

# 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—
  - (二) 実効性概念
  - (三) 費用概念—効率性のアセスメントにおけるその意義—
  - (四) 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—
  - (三) 小括
- 五 結語(以上、二九卷一号)

### 三 法律の影響アセスメント—実効性および効率性—

前章までにおいて、法律（案）の実効性・効率性を評価することの理論的・实际的意義は認められたと思われる。既に述べた如く、法律の影響を測る必要性に議論は集中している。法律の影響の中には、例えば、法律上の政策を実施するために必要な費用、当該政策を実施する際に、政策の名宛人に対して与える影響、さらに広く社会に与える影響等が含まれ得るのである。<sup>(53)</sup> すなわち、大まかに言えば、一般的傾向として、政策の実効性を問う際に考慮されるべき影響、そして、同じく、政策の効率性を問う際に考慮されるべき費用に内包される要素が拡大しているのである。その内実を以下に概観することとする。

本章においては、具体的に、法律に対する評価として、如何なるありようが提唱され、実践されているのか、について論ずる。その際、まず、ドイツにおける学説と実務を概観し（一）、その後、実効性（二）と効率性（三）という重要な基準について問題点として指摘されていることを検討する。

#### （一）法律の影響アセスメントの基準—その多様性—

本節においては、立法過程において、法律の評価が如何なる態様においてなされるのか、を学説および実務について概観する。とりわけ、立法過程において、立法者が立法によって解決すべきと考える問題を認識し、分析・評価し、それに基づいて具体的に立法作業を展開する、というプロセスの実質が問題となる。したがって、本稿冒頭で指摘した実質的立法手続に該当するといえる。<sup>(54)</sup> また、それと並んで、実効性・効率性の他に、立法者に対して要求される

如何なる斟酌事項があるのか、そして、法律アセスには如何なる類型が観念されているのか、についても概観しておく。

## 1 学説

学説上、多くの論者が立法過程の展開のありようについて言及している。そこでは、斟酌されるべき事項、基準としていくつものものが取り上げられているが、論者によって様々であり、かつ過不足が認められ、一様ではない。したがって、本稿は、そのすべてについて言及することはできないので、適宜ピックアップして論ずることとする。

### (1) 立法過程の展開

以下に、代表例を簡単にまとめておく。

例えば、H三教授は、<sup>(56)</sup> 一に、問題の認識および定義、二に、基本的事項の分析、三に、原因の分析、四に、目的の定義および評価、五に、目的実現の可能性の分析、六に、目的体系の評価、七に、意思決定および意思決定に係る理由付け、八に、成果の統制、である。

また、Hoffmann教授<sup>(57)</sup>によるそれも見よう。一に、問題の契機 (Problemimpulse) の認識、二に、問題の分析、三に、調査された諸要素および諸根拠の評価、四に、法律案によって追及されるべき目的の審査、五に、法形式の選択、六に、法律の内容についての意思決定、七に、法律案に係る影響の予測、八に、法律案の修正、そして、当該法律案が実際に施行された後の事後改善のための調査、である。

なお、H三教授は、租税法についても、同様の整理をしておられる。<sup>(58)</sup>

### (2) 立法者の斟酌事項

例えば、Böhret/Huggerによると、実効性と効率性のみが立法作用およびその成果に係る審査基準ではない。本節

において、参考までに、Böhret/Hugger によって構築された立法の審査基準を挙げ、それを以下に紹介する（それは、講学上のものである）<sup>(59)(60)</sup>。

①司法審査と法の執行に際して、適正性を維持していること。これについては、法令文、体系性、包摂可能性等が重要である。

②名宛人にとっての適正性。名宛人に属するのは、（直接または間接の）規範に関係する者並びに規範を適用する者（法適用者）である。ここで、重要であるのは、理解可能性、情報費用、市民との親和性、権利救済の途が確保されていること等である。

③目的の充足と合目的性。ここでは、目的の充足によって、法規定を通じて追求される目的に係る原則的かつ具体的な充足可能性が想定されている。目的についての適正性は、法律上規定された個々の措置が、目的の充足にとって親和性を有するか否かが重要である。法律と社会的事実の関連性、目的の首尾一貫性、法律で規定される事項と当該事項の原因との関連性等が、ここでは、斟酌される。

④影響（Wirkung）・波及的影響（Auswirkung）。影響によって、Böhret/Hugger は、当事者の反応態様（つまり、服従、逸脱、回避、利用、非利用、濫用）並びに法社会での実効性についての直接的影響を想定している。波及的影響は、事後的影響（Spätwirkung）、付随的影響（Nebenwirkung）、影響によって生じる影響（Folgewirkung）である。

⑤実効性。ここでは、目的と影響を比較するという評価基準が問題となっている。

⑥効率性。効率性は、ある規定の費用と便益を比較するそうした評価基準である。

⑦規定形態。この基準に当てはまるのは、法の体系上の位置づけ（Stellung）、規律密度（Regelungstiefe, Regelungsdichte等）である。

