The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	「公法」におけるコントロール概念（二）：ドイツにおけるコントロール概念の展開
Author(s)	柴田, 尭史
Citation	阪大法学. 2010, 60(1), p. 135-154
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55083
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

「公法」におけるコントロール概念（二）

――ドイツにおけるコントロール概念の展開――

柴田尭史

はじめに
第一章　ドイツにおける従来のコントロール論の通説
　第一節　コントロール論のパイオニア――カール＝レーヴェンシュタイン
　第二節　ドイツ国法学におけるコントロール――ウルリヒ＝ショイナー
　第三節　民主的な決定の代替としてのコントロール――カール・ウルリヒ＝マイン（以上第五九巻第六号）
第二章　コントロール論の通説からの離脱と「コントロールの機能」
　第一節　通説に対する批判とコントロールの機能――ゲオルク＝ブルンナー
　第二節　コントロールの「機能」――ズザンネ＝ティーマン
第三章　ドイツにおけるコントロール概念の転回――ヴァルター＝クレープス
　第一節　従来の議論に対する批判（以上本号）
　第二節　国家の決定プロセスにおけるコントロール
おわりに

（阪大法学）60（1-135）135〔2010.5〕

第二章　コントロール論の通説からの離脱と「コントロールの機能」

第一章では、コントロール論の通説を検討した。本章では、ドイツにおいて、コントロール論が、その後どのように進展したのか、通説からどのように離れていったのかを検討する。第一節では、ゲオルク＝ブルンナーの『ドイツにおけるコントロール――両ドイツにおける憲法秩序の研究』を取上げる。ベルリンの壁が崩壊して二〇年目を迎える今日において、社会主義法の専門家であったブルンナーの論文が東西冷戦の産物と見なされるのは、当然である。しかし、ブルンナー論文におけるコントロールのコンセプトは、今日までその影響力を保っている。このことは、次章で取上げるクレープスに大きな影響を与えていることからも明らかになる。また、ブルンナーによって新たなコンセプトが本格的に主張され、それが定着するまでの過渡期に、ドイツにおいてコントロールをめぐる議論がどのように推移してきたかを確認する。そのために、第二節では、財政法の研究者であるズザンネ＝ティーマン[60]のコントロール論を検討する。その際、ティーマンのコントロールの「機能」に着目して、検討を進める。

第一節　通説に対する批判とコントロールの機能――ゲオルク＝ブルンナー

（1）「権力分立」批判　ブルンナーも、権力分立を詳細に分析し、批判する。ブルンナーによれば、立法、執行、裁判の区別は法治国家思考の基本となる支柱の一部である。しかし、二〇世紀において、このような「権力分立」は、外見上用いられているが、動揺しており、実定憲法上安定していない。そのような「権力分立の基礎となっているのが、人間の自由は政治における力を異なった担い手に分配することで保護されなければならないという基本思考である。[61]」また、ブルンナーも、従来の権力分立論における「作用」と「権力」の混用を指摘する。その混用

によって、「権力分立」と「作用分立」は混同されてきた。このような作用分立と同義である権力分立に対して、ブルンナーは、方法論レヴェルでの批判を行う。その最たる批判は、三作用を確定する実質的な規準がないというものである。次に、ブルンナーは、これまでの権力分立批判と同様に、現代では、権力の「分立」ではなく、権力の「交錯」が生じていることを指摘する。[62] それゆえ、権力分立は現代に妥当しないとされる。[63]

（2）レーヴェンシュタイン「新たな国家機能の三区分」批判　ブルンナーは、第一章で取上げたレーヴェンシュタインを批判する。ブルンナーによれば、レーヴェンシュタインは、「新たな国家機能の三区分」において、政策決定・政策実施と政策コントロールの境界付けを異なったレヴェルで行っている。政策決定と政策執行は、公共体にとってのそれらの意義で区別されている。それに対して、コントロールは、まったく違った規準、すなわち力の担い手が政策決定と政策執行の際に協働する必要性と可能性によって同定されている。さらに、レーヴェンシュタインには、権力が分割されているかどうかという権力分立の政治理念が、依然として影響している。このようなレーヴェンシュタインの見解からは、政策決定と政策実施の実質的な内容によっても、コントロールの形式的で内在的な構造によっても、政策コントロールは政策決定と政策実施とは区別されない。このように考えると、レーヴェンシュタインの構想において、基本決定と実施、およびコントロールは、本来相互に排除するのではなく、交錯するとされる。それゆえ、レーヴェンシュタインの国家機能の三区分は首尾一貫していない。そこでは、コントロールが様々な形式で構想されているが、基本決定と実施はいかなる役割も果たしていない。[64]

