HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	＜北大立法過程研究会＞報告　（３）　「立法」の現場から法律学に期待すること　ー私の考える立法学ー
Author(s)	岩崎, 隆二
Citation	北大法学論集, 56(2), 401-417
Issue Date	2005-07-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15373
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(2)_p401-417.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

《北大立法過程研究会》報告（三）

「立法」の現場から法律学に期待すること

――私の考える「立法学」――

岩崎隆二

一　はじめに

参議院法制局の岩崎と申します。本日は、私どもの日頃の仕事に非常に関係の深い研究会として、長年にわたり私ども敬意を持って注目してまいりましたこの北大立法過程研究会でご報告させていただくという機会を与えていただいて、大変光栄に思うところでございます。

実は、常に学恩を一方的にお受けするだけの立場にある実務の一人間が、果たして、この研究会のお役に立てるようなご報告ができるのかと正直悩んだところがあります。ただ、いろい

ろと思案を致しまして、私ども「立法機関」という、法律学のある種の実践の場にいる人間として、現在の法律学の在り方に物足りなく思っている事柄や、日頃私どもが仕事で悩んでいる事柄などをご紹介してみるのも、この研究会の一つのお役に立てるのではないかなと思い、ためらいながらもお引き受けした次第でございます。

さて、私が青山学院大学で「立法学入門」という講義名で授業を担当したときの講義案ノートを、本日はそれを冊子にして皆さんにお配りしております。ただ、これは一九九八年に作成したものでありますので、その中で取り上げた法律案や資料がだいぶ古くなっております。そういった点、ちょっとお気を付けいただきたいと思います。加えて、本日はいろいろなことをお話ししたいと思っているのですが、時間の関係でとても私の言いたいことは言い尽くせないだろうということで、あらかじめお配りした講義案ノートをこの報告後のお時間のあるときに読んでいただいて、少しでも納得していただけたらいいかなと思っております。

二　いわゆる「法令論」の研究・教育の充実の必要性

まず、いわゆる「法令論」といわれている分野の、法律学における位置付けについて申し上げたいと思います。従来、この「法令論」は、主に憲法学がカバーしてきた分野であることは申し上げるまでもありません。ただ、私自身の学生時代を顧みて反省するところでありますが、憲法学においてもあまり重要視されない地味な分野ではないかと思います。

しかし、成文法主義の我が国におきまして、我が国の「法令」の体系とかその約束事については、憲法学以前に、法学入門でもう少し丁寧に教えてもいいような気がしております。また、編集された二次的資料ともいうべき市販の「六法」に頼るのではなく原典としての法源の在り方を考察するという意味からは、法学入門よりはもう一段高いレベルの、実務専門科目としての「法令論」というものが法律学の一科目としてあってもいいのではないかと考えるところでございます。

法律学を学ぶ学生に私は機会があって「立法学」なるものを教えることがあるのですが、まず、私が学生に強調する点は、大学の講義などで目に触れる法令が、我が国現行法制の中では

きわめて限られたものであるということを認識させたいということでございます。これは、どうしても研究・教育サイドと実務サイドとの間にはギャップがあると考えている点でありまして、そのため、我が国現行法制の全体像をできるだけ概観してもらう必要があるのではないか。それがどのような歴史的な積み重ねを経て形成されているのかということも併せて、法律学を学ぶ人たちには基礎的な常識として知っておいていただきたいという気持ちを、実務家として持っておりまして、実例を示しながら教えるようにしています。

その一つの実例が平成一一年に制定された国旗及び国歌に関する法律であります。ここで学生に注意を促すのは、附則第二項の「商船規則（明治三年太政官布告第五十七号）は、廃止する。」という規定でございます。これで、何故に明治三年の太政官布告がこれまで効力を有してきたのだろうかという疑問が生じないか、という問いを学生に発するわけです。

学生から満足な解答を得ることはほとんど期待できませんので、明治二二年の明治憲法の制定と戦後の日本国憲法の制定という、二つのスクリーニングをどうして潜ることができたのかということの説明をし、明治時代に制定された古い法令でも今なお効力を有しているものがあることを知ってもらいたいということを心がけております。

