



Title	西ドイツに於ける行政裁判権レベルでの統治行為論（3・完）
Author(s)	牧野, 忠則
Citation	北大法学論集, 36(3), 391-408
Issue Date	1985-10-15
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16499">http://hdl.handle.net/2115/16499</a>
Type	bulletin (article)
File Information	36(3)_p391-408.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(三・完)

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Dürigの見解まで―

#### 第三節 第三期―Dürig以後現在まで―(以上三四卷六号)

#### 第三章 判例の立場

#### 終章 結論(以上本号)

## 第三章 判例の立場

## 〔統治行為論を肯定する判決〕

下級審判決の中には、学説における初期の統治行為論肯定説の影響をうけて、統治行為論を肯定したものがある。

① Bad. VGH Freiburg の一九五四年二月一日の判決<sup>1)</sup>

旅券法七条一項 a 号は、「諸事実から…」申請者が、旅券の所有者として、ドイツ連邦共和国あるいはドイツのあるラント」の「内的、外的な安全、またそれ以外の重大な事項を危険にさらす」…と考えることが正当である場合には、旅券（発給—筆者）は拒否されなければならない」と規定する。本判決は、ある政治団体構成員による国境通過許可証（Grenzkarte）発給申請に対して管轄行政庁（Passbehörde）が右条項に基づいてなした発給拒否を、同構成員が違法としてその拒否の取消を求めた事件に関するものであるが、そこで Bad. VGH Freiburg は「一般論として、次のようにいう。

「当裁判所は、争いがないわけではない原判決の、裁判所が審査しえない高権行為である政治的統率（politische Führung）上の

決定がある、という見解を妥当と考えるものである。…統治行為とは、「統治権」としての「政治的統率」に属する基本的かつ重要な政治的決定であつて、行政の領域から除外され結局は国法上の事項である決定だけである」と。

ここ（及び前後の脈絡から）では、同裁判所は、基本法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行為（従つて、そのような行為に対する行政裁判所の直接的審査権に帰属しない）という意味での統治行為の存在を一般的には認めている。従つて、まず、この意味で、本判決は統治行為論を肯定する判例といえる。ただ、具体的に本件で問題になっている国境通過許可証発給拒否については、同判決は、これを行政処分と見なし、それに対する行政裁判所の審査権を認めている。

本判決は、次に、それが、統治行為の行政裁判所による付随的審査をも否定して点でも、統治行為論を肯定する判決と言える。即ち、連邦政府は、当該拒否処分の前に、「原告の属する団体は…連邦共和国の憲法秩序に反しており…それ故、基本法九条二項二段に基づき法律によって禁止されている」という決定をしており、その決定に基づいて当該行政庁の拒否処分がなされたのであつたが、本件裁判所は、連邦政府がこのような決定をすることが合憲なのかどうかには異論の余地がありうるとしながらも、「こ

の決定に含まれている統治権の政治的決定は、その実質的内容について、少くとも行政訴訟手続では審査されえないのであって、同裁判所は「原告が、連邦共和国の憲法秩序に反するいくつかの団体に所屬している」ということを前提にしなければならぬ、と判示した。<sup>7)</sup>

② OVG Münster の一九五八年九月二三日の決定<sup>8)</sup>

本件は、Lüneburger Heide の中の広大な土地の所有者である原告が、自らの土地上でなされるイギリス駐留軍の演習<sup>9)</sup>について、この演習を許している行政上の措置の撤回あるいは取消を被告である連邦大臣に仮命令 (einseitige Anordnung) によって命ずること、被告に「演習を以後行なわせないために適切な措置をとること」、「当該土地をイギリス軍に使用させないために適切な他の措置を裁判所の裁量に基づいて被告に義務づけること」の三つの請求をした事件である。

OVG Münster は、原告のこの訴を、原告の請求は特定されていない (nicht bestimmt) という理由の他に、「原告の請求は、…司法審査に服さない高権行為をなすことあるいは廃止すること (Erlaubnis oder Aufhebung)」<sup>10)</sup>を求めるものであるという理由で却下した。

この第二の理由について同判決は、次のように述べる。

「イギリス軍政府命令一六五号二二条一項によれば、行政裁判所の権限は、憲法訴訟を除いた、行政処分<sup>11)</sup>の取消及び他の公法上の争訟を対象とする訴 (Anträge) に限定される。これには、司法審査に服さない高権行為を攻撃したりそのような高権行為をすることを求める訴は含まれない。このことについては、判例・学説において一致がある。もちろん、いかにして、また、いかなる抽象的法的観点に基づいて、この種の司法審査に服さない高権行為が決定されるべきか、…については争いがある。本件の決定のためには、この法律問題にこれ以上立ち入ることは必要ではない。なぜならば、少くとも国内行政に属さない行政庁の措置—そのような措置には、外国との関係の領域に属する外交措置が含まれるのだが—は、司法審査に服さない高権行為に属するということについて一致が存在するからである。このような高権行為には、原告が被告に対して訴えによってその撤回・取消の実行を求めている措置も含まれる。原告の土地上で軍事演習を中止させることは、単に、被告が連邦共和国の持つ権利を、既に締結されている諸条約に基づいてイギリス軍に対して主張すること、あるいは、イギリス軍との交渉によって原告の土地を明け渡させる<sup>12)</sup>ことを試みることに、よってしか達成されえない、ということには当事者

間に一致がある。しかし、それらの措置は、外交の領域即ち連邦共和国とイギリスとの関係に属する措置である。それらの措置は司法審査に服さない(nicht justizabel)…。<sup>13)</sup>

この判決は、行政裁判権の領域で統治行為論が肯定されることを学説・判例が一致して認めているということに依拠している。前章及び本章で明らかにされているように、そのような前提はもはや存在しない。また、外交上の行為であるということだけでその行為が裁判所の審査権から除かれるといえるのかどうか、またそのような考え方について学説・判例の一致があるといえるのかどうか、も同様に疑問である。このように、本判決は、それが自明のこととして前提するものからして既に(少くとも)現在では、全く前提とされえないのではあるが、それにもかかわらず、本判決を統治行為論を肯定する判例として見る場合、本判決は、それが、「原告の権利の侵害の排除が単に外国の機関との折衝によってのみ可能であるという事実だけから訴の不適法を帰結」させている、<sup>14)</sup>という点で特色がある。