⑧規定の必要性。規範の洪水と法化が一層進展することを直視して、ある法規定の必要性、そしてそれとともに規定を設けないこと、並びに他の方法で問題を解決することに関する斟酌が、ここでは要請される。

⑨実行可能性。この基準は、複数の側面を有する。法制定に係る政治的プロセス、規範の制定者が法適用段階について想定する実行可能性がそれである。

なお、租税法においても、<sup>(61)</sup> 田中教授の整理によると、右の指標と同様のものが妥当する。

### (3) 法律アクセスの諸類型

また、その他にも、法律の審査を類型化しつつ概観する業績がある。その中でも、代表的なものは、<sup>(62)</sup> Böhrer氏によると、立法過程における法律の審査を、一に、事前法律アクセス、二に、並行的法律アクセス、三に、事後法律アクセスに識別している。まず、事前法律アクセスは、いわば立法過程の前段階において、とりわけその影響に着目しつつ政策選択肢の取捨選択を行う作業を意味する。立法の計画策定とも言いえよう。並行的法律アクセスは、立法過程において法律案の規律事項についてのシミュレーション等をなすことを意味する。事後法律アクセスは、実務におけるある法律の影響に係る事後的な評価をなすことを意味する。

## 2 実務

ドイツにおいても、実務上、本稿冒頭で指摘した法律の過多現象等を直視して、一定の取り組みがなされてきた。それは、法律の立案過程における事前・事後の評価に及んでいる。

ここで、ドイツにおいて妥当している審査基準<sup>(63)</sup>について概観する。まず、一九八四年一月一日の段階で、連邦レベルにおける行政内部で審査基準が作成された。わが国同様、ドイツでも行政政府により提出される法案は相当数に上っている。したがって、行政政府内部における審査基準が立法府におけるそれよりも先行したのかもしれない<sup>(64)</sup> (本稿

は都合により、立法院における基準については言及しない)。それは、通称 “Blaue Prüffragen (法案チェックポイント)” と呼ばれるもので、法律の立案に際して立案者の斟酌すべきものとされている合計一〇の基準がある。以下に逐条的に挙げることにする。<sup>(65)</sup> 一に、立法の必要性があるのか、二に、法律で以って規律をなす必要があるのか、三に、現在立法がなされなければならないか、四に、当該規律は必要であるのか、五に、有効期間は限定されるべきか否か、六に、連邦が立法を行わなければならないか、七に、如何なる政策選択肢があるのか、八に、当該規律が市民にとって馴染みやすく、理解可能であるか、九に、当該規律は実行可能であるか、一〇に、費用と便益とが適正な関係にあるか、である。要するに、立法の必要性、実効性、および理解可能性等を立法の際に審査すべきものとされているのである。<sup>(66)</sup>

そして、その後には、“法案チェックポイント” を斟酌すべきことを規律し、さらに内容を具体化した各省共通業務命令 (GGO) の制定に至っている (なお、各省共通業務命令自体も一九九六年および二〇〇〇年に改正を経ているが、それについてはここでは触れない)<sup>(67)</sup>。右の各省共通業務命令は行政内部の審査基準で、*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* の略である。その中でも、本稿における実効性・効率性の審査と関連する条文を挙げる。例えば、各省共通業務命令四三条一項は、凡そ次のように規律している。すなわち、立法理由書において、法律案およびそれに関連する個別規定の目的および必要性 (同一号)、如何なる事実関係が当該法律案のベースとなり、そして如何なる情報源からそれが認識されたか (同一号)、他の解決法があるのか否か、そして法律で規律するのではなく私人によって解決できる問題であるか否か、場合によっては、法律案を否決する根拠をもたらすものがあるか否か (同一号)、報告義務、その他の行政上の義務あるいは許可の留保が、それに相応する国家による監督および許認可手続を伴いつつ導入されるのか、または拡張されるのか、そして規範の名宛人による自律的義務を規律する

ことによらないことの根拠は何か (同四号)、法律の影響 (同五号)、法律に有効期限を付することができるか否か (同六号)、当該法律案が法および行政規則の簡素化を予定しているか否か、特に、当該法律案が現行の規定の簡素化あるいは廃止を予定しているか否か (同七号)、当該法律案がEU法と調和するか否か (同八号)、当該法律案の成立に伴う現行法の改正予定部分 (同九号) が、記載されねばならない。同条二項は省略する。次に、四四条は、法律の影響に関する規律をなしている。すなわち、“法律の影響” について、法律の持つ本質的影響がその意味内容であるとされる。本質的影響とは、意図された影響と意図せざる影響を含む。予測される影響は、それぞれ分野ごとに管轄権を有する連邦大臣と共同で算定されねばならず、そして財政上の影響については、その計算根拠および仮定が示されねばならない。連邦内務大臣は、法律の影響の計算のために勧告をなすことができる (以上、一項)。当該法律案の持つ公財政に係る収入および支出への影響は、執行によって生じうる予測的影響も含めて立法理由書に記載されねばならない。連邦財務大臣は、連邦内務大臣と共同で、これについての一般的基準を定立することができる。連邦財政に関する収入・支出は、連邦に係る複数の財政年度計画の期間について、編成されねばならない。その際、複数の財政年度計画における超過収入および超過支出があるのか否か、それがどの程度のものか、そして、如何なる方法でその調整がなされるのか、が記載されねばならない。右の調整額は、場合によっては、連邦財務大臣と共同で計算されねばならず、緊急の際には、推計されねばならない。もし、当該法律案について財政上の影響が生じないと予想されるのであれば、そのことが立法理由書に記載されねばならない (以上、同二項)。当該法律案の持つ州およびゲマインデの財政への影響は、特別に記載されねばならない。当該法律案について管轄を有する連邦大臣は、このことについて、州および地方自治体の許から、支出に関する資料を適時入手しなければならぬ (以上、同三項)。連邦経済・技術大臣と共同で記載されねばならないのは、当該法律案について、経済、とりわけ中小企業について生ずるコ

スト(同四項一号)、個々の財の価格、価格水準への影響、消費者への影響である(同四項二号)。当該法律案について管轄権を有する連邦大臣は、関係する専門家集団・団体、特に中小経済のそれに係る資料を入手しなければならない。連邦経済・技術大臣はそれに早期から関与しなければならない(以上、同四項)。当該法律案の立法理由書において、管轄権を有する機関は、法律の制定によって意図する影響が実現されたか否か、発生するコストが獲得される成果と相当な関係に立っているか否か、そして如何なる付随的影響が発生したか、について事後的に審査がなされるのか否か、そしてどの程度の期間経過後に審査がなされるのか、を記載しなければならない。

### 3 まとめ

ドイツにおいて問題とされていることは、とりわけ実務上見られる。それは、一に、立法に際しての右のような審査基準を運用する外部機関が存在しないことである。<sup>(68)</sup>それらは、あくまでも行政内部の自己統制に終始している。勿論、行政内部での自己統制にも、専門知識の蓄積あるいは当該政策立案過程での情報の蓄積等に鑑みて、合理性は認められる。しかし、外部機関によれば、第三者の立場で中立的な審査が行いうること、行政内部での自己統制による行政コストの上昇が避けられること、といった一層重要なメリットが得られるはずである。したがって、できるだけ外部的立法評価機関が行政内部機関と並んで設置されるべきである。

二に、各省共通業務命令においては、データの収集およびその加工の方法が何ら規律されていない。<sup>(69)</sup>これらは、各法領域で異なることである可能性はあるが、各省共通業務命令において明らかにしておくことが望ましいとされている。<sup>(70)</sup>

三に、右に関連して言えることであるが、事前法律アクセスについては、それがあくまでも予測に限定される、という限界はある。すなわち、正確性を欠いており、それが予測ゆえ蓋然性の域を出ないのである。<sup>(71)</sup>それは、予測のベースと



なるデータの質によるところが大きいであろうが、それと並んで予測後の客観的情勢の変化にもよるところである。<sup>(72)</sup>

四に、事前法律アクセスに規律されている義務に立法者が違反した場合には、制裁が課されるべきであるとするが、<sup>(73)</sup> それも規律されていない。<sup>(74)</sup>

五に、法律の審査についての基準を各省共通業務命令のように、行政規則という形式で定めるのではなく、法律で定めるべきである、という考え方もありうる（この問題については、四（三）を参照<sup>(75)</sup>）。それとともに、法律のアクセスメントに係る重みが、行政規則で規律する場合と比べて、異なるのであろう。

## (二) 実効性概念

### 1 実効性概念とその周辺

実効性とは、法律の目的と密接に関連している。<sup>(76)</sup> すなわち、ある法律を制定する際に、実現することを企図された目的が、当該法律によって実現された場合には、その法律には実効性がある、<sup>(77)</sup> という言い方ができる。しかし、その逆であれば、実効性がない、<sup>(78)</sup> ということとなる。

ここで、実務上、法律の目的の多様性に言及されねばならない。例えば、租税法を例とすると、<sup>(79)</sup> ある一つの租税法によって、複数の目的が追求されることはしばしばあり、また、そうした複数の目的同士が相克することがある、<sup>(80)</sup> といわれる。典型的には、平等課税と税制簡素化は対立するものとして観念されている。<sup>(81)</sup> また、そうした税制における目的は、租税法、財政学の領域において数多く観念されており、<sup>(82)</sup> そのことも事態を複雑にしている。

したがって、ある租税法において、目的を明確にすることは、極めて重要であり、かつ実は困難である。しかし、

法律の目的を明らかにすることは政策の企画・立案の導きとなり、事後的に法律の実効性を審査するために重要であるため、<sup>(80)</sup> 何らかの方法を以って明らかにする必要がある。この点、目的規定を配備し、目的を限定的に明らかにするか、あるいは、立法理由書を公表し、そこに目的を限定的に記載する、という方法がありうるであろう。<sup>(81)</sup>

また、法律において実効性を論ずることは、いわば、法律の持つ影響 (Folge) を論ずることと同じである。法律が社会に対して持つ影響に着目し、その影響が目的を実現するものであるか否か、が重要だからである。

しかし、右のような影響は、法律を制定する際に想定された影響のみではない。様々な付随的影響を伴うことはしばしばあることである。したがって、とりわけ好ましくない付随的影響は、実効性の評価は勿論、効率性の評価に際しても斟酌される。右の状況は、次の設例を通じて明らかになる。例えば、付随的影響の発生により、それが目的を達成するべく現れる影響を減殺する可能性もある。それは、実効性に関する問題であるが、同時に、付随的影響は、目的を実現する影響を伸張させるべく、消去されねばならないので、そのためにコストが生じよう。そうだとすると、<sup>(82)</sup> 効率性はその分減殺される。これは、立法過程における予測的シミュレーションの重要性を示唆するものでもある。

さらに、法律の影響を詳細に見ると、多様である。ここで一例を挙げる。例えば、Stempel 氏は、<sup>(83)</sup> 一に、法律が何をもたらすか、二に、法律が何故拒絶されたか、三に、法律はどのようにしてその目的を実現するか、が着目点であるという。第一点および第三点を論ずべきことは当然であり、ここで注意すべきは第二点である。<sup>(84)</sup> 法律はその名宛人が存在することは当然であるが、彼らの法律に対するリアクションは極めて重要である。<sup>(85)</sup> もし、名宛人による不服従が観念されうる場合には、実効性も効率性も減殺するので、改善が必要である。

最後に、影響も多様であるので、予測を立てることは目下極めて困難である。<sup>(86)</sup> また、一つの法律で複数の目的が追求されることもあるため、一層それは困難となる (本章 (三) において詳しく言及する<sup>(86)</sup>)。

## 2 影響の具体例

本款では、立法過程において論ずべき影響を箇条書き的に挙げておく<sup>(87)</sup>。あくまで抽象的なものであるが、各法領域に応用は可能である。

## (1) 意図した影響と意図せざる影響

立法者は、意図した影響と意図せざる影響(付随的影響(Nebenwirkung)、影響によって生じる影響(Folgewirkung)、ある法律を以って発生することが予定されておらず、例えば、場所的・時間的に見て、意図した影響とまったく異なつて生ずる影響(Fernwirkung)を斟酌しなければならない。意図した影響と意図せざる影響の見極めは、立法者の目的によって明らかとなる。

## (2) その他の類型

立法者の目的とは異なった事実上の影響を法規定はしばしば持ちうる。そのため、Böhret/Huggerは、当事者の反応態様(服従、逸脱、回避、利用、非利用、濫用)並びに法社会の現実に係る直接的影響(例、ゴミを除去する義務を遵守しないことは、地下水の汚染に行き着く)、より長期的スパンで生ずる影響を分析対象とした(例、国家の貯蓄奨励措置を利用することは、自宅の建設を促進し、風景を宅地化により損なうこと、地価の上昇、Uターン現象をもたらす)。以上のように影響の類型を多く認識すれば、法律アクセスの実施は政策形成について大きな意義を有する。

## (三) 費用概念―効率性のアセスメントにおけるその意義―

1 費用概念の外延の広さ<sup>(88)</sup>

多くの者は、「費用」という言い方をする際に、金銭的あるいは定量的な単位を想定する。国家による政策の実施には費用が必要であり、まさに、かかる費用の大小が政策の効率性を測る主要な基準となることは否定できない。日本でも、例えば、先に言及した政策評価法を見ても、同法三条一項において、「政策効果」について、「当該政策に基づき実施し、又は実施しようとしている行政上の一連の行為が国民生活に影響を及ぼし、又は及ぼすことが見込まれる影響」と定義し、続けて、「必要性、効率性又は有効性の観点」から、右の影響を評価するとしているのである。右の条文の文言からは、金銭的に把握可能な効果あるいは費用のみを法が念頭に置いていたとは考え難い。<sup>88)</sup>

したがって、政策の効率性を判断するためには、そうした金銭的な基準のみでは不十分である。すなわち、政策を実施するためには、政府部門においてのみ費用が発生するわけではない。例えば、租税法を例とすると、徴収は国家のみによって行われるのではなく、例えば、使用人に係る給与所得については、源泉徴収事務をその雇用者である法人が負っている。さらには、事業所得等については帳簿を作成し、それをベースに納税申告を行う義務を納税義務者が負っていることについて、かかる帳簿および納税申告書の作成を納税義務者が税理士等の租税専門家を以って行わねばならない。<sup>89)</sup> それは、国あるいは地方公共団体の許で生ずる金銭的な費用ではないであろう。

また、社会保障法の領域においては、国のみでなく、地方公共団体もその社会保障事務を担当することとしている<sup>91)</sup>、また、社会保障の給付については国等が責任を負うとしても、実際に給付事務を行うのは、社会保険を例とすると、健康保険組合、厚生年金基金、共済組合等であり<sup>92)</sup>、必ずしも国であるわけではない。

右の如き法状況に照らせば、政策に要する費用は、政策実施主体の許で生ずる金銭的なそれに限られると解すべきでない。それよりも、広く、非金銭的なそれ（第三者の役務提供等）も含むと解し、それを何らかの方法で以って認識し、政策立案に反映させねばならないと解すべきである。

## 2 拡大される費用概念—各種類型—

では、前節において指摘した如く、如何なるものを費用として認識すべきかが問題となる。それを以下に紹介することとする。<sup>(93)</sup>

## (1) 機会費用

法と経済学は、新古典派の議論に続けて、費用概念を修正した。最早、費用 (Kosten) は、経費、支出または金額とは何ら関係ない。費用は、むしろ、人が、他の何かを得たり、行ったりするため、何かを犠牲にしなければならぬときに存在する。その限りで、人は、機会費用という言い方をし、それを次のように定義できる。経済上の財に係る費用は、その財が最善の代替的な方法によって作り得たであろうそうした収益と同じである。例をあげると、ニアガラの滝を観光する者が、この自然の観光資源の費用に言及するとき、機会費用が想定される。何故なら、その滝の水が、何らの電力に換えられることなく、深い滝の中に消えてしまっているからである。

## (2) 社会費用

社会費用概念についての研究は、Karl W. Kapp の "The Social Costs of Private Enterprise" においてなされた。この中で、Kapp は、確かに企業の中で生み出されるが、しかし、その企業自体の費用には含まれず、第三者 (例えば、全体社会、環境／自然) に転嫁されるそうした費用の存在を想定した。社会費用とは「第三者または公衆が、無制約な経済活動の効果として、担わねばならないそうしたあらゆる直接または間接の損失」をいう。社会費用は、健康の侵害、所有権の価値の減失または減少、そして自然の埋蔵物を早く枯渇させてしまうという形で現れる。これらは、前述の企業を例にとって言えば、事業者自体によっては担われず、第三者に転嫁されるそうした社会的な負の影響を表すといえる。

(3) 外部費用

外部費用は、経済・社会政策を批判する手段としてこの概念は、Kapp、そして Coase により発展させられた。外部費用とは、言うまでもなく、市場において内部化できない費用であり、それを除外するために政府による政策的介入が必要とされることがある

(4) 影響費用

影響費用 (Folgekosten) という概念は、ドイツでは、一九七〇年代に Böhrer/Hugger によって構築された。彼らは、費用を測る際に支出 (狭義の費用) のみでなく、影響をも斟酌すべきであると提言した。影響を費用に含めて論じるという発想は、費用概念の拡張が進展したことの帰結として位置付けられる。すなわち、このアプローチは、伝統的な費用・便益アプローチを方法論上補っているといえる。そこで、以下に、影響費用に含まれるべきと想定されているカテゴリーを列挙する。

まず①社会環境費用。Leipert は、産業社会における環境・社会的影響を、社会環境費用に含めている。それを、彼は、「発展のための費用」と呼称する。Leipert は、全体としての (付加的) 損失を想定している。それは、ある社会が、特定の発展スタイルを採用している場合に、担われねばならないそうした費用である。

因みに、Kapp の社会費用との異同が問題となるが、Leipert の定立する社会環境費用は、次の二点で Kapp のそれとは異なると言われている。Kapp は影響費用概念を市場経済の中の生産プロセスに基づく影響費用に限定しているが、一に、Leipert は、産業社会全体の発展形態に係る影響費用 (環境に負担を課す効果) をも含めてそうした概念構築をしている。それ故、消費・生活態様に基く影響費用も含まれる。二に、Leipert は、外部費用のみでなく、一定の内部費用をも影響費用に含めている。内部費用とは、例えば、法律によって企業に対して要請される環境保護措置に係る

費用である。すなわち、そうした費用も、環境に負担を与える成長プロセスの一環として発生する費用なのである。

次に、②公的取引費用／規制費用。こうした費用は、規制を設ける政策、法化によって、発生する。例えば、ドイツにおいては Reckenwald が配分の欠陥と効率性の喪失を国家の規制政策を執行することによって発生するとした。つまり、公的取引費用 (Öffentliche Transaktionskosten) / 規制費用 (Bürokratiekosten) とは、国家が市場に介入することにより、マクロ経済に係る全体としての負担が大幅に上昇するそうした追加的負担であり、そうした影響費用である。

#### (四) 小括

##### 1 実効性・効率性の評価に係る意義と限界・問題点

本章の論述は、若干抽象的であったが、実効性および効率性の評価に際して、斟酌すべきファクターが極めて多様であることは明らかとなった。

本章で指摘した事項は、特に、事前の予測について極めて困難なものとなる。仮り時限法律あるいは政策評価条項に基づくこのような評価はデータの蓄積があるであろうが、現実の立法過程においては、必ずしもそうではない。そうなる、後にも若干言及するが、立法過程における専門家の投入の重要性<sup>94</sup>、外国法制等の参照が極めて重要となる。さらには、如何なる範囲の利害関係者が立法過程に参加するか、という問題も付随的に論じられうる (詳細は、五を参照)。

勿論、右に見たように、予測が困難であるからという根拠で、予測義務 (次章を参照) が免除されるものではない。

しかし、興味深いのは、事前の予測が右に述べたような事情で困難であることから、立法過程において、立法者が予測義務を履行したか否か、について裁判所が判断する際に、資料・データ不足を根拠に予測義務の程度が低下するということはありうるかもしれない。<sup>(95)</sup>

次に、右の予測の困難に係る問題点を論ずる。とりわけ実効性に係る評価を行う際の問題点が *Decker* 教授は次のように指摘する。<sup>(96)</sup> 先にも言及した如く、実効性の有無につき問題となるのは、立法の目的を実現するのにある法規定は相当であるか否かである。<sup>(97)</sup> しかし、場合によっては、それが抽象的であることもあり、また、一つの法律により複数の目的が追求されていることもある。<sup>(98)</sup> 右のような場合には、実効性の基準となる目的が明らかではないため、評価が行い得ない。こうした事態を避けるためには、立法者が、ある法律を制定する際に、目的規定を配備することが重要となる。<sup>(100)</sup>

なお、実効性を測定するには法律の目的が多様である、あるいは十二分に確定できない、という場合には、*Vos* 氏によると、次のような解決策がありうる。すなわち、複数ある目的のうち一つの目的のみを抽出して、それをベースとして実効性を審査すること、そして、ある法律が施行されて社会の中で実現する現実を基準として実効性を評価すること、<sup>(101)</sup> がそれである。

また、右のような事情は次のような考察により根拠付けることもできよう。実効性・効率性の評価を行うことの意味は、既に言及した如く、最早否定する者はいないであろう。しかし、強調されるべきは、立法された法律の解釈との関係である。<sup>(102)</sup> すなわち、法適用者は法律を解釈する際に、当該法律の目的を斟酌して解釈することがある。その際、当該法律の目的が明らかでない場合には、法適用者が当該法律の（予定する）目的あるいは影響を明らかにしなければならぬ。しかし、立法者により想定される目的と法解釈者により獲得された目的とが異なる場合には、とりわけ



当該法律の実効性は相当程度減殺されるものと判断されざるを得ない。したがって、「目的が明確にされ、そして影響分析に基づいて最適化されるのであれば、法適用者は主観的・目的論的解釈のみを行えばよいこととなる。すなわち、「立法に続いてなされる」法適用が最早影響の評価を行う必要がないような「そうした明確な目的を定める」規範を立法過程において構築することが問題となっている<sup>103</sup>」<sup>103</sup>と言えよう。

最後に、右にみたように、ドイツにおいては、政策に係るコストが古典的なものよりも広く観念されているといつてよいであろう。このことは、おそらく、政策、特に、政策の影響を受ける人的・物的要素が拡大してきていることの証左である。

## 2 補論—シミュレーションの具体例—

立法過程におけるシミュレーションについて簡単に触れておく。具体的な立法過程において、実効性・効率性について如何なる態様で実効性・効率性が評価・検討されているのか、を概観しておくことは有意義であろう。但し、素材が若干古く、近時の各省共通業務命令の内容およびその改正作業とは何らの関係をも有していないという限界はある。

シミュレーションとして、Böhret氏はいくつかの類型を考察する<sup>104</sup>。例えば、一に、ある法律に暫定条項を定め、それに基づいて現実の社会における事象にある法律を適用することによって、当該法律の実効性・効率性が実現されるのか、を検討すること、さらには、二に、右のように法律を制定しないまでも、ある法律が制定されたと仮定して、それに基づいて行政官が行政作用を執行し、その知見をベースとして実際に法律が制定された場合の実効性・効率性を検討する、といった方法がありうる。前者については、時限法律であるので運用の如何によっては法的安定性に係る諸問題が生ずる可能性<sup>105</sup>がある。加えて、法律を制定する立法手続に鑑みても、時間的コストの発生は避けられない

ところである。後者については、暫定行政規則を制定してそれに基づいてシミュレーションが実施されるので、シミュレーションが行政内部において完結しているの、実験条項を設ける前者の場合と比べてコストは少ないといえる。その他にも問題点は指摘できるが、本稿ではここで止めておく。

なお、Böhret氏によると、法律制定前のシミュレーションを通じて、運用の際の問題を予め発見することが可能となり、現実の立法作業に多くの示唆を与えることができるとされている<sup>(16)(17)</sup>。その際、既に挙げられた法律の評価基準を当てはめることによって法律アクセスが可能となるのであるが、いくつかの代替的な政策選択肢を比較できるというメリットもある<sup>(18)(19)</sup>。Brockert曰く、“過去に獲得された経験をベースに、ある複数の政策選択肢の比較および複数の問題提起の呈示が可能となり、それによって将来予測の実施、規範制定プロセスの透明化が実現される<sup>(10)</sup>”と指摘される。

(53) 詳しくは、参照、Deckert (Fn. 9), ZG 1996, 242f.

(54) 租税立法過程を例とすると、しかし、そこには妥協による意思決定の支配から“合理的立法”をなすことが困難であるという。すなわち、政治的な影響力は、議会における立法手続のみではなく、行政内部での租税政策立案の段階にまで諸利益の錯綜が及び、蔓延している。参照、Hill (Fn. 6), ZG 1987, 251.

(55) 効率性は、時として、平等という基準と相克することがある。しかし、立法に際しては、その双方を斟酌することが重要なのである。詳細な点については、参照、Wallerath, Maximilian, Der ökonomisierte Staat: Zum Wettstreit zwischen juristisch-politischem und ökonomischem Paradigma, JZ 2001, 209ff., 214. 以下に一般的に法制定における効率性の斟酌を提唱するものとして、参照、Kühler, Friedrich, Effizienz als Rechtsprinzip: Überlegung zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente, in: Bauer, Jürgen F. / Klaus J. Hopt / K. Peter Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin 1990, S. 687ff., 703.

(56) Hill, Hermann, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982, S. 66ff.

(57) 以下の叙述につき、参照、Hoffmann (Fn. 7), ZG 1990, 97ff., 100ff.

- (58) 詳細は、参照 Hill (Fn. 6), ZG 1987, 252ff.
- (59) 参照 Böhret, Carl / Werner Hugger, Test und Prüfungen von Gesetzentwürfen: Anleitung zur Vorabkontrolle und Verbesserung von Rechtsvorschriften, Köln / Bonn 1980, S. 22ff.; Deckert (Fn. 9), ZG 1996, 242f.
- (60) また、別の問題として、ボン基本法七二条二項に係る解釈問題がある。以下では、Scholz/Meyer-Teschendorfの論述に負いつつ議論をなす。所論によると、ドイツにおける立法実務上、原則として連邦と州との立法高権が二元的に認められ、その際、事項的に見た立法管轄権は原則として州に分配されている。しかし、実務上は、連邦が大幅に事物管轄権を有している如き立法活動をなしている、とされている。すなわち、旧ボン基本法七二条二項において、連邦は「連邦内において統一的規律をなす必要性 (Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung)」が認識されるときには、連邦による立法がなされる、とされている。また、連邦による立法がなされるのは、いわゆる連邦と州との「競争的立法高権」が認められる領域である。そして、右の必要性の要件の充足如何は相当程度連邦の政治的裁量に基づいていとされているのである。なお、一九九四年に、ボン基本法七二条二項が改正された。その企図するところは、州の立法高権行使の活性化である。以上につき、参照 Scholz/Meyer-Teschendorf (Fn. 24), ZRP 1996, 405.
- (61) 詳細は、参照 Hill (Fn. 6), ZG 1987, 255f.
- (62) Böhret, Gesetzesfolgeabschätzung (Fn. 2), S. 54f.; Konzendorf (Fn. 4), ZRSoz 1999, 108; Schuppert (Fn. 28), ZG 2003 (Sonderheit), 25f.
- (63) なお、ドイツ等における審査基準について、参照 Kindermann, Harald, Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik: Vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, Berlin u. a. 1979.
- (64) 本稿は都合により、立法府における基準については言及しない。
- (65) 諸般の事情と原典に接するものができなかったので、取り敢えず、以下の文献に依っている。参照 Bussmann, Werner, Rechtliche Anforderungen an die Qualität der Gesetzesfolgeabschätzung, ZG 1998, 127ff., 129. ゆびゆびの制定事情については、参照 Fliedner, Ortlieb, Vorprüfung von Gesetzentwürfen: Eine Bilanz der Anwendung der Blauen Prüffragen, ZG 1991, 40ff.
- (66) Bussmann (Fn. 65), ZG 1998, 129.
- (67) Bussmann (Fn. 65), ZG 1998, 129.
- (68) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 12.
- (69) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 12.

