The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	「公法」におけるコントロール概念（一）：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. 2009, 59(6), p. 105-126
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55188
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（一）

――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（以上本号）
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
　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）59（6-105）1139〔2010. 3〕

はじめに

（1）問題の所在と本稿の目的　「『コントロール』によって、国法学・行政法学が国家制度すべてにひときわの意義を与える現象が論じられる」（ヴァルター＝クレープス）[1]。日本でも、公法、すなわち憲法と行政法において、様々な局面で「コントロール（統制）」[2]という語は頻出する。憲法においては、宮沢俊義博士のコンメンタール『日本国憲法』では、議会と内閣の関係について「コントロール」という語が用いられる[3]。近年では、高橋和之教授の「国民内閣制」論において「アクション（統治）－コントロール」図式が論じられる[4]。また、以前から国政調査権は議会の（特に内閣への）コントロール手段だとされてきた[5]。行政法学においても、行政のコントロールについて語られ[6]、特に裁判所による行政のコントロールが主題とされてきた。典型例として、裁判所による行政裁量のコントロールの問題が挙げられるであろう[7]。また、憲法と行政法にまたがる分野として、財政のコントロールがある。冒頭のクレープスの指摘は、日本にもあてはまる。

以上の例において、日本では、コントロールの概念、目的、あるいは機能を明確化した上で、「コントロール」という語を用いることはこれまでなかった。以上の例は、特定の現象がコントロールと呼ばれているか、特定の現象の集合にコントロールという総称が与えられているかである。つまり、「コントロール」という語がもつイメージに頼ってこれまで議論をしてきたのである。このような議論の仕方には、問題があるのではなかろうか。なぜなら、それぞれがイメージする「コントロール」が用いられることによって、「コントロール」の意味内容が文脈によって異なるためである。つまり、同じコントロールという語を用いながらも、使用する者のイメージに左右され、意味することがまったく違うということが生じうる。それゆえ、クレープスの言葉を借りれば、「……コントロー

ルの概念が使用される頻度は、まさにコントロールの明確さに反比例する関係にある[8]」ということになる。では、以上のようにこれまでイメージに頼って用いられてきた「コントロール」とはそもそも何か。本稿の問題の所在はこのことにある。このような問題意識から、本稿は、コントロールの概念、目的、機能を問い、それらを明確化することを目的とする。

（2）本稿の方法と対象の限定　右記の問題意識と目的から本稿を進めるにあたり、戦後ドイツにおけるコントロールをめぐる学説上の議論を精査する方法をとる。日本では、小嶋和司博士[9]、吉田栄司教授[10]など数人の研究者によって現象としてのコントロールに関する研究がなされたものの、本稿が検討する問題は十分に研究されてこなかった。それに対して、ドイツにおいては、戦後から一貫してコントロールをめぐる議論が積み重ねられている。それらの議論の中で、コントロールの概念、目的、および機能について問われている。また、日本の憲法学は、これまでコントロールをめぐるドイツの議論に依拠してきた。それゆえ、ドイツにおける議論の成果は、日本の議論にとっても大いに参考に値するものであると思われる。

その際、本稿は、対象を一九八四年に出版されたヴァルター＝クレープスのモノグラフィーまでとする。確かに、クレープスの議論でさえすでに四半世紀を経ている。しかし、クレープスの論文を取扱うことには、次のような意義がある。第一に、クレープスの論文は、最近のドイツにおけるコントロールをめぐる議論では必ずと言っていいほど引用され、クレープスの議論に対する賛否を含め、最近の議論に何らかの形で影響し、それらの議論を規定している[11]。それゆえ、コントロールに関わるドイツにおける最近の議論を取扱う場合、その前提としてクレープスの議論を理解する必要がある。第二に、クレープスは、その論文の中で、戦後のドイツにおけるコントロールをめぐる議論を非常に丹念に検討している。その検討において、それらの議論が、どのようにコントロールを概念化し、

どのような目的や機能をコントロールに与えたのかということを明確化した。これらの二点に、クレープスの論文を本格的に取扱い、その議論を検討する意義があると考えられる。

また、本稿が取扱った素材は、検討の対象の限定にともない、すべて古い。日本においては、第一章で取扱うカール＝レーヴェンシュタインのみが、ドイツにおけるコントロール論として従来取扱われてきた。しかし、後に明らかになるように、ドイツにおいては、レーヴェンシュタイン以外に、コントロールについて論じた研究者は極めて多い。にもかかわらず、それらの研究者は日本で顧みられることはなかった。レーヴェンシュタイン以降のコントロール論をあわせて検討することには、ドイツにおけるコントロール論の検討がレーヴェンシュタインで止まっている今日の状況にとって非常に意義があると思われる。

以上の理由から、本稿は、対象を一九八四年までの議論とし、ごく限られた範囲で今日の議論に言及することとする。ただ、本稿で言及したものも含め、最近の議論は次稿の課題とする。