### ③ OVG Münster 一九六六年一〇月四日の判決<sup>15)</sup>

事案は次のようなものである。

ある院内交渉団体(Fraktion)が、連邦議会に於いて、連邦国防

大臣の権限領域に属するある軍用備品が発注されたということについて第三回目の報告がなされたことの理由を質問したのに対して、連邦大臣の代理として政務次官が答弁し、その際「本件原告の事件(Fall des Kl.)」にも言及した。これに対して、原告は、自らの名誉が毀損され、また、その職業上の地位が継続的に侵害された等の理由で、この答弁に於ける発言のうちの彼自身に関する部分の取消を求めて出訴した。第一審では原告が敗訴し、それに対して、原告が控訴した。本件控訴審判決によって、本件は原審に差し戻されたのであるが、その控訴審判決の中で OVG Münster は、基本法一九条四項には例外があり、それが統治行為だとして次のように言う。

「行政裁判所法四〇条一項一段：及び基本法一九条四項一段：(の規定)にもかかわらず、非憲法的種類の公法上の争訟が例外なく行政裁判所の法的審査に服するわけではない。学説及び判例に於いて、いわゆる出訴の途に服さない高権行為が存在する、ということが認められている。このことは特に、その性質上いかなる法的審査にも服さないいわゆる統治行為—その限界づけの細かな点については一致はないが—についてあてはまる。質問に対する答弁及び本件で求められている取消もまた、そのような統治行為でありうる—ただ、この質問に対する答弁及びその取消は、直

接にある特定の法律効果を目的とするものではないが。それは(「ある行為が統治行為であるかどうかは」筆者)その統治行為の形式にはなく内容如何による。

ここで問題になつている、質問に対する答弁は、そのような裁判所の審査に服さない統治行為ではない。統治上の行為について裁判所の審査に服さない統治行為というものを認める場合、そこでは、単に、国政上の要素を持つ決定だけが問題となる。

そのような国政上の要素は、単に政治に関する統率上の決定の場合にのみ認められる。政務次官による答弁、及び、ここで求められているその答弁の取消は、しかし、質問によつて可能となる議会による(政府の)政治方針のコントロールにさえ関係するものではなく、それは、給付及び(事務的)事項(Unterstützung oder Schutz)に関するコントロールの対象でしかない。連邦国防大臣の権限領域に属するある軍用備品が発注されていたという事について第三回目的報告<sup>19</sup>がなされたことの理由となつた事件について質問されたのであるから、それ(「答弁及びその取消」筆者)の対象は、連邦政府の単なる行政上の行為なのである。<sup>20</sup>」

本判決はこのように一般論としては、司法審査に服さない統治行為というもの存在を認め、そのような統治行為には、質問に対する答弁及びその答弁の取消も(それが国政上の要素を持つ場

合には)含まれうる、としながらも、具体的に本件で問題となつた答弁及びその取消は、そのような統治行為にあたらぬ、と判断したものである。判決自体が述べているように、議会に於ける答弁及びその取消は、何ら個人に法的効果を及ぼすものではない。従つて、この二つの行為は、そもそも最初から個人の権利侵害を要件とする基本法一九条四項の保護の対象となるものではない。この意味では、本判決のこの二つの行為の統治行為性を認めた部分は、同条項の要件を満たすにもかかわらず同条項の保障する出訴の途に服さない行為を認めるといふ意味での統治行為論を肯定する立場とは、関係がない。しかし、ここで引用した冒頭の箇所にある、「行政裁判所法四〇条一段、及び、基本法一九条四項一段の存在にもかかわらずそれに規定された出訴の途に服さない高権行為が存在する」といふ判示は、上述のような意味での統治行為論を一般的には肯定していると理解することができる。本判決は、その意味で統治行為論を肯定する判決として位置づけられるであらう。

以上で、統治行為論を肯定する判例としてコンメンタールや論文などで挙げられるものすべてを検討した。ここでの検討から明らかになることは、まず、統治行為を支持する判例は、下級審の

ごく少ない判決だけであるということである。連邦行政裁判所の判決にはそのようなものは見られない。これらの判決は、確かに、そのすべてが、一般的には、統治行為論を認めるものである。そのうち、具体的に特定の行為についてそれがいわゆる統治行為であるが故にその行為を司法審査から除外している例としては、直接的審査については、外交上の行為の司法審査を否定している②判決、また、付随的審査については、特定の団体が基本法九条二項二段に該当する団体であることの連邦議会の決定の司法審査を否定した①判決があるが、しかし、この①判決の当該部分は、後に見るように上告審である連邦行政裁判所の⑦判決で否定されている。従って、このことから、特定の行為についてそれが統治行為として裁判所の審査権から除外されるとした判例は、実質的には②判決一つだけということが明らかになる。

### 〔統治行為論を否定する判決〕

統治行為論に明確に言及しこれを否定する判例は、これを肯定する判例と比較すると、数の上からはそれ程多くはない。それは、おそらく、下級審判例に於いて当初多少の例外があったとはいえず、裁判実務全体として見れば一貫して統治行為論否定説が自明の立

場と考えられてきたこと、そしてそれ故、肯定説がいわゆる統治行為として司法審査権から除外している行為をも、行政裁判所は、それが統治行為か否かを論ずることなく、単に、基本法一九条四項あるいは行政裁判所法四〇条一項（あるいは、同法以前のこの条項に対応する法規定）の要件だけに照らしてその行為に対する行政法上の出訴の途の保障の可否を決定してきた、ということに原因するのであろう。このようなわけで、統治行為論を否定する判例として、以下では、統治行為論に明確に言及しこれを否定した判決はもちろんのことであるが、それ以外にも、統治行為論肯定説がいわゆる統治行為の例として現実に挙げているのかあるいは挙げる可能性のある行為について統治行為論を適用せず他の処理のし方をしている故に間接的にその行為に関する限りで統治行為論を否定していると見られる判決をも紹介することにする。それでは、まず、そのようなものを下級審の判決から見てみたい。

#### ④ OVG Berlin の一九五二年九月二六日の判決<sup>22)</sup>

被告であるベルリンのラント政府 (Berliner Senat) が、原告である社会保健医の医師会 (Vereinigung der Sozialversicherungsärzte) に健康保険による保険医の治療を確保することを命じたことに対し、原審では、原告は、(おそらく) ベルリン政府はその

