

Title	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
Author(s)	柴田, 堯史
Citation	阪大法学. 2015, 64(6), p. 153-171
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/71561">https://doi.org/10.18910/71561</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

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

Osaka University

# 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・フォスクレーレ(以上、六四卷五号)

第二節 「大学のコントロール」——ハンス・ハインリヒ・トゥルターテ

(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・シユミット・アスマン

(2) ヴォルフガング・カール(以上、本号)

(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

第三節 分析

おわりに

第二節 「大学のコントロール」——ハンス・ハインリヒ・トゥルテ

近年までドイツでは、行政は「一枚岩」である、つまり「ヒエラルヒーをもち、上意下達で動く」という「官僚制モデル」が一般的であった。<sup>(85)</sup> それに対応して、行政のコントロールというテーマが展開されてきた。しかし、このイメージには例外がある。その古典的なものが、「大学」であり、「研究機関」である。というのは、それらが基本権、特に学問の自由（基本法五条三項）の担い手であるためである。しかしその反面、大半が州立大学であるドイツにおいては、大学は州の機関である。また、マックス・プランク研究所のような国家の研究機関も存在する。つまり、研究施設が「行政機関」であるということになる。これらの研究施設が行政の一部として権限を行使するならば、「コントロール」が問題となる。トゥルテは、その教授資格申請論文『基本権上の自由と国家による制度化——集合的な行政過程の法としての学問法』<sup>(86)</sup>において、コントロール概念を論じている。学問法にかかわる点は今後の課題とすると、ここでは、トゥルテがどのようにコントロール概念を論じるのかを検討する。

(1) 自立した行政単位の民主的責任とコントロール 「自立した行政単位のコントロールは、民主的正統性、すなわち民主的な法治国家における国家による活動の責任の根拠に関する問題の一部である。」<sup>(87)</sup> トゥルテは、まず民主的責任とコントロールの関係を説く。従来の行政のコントロールの基礎にあるのは、ヒエラルヒーとして組

織された省庁行政、つまり長が部下を指揮監督する、というモデルである。そこでは、民主的正統性の連鎖は容易には途切れない。それに対して、行政単位の自立化によって行政が多元化、あるいは分出する場合、コントロールが問題となる。というのは、自立した行政単位では、長が存在しないか、長との結び付きが極めて弱いためである。つまり、コントロールの喪失の問題である。自立してしようと国家権力は途切れることのない民主的正統性が必要であるため、この喪失は様々な手段で補完されなければならない。その方法の一つが、従来からある省庁行政におけるコントロール手段を修正し、転用することである。ただ、この方法は、ヒエラルヒーをもつ行政というイメージが背景にあるため、自立した行政単位には必ずしも適切ではない。それゆえ、トゥルテは「コントロールは、……より課題に関連させられて展開されるべきである」<sup>(89)</sup>と述べる。そのため、自立した行政単位について独自のコントロール形式を展開しなければならぬ。そうすることで、分権的に課題を実現するメリットが得られる。その独自の形式は、憲法の要請を越えて展開されてはならない。「責任を受ける手段であるコントロールは、中心的な憲法価値であり、自立した行政単位に対してもその価値を求めることが重要である」<sup>(90)</sup>。

(2) 大学・研究機関とコントロール——コントロール概念論 以上のことから、トゥルテによると、「いづれにせよ、学問の領域については、官僚制的な課題の処理というモデルに定位した古典的なコントロール形式は、同時に国家の課題も実現される場合にのみ適切である。それ以外では、それらの形式は、修正、そして学問のコミュニケーションと活動の固有の領域については縮減が必要である。それによって、学問の自由を行使する前提である国家による制度化との関連では、視線は、通常あまり注目の的にならない他のコントロールの形式に向けられる……」<sup>(91)</sup>。その他のコントロールの形式としてトゥルテが挙げるのは、財政コントロールである。さらに、課題に関連づけられたコントロール形式の発展が必要であり、それが自己コントロールである。しかし、トゥルテに

おけるコントロール概念論を検討するにあたっては、財政コントロールがもつとも重要である。

①概念論 トゥルテは、クレプスの論文を脚註で引用しながら、コントロール概念を論じる。「財政コントロールは、あらゆる種類のコントロールのように、活動とそれらの基準の比較による決定プロセスの合理化に関連づけられており、国家による活動全体の継続的なプロセスと構想される。財政コントロールは、執行の自己コントロール、ならびに議会、公衆、および会計検査院による他者コントロールである。」<sup>(92)</sup>この引用から明らかになるのは、トゥルテにおけるコントロールの概念論である。コントロールは対象と基準の比較と理解され、その機能は決定プロセスの合理化である。また、自己コントロールと他者コントロールは区別される。トゥルテは、コントロールの対象、基準をそれぞれ次のように説明している。

