

立法過程における政策形成と法 (三・完)

——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) 本章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

(一) 問題点の指摘

(二) 立法評価機関の設置

(三) 今後の立法学の議論のありよう——例としての租税法の視点からの要請——(以上、本号)

四 政策と憲法—適合性の審査—

先にも指摘したが、法律上の政策は、一定の目的の許、右の目的を達成するための手段から構成されていると言え
る。すなわち、法律には、立法者によって、目的と手段とが規律されている。確かに、立法者の立法裁量の枠組みが
相当程度広いことは、日本でも、ドイツにおいても、指摘されている。しかし、そこに何らの制約が認められない
はずはない。すなわち、目的および手段には制約がある。それは、性質上、法律よりも上位の規範から導出されると考
えるべきであるから、それが憲法であると言つてよい。⁽¹¹⁾ 右の言明は、憲法価値の実現⁽¹²⁾あるいは憲法価値の遵守とい
つてもよいであろう。

したがって、憲法との適合性は法律上の政策には必要条件と言える。したがって、効率性、実効性といった、経験
的側面からの法律上の政策の評価とは別に（厳密に区別できない場合もあるが、ここでは除外する）、憲法との適
合性が審査されることとなる。しかも、Kock教授によると、凡そ、法律（および、それによって実施される政策）
と憲法との適合性は二通りの観点から審査される。それは、個々の政策の内容（目的・手段の双方を含むであろう）
と憲法との適合性を求める①実体法的側面、法律が一定の手續に則つて成立したか否か⁽¹³⁾、そして、立法の過程で立法
者が考慮すべき要素を考慮したか否か、が問われる②手続法的側面⁽¹⁴⁾、または考慮義務的側面である。

なお、所論によると、それぞれの憲法適合性を検討した際に、憲法適合性が確認できない場合の、その効果が実際
的問題として認識されねばならない。

さて、右に挙げた実質的側面および形式的側面、そして考慮義務的側面に照らして、法律の合憲性を審査すること
を以下に検討する。

(一) 憲法適合性の審査のありよう

1 実体法的側面からの憲法適合性の審査

立法が実質的側面から憲法に適合しているか否かを問うことは、立法の内容が憲法と適合しているか否か、を問う作業である。例えば、法律の内容が平等原則に違反しないか否か、ある目的を達成するために法律中に規律された手段が比例原則に違反しないか否か、といった問題が論じられる。そして、実体法的側面に照らして立法が憲法に適合しないと判断された際の法効果は、Köck教授の見解によると、①絶対無効 (Nichtigkeitserklärung)、②適用違憲の宣言 (Unvereinbarkeitserklärung)、③立法者が事後的に改善措置をとることを条件とした合憲がありうる。⁽¹⁶⁾

そして、実際に、違憲という判断が連邦憲法裁判所によってなされるか否かは、立法者の法律形成の自由 (立法裁量) がどの程度広いか、そして連邦憲法裁判所の違憲立法審査権の権限そのものに依っていることとなる。例えば、立法者による法律形成の自由が広い場合には、違憲と判断される余地がそれだけ小さくなる。しかし、違憲の程度が著しい場合であれば、違憲と判断される可能性は大きい (基本権侵害の程度)。しかしそれは、いずれも結果論であって、立法者の裁量の広狭と、当該法律の憲法適合性とは必ずしも一義的には結びついてはいない。

2 手続法的側面からの憲法適合性の審査

憲法においては、立法手続が定められている。その際、手続を明確に規律することによって、民意 (国会構成員の活動の中に擬制されてはいるが) を確実に反映させることがその目的である。逆にいえば、所定の手続を逸脱した議会の行動を通じて可決される法律は、民主主義的な価値を有していないと言わざるを得ず、無効の瑕疵さえ帯びるかもしれない。⁽¹⁶⁾

この点、Köck 教授の見解によると、法律の内容を法律形成する立法者の構築の自由が非常に広いことを直視すると、所定の手続に則って立法活動が営まれることが、まさに法律の内容上の正しさを担保する不可欠の前提要件であるから、明白な手続違反は法律の無効をもたらず。⁽¹¹⁷⁾

以上の議論は、既に指摘した形式的立法手続に関するものであると言えよう。

3 立法者に対して課される義務—その類型—

Gusy 氏は、立法者に対して立法過程におけるその動態に付着するとされる義務を主張する。⁽¹¹⁸⁾ もっとも、Gusy 氏は、以下に挙げる諸義務の根拠を明示していない。それらの義務を、いわば、立法という国家作用に性質上内在する当然の義務と解するか、または、別の根拠を援用するか。いずれにせよ、かかる義務は憲法から導出するまでもなく認められると筆者は考える。さらに、それが憲法から導出されるか否かに関する議論は、本章(二)にて検討する。

(1) 事実関係確認義務

立法は、現実の世界においてなされる社会構築である。そのことは、構築する必要性および構築される相当性を有する現実の存在を前提とする。そして、そうした現実については、法律による規律の必要性が存在することとなる。ある現実が右の如き法律の規律対象であるか否か、そしてそうした規律が如何にして充足されるか、については個々の領域ごとに一義的に明らかではなく、多かれ少なかれ現実の与件を調査する必要がある。そうした調査を立法者は義務付けられている。

以上が、Gusy 氏の主張する事実関係確認義務の内容である。⁽¹¹⁹⁾

(2) 考慮義務

立法者は、立法作用を営む際に、関連する様々な要素を勘案したうえで、意思決定を行う義務があるといつてよい。

それは、あくまでも手続的な義務であると観念されうるが、しかし、右の義務が履行されないと、内容的に正しくない法律が立法されることとなるので、それ故、右の義務はすぐれて実体的な意味をも持つていふことができよう。したがって、考慮義務は、いわゆる内部的立法手続に関わつていふと言へる。

さて、考慮義務は、関係する事実関係を調査すること、予測を立てること、基本権あるいは憲法上の価値が相克する際に公益および私益を適切に衡量すること、といった諸々の義務が立法者には課されているという指摘がある。右の諸々の義務は、法治国家原則、比例原則、恣意の禁止原則といった憲法上の原則から派生する。しかし、右の如き諸義務がどの程度厳格なものであるのか、そして違反の法効果について一体如何なるものが想定されているのかは一概に明らかにはされていない。

以上が、Gusy氏の主張する考慮義務の内容である。^(四)

