

Title	ジーボルト賞受賞記念講演 公法学における日独学術交流の意義
Author(s)	高田, 篤
Citation	阪大法学. 2014, 63(6), p. 161-173
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/68002">https://doi.org/10.18910/68002</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

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

Osaka University

ジーボルト賞受賞記念講演

## 公法学における日独学術交流の意義

高田 篤

### 一 はじめに

1 本日は、このように多くの皆様方にお越しいただき、ありがとうございます。大変ありがたいことであると、心より感謝申し上げます。

本年六月一九日に、ベルリンのベルビュー宮殿庭園での式典において、ヨアヒム・ガウク連邦大統領より第三回フイリップ・フランツ・フォン・ジーボルト賞をいただきました。あまりにも畏れ多いことだと、今でもとまどっております。大統領が授賞式に際して挙げられました主な受賞理由は、私がごくささやかに行って参りましたドイツ公法学研究と、法学分野における日独学術交流などでした。しかしながら、法学分野におけるかつての受賞者の皆様方があげられました研究上の業績に比べれば、私のそれが取るに足らないものであることは明白です。したがって、受賞の重点は日独学術交流にあることとなります。そして、日独学術交流につきましても、私自身

は、偉大な先達が積み上げてこられた伝統に従い、それを現代的な仕方で行っているだけであり、また、それは、常に同時代の大変に優れた同僚 (Kollegen) との協働 (Zusammenarbeit) としてなされたものです。したがって、今回の受賞は、私自身の業績というよりも、法学分野における日独学術交流を持つ価値を高く評価していただき、私が、ふさわしい「代表」であるとは思いませんが、たまたまそれを「代表」させていただいた、ということだと考えております。

そこで、本日は、何故、日独法学交流にそのような大きな意義があるのかについて、特に公法学を例に、歴史的に考えてみたいと思います。

## 二 「意欲された」日独公法学交流

2 日本におけるドイツ法への関心は、近代化の当初から非常に大きいものでした。ドイツ法の大きな影響力については、ドイツにおける法に関する「知」(Wissen) のあり方に原因を求めることも可能でしょう。例えば、上山安敏先生は、「人間集団としての法律家社会グループ」<sup>(1)</sup>に着目され、法社会史の観点から、「法学」に刻印付られたもの、として、ドイツ法の特徴を説明されます。上山先生は、私が研究者の道に進む決心をした際、最も大きな影響を与えてくださった先生のお一人です。

上山先生によると、ヨーロッパにおける近代化の後進国だったドイツでは、知識社会が市民社会の中に形成されず、大学文化の型を採った。そのことが、逆に、大学内で学問間の相互交流を可能にし、法学に対し、時代の思想、神学や哲学等が大きな影響を与えた。また、強大な中世中央権力が存在せず、近代化がラントの強力な領邦国家によってそれぞれ担われたことによって、判例法を生み出すギルド化した法律家階層の発展が妨げられた。したがっ

て、「法学」・「教授」が実務に対して強い影響力を持ち得ることとなった（「教授法」）。つまり、「法学」は、時代の思想と交流すると同時に、実務への実用化を目指したのであって、ドイツにおいて、時代の思想と法実務を媒介する「転轍機」の作用を有していた（「横割り型」社会としてのドイツ法知識社会）。このように、上山先生は、ドイツ法学の学問としての力と実務への影響力を説明されます。<sup>(2)</sup>

私自身には、ドイツ法の影響力について一般的に考察し、判断する力はありません。そして、上山先生のひとつのお仕事はきわめて具体的なものであり、また、ドイツ法の影響についても、例えば本日お越しくださっている石部雅亮先生が積み重ねてこられましたように、時代ごと、領域ごとに検討していくことによって、明らかになっていくものでしょう。したがって、私は、ここでは、ドイツ法の影響について、主に、公法学における特に第二次大戦後のそれに焦点を絞って、考察したいと思います。

