

法學協會雜誌

第 四 十 六 卷 第 一 号

論 說

立法學に關する多少の考察

東京帝國大學教授 末弘 嚴太郎

戰時經濟統制立法の歸趨

東京帝國大學教授 我 妻 榮

樞密院における議院草案の審議

東京帝國大學教授 宮 澤 俊 義

報 告

田中耕太郎教授「法律哲學論集」(下)

東京帝國大學教授 尾 高 朝 雄

雜 報

立法學に關する多少の考察

—— 第一編 組合立法に關して ——

末 弘 嚴 太 郎

我國には凡そ立法のことを科學的に研究した文獻が殆ど存在しない。法令立案の實際も専ら關係官吏の職業的熟練によつて行はれてゐるのみであつて、其熟練による立案能力が實質的に如何なるものであるかを分析的に研究したものは皆無である。従つて彼等の能力が如何にして養成されるかに付いての科學的反省もなければ、その能力を養成する方法の科學的研究も全く行はれてゐない。時に學者が法令の立案に參畫せしめられることがある。又學者の中には立法の名教師として特に其名を馳はれてゐるものも少くない。しかしそれ等の學者の如何なる能力が如何なる意味に於て立法に貢獻するのかが科學的に考察したものは全くない。優れた法學者が必ずしもすべて優れた立法者ではない。解釋法學者として優れた能力をもつものが必ずしも優れた立法者とは言ひ難い。此事實は眞に吾々を苦しめてゐる。之れにも拘らず從來我國には此問題を問題として特に研究したものが全く見當らない。

要するに從來我國の法令立案は昔の刀匠が専ら經驗と熟練と勘とに依つて刀を鍛えたと同じやうに、何等科學的自覺の下に科學的操作に依つて行はれてゐない。之を工科方面の技術諸科學が専ら物理學・化學等自然科學に依つて得られた自然に關する科學的智識を基礎として科學的に技術的文化財の創成に力め、又臨床醫學が専ら基礎醫

論 說

學理的探求に依つて得られた科學的智識を基礎としつゝ疾病に對する對策を科學的に奏せむと努力してゐるのに比

べると、すべてが甚だ非科學的だといふ處を察し得ない。

元來法學の目的は正しき法の探求にある。正しき法を實定法上に實現することに在る。換言すれば、立法の上に

又司法其他法運用の上に正しき法を實現すること、之を法學の目的と云ふべからぬ。従つて法學の中心を

成すものは實用法學としての立法學及び解釋法學であつて、之と並んで比較法學・法哲學・法社會學等その他の

法學諸部門との關係は工科の技術諸科學と理科の基礎的科學との關係、又臨床醫學と基礎醫學との關係に類似した

ものでなければならぬ。

然るに、從來我國法學者の學的努力は、先づ第一に解釋法學に注進されて同じく實用法學の一翼を成すべき立法

學は全く注意の外に置かれてゐる。第二に、法史學・比較法學・法哲學等に關する學業の成績の中には相當高く評價

し得べきものも決して稀れではない。しかし、此等の基礎科學的諸部門と實用法學とは互に深い科學的密接さをも

つものとして考へられて居らず、此等諸部門の研究が進歩すればする程反つて何となく實用法學と縁遠くなるのが

當然であるやうに考へられてゐるのが從來の實情である。無論、物理學・化學等が一應は全く實用目的を忘れて科

學の爲めの科學として研究されることが許されればならぬ。凡そそれ等の諸科學は餘りに卑近なる實用

目的に結び付け過ぎると反つて進歩しない。研究者としては全く實用目的を忘れて研究對象の究明に専念してこそ

眞に學的價値の高い研究成果を擧げ得べきこと從來幾多経験の教する所である。従つて法學に於ける基礎的諸學も

一應實用目的を離れながら科學の爲めの科學を目指して研究されることは毫も差支ないのみならず、寧ろ望ましい

課であるが、立法學・解釋法學の如き實用法學の方面からは寧ろ積極的に基礎的諸學の成果を擧取することに力む

べきである。かくして實用法學自身を極力科學的ならしむると同時に、基礎的諸學の研究者に絶えず實用目的から

の呼びかけを與へて彼等の研究に刺激と生氣とを與へることは此等諸學の進歩にとつても亦望ましいことである。

然るに、從來我國の實用法學は殆ど全く此方面の努力をして居ないのである。無論基礎科學的研究者が目先の實

用目的のみ注意を奪はれることはよろしくない。しかし時に實用方面から呼びかけし實用目的への目標を與へる

ことも動ともすれば象牙の塔の中に科學的甘蜜を食する樂に陥り易い基礎科學者に學的刺激と反省の機會を與へ其學

的活動を促す所以であること、さればと言つて實用方面からの注文が多過ぎて凡そ實用目的に副はざる研究の價値

を無視若くは輕視するが如き風潮が起ると又反つて惡影響を與へること等、其間の微妙な關係に付いて我國の科學

者一般は戰時科學動員の實績から幾多の貴重な教訓を與へられた筈である。

同じことは實用法學と基礎的諸法學との關係に付いても理論的には當てはまる譯であるが、我國從來の實情に於

ては實用法學の一部分たる解釋法學のみがその實用的價値の爲に不當に重視されたのみならず、解釋法學者の多く

は實定法そのものの中に自給自足的安逸を貪つて基礎的諸法學の成果を擧取する努力を忘れ、それ等諸學の研究者も

實用目的へのつながりやを忘れて専ら科學の爲めの科學を求めると誇りとするが如き有様であつて、大學法學部

の教育に於ても解釋法學と基礎的諸法學とは全く互に遊離して教授されてゐる實情である。

かくの如きは、一には我國の法學が明治以降歐米法學を模倣的に受け入れた初めから歐米法學當時の風潮たる法實證主義的傾向の全面的影響の下に解釋法學萬能の弊に陥つた結果でもあるが、二には明治以降最近に至るまで我國の政治的・經濟的・社會的秩序が専ら安定を求めて高々部分的補修に依つて既存秩序の維持を以て満足し法學者にとつて殆ど何等重要な創造的活動も求められない状態にあつたことの結果である。しかし、かうした情勢の下に於ても、若し法學者が常にもつと立法のことに關心を拂ひ、彼等が其間判例の研究に費した精力、又戰時中統制法令の解釋に向けつた努力の何分の一なりとも立法改善の方面に向けつたならば、ひとり實際立法法の改善に貢獻する所大なりのみならず、法學及び法學教育の面目も恐らく現状とは著しく異なつたものとなつてゐ

たのではなから私考(る)のである(註一)

註一) 吾々は十九世紀の後半以後イギリスの政府當局者並に議會人が絶えず法令立案準備の改善に努力し、それが開立

法の合理化に多大の貢献をしてゐる事實を *History of Law making (1914)* に於て述べられてゐる。我々の法

の立案が關係各省若くは法制局の官吏の手によつて事務的に従つて單に傳説と慣行とを以てして事の成否を何等の注

意も拂はれないやうな仕方で行はれて来たが、イギリスに有る有能なる専門立法家 *Legislators* を養成し之を

らゆる法令の立案に實行的に参與せしむるやうなことを實行してゐたならば、戦時中に吾々一輩が曾て共に苦しめられた

やうな統制法令の整理整理を防止することにも大に役立つてゐたであらうと私は思ふ。

註二) ドイツ法學者の實定法論者 *Rechtspositivism* が立法學と法學及び法學教育の外に關し其特殊な大學を

して「官吏養成所」に墮落せしめたこと、そして若し大學が立法學の重要科目として法學を社會的經濟問題の解決

に協力せしむるの道を閉くならば、大學が再び「豊饒なる現實の法的創造に對する」官を以て青年學徒の精神を導きしめ

得べき科學的教育機關」になり得るであらうこと *Brinkman, Ein Archaisches Recht (1910)*, Vorwort, S. 15
は力強く主張してゐるが、所論はそのまま直に我國の現状に當てはまると私は考へてゐる。

註三) 此種の法的資料を使つて立法學の役割を果たさうとする試みは、實際上とて一部分的に過ぎなかつたと言つても可

旨無ではなかつた。歐洲各國に於ける比較法學會の活躍はその一例であるが、殊にベンタムの傳統を承けてイギリスの

議會立法官 *Legislative Council* の主眼の下に創立された英國の比較法學會の任務の如きも注目すべきものである。(註四)

註四) 然るに、實際上當時さうして其後の法學者は實定法の忠實なる侍女たるを以て満足し、折角の好機に折

角の資料を抛へてゐるが故に法學をして保守の學、現状維持の學なる汚名に満足せざるを得ない現状に陥らしめ

たのである。

註五) 此種の法的資料を使つて立法學の役割を果たさうとする試みは、實際上とて一部分的に過ぎなかつたと言つても可

旨無ではなかつた。歐洲各國に於ける比較法學會の活躍はその一例であるが、殊にベンタムの傳統を承けてイギリスの

議會立法官 *Legislative Council* の主眼の下に創立された英國の比較法學會の任務の如きも注目すべきものである。(註六)

註六) 然るに、實際上當時さうして其後の法學者は實定法の忠實なる侍女たるを以て満足し、折角の好機に折

註七) 吾々は十九世紀の後半以後イギリスの政府當局者並に議會人が絶えず法令立案準備の改善に努力し、それが開立

法の合理化に多大の貢献をしてゐる事實を *History of Law making (1914)* に於て述べられてゐる。我々の法

の立案が關係各省若くは法制局の官吏の手によつて事務的に従つて單に傳説と慣行とを以てして事の成否を何等の注

意も拂はれないやうな仕方で行はれて来たが、イギリスに有る有能なる専門立法家 *Legislators* を養成し之を

らゆる法令の立案に實行的に参與せしむるやうなことを實行してゐたならば、戦時中に吾々一輩が曾て共に苦しめられた

やうな統制法令の整理整理を防止することにも大に役立つてゐたであらうと私は思ふ。

註八) ドイツ法學者の實定法論者 *Rechtspositivism* が立法學と法學及び法學教育の外に關し其特殊な大學を

して「官吏養成所」に墮落せしめたこと、そして若し大學が立法學の重要科目として法學を社會的經濟問題の解決

に協力せしむるの道を閉くならば、大學が再び「豊饒なる現實の法的創造に對する」官を以て青年學徒の精神を導きしめ

得べき科學的教育機關」になり得るであらうこと *Brinkman, Ein Archaisches Recht (1910)*, Vorwort, S. 15
は力強く主張してゐるが、所論はそのまま直に我國の現状に當てはまると私は考へてゐる。

法政策学

法制度設計の理論と技法

[第2版]

平井宜雄 著

有斐閣

1 法政策学の構想

1.1 法政策学とは何か

1.11 法政策学の語の用法

本書を手にした読者の間からは、法政策学とは一体何なのか、という問いがまず発せられるに違いない。この問いに答えるには、結局のところ、本書の叙述のすべてが必要なのであるけれども、ここではとりあえず、法政策学というものの大略のイメージを読者に伝えるように努めることとしたい。そのために、法政策学の語が、これまでどのような文脈で用いられてきたか、を示すことから、出発しよう。

本書の前身となった論文(平井1976)において私が法政策学という語を用いてから、20年近くが経過している。当時は耳に新しい語であったと思われるが(しかし、私の造語ではない。末弘1946、善海1972、利谷1967、水本1970参照)。現在では「政策」の名を冠した学問分野やそれを対象とする学部・専攻名がむしろ流行するようにさえ見える(歴史を有する「政策科学」(後述)に加えて、新たに「総合政策学」や「公共政策学」が提唱されている[丸尾1993、加藤他1993、足立1994]。また、慶大・中央大には総合政策学部、神戸大学大学院には法政策コース、立命館大学には政策科学部などが設けられた)。このように、「政策」という語を用いて学問分野の名称とするものには、大きく分けて次の2つの系統が存在する。

(1) 第1は、ドイツにおける Politik 概念に由来する政策学の系譜である。社会政策 (Sozialpolitik)、刑事政策 (Kriminalpolitik)、地政学 (Geopolitik) などがこれに属する。これらの学問に共通するのは、大体において、①国家が達成すべき理念や役割をあげ、それを達成する手段を明示する、というように実用的・倫理的色彩が強調されていること、②学問としての統一的 Politik 概念に興味をもつよりも、上記の語が示すように、個々の分野に特

1 法政策学の構想

定化しようとしていること、であろう。わが国においてかつて用いられた「社会政策(学)」、「経済政策(学)」は、この系統に属するものである(現在では、とくに前者の名称は稀にしか用いられないようであり、学問的にも純然たる経済学の一分野に性格を変えてしまったように見える)。

(2) 第2は、第二次大戦後のアメリカにおいて唱えられた(Lerner and Lasswell 1951)「政策科学(policy sciences)」の系譜をひくものである。現在の日本において用いられる「政策(科)学」・「総合政策学」は、この系譜に属する。この種の政策学においては、③経済学・管理科学・組織理論の系譜に連なるもので、公共政策の決定者に対し、目標と依るべき価値とを明示して一連の代替案を提案し、政策決定をなすべき旨を助言するという、やや実用的な分野、④政治学の系譜に属するもので、政府の公共政策の形成過程あるいは有効性を研究する主として実証的な分野、の2つが主要なものであり、必ずしも一義的に明らかにすることはできない(宮川1994参照)。それにもかかわらず、⑤統一的な科学として発展させようという志向が強い(Dror 1971)という点で(ただし、現実の研究は個別分野でなされることが多い)、ドイツにおける Politik とは好対照を見せている。

(3) 法政策学も、これらと同じく「政策」の語を冠しているのであるから、上記(1)および(2)のいずれの系譜に属しているか、が問われるであろう。その答えは、基本的にはいずれにも属していないが、強いて答えるとするれば、(2)の系譜に属するというにある。

(1)の系譜の背後には、たとえば、⑦19世紀ドイツにおける統一国家形成への情熱あるいは形成後の昂奮、その結果として他国への対抗意識(とくに社会政策の母胎となった国民経済学は、イギリスにおける市場中心の経済学に対抗して倫理的・人格的色彩を有していた)、⑧統一国家を形成したビスマルクへの讃嘆、それに伴う彼の政策(いわゆる「輪と輻」の政策)の支持(いわゆる「講壇社会主義者」を網羅した社会政策学において明確に認められる)、⑨実用的な統治の知識および技術に価値をおく領邦国家時代の官房学の伝統(社会政策・刑事政策ともにこの伝統をひく)、というドイツ特有の歴史的事情がある。

同様に、(2)の系譜の背後にも、⑩テイラーの科学的管理法に示されるように大量生産方式がもたらした管理技術の伝統と第二次大戦後の経済学理論の

1.1 法政策学とは何か

驚くべき発展(とくに⑩についてあてはまる)、④第二次大戦に勝利したことによる民主主義の信念の高揚、その伝播への使命感(⑩についてとくにあてはまる)、②政治勢力から相対的に独立した官僚制の不在の伝統、利益集団による多元的「政策」形成過程の存在、それによる「政策」に関する知識への需要、というようなアメリカ固有の事情が伏在する。法政策学は、これらの歴史的事情と無縁であり、かつ次項で述べるような理由の故に、(1)および(2)のいずれにも属するものではないが、(2)のうちの③の系譜に属するものには、後述のように(=2.4)理論的示唆を受けており、そのかぎりでは、(2)の系譜に属すると言いうるのである。

1.12 独自のディシプリンとしての法政策学

法政策学は法学(以下、法哲学や法史学を含まない、もっぱら実定法学を指す語として用いる)を基礎としており、したがって法律家(以下、法学的知識をバックグラウンドとして仕事に携わる人々、というように広い意味で用いる)を対象として構想されたものである。ここに、法政策学がこれまでの政策学の伝統と異なるを得ない第1の理由がある。

すなわち、法律家および法律家の依拠する思考様式は、理念型としてこれを見るならば、「法」特有のものであり、後に詳述するように(=2.2)、これまでの政策学の依拠する思考様式と基本的に異なるものである。したがって、法政策学をもって従来の政策学を受けつぐものと位置づけることはできず、また従来の政策学の遺産がそのままの形で利用可能であるわけではなく、これらを「法」的な視角から再構成し、または新たに独自の理論枠組みを作り出さなければならない。

第2の理由は、もっと重要である。すなわち、法学の第一次的任務は、実定法の解釈および運用の研究教育であるが、これはつまり制度または法制度の研究教育にほかならない。ところが、制度または法制度(後に定義するが、さしあたり互換的に用いる)が一般に社会現象を対象とする学問(広く社会理論と呼ぶ)の対象としてとりあげられることは、少なくとも第二次大戦後の社会理論においては稀であった。このことは、近時、経済学や政治学において「新制度学派」とか、「制度論的アプローチ」という語が、それ自体既成の思

考方法に対する反抗的意味をもって主張されることを考えれば、明らかであろう。すなわち、たとえば、経済学においては、経済的合理人の効用最大化行動がもたら興味を中心でありつづけ、市場や企業という制度的要因は、与件として対象外においやられるか、合理人の行動に分解されて扱われるにすぎなかった。政治学・社会学においては、個人の現実の行動・心理・嗜好・機能が分析の対象であり、「制度」は機能的側面からのみとらえられるか、少なくとも現実を反映するものではないと前提された。要するに、「制度」ではなくて、現実の行動の重要性が強調されてきたのである。また、歴史学におけるように法則主義的發展史観が採用されるならば、社会は「土台」の変化によって発展するものであるから、「制度」は「上部構造」として一括され、従属的地位にとどまることになる。したがって、「制度」を扱うほとんど唯一の社会理論（制度の記述から出発した行政学はやや例外的存在である）は、これまで法律学であった。しかし、「制度」の社会現象における意味がこれほどまでに小さいということは、多くの日本人の直観に合致しないであろう。明治維新・国家総動員体制や戦後の占領軍による制度改革を挙げるまでもなく、日本人の現実の行動を変え、日本の社会のすべてにわたって決定的な影響を及ぼしてきたものは、「歴史の發展法則」というよりも、まさに国家主導の制度の設計の結果（その是非はともかく）であったと思われるからである。終始一貫して制度を扱ってきたほとんど唯一の学問分野が法律学であるとすれば、そこから出発して法政策学を構想することは、日本の社会理論において、とくに重要な企てなのである。

1.13 法政策学の意味

以上の2つの理由によって、法政策学は、これまでの政策学と一応断絶して、新たに構想されなければならない。基本的なアイデアから出発し、理論枠組みの構築に至る過程については、2以下に述べるとおりであるが、法政策学の概略のイメージを読者に与えるには、さしあたりここで、その構想の到達点、つまり法政策学とは何か、という問いに一応の答えを与えておかなければならないであろう。次の定義によって一応の答えとしよう。

[定義1・1] 法政策学とは、意思決定理論を「法的に再構成し（再構成された意思決定を法的意思決定または法的政策決定と呼ぶ。いずれも後述する）、これを現在のわが国の実定法体系と結びつけ、法制度またはルール（実定法のような公式的性格をもたないが、なお多かれ少なかれ「法的」性格をもつ私的な規則の類を一括してこう呼ぶ）の体系を設計することにより、現在の日本社会の直面する公共的ないし社会的問題をコントロールし、または解決するための諸方策について法的意思決定者に助言し、またはそれを提供する一般的な理論枠組みおよび技法である。

以上の定義の1つ1つについて、次々に疑問が提起されるであろう。たとえば、意思決定理論とは何か、「法的に再構成するとは、どういうことか、法制度を「設計」とするとは、どのような意味か、それはいわゆる「立法学」とか「立法技術」と呼ばれるものとどのように異なるのか、等々の疑問である。これらの疑問については後の記述において解答を与えるようにしたいので、いまこれらを論じることは立ち入らない。