

《論 説》

行政責任と核心領域説

——ドイツ連邦憲法裁判所の3つの最近の裁判を素材として——

き
木
ふじ
藤
しげる
茂

- I 問題の所在
- II ドイツ連邦憲法裁判所の3つの最近の裁判の概観
- III 結びに代えて

I 問題の所在

かねて「行政責任」という視座から我が国公法の理論や学問体系の再検証を試みようとしている筆者にとっても¹⁾、ドイツ公法学はしばしば有益な示唆を与えてくれる。もとより彼の国の理論や法制度が我が国に直ちに移入され得るものではないが、それらの理解や精査が思考の幅を広げ持論の厚みを増す契機となることだけは確かであろう。

公法とりわけドイツ公法に少しでも関心のある方であれば、まずもって本稿の表題の中に「行政責任」と並ぶ「核心領域説」という表現を目のあたりにして、「既に克服された過去の理論について今さら何か議論すべき点などあるのか」あるいは「時代の流れに逆行する考え方をこの期に及んで持ち出してどうするのか」などといった印象を多かれ少なかれ持たれたであろうことは、決し

1) 筆者なりには一貫しているつもりであるこのような長年の問題意識をめぐっては、さしあたり近年のものとして、木藤茂「2つの『行政機関』概念と行政責任の相関をめぐる一考察」『行政法研究』第2号（信山社、2013年）7頁以下、木藤茂「行政組織法から見た法務大臣権限法」『獨協法学』第100号記念号（2016年）57頁以下をご参照いただければ幸いである。

て想像に難くない。

実のところ彼の国において「核心領域説」という表現からだけではその内容は全く一義的ではないのだが²⁾、我が国公法の議論の中でこのドイツ公法の思考に論が及ぶ場合には、しばしば、法律の留保ないしは議会留保ひいては権力分立ないし三権分立の文脈、すなわち憲法の統治機構あるいは行政法総論の土俵の上で紹介ないし理解がなされてきた³⁾。そこでは、三権それぞれについて

- 2) そもそも連邦憲法裁判所においても、核心領域説は様々な文脈で展開されるに至っている。

このうち、長い歴史を有し基本(的人)権との関連において学説でもしばしば言及されるのは、「私的生活形成の核心領域」(Kernbereich privater Lebensgestaltung)に係るものであろう。同説に関する近年の邦語文献として、参照、ラルフ・ポッシャー／松原光宏＝土屋武(訳)「人間の尊厳と核心領域保護」『比較法雑誌』第46巻第3号(2012年)119頁以下、實原隆志「私生活における不可侵の核心領域の保護」長崎県立大学国際情報学部『研究紀要』第13号(2012年)29頁以下、高橋和広「ドイツ連邦憲法裁判所による『私的生活形成の核心領域』論の展開」『神戸法学雑誌』第64巻第3・4号〈2015年〉123頁以下。

このほかにも、「Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung」(z.B. BVerfGE 38, 386)や「Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie」(z.B. BVerfGE 138, 1)など、連邦憲法裁判所が判例の中で展開する核心領域説には、かなりのヴァリエーションがある。

- 3) 例えば、「法律の留保」の文脈において、大橋洋一『現代行政の行為形式論』(弘文堂、1993年)37～40頁は、ドイツにおける本質性理論をめぐる議論の中で「憲法上行政に委ねられた行政の固有事項が存在すると考えられている」旨言及する。また、林知更「立憲主義と議会」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』(有斐閣、2009年)131～134頁は、「三権の境界線は、立法者が自らの権限をいかに行使するかに応じて流動的」になったとした上で、「憲法がいかなる限界を定めていると考えるべきかが、憲法解釈の次元における権力分立論の重要な課題である」との認識の下、ドイツにおける「行政の留保」の表題の下における「行政権に留保された固有の領域」としての「核心領域」さらにはそれに対峙する「議会留保」をめぐる議論を紹介する。毛利透『統治構造の憲法論』(岩波書店、2014頁)253頁も、外交権の土俵における「執行権の中核的活動領域への侵入」という文脈から、連邦憲法裁判所の核心領域説に触れている。

の核心領域が問題となり得るところ、このうち——伝統的な日本語の表現を用いるならば——「行政」の核心領域についても⁴⁾、折に触れて少なからぬ言及がなされてきた。本稿の念頭にあるのも、まさにこの文脈における核心領域説である。

その上で、彼の国では、この意味での核心領域説をめぐるのは、様々な脈略の中で、とりわけ連邦憲法裁判所の判決・決定を契機として多くの議論がなされてきたが、そこでは、周知のとおり、同説の具体的場面への適用の是非という個別的問題にとどまらず、法理論の次元における根源的な懐疑の指摘も少なくな⁵⁾、概括的に言えば、同説に対して一貫して批判的な目が向けられてきていることに、およそ疑う余地はないであろう。行政の核心領域という考え方それ自体を正面から全面的に否定するような論旨を示さない論者にあっても、それはせいぜいのところ直接の納得できる権限濫用の限界にしか過ぎないものであって、基本法が定める権力分立の体系を基礎付けることに適したものとは

一方、権力分立のあり様をめぐる理論的見地から、「機能的権力分立論」の視線を基軸としつつも、とりわけ立法権の核心領域を重視しつつ核心領域説について詳細に論ずる先行業績として、参照、村西良太『執政機関としての議会』（有斐閣、2011年）138頁以下。

- 4) 本文で「伝統的な日本語の表現」としたのは、近年の「執政」をめぐる議論を念頭に置いてのことである。すなわち、本文で言うところの「行政」は、法律の執行ないし実施としての行政（Verwaltung）のみならず執政ないし政府（Regierung）をも含めた執行権（vollziehende Gewalt / Exekutive）全体を意味する、との趣旨である。

これら諸概念の理解とそれに係る議論については、筆者自身かねて関心のあるところであるが、それらの整理が本稿の主題ではないため、以下本文において、とりわけ日本法の文脈において単に「行政」という表現を用いる場合には、特段の説明を付さない限り、上述の「執行権」の意味で用いることとする。

- 5) Hier als zwei typische Beispiele nur vgl. Norbert ACHTERBERG, Probleme der Funktionenlehre, 1970; Susanne BAER, Vermutungen zu Kernbereichen der Regierung und Befugnissen des Parlaments, Der Staat 40, 2001, 525ff.

言えず⁶⁾、いずれにせよ実効性のある議会によるコントロールと両立するものでなければならぬ⁷⁾、などといった論調が主流であるように見受けられる⁸⁾。

そして、我が国においても、とりわけ「行政」の核心領域に関しては、立憲君主政モデルへのアンチテーゼとして国民主権モデルを掲げ民主主義のモーメントをより重視する近年の憲法学の視点からはもとより⁹⁾、とりわけ近時盛んに唱えられるようになった権力分立の機能的理解ないしは立法権と執行権との間の協働・嚮導を説く立場からしても¹⁰⁾、概して言えば批判的な見方が少なくないように思われる。

翻って、以上述べてきたような事情を改めて認識すればするほど、筆者の長年の学問的関心と視座からするならば、核心領域説のような思考様式に対して如何なる姿勢を取るにせよ、ドイツにおいては、連邦憲法裁判所が、ともすれば学説の強い批判的論調に抗するようにすら映る形で、今なお頑なに同説を堅持(しようと)しているという事実に対して、正面から向き合わざるを得ないように思えてくるのである。

本稿は、このような視角から、ドイツの連邦憲法裁判所がごく最近に公に

6) Christoph MÖLLERS, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, AöR 2007, 493 (499).

7) Martin MORLOK / Lothar MICHAEL, Staatsorganisationsrecht, 3. Aufl., 2017, 163.

