



Title	公法学におけるコントロール概念の展開（一）：ドイツにおける一九九〇年代以降の議論
Author(s)	柴田, 堯史
Citation	阪大法学. 2015, 64(5), p. 233-266
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71543
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

公法学におけるコントロール概念の展開（二）

——ドイツにおける一九九〇年代以降の議論——

柴 田 堯 史

はじめに

第一章 コントロールの具体例と概念——一九九〇年代

第一節 「裁判官のコントロール」——アンドレアス・フォスクレー

（１）従来の「裁判官のコントロール」

（２）コントロールの概念と機能

（３）小括——フォスクレーによる「統合」（以上、本号）

第二節 「大学のコントロール」——ハンス・ハインリヒ・トウルーテ

（１）自立した行政単位の民主的責任とコントロール

（２）大学・研究機関とコントロール——コントロール概念論

（３）小括

第三節 分析

第二章 「概念論」への回帰——二〇〇〇年代

第一節 「総論」としてのコントロール——「行政法総論改革」における構造化

（１）エバーハルト・シユミッター・アスマン

(2) ヴォルフガング・カール

(3) 行政のコントロールをめぐる議論の緻密化——多様性、憲法上の基盤、および実効性

(4) 小括

第二節 「権力分立」におけるコントロール

(1) 「権力分立」とコントロール——クリストフ・メラース

(2) ラルフ・ポツシャー

(3) 小括

第三節 分析

おわりに

はじめに

(1) 問題の所在と本稿の目的 本稿は、前稿『「公法」におけるコントロール概念——ドイツにおけるコントロール概念の展開——』⁽¹⁾の続編をなすものである。前稿では、ドイツにおけるコントロール概念の展開をたどったため、一九五〇年代のカール・レーヴェンシュタインの議論から一九八四年のヴァルター・クレプスの論文までを主に取り扱った。それゆえ、クレプス以降の議論は、エバーハルト・シュミット・アスマンの議論を若干言及するにとどめた。その最後で、一九九〇年代以降のコントロール概念の展開の検討、そしてコントロールの現象に関する研究という二つの課題を指摘した。本稿は、前者の課題を果たすものである。

詳細は第一章で取り上げるアンドレアス・フォスクレーの議論の検討に譲るとして、前稿の結論のみを示したい。すなわち、「国家論としてのコントロールから日々行われる決定のコントロールへの視点の転換」である。従来通

説とされてきた「国家論としてのコントロール」とは、典型的にはレーヴェンシュタインの構想である。レーヴェンシュタインは、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分を構想する。その際、コントロールは、ある機関が単独で阻止することによって、あるいは複数の機関が協働することによって行使される。その目的と機能は、力の濫用の防止と国民の権利保障である。それに対して、「日々行われる決定のコントロール」を代表するのが、クレプスである。その議論は、コントロールを「⁽²⁾である一価値」とあるべき一価値の比較 (Vergleich eines Soll-Wertes mit Ist-Wert)」と定義し、それを国家の決定プロセスの一つの要素にする。国家機関による権限行使は、決定によって構成されている。つまり、決定権限が重要となる。その決定権限は、権力分立によって国家機関に配分される。それゆえ、クレプスは、レーヴェンシュタインのような「新たな三分」を必要とせず、むしろドグマーティクの枠内、つまり権力分立論においてコントロールを論じた。このようなコントロールの目的と機能は、国家による決定の合理化である。「国家論としてのコントロール」の背景には、共産主義や全体主義の恐怖があり、そこでは権力の濫用や権利侵害が行われていた。それに対して、「日々行われる決定のコントロール」は、コントロールの永続性に注目している。

本稿の第一の目的は、「コントロールの概念、目的、および機能を問い、それらを明確化すること」である。クレプス論文が公表されて以降、ドイツ公法学におけるコントロール概念論がどのように推移したのかを検討する。とが、本稿の第二の目的である。この目的については、クレプスの議論が一九九〇年代以降のドイツ公法学で受容されたのか、あるいは排除されたのか、まず問題となる。クレプスの議論が受容されているとしても、どのように理解されたのか、どのように改鋳されたのかを検討する。また、クレプス以前の議論、つまり従来の通説とされたコントロール概念が、今日まで影響を持ち続けているのかも検討する。具体的には、従来の通説が、どのように

引継がれているのか、またどのように克服されているのかを問う。

(2) 本稿の方法と対象の限定 時間軸では、本稿は、ベルリンの壁が崩壊して以降の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。なぜなら、今日でもドイツにおいて、コントロールの概念、目的、および機能が問われ続けているためである。

このような方法を採用することには、以下の二つの理由がある。

第一に、国内外で統治構造の変化の激しい現在において、ドイツでどのようにコントロール論が変容しているかを問うことは、ドイツと同様に変化の激しい日本にとっても意義があると考えられるためである。一方で、国内では、従来コントロール対象とされてきた行政の構造変化が大いに関係している。つまり、例外があったとはいえ、「ヒエラルヒーをもった一体の行政」という観念がかつてあった。しかし、一九八五年頃から先進国で行われた行政改革によって、「スリムな国家」——その内実はスリムな「行政」——が目指された結果、そのような観念自体が大きく変化し、さらにはそれ自体が疑われさえしている。他方、国外で現在も進行している「国際化」(ヨーロッパにおいては「ヨーロッパ化」も)⁽³⁾によって、直前に述べた「行政の構造」だけでなく、従来コントロール主体といわれてきた議会も、その在り方が変化している。たとえば、ドイツ連邦議会は、一立法期で四〇〇〇件弱のE⁽⁴⁾Uにかかわる議案が提出される。それによって、議会の相対化、法律の制御力の低下もドイツにおいては叫ばれている。⁽⁵⁾議会の地位の相対化については、日本においても、国内の政治状況に起因しているが、学説上も、実務上も窺われる。それは、「政治主導」——内実は「内閣」主導であったが——という実務上におけるキーワードであり、学説においては、たとえば「国民内閣制」論における議会の位置づけ、「コントロール」である。⁽⁶⁾

また、裁判所はコントロールにおいて従来から重要な位置を占めている。従来の議論では、裁判所の役割は、第

一に権利保護であり、第二にコントロールであるとされる。しかし、前記のような統治構造の変化の中で、裁判所によるコントロールだけに注目し、他のコントロールを等閑にしてもよいのだろうか。このような問いが公法学において提起されている。⁽⁷⁾

第二に、日本ではそもそも「コントロール概念」それ自体を問うことが問題とされてこなかったためである。⁽⁸⁾ 議論が深められていないこの日本の状況からわかるように、「コントロールの概念、目的、および機能を問い、それらを明確化する」ために、ドイツにおける最近の議論をさらに検討することも、戦後から一九八〇年代までの議論を取り扱うことと同じく、それ自体意義があると考えられる。

本稿は、検討の対象をコントロールの概念、目的、および機能に限定する。なぜなら、コントロールの「現象」を検討する前に、それらを問い、議論を整理する必要があるためである。

(3) 本稿の構成 前稿は、コントロール概念をめぐる議論の傾向を中心としてまとめた。その際、それぞれの議論の傾向と年代がほぼ一致していた。しかし、本稿は、「年代」、すなわち一九九〇年代と二〇〇〇年代で形式的に区別をし、議論を検討する。

一九九〇年代の議論については、構成と関連して、取り上げる素材について説明を要する。なぜなら、「裁判官のコントロール」と「大学のコントロール」というテーマは、公法学における従来の考え方からすると、典型的ではなく、むしろ避けられてきたためである。このような従来の考え方に対して、九〇年代に論じられたこれらの具体例は、八〇年代の議論の転回があったからこそ、テーマ化されうるものである。この意味において、本稿で取り上げる二つの具体例は、どのように八〇年代の議論が九〇年代に影響したのか、を示す「典型例」である。それゆえ、本稿では、「裁判官のコントロール」と「大学のコントロール」の二つの例を取り上げ、論じる。

そこで、本稿は、まず一九九〇年代の議論（第一章）、次に二〇〇〇年代（第二章）をそれぞれ検討する。最後に、一九九〇年代以降のコントロールをめぐる議論の傾向を示し、そこでクレプスのコントロール論がどのように影響を及ぼし、批判されたのか、そしてクレプス以前の議論がどの点が生残り、どの点が克服されたのかを検討する（おわりに）。