(3) 予測義務

連邦憲法裁判所は、その確立した判例において、あらゆる法律が将来的に生ずる法律の影響 (Auswirkung) についての立法者の予測をベースとしている、という言明から出発している。それによると、立法者は、法律に基因して生ずる影響を斟酌しなければならない。このことは、既存の事実が将来生ずる影響を認識するためにどの程度価値を有しているかの観点から検討されるという態様で、そして、考慮という形態で、法律上の規律に係るメリットおよびデメリットについて情報を提供するそうした信頼できる予測が定立される、という態様でなされることとなる。なお、右のような予測は、入手可能なあらゆる素材に則つてなされることとなる。^(四)

以上がGusy氏の主張する予測義務の内容である。^(四)

(4) 斟酌義務

法律の実施によつて、立法者の企図する影響が発生しているのか否かが明らかになる。最適な法律の立法を追及する最適な立法は、その実施に伴い獲得される認識および経験を無視することはできない。時間の経過とともに、当初法律のベースとなった事実関係に変化が生じたのであれば、法改正を必要とするか、またはそれを想起させるそうした当初の予測の修正がなされる。すなわち、立法者は、法律制定後の事情を簡単には無視できない。むしろ、その限りで、立法者は法律制定後も斟酌義務を負っている。最適な立法手続は、法律の公布によつて終了するのではない。その後も潜在的には継続する。事後的に生じた新しい事実による事実を完全に把握すること、それを継続的に考慮すること、そして、右の事柄により法律の審査を改めて行い、差異化 (Differenzierung) をなし、場合によつては予測の修正を行うことが必要となる。

以上が、Gusy 氏の主張する斟酌義務の内容である。⁽¹²⁾

(5) 事後改正義務

立法者の意思決定についてベースとなるものが事後的に変化した場合には、立法者は新しい意思決定のベースに基づいて事後的な改正を義務付けられる。それとともに、立法者は、当初の事実調査、考慮および予測が不完全性であるために必然的に生ずる帰結を自ら招いている。法と事実との間に要請される対応関係が要請される結果、事実が動的であるので、法も動的でなければならぬことになる。法がそのようなものであるならば、立法者も動的でなければならぬ。法が現実を構築するように、現実も法を構築する。斟酌義務および事後改正義務は潜在的にはあらゆる法秩序に関連している。そして、その際、当初の事実および予測に係る不確実性が高ければ高いほど、立法者に対して事後的に課される義務の程度は高くなるであろう。

以上が Gusy 氏の主張される事後改正義務の内容である。⁽¹³⁾

(二) 立法過程における立法者の動態と憲法—諸義務の位相—

さて、ここで、四(一)までにおいて挙げた立法過程において立法者に対して課されることとなる諸義務に係る法構造を概観する。右に見た諸義務は、その違反について如何なる法効果が生じるかが問題となる。すなわち、既に指摘したが、立法者は、いわゆる良い立法 (gute Gesetzgebung) をなすために、慎重に立法手続を進行する手続上の義務を負うが、しかし、その義務は立法の内容にも係るもの (実体法上の義務) であるとされる。⁽¹²⁴⁾ そうした手続上の義務違反が法律の内容に憲法違反をもたらす可能性があるだろう。とりわけ、この論点について、Köck教授の整理によると、⁽¹²⁵⁾ Schwerdtfegerと Schlaich⁽¹²⁷⁾の間で議論の対立が見られるという。その対立点とは、立法に対する憲法適合性の審査の対象を、①立法の成果たる法律の憲法適合性と並んで立法過程における立法者の行動も含む、とする見解、そして②立法の成果たる法律の憲法適合性のみにそれを限定する見解、の対立である。①を Schwerdtfegerが、②を Schlaich教授が主張している。

なお、両説の差異は、③仮に、立法者が、四(二)3において言及された如き諸義務を立法過程において履行しない場合に、かかる行動が当該法律の違憲無効を招来するか否か、にある。⁽¹²⁸⁾ したがって、本節で検討する議論は、極めて実務的意義をも有するものである。

以下に、その議論を紹介する。

1 Schwerdtfeger説

まず、Schwerdtfegerの見解によると、「立法者は、関連する諸要素、諸利益、諸観点、つまりできるだけ完全かつ正しい内容を有する諸データを斟酌しなければならぬ。従来の状況を分析し、考えられうる目的を提起し、現状が

如何にして改変されうるかを突き止め、そして、様々な目的を達成しうるそうした道具を開発し、最後にあらゆる効果を調査することによって、立法者は右のようなことをなしうる。そのようにして生ずる別途の解決策（現状の維持または改変、改変される結果としての複数の可能性、様々な手段）を、立法者はその政策的価値判断に適合するか、あるいは矛盾するか、という観点から相互に考慮しなければならない⁽¹²⁸⁾となる。

Köck 教授は、Schwerdfeger 説について、次のように要約する。まず、法律の憲法適合性審査の対象は、法律のみでなく、その立法の過程も含まれる。すなわち、立法過程における立法者の行動は、法律の質を担保するものとして極めて重要なものであるとする。さらに敷衍すると、「立法者が法律を合理的に正当化できる形で立法したのか否か、つまり、立法作用について関連する諸素材を斟酌し、注意深く分析・処理し、並びに適正な考慮を加えたか否か、が問題である⁽¹²⁹⁾」。

また、ここで、右の考慮について、Schwerdfeger は、連邦行政裁判所の判決において言及されることのある「考慮⁽¹³⁰⁾」概念を憲法に借用し⁽¹³¹⁾、それを以って、立法者による立法過程における諸要素・諸利益等の考慮義務を憲法上のそれとして論じている。

なお、Schwerdfeger 説を支持するものとして、Kloepfer 教授⁽¹³²⁾および Lücke 教授⁽¹³³⁾らがみられる⁽¹³⁴⁾。

2 Schlaich 説

先にも言及した如く、Schlaich 教授は、法律の憲法適合性の審査は、法律の内容自体に限定されるべきであると説く。彼は、「規範の統制は、立法者を、学説および判例において考案されている立法過程を行政手続のように扱う考え方の中に入れ込むことを許さない⁽¹³⁵⁾」と述べ、さらに、「立法者は、まさに、法律に対して責任を負う。今日広まっている「憲法上の義務として最適な立法の方法⁽¹³⁶⁾」という標語はそれとは異なったものとなろう。かかる標語は、立法

者に対して、その意思決定過程の合理性を根拠付けることを課す。そうした義務は、ボン基本法からは導出されえない。専門的知識を駆使して立法活動を営み、利用できるデータおよび経験則を誠実に利用し、そして必要な考慮を行ったという「立法者」は存在しない。そして、仮に、議会がある法律の立法理由書を決議しても、事情は変わることはない。立法は、行政ではなく、選挙によって選ばれ、選挙民の意向を受けて活動する者 (der gewählte Mandatsträger) は一時的にも行政公務員ではない」と述べているのである。このように、Schlaich教授は、立法手続と行政手続とを同視することを許さないとして、Schwerdtfeger説を批判する。

