

# 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 ——

比 山 節 男

## 目 次

一 はじめに

二 規則制定協議法の内容

## 一 はじめに

アメリカ合衆国で連邦政府が行う規則制定について、一九九〇年一月きわめて注目すべきといって過言でない表題にあげる法律が成立している。

アメリカ合衆国においては、連邦政府が行政活動を進めるさいの手法として、わが国で、行政処分と行政立法が区別されているのと同様、行政手続法 (Administrative Procedure Act, 以下、A P A という) は大別して、裁決 (adjudication) と規則制定 (rulemaking) の二つを用意している。しかし、政策の形成遂行手段としての規則制定の重要性が大きくなったことが一九七〇年代におけるアメリカ行政法の最も重要な展開の一つであると思えば指摘されており、今日に至っている<sup>(2)</sup>。

本稿で紹介する規則制定協議法は、アメリカ合衆国において、レグ・ネグ (Regulatory Negotiation) の略称。以下では、レグ・ネグまたは規制協議という。) ないし A D R 手法 (Alternative Dispute Resolution, 裁判に代わる紛争解決方式) とよばれている意思決定手法を規則制定の分野について制度化したもので、<sup>(3)</sup> 制定される規則に係するすべての利害関係者 (interest) と行政庁が設置補佐人 (convenor) や調整役 (facilitator) などの第三者さ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) 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を成立させ、その後、行政庁はその法律上の義務と矛盾しない範囲で最大限合意に基づく規則案を告知し、以後は従来通り、A P A で定める通常の規則制定過程に即して手続が進行することを定めたものである (図参照)。

合衆国行政会議  
 (連邦調停仲裁庁と協議して)  
 設置補佐人、調整役候補者名簿の作成  
 規則制定協議に関する広報センター  
 として活動  
 規則制定協議に関する運営費用の支払い  
 (569条) etc

連邦公報等による公告  
 ・規則の主題や問題点  
 ・利害関係の指摘、  
 利害関係を代表する者の一覧、  
 コメントの要請  
 および代表する者についての  
 委員への自薦または他薦に  
 ついての説明

設置補佐人  
 援助 (563条(b))  
 (〇〇〇委員会  
 設置の検討)  
 (〇〇〇委員会  
 設置の仮決定)  
 564条

行政庁  
 支援

行政庁・最終規則を公布  
 〇〇〇委員会の活動終了

行政庁・コメント  
 を受理  
 563条(a)

合意に基づき  
 行政庁は  
 規則案を告知  
 563条(a)

合意成立  
 合意不成立  
 (一部不成立を含む)

〇〇〇委員会  
 (調整役が議長をとめる)  
 〇〇〇委員会における協議  
 (行政庁も参加)  
 566条

支援 565条(c)

支援 565条(c)

連邦調停仲裁庁  
 ・設置補佐人、調整役の供給  
 ・規則制定協議のための  
 施設、研修その他の便宜の提供  
 (568条)

説

以下では、規則制定協議法の内容について、逐条ごとの主要論点を中心に解説することとする。<sup>3)</sup>

## 二 規則制定協議法の内容

論

一九九〇年一月に成立した規則制定協議法は、「連邦行政機関が行う規則制定のための協議の枠組みを確立するために」制定されたものである（実は、一九八八年、八九年と続けて、同じ名称で、内容的にもかなり共通した法案が提出されていたが、成立に至らなかった）。

連邦議会は、立法事実として、次のように認定している。

イ 政府による規制は、APPAの制定以来、実質的に増大してきている。

ロ 現状では、規則制定にさいして行政庁は、規則により影響を受ける当事者が会合をもち互いに話し合うことを抑制しがちな手続を使用し、利害の異なる当事者を対立的に相争う立場におき、そして、行政庁が定めた規則を時間と金を費やして訴訟で争うように仕向けているかもしれない。

ハ 規則制定が対立的であるために、影響を受ける当事者と一般市民は、同席して向かい合って交渉し、協力して規則を発展させて合意に到達するという便益を奪われている。また、影響を受ける当事者が、その所有する情報、知識、専門能力および技術を共有するという便益を奪われている。

ニ 協議による規則制定には、規則により相当程度の影響を受ける当事者が参加するが、対立的な規則制定に比べると、相当の利点をもたらすことができる。

ホ 協議による規則制定により利害関係者がその結果を受けいれる可能性は増し、また、規則の内容も改善される



ことができ、その結果、影響を受ける当事者が規則の執行に抗議したり、訴訟で争ったりする可能性は少なくなるであらう。それはまた、最終規則を公布するために必要な時間を短縮することになるかもしれない。

へ 行政庁は、それら行政機関とその活動を創設する法律にしたがい、そして連邦諮問委員会法にしたがい、規則制定協議委員会を設置する権限を有する。これまでいくつかの行政庁が協議による規則制定の手法を用いて成功を収めている。しかしながら、それら以外の行政庁はこの手法を用いていない。その理由は、それら行政庁がこの手法に慣れていないためであったり、あるいは、この手法により規則制定を行う権限の有無に関し不安感を有しているためでもある。

規則制定協議法全体の条文構成としては、法の目的、用語の定義、規則制定協議委員会設置の検討、委員会設置の提案および委員会委員となるための申請要領の公告、委員会設置の決定（設置しないとの決定を含む）、委員会の行う活動、委員会活動の終了、委員会委員などの経費の処理、合衆国行政会議の役割、および司法審査に関する条文から構成されている。以下、各条文を紹介し、その主要論点を解説する。

## 第五六一条 目的

本法の目的は、行政機関が略式の規則制定手続を行うとき、協議による規則制定手法を使用することを奨励するため、規則制定に関する五五三条と矛盾しない協議による規則制定手続実施の枠組みを確立することである。本法の規定はすべて、法律で定める場合を除き、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。

本法の目的が、協議による規則制定の方式を奨励するため、協議による規則制定手続実施の枠組みを確立することにあることが明言されている。なお、本条もいうように、協議による規則制定は、「(従来からの)規則制定に関する五五三条と矛盾しない」手続として位置づけられており、両者は排他的な関係にあるものではない。すなわち、協議による規則制定は、五五三条による従来からの規則制定を有効に補完することが期待されているのである。<sup>⑤</sup>

## 第五六二条 定義

本法において、

- (1)「行政庁 (agency)」とは、本巻五五一条<sup>⑥</sup>と同じ意味を有する。
- (2)「合意 (consensus)」とは、本法により設置される、規則制定協議委員会における利害関係代表者の間での完全な全員一致を意味する。ただし、次の場合はこの限りでない。
  - (A) 一般的な同意はあっても完全な全員一致を意味するものではないことについて同委員会の同意がある場合、
  - (B) 別の特別の定義について同委員会が同意している場合。

- (3) 「設置補佐人 (convenor)」<sup>(7)</sup>とは、規則制定協議委員会の設置が特定の規則制定のために実行可能で適切 (feasible and appropriate) であるかどうかを行政庁が決定するさい、これを公平な立場で補佐 (assists) する個人を意味する。
- (4) 「調整役 (facilitator)」<sup>(8)</sup>とは、提案された規則を発展させるため、規則制定協議委員会のメンバー間の討議と交渉を公平な立場で支援 (aids) する個人を意味する。
- (5) 「利害関係者 (interest)」とは、問題点に関して、類似の見解を有しているか又は、同じような影響を受ける可能性のある多くの当事者 (multiple parties) を意味する。
- (6) 「協議による規則制定 (negotiated rulemaking)」とは、規則制定協議委員会を用いて行われる規則制定を意味する。
- (7) 「規則制定協議委員会 (negotiated rulemaking committee)」または「委員会」とは、本法および連邦諮問委員会法に従い、行政庁が設置する諮問委員会を意味し、規則案の作成において、合意に到達することを目的として、問題点を検討し討議するものとする。
- (8) 「当事者 (party)」とは、本巻五五一条(3)<sup>(9)</sup>と同じ意味を有する。
- (9) 「者 (person)」とは、本巻五五一条(2)<sup>(10)</sup>と同じ意味を有する。
- (10) 「規則 (rule)」とは、本巻五五一条(4)<sup>(11)</sup>と同じ意味を有する。
- (11) 「規則制定 (rulemaking)」とは、本巻五五一条(5)<sup>(12)</sup>で定義されている「規則の制定」と同じ意味を有する。