ちょっと話が脱線しますけれども、この明治三年の商船規則につきましては、従来、法令集において取り扱いが分かれておりました。法務省が編集にかかわっている法令集では、この法文は生きていると解しておりました（それ故に、附則第二項で廃止することにしたわけです）。他方で、衆・参の法制局が監修にかかわっている法令集ではこれはもう実効性を失っているということで〔参考〕という扱いで載せておりました。このように解釈が分かれているという話は、講義案ノート七頁の脚注9のところに（国旗国歌法が制定される前に執筆したものではありますが）書いております。私見としては、明治三年の商船規則が定める国旗の寸法は、その後の寸法とは違っておりまして、いわば実態に合っていなかったと思います。もっとも、資料一の最後のページに載せておきました明治三二年の船舶法三六条は、この商船規則の「本法ノ規定ニ牴觸スルモノハ本法施行ノ日ヨリ之ヲ廃止ス」と規定していたわけですが、形式的に本法に抵触しないということでおそらく明治三二年の船舶法制定時には生きていたという解釈は正しいのかもしれません。しかし、その後、日本国の国旗がこの大きさで作られてきたかというと、それはどうも違うのではないだろうか。その意味では、

いつの間にか商船規則はその実効性を喪失していたと解釈する方が正しいのではないのか、と私どもは考えていたということであります。

私は個人的に好きな歴史小説家の中村彰彦氏の「明治一〇年までは幕末であった」という言葉をよく引用するのですが、西南戦争が終わるまでは武力で明治政府を倒そうとする動きがありましたが、西南戦争後は、武力ではなく言論で明治政府を倒そうという自由民権運動が昂揚してまいります。その一つのピークが「明治一四年の政変」であり、同日に出された「国会開設の詔」であるわけです。

それ以後、伊藤博文を中心にして、議会開設のための体制づくりとしての近代憲法制定が急務となりますが、その中で私が実務家として注目すべきだと考えるのは、明治憲法の附属法令として明治憲法より先行して明治一九年に制定された公文式（明治十九年勅令第一号）であります。これにより「法律」「勅令」「閣令」及び「省令」という法令の体系が出来上がり、それが、現代の「法律」「政令」及び「府省令」につながったという話をするわけです。

それ以前の法令には、例えば「集会条例」のように「条例」という言葉が国の法令で使用されていたこともあるし、先ほど申し上げた「太政官布告」や「達」など、いろいろな言葉が使われていました。ただ、議会において議決されて定立される国法を意味する「法律」という言葉が出来たのは明治一九年の公文式である。だから、日本の法令体系の原型は明治一九年にスタートするのだという話を学生にするわけです。

あわせて、幕末に諸外国と結ばれた不平等条約を解消したいというのが我が国近代法制史の通奏低音として流れていることを理解してもらい、ようやく明治四四年になって関税自主権の回復が実現したという、明治とはまさにそういう時代であったのだという話をするわけです。

今の学生は、大学受験におきましてもなかなか日本史を選択することは少ないようでありまして、このような話にも新鮮な反応があるようです。私自身も、我々が教え込まれた「立法技術」の淵源を探るという意味で、慶応三年以降の『法令全書』をぱらぱらとページをめくって見ているだけでも非常に楽しいことでありまして、興味深い事柄をいくつも発見し、こうした分野の研究は奥が深いぞと認識しているところです。もし私が今の日常の仕事から離れることができるのであれば、『法令全書』をゆっくりながめていたいな、というのが私の個人的な願望であります。

もう少し脱線しますと、いろいろとこの頃の法制度についての文献を渉猟していきますと、たいていは穂積陳重先生の『法律進化論　第二冊』に行き当たるのです。みんなそこから引用されている例が多い。その先は、井上毅あたりの文献を調べるしかないのかなと思っておりまして、立法技術に携わる者としては國學院大學で整理されている梧陰文庫などを読んでみたいという個人的な夢も持っています。

このような歴史的な経緯や現行法令の制定過程といった問題を踏まえて、現行法制の体系的な理解に資する「法令論」というような研究・教育が、成文法主義の我が国の法律学では、もっと重んじられる必要があると考えています。憲法学ではどうしてもそこまで手を回す時間的余裕がないのだろうと思います。その結果として軽んじられているような印象を受けてしまうのは仕方がないのかもしれませんが、だからといって「日本法制史」に任せて済む問題でもないと思います。おそらくは実定法に関わる全ての法律学の基礎として位置付けられるべきものとして、歴史的なことだけではなく、法令の制定改廃についての基礎的な知識を教え込む必要があるのではないかと思います。

また話は脱線しますけれども、「従前の例による」という言葉は法令の適用関係でよく使うわけですが、ある事務局職員の方から次のような質問を受けました。すなわち、ある制度ができたものの、それの適用事例が全くないままに改正された場合にもその経過措置には「従前の例による」と書くわけですが、適用された事例が過去に一件もないのに「従前の例による」とはおかしいのではないか、と。

そこで私は、この場合の「例」という語が、exampleとかcaseを意味するのではなく、lawという意味であることを説明するわけです。漢和辞典を見て下さい、と。すなわち、先ほどの「集会条例」の「条例」もそうなのですが、「従前の例による」とは「従前の法による」ということをいっているわけで、過去に適用事例があったかどうかは関係がないのです、と。

こうした私の経験から、法令の作り方までとはいかないまでも、法令の読み方の基礎的なことを教える機会がもう少しあってもいいのではないか、という願望を述べておきたいと思います。

法律の実務家というと、司法関係者ばかりがすぐ連想されるようでありまして、ややひがむわけではありませんが、法令の制定改廃に関するこのような実務家がいることも知っていただき、この方面の実務とのギャップを埋めていただく努力というものが、大学の研究・教育の場においてもう少しあればと常日

頃思っておりまして、このような要望をする次第です。

三　創造性のある法律学への再生
―発言力が低下したように思われる法律学―

次は、法律学に物足りなさを感じていることの第二の問題ではあるものの、本心はその裏返しとしての法律学の新たな展開への期待についてであります。

私は、昭和五〇年（一九七五年）に大学を卒業しまして、約三〇年近く、議員立法を補佐する仕事をしてまいりました。その間、折々に考えさせられてきましたことは、我が国の法律学が社会において相対的にパワーを失いつつあるのではないか。あるいは発言力が低下しているのではないか、ということであります。テレビなどのマスメディアも含め、その是非は別として、いわゆる論壇といわれるところを席巻しているのはエコノミストばかりといっても過言ではありません。そうした状況の中で法律学はただ手をこまねいているだけのように見えてしまい、それが歯がゆいということであります。

もう少し私自身の体験に基づいて述べてみたいと思います。私が就職しました昭和五〇年という年は、昭和四八年の第一次オイルショックを背景とした景気の停滞に伴い、補正予算において特例公債、いわゆる赤字公債の発行に踏み切った年であります。以来、我が国の財政が、バブル期の一時を除いてほとんど好転することなく現在のきわめて深刻な状況に至っていることは、ご承知のとおりであります。このような経済・財政状況の中で、昭和五六年（一九八一年）にいわゆる「第二臨調」（第二次臨時行政調査会）が設置され、行財政改革という動きが始まります。そこで出てきたキーワードが、「外圧」も含めましてエコノミストの提唱する「規制緩和」という言葉でありました。臨調答申に基づいて提出される法案は、既存の法令で定めている規制を廃止し、あるいは緩和する方向のものばかりでありました。

ここが、私が仕事でぶつかった最初の壁でした。すなわち、立法を補佐する仕事に携わりながら、この立法に対する逆風を否応なく感じることになったわけです。もちろん、法律による規制の全てが必要でなくなるとは当時も思っていませんでしたが、ただ大きな傾向として、経済学者の主張が力を持つようになりまして、従来の法律がカバーしていたものが廃止または縮小の方向へ進むことは認めざるを得ませんでした。

平井宜雄先生がジュリスト（No.六一三～No.六二二）に発表さ

れました「法政策学序説」というものも非常に気になっておりましたので、経済学の勉強をしなければと思っていた時期にまず出会ったのが、小宮隆太郎先生を中心した『日本の産業政策』という本でございます。これには頭を殴られるような衝撃を受けました。

どういうことかと申しますと、小宮先生たち経済学者の常識では、産業政策とは、市場メカニズム（market mechanism）が上手く機能しない状態（「市場の失敗」：market failure）の場合に初めて必要となるものである、というものです。このような視点ですと、戦後の我が国は目覚しい高度経済成長を遂げたものの、それを支えたと考えられてきた我が国の産業政策の多くは、実は経済学的合理性を有していなかった、ということになります。その主張に全面的に納得するものではありませんでしたが、法律学からは全く発想できない視点であって、それに基づく政策や制度設計があり得るのだということを知ったことは大変に新鮮なものでありました。

以後、経済学者の発言にもなるべく耳を傾けるよう心がけてきましたが、その中で、再び衝撃を受ける本と出会うことになりました。それが、アラン・S・ブラインダーの『ハードヘッド&ソフトハート』という本です。原著は一九八七年にアメリカで出版されたものですが、我が国では佐和隆光教授の訳で、翌一九八八年一一月に刊行されており、私は書評を見てすぐに購入し、一気に読んだ記憶がございます。この本の大きなテーマは、アメリカ二大政党の共和党と民主党の従来の政策のあり方を対比しているところです。

「共和党の政策は、冷徹なハードヘッドに基づいて計算されたものであるが、その半面において、人間味に欠けたハードハートに基づくものである。他方、民主党の政策は、思いやりに満ちたソフトハートに基づくものではあるが、理屈抜きのソフトヘッドによって具体化されがちである。選挙民たちは、このような共和党の政策と民主党の政策のいずれか一方を選ばざるを得ないという貧しい選択に、あまりにも久しく甘んじてきた。ハードヘッドとソフトハートの双方を兼ね備えた、新しいハイブリッド型政策の登場が、いまや求められてしかるべきではないか。」

この主張が、ブラインダー教授の議論の前提であるわけです。この「ハードヘッド」あるいは「ソフトハート」というフレーズが、まず私には新鮮な響きに聞こえたのですが、経済学においては、アルフレッド・マーシャルの“cool head but warm heart”という言葉が既に有名だそうです。ですから、こうした

ことが、経済学ないしエコノミストにとってはいわば一つの常識なのかなという印象を受けました。また、この本を読みましたときにすぐに頭に思い浮かんだ本が、平井宜雄先生の『法政策学』でありまして、平井先生も効率性と正義性ということをおっしゃっています。

ブラインダーは、この本の中でハードヘッド＝効率性（Efficiency）とソフトハート＝衡平性（Equity）を兼ね備えた政策の必要性を主張して、アメリカの雇用政策、通商政策、税制改革など、いくつかのテーマについて具体的な政策を提示しているのですが、その中でも特に私が衝撃を受けたのが、環境の浄化について排出権取引という政策がベストであるということを論じた「第五章　環境の浄化」であります。

今でこそ、「排出権取引」といえば、一九九七年一二月の京都議定書以降、我が国でもすっかり定着した言葉だと思うのですが、この本を読んだ一九八八年当時は、その発想にまず驚き、法律学の発想では敵わない経済学の発想があることを素直に認めざるを得ないことを痛感いたしました。ただ、その発想の素晴らしさに脱帽したものの、まさかこのような政策が京都議定書のような形で現実化するとは、とても当時の私には想像できませんでした。その不明も恥じなければならないと思いますが、とにかくそこで取り上げられている経済学と法律学との発想の違い、そしてその対比において法律学が完全に負けてしまっているという部分は衝撃的であったわけです。そこで、ブラインダーが展開する議論を具体的に説明したいと思います。

我々法律学を学んだ人間が、公害対策法制としてどのような発想をするかと申しますと、例えば、ある種の汚染物質を二〇パーセント減らしたいと考えた場合、汚染物質排出者に対し、現行より一律二〇パーセントの削減を義務付けるという発想をするのだろうと思います。その実効性を担保するために、削減を実現できない者に対しては罰金その他のペナルティを課すという、いわば直接規制の考え方を法律家はするでしょう。現に従来の公害法制はそうした発想に基づいていたと思います。

こうした考え方に対して、エコノミストはそれを「ソフトヘッド」な考え方であると批判するわけです。エコノミストの圧倒的多数は、このような直接規制では、社会的コストがあまりにも掛かり過ぎるのだと主張します。具体的にどういうことかと申しますと、ブラインダーはセントルイス市の実例で説明しているのですが、ある製紙工場がボイラーから出る粉塵を一トン減らすのにわずか四ドルしか掛からないのに対し、ビール醸造工場が同じことをするのに六〇〇ドルも掛かるというケースを

想定します。この場合、製紙工場とビール醸造工場の両者に同量の排出量、例えば各工場に一トンずつ、計二トンの削減を迫ったとすると、社会的コストとして六〇四ドル（四ドル＋六〇〇ドル）掛かる。これを製紙工場のみに削減をまかせることにすれば八ドル（四ドル×2）しか掛からなくて済むのであって、その方がはるかに効率的で合理的であると主張するわけです。

では、経済学者のいう「ハードヘッド」とはどのようなものかと申しますと、そこに効率性の原理が挙げられています。その内容は以下の三点に要約されます。

①ほとんどの財とサービスは無尽蔵ではなく、したがって、多いことは少ないことより望ましい

②資源は希少である

③高い生産性は低い生産性より望ましい

こうした内容の原理に基づいて、社会的コストとして六〇四ドル掛かることをさせるよりは、八ドルで済むことをさせる方が社会全体の利益を考慮すると優れているではないか、とエコノミストは主張するわけです。

こうした主張に対する弁護士や環境保護団体からの反論も、この本の中では紹介されているわけですが、そういうものについても鮮やかに論破していくわけです。

では、どうしたらそのような効率性のいい制度となるのか。エコノミストは二つの方法を提言しています。

その一つは、「環境税」という考え方です。汚染物質の排出量に応じて税というチャージを課す。例えば、一トンの排出量に対し一〇〇ドルの税金を課すことにすれば、製紙工場は、一トン当たり四ドルを掛けて排出削減すれば、一〇〇ドル節税できますから、差し引き九六ドル浮かせることができるわけです。おそらく一トンに止まらずもっと削減しようと考えると思います。他方、ビール醸造工場のように一トンの排出を削減するのに費用が六〇〇ドルも掛かる企業は、あえて一〇〇ドルの税金を支払っても汚染物質の排出を続けることになります。

このように、「環境税」という考え方は、エコノミストが思考した「製紙工場だけに削減をさせて（＝社会的コストを低く抑えて）全体としての目標を達成する」という方向に、結果的には導くものであると主張するわけです。

この「環境税」という考え方は、いわゆる料金制のようなもので、法律学を学ぶ人間にも違和感のないものだと思います。それでは、もう一つの方法である「排出権」という考え方はどうでしょうか。

我々法律学を学ぶ人間からは「汚染物質を排出できる権利」＝

排出権という概念を設けること自体にまず違和感があるでしょうし、さらにそれが金銭での取引対象になるという考え方には、最初、戸惑いを持ち、拒否反応が出るのが普通かもしれません。マスキー法で有名なマスキー元上院議員は侮蔑をこめて「汚染許可証」と呼んで批判しているわけです。それが法律家の発想であって、「排出権」という概念は受け入れられなかったのだと思います。

先ほどの例で、例えば製紙工場もビール醸造工場も現在五トンずつ粉塵を排出しているとして、社会全体の排出量を二〇パーセント削減するために、各工場に四トンずつの排出枠（排出権）を与えるとします。削減費用が高いビール醸造工場は、製紙工場に与えられた排出枠（四トン）のうち一トンを譲ってもらえれば、計五トン（四トン＋一トン）の排出枠を持つことになり、削減しないで済むことになります。その場合、ビール醸造工場としては、排出量を一トン削減するのに掛かる費用（六〇〇ドル）よりも安く一トン分の排出権が買うことが出来れば、そして、製紙工場としては、排出量を一トン削減するのに掛かる費用（四ドル）より高く排出権を売ることが出来れば、双方ともに有利になるわけで、十分に取引が成立します。これが、「排出権」の市場取引という考え方のベースにあるわけです。

例えば、社会全体で二〇パーセントの削減を目指す場合、「環境税」の考え方では、どの程度の税のチャージをかければ目的達成できるかが試行錯誤になります。それに対し、公開の市場で自由に売買される「排出権」取引制度の方は、八〇パーセントだけの排出権を市場に流通させることにすればいいわけです。それが、市場で売買されることになるわけで、必ず二〇パーセントの削減が達成できることになる。ですから、エコノミストは、システムとしては「排出権」取引の方が合理的であると説明するわけです。

その上で、純粋に経済学的見地からは、両者の考え方は全く同等だという説明をされますと、法律学の立場からも「環境税は容認できて排出権制度は容認できない」と、容易には主張できないでしょう。

学生や職場の後輩などにも、この「第五章　環境の浄化」を読んでもらった上で、法律学を学ぶ立場からこのブラインダーの主張をどう考えるかを問うことにしております。

すなわち、第一の立場として、「すべての人が直接削減する義務を平等に負わなければ不公平である」と考えるのか。それから、第二の立場として、「排出量に応じた税の賦課という考えはまだしも、お金で排出権を買うというような排出権取引は、

金持ち優遇で不公平であり、認められない」と考えるのか。それとも、第三の立場として、「排出権取引を認めることは合理的であり、しかも、公平性・正義性を損なうことはない」と言い切れるのかどうか。

この三つの見解から、どの立場を取るかを問うわけです。学生に質問しますと、概ね、第二の立場と第三の立場に分かれますが、私としては第三の立場まで理解できるようにならないと、エコノミストの主張を法律学が咀嚼し得たことにはならないのではないかと考え、その旨を学生に一所懸命に説明するわけです。つまり、第三の立場でも決して不公平ではないということを説明するのですが、それでもなかなか全員が納得するところまでには至らないのが現実だと思います。

私自身は、この本で法律学では発想できない優れた制度設計があることを知り、法律学がオールマイティではないことを再認識し、法律学だけに留まらず他の社会科学なども積極的に学ぶ必要性を痛感したところです。こう申し上げますと、「いや、法律学でも、『法と経済学』とか『環境法』といった分野が盛んになっている」という反論があるかもしれませんが、私の浅薄な知識で意見を申し上げるならば、例えば「法と経済学」で論じられている事柄は「経済学」（主として「ミクロ経済学」）そのものなのではないかという気がしておりますし、また「環境法」というのも独自の体系を持ち得る法分野なのだろうかという気がしております。

決してそうした名称の学問研究の営みを否定するものではないので、浅学非才の人間の妄言として聞き流していただければと思いますが、私が申し上げたかったことは、このような法律学は、まだ他の学問に依存しているだけなのではないだろうか。経済学その他の隣接諸科学の成果を吸収し、それをよくこなした上で、独自の法律学的知見を社会に発信する、というところまでに至っていないのではないか、ということを思っているわけです。

さらに申し上げれば、法律学と他の社会科学との間に未開拓の学際的領域があって、それを切り拓いていくという意識であるよりは、率直に、他の学問分野の成果のいいものはいいものとして受け入れ、それを法制度設計に役立てていくことの方が重要なのではないかと思っております。

すなわち、法律学の外延を拡げていくというよりは、既存の法律学の内包を充実させていく、深めていく。そのためには、経済学を始めとした他の学問の知見を貪欲に吸収していく、というのが、今の我が国の法律学において必要なことではないか

と考えるのであります。

今の時代のような、ある意味で成熟した社会では、「法科万能」ということはあり得ないのでありまして、その中で法律学が一定の発言力を有していくためには、そうした方向で法律学的知見を充実させていくしかないのかなという気がしている、という感想でございます。

このような「法律学の機能と限界」という問題、換言すれば、法が首尾よく機能する部分と法が限界に直面する部分という問題を考える場合に、私は、もう一つ、価値相対主義の壁という問題を法律学に内在する限界として認識するのですが、ここではそれに触れる余裕はございません。ただ、法律学に内在するそのような価値相対主義の問題以前に、そもそも法律学の知見が及び得ない領域があるという限界を素直に法律学サイドが認識する必要があることを、強調しておきたいと思います。

四　「法制局」的なるものの受難の時代

これまで、法律学が我が国社会において発言力を低下させているのではないかというお話をしてきましたが、そうしたことの影響が我が国の政治の場においても及んでいるような気がしております。昨今の内閣法制局に対する風当たりの強さも、結局のところ、法律学的議論のパワーの低下と相関する関係にあるように思えてなりません。

また、私ども衆・参の議院法制局については、従来から、いろいろ考え方の違う政党や議員の補佐を行わなければならないという立場から、比較的柔軟な思考を心がけているわけですが、それでも、ときとして「立法のための関所」であるとか、「ゲート・キーパー」だ、というように批判され、敬遠される向きがあります。これは、私ども議院法制局が、議員の立法活動のための単なる「サービス機関」ではなく「補佐機関」であるという点が、なかなか理解されにくいというところに原因があるのだと思いますし、その根っこには、やはり法律学の発言力が社会において相対的に低下していることも大きいのではないかと思っているところです。

そこで、実際に私が体験した実例を一つ取り上げて、少し具体的にお話してみたいと思います。

政治改革が一段落した平成六年の暮れのことです。私が今でも鮮明に覚えておりますのはそれが御用納め前日の夕方の出来事であったからなのですが、ある議員から呼ばれ、知事の多選禁止法案を作って欲しいという依頼がありました。そこで受け

た指示の内容は、知事及び政令指定都市の長については連続して三期一二年に限る、というものでした。

知事の多選禁止法案については、それ以前にも二度ばかり、公職選挙法の改正というかたちで提案されたことがあり、そうした経緯からすると、この依頼に応じられないというわけにはいかないだろうと内心では思っておりました。ただ、ご承知のように憲法上のいろいろな議論のある問題ですので、年明けに憲法上の論点を整理したメモを届けて議員と議論し、そこで問題点を理解していただこうと考えておりました。

ところが、年明け早々、「法案は出来たか?」という電話が掛かってきたのです。私は「まず憲法問題がありまして云々」と申し上げても、「憲法違反になんかなるわけがない、早く法案を作れ」と言い返されてしまいます。「憲法問題を別にしても、立案に当たってはいろいろと細かな検討を要する事項がありまして」と申し上げると、「どんな問題があるのだ?私が即決する」という答えでした。

当時、私自身がまず迷っていたのは、従来のように公職選挙法の改正という形式の法案とするのが果たしていいのだろうか、という点でした。憲法上の問題をクリアするための説明としては、選挙法レベルの問題というよりは、もっと根源的に地方自治体の首長の在り方の問題として説明すべきだし、その方が説得力があるのではないか。そのためには、公職選挙法の改正という形式ではなく、地方自治体の首長の地位を規定している地方自治法の改正という形式を選択したほうがいいのではないか、と考えていたからです。

依頼議員にその判断に迷っていることを伝えると、「どっちでもいい、結果的に多選禁止の内容であれば」ということでした。依頼議員の意向から時間的猶予が許されない状況で、すぐ立案に取り掛かるためにはまずその入り口の問題の即断を迫られました。公職選挙法の改正という形式は先例がございますので、立案に要する時間的猶予のない中で、ある意味、こちらの方が楽かなと思ったのですが、やはり、憲法問題をクリアする説明のためには地方自治法の改正形式の方がベターではないか。すなわち、任期を四年と定める地方自治法一四〇条の次あたりに条文を追加すればいいのではないかと、本当に悩みました。

結局、地方自治法の改正でいくという決断を課長であった私が行い、立案のための作業にすぐ着手したわけですが、一口に「三期一二年」といっても、いろいろな選挙・在任のパターンがあります。例えば、任期途中で辞職し、その辞職にともなう選挙に再び立候補して当選した場合、その人の任期は残任期間

でしかない（公職選挙法二五九条の二）わけですが、このケースではぴったり「三期一二年」とはならないのです。このように「三期一二年」にあたらないケースを全部洗い出し、一つ一つをどう整理するかという大変に厄介な作業が必要でした。その上で、例えば次のような経過措置的な問題がありました。

①ある市が政令指定都市に昇格した場合にその昇格前の市長の任期は「三期一二年」にカウントするのか否か

②改正法施行時点以前の任期はカウントするのかどうか

③改正法施行時点で既に「三期一二年」以上の首長はどう扱うのか（すぐ退職するのか否か）

こうした細かい検討を要する事項がありまして、結果、依頼議員に法案を渡すまでに二週間程度の時間が掛かったと思います。

この間、ほぼ毎日のようにお昼休みに催促の電話がかかってきまして、胃がキリリと痛む経験をしたわけですが、おそらく依頼議員は「知事及び政令指定都市の長は、三期一二年を超えて在任できない」と一言規定すれば済む簡単なことではないか、何をモタモタしているのだ、と思っていたのかもしれません。もちろん依頼議員が問題にしていない憲法問題についても私どもは同時並行的に検討しておりました。私どもが地方自治法の改正形式を選択したために、どうして地方自治体の首長の中で、知事と政令指定都市の長だけに多選の弊害があるといえるのか。そのことの合理的な説明はどうするのか、という点についても、課内で相当議論したことを記憶しております。

この法案は、結局は、党内手続き、特に衆議院サイドとの調整がなされないままに提出されたということもあって、実質的な審議もないままに廃案となり、マスコミでもほとんど話題となることなく終わりましたが、依頼議員からは、その後、「法案を見たらいろいろと細かい規定が書いてあって、法制局の作業も大変だったんだなぁ、どうもありがとう」と感謝されたのです。随分と叱られただけに、それだけよけいにホッとした記憶が残っております。少なくとも、この依頼議員とは、法案を渡すまでは大変厳しい関係だったのですが、最終的には、法制局の仕事についてそれなりに理解していただけたわけで、我々としては、補佐機関としてのベストが尽くせた仕事の一つかなと思います。

もちろん、最初から私ども法制局の申し上げることに謙虚に耳を傾けてくださる議員もおられますし、この事例のように最初は厳しい関係であっても結果的に感謝されるようなケースも多いのですが、必ずしもそうしたケースばかりとは限りません。

「法制局は何をモタモタしている」とか「法制局は訳の分からない難しいことを言っている」等々、お叱りを受けることは珍しいことではありません。

しかしながら、私どもの立場から弁明させていただくならば、我々が従事する「法律案の起案」という作業は、紛れもなく「法律学の実践」なのであります。その過程は、いろいろと「ああでもない、こうでもない」と悩みつつ合理的な思考を積み重ねていく作業以外の何ものでもないわけでありまして、それなりに時間を要します。また、その悩んだ末に出てくる結論も、数学のようにスパッと割り切れた解答とはならない場合が多いことは、ここにいらっしゃる皆様にはよくご理解いただけるところかと存じます。しかし、立法の現場である「政治」の世界においては、なかなか理解していただけない場合が多いということであります。

ジュリスト五〇〇号の「判例理論の再検討」という特集において、小島和司先生が「法律・命令・条令」という有名な論文の冒頭で、判例と学説との関係を次のように説いておられます。

「概括的にいって、判例理論は学説レベルの反映でしかない。裁判における問題提起は学説のレベルでおこなわれ、これに答える判例もまた学説を検討して形成される。判例は、学説を理論的に超えることを使命とするものではなく、そのレベルについての責任は、学説が共同して負うべきものである。」

この判例と学説との関係について小島先生がおっしゃっていることは、我々「立法」と学説との関係にも全く同様に当てはまるものだと思います。我々が、法律学の研究の成果に大きく依存する立場にあることは否定し難く、その意味で、「法制局」的なるものがなかなか理解されがたい現状において、それを打開する手立てというのも、実は、法律学の発展による社会的発言力の向上しかないのではないかと考えております。こういう難しい時代だからこそ、法的賢慮（juris prudentia）を働かす法律学の重要性が広く認識されなければならないと思っておりますし、それを心から願っているところであるわけです。

五　おわりに
―私の考える「立法学」―

本日は、「立法」という法律学の実践の現場にいる者が、法律学について日頃いろいろと思っておりますことを勝手に述べてまいりました。私自身も求められて大学で学生に話をする機会がありまして、やむなく「立法学」という名称で講義をする

ことがあります。しかし、その場合に、私が実務家として学生に伝えようとしていることは、本日これまで述べてきたようなことが中心でありまして、決して体系的なものでもありません。社会における発言力が相対的に低下しているように思える法律学の現状に対し、法律学の機能と限界ということをよく踏まえた上で、法律学の再生を図っていくことが必要なのだということを強調し、「法律学ガンバレ！」という声援を送る気持ちがあるのみでございます。

一昨年のこの研究会で、衆議院法制局の橘幸信君が「『実践的立法学』の構築に向けて」という報告をされており、「立法学」の体系化を試みられております。彼の大変に意欲的な試みには、かねてより感嘆し、敬意を払うものですが、ただ、私は彼と違って、どちらかといえば悲観的な立場に立つものでして、「立法学」の体系化ということについては、それがとても至難なことであるという認識を持っております。

また、地方分権が進み、これから自治体立法が盛んになる中で、自治体関係者に対し、適切な指針やマニュアルのようなものが示せればいいとは私も思いますが、しかし、立案担当者をターゲットにしたような「立法学」というよりは、法律学を学ぶ全ての人に有益な情報を提供する学問としての「立法学」こそが重要なのではないかと考えております。

私自身は、むしろ「立法学」というのは、体系化が図られるべき法律学の新しい分野といったようなものではなく、全ての実定法学者が担うべき法学研究の在り方・方法論の問題なのではないか、とかねてより考えております。末弘厳太郎先生が、戦後すぐに発表された「立法学に関する多少の考察」という有名な論文で主張されたかったことも、結局は、そういうことなのではないかと私は理解しております。

本日、私が申し上げたかったことを要約すれば、「立法」の現場で働く私どもを支えてくれるのは、法律学以外にはないわけでありまして、その意味で、法律学が社会における発言力を再び増していくことを期待しておりますし、そのためには、解釈法学の殻に閉じこもることなく、立法学的アプローチを加味してパワーを増していただきたい、ということが一つであります。

もう一つ付言することをお許しいただけるならば、現在進行中の司法制度改革という大きな流れの中で、大学などの法学教育が益々司法偏重になっていくのではないかということに危惧を有しております。言うまでもなく、法律学が機能するのは「司法」の場だけではないのでありまして、司法偏重ではなくバラ

ンスの取れた法律学として発展していくことを希望しております。

法律学の社会における発言力が低下していることが仮に事実だといたしましても、法律学が社会において機能すべき重要性が低下していることなどはいささかもないはずだと確信しているものであります。本日は、皆様を前に大変僭越なことばかりを申し上げたかもしれませんが、これもひとえに、法律学に対して私が熱い期待を有しているからに他ならないということをご理解いただきまして、私の報告を終えさせていただきたいと思います。

本日は、ご清聴ありがとうございました。

＊本稿は、昨年八月に開催された北大立法過程研究会シンポジウムにおける報告原稿に加筆修正していただいたものである（研究会責任者岡田信弘記）。