第一章 コントロールの具体例とその概念——一九九〇年代

本章では、一九九〇年代にコントロールがどのように論じられたかを検討する。ここでは、アンドレアス・フオスクーレとハンス・ハインリヒ・トゥルテをそれぞれ取り上げる。

第一節 「裁判官のコントロール」——アンドレアス・フオスクーレ

チューリヒ学派の代表者として活躍したヴェルナー・ケーギは、一九六二年に公表した権力分立の論文において、『力の法則』にかかわる認識⁽⁹⁾を指摘した。その認識によれば、「制約されず、コントロールされない力は、必然的に濫用、恣意、自由と正義の危険に至らざるをえない。」この指摘が、現在、連邦憲法裁判所長官を務め、ドイツにおいて学界だけでなく、社会でも注目を集める国法学者フオスクーレの博士論文『裁判官からの権利保護——基本法一九条四項を背景として憲法のコントロール・システムに第三権力を統合することについて』⁽¹⁰⁾の問題意識を喚起した。フオスクーレの問題意識は、この力に裁判官は含まれないのだろうか、換言すると、裁判官はコントロールされないのだろうか、である。この問題意識は、従来の学説に対する挑戦である。というのは、従来の学説が、基本法で規定されている「裁判官の独立」（基本法九七条一項）を根拠として、裁判官を基本法のコントロール

ル・システム、すなわち権力分立に統合することを考えてこなかったためである。⁽¹¹⁾ この問題意識から二つの問いが立てられる。一つ目は、「基本法一九条四項が権利保護を保障していない裁判官による措置の質はどのように調達されなければならないのか」である。それは、裁判を受ける権利を保障している基本法一九条四項の通説による解釈が問題であったためである。通説は次の二つのことを前提としていた。第一に、同条は「裁判官からではなく、裁判官によって」保護する趣旨の規定と解されたことである。それゆえ、第二に、同条において「公権力」と明記された権利保護の対象に裁判官による行為が含まれない、と解されたことである。第二の問題は、「どの程度、市民は、裁判官による支配行為に対して憲法上防御することができなのか」という原則にかかわる問題である。この問題も、従来のアプローチは取り組んでいない。⁽¹³⁾ ただ、これらの問いから明らかなように、フォスクーレは、他の権力による裁判官のコントロールを問題にしているのではない。むしろ、裁判を受ける権利を規定した基本法一九条四項の枠内で、「作用内部でのコントロール」⁽¹⁴⁾、つまり「裁判官による裁判官のコントロール」を問題にしている。より端的には、「規律とコントロールの包括的なシステムたる基本法の構想に鑑みて、……、国家の支柱として能動的に（コントロール機関として）、そして受動的に（コントロール対象として）このシステムに統合する」⁽¹⁵⁾ことである。この問題を「コントロール」という観点から論じるため、フォスクーレは、「コントロール」の概念と機能について論じる。

(1) 従来の「裁判官のコントロール」 フォスクーレのコントロール概念を検討する前に、まず従来の議論を検討する。基本法において裁判官の独立（基本法九七条一項）が保障されているため、裁判官はコントロールされない、と考えられてきた。しかし、フォスクーレ以前にこのことが議論されていなかったわけではない。裁判官のコントロールとして以下の制度が考えられてきた。①法律への拘束、②人である裁判官に対するサンクション、③

大統領の恩赦権、④裁判の公開の原則、⑤裁判官の忌避と回避、⑥当事者の参加によるコントロール、⑦判決に対する憲法異議、そして⑧その他のコントロールである。さらに、②のサンクションの具体的な内容は次の五つ、すなわち、刑事訴追、民事法上の賠償責任、勤務監督、懲戒手続、および裁判官の弾劾である。そしてその他のコントロールは、合議制と裁判官の倫理を内容としている。

以下では、従来の議論の枠組みに即して、フォクスレーの議論のエッセンスを紹介する。

①法律への拘束　基本法一条三項、二〇条三項、および九七条一項で規定されている法律への拘束は、事実上、裁判官による「自己コントロールの要請」になる。それは、裁判官の独立が憲法上保障されていることから「どの程度裁判官がその判決において法律によって支配されうるのか」は裁判官に任ぜられてしまうためである。裁判官がこの要請を実施するかは、裁判官のパーソナリティー、たとえば性格の安定、判断力、意思の強さなどの問題となる。そうすると、合理的に判決を下す裁判官の善良な意思や能力が信頼されないならば、この自己コントロールは他者コントロールをつねに必要とする。それゆえ、法律への拘束は、裁判官のコントロールが原理的に必要であることを何も変えない。⁽¹⁶⁾

②人である裁判官に対するサンクション　この中からは、勤務監督と懲戒手続を取り上げる。刑事法⁽¹⁷⁾と民事法⁽¹⁸⁾において裁判官の活動について責任を問う制度も、裁判官の弾劾の要件も日本とは違っているためである。⁽¹⁹⁾

ドイツ裁判官法二六条では裁判官に対する勤務監督が規定されている。勤務監督とは、「官吏が義務に適って行動しているか、官吏の行動を観察し、その勤務上の活動にあたって官吏を指揮、命令、および評価し、ならびに、法律や勤務規則に反する行動を理由として、官吏を譴責する上司の権能⁽²⁰⁾」である。しかし、この勤務監督は、裁判官の独立と緊張関係にあり、裁判官の独立の侵害という重大な結果となりうる。裁判官法二六条一項は「裁判官は、

その独立が侵害されない限りで、勤務監督に服する」と、同条二項は「勤務監督は、第一項に留意し、秩序違反の職務遂行を問責し、職務の秩序に適切で遅滞ない処理を勧告する権能を包括する」とそれぞれ規定し、基本法九七条一項で規定された裁判官の独立に注意を払っている。本条をめぐって、連邦通常裁判所は、司法活動の「秩序領域の外」と「形式の外」から司法活動の「核心領域」を区別する解釈を展開した。⁽²¹⁾ この「核心領域」は、判決活動そのものだけでなく、裁判にとって不可欠で、それと直接に結びついた準備、同時、および事後の活動である「周辺」も内容とする。つまり、勤務監督のコントロール対象は、裁判官法の規定からも明らかのように、裁判官の独立によって縮減され、たとえば法服を着用しているか、勤務時間内に裁判所にいるかなどに制限される。それゆえ勤務監督は判決の内容には及ばない。連邦通常裁判所によれば、たとえ例外として及ぶとしても、「法律上まったくもって是認できず、最高裁判所の確立した判例に違背し、その判例と折り合わない理由づけ」や「一見明白に訴訟違反」のような事例くらいである。⁽²²⁾

懲戒手続の対象は、勤務における非行、勤務上の義務の有責な違反である。それゆえ、懲戒手続は勤務監督の一種と考えられる。そうであるならば、生じる問題も同じであり、制限とその根拠も同じである。つまり、裁判官の独立が懲戒手続の制限となる。⁽²³⁾

冒頭に示した五つの裁判官へのサンクションについて、フォスクーレはまとめている。これらの場合、コントロール対象は裁判官の独立の保障によって極めて制限されているため、本来の裁判活動は通常コントロールされない。まったく重大で異常な過誤が例外としてコントロールされる。それゆえ、これらのコントロールは、裁判官による判決の発見の合理性を促すことには極めて限定的にしか役に立たない。機能不全をもたらすコントロールの副作用のために、裁判官個人へのサンクションは、裁判官の判決活動の適切なコントロールではない。⁽²⁴⁾

③大統領の恩赦権 基本法六〇条二項は、大統領に恩赦権を認めている。通常、恩赦権は、裁判官へのコントロールとは考えられない。しかし、恩赦権を裁判官のコントロールと考えると、刑事判決と刑法と類似の判決という裁判官による活動がそのコントロール対象となる。しかし、フォースクレーは、恩赦権には裁判官への教育的な影響がないと結論づける。なぜなら、裁判官による判決は権力分立を理由として恩赦権によって破棄も、批判もされなくてはならないためである。⁽²⁵⁾

