



Title	西ドイツに於ける行政裁判権レベルでの統治行為論（1）
Author(s)	牧野, 忠則; MAKINO, Tadanori
Citation	北大法学論集, 34(3-4), 177-196
Issue Date	1984-03-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16442
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(3-4)_p177-196.pdf



〔研究ノート〕

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(以上本号)

序章

第一節 問題意識

行政訴訟事項の列記主義が支配していた旧日本帝国憲法の下では実質的な重要性を持たず主として理論的関心から諸外国の理論が研究・紹介されたことがあったに過ぎなかつた⁽¹⁾。統治行為論は、日本国憲法の施行に伴う概括主義の採用により、この理論の可否をめぐって憲法学上の一大争点を形成することになった⁽²⁾。

裁判上この問題が初めて現われたのは苦米地事件に於いてであったが、それを契機として、この統治行為論について学界でも本格的に論じられ始め、一九五五年の公法学会では、その一テーマとして取り上げられるに至つた。この時期の研究には統治行為論を肯定するものが多いが、そこに特徴的であつたのは、そこで肯定された統治行為論がアメリカ・フランス・ドイツ等の諸外国の理論の比較法的研究に基づきその直接の導入の下に成立したということであつた⁽⁴⁾。しかし、当時の研究は、これら諸外国の学説・判例をその国の法制度全体の中で理解した上で一その際、とりわけ、これらの国の法制度と我が国の法制度の類似及び相違を客観的に把握することが重要であるが—これらの国の統治行為論の我が国での採用の可否を考えると—この点に於いて必ずしも十分なものではなかつた。しか

も、これら諸外国に於ける統治行為論は、その後、発展・変遷をみている。

アメリカやフランスのこの理論については、我が国でもいくつかの新しい研究があり、この発展・変遷に対応したこれら諸国のこの問題の現況が紹介されているが、ドイツについては、この問題に関する包括的研究は、その後なされていないように思われる⁽⁵⁾。比較法的研究が我が国のこの問題の考察にとって現在でもその有用性を保っているとすれば、その後のこの理論の帰趣を含めて西ドイツの統治行為論についてここで論ずることは意味のないことではないと考へる⁽⁶⁾。

西ドイツの統治行為論についてのこれまでの我が国に於ける研究をみてみるに、初期に於いては、西ドイツでは統治行為論は学説に於いては通説であるが判例はまだ存在していないと指摘された。その後、西ドイツに於ける統治行為論は行政裁判権レベルでの主張であること⁽⁸⁾。しかし、「實際上の判例はあまり、(傍点筆者)ない」こと⁽⁹⁾と、憲法裁判権レベルでは統治行為論は否定されているとみられること⁽¹⁰⁾などが指摘されて現在に至っている。

しかし、これら初期以降の研究は、包括的なものではなく、またこれまでの研究全般について見ても、なぜ西ドイツでは統治行為論が行政裁判権と憲法裁判権の二つのレベルに分けて論じることが

できまた論じられたのか、行政裁判権のレベルでのみ統治行為論を認めるとすればその実益はどこにあるのか、またその理由づけはどのようになされるのか、いくつかあるとされる行政裁判権レベルでの判例はどのようなものか、など、まだ明らかにされていない疑問は少くない⁽¹⁾。まさにこれらの疑問を解明することが、本稿の課題なのである。

「司法審査に服さない統治行為」の主張は、特定の国家行為がすべての裁判所の審査権から除外されると考えることによってその目的を達するものである。その意味では、西ドイツに於ける統治行為論に関する本稿の考察も、本来、憲法裁判権のレベルにまで及ぶべきものであるが、準備の都合上、行政裁判権レベルに限定せざるを得ない。残余の検討は、他日を期したい。

(1) ドイツに於ける統治行為論についてのこの時期の研究としては、杉村章三郎「行政に於ける政治行為」法学協会雑誌六二巻八号(一九四四年)一頁以下がある。

(2) とはいえ、統治行為論は、本文中で述べた如く、行政訴訟の訴訟事項の概括主義の採用を契機として生じた問題であったので、初めは主として行政法学の関心を引いた(外間寛『統治行為』について「公法研究四一号(一九七九年)一九三頁)。

(3) その前年の公法学会に於いても、憲法裁判の限界の問題に關連して統治行為あるいは政治問題の理論に言及された。西ドイツについては、川添利率「憲法裁判の限界」公法研究一二号(一九五五年)四一頁以下参照。ただし、この研究は、憲法裁判権の限界との関連で統治行為論にも言及するものである。

(4) 公法研究一三号所収の諸論文参照。即ち、入江俊郎「統治行為」(同号七五頁以下)、山田準次郎「統治行為について」(一〇八頁以下)、金子宏「独逸における統治行為論の動向」(一八四頁以下)。また、これらの論文に相前後して発表された、西ドイツの統治行為論についての叙述を含む論文としては次のものがある。山田準次郎「民主主義諸国における統治行為」法律論叢二七巻五・六号(一九五四年)一頁以下、雄川一郎「統治行為論」(一)国家学会雑誌六八巻三・四号(一九五四年)三〇頁以下、(二)六八巻九・一〇号一頁以下、(三)七〇巻一・二号(一九五六年)四八頁以下、金子宏「統治行為の研究」(一)国家学会雑誌七一巻八号(一九五七年)一頁以下、(二)七一巻一一号一頁以下、(三)七二巻二号(一九五八年)一頁以下、(四)七二巻九号一頁以下。

(5) 西ドイツの統治行為論に言及している比較的新しい論文としては、寛道豊治「統治行為論」ジュリスト六三八号(一九七七年)一七二頁以下、奥平康弘「統治行為—理論的批判的考察—」法律時報四五巻八月臨時増刊(一九七三年)五八頁以下、山内敏弘「自衛隊裁判と『統治行為』論」などがある。

(6) 特に統治行為論については、奥平康弘「長沼判決と統治行為論」法律時報四五巻一四号(一九七三年)六六頁が指摘するよ

うに、外国でのこの理論の存在を我が国の統治行為論肯定説がその根拠とする傾向があり、その中で西ドイツに於けるこの理論の存在という「事実」も一つの役割を担っていたということからしても、実際に西ドイツでも統治行為論が存在するのかどうかは、少なくとも事実認識として明らかにされる必要があると考えられる。

(7)

