

# アメリカ合衆国規則制定協議法制定の経緯とその意義

比 山 節 男

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 規則制定協議法成立の経緯
  - (1) 略式規則制定手続の混成手続化
  - (2) 協議による規則制定概念の成立
  - (3) 協議による規則制定概念の発展
- 三 混成的規則制定手続と協議による規則制定手続の比較
- 四 規則制定協議法制定の当否と成立の意義
  - (1) 規則制定協議法制定の当否
  - (2) 規則制定協議法成立の意義
    - イ. アメリカ合衆国における行政法の展開
    - ロ. 規則制定協議法成立の意義
- 五 結び——わが国への示唆
  - (1) 規則制定協議法成立の経緯から受ける示唆
  - (2) 規則制定協議法の内容がもつ特色から学ぶことができる示唆

藤井紀雄先生は漂々とした方であった。そして恬淡とした笑い声をあげられる方だった。九四年秋、亡くなる直前の親睦会の大山登山には六、七合目くらいまで一緒に登った。途中、阿部行政法学と私が志すものを尋ねていただいた。大山から下り麓の土産物屋の風呂につかってあがってくると、私の服の横に缶ビールが一つ置かれていた。イキな方であった。

親睦会の二次会で、たしか「忘れな草をあなたに」を意外なほど生真面目に澄んだバリトンで、ちょうどお地蔵さんが直立して動かないといった感じで歌われたお姿が忘れられない。そのお姿で、意気がって論文の完成を喜ぶ私に、「比山君、その理屈で君は本当に自分が言いたいこと、言わなければならぬことを表現できているのか」と質問されているような気がする。長いお付き合いではなかったが、さりげなく、しかし本質をつかんだ暖かい交わりをしていたいただいた思いである。先生の真心に感謝しつつ、ご冥福を祈る。

### 一 はじめに

本誌前号で紹介した規則制定協議法（以下、協議法または本法ともいう）とは、簡潔にまとめると、関係する利害関係者と所管行政庁が設置補佐人（convenor）や調整役（Facilitator）やらには合衆国行政会議（Administrative Conference of the United States）や連邦調停仲裁庁（Federal Mediation and Conciliation Service）等の支援を受けて対等の立場で話し合い、規則案についての合意（consensus）を成立させる。これを受けて行政庁は合意に基づき規則案を告知し、それ以後は行政手続法（APA）で定める従来通りの規則制定手続を進行させるというものである。今、もう少し詳しく制度の特色とそれが機能する大きな流れをまとめると、次のような点を重要なものとして指

摘できよう。

まず、立法事実を再確認すべきである。すなわち、現状は、行政庁が定めた規則を訴訟で争うように仕向けていること、同じく、当事者等は同席して交渉したり協力する便益を奪われていること、協議による規則制定が実施されることにより利害関係者は制定される規則を受け入れる可能性が増し、また規則の内容もより優れたものとなって、その結果、訴訟により規則が争われることは少なくなるであろうこと、および、これまで協議による規則制定の手法は広く用いられていないが、それは行政庁がこの手法に不慣れであったり、実施権限に関し不安感を有しているためであることなどが認定されている。<sup>(2)</sup>

次に、準備段階では、行政庁は規則制定協議委員会（以下、協議委員会または委員会という）の設置が規則制定のために実行可能で適切であるかどうかを決定する。その際、行政庁は、法律上の義務に抵触しない範囲で最大限度可能な限り、告知とコメントのための規則案の基礎として協議委員会における合意を使用することなどを検討しなければならぬ。なお、設置補佐人は、委員会の設置と委員の顔ぶれ、そして協議内容について、行政庁から協議を受けたり、勧告できる（五六三条）。

これら準備手続の結果、行政庁が協議委員会の設置を決定すると、その旨公告する。公告を要する事項は、規則の主題や検討されるべき問題点、規則により相当程度の影響を受ける可能性のある利害（関係）や利害関係を代表するとされている者の一覧、協議委員会の委員として提案された委員に関するコメントの要請、提案された委員によって自己の利益が十分に代表されていないと考える者の自薦又は他薦の要件と方法に関する説明、などである（五六四條）。自薦又は他薦による委員の追加申し出がなされ、これが認められなかったときの救済は、規則制定協議委員会

の設置に関する行政庁の行為として、司法審査の対象にはならない（五七〇条）。

規則制定協議委員会は諮問委員会であるが、会合についての事前の公告、会合や議事録の公開等についての連邦諮問委員会法の適用を緩和する手続を定めることが許される。なお行政庁の参加は、協議による規則制定を実際に成功裡に終わらせるために極めて重要な条件として考えられてきた（五六七条）。

協議委員会においては、調整役が公平な態度で会議の議長を勤める。協議を成功させるためには、協議による合意が成立しない場合の行政庁の政策選択は当事者の期待するほど好ましいものではないことを行政庁は当事者に確実に理解させるべきであると主張されている。なお、問題点全部についての合意が成立しなくとも、狭い範囲の合意でも残りの問題点が限定される便益がもたらされるから、委員会は合意に到達した範囲を限定した報告をすることもできる（五六六条）。そして、委員会を柔軟に活用することができる余地を残すために、規則案についての合意が行政庁に伝達されたときではなく最終規則の公布をもって協議委員会の活動は終結するとされている（五六七条）。

協議委員会の設置等に関する行政庁の行為は司法審査の対象とならないが、協議による規則制定に対する司法審査は、その他の通常の規則制定手続により定められた規則以上の敬讓を裁判所から与えられない（五七〇条）。この他、合衆国行政会議が連邦調停仲裁庁と協議して、設置補佐人、調整役の候補者名簿を作成すること、合衆国行政会議が規則制定協議に関する広報センターとして活動すること、合衆国行政会議議長は協議委員会運営経費を支払うことなど、規則制定協議の実施を合衆国行政会議等が物心両面から支援する制度が規定されている（五六九条）。なお、協議委員会委員の活動に要する経費は自己負担が原則であるが、委員の経済的事情によりその費用が弁償される（五六八条）。

以下では、協議法成立の経緯とこの法律の成立がアメリカ行政法において占める意義およびわが国に与える示唆について検討を行うことにする。

## 一一 規則制定協議法成立の経緯

### (1) 略式規則制定手続の混成手続化

AP A 533 条が定める規則制定のための基本的な手続は、ふつう「略式規則制定 (informal rulemaking)」または「告知とコメント (notice and comment)」による規則制定と呼ばれている。AP A 五五三条は三つの手続を定めているだけである。第一に、行政庁は事前の告知をしなければならず、それは通常、連邦公報 (Federal Register) に発表することにより行われる。告知には、提案されているルールの全文若しくは要旨並びに行政庁がルールを公布する法的権限に関する記述などが含まれていなければならない (同条(b))。第二に、規則制定の告知を発表した後、行政庁は利害関係人に対し、文書により、資料、意見または主張を提出して規則制定に参加する機会を与えなければならない (同条(c))。口頭陳述の機会を与えるかどうかは行政庁の裁量である。最後に、行政庁は利害関係人からのコメントを検討した後、新ルールの根拠と目的の概要を簡潔に付して最終規則 (final rule) を発表しなければならぬ (同条(c))。このように AP A の略式規則制定に関する手続は簡略であり、したがって、その意味するところは曖昧で多義的であるとはしばしば評されている。

この曖昧な略式規則制定の手続要件が具体的に意味するところをめぐって、一九六〇年代後半以降、コロンビア地区合衆国控訴裁判所の判決を中心に試行が積み重ねられ、規則制定手続に関する司法上のコンローを裁判所が創造

したといわれるような変化が見られた。「混成的規則制定手続 (hybrid rulemaking)」と呼ばれるものがそれで、対審型聴聞 (trial-type hearing) や記録に基づく規則制定が要求される正式規則制定手続と本来の略式規則制定手続との複合混成的な手続との意味である。混成規則制定手続の基本は、およそ利害関係者は行政庁に対して事実と主張を提示する権利を有し、それを行うための手続は基礎にあるデータを検証し、行政決定の合理性を確保するという見地から運用されなければならないということである。<sup>③</sup>

混成的規則制定手続は規則制定過程を本質的に対立的な過程として捉える考え方に立脚したため司法におけるプロセスを手本とし、口頭による聴聞や反対尋問ないし反論する機会を付与すべきとする諸判決によりピークに至った。一九七八年の連邦最高裁のバーモント・ヤンキー判決は、APA五五三条が規定する以上の手続を裁判所が要求することは立法者意思に反し許されないとして行き過ぎを押しえたが、略式規則制定手続が当初の程度の手続でよいとしたわけではない。すなわち、混成手続においては、行政庁は告知とコメントを形式的に進行させるだけでは不十分で、規則制定するにあたり重要なものとして行政庁が認識している事実、政策目標とそれを実現する複数の手段 (選択肢) およびその選択肢の優劣関係を明らかにすることが厳しく要求されるようになったのである (いわゆる "hard look" doctrine)<sup>④</sup>。これを告知とコメントに関する上記二つの手続要件に即して説明すると、①告知の内容は、規則制定の趣旨や理由を利害関係者が十分に理解してコメントできるよう筋道の通った説明 (reasoned explanation) がなされているものでなければならぬこと、②コメントの機会には、利害関係者が主張・立証を十分に行いうるものとして保障されねばならず、そのためには行政庁が収集した情報がコメント期間中公開されなければならないこと (administrative record の整理と開示)、そして、③最終規則の公布に付される規則制定の根拠と目的に関する行政

庁の説明は規則内容の簡単な説明では足りず、行政庁がコメントを真剣に検討し、それを踏まえて最終決定したことが判るものでなければならぬというわけである。

そしてAPA 706条に基づき、裁判所は、行政庁の行為等が「独断的、恣意的、裁量権の濫用その他法に違反する」として取り消すかどうかを審査する。その場合、裁判所は判断代置的・初審的な審査をすることまでは要求されないが、行政庁が「筋道の通った決定 (reasoned decisionmaking)」を行っているかどうかの審査を行う。すなわち、連邦最高裁判決などで多用されている用語を用いて筆者なりに表現するとすれば、行政上の「記録に照らし (on the record)」、規則制定過程は「筋道の通った説明 (reasoned explanation)」がなされているものでなければならず、この条件をみたしているかどうかの審査は行われるのである。

以上のことは、事実について不確実性が存在する場合にも適用されている。すなわち、行政庁は、その行動の正当化として、実体的不確実性 (substantial uncertainty) があるということを述べるだけでは不十分で、「(記録に基づく事実を踏まえ、可能性も考慮して) 行政庁としての裁量権を行使した事情を説得的に説明しなければならぬ (an agency must cogently explain why it has exercised its discretion)」のである。

連邦議会も、間接的ながら、規則制定における行政庁の裁量権行使を規制する法律を制定している。すなわち、連邦議会は、一九七二年の連邦諮問委員会法 (Federal Advisory Committee Act)<sup>(6)</sup> や一九七六年のいわゆるサンシャイン法 (Government in the Sunshine Act)<sup>(7)</sup> を成立させて、連邦政府機関が活用する諮問委員会や合議制行政機関の審議過程 (議事録を含む) につき、原則公開を要求している。

APA はまた、正式規則制定や裁決における一方当事者との交信禁止 (ex parte communication)<sup>(8)</sup> を規定してい

説

論

るが（一九七六年）、略式手続による規則制定の場合にもこの禁止違反が問題になるかが議論され肯定されるようになった。<sup>(9)</sup> そしてもちろん、一九六六年制定の情報自由法（the Freedom of Information Act）<sup>(10)</sup> により、一般市民は合衆国政府機関の保有する文書（情報）の開示を請求する権利を与えられている。また、一九七〇年代、人々の健康、職場の安全、および環境の保護にかかわる法律のなかには、混成手続による規則制定を直接的に要求するものもあった。<sup>(11)</sup> さらに、議会だけでなく連邦政府までも、規制改革（regulatory reform）努力の一部として、その主要な目的は規制による費用と効果という経済的影響の事前評価にあると指摘されているが、規則制定手続を改善することに積極的である。すなわち、ニクソン政権以後の大統領府は、行政庁の規則制定過程に対する介入を強めてきている。特に、カーター政権は、一般公衆が規則制定に参加するための機会の提供について、APPAが要求する以上の手続を行政庁がとること、および主要な規則の根拠に関して、詳細なコスト費用分析を準備する行政命令を出している。同様の行政命令はレーガン大統領によっても出されており、特に、行政管理予算庁（the Office of Management and Budget、以下、OMBという）は、提案される規則についての大幅な審査権限を与えられている。<sup>(12)</sup> かくして、規制改革の一環として行政裁量の行使を制限する連邦政府の努力も、規則制定に伴う時間とコストを増加させてきているといえよう。<sup>(13)</sup>

以上の事情は、本法制定のさいの下院報告も法制定の背景として、次のように述べており、行政過程において確立された取り扱いと理解されている。すなわち、「議会と裁判所は何年にもわたって、行政庁に対し手続上の安全策を追加して賦課し、連邦規則が正確な事実分析と合理的な政策決定に基づくことを確保しようとしてきた。重要な要件は規則制定決定に関する記録の展開である。…行政庁は記録情報に基づき自己の規制上の決定を説明することを要求

されてきた。記録情報に基づき規制を正当化できない行政庁は、裁判所から『独断的、恣意的または裁量の濫用』などとして、規則を取り消される危険を侵すのである」と<sup>14)</sup>。

要するに、行政庁の裁量権の存在は否定されていないが、その行使の仕方については、規則制定手続を中心にきわめて厳格な手続が要求されるようになっているのである。

(2) 協議による規則制定概念の成立

協議による規則制定の概念が成立したのは、上述のとおり一九六〇年代以降、規則制定過程がだんだんと裁決的かつ対審的なものとなったこと（混成的規則制定手続とよばれる）に対する不満からであるといわれている。

規則制定を中心とする従来からの規制プログラムがもたらす実態に対する不満や批判をまとめた形で整理し、話し合いと合意の手法を導入すべきことを最初に主張したのは、一九七四―七五年労働長官であったダンロップ (J. Dunlop) である。彼は、一九七六年に発表した小論文において、従来からの規制手法は、規則の周知や遵守の面で、迅速、単純かつ費用が安くすむ手続だと思われていたが誤解であること、例えば、職業病や差別につき、一二〇〇人の監督官をもって全国五〇〇万の事業場を監督しなければならぬ労働安全衛生局 (Occupational Safety and Health Administration、以下、OSHAという) などが、「規制対象者に規制の必要性を認めさせて規制目的をより効果的に達成するためには、規則による影響を受ける当事者が規則の作成にもっと関与すべきだ」と論じた<sup>15)</sup>。協議による規則制定の理念確立にもっとも貢献したハーター (P. Harter) は、ダンロップの当時の提案は問題提起に終わり、市民権を得るまでには至らなかったと評価している<sup>16)</sup>。