用語の定義以外の内容上の問題点などについては、次条以下で論じることとする。

# 第五六三条 規則制定協議委員会の必要性に関する決定

(a) 行政庁による必要性の決定 行政庁は、協議による規則制定手続の利用が公益に合致すると決定すれば、規則案を協議して作成するために規則制定協議委員会を設置することができる。上記決定をなすに当たり、行政庁は以下の点を検討しなければならない。

- (1) 規則が必要であること、
- (2) 規則により相当程度の影響を受ける (significantly affected)、識別できる (identifiable) 利害関係者の数が限定されていること、
- (3) 均衡のとれた以下の代表者により委員会を召集できる合理的な可能性があること
  - (A) 上記(2)により明らかにされる利害関係者を十分に (adequately) 代表できる者
  - (B) 規則案に関し合意に到達するため進んで十分誠実に協議しようとする者
- (4) 一定の定められた期間内に規則案に関し委員会が合意に到達する合理的な可能性があること、
- (5) 協議による規則制定手続を行うことにより、規則案の告知と最終規則の公布が不合理に遅れないこと、
- (6) 行政庁に十分な資源があり、技術支援を含むそれら資源を進んで委員会に委ねる意思があること、
- (7) 行政庁の法律上の義務と矛盾しない範囲で最大限可能な限り、行政庁が行う告知とコメントのための規

則案の基礎として、規則案に関する委員会の合意を行政庁が使用すること。

(b) 設置補佐人の活用

(1) 設置補佐人の目的 行政庁は以下の場合、設置補佐人を任命してその補佐を受けることができる。

(A) 田園地帯の居住者を含む、規則案により相当程度の影響を受けるであろう者を明らかにすること、および

(B) 上記の者に関心ある問題点を明らかにするため、そして特定の場合において規則制定協議委員会の設置が実行可能で、かつ適切であるかどうかを確認するために、それらの者と討議すること

(2) 設置補佐人の義務 設置補佐人は行政庁に対し、認定した事実を報告しなければならず、また勧告することができる。行政庁の求めに基づき、設置補佐人は、田園地帯の居住者を含む、規則案により相当程度の影響を受けるであろう利害関係を代表する意思と資格を有する者の氏名を確認しなければならない。設置補佐人の報告とすべての勧告は、一般市民の求めに応じてその利用が許されなければならない。

本条は、行政庁が規則制定協議委員会（以下、協議委員会または委員会ともいう）の設置を決定するにあたり、検討しなければならない点および設置補佐人の活用とその義務について規定する。

一 規則制定協議委員会の設置が必要であるとの行政庁の決定

説

(1) 本条(a)項では、規則制定協議委員会設置の決定に当たって、行政庁が検討すべき7つの点を示しているが、ここでは以下の四点について解説する。

論

イ 規則制定協議委員会の構成(2号と3号(A))

合衆国行政会議が大統領や連邦議会などに対して行った八二年勧告<sup>⑬</sup>は、あまりに多人数では協議を実施することは一般に困難であるとの判断から、協議に代表を送ることを認められなければならない利害関係者とは、規則により相当程度の影響を受ける者であり、しかもその数は限定されていなければならぬとの見地に立っていた。そうして、相当程度の影響を受ける利害関係者とは、自己の利益を十分に代表する個人を選定できるような者としていた(同4(c))。本条2号と3号(A)はこの八二年勧告に従ったものである。

ロ 当事者の積極的参加(3号(B)と7号)

3号(B)と7号に関連して、従来、消極的見解が述べられていた。3号(B)に関連して、ステュアートは、当事者の合意に基づく基準が形成されてきた領域は、従来、企業が任意の基準を採用し、それに固執する実質的なインセンティブをもっている場合であり、それら領域以外の規制領域、例えば環境規制の場合にはそうしたインセンティブは欠けているかもしれない。そうして、規則制定協議が有効に機能するために唯一重要な問題は、利害関係者が一堂に会して協議することであり、したがって、そのためのインセンティブが必要であると述べていた<sup>⑭</sup>。また、一九八〇年の上院合同公聴会において、環境保全基金のグスマンが有害物質などの規制方法として、従来からの対立的な手法に代わる「対話の場(dialogue groups)」を提案したとき、これに対する反応はそろってそうした対話の場は機能しないであろうというものであり、ただそうした場が設置されるならば参加する気持ちはあると述べる程度であった<sup>⑮</sup>そうである。

私見では、7号で規定する、委員会の合意を行政庁が最大限使用するということが、本法の用意する、利害関係者

が集合し誠実に協議するための最大のインセンティブである。なお、八二年勧告は、行政庁は、協議委員会からの合意案を規則案として告知しない場合はその理由を説明しなければならず、合意案を修正しようとする場合には、協議委員会の合意とそれが修正された部分とを一般市民が判別できるようにしなければならないとしていたが（同No.13）、本法は、そうした細かい要求は行っていない。

また、ハーターは、利害関係者は協議に参加して状況がよくなると考えたときのみ協議に参加し、したがって、協議参加者のうち誰かが損をし、その限度で他の者が利益を得るようなゼロ・サム・ゲーム状況では、一般に協議が成功を収めることはできず、逆に、当事者すべてが協議から何かを得て、その成果の大小を比較できる状況であって初めて協議は成功を収めることができるとする。<sup>(16)</sup>

ハ 行政庁による資源の用意とその積極的委託（6号） 環境保護庁（Environmental Protection Agency、以下、EPAという）は2つの実験を成功させることができた要因の一つとして、EPAが、主として金銭上の資源を蓄える制度（a resource pool）を懸命に作り、参加者にその管理が委されたことを指摘する見解がある。<sup>(17)</sup>

ニ 協議委員会の合意を行政庁が使用することの適法性（7号） 利害関係者に協議参加のインセンティブを与えるために委員会の合意を行政庁が最大限使用するということは、他面、行政庁が行政法規に違反することにならないかとの問題を生じていた。それは、無論、関係する個別法規に違反できないという側面もあるが、それ以外に一般論として、規則制定協議法を検討する過程で常に大きな比重を割いて議論されてきた三つの論点があった。それら三つの論点は、第1に、行政機関に対する大幅な裁量権限の委任は、本来連邦議会が行使すべき立法権限を無責任に他に委ねるものであって憲法に違反するとの委任禁止法理（non-delegation doctrine）の問題であり、第2に、連邦諮

説

問委員会法 (Federal Advisory Committee Act. 以下、FACAともいう) により要求されている会議公開原則との関係、そして第3に、一方的交信 (ex parte communications) の禁止問題である。<sup>(18)</sup>

まず、委任禁止法理は、ニューディール期にもっとも激しく論じられた問題である。この禁止法理に関連しては、議会が行政庁に規則制定の権限を委任することは合憲とされたが、有権者に責任を負わない民間人に法令の作成権限を委任することについては、行政庁に委任する場合とは異なるさらにもう一段の違憲性の問題を生じるとの意識があった。

この点、規則制定協議委員会は行政庁の公的な諮問委員会であって、まったく私的な団体に法令の作成権限を委任しているわけではないとされていること<sup>(19)</sup>についてはすでに紹介した(五六二条(7)参照)。また、協議委員会には、後に述べるように、行政庁自身もその代表者を委員会場に送らなければならないが(五六五条(b)、五六六条(b)参照)、その代表者は行政庁の全権を委任されてはおらず、したがって、委員会は行政庁を拘束する最終的な決定権限を行使できるわけではない。行政庁は合意を尊重するのではあるが、いわば拒否権ともいうべきものをもっており、合意案を修正し、行政庁独自の責任と判断で規則案を告知する余地を明示することで委任禁止法理のクリアが試みられた。<sup>(20)</sup>