統治行為論を肯定する当時の我が国の比較法的研究は、軌を一にしてこのことを指摘している。入江前掲書八二頁、山田「統治行為論について」一一六頁及び一二四頁、金子「独逸における統治行為論の動向」一八八頁以下、及び同「統治行為論の研究」(一)一二頁以下参照。西ドイツで統治行為論肯定説が通説の地位を占めたことがあったかどうかは別として、当時の肯定説の数、その論調の高さ、それを主張した論者の著名さなどからしても、我が国の当時の研究者が肯定説を西ドイツの通説と考えたことには無理からぬものがあったと言えよう。詳しくは後述。他方、雄川(一)五二頁は、「この問題をめぐる学説は今なお殆ど混沌の状態にある」として慎重に評価を留保している。

(8)

とはいえ、西ドイツの統治行為論についての初期の研究に於いて、憲法裁判権のレベルでのこの主張と行政裁判権のレベルでのそれが全く区別されていなかったというわけではない。たとえば山田教授は、西ドイツに於ける諸説を紹介する箇所では、それがどのレベルでの主張なのかを確かにコメントしている。しかし彼は、これら各説を検討する際にこれらの説を、西ドイツで統治行為論が存在するか否か一般の問題の判断材料と

して取り扱い、そのことによって憲法裁判権と行政裁判権との制度上の差異やそこで適用される法理の相異を看過しているのである。他方、雄川教授は明示的に叙述を「行政裁判に關する学説」(雄川(一)五二頁)に限定しているし、金子教授も、「ボン憲法下における統治行為論は、この第一九条四項の一つの解釈問題として出発する」(金子「独逸における統治行為論の動向」一八四頁)と指摘している。

いずれにしろ、この時期の我が国に於ける西ドイツの統治行為論の紹介が主として行政裁判権レベルでのそれに限定されたのは、西ドイツ自体でこの問題が基本法一九条四項の行政裁判上の概括条項の問題として論じられたこともさることながら、これを紹介した我が国の統治行為論肯定論者が、伝統的な司法権として行動する行政裁判権(もちろん、違憲判断を自らすることが許されないことなどの我が国の裁判権との相異は、ここでは捨象されている)が、同様に司法権として行動する我が国の裁判権と対応関係にあり、従ってこのような西ドイツの行政裁判権レベルでの議論が日本の議論と比較可能なのだ、と考えたからなのである(金子「統治行為の研究」(一)一三頁以下はこのことを明言する)。しかし、我が国に於いては、統治行為論を肯定する立場によれば、ある国家行為が統治行為とされる場合その行為はいかなる裁判所の司法審査をも受けない、ということになるのであるが、西ドイツでは、たとえある国家行為が統治行為である故に行政裁判所の審査に服さないということが認められると仮定しても、憲法裁判権レベルでも統治行為論が

肯定されない限りそれと同じ行為に関する訴えが基本法（具体的かつ詳細には連邦憲法裁判所法）に規定された訴訟類型の訴訟要件を満たす場合には、その行為は憲法裁判所によって審査されることになるのである。

(9) 覚道前掲書一七四頁。

(10) 覚道前掲書一七四頁の他に次のようなものがある。G. Müller (村上淳一訳)「ドイツ連邦共和国における憲法裁判権」法曹時報二一卷三号(一九七〇年)一二頁以下、野中俊彦「憲法裁判」公法研究三八号(一九七六年)一五五頁以下、阿部照哉「ドイツの憲法裁判における司法の自己抑制について」法学論叢一一〇巻四・五・六号(一九八二年)六一頁以下。

(11) また、以下で叙述するように、行政裁判権レベルでの統治行為論は現在ではもはや通説・判例によって否定されているという点で、西ドイツに於けるこの問題についてのこれまでの理解は修正されねばならない。

第二節 統治行為論にかかわる用語の問題

西ドイツに於ける統治行為論について叙述する前に、ここでそれに関する用語に触れておく必要がある。なぜなら、日本語でいう「統治行為」には必ずしも *Regierungsakte* というドイツ語が対応しないからである。

西ドイツでは、そもそも、理論的に、*Vollziehung* (執行) の中で

Regierung (として特に特色) けられる活動を *Verwaltung* (行政) と並んであるいはその上に認めることができるのかどうか、またそれに対応して、*Regierungsakte* と *Verwaltungsakte* との区別が可能なかどうか⁽²⁾ については争いがある。しかし、統治行為論を主張する立場にあっては、これらのものを区別することから出発することになる。さて、ドイツ法にいう *Regierungsakte* とは、その区別を前提として、(大まかに言えば) 執行(権)の行為のうちで国の最高機関による国家統治にかかわる行為を意味するものとして使われるのである。典型的な形では、組織としての *Regierung* (即ち、政府) のそのような行為がそれにあたる。この *Regierungsakte* には「統治行為」という訳語を与えることができである。しかし、アメリカ法でいう *political question* やフランス法でいう *actes de gouvernement*⁽³⁾、そして我が国での「統治行為」がそれ自体として既に「司法審査に服さない」行為のものを示すのに対して、西ドイツに於いて *Regierungsakte* とはその言葉自体としては単に、*Verwaltungsakte* と区別される特別な性質を持つ、*Regierung* の行為をさすのである(この言葉そのものの意味という点ではフランス語の *Actes de gouvernement* の場合にも同じことではあるが⁽⁴⁾)。もしも「司法審査に服さない」ということは統治行為論肯定論者にとって、*Regierungsakte* の

本質的屬性の一つと考えられていたことは確かである。しかし、「Regierungsakte」や Verwaltungsakte の区別がそれ自体としてはまだ必然的には Regierungsakte から裁判所の審査を免除することには導かない⁽⁵⁾と考えられたからであろうか、我が国での「統治行為」にあたる言葉として、「裁判所の審査に服さない」ということを明確に表わすために、「justizfreie (あるいは justizlose、またあるいは gerichtsfrei (=lose)) Regierungsakte (Hoheitsakte)⁽⁶⁾」が使われる。そして、現在では、場合によっては否定的に「*die Theorie der sog. justizfreien Regierun- gung (Hoheits-) akte*」⁽⁷⁾と呼ばれたり、またこの理論の主張するそのような行為が *die sog. Regierungssakte* あるいは *Kammerpflicht* „gerichtsfreie Hoheitsakte“ などと呼ばれたりする。我が国では「統治行為」は学説上一般に「法律上の争訟であつて本来裁判所の審査に服する行為でありながらもその高度の政治性の故に裁判所の審査から除かれる国家行為」と定義されるのであるが、しかし、西ドイツの *gerichtsfreie Regierungssakte* について注意すべきなのは、この用語が、我が国に於けると同じ意味で使われることもあれば、そうではなく(特に、統治行為論を否定する現在の西ドイツの理論状況を反映して統治行為論否定説によつて)執行・立法権の裁量権の範囲内にある行為である

