



Title	西ドイツに於ける行政裁判権レベルでの統治行為論（ 2 ）
Author(s)	牧野, 忠則
Citation	北大法学論集, 34(6), 73-116
Issue Date	1984-03-30
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16449">http://hdl.handle.net/2115/16449</a>
Type	bulletin (article)
File Information	34(6)_p73-116.pdf



[Instructions for use](#)

# 西ドイツに於ける行政裁判権レベルでの統治行為論（二）

牧野忠則

## 目次

### 序章

第一節 問題意識

第二節 統治行為論にかかわる用語の問題

第三節 基本法制定以前の時期に於ける裁判所の権限と統治行為論

第一章 基本法に於ける行政裁判上の出訴事項に関する概括条項の採用と連邦憲法裁判所の包括的権限（以上三四卷三・四号）

第二章 統治行為論についての行政法学説の態度

第一節 第一期―第二次大戦後から一九四九年の第八回ドイツ国法学者大会までの時期―

第二節 第二期―一九五八年の Dilling の見解まで―

第三節 第三期―Dilling 以後現在まで―（以上、本号）

## 第二章 統治行為論についての行政法學說の態度

## 第一節 第一期—第二次大戰後から一九四九年の第

## 八回ドイツ國法學者大会までの時期—

行政裁判權レベルでの統治行為論についての西ドイツの學說の態度は、時代を追うごとに変化している。従つて、この変化及び現在の學說の立場は、戦後の全時期について統治行為論肯・否定兩説を總括的に對比することによるよりも、むしろこれを學說史的に考察することによる方がより、正確に把握されうる。この理由から、以下では、初期に於ける大勢としての慎重な態度と肯・否定各説の自己主張、中期に於ける肯定説の側からの活発な理論化の試み、そしてその後否定説が通説となる現在までの時期、という視点の下に、三期に分けて考察する。<sup>(世)</sup>

(註)もとより、この区分は、筆者の判断でなされるものであつて、西ドイツ自体でそのような区分に基づいて統治行為論についての學說が整理されているというわけではない。

西ドイツでは、統治行為論は、各ラントで行政裁判上の出訴事項の概括主義が採用されたことに対応して、基本法制定以前から既に論じられ始める。戦後急速く統治行為論についての見解を述べたのは、アメリカ占領地域の各ラントに於ける行政裁判所法の作成の際に、その調査委員長として指導的役割を果たした W. Jellinek<sup>(1)</sup>である。彼は同法<sup>(1)</sup>二三条の概括条項の解釈に関連して、「統治行為 (Regierungsakte, actes de gouvernement)」即ち「Regierung」が高度の政治的重要性故に裁判所の審査から除きたいと考へる公權力の行使としてなす自らの行為 (Obrigkeithliche Akte) 一たとえば、Thüringen のラント行政規則は、そのような行為が裁判所の審査から除かれることを、一九四五年一月二六日の法律で追加されたその一二六 a 条で規定しているのだが—も<sup>(2)</sup>この概括条項の( ) 例外ではない<sup>(2)</sup>とし、統治行為論を明確に否定した。これに対して、戦前、統治行為認定論 (Qualifikationslehre)

を展開した Ipsen は、ラント首相が副首相の見解を聞いた後に行政官庁のある決定を明示的に Regierungsgesamt と名づけた場合にはその決定に対して行政裁判所に出訴することが許されないと定める Thüringen 行政規則二二六 a 条<sup>(3)</sup> (この Ipsen の論文執筆時には、この規定は Thüringen 行政裁判所法二〇条<sup>(4)</sup>に継承されていた)や同趣旨の他のラントの行政裁判所の規定の中に、「政治権力の担い手は裁判所の権限を一般的かつ具体的に定める」という憲法原理の表われを見た。即ち、彼は、明文で一定の国家行為を裁判所の審査権から除くことを定めるこれらの規定を手がかりにして、一般的に、政治権力の担い手が裁判所の審査に服さない国家行為を定めることができるということを経法上の原理と見なすのである。Ipsen は、このような彼の見解が単に Thüringen に於けるのみならずそのような限定規定を含まない概括主義をとっているアメリカ占領地域やイギリス占領地域でも採用されるべきことを、上述の Jellinek の見解を批判しながら次のように言っている。

「Jellinek は、アメリカ占領地域の行政裁判所法二二条の新しい包括的な一般条項について簡潔に『統治行為も、この規定の意味での取消訴訟にかかりうる行政行為の概念に包摂される』と確認したのであるから、行政裁判所の実務（イギリス占領地域の行

政裁判所も）は将来、この法律の生成に指導的に関与したこの権威(Jellinek のこと＝筆者)の見解の正しさが確認されるのかどうかを示さなければならない。もしこの Jellinek の見解が肯定されるとすれば、そのことは、国際的に知られておりまた数百年来の古い法伝統から育ってきた『裁判権からの政治的執行権の免責』を解除することになり、また、政治的なるものの特権についての英米法の法原則をさえも超えるものとなる」<sup>(5)</sup>。

しかし、この時期にはまだ西ドイツでは、統治行為論は、それほど現実的関心を引かなかつたようであり、この問題に触れた論文も右の二論文以外には見あたらない。また、上で紹介したように、統治行為論を論じる場合のその論じられ方にしても、統治行為否定説は単純かつ明快に、統治行為論が採用されえないことを結論として述べるだけであり、他方、肯定説の側では統治行為と見なされるべき行為の範囲の確定や統治行為を肯定する根拠づけなどがまだ十分にはなされていらない。

一九四九年五月二三日の基本法発効によって、その一九九条四項で西側占領諸地域の行政裁判に於ける訴訟事項の概括主義が憲法上の保障を受けることになった。そして、統治行為論は、今度は、

この一九条四項をめぐる問題として論じられることになる。これに依じて否定説の側からはまず **Bettermann** が、「この一九条四項（の採用）によって、ボン基本法は、ドイツの法治国家を完成した。司法審査に服さない高権行為（*Justizlose Staatsakte*）も、裁判所の審査に服さない国家行為（*Gerichtsfreie Hoheitsakte*）も存在しない」と述べ、他方 **Ipsen** は、彼の従来<sup>(6)</sup>の統治行為論肯定説を繰り返している<sup>(7)</sup>。

その後、一九四九年一〇月に開かれたドイツ国法学者大会では **Friedrich Klein** が、「ボン基本法一九条四項に於ける一般条項の射程距離」と題する報告の中で上述の **Ipsen** の主張に呼応しそれを敷衍する形で統治行為論にも言及し、概略次のように言っている。

裁判所の審査に服さない高権行為として特に問題になる国家行為は、国家に於ける執行権と立法権との関係の領域に属する措置、国家の国際法上の関係の領域に属する措置、そして国家の安全に関する措置の領域に属する措置である。ただし、このような行為を一般的に裁判所の審査から除くことは、法治国家思想と一致するとはいえない。なぜなら、法治国家に於いては、一定の高権行為

を司法審査から除くことは、例外的なもので、規範に反するもの、そして反法治国家的なものであるからである。しかし、**Wahl** の言うように「その性質からして、裁判所の審査に服さない一定の統治行為というものが、法治国家には常に存在した」とすれば、法治国家原理の考慮に基づいて一九条四項によって個人の権利保護が広範に拡大されたとはいえ、すべての統治行為あるいは政治的高権行為がこの一九条四項によって裁判所の審査に服するものにされた<sup>(8)</sup>と考えることはできない。このように裁判所の審査に服さない統治行為の存在の可能性を認めるからといって、それは、たとえば、法治国家思想を矮小化するものだということにはならない。そうではなく、それは、最終的な政治的決定をも裁判官が審査することに對する純粋に事柄に関する疑念——この疑念は、その政治的決定の性質や裁判所の訴訟手続の性質から導き出されるのだが——から出てくることなのである。

この **Wahl** の報告では、しかし、彼自身が述べているように——では、具体的に、裁判所の審査に服する高権行為と服さない高権行為との限界はどこにあるのか——という問題、あるいは、そのことを明らかにする前提となる——そもそも裁判所の審査に服さない統治行為とは、基本法の下ではどのようなものとして定義づけ

られるのか”などというような問題は、後の研究に委ねられた。<sup>(9)</sup>

この報告に関する討論に於いては、*von Mangoldt* 自身は「議論する価値がありまたその必要もある」と考えたこの問題提起に対して、意外に反応は少なかった。<sup>(11)</sup> それにもかかわらず、統治行為に言及した六人の発言者のうち、「司法審査に服さない高権行為の問題について言えば、それは、ボンに於ける（基本法の）審議の際には時間不足の故に検討されないままになったのであり、まだ念入りかつ詳細な特別の研究の必要がある」と述べて明確な態度表明を避けた *von Mangoldt* を除く、以下で言及する五人がともかくも何らかの形で司法審査に服さない統治行為を認めることに賛成している。

まず、*Ipsen* は次のように述べる。

「すべての裁判権にとって、従って一九条四項にとつても、限界がある。いわゆる統治行為の長い歴史は、そのような認識の正しさ<sup>(12)</sup> 及び、司法審査に服さない高権行為というものが何ら不法な行為である必要がなくまた（それに対する）裁判権を認めない場合でも正義にかなった調整の方法が存在すべきであるという見解の正しさ<sup>(13)</sup> を確認した。しかし、この問題全体は、今日我々にとつては、占領状態がこの種の行為の重要なものをドイツの決定から奪っている限りで、本来それが持つよりも少ない重要性しか持

たない。ドイツの権限が再び次第に回復されてくるとともに、そしてその限りで、ドイツ法及び一九条四項の適用にとつて、司法審査に服さない高権行為は、その現実性を増すことであろう。<sup>(13)</sup>

また *Laforet* は、「一九条四項には、国家や他の高権の担い手に対するそれらの財政上の活動から生ずる請求権は服さない」と述べ、*Merk* は「一九条四項の規定は、その射程距離についても、より詳細な限定解釈が必要となる。とりわけ、いわゆる統治上の行為（*Regierungshandlungen*）もフランス法に於けるように一除外されねばならないであろうし、また、この一九条四項の規定の適用は狭義の行政上の行為（*Verwaltungshandlungen*）<sup>(14)</sup> 特に行政処分（*Verwaltungsverfügungen*）に限定されねばならないであろう」とし、また *Drath* は、「司法の審査に服さない統治行為を認めることがいかなる場合にも法治国家の否定となると考えることは私には疑問である。……今ここでは、私には（このような統治行為として）為替管理・通貨・商取引などに関する措置——それらの措置は、常に無数の法関係を侵害し、通常は法律によつてではなく、秘密保持等の理由から政府の行為によつてなされる——以外の例は思いつかない。この種のあるいはこれと類似の場合には出訴の途は認められない」と述べ、それぞれ統治行為論を

肯定している。

ここで注目すべきは Jellinek の見解である。かつて統治行為論の認められる可能性を明確に否定した<sup>(17)</sup>彼は、この大会では「司法審査に服さない高権行為を認めることについては極めて用心深くなければならぬ<sup>(18)</sup>」としながらも、彼のかつての見解を修正し、司法審査に服さない統治行為の存在を肯定して次のように述べている。

「しかし、とにかくも、もしそのような高権行為を挙げるとすれば、法律及び命令（に対する出訴の途）、即ち一般に抽象的規範審査と呼ばれるものを一九条四項の規定（の適用）から除外することが考慮されるべきである。司法審査に服さないのは、次に、恩赦行為である。……恩赦は、まさに自由裁量以上のものである。即ち、自由裁量の場合には瑕疵なき裁量の行使を求める請求権が存在するが、恩赦は全く自由なのである<sup>(19)</sup>」。

国法学者大会に於けるこれらの発言を検討するに、まず Jellinek 自身が認めざるを得なかったように、報告者の Klein を除く発言者一八人中の大多数である一三人は注意深くこの問題への言及を避けたのであつて、決して統治行為論肯定説がこの場での多数派<sup>(20)</sup>

を形成したのではないことがまず指摘されるべきであらう<sup>(21)</sup>。

次に指摘されるべきなのは―各発言者の簡単な叙述から、その見解の全体像を推察するのはむずかしいが、少くとも―個々の論者の間でその挙げる統治行為の例や統治行為のイメージが区々であり、また、今日行政裁判権レベルでの統治行為論として位置づけられる『一九条四項の諸要件を満たすにもかかわらず（我が国での考え方に対応させれば、『法律上の争訟でありながら』という）ことに結果として近いが、完全には一致しない）一定の高権行為がその高度の政治性等の故にその一九条四項の適用から除外される』ということを主張する見解という意味では、この大会で Klein を支持した見解のすべてが統治行為論肯定説であるとは言えないということである。確かに、この場で統治行為論肯定説を述べた論者が、執行権の行為を統治上の行為と行政上の行為に分け、前者を司法審査に服さない―もちろんこのような行為を限定的にとらえ、その上でその行為を司法審査に服さないと考えることが法治国家原理に反しないという限定説もあるが―と考えていることについては一致していると言えよう。しかし、これらの見解が、そのような統治行為が一九条四項の諸要件を満たす場合にもそれを統治行為として司法審査が及ばないと考えているの