さらに、協議委員会が規則により影響を受ける団体から構成され、しかも、その利益代表の構成が十分に均衡のとれたものであるならば、それに関与した利益団体は、行政庁が一方的に規則を制定する場合と比べて、合意の内容に對してより大きな政治責任を負うであろう。このことは、委任禁止法理が抑止しようとする無責任な政策決定という問題を実質上、回避できるとの議論もある。<sup>(21)</sup> また、EPAの2つの実験例においても、EPAが行政庁としての責任を放棄していないと評価できたことなどにより、委任禁止法理抵触の問題は、さほど深刻に考える必要のない問題で



あると受け止められている。<sup>(42)</sup>

次に、一方的交信とは、「公の記録に載せられない口頭又は書面による通信であって、全ての当事者に合理的な事前の告知が行われないものをいう。但し、本節の対象とする事項又は手続の状態についての報告を求める場合は含まないものとする。」と定義されている（A P A 五五一条(14)。そして、一方的交信の禁止は、行政庁と利害関係者との私的接触を禁じることににより、行政庁の決定の根拠が公的な記録に正確に残ることを意図するもので、A P A 五五七条(d)が規定している。<sup>(43)</sup> 同条は、本来、正式裁決手続に関する規定であるが、私的接触が行われることにより不適切に影響力が行使されたり、行政庁がいわば捕獲される(capture)かのように被規制者の立場に同化し、その結果、規則制定の真実の根拠が記録上隠蔽されることによって、対立する利害関係者が有効な対応をすることができなくなるおそれのあることは略式規則制定手続の場合も同様と考えられる。<sup>(24)</sup> 判例も同じ見地に立ち、政策策定のための私的接触に対しては例外的に寛容であるが、略式手続における一方的交信に対しては否定的態度をとっており、協議委員会における協議の実態が私的接触に近いものであったり協議記録が非公開であれば、一方的交信の禁止に抵触するおそれが生じる。<sup>(45)</sup>

判例が指摘する問題点を踏まえて、ペリットは次のように述べて、裁判所を満足させることができると論じている。すなわち、協議の過程で行われた話し合いのうち記録に残されていないものがあるとしても、①行政庁が事実に関する十分な記録を提供すれば、利害関係者は、協議委員会に参加するか、または規則案の告知後にコメントを提出するなどして、規則の根拠とされている事実を争うことができること、②協議委員会が均衡のとれた利益代表により構成されれば、委員会自体が政策と事実問題についての有効な討議の場となりうること、③記録に残されない話し合いが

説

あるとしても、事実についてではなくもっぱら政策に的を絞った協議であれば一方的交信の禁止に抵触するおそれは弱まり、必要に応じて記録に協議の要旨を書きとめることで抵触を回避できる、というものである。<sup>(26)</sup>

論

一方的交信の禁止については他にも重要な論点があるが、一方的交信が違法視されるというのは行政庁に求められる中立性や公正さの見地からするときわめて説得的ではあるが、アメリカ行政法ならではのものであり、わが国でこれが不当・不公正なものと考えられて争点になる可能性は残念ながら目下のところ少ないと思われるので、本稿ではこれ以上の検討は行わない。

以上のように、行政庁が違反してはならない法律上の義務を列挙すると、いかにも規則制定協議委員会の設置に関しては慎重でなければならないとの立場に本法は立っているかのよう受け止められるかもしれない。しかし、「法の目的」(五六一条)で述べているように、立法目的は、協議による規則制定手続実施の枠組みを確立し、これを奨励することであり、本法の規定はすべてそうした改革と実験を制限する目的があると解釈してはならないのであるから、協議による規則制定を成功裡に終わらせるためのチェック・ポイントと理解すべきであろう。

## 二 設置補佐人の任命とその義務

設置補佐人とは、協議委員会の設置が特定の規則制定のために実行可能で適切であるかどうかを行政庁が決定するさい、公平な立場で補助する者である(五六二条(3))。設置補佐人という用語にしろ、その果たすべき役割にしろ、イメージを描きにくいように思われるが、設置補佐人に関連する議論は八二年勧告の過半数を占めており、協議委員会の機能確保のうえできわめて重要視されていることがわかる。以下では、八二年勧告に依拠して、協議による規則

制定の全過程の中で設置補佐人がどのような位置を与えられているかを明らかにしてみよう。

八二年勧告では、まず、設置補佐人指名権の帰属、設置補佐人の出身母体、行政機関の職員が設置補佐人になる場合の制約、設置補佐人の行う活動、について論じている。すなわち、「議会は協議を組織化する『設置補佐人』の指名権限を行政庁に付与すべきである。設置補佐人は検討中の規制政策上の争点に関し中立的立場をとる、個人、政府機関または民間組織に所属する者でなければならない。もし行政庁がその職員を指名すれば、その者は規則制定またはその執行に関与してはならない。設置補佐人は、(i)一定の手続において、協議による規則制定が実行可能であり、また当該機関の規制計画を、より公正かつ、より効率的になしうると考えられるかどうかを当該行政庁に助言すること、および、(ii)当該行政庁と相談して協議による規則制定に参加すべき者を決定すること、について責任を負うものとする」(同No.3) というものである。特に、上記(ii)では、設置補佐人が協議による規則制定のための組織の発足とそのメンバーの決定について、行政庁と同等の重要な役割を果たすことが予定されていることがわかる。

次に、設置補佐人選定の時期と設置補佐人の作業手順が勧告されている。すなわち、「協議による規則制定の使用を検討する行政庁は、その使用が実行可能(feasibility)かどうかについて、可能なかぎり早期に設置補佐人を選定し相談しなければならない。設置補佐人は、まず初めに、特定の問題に関する規則案を発展させるために協議による規則制定参加者のリストを作成すべきかどうかを決定するための調査を実施すべきである。設置補佐人は、協議を行うことにより、生産が制限され、価格が騰貴し、参入が制限され、または、競争に対する不合理な制約をもたらすおそれがないかどうかを検討しなければならない。本決定に際して考慮すべき要素として、他に次のものが含まれる。」として、以下の7項目を挙げている(同No.4)。

(i) 争点が決定を下すに相応しいと言える程度に成熟していること。そして、「ある程度限定された時期までに規則についてなんらかの決定をすることが不可避となるよう、規則を公布する最終期限があることを原則とすべきであり」、行政庁がこの最終期限を定めることができることにすべきこと<sup>(27)</sup>、

(ii) 合意到達の成否を左右するので、争点が協議参加者の基本的な信条について妥協を要求するものでないかどうか、

(iii) 相当程度の影響を受ける利益とは、その利益を十分に代表する個人を選出できるような利益である。そうした利益は協議の場に代表者をもつべきであるが、その数は協議を実効的なものとするために、通常一五人を超えてはならない。

(iv) 多様な争点が含まれていること。争点が多様であれば、参加者はその主張する利益に優先順位を付け、そして参加者全員がその得るところを最大化しようとして合意に達することができやすいからである<sup>(28)</sup>。

(v) 1つの利益のみが協議の場合を支配できてはならない。行政庁は最終的に規則を公布する権限をもっているからといって、行政機関を代表する者が支配的権限を有していると考えてはならない。

(vi) 協議参加者は規則案を作成するために、十分誠実に積極的に協議しなければならない。

(vii) 行政機関は、その代表者として協議に参加する適切な職員を積極的に指名しなければならない。ただし、その指名された者は自己が行政庁を拘束することはできないことを他の参加者に明らかにしなければならない。

そうして、続けて、設置補佐人が協議による規則制定を適切であると決定した場合になすべきことが勧告されている。すなわち、その場合、「設置補佐人はその旨を行政庁に勧告する。行政庁が同意すれば、設置補佐人はまず、規

則案により実質的な影響を受ける可能性のある諸利益、協議の場でそれら諸利益を代表する個人、明らかにされるべき争点の範囲、および業務の完了予定を決定する責任を有する。…」（同No.5）。その後、行政庁は、設置補佐人が勧告No.5で決定したことを連邦公報で公告しなければならないが、「協議グループの委員ないし利益代表としての追加の申し出があれば、設置補佐人は行政庁と協議して、(i)申し出のあった利益が規則により実質的な影響を受けるかどうか、(ii)受けるとした場合、その利益は協議グループにおいてすでに個人により代表されているかどうか、…を決定しなければならない」（同No.7）。また、規則制定協議委員会の設置と委員の顔ぶれ、そして協議内容について強い影響を与えるものとして設置補佐人は位置づけられていたことがわかり、八二年勧告の時点では、convenorの訳語としては、設置補佐人と訳すよりも設置人と呼ぶほうが適切なくらいである。