とか基本法一九条四項の要件をそもそも満たさないとかいう理由によつて結果として、裁判所の審査に服さない行為がそのように呼ばれる場合もある⁽⁷⁾ということである。従つて、この用語がドイツの文献に現われてくる場合、前後の脈絡からその意味が理解されなければならぬ。以上の理由で本稿では、「Regierungsakte」には「統治行為」、また *justiz (gerichts-) freie Regierung (Hoheits-) akte* には「司法(裁判所)の審査に服さない統治(高権)行為」、そして *die Theorie der sog. gerichtsfreien Regierungssakte* には「統治行為論」の語をそれぞれあてはむ⁽⁸⁾こととする。

(1) このドイツ語は「*acte de gouvernement*」の訳語である(F. Schönborg, Der „gerichtsfreie Hoheitsakt“ der auswärtigen Gewalt unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsrechtschutzes und der Staatshaftung, Dissertation an der Universität Göttingen, 1973, S. 35.)。このことにも表われているように、ドイツの統治行為論は、外国の統治行為論、特にフランスのその強い影響の下に成立し主張された。従つて、統治行為論を肯定する各説の立論にはフランスでの統治行為論との一定の一致が見られる。詳しくは第一章以下に引用するドイツの文献参照。

(2) この問題については、たとえば O. Bachof, Die Verwal-

tungsergerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl., 1968, S. 25. 参照。この二つを区別するところは、現在では広範に行なわれているようである。たとえば K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., 1982, S. 530ff; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 76ff. 参照。Regierungとは指導統率 (führen) に関する (leitenden) 活動でありまた全体に関する活動であるのに対し Verwaltung とは自ら執行し及び (ausführen) 派生的にそれに対応して他律的な活動である。Wolff (Wolff/Bachof, a. a. O., S. 76 ff.) の見解を Stern は通説と見做して「その指摘すべし。K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II, 1980, S. 696. また「基本法自体も、その二〇条二項が立法・執行 (Vollziehende Gewalt) ・裁判と規定していることなから、Regierung と Verwaltung を Vollziehende Gewalt の一部と見做すべきと考えられる。かつては「一条三項が「基本権は、直接に適用される法として立法・行政 (Verwaltung)」、裁判を拘束する」と規定して来たことから基本法の中の諸規定の矛盾が指摘された (Bachof, a. a. O., S. 25. はそのことを指摘する) が、後にこの規定の一九五六年の改正で行政の代わりに執行権という言葉が置きかえられたことによって、この矛盾は立法的に解決された。

(c) Regierungsakte と Verwaltungsakte とを区別することは、ドイツでも歴史的には前者を裁判所の審査から除くという

意図を背景として主張されたものであるが、その限りでの二つのものを区別する意味を認めないのは、たとえば Bachof, a. a. O., S. 25 ff. である。そのことに関連して Stern, a. a. O., S. 685. は「とにかく、裁判所の審査から除かれる統治行為という概念が、また Regierung という独自の領域が存在するのを明らかにした」として、この区別が自己の意義はこれを積極的に評価している。

(4) Stern, a. a. O., S. 691.

(5) Bachof, a. a. O., S. 25, FN. 22.

(9) 統治行為論肯定論者が司法審査を服せざる Regierungsakte であるとすれば、単に組織的な意味での Regierung (政府) の行為だけにとどまらず、それは議会内の決定などの他の高権行為にまで拡張される。従って、そのことをより明確に表現するために、Regierungsakte は、その Hohheitsakte の語が使われる (Dürig, M/D/H/S, Art. 19 IV, Rdnr. 24.)。

(7) たとえば Wolff/Bachof, a. a. O., S. 378. Stern, a. a. O., S. 692.

(8) なぜなら、このドイツ語自体は単に「裁判所の審査に服せざる Regierung の行為」しか意味しないからである。従って、この言葉によって表現された行為が、「法律上の争訟であるにもかかわらず裁判所の審査に服さないのか」あるいは「法律上の争訟にはそもそも該当しないのか」ということは、各論者のこの用語の定義如何によるのである。

(9) いずれにして、統治行為論に関する用語法はこのように各論者

の定義如何にかかわるものであり、またこの理論に関する学説全体の展開によっても変化しているので、ここでそのすべてを包括する説明をすることは困難である。より詳しくは、次章以下を参照。

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

一九一八年以前のドイツの学説・判例には、統治行為論は存在しない。統治行為論の問題は、公権力による行為に対する訴えを一般的に認める法制度の下で初めて生ずる問題であり、従って、裁判所に一般的な司法審査権が認められていず、また、憲法訴訟を取り扱う特別な裁判権も存在しなかった当時の法制度の下には、統治行為論が問題とならなかったのも当然であった。

ワイマール期に入っても、そのことには、基本的に変わりがない。なぜなら、ワイマール憲法では、行政裁判権については、訴訟事項の列挙主義が採用され、そのことによって、政治的に重要な国家行為は最初から行政裁判所の審査権から除外されていたからであり、また、憲法裁判権についても、ライヒ国事裁判所の権限が、一ラント内部の憲法上の争訟、諸ラント間及びライヒとラント間の非私法的争訟⁽³⁾、ライヒの大統領・首相・大臣に対する訴追などに限定

されていたからである。

ワイマール期に於いては、右のように、国家の統治上の行為を審査する裁判所の権限は極めて限定的であったが、その限定的な権限さえも、ヒトラー政権成立後には、法律によって次々に奪われていった。

これを各裁判権ごとに略述すれば次のようであった。

まず、裁判管轄からみて政治的な国家行為を審査する可能性を最も多く持っていた憲法裁判権については、ライヒの立法によるラントの統制及びその権限剝奪によって、ライヒとラントの間の争い(この争いについての権限が、ライヒ国事裁判所の権限の中では、最も重要なものであり、他の権限は実際には殆ど意味をもたなかった)が生ずる法的基礎がなくなった結果、ライヒ国事裁判所は、その活動領域を失った。

行政裁判所は、ワイマール憲法下でも、そこに於ける出訴事項の列挙主義の故に最初から政治的な高権行為を審査することが稀であったが、その活動領域を決定的に奪うことになったのは、第二次世界大戦勃発に伴ってなされた立法による行政裁判所の権限の根本的制限である。それによれば、これまで法律に列挙されていた出訴事項についても、それに代えて原則として上級官庁のみに訴願を許

し、その官庁が相当と認めた場合にのみ行政裁判所への出訴が許されること⁽¹⁾⁽²⁾された。

このように政治的に重要な国家行為についての裁判所の審査権が最初から立法によって否定されていた基本法以前のドイツに於いては、統治行為論が展開される実定法上の前提が欠けており、従って、それを認める必要も実益もなかったといえることができる。

(1) F.-C. Zeiler, *Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag*, 1974, S. 121.

