

序

本号は、長きにわたり慶應義塾大学法学部を支え、憲法学の第一線を走り続けてこられた小山剛先生の退職記念号である。先生が本学部を去られることは、我々にとって極めて大きな喪失であるが、同時にその偉大な足跡を振り返り、学恩に感謝する好機でもある。

先生は、一九八四年に慶應義塾大学法学部法律学科をご卒業された後、慶應義塾大学大学院法学研究科に進学され、一九九〇年まで在籍された。その後、愛知県立女子短期大学兼愛知県立大学文学部、名城大学法学部を経て、二〇〇二年四月に、慶應義塾大学法学部助教授に着任された。二〇〇四年四月から大学院法務研究科兼法学部教授として、二〇一二年四月からは法学部教授としてご活躍されている。

先生は、田口精一先生（本塾名誉教授）の研究会に学ばれ、大学院まで一貫してその指導を受けられた。その間、一九八七年から一九八九年まで、ドイツ連邦共和国ケルン大学法学部にドイツ学術交流会（DAAD）奨学生として留学され、ドイツ憲法学の泰斗クラウス・シュテルン教授に師事された。二〇〇一年にはフライブルク大学法学部に客員教授として招かれた。

小山先生は、ドイツを比較対象国として、憲法学上、数々の先駆的な研究業績を打ち立ててこられた。先生の修士学位論文は、「社会生活における基本権の実効的保障——P. ヘーベルレを中心に」（その一部は再構成され、「エバーハルト・グラビッツの基本権論」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開…戸波江二先生古稀記念（上巻）』（信山

社、二〇一七年）二四三頁に所収）であり、当初から基本権の多様な機能とその背後にある基本権理論の対立に目を向けられてきた。また博士課程では、基本権の客観法的機能の一つである「国の基本権保護義務」に焦点を当ててご研究された。先生のご研究は、憲法学の中心的論点の一つである「私人間効力論」に深く関わるテーマとして注目を集め、一九九六年に東京大学で開かれた第六一回日本公法学会総会初日に安田講堂で行われた、芦部信喜先生の記念講演「人権論五〇年を回想して」において批判的に取り上げられたが、この事実こそが、小山教授の主張の有するインパクトの大きさを物語っている。当時、社会の様々な問題に憲法学が対応するためには、ドイツ憲法学の所論を参照・受容する必要性に迫られていた一方で、学界ではアメリカ憲法研究が隆盛を極め、憲法学は「国家からの自由」への拘りからその他の基本権理論を排除する傾向にあった。小山先生のご研究は、そのような学界の状況に否応なしにパラダイム転換を迫るものであった。一九九八年には、『基本権保護の法理』を刊行され、同書は参照を避けて通ることのできない金字塔的作品となっている（同書にて比較憲法学会の田上穰治賞を受賞された）。ドイツ憲法を研究する当時の若手研究者（現在の五〇～四〇代）の研究テーマを見ると、先生のご研究の影響を見て取ることができる。一九九九年には、日本公法学会総会において、基本権保護義務論を災害に応用する「震災と国家の責務」と題した部会報告をされている。

次に、小山先生は、保護義務によって基本権に限界を画するのにとどまらず、法制度を整備することによって基本権を現実に行使できるようにしなければならないという論点に取り組まれた。いわゆる、基本権の内容形成である。基本権の保護義務論と内容形成論は、防御作用以外の基本権の作用であるという点で共通し、いずれも基本権論の幅を広げるという意義をもつ。二〇〇四年には、『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』を刊行され、財産権を例に、基本権と法制度との間に親和的関係が成立すること、基本権が法制度形成の指針として機能することを示された（本書により博士（法学）を取得された）。同書は、先生の二つ目の金字塔的作品で

ある。内容形成論は、森林法違憲判決を説明しうる理屈の一つとされ、いくつかの代表的な教科書において財産権等を解説する際に用いられている。判例においても、とりわけ婚姻・家族に関する基本権に関わる訴訟、例えば夫婦別姓訴訟判決等において——小山先生の意図した形か否かはともかく——すでに受容されている。現在三〇〇四〇代の憲法研究者には、基本権と法制度を総論・各論レベルで研究する者も多く、ここでも先生のご研究の影響を見て取ることができる。

小山先生は教育業績においても、数多くの卓越した業績を打ち立てられている。ロースクール制度の開始に合わせて刊行された、先生らが編集代表を務められた『プロセス演習 憲法』は、ロースクールにおける憲法教育のひな型となったといっても過言ではない。二〇〇六年には、日本公法学会総会において、「公法学の教育素材」と題する部会報告を行われた。それに呼応する形で、二〇〇九年に『憲法上の権利』の作法』を刊行され、ドイツの三段階審査を型として日本の判例を整理し、アメリカ由来の日本の審査基準論をもその中に位置づけ、(防御権以外の基本権も含め)統一的な説明を与えられた。同書は、司法試験受験生の間で驚くほどの発行部数を記録しただけでなく、学界における「審査基準論 vs. 三段階審査」論争の火付け役となった。同書の各論的解説として、二〇一三―二〇一五年にかけて法学セミナー誌上で『憲法上の権利』各論』という連載を行われている。二〇一五年には、以上の研究・教育業績を総括し、日本公法学会総会において、「憲法判例の現状と憲法学説の課題」と題した総会報告を行われている。

また小山先生は、ドイツ憲法に対する深い理解と堪能なドイツ語力で、ドイツの憲法学者との交流にも努められてきた。二〇〇九年に、ドイツにおける指導教授のシュテルン教授が日本学士院客員として来日された際の記念シンポジウムで通訳を務められた。同年、先生らが編訳された『シュテルン ドイツ憲法Ⅰ 総論・統治編』が刊行されている。さらに日独交流に長くご尽力されたライナー・ヴァール教授(フライブルク大学)の著作を選

集し、二〇一二年には先生が監訳された『憲法の優位』（慶應義塾大学法学研究会叢書八四）、二〇二二年には先生らが監訳された『憲法の道程』が刊行されている。小山先生は、日本におけるドイツ憲法研究のプラットフォームであるドイツ憲法判例研究会に初期から参加し、長く中心メンバーとして活躍されている。長年、同研究会を中心にドイツの憲法学者らとの交流が図られており、二〇一五年に始まった隔年シンポジウムである「日独憲法対話」においては、日本側のリーダーの一人を務められている（このシンポジウムにはドイツ連邦憲法裁判所の裁判官らも参加している）。本学部との関係では二〇一六年に、当時フライブルク大学法学部長であったマティアス・イエシュテット教授と協力し、学部間の学術交流協定の締結に尽力された。国際交流という観点では、本号に寄稿されている顔ぶれからも分かるように、東アジアの公法学者との交流も積極的にされてきた。小山先生の名前は、中国・韓国・台湾の公法学者の中でもよく知られており、『基本権保護の法理』は中国語に、『憲法上の権利』の作法』と『プロセス演習 憲法』は韓国語にそれぞれ翻訳されている。東アジアからの多くの留学生が、小山先生の下で学んでいる。

近時、小山先生は多くの憲法訴訟にも関わられ、意見書を執筆されるなどしている。大阪タトゥー裁判、DNA型抹消請求訴訟、旧優生保護法訴訟などがそれである。先生の意見書や関連する論文が、結論や理由づけに影響を与えたと思われるところも大いに見られる。本号には、先生が関わられた訴訟の代理人弁護士の方も寄稿されており、そこから先生の「生きた憲法論」の様子をうかがうことができる。

さらに小山先生は、日本公法学会などで理事を歴任され、現在、比較憲法学会では理事長に就かれており、学界においても指導的な役割を果たしてこられた。また、放送倫理・番組向上機構（BPO）放送人権委員会委員、国家公務員採用総合職試験委員会や司法試験考查委員といった公的機関における委員を務められるなど、その活躍には枚挙にいとまがない。

このような小山先生のご指導を受け、その門下生の中から次世代の学界を担う優秀な人材が輩出されてきたことは、憲法の学界において衆目の一致するところとなっている。先生は、院生の指導に多くの時間を割き、後進の育成に熱意をもって取り組まれてきた。流行りのテーマではなく自らが興味・関心を持つテーマを選択すること、憲法比較をする際にすぐに日本への示唆を得ようとせず、一旦比較対象国の文脈に身を投じること、就職が多少遅くなっても留学に挑戦することなど、小山流の指導方針で門下生の実力を引き上げてこられた。そして、門下生に限らず、比較対象国に関わりなく、本塾の院生、他大学の院生などにも気を配って指導の機会を設けられ、「他流試合」も積極的に推奨されてきた。「隠れ小山門下」とも呼ぶべき研究者も少なくない。

また学部的小山研究会では、必ず報告前にレジュメ・チェックの機会が設けられ、報告後には懇親の場を設けて報告者を労われる。ディベートでは実践的な憲法問題について激しい応酬がなされる。ゼミ生の進路は多様だが、法曹資格を得た者の数が相当数に上るのも理由のないことではない。先日開かれたOB・OG会は二百人にせまる参加者だったというが、先生がいかにゼミ生の教育に熱心に取り組まれてきたか、いまだ先生を慕う者がいかに多いかを示すエピソードである。

小山先生の研究および教育におけるご活躍は以上のとおりだが、最後に本学部内で就かれた行政職へのご貢献にもふれたい。先生は、学部長補佐、法学研究所所長、『法学政治学論究』編集委員会委員長などに就かれ、学部および大学院双方の教育や学問的営為を支えてこられた。法学研究所所長としては、学部と三田法曹会との懸け橋としてもご活躍され、三田の法学と三田出身実務家との連携に大いに貢献された。さらに、体育会拳法部の部長も長く務められた。これらの要職だけでなく、その他の学内の諸役においても、その人柄と処理能力によって卓越した指導力を発揮し、見事な采配を振るわれた。

小山剛先生の義塾および法学部への長年のご貢献に敬意と感謝を表するとともに、今後のご健勝とご活躍を祈念し、ここに法学部として本号を謹んで進呈させていただきます。

二〇二六年二月

法学部長 亀井 源太郎