- (70) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 12.
- (71) それを解決するのが、予測に専門家を投入し、高度にプロフェッショナルな見地から 予測を行うべきことが提唱されている。右の点について、Schulze-Fieitz (Fn. 43), ZG 2000, 310. の Fn. 81 を参照。
- (72) その際、予測のデータをできるだけ広範囲にわたって含めて予測する、というスタンスを採用するとした場合、“データの中に非金銭的で、かつ定量化が困難なデータを含めべき。”という要請と、“それに伴い生ずる予測の困難性という事情”とが相克することとなる。
- (73) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 13.
- (74) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 13.
- (75) 参考として、参照、Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 13.
- (76) Deckert (Fn. 9), ZG 1996, 243ff.
- (77) 以下の叙述につき、参照、Hill (Fn. 6), ZG 1987, 252f.
- (78) しかし、簡素化を通じた租税正義の実現という言葉の方をすることもあるので、必ずしも先の両者の間に相克があるものと解することはできなから。
- (79) この点については、さしあたり、例えば、参照、Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 18.
- (80) Hill (Fn. 6), ZG 1987, 255f.
- (81) 参照、Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 30ff.
- (82) Böhrer (Fn. 13), ZG 1992, 194.
- (83) Stempel (Fn. 48), ZG 1998, 117.
- (84) なお、政策立案における費用を論ずるに際し、次の如き指摘がある。法改正に際しては、私人が意思決定のベースとなる枠組みが変わり、法改正が私人に利益をもたらすような形でなされるように、すなわち、私人に対して与える影響を勘案する形で法改正作業はなされることとなる、という。それは、言い換えれば、法の名宛人たる私人に与える効果を勘案しつつ立法作業はなされる、というのではなからであらうか。参照、Wallerath (Fn. 55), JZ 2001, 213f.
- (85) Böhrer (Fn. 13), ZG 1992, 193f.

- (86) Deckert (Fn. 9), ZG 1996, 244f. *ホフマン*は、参照、Hofmann / Meyer-Teschendorf (Fn. 22), ZG 1997, 288.
- (87) 本款の論述につき、参照、Deckert, Folgeorientierung (Fn. 38), S. 113f. また、政策による効果を論ずるものとして、参照、足立幸男『公共政策学入門 民主主義と政策』(有斐閣、一九九四年)五六頁。
- (88) Deckert (Fn. 9), ZG 1996, 246f. また、参照、足立・前掲注(87)五七頁、平井宜雄『法政策学〔第二版〕』(有斐閣、一九九五年)七四頁以下。
- (89) その他の実定法上の例として、参照、大橋・前掲注(11)四九頁以下、宇賀克也「ベーシック行政法 第二章 行政法の基本原則」法学教室二八四号二八頁。
- (90) いわゆる、コンプライアンスコストとして観念されているものである。それは、最早量的に無視し得ないものとなっている。例えば、参照、貝塚啓明「所得税」日税研論集三号三頁以下、特に、七頁。
- (91) 堀勝洋『社会保障法総論〔第二版〕』(東京大学出版会、二〇〇四年)三三二頁。
- (92) 堀・前掲注(91)三三三頁。
- (93) なお、本款は、Deckert, Folgeorientierung (Fn. 38), S. ff. を紹介するものである。
- (94) Böhrer (Fn. 13), ZG 1992, 197f.
- (95) 参照、Höland (Fn. 48), ZG 1994, 374.
- (96) 参照、Deckert (Fn. 9), ZG 1996, 244f.
- (97) なお、参照、Voß, Monika, Symbolische Gesetzgebung : Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, München 1989, S. 55.
- (98) Voß, Symbolische Gesetzgebung (Fn. 97), S. 55f.
- (99) Voß, Symbolische Gesetzgebung (Fn. 97), S. 57f.
- (100) Meßerschmidt, Klaus, Gesetzgebungsermessens, Berlin 2000, S. 917.
- (101) Voß, Symbolische Gesetzgebung (Fn. 97), S. 58f.
- (102) Deckert (Fn. 9), ZG 1996, 254.
- (103) Deckert (Fn. 9), ZG 1996, 254.
- (104) Böhrer (Fn. 13), ZG 1992, 194f., 197f.; Hill (Fn. 6), ZG 1987, 256.

- (105) 詳細については、参照、手塚・前掲注(1)二九二頁以下。
- (106) 現実に、名宛人にとって理解可能な法律を制定するという指標を実現するための法令文の再起草、といった効用が認められているという。参照、Böhret (Fn. 13), ZG 1992, 196.
- (107) Böhret氏は、例えば、防災行政法をベースとして議論しておられる。すなわち、災害処理に際し複数の行政庁の間で管轄権が分配されているとき(Böhret氏は、鉄道災害について、駅構内で発生した火災について消防署が鎮火にあたろうと考えても、鉄道施設内の火災は鉄道会社に管轄権がある)、というケースを挙げておられる)、場合によっては機動的な対処がなされることがありうる。したがって、右のごとき管轄権に関する法律を起案する際には、予め諸々のケースについてシミュレーションを施し、適正な立法をなすことに努めるべきであるとする。参照、Böhret (Fn. 13), ZG 1992, 201ff.
- (108) Böhret (Fn. 13), ZG 1992, 214f. また、参照、足立・前掲注(85)五八頁以下、一八七頁以下、さらには、宮川公男『政策科学の基礎』(東洋経済新報社、一九九四年)二〇七頁以下。
- (109) これについては、参照、Brocker, Gesetzesfolgenabschätzung (Fn. 3), S. 38f.
- (110) Brocker, Gesetzesfolgenabschätzung (Fn. 3), S. 38f.