(2) ワイマール憲法一〇七条によれば、法律の定めるところに従って行政官庁の命令 (Anordnung) と処分 (Vertfügung) に対してのみ個人は行政裁判所に出訴できる。そして、この列挙主義の故に、高権行為に対する行政裁判所の審査権について実際に問題となったのは、公務員の違法な職務義務違反に対する国家賠償事件及び公法上の賠償に関する事件だけであった (E. Forsthoﬀ, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., 1961, S. 467; H. P. Ipsen, *Politik und Justiz*, 1937, S. 62 f.)。しかしこの二つの類型の事件に於いてさえ、出訴の可能性は、立法によって更に狭められていた。たとえば、一九一〇年五月一〇日のライヒ官吏の行為についてのライヒの賠償責任に関する法律五条二項は、外交に従事する官吏の行為が問題になっておりライヒ首相の公式の宣言によってその行為が政治

的あるいは国際的考慮に基づくものとされた場合には、国家賠償に関する諸原則は適用されない」と規定していた (Forsthoﬀ, a. a. O., S. 467)。

(3) ワイマール憲法一九条。しかも、同条によれば、これらの訴えは、補充的に、即ち、その争訟について他の裁判所が管轄権を持っていない限りに於いて、国事裁判所への提起が許された。

(4) ワイマール憲法五九条。

(5) その他に、特定の政治犯に関する刑事事件についても、国事裁判所は権限を持っていた (水木惣太郎「ワイマール憲法」日本法学三〇巻一号 (一九六四年) 四四頁)。

(6) ワイマール時代末期に国事裁判所に係属したライヒとラントとの間の機関争訟事件として有名なのは、プロイセンに於けるライヒ監察官 (Reichskommissar) 任命をめぐるプロイセンとライヒの争訟である。しかし、この事件に於いても、国事裁判所は、その政治的重大性を理由として訴えを拒むことはしてゐない。RGZ (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*) Bd. 138, Anhang S. 1 ff. の事件について詳しくは、山田晟「ドイツ近代憲法史」(一九七一年) 一一六頁参照。いずれにしろ、この時期に於いて、いかなる裁判所も、問題となる行為の政治的重要性を理由として訴を却下したことはなかった (金子第二論文(二)二頁以下)。

(7) H. Schneider, *Gerichtsfreie Regierungsakte*, 1951, S. 10.
(8) これらの立法については、山田前掲書一一六頁以下参照。

- (9) Schneider, a. a. O., S. 10 f.
 (10) Ebd., S. 11 f.
 (11) Ebd., S. 12.
 (12) このように、国事裁判権や行政裁判権にとっては、統治行為論は全く現実的意味を持たなかったのであるが、しかし他方、民事裁判所には、同裁判所に提起される損害賠償訴訟の審査の際に、前提問題として政治的に重要な国家行為を審査する機会があった。しかし、Schneiderによれば、この民事事件についての最高裁判所であるライヒ裁判所の判例は、「高度に政治的な行為は、その性質上、裁判所の直接間接の審査から除かれている」という理論を認めなかったのである (Schneider, a. a. O., S. 19)。これに対して、この時期の学説としては、たとえば、ドイツに於ける統治行為についての最初の包括的研究といわれる「政治と司法」(Politik und Justiz, 1937) (注2参照)の中で主張された Ipsen の主張がある。しかし、ここでの主張も、結局、具体的に統治行為とされるものを認定する手続についての立法論的提案であったということが出来る。Ipsen のこの認定論 (Qualifikationslehre) については、杉村前掲書九頁以下参照。

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

統治行為論は、裁判所が国家権力の行為に対する一般的な審査権を持つ法制度の下で、その審査権を制限しそれに例外を作るものとして主張されて初めて、その本来の姿として現われるものであることは周知のことであるが、その意味で、西ドイツの統治行為論も、第二次大戦後西側占領下の各地域で行政訴訟事項の概括主義が採用され、その後この概括主義が基本法一九条四項として憲法上の保障をうけ、また包括的権限をもつ連邦憲法裁判所も設置されたことによって現実的な意味を持つことになった。

ところで、我が国では、統治行為として司法審査に服さないと考えられる国家行為に関する事件は、これを民事・刑事・行政事件として司法裁判所である各審級の裁判所が審査し、最終的には、上告審としての最高裁判所がその問題を判断することになる。従って、統治行為論の問題を論ずる場合、各裁判所レベルで適用される法理が異なるということはなく、それは、一括して論じられる。しかし、西ドイツでは、憲法裁判所と他の裁判所とは全く性格の異なる

裁判所と考えられておりそれに対応して、管轄や、そこで許される訴訟の訴訟要件などの点で相異なっている。統治行為の問題も、これら各裁判所のレベルごとに一応分けて論じられる。従って、部分的には、本稿の結論を先取りすることになるが、西ドイツの統治行為論を論ずる前提としてここで、統治行為論に關係する限りでの西ドイツの裁判制度に触れておきたい。

基本法は、その一九条四項一・二段に於いて「何人も、公権力によってその権利を侵害されたときは、出訴の途が与えられる。他の『裁判所の』管轄が定められていない場合には、通常裁判所への出訴の途が与えられる。」と規定し、これまでの行政法上の出訴事項の列挙主義に代つて概括主義を採用したことを憲法上確認している。ここで、この一九条四項の意味での出訴の途とは、単に行政裁判所への出訴の途のみならず、通常裁判所、労働裁判所、財政裁判所、社会裁判所への出訴の途をも含むものであり、自らの権利を公権力によって侵害された者は、その行為の行為形式及びその属する法領域の如何によって上述の裁判所の一つに出訴が認められるのである。⁽¹⁾ 通常裁判所への出訴は、たとえば行政裁判所法四〇条二項が規定するように、法律で明示的に許されている場合はもちろんであるが、一基本法一九条四項二段に従つて一公法上の争いがあり、それ