か、それとも、統治行為とは一九条四項の諸要件を最初から満たさない行為にあたるのか、またあるいは、これら二つの行為を一旦まとめにしたものが司法審査に服さない統治行為と名づけられているのかなどについて、統治行為論を肯定する発言者の発言内容は区々である。

この報告自体に於いては明確ではなかったが、まず Klein については、v. Mangoldt のコメントールを改訂した v. Mangoldt/Klein, Kommentar, Bonner Grundgesetz, 1957, Bd. I, S. 576f. に於ける彼の叙述から（これについての詳細は後述する）彼が第一の意味での統治行為論を主張していることがわかる。次に、Ipsen については、彼の見解が第一の意味での統治行為をも認める趣旨であることは推察されうるが、しかし必ずしも明らかではない。Mark についても同様である。

彼は、一九条四項の規定の適用が狭義の行政上の行為、特に行政処分に限定されるとする。ここでは彼は明らかに、統治行為と狭義の行政上の行為としての行政行為（あるいは行政処分）の二分説に基づいて前者が一九条四項の適用から除かれると考えているのであるがしかし、そのことだけからは、そのような統治行為が、一九条四項の要件を満たすにもかかわらずそれが統治行為で

あるという理由で同条項の適用を除外されるのか、あるいは、その要件を満たすものではない故に除外されるのかという疑問に対する一義的な解答は引き出されえない。また Drach が例に出す為替管理・通貨・商取引などに関する政府の措置にしても、それは国家の財政上の高権行為として、通常は直接には個人の権利を侵害しない行為であるかあるいは国家の私法上の行為であって、いずれにして一九条四項の出訴の途には服さない。従って、Drach の挙げる行為は最初からおよそ行政裁判権には服さないものであり、ここでの問題とは直接関わりのないものであった。最後に Jellinek については、彼が抽象的規範審査と恩赦を司法審査に服さない統治行為の例として挙げる場合には、彼が第三の意味で『統治行為』という言葉を使っていることは明らかである。

即ちまず、法律・命令に対する抽象的規範審査についていえば、これは、今日、憲法上の争訟であると理解されており、またこれは個人の権利義務の侵害を要件としない客観訴訟であるので一九条四項の要件からみてもこの要件を満たすものではない。従って、これについて、行政法上の出訴の途が最初から問題にならないことは明白である。他方、恩赦については問題である。しかし、現在の通説判例の立場からすれば、Jellinek が依拠した Württem-



Berg-Baden の行政裁判所の判例が言うような「法の世界とは全く別なもの」ではなく、これも裁量行為として憲法の支配、即ち法治国家原理に服しているとされる（これについては後述）。

以上の考察から、今日の西ドイツの統治行為論の理解及び我が国の学説での統治行為概念の理解からすれば、この国法学者大会で明白に統治行為論を主張したと評価しうるのは Klein のみということが言えるだろう。

(1) これは、実は公布の時期に多少の差のある三つの相異なるラント（即ち Bayern, Württemberg-Baden, Hessen）の法律であるが、いずれも行政裁判所法と呼ばれ、内容もほぼ同一なので、通常は一括して扱われる。各ラント法律の細かな差を捨象すれば、同法二二条は、次のようなものであった（W. Jellinek, Die Verwaltungsgeschichte in der Amerikanischen Zone, DRZ 1948, S. 270 f. 以下の各ラント法の全文は、たとえば Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgesetzgesetz, Kommentar, 1950, S. 1 ff. に掲載されている）。

① 行政裁判所は、特別行政裁判所、あるいは仲裁裁判所またはあるいはライヒ法に基づいて民事裁判所が裁判すべき場合を除いて、行政庁の処分及びその他の行政行為について

（取消事項）、ならびに公法上のその他の争訟について（当事者争訟）決定する。議会の選挙の審査、及び憲法裁判権の領域のものであるその他の争訟事項は、行政裁判所の権限に属さない。

② 従来法によれば行政庁が最終的に決定することになっていた（筆者）ということによって行政裁判所への訴えは排除されない。

(2) Jellinek, a. a. O., S. 271.

(3) Thüringen では一九二六年以来、概括条項が採用され出訴の途が明示的に閉ざされていない限りは原則として公行政のすべての措置に対して行政裁判所に訴訴が許される、とされていた。この概括条項によって行政裁判所による審査が余りに過度にされることを防ぐため、この二二条が挿入されたものとされる（Schneider, a. a. O., S. 22）。

(4) この規定は、ラント議会がこの認定をするのでなく、Friedrich Klein, Tragweite der Generalklausel in Art. 19, Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL, Heft 8, 1950, S. 110.）。

(5) H. P. Ipsen, Anmerkung zur Entscheidungssammlung. en des Thür. OVG und des Bayer. VGH, AöR, Bd. 74 (1948), S. 506.

(6) K. A. Betermann, Verwaltunggerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsgeschichte, 1950, S. 1 ff.

- tungsakt, MDR 1949, S. 398.
- (7) Ipsen, Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, DV 1949, S. 489.
- (8) Klein, Diskussionsbeitrag, VVDSuRL, Heft 8, 1950, S. 164.
- (9) Ders., Tragweite, S. 111.
- (10) Ders., Diskussionsbeitrag, S. 164.
- (11) Ebd.
- (12) H. v. Mangoldt, Diskussionsbeitrag, VVDSuRL, Heft 8, 1950, S. 151.
- (13) Ipsen, Diskussionsbeitrag, VVDSuRL, Heft 8, 1950, S. 158.
- (14) W. Laforet, Diskussionsbeitrag, VVDSuRL, Heft 8, 1950, S. 160 f.
- (15) W. Merk, Diskussionsbeitrag, VVDSuRL, Heft 8, 1950, S. 156.
- (16) M. Drath, Diskussionsbeitrag, VVDSuRL, Heft 8, 1950, S. 153.
- (17) Jellinek, a. a. O., S. 271.
- (18) Ders., Diskussionsbeitrag, VVDSuRL, Heft 8, 1950, S. 160.
- (19) Ebd.
- (20) Klein, Diskussionsbeitrag, S. 164.

(21) 従って、「この報告に対する討議においては、殆んど全部の発言者が賛意を表わしている」(金子「独逸における統治行為論の動向」、公法研究一三号、一八五頁、一九五六年)という評価は正しくない。この筆者としては、「統治行為に言及した発言者」を意図したのかもしれない。しかし仮にそうだとにしても、それは一本文でも述べたように Klein 自身が認めざるをえなかった、他の発言者のこの問題への静観の態度から推測されることこの討論の全体の雰囲気を適切に表現するものではないであろう。

(22) Urteil des Württ.-Bad. VerwGH - Stuttgarter Senat vom 13. 10. 1949-, DöV 1950, S. 377. 恩赦行為が司法審査に服さないと考える見解は、初期の Bachof の場合のようである。統治行為論否定説の中にもあった。詳細は、第五章参照。

## 第二節 第二期——一九五八年の Dürig の見解——

この一九四九年の国法学者大会後五三年までは、統治行為論肯定説の側で、種々の観点からそのような行為の存在を根拠づける試みがなされた。

これら肯定説は、これを、その根拠づけや統治行為とされる行

為の範囲として裁判所の審査の及ぶ程度などの観点から一定の類型化をすることが可能である。しかし、これら三つのものは相互に密接に関わり合っているのでそれらを分断して論じるとすれば、そのことよって各学説の論理性が追えなくなることに及び、前述したように西ドイツの統治行為論を学説史的に叙述するという意図を筆者が持っていることから、以下では、各論者の見解を個別に紹介しその中で可能な限りそれら各説相互の関連を説明することとしたい。

前述の Klein の報告のなされた時期とはほぼ同時期に出版された著書の中で極めて包括的な統治行為の諸類型を列挙しているのは、Foschhoff である。彼は、裁判所の審査権の及ばない高権行為を次のように三つの行為類型に分類している。<sup>(2)</sup>

(一) 高度に政治的な行為であつて、その行為の執行を妨げることがそれを執行すること自体よりも大きな損害を引き起こす行為(たとえば、通貨の建て直し)

(二) 高権行為であつて、その行為の形式と動機については、理性的には、いかなる裁判所も国家に対して説明を要求しえない行為(たとえば、関税法上や外国人管理上の影響などのような種類の影響を国内生活に与える—たとえば帰化申請の却

下のようない外交の領域に於いてなされる行為)

(三) 諸々の事情によつて高度に政治的な性格を獲得する事件(たとえば、その事件について本裁判決をすることが、その決定の重心が法的なものではなく政治的なものに置かれていゝる故に、看過しえない帰結をもたらすに違いない事件)

「権利保護の必要は、一定の条件の下ではそれに優先する国家利益に譲歩」すべきであり、また「一定の領域の高権的行為 (die hoheitliche Handeln) は司法審査権に服さないということについては意見の不一致はいかなる時代にも存在しなかつた」と考える Foschhoff は、これらの高権行為が司法審査に服さないことは「司法の本質」にその根拠をもつと説明している。その際、彼はいくつかの根拠を挙げており、彼が何をどこまで司法の本質と理解しているのかは、その説明からは必ずしも明らかではないが、「司法の本質」とは「司法が独立しているということ、即ち政治的に責任を負わないということだ」と考えているようである。このような存在である裁判所には、彼によれば、政治的決定を下すということは許されない。

彼はこのことを更に別の側面からも次のように根拠づけようとする。

司法に対して適切な限界を与えている規範を挙げることは可能ではないとしても困難である。司法に負わせることの許されない政治的負担がどこから始まるのかを認識することは、常に裁判官司法法 (richterliche Justiz) の事項である。フランスのコンセイユ・デタの裁判実務に於いてなされるように、西ドイツでも統治行為 (論) に依拠することは、本案判決を回避することによって司法が自らの独立性の前提条件と基礎を守ることを可能にする不可欠の手段なのである。そして、統治行為 (論) は、そのようなものとして、将来もその意義を維持するであろう。確かに、基本法は無制限の一般条項を定めており、法律上も統治行為をその例外とする何らの明文はない。しかし、行政裁判所には、自らの権限を政治的統治行為以外の行政行為の審査に限定することは、禁じられていない。また実質的に国政上の利益から考えても、司法 (Rechtspflege) が政治に干渉する場合には、政治は何も得るものがないが司法はすべてを失わねばならないのであるから、裁判官の権限を制限することは必要なのである。<sup>(5)</sup>

このような Forsthoff の立場から、彼が我が国で言う自制説をとっていること、従って、ある国家行為が一九条四項の諸要件を満たす場合でもその自制を行使して行政裁判所はその行為を審査

すべきではない、と考えていることは明らかである。<sup>(6)</sup>

最も詳細かつ具体的に、また包括的に統治行為論を展開したのは、我が国でも早くから紹介された引用されることも多い H. Schneider の Gerichtstreue Hoheitsakte (1951) である。彼によれば、次の行為が裁判所の審査に服さない国家行為として問題となる。<sup>(7)</sup>

- (一) 議会の決定
- (二) 外交上の高権行為 (たとえば、外交上の免責を与えるかどうかについての決定、外国あるいは外国政府の承認、外交上の保護の賦与)
- (三) 軍事指揮権 (たとえば、警察部隊や国境警備隊の部隊の出勤についての決定)
- (四) 政府の統治上の行為 (Regierungsakte: たとえば、政府の長による政治の基本方針の決定、基本法一一三条に基づく政府の財政上の決定、基本法一一二条に基づく大臣の財政上の決定)
- (五) 国家元首が自由になす行為 (たとえば恩赦の決定、称号・勲章の授与)

Schneider はこのような統治行為が裁判所の審査権から除かれるべきことを一契約すると一次のように根拠づける。

ドイツではこれまで、立法によって国家の一定の高権行為が司法審査から除外されてきたので、裁判所はこのような行為に対する自らの権限の限界について考えずすますことができた。しかし、この限界の問題は法律の明文のあるなしにかかわらず普遍的に存在する問題である。従って、このような高権行為についての裁判所の権限規定が法律上存在している場合であっても、司法はその活動と責任の限界を自ら定めなければならない。それどころか、立法者が裁判所への出訴の途を拡大すればするほど明文の規定による限界づけに期待することができないのであるから、裁判所は緊急にこの限界を自ら定めなければならない。このことは即ち、一般条項が規定されたことは、統治行為が存在するかどうかの問題を対象のないものとするのではなく、まさに、提起するということなのである。ところで、行政行為に対する司法審査権に限界がありまたあらねばならないこと、即ち、行政官庁の自由裁量に属する行為には司法審査権が及ばないことは、一般に承認されている。しかし、この原則は統治行為には適用すべきではない、このような(統治)行為には別異の取り扱いがなされねばなら