②コントロール対象 法律上の例外を除き、国家の制度すべてを対象とする包括的な財政コントロールが行われる。<sup>(93)</sup>そこには自立した行政単位も含まれる。「それゆえ、制度化のための給付それ自体は、それが財政上重要である限りで、コントロールに服す。」また、公法上だけでなく、私法上の法人も、連邦が歳出から給付している場合、連邦会計検査院のコントロールを受ける。「それゆえ、審査の対象は連邦の予算と経済の実施である。」<sup>(94)</sup>

③コントロール基準 財政コントロールの基準は、法適合性、秩序適合性、経済性、および節約性である。今日、法適合性と秩序適合性は、秩序に適合する予算と経済の実施という原則の具体化に鑑みて、互いに移行するため、問題は小さい。しかし、「経済性」はコントロール基準の弱点を示す。「経済性」を審査するにあたって、二つの判断がある。一つ目は、ある特定の効果ができる限り少ない資金によって達成されたのか、を審査する最小化原理である。この原理は節約性と等しく、財政コントロールの問題とならない。二つ目は、与えられた資金によってできる限り大きい効果が達成されたのか、を審査する最大化原理であり、これが問題となる。トゥルテは、この問題

を「決定理論上の困難さ」と表する。最大化原理の前提は、行動を最良で正しいものと扱うことである。その行動の結果は、選択肢すべてについて最適である価値関係にある。したがって、「……特定の決定の効果は、そもそも有用な決定基準に至るために、積極的なものと評価されなければならない。特定の選択肢は、はじめから非合理的で無用なものとして考慮されない。」<sup>(96)</sup> ここにも問題の縮減がある。このような縮減は、経済性の規準とは違う規準によって制御される。これについては、二つのことが重要である。第一に、経済性の基準によって、追加の決定規準が採用可能であることである。第二に、この基準によって、決定の前提を定立する領域へのさらなる関与が認められることである。そして、この決定理論上の開放性を限定するのが、議会と執行の決定権限の限界に一致しなければならぬ会計検査院のコントロール権限である。このことから、決定と活動が基本権によって保護されている場合、コントロール権限の限定が原則として推論される。会計検査院によるコントロールにおいても、国家による制度化によって行使される基本権、たとえば学問の自由についても、その実効的な保障領域が限界となる。<sup>(95)</sup>

④ 国家によるコントロールの限界 「……コントロールの参照機関、すなわち議会と執行の課題との関係が明らかにするのは、基本権によって保護されている活動と決定がすでにそれ自体コントロールから解放されていない、ということである。解放されていることは、基本権の領域において公の資金を用いて実施されている限り、まったくありえない。」<sup>(96)</sup> トウルテは、基本権にかかわる事項を国家によるコントロールから予め排除しない。

この参照機関の課題領域がコントロールの最も外側にある限界である。とはいえ、国家の資金から支援を受け、税制上の優遇を受けている私企業も、国家によるコントロールから排除されない。<sup>(97)</sup> 憲法上の課題（権力分立）への拘束も、基本権への拘束（基本法三条三項）も、前提となっている。しかし、この基本権への拘束によって、コントロールは排除されるべきでなく、態様の拘束と限定が必要となる。<sup>(98)</sup>

トウルテは、まずたとえ国家によって制度化された組織連関においても、学問の自由の核心領域、つまり議論と批判による真理をめぐるコミュニケーションを国家によるコントロールから排除する。すなわち、会計検査院によるコントロールについては、「学問にかかわるコミュニケーションは、原則として研究の結果が公の資金を（推定される）不経済に利用することで獲得されたのか、（という問い）」の外にあるといつてよいだろう。<sup>(99)</sup>