8) ドイツにおける核心領域説をめぐるこれまでの議論については、まさに筆者の現在の関心事項ではあるものの、すぐ後に触れるとおり、とりわけ「Ⅲ 結びに代えて」で述べるような事情から、本稿では詳細には立ち入らない。

9) 代表例として、高橋和之『現代立憲主義の制度構想』(有斐閣、2006年)126頁以下。

10) ドイツにおけるこのような動向を直接の考察対象とする邦語文献として、参照、村西・前掲注3)、栗城壽夫「ドイツの権力分立」『比較法研究』第52号(1990年)34頁以下、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000年)244頁以下、斎藤誠「公法における機能的考察の意義と限界」稲葉馨=亘理格編『藤田宙靖博士東北大学退職記念・行政法の思考様式』(青林書院、2008年)37頁以下、高橋信行『統合と国家』(有斐閣、2012年)。

した3つの裁判¹¹⁾を概観することを通じて、上述のような問題意識に基づく筆者自らの思考の深化の一助としたい、との趣旨で執筆したものである。その意味でも、本稿の主眼は、ここで核心領域説それ自体の是非について論じることにあるわけではない。併せて、「Ⅲ 結びに代えて」で述べるような事情の下における筆者なりの意図と、本学法学部の創設50周年を祝う記念号という本誌の位置付けからくる紙幅の制約から、以下の内容は、3つの裁判のごく粗い紹介にとどめざるを得ない点について、予めお断りをさせていただきたい。

Ⅱ ドイツ連邦憲法裁判所の3つの最近の裁判の概観

(1) 前 提

冒頭Ⅰで、ドイツ公法学において単に核心領域説という表現だけではなお多義的である、と述べたが、管見によれば、それにとどまらず、既述のような文脈における「行政の核心領域」に関しても、なお必ずしも一様に解されてきたわけではないように見受けられる。この点については、「Ⅲ 結びに代えて」で述べるような事情もあって、本稿では敢えてこれ以上立ち入らないが、以下で概観する連邦憲法裁判所の3つの最近の裁判は、いずれも、連邦政府に対する連邦議会の情報(要求)権(Informationsrecht)¹²⁾に係る土俵の上で、その

11) この文脈における日本語として「裁判」という用語が必ずしもしっくりこないことは重々承知の上で、周知のとおり、判決・決定を含む上位概念であることを明確にする趣旨で、本稿では敢えてこのような表記にしておいた。他方で、現時点において敢えて「判例」としなかったのは、以下本文でも触れるように、これら3つの判決・決定が、これまでの一連の連邦憲法裁判所の「判例」の延長線上に単純に位置付けられ得るか否かについて、なお引き続き慎重に見守っていくべきであるように思われたことによる。

12) 以下本文では、近年比較的頻繁に用いられるようになった「情報(要求)権」(Informationsrecht)という用語を仮に用いているが、伝統的には情報収受権

限界を画する根拠の1つとして従來說かれてきた「執行権に固有の責任の核心領域」(Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung)に関する判示を行ったものである¹³⁾。すなわち、ここでこれら3つの裁判を紹介する背後には、冒頭で触れたような筆者なりの主題である「行政責任」をめぐる考察を更に深めていく上でも、彼の国における行政の核心領域をめぐる議論から何らかの示唆が得られるのではないかと、との期待がある。

このような問題意識の下で、以下Ⅱでは、それら3つの裁判のそれぞれについて、事案の概要と判旨に加えて若干のコメントを付しつつ、時系列に従って簡単な紹介をした上で、最後に小括を行うこととしたい。

(Auskunftsrecht) などとも呼ばれてきたものである。さしあたりここでは、我が国憲法の文脈で言うところの「国政調査権」(の一部)に相当するものとイメージしておけば十分であろう。国政調査権をめぐる比較研究の俎上でドイツに関しても詳細な論究を行った代表的先行業績として、孝忠延夫『国政調査権の研究』(法律文化社、1990年)がある。いずれにせよ、立法権が有するこうした権限の位置付けや類型化それ自体が本稿の論題ではないため、ここではこれ以上立ち入らない。

一方、ドイツにおける議会による執行権の統制につき、実定法化された連邦法律の内容の紹介と併せて概説する論稿として、参照、渡邊斉志「ドイツにおける議会による情報機関の統制」『外国の立法』第230号(2006年)124頁以下(監督委員会法(PKGrG))、渡辺富久子「ドイツ連邦議会による政府の統制」同第255号(2013年)88頁以下(調査委員会法(PUAG))。

13) 本稿で法理論の見地から更に論及する余裕はないが、筆者の関心からすると、この文脈において「責任」(Verantwortung)という表現が用いられていることは興味深い。この点に関連して、参照、上田健介『首相権限と憲法』(成文堂、2013年)138~140頁。

なお、この概念は、今日では、渡邊・前掲注12)でも紹介されている監督委員会法(PKGrG)の新たな第6条第2項(ただしそこでは„Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung“という微妙に異なる表現が用いられている)をはじめとするいくつかの連邦法律やベルリン州などいくつかの州の憲法や州法律の条文の中で「制定法上の概念」としても用いられるに至っている。州憲法に関する邦語文献として、参照、村上英明「ドイツ州憲法における議員の質問権と政府の回答義務」福岡大学『法学論叢』第52巻第1号(2007年)73頁以下。

(2) 2016年10月13日第2法廷決定 (NSA調査委員会決定)¹⁴⁾

(1) 事案の概要

本決定では、連邦政府の情報収集活動をめぐる連邦議会の調査委員会の情報(要求)権の限界が争点となった。

ドイツの連邦情報局 (Bundesnachrichtendienst : BND) がアメリカ合衆国の国家安全保障局 (National Security Agency : NSA) との協力関係の下に実施していた情報監視活動をめぐる事実の解明を目的として、連邦議会にいわゆるNSA調査委員会 (NSA-Untersuchungsausschuss) が2014年に設置された。同調査委員会では、BNDがNSA側から要請された検索用語のリスト群 (Selektorenlisten) を基にインターネットを通じた情報監視活動を行っていたことをめぐって、2つの会派 (Die Linke 及び Bündnis 90 / Die Grünen) が連邦政府に対して当該リスト群の提出を求めたものの、連邦政府は、アメリカ政府の了承が得られないとして「国際法上の義務付け」と「情報機関の機能性及び相互協力の可能性の保護」を理由に、これを拒否した。

これを受けて、当該2会派とそれらに所属する同調査委員会の委員が連邦憲法裁判所に機関争訟を提起したのが本件である。

(2) 判旨

連邦憲法裁判所は、両会派による争訟の提起については適法としつつも、以下のような論旨に基づき、連邦政府は調査委員会に対して当該リスト群を提出する義務はない、と判示した。

- i) まず、「文書開示請求権は調査権限の中核に属する。政府の責任領域に

14) Beschluss des 2. Senats vom 13.10.2016, BVerfGE 143, 101, – 2 BvE 2/15 –, vom BVerfG selbst als Entscheidung zum „NSA-Untersuchungsausschuss“ abgekürzt.

ある文書の開示請求は、基本法44条3項に基づく公務の共助を求める権限から導かれるだけではなく、基本法44条1項1文によるコントロール権及び基本法44条2項1文に従った証拠開示請求権の構成部分である」として過去の判例の判旨を繰り返しつつ、一方において、「議会の調査委員会の証拠開示請求権は…憲法に根拠を有しなければならない限界の下に置かれる」との従来示してきた一般論を提示した上で、それによるならば「国際法上の義務付け」というだけでは「議会の証拠開示請求権に対する直接の仕切り柵を根拠付けることにはならない」点については新たに釘を刺している¹⁵⁾。

ii) その上で、「調査委員会に対して情報を提供しない根拠は、権力分立の原則からも生じ得る」とした上で、「国家権力の分枝は、お互いが関連付けられ相互に組み合わされているが、それら各々の固有性とそれらに特化された任務と管轄は奪われてはならない…。権力分立の原理は、それゆえに政府に対する議会の情報請求権の根拠とともに限界にもなるのである…。」として、権力分立の原理と議会の情報(要求)権との関係をめぐる従来判例を確認する¹⁶⁾。

iii) そして、「議会及び国民に対する政府の責任は、基本的には追及され得ない発議と協議そして実行の領域を含む執行権に固有の責任の核心領域を不可

15) BVerfGE 143, 101 (134f), C. I. 1. b) Rn. 110 sowie 2. Rn. 111 u. 2. a) Rn. 112.