（3）国家機能の三区分とコントロールの位置づけ　ブルンナーは、国家機能を「決定」と「実施」から構成される「主要機能」と「コントロール」である「副次機能」とに分解する。まず、国家機能を分割する根拠を検討し、次いで「主要機能」と「副次機能」について検討する。

①分割の根拠　まず、ブルンナーの用語を説明する。憲法プロセスとは、憲法秩序の動態的な観点である。[65] 憲法機能とは、憲法秩序の影響連関において行われる活動である。[66] また、憲法秩序とは、政治的な公共体が公共の業務を構成する秩序である。[67]

ブルンナーは、憲法プロセスを特定の分割の根拠によって分解することで、憲法機能を明らかにしようとする。その際、「憲法プロセスを事項に適合するように各機能に分割するためには、各機能は憲法秩序と関連付けられなければならない」とされる。このような関連付けから、分割の根拠は憲法秩序の本質から獲得されなければならないということが生じる。上で挙げた憲法プロセスと憲法秩序の理解から、公共の業務を構成することが、憲法プロセスにとっても構成的な活動となる。それゆえ、各機能に分割される憲法プロセスの本質は、公共の業務を構成することにあるという認識に結び付けられうるとされる。[68]

この公共の業務を構成することに概念上必要とされるのは、その形式的で内在的な構造である。公共の業務を構成することは、意思の決断と意思の活動を前提とする。意思の決断とは、「何がなされるべきかが決定される」ことである。それに対して、意思の活動とは、「決定が実施される」ことである。これらが、憲法機能において公共の業務を構成する要素である。しかし、分化した憲法秩序では、公共の業務を構成する第三の要素が認識される。ただ、この第三の要素は、形式的で内在的な構造という観点からは概念上必要とされない。むしろ、第三の要素が必要とされるのは、実践的な目的適合性という観点からである。つまり、決定は、通常、決定する機関によって実施されない。このことから、決定が、実施において歪曲され、さらには正反対のものにされる危険が生じる。この危険を「実施機関が、権限ある決定機関に代わって決定しようと努める危険」とブルンナーは敷衍する。その危険を防止することが必要とされる。これにかかわるのが、第三の要素、すなわちコントロールである。コントロール

の課題は、実施機関による活動が決定と一致しているかどうかを審査することである。それゆえ、公共の業務を構成することに概念上必要とされる「決定」と「実施」は「主要機能」とされ、概念上必要とされない「コントロール」は「副次機能」とされる。[69]

②「主要機能」――「決定」と「実施」　「分割の根拠」によって分けられた「主要機能」は、どのような性質を持つのであろうか。

「決定」と「実施」との間の区別は相対的な性質を持つ。なぜなら、それらは、憲法プロセスのすべてのレヴェルで見られる形式的で内在的な構造の要素であるためである。憲法プロセスは決定と実施の順序である。その順序において、ある活動が、決定、あるいは実施と見なされるのは、憲法に固定された評価の観点次第である。それゆえ、決定と実施の区別は相対的である。さらに、政治における出来事がプロセスであるならば、決定と実施それぞれの活動は両面的になり、それらの活動を形式的な構造という観点から区別する可能性は、相対化されてしまう。憲法プロセスの特徴について、ブルンナーによれば、「憲法プロセスは決定の進行する具体化として現れ、憲法プロセスにおいて、一般的な決定が段階的に現実に近づけられる。決定の終了は、実行自体、すなわち、それ自体さらに別の実施をこれ以上できない現実の行為である」とされる。[70]

上述したように、憲法プロセスを境界づける規準も、憲法プロセスの本質から獲得されなければならない。その規準は「公共における意義」である。なぜなら、憲法プロセスが、「公共における意義」が認められる業務を構成するものであるためである。「公共における意義」を決定するのは、「公共体で優越する見解」である。この「公共における意義」という規準によって、決定と実施が区別される。基本問題に関わるために、ある活動の「公共における意義」が政治的な公共体によって決定されることが、「基本決定」とされる。それに対して、「実施」は、「基

本決定」の後続現象であり、「公共における意義」はわずかである。[71]