について他の裁判所の管轄が定められていない場合にも(即ち、補充的に)許される。⁽⁴⁾ このようにして、「基本法一九条四項は、公権力の介入による個人の法領域の侵害を可能な限り欠けることなく効果的に裁判所が保護することを保障」しているのである。⁽⁵⁾

公権力による個人の権利の侵害に關する訴訟を取り扱うのは、これらの裁判権のうち主として行政裁判権であるので、ここで叙述を行政裁判権に限定すると、この一九条四項をこの領域で具体化しているのが行政裁判所法四〇条一項であり、それは以下のように規定している。

「行政法上の出訴の途は、その争訟(の管轄)が連邦法律によつて他の裁判所に明示的に与えられていない限りに於いて、非憲法的種類のすべての公法上の争訟について与えられている。……」

ここで、「連邦法律によつて他の裁判所に明示的に与えられてい」る争訟には、「憲法的種類の……公法上の争訟」も含まれると考えられている。⁽⁷⁾ そうだとするとこの「非憲法的種類の……公法上の争訟」という文言は一見して重複に見えるのであるが、そうではなく、この文言がなければ連邦憲法裁判所法一三条に規定されている以外の他の憲法上の争訟が行政裁判所の管轄に服することになってしまふので、そのことを回避するためにこの文言は必要なのである。⁽⁸⁾ 結局、全体としてこの規定は、「憲法的種類の公法上の争訟」と「非憲法

の種類⁸の公法上の争訟」とを区別し、後者をそれが他の裁判所の管轄とされていない限りで行政裁判所の管轄とするものである。

後述するように、連邦憲法裁判所の管轄については列挙主義がとられているが、基本法(より具体的には、連邦憲法裁判所法一三条)によって連邦憲法裁判所の審査に服するとされている事件は、⁹それがすべてこの行政裁判所法四〇条一項の意味での憲法的種類の公法上の争訟であるわけではなく、その中には、たとえば基本法九三条一項四号の「連邦とラントの間の他の公法上の争訟」のように、法律(ここでは基本法)によって明示的に連邦憲法裁判所に与えられた争訟でありながら憲法的種類の公法上の争訟ではないとされるものも含まれている。従って、この行政裁判所法四〇条一項を解釈する場合、¹¹「憲法的種類の公法上の争訟」を実質的に定義することが必要となる。¹²憲法上の争訟とは、まず、実質の意味での憲法に関する争訟である。¹³この実質の意味での憲法とは、たとえば、「政治的基本原則に法秩序としての通用力を与え、また政治的な構造や機構そして制度を作り出した秩序づけ、そしてまた、政治的行為のための憲法準則を定めるそういうすべての法規」であるとされ、それは具体的には、形式的意味での憲法としての基本法及び、それを補充する実質の意味での憲法規範である政党法・連邦選挙法・連邦大臣法・裁判官選出法・憲法諸機関の職務規則(たとえば、連邦議会・参議

院の議院規則)などをさす。¹⁴憲法上の争訟は、このように、実質的憲法(その内容・解釈・適用)¹⁵に関する争訟でなくてはならないとされ、まず、争訟の対象という観点から限定づけられるが、更に、争訟の主体という側面からも限定をうける。¹⁶なぜなら、今日では憲法はすべての法関係を規律しているので、対象についての限定だけでは、憲法規範の解釈についてのすべての争いが憲法上の争訟ということになるからである。従って、この限定は、たとえば「憲法上の争訟には、実質的憲法から直接権利を与えられた義務を負う法主体が関与していなければならない。憲法上の争訟は対等な関係のレベルでのみ生ずるのであって、決して市民と国家の間では生じえない」というふうになされる。この立場に立てば、憲法異議は、真正の憲法上の争訟ではありえない。これは判例の立場であるが、¹⁷他方、学説は一般に憲法異議を憲法上の争訟であると考えている。たとえば、Mauz は、「憲法上の争訟には少くとも争いの一方の側に憲法上資格を与えられた権利の担い手が登場する。憲法上の法規範に関する私人間の争い(即ち、両当事者が私人である争い―筆者)は確かに憲法上の争訟ではないが、しかし、憲法異議の制度が示すように、序列上同位のレベルでのみ憲法訴訟が生じうるということではない」と言っており、¹⁸また、Stern も次のように説明している。

「憲法上当事者能力を持つ主体としては、単に、国家意思を形成する

政治的主要機関 (Hauptorgane) —たとえば政府、議会、政党、党派、議員— だけではなく、…… (実質的) 憲法によって憲法上の法的地位を与えられている主体も問題になる。そしてこれらの主体は、そのような法的地位によって憲法上の法関係の権利 (または、義務) 者でありうる。更に、—憲法がどのように形成しているかによって— 議会の少数派、選挙人団あるいはその一部 (国民請願の場合)、市町村 (Gemeinde)、教会が当事者資格を持つ主体になりうる。しかし、その場合常に前提とされているのは、これらの主体が憲法上の権利を与えられており、またこの権利がこれらの主体によって直接的にまさに憲法上の法関係の担い手として、即ち憲法領域に関与する者として、保護されているということである。従って、個人は、彼が公権力に対して基本権に依拠し、またそのためのより低次の出訴の途が定められている場合には、これらの主体に含まれないが、しかし、そういう場合ではなくて、個人が彼の基本権に基づく憲法上の地位を直接憲法上の意思形成に関与する者として主張する場合—その場合それがいわゆる民衆訴訟の方法によるか憲法異議によるかを問わない—にのみ、これらの主体に含まれる。⁽²⁰⁾

学説はこのような立場⁽²¹⁾にたつて極めて広く憲法争訟性を認めているが、⁽²²⁾他方、連邦憲法裁判所はこれまで、単に機関争訟、抽象的規範審査そして具体的規範審査だけについてそれらが憲法上の争訟で

