The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	公法学におけるコントロール概念の展開（三・完）：ドイツにおける一九九〇年代以降の議論
Author(s)	柴田, 尭史
Citation	阪大法学. 2015, 65(1), p. 179-200
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/75412
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（三・完）

――ドイツにおける一九九〇年代以降の議論――

柴田　尭史

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＝フォスクーレ（以上、第六四巻五号）
第二節　「大学のコントロール」――ハンス-ハインリヒ＝トゥルーテ
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＝シュミット-アスマン
（2）ヴォルフガング＝カール（以上、第六四巻六号）
（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
（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＝ポッシャー

（3）小括
第三節　分析
おわりに（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　先の検討から明らかなように、たしかにシュミット-アスマンとカールは違う概念（比較と逸脱分析）を採用している。しかし、「行政のコントロール」というテーマについては、シュミット-アスマンが展開した議論をカールは基本的に踏襲し、敷衍している。内容面でそれぞれ独自のものもあるが、大きく重複しているため、ここでまとめて論じる。

①行政のコントロールの多様性――コントロール変数論　ペーター＝アイヒホルンとペーター＝フィリードリヒによる『行政経済学』には、コントロールの説明があり、その中で二六のコントロールの類型について論じている。[137] それらの類型をシュミット-アスマンは、次の一二のコントロール変数に整理し、カールもこの変数を採用する。すなわち、①対象、②アプローチ、③基準、④段階との関係、⑤関係する期間、⑥アクター、⑦イニシアティヴ、⑧コントロール手段、⑨範囲と正確性、⑩コントロール組織、⑪サンクション、⑫システム関係である。このコントロールの変数は、多様なコントロールを描写することに役立つとされる。[138]

②自己コントロールと他者コントロール　「距離」と「客体（対象）」の検討において、すでに「自己コントロール」は登場している。しかし、自己コントロールと他者コントロールの区別は困難である。シュミット-アスマンは、「概念を権力分立原理という境界づけにしたがって広く把握し、コントロール機関がそれ自体執行の一部である過程すべてを取り入れること」によって区別する。[139] 自己コントロールとしては、職務監督と官庁監督、社団監督、およびたとえばゲマインデの機関相互のコントロールが、他者コントロールとしては、典型的には、裁判所と議会

によるコントロールが、それぞれ挙げられる。ただ、会計検査は区別が難しい。連邦会計検査院は、基本法で規定されており、執行と行政から独立し、それらをコントロールしている。このときは他者コントロールである。しかし、ゲマインデにおけるように、会計検査局が行政庁に属する場合は、自己コントロールである。[140]

③行政のコントロールの憲法上の基盤　シュミット－アスマンは、憲法上の基盤として権力分立原理のみを挙げるが、カールは、さらに法治国家原理と民主制原理も挙げる。ここではカールの議論に沿って、検討する。

ⅰ）民主制原理　民主制についてまず責任が説明される。「コントロールは、憲法理論上、責任との相関概念である。責任の概念は、対峙し、相互に関係のある二つの機構、つまり責任を負う機構とこの説明責任を主張する機構を前提とする。」他者のために（他者の責任で）行動するときに、コントロールは重要である。この長－職員－関係では、委任された権限や力の濫用の防止がコントロールの主眼となる。職員は、長に責任を負っており、説明をしなければならず、場合によっては釈明を求められ、サンクションを科される。この責任連関は、政府とその他の職務保持者（職員）と国民（長）の関係にも妥当する。それゆえ、この関係は、憲法ドグマーティクの用語、すなわち基本法二〇条一項と二項で規定されている民主制原理の解釈として展開した民主的正統性に転換される。基本法は途切れることなく国民に遡及可能な民主的正統性を要請している。ここでは、責任の保持者の人と事項－内容の正統性が不可欠であり、それらの保持者はコントロール客体となる。コントロールにとっては、事項－内容の（実質的）正統性が第一に重要である。これは、行政では、法律への拘束、大臣責任（基本法六五条二文）、職務保持者が指図に拘束されるヒエラルヒー原理、および指図と法監督を内容とする監督によって伝えられる。ただ、憲法が正当化する場合にかぎり、指図や大臣から自由な領域、すなわち地方自治や機能自治は許される。[141]

ⅱ）法治国家原理　次に法治国家が説明される。「国家の組織構造体における協働によるコントロールは、決定

の法治国家的合理性（事項正確性）を目標としている。」このコントロールは、法治国家に基づく決定プロセスの要請された構成要素である。コントロールに事項正確性を保障する機能があるとき、公権力の公益への拘束と後述の機能的権力分立が重要である。事項正確性は、第一に法適合性を内容とするが、その他に、時間適切性、実効性、受容可能性、柔軟性、イノヴェーションへの開放性、および実行の有用性の共演によっても創出される。[142]

iii）権力分立原理　前述のように、自己コントロールと他者コントロールの区別において役割を果たす権力分立原理について、ここで検討する。[143] シュミット-アスマンも、カールも、権力分立を他者コントロールの基礎とし、さらに権力内部、特に行政内部の権力分立を承認する。ただ、共通了解にもかかわらず、両者の重点は少し違う。

まず、シュミット-アスマンの権力分立論について検討する。「行政のコントロールは、法治国家と民主制に基づく運営（Verwalten）の要素の一つである。それは、二つの憲法構造の決定が交差する場合に、その規範上の基礎を見出す。すなわち権力分立原理である。」この権力分立原理は広い意味において理解される。「まず、権力分立原理は、その古典的な構成にしたがって、立法府、執行府、および司法府という三つの作用の担い手の間で分立と協働を組織する憲法の原理である。」この意味において、この原理は、「他者コントロールの基礎」である。[144] 権力分立原理における「分立と分類」という思考は、行政の内部でも有効である。というのは、行政単位は、歴史的な形成物であるだけでなく、「法システムでは特定の形式類型に従って区別され、相互に限定され、また相互に分類される」ためである。「……、権力分立は機能にしたがって力を分配する構造原理であり、その原理にとっては分離と抑制のみならず、作用の担い手への行動権限の分類と効率化が重要である。」この構造原理は連邦憲法裁判所の理解を目標とする。すなわち、「国家による決定は、できる限り正しく、すなわち、それについて組織、構成、機能、および手続方法にしたがって最も良い前提を利用する機関によって、下される」[145]という理解である。このよう

な思考にとって、法治国家-民主的な合理性が重要である。[146] 若干説明を加えるならば、シュミット-アスマンは、二段階で権力分立を構成している。一方は、「古典的な構成」と呼ばれる「三つの作用の担い手の間での分立と協働を組織する原理」である。他方は、「作用の担い手への行動権限の分類と効率化」を重視する「機能的権力分立」と言われるものである。「この構造原理においてコントロールは礎石である。コントロールは、コントロールされる者の自立性を認め、同時にコントロールされる者を規範による公共体の方向づけに結びつけることを保障する。[147]」以上のように、シュミット-アスマンは、権力分立とコントロールの関係を論じる。

ただ、シュミット-アスマンは権力分立の機能的考察の問題点を指摘する反面、行政のコントロールにとってのその意義も論じる。「権力分立原理の解釈に関する機能アプローチは、次のことを確かにしばしば単純にしない。すなわち、具体的な分類決定について、その決定が憲法においてまさしくそのようになされることが許されることを述べることである。あらゆる機能についての論拠は、方法論上、説得性の考慮、経験則、および複雑な評価によって作動しなければならない。その上、これらの結果は、枠条件のあらゆる変遷によって変遷する。それにもかかわらず、権力分立という思考は、新しいコントロール形式と変化したコントロール・アレンジメントを法によって評価するための最も重要な関係点である。[148]」

このようなシュミット-アスマンの見解に対して、結論は共通であるが、カールは他者コントロールの基礎である権力分立の理由づけが少し違う。「コントロールは、理念型から考察すれば、水平な、より詳しくいえば作用間の権力分立原則の特色と結果である……。」この意味での権力分立は、基本法一条三項、二〇条二項と三項において規定されている。この権力分立は、国家権力を柔軟に区分し、個別の権力を力のグループに分配することである。その目標は、国家権力を抑制・適正化し、個人の自由を保障するために力の濫用を防止することである。コント

ロールは、「分離にも、綜合（Synthese）にも基づく複雑な権力のバランス・システムにおけるすべての適正化・馴化の形式についての上位概念であり」、「力-反対の力-状況」を生み出す。「この意味において、コントロールは、作用-制度面で外にある、少なくとも一方の権力と距離のある、広い意味における反対の権力による一方の権力の監視と把握されうる（外部の権力分立）。」それゆえ、権力分立は他者コントロールの基礎である。[149]

これに対して、法治国家の説明の最後に登場した機能的権力分立がここで問題となる。つまり、国家の高権を機関に適合し、機能に適切に分類することである。それは、できるだけよく公益を実現する、という目標による機能のアレンジメントと相互の協働という基本原理の意味においてである。この意味における権力分立の主要な動機は、事項正確性、合理性、実効性である。この「機能に適切な力の配分の原理」は行政内部のコントロール（内部の権力分立）に有効である。[150]『国家監督』では、内部の権力分立は「垂直な権力分立」とも呼ばれている。[151]

コントロールの憲法上の基盤としての権力分立をめぐるカールの議論で注目すべきは、その用語法である。カールは、「古典的な権力分立」を「水平な」、「機関間の」、あるいは「外部の」と修飾するのに対して、「機能的権力分立」を「垂直な」、「機関内の」、あるいは「内部の」という形容詞によって表現する。特に、「水平な-垂直な」、「機関間の-機関内の」という対になっている修飾句は、レーヴェンシュタインのコントロールの類型を想起させる。たしかに「機関間-機関内」という対概念は重なる部分も多い。しかし、「水平な-垂直な」で表現されているものは、レーヴェンシュタインのそれではない。レーヴェンシュタインは、「機関内-機関間」の両方のコントロールを「水平な」で、連邦制、基本権、メディア、多元主義を「垂直な」でそれぞれ表現した。[152]それに対して、カールは、「水平な」で「古典的な権力分立」を、「垂直な」で「機関内の権力分立」を表現したのである。

④実効性――コントロール水準論　この議論についても、シュミット-アスマンとカールの出発点、論証、およ

び結論は一致している。出発点は、コントロールには統一的なコンセプトは存在しない、ということである。[153] しかし、両者は動機のレヴェルで異なる。シュミット-アスマンは、権力分立で登場した「作用の自立性」に関連させて、コントロールの実効性を論じる。それによれば、（行政の）自立性を保障するためには、コントロールがされすぎても、されなさすぎても問題である。つまり、「……コントロールは、それらがその機能を遂行するとされるならば、ある特定の強度と持続性に到達するはずである」とされる。[154] それに対して、カールのコントロール水準論の眼目は、「それぞれのコントロールの協働を中心に据えるコントロール関連」である。この考え方は、一方でコントロールの欠落を可視化し、他方でそれぞれのコントロール形式の相補性と補正の適性を明らかにする。[155]

水準論についての論証は複層的である。まず、「実効性」が論じられる。この「実効性」という基準自体は、本来法のものではなく、基本法一九条四項における「権利保護の実効性」の概念から議論が発展してきた。権利論における「実効性」は「関連のある目標の有効性の条件が正確に分析され、権利保護という課題の遂行からその有効性を奪うウィークポイントとネックがどこに生じるのか、という点から調査されることによって、この課題を処理する」[156]ことを示す。コントロールの領域では、権利保護についてのシステム決定とは違い、明確に優先順位の高い目標に合わせることが欠けているため、一体の目標を決めることができない。それゆえ、ここで、「正統性の水準」の概念が重要な役割を果たす。なぜなら、この概念が、「実効性の要請の下で複雑な規律構造においてもドグマを形成できる」ことを示すためである。連邦憲法裁判所は、基本法二〇条二項の民主制原理の解釈にあたって「正統性の水準」という概念を用いる。[157] 正統性には、事項-内容の正統性、人-組織の正統性、および作用の正統性の三類型がある。「正統性の水準」の概念は、一つの正統性の弱点を他の正統性で調整できるならば、それら三つの正統性を総括可能な関係におき、それについて言明できるようにする。つまり、ある特定のメカニズムについ

ての実践的な認識と説得性の考察を次第に法の要請に変換する転換概念が重要である。このような考え方は、正統性だけでなく、行政のコントロールにも妥当する。[158]

（4）小括　二〇〇〇年代の行政法総論改革におけるコントロール論は、概念論への回帰であった。採用する概念が異なるとはいえ、シュミット-アスマンも、カールも、まず概念を論じ、その後に現実に起きている具体的な問題を取り扱う。本稿の関心にしたがって、二〇〇〇年代の行政法総論改革における概念論についてまとめるならば、賛否はあれ、「比較」という概念が一般化したといえる。それは、サンクションを（事実上、機能上）含む広い概念である「逸脱分析」を採るカールも、「であるべき-である-比較」をコントロールの「核となる要素」と論じていることからも明らかである。それに伴い、国家の決定プロセスにおける機能としてコントロールを把握しようとする「プロセス・アプローチ」も、コントロールを決定プロセスの「合理化」と理解する見解も、確固としたものになっており、概念論での相違にもかかわらず、広く受け入れられている。

第二節　「権力分立」論とコントロール

二〇〇〇年代において、「権力分立」の議論の中でコントロールは論じられた。コントロールを積極的に論じた行政法総論改革に対して、「権力分立」論において、批判的、または慎重にコントロールが取り扱われている。クリストフ＝メラースは、コントロールに対して極めて批判的である。それに対して、ラルフ＝ポッシャーは、従来の議論を踏まえながらも、慎重にコントロールを取り扱う。

（1）「権力分立」とコントロール――クリストフ＝メラース　①権力の分割 vs. コントロール？　メラース

は、教授資格申請論文『権力の構成――国内的、および国際的な比較法における正統性とドグマーティク』[159]、およびその要約版『三つの権力――立憲国家、ヨーロッパ統合、および国際化における権力の構成の正統性』[160]（その英訳として『三つの部門――権力分立の比較モデル』[161]）において、「権力分立」論に新しい風を吹かせた。つまり、メラースは民主制、正確には自己決定論と「権力の構成（Gewaltengliederung）」を結びつける。その予備考察として、メラースは、法治国家原理から導出されてきた従来の権力分立（Gewaltenteilung）を再検討し、その矛盾を批判する。その中でコントロールに言及している。メラースの整理によれば、従来の権力分立論は、「機関の分離の要請」、「機関に関係のない権力の簒奪の禁止」[162]、そして「相互のコントロールとバランスの要請」を内容としてきた。権力分立論におけるコントロールは、「機関の分離の要請」との関係において問題が生じる。機関の分離の要請は、「国家が果たすべきさまざまな課題を組織上たがいに分離する」ことを求め、厳格に理解されると機関間の接触を排除する[163]。分離の要請は、理論上相互に関係のある機関の完全な自律に尽きる。それに対して、コントロールとは、「機関間の制度化された影響力の行使」であり、その観念は理論上「権力の区別の止揚」に尽きる。つまり、権力分立における「分離の要請」と「コントロールの要請」は、相反する関係にある[164]。

メラースによれば、バランスのとれたコントロール・レジュームと権力分立を理解すると、機関間の相互交流が保護される。この相互交流は、理想的な組織上の機関の分離を背景としても、必要悪ではなく、むしろ権力分立のありうる手段である力の馴化の考え方を制度上実現するものである[165]。しかし、コントロールの概念には、概念の不明確さという弱点がある。「コントロールの概念は、不明確なままにされるか、遡及的な関連に限定したとすると、〔三つの〕権力の全体を把握できないかである」とされる[166]。ここでメラースが「遡及的な関連に限定する」見解としているのは、クレプスとその議論を踏襲しているシュミット-アスマンである。この「遡及的な関連」が意味す

るのは、「〝である-価値〟が存在すること」である。つまり、コントロールが事後の過程である、ということである。[167] たしかに、すでに存在するそれぞれの決定をコントロールすることにクレプスらの議論は集中している。それゆえ「三つの権力の全体」が把握できない、とメラースは批判する。ただ、メラースは、クレプスは「三つの作用すべての部分領域だとしても」把握しようとしたと条件付きで評価している。[168]

②まとめ　コントロールは、メラースの議論において本質ではなく、批判すべき従来の議論である。しかし、メラースの議論の次の二点は、注目に値する。第一は、「機関間の制度化された影響力の行使」というメラースの極めて古典的な理解である。第二に、メラースが、クレプスとシュミット-アスマンのようにコントロールを「遡及的な関連に限定して」理解すると、三つの権力の全体を把握できないと批判していることである。ここから、従来のコントロールが権力の全体の把握をその主眼としてきたことが窺える。それゆえ、メラースの議論からすると、従来の権力分立論とクレプスらの議論は、「コントロール」において主眼としていることの力点が異なる。

（2）ラルフ＝ポッシャー　方法、基準、課題、および組織を内容とする『行政法の基礎　第一巻』の中で、ポッシャーは、「第八節　基本法の作用秩序」[169]を担当している。タイトルからも明らかなように、本項目は権力分立を取り扱ったものである。それゆえ、ポッシャーは、従来の「作用秩序」をめぐる議論を総括する中で、これまでの行政法総論改革の議論を反映しつつ、コントロールを論じている。なお、ポッシャー論文の結論について付言すれば、「B. 基本法の三つの主要作用」[170]における各作用に分配された権限の説明に重点がある。

①コントロール　ポッシャーによれば、高権の行使をコントロールすることが、権力分立原理にとって構成的な内容であるとされる。このコントロールはどのようなものであろうか。まず、コントロールは合理性と関係がある。「コントロールは、基準を前提とし、公権力が基準に定位することに貢献することによって、公権力による恣意的

な運営に対してそれ自体すでに合理性の水準を実現する。それを越えて、コントロールは、コントロール基準に蓄積された合理性を発揮させることに貢献する。その限りで、コントロールの合理性は、権力分立原則において構想されているさまざまなコントロール基準と相関関係がある」とされる。[171]

ポッシャーは、基準とともに、コントロール変数としてアクターとサンクションの三つを挙げる。具体的には、議会というアクターは、法適合性、目的適合性、経済性という基準で行政をコントロールする。議会が行う行政へのサンクションの典型例は、政府の瓦解である。裁判所は、立法者によって予め定められた法適合性に基づいて行政を、さらには憲法という基準に基づいて立法者を、それぞれコントロールする。それに対して、裁判所は、立法者による政治的コントロールを受ける。この三つの変数の組合せから明らかになるのは、コントロール・ピラミッド、つまり一つの最高機関があり、そのコントロールにその他の機関が服する、という図式ではない。むしろ、コントロールの関係、換言するとサイクルである。法的なコントロール・レジームだけでなく、行政内部のコントロール・メカニズムも、このサイクルの中にあるのである。[172]

そこで、アクターと過程の境界を引くものとして「距離」の要請がコントロールの概念に内在している。権力分立の中のコントロールにおいて、アクターは組織と人によって区別される。それは、それぞれの組織単位の区別だけでなく、人の兼職禁止によっても実現されている。コントロール対象との距離は、活動の基準とコントロールの基準の区別によって達成される。たとえば、立法者と行政は法の基準にだけしたがって活動する必要はないが、裁判所は法の基準にのみ従わなければならない。[173]

さらに、アクターについてポッシャーは敷衍する。コントロールする機関は、コントロールされる機関による決定を単に繰り返すのではなく、コントロールされる機関の権限から区別される構造化された決定権限を行使する。

つまり、拘束力をもつ形で公権力を投入するためには、いくつかの決定の担い手が協働しなければならない。ここから、権力分立に内在するコントロールの力と濫用を適正化する性格が明らかになる。決定基準が互いに異なるとき、決定構造の差異も明らかになる。しかし、決定基準を越えて、コントロールには差異が内在する。その差異は、コントロールされる者によって創出されるコントロール対象から生じる。というのは、コントロールする者はつねにコントロール対象を必要とし、コントロール基準はコントロール対象の個別性すべてを決しえないためである。(174)

②まとめ　ポッシャーは、コントロール概念を直接に語っていないため、前記の議論をもとに概念を構成することとする。コントロールは、アクター、基準、および対象によって構成されている。それゆえ、アクターによる基準と対象の比較が、コントロールの概念として前提とされている。特にアクターを区別するために、距離がコントロールに概念上内在している。コントロールは合理性に関連があり、コントロール基準に合理性が蓄積されていることもある。しかし、コントロールの変数にサンクションを加えていることから、カールの言葉を借りれば、「比較」を越える「広い概念」、つまり「逸脱分析」が概念として採用されている可能性も残されている。コントロールの機能としては、合理性と力の適正化が考えられている。

(3) 小括　メラースは、事後のコントロールを強調する「遡及的な」理解を批判するのに対して、ポッシャーは、概念そのものについて言及していないが、「比較」とコントロールを理解する見解における議論を踏まえる。二〇〇〇年代の「権力分立」論においてもコントロールの議論の出発点は、賛否はあるが、「比較」であった。

第三節　分析

二〇〇〇年代の議論において特徴的であるのは、コントロール論が行政法総論改革において活況を呈しているのに対して、「権力分立」論においてそれほど活発ではないことである。このような議論状況の最大の原因は、やはり国内の民営化や規制緩和、国際化による行政構造の変化であろう。たしかにこの現象を取り扱うことは、憲法学にとっても喫緊の課題である。しかし、この挑戦を最前線で受け止めなければならないのは、まさに行政を分析対象とする行政法学である。ヒエラルヒーを持つ一体の行政という従来の観念からすると、特に裁判所によるコントロールを念頭に置くことができた。しかし、特に脱ヒエラルヒー化によって裁判所によるコントロールという枠組みで捉えきれない行政が登場することになる。それをどのようにカヴァーするのか。この問題に正面から取り組むためには、概念論から検討し直す必要がある。それに挑戦したのが、シュミット-アスマンとカールであった。ただ、二〇〇〇年代の議論全体を通してみると、コントロールの概念の中心を「比較」とする見解は受け入れられているが、やはりサンクションや影響力の行使をコントロールの概念に含める、という見解もなお有力である。

おわりに

本稿では、一九九〇年代から最近までのドイツの議論をまとめた。まず九〇年代と二〇〇〇年代の議論の傾向を分析する。その後、「はじめに」で示した二つの課題、クレプスの議論の受容と改鋳の問題、そして従来の通説の継承と克服の問題を論じる。最後に、今後の課題を述べる。

（1）一九九〇年代と二〇〇〇年代の議論の傾向　公法学の内部において、九〇年代を境に、コントロールをめぐる議論の活発さはたすき掛けになっている。つまり、八〇年代以前は、コントロールをめぐる議論は、憲法学では権力分立にかかわる問題として活発であったが、行政法学ではあまり活発ではなかった[175]。それに対して、二〇〇〇年代以降は、憲法学では顕著に低調になり、行政法学では活発化した。このことについては、前稿の図式、「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」[176]によって説明可能である。

八〇年代以前は、全体主義国家や共産主義国家において権力が濫用され、国民の権利が侵害されていた。この恐怖は、分断されたもう一つのドイツ、東ドイツに接する西ドイツには付きまとっていた。それを防ぐためには、権力は「コントロール」されなければならない。それゆえ、どのような権力コントロールのメカニズムを構築するのか、が問題となる。これが憲法学において表現されると、権力分立の問題となった。メラースの言葉を借りると「権力の全体」を見る必要があった。従来の行政法学では、裁判所と行政の関係が重要であった。しかし、この関係では、市民の権利保護が行政訴訟の第一義であり、裁判所による行政のコントロールは二次的な問題であった[177]。

それに対して、九〇年代以降は、公法学を取り巻く環境が大きく変化した。憲法学に影響を与えたのは、特にベルリンの壁の崩壊とソヴィエト連邦の消滅であった。実際の人権や政治の状況は別にして、ヨーロッパから権威主義国家がなくなった。そうすると、「国家論としてのコントロール」の意義は低下する。このような低下は、クレプスが論文を書いた八〇年代前半よりもさらに進んでいる。時を同じくして、行政法学は、対象である行政の構造が大きく変化した。それは、八〇年代からの民間化、規制緩和が原因である。そのために、従来の官僚制モデルも、それに基づいて展開されたコントロール・モデルも通用しにくくなった。その結果として、権利保護に付随する二次的なものであるとしても、裁判所による行政のコントロールを中心としてきた行政法学のコントロール・モデル

だけでは不十分になる。[178] しかし、行政は「日々決定している」。それらの決定をコントロールする必要はつねにある。そうであるとすると、この行政の構造変化に学問として取組み、それに伴い多様化するコントロールを再定位する必要がある。したがって、コントロールというトポスがにわかに注目を集め、議論が活発になる。そこで、この再発見されたトポスでは、概念論が問い直され、概念の再構成から始められた。その際に、ブルンナーが提示し、クレプスが洗練化させた「比較」が既に存在した。しかし、この概念では現実を考慮しきれないと考えられ、「逸脱分析」というより広い概念もリヴァイヴァルされた。前述のように、この概念を採用するカールも、「比較」が「逸脱分析」に含まれることを明示している。そうであるとすると、九〇年代以降の公法学におけるコントロールの出発点は、コントロールを「比較」と理解することである。メラースによれば、この概念では「権力の全体」を見ることはできない。しかし、行政法学は、三つの権力をつねに見渡す必要はない。行政法学は、行政を中心に考察を進めることが課題であり、そうしなければならない。ここから、九〇年代以降におけるクレプスの議論の取扱いに、結果として、憲法学と行政法学で差が出たことについて説明がつく。

（2）クレプスの議論に対する最近の評価　前稿では、クレプスの議論までしか取り扱わなかったことによって客観的に評価できなかったため、その議論の評価を行わなかった。クレプスの論文の公表から三〇年が経過した現在、評価も定まってきている。「概念」、「形式的な見方」、「プロセス－動態化」、「合理性」「ドグマーティク／権力分立」という五つの評価の観点を挙げることができる。

クレプスの議論において「コントロール概念」は「比較」である。これには、コントロールが活発に議論されている行政法学においても賛否が分かれるところである。公法全体として見るならば、概念についての態度が明確ではないフォスクーレとポッシャーを除けば、一方で逸脱分析を採用するカール、「比較」という概念の視野につい

て語るメラースは、「比較」という概念に批判的である。他方でトゥルーテとシュミット-アスマンは好意的であり、多くの部分でこの概念を踏襲している。しかし、繰り返し述べているように、「逸脱分析」を採用したとしても、その要素の中には「比較」が含まれている。それゆえ、まさにカールが指摘しているように、逸脱分析に含まれる「是正」の要素はコントロールの概念に必然的ではないのである。

フォスクーレが指摘するように、「形式的な見方」によって、コントロールが憲法においてどのように実現されているのか、を考慮してコントロールの現象を研究できるようになり、コントロールの研究結果の正確さが上昇した。この「形式的な見方」の代表がクレプスであった。また、この見方によって、従来なかった変数論などをコントロール理論に導入できた。次の「プロセス-動態化」に関連するが、従来の見方は、コントロールされる者の決定への協働とその阻止に注目してきたため、アクター以外の変数、つまり基準や時間をあまり必要としていなかったのである。それゆえ、この形式的な見方によって、より多角的にコントロールを分析できるようになった。

「プロセス-動態化」は、次の「合理性」とともに、クレプスの議論の中で最も重要である。批判的なメラース以外の本稿で検討した研究者は、クレプスから影響を受けている。つまり、コントロールが、決定プロセスの機能であり、決定プロセスにおいてのみ役立つということである。従来の議論は決定の結果に注目したが、決定がなされるプロセスに視線が転換された。クレプス論文のアプローチを、シュミット-アスマンは「プロセス-アプローチ」と呼び、概念を批判するカールも「プロセス的なコントロール理解の基礎」と呼んでいるのが、証左である。

「合理性／合理化」は、今日のコントロール理論において、コントロールの不可欠の目的であり、機能である。前述のように、決定プロセスにおいて生み出される結果としての決定は、国家の決定である以上、不合理であってはならない。法だけでなく、他の基準でも合理的でなければならない。このことをコントロール理論に持ち込み、

根付かせたのが、まさにクレプスであった。この功績は、コントロール論における一大転換点であった。

ドイツ国法学は、基本権の領域であれ、国家組織法の領域であれ、法ドグマーティクを志向してきた。それは、コントロールをめぐっても妥当する。クレプスの議論が、コントロールにおいても法ドグマーティクを志向している点で、一九九〇年代以降の議論に影響を与えている。クレプス以前の議論はコントロールを重視するが、権力分立を批判した。典型的にはレーヴェンシュタインとブルンナーは、「国家機能の三区分」という実定憲法を越えた構想を打ち立てた。しかし、それでは実定憲法に基づくドグマーティクは成立しない。クレプスがドグマーティクという課題を議論の蓄積のある「権力分立」、あるいは「作用秩序」[179]というフィルターを通すことで解決したことは、ドイツにおいて非常に大きな意義を持っていた。たとえばフォスクーレは、クレプスの議論は「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」と評価している。また、現在でも、シュミット-アスマン、ポッシャー、そしてカールにおいて、コントロールの憲法における基礎として権力分立が論じられるのである。

（3）今日における従来の通説

前稿では、レーヴェンシュタイン、ショイナー、マインを従来の通説としてまとめた。九〇年代以降の文献における取扱いは、三者三様である。マインは、今日でもよく脚注で引用されるが、参考文献の域を出ない。マインが、基本法の下で、他の憲法原理に対する民主制原理の優位を説いたためであろう。[180] レーヴェンシュタインの議論は、コントロール論ではもはや支持者はいない。たしかに、カールはレーヴェンシュタインに用語法の基礎を求めていたが、内容は全く違うものである。すなわち、カールの用語法における「水平な権力分立」については、レーヴェンシュタインの議論ではなく、連邦憲法裁判所の判例が参照される。[181] クレプスとは反対にレーヴェンシュタインが今日において支持されていない理由は、ドイツ国法学が法ドグマーティクを求めているためである。レーヴェンシュタインの著作の原書はアメリカで比較政治学として取り扱われたものであるた

め、ドイツにおいて求められている法ドグマーティクには対応しておらず、よくいって比較憲法であった。[182]

それに対して、ショイナーは、ドイツ国法学の枠内でコントロールを論じ、基本法に即してドグマーティクを構築した。今日では、ショイナーが展開した「協働によるコントロール」はドイツではそれほど語られない。しかし、その議論は、コントロールと責任の関係において、そしてそれらと民主制の関連において命脈を保っている。

ただ、「権力の抑制」や「影響力の行使」をコントロールとする従来の概念と語法（英語のcontrol）は、「比較」の概念によって、完全に駆逐されたわけではない。しかし、カールとメラースのように、従来の議論は、そのまま踏襲されているのではなく、「比較」という要素を認識した上で採り入れられているのである。

（4）今後の課題　日本の公法学において、「コントロール」は、頻繁に用いられてきたが、概念、目的、および機能の明確化はなされてこなかった。前稿と本稿は、その「コントロール」の概念についての戦後ドイツの学説の形成と展開を検討した。この概念論は、コントロールの具体的な「現象」を検討する基盤となる。次の課題は、これまでの研究を基礎として具体例に取り組むことである。これは、「はじめに」でも言及したように、前稿で指摘したもう一つの課題であった。このような具体論の検討を通じて、概念論はその文脈と意義を獲得できるためである。しかしそれと同時に、概念は、定期的に検討されねばならない。というのは、八〇年代から九〇年代の間で起きたように、公法学が直面する問題にしたがって概念の転回もありうるためである。

（137）Peter Eichhorn/Peter Friedrich, Verwaltungsökonomie I, 1976, S.252ff.

（138）Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 14f.; ders. (Anm. 7), S. 229f. 邦訳、二三〇－二三一頁。ただし、この変数論が論じられる際のタイトルは、論文では「コントロールというテーマの行政学における取扱い」であったが、著書では「行政法におけるコントロール論」に変更されている。Kahl (Anm. 118), Rn. 35.

(139) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 18.

(140) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 18ff.; Kahl (Anm. 118), Rn. 37ff.

(141) Kahl (Anm. 118), Rn. 63ff.; ders. (Anm. 120), Rn. 32ff. ただ、後者は、「責任」の概念を単独で論じ、その後民主的正統性を論じている。

(142) Kahl (Anm. 118), Rn. 68ff.

(143) シュミット－アスマンの権力分立論については、Schmidt-Aßmann (Anm. 7), S. 179ff. 邦訳、一八二－一八五頁も参照。

(144) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 36.

(145) BVerfGE 68, 1, 86; 98, 218, 251f. 後者の判例評釈として、村西良太「ドイツ語正書方改革の基本法適合性が争われた事例」法政研究（九州大学）第七一巻（二〇〇四年）第二号二四九頁以下、特に二五二頁。シュミット－アスマンによれば、引用箇所は、連邦憲法裁判所が「古典的な権力分立」について行った確認である。Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 38.

(146) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 37f.

(147) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 38. シュミット－アスマンは「行政は自立し、自己で責任を負う国家作用であ」り、「執行の自立性に行政のコントロールというその自律性と合ったシステムは一致しなければならない」とする。Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 35f.「行政の自立性」については、Schmidt-Aßmann (Anm. 7), S. 198-205. 邦訳、二〇〇－二〇六頁。

(148) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 38. 権力分立の機能アプローチについては、斎藤誠「公法における機能的考察の意義と限界――『機関適性』に関する断章」稲葉馨・亘理格（編）『藤田宙靖博士東北大学退職記念　行政法の思考様式』（青林書院、二〇〇八年）三七頁以下、村西・前掲註（37）第四章。

(149) Kahl (Anm. 118), Rn. 71f.; ders. (Anm. 119), S. 409f.; ders. (Anm. 120), Rn. 37f.

(150) Kahl (Anm. 118), Rn. 72; ders. (Anm. 119), S. 410ff.; ders. (Anm. 120), Rn. 39.

(151) カールは『国家監督』において、「コントロール」と「国家監督」が概念上区別できるのか、という問題を取り扱っている。できないと考える同義性理論（Synonymitätstheorie）は、上述の「形式と概念によって境界づける方法」を採用し、コントロールを「比較」と理解する。この見解は、本文で述べたコントロール概念と対応して、カールによって退けられている。それに対して、できると考えるのが相違性理論（Differnztheorie）である。カールはこの説に立つ。その際の区別の

アプローチが「作用‐制度理論」、つまり「権力分立」である。『国家監督』における「外部の権力分立」と「内部の権力分立」の説明は、『行政法の基礎』の項目のものと同様である。しかし、次のように「コントロール」と「国家監督」を区別している。「コントロールは、より広い意味において、ある権力が作用‐制度上その権力の外に位置づけられた反対の権力によって監視されること（観察、審査、および場合によって修正）と定義されうる。」（Kahl [Anm. 119], S. 409.〔強調は、カール〕）それに対して、「国家監督は、垂直な権力分立の原理、またはある国家権力の中における『従属』の特徴である。」（Kahl [Anm. 119], S. 410.〔強調は、カール。〕）「基本的に、ショイナー……、ならびにレーヴェンシュタイン……が、『機関内コントロール』、『機関間コントロール』、および『垂直な権力分立』を特色づけた」とのカールの言明は、注目に値する。Kahl (Anm. 119), S. 409 Fn. 418.

(152) Loewenstein Supra note (37) p. 164; (Anm. 37), S. 165f. 邦訳、二〇七‐二〇八頁。

(153) Schmidt-Aßmann (Anm. 7), S. 230. 邦訳、二三二頁。Kahl (Anm. 118), Rn. 208.

(154) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 40.

(155) Kahl (Anm. 118), Rn. 208.「さまざまなコントロールの種類は『システム』を形成しないにもかかわらず、けれども、一部で相補関係に相互にあり、部分構造体と理解され、機能等価であると扱われることもまれではない」とカールは別の箇所で述べている。Kahl (Anm. 118), Rn. 139.（強調は、カール。）

(156) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 40. 権利保護の実効性については、ders. (Anm. 7), S. 228. 邦訳、二二九‐二三〇頁。Vgl. Kahl (Anm. 118), Rn. 213.

(157) BVefGE 83, 60, 72; 93, 37, 67. 前者の判例評釈としては、彼谷環「ハンブルク区議会における外国人の選挙権――外国人選挙権（ハンブルク）事件――」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）三二八頁以下。後者の判例評釈としては、森保憲「共同決定に要請される民主的正当性――シュレスヴィッヒ‐ホルシュタイン州共同決定法違憲決定――」『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』三三三頁以下。「民主的正統性」論については、以下を参照。エルンスト‐ヴォルフガング＝ベッケンフェルデ／高田篤（訳）「国家形態および統治形態としての民主制原理」初宿正典（編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、一九九九年）二一三頁以下。太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正統化（demokratische Legitimation）思考の展開――BVerfGE93, 37まで――」藤田宙靖・高橋和之編

『樋口陽一先生古稀記念　憲法論集』（創文社、二〇〇四年）三一五頁以下。

(158) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 40f.; ders. (Anm. 7), S. 228, 231. 邦訳、二二九－二三〇頁、二三二－二三三頁。Kahl (Anm. 118), Rn. 213f.; ders. (Anm. 120), Rn. 87f.

(159) Christoph Möllers, Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005.

(160) Christoph Möllers, Die drei Gewalten - Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, 2008.

(161) Christoph Möllers, The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers, 2013.

(162) Möllers (Anm. 159), S. 73ff.; ders. (Anm. 160), 51ff.; Supra Note (161), pp. 47-49. ただし、メラースは、この要請とコントロールの関係は「未解決」とする。Möllers (Anm. 159), S. 77.

(163) Möllers (Anm. 159), S. 47; ders. (Anm. 160), 47; id at 43-44.

(164) Möllers (Anm. 159), S. 76f.; ders. (Anm. 160), 49f.; id at 45-46.

(165) Möllers (Anm. 159), S. 78.; ders. (Anm. 160), 51.; id at 47.

(166) Möllers (Anm. 159), S. 78.（引用中の〔　〕は、筆者。）コントロールの概念の欠点に続けて、メラースはバランスの概念の欠点も語っている。「バランスの概念は、隠喩の方法、つまり事例に関連づけられた具体化にとってほとんど適さない方法で、機関間の権限の全体システムを定義している。」Möllers (Anm. 157), S. 78.; Vgl. ders. (Anm. 160), S. 51.; id at 47.

(167) Möllers (Anm. 159), S. 78 Fn.75では、Krebs (Anm. 70), S. 16f.; Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 10が引用されている。

(168) Möllers (Anm. 159), S. 78 Fn.76.

(169) Ralf Poscher, §8 Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 2012.

(170) Poscher (Anm. 169), Rn. 40ff.

(171) Poscher (Anm. 169), Rn. 24. なお、同箇所の脚註（66）において、コントロールと合理性を関連づける文献として、クレプス、フォスクーレ、およびシュミット－アスマンが挙げられている。

(172) Poscher (Anm. 169), Rn. 24.
(173) Poscher (Anm. 169), Rn. 25.
(174) Poscher (Anm. 169), Rn. 26. ポッシャーは、「協働」について、ショイナーではなく、カントを引用する。カントは、権力分立論において、三つの権力のうちの「二つの権力が結合することによって、あらゆる臣民に権利を与える」と論じる。Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten (1797/98), 1977, S. 435. 邦訳として、加藤新平・三島淑臣（訳）「人倫の形而上学〈法論〉」野田又夫（編）『世界の名著　三二　カント』（中央公論社、一九七二年）四五四頁。
(175) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 16f.
(176) 柴田・前掲註（1）（二）一四二頁。
(177) このことは今日でも説かれる。Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 22f.; ders. (Anm. 7), S. 213f. 邦訳、二一五頁。
(178) Schmidt-Aßmann (Anm. 109), S. 22; ders. (Anm. 7), S. 213. 邦訳、二一四頁。Kahl (Anm. 118), Rn.139ff., 163ff.
(179) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 476ff. 邦訳として、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）三〇七頁以下。
(180) マインについては、柴田・前掲註（1）（一）一一七頁以下。
(181) Hesse (Anm. 178), Rn. 476. 邦訳、三〇七頁。
(182) レーヴェンシュタイン自身がこのことを認めていた。Loewenstein (Anm. 37), S. IIIf. 邦訳、五－六頁。クレプスは、レーヴェンシュタインとブルンナーの「国家機能の三区分」を「超－実定－憲法の」と形容する。Krebs (Anm. 70), S. 18. 柴田・前掲註（1）（二）一四九頁。

【付記】　本論文は、二〇一一年一一月から二〇一三年七月末までのベルリン自由大学法学部、およびハイデルベルク大学法学部への留学の成果である。ベルリン留学にあたっては大阪大学短期海外研究助成金の支援を、またハイデルベルク留学にあたってはバーデン＝ヴュルテンベルク財団（Die Baden-Württemberg Stiftung）奨学金をそれぞれ得た。記して、感謝を申し上げる。