決定と実施は憲法プロセスにおける二つの段階であり、「公共における意義」で分割される。しかし、この二段階はさらに区分される。このことに関して、ブルンナーは三つのことを指摘する。第一に、「政治的な意思形成」と呼ばれる活動が、基本決定の拘束力ある確定に先行する。「政治的な意思形成」の内容は、情報の受取り、アドヴァイス、解決案の作成などである。第二に、決定過程は、基本決定の拘束力ある確定によって終えられる。決定過程を終わらせる主体は、実定憲法に規定されている。第三に、「基本決定を実施することは通常いくつかの実施決定からなり、それらの実施決定によって、基本決定は、存在する関係に適合し、具体化される。実際の行動であり、さらに実施されえない現実行為が実施プロセスの終わりを形成する。[72]」

③「副次機能」――「コントロール」　コントロールは、実施が決定と一致しているかどうかを審査することであった。それは、実施が基本決定から現実行為までの長い途で決定を歪曲する危険があるため、実践的な目的適合性から必要とされた。また、コントロールは、主要機能から形式的で内在的な構造にしたがって区別された。この構造によって区別されるために、コントロールは、決定と実施という憲法プロセスのすべての段階に伴うのである。[73]

ブルンナーによれば、コントロールの形式的な構造からコントロールは「比較（Vergleich）」である。この「比較」であるコントロールは、比較する二つの要因を必要とする。それは、コントロール基準とコントロール対象である。コントロール基準は決定であり、コントロール対象は実施行為である。そして、比較は、コントロールする者とコントロールされる者という二つの主体が参加する手続においてなされる。その比較の手続は、決定と実施行為との間が、一致する、一部で一致する、あるいはまったく一致しないということを確定する特定の結果で終了する。また、コントロールの結果からどのような帰結が引き出されるのか、決定と実施の間の一致の回復がどのよう

にはかられるか、などといったコントロールの波及効果（Folge）の問題もコントロール結果の確定には結合するとされる。それゆえ、コントロールは、コントロール機関、コントロールされる者、対象、基準、手続、結果、および波及効果という要素を含んでいる。ここで、コントロール対象は、コントロールされる者から流出すること（Emanation）である。コントロール対象は、基本決定以外のすべての段階で見出される。というのは、基本決定は、それ以上の基本決定に縮減することができないためである。また、基本決定は、いくつかの実施決定によって具体化される。それゆえ、決定には基本決定と実施決定があるために、基本決定と実施決定の両方が、コントロール基準となる。[74]

そして、ブルンナーによれば、コントロールには、決定と実施が相対的であるという問題は生じない。しかし、コントロールがいつ主要機能の一つに変化するのかという別の問題が生じる。この問題について、ブルンナーは、どのような波及効果がコントロール結果に結び付けられるか、つまりコントロール機関が決定に関与する可能性を持つかどうかにかかっていると述べる。[75]「コントロールという副次機能は、実際によく主要機能から一義的に境界づけられず、主要機能に移る。」ブルンナーは、主要機能と副次機能が内在的で形式的な構造から区別されるとしながらも、コントロール機関が決定に関与する権能次第では、各機能が経験的に区別できなくなることを認める。[76]

（4）小括　ブルンナーは、憲法プロセスを分割の根拠で憲法機能に分解する。憲法機能として「決定」と「実施」を析出し、それらを「主要機能」とする。「主要機能」の内部で「決定」と「実施」を分けるのは「公共における意義」である。それに対して、実施行為が決定とずれることを防ぐという、実践的な目的適合性から「コントロール」が必要となる。しかし、「コントロール」は、形式的で内在的な構造の観点から概念上必要とされないため、「副次機能」とされる。その際、コントロールは、主要決定と異なった観点から区別されているため、憲法プ

ロセスの各機能の段階に伴っている。そして、コントロールは、その形式的な構造から、基準である決定と対象である実施行為の「比較」である。その際、主体、対象、基準、手続、結果、および波及効果が、コントロールの要素である。しかし、「比較」とされるコントロールも、波及効果、すなわちコントロール機関が持つ是正させる権能次第で、主要機能に移行する。

第二節　コントロールの「機能」――ズザンネ＝ティーマン

財政コントロールを論じるにあたり、ティーマンはコントロールの機能に関して検討を加える。ティーマンによれば、コントロールは、他の国家機能から区別された機能である。ティーマンの記述に沿って、まず他の国家機能から検討を始める。

