

Title	立法をめぐる昨今の問題状況と立法の質・あり方：法と政治の相克による従来の法的な枠組みの揺らぎと、それらへの対応
Sub Title	Reconsideration of legislation with analysis of recent characteristic and problem in Japan
Author	川崎, 政司(Kawasaki, Masaji)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.12 (2009. 1) ,p.43- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	慶應義塾創立150年記念号下巻 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090125-0043

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

立法をめぐる昨今の問題状況と 立法の質・あり方

——法と政治の相克による従来の法的な枠組みの揺らぎと、
それらへの対応——

川 崎 政 司

- 第一 はじめに
- 第二 昨今の立法をめぐる問題状況とその背景
 - 一 最近の立法の傾向と問題状況
 - 二 問題状況の背景にあるもの
- 第三 立法の質をめぐるアプローチの仕方
 - 一 これまでの立法の質に関する見方
 - 二 立法の質をめぐりいま何を問題とすべきか
- 第四 立法の質に関する必要条件としての法的な枠組みとその課題
 - 一 法的適格性
 - 二 法的整合性
- 第五 まとめにかえて

第一 はじめに

いまさら指摘するまでもなく現在の日本は社会的な変革期の真只中にあり、立法や法制度についても、「大立法時代」などともいわれるように、変化の時代を迎えている。日本国憲法の下での立法史において、平成の初頭から始まった現在の時期は、「戦後法制の変革期」と位置づけられよう¹⁾。

その間、戦後システムの行き詰まりや官僚神話の崩壊などを背景に、政治改革、行政改革、規制改革、司法制度改革、地方分権改革などの統治構造改革が進められてきた。そして、それらの諸改革が目指してきたものは、一言でいえば、戦後、さらには明治以降の統治の基調となってきた官僚主導のパラダイム

の転換ということであったといえよう²⁾。すなわち、今般の統治構造改革は、肥大化し行き詰まりをみせる戦後の統治システムの抜本改革と位置づけられてきているが、中央官僚主導はその象徴とされ、これを打破し、政治主導の確立や、事前調整型社会から事後監視救済型社会、中央集権型国家から分権型国家への転換を図っていくことがうたわれたのであった。

それぞれの改革については、様々な評価がなされており、中にはパッチワーク的に行われ、狙いどおりには進まなかったものや、所期の効果を発揮するに至っていないものなどもみられるが、この間においては、数多くの立法が行われただけでなく、それぞれの分野の法制度も大きく変わることとなった。また、それとともに、それらの影響や政治的・社会的な状況の変化などもあって、立法の傾向やあり方にも一定の変化が現れつつあるように思われる。

もっとも、立法をめぐるそのような変化は、何らかの問題意識や方向性をもったものとしてもたらされたものではなく、政治力学や国民の意識の変化などに伴って生じてきているもののようにみえる。また、統治構造について広く改革がなされているにもかかわらず、立法のあり方について総合的に検討し、改革を行うような「立法改革」といったものはほとんど手付かずのままともいえる³⁾。そして、そのような中で、立法に関する従来の枠組みなどの動揺・弛緩

1) 筆者は、戦後の立法の変遷に関し、その時代的な区分として、戦後法制の①形成期、②発展・確立期、③安定期、④変革期に分け、平成初頭から始まる時期を戦後法制の変革期と呼んできたところである。しかし、「変革期」といっても、そのような分析を行った当時（その初期）は、立法の数に大きな変化はみられず、静かな変革の進行などと表現したが、その後、大立法時代とも呼ばれるような質量にわたる変革へと進んでいくこととなった。拙稿「立法の常識 立法の現状と現代立法の特質（1）」国会月報1996年1月号参照。

2) 中央官僚が政治の役割まで担い、中央省庁による縦制りが社会を貫き様々な弊害を引き起こしてきたことは否定できないが、その一方で、官僚主導の打破は、それ自体が目的化するとともに、国民の不満の捌け口とされてきた面もあり、そのことが、逆に改革の本質や全体像を不明確なものとし、何が重要であり何をなすべきかということを見えにくくしているところもあるように思われる。この点については、拙稿「民主主義という観点からみた統治構造改革と憲法改正手続法」憲法理論研究会編「憲法変動と改憲論の諸相」（敬文堂、2008年）189頁以下参照。

といった状況がなし崩し的に生じてきており、それらにどう対応するかが問われるようになってきているのではないかとと思われる。

そこで、本稿では、立法をめぐる昨今の問題状況などを踏まえつつ、改めて立法の質とあり方を問い、今後の方向性や課題などについて考えてみたい。

第二 昨今の立法をめぐる問題状況とその背景

一 最近の立法の傾向と問題状況

立法の質やあり方を考えるにあたり、まずは、立法をめぐる最近の傾向と問題状況からみておくこととしたい。なお、その中には、従来から問題としては存在していたもののここにきて顕在化あるいは顕著になってきたものもあれば、近年において新たに生じてきたものもあるといえよう。

(1) おせっかいな立法と私的領域への介入

法律で定めるべき事項、あるいは法律で定めることができる事項は何かという「法律事項」⁴⁾の問題は、「法」とは何かということや憲法41条の「立法」の意義などの問題も絡み、容易には答えを見出しがたい難問となっているが、

3) この点、1994年の衆議院の選挙制度改革、99年の国会審議活性化法による政府委員制度の廃止等、2003年の国政選挙でのマニフェストの解禁などの政治改革が、「立法改革」ではないかとの指摘もあり得ようが、それによって立法過程をはじめ立法のあり方に大きな変化はみられず、また、それらは、一定の立法像を基に立法のあり方の改革を行おうとしたものではなかったといえるだろう。

4) 法律の所管については、学説では、憲法41条の「立法」の意義の問題として論じられることが多いが、立法実務では端的に「法律事項」の問題としてとらえられることが多い。なお、「立法」についてその実質的意味が問題とされる場合には、排他的所管事項を問題とするのか、定めることができる事項（範囲・限界）を問題とするのかを区別する必要があるが、法律事項についても、あまりその点を自覚して論じられてはいないものの、同様のことがいえるだろう。本稿では、それらのうち後者の問題を問おうとするものである。

なお、本来であれば、「法」と「法律」の意義・異同等も踏まえて、これらの言葉を用いるべきとも思われる（筆者は法律の形式で定められたものがすべて「法」であるとは必ずしも考えてない）が、本稿では、厳密な使い分けをすることなく適宜「法」と「法律」を用いていることをあらかじめお断りしておきたい。

これまで立法関係者の間では、少なくとも、法律で定める内容は、国家の権威・権力の裏づけにより実現されるにふさわしいものであるべきということが共通の認識としてあり、それは立法の限界の問題として意識されてきたのではないかと思われる⁵⁾。そして、そこでは、すべての社会的な目的や要求が立法によって達成されるものではなく、むしろ、法令以外の他の社会的な規範にゆだねて法が直接に干渉しない方が、全体からみて合理的であることも少なくなく、逆に、法がかかわることが強い副作用をもたらすこともあるとされてきたのである。

しかし、近年、そのような従来の考え方とは異なるような状況が顕著にみられるようになってきている。

一つは、道徳や個人の価値観に絡むような問題に法律がかかわる例が増えていることである。例えば、国民の責務などを規定する法律であるとか、国民に理解や意識改革を求めることなどを目的とした立法等がその例であり⁶⁾、それらにおいては、訓示的・抽象的な規定を通じてではあるが、国民の意識などに積極的にかかわろうとする傾向が見受けられる。この点で特に議論が呼んだの

5) 立法実務の基本的なテキストの一つとされる林修三・吉国一郎・角田禮次郎「例解立法技術」(第2次全訂新版 学陽書房、1983年) 6～7頁は、「社会生活において人が守ることを要する行為の基準はいろいろあるが、それがすべて法として取り上げるに適するものであるというわけではない。結局、それが国の権威又は権力の裏づけによって、その実現を、法的に強要するのにふさわしい内容のものであるかどうかという点から考えて、法として成り立つだけの強要性のあるもののみが、立法に当たっては選ばなければならない。」と述べており、これが実務の基本とされてきたといえよう。もっとも、現代においても法律事項の要素として強要性を前面に出すことについては、議論の分かれ得るところであり、本稿でも強要性という概念は用いていない。

6) 責務規定は、従来は、国や地方自治体を対象とするものであったが、近年は、それらの責務とともに国民の責務などを規定する法律の数が増加しており、基本法や推進法などの政策プログラム法や、保健福祉、環境などの分野の法律に多くみられる。責務規定は、具体的な義務を課すものではないが、最近では、「責務」に代えて、「努力」、「協力」、「役割」などといった言葉を用いてより義務の要素を薄めようとするものもみられるようになってきている。他方、国民に理解や意識改革を求めるものも、政策プログラム法で目立ち、また、それらには責務規定を伴うことが多いといえる。

が、2005年に制定された食育基本法であり、同法をめぐるのは個人の食生活や嗜好にまで法律や国家がかかわることの是非が問題となった⁷⁾。

近年は、新自由主義的な考え方が強まり、個人の自立や自己責任が強調されるようになってきているにもかかわらず、ややお節介ともいえるような立法が増えている背景には、そのような流れに伝統的な価値を重視する新保守主義、共同体主義などが矛盾をはらんだ形で結び付くことで、国民の主体性や、義務・責任が強調されるようになってきていることなどがあるのではないかと思われる。そして、そこでは、逆に国家が国民に対して教育的な立場を強めているような状況がみられる。また、それに加えて問題なのは、そのような立法は法的な効果を伴わないプログラム規定によるものであることが多く、国会で成立してしまうと、仮に不利益的な影響などが生じるようなことがあったとしても、それについて争う道がほとんどないことである。すなわち、それらの立法は、法律で定めることによる教育効果ないしアナウンス効果に重点を置いたものといえることができるが、時に国家の過剰な介入や多数派の価値観の押し付けとなるおそれがあるにもかかわらず、直接に法的な効果を伴わないものであることなどもあって、安易に法律によりメッセージを発することで国民の意識に働きかけようとする傾向がみられるのであり、そのことは、それに与せず受け入れ難い者にとっては、対抗する手段もほとんどないだけに、何らかの脅威ともなりかねないといえるのである。

もう一つ留意しておかなければならないのは、児童虐待防止法、配偶者暴力

7) 食育基本法については、2004年の159回国会に参議院に提出されたが、個人の食生活のあり方についてまで法律がかかわることの是非などが問題となり、審議が進まない状況がみられたことから、撤回されて、改めて衆議院に提出され、2005年の162回国会で成立したものである。このほか、少子化社会対策基本法も、1999年の146回国会に提出されたが、結婚・出産に関する自己決定権との関係が問題となり、廃案・再提出を経て2003年の156回国会でそれらに配慮する文言を前文に盛り込むことで成立に至っている。しかし、それらのように国会で問題となるのはむしろ稀であり、ほとんど議論もなされないままに、国民の責務規定を含んだ法律や、国民の意識に働き掛けようとする法律が制定されている状況にある。

防止法（DV法）、高齢者虐待防止法など、これまで自律性が認められ不介入が基本とされてきた家族などのドメスティックな関係や問題に法律が積極的にかかわるようになってきていることである⁸⁾。家族の機能の低下などがいわれる中で、家族における人権や暴力などの問題については、既に「法は家庭に入らず」ではなく、「法は家の玄関の前で立ち止まらず」ということになってきているといえよう。そして、立法の場では、事件や問題がセンセーショナルな形で強調され、それに関係者からの働きかけや運動的な要素も加わって、被害者の保護という錦の御旗の下に、いわば「行け行けどんどん」的な議論となり、家族の自律、国家や公権力が家庭に介入することの危険性・限界などといったことにはほとんど目が向けられることなく、次々と立法が行われ、介入が強化されてきているような状況となっている。

（2）基本法、推進法などの政策プログラム法の横行

現代国家においては、立法は、社会的な諸問題に対処し、多種多様な公共政策を実現するための重要な手段として広汎に用いられるようになっており、現在行われている立法の多くは、限られた各種の社会的な資源・財・サービスの配分を行ったり、一定の社会経済政策を推進することを主眼とする資源配分型の政策法の制定・改廃であるといえる。この種の法律では、各政策の実施機関の組織・権限や活動の規準・手続を定め、訓示規定・プログラム規定によって構成されることが多いが、近年は、とりわけ、規範性の薄い基本法、推進法など⁹⁾の政策プログラム法が著しく増加していることを指摘することができる。例えば、2008年7月現在、効力を有している基本法は35法律あるが、それらのうちの27法律が1990年以降に制定されたものであり、また、推進法33法律のう

8) 家族関係のほか、ストーカー行為規制法などのように、恋愛感情の絡んだ個人的な関係にも、法律が介入するようになってきている。

9) 「基本法」という用語についてはいくつかの用例がみられるが、ここで問題とする基本法は、題名に「基本法」という名称をもつ法律を指し、そのほとんどが指導法・指針法として包括的かつ抽象的な内容にとどまり、訓示規定・プログラム規定でその大半を構成されているものである。また、「推進法」についても、様々な用いられ方をするが、ここでは基本的に題名で「推進」ということをうたった政策プログラム法を指している。

ち、28法律が1990年以降に制定されたものである¹⁰⁾。

基本法については、政策を推進するだけでなく、その総合化・体系化・可視化を図り、行政の民主的なコントロールにも役立つとの指摘もあるが、その多くは、現実には、政策の総花的な羅列をするだけで、行政にお墨付きを与えたり、人や予算を確保することに利用されたり、都合の良い政治的な落とし所となったりしており、推進法についてもほぼ同様な問題状況がみられる。また、基本法や推進法の中には、かなり政治的な性格の強いものもみられ、例えば、中央省庁等改革基本法、財政構造改革推進特別措置法などの「改革法」と呼ばれるもののように、改革の確実な実施を期し、反対勢力を押さえ込むための政治的な戦略・手段として制定されるようなことも少なくない¹¹⁾。

(3) 個別的法律の増加

現代国家においては、国家が各人の生存・生活の保障、社会生活の秩序の維持などを行い、あるいは現実に生起する諸問題に対応するため、立法を通じて、社会、経済、生活関係等に対して直接介入するようになってきているが、それに伴い、特定性・個性性をもったいわゆる「個別的法律」¹²⁾ がしばしばみられるようになってきている。

10) その中には、教育基本法、食料・農業・農村基本法、観光立国基本法などのようにそれ以前に制定された基本法を全面的に改正したものもある。他方、1990年より前に制定されたものであっても、消費者基本法、中小企業基本法などのように、それ以降に大幅に改正されたものが少なくない。

11) それらにおいては、法律はさらに道具としての様相を強め、法律の権威を利用したり、法律＝国会の意思という建前を逆手にとり、むしろ議論を政治的に縛ることなどがその狙いとされたりしている。このことは、議会制民主主義などとの関係から重大な問題を惹起しかねず、その功罪について慎重に見極めていくことが必要といえるだろう。なお、基本法の意義、問題性などについては、拙稿「基本法再考—基本法の意義・機能・問題性」自治研究81巻8・10号・82巻1・5・9号(2005～2006年)参照。

