

《書 評》

公法学史方法の日独比較

Christoph Schönberger, Der „German Approach“:

Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich,
mit Beiträgen von Atsushi Takada und András Jakab (2015)

三 宅 雄 彦

一 対話サークル・公法基礎

1 インターネット時代の現在、これにより、我々法学者は論文検索や資料収集など比較法研究において計り知れない恩恵を受けているが、それは、在外研究や海外留学の意義を相対化する訳でなく、却って彼の地の研究者と直に意見交換することの重要性を際立たせている。しかし、実定法としての言語それ自体を検討対象とする法学の宿命から、比較準拠国の学界と接触することは、文献閲読は当然として、それと同一地平の言語の世界に飛び込むこと、故に彼の地の法学者と同様にその言語を自由に操ることを、必然的に要求する筈である。

さて、1924年の設立で、日本公法学会もその結成に際し参考にしたとのドイツ国法学者大会。戦後はほぼ一貫して毎年1回、10月初旬に二日に渡り開催されてきたが、ここ数年は、前日の午前にEU法、行政法、基礎理論の三つの対話サークル(Gesprächskreis)も実施されている。この基礎理論部会で、憲法学につきドイツ国法学者と議論を堂々と活発に交えてきた、一人の学者がわが国を代表して報告したのだが、これを紹介することは、2014年10月1日にデュッセルドルフでそこに居合わせ、これを目撃した者の義務であるように思われる。

2 因みに、この基礎理論部会の責任者は、対

話的解釈学方法で著名のロルフ・グレーシュナー(Rolf Gröschner)(イエナ大学)、シュミット学派出身だが今やケルゼン復興の旗手マティアス・イエシュテト(Matthias Jestaedt)(フライブルク大学)、ヘッセ門下で嘗て機能的憲法理論を提唱したハンス＝ペーター・シュナイダー(Hans-Peter Schneider)(ハノーファー大学)の三名である。それぞれ1947年、1960年、1937年の出生であり、嘗て訪日時のイエシュテトの談では、流派も世代も偏らぬような人選である、と。

当日は⁽¹⁾そのイエシュテト司会の下、クリストフ・シェーンベルガー(Christoph Schönberger)(コンスタンツ大学)が主報告「ジャーマン・アプローチ：学問比較の中の国法学(Der „German Approach: Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich“)⁽²⁾」、コメントは、高田篤(大阪大学)とアンドラス・ヤカブ(András Jakab)(ハンガリー・カトリック大学)。高田は「比較の中の国法学のジャーマン・アプローチ：一外部者の諸考察(Der „German Approach“ der Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich: Beobachtungen eines Außenstehenden)」と題し報告するが⁽³⁾、ヤカブは特にタイトルもレジュメもなく、冗談で聴衆を笑わせつつ自由に、だが高田とは対照的に締まりなく話しているように見えた⁽⁴⁾。本書評は、モール社のこの基礎理論部会の為の叢書「公法の基礎(Fundamenta Juris Publici)」から翌2015年

9月に公刊された、講演録に依拠することにする⁽⁵⁾。

二 ジャーマン・アプローチ

1 まず端的に、シェーンベルガーの言うジャーマン・アプローチとは如何なるものかといえば、彼本人が明示的に定義する訳ではないが、それは、法科学が法形成に積極的に関与する事態を指すと思われる。

第一に、19世紀半ばまでの分裂的政治状況の下にあるドイツでは、そもそも公法に統一的法典も統一的法廷も存在しなかったのである。帝政時代はおろか、ワイマール時代でさえライヒ行政裁判所はなく、憲法問題を取扱うライヒ国事裁判所もその諸権限を限定されている⁽⁶⁾。そこで第二に、各ラントの法典や法廷が逆に照射する全独の政治的一体性の不在を充填すべく、即ちどこにもない自然法や一般国法（Allgemeines Staatsrecht）を創造すべく、科学＝学問、大学と法学部、大学教授を動員する訳だ。つまり、法実務の欠損を代替するものとしての科学法（Wissenschaftsrecht）の役割である。O・マイアーの一般行政法＝行政法総論（Allgemeines Verwaltungsrecht）はその科学法の事例である⁽⁷⁾。そして第三に、この法形成に参加する法学部から法曹が養成される。このシステムは判事＝司法官僚のみならず行政官僚も対象とするが、大学伝統や法曹身分への信頼と連なり、ドイツの全法曹を包括する統一的養成制度が、法科学による以上の法形成を支持する訳である⁽⁸⁾。

2 但しこのジャーマン・アプローチは、他のスタイルと比べてこそそのアプローチである。即ち比較対象はフランス法である⁽⁹⁾。彼によると、それは、科学法でなく、裁判所が法形成を主導する事態を意味する。

第一に、絶対王政や市民革命を経た統一国家フランスでは、議会の統一的法典と最高裁判所の解釈による法形成を信頼することになる。但しこの最高裁は、中世以来の裁判所でなく政府の諮問機関であり、その決定は、内部向けに、単一命題で

明瞭簡略に、理由づけられる。コンセイユ・デタの短い判決がフランス行政法を形成する訳である⁽¹⁰⁾。従って第二に、ドイツの如き法科学や法学部は法形成には必要ない。学問的な論証は裁判所の理由づけを無駄に複雑にする有害なもので、法学者たちは最高裁の判決を唯の部外者として観察しておればよい。裁判所の如く中世由来の大学と教授は法実務から締め出される訳だ⁽¹¹⁾。ならば第三に、大学には最高裁人材を養成する役割はなくてもよい。彼らは、革命以降に新設されたエリート専門学校で育成するべきで、国会議員もこなす弁護士たちも法言語は日常言語で操るべきである。結局、社会に基礎を持つ統一的な法曹養成制度はフランスにはない⁽¹²⁾。

3 即ちシェーンベルガーの比較は、ドイツでは科学が、フランスでは決定が法形成すると語る⁽¹³⁾。だがジャーマン・アプローチは変遷する。

第一に、20世紀転換期に統一民法典と最高裁判所を得た私法学だ。科学法の思考形式は判決の理由づけの中へと浸透していくのであり、私法学はライヒ最高裁判所を自らの対話のカウンターパートとする⁽¹⁴⁾。

第二に、連邦行政裁判所と連邦憲法裁判所を得た戦後公法学である。私法学と同様に公法学もこれらの連邦裁と共生的関係を形成するが⁽¹⁵⁾、それは、一方で裁判所判決に利用可能な解釈概念や定式を供給する能動的地位を持ちつつ、他方で裁判所実務を事後に体系化するだけ、即ち裁判所が審査した／できる法や現実だけを検討し、その他の法や現実を取り囲む制度的連関に留意せぬ受動的地位に陥るのである⁽¹⁶⁾。つまり、嘗て科学法時代の構想的起草能力（konzeptionelle Entwurftradition）をドイツ公法学は喪失し、法実務を整序し跡付けるだけの法教義学（Rechtsdogmatik）の自己認識に甘んじていく。両独統一後もこの寄生状態を克服できない。公法学史や科学理論の興隆はその鬱憤の表れであり、行政法改革構想も単なるプログラムに過ぎず、政策論には公法学は創造ではなく分析しか加えられない⁽¹⁷⁾。

では、連邦憲法裁を備えたドイツ法は、コンセ

イユ・デタに加えて憲法院を持ったフランス法と、再び比較憲法上如何に対比されるか。一つ、ドイツ科学法の伝統は、フランス国法学に矢張り存在しない。即ち、憲法院判決の簡略な判決形式は国法学との対話属性を持たず、故にドイツの共生関係の象徴たる注釈書という出版形式も持たない⁽¹⁸⁾。二つ、法実務への視座は、訴訟に馴染まぬ組織法などをドイツ法の対象から外すけれど、フランスではそうした視野限定は起こり難い。理論開放性(Theorieoffenheit)が高く、政治学と競合もあるとシェーンベルガーは言う⁽¹⁹⁾。

4 そうなると、今後、ジャーマン・アプローチはどうなると言うのか。第一に、教授学説が法源になるドイツ科学法は今や過去の物である。だが法的な拘束力なくとも真理の拘束力が法科学の成功を決定する⁽²⁰⁾。第二に、科学法ならずとも教義学の役割がドイツ法学に期待される。稀有なドイツの対話関係があればこそEU法の体系化も可能になる⁽²¹⁾。第三に、だが本当は今こそがドイツの構想的起草思考の出番である。欧州化と国際化は著しく多種多様な法規範と判決群を齎したけれど、これを、憲法(Verfassungsrecht)でなく科学法の起草能力で体系化すべきなのである⁽²²⁾。

三 独公法学史の日本式視座

1 では、以上のシェーンベルガーの報告に高田はどうコメントしたか。両者の比較は後回しで、まずは評者なりに彼の見解を纏めてみよう。

まず高田は、社会史的分析に根差した公法学史探求を宣言した後で、一見してシェーンベルガー説と同様の科学法の視座を選択している。つまりドイツでは、法文化への実務家の影響力は伝統的に高くなく、この実務の弱さから法学部が法形成に積極的に参加することになり、それ故ドイツ法学では科学的照射も実務的意味も、共に強い、と言う⁽²³⁾。