（1）構成的な国家による活動　国家の構成機能は、国家の課題を果たす具体的な措置を行うことで現れる。つまり、国家機能は、追求される目的を実現する積極的な行為で現実化される。そして、効率的な国家による活動は、国家による措置の合理性（と経済性）を判断する適切な方法を認識することを前提とする。その方法が、現代の社会国家においては、あらゆる措置に先行しなければならない計画である。計画は、行われようとしている措置についての重要な事実を認識していることに依存し、多様な情報の収集、処理、保存を前提としている。というのは、国家による行動とその効率性の追求の中心は、正しい行動に関する問いであるためである。正しい行動は、事実についての正確な知識と情報に基づく。しかし、国家による行動をプロセスと捉えるとしても、単なる情報処理プロセスではない。獲得された事実をどのように評価するかが、国家による行動の重要な要因である。事実の評価は、事項に関連づけられた動機の中で、最良の解決を考慮して、行われる。以上を要約して、ティーマンは、「構成的

な――すなわち、直接にある特定の目的を実現することに向けられた――国家活動は、三つの要素、すなわち事実の確定、この事実の評価、そして最後に措置を行うことによる目的の実現から組立てられる」と述べる。[77]

（2）コントロール　コントロールも、構成的な国家による活動と同様に、事実の確定と評価から構成される。しかし、両者は本質的に区別される。なぜなら、国家機関による決定は、国家の課題を遂行するという枠組みにおいて、直接に国家による行動の目的を実現するためである。それに対して、（財政）コントロールの目標は、一方でコントロールを遂行することから直接に達成されない。つまり、（財政）コントロールには、直接に目的を実現するという要素は固有ではない。他方で、国家が決定する際の過誤をできる限り排除する、あるいはそれらの過誤をすでになされた過誤を事後に確定することで予防する（präventiv vorbeugen）ことが、コントロールの主要目的と見なされなければならない。その限りで、事実の認定と評価は強く特徴付けられる。なぜなら、事項に向けられた決定は、多様な情報とその評価の座標軸に埋め込まれ、その決定がコントロールを行使する前提をなすことから、事実の認定と評価を重視することが明らかになるためである。コントロール活動は、決定プロセスにおける事実の認定と評価に頼らなければならず、それゆえ、コントロール活動の機能構造においてそれらに向けられている。「コントロールという機能は、その都度のコントロール客体の影響方法と行動要素にフィードバックされている」。[78]

（3）小括　ティーマンにおいて、コントロールと構成的な国家による活動は区別される。このことを「直接的な目的の実現が欠けているという消極的な要因によって、そして事実の確定・評価という二つの要素という優先する重点によって、コントロールの機能は、……直接に構成的な国家活動から区別される」[79]とティーマンはまとめる。

第三章　ドイツにおけるコントロール概念の転回――ヴァルター＝クレープス

本章では、今日の議論にも影響を及ぼしているクレープスの議論を再検討する。[80] クレープスは、「どの機能が、国家の行動に対するコントロールに相応しいのか」[81]を問題にしている。まず、従来の議論を批判することから、クレープスの議論の検討をはじめる。しかし、本稿のクレープスの記述は、クレープス論文とは構成の順序を入れ替えているために、前理解としてクレープスの結論を見ておきたい。

クレープスは、ジェラール＝ベルジェロンの意味論によるコントロールの説明を取り上げる。それは、フランス語の「contrôle-control」の意味を六段階にまとめたものである。すなわち、第一段階の支配（domination）から、第二に指揮（direction）、第三に制限（limitation）、第四に監視（surveillance）、第五に検査（vérification）、第六に記録（enregistrement）、あるいは照合（collation）にいたる。前の三つの段階は control に一致し、後の三つの段階は contrôle に一致する。[82] クレープスによれば、前者の control において、コントロールの主体によってコントロールの客体が支配されているため、コントロールは、「力」というまとまりのない概念に組込まれている。それに対して、後者の contrôle が、過程と定義されるならば、コントロールは、二つの要因、あるいは現象相互の関係に関連しており、「比較」と確定される。その「比較」は、存在-価値（Ist-Wert）と当為-価値（Soll-Wert）の比較を意味し、その要素として、コントロール基準、コントロール客体、および双方の関係を確定することが前提であるとされる。また、「コントロール」を「比較」と理解することは、ラテン語（contra rotulus）、あるいは古フランス語（contre rôle）が「コントロール」の語源であることに対応する。[83] クレープスが採用するコントロールは「比較」としてのコントロールである。

