



Title	公権の現代化（５）：EU環境法における「個人の権利」とそのドイツ行政法に対する影響を手がかりとして
Author(s)	谷, 遼大
Citation	北大法学論集, 74(1), 164[1]-126[39]
Issue Date	2023-05-31
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/89441">http://hdl.handle.net/2115/89441</a>
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_74_1_04_Tani.pdf



[Instructions for use](#)

# 公権の現代化（五）

—— EU環境法における「個人の権利」と  
そのドイツ行政法に対する影響を手がかりとして ——

谷 遼 大

## 目 次

### 序章

#### 第一節…問題意識

#### 第二節…本稿の手法と構成

（以上、七二巻六号）

第一章・E U環境法における個人の権利の生成

第一節・個人の権利の基層

第一款・E U法の直接効果——一九六三年 van Gend & Loos 事件

第二款・指令の直接効果——一九七四年 van Duyn 事件

第三款・構成国の国家責任——一九九一年 Francovich 事件

第四款・検討——個人の権利の機能化

第二節・一九九〇年代の判例における個人の権利

第一款・一九九一年地下水判決

第二款・一九九一年大気質判決 I——TA Luft 判決

第三款・一九九一年大気質判決 II

第四款・一九九一年表層水判決

第五款・一九九六年貝類水域判決

第六款・検討

第三節・一九九〇年代の法務官意見における個人の権利

第一款・法務官 van Gerven——地下水判決

第二款・法務官 Mischo——二つの大気質判決

第三款・法務官 Jacobs——表層水判決と貝類水域判決

第四節・小括

第二章・E U環境法における個人の権利の展開

第一節・自然保護の利益——ヨーロッパザルガイ漁判決

第二節・大気質に関する判例

第一款・二〇〇八年 Janeck 判決

第二款・二〇一一年 Stichting Natuur en Milieu 判決

(以上、七三卷一号)

第三款：二〇一四年 Client Earth 判決

第四款：整理

第三節：オーフス条約に関する判例

第一款：二〇一一年 Slowakischer Braubär 判決

第二款：二〇一六年 Slowakischer Braubär II 判決

第三款：二〇一七年 Protect 判決

第四節：中間総括

第一款：個人の利益

第二款：利害関係

第三章：公権のヨーロッパ化

第一節：行政裁判所法四二条二項と公権

第二節：訴訟的解決策

第三節：実体的解決策

第四節：立法的解決策

第一款：特別規定の創設

第二款：行政裁判所法四二条二項の削除

第五節：判例

第一款：連邦行政裁判所第七法廷判決（二〇一三年）

第二款：バイエルン上級行政裁判所判決（二〇一六年）

第三款：検討

第六節：小括

第四章：行政裁判権の機能と限界——行政裁判権の正統化と団体訴訟をめぐる考察  
第一節：主観的権利保護

（以上、七三卷四号）

（以上、七三卷六号）

- 第一款…主観的権利保護の構想
- 第二款…主観的権利保護の構想の帰結
- 第二節…裁判権の民主的正統化
  - 第一款…Böckenfördeの民主的正統化論
  - 第二款…裁判権の民主的正統化の問題点
  - 第三節…個別的正統化の構想
    - 第一款…Christoph Möllers
    - 第二款…Klaus Ferdinand Gärditz
    - 第三款…Klaus Rennert
    - 第四款…整理
  - 第四節…客観化による正統化の不足?
    - 第一款…正統化の不足
    - 第二款…団体訴訟の正統化
    - 第三款…検討
  - 第五節…小括
- 第五章…公権の現代化

終章

(以上、本号)

#### 第四章…行政裁判権の機能と限界——行政裁判権の正統化と団体訴訟をめぐる考察

第一章および第二章では、一九九〇年代から近年までの判例を題材にEU法における個人の権利の認定基準につき検

討を行った。EU法上の「個人の権利」は、ドイツの「公権」概念よりも明らかに緩やかな基準によって、しかも法の実効性などといったドイツには馴染みのない要素をも加味した上で、認定されている。これにより、従来のドイツ行政法的な理解によれば到底権利性を承認しがたいケースであったとしても、ドイツの国内裁判所が権利性を認めなければならぬという場合が生じうるのであった。また、第三章では、ドイツ行政法学が、こうしたドイツ法とEU法の構想との間にある差異を、実際にどのような解決策によって埋め合わせようとしているのか、そのアプローチについていくつかの分類を示しつつ、確認した。

本章、そしてそれに続く第五章が問題として取り上げるのは、EU法の影響を踏まえた上で、ドイツの行政裁判権の機能と限界を再確認すること、そしてドイツの伝統的な「公権」の概念を再検討することである。以下では、これまでの検討を踏まえつつ、次のような問いを設定する。EU法上の個人の権利は、「権利の機能化」または「個人の道具化」といった傾向を有しているが、こうした権利の理解を、ドイツの法秩序においても通用しうる、一般的な議論として提示することは果たして可能なのだろうか（第五章）。また、ヨーロッパ司法裁判所の判決によってドイツ国内において導入が加速し一般化しつつある（公益的）「団体訴訟」制度、すなわち、主観的権利に基づかない「客観的な訴権」は、主観的な構想を採用するドイツの法秩序との関係において、どのように位置づけられるのか、そして、何らかの問題を生じさせないのであるか（第四章）。

まず、第四章においては、この（環境）団体訴訟を一つの議論の題材とすることにより、ドイツの行政裁判権の機能と限界について、批判的に検討する。また、その検討にあたっては、行政裁判権の正統化という規範的な観点を手がかりとした分析を行うことにする。

## 第一節…主観的権利保護

## 第一款…主観的権利保護の構想

まずは、ドイツの行政法学の一般的特性について理解することを出発点とするべく、ドイツ行政法の構想について確認する。一般に、ドイツ行政法学は、公権力による権利侵害に対して出訴の途を保障する基本法一九条四項を根拠に、「主観的権利保護 (subjektiver Rechtsschutz)」の構想を採用しているものと理解されている。<sup>(1)</sup> この構想を特徴づけるのは、原告適格に関するドイツ行政裁判所法四二条二項と、本案審理に関する一一三条一項および五項である。すなわち、これらはいずれも、その要件として、自らの権利の侵害またはその可能性を要求しているのである。こうした背景から、ドイツの行政訴訟や行政裁判権の基礎は、古くから「公権 (subjektives öffentliches Recht)」の概念に見出されている。<sup>(2)</sup> この公権の概念は、法治国の象徴として、現在に至るまで行政法総論と行政訴訟論の両方において、極めて重要な概念としての位置を確立してきた。ドイツ連邦行政裁判所の長官を務めた Klaus Renner は、こうしたドイツの行政裁判権の特徴について、次のように説明する。

「ドイツにおいて行政裁判権に対して主要な任務として提示されているのは、市民のその権利を国家による高権的な力から保護することである。行政裁判権はこれに向けられ、このために創設されるのである。行政裁判権は、そのつどの原告の主観的権利に焦点を当て、そこに深く入り込むのであるが、しかし他事を考慮の外に置くのである」。<sup>(3)</sup>

## 第二款…主観的権利保護の構想の帰結

このようにして主観的権利保護の構想を採用することは、行政訴訟の制度設計や法解釈にあたつて、理論上で一定の帰結をもたらしてきた。まず、行政訴訟における原告適格は、原則として自らの主観的権利を侵害されたと主張する者に認められることになる。他方で、それ以外の者の訴権については、この構想によって根拠付けられるわけでもなければ排除されるわけでもない<sup>(4)</sup>とされ、他の根拠を必要とすることになる。また、主観的権利を有する者は、その権利を自らの意思によって自由に用いることができる(自由処分原則)。したがつて、その権利を有する者は、必ずしも訴えを提起しなければならぬわけではなく、また、訴えを提起した後であってもそれを取り下げることが許される<sup>(5)</sup>。そして、行政裁判権は、争訟を裁定することで「法的平和(Rechtfrieden)」を保つことを目的としているのであるから、それは実効的な権利保護という見地から、実際上でも当事者間の争訟を解決しうるものでなければならぬ<sup>(6)</sup>。最後に、判決効の範囲は、原則として争訟当事者に限られるものとされ、第三者にまで判決効を拡大するためにはその訴訟に關与していることが前提となる<sup>(7)</sup>。こうした主観的権利保護の構想がもたらす帰結は、ドイツと対比的に参照されるフランス行政法の「客観法的統制(objective Rechtskontrolle)」の構想との違いを際立たせている。

以上のような特徴を有する主観的権利保護の構想に基づけば、ドイツの行政訴訟においては原告の主観的権利を保護することがまず問題とされなければならないのであつて、それとともに、フランスの行政訴訟にみられる「適法性の統制」という視点や、ヨーロッパ司法裁判所の判例の検討を通じて読み取られた「市民の動員を通じた法の貫徹」という視点は、背後に退くことになる。ただし、ドイツにおいても適法性の統制が行政訴訟の果たしている一つの重要な機能であること自体は否定されるべきではない。したがつて、適法性の統制は、行政訴訟の主要な目的ではないが、しかし「歓迎すべき附随的効果」とでも理解されるべきであろう<sup>(8)</sup>。こうして、適法性の統制を主たる目的とする訴訟、日本でいうところの客観訴訟は、主観的権利保護の構想においては排除こそされないものの、体系的な観点からみると例外的な位