ちなみに、EPAが行った2つの実験例において、EPA自身は規則制定の提唱者として、協議提案の動機を疑われるおそれがあったので、公平な設置補佐人に協議による規則制定のやり方を説明してもらうことにした。そしてその設置補佐人は積極的に利害関係者に関する調査を行ってその参加を懇請し、諸利益すべてが十分な代表者をもつことを保証するなど、きわめて重要な役割を果たしたと評されている。<sup>29)</sup>

本法は協議委員会の設置と委員の顔ぶれ、および協議内容について、設置補佐人の権限を行政庁から相談を受けることができ、またはこれに勧告できるとするにとどめた。これは、規則を制定するのは行政庁の権利だけではなく責務でもあるとの理解から、規則制定過程全体につき、最終的には行政庁が責任を負う体制になっていることが要求されると判断したものと推測される。すなわち、本条(b)によれば、行政庁が設置補佐人の援助を受けることができるのは、行政庁が、①規則案により相当程度の影響を受ける者を明らかにし、②それらの者と話し合う機会をもつことに

より、それらの者にとって関心ある争点を明らかにし、特定の規則制定のために協議委員会の設置が実行可能で適切であるかどうかを確認するために、それらの者と討議する場合である (b)(1)(A)、(B)。

そして、設置補佐人は認定した事実を行政庁に報告しなければならず、また勧告することができる。<sup>30)</sup> さらに設置補佐人は、行政庁からの依頼に応じて、規則案により相当程度の影響を受けるであろう利害関係者を代表する意思と資格を有する者の氏名を確認しなければならない。設置補佐人の報告とすべての勧告は一般大衆の求めに応じてその利用が許されなければならない (b)(2)。

その他、設置補佐人に関する規定としては、設置補佐人がその職務と矛盾する利害関係を有しているかどうかの決定 (五六八条(a)(2))、連邦調停仲裁庁による設置補佐人の供給 (同条(b))、合衆国行政会議による設置補佐人候補者名簿の作成 (五六九条(b))、設置補佐人に対する報酬 (同条(c)(2)、(f)) などがある。

#### 第五六四条 規則制定協議委員会の委員となるための申請要領の告知

(a) 告知の発表 設置補佐人の報告を検討し行政庁としての評価を行ったのち、行政庁が規則制定協議委員会を設置することを決定したならば、行政庁は連邦公報並びに商業紙若しくはその他の専門的出版物の中から適切なものに、以下の事項を含む告知を発表しなければならない。

- (1) 規則案について協議し発展させるために規則制定協議委員会を設置しようとする旨の行政庁の声明
- (2) 発展させられるべき規則の主題と範囲についての説明、および検討されるべき問題点

- (3) 規則により相当程度の影響を受ける可能性のある諸利益の一覧
- (4) 前号の諸利益を代表すると予定されている者および行政庁を代表することを予定されている者（複数可）の一覧
- (5) 同委員会の業務を完了する計画と予定の提案、ただし行政庁が告知とコメント要請のために規則案を発表する予定の日付を含む。
- (6) 技術支援を含む、同委員会のために行政庁により提供される行政上の支援に関する説明
- (7) 同委員会設置の提案および提案された規則制定協議委員会委員に関するコメントの要請
- (8) 次項(b)で規定するところにしたがい、同委員会委員になるための自薦又は他薦の方法に関する説明
- (b) 委員会委員となる申請 規則案により相当程度の影響を受けるであろう者で、(a)項(4)号で特定された者によつては自己の利益が十分に代表されていないと考える者は、規則案に関する自己の利益を代表するために、規則制定協議委員会の委員に自薦または他薦することができる。自薦または他薦はすべて以下のことを含んでいなければならない。
  - (1) 自薦又は他薦される者の氏名およびその者が代表しなければならない利益についての説明
  - (2) 自薦者又は他薦者が代表することを希望する利益に関係する当事者を自薦者又は他薦者が代表することを認められていることの証拠
  - (3) 自薦者又は他薦者が検討中の規則の発展に誠実に積極的に参加するとの文書による誓約

(4) (a)項(4)号による告知で特定されている者が、自薦書又は他薦書を提出する者の利益を十分に代表していない理由

(c) コメント及び自薦書等提出の期間 行政庁は本条によるコメント及び自薦書等提出の期間として、少なくとも三〇日以上の期間を定めなければならない。

本条は、八二年勧告以来の中心課題の一つである、規則制定協議委員会設置のためにもっとも重要な作業となる、同委員会委員になるための自薦または他薦の要件と方法など、利害関係者とその利益代表者の確定などに関する具体的な手続について規定している。

### 一 利害関係者とその利益代表者の確定

解決しなければならない問題を利害関係者が協議して解決策を見いだす方法が正しいやり方だとしても、そもそも利害関係者を選び出して確定することが困難な課題であることは容易に想像できる。このテーマをめぐってかなり重点的に議論が行われているが、関連してペリットは次の問題点を指摘する。すなわち、①利益代表者を選定するさいにその代表を構成員の排他的代表とすべきかどうか、②もしも代表を排他的なものとするれば、それにより代表される単位集団をどのように定義すべきか、③単位集団を再定義し、そして新しい代表者を選出するためにどれほどの時間的間隔をおくべきか、④構成員を公正に代表するために代表者はいかなる義務を負うことにすべきか、などの問題が



必然的に伴うとしていた。<sup>(31)</sup>

(1)利益代表者の具体的選出方法 利益代表者を具体的にどのように選出するかにつき、最初に思いつく方法としては、組織単位で代表を選出する方法がある。規則により影響を受ける利害関係者は、業界団体や労働組合、それぞれの連合組織、あるいは消費者団体や環境保護団体などの公益団体として、通常すでに代表者に関する規定を持っているし、それを利用するのも一案であろう。<sup>(32)</sup>しかし、代表者選出についてそうした組織単位の手法を採用するとすれば、いずれ司法審査などの局面において、個別の各場合につき、影響を受ける団体の利益がその代表者によって十分に代表されているかどうかを決定することが求められる。例えば、アメリカ合衆国においては、裁判所は、クラスアクションを却下するかどうかの決定において、連邦民事手続規則により、代表者が公正かつ十分にその所属集団の利益を保護しているかどうかを決定することが求められている (Fed.R.Civ.P.23)。同く連邦民事規則は、申立人の利益が既存の当事者により十分に代表されておらず、訴訟処理により申立人が自己の利益を守ることを害されるならば、権利として訴訟参加することを認めている (Fed.R.Civ.P.24)。すなわち、代表者選出についての組織単位の手法は、その選出手続のあり方に応じて訴訟の原因を追加的に作り出すおそれがあるというわけである。<sup>(33)</sup>

もちろん、本法が採用している利益単位の代表者選出手法に対しても、代表されるべき利益があればやこれやの理由で協議の場に代表者をもたないことになるなどの批判はあった。たとえば、ステュアートは、その場で協議参加者を選出するやり方は、十分な、あるいは信用される代表者を送り出すことができないかもしれないとする消極的見解を表明していた。また、場当りのに選出された代表者は、自己が代表する構成員の利益を代弁したり、あるいは彼らを拘束する能力について疑問があるとの見解も述べられていた。<sup>(34)</sup>

この点、八二年勧告は、組織単位ではなく利益単位で代表者を選出する立場に立って次のように述べていた。  
 「適切な利害関係者を明らかにし、そして協議の場における利害関係者が代表の機会をもつことを保障するために、行政庁は、協議により規則制定を行う予定であること、関係する争点、参加者および利害関係者を連邦公報で告知すべきである。協議集団の委員ないし利益代表としての追加の申し出があれば、召集者は行政庁と協議して、(i)申し出のあった利益が規則により実質的な影響を受けるかどうか、(ii)受けるとした場合、その利益は協議の場ですでに代表されているかどうか、(iii)申出人を協議の場に参加させるべきか、それとも利害関係者を統合して十分な利益代表が行われるようにするか、を決定しなければならない」(同No.7)。