④裁判の公開 裁判の公開は、国民が裁判官をコントロールするきっかけとなると考える。しかし、このように考えることには多くの難点がある。第一に、このコントロールは、コントロール密度が相対的に希薄である。というのは、コントロール対象が不明確であるか、極めて抽象的にしか規定できないためである。公開原理のコントロール・コミュニケーション機能を強調すると、コントロール対象は裁判の「公開の公益機能」⁽²⁶⁾という抽象性に霧消してしまう。裁判の公開は、民主制と関わり、⁽²⁷⁾公衆が情報を必要とすることを充足することになる。それゆえ、裁判の公開をコントロールと考えると、その対象は、裁判と関係のあるすべてのことに関わる。第二に、コントロール対象が個別の判決に絞られたとしても、判決の発見に直接に影響することもない。なぜなら、公衆によるコントロールは、サンクションのない批判権限しかないためである。第三には、このコントロールは、裁判官の独立と私的領域の保護との厳しい緊張関係にある。このことが意味するのは、メディアという公衆がセンセーショナルな刑事事件や民事事件、政治的に重要な行政事件に注目する、ということである。⁽²⁸⁾

⑤裁判官の忌避と回避 裁判官が担当事件において予断を持ち、公平な裁判が実現できない場合に、裁判官は、みずから回避するか、一方当事者から忌避される。これらの制度は、理性に基づいた訴訟関与者の立脚点から取り扱われる。フォースクレーは、これらも裁判官のコントロールとして扱う。これらのコントロール対象は、裁判官自

体であり、判決ではない。それゆえ、手続違反や瑕疵ある判決は裁判官の拒絶の理由とはならない。しかし、「裁判官の偏見のある態度が手続違反と瑕疵ある判決をもたらし、それらの判決において表明される」ことに有利に働く理由がある場合にのみ、少し違う、とフォスクーレは述べる。このように見ると、忌避と回避の制度はコントロール対象が制限されている。すなわち、誤った判決の発見が含まれていない。しかし、裁判官は外部には訴訟を客観的かつ偏見なく進行しなければならないため、忌避と回避は手続の合理性を促すコントロールである、とフォスクーレは評価する。⁽²⁹⁾

⑥訴訟参加者によるコントロール 裁判官は、判決活動の間、当事者や弁護士からの観察、批判、および影響に常にさらされている。これをコントロールと見なしうる。しかし、フォスクーレは、裁判官が恣意的に法的聴聞に違反したとしても、法的聴聞には多くの場合サンクションが欠けているため、コントロールとしての影響が制約される、という欠点があると述べる。⁽³⁰⁾

⑦判決に対する憲法異議 基本法九三条一項四a号は、公権力による基本権の侵害を連邦憲法裁判所に提起できる憲法異議を規定している。この憲法異議も、裁判官のコントロールとして機能する。しかし、これにもその機能に欠点がある、とフォスクーレは述べる。連邦憲法裁判所は憲法にかかわる争訟のみを取り扱うため、憲法異議のコントロール基準も憲法の適用に限定される。そのため、連邦憲法裁判所は、憲法異議において原々審や原審が行った法律の適用や具体的な証拠の評価をコントロールしない。⁽³¹⁾

⑧その他の裁判官のコントロール このコントロールは、憲法上明記されたものではなく、法律上のものである。合議制と裁判官の倫理に分けられる。

i) 合議制 合議制は、以前から裁判官による判決の発見のコントロールとされてきた。裁判権において合議制

を窺わせるのは、基本法九五条三項の合同部の規定か、九四条一項一文の連邦憲法裁判所の構成からである。合議制に基づく決定は、民主制の弁証法・対審構造に一致する。それと同時に、「作用単位の中で複数の人が外部に向けた一体の国家による支配行為を成立するために協働しなければならず、それゆえ互いに影響、またはコントロールし合う」「機関内コントロール」の原型であるとされる。主観的な決定の動因の中立化、裁判判決の調和、および正確性の保障と合議制は結びつく一般に言われる。それゆえ、合議制は、極めて強力なコントロールである。しかし、この合議制にも、二つの制約がある。一つ目は、情報における優位という制約である。つまり、判決を起案する主任裁判官は、同じ合議体に属する裁判官よりも事案について多くの情報を持っている。それゆえ、主任裁判官に他の裁判官が責任を事実上委ねてしまう傾向にある。二つ目は、裁判長の優越する地位に、同じ合議体に属する裁判官は依存する、という制約である。このように裁判長に他の裁判官が依存することによって、不可欠な距離と客観性が失われてしまう。さらには、機能不全をもたらす副作用の問題がある。つまり、合議制では、単純な事件や些末な事案にも、複数の裁判官が必要となり、手続が仰々しくなり、得られるコントロール密度に比べてコストがかかる、という問題である。⁽³²⁾

ii) 倫理 裁判官が倫理と宗教の基本原理に拘束されることは、自己コントロールの可能性となる。しかし、倫理という枠組みのコントロール基準は、公正の概念と同じで、あいまいであり、個別の事例では、判決の発見に合理性を促進するように影響することはほとんどない。結局のところ、裁判官の法律への拘束と同様に、倫理の戒めが有効かは、裁判官の人格に依存する。⁽³³⁾

⑨まとめ フォースクーレは、従来考えられてきた裁判官のコントロールを検討した結果を次の三つにまとめている。すなわち、第一は、コントロールの対象、または基準が範囲にしたがって強く制約されていることである。具

体的には、明らかに法律違反の判決はコントロールされるが、裁判官による力の行使の大部分はコントロールされない。その理由は、コントロールの情報と権限が欠落していることによるコントロールの量的な制約であり、裁判官の独立のために制約されている判決の発見への影響の可能性の制約である。第二は、機能不全をもたらす副作用とフォスクーレがよぶものである。コントロールと裁判官の独立の保障内容への介入は結びつけられる。それによって、中立性が失われ、「中立な手続」に応じた性能が低減する。第三に、高められたコントロール強度から明らかにするのは、手続の統合された構成部分として効率的で合理的な進行に向けられているコントロール制度である。しかし、コントロール対象が非常に制限されている、あるいは裁判官への外部からの影響の可能性が欠落している。⁽³⁴⁾

(2) コントロールの概念と機能 これまで見たように、フォスクーレは、法律に規定され、実務で行われてきた「裁判官のコントロール」とそれをめぐる議論を不十分であると考えている。フォスクーレは、単に権力のコントロールの枠組みに裁判官を統合するだけではなく、冒頭で示したように、裁判官による支配行為、つまり判決の「質」を問題とする。このフォスクーレの問題意識に適用コントロールの概念はあるのだろうか。それをフォスクーレは、従来のコントロールの概念をめぐる議論をそれぞれ再検討することで探究する。

フォスクーレは、自身の後の説明とは逆であるが、三つの概念を提示する。「べき価値」と⁽³⁵⁾である「価値」の比較、「逸脱分析 (Abweichungsanalyse)」、および「アングローサクソン流の“control”」である。

①「力の相互の限定であるコントロール」 (i) 概念と機能 このコントロール構想は、アングローサクソン流の“control”という広い理解と関係があり、それはドイツ語では「嚮導 (Lenkung)」、「制御 (Steuerung)」あるいは「指導 (Führung)」である。この概念によって、「逸脱分析に基づく是正措置の実施」、あるいは「コントロール客体への影響」が包摂される。⁽³⁶⁾ アングローアメリカの権力分立原理、「権力に対する権力」と「チェック・ア