ような命令(Auordnung)をする権限を持たない、と主張し、裁判所はその命令を取り消し原告を勝訴させた。これに対し被告は、当該命令は司法審査に服さない統治行為であって行政訴訟において取り消しを求めることはできない、と主張した。これが、本件の実事の概要であるが、この控訴人の主張に<sup>23</sup>ついで、OVG Berlinは次のように判示している。

「当該命令は、政府(Regierung)の措置であり、従って(その意味では)確かにRegierungsaktである…。しかし、Regierungsakteに対しては、Berlin行政裁判所法一九条…によれば、そのRegierungsakteが行政行為としての概念のメルクマールを持っており、従って、行政法の領域にある個々の事項を規律するためになされたものである場合には、行政訴訟手続によって取消訴訟を提起することができる。本件はそのような場合である。…もし、およそ司法審査に服さないRegierungsakteというものがあるとしたら、それは、その内容上政治の最高レベルでの政治的行為であり、法的に規律された公的生活領域の外の、純粹に責任ある政治的統率の領域に於いて執行され、従ってその本質上裁判所による修正的事後審査に耐ええない行為(宣戦布告、外国政府の承認議会の解散等)である。それに対して、ある国家机关の権限の問題は、これが司法審査に服さないことを決断して根拠づけること

ができない。この問題は、裁判所の審査に服する法律問題なのである。…本件で問題となっているのは、まさに、当該命令をする被告の権限なのであり、また具体的には、その内容上政治的統率と何ら関係のない…行政監督上の規律なのである。…政府(Regierung)が内容を考慮することなくある行政行為をその影響力の重大性の故に司法審査に服さない統治行為であると言明することができ、また、そのことによつて(その行政行為を)裁判所の審査から除外することができ、更にまた、そのように司法審査に服さない統治行為であると宣言するということによるのでなければ、法秩序上与えられない権限を政府が自らに与えることができる、かのごとく考えることは、Berlin憲法の意味及び基本法、法治国家思想、そして、権力分立の原理、と一致しない<sup>23</sup>」。

この判決は、統治行為論の問題を極めて注意深く扱い、表面上は統治行為論肯定説のいわゆる司法審査に服さない統治行為の存在の可能性を開けておきながらも、そのじつ、そのような統治行為を現実には個人の権限を侵害することのない行為に限定し、他方、ある行為(それがたとえ、政治的に重要な政府の行為であっても)が行政行為としての要件を満たしている場合にはその行為についての行政裁判所の審査権を認めている。従つて、本判決は、統治行為論を否定する判決として位置づけることができる。また



具体的には、本件で問題となったような処分を本裁判所が統治行為と見なさなかったことについて言えば、その行為が統治行為論に於いて問題となるような高度の政治性を持たない行為であるためか、統治行為論肯定説の側からも異論はなかったようであり、従って、この判決に対する批判も見られない。

### ⑤ VGH Kassel の一九六八年三月六日の判決<sup>(2)</sup>

この判決は、統治行為論を直接否定したものである。肯定説が統治行為として挙げるカテゴリーに入りうる行為でありながら、統治行為であるという理由からではなく、個人の権利を侵害せず従っておよそ行政裁判所の審査に服する行政行為ではないという理由で、行政裁判所への出訴を認められなかった例として、否定説<sup>(2)</sup>によって挙げられるものである。

さて、原告は、金属工業の経営者団体である。労働争議の発生が予想されたので原告団体の会長らは、Hessen のラント首相と会談し、その席上、この労働争議の過程でストがなされる場合にはロックアウトする用意があると述べ、そのこととの関連で、話題は、ロックアウトを禁止している Hessen 憲法二九条五項に及んだ。そこで Hessen 首相は、Hessen 政府は Hessen 憲法に拘束されているので、たとえこの二九条五項に違憲（即ち、基本法違

反）の疑いがあるとしても、それが憲法裁判所によって無効とされない限りは、その規定を執行しなければならない、と述べた。

この会談後 Hessen ラント議会でこの問題が取り上げられた際にも、ある議員の「もし、Hessen の経営者達が、この二九条五項を遵守せずロックアウトを強行した場合、ラント政府はどのような措置をとろうと考えているのか」という質問に対して、Hessen 首相は、Hessen 政府は二九条五項に基づいていかなる措置を取りうるかを検討中であり、この検討によって可能と考えられる措置を Hessen 政府は適切な時点ととるであろう、と答弁した。

原告は、Hessen ラントを被告として訴を提起し第一審で敗訴した後、控訴審である VGH Kassel に於いて、威嚇によって原告のロックアウトの自由を妨げることを被告に禁止すること、特に、原告の防禦的ロックアウトの場合について、二九条五項に基づく警察的措置をとると言明することによって原告を威嚇することを被告に禁止すること（請求 1）その他を求めた。

同裁判所は、この請求 1 について、「このような不作為を求める請求は、それが正当とみなされるとすれば、それは、単に、将来被告によって実際に何らかの威嚇によって原告のロックアウトの自由が妨げられることを恐れるのに十分な理由が原告にある場合、従って、被告が過去に、ある特定の行動をしたことによって

原告が(現在)そのような不安を持つのも尤もだと考えられる原因を与えた場合だけである」と述べ、そのような事情が認められるかどうかを具体的に検討している。その検討の中で、ラント議会に於ける政府の答弁に言及して、「この上述の答弁は、極めて注意深く表現されたものであり完全に一般的になされたものであった。従って、このような立場の表明の発言(Stellungnahme)はそのような(そこで述べられた一筆者)措置がおよそとられるのか、そして一もし、とられる場合には一いつその措置がなされるのか、どのぐらいの程度を、そして、どのような内容を、その措置が個々の具体的な場合に持つのか、について何ら具体的なことを言ったものではない」と述べた後で、「当裁判所は、更に、議会に於いて政府が議員の質問に答えてなした発言は何ら行政活動ではない、という見解を持っている」とし、そのことを次のように説明する。

「議会に於ける質問に対するそのような答弁は、むしろ通常は、政治的な、それ故、司法審査に服さない領域に於いてなされる。従って、政府のこの種の発言は、通常は、出訴の途によつては攻撃されたり審査されたりしえない。…それ(特定の個人に対する侮辱的な発言など一筆者)以外の場合には、政府の構成員が議会に於いて議員の質問に対してなした説明は、統治活動(Regierungs-