そして、次に問題となるのは、周辺領域、トウルテによれば「態様の領域」である。経済性審査と目的適合性審査（＝専門監督）を同一視し、学問にかかわる事柄における専門監督が許されない、という推論によって経済性審査をこの領域から排除することは適切ではない、とトウルテは結論づける。これについて、二つの観点を顧慮する必要がある。第一はコントロール対象の問題である。つまり、「基本法五条三項もさらに別の基本権も、公の資金をコントロールされずに取り扱う権利を含んでいない。領域に関連づけられた境界づけは、学問に関連づけられた観点を十分に他のコントロール対象から切り離すためには、あまりに粗雑すぎる。<sup>(100)</sup>」第二はコントロール基準の問題である。研究にかかわる事柄、たとえば研究計画が問題となつていても、財政コントロールは排除されない。「排除されているのは、学問に適したコントロール基準を形成し、利用することである。しかし、経済性は、疑いなく学問とは縁遠い基準ではない。」<sup>(101)</sup>以上のことから次の二点が明らかになる。基本権も財政コントロールを含む国家によるコントロール対象から排除されない、ということが一点目である。基本権を国家によるコントロールの対象とするならば、何らかの配慮が必要である、と一般に考えられうる。しかし、トウルテの議論は、基本権を特別視した基準を作成し、そういった基準で必ずしも審査しなくてもよい、ということが、二点目である。しかし、「国家によるコントロール、そしてそれによって会計検査院によるコントロールは、学問に適用するように行使されるべきである」とトウルテは明言する。そうであるとすると、どのように基本権が国家のコントロール

の限界となるのかが問題である。これについて、トゥルテは、「これについての手掛かりは、合理性規準を領域ごとに具体化する必要である。この必要は、事項領域の自己法則性を考慮することを可能とする」という。<sup>(10)</sup>

⑤自己コントロール これまで、他者コントロール、特に財政コントロールに注目し、概念論を検討してきた。トゥルテによれば、議会によるコントロールの弱点を補完し、古典的なコントロール形式である監督の負担を軽減するコントロールの形式は、憲法の規定から、議会によるコントロールと監督を代替できない。しかし、それらの形式は、欠落を可視化し、対抗する勢力を動員し、それによってコントロールの実効性を全体として上昇させ、課題に関連づけて変化させる機能を持つ。それら形式が「自立的なコントロール形式」であり、<sup>(11)</sup>その中に専門的な自己コントロールの形式が位置づけられる。学問の領域では、この形式は長い伝統をもつ。なぜなら、ヒエラルヒーに基づく手段によってコントロールされる直接国家行政とは違い、脱ヒエラルヒー化された組織では、専門的な自己コントロールの形式が用いられるためである。<sup>(12)</sup>

⑥他者コントロールと自己コントロールの関係 最後に、トゥルテにおける他者コントロールと自己コントロールの関係を検討する。「コントロールの欠落と超過は、複数のコントロール形式が補充の關係に相互におかれる場合にのみ、回避されうる。」この回避は、機能 (Leistung) の観点での比較可能性を前提とする。この比較は、次の場合にのみ存在する。すなわち、これらのコントロール形式が、決定プロセスにおいて比較可能な機能を果たし、決定プロセスにおけるコントロール対象をそこにおける基準で測り、比較可能な権限を備えており、そして比較可能な手続において実施されうる場合である。<sup>(13)</sup>「自己コントロールは、コントロールされるべき単位に依存したコントロールの一つの形式であるが、それ以外では、……五条三項もコントロールされない国家の資金の取り扱いを保障していない。」<sup>(14)</sup>トゥルテは、ここで問題が基準の分類に移行することを指摘する。それによれば、特

定の決定が学問に適合するか、という観点で自己コントロールと他者コントロールの関係を相互に区分けすることは排除されていない。つまり、学問における自己コントロールの形式は、学問ごとの決定の観点を判断する際、他の国家によるコントロールとは違う、独自のアプローチ点を有する。それゆえ、学問に特殊な基準を適用する場合、他者コントロールは学問の領域における自己コントロールと結合でき、そうしなければならないとされる。<sup>(9)</sup>

(3) 小括 トウルテは、財政コントロールに焦点を当て、国家による制度化が必要な基本権である学問の自由について論じている。この点で、トウルテの議論は個別事例に定位している。しかし、トウルテの議論は、一般化可能である。それは、次の記述から明らかである。第一に、概念を論じるにあたって「あらゆる種類のコントロールのように」と述べている。第二に、その概念に基づくコントロールの限界論において「国家によるコントロール」としたうえで、会計検査院によるコントロールに焦点を絞る叙述である。また限界論において、トウルテは、財政コントロールとは別の国家によるコントロールの限界についての論拠、すなわち議会によるコントロールと基本権が問題とされたノイエ<sup>(10)</sup>ハイマート事件の連邦憲法裁判所決定<sup>(10)</sup>によってその論証を支える。それゆえ、ここでのトウルテの議論は、議会によるコントロールの限界である基本権の議論にも還元される可能性がある。