3 近代化の初期状況について、日本とドイツは大変よく似ていました。ドイツでは、法治主義が、根本から新たに築き上げられなくてはなりませんでした。そこで、ドイツでは、その時々の憲法問題を記述し、それに対処するだけではなく、法治主義の政治的・文化的基礎やその可能性を問うということがなされ、公法学が大きく発展しました。したがって、日本では、多くのドイツの憲法・公法制度が継受されただけにとどまりませんでした。初期状況が似ていたことと、ドイツ公法学のレベルの高さゆえに、日本では、専らドイツにおける議論の展開と取り組むということが行われました。そして、同じことが、一九二〇年代以降も続きました。民主制を追究したヴァイマル期の公法制度・公法学に、関心が持たれたのです。

4 このような理由から、第二次大戦前の日本においてドイツ公法に対する関心が高かったことは自然なことでした。しかしながら戦後は当然のことではありません。なぜならば、戦後の憲法・公法の体制は、アメリカから直接

大きな影響を受けたからです。公法学においても、一九五〇年代の終わりまでは、公法学に対するドイツからの影響を、明治憲法体制と結びつけ、そのものをネガティブに評価し、そこからの訣別を志向する潮流もありました。幸い、それが貫徹されることはありませんでしたが、一定の期間、インパクトを持ちました。その結果、戦後日本におけるドイツ法・ドイツ法学への関心は、相対化されましたが、高いレベルで維持されたのです。これは、戦前におけるように、当然のこととは言えません。つまり、公法学における日独交流は「意欲された」ものになったのです。

### 三 日独公法学交流の実際のある方——二つの具体例から

5 では、私たちは、一体何故に日独公法学交流に対して大きな「意欲」を持つのでしょうか。それを考えるために、ここでは戦後における二つの交流事例を観察したいと思います。二つの事例は、現在においても盛んであっても、私自身が興味を持って参加しているものです。本日の会が大阪大学で行われているということなどからして、最初に取り上げるにふさわしい事例は、法治主義研究の領域における交流です。阪大は、永らく、法治主義研究・研究交流の拠点であり続けています。

法治主義については、日独できわめて似通った概念・議論が妥当しています。立憲君主制下で、法治主義は、専ら、行政の自由と財産に対する介入についての法律の留保を意味しました。一九四七年の日本国憲法と一九四九年のボン基本法の下における法治主義においては、人権の不可侵性と憲法裁判権が設けられました。法治行政に関しても、留保領域は拡大されました。それどころか、民主的法治主義への構造転換によって、行政の活動にとって法律による授権は、例外ではなくなり（「留保」という表記は、その例外性を示すものです）、むしろ原則となりまし

た。日本では「授権原則説」が唱えられ、ドイツでは「本質性理論」が確立しました。法律による規律・羈束もテーマ化されるようになりました。

6 両国の議論においては、「実質的法治国」という概念が重要な役割を果たしました。この概念は、両国において、それぞれ別々に考案 (erfinden) されました。概念は全く同じだったのですが、振り返ってみますと、そこでの重点は、両国において異なっていたように思われます。すなわち、ドイツにおいて、「実質的法治国」という概念は、ナチスによる支配と、その前史たるヴァイマル期への反省から、実質的価値に定位していました。ヴァイマル期に対する評価が変わり、価値に定位した憲法裁判所の実務に対して批判がなされるようになると、一九七〇年代の終わり頃から、この概念が再検討されるようになりました。最近のドイツにおいて、同概念は、主として法治主義の実質的側面を意味するものとされています。法治主義には、形式的側面と実質的側面の両方が共にある、とされるのです。これに対し、日本において、「実質的法治国」という概念は、第一義的に、立憲君主制の憲法たる明治憲法から、不可侵の人権を保障し、違憲審査制を備えた日本国憲法への、実定憲法における構造転換を表示するものです。同概念は、日本において、憲法の発展段階を表しています。したがって、日本の公法学において、同概念を再検討する気運は全く大きくないように見られます<sup>3)</sup>。