ンド・バランス」の起源からは、「力の行使を相互に抑制し、適正化すること」がコントロールの機能となる。ドイツにおいて、この見解の代表者はレーヴェンシュタインである。前述のように、レーヴェンシュタインは三区分を提示し、その中に政策コントロールを位置づけ、行使の態様を阻止によるか、協働によると論じた。しかし、フォスクーレは、「複数の国家机关は、それらが力の行使を分担するために、国家意思を形成するにあたって、憲法によって協働を強制されなければならない」という協働によるコントロールを強調する。しかし、レーヴェンシュタインの議論に対しては、一九六〇年代中葉からスイス国法学から批判が上がっていた。第一に、リヒャルト・ボイムリンは、「協働によるコントロールの理論」を提示し、コントロールの偏在性と永続性を唱え、批判する。⁽³⁷⁾第二に、クルト・アイヒエンベルガーの批判によれば、コントロールには「審査」の要素がそもそも含まれており、それによって意義に即した正しい決定がなされるとされる。⁽³⁹⁾このような批判を踏まえた上で、フォスクーレは「力の相互の限定であるコントロール」を特徴づける。この見解は、力の担い手の行動が事前の基準によって審査されるだけではなく、コントロールする者の独自の決定が重要となる。その決定によって、コントロールする者は他者の決定に修正的に影響できる。コントロールする者には力が必要であり、それが欠ければコントロールできない。しかし、コントロールは命令とは異なる。それゆえ、コントロールは、決定の担い手どうしの距離を、さらにはコントロールされる者の決定の余地をも必要とする。⁽⁴⁰⁾

ii) 問題点 フォスクーレのテーマである「裁判官のコントロール」を問題とすると、裁判官の「力」が取り込まない、というこの議論の限界が現れる。「……国家のコントロール・システムの本質的な課題は、国家の力を相互にコントロールし、抑制することにある。力がないところは、コントロールされる必要もない。」このことについては、ラインホルト・ツエッペリウスの問いが典型的である。すなわち「どのように政治の領域において秩序

をもたらず力は有効かつ目的に適って組織されえ、同時に危険な力の集中が回避されうるのか。」⁽⁴¹⁾ それに対して、フォスクーレはこの問い立てを問題視する。すなわち、「伝統的な理解によれば、裁判はこの問い立てにおいて含まれていない。なぜなら、それが政治的な力の一つに数えられないためである。」⁽⁴²⁾ そこで、フォスクーレはこのような従来の議論に対して反駁を試みる。

まず、フォスクーレは「政治」の定義を従来の議論を振り返ることから始める。たとえば、マックス・ヴェーバーによれば、「政治は、力の分け前に預かる、あるいは力の分配に影響する努力を意味」⁽⁴³⁾ する、あるいは端的には「闘争」⁽⁴⁴⁾ である。後者の「闘争」は、カール・シュミットの定義をもつて特徴づければ、「友と敵の区別」⁽⁴⁵⁾ である。(政治的な) 法律、たとえば憲法を「中立な手続」において適用することは、政治なるものではない、それゆえ(事実上) 力なるものではない領域になる。しかし、ヴェーバーは、力を「社会関係の内部において自己の意思を抵抗に対抗してでも貫徹するチャンス」⁽⁴⁶⁾ と定義づける。このヴェーバーの見解は、モンテスキューの「法律の文言を語る口」⁽⁴⁷⁾ に代表される「裁判官は法律の意思を執行するのみ」という古典的な裁判官像に一致する。このような理解から、フォスクーレは、第三権力が「事実上の単位」でしかないため、「裁判官の権力のコントロールは、権力分立の理論構想によれば示されない」と、「力の相互の限定であるコントロール」構想が「裁判官のコントロール」を従来議論してこなかったことについての説明を試みる。しかし、この試論は、法ドグマティクの最近の認識、および裁判官の人格についての心理学と社会科学の研究からすると、妥当ではない。今日において裁判官はもはや「包摂する機械」ではない。裁判官は、個別事例において規範を新たに具体化し、法を定立するだけでなく、他の人間同様、思考と行動において出自、環境、個人としての弱点、選好、および価値判断によって影響されている。それゆえ、裁判官は、「自分に認められた課題の枠組みにおいて自分自身の意思を抵抗に対して貫徹すること

ができる国家の支配機関」である。ヴェーバーの「力」の定義からすると、結局のところ裁判官も「力」を行使する。⁽⁴⁸⁾

iii) 有用性 「力の相互の限定であるコントロール」という構想には、裁判官を基本法のコントロール・システムである権力分立に取り込めない、という直前の問題がある。しかし、このコントロール概念が「裁判官のコントロール」にまったく意味がないというわけではない。この概念が有用であるのは、「上訴」を取り扱うときである。「(互いに) 影響し合う、というコントロールに内在する要請は、原審と上訴審で、同様に一定程度の決定の自由と潜在的な力を前提とする。」しかし、原審と上訴審は上下関係ではないので、上訴審は原審の判決を全面的に無視し、取り替えることはできない。もしできるとすると、裁判官からの権利保護は、控訴手続の際限のない連鎖(権利保護の永久運動)に陥る、とフォスクーレは指摘する。しかし、「中立な手続の」決定の力を分配するならば、このような連鎖に陥ることはない。なぜなら、上告に限定された手続コントロールの考え方が憲法で要請された上訴制度に転用されると、内包されているコントロール構想のために、無限の権利保護の問題が解決されるためである。この「力の分配」とは、「裁判官のコントロール」において具体的には何を意味するのであろうか。フォスクーレは、法適用における「事実問題」と「法問題」の伝統的な区別を維持する。この区別により、「力の分配」は説明されうる。つまり、第一審である原審は、「事実審」であるため、「事実問題」と「法問題」の両方について決定を下す。それに対して、第二審である控訴審は、「法律審」であるため、「法問題」のみについて決定を下す。原審と控訴審は、それぞれに分配された問題について本来の制限されえない終局的に決定する権限を持つ。しかし、事実の決定と法の決定は、大前提への小前提の包摂においてはじめて行われるのではない。二つの決定権限は、カール・エンギッシュの「大前提と生活の事実の間における視線の往復」⁽⁴⁹⁾という定式を用いると、それぞれの

具体化にあたって互いに関連している。また、法問題と事実問題は、規範領域において自然の概念が使われているため、言語という理由から区別は極めて困難である。そうであるとすると、事実審と法律審は、判決を作成するにあたって互いに影響し合っている。それゆえ、「構造上、両者の決定の担い手は協働する。」このことによって、上述の権利保護の永久運動、換言すると裁判官による裁判官のコントロールの際限なさ回避される。フォスクーレは、このことを「相互の影響の原理」、ボイムリンの言葉を用いて「協働によるコントロール」と呼んでいる。⁽⁵⁰⁾ここに、「力の相互の限定であるコントロール」の有用性が見いだされる。

②「直接の決定権能に対する代替であるコントロール」 このコントロール構想を唱えたのは、ウルリヒ・シヨイナーとカール・ウルリヒ・マインである。しかし、フォスクーレは、この構想の共通の特徴も、「逸脱分析」との関係も述べていない。

i) ウルリヒ・シヨイナー フォスクーレは、ボイムリンとアイヒエンベルガーに連なる人物としてシヨイナーを説明する。⁽⁵¹⁾「責任とコントロールは民主的な憲法秩序の基本要素である。」⁽⁵²⁾それは、現代国家においては、固定された制度が必要であり、力の行使は市民の委任に基づくためである。それゆえ、シヨイナーは民主制を間接民主制と理解する。コントロールと責任はこのことを確保する。このコントロールは、「国家の力を監視すること」⁽⁵³⁾であり、「批判と訂正によって効果を及ぼす関係」⁽⁵⁴⁾である。柔軟な概念としての「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」⁽⁵⁵⁾。ただ、シヨイナーによれば、コントロールによって、決定は代替されず、憲法の要請、つまり公益やその他の義務や行動といった共通のより高い基準で決定は測られる。また、その基準は、任意に実現されるのであり、裁判の対象とならない。シヨイナーにおけるコン

トロールの目的と機能は、「市民の自由の確保」が第一義ではなく、「国家による決定活動を国民の意思に遡って拘束すること」である。⁽⁵⁶⁾

ii) カール・ウルリヒ＝マイン ショイナーにつながる人物として、フォスクーレは、マインを挙げる。マインによれば、コントロールは「対象において包括的な（憲法）原理」⁽⁵⁷⁾であり、「理想上要請されている自己決定の代替」⁽⁵⁸⁾である。コントロールの民主制における代替機能は、選挙民とその代表者の関係だけではなく、民主制によって基礎づけられ、正統性を認められた代表プロセス（Delegationsprozess）を継続することにもある。⁽⁵⁹⁾ただ、フォスクーレの行論にもかかわらず、ショイナーとは逆に、マインは直接民主制を民主制の理想としていることは注意すべきである。マインは、コントロールを「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」⁽⁶⁰⁾と暫定的に定義する。⁽⁶¹⁾

iii) 問題点と有用性 ショイナーもマインも「力と反対の力の原理」になお固執していることが、概念レヴェルでの問題点である。換言すると、具体的な現象像の問題である。ショイナーは権力分立の基本理念から離れているにもかかわらず、具体的な現象像はこれまで通り議会と執行である。また、マインも、暫定的な定義から理解すると、コントロール機関に「力」を認めている。⁽⁶²⁾しかし、フォスクーレは、どの点でこの議論が「裁判官のコントロール」にとって有用か、を全く示していない。