なお、ここで参照されている過去の判例は、前段については BVerfGE 67, 100 (フリック調査委員会判決) 及び 124, 78 (BND調査委員会決定) の2つ、中段に関しては後者のみである。

前者の紹介として、参照、岩間昭道「国政調査権と税の守秘義務」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』(信山社、2003年) 505頁以下。

16) BVerfGE 143, 101 (136f), C. I. 2. c) Rn. 117f.

ここでは、先に見たBND調査委員会決定のほか、BVerfGE 9, 268 (プレーメン職員代表法判決)、110, 199 (シュレスヴィヒ=ホルシュタイン教育委員会決定) 及び 137, 185 (戦略武器輸出判決) が新たに参照されている。プレーメン職員代表法判決の紹介として、参照、倉田原志「州の公務員の共同決定権の限界」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』(信山社、2003年) 437頁以下。

なお、ここで „verschränkt sein“ を「組み合わされている」と訳出するに際しては、山本・前掲注10) 245頁を参考にさせていただいた。

欠のものとして前提とする。〕〔下線部は本稿筆者〕との命題の下、「議会のコントロール権は、基本的には既に決定された案件にしか及ばず、そこには現に行われている調整や決定準備作業に介入する権限は含まれていない」との判例理論の再確認を行う¹⁷⁾。

iv) 一方、当該箇所を少し後において、次のようなテーゼを提示する。曰く、「議会及び国民に対する政府の責任は、国家の任務を特定の機能とそれらの担い手に基本法が割り当てるという仕組みにかんがみると、機能に相応しく機関に適合した任務の遂行の保障をも前提とする」〔下線部は本稿筆者〕¹⁸⁾。

v) このテーゼを受けて、まずは、対内的及び対外的な安全確保のために憲法上認められた憲法擁護官庁と情報機関に関する論証を続けるが、そこでは、とりわけ次のような表現が目を引く。すなわち、「情報機関の活動を戦略的に総体として整備することの決定…は、連邦政府によって行われる。このことは、機関適合的な機能配分の原則に見合うものである。…情報機関の機能性を確保することもまた、連邦政府の任務である」¹⁹⁾。

vi) 続けて、外交権をめぐるても、このテーゼに沿って論を進める。曰く、「外交政策は、政府の機能である。…基本法は、伝統的な国家の理解に沿って、外交政策の領域においては、政府に、固有の責任による任務の遂行のための広範に認められる活動の余地を与えている。議会の役割は、この領域における機能適合性の理由によって既に制約されている」とし、さらに、基本法59条2項1文が予定するような国際条約締結の際の立法機関の承認や関与の場面とは異なり、「他国との交流を行うことや…ドイツを対外的に代表するに際して全国家的な責任を確実にすることは…基本的には執行権とりわけ連邦政府の権限

17) BVerfGE 143, 101 (137), C. I. 2. c) aa) Rn. 119f.

当該箇所では、フリック調査委員会判決、シュレスヴィヒ=ホルシュタイン教育委員会決定、BND調査委員会決定、戦略武器輸出判決が参照されている。

18) BVerfGE 143, 101 (138), C. I. 2. c) bb) Rn. 122.

なお、当該引用箇所において先例への直接の言及が見られない点に関して、本文後述(3)③を参照。

19) BVerfGE 143, 101 (139), C. I. 2. c) bb) (1) Rn. 127.

領域に該当する」旨明言する²⁰⁾。

vii) その上で、本件については、以下のように判示する。すなわち、「連邦政府による対外的かつ安全面における政策上の行為能力を維持するという利益は、NSAの検索用語リスト群の提供を求める調査委員会の権限を凌駕する。」²¹⁾

(3) 若干のコメント

以上、本稿の主題に直接関係が深いと思われる箇所につけて引用・紹介を行ってきたが、本決定に関しては、入稿直前の時点（2018年1月）で日本から確認し得る限りでも、ドイツにおいて既にいくつかの評釈が公にされていることから、それらに触れつつ若干のコメントを付しておきたい。

① まず、(2)で概観したとおり、本決定は、一瞥すると、これまで連邦憲法裁判所が自ら積み上げてきた連邦議会とりわけ調査委員会の情報（要求）権に関する近時の判例理論を素直に踏襲しているようにも見える。すなわち、決定文の判断基準を提示する箇所の構成を見る限り、言わば形式上は、調査委員会の情報（要求）権に対する憲法上の制約根拠になり得るものとして、（本稿の直接の主題に係る）権力分立の原理に加えて、（上記本文では直接の引用はしていないが）「連邦又は州の利益（国益）」と（第三者の）「基本（的人）権」の2つを加えた「三和音」²²⁾を基軸とする従来の判断枠組みに沿った論旨になっていることだけは確かである²³⁾。そして、当該一連の箇所の記述の分量ないし

20) BVerfGE 143, 101 (140), C. I. 2. c) bb) (2) (a) Rn. 129ff.

21) BVerfGE 143, 101 (155), C. II. 3. Rn. 176.

22) Benjamin RUSTEBERG, Die Gewährleistung einer funktionsgerechten und organadäquaten Aufgabenwahrnehmung als Schranke des parlamentarischen Untersuchungsrechts, DÖV 2017, 319 (320).

23) ここで「基軸とする」としたのは、本件に特有ともいえる「国際法上の義務付け」という論点とは別に、一般的に憲法上の制約になり得る根拠としては、これら3つのメルクマールのほかにも、連邦制の原理、調査付託決議の範囲や権限濫用といっ

連邦憲法裁判所の“思い入れ”という点だけからするならば、このうちの第一そして本稿の主題である核心領域説が「ここではとりわけ有効に現れている」²⁴⁾かのような外観を呈していると言えなくもない。

② しかしながら、第一の根拠すなわち権力分立の原理に基づくとりわけ核心領域説の考え方からする制約の設定が、本決定の結論を導く上で果たして本当に有効に機能したのかどうかについては、いささか疑わしいように思える。

実際、「執行権の核心領域」は「当てはめに際しては、もはや何らの役割も果たしていない」し、「仮に執行権の核心領域を認めるべくこれまで形成されてきた基準をもってしても、検索用語のリスト群の提出を拒むことはおそらく認められなかったであろう」との指摘²⁵⁾すら見られるところである。

すなわち、本決定の論理は、一見すると、これまでの一連の判例の延長線上にあるように映らなくもないが、(論理ないし結論の是非はともかく)連邦憲法裁判所の論理の上ではそれなりに説得力があるとされてきた行政の核心領域に基づく思考法が、本決定においては従来のように有効に機能していないのではないか、という見立てが成り立ち得るのである。

③ より具体的に言えば、本決定は、上述のような外観にもかかわらず、従来の一連の判例においては明示的には見られなかった新たな論理を含んでいるように見受けられる。

すなわち、上記(2)iv)で引用し下線を付しておいた「機能に相応しく機関に適合した任務の遂行の保障」(Gewährleistung einer funktionsgerechten und

た指標もあるが(実際、連邦憲法裁判所は、本決定の中でも、後の2つの論点について念のための確認を行っているが)、従来、本文で掲げた3つの根拠が実質上の争点となることが多く、これら3点が「特出し」されることが多い、という趣旨である。

Vgl. *Christoph MÖLLERS*, Von der Kernbereichsgarantie zur exekutiven Notstandsprärogative: zum BND-Selektoren-Beschluss des BVerfG, JZ 2017, 271 (271).

24) So *Peter BADURA*, Anm., DVBl 2017, 966 (968).

25) *RUSTEBERG* (Fn. 22), 320.

organadäquaten Aufgabenwahrnehmung) という箇所がそれを端的に示している。

なるほど、そこに見られる国家任務の「機能」的な理解や「機関適性(正)」という概念それ自体は、連邦憲法裁判所自らにとってみても、これまでの権力分立をめぐる判例理論、とりわけその中の核心領域説の文脈においても、決して新奇なものではない²⁶⁾。そして、連邦憲法裁判所は、記述の構成から見る限り、調査委員会の情報(要求)権の制約を根拠付ける一要素としての権力分立の原理から、従来の核心領域説にも通ずる機能的理解に立脚した同様の論理で、この「機能に相応しく機関に適合した任務の遂行の保障」を導き出しているようにも見える。

しかしながら、本決定の論理の中心を成す権力分立の原理は「もはや核心領域の議論としては機能しておらず」²⁷⁾、連邦憲法裁判所は、「機能に相応しく機関に適合した任務の遂行の保障」という核心領域説とは別個の「1つの新たな基準を何らの端緒なく」導入した²⁸⁾、という見方については、おそらく首肯し得るところであろう。

実際にも、決定文の当該箇所(上述(2)iv)を参照)において過去の判例への明確な参照の指示が見られないことは、このことを如実に物語っているとも言えよう。換言すれば、連邦憲法裁判所は、本決定においても引き続き権力分立の文脈に係る従来の判例理論の上に核心領域説を説く一方で、一見するとそれと共通の論理に立脚した“亜種”のように見えなくもないが実質は全く別の“新種”の指標を取り込んだ上で、むしろそこに重点を移すかのような論理展開を示しているように映るのである²⁹⁾。

26) 前掲注10)で触れた権力分立の機能的理解のほか、とりわけ「機関適性(正)」をめぐるドイツにおける議論につき、参照、村西・前掲注3) 158頁以下、斎藤・前掲注10) 51頁以下、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005年) 246~248頁。

27) MÖLLERS (Fn. 23), 273.

28) RUSTEBERG (Fn. 22), 321.

29) Michael SACHS, JuS 2017, 185 (186) も、裁判所は、執行権に固有の責任の核心領域について言及をしながらも、「機能に相応しく機関に適合した任務の遂行の保障」

④ その上で、この「機能に相応しく機関に適合した任務の遂行の保障」という“新たな基準”の有効性について、学説は、しかしながら大方否定的な見方を示している³⁰⁾。

もっとも、その論拠なり問題となり得る論点の理解は、以下のように、必ずしも一様ではないようにも見受けられる。

まず、連邦憲法裁判所が「機能に相応しく機関に適合した任務の遂行の保障」という新たな基準によって何を守ろうとしたのかについては、連邦議会のコントロール権よりも優先する「政府の活動の成功の保障」を認めようとしているようにも見えるが、こうした考え方はこれまでの判例理論では見られず、またそれが調査委員会の情報(要求)権に優先するということも跡付けられ得るものではない、との批判に晒されることになる³¹⁾。

この点をもう少し狭くかつ強く捉えるならば、本決定は、これまでの「核心領域の保障」から新たに「執行権の緊急事態特権」を認めることになる、との批判的分析に連なってくることになろう³²⁾。

⑤ このほか、政府の政策形成レベルの活動だけではなく、下位の行政官庁

を「前面に据えている」と評する。

30) 一方、上で見た *BADURA* (Fn. 24) のほか、*Paul GLAUBEN, Minderheitenrechte im Untersuchungsrecht und staatlicher Geheimnisschutz mit Verfassungsrang, NVwZ 2017, 129 (131)* も、調査委員会の地位を弱めることへの危惧を示しつつも、この“新たな基準”に沿ってドイツの情報機関の機能性と他国の情報機関との相互協力の可能性を言わば「憲法レベル」の価値として認めるという点については、原則として理解を示している。

なお、この“新たな基準”の背後にある「機能」的な理解の手法そのものに関しては、そもそも夙に、一方において一定の意義は認められつつも、他方においてそのメルクマールとしての限界ということも、併せ説かれてきたところである。こうした視点を明確に掲げた上で機能的思考法を主題として取り上げる先駆的な邦語文献として、参照、斎藤・前掲注10)。

31) *RUSTEBERG* (Fn. 22), 323.

32) *MÖLLERS* (Fn. 23), 271 u. 275.

の情報収集活動についても、必要なコントロールが及ばなくなるのではないか、との危惧や、連邦刑事庁をめぐる近時の第1法廷判決との整合性への疑問については、より広く共有されているように見える³³⁾。

また、裁判所は、外交権の土俵における立法権の役割についての理解をかつての旧態依然としたイメージに戻してしまったのではないか、あるいは、裁判所が保障しようとする「行為能力」は執行権に固有のものではないのではないか、などといった角度からの批判もなされることになる³⁴⁾。

さらに、本決定が有する「少数者の権利」をめぐる問題を特に重視して正面から取り上げる評釈も見られる³⁵⁾。

⑥ 他方で、従来の判例理論において権力分立の原理と並んで立法権の情報(要求)権の限界を定める根拠になり得るとされてきた「国益」(Staatswohl)の本決定における位置付けをめぐっては、論者によって少なからず理解が異なるように見える。

すなわち、この国益という制約根拠については、本件においては核心領域説と同様に基本的には役に立たない、との見方³⁶⁾もある一方で、連邦憲法裁判所はむしろこの国益の観点から検証すべきだったのではないか、との指摘³⁷⁾もなされるところである。

⑦ このような学説の批判的論調の下にある本決定の位置付けについては、(5)の小括で一言触れるとして、そうした学説の種々の議論の中であって、

33) Vgl. RUSTEBERG (Fn. 22), 322 u. 325; MÖLLERS (Fn. 23), 274 u. 278.

34) MÖLLERS (Fn. 23), 274.

35) Vgl. GLAUBEN (Fn. 30).

なお、このような文脈から近年のドイツにおける議会統制の状況を紹介する邦語文献として、参照、クリスチャン・ヴァルトホフ／(翻訳)赤坂幸一「近年のドイツにおける議会法の展開」九州大学『法政研究』第82巻第4号(2016年)1151頁以下。

36) Vgl. SACHS (Fn. 29), 186.

37) Vgl. MÖLLERS (Fn. 23), 277f.

筆者なりの視角からは、次のような指摘がとりわけ重要であるように映る。

曰く、この新たな「機能に相応しく機関に適合した任務の遂行の保障」という論理構成を取ることによって、「如何なる任務を執行権だけが引き受けることができ、あるいは引き受けなければならないのか、という問題と、その際に議会によって如何にコントロールされなければならないのか、という問題が、もはや区別されなくなってしまう。」…「機関間の任務の分配は、情報提供を求められない核心領域の保護を認めることから区別されなければならない。もしもこの区別を撤廃してしまうようなことがあれば、議会の調査権をめぐる権力分立の制度体系全体の構想は、各々の機関がそれぞれの手法により活動できるという拠り所とともに実質的な任務の分配と任務の遂行の態様との区分から生ずる限界とを失うことになる。そこでは、実質的な任務の割当てとコントロール権は、相互に補完されるどころかむしろ混じり合ってしまう。」³⁸⁾

ともすれば至極当然であるかのようにも見えるこの端的な表現は、実のところ筆者の長年の問題意識に重なる面が多いのであるが、一方において、そこで指摘されている内容は、実はこれまでそれほど明快に示されてきたわけではないように思える。この短い文章の中に如何なる含意が認められるかについては、「Ⅲ 結びに代えて」で触れる別稿においてより広い観点から考察することとなる。

(3) 2017年6月13日第2法廷決定³⁹⁾

(1) 事案の概要

本決定においても、(2)の事案と同様、連邦政府の情報収集活動をめぐる連邦議会の情報(要求)権の限界が争点となったが、その場面は、先の事案のような調査委員会においてではなく、連邦政府に対する議員からの質問を契機としたやりとりであった。

38) MÖLLERS (Fn. 23), 273f.