トウルテの議論の中で重要な四点を指摘して、本節をまとめたい。第一に、コントロールと責任は相関概念であり、責任が民主的正統性と関係がある。コントロールと責任を相関関係におき、責任を民主制と関係づける点は、シヨイナーの議論を踏襲している。それに対して、第二に、トウルテの概念論の原型は「である」であるべき「比較」、つまりクレプスのものである。第三に、コントロール形式には、他者コントロールと自己コントロールがあり、両者は完全には補完できない。また、他者コントロールと自己コントロールは、領域によつては基準を介して結合でき、そうしなければならない。最後に、国家によるコントロールには、限界がある。その限界が基本権で

ある。しかし、基本権はコントロール対象の問題ではなく、コントロール基準の問題として取り扱われる。基本権にかかわる事案では、コントロールによって達成される合理性の規準が基本権に応じて後退することになる。

### 第三節 分析

ここでは、一九九〇年代の議論の傾向を分析する。九〇年代は、「具体論」に即してコントロール論が展開された。すなわち、フォスクーレは「裁判官のコントロール」を、トゥルーテは「大学のコントロール」をそれぞれ論じた。従来の議論において、裁判官と大学は、コントロールをめぐる議論から排除されてきた。裁判官については、政治的な力をもたないこと、そして権力分立原理から生じる限界が理由とされ、大学については、それはたしかに行政機関であるが、学問の自由の享有主体でもある、という基本権に由来する理由が挙げられた。しかし、従来の議論から排除されてきたこれらのテーマが、九〇年代では詳細に議論された。それを理論から支えたのがコントロールを「比較」と理解する見解、フォスクーレの言葉を借りると、「形式的な観点」であった。つまり、八〇年代にそれまでの議論を転回させたクレプスの議論が応用されたのが、まさに九〇年代だったのである。

### 第二章 「概念論」への回帰——二〇〇〇年代

「行政法総論改革プロジェクト」が、二〇〇〇年代のコントロールをめぐる議論を規定している。より詳しく言えば、本章で取り扱う文献はすべて、このプロジェクトの下で醸成されたものである。このプロジェクトの背景は、国内での民間化や規制緩和によって、そして国際化（ヨーロッパ化）によって行政を取り巻く状況が大きく変化し、

これらの現代的な問題に取り組む必要に迫られたことである。

### 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

二〇〇一年に行政法総論改革叢書の第七巻として『行政のコントロール』と題した一冊の論文集が出版された。また二〇〇六年から『行政法の基礎』と題する三冊の原著が、行政法総論改革を体系化する形で出版された。『行政のコントロール』から、まずエバーハルト・シユミット・アスマンを取り上げる。そして、『行政法の基礎』からは、第三巻のヴォルフガング・カールの項目を検討する。この二人を選んだことには理由がある。シユミット・アスマンは、概念論を詳細に検討し、その中で「比較」という概念に重点を置いているのに対して、カールは、「比較」という概念には距離を取るが、これまでの議論を総括しているためである。

(1) エバーハルト・シユミット・アスマン シユミット・アスマンは、行政法総論改革の主唱者の一人であり、第七巻の巻頭論文「行政のコントロール——導人的なスケッチ」<sup>(10)</sup>の著者である。その行論は、概念論からはじまり、行政法における（行政の）コントロールをめぐる現代の問題を論じるといふスタイルであり、その概念論はクレプスの議論に大きく依っている。すなわち、「卓越した業績はヴァルター・クレプスによる論文である。この論文は、コントロールを決定の合理化という理論上のコンセプトと推論し、コントロールを三つの憲法作用すべてに組入れた。その論文のプロセス・アプローチは、公法におけるあらゆる新しいコントロール理論の基礎でありえよう」とクレプスの議論を高く評価する。本稿では、「行政のコントロール」を中心に、主著である『秩序理念としての行政法総論——行政法によるシステム形成の基礎と課題』にも言及しながら、シユミット・アスマンの議論を検討す

る。しかし、ここではコントロールの概念のみを取り扱う。たしかに、コントロールの変数、他者コントロールと自己コントロールの区別の洗練化、権力分立原理を含む憲法原理とコントロールの関係、コントロールの過多と過少は、シュミット・アスマンの議論の成果である。しかし、次に論じるカールも、これらを基本的に踏襲し、敷衍する形で、再論しているため、後に両者を合わせて論じることとする。