③ 「合理的な決定プロセスの条件であるコントロール」 i) 概念と機能 この構想において概念として論じられるのは、コントロールを「比較」と理解する見解である。この概念は、ラテン語の「contra rotulus」あるいは古フランス語「contre rôle」に由来し、「すでに完結した事実を客観的に確定されうる事実や規範化された要請と一致するかでチェックすること」と定義づけられる。⁽⁶³⁾このコントロール構想は、コントロールの概念を力の相互

の制限と適正化から解放することによって、コントロール過程それ自体に注目する。そうすると、「コントロールが、あらゆる国家の決定プロセスの部分として、決定プロセスの合理化によって決定の内容面での事項正確性を高めることに優先的に向けられている。」従来のコントロールに関する研究は、憲法全体の中でどのようにコントロールが実現されるかを問題とし、その現象を研究してきた。それに対して、この構想は、「形式的な視点」を用いることによって、より正確な研究結果が得られる。⁽⁶⁴⁾ このコントロール構想を採用するのは、ゲオルク・ブルナーとヴァルター・クレプスである。

ii) ゲオルク・ブルナー ブルナーにおいて、憲法プロセスは「決定を徐々に具体化することであり、そこで、一般的な決定は、段階を追って現実に近づけられる」⁽⁶⁵⁾。フォースクレーによれば、ブルナーは、レーヴェンシュタインに依拠して、国家機能を三分割する。憲法の機能秩序の内部で、主要機能として基本決定とその実施を区分する。主要機能に対して、副次機能であるコントロールの課題は、実施をその基礎となっている基本決定と一致するかに基づいて審査することである。このように理解すると、「真正のコントロール」とは「比較」である。その際、機関、服する者、対象、基準、手続、および結果が、コントロールの要素である。しかし、ブルナーにおいては、「不真正なコントロール」も存在する。つまり、コントロール結果の波及効果が、基本決定やその実施になっている場合である。憲法システムにおいてこの「不真正なコントロール」がほとんどの場合に重要であるため、コントロールは国家の決定プロセス全体で行われていることになる。⁽⁶⁷⁾

フォースクレーは「国家の決定が行われるプロセス内でのコントロールの成果の分析にはつきりとした分化の規準を提供する」とブルナーの構想の長所を述べる。具体的には三点が挙げられる。第一に、コントロールをシステム内在的に説明できる。つまり、コントロール基準では法適合性コントロールと目的適合性コントロールが、コン

トロールの時点では事前、同時、および事後が、それぞれ区別される。第二に、国家におけるある特定の決定が服するコントロールの程度は、より正確に確定され、他の決定と比較される。最後に、コントロールの形式的な考察法は、高権にかかわる決定をする力を持たない制度を構想に取り込むことができる。⁽⁶⁸⁾その典型が、フォスクーレがここで問題としている裁判所である。しかし、ブルナーの構想が主要機能の活動を確保することを越えるコントロールの機能における固有の価値を際立たせることに成功していない、とフォスクーレはその短所を指摘する。⁽⁶⁹⁾

iii) ヴァルター・クレプス クレプスにおいても、憲法プロセスは「国家目的を実現するプロセス」⁽⁷⁰⁾である。国家目的は、永続的で際限ない決定プロセスにおいて実現される。そのプロセスの最後に理想的には合理的な決定がある。それゆえ、決定はさまざまな選択肢の間の選択を意味する。それらの選択肢は、満たされなければならない条件で測られる必要がある。それによって、決定で意図された目的が達成される。その際、それらの条件は、法に限定されず、そして決定基準として機能する。コントロールが「であるべき」価値⁽⁷¹⁾と「である」価値⁽⁷²⁾の関係を確認する動態的なプロセス」であるがゆえに、それは決定の選択肢を決定基準と比較することである。コントロールは、あらゆる合理的な決定プロセスの不可欠な構成要素である。それゆえ、それは「決定の（同時）確定に向けられた、であるべき」価値⁽⁷³⁾と「である」価値⁽⁷⁴⁾の比較」である。コントロールの機能は、決定を確定し、その合理性に寄与することである。決定権限はコントロール権限でもある。基本法の作用秩序が意義に即しているならば、それは同時に意義に即したコントロール秩序である。「自己コントロールと他者コントロールの間の調和のとれた関係」を創出することが、目標である。⁽⁷⁵⁾

クレプスのコントロール構想の長所は、以下の二点にある。第一に、権力分立の積極的な観点をコントロールの概念に組入れたことである。この観点とは作用に適合した (funktionsadäquat)⁽⁷⁴⁾ 課題の分立であり、それは国家の

課題すべてを意義に即して、合理的に処理することを志向している。第二に、このことによって、あらゆる決定は、ある程度の合理性を促進するコントロールを含んでいることを明らかにした。もともと短所もある。それは、合理性を促進する観点の範囲が、一方でコントロール価値の客観化可能性、正確性、および利用可能性に、他方でコントロール対象の精密な確定可能性にそれぞれ依存していることである。コントロール基準の抽象性とコントロール対象の複雑性が高まると、それだけ決定とコントロールの非合理性の危険が上昇する。⁽⁷⁵⁾

iv) 問題点と有用性 このコントロール構想について、フォスクーレは問題点を指摘していない。⁽⁷⁶⁾ それに対して、有用性は、「決定プロセス」、「合理性／合理化」、そして「機能に適合して」いることの三点である。これら三つの点には相互に関連性があるが、まずはそれぞれについてフォスクーレの理解を検討する。

まず、フォスクーレは、「決定プロセス」について、方法論上確立した認識、つまりあらゆる決定プロセスは部分的に合理的なプロセスである、ということを指摘する。そのプロセスにおいて、決定対象と決定基準の抽象性の程度にしたがって、一定の意思の要素が示される。つまり、直前で述べたように、それらが抽象的になればなるほど、決定の客観性が低くなり、不合理性が高まる、ということである。これらの意思の要素は、それぞれの決定余地に凝縮する。⁽⁷⁷⁾ この認識は裁判手続にも当てはまる。裁判官は、憲法を含めた法律、すなわち決定基準も決定対象も具体化しなければならない。ただ、その具体化にあたって、裁判官は、意識的にも無意識的にも決定基準から逸脱しうる。フォスクーレは、裁判官の決定余地が力になる、と述べる。なぜなら、裁判官は、自身の事実と規範の観念にしたがって係争中の法的争訟の当事者に影響する権能を持つためである。それゆえ、「裁判官が国家における最上級で包括的なコントロール機構に昇格したことによって、裁判官自身がコントロールを必要とした。それは以下の理由からである。コントロールが力と力の展開であるためであり、コントロールする者は、まず行動し本来

のコントロールを必要とする者と比肩しうる観察と注目によるコントロールを必要とするためである⁽⁷⁸⁾。

第二に、「合理性／合理化」をフォースクレーは強調する。「裁判官を国家のコントロール・システムに取り入れる要請は、全能な裁判官国家に対する懸念に少しも基づくものではなく、効率的な課題の遂行への関心を中心を占める。まさに高い事項正確性と受容性に向けられた裁判の『中立な手続』は、合理性を促す機能に基づくコントロールを強調する。」先に「法律への拘束」で見たように、法律に定位する裁判官による判決の発見は、ある程度の自己コントロールを内包している。そこでは、「であるべきー価値」たる法律が「であるー価値」たる事実と比較されている。しかし、全体としては、作用にふさわしい課題の処理を保障するためには、自己コントロールと他者コントロールは、意義に即し、均整のとれた関係になければならない。それゆえ、憲法で規定された裁判官による活動のコントロールがこの要請を満たしているのか、を検討する必要がある⁽⁷⁹⁾。フォースクレーは、前述の「力の相互の限定であるコントロール」という構想にとつて有用であつた上訴制度においてこの検討を行う。コントロールに定位した上訴制度は、「合理性を促す」という観点から、従来のコントロール制度と比較されうる。フォースクレーは以下のように論じる。