39) Beschluss des 2. Senats vom 13.6.2017, - 2 BvE 1/15 -, http://www.bverfg.de/e/es20170613_2bve000115.html.

すなわち、連邦議会の2つの会派(Bündnis 90 / Die Grünen 及び Die Linke)から、連邦あるいは州の情報機関ないしは憲法擁護機関における犯罪捜査段階でのいわゆる信頼情報提供者(Vertrauensleute: V-Leute)に関する情報提供を求める小質問(Kleine Anfrage)が出されたが、これに対して、連邦政府は、「連邦又は州の利益(国益)」及び信頼情報提供者の「基本(的人)権」を理由に、個別事項に係る情報提供を拒否した。

これを受けて、当該2会派は、連邦憲法裁判所に機関争訟を提起した。

(2) 判旨

連邦憲法裁判所は、以下のような論旨から、一部の情報に関しては、時間的経過を考慮した上での帰納的推理の可能性を否定して、連邦政府の情報提供の拒否を正当化できない、とした一方で、残りの情報に関しては、潜在的可能性を有する対象の数の少なさから個人の特定の可能性を排除できないこと、あるいは、情報機関の機能性の形態を有する国益の観点から、連邦政府が情報提供を拒否したことには理由がある、と判示した。

i) 「基本法38条1項2文及び基本法20条2項2文から導かれる質問及び情報(要求)権は、一方では、連邦議会とその構成員に対して、自らの活動に必要な情報を調達することを可能にする。他方で、それは、権力分立の原則と民主主義の原理の帰結である議会のコントロール機能に奉仕する。」⁴⁰⁾

ii) このような大枠を提示した後、質問及び情報(要求)権並びに権力分立の原理をめぐる従来の判例理論の確認の後で、民主主義の原理に関して、以下のように述べる。

「議会のコントロール機能はまた、民主主義の原理から帰結される議会に対する政府の責任性の発露でもある。…国民から選出される議会だけが、あらゆるレベルにおける行政の機関及び機能の担い手に対して民主的正統化を媒介

40) BVerfG (Fn. 39) C. I. 1. Rn. 84.

することができる。」として、これまでの民主的正統化に関する判例理論を確認する。⁴¹⁾

iii) 「議員、会派そしてドイツ連邦議会の情報請求権もまた、限界の下に置かれる。それらは、政府の責任領域、基本的には追及され得ない発議と協議そして実行の領域を含む執行権に固有の責任の核心領域、連邦又は州の利益（国益）そして第三者の基本（的人）権」から生ずる。」⁴²⁾〔下線部は本稿筆者〕

iv) 権力分立の原則は、「各々の任務に特化して作り上げられた別個の公権力の担い手に高権の権能を割り当てることに奉仕するとともに、あらゆる国家権力を法的に拘束することを確実にする。」そして、「国家権力の分枝は、お互いが関連付けられ相互に組み合わされているが、それら各々の固有性とそれらに特化された任務と管轄は奪われてはならない……。権力分立の原理は、それゆえに政府に対する議会の情報請求権の根拠とともに限界にもなるのである……。』⁴³⁾

41) BVerfG (Fn. 39) C. I. 1. c) Rn. 87.

なお、ここにいうドイツ公法学における「民主的正統化」をめぐる議論については、紙幅の制約から本稿では立ち入らないが、邦語による精緻な先行研究が少なからず見られるところである。とりわけ近年におけるまとまった研究業績として、参照、太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正統化 (demokratische Legitimation) 思考の展開」『樋口陽一先生古稀記念・憲法論集』（創文社、2004年）315頁以下、田代滉貴「ドイツ公法学における『民主的正統化論』の展開とその構造」『行政法研究』第14号（信山社、2016年）25頁以下、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社、2017年）。

42) BVerfG (Fn. 39) C. I. 2. Rn. 89.

43) BVerfG (Fn. 39) C. I. 2. b) Rn. 91.

ここでそれぞれの引用箇所参照判例について確認しておく、最初の引用部分に関しては、BND調査委員会決定、戦略武器輸出判決に加えて、本稿で先に紹介したBVerfGE 143, 101 (NSA調査委員会決定) が新たに引用されていることが目に付く。また、後の引用箇所の前半部分については、プレーメン職員代表法判決と戦略武器輸出判決が特出しされているだけであるが、後半部分については、戦略武器輸出判決に加えて、最初の箇所と同様に新たにNSA調査委員会決定が明示されていることが確認できる。

v) 「議会及び国民に対する政府の責任は、基本的には追及され得ない発議と協議そして実行の領域を含む執行権に固有の責任の核心領域を不可欠のものとして前提とする。」〔下線部は本稿筆者〕との命題の下、「議会のコントロール権は、基本的には既に決定された案件にしか及ばず、そこには現に行われている調整や決定準備作業に介入する権限は含まれていない」との判例理論の再確認を行った上で⁴⁴⁾、引き続き、「国益」及び「基本(的人)権」についても、これまでの判例理論を再掲する。

vi) 一方、こうした基準の本事案への当てはめの段階においては、以下のような前提を示す。

「連邦政府は、確かに、基本的には、議会に対して情報機関の活動の分野における質問に回答を与えることが義務付けられている。しかしながら、情報機関が情報を取得する際の秘密の情報源の利用に認められる重要性にかんがみると、この分野において議会が有する重要な情報(要求)の利益にもかかわらず、求められた情報を与えることにより、秘密裡に活動する人たちが公に特定されることになったりその特定が可能であるように思われる場合には、連邦政府は、情報提供の拒否のために、原則として、国益とそれらの人たちの基本(的人)権への危険を理由とすることができる。ごく狭く限定され特別に認められる例外的な状況においてのみ、憲法上保障された利益への危険が排除されあるいは少なくとも程遠いように思われる場合には、秘密保持の利益に対して情報要求の利益が優先する。」⁴⁵⁾

44) BVerfG (Fn. 39) C. I. 2. b) Rn. 92f.

本文で引用した箇所の判示は、NSA調査委員会決定とほぼ同様の記述になっているが(本文前述(2)(2)iii)を参照)、参照判例の指示の場所や参照対象となっている判例については若干の相違がある。本決定では、前半の引用部分に関しては、新たにBVerfGE 131, 152 (Euro-Plus-Pakt判決)及び先に本文で紹介したNSA調査委員会決定への参照が付加されている一方、後半部分に関しては、NSA調査委員会決定における同様の箇所におけるのとは異なり、戦略武器輸出判決への言及は見られなくなっている。

45) BVerfG (Fn. 39) C. II. Rn. 109.

vii) この後の判示で目を引くのは、本決定に係る事案と戦略武器輸出判決の事案との相違について、連邦憲法裁判所がわざわざ論証をしている次のような箇所である。

「情報機関の活動に関しては、武器輸出統制の分野における質問及び情報(要求)権に関する連邦憲法裁判所判決(BVerfGE 137, 185ff)において個々の積極的な許可の決定が発せられる前の案件に対する質問に関して端緒とされたような連邦議会の情報請求権への基本的な制約は、問題とならない。なお決定前の段階にある戦略武器の輸出のための許可の付与を求める申請に関する質問…に対する回答は、国益の理由から拒否することができる…。そのことと情報機関を通じた秘密の情報源を用いることに対する質問に対する応答とは比較され得ない。そのような議会の質問に回答することは、想定されるあらゆるケースにおいて、正当化される秘密保持の利益を侵害することになるわけではなく、そのような侵害が常に問題となるわけでもない。なぜなら、考え得る事実関係の多様さからすれば、個々の質問に対する回答や質問への回答拒否から、情報機関の仕事の仕方に関して情報機関の機能性に悪影響を及ぼすような形での認識が必ず得られるというわけではないからである。情報機関の秘密裡での活動の分野における状況はそのように多様であることから、比較衡量が如何なる場合においても秘密保持の利益に優位をもたらすということにはならない。」⁴⁶⁾

[下線部は本稿筆者]

viii) 「しかしながら、連邦政府は、秘密裡に行動する人的資源の投入に関する質問に際して、自らに向けられた質問が具体的な個々人の関係を明示する場合には、回答拒否の理由付けとして、それに対峙する国益の根拠とそれらの人

46) BVerfG (Fn. 39) C. II. 3. a) Rn. 120f.