第一節　従来の議論に対する批判

先の二章では、レーヴェンシュタイン、ブルンナー等、それぞれの人物が、どのようにコントロールを把握したのかを見た。しかし、それぞれの議論には、重なる部分もある。例えば、コントロールにおいて「力」という要素を強調するレーヴェンシュタインとコントロールを「比較」と理解するブルンナーは、ともに「国家機能の三区分」を提示する。そのため、本節では、クレープスが批判する四点を取上げ、それぞれ検討していくこととする。すなわち、第一に「力」というコントロールの要素、次に「民主制とコントロール」、第三に「国家機能の三区分」、最後にコントロールの「機能」である。

クレープスは、これらの批判をまとまった形で行っておらず、自身の議論を展開する際に、先行するコントロールをめぐる議論をその都度批判する方法をとる。では、なぜこの四点を指摘し、先に批判するのか。まず、「力」というコントロールの要素については、ベルジェロンを引用し、検討した際に、クレープスの態度は明らかである。つまり、「まとまりがない」とクレープスは述べている。コントロールを「比較」と理解するクレープスには、「力」という要素を強調する議論は、真っ先に批判されるべきである。民主制とコントロールを結び付ける見解についても、クレープスは批判を行う。その批判は、ショイナーとマインに向けられたものである。批判の内容は、ショイナーに対しては「責任」についてであり、マインに対しては「議会の全権」とそのコントロール構想そのものについてである。そして、「国家機能の三区分」とコントロールの「機能」に対する批判は、クレープスが、問題としているコントロールの「機能」に関わる。前者はコントロール機能の分配の問題であり、後者はコントロールの機能そのものの問題である。しかし、本稿は、コントロールの機能それ自体に関する批判の前に、機能論である国家機能の三区分を批判する。レーヴェンシュタインとブルンナーにおいて、コントロールの捉え方はベクトル

が真逆である。しかし、レーヴェンシュタインとブルンナーは、コントロールという観点から、まったく性質の異なった体制を検討するという比較法の目的があるために、性質の違う体制の比較・分析を可能にする機能論を必要としたのである。コントロールの機能に関する問いは、そのような機能論の内部の問題である。それゆえ、コントロールの機能を検討する前に、機能論の批判から始める。以上の理由から、クレープスが批判する中から、この四点を取り上げ、先に検討する。

（1）「力」というコントロールの要素　コントロールに「力」という要素を取入れるのは、第一章で取上げたレーヴェンシュタインとショイナーである。

クレープスによれば、「力」という要素が強調されたコントロールは、「（政治における）力を、通常、コントロール関係に参加する者の間において相互に影響を与えることによって適正化し、制限する機能」[84]を持つ。

クレープスによれば、上述したcontrolという意味でのコントロール概念は、レーヴェンシュタインの機能システムの鍵概念である。なぜなら、レーヴェンシュタインの構想においては、新たな三分法の要点が、政策コントロールにあり、また、政治プロセスを理解する方法が、力の監視とコントロールのメカニズムの分析によってなされるためである。レーヴェンシュタインにおいて、このコントロールは協働と阻止によってなされる。クレープスによれば、これらは、レーヴェンシュタインがコントロールの要因として「力」を重視している証左である。コントロールに関して、レーヴェンシュタインは、「政治における力をそのような力に対抗する（力の）メカニズムにより支配する」ことに優先的な関心を向け、「政策コントロール」を、「政治における力を抑制し、適正化する」ことと理解しているとクレープスは述べる。[85]

このようなコントロール概念は、コントロールを責任と相関関係におくショイナーにも見られるとクレープスは

述べる。つまり、ショイナーによれば、コントロールは自由の維持と力の制限に役に立つ。また、ショイナーは、コントロールを国家の力の監視と理解していた。それゆえ、ショイナーは、力を限界づける影響力の行使という意味でコントロールを理解している。ただ、コントロールの概念が、監督に備わっている優位と介入手段という要素を持たないというショイナーの指摘もクレープスは考慮に入れる。[86]

クレープスは、レーヴェンシュタインとショイナーの議論をこのようにまとめた上で、コントロールの要素である「力」の概念を批判する。

第一に、上述したベルジェロンによるコントロールの意味論による六段階の説明は流動的であり、「力」にまで拡大されたコントロール概念の中にも、「比較」という要素が見られるとクレープスは述べる。[87] 実際に、「力」という要素を強調するとされるショイナーでさえ、「政治におけるコントロールも、決してある決定をもう一方の決定と交替することはできないが、例えば、憲法の要請、公益、あるいは行動に対するその他の拘束と義務といった共通のより高度の基準でのみ測ることができる」[88]と述べている。