（3）本稿の構成　そこで、本稿は、まず、戦後ドイツにおけるコントロール論の通説を取上げる（第一章）。次に、通説とは異なったコントロール概念を扱う（第二章）。そして、ヴァルター＝クレープスの議論を詳細に検討する（第三章）。最後に、クレープスの議論が最近のドイツにおける議論とどのような関係にあるのかを検討し、若干の分析を行い、さらに今後の課題を論じたい（おわりに）。

第一章　ドイツにおける従来のコントロール論の通説

本章では、ドイツにおける従来の通説を取扱う。通説とみなされてきたのは、カール＝レーヴェンシュタインとウルリヒ＝ショイナーである。また、民主制とコントロールを結び付けるカール－ウルリヒ＝マインも、ショイナ

ーにつながる人物として、ここで検討する。

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

レーヴェンシュタインは、戦後ドイツにおけるコントロールをめぐる議論のパイオニアであり、今日でも大きな存在である。後に扱うクレープスは、「……コントロール理解の最も傑出した代表者と見なすことができ、その理解は、ドイツ、あるいはドイツ語圏の国法ドグマティークと政治学における議論にも持続して影響を与えている」[12]とレーヴェンシュタインを評する。また、戦後日本の憲法学においても、レーヴェンシュタインは、コントロール概念のみならず、様々な領域で幾度となく取り上げられてきた[13]。以下では、レーヴェンシュタインが、どのようにコントロール概念を構想したのかを再検討していく。

（1）政治における「力」とコントロールの役割

レーヴェンシュタインは、「力」の分析から議論をはじめる。レーヴェンシュタインにとって、「力は、あらゆる人間関係において妥当し、特に社会―政治学の領域で決定的な意義をもつ。政治とは、力をめぐる闘争以外の何物でもない。」[14]この「力」は、それ自体では中立的で機能的な、倫理上も道徳上も価値評価を含まない概念である。しかし、「コントロールされない力は、その本性によれば悪である」と、倫理上、あるいは道徳上の価値評価がなされる。これこそが、「力」の病理的な側面であり、「力」が濫用されないようにコントロールされることが必要となるゆえんである。それゆえ、レーヴェンシュタインは、「政治における力」がコントロールされているかどうかを政治システムを分析するメルクマールとする。すなわち、「力の名宛人〔国民〕の自由が保障されているのは、力の担い手による政治における力の行使が適切な方法で監視される場合のみである。そのようなコントロールの有無、コントロールの働き方と安定性、並びにコントロールの

範囲と強度は、その都度の政治システムを示し、ある政治システムを別の政治システムから区別する。それゆえ、政治プロセスを理解する方法は、力の監視と力のコントロールのメカニズムを分析することでのみ見出される。[15]」レーヴェンシュタインによれば、この分析を用いると、力が分割されて行使される立憲主義はコントロールされている政治システムであり、その本質と核心はコントロールの方法であるとされる。[16]

（2）作用分立としての「権力分立」批判　直前に検討した「立憲主義」は、その淵源を一七、一八世紀に持つ。[17]その近代「立憲主義」において、極めて有名な政治におけるドグマ、「権力分立」が存在した。この権力分立は、第二次世界大戦後の憲法ですら標準装備となっているが、レーヴェンシュタインによれば、権力分立は、「時代遅れ」であり、「現実離れ」しているとされる。例えば、現代議会主義では、議会と執行が、人においても作用においても一体であるという事実があるためである。批判されている「権力分立」が意味するのは、一方では、国家は、様々な作用を果たさなければならないということ、つまり分業の技術上の問題であり、他方では、異なった機関がこれらの作用を遂行するならば、力の名宛人にとってよりよいということ、つまり自由の問題という二つのことである。レーヴェンシュタインによれば、このように整理された古い「権力分立」は、「政治における力が分割され、相互にコントロールされて行使される必要性を古典的に表現した形式以上のものではない。」この「権力分立」は、実際には特定の国家作用を異なった国家機関に分配することである。その際、「権力」は単なる比喩であり、「作用」のことである。しかし、このように分析された「権力分立」は、政治における力を行使することに本質的でも、すべての不滅なるものについての自明の真理でもないとされる。[18]

（3）「新たな国家機能の三区分」　レーヴェンシュタインは、批判した権力分立に代わる、新たな力の動態の分析を提示する。それが、「新たな国家機能の三区分」、すなわち、政策決定（policy determination; die politische

Gestaltung-oder Grundentscheidung)、政策執行（policy execution; die Aus-oder Durchführung der Grundentscheidung)、政策コントロール（policy control; die politische Kontrolle)である。[19]

①政策決定　「政策の基本決定、あるいは政策の決定を確定することは、国家共同体が行わざるを得ない、いくつかの基本的な選択肢から一つを選択することである。共同体の構成にとって、現在にも、しばしば将来にも方針を示す基本的な公共体の決断が、政策の基本決定とみなされる。」政策決定は、憲法制定のような国制の決定から、日々の経済政策や外交政策のような、対内的、あるいは対外的な政策の決定までがカヴァーされる。[20]