①コントロールの概念 シュミット・アスマンはまず概念を定義し、その際クレプスの議論を踏襲する。「コントロールは、それらが過程や結果に——よくある定式化であるが——であるべき——比較を受けさせることよって、過程や結果の基準適合性を確保する。コントロールは、行動の合理性を高めるための特殊なメカニズムである。」<sup>(11)</sup>「最も適切にこの特性が把握されるのは、*contre-rôle*、*Gegenregister* という概念史に定位する場合である。重要であるのは、すでに存在する対象を反対の立場からもう一度見直し、評価することである。」<sup>(12)</sup>

シュミット・アスマンによれば、コントロールは、特性として「距離」を前提とし、その距離には、「新しい考察を可能にし、学習プロセスを作動させ、そして思考のステップを倍にすること、つまり重複することによって、正確性の機会を高める」という三重の意味があるとされる。しかし、この距離が欠けるならば、もはやコントロールではなく、共同決定となる。ただ、このことは自己コントロールを排除しない。というのは、自身の行動にも距離が見いだされるためである。いずれにせよ「コントロール客体は、固有の合理性と自立した決定形成を表すものでなければならず、その決定形成にコントロールは反対の立場を取ることができ」なければならないとされる。<sup>(13)</sup>

シュミット・アスマンによれば、右で定義したコントロールの概念には、客体(対象)、基準、および過程が要素として含まれている。以下では、この三つの要素についてシュミット・アスマンの説明を検討する。

まず、コントロール客体(対象)は、行政のコントロールにおいては決定である。それは、行政には決定機能が

認められてきたためである。しかし、その他に、実際の成果も注目されなければならない。それによって、行政の作為だけでなく、不作為も含めたすべての活動にコントロールは関係する。新制御モデルによって広められた概念では、コントロール客体は「生産品 (Product)」である。しかし、客体概念はより広く把握されるべきである、とシュミット・アスマンは述べる。それゆえ、手続、行動方法、システム、および組織のアレンジメントにも及ぶ。さらに、コントロールする者自身の行動も含まれる。コントロール客体は(相対的に)自立しているものであり、それがその固有の合理性で反対の立場から考察され、評価されるものである、ということが重要であるとされる。<sup>(14)</sup>

第二に、コントロール基準は、コントロールの不可欠な規範の要素である。ただ、シュミット・アスマンによれば、それは必ずしも実定化されているとは限らない。原則として、基準は、コントロールされる者にコントロールされる行動より前に知られており、行動を嚮導する方針として機能するという。<sup>(15)</sup>

最後に、「コントロール過程は、比較、すなわちコントロール客体とコントロール基準の間における関係確定である。コントロール過程は、コントロール客体が創出した後に生じる。なぜなら、後者(「コントロール客体」)は、既に存在していなければならないためである。しかし、コントロール過程は、一度限りの比較に尽きるのではなく、連続する観察と評価でもある。」<sup>(16)</sup>ただ、コントロールがヒエラルヒー化されていることも、コントロール主体の修正権や特別なサンクションと結びつけられていることも、必然的ではない。また、コントロール過程は、さまざまな部分に区分される決定構造の一部である。なぜなら、中間決定をコントロールでき、フィードバックメカニズムによって学習の促進ができ、あるいは確定の後に決定プロセスの別の段階に移すことができるためである。それゆえ、コントロールは、計画、決定、執行それぞれのプロセスのすべての段階に存在する。<sup>(17)</sup>

②まとめ シュミット・アスマンは、クレプスの議論を「プロセス・アプローチ」と呼び、高く評価し、それを

踏襲する。たしかに「距離」という考え方を新たに導入するが、コントロールの概念(比較)とその要素(基準、対象、過程)、目的と機能(合理化)についてクレプスの議論を全面的に受容している。

(2) ヴォルフガング・カール 『行政法の基礎 第三卷』の第四七節において、カールは、「コントロールの概念、機能、およびコンセプト<sup>(118)</sup>」という項目を書き、具体例を挙げながら、コントロールを詳細に検討している。そこで、本稿の中心であるコントロールの概念、目的、および機能に合わせて、本項目におけるカールの議論を検討する。しかし、体系書の項目の一つであるため、簡潔に書かれている箇所も散見される。それらについては、カールの教授資格申請論文『国家監督——成立、変遷、およびゲマインデの監督を特に考慮した新たな規定<sup>(119)</sup>』と国法の体系書に収められた「国境を超える事実関係における法コントロールと専門コントロール<sup>(120)</sup>」における議論で補う。