この冒頭文にいう「基本的な制約」との表現が有する問題を指摘するものとして、Vgl. von ACHENBACH, (siehe unten Fn. 48), JZ 2017, 1171.

なお、連邦憲法裁判所が、本決定の事案と戦略武器輸出判決の事案との違いについてここで改めて言及したのは、提訴人側が、その主張の中で、戦略武器輸出判決について持論を展開したことに応える意図もあったのではないかと推察される。Vgl. BVerfG (Fn. 39) A. III. 2. a) Rn. 23.

たちの基本(的人)権に、原則的には依拠することができる。」⁴⁷⁾

(3) 若干のコメント

本決定については、決定の時点にかんがみると、本稿入稿の時点(2018年1月)の前後あたりはちょうどドイツの主要な紙媒体の法律雑誌に評釈等の論稿が出回り始める時期ではないかと思われるが、入稿までに一瞥した限りでは、残念ながら筆者にはごく僅か⁴⁸⁾しか目に入らなかったため、以下、本稿の関心の文脈に限って、とりあえずのごく簡単なコメントを付しておくにとどめることとしたい。

① まず、本稿の主題である核心領域説に関して言えば、次の点が確認できる。

一方では、(2)の事案で見たように、立法権の情報(要求)権を制約する3つの主要な根拠の1つとして「執行権に固有の責任の核心領域」が位置付けられていること自体は従来と同様である⁴⁹⁾。そして、先に引用したように(上述(2)iv)及びv))、本決定においては、(2)で紹介したNSA調査委員会決定が一連の判例と並んで新たに明示的に参照されていることが分かる。

他方で、本事案においては、その内容からしても、また実際にも、提訴人及び被提訴人の双方ともに、「執行権に固有の責任の核心領域」をそれぞれの主張の主たる論拠として持ち出していないこともあって、行政の核心領域さらには権力分立が中心的な論点とはなっておらず、したがって、連邦憲法裁判所自身も、

47) BVerfG (Fn. 39) C. II. 3. b) Rn. 122.

48) Jelena von ACHENBACH, Anm., JZ 2017, 1170ff; dies., Parlamentarische Informationsrechte und Gewaltenteilung in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZParl 2017, 491ff.

49) もっとも、以下②で見るような違いがある。なお、本事案では、州の情報機関及び憲法擁護機関の活動との関係も問題とされたことから、主たる3つの根拠に加えて、連邦制の文脈における「連邦政府の責任領域」の要件についても検証されている。Vgl. BVerfG (Fn. 39) C. I. 2. Rn. 89 u. 2. a) Rn. 90.

この文脈に関しては一連の判例理論を再確認するにとどまっていると言えよう。

② さはさりながら、これまでの核心領域説をめぐる連邦憲法裁判所の判例理論にも関係してくるいくつかの留意すべき点があるように思われる。

第一に、議会のコントロール権の位置付けを確認する文脈において、権力分立の原理とともに民主主義の原理が並列で明記されていることについては(上述(2)ii)、その趣旨が必ずしも明確ではないように感じられる。確かに、これまでのいくつかの判例においても、民主主義の原理が持ち出されることはあったし、その内容は本決定で示されたものと重なるように思われる一方で、例えば、同じく情報機関の情報収集活動が問題になった(2)のNSA調査委員会決定を見ても、議会のコントロール権の位置付けを確認する際に本決定と同様な形での言及はなされていない。とりわけ、ここで民主的正統化に関して改めて確認したことがその後の当てはめの段階で何らかの具体的に重要な意義を持っていたようには見受けられないのである。

第二に、この点に関連するやや細かい論理構成上の問題がある。当該箇所において民主主義の原理に言及する関係上権力分立の原理についてもその段階で併せて言及する必要があったことによるものかとも思われるが、これまでの判例では、議会の情報(要求)権の制約の主たる根拠として主たる3つの根拠が挙げられる際には、まずもって権力分立の原理と国益さらに基本(的)人権が並べて挙げられた上で、当該文脈における権力分立の原理の中心要素として「執行権に固有の責任の核心領域」が特出しされるという“二段階構造”を示す判旨が多いように見受けられる中であって⁵⁰⁾、本決定では、結果として、それが言わば直截により前面に出るような判示の仕方となっている。

第三に、①で述べたように、本決定では、「執行権に固有の責任の核心領域」が主たる争点とはなっておらず、したがって、連邦憲法裁判所もこの論点については新たな論理を展開しているようには見えない反面、主たる土俵となった

50) もっとも、本文で述べたような“二段階構造”を明示しない判例もないわけではない。Vgl. z.B. BVerfGE 124, 161 (188f).

「国益」の文脈においても、情報機関の「機能性」(Funktionsfähigkeit)が重要な指標になっているように見受けられる、という問題がある(例えば上述(2)vii)⁵¹⁾。すなわち、(2)のNSA調査委員会決定をめぐる議論を紹介する中で、機能的理解ないし機能性という論点が有する問題についていくつかの角度から触れたところであるが(上述(2)(3))、両決定を通して改めて確認できることは、この「機能性」という指標は、核心領域説さらには権力分立の文脈からもあるいは国益の文脈からもともに“利用可能”である、ということである。これを裏から言えば、この「機能性」という指標に如何なるまたどの程度の“機能”を持たせるかにも関わってくるが、この指標を重視すればするほど「執行権に固有の責任の核心領域」と「国益」との間の“境界”は見えにくくなる、換言すれば、これら“2つの根拠”を区別する実益が薄らいでくる、ということにつながってくるように思われる。そうした意味では、まさにここに“機能的理解の限界”が見え隠れしている、と言っても過言ではないように思われる一方、それら2つの根拠の相互関係についてはより精緻な整理ないしは理解が必要であるように感じられる。

(4) 2017年11月7日第2法廷判決⁵²⁾

(1) 事案の概要

本判決では、(3)の事案と同様に、連邦政府に対する議員ないし所属党派からの質問を契機としたやりとりがその場面となったが、そこでの争点は、ドイツ鉄道株式会社及び金融市場監督に関する連邦政府による情報提供が十分か否かという問題であった。

件の情報に関する詳細な内容については、紙幅の関係からここでは触れられないが、連邦政府は、とりわけドイツ鉄道株式会社及び金融機関等の私企業が有する経済活動の自由を含む基本(的)権を理由に、一部の情報提供を拒否

51) 同旨、von ACHENBACH (Fn. 48), JZ 2017, 1171.

52) Urteil des 2. Senats vom 7.11.2017, - 2 BvE 2/11 -, http://www.bverfg.de/es20171107_2bve000211.html.

した。

これに対し、数人の議員及び所属会派（Bündnis 90 / Die Grünen）が、連邦政府による情報提供が十分ではないとして、連邦憲法裁判所に機関争訟を提起したのが本件である。

(2) 判旨

連邦憲法裁判所は、一部の提訴については不適法としたが、適法と認められた範囲に関しては、提訴人側にかんがりの点で理由がある、と判示した。

裁判所の判示は多岐にわたるため、以下では、本稿の主題から特に興味深いように思われる箇所のみ抽出して紹介することとする。

i) 裁判所は、その理由付けをめぐる判示の部分において、まず、議会が有するコントロール機能についての判例理論を確認するが、そこでは、とりわけ、「議会の情報請求権は、質問に対する回答が公衆の面前でなされることを目指したものである」ことが強調されている⁵³⁾。

ii) 「連邦議会及び個々の議員の情報請求権は、また同時に、無制限のものではない」が、その限界は「憲法上の根拠を有するものでなければならず」、したがって「単に契約上合意されあるいは単なる法律上秘匿が規定されているというだけでは…質問及び情報（要求）権を制約することに適したものとは言えない。」⁵⁴⁾

iii) 「連邦議会及び個々の議員の情報請求権は、そもそも、連邦政府の管轄に含まれない事項に関連することはできない。その限りにおいて連邦議会に対する連邦政府の責任性は認められない」が、「その過半数又は全体が連邦の手中にある私法形態の企業の活動もまた、連邦政府の責任領域に含まれる。」⁵⁵⁾とした上で、「私法上の組織形態の下における任務の遂行に際しては、

53) BVerfG (Fn. 52) C. I. 1. b) Rn. 200ff.