②政策執行　「政策執行は、政策決定を実施するための手段である。[21]」「政策決定の執行というカテゴリーで、政策決定を実行に移すことが理解される。決定の執行は国家による活動のあらゆる領域に関わっている。」政策執行が最も目に付きやすいのは、行政である。[22]

③政策コントロール　「新たな三区分の核心は、第三の機能、政策コントロールにある。[23]」しかし、レーヴェンシュタインは、前二者のように政策コントロールに明確な定義を与えず、その行使のされ方を論じる。

この政策コントロールは、どのように行使されるのか。立憲国家では、コントロール機能は二重である。つまり、一つ目のコントロールは、「国家の行為が、いくつかの力の担い手が実施する意思を共通に表明する場合にのみ、成立する」という協働によるコントロールである。この場合、いかなる力の担い手も、他の力の担い手に自らの意思を押し付けることはできない。このコントロールの例は、立法機能を上院と下院に分割することである。二つ目のコントロールは、「ある力の担い手が、別の力の担い手による国家行為の実施を阻止する、……あるいはその存在自体を危険にさらす」ことで行われる。このコントロールは、ある力の担い手が、自己の裁量によって別の力の担い手から独立して用いることができる、つまり、用いるかどうかは、力の担い手の自由である。執行による議会

解散権の行使がこの典型例である。このようにコントロールを理解すると、分割された力とコントロールされた力は違うという意味が明らかになる。すなわち、コントロールが協働である場合は、分割された力相互によるコントロールであるのに対して、コントロールが阻止である場合は、自律的な力によるコントロールである。[24][25]

しかし、レーヴェンシュタインは、政策コントロールにおいて憲法に規定された力の担い手に限定をかける。つまり、「……政治の実務では、政府と議会の協働と対立が力のプロセスの核心を形成」[26]し、「古典的な三分法において第三の対等なパートナーである裁判作用は、本書の新たな三区分の下で特徴ある市民権の喪失（capitis deminutio）を甘受しなければならない」[27]。つまり、議会と政府こそが、政治における力の担い手である。それに対して、裁判所は、極めて限られた場合にのみ、力の担い手になることができる。それは、違憲審査権を行使する場合である。[28]

（4）小括　レーヴェンシュタインにおいて、コントロールは、「政治における力」を制限し、力の名宛人の自由を保障するものである。現代国家においては、作用分立としての権力分立というドグマは、現実から乖離しているため妥当ではない。それに代わって、政策決定、政策執行、政策コントロールという新たな国家機能の三区分が提起される。その三区分の要は、政策コントロールである。そして、政策コントロールは、一方で、コントロールする者の自由意志に任された阻止によるコントロール、他方で、分割された力が協働することで生じるコントロールの二つがある。このようなコントロールの担い手は、政治における力を有する議会と政府である。

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

第一節で扱ったレーヴェンシュタインの議論は、ドイツ語版の序文で「比較法による分析」としながらも、政治

学そのものであった。レーヴェンシュタインも、このことを認める。[29] それに対して、ショイナーはコントロールを国法学の枠内で研究した。今日のドイツにおいて、ショイナーのコントロール論はよく引用される。[30] 他方で、日本において、ショイナーは、よく知られているにもかかわらず、そのコントロール論はまったく検討されてこなかった。しかし、ドイツにおけるコントロール論を検討する際に、ショイナーは検討を避けることのできない人物である。それゆえ、本節では、「民主制に基づく憲法秩序における責任とコントロール」（一九七〇年）[31] を中心として、それを発展させた「民主制に基づく国家における国家の力のコントロール――ドイツ連邦共和国の憲法秩序における力の制限」（一九七七年）[32] にも言及しながら、ショイナーがどのようなコントロール概念を構築したかを検討する。[33][34]

（1）「民主制」　ショイナーは、「責任とコントロールは、国家の生プロセス（Lebensprozeß）において、民主制の形態を表現するものとしてのそれらの場所を有して」[35] おり、また「責任とコントロールは、民主制に基づく憲法秩序の基本要素である」[36] と述べ、責任とコントロールを民主制と結びつける。

では、ショイナーはどのような民主制観を持っているのであろうか。

ショイナーは、「治者と被治者の同一性」に基づく直接民主制を批判する。なぜなら、直接民主制は、現実を考慮せず、世論の自由と多元性を排除することで仮想の国民の統一性を前提としているためである。直接民主制には、力の執行を止揚する、つまり支配がないというユートピア的な理念が綯交ぜになっている、とショイナーは述べる。

しかし、現代国家において、すべての国家による力の行使は、国民による直接の、あるいは間接の委任にのみ基づく。その委任は、対象と時間において限定された委任であり、責任の下で果たされる。現代の公共体は、委任された力を行使する間接的で制度化された機構なくしては、活動する統一体として維持できない。つまり、委任され

た力を行使するにあたり、優位し、支配する者が存在する。それゆえ、間接（代表）民主制しかありえない。「代表民主制においてのみ、政治における力の行使の真正の制限、力を行使する手段である決定権能の区分、そして行動の真正の責任が、可能である」とショイナーは述べる。[37] したがって、責任とコントロールは、この間接（代表）民主制と密接に関連しているのである。