あると考えている。⁽²³⁾

以上のことから結局、行政裁判所が審査権を持つ非憲法的種類の公法上の争訟とは、行政法、国際法、教会法に属する法律関係に関する争訟ということになるとされる。⁽²⁴⁾ とはいえ、たとえば外国人が西ドイツの公権力によってその権利を侵害された場合などのように、西ドイツの公権力と個人 (外国人も一九条四項の「何人」に含まれる) の権利に関する争訟であつて、一九条四項の保護を受ける場合は別であるが、そうではなく国際法に基づいて解決されるべき国際法上の争訟は行政裁判所の審査には服さない。なぜなら、国内法に関する事件だけを行政裁判権はその対象とするからである。⁽²⁵⁾ また教会法に関する事件についても、宗教団体の内部的な、もっぱら信仰問題に関する領域には、行政裁判所の審査権は及ばず、そのような内部問題ではなく公権力の行使と考えられる問題—たとえば教会による埋葬の拒否—にのみ行政裁判所の出訴の途は開かれているとされる。⁽²⁶⁾

ここで更に、憲法裁判権についても言及すべきである。なぜなら、統治行為とされうる、高度に政治的な国家行為は憲法裁判権に於いても審査され、そのことが行政裁判権に於けるそのような行為の取り扱いについての考え方に影響を及ぼしており、それ故憲法裁判

所の権限及び高度に政治的行為が憲法裁判権の訴訟手段に於いてどのように取り扱われるかについての一定の見通しを持つことは、本稿の目的である行政裁判権レベルでの統治行為論の検討にとって不可欠だと思われるからである。⁽²⁷⁾

憲法上の争訟⁽²⁸⁾についての憲法裁判所の権限には列挙主義が採られている。即ち、憲法が規定している事件についてののみ憲法裁判所は権限を持つのである。ここで、それを連邦憲法裁判権⁽²⁹⁾について見ると、連邦憲法裁判所の権限のカタログはこれを基本法九三条が定めている。そしてその一項は、連邦憲法裁判所の審査権の対象となる事件を個別的に規定している。そこでまず連邦憲法裁判所の権限とされているのは機関争訟の審査権である。かつてワイマール憲法に於いては連邦とラント間及びラント相互間の機関争訟についての決定だけがライヒ国事裁判所の権限とされていたのであるが、基本法ではそれらの権限(三号)の他に連邦の最高機関の間の争訟も連邦憲法裁判所に於いて審査されることになった(一号)。また、その他にも「三号の争訟に該当しない、連邦とラントの公法上の争訟」も連邦憲法裁判所の権限に属する(四号)が、この規定によって連邦制から生ずる権利関係の欠けることのない、保護が図られている。⁽³⁰⁾

九三条一項は、その二号で抽象的規範審査を、また四a・四b号ではそれぞれ個人・市町村の憲法異議を、連邦憲法裁判所にその権

限として与えている。連邦憲法裁判所の権限はこれらの事件に留まらず、それ以外にも基本法が他の条項で規定している権限があり、そのことを包括的に述べているのが五号の「この基本法に規定された他の場合」という規定である。そして、この五号にあたる権限には次のようなものがある。基本権の喪失の言渡し(一八条)、政党の禁止(二一条)、選挙審査(四一条)、連邦大統領と連邦の(場合によっては、ラントの)裁判官の訴追手続(六一条・九八条)、ラント内部の憲法争訟(九九条)、具体的規範審査(一〇〇条一項)、ある国際法の原則が連邦法の構成部分なのかどうか及びそれが個人に権利義務を生ずるのかどうかの決定(規範説明 Normverifikation、一〇〇条二項)、連邦憲法裁判所や他のラント憲法裁判所の基本法解釈と異なる解釈をしようとするラント憲法裁判所の提訴に基づく基本法解釈(規範解釈手続 Norminterpretationsverfahren、一〇〇条三項)、ある法が連邦法としての効力を持つかどうかの決定(規範資格)け手続 Normqualifikationsverfahren、一二六条)。九三条は更にその二項で、以上の一項の権限以外の権限の法律による拡大の可能性を認めている。これまでこの規定に基づいて連邦憲法裁判所に与えられた権限は、個人や市町村による憲法異議だけであるが、これらの権限も一九六八年の基本法改正の際に上述のように九三条一項四a・四b号として基本法自体の

中に取り入れられた。⁽³¹⁾

連邦憲法裁判所の権限については確かに列挙主義がとられているが、しかしこのようにその権限は極めて包括的なので、「殆どすべての憲法上の争訟が連邦憲法裁判所に於いて審査される」と言われる。ただここで注意すべきことは、連邦憲法裁判所が、基本法九五条に規定された他の裁判所の上に位置しこれらの裁判所に係属した事件を更に最終審として審査する上告裁判所であるのではなく、これらの裁判所の外にあって憲法の解釈・適用に関する問題だけを審査する特別の裁判所であるということである。

それでは、以上のような裁判制度がとられている西ドイツに於いて政治的に重要な国家行為について訴訟が提起された場合、具体的にどのような形で統治行為論が問題になるのであろうか。

現在の理解によれば、「公権力の行使」による個人の権利侵害に對する訴を取り扱う行政裁判権レベルでの統治行為論は、ある事件が行政裁判権によって審査される基本法(一九条四項)上の要件である、「個人が」直接「公権力によって」「その権利を侵害された」という要件を満たすにも拘わらず公権力の行使としての一定の国家行為がその政治的重要性の故に裁判所の審査から除外されるのかどうか、という問題として立てられる。この理論を否定する見解によれ

ば、政治的重要性の如何に拘わらずすべての公権力の行使は上述の要件を満たす限り行政裁判所の審査に服しその実体判断をうける(ただし、そのことから生じる結果の均衡をとるため、その実体審査の際には執行・立法権の裁量の範囲を広く認めるべきだ、という司法の自己抑制が説かれる)とされ、他方、肯定説は、高度に政治的国家行為はそれがこれらの要件を満たすか否かに拘らず最初から裁判所の審査に服さないと考える。しかし、この問題を憲法裁判権のレベルで見ると次のようになる。

即ち、行政裁判権レベルで問題となるのは、執行権によって公権力の行使となされた措置であったが、このような措置について連邦憲法裁判所は、憲法異議の訴えに基づいて審査する。ところで、行政裁判権による個人の権利保護を規定する基本法一九条四項の解釈をめぐっては、それが財政行為、執行権(Disposition)の法定立行為、そして議会の立法などによる個人の権利侵害に對する保護をも含むものなのかどうか争いがある。⁽³²⁾しかし、連邦憲法裁判所の憲法異議を審査する権限については、この権限が執行権及び立法権(そして更には裁判権)による個人(法人を含む)の基本権侵害すべてをその対象としている―その場合、訴えが基本法及び連邦憲法裁判所法の定める要件を満たしていなければならないことはもちろんである―ことが学説・判例一般に承認されているのである。⁽³³⁾