ちなみに、組織単位ではない利益単位による代表者選出の例として、連邦航空局(FAA)が行った協議の場合、当初は、航空会社(幹線路を運行している会社もあれば、ローカル路線専門やアラスカ州だけをサービスエリアとしている会社もある。また、ヘリコプターの運行会社もあるなど多彩である)、パイロット、公益グループなど一二の利害関係者が告知された。しかし、相当数の追加申込みがあり、うち六グループの参加が認められて、最終的には一八の利害関係者が参加して協議が行われた。<sup>(35)</sup>

また、連邦取引委員会(FTC)がワラント債に関する規則改正のために行った協議においては、FTC案では消費者支援組織、州議会およびレジャー用自動車産業の三つの団体が十分に利益を代表できていないとして追加申込みを認められ、そのため、すでに参加していた二六人のうち四人の当事者が協議委員会の人数が大きくなり過ぎることを避けるため、自ら辞退したといふ。<sup>(36)</sup>

本法は、代表者選出について八二年勧告のとり利益単位の手法をかなり採り入れた。すなわち、利害関係者を「問

題点に関して類似の見解を有しているか又は同じような影響を受ける可能性のある多くの当事者」(五六二条(5))と定義したうえで、規則制定協議委員会設置の告示において、規則により相当程度の影響を受ける可能性のある諸利益の一覧およびその諸利益を代表すると予定されている者の一覧を告知するとともに(本条(a)(3)(4))、その代表者によっては自己の利益が十分に代表されないと考える者は、自薦または他薦の方法で参加を申し出ることができる(本条(b))。

(2)関係諸団体の反応 ところで、EPAは、協議に参加すべき利益団体のための効果的な代弁者を明らかにすることとかなりの成功を収めたし、関係する諸団体にとっても重要な問題が多かったから、EPAの勧誘を待つまでもなく自発的に各団体の最高幹部を送り込んだという。無論、告知手続において重要な団体が無視されていたならば、必ずやそうした団体は告知に対するコメントとして意見を発表したり、司法審査を求めていたであろうが、そういったことは事実として起こらなかった。そして、この作業が連邦公報により公開されて行われることにより、信頼を受ける利益代表者を作り出すことになる<sup>(37)</sup>とされている。それでも追加的参加申出のためのコメントや自薦他薦の申込み制度は、特に、連邦航空局(FAA)やEPAの実験例において効果が確認され<sup>(38)</sup>るとともに、協議過程に関する以後の批判をかわすことになったと評価されている。

(3)利益代表者の選出をめぐる問題点 利益代表者の選出をめぐるより困難な問題は、四つの協議実験例<sup>(39)</sup>では、本条解説一の冒頭で紹介した、ペリットが指摘する①、②より、むしろ③、④のようである。また、協議による合意に関する最も困難な問題は、ペリットの長い研究結果によると、協議のプロセス自体より、③、④と深く関係する各団体構成員内部の不一致を解決する過程にあると認識されている<sup>(40)</sup>。四つの実験の協議過程の調査・分析に基づき行政会議

説 が一九八五年に公表した勧告<sup>④</sup>（以下、八五年勧告という）はこの点について、次のように勧告している。

論

「行政庁、調停者ないし調整役および適切であれば協議による規則制定の他の参加者は、特定の構成員の内部的意見の不一致に対応する心構えと準備をしておくべきである。構成員内部の問題の調停を支援する調停者ないし調整役を有することは救いになるかもしれない。行政庁は代表を選んだり、協議がうまくいくための計画をてたり、調停者となる人物を選ぶ際には、構成員が内部的に不一致である可能性を考慮すべきである。行政庁はまた、当初一枚岩の組織と見られていたグループが後に分裂し、協議委員会のメンバーの修正を提案するに至ることもあることを認識しておかなければならない」（同No.7）。

ちなみに、4つの協議実験例のうち、連邦航空局（FAA）が行った協議およびMDA協議にさいして労働安全衛生局（OSHA）が行った協議は、構成員内部の意見不一致により成功が脅かされ、それでもFAA協議が成功することができたのは、この点の解決にもっとも努力を注ぎ不一致をよりタイムリーに解決したからであるとされている。ペリットは、既に参加が認められている利益を構成する副利益の代表を召集したり、さらに、一つの利益を構成する個々の会社や団体の代表者を協議の場と呼んだり、調停者に構成員内部の不一致を調停させるため話し合いの場を設定することも検討してみるべきだとしつつ、他方、内部の対立が実質的なものであって、経験、技術そして主要な構成員との個人的つながりを有する調停者がいない場合には協議を進行させるべきではないとし、あるいは、構成員内部で解決すべき問題を協議のテーブルへ持ち込むだけのことかもしれない、代表をさらに細かく断片化することには慎重であるべきだとする<sup>⑤</sup>。

本法は、協議委員会発足前の自薦または他薦による追加申込について規定するのみで、発足後に生じる可能性のあ

る各団体構成員内部の不一致の問題にどう対処すべきかについては明示の規定をおいておらず、今のところ利益代表者を選出するさいの③、④の問題には決め手が見つからないようである。

(4)参加拒否についての功利主義的考え方 利益代表者をすべて協議の場に参加させて協議させるほうが、経験に照らしても長い目でみると実りも多いという立法事実における判断は、すべての利益について適用される判断であろうか。この点、誰を協議の場に参加させるべきかについて、ペリットが次のような醒めた考えを述べており注目される。

「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。他方、もしもXが結果に相当程度の影響を及ぼすことができそうであれば、Xを協議に入れ、Xが協議結果に同意することを確保する強いインセンティブが働くことになる。言い換えると、Xの同意の必要の度合いは、Xが規則制定の結末や訴訟で成功を収めるXの力の関数で表される。次に、これはXが関心を寄せる程度やXの資源およびXの立場に見込まれる正当性の関数である。」<sup>13)</sup>

したがってペリットは、少なくとも一九八六年の時点では、規則制定のための協議を理想主義的に考えてすべての個人や団体を平等に扱おうとしていたのではなく、協議への参加を希望する者がいたとしても、その者が訴訟や議会などに働きかけることにより自己の主張や利益を反映する手段をもっていなければ参加を拒否してもかまわないと判断していたといえよう。このペリットの功利主義的な価値観について、本法成立時点における連邦議会がどのように

認識していたかは明らかでなく、本法運用面における具体的な実情との関係を明らかにするのは今後の課題である。

## 論

## 二 利益代表者の決定に関する瑕疵の取り扱い

では、告示において利益代表者として提案された者によっては自己の利益が十分に代表されていないと考える者が、その旨を明示して自薦書等を提出したり、あるいは、三〇日以上の提出期間が経過し、協議委員会が発足した後の各団体構成員内部の不一致等が原因で自薦また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どうなるのであろうか。多くは司法審査と関係するので、ここでは簡単に述べておく。

利益代表者をすべて協議の場に参加させて協議する方が結局は実りも多いという立法事実の判断からすると、行政庁が排斥的になることはないと一応は言えよう。それでも追加申し出が認められなかった場合はどうなるかというところ、協議委員会の設置に関する行政庁の活動として、司法審査の対象にはならないとされている（後述五七〇条参照）。したがって、追加申し出が拒絶されたことに不服のある者は、後に、協議による合意に基づく規則案の告示に対してコメントを提出したり、あるいは、最終規則が公布された後に、その取消を求めて争うしかないことになる。その場合の取消請求の理由は、追加申し出が拒絶されたことの手続的瑕疵ではなく、拒絶により十分な利益代表が実現されておらず、そのことが協議による合意およびその合意に基づく規則案の内容的瑕疵になっていることであろうと考えられる。規則制定協議委員会が連邦諮問委員会として位置づけられている（五六二条(7)参照）ことから、委員の任命に関する裁量判断として、以上のように解される。