ない。なぜなら、裁判所がこのような行為を審査するとすれば、その審査の際に、たとえば、裁量決定の基礎となった動機に立ち入ることになるなどの不都合が生ずるからだ(この不都合については、Schneider は、統治行為が司法審査に服さないこと理由づけの中で詳述している(一筆者)<sup>(8)</sup>)。

このような前提に立って Schneider は、行政行為とは別異の取り扱いの必要な統治行為を「Regierung」によって、自らの本質的に政治的な機能の遂行としてなされる決定、換言すれば、国家の一体性を確定し維持する決定であって、その決定をなすことが憲法上 Regierung に課されているか委ねられているかしている決定<sup>(9)</sup>と定義し、この統治行為が司法審査から除外されることを次のように根拠づける。

一 国の憲法によってある特定の機関に与えられた統率(Führungs)という任務及びその機関に課された政治的責任は、意味あるものとしては単にこの機関自身によってしか果されえず、従って他の機関の手に委ねられることは許されない。前述の統率という属性に対応するコントロールの形式は、政治的コントロールである。これに対して、独立した司法はその本質上非政治的権力を行使するのであり、それ故、国家高権の内容的審査の方法で、

Regierung あるいは議會に委ねられた政治的決定の自由の領域に入り込まないように注意すべきである。裁判官の独立が意味を持ち、また、それが主張されるのは、単に裁判官が自らを判断活動に限定する場合だけであつて、裁判官が自ら形成活動をしうとするなら、この裁判官の独立は危険にさらされる。<sup>(10)</sup>

Schneider は、以上のような理由から、統治行為論は「司法の本質」から根拠づけられると考える。<sup>(11)</sup> ここで彼のいう「司法の本質」も Forsthoef の場合と同様、一言でいえば、司法が「訴訟当事者からも、政治権力からも独立した機関」であるということのようである。そして、以上の根拠づけを見る限り、Schneider も我が国で言う自制説に於ける考え方を彼の統治行為論の論拠としている、と言えるであろうか。彼に至つてようやく、統治行為とされる国家行為はそれが内容的法規範に服する場合でも（従つて明らかに、基本法一九条四項の要件を満たす場合でも）裁判所の審査から除外されるという考え方が、明言された<sup>(12)</sup>（しかし、そのことは、彼が統治行為として挙げる国家行為が本当に一九条四項の要件を満たすのかどうかとは別問題である）<sup>(13)</sup>。

これらの、いわゆる「司法の本質」説に対して、対象の性質、

説ともいふべきものを主張しているのは Krüger である。

ここで「対象」とは裁判所が審査する「対象」のことで、彼の主張は要するに、「司法が審査する対象は、法律問題でなければならぬ」ということに帰着する。このことを彼は次のようにいう。

国家の諸々の任務を種々の機関に与えることは、正義（即ち、裁判所）の事項というよりもむしろ、それ以外の秩序と経済の問題なのだ。このように考えることによって初めて、ある国家上の任務とそれを遂行する機関とが、本質に添うかたちで（wesensmäßig）対応することになる。これを裁判権について言えば、裁判所は法律問題だけを扱うということを意味する。裁判所の活動が法律問題に限定されるといふこの原則は、立法者が基本法の一十九条四項に於いて一般条項を導入した際にも、考慮されていた。そのことを示すのは、まず、（当時の各占領地域の）行政裁判所法が行政庁の裁量行為を裁判所の審査権から除外したことである。次に基本法一九条四項が *in einem ihn zustehenden Recht verletzt*「ではなく *in seinen Rechten verletzt*」と規定したことは、この規定が特定の権利ではなく、権利（あるいは、むしろ「法」）の問題一般についてのみ裁判所が判断する（のであつて政治問題についての判断は含まない）のだと解されるとい

うことである(更には、彼は、Hessen 憲法一五一条及び基本法八一条の規定にも、そのような立法者の意図が表われていると考え<sup>(15)</sup>ている)。

Kruger は、このような例から帰結された立法者意思を基本法全体に妥当する不文の原則にまで高める。即ち「明示的には規定されていない場合でも、法的ではない事項についての裁判所の不文の無権限というものが考えられなければならない<sup>(16)</sup>」のである。

彼は、まず、外国、外国の国家行為、そして占領軍の行為、についてドイツの裁判所が審査しえないのは自明のこととした後で、それ以外の「対象の法的性質からして裁判所の審査を受けない行為」をより、具体的に、確定しようとする。彼によれば、そのような国家行為即ち統治行為は、その行為が次のような二つの性質をもっていることよって特色づけられる。

第一に、統治行為は、最初の基礎を置く―即ち、この基礎に基づいて、個々の具体的な行政上の行為がなされる―行為である。

従って、国家統率の第一の任務は、国家が国の内外でなす行為に開かれている無数の可能性の一つを選択し、その一つを唯一決定的なものに高めることなのである。構造的性質といわれるこのような性質の他に、統治行為に特有な性質として、次に、統治行

為がなされる際に置かれる基準と価値の特殊性が挙げられる。即ち、統治行為とは、ある問題の中に含まれている相異なるすべての基準や価値を比較衡量しまたそれらの基準や価値を全体とが将来とかの観点から正しく選択結合する決定なのである<sup>(17)</sup>。

Ziegler は、統治行為をこのような二つの側面から限定して(その際、具体的に統治行為とされる行為は挙げられていない)これを裁判所の審査に服さないと考えるのであるが、一貫しないことには、彼は、この二つの基準によって統治行為に対しても、主観的・客観的公正さ(Sachgerechtigkeit)を要求し、それが欠ける場合にはその行為は恣意的なものとなり裁判所の審査に服すると考<sup>(18)</sup>える。このことよって、彼の見解は、結局その論理的帰結として、この公正さが存在するかどうかに<sup>(18)</sup>ついてその行為の裁判所による実質的審査を許すものとなり(我が国の砂川事件最高裁判決のように、この不公正さが「一見極めて明白」かどうかという

ような限定も彼の見解ではされていない)、統治行為論としては、彼の「対象の性質」に依拠する根拠づけもさることながら、極めて一貫しないものとなっている。

これら肯定説に対して、おそらく初めて原則的な、そしてこの

問題についての後の議論の方向性と通説の立場を規定する批判をしたのは、*Bachof* であろう。彼は、*Regierung* と *Verwaltung* との区別についてのそれまでの学説の立場及び基本法の規定を検討した後で、(基本法一九条四項の) 包括的一般条項を根拠として、「*Regierung* と *Verwaltung* を相異なる領域として原則的に区別することが、認められるか否かにかかわらず、行政裁判所法は、統治行為を法的コントロールから原則として除外するということを考えなかつた」と明言している。このことをより具体的に述べているのは次の箇所である。即ち「統治行為は、公 (*öffentliche*) 権力の行使なのであり、従って、この統治行為についての法的争い (*Rechtsstreit*) は決して当事者訴訟ではありえないのであるから、統治行為を行政裁判所法の意味での行政行為に含まれるものとして位置づけることは論理必然的な命令なのである。諸ラントの憲法の一般条項も、(そのような解釈以外の) 他の解釈を許さない。それと同様、統治行為は基本法一九条四項の意味での公権力という概念にも含まれる」<sup>(20)</sup>。このように彼は統治行為も行政裁判権に服することを認めている。ここで、統治行為に関する争訟は、それが憲法裁判権に服さない限りで、それに対する行政裁判所の審査権が認められるとされる。しかし、このよ

うな限定は、*Bachof* の叙述がかつての行政裁判所法二二条の解釈問題としてなされ、同条自体がそのことを明文で認めていること、及び前章で述べた行政裁判権と憲法裁判権との関係などからして、自明のことである。

さて、彼の功績は、それまで他の論者が意識的にあいまいにしたか、あるいは、全く意識しなかつたかどちらかである。「統治行為が行政行為として行政裁判所の審査に服するためには、それが(一般抽象的規律ではなく) 個々の事項について規律するものでなければならぬ」ということ、換言すれば、「その行為が個人の権利を直接侵害するものでなければならぬ」ということを初めて明示的に指摘したことであった。この見解は、<sup>(22)</sup>「それまで統治行為である故に司法審査には服しないと主張された諸々の行為が、この観点から見ると、最初からおよそ行政裁判所の審査に服さないものではないのか」という疑問や、その観点から見ると、<sup>(21)</sup>「このような要件を備えるにもかかわらず統治行為として行政裁判所の審査から除外すべき行為があるのか」、また、「ないとしたらおよそ統治行為という概念を立てる必要があるのか」という疑問を提起した。この意味で、彼の主張は統治行為についての後の学説上の議論の方向を規定したものといえる。



しかし、彼の見解にも、未だ不徹底なものがあつた。なぜなら彼は、Jellinekと同様に、一九四九年十月九日の Württemberg-Baden 行政裁判所の判決の影響の下に、恩赦を「法とは全く異なるレベルに属し、まさに法の外にある考慮から厳格な法を破る」<sup>(23)</sup>のだと考え、この恩赦を行政裁判所の審査権から除外したことによつて、このような法以外の考慮あるいは行為の性質から基本法一九条四項の一般条項の例外を認めるのがまさに統治行為論だ、<sup>(24)</sup>という批判の余地を残したからである。

さて、Bachof の上述のような指摘を踏まえて、行政裁判権レベルでの統治行為論の議論は、その後、「基本法一九条四項の要件を満たしながらも、司法審査に服さない国家行為というものがあるのか」という問題としてより、厳密に提起されることが多くなつた。

Loening は、「そのような(個人の権利侵害が存在している)場合でありながらそれにもかかわらず行政裁判所の審査が排除される」とされる場合にのみ「統治行為と行政裁判権」という我々の問題が現実の議論の俎上にのぼるのである。……従つてここで考察の対象になるのは、訴えをもつて取消しようとする行政行為

のそれ自体行政裁判所法に定められている諸要件を外見上満たす統治行為だけである」と述べて、この問題についての Bachof の出発点に立脚することを確認し、この立場から Eymann/Föhler が統治行為と定義する「市民に直接向けられたものではない、舵をとる(leitende) 国家機能」<sup>(26)</sup>や Krüger のいう「国の基本方針や、行政のために(その指針として)設定される一般原則」<sup>(27)</sup>を考察の対象から除外する。同様に恩赦権も Jellinek や Bachof と同じ根拠づけによつて除外される。このような前提に基づいて Loening は、基本法上の法治国家の下では統治行為は極めて狭く限定された範囲でのみ、従つて、単なる例外現象としてのみ認められると考える。彼は、この例外としての統治行為は政治的な行為でなければならぬというのであるが、しかし、その行為は、単に政治的行為ではなく、国家の政治上の行為、即ち国家の統合を直接形成する最高の機能、でなければならず、またそのような行為を Ipsen のように一般的に挙げるのではなく限定的に列挙することが、今日の法治国家の本質と一致すると考える。<sup>(28)</sup>

ここで彼は、政府と議会との関係、連邦とラントとの関係、国家の存立に対する危険の防止、外交政策上の措置、の四つの類型をあげ、そのうち、基本法九三条一項一・三・四号によつて連邦

憲法裁判所の権限とされそれ故行政裁判所の審査権には服さない前二者を除いたものが、統治行為として行政裁判所の審査をうけない行為であると考え。まず、「国家の存立に対する危険」であるが、これについては当時の（即ち、一九六八年改正以前の）基本法九一条が次のように規定していた。即ち「連邦もしくはラントの存立、または自由で民主的な秩序を脅かす危険を防止するために、あるラントは他の諸ラントの警察力を要請することができる。危険に脅かされているラントが自らその危険と戦う用意もそうする状態にもない場合には、連邦政府はそのラントの警察力及び他の諸ラントの警察力をその指揮下に置くことができる」と。Loeningは、「(二)でいう『連邦もしくはラントの存立または自由で民主的な秩序』を一般的かつ直接的に脅かす危険という要件が充足されているかどうかを確定する行為は統治行為であって、その確定に応じてなされる行政上の措置の対象となつた者は、その確定自体に対して直接にも付随的にも取消訴訟を提起することはできない」と考え、このことを「事柄の性質」と「権力分立」とから説明している。まず「事柄の性質」については、「国家の本質に固有の法則性 (Gesetzlichkeit)」特に、国家がその存立をめぐる戦い及び自らの生存の危険に対して自らを守る、

という国家が本来持っている生存法則 (Lebensgesetz) から統治行為を認めることが帰結するとされ、またそれ以上に、「権力分立」から直接導き出されるとされる。即ちこの「権力分立は、『行政裁判所が、国家にとつての生存の危険を確認すること、即ち、国家意思のおよそ存在する最高の表現をコントロールし場合によっては修正すること、またそのようにしてその実際の結果として直接の国家諸機関に代つて最高の国家意思を表現すること、しかもそれだけではなく単に個別事件のためにのみそれ故必然的に不十分なやり方で表現すること』を禁止する」のである。更に、外交上の行為にも、これと同じことがあてはまるとされている。