54) BVerfG (Fn. 52) C. I. 2. Rn. 211 u. 2. a) Rn. 212f.

政府の責任性は、法律上認められた作用上及びコントロール上の権限に限定されない。…連邦が独占所有者である株式会社において達せられる民主的正統化の大きさは、派遣される代理人の選出、任命と解任（組織的・人的正統化）とともに、当該代理人の報告義務と指示拘束性（事項的・内容的正統化）とに左右される。」⁵⁶⁾と判示する。

iv) 「情報請求権の更なる限界は、権力分立の原則から生ずる。」⁵⁷⁾との見出しの下に、以下これまでと同様の判示を確認する。権力分立の原則は、「各々の任務に特化して作り上げられた別個の公権力の担い手に高権の権能を割り当てることに奉仕するとともに、あらゆる国家権力を法的に拘束することを確実にする。」そして、「国家権力の分枝は、お互いが関連付けられ相互に組み合わせられているが、それら各々の固有性とそれらに特化された任務と管轄は奪われてはならない…。権力分立の原理は、それゆえに政府に対する議会の情報請求権の根拠とともに限界にもなるのである…。」⁵⁸⁾

55) BVerfG (Fn. 52) C. I. 2. b) Rn. 214 u. 2. b) bb) Rn. 216.

56) BVerfG (Fn. 52) C. I. 2. b) bb) (2) Rn. 220 u. 223.

57) BVerfG (Fn. 52) C. I. 2. c) Rn. 227.

なお、ここで参照されている先例には、これまでも言及してきたフリック調査委員会判決、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン教育委員会決定、BND調査委員会決定、Euro-Plus-Pakt判決、戦略武器輸出判決とともに、本文で紹介した2つの最近の決定、すなわち、(2)のNSA調査委員会決定及び(3)の2017年6月13日決定が新たに加えられている。

58) BVerfG (Fn. 52) C. I. 2. c) Rn. 228.

それぞれの引用箇所の参照判例について確認しておく、最初の引用部分に関しては、BND調査委員会決定、戦略武器輸出判決のみで、(3)の決定で見られた(2)のNSA調査委員会決定への言及はなされなくなっている。また、後の引用箇所の前半部分については、プレーメン職員代表法判決のみであり、ここでは(3)の決定で見られた戦略武器輸出判決への参照は外されている。後半部分については、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン教育委員会決定、BND調査委員会決定、戦略武器輸出判決に加えて、前掲注57)におけるのと同様に、NSA調査委員会決定と2017年6月13日決定という最近の2決定が新たに加えられている。

v) そして、「議会及び国民に対する政府の責任は、基本的には追及され得ない発議と協議そして実行の領域を含む執行権に固有の責任の核心領域を不可欠のものとして前提とする。」〔下線部は本稿筆者〕との命題を掲げた上でこれまでの判例理論を確認するが、ここでは、これまで以上にシュレスヴィヒ=ホルシュタイン教育委員会決定、BND調査委員会決定、戦略武器輸出判決への詳細な言及が目立つように思える⁵⁹⁾。

vi) 「連邦政府が、例えば、執行権に固有の責任の核心領域にある案件が問題となっている、あるいは、稀な例外的ケースの下で国益の理由が情報の付与と矛盾する、といった理由により、自らの責任領域にある事情についての情報提供を拒否する場合には、詳細な理由付けが必要となる。」⁶⁰⁾〔下線部は本稿筆者〕

vii) 「連邦政府は、ドイツ鉄道株式会社の基本(的)人権該当性や基本(的)人権類似の自由を持ち出すことによって個々のケースにおいて議会の質問に対する回答を拒否するという権限を認められてはいない。」⁶¹⁾

(3) 若干のコメント

本判決についても、(3)の決定と同様、判決からまだ日が浅いため、2点の評釈⁶²⁾が目に付いただけであることもあり、以下、本稿の関心の文脈に限って、とりあえずのごく簡単なコメントを付しておくにとどめる。

① 本稿の主題の文脈である核心領域説に関して言えば、(3)の決定についてのコメントに重なるが、まずは、(2)で紹介したNSA調査委員会決定に加えて、(3)の決定についても、連邦憲法裁判所が一連の判例の流れの中に位置付けようとしている意図が見て取れる。

59) BVerfG (Fn. 52) C. I. 2. c) Rn. 229ff.

60) BVerfG (Fn. 52) C. I. 4. a) Rn. 255.

61) BVerfG (Fn. 52) C. II. 2. Rn. 269.

62) Thomas POSCHMANN, Anm., NVwZ 2018, 71ff; Christian HILLGRUBER, Inhalt und Grenzen des parlamentarischen Informationsanspruchs, JA 2018, 238ff.

また、本事案においては、「執行権に固有の責任の核心領域」は被提訴人である連邦政府側から一言言及はあるものの、それが表立った争点にはなっていない。連邦政府側は、むしろ、ドイツ鉄道株式会社の「企業活動の核心領域」といった表現を用いた主張をしているが、連邦憲法裁判所は、そういった主張は回答の拒否を事後的に正当化できることにはならない、と判示している⁶³⁾。

その意味でも、本稿の関心からする論点については、本判決が何らかの格別新たな意義を有する判断を示したものであるようには見受けられない。

② 本判決の意義は、本稿の主題の文脈からごく一部しか紹介していないが、むしろ「連邦政府の責任領域」をめぐる判示（上述(2)iii)及びvii)にあると言えるであろう⁶⁴⁾。

いわゆる民営化等の手法によりそれまで自ら直接行っていた事務が行政の手から離れた後において、如何なる場合に如何なる範囲まで執行権が「説明責任」を負うのか、という論点に関して、本判決は一定の回答を示したことになる。とりわけ近年多くの議論を呼んでいる「保障（保証）責任」をこうした機関争訟（における説明責任）の文脈にまでもしも広げて解するならば、その土俵の上に定位され得るのであろうか⁶⁵⁾。本判決はとりわけこうした視点から興味深

63) BVerfG (Fn. 52) C. II. 4. b) Rn. 301.