まず「決定の状況とコントロールの状況が同一であること」が論じられる。コントロールの対象と基準は範囲にしたがつて裁判官による支配行為の全体を事実上含む。法の適用と事実の作成の相互連関は、「事実問題」と「法問題」で言い換えられた境界を相対化させる。つまり、たとえば一方当事者による重大な申立てが法律違反であることを顧慮しなかつたために、第一審が判決の基礎となつた事実を誤つたならば、上訴審における判決の破棄と原審への差戻しは、第一審が認定した事実の変更になる。これとは逆に、上告審は、個別事例において規範を具体化するにあつて原審による事実の作成に定位する⁽⁸⁰⁾。

次に論じられるのは、この上訴制度は、裁判官の独立を侵害する「機能不全をもたらす副作用」がない、ということである。上訴によるコントロールは、合理性を促すべく影響する。たとえば、第二審による判決の破棄を懸念するため、第一審の裁判官は慎重な作業を行う。しかし、第一審の裁判官は、判決の発見にあたって結果思考で影響されうることではない。それとは逆に、第二審の裁判官は、広範囲に事実を評価する必要はなく、法と手続から評価することに集中できる。それによって、作業の軽減の観点から決定(とコントロール)の結果の質は積極的な影響を受ける。⁽⁸¹⁾

最後に、「コントロール機関の質」が挙げられる。コントロール密度の上昇は、コントロール機関たる裁判官の質次第である。コントロール機関とコントロールされる機関は、同じ事項(コントロール)権限と同じ水準の情報を用いる。第一審判決の事実の内容において詳述されているものだけを、上訴審は法上利用できる。そうすると、相互の影響の可能性が強化される。それによって、コントロールに本質的な均衡性の要素が確保できる。⁽⁸²⁾

第三の「機能適合性」についてフォスクーレは一つの項目を割いて論じていない。しかし、この「機能適合性」は、直前の「合理性／合理化」における引用中の「効率的な課題の遂行」から窺える。つまり、課題が機能に適合しているからこそ、効率的に課題を遂行できるとされるのである。

フォスクーレが論じる「合理的な決定プロセスの条件であるコントロール」のこれら三点の有用性から明らかにするのは、これら三つが、ブルンナーというよりも、クレプスに由来するものであるということである。

(3) 小括——フォスクーレによる統合 フォスクーレは、裁判官をコントロール機関としてだけでなく、コントロール対象としても理解している。そのフォスクーレは、「裁判官による裁判官のコントロール」を検討しうどのようなコントロール概念を示すのであろうか。

これらすべてのことにしたがって、コントロールの憲法上の基本構想三つすべて「力の相互の限定であるコントロール、直接の決定権能に対する代替であるコントロール、および合理的な決定プロセスの条件であるコントロール」にある特定の敬意を払わなければならないだろう。それらの構想は、機能の緊密なネットワークをとみに生み出す。それらの機能で、公益を促進する合理的で効率的な影響を考慮した国家における決定の発見は、測られうる。まさに国民の意思を確保するものとして、コントロールは、力の行使の濫用と権限のない力の行使を力のバランスによって防ぎ、——あらゆる決定がなされるプロセスにおいて性質をもつて——国家の課題を効率的に処理することに役立つ。コントロールは、「より高い正確性をもたらし、責任を実現し、力の濫用を排除し、信頼を強め、そして統合を促進する」べきである⁽⁸³⁾。

フォースクレーによるこの概念には、具体例に即したこれまでの検討から明らかになった、上訴制度における、原審と上訴審の関係を特徴づける「相互の影響」としてのコントロールとその機能（力の濫用の排除）も、判決の発見における「合理性を促すもの」としてのコントロールの機能（正確性、信頼の強化）も、内包されているのである。

(1) 柴田堯史「『公法』におけるコントロール概念——ドイツにおけるコントロール概念の展開——」(一)(二)(三・完)「阪大法學第五九卷第六号一〇五—一二六頁、第六〇卷第一号一三五—一五四頁、第六〇卷第二号一二九—一四六頁(二〇一〇年)。次の訳語については、前稿と同じである。「Gewalt」は「権力」と、「Macht」は「力」とそれぞれ訳した(柴田、(一)一二二頁註(14))。「Funktion」は「作用」と「機能」と局面に応じて訳し分ける(柴田・(一)一二二頁註(18))。

(2) 前稿では「[Soll-Wert]を「当為—価値」[Ist-Wert]を「存在—価値」と訳した。しかし、本稿においては、前者

を「であるべき一価値」、後者を「である一価値」と改める。なぜなら、たとえば方法二元論における「Sollen und Sein」を「当為と存在」と訳するように、「当為」と「存在」という訳語がドイツ語の動詞不定形の名詞化にこれまでであてられてきたためであり、そこで「[soll]と「[Sein]という三人称単数現在形の名詞化が使われていることを重視し、それらが「状態」を意味すると考えたためである。このような用法は、旧西ドイツですでに使われており、特に「比較（審査）」が役割である会計検査院の報告書で用いられている。ラント・レヴェルであるが、バーデン・ヴュルテンベルク州会計検査院の報告書が例として挙げられる。Rechnungshof Baden-Württemberg, Bemerkungen und Denkschrift zur Landeshaushaltsrechnung von Baden Württemberg für das Rechnungsjahr 1970, S. 15f. 特に、一九七〇年の覚書では、「Haushalts-Soll」が「Haushaltsplan」に、「Haushalts-Ist」が「Haushaltsvollzug」に言い換えられている。

(3) 国際化については、斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力・小早川光郎・芝池義一（編）『行政法の新構想Ⅰ 行政法の基礎理論』（有斐閣、二〇一一年）三三九頁以下。ヨーロッパ化については、エバーハルト・シュミット・アスマン／太田匡彦（訳）「ヨーロッパ行政法——ドイツ行政法秩序にとっての革新か攪乱か？」日独法学第二六号（二〇〇九年）二二頁以下。

(4) 最近の一〇年間に於ける連邦議会による欧州連合の事務の処理については、スヴェン・ヘルシャイト／柴田堯史（訳）「ドイツ連邦議会の情報権」松本和彦（編）『日独公法学の挑戦』（日本評論社、二〇一四年）一三四—一三五頁。高田篤「ドイツ議会制民主主義論における議会の位相——連邦議会の解散をめぐる議論を手懸かりとして」ジュリスト三一三—三二一頁（二〇〇六年）一一五頁。

(5) 高田・註（4）一一五頁。高田篤「議会制についての憲法理論的・憲法科学的省察」憲法問題第一七号（二〇〇六年）一〇九—一一〇頁、一二〇—一二二頁。同「生存権の省察——高田敏教授の『具体的権利説』をめぐって——」村上武則・高橋明男・松本和彦（編）『高田敏先生古希記念論集 法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、二〇〇七年）一四六—一四七頁。高田教授は、一貫して、社会学に由来する「制御学」を公法学に持ち込むことについて方法論のレベルで懐疑的であり、またそれによる議会の相対化、法律の制御力の低下という診断にも警鐘を鳴らす。

「制御学」に対するドイツにおける批判としては、Oliver Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parla-

mentarismuskritik, 1999. だが、レブシウスが制御学とシステム論を直線的につなげ、批判する手法については、高田教授は批判する。高田篤「議会制の意義——近年のドイツにおける議会制擁護論」初宿正典・米沢広一・松井茂記・市川正人・土井真一（編）『民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集「上巻」』（成文堂、二〇〇八年）二九五—二九六頁。また、「制御」と「システム論」が注目する観点——特にアクターに注目するかどうか——において同一でないことに「つづは」Renate Mayntz, Governance Theory als forentwickelte Steuerungstheorie?, in: dies., Über Governance - Institutionen und Prozesse politischer Regelung, 2009, S. 42.