また、現代国家は民主制に基づく議会制を採用している。そこでは、最高機関による相互の「協働」が重要となる。この「協働」の例は、議会のみならず、政府が法律の制定に関与することであり、また、議会が、本来執行の領域であった予算、防衛や外交に関与することである。ショイナーによれば、硬直した「作用分立」と誤解される「権力分立」や純粋な権限思考では、この「協働」が理解されない。[38] ただ、ショイナーにおいても、政治機関間の関係が重視され、憲法裁判権を有する裁判所についての扱いは小さい。それゆえ、議会と政府の間の関係が問題となる。[39]

（2）「コントロール」と「責任」　では、民主制と結びつけられる「コントロール」と「責任」、特にコントロールは、どのような特徴を有し、どのように行われ、そしてどのような機能を有するのであろうか。

ショイナーによれば、民主制では、力の行使の委任との関係において、責任とコントロールは「委任の対重（Gegengewicht）」である。[40] つまり、委任されているために、委任された者は、コントロールを受け、責任を負う。責任とコントロールは、右記の作用分立と誤解される権力分立に代わるものである。つまり、それらが、委任し、力の執行を適正化し、職務の行使を監督するという要因の効果を発揮させる民主制秩序に適合する概念である。[41]

では、このように確定された「責任」と「コントロール」を、ショイナーは、どのように特徴づけるのであろうか。まず、「責任」とは、「行動する者が、その行動に関して弁明し、場合によっては、行動する者に対してその行

態を審査することから結論が引き出されることであ」り、「誤った、特に有責である行動を引受けなければならないこと（Einstehenmissen）」である。[42]

「責任」概念に対して、「コントロール」概念はより新しい概念である。コントロールの概念は、一方で間接的な指導を、他方で日常の監督を意味する。「コントロールの概念は、批判と訂正によって効果を及ぼす関係を表す。」コントロールの概念は監督の概念に近いが、監督との違いもある。それは、監督が、監督される者に対して監督する者が優位しており、それによって介入手段を内在しているが、コントロールは、その要素を欠いているということである。以上の考察と関連して、「コントロールの概念は、国家の力に内在している限界、国家の力に委ねられた課題を遂行すること、そして国家の構成の全体体系における国家の力の位置を守ることを考慮すると、国家の力を監督することを特徴付ける」[43]とされる。それゆえ、コントロールの性格は広く、柔軟に理解される必要がある。すなわち「コントロールの特徴は、観察し、効果を及ぼす方法を包摂する。責任を負う者による行態が、それらの方法によって、明らかにされ、〔責任を負う者に〕意見を表明する、あるいは効果を及ぼすことによって、影響される。[44]」

しかし、「責任」と「コントロール」のそれぞれの概念は、密接に結合しているが、相違もある。それは、コントロールが、政治においても、法においても、結果を生じさせないということである。[45]さらに、権力分立に関するショイナーの見解を述べた際に、「協働」が新たな像として提示された。それによって、憲法におけるコントロールの形式も規定される。つまり、現代では、議会による政府に対する「事後の審査」よりも、議会と政府の「事前の協働」という形式で、コントロールは現れる。[46]

また、ショイナーは、「責任」（一九七七年論文では、「〔事後〕コントロールの過程」）のメルクマールと形式を

挙げる。第一に異なる二つの機構が対峙していることである。第二にそれらの機構が、独自の決定権限、すなわち力を有し、それらの間には「距離」が存在することである。第三に、政治におけるコントロールの場合には、「公共の福祉」の実効的な遂行のような裁判の対象とならない規準で（審査され）責任を主張されることである。しかし、これらのメルクマールと形式も、現代では動揺している。なぜなら、「事前の協働」が、憲法上のコントロールの形式であるためである。この議会と政府の「事前の協働」という形式でのコントロールは、事後の責任を困難にする、あるいは不可能にする。(47)

コントロールは、何に役立つのか、どのような機能を有するのかを検討する。ショイナーによれば、「コントロールは、個人が自由に発展し、力の濫用を防止するために、国家の力を制限するという観念の要素である。(48)」「コントロールという要素は、自由の維持と力の制限に役に立つ。(49)」つまり、「個人の自由の保護」と「力の制限」が、コントロールの機能である。

（3）小括　ショイナーにおいて、コントロールと責任は間接民主制と密接に結びついている。コントロールは、監督と異なって、優位関係も介入手段もなく、批判と訂正によって効果を及ぼす関係である。コントロールは、「事前の協働」と「事後の審査」である。それに対して、責任は、行動する者が、その行動について弁明し、場合によってはその行態について結論が出されることである。このコントロールと責任の担い手は、特に議会と政府である。現代国家では、立法の例のように「事前の協働」がコントロールとして現れる。ただ、困難になっている「事後の審査」としてのコントロール（責任）は、三つの構成要素を含む過程である。それは、コントロールされる機構に「決定する力」があること、コントロールする機構とコントロールされる機構がそれぞれ独立していること、最後に「審査する基準」という要素である。