Einwirkung)の中でなされた政治的な行為なのであり、…法的評価をなしえないものである。従って、その種の統治活動は、行政法上の出訴の途によつては審査されない。なぜなら、その活動は行政ではないからである。もし、そのような政治的領域でなされる…発言が、その内容に関して裁判所によつて審査されるものとするれば、議会における意味ある政治活動は殆ど保障されないであろう」。

この判決の以上の後半部分の意味は一義的に明確とはいえない。それは、ラント議会に於ける政府の答弁を行政と区別された政治的な活動である統治活動とし、そのような行為をそれが個人の権利を具体的に侵害するかどうか拘らず類型的に可法審査に服さない行為として基本法一九条四項の出訴の途の保障に服さないものと見なしている、とも理解されうる。事実、統治行為論肯定説をとる Redeker/von Oertzen は、本判決をそのように扱っている。

しかし、ここで引用した前・後半两部分を合わせて本判決を評価すれば、前半部分では、Hessert 首相の当該答弁が単に事実上の統治上の行為であつて「何ら直接に法律効果や法律上の効果を目的とする規律を含まない行為」、即ち、何ら行政行為ではない行為であつて、このような行為に対する行政裁判所への出訴は最初から問題にならないということを判示し、そのような理由づけの

補強として、—しかも、前半部分の判断を前提として、—後半部分<sup>31</sup>が述べられている、と、本判決は理解されるべきであろう。そしておそらくこの立場に立っているのが、Wolff/Bachofである。

次に行政事件についての最高裁判所である連邦行政裁判所の判例を検討したい。

連邦行政裁判所の判例で最初に統治行為論に言及したのは、次の⑥判決である BREWGE 2.36 である。

⑥ 一九五五年三月二六日の判決<sup>32</sup>

本件で争点となったのは、Bremen の収用法三条（同条によれば、Bremen 政府と議会が共同で収用決定をする権限を持つとされている）の収用決定が、それに対して取消訴訟を起こしうる行政行為であるかどうか、ということであった。同裁判所は、この収用決定を行政行為であるとした後で、この決定を統治行為と見なし、そのことに基づいて行政裁判所の審査権を否定する見解にも触れ、次のように述べる。

「この決定に対して行政裁判所に取消訴訟を提起しうるということは、たとえば、この決定が統治行為であると見なされなければ

ばならない、という主張によっても、否定されない。その際、そのような（統治—筆者）行為が、およそ行政裁判所の審査から除外されているのかどうかという問題（の決定—筆者）は、これを留保しておくことができる。なぜなら、本件に於ける収用についての決定には、統治行為というものが存在するとすればそれにとって必要である何らの特別な国政上の要素も内在していないからだ」<sup>33</sup>

このように連邦行政裁判所は、本判決では、統治行為論についての態度を留保した。しかし、連邦行政裁判所は、その後の判決に於いては、統治行為論を否定している、と一般に考えられている。即ち、本判決以降、統治行為論に明確に言及した連邦行政裁判所の判決は存在しないが、統治行為論肯定説によつていわゆる統治行為とされる行為について同裁判所は、統治行為としてその行為についての審査権を否定するのではなく、他の、訴訟法や実体法上の理由に基づいて事件を処理しているのである。そのような連邦行政裁判所の判例として挙げられるものには次のような判決がある。

⑦ 一九五六年二月六日の判決<sup>34</sup>

この判決は、上述の①判決の上告審判決である。控訴審判決が、

原告の所属する団体が憲法に敵対する目的とした連邦政府の決定を、審査しえない、と判示したことに対して、連邦行政裁判所は、本判決に於いてこの連邦政府の決定に対する審査権を肯定して、次のように述べている。

「このこと(同決定が行政裁判所の審査権に服さないとしたこの一筆者)によって、控訴裁判所は、司法審査義務を果していない。更には、同裁判所は、連邦政府の当該決定の意味を誤解している。当該決定は、行政庁に対する内部的命令(Weisung)を含んでいるが、しかし、それは裁判所に対してではない。裁判所は、確かに、当該決定に於いて述べられたことを当該問題の判断のための資料として利用しなければならない、がしかし、他方、当該決定によって拘束されはしない」。

⑧一九六二年一〇月二日判決<sup>(36)</sup>

本判決は、Steinberger<sup>(37)</sup>によって、統治行為論を適用して訴えを却下すべきだった、と批判された判決である。事案は、次のようなものである。

西ドイツ駐在コロンビア大使館は、被告であるドイツ連邦共和国に対して、コロンビア政府が西ドイツ人である原告をバイエルン駐在名誉領事に任命した、と通告し、また、その任用文書を手

交して、原告に認可(Recognitio)を与えるよう求めた。それに対して被告は認可を拒否した。原告は、被告に異議を申し立てたが、被告は何らの裁決をもしなかったので、行政裁判所に出訴し、当該認可拒否が違法であることの確認を求めた。一審・二審とも原告が敗訴した後の上告審が本件である。

まず同裁判所は、領事関係について、西ドイツ・コロンビア両国の間には、何ら特別な協定もなく、また、他の形での規定も存在しないのであるから、「両国の領事関係については、国際法上の慣習法や慣例に従って判断される」とし、これら慣習法や慣例によれば領事関係は次のようなものである、と述べる。

「派遣国の一筆者」国内法に基づく領事の任命は、確かに、領事の派遣国に対する法律関係を根拠づけるものであるが、しかし、接受国によるその領事の拒絶あるいは受け入れは、単に派遣国に対してのみ法的意味、即ち派遣国のこの(領事という一筆者)機関が接受国の領土内でその機能を行使することを許されるか許されないかという意味、を持つのである。領事は、その限りで、派遣国と接受国との国際法上の関係の対象ではない。∴(国際法上の法律関係の対象としての領事の一筆者)このような地位からは、認可を与えることあるいはそれを引き続き与えておくことを求める領事の直接の主観的権利は導き出されえない」。

更に、本判決は、本件のように領事がドイツ国籍保有者である場合でも、右のことは変らないとする。即ち、

「接受国は、認可決定 (Zulassung) の際には、単に、派遣国の機関として個々の領事を受け入れるかどうかについてのみ決定する。従って、原告がドイツ連邦共和国に住むドイツ国籍保有者であるという事情もまた何らの特別な意味を持ちえない。基本法に於いて部分的にはドイツ人にもまた部分的には非ドイツ人にも与えられている基本権は、概念上、単に権利主体とドイツの公權力との関係に於いてのみ効力を持ちうる。しかし、外国によって派遣された機関の受け入れがこの外国との関係で問題になる場合には、その機関がたとえドイツ国籍を持つ人物であるとしても、その機関は、まさにその二国家間の国際法上の関係の対象であるだけなのであり、この関係に於いては基本権に依拠しえない」と。