(6) 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣、一九九四年）一七頁以下。同『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、二〇〇六年）一一—一九頁。佐藤幸治＝高橋和之（対談）統治構造の変革」ジュリスト一二三三号（一九九八年）八—二三頁。それに対する批判として、高見勝利『現代日本の議会議政と憲法』（岩波書店、二〇〇八年）一一八九頁。

(7) たゞえば、Eberhard Schmidt-Almann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee - Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 75. 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—二二五頁。ただ、裁判所とその訴訟手続への「制御学」の影響について困難と評価しつつも、概説するものとして、Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 42.

本稿において、邦訳がある場合は、それを参照させて頂き、該当頁数を掲載するが、訳はすべて筆者による。

(8) 公法学においてコントロールに言及した最近の論攷として以下のものが挙げられる。

石川健治「統治のヒストリク」奥平康弘・樋口陽一（編著）『危機の憲法学』（弘文堂、二〇一三年）一五頁以下。石川教授は、「Kontrolleとは、何か」という概念論をめぐる問い立てをし、中世ラテン語やフランス語に遡る語源史からそれを定義する。「元来 Kontrolle は、行為や出来事を、準拠すべき計画と比較対照することを意味するタームにすぎない」（三四頁）。また、「何かと便利に使われる」コントロール概念の多義性を指摘する（三六頁）。「しかし、そうはいっても（＝議院内閣制が議会統治制に近づき、Kontrolle の contra の要素が希薄化したこと）、学問的に正確な議論をするためには、Kontrolle をブラックボックス化しないための努力は怠ってはならず、そのためには、コントロールに含まれる contra rôle 性を再定位する必要に迫られる」（三六頁）とする。

大橋洋一「行政の自己制御と法」磯部はか前掲註(3)・一六七頁以下。大橋教授は、従来の行政法学の「中核的な問題意識」が「他者による行政の統制」であり、その問題意識は今日も重要であるが、今日の行政法学は「行政の視点に立つて提言を試みる」必要性があることを説く。また「自己制御の特色」として次の四点を指摘する。第一に「統制がなされているという意味での制御の恒常性」、第二に「自己制御は動態的な過程を前提としている」こと、第三に行政の自己制御が「他者による統制の前提整備」を意味すること、最後に「行政内部的統制」と一部対応すること、の四点である。(一六八―一六九頁。)

(6) Werner Kagi, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung (Erstarrte Formeln - bleibende Idee - neue Formen), in: Heinz Rausch (Hrsg.), Zur Heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, S. 287.

(10) Andreas Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter - Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art.19 Abs. 4 GG, 1993.

(11) ここでフォスクーレの権力分立に関する結論と裁判権の定義に触れておく。

まず権力分立についてである。「一体の作用秩序の目標は、次の考え方から正当化される。それは、効率的な権力分立が、変化する現実を背景として、全体モデルによってのみ達成されうる、という考え方である。そのモデルは、その柔軟性にもかかわらずおよそ十分に指導内容(裁判の概念を確定するための出発点と基準を与える定位点)とドクマティクの閉鎖性を有する。それに応じて、自立した裁判の定義を展開することは、他の二つの基本作用を獲得しようとする同時に、払われる努力なしには考えられない……」「[分離の要素と結合の要素という]メダルの両面を考慮できない概念の形成は、……失敗することになる。」「……憲法から展開された作用の概念は、課題の分配、裁判官の身分、および法治国家に基づく手続保障の間の『機能の結合』を考慮しなければならぬ。」Voßkuhle (Anm. 10), S. 68f. (引用中の強調は、フォスクーレ。引用中の「」は筆者。ただ、「効率的な権力分立」という表現が、本書の末にある「要旨」では「機関に適合した (organadäquat) 作用秩序」と表現されている。Voßkuhle (Anm. 10), S. 339.

前述の権力分立から生じる裁判権の概念は次の通りである。「裁判の特殊な能力の側面に基づいて、明らかに憲法によって規定された強く選択的な手続である、『中立な手続』においてのみ処理される課題すべてが、基本法の意味における裁判に属している。それらの課題が処理されるにあたって、憲法自体によって具体的な裁判官留保の形式でなされた目的適

合性の決定が考慮されるべきである。」Voßkuhle (Anm. 10, S. 141. (引用中の強調は「フォースクルーレ」)「中立な手続」に
ついで、フォースクルーレが再説したものと比べ、Andreas Voßkuhle, § 86 Rechtssprechen Rn. 2, in: Hanno Kube/Rudolf
Meininghoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Bd. 1,
2013.

- (12) 基本法の制定者も、裁判判決に対する憲法異議に対しては、批判的であったようである。Christoph Schönberger,
Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Matthias Jesiedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/ders., Das Entgrenzte Gericht,
2011, S. 28. 邦訳として、鈴木秀美・杉原周治・大西楠・テア(訳)「カールスルーエについての所見」鈴木秀美・高田
篤・棟居快行・松本和彦(監訳)『越境する司法——ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』(風行社、二〇一四年)一八頁。
(13) Voßkuhle (Anm. 10, S. 8f. (引用中の強調は、フォースクルーレ。))フォースクルーレは、基本法一九条四項から「一次的な
権利保護請求権」と「二次的なコントロール請求権」を導出す。Voßkuhle (Anm. 10, S. 317, 308ff.

(14) Voßkuhle (Anm. 10, S. 256.

(15) Voßkuhle (Anm. 10, S. 255.

(16) Voßkuhle (Anm. 10, S. 280f.

(17) Voßkuhle (Anm. 10, S. 282f. 刑事訴訟法三三六条「判決の前になされた裁判も、判決がこれらの裁判に基づいている
限りで、上告裁判所の審査に服する。このことは、明文上異議申立てできないと明示されている裁判、または即時抗告に
よって異議申立てできる裁判については、妥当しない。」訳出にあたっては、法務省大臣官房司法法制部(編)『ドイツ刑
事訴訟法』(法曹会、二〇〇一年)一二七頁も参照。

(18) Voßkuhle (Anm. 10, S. 283. 裁判官のコントロールについては、職務義務違反の賠償責任を規定したドイツ民法典八
三九条第二項が問題となる。「官吏が訴訟における判決にあたつて職務義務に違反した場合には、その義務違反が犯罪行
為である場合にかぎり、それによって生じた損害を賠償する責任を負う。この規定は、義務に違反した職務遂行の拒否、
または遅滞には適用しない。」訳出に当たっては、エルヴィン・ドイチュ／ハンス・ユルゲン・アーレンス(著)／浦川
道太郎(訳)『ドイツ不法行為法』(日本評論社、二〇〇八年)三三九頁参照も参照。

国家賠償法一条が裁判官による職務行為の違法に適用されるのか、という日本法の問題についてドイツ法との比較を

- 中心として、日本法の問題を論じるものとして、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、一九九七年）一一四―一二九頁。
- (19) Voßkuhle (Ann. 10), S. 286. 基本法九八条二項は「基本法の原則、または憲法に適合した秩序」を弾劾の要件としている。それを受けて、連邦憲法裁判所の管轄を規定した連邦憲法裁判所法一二条九号が裁判官の弾劾を管轄として列挙し、同法五八条以下が弾劾手続を具体的に規定している。
- (20) Wilhelm Ditz, Richterliche Unabhängigkeit und Politik, JuS 1985, S. 750; Voßkuhle (Ann. 10), S. 283.
- (21) BGHZ 42, 163 (171f.); Voßkuhle (Ann. 10), S. 283f. しかし、フォスクーレは連邦普通裁判所の判例について出典を挙げないこと。Rudolf Wassermann, Die richterliche Gewalt - Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft, 1985, S. 72ff. ²⁹ 参照。
- (22) Voßkuhle (Ann. 10), S. 283ff.
- (23) Voßkuhle (Ann. 10), S. 285f.
- (24) Voßkuhle (Ann. 10), S. 286f.
- (25) Voßkuhle (Ann. 10), S. 287f.
- (26) Peter Häberle, Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat, in: ders., *Verfassung des Pluralismus*, 1980, 136f.
- (27) Vgl. Hans-Joachim Strauch, Die Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verwaltungsstreitverfahrens - Funktion und verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Otto Triffterer/Friedrich von Zerschwitz (Hrsg), *Festschrift für Walter Mallmann*, 1978, S. 352f.
- (28) Voßkuhle (Ann. 10), S. 287ff. 特に二九一頁で、裁判の公開のコントロールとしての問題を指摘している。
- (29) Voßkuhle (Ann. 10), S. 291f.
- (30) Voßkuhle (Ann. 10), S. 292f.
- (31) Voßkuhle (Ann. 10), S. 293. 以下では、「Maßstab」には「基準」を、「Kriterium」には「規準」をそれぞれ訳語としてあてる。しかし、第一章第二節のトゥールテによる語法のように、両者の混同がなされていると思われる場合でも、訳し分ける。