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

ここでは、民主制とコントロールを結び付けて論じたショイナーに関連して、民主制とコントロールを密接に結び付けて議論したマインを検討する。[50] マインは、基本法の憲法原理に則してコントロールを論じている。

（1）コントロールの特徴　マインによれば、コントロールは、自己決定の代替（Ersatz, Surrogat）であり、対象において包括的な原理である。[51] しかし、マインは、コントロール概念の探求を序論で早々に断念する。というのは、それぞれの憲法機関や憲法制度のコントロール機能を研究しないことには、基本法の憲法秩序におけるコントロール理論の基礎に取組む研究の結果が出ないためである。しかし、本論で議論を進めるために、マインは、一時的で仮説的なコントロール概念を設定する。すなわち、「コントロールは、ある憲法機関、あるいはその他の憲法制度による他の機関、あるいは制度への事前の、随伴する、あるいは事後の影響と理解される。」このような「コントロールは、責任を主張する、あるいは法によって予め与えられた規準に基づいて他の憲法機関による決定に影響し、または決定が訂正されるきっかけを作ろうとする」。[52] このマインの作業仮説においても、コントロールは、影響や責任と関連付けられており、その点で従来説かれてきたコントロールと同様であるといえよう。

（2）憲法原理とコントロール　では、マインにおいて、このようなコントロールはどのような機能を有するのであろうか。コントロールは、民主制原理と法治国家原理においてどのような違いがあるのであろうか。

①民主制原理とコントロール　マインは、基本法の憲法原理において、民主制を憲法の基本原理の中の基本原理と考えている。すなわち、マインによれば、基本法の憲法秩序は、民主制に基づく法治国家と理解されるが、国民主権原理という正統性の根拠を考慮すると「法治国家に基づく民主制」とも理解できる。このように考えると、正統性の根拠から、他の憲法原理に対する民主制の優位が現れるとされる。[53] この民主制原理において、コントロールは、

「代替」としての機能を有するとされる。マインによれば、民主制のもっとも純粋でもっとも一般的な形式は、国民の自己支配による自己決定である。つまり、直接民主制が理想である。しかし、現実には、国家権力を選出された機関に委ねている、つまり間接民主制が行われている。このような形での民主制は、あくまで直接の自己決定という理想の不可欠なマイナスであり、直接の自己決定以外は代替である。マインによれば、基本法二〇条二項二文の「選挙」には、二重の意味がある。それは、国民が、国家機関を形成し、それによって自己支配の行為を行うという直接性であり、その反面で国民の決定権能を代表者に委ねるという間接性である。この間接性のために、選挙には、コントロール機能が認められる。(54)

また、マインによれば、「代替」としてのコントロールは、国民と代表者の間だけにではなく、民主制によって根拠付けられ、正統性を認められた代表プロセスを継続することにも妥当する。その際、マインは、議会を「全権」を有する機関と捉える。しかし、議会の「全権」は、権力分立によって制限され、不完全である。それを補うものとして、議会による執行のコントロールがあり、それによって、議会の全権が不完全であることは、民主制にとって耐えることができ、是認できるようになるとされる。(55)(56)

②法治国家原理とコントロール　それに対して、マインによれば、法治国家原理は規準コントロールの根拠である。その際、裁判権が特に重要である。しかし、マインは、「コントロール――法治国家から展開された――は、決定権限と（代替である政治における）コントロールと関係ない」と述べる。というのは、直接に民主的な正統性を認められた、全権を持つ議会が、コントロールの規準、すなわち法律の内容、したがって規準の目的と方針を決定するためである。(57)さらに裁判との関係で敷衍すれば、単純な裁判の場合は、単純法律が規準となり、それは、議会の立法者が制定し、憲法裁判の場合では、憲法が規準となり、それは、憲法制定者、あるいは憲法改正法律の立法者

が制定する。[58] マインによれば、「裁判官のコントロール機能は、裁判官が次の要請の下にある限りで、役立つコントロール機能である。すなわち、民主制に基づいて形成された議会の意思を、それが法律の中で表れている限りで、あらゆる裁判官の判決に貫徹させるという要請である。[59]」マインにとっては、あくまで、民主制が、基本原則の中の基本原則であり、それは、法治国家との関係においても優先するのである。

（3）小括　マインにおいて、コントロールは自己決定の代替である。しかし、マインはコントロール概念の探求を断念し、一時的で仮説的なコントロール概念を設定する。その内容は、コントロール論の従来の通説と軌を一にする。自己決定の代替であるコントロールは、民主制原理と結びつけられる。マインは、民主制原理を憲法の基本原理の中の基本原理であるとする。直接民主制が理想であるが、現実に行われているのは間接民主制である。このような間接民主制では、コントロールは自己決定の「代替」として機能する。また、代表プロセスの継続においては、議会が「全権」を有するとされるが、権力分立によって制限されている。コントロールは、その制限を補完するものと考えられている。ただ、このようなコントロールは、法治国家原理とは無関係であるとされる。

（1）Walter Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen－Ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrollen, C. F. Müller, 1984, S. 1.