このように本判決は、領事関係 (具体的には、領事に対する認可の拒否) に対する訴えを統治行為という理由ではなく、「原告に対する行政行為でありえずまた原告の権利をも侵害しえない」という理由で却下したのである。

⑨ 一九六二年一〇月一二日の判決<sup>43)</sup>

連邦政府は、一九六一年のベルリンの壁構築により生じた事態

に対処するために、現在兵役についていないが、兵役義務を持つ者に対して待機出動に於ける軍事演習への参加を命ずる決定をし、この命令 (Anordnung) に基づいて、原告は、召集命令 (Einzulungsbescheid) を受けた。この召集命令に対して、原告は、取消訴訟を行政裁判所に提起したが、原審では原告が敗訴した。それに対して、原告が連邦行政裁判所に上告したのが、本件である。

上告審では、原告は、この政府の命令 (Anordnung) を法規命令 (Rechtsverordnung) であると見なし、この命令には、基本法八〇条及び八二条が法規命令に要求している法律による授權及び法規命令の公布が欠如していることを理由として、この命令に基づいて原告に対してなされた当該召集命令の取消を求めた。

同裁判所によれば、連邦政府が本件のような待機出動 (Wehrbereitschaft) 態勢を強化する命令を発する権限は、連邦政府に憲法上与えられた政治的統治権力としての地位及び任務から生ずるものであり、原告の主張するように防衛義務法<sup>43)</sup>六条七項に基づく法規命令として発せられるものではない。即ち、この六条七項は「兵役の期間を規定しているのであるが、この規定は、連邦政府が待機出動態勢を強化するための具体的措置をとることを決めてしまった後になって初めて、個人に対して規範的意味を持つので

ある。<sup>(45)</sup>「その内容上、この種の：国家行為は、それ自体何ら法規(Rechtssatz)ではない。そのような国家行為の規範的効力は、本件のような場合のために既に制定されている法が(その法が制定された後で一筆者)単に適用されるということによって生ずるのである」<sup>(46)</sup>。連邦行政裁判所は以上の理由から、本件上告を理由がないとして却下している。

同裁判所は、更に、当該政府命令に対する訴訟提起の可能性に言及して、次のように述べる。

「待機出動態勢を強化する当該命令は、しかし、取消訴訟の対象となりうる行政行為ではない。なぜなら、当該命令は：兵役義務者に対して何らの直接的効果をも持たないからだ。即ち、防衛行政庁による召集命令が(出されて)初めて、(それが)個人を拘束する規律を含むのである。：当該命令(Anordnung)を裁判所が審査する可能性は存在しない。内容上、この命令は、召集のための措置を行政庁(Verwaltung)に命じる内部的命令(Weisung)なのである。統治権力によるこのような一般的な決定については、何らの実定規範―その規範が侵害された場合に、個人に裁判所の審査を求める権利を与えうる規範―は存在しない。確かに、連邦政府は、このような命令を発することについて授權されていないければならないが、しかし、連邦政府は、単に政治的なものである

裁量に基づいて行為するのであり、裁判所は、その命令が許されるかどうかについて判断する法的基準を持っていない。：本件に於いては、単に議会によるコントロールだけが与えられているのである」<sup>(46)</sup>。

統治行為論に関連して重要なのは、傍論として述べられたこの後半部分の判示である。即ち、極めて政治的なものといえる、軍隊の待機出動に関する政府の決定を、統治行為論を適用せずに、内部行為である当該命令を争う訴訟手段がない<sup>(47)</sup>という理由で行政裁判所の審査から除いている、という点で本判決は、統治行為論を否定する判例の例の一つとして引き合いに出されるのである。

### 〔小 結〕

以上の考察から、西ドイツの行政裁判所はその判例上、統治行為論―いわゆる統治行為の行政裁判所による直接的審査が問題となる場合にも、付随的審査が問題になる場合にも―を否定しているということが明らかになった。

ただ、学説によっては、上で、統治行為論を否定した判決として紹介したものを、それら判決で問題となった行為についてその行為が統治行為であり従ってそれが基本法一九条四項の要件を満

たす場合であっても司法審査に服さないということ、を認められた判決であるかの如く理解されかねない形で引用しているものがある。従って、ここで、そのことに触れておきたい。

このような引用をする者は、当然のことながら統治行為論肯定論者に多い。ここでは、特に網羅的にそのような判例を挙げていく Redeker/von Oertzen を例にとりてその問題を説明したい。

Redecker/von Oertzen は、高度に政治的な決定を下すことは裁判所の任務ではなく、従って、すべての高権的行為が裁判所の審査に服するわけではないということ、そして、そのような裁判所の審査に服さない行為としての統治行為の範囲については争いがあることなどを述べた後で、ある決定が政府によってなされたということだけではその行為が統治行為だとは言えないとし、更に次のように続ける。

「むしろ、そのことは、その決定の対象如何による。従って、たとえば、兵役義務法六条六項に基づく軍隊の待機出動の役務を命ずる命令(Anordnung) (1)で(4)判決を引用。(OVG—筆者) Munster (2)判決) は、外交の領域に属する行政上の行為を司法審査に服さない高権行為と呼んだ。同様に、ドイツの連邦議会に於ける質問とそれに対する答弁(3)判決)。ラント議会について(5)判決)、また、ラントの会計検査院の会計検査報告(Munster.