Loeningの統治行為論は、このように、統治行為と見なされる国家行為を極めて限定することによって基本法の法治国家及び一九条四項の一般概括条項との妥協点を探り、そのような統治行為を事柄の性質及び権力分立、とりわけ、後者が一九条四項に優先すること、<sup>(33)</sup> によって根拠づけようとするものであったと言える。

同様に、一九条四項の諸要件を満たしながらも行政裁判権に服さない統治行為というものを認めていると見なすことのできるの

は、Scheunerである。

ただ、彼の場合には、このような統治行為について行政裁判所の付随的審査権だけはこれを認めており、この点については、基本法上の法治主義としてより、具体的には基本法一九条四項の一般条項をより徹底させようとする意図がうかがえる。彼がこのような見解を展開したのは、一九五二年に発表された *Der Bereich der Regierung* の中である。これまでの統治行為論肯定説にあつては、司法審査権から除外されると考えられたのは確かに執行権の頂点としての *Regierung* (即ち国家元首、政府) の行為を中心としてはいたが、しかし、その他にもこの除外は、これら *Regierung* の行為と同様に高度に政治的なものや国家統率的なものとの見られる立法府の行為にも拡張された。その意味では、このような行為を *Regierungsakte* と名づけることは必ずしも必然性はなかったのである。事実、本稿の序章で既に述べたように、このような立法府の行為をも含めて、司法の審査から除かれる行為をより明確に示すものとしての *Hoheitsakte* の語が *Regierungsakte* の語と並んで無差別に、意識的あるいは無意識的に使われてきた。しかし、Scheuner は、このような用語の「不統一」を、権力分立、しかも、厳格な諸権力の分立、という意味ではなく諸

機能の分立という意味での権力分立、に基づいて、*Regierung* 及び、その *Regierung* の行為としての *Regierungsakte* を定義することによって回避している。そのことは、同時に、彼の統治行為論がこの意味での論理的整合性を持っていることにも繋がるものとなっている(それ故彼は、一貫して *Regierungsakte* という用語だけを使っている)。

さて、彼は、まず、「日常的活動、即ち、国家行為に関する法的に定められた委任や基準 (*Maßstäbe*) の実行、とりわけ、技術的なもの、地方的なもの、特別なものと個別的なもの」を *Verwaltung* に属するものと見なすのに対して、「*Regierung* の行為には、その内容に着目して、政治的決定、基本方針の設定、国家の一体性を作り出す国家の最高統率 (*Oberleitung*)」などが属すると考える。即ち、彼によれば、*Regierung* とは「政治的形成の領域」であり、また「政治的な国家統率を形成し、それに従事する領域」であつて、これを一言で言えば、「政治的国家統率」をする機能なのである。このような機能を担う主体は、立法部及び執行部の頂点としての *Regierung* である。<sup>(35)</sup> Scheuner は「たとえば、これらの主体による本来の憲法生活上の行為、外交、予算法を(狭義の) *Regierung* に属する領域として挙げているが、それ

以外にも、いくつかの箇所で Regierung に属する行為を列挙している。それらは時に重複し、また時には一方の列挙にあるものが他方には欠けているなどして、彼が Regierung と考える行為を網羅的に挙げるのはむずかしい。しかし、その中で比較的要約的かつ網羅的な列挙をしている叙述によれば、Regierung の領域に含まれる行為は、その内容的性質に従って次のような諸類型に分けられるとされる<sup>(37)</sup>（とはいえ、彼のいう Regierungskette をすべてここで挙げることは一紙幅の都合から一可能でもないし、また本稿の目的からしても必要でもない。従って、ここでは、各類型に含まれる行為の例示はその主要なものに留める）。

(a) 最高の国家机关の任免（たとえば、国家元首や首相の選出及びこれらの者に対する訴追・不信任投票・罷免）(b) 内政の領域に於ける国家統率上の行為（たとえば、政府の法案提出権と拒否権、『予算法』及び『暫定的な行政政策や経済政策上の目標設定の法律による確定』を通して立法部が Regierung に関与すること、政策の基本方針の決定、恩赦等）(c) 日常的な外交活動等、対外事項のうちで単に行政(Verwaltung)に属するもの、ではなく、国家全体を活動に導く外交行為（たとえば、外国や外国政府そして内戦の諸当事者などの承認、他国との戦争状態の存在の確認等）

(d) 非常事態法、換言すれば、例外権力 (Ausnahmegericht: 即ち、外的な脅威、内的不穏、非常事態、憲法停止などが生じた場合に、一時的になされる執行権への国家行為の集中) (e) 戦時に於ける軍事指揮上の一定の行為

このように列挙された統治行為に対する裁判所の審査権の範囲は、Schauer によれば、個々の国の「憲法制度のすべての部分に於けるその時々々の構造によって決まる<sup>(38)</sup>」とされる。この前提に基づいて Schauer は、まず、憲法裁判権について、「本来の憲法裁判権が存在するところ、即ち、国家統率行為が直接に裁判官の裁判の対象になる」西ドイツでは、憲法裁判権の領域に於ける司法から自由な統治行為は存在しない<sup>(40)</sup>としている。

次に行政裁判権については、彼は、一九条四項の一般条項はすべての行政行為を包含しこの行政行為の概念には大臣の行政上の決定が含まれるという。従って、大臣の行為であつてもそれが Verwaltung として位置づけられるものである限りは、一九条四項に服するのである。しかし、「国民に向けられたものではなく立法府あるいは他の機関に向けられた<sup>(41)</sup>」行為である統治行為はこの条項には服さない。即ち、同条項の『公権力』という表現は本来の Verwaltung の領域の行為だけを意味するとされる。この理

由を Schauer は、「そうでないとすれば、個人の権利の包括的保護の規定（即ち一九条四項―筆者）は、権利ではなく保護された利益に基づくものである憲法争訟を九三条を超えて通常裁判権に服させることになりうる」<sup>(42)</sup>からだと考える。ここで意味されているのは、統治行為は本来、国民に向けられたものではないので、通常は国民の権利を直接侵害することではなく、従って、大抵の場合行政裁判所の審査権に服するものではないが、たとえそれが国民の権利を直接に侵害する場合であっても、直接その統治行為に対して行政裁判所に取消訴訟をおこすことは許されないこと、また、直接統治行為に対しておこされる訴えは憲法上の争訟なのでありこれを一九条四項に基づいて行政裁判所に提起しうるとすることは、そのような争訟を連邦憲法裁判所に集中させている九三条に違反する、ということであろう。<sup>(44)</sup>

他方、Schauer は、統治行為についての行政裁判所による付随的審査はこれを認める。このことを彼は、「付随的審査が問題となつている限りでは、確かにイギリス・フランス・アメリカ法は一定の行為類型を審査から排除することによる裁判権の枠を持っているが、ドイツ法はそうではない。ドイツ法は、一般的に裁判官が付随的審査をする権限からいかなる国家行為をも奪わない」<sup>(45)</sup>

と説明している。

次に、行為の政治性などのあいまいなものに依拠している統治行為という概念を使うことそれ自体を否定し、これまで統治行為とされてきた行為は、統治行為という概念に依拠しなくてもそれ以外の理由から行政裁判所の審査権から除外されると考えるのは van Hiseu である。彼の見解は、憲法上の行為は列挙主義に従い、憲法に規定のある限りで憲法裁判所の審査に服し、行政法上の行為は基本法一九条四項の一般概括条項に服す、という原則に立ち返ってみれば、これまで統治行為とされてきた行為が行政裁判所の審査から除外されることは、この原則の適用から引き出されるのであって、統治行為というような不十分な概念を使う必要がない、というものである。

彼によれば、行政裁判権は国内行政にしか及ばず、従つて外交上の行為はその裁判権に服さず、国政上の行為は即ち憲法上の行為であり（この中には恩赦権も含まれ、またその恩赦権は、国家元首の典型的な国政上の機能とされる）、それは上述のように憲法裁判権に服するのであって行政裁判権の問題ではなく、また、軍事指揮権の行為もその性質からしてすべての国に於いて概念上行

政法とは別のものとみなされておりその行為に対しては出訴の途  
 が開かれていない。いわゆる統治行為とされるのはこれらの類型  
 の行為なのであるが、これらの行為がこのように最初から行政裁  
 判権に服さないものであり、また他方、これら以外の行為はすべ  
 て行政裁判所の審査に服するのであるから、結局行政裁判権に於い  
 ては『司法から自由な統治行為』というものは存在しない。<sup>(46)</sup>

以上が統治行為といわれる行為の行政裁判所による直接審査に  
 ついての彼の主張の骨子である。ここです、van Husen が行  
 為の性質から軍事指揮権の行為に対して行政裁判所の審査権を否  
 定したことに対しては、Eyer mann/Fröhler が Bachof にしたのと  
 同じ批判、即ち、『そのような行為の性質に基づいて行政裁判権  
 の審査権を否定するのが統治行為論なのだ』<sup>(47)</sup>という批判、がなさ  
 れうるであろう。この意味では、van Husen の統治行為概念否  
 定説は一貫性を欠くものである。次に生ずるのは、いわゆる統治  
 行為として行政裁判所の審査を排除すべきだと主張される行為の  
 すべてについて van Husen のいうような『他の理由からする解  
 決』がなされるのか、という疑問である。たとえば、彼の挙げ  
 る、外交上の行為の例としての領事の認可についていえば、外国  
 によって任命された名誉領事であるドイツ人が自らの認可をドイ

ッ連邦共和国に求めた事例で連邦行政裁判所が判示したように、  
 それは国際法上の問題であり、国内の行政裁判所への出訴の途は  
 確かに認められない。また、国法上の行為は通常、憲法上の争訟  
 を構成するだけであり従ってその限りでは行政裁判所の審査権に  
 服さないということも―本稿の序章及びそれ以外でもたびたび述  
 べたように―疑問がない。しかし、統治行為の問題は、今や、そ  
 のような裁判管轄からして明らかに行政裁判所の権限に服さない  
 (即ち、既に一九条四項の要件を満たさない) 行為の問題なのでは  
 ない。この問題は、基本法一九条四項の諸要件を満たすにもかか  
 わらず、従って、国際法上の問題として国内の裁判所の権限が否  
 定される行為とか連邦憲法裁判所の審査権に服す行為ではなく、  
 まさに行政裁判所の審査権が認められるための憲法上の要件が  
 (少くとも) 形式的に存在するにもかかわらず行政裁判所への出  
 訴の途が否定される行為の存在を認めるのかどうか、ということ  
 であるはずである。この問いに対しては、van Husen の見解は、  
 何も答えるものではない。蓋し、彼の見解は、このような問いを  
 予想して、この問いのような事態のないことを前提としてい  
 るからである。

一方ではこのように、いわゆる統治行為とされる行為について

それが統治行為であることを理由とする行政裁判所の審査権の排除を否定したこの van Husen は、しかし、他方で、それらの行為の行政裁判所による付随的審査権を次のように形式的審査に限定している。

「……(憲法上の)行為それ自体をこのように直接攻撃することとを別とすれば、たとえば、どこまで行政裁判所が憲法上の行為を付随的に審査しうるのかという問題が残っている。この問題については、『国家行為』というものはまず存在するのであり、その行為の存在がその行為について管轄する出訴の途によって排除されていない限り、あるいは、その行為が存在するとされるために必要な要件がその行為にたとえば欠けて(無効)いることのない限り、その行為の尊重が要求されうる」という一般原則が適用されねばならない。それ故、行政裁判所は、付随的に、単に、憲法上の行為が権限ある機関によって然るべき形式によってなされたのかどうかだけを審査でき、そのようになされた場合には行政裁判所は、その行為を受け入れなければならない。場合によっては存在する(その行為についての)法的な諸要件に、あるいはそれどころか、その行為の合目的性に立ち入ることは、行政裁判所には禁止されている<sup>(49)</sup>」。

しかし、van Husen のこの説明も余り説得的ではない。即ち、ここでは、van Husen はいわゆる行政行為の公定力を根拠として行政裁判所の付随的審査が更に限定されると考えているようであるが、行政行為の合目的性にまで立ち入ることができないことは、ともかく、行政裁判所の審査が形式的審査に留まるべきことは、公定力の理論からただちに導き出されるわけではないであろう。

以上のように、van Husen は、他の統治行為論肯定論者が統治行為と呼ぶ行為を特別扱いしその行為の行政裁判所による付随的審査を形式的審査に限定するのであるから、その見解も、結局は、統治行為論肯定説(それは、統治行為概念なき統治行為論、とても名づけられよう)に分類されうるであろう。