それでも、ダンロップの蒔いた種は死滅したのではなく、一定の分野では根づき地中で根を伸ばしていたようであ

り、八〇年代に入っではっきりと芽を出し始める。すなわち、ダンロップの意向を受けて、労働省は、ハーバード大学の学際的な研究を資金面で援助するが、一九八一年のハーバード・ロー・レビューには、その成果の一つと推測される、協議による規則制定について肯定的な見解を述べる論文が掲載されている。この論文は、協議による規則制定を制度化するための実践的、法的問題を検討し、従来の対立的な規則制定に対する協議手法の利点として、①利害関係者を集め、一度に問題の全側面を検討する過程は、従来の規則制定では取り込めない矛盾をも包摂できること、②従来の対立的な手続は「過度に頑なな態度」を勇気づけるが、協議手法を用いたときの参加者は、自己の立場の非現実性を認識・発見する可能性があり、したがって、自己の目標の項目数を少なくして取り引きしようとすること、③弁護士やロビイストは営業上の利益のために対立的な過程を繰り返すが、規制による影響を受ける団体の指導者は闘争よりも結果に関心があり、柔軟に協議できる可能性があるなどと指摘した。<sup>17)</sup>

ダンロップの考えを発展させたのが、彼が長官在任中、OSHAの行う規制の改革問題に取り組んでいたハーターである。実はハーターは、ある上院議員の依頼を受けて後述の一九八一年規制調停法案を起草していた。規制協議委員会を設置し、利害関係者が規則制定のため、この委員会に直接参加することを認める同法案の立場は、規則制定という行政決定過程を率直に政治過程と捉える見解に基づいている。ハーターは、規則制定過程を政治過程と捉えつつ、従来の規則制定手続に対する協議手法の有用性を説いて協議手法が試行に値することを論じるとともに、協議による規則制定が成功するための一〇の条件を説く論文を発表した。<sup>18)</sup>

また、ハーターはその論文を発表する前に、論文の基礎となった報告を合衆国行政会議に提出していた。同会議は、行政手続の効率性、妥当性、公正さについて研究し、行政庁、大統領、議会、裁判官会議に対し勧告を行うことなど

を任務とする連邦の独立行政機関であるが、一九八二年、大筋でハーターの報告を取り入れた。その結果、授權禁止原則などとの関係上、行政庁が協議による規則制定手続を採用することができるか疑問視する見解があったので、同会議は、議会がA P Aを改正して規則制定協議の使用を明示的に認めるように勧告した<sup>④</sup>（以下、八二年勧告という）。まことに、ハーターは、協議による規則制定概念の確立と問題点の理論的究明にきわめて重要な貢献をしたと評すべき人物である。

ところで、連邦議会ではすでに一九八〇年、上院で「行政規制における協議手法」(Regulatory Negotiation, Reg-Negs. 以下、レグ・ネグという)の採用をめぐる合同公聴会が開かれている<sup>⑤</sup>。そこにおいて環境保全基金のサム・グスマンは次のように述べている。すなわち、企業と環境利益団体は、有害物質の規制につき、対立的な過程よりも優れた方法を見つけたそうと対話集団(dialogue groups)の形成を試みってきたが、その結果、一定の成果を得た。そして、この合同公聴会に続いて、規制協議委員会(regulatory negotiation committees)の設立を含む代替的規則制定手続の確立を定める一九八一年規制調停法(The Regulatory Mediation Act of 1981)が提案されている。これにより協議による規則制定に対する行政機関の関心は間違いなく高まったが、あまりに斬新な提案であったことと、当時の法案のほとんどはまだ、規則制定過程をより対審的なものにしようとする傾向にあったため、議会が真剣な検討を行うには至らなかった。

なお、レグ・ネグに若干類似するものとしての訴訟上の和解により、行政庁が公布する規則についての紛争が解決されることは以前からあったようである。一九八一年一月のワシントンポスト紙の報じるところによるとして、例えば、E P Aは、排出基準や単位燃料当たり走行距離のテスト手続に利害をもつ自動車産業から八つの訴訟を提起さ

説  
 れていたが、自動車産業が規則を争う訴えを取り下げる見返りに、EPAが規則を変更する提案を告知することに同意した例をハーターは挙げている。<sup>(2)</sup>

(3) 協議による規則制定概念の発展

その後、三年の間に、三つの行政機関で規則制定のための四つの協議の実験が試みられ、うち三つについて合意が成立し、その合意にそった規則制定が行われた。合意が成立したのは、次の三つである。

イ、連邦航空局 (FAA) は、国内線飛行機のパイロットが連続して飛行できる最大時間と飛行の間にとらなければならぬ休息時間を定めるといった、比較的単純ではあるが、それまで何度か試みられた改正はいろんな利益団体の反対により阻止されている規則を改正するためにレグ・ネグを用いた。一九八三年六月二九日全部で一九の当事者が集ってこの過程を始め、翌八四年二月一四日までの八か月ほどの間に七回の会合を開いた。当初のメンバーは、FAA、全米航空事業者協会、全米航空運輸協会、航空パイロット協会、飛行技術国際協会、アラスカ航空事業者協会、飛行機旅客活動プロジェクト、航空運輸協会、地域航空路線協会、ヘリコプター国際協会、パンナム世界航空路、ピープルズ・イクスプレス、ニューヨーク航空、サウスウエスト航空、DHLカーゴおよび輸送トラック運転手国際協会である。この協議に基づきFAAは草案づくりをして全体の審議を受け、その同意を受けた後規則制定の提案の告知を行った。一九八五年七月最終的に公布された規則は、三〇年にわたる以前の規則を改めるものであるが、九〇年一二月の時点では、航空会社、パイロット組合、および公益団体といった誰からも訴えを起こされていない。

ロ、環境保護庁 (Environmental Protection Agency, EPA) は、大気浄化法により自動車の排出ガス基準を定

める権限を有しているが、同時に、同法二〇六条(g)に基づき、ディーゼルエンジンが排出基準を一定限度以上超過している場合、トラックメーカーが非達成制裁金 (NCPs) を支払うことを条件にトラック販売の許可するとともに、達成証明書の交付を受けるために必要な NCPs の金額を定める規則を定める権限をも有していた。一九八四年六月、EPAは、この規則制定を協議するために、環境や産業に関係する二三の団体を一同に集めた。同年一〇月、彼らは完全に合意に達し、EPAはそれに少しの修正も施さずに一九八五年九月規則を施行した。やはり、九〇年一二月の時点では、これに対する訴えは提起されていない。

ハ・EPAは、連邦殺虫殺菌殺鼠剤法一八条により、EPAが緊急事態と決定する場合、殺虫剤等に関する規制を州政府と連邦政府に対し適用除外とする裁量権限を与えられている。EPAは一九八四年八月、協議による規則制定を行う旨の告知を行った後、州政府と連邦政府に対し適用除外を与える場合の手続を定める協議を開始した。翌八五年一月、環境団体、農業団体、生産者及び州を代表する二四もの当事者は規則案に合意した。重要な点についての反対のコメントはなく、九〇年一二月の時点では、これに対する訴えは提起されていない。

以上のうちEPAが経験した二つの試みは、協議による規則制定手法の利点に新しい光をもたらしただけでなく、それまで協議手法に対して投げ掛けられていた「閉ざされたドアの内側での処理 (deal making behind closed doors)」といった批判が誤っていることを示唆するとともに、従来の規則制定過程について言われていた正当性の危機をも救済するとの見方が示されている。<sup>22)</sup>

協議が合意に至らなかつたのは、OSHAが試みた例である。OSHAは連邦労働安全衛生法に基づき、労働者を有害物質から保護するための職務上のベンゼン被爆規制基準に関する規則を定めていたが、連邦最高裁は一九八〇年、

説  
 微量のベンゼンが危険であるとの認定に実質的証拠がないとして、規則を取り消していた。<sup>(23)</sup>一九八三年夏、OSHAは、職場でのベンゼン被爆について、基準の改正を進めるため協議による規則制定を試みた。協議は一年あまり続き合意に近いものが作り出されたが、事実が多すぎて未解決のものが残っていたことや当事者が細部で合意できなかったなどのため、OSHAへの勧告はなされなかった。このためOSHAは、従来通りの手法による規則制定を行っている。

論  
 このベンゼン協議の合意不成立については、OSHAが授權禁止原則や連邦諮問委員会法の要求する公開原則などへの抵触を恐れて積極的な関与を回避したことやベンゼン被爆規制問題は数年にわたり議論されてきた問題で、当事者の立場が硬直的であったことから、協議手法に相応しくなかったと見る専門家もいる。それでも、全米紛争解決研究所(NIDR)の副所長は、「成功する要素があったし、実際に合意に達しそうになったので協議参加者の誰もがびっくりした」と述べている。<sup>(24)</sup>

四つの実験の協議過程を調査・分析したペリット(H. Peritt)は一九八五年一月、行政会議へ報告書を提出した。ペリットは協議による規則制定に関し、少なくとも四つの論文を発表し、協議による規則制定の具体的実現に多大な貢献をしたと評することのできる人物である。ペリットの報告を受けた行政会議は同年一二月、彼の報告に基づき二度目の勧告を行った(以下、八五年勧告<sup>(25)</sup>という)。二つの勧告の特色としては、八二年勧告は、協議による規則制定がAPAと判例が要求する行政法の枠組み内において許容されるものであることを明らかにし、また、従来の規則制定に対する協議手法の利点を述べることに力点をおいている。他方、八五年勧告は、規則制定における協議過程の力学を明らかにし、合意成立のために留意しなければならない点をより具体的発展的に解説していることを指摘で

きよう。

本法の下院報告では、四つの実験の後も協議による規則制定の試みが行われ、成功を収めたとされている。EPAは、木材を燃料とするストーブからの大気汚染排出物による健康被害が増加していたため、大気浄化法一一一条により、木材燃料使用ストーブの生産者が遵守しなければならない性能基準作成について、一九八六年三月協議を開始し、四ヶ月後中心の問題について合意に至った。協議のための小委員会が告知のための規則案の序文と本文を起草し、全体委員会がそれを承認し、EPAは八七年二月それを告知した。<sup>(26)</sup>

EPAはもっとも積極的に協議手法を試みている行政機関であるが、フィオリノによると下院報告で紹介されている以外にもEPAは四つの協議を実施し、うち二つの協議はおおむね合意に達したが、残り二つは不調に終わっている。<sup>(27)</sup> 成功した二つのうちの一つは、有害廃棄物管理施設の変更を承認するEPAの基準の改正手続に関するもので、協議は八六年九月から八七年二月にかけて行われ、協議委員会構成員二人のうち二〇人の支持を受けている（残る一人も反対ではなく、ある項目について留保するため合意に署名しなかったにとどまる）。成功したもう一つは、アスベスト有害緊急対処法（AHERA）により要求されている規則制定をめぐる協議である。AHERAはEPAに対して、公立私立学校におけるアスベスト問題に対処するため、同法が成立した八六年一〇月末から六月内にEPAが規則案を公表すべしと定めていた。<sup>(28)</sup> 協議委員会は八七年一月組織され、二月、三月そして四月初めと活動した。二人のうち二〇人の構成員が合意書に同意し、EPAは四月末それを規則案の基礎として公表し告知した。

不調に終わった協議の一つは、農場労働者を殺虫剤の有毒性から保護するための規則を改正するためのものである。協議は一九八五年一月に始まり、四か月後農場労働者の利益を代表する五人（七人とするものもある）が協議から

撤退して決裂した。残る協議参加者一八人が「すべての利益の均衡を図る」ことを意図して、一九八六年五月規則案を完成させたとの紹介もあるが、一九八七年九月の時点でEPAはコメントを求めめる規則案を公表していない。不調に終わったもう一つの協議は、有害廃棄物の地下投棄による処理に関する規則制定であった。一九八四年有害固形廃棄物改正法(HSWA)は、人間の健康と環境を保護するための処理条件をEPAが明確に定めているときを除き、投棄を大幅に禁止していた。協議委員会は八六年九月に活動を開始し、いくつかの点で合意に達したが、八七年二月、地下投棄された場所のすぐ周辺からの有害組成物の移転を規則で許すかどうかの問題をめぐって暗礁に乗り上げてしまった。

さらに、議会は個別法に協議による規則制定に関する規定を盛り込むようになった。一九八九年に成立した小中学校改善法<sup>30</sup>は、教育長官が同法を執行するいくつかの規則について手続の詳細については規定していないが、協議による規則制定を行うことを要求している。また、同じ一九八九年制定のプライス・アンダーソン改正法<sup>31</sup>は、原子力規制委員会が放射能薬剤に関連する補償問題を解決するために協議による規則制定を行うことを要求している。個別法における協議強制の例は全部で三つで多くはないが、こうした個別法における協議手法の強制が今後とも適切かどうかは疑問である。なぜなら、規則制定のために協議手法を用いることに関する一般法である協議法は、協議委員会の設置を行政庁の裁量とし、同時に行政機関を含む参加者全員の自発的な参加を前提にしているので、これとの対比で協議手法強制の是非を慎重に検討しなければならないと考えるからである。

### 三 混成的規則制定手続と協議による規則制定手続の比較

すでに述べたように、APA五三条が定める基本的な規則制定手続は、略式規則制定手続または告知とコメントによる規則制定手続と呼ばれるものであるが、判例法理の展開により混成的規則制定手続（以下、混成手続という）と呼ばれるものに変質していった。この混成手続と協議による規則制定手続（以下、協議手続という）の比較は、混成手続による規則制定作業の進行が遅く、面倒でかつ過度に対立的であり、その上、最終的に規則として公布された後も訴訟で長期にわたり争われるとの不満を反映する形でなされてきた。八二年勧告は、混成手続の実際を、主として、利害関係者のやり取りに注目するなどして、次のように分析している。<sup>32</sup>

確かに、（混成的規則制定過程により）行政庁は議会から委譲された裁量権を行使するために、その事実に関する基礎を健全に発展させるようになった。しかし、規則制定過程における略式性が失われた分、同時に、不都合な結果も生じるに至っている。

第一に、行政庁を含む当事者は互いに対立的な関係になりがちで、その結果、それぞれの団体は極端な立場をとったり、他者に対して情報を開示しなくなったり、反対の立場の正当性を攻撃したりしている。

第二に、対立的な関係のために、当事者は、規則制定に関係する争点や重要な問題点に優先順位を付けて、問題の創造的な解決に向けて的を絞った議論を行うことができないことがしばしばである。

第三に、事実に関する記録は拡張されがちで、しばしば、必要以上のものまで取り込まれている。その結果、不必要にコストが高くなることがある。

第四に、規則制定に参加した者の多くは、この手続における自己の役割を、後に続く司法審査のための場所取り（positioning）として認識しており、行政レベルにおける長所を生かして解決策に貢献しようとは考えていない。

そして結局、「参加者の多くは、規則制定手続の結果なされる政策判断に不満をもったままで終わっている」というのである。第三、第四として指摘されていることは、行政庁や利害関係者がその主張するところを他者に真剣に検討して欲しいためというより、司法審査に備えてとりあえず、規則制定記録の中に主張とその根拠となる資料を入れておこうとしているためであろうと推測される。すなわち、混成手続における記録要件との関係で、制定された規則は、行政上の記録のなかにそれが正当であることの根拠を求めることができなければならないため、あるいは逆に、制定された規則に対して反対者により主張された根拠に正当な検討や配慮が加えられていないことを後日の司法審査に備えて証拠として残しておこうとしているためである。混成手続については、例えば、次のような実情が述べられている。

混成手続はより公正で、規則は公的な記録の中に含まれている情報に基づき制定され、その結果、制定された規則の根拠を裁判所が審査できる制度を創ったといえよう。同時に、それはより面倒な制度を創った。…EPAは常時、二〇〇～二五〇人が規則制定に関係する職務に従事し、…主要な規則 (major rules) の八五％が訴訟にもちこまれる。

(従来からの方法で規則制定する場合)、EPAの職員は多くの異なる利益団体の代表と個別に面接したりしながらも、EPAの職員だけで規則案を作る。この作業に要する期間は、主要な規則の場合、平均すると一八～二〇ヶ月である。それから規則案を告知し、コメントを受けるわけだが、それに三～六ヶ月かかる。通常何百もの対立するコメントが寄せられ、EPAはその一つ一つを分析し、見解を明らかにしなければならない。その結果、EPA自身の規則案を修正することもありえるが、その場合またコメントを求めることもある。こうして、告知

から最終規則の公布まで、平均すると一六ヶ月かかる。∴告知前の規則案をまとめるための期間を合計すると、典型的にはおおむね三年半になる。そして、この後、その八五%が訴訟で争われるのである。<sup>33)</sup>

こうして、平均三年半という長時間をかけて行政庁が制定した規則が訴訟に持ち込まれる実情は、同じくEPAについて、つぎのように紹介されている。

一九八四年当時、EPA長官だったW. ラックルシャウスがEPAを去る少し前に行ったスピーチによると、EPA規則の八〇%強が訴訟で争われ、またそのほぼ三〇%は訴訟の結果相当程度変更されている。また、訴訟のために消費される時間は膨大であり、毎年、規則を争う訴訟を遂行するためにEPAの法規室からほぼ五〇人、同じくEPAの各プログラム担当の課から年七五人、司法省からは二五人、そして原告の側では年一七五人の弁護士を要している。<sup>34)</sup>

また、一九八六年六月のインダストリーウィーク誌は、ラックルシャウスの次のEPA長官リー・トーマスの発言を引用して次のように報じている。

EPAは当時、三五〇以上の訴訟に関係していたが、同長官は、「EPAの規則のゆうに八〇%が争われている。∴その影響は甚大で、年当たり約一二五人の職員がそうした訴訟の処理に追われている。(そうした実情は)連邦の規則制定の責任を裁判所に移してしまっている。」と嘆いている。そして、この訴訟の波はEPAだけを襲っているわけではなく、程度の違いはあれ、連邦行政機関は同じ問題に直面している。事実、訴訟が当たり前になり、今や訴訟は既に引き伸ばされている規則制定過程のもう一つの段階と見なされている。ワシントンにいる利益団体の弁護士達にとって、法的な激闘は宝の山 (bonanza) である。しかし、行政庁の時間と資源を消費

説

することにより、それは納税者にとりコスト高となっている。<sup>35)</sup> …

そして、本法の下院報告においても、EPAは本法成立時までに行った規則制定のうち、その八〇%が訴訟で争われていると述べられている。<sup>36)</sup>

論

要するに、規則制定過程は、かつてデイビス(K. Davis)が、「APA五五三条の規則制定手続は現代政治のもっとも偉大な発明の一つである。行政庁が望むならば、それは実際のところ、(議会の)立法委員会手続の複製(duplicate)ともなりうるのである。」<sup>37)</sup>と賞賛したような長所を生かしてはいないのである。逆に、実態は、本法の下院報告が認めるように、上記の行政記録に関する要件を初めとして、当事者が規則制定過程を攻撃する道具となっていることを否定できないのである。

そこで、協議による規則制定が工夫されることになったのであるが、その利点としてハーターは以下の点を主張している。<sup>38)</sup> 八二年勧告が指摘する混成手続の上記問題点に関連対応させてハーターの主張を紹介する。

当事者は情報を提出し政策決定者が決定の際にそれを検討するのではなく、当事者が決定過程に直接参加する。したがって、当事者の利益を代表する者は従来はせいぜい、決定過程で専門家として機能するにとどまっていたが、協議手続においては当事者は実質的決定に関与し、これを他の当事者と共有することができる。(上記、第四に対応)

次に、協議では、利害関係者は対立者が行う議論を予測して防衛的な研究を行い、その結果をコメントとして予め提出しておく必要がなくなるため、政策決定の費用を少なくできる。(上記第三に対応)

そして、直接的な協議の疑いもない第一の便益は、参加者が真正面からそれぞれの中心的利益に的を絞った討議ができることである。このとき参加者はそれぞれ真の争点に対する感情を形成し、競合する利益を十分に取り込もうと

しやすくする。(上記第一に対応、第二、第四にも関連)

加えて、協議を行う場合、当事者は自己の関心にランクを付け、自己の個々の利益を最大にするために取引できるようにする。混成手続では、行政庁は、個々の当事者の関心をどうランク付けすればよいか判断しないため、争点をどう和解させるかについても想像するしかない。しかしながら、当事者自身が協議に参加していると、自己が重要と考える点について譲歩してもらおうと返しに、別の点については他の参加者の要求を受けいれることを容易に決定できる。<sup>(40)</sup>

(上記第二に対応、第四にも関連)

また、混成手続においては、当事者は大きな争点に重点を置くだけでなく、すべての争点について極端な立場を主張する。このため、微妙な、あるいは詳細な点は看過されることが多い。また当事者自身、自己の立場についての詳細な議論を展開することは困難と感ずることがしばしばである。結果として、規制の実効性を左右する可能性のある潜在的に重要な争点が議論されず、行政庁は適切なガイドなしに決定しなければならないことがある。他方、協議手続では、利害関係者は実効性のある解決策を創りあげようとして問題のすべての局面について直接に意見を述べることができる。(上記第二に対応、第一にも関連)

さらに、従来からの混成手続では、行政庁は、経験に基づかないデータを使用してモデル的理論的な説明を試みる傾向がある。これに対して協議手続では、利害関係者は合理的決定をするためにどういった情報が必要であるかを共に決定する。従って、協議で使用されるデータは、対立過程におけるように理論的ないし拡張的なものにはならない。(上記第三に対応、第一にも関連)

要するに、提案された規則により影響を受けるグループが、規則案について直接に協議して合意に達するほうが、

説

論

混成的規則制定過程に提出された膨大な証言や文書の記録を消化して規則制定を行うよりも、はるかに生産的であるということである。この点サスカインドも、当事者は意見の相違だけでなく共通する利益を探究し、技術上の情報を収集し分析を行ううえで協力し、そして選択肢を創り出してその異なる優先順位に従いその選択肢の中で取り引きをする。もし合意に達すると、コメントを提出しそうな当事者はほとんど協議に参加しているので訴訟を提起されるおそれもほとんどないと評価している。<sup>(1)</sup>

かくして、協議による規則制定を採用した場合の所要時間は、EPAのそれまでの経験によると、次のようになると見込まれている。

協議を開始する提案をするための準備に約七ヶ月、そして協議に約六ヶ月かかる。続く一般市民からのコメントを受けるのに三ヶ月以上、さらにコメントの分析に一〇ヶ月。したがって、主要規則の制定に必要な合計期間は、従来の約三年半から約二年三ヶ月へと短縮されている。さらに、こうして制定された規則が訴訟で争われる可能性は、従来の八五％からはるかに低くなりそうである。<sup>(2)</sup>

しかも、協議手続に消費される資源や訴訟で争われる可能性が大きく減少するというだけでなく、規制を執行し、浸透させるために要するコスト (compliance cost) も小さくなると考えられる。なぜなら、協議手続では、行政庁の理論的予言よりも、利害関係者と行政庁との間でなんらかの相互作用が生じ、多様な利害関係者の経験に基づく要望や関心が反映されて規則が制定されているからである。このことにより、利害関係者は行政庁同様、協議に基づく規則に生みの親としての利益を有し、提案された規則の目的、価値、そして法的ないし科学的基準について、深い理解を有しているのである。<sup>(3)</sup>

#### 四 規則制定協議法制定の当否と成立の意義

##### (1) 規則制定協議法制定の当否

規則制定協議法の制定が具体化した段階では、混成手続と協議手続の長短の比較とは別に、事実として協議手続が行われること自体を否定するのではないが、これを法制度として創設することが適切かどうかをめぐって、若干の議論がなされている。

一九八八年当時、連邦議会に提案されていた協議手続に関する法案は、協議手続を採用するかどうか、行うとして誰を協議参加者として呼ぶか、いったん開始した協議を続けるか、それとも中止するかといった重要な手続上の問題を決定する権限がもっぱら行政庁に与えられていた<sup>44</sup>。そこでこれを念頭において、そうした行政独占の法案では合意に基づき協議手続を運用することは困難であるとの判断にたつて規則制定協議法を制定する必要はないと反対する意見があった。

環境団体である天然資源保全会議(NRDC)のD・ドニガーは、協議手続自体は支持しながらも、一定の手続としては立法しないほうがよいとする意見を述べている。ドニガーによると、行政庁は事実として、近年、協議による規則制定過程を使用している。それをあらためて立法化することにより、協議手続を実施する広範な権限を行政庁に付与する必要はない。行政庁は協議手続を統制するだけのために立法化を求めていると反対意見を展開する。あるいは、あらゆる場合に妥当する適切な手法として、協議手続を使用できるわけではない。そうした立法は、適切でない

説

場合にも協議手続を試みるよう関係者に強制することになるとする見解もあった(T. ケリーEPA基準規制課長)。

立法に反対するもう一つの意見は、協議手続においては、公正さ(Justice)が不問のまま放置されるとするものである。この意見は、裁判所が協議手続に関与していないため、信頼できる法解釈の要請はみだされぬままだとする。<sup>(46)</sup>

論

他方、立法支持者は、法案審議のための公聴会などにおいて、事実として、近年、行政庁が協議手続を使用していることは認めつつ、以下の四つの理由で、新しい立法が正当化されるとする見解を述べている。

第一に、場当りの協議手続を使用することによる混乱を避けることができる。

第二に、委任禁止法理、連邦諮問委員会法の要求する会議公開原則や行政手続法(APA)の定める一方当事者との交信禁止など、協議手続を実施する法的権限が不確かなためこれを敬遠する行政庁があるが、立法によりそうした不安が払拭される。<sup>(47)</sup>

第三に、新しい立法により、多くの行政庁が協議手続を試みることになり、規則制定過程を改革するという目標が、さらに実現される。<sup>(48)</sup>

そして最後に、公正さが不問のまま放置されるとする批判に対しては、協議手続が採用されることにより、検討すべきすべての要素が考慮され、参加者はすべて自己の目標の全体をいっそう達成しやすくなる。逆に、もしそうならなければ、誰も協議に参加しようとはしないであろうと反論する。<sup>(49)</sup>

第一から第三の点については、ほとんど問題はないように思われる。最後の点については、実体面と手続面のいずれに比重を置いて公正さを理解するかで意見が違ってこよう。しかし、いずれにしろ、公正さが不問のまま放置されるということでは規則制定過程を問題点の多い従来どおりの地点にとどめておくというのは筆者の採るところではない。

現実への対応の必要性という見地からすれば、協議手続における欠点は経験を踏まえ改善していけばいいと考えるが、後に本法成立の意義を検討するさいに再論する(四(2)ロ)。

(2) 規則制定協議法成立の意義

イ. アメリカ合衆国における行政法の展開

初めに概観したように、本法は、規則制定において協議手法を採用し、利益代表が十分に確保されることを重視しつつ所管行政庁を含めて協議を行い、その結果の合意に基づき規則案を告知するところに特色がある。こうした特色をもつ本法の成立は、アメリカ合衆国における行政法の展開においてどのような意義をもっているのであろうか。

行政活動一般に対する法的統制、とくに行政機関の政策決定およびそれに対する司法審査のありかたをめぐり、合衆国では個人の自由についての政治思想、三権分立のあり方をめぐる国家像、官僚などの専門行政官と素人である一般市民が公行政において果たすべき役割についての考え方、および官民を問わず経営や公行政における合理的な意思決定のあり方(わが国でいう行政と経営に相当する英単語が、administrationの前にpublicが付くか付かないかだけの差であるというのはきわめて象徴的である)<sup>50</sup>ないし政策科学の展開などを要因として多様なモデル論が提示されてきている。

上に述べた本法の特色がもつ意味を明らかにするため、また、そのことから学ぶべきわが国にとっての示唆を後に明らかにするためにも、以下の記述では主にM. シャピロ(Martin Shapiro)の分析枠組みにしたがいアメリカ合衆国における行政法の展開を通観することとする。<sup>51</sup> シャピロの分析の特徴は、行政法の原則は先行する政治理論が一年あまりのタイムラグを経て法的に制度化されたものとの見方を実証しつつ、行政機関が行う規制的な政策形成過

程に司法権がどこまで関与できるかを決定することが行政法にとって重要だと考えていることである。

ニューディール期以前においては、建国以来、個人の自由がもっとも尊ばれ、夜警国家における安価な政府が支配的な国家理念であった。そのため、政治権力のあり方についても議院内閣制より三権分立がより明確な大統領制が採用される。すなわち、国家の最高意思決定形態である法規の制定は立法院に専属し、行政機関は議会が制定した法律を