Köck教授の整理によると、Schlaich説のポイントは、立法過程において立法者に対して課されるとされる考慮義務を憲法から導出することに対する批判である。⁽⁹³⁾ Gusy氏は右のSchlaich教授に同調して次のように主張される。曰く「立法手続への要請に係る議論は、しばしば、ボン基本法についての様々な前提理解の許でなされる。『法治国家』というアスペクトが規律密度を強調し、そして、憲法上の原則および不文憲法を参照しつつ、立法府にかかる義務を課そうとする一方で、逆に、『民主主義』というアスペクトは、ボン基本法が法律形成の自由を立法府に対して与えることよってのみ可能となるそうした社会形成に際して、立法府の優位を強調する」⁽⁹⁴⁾。そして立法について、その属性を凡そ次のようにまとめておられる。それは、法律と行政行為および裁判所の判決との違いである。⁽⁹⁵⁾ 立法者によって規律がなされる領域は、時間的には将来を指向しており (行政行為および判決は過去の事実に対してなされる)、そして、その範囲は広範であり (行政行為および判決は個別具体的なケースを扱う)、したがって、完全な予測をたてた上で立法をなすことは無理である。⁽⁹⁶⁾ したがって、もし、それを立法者に要求し、義務と観念するならば立法が機能不全に陥るであろう、としている。⁽⁹⁷⁾ 次に、立法機関の属性について言及され、立法機関は議決機関であり、詳細な政策形成は行政府に委ねられ、それ故、現実にも、情報の多くは行政府に集中しており、立法府独自にそれと同程度

の情報収集・分析することはできない⁽¹⁴⁾、とされている。最後に、Gusy氏は、立法手続について言及され、立法手続とは意思決定手続であり、そこでは合意を得ることが重視されており、決して法律案の内容の正しさにプライオリティーを置いた手続が進行しているわけではない⁽¹⁵⁾、とされている。

要するに、Gusy氏の見解によれば、立法の属性、つまり社会形成という課題の遂行については、一義的にその内容が明らかではなく、立法者の裁量を以って、その課題が遂行されるのであるから、そのプロセス、つまり立法過程に義務を觀念することは困難であり、まして憲法からそれを導くことは実定憲法上も無理である⁽¹⁶⁾。

3 まとめ

立法者が立法過程において如何なる作業をなすべきか、が立法過程において重要な要素であるか否かについて問題が提起された。本章における検討の視角からすると、Schwerdtfeger説を以って正当と考えたい。例えば訴訟の過程において法律の憲法適合性が審査の対象となることはしばしばであるが、その際、立法内容の合理性は、確かに、当該法律の文言およびその適用の結果に着目してなされるべきことは争いようがない。しかし、それだけでは、視点が少ない。すなわち、そもそも立法とは、かつては一般的かつ抽象的な法規範であると定義づけられたことから推論されうるように、社会のあらゆる者あるいは対象に適用されうる法規範として捉えられていたのであるから、立法の際には、立法者は、広漠な社会事象を把握している必要がある、そして、そうした社会事象には、様々な利益が内在しているはずである。また、立法者自身、つまり議会の構成員自体も、その背後に様々な社会利益を代弁する存在である。

それ故、立法作用には、利益調整機能が内在していると考えることができると、そうすると、社会利益調整にこそ立法作用の本質の一つが認められるとするならば、かかる利益調整の成否が立法作用の帰趨を決するものとして捉えら

れるはずである。そのような社会利益調整という作業は、現実立案する政策・法律の影響を予測し、それを勘案しつつ、立法者が立法をなすことを指す。すなわち、そのような影響を明らかにした上で、はじめて立法者、法律の名宛人等の法律に係る利害関係者は自らの利益を立法に反映させる端緒をつかむことができ、利益調整が可能となる。

したがって、ボン基本法も、立法について規律している以上、右に検討した如き立法概念を前提としておりと解される。例としての Gusy 氏が主張する諸義務の違反は憲法上の「立法」作用を営んでいるとは言い難く、それを以ってかかる法律は違憲と解すべきである。また、以上のように考えると、Schlaich 教授が述べる「立法過程の重視は、立法と行政とを混同するものである」という批判があるが、これは行政作用においては目下行政手続法により行政上の意思決定につきその名宛人の権利を十分に斟酌した慎重な手続が求められるが、他方で立法過程は行政手続とはまったく異なるものであり、行政手続と同じような慎重な手続は必要ないということを意味している。しかし上記の検討によれば Schlaich 教授の批判はそもそも採り得ない。

（三）小括

残された問題について検討しておく。

1 立法者による諸義務の履行

四（一）、（二）においては、立法者による立法過程において果たすべき義務について言及がなされた。筆者は、Gusy 氏が主張する諸義務を憲法上のそれと解する立場をとった。確かに、右の立場について理論的には正当であると考ええるが、しかし、実際上の点から考えると、若干の疑義がある。

すなわち、立法者による右の如き諸義務を立法作用そのものの属性から導出することはできようが、“かかる義務を果たした”、と言えるための基準もそこに必要となってくる。しかし、立法者の行動は各立法過程において多様であらうから、それは原則としてケース・バイ・ケースで考えることとなろうが、それだけでは理論としては不十分である。しかし、ここで安直に回答を提示すべき問題でもない。加えて、立法過程の司法審査については、ドイツの判例は消極的な審査態度に止まっている⁽¹⁴⁷⁾。したがって、この点についての問題の検討は他日を期したい。

2 立法準則の規律のありよう

また、ドイツにおいて各省共通業務命令という形態で構築されているドイツの立法準則を、そうした行政規則（連邦内務省によるそれである）としてではなく、法律として制定する、という見解も主張されている⁽¹⁴⁸⁾。実際に、ブルガリア⁽¹⁴⁹⁾、南アフリカおよびポーランドにおいては、それが実務上既に実施されている⁽¹⁵⁰⁾。そうした法律レベルで立法準則を制定することの意義を、人は、凡そ法律レベルに引き上げることによって、その重要性を宣言的にアピールするという⁽¹⁵¹⁾ことに認めることができるのかもしれない⁽¹⁵²⁾。しかし、そうした宣言的効果が認めることが実際にできるとしても理論的問題点は残る。すなわち、法律上の立法準則が憲法上の規律事項をいわば確認的に規律したものである、という立場に立脚すると、右の立法準則に強い拘束力が生じ（参照、ボン基本法二〇条三項）、後法に対して拘束力を保つこととなる。何故なら、右の場合、立法準則は憲法そのものだからである。それは立法者による立法準則の遵守を促進する契機となろうが、しかし、当該立法準則の改正、あるいは特殊な事情による立法準則を逸脱した立法を許容しないという結論も導かれ得る。逆に、法律上の立法準則は、立法者が憲法上の原則を具体化したものである、という立場に立てば、立法準則はあくまでも一法律にすぎないこととなり、前者ほど強い拘束力をもたないこととなる。そして、同時に、改正も相対的に容易となる。しかし、前者とは逆に、拘束力が弱いゆえ、立法準則の重要性が軽視

されるおそれも生ずる。

では、ここでいずれの立場に立つべきか、を議論する必要がある。確かに、この点、平等原則、首尾一貫性の原則、明確性の原則等は、憲法上の原則として、認識されている。そして、現在では、ある論者は、実効性、効率性といった基準も憲法上の原則であると主張されている。そして、いずれの原則も各法領域において具体化する営為は継続されておき、その意味で、右の諸原則の意味内容は明らかであり、仮にそれらを立法準則として法律上規律するとした場合、それは、憲法上の原則の確認の規定である、と言いうるかもしれない。しかし、そうした具体化の営為自体が、憲法上の原則の具体化について各法領域ごとの具体化の必要性を示しているものであり、今後も社会事情の変化に対応する形でさらなる具体化作業の結果、別の意味内容が与えられるかもしれない⁽¹⁸⁾。また、実効性、効率性を評価する場合には、本章での検討を通じて明らかになったように、評価実施者が評価の際に斟酌する要素を取捨選択する余地が相当程度認識されている。以上のように考えるならば、立法準則を法律上規律することは、憲法上の原則の確認的規律をなすことと同義であるとは到底言えない。したがって、立法準則を法律上規律することは、当該立法者による憲法上の原則の具体化⁽¹⁹⁾、と解すべきである。

したがって、立法準則を規律する法律には、憲法としての位置付けを与えられるべきでなく、制定法と同じ位置付けがなされることとなる。しかし、そうであると解すると先に指摘した如く、その改正・逸脱が容易になるという問題がありうる。実は、その背景には、現行のボン基本法上憲法の内容を具体化する法律はごく例外的にしか認められていないので、ここで問題となる立法準則法律も単なる一制定法に過ぎないのである。したがって、立法準則法とそれをベースにして立法される制定法が同位に置かれ、後法優位の原則を単純に貫くと、そのような法律レベルでの立法準則法を無視した立法も可能となる。しかし、立法準則としての性質上、改正・逸脱について簡単にそれを認める

ことは妥当ではなく、この点、同位にある法律の効力が問題となる。⁽¹⁵⁵⁾ その限りにおいて、ドイツにおいては、“一般的・抽象的法律は、それを執行する法律 (Ausführungsgesetz) に優位する、したがって、例えば、ゲマインデ法 (ゲマインデに関する一般法) は、ゲマインデ設置法 (Eingemeindungsgesetz) に優位する。”⁽¹⁵⁶⁾ “同位にある法の中で、階層を識別することはよくあることである。その根拠はいくつかあるが、例えば、憲法改正について考えると、憲法の基本的意思決定について改正は許されず、憲法制定者にそれは留保される。その他に、法規命令にもかかる識別がなされることはあるが、それは当該法規命令を制定する行政庁間のヒエラルヒーを反映している。”⁽¹⁵⁷⁾ と解されている。なお、続けて、Maurer 教授は“憲法を具体化し、そして改正する法律”⁽¹⁵⁸⁾ について言及され、本来、憲法に規律されるべきものが、憲法に詳細な規律をすると憲法に過重な負担を課してしまうので、いわゆる形式的意味の法律に規律される事項がある、としている。その例として、予算改正法、ゲマインデ設置法が挙げられている。⁽¹⁵⁹⁾ 右の論述から、憲法上の規律事項が、制定法レベルにおいて規律されることが実務上ありうることを確認できよう。

以上のような素材をベースとして考えると、立法準則を規律する法律にも、他の法律に対する優位を認めてよいように思われる (具体的には、その際、当該法律が立法準則法であることを示す名前を付すべきである)⁽¹⁶⁰⁾。すなわち、それを以って、立法者は、立法準則を遵守しつつ、立法活動を営むことを義務付けられる。⁽¹⁶¹⁾

また、立法準則法に違反して立法された法律の効力も問題となるが、実体憲法上の規定 (ボン基本法七六条以下、同九三条一項二号および二号 a、一〇〇条一項) に照らして、無効とすることもできる。⁽¹⁶²⁾ しかし、例えば、経過規定が付されているか否か、といった個別事情を斟酌することにより、一律に無効とするのではなく、別の効果も付しうると解すべきであろう。⁽¹⁶³⁾

なお、現在においては、立法準則は行政規則の形態で規律されているが、それでもなお、本稿で論じられたように、

法律アセスの重要性、そして実務上の必要性は否定すべくもない。そして、現実にも、法律アセスは相当程度の重きを置かれつつ運用されているといつてよい。したがって、仮に立法準則が法律で規律されなくとも、十分に機能するとも言い得る。したがって、立法準則を法律レベルで規律するか、あるいは行政規則で規律するかは、文字どおり理論的な問題に過ぎないのかもしれない。しかしながら、議会が法律アセスを適性に実施することお不確実なものと認識する議会活動悲観論に立てば、立法準則を法律で規律したほうがよいと考えられる。この問題は、議会活動の現実を直視して決定すべきことと言えよう。

しかし、立法過程はあくまで政治的プロセスなのであるから、それに法的な枠組みを設けることは、その政治的プロセスたるを軽視している、という批判も立法準則を制定法において定めることに対して提起されている。⁽¹⁶⁴⁾ さらに、ボン基本法の許における立法者は民主的立法者であり、基本的事項を定めた基本原則法（Grundsatzgesetz）であつても、それが一制定法である場合には、その改廃について特段厳格に運用がなされることはない、という。⁽¹⁶⁵⁾ また、財政法を参照し、連邦が規律する財政基本原則法が、連邦および州の予算のありように拘束力を有するとしても、それは憲法がそれを予定しているからであり、基本原則法（Grundsatzgesetz）という法形式を採っているためではない、という批判もある。⁽¹⁶⁶⁾ これは、立法準則について拘束力を持つ基本原則法は憲法上予定されていない、ということの裏返しである。

五 結語

本稿では、問題発見かつ問題確認にとどまる論述ではあるが、法律の実効性・効率性の審査のありように関する学

説、そしてその理論的位置づけを明らかにするに努めた。とりわけ、時限法律の効用、そして法律上の政策に係る実効性・効率性の評価は必要である。このことから出発すると、法律アセスの実施のプロセスにおいて、若干の問題点が指摘されうるように思われる。

(一) 問題点の指摘

一に、まず、効率性の評価の際に、考慮されるべきコストの範囲の拡大は、その計量化に問題点が認められる。すなわち、狭義には、当該政策の実施に必要な金銭的費用は計量化に最も容易であるが、例えば、政策の実施に影響を受ける者の“満足度”、“必要性”といった主観的要素は容易に計量化しがたく、それとともに、効率性の評価を難しいものにする。

そして、右のことに関連して、二に、法律案を立案する際にも、そして、法律上の政策を事後的に評価する際にも、関連する者の意見を聴取することが有効であることがある。⁽¹⁶⁾ 政策の影響は、その政策の(正負の)影響を受けた者の意見からも明らかになることがある。そして、右の者は政策を立案した者が有していない情報を有していることが多いであろう。すなわち、諸々の立法事実⁽¹⁷⁾は政策の立案者には不明確であることが多く、政策立案に必要な情報を立案者自らが容易に入手できない、ということもありうることである。したがって、意見聴取は政策評価に有効な手段として観念されうるのである。しかし、それにも、一定の限界が指摘されているのである。政策に影響を受ける者は、自らに有利な情報のみしか提供しない可能性もある。⁽¹⁸⁾ 当該政策が廃止されることを望んでいる者は、当該政策につき負の情報を提供するであろうし、当該政策が存続されることを望んでいる者は、それと反対の行動をとるであ

う。したがって、右の予想され得る問題点を除去する必要性が認められるのである。

なお、右の評価手続に参加する主体は、政策の直接の名宛人に限られない。むしろ、個人、経済団体、学識経験者、関係する省庁等幅広く想定され得るであろう。⁽¹⁰⁹⁾ 右の如き、学際的な協働作業によって、関係者の間に政策形成の知識が共有され、学習能力の高度化が見込まれる。⁽¹¹⁰⁾

さらに、様々な者が立法過程に参加することに右の如く積極的意義を見出すこともできるが、しかし、その反対に消極的意義も認めることとならざるを得ない。例えば、立法の民主化という言葉がある。この点、立法が民主的であることは、確かに望ましいと思える。しかし、立法の民主化は如何なる意味内容を持っているかが実は明らかではない。立法が民主的であることは、議会における憲法上予定された手続に則つて立法がなされるそうした状態を指すとするれば、大概の法律は民主的な立法の成果であることとなる。⁽¹¹¹⁾ したがって、立法の民主化を説く場合には、それ以上の意味内容がそこに求められるべきである。この点、先にも述べた如く、議会の構成員のみでなくある法律に関連する者を立法過程に何らかの形で参加させ、その意見を当該立法に反映させることが民主的立法の実現である、と結論付けることもできよう。しかし、租税法を例とするとその弊害を認めることができる。様々な利害関係者の意見を立法に反映させることによって、現実として、様々な租税特別措置が設けられてきた、という憲法価値の実現といった立法学的視点からすると看過しがたい難点が見られた。勿論、民主的な立法も憲法的価値であるが、右の如き弊害を除去するためには、立法の民主化といった概念もさらなる具体化の作業が必要であろうし、利害関係者の意見の反映のされ方についても改善の余地があると言えよう。⁽¹¹²⁾

(二) 立法評価機関の設置

1 理論的基礎

本稿では、立法に係る実効性・効率性の審査を中心に立法過程の法理論を概観したが、右のような評価を一体如何なる者が行うか、という問題がドイツでは提起されている。すなわち、立法評価の主体の問題である。この点、ドイツにおいては、独立した評価機関は設けられておらず、各省庁が政策立案を行う際になされるインフォーマルな形での評価が行われるが、その他に、議会議務局、会計検査院等も間接的にそうした役割を担いうるものである⁽¹⁴⁾。しかし、各省共通業務命令という形での評価方法が制度的に実施されている以上、評価主体も何らかの形で制度化されることが望ましい。近時のドイツにおける行政改革の政策提言ペーパーによると、そうした独立した立法評価機関の設置が勧告されている⁽¹⁵⁾。Wagner 客員教授によると、“Schlanker Staat” 委員会は、連邦官房内にそうした機関を設け、立法評価を実施させ、それに加えて外部の機関に評価結果をチェックさせるといふ方法を提案している⁽¹⁶⁾。右のような方法がベストなものであるか否かは、今後の検討課題ではある。しかし、立法評価機関の導入は、政府内部に存在してはいるが、政府内部の政策を官房という調整機能を有する部局において法律案の評価がなされることによって、政府内部であるという組織的限定は付されるものの、政府の法律案に対するチェックが法案提出前に働くことが可能となる。このことにより、一部の強力な官庁の政策が独善的に推進されることが未然に防止されうる途ができる。また、議員立法にも右のチェック機能が働くか否か Wagner 客員教授の論述からは明らかでないが、議員立法についても、何らかの独立した評価機関が設けられてもよいであろう。また、第三者機関ではなく、立法者自身の行う法律の評価の重要性・必要性が減殺されるわけではない⁽¹⁷⁾。さらには、立法府と行政府とのかかる点での協働が極めて重要である⁽¹⁸⁾。

2 立法評価機関の具体的設置態様

以上のような理論的基礎を有する立法評価機関の設置は合理性を有することは論証しえたものと思われる。しかし、問題はそれを具体的に如何なる形で設置するかである。ここで先行する研究業績をベースに若干の提言を試みる。

まず、立法評価機関に必要とされる属性は、一に、独立性、二に、専門性、三に、評価報告公開可能性、四に、問題解決可能性である。⁽¹⁰⁾さらには、柔軟性も要求されてよい。では、この五つのメルクマール(本来は、深く検討をする場合に、右の五つには限られないであろう)をベースとして、如何なる評価機関を設置することが望ましいかを若干検討する。

この点、如何なる機関が立法審査を行うか、を論ずる際に、それが如何なる機関の許に設置されるかが問題である。まず、行政内部についても、①各省単位か、または内務省や連邦官房等の総合調整機能を少なくとも部分的に有する部局か、あるいは②議会か(それに関連して、政党内部に評価機関を設置することもありうる)、さらには、③会計検査院か、④政府外の独立した第三者(例えば、研究者・有識者で構成する専門家機関)か、といったように問題が提起される。

それらの詳細なありようは、注(175)で挙げた論稿を参照されることを期し、ここでは右の四類型を、先の基準に照らして簡単に検討しておく。一見、④が最もいずれの条件をも満たすように思われる(実際にもそうかもしれない)。しかし、それだけでは、不十分な点があるように思われる。すなわち、仮に、④の外部の専門家によって構成される機関が評価に当たるとしても、現実の政策立案作業に必ずしも精通していない者が存在する可能性がある。したがって、行政あるいは立法において、当該法律案の企画・立案を担当した者がかかる機関に参加するべきである。そして、専門家の中にも立法実務家のOBが参加することが望ましい。その根拠は、同じく、特殊実務的な知識を評価機関全体

で共有がなされるべきことである。

なお、立法評価機関の設置はいくつかの州において実施されている。⁽⁸⁾

(三) 今後の立法学の議論のありよう——例としての租税法の視点からの要請——

本稿では、ドイツにおける立法過程論について、確かに、租税法とは離れた形で、一般的に議論されたが、しかし、租税法についても、大きな示唆を与えてくれるようにも思われる。以下では、本稿のまとめとして、立法学のありようを試論的にまとめてみたい。

まず、ドイツにおいては、立法に対する統制として、本稿で挙げた立法過程や立法者等による事後的な評価の他に、やはり、裁判所、とりわけ連邦憲法裁判所による司法審査を通じた統制も無視しえないものであることは、ここで繰り返すまでもない。しかし、租税法のような専門技術性の強い法律については、(結果論かもしれないが) いきおい司法審査が抑制的にならざるをえないかもしれない。これは、司法審査の実効性という観点からは決して好ましいことではない。すなわち、租税法等に関しては、実質的には、立法者等の、それを制定した者による自己統制のみしか統制手段がない、という様相すら呈することになるかもしれない。⁽⁹⁾ 右の如き状態は、法治国家的観点からすると、重大な問題であると思われる。したがって、租税法に対する司法審査を実効化するための方策が提案されるべきであると思われる。

では、如何なる方策が妥当であるのであろうか。立法者が立法過程において企画・立案する法律案に係る効果および費用等に関する情報を様々なソースから得て、それをベースに立法し、さらには、立法評価機関が、事後的に実効

性・効率性等のメルクマールを評価し、それによって立法者の立法活動がチェックを受ける。加えて、そうした評価が憲法上の義務であると立論することもありうる。このように考えると、立法学は立法者の望ましい立法のありようを規律する作用を有しており、それとともに、それが裁判所による審査の可能性を示しえた⁽¹¹²⁾。何故なら、裁判所そのものは租税法、租税政策に関する知見をさほど有していなくとも、裁判所は立法者の立法活動を個別ケースごとに憲法および先に摘示した諸義務に照らし、それに適合するか否かに関する審査を十分にできるからである。すなわち、裁判所は、立法者による立法の結果としての法律が、適正な立法活動によって生み出されたものであるか否か、ということを判断するための諸基準を提供することができるであろう。

法律の評価は、従来、立法者自身による立法の自己統制としての性格を強く有していたことは否めない。しかし、それと並んで、今後は、立法過程における立法者の立法活動のありようが立法評価機関および裁判所によって評価されることも重要であり、その充実に向けた議論を押し進めていく必要がある。したがって、今後は、立法過程における立法者の立法活動のありようを研究することが立法学の中心的な議論になっていくものと考えられる(勿論、立法学という性質上、法律学以外の隣接諸科学の知見を統合・融合すること等も極めて重要であることは言うまでもない)。

(111) Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 1ff.

(112) 参照、手塚貴大「立法学の構築—企業税制改革を素材として—」法学政治学論究五五号六三頁以下。

(113) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 13.

(114) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 14.

(115) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 13.

- (116) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 14.
- (117) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 14.
- (118) ハーゲル『権利の哲学』参照。Gusy, Christoph, Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?, ZRP 1985, 293ff.
- (119) Gusy (Fn. 118), ZRP 1985, 292f.
- (120) Gusy (Fn. 118), ZRP 1985, 293.
- (121) Gusy (Fn. 118), ZRP 1985, 293f.
- (122) Gusy (Fn. 118), ZRP 1985, 294.
- (123) Gusy (Fn. 118), ZRP 1985, 294f.
- (124) Burghart, Axel, Die Pflicht zum guten Gesetz, Berlin 1995, S. 206.
- (125) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 15ff.
- (126) Schwerdtfeger, Gunther, Optimale Methodik (Fn. 9), S. 173ff.
- (127) Schlaich, Klaus, Die Verfassungsgerichtbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39, 1981, S. 103ff.
- (128) Burghart, Die Pflicht (Fn. 124), S. 202.
- (129) Schwerdtfeger, Optimale Methodik der Gesetzgebung (Fn. 9), S. 173.
- (130) Köck (Fn.19), VerwArch. 2002, 16.
- (131) BVerwG-Urteil vom 5. 7. 1974, BVerwGE 45, 309, 312f.
- (132) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 16.
- (133) Kloepfer, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40, 1981, S. 90. Kloepfer 教授は、立法学の議論において、合理的な内容を有する立法を行うための憲法上の最低限の仕組みを確立することが今後一層重要になっていく」と指摘しておられる。さらに、参照、Ders., Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung-Über Regelungen für Erlaß von Rechtsnormen-, DVBl 1995, 441ff., 442. Kloepfer 教授は、条例の制定のための準則は、実定法上明文では規律されていないので、解釈によって導出されるのがドイツの現状であるが、これとは対照的に、法律の立法については事情は異なり、まず、いわゆる良い立法 (gute Gesetzgebung) を実現するための幾つかの要請は法的なそれかあるいはあくまで政策的なそれか、という問題があるとし、Kloepfer 教授自身は法治国家的民主主義は、単に正し

い結果のみでなく、それに相応する方法をも必要としている、とする。

- (134) Schuppert教授は、Lücke教授の見解を引用し、実体法的義務と手続法的義務とに識別し、さらに、前者を規範安定性の原則、規範明白性の原則、規範明確性の原則、規範の無矛盾性の原則、規範の首尾一貫性の原則とし、後者を事実関係の調査・分析義務、理由付け義務に細分している。以上につき、参照 Schuppert (Fn. 28v, ZG 2003 (Sonderheft), 11.

- (135) 例えば、Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 26. ボン基本法七六条三項六文は、連邦議会は法律案につき適当な期間内に意見を述べ、議決するものとされており、議決のために意見を述べるとすると、当然当該法律案に関連する様々な事項を連邦議会は認識していることが必要となる。その場合、連邦議会に対しては、かかる事項の認識のためにはそれに対応する事項を調査する義務が課されている、と構成せざるをえない、とされている。したがって、Lücke教授は、憲法に規律されていること（法案提出および議決）を執行するため前提としての義務（事実関係の調査）は、すなわち憲法上の義務である、と理論構成しておられる。

- (136) 参照 Schulze-Fielitz, Helmuth, Gesetzgebung als materials Verfassungsverfahren : Die Befugnisse des Vermittlungsausschusses und die Aufspaltung von Gesetzen, NVwZ 1983, 709ff., 711. 立法活動の成果としての法律の内容如何のみでなく、それを生み出す立法過程の重要性を説く。

- (137) Schlaich, Die Verfassungsgerichtbarkeit (Fn. 123), S. 109.

- (138) Schlaich, Die Verfassungsgerichtbarkeit (Fn. 123), S. 109.

- (139) Köck (Fn. 19), VerwArch. 2002, 18.

- (140) Gusy (Fn. 114), ZRP 1985, 291ff.

- (141) Gusy (Fn. 114), ZRP 1985, 296f.

- (142) Gusy (Fn. 114), ZRP 1985, 297.

- (143) Gusy (Fn. 114), ZRP 1985, 297.

- (144) Gusy (Fn. 114), ZRP 1985, 297f.

- (145) Gusy (Fn. 114), ZRP 1985, 298.

- (146) Gusy (Fn. 114), ZRP 1985, 298f. ハンデ、Gusy氏による言明を引用しておく。「立法者は、法律以外の何ものについても責任を負わない。立法者は、手続における憲法上の最適化義務にも、自身がとる措置についての説明義務にも服さない。それに対応して、法律

の内容への要請である実体的憲法規範を、(手続法上の・筆者注) 統制基準に転換することは許容されない。この意味において、連邦憲法裁判所は、基本法と法律との調和を審査しなければならないが、独立した形で基本法と立法手続との調和を審査することは許されない。規範統制は、規範の統制であって、最適な規範定立手続の統制ではない。この意味において、立法府は、憲法に適合する法律を立法することに責任を負うが、その目的および論拠が憲法と適合していることについては責任を負わない。とりわけ、手続の憲法適合性から法律の憲法適合性を推論することはトリック的な推論である。✓正しい△手続と✓正しい△手続の目的との間には、何らの論理的関連性は存在しない。そして、基本法がまさに憲法と法律との内容的調和にアクセントを置いていることは偶然ではない。それとともに、基本法が—正当にも—手続に疑念を有していることが明らかになっている。また、参照、Meßerschmidt, Gesetzgebungsmessen (Fn. 97), S. 875. Meßerschmidt氏は「合理的な立法手続を実現することを立法者の責務と解しておられる。

- (147) この点については、参照、Schenke, Wolf-Rüdiger, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, 1321ff, 1324f.; Schneider, Hans-Peter, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung : Zur Funktionsgerechtigkeit von Kontrollmaßnahmen und Kontrollrechte verfassungsgerichtlicher Entscheidung, NJW 1980, 2103ff., 2105, 2106f.

- (148) Lücke (Fn. 17), ZG 2001, 39ff.

- (149) Karpen, Ulrich, Zum Stand der Gesetzgebungswissenschaft in Europa, in : Schreckenberger, Waldemar/Detlef Merten (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre : Aktualisierte Vorträge eines Seminars zur Gesetzgebungslehre (1996) an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2000, S. 11ff., S. 25f.

- (150) Lücke (Fn. 17), ZG 2001, 39ff. また、憲法の内容については、参照、Lücke, Jörg, Die Entstehung der neueren südafrikanischen Verfassung und deren >>, Bill of Rights <<, JÖR 1999, 467ff.; Kindermann (Fn. 46), ZRP 1983, 205.

- (151) これは、いわゆる政策理念を提示する規定あるいはシンボル立法に相通するものである。

- (152) 同趣旨の裁判例として、例えば、参照、BVerfG-Urt. 28. 5. 1993-2 BvF 2/90 und 4, 5/92-, BVerfGE 88, 203ff., 254, 263. 立法者は妊婦の安全について適正かつ実効的な保護を与えねばならず、そして、それは慎重な事実関係の調査および十分な予測的評価に基づいていなければならない。加えて、妊婦のみならず胎児を実効的に保護するために妊娠中絶に対して刑罰を用いる場合に、その実効性等の効果を十分に信頼できる予測に基づきなさねばならない。そして、胎児および妊婦を保護するために採られる立法者の措置に関して、事実関係の展開および当該措置の規律に係る効果についての予測をベースとして、当該措置が規律されるのであれば、それは合理性

があり、そしていわゆる過少保護の禁止の要請をも充足するように構築がなされねばならない。右判決から、立法者の規律による措置が適正かつ実効的である程度は事実関係の変化に応じて、同じく変化するので、そうした変化を斟酌して立法活動がなされる必要がある、という命題を導出することが許されよう。

- (153) また、本文中で指摘した「具体化」の他に、形成 (Ausgestaltung) という言葉がある。形成は、具体化と異なり、憲法の条文の意味内容を明らかにし、それを具体化するのではなく、憲法の条文のテキストを超え、結局のところ憲法の条文の意味内容とは直接の関係を有しない言明を獲得する作業である、と定義づけることが許されよう。Lücke教授によると、形成がなされる際には、その獲得さらた言明は最早憲法上のそれではないのであるから、憲法の拘束力を論ずる余地はなくなる、という。以上に尽き、参照、Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 40f.

- (154) 参照、Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 41, Fn. 204 ; Tiemann, Burkhard, Die Grundsatzgesetzgebung im System der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen, DÖV 1974, 229f., 230f. 詳細な実例の列挙は右の Tiemann 論文を参照されたい。

- (155) Püttner, Günter, Unterschiedlicher Rang der Gesetze? DÖV 1970, 322f., 322f.

- (156) Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht 12. Aufl., München 1999, § 4 Rz. 41. また、参照、Württemberg, Thomas, Staatliche Probleme politischer Planung, Berlin 1979, S. 346ff. Württemberg 教授は、計画法律およびプログラム法律を挙げ、計画法律等に違反する後の法律の効力を論じる。彼曰く、後の法律に対して計画法律等の拘束力を及ぼすことはありうるが、しかし、実際には、それに違反する法律も制定することはないであろう。なお、参照、Breuer, Rüdiger, Selbstbindung des Gesetzgebers durch Programm- und Plangeseze, DVBl. 1970, 101f., 105. 実際は、計画法律等と矛盾する法律が制定される場合には、①計画法律の存在自体にそれと矛盾する後法に優先するという推定を認める、②計画法律の属性から、目的論的解釈を通じて、計画法律に拘束力を認める、という立論によって、計画法律に拘束力を認めることとできる、とする見解がある。

- (157) Maurer, Hartmut, Vollzugs- und Ausführungsgesetze, in : Bartlberger, Richard / Dirk Ehlers / Werner Hofmann / Dietrich Pirson (Hrsg.), Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung : Festschrift für Klaus Obermayer zum 70. Geburtstag, München 1986, S. 95f., S. 101f.