統治行為論を種々の観点から理論的に積極的に根拠づけようとする試みは、西ドイツではこの van Husen をもって終わつたようにみえる。ただ、かつて国法学者大会の報告で統治行為論を主張した Klein が、その後の上述の学説の展開を踏まえながらも、より明確に、彼が統治行為論を肯定する立場をとることを表明している<sup>(50)</sup>ので、それをみてみたい。

即ち、v. Mangoldの基本法コンメンタールを改訂したものであり、*re v. Mangold/Klein, Kommentar Bonner Grundgesetz, 1957, Bd.I.*に於て、彼は、統治行為論の問題を、「基本法一九条四項の）出訴の途の一般条項に反して出訴の途に服さない（いわゆる、裁判所の審査に服さない……）高権行為というものが、同条項の定める諸要件が存在するにもかかわらず同条項の法的帰結（即ち、出訴の途の保障—筆者）がそれらの行為に対して否定される」という意味で存在するのかどうか<sup>(51)</sup>という問題として設定し、Schneiderが統治行為であるとして挙げるリストをその観点から検討し、その後でなおかつ右の意味での統治行為として残るものとして次のような行為を挙げる。

- (一) 議会内に於ける決定—たとえば、(議員の) 免責特権の剝奪、議院の懲罰権 (Strafsgewalt) : たとえば会議からの排除)、調査委員会の決議、選挙審査—

(二) 国際法上の統治行為—たとえば、外交官の免責特権の剝奪—  
 についての決定及び外国人の引き渡しについての決定—<sup>(52)</sup>

しかし、ここでは、これらの行為が何故、基本法一九条四項の要件を満たす場合にも行政裁判所の審査から除外されるのかについては—かつての国法学者大会の報告での彼の見解を繰り返した

り修正したりする必要を認めなかったのか—何の説明もなされてない。

統治行為論の根拠づけの試みが van Husen で出尽した観があったことは前述したが、この Klein以降は、それにとどまらず、統治行為論肯定説は殆どみられなくなる<sup>(53)</sup>（これについては、次節参照）。

他方、おそらく Bachof 以来初めて否定説の立場から統治行為論に言及したのは、Schlochauerである。彼は、連邦行政裁判所法の公布及び新しい行政裁判所法の政府草案の公表をきっかけとして書いた一九五三年の論文の中でこの問題に触れ、行政裁判所法草案三八条の「行政法上の出訴の途は、明示的な権限配分によって他の裁判所の権限が規定されていない限りで、非憲法的種類のすべての公法上の争訟に於いて与えられる」という規定の解釈として次のようにいう<sup>(54)</sup>。

この行政裁判所への出訴の途を妨げるのは、原則としてラント或いは連邦の憲法裁判所の権限に属する憲法上の争訟の場合と、明示的に他の裁判所の管轄に委ねられている争訟の場合の二つだ



けである。ここで、憲法上の争訟と行政法上の争訟との区別は、争われている争訟問題が、国法の領域にあるか、行政法上の領域にあるのか、によって決まる。上述の例外を別とすれば、公法上のすべての争訟は、例外なく行政裁判権に服する。行政法の分野では、裁判所の審査に服さない高権行為という概念は存在しない。<sup>(36)</sup>

彼は、更に、「一般に司法審査に服しないと主張されている高権行為には、ある行為が行政裁判所の権限に服する行為であると見做される場合に必要となる狭義の行政 (Verwaltung im engen Sinne) による行為という要件が欠けている」として、以下のようないくつかの例を挙げている。

外国あるいは外国人—その外国人が異国に於ける滞在中にその国の行政法上の保護を受けない限りで—との関係の領域でなされた措置、軍事指揮権の行為(ただし、国民の権利領域を侵害する軍事行政の行為はこれに含まれない)、いわゆる統治行為(たとえば、連邦首相による政治の基本方針の決定、及び、恩赦・授勲などの大統領の行為、そして、議会の決定)。

Schlochauer のこのような例示は一見、一定の行為を定型的に行政裁判所の審査から除くかのようにである。しかし、彼が、それらの行為が司法審査に服さないこと (Injustizabiltät) をそれら

の行為が行政行為であるために必要な要件を充足しないことに求め、しかも、そのことが彼の挙げる(ある程度具体的な)例から是認されうること、また彼が、ある行為が行政行為としての要件を満たす限りでは例外なく(たとえば、Schneider や van Hussen のような付随的審査と直接的審査の間の裁判所の審査権の区別をすることなく)行政裁判所の審査権を認めること、からすれば(もちろん彼自身が言うようにそれが憲法上の争訟である場合や法律で明示的に他の裁判所の管轄とされている場合は除かれるが)、彼の見解は統治行為論否定説であると見なすことができる。

この考え方は、Bachof の見解と基本的に変わらないものと言える。そしてその Bachof がしたように、Schlochauer も(彼の場合、恩赦が行政裁判所の審査権から除かれるのは、恩赦が法外の行為であるからというのではなく、それが行政行為の要件を満たさないからという理由なのであり、そのことが、行政行為の要件を満たす場合にはこの恩赦も行政裁判権に服すると考える可能性を内包する点で、Bachof の一九五一年の見解より進んだものであり、以下で述べる Dirig の見解への橋渡しをするものである)恩赦を行政裁判所の審査権から除いている。

この恩赦をも含めて一九条四項の構成要件を満たす限りで例外なく公権力の行使が司法審査に服することを認めるといふ意味で統治行為論否定説を徹底させたのが、*Dürig*である。彼は一九五八年に出された *Mauz* との共著になる *コンメンタール* に於いて、基本法一九条四項に関する統治行為の問題とは、「出訴者が公権力の行使によって彼の権利を侵害されているにもかかわらずその権利保護を裁判所が拒否できる場合が存在するの<sup>(58)</sup>か」という問題であるとし、これを否定して次のように言う。

即ち、「統治行為とか司法審査に服さない高権行為などの概念に類型化される国家行為の大部分は、(それに対する)訴訟を提起することに於いては、一九条四項の意味での直接の権利侵害が最初から殆んど考えられない故に、実際上問題にならない。しかし、それにしても(いずれにしろ)一九条四項の構成要件が存在する限りでは、統治行為であっても司法審査に服する。(たとえば *Loening* や *Scheiner* がするように)一九条四項よりも権力分立が優先するという理由でも(上のことの)例外を作ることはできない。なぜなら、権力分立原理は、基本法に於いては—そしてまさに一九条四項によっても—九三条が示すごとく、第三権の地位を全く新しく高めることによって、広範に国政上の決定をコント

ロールさせることをも含めて裁判所に権力をコントロールさせるように形成されたものだからである<sup>(59)</sup>」と。

このような *Dürig* の徹底した統治行為論否定説は、その後の学説のほぼ共通した基本認識となり、通説を形成することになる。

以上、この第二期を全体としてみると、それは五一―五三年を頂点として激しく主張された(行政裁判権レベルでの)統治行為論が否定説による原則的批判に直面して急激に退潮していった過程ととらえることができるであろう。我が国で、この問題についての西ドイツの理論状況が紹介され、そこで統治行為論が西ドイツでは通説であると判断されたのは、ほぼ五四年から五八年にかけてであった。それは上述のようにまさに統治行為論が西ドイツで頂点に達した直後の時期であり、その意味で当時の我が国のこれらの研究がそう考えたのも無理からぬものがあつたと言えるであろう。

(1) 第八回国法学者大会は、一九四九年一月二〇・二一日に開かれ、他方、*Forshoff, Lehrbuch der Verwaltung* の第二版によれば、第一版の序文は一九四九年秋に書かれている。これだけの資料では、*Klein* の報告と *Forshoff* の行政

法教科書第一版（これは残念ながら入手できなかったので、本稿の叙述は第二版及びそれ以降の版に拠っている）との前後関係は確定できない。ただ、Kleinの報告の中でForsthoffへの言及もその引用もないので、もし同教科書が既に出版されていたならばKleinはそれに何らかの形で言及したであらうという推定から、本稿では、Kleinの報告を時間的に先のものとして扱った。

- (2) Forsthoff, a. a. O., S. 409.  
 (3) Ebd., S. 407.  
 (4) Ebd., S. 408 f.  
 (5) Ebd., S. 409 f.  
 (6) りのりふを Zeitler, a. a. O., S. 131, FN. 64. も指摘する。  
 (7) Schneider, a. a. O., S. 47.  
 (8) Ebd., S. 38 ff.  
 (9) Ebd., S. 42.  
 (10) Ebd., S. 42 f.  
 (11) Ebd., S. 43.  
 (12) りのりふを指摘するものとして、F. Schomburg, Der »gerichtsfreie Hoheitsakt« der auswärtigen Gewalt unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsrechtsschutzes und der Staatshaftung, 1973, S. 45.  
 (13) りの Schneider の新法に飛躍については、その余りの句

括その故に、統治行為論肯定説の側からも批判がある。s. H. Loening, Buchbesprechung, DVBl 1951, S. 775.

- (14) Herbert Krüger, Der Regierungsakt von den Gerichten, DöV 1950, S. 536.  
 (15) Ebd., S. 536 f.  
 (16) Ebd., S. 537.  
 (17) Ebd., S. 540.  
 (18) Ebd., S. 541.  
 (19) O. Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl., 1968, S. 25. りりり参照したのは、第二版であるが、内容上は一九五一年の第一版と変化がない。  
 (20) Ebd., S. 26.  
 (21) Ebd.  
 (22) K. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichen Arbeit, 4. Aufl., 1978, S. 27.  
 (23) Bachof, a. a. O., S. 26.  
 (24) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 8. Aufl., 1980, S. 263.  
 (25) Loening, Regierungsakte und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1951, S. 234.  
 (26) Ebd., S. 262.  
 (27) Krüger, a. a. O., S. 540.

- (32) Loening, a. a. O., S. 234 f.
- (33) Ebd., S. 237.
- (34) Ebd.
- (35) Ebd.
- (36) Ebd.
- (37) Ebd., S. 238.
- (38) 原文 (U. Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Festschrift für R. Smend zum 70. Geburtstag, 1962, S. 277.) では次のように記述されている。"....das Technische, Lokale, das Besondere und Einzelne,..." (これをさかんに訳すかは、むしろ重要ではないが、厳密を期すために、一応触れておく) この文章からは、この二つ四つのものを列挙しているのか、二つずつが組みになっているのか明確ではない。一方、本文のように訳出してはいた。
- (39) Ebd., S. 277 f.
- (40) Ebd., S. 276.
- (41) Ebd., S. 287 ff.
- (42) Ebd., S. 293.
- (43) Ebd., S. 293. u. vgl. auch S. 294 f.
- (44) Ebd., S. 294 f.
- (45) Ebd., S. 294. FN. 108.

- (44) しかし、Scheuner の見解の趣旨がこのようなことであるとすれば、彼が独自の見解として基本法 (即ち、その一九条四項と九三条) をこのように解釈することは別として、憲法上の争訟を行政裁判所の管轄から明文で除く当時の行政裁判所法二二条 (そして現在の行政裁判所法四〇条) の規定を前提とするれば、憲法上の争訟と理解された、個人の権利を直接侵害する統治行為を直接対象とする訴えは、それ以上の説明を要することはない (従って、統治行為論を構成するまでもなく) この規定の適用によって行政裁判所の審査権から除かれるであろうこととなる。Scheuner のこの論文は、雄川教授も指摘する (『統治行為論』①、国家学会雑誌七〇巻一・二号五一頁) ように全体に (曖昧というよりも、むしろ) 明快さを欠く上に特にこの点では彼の見解が明確には示されていない。従って、ここでは、筆者の推論の前提に誤りがある可能性は留保しておきたい。
- (45) Scheuner, a. a. O., S. 294.
- (46) P. van Husen, Gibt es in der Verwaltungsgeschichte justizfreie Regierungsakte?, DVBl 1963, S. 71.
- (47) Eyermann/Fröhler, a. a. O., S. 263.
- (48) Urteil des BVerwG. vom 12. 10. 1962, DVBl 1963, S. 728 f.
- (49) van Husen, a. a. O., S. 71.
- (50) 従って、この点では、付随的審査に何らの限定もつけな

- 5) Scheuner の場合と比較して van Husen の見解は後述して見る。
- (15) v. Mangoldt/Klein, Kommentar, Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, S. 576.
- (16) Ebd., S. 576f.
- (17) van Husen, a. a. O., S. 70ff. 以下は、Middelhaufe, Der öffentliche Dienst, 1952, S. 185ff. の「統治行為論を肯定し、公共の福祉とか急迫の危険とかいう要件は、司法審査に服さない行為として行政裁判所の審査に服さず、行政庁がこの存在を肯定した場合、行政裁判所はそれについてはもはや審査せずにそれを受忍しなければならない」と考えているところ。 van Husen 自身は、「この問題は統治行為の問題とは何の関係もない不確定概念の問題だ」と見なし、今日の判例上不確定概念が裁判所の審査に服すことは確定したことだ」として批判している。
- (18) van Husen 論文以後 Klein のこの主張までの間の一九五五年に、H. Rumpf が Regierungskette im Rechtsstaat を書いている。この論文を紹介する金子宏「ルンペン『法治国における統治行為』」国家学会雑誌七一巻四号一〇六頁以下（一九五七年）によれば、同論文は英・仏法に関する比較法的研究であるが、その序説に於いてドイツの統治行為の問題に言及し、さしあたり Schneider の見解に賛成している、といわれている。

- (19) H. J. Schlochauer, Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgewaltbarkeit, AöR, Bd. 79 (1953), S. 189.
- (20) Ebd., S. 190ff.
- (21) Ebd., S. 192.
- (22) Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Art. 19 W. Rdnr. 23. (Dürig が一九五八年に書いた一九九条の部分は現在でも改訂されていない)
- (23) Ebd., Rdnr. 24.