から、それらの争点についていかなる立場をとるにせよ、結局、連邦憲法裁判権レベルでは、行政裁判権に於いて問題となる公権力の行使は原則としてすべて（この憲法異議手続による）連邦憲法裁判所の審査に服することになる。⁽³⁵⁾ 高度に政治的國家行為についてそれが統治行為であることを理由として行政裁判所の審査権が排除されることをたとえ認めるとしても、（基本法及び連邦憲法裁判所が明文で認める上述の憲法異議制度の存在にも、拘わらず）その國家行為が連邦憲法裁判所の審査権から除かれるという連邦憲法裁判権レベルでの統治行為というものをも認めない限りはその國家行為は最終的に連邦憲法裁判所によって審査されることになるというところである。換言すれば、統治行為論は、本来、単に行政裁判権のレベルに留まらず（連邦）憲法裁判権のレベルと連動して主張されて初めてその目的を達するのである。学説に於ける統治行為論肯定説はこのことに対応してその一部はその主張を明確に憲法裁判権レベルにまで及びしているが、一般には、統治行為論の問題は、一このような実質論は前面に出ずに単に理論的な問題として、主として行政裁判権レベルで論じられた。⁽³⁷⁾ そこで次に、西ドイツの行政法学がこの問題をどう扱ったのかを見ることにした。

(一) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 1980, S. 374 f.

(2) Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. I. 1960. 以下、連邦法律であり、また、我が国でも行政裁判所法と訳されているようである（たとえば、南博方編・注釈行政事件訴訟法、一九七六年、四〇六頁）。他方、この規定が成立する以前にアメリカ占領地域で施行されていた行政裁判所に関する各州の軍政府の法律が Verwaltungsgerichtsgesetz と呼ばれているが、本稿では、これと現行のものを訳語では区別せず、共に行政裁判所法と訳した。

(3) この「他の裁判所」には、憲法裁判所も含まれる（Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar (以下、M/D/H/S 以下用)) Art. 19 IV, Rdnr. 54.）。

(4) Schmidt-Bleibtreu/Klein, a. a. O., S. 375.

(5) Ebd., S. 374.

(6) Dürig, M/D/H/S, Art. 19 IV, Rdnr. 42.

(7) K. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 4. Aufl., 1978 (以下、Verwaltungsprozess 以下引用)、S. 28.

(8) Ebd.

(9) 基本法は、マイヤール憲法下で争いのあった憲法争訟（Verfassungsstreitigkeiten）という言葉をこころは注意深く避けて用いる。Vgl. auch Maunz, M/D/H/S, Art. 93 IV, Rdnr. 5.

(10) C. Pestalozza, Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlichen Arbeit, 1976, S. 63. 以下、この「部

公法上の争訟」とは、「基本法九三条一項三号に既に含まれているものではない公法上の争訟、即ち連邦とラントの憲法上のものではない権利・義務に関する争訟」のことである。なお、この基本法九三条一項四号の争訟を憲法上の争訟とみる見解については、注22参照。

(11) このような実質的な憲法的種類の公法上の争訟は、行政裁判所法の解釈のポイントは、「真正の憲法争訟 (echte Verfassungstreitigkeiten) (Stern, Verwaltungsprozess, S. 30; BVerwG, DöV, 1976, S. 315 f.)」とか或うは「単に「憲法上の争訟 (Verfassungsrechtliche Streitigkeiten) (Stern, Verwaltungsprozess, S. 30)」とか呼ばれ、また「基本法レベルでは「基本法がその一〇〇条一項と九九条の Verfassungstreitigkeiten」という言葉を使ったこと及びワイマール憲法以来の論争を反映して、「憲法争訟 (Verfassungstreitigkeiten) (K. Stern, Bonner Kommentar, 2. Bearb., (1965)), Art. 99, Rdnr. 12 ff.)」とか或うは「厳密に「実質的意味での憲法争訟 (Verfassungstreitigkeiten in materiellem Sinne) (Mauz, M/D/H/S, Art. 93, Rdnr. 4)」とか呼ばれたりするが、これらは基本的な同じ事柄を示す概念だと考えてよい。もちろん、各論者によって、この概念に含める内容等に差異はあるが。

(12) この行政裁判所法四〇条一項の解釈のみならず基本法の規定の解釈にとっても、(実質的) 憲法争訟の概念がいかに定義されるかは重要である。それはまず、基本法九三条二項について

問題になる。ここでは連邦法律による連邦憲法裁判所の権限の拡大の可能性が認められているが文言上はその拡大には何らの制限もない。しかし、憲法上定められた連邦憲法裁判所の権限が通常の法律によって無制限に拡大されることは許されないと考えられるので、この拡大の可能性には当然何らかの限界がなければならぬ。そこで、一つの限定の試みとして、たとえば「実質的な憲法争訟及びそれと同順位の問題だけが二項に基づいて連邦裁判所に与えられることができる」(Mauz, M/D/H/S, Art. 93, Rdnr. 3)とされるのである。従ってこのやうな立場によつては、(実質的) 憲法争訟の概念内容がこの二項の解釈を左右することになる。九三条に関連した「憲法争訟」の解釈によつては、H. Scholtissek, Zur Zuständigkeit des Bundesverfassungsgericht aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG, Festschrift für G. Müller, 1970, 参照。基本法がその一〇〇条一項及び九九条で自ら「憲法争訟」という言葉を使っていることは前述(注11)した。そのうち一〇〇条一項の憲法争訟についてはそれが全く一般的に「憲法争訟について権限を持つランタの裁判所(即ち「憲法裁判所」)について述べているので、ここでは憲法争訟の定義如何による解釈問題は生じないが、他方、九九条をめぐっては、ラントがその法律によって連邦憲法裁判所に裁判させることのできる憲法争訟の範囲の確定の際に、この憲法争訟の概念内容がやはり問題となる。詳しくはStern, Bonner Kommentar, Art. 99, Rdnr. 10 ff. 参照。

