があり、また、公益は、行政訴訟を制限する根拠にも拡大する根拠にもなる。さらに、行政訴訟の審理における公益と個人的権利・利益との関係の仕方も様々であるが、いずれにせよ、わが国の判例の立場とは異なり、公益と個人的利益が明確に区別されるとの考えは極めて希薄であると評価してよいであろう。



## (二) 行政訴訟の目的と原告適格の役割

(1) 次に、Anthonyの研究プロジェクトのウェブサイトの「司法審査」の項目の成果に依拠して、連合王国の行政訴訟の目的と原告適格の役割について考察することにしよう。

既述のように、イギリスの行政訴訟では、原告適格の法理が極めて緩やかであり、一般に公益訴訟の提起が容認されていることにつき、Anthonyは、「裁判所がそのような事件を審理しようとすることは時々論争になってきた——公益団体は比較的安価に知名度を獲得するため裁判所手続を利用しているかもしれないと主張されてきた——が、裁判所は、法の支配を擁護する責務 [imperative] を強調し続けてきた」と指摘し、北アイルランドの判例である *Re D's Application for Judicial Review* (二〇〇三年)<sup>(30)</sup> を紹介する。本件は、一九九三年道路 (北アイルランド) 規則 (Roads (Northern Ireland) Order 1993) に違反して訴外ホテルが地域開発省 (Department of Regional Development) の同意なしにアーチを建設したことに対し同省らが阻止するための措置をとらなかつたことにつき、車椅子利用者であるD氏が司法審査を申請した事件であり、Coghlin氏は、同意なしのアーチ建設について訴外ホテルを訴追しない同省の決定が違法であるとの宣言的判決を付与したため、同省が控訴院 (Court of Appeal) に上訴した。

結論的に控訴院は上訴を認容したが、その中でCarswell LJは、「近年裁判所が原告適格の問題についてより寛大な姿勢をとる傾向にあることに議論の余地はないように思われる。当裁判所は、試論的に、以下の命題が現在では一般に妥当であろうと提案したい」と述べ、次の四つの命題を挙げた (傍点は筆者)<sup>(31)</sup>。

(a) 原告適格は相対的な概念であり、事案の公益、内容の強さに応じて展開されるべきものである。(b) したがって、裁判所に提起された問題に関わる公的、重要性の量が大きいほど、原告が必要な原告適格を有すると容易に判

断できる。(c)最近の判例は、裁判所の焦点が、原告の個人的権利または利益の関係性よりも公的、当局的、懈怠または濫用にあることを示している。(d)ほかに責任ある異議申立人がいないことは、公的な利害や懸念がある事項が審査されないままにされないよう、しばしば重要な要素になる。

この意見によれば、先に推測したとおり、連合王国の行政訴訟の目的とは、わが国の判例の見解とは異なり、個人的権利または利益の保護よりも、公益性を伴う行政活動の統制にあり、原告適格の役割とは、原告が誰かを含め、当該事案が審理に相応しいものかどうかの目処を付けることにあるとの考えがより明確になるように思われる。

(2) また、既述のように、連合王国裁判所が公法上の保護を非制定法的領域にまで拡大したことにつき、Anthonyは、「非制定法的決定が裁判所で明らかに争えない領域があった」が、「その結果を回避するため、裁判所はそのような決定を公法形式のものと捉え直し、そうするとき『公益』に依拠してきた」と指摘し、「この系統の判例法が最も発展した法域が北アイルランドである」と述べて、三つの判例を紹介している<sup>(50)</sup>。これらの判例からも、先に指摘した連合王国の行政訴訟の目的に関連して《公益性↓公法上の保護↓司法審査の対象》という図式を鮮明に見て取ることができるであろう。

(a) 第一に、*Re McBride's Application for Judicial Review*（一九九九年<sup>(51)</sup>）は、殺人で有罪と決定され、終身刑を言い渡された二人の軍人について、一九七五年陸軍に関する女王規則（Queen's Regulations for the Army 1975）に基づき、彼らが所属していた大隊の副官が除隊を申請したところ、陸軍委員会（Army Board）が申請を拒否し、彼らが軍役を続けることを認めるよう命じたため、被害者の母親が司法審査を申請した事件である。

結論的に「Ker」は申請を認容し、その中で「当該決定は審査可能か」という問題について、「現在では、ある決定が司法審査に服するかどうかの問題は、関係する争点を明らかにし、それが公法上のものであるかどうかを決定すること

により最もうまく答えられることが承認されている(……)。しかしある争点を公法上のものとして区別する特徴とは何だろうか。また、ある争点が司法審査を受けるためには、もっぱら公法上の争点でなくてはならないのか、あるいは、公法上の次元もあれば、私法の側面を帯びてもよいのか」と具体化したうえで、次のように述べた(傍点は筆者)<sup>(54)</sup>。

思うに、ある争点が、公衆全体に影響を及ぼすのであって、ある個人や団体にだけ影響を及ぼすのではないという意味で、公益上の問題を伴う場合に、公法上の争点となる。それは、ある争点が、公衆の心の中に関心や懸念を生じさせるだけで、公法上の争点となると主張しようとするものではない。公法上の争点としての資格を有するためには、公衆の関心を引き付けるだけではなく、公衆に影響を与えなければならない。ある争点は、ある個人にその個人の資格で特別のインパクトを与えながら、公法上の争点になることがあることも同様に明らかであるように思われる。

(b) 第二に、*Re Kirpatrick's Application for Judicial Review* (二〇〇三年)<sup>(55)</sup> は、私的な水上監視官 (private water bailiff) であるK氏がネイ湖における茶色ウナギの漁獲免許をネイ湖漁協 (Lough Neagh Fishermen's Co-operative Society Ltd) に求めたところ、免許を拒否されたため、司法審査を申請した事件である。

結論的にKert]は原告の申請を斥けたが、その中で「原告と被告の間の紛争は公法上のものか」という争点については、次のように述べた(傍点は筆者)<sup>(56)</sup>。

ネイ湖は、連合王国で最大の内陸部の水路である。その天然資源の保存は、思うに、大きな公益上の問題である。公衆は、この豊富かつ重要な天然資産において、漁業資源がどのように維持され、漁業活動がどのように規制されるかに関して正当な関心を有する。組合によって運営される免許制度は、水上監視官による漁業活動の監視と規制によ

り補足される。漁業権が組合により私的に所有されるといふ歴史的な偶然がなければ、そのような重要な天然資源は、政府と究極的には公衆に対してアカウンタビリテイを負う公的機関により統制されることが期待されるであろう。したがって、ネイ湖におけるウナギ漁の免許制度は公法上の問題であると認める。

(c) 第三に、*City Hotel (Derry) Ltd, Re an Application for Judicial Review* (二〇〇四年<sup>37</sup>) は、ロンドンデリー市のフォイル・ストリート (Foyle Street) において社会開発省 (Department of Social Development) が所有する土地について、C社が同省と開発協定 (development agreement) を締結したが、開発が完了しないうちに、別の形式の開発を提案したところ、拒否されたため、司法審査を申請した事件である。

結論的にWeatherup Jは、原告の申請を斥けたが、その中で同省が「原告と省との間の紛争は、原告と省との間の契約上の取り決めに關する私法上の問題であり、司法審査を生じさせる公法上の問題ではない」と主張したことにつき、*McBride*判決におけるKerr Jの意見を参照して、次のように述べた(傍点は筆者<sup>38</sup>)。

争われている決定は、原告と省との契約関係に直接関連して行われた決定ではなく、むしろ土地の開発と処分についての現在の取り決めに對する代わりの提案に關連して行われた決定である。争点は、公有地が開発され処分される条件……に關するものである。それが争点であるため、それが公衆に影響し、または影響を及ぼすかどうかを検討することが必要である。フォイル・ストリートの場所は、北アイルランドの第二の都市の歴史的街区に近い、最も重要な中心街の開発地である。その場所は、公の所有に属しており、公衆は、その場所の開発と処分が省により、公益のために行われることを期待する権利を有する。この場所の現状での開発と処分は、制定法的規制と確立した手続に服する。省が、他の利害關係を有する開発者による司法審査手続のおそれに關して自身の懸念を表明したことに留意すべき

であり、そのことは、これが公法上の問題であるかどうかを決定するものではないが、関連する争点には他者から公法的な性格が認められていることを示すものである。現存する契約上の取り決め以外でのこれらの公共の土地の開発と処分への検討は、公法上の問題である。

なお、Anthonyは、ウェブサイトにおいて、*Kimbarrick*判決と*City Hotel*判決において「公益」を具体的な考慮事項と結び付けたことにより、裁判所は、「公益」に内容を与えるのに役立つてきたとも評価している。

#### 四 公益訴訟に対する批判

以上、Anthonyの研究プロジェクトの成果に依拠して、連合王国の公益訴訟の理論的基礎を考察してきたが、しかし、公益訴訟に対しては批判もあり、「代表訴訟は有益かつ民主的に正統か」という疑問は彼自身認識しているところである。そこで、本稿の最後に、公益訴訟に批判的な代表的論者としてよゝCarol Harlow (LSE名誉教授)の論攷「公法と民衆的正義」(二〇〇二年)<sup>(80)</sup>を紹介しておくことにしよう。

Harlowは、現代の公益訴訟を形成する点で最も重要な要素が、おそらく「裁判へのアクセス」[*access-to-justice*]運動であることなどを指摘したうえで、一般に、次の三つのさらなる正当化事由が公益訴訟のために提示されるとい<sup>(81)</sup>う。第一の、実務家により最も一般的に提示されるものが、代表訴訟は「効率的」であることであり、それが意味するのは、「訴訟がよりよく代理され、裁定しやすくなる」ということである。第二のものは、公益訴訟を「グローバル化の側面として、人権運動とともに国際裁判所と国際組織の実務から輸入されたもの」と考えるものである。第三の、より理論的な説明は、代表訴訟を「多元的民主制理論」を参照して正当化しようとするものである。

これらのうちの「効率性」について、Harlowは、「団体の原告適格と訴訟参加の」両方は、個人がアクセスすることも裁判官が解釈することも困難な、科学的・技術的証拠により引き起こされる問題を処理するための助力として考えることができよう。科学・技術を基礎とした世界、そして、公私、国内外が益々重なり合うグローバル化した消費経済の複雑さの増大は、多極的〔polycentric〕かつ複雑な決定のクモの網〔spider's web〕に反映されている。徐々にこれらは司法の紛争解決過程に姿を現している。裁判所は自己の手続を調整して現代化する必要がある」と敷衍する一方で、「しかし、我々はこの安易な想定に関して極めて慎重になる必要がある、この想定は、裁判所を、その手続が本質的に不向きな政策決定の領域に押し出すかもしれない」と指摘する。<sup>(63)</sup>ここで彼女は、Lon Fullerの所説<sup>(64)</sup>を参照して、「Fullerの多極性という観念に反映された政策と原理の区別は、司法過程にとって必要な保護である」と結論付ける。

次に「国際化」について、Harlowは、「運動団体や……『非政府組織』は、国際舞台で重要な役割を果たす。それらは、国際組織の周囲に集まり、国際連合による正式な承認から地位を得る一方で、国際連合は登録簿を備え、それらと定期的に協議する」とし、さらに「非政府組織の主目的は、人権の画一的な規格の普及であるため、非政府組織が国際レベルから国内レベルに移るのは自然であり、今や国内裁判所のもとで定期的な訴訟参加している」と説明しつつ、しかし「運動団体の栄えある国際的名声を国内レベルで模写することは正当化されない」という。<sup>(66)</sup>というのも、「国際関係における非政府組織の地位は、そこに民主的過程と機能的な市民社会が存しないことと直接関係する。非政府組織は、多くの場合、国家と多国的企業——それ自身の人権記録が怪しいであろう——が支配する舞台における唯一の非公式のアクターである。非政府組織をグローバル化した市民社会の構成要素としてだけではなくすべしとしてみることは魅力的である」けれども、「民主的な国内の政治制度の文脈において、このような同視は認めることができない」からであり、むしろ、彼女は、「裁判所と運動団体との間のあまりにも近い関係は、法の中立性と客観性の希薄化をもたらすおそれがある」と指摘する。<sup>(67)</sup>

さらに、「参加と多元主義」について、Harlowは、「公益訴訟の最も強い理論的正当化事由」が「多元的・参加的民主制理論」に存すると述べたうえで、「しかし、大衆民主主義〔popular democracy〕の理念は誤信に満ちており、大衆がすべての決定のすべての段階に参加できるという信念は誤信の一つに過ぎない」と指摘する<sup>(6)</sup>。彼女は、「現代の生活のあらゆる側面に浸透し始めている大衆民主主義のレトリックは、司法府を、すべてのわが確立した政治的・憲法的制度とともに、大きな圧力のもとに置いている。……透明性とアカウンタビリティへの欲望は飽くことを知らないようである。すべての決定は無限に争うことができ、補償が少なくとも謝罪を通じて是正可能と考えられる。ここでは、司法過程の中核的教義である独立性、客観性、終局性に対する明らかな脅威が存する」と述べるのである<sup>(7)</sup>。

以上の検討を踏まえ、Harlowは論攷を次のように締めくくっている。

幸運なことに、是正は依然として極めて容易である。アクセス権を精査し制限するのに遅すぎることはない。行うべきことは、……方向を変え、*Rose Theatre*判決〔本稿一(2)(c)を参照〕の論理を採用することに尽きる。法廷の扉は、真に「公的弁護〔public advocacy〕」サービスを提供しているときにのみ、団体に開かれるべきである。例外が必要とされることがあるが、例外は制定法に由来すべきである。恵まれない少数派を代理する組織体——特に人種平等委員会および機会均等委員会——に対し、法的サービスを提供し、公的弁護人として行為するよう授權する条項が既に存する。同様に、ヨーロッパ共同体の立法は、消費者の「拡散利益〔diffuse interests〕」や、代理が特に困難である環境上の「無形の〔intangible〕」「集合的〔collective〕」権利を扱っている。団体の原告適格の請求は、慎重に精査し、控え目に解釈する必要がある。要は、法的過程へのアクセスを求める団体が証明するよう求められるべきものは、法的利害関係であり、民主的利害関係ではないのである。

このことが特に「民主的」であると聞こえないのであれば、そう聞こえるべき特別の理由は存しない。裁判所は、

現代民主制の柱の一つであり、代表政府がもう一つの柱であるのとまったく同様である。それぞれが民主的過程に行う貢献が同一である必要はない。多様性がわが社会の一つの主要な価値であり、わが憲法が極めて不安定に均衡を保っているインフォーマルな権力分立の重要な属性である。政治がすべてを行うことはできない。法も同様である。それぞれの特殊性が承認される必要がある。

(1) 一九八一年上級法院法 (Senior Courts Act 1981) 三二条三項は、「裁判所規則に従って高等法院の許可を取得しなければ、司法審査申請を行うことができない。裁判所は、申請が関係する事項につき原告が十分な利益 (sufficient interest) を有すると思料しないときは、申請を行う許可を付与することができない」と規定する。ただし、「一九八八年人権法 (Human Rights Act 1998) に基づく司法審査においては、原告は違法な行為の「被害者」(victim) (七条一項) に限定される。本稿は、一九九八年人権法に基づく司法審査を検討の対象から除外する。

(2) Gordon Anthony, John Morrison and Dimitrios Doukas, 'Public Interest in UK Courts' (2012) ESRC End of Award Report, RES-062-23-1996, 2 <<https://www.bl.uk/collection-items/public-interest-in-uk-courts>> accessed 13 September 2020.

(3) <<http://publicinterestinfo/?q=what-public-interest/how-term-arises-court>> accessed 23 August 2018. ただし、このウェブサイトは、現在は閉鎖されている。

(4) 本稿の内容については、科研費基盤研究(A)「イギリス公法争訟における違法性の判断構造に関する研究」(代表者・榊原秀訓 山大学教授) および同「法的本質論を踏まえた非営利団体の地位と役割及び団体訴訟に関する比較法的総合研究」(代表者・亘理 格中央大学教授) 合同の外国調査として、二〇一八年九月二二日に、亘理教授、大貫裕之中央大学教授、岸本大樹北海道大学教授、北見宏介名城大学准教授、小澤久仁男香川大学准教授(当時)とともにクイーンズ大学ベルファストを訪問し、Anthony教授にインタビューを実施した。なお、Anthony教授の研究プロジェクトのほかに公法学における公益概念に関する近時の研究として、see Jason Varuhas, 'The Public Interest Conception of Public Law: Its Procedural Origins and Substantive Implications' (2014) University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No 61/2014 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2508981](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2508981)> accessed 13 September 2020.

(5) 'Public Interest Litigation (PIL) in United Kingdom' (Mystery of Law and Justice, 26 February 2013) <<https://lawmystery.com/2013/02/26/public-interest-litigation-pil-in-uk/>> accessed 13 September 2020.



- (9) Conor McCormick, 'Public Interest Litigation in the United Kingdom: Enemy of the State?' (2014) 4 King's Inns Student Law Review 133, 133, 148.
- (7) [1982] AC 617 (HL). 同判決については、岡村周一「イギリスにおける司法審査申請の排他性(二)——「公法」と「私法」の一面」法学論叢一一八巻二号(一九八五年)一頁以下(一一一五頁)、岡本博志「イギリス行政訴訟法の研究」(九州大学出版会、一九九二年)七一一―八四頁を参照。
- (8) Richard Rawlings, 'Modelling Judicial Review' (2008) 61 Current Legal Problems 95, 98-102.
- (9) *ibid.* 100. また Rawlings は、後出の *Pergau Dam* 判決を「人権法以前の司法の独創性の真骨頂であり、そこで煙突が押し広げられた」と指摘する。*ibid.* 100-101.
- (10) [1965] 1 WLR 386 (QB) (*Pergau Dam case*). 同判決については、岡村周一「イギリスにおける司法審査と裁判官」『京都大学法学部創立百周年記念論文集第二巻 公法・国際法・刑事法』一四三頁以下(一五二―一五六頁)を参照。
- (11) 原告団体は、概略次のように説明された。無党派の圧力団体 (non-partisan pressure group) であり、創立二〇年を超える有限責任会社である。連合王国全土に七〇〇〇人の完全議決権を有する会員と約一万三〇〇〇人の支援者が存する。援助に関して調査・分析を行っている。開発途上国にとってのより良い通商アクセスを、イギリス政府、ヨーロッパ連合、銀行およびその他の事業者に求めてきた。海外開発局 (ODA) と定期的に接触し、その省の大臣と定期的に会合し、議会両院の一定範囲の特別委員会 (select committee) に書面・口頭の意見陳述を行っている。*Pergau Dam case* (in 10) 392-393.
- (12) Sir William Wade and Christopher Forsyth, *Administrative Law* 7<sup>th</sup> edn, 1994 OUP) 712.
- (13) *Pergau Dam case* (in 10) 395.
- (14) *ibid.*
- (15) *ibid.* 396.
- (16) (2000) 2 CMLR 94 (QB) (*Greenpeace (No 2) case*). 同判決については、林晃大「イギリスにおける公益訴訟」法と政治五八巻二号(二〇〇七年)三四五頁以下(三七四―三七五頁)を参照。
- (17) Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora.
- (18) *Greenpeace (No 2) case* (in 16) 97 [1].
- (19) [1990] 1 QB 504 (QB). 同判決については、岡村周一「行政訴訟改革——イギリス法の示唆するもの」公法研究五二号(一九九〇年)二〇七頁以下(二〇九頁)、榊原秀訓「行政訴訟に関する外国法制調査——イギリス(下)」ジュリスト一二四五号(二〇〇三年)一六八頁以下(一七〇頁)、林・前掲論文注(16)三七八―三七九頁を参照。