（2）本稿は、“Kontrolle”をそのまま「コントロール」と訳し、「統制」とは訳さない。なぜなら、「統制」という語は、ドイツ語の“Lenkung”と共通性を有する概念として、戦時の統制経済の文脈で用いられた経緯があるためである。その経緯については、金沢良雄「西ドイツにおける経済統制法（一）」法学会論集（北海道大学）第六巻（一九五六年）一三頁。同『経済法〔新版〕』（有斐閣、一九八〇年）四〇頁。

（3）宮沢俊義（著）／芦部信喜（補訂）『全訂　日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）五〇九頁、五一一－五一二頁。

（4）高橋和之「国民内閣制の理念と運用」同『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、一九九四年）一七－四三頁。同

「統治機構論の視座転換」同『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、二〇〇六年）一―一三頁、特に一〇―一一頁（初出は、二〇〇二年）。

(5) 国政調査権に関する論考は極めて多いため、二論文を挙げることとする。芦部信喜「議院の国政調査権」同『憲法と議会政』（東京大学出版会、一九七一年）三―一六九頁（初出は、一九五三―五五年）。孝忠延夫『国政調査権の研究』（法律文化社、一九九〇年）。

(6) 法治主義を行政に対するコントロールと捉えるものとして、高田敏編『新版行政法――法治主義具体化法としての――』（有斐閣、二〇〇九年）。

(7) 藤田宙靖『第四版　行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、二〇〇五年）九四頁以下。通常、憲法でこのテーマはほとんど議論されないが、その例外として、橋本公亘『憲法原論（新版）』（有斐閣、一九七三年）四一二―四一七頁。行政裁量（論）自体の新たなアプローチとして、高田倫子「行政裁量の法構造的把握――H. Kelsen による法学的方法の転回とその現代的意義――」阪大法学第五八巻（二〇〇九年）第六号一二五―一五四頁。

(8) Krebs, (Anm. 1), S. 1.

(9) 小嶋和司「行政の議会による統制」同『小嶋和司憲法論集二　憲法と政治機構』（木鐸社、一九八八年）二九三―三三八頁（初出は、一九六六年）。この論文は、行政法学と憲法学はコントロール論において対話可能であることを現在の読者に示している。小嶋論文以降、憲法と行政法学との対話は完全に失われたように思われる。それゆえ、本稿とは結論において異なるが、小嶋論文の再評価が求められるべきである。また、本稿は、行政法学と憲法学にまたがるコントロールに関心を向けている。したがって、本稿のタイトルは、「憲法」ではなく、「公法」を採用している。

(10) 吉田教授は、一九八〇年代から一貫してこのテーマを取扱っておられ、論稿も非常に多いので、文献を三点だけ挙げさせていただく。吉田栄司「西ドイツ連邦議会における反対派の政府統制権能（一）、（二）、（三・完）」法学論叢第一一三巻（一九八三年）第三号五六―七八頁、第一一四巻（一九八四年）第二号三〇―五六頁、第四号二三―四三頁。吉田教授が自らのコントロール概念を論じられたものとして、同「議会制民主主義と『責任』の概念」憲法理論研究会『議会制民主主義と政治改革〈憲法理論叢書一〉』（敬文堂、一九九四年）四三―五四頁。レーヴェンシュタインのコントロール概念を論じながら、教授の自説との関係を説く論文として、同「K・レーヴェンシュタインにおける『コント

ロール』概念」法学論集（関西大学）第五六巻（二〇〇七年）第五・六合併号八五－一二九頁。

(11) クレープスに論及したものとして、例えば、Rainer Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren－Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwickelungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts－, C. H. Beck, 1990; Johannes Masing, Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte－Art. 44 GG als staatsgerichtetes Kontrollrecht, J. C. B. Mohr（Paul Siebeck), 1998; Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann（Hrsg.), Verwaltungskontrolle, Nomos, 2001 掲載の各論文など。

(12) Krebs,（Anm. 1), S. 8.

(13) レーヴェンシュタインが、日本の議論へ影響したことを色濃く示しているのは、本稿では言及しない憲法の存在論による分類であろう。Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 4. Aufl., J. C. B. Mohr（Paul Siebeck), 2000, S. 151-157; Political Power and the Governmental Process, 2nd edition, the University of Chicago Press, 1965, pp. 147-153. 邦訳としては、阿部照哉・山川雄巳（共訳）『新訂　現代憲法論――政治権力と統治過程』（有信堂、一九八六年）一八六－一九二頁。日本で、憲法の体系書に採用された例として、芦部信喜（著）・高橋和之（補訂）『憲法　第四版』（岩波書店、二〇〇七年）九頁。

(14) Loewenstein,（Anm. 13), S. 3; Supra note（13), p. 3. 邦訳、一四頁。以下、本稿においては、邦訳がある文献はそれを参考させて頂き、当該頁数を掲載するが、訳はすべて筆者自身による。

レーヴェンシュタインの訳は、原則としてドイツ語版から訳出をしている。ただ、内容がより分かりやすいと思われる場合、ドイツ語版を英語版にひきつけて、訳していることがある。