## 第五六五条 委員会の設置

### (a) 設置

(1) 委員会設置の決定 五六四条により提出されたコメント及び自薦書等を検討したのち、行政庁は規則制定協議委員会が規則案により相当程度の影響を受けるであろう利害関係者を十分に代表できること、およびそれが特定の規則制定のために実行可能で適切であると決定したならば、行政庁は規則制定協議委員会を設置することができる。同委員会を設置し管理運営するにさいして、本法で規定する場合を除いて、行政庁は同委員会について連邦諮問委員会法を遵守しなければならない。

(2) 委員会を設置しないとの決定 前号のコメント及び自薦書等を検討したのち、行政庁が規則制定協議委員会を設置しないと決定したならば、行政庁は直ちにその旨及びその理由を連邦公報及び商業紙若しくはその他の専門的出版物のうち適切なもので告知しなければならない。そしてその写しは、規則案に関して利害関係者を代表するため、規則制定協議委員会委員として自薦または他薦したすべての者に送付しなければならない。

(b) 委員 行政庁は規則制定協議委員会の委員の数を二五名以内に制限しなければならない。ただし、委員会の機能を図るため、または均衡のとれた委員構成を実現するために必要であると行政庁が決定したときはこのかぎりではない。委員会はすべて当該行政庁を代表する者を少なくとも一名含まなければならない。

(c) 行政上の支援 行政庁は規則制定協議委員会に対し技術支援を含む適切な行政上の支援を提供しなければならない。

本条は、行政庁による規則制定協議委員会設置の決定とその告知、連邦諮問委員会法の適用、委員の人数、および、行政庁の委員会への参加義務について定めている。

### 一 連邦諮問委員会法による会議公開原則などの要求との関係

(1) 規則制定協議委員会が諮問委員会に該当するかどうかが問題となったのは、連邦諮問委員会法(FACA)により、諮問委員会の会合は原則として連邦公報で予告したうえで一般市民に公開しなければならないとされているためである。<sup>(44)</sup>つまり、委任禁止法理の問題をクリアするために協議委員会を最終決定権のない諮問委員会と位置づけると、今度は会議公開原則との兼ね合いが問題となったのである。諮問委員会の会議の公開原則は、近時のアメリカ行政法が一貫して保持する、国民は行政決定の背景的理由を知る権利をもつということに由来するもので、諮問委員会の活動内容が公開されることにより諮問委員会が誰からどんな情報を得ているかを国民が知ることを保障しようとするものである。さらにFACAは、利害関係者が出席し、かつ意見書を提出することを認めている。<sup>(45)</sup>

しかしながら、交渉的な協議は非公開で行われるほうが常にうまくいくと断言しないにしても、非公開のほうが微妙な交渉を進めやすい場合があることは容易に想像できることである。<sup>(46)</sup>特に、諮問委員会に付属する小委員会や作業部会で詰めの交渉が行われることが多いであろうが、これについても公開が要求されると、公益代表者はそのほうが傍聴者である一般市民の声を背景にして有利になる可能性があるが、それは同時に他の当事者の反発を招き、結局は、協議を敬遠させることになるおそれがある。また、ある利益を代表する委員が譲歩しようとするとき選出母体の強い反発を招き、その結果、合意に至らずにその委員の権威が害されることも考えられる。<sup>(47)</sup>あるいは、最初から選出母体



の反発を恐れて譲歩に消極的な態度をとることも予想できることである。もちろん、会合開催についての事前の公告および議事録などの整理保管やその他開示に関する規制を履行するために協議プロセスの進行が遅くなるというマイナス面もある。

こうした関心から、八二年勧告は、議会に対し、連邦諮問委員会法の要求や一方当事者のみとの交信禁止ルールを緩和させること、そのため、委員会の場に提出された情報は情報自由法における行政庁の記録とはみなさない旨定めること、特に、秘密データ保護の必要あるときや非公開とすることにより合意到達の可能性が相当程度高くなると思われるとき、委員会が自らの判断で会議を非公開とすることを許すべきであると勧告していた(同No.2、12)。

さて四つの協議実験例においても、FACAの公開要求を遵守することについてはかなりの注意が払われたようである。環境保護庁(EPA)は、2つの実験例の協議すべてを原則公開とした。連邦航空局(FAA)も同様である。しかしベンゼン協議では、協議の場が諮問委員会とみなされないようにするため民間人だけの会合とし、労働安全衛生局(OSHA)などの行政庁は協議への出席を見合わせた<sup>(48)</sup>。そして、この行政庁の不参加が協議失敗の原因の一つになったと評価されていることは後に(2)で述べるとおりである。

しかし、四つの協議の経験を踏まえた行政会議は、行政庁や協議参加者の理解とは異なり、連邦諮問委員会法は協議を効果的なものとするのにさほど深刻な障害となっていないとの結論を出したようである。このため八五年勧告では、連邦諮問委員会法の改正を行うべきといった勧告はなされていない。この点の事情につきペリットは、効果的な意見交換を促進するために必要であれば、連邦諮問委員会法は小委員会や作業部会を非公開で行うことを許しており、利益代表の均衡が保たれていればなおさらそうであることが判例や行政実務によって認められていること、微妙な取

引はほとんど常に正式のテーブルとは別のレストランやカクテルが入るような場所あるいは電話などの非公式な機会に行われることになるため、名目だけ協議委員会の公開を要求しても実質的には大した影響はないとの認識を示している<sup>(49)</sup>。そうは言いながらもペリットは、諮問委員会法を所管する共通役務庁 (General Services Administration, GSA) が規則を改正し、情報の収集目的や諮問委員会の全体会議で審議する採択案起草のために、小委員会や部会を開催するなどの場合、非公開で行うことを明示的に認めることを希望していた<sup>(50)</sup>。

この点、本条(a)(1)は、協議委員会が連邦諮問委員会法という諮問委員会であることを明確に認め、本法で規定する場合を除いて、行政庁は連邦諮問委員会法を遵守しなければならないと定めたわけである。しかし、次条(e)で、協議委員会は委員会運営のための手続を定めることができるとされ、また、略式規則制定手続について定めるAPA五五三条の規定は協議委員会の手続には適用されないと定めているので、下院報告を含め明言されてはいないが、これはおそらく規則制定についての事前の告知や文書等により意見を述べて規則制定に参加する機会を付与することなどについて、APA五五三条が要求する手続を履践しないことを許す趣旨ではないかと推測される。ただし、調整役は、連邦諮問委員会法一〇条(b)と(c)により要求される協議委員会の議事録と諸記録の作成・保管を管理する義務があり(五六六条(d)(3))、協議委員会は行政庁に対し同法一〇条(b)と同(c)により要求される諸記録を規則案に関する協議委員会の報告とともに提出しなければならないとされている(五六六条(f)(g))。おそらく、行政庁に提出された後は、その諸記録は行政庁の記録文書となり、原則として情報公開の対象となるのであろう。

## 二 規則制定協議委員会の委員の人数と行政庁の委員会への出席

(1) 委員の人数について、八二年勧告は「あまりに多人数では協議を実施することは困難である」との判断から、協議を実効的なものとするために「協議に参加する利害関係者の数は通常一五人を超えてはならない」としていた(同No.4(c))。この実行可能な最大数については、二五人でも実行可能であるとの見解も示されていたが、本法は原則二五人とし、さらに、委員会の機能促進や利益代表者の均衡を図るために必要と認めたとき、行政機関の長がその制限を超えることも認めたわけである。

行政庁が規則制定に関する協議の場に参加するかどうかは、初め、委任禁止法理との抵触を回避するという行政法上の理論的問題として検討されたが、後にはむしろ、協議による規則制定を実際に成功裡に終わらせるための極めて重要な条件として考えられるようになった。すなわち、八二年勧告が出される前に、行政庁の職員が協議の場に出席しないで後見的に監督するだけの監督モデル (Agency Oversight Model) と行政庁が協議に参加して参加者に行政庁の政策や法解釈を提示するとともに協議参加者からの提案にも対応する参加モデル (Agency Participation Model) の二つのモデルについてその長短が論じられていた。<sup>(32)</sup>