カールは、クレプスの議論を「プロセス的なコントロール理解の基礎」と評し、「しばしば静態的・局部的にすぎないコントロール理解は、より動態的・プロセス的なコントロール論に譲らなければならない」とする。<sup>(121)</sup>

① 概念論 フォースクレーヤシュミット・アスマンと同様に、カールは概念を確定するにあたって、まず「語源」を手掛かりとする。前記のように、ドイツ語におけるコントロールは、ラテン語や古フランス語に由来する。この語源史からは、「である」であるべき「比較」がコントロールの要素となる。つまり、検査の基準と現実を比較することである。カールは、この要素を「コントロールの核となる要素」であると<sup>(122)</sup>する。比較の終わりには、「であるべき」状態とである「状態」の一致、あるいは相違を回顧的に確定すること<sup>(123)</sup>がある。その際、コントロールの過程は決定と関係がある。国家による決定は、情報に基づくプロセスであり、抽象的な目標を具体的な生活関係に実現するために行われる。それゆえ、国家による決定は、その構造から「コントロールされた選択活動<sup>(124)</sup>」である。カールは、このアプローチを「形式と概念によって境界づける方法<sup>(125)</sup>」と呼び、「論考における大きな流れ<sup>(126)</sup>」、あ

るいは「論文における有力な見解」<sup>(127)</sup>であるとすると、この方法において、サンクションは、概念上コントロールから放逐される。つまり、コントロール客体への介入は、コントロールの波及効果にとどまるといことになる<sup>(128)</sup>。しかし、カールはこの見解を採用しない。なぜなら、「この考察方法は、つまり現実を十分に考慮に入れていない、というすべての概念法学の論証の欠陥に悩む」ためである。換言すると、すでにブルンナーが「不真正なコントロール」を示していたように、介入や修正の要素が内在するコントロールが現行法に存在するためである<sup>(129)</sup>。すなわち、「コントロールに、通常（概念に、必然的ではなく）是正という要素が内在する」<sup>(130)</sup>のである。

それゆえ、カールは広い概念を採用する。この広い概念こそが、フォスクーレにおいて登場した「逸脱分析」である。この概念を明確に定義づけたのは、ヘルムート・シュルツェーフィーリッツであった。それによれば、「……逸脱分析によって、コントロール機構は、制御しながら決定の事項適合性を強化するために、コントロール客体に影響を及ぼす（『control』の意味において）。さらに、コントロールは予防的なコントロールを含めた現実のものである<sup>(131)</sup>。しかし、カールは修正を加えた「逸脱分析」を概念として採用する。すなわち「コントロールは……広い意味において、回顧的な逸脱分析<sup>(132)</sup>と理解されるべきであり、『逸脱分析』によって、コントロール機構は、制御しながら決定の事項適合性を高めるために、コントロール客体に影響し」、逸脱分析は、通常、コントロール対象の一致、特にこの是正と機能上（目的上や事実上）関連づけられている<sup>(133)</sup>。」この引用において、カールのコントロール概念の特徴は明らかである。まず、カールはコントロールを「回顧的な」逸脱分析と理解する。つまり、カールが引用するシュルツェーフィーリッツは「予防的な」コントロールも考慮するが、カールはそれを考慮していない。第二に、カールは逸脱分析をコントロール概念として採用する。しかし、シュルツェーフィーリッツとは異なり、是正の要素をコントロール概念から排除している。第三に、第二の点に関連して、是正の要素は、前記の

通り、「概念に必然的ではなく、「機能上、(目的上や事実上)」コントロールに結びつけられている。

比較という概念では欠落し、逸脱分析では概念に必然的でないが、機能上存在しているコントロールの波及効果が、欠陥の修正、サンクション、是正などによってなされる一致過程である、とカールは述べる。それゆえ、コントロールは、フィードバック・プロセスの作動装置になる。ただ、ここで注意が必要であるのは、サンクションには正負の両側面があるということである。つまり、一般にサンクションと考えられている、刑罰、懲戒、賠償などは負のサンクションである。それに対して、表彰、昇進、報酬などもサンクションである。<sup>134</sup>

このようにコントロールを把握した場合、その機能は、基準、特に法規範への忠実さの保障、情報調達／コミュニケーション、責任の主張、コントロールされる者の学習・援助である。<sup>135</sup>