### 第三節 第三期—Dürig 以後現在まで—

以上の第二節までの叙述に於いては統治行為論に関する学説の Dürig に至るまでの変遷がたどられた。そこでは、この時期までに、肯定説の側ではその立論のバリエーションがほぼ出尽くし他方否定説に於いてはその立場が徹底された、ということができるところが確認された。本節では、これら統治行為論肯・否定説が、その後現在までどのように継承されているのかを見てみたい。従って、以下では、学説に於けるその後の諸見解を肯定説と否定説に分けて検討する。その際、この両説の区別は、一前節までに於けると同様—基本法一九条四項の諸要件を満たすにもかかわらず特

定の国家行為が、(それが) いわゆる統治行為であるゆえに行政裁判所の審査権から除外される、ということ肯定するか否か、という基準に従つてなされる。

〔統治行為論肯定説〕

第三期に於いてこの意味での肯定説を新たに(後述するよう  
に、その立論に於いては特に目新しいところはないが)主張して  
いるのは、Steinberger<sup>(1)</sup> だけのようである。他方、Schneider や  
(あまふは)Forshoff の主張を引用しそれに同調する Eyermann/  
Frohler<sup>(2)</sup> 及び Redeker/von Ortzen<sup>(3)</sup> は、第二期に於いて既に表明  
した彼らの統治行為論肯定の立場を依然として維持している。こ  
の三つの例を除いては、この第三期に於いて統治行為論を主張す  
る論者はみられない。

以下で、これらの論者の主張を検討する。

まず Steinberger の見解であるが、それは、西ドイツが西ド  
イツ人であるバイエルン駐在コロンビア名誉領事の認可を拒否し  
たことに對して、同領事が当該拒否の違法確認を求めて行政裁判

所に出訴した事件に関連して、外交行為について統治行為論を主  
張するものである。

彼は、法治主義をとる諸外国ではいわゆる統治行為とされるも  
のを裁量行為と見做すことによつて統治行為の妥当領域を限定し  
ようとする傾向があるがそれにもかかわらずそのような国に於い  
ても外交行為は依然として統治行為とされている、とし、これら  
の国々と同様西ドイツでもこの外交行為を統治行為として行政裁  
判所(従つて、ここでは憲法裁判所は含まれていない)の審査権  
から除く理由がある、と考える。それは、即ち、外交上の行為に  
ついての決定が国家全体に与える政治的影響を裁判所は予測しえ  
ず、従つて裁判所は自らの決定に責任を負いえない(Steinberger  
は、「領事関係の領域でも高度に政治的緊張が展開しようという  
ことは、過去の諸々の事例が明らかにしている」とまでいってい  
る)からであり、また、このような責任は本来、外交領域に於ける  
重要なすべての要因を評価する能力を唯一持つており政治的  
に責任を負いうる最高の国家機関が負うべきであるからである。<sup>(5)</sup>  
Steinberger は、以上の前提にたつて、基本法一九条四項を解釈  
し、同条のいう「公権力」の概念が、執行権による法定立行為を  
も含めた最広義での法律の執行に限定されるべきであり、直接に

憲法あるいは国際法によって規律されている最高国家機関の行為はこの概念から除かれるべきだ、と考える<sup>(6)</sup>。

外交上の行為が一十九条四項の「公権力の行使」に該当しないとする<sup>(7)</sup>こと以外には主張の實質的内容に特に新しいところのないこの見解の中で目を引くのは、対象を領事関係にまで拡大する彼の統治行為論の広範さである。しかし、このような彼の見解は、司法審査から除かれる統治行為の範囲を—少くとも—限定的に解釈する方向に進んできた学説のそれまでの流れを再び逆戻りさせるものだったのであり、また、「現代の国家世界 (Statenwelt) に於いて、犯罪人引き渡しについての決定、認可を与えることを求める訴え……は、大多数の純粹に国内的な行政行為と同様、日常の行為 (Routineakte) になった」とまで言われる西ドイツの今日の法状況の下では受け入れられ難いであろう。

アメリカ占領地域の諸々の行政裁判所法のコンメンタールであった一九五〇年の *Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar* に於いては、*Eyermann/Föhler* は、統治行為を単なる執行機能である行政の行為と區別し「国民に対して直接向けられることなく国家の存続と生活のために配慮し、外に向つては他の国家構成体と

の關係を規律し、内に向つては国家装置が機能するのを維持する<sup>(8)</sup>」ものと定義し、このようなものとしての統治行為は行政行為の概念に含まれず、従つてこれに対して取消訴訟を提起することができない、と考へた。そこでは、このような統治行為の例として、執行部の諸機関 (*Vollzugsorgane*) の任命と立法や行政 (*Verwaltung*) に於ける基本方針の決定そして選挙が挙げられている。

しかし、これらの行為は、通常は、やはり、行政行為であるいは、基本法一九条四項の要件を満たしえないものであり、従つてこの一九五〇年のコンメンタールでは、この要件を満たすにもかかわらず統治行為であるが故に行政裁判権の審査から除かれる行為、<sup>(9)</sup> というものを彼らが認めているのかどうか、必ずしも断定しがたかった。しかし、新しい行政裁判所法のコンメンタールである一九六〇年の *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar* の第一版では、彼らは、第二節で述べたような学説の展開を反映して、「多くの統治行為は、既にそれがその内容上何ら行政行為ではないという理由からして、特に、それらの行為が個々の事項を規律することを目的とするものではないという理由からして、取消訴訟をもつて攻撃されえない」ということはこれを肯定した上で、「それでもなおかつ、行政行為の諸要件を満たすにもかかわらず

裁判所の審査から奪われまた奪われなければならない高権行為が存在する、ということとは承認されなければならない<sup>(10)</sup>」といい、その統治行為論肯定説をより、明確にするに至った。しかし、一後述するように一判例が統治行為論を否定しており統治行為として裁判所の審査から除かれる国家行為を具体的に挙げることが困難であるという理由からか、彼らは、このコメントルではどのような国家行為がこのような統治行為に該当するのかについて何ら具体例を挙げず、また、このような統治行為の存在の根拠についても Forsthoft のいう『司法の本質』論に同調するに留まる。即ち、彼らは次のようにいう。

「統治行為として理解されるべきなのは、その性質からして裁判所の審査を免れる統治行為だけである。そのように考えると、この見解は、基本法一九条四項にも反しない。なぜなら、性質上裁判所の審査に服しえないもの（の審査―筆者）を、立法者は、裁判所に義務づけようとは望まないし、また望むこともできなかったからである。しかし、このような限界を個々の場合に見出すことは困難であろう。なぜなら、このような限界は、裁判所が……国家制度全体に対するその裁判所の判決の意味を考慮するとその判決から生ずる責任をもちや負いえないところに存在する

からだ」と。

Eyermann/Forsthoft のこのような見解は、このコメントルの第八版（一九八〇年）でも維持されている<sup>(11)</sup>。しかし、一九条四項の諸要件を満たしながらも裁判所の審査に服さない統治行為というものを具体的に挙げえないこの Eyermann/Forsthoft の見解は、単にそのような行為が存在する抽象的、可能性を開けておくためのもののようにも見える。そのように考えることができるとすれば、この Eyermann/Forsthoft の見解を統治行為論肯定説と見做すこと（とはいえ、抽象的であれ上述の可能性を彼らが認める故に、その見解は肯定説に分類されるのであるが……）は疑問と言えるかもしれない。

これに対して、統治行為論肯定説に大きな影響を与え、また、「裁判所が現実はこの（司法審査に服さない高権）行為を放棄しうるかどうかは、最後まで待つて（abwarten）みなければわからない<sup>(13)</sup>」として自ら主張する統治行為論が判例に於いて採用されることを望んでいた Forsthoft は、結局彼の前述の行政法教科書の第九版からは、統治行為の項を削除してしまった。このことについて Zeiler は、「これは、もちろん著者の見解の変化に帰着させ



られるべきではなく、権利保護に関する章が紙幅上の理由で犠牲にされた<sup>(14)</sup>からである」と説明する。しかし、たとえそれが一つの理由であるとしても、そのこと他に、Forshoffが『学説・判例の統治行為論否定説の立場がいまや不動のものとなっており、もはや彼が肯定説を主張することには意味が認められない』と自ら考えたからだ、ということはいいえるのではあるまいか。

このようなForshoffの変化を考慮したのか、統治行為論を肯定しそれについてのコメントの大部分をForshoffの引用に費しているRedeker/von Ortzenは、かつてはそのForshoffの名前を本文でも明示していたのであるが、一九八一年の第七版<sup>(16)</sup>では、引用の部分はほぼそのままにしながらも彼の名前をものはどこにも示していない。しかし、いずれにしろ、このRedeker/von Ortzenが、現在でも統治行為論肯定説を維持している論者の数少ない例の一つであることには変りない。

結局、この第三期に於いては、統治行為論肯定説（＝肯定説を現在でも維持しているもの）としては以上の三つの例、即ち、Steinberger, Eyermann/Fröhler, Redeker/von Ortzen、だけ

が目につくのみであり、従って、この肯定説は少数説といえよう。しかも、これまで検討したように、これらの見解さえも、その理論的説得力や影響力を今や殆ど持っていないといつてよい。

〔統治行為論否定説〕

他方、統治行為論否定説をとっているのは、Lorenz,<sup>(18)</sup> Schomburg,<sup>(19)</sup> Zeiler,<sup>(20)</sup> Ule,<sup>(21)</sup> Wolf/Bachof,<sup>(22)</sup> Schunck/De Clerck,<sup>(23)</sup> Stern<sup>(24)</sup> など数あり、これは現在の通説である。肯定説については、一既述のように―その根拠・統治行為とされる行為の範囲・裁判所の審査権の及ぶ程度、などの点で各論者の間に相異があり、それらを紹介した検討するために、これまで、その個々のものを比較的詳細に叙述した。しかし、否定説に属する各論者の間には一叙述の仕方にも多少の相異はあれ―その見解の基本的内容に一致が見られるので、以下では、各論者を個別的に取り上げるのではなく、これを要約的に、従って各論点（統治行為論批判としての否定説の性格からして必然的に、その論点は統治行為論肯定説の立論の根拠に対する批判がその中心を占めることになる）ごとに述べるこ

ととしたい。ただ、その際、この否定説の考え方の骨子は、これを既にこれまでの（特に、Bachof及びDirigの見解の）説明の中で紹介してあるので、ここでは原則として繰り返さないことにしたい。とはいえ、叙述の都合から、以下に述べることはそれと部分的には重複せざるをえないであろう。

さて、既述のように、行政裁判権レベルでの統治行為論否定説とは、この統治行為論の問題を基本法一九条四項の出訴の途の保障の解釈問題としてとらえ、ある公権力の行使が同条項の諸要件を満たす場合には高度の政治性・三権分立その他いかなる理由をもってする例外をも認めることなくその公権力の行使たる行為に對する出訴の途を認める見解である、ということが出来る。ここで、一九条四項の出訴の途の保障は、公権力によって権利を侵害された者がその権利侵害を理由として出訴に及んだ場合裁判所はその訴えに門戸を開かなければならず、それを不適法（unzulässig）として斥けてはならないという内容を持つものであるから、その保障は、直接には、一統治行為についていえば一統治行為とされる公権力行使そのものが訴えの直接の対象である場合の出訴の途の保障である。統治行為論否定説が、まず、この意味での出訴の途の保障についていわゆる統治行為をその例外と見做さ