12) その場合に、どのようなものをもって「個別的法律」と呼ぶかのか、また、ドイツなどで議論となってきた「措置的法律」あるいは「処分的法律」との関係や異同などをめぐって、様々な議論があり、混乱もみられるが、いずれにしても特定の者、特定の場合(事件・事象)、特定の地域を対象とする法律が少なからずみられ、それらが個別的法律の問題として議論されてきている。

とりわけ、最近は、利益誘導政治や利益集団に対する批判が強まるに伴い、少なくとも表面的には露骨な利益誘導的な立法が影をひそめる一方で、特定の社会的な問題や事件について、立法による個別の措置を求める圧力が強まり、それに対応するための法律が増加しているような状況がみられる。

そして、その場合には、立法につなげる戦略として、訴訟やマス・メディアなどを利用するのが一つの特徴的な傾向となっている。すなわち、そこでは、少数者であったり、政治の側の関心が低かったり、制度上の壁があることなどにより政治的なイシューになりにくいような事情があるために、それらを梃子にして、世論の支持を取り付けたり、その動員を図ることで、立法による要求の実現につなげようとする戦略がとられるなどし、一時的・限定的ではあるかもしれないが、そのような手法の有効性は高まっているようにもみえる。

なお、その場合、訴訟においては、国などの責任を問題とし、国家賠償請求の形がとられ、また、勝訴判決を期待するよりも、訴訟を提起することで世論を喚起するなど、社会問題の開示・フォーラムの設定や交渉の促進を狙いとされることが多いが、最近では、裁判所の側が原告の訴えに何らかの形で理解を示すようなことも少なからずみられるようになっている¹³⁾。また、マス・メディアについては、それにうまく取り上げられ、それを通じて情緒的・視覚的に訴えることで、政治に対する圧力を強めようとする戦略がとられ、メディアの側も感情的な報道でこれに呼応するような状況がみられる。

もっとも、これに対して、政治の側も、単にそれらの圧力を受けるだけでなく、それをうまく利用しようとするようなこともみられないではない。

13) それらは、「制度改革訴訟」などと呼ばれているところであるが、本来であれば立法府において解決されることが期待されるものであるのに、立法府ではなかなか対応がなされないような場合に、国等の政策や制度のあり方、不作為などを争点に含む形で、裁判所に訴訟を提起することにより、立法府の対応を促すことをその狙いとするものといえる。また、これに対し、裁判所の側は、原告の請求は棄却しつつ理由の傍論の部分で対応の必要性等に言及するものなどもみられたが、最近では、在外選挙訴訟最大判平成17年9月14日（民集59巻7号2087頁）などのように、立法の不作為の違憲性・違法性を正面から認めるものも現われてきている。

個別的法律は、規制的な法律でもみられるものの、例外的なものにとどまり、また、その場合には特定の者のみを対象とするものであっても規定としては一般的な形をとるのが通常である¹⁴⁾。他方、その多くを占めているのが特定の者に給付などの特別の措置を講ずる法律であるが、これらについては、法的な問題よりも財政的な問題の方に目が行きがちとなり、また、特定の者の利益や救済につながるものだけに政治的な決断が行われやすい面があるといえる。そして、そのようなことなどもあって法的な問題や整合性が十分に顧みられなかったり、その性格上制定後における裁判所による法的な統制が及びにくい¹⁵⁾ ところがあることは否めないように思われる。

(4) 強まる情緒的なものの移入

これまで、情緒的・感情的なものは、基本的に法の外にあるべきものとしてできる限り排除され、また、少なくとも法文上は理性的であることを装ってきたといえる。

しかしながら、近年は、立法そのものが感情的なものに左右されるような傾向が強まっているだけでなく、法文においても情緒的な表現が目立つようになっている。

これらは、いまのところ、前文や、目的規定、理念規定などにとどまっ
ているものの、例えば「夢」、「おわび」、「感謝」、「喜び」、「愛着」、「誇り」など、従来法文ではあまりみられなかった情緒的であいまいな文言や表現がしばしば見受けられるようになってきており¹⁶⁾、そのような傾向は、政策プログラム法

14) 1999年にオウム真理教ないしその後継団体を対象に制定された「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」、1962年に名城大学紛争を対象に制定された「学校法人紛争の調停等に関する法律」などがその例である。

15) 現行制度の下では、それらのような給付的法律について訴訟で争われるのは、特別の措置を講じたことやその措置自体の内容よりも、その対象とされなかった者が対象から除外されたこと、あるいはそれと同様の措置をそれらの者にも講ずべきことなどをめぐるものに限られることになってこよう。

16) また、かつて「六法全書に『恋』はない」などといったこともいわれたが、いまや、先にも挙げたストーカー行為規制法のように、「恋愛感情その他の好意の感情」が犯罪の構成要件として規定され、その有無が裁判で争われるようになっている。

や個別的法律などで比較的多くみられる。そして、それらの規定自体は、直接に法的な効果をもつものではないとはいえ、他の規定の解釈の指針などとなることを通じて、実体規定の解釈にも情緒的なものが反映されるなど、何らかの影響を及ぼす可能性もないわけではないといえよう。

また、最近の立法に関する要求の中には、法の厳格さ、堅苦しさ、分かりにくさなどに対する反発や批判から、言葉や、表現の易しさにこだわるような傾向も一部にみられ、それが、そのような状況に拍車をかけている面もある。

しかし、そのような情緒的なものは、規範という性格とは相容れない面があるだけでなく、問題の本質やなすべきことの方向性を見えにくくしたり、好ましくないメッセージを伝えたり、国民の情緒的な部分をあおることなどにつながるおそれもあるといえる。

（5）頻繁な法改正と法律の短命化

法によって形成された制度や秩序は、安定的なものでなければならず、それを前提に生活や活動を行う国民の信頼や予測を裏切るものであってはならない。そのためにも、立法にあたっては、できるだけ安定的な制度を造ることが目指されなければならない。しかし、その一方で、社会変化のスピードが加速度的に速くなり、それに対応して適宜見直しを行っていく必要のほか、政策評価などの点から立法後の検証・評価による見直し・改善の重要性もいわれるようになっており、一般に法令の寿命は短くなる傾向がみられる。特に、変革期を迎え、各分野における基本的な法律でさえも頻繁に改正されるような状況となっている。

しかし最近では、それだけにとどまらず、法律の制定や改正の効果を見極めることもなく、社会的な注目を集めた事件の発生、国民の不安や不満、関係者による要望・運動、政治的思惑などを契機として、頻繁かつアドホックに法改正が行われるような例が見受けられる。

例えば、DV法は、2001年に制定され、同年10月から施行されたが、施行から2年半後には改正が行われ、さらに2007年にも改正されており、それらは、制度の運用の状況を見ながらそのあり方を検討するというよりは、関係者の思

惑などによりははじめから改正ありきの動きであったような感が強い¹⁷⁾。

また、厳罰化の動きもその一つの例であり、国民の体感治安の悪化や不安、被害者保護に傾く世論などを背景に、法定刑の引上げや犯罪の新設などが相次いでいる。そこでは、犯罪の増加や凶悪化といった事実の有無や、刑罰の引上げなどによる効果が十分に見極められることなく立法が進められてきているような状況がみられ、中には、罰則の引上げを行った後1件の適用事例も生じていないにもかかわらず、短期間のうちにさらにその引上げを行うといった例までみられるようになっている¹⁸⁾。

以上のような動きの前では、民事不介入であるとか、刑罰謙抑主義といった伝統的な考え方はかかすみがちとなり、立法事実ないし規制強化の効果・影響などに十分な考慮が払われることなく、国民の不安や不満を背景に、ひたすら権力の介入や強化の方向に突き進んでいきかねない危険性をはらんでいるようにみえる¹⁹⁾。

他方、政策プログラム法の中には、必要性や内容の希薄さなどから、制定後まもなく意味を失ったり、顧みられなくなったりするようなものもみられ、無駄な法律の多さなどが問題とされる一因ともなっている。

(6) 立法の過剰・多元化と法の不整合などによる質の低下

現代国家における立法の量的な拡大と立法主体の多様化・多元化は、「量」

17) 頻繁な改正を招く要因の一つとなっているものに、法律の附則で規定される検討条項の存在がある。検討条項は、法律の施行状況に検討を加え、その結果に基づき必要な措置を講ずる旨を規定するものであり、その妥協的・訓示的な性格などもあって、あまり重要な意味をもたないものとみられてきたが、近年は、それが政治的にそれなりの意味をもち、それを梃子に改正が行われるような例が増えている。

18) 例えば、1998年に制定された種苗法については、2003年の改正で罰則の引上げが行われ、一つの適用事例がないにもかかわらず、2007年の改正でさらに罰則の引上げが行われた。他の知的財産権の制度の動向やそれとのバランスを考慮したものではあったようであるが、犯罪認知件数の増加と科刑状況の厳格化により罰則が内容的に十分とはいえなくなってきているという立法事実を踏まえてその強化が図られるといった通常のあり方からすれば、適用事例がなく、また経済的な価値の変動もほとんどない短期間のうちの罰則の引上げはやはり異例であり、国会でもそのことが問題とされた。

の問題だけでなく、「質」の問題にも影響を及ぼすようになってきている。すなわち、法規範の過剰やその頻繁な改正は、国民生活への過剰な介入や、不必要・不適合・不整合な法規範の増加など法規範や法体系の質の低下を招き、法の地位にも影響を与えるようになっており、また、国民の知らない法律や理解が困難な法律によって国民生活が幅広く細部にまでわたって規律されることにより、逆に、法的安定性や予見可能性の面でも問題を生じるようになってきているのである。このような「法律の洪水」、「立法のインフレーション」などと呼ばれている現象は²⁰⁾、特にヨーロッパ諸国で問題とされてきたものであるが、日本でも、これまで述べてきた問題状況などもあって、そのことを意識せざるを得ないようになってきている。

また、社会の複雑化・高度化などに伴って、法令はこれらに対応するために非常に詳細な規定を設け、専門化・高度化・緻密化の度合いを増してきており、膨大な数の法令によって形づくられている法の制度・体系は、上・下、分担・並列、原則・例外といった関係が網の目のようにはりめぐらされ、その構造はきわめて複雑かつ難解なものとなっている。とりわけ、特別法の増大は、その構造をより複雑なものとするとともに、その濫発により一元的な原理に基づく統一的・体系的な法制度を維持することが困難となりつつある。

その結果、法制度は、国民にとって非常に分かりづらいものとなっているだけでなく、専門家にとってもその把握・理解が容易ではなくなっている。そして、それらのことは、法制度のバッチワーク化・タコソボ化や関係省庁・官僚による法情報の独占化などを招いているほか、立法作業をますます困難なものとし、立法のミスや制度間の不整合といったものも目立つようになってきている²¹⁾。

19) この点は、「小さな政府」を掲げて規制改革が進められる一方で、「安全」や「安心」ということが国民のダイレクトの要求となり、それを受けて、生活安全という点から警察権力の拡大が進められてきていることとも絡むものといえよう。

20) 法規範の増大とそれによる国民生活への過剰な介入の問題については、そのほかにも「法化」という言葉が用いられたりしているが、日本では法化していないことの方が問題であるとか、日本社会には「反法化」の伝統があるといった議論もみられ、「法化」のとらえ方は一様ではない。「法化」をめぐる混乱については二(2)で後述。

他方、官僚主導の批判と政治の力の強まりは、これまでのいわば官僚的な合理性に基づいた思考や仕組みへの反感・反発などに結び付き、既存の法的な枠組みや技術、法制度の整合性などを軽視するような風潮をも生じ、それによる場当たりの・思い付きの・感覚的な対応が、さらに統一性や整合性の確保を困難なものとしているといえる。

このほかにも、国際化や分権化の進展によって国際法や自治法の比重が高まっており、それらとの関係でも法体系の有機性や整合性などが問題となりうるようになってきていることが指摘されるだろう。

二 問題状況の背景にあるもの

それでは、一で述べたような立法をめぐる問題状況の背景には、どのようなことがあるのだろうか。これについては、社会状況の変化をはじめ様々なことを指摘しうるが、ここでは、本稿の問題意識との関係から、次の点を指摘しておきたい。ただし、これらについては、筆者の経験的な分析よるところが大きく、さらなる実証的な検討が必要であることをあらかじめお断りしておきたい。

(1) 強まる政治の力と官僚批判

いうまでもなく、立法は、政治的に無色で没価値的な作用でなく、また、それを決定する作業は、理論の場ではなく、政治的な調整、駆け引き、闘争なども絡むいわば「力の場」で行われる。そして、現実の立法においてはいろいろな政治的アクターがかかわってくるが、制度的・建前的に、その主体としての役割を期待されているのは、唯一の立法機関とされる国会ないしそれを構成する議員であり、あるいは政党、そしてその多数派によって構成される内閣ということになってくる。

21) 例えば、2004年の年金改革の際には、成立した国民年金法等改正法に40箇所にもわたる立法上のミスが見つかって、政治的に大きな問題となり、政府は、両議院の議院運営委員会理事会などに報告し、議院運営委員長の了承を経た上で、官報正誤で対応するとともに、内閣法制局長官や厚生労働省年金局長をはじめ内閣法制局や厚生労働省の幹部を訓告処分などとした。また、この事件は、政府による法律の正誤と国会の立法権との関係などの問題も提起することとなった。

しかし、これまでの立法を中心的に担ってきたのは、そのような国民による選出勢力である「政治」ではなく、非選出勢力である「官僚」であった。しかし、官僚主導の戦後システムが行き詰まりをみせ、また、相次ぐ政策的な失敗や不祥事によって官僚批判が強まるに伴い、政治主導の必要性が強調されるようになり、これまでの基調が大きく変わったとまでいえるかどうかは別としても、相対的に政治の力は強まってきているように見える。そして、立法におけるそのような状況は、制度的な建前に一歩近づくものとして評価すべきものといえるのかもしれない。

もっとも、現代の立法には、様々な法情報や専門的な知識・技術を必要とし、政治の能力的な限界ということについても考慮する必要がある。それにもかかわらず、政治の主導性を強調する議論の中には、政治＝政策決定、官僚＝執行といったモデルに依拠して立法のあり方を論じるものが少なくない。また、そこでいう「政治」についても、内閣中心構想と国会中心構想の対立、内閣と与党との関係などが整理されないままに、それぞれの立場から政治の主導性が語られてきているところがあり、それらが立法のあり方にも混乱をもたらしているところもあるといえよう²²⁾。

そして、強まるばかりの官僚批判は、政治の主導性さえ強めれば良い方向に向かうかのような素朴な信仰を生み出すとともに、官僚的なものに対する感情的・感覚的な反発や批判にもつながっている。しかし、その一方で、現実には政府や政治の有効性が低下してきているような状況もみられ²³⁾、過大な期待を背負うことになった政治は、そのようなギャップの中で、国民に対しその力量