第二に、「力」という要素を使うことで高度の複雑さを考察できるが、反面で正確さが失われるとクレープスは批判する。そして、コントロールの要素としての「力」が極めて不都合になるのは、「力」を持たない制度を考察しようとする場合であり、とりわけそのような制度として、会計検査院が挙げられる。[89]

また、レーヴェンシュタインとショイナーは、作用分立という意味における権力分立を批判する。「力」という概念の批判そのものではないが、両者による作用分立批判に対するクレープスの反論をここで検討する。レーヴェンシュタインとショイナーは作用分立を批判するが、この点にもクレープスは反論をする。すなわち、両者がコントロールを委ねる国家制度は、憲法上構成された作用秩序の部分、特に議会と政府である。[90] さらに、両者が、コン

トロールの目的としている、「力の制限を通じた自由の保障、および強化」は、作用分立の目的でもある。[91] レーヴェンシュタインとショイナーのコントロール概念が「力」に拡大したのは、「力の制限を通じた自由の保障、および強化」と設定された目標をコントロール概念に取込もうとしたためである。[92]

クレープスは、コントロールの要素として「力」を重視するレーヴェンシュタインとショイナーに以上のような批判を行い、自身のコントロール概念として「比較」を採用する。

（2）民主制とコントロール　ここでは、民主制とコントロールを関連付けたショイナーとマインに対するクレープスの批判を取上げる。クレープスは、ショイナーに対して、コントロールにおける「力」の強調以外に、コントロールと関連づけられた「責任」について批判する。また、マインに対しては、議会の把握の仕方、コントロール構想の一貫性のなさ、決定とコントロールが区別されるという前提の三点を批判する。

①責任とコントロールの関係――ショイナー批判　ショイナーは、現代の代表民主制からコントロールと責任を導出した。クレープスは、ショイナーの「責任（事後のコントロール）」に関する議論に批判を加える。

責任は、行動に関する説明義務と潜在的な制裁可能性であり、責任を負う者の行動権能は、委任された権能から生じるとクレープスはまとめる。責任は、責任を問う機構と責任を問われる可能性がある機構という二つの分離された機構を前提とし、責任を負う機構は、制裁可能でなければならない。このことが条件とするのは、責任を負う機構の説明義務であり、その機構が価値基準と規範に拘束されていることである。このように責任の構造を分析した上、クレープスは、「法において、責任は、既に上述した〔『比較』としての〕『コントロール』権能を使ってしか実現されえない」と結論付ける。なぜなら、責任を負う者に対して制裁を科すか否かは、責任を負う者の行動が自身の義務である価値や規範と一致するかどうかが、審査されないことには、決定できないためである。要するに、

制裁を科すかどうかの決定自体が、決定の要素としての比較（後述）、つまりコントロールを前提としているとクレープスは批判する。[93]

②直接の自己決定の代替としてのコントロール――マイン批判　第一章で述べたように、マインは、基本法において、民主制を憲法原理の中の原理とみなす。現実の間接民主制において、コントロールは、自己決定（直接民主制）の「代替」である。また、議会は「本来的な全権」を有するが、権力分立によって制限されており、その代替としてコントロールを議会は行う。クレープスは、この議会の「『本来的な』全権」という考え自体を連邦憲法裁判所の判例を引用する形で批判する。裁判所は、カルカー決定において次のように判示した。「基本法は、議会に基本決定の際のすべてを包括する優位を認めていない。（中略）憲法制定権力は、基本法二〇条二、三項において憲法の直接的な制度と作用としての執行をも創設した。[94]」この判例を引用して、クレープスは、議会優位を主張するマインの見解を批判する。さらに、コントロールを決定機能の「代替」とみなすことについても、マイン自身が、すべてのコントロールを決定の「代替」と理解していないというその一貫性のなさを批判する。とりわけ、裁判所によるコントロールを、民主制に基づいたものではなく、法治国家原理に基づいたものと説明する点を批判する。クレープスによれば、マインは、「政治におけるコントロール」を説明した研究者である。また、マインが、コントロールが決定の特徴を有してはならないとしたことに関しても、結局「代替」であるコントロールは「決定」とは違う性質を持つことを前提としていると批判する。[95]