以上の概念、波及効果、および機能の考察に基づいて、カールは、客體、基準、過程からコントロールを構造化する。まず、コントロール客體は、すべての種類の活動、不作為、特に決定だけでなく、手続、行動方法、システム、組織のアレンジメントである。コントロールは、合理的な活動の三段階(計画、決定、実施)に引き続いて、そしてそれらの段階の中で行われる。コントロール基準は、通常、法であるが、それは実定化されている必要はなく、継続的な実務からも生み出される。また、通常、基準はコントロール客體に事前に知られている。最後に、コントロール過程は、観察、審査、比較(狭義のコントロール)、および一致過程への遡及という個別の過程に分解される。これらの過程は、常にはないが、重複しているとされる。<sup>136</sup>

②まとめ カールは、「比較」をコントロールとする見解を論文における有力な見解と評するが、現実を十分に考慮できないとしてそれを批判し、「逸脱分析」を採用する。カールは、行論も、概念の定義も、シユルツェーフィーリッツに従っているが、シユルツェーフィーリッツが事前のコントロールや予防的なコントロールを考慮し

ていたのに対して、「回顧的な」、つまり「事後の」コントロールを主として考えている。ただ、カールは、「比較」を狭義のコントロールと呼び、「逸脱分析」でもなされていることを認め、さらに比較を「コントロールの核となる要素」と表現する。また、クレプスの議論からは、「合理化」を採用し、そのアプローチを「動態的・プロセス的」と特徴づけ、それを肯定的に評価している。

(85) 一九八〇年代以降、民間化と規制緩和が進み、先進国ではこのイメージは動揺している。当時の西ドイツの議論については、角松生史「『民間化』の法律学——西ドイツ Privatierung 論を素材として」『国家学会雑誌第一〇二巻（一九八九年）第一一・一二号七一九頁以下。

(86) Hans-Heinrich Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung: Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, 1994.

(87) 行政法総論にとつての「参照領域」としての学問法の意義については、エバーハルト・シュミット・アスマン/海老原明夫(訳)「ドイツ行政法の最近の発展(下)」『自治研究第七二巻（一九九六年）第一〇号二五—二六頁。Schmidt-Abmann (Anm. 7), 3. Kap. Rn. 36ff. 邦訳、一三四頁以下。ドイツにおける学問法の概観としては、徳本広孝『学問・試験と行政法学』（弘文堂、二〇一一年）第一章。

(88) Trute (Anm. 86), S. 464.

(89) Trute (Anm. 86), S. 464.

(90) Trute (Anm. 86), S. 465.

(91) Trute (Anm. 86), S. 465. フリットゥルテが「古典的なコントロール形式」と呼ぶものは、「監督 (Aufsicht)」である。学問領域における監督については、Trute (Anm. 86), S. 466-471. 「監督」は本稿の主題ではないが、「学問領域における（監督）」の意義と限界について要約する。トゥルテによれば、「古典的なコントロール手段は国家監督である。自立した行政単位への国家による監督は、決定の規定、またはその前提が監督されている者によって遵守されているかを保障すること、つまり同様に制御と事後コントロールを目標としている。」監督は、法律適合性の確保だけでなく、民主的

- 正統性からも要請される。要するに、監督は、議会によるコントロールと政府の責任を確保する。自治単位への監督は、法監督であり、専門監督ではない。しかし、この限定的な法監督でさえも、学問の精神作用にかかわる核心領域には及ばない。なぜなら、憲法が許容していないためである。ただ、大学や研究機関が、国家の行政を遂行する際には限定的に監督が及ぶ。「限定的」というのは、基本法五条三項の「学問の自由」が考慮されなければならないためである。学問領域における監督に関する邦語文献としては、徳本・前掲註(87)一〇一―一二頁。
- (92) Trute (Ann. 86), S. 474; Vgl. Krebs (Ann. 70), S. 4ff.
- (93) Trute (Ann. 86), S. 474.
- (94) Trute (Ann. 86), S. 475.
- (95) Trute (Ann. 86), S. 476ff.; Vgl. Niklas Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität—Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, 6. Aufl., 1973, S. 106ff. 邦訳として、馬場靖雄・上村隆弘(訳)『目的概念とシステム合理性——社会システムにおける目的の機能について』(勁草書房、一九九〇年)七二頁以下。
- (96) Trute (Ann. 86), S. 478.
- (97) この議論の下敷きになっているのは、連邦議会調査委員会が、税制上の優遇を受けている私企業を調査したノイエ・ハイネー事件である。BVerfGE, 77, 1, 43ff.; Trute (Ann. 86), S. 478.
- (98) Trute (Ann. 86), S. 478.
- (99) Trute (Ann. 86), S. 478. (引用中の□は、筆者。)
- (100) Trute (Ann. 86), S. 479.
- (101) Trute (Ann. 86), S. 479.
- (102) Trute (Ann. 86), S. 479.
- (103) このタイトルの下で、「構成員と利用者によるコントロール」と「生産・資本市場によるコントロール」を論じている。「自己コントロール」ではないため、□には説明を制愛する。Trute (Ann. 86), S. 481ff.
- (104) 学問の領域においては、「評価(Evaluation)」が、たとえばプログラム・コントロール、制度・計画コントロール、および人材の任命、論文の公表の決定と、いうすべてのレヴェルで自己コントロールとしてなされている。特に、Peer