7 概念が同一であり、議論が同様であるにもかかわらず、ここでは、公法学の課題と文脈の相違を、はっきりと見て取ることができるように思われます。つまり、日本の公法学は、日本国憲法と同時に、初めて立憲民主制を経験したのに対し、ドイツの公法学は、すでにヴァイマル時代に立憲民主制を、そしてそのナチス支配への転落を経験したのです。

8 二つめの事例は、ハンス・ケルゼン研究です。これは、私が、学部学生の時代に、私の恩師である阿部照哉先

生の国法学の授業を一つのきっかけとして興味を持ち、今日に至るまで約三十年間取り組み続けているテーマです。一九八〇年代まで、ドイツにおいて、ケルゼンは、忘れられた存在である以上に、ケルゼンに触れ、依拠することはタブー化されていました。法実証主義の代表者であるケルゼンは、克服されたものとみなされ、法実証主義が法律家のナチスに対する抵抗力を弱めたとして、ナチス支配への転落の責任まで負わされました（ラートブルフ・テーゼ）。そして、ケルゼンの価値相対主義の立場、イデオロギー批判の方法は、実体的な価値に定位していた戦後ドイツ国法学のドグマティックにとつて無用のものでした。また、ケルゼンの国家概念批判、国家と法の同一性の理論は、国家概念に定位していたドイツ国法学理論から、大きな反発を受けました。確かに、ケルゼンを参照しつつ、豊かな研究を発展させたイエツシュ、ルップ、アハターベルクのような研究者もいましたが、一九六〇年代、一九七〇年代において、彼らは少数派にとどまりました。少なからぬ研究者が、ケルゼンに触れることに不安すら持っていたのです。<sup>(4)</sup>

これに対し、日本では、ドイツにおけるのとは異なり、ケルゼンは、一九八〇年代まで、特に憲法学において非常に重要でした。「憲法科学」と「憲法解釈」、「認識」と「価値判断」の厳格な区別は、一九八〇年代までの日本の憲法学にとつて、基本的骨格をなしていました<sup>(5)</sup>が、そこにはケルゼンの影響が見られます。ケルゼンの方法論上の厳密性は、公法学の重要な部分となっていたのです。ケルゼン国家学の具体内容も、根本規範論、法段階説、民主制論、議会制論、憲法裁判所論など、日本において少なからぬ影響がありました。しかしながら、日本の公法学に対するケルゼンの最も重要な影響は、彼のイデオロギー批判であり、それは日本の公法学の学問性を維持するために不可欠のものでしたのです。<sup>(6)</sup>

9 しかしながら、一九九〇年代から、状況は急転しました。ドイツにおいて、ケルゼンは、ヴァイマル期の最も

著名な四名の理論家（「カルテット」とも称されることがありますが）、シュミット、スメント、ヘラー、ケルゼンの中で、最も引用される理論家になりました。<sup>(7)</sup>ケルゼンがその「国家学」の中で展開した個々のテーマ、例えば、国家概念、議会主義、民主制、法秩序の段階構造、国家結合などにも、多くの国法学者が興味を示しています。<sup>(8)</sup>ケルゼンが、いわば「再発見」されたのです。二〇〇七年には、約四〇巻にのぼるケルゼン全集の刊行が始まりました。<sup>(9)</sup>ケルゼンは、現在の公法学の具体的諸課題と向き合い、克服する上で有用である、<sup>(10)</sup>とみなされているのです。

これに対し、日本では、一九九〇年代以降、ドイツとは反対に、ケルゼンへの関心が後退しました。憲法学では、方法的厳密性に基ついた実証主義的な学問のあり方が、不十分なものとして批判されるようになりました。影響のあった批判の一つに、佐藤幸治先生のそれがあります。すなわち、佐藤先生は、「規範は規範、現実とは現実と割り切」<sup>(11)</sup>ることでは不十分であるとの立場から、生きた「人間」の日常生活に基盤をおきながら「良き社会」の形成に向けて努力することにこそ「政治」の存在理由があり、日本国憲法はそうした「人間」と「政治」のためにこそある。したがって、国民主権について、自律的人間の「生」を可能ならしめる「物語」(narrative)の共有という視点が重要である、とされます。<sup>(12)</sup>また、高橋和之先生も、宮沢俊義先生、樋口陽一先生のイデオロギー批判を批判的に検討して、理念が制度化されていないことを暴露するだけではなく、「理念を制度化するには、いかなる可能な諸制度が存在するのか、それら諸制度が理念といかなる適合関係をもつのかを提示するのも憲法学の課題でなくはならない。制度が理念通りに機能していないことを指摘することも重要である。しかし、さらに進んで、いかなる制度がいかなる条件の下で理念通りに機能するか、しないか、またどの程度において、を分析することも憲法学の任務でなくてはならない」、<sup>(13)</sup>とされ、「イデオロギー批判を越えて進まねばならない」、<sup>(13)</sup>と言われます。佐藤先生、高橋先生らの議論とそれが持った意味について、批判的な検討を行う必要がありますが、ここでは、時間の



関係で、それを遂行することができません。ただ、そこにおいて、「生」や「政治」が強調されていたことについては、それがドイツのヴァイマル期における「旧派」を批判したシュミット、スメント、ヘラーらの「新派」議論と、文脈と内容を異にするとはいえ、表面上の並行性を観察することができます。そして、この時期の日本の憲法学が、実定憲法、日本国憲法を相当自由に読み込み、大胆に理論を展開し、その下における法政策の追求を志向したこと、また、そのような傾向を代表する論者が、実際の制度形成に深くコミットしたこと、さらには、「政治」や制度が、必ずしも論者の思い描いたように機能、展開しなかったことなどにも、ヴァイマル期の国家学を学んだ者としては、興味を呼び起こされるところです。いずれにせよ、このような傾向が強まったこともあって、日本においては、イデオロギー批判だけではなく、ケルゼンが展開した個別の議論への論及も、減少することとなりました。

10 このように、ケルゼン研究について、第二次大戦後の日独両国の公法学は、対照的です。それが最も如実に現れているのは、ケルゼンに対する評価においてでしょう。ドイツにおいて、ケルゼンは、かつては、タブーでしたが、今や、「新たな」定位点であり、公法のアクチュアルな諸問題についての研究を推し進めていく上で「役に立つ」発想の源泉です。これに対し、日本において、ケルゼンは、永らく学問性に対する重要な尺度でしたが、現在、ケルゼンへの関心はやや減少しています。また、ケルゼンに対する関心の重点も、両国において異なっています。ドイツにおいて、関心は、専らケルゼンの国家学における個々の規範的問題設定に向けられており、彼の社会学的、人類学的研究には向けられていません。それに対し、日本では、関心は、ケルゼンの取り組んだ個別のテーマよりも、むしろ、彼の方法的考察に向けられています。もともと、日本におけるケルゼン研究は長い伝統を持っていますから、個別のテーマについての研究業績も「膨大な」ものではありません。このように、両国において、対照

的な現象が見られることは、ケルゼン研究にとどまらない、公法学全体の状況についての相違を反映したものだと思われまます。

#### 四 「具体化され、人によつて担われる法学的の普遍化」への努力としての日独法学交流

11 これら二つの事例から、我々が公法学において日独交流に大きな「意欲」を持つてきた理由と、その将来への見通しが明らかになるように思われます。日独交流は、もはや継受ではありません。概念が同一であったり、学問上の関心や議論が似通つていたとしても、両国の公法学は、それぞれの経過を辿り、独自のダイナミズムを持つているのです。例えば、ドイツの「本質性理論」が、日本の法行政論に大きな影響を与えたとしても、それはドイツの学説がそのまま継受されたわけではありません。日本においては、既に一九五〇年代の終わりに、侵害留保説に対する有力な批判が展開されていきました。<sup>(14)</sup> 批判論は、立憲君主制から立憲民主制への構造転換の意義を強調し、広い範囲で支持を得ていました。そこでは、法律による授権は行政の活動にとつて原則であるとされ、法律による羈束についても議論がなされていきました。<sup>(15)</sup> こういった基礎があつたからこそ、「本質性理論」が、日本において、議論の自然な帰結として受容されたのです。概念や体系の同一性や相似性は、両国の公法学における共通の基盤となつているのである。

12 日独学術交流を通じて、両国の学問は、それぞれ、自らの独自性をよりよく知ることになります。ドイツにおけるケルゼン研究の在り方を経験することによつて、日本のケルゼン研究は、客観化され、相対化され、そのことを通じて省察可能になります。この日本の研究状況は、およそ日本の公法研究者の関心と課題、および、公法学の文脈を反映しています。そして、同じことが、ドイツについても言えるのです。したがつて、ケルゼン研究につい

て日独学術交流を行えば、両国のケルゼン研究と公法学の独自性が明らかにされることとなります。また、多くの対照的な違いにもかかわらず、日独のケルゼン研究の結果には、多くの共通性も見出されます。それらは、高い蓋然性でもって、一般的な性質を持っていると言えるでしょう。日独交流は、両国のケルゼン研究の普遍性を高めることになるのです。

13 公法学の日独交流は、両国の研究者が共通基盤に基づいて行うコミュニケーションとなります。我々は、交流を通じて、自らをよりよく知り、我々の学問の普遍性を高めめます。法学における具体的な交流は、具体的な人によって担われてきましたし、今後も人によって担われます。したがって、仮に私が、優れた人々によって担われる法学分野における日独交流を、「具体化され、人によって担われる法学の普遍化への努力」と呼んでも、それは決して誇張ではないように思われます。自然科学と比較いたしますと、法学は実務拘束性・文脈拘束性をその特徴とします。しかしながら、法学は、同時に、それが学問である以上、普遍性に定位し、普遍的な説得力を持たなければなりません。それをしてどのようにして具体的に追究するのは、法学者にとって、最も困難な課題です。もしも、我々の研究結果が、学問における共通の基盤を分かち合いながら異なる文脈を持った尊敬に値する研究者に対して説得力があるとすれば、それは、我々の研究活動における努力が普遍化に向けて進んでいることを示すよい兆候、と受け取ることが、ある程度ではありましようが、可能なように思われます。したがって、日本とは異なる文脈にいるドイツの法学研究者達に、日本の文脈を比較という方法で明らかにし、我々の研究結果を客観的に説明することは、普遍性の追究、すなわち普遍化であると言い得るのではないのでしょうか。また、ドイツの法学研究者にとっても、彼らの研究結果とその説得力が日本の法学研究者によって客観的に、そして、方法論的緻密さを持って分析されている、ということを意識することには、少なからぬ意味があると考えます。

## 五 おわりに

14 法学分野における日独交流は、法学の普遍化を追究する人々の学的コミュニケーションとして機能することができるでしょう。しかしながら、この人的なサークルは決して閉じられたものではありませんし、そこにおいて日本やドイツの法学研究者が特権的地位を占めているわけでもありません。学問における共通の基盤が存在し、文脈拘束性への繊細な意識が共有されていれば、普遍化を追究する法学的コミュニケーションは、多くの担い手を得ることができるといえます。そして、その担い手の範囲が拡大すれば、法学の学問性はより高くなるだろうと思われ

15 世界中を見れば、日独法学交流に比較し得る現象も見られ、その広がりや深まりがアジア諸国においても期待されるところです。近隣諸国、特に韓国、台湾の法、法学は、日本法、ドイツ法の影響を重層的に受けています。台湾の民法法については、石部雅亮先生が鮮やかに明らかにされています。韓国、台湾の法学者には、本邦を越えたいだいでいる崔光濬 (Tschhe Kwang Jun) 教授のように、我々と共通の基盤を持ちつつ、ご自身の文脈について繊細な意識を持たれている方がおられます。近隣諸国の法学研究者との交流は、そもそも重要ですが、普遍化という観点からも、それは捉えられたいと思います。

16 二十年来、外国法・外国法学の資料へのアクセスが、驚く程容易になっていきました。しかしながら、外国法・外国法学についての知見が増えることは、それだけでは多くのものをもたらしません。方法論と文脈への繊細さを持つこと、概念と体系を大切にそれらに注意を払うこと、歴史的な捉え方を行うこと、自己相対化・自己省察の能力と用意があることなどがなければ、多くの知見を集めたとしても、それは単なる情報にとどまり、そこ

からしばしば性急な結論が引き出されるだけということになってしまっている。それは、「論拠としてだけの比較法学」(Rechtsvergleichung nur als Argument)とでも称すべきあり方です。つまり、学問性に基づく学的交流を行わなければならないのであって、それによって、我々は、他を知り、自らをよりよく知ることができます。尊敬に値する研究者との対話によって、我々は、我々自身の学問のレベルを高めることができるのです。そのような交流、対話に定位することによって、我々の日常的な学的努力は、普遍化への努力となりましょう。そのような努力を具体化し意識的にするためには、実際に交流、対話を行い、それをさらに発展させることが重要です。私に對する今回のジーボルト賞授与は、非常に畏れ多いものであり、私自身は今でもとまどっております。とは言え、それは、交流、対話を促進するよう機能しなければなりませんし、その意義は、それに尽きると思います。

(1) 上山安敏『法社会史』みすず書房(一九六六年)四二八頁。

(2) 上山・前掲注(1)五〇九頁、一三〇―一九頁。

(3) 高田敏『法治国家観の展開——法治主義の普遍的近代化と現代化』有斐閣(二〇一三年)参照。最近のドイツの状況については、五五五頁以下、とくに、五五七―五五九頁、日独文脈の相違については、五六四―五六五頁。また、Bis Takada, Universeller Anspruch grundrechtsgeprägter Rechtsstaatlichkeit, in: Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 221-228; 高田篤「生存権の省察——高田敏教授の『具体的権利説』をめぐる——」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』法律文化社(二〇〇六年)所収一七三頁。

(4) Horst Dreier, Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre, 2001, S. 27 ff.; Oliver Lepsius, Hans Kelsen und die Pfadabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, 2013, S. 250 ff.; 高田篤「戦後ドイツ公法学におけるケルゼン——ケルゼンのタブー化と『ケルゼン・ルネッサンス』について——」文明と哲学四号(二〇一二年)七六―八〇頁。

- (5) Atsushi Takada, Der Einfluss von Hans Kelsen auf die japanische Verfassungsrechtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg, in: Wilhelm Braunerder/Kazuhiko Takii (Hrsg.), Die österreichischen Einflüsse auf die Modernisierung des japanischen Rechts, 2007, S. 42 f.
- (6) A. Takada (Fn. 5), S. 47 f.
- (7) Lepsius (Fn. 4), S. 254 f.
- (8) Vgl. Ulrike Lembke, Weltrecht - Demokratie - Dogmatik —— Kelsens Projekte und die Nachwuchswissenschaft, in: Jestrædt (Fn. 4), S. 225.
- (9) Matthias Jestrædt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke, Bd. 1, 2007; Bd. 2 I, 2008; Bd. 2 II, 2008; Bd. 3, 2010; Bd. 5, 2011.
- (10) 高田篤・前掲注(4) 八三頁。
- (11) 佐藤幸治「憲法学と私」法律時報二〇〇九年一〇月号(八一巻一一号)一〇一四号) 五五頁。
- (12) 佐藤幸治「憲法」新版『青林書院(一九八九年)』二頁。
- (13) 高橋和之「『イデオロギー』批判を越えて——憲法学の課題についての覚え書き——」同『国民内閣制の理念と運用』有斐閣(一九九四年) 所収七～八頁。
- (14) 例えば、高田敏「行政行為の法適合性」公法研究一八号(一九五八年)。
- (15) Atsushi Takada, Die „Verwaltungsreform“ in Japan —— Abkehr vom „System des informellen Verwaltungshandels“?, DÖV 2002, S. 274 N. 20.