ないことは明らかである。ところで、いわゆる統治行為による個人の権利侵害を直接訴えの対象として出訴することが許されるのかというこの問題と、他の訴えの裁判所による審査の際（従って、訴えそのものの適法性（Zulässigkeit）は認めた後で）前提問題として、付随的に、いわゆる統治行為としての性質をもつ行為を裁判所が審査しうるか否か<sup>(26)</sup>という問題とは、概念上一応区別することができる。従って、一九条四項については、その解釈として、同条項は統治行為によって直接に権利を侵害された者の、その統治行為を訴えの対象とする出訴の途はこれを保障しているが、統治行為の付随的審査をも裁判所に義務づけるものではない<sup>(27)</sup>という見解が主張される余地がある。事実、van Husenは、この考え方に立って、統治行為についての裁判所の審査を付随的審査に限定している。しかし、van Husenと同様に統治行為論を肯定しながらも、Scheunerは、行政裁判所による付随的審査には限界がないと考えている。統治行為論肯定説に於いては、この二人以外には、付随的審査に言及する者はない。しかし、前節まで見てきた立論の趣旨からすれば、他の論者は、付随的審査をも否定していると見られる。

それに対して否定説の中では、唯一Dirigだけが、法律によ

って付随的審査権が限定される場合がありうることに言及しているが、しかし、それもいわゆる統治行為とされる行為に対する付随的審査権をそれが統治行為であるという理由で限定するというものではない。彼以外の他の統治行為論否定論者で、いわゆる統治行為の付随的審査に言及する者は見あたらない。その理由は、おそらく次のことによるのであろう。即ち、まず、統治行為論否定説が、一定の国家行為をその何らかの特別な性質を理由に基本法一九条四項の出訴の途の保障から除こうとするものである。統治行為論を否定するものである以上、そのようなものである否定説は、論理的には、やはり特定の国家行為の特別視を前提とする付随的審査の限定論とは矛盾する。従って、否定説が付随的審査についても限定論をとらないことは、通常は自明と考えられ、特にそれを否定するのではない限りは付随的審査に言及する必要があるということである。そして、次に、統治行為論が「統治行為の付随的審査の問題をも含めて」裁判所によって採用されなかった故に、否定説の側には付随的審査の問題にまで立ち入って自らの見解を根拠づける必要がなかったということが挙げられるであろう。このように考えることができる。とすれば、そのことから、否定説は一般にいわゆるこの統治行為とされる行為に対する裁判所

の付随的審査をも限定していない、と結論づけることができるであろう。

以上で、いわゆる統治行為とされるものの行政裁判所による直接・間接的審査についての統治行為論否定説の立場を検討した。

次に肯定説の挙げる種々の論拠に対する否定説の側からなされる批判（既述したものは除く）を見てみたい。

#### 統治行為の政治性について

いわゆる統治行為が裁判所の審査権に服さないことの肯定説による根拠づけには、多かれ少なかれ、その行為の政治的性格あるいは、国政上の利益と結びついた高度の政治性が持ち出される。このことに対しては、政治性は、あらゆる国家行為に付随するものであり、従って、統治行為を他の行為から区別する基準として<sup>(28)</sup>は適当ではなく、また、他方、政治的行為も法的に限界づけられるのであってこれを裁判権に服させるかどうかはその時々の実定法の問題である、<sup>(29)</sup>という観点から否定説は次のように考えている。

いわゆる統治行為に於いては、政治性は特に強いとされるが、

しかし、その政治性を理由として統治行為に対する裁判所の審査権を排除することは、憲法裁判権—ここでは、ナチスの時代の経験に鑑み、憲法裁判所は憲法の番人として、まさに政治的問題をそれが法的争訟である限り審査する—をも規定する基本法上の裁判制度に於いては許されない<sup>(31)</sup>。「司法国家的要素を持つ基本法上の法治国家の保障の目的は、法が—執行部によって決定された—政治的意思の激しさに屈しななければならないということを防ぐことでもある<sup>(32)</sup>」のである。

このような考え方に立って、否定説によって更に、次のように言われる。

「政治的な内容を理由として *Hohheitsakte* が裁判所の審査から自由であることを主張する場合、その主張は、通常、裁判所の審査が許されるかどうか (*Zulässigkeit*) とその審査の強度とを取り違えていることによる。この強度はもちろん与えられた (特に、政治的な) 裁量の範囲が広げられるにつれて必然的に減少する<sup>(33)</sup> (が) しかし、*Zulässigkeit* そのものは否定されない—筆者」と。

統治行為についての決定が裁判所に政治的負担を負わせることになるということ、及び、それゆえ裁判所は統治行為に対する

決定を自制すべきだということ

戦後逸早くこのような論拠を持ち出したのは *Fonsthoff*<sup>(34)</sup> であり、その後 *Schneider* が更に詳細に根拠づけ<sup>(35)</sup>、現在では *Redeker/von Oertzen*<sup>(36)</sup> などがそれに同調する。

このことについてはたとえば、*Schönburg* は、確かにこのような「決定が、裁判官に政治的負担を負わせることになりうるが、(たとえ、そのようなことになっても、そのことは基本法上の) 制度に反するというわけではない」と批判し、その理由を次のように説明する。

「このような負担を負うことがあるにもかかわらず裁判官が裁判をするという彼の任務に従うことができるということは、法律にのみ拘束されるという (原則) (基本法九二条、九七条、一〇一条一項二段) の下で裁判官の独立が保障されていることの理由の一つなのである。…争訟に於いて争われている高権行為が法規範に服する限りでは、裁判官は場合によっては生じうる政治的影響を考慮せずに裁判する任務を負っている。なぜなら、裁判所は、与えられた権限から出発しなければならなかったのであって、裁判所が憲法上の問題をいかに判断するかどうかは国家あるいは国民 (*Nation*) の死活問題についての決定が結果としてかかわり

うる形で形成すること」が憲法政策上合目的かどうかを裁判所は決定してはならないからである。裁判官は、賢明な『自己抑制』という名目で、自らの権限を勝手に処理することはできない」と。(38)

諸外国や西ドイツの法伝統は統治行為論肯定説の論拠になるの  
かどうかということ

このことについては—既述のように—Ipen は、「統治行為論を認めないとすれば」そのことは、国際的に知られており、また数百年来の古い法伝統から育ってきた裁判権からの政治的執行権の免責を解除することになり、また政治的なるものの特権についての英米法の（法）原則をさえも超えるものとなる」といい、また、Forshoff は、「一定の領域の高権行為が、司法審査に服さないということについてはいかなる時代にも意見の相異は存在しなかった」と(40)いっている。このような主張に対して否定説は、基本法一九条四項の権利保障はワイマール憲法のそれよりはるかに進んだ権利保障として、また第三帝国時代に於ける、広義の国事裁判権の広範な排除と裁判権以外の権力の跳梁との弁証法的発展として扱えられるべきであるという立場から(41)「ナチ時代の裁判実務を否定的に学ぶ」という観点から、「政治の領域」

を裁判所の審査権から除外するために、存在すると主張される(その実、存在しない)法伝統を維持するという意味で、この一般条項を制限的に解釈することはできない」と批判している。更には、「一九条四項の出訴の途の保障のこのような進歩的性格は、それ以上に、比較法に支えられた解釈からその限りでその基盤を奪う」のである。(44)

一九条四項のいくつかの例外を基本法自体が定めてい  
る統治行為論についての一般理論を基本法体系上根拠づけるこ  
とができるか

これを主張するのはSchneiderである。彼は基本法八四条五項、八五条三項、八一条二項、一一二条、一一三条、四四條四項(45)七二条二項、一一九条一項を例示し、これらの「憲法諸条項の文言あるいはその関連から、高権行為の裁判所及び憲法裁判所による審査を(基本法が)排除しているということ」(46)導き出し、「そのことから、他の事例についても同じことが事柄の性質上帰結する」と考えている。(47)

しかし、彼自身「ボン憲法は、時として、その(文言の)表現のしかたからして、同憲法が疑義ある政治的に重要な問題の決定を

国家統率に責任を負う統治機関に排他的に委ねることを望んでいる、と理解させる<sup>(48)</sup>と、表現しているように、これらの条項(明文で裁判所の審査権を排除する四四条四項を除いて)が、裁判所の審査を排除する規定であるというのは彼の理解であって、これらは、基本法が明文で裁判所の審査権を否定している規定ではない。これらの規定は、むしろ、一般に、当該事項についての立法者や政府(執行部)の裁量を認めるもの、と見做されている。

他方、基本法は、四四条四項の他に、(Schneider はこれに言及していないが)明文で裁判所の審査権を排除しているものとして、一〇条二項二段、一三一条、一三九条を規定している。即ち、一〇条二項二段は、国家あるいは憲法保護上の理由から信書の秘密等を制限することが必要な場合、裁判所への出訴の途に代えて議会にコントロールさせることができることを定めている。また四四条四項一段の規定によれば、連邦議会の調査委員会の決議について、その決議によって一九条四項の意味での公権力による権利侵害がなされた場合であってもそれに対する裁判所の審査が排除されるとされる。更に、一三一条は、ナチによって政治的理由から追放された公務員等の請求権を実体法上、一時、停止させておこうとするもので出訴の途を排除するという意味での訴訟法上

の規定ではない。また更に、一三九条は、非ナチ化のための措置が基本法に抵触する場合でも裁判所の審査から除かれることを定めるもので、これは一九条四項の例外である。

このように、— Schönbarg によれば— 明文で裁判所の審査権を排除している基本法上の規定を検討して得られることは、まず第一に、一三一、一三九条が政治的大変動から生じた過渡的規定を内容としており、既にその過渡性からして、それらの規定が統治行為論の一般理論を憲法体系上根拠づけるものではない<sup>(49)</sup>ということである。更に、上記の四つの規定すべてについて言えることは、確かに、それらは個別に裁判所の審査に服さない公権力の行為を認めてはいるが、そこには何らの共通なメルクマールが存在せず、また、いわゆる統治行為とされる行為の中の主要な行為はこれらの規定に含まれる行為には該当しない<sup>(50)</sup>ということである。

従って、以上のことから、この問題について結論として得られることは、— 否定説によれば— 基本法制定者が意図したのは、一九条四項の例外としての公権力の措置はこれを個別的かつ明示的に規定し、それ以外の例外は認めない<sup>(51)</sup>、ということ<sup>(52)</sup>なのである。

個人の権利保護の必要は、それに優先する国家利益の陰に後退

しなげなければならないのか

統治行為論肯定説は、多かれ少なかれこの疑問の肯定的考慮を背景にしているが、この疑問を明示的に提起するのは Forsthoff<sup>(53)</sup>である。しかし、Schomburg によれば、この問いは次の三つの観点から否定される。まずその一つは、国家と個人の利益のどちらが優先されるのかについての比較衡量は、法の規定から出てくることであり、それを一九条四項について具体的に見ると、同条項は個人の権利がまさに執行部の定める国家利益の陰に隠されてしまわないことを保障するものである、という批判である<sup>(54)</sup>。

次に、個人の権利保護機能と並んで一九条四項が持っているもう一つの機能が指摘される。即ち、同条項によって裁判所は国家諸組織による行政が法律に従っているかどうかをコントロールする機能(Schomburg によれば、ここに特別の国家利益が存在するとされる。従って、彼は一九条四項に客観的憲法保障をも見てい<sup>(55)</sup>る)をも持つのである。裁判所は、この機能の行使として違法の行為を破棄することによって、国家諸機関が法律に反して行動することを阻止し国家の一体性を維持再形成する。従って、一九条四項のこのような国家の側の利益をも保障する側面を見ずに、同条項の問題を個人の利益と国家の利益との対立として設定するこ

とは許され<sup>(56)</sup>ない、とされるのである。

更に、「自由で民主的な憲法国家では、国家理性と市民の自由な領域とは何ら憲法上対立しない<sup>(57)</sup>」ことが指摘される。即ち、そのような国家の憲法秩序に於いて重要なことは、「精神的な合理的価値をまもることであ<sup>(58)</sup>り、その秩序自体が「憲法上の自由、市民的自由、そして基本権を維持することをも含む場合には、(国家利益を個人の利益に優先させるという形で)それらの自由を維持するためにそれらの自由を抑圧するとすれば、それはパラドクスなのである<sup>(59)</sup>」と。

連邦憲法裁判所法九三条二項の規定する「出訴の途が開かれていないその他の高権行為」という文言は、いわゆる統治行為をさすものか

Geibel がこのことを肯定するといわれるし、<sup>(60)</sup>また我が国でもこれを主張したのは、山田(準)教授であった。

さて、この二項は、判決に対する憲法異議の出訴期間を定める一項に続いて、「憲法異議は、それが法律あるいは出訴の途が開かれていないその他の高権行為に対して提起されたものである場合には、当該法律の施行あるいはその高権行為の実行後一年以内

に限りこれを提起することができる」と規定する。山田教授は、この「裁判所への出訴の認められないその他の高権行為」がいわゆる統治行為を意味すると考え、そのような行為を肯定することの「明文」の法律の規定が、基本法一九条四項の存在にもかかわらずその例外としてその条項に服さない高権行為が存在することを前提としていること（従って、彼によれば、この規定によってはじめてそのような行為が認められるのではない）を主張するのである。ここで、この主張の内容をもう少し詳しく見てみたい。