22) 例えば、政治主導の名の下で、内閣の機能の強化が図られる一方で、議員立法の活性化などの状況もみられる。議員立法の活性化自体は、評価されることだとしても、これらの二つは、政治主導ということでは異なる方向性をもつものであるともいえよう。

23) それは、グローバル化やボーダレス化の進展や、問題の複雑化・高度化、価値の多元化などによる国家の役割の低下や限界ということなどによるものであり、政府や政治の役割の能力的な限界の問題ともいえよう。これに対し、現実の政治が問題を先送りしたり、責任を放棄するなど無責任な状況となっていることは「政治の劣化」というべきものであり、そこでいう有効性とは次元が異なるものといえる。

や実績を示す必要に迫られるようになっており、そのことが、安易で効果の薄い立法、法的なものや制度的な統一性・整合性に注意を払わないアドホックな立法など、立法の状況やあり方に影響を及ぼすことにつながっているのではなからうか。もちろん、従来の立法にもいろいろと問題がなかったわけではなく、また、官僚自体も政治的なアクターといえるが、近年、従来にも増して政治的なものが強まり、それが作用するようになってきているといえる。

そのことは、評価の分かれうるところであろうが、いずれにしても、それに伴って、立法や法制度の質にも影響が生じつつあるだけでなく、これまでの立法に関する法的な枠組みがじりじりと浸食され、変質してきているようにもみえるのである。

(2) 遅れてやってきた「法化」？ とそれをめぐる混乱

これまでの日本では、行政の役割が大きく、また、官僚による行政指導などを用いた、法によらない事前調整型の行政がその特徴とされ、法治主義あるいは法の支配の観点から、そのインフォーマルな手法による不透明な仕組みが批判され、法に基づいた透明性の高い事後監視・救済型のシステムに変えていくことの必要が指摘されてきたのであった。

統治構造改革においても、そのことが改革の目標として掲げられ、情報公開制度等の透明性の確保のための制度の整備や司法制度改革が推進され、日本では不足気味ともいわれてきた「法化」が進められることとなった。

「法化」については、論者によってそのとらえ方や評価が異なり、この言葉自体を持ち出すことが議論の混乱を招くことにもなりかねないが、「法化」の不足への対応として、実際には、「法律による行政」といったことに重きが置かれ、行政の根拠や制度・手続を整備するための立法が積極的に行われることとなり、とりわけ、法治主義が過小な状況にあった地方自治体では、国の法令への対抗意識の高揚などもあって、条例の制定の拡大・整備が闇雲に叫ばれることにもつながっている。そして、それと同時に司法制度改革なども進められてきたものの、結局、それらを通じて進んだのは、いまのところ、法の支配を核とする法化を主張する論者が目指した裁判制度を基軸とする自立型の法の拡

充ではなく、これまでと同じ管理型の法や、官から民への流れの中での自治型の法の拡大であったといえよう²⁴⁾。

その結果、新自由主義的な流れを背景に経済的な規制改革や行政の民間化はある程度進んできた感もないわけではないが、全体としてみると、法制度・法規範は膨張を続け²⁵⁾、むしろ法律の洪水といった状況を招いているようにもみえるのである。そして、そこでは、重視されるべきはずの国民という視点が見失われがちとなり、国民にとって把握・理解し難い法律によって国民生活の細部にまでわたり広汎かつ過度に規律されるといった状況にはほとんど変化はみられないといえるのである。

(3) 法律の道具化と立法の目的化・象徴化

現代国家においては、法律は、政策の実現の重要な手段となってきたが、諸要求の実現や政策の推進のための最も有力な媒体であるだけに、政治の側にはそれを便利に用いようとする誘惑が働きやすい。特に、近年は、法律を手段としてみるような傾向が強まり、何でも法律で規定しようとするような状況がみられる。その結果、法律のあり様はますます政治的な思惑に左右されるようになり、これまで法律で規定されることのなかったような事柄まで規定される一方、規範性の薄い法律や必要性の高くない法律が制定されるようになっていく。そして、そのことは、これまで以上に、法律を道具化し、その存在をますます軽いものとするにも結び付いているといえる。

そのような中で、特に目立つのは、立法そのものが目的とされるような動き

24) 管理型、自治型、自立型の分類は、田中成明「法学入門」（有斐閣、2005年）241頁以下による。また、そこでは、自立型法による「法化」とそのための司法制度の基盤の整備強化の重要性や、その背景的枠組みとして管理型法の肥大化の抑止と自治型法の規制領域の拡充の方向が強調されているが、現実の法のあり様は、司法制度改革なども行われはしたものの、むしろそのような方向とは逆に進んできているところもあるように思われる。

25) 規制改革や行政の民間化は、一般には法規範の減少に結びつくもののように思われがちであるが、必ずしもそうではない。例えば、緩やかな規制であれば規範は少なくなるというのではなく、また、行政の民間化の場合には、公共性や安全などの確保のため、むしろ法規範が増加するといったこともみられるといえよう。

である。すなわち、そこでは、法律の制定によってどのようにしていくのかということよりも、法律の制定そのものが目的となり、運動の目標となってしまっているのである。また、法律の制定そのものが象徴化するに伴い、法律に何らかの形で盛り込むことができるかどうかということが従来以上に重視されるようになっている。

そして、このような象徴立法においては、法律事項や立法事実の検討がおろそかになりやすく、あまり意味のない法律やすぐに存在を顧みられなくなるような短命の法律の制定にもつながっているといえよう。

(4) 価値の多元化と、専門性や法的なものの位置づけの低下

国民の価値観の多様化・多元化は、何が重視すべき価値であるかについてコンセンサスを得にくい状況を生じさせているだけでなく、それとともに、既成の制度や価値に対して疑いの目を向けたり、拒否反応を示すような風潮が強まってきている。そして、それは、個別の利益や価値を時に無原則な形で法制度に持ち込むことにもつながり、それに伴って、少なくとも外見上は統一的な価値・原理により一元的な体系とされてきた法制度・法体系が動揺を来し、パッチワーク化するような傾向もみられる。

また、価値の多元化や不確実性の増大などにより、専門知にも懐疑の目が向けられるようになるとともに、専門家は尊敬を失い、その発言力・影響力が低下してきているといわれる²⁶⁾。立法においても、市民感覚ないし素人感覚といったものがもてはやされ、専門家の意見よりも、一般の感覚や感情に重きが置かれるような状況がしばしばみられるようになると同時に、二者択一的で単純明快な結論や分かりやすさを求める傾向が強まる中で、専門家はそれに応えられない小うるさいだけの存在として批判を受けるようになっている。

そして、このような状況は、法的なものに対しても冷めた目を向けるような風潮にもつながっているのではないかと思われる。すなわち、政治や行政の現

26) 日本社会では、全体的に専門家の権威や信頼性が低下してきているともいわれるが、それが現代社会において共通に生じている現象なのか、それともある意味で日本に特有なものなのかについては、なお検討が必要ではあると思われる。

場では、法的価値よりも経済的価値を重視する考え方が以前より強まってきているが、それだけでなく、法的なものは、新たな対応を妨げる壁であるとか、多数の常識や社会の状況にそぐわないものとして、軽視・批判されることさえ少なからずみられるようになっている。

そして、そのことは、立法における法律学や法制実務の影響力の全般的な低下ということにもつながっているようにも思われるのである。

その象徴的な出来事ともいえるのが、法制審議会の没落であろう。すなわち、従来においては、民法、刑法、商法などのような基本法制については、法律学者と法曹三者によって構成される法制審議会で専門的かつ緻密な検討を行って法案要綱をまとめ、それを政府提出法案とすることがいわば慣例とされ、法制審議会には他の審議会とは異なり政策立案機関・立法準備機関という特別の位置づけが与えられてきた。しかし、法制審議会については、検討に時間がかかりすぎる、社会のニーズや社会状況の変化に対応した法のあり方を示していない、委員の構成に偏りがある、透明性が低いなどといった批判が強まるようになり、そのことが、商法などの議員立法による改正を招いたり、法制審議会の改革にもつながることとなった²⁷⁾。法制審議会が専門家による独善主義や関係者だけの内向きの議論に陥り、社会のニーズに十分には応えてこなかった面があることは否定できないとしても、その結果、基本法制のあり方や改正については専門的な見地から慎重な検討を要するにもかかわらず、短期間のうちにその時の世論に沿った結論を出すことを迫られるような状況に追い込まれてしまっている。

また、法的なものへの懐疑は、法の画一性・形式性・整合性などに対するア

27) 1997年にストックオプション制度を導入するための商法改正が法制審議会を経ることなく議員立法により行われ、それに対して商法学者らが抗議の声明を発表するといった出来事が起きたことをきっかけに、政治の側が法制審議会に対する批判の姿勢を強めたことで、法制審議会は、その直後の中央省庁等改革の際には廃止の候補にまで挙げられ、その構成や運営について改革を余儀なくされたほか、議員立法による頭越しの対応をちらつかせる政治の圧力や法制審議会を取り巻く状況に対する危機感などから、短期間のうちに世論の求める方向の結論を出さざるを得ない状況に追い込まれている。

レルギーともなり、立法における法制的な面での検討や議論を面倒で疎ましいものとするような状況も生じており、それに伴って、内閣法制局や議院法制局などの法制機関が立法の壁となっているなどとして批判を受けるようになって²⁸⁾。

(5) ポピュリズム的傾向と感情化及び情緒化

政治におけるポピュリズム的な傾向が強まるに伴い、立法についても、国民受けのよいものに傾いたり、センセーショナルな事件が起きると世論に呼応してすぐに立法的な対応に走るなどといった状況がみられる²⁹⁾。

このような傾向は、立法に対する民意の反映の表れ、あるいは国民のニーズに目を向けることとなった証左として肯定的に評価する向きもみられるが、情緒に流されやすい、理論的な検討や立法事実の検証などが不十分なものとなりかねない、法制度としての整合性や統一性を欠きがちとなる、朝令暮改となりやすい、予算のばら撒きにつながりかねない、などの点も指摘されている。とりわけ、不安や不満の時代といわれ、世論が感情的になりやすくなっている中で、立法についてもポピュリズム的な傾向が強まることは、その感情化をはじめ、指摘されているような問題状況が生じる危険性を増大させてきており、とりわけ、マス・メディアの情緒的な報道がそれに拍車をかけているといえよう。

また、それだけにとどまらず、不安や不満を募らせる国民のフラストレーションの捌け口として、しばしば同情の対象や「敵」が設定され、それに関心や批判を集中させることで、問題から目をそらさせようとするような動きもあり、立法がそのための道具として利用されるといったこともみられる。

以上により、いわば「何でもあり」といった様相を呈するとともに、仮に内

28) 内閣法制局に対しては、従来から、保守的・反動的であり、創造的・弾力的な立法を阻害しているなどといった批判がなされてきているが、最近の法制機関に対する批判は、そのようなものとどまらず、法制的なもの自体に対する反発などによるものへと拡大しているようにみえる。

29) 逆に国民に負担を求めたり、負担を強いる政策など、国民受けをしない問題については、先送りをするといった状況もしばしばみられるが、これもポピュリズムの一つの表れといえるだろう。

容的にいろいろと問題があるようなものであったとしても、何も物をいえないような雰囲気さえ生み出している。そして、それらに、法的なものに対する反発や批判の強まりなども加わって、法的なものが揺らぐとともに、法そのものが情緒化するような問題も生じてきているのである。

以上述べてきたもののほかにも、国際化などの影響も指摘することができ、グローバル・スタンダードや国際的な協調の名の下で日本の法制度が変容を迫られるような状況もみられるところである³⁰⁾。

第三 立法の質をめぐるアプローチの仕方

一 これまでの立法の質に関する見方

昨今の立法をめぐる問題状況を踏まえつつ、立法の質やそのあり方を考えるに当たり、その前提として、これまでの日本の立法の質に関する評価についても、みておきたい。この点については、ある意味で両極端ともいえるような二つの見方があったのではないかと思われる。

その一つは、立法における科学性や客観的な枠組み・操作の欠如・不足という見方である。

この点、末弘厳太郎が1946年の「立法学に関する多少の考察」で、「従来我国の法令立案は、昔の刀匠が専ら経験と熟練と勘とに依つて刀剣を鍛えたと同じように、何等科学的自覚の下に科学的操作に依つて行われていない」と指摘

30) ただし、そこで言われるグローバル・スタンダードとはいかなるものであり、また、これまでそれとして何が主張されてきたかについては、慎重な検討が必要であり、この点では、例えば、その名の下にアメリカモデルやアメリカンスタンダードなどが語られるようなことが少なからずみられたことには注意を要しよう。しかし、そのようなことはあったにせよ、国際的な動向が日本の法システムに様々な影響を与えるようになり、場合によっては、これまでの日本の法システムとは整合的でない制度も取り入れざるを得なくなっていることだけは確かといえるだろう。

31) 同「立法学に関する多少の考察—労働組合法に関連して」法学協会雑誌64巻1号（1946年）

して以来³¹⁾、研究者の間ではそのような見方が根強く存在してきたようにみえる。

その一方で、立法関係者の間では、立法を行う場合の法的な視点として、「目的―手段」的な思考を基本とし、また、立法政策と立法技術の問題に区分しつつ、①法的適格性、②法的正当性、③法的整合性などからの検討が必要とされてきている³²⁾。その区分はかなり相対的なものとなるが、どちらかといえば法的適格性と法的整合性が形式、法的正当性が実質にかかわるものということができ、そこでは様々な判断要素ないし規準が挙げられある程度共有化されているところである。それらの点からの検討が、どれだけ客観的かつ十全に行われ、立法の質の確保につながっているかといった問題は別途検討する必要があるものの、必ずしも、何の枠組みもなしに、経験と勘だけによって行われてきたわけでないといえるだろう³³⁾。

しかし、研究者の側は、立法関係者によるそのような枠組みについては、実務的・技術的なものとして、十分に目を向けようとはしてこなかったのであり、それは「立法学」の学問状況にも表れている³⁴⁾。

32) 例えば、その点について体系的に述べたものとして、高辻正巳「立法における常識」（全訂新版 学陽書房、1958年）などがある。同書では、立法の内容の吟味ということから、立法内容の法的適格性、法的正当性、法的協調性からの検討が必要であるとする。

33) ただし、その一方で、内容や事項によってはその具体的な判断が、担当者の主観や感覚により行われるようなことがあることも否定できず、そのことは担当者の能力や経験によって立法の質が左右されるようなことにもつながっているようにも思われる。

34) 立法学は、学問としては未発達の状態にあり、また、実務家により論じられ成果として集積されてきたものについては、研究者の側は、立法技術を中心としたノウハウと見る傾向があり、それに注目したり、それを取り入れて理論的に発展させるようなことはあまりなかったのではないかと思われる。