但し、高田のシェーンベルガーとの積極的な一致はここまでである。第一に、国法学の科学的照射の評価とは、ゲルバーの自然史的方法、イエリ

ネクの社会学的方法、ケルゼンの純粋法学など、流派は様々だが、一見抽象的なテーマさえ方法論的な了解を語ることの意味し、第二に、国法学の実務的意味の肯定は、伝来の諮問活動や鑑定活動、更に、連邦憲法裁にその批判的学説が引用されることなど、国法学の判決や法律、実務の現場での学問権威を承認することを意味する⁽²⁴⁾。膨大な法素材を概念と体系で処理しつつ、それでいて法外的要素も取り込む、ここにドイツ国法学の輸出品たる価値があるというのだ。

2 更に高田は、ラーバント学派が法学的方法で公法学を確立したとの理解を前提に、第二帝政後と基本法以降の国法学の展開を記述する。

一つ、ビスマルク体制では行政最良と反議会制の立場、合法性志向と効率性重視の立場が採られ、非党派的中立性が標榜されたという。故にこの思考では、帝国の国家運営を批判的に吟味するのは難しい⁽²⁵⁾。

だが二つ、第二次大戦後、一転して議会制への広範なコンセンサス、憲法法の拘束力、直接民主制濫用の拒否が基本法で定着した以降は、同時にこの下で多元社会も到来、大学と学問が同質性を失うという。多元が分裂を帰結せぬように共通の法的基盤が要求されるのである。この任務を引き受けるのが戦後のドイツ国法学であると高田は述べる。つまり、矢張り戦後設立の連邦憲法裁判所、これとの対話を通じて、多元社会を束ね纏める国法学共通の自己認識を形成するというのだ⁽²⁶⁾。曰く、この共通性あってこそ多元的な独国法学の魅力が世界で輝く。高い学問的水準、実務との関連性、各学説の多元性、この三要素が働かなくては、且つこれらを維持しなくては、現代国法学の更なる発展、加えて国際化の進展による困難の克服は不可能となるだろう⁽²⁷⁾。

3 だがそうなると、ドイツ国法学は、多元社会の下でその共通価値を維持し、同時に多元性を発展させるという難問を抱えることになる。そこで高田が提出するのは、垂直的分化と水平的分化の戦略である。

第一に国法学の垂直的分化(vertikale Ausdifferenzierung)とは、教義学と法理

論 (Rechtstheorie)、又は解釈学説と憲法理論 (Verfassungstheorie) へ役割分化させ、後者に基づき前者を展開することである。即ち、社会的手段として法を普遍的に考察し、具体的な解釈を通じて憲法体制を分析し秩序づける。又は、各種憲法秩序を通時的又は共時的に比較し、この憲法構造分析の成果を憲法教義学に援用する⁽²⁸⁾。その模範に援用するのはケルゼンであり、彼を援用するイエツシュであるが、高田は今日のケルゼン復興を憲法理論発展の好機と見る⁽²⁹⁾。

第二に、規範学と事実学の区別こそが高田の言う水平的分化 (horizontale Ausdifferenzierung) である。彼はこれを、憲法理論と憲法諸科学 (Verfassungswissenschaften) の分化とも表現しているけれど、この視座なくして、複雑で多様な憲法諸現象が分析と評価の混乱を帰結しても、憲法諸現象の明確な解明を齎すことはないというのだ⁽³⁰⁾。

上の戦略は、質的量的に益々重要となる連邦憲法裁を批判するにも、憲法裁への参加者の異質性、多様性、動態性に対応するにも有利であろう⁽³¹⁾。

四 比較法の中の普遍と特殊

1 さて、学会当日に必ずしも言及され議論された訳ではないけれども、シェーンベルガーと高田の見解は真つ向から対立するように見える。即ち、ドイツ全土の統一法と最高裁を欠く無制度性から共に出発しつつ、法形成における科学法の地位の評価が正反対になるのである。

第一に帝政時代からワイマール期。統一的実務の空白を、大学なり理論なり、国法学が充填するとの趣旨がシェーンベルガーの説だが、高田は真逆に、法形成の通路がないが故に、帝国体制への攻撃力を、つまり現実への批判力を、ドイツ国法学が喪失したと主張している⁽³²⁾。第二に1945年以降のドイツ。連邦憲法裁や連邦行政裁の定着が科学法の実務への影響力を弱化させたと言うのがシェーンベルガー⁽³³⁾、多元主義による社会分裂を、国法学が同じく連邦憲法裁との対話を通じた

ドイツの共通理解の創出で、阻止したというのが高田である⁽³⁴⁾。

要するに、シェーンベルガーは、無制度性故の国法科学の創造性が、基本法下の連邦憲法裁の登場で不要になったのではないかと強調し、高田は、元来の国法理論の無批判的態度が、無制度性が解消されるや否や、共通価値の創出機能へ変質したのではないかと主張する。

2 この両報告者の相違は、興味深いことに他の論点にも波及していく。つまり、科学法それ自体、又は公法学史研究の理解についてである。シェーンベルガーでは、憲法裁の発案が科学法自体の意義を削減し、だとすれば、その理論史を調べても現行法解釈に資することはない。嘗ての国法学全盛時代をノスタルジックに唯回想する程度であろう。他方高田の理解では、憲法裁と協力して統一意思を涵養してこそその国法学、だからこそ理論史研究は単なる回顧録には留まらなくなる。

この文脈上、日独報告者2名が偶然同時に論及したバツホフ門下の論客、イエツシュ (Dietrich Jesch) を彼らが如何に評価したか、からも目が離せない⁽³⁵⁾。シェーンベルガーはイエツシュに、実務と理論の戦後の対話関係の端緒を、従って同時に国法理論が衰退する徴表を、見出すのだが⁽³⁶⁾、高田はその同じイエツシュに、教義学と理論学に国法学を垂直に分化させる、従って理論の現実適応能力を拡充させる契機を、発見する⁽³⁷⁾。極論すれば、前者ではイエツシュはドイツ国法学の墓掘り人であり、後者からすればドイツ法理論を改良するメンテナンス担当者である。要するに、学説史の実践投入可能性がここで問われているのである⁽³⁸⁾。

3 ところでイエツシュといえ、1960年代初頭に門下でないがケルゼン説に依拠した全部留保説を引っ提げ学界に華々しく登場し、しかし直後に夭折した行政法学者として著名であるが⁽³⁹⁾、その本人が引くケルゼン説にも、二人の報告者は異なる評価を下しているのだ。

一方の高田は、既述の、同一性を保持しつつも難問に対応する為の国法学説の水平的分化の文脈で、ケルゼン復興に好意的に論及する。国法学の

発展の為には憲法という普遍現象の把握が必要であって、それには、純粋法学の如き高度に抽象的な理論が必要であるのだ、と⁽⁴⁰⁾。尤も高田の期待は、教義学や解釈論への適用可能性にないようだが⁽⁴¹⁾、たがもう一方のシェーンベルガーは、この流行に些か批判的である。そもそも学派なるものが受容される時代はとうに過ぎ去っているし、しかも一つに、純粋法学が基本権中心の現代公法問題の糸口でなく、一つに、抽象的な法構造分析が中心で、法実務を導く実用主義的な適用理論を持たない点で、その民主制論や法理論の意義は兎も角も、ケルゼン主義の継受がドイツ国法学説で生起する文化的前提がない。つまり彼は、「ケルゼン・ルネサンス」に疑問符を付けるのである⁽⁴²⁾。

4 では、ドイツ国法学史評価へのシェーンベルガーと高田の相違点は、一体どこから帰結するのか。以下、二、三の仮説を述べてみたいが、第一に、科学と社会の連関に制度の媒介を強調するか否かで異なる。高田は上山安敏に依拠し、いわば学説を社会構造の機能＝関数と把握する。現実政治を消極に支える帝政時代学説を否定的、社会構造の多元化に実務を介し軸心を与う戦後学説を肯定的に評価するのはそれ故だ⁽⁴³⁾。シェーンベルガーが、科学法が法実務を代替する帝政時代を積極的、科学法が不要となる西独時代を消極的に把握するのは、教養市民層に法教義を直接に語る、19世紀の国法の玉座を始点とするからだ⁽⁴⁴⁾。

第二に、比較憲法の評価につき、シェーンベルガーと高田は異なる。独仏比較を行う前者は、ドイツの固有性を発見するべく比較を用い⁽⁴⁵⁾、日独比較を試みる後者は、独法学の普遍価値を確認するべく用いる⁽⁴⁶⁾。

第三に、公法史と学説史の関連の評価の違い。シェーンベルガーは学説状況から実務状況を演繹することを戒め、それ故彼にとっては公法史あつての学説史である⁽⁴⁷⁾。高田は逆に、実務や社会を批判する学説の役割を強調するが⁽⁴⁸⁾、制度より学説が、恐らく優先されている。

五 比較法と憲法学の可能性

1 さて、本稿の目的は、二人のどちらかに軍配を上げることにはない。だが、両者の間に少々擦れ違いが見られることを指摘しておきたい。

2 まず、高田はシェーンベルガーの独仏比較の問いをどう受止めたのか。後者の図式からすれば、諸法典と最高裁という統一制度の確立から出発し、それ故に官僚法はあつても科学法を持たぬ近代日本法はフランス的というべきで、ジャーマン・アプローチは成立しえない。理論が実務に影響を持たず、実務を行政官僚又は司法官僚が支配し、大学が官僚養成機関として発足し、それ故大学教授に法科学の競争が欠如しているのは、独科学法の不継受に原因があるのではないか⁽⁴⁹⁾。憲法実務と憲法学説が別々の道を歩むという、第二次大戦後の日本公法学の状況を高田は嘆き、ドイツ国法学と法実務の魅力を語るが⁽⁵⁰⁾、本当にシェーンベルガーの科学法の問題提起に賛同するのであれば、この国の法実務と法学説の乖離が構造的アポリアであることを認め、ドイツ的な実践と理論の架橋に飛び付くことを戒め、それより寧ろフランス的な両者の断絶を日本法の宿命だと諦念し引き受けた上で、その国法学理論の開放性と学際性に期待するべきではなかったのか。

他方、シェーンベルガーは高田の日独比較の問いをどう認識したのか。教義学と法理論、又は憲法理論と憲法解釈の垂直的分化が、法文化の地盤を確保しつつ多元的法理解を発展させるという、高田の主張である。評者自身は、実証主義克服を契機に発見された憲法理論の展開にはケルゼン復興でなく、その超克こそが必要であると考えてはいるが⁽⁵¹⁾、憲法解釈のメタ理論の憲法理論の価値を推す点では高田の側に立つ⁽⁵²⁾。シェーンベルガーは、ドイツの構想的起草能力の未来を見捨てる訳ではないが、法教義学を実務を事後に整序する為の補助学と把握し、憲法理論を実務に枠付けられた実定科学と認識しているようである。だが本当は、超越性を見据えて実定性を己に服従せしめ、普遍性を手にして個別性を時に粉碎してい

くものこそ法教義学ではないのか⁽⁵³⁾。従って国家憲法の本質を抉り出し、確定判決さえこれで捻じ伏せるこの法教義学と憲法理論こそがジャーマン・アプローチだと道破し、この特質こそが理論的普遍性を導くと主張すべきではなかったのか⁽⁵⁴⁾。

3 比較憲法の洞察力と憲法理論の構想力、両者の可能性と融合の困難性を我々は本書で知った。この日独対話の成果をどう発展させるか。

《注》

- (1) Martin Burgi, Jahrestagung 2014, in: VVDStRL, Bd. 74 (2015), S. 5f.
- (2) Christoph Schönberger, Der „German Approach“: Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, mit Beiträgen von Atsushi Takada und András Jakab, 2015, S. 1-53.
- (3) Atsushi Takada, Die Eigenschaften der deutschen Staatsrechtslehre und ihre künftigen Herausforderungen, in: Ch. Schönberger, Der „German Approach“, 2015, S. 55-73.
- (4) András Jakab, Staatslehre – Eine deutsche Kuriosität, in: Ch. Schönberger, Der „German Approach“, 2015, S. 75-121.
- (5) 因みに、日本からは私以外に、戸波江二教授（早稲田大学）、鈴木秀美教授（大阪大学、現・慶応義塾大学）、松本和彦教授（大阪大学）、松原光宏教授（中央大学）が参加された。
- (6) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 19, 25f. 但し、この状況は税法領域では当時既に例外を持っていたとも言う。Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 25, Fn. 52.
- (7) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 19, 20-23; ders., Wissenschaftsgeschichte als Schlüssel zur Geschichte des öffentlichen Rechts?, in: Rechtsgeschichte, Bd. 19 (2011), S. 285-293, 292. ヤカブも統一国家不在故の一般国家学の成立の由来に言及している。Jakab, a.a.O. (Anm.4), S. 88f. なお、ここでいう科学法とは、大学制度など科学に関する法でなく、法学者や法科学など、科学が作った法を意味すること、且つ嘗ての「科学としての法律学」を示唆していないことは、言うまでもない。
- (8) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 11, Fn. 17, S. 12, Fn. 19, S. 19f.
- (9) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 7f.; ders., a.a.O. (Anm.7), S. 291f.
- (10) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 9f., 13-17, 25f.
- (11) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 16f.
- (12) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 11-13, 16f. Vgl., Schönberger, Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte, in: A. von Bogdandy/S. Cassese/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd IV, 2011, S. 495-540, 525-528.
- (13) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 23.
- (14) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 23f.
- (15) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 30-32. 尤も、連邦憲法裁の成功自体が諸条件充足による偶然の産物であり、国際化と欧州化の下それは揺らいでいるとシェーンベルガーは言う。Schönberger, Der schleichende Bedeutungsverlust des Bundesverfassungsgerichts, in: M. Ibler (Hrsg.), Verwaltung Verfassung Kirche: Konstanzer Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Hartmut Maurer, 2012, S. 55-62, 58-61; ders., Anmerkungen zu Kahlsruche, in: ders. u.a., Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 9-76, 57-65（高田篤ほか訳『越境する司法：ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社、2014年）38-44頁）。
- (16) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 32-. なお、国法学が唯の実務記述学に退いたとの既に人口に膾炙した連邦憲法裁判所実証主義の呼称もあるが、解釈の為の道具立を提供する国法学の能動的地位を見落としている点で適切でない、と言う。Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 31f.; ders., Bundesverfassungsgerichtspositivismus: Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, in: J. Nolte/R. Poscher/H. Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit: Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, 2014, S. 41-49.
- (17) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 29, 33, 38-42, 44-47. つまり、行政改革や国際化＝欧州化の下で要求される諸課題につき、行政法総論改革、制御科学アプローチ、シェーンベルガーは挙げぬが保障国家論や新行政法科学や学際研究志向など現代の諸々の試みは、法科学の伝統に比較すればその構想力は大したものではない、と。なお、拙稿『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013年）第1章。
- (18) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 37, 41.
- (19) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 36.

- (20) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 47f.
- (21) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 48-50; ders., a.a.O. (Anm.16), S. 49.
- (22) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 50f. なおこれは、憲法により大量の法素材、即ち法秩序を体系化した「具体化された憲法としての行政法」を念頭に置く言明であるが、シェーンベルガー自身がこの憲法主義化の構想に賛成する訳でない。Schönberger, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, in: M. Stolleis (Hrsg.) ; Das Bonner Grundgesetz, 2006, S.53-84, 78f. また、拙稿(前掲注17)第3章。内向性につき, Christoph Schönberger, Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie?, in: JZ, 2010, S.1160-1164.
- (23) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 61f.
- (24) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 62-64.
- (25) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 65f.
- (26) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 66f.
- (27) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 68.
- (28) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 69f. 参照, 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17号(2006年)109-130頁。
- (29) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 69-70. 参照, 高田篤「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88巻3号(2016年)101-106頁。更に, 同「私のドイツ公法学との対話」文明と哲学7号(2015年)139-149頁, 同「戦後ドイツ公法学におけるケルゼン」文明と哲学6号(2014年)46-60頁。
- (30) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 71, Fn. 26. Vgl., Takada, Der Einfluss von Hans Kelsen auf die japanische Verfassungsrechtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg, in: W. Brauner/K. Takii (Hrsg.), Die österreichischen Einflüsse auf die Modernisierung des japanischen Rechts, 2007, S. 41-56, 54.
- (31) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 72.
- (32) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 65f.
- (33) 興味深いことに, 帝政期の憲法を静態的, 基本法の憲法を動態的とする見解に, シェーンベルガーは, 憲法優位は不完全で, 憲法改正困難でなかったビスマルク憲法は動態的, 憲法裁判権を通じ包括的正義が法秩序全体を化石化する現行基本法は静態的というべき, と。だとすれば, この膠着した憲法秩序に受身の地位に甘んずるドイツ国法学に, シェーンベルガーはより消極的な評価を下すかもしれぬ。Schönberger, Aussprache, in: VVDStRL, Bd.67 (2008), S. 111f. これ以外でも, 憲法の体系的規律要求を全世界を基本法で解釈する欲望として, シェーンベルガーは憲法の興隆に否定的な立場を採る。Schönberger, Der Aufstieg der Verfassung, in: Th. Vesting/S. Korioth (Hrsg.), Der Eigensinn der Verfassung, 2011, S.7-22, 21f.
- (34) 尤もシェーンベルガー自身も, 国法学の退位を説くシュリンクとは逆に, 連邦憲法裁の確立と共に憲法自体の意味が拡大し, 同時に法教義学的言明を通じてこれに参加する国法学の意味も強力にされ, 結果的に, 国法学と裁判所が勝者共同体を為すと見るべきとも言う。Schönberger, a.a.O. (Anm.16), S. 46f.
- (35) Vgl., Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961 (2. Aufl., 1968) ; Gerhard Hoffmann, Dietrich Jesch, in: JZ, 1963, S.572f.; Otto Bachof, Dietrich Jesch, in: AöR, N.F., Bd.49 (1963), S. 347-351; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd.4, 2012, S. 443; 遠藤博也「イエッシュにおける憲法構造論(1)」(1968年)『国家論の研究』(信山社, 2011年)3-40頁。
- (36) Schönberger, a.a.O. (Anm.2), S. 30. 但し, イエッシュへのこの言及は肯定的なものではないことに注意。彼の師匠パッホフによる批判を援用しつつシェーンベルガーは語る。法律の留保や特別権力関係論を民主制から徹底的に再検討するも, 比較法を拒否して他の民主国の事例を考慮せず, 且つ旧来概念の民主制下での維持可能性も吟味せず, 過激な法解釈を展開している, と。実務と理論の対話関係の端緒を開いたというのはこの意味である。Schönberger, a.a.O. (Anm.22), S. 76-80, 79, Fn.116.
- (37) Takada, a.a.O. (Anm. 3), S. 69. 高田篤「ポツダム宣言の受諾」論究ジュリスト17号(2016年)18-25, 23頁注38。高田は既にイエッシュ論につき研究報告しており, 公開が俟たれる。また, 高田倫子「ドイツ行政裁量論における憲法の構造理解とその変遷(3・完)」阪大法学62巻6号(2013年)157-177頁。
- (38) シェーンベルガーがイエッシュに独国法学の衰退を見たというのは聊か誇張に過ぎるかもしれぬが, シェーンベルガーが考えるドイツ本来の科学法とは, 制度を欠く法実務に構想草案を提出するもので, 戦後の如き, 法実務の蓄積を唯整理し体系化するだけの教義学ではなく, その意味で唯の補助学として実務と相互作用の関係にある国法学は, 科学法の頹落型として把握される筈だ, ということである。
- (39) Frieder Günther, „Jemand, der sich schon vor fünfzig Jahren selbst überholt hatte“, in: M.

- Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, 2013, S.67-83, 81f. しかし, シェーンベルガー自身も, ケルゼンの援用とイエッシュの国法学説の間には, 必ずしも必然的な論理関係はないと述べている。Schönberger, a.a.O. (Anm.22), S. 79, Fn. 120; Diskussion „Die Staatsrechtslehre der ersten Nachkriegsjahrzehnte“, in: M. Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, 2013, S.113-124, 122.
- (40) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 70f.
- (41) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 70, 71; ders., a.a.O. (Anm.30), S. 49-55, 高田 (前掲注 29) (兆し) 105 頁注 30。ケルゼン法学の教義学への流用可能性について, 以下の文献を見よ。毛利透「ケルゼンを使って『憲法適合的解釈は憲法違反である』といえるのか」法律時報 87 卷 12 号 (2015 年) 93-98 頁, 拙稿 (前掲注 17) 第 4 章。
- (42) Christoph Schönberger, Kelsen-Renaissance?, in: M.Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, 2013, S. 207-222, 222. Christoph Schönberger, Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich, in: O. Beaud/E. V. Heyen (Hrsg.), Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft?, 1999, S. 111-137. 高田 (前掲注 29) (兆し) 103-104 頁。
- (43) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 62f. ジャーマン・アプローチのアイデアには原則的に賛意を示しつつも, 独公法の無制度がワイマール時代まで続くとする本家の説と異なり, 高田は科学法の妥当期間をドイツ公法学の黎明期へと限定している。Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 62, 65f. 参照, 上山安敏『憲法社会史』(日本評論社, 1977 年) 1-22 頁。
- (44) Schönberger, a.a.O. (Anm.16), S.44; ders., a.a.O. (Anm.42), S. 32-44. シュリンクを引きつつ, 国法の実際の支配者が議員や官僚であったことをシェーンベルガー自身も認め, 法教義を理解する当時の教養市民層に新聞を通じて直接語りかける, 19 世紀, 全盛期の国法学, その支配は空想的支配, その居城はメルヒェン城だったと, 述べる。Schönberger, a.a.O. (Anm.16), S.44f.
- (45) シェーンベルガーは, 比較法の意味を普遍発見の手段に見る立場と, 他者発見に見る立場を, 類似性イデオロギーと差異性イデオロギーとしこれを批判し, 寧ろ両者の弁証法的相互作用を比較に見出すが, だが, 各国憲法間の多層的交換プロセスの進展で類似性が益々強化される時代では, 差異性の機能にこそ力点を置くべきだと示唆する。
- なお彼は, ベルギー憲法とプロイセン憲法の間, ワイマール教会条項と基本法の上に同一文言ながらも異質意味を見るコメントも引く。Christoph Schönberger, Verfassungsvergleich heute: Der schwierige Abschied von ptolemäischen Weltbild, in: Verfassung und Recht im Übersee, Bd.43 (2010), S.6-27, 23-25; ders., a.a.O. (Anm.12), S. 507-509. 例えば彼は, 最高裁の法発見につきこの比較法的検討を施した上で, そこに統一的现象はなく, 個々の最高裁の特殊文脈が重要だと説く。Schönberger, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: VVDStRL, Bd.71 (2012), S.296-335, 299.
- (46) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 69f., 73; ders., Bedeutungen des japanisch-deutschen Austausches in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts, in: Osaka University Law Review, Bd.61 (2014), S.84-93, 90-92. 高田はその報告がアウトサイダーからの視点であることを強調する。Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 59f.
- (47) Schönberger, a.a.O. (Anm.7), S. 286-290. 因みに, ここから彼はシュトルアイスの大著『公法史』4 巻につき, 公法史と銘打ち学説史を論述する態様をミスリーディングと示唆し, 制度不在の時代にドイツ国民のアイデンティティの回復を目指した帝政時代の国法学と同様, 両独分裂の時代に同一の目標を設定した同じくシュトルアイスの姿勢を, 冷戦終焉後のポスト科学法時代に空しく科学法の繁栄を回顧するナルシズムだと皮肉っぽく示唆する。Schönberger, a.a.O. (Anm.7), S. 292f.
- (48) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 65f., 72.
- (49) 注釈書の過少は実務と理論の相互性の欠如を意味するのではないか, 教科書の濫造は学問より官僚養成への偏重を暗示するのではないか, 僅少な学者裁判官は, 大学や学問が研究の場でなく官僚養成の場であり, 判事ポストが養成成果の顕彰であることを暗示しはしないか。本来あるべき重厚研究は気の効いたフレーズ発案に取って代われ, 研究者の理論よりも実務家の人生哲学の方が珍重される始末である。
- (50) Takada, a.a.O. (Anm.3), S. 65.
- (51) 参照, 拙稿「ドイツの憲法変動論」憲法問題 28 号 (2017 年近刊)。
- (52) Vgl., Matthias Jestaedt, Verfassungstheorie als Referenz für Verfassungsanwendung, Verfassungsänderung und Verfassungsgebung, in: D. Heckmann/R.P.Schenke/G.Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel:

Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, 2013, S.221-233; ders., Der Beitrag der modernen Verfassungstheorie zu einer gegläuckten Verfassungsgebung, in: A. Scherzberg/O.Can/I.Dogan (Hrsg.), Verfassungstheorie und Verfassungsgebung: Überlegungen anlässlich der Diskussion um eine Verfassungsreform in der Türkei, 2013, S. 9-26.

- (53) 拙稿（前掲注17）68-75頁。因みに、先の連邦憲法裁判所実証主義をどう克服するかとの問いに、厳密な方法の法教義学への回帰で打開を企図するシュリンクの説を、ドイツ伝統の、個別決定を基礎づける高々厳密に合理的な体系では、ヨリ合理的でヨリ良質の連邦憲法裁を求めるのは無理筋だと述べる。Schönberger, a.a.O. (Anm.16), S. 48f.
- (54) 尤も、シェーンベルガーは、「憲法理論としての比較憲法」と形容しはするものの、憲法理論より比較憲法が優先すると明言する訳でなく、寧ろ、両者の間には弁証法的相互作用があると強調している。Schönberger, a.a.O. (Anm.45), S. 26f. 更

に、「国法学の退位」を法教義学に解消されないドイツ伝統法学による克服の道を、憲法史・比較憲法・憲法理論の並列に探求する。Schönberger, a.a.O. (Anm.16), S. 48f. 但し、憲法理論を実定法学として見るこの粗っぽさは、そもそものジャーマン＝アプローチの把握自体にも影響するように考えられる。ドイツ的科学法と言っても、各ラント憲法の唯の共通原則に留まる一般国法と、補充的ながらも直接適用可能性ある普通国法との区別、ドイツ分裂状態を補填する一般国法の機能としての、実務でのその直接適用の可能性と、諸ラント憲法に内在する民族精神の発掘とその倫理的意義の強調の可能性との区別、これらは放置のままである。即ちドイツ的科学法の本質が、比較で却って見えにくくなっている。参照、栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』（信山社、1999年）89-97頁；Hisao Kuriki, Beiträge zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft: Gedanke des Volkes in der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 2009, S. 1-34.