論

裁量をまじえずそのまま忠実に執行することが重視される。裁判所は、行政機関が忠実に執行義務を果たしているかどうかを厳格に審査することが重要な職責であった。トランスミッション・ベルト理論と呼ばれるものである。行政機関の公職を誰が務めるかについて、普通の市民が適宜交替することを好ましいと考えるジャクソニアン・デモクラシー（素人支配）の伝統や官吏の任免に関して選挙で勝利した党派ないし当選者が自己の支持者を公職に任命することを肯定する、いわゆるスポイルズ・システム（獵官制）が主流であったのもこの時期である。

しかし、政府権力の分散という自由主義的な傾向がすべてであったわけではない。独占資本主義段階に到達した経済（鉄道、航空会社、銀行、および株式市場など）と高度化・複雑化した社会を円滑に規制する必要がある、一九世紀末から二〇世紀初期、進歩主義（Progressivism）と呼ばれるもう一つの流れが生じていた。進歩主義はA. ハミルトンなどの連邦主義者に支持され、規制目標を効果的に達成するためには政府権力は集中されていなければならず、また合理的な結果を実現するためには集中した権力は政治的に中立の専門行政官（エキスパート）により行使されなければならぬと主張した。そして専門行政官から構成される州際通商委員会と連邦取引委員会、制定法により私益に優先する公益の実現を目的として活動することが予定された。しかし裁判所は、司法審査を求める私人の権利は政府の利益よりも憲法上優位するとの立場にたち、それら機関の行う料金決定その他の活動に対する司法審査を躊躇

しなかった。かくして公法であったはずのそれら制定法を再び私法化したので、私益に優位する公益なるものが司法から承認を受けるのはニューディール政策をめぐる葛藤を経てからであった。

伝統的な自由主義と進歩主義の政治理論が激突したのが、ニューディール政策の効率的遂行のために議会から大統領への立法権限の委譲が許されるかをめぐる委任立法の禁止原則 (non-delegation doctrine) 論争である。進歩派は、政治的に党派的な議会が詳細な内容をもった法律を制定することを嫌い、立法権限が専門行政官に委譲されることにより能率的行政が可能になると考えた。変転の末、進歩主義は一九三〇年代の終りまでには支配的な法原理となり、委任立法は合憲とされた。一九四六年に成立した行政手続法 (APA) はこうした流れの延長線上にあり、ニューディール政治理論の核心である議会から行政機関への立法権限の委譲をAPAという基本法の中に明記した。すなわち、APAは権力集中という進歩派の政治理論に従い、従前の権力分立の政治理論を修正し、議会からの委任を受け、行政庁の政策決定方式として規則制定 (rulemaking) 手続を創設したのである。またAPAは、当時は聴聞官、現在は行政法判事と呼ばれている特別の審判官から構成される行政審判所 (全米労働関係局は最も著名である) を承認している。米国にとり大陸法的意思での行政法が公式に承認・創造されたと評価されている。

しかし、伝統的な自由主義と法の支配の影響力はこれを無視できるほど弱くなっていたわけではない。規則制定が「独断的で恣意的」なとき、裁判所はこれを取り消さなければならないとAPAが規定している (§ 706(2)(A)) のは両勢力の妥協の産物である。ただ、規則制定に対する司法審査は、規則制定の権限自体もともと専門的裁量判断を前提として肯定する上に成り立っているので、司法審査の範囲 (scope of review) は、立法権限を委譲されている行政庁がこれを適切に行使しているかに制限されることになる。言い換えると、裁判所自身が判断代替的に初審的な審

説

論

査を行い、裁判所が最善と考える政策選択肢と行政庁の裁量権行使の結果との異同により是非を左右させることは本来的に予定されていないといえる。また、議会よりも専門行政官の政策判断を重視するテクノラシーの肯定は、司法審査の場面においては、技術的に専門家ではない裁判官は専門家である行政機関の判断に敬意を払わねばならないということの意味する。このため司法審査条項があるにもかかわらず裁判官は審査権限行使に消極的で、一連の法を再び私法化することはなかった。かくして一九三〇～四〇年代のニューディール期、専門行政官による統治への信仰は隆盛を極め、政策決定、さらに司法審査のあり方についても、専門行政官の裁量判断の尊重と司法審査の自制を説く「専門的・政策的裁量モデル」(畠山の呼び方)が支配的になっていく。司法の自制は、APAの曖昧な「告知とコメント」という文言と結び付いて、四〇年代と五〇年代における行政機関に対する司法の屈服という二〇年間を創ったといわれる。

ところが五〇年代に入り、専門行政官は決して中立的でも客観的でもなく、一部の特殊な利益に奉仕しているとの見方が強くなっていく。capture theory や professional deformation と呼ばれている現象がそれであり、規制対象企業と癒着し、あるいはそれと同化して公益の実現に貢献していないというわけである。この認識は、一九六〇年には政治学や社会学におけるもっとも一般の見解であるインタレスト・グループ理論へと発展した。すなわち、アメリカ合衆国における政治と政策決定はアメリカという社会に実在する多様な利益団体の相互作用により営まれているとの判断を中核に据えたのである。

六〇年代後半から七〇年代にかけ、インタレスト・グループ理論を行政法の理論としてモデル化したのが利益代表モデルである。利益代表モデルの考え方によれば、公益を実現するよい政策とは専門家が作った技術的に正しい政策

ではなく、関係する利益団体すべてが政策決定過程に適切なアクセスをもっていることが重要である。かくして専門行政官と規制対象企業のみが政策決定の当事者として登場していた「専門的・政策的裁量モデル」の状況を是正しようとする動きが強まる。行政庁における政策決定過程は、政策の大綱や枠組みだけを定める議会制定法を具体化させ執行していく過程であるが、それは同時に各種利益の調整過程でなければならぬと考えたのである。本稿二(1)で紹介した混成的規則制定手続の要求も、最少限度の利害関係しかもたない者を含むすべての利害関係者に規則制定手続への関与を保障しようとするものであり、利益代表モデルの価値観の象徴的な表現である。同様の見地から、利益代表モデルは出訴の場合の原告適格や成熟性などの訴訟要件を緩和した。かくして利益代表モデルにおいては、分野毎の問題については専門家でない裁判官が、素人である一般市民の代表として、行政の決定過程に対する多様な集団のアクセスを許すことにより、テクノクラート支配の民主化を図ろうとしたのである。

一九六〇年代後半から、インタレスト・グループ理論が利益代表モデルとして実定行政法に制度化されるにつれ、この理論は新たな政治学理論による攻撃に曝されるようになっていた。それは、利益団体の中には政府などの政策決定過程に対するアクセスを開拓し獲得することが他よりはるかに優れているものがあり、常勝的な利益団体と逆にほとんど常に敗者の立場にいる団体が固定化しているという批判であった。インタレスト・グループ理論を實行するさいに生じるこの病理を解決する方法としては、利益団体の参加をいっそう保障して利益団体すべてのアクセス能力を均等化することが考えられるが、一九七八年の連邦最高裁バーモント・ヤンキー判決は、実定法が規定していない手続要件を新しく考え出して要求することは許されないとし、略式手続の対審化傾向に歯止めをかけたことで有名である。また、ケニス・アローを初めとする公共選択論者は、多くの政治的団体の多様な選好を完全に反映する政策決定

説のための手続はないと主張していた。そうすると、インタレスト・グループ理論を前提として手続上の合理性を実現

することはできないことになる。

## 論

病理解決策のもう一つの方向は、参加保障という手続面ではなく実体的により合理的な政策決定のあり方を追求することである。すでに六〇年代、学問分野ではさまざまな動きがあった。政治、倫理、哲学の分野では、個人の選好尊重と最大多数の最大幸福を追求するという功利主義志向に対する疑問から、政策決定のなかには個人の選好を越えた善と悪、正と邪があり、両者を明確に区別しなければならないとの主張が拡がり始めていた。

さらに行政実務レベルで実体的に合理的な政策を追求する志向が芽生えていた。それは、より少ないコストでより大きな便益を国民に与える政策のあり方、すなわち希少資源のより合理的ないし最適な配分を探究する政策アナリスト達の一連の試みで、とくに連邦政府の予算編成における合理化のための努力として行われてきた。一九六一年に国防省から始められ、長期計画と単年度主義の予算編成をプログラミングを媒介として結びつけるとともに、行政における意思決定の改善を図ろうとしたPPBS (Planning Programming Budgeting System)、行政各部とそのプログラミングに対する管理統制の強化を図って一九七三年ニクソン大統領のときに始められた目標管理(MBO)、既定経費による財政硬直化の状況を打開し新規施策導入の余地を探るため、カーター大統領が一九七九年から取り組んだ予算編成の抜本的見直しを行うゼロベース予算編成(ZBB)である<sup>(83)</sup>。また、一九六九年成立の国家環境政策法(NEPA)のように、環境に影響を及ぼす意思決定をするさいの環境影響評価書(EIS)の作成義務も政策決定における実体的合理性を確保しようとするものと評価できる。そして七〇年代の経済危機を経験して八〇年代に入ると、行財政改革のために公営企業の民営化や福祉文教予算の削減を推進する新保守主義が支配的になる<sup>(84)</sup>。レーガン大

統領は明確に小さな政府の価値観に基づき、一九八二年、規制政策による影響予測を費用便益分析によって行うことを指示し、以後今日に至るまで科学的合理的な分析手法を用いて規制改革 (Regulatory Reform) を達成することは、大統領府の一貫した目標となっている。

七〇年代初期までには、利益団体すべてのアクセスを現実に均等化することはできず、したがって、利益団体の相互作用のなから公益に合致するよい政策を導き出すことはできないとの考えが強くなっていった。このため、手続上の要求から実体的合理性の探究へと環境は大きく変わっていく。シャピロによると、手続審査から実体審査への変更には、裁判所の見解に審査手法の点でも言葉遣いの点でもはっきりとした変化はない。すなわち、提出されたコメントすべてに行政庁が答えているかとの審査から、重要なコメントにはすべて行政庁の回答がなされているかという程度の変化である。裁判所は内心、実体的に不味い政策だと考えるときでも、告知やコメントの手続が利害関係者のアクセスを保障するという面からみて不十分であるというように手続的合理性に着目する言い方をすることが多かった。規制政策を分析する傾向は、八〇年代に入ってから合衆国の経済停滞を反映してますます盛んになり、規制改革という名目のもとで行われる規制緩和政策を推し進めるために費用効果分析や代替案の検討が行政実務レベルでも常に求められるようになっていく。そうした規制緩和政策は、産業規制、環境保護規制を問わず裁判で争われるが、そうした訴えに対して裁判所は、その規制緩和政策が実体的にいいとか悪いとかの判断を示すわけではなかった。裁判所が依拠した基準は、規制緩和のための規則の改正などが規則の根拠になっている実定法と調和しているかどうかであった。その検証のために、裁判所は立法経緯を精査して立法者の法制定当時の意思を確認しようとしたので立法者意思忠実モデルと呼ばれている。<sup>81)</sup>

説

論

行政法の理論モデルの変遷を分析した後、シャピロは一九九〇年から一九九五年にかけての行政法の動向を次のように予見していた。裁判所は依然としてハードルック原則と規則制定の記録要求の立場を保持しているし、行政機関も規制改革の推進につれ科学的合理的な分析手法の蓄積を進めている。そうして手続のみならず実体的にも正しい決定を要求する風潮は、専門家の地位を高める一方で裁判官における専門性の欠如を明らかにする。この結果、議会制定法が行政活動のための詳細な基準を規定しているときには司法審査は積極的に行われるだろうが、そうでなければ裁判官は専門的技術的な問題に介入する独自の判断能力や正当性をもっていないことに気づき、かくして行政機関に対する司法の敬讓 (deference) が再び行政法の中心テーマになるであろう。

ロ・規則制定協議法成立の意義

では、規則制定において協議手法を採用し、利益代表が十分に確保されることを重視しつつ所管行政庁を含めて協議を行い、行政庁はその法律上の義務と矛盾しない範囲で最大限可能なかぎり、規則案の基礎として委員会における合意を使用する (五六三条(a)(7)) という特色をもつ本法の成立は、上に述べたアメリカ合衆国における行政法の展開と照らし合わせたとき、どのような意味をもっているのであろうか。私見は、①利益代表を十分に保障する、②所管行政庁も参加する、③協議を行う、④協議結果の「合意に基づき」規則案を告知する、という四つの点に本法の重要な意義を見い出している。

まず、利益代表が十分に確保されることを保障しているということは、明らかに利益代表モデルの価値観を含んでいるということである。ただしそれは、以前の利益代表モデルの単純な繰り返しではなく、negotiate という協議の場に自己の利益が代表されていないと考える者に自薦他薦を許すところの、過去に例を見い出すことができないほど

マイノリティな少数者の存在に配慮しているところに大きな特徴がある。<sup>(55)</sup>

しかし、ある者を協議に参加させる必要があるかどうかの判断は理想主義的な人権尊重の考え方に立って行われるものではないようであり、ペリットも「協議参加者の中に含まれる必要のある者は協議結果に合意する必要がある者である。すなわち、その反対が協議結果に致命的ないし受け入れがたい打撃を与え…そんな人である。したがって、裁判所や議会あるいは行政管理予算局などに働きかけることにより、Xが結果に影響を及ぼすことができそうになれば、Xを協議に入れる必要はないし、たとえ協議に入れたとしても、Xが協議結果に同意するかどうかは重要ではない。」<sup>(56)</sup>と述べていた。ともあれ、少数者の人権尊重に由来するというよりは、むしろ経験に基づく戦術上の選択としてではあっても、事実として、とにかく少数者の存在を踏まえ、これを無視せず意思決定過程にとりこもうとする姿勢に変わりはない。拙稿逐条解説で、「共生の時代における合意形成の試み」と副題を付したゆえんである。<sup>(57)</sup>

次に、所管行政庁も協議に参加することである。行政庁が協議に参加することにつき立法経緯でなされた議論は、委任禁止原則への抵触回避、行政庁の規則制定権限の範囲逸脱の防止、合意不成立の場合の行政庁独自の規則案を協議参加者に予測させるなどであった（拙稿逐条解説五六五条(b)、同五六六条(b)とその解説参照）。そうした議論をこれまでの行政法の理論モデルに引き合わせて考察すると、結局、利害関係者の意見を反映させつつも、実行可能な規則案をとりまとめるためには、法と制度の建前と現実の状況を熟知する専門行政官からの意見聴取が不可欠との判断があると言えよう。“feasibility analysis”（実行可能性分析）の一種である。無論、専門行政官の意見を多様な利害関係者が直接質疑応答しながら吟味するのではあるが、一定程度、専門的・政策的裁量モデルの価値観も採用されていることは否定できないと考えられる。

そして、協議が行われるのである。これまで、一言、協議と言ってすませてきたが、本法は協議委員会における諸活動を、審議 (deliberations)、討議 (discussions) と協議 (negotiations) という言葉で形容している (拙稿逐条解説五六条(b)参照)。これら文言の意味するところについて本法は明確な定義づけを行っていないし、立法経緯においても立法関係者による言及は見当たらない。

## 論

ところでシャピロは、行政過程を規律する制定法の中で deliberations (審議、熟慮。以下、熟慮的討議ともいう) という用語の使用がかなり増加しつつあり、また、八〇年代のアメリカの代表的な行政法の諸論文も熟慮的討議について論及していると指摘している<sup>88)</sup>。彼によると、行政上の熟慮的討議とは、行政決定が特定の利益の実現のみを意図するものでないことはいうまでもなく、最大多数の最大価値を愛好するにとどまらず、さらに、公共の価値ないし公共の利益を実現するようなものであるという<sup>89)</sup>。

ではいかにして行政上の熟慮的討議を実行するか。シャピロは必ずしも明らかでないとしつつ大まかな特徴を挙げている。すなわち、行政上の熟慮的討議は、倫理的対話 (対審的ないし裁決的過程ではなく協力的で互いに敬意を払うような対話 (discourse) との意味のようである)、技術的専門性として民主性をなんとかして両立させるものでなければならぬ<sup>90)</sup>。したがって、従来、総覧主義者 (synoptists) が主張してきたように、絶対的な規範的価値がまず存在し、行政庁が政策決定するに際しては、その価値を実現する唯一の科学的技術的な選択を行えば足りるというものではない。むしろ、対話自体の中から、個別状況における具体的価値が形成されてくると考えているようである<sup>91)</sup>。またライク (R. Reich) は、レグ・ネグにおける審議について、deliberations を一人の人間が実践するときの意味である熟慮的熟考的色彩を帯びることが期待されているとし、その結果、協議に参加した人々がそれぞれの個人的

利益をこえて、他人と共有できる共通の目標ないし公共価値を創造できることになると考えている。<sup>(62)</sup> シャピロの考える熟慮的討議のあり方やその効能はライクの見解とかなり接近しているようである。

そこでライクやシャピロの立場からすると、規則制定のための協議が実体的に正しく行われているかどうかを左右するもっとも重要な要因は、熟慮的討議が実行されているかどうかということになる。では、行政庁が行政立法のための政策決定にあたり熟慮的討議を行って決定したかどうかの司法審査はどのようなものであろうか。やはりシャピロによると、行政庁が慎重な熟慮を行って政策決定したかどうかを検討するため、裁判官は規則制定記録に基づき、自ら慎重に熟慮することが求められる。このとき裁判官は、行政庁が唯一の正しい選択に到達したかどうかを決する必要はなく、行政庁が慎重に行動し、その結果導かれる範囲内の政策を選択しているかどうかを検討すればそれで足りるとする。<sup>(63)</sup>

それでも協議による規則制定過程がまさに政治過程として存在し、制定された規則のなかに行政庁の裁量権の行使として正当化できないような非論理的・非科学的な妥協が含まれる可能性が皆無とは言えないかもしれない。しかしたとえそうだとしても、協議の場の構成について十分な事前手続がとられ、協議自体も熟慮的討議を実行するという意味で適正に進行され、後日協議の内容と結果が可能ながぎり公開されるのであれば、公正さはかぎりなく実現されていると言えるのではあるまいか。少なくともそこにおいては「公正な妥協」<sup>(64)</sup>が成立しており、厳格な法的判断をすることを責務とする裁判官としてもまさに敬讓せざるをえない実体があるように思われる。

これまで、熟慮的討議のための具体的手続や内容が明らかでないことが熟慮的討議論者の重大な弱点であると指摘されていたようであるが、本法により導入された協議による規則制定手続が、この意味での熟慮的討議を建前だけで

説  
なく現実にも実践できるものであるかどうか今後注目されるところである。この結果により本法に対する評価も大きく変わってくると思われる。

## 論

そして最後に、協議の結果の「合意に基づき」規則案が告知されることの意義を考えてみなければならない。アメリカ合衆国の行政法においても、行政規制の手法はトランスミッションベルト理論以来、最近に至るまで許認可権などに基づく一方的な行政処分が中心であった。しかし、本法は、最終的な規則の公布の事前手続としての規則案の作成にとどまるものではあるが、近い将来公布されることになる規則になんらかの利害関係を有する者はすべて、その利益代表を送りこむことができる制度上の建前のもとで合意を形成し、合意が形成されれば原則的に規則案として告知されるという特色をもつ。むろん、以前にも専門的・政策的裁量モデルの時代を初めとして、行政官と規制対象者（企業）の二者だけで取引が行われ、それが癒着を産んで非難されることになったときにも合意の要素はあったであろう。しかし、本法における合意は、そうした二者の間だけで成立するものではなく、規制対象者と利害が対立する関係にある第三者（規制による受益者）や規制受益者よりもさらに利害関係が間接的である環境団体や消費者団体なども含めての合意形成というところに大きな特質がある。

利害関係者すべてが参加し、その合意に基づき行政規制を執行していくというやり方は、根拠法規—行政行為—強制行為という三段階をとる伝統的な命令監督手法<sup>66</sup>（command control approach）、都市型・生活型公害などいわゆるノーマイント・ソース型環境汚染に対する有効な規制手法として提案されている経済的インセンティブを用いる手法、そして情報提供による誘導を図る手法などと明らかに異なった特質を有する手法として理解すべきではないかと考えられる。一九六〇年代後半からアメリカの大統領府が行政活動の効率性を求めて一貫して追求している規制改革

が、厳格な司法審査の洗礼というはさみ打ちにもあって、苦難の末、産み出した行政上の規制手法であり、今後、その理論的位置づけや運用実態の究明、是非と妥当領域、その抱える問題点などについて十分で慎重な検討を行わなければならぬと考える。

以上、特質についての若干の検討結果からすると、アメリカでは、行政上の政策決定モデルに関し、いわば、協議モデルないし熟慮的討議モデル、あるいは合意形成モデルとも呼ぶべきものが誕生しつつあるのかもしれない。<sup>66</sup> 今後の動向に注目していきたい。

## 五 結び——わが国への示唆

本法の内容およびその制定の経緯と成立の意義を考察することにより、わが国が学ぶことのできる示唆はきわめて幅広かつ深いように思われる。それは大きく分けて、本法が成立に至った経緯から学ぶことができる面と本法の内容がもつ特色から学ぶことができる面との二つの側面である。以下では、これら二つの側面から受けることのできる示唆について若干の検討を行い、あわせて筆者にとっての今後の研究課題と問題意識の方向性を明らかにしておきたいと考える。

### (1) 規則制定協議法成立の経緯から受ける示唆——裁判所による行政裁量の統制の影響——

本法が成立に至った経緯を要約すると、ニューディール期以後の専門的・政策的裁量モデルの弊害を踏まえて六〇年代後半以降、利益代表モデルが確立する。同モデルは、行政上の意思決定と司法審査の両面におけるハードロック原則を確立した(二(1)参照)。すなわち、行政庁の規則制定の多くが裁判で争われ、意思決定にさいし行政庁が厳格

## 説論

な検討を行ったかどうかを裁判所は厳しく審査し、裁量権の逸脱、濫用を理由に取り消すことが少なくなかった。これは必然的に代替的紛争解決（ADR）の潮流を産み出し、その具体的表現の一つとして規則制定協議法が成立したのである。この意味では協議による規則制定への志向は、大統領制のもとで行政立法を行うときのあるべき姿などといった民主主義を重んじる理念から導き出されたものではなく、裁判所が行政の懈怠や恣意・独断を厳しく監視してきたことが行政機関の側に協議による規則制定への取組を余儀なくした面が強いと言えよう。

これに対してわが国における司法審査の実情と言えば、これまでの多くの最高裁判例とそれらについての検討が示しているように、行政裁量一般に対して、裁判所による合理的な統制を期待することはほとんど不可能と言って過言でない状況である。そして行政立法における行政裁量の当否が問題となりうる事件については、強制買収農地の旧所有者への売り払いの基準について定めた農地法施行令一六条が農地法八〇条の委任の範囲をこえて無効としたり（最大判昭和四六年一月二〇日）、被拘留者と一四歳未満の者との接見を原則として禁止する監獄法施行規則一二〇条及び一二四条が監獄法五〇条の委任の範囲をこえて無効（最判平成三年七月九日）としたり、医療費についての厚生省告示について抗告訴訟の対象性を肯定した例（東京地決昭和四〇年四月二日）はあるものの、多くは、窒素酸化物排出に関する環境基準（緩和）の告示が争われた事件（東京高判昭和六二年二月二四日）や用途地域指定（その変更決定を含む）が争われた事件（最判昭和五七年四月二日）におけるように、処分ではないから司法審査の対象にならないとしたり、一般職の国家公務員がしてはならない政治的行為に関する定めを包括的に人事院規則に委ねても、国家公務員法による委任の範囲内であって憲法三一条に違反しないとしたり（最判昭和三年五月一日、最判昭和四九年一月六日）、教科用図書の検定について、学校教育法二二条一項には一応の根拠しかなく、教科用図書検定規則（文部省令）およ

び教科用図書検定基準（文部省告示）により実施されているが、これら検定規則と検定基準を「関係法律（教育基本法と学校教育法）から明らかな教科書の要件を審査の内容及び基準として具体化したもの」（最判平成五年三月二六日）として容認するなど、内容面から行政裁量を統制する姿勢はきわめて弱い。また、高等学校学習指導要領が法規としての性質をもつことを肯定したうえで、これに違反する教師の教育活動を理由とする処分は処分権者の裁量権を逸脱したものでないとした判決（最判平成二年一月一八日）のように、行政立法制定の形式や手続面からみて問題のある事例に対しても、有効な司法統制を試みようとする姿勢はきわめて弱い。

そして司法判断により裁量の範囲内とされると、裁判所の判断としては、「不当ではあっても著しく不当とまではいえず、したがって」違法ではないとするとどまり、裁量権の行使が適切であったと褒めているのではなく、行政の側は当方のかねてからの主張が認められたなどと変に勘違いして喜んでいるようなコメントを発表したりする。まさに畠山武道教授が「（合衆国における）専門的・政策的裁量モデルの特色は、規則制定・個別の処分における広範囲な裁量の認容、司法審査の抑制と限定、行政手続の簡素・簡略化を説く点にあるが、これらは、現在の日本の行政裁量理論の特色をほぼ網羅する。その点で、現在の日本の裁量理論は、専門的・政策的裁量モデルがほぼ異議なく信奉されている段階であり、むしろ合衆国の一九四〇～六〇年代の裁量理論と比較しても、裁判所が行政庁に大幅譲歩することによって、両者の調和の保たれている時期といえるだろう。」と指摘するとおりであろう。

また、わが国における行政立法手続の歩みを簡単に振り返ってみると、一九八三年の行政手続法研究会（第一次）法律案要綱（案）には命令制定手続が盛り込まれていたものの、一九八九年の行政手続法研究会（第二次）中間報告におき要綱案以降はまったく盛り込まれていない。そして今般、ようやく行政手続法が成立・施行されるに至り、申

説 請に対する審査基準の作成・公表（五条）、不利益処分基準の作成・公表（一二条）、行政指導の方式（三五条）などに関する規定を整備できた意義は大きい。しかし、行政立法手続については周知のとおり将来の課題とされている。たとえば、臨時行政改革推進審議会が一九九一年二月二日に提出した「公正・透明な行政手続法制の整備に関する答申」のなかの「行政手続法要綱案取りまとめの基本的考え方」は、規則制定手続を設けることにつき次のように述べている。「体系的かつ網羅的なものを目標として調査検討を進めることとの意義をもとより軽視するものではない

が、一般法である行政手続法の制定が今日まで実現しなかった経緯、行政手続の整備に対する内外からの要請、我が国行政運営の実情：等を総合的に考慮して」、「：行政部内において政令や省令等を制定するに当たつての手続（行政立法手続）、土地利用規制に係る計画や公共事業に係る計画の策定手続（計画策定手続）：：に関し、どのような一般的な手続を導入するかについては、なお多くの検討すべき問題があり、将来の課題として調査研究が進められることを期待する<sup>(6)</sup>」。

結局、行政立法手続の整備については今後どのような道筋をたどることになるかまったくの白紙と言っている状態であろう。他方、アメリカ合衆国で規則制定手続を含む行政手続法（APA）が制定されたのは一九四六年であり、規則制定協議法の成立により制度的にさらにもう一段洗練されたものとなったのである。行政立法手続整備についてのが国との時間差は単純に計算してすでに五〇年にもなることになる。これだけの経済大国になり利益団体や公益団体もそれなりに育っていると思われるにもかかわらず、公共政策の決定において行政の専門的・政策的裁量ばかりが相も変わらず優先的に尊重され、一般大衆はいうにおよばず利害関係者の積極的参加や情報の公開を進める法制度の発展がほとんど見られないのはどうしてであろうか。

国情や伝統の違いはあれ、民主主義社会である以上、民主的で効率的な政策決定がなされるよう、市民の参加と情報公開の意義や必要性を否定することはできないはずである。法制度の研究、創設、運用や解釈に関わるすべての者とくに行政法などの学者、政治家、裁判官の責任は一層重しいし、停滞を黙認してきた国民の多くの責任も否定できない。こうした法制度の遅れと責任を自覚することが本法を学ぶことで得る示唆の第一である。よくわが国に対するアメリカ合衆国のバッシングが言われるが、合衆国はわが国に対して行政決定過程の公正さや透明性を要求するだけでなく、合衆国内でも本稿において紹介したような手法によりそれを実行しようとしていることを知っておかなければならない。

そこで、法制度の遅れと責任を自覚したわが国が目指すべき方向として、当面は行政の裁量権限を肯定しつつも、行政庁が決定しようとする政策選択の経緯や趣旨について住民や国民が正しく判断評価できるよう行政が説明義務を十分に果たし、また後日の再評価も可能となるように、行政の記録としてこれを公表し情報の公開を進めることが期待される。<sup>(9)</sup>

以上、本稿で述べたような行政手法はわが国にはなじまないと考える人が少なくないかもしれない。しかし、わが国の中央省庁において、こうした行政手法の精神が実践されている実例がまったくないわけではない。今後の行政手法のあり方を示唆する萌芽的な実例として、北海道開発局が計画している「千歳川放水路計画」や通商産業省が一九九五年三月に公表した「各省庁主管行政に係る規制緩和要望及びその検討状況」の例などがある。<sup>(10)</sup>