（3）「国家機能の三区分」　レーヴェンシュタインとブルンナーは、「超-実定-憲法の[96]」国家機能の三区分を展開する。

レーヴェンシュタインは、国家の機能を「政策決定」、「政策執行」、「政策コントロール」に分け、コントロール

に独自の国家機能を割り当てた。しかし、第二章で述べたように、ブルンナーによれば、レーヴェンシュタインの構想において、政策決定と政策執行は、コントロールと矛盾せず、重なりあうために、国家機能の三区分は一貫しない。レーヴェンシュタインの構想が失敗に終わった理由は、各機能の分割の方法にあった。クレープスは、このブルンナーの指摘に同意し、さらにレーヴェンシュタインが、各機能を分割する際に、コントロールの自立した位置を識別していなかったことが、失敗につながったと敷衍する。それゆえ、レーヴェンシュタインの構想において、第三の機能としてのコントロールなどなく、コントロールとは、「法によって構成された国家の決定プロセスと行動プロセスの不可欠な実施方法を説明している」にすぎないとクレープスは述べる。[97]

コントロールを「比較」と理解するブルンナーも、レーヴェンシュタインと同様、国家機能を「基本決定」、「実施」、「コントロール」に分割した。このことにも、クレープスは批判を加える。クレープスによれば、コントロールを比較と理解しているにもかかわらず、ブルンナーの構想は失敗している。なぜなら、ブルンナーは、憲法プロセスを「決定を進行して具体化すること」と理解するにもかかわらず、「決定プロセスが、最適な目的達成という基準と決定の選択肢を比較することを必然的に前提としている相互に関連する選択行動の連続として構造化される」ためである。決定プロセスのこのような構造化に、問題点があることは後に明らかになる。しかし、決定の不可欠な構造要素であるコントロールは、決定プロセスにおいてのみ機能を有するのであり、それ自体で機能を持っているわけではない。それゆえ、「比較」とコントロールを理解しても、ブルンナーのように、コントロールが独自の国家機能であるという理解をクレープスは採らない。[98]

クレープスは、「まさに『それ自体としての』コントロールは存在しない」と述べる。この言葉が、クレープスのコントロール論を明確に表わしている。では、自立した国家機能としてコントロールが存在しないとすれば、コ

ントロールという機能はどこに存在するのであろうか。クレープスによれば、「具体的な憲法における作用分立」にコントロールは存在する。つまり「コントロールは、憲法によって区分された（憲法）作用のあらゆる不可欠な（機能の）部分である……」。それゆえ、新たな機能論は構想される必要はない。以上のように、国家機能の三区分をクレープスは批判する。その批判から結果として生じたのは、作用分立としての権力分立である。[99] それは、国家機能の三区分を主張する者によって批判された理論である。

（4）コントロールの「機能」　最後に、コントロールの「機能」に関する批判を取上げる。それは、第二章で取上げたブルンナーとティーマンについてである。

①ブルンナー　ブルンナーは、コントロールを「副次機能」と捉え、それに対して、基本決定と実施を「主要機能」と理解する。この主要機能と解された「基本決定」と「実施」を区別する規準は、「公共における意義」である。この点に関して、クレープスは、ブルンナーが「公共における意義」について正確な概念を用いなかったことを批判する。ブルンナーによれば、「公共における意義」は「公共体で優越する意見」によって決められる。しかし、そのために、「公共における意義」に幅が生まれてしまうとクレープスは批判する。[100]

より本質的に批判されるべきであるのは、ブルンナーの構想によって、基本決定と実施からコントロールが区別されるのかという点である。詰まるところ、国家機能を三つに、特にコントロールを他の機能から分けられないことは、ブルンナーも認めている。それゆえ、クレープスによれば、ブルンナーによる国家機能の三区分において、コントロールは決して第三の機能ではなく、コントロールの波及効果を基本決定と実施に移すならば、コントロールのほとんどすべてが主要機能に分類されることになる。クレープスは、ブルンナーがコントロールを「比較」と理解し、議論を展開したことを「成功」したと評価するが、主要機能と副次機能に分割するという構想は「不成