NiW 1980, 137<sup>9)</sup>」

ここで Redeker/von Oertzen が挙げる判例のうち、基本法一九条四項の要件を満たすにもかかわらず行政裁判権の審査から除かれる行為という意味で特定の行為を統治行為とみなしたと考えられるのは、本稿でのこれらの判例の検討によれば、(2)判決だけであった。従って、Redecker/von Oertzen が、これらの判例を、そこで問題となった行為の右記の意味での統治行為性を認めたとし、挙げているとは考えられない。むしろ、ここで Redeker/von Oertzen の意図は、彼らが行政行為と区別され司法審査から除かれるべき統治行為であると考える、行為のうち、判例に於いて裁判所の審査権に服さない一従ってその判決自体は、その行為が行政行為にあたることを理由としてその行為の司法審査不適合性を引き出しているとしても、彼らの論理とは矛盾しない一行為と判断されたものを例示することにある、と理解すべきなのであろう。そして、文献の中には、この Redeker/von Oertzen のような視点から判例を挙げているものが他にもいくつかあり、その理解には注意を要する。

以上の検討から、結局、行政裁判所がこれら Redeker/von Oertzen の挙げる判例も統治行為論を否定しているという本稿の評価は、Redecker/von Oertzen のするような判例の位置づけとも

矛盾するものではないことが明らかであろう。

## 終章 結論

以上の考察から結論されうるのは、西ドイツに於いては、行政裁判権レベルでは統治行為論はその重要性及び影響力をもはや持つていない、ということである。このような状況をもたらした理由を一言でいえば、基本法に於いて極めて包括的権限を持つ連邦憲法裁判権が規定されたからである、ということができらるであろう。このことは、更に幾つかに細分して説明しよう。

まず、挙げられるべきなのは、*Organe* が指摘するように、連邦憲法裁判権の存在が、基本法に於ける三権分立原理の内容に影響を与え、そこでの裁判権自体の地位を引き上げたことである。このことよって、伝統的な司法権概念の理解に依拠して基本法一九条四項を解釈する統治行為論肯定説を維持することは困難になった。そして、このような基本法の規定及びその趣旨に即して一九条四項を解釈するという方向性を背後から規定したのは、基本法の法治国家原理であろう。

次に行政裁判権レベルで一定の行為を統治行為としその行為に対する裁判所の審査権を否定したとしても、その行為が、まさに

高度に政治的な統治上の行為を審査することが基本法によって予定されている存在である(それ故、統治行為論の採用される余地はない)連邦憲法裁判所によって(その際、基本法その他が定める訴訟要件が満たされなければならないことは勿論だが)審査されるのであるから、行政裁判権レベルでのみ統治行為論が採用される実益がなかったということが挙げられらるであろう。

最後の、そして、おそらく西ドイツで行政裁判権レベルの統治行為論が採用されなかつた最大の理由であろうと思われるのは、高度に政治的な統治上の行為をめぐる争いのほぼすべてが、抽象的規範審査や機関争訟などの訴訟手続きによって直接連邦憲法裁判所に提起されそこで解決されるということである。これらの訴訟手続に於いては、行政裁判所へ出訴する場合と異なり、個人の権利侵害として訴を構成する必要がないので、権利侵害の発生までその政治的な行為についての争いの解決が引き延ばされることもなく、また憲法争訟には審級制の適用もないので、争いは迅速かつ最終的に解決されることができらる。事実、前章で見たように、行政裁判権レベルでの統治行為に関する判例には、高度の政治性を持つた統治上の行為が問題となつた例はそれ程なく、②事件と③事件ぐらいのものであるが、他方、我が国の最高裁判例が統治行為と見なしていると考えられる高度に政治的条約や議会の解散



は、連邦憲法裁判所によって取り扱われ、しかもそれらの行為はそこではそれらが統治行為かどうかは全く問題にされず単に裁量の範囲だけが問題になっている<sup>(4)</sup>。このように、統治行為をめぐる争いの法的解決の場としては重要性を持たないことが、行政裁判権レベルでの統治行為論の採用を促さなかったということが言えるであろう。

西ドイツに於ける行政裁判権レベルでの統治行為論の帰趨が、このように、連邦憲法裁判権の存在に深くかかわっており、統治上の行為が主として連邦憲法裁判所によって取り扱われるということは、連邦憲法裁判権レベルでの統治行為論の研究をますます必要とするものであるが、この研究は、筆者の今後の課題としたい。

— 完 —

註

- (1) DöV 1954, S.375ff.  
 (2) Gesetz über das Palbwesen von 4. 3. 1952. (Palbgesetz)  
 (3) Vgl. §31b Palbgesetz. また、当然ながら、この国境通過証という Palbersatz (旅券に代わるもの) についても、同法七条は適用される。この Palbersatz は、特定の場合 (旅券法三条一号六号及び五条参照) に旅券に代わるものとして認められるもの

であり、この国境通過証にも当然ながら七条一項 a 号が適用される。

- (4) DöV 1954, S.376.  
 (5) Ebd., S.377.  
 (6) 連邦政府がこのような決定をすること、更には、このような連邦政府の決定が裁判所を拘束することについては、法律上の規定はないようである。Vgl. auch BverwGE 3,130.  
 (7) DöV 1954, S.377.  
 (8) JZ 1959, S.563.  
 (8a) この土地について原告と国あるいはイギリス軍との間にどのような法律関係が存在していたのかは不明である。  
 (9) JZ 1959, S.503.  
 (10) Ebd.  
 (11) 原文では、'Freigabe' である。これは法律関係如何によって、他の訳が適切であろう。ここでは、法律関係が不明なので、本文のように訳した。  
 (12) Ebd.  
 (13) Ebd.  
 (14) この観点から本判決を激しく批判するものが C. Arndt, Die Verwaltungsgewichte und das Recht auf diplomatischen Schutz bei Manövern alliierter Stationierungstreitkräfte, DVBl 1959, S.270 である。それに対して、本判決を支持しているのが Steinberger, a. a. O., S.730.

(15) Andt. a. a. O. S.272. 彼は、OVG Münster のこの見解を、西ドイツとイギリスとの間の諸条約の検討に基づいて次のように批判する。

「このように考えると、原告である土地所有者の権利侵害の除去が単に外国の機関との接触によってのみ可能であるという事実だけからして既に訴の不適法性が帰結するといふ OVG Münster の見解は違法であるということになる。連合国駐留軍の軍事演習については、JUV (西ドイツに於ける外国軍及びその構成員の権利・義務に関する条約) 一九条に規定されている協議によってなされる争いの回避のための特別な手続きが与えられているだけではなく、GV (一般条約) 九条に於いてもその二項に基づいて JUV から生ずる争訟についても権限をもつ仲裁裁判所が定められているのであるから、連合国駐留軍の軍事演習によって権利を侵害されたすべての市民には、外交上の保護を求める、訴をもって請求しうる (klagbar) 権利が与えられている。従って、そのような訴は、単に適法である (zulässig) だけではなく、もし実際に権利侵害が存在する場合には一認容される (begründet) のである。裁判所は、場合によっては、一必要な場合には、GV 九条に基づいてこの目的のために設置されるべき仲裁裁判所に提訴することによって一権限を有するドイツの機関の市民に外交上の保護を与える義務を宣言しなけばならぬ」。

(16) DVBl 1967, S.51ff.