(2) 規則制定協議法の内容がもつ特色から学ぶことができる示唆

本法の内容がもつ特色とは、規則制定手続において協議手法を採用していること、すなわち設置補佐人の助けや利

説

害関係者の自薦・他薦の制度により、制定される規則に関係する利益代表が十分に確保されることを重視しつつ所管行政庁を含めて協議を行い、委員会の会合で議長を務める調整役の活動の支援を受けるなどして合意に到達し、原則としてその合意に基づき規則案を告知するということであった。以下では、この協議手法の特色から学ぶことができる示唆について検討する。

a. 利害関係者の参加確保

各種利益ないし利益団体を代表するとされる者が、審議会や懇談会など、国や地方公共団体が設置する公的な話し合いの場に参加することは日常的事であるが、はたしてその代表者が代表する利益や団体の意見を積極的に反映してくれるかどうか不安や危惧の念をもつことは少なくない。かといって、従来の方法に変わる有効な方策が前向きに提案されてきたとも思えない。この点、本法は、規則案により相当程度の影響を受けると予測される者を明らかにするために設置補佐人という制度を提案し（五六三条(b)）、また利益団体の代表者ではなく規則案により相当程度の影響を受ける利益自体の代表者という考え方を採用し（五六四条(a)）、その利益代表者となるための自薦・他薦の制度を考えだしている（五六四条(b)）。かねてより、住民参加の組織と運営を考える上で検討すべき課題として、いかなる範囲の住民が、行政の政策決定過程のいかなる段階において、いかなる形態で参加すべきかとするなどの指摘がなされてきたが、規則制定協議法における上記試みは、不特定多数人に影響を及ぼす行政立法の場面における参加決定方法の具体的解答例の一つとして大いに参考になろう。

b. 行政官僚の役割の見直しと熟慮的討議を實踐する審議会の実現

行政手続、とくに行政立法手続の整備に対しては行政官僚の反対が強いことはよく知られているところである。し

かし、料亭政治などの言葉に象徴される一部私的利益との闇取引に左右される政治状況を打開し行政の公正さを要求する声は内外とも強まるばかりであり、官僚の反対により進むべき道を妨害され前進できないという状況は、なんとかして克服しなければならぬ。もちろん、その際には行政官僚の役割を見直す必要があるし、官僚機構に代わって公正で合理的な政策決定を行うことのできるシステムを創り出さなければならぬ。

この点、本法は、上記のような利害関係者の参加確保を図った規則制定協議委員会を諮問委員会と位置づける一方（五六二条(7)）、所管行政庁からの代表者の参加を義務づけることにより専門行政官の関与を確保しつつ（五六五条(b)）、委員会の会合で議長を務める調整役の活動の支援を受けるなどして（五六二条(7)、五六六条(b)）、委員会における協議が筆者の理解する熟慮的討議となることなどによる合意到達を目指し、これにより告知規則案の素案を描きだそうとしているのである（五六二条(7)、五六六条(a)(b)）。

わが国の政策決定過程における利害関係者などの関与は、市民（住民）参加とは大きく距離が隔たっているが、特定の争点について官僚機構に次ぐ情報力を持ち対案を提示する能力のある利益団体、公益団体、研究者団体や専門家が存在する分野については、こうした人々による幅広い討議を実現できる円卓会議的な場を設定することが考えられる。

そこで当面、わが国でも現実的に検討を試みることでできそうな方策としては、現在、国と地方の双方で多用されている各種審議会の性格と機能を本法の規則制定協議委員会のように、利益代表的で、しかも熟慮的討議を実践できるものに近づきよう試みる<sup>23)</sup>ことが考えられる。無論そのためには現在の運用実態を支える社会状況と人々の意識改革が必要であるが、結論としては、わが国の現状における多くの審議会のように事務局原案通りの答申を行う諮問機関

説としてではなく、むしろ事務局による原案作成はこれを原則禁止するとともに、審議会などを社会に実在するさまざまな利益代表から構成され、争点をゼロから熟慮的・熟考的に検討することを第一の目標とする協議会的なものとするのである。

## 論

そのさい行政庁の代表者は構成員として参加すべきである。もちろんこれまでも行政庁の職員は事務局を担当するという理由でオブザーバとして、あるいは役所のOBが形式的には学識経験者ないし業界代表として参加し実質的に行政庁の立場を代弁してきているが、正式の構成員として堂々と参加するのである。また、こうした審議会のメンバーは、熟慮熟考のために時間と情熱を割くことのできる者でなければならぬ。よく指摘されているように同じ者が名士的に多くの審議会のメンバーを兼ねるなどというのは、十分な準備をして会議に臨み、前向きで忍耐強い討議を行うことを期待できず認められないことになる。<sup>74</sup>

審議会がすべての利害関係者による熟慮的・熟考的討議の場となると、行政庁の専門行政官が果たすべき役割も当然変わってくる。すでにある行政学などの蓄積から多くを学ばなければならず筆者の今後の課題である。<sup>75</sup> 目下の筆者の一般的なイメージは、行政庁が行政決定の最終的な責任者であるという点はこれまでと変わらない。ただ、政策の決定過程において、論点と多くの当事者の主張を整理し、考えられる重要な選択肢に一定の科学的評価を施して審議の参考資料とするともに、これを公表して外部からの批判にも曝す方向へと向かうべきであるというものである。そうした視点から個別領域における審議会などの具体的あり方を調査し、提言していきたい。

## c. 設置補佐人、調整役および合衆国行政会議などの支援

わが国ではこれまでで行政上の問題に取り組み、解決のための方策を考える過程において、行政庁、利害関係者、学

識経験者などが様々な形で関与して政策決定されることが一般であった。この点、本法は、規則制定協議委員会を設置するかどうかが委員会に参加すべき者を明らかにするために設置補佐人を（五六二条(3)、五六三条(b)、委員会において議長を務め、公平な立場から協議を支援するために調整役を（五六二条(4)、五六六条(c)(d)、所管行政庁に対して設置補佐人と調整役を推薦し、協議の研修や協議のための施設を提供するために連邦調停仲裁庁（五六八条(b)を、そして、設置補佐人と調整役の候補者名簿を備え、協議に関する資料や情報を整理して外部の利用に供するとともに、行政庁が協議委員会を設置して活動するために必要な経費を提供する役割をもつものとして合衆国行政会議を活用する（五六九条）といった工夫を施している。

そこでわが国においても、課題を担当する所管行政庁以外に、関係者が一堂に会して話し合いの場や機会をもつことを世話をする個人や行政機関を含む団体の活用が検討されるべきであろう。情緒的、閉鎖的にものごとに決着をつける傾向のあるわが国の風土において、筆者のいう熟慮的討議を実現させるには、問題点を熟知したうえでそれを科学的論理的に整理しながら、対立する利害関係者から一定の信頼を確保しつつ討議を公正に取り運ぶことができる能力をもった個人や組織の存在がきわめて重要ではないかと考えている。ちょうどボランティアに対する行政の関与のあり方が問題になると同様、その活動に対する介入・干渉でなく自律的な活動を支援するという形での行政庁の関与のあり方やどのようなようにしてそうした個人や組織を見いだし、育てていくことができるかを筆者のこれからの大きな研究課題にしたいと考えている。<sup>76)</sup>

d. 協議委員会の協議（熟慮的討議）による合意の形成

利益代表や行政庁により構成される協議委員会が協議（熟慮的討議）により合意を成立させ、行政庁はその法律上

説  
の義務と矛盾しない範囲で最大限可能なかぎり、規則案の基礎として委員会における合意を使用する（五六三条(a)(7)）。ここに本法の最大の特徴があることに着目して、行政上の意思決定モデルとして合意形成モデルとでも呼ぶべきものが育ちつつあるのではないかとする私見は前述の通りである。それを踏まえ、ここではいくつかの点を指摘したい。

論  
まず、ドイツ行政法学の影響を受け命令監督手法を中心とする体系を考えてきたわが国行政法学も、ようやく経済的インセンティブや情報提供による誘導を考察の対象に加えるに至っているが、命令監督手法ともっとも対照的な手法と思われる合意手法の法制度的意義の探究に取り組むべき時期がきているのではなからうか。なぜなら、経済的インセンティブは、従来と同様、国民に対し優越的地位にある行政が、行政目的達成のために経済的利害を餌に国民を誘導しているのに対し、合意手法は国民自身の能動的発意を行政決定の中身にとりこもうとしているところに大きな相違点があるが、民主主義においては、もともと構成員みんなで決めたことを執行府がその通りに実施していくというのが統治の基本であるはずだからである。決定内容の浸透・協力による統治の効率性の観点からも同じ結論になる。

これまで行政法学にかぎらず、およそ実定法学は解釈論を中心とし立法論を補助的に用いてその内容を構成してきたが、これらは原理原則的な対立を軸として展開しており、対立点を汲みあげ止揚する方向で新しい制度づくりを提案したり、合意形成のあり方についてはほとんど関心を払ってこなかったように思われる。行政法の体系的概説書を見渡しても、阿部泰隆教授がその著書「行政の法システム（下）」（有斐閣）の第二編第一章で「住民参加・住民との合意形成」を独立の章として取り上げているのが目立つ程度である。行政法学以外の学問も視野に入れて比較してみると、「個々の合理的選択の集計としての社会的意思決定を取り扱うことで成果をあげてきた経済学や力の論理に関

心を寄せてきた政治学と比べて、合意に最も敏感なはずだと理解される法学」ではあるが、「合意の形成それ自体よりも、合意事項の解釈やそれが法的ルールに従っているかどうかの吟味のほうを重視する」との評価は誤っていないというのが実情であろう。しかし冷戦の終了という時代の変化を踏まえて、同じ土俵の上で政策の選択に貢献できる学問が求められているのである。<sup>76</sup>この点、規則制定協議法は、合意形成という、法解釈ではもちろんないし解釈論の延長にある立法論でもない、合意形成に貢献できる制度造りに貢献できる法政策学の検討に取り組みべき時機が到来していることを示唆しているように思われる。これに取り組みことも筆者の今後の大きな課題である。<sup>76</sup>

次に、合意形成モデルにたつ本法は、利益代表の十全さを図る点で民主性を重視する一方、その利益代表によるレグ・ネグが実施されることにより利害関係者が規則を受け入れる可能性が大きくなることを狙いとす。もちろん、レグ・ネグ手続を経由して制定された規則についても司法審査はなされる建前であるが（五七〇条参照）、形式的原則的な対立で終始し時間と金を浪費する傾向にある訴訟を避けようとする点で、規則制定とその執行に向けてある種の効率性を重視するものといえる。つまり、効率性実現に貢献する行政手法として協議による合意形成手法が採用されているのである。

プロシヤ行政法の影響の下に、根拠法規—行政行為—強制行為という三段階の命令監督手法、そのうちとくに行政行為論の探究を中心に展開してきたわが国の行政法は、戦後、行政活動の民主的統制を真剣に論じてきた。しかし、民主性に比べると効率性は戦後の行政過程においてほとんど議論されてきていないようである。<sup>80</sup>その影で、税金のムダ使いや公費の濫用は限りなく進行してしまつたように思われる。したがって、法制度を設計する際に、その一般的評価基準として、効率性の基準を掲げることは不可欠である。<sup>81</sup>効率性という、福祉や文教予算の削減を図る行政改

説 革がすぐ念頭に浮かんで拒否反応を起こす向きも多かもしれないが、国民の負担で運営されている行政活動が、市民の健全な経済的合理主義の精神に適合する効率性を確保しようとすることは本来的にその責務であるはずである。本法の紹介が、わが国における行政立法に関する法制度創設に参考とされる日が二一世紀早々にでも来ることを期待したい。

## 論

- (1) 拙稿「アメリカ合衆国規則制定協議法逐条論点解説—共生の時代における合意形成の試み—」大阪経済法科大学法学論集第三四号(平成七年三月)六一頁、以下「拙稿逐条解説」としう。
- (2) HOUSE REPORT NO.101-461, 1990 U.S. Code Cong. and Adm. News, 6697.
- (3) Harter, Dispute Resolution and Administrative Law: The History, Needs, and Future of a Complex Relationship, 29 Vill. L. Rev. 1393 (1983-84), 1404. なお、利害関係者は行政庁の告知に応じてコメントを提出できるほか、告知以前の時点で行政庁の規則制定を求めて請願することができる。すなわち、同法五五三条<sup>(6)</sup>は、「行政庁はすべて、利害関係者に対し、規則の制定、改正もしくは廃止を請願する権利を与えなければならない。」と定めている。むしろ、行政庁は請願を受領し、検討することを要求されるだけで、実際に規則制定手続を開始するかどうかは、原則として、行政庁の裁量に委ねられる。
- (4) Vermont Yankee Nuclear Power Corp. vs. Natural Resource Defense Council, 435 U.S. 519 (1978).
- (5) “hard look”の立場を明示する代表的な連邦最高裁判決として、See, e.g., Motor Vehicle Mfrs. Ass'n of United States Inc. vs. State Farm Mutual Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29 (1983). この判決については、皇山武道・アメリカ法 [一九八四—] [一九七頁の紹介がある]。
- (6) 5 U.S.C. App.2 881-15.
- (7) 5 U.S.C. 8552b.
- (8) 5 U.S.C. 88554(d), 557(d).
- (9) 拙稿逐条解説七二—七四頁参照。

- (10) 5 U.S.C. § 552.
- (11) 一九七〇年代に立法された法律の多くが、健康、職場安全、および環境保護の目的を有していたことについて、Martin Shapiro, *Who Guards the Guardians?* (1988), 序文および第4章参照。同書については筆者は、山村恒年・由喜門真治の両氏と紹介している『アメリカ法』一九九二一、五四頁。
- (12) Exec. Order No.12044, 43 Fed.Reg. 12661 (1978). Exec. Order No.12291, 46 Fed.Reg. 13193 (1981). ただし、とりわけレーガン政権による、Exec. Order No.12948, 50 Fed.Reg. 1036 (1985) などは、議会が定めた法目的の効率的達成のためではなく、環境の保護、消費者用製品の安全性確保、労働環境における安全衛生の確保などのための社会的規制の抑制を目的とするものであったとする詳細な紹介と検討がある。紙野健二「アメリカ大統領による規制過程への介入について」横越英二編・現代国家の諸相（一九八五）一五〇頁以下参照。
- (13) スリットは一九八六年当時、Negotiated rulemaking は、従来からの対立的規則制定手続に対する信頼できる代替策であるというだけでなく、ニクソン大統領以後の合衆国大統領による、行政規制にともなう経済への影響の配慮を要求する一連の規制改革に於て相当の比重を占めるに至ったことを評価する。Perritt, *Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: Evaluation of Recommendations by the Administrative Conference of the United States*, 74 Geo. L.J. 1625 (1986), 1717. また、規制改革に於て、宇賀克也・アメリカ行政法（弘文堂、一九八八年）一六一〜一九四頁参照。
- (14) HOUSE REPORT, supra note 2, at 6698-99.
- (15) Dunlop, *The Limits of Legal Compulsion*, 27 Lab. L.J. 67, 67-74.
- (16) Harter, *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise*, 71 Geo. L.J. 1, 28 (1982).
- (17) Note, *Rethinking Regulation: Negotiation as an Alternative to Traditional Rulemaking*, 94 Harv. L. Rev. 1871 (1981).
- (18) Harter, supra note 16, at 42-52; Perritt, supra note 13, at 1635, n. 50.
- (19) ACUS Recommendation No.82-4, 47 Fed.Reg. 30708 (Jul. 15, 1982), codified at 1 C.F.R. § 305. 82-4 (1984).
- (20) Perritt, supra note 13, at 1635-36; Harter, supra note 16, at 40; Suskind & McMahon, *The Theory and*

註

Practice of Negotiated Rulemaking, 3 Yale Journal on Regulation 133 (1985), 136-137; D. Wendel, Negotiated Rulemaking: An Analysis of the Administrative Issues and Concerns Associated with Congressional Attempts to Codify a Negotiated Rulemaking Statute, 4 Admini. L. J. 227 (1990), 231.

論

- (21) Harter, *supra* note 16, at 42-52.
- (22) Susskind & McMahon, *supra* note 20, at 133.
- (23) Industrial Union Dep't, AFL-CIO v. American Petroleum Inst., 448 U.S. 607(1980). この判決のごとくは古城誠の紹介がある。同「規制緩和理論とアメリカ行政法」アメリカ法「一九八六—一九八七」二九八頁。
- (24) W. MILLER, Bypassing the lawyers, INDUSTRY WEEK (JUNE 23, 1986), 20-21. N I D R 副所長であるウィリアム・ドラークの発言を紹介している。
- (25) ACUS Recommendation No. 85-5, 50 Fed. Reg. 52895 (Decem. 27, 1985), codified at 1 C.F.R. § 305, 85-5 (1986). 八五年勧告を紹介し「ロメンタをめぐって」See, Perritt, *supra* note 13, at 1711-16.
- (26) 木材ストーブ性能基準に関わるレグ・ネグについては、常岡孝好氏が詳細な紹介と検討を行っている。同「Reg-Neg の実験とアメリカ行政手続法の基層」(二)〜(四)「自治研究第六九巻第十号(平成五年十月十日)五六頁、同第十一号(平成五年十一月十日)六五頁、第七〇巻第一号(平成六年一月十日)六二頁参照。他に、木材ストーブ性能基準にたいしてかなり詳細な検討を行っているものとして、See, D. Fiorino, Regulatory Negotiation as a Policy Process, 48 Public Admini. Rev. 764 (JULY/AUG. 1988), 766.
- (27) *Id.* at 765-68.
- (28) 制定法による規則制定の最終期限については、参照、黒川哲志「規則制定の遅延とギョウライン」(一)(二) 法学論叢 一三二巻二号(一九九二年)一三三巻一号(一九九三年)。
- (29) W. MILLER, *supra* note 24, at 21.
- (30) Elementary and Secondary School Improvement Act, Public Law No.100-297.
- (31) Price-Anderson Amendments Act, Public Law No.100-408.
- (32) ACUS Recommendation No.82-4, *supra* note 19, at 30708.

- (33) S. Breyer & R. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy* 3rd ed. (1992), 606-07.
- (34) Susskind & McMahon, *supra* note 20, at 134.
- (35) W. MILLER, *supra* note 24, at 21.
- (36) HOUSE REPORT, *supra* note 2, at 6700.
- (37) K. Davis, *Administrative Law Text*, 3d ed. § 6.03 at 142-43 (1972).
- (38) Harter, *supra* note 16, at 28-31.
- (39) この便益の例として、'ハーターは、ワシントン州シアトル近郊の河川に軍部がダム建設を計画したときに行われた協議をあげている。ダム建設により谷間の開発につながることを心配してこれに反対した環境グループと定期的な洪水により被害を受けているため、ダム建設を支持する谷間の農夫たちは協議を行った。一九七四年から八〇年にかけて、二つのグループの間の協議が州知事の斡旋により始められ、谷間を保全するという両者共通の利益を明らかにできたという。協議がなされなければ、環境主義者は建設阻止のために間違いなく訴訟を起こし両者は必ずや対立的になっていただろうが、協議により、谷間を守るという両者の真の利益が示され、和解に向けて作業することができたとされている。一九八一年頃の別の例では、ウラニウム鉱発掘の許可付与の前提としての政府機関の環境影響評価(EIS)につき、環境団体は欠陥のあるEISの枝葉を法的に争うのではなく、協議により(原子力発電への依存の程度という?) 中心的争点に絞ることができた。その結果、一般的合意が生まれたのであるが、政府機関と環境団体が熱心に協議したことに、より重要な意義があったと考えられている。Id. at 29.
- (40) 該当する取引過程の例は、規制を受ける会社に関する初期の遵守しなければならない基準は厳格であるべきだと規則案の受益者が論じる場合である。規制を守らなければならない会社は、遵守につき、長い猶予期間のある、より緩やかなものを主張しよう。過度の負担であるとの会社の主張を受けて、行政庁は、緩い基準でもよいとす一方、即時の保護の必要に応じて短い期限を要求すると決定するかもしれない。しかしながら、関係者は誰もまさにこの反対の結果にもっと満足していたかもしれない。すなわち、より厳格な基準ではあるが、施行までに、より長い時間を認める規則である。Id. at 30.
- (41) Susskind & McMahon, *supra* note 20, at 136-37.

- (42) S. Breyer & R. Stewart, *supra* note 33, at 609.
- (43) 下院小委員会および上院委員会の公聴会における行政会議議長、化学製造業協会副会長、EPAの規制担当課長らの発言。 cited D. Wendel, *supra* note 20, at 232-33, n.31.
- (44) 一九九〇年一月に成立した本法では、協議手続を用いるかどうかについては行政庁に裁量権があるが(五六三条)、協議参加者の決定については、設置補佐人の判断が大きな影響力をもち、かつ、利害関係者自身の自薦や他薦も認められている(五六三条、五六四条)。また、協議委員会の活動の終了は、原則として、最終規則を公布したときであり、行政庁に裁量権はない(五六七条)。
- (45) 上院の政府問題委員会で行われた公聴会における発言でも。 cited D. Wendel, *supra* note 20, at 235 & n.42.
- (46) Fiss, *Against Settlement*, 93 *Yale L.J.* 1073, 1085-88(1984).
- (47) 抽稿逐条解説七一頁以下参照。
- (48) 「規制改革」の掛け声のもと、規則制定過程を含む行政規制を改革しようとするアメリカ合衆国政府の動きについては、本稿でも二箇所で言及している(二(1)、四(2)イ)。また、本法は、第五六一条「目的」として、「本法の規定はすべて：協議による規則制定のプロセスまたはそれ以外の改革的規則制定手続にともなう改革と試みを制限する目的をもつものとして解釈してはならない。」と定めている。抽稿逐条解説六八五頁参照。
- (49) Harter, *supra* note 16, at 42-43; R. Fisher & W. Ury, *Getting to Yes*, 2nd ed. at 97-106, *especially*, at 102-106 (1991)。なお、利害関係者が協議に参加するかどうかは、協議の結果得ることができる成果の大小に左右されるのであって、その場合の手続が合理的で公正な仕組みになっているかとか、公開性が守られているかなどに左右されない。したがって、もし当事者が有する最善の代案が協議で獲得できるものより優れているならば、その当事者は協議に参加しないという「協議に基づく合意に対する最善の代案」(Best Alternative to Negotiated Agreement, BATNA)概念については、抽稿逐条解説九六〜九七頁参照。
- (50) 専門的、技術的分野における行政決定を自由裁量として放任せず、政策科学としての意思決定論の見地から統制することはきわめて重要だと考えるが、わが国の行政法学者でこうした見地を取り込んでいる者はまだほとんどいないようである。例外的に、山村恒年「現代行政過程論の諸問題(四)」自治研究五九巻七号(一九八三年)八六頁以下、同・自然保護

の法と戦略二版（有斐閣、一九九四年）第七章、同「環境アセスメントの法律問題」ジュリスト行政法の争点二六〇頁。また、とくに環境に影響を及ぼす政策決定を意思決定理論の観点から本格的に検討したものとして、岩橋健定・NEPAと意思決定理論—環境アセスメントと行政の政策決定—（東京大学都市行政研究会研究叢書八、一九九四年）がある。

- (51) 以下の記述は主にM. シャピロの次の文献に基づく。Martin Shapiro, On Predicting the Future of Administrative Law, Regulation, May/June (1982), 18 (以下「Predicting the Future」略して引用) ; do., Who Guards the Guardians? (1988), 36-77. シャピロの文献をその論稿においてかなりの程度紹介・引用している邦文献としては、古城誠「規則制定と行政手続法（APA）」藤倉皓一朗（編）『英米法論集』（一九八七年）二二三頁以下、同「規制緩和理論とアメリカ行政法」アメリカ法（一九八六年）二号二七三頁以下がある。また、古城誠の業績も参考にしつつ、アメリカにおける理論モデルのわが国への導入の可能性を全体的に検討しているものとして、畠山武道「現代経済社会と行政」現代経済法講座—現代経済社会と行政（一九九〇年）一八八頁以下があり、筆者も多くの教示を受けている。その他、参照した邦文の文献は枚挙に暇が無いが、しばしば参照したものとしては以下のものがある。田中英夫・アメリカの社会と法、IV（一九九—二四八頁）。荏原明則「行政機関による規則制定の諸問題（一）」（四）「神戸学院法学」二卷二号一—三卷二号、宇賀克也・アメリカ行政法（一九八八年）、大浜啓吉「アメリカにおけるルールメイキングの構造と展開（一）」自治研究六二卷一一号—六三卷六号、Gellhorn & Levin, Administrative Law and Process 3rd Ed. (1990) 73-123, 309-352.

- (52) P P B S、M B O、Z B Bについては多くの財政学の教科書で紹介されているが、片岡寛光・行政の設計（早稲田大学出版部、昭和五三年）Ⅲ章は「予算による計画化」と題して、それぞれの意義と変遷の過程をわかりやすく説明している。
- (53) 「大きな政府」は「政治決定」と利益団体の関係が接近した結果もたらされたが、新保守主義の下では両者の関係は断ち切れ、「利益団体」は自らの競争原理の下で、「政治決定」に依存することなく効率を求めて自律することが要求されるという、シャピロの枠組みに照らしてみても興味深い指摘がある。参照、藪野祐三「利益団体のモデル」白鳥合編・政策決定の理論（東海大学出版会、一九九一年）第六章一五七頁。

- (54) 立法者意思忠実モデルを最初に意欲的に示したのは、一九八四年連邦最高裁のシェブロン判決であった。そして拙稿「有料番組についての米国連邦通信委員会の規則改正の根拠と手続」平成三年情報通信学会年報（一九九二・三）二五頁

以下は、放送分野における規制緩和と政策の一例であった表題について、同判決に全面的に依拠する一九八八年のコロンビア地区合衆国控訴裁判所判決を主要な検討素材の一つとしたものである（特に五九頁以下参照）。

(55) 拙稿逐条解説五六三条(a)(2)(3)、同五六四條(b)とその解説参照

(56) Perritt, Negotiated Rulemaking and Administrative Law, 38 Admini. L. Rev. 471, 501-02 (1986).

(57) 少数者代表を含む利益代表を十分に保障して協議を行うという本法の採用する手法が行政学・経営学の方野で研究されている意思決定理論からどのような示唆を受けているかは大変興味深い。

意思決定を行う際に考慮すべき要素や決定内容の将来的変更可能性の予測などについては、従来対照的に、「事実認識と価値判断の完全性・総合性および価値実現の最大化を要求」する総合的決定モデル (synoptic model) と「当面の課題を一挙に解決しようとはせず、政策の修正・転換を繰り返しながら漸進的に解決」しようとする漸増主義 (incrementalism) の二つが紹介されていた。西尾勝教授は、インクリメンタリズム理論をめぐるその後の理論状況を紹介している。

教授によると、インクリメンタリズム理論を提示したチャールズ・リンドブロムは、「官僚組織による政策立案の合理化に見切りをつけ、政策立案の規範理論に代えて、政治過程を多元化させ、これを市場機構に近づけることを求める政策形成の規範理論」である多元的相互調節理論を提唱した。すなわち、リンドブロムは、「それぞれの政策立案者たちが利己主義と現実主義に立って行動し合うとき、多元的な集団利益を代表する人々の多元的な価値基準に基づく行動が相互に調節された結果として形成される」と多元的相互調節理論を提唱した。

この理論に対しては、「現実の政治過程には組織化されていない集団利益もあり、あらゆる集団利益が正当に代表されているわけではないので、政策形成を既存の政治諸集団の間の相互調節に委ねたのでは、公共の利益が達成されることなどありえない」などの批判があったが、アロン・ウィルダブスキーらはインクリメンタリズム理論を擁護して次のような再反論を述べているという。「そうであるからこそ、労働者利益を擁護するために労働基本権を保障し労使交渉を制度化したように、消費者利益とか環境保全利益などについてもこれを擁護する新しい制度を創出し、この種のカウンターバランス装置を政治過程のなかに埋め込む努力をすべきなのである。肝心なことは、このようにして政治過程をますます多元化させ、多元的相互調節の結果を合理的なものにしていくことなのであって、この多元的相互調節に代えて、政府の行

政機関がその二元的な価値基準に基づき諸利益を調整しようとするのではない。それは民主的でも合理的でもない」と（講座行政学第四巻、政策と管理、四五～四八頁（西尾勝執筆））。

本法の定める利益代表のための諸制度が意思決定理論、とくに多元的相互調節理論からどのような影響を受けているのか、また、今後、多元的相互調節理論やその擁護論に対してどのような分析や評価が下されるのか注意して見守っていきたい。

- (58) Martin Shapiro, *Who Guards the Guardians?* (1988), at 26.
- (59) *Id.* at 20.
- (60) *Id.* at 34.
- (61) *Id.* at 128-149.
- (62) R. Reich, *Public Administration and Public Deliberation: An Interpretive Essay*, 94 *Yale L. Jou.* 1617, 1636-37 (1985). ライクのこの見解については、拙稿逐条解説一〇三頁で若干詳しく紹介している。なお、片岡寛光教授は、このように協議と類似の機能を果たすものとして、「公共政策の立案と、そのための政策分析」を指摘している。教授によれば、「政治過程そのものには、個人に対して公共性に対する配慮を行わしめるメカニズムが欠けている。：私的利益の追求が公共の利益に結果するためには、大きなミッシング・リンクが存在し、両者が直接結合しうる可能性はない。このミッシング・リンクを回復する機会には、公共政策の立案と、そのための政策分析に求めうるであろう。公共政策の立案は、政府当局者が直接公共性の諸問題と取り組む機会であると同時に、人々の注意を喚起することによって市民が公共性に対する配慮を行うことを誘う契機ともなりうるであろう。」という（同・前注（52）、一一九頁～一二四頁）。教授のいう公共政策の立案と政策分析、とくに政策分析の正確な内容を筆者は十分理解していないが、従来、専門行政官がほぼ独占して行ってきた政策分析に幅広い利害関係者がかんりの程度関与できる形態として実行されるのであれば、本稿でいう協議との接点が増すことになる。
- (63) Shapiro, *supra* note 58, at 150-173.
- (64) 田中成明教授は、政治的空間と対比して対話的合理性基準が制度化された法的空間における「合意」の内容は、制度の実効性の確保、個人の自律的選択の尊重、自主的な相互作用的活動の促進などのために、多かれ少なかれ現実対応的なも

のに拡大ないし変容されているとし、それに応じて、めざされる合意も、対立する理由づけの当否・優劣をめぐって議論して最終的にいずれかの理由づけを正当と承認しあうタイプの「理由づけ型合意」から、様々の論拠やトポスをめぐって意見・利害を調整しあひ何らかの妥協が形成されれば、さしあたりそれでよしとするタイプの「妥協形成型合意」を含む方向に拡大傾向にあるとする。そして、裁判手続は前者をめざしているが、それ以外の法的過程は後者をめざしたり、後者の合意に制度的に正当な位置を与えたりしている。したがって、裁判手続以外の法的過程は、基本的に、「公正な妥協」の場としてしか位置づけできないのかもしいれない、とする。同・法的空間（東京大学出版会、一九九三年）、第一章、とくに二七頁以下。田中教授の論を本文の文脈に即していると、「公正な妥協」の場において産み出された「妥協形成型合意」を裁判手続でどこまで法的に評価できるか、ということになる。

- (65) 三段階手法については、藤田宙靖・行政法講義第三版（青林書院、一九九五年）一九頁参照。また、ステュアートは *command-and-control regulation* を、規制行政機関が命令、差し止め、民事罰および刑事反則金などの *control* 手段を用いて *commands* を執行する位置づけに *stewardship* Stewart, Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework, 69 Calif. L. Rev. 1256, 1264 (1981)。

- (66) 山村恒年教授は、国際連合が関係する様々な場で、国連の諸機関と環境NGOがディスクールによる討議的合理性を確保する努力を行っており、一九九二年の地球環境サミットで採択された「リオ宣言」や「アジェンダ21」第七章が定めるNGOの役割強化を実践していると指摘している（同「環境行政法の理論と現代的課題」法時六五巻三号八頁、同五号一八頁、同八号五四頁、同九号七四頁）。米国内の行政上の政策決定と国連の場でのそれとを安易に同視することはできないだろうが、情報の公開・共有を前提に関係者がオープンに意見交換しながら意思決定を進めていくという点で、かなりの共通性があるようにも思われる。そして、熟慮的討議モデルよりは「討議的合理性モデル」の呼び名の方がスッキリしているし直訳っぽさがなく優れていると思う。しかし本法の熟慮的討議モデルは、注(64)で述べているように、「理由づけ型合意」だけでなく「妥協形成型合意」をも予定し許容していると考えられるので、筆者は結論として、本法における意思決定のあり方を合意形成モデルと呼ぶことにしたいと考えている。

- (67) 畠山・前注(51)、一九七頁

- (68) 総務庁行政管理局編・逐条解説行政手続法（増補）二八三頁

(69) ほぼ同旨、畠山武道「公共事業と行政手続」、法律時報六六卷一一号頁、一二頁。

(70) 北海道開発局が計画している千歳川放水路計画（以下、千歳川計画という）は公共事業であって行政立法手続の場面ではないが、政策決定や合意形成のあり方を考えるうえで極めて示唆に富む事例である。広大な低平地が広がる千歳川流域においては洪水被害が繰り返されてきたため、抜本的治水対策として千歳川計画が作成された。この計画に対しては北海道知事はじめ、多方面からさまざまな意見要望が寄せられたようで、それらを踏まえて同局は、計画に対する理解と正確で客観的な議論がなされることを期待して「千歳川放水路計画に関する技術報告」をまとめている。そこでは、同計画の契機と根拠（第一章）、治水対策一五案の比較検討（第二章）、放水路ルートの選定と自然環境の保全など（第三章、第四章）、放水路による気象、水質などへの影響と対策（第六章）について、問題点の所在、諸提案や意見に対する開発局の評価、同局が講じる対策についての説明がかなりわかりやすく記述されている（ただし、畠山・前注（69）は、治水対策案の比較検討や環境保全対策の根拠となった基礎資料、実験データ、基礎データがほとんど示されておらず、今後提示していくことが望まれるとする）。惜しむらくはこの報告がまとめられたのは平成六年（一九九四年）七月であり、最初に同計画が決定された昭和五七年（一九八二年三月）から一二年が経過しての時点におけるものということである。今後、北海道開発局がこのような報告をまとめるにいたった経緯、とくに当初、計画されていた内容やその計画実施により予測されていた影響や対策、その後、どのような状況の変化により文書化して公表するほうがベターであると判断するにいたったかや、そのとき追加して配慮した要素や対策などを明らかにし今後経験を生かしていくことが重要であろう。

また、通商産業省は、一九九五年三月、「各省市主管行政に係る規制緩和要望及びその検討状況」を公表しているが、その中で規制緩和の要望のあった三五二の要望事項について、①法案提出などにより措置済み及び措置予定のもの、②各種審議会などで検討予定のもの、③核不拡散や安全上の観点などさまざまな理由により措置困難なものに区分して示している。要望を聞きおくだけでなくとどめず政策選択の一応の理由を文書で示すなどということは通商産業省としても初めてのことらしい。北海道開発局が公表している上記のものに比べると、要望を踏まえた検討や説明はきわめて不十分ではあるが、官僚制の牙城の一つである通商産業省でも変化の兆を見せているのである。二つの例に見られるような政策決定の根拠や考え方を行政の側が説明して争点が明確かつ具体化し、国民との理性的な討議が発展していくことを期待したい。

(71) 住民参加のあり方などについては、既に多くの論稿があり枚挙にいとまがないが、最近ではたとえば田村悦一「開発・

環境行政と住民参加」政策科学1-1, May 1993, 四三頁以下参照。

(72) 西尾勝教授は、市民参加の程度は、国防政策、外交政策、民刑事法の改正、国際金融政策・通商産業政策、文教政策・厚生政策などの政策領域によって大きく異なるとの分析を示している。西尾・前注(53)、五四〜五五頁。

(73) 草野厚「審議会は隠れ蓑である」(諸君、九五年七月号九八頁)は、審議会の削減、委員の任命のあり方、審議の公開性、透明性そして審議会設置目的の再検討の必要を主張している。そのうち審議会設置目的について、今後の審議会が生き残る道として、専門領域におけるプロ化または省際的大局的見地からの政策提案の支援しなないだろうとする。状況認識や改善の方向性についてはほとんど同感であるが、草野教授の言う省際的大局的見地からの政策提案の支援は、官僚の関与を極力排し市民の審議会参加を拡充することによってしか実現できないだろうというのが筆者の見方である。

(74) 同じ一人の人間がいくつもの審議会の委員を兼ねていることに対する批判の例として神戸市の各種審議会の例がある。神戸市内の市民グループ二団体が情報公開制度を利用して神戸市の各種審議会、委員会約一四〇について兼任の状況などを調べたところ、一六もの委員を兼ねていた一人をはじめ、五以上の委員を兼任している人が四〇人いたそうである。(朝日新聞、九四年五月一〇日)。このことが物語っていることは、十分な準備をして審議に臨むというより、名譽や資料などの情報入手を目的に委員への就任受諾がなされているということである。筆者は、このことが審議会における活発な審議がなされない大きな原因になっているのではないかと疑っている。一方、逗子市では昭和六〇年度から平成四年度にかけ、学校給食検討委員会、公共施設検討部会、ボランティア研究部会など約六〇の協議会、懇話会等を設けて概ね二年をめどに提言をまとめ市政に反映しているようである。「逗子市まちづくり懇談会、懇話会等」を設けて概ね二年等の委員の選任方法、提言に至るまでの会議の運営方法、提言の活用方法などについて、合衆国の規則制定協議委員会の発想をわが国に導入しようとするとき、わが国の政治社会風土との適合性を検討するための格好の実践例と思われる。後日、詳細を調査したいと考えている。

(75) 行政官の役割を論じた代表的な書物として、片岡寛光監訳・行政官の役割(成文堂、昭和五六年)がある。また、ライクも筆者が本文で述べたような官僚制のあり方を提言している。R. Reich, supra note 62, at 1637-1640.

(76) 九五年一月の阪神大震災を契機に、被災地区における街づくりやマンション再建などをめぐり、被災地域やマンションの内外に居住する人たちの中から、住民同士の話し合いや争点の絞り込み、そして行政との話し合いの機会のとり持ち、

折衝などに貢献している人が多数出ているようである。それらの人たちは、建築家、街づくりプランナー、弁護士や司法書士などの法律家、商業マーケティング論の専門家、社会福祉に携わる人、医療関係者など多種多形である。こうした「市民参加の場において、住民の考え、希望、要求を都市計画の政策や手法でどうすればよいか『翻訳』したり、反対に専門用語や法制度を住民にわかりやすい言葉に置き換えて説明する役割を果たす」アメリカのファシリテーターと呼ばれる専門家の存在が紹介されている。大野輝之等・都市開発を考える（岩波新書、一九九二年）二二七頁。ファシリテーターとは、本法で調整役と訳している facilitator のことであろうが、facilitator なる存在と概念が合衆国においてどのような経緯で醸成されてきたかを参考にしつつ、わが国の法文化に適合する調整役のあり方を諸事例の調査を踏まえて是非明らかにしたいと考えている。筆者の今後の大きな課題である。

(77) 合意形成研究会 マニフェスト、合意形成研究会・カオスの時代の合意学（創文社、一九九四年）所収巻末資料二六頁。

(78) 前注書は権力政治や利益とやらんで合意の見地から制度や秩序を多分野の専門家が協同して考察しようとするものである。同書のプロローグは次のように述べている。「古い秩序が崩壊し、新しい秩序の姿は明白ではないカオスの状況」において、「フレイム・オブ・レファレンス（当事者の抱える判断・意味付けの枠組み）の異なる当事者の間でどのように合意をつくることができるかという問題が極度の現実性をもってわれわれの前に立ちはだかっている。」「立場の相違は、単純に利害に由来するときもあるし、イデオロギーに基づくときもある。相互の立場を前提に、言葉の説得を基本とする『ディベート型』合意も、立場の変更もありうるという前提でテーブルに問題点をすべて出し、共通の理解のもと『共同解決型』の合意もある」といった基本スタンスで、「合意を見つけたための条件は何か、合意はどのようなときに成立するのか、合意が得られないとどうなるかを考察してみる。」と。同書に所収されているかなりの論文を筆者は興味深く読んだが、とくに同書末尾に巻末資料として所収されている「合意形成研究会 マニフェスト」は多くの方に一読していただきたい。「合意形成は人間社会の秩序形成にとって最も特徴的かつ重要な機構である。」との指摘には、大きな光が差し込んでくるような感動すら筆者は覚えている。

(79) 田中成明教授はその著書「法的空間」前注（64）において、従来の強制的命令システム・モデルが、法システム全体の機能方式の理解としてみた場合、法による社会統制・活動促進・紛争解決・資源配分という四つの主な社会的機能の面で欠陥を有しているため、議論フォーラム・モデルへの転換が必要だとその分析を示したうえで、現代社会における法

の位置と役割は、強制的命令システムから議論フォーラムへの変遷と位置づけられるとし、そこにおける対話的合理性、手続的正義、合意形成などを論じている。

(80) 少なくとも行政法学の分野においては、効率性の確保に的を絞った研究は極めて少ないようである。なお、本文で紹介した阿部泰隆・行政の法システム(上)は、「行政法の体系改善の一視点」として、行政効果、時間と費用のファクター、効率性など取り上げている(同書五七頁以下)。法制度づくりにおいて効率性の重視を堂々と他に先んじて掲げたものとして注目されよう。

(81) 法制度を設計する際に、その一般的評価基準として、正義性の基準とともに効率性の基準があることを明確に指摘するものとして、平井宜雄「法政策学」第二版六九―一七頁参照。

(追補) 本稿の内容に大きく影響する出来事があった。本稿は、一九九五年一月に脱稿していたが(ただし、同年三月末日までに得られた知見を一部追加している)、紙幅の都合で本論集の前号と本号に分けて収録している。そして本号掲載の原稿は、九五年初秋まで私の手元にある予定だった。ところで私は九五年八月下旬から一ヶ月ほど、規則制定協議法成立後の運用状況と問題点、本法延長の見直しなどについて調査するため、アメリカ行政会議を中心に環境保護庁(EPA)や共通役務庁(GSA)などを訪問した。その結果、本法は延長されるであろうとの心証を得て九月下旬帰国したのであるが、その数日後、共和党が多数を占める連邦議会がアメリカ行政会議関係の予算を認めず、同会議は九月末日をもって解散するほかないことを知った。ワシントン滞在中、訪問調査しようとした連邦議会の技術評価局(OTA)がそのときすでに解散準備に入っていたことにもショックを受けたが、今度はその以上だった。ともかく、本法の運用状況と問題点、本法延長をめぐる大統領府の行政管理予算局(OMB)やその一部局である情報規制問題担当室(OIRA)の行動を整理し、検討する必要がある。それらについても本稿のなかに取り込もうとしたこともあったが、十分に消化しないままそれを試みることはかえって混乱した印象を与えるだけと知った。そこで、先行している事実で随分遅れることになるが、まず本法制定に関わる諸事実を時間の経過に即して記録し整理して発表することにした。したがって、本法成立後の運用状況、成果と問題点についてはさらに十分調査したうえ次の機会に検討し、本法の消滅やアメリカ行政会議の解散、これに関わる関係者の受けとめ方などはさらに次回に紹介することにした。