35) そのような見方は、主に政治学者やメディア関係者によってなされてきたもののように思われるが、最近では、司法関係者や法律学者の中にもそのような指摘を行う者がみられる。例えば、前者の例としては、山口繁元最高裁長官の衆議院憲法調査会統治機構のあり方に関する調査小委員会での参考人としての発言（2003年5月15日 第156回国会同会議録3号6頁）、後者の例としては長谷部恭男「憲法とは何か」（岩波新書、2006年）111～112頁などがある。

もう一つは、これまでに行われてきた立法に関するもので、国会に提出される法律案は内閣法制局などによってきわめて厳密な審査が行われており、質の高いものとなっているとの指摘であり、その質の高さは、国会での修正の少なさや、制定法に対する違憲判決の少なさなどに表れているとするものである³⁵⁾。

確かに、日本の法律は、諸外国の法律と比べて、規格化・整序され、統一的・整合的なものとなっているようにもみえる。しかし、それらが質の一部を表しているとしても、あくまでも形式的な部分にとどまり、必ずしも、内容も含め全体としての立法の質の高さを表しているとは限らないのではないかと思われる。

また、国会における修正の少なさは、政党による事前審査や党議拘束の強さなど、立法過程のあり方に規定されているところが大きいといえる。

さらに、最高裁における違憲判決の少ない要因については、より慎重な検討が必要であろう。すなわち、違憲判決の多寡は、立法に際しどの程度の検討・チェックが行われ、その形式・内容が精緻なものとなっているかといったことも関係するものの、それよりも、憲法や法の理念に照らして、それに適合的なものとなっているかということにかかわってくるはずである。しかし、現実の立法の状況等を見ると、内閣提出・議員提出を問わず、政治的な思惑が強く働いたり、妥協的なものとなったりすることも少なくなく、また、立法政策の面での内閣法制局の役割は実は限定的であるというようなことも指摘されてい

36) この点については、内閣法制局関係者によっても明らかにされてきており、例えば、平岡秀夫「政府における内閣法制局の役割」中村睦男・前田英明編『立法過程の研究—立法の政府における役割』（信山社、1997年）286頁は、内閣法制局に持ち込まれた段階で内容の基本的部分が否定される場合はまずあり得ないと述べている。

37) この点に関し、佐藤岩夫「違憲審査制と内閣法制局」社会科学研究56巻5・6号（2005年）81頁以下は、裁判所がその役割について政治への介入を極度に自制する役割観をとっていることが重要な媒介要因であり、そのような条件の下で内閣法制局の果たす役割と裁判所が果たす役割の重なりが大きなものとなっていることを、違憲判決の少ない要因として指摘している。なお、そこでいわれるところの最高裁判所の自制は、単に消極的であるだけでなく、無理な合憲限定解釈を行ってまで違憲判断を回避する姿勢を示すほどの抑制的なものであったことが指摘されよう。

る³⁶⁾。内閣法制局などの審査が影響している面があることは確かであるとしても、最高裁での違憲判決の少なさは、やはり最高裁の側に主たる要因があるとみるべきであり、謙抑的な姿勢、最高裁の審査と法制局審査の視点や幅等の重なるのほか、最高裁判事の人事、処理件数その他の面で最高裁が置かれている状況などに起因しているところの方が大きいように思われる³⁷⁾。

それはともかく、立法をめぐる問題状況やそのあり方の変化は、立法関係者によって実践されてきた法的な検討の枠組みや、維持されてきた制度的・形式的な統一性・整合性さえも突き崩しかねないようになってきており、そのことも踏まえて、立法の質やあり方について検討することが必要となってきたといえよう。

二 立法の質をめぐるいま何を問題とすべきか

以上のことを踏まえ、いま、どのような観点から立法の質について考えていくべきだろうか。

立法の質については、様々な観点から論じることが可能であるが、その中心となるのはやはり立法の法的正当性の問題であるといえよう。しかし、この点から、どのような立法を正当なものとするかをめぐっては、多様な考え方があり、とりわけ法的正当性の中心的な要素となる公正・公平あるいは正義、公共の利益といったことから立法の質やあり方を論じることは、きわめて論争的・哲学的な議論とならざるを得ず、「神々の論争」となりかねない。

他方、指摘してきた最近の問題状況というのは、法的正当性の点からも検討されなければならないところがあるとしても、それ以前の問題として、法的適格性や法的整合性の面からそのあり方を問うべきことを示唆しているのではないとも思われる。すなわち、そこでは、実質の問題に踏み込む前に、まずは、形式的な面から、「ましな立法」といえるための必要条件について改めて考えてみる必要があるのではなかろうか。

そこで以下では、Lon L. フラーが「法の内的道徳 (internal morality of law)」として掲げた①一般性、②法の公布、③非遡及性、④明晰性、⑤無矛盾

性、⑥遵守可能性、⑦恒常性、⑧法（ルール）と公権力の行動の一致の8つの要素も参照しつつ³⁸⁾、法的適格性と法的整合性について、試論的に、法的正当性で論じられている要素の一部も取り入れながら再構成した上で、それぞれの意義、そこにおいて要素、あるいは準則、指針等とされるべきもの、課題などについて、若干の考察を加えることとしたい。

その場合に、必要条件として挙げられる要素については、法の質とのかかわりでは強弱があり、また、その内実としてどこまで含ましめるかによっては実質的なものとなり、法的正当性にも深くかかわってくることになる。その意味では、それを満たすことが直ちに質の高さにつながるわけではない一方、必ずしも最低の条件にとどまらないものもあることに留意する必要がある。

このほか、立法の質について考える場合には、そのシステムやプロセスのあり方にも目を向ける手続的なアプローチも必要となってくるが、ここでは、適格性や整合性を確保する上で必要と考えられる範囲において、それらについても言及することとしたい。

なお、法的な適格性や整合性において論じられる準則や指針の中には、それによって明確な線引きができないものがあり、厳格な法的規準とはなり得ないものが少なくない。特に、刑罰の遡及の禁止や明確性の原則などのようにそれ自体が憲法の規範として取り込まれたり、憲法から導き出されるものを除き、それに反するような立法を行ったからといって直ちに違憲・違法となるわけではなく、法的統制によって担保しうるのは限られたものとなってこざるを得ない。その意味では、それらは、第一義的には、立法の際の準則・指針となるべきものであり、あるいは立法者の道徳や責務というべきものなのかもしれない。ただし、それに反するような行為を行った立法関係者は、その道義的な責任が

38) Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev.ed. Yale U.P. 1969. なお、井上達夫「法という企て」（東京大学出版会、2003年）60頁以下及び同「立法学の現代的課題—議会民主政の再編と法理論の再定位」ジュリスト1356号（2008年）128頁は、フラーの「法の内面的道徳」を批判的に摂取し、発展させることで「法の正統性」の条件について論じているが、具体的なアプローチは異なるものの、筆者も、基本的にこれに共鳴するものである。

問題となるほか、場合によっては政治的な責任や職務上の責任（懲戒責任）を問われるようなこともあるといえるだろう³⁹⁾。

いずれにしても、政治も含め立法に携わる者のいわば共通の約束事ないし作法として、「ましな立法」といえるための必要条件を準則・指針の形で確立し、明確にしておくことの意味は小さくなく、そのことによって、法的な適格性や整合性を欠くような法律案については、立案や審議において吟味がなされ、そのプロセスを通じて逸脱の有無や是非がきちんとチェックされるようになることも期待されるのである。そして、法的な適格性・整合性やそれに関する検討ないし説明の欠如・不足は、法的正当性の判断にも影響を与えるとともに、場合によっては、その著しい逸脱により、あるいは他の問題と相まって、当該立法そのものが必要条件を満たさないものとして違法とされることにもつながる可能性もないわけではないといえよう。

第四 立法の質に関する必要条件としての法的な枠組みとその課題

一 法的適格性

法的適格性は、法的正当性の前提条件となるものとして、立法の内容が、事柄や形式の面で、法律で定めるのにふさわしく、また、それが期待される機能を果たしていく上で適切なものとなっているかどうかを問うものといえる。

ここでは、先に提示した問題状況も念頭に置きつつ、法的適格性としていかなることが必要となるのか、考えてみたい。

1. 法律事項

憲法41条の「立法」を実質的にとらえようが形式的にとらえようが、また、それを実質的にとらえた場合にいかなる意味にとらえようが、事項的に法律で定めるのになじむものとなじまないものがあるはずであり、後者の中には、

39) 立法関係者が担当した立法の問題で職務上の責任を問われた例としては、前掲注21及び後掲注59参照。

何らかの形で立法の限界を画することになるものがあるはずである。

問題は、それが何かということであり、また、その点からどのような形で立法が限界づけられることになるかということであろう。特に、立法実務において重視されてきた強要性の有無ということは、立法の現状をみる限り、すでに有効に機能し得なくなっており、政治において絶えず働く立法への誘惑や強まるその圧力の前では、それに代わりうるものを検討することが必要である。

いまのところそれを一般的・抽象的な形で示すことは困難であり、とりあえずは、議論を生じている問題ごとに、立法の作法として、「できること」と「できないこと」、「しなければならないこと」と「してはならないこと」などを明らかにしていくことが重要であろう。

そこで次に、それらについて、問題に即しつつ、簡単に検討を加えておこう。

(1) 私的領域への法のかかわり方

国家が様々な価値に対して中立的であるべきことを求めるのは、国家活動を否定するに等しく、また、法制度や政策も、一つの価値の体系ということができる。しかし、だからといって、国家があらゆる価値の問題にコミットしてよいというものではない。

特に、個人の価値観にゆだねられるような事項については、国家はできるだけ中立的に振舞うべきであり、そこでは、何が重要な価値であり、良き生であるかを他者が決めることができないものである以上、国家はそれにむやみにかかわることはできないというべきである。国家がそれに介入できるのは、やむにやまれぬ国家の利益ないし重要な公共の利益にかかわるような場合に限られるべきであり、その露骨な逸脱は憲法が保障する個人の尊重の原理やそれぞれの人権規定との抵触が問題とされることになってこよう。

そして、それは、具体的な法的効果を伴わないプログラム規定の場合でも同じであり、抽象的・訓示的なメッセージにとどまるとはいえ、それによって個人的な領域にコミットすることの問題性については既に指摘したところである。立法者は、法律という強力な媒体を使って国民にメッセージを発することの意味の重さや影響の大きさを考慮すべきであり、個人の価値観にゆだねられ

るべき事項にかかわるようなお節介な立法は、立法のプロセスを通じてチェックされ、排除されるようにしていくべきであろう。

法と道徳との関係は多様であるが、法と個人的道徳との峻別の必要が改めて確認されなければならない。

また、家族の機能の低下など家族をめぐる現在の状況からすれば、家族の問題に国家がかかわっていく必要性は否定できないとしても、国家と家族の関係、そして社会の多様性やあり方の基本にもかかわってくることになるだけに、もう少し慎重な議論と冷静な対応が求められているのではないと思われる。国家の介入が許されるのは、基本的に暴力や人権侵害など公序に触れるような問題に限られるべきであり、その場合には被害者の保護のための介入をためらうべきではない。しかし、そのような場合でも、被害者の保護のためであれば何でも許されるというわけではなく、家族や家庭の自律ということについても十分に配慮することが求められているといえる。

いずれにしても、私的領域にかかわる立法については、それに国家がかかわることや法律で定めることの是非が厳しく問われるようにしていかなければならず、また、この問題は、法的正当性の問題にもかかわってくるものであるというべきであろう。

(2) 政策プログラム法の功罪とその限界

基本法、推進法などの政策プログラム法については、政策の推進、可視化、総合化・体系化、民主的なコントロールなどに資するといったメリットが指摘されうる。しかしながら、その一方で、アドホックで内容の希薄な政策プログラム法の制定は、必ずしも政策の推進につながるだけでなく、むしろ、関係者に対するエクスキューズとされたり、政策の体系性・整合性を阻害したり、法律を道具とみる見方を助長することなどにつながるおそれがある。また、行政のコントロールという民主的な意義についても、逆に行政機関に幅広い裁量を認め、法や国会のコントロールの及ばない領域を国会みずからがつくり出すような状況を招いており、その意味では、政策プログラム法は、そのあり様によっては法治主義や議会制民主主義にとって諸刃の剣となる危険性があること

も認識されるべきであろう。

特に、現実の政策プログラム法は、行政の作用を規律するというよりは、組織・権限・手続などを規定する組織規範としての性格が強いだけでなく、理念や姿勢、政策の方向性やカタログなどを規定するだけで、規範性の薄いものが少なくなく、そのような傾向に歯止めがかからなくなってきている。2008年には、その究極ともいえるような本則がわずか1項だけの検討条項から成る法律が制定されたが、さすがに政治的にもその意義や必要性が問題となったところである⁴⁰⁾。

個別の政治的な要求や政策を法律の形にしようとする磁場が常に存在している中で、せめて、誰に対する規範ともなっていないものや、国の機関に対する何の縛りともならず準則たり得ないもの（拘束性が欠如しているもの）は、法的適格性を欠くものとして抑制・排除されるべきことを、政治にも納得させる形でルール化していく必要があるのではなかろうか⁴¹⁾。

（3）法律の一般性と個別的法律の限界づけ

法の一般性は、個人の尊重、平等及び法的安定性といった法の理念から導き出され、恣意的支配に対抗し法治主義の確立に資するものとされ、基本的に法律は一般的であるべきとするのが我が国では大方の考え方となってきたのであり⁴²⁾、実務においても一般性といったことはそれなりに意識されてきたところ

40) 2008年の第169回国会で制定された「介護従事者等の人材確保のための介護従事者等の処遇改善に関する法律」。しかも、同法は、2009年4月1日までに検討して措置を講ずると規定し、完全に一時的な内容・性格のものとなっており、法的適格性を疑われてもやむを得ないものであったといえる。なお、同法律については提出前の政党審査などの際にも疑問の声などが上がったことが新聞各紙で報道されたところであるが、そこでは、奇妙な法律（朝日）、玉虫色の議員立法（読売）などと表現されることとなった。

41) その場合、立法関係者によって政策プログラム法における法律事項と説明される国家行政組織法8条の3の特別の機関の設置、計画の国会提出や国会報告の規定は、あくまでも副次的なものにすぎず、また、それらが法律事項というのはあまりに形式的・便宜的な議論といわざるを得ない。そのような論法を認めることは、それらが抗弁のための便法とされることにもなりかねず、それらが規定されている程度で法律が法的適格性を満たすことにはならないというべきであろう。

である。しかしながら、他方で、現実の必要性や合目的性の要求などから、個別的法律の存在を認めざるを得ない場合があり、また、法律の一般性が語られながら、歴史的な事実としてはいずれの時代においても個別的法律が存在してきた⁴³⁾。とりわけ、実質的な平等や国民の生存・生活に国家が配慮することが求められるとともに、法制度が高度に整備された現在においては、個別具体的場合に即して適切な対応を行っていくためには法律で個別的・特例的な定めをせざるを得ないケースがあることも否定できないところであり、その必要性の前には一般性の議論は沈黙せざるを得ないところがあるといえる。