- (158) Maurer, Vollzugs- und Ausführungsgesetze (Fn. 157), S. 103f.

- (159) その他、参照、Württemberg, Staatsrechtliche Probleme (Fn. 156), S. 352.

- (160) 具体例も含めて、参照、Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 42.

- (161) なお、立法準則法も、その性質上、その改廃についてあまり頻繁になされるべきではないことになる。改廃は、他の手段によって立法準則法と同じ効果が実現できる場合に許容される、と解される。参照、Lücke (Fn.18), ZG 2001, 43.
- (162) 違憲の効果は、原則として、無効、が想定されるところである。参照、Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden 1980, S. 166; Lücke (Fn.18), ZG 2001, 44.
- (163) Lücke (Fn. 18), ZG 2001, 45.
- (164) Schulze-Fielitz, Helmuth, Grenzen rationaler Gesetzgestaltung, insbesondere im Leistungsrecht, DÖV 1988, 758ff., 767.
- (165) Becker, Joachim, Forderung nach einem Maßstäbengesetz-Neue Maßstäbe in der Gleichheitsdogmatik?, NJW 2000, 3742ff., 3744f.; Wieland, Joachim, Das Konzept eines Maßstäbengesetzes zum Finanzausgleich, DVBl. 2000, 1310ff., 1313.
- (166) Becker (Fn. 160), NJW 2000, 3745. 同旨、参照、Tiemann (Fn. 154), DÖV 1974, 234f. また、参照、eroth, Bodo, Die Missachtung gesetzter Maßstäbe durch das Maßstäbengesetz, NJW 2000, 1086f., 1087. 彼は、憲法上の原則を具体化する基本原則法と立法者自らが規律する諸基準を定める基準法 (Maßstäbengesetz) とを識別する。
- (167) 例えば、参照、Hartmann, Peter, K. T., Institutionelle Möglichkeiten der Gesetzgebungsabschätzung, ZG 2003, 74ff. さらに、立法過程において、独立的な組織 (委員会あるいは特別な機関等) を設けて立法の準備作業をなすことを推奨するものとして、参照、Hill (Fn. 23), ZG 1995, 84. それは、場合によっては、協働的法制定、あるいは、法制定の民営化、とも言いうる。また、わが国の業績として、櫻井雅夫『国際経済法 国際投資』(成文堂、一九九二年) 七三一頁以下を挙げることができる。櫻井教授によると、わが国の旧通産官僚は、日常のかつ恒常的に会社、業界団体、政治家などに接触し、情報を収集・分析・蓄積し、また各種の勉強会に参加しており、政策は右の如き過程で発生することが多い、とされている (同七四六頁)。
- (168) Hartmann (Fn. 167), ZG 2003, 77f.
- (169) 参照、Hartmann (Fn. 167), ZG 2003, 75f. ドイツにおいては、先に指摘したように、二〇〇〇年まで、法律上の政策を評価するに際して、連邦大蔵省が財政的側面からの評価を可能にすべく、右の評価手続に参加していた。しかし、近時では、例えば、①あらゆる省庁は、法律案の立法理由書に、法律の影響 (Gesetzesfolgen) を記載することを義務付けられ、②連邦内務省、バーデン・ヴュルテンベルグ州内務省、シュパイヤー行政科学大学の共同作業によって、法律の影響を評価するマニュアルが作成された。以上の如く、法律の影響について、政策の立案過程において、特に斟酌して立法がなされる環境作りが進められている。さらには、参照、

Hofmann / Meyer-Teschendorf (Fn. 22), ZG 1997, 288.

- (170) Konzendorf (Fn. 4), ZRSoz 1999, 121f. また、参照、 Hill (Fn. 6), ZG 1987, 254; 事後的な政策評価の段階に限定されず、政策の企画・立案を行う際に、行政は、既存の法制度の枠内でのみ政策を考案する傾向が見られるという。したがって、外部の専門家を企画・立案手続の関与させることにより、右の弊害が打破される余地が生ずる。

- (171) 但し、民主的立法といった場合、その他にも、“政治的妥協を排除する”、あるいは、“十分に審議を尽くした上で、議会としての意思決定をなす”といった要請もありうるかもしれない。

- (172) 例えば、本文の論述と関係して、近時のパブリックコメント手続を想起されたい。右の手続でいって、政策形成に一定の利害関係者は勿論、広く市民一般に対して参加の途が開かれることとなる点は評価できる。また、それに関連して、租税法における通達の立案に際して、利害関係者の参加を提言する見解がある(首藤重幸「租税法研究二七号五頁を参照」)。しかし、とりわけ租税法の領域においては法律も含めた規範制定に利害関係者の関与を排除することにも相当程度の合理性が看取されるとするものもある(詳細な点は、品川芳宣『租税法主義と税務通達』(ぎょうせい、二〇〇三年)四一頁以下を参照)。品川説によれば、政府税制調査会から利害関係者とくに元財務省関係者や産業界関係者は排除されるべきことにならう。なお、連合王国(UK)は、大蔵省内部の秘密会により税法案は立案されるという。

- (173) また、議会の立法活動の衰退を根拠に、立法支援機関の設置を提言するものもある。参照、浅野編著・前掲注(12)八〇頁以下。

- (174) Wagner (Fn. 45), ZRP 1999, 485.

- (175) 本文中で言及された政策提言ペーパーは、Sachverständigenrat “Schlanker Staat” (Hrsg.), Bd. 1 Abschlussbericht, Bd. 2 Materialbd 2 & 3。本章執筆の過程では右の原典を参照し得なかった。

- (176) Wagner (Fn. 45), ZRP 1999, 485; Hofmann / Meyer-Teschendorf (Fn. 22), ZG 1997, 285f.

- (177) Brocker, Gesetzesfolgenabschätzung (Fn. 2), S. 41f.

- (178) Brocker, Gesetzesfolgenabschätzung (Fn. 2), S. 40.

- (179) Böhrer, Gesetzesfolgenabschätzung (Fn. 2), S. 57ff.

- (180) von Armin, Hans Herbert, Grundlagen der Kontrolle von Gesetzgebung und Verwaltung, DÖV 1982, 917ff., 923f.

- (181) Böhrer, Gesetzesfolgenabschätzung (Fn. 2), S. 63.

- (182) そのありよう、およびパフォーマンスについては、参照、Böhret, Gesetzesfolgeabschätzung (Fn. 2), S. 59.
- (183) 大島サラリーマン訴訟の最高裁判決においてそれは認識されよう。
- (184) 行政機関に係る政策評価についてはあるが、同旨、木佐茂男「政策評価の意義と課題」芝池義一他編『行政法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇四年)一四四頁以下、特に、一四五頁。