

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 9 日現在

機関番号：14401

研究種目：基盤研究(B)

研究期間：2012～2014

課題番号：24330010

研究課題名(和文)ドイツ公法学における「ケルゼン・ルネッサンス」の検討

研究課題名(英文)Studies of the "Kelsen-Renaissance" in German science of public law

研究代表者

高田 篤 (Takada, Atsushi)

大阪大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授

研究者番号：70243540

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 9,600,000円

研究成果の概要(和文)：現在ドイツにおける「ケルゼン・ルネッサンス」の進展・成果の把握と、「ケルゼン」を通じたドイツ公法学の布置の把握を行った。前者について、1)方法論、2)民主制論、3)グローバル化・ヨーロッパ化をめぐってケルゼンが「有用」であるとして「再発見」されていることを確認し、その分析を論文、報告、報告書としてまとめた。後者については、ドイツ公法学転換をめぐる「戦線」が「連邦裁判所批判」をめぐって先鋭化しており、その構図、担い手が「ケルゼン・ルネッサンス」のそれらと重なることから、『越境する司法-ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』の翻訳を完成させ、上記1)、2)、3)をめぐって、その意義を分析・解明した。

研究成果の概要(英文)：There is much talk about "Kelsen-Renaissance" recently in Germany. This is the first phenomena since the end of the Second World War, which reflect the fundamental transformations of the German science of public law. The "rediscovery" of Kelsen was analyzed from Aspects of 1) method, 2) theories of democracy and 3) Globalization and Europeanization. Fundamental criticism against German Constitutional Court is also new phenomena in German science of public law. Standard bearers of "Kelsen-Renaissance" are exactly the main force of criticism against this Court. These phenomena were therefore observed also from the above mentioned three aspects. The most important book of criticism against German Constitutional Court, "the court of border violation" was translated in Japanese by our group.

研究分野：公法学

キーワード：ケルゼン ドイツ公法学 方法論 憲法理論 民主制論 グローバル化 ヨーロッパ化 憲法裁判所批判

1. 研究開始当初の背景

ハンス・ケルゼンは、ドイツ語圏の法学者であるが、法理論、公法学、国際法学などの分野で多大な業績をあげた「二十世紀を代表する法学者」であり、世界的に影響力を持っている。彼は、第一共和制の憲法制定にかかわり、憲法裁判所裁判官として活躍した学問的「母国」オーストリアではもちろんのこと、日本においても、例えば戦後日本の公法学の中核を築き上げてきた研究者たちが、彼から大きな影響を受ける等、重要な存在であり続けた。しかしながら、ドイツでは事情が違った。戦後ドイツにおいて、ケルゼンは永らくタブー視されてきたのである。

そのドイツにおいて、近年、ケルゼンの「ルネッサンス」、「再発見」が語られ、ドイツ国法学のヴァイマル・カルテット(シュミット、スメント、ヘラー、ケルゼン)の中で、最も引用される公法学者となっている。しかも、近年のドイツにおけるケルゼン研究は、ドライアー(ヴェルツブルク)はじめ、レプジウス(パイロイト)、イエシュテット(フライブルク)、メラース(ベルリン、フンボルト大)など、ドイツ公法学の「スター」、ドイツ公法学を代表し中心的に担う優秀な公法学者達によって遂行されており、そのレベルはきわめて高い。このドイツ公法学における劇的变化(タブーからあらたな定位点へ)は、ケルゼンに対し、また、ドイツ公法学に対し、一貫して関心を示してきた日本の公法学にとって、きわめて興味深い現象であり、「ケルゼン・ルネッサンス」の全貌を明らかにすることは、日本のケルゼン研究、ドイツ公法研究にとって、間違い無く大きな意義があることである。

2. 研究の目的

(1)「ケルゼン・ルネッサンス」の内容の把握 (A)

現在のドイツにおけるケルゼン研究の進展・成果を、包括的かつ具体的に把握する。ケルゼン研究を代表するドライアーなど上記の研究者の成果を中心に分析するが、それ以外の(作成過程の教授資格申請論文、博士論文など若手研究者の成果も含む)新たな成果も追究する。そして、ケルゼン研究として、現在のドイツにおけるそれがいかなる特徴を持ち、日本のケルゼン研究の発展にどのような刺激を与え得るかを検討する。

(2)「ケルゼン」の現代ドイツ公法学における文脈とドイツ公法学の布置の検討 (B)

ケルゼンについての研究・論及とそれに対する批判を公法学の重要論点に即して検討し、ドイツ公法学の重要テーマをめぐる議論の構図とテーマ間の相互連関を浮かび上がらせる。ケルゼンという尺度を通じて、ドイツ公法学の布置(いかなる理論的問題関心から、いかなる方法で議論がなされ、いかなる対立が生じているのか)を理論型体レベルで理解する手がかりを獲得する。

3. 研究の方法

(1)『ケルゼン・ルネッサンス』の内容の把握 (A)と『ケルゼン』の現代ドイツ公法学における文脈とドイツ公法学の布置の検討 (B)を、1)方法論、2)民主制論、3)法形成・適用における国家の相対化とグローバル化、というテーマごとに進めた。

(2) (A)を効果的に遂行する一番確実な方法は、「ケルゼン・ルネッサンス」の代表的な推進者と密接に交流することである。この「プロ・ケルゼン派」研究者は、前述のドライアー、レプジウス、イエシュテット、メラースであり、各々、1) 2) 3)の研究業績を持つ。彼らを中心とするドイツにおける「プロ・ケルゼン派」研究者の業績を、分担者が包括的に分析した。そして、その分析を元に、分担者が「プロ・ケルゼン派」研究者を訪れ、また、「プロ・ケルゼン派」研究者を招いて講演会、シンポジウムなどを開催し、議論・研究交流をすることによって、「ケルゼン・ルネッサンス」の内容・意義を正確に把握することに努めた。

(3) (B)を成功裡に行うには、「非ケルゼン派」であり、ドイツ公法学において1) 2) 3)について中心的に活躍し、それらに関して「プロ・ケルゼン派」とも建設的に議論できる研究者と交流し、日本側の研究者が「プロ・ケルゼン派」の見解を相対化できる機会を確保する事が重要である。それを可能にする有力な研究者、上記4名と遜色のないレベルの研究者として、シェーンベルガー(コンスタンツ)、ポッシャー(フライブルク)、ブムケ(ハンブルク)、ヴチリウス・ロースクール)、ヴァルトホーフ(ボン)をピックアップした。分担者が、「非ケルゼン派」研究者を訪れ、また、「非ケルゼン派」研究者を招いて講演会、シンポジウムなどを開催し、議論・研究交流をすることによって、「ケルゼン・ルネッサンス」の文脈とそのドイツ公法学における布置を1) 2) 3)に即して、正確に把握することに努めた。

(B)については、1) 2) 3)をめぐるケルゼンの現代的文脈と布置を反映する公法学の個別的テーマを取り上げ、分析がより具体的になるように努めた。個別的テーマとしては、特に、ドイツにおいて展開されている連邦憲法裁判所「批判」を重点的に取り上げた。

4. 研究成果

(1)共同研究の結果、「ケルゼン・ルネッサンス」の全貌が明らかになった(A)。「再発見」の背景には、偶然的事情も存在した。前述のドライアーは、戦後ドイツにおいて初めて本格的なケルゼン研究を展開したが、現代の公法学界を代表する研究者の一人となり、それによってタブーが解消された。彼の個人的貢献がきわめて大きいことが、改めて明らかになった。

(2)しかしながら、ケルゼン「再発見」には、

ドイツ公法学の展開に内在する理由が存在した。まず、1)方法論的な理由である。1980年代までは、公法学における関心はもっぱら解釈論に向けられていた。当時、憲法学・国法学においては、「連邦憲法裁判所実証主義」という批判的な概念が成立するほど、裁判実務と密接に結びつけられた解釈論的研究が圧倒的な主流を占めていた。それが、2000年以降、憲法理論、公法理論についての研究が盛んになったのである。そこで、透徹した理論家であるケルゼンへの関心が高まった。ケルゼン「再発見」には、理論の需要とドグマティック批判という面が存在したということが示された。

(3)そして、1980年代以降、民主制原理が公法学において重要性を増大させたことも大きな要因であった。それ以前の憲法解釈や裁判で重要な役割を果たしたのは基本権と法治国家原理であったが、それに加えて、民主制原理が学説や裁判実務でも大きな意味を持つようになっていった。それによって、首尾一貫して民主制、議会制民主主義を研究・擁護しようとしたケルゼンが再評価された。また、ケルゼンの民主制に対するアプローチは、多元社会における民主制の把握に適し、民主制における憲法裁判権の機能を記述することができ、(地域的な又は特定事項についての「部分国民」のレベルであれ、超国家レベルであれ)国家国民を超えたところでの民主的正統性の関係の成立を可能にする、非常にアクチュアルなものと評価されていることも明確になった。

(4)さらに、グローバル化、ヨーロッパ化の進展に伴い、国際法主体や、国際法主体以外による法形成・適用が増大し、特にヨーロッパ法の意義が圧倒的になったことにより、国家、国家法を中心に公法現象を捉えることが、徐々にドイツにおける法実態にそぐわなくなりつつある(3)。ケルゼンは、国家主権を相対化し、国際法優位の一元論の存立可能性を提示していたが、それがアクチュアルなものとして見直される状況が生まれたのである。そして、グローバルな、あるいは、ヨーロッパレベルでの法の発展は、様々な法を併存させることとなった(例えば、連邦憲法裁判所、欧州裁判所、欧州人権裁判所などにおける諸判決とその間の不整合)。そのことが、オーストリア・ハンガリー帝国における法の併存状況下で、それを前提としつつも、法の単一性・一体性(Einheit)について考察していたケルゼンの探究の意義を、多くの法学研究者に再確認させることとなった。また、ヨーロッパ法の発展により、法の目的や内容自体はヨーロッパ法で決まることが多くなったため、法をめぐる権限、組織、手続に争点の中心が移りつつある。そこで、法の内容にではなく、法の形式(手続、権限、組織)に焦点をあてていたケルゼンの研究が、それに理論的に対応するひとつの可能性を提供するものとみなされていることが判明

した。

(5)このように、ケルゼンの「再発見」は、ドイツ公法学の「変動」をめぐる最前線の現象として生じていた。つまり、1)公法学の方法の検討、2)他の憲法原理との関係の再検討も含めた民主制の意義の検討、3)ヨーロッパ化、グローバル化への対応は、近年のドイツ公法学における最重要課題であり、それらをめぐる論議が現在のドイツ公法学の転回・展開そのものとなっている。それを端的に示すのが、近年ドイツ公法学において強くなっている連邦憲法裁判所の在り方を具体的に批判する議論である。すなわち、1)連邦憲法裁判所と国法学の強すぎる結びつきが、前者を強力にし、後者におけるドグマティック偏重を招いていること(方法論の批判的検討)2)連邦憲法裁判所の積極主義的在り方が、民主的に正統化できるレベルを超え、政治と法を過度に結びつけていること(民主制と法治国家の関係の再検討)3)ヨーロッパ化の進展は、連邦憲法裁判所の役割を、欧州司法裁判所、欧州人権裁判所との関係において相対化させるはずであるが、前者が依然としてナショナルな在り方に執着していること(ヨーロッパ化への対応)が批判され、1)2)3)に即した議論が具体的に展開されていることが、本研究の結果明確になった。

(6)しかも、連邦憲法裁判所批判を最も注目される形で展開しているのが、ケルゼン「再発見」を主導したレプジウス、イエシュテット、メラースと、同じく前述したシェーンベルガーであり、公法学の「変動」をめぐる最前線をめぐる二つの議論は、人的にも重なっていることがわかった。したがって、この二つの議論をさらに観察し続けると同時に、内容的、人的に絡み合うその他の1)2)3)にかかわる議論の追究を継続すれば、ドイツ公法学の「変動」を確実に把握することが出来ることが明らかになった。

(7)他方、それと同時に、本研究によって、ケルゼン「再発見」や連邦憲法裁判所批判の議論については、批判的な分析・検討が必要なことも判明した。ドイツのケルゼン「再発見」においては、ケルゼン理論をドイツ公法学の課題のために「使う」という実践的関心が非常に強い。そのため、永らくケルゼン理論と格闘してきた日本の研究者からすると、「強引」なケルゼン理解・利用がなされている例が具体的に見いだされた。また、連邦憲法裁判所批判論においては、方法論、民主制原理と他の憲法原理、ヨーロッパ化をめぐる、ドイツ公法学において従来展開されてきた議論が、激しく批判されているが、その批判が、従来の議論に対する的確な建設的なものとは言えない場合も多いことが明らかにされた。

そこで、本研究の分担者は、現在の共同研究体制を維持・拡大し、引き続きドイツにおける上記議論の検討を継続することを決意すると同時に、「客観的観察者」としてドイ

ツの議論を交通整理し、その建設的展開に貢献することも、リアルな可能性として展望している。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文](計 16 件)

松本和彦、ナショナルな立憲主義のジレンマ、阪大法学、査読無、64 巻(2015 年)6 号 467-480 頁

近藤圭介、グローバル化した世界で、法秩序をいかにして語るか法学論叢、査読無、176 巻 5・6 号(2015 年)、380-397 頁

高田 篤、続・戦後ドイツ公法学におけるケルゼン 「国法学の主要問題」100 周年、生誕 130 周年記念シンポジウムについて、文明と哲学、査読無、6 号(2014 年)46-60 頁

高田 篤、公法学における日独学術交流の意義、阪大法学、査読無、63 巻 6 号(2014 年)、161-173 頁

Atsushi Takada, Bedeutung des japanisch-deutschen Austausches in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts; Veranstaltung des Festvortrags von Professor Takada – aus Anlass der Verleihung des Philipp-Franz-von-Siebold-Preises, Osaka University Law Review, Nr. 61, 2014, 査読無, S. 84 – 93.

松本和彦、統治と専門性 - 憲法の場合、公法研究、査読無、76 巻(2014 年)112-124 頁

西 平等、国際法学における安全保障構想の系譜 動態的に把握された勢力均衡の下での法秩序、法律時報、査読無、2014 年 9 月号 59-65 頁

西 平等、正義 les justes、それとも、享楽 la jouissance? テロリズムの理解について、文明と哲学、査読無、6 号(2014 年)114-131 頁

福島涼史、「立憲化」にとっての分権化と集権化 ケルゼン法理論における理論と現実、世界法年報、査読無、第 33 号(2014 年) 33-64 頁

高田 篤、ドイツにおける民主制論—その文脈と意義、文明と哲学、査読無、5 号(2013 年) 236-255 頁

高田 篤、ケルゼンの民主制論の意義について、文明と哲学、査読無、5 号(2013 年) 107-119 頁

松本和彦、ドイツの比例原則の普遍性と特殊性、比較法研究、査読無、75 号(2013 年) 228-236 頁

毛利 透、統治機構を支える自律と統治機構の自律、憲法問題、査読無、24 号(2013 年) 7-19 頁

Ryoshi FUKUSHIMA/Michiko Takata,

Funktionen des Vertrags im Völkerrecht—Die Bedeutung des Grundsatzes "pacta sunt servanda", Funktionen des Vertrages : Deutsch-japanische Perspektiven (Bochumer Juristische Studien zum Zivilrecht), Bd. 2, 2013, 査読無、S.25-34

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、査読無、4 号(2012 年)74-85 頁

Taira Nishi, Enemy and Criminal-Analysis of the Different Structures of Legal Protection, Japanese Yearbook of International Law, 査読あり、Vol.55 (2012), pp.407-439

[学会発表](計 10 件)

高田 篤、議会によるコントロールと議会の機能、国際政策セミナー「国会による行政統制 ドイツの『議会留保』をめぐる憲法理論と実務」、2015 年 2 月 19 日、国立国会図書館(東京都・千代田区)

近藤圭介、法理学の問題としての「グローバル化」—問題設定の試み、日本法哲学会学術大会、2014 年 11 月 8 日、京都大学(京都府・京都市)

Atsushi Takada, Der „German Approach“ der Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich -Beobachtungen eines Außenstehende, Gesprächskreis Grundlagen des Öffentlichen Rechts der Staatsrechtslehrertagung, 1. Oktober 2014, Düsseldorf (Deutschland)

松本和彦、ナショナルな立憲主義のジレンマ、日越憲法シンポジウム、2014 年 9 月 18 日、ハノイ(ベトナム)

Atsushi Takada, Kelsen im Kontext - Auseinandersetzung der Wissenschaft des öffentlichen Rechts mit Kelsen in Japan und Deutschland, Freiburger Vorträge zur Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg, 18. Juni 2014, Freiburg(Deutschland)

福島涼史、「立憲化」の理論と現実 憲法学の見地を通じて、世界法学会、2013 年 5 月 18 日、帝京大学(東京都・八王子市)

西 平等、正義に対抗する中立という法的思考について、日本法哲学会学術大会、2012 年 11 月 10 日、関西学院大学(兵庫県、西宮市)

Taira Nishi *hostis and inimicus- Who desers the legal protection?*, Drittes Rechtswissenschaftliches Symposium Göttingen-Kansai: Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit, 14.und 15.September 2012, Kansai Universität(Osaka, Suita)

Toru Mori, Grenzen der Demokratie aus

der Sicht der Generationengerechtigkeit,
Siebtes deutsch-japanisches Symposium
„Rechtsprobleme alternder Gesellschaften“,
3. September 2012,
Tübingen(Deutschland)

松本和彦、ドイツ連邦憲法裁判所に対する
批判論の諸局面、違憲審査制研究会、2012
年8月24日、北海道大学(北海道・札幌市)

〔図書〕(計 3 件)

M・イエシュテット、O・レプシウス、Ch・
メラース、Ch・シェーンベルガー著、高田篤、
松本和彦、棟居快行、鈴木秀美監訳、風行社、
越境する司法 - ドイツ連邦憲法裁判所の光
と影、2014年、380頁

毛利透、岩波書店、統治構造の憲法理論、
2014年、378頁

石川健治編、毛利透、山元一、長谷部恭男、
渡辺康行、遠藤比呂通、蟻川恒正著、岩波書
店、学問 / 政治 / 憲法 連関と緊張、
2014年、275頁(担当: 55 - 88頁)

〔産業財産権〕

出願状況(計 件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年月日：
国内外の別：

取得状況(計 件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年月日：
取得年月日：
国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

高田 篤 (TAKADA, Atsushi)
大阪大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：70243540

(2) 研究分担者

松本 和彦 (MATSUMOTO, Kazuhiko)
大阪大学・大学院高等司法研究科・教授
研究者番号：40273560

毛利 透 (MOURI, Toru)
京都大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：60219962

西 平等 (NISHI, Taira)

関西大学・法学部・教授

研究者番号：60323656

福島 涼史 (FUKUSHIMA, Ryoshi)

長崎県立大学・国際情報学部・准教授

研究者番号：70581221

近藤 圭介 (KONDOU, Keisuke)

京都大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：00612392

(3) 連携研究者

()

研究者番号：