64) POSCHMANN(Fn. 62), 72も本文と同様の認識と思われる一方で、「連邦政府の責任領域」に見合った連邦議会の情報（要求）権の「限界」の必要性も併せて強調する。なお、MÖLLERSが本事案を「公的企業に関わるアクチュアルな諸問題」として夙に位置付けていたことは日本でも紹介されている。参照、クリストフ・メラース／（翻訳）赤坂幸一「議会統制の2つの概念」九州大学『法政研究』第81巻第1・2号（2014年）1頁以下（6～7頁）。

65) 「保障（保証）責任」を扱う論稿は少なくないが、ドイツにおける議論を精緻に分析する近時の重厚な邦文の研究として、参照、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013年）、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013年）。

一方で、この問題は、「行政主体」の射程の理解にも関係する。参照、角松生史「行政活動の民営化と行政法学」『行政法研究』第8号（信山社、2015年）107頁以下、北島周作『行政上の主体と行政法』（弘文堂、2018年）。

いことに間違いはないが、残念ながら本稿で論ずる余裕はない。

(5) 小 括

以上、ドイツの連邦憲法裁判所が、ここ1年ほどの間に公にした3つの裁判を概観してきた。

① 改めて言うまでもないが、ドイツにおいては、(連邦)憲法裁判所の下で、我が国においてはおよそ「法律上の争訟」としては認められないであろう事案が、単なる「政治」的な争いとしてではなく、「法的」な文脈から「憲法上」の争いとして「訴訟」の俎上に載って来ることになる⁶⁶⁾。そのことは同時に、我が国においては、とかく「政治」的な議論の中で全くの白地から何ら制約なく扱われ得るように思われがちな争点についても、彼の国では、「法的」観点からする「憲法上」の“限界”ないし“制約”があることが「司法」によって示されることがあり得る、ということをも意味する。

このような“越境する司法”⁶⁷⁾をどう見るか、という根源的な視点は措くとしても、今回取り上げた3つの事案は、こうした意味での司法による“枠付け”の1つの場面として位置付けられることになろう。とりわけ先の2つの決定に係る情報機関の活動をめぐっては、折しも、最近の連邦公文書館法(BArchG)の全面改正において、情報機関の記録についての連邦公文書館に対する引渡し

66) ドイツにおける機関争訟をめぐる近年の重厚な研究として、参照、門脇雄貴「機関の権利と機関訴訟—ドイツにおける機関訴訟論の現状(1)～(3)」首都大学東京『法学会雑誌』第55巻1号(2014年)127頁以下、同2号(2015年)169頁以下、同第56巻第1号(2015年)507頁以下、西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』(有斐閣、2017年)。一方、被告適格の観点からの示唆として、参照、小林博志『行政組織と行政訴訟〔訂正版〕』(成文堂、2001年)。併せて、我が国における「法律上の争訟」をめぐって自治体の出訴権を素材に歴史的視点から丹念に考察する最新の研究として、小林博志『自治体の出訴の歴史的研究』(中川書店、2018年)がある。

67) マティアス・イエシュテットほか(共著)／鈴木秀美ほか(監訳)『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』(風行社、2014年)。

の申出義務に関する特則が明文化されたところであり⁶⁸⁾、このような分野における「法的」な“枠付け”が司法と立法の両面からほぼ同じようなタイミングで改めて浮き彫りにされたことは、決して偶然ではないように思える。

② 翻って、連邦憲法裁判所が折に触れて明言してきた行政の核心領域については、冒頭 I でも述べたように、しばしば学説の強い批判的論調の下に晒されてきたが、これまで確認してきたとおり、同裁判所は、ごく最近においてもなお、立法権の情報（要求）権の文脈における行政の核心領域という思考自体は、なお堅持（しよう）し続けていると言える。

もっとも、管見の限りでも、連邦憲法裁判所は、とりわけ行政に係る核心領域説について、これまでの50年以上にわたって言わば一直線に展開し続けてきたわけではなく、そこには少なからぬ紆余曲折があったこともまた確かである⁶⁹⁾。その意味では、本稿で概観した3つの裁判は、あくまでもそのごく直近の一断面に過ぎない。

そして、実際にも、とりわけ（2）で紹介したNSA調査委員会決定によって、これまで連邦憲法裁判所なりに着実に積み上げられてきたようにも映る「執行権に固有の責任の核心領域」の思考においてもなお“揺らぎ”が見られる、ということが露呈したようにも思われる。具体的には、当初の経緯はともかく確立した判例理論においては各々独立した別個の制約根拠とされてきた「国益」との関係、別の角度から言えば、それらの基準の論拠としての執行権の「機能

68) Gesetz über die Nutzung und Sicherung von Archivgut des Bundes (BArchG) vom 10.3.2017, BGBl. I. S. 410 (§ 6 Abs. 1 S. 2).

Dazu vgl. *Christoph PARTSCH / Norman KOSCHMIEDER*, Der archivrechtliche Informationszugang nach der Novelle des BArchG, NJW 2017, 3416 (3419); *Hannes BERGER*, Neuregelung des Bundesarchivrechts, ZRP 2017, 15 (16f).

69) もとより、ドイツにおける「行政の核心領域」をめぐる議論にとって1つの重要な契機となったのは、「組織権」(Organisationsgewalt)をめぐる問題であった。参照、木藤茂「法概念としての『行政』に関する一考察」『一橋法学』第5巻第2号(2006年)77頁以下(87頁)。

性」という指標の有効性、という問題については、なお精査の余地がある、ということが改めて示されたとも言えよう。

そのような意味でも、本稿で紹介した3つの裁判が、今後も折に触れて示されていくであろう連邦憲法裁判所の判例理論の中でどのような位置付けを与えられていくことになるのか、引き続き関心を持って見守っていきたいと考えている。

Ⅲ 結びに代えて

本論のようなともすれば中途半端に映るかもしれない内容を現時点で小論にしたための背景には、わずか1年あまりの間に本稿の主題に触れる裁判が3つも立て続けに公になったことで、いずれにせよ速やかなフォローが必要になった、という偶然も重なったのだが、併せて以下のような事情もあった。

筆者は、2016年9月から2017年9月までの1年間、本学の長期学外研修制度により、ドイツのベルリン・フンボルト大学法学部において、個人的には実に20年ぶりとなるドイツでの貴重な研究滞在の機会をいただいた。「行政責任をめぐる法理論に関する研究」をテーマにした同地での研究の詳細についてはここでは触れないが、いずれにせよ帰国後1年以内に研究成果を公表することが義務付けられている中であって⁷⁰⁾、前述のような現地での動きがあったことを奇貨として、あと半年余りの間に僅かな積み上げを行い拙い補足を加えるよりも、多少不十分ではあってもよりタイムリーな形で情報提供を行う方がよほど意味があるのではないかと考えるに至った上に、折しも、本号が法学部創設50周年の記念号になるということも相俟って、最終報告の期限よりも少々早いタイミングで取り急ぎ何とか本稿にまとめることを決めた、という経緯がある。

もっとも、ドイツ滞在中は主として研究の本体部分の作業を行っていたため、

70) 獨協大学「学外研修員に関する規程」(昭和50年10月8日)第15条の2(研究発表)によれば、「研修期間を終えた者は、原則として、1年以内に研究活動等の成果を論集、紀要などの学術出版物に掲載、公表するものとする」とされている。

本稿で紹介した先の2つの決定自体については、ドイツで既に目を通してはいたものの、本文で触れた評釈等はいずれも日本帰国後に読み始めたものであり、また3つ目の判決に至っては、その期日からも明らかなおり、日本帰国後に出されたものである。その意味では、本稿の内容は、ドイツにおける研究成果それ自体と言うよりはむしろ、日本帰国後におけるその一部のフォローという位置付けのものでしかない。他方で、ドイツ滞在中に本稿の主題に係る土台に当たる部分の理解を多少なりとも深めることがもしもなかったならば、一筆者のスケジュール管理能力の問題もあるが諸々の制約から一形式的にも実質的にも2週間というごく短期間のうちに本稿を一から書き上げることは、およそ不可能だったであろう。こうした事情も斟酌して、本稿をもって今回の研究滞在の成果として理解していただくことができるのであれば、大変有難く思う次第である。併せて、この度の在外研究に際し様々な形でご理解とご支援を賜った関係の皆様方に、この場を借りて心から御礼を申し上げたい。

一方、本稿の主題の背後ないし前提にあるより根源的な論点をめぐっては、実のところ、詳細な別稿の執筆に既に着手しており、一諸般の事情によりまだしばらく先のことにならざるを得ないが—いずれそれほど遠くはないうちに、それなりにまとまった形で筆者なりの整理を行うことを予定している。少なからぬ更なる不断的な努力が不可欠であるが、同稿の完成と公刊を筆者自身が最も楽しみにしているところであり、今般の長期在外研究の実質的な意味での最終報告は、同稿に委ねることとさせていただけるならば幸いである。