邦訳は、“Macht” と “Gewalt” を統一して「権力」としている。しかし、本稿は、“Macht” には「力」を “Gewalt” には「権力」をそれぞれ充てる。というのは、「Gewalt: 権力」は法概念でもありうるが、「Macht: 力」は、法概念に限られないためである。

(15) Loewenstein,（Anm. 13), S. 6-9; Supra note（13), pp. 6-9. 邦訳、一七－二二頁。（引用中の〔　〕は、筆者。）

(16) Loewenstein,（Anm. 13), S. 8, 12; Supra note（13), pp. 7, 12-13. 邦訳、一九、二四頁。

(17) Loewenstein,（Anm. 13), S. 5; Supra note（13), p. 5. 邦訳、一五頁。

(18) Loewenstein, (Anm. 13), S. 31-33; Supra note (13), pp. 34-36. 邦訳、四八－五〇頁。
邦訳は、“Funktion”をすべて統一して「機能」としている。しかし、本稿は、“Funktion”が用いられる場面に応じて、「作用」と「機能」を使い分ける。本稿は、佐々木惣一博士の次の理解に従っている。すなわち、「一つの目的のために、幾多の行為が、連絡を保って、行われる。その各々の目的を国家の一つの任務といい、一つの任務のために行われる行為を包括して、一つの作用という。即ち、作用とは国権の発動たる幾多の行為を、その目的に関係せしめて、包括的に見ていうのである。」「国家の行為は国家の行為を為す者として行動する特定の人の行動によつて為される。これらの人は無数にある。これらの人を国家の機関又は国権の機関という。」「故に国権の発動においては、国権の作用が国権の機関により行われるのである。」つまり、作用論→機関論→機能論の順である。佐々木惣一『改訂　日本国憲法論』（有斐閣、一九五二年）二四〇－二四一頁。（引用の旧字体を新字体に改めた。）“Funktion”という用語の語法、および歴史については、Georg Brunner, Kontrolle in Deutschland－Eine Untersuchung zur Verfassungsordnung in beiden Teilen Deutschlands, Markus Verlag, 1972, S. 33-35.

(19) Loewenstein, (Anm. 13), S. 39f.; Supra note (13), p. 42. 邦訳、五六－五七頁。

(20) Loewenstein, (Anm. 13), S. 40; Supra note (13), pp. 43-44. 邦訳、五七－五八頁。“Gemeinwesen”の訳語は、コンラート・ヘッセ［著］初宿正典・赤坂幸一［訳］『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、二〇〇六年）一一－一二頁にならい「公共体」とした。

(21) Loewenstein, Supra note (13), p. 46. ノの定義は、英語版のみに存在する。

(22) Loewenstein, (Anm. 13), S. 43f.; Supra note (13), pp. 46-47. 邦訳、六〇－六一頁。

(23) Loewenstein, (Anm. 13), S. 45; Supra note (13), p. 48. 邦訳、六三頁。

(24) Loewenstein, (Anm. 13), S. 47f.; Supra note (13), pp. 49-50. 邦訳、六四－六五頁。

(25) レーヴェンシュタインは、コントロールの類型として、水平なコントロールと垂直なコントロールを区別する。水平なコントロールは、機関内コントロールと機関間コントロールにさらに区別される。機関内コントロールは、「コントロール装置が、力の担い手の組織の内部で働く」ことであり、それは、力の担い手が、協働して力を行使する際のコントロールである。それに対して、機関間コントロールは、「コントロール装置が、国家の業務において協働するいく

つかの力の担い手の間で機能する」ことであり、協働と対立によって構成される。Loewenstein, (Anm. 13), S. 167-170, 188; Supra note (13) pp. 164-167, 184. 邦訳、二〇七－二一〇頁、二三一－二三二頁（引用の強調は、レーヴェンシュタイン）。他方、垂直なコントロールは、連邦制、基本権、および多元主義から構成されている。Loewenstein, (Anm. 13), S. 295ff.; Supra note (13), pp. 285-385. 邦訳、四二七頁以下。

(26) Loewenstein, (Anm. 13), S. 189; Supra note (13), p. 185. 邦訳、二三二頁。

(27) Loewenstein, (Anm. 13), S. 44; Supra note (13), p. 47. 邦訳、六一頁

(28) Loewenstein, (Anm. 13), S. 15, 45; Supra note (13), pp. 15, 47-48. 邦訳、二七、六二頁。

(29) Loewenstein, (Anm. 13), S. III, VI; Supra note (13), p. vii. 邦訳、三頁、および五頁。

(30) 例えば、Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1., 2. Aufl., C. H. Beck, 1984, S. 988f. 邦訳として、赤坂正浩・片山智彦・川又伸彦・小山剛・高田篤（編訳）『ドイツ憲法Ⅰ　総論・統治編』（信山社、二〇〇九年）三三六頁（小山編・川又訳）。Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee－Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Springer, 2004, 4. Kap. Rn. 57. 邦訳として、太田匡彦・大橋洋一・山本隆司（訳）『行政法理論の基礎と課題――秩序づけ理念としての行政法総論』（東京大学出版会、二〇〇六年）二二四頁。Ralf Poscher, Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1., C. H. Beck, 2006, Rn. 25.