説

論

review” (同分野の研究者による評価) が、典型的な形式として重要である。Trute (Ann. 86), S. 483ff.

(90) Trute (Ann. 86), S. 485.

(91) Trute (Ann. 86), S. 486.

(92) Trute (Ann. 86), S. 487.

(93) BVerfGE, 77, 1ff.

(94) Eberhard Schmidt-Abmann, Verwaltungskontrolle: Einleitende Problemskizze, in: ders./Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001.

(95) Schmidt-Abmann (Ann. 109), S. 16f.

(96) Schmidt-Abmann (Ann. 109), S. 10. (原語は「ハイリッヒ・トンプハ」)

(97) Schmidt-Abmann (Ann. 109), S. 10.

(98) Schmidt-Abmann (Ann. 109), S. 10f.; ders. (Ann. 7), S. 212f. 邦訳「111頁」。

(99) Schmidt-Abmann (Ann. 109), S. 11.

(100) Schmidt-Abmann (Ann. 109), S. 12.

(101) 行政のコントロールは、そのコントロール化をめぐる概念「国家監督 (Staatsaufsicht)」である。すなわち「……国家監督は、国家権力の行使にコントロールの性質を持ったコントロール・メカニズムである」 Schmidt-Abmann (Ann. 109), S. 13.

(102) Schmidt-Abmann (Ann. 109), S. 12.

(103) Wolfgang Kahl, § 47 Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Volkruhe (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl., 2013.

(104) Wolfgang Kahl, Staatsaufsicht—Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, 2000. (以下「国家監督」を指す)

(105) Wolfgang Kahl, § 253 Rechts- und Sachkontrolle in grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XI, 3. Aufl., 2013.

- (121) Kahl (Ann. 118), Rn. 33. und vor allem Fn. 118. 同箇所においてプロセス的なコントロール理解が説明されている。コントロールが「包括的な、逐次に進行する国家の決定・経過プロセスの統合された部分である」との理解である。
- (122) Kahl (Ann. 120), Rn. 15.
- (123) Krebs (Ann. 70), S. 34; Kahl (Ann. 118), Rn. 4.
- (124) Kahl (Ann. 118), Rn. 3f.; ders. (Ann. 119), S. 403f.
- (125) Kahl (Ann. 119), S. 403.
- (126) Kahl (Ann. 119), S. 403.
- (127) Kahl (Ann. 118), Rn. 5.
- (128) Kahl (Ann. 119), S. 404.
- (129) Brunner (Ann. 37), S. 197; Kahl (Ann. 119), S. 405.
- (130) Kahl (Ann. 118), Rn. 5. (引用中の傍点は、筆者。)
- (131) Helmuth Schulze-Fielitz, *Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung*, in: Schmidt-Alsmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Verwaltungskontrolle*, S. 298. シュルツェ・フィーリッツは、「同箇所」で「……コントロールは、あらゆる国家の決定プロセスの一部であり、内容の事項適合性を高めることを目標とする(合理化)」と述べ、概念論では反対するものの、明確にクレプスの影響が窺える。
- (132) Kahl (Ann. 120), Rn. 17では、「予期的な——通常は——回顧的な基準に関連づけられた逸脱分析」とし、「予期的」を「追加する」。
- (133) Kahl (Ann. 118), Rn. 6. (引用中の傍点は、筆者。) Kahl (Ann. 120), Rn. 16f.
- (134) Kahl (Ann. 118), Rn. 7; ders. (Ann. 120), Rn. 24.
- (135) Kahl (Ann. 118), Rn. 8; ders. (Ann. 120), Rn. 23.
- (136) Kahl (Ann. 118), Rn. 9.