問題は、どのような場合に個別的法律が許されるのか、そして、それを限界づけるものは何かということであり、ここでは、個別的法律による人権の狙い撃ち的な侵害や利益誘導をどう抑止するかということが重要な課題となってこよう⁴⁴⁾。

しかし、この点については、個別的法律をその個性ゆえに違憲とでもしない限り、「一般性」ということから何も導き出し得ず、結局は、平等原則や権力分立など他の原理・原則や個別の人権規定との関係から限界づけるほかはなくなってしまふ。

それに加え、一般的か個別的かの区別はかなり相対的であり、しかも、特定

42) 憲法学では、一般性は、実質的意味の立法の問題として論じられ、また、それに関する学説は区々に分かれるが、それを一般的抽象的規範と解する一般規範説だけでなく、権利義務を基本とする権利制限説の中にも一般性を要素として取り込むものが少なくなく、一般性を実質的意味の立法の要素とするのが多数説とみられる。

43) 玉井克也「国家作用としての立法」法学教室239号（2000年）75頁は、「議会の定立する法律がごとく『一般性』を帯びるのが近代立憲主義の伝統であり、現代に至ってそれが崩れつつあるという通説的な理解は、憲法史に即して支持されえない」とする。なお、我が国でも、災害地方田畑地租免税ニ関スル法律（明治39年法律第10号）、京釜鉄道買収法（明治39年法律第18号）をはじめ個別的法律が時代を問わず制定されてきている。

44) 仮にこのような立場に立つのであれば、これまで個別的法律の例の一つとされてきた国の機関や公法人の設置に関する個別の組織的法律は、むしろ、行政の民主的コントロールにかかわるものとして論じられるべきであり、少なくとも、個別的法律の問題としては、重要なものではないということになってくるのではないかと思われる。

の者のみを対象とすることが意図されながら、法律の形式上は不特定の者を対象とした一般的な形をとるようなことがみられることは既に指摘したとおりである。そして、それが裁判で争われても、裁判所の側は、立法過程あるいは立法者の意思からみると特定の者のみを対象とすることが明らかであったにもかかわらず、その形式のみをもって個別的ではないとして、原告の主張を斥けてきており⁴⁵⁾、一般性を重視する学説にもそれを批判するものはほとんど見受けられない。むしろ、国民の権利自由を制限する侵害的な法律においては、対象を限定した方が必要最小限の規制となり権利自由の保障と親和的との見方もなされているところであり、それゆえにこそ国会審議においては特定の者を対象としたものであるとする立法者意思を明確にして法律の運用に歯止めをかけようとするなども行われているのである⁴⁶⁾。

仮にこのような状況を是認するのであれば、法律の一般性は、露骨な狙い撃ちは避けるべし、侵害的な法律の場合には一般的な形をとるようにすべしなどといった立法者の心構え・指針にすぎないことになり、あえてその法的な意味を挙げるとするならば、個別性は、法的正当性にかかわる平等原則や権力分立などとの関係で問題を生じることになりかねないことを示す一つの指標や徴表

45) 「学校法人紛争の調停等に関する法律」に関する東京地判昭和38年11月12日（行集14巻11号2024頁）、「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」に関する東京地判平成13年6月13日（訟月48巻12号2916頁）、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法の一部を改正する法律（平成9年法律第39号）」の附則に関する最判平成15年11月27日（民集57巻10号1665頁）は、いずれも当該法律の規定は一般的・抽象的であるとして形式的な審査のみで原告の主張を斥けている。

46) 「学校法人紛争の調停等に関する法律」の場合でも、「無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律」の場合でも、国会審議では、その対象拡大のおそれの指摘に対し、特定の者だけを対象とするものであることが繰り返し提出者によって答弁されており、後者については、「この法案は事実上オウムだけを指している、……しかし、法規範の一般性、抽象性からオウムのための法案と名指して行うことはしなかった」という答弁まで法務大臣からなされたほか（第146回国会参議院法務委員会会議録6号18頁（平成11年11月25日））、衆議院ではその趣旨を明らかにするための修正も行われたところである。

といったごく当たり前のことになってくるのではないと思われる。ただし、個別的法律の中には、裁判所で係争中の問題について別途立法により解決を図ろうとするようなものもみられるが、これらは、立法的な処理・解決と司法的な処理・解決のあり方と限界などとの関係で基本的な問題を提起しているところがあることには注意を要しよう⁴⁷⁾。

他方、給付的法律の場合には、財政上その他の理由によりその対象範囲を明確にする必要があることから、形式上も個別的法律の形をとらざるを得ない場合が少なくないが、利益を付与するものであるだけに、それから除外された者が同様の措置を求めるようなことはあっても、それ自体の法的な妥当性や正当性が問題とされることはほとんどなく、そのようなことから、平等原則以外には、特定の者のみを対象に利益を付与する場合の法的な判断の枠組みはほとんど形成されてこなかったといえる。この点、ドイツでは、「国家は贈与をなし得ず」とする贈与禁止原則が補助金交付の公正さや公共性を確保するためのも

47) 名城大学紛争では、理事選任の手續の合法性をめぐる訴訟が裁判所で係属中であつたところ、裁判所での決着がつくまで学校や学生を不安定な状態のまま放置しておくわけにはいかないとの判断がなされる一方で、立法でどちらかを勝たせどちらかを負けさせるのは明らかに司法権に対する侵犯であると判断し、その争いとは別の見地からの解決方法として、当該紛争のみを念頭に置いた調停制度を新たに設けるといふ立法が行われたとされる。また、2008年に制定された「特定フィブリノゲン製剤及び特定血液凝固第Ⅸ因子製剤によるC型肝炎感染被害者を救済するための給付金の支給に関する特別措置法」は、被害者が国及び製造事業者に対し損害賠償を求めて全国5地方裁判所に提起した訴訟で、国の責任の有無や国・製造事業者が責任を負うべき期間等をめぐり各地方裁判所の判断が分かるとともに、先行して和解協議をしていた大阪高等裁判所の和解案等が原告側に拒否されたのを受け、原告側が強く求める全員一律救済の実現のためには、司法上も行政上も限界があるとして、立法による解決を図ることが政治決断されたものである。同法では、司法上は法的な責任に関する決着がついていない段階ではあつたが、人道的な観点から被害者に医薬品医療機器総合機構が給付金を支給する制度が設けられただけでなく、給付金の支給手続として感染者であることやその症状を証する確定判決・和解・調停等の正本・謄本の提出が規定され、司法認定という異例の方式がとられた。これらは、いずれも紛争の解決や被害の救済の必要性からはやむを得ない面があり、結果としての妥当性もあるとはいえものの、法的な面や司法との関係において必要性や結果の妥当性だけでは割り切れない問題や原理的な問題を少なからず含んでいたようにも思われる。

のとして議論され、一定の機能を果たしており⁴⁸⁾、また、日本でも、地方自治法232条の2が地方自治体の補助金について「公益上の必要」を規定し、住民訴訟などを通じてその有無が争われ、公益性が補助金を法的に限界づけられるものと解されるようになっていく⁴⁹⁾。

そこでいう公益性、あるいは公共的利益が何であり、またそれがどのような基準により判断されるのかといった問題はあるものの、給付的措置における恣意を排除し、それが無原則に行われることを防止するためにも、贈与禁止あるいは公益性を法的な統制のための原則としていくことが検討されるべきであり⁵⁰⁾、また、仮にそれが容易でないのであれば、少なくとも、立法や行政の指針として確立していくことが重要ではないかと思われる。そして、それによって、給付立法を行う場合には、立案・審議の過程で、財政的な面からの検討だけでなく、公益性の検証が必ず行われるようにするとともに、推進する側はその公益性を積極的に論証する義務を負うことがルールとされるようにしていくべきではなからうか⁵¹⁾。

48) 贈与禁止原則について紹介したものととして、高橋滋「ドイツ行政法における贈与禁止原則」杉原泰雄教授退官記念論文集刊行会編『主権と自由の現代的課題』（勁草書房 1994年）123頁以下など。高橋によれば、贈与禁止原則は、当初補助金行政について法律の留保が必要なことを理由づける命題として理解されていたが、やがて会計法上の経済性原則と結び付けて理解されるようになり、さらに補助金交付を正当化する実質的理由づけ（公益目的の達成）を求める命題であると考えられる立場も有力となっているという。

49) 最高裁が、公益上の必要の点から、地方自治体の補助金の交付について裁量権の逸脱を認め、その支出を違法としたものとしては、例えば静岡県元議員会補助金交付事件最判平成18年1月19日（判時1925号79頁）などがある。補助金の交付の公益上の必要性をめぐることは、住民訴訟が活発に提起されており、特に下級審では厳しい判断が示されることも少なくなく、事例の集積によりその視点等となりうるものが次第に明らかとなりつつあるようにもみえる。

50) 贈与禁止の原則を、日本においても、給付立法もその対象とした法的な原則としていくためには、これを財政民主主義、平等原則、法治主義などのうち、いかなる憲法原則によって根拠づけるのか、公益性に関する法的な判断基準は形成可能かなどといった問題があり、容易ではない面は少なからずあるものの、それなりに検討に値するものではないかと思われる。

憲法学における法律の一般性と個別的法律をめぐる議論は混沌としており、必ずしも実務に役立つものとはなっていない。歴史的・理論的・比較法的な探求の必要はもちろんあるとしても、現実の立法に即した議論も求められているといえるのではなかろうか。

2. 立法事実

立法の質を考えるにあたっては、「根拠に基づいた立法」ということが問題とされなければならない。根拠に基づかない立法は、いかにすぐれた発想や理想的な内容によるものであったとしても、質の劣った立法といわざるを得ないだけでなく、社会に弊害をもたらすことにもなりかねない。根拠に基づいて立法を行うことは、思い付き、世論に対する無条件反射、感情、権威への盲従等の要素を排して、合理性に裏づけられた立法につながることになる。

その場合の「根拠」については、いろいろなものがあり得ようが、端的には、立法の合理性を支える事実、すなわち「立法事実」の問題ということになってこよう。

(1) 立法事実の意義と判断の限界

立法事実は、立法の基礎を形成し、その必要性や合理性を支える社会的・経済的・政治的な事実であり、立法の際には、その存在について検討されることが必要不可欠となるものである。しかも、立法事実の検証においては、現在の事実はもちろんのこと、将来生じるであろう事実（効果や影響）まで視野に入れ、できるだけ客観的なデータに基づいて、因果的な思考により行われることが必要となる。十分な立法事実が存在しないような場合には、法的適格性を欠くだ

51) 近年では、災害被災者の住宅再建支援の問題が給付と公益性ということについて考える上で格好の材料を提供するものとなっていたが、結局は、その点についてきちんとした議論がなされないままに政治的な調整・妥協が図られ立法的な処理がなされてしまったことは、その内容の評価は別として、やや問題の残るところであったといえよう。しかも、その際には支援金の性格を見舞金としたことを理由としていとも簡単に所得要件までなくすなどしており、立法にあたりオープンなプロセスで合理性の検証や説明責任を果たすための議論を行うことの重要性を改めて指摘せざるを得ない。

けでなく、法的正当性まで問われることになりかねない⁵²⁾。

もっとも、その一方で、立法事実の存在、あるいはそれに関する因果関係は常に科学的に証明されなければならないものではなく、事柄に応じて一定程度の蓋然性で足りる場合もあるというべきである⁵³⁾。常に科学的に厳格な証明を求めることは、現実的ではない面があり、不毛な議論となるだけで、必要な立法がほとんどできなくなってしまうことにもなりかねない。その意味で、「根拠」に基づいた立法というのは、できる限り客観的な根拠に基づくことが求められるとしても、常に厳密な科学的根拠を必要とするまでのものではなく、事柄にもよるものの、基本的に、合理的な説明が十分に可能な根拠ということにならざるを得ないところがあるといえよう。問題なのは、現実の立法ではそのようなものでさえ十分には検討・提示されてこなかったということである。

また、それとともに、実際の立法におけるその検討の限界ということについても、留意が必要であろう。

その一つは、限られた時間・情報等の中での検討と人間の能力の限界という

52) 立法事実については従来から法律の合憲性を審査する際に考慮されていたともいわれるが、それを重視する姿勢を明確に示したのは、薬事法距離制限規定に関する最大判昭和50年4月30日（民集29巻4号572頁）とされる。もっとも、その後の判決をみる限り、最高裁が当該判決を契機として違憲審査に当たり一定の場合には立法事実を厳格に審査する姿勢に転じたとまではいえないようにも思われる。

53) 例えば、しばしば社会問題となっている青少年有害図書の規制について、有害図書と青少年の非行や青少年の精神的成熟を害すること等との間に因果関係があることが科学的・実証的に立証されない限り違憲であるとの批判もみられるが、岐阜県青少年保護育成条例事件最判平成元年9月19日（刑集43巻8号785頁）の多数意見のように「有害図書が……青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識となっている」とするのは論外であるとしても、同判決において伊藤正巳裁判官の補足意見が「青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずる相当の蓋然性のあることをもって足りる」とし、「有害図書が青少年の非行を誘発したり、その他の害悪を生ずることの厳密な科学的証明を欠くからといって、その制約が直ちに知る自由への制限として違憲なものとなすことは相当でない」と指摘しているように、事柄に応じる程度の蓋然性で足りるとせざるを得ない場合もあるものと思われる。特に、国民の生命・身体の安全を保護するための規制にまで厳格な科学的証明を求めることはおよそ困難であり、現実的とはいえないだろう。

ことである。

すなわち、現実の立法作業は、限られた時間、情報などの中で行われることになり、立法事実の検討はどうしても不完全なものとならざるを得ない面がある。そもそも、立法は観念的なものではなく、対象となる社会は複雑怪奇であり、関係する情報も無数にある。限られた条件の下で、我々人間がそのすべて把握し検討しきれものではなく、また、立法の結果である効果や影響を正確に予測することはおよそ困難である。ましてや、人間が行うものである以上、それぞれの能力的な限界と歴史的な制約の中でしか判断を行うことはできない。立法に携わる者は、そのことに謙虚であるべきだろう。

しかしながら、実際の立法では、例えば、初めから結論ありきで、その結論に適するような事実を探してきたり、恣意的に情報の取捨選択が行われるなど、そのような限界以前の問題といわざるを得ないような状況も少なからずみられ、それらにおいては、そのような限界を語る資格などまったくないというべきである。

もう一つは、科学技術の発達と判断の困難性・不確実性ということである。

科学技術の発達は、社会の高度化・複雑化・ブラックボックス化をもたらすとともに、次々と立法的な対応を必要とするような状況を生じさせてきているが、それに伴って、立法には高度の専門的・技術的な知識が必要とされるようになり、その場合には、その時点における科学的な知見を前提とすることになってくる。これに対して、議員をはじめとする立法関係者は、そのような専門的・技術的な知識をもたないことが多く、また、その判断能力には限界があることから、専門家の知見を導入したり、助言を得たりすることが必要不可欠となってくる。