即ち、彼は次のように言う。

「この第二項の規定は裁判所への出訴を認めない『その他の高権行為』なるものを明かに認めておる。憲法訴訟は、公の権力によって権利を侵害された者の提起する訴であるから、明かに憲法一九条四項に規定する公権行為と一致する。只異なるのはその行為によって侵害された権利が基本的人権その他であるかないかにある。一九条四項に例外が認められない限り凡ての権利を侵害する公権上の行為は司法審査が許されるから凡ての憲法訴訟は司法裁判所の審査を受けた上でその最終判決に不服がある場合にのみ出訴が許さるべきである。然るに連邦憲法裁判法は上述の通りその九三条二項によれば法律若しくはその他の高権行為にして司

法裁判所への出訴を認めないものは直に憲法訴訟の提起が認められておる。これは明かに概括条項に拘らず一般司法裁判所の審査を受けない高権行為の存在を法律で認めるものといわなくてはならない。これは概括条項に拘らず司法審査を受けない高権行為を認める説に取っては、法がそれを認めておるといっているのであるから、重大な理由となるものと思う。然るにドイツの学説でこの点にふれるものがないのはどうしたことであろう。不思議というより外はない。併し連邦憲法裁判法九三条二項の規定によって除外するものではない。この規定は司法審査の除外されておる高権行為の存在を前提としておる。司法審査を受けない高権行為なるものがこの規定の以前に存在しておる。この存在する行為が、憲法訴訟の対象となる場合には、裁判所の判決を受けないで直に事件を連邦憲法裁判所に提起すべきことを定めておるものである。然らば如何なる行為が概括条項に拘らず、司法審査を受けないか。司法審査を受けるのは原則としては処分であつて法を含まないから法律を外にしては命令などが問題となると思われけれどもドイツの行政裁判法は命令に対してはその審査の権が明文をもって認められておるので、……九三条二項の司法審査を受けない『その他の高権行為』の中に入らないことは明かである。……そうす



れば同条にある『裁判所への出訴を認めない……その他の高権行為』は所謂統治行為の外には想像できない。これは概括条項が認められた以上今日は統治行為はあり得ないとする説に対しては非常な反省を要求する規定ではあるまいか。ドイツにおいては統治行為（司法審査を受けない高権行為）の存在は法律によって認められておるといえる<sup>(61)</sup>。

この主張においては、まず二つの点、即ち、『憲法異議に於いては基本権（いわゆる手続的基本権といわれるものを含む）侵害が要件とされているのに対して、一九条四項に於ては、単なる基本権侵害のみならずすべての権利侵害が問題となるということ<sup>(62)</sup>』、また、『その他の高権行為』とは、後述のように、法律より下位の法規範と解されており、一九七六年の行政裁判所法四七条の改正によって、このような規範に対する訴えの行政裁判所への出訴が義務づけられ、従って通常はこの出訴の途が尽くされた後に憲法異議の提起が許されると考えられていること<sup>(64)</sup>、という点に於いて現在修正されねばならない。次に、ここでの中心問題である「出訴の途が開かれていないその他の高権行為」の解釈の問題であるが、この規定は西ドイツでは一般に、いわゆる統治行為を認めることを前提にした規定とは解されていない。これは、単に、「連邦

憲法裁判所法九三条一項の意味での判決と見なされない高権行為、……とりわけ、形式的意味での法律の序列をもたない一般的規範、特に法規命令<sup>(65)</sup>、規則、Verwaltungによるその他の実質的法規<sup>(66)</sup>であるときれる。しかもその際、「一定の高権行為（特に、統治行為）が司法審査に服さない（Nichtjustizialität）」という原則は、連邦憲法裁判所法九三条二項とは関係がない<sup>(67)</sup>と明言されるのである。このことは次のように説明される。即ち、この九三条二項を基本法一九条四項との関係で解釈する場合、九三条二項の「出訴の途が開かれていないその他の高権行為」が執行府の行為（ここでは特に統治行為）をさすと考えるとすればその場合、そのような行為とは一九条四項の要件を満たさない故にそれに対して「出訴の途が開かれていない行為」である、ということになる。しかし、その場合は、連邦憲法裁判所法九〇条が憲法異議提起のために規定する要件（個人が公権力によってその基本権（あるいは手続的基本権）が侵害されている、という要件）が欠けることになり、それ故、この「その他の高権行為」に対しては最初から憲法異議を提起することができず、結局、この文言は意味のないものになってしまう。従ってこの文言を、それが意味を持つように解釈するとすれば、この文言の前に規定されている「法

律」と同様、立法府の行為である」として解釈すべきなう。即ち「その他の高権行為」という立法行為とは「法律」に該当しないがしかし実質的に法規 (Rechtsätze) であるもの」ということになる。<sup>(8)</sup>

以上で、統治行為論肯定説に対して否定説からなされる批判の検討を終る。

行政裁判権レベルでの統治行為論についていえば、現在、否定説が通説であり、他方、肯定説の影響力はもはや殆どない。多少極論のきらいはあるが、統治行為論の現状を表わしているのは、次のような Lorenz の言葉であろう。

「裁判所の審査に服さない高権行為」という概念は、余計なものであり、この概念によって表現される問題提起は見かけだけの（従って、存在しない）問題 (Scheinproblem) である<sup>(9)</sup>。

- (1) H. Steinberger, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 12.10.1962, DVBl 1963, S.729ff.
- (2) Eyermann/Fröhler, a. a. O., S.262ff.
- (3) Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung,

Kommentar, 7. Aufl., 1981, S.167f.

(4) Steinberger, a. a. O., S.729.

(5) 以上の立場を立てて Steinberger (ゆなみに、彼は「現在では連邦憲法裁判所の判事である」) は「本件の事例については、原告の主張は一連邦行政裁判所がしたような一、原告は認可等を求める主観的権利を持つものではない」という理由によってはなく、領事の認可が統治行為であることを理由で「却下されるべきであった (Ebd., S.730)」と考えている。

(6) Ebd., S.729f.

(7) F. C. Zeidler, Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag, 1974, S.133.

(8) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, 1950, S.67.

(9) Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 1. Aufl., 1960, S.178.

(10) Ebd.

(11) Ebd., S.179.

(12) Eyermann/Fröhler, a. a. O., 8. Aufl., 1980, S.263f.

(13) Forsthoft, a. a. O., 8. Aufl., 1961, S.468, FN. 3.

(14) Zeidler, a. a. O., S.129, FN. 57.

(15) Redeker/von Oertzen, a. a. O., 2. Aufl., 1965, S.135.

(16) Ders., a. a. O., 7. Aufl., 1981, S.167f.

(17) D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die

- Rechtswegsgarantie, 1973, S. 157, FN. 37. によれば G. Oetl (Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, S. 21 f.) が「民主主義的責任原理と裁判官の独立という法治国家の要請とを対置するという殆ど説得力を持たないやり方で裁判所の審査権に服さない高権行為を明確に認めよう」といわれる。
- (18) Lorenz, a. a. O., S. 159 f.
- (19) F. Schomburg, Der „gerichtsfreie Hoheitsakt“ der auswärtigen Gewalt unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsrechtsschutzes und der Staatshaftung, 1973, S. 45 ff.
- (20) Zeitler, a. a. O., S. 130 ff.
- (21) H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., 1978, S. 161 f.
- (22) Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 377 ff.
- (23) Schunck/De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., 1967, S. 207 f.
- (24) K. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichen Arbeit, 4. Aufl., S. 27; vgl. auch ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 691 ff.
- (25) Zeitler, a. a. O., S. 123. によれば「一九七八年の改訂ま

- では「西ドイツでは、裁判所の審査に服さない高権行為のための一定の余地がある」と考えていたとされる Maunz も、一九七九年の改訂ではその箇所を削除している (Maunz, M/D/H/S, Art. 62, Rdnr. 4.)。
- (26) この点を明言するのは, van Husen, a. a. O., S. 71.
- (27) Dürig, M/D/H/S, Arte 19 IV, Rdnr. 24.
- (28) Schomburg, a. a. O., S. 52 f.
- (29) Stern, Staatsrecht II, S. 691.
- (30) Ebd., S. 333 u. S. 962.
- (31) Schomburg, a. a. O., S. 53.
- (32) Ebd.
- (33) Wolff/Bachof, a. a. O., S. 378.
- (34) Forsthoff, a. a. O., 2. Aufl., S. 409 f.
- (35) Schneider, a. a. O., S. 42 ff.
- (36) Redeker/von Oertzen, a. a. O., 7. Aufl., S. 167.
- (37) Schomburg, a. a. O., S. 53.
- (38) Ebd., S. 53 f.
- (39) Ipsen, Anmerkung, S. 506.
- (40) Forsthoff, a. a. O., S. 408 f.
- (41) Schomburg, a. a. O., S. 49.
- (42) Ebd.
- (43) Ebd., S. 51.
- (44) Ebd.

- (45) Schneider, a. a. O., S. 34. によれば、四四條五項となつてしまふが、これは、四項の誤りである。
- (46) Ebd.
- (47) Ebd.
- (48) Ebd., S. 33.
- (49) Schomburg, a. a. O., S. 48.
- (50) Ebd.
- (51) Ebd.
- (52) このようなことが肯定されるとすれば、論理的には、基本法一九條四項の例外を基本法改正によつて新たに規定することも許されるということになる。ただ、例外を規定する場合は、それが合理的理由をもちまた基本的に反しない等の制限は加えられることになるであらう。連邦憲法裁判所 (BverfGE 30, 1 (24 ff.)) は、一九六八年の基本法改正で新たに規定された本文前述の二〇條二項二段について、そのことを一定の限定つきで肯定した。それに対して、同判決の少数意見 (BverfGE 30, 1 (33 ff.)) は、同条項が七九條三項に違反し無効であるとす。同旨、Wolff/Bachof, a. a. O., S. 378; vgl. Schomburg, a. a. O., S. 46, FN. 1.
- (53) Forsthoft, a. a. O., S. 407.
- (54) Schomburg, a. a. O., S. 54.
- (55) 一九條四項は、個人の権利保護のためのものと考えられておられ、この Schomburg のよつたこの条項に憲法保障機能を

- も見る見解は稀であらう。
- (56) Schomburg, a. a. O., S. 55.
- (57) Ebd.
- (58) Ebd.
- (59) Ebd.
- (60) Zeitler, a. a. O., S. 131. 原著書を手引きせず、この条項の確認はしてしまふ。 Vgl. W. Geiger, Kommentar zum Bundesverfassungsgesetz, 1962, Anm. 5 zu § 93.
- (61) 山田準次郎「統治行為について」『公法研究第二三号 (一九五六年)』、二二六頁以下。
- (62) 基本法九三條一項四号。
- (63) Dürig, M/D/H/S, Art. 19 W, Rdnr. 33.
- (64) Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulmer, (以下「M/S-B/K/U」を用) Bundesverfassungsgesetzgesetz, 1979, § 90, Rdnr. 202a; Pestalozza, a. a. O., S. 100. Pestalozza によれば、この場合、行政裁判所への出訴の途が尽かれた後で初めて連邦憲法裁判所への出訴の途が認められることについての連邦憲法裁判所の判例はなう。しかし、連邦議会に於ける同改正法についての政府の提案理由に於いては、そのことを是認する立法趣旨の説明がなされたところを (Pestalozza, a. a. O., S. 100, FN. 119.)。
- (65) H. Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl., 1973, S. 379; M/S-B/K/U, a. a. O., § 93, Rdnr. 45.

- (99) Pestalozza, a. a. O., S. 87.
- (97) M/S-B/K/U, a. a. O., S. 93, Rdhr. 45.
- (89) Zeidler, a. a. O., S. 132.
- (69) Lorenz, a. a. O., S. 159.

Die Theorie der sog. gerichtsfreien Regierungsakte  
im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit  
in der Bundesrepublik Deutschland (2)

Tadanori MAKINO\*

Inhaltsverzeichnis :

0. Einleitung
- 0.1 Fragestellung
- 0.2 Terminologische Probleme
- 0.3 Theorie der sog. gerichtsfreien Regierungsakte vor der Zeit des Grundgesetzes
  
1. Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel im Grundgesetz und umfassende Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts (Bd. 34, Heft 3/4)
  
2. Entwicklung im Schrifttum
- 2.1 Erste Periode (Die Zeit nach Ende des Zweiten Weltkriegs bis zur achten Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer 1949)
- 2.2 Zweite Periode (Die Zeit nach der achten Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer 1949 bis zur Meinungsäußerung Dürigs 1958)
- 2.3 Dritte Periode (Die Zeit nach der Meinungsäußerung Dürigs 1958 bis heute)

(In diesem Heft ; Fortsetzung im nächsten Heft)

---

\* Doktorand an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido