

立法過程における政策形成と法 (二)

——ドイツ立法学に係る議論の一端の概観——

手塚 貴大

- 一 はじめに
- (一) 問題の所在
- (二) 本稿における検討の視角
- 二 立法過程における法律の影響アセスメント——理論的根拠——
 - (一) 現代における法律に付着する問題点
 - (二) 立法学からの要請——法律の影響アセスメントの実施——(以上、二八卷三号)
- 三 法律の影響アセスメント
 - (一) 法律の影響アセスメントの基準——その多様性——
実効性概念
 - (二) 費用概念——効率性のアセスメントにおけるその意義——
 - (三) 小括 (以上、二八卷四号)
- 四 政策と憲法——適合性の審査——
 - (一) 憲法適合性の審査のありよう
 - (二) 立法過程における立法者の動態と憲法——諸義務の位相——
小括
 - (三) 小括
- 五 結語 (以上、二九卷一号)

一 はじめに

(一) 問題の所在

法律は実効性・効率性を有していなければならず、それ故、その有無を評価すること、つまりアセスメントを実施することは、法律の実効性・効率性を実現する不可欠の要素であり、理論的にも、実務上もその必要性は否定することはできない。

しかし、議論としては、それだけでは不十分である。すなわち、法律のアセスメントを実施する際に、如何なる形で実施されるかが実際上の問題として観念される。^① 通常、政策過程の中に立法過程を含んで考えるならば、政策の立案者が如何なる者であっても、政策の実効性と効率性は、当該政策の適否を考える上で本質的な事項であるから、それを必ず検討するであろう（実効性・効率性のアセスメントの「制度化」の問題^②）。そして、右の検討は、法律の実施の前後を問わず、行われてしかるべきものである。したがって、後に述べるが、凡そ一般的に「法律の実施によって生ずる諸々の影響を把握し、それをベースとして当該法律の実効性・効率性等を評価する作用」と定義できる「法律の影響アセスメント」(Gesetzesfolgeabschätzung。法律に係る影響の予測の意であろう。以下、法律アセスと略称することがある)^④が理論的に推奨されているのである。なお、そうした影響は社会の中で、その名宛人たる個人・法人、あるいは法適用者である行政・司法の許で生じるものをはじめとして、相当程度の広がりを持つ（詳細は後に述べる）。

さて、ドイツにおいては、立法過程のうちに、狭義の議会における立法手続のみならず、例えば、政策が政府部内で企画・立案される段階をも立法手続として分類し、分析の対象としている⁽⁵⁾。ドイツにおいても、議会を構成する国会議員ではなく、政府内の行政官僚による政策立案およびそれに基づく法案提出が立法活動を支配している⁽⁶⁾。右のことをさらに具体的に述べると、人は、議会における立法過程を“形式的立法手続 (äußeres Gesetzgebungsverfahren)” と呼び、それだけでなく、法律案を作成し、それに基ついて実施される政策を企画・立案する過程を“実質的立法手続 (inneres Gesetzgebungsverfahren)” と呼ぶ。前者は、具体的には、ボン基本法上規律されている法案の提出 (ボン基本法七六条)、議決 (同七七条)、成立 (同七八条)、公布 (同八二条) にいたるまでの一連の手続を指す⁽⁷⁾。後者は“合理的な立法”をなすための手続と呼称されることがある。しかし、実質的立法手続は、ボン基本法上明文で規律されていないため、解釈等によつて導出する必要がある。また、それが憲法から導出されうるか否かについても争いがある⁽⁸⁾⁽⁹⁾。したがつて、右のカテゴリーズ⁽¹⁰⁾からは、たとえ議会において展開されるわけではない手続きであつても、実質的に法律案の作成と関係を有している作業を立法過程に含めて議論するべきである、という思考が読み取られる⁽¹¹⁾。これについては、先に、指摘したドイツにおける立法実務を支配する行政官僚の優位という現象もその遠因をなすのかもしれない。

そして、法律の実効性・効率性が実質的に検討される場面は、実質的立法手続であることが多い。そこで、本稿では、法律上の政策に係る実効性・効率性の評価のありようを、ドイツの学説・実務を参照しつつ論ずることを目的とする⁽¹²⁾。確かに、実質的立法手続は、狭義では、法律案の“作成”の段階に係るものであるが⁽¹³⁾、しかし、“法律実施後の事後的審査”にそれを当てはめることが性質上排除されるものではないであろう⁽¹⁴⁾。

また、現在では、租税法、経済法等をはじめとする様々な経済政策的な立法がなされている⁽¹⁵⁾。それらは、社会にお

ける経済取引にとりわけ大きな影響を及ぼしている。したがって、右の如き性質を有する法律を例としても、それ自体が持つ影響を無視して立法することは、場合によっては経済に対する甚大な悪影響を及ぼすことは容易に創造できよう。租税法を例とすれば、各種の租税特別措置の導入による税収の喪失に見合う経済的に望ましい影響が発生していない以上、右の特別措置は廃止されるべきものである。そうした国家財政への影響、現実の経済への影響は随時把握されるべきである。そうした審査は、法律制定の事前・事後を問わずに行われてしかるべきものであると言えよう。⁽¹⁶⁾

(二) 本稿における検討の視角

したがって、本稿では、政策を一定の観点から定期的に評価することの意義それ自体を深く論ずるのではなく、ドイツ立法学をベースとして、政策を一定の観点から定期的に評価することのありようの概観を行うことが本稿の目的である。⁽¹⁷⁾ 筆者による別稿⁽¹⁸⁾および前節における論述を通じて、政策を一定の観点から定期的に評価することの重要性および有用性は明らかである。

さて、本稿では、以下の構成で論ずることとする。⁽¹⁹⁾ まず、法律の実効性・効率性が評価される必要性の理論的根拠が論じられる。これにより、ドイツにおいて、法律案の作成の段階において、その実効性・効率性の評価を制度化する理論的意義が明らかにされるであろう(本稿二)。そして、評価の際に、如何なる基準で以って法律(案)の適否を決するか、問題となるが、効率性については、先にも指摘したごとく(前節(一))を参照)、費用・便益分析⁽²⁰⁾が重要である。勿論、本章では、右の費用・便益分析そのものを検討する余裕はないので、右に挙げた実効性・効率性概念に限定して検討する。とりわけ、右の指標は政策形成において極めて重要なものであることは改めて強調するま

でもない。具体的には、実効性については法律に付着する“影響”概念(ここで影響とは、法律の実施によって生ずる、当該法律の目的が実現されたか否かを審査・検討する際に斟酌されるような影響を指す)を明らかにする。そして効率性については法律の実施に伴い生ずる“費用”(ここで費用とは、政策の実施に伴って生ずる関係者あるいは社会等に対する何らかの負担という意味での影響を指す)に含まれるコスト類型を概観する(本稿三二)。それとともに、実効性・効率性の評価に係るインプリケーションが得られよう。それに加えて、法律(案)は憲法に適合することも重要である(本稿四)⁽²⁰⁾。我が国でも指摘されることではあるが、法律上の政策は憲法上の価値と適合し、それを実現するものであることを要する。しかし、平等原則や比例原則といった実体的規範(右のような実体的規範の遵守は立法者が法律という国法形式⁽²¹⁾を以って規律をなす以上、自明であるとも言いうる)の他に、立法者が立法過程において履行すべき義務を憲法上如何にして構成するか、その不履行の法効果を如何にして把握すべきであるか、を論じたものは多くはない。以上の議論をベースとして、最後に若干の検討をなす(本稿五)。そこでは、今後の立法準則のありよう、立法過程における利害関係者の参加のありよう等が検討される。

二 立法過程における法律の影響アセスメント—理論的根拠—

本節は、法律の実効性・効率性の評価が行われることを要請することに係る理論的根拠を概観する。その点に関して、Kock教授の整理を中心に、関連する論者の見解も引用しつつ、議論を展開する。

(一) 現代における法律に付着する問題点

1 法律の過多⁽²²⁾

憲法・行政法領域において、しばしば指摘されることであるが、法律の役割（・機能）の変化がある。⁽²³⁾ すなわち、夜警国家時代においては、法律は私人の行動を規律することとなるが、しかし、それは、あくまで消極的意味を持ち、そして、必要最低限の事項を定めるといふ傾向があった。しかし、現代においては、国家は福祉国家化の様相を呈しており、法律が社会統制を積極的に行っていくための道具であると認識され、右の社会統制を広範に行っていく必要が認められ、それとともに、そのための社会統制の道具である法律の数が大幅に増大してきた、という事情がある。⁽²⁴⁾ その点を Scheuner は、「一九世紀においては、法律の役割は、確固とした恒久的秩序の設定であり、かかる秩序の中で社会生活は自由に伸張されるべきものとされた。法律は、こうした共同生活の枠組みのみを規律していたのである。これに対して、社会国家は、個人そのものに代わり、社会的成長の名のもとに、公共の福祉の実現をもたらそうとしていた。そして、社会国家は、経済生活を嚮導し、景気状況に照らして失業率を少なくし、安定させ、人間を生活上の危険から守り、所得の再分配を大規模に行っている。これに関連して法律は、社会生活を構築し、それを超えて、特定の政治的指導理念の許で社会構造の变革をもたらすことを企図している。」⁽²⁵⁾ と指摘している。Scheuner は、それに続けて、右のごとき法律の機能変化が、立法者の活動を活発化させ、また、立法者の活動範囲を広げていると指摘する。⁽²⁶⁾ その他にも、法治国家原則の貫徹⁽²⁷⁾、ドイツ法のヨーロッパ化の影響を受けて、国内法を国際法に調和させるための調整立法が一層必要とされていること、⁽²⁸⁾ といった事情が挙げられる。⁽²⁹⁾

2 法律の質の低下

さらに、右のように法律の数の増大のみでなく、法律の質自体も低下してきているという。その根拠として、法律の過多現象に関連して触れられたが、Kock 教授によると、法律の古典的屬性である一般性・抽象性の喪失、社会に

散在する利益の多元化（政治における複数政党の存在）等が挙げられている。⁽³⁰⁾

3 法律の量・質の変化からの帰結

以上のように、法律の質・量の変化（両者はいずれも重複する点が多かったが）から次のような要請が立法には向けられることとなる。確かに、社会国家の進展によって、社会生活の法化が始まっているが、法律そのものの古典的役割は失われていない。⁽³¹⁾しかし、新たに、“社会国家は市民的法治国家およびその一表現である法律の一般性という社会的前提が消滅することに対しての反応である”⁽³²⁾という言明が付け加えられねばならない、という。すなわち、立憲国家学的な意味（国家・社会が厳格に峻別された二元論に代表されるもの）における“法律の一般性”という社会的ベースが消滅し、国家は社会の維持という目的のために、社会プロセスの成果に一層影響を与えることが期待されることとなるのである。この点、Böckenförde教授は凡そ次のように論述しておられる。⁽³²⁾法治国家は市民的・形式的法治国家から社会的・実質的法治国家に移行することとなる。右の属性のうち法治国家の社会性に着目すると、従来は、身分制的、封建的、団体的な枠組みの中で市民が生活していたが、そうした枠組みが消滅し、国法の枠内で平等で、自由な、経済活動を営む市民像が出現してきたのである。それとともに、かかる経済活動の結果として（特に社会階級に基づく）経済格差が市民間に生じ、そこに新たに不平等が生じ、階級的対立が生ずることとなった。右の不平等によって生ずるおそれのある（法治国家の枠組みで保障されることとされる）自由・平等の喪失を防ぐために、国家が社会に介入し、生活配慮をなし、富の再分配を行ったりする。

したがって、以上のBöckenförde教授の論述をベースとすると、国家が最早秩序維持（ここで、個人は右の秩序に基づき、自己の目的を追求する）のみでなく、国家自らがなす社会統制の道具である法律の影響に対する責任が大きくなり、かかる責任を果たすために影響の予測・評価が一層重要になってくるのである。そして、仮に、法律の数を

減らす努力がなされたとしても、各法領域において法律が相当程度に規律され、そしてそれらが相互に関連しあつて法体系を構築している現在、かかる努力は実現性に乏しい⁽³³⁾。したがって、今後立法する法律について諸々の基準を觀念し、立法すべきであるか否かを厳格に審査することによつて、法律の過多が解消されるかもしれない⁽³⁴⁾。ここに、現代における法律アクセスの重要性に係る理論的根拠がある。また、Scholz/Meyer-Teschendorf の言葉を借りると、特定の事務を国家が自ら行う事務としてアプリアリに仮定することなく⁽³⁵⁾（いわゆる “開かれた国家事務（offene Staatsaufgaben）” の概念）、国家が行おうと企図する事務について、必要性、比例性、経済性等の観点から国家自らが審査・検討することが求められ、それと並んで、行政費用・社会費用が相当な範囲のものであることも要求される⁽³⁶⁾。

なお、Böckenförde 教授によると、法律の一般性は、「法律は一般的ルール（一般的規範）であり、国民代表の同意の許、議論および公開をその特徴とする手続において成立する。法治国家にとつて本質的なあらゆる原則はかかる法律概念の中に制度上表されており、形作られている。国民代表の同意（によつて法律が議会で立法されること・筆者注）は、市民の自由および市民の主体的地位の原則を守るものであり、法律の一般性は、一般的な、つまりあらゆる者に対して平等に妥当するような形で権利義務の範囲を画する（Eingrenzung bzw. Ausgrenzung）という意味を超えた市民のおよび社会的自由という領域への意図的な介入を防ぎ、議論と公開によつて決定付けられた手続は法律内容の合理性をできるだけ保障する。」⁽³⁷⁾という叙述で表されており、右の叙述からも、法律が一般性を有するという古典的言明の背景には、国家が私的領域に極力介入しないというドグマがあつたのであり、右の言明が後退し、そして法律で以つて社会形成を行う際には、国家による私的領域への侵害が強化されるという状況が明らかとならう。その侵害は、まさに、法律による社会統制の結果なのである。

(二) 立法学からの要請—法律の影響アセスメントの実施—

1 立法学における法律の影響アセスメント—位置付け—

右に述べたように、Kock教授の整理によると、法律の質・量の問題点が指摘されており、その改善が望まれている。その際には、法律の実効性・効率性を審査し、実効的でない法律は改廃し、非効率である法律は効率化させるように改善される余地が認められる。それが、法律アセスである。³⁸

次に、前節で指摘した、法律の過多の他に、法律のアセスメントを要請する理論的根拠を示すこととする。法律の過多が法律アセスの実際的要請とすれば、次に論ずることは法律アセスの理論的要請である。

そもそも、法律、ひいては法律を制定する立法とは一体如何なる国家作用であるかが問題である。Lücke教授の整理によると、³⁹法律は原則としてその有効期間について限定がなく、いわば恒久的に妥当することとなる。そして、法律が右の如く妥当することは、その妥当している間、その名宛人が立法された当該法律に対する信頼性が毀損されないことを意味し、そのような状況が創出できるときのみ、原則として法律は立法され得る。そして、新規に法律が立法されるときには、従来当該法律が存在しなかった状況が、新たに立法される法律の出現により、法状況が新たに創出されることとなる。そして、既存の法律が改廃される際には、同じく従来の法状況が変化することとなる。立法による右の如き法状況の変化は、名宛人の信頼性に大きな影響を与えるゆえ、慎重でなければならず、その必要性が十分に審査されねばならない、とされているのである。⁴⁰ 加えて、そうした法状況の変化がもたらす影響も審査対象であることは言うまでもない。

したがって、法律アセスの研究をする際に、勿論文字どおり法律の影響を審査することが重要であることはいささかも変わりが無いが、しかし、法律アセスの実施の際に問題とされるべきはそれだけではない。当該法律を制定する

ことの必要性等が問われねばならないのである。⁽⁴¹⁾ また、法律アセスに係る実際的要請と理論的要請とは、その性質上、相互に密接に関連しているようにも思われる。

さて、そうした法律の影響を分析することは、制定される法律が社会に如何なる影響を与えるのか、を探求することを意味する。それは、予測を伴う意思決定である。この点、Kloepfer 教授は、「まさに、ここで、予測的意思決定をなす立法を拡大・合理化することは不可欠のことである」と⁽⁴²⁾とされている。それは、先にも指摘したように、法律の制定過程においても、法律が制定・執行された後にその実効性・効率性を事後的に評価することについても、妥当する。Bohret 氏は、例えば、法律アセスについて「法律アセスは、一特別の意思決定分析として」、予想されうる負担も含めて、意思決定権者に政策選択肢に係る潜在的影響および既に発生した影響に対する評価についての重要な情報を供しうるものである。その際、政策選択肢が存在しない、という判断がなされることもあり、そうした場合には、立法はなされないこととなる。ある法規定があらゆる領域において発生させることになるかもしれないそうした中長期的な影響が計算され、そして評価される。発生したコストと並んで評価の対象となるのは、ある法規定に原因があると思われるあらゆる非金銭的な負担および計算可能な効用である」と述べておられる。⁽⁴³⁾

以上のことから、今尚、立法学の意味内容は多義的であるが、凡そ「政策を法律として表現するための理論・技術」をその意味内容の一つとして、法律アセスの理論的研究に努めるべきである（但し、立法学が他の方向に展開することを筆一つ⁽⁴⁴⁾のありようとして、法律アセスの理論的研究に努めるべきである（但し、立法学が他の方向に展開することを筆者は否定するものではない）。

さて、近時では、法律アセスを法学の分野においても積極的に評価される傾向があるが、しかし、法律アセスは規制緩和を正当化することに用いられている、という批判に通ずる言明が妥当するかもしれない。しかし、右の批判

は、本稿で確認したドイツの理論状況を直視すれば、当らないであろう。⁽⁴⁵⁾ また、法律の影響に対する統制をなすことは、立法者に認められる立法の自由という概念と調和しない、という批判がなされたこともあった。⁽⁴⁶⁾ しかし、右の見解は、連邦憲法裁判所の司法審査が消極的であるオーストリアの研究者によって主張されたものであるから、⁽⁴⁷⁾ ドイツや他の諸国については一概に妥当する議論ではない、いわば特殊な見解であると言えよう。

なお、法律アセスは、実際には、従来より、実務上は行われてきたはずである。⁽⁴⁸⁾ すなわち、ある法律が行政により提案されるものであれ、議員立法の形で発案されるものであれ、およそ立案の段階で、政策的影響が斟酌されることなく、政策が構想されることなど有り得ないはずである。したがって、近時の法律アセスの導入・積極的評価は、つまり法律アセスを何らかの形で一般的な制度として位置付けることを企図するものであると考える。⁽⁴⁹⁾

2 法律アセスの展開—立法学におけるその限界?—

しかし、立法学(あるいは法律学)が法律アセスの理論を深化させるだけの素材を内包しているか、という問いを想起する際に、人は、法律アセス研究について躊躇を感じるようになる。すなわち、法律アセスは、法律が運用される際に発生する諸々の影響、つまり事実を研究するものであり、法律のテクストの意味内容を明らかにするといった法律学特有の規範的な素材を研究するものではない。したがって、この点を敷衍させると、法律アセスの研究は、あくまでも経済学・政治学・行政学といった隣接諸科学の学問領域であると考えることとなり、⁽⁵⁰⁾ そうした点に難しさがある。しかし、法律アセスの効用として、かつて、Rheinland-Pfalz州で実践されたように、多くの関連する者あるいは機関が学際的観点から政策を審査するという法律アセスのありようそのものに法律アセスのメリットが認められる⁽⁵¹⁾ ことも指摘されねばならない。⁽⁵²⁾

しかし、既に指摘したように、立法は法規範の定立であるため、立法活動に際しては必ず法的価値判断が行われね

ばならない。それは、少なくとも、諸々の法的価値を尊重した形で立法活動が営まれることを意味している。その最も典型的な例は憲法価値である。その他にも、既に制定法の形で実現されている政策との整合性も問われるべきである。例えば、ある政策が一定の価値を具有するとしたら、右の政策実現を阻む新規立法、改廃立法は避けられねばならない。さもなければ、法秩序内に価値判断の首尾一貫性が実現されないこととなる。

以上のような考察を以ってすれば、私見によれば、立法活動のありようを検討することとなる立法学はやはりなお法律学の一分野として認識することができるであろう。詳しくは後に論述するが、たとえば、法律の影響を測る法律アセスが論じられる際にも、法律の影響（およびそれをベースとして明らかにされる実効性・効率性）が法的価値と相克する場合には、右の法律を違憲・違法と評価することも不可能ではない。さらに、かかる影響を持つ法律を立法する際に、その立法過程の合理性が問われねばならない。その際の基準はまさに典型的には憲法が提供することとなる。具体的には、立法者が当該法律を立法する際のプロセス・立法者の活動形態が問題となる（詳細は、本稿第三章および第四章を参照）。したがって、このような点に、法律の影響を測定しなければならぬ必然性を読み取ることができよう。

(1) 筆者は、別の箇所でも、いわゆる時限法律に関する議論を概観し、その有用性と限界の一端を論じたことがある。当該箇所での議論を要約すると、つまり、時限法律という形で以って、立法者が定期的に、法律上の政策に係る実効性・効率性を評価する契機を創出することが重要なのであった。参照、手塚貴大「政策過程における時限法律の運用・機能―ドイツ経済行政法を素材とした立法学研究―」法学政治学論究五六号二八一頁以下。さらには、参照、Schneider, Hans-Peter, Gesetzgebung und Einzelfallgerechtigkeit: Zum Verständnis von Legislative und Judikative im sozialen Rechtsstaat, ZRP 1998, 323ff., 324f.

(2) 参照、Böhret, Carl, Gesetzesfolgeabschätzung: Soll sie institutionalisiert werden?, in: Grupp, Klaus/Michael Ronellenfisch (Hrsg.), Planung-

- Recht-Rechtsschutz : Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, Berlin 1999, S. 51.
- (3) 本文中の定義とは別に次の文献における定義も参照されたい。Brocker, Lars, Gesetzesfolgenabschätzung und ihre Methodik, in: Hof, Hagen/Gertrude Lübke-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht: Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen, Baden-Baden 1999, S. 35.
- (4) 近時の実務を含めた詳細な研究として、Konzendorf, Götz, Innovationen im Rechtsetzungsprozess durch Gesetzesfolgenabschätzung, ZRSoz 1999, 106ff.
- (5) わが国において、近時、立法過程について法的アプローチを試みる優れた論稿として、西村枝美「立法過程への法的アプローチ」東北学院大学論集五七号一頁以下。右論稿はドイツの立法過程についての学説を巧みに整理・叙述している。宇佐美誠「政策としての法」井上達夫他編『法の臨界(Ⅲ)法実践への提言』(東京大学出版会、一九九九年)一四三頁以下、特に、一五七頁以下。また、わが国の立法過程のありようを概観・検討する優れた業績として、中島誠『立法学—序論・立法過程論—』(法律文化社、二〇〇四年)。
- (6) Hill, Hermann, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Jura 1986, 57ff.; ders., Impulse zum Erlaß eines Gesetzes, DÖV 1981, 487ff., 489. 本邦租税法の領域においても、事情は同様であり、行政内部で租税政策が決定され、議会の審理は、政策の詳細な内容に及ばず、いわば承認・非承認の択一的意思決定のみが行われているに等しいという指摘もある。右の点につき、Hill, Hermann, Steuerreform als Chance zur Verbesserung der Steuergesetzgebung, ZG 1987, 238ff., 250ff.
- (7) 本文中の分類につき、例えば、参照、Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., Heidelberg 1993, Rz.510ff.; Hoffmann, Gerhard, Das verfassungsrechtliche Gebot der Rationalität im Gesetzgebungsverfahren: Zum "inneren Gesetzgebungsverfahren" im bundesdeutschen Recht, ZG 1990, 97ff.
- (8) 例えば、参照、Hoffmann (Fn.7), ZG 1990, 99.
- (9) 右の用語法につき、例えば、参照、Schwerdtfeger, Gunther, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Stödter, Rolf/Werner Thieme (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, und Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht; Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977, S. 173ff.; Deckert, Martina R., Zur Methodik der Folgeantizipation in der Gesetzgebung, ZG 1996, 240ff., 241.

- (10) なお、ドイツの学説上、形式的立法手続と実質的立法手続とが識別されているが、これらが相互に完全に排斥し合うわけではないと思われる。すなわち、確かに、すぐ後に言及するように、実質的立法手続は事実上行政内部で展開されているという認識もできないが、しかし、立法活動の主たる段階が、議会での手続にあると認識すれば、議会の審理手続（＝形式的立法手続）において、政策の企画・立案に係る一連のプロセス（＝実質的立法手続）が展開されることとなり、両者は相当程度重なり合う。
- (11) 我が国において、右の指摘をするものとして、参照、大橋洋一『行政法―現代行政過程論（第二版）』（有斐閣、二〇〇四年）五六頁以下、同『対話型行政法学の創造』（弘文堂、二〇〇一年）三三四頁。
- (12) 我が国でも、同様の問題意識は認められる。例えば、参照、浅野一郎編著『立法技術入門講座 第一巻 立法の過程』（ぎょうせい、一九八八年）一三五頁。
- (13) 例えば、本稿が示唆を受けたものとして、Böhret, Carl, Zuerst testen-dann verabschieden : Erfahrungen mit der Prüfung von Gesetzentwürfen, ZG 1992, 193ff.
- (14) なお、いわゆる政策評価法（“行政機関が行う政策の評価に関する法律”）においては、その主体が“行政機関”となっているが、行政機関の実施する政策のベースには、法律も含まれるはずであり、その結果、行政機関のパフォーマンスには、当該法律およびそのありようも一定の影響を及ぼす可能性が高い。したがって、政策評価法に規律されているフィードバック作用（同法四条、一九条、二二条）は、立法にも少なからず影響を与える。加えて、同法が事後評価（七条、八条）のみならず、限定された形ではあれ、事前評価を制度化していることについては、積極的に評価されてよい。また、参照、宇賀克也『政策評価の法制度』（有斐閣、二〇〇二年）。
- (15) 租税法に係る立法過程については、次の論稿が有益である。Hill (Fn 6), ZG 1987, 238ff., 250ff.
- (16) 租税法における政策効果の審査の重要性を指摘するものとして、参照、Herzig, Norbert/Christoph Wartin, Betriebswirtschaftliche Anforderungen an eine Unternehmenssteuerreform, StuW 2000, 378ff., 384.
- (17) 近時のドイツ立法学の顕著な業績として、Lücke, Jörg, Die Allgemeine Gesetzgebungsordnung : Zu den verfassungsimmanenten Grundpflichten des Gesetzgebers und der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit ihrer gesetzlichen Konkretisierung und Ausgestaltung, ZG 2001, 1ff. 本稿も右論稿に示唆を受けている。
- (18) 手塚・前掲注（一）。

- (19) 本稿は、Köck, Wolfgang, Gesetzesfolgschätzung und Gesetzgebungslehre, VerwArch. 2002, 1ff. に多くを負っている。
- (20) 日本文献として、参照、小林直樹『立法学研究——理論と動態——』(三省堂、一九八四年)一二三頁、林修三『法令作成の常識』(日本評論社、一九七五年)一八頁。
- (21) 別の箇所でも指摘することではあるが、今日、立法者の定立する法律だけが法政策を論ずる素材ではない。それよりも下位の行政立法を用いても制度構築はなされるのである。例えば、立法による法律上の不確定概念を具体化することを行政庁はしばしば行う。したがって、そこに行政庁による法規定の意味内容の具体化、実質的な立法がみられるのである(尤も、右のような私見による用語法に異議はありうる)。また、とりわけ、ドイツでは、法律を以って政策を実施する前に、いわば“実験的に”行政立法のレベルで行政庁がある政策を実施する実務が見られるという。右の点につき、参照、Kloepfer, Michael, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40, 1982, S. 63ff., S. 95.
- (22) この点に関して、手塚貴大「立法技術の基礎理論—法律の認識可能性を達成するための方法論—」法学政治学論究五二号三七三頁以下。さらにドイツでは、法律の過多現象も、国家のスリム化を促進する一要因とされ、議論の対象となっている。詳しくは、参照、Hofmann, Hans/Klaus G. Meyer-Teschendorf, Ein Kongreß zur Verschlinkung des Staates: Erkenntnisse zur Reform der öffentlichen Verwaltung und zur Gesetzgebungsmethodik, ZG 1997, 283ff.
- (23) 例えば、参考になる論稿として、参照、Hill, Hermann, Gesetzgebung in der postindustriellen Gesellschaft, ZG 1995, 82ff.
- (24) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 1; Scholtz, Rupert/Klaus G. Meyer-Teschendorf, Reduzierung der Normenflut durch qualifizierte Bedürfnisprüfung, ZRP 1996, 404.
- (25) Scheuner, Ulrich, Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat, in: Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 134.
- (26) Scheuner, Die Funktion des Gesetzes (Fn. 25), S. 134. なお、本文中において論じた事柄と並んで、法律を通じて国家が社会を嚮導することにより、市民の自由は制約される。
- (27) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 2. このことは Scheuner も指摘しているが、すなわち、“法律上多くの事項を規律するので、それを通じて、行政に多くの授権をすることはなく、裁量を制限し、そして行政内部をも法律で規律する。”という傾向が生ずる。参照、Scheuner, Die Funktion des Gesetzes (Fn. 25), S. 134.

- (28) Köck (Fn. 19), *VerwArch.* 2002, 2; Schuppert, Gunnar Folker, *Gute Gesetzgebung: Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre*, ZG 2003 (Sonderheft), 72ff.
- (29) また、Hill 教授によるかかる論点についての叙述は有益である。参照、Hill (Fn. 6), *DOV* 1981, 487ff. Hill 教授によると、例えば、ドイツ国内における連邦および州に認められる立法権限の多元性（尤も、立法管轄権の競合についての調整措置は当然配備されている）(487f.)、本文でも指摘した国際法および E.C. 法の存在（488）、四条三項二文（信仰・良心の自由）、六条五項（非嫡出子の扱い）、二二条三項（政党）等をはじめとする「詳細な事項」を法律で定めることが予定されているもの（489）、ある法律が別の法律の制定を予定しているもの（導入法律、執行法律、有効期間延長法律等）(489f.)、等を通じて法律の過多が生じうるであろう。
- (30) Köck (Fn. 19), *VerwArch.* 2002, 2.
- (31) Köck (Fn. 19), *VerwArch.* 2002, 2.
- (32) 以下の叙述にひき、参照、Ernst-Wolfgang, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main 1991, S. 143ff., S. 158ff.
- (33) Hofmann/Meyer-Teschendorf (Fn. 22), ZG 1997, 283ff., 286.
- (34) Hofmann/Meyer-Teschendorf (Fn. 22), ZG 1997, 286.
- (35) 参照、Hill (Fn. 23), ZG 1995, 83. それは、環境法における環境検査 (Audit) もしくは認証 (Zertifikation)、または地方自治体に見られる NPM に通ずる。
- (36) 参照、Scholtz/Meyer-Teschendorf (Fn. 24), ZRP 1996, 404; Hill (Fn. 23), ZG 1995, 83.
- (37) Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (Fn. 32), S. 149.
- (38) もろこち、*Folgeorientierung* を呼称せねば。参照、Deckert, Martina Renate, *Folgeorientierung in der Rechtsanwendung*, München 1995.
- (39) 以下の叙述は、Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 5f. に大幅に負っている。
- (40) また、本文中における Lücke 教授の見解の他にも、法律の必要性の審査に係る理論的根拠とされているのは、比例原則 (Eichenberger, Kurt, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, *VVDStRL* 40, 1982, S. 24) 過剰の禁止 (Kloepfer, *VVDStRL* 40 (Fn. 21), S. 79f., S. 86)、補充性 (Pestalozza, Christian, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, *NJW* 1981, 2081ff., 2083)、補充性および（立法者に対する立法理由書の提示

の義務付けを通じた）立法権濫用の抑制（Mengel, Hans-Joachim, Grundvoraussetzungen demokratischer Gesetzgebung: Zur Notwendigkeit einer Prozedurordnung des inneren Gesetzgebungsverfahrens, ZRP 1984, 153ff., 155, 159.）といった根拠も挙げられている。これらの見解を単純に総合すると、立法によって、私人の領域が侵害されるおそれが強く、それを自由主義的観点から抑制するという視点が背後にあるように思われる。それは規制緩和に連なるものであろう。

- (41) 尤も、ここで、法律の影響、法律の必要性、等の評価を如何なる基準に置き換えて実施するかも重要である。すなわち、法律の影響には如何なるものが含まれるべきかといったことや、法律が必要であると立法者が判断するためには如何なる基準を充足すればよいか、といった問題はなお残るのである。さらに、後にも指摘するが、論者によって、必要性、実効性等挙げられる基準に一致がなく、過不足が認められ、さらには、意味内容にも相違が見られるかもしれない。したがって、本稿ではそれらに敢えて拘泥することとはしていない。

- (42) Kloepfer, Michael, Planung und prospective Rechtswissenschaft, in: Erbuth, Wilfried/Janbernd Oebbeke/Hans-Werner Rengeling/Martin Schulte (Hrsg.), Planung: Festschrift für Werner Hoppe zum 70 Geburtstag, München 2000, S. 111ff., S. 119.

- (43) Böhrer, Gesetzesfolgeschätzung (Fn. 2), S. 53f. なお、法社会学的に、ある既存の法の影響、欠陥および実効性等を審査する、ということについて、それを将来に向けて時間的に移行させれば、それは予測的な影響の審査に連なるという。参照、Schulze-Fielitz, Helmuth, Gesetzgebungslehre als Soziologie der Gesetzgebung, ZG 2000, 295ff., 309f.

- (44) Köck教授は、一般的に、法律アセスには凡そ次の如き動機があるという。それは、①法の簡素化、特に、過剰規制の除去、社会を活性化させる潜在力を引き出すことを通じてそれは企図される。②国家、経済界および消費者に対して当該法律を通じて課される負担について啓蒙すること、③当該法律案に係るその他の影響（費用・便益）について啓蒙すること、である。以上につき、参照、Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 4f.

- (45) ドイツにおける法律アセスの推奨が、本文中でも指摘した如く法律の過多現象から生じ、そして、それを規制緩和を通じて解消する、というシエーマが想定されている以上、法律アセスと規制緩和は必然的に結びついているといえる。参照、Wagner, Hellmut, Gesetzesfolgeschätzung-Moderscheinung oder Notwendigkeit?, ZRP 1999, 480ff., 481f.; Brocker, Gesetzesfolgenabschätzung (Fn. 3), S. 37.

- (46) Kindermann, Harald, Gesetzgebungstheorie als Forschungsaufgabe: Bericht über das im Oktober 1982 in Salzburg veranstaltete Symposium "Rationalisierung der Gesetzgebung", ZRP 1983, 204ff., 205.

- (47) Kindermann (Fn. 46), ZRP 1983, 206.
- (48) 実例の一端として、参照、Höland, Armin, Zum Stand der Gesetzesevaluation in der Bundesrepublik Deutschland, ZG 1994, 372ff.; Strempel, Dieter, Perspektiven der Rechtswirkungsforschung, ZG 1998, 116ff., 120ff.
- (49) この点、実は、Konzendorf氏によると法律アセスは、従来実務上は制度化された形では実施されておらず、一九七〇年代以降、Rheinland-Pfalz州で実施されたのを最初に、それが八〇年代以降連邦レベルに拡大してきたとされている。すなわち、法律アセスを以ってデータを収集・分析・利用した上で立法をなしたという経験をドイツは豊富には有していないという。以上につき、参照、Konzendorf (Fn. 4), ZRSoz 1999, 106f., 111f.
- (50) Höland (Fn. 48), ZG 1994, 372f.
- (51) Konzendorf (Fn. 4), ZRSoz 1999, 111f.
- (52) この点についての異説として、参照、Badura, Peter, Die parlamentarischen Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung, ZG 1987, 300ff., 310. Badura教授は、当該箇所において、立法者が立法活動を行うに際して、規律対象に関連する事実および専門知識を最適かつ完全に明らかにし、利用することによって立法活動をなすべきと論じておられる。しかし、そのことは、立法者が立法事実を調査・予測する態様・方法について立法者独自の手続ルールに従うことを意味してはいないとも述べておられる。すなわち、立法手続の中に利害関係者・専門家および法律学者による多元的な討議を必ず経なければならぬ手続の一段階として位置づけるべきでないという。