ところが、そのような問題の中には、専門家以外にはなかなか理解しにくいもの、専門家の間でも意見や評価が分かれるもの、不確実性の高いものなどが少なくなく、その分野の専門的知見に依拠せざるを得ない立法の現場では、しばしば、立法をすべきかどうか、また、立法を行う場合にどのような内容とすべきか、戸惑い、悩むことになる。特に、近年は、問題が生じた場合の損害の

重大性などから、できるだけ早い段階で予防的な対応を求められるようなケースも増えており（予防原則に基づく対応）、そうなると一層不確実性が高い状況の中で判断を行わざるを得ないことになる⁵⁴⁾。

立法者は、そのような状況の下で、次々と判断を迫られ、一定の結論を出さざるを得なくなっているのである。そして、それらに対応していくためには、とりあえず一歩前進ということで漸進主義的な対応を行うとか、柔軟性をもたせた制度とするとか、場合によっては実験的な対応を行うようなことも、選択肢となってこよう。このような対応は、関係者などからいろいろと批判を受けることも少なくないが、必ずしも質の良くないものということではなく、むしろ、「ましな立法」を行っていくための一つの知恵というべきである⁵⁵⁾。ただし、暫定的な性格の強い立法の場合については、事後的なフォロー、あるいは裁判所の法的統制の必要性がより高くなることに留意することも必要となろう。

このほか、諸外国の事例の比較検討と立法事実としての価値ということについても一言触れておかなければならない。

いまさら指摘するまでもなく、日本では、立法が行われる場合に、伝統的に、諸外国の制度が参照されることがきわめて多い。確かに、そのことによって、諸外国において一定の社会的要求に応え、あるいは類似の問題に対処するためにいかなる立法的な対応がなされたか、それが実際に社会に対しいかなる結果をもたらしたかなど、法とその背景をなす社会的事実との相互関係について実

54) 予防原則による対応は、その分だけ許容される対応の幅が広がることになり、立法府の裁量の拡大とみることも可能かもしれないが、自由主義的法治国家観に立つ現行憲法の下で、いかなる場合に予防的対応が認められるかの判断には困難が伴い、安全を求める声が高まるにつれ、むしろ立法者の側に厳しい判断を迫るものとなっているといえよう。また、予防的な対応については、見込みによる網羅的なものとならざるを得ない面などもあって、その発動に関する要件などを一般的規範として取り込むことには限界があり、規範的な統制は後退せざるを得ない面があることも指摘されよう。

55) だからといって、立法事実を照らして抜本的な対応が求められているにもかかわらず、妥協的で中途半端な対応や既成のものに過剰に配慮した対応しか行わないようなことが正当化されるわけではもちろんなく、また、それによって、場当たりの・朝令暮改的な立法が許容されるものでもない。

証的な知識を得ることができ、制度について考える場合の有益な資料が得られることになるといえる。また、グローバル化の進展とともに、制度・基準・手続等の統一化・標準化が要求されるようになってきている中で、日本のシステムもそのような点から検討する必要がある場合が増えてきていることも確かであろう。

しかしながら、実際の立法をめぐる議論では、外国にそのような制度があるからとか、どこの国の制度がそうになっているからといった類のものが多く、中には、外国での例の有無や数が大きな争点となることさえみられる。これに対しては、制度の背景となる国家状況、歴史的経緯、政治的・経済的・社会的事情等は国によって多様であり、形式的比較によって得られた知識により軽々しく他国の法制を模倣することの危険性が指摘されるべきことはいうまでもない。ところが、現実には、それ以前の問題として、立法に際し持ち込まれる研究者や関係者による外国の制度の情報は、その表面的な紹介にとどまったり、自説の正当化の根拠として外国の事例を部分的に持ち出しているようなものなど、本来であればそのままでは受け入れられないものも少なくない。しかし、通常の立法の場合には、時間的・財政的・人的な制約によりそれらの情報について十分な検証を行うことが困難であることが多く、場合によっては、不安を感じつつも、それらにある程度依拠して作業を進めざるを得ないこともあるのが現状といえよう。

立法における諸外国の事例の取扱いの問題は、立法関係者による比較法的な調査・検討のあり方だけでなく、研究者などの調査研究や情報の発信・提供のあり方も問うているといえるだろう。

(2) 立法事実とプロセス

以上述べてきたように、立法事実の判断には、不完全性や不確実性などを伴うことが不可避である以上、その検討作業ができるだけ適切に行われるようにするためには、そのプロセスやシステムの問題にも目を向けざるを得ない。いな、立法事実の問題として、現実に対応すべきは、まずはその条件整備としてのシステムやプロセスの問題といっても過言ではないといえよう。この点に関

する課題について、いくつか挙げておきたい。

① 専門知識の導入のあり方

立法においては、立法者の専門的・技術的な知識や能力の不足を補うためにそれぞれの分野の専門家の知見を導入する必要がある一方で、社会全体における専門家に対する信頼の低下や不信、あるいは専門性の軽視といった風潮などもあり、一般国民の感覚や感情の方に重きが置かれるような状況もみられないではない。

しかし、根拠に基づいた立法を行っていくためには、専門的知見の獲得のため専門家の意見や専門家による検討が必要不可欠となることが少なくなく、特に高度の専門知識を要する分野ではそれに全面的に依拠せざるを得ない。問題は、その導入のあり方である。

この点、従来において専門家の意見を反映させる主な場となっていたのが、審議会であった。しかし、審議会については、省庁の政策の権威づけや隠れ蓑に利用されているなどといった批判が強まり、その構成や運営等の改革が進められたほか、中央省庁等改革の一環として、政策提言型の審議会を中心にその数が大幅に削減され、民意の反映の手段としてパブリック・コメント、公聴会等を活用する方向が打ち出されることとなった。審議会に期待される機能としては、一般に、行政への民意の反映、専門知識の導入、利害の調整などが挙げられるが、確かに、民意の反映の面では審議会は様々な問題を生じ、厳しい批判を受けることとなったといえる。しかしながら、専門知識の導入の面から期待される役割にはいまだ大きいものがあるというべきであり、これをうまく活用していくことが必要ではなかろうか。ただし、その場合には、内向き・閉鎖的な検討とならないよう、できるだけその構成やプロセスをオープンで透明性の高いものとしていくことが重要であり、また、限られた特定の者だけの議論とならないよう、関係する分野の専門家集団や専門機関においても、それと並行して、オープンな議論を行ったり、国民に向かって情報発信を行ったりしていくことなどにより、情報や議論の多様性や検証の可能性が確保されるようにすることなども必要ではないかと思われる。

このほか、国会審議においては、早い段階から、フレキシブルに参考人の制度などを活用することで、専門的な知見などを踏まえた審議とするようにしていくべきであろう⁵⁶⁾。

② 立法事実にかかわる情報の多様化と評価の仕組みの整備の必要性

立法事実の検討に当たっては、その前提として、必要な情報を入手できるかどうか、多くの情報の中から根拠となるべきものを適切に取捨選択できるかどうかなどといったことが重要となってくる。

しかしながら、実際上は、立法事実の検証を行うにも、推進する側（関係省庁等）からもたらされる一方的な情報ばかりで、それを検証したり、比較できるような情報がほとんどないといったことも少なくない。また、そもそも、情報や事実を評価するノウハウや仕組みの蓄積も不十分であるといわざるを得ない。そして、それらのことが、我田引水的な事実や恣意的な判断が根拠とされるようなことにもつながってきたといえよう。

その適切な検証・評価が行われるためには、立法事実にかかわる必要な情報を発信したり、第三者が評価を行いその評価情報が提供されたりするための仕組みや、情報の客観的な評価方法など立法事実が適切に分析検討されるための手法が、整備されていくことが必要といえよう⁵⁷⁾。

③ 立法事実と説明責任

立法事実に関する情報の提供・評価のシステムとともに重要なのが、立法に

56) 現在の委員会審査における参考人の招致は、委員会採決の前提としてその直前に行われることが多く、その意見が審査に反映されることはあまりないともいえる。

57) その点では、政策にかかわる情報や、その評価に関する情報を発信していく専門機関の育成やシステムの整備が重要であるといえよう。この関係では、エビデンスに基づく政策決定を掲げ、社会政策（教育・刑事司法・社会福祉）における、系統的レビューの成果（データベース）を提供し、共有化するための国際的プロジェクトとしてキャンベル共同計画といったものも進められているようである。エビデンスに基づく政策決定の可能性や射程についてはいろいろと検討すべきところも少なくないとは思われる（例えば、情報の提供・共有化のプロジェクトといっても、あらかじめ蓄積できるのは、根拠のない情報や政策を排除するための情報にとどまる可能性が高く、政策判断のための直接の根拠を提供するものとなるのはなかなか容易なことではないといえよう）が、その行方・成果が注目される。

おいて根拠とされた事実ないし情報が明らかにされ、批判や評価にさらされるプロセスを確保することである。

すなわち、立法過程において、どのような事実が検討され、考慮され、それによってどのような判断がなされたかといったことが明らかにされ、それが他者によって検証される必要がある。多くの議論や批判にさらされることによって、恣意性が排除され、その検討や判断の適切さや適正さが確保されることにもつながってくるといえる。また、立法過程でそのことが明らかにされることは、その後、事後評価がなされたり、立法の合理性等が裁判で争われたりするような場合にも役立つことになってくる。

ところが、例えばこれまでの国会審議等をみると、立法事実に関する情報の開示や説明が十分にはなされていないだけでなく、議論を通じてそれらがきちんと検証されているとはいえない状況にある。国会審議の質ということだけでなく、国民に対する説明責任の全うということからも、国会審議のあり方が問われなければならない。

また、立法事実の検討・評価のためには、立法の基礎とされた情報・資料はもちろんのこと、あらかじめ関連する情報・資料がオープンにされている必要があり、関係省庁によって独占されている各種情報が、国民が容易に入手できるような形で積極的に公開されることも重要となつてこよう。

④ 事後評価の重要性

立法における政策というものは、あくまでも相対的なものであって、それらを調整して得られた結論も決して唯一絶対のものではなく、あくまでも一つの理論的な仮設にすぎず、また、それが、所期の効果を生むとも限らない。

そして、そのようなことからするならば、その完全とは言い難い決定を補完するために、常に政策のフォローアップを怠るべきではなく、その検証を通じてそれをよりよいものへと改善していくような地道な努力が求められているといえる。すなわち、企画立案（Plan）、実施（Do）、評価（See）を主要な要素とする政策のマネジメント・サイクルの確立の必要性である⁵⁸⁾。

もちろん、法というものの性格上、制度の安定性ということも求められるこ

とになる。しかし、所期の効果を発揮しなかったり、問題を生じた立法は、立法事実の分析評価において何らかの間違いや見間違いなどあったとみるべきで、それを謙虚に認め、立法事実に関する調査・検討を再度行うとともに、改めるべきところがあれば適宜改めるようにすることが大事なのであり、また、その客観性を確保するために第三者による評価などを取り入れることも必要となってこよう。

3. 実効性

実効性は、立法事実の検討においても重要なポイントの一つとなるものであるが、法的適格性ということでは、それにとどまらない独自の意味をもつものであり、実効性を有しない法律は法的適格性を欠くといえる。

ここでは、国民の受容可能性と実効性の確保措置ということから、実効性について簡単に触れておきたい。

(1) 国民の受容可能性・適応可能性

法律は第一義的には国民を名宛人とし、社会に作用するものである以上、社会一般の人々の現実的な要求や法感情と乖離した法律は、その内容がどんなに正しく、理想的なものであっても、生きた法として存在できず、ザル法となってしまうたり、逆に社会的な混乱や弊害を招いたりすることになりかねない。現実の立法では、観念的・理想的な目標を追求するあまりに、知らず知らずのうちにその内容が社会の実情にそぐわなかったり、一般の人々の意識とはかけ離れた内容となってしまうものや、社会的に受容されうるかどうかの検討が不十分なままに制定されるようなものなどが見受けられる⁵⁹⁾。

その意味では、立法に際しては、その内容が、社会一般の人々にどの程度受

58) この点については、「行政機関が行う政策の評価に関する法律」が制定され、「政策について、適時に、その政策効果（……）を把握し、これを基礎として、必要性、効率性又は有効性の観点その他当該政策の特性に応じて必要な観点から、自ら評価するとともに、その評価の結果を当該政策に適切に反映させなければならない」とされているところであるが、自己評価にとどまっていることなどもあり、いまのところ、必ずしも十分な効果を発揮しているとはいえない。

容され、どの程度実現可能であるのかということから、それにかかわる立法事実を検討し、それを見極めることが必要となるほか、立法の過程や施行までの段階でその必要性や合理性に関する情報を提供し、国民に周知を図り、その理解を得ることなどにより、混乱を生じないようにすることも求められることになる。法律が効力を生じる要件として公布の手続があるが、特に国民の権利義務や生活に影響を与えるような立法については、公布だけでは足りず、周知期間（施行までの期間）の確保と関係者への周知の徹底が立法者等に義務づけられることになるといえよう。

実効性を欠いた法律は、法的適格性を欠き、社会に受け入れられないことによって無意味となるというだけではなく、有害なものともなりかねないことに、立法者はもっと留意すべきである。

（2）実効性確保措置とその多様化

世間では、違反状態が日常化し、多くの国民が規範として受け入れていないようなザル法の存在がしばしば指摘されるが、それらについては、日本人の法律観や法意識といったことも絡んでくるものの、中には、受容可能性や適応可能性に関する立法事実の検討が不十分であったことによるものや、実効性を確保するための措置が不十分であったり、それが実際に機能し得なかったことによるものなどもみられる。

この点、実効性の確保ということでは、伝統的にその典型的な手段とされて

59) そのような例は、古今東西を問わず枚挙にいとまがないほどであるが、我が国での最近の例としては、1999年の電気用品取締法の改正による電気用品安全法の制定の例を挙げることができるだろう。同法については、中古品に関する立法事実の検討や制度の周知が不十分であったことから、中古品への適用をめぐり混乱を生じ、また、それに対する行政側の不適切な対応もあって、事業者の廃業・倒産などの事態も招くこととなった。その後、旧電気用品取締法と電気用品安全法とでは安全基準が変わっていないことが確認できたとして、2007年に法改正が行われ、PSEマーク無しの中古品の販売が認められることとなり、また、経済産業省は、法案作成等の担当者を嚴重注意処分とした。しかし、法律の適用をめぐり関係者の混乱を招いただけでなく、法律を守ろうとして中古品を安く処分した事業者が損をするなど正直者がバカを見るような結果も生じるなど、多くの教訓を残すこととなったといえる。