- (20) *ibid* 520.
- (21) *ibid* 521.
- (22) *ibid* 522.
- (23) Gordon Anthony, 'Public Interest and the Three Dimensions of Judicial Review' (2013) 64 *Northern Ireland Legal Quarterly* 125. See also John Morison and Gordon Anthony, 'The Place of Public Interest' in Gordon Anthony, Jean-Bernard Auby, John Morison and Tom Zwart (eds), *Values in Global Administrative Law* (Hart 2011).
- (24) Anthony, 'Public Interest' (n 23) 127.
- (25) *ibid*.
- (26) *ibid*.
- (27) Virginia Held, *The Public Interest and Individual Interests* (Basic Books 1970). 同書にこうしては、周備「公共事業の民営化と『公益 (public interest)』の概念——イギリス鉄道事業の再『国有化』後における Mike Feintuck 教授の議論を中心に——」一橋法学一八卷二号（二〇一九年）四三九頁以下（四四八—四四九頁）を参照。
- (28) *ibid* 42-43.
- (29) *ibid* 44.
- (30) *ibid* 45.
- (31) Anthony, 'Public Interest' (n 23) 127.
- (32) Barry Bozeman, *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism* (Georgetown University Press 2007) 93.
- (33) Anthony, 'Public Interest' (n 23) 127.
- (34) *ibid* 127-128. Anthony は、このアプローチにつき、さらに手続の重視は、多数決主義に関する疑問や実体的選択に関する首尾一貫した理由付けをどのように確保すべきかに関する疑問も生じさせるが、手続的アプローチは、個人がより広汎な社会の枠組み内で必然的に相互作用することを認めると指摘する。*ibid* 127.
- (35) *ibid* 128.
- (36) *ibid*.
- (37) *ibid*.
- (38) *ibid*.

- (36) Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration* (3<sup>rd</sup> edn, CUP 2009) 31.
- (40) Anthony, 'Public Interest' (n 23) 128-129.
- (41) *ibid* 129.
- (42) Harlow and Rawlings (n 39) 23.
- (43) この部分で *Re McBride's Application for Judicial Review* [1999] NI 299 (QB), 310 (Kerr J) からの引用であるが、同判決にこの「は」本籍三(11)㉒を参照。
- (44) この *Derbyshire CC v Times Newspapers Ltd* [1993] AC 534 (HC) の参照が指示されているが、同判決の中で Lord Keith of Kinkel は、例えば「民主的な選挙に基づく統治組織体」や「にはいかなる統治組織体も、公衆の自由な批判にさらされることが、公的に最も重要である」(*ibid* 547) と述べている。同判決については、堀部政男「表現の自由」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選【第三版】』(有斐閣、一九九六年)一〇四頁以下を参照。
- (45) Anthony, 'Public Interest' (n 23) 129-130.
- (46) *ibid* 130.
- (47) [1986] 1 WLR 910 (HC).
- (48) *ibid* 917.
- (49) <<http://publicinterestinfo/?q=judicial-review/standing>> accessed 23 August 2018. See also Anthony, 'Public Interest' (n 23) 131-132.
- (50) [2003] NICCA 14, [2003] NI 295.
- (51) *ibid* 302 [15]. なお、一九七八年裁判所(北アイルランド)法(Judicature (Northern Ireland) Act 1978)一八条四項は、「裁判所は、司法審査申請に基づき、当該申請が関係する事項につき原告が十分な利益(sufficient interest)を有すると思料しないときは、救済を付与するようがむかふ」と定める。
- (52) <<http://publicinterestinfo/?q=judicial-review/%E2%80%9Cpublic-interest%E2%80%9D-and-reach-judicial-review>> accessed 23 August 2018.
- (53) [1999] NI 299 (QB).
- (54) *ibid* 310. なお、陸軍委員会の再度の拒否決定の司法審査におおごつ、控訴院の Carswell LC は Kerr J の意見のこの部分に同意した。  
*Re McBride's Application (No 2)* [2003] NICCA 23 (1) [25].
- (55) [2003] NIQB 49, [2004] NIJB 15.

- (95) *ibid* 21 [26].
- (95) [2004] NIQB 38.
- (95) *ibid* [14].
- (95) Peter Leyland and Gordon Anthony, *Textbook on Administrative Law* (8<sup>th</sup> edn, OUP 2016) 215. 同書はその後Harlowの主張に言及するが、その評価は避けよう。
- (99) Carol Harlow, 'Public Law and Popular Justice' (2002) 65 MLR 1. なお、同論文でHarlowは焦点を合わせたところの手続として、原告適格とよみに訴訟参加 (intervention) を挙げつつ検討する。 *ibid* 38. 同論文については、榊原・前掲論文注 (9) 一七二—一七三頁を参照。
- (19) *ibid* 8.
- (29) *ibid* 9.
- (39) *ibid* 10.
- (49) Lon L. Fuller, 'The Forms and Limits of Adjudication' (1978) 92 Harv L Rev 353.
- (59) Harlow (n 60) 12.
- (69) *ibid* 12-13.
- (69) *ibid* 13.
- (89) *ibid*.
- (69) *ibid* 14.
- (79) *ibid* 16.
- (71) *ibid* 18. なお、公益訴訟の改革については、オーストラリア法に依拠したものをいえるが、 see The Hon Michael Kirby AC CMG, 'Deconstructing the Law's Hostility to Public Interest Litigation' (2011) 127 LQR 537.

※本稿は、JSSAの科研費[5H01913, 17H00956, 18H05309, 19H01411]の助成を受けたものである。

# 民衆訴訟としての憲法異議について

村西良太

はじめに

- 一 検討素材としての二〇二〇年五月五日連邦憲法裁判所第二法廷判決
    - 1 憲法異議の変質？
    - 2 選挙権の侵害に関する判旨
    - 3 〈統合責任の重層性〉と〈選挙権の実質的拡充〉
  - 二 連邦憲法裁判所における統合責任履行請求異議の軌跡
    - 1 統合責任履行請求異議の嚆矢
    - 2 統合責任履行請求異議の確立
    - 3 統合責任履行請求異議の拡張
  - 三 学説における統合責任履行請求異議の評価
    - 1 デモクラシー原理の主観化による憲法異議の変質
    - 2 抽象的規範統制の迂回による連邦憲法裁判所の権限拡張
- おわりに

## はじめに

ドイツでは、欧州統合、すなわちEUへの統治権の委譲をめぐって、デモクラシーの空洞化に対する懸念がなお燃りつづけている。EUを設立し、その諸機関に権限を付与する根拠となっているのは条約であり、この条約にはドイツ連邦議会が法律形式での承認を与えている。したがって、このかぎりではEUの民主的正統性は担保されているものの、各加盟国の政府代表によって構成される閣僚理事会が連邦議会による十全な関与を欠いたまま重要な政策決定を下すこと（典型的には国内法に対して適用上の優位を占める規範の定立）、あるいはそうした政策決定が条約上の授權を踏み越えてしまうことに対して、これをデモクラシーの欠如と捉える立場からの是正要求がなお繰り返されている。

こうした是正要求が持ち込まれる先は、ドイツ連邦憲法裁判所である。デモクラシーの空洞化をもたらす条約に漫然と承認を与える行為、あるいはEUの諸機関による権限踰越を黙過する行為は、かりに憲法上の客観的原理との抵触を含むとしても、それだけでただちに主観的権利の侵害を帰結するとは考えられない。それゆえ日本の用語方に引きつけて考えれば、これは「客観訴訟」<sup>①</sup>における違憲審査と性格づけられるだろう。なるほど、付随的違憲審査制に枠づけられた日本の最高裁判所とは異なって、抽象的違憲審査をも任務とするドイツ連邦憲法裁判所にあつては、デモクラシーの空洞化に対する裁判的匡正の途が整備されているのか、と彼我の差をあらためて強調してみたくなる。ところが、話はそう単純ではない。なぜなら、右に述べたデモクラシーの空洞化に抗する一連の憲法訴訟は、「憲法異議」という訴訟形式によって遂行されているからである。

「憲法異議」は、後述のとおり、公権力により自己の憲法上の権利を侵害されたと主張する者が、その救済を求めて提起する訴訟である。ふたたび日本の用語方に引き寄せるならば、これは「主観訴訟」と性格づけられる。連邦憲法裁判所は、EUへの政策決定の移管に伴う連邦議会の権限喪失やEUの諸機関による権限踰越を、客観的原理たるデモク

ラシーの毀損に加えて、「選挙権」の侵害と認定した。換言すれば、同裁判所は、国民代表たる議員の選出に参与する権利にとどまらず、いわば「デモクラシー維持(ないし回復)請求権」までも「選挙権」の保障内容に盛り込み、もって憲法異議の間口を拡張した。この論法がすんなりと受け容れられるのであれば、日本におけるデモクラシーの司法的匡正にも何らかの展望が開けてくるかもしれない。とはいえ、政治部門の行為に対して選挙人なら誰もがデモクラシーとの抵触を論難できるとなれば、いかに主観訴訟の形式を取り繕うとしても、その実質は「民衆訴訟」に等しく、かかる形式と実質の齟齬がドイツにおいてはどのように論ぜられているのか、気になるところである。

本稿は、以上のような問題意識に基づき、〈民衆訴訟としての憲法異議〉と称され得る連邦憲法裁判所の判例とこれに関する諸学説を考察の対象とする。論述の構成としては、最初に、デモクラシーの空洞化に抗する憲法異議を確立させるうえで重要な節目となった、いくつかの連邦憲法裁判所判決を取り上げたい。二〇二〇年五月五日に下された最新の判決をやや詳しく紹介したうえで(一)、その礎となった判例の展開を跡づける(二)。この作業を通じて、憲法異議によって追及される政治部門の責任が重層化するとともに、選挙権の保障内容が拡充されてゆく軌跡を素描したい。次に、以上の判例に対する学説の評価が瞥見される。今や判例としての地歩を築いた如上の憲法異議は、しかしながら理論的には少なからぬ批判に直面していることを明らかにしたい(三)。

## 一 検討素材としての二〇二〇年五月五日連邦憲法裁判所第二法廷判決

二〇二〇年五月五日、ドイツの連邦憲法裁判所による一つの判決<sup>2)</sup>(以下、「本判決」という。)が、欧州連合(EU)の結束を激しく揺さぶった。本判決において狙上を中心に置かれたのは、欧州中央銀行(ECB)政策理事会(Governing Council)の決定に基づき実行に移された「公的部門証券買入プログラム(Public Sector Asset Purchase Programme:

PSPP)」の適法性である。本件PSPPは、ECBによるユーロ圏各国の国債の買入れとユーロ圏各国の中央銀行によるEU機関債および自国の国債の買入れを内容とするところ、ECB政策理事会によるその実施決定は、EU条約による授權の逸脱ゆえに違法である、と原告は主張した。そして連邦憲法裁判所は、この訴えを認容した。すなわち、PSPPの実施に関するECBの本件決定はEU法上の「権限踰越」に当たることが連邦憲法裁判所によって認定され、しかもこの認定はEU司法裁判所による先決裁定の判断に背いて下されたこともあって、EU圏はもとより世界各国に大きな衝撃が広がった。

ECBは、EUの「機関」である(EU条約二三条)。EUの権限は、いわゆる「限定的個別授權の原則」によって画されるから(同五条一項)、EUの機関はEU条約による授權の枠内でしか活動できない(同一三条二項)。別言すれば、かかる授權の逸脱、すなわちEUの機関による権限踰越は条約違反(の意味において違法)であり、そのようにして下された決定は無効である。もともと、ドイツ(基本法五九条二項・二三条一項)のように法律形式による条約の承認をその国内的効力の要件と定める国において、右の「権限踰越」は、同時に法律違反(の意味において違法)であり、さらにこの法律が憲法の授權に基づくことを顧みるならば、究極的には憲法違反でもあり得る。

このうち前者の違法性について審判権を有するのは、EU司法裁判所である(EU条約一九条)。加盟国の国内裁判所は、眼前の争訟解決にとって不可避の前提問題としてかかる違法性の有無に直面した場合、審理をいったん中断し、これに対する解答をEU司法裁判所に求めなければならない。これが「先決裁定」(EU機能条約二六七条)の付託であり、EU条約の解釈および適用における法の統一的な遵守を確保することがその目的とされる。しかしながら他方で、後者の違法性(ないし違憲性)については、加盟国の国内裁判所(ドイツにおいては特に連邦憲法裁判所)に審判権が留保されている。かかる国内裁判所による審判権が存分に行使されるとき、EU司法裁判所を通じたEU法の統一的適用の確立は画餅に帰するであろう。EU司法裁判所がEU法上の権限踰越を否定(すなわちEUの機関による特定の行



為を有効と判断) した後に、それにもかかわらず国内裁判所が憲法を含む国内法違反に依拠しつつ当該行為の国内適用を拒否する、という事態が続出してしまふからである。それゆえドイツの連邦憲法裁判所は、欧州統合への協力が憲法上の明示的な要請であること(基本法二三条一項)にも鑑みて、かかる権限踰越の統制における独自の審判権の行使を自制してきた。具体的には、EU司法裁判所への先決裁定を「基本法上の」義務として位置づけるとともに、EU司法裁判所の判決に背いた国内適用の拒否を厳格な要件によって狭く限定する試み<sup>5)</sup>が、連邦憲法裁判所の判例として確立してきた。したがって、先決裁定における判断を明示的に否定したうえで下された本判決は、とりわけ従来の判例との整合性について数多の批評に耐えなければならぬだろう。<sup>6)</sup>

## 1 憲法異議の変質?

もっとも、本稿における論究の対象は、以上の問題——EU司法裁判所との関係における連邦憲法裁判所の審判権の限界——とは次元を異にする。筆者がここで何よりもまず着目したいのは、連邦憲法裁判所による如上の権限踰越の統制が「憲法異議 (Verfassungsbeschwerde)」という訴訟形式において果たされていることである。基本法は連邦憲法裁判所に係属する訴訟形式の一つとして「憲法異議」を掲げ(九三条一項四a号)、これを承けて、連邦憲法裁判所法は「憲法異議」の訴訟要件を詳細に規律している。その中核を占める二つの条項を、まず手始めに摘記してみよう。

「何人も、公権力によって自己の基本権または基本法二〇条四項、三三条、三八条、一〇一条、一〇三条および一〇四条に規定された権利を侵害されたことを主張することにより、連邦憲法裁判所に憲法異議を提起することができる」(九〇条一項)。

「憲法異議の請求原因 (Begründung) には、侵害されたとする権利、および異議申立人が当該侵害の原因と考える

機関または行政庁の作為または不作為が明示されなければならない」(九二条)。

公権力によって自己の基本権(ないしそれと同等の権利)を侵害されたと主張する者がその救済を求めて争うのだから、これは「主観訴訟」と性格づけられる。しかし、そうだとすれば、本判決は、やや奇異に映るのではないか。ECBによるPSPPの実施決定がかりに権限踰越ゆえに違法性を免れないとしても、そのことがただちに諸個人の基本権を侵害するとは思えないからである。にもかかわらず、本件が憲法異議によって争われることを得た(つまり不適法却下とはならず本案審理に向けて訴えが受理された)のは、ひとえに次のごとき技巧的な立論の果実であった。すなわち、ECBによるPSPPの実施決定それ自体ではなく、かかる権限踰越の所為に対する連邦議会および連邦政府による適時適切な対抗措置の不在を異議の直接の対象に据えたうえで、このような不作為はデモクラシーの実質的な毀損ゆえに選挙権(基本法三八条一項一文)<sup>①</sup>の侵害に当たると理屈づける論法がそれである。

しかしながら、この立論は先述のごとく、技巧的にすぎないように筆者には思われる。選挙権が投票資格の取得や投票権の行使に係る保障を内容とすることに疑いの余地はないとして、そこからさらに進んで、議会やその信任に依拠する政府に対して特定の作為ないし不作為を要求する権利までも選挙権の一内容とみることは、そもそも適切なのであろうか。そのような立論が肯定されるのであれば、選挙人たる資格に基づき必ずしも自己の権利と直接には関わらない公益の確保を訴求することが可能となり、「主観訴訟」であるはずの憲法異議が「客観訴訟(たる民衆訴訟)」に変質してしまう結果となるのではないか。これが本稿における論究の対象である。

## 2 選挙権の侵害に関する判旨

ここではまず、紙幅の制約を意識しつつ、本稿の関心に即して注目すべき本判決の判示を整理してみよう。

(1) 憲法異議の対象——統合責任の懈怠による選挙権の侵害

本判決によれば、EUの諸機関による権限踰越は、憲法異議による直接の攻撃対象とはなり得ない<sup>(8)</sup>。けれども他方で、「統合責任」(欧州統合の進展への協力に際してドイツの国家諸機関(とりわけ連邦議会および連邦政府)によって果たされるべき責任)の懈怠は、それが選挙権に対する直接かつ現実の侵害として主張されるかぎりで、すぐれて憲法異議による是正要求の対象であり、かかる憲法異議における前提問題(Vorfrage)としてならば、EUの諸機関による明白かつ構造的に重大な(offenkundig und strukturell bedeutsam)権限踰越は、連邦憲法裁判所による審判の対象となり得る<sup>(9)</sup>。

(2) 選挙権の射程——国家権力の形式的な正統化に尽きない保障内容

選挙権の保障内容について、本判決は次のように判示している。「諸個人に対して基本法三八条一項一文において保障されたドイツ連邦議会の選挙権は、……(連邦の)国家権力の形式的な正統化に尽きるものではなく、その根本的な民主的内容をも包括する。とりわけ基本法二〇条二項一文に根拠をもつ国民主権の原則およびこれと関連する市民の次の要求、すなわち、自らが正統化し影響を及ぼすことのできる公権力にしか晒されないことへの要求は、この根本的な民主的内容の一部である。したがって、ドイツにおいて行使される公権力はいずれも、市民に遡源できるものでなければならぬ<sup>(10)</sup>」。以上の要求は、欧州統合にも関わる。「ドイツにおいて行使される公権力の国民による正統化は、国民主権の原則の本質的内容として、基本法七九条三項によって保護され、基本法七九条三項と結びついた二三条一項三文に基づき「欧州」統合による侵害から防御された(integrationsfest)基本法の憲法アイデンティティに属する<sup>(11)</sup>」。

(3) 統合責任の中心——連邦議会・連邦政府に課せられる義務

かかる憲法アイデンティティの永続的保障は、その構成要素たる基幹的諸原則(選挙権の侵害を理由とする憲法異議に道を開くという意味では特に国民主権ないしデモクラシーの原則)が欧州統合への参画によって万が一にも放棄されることのないよう配慮を尽くす義務、すなわち「統合責任」を、ドイツの国家諸機関(とりわけ連邦議会および連邦政

府)に課することとなる。本判決の説示を筆者なりに整理すれば、この統合責任の中身は、次の三つに分かたれる。

第一に、限定的個別授権の厳守が求められる。同じことを裏からいえば、不特定・不明確な授権によってEUに自己授権の権限 (Kompetenz-Kompetenz) を与えることは許されず、そうした不十分な条約を承認することは禁ぜられる。<sup>(12)</sup>

第二に、いかに限定的個別授権が果たされるにせよ、EUへ委譲される統治権の種類と範囲は無制約ではあり得ない。「基本法三八条一項一文は、連邦議会の諸権利が本質的に縮減され、それに伴って自由かつ平等な選挙の諸原則に従って成立するこの憲法機関の形成力が損なわれることによって、立憲国家の構造の中で決定的な (maßgeblich) 選挙人の統治権力 (Herrschaftsgewalt) がその実質を喪失することから、選挙人を保護する。基本法二三条一項に基づく統治権の委譲にあたっても、ドイツ連邦議会には、実質的な政治的重要性をもつ固有の任務および権限が残存しなければならぬ」<sup>(13)</sup>。つまり、かように連邦議会に残存すべき任務や権限がもろとも委譲の対象とされる条約に承認を与えることは、そうした任務や権限の自己放棄にほかならず、厳に禁ぜられる。このことは、ドイツ連邦議会の財政権および財政政策の総合的責任について、特に強く当てはまる。<sup>(14)</sup>

第三に、限定的個別授権が果たされ、委譲される統治権の種類と範囲が憲法の枠内に収まったとして、そうした授権をEUの諸機関が踏み越えてしまった場合に、これを黙過することは許されない。まさしくこの権限越への対処義務が本判決の要点であることに鑑みて、ここでは長文の引用を恐れずに、連邦憲法裁判所による判示をそのまま抜き出してみよう。

「憲法の優位 (基本法二〇条三項) は、統合プログラムの執行への協力ならびにその詳細な内容形成および継続発展に際して、統合プログラムの限界が守られるように配慮することを憲法諸機関に義務づける。憲法諸機関にはこのかきりで、EUの諸機関……による統合プログラムの遵守について、永続的な責任が課される。これに対応するのが、基本法三八条一項一文に根拠をもつ選挙人の要求、すなわち、統合プログラムの執行と結びついた民主的自己決定への要求

に対する制限が、EUへの適法な統治権の委譲によって正当化される限度を超えて生じないように配慮することを憲法諸機関に対して求める権利である。

こうした要求は、とりわけ外交権の領域において特別な権限を与えられた憲法機関である連邦政府および連邦議会に向けられる。EUの諸機関……による明白かつ構造的に重大な権限踰越に際して、連邦議会および連邦政府は、その権限の枠内で、統合プログラムの限界が遵守および考慮されることをめざして能動的に行動しなければならぬ<sup>15)</sup>。

「EUの諸機関……による措置が統合プログラムの限界を明白かつ構造的に重大なやり方で踏み越えてしまった場合には、連邦政府および連邦議会は、かかる権限秩序がいかにして回復され得るのかという問題と能動的に取り組み、そのためにどのような手法が講じられるべきかについて積極的な決定をもたらさなければならぬ。その場合、憲法諸機関は、広範な政治的形成裁量をもつ。憲法諸機関は、——基本法七九条三項の限界を守りつつ——二次法「EU条約・EU機能条約」の改正を督励したり、権限踰越により行使されようとする統治権を基本法二三条一項二文・三文の手續において形式的に委譲したりすることによって、権限踰越を事後的に正統化することができる。しかしながら、こうしたことが不可能であるか、または意図されない場合には、法的または政治的手段を用いて統合プログラムから逸脱する措置の廃止をめざし、——当該措置の効力が継続するあいだは——当該措置の国内的効力が可能なかぎり制限されたままであるように適切な対処を講じることが、憲法諸機関には義務づけられる<sup>16)</sup>」。

### 3 〈統合責任の重層性〉と〈選挙権の実質的拡充〉

以上の判示を通読して、特に注目し値するのは、次の二点である。

一つ目は、「統合責任」なる概念の下に政治部門に課される要求の重層性である。2の(3)において三つに分説された

要求は、たしかに欧州統合への参画にあたって果たされるべき客観的義務を指すかぎりで同質ではあるものの、義務の内容はそれぞれに異なって層をなしている。第一の義務（限定的個別授權の厳守）と比べれば、第二の義務（連邦議会の枢要な任務・権限の保持）は、放棄されてはならない統治権の実質に踏み込む点において、第三の義務（権限踰越への適切な対処）は、EUの諸活動に対する継続的な監視と適時の対抗措置を求める点において、それぞれ要求の密度を高め、第一の義務が果たされても第二の義務が、そしてこれら双方の義務が果たされても第三の義務が待ち構える構図となっている。

二つ目は、「統合責任」の不完全な履行を「選挙権」の侵害と捉える思考である。統合責任の十全な履行を求める主観的権利として選挙権を捉え直す、といえは、その含意がいっそう際立つかもしれない。むしろ、このような意味での選挙権の侵害は、先に引用した本判決の判示によれば、そう易々と肯定されるわけではないようにも思われる。上述の第二の義務に関しては、連邦議会の政治的に枢要な任務・権限がその本質的な部分において喪われてしまう場合、第三の義務に関しては、EUの諸機関による権限踰越が「明白かつ構造的に重大な」<sup>17</sup>場合でなければ、選挙権の侵害は成立しないと判示されているように読めるからである。とはいえ、連邦議会の権限喪失、さらにはEUの諸機関による権限踰越について、客観法たるデモクラシー原則への違背としてのみならず、主観法たる選挙権の侵害として憲法異議を提起することそれ自体は肯定されており、そうであるならば、投票資格の取得および投票権の行使といったオーソドックスな請求以上の保障内容を選挙権に充填する営みが、本判決の前提として深く根づいていると考えられる。

## 二 連邦憲法裁判所における統合責任履行請求異議の軌跡

以上の二点は、いずれも本判決による独創ではなく、連邦憲法裁判所による従前の判例の延長線上に位置している。

本判決はそのことを示すべく、複数の重要な先例をたびたび明示的に引用している。以下では、如上の立論に基づく憲法異議を「統合責任履行請求異議」と名づけたうえで、その確立および発展への寄与において特に注目されるべき判例のいくつかを取り上げ、もって〈統合責任の重層性〉と〈選挙権の実質的拡充〉がどのように形づくられてきたかを跡づけてみたい。

## 1 統合責任履行請求異議の嚆矢

統合責任履行請求異議を初めて本案審理へと導いたのは、いわゆる「マーストリヒト判決」(一九九三年一月二日)であった。EU設立条約(それが締結されたオランダの都市名にちなんで「マーストリヒト条約」と呼ばれる)に対する承認法律が不服の対象とされたこの憲法異議において、連邦憲法裁判所は次のごとく訴えの適法性を認めた。

「基本法三八条は、市民にドイツ連邦議会議員の選挙権が付与され、選挙に際して憲法上の選挙権に関わる諸原則が遵守されることだけを保障するのではない。選挙権の根本的な民主的内容にまでも本条の保障は及ぶ。ドイツ連邦議会の選挙に参画し、それによって連邦の平面での国民による国家権力の正統化に関与し、国家権力の行使に影響を及ぼす主観的権利が、選挙権を有するドイツ人には保障される。……

ドイツ連邦議会が、とりわけ法律を制定し、国家権力の他の担い手を選任・統制する任務・権限を放棄するとき、基本法三八条の民主的内容に関わる事項領域との抵触が生じる。……基本法三八条は、同二三条の適用領域において、選挙によってもたらされた国家権力の正統性および国家権力の行使に対する影響力が連邦議会の任務および権限の委譲によつて、基本法二〇条一項・二項と結びついた同七九条三項が不可侵と宣明するデモクラシー原理が侵されるほどに空同化されてしまうことを排除する。

以上によれば、基本法三八条に基づく異議申立人の権利は、次のような場合に侵害され得る。それは、ドイツ連邦議会の権限の遂行が各国政府によって構成される欧州連合または欧州共同体の機関の所管に移行し、かかる移行が基本法七九条三項と結びついた二〇条一項・二項によれば市民と対峙する統治権の民主的正統性において絶対に下回ってほならないとされる (unverzichtbar) 最低限の要求をほぼ満たせない程度に達する場合である<sup>(18)</sup>。

## 2 統合責任履行請求異議の確立

マーストリヒト判決によって開かれた統合責任履行請求異議の道を確立させたのは、いわゆる「リスボン判決」(二〇〇九年六月三〇日)であった。争訟の契機となった「リスボン条約」は、EU条約の改正条約であり、新たに法人格を有することとなったEUの権限拡充や閣僚理事会における多数決方式の変更をその内容として含んでいたところ、かかるEUの権限拡充に見合った民主的正統性の深化が図られていないこと、とりわけ連邦議会の十分な関与なしに重要な政策決定が下されかねないことを理由に、本条約に対する承認法律が憲法異議の標的とされた。

連邦憲法裁判所は、この憲法異議をやはり適法と判断した。そこでの明示的な引用が示すとおり、この判断を支える行論は、マーストリヒト判決の再論といつてよい。すなわち、基本法三八条に基づく選挙権は、投票行為を通じて選挙に参加する権利のみならず「選挙権の根本的な民主的内容」までも保障内容に含むこと、換言すれば、公権力の正統化にとどまらず公権力の行使に対する実質的な影響力の行使もまた選挙権の権利内容に属すること、したがって、連邦議会の中核的な任務・権限の喪失(によるデモクラシーの空洞化)は選挙権の侵害に当たること、を述べる立論は、マーストリヒト判決からリスボン判決へそのまま踏襲されている<sup>(19)</sup>。付言すれば、ユーロ圏の債務危機に端を発する一連の多国間融資制度の創設・運用をめぐる、右に述べた「連邦議会の中核的な任務・権限」のなかでも特に「財政権限」の喪失を疑い、そ



の違憲性を主張する憲法異議が、右の確立した判例に基づき適法な訴訟として迎えられたことは、特筆に値する。<sup>(20)</sup>  
 他方、リスボン判決には、マーストリヒト判決の引写しではないオリジナルな判示が随所にみられる。

その第一は、統合責任履行請求異議をいちばん深いところで支える原理として、基本法における「人間の尊厳」条項(二条一項)が論及されたことである。

「自由かつ平等に選挙や国民投票を通じて公権力を人的・実質的に決定する市民の権利は、デモクラシー原則の本質的な構成要素である。公権力への自由で平等な参画の要求は人間の尊厳(基本法一条一項)に根拠をもつ<sup>(21)</sup>」。

選挙権の大本を辿れば「人間の尊厳」に行き着く、したがって選挙権の侵害は「人間の尊厳」の侵害にほかならぬ、というこの着想に支えられてこそ、「選挙権の実質的拡充」は地歩を固めることができたのだらう。

第二は、新憲法の制定によらない国家性(Staatslichkeit)の喪失についても、選挙権の侵害を理由とする憲法異議が適法と認められたことである。基本法は——その暫定的な呼称にふさわしく——「ドイツ国民によって自由な決定において制定された憲法が発効する日に効力を失う」(一四六条)と規定するところ、この条文において確認されている憲法制定権力は、公権力の正統化に対する選挙人の参画を内容とするかぎりで、選挙権(三八条一項一文)と重なり合う。基本法によって構築された国家を明け渡す営みは、もっぱら憲法制定権力に留保されるはずなのに、リスボン条約の承認によってこの正規の手続が省略されたのであれば、それは選挙権と結びついた憲法制定権力に対する侵害にほかならない<sup>(22)</sup>。これがリスボン判決において開かれた、いわば二つ目の憲法異議のルートである。

もとより憲法制定権力と選挙権は同質ではあり得ず、憲法制定権力の侵害を選挙権の侵害へと結びつけるロジックは、必ずしも定かではない。それゆえこの行論を無批判に容れることはできないけれども、<sup>(23)</sup>ここではさしあたり、連邦議会の権限と並んで国民の制憲権もまたデモクラシーの本質的要素に数えられ、これらに対する毀損は等しく選挙権の侵害として憲法異議の対象たり得ることを確認しておきたい。

## 3 統合責任履行請求異議の拡張

マーストリヒト判決を起点とする一連の統合責任履行請求異議を顧みると、選挙権の侵害という理屈によって攻撃されるデモクラシーの毀損とは、詮ずるところ連邦議会の重要な任務・権限の喪失であった。換言すれば、選挙権の内容として請求される「統合責任」とは、そうした連邦議会の任務・権限が保持されたままであるよう配慮を尽くす国家机关の義務であり、そのような任務・権限の保持を揺るがす条約に漫然と承認を与える行為（いわば連邦議会による権限の自己放棄）こそが、統合責任の懈怠と目されてきた。

他方、近時の連邦憲法裁判所は、かかる従来の判例を維持しつつも、憲法異議による履行請求の対象たる「統合責任」の実質的な拡充へ舵を切っているように思われる。その証左といえるのが、ECB政策理事会による次の決定、すなわち、ユーロ圏の金融支援と引き換えに所定の財政再建プログラムの履行を約した加盟国につき、その国債をECBが無制限に買い取る施策（Outright Monetary Transactions: OMT）の決定をめぐって争われた憲法異議である。この憲法異議において原告は、ECBによる本件決定をEU条約による授權からの逸脱（という意味での権限踰越）と評価したうえで、この権限踰越への適時適切な対抗策の不在（という意味での連邦政府の不作為）を、選挙権の侵害として論難した。そして連邦憲法裁判所は、この訴えを次のような判示により適法と認めた。

「基本法二〇条一項・二項および七九条三項と結びついた三八条一項一文は、EUの諸機関……による十分に深刻な権限踰越からの保護をも保障内容として含んでいる。客観法的に根拠づけられる連邦政府および連邦議会の対処義務、すなわち、両者に課せられた統合責任の発露（Ausfluss）として、EUの諸機関……による権限踰越行為の場合に元の権限秩序がいかにして回復され得るかという問題と能動的に取り組む義務は、このかぎりでも市民の主観的権利とも対応する」<sup>24)</sup>

本案審理に踏み込んでからの判示を<sup>25)</sup>あわせて参照するならば、EUの諸機関による活動を「継続的に

(kontinuerlich)「監視し、構造的に重大な権限踰越に際してはこれに「対抗する (entgegenreten)」義務——権限踰越行為の成立ないし継続を阻むべく適切な措置を講ずる義務——が、今や連邦政府および連邦議会の「統合責任」に書き込まれた。また、これと同時に、かかる義務の履行を求める権利が、「選挙権」の保障内容に充填された。連邦議会を通じて民主的正統化ルートの確保に加えて、EUの諸機関による活動を条約上の授權の枠内に留まらせる「永続的な (dauerhaft)」義務と権利が、それぞれ「統合責任」と「選挙権」の一環として迎え入れられたのである。<sup>(26)</sup>

本稿が「統合責任の重層性」と「選挙権の実質的拡充」をキーワードに掲げたのは、以上のような判例の展開を踏まえてのことである。冒頭に紹介したP S P Pをめぐる二〇二〇年五月五日の憲法異議が、こうした判例の蓄積の上に書かれたことについて、もはや贅言は不要であろう。

### 三 学説における統合責任履行請求異議の評価

基本法三八条一項一文の文言<sup>(28)</sup>に徴しつつ、そこで保障されている権利(選挙権)の内容をやや丁寧に読み解くならば、「普通、直接、自由、平等および秘密の各原則に適ったドイツ連邦議会議員の選挙に有権者団の一員として投票により参加する権利」と定義づけることが可能であろう。したがって、連邦議会議員の選挙における投票機会の剥奪や右に述べた諸原則の毀損が「選挙権」の制約に当たるとは理解に難くないものの、そこからさらに進んで、議会の権限喪失、「国家性」の喪失、さらにはこれらを包括する広い意味でのデモクラシーの毀損をすべて「選挙権」の制約と性格づける試みは、少なくとも基本法三八条一項一文の通常の読み方からすれば、容易には成功しないように思われる。<sup>(29)</sup>

欧州統合に伴う統治権委譲の限界を扱う一連の判決において、連邦憲法裁判所がこの「大胆な」<sup>(30)</sup>試みを継続し、確立した判例へと育んできたことは、既述のとおりである。しかしながら、案の定というべきか、この「大胆な」憲法異議

の開拓には、有力な論者による厳しい批判が後を絶たない<sup>31)</sup>。以下では、統合責任履行請求異議を適法と認める一連の判決について、多くの学説が否定的な見解に立つことを紹介し、もってデモクラシーの空洞化に抗する憲法異議の理論的な困難を別出してみたい。

## 1 デモクラシー原理の主観化による憲法異議の変質

統合責任履行請求異議を適法と認める判決は、なぜ否定的評価の隆盛を許してしまうのだろうか。こうした問題意識から諸学説を閲覧するとき、総じて批判の対象に置かれているのは〈主観訴訟たるべき憲法異議の民衆訴訟への変質〉である<sup>32)</sup>。この変質をもたらした直接の原因は、これまでに縷述のとおり、選挙権に対する過度な内容の充填である。むしろ、基本法がデモクラシーを採用し（基本法二〇条一項・二項）、この原理を憲法改正による変更さえも寄せつけない永続的な保障の下に置いている（同七九条三項。これがいわゆる「憲法アイデンティティ」の保障である）ことは、まったく明らかである。そして、このデモクラシーの採用を根拠に連邦議会や連邦政府の「統合責任」を導くこと、さらにその具体的な内容として、本質的な統治権（特に議会の中核的権限）の保持やEUの諸機関による権限逾越への十全な対抗といった重層的な義務を基礎づけることも、おそらく可能である。しかし、そうだとしても、国家机关に課せられた如上の客観的義務をそのまま反転させて、かかる義務の履行請求を主観的権利として認めること、しかもその根拠条文として、もっぱら連邦議会議員の選挙に関わる定めにはすぎない基本法三八条一項を援用することの是非は、十分な疑いをもって精査されなければなるまい<sup>33)</sup>。

この点につき、「客観的憲法の顧慮を求める主観的権利」の容認は「異例なことではなく、従来の基本権ドグママーティクに適合する<sup>34)</sup>」との見解も、存在しないわけではない。この論者は、「選挙権（基本法三八条一項）は客観的なデモクラシー

の制度構造を当然に (notwendig) 前提としており、この前提が欠ければそもそも無意味となるのだから、選挙権の保障は客観的・制度的な諸前提の保障を共に含む、とすることがまったく否応なしに (zwingend) 是認されなければならない<sup>(35)</sup>とも述べている。もとより主観的権利の保障が客観的憲法の保障に資することは、たとえば諸個人の自由な領域を侵害する法律に対する裁判所の違憲審査(このとき基本権侵害の存否のみならず憲法上のあらゆる客観的秩序との整合性が審査される)およびその判決効を想起すれば明白であり、このことは(憲法異議の二重の機能)として説かれてきた内容とも重なり合う<sup>(36)</sup>。とはいえ、主観的権利の保護が客観的憲法の維持に資することは、客観的憲法の維持を求め主観的権利の容認とけつして同義ではあり得ない。選挙権(の内実である投票権)の行使は、たしかに法律による制度構築に依存するから、そうした適切な選挙制度の不在なし不備を選挙権の侵害と評することは可能であり、このかぎりにおいて、選挙権は(客観的法制度の構築を求める主観的権利)と理解され得る。しかしながら、議会制やデモクラシー一般の顧慮ないし維持を求める主観的権利となれば、これは明らかに「選挙」権の範疇を超えていよう。デモクラシーが憲法アイデンティティに属する別格の原理であることを持ち出すにせよ、選挙権の根底に人間の尊厳を見出すにせよ、基本法三八条一項による右のごとき権利の基礎づけは成功しがたい<sup>(38)</sup>。それにもかかわらずこの無理を押し通した婦結が、上述の(憲法異議の変質)であった。選挙人なら誰でも、連邦議会や連邦政府の行為(これには不作為も含まれる)を権利侵害として論難できるというのであるから、かかる憲法異議は実質的には民衆訴訟とみて差し支えない。

## 2 抽象的規範統制の迂回による連邦憲法裁判所の権限拡張

およそ裁判所は、適法な提訴を待つて権限を行使する国家機関である。基本法は、連邦憲法裁判所に係属可能な訴訟形式を限定列挙しており(九三条)、これを承けて、連邦憲法裁判所法は、各々の訴訟要件を詳細に規律している。適法な

提訴とは、いうまでもなくこの法律による訴訟要件に適った提訴を意味するところ、主観訴訟たる憲法異議を民衆訴訟に変質させてしまう営みは、実質的には訴訟要件の書き換えと同義であろう。<sup>39)</sup> すなわち、選挙権（基本法三八条一項一文）の大胆な解釈を通じた（選挙人たる地位に基づく憲法異議）の開拓は、裁判官の法形成（*Richerrecht*）による裁判所の自己権限拡張としての色彩を帯びるのではないかと考えられる。<sup>40)</sup>

もつとも、以上のような選挙権の捉え直しとそれに基づく憲法異議の変質を、連邦憲法裁判所はけっして際限なく推し進めようとは考えていないようである。かりに「デモクラシーの要求の遵守を請求する権利」（端的にいえば「デモクラシー請求権」<sup>41)</sup>）が選挙権（基本法三八条一項一文）の一環として（つまり基本権として）容認されるならば、その射程は、統合責任履行請求の文脈にとどまらないはずである。たとえば、連邦議会の解散（基本法六八条）を違憲と考える選挙人は、自らの選挙権に対する侵害を理由に、憲法異議を提起できなければならないはずである。ところが、連邦憲法裁判所の判例は、このような憲法異議を不適法として斥けてきた。<sup>42)</sup> どうやら連邦憲法裁判所にとって、基本法三八条一項一文は、もっぱら「対欧州コントロール」の目的にのみ援用され得る基本権の母胎なのである。他方、「対欧州コントロール」の局面であれば、デモクラシーの遵守を標榜するすべての憲法異議にさしあたり本案審査への通過が認められるのかといえは、そうでもない。（選挙人たる地位に基づく憲法異議）は、国民による自己統治（政治的的自己決定）が本質的かつ永続的に損なわれる場合にかぎって許容されるという意味において、あくまで「例外的な」訴訟ルートにとどまらなければならないと判示されてきた。<sup>43)</sup>

とはいえ、この「例外」は重層的な是正要求を伴いつつ連邦憲法裁判所によってしばしば容認されてきたこと、そして何よりも、こうした憲法異議が選挙権のかなりきわどい解釈に支えられてきたことは、既述のとおりである。かかる批判的検証を踏まえつつ基本法および連邦憲法裁判所法に列挙された訴訟形式を通覧するとき、連邦憲法裁判所による統合責任の履行統制は、憲法異議に固執しなくとも可能であることが了解される。このような統制に最も適した訴訟形

式は、むしろ「抽象的規範統制」(基本法九三条一項二号)<sup>(47)</sup>であるといわれる<sup>(48)</sup>。けれどもこの訴訟形式は、精神的な活用に開かれているとはいいがたい。提訴権者が「連邦政府、州政府または連邦議会議員の四分の一以上」に限定されているからである。これに対して、選挙権の侵害を理由とする憲法異議の場合、選挙人ならば誰もが提訴可能であり、したがって連邦憲法裁判所は、EU条約の改正(やEUの諸機関による権限踰越)にそのつど対抗する地位を獲得することとなる。かくして一連の判決に基づく「統合責任の重層性」と「選挙権の実質的拡充」は、これに批判的な多くの論者によって、連邦憲法裁判所の道理に反した権限拡張ではないかと疑われているのである<sup>(49)</sup>。

## おわりに

本稿は、ドイツ連邦憲法裁判所によって精神的に開拓されてきた統合責任履行請求異議(欧州統合に伴う公権力の民的主正統性の低落を選挙権の侵害として争う憲法異議)に照準を定めて、デモクラシーの空洞化に対する裁判的統制の可能性を探ってきた。擱筆にあたって、連邦憲法裁判所による立論の要点を摘記しておきたい。

(1) デモクラシーは、憲法改正によっても踏み越えられない永続的原理(いわゆる憲法アイデンティティ)として、基本法において明示的に保障されている(二〇条一項・二項、七九条三項)。

(2) デモクラシーの原理は、とりわけ連邦議会および連邦政府の「統合責任」を根拠づける。欧州統合に伴ってデモクラシーの原理が空洞化するのを防ぐべく、適切な配慮を尽くす義務がその内実であり、より仔細にみれば、EUの諸機関に対する限定的・個別的な授権、連邦議会に留保されるべき本質的任務・権限の保持、さらにはEUの諸機関による

権限踰越に対する継続的な監視に至るまで、重層的である。

(3) 選挙権は、連邦議会議員の選挙（を通じた公権力の民主的正統化）に参加する権利にとどまらず、デモクラシーの維持を請求する権利（換言すれば、デモクラシーの空洞化に抗する権利）を保障内容として含む。すなわち、統合責任の履行を請求する権利は、選挙権の「内容」ということができる。したがって、すべての選挙人は、統合責任の不履行に対して、選挙権の侵害を理由に憲法異議を提起できる。

(4) 主観訴訟によるデモクラシーの維持（ないし回復）を可能ならしめる右の構想は、しかしながら盤石な理論的基礎に拠っているとは言いがたい。統合責任履行請求異議は、形式的には憲法異議の屋根を借りつつも、実質的には民衆訴訟に等しい、と少なからぬ論者によって批判的に受け止められている。

かように（民衆訴訟としての憲法異議）が厳しい批判に晒されるのは、ひとえに選挙権の大胆すぎる解釈を通じたデモクラシー請求権の「捏造（*Erfindung*）」<sup>(30)</sup>に由っている。そしてこの「捏造」に別の表現を与えれば、それは権力分立からの逸脱と言い換えられるだろう。すなわち、一連の統合責任履行請求異議は、原告適格の狭い限定ゆえになかなか提訴に至らない（ということとは連邦憲法裁判所になかなか審判の機会が与えられない）抽象的規範統制の代替ルートを、選挙権の無理な解釈によって抉じ開ける企てとして、つまり、議会を押しつけて敢行された連邦憲法裁判所による新たな訴訟形式の自己立法として、重大な懸念を招いていることができる。

連邦憲法裁判所として、このような懸念ないし批判にけっして無頓着なわけではない。「選挙権は民主的プロセスの内容的コントロールに資するのではなく、民主的プロセスを可能ならしめることに向けられる」<sup>(31)</sup>。近時の判決にたびたび



引用されるこの一節は、選挙権に基づきデモクラシーの維持（ないし回復）を求める憲法異議の許容について、それがあくまで「例外」の地位にとどまらなければならぬことを印象づける。また、かかる憲法異議に認容判決が下されるのは、連邦議会の権限喪失であればそれが本質的かつ永続的である場合、EUの諸機関による権限踰越（に際しての連邦議会・連邦政府の不作為）であればそれが構造的に重大である場合、これらをまとめて別言すれば、デモクラシーがまったく根底から機能不全に追いやられる場合のみと考えられる。けれども、公権力の行使に対する民主的正統化の不足について、かりにその程度が著しいとしても、これを主観的な選挙権の侵害と捉える立論はいかにも技巧的であり、この立論が欧州統合の文脈にかぎって特別に許される理由も定かではない。ドイツの（というより欧州の）政治プロセスにおける連邦憲法裁判所の水際立った指導力は、理論的にはかなり無理の多い訴訟形式を用いて示されてきたと総括できるだろう。

〔附記〕 本稿は、科研費・基盤研究C「グローバルな政策決定に伴う議会制民主主義の空洞化に対する司法的統制の理論構築」（課題番号一八K〇一二四七）の助成による研究成果の一部である。

- (1) 客観訴訟に関する総括的な研究として参照、村上裕章「客観訴訟と憲法」同『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂・二〇一九年）五三頁以下（初出二〇一三年）。なお、主観訴訟／客観訴訟という分類は、ドイツでは通有の用語方とはいえない。これらの概念を用いた本稿の分析は、あくまで「日本の用語方に引きつけていえば」そのように性格づけられることを示すものである。
- (2) BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 5. Mai 2020 - 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16 = NJW 2020, S. 1647; NVwZ 2020, S. 857; DVBl. 2020, S. 1004; JZ 2020, S. 744.
- (3) こゝでの「EU条約」には「EU条約」と「EU機能条約」の二つが含まれる。EU司法裁判所が「EU条約」の解釈および適用における法の統一性の確保に任ぜられる、と後述される場合も同様である。
- (4) BVerfGE 123, 267 (353); BVerfGE 126, 286 (303 f.).

- (5) BVerfGE 126, 286 (304)。「連邦憲法裁判所による権限踰越の統制は、欧州「連合」の機関 (Organe und Einrichtungen) による諸活動がそこに付与された権限の外側で行われたことが明白といえる (ersichtlich) 場合にかぎって、考慮に値する。かように限定的個別授権の原則に対する違反が明白といえるのは、欧州「連合」の機関がその権限の限界を、限定的個別授権の原則を特別に毀損するやり方で踰越してしまった場合、換言すれば、権限逸脱が十分に深刻な (hinreichend qualifiziert) 場合に限られる。このことは、EU 権力による権限逸脱の活動が明白 (offensichtlich) であり、加盟国と EU との権限構造において攻撃の対象となっている行為が、限定的個別授権の原則や法治的な法律への拘束に鑑みて、きわめて重大である場合を意味する」。
- (6) 本判決は、前掲註 (5) の判示を覆すことなく、むしろこれを明示的に引用しつつ下された。BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 110。
- (7) 「ドイツ連邦議会の議員は、普通、直接、自由、平等および秘密選挙において選出される」。
- (8) 先決裁定において下された EU 司法裁判所の判決に対する憲法異議、ECB 政策理事会の P S P P 実施決定に対する憲法異議は、いずれも不適法として却下された。BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 88 f. 既述のとおり、憲法異議の対象は「公権力による」基本権 (ないしそれと同等の権利) の侵害と定式化されるどころ、本判決を踏まえて精確を期するならば、ここでの「公権力」は「ドイツ」の公権力を指す。先行する判決として、BVerfGE 142, 123 (179 f. Rn. 97) もあわせて参照。
- (9) BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 89 f.
- (10) BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 99.
- (11) BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 101. なお、基本法七九条三項は、「基本法一条「人間の尊厳の不可侵、人権による立法・執行権・裁判の拘束を規定」および二〇条「社会的連邦国家、法治国原則、抵抗権と並んで、すべての国家権力は国民に由来する。国家権力は、選挙および投票において国民により、立法・執行権および裁判の個別の機関を通じて行使される」(二項)として国民主権・デモクラシー原則を規定」に謳われた諸原則との抵触をもたらず基本法の改正は、これを禁ずる」と規定するところ、同二三条一項三文は、次のように宣明する。すなわち、この七九条三項は「EU の創設、その条約上の基礎の変更、およびそれに匹敵する規定であって、それにより基本法が内容的に変更もしくは補完され、またはそうした変更もしくは補完がなされる場合に、妥当する」。
- (12) BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 102.
- (13) BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 103.
- (14) BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 104.
- (15) BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 106 f.
- (16) BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 109.
- (17) 本判決は、この形容が意味するところを、次のように敷衍している。すなわち、ここでの「明白」とは、権限踰越が「十分に

- 深刻 (hinreichend qualifiziert) 』であることを意味する。そして、こうした権限踰越が「構造的に重大な」場合とは、EUと加盟国との権限配分が加盟国にとって不利益となる変容を被る場合のことである。BVerfG, Urteil (Anm. 2), Rn. 110.
- (81) BVerfGE 89, 155 (171 f.).
- (81) BVerfGE 123, 267 (330).
- (82) BVerfGE 129, 124 (167-174); 132, 195 (234 f. Rn. 91 f.); 135, 317 (384 f. Rn. 122).
- (12) BVerfGE 123, 267 (341).
- (22) BVerfGE 123, 267 (331 f.).
- (23) 1) の点に関する詳細な検討は、Vgl. Holger Grefrath, Exposé eines Verfassungsprozessrechts von den Letzfragen? Das Lissabon-Urteil zwischen actio pro socio und negativer Theologie, AöR 135 (2010), S. 221-250.
- (24) BVerfGE 142, 123 (174 f. Rn. 83).
- (25) BVerfGE 142, 123 (207 ff. Rn. 162 ff.).
- (26) 邦語による解説として参照。片桐直人「【判批】OMT合憲判決」自治研究九三巻六号(二〇一七年)一四七(一五二)頁。
- (27) 1) の簡明な総括は、Vgl. Bernd Grieszick, in: Klaus Stern / Florian Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 38 Rn. 17.
- (83) 憲法註(一)を参照。
- (83) Vgl. Michael Sachs, Grundrechtsschutz der Staatlichkeit und der Staatsstrukturprinzipien?, in: FS f. Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 597 (600 ff.).
- (96) BVerfGE 134, 366 (423 Rn. 119) に於けるコンメンタール裁判官の少数意見を参照。
- (15) Vgl. Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 81; Bodo Pieroth, in: Hans D. Jarass / ders., GG Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 9a; Herbert Bethge, in: Theodor Maunz / Bruno Schmidt-Bleibtreu / Franz Klein / ders. (Hrsg.), Bundesverfassungsgesetz Kommentar, 58. EL 2020, Vorbem. Rn. 152, 342 f. 2) の後釋註(23)における次款における言及される諸論点を参照。
- (23) 1) の点について Vgl. Christian Tomuschat, Die Europäische Union unter Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, S. 489 (489, 491). 2) について Christoph Schönberger, Die Europäische Union zwischen Demokratiefitz und Bundesstaatsverbot, Der Staat 48 (2009), S. 535 (540); Jürgen Schwarze, Die verordnete Demokratie Zum Urteil des 2. Senats des BVerfG zum Lissabon-Vertrag, Eur 2010, S. 108 (114).

- (33) Vgl. Mathias Jestaedt, Warum in die ferne Schweifen, wenn der Masstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG, Der Staat 48 (2009), S. 497 (503-507).
- (34) Dietrich Murswiek, Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, JZ 2010, S. 702 (705). 著者のムルスウィークは、一連の統合責任履行請求異議において、原告側の訴訟代理人に名を連ねており、この論效におおむね、如上の判決を擁護するところから、より先鋭的な見解を提示している。
- (35) Murswiek (Anm. 34), S. 707.
- (36) Vgl. Klaus Schleich / Stefan Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 205.
- (37) この判決の行論に好意的な語られる学説が、さうも皆無ではない。Murswiek (Anm. 34) の他に、たまたまVgl. Klaus Ferdinand Gärditz / Christian Hillgruber, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, S. 872 (872 f.).
- (38) Vgl. Christoph Schönberger, Der introvertierte Rechtsrat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht, JZ 2010, S. 1160 (1162). ショーンベルガーはこの論效において、デモクラシーの顧慮を求むる主観的権利の容認があり得るはずは、それは（現実には存在しない）基本法二〇条五項または基本法七九条四項に依拠すべきであつて、選挙権による基礎づけは基本法二八条一項の許される越境的適用（Entgrenzung）だと厳しく批判している。
- (39) Vgl. Schönberger (Anm. 32) S. 540.
- (40) Vgl. Roman Leher, Die Integrationsverfassungsbeschwerde nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: Prozessuale und materielle rechtliche Folgefragen zu einer objektiven verfassungswahrungsbeschwerde, Der Staat 52 (2013), S. 535 (545).
- (41) BVerfGE 123, 267 (340); 135, 317 (386 Rn. 125).
- (42) BVerfGE 135, 317 (386 Rn. 125).
- (43) Vgl. Murswiek (Anm. 34), S. 704.
- (44) Vgl. BVerfGE 62, 397 (399).
- (45) Vgl. Christof Lenz / Ronald Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3. Aufl. 2020, § 90 Rn. 222, 225.
- (46) たとえば、ユーロ圏の多国間融資制度の運用をめぐる、一部の重要な決定に対する連邦議会の関与権をもっぱら予算委員会に帰属させる（すなわち本会議による審議・議決を不要とする）国内法が制定された場合、そうした重要な決定はあくまで全議員の関与に開かれてこそデモクラシーの原理に適うとの立場からみれば、右の国内法をもつて選挙権の侵害とする立論も十分に考えられる。ところが、連邦憲法裁判所は、こうした立論に基づく憲法異議を適法とは認めなかった。この判決において同裁判

所は、連邦議会の内部における任務配分の適否が選挙権を引き合いに出して論難され得るとすれば、「基本法三八条一項一文に支えられた憲法異議の例外的性格および機関争訟との相違がはやけてしまおう」と判示している。加えて、特に重要度の高い決定（たとえば融資総枠の増強）に対する連邦議会の議決は通常の多数決ではなく特別多数決によるべきなのに、国内法がそうした規定を欠いているのは選挙権の侵害ゆえに違憲だ、と主張する憲法異議についても、連邦憲法裁判所はこれを不適法として却下した。以上について、Vgl. BVerfGE 135, 317 (386-388 Rn. 125-129)。

(47) 「連邦法または州法のこの基本法との形式のおよび実質的適合性または州法の連邦法との適合性に関する見解の相違または疑義が存する場合、連邦政府、州政府または連邦議会議員の四分の一以上の申立てにより」連邦憲法裁判所は判決する。より詳細には、連邦憲法裁判所法七六条一項を参照。

(48) Lenz / Hansel (Ann. 45), Rn. 225.

(49) その代表的な論攷として、Vgl. Schönberger (Ann. 32), S. 540. なお、統合責任履行請求異議における請求棄却判決は、原告の企図とはまったく裏腹に、「EUの諸活動に対して「民主的」正統性ならぬ「憲法的」正統性を刻印する結果となろう。かように連邦憲法裁判所による裁判的統制の拡張は、常に欧州統合へのブレーキとして機能するとは限らず、むしろその促進に寄与する場合もあることは留意されなければならない。」の点については、Vgl. Lenz / Hansel (Ann. 45), Rn. 226.

(50) Rüdiger Zuck, in: Hans Lechner / ders., Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 90 Rn. 79a. なお、「一九九一年に公刊された同書の最新版（第八版）においては、本項目の叙述が大幅に修正されており、基本権の「捏造」に対する批判は消去された。

(51) Zuck (Ann. 50)の引用箇所を見ると、このようなデモクラシー請求権の「捏造」が批判されるべき理由として、「連邦憲法裁判所を議会に代置する」結果となることが論及されている。

(52) BVerfGE 129, 124 (168).

(53) Vgl. BVerfGE 134, 366 (396 f. Rn. 52); 142, 123 (190 Rn. 126); BVerfG, Urteil (Ann. 2), Rn. 100.