(31) Ulrich Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Theo Ritterspach/Willi Geiger (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, S. 379-402.

(32) Ulrich Scheuner, Die Kontrolle der Staatsmacht im demokratischen Staat－Die Eingrenzung der Macht in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1977.

(33) ショイナーによるレーヴェンシュタイン理解を紹介する。ショイナーによれば、レーヴェンシュタインは、コントロールという現象、特に機関内コントロールと機関間コントロールを詳説した。Scheuner, (Anm. 31), S. 383. 民主制に基づく憲法の側面に対する視点を洗練化した。Scheuner, (Anm. 32), S. 24. レーヴェンシュタインの議論と民主制を関連づけるショイナーの理解は、レーヴェンシュタインが立憲民主制を立憲主義の最終段階と述べることに基づいてい

ると思われる。Loewenstein, (Anm. 13), S. V, 68; Supra note (13), p. 71. 邦訳、七、九〇頁。しかし、ショイナーは、レーヴェンシュタインの名を挙げないものの、連邦制をコントロールで考慮したことは、コントロール概念の過剰な拡張であるとする。Scheuner, (Anm. 31), S. 395.

(34) 本稿は、ショイナーがコントロール論の中でどのように捉えられたのかを検討するため、ショイナーの統治機構論を明らかにしていない。ショイナーの統治機構論は、それ自体研究テーマとして興味深いものであるが、今後の課題としたい。

(35) Scheuner, (Anm. 31), S. 380.

(36) Scheuner, (Anm. 31), S. 384.

(37) Scheuner, (Anm. 31), S. 385; ders., (Anm. 32), S. 7f.

(38) Scheuner, (Anm. 31), S. 381. ショイナーは、一九七七年論文において、コンラート＝ヘッセが唱えた権力分立の積極的側面を採用する。Scheuner, (Anm. 32), S. 29.

(39) Scheuner, (Anm. 31), S. 382f.

(40) Scheuner, (Anm. 31), S. 384.

(41) Scheuner, (Anm. 31), S. 381.

(42) Scheuner, (Anm. 31), S. 385f.; ders., (Anm. 32), S. 11.

(43) Scheuner, (Anm. 32), S. 9.

(44) Scheuner, (Anm. 31), S. 390（引用中の〔　〕は、筆者。）.

(45) Scheuner, (Anm. 32), S. 11.

(46) Scheuner, (Anm. 31), S. 396.

(47) Scheuner, (Anm. 31), S. 391-394; ders., (Anm. 32), S. 10f. ショイナーは、一九七〇年論文では、七つのメルクマールと形式を挙げている。本稿は、コントロールの過程を分析し、三つの構成部分について述べた一九七七年論文をもとに構成した。

(48) Scheuner, (Anm. 32), S. 8.

(49) Scheuner, (Anm. 32), S. 15.

(50) クレープスは、コントロールの機能を論じた文献としてマインを扱うが、アンドレアス＝フォスクーレは、ショイナーとマインを関連付けてコントロール論を展開する。本稿は、フォスクーレの叙述に従った。フォスクーレは、ショイナーとマインを「直接的な決定権能の代替としてのコントロール」という表題の下に並列する。しかし、このようなショイナーとマインのフォスクーレによる並列には、それぞれの民主制観の違いから疑問を呈しえよう。Andreas Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter－Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art.19 Abs. 4 GG, C. H. Beck, 1993, S. 256-265, bes. S. 260-262.

(51) Karl-Urlich Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip－Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Nomos, 1982, S. 356.

(52) Meyn, (Anm. 51), S. 25f.

(53) Meyn, (Anm. 51), S. 183f.

(54) Meyn, (Anm. 51), S. 198, 200.

(55) Meyn, (Anm. 51), S. 201. 議会を「全権」を有する機関と考えるマインは、連邦憲法裁判所が下したカルカー決定を批判する。Meyn, (Anm. 51), S. 201 Fn. 78; BVerfGE 49, 89 (124f.). 本判決の評釈として、高田敏「高速増殖炉型原発の設置の許可と原子力法の合憲性――カルカー決定――」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）三六九－三七六頁、特に三六九－三七〇頁。

(56) マインは、決定とその代替であるコントロールは、本質的に異なったものであると述べる。すなわち、「……コントロールは、決定の特徴を獲得してはならない、ということが、限界として決められる。」Meyn, (Anm. 51), S. 378.

(57) Meyn, (Anm. 51), S. 335.

(58) Meyn, (Anm. 51), S. 350f.

(59) Meyn, (Anm. 51), S. 349.

【付記】本稿脱稿後に、吉田栄司「K・レーヴェンシュタインにおける『コントロール』概念――憲法による水平的コン

論　　説

トロールの諸相――」法学論集（関西大学）第五九巻第三・四合併号一―五六頁に接した。