きた刑罰が必ずしも十分には機能してないことが指摘されている。とりわけ、行政刑罰については、一般に威嚇力が低いことや、刑事司法機関の手が回らず実際に適用されることが少ないことなどもあって、機能不全の状況を呈しているほか、行政上の伝統的な実効性確保措置とされている行政強制も有効に機能していないともいわれている。

このようなことなどから、厳罰化の動きが強まる一方で、行政的な実効性確保措置の多様化、とりわけ、ソフトな手法やポジティブ・サンクションの活用などが進められてきている。しかしながら、厳罰化の効果は必ずしも明らかではなく、また、ソフトな手法だからといって強制力や権利利益の侵害の度合いが弱いということでは必ずしもなく、それらの安易な多用は行政の恣意的・場当たり的な運用をはじめ別の問題を惹起しかねない。

実効性の確保のためには、どのような手段が有効であり、それをどのように組み合わせてより機能的・効果的なものとするのか、さらにはそれをどのような体制・機構・手続の下で実行し、作動させ、あるいは適正に運用させるようにするのか、などといった制度設計的な視点を取り入れながら、立法者が知恵を絞るとともに、ハード・ソフトのいかに問わず手続的な適正の面での配慮が求められているといえよう。

4. 目的の明確化と手段・手続の適正保障

立法は、「目的—手段」的な思考を基本として行われるものであるが、中でも目的は立法の核となるものであり、また、立法政策の中心は、具体的な目的の設定とその実現のための手段の選択にあるといえる。その点での法的適格性にかかわる準則・指針としては、次のようなものが挙げられよう。

(1) 目的の明確化と偽装の禁止

法律には、一般的に、その目的を明らかにするためその冒頭に目的規定が置かれ、また、そのような目的規定が置かれない一部改正法も含め、法律案には理由が付されるとともに、国会審議においては提案理由説明や質疑を通じて立法の目的などが明らかにされることになる。

しかしながら、法律の目的規定は、抽象的・建前的なものとなることが多く、また、法律案に付される理由は紋切り型の内容の薄いものにとどまっており、国会での提案理由説明や質疑についても建前的な議論となり、具体的な目的が明確とはならないようなことも少なくない。そして、中には、表面上・建前上の目的とは別のところに本当の狙いがあるような立法もみられないわけではない。法律を多数の賛成を得て成立させるためには、公共的な利益を標榜しなければならず、その本当の狙いが特定の者の私的な利益にある場合でも、それに公共性の衣をかぶせようとする戦略がとられるのであり、そのような例は決してわずかなものにとどまるものではない。また、時に、中立を装いながら、特定の者を不利に取り扱ったり、差別するような立法もみられる。

目的は、立法の核となるものであり、その法的正当性について考える上でベースとなるものである。それだけに、目的が明確にされない立法というのは、法的適格性の面で問題があるといえよう。いわんや、真の目的を明らかとせず、別の目的を偽装するといったことは許されるものではなく、もはや法的適格性を欠くといわなければならない。目的の偽装は、法と公権力の不一致を招き、国民の信頼を揺るがすことにもなるものであり、そのような立法を行うことは政治的だけでなく、法的にも、その責任を問われることになりかねず、また、それによって特定の者の権利利益が害されるような場合には、違法なものと思われることにもなってしまう。

（2） 比例原則・手続保障・救済可能性

立法の目的を実現するためにとられる手段は、その目的との関係で適合的であり、バランスのとれたものである必要があり、特にそれが国民の権利自由の制限につながるものである場合には、その制限は基本的に必要最小限のものにとどまらなければならない。このような比例原則は、警察行政の領域で発達してきたものであるが、立法に関する一般原則として位置づけることができる⁶⁰⁾。

比例原則は、立法において、法的な適格性・整合性・正当性のいずれの面でも問題となりうるものであり、また、それらはそれぞれに密接に関係することになってくるものといえる。この点、法的適格性ということからは、目的と手

段との形式的なバランスが問われることになり、鶏を割くのに牛刀をもってするような立法は、過度に広汎なものとして、まずは法的適格性が問題とされることになるといえよう。

また、国民の権利自由にかかわるような立法を行う場合には、一定の手続的な保障とともに、その不当な侵害に対して救済の道が開かれていることが前提となる。これらが措置されず、現行法上標準装備となっているような制度や手続を欠いた立法は、そのことにより、法的適格性を欠くというべきである（ただし、手続保障の内容や標準装備以外の手続的保障の必要等については法的正当性の問題となるといえる）。

なお、それとの関係では、先に指摘したソフトな規制手法の場合についても、どのような手続の保障と救済手段が必要とされるべきなのか、その検討が行われ、標準化が進められていかなければならないといえよう。

(3) 事後法の禁止とその射程

国民の不利益となるような措置を定める場合には、立法がなされる前の行為に対して、事後的にその措置を適用し、不利益を与えることは許されない。憲法39条を引くまでもなく、行為時に適法であった行為については何人も責任を問われまいというのは法の基本原則とされている。

もっとも、その場合に、遡及が許されない不利益の範囲に関し、刑罰法規の遡及適用が許されないのは当然としても、それ以外のものの遡及については議論の分かれているところであり、実際の立法では緩やかに解されてきたところもないわけではない⁶¹⁾。しかし、何をもって不利益とするかの問題は残るとしても、少なくとも法律の施行前の行為等について国民の信頼に反する形で事後的かつ直接に適用し、不利益を与えるような措置は特定の者の狙い撃ちなどに

60) 最近の行政法の教科書では、比例原則は、一般的な行政の原則として挙げられるようになってきているといえるが、立法に関しても、これと同様の理念に基づくものとして、「より制限的でない他に代わり得る手段」(less restrictive alternatives)などが違憲審査の基準として用いられてきている。比例原則の射程を広げることは、その分だけ原則としての意味内容の希薄化を招くことにつながる面はあるかもしれないが、憲法13条等を根拠に比例原則を立法に関する原則として位置づけていくことも必要ではなからうか。

もなりかねず、基本的に許されないというべきであろう。ただし、そのことと、それとしばしば混同して論じられる新しい制度の導入や制度の変更によって既成事実や既得利益を尊重・保護することとは問題を異にし、これらについては法的適格性としての遡及の禁止とは別の観点からその対応の要否や適否が検討されるべきものといえよう。

ちなみに、この点については、基本的に法的正当性の問題に属することにはなると思われるが、立法行為とはいえ、信義則や法的安定性（「法は裏切らず」）に反するようなものは許されず、現行法を前提に生活や活動を行っている国民の信頼をむやみに覆すような立法を行うことは認められないというべきであろう。そして、それとの関係から、既得の権利や利益は原則として尊重・擁護することが求められ、新たな制度の導入や制度の変更を行う場合には一般に経過的な特例や補償などが必要とされているところである。もっとも、その一方で、法的な安定性或国民の信頼を重視し、あるいは、新しい制度の導入や制度の変更を行う場合には社会に混乱をもたらすことなく円滑に行われるよう配慮することが大事であるとしても、何が正当な利益であり、公平であるかについては様々な見方があり、また、改革には何らかの痛みを伴うものであることも指摘せざるを得ない。政治的な圧力などにより既得権益への擁護に傾きがちな現状にかんがみると、明らかに信義則に反したり、個人の権利を侵害するような場合は別として、どこまでその保護が必要であるのかについては、改めて検討がなされるべき場合も少なくないのではなかろうか⁶²⁾。

61) 自作農創設特別措置法改正に関する最大判昭和24年5月18日（民集3巻6号199頁）は、憲法39条は刑罰法規について事後法の制定を禁止しているが、民事法規については法律がその効果を遡及せしめることを禁じてはいないと判示しており、立法実務では、この判決を基に、刑罰以外の措置の遡及適用の是非について比較的緩やかに解する向きもないわけではない。しかし、この判決は、旧農地法上立法政策により創設された権利にかかわるものであり、その特殊性からすれば、にわか一般化すべきではないといえよう。

5. 明晰性

(1) 明確性の要請とその意味

法律の内容は、社会一般の人々に理解できるものとなるよう、明瞭なものではなくならず、法文として正確に、かつ、明快で分かりやすく表されなければならない。とりわけ、刑罰については罪刑法定主義の要請から、また、表現の自由にかかわる規制についてはその萎縮効果ゆえに、明確であることが強く求められることになる。

もともと、刑罰規定の明確性については、罪刑法定主義の要請とされ、それに反する不明確な規定は憲法31条に違反し無効であると解されてきているにもかかわらず⁶³⁾、立法実務や裁判所はその適用をかなり緩やかなものとしてきており、学説の一部もそれを容認してきたといえる。その典型的な例ともいえるのが、福岡県青少年保護育成条例事件で最高裁（最大判昭和60年10月23日（刑集39巻6号413頁））が「淫行」について行った合憲限定解釈とそれをめぐる議論であろう。特に、憲法学説と刑法学説とでは、明確性の原則の位置づけやとら

62) 前掲注5「例解立法技術」17頁・495頁は、立法内容の正当性として述べる社会秩序の安定性の確保との関係において取り入れられるべき立法上の諸原理、諸原則、諸技術として、①刑罰規定の不遡及の原則、②法令の公布と施行との間には原則としてある程度の猶予期間を設けること、③既得の権利ないし既得の地位は原則として尊重し保護すべきことなどを挙げ、また、経過措置を定めるに当たって考えるべき第一の基礎理念は、既得の権利ないし地位の尊重、保護ということであるとする。そのような考慮が必要であるとしても、問題は、既得権益保護の政治的圧力が常に働く中で、法的には、どのような場合にそれを配慮し、措置を講じるべきものとされるのか、ということであろう。

63) この点については、徳島市公安条例事件最大判昭和50年9月10日（刑集29巻8号489頁）が「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法三一条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからである」としており、最高裁も認めるところとなっている。なお、刑罰法規の明確性の位置づけについては、罪刑法定主義の形式的側面に含める考え方と実質面側面に含める考え方がみられるが、本稿は、あくまでも規定の形式の面に着目して論じるものである。

え方について温度差があり、刑法学説においては処罰範囲を限定する方向で解釈を行うことに寛容な姿勢が見受けられる⁶⁴⁾。しかしながら、刑罰規定には、行為規範と裁判規範の側面があり、明確性の要請の本来の趣旨が行為規範の面に重きを置いたものと解するのであれば、一般の国民にとって、当該条例の「淫行」はあまりに不明確であり、何が処罰の対象となるかの国民に対する告知機能を欠き、公権力の側の恣意的な運用をもたらしかねないといえよう。法文では一定の抽象的・包括的文言の使用が不可避であるとはいえ、明確性の要請における「一般人が法文から具体的な行為が処罰されるのか否かある程度知り得るか」のテストを、「法文からどこまで処罰するかの手掛かりがほとんど得られないか否か」のテストに修正せざるを得ないとするのは⁶⁵⁾、緩やかに解しすぎであり、また、不明確であるならば限定解釈をすればよいというのは、適用される国民の側ではなく、適用する側に立った議論であり、法律専門家の内輪の論理との誇りを免れないであろう。

青少年との淫行処罰については、他府県の青少年保護育成条例の中には該当する行為を列挙するなど構成要件を限定するものもあったことなどにかんがみれば、福岡県青少年保護育成条例の規定はその検討・起草が不適切なものであったとみるべきであり、それを無理のある合憲限定解釈を施してまで許容し、正当化してしまうというのは、国民の権利の擁護を使命とする裁判所の対応としては疑問がある。そして、そのような立法者に対し寛容ともいえるような最高裁の姿勢は、現実の立法にも影響を与えているところがあるのではないかと思われる⁶⁶⁾。

立法に関する準則としての明確性の要請の意味が、国民の視点から再確認されなければならない。

64) そのことは、福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決の評釈において、刑事関係者だけでなく、刑法学者の間でも、その合憲限定解釈の内容はともかく、本件の淫行処罰規定は法文自体を違憲とするほど不明確とはいえないとするものが少なからず存在したことにも表れていたようにみえる。これに対し、憲法学者は最高裁判決と淫行処罰規定におおむね批判的であったといえよう。

65) 前田雅英「法文の明確性と解釈の明確性」ジュリスト853号（1986年）56頁

他方、行政関係の法律の規定の中にも、あいまいな表現や抽象的な表現が目立ち、それが行政の側の幅広い裁量につながっているほか、その妥協的な内容・玉石色な表現がしばしば批判の対象となってきたところである。また、それとは反対に、内容の表現上の正確性を確保するために、いろいろなことを盛り込みすぎること、法文があまりにも長文で複雑となり、難解なものとなってしまうこともまみられる⁶⁷⁾。

複雑かつ多様な社会を対象とするものだけに、法文が、ある程度、抽象的なものや妥協的なものとなったり、逆に長文で複雑なものとなったりすることはやむを得ないとしても、一般の国民がそこからほとんどその意味内容を読み取れないものは、明晰性を欠くものとして、法文としての法的適格性を備えていないといわざるを得ないだろう。

(2) 法文の民主化と法律の権威性

穂積陳重は、1924年の「法律進化論」の中で「難解な法文は専制の表徴である。平易な法文は民権の保障である」と述べている⁶⁸⁾が、法律の規定は、一定の限界はあるにしても、内容的にも、形式的にも、できる限り、国民にとっ

66) 例えば、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」の立法の際には、児童買春の定義をめぐり、法務省当局からは、「淫行」については最高裁の判例によってその解釈が確定されておりそれを用いるのが妥当であること、買春を具体的な行為として規定する場合には漏れなどを生じるおそれがあることなどを理由に、「淫行」を用いるべきことが主張されたようである。しかし、いくら最高裁判決があるとはいえ、「淫行」そのものはやはり不明確であり、また、一般の国民は最高裁判決など知らず、そこからどのような行為が処罰されるのか読み取ることは困難であるとの議論が議員の間で有力となり、最終的には「淫行」は用いられないこととなったという。

67) 最近の法令では、利害調整の過程で政治的な妥協を図り、あるいは世論の批判をかむすために、あえて不明確な内容・表現とするようなケースもみられ、例えば、環境基本法などではそのような婉曲的・抽象的な法文が「官庁文学」などと揶揄・批判された。他方、現在の法令には、1センテンスで1000字を超えるような長文の法文がしばしばみられ、大久保忠利「法令用語を診断すれば一構文法から見た法律文章のわかりにくさの分析」法学セミナー 35号(1959年)55頁は、法文の現代病として、①長文病、②修飾語句長すぎ病、③主述はなれ病、④省略文素無意識病、⑤条件文やたらはさみこみ病の五つを挙げているところである。

て平易で分かりやすいものとされなければならない。このように法律を国民本位のものとするための取組みは、「法文の民主化」と呼ぶことができ、法律が一般の国民にとってどの程度分かりやすいものとなっているかということは、その国の民主主義の程度を示すバロメーターともいえるだろう。

もともと、法令においては、日常言語を用いることから、その内容を正確かつ厳密に表現し、誤解や曲解を生じないようにする必要などがある。そのような法文の特殊性のゆえに、法文を易しく分かりやすいものとすることには限界があり、また、法令上特別の使い分けや意味のあるものとされる法令用語といったものも用いざるを得ない。そして、日本語にはあいまいなところが多いことなどからは、むしろそのあいまいな日常用語を鍛える必要があるともいえるのである⁶⁹⁾。

ところが、最近では、法令の分かりにくさ、厳格さ、権威性、近寄り難さなどへの批判や反発から、法文を親しみやすいものとすべきであるといった論調もみられ、厳密さを欠いた用語や情緒的なものが法文に持ち込まれるような状況が生じているほか、一部の地方自治体の条例にはとどまるものの、法令用語を使用しないようにしたり、平仮名を多用したり、文体を「ですます調」にする例まで現れるようになっている。

しかし、これらは、明らかに法令というものを理解しない筋違いの対応・独り善がりの対応であり、法文としての法的適格性を欠いているといわざるを得ない。そもそも、法令というものは、その性格上、ある程度の権威性や厳格性は必要なのであり、たとえ、その表現をいくら丁寧で易しいものとしたとしても、国民がそれに親しみを感じたりするようなことは、そうあるものではなく、また、本来的にそのような性格のものではないといえよう。

68) 同「法律進化論」第2冊（1924年）300頁

69) 利谷信義「日本の法を考える」（東京大学出版会、1985年）143頁は、「法律を生活から遊離したものでなくするためには、法律をやさしくすることは、もちろん不可欠なことです。しかし、同時に重要なことは、私たちの日常のことばを、私たちの生活上の利害を的確に表現できるようにきたえなおすことです。」と述べる。

二 法的整合性

立法は、白地のキャンパスに絵を描くような作業ではなく、膨大な実定法体系の中で、他の法令との間で、協調性・統一性・整合性が保たれているようにする必要があるだけでなく、他の制度といかに関連させ、それらと協働、あるいは調和させながら機能するようにしていくのかということから、制度のあり方を検討することも必要となる。

(1) 法令の体系性・統一性・調和性と法体系の複雑化への対応

法令の間での矛盾については、それを解決するための法原則が用意されているとはいえ、立法にあたっては、できるだけ、そのような矛盾を生じさせないようにすることが必要といえよう。論理的に一貫をせず矛盾の多い法制度は、国民生活に混乱をもたらしたり、法に対する国民の信頼をゆがめることにもなりかねない。そのためにも、立法を行う場合には、実定法の論理的・有機的・統一的な制度・体系をみだすことなく、全体として調和と均衡の関係が保たれるよう、慎重に調整が行われる必要がある。

また、規制の必要性や非難可能性の低いものの方がより厳格な規制を受ける場合など、他の制度と著しくバランスを欠いた制度は、法的整合性を欠き、そのことゆえに違法とされる可能性もある⁷⁰⁾。これは、法的整合性の面からの比例原則の適用の一つともいえるだろう。

ますます複雑化・高度化する現代社会において、法はこれに対応するために非常に詳細で緻密な規定をするようになり、法制度は複雑化・専門化・精緻化の度合いを増している。その結果、法というものは、一般の国民だけでなく、専門家でも容易には理解しにくいものとなっており、それに伴って、立法の作業も困難さを増し、立法上のミスや法令間の不整合なども増加している。

立法も人間が行うものである以上、ミスを生じることは当然ありうる。とり

70) この点について、高知市普通河川管理条例事件最判昭和53年12月21日（民集32卷9号1723頁）は、国の法令による規制と条例による規制のバランスについてはあるが、バランスを欠いた条例を違法と判断しており、このような考え方は法令同士の間でも妥当する場合がありますといえよう。

わけ、その対象となる社会が複雑さを増し、法制度も複雑化・緻密化することにより、形式上のミスや不整合を生じるリスクは高まっているといえる。とすれば、そこで大事なものは、ミスの有無ということよりも、ミスが生じうることを前提に人為的なミスを減らすことができるような仕組みを整備することであり、また、ミスがあった場合にそれに対応するための制度と手続を確立しておくことである。前者として考えられるのは、工学技術や情報通信技術を用いた形式上のミスや不整合を減らし、チェックするシステムの開発・整備であり、そのようなシステムがうまく機能するようにするために、立法技術としてあまりにも職人芸的となっている技術や意味のない決まり事を変えていくことなどである。他方、後者としては、立法後にミスや不整合が見つかった場合にそれを特定し訂正を行う手続とそれを担う機関の整備などが考えられよう⁷¹⁾。

このほか、我が国では、国として法典集といったものを整備していないが、法令について正確なテキストを確保するとともに、形式的なミスや不整合といったものを抑制し、あるいは適宜修正していくために、その法典化を進めていくことなども考えられるのではないかと思われる⁷²⁾。

なお、現代国家における立法の特徴の一つとして、法や立法主体の多様化・

71) 立法後のミスや不整合はその執行において見つかりやすいものかもしれないが、訂正が立法権にかかわるものである以上、その特定と訂正の手続は、行政府においてではなく、国会において行うようにする方が妥当であり、また、その事柄からすれば、国会のいずれの補佐機関にそのための権限をもたせ、その処理等について適宜議院に報告させるといった仕組みをとるのが合理的ではないかと思われる。

72) これまで、国によって一定のオーソリティをもったものとして提供される法令の情報は官報だけであり、また、現行法のテキストを示したものとしては、インターネットを通じて提供される総務省行政管理局による法令データ提供システムがあるだけで、立法の際には民間法令集に依拠してきたところがあるといえよう。そして、立法上の不整合などがあっても民間法令集によって対応が異なることなどもあるがために、例えばその不整合をあいまいに処理した民間法令集のテキストを前提にさらに当該部分の改正が行われた場合など、現行法の規定とされているものが既に官報どおりとはなっておらず、その正確なテキストを特定することが困難となってしまっているものも少なからず存在している。立法や法制度の質を考えるのであれば、国として法典集の形で定期的に現行のテキストを明確にし、それを前提として立法が行われるようにしていくことも必要なのではなからうか。

多元化の進行ということも指摘できるが、それがあつて意味で現代国家において避けることのできないものであり、また、場合によっては、地方分権などのマクロ政策の面から積極的に進めていかなければならないものであるならば、それらの法の間不整合や矛盾を防止するための仕組みづくりにも併せて取り組んでいく必要があるだろう⁷³⁾。それらによって法の体系・制度が有機的・整合的なものでなくなり、いろいろな矛盾を抱え込むことになれば、法の価値を低下させるとともに、国民の法に対する信頼を損ないかねないことが認識されなければならない。

(2) 法的な一貫性と朝令暮改の禁止

法律は、国民の権利自由や生活を規律し、また、国民はそれを前提として活動することになるものである。それだけに、立法においては、国民の信頼を損なうことのないよう、制度の安定性に配慮し、一貫性をもつものとするようにしなければならない。これと矛盾しかねない、思い付きの立法、直情型の立法、場当たりの立法は現に慎むべきであり、ご都合主義的・朝令暮改的な立法などそれが目にあまるようなものは、法的整合性を欠くとともに、法的正当性をも疑われることになりかねないといえよう。

社会の変化は激しく、また、迅速・機動的な対応を求められることも少なくない中で、安定的な制度とすることが難しくなつてきている面もあるが、少なくとも、制度の基本的なところでは論理的な一貫性もちうるようにするとともに、制度の新設・変更については、国民に対してきちんと説明できるものとすることが必要不可欠である。

73) そのようなものとしては、例えば、委任立法の関係では国会による統制の仕組み、条例との関係では法律と条例の矛盾を統制・調整する仕組み、条約との関係では国会での条約審議の強化といったことなどが考えられよう。これらの点の詳細については、拙稿「立法の多元化と国会の役割・あり方」浦田一郎・只野雅人編「議会の役割と憲法原理」（信山社、2008年）195頁以下。

第五 まとめにかえて

以上、立法をめぐる問題状況を踏まえ、立法の質とあり方について試論的な考察を行ってきたが、筆者の踏み込み不足などもあって、雑感的な考察にとどまってしまった感がある。特に、検討を行ってきた法的適格性や法的整合性については、その主要要素となりうるものにつき概括的な考察を加えたにとどまり、準則や指針となるべきものを体系的な形で示すものとはなっていない。また、立法をめぐる昨今の問題状況を踏まえ、その対応のあり方まで含めて検討を行ったことなどもあり、中には、準則たり得ないものや、法的正当性にかかわるもの、システム・プロセスにかかわることなどについてまであえて踏み込んで言及したところもある。

しかしながら、これまで、研究者や立法関係者がバラバラに論じてきた立法の質にかかわる枠組みや準則・指針について、その垣根を越えて、理論的な基礎や体系性を付与しつつ、必要条件となる形式面から、現実に関与するものを構築し、提示していくことにはそれなりに意義があり、また、立法をめぐる昨今の問題状況はそれを緊要の課題へと押し上げつつあるのではないかと思われる。本稿が、そのような問題意識が共有化される一つのきっかけとなることを願うとともに、その体系的な準則・指針の形での提起については他日を期すこととしたい。

我が国の立法については、様々な批判はあるものの、少なくとも制定法や法制度をみる限り、他の先進民主主義諸国と比べ、その質がとりたてて劣っているというようなことはないといえるだろう。むしろ、形式的には規格化・整序され、かなり画一性・整合性・体系性の高いものとなっているのではないかと思われる。しかし、そのことをどう評価するということは別にあるにしても、近年は、これまでとは様相を異にするような立法状況を生じ、そのような特徴的なところでさえも徐々にではあるが変質し、失われつつあるようにもみえる。また、それとともに、それを支えてきた法的な（特に法制的な）枠組み、さらには法的なものそれ自体に対する反発や批判といったものが強まってきてお

り、それらが揺らぎつつある。

政治的なものの強まりと立法の質との間にいかなる関係があるのかは必ずしも明らかではないものの、政治の力が強まる中で、法的なものがなかなか通用しないような場面が増え、また、法を道具とする見方がますます強まっている。問題は、そのような状況の下で、「法」と「政治」の折り合いをどのようにつけていくかということであり、そこにおいて、法の側には、政治も納得させられる立法に関する法的な枠組みや約束事を提示することが求められているといえよう。

しかし、そのことは、ひとり法の側だけに対応を迫るものではなく、政治の側にも自覚や自制など一定の譲歩を求めることになってこよう。

しばしば「立法は妥協である」といったことがいわれる。確かに、立法においては、常に諸利益・諸価値の衡量・調整を伴うのであり、この意味においてその政治的な性格を認めざるを得ないが、だからといって、立法を政治的なすまじまにゆだね、それが恣意的・無原則に行われることまで許すものではない。立法は、法において承認を要求する諸価値を、制度の現実的機能と照らしあわせて衡量し、その間における正しい調節を見出そうとする弁証法的・理性的な作業によって行われるべきものであって、そこにおいては、一定の法的な枠の中で、その内容が、法の理念や憲法の原理原則、社会の現実などに照らし妥当性を有するものであるかどうかについてできる限り合理的かつ客観的に判断されることが求められているのである。そのためにも、まずは、立法者の責務として立法に関する約束事・作法が常に念頭に置かれ、守られるようにしていくことが必要であり、そのための枠組みや環境が整えられていかなければならない。

そこでは、まさに、政治の理性や知性が問われ、賢慮が必要とされているのである。

そして、そのことは、現実的な問題・対応としては、立法のプロセスに目を向けていくことの必要性を提起することになってこよう。

何よりも、我が国の立法のプロセスにおいて決定的に不足しているものは、

透明性と説明責任であるというべきであり、「より良き立法」の実現のためには、そのプロセスの可視性と立法情報の公開性を高めることが前提条件となる。すなわち、そこでは、民意や公共性とはいっても何がそれかの判断が容易ではないだけに、立法の具体的な過程と、立法の必要性・合理性に関する情報や議論を国民の前に明らかにすることにより、立法活動における最低限の責任が全うされるようにしていかなければならない。

そして、その点からは、国会提出前の立案過程の可視性を高めることも重要ではあるものの、やはり国会の審議のあり方に注目すべきではないかと思われる。国会審議については、その形骸化が指摘され、政策形成の場たり得ないことが批判されてきているが、仮にそこまでの役割を果たし得なくても、少なくとも、質疑や議論を通じて、法律案を提出した側がその必要性や合理性を論証し、説明責任を果たす場となるようにしていくことが求められているといえよう⁷⁴⁾。その場合、たとえ提出された法律案がそのまま成立し、そこでの議論が修正などの目に見える結果に結び付かなかったとしても、それはそれで意味のあることというべきである。問題は、これまでの国会が、そのような役割ですら十分に果たしてはこなかったということであり、他方、政治の力が強まることが、必ずしも透明性や説明責任の強化に結び付くものではないということについても認識されるべきであろう。

なお、現在の日本では、官僚主導が批判され、政治主導への転換の必要が強調されているが、政治の役割をさらに強める必要があるとはいえ、政治だけで立法を完結的・十全に行いうるものではない。この点で、しばしば持ち出される、政治の側が政策を形成し、官僚がこれを執行するという古典的なモデルは、現代国家の機能や社会の複雑性を考慮するならば、立法府が政策を形成し、行政府がこれを執行するというモデルと同様に、単純にすぎ現実性を欠く。模索されるべきは、むしろ政策形成における両者の協働や抑制補完であり、政治がリーダーシップと最終的な決定権を確保しながら官僚機構を上手く活かし、使

74) この点については、拙稿「国会審議の機能と評価に関する一考察」議会政治研究No75～78（議会政治研究会、2005～2006年）などでも論じてきたところである。

いこなしていく道を探ることではなかろうか⁷⁵⁾。政と官をめぐる議論の混乱にかんがみると、あえてそのことについても付言せざるを得ない。

このほか、政治の力の強まりとともに、法的なものが軽視され、その枠組みを逸脱するような状況が増えてくることになり、あるいは、これまで述べてきたような状況から立法が暫定的な性格を強めることになれば、それに応じて、司法に期待される場所も大きくなり、立法に対する裁判所の姿勢と役割についても改めて問われることになる可能性が高いといえる。司法制度改革などにより一定の変化がみられるとはいえ、果たして我が国の裁判所にその覚悟や準備はできているのだろうか。

立法のあり方の検討は、どうしても、法の形成をめぐる行政・司法も含めた統治システム全体のあり方やそれらの有機的な連関の問題にも及ばざるを得ず、その全体的な構想を示すことも求められているといえよう。

75) 政と官の関係については、西尾勝「議院内閣制と官僚制」公法研究57号（1995年）26頁以下が指摘するように、統制の規範に基づく優越・従属関係、分離の規範に基づく相互不介入関係、協働の規範に基づく指導・補佐関係という三つの規範によって複合的に規律され、それらのバランスの中で政治家と官僚は微妙な抑制均衡補完の関係に立つことになるのであり、立法については、特に、統制とともに、協働の規範が働くことになるものといえよう。