監督モデルでは、行政庁の職員が出席していない協議の場で協議参加者が同意を成立させると、その後行政庁は、参加者が作成した規則の基礎と目的に関する説明を尊重して規則案を発表し、以後は標準的な略式規則制定手続を進行させる。行政庁は協議による合意にかなりの比重をおくが、規制法規や行政庁としての政策、寄せられたコメントやデータを踏まえ、最終規則においては行政庁独自の検討結果を示すことになる。

他方、参加モデルでは、協議参加者が合意に達しなければ告知とコメントは従来通りに行われるが、合意が成立す

るとそれをそのまま規則案として発表し、一般からのコメントを受け取る。無視できないコメントが出されると協議が再開され、無視できない目新しいコメントが出なくなるまで行政庁はこれを繰り返す。行政庁は参加者の一人にとどまり自己の判断を優先させることはない。実質的な合意成立に基づいて規則が制定されることが特色である。

参加モデルでは、行政庁の職員が協議の場に出席し他の協議参加者と討議を行っているため、監督モデルと比較すると、協議による規則案を事後に行政庁が受諾する可能性が強いこと、委任禁止原則に抵触する危険性が減少すること、協議で用いられたデータのうちそこに合意の基礎があるような資料等を記録として残しやすく記録に基づく行政決定という要求を充たししやすいなどの点で、当事者一方との交信禁止ルールに抵触するおそれがあるという点を除いて優れているとの評価が示されている。

八二年勧告は、参加モデルと監督モデルの中間的地点に立って次のように述べていた。すなわち、「行政庁は自己の代表として参加する適切な者を選んで委員に指名しなければならない。しかし、その指名された代表者は自己が行政庁を拘束することはできないことを他の参加者に明らかにしなければならない」と(同No.4(g))。なるほど、この八二年勧告によれば、指名された職員が行政庁を拘束することはできないとすることで委任禁止原則に抵触するおそれはない。しかも、協議の場で行政庁の見解を述べることができることにより、議会が行政庁に与えている権限の限界を協議に基づく合意が逸脱しないように努めることもできると考えられる。

ところで、行政庁の協議参加がはっきり肯定的に評価されるようになったのは、業務上のベンゼン被曝基準に関する協議失敗の主な教訓と信じられているようである。<sup>(53)</sup> 四つの協議実験例のうち、ベンゼン協議とそれ以外の合意が成立した三つの協議との相違点は、ベンゼン協議は本質的に労働者の健康に直接関係する問題であって、科学的データ

の分析に基づいて客観的に正当な被曝基準を決定すべきであるから、利害関係者が妥協により決定する性質の問題ではなかったことにあり、それが合意成立に至らなかつた要因の一つであろう。しかし最も注目すべき違いは、O S H Aがベンゼン協議に参加せず、対照的に他の三つの協議の場合には関係行政庁が参加したことである。

O S H Aがベンゼン協議に参加しなかつたのは、妥協をもたすための取引の結果である寄せ集めの妥協案を、O S H Aが理解しないまま取捨選択して採用することを参加者の多くが危惧してO S H Aの協議参加を希望しなかつたこと、最終的な決定権限を有する行政庁が参加していないほうが率直な議論を期待できると考えられたこと、行政庁が出席する会議に対する連邦諮問委員会法の公開原則の適用を回避するなどのためであつた。そこでO S H Aは協議には参加しなかつたが、協議の結果の合意がどのようなものであれ、それを採用する意思があること、その一方で、協議の進行と無関係に合意不成立に備えてO S H Aは独自の基準設定のための作業を進め、協議参加者が合意を成立させるインセンティブを増加させようとしたのであつたが、合意成立には至らなかつた。<sup>(5)</sup>

この点、経験を積んだ行政機関の代表者が協議に参加していれば、彼は、利害関係者が納得したり、反対に、極めて不快で訴訟に訴えることになるかどうかを察知でき、したがって協議をまとめるためにはどういった譲歩がなされる必要があるを見抜くことができる。たとえばF A Aが参加したことにより、飛行と休息時間規則改正のための協議が失敗に終わり、F A Aが法律上許されている広範な裁量権の範囲内で一方的に決定する場合、その結果は参加者にとって必ずしも有利とはならないことが参加者に納得されたという。このように全体状況を的確に把握し、合意不成立の場合に行政庁自身を選択するであろう規則案を併せて利害関係者に予測させれば、妥協と譲歩による合意が成立する可能性が高まると考えられるようになったのである。<sup>(6)</sup>

八五年勧告には、以上の経験や蓄積が反映されている。すなわち、「協議による規則制定を所管する行政庁は協議に参加すべきである。行政庁の参加には、協議者として十分に参加するものから、オブザーバーとして予測される行政庁の対応や関心を解説する者として出席するといったいろんな形態のものがあろう。行政庁の代表者は確実に行政庁の見解を表明できるように十分にポストの高いものでなければならない」(同No.1)。

以上の検討から明らかなように、行政庁の参加とその果たすべき役割はきわめて重要視されている。しかし、行政庁は協議委員会のメンバーとしてはなんら優越的な特権をもっていないことも明言されている(次条(b)) ことなどをあわせ考えると、本法は基本的に参加モデルにたっているといえるであろう。

#### 第五六六条 委員会の活動

(a) 委員会の義務 本法により設置される規則制定協議委員会は行政庁により提案された問題を検討しなければならず、また、その問題および規則案に関連すると委員会が決めたその他の問題に関し規則案に関する合意に到達するよう努めなければならない。

(b) 委員会における行政庁の代表 規則制定協議委員会において行政庁を代表する者は、委員会の他の委員と同一の権利と責任をもって委員会での審議と活動に参加しなければならず、また委員会での討論と協議において行政庁を十分に代表することを許されなければならない。

(c) 調整役の選出 連邦諮問委員会法一〇条(e)にかかわらず、行政庁は委員会の合意による承認にしたがい、

連邦政府の中からあるいはその外部から、委員会において協議の調整役として活動する者を指名することができる。もしも委員会が行政庁の指名した者を調整役として承認しない場合には、行政庁は代わりの者を指名しなければならない。もしも委員会が行政庁の指名したすべての者を調整役として承認しない場合には、委員会は調整役として活動する者を合意により選出しなければならない。実体的な争点について行政庁を代表すべしとして指名された者は調整役として活動することはできず、また委員会で議長を勤めることはできない。

(d) 調整役の義務 規則制定協議委員会により承認または選出された調整役は以下の義務を負う。

(1) 公平な態度で委員会の会合の議長を勤めること、

(2) 委員会委員が行う討論や協議を公平な立場で支援すること、

(3) 連邦諮問委員会法一〇条(b)と(c)により必要とされる議事録と記録の作成を処理すること、ただし調整役または委員会委員の個人的なノートおよび資料は本巻五五二条の適用を受けない。

(e) 委員会手続 本法により設置される規則制定協議委員会は委員会運営のための手続を定めることができる。本巻五五三条の規定は規則制定協議委員会の手続に適用されない。

(f) 委員会報告 委員会が規則案についての合意に到達したならば、協議の結論が出た時点で委員会は委員会を設置した行政庁に規則案を含む報告を伝達しなければならない。委員会が規則案についての合意に到達しないとき、委員会は合意に到達した範囲を明示した報告を行政庁に伝達することができる。委員会は報告の中に委員会が適切と考える一切の情報、勧告または資料を盛り込むことができる。委員会の委員はすべて、報告の付録と

して、情報、勧告または資料を追加して盛り込むことができる。

- (g) 委員会の記録 (f)項により必要とされる報告のほかに、委員会は行政庁に対し、連邦諮問委員会法一〇条(b)と同条(c)により必要とされる記録を提出しなければならない。

本条は、協議委員会の活動の骨格、すなわち、協議委員会の合意到達努力義務、行政庁代表者の責務、調整役の選出とその責務、協議委員会の運営手続決定権、報告や記録の行政庁への提出義務などを定めている。

# 一 協議委員会の合意到達努力義務と「協議に基づく合意に対する最善の代案」

本条(a)は、協議委員会の合意成立に向けた努力義務を明言する。しかし、実際に協議が成功するのは、他のプロセスを使用することもできる者が協議に参加して合意に達するインセンティブが働く場合だけであり、ただ素朴に協議委員会は合意成立に向けて努力する義務があるというのでは現実的ではない。この考えを最初に指摘したのはフィッシャーとウリの両教授<sup>56)</sup>であり、またスチュアートも、まず利害関係者が前向きな態度で一堂に会することが重要であるとの認識を述べている。両教授は、協議への当事者すべての参加が実現するかいなかは「協議に基づく合意に対する最善の代案」(Best Alternative to Negotiated Agreement, BATNA)により導かれると説明する。すなわち、当事者はそれぞれにとって最善の利益を追及しようとするはずであり、もしも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考えるのである。



そこでペリットは、この最善の草案は、協議が成立しない場合に行政庁が独自に決定する規則案を予測することにより決定されるところで、政策決定者としての行政庁は、関係当事者全員の立場と主張の欠点を指摘し、そして協議による合意が成立しない場合の行政庁の行動の結果は当事者が考えるほど好ましいものではないことを当事者全員が確実に理解できるようにすべきであると主張していた。<sup>(57)</sup> 弁護士資格を有して合衆国行政会議に勤務するデビッド・プリッカーも、「協議参加者は、合意が成立すれば、訴訟に伴うコスト、遅延、厳しさを回避できること、そして、もし規則案について何らかの合意を創り上げることができれば行政庁が独自に草案するとわかっているため、協力するインセンティブがある」と述べている。<sup>(58)</sup>

八五年勧告も、協議委員会の合意到達努力義務と関連させつつ、ペリットの主張に沿って、行政庁の果たすべき役割を次のように提示している。すなわち、「行政庁を含む当事者すべてが、協議による規則制定の方が従来からの手法によって制定される規則よりも好ましいと認識し、協議の間ずっと前向きな気持ちでいるのであれば、合意成立の見込は少ない。したがって、行政庁は合意に達しなかったときの結果について参加者全員が合理的に明白な予測をもつことに意を払うべきである。協議の開始から終結まで、行政庁は自己の行動と意見陳述が当事者の予測に対して有する影響に留意しなければならない。協議による合意が成立しなかった場合の行政庁の行動の結果について、全員が現実的な予測を確実に持つように、行政庁は調停者ないし調整役 (a mediator or facilitator) の助けを借りて他の参加者と意見交換する必要があるかもしれない」(同No.2)と。

たとえば、ベンゼン協議が失敗に終わったより現実的な要因として、一九八〇年の連邦最高裁判決<sup>(59)</sup>に対するOSHAの対応がどのようなものであるかに関する予想が様々で、協議参加者は協議外で直接にOSHAと取り引きしたり、

行政管理予算庁（OMB）に働きかけたり、訴訟に持ち込んだりしてもいい成果を上げることができると信じるようになり、それが協議による合意の成立をいっそう困難にしたと受け止められている。<sup>(6)</sup>

また、一九九一年九月頃に合意が成立したクリーンな燃料に関する協議についても（詳細不明）、合意が成立しない場合、連邦による規制に加えて州が追加的な規制を行うことを恐れて、産業界は数百万ドルの支出を甘受して妥協し合意を成立させたという。<sup>(6)</sup>

## 二 合意到達努力義務と合意成立（不成立）の意義

本法で「合意（consensus）」とは、「規則制定協議委員会における利害関係者の間での完全な全員一致」を意味すると定義されている（五六二条(2)）。しかし、本条は同時に、協議委員会における同意により、ある程度の同意をもって合意成立とみなしたり、あるいは、格別の異なる定義をすることを認めており（同条(2)(A)、(B)、「完全な全員一致」に固執しているわけではない。すなわち、本条は、委員会が規則案について全員一致の合意に到達すれば当然のこと、全員一致の合意に到達しなくても、委員会は合意に到達した分野を限定した報告を行政庁に伝達することができる（同条(f)）。

レグ・ネグにおける合意について、最初に本格的な考察を行ったのはハーターのようである。ハーターは、合意の定義、合意到達義務を課すことの意義、全員一致方式をとった場合の便益と問題点、全員一致方式に代わる合意到達判定のあり方、合意に到達しない場合の取扱いなどについて考察している。<sup>(6)</sup>

ハーターはまず、当事者が協議に参加する気になるかどうかは、合意がどのように定義されるか次第であるとする。

そして合意到達の有無を決するさいには、反対者の見解の強固さ、反対意見の根拠、および関係する争点と反対者との関係などを検討すべきであるとする一方、それは算術的な計算以上に明確に決することができるものでなければならぬ。したがって、票決を数えなければならないようでは合意に到達しているとは言えない。そして、合意到達が要求されると反対意見が迅速かつ注意深く検討されるし、利害関係者の同意を得ることができれば協議過程が正当性をもつことができるとする。

また、全員一致方式をとることにより、自己の利益が無視されるおそれがあると考える当事者は参加を拒否してならぬかの権威を保持できること、全員一致方式と票決による敗者の存在は両立せず、したがって、拒否権に似た権限をすべての当事者にもたすが、このとき当事者の責任感や自然昂まり、拒否権を行使して協議を無にすることには慎重になって誠実に妥協の道を探る可能性があること、および問題の存在と行政庁が提案しようとする解決策の実現性を示すために行政庁に現在求められている事実調査は全員一致方式を採用する場合にのみ不必要になるなどと述べている。

最後に、規則案について合意に到達しない場合、ハーターは、協議委員会が以下の決定をなすべきであるとする。すなわち、討議を継続すれば委員会が合意に到達する可能性があるかどうか、合意到達は難かしくても部分合意の範囲を明らかにする報告に意味があるかどうか、協議で行き詰まった当事者の立場を報告のなかで明確にする利益があるかどうかについてである。

八二年勧告は、ハーターの上記見解にそって次のように述べている。「(協議の目標である規則案に関して到達すべき) 合意とは、協議の場に代表された利益すべてが合意の結果に協力することを意味する。…参加者は提案された

説

規則に関する合意に到達できないかもしれないが、そしてその場合、合意に達した領域と合意を得ることができなかった領域の両方を報告書に明らかにしなければならない。これにより論点が限定され、問題の解決に必要な情報が明らかになり、優先順位を付け、そして受諾できる可能性のある解決策を明らかにすることに役立つことができる(同No.11)。

論

ペリットも八二年勧告の立場を支持し、また発展させて次のように述べている。<sup>(63)</sup>

問題点全部についての完全な合意ではなくとも一定の範囲で合意が成立すれば、残りの問題点が限定される便益がもたらされるから、合意の定義については全員一致にこだわらず柔軟な立場に立つべきである。行政庁が協議に参加している場合はなおさらそうであり、厄介な問題は行政庁に残しておき当面の問題を限定するほうが得策である。四つの協議実験のうち、連邦航空局(FAA)が行った協議の場合がその例であった。ベンゼン被曝、飛行義務時間および自動車排出ガス基準非達成制裁金(NCPS)の三つの協議において、参加者はいくつかの主要な点に関し正式の合意に達しなかったが、一致できなかった主要な争点は、飛行義務時間協議の方がベンゼン協議よりも多かった。しかしベンゼン協議は合意成立に至らず、一方、飛行義務時間協議は合意が成立した。したがってFAAの経験は、問題点を限定した合意成立を認めるやり方の効用を証明している。

他方、問題点すべてについての完全な全員一致にこだわると、問題の解決を行政庁に任せることはできないまま、さらに妥協を強いられたいりやうな交渉が決裂してしまうことになる。およそ手なれた行政庁であれば、協議の結論を出すとき、ある当事者がそれを甘受するか、それとも我慢できずに訴訟に訴えることになるかを予測できようし、また、どういった譲歩をすれば、引き換えに他の争点で相手方の譲歩を得ることができるかも予見できる、と。

さらに注目すべきは、合意成