



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	特集にあたって
Author(s)	藤谷, 武史
Citation	新世代法政策学研究, 7, 79-82
Issue Date	2010-07
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43871">https://hdl.handle.net/2115/43871</a>
Type	other
File Information	HJNGLP007_005.pdf



特集：シンポジウム「相対化・グローバル化時代における国家の  
法律と立法者の位置づけ」

## 特集にあたって

藤 谷 武 史

北海道大学法学研究科グローバルCOE「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」は、2009年9月25日、科学研究費基盤A「ネットワーク社会における都市空間のガバナンス — 新たな実定法パラダイムの構築」（研究代表者・吉田克己北海道大学教授）との共催により、コンスタンツ大学ハンス＝クリスティアン・レール（Hans Christian Röhl）教授を主報告者、原田大樹准教授（九州大学）と藤谷をそれぞれ日本法とアメリカ法の観点からの対照報告者とする国際シンポジウム「相対化・グローバル化時代における国家の法律と立法者の位置づけ」を、北海道大学において開催した。同シンポジウムでは、学内外からの多数の参加者を得て活発な議論が行われた。本特集は同シンポジウムの記録を第一義的な目的とするものであるが、すでに相当の時間が経過していることもあり、原田論文と藤谷論文についてはほぼ全面的に加筆・改稿を加えたものとなっている（他方、レール論文については概ね原形を留めている）。そこで、以下に、本特集に至る経緯を簡単に説明しておくこととする。

レール教授を招聘して2009年9月～10月に行われた一連の研究会企画に至る経緯（および関係の先生方への謝辞）は、本誌第6号に掲載した特集「多元的システムにおける行政法学」の「企画趣旨説明」（83頁）に述べたので、詳しくはそちらを参照されたい。ここでは「相対化・グローバル化時代における国家の法律と立法者の位置づけ」という本特集のタイトルの背後にある問題意識に絞って説明を加える。

北大グローバルCOEが標榜する「多元分散型統御」なるスローガンの背後にある問題認識は、概ね《立法・行政・司法・市場のいずれにも固有

の制約があり、絶対的な正統性や正当性を期待することが困難である状況において、それらをいかに(多元的に)組み合わせれば、より良い「統御」が可能になるか」という問いであると言って大過ない。このようなアプローチは、知的財産法をはじめ、北大グローバルCOEが具体的な検討対象とする法領域における現代的な法現象を把握する上では不可欠と思われるものの、法を産出する制度や過程(とりわけ通常はその中核となる立法者)をも批判的検討の俎上に乗せるという意味で、実定法学にとってはパンドラの箱を開くにも等しい危うい問題設定であることも確かである。しかも、効率性や正義論といった実定法外在的な実体的価値基準への全面的な帰依も選択しないことにより、このアプローチが羅針盤を持たぬまま迷走することになる危険性は増幅される。そこで、かかる問題設定自体のポテンシャル(ないし陥穽)を見極める作業(の一つ)として、ドイツ行政法学との対話が志向されたという次第である。

周知の通り、ドイツ行政法学は、強固な法学的思考の伝統によって行政の法的統制を支える理論と制度を発展させ、わが国の行政法学にも多大な影響を与えてきた。行政の法的統制における中核となるのが民主的正統性を負託された立法者であり、その産出物である法律である(法律による行政の原理)。もちろん、経済社会のグローバル化や技術・知識の複雑化、公共的任務遂行主体の多元化などによって、立法者と法律を中心とした国家法秩序が相対化される傾向は、現代のドイツにおいても指摘される。しかし彼の地の法学者は、なお《立法者と法律が法システムの要石であることは動かさず、それが新たな社会の変化にどう対応しうるか》を語ろうとしているように思われる。こうした強固なコミットメントは、北大グローバルCOEの問題設定にいかなる反省を迫るものであろうか。逆に言えば、ドイツ行政法学は、なぜ立法者に対してかくも強固な信頼を置くことができるのであろうか。

また他方の極には、(判例法が制定法と並ぶ法源としての地位を有することを差し引いても)立法者や法律の位置づけが遥かに相対化されているように見えるアメリカ法の議論状況が存在する。立法過程を徹底的に脱神話化する公共選択論は、確かにアメリカ法学においてさえ極端な立場として受け止められているものの、経済学や政治哲学を動員しつつ《立法の質》を直接的に語る(あるいは、語らざるを得ない)傾向は、様々な学派や論

者の違いを超えてなお顕著であるように思われる。

以上、さしあたりの——極めて大雑把かつ表層的な——観察から窺われた、ドイツ・日本・アメリカの法学における《立法者と法律》の位置づけ方の違いを、行政法学というフィールドを設定して、相互に比較対照させつつ、そこに何が浮かび上がってくるかを見極めることによって、「多元分散型統御」なる問題設定自体を批判的に再検討することが、「相対化・グローバル化時代における国家の法律と立法者の位置づけ」という研究会の表題に込められた当初の企図であった。

もとより、各国の法秩序における立法者・法律の位置づけは、ルール論文が適切に指摘するように、立法府の構成や憲法上の位置づけに大きく依存せざるを得ない。となれば、単純な比較による相違点の指摘が殆ど意味を持たないことは明らかである。そこでは、むしろそれぞれの文脈において立法者がどのように位置づけられ、《立法の質》がいかに論じられているかを内在的に理解する作業が重要となる。と同時に、その作業は、法学における《立法の質》に関する議論の作法が、《立法の質》に対する外在的な評価基準(特に経済学的な枠組み)といかなる関係に立つものであるかを明らかにするものでなければならない。

本誌掲載の原田論文・藤谷論文は、シンポジウム席上における議論で認識されたこれらの課題に答えるべく、いずれも元の報告原稿に大幅な加筆修正を施したものである。前者は日本法の文脈で法制度設計論としての行政法学が立法の質を評価するためにいかなる基準を発展させてきたかを帰納的に分析してそれらの基準を析出し、後者はアメリカ法の文脈で法外在的な理論枠組みがいかに法学の議論に接続されることが可能になったかに関する仮説を提示するものである。いずれも詳細については本編を参照されたいが、さしあたり「立法者と法律の位置づけ」という本特集が掲げた問題設定に対しては、①法内在的な議論と、法外在的な(例えば経済学の)議論との間で、「あれかこれか」という発想をとるのは生産的ではなく、むしろ法内在的な議論の構造を自ら明らかにすることによって法外在的な議論との間での相互補完的な関係を構築すべきこと、②現実態としての立法者の能力や資質の問題とは独立に、規範的な立論を行う上での focal point としての立法者に適切な理論的位置づけを与えることは、むしろ多元分散型統御を強調する立場においてこそ重要であること、の2点を

指摘できるように思われる。もちろん、本特集の問題設定自体が批判の対象となりうるものであるし、ここで提示された議論は今後批判的に克服されるべき作業仮説にすぎない。むしろ、適切に批判されることによって、本特集が掴まえようと「悪戦苦闘」した問題群がより明確な像を結ぶことに繋がるのであれば、企画者としてこれに勝る喜びはない。