- (11) Maunz, a. a. O., Rdnr. 4; vgl. Stern, a. a. O. Rdnr. 16 f.
- (14) Maunz, a. a. O., Rdnr. 4.
- (15) しかもこの場合、実質的憲法に関する争訟は、単に前提問題であるのではなく、争訟の核心をなすものでなければならぬ (Stern, Verwaltungsprozess, S. 29)。
- (16) Stern, Bonner Kommentar, Art. 99, Rdnr. 16 ff.; Maunz, a. a. O., Rdnr. 4.
- (17) Stern, Verwaltungsprozess, S. 29 f. しかも、敬密に言えず、後述の如く Stern 自身がこの立場より必ず解決をなすべきであると云々。Vgl. Stern, Bonner Kommentar, Art. 99, Rdnr. 18.
- (18) BVerwG, DöV 1976, S. 316 f.
- (19) Maunz, a. a. O., Rdnr. 4.
- (20) Stern, a. a. O., Rdnr. 18.
- (21) 学説上の細部の点に於ける対立については、Stern, a. a. O., Rdnr. 13ff. 参照。
- (22) 主として通説に於いて書かれたとされる Stern, Verwaltungsprozess, S. 1 u. 30 は、憲法上の争訟を次のように例示している。
- 最高の国家机关相互の間、憲法に於いて固有の権利を与えられた関係機関 (Betelligte: たとえば政党) 相互の間、連邦とラントの間を以て相異なるラント間の憲法の解釈・適用に関する見解の相異 (基本法九三条一項一・三・四号)
- (23) 一 議会による選挙審査 (たとえば、基本法四一条二項) — 大臣訴訟 (バイエルン憲法五九条)
- (24) 一 議員資格の喪失に関する決定 (基本法四一条二項)
- (25) 一 一定の選挙人グループの排除 (バイエルン憲法一五条二項)
- (26) 一 ノルトライン・ヴェストファーレンの市町村規則 (Gemeindeordnung) 一六条に基づく市町村合併の際の市町村の意見の聴取
- (27) 一 ノルトライン・ヴェストファーレン憲法六八条に基づく国民請願の認否から生ずる争い
- (28) 一 Maunz, M/D/H/S, Art. 99, Rdnr. 1.
- (29) 一 Stern, a. a. O., S. 31 ff.
- (30) 一 Ebd.
- (31) 一 Ebd.
- (32) 本稿では連邦憲法裁判権に叙述を限定する。なぜならば、ラントの憲法裁判権はラント憲法に関する事件に於いて問題となるにすぎず、しかも本稿のテーマとの関係では、それについて言及する必要がないと考えられるからである。
- (33) 一 この「憲法上の争訟」とは、Maunz, M/D/H/S, Art. 93, Rdnr. 4 の意味での実質的意味での憲法争訟と形式的意味での憲法争訟の両方を含む。それは即ち、連邦憲法裁判所の管轄とされている争訟ということと一致する。
- (34) 一 この連邦憲法裁判権について詳しくは、たとえば Pestalozza, a. a. O., S. 63. za 前掲書参照。
- (35) 一 Pestalozza, a. a. O., S. 63.

- (31) ヘレン・ヒームゼーの憲法会議に於いて作成された基本法草案には、その九八条九号で憲法異議が規定されていたが、それはボンで開かれた憲法制定会議での審議の中で削除され、その後、一九五一年の連邦憲法裁判所法の九〇条以下で規定されたところの経緯を持つ。
- (32) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II, 1980, (Zitat in Staatsrecht, IIと引用) S. 692 f.
- (33) Schmidt-Bleibtreu/Klein, a. a. O., S. 379 ff. これらの行為による個人の権利侵害についても一九条四項の保護をできるだけ認めようとするのは、たとえば、D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 152 ff.
- (34) Stern, Staatsrecht II, S. 1018 f.; vgl. auch Pestalozza, S. 87 ff.
- (35) 即ち、後述するように、連邦憲法裁判権レベルで統治行為論が認められない限り。
- (36) 行政裁判権による審査の対象として一九条四項に於いて問題となる、「公権力の行使」たる措置は、憲法裁判権に於いては、訴えの直接の対象としては、憲法異議に於いてのみ審査される。確かに、たとえば、大統領(実質的には、政府)の条約締結行為が条約承認法の審査の形で抽象的規範審査手続に於いて審査されうる等、他の訴訟手続でも政治的國家行為は連邦憲法裁判所によって審査されうるが、しかし、この手続は、一九条四項

の要件である「個人の権利侵害」を必要としないいわゆる客観訴訟手続であって、一九条四項に服する行為を憲法裁判権レベルで審査する訴訟手続とはいえない。

更に一九条四項の問題からは離れるが、いまだし行政裁判所と連邦憲法裁判所との審査権の關係について述べると、行政裁判所による「公権力の行使」の審査の過程で前提問題として、その「公権力の公使」に法的根拠を与える法律の合憲性が問題となり、当該裁判所がその法律を違憲と考える場合には、基本法一〇〇条一項の具体的規範審査手続に従って、この事件は連邦憲法裁判所に移送され、そこでこの法律の合・違憲性が判断される(法律より下位の法規の法律違反あるいは基本法違反については、連邦憲法裁判所への移送義務は生じず行政裁判所は自ら違法(憲)を宣言できる。しかし、合憲性については、それがいかなる順位の法規であれ、それをすべての裁判所がしうる。Pestalozza, a. a. O., S. 115 ff.)。また、当該行政裁判所がその法律を合憲と判断して事件を処理した場合でも、そう判断した当該行政裁判所の判決に対しては、(通常は、出訴の途を尽した後で。ただその場合は、この訴えを提起する者は、それを最終審の判決だけに対して提起するか、あるいはそれに加えて、下級審の判決及びもともと「公権力の行使」に対しても提起するかどうかを選択しなければならぬ、というのが判例である)憲法異議も提起されうる。Pestalozza, a. a. O., S. 87 f.

(37)

憲法裁判権のレベルでは、これと同じ問題がむしろ法と政治の関係とか憲法裁判権の限界とかいう名の下に論じられた。

— 未完 —

Die Theorie der sog. gerichtsfreien
Regierungsakte
im Bereich der
Verwaltungsgerichtsbarkeit
in der Bundesrepublik Deutschland (1)

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
(In diesem Heft ; Fortsetzung im nächsten Heft)

*Doktorand an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido