

Title	ドイツ憲法学の新潮流：<<理論>>としての憲法学の復権？
Sub Title	The recent trends in constitutional law scholarship in Germany : protest against the dominant position of "legal dogmatics (Rechtsdogmatik)"
Author	栗島, 智明(Kurishima, Tomoaki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内 『法学政治学論究』 刊行会
Publication year	2018
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.117, (2018. 6) ,p.33- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180615-0033">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180615-0033</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# ドイツ憲法学の新潮流

——《理論》としての憲法学の復権?——

栗 島 智 明

- 一 はじめに
- 二 ドイツ憲法学という《特殊》——その特徴と現代的課題
  - (一) 憲法学と実務の密接な結びつき
  - (二) 憲法学におけるドグマティックと理論
- 三 ドイツ憲法学における変動の背景
  - (一) 基本法の定着と判例・文献の蓄積
  - (二) 法秩序および法律学のグローバル化・ヨーロッパ化
  - (三) 外国法研究・比較憲法の活性化
  - (四) 民主制観の変化——ケルゼン・ルネサンス?
- 四 解決策を求めて
  - (一) 過度の体系志向からコンテクスト化へ
  - (二) 憲法学における基礎研究志向と学際性の強化
  - (三) 小括・憲法学における方法論の多元化
- 五 まとめにかえて

## 一 はじめに

ドイツの公法学、わけても憲法<sup>(1)</sup>学が、こんにち大きな転換の時代を迎えている。ある論者は、現在のドイツの憲法学は「自己理解の危機」に陥っていると分析し、またある論者は「不快感が潜在している段階」にあるという<sup>(2)</sup>。ドイツ国内の憲法学のあり方を自己批判的に扱った文献は、二〇〇〇年以降に書籍の形で出ているものだけでも枚挙にいとまがない<sup>(3)</sup>。かの論者がいう「危機」とは一体何なのか、「不快感」はなぜ生まれ、いかにして除去することが可能なのか。

我が国の憲法学にとってドイツの憲法学は、戦前は言うまでもなく、戦後に至っても——近代立憲主義に対するアンチ・テーゼとしての「反・準抛国」としてであれ、あるいは米仏に次ぐ「準・準抛国」としてであれ<sup>(4)</sup>——常に何らかのレレバンスを持って存在してきた。さらに近時、人権論の領域を中心にドイツの憲法学はますます注目を集めている<sup>(5)</sup>。もし、彼国の憲法学に新たな潮流が生まれてきているとすれば、それは、我が国の憲法学にとっても無視しうる事象ではありえない。

そこで本稿は、ドイツ憲法学がこんにち置かれた状況、その中で見られる新たな潮流について紹介・分析することを試みる。後述するように戦後のドイツ憲法学は、連邦憲法裁判所の判例を素材として、基本法についての巨大な解釈体系を構築することを主たる作業としてきたが、近時、実務との距離について反省を促す声、学としての憲法学の自律を求める声が強まり、新しい学問潮流を形成している<sup>(6)</sup>。この新潮流の特徴として、①理論 (Theorie) 志向、②法ドグマリーティクに対する懐疑的な姿勢、③国際性および学際性の重視、④比較法・法史学・法社会学などの基礎分野にウエイトを置いていることが挙げられ、その中心的論者としては、イエシュテット、レプジウス、メラース、

シエンベルガーらが挙げられよう。<sup>(7)</sup>

本稿はまず、学問としてのドイツ憲法学の特徴とその現代的課題について明らかにしたうえで(二)、そもそもなぜいまになってドイツ憲法学の新潮流が生まれてきたのか、その原因を幾つかの側面から分析することにした(三)。そのうえで、ドイツ憲法学が今後いかなる方向に向かうのかについて検討し(四)、最後に我が国との比較で若干の考察を行う(五)。

なお筆者は、ドイツの新たな学問潮流を我が国の憲法学が見習うべきだと考えるわけでもなければ、それを否定するつもりもない。ただ言えるのは、危機にあるドイツの憲法学の議論と向かい合うことで、日々の学問上の研究対象をより良く理解することにつながり、また、自身について考え直すきっかけを与えてくれるだろう、ということである。<sup>(8)</sup>

## 二 ドイツ憲法学という《特殊》——その特徴と現代的課題

新潮流の学者たちの議論の出発点であり核心をなしているのは、《法ドグマーティク (Rechtsdogmatik) ——「法教義学」とも》が憲法学の中心を占めていることへの批判である。法ドグマーティクとは何であるか、それ自体が興味深い考察の対象であるが(後述(二))、さしあたり、法ドグマーティクを「実定法についての解釈学」と同一視することにして、本章ではまず、なぜドイツで法ドグマーティクを中心とする特殊な憲法学が発展したのかについて分析したのち、憲法におけるドグマーティクと理論の関係について考察を加える。

(一) 憲法学と実務の密接な結びつき

ドイツの憲法学が、判例を基礎とした基本法の条文解釈を中心に営まれてきている原因は、大学のカリキュラムや法曹教育システム全般の問題<sup>9)</sup>、さらに国法学者コミュニティが外部から制度的に遮断されていること<sup>10)</sup>などにも求められようが、しかしその最大の理由は、国際的にみて極めて密接な憲法学と実務の結びつきにあるといつてよい。

1 立法・行政実務とドイツ憲法学

ドイツ憲法学者コミュニティが、連邦憲法裁判所と緊密な関係にあることはよく知られるが(後述2)、それだけでなく、憲法学は立法や行政、場合によっては憲法制定に至るまで、広い意味での憲法実務と密接に結びついている。この伝統は、ワイマール時代にすでに見いだされるが<sup>11)</sup>、戦後、結びつきはより強固になっているといえる。

基本法のもとで大学の憲法学者が公職に就いた例には事欠かないが<sup>12)</sup>、政治との距離の近さにおいてとりわけ代表的な人物として、ブランド政権において連邦首相府長官を務めたエームケ、州の文化スポーツ大臣、内務大臣、連邦憲法裁判所判事、さらに連邦大統領まで務めたヘルツォーク、コール政権で連邦国防大臣を務めたシヨルツ、コール政権で連邦司法大臣を務めたシュミット・ヨルツイヒなどが挙げられる。このような人的繋がりを通じてドイツでは、憲法学の専門知識が政治のアーリーナで実際に用いられ、また逆に、実務で得た経験・知識が学問の世界に還元される。さらに、憲法学者が官庁のための意見書を作成したり、議会の公聴会、諸々の委員会で活動したり、あるいは政治家の相談役を務めることで、実務において幅広く影響力を發揮しているという事情もある<sup>13)</sup>。

このような密接な関係は、立法・行政実務において憲法学が持つ影響力を高めるが、他方で、学問の名の下で政党政治が営まれる危険性を孕むこともまた否定され得ない。大学の研究者が自ら政治のプレーヤーとなって実務を動か

しうするため、ドイツの憲法学は他国と比較して、実務に役立つ、《参加者》の学としての性質を強めているといえる。

## 2 連邦憲法裁判所とドイツ憲法学——幸せな共生？

ドイツ憲法学と（憲）法実務の最大の接点は、連邦憲法裁判所という制度によって作られる。一九五一年の創設以後、連邦憲法裁判所の判事には数多くの著名な公法学者が任命されてきたが、学者判事を任命する傾向は一九八〇年代以降ますます強まってきており、現在では、裁判所の約半数の裁判官が大学の公法教授によって占められる。こんにちのドイツの公法学者にとって連邦憲法裁判所判事への就任はキャリアの最終かつ最高の到達点とされ、判事となった学者は自身の知識を裁判実務に存分に活かすことができる。また、裁判官にならずとも、訴訟代理人を務めたり、あるいは著作を通じて、ドイツの憲法学者は間接的に連邦憲法裁判所の決定に影響を及ぼすこともできる。連邦憲法裁判所でなされる議論は、大学のゼミナールを彷彿とさせるような極めて専門学術的、内容の濃いものであり、また学術論文を思わせる判決文では、学者が書いたコンメンタールやモノグラフィ、学術論文が頻繁に引用される。このようにドイツの憲法学者は、様々なチャンネルを通じて憲法裁判実務に影響を与えることができ、実際、こんにちまで影響を有する重要判決が学説理論を（部分的であれ）採用した例には事欠かない（もつとも、年を追うごとに連邦憲法裁判所は、憲法学者の著作ないし他の裁判所の判決を引用する代わりに、自身の判例を理由づけに用いる傾向が強まっているとされる<sup>(18)</sup>）。

このようにして、「国際的に比類ないほどの、学問と裁判実務の密接な結びつき」が生まれるが、これはしかし、決してポジティブにのみ捉えられうるものではない。というのも、この特徴が強力な憲法裁判権と結びつくことにより、こんにちの憲法学説において「判決と異なる見解は、ほとんど意味のないものとなる」<sup>(20)</sup>ためである。このようにして憲法学者のなかでは——無意識的であれ——連邦憲法裁判所の判決を、疑ってはならない教説（ドグマ）のごと

く扱う傾向が助長され、結果的に、メタレベルの憲法理論や比較憲法、法史学や他の学問分野への関心は低下する。

### 3 「連邦憲法裁判所実証主義」——憲法学の没落か、あるいは地位の向上か？

このようなドイツ憲法学が置かれた問題状況は、シュリンクが一九八九年の有名な論文で使用し、その後頻繁に引用されるようになった「連邦憲法裁判所実証主義」<sup>(21)</sup>の語によく表されている。シュリンクは、連邦憲法裁判所の判決を素材とする実証主義に陥り、もはやその呪縛の中で身動きができなくなったドイツの憲法学を嘆いて、憲法学から学としての意義が失われることを指摘した。

たしかに、かような現象を指摘したのは彼が最初ではない。連邦憲法裁判所と憲法学の関係については、すでに一九六二年にスメントが、「基本法はいまや、連邦憲法裁判所が解釈するように妥当し、学説は、連邦憲法裁判所が解する意味においてそれを注釈する」と述べていたことがよく知られている。<sup>(22)</sup>なるほど、連邦憲法裁判所の創立（一九五一年）の時点で「連邦憲法裁判所実証主義」の土壌は整えられており、スメントの指摘は当時の憲法学の特定の側面を的確に捉えたものではあっただろう。しかし、それでも一九五〇年代、六〇年代のドイツ憲法学では、連邦憲法裁判所の判例を中心としたドグマティックが中心的な位置を占めることはなかった。<sup>(23)</sup>その後、七〇年代以降になってようやく、とりわけ基本権の領域で連邦憲法裁判所の判例が蓄積したことで、憲法学においてもドグマティックが中心的な意義を有するようになってくるのである。<sup>(24)</sup>この点、一九七四年に基本権理論についてのセンセーショナルな論文を発表したベッケンフェルデが、同様のテーマについて一九九〇年には基本権ドグマティックの現況と題して論じていたことは象徴的である。このことは、ドイツ憲法学における基本権研究が、この十数年のあいだに、あるべき（メタ）理論の探求から、判例を踏まえたドグマティックへと変化したことを示唆する。<sup>(25)</sup>

このように見ると、憲法学の学としての意義が失われるというシュリンクの指摘は誠意的を射たもののように思わ

れる。しかしシェーンベルガーが指摘するように、見方によってその診断は逆だとも考えられる。すなわち、連邦憲法裁判所が活動を始めて以降、憲法学は学としてのレレバンスを失ったのではなく、むしろレレバンスを獲得しすぎたのではないか。<sup>(27)</sup> 言い換えれば、憲法学が過度に重要視されるようになり、実務にも多大な影響を及ぼすようになった結果が、現在の状況を生み出しているのではないか。例えばレルヒエは、憲法学と連邦憲法裁判所が「一緒に仲良くリフトに乗って昇っている」と表現する。<sup>(28)</sup> つまり、憲法学は連邦憲法裁判所の判決の後追いをするだけでなく、ドグマティックの作業を通じて裁判所に道具を常に提供し続けており、まさにそれゆえに——裁判所の権威と結びついて——「法学の王たる学科として顕彰される」に至っているのである。<sup>(29)</sup>

そうだとすれば、憲法学が「固有の問題設定を犠牲にし、連邦憲法裁判所の視角から物を考えようとする」(メラーズ)<sup>(30)</sup> のには、実際のところ——少なくとも制度上は——十分な理由があるといえる。判決実務との密接な繋がりにゆえに、ドイツの憲法学は、連邦憲法裁判所の判例に基づいて、基本法を解釈し、体系化し、整序することを任務として課されているのである。<sup>(31)</sup> 判例評釈やコンメンタールにおいて、個々の判決の論理を批判することはできて、これまでの判例とは根本的に異なる前提に基づく議論を進めることは、事実上不可能である。<sup>(32)</sup>

さらに、このような連邦憲法裁判所実証主義を推し進める一因となっているのは、ドイツが戦後、連邦憲法裁判所を最上位とする「カトリック型」の憲法システムを採っていることであろう。<sup>(33)</sup> (このことは、憲法の解釈権限が一定程度で分立しているアメリカと比較した場合に顕著な特徴といえる(後述三(三)1も参照))。連邦憲法裁判所は、少なくとも基本法が関わる限りにおいて、あらゆる国家機関・裁判所の上位に位置する。カトリック信者が用いる有名な格言になぞらえて、イエシュテットは「カールスルーエが話した、一件落着だ(Kartstube locuta, causa finita)」と表現する。<sup>(34)</sup> つまり、こんにちカールスルーエの裁判官は、ドイツのあらゆる国家機関、ひいては市民にとって、いわばローマ教皇の役割を果たしているのである。この喩えに依れば、ドイツの憲法学者コミュニティはそれを補佐する「枢機卿団」を構成

していると言つてよいだろう。<sup>(35)</sup>

## (二) 憲法学におけるドグマーティクと理論

ここまで、こんにちのドイツの憲法学が過度なドグマーティク志向に陥っている外在的な要因について述べてきたが、次に、そもそもドグマーティクとは何か、それは理論とどのような関係に立つのかについて、立ち入った分析を試みたい。

### 1 法ドグマーティクとは何か

法ドグマーティクは、ドイツの法律家が無意識的に行っている法実践を指す言葉であり、日本という「法的思考」、<sup>(36)</sup>「リーガル・マインド」と似て、これを正確に定義することはおよそ不可能であるが、議論の前提として、特徴を可能な限り明らかにしておく必要がある。<sup>(37)</sup>

法ドグマーティクとは、実定法の諸規範を、合理的かつ体系的に整序し関連づける試みである。もつともそれは、無矛盾で完全な概念体系を構築することを直接の目的とするものではなく、あくまで個別事案の法解釈・適用との結びつきによって特徴づけられる。すなわち法ドグマーティクは、法概念や原理、準則等を定義して用いることによって、事案における法解釈・法適用の問題を解決する手掛かりを与え、それを先導する役割を果たす。まさにこの点こそ、法ドグマーティクの大きな意義がある。

法ドグマーティクは、日本語でいう「法解釈学」と類似するが、同一のものではない。たしかに法ドグマーティクは実定法規範の解釈を中心的作業とするけれども、ここでは第一に、解釈対象としての実定法規範が教義(ドグマ)として扱われ、原則として疑問・批判の対象とされない点に特徴があり、第二に、解釈者が定義された概念や原理等

を用いて規範相互を可能な限り合理的に関連づけて体系を構築する点に特徴がある（それゆえドグマティクは、法解釈学のなかでも特殊な一類型として位置づけるのが適切であろう）。なお、ドグマティクがドイツに固有の営為であるかは争いがあるが、少なくとも、同様の緻密さや一貫性をもって法解釈体系を築き上げてきた国は他にないといえよう。<sup>(38)</sup>

個々の法規範や裁判例は、単に集められ羅列されるだけでは十分ではなく、法を実践するためには規範テキストの意味および相互連関を明らかにする作業が必要となる。その役割を担うのが法ドグマティクであり、これによって法解釈・法適用の一貫性、予見性が保たれ、規範の体系的な理解が可能になる。もし法ドグマティクがなければ、個別の法解釈・法適用については批判することは困難となる。それゆえ、法治国家原理を重視するドイツにおいてはとりわけ、法ドグマティクが重要な役割を果たす。<sup>(39)</sup>

このような意味で理解されたドグマティクは——裁判官、弁護士、行政官、さらには立法者に至るまで——法に携わるあらゆる人々が必要とする作業であり、法学者の極めて重要な作業であるには違いないが、しかし、法学者は日々、実定法の解釈と体系化のみに従事しているわけではない。そこで次に問われるのは、法に関する「理論」（と一般に呼ばれるもの）が法ドグマティクといかなる関係にあるのか、という点である。

## 2 法理論の領分——憲法理論とドグマティク

実定法の解釈から距離をとり、抽象的かつ普遍化可能なかたちでなされる法の議論は、一般に「法理論（Rechtstheorie）」と呼ばれる。しかし、それが法ドグマティクとどのように区別されるのか（あるいは区別され得ないのか）、明らかにされることはほとんどないし、そもそも多くの場合、そのような問題にこだわる意義もないと考えられている。

しかし、法ドグマティクに対する批判が近時の憲法学の潮流であるとすれば、両者の区別を考えることは極めて

重要であろう。この点で、本稿はイエシュテットの近時の所説に注目したい<sup>40</sup>。彼の説明によれば法ドグマーティクは、現に妥当する法に関する実用の学であり、《参加者》のパーспекティヴから法を捉えるものである。これに対し、法理論は《観察者》の視点から、批判的・反省的に法を考察するものである。前者と後者は区別されるものの、両者は抽象化の度合いによって異なるわけでもなければ、考察対象とする概念が異なるわけでもない。彼の整理によれば、法ドグマーティクが法理論と異なるのは、それが、現に妥当する法について内容を改変せず<sup>41</sup>に描写する (darstellen) 作業である、という点にある。すなわち、ある法概念の説明 (例えば「国民 (Volk)」とは何か) について、法ドグマーティクとしての意義を認めるためには、それが特定の妥当性を有する法規範 (例えば基本法二〇条二項一文<sup>42</sup>) すべての国家権力は国民に由来する<sup>43</sup>) の解釈として導き出されることを証明しなければならぬ。そして、そのような証明 (「実証性の証明 (Positiverungsnachweis)») ができなければ、そこで語られている事柄は法理論のカテゴリーに属するものとされる。つまり、法ドグマーティクに属さないものは、みな法理論のカテゴリーに分類される。

イエシュテットの理解において、法ドグマーティクの役割は、現に妥当する法の解釈・体系化に厳格に限定される。したがってそれは、現実の法適用と密接に結びついた抑制的なディシプリンである。しかし、まさにそのことによつて、法学と法実務のコミュニケーション・プラットフォームとしての法ドグマーティクの機能が担保されるのである。すなわち、法ドグマーティクは、現に妥当する法の描写という点で抑制的であるがゆえに、裁判官や行政官などの法適用者に対し、解釈の補助を提供する役割を果たすことができる。

では、このように区別された法ドグマーティクと法理論は、いかなる関係に立つのか。本稿の問題関心からはとりわけ、憲法理論と憲法ドグマーティクの関係性が問題となる。この点、イエシュテットは、憲法理論はドグマーティクに対して補完的役割を果たす、あるいは、憲法理論はドグマーティクの背景に存在し、参照されるディシプリンとして役立つ、と述べる。彼の説明では、もともと憲法ドグマーティクは、その性質ゆえに、《なぜ》・《何のため》憲

法(ないし、その個々の規範)が存在するかという、憲法の機能や意義、目的について問い直す契機を有さない(「理論の欠如」(Theoriedefizit))。そこで、反省・批判の学としての憲法理論を参照する必要があるのである。

憲法ドグマティクはあくまで現に妥当する憲法を描写するのみであるが、他方、憲法理論は——例えば外国の憲法や憲法史の知見を手掛かりにして——理想の(あるべき)憲法を語ることが許される。そのため憲法理論は、実定憲法(典)や判例に対して批判的でありうる。この点で憲法理論は、個々の規範や命題に過度に固執することで視野が狭くなりがちなドグマティクにインプットを与えるが、他方で憲法理論もまた、憲法の実践と密接に結びついたドグマティクを参照することで、理論体系の問題点を見つけ、改善させることができる。つまり、ドグマティクと憲法理論は互いに参照しあう関係にある。

### 3 デイシプリンとしての憲法理論の意義

イエシュテットは、憲法理論というデイシプリンを確立することにより、ドグマティク中心主義から脱却することを試みる。憲法理論を発展させることで、ドイツの憲法学は実定憲法典ないし連邦憲法裁判所の判例から一定の距離をとることが可能になり、国際的に受容可能かつ学問としてより豊かなものになることが期待されるのである。

区分論の長所は何よりも、憲法における《理想》と《現実》の混交が回避される点にある。というのも、区分論を採らない論者においてはドグマティクが広く理解される結果、「憲法の諸原則」などのあいまいな概念によって現に妥当する憲法の解釈と、憲法や国家、規範についての一定の前理解に基づいた批判ないし政策的提言が同時に行われる。しかし、これは方法的に望ましくないのみならず、まさにそれが理由で、あらゆる議論を憲法解釈に統合しようとする《ドグマティク中心主義》が生まれるのである<sup>(4)</sup>。したがって、ドグマティクから憲法学を解き放つためには、独立した憲法理論の領域を確保する必要がある。

もつとも、両者の区別をどこまで貫徹できるかについては疑問も残る。イエシュテットはこの点、解釈における立法者意思説を採ることで、「実証性の証明」(前述2)を意義あるものとしようとする。たしかに、立法者意思の確定が可能であり、かつ、そのみに従って法解釈が行われるとすれば、「ある言明が現に妥当する法の描写であるか否か」は比較的容易に判断が可能であろう。しかし現実には、体系的解釈や目的的解釈といった名のもとで、法規範の解釈に際して解釈者の主観が容易に混じりこむため、ドグマティクと理論の境界は不明瞭となる。加えて、人間の尊厳や平等、民主制といった抽象的な概念を対象として取り扱う憲法学では、憲法テクスト自体に含まれた《開かれた》概念を通じて、理論がドグマティクへと入り込む危険性が常に存在する<sup>(42)</sup>。

このような難点が指摘しうるにせよ、こんにちのドイツ憲法学の置かれた状況に鑑みれば、ドグマティクとは別に、憲法理論のディシプリンを確立しようとする試みは十分に首肯しうる。前述の通り、ドイツ憲法学は実務と強固な結びつきを有するがゆえに、一般論としては、学者がドグマティクを放棄することは不可能であるのみならず、裁判所による解釈・適用の一貫性、予見性、批判可能性の観点から望ましくもないといえる。また、実践の学としてのドグマティクを発展させることは理論構築にとつても有益である。しかし、ドグマティクは、実定法ないし実務との結びつきというまさにその性質ゆえに、学として決して万能ではありえない。そのため一方では、外部から完全に閉じられた概念世界にならないようドグマティクの絶えざる見直しを行うとともに、他方で、憲法学における理論的な基礎研究の領域を適切に確保することが求められているといえよう<sup>(43)</sup> (もつとも、そのような基礎研究——比較憲法や憲法史、さらには憲法政策論も含まれる——を「憲法理論」という一つ、<sup>(44)</sup>のディシプリンに纏めることが適切かどうかについては争いがありえよう。さらに、後述四も参照)。

### 三 ドイツ憲法学における変動の背景

なぜいま、ドイツ憲法学において変動が生じているのか。その背景には何があるのか。本章では、新たな潮流の背景にある事情を解き明かすことにより、ドイツ憲法学のこんにちの課題をさらに明らかにすることを試みたい。

#### (一) 基本法の定着と判例・文献の蓄積

基本法が施行されてから七〇年近く経つたいま、その内容は広く定着してきており、個別のテーマについての判例や学術文献は、いまや膨大な量にのぼる。この《定着》と《蓄積》こそが、こんにちの憲法学に反省を促している第一の要因といえる。

#### 1 連邦憲法裁判所の判例の蓄積——《学説法》の伝統の終焉

連邦憲法裁判所が積み上げてきた判例が、(とりわけ一九七〇年代以降)憲法学から学としての創造性をますます奪っているという事態については、すでに指摘したので繰り返さない(前述二(一))。また、連邦憲法裁判所の判例が、個別の事案解決を超えて一般的・抽象的な基準を定立していることの問題性については後述する(四(一))。ここでは、こんにちの憲法学の意義について歴史的観点から若干の考察を行うことにしたい。

元来、国民国家の成立が遅かったドイツでは、大学で営まれる法律学の創造性が他国よりも大きかった。<sup>(46)</sup> 一九世紀ドイツでは様々な地域慣習法が混在し、統一的な裁判例も存在しなかったため、大学で営まれる法律学からいわゆる「普通法(Gemeines Recht)」が発展し、それがドイツ全土で法源として機能して統一の土台を作っていた。つまり、中央集権の不在、法の分裂状態こそが、ドイツの学説法(wissenschaftliches Recht)の伝統を生み出したのである。こ

と憲法についていえば、私法や刑事法の分野とは異なり、一九世紀が終わってワイマール期に入ってもなお（権限が非常に限定された国事裁判所を除いて）帝国レベルの最高裁判所が設置されなかった結果、判例を研究対象とする必要がなく、比較法を含めた自由かつ創造的な理論が展開された。<sup>(47)</sup>

このように見ると、判例を中心的な研究素材として扱う現在の憲法学のあり方は戦後特有のものであり、歴史的に見て例外的であることが分かる（さらに外国との比較で参照、後述<sup>(2)</sup>）。前述の通り、戦後も初期の頃は、学者が打ち立てる理論を連邦憲法裁判所が受け入れる土壌が十分に存在しており、このことは学説法の伝統が生きていた証とも言える。しかしこんにち、判例の蓄積によって憲法学の創造性が失われるなかで、かつてキルヒマンやイエーリングが行ったように「これが学問の名に値するのか？」という問いが提起されることは自然だといえる。判例が増加するにつれて、一貫した理論に裏打ちされた憲法学説が、連邦憲法裁判所の判例を体系的に説明することはますます困難になる。これは学者が理論体系を展開することで実務に方向性を示すことができなくなる、すなわち学説法の伝統が憲法学の分野で終わりを迎えたことを意味する。

## 2 コメントール・ハントブーフ・教科書の過剰

こんにちの憲法学の反省の要因としてさらに、憲法に関するコメントール、ハントブーフ、教科書の出版が過剰になっていくことが挙げられる。とりわけ一九六〇年代以降の大学法学部の新設による憲法学者の増加<sup>(48)</sup>、さらに出版側の事情によって、その傾向は強まっている。

基本法のコメントールについていえば、一九五〇年代にすでにポナー・コメントールや、フォン・マンゴルト、マウンツ・デューリヒ編による重要な作品が刊行され、現在に至るまで改訂され続けているが、それらに加えて一九七〇年代以降、新しい基本法コメントールが続々と刊行され、その数はいまでは優に二桁を超え、もはやほとんど

見通しが利かない状況にある。同様にハントブーフも、一九八三年のベンダほか編『憲法ハントブーフ』に続いて、一九八七年よりイーゼンゼー・キルヒホーフ編『国法学ハントブーフ』、さらに二〇〇四年からはメルテン・パーピア編『基本権ハントブーフ』が刊行されている（厳密にはハントブーフではないが、シュテルン『ドイツ国法学』もここに加入することができよう<sup>(50)</sup>）。また、学生向けの教科書も、一九九〇年代以降、その種類は加速度的に増加している。

これらに加えて、ますます分厚くなる傾向にある博士論文と教授資格請求論文、さらに、研究会報告の成果として刊行される出版物や祝賀記念論文集も併せるならば、こんにちまでに基本法について書かれた文献は凄まじい量になる。これはたしかに、ドイツにおける憲法学の発展の証であり、研究レベルの高さを表すものではある。しかしこんにち、膨大な判決群に加えてこれらの著作物を網羅的に参照しつつ文献の《再生産》を繰り返す作業に、憲法学者の貴重な時間とエネルギーが費やされていることは問題でもある。とりわけ、（主に実務家の使用が想定される）コンメンタールやハントブーフにおいて、執筆者は、独自の見解を主張することが通常望まれておらず、むしろドグマ・ティカーとして条文と実務、学説状況を正確に説明することが要求される<sup>(51)</sup>。その結果、ドイツ憲法学は真にイノヴェイティヴな著作を生み出すエネルギーを失っている可能性がある<sup>(52)</sup>。

## (二) 法秩序および法律学のグローバル化・ヨーロッパ化

さらに、こんにちの憲法学における変動の大きな要因として、グローバル化およびヨーロッパ化の進展が挙げられる。

まずグローバル化の進展に伴い、各国の国内法のみによる問題解決が困難な領域がますます増大し、金融・経済のほか、公的安全、環境保護、健康保護など様々な領域で、国際レベルでの規律を受け入れ、自国のそれと調和させる必要性が増している。このことは、国家とその主権を議論の前提としてきたドイツの憲法学に、新たな挑戦を課して

いる。<sup>(53)</sup>

さらに、憲法学により広範なインパクトを与える現象として、ヨーロッパ化が挙げられる。ヨーロッパ化は一般に、欧州域内における国境を越えた結び付きの強化を意味するが、とりわけ法秩序のヨーロッパ化とは、国内法秩序がヨーロッパの法思考および法行為によって影響を受け、覆いかぶせられ、変形させられるプロセスを指す。<sup>(54)</sup> とくに、国内法に対するEU法の優位、そして国内裁判所に対するEU司法裁判所の事実上の優位は、最上級の法規範としての基本法および連邦憲法裁判所の地位に関するドイツ憲法学の従来の理解を根本から揺るがす。さらに、連邦憲法裁判所はこんにち、基本権審査にあたって欧州人権裁判所の判例もまた適切に考慮しなければならぬ。<sup>(55)</sup> ヨーロッパレベルでの新たな形態の規律や判決、法思考・法觀念の登場によって、憲法学を含めたドイツの法学全般が自己変革を求められており、これはまさに「コペルニクスの転回」<sup>(56)</sup> と呼ぶに相応しい。<sup>(57)</sup>

こんにち、ますます活発化しているEU司法裁判所および欧州人権裁判所の判例をこれまで築き上げてきた国内の緻密な解釈体系とどのように調和させ、折り合いをつけるかがドイツの憲法学にとつての最大の課題となっている。これは、決して容易な作業ではない。というのも、これらの裁判所は条文の解釈、個別事案の取扱い、判決のスタイル、専門用語の用法、先例の引用方法など様々な面でドイツのそれとは異なっているために、実務も学説も、従来の特殊ドイツ的な法律学の手法そのものを修正する必要に迫られているのである。とりわけEU司法裁判所については、裁判官の審理においてフランス語以外の使用が認められないため、フランス語圏の国々に馴染みのある概念や思考様式が優勢になることが指摘される。<sup>(58)</sup> ドイツ人から見ると簡潔で個別事案に特化しており、体系性に欠けてみえる理由づけのスタイルや、アヴォカ・ジエネラルの意見といったシステムもまた、フランスの法文化・法実践を反映したものである。<sup>(59)</sup>

つまり、国ごとに法の営み方が多様であるなかで、こんにちのドイツ憲法学はEUおよび加盟国各国の法文化を理

解し、それらとの対話の中で、必要に応じて自らの手法を変化させていくことが求められているのである。

### (三) 外国法研究・比較憲法の活性化

このような背景のもと、憲法学において外国法研究・比較法が活発に行われるようになってきたことは当然のことといえる。<sup>(60)</sup> ドイツでは伝統的に私法の分野で比較法が重要な地位を占めてきており、とりわけ戦後、憲法学において外国法研究は軽視されてきたが、近時、その流れが変わりつつあり、<sup>(61)</sup> 他国の憲法研究が進むことよって自身のあり方が相対化され、自己省察が促されている状況にある。<sup>(62)</sup>

以下では、こんにち頻繁に比較の対象とされ、本稿が扱う憲法学の新潮流にとりわけ大きな影響を与えていると考えられるアメリカ法、フランス法研究の状況と、そこからドイツ憲法学が得られる示唆について分析する。

#### 1 アメリカとの比較で

こんにちのドイツ憲法学界では、若い世代を中心に、アメリカ留学ないし在外研究の経験を持つ学者が非常に多くなっている。これは、アメリカのトップ・ロースクールの L.L. M. タイトルがキャリア形成にとって重要であるだけでなく、自身の著作を世界に発信するために、法律英語を使いこなすことがより重要になってきていることにも起因する。

そのようななか、レプジウスをはじめとして、アメリカ憲法学のあり方を肯定的に紹介する学者が増えてきている。こんにちの比較憲法の隆盛に伴って、もともと影響力を増しているのがアメリカ憲法学であることはもはや疑い得ない。しかし、アメリカ憲法学研究はドイツ憲法学に具体的に何をもたらしているのだろうか。

この点、こんにち頻繁に議論の対象となっているのは、アメリカと比較して、ドイツ憲法学が自らのディスコース

を他のデイシプリンから独立させ、閉鎖的に営んできたという事情である。例えば、ドイツ型立憲主義の「特殊性」をテーマとするモノグラフィを執筆したM・ハイルブローナーは、法ドグマーティクを中心に展開されるドイツ連邦憲法裁判所の判決が、現実政治との密接な結びつきや実際の影響力にもかかわらず、極めて「gezi」なものであるとして、政治やイデオロギーとは無関係なものとして受け入れられていると主張する。<sup>(63)</sup> すなわち彼女は、その形式的かつ官僚的なレトリックのなかで、連邦憲法裁判所が判決の政治性・イデオロギー性を隠しており、それによって正統性を担保していると分析するのである。そのうえで、ドイツ憲法を巡る議論が、過度に専門化されたドグマーティクのゆえに(We the peopleではなく) We the lawyers、つまり専門化集団に独占されていると議論を展開する。<sup>(64)</sup>

このようなドイツ法学のテクストにおけるフォーマリズム——執筆者(ge)が現れず、受動態が多く用いられる——や《法／政治》の峻別思考は、アメリカとの比較で以前から主題化されていた。例えばハルターンは、米独自の憲法裁判比較を行った博士論文において、アメリカにおける批判法学やラディカル・リアリズムを取り上げつつ、ドイツ法学のフォーマリズムを単なる形式の問題としてではなく、法と政治の分離に関わる問題だと論じた。すなわちフォーマリズムの背景には、《法》の世界が理性的かつ学術的で汚れていないのに対し、《政治》の世界が非理性的かつ非学問的で汚れたものだとする想定があり、これは、法と政治の明確な分離という前提に対応したものだとは彼は論じるのである。<sup>(65)</sup>

このことは、ドイツにおいて法ドグマーティクが《法政策(Rechtspolitik)》と対置され、区別されるべきと考えられていること<sup>(66)</sup>、そして、そのような意味での法ドグマーティッシュな作業こそが法学の核心と考えられていることから当然の帰結である。この点、法学が自律した学問デイシプリンとして存在せず、ドグマーティッシュな作業よりも、法の経済学的な分析やポリシー・アナリシスが重要な地位を占めているアメリカとは対極的であり、アメリカにおいて法と経済学、ジェンダー法学、法と文学などの新しい法分野が様々に開拓されてきたことが、こんにちのド

イツで注目を集めている。<sup>(68)</sup> 加えて、アメリカとの比較から、法学内部において存在する公法／私法、国内法／国際法といった硬直した区別を徐々に排していく——少なくとも、相互の対話の機会を増やしていく——必要があることが主張される。<sup>(69)</sup>

もっとも、アメリカ法への関心の高まりに対しては批判的見解も存在する。イーゼンゼーは例えば、アメリカ法への関心が「世界の強国としての吸引力によるものなのか、法秩序及び法学それ自体の質の高さによるものなのか？」<sup>(70)</sup> という正当な疑問を投げかける。少なくとも、高いレベルで営まれる法ドグマーツィッシュな作業がドイツの憲法学の核心をなしており、かつそれが世界で認められた「ブランドであり、品質保証マーク」<sup>(71)</sup> となっていることは見逃されてはならず、東アジアやラテンアメリカなどの多くの国々においてドイツ憲法学が参照されてきたのは、その質について一定の理解が存在するゆえであろう。そのようななかで、「体系 (System) の概念を忌避する」<sup>(72)</sup> アメリカ法学を単純に輸入することで、体系的かつ緻密なドイツの憲法学の実質が失われる危険性があることは否定しえない。<sup>(74)</sup>

## 2 フランスとの比較で

ドイツでは、アメリカに並んで、隣国フランスの憲法学——ないし広く公法学——に対する関心も高まっており、マージングやシェーンベルガー、イエシュテットらが中心となって、近時、直接の学術交流も盛んになっている。<sup>(75)</sup>

フランス憲法学との比較では、アメリカの場合と異なり、そこから何かを積極的に学ぶというよりも、一つの法文化の表れとして、かの国における憲法学ないし公法学のあり様を知ること、自国の特殊性、さらにはありうる問題を認識する、というアプローチが採られているように思われる。また、両国の憲法学が「ヨーロッパ化への対応」という共通の課題を有している点も特徴的である。

ドイツの憲法学と比較して、フランスの大学で展開される憲法学に見られる特徴は二点挙げられる。第一に、

「デュヴェルジェ革命」(ヴデル)以降のフランス憲法学は、ドイツのそれとは異なり、政治学と分ちがちがたく結びついているという点である。<sup>(76)</sup> フランスでは伝統的に、憲法学の名の下で各国の政治制度およびその歴史的検討を中心に研究・講義が行われてきており、人権保障などの法的問題の検討はもっぱら行政法学に委ねられてきた。これに対しては近時、法学としての憲法学の独立を推し進める立場もあるが、判例研究を中心とする《法律学的》な憲法学のアプローチには批判的な見解も存在しており、現在のフランス憲法学は「まだ流動的な状況にある」<sup>(77)</sup>。

第二の特徴は、フランスの公法学が実務から距離をとり、観察的・論評的役割を果たしているという点である(アウトサイダーとしての公法学)<sup>(78)</sup>。ドイツで見られる憲法学と実務の密接な結びつきは、フランスにおいてほとんど見られない。国会議員、高級官吏、行政裁判官といった法律学のエリートの中の多くが、大学の法学部ではなくENAやパリ政治学院で教育を受けるため、大学で営まれる憲法学は、彼(女)らに直接の影響を及ぼすことはない。また、憲法院についていえば、一九五九年から二〇〇一年までに構成員を務めた六〇名のうち、法学教授は一〇名、そのうち憲法の専門家はわずか四名であったとされる。このような環境で憲法学が、法実務の《参加者》の視点でドグマティックを構築することはほとんどなかった。<sup>(79)</sup>

このようなフランス憲法の状況と比較することによって、戦後のドイツ憲法学が「西洋の法発展」として自明視してきた現象が、決して自明のものではないことが明らかとなる。とりわけ、フランスとの比較において明確となるのは、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を通じた法秩序の憲法化、それによる憲法の優位の確立——それは必然的に憲法学の優位も伴う(前述二(一)3)——が戦後ドイツ固有のものであり、「議会こそが自由を保障しうる」という司法に敵対的な思想こそがむしろヨーロッパでは長く一般的であったという事実である。<sup>(80)</sup>

#### (四) 民主制観の変化——ケルゼン・ルネサンス？

こんにちの憲法学の変動の背景としてさらに、伝統的に市民への不信を払拭しきれなかったドイツの憲法学者コミュニティ<sup>(81)</sup>における民主制観の変化が挙げられる。それを端的に表すのは、憲法学におけるケルゼンへの関心の高まりである。ユダヤ人の法実証主義者・価値相対主義者であり、イデオロギー批判の急先鋒であり、政治的には社会民主党に近かったハンス・ケルゼンは、戦後長らく西ドイツの憲法学における《タブー》であり、引用が躊躇わられる存在であった<sup>(82)</sup>。その彼の著作がこんにち注目を集めていることは、これまでの単一的かつ静態的な民主政論<sup>(83)</sup>に代わって、複雑な価値観や利害対立を前提とした多元的な民主主義を、こんにちのドイツ憲法学が正面から受け止めるようになってきていることを如実に表している（もともとこの点、シェーンベルガーは正當にも、海外では戦後も引き続き読み継がれてきた重要な古典としてのケルゼンを軽視（ないし蔑視）してきた戦後ドイツ憲法学こそが例外的だったとし、こんにちケルゼンが広く受容されていることはむしろドイツ憲法学の《通常化》であると述べる<sup>(84)</sup>）。このような変化は、前述のグローバル化・ヨーロッパ化も含めた政治・社会の変化を反映するものであると同時に、比較法の流行とも無関係ではないだろう。とりわけケルゼンの賛同者が、法を政治的な利害調整・妥協の産物として捉える点にはアメリカ法の強い影響<sup>(85)</sup>がみられる。

### 四 解決策を求めて

ここまで、ドイツ憲法学が置かれた現状、課題およびその背景について述べてきた。ドイツ憲法学がこんにち重大な岐路に立たされていることは、ここまでの論述から明らかになったものと思われる。そこで本章では、ドイツ憲法

学がこれからどこへ向かうのか、学説を踏まえて幾つかの可能性について考察することにした。

(一) 過度の体系志向からコンテキスト化へ

ドイツ憲法学の今後の方向性として重要となってくるのは第一に、個々の判決について事案の特性をより強く意識して解釈することにより、判決文の過度なドグマ化、抽象化を避けることである（コンテキスト化 (Kontextualisierung)）。前述の通り、連邦憲法裁判所および従来のドイツ憲法学は、個々の事案の特殊性や時代背景を捨象することで、過去の判決から一般的・抽象的な基準を導出する傾向にあった（脱・コンテキスト化によるドグマ化）。そのため、ドイツの憲法学者および裁判官は、五〇年前の判決で示された命題であっても、一年前の判決における説示と同様に妥当性を持つものとして引用する<sup>(85)</sup>。このようにして過度にドグマ化された命題群によって、こんにち憲法学の創造性が奪われているところ、コンテキスト化のアプローチは、判決テキストの意味を個別の事案やコンテキストと結びつけて解釈することによって、新たな創造の余地を生み出し、より実態に即した判断を可能にする試みである。

このような方法は、裁判所による恣意的な事案の差別化 (distinguishing) の危険性を孕んでおり、法の予見性、法解釈・法適用の一貫性という観点からは問題となりうる<sup>(87)</sup>。また、リユート判決のような過去のリーディングケースが示した解釈について、それを歴史的産物として相対化しようとする試みに対しては、法秩序の「経路依存性」を無視したものとして批判が加えられる<sup>(88)</sup>。とはいえ、法秩序の統一や体系性、無矛盾性という法治国家の要請が完全に満たされることは現実にはありえないし、そもそも連邦憲法裁判所は、一般的・抽象的な判決の理由づけを通じて欠陥のない基本法の体系を創出する正当性を有しているわけではない（そのようなやり方は、裁判所を「基準定立権力」(レプジウス) ならしめ、憲法改正権を無力化することにもつながる<sup>(89)</sup>）。とりわけこんにち、EU法の規律が広範にわたり、EU司

法裁判所の判例も増えてきたなかで、それらを国内法や国内裁判所の判決と整合的に調和させることは、ますます難しくなっている。<sup>(90)</sup> そうだとすれば、体系化を完全に諦めるのではないにせよ、コンテクストをより重視した憲法学のあり方が模索されるべきだといえる。<sup>(91)</sup>

## (二) 憲法学における基礎研究志向と学際性の強化

第二に考えられるのは、憲法学が、基本法および連邦憲法裁判所の判例の解釈に特化したドグマティックな作業から一定程度で手を引き、歴史研究や、比較法の研究、法哲学・法社会学や政治学の知見を用いた学際的研究など、基礎分野の研究に力を入れることである。

この方向ではすでに近時、若干の業績が見られる（比較法については前述三<sup>(92)</sup>）。従来、連邦憲法裁判所の政治的役割や歴史の変遷、あるいは個々の裁判官の人物研究は（アメリカの連邦最高裁などと比較して）遅れた状況にあったが、二〇〇五年には、憲法学者と歴史学者らの共同でリユート判決に関する重要な文献が刊行されたほか、二〇〇六年には、政治学者と憲法学者の共同で連邦憲法裁判所の政治的・歴史的役割に関する研究書が出版されており、<sup>(94)</sup> いずれも注目される。また、二〇一三年の法改正で連邦憲法裁判所の古い資料の閲覧がより広範に認められたことで、<sup>(95)</sup> 個々の裁判官、訴訟代理人が過去の判決に及ぼした影響に関する研究が活発化することが期待される。このようにして、過去の判例や支配的な学説が前提とする憲法理解や方法論を批判的に問い直すことは、憲法学における行き過ぎた裁判所中心主義を是正することにつながり、ひいては理論としての憲法学をより豊かにするであろう。<sup>(96)</sup>

また法理論の分野では、過去の、とりわけワイマール期ないし戦後初期の法理論家に関する研究が二〇〇〇年頃から急速に活発化していることが注目される。その際、ケルゼンやトーマ、フォルストホフなど、戦後一度は忘れられたかに思われた理論家が、再び注目を集めている。<sup>(97)</sup>

(三) 小括…憲法学における方法論の多元化

これまでドイツの憲法学は、他の法分野、とりわけ私法学の影響によつて、方法論の混交主義 (Synkretismus) なし多元主義 (Pluralismus) を忌避してきた。しかし、こんにちの憲法学にとっては、もはやこれは批判されるべき対象ではなく、むしろ積極的に認めていくことが重要な課題となつているといえよう。というのも、方法論が多元的に存在し、法秩序ないし個々の法規範が互いに衝突し、一定の矛盾を孕んでいる状態こそが、グローバル化・ヨーロッパ化時代における法学の通常状態であるためである。<sup>(98)</sup> そのような理解において、実定法および判例を基礎としたドグマ・ティッシュユな方法が唯一の正統性を持つのではなく、また、他のディシプリンから独立した体系としての憲法学・ディスコースは放棄される。ドイツ憲法学は今後、他の法秩序、他分野とのインタラクシヨンのなかで互いに影響を及ぼしあうネットワークのなかのサブ・ディシプリンとして営まれていくであろう。このような変化が、明確な概念と体系性に支えられたこれまでのドイツ憲法学の破壊、連邦憲法裁判所の地位の低下、実務に対する学問の影響力の低下、という重大な副作用を伴うとしても——これらはすべて、ドイツ憲法学が理想としてきた《法治国家》に対する挑戦として捉えられる——、本稿でここまで縷々述べてきた背景のもとで、このような変化はやはり必然であるように思われる。<sup>(99)</sup>

五 まとめにかえて

冒頭で述べた通り、本稿はドイツの憲法学における新たな潮流を我が国への模範として提示するものではない。かの国で見られる課題の多くは日本には見られず、したがってそこから我が国の憲法学が直接的に学べることは少ない

だろう。ドイツとは異なり我が国の憲法学では、厳格な概念性・体系性よりも実質的な考慮を柔軟に認める学風が有力であって、主に比較法に根差した「あるべき法」の提言と、実定憲法・（裁）判例を基礎とした「ある法」の描写の区別が極めて困難なまま営まれてきたといえる。また、実務と学問のあいだに強い結びつきがあるとは決していいない状況で、「ドグマティークより理論を！」と叫ぶドイツ憲法学の新潮流を参照するのはあまりに早計だという批判が考えられ、むしろ、ローススクール導入後の我が国の憲法学では「理論よりドグマティークを！」という声がかかります強くなっているようにも見受けられる。⑩いずれの選択にもメリットとデメリットがあり、一度選択した道を引き返すことは容易ではないというのが、ドイツ憲法学の近時の動向から直接に得られる僅かな知見であろう。現時点で幅広い選択の余地を有している我が国の憲法学は、意識的に将来の道を選ばなければならない。

(1) ドイツの「憲法学」を語るには、一定の説明が必要である。というのもドイツでは伝統的に、法学部設置の講座名として「憲法 (Verfassungsrecht)」の代わりに「国法 (Staatsrecht)」の語が使用されることが多く、ドイツ語圏の公法研究者が所属する一九二二年設立の伝統ある学会も「ドイツ国法学者協会」と称している。それゆえ、学問ディシプリンの呼称（あるいはそこに従事する専門家集団の総称）としては「国法学」の語が用いられることが多い。その際、憲法に関する領域だけを指す場合もあれば（狭義の国法学）、広く公法学を指す場合もある（広義の国法学）。なおこの曖昧さは、ほとんどの研究者が憲法学者であると同時に行政法学者でもあるという事情に由来する。

このような状況で、あえてドイツの「憲法学 (Verfassungswissenschaft)」を語るのには、「国法学」の語が日本でまですす使用されなくなっており、かつ、対象がはつきりしないという問題があるためである。また、本稿の考察の一部は公法学全般に関わっているが、直接の考察対象はあくまでも憲法学である（なお行政法学の新潮流については、後掲注(57)）。さらに、憲法と国法のどちらの語を用いるかは、『国家と憲法のどちらが先に存在するか』という原理的な問いについての——ある意味でイデオロギーシユな——態度表明として受け取られるという問題がある。国法の語は、外国語への翻訳が困難という問題があるだけでなく、こんにちのグローバル化・ヨーロッパ統合の進展により国家の独自の意義が相対化さ

- れたことに鑑み、国法に代えておきて憲法の語を用いる傾向が広く見受けられる。以上にこの著者 H. Hofmann, JZ 1999, 1065 (1065 ff.); C. Möllers, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 9 ff. u. passim; W. Pauly, in: v. Bogdandy u.a. (Hrsg.), IPE II, 2008, § 27 Rn. 13, 18; M. Jestaedt, JZ 2012, 1 (3 f.); H. Schulze-Fielitz, Staatsrechtlehre als Mikrokosmos, 2013, S. 4 f., 262 ff. なおこの点 後掲注 (45) も加えて参照されたい。
- (2) J. F. Lindner, JZ 2015, 589 (ebd.); C. Schönberger, Der „German Approach“, 2015, S. 3. 後者の書評として、三宅雄彦「公法学史方法の日独比較」埼玉大学社会科学論集一五二号 (二〇一七年) 二一頁以下。
- (3) 例えば R. Wahl, Herausforderungen und Antworten, 2006 (邦訳: R. ヴァール [小山剛監訳] 『憲法の優位』 (二〇一二年) 一頁以下); M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein..., 2006; ders., Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtstheorie als Wissenschaft, 2007; Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007; Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008; Lüdemann/Funke (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009; Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010 (邦訳: 松本博之ほか編 『法発展における法ドグマティックの意義』 (二〇一一年)); Deppenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010; M. Jestaedt u.a., Das engrenzte Gericht, 2011 (邦訳: M・イェムニャットほか [鈴木秀美ほか訳] 『越境する司法』 (二〇一四年)); Vesting/Korich (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011; Kirchhof u.a. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012; Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015; M. Halbröner, *Traditions and Transformations* (OUP 2015); O. Lepsius, Relationen, 2016 (なお、法学全般に関わる文献も一部含む)。
- (4) 日本におけるドイツ憲法研究の歴史と現況について詳しくは、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(二〇〇五年) 一頁以下およびそこに掲げられた数多くの文献を参照。
- (5) そのような流れに対する重要な問題提起として、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』(二〇二二年) 一五頁以下、林知更『現代憲法学の位相』(二〇一六年) 一一七頁以下。
- (6) シュトライスは、二〇一〇年にイェシユテットらにより『公法の基礎』と題する研究グループが設立されたことをもって、理論傾向の新たな時代の幕開けと捉えられる可能性を示唆する。M. Stollitz, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV, 2012, S. 391. 同グループは翌年以降、ドイツ国法学者協会の総会と併せて研究会を行っており、その成果は『Fundamenta Juris Publici』と題する叢書の形で刊行されている。

- (7) 彼らのあいだには学問的な方向性について多くの共通点が多く見られるものの、同時にそれぞれの立場の違いも当然見られ、一つの《学派》を形成しているわけではない点に注意が必要である。いずれにせよ、戦後のドイツの公法学者の分類として支配的であり、かつ我が国の学者にも馴染みの深い「シュミット学派」・「スメント学派」の枠組みはここではもはや意味を持たない。参照、D. Renner, *Der Staat* 53 (2014), S. 31 (52, 54 f.).
- (8) 参照、林・前掲注 (5) 四二八頁、C. Schönberger, *VRÜ* 43 (2010), S. 6 (22)。比較法についてはさらに後掲注 (19) も参照。
- (9) ドイツでは、大学の憲法学者であっても法学部を出てから二年間の司法修習を受け、二度の司法試験で優秀な成績をおさめることが求められる。試験で高得点をとるために学生が学説よりも判例を重視し、国内法に特化するの言うまでもない。Schönberger (Fn. 8), S. 14 f.; B.-O. Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 208。また、比較憲法の科目は存在しない（なお一般国家学については後述注 (9)）。
- (10) 参照、Schulze-Fielitz (Fn. 1), S. 10; Lindner (Fn. 2), S. 592 ff.; M. Stollers, *KritV* 80 (1997), S. 339 (354)。
- (11) F. C. Mayer, *JZ* 2016, 857 (ebd.) は例として、ライマール憲法の父ブロイス、ナチスの桂冠法学者シュミットらを挙げる。*ヤコブ・Stollers* (Fn. 10), S. 340。
- (12) 詳しては、A. Vogkuhle, in: Schulze-Fielitz (Fn. 3), S. 135 (144 ff.); Mayer (Fn. 11), S. 858; Stollers (Fn. 6), S. 355 f.
- (13) Vogkuhle (Fn. 12), S. 147 f.; Schulze-Fielitz (Fn. 1), S. 195 ff.
- (14) 参照、T. Oppermann, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *FS 50 Jahre BVerfG*, Bd. II, 2002, S. 421 ff. (邦訳：T・オPPERマン「赤坂正浩訳」『連邦憲法裁判所とドイツ国法学』立教法学八七号〔二〇一三年〕一二一頁以下）、三宅雄彦「連邦憲法裁判所における法と人事」法律時報八六巻八号（二〇一四年）二五頁以下。
- (15) A. v. Bogdandy, in: *ders. u.a.* (Fn. 1), § 39 Rn. 1, 70。
- (16) Mayer (Fn. 11), S. 858。
- (17) 過去に憲法学者が判例に直接の影響を与えた代表的なものとして例えば、政党に関わる判例に関するライブホルツの影響、租税法判決における「五公五民原則」や「国家合同 (Statenverbund)」としての欧州共同体理解に関する P・キルヒホフの影響、民主政分野の判例における「正統性の鎖 (Legitimationskette)」についてのネッケンフェルデの影響、基本権の狭い保護領域／介入概念についてのホフマン・リーマンなどが挙げられよう。Oppermann (Fn. 14); Schulze-Fielitz (Fn. 1),

S. 391.

- (18) 批判的なものとして、Schönberger (Fn. 8) S. 16 Fn. 35; M. Jestaedt, in: FS Bethge, 2009, S. 529 (541 ff).
- (19) Schulze-Fielitz (Fn. 1), S. 17. さらに Bogdandy (Fn. 15), Rn. 69; O. Lepsius, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Fn. 3), S. 87.
- (20) Schulze-Fielitz (Fn. 1), S. 17; Bryde (Fn. 9), S. 209. ドイツ法に精通するアメリカの憲法学者もまた、連邦憲法裁判所の判例において「学説——とりわけ通説 (herrschende Meinung) や、代表的にはマウンツェル・デュエリビのコンメンタール——が大きな意義を占めている」とを指摘する。D. P. Kommers, in Goldsworthy (ed), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study* (OUP, 2006), p. 193.
- (21) B. Schlink, Der Staat 29 (1989), S. 161 (163 f., 168 ff.).
- (22) R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 4. Aufl. 2010, S. 581 (582) (erstmalig 1968) (傍点は栗島)。さらに「シトリンクと同様の指摘として、Bryde (Fn. 9), S. 109, また、イーゼンゼーは一九九六年の論文において「カントの有名な喩えを借りて」ドイツ憲法学が、連邦憲法裁判所の下女としてたがまじくを捧げ持つ役割から、後述の裾をもちあげる役割へと墮落したと診断する。J. Isensee, JZ 1996, 1085 (1086). さらに参照 H.-P. Schneider, NJW 1999, 1497 (1503); U. R. Haltern, Der Staat 40 (2001), S. 243 (256).
- (23) Lepsius (Fn. 19), S. 91 はそのさらに指摘、「例として、デュエリビ、フォルストホフ、エームケ、ハッセ、ヘーネルらを引きずる。M. Stollers, Verfassungs(ge)schichten, 2017, S. 5 は「ドイツ憲法学における「憲法史」への関心が、一九五〇年代、六〇年代と比べて、十分にさびはるかに薄まっている」と指摘する。
- (24) Schönberger (Fn. 2), S. 38.
- (25) 参照 E.-W. Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff. (邦訳: ヱックマンホルズ『初宿正典編訳』『現代国家と憲法・自由・民主制』(一九九九年)二七九頁以下); ders., Der Staat 29 (1990), S. 1 ff.
- (26) W. Schmidt, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 188 (210).
- (27) C. Schönberger, in: FG Schlink, 2014, S. 41 (46 f.); ders. (Fn. 2), S. 31.
- (28) P. Lerche, BayVBl. 2002, 649 ff.
- (29) M. Jestaedt, in: ders. u.a. (Fn. 3), S. 77 (128) (邦訳一〇三頁)。「クレプファーも同様に、実務との密接な結びつきゆえに、憲法学が法学の中心「最も影響力のある分野」の一角となっていることを指摘する。M. Klempfer, JZ 2003, 481 (483). さらに

- こ、Schönberger (Fn. 2), S. 30 ff.
- (30) C. Möllers, in: Jestaedt u.a. (Fn. 3), S. 357 (邦訳三〇三頁)。Haltern (Fn. 22), S. 256.
- (31) この点との対比で「もちろん、法実務を嚮導する任務を帯びた『法学』という觀念がそもそもイギリスに欠けていたからこそ、法に関する非実用的・理論的な学問としての『法理学』(jurisprudence) が比較的に早い時期にこの国で成立した」との指摘は示唆的である。碧海純一ほか『法学史』(一九七六年)一四頁「碧海執筆」。
- (32) Lepsius (Fn. 19), S. 88 (判例に対する批判的考察が非常に少ないことは判例に誤りがないことを表すのではなく、実務への影響力を失いたくない法律学の独自の利益の表れである)。このことは必然的に、法学者コミュニティの保守的傾向を生み出す。Bryde (Fn. 9), S. 210, bes. Fn. 30. 憲法学者の保守性については、後掲注(81)も参照。
- (33) Halbroner, *supra* note 3, p. 171.
- (34) Jestaedt (Fn. 29), S. 87 (邦訳七三三頁)。
- (35) なお参照 C. Möllers/A. Vogkuhle, DV 36 (2003), S. 321 (322)「法律家は権力行使への絶え間なき補助という疑いをかけられてきた」。
- (36) 指摘として C. Bunte, JZ 2014, 641 (645); C. Waldhoff, in: Kirchhof u.a. (Fn. 3), S. 17 (26); M. Eijert, ebd., S. 79 (80); M. Jestaedt, ebd., S. 117 (121); R. Wahl, in: Stürmer (Fn. 3), S. 121 (ebd.) (邦訳一六三三頁)。
- (37) 以下の記述にあたり下記の様々な文献を参照したが、煩を避けたためうち引用箇所を示すことは避けた。Kirchhof u.a. (Fn. 3) 所収の各論文のうち W. Brohm, VVDStRL 30 (1971), S. 245 (246 ff.); ders., in: FS Maurer, 2001, S. 1079 (1081 ff.); R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, S. 307 ff.; M. Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 39 ff.; Jestaedt, Theorie (Fn. 3); ders., in: Depenheuer/Grabenwarter (Fn. 3), § 1 Rn. 10 ff.; I. Appel, VVDStRL 67 (2008), S. 226 (235 ff.); E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungrechtliche Dogmatik, 2013, S. 3 ff.; C. Möllers, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), GYWR I, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 35 ff. 邦語で分析したものは、三宅雄彦「保障国家論と憲法学」(二〇一三年)四六頁以下、三三三頁以下、太田航平「憲法理論と憲法教義学の関係」青森中央学院大学研究紀要二四号(二〇一四年)一五頁以下、實原隆志「国法学と実務の近さを批判する純粋法学的言説について」戸波江二先生古稀記念「憲法学の創造的展開・上」(二〇一七年)一五一頁以下がある。
- (38) 批判的観点から特異性を主張するものとして、とりわけ O. Lepsius, in: Kirchhof u.a. (Fn. 3), S. 39 (47 f.). 特有のもの

- 認めつつも肯定的に捉えるものと云つて *Waldhoff* (Fn. 36), S. 36 f. また *Schönberger* (Fn. 2), S. 39 は「フランスの憲法学において、裁判所の個別事案におけるカズイスティクと一般的な基本原則との間を結びつける中間層——ドグマティク——がほとんど存在しないことを指摘する。これに対して、他国の法学よりも同様の営みが観察されうるとするのは、*Wahl* (Fn. 36), S. 133; *G. Kirchhof/S. Magen*, in: *Kirchhof u.a.* (Fn. 3), S. 151 (158); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 37), S. 5 f. 両者のケルマンスを云々云々の云つて *Möllers* (Fn. 37), Rn. 37.
- (39) この点を強調するの云つて *W. Kahl*, DV 42 (2009), S. 463 (497 ff.); *F. Schock*, in: *Stümer* (Fn. 3), S. 91 (99 ff.) (邦訳 一五頁以下); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 37), S. 3 ff.
- (40) 下記の記述は *Jestaedt*, *Theorie* (Fn. 3); *ders.*, *Verfassung* (Fn. 3); *ders.* (Fn. 36); *ders.* (Fn. 37) に依るが、煩を避けるためにいちいち引用箇所を示すことは避けた。
- (41) 同様に、現行憲法の描写としての「法認識ドグマティク」を「法創造ドグマティク」から厳密に峻別することを求めるの云つて *C. Hillgruber*, *VVDStRL 67* (2008), S. 7 (49 ff.). 彼はまた、憲法解釈における文言と制憲者意思の意義を強調する。 *Ders.*, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Fn. 3), § 15 Rn. 10, 14 u. *passim*.
- (42) *M. Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, S. 155. 峻別論に対する批判と云つて云々云々 *U. Volkmann*, *Der Staat* 51 (2012), S. 601 (603 ff.). 理論とドグマティクの区別を前提としながら、両者の連関を強調するの云つて *P. Kirchhof*, in: *Isensee/ders.* (Hrsg.), *HSR XII*, 3. Aufl. 2014, § 273 Rn. 4, 12. *yo. s. v. C. Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl. 2010, S. 186 f. も、憲法理論と個別の憲法解釈の複雑な結びつきを指摘する。
- (43) もっとも、ドグマティクは理論とドグマティクを可能な限りで区別しようと試みているが、完全な分離を求めているわけではなからんとする。この点 *Payandeh* (Fn. 42), S. 156 ff. 参照。
- (44) *A. Vogkuhle*, in: *Kirchhof u.a.* (Fn. 3), S. 111 (114); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 37), S. 3 ff. これに対して *ドグマティク* に云つての間に置かれた性格、排他的な性格こそが重要であるとの反論もある。 *Waldhoff* (Fn. 36), S. 35 f.; *Lepsius* (Fn. 19), S. 91 f.
- (45) 伝統的にドイツの憲法学は、「場所や時代、社会的背景に関係なく、あらゆる国家に共通する事柄」(*R. Herzog*, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, S. 35) を探求する「一般国家学」と呼ばれる科目を通じて、比較憲法や法史学、政治学等の隣接分野へのチャンネルを開いてきた。そのため、憲法理論はその系統に属するディシプリンであり、両者には「家族的な類

- 似」が認められるが (Jestaedt [Fn. 37], S. 1 Rn. 5)「一般国家学はこんにち多くの大学の法学部でカリキュラムから姿を消し、意義を大きく失っている。一般国家学については、ディシプリン固有の方法論が定まっていなとか、国家という枠組み設定そのものの問題 (前述注 (1)) が指摘されており、憲法理論が推し進められるゆえんであるが、そのなかでフォスクーレは、シュッツェルトとともに国家論ならず一般国家学の再建を訴える。A. Vogkuhle, JuS 2004, 2 (4 ff.). 国家学に批判的なものとして例えは、C. Schönberger, in: Beaud/Heyen (Hrsg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?, 1999, S. 111 ff.; Lepsius, EuGRZ 2004, 370 (375 ff.). 新・行政法学 (後掲注 (52)) との関連で一定の理解を示してごまなお懐疑的なものとして、Möllers (Fn. 42), S. XI (XLI ff.). 国家理論の意義喪失について、F. Günther, Denken vom Staat her, 2004, S. 321 ff.
- (46) 以下の記述のご参照、Schönberger (Fn. 2), S. 18 ff.
- (47) Bryde (Fn. 9), S. 109 は、戦後の憲法学が「シムニット、ケルゼン、ハラー」といったワイマール期の理論家の遺産に頼って生きてくると、むしろ、憲法学が判例研究に没頭する結果、国家の実践に関する研究が政治学にとって代わられたことを指摘する。
- (48) 参照、Möllers/Vogkuhle (Fn. 35), S. 321 ff.; Jestaedt (Fn. 36), S. 122 ff.
- (49) 国法学者協会の会員数は、一九四九年に八二名、一九六〇年に一一七名だったのが、一九九〇年には三五七名に、そして二〇一二年には七一四名まで増加した。Stollis (Fn. 6), S. 499; Schulze-Fielitz (Fn. 1), S. 10.
- (50) ここで挙げた文献のご参照は、Stollis (Fn. 6), S. 530 ff.
- (51) Schulze-Fielitz (Fn. 1), S. 318 ff.
- (52) 批判的なものとして Schulze-Fielitz (Fn. 1), S. 41 ff.; Stollis (Fn. 6), S. 534; O. Lepsius, in: Jestaedt/ders. (Fn. 3), S. 1 (6 ff.); Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, S. 68 f.
- (53) 詳しご参照、W. Kahl, in: GS Brugger, 2013, S. 663 (666 ff.).
- (54) 参照、E. Schmidt-Abmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, S. 31 (邦訳：E・シフトントーストレン「太田匡彦ほか訳」『行政法理論の基礎と課題』(二〇〇六年) 三二頁)。
- (55) 参照、A. Vogkuhle, EuGRZ 2014, 165 (165 ff.).
- (56) Wahl (Fn. 3), S. 23 (邦訳一六頁)。

- (57) ヨーロッパ化の問題に憲法学より早く反応し、改革を進めたのは行政法学である。EU法の影響の拡大のほか、行政の任務の増加に伴う各論分野の専門化・細分化や、インフォーマルな行政活動の増大、民営化・公私協働の進展、それに伴う行政と市民の関係の変化、といった様々な新しい社会状況に対処するためには、従来の純・法律学的な行政法総論は十分に機能しないという認識から、一九九〇年代より「行政法総論改革プロジェクト」が進められてきた。そこでは、従来の行政法学は裁判所中心主義であり、事後的な法の解釈・適用の側面ばかりを見据えている、また、法学の概念性・体系性を過度に重視する反面、事実認識に弱く、政策提言的な機能に乏しい、などと批判され、それらの問題を克服する「新・行政法学」が打ち立てられた(とされる)。もっとも、その意義についてはこんにちに至るまで様々な議論がある。全体像につき「三宅・前掲注」(37)一四頁以下。批判的なし懐疑的なものとして「Wahl (Fn. 1), S. 87 ff. (邦訳九二頁以下)； W. Kahl, DV 42 (2009), S. 463 (491 ff.)； Schönberger (Fn. 2), 45 ff. 最新の徹底した批判として K. F. Gärditz, in: Burgi (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2017, S. 105 (144) (改革によりこれまで行政法学が「孤高の象牙の塔へと連れ去られてしまった)。」
- (58) U. Everting, EuR 1994, 127 (140)； T. v. Danwitz, EuR 2008, 769 (779)。 Hofmanning は EU司法裁判所の元裁判官であり、フォン・ダンヴィッツは現在判事を務めている。
- (59) Everting (Fn. 58), 132 ff., 136 ff.; Schönberger (Fn. 2), S. 14, 49. かつ、EU司法裁判所および欧州人権裁判所の判決の理由につき、近時は詳細かつ抽象的になる傾向にあるとされる。A. v. Ungern-Sternberg, AoR 138 (2013), S. 1 (56)。
- (60) これは決してドイツ特有の展開ではなく、外国法の参照は各国の憲法学で近時盛んになっている。例えば、イタリア憲法裁判所の「生ける法」理論がこんにちのフランスやベルギーで参照されていたり、欧州統合に関するドイツ連邦憲法裁判所の一連の判決群が、EU加盟各国で参照されていることなどが挙げられよう。
- (61) 比較憲法の方法論に関する近時の議論として、Schönberger (Fn. 8)； M. Kotzur, JoR n. F. 63 (2015), S. 355 ff.； C. Hillgruber, ebd., S. 385 ff.； S. Buer, ebd., S. 389 ff.； A. B. Kaiser, German L. J. Vol. 18 No. 2 (2017), pp. 293 ff. など一般国家学はその性質上、比較憲法の視点も有していたが、その現状について前掲注(45)を参照。さらに、ドイツの高等教育・学術研究政策において強い影響力をもつ学術審議会がまとめた報告書「ドイツにおける法律学の展望」(二〇一二年)——これは、ドイツの法学者全般に大きな波紋を投げかけるものとなった——が、法律学のドメスティックな傾向を指摘し、基礎法学および学際性の強化と並んで、こんにちの法学に「国際的な観点を参照し、批判的に取り入れる方法 (Methodik)」が必要だ

- と説いたことは注目に値する。Wissenschaftsrat (Fn. 52), S. 25.
- (62) H. C. Röhl, VVDSfRL 74 (2015), S. 7 (26).
- (63) Haitronner, *supra* note 3, pp. 10, 79 ff. *et passim*.
- (64) *Ibid.*, pp. 151 ff. の点については、C. Möllers, in: Jestaedt u.a. (Fn. 3), S. 281 (362) (邦訳三〇七頁) も参照。アメリカの動向を参照しつつ憲法学を裁判所実務から引き離す方向を志向するものと、Schönberger, in: Vesting/Korioth (Fn. 3), S. 7 (22).
- (65) U. R. Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißbrauen, 1998, S. 73 ff., 81 ff. ノブシマスも、アメリカとの比較と同様の指摘を行う。O. Lepsius, in: Jestaedt u.a. (Fn. 3), S. 159 (239 f.) (邦訳一九八頁:「アメリカ人の目には、『ドイツではむしろ脱政治性、合理性、ならびに憲法による拘束の表明として理解され評価されているところのものが、逆に、偽装された政治として映る』。ゆえに、W. Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 240 (「法が終るところから政治が始まる、法と政治は完全に対置される。あるいは、法律家の任務は非政治的な法を扱うことであると、この見解がいまだに浸透しているが、これは誤っている」)。
- (66) ドグマテイクと法政策の対置については、Wahl (Fn. 36) を参照。
- (67) A. v. Bogdandy, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Fn. 3), S. 133 (142).
- (68) Möllers/Vogelbein (Fn. 35), S. 330; A. v. Arnould, VVDSfRL 74 (2015), S. 39 (48 f.).
- (69) v. Bogdandy (Fn. 67), S. 149. Jestaedt (Fn. 1), S. 10 もまた、ドイツにおける「公法・民法・刑法」の厳格な分類が、議論のバリエアを形成していることを指摘する。
- (70) J. Isensee, JZ 2009, 949 (953 f.).
- (71) Schoch (Fn. 39), S. 99.
- (72) 例えばK・ハッセの『ドイツ憲法綱要』(初版:一九六七年、第二〇版:一九九五年)はこれまでロシア語、日本語、韓国語、ポルトガル語、中国語にそれぞれ翻訳されている。P. Häberle, in: ders. u.a. (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2015, S. 893 (905).
- (73) O. Lepsius, in: Schulze-Fielitz (Fn. 3), S. 319 (326 f., 344 f.). ゆえに参照 M. Jestaedt, Verfassung (Fn. 3), S. 101 ff.
- (74) 本稿の指摘するものは、Schulze-Fielitz (Fn. 1), S. 31.

- (75) 「独仏公法対話サークル」の活動につき参照 <http://www.dfgk.uni-freiburg.de/> (二〇一八年三月二日アクセス)。
- (76) 下記の記述に *L. Hauschling*, in: v. Bogdandy u.a. (Fn. 1), § 28 Rn. 21 ff., 26 f., 41 f., 50 ff.; *Schönberger* (Fn. 2), S. 9 ff., 13 ff., 16 ff.
- (77) 詳しくは、山元一『現代フランス憲法理論』(二〇一四年) 六四九頁以下。
- (78) *Schönberger* (Fn. 2), S. 18.
- (79) フランス憲法学におけるドグマティックの欠如については前掲注 (38) も参照。
- (80) *Schönberger* (Fn. 64), S. 10 ff., 13 ff.
- (81) *M. Stollis* (Fn. 11), S. 356 ff. 国法学者協会に所属する学者の多数派が中道保守を自認するのに対して、SPD/FDP 連立を支持するような「リベラル」な学者は極めて少ないと指摘する。教授資格請求論文のテーマ選定に関しても、一九五〇年代に社会保障法について書こうとした者は思いとどまるよう忠告され、さらに環境法に関しては一九七〇年代までそのような状況であったとどう (ebd., S. 358)。もっとも、近時の憲法学コミュニティはリベラル化してきているとされる。  
*Schulze-Fielitz* (Fn. 1), S. 37 f.
- (82) 詳しくは、高田篤「戦後ドイツ公法学におけるケルゼン」文明と哲学四号 (二〇一二年) 七四頁以下、同「ドイツにおけるケルゼン『再発見』と国法学の『変動』の兆し」法律時報八八巻三号 (二〇一六年) 一〇二頁以下。
- (83) イーゼンゼー＝キルヒホーフ編『国法学ハンドブック』で展開される伝統的なドイツ憲法学の民主制観に対する批判として *Schulze-Fielitz* (Fn. 1), S. 271 f.
- (84) *C. Schönberger*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, 2013, S. 207 (208). さらに *H. Dreier*, in: Häberle u.a. (Fn. 72), S. 219 (238 f.).
- (85) 従来<sup>1)</sup>の憲法学における民主制軽視への批判として *O. Lepsius*, *Der Staat* 52 (2013), S. 157 (158 ff.). さらに、比例原則との関連で *ders.*, in: Jestaedt/*ders.* (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, S. 1 (38 ff.); *M. Jestaedt*, ebd., S. 293 (300 ff.).
- (86) *Lepsius* (Fn. 65), S. 214 (邦訳二〇二頁: 「判決年と事案内容は、……ドイツの法律家にとって重要な情報を含んでいない。一般的な抽象的な規範を論じる場合には、当該判決が何年に下され、どのような事案内容に対する判決であったかは全くおこぼ重要ではない」)。
- (87) *W. Kahl*, in: *Deppenheuer/Grahnwarter* (Fn. 3), § 24 Fn. 14.

- (88) R. Wahl, JZ 2013, 369 (375 ff.).
- (89) M. Jestaedt, in: Depenheuer u.a. (Hrsg.), *Nomos und Ethos*, 2002, S. 183 (188 ff.). 「基準定立権力」の語は *Lepsius* (Fn. 65), S. 159 ff. (邦訳 133頁以下)。司法権の本質を個別的な紛争の解決という点に見出し「判例の射程をコンテクストに及ぼす必要と主張するものとして」 *Pyzandeh* (Fn. 42), S. 468 f.
- (90) Schönberger (Fn. 2), S. 48 f. 以下。後述四(三)を参照。
- (91) 過去の判決にまつ事案の特性を勘案する必要性を強調するの *Lepsius* (Fn. 13), S. 18, 22 ff., 44 f., 56 ff. のほか Schönberger, *VVDStRL* 71 (2012), S. 296 (320 ff.); *Jestaedt* (Fn. 29), S. 147 f. (邦訳 118頁以下); *Möllers* (Fn. 30), S. 364 f. (邦訳 216頁以下); ders., Die Möglichkeit der Normen, 2016, S. 443 ff.; v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 57), S. 55 ff.
- (92) 批判として *F. Meinel/B. Kraam*, JZ 2014, 913 (913 f.).
- (93) Henne/Riedlinger (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, 2004. ほか *プロトコル* 決定にまつ *Doering-Manteuffel* u.a. (Hrsg.), *Der Brokdorf-Beschluss des BVerfG 1985*, 2015. 以下。歴史的・社会的コンテクストを重視した新たな憲法判例集として *Menzel/Müller-Terpitz* (Hrsg.), *Verfassungsrechtsprechung*, 3. Aufl. 2017.
- (94) v. Ooyen/Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 1. Aufl. 2006, 2. Aufl. 2014.
- (95) *Meinel/Kraam* (Fn. 92), S. 916 ff.
- (96) この点で特に注目されるのは、隣接分野のコンテクストのなかで法を新たに定位し直すことを目的として、二〇一〇年にベルリン高等研究所 (Wissenschaftskolleg zu Berlin) に設置された「コンテクストのなかの法 (Recht im Kontext)」プロジェクトである。参照 <https://www.rechtinkontext.de/start/> (二〇一八年三月二二日アクセス)。
- (97) 詳細は *Möllers* (Fn. 42), S. XII, XL. *ケルゼン* の *三つ* 前記三(四)。タービン *R. Thoma* (Hrsgg. v. H. Dreier), *Rechtsstaat - Demokratie - Grundrechte*, 2008. *ネヘルメ* *ケルゼン* の *F. Meinel*, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*, 2. Aufl. 2012.
- (98) そう指摘するものとして *v. Arnau* (Fn. 68), S. 60.
- (99) このような方向性を示すものとして *Schönberger* (Fn. 64), S. 18 f.
- (100) ドグマテイクが広まらなかったのは、憲法学のみの責任(あるいは功績?)ではない。他分野にも目を転じれば、戦後川島武宜の「科学としての法律学」の主張や、加藤雅信の「認識としての法律学」の構想など、判例研究を中心課題とす

る法律学が盛んに提唱され、法学の教義学的性質・体系志向がむしろ忌避されてきたという事情が挙げられる(参照、田中成明『法的思考とはどのようなものか』(一九八九年)第五章)。この点、日本の思想の伝統まで遡りつつ、ドイツ法との比較から鋭い分析を行うものとして、G. Rahn, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan*, 1990, S. 23 ff., 202 ff. (101) ロースクール時代の憲法学につき、棟居快行『憲法学の可能性』(二〇一二年)第七章。

栗島 智明 (くりしま ともあき)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科助教

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程単位取得退学

所属学会 全国憲法研究会、憲法理論研究会、ドイツ憲法判例研究会

専攻領域 憲法

主要著作 「大学の自治の制度的保障に関する一考察——ドイツにおける学問の自由の制度的理解の誕生と変容」『法学政治学論究』第一〇六号(二〇一五年)

Gegenwärtige Diskussion über Artikel 9 der japanischen Verfassung - Die

„Neuintepretation“ als Rechtsproblem, in: *ZJapanR/J. Japan*. L. 42

(2016), S. 37 ff.

Die Janusköpfigkeit des OGH als Revisions- und Verfassungsgericht -  
Gegenwartsprobleme und Zukunftsperspektiven, in: *ZJapanR/J. Japan*. L.

44 (2017), S. 143 ff.