- (32) Voßkuhle (Ann. 10), S. 293ff.
- (33) Voßkuhle (Ann. 10), S. 296f.
- (34) Voßkuhle (Ann. 10), S. 297f.
- (35) Voßkuhle (Ann. 10), S. 257f. について登場する逸脱分析が、どのように概念として構造化されているのか、さらには後述のどの議論に対応するのか、について、フォスクーレは、特に詳述していないが、逸脱分析が機能する局面を述べている。「一部で、そのような比較の実施とやらんで、逸脱分析もコントロール概念にとともに取り入れられる。このことは、コントロールが複合的で目的プログラム化された計画・決定プロセスにおいてテーマ化される場合に特に、重要となる。その限りで『評価 (evaluation)』が語られる。その際、それぞれの計画・決定プログラムの成果のコントロールと継続的な発展の結合が重要である。」Voßkuhle (Ann. 10), S. 257.
- (36) Voßkuhle (Ann. 10), S. 257f.
- (37) Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 2nd edition, 1965, p. 164; *Verfassungslehre*, 4. Aufl., 2000, S. 167. 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）二〇七頁。フォスクーレは、ここで「協働」によるコントロールのみを説明しているが、レーヴェンシュタインは、「阻止」によるコントロールも説明している。フォスクーレのこのような理解には、スイス国法学だけでなく、ゲオルク・ブルンナーの影響も窺えよう。というのは、ブルンナーがレーヴェンシュタインを批判するにあたり、「コントロール機能は、……複数の力の担い手がそれらの他の機能行使するにあたってのそれらの担い手の協働の必要性和可能性で同定されている」と指摘しているためである。Georg Brunner, *Kontrolle in Deutschland—Eine Untersuchung zur Verfassungsordnung in beiden Teilen Deutschlands*, 1972, S. 48; 柴田・前掲註（一）（二）一三七頁。日本におうべ、レーヴェンシュタインの「協働によるコントロール」に注目する論效として、村西良太『執政機関としての議会——権力分立論の日独比較研究』（有斐閣、二〇一一年）六〇—六二頁。
- (38) Richard Bäumlin, *Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1966, S. 247f.; Voßkuhle (Ann. 10), S. 259.
- (39) Kurt Eichenberger, *Problematik der parlamentarischen Kontrolle*, in: ders., *Staat der Gegenwart*, S. 415, 420; ders.,

- publik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 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―総論・統治編』（信山社、二〇〇九年）三三六頁（小山編・川又訳）。
- (52) Ulrich Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: ders. Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 298.
- (53) Ulrich Scheuner, Die Kontrolle der Staatsmacht im demokratischen Staat-Die Eingrenzung der Macht in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1977, S. 9.
- (54) Scheuner (Anm. 52), S. 304.
- (55) Scheuner (Anm. 52), S. 304.（引用中の「」は、筆者）
- (56) Voßkuhle (Anm. 10), S. 260f. ショイナーの議論については、柴田・前掲註（１）（一）一一二―一一六頁。ただ、ショイナー自身は「個人の自由の保護」をコントロールの目的と機能に挙げている。Scheuner (Anm. 52), S. 8, 15.
- (57) Karl-Ulrich Meyn, Kontrolle als Verfassungsprinzip – Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1982, S. 356; Voßkuhle (Anm. 10), S. 261.
- (58) Meyn (Anm. 57), S. 389.
- (59) Meyn (Anm. 57), S. 201.
- (60) Meyn (Anm. 57), S. 25f.
- (61) Voßkuhle (Anm. 10), S. 261. マインの議論については、柴田・前掲註（１）（一）一一七―一九頁。
- (62) Voßkuhle (Anm. 10), S. 261f. また、ショイナーとマイン両者のコントロール構想において裁判所の位置づけはきわめて低い。Scheuner (Anm. 52), S. 296f.; Meyn (Anm. 57), S. 335; 柴田・前掲註（１）（一）一一四、一一八―一九頁。
- (63) Voßkuhle (Anm. 10), S. 257.
- (64) Voßkuhle (Anm. 10), S. 262.
- (65) Brunner (Anm. 37), S. 68.
- (66) Voßkuhle (Anm. 10), S. 262. プリンナーも国家機能を（基本）決定、実施、コントロールと分割する点で、レーヴェンシュタインと結論、すなわち機能論は同じである。しかし、プリンナーは、国家機能を分割するにあたって、レーヴェン

- シュタインの国家機能の分割を方法論レベルで批判を加えている。この点で、フォスクーレが「レーヴェンシュタインに依拠して」と述べていることには、全面的に賛同する。Brunner (Ann. 37), S. 48f. 柴田・前掲註 (1) (二)、一三七頁。
- (67) Voßkuhle (Ann. 10), S. 262f. ブルンナーの議論については、柴田・前掲註 (1) (二)、一三六—一四二頁。
- (68) Voßkuhle (Ann. 10), S. 263. 第三の長所については、柴田・前掲註 (1) (二)、一四七頁。
- (69) Voßkuhle (Ann. 10), S. 263. この点については、すでにクレプスが指摘していた。柴田・前掲註 (1) (二)、一五一—一五二頁。
- (70) Walter Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen-Ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrollen, 1984, S. 27.
- (71) Krebs (Ann. 70), S. 17. Voßkuhle (Ann. 10), S. 264.
- (72) Krebs (Ann. 70), S. 34. Voßkuhle (Ann. 10), S. 264.
- (73) Voßkuhle (Ann. 10), S. 263f. クレプスの議論については、柴田・前掲註 (1) (三・完)、一三〇—一四〇頁。
- (74) この言葉、特に「Funktion」は訳出が極めて困難である。各権力とそれぞれの担い手の間の関係が語られる場合は、「Funktion」を「作用」と訳し、それに伴う「funktionsadäquat」も「作用に適合した」と訳す。それに対して、それらの作用がそれぞれの担い手によって行使される「作用の内部」が問題となる場合は、「Funktion」を「機能」と訳し、それに伴う「funktionsadäquat」も「機能に適合した」と訳す。作用内部における「裁判官による裁判官のコントロール」を問題とするフォスクーレは、後述のように「機能に適合した」課題の処理を問題とする。
- (75) Voßkuhle (Ann. 10), S. 264. この危険については、クレプス自身も認めている。Krebs (Ann. 70), S. 36f. 柴田・前掲註 (1) (三)、一三六—一三七頁。
- (76) 「力」を持たない機関を取り込むことができるコントロール構想を打ち出したブルンナーは、裁判官のコントロールを否定する。「裁判官の独立の原則から、行政の監督と比較できるコントロール制度は裁判の領域において考えることはできない」ということが生じている。Brunner (Ann. 37), S. 173. この言及について、フォスクーレはブルンナーを明示的に引用し、批判する。しかし、これは、ブルンナーのコントロール構想それ自体ではなく、個別論を批判している。Voßkuhle (Ann. 10), S. 271.

- (77) Voßkuhle (Anm. 10), S. 274. ^{『』}の引用の基礎となっているのはクレプスの議論であり、フォースクーレは脚註におうじ誤植箇所を引用している。Krebs (Anm. 70), S. 17, 36f., 46f.
- (78) Voßkuhle (Anm. 10), S. 274f. 最後の引用は、マイエンベルガーの指摘が下敷きとなっている。Eichenberger (Anm. 39), S. 132.
- (79) Voßkuhle (Anm. 10), S. 275f.
- (80) Voßkuhle (Anm. 10), S. 303.
- (81) Voßkuhle (Anm. 10), S. 303f.
- (82) Voßkuhle (Anm. 10), S. 304.
- (83) Wolfgang Loschelder, Kontrolle, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.) Staatslexikon, Bd. 3, 7. Aufl., 1987, S. 651.
- (84) Voßkuhle (Anm. 10), S. 265. (引用中の□は、筆者。)