(17) 原文は、"Dritte(n) Bekanntmachung über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereiche des Bundesministeriums für Verteidigung vom 6. 1. 1961." であるが、この表現だけでは、詳しい事実関係は推測されえない。従って、一応、本文の如く訳出した。

(18) Kleine Anfrage. 連邦議会に於ける連邦政府に対する質問には、Große Anfrage, Kleine Anfrage, Mündliche Anfrage の三種類のものがあり、これらのものの中には、書面による提出義務の有無、議員の署名の数、その質問が議事日程に組み込まれているか否か、等の点で差異がある。詳細は、連邦議会議院規則一〇五条以下参照。

(19) 註17参照。

(20) DVBl 1967, S.52.

(21) Durig, M/D/H/S, Art. 19 IV, Rdnr.24.

(22) JZ 1953, S.644.

(23) Ebd.

(24) DVBl 1968, S.811ff.

(25) Z.B. Wolff/Bachof, a. O., S.378.

(26) DVBl 1968, S.812.

(27) Ebd.

(28) Ebd.

(29) Ebd., S.812f.

(30) Wolff/Bachof, a. a. O., S.378.

- (31) Ebd.
- (32) BverwGE 2, 36ff.
- (33) Ebd., S.38.
- (34) BverwGE 3, 130ff.
- (35) Ebd., S.134f.
- (36) DVBl 1963, S.728ff.
- (37) DVBl 1963, S.730.
- (38) Ebd., S.728.
- (39) Ebd.
- (40) Ebd., S.729.
- (41) Ebd.
- (42) BverwGE 15, 63ff.
- (43) Wehrpflichtgesetz.
- (44) BverwGE 15, 64f.
- (45) Ebd., S.65.
- (46) Ebd., S.64ff.
- (47) F. Czermak, DoV 1963, S.235ff. は、本判決の結論には賛成しながらも、他方で、本件政府命令のような、法律と個別処分との中間にある行為 (Zwischenglied) が裁判所の審査権から除かれていると見なすことができる場合の一般的かつ原則的な視点をごの判決に対して提示している。
- (48) ⑨判決の事件当時は、この事項は七項で規定されていたが、現行法では、六項で規定されている。

- (49) Redeker/von Oertzen, a. O., S.167f.
- (50) Redeker/von Oertzen が最後に挙げる (OVG Münster の一九七八年五月九日の判決 (NW 1980, S.137f.)) もまた、本稿で定義する意味での統治行為を認めた判決ではない。それどころか、同判決は、被控訴人である Nordrhein-Westfalen の会計検査院が、自らの憲法機関性を根拠に当該争訟を憲法上の争訟とみなし、従って、控訴人には行政法上の出訴の途は与えられていないと主張したのに対して、この主張を斥け行政法上の出訴の途を認めたものである。
- (51) この統治行為という概念は、従って、行政行為とは異なる特別な性質を持つ国家統率に関わる行為という意味のものであり、基本法一九条四項の要件を満たしながら行政裁判所の審査権に服さない高権行為、というような狭義の概念ではない。
- (52) 註50で述べたように、OVG Münster の一九七八年五月九日の判決だけは例外である。Redeker/von Oertzen は、この会計検査院の検査報告を、本件での裁判所の判断と異なり、行政裁判所への出訴の許されない統治行為と見做している。
- (53) たとえば、Eymann/Fröhler, a. O., 8. Aufl., S.262.
- (54) 近年の連邦憲法裁判所の判例で、高度に政治的な条約を審査したものとしては、BverfGE 36, 11f. また連邦議会の解散を審査したものとしては、DoV 1983, S.236ff. 参照。

# Die Theorie der sog. gerichtsfreien Regierungsakte im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland (3)

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) (Bd. 34, Heft 6)
- 3. Rechtsprechung
- 4. Schlußfolgerung (In diesem Heft)

Die Frage, ob hochpolitische Staatsakte gerichtlicher Kontrolle entzogen sind, wird bei uns in der Theorie der sog. justizfreien Regierungsakte bzw. in der sog. Political Question-Doktrin behandelt. Dabei wird „justizfreie Regierungsakte“ bei uns etwa folgendermaßen definiert: Justizfreie Regierungsakte sind diejenigen Staatsakte, die wegen ihres hochpolitischen Charakters bzw. wegen ihres sich auf die Interessen des Staates unmittelbar beziehenden Charakters als Ausnahme des allgemeinen gerichtlichen Kontrollsystems von allen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt der gerichtlichen Kontrolle auf ihre Rechtmäßigkeit hin entzogen werden.

---

\* Assistent an der Juristischen Fakultät der Universität Hokkaido

Die Theorie der sog. justizfreien Regierungsakte spielte unter der ehemaligen Reichsverfassung, die die verwaltungsgerichtliche Generalklausel nicht kannte und den Rechtsweg nur für bestimmte, im Gesetz genau festgelegte Fälle eröffnet hat, keine Rolle. Sie wurde jedoch aus theoretischem Interesse von einigen Autoren untersucht, die auch die französische Theorie von den sog. „actes de gouvernement“ bzw. die deutsche „justizfreie Regierungsakte Theorie“ vorstellten. Praktische Bedeutung erhielt die Theorie der sog. justizfreien Regierungsakte erst, als die jetzige Verfassung eine allgemeine gerichtliche Kontrolle der Staatsakte eingeführt hat.

Nach dem Inkrafttreten der geltenden Verfassung wurde diese Theorie zum ersten Mal in der Entscheidung des Obersten Gerichts im Tomabetchi-Fall in die Rechtsprechung aufgenommen, durch deren Anstoß dann wiederum die Theorie auch im Schrifttum heftiger und konkreter diskutiert wurde. Dabei hat sich die ihr zustimmende Meinung, die sich im Laufe der Zeit als herrschende Meinung durchgesetzt hat, unter dem großen Einfluß der ausländischen Lehren und der ausländischen Rechtsprechung, nämlich von Frankreich, den USA und Deutschland, gebildet. Doch wurde sie wegen ihrer umfassenden Ausschließung der gerichtlichen Kontrolle der politischen Organe kritisiert. Daher neigt die jetzt immer stärker werdende Meinung im Schrifttum dazu, die Theorie an sich zu verneinen, räumt aber mit anderen und überzeugenderen Argumenten den politischen Organen Gestaltungsfreiheit ein oder versucht zumindest, wenn die Theorie nicht ganz verneint wird, im konkreten Fall den Bereich, auf den die Theorie angewendet werden kann, möglichst einzuschränken. Dabei werden die ehemaligen rechtsvergleichenden Untersuchungen in Frage gestellt. Solche neuen Untersuchungen über die Rechtslage bezüglich dieser Theorie sind inzwischen schon veröffentlicht worden, aber noch nicht hinsichtlich Deutschland. Daher ist es Ziel dieses Referates, die Theorie der sog. justizfreien Regierungsakte in der Bundesrepublik Deutschland zu untersuchen.