置にあるとともに、そもそもその憲法上の許容性すらも議論の対象とされてきたわけである。<sup>(9)</sup>

既に確認してきたように、ヨーロッパ司法裁判所は、その判例を通じて、特に環境法という領域においてドイツの行政訴訟における狭い原告適格に対する変化を要求してきた。EU法の影響とともにドイツには現行の法律、特に行政裁判所法四二条二項の解釈の枠内では対応し切れない領域が生じることとなり、その対応策として「団体訴訟(Verbandsklage)」などといった救済手段が発展しつつある<sup>(10)</sup>。紆余曲折を経て施行されている現行のドイツの環境団体訴訟では、原告の主観的権利の侵害の主張は訴訟要件から外されており、こうした近年の動向からすれば、ドイツの訴訟システムは一部において主観的権利保護から客観法的統制へと移行しつつあるとみることもできよう。このように、ヨーロッパ法の圧力は、間違いなくドイツの法秩序に対して大きな変動をもたらしており、伝統的なドイツの構想の柔軟性、対応能力、そして限界が問われている。

ここで一つ問題となるのは、こうしたドイツの主観的権利保護の体系において、行政裁判権に原告の権利を離れた統制機能が認められるべきなのか、認められるとすればいかなる限界が設定されるべきなのかという点である。ヨーロッパ法がドイツ法に及ぼす影響を踏まえながら、現行の行政法システムの発展可能性と限界が考察される必要がある。以下では、とりわけ「行政裁判権の正統化」という規範的な視点を一つの手がかりとしながら、この点について検討を行うことにしたい。

## 第二節…裁判権の民主的正統化

行政訴訟や行政裁判権の機能を拡大・変容させることに對して疑問を投げかけうるのが、「裁判権の正統化」という

[8]

論点である。裁判権も国家権力の一つである以上、その国家権力を裏付けるための正統化が必要である。ここで問題となるのは、裁判権の正統化が、裁判で保護されるべき個人の権利と結びついているのかどうかである。つまり、本稿の関心に即していえば、行政訴訟に個人の権利の保護を度外視した法の貫徹という機能を認めようとするとき、果たして行政裁判権は正統化されているといえるのかという問題が提起されることになる。

この点、公法学においては行政の正統化については議論が活発に行われてきた一方で、裁判権の正統化<sup>(12)</sup>についてはそれほど議論が進んでいないようにみえる。<sup>(14)</sup>したがって、まずはこれについて、Ernst-Wolfgang Böckenfördeの「民主的正統化論」を出発点として、その理解を概観的に確認する。そしてその上で、彼の理論が裁判権の正統化との関係において抱えていた問題点を明らかにすることにした。

#### 第一款：Böckenfördeの民主的正統化論

国家権力の正統化をめぐることは、主に行政の正統化という文脈において、ドイツ基本法二〇条二項「あらゆる国家権力は国民 (Volk) に由来する」の解釈問題である「民主的正統化 (demokratische Legitimation)」を中心に、議論が積み重ねられてきた。ドイツの公法学においては、数多くの先行研究が示す通り、一九九〇年代に連邦憲法裁判所によって、Böckenfördeの「民主的正統化に関する定式が受け入れられた」<sup>(15)</sup>これによれば、一般に民主的正統化は、①機能的・制度的正統化、②人的正統化、③事後的・内容的正統化という三つの正統化手段を通じて得られるものとされ、これらの正統化手段の相互作用から基本法の要求する必要な正統化水準を満たしているかが判断されることとなる。<sup>(16)</sup>

ただし、①機能的・制度的正統化は、憲法制定者が三権をそれぞれに固有の機能・機関ごとに構成したことを根拠と

するものであり、それによると「それぞれの権力は、すでに憲法制定者としての国民を通じて、抽象的に正統化されて<sup>(17)</sup>いる」と説明される。そして、この機能的・制度的正統化は、国民から国家権力への具体的・永続的な帰責の連関の確立に寄与するものではないため、単独で必要な正統化をもたらすことはできず、他の正統化手段と代替的な関係にもなるとされている。したがって、基本法上で必要な民主的正統化の水準に達しているかを判断するにあたっては、憲法による正統化である機能的・制度的正統化を除き、人的正統化と事項的・内容的正統化が主要な手段として位置づけられることとなる。<sup>(18)</sup>

なお、②人的正統化は、国家的な事項を委託される個々の職務担当者から正統化主体である国民に帰することのできる「途切れることのない正統化の連鎖」が保たれることによって生ずる形式面に着目した正統化手段である。<sup>(19)</sup>それに対して、③事項的・内容的正統化は、議会制定法への拘束と民主的責任という二つの要素から成る、実体的な正統化手段である。前者は、国民による選挙を通じて直接に正統化された議会に立法権が保障され、そして国会によって議決された法律に他の全ての国家機関が拘束されることによるものである。そして後者は、定期的に行われる選挙を通じて国民の代表が国民によって承認されることによるものであり、国民に対して議会が責任を負い、議会に対して政府が責任を負うという責任関係の中に存在する。ここでは、政府や大臣は自らの行為について責任を負うのみならず、所管下にある下位の行政庁や機関に対して指揮・監督権を行使することで、これらの責任も引き受けることになる。<sup>(20)</sup>

こうしたBöckenfördeの構想は、特に人的正統化について、その妥当性が疑問視される領域があることから、根強い批判に晒されてきた。<sup>(21)</sup>しかしながら、上記の二つの正統化手段は、現在においてもなお、民主的正統化をめぐる議論において重要な位置を占めているといつてよいだろう。

第二款・裁判権の民主的正統化の問題点

一 裁判官の独立

しかしながら、このような民主的正統化の構想は、裁判官の独立という特有の事情が存在することから、裁判権との関係においては説得力に欠く部分があると認識されなければならない。まず、裁判官は、その身分的な保障が存在することから、一度任命さえされてしまえば、原則として選挙によってそれぞれの裁判官の任免に影響が及ぶことはない。また、裁判官の任期は、一般に選挙の周期よりも長く、ドイツでは場合によっては終身裁判官とされている場合も少なくない。それに対して、行政権の領域についてみてみると、数年ごとに行われる選挙を通じて必ず人的正統化が「更新」されることになるため、裁判権と行政権における人的正統化について、両者において得られる正統化を同一視することに対する疑義が生じることになる。また、裁判官の独立の原則からすると、それぞれの裁判官はその職務の遂行にあたって、上級機関による指揮・監督権に拘束されることもない。したがって、事項的・内容的正統化との関係においても、正統化は不十分なのではないかと指摘されることになる。<sup>(22)</sup> こうして、Böckenfördeの民主的正統化の構想は、裁判権の正統化を考える上では、相当な困難を抱えることになる。

二 Böckenförde の主張

これについて、Böckenfördeは、かつて次のような主張を行っていた。すなわち、確かに裁判官は行政とは違い、民主的責任を負わず、そして上級機関の指示からの自由も認められている。しかし他方で、裁判官は行政よりも厳格に法律に拘束されなければならないため、それを通じて、事項的・内容的な観点から十分に正統化されることになるという。

つまり、彼は、裁判官の独立による正統化の不足を「法律への拘束」という観点に着目することで補おうとしたわけである。しかしながら、こうした彼の説明は、前述のような批判を免れるものではないであろう<sup>(23)</sup>。

その後の裁判権の正統化をめぐる議論に目を向けると、主に Bockenförde の民主的正統化のモデルを土台としながら議論が展開されてきた。例えば、人的正統化の必要性を緩和する<sup>(24)</sup>、他の要素を加味することにより正統化の補償を認める<sup>(25)</sup>など、学説は彼のモデルを修正することに苦心してきた。

### 第三節・個別的正統化の構想

これまで確認してきたように、裁判権の正統化を論じる上でもまた、民主的正統化という観点は少なからず注目を集めていたのである。しかし他方で、裁判権の正統化について、民主的正統化とは異なる観点から正統化を構成しようとする見解も近年有力に主張されつつある。その一つとして挙げられるのが、個人の自由や権利を正統化と結びつけることにより、民主的正統化ではなく「個別的正統化」と呼ばれる、選挙や議会を経由しない正統化のルートを示しようとするものである。ここでは、このような傾向を有する学説の中から、Christoph Möllers、Klaus Ferdinand Gärditz、そして Klaus Rennert による裁判権の正統化をめぐる議論の一部を紹介・検討する<sup>(26)</sup>。