功」であるとする。[101] クレープスは、コントロールを「比較」と理解することをブルンナーから受継ぐ。

②ティーマン　クレープスによれば、ティーマンは、コントロールと構成的な国家による活動を目的の実現化の「間接性」「直接性」によって区別している。この点につき、クレープスによれば、コントロールが構成的な国家による活動と区別できるのは、「間接の」目的・目標の現実化が、「直接の」目的・目標の現実化から区別できるような規準がありうる場合である。しかし、そのような規準はない。様々な抽象レヴェルで国家の目的は存在し、一方の目的を「直接に」実現化することは、他方のより抽象度の高い目的を「間接に」実現化することになる。それゆえ、コントロールと構成的な国家による活動は、それらの「間接性」「直接性」によって区別できないと、クレープスは批判する。ティーマンにおいて、コントロールが、主として事実の認定と評価にあるのに対して、構成的な国家による活動が、事実の認定と評価という要素からも、措置をとることによって目的を実現化することからも、考察されているため、区別は不可能である。結局、ティーマンも、ブルンナー同様、コントロールと他の国家による活動が構造において異なっていることを前提としているとクレープスは批判する。[102]

(60)　ティーマンの財政コントロールを取上げたものとして、石森久広『会計検査院の研究――ドイツ・ボン基本法下の財政コントロール』(有信堂、一九九六年)。

(61)　Brunner, (Anm. 18), S. 35f.

(62)　Brunner, (Anm. 18), S. 38f.; ブルンナーによる権力分立の歴史的展開とヴァリエーションの検討、および権力分立に対する批判については、Brunner, (Anm. 18), S. 36-46. 権力分立の歴史的展開に関する邦語文献として、小嶋和司「権力分立」同『小嶋和司憲法論集一　憲法と政治機構』・前掲註(9)一四七頁以下、特に一五二―二一一頁(初出は、一九六三年)。

(63)　Brunner, (Anm. 18), S. 45.

(64) Brunner, (Anm. 18), S. 48f.
(65) Brunner, (Anm. 18), S. 34.
(66) Brunner, (Anm. 18), S. 63.
(67) Brunner, (Anm. 18), S. 65.
(68) Brunner, (Anm. 18), S. 63-66.
(69) Brunner, (Anm. 18), S. 66.
(70) Brunner, (Anm. 18), S. 67f.
(71) Brunner, (Anm. 18), S. 68.
(72) Brunner, (Anm. 18), S. 71-73.
(73) Brunner, (Anm. 18), S. 74.
(74) Brunner, (Anm. 18), S. 74-76.
(75) Brunner, (Anm. 18), S. 74.
(76) Brunner, (Anm. 18), S. 83.
(77) Susanne Tiemann, Die staatrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, Dunker & Humblot, 1974, S. 44f.
(78) Tiemann, (Anm. 77), S. 45f.
(79) Tiemann, (Anm. 77), S. 46.
(80) クレープスのコントロール論を取り扱ったものとして、次の二点がある。議会によるコントロールについては、原田久「議会による行政の統制――その体系化にむけて――」九大法学六四号（一九九二年）五三―九三頁。会計検査院によるコントロールについては、石森・前掲註(60)がある。
(81) Krebs, (Anm. 1), S. 1.（強調は、クレープス。）
(82) Gérard Bergeron, Fonctionnement De L'État, 1965, p. 50; Krebs, (Anm. 1), S. 5.
(83) Krebs, (Anm. 1), S. 4-6.
(84) Krebs, (Anm. 1), S. 18.

(85) Krebs, (Anm. 1), S. 7f.（引用の強調は、クレープス。）
(86) Krebs, (Anm. 1), S. 8f.
(87) Krebs, (Anm. 1), S. 9f.
(88) Scheuner, (Anm. 32), S. 11 ; Krebs, (Anm. 1), S. 10.
(89) Krebs, (Anm. 1), S. 12.
(90) Krebs, (Anm. 1), S. 11.
(91) Krebs, (Anm. 1), S. 11, 41f.
(92) Krebs, (Anm. 1), S. 6.
(93) Krebs, (Anm. 1), S. 43f.（引用中の〔　〕は、筆者。）
(94) BVerfGE 49, 89 (124f.). 高田・前掲註(55)三六九―三七〇頁。
(95) Krebs, (Anm. 1), S. 25-27. 前掲註(56)参照。
(96) Krebs, (Anm. 1), S. 18.
(97) Krebs, (Anm. 1), S. 39f.
(98) Krebs, (Anm. 1), S. 40.
(99) Krebs, (Anm. 1), S. 41.（引用の強調は、クレープス。）
(100) Krebs, (Anm. 1), S. 20.
(101) Krebs, (Anm. 1), S. 21f.
(102) Krebs, (Anm. 1), S. 23f.