Dem verfahrensrechtlichen System entsprechend muß die Theorie in Deutschland, anders als bei uns, auf zwei Ebenen, nämlich auf der verfassungsgerichtlichen und auf der verwaltungsgerichtlichen Ebene, gesehen werden. Angesichts der umfassenden Kontrollbefugnis der Verfassungsgerichtsbarkeit über die Handlungen der politischen Organe, einschließlich der sog. Regierungsakte, wird sie jedoch de facto hauptsächlich auf der verwaltungsgerichtlichen Ebene behandelt. Auf dieser Ebene ist die Diskussion über die Theorie in Deutschland mit der Diskussion bei uns vergleichbar, wo die Gerichte als ordentliche Gerichte verwaltungsrechtliche Streitigkeiten überprüfen, wobei auch Rechtsverletzungen der Einzelnen durch die öffentliche Gewalt vorausgesetzt sind. Daher soll

hier in dieser Arbeit die Theorie auf der verwaltungsgerichtlichen Ebene dargestellt werden. Weil unter dem Terminus „justizfreie Regierungsakte“ in Deutschland immer noch Verschiedenes verstanden wird und weil daher völlig andere Schlußfolgerungen für den gleichen Sachverhalt gezogen werden könnten, soll dieser Begriff gemäß der jetzigen herrschenden Meinung in Deutschland folgendermaßen definiert werden: Justizfreie Regierungsakte sind staatliche Akte, die etwa wegen ihres hochpolitischen Charakters, des Wesens der Justiz oder der Natur des Gegenstandes, also aus nicht-positivrechtlichem Grund nicht in die gerichtliche Nachprüfung fallen, gleichgültig, ob sie die Tatsachenbestandsvoraussetzungen des Art. 19 IV GG erfüllen oder nicht.

Um eine übersichtliche Darstellung der jetzigen Rechtslage zu ermöglichen, wird die Entstehung der hinsichtlich der Frage, ob der Theorie der justizfreien Regierungsakte zugestimmt werden soll, sich unterscheidenden Meinungen anhand der geschichtlichen Entwicklung dieser Lehre ab der Nachkriegszeit, die dem jeweiligen Ergebnisstand entsprechend in drei Abschnitte geteilt werden kann, untersucht.

In der ersten Periode, nämlich in der Zeit nach Ende des Zweiten Weltkriegs bis zur achten Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer 1949, haben anfangs Bettermann die die gerichtsfreien Regierungsakte im oben definierten Sinne verneinende Meinung und Ipsen die zustimmende Meinung vertreten.

Danach aber, vor allem bei der Tagung 1949, haben sich die meisten Juristen der Theorie gegenüber sehr vorsichtig verhalten, obwohl ein paar (außer F.Klein) für die Existenz der gerichtsfreien Regierungsakte, aber nicht im oben definierten Sinne, gesprochen haben. Im großen und ganzen gab es in der Zeit noch keine Einheitlichkeit hinsichtlich der Definition der „gerichtsfreien Regierungsakte“ unter dem GG. Daher war die Diskussion nicht präzise, obwohl das Interesse für die Theorie im Schrifttum nach dem Inkrafttreten des GG allmählich stärker wurde.

Auch in der zweiten Periode, nämlich in der Zeit von 1949 bis zur Meinungsäußerung Dürigs 1958, hatte sich auch noch keine gemeinsame Definition herauskristallisiert. Aber die Meinungen, die im Schrifttum vertreten wurden, waren präzise genug, um sie in der Theorie zustimmende Meinungen im oben definierten Sinn und in die Theorie verneinende Meinungen einteilen zu können. In dieser Periode gab es seitens der zustimmenden Meinungen Versuche, die justizfreien Regierungsakte, beispielsweise aus dem Wesen der Justiz (Schneider und Forsthoff) oder aus dem Wesen des Gegenstandes (Krüger), zu begründen. Bei diesen Meinungen wird der Bereich der justizfreien Regierungsakte, die der

gerichtlichen Kontrolle entzogen werden sollen, auffällig weit gefaßt.

Diese zustimmenden Meinungen hat zum ersten Mal Bachof kritisiert, indem er in Ablehnung dieser Meinungen ausdrücklich betonte, daß Regierungsakte grundsätzlich auch dann Verwaltungsakte sind, wenn sie Einzelfälle regeln, also unmittelbar Rechte der Einzelnen beeinträchtigen, obwohl er unfolgerichtig in den Gnadenakten eine Ausnahme gesehen hat. Dieser Hinweis Bachofs hat die spätere Richtung der Diskussion bestimmt. Die Diskussion konzentrierte sich danach primär auf die Frage, ob es Regierungsakte gibt, die trotz Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 19 IV GG, also etwa trotz ihrer unmittelbaren Rechtsbeeinträchtigung des Einzelnen doch aus der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle ausgeschlossen werden können. Dementsprechend versuchten die zustimmenden Meinungen, beispielsweise Scheuner, Löning und van Husen, den Umfang der justizfreien Regierungsakte einzuschränken, behaupteten aber doch das Vorhandensein solcher Akte an sich. Erst Dürig war der Ansicht, daß ausnahmslos alle staatlichen Akte, einschließlich der Gnadenakte, insofern unter die verwaltungsgerichtliche Kontrolle fallen, als sie die Voraussetzungen des Art. 19 IV GG erfüllen.

In der dritten Periode hat sich die die Theorie der justizfreien Regierungsakte verneinende Meinung durchgesetzt und ist herrschende Meinung geworden. Im Schrifttum trifft man nur noch selten auf die der Theorie zustimmende Meinung.

Seit dem Inkrafttreten des GG hat die Rechtsprechung, außer in ein paar wenigen Entscheidungen der unteren Gerichte in der Anfangszeit, diese Theorie nie in den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aufgenommen.