#### 第一款：Christoph Möllers

まず初めに取り上げるのは、Christoph Möllers による裁判権の正統化に関する見解である。Möllers は、日本

でもよく知られているように、その教授資格論文の中で、民主的正統化と並んで「個別的・正統化 (individuelle Legitimation)」というモデルを提示した。<sup>(27)</sup> この個別的・正統化の構想は、行政裁判権の正統化を論じる上でも有益な視座をもたらしうると考えられることから、まずは彼の見解について確認しておきたい。

Möllers は、基本法一条一項の人間の尊厳に依拠しながら、個人の自己決定を国家権力の正統化の基礎として位置づけることを構想する。その上で、彼は、選挙や議会を経由する集合的・民主的な自己決定を通じて実現される「民主的正統化」と、個別的な自己決定を通じて実現される「個別的・正統化」という二つの正統化のモデルを対置的に提示するのである。<sup>(29)</sup> 最終的に、この個別的・正統化というモデルは、裁判権の正統化の観点において、「原告の要求 (Anliegen) を裁判所の正当化の中心に位置づける」<sup>(30)</sup>ものであるとされる。

この個別的・正統化の構想は、個人の主観的権利の保護や貫徹と結びつけて論じられることになる。Möllers は、次のように説明する。

「個別的・正統化をもたすのは、公的な支配が個別的自己決定を可能としたり保護することによって自らを正当化する手続のメカニズムである。このためには、国家が自由の分配に関する実体的なルールを定めるだけでは、つまり、貫徹のメカニズムを制度化することなく財産権や他の主観的権利が内容形成されるのでは、不十分である。このことは、個別的自己決定と主観的権利の関係から明らかになる。すなわち、主観的権利は、例えば財産そのもののように資格の範囲を定義することで、あらゆる人の、あるいは少なくとも多くの人の個別的自己決定を保護する一般・的・な・ルールなのである。主観的権利がなければ、個別的・正統化は存在しない。契約の履行を求める権利やこの請求権の国家による貫徹を求める個人の請求権のような私的な権利もまた、ここでいう意味での主観的権利に属する。しかし同時に、一般的なルールとしての主観的権利は、法秩序全体における自由の分配の表れである。一般的な自由の保証の射程は、潜在的に

あらゆる人間に関係する」(強調は原文<sup>31</sup>)。

また、この Möllers の個別的正統化の構想は、裁判権との関係においては、次のように具体化されることになる。すなわち、彼によると、裁判所は「自らの発議 (Initiative) によって決定を下すのではなく、原告を待ち、当事者の発議によって動いている<sup>32</sup>」という特有の性質を有している。原告の発議がなければ、裁判所の決定もまた存在しない<sup>33</sup>。彼はこの原告の要求に意義を見出すのであり、裁判所は「この要求を『受け取る (annehmen)』ことによって正当化される<sup>34</sup>」と理解するのである。こうした理解の意味するところは、裁判所は、原告の発議に基づいて、一般的な問題ではなく特殊具体的な事例問題を取り扱うのであり、その裁判手続を通じて、決定の対象を人的、時間的、そして空間的に個別化した上で、判決を下す<sup>35</sup>ということである。こうして、原告の要求を出発点とした裁判上の決定は、個人の自己決定の概念を中心に置く Möllers の正統化の構想と接続的に理解することができる<sup>36</sup>というのである。

## 第二款：Klaus Ferdinand Garditz

次に取り上げるのは、Klaus Ferdinand Garditz の行政裁判権の正統化に関する見解である。Garditz もまた、Möllers の個別的正統化の構想に依拠しながら、行政訴訟を個人の自由や権利を保障するためのものであると強力に主張している。なお、彼の見解については後により詳細に取り扱うため、ここではその概観を示すにとどまる。

Garditz によると、裁判官が議会制定法に拘束されることが依然として裁判権の正統化の基盤にとどまるとしても、それだけで正統化を根拠付けることはできない。その正統化の必要性は、裁判権の行使もまた法定立を含んでいること、つまり単なる法の認識プロセスにとどまるものではないことによると<sup>37</sup>いう。この点、確かに、現行法を具体化・個別化

し、法に拘束されながら独自の見解を構成するという点においては、行政と裁判所の間にも共通性が認められる一方で、行政による法の適用のもとでは行政は議会に対して責任を負っているものであり（民主的責任）、それを通じて行政の正統化は強められているというのである。<sup>(38)</sup>したがって、こうした民主的責任を何ら負担していない裁判所には、さらなる正統化の必要が生じているのである。

こうした問題を提起しつつ、彼は「個別的な自由の発展は、支配の民主的・集合的な正統化と同等に扱われる正統化のルールである<sup>(39)</sup>」とし、Mollersと同様に、集合的・民主的自己決定と個別的自己決定という二つの正統化を観念する<sup>(40)</sup>。この関係において、裁判制度は、次のように説明される。

「個別的な自由に根差す自己決定の二つのレーン<sup>(41)</sup>は、相互に競合の中に足を踏み入れるが、しかし相互に絡み合うこともある。というのは、個別的自己決定は、それを実現可能とするための制度を必要としているからである。裁判による権利保護は、その意味で、個別的な自由の利益の、つまり個人の権利の貫徹に資するのであり、このことは「…」民主的な過半数の利益から個別的自己決定を防御するために、まさに「…」直接的な政治的影響力の行使から制度上で保護された機関(Institution)を要求する。まさにそのために裁判所は独立しており、人的・法的な任命行為から離れ、そして民主的責任から切り離されるのである。したがって、正統性は独立と無縁ではないのである。裁判所が訴訟に関与する市民を手助けし、『その権利』を得させる限りにおいて——つまり、裁判所が事例に関して法を定立することで法拘束を個別化し具体化する限りにおいて、裁判所は個別的にも正統化されるのであり、それは法律への拘束によってだけでは描写することのできない、法創造へと突き出た部分を正当化するのである<sup>(42)</sup>」。

こうした説明が端的に示すように、Garditzもまた、個人の自由や権利を保護し実現するための制度として裁判所を位置づけるとともに、裁判所の正統化の根拠を、民主的正統化ではなく、個人の個別的な自己決定に求めたのである。

## 第三款：Klaus Rennett

最後に、Klaus Rennettの行政裁判権の正統化に関する見解について取り上げる。彼もまた個別的な正統化の構想に理解を示すとともに、特に行政裁判権の性質を踏まえた指摘を行っている。

## 一 原告の正統化

まず、彼は、裁判所の正統化とは別に、原告適格にそもそも正統化が必要であることを指摘している。なぜなら、行政訴訟は、公共善の推定を有する行政の活動を妨げうるものであるとともに、多くのケースにおいて、第三者（例えば事業主体）の自由権の侵害を意味するからである。<sup>(42)</sup>しかし他方で、ドイツの主観的権利保護の体系においては、そもそもこの原告の正統化という点が問題になることはほとんどない。なぜなら、主観的権利保護の体系においては、原告は訴訟において必然的に自身の権利利益との関連性を主張しなければならないのであり、それをもって十分な正統化が得られているからである。ここから導き出されるのは、公衆を代表する形で、特定の人物または団体が訴訟を提起するようなケース、すなわち、原告自らの公権という基準点が存在しないようなケースにおける、正統性に対する疑念である。なぜなら、こうしたケースにおいては、原告は、民主的に選出された国家機関による公共善理解に反するような、いわば少数派の公共善理解に立脚することもあるからである。<sup>(43)</sup>

## 二 裁判所の正統化

Rennettはこれに続いて、裁判所それ自体の正統化について言及する。彼によると、裁判所は最終的な拘束力を持つ

決定を下す力を有しているが、その正統性は、「裁判所が政治的に行動する立法・統治・行政の国家機能の領域へのあらゆる干渉を自制する場合にのみ」<sup>(44)</sup>認められなければならない。そして、裁判権においても、特に公共善の対象を委託されることになる行政裁判権には、「政治化」あるいは「政治的な道具化」してしまう危険があることから、その「中立性 (Neutralität)」や「受動性 (Passivität)」が保たれることが重要であるとの認識を示す<sup>(46)</sup>。そしてまた、主観的権利保護の構想の正統化能力は、「もはや個人の訴えに基づいて個々のケースが判断されるのではなく、客観的な事情が潜在的な一般的効力をもって判断されうるときに、疑問視されるというのである」<sup>(47)</sup>。

#### 第四款・整理

これまで個別的正統化の構想に依拠するものと思われる三人の論者らの見解を確認してきた。ここで取り上げることができたのは彼らの見解の一部にすぎないが、切り口や説明は異なっているものの、裁判所の正統化に関する根本的な認識においては共通しているものと思われる。最後に、彼らの見解を簡潔に整理しておきたい。

彼らは、個人の自由に根差した自己決定を正統化の基礎に置くことを出発点としている。その上で、集合的・民主的な自己決定に基づく民主的正統化と、個別的な自己決定に基づく個別的な正統化という二つのルートを観念する。ここで問題となる裁判権は、行政や立法とは異なり、選挙や議会を通じて十分に正統化されているわけではなく、さらにいえば民主的な正統性や適法性の推定を有した行政決定を覆しうる力さえ行使するのである。したがって、裁判の領域は、明らかに行政の領域とは異なった性質を有しているのであり、裁判権の正統化について行政の正統化の局面と同様に民主的正統化というルートが当てはまると考えるのには、やはり困難な点があると認めざるを得ない。そこで、次のよう

な構想が提示されることになる。すなわち、行政裁判権は、民主的には正統化されているがしかし違法な行政決定による侵害から個人の権利を保護するために、その行政決定を取り消し変更できるのであって、ここで保護されるべき個人の自由や権利が正統化をもたらすのである。裁判官の独立もまた、こうして個人の権利を保護するという機能に対応して制度化されたものと理解される。ただし、その意味では確かに正統化と無縁ではないものの、裁判官が独立していることそれ自体が正統化の基礎を成すわけではない。三人の見解に依拠するならば、裁判所の正統化は、「裁判所が原告の要求を『受け取る』限りにおいて」(Mollers)、「裁判所が訴訟に関与する市民を手助けし、『その権利』を得させる限りにおいて」(Garditz)、「裁判所が政治的に行動する立法、統治、行政の国家機能のあらゆる領域への干渉を自制する場合にのみ」(Rennert)、「得られるべきなのであって、個人の権利を保護するためにこれらを保障するのが、裁判の手続や組織なのである。こうして、行政訴訟は、個人の自由に基づく基礎構造を有しているとともに、その原告の権利の保護に焦点を合わせるものと理解されるのである。

#### 第四節…客観化による正統化の不足？

このように、裁判権の正統化という観点からみると、裁判官の独立という点から民主的正統化を通じてその正統化を根拠付けるのが難しい以上は、これまで確認してきた、個人の自己決定が国家権力の正統化の基礎を成し、集合的な(民主的)正統化と並ぶ個別的な正統化というルートを新たに観念しようとする主張には、一定の説得力が認められるものと思われる。<sup>(48)</sup>

次に検討するのは、このような構想を採用した論者が、行政裁判権の機能や限界について、どのような結論に至って

いるかという点である。ここでは特に、裁判権の正統化に対して懐疑的な視線を向ける Garditz の議論を題材としながら、特に「団体訴訟」、すなわち「客観的な訴権」の正統化の問題を取り上げ、主観的権利保護の体系における団体訴訟の導入可能性とその規範的条件について、特に批判的に検討していくことにしたい。

### 第一款…正統化の不足

ドイツの行政訴訟法は、ヨーロッパ法の影響下において、部分的に客観化しつつある。環境団体訴訟は「超個別的権利保護 (überindividueller Rechtsschutz)」<sup>(49)</sup>とも呼ばれ、その典型例であるとともに、その理論的な位置づけが問題とされるべきである。すなわち、先ほど確認した個別的正統化の構想に依拠するとすれば、連合法上の個人の権利をドイツにおける実体的な主観的権利として承認すること、または、主観的権利から離れた——公益的 (altruistisch) な——団体訴訟制度の創設によって客観的な訴権を導入することは、ドイツの主観的な法秩序との関係において緊張を生ぜしめる可能性がある。なぜなら、裁判所の正統化が個人の権利を保護することと結びついているのであれば、伝統的な意味での公権からかけ離れた機能的・形式的な権利に基づく訴訟や、<sup>(50)</sup>伝統的な意味での公権をもはや前提としていない公益的団体訴訟は、個別的な正統化のための前提条件を欠いているようにもみえるのであり、その正統化が疑われかねないからである。この点について Garditz は、次のように述べる。

「訴訟における個人の自己決定の帰結としての裁判権の正統化は、訴権が、もはや個別的自由の利益の派生物なのでなく、法の貫徹に向けた公共利益を促進するために道具的に投入される媒体となるところで、挫折する。正統化の問題は、訴権が訴訟上で実体的な自由権から切り離されるところ、または、(訴えを可能にする目的で) 主観的権利が個

別化可能な自由の基盤なしに構成されるところのどちらかで生じるのである」<sup>(51)</sup>。

## 第二款…団体訴訟の正統化

以下では、こうした裁判権の正統化の問題が生じうる具体的な領域として、(環境) 団体訴訟を取り上げ、検討を加えることにしたい。<sup>(52)</sup>

まず、一般に、実体法上の違法を主張して団体が提訴する団体訴訟については、私益的団体訴訟 (egoistische Verbandsklage) と公益的団体訴訟 (altruistische Verbandsklage) という区別がなされなければならない。一般に、前者は、団体の構成員の主観的権利の侵害を主張して団体が訴訟を提起するものであり、<sup>(53)</sup> 後者は、主観的権利の侵害から離れ、純粹に行政活動の違法を主張して団体が訴訟を提起するものである<sup>(54)</sup>と説明される。<sup>(55)</sup> ここで正統化が問題となるのは、後者の、主観的権利の保護ではなく客観法的統制に資する公益的団体訴訟である。<sup>(57)</sup>

### 一 団体訴訟の許容性

既に確認した通り、ドイツの基本法一九条四項は主観的権利保護の体系を採用しているものの、主観的権利から離れた客観的な訴権を排除しているわけではない。すなわち、基本法一九条四項の趣旨は、主観的権利が侵害された場合の裁判による権利保護を最低限保障することにある。<sup>(58)</sup> したがって、それを越える団体訴訟の創設については、団体訴訟を導入することでいわゆる「訴訟の洪水」が生じ、原告の主観的権利を保護するという裁判所の任務に支障が出る<sup>(59)</sup>といったことがない限り、立法者による法律上の形成に委ねられるものと解される。<sup>(60)</sup> 問題は、その立法者による法律上の形成

にあたっての、規範的な条件を導き出すことにある。

繰り返しにはなるが、行政裁判所法四二条二項は「法律に別段の定めがない限り、原告が行政行為またはその拒否ないし不作為によって自らの権利を侵害されると主張する場合にのみ、訴えは許容される」(傍点訳者)と規定している。個別の法律を通じて認められた団体の訴権は、一般にこの四二条二項前段の開放条項を通じて、法律の別段の定めとして処理されることになる。<sup>(61)</sup>このように、行政裁判所法の規定からしても、公益的団体訴訟の導入は認められているのである。

また、法解釈の観点からすれば、この行政裁判所法四二条二項における開放条項は、連邦の立法者にのみならず、ラントの立法者にさえ客観的な訴権の創設を認めるものと理解されている。<sup>(62)</sup>この点、Garditzは、この開放条項に批判的である。なぜなら、彼は、行政裁判所法四二条二項の開放条項を通じてラント法上の公益的団体訴訟が多く導入されることになれば、ドイツ全体における個人権保護の体系決定を無効化しかねないことを危惧しているからである。このような理解から、Garditzは、行政裁判所法四二条二項の開放条項は、ドイツにおける権利保護の全体としての首尾一貫性や一体性の利益という点において削除されるべきであったと指摘し、そうでないにしても、ラント法の貫徹に限定されるべきであったとするのである。<sup>(63)</sup>

こうした見地からGarditzが槍玉にあげているのが、既にいくつかのラントにおいて導入されている、動物保護法上の団体訴訟 (tierschutzrechtliche Verbandsklage) である。<sup>(64)</sup>この動物保護法上の団体訴訟は、学術的な目的で行われる動物実験の領域において、特に問題視されることになる。なぜなら、動物保護団体に訴権を付与することは、第三者(とりわけ研究者)の基本権(基本法五条三項一文目による学問の自由)<sup>(65)</sup>を訴訟のリスクに晒すとともに、訴訟による時間的なロスをも生じさせるからである。<sup>(67)</sup>こうして、彼からすれば、現在ラントにおいて導入されている動物保護団体訴

訟は、「行き過ぎ (Exzesse)」であると理解される<sup>(88)</sup>。そしてまた、こうした第三者の自由に対するリスクを踏まえて、新たに団体訴訟の導入を検討する際には、特に、団体に訴権を付与することによって影響が及びうる第三者の基本権との関係性を考慮することが要求されるのである<sup>(89)</sup>。

## 二 環境団体訴訟とその特殊性

そして、ドイツの公益的団体訴訟を論ずる上で避けて通ることができないのが、環境団体訴訟である。ドイツにおいて環境団体訴訟を定める法律としては連邦自然保護法 (Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG) 六四条や環境・法的救済法 (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz: UmwRG) などがあり、訴訟権限を認める認証評価にあたっては、行政庁 (特に連邦環境省) の広範な裁量の下で、ふさわしい資質・能力を有する環境保護団体にのみ認証を与えるという極めて厳格な審査がなされている<sup>(70)</sup>。

環境法という領域に団体訴訟が求められる理由の一つとして、環境法上の規範によって保護される利益を個別的な利益として認定するのが困難であるケースが多いことがある。すなわち、環境法で問題となる法規定は、自然保護や種の保全などに関する純粹に公益的な——つまり、保護規範説からすれば、行政裁判所法四二条二項後段の意味での「権利」を付与していると認めるのには不十分な——利益に資するものであることが少なくない。そのため、環境法においては、しばしば「執行の欠缺」<sup>(71)</sup>あるいは「原告の不在」<sup>(72)</sup>と呼ばれるような状況が生じうるのである。このようなケースでは、違法な行政活動に対して裁判による統制が及ばないため、これに関する法的な統制を補う必要があるとの考慮の下で、環境団体訴訟を導入する必要性が説かれてきたのである<sup>(73)</sup>。

Garditzによれば、団体訴訟は、こうして個人による自己決定という基盤なしに主観的権利を過剰に拡大することの

代案として現れることになる。<sup>(74)</sup> こうした観点から彼は、団体訴訟というアプローチの利点を、次のように述べている。すなわち、「この解決策の魅力は、換言すれば、客観法の貫徹がまさに民衆原告に委ねられるのではなく、少なくとも民主的に確立され、認証手続によって責任を課された、専門的な基準に従って限定可能なアクターに委ねられるという点にある」<sup>(75)</sup>。

他方で、環境法は、このように団体訴訟が必要とされる典型的な領域であるとされる一方で、こうした「執行の欠缺」や「原告の不在」をしばしば生じさせる、その構造上の特殊性にも注意が払われなければならない。この点、Garditzは、団体訴訟は「一般的な実体的問題に対する回答ではなく、構造に内在する環境法の特殊性に対する回答なのである」<sup>(76)</sup>と述べている。こうした彼の指摘は、環境法という法領域の特殊性を強調するとともに、環境法以外の領域にまで団体訴訟をめぐる議論を安易に広げるべきではないことを示唆している<sup>(77)</sup>。彼に言わせれば、あくまでも、「環境法は、行政上の権利保護の客観化のための矛盾なものではなく、一般的な構造原理の出発点とはなりえない、非典型的な特殊な布置 (atypische Sonderkonstellation) なのである」<sup>(78)</sup>。

### 三 権力分立の視点

また、Garditzは、権力分立の観点にも注目し、団体訴訟を導入する上で生じうる問題を指摘する。彼は、「裁判所は権利保護機関なのであって、法の監督庁ではない」<sup>(79)</sup>との認識の下で、「権力分立を確保する裁判の固有性は、中立的でかつ独立した争訟裁定機関としての裁判所に、発議権が認められないことにある」<sup>(80)</sup>と指摘する。しかしながら、訴権を客観化することは、争訟の裁定を越えた、紛争の解決という任務を、訴訟の領域に移動させることになりかねないという。このような場合、裁判所は、部分的には行政による法適用の共同形成者になるとともに、裁判所の独立によつ

て確保されていた行政との距離は失われ、行政の協働者に移行する。「独立して距離を取った司法の固有の能力は、手続的・組織的に離散した公共善の創造のために、危険に晒される」というのである。Gertinの理解からすれば、団体訴訟のような客観化された訴権に基づく行政の統制を目的とした行政訴訟は、本来は行政手続において行政が構成しなければならぬ公共善を、——実質的に「後置された行政手続」ともいふべき——行政訴訟において、裁判官が構成するという帰結をもたらしかねない。団体訴訟は、行政手続と行政訴訟、そして行政と裁判所の任務の境界を、このようにぼやけさせてしまう危険を有している。

また、彼はこうした観点からすれば、行政手続における排除規定は必要なものであると指摘する。すなわち、「行政と、行政が——民主的に正統化された——自己の権限に基づいて応答しえない新たな論拠とが衝突することを防ぐために、行政手続に関与していないアクターの異議申立権は、原則として存在してはならない」<sup>(84)</sup>。そして、このことは団体訴訟における排除規定にも同様には当てはまるという。すなわち、「団体訴訟のもとでの排除規定(場合によっては連邦自然保護法六四条二項と結びつく、環境・法的救済法二条三項)<sup>(85)</sup>は、正当化されなければならないだけでなく、行政の民主的な面での自己責任の利益においては、要請されてさえないのである。実体的排除は、紛争の段階的・分業的な分層化に資するとともに、行政手続の固有の能力を、決定過程を包括的に裁判所の責任の下で新たに展開していくことから守るのである」<sup>(86)</sup>。このように、行政手続と団体訴訟における排除規定は、行政と裁判所の役割と責任を明確に区分することにも寄与しているのである。したがって、彼は、こうしたドイツ行政法にみられる排除規定は、EU法との関係で許容される範囲においては、維持されなければならないとするのである<sup>(87)</sup>。

#### 四 結論

こうした主観的権利保護の構想から導かれる行政裁判権の機能や限界を踏まえ、Garditz は、団体訴訟のモデルの一般化は阻止されるべきであるとの主張を提示し、警鐘を鳴らす。彼の構想によると、団体訴訟は、あくまでも主観的権利保護の構想の例外にとどまらなければならないのであり、超個別的権利保護を体系的に拡充しようとする試みもまた、拒絶されなければならない。<sup>(88)</sup>そして、主観的権利保護の補完として団体訴訟を導入するとしても、あくまでも制度の中心にあるのは個人権保護であり、それが押しやられてしまうようなことはあってはならないのである。それゆえ、団体訴訟の導入が正当化されるために必要であるのは、個人が主張して貫徹することのできる主観的権利が存在しないこと、そしてそれに加えて、客観的な異議申立訴訟を通じて対処可能な、構造上の執行の欠缺が生じていることであると指摘される。<sup>(89)</sup>

このようにみると、Garditz は団体訴訟について全面的な否定論には立たないものの、やはり極めて慎重な立場にあるということができよう。<sup>(90)</sup>彼は、主観的権利から離れた公益的団体訴訟を、環境団体訴訟のような必要最小限の領域にのみ、あくまでも「例外」として認めようとしたわけである。こうして、彼は、最終的には「封じ込め政策」という言葉を用いて、団体訴訟という制度がドイツの行政訴訟の基礎構造に及ぼす影響を最小限に抑えるべきだと主張したのであった。

「客観的な異議申立の作用（団体訴訟、民衆訴訟、そして利害関係者訴訟）に関しては、個別的利益と一般的利益との緊張関係の間にある、行政訴訟の個人的・自由主義的な規範構造を侵食から保護するために、封じ込め政策（Politik des Containment）が推奨される<sup>(91)</sup>」。

### 第三款・検討

これまで、個別的自己決定に基づく正統化を観念する論者らの見解を取り上げ、裁判権の正統化をめぐる議論を紹介するとともに、裁判権の正統化の観点から団体訴訟の拡大について批判的な立場を採る Garditz の見解を詳細に確認した。Garditz が団体訴訟の拡大に懐疑的であったように、主観的権利保護の体系において客観的な訴権を創設する上では、考慮しなければならない事項が数多く存在している。これについて、Garditz の所説は、特に多くの懸念点に言及しながら、公益的団体訴訟をあくまでも例外として位置づけながら、その導入にあたって考慮すべきいくつかの指針を提示していた。こうした彼の厳格な構想は、団体訴訟の導入にあまり積極的とはいえないがたい日本の客観訴訟をめぐる議論にも通ずる点があるように思われる。<sup>93)</sup>

確かに、公益的団体訴訟という制度は、これまで前提とされてきた個人の権利と結びつく行政訴訟とは異質であるとともに、行政と行政裁判権の関係を部分的に変容させかねないというリスクを内在している。しかしながら、ここで指摘しておきたいのは、団体訴訟の拡大に慎重な Garditz でさえも、ドイツにおいて（EU法との関係はさておくとして）環境団体訴訟を廃止すべきとは考えていないのである。むしろ彼は、深刻な執行の欠缺が生じている環境法という領域の特殊性を認識しつつ、このような例外的な領域においては、主観的権利保護システムを補完するものとして団体訴訟を導入することを許容しているのである。

また、Rennett にあっても、主観的権利保護の体系の柔軟性を指摘しつつ、特定分野においては、公益的団体訴訟を通じて客観法的統制を行うことよって被害者訴訟の「補完」を行うべきであるとし、それを通じて被害者訴訟による原告適格の間隙は十分に埋め合わせられるとしている。<sup>94)</sup> それゆえに、彼は、その間隙を埋める目的で被害者訴訟を「監視者的に」再解釈する、つまり公権の概念それ自体を無理に拡大する必要はないと主張するのである。<sup>95)</sup> むろん、Rennett においても、ここで公益的団体訴訟の具体例として想定されているのは、環境団体訴訟である。このように、

公権の概念それ自体の拡大または変容に警鐘を鳴らす論者にあっても、環境団体訴訟の創設は、主観的権利保護の体系を客観的統制によって補完するものとして、例外としてはあるが認める必要性を認識しているのである。むしろ、E U法の影響を受け止めつつ、公権の概念に手を出すことを防ぐためには、環境団体訴訟については容認せざるを得ないのである。

確かに、環境団体訴訟をはじめとする客観訴訟の導入をめぐって、多かれ少なかれ憲法上の疑義が生じうるとの懸念は避けられない。しかしながら、他の法領域における導入の拡大については留保が必要であるものの、少なくとも「環境団体訴訟」を導入することは、日本においても特段の問題を生じさせないものと認識されるべきであろう。その根拠は、客観訴訟の憲法上の許容性をめぐる議論に求められるとともに、構造上の問題を抱えた環境法という領域の特殊性に求められることになろう。

また、日本において環境団体訴訟を導入するにあたって懸念点となるのは、行政事件訴訟法九条の原告適格との関係であろう。一般に、団体訴訟は、「法律上の利益」の解釈の枠内で原告適格を拡大することの限界を認識した上で、主観訴訟を補うための客観訴訟として構想される<sup>96</sup>。環境団体訴訟によって、環境法上の執行の欠缺という問題が部分的に解決される一方で、現実的な面からすれば、これまで通用してきた狭い原告適格を固定化してしまいかねないという別のリスクがあることも否定できない。加えて、環境保護団体は、その訴権の行使が義務ではなく自由である以上、必ずしも立法者の想定しているような局面において訴訟を提起するとも限らないのである<sup>97</sup>。

以上のような懸念はあるものの、しかしながら、環境団体訴訟を仮に導入するとして、団体訴訟を法体系との関係でどのように位置づけるのかは、また別の問題である。少なくとも環境団体訴訟についていえば、それを導入することによって、体系的・理論的な観点から、主観訴訟の原告適格の判断における柔軟性や発展可能性が失われるとは考えられ

ない。さしあたり、現在の日本において環境法という領域の特殊性を承認することは、「主観訴訟を補完する団体訴訟」という定式化を防止することにも、役立てられるべきであろう。今後の議論の発展とともに、団体訴訟や超個別的権利保護のモデルが一般化されていくことも、現時点においては決して排除されるべきではない。

### 第五節・小括

本章においては、ヨーロッパ化を通じて客観化しつつあるドイツの行政訴訟の現状を踏まえ、個別的正統化という構想と Gardin の所説を手がかりとしながら、行政裁判権の正統化が危機に晒されつつあること、そしてそこから行政裁判権の果たすべき機能と限界について、検討を加えた。Gardin によると、行政訴訟の基礎構造を支えるのは個人の自由なのであり、それを保護することこそが行政裁判権の任務なのである。こうした彼の考え方は、裁判所と行政の厳格な役割分担や適切な距離の確保とも結びつき、公益的団体訴訟の導入に対して極めて慎重な姿勢を要請する。こうして、団体訴訟は、環境法のような特殊性の認められる領域に、例外的にのみ投入されるべきものと理解されるわけである。

このような理解は、主観的権利保護の体系を維持しつつ、しかしながらその体系の不備を公益的団体訴訟という客観的な統制手法によって補おうとする思考を体現している。さらにその背後にあるのは、公益的団体訴訟で手打ちにしようという発想、すなわち、ドイツの行政法の根幹を支える「公権」の概念それ自体が侵食されてしまうことに対する危惧なのである。

もつとも、裁判権の正統化という観点や個別的正統化という構想は、客観訴訟や団体訴訟の許容性をめぐる議論に対して、必ずしも新しい革新的な結論を提示するものではない。しかしながら、この個別的正統化、つまり正統化の基礎

を個人の自己決定に求めるという着眼点は、行政裁判権の機能と限界について重大な問いを投げかけるとともに、これまで分散的に取り上げられてきたようにもみえる団体訴訟の許容性とその条件をめぐる議論に対して、一定の立法論的・法政策的な方向性を提供しようといふことができる。

日本においても、さしあたり環境法に、さらにいえば自然保護法などに限定して、環境団体訴訟を導入することには、問題は生じないものと思われる。そして、日本において現行の行政事件訴訟法における原告適格の要件を維持した上で、環境法の執行の欠缺を解消するために環境団体訴訟の創設を考へるとき<sup>(48)</sup>、ここで紹介された Garditz の公益的団体訴訟に対して抑制的な見解もまた、理論的な見地から、大いなる示唆に富むものといえよう。

- (1) 基本法一九条四項に関する包括的な先行研究として、ここでは、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、一九九三年）一五三頁以下のみを挙げておく。
- (2) Vgl. Klaus Rennert, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit?, DVBl. 2015, 793 (793f.).
- (3) Rennert, DVBl. 2015, 793 (793f.).
- (4) Rennert, DVBl. 2015, 793 (794); Sabine Schlacke, in: Garditz (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. 2018, Nach § 42 (Übersichtlicher Rechtsschutz) Rn. 3, かつした帰結は、具体的には、既に第三章で言及したドイツ行政裁判所法四二条二項にみられる。本稿の第三章第一節も参照。
- (5) Rennert, DVBl. 2015, 793 (794).
- (6) Rennert, DVBl. 2015, 793 (794). なお、仮の権利保護は、こうした見地から主観的権利保護の体系上に居場所を見出すもふさわしい。
- (7) Rennert, DVBl. 2015, 793 (794f.).
- (8) Annette Guckelberger, Deutsches Verwaltungsprozessrecht unter unionsrechtlichen Anpassungsdruck, 2016, S. 46;

- Remert, DVBl. 2015, 793 (793). この点、日本では古くから主観訴訟と客観訴訟を区別し、主観訴訟を個人の権利利益の保護を目的とする訴訟、客観訴訟を公益の保護を目的とする訴訟として一般に整理・理解してきた。ただし、前者が行政の適法性確保を目的としていないといえるのかに対しては疑義も呈されているところである。この点について、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）五三頁の註（一）を参照。
- (9) 我が国においても、特に司法権の概念との関係において、客観訴訟の憲法上の許容性に關する議論が古くから活発に行われてきた。本稿との関係では、註(93)も参照。
- (10) ただし、ドイツにおいて団体訴訟という制度自体は、EU法に対応する目的で法制化される以前からも存在しており、その際には主観訴訟的な構成を採っていた。
- (11) Friedrich Schoch, Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts, *Juridica International* 2014, 102 (114).
- (12) 行政の正統化に關するドイツの議論を取り扱う先行研究として、日野田浩行「行政の民主的・正統化に關する憲法的考察の展開とその構造」行政法研究一四卷(二〇一六年)二五頁以下、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』(法律文化社、二〇一七年)等のほか、拙稿「ドイツ公法学における参加論の歴史的展開(一)」(三・完)「北大法学論集(北海道大学)七〇卷二号(二〇一九年)七九頁以下、七〇卷三号(二〇一九年)一頁以下、七〇卷五号(二〇二〇年)三三頁以下も参照。
- (13) 近年の裁判権の正統化に關するドイツの議論を取り扱う数少ない先行研究として、北村幸也「裁判と法律のあいだ」(成文堂、二〇二〇年)一九三頁以下、山本隆司「ガバナンスと正統化」社会科学研究(東京大学)六九卷二号(二〇一八年)六四頁以下がある。
- (14) 参照、北村・前掲註(13)二〇一頁の註(23)。ドイツ連邦憲法裁判所の権限の正当化という文脈で、クリストフ・メラース「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」鈴木秀美ほか監訳『越境する司法』(風行社、二〇一四年)二四九頁。
- (15) BVerfGE 83, 37; 83, 60; 93, 37.
- (16) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 23.
- (17) Andreas Volkühle/Anna-Bettina Kaiser, Demokratische Legitimation, *JuS* 2009, 803 (804). なお、制度的・機能的な民

- 主的正統化については、Böckenfördeの民主的正統化論が一九九〇年代に連邦憲法裁判所に受け入れられる前にすでに、一九七八年のカルカー決定において既に示されていた。すなわち、BVerfGE 49, 89 (25): 「立法権、執行権、裁判権の諸機関は、その制度的および機能的な民主的正統化を、基本法二〇条二項において下された憲法制定者の決定から得ている」。
- この点については、拙稿・前掲註(12)「ドイツ公法学における参加論の歴史的發展(二)」一六頁の註(12)も参照。
- (18) 拙稿・前掲註(12)「ドイツ公法学における参加論の歴史的發展(二)」六頁以下。
- (19) 拙稿・前掲註(12)「ドイツ公法学における参加論の歴史的發展(二)」七頁。
- (20) 拙稿・前掲註(12)「ドイツ公法学における参加論の歴史的發展(二)」七頁以下。
- (21) その例として、機能的自治行政の正統化をめぐる問題がある。ドイツの議論を紹介する論文として、日野田浩行「民主制原理と機能的自治」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開(上)』(信山社、二〇一二年)三二―三頁以下、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化(四・完)」法政論集(名古屋大学)二五二号(二〇一三年)一五六頁以下、齋藤誠「自治・分権と現代行政法」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座I』(日本評論社、二〇一六年)二九三頁以下、山本隆司「機能的自治の法構造」総務省編『地方自治法施行七〇周年記念自治論文集』(ぎょうせい、二〇一七年)二一五頁以下を参照。
- (22) 裁判の民主的正統化の文脈におけるBöckenfördeの理論の問題点については、北村・前掲註(13)二〇九頁以下を参照。
- (23) 北村・前掲註(13)二〇九頁以下。なお、管見の限り、以下で検討する見解も含め、現在のドイツの学説において「法律への拘束」のみで裁判官の正統化が十分であるとする見解はほとんどみられていない。
- (24) Axel Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, 2006 は、実体的な事項的・内容的正統化により重点を置き、形式的な人的正統化の比重を事実上で引き下げる民主的正統化のモデル(「コントロールモデル」)を提示している。彼の学説の日本における紹介として、山本・前掲註(13)六七頁の註(67)、北村・前掲註(13)二一九頁以下を参照。
- (25) Andreas Volkkuhl/Gernot Sydow, *Die demokratische Legitimation des Richters*, JZ 2002, 673 (680ff) は、民主的正統化の不足を補償する要素として、裁判の公開や利害関係者の参加などといった裁判上の手続に言及する。
- (26) ただし、彼らの見解は、あくまでも裁判権の正統化の基礎を個人の自由や権利(の保護)に求めたという点で一致して

- いるにすぎず、行政訴訟をめぐる個別の論点については意見を異にする点も当然みられる。
- (27) Christoph Möllers, *Gewaltenteilung*, 2005. ただし、彼の教授資格論文は裁判権の正統化について論じることを主たる関心としたものではないため、本稿ではこの教授資格論文ではなく、個別的正統化の構想から裁判権の正統化を根拠付けようとした、後に公表された彼の論文を主に参照する。Möllersの個別的正統化について紹介するものとしては、裁判権の正統化を直接の題材とするものではないが、高橋・前掲註(12)四四頁以下、田代・前掲註(12)六四頁以下を、また、裁判権の正統化の文脈においては、山本・前掲註(13)六七頁以下を参照。
- (28) したがって、個別的正統化のみならず、民主的な自己決定を通じた民主的正統化もまた、個人の人格性や個人による意思形成を前提としたものとして理解される。
- (29) 参照、田代・前掲註(12)六四頁、山本・前掲註(13)六七頁以下。
- (30) Christoph Möllers, *Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?*, in: Geis/Nullmeier/Daase (Hrsg.), *Der Aufstieg der Legititätspolitik*, 2012, S. 398 (403).
- (31) Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, 2008, S. 76.
- (32) Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 401.
- (33) Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 401.
- (34) Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 401f.
- (35) Vgl. Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 401f.
- (36) Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 403.
- (37) Vgl. Klaus Ferdinand Gärditz, *Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts*, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, D 31f. 「裁判権の行使もまた——主として事案に関わるもので、それゆえ法律の形式に内在する——(具体的・個別的な)法定立を含んでいるのであって、したがって単なる法認識の過程なのではない。裁判手続の本質的な固有の能力は、まさに、決定に関する事情を訴訟法のフィルターを通じて構成することにある」。
- (38) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 32f.

- (39) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 33.
- (40) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 33.
- (41) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 33f.
- (42) Rennert, DVBl. 2015, 793 (799).
- (43) Rennert, DVBl. 2015, 793 (800).
- (44) Rennert, DVBl. 2015, 793 (800).
- (45) Klaus Rennert, *Legitimation und Legitimität des Richters*, JZ 2015, 529 (538).
- (46) Rennert, DVBl. 2015, 793 (800); vgl. auch dens., JZ 2015, 529 (536, 538).
- (47) Rennert, DVBl. 2015, 793 (800).
- (48) なお、近年の民主的正統化論も、個別的正統化の構想まで認めるかどうかはともかくとして、個人の自己決定を正統化の基礎として承認する傾向にある。その代表的なものとして、Hans-Heinrich Trute, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Albmann/Volkühle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 6.
- (49) それをタイトルとする包括的研究として、Sabine Schlacke, *Überindividueller Rechtsschutz*, 2008.
- (50) なお、Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 31は、「公権は個別的自己決定に基づくものである」としており、公権は個別的自己決定と結びつくものと理解する。
- (51) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 34.
- (52) ドイツにおける環境団体訴訟制度について取り扱うものとして、土田伸也「ドイツ環境法における団体訴訟の近年の動向 (一) (二)」比較法雑誌三五巻一号 (二〇〇一年) 一〇五頁以下、三五巻二号 (二〇〇一年) 八九頁以下、大久保規子「ドイツ環境法における団体訴訟」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 (下)』(有斐閣、二〇〇一年) 三五頁以下、同「ドイツにおける環境団体訴訟権の強化」季刊行政管理研究一〇五号 (二〇〇四年) 三頁以下、同「ドイツにおける環境・法的救済法の成立 (一) (二)」阪大法学 (大阪大学) 五七巻二号 (二〇〇七年) 二〇三頁以下、五八巻二号 (二〇〇八年) 二七九頁以下、同「環境アセスメント指令と環境団体訴訟」甲南法学 (甲南大学) 五一巻四号 (二〇一一年) 六五頁以下、

同「混迷するドイツの環境団体訴訟」新世代法政策学研究（北海道大学）二〇号（二〇一三年）二二七頁以下、同「環境分野の司法アクセスとオース条約」松本和彦編『日独公法学の挑戦』（日本評論社、二〇一四年）二九七頁以下、同「保護規範説を超えて」滝井繁男先生追悼論集『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』（日本評論社、二〇一七年）四七四頁以下、小澤久仁男「ドイツ連邦自然保護法上の団体訴訟」立教大学大学院法学研究（立教大学）三九号（二〇〇九年）五一頁以下、同「環境法における団体訴訟の行方」香川大学法学会編『現代における法と政治の探求』（成文堂、二〇一二年）五一頁以下などを参照。

(53) Rainer Wahl/Peter Schütz, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 42 Abs. 2 Rn. 234.

(54) Wahl/Schütz, aa.O. (Fn. 53), § 42 Abs. 2 Rn. 235.

(55) なお、ドイツには「団体被害者訴訟（Verbandsverletzungsklage）」という概念もあるが、WahlとSchützによるコメントールの記述によれば、これは本来的な意味での団体訴訟ではないと説明されている。すなわち、団体被害者訴訟とは、団体が団体自らの権利の侵害を主張して訴訟を提起するものであり、これは行政裁判所法四二条一項後段の枠内で処理される。したがって、これは、四二条二項前段のいう法律の別段の定めに基づくいわゆる客観訴訟ではなく、主観的権利に基づく訴訟である（Wahl/Schütz, aa.O. (Fn. 53), § 42 Abs. 2 Rn. 230）。日本でも「私益的団体訴訟」と「団体被害者訴訟」の区別については、このコメントールと同様の定義・説明が紹介されることが多く、さしあたり本稿もこれに依拠しておく。しかしながら、最近のドイツではこれらの概念について、統一的な用語法が確立されていないとも指摘されているため、両概念についていえば、必ずしもこれらの定義が当てはまるとは限らない点に注意が必要である。このような指摘を行う最近の文献として、Guckelberger, aa.O. (Fn. 8), S. 74f.がある。また例えば、Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D. 41は、私益的団体訴訟と団体被害者訴訟という概念を、ほぼ同義のものとして用いている。この点、実際の観点からすれば、団体訴訟は主観的権利に関係するか否か、または、公益的団体訴訟に該当するか否かという点での区別が重要なのであって、その内部における細分化はあまり問題にならな。

(56) Wahl/Schütz, aa.O. (Fn. 53), § 42 Abs. 2 Rn. 235.

(57) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 34.

(58) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42. Eberhard Schmidt-Albmann, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 9.

依拠する島村健「環境団体訴訟の正統性について」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、二〇二一年）五一―八頁の註（34）も参照。

(59) なお、現在の環境団体訴訟制度は、連邦自然保護庁による極めて厳格な審査の下で訴権が認められる団体を決定しているため、団体訴訟に慎重な立場から懸念されていた「訴訟の洪水」と呼ばれるような現象は生じていないものとされる。この点については、Schlacke, aa.O. (Fn. 49), S. 226, 497.

(60) したがって、連合法上の基準によって課される義務を除き、団体訴訟の導入が義務付けられることはないと理解されてくる。この点については、Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42.

(61) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42f.

(62) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42f.; Schlacke, aa.O. (Fn. 4), Nach § 42 (Überindividueller Rechtsschutz) Rn. 7.

(63) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42f., 102.

(64) ドイツにおいて動物保護団体訴訟を導入した実績のあるラントは、ブレーメン（二〇〇七年）、ハンブルク（二〇一三年）、ノルトライン・ヴェストファーレン（二〇一三年）、ザールラント（二〇一三年）、ラインハルト・プファルツ（二〇一四年）、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン（二〇一四年）、バーデン・ヴュルテンベルク（二〇一五年）、ニーダーザクセン（二〇一七年）、そしてベルリン（二〇二〇年）の九ラントとなっている。ドイツにあるラントの合計数が一六であることから分かるように、ラント法上の動物保護団体訴訟は二〇一〇年代以降、急速に導入が進んでいる。ただし、この内のノルトライン・ヴェストファーレンは、二〇一八年に関連するラント法の延長を行わず、制度を廃止した。ラントにおける動物保護団体訴訟の導入状況については、下記のドイツ動物保護連盟の団体訴訟に関するページも参照（最終閲覧：二〇二三年一月二一日）。  
<https://www.tierschutzbund.de/information/hintergrund/recht/verbandsklage/>

(65) ドイツの基本法五条三項一文目は、「芸術と科学、そして研究と教育は、自由である」と規定する。

(66) この点については、von Gerditz, aa.O. (Fn. 37), D 43. 「基本法五条三項一文目によって保護された学問上の方法決定は、感情的で非科学的な特殊利益と対立する中でしか下されえなご」。

(67) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 46f., 102.

(68) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42.

- (69) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 102.
- (70) 岸本太樹「環境団体訴訟の法制化」法律時報九一巻一一号(二〇一九年)五四頁以下。岸本教授は、ドイツ連邦自然保護庁の Oliver Hendrischke にドイツの環境団体訴訟制度についてヒアリング調査を行っている。それによると、実際の団体の認証評価の運用においては、任務遂行能力要件について、「団体の組織及び財政的基盤(構成員の人数や事務局体制)行政手続に参加し、訴訟を遂行するに必要なかつ十分な組織、財政力、人的能力」専門性を備えているか、組織の運営が民主的かつ公正に行われているか)を細かく総合的にみている」ことが指摘されている。連邦自然保護法および環境・法的救済法の認証要件については、山本隆司「団体訴訟に関するコメント」論究ジュリスト二二号(二〇一五年)一六一頁以下も参照。こうした認証評価にあたっての厳格な審査の影響もあってか、環境団体訴訟の原告勝訴率は一般の行政訴訟と比べて高くなっている(山本・同論文・一六一頁)。
- (71) Vgl. Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel/Andreas Volkühle, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 2 Rn. 2. 特にならば環境法における執行の欠缺にのみ Matthias Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 5ff.; Bernhard Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 17ff.; Ulrike Giera, Individualrechte im europäischen Umweltrecht, 2015, S. 29ff.
- (72) 岸本・前掲註(70)五一頁以下。
- (73) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 43f.
- (74) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 45.
- (75) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 45.
- (76) Klaus Ferdinand Gärditz, Europäisierter Umweltschutz als Laboratorium des Verwaltungsprozessrechts: Entwicklungspfade zwischen Prozessualisierung, Objektivierung und Subjektivierung, EurUP 2015, 196 (204); vgl. auch dens., aa.O. (Fn. 37), D 44.
- (77) Vgl. auch Rennert, DVBl. 2015, 793 (800).
- (78) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 46.
- (79) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 36.

- (80) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37.
- (81) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37.
- (82) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37.
- (83) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 36f. の点については、Renner, DVBl. 2015, 793 (800): 「行政訴訟がこうした特色を受け入れるようになると、それに応じて、行政訴訟と行政手続の区別が失われる。裁判所は、もはや逐一の事後審査だけではなく、第二の包括的な公共善の定式化をも職務とするのである。そして、裁判官は、事後的な判決者から、先取りのな社会形成者にさえなる。さらに、裁判官は、その正統化の根拠を越えるのである。その決定は、もはや争訟事項における判決であるのみならず、実体的な行政活動なのである」。
- (84) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37.
- (85) この環境団体訴訟における排除効を定めた当時の環境・法的救済法二条三項は、二〇一五年にヨーロッパ司法裁判所に よってオース条約に違反すると判断されたため、二〇一七年に同規定は廃止された。EuGH, Rs. C-137/14, EU:C:2015688 (Kommission/Deutschland) の判決については、大久保規子「ドイツにおける環境団体訴訟の動向分析」阪大法学（大阪大学）七二巻三―四号（二〇二二年）四七頁以下、小澤久仁男「ドイツ環境法における実体的排除効の終焉と新たな展開」西椋章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念『行政手続・行政救済法の展開』（信山社、二〇一九年）五三九頁以下、岸本・前掲註（70）五五頁の註（16）も参照。団体訴訟における実体的排除効が認められなくなることによって、行政手続に参加するインセンティブが失われ、その価値が引き下げられるという指摘もなされているところである。例えば、Claudio Franzius, Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, UPR 2016, 281 (286).
- (86) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37f.
- (87) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37f.
- (88) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 45f., 102.
- (89) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 44ff., 102. Gärditzによると、個人保護的な規範がそこに存在しないということだけでは、団体訴訟の導入は正当化されないという。
- (90) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 46.

(91) Garditz, aa.O. (Fn. 37), D 53.

(92) 例えは Sabine Schläcke は、団体訴訟の正統化は法律によって客観的な訴権が創設されることをもって十分であると理解するべきであり (aa.O. (Fn. 49), S. 501) Garditz の主張する客観的な訴権が生ぜしめうる正統化の不足を問題視していない。また Möllers は「立法者には個人の訴権と公共善の保護との間に新たな関係を構築することが認められるとしており、「したがって公益訴訟は、それが裁判所自身によって広く発議される場合にのみ疑わしいものとなる」と、その限界を線引きする (Christoph Möllers, The Three Branches, 144-146 (2013))。これは、彼が裁判所の正統化が「原告の要求」により行われるとしていたことと一致するといえる。

(93) この点、近時の日本における客観訴訟の憲法上の限界に関する議論の到達点ともいえるのが、村上・前掲註(8)五三頁以下である。村上教授は、日本における公法学者らの学説を整理した上で、客観訴訟の憲法上の限界に関する「暫定的な見解」として、①客観訴訟の必要性が認められること(現実には紛争が存在し、かつ、主観訴訟を通じた解決が困難であること)、②三権分立が実質的に損なわれないこと、③客観訴訟の創設が国民の権利保護という裁判所の任務を妨げないこと、④適切な訴訟当事者が選定されること、⑤法的な判断基準が存在するものであること(裁判所に政治的な判断を求めないこと)、⑥裁判所の判断に終局性が認められることの六点を提示する。以上の村上教授の見解は、客観訴訟の憲法上の限界、すなわち客観訴訟の創設がなされるべきではない局面について論じたものであるといえるが、他方で、団体訴訟の創設が要請される局面について論じた数少ない論文が、島村・前掲註(58)五一三頁以下頁以下である。島村教授は、まず環境団体訴訟の憲法上の許容性については、制度設計の上でいくつか考慮しなければならない点はあるものの、日本においてはドイツと同様に、比較的限定された範囲で公益的団体訴訟を創設することに憲法上の問題はなとの認識を示す。その上で、客観訴訟または環境団体訴訟に対して提示される規範的な(憲法上の)「疑義は、それが些細な懸念であつても、憲法上の価値と関わるものである以上、客観訴訟の導入が規範的な(あるいは憲法上の)支えのない単なる政策論であつたならば、リスクを冒してまで団体訴訟を導入するべきではない、という結論が導かれかねない」との懸念を示し、環境団体訴訟を規範的な観点から積極的に正統化する必要性を説く。島村教授の見解において、特に注目されるのは、環境法において問題となる利益の性質に着目した部分であろう。島村教授は、「環境利益という集合化された利益を適切に表現させ、その価値の重みに応じて行政決定に反映させるためには、通常の民主政の過程と、主観的権利・利益の司法的

保護のシステムのみでは、構造的に不十分であり、また、「良好な自然的生存基盤を享受するという将来世代の利益は、民主政の過程において過少代表されるおそれが大きい」という問題を指摘した上で、次のように指摘する。「このような問題に関し、われわれの法秩序は、良好な自然的生活基盤を将来世代のために維持することを命じている。これは、民主的正統性を有する立法者が、民主政の過程が抱える構造的問題を矯正するためのいわばメタ決定を予め行っているものと理解できる。そのようなプログラムの方向づけに加えて、さらに、具体的な事案の処理に際しても、とりわけ行政法規に定められた処分要件が衡量に開かれている場合には、自らの手足を喰う蝟のごとき社会的決定が下されぬよう組織的当てがなされていなければならない」。以上の認識を前提としながら、「環境公益訴訟を導入することによって、このような領域においていったん具体的に作動し始めた民主政の過程から距離を隔てた、独立かつ中立的な機構としての裁判所による行政統制が可能となる」とし、こうして環境公益訴訟の導入が規範的に正統化される（法的に要請される）との結論を導き出している。

(94) Klaus Rennert, Referat, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2017, N 127 (128ff.).

(95) Rennert, a.O. (Fn. 94), N 133. 公権の概念を拡大するために持ち出される「監視者の権利」の概念については、第五章を参照。

(96) 参照、島村・前掲註(58) 五一三頁以下。

(97) 参照、岸本・前掲註(70) 五六頁。

(98) 日本においても、特に近年、団体訴訟の具体的な制度設計をめぐる議論が活発に行われている。環境団体訴訟の制度設計に関する近年の重要な業績として、岸本・前掲註(70) 五一頁以下、島村健「環境法における団体訴訟」論究ジュリス ト一二号(二〇一五年) 一一九頁以下、巨理格「環境公益訴訟」環境法政策学会誌二二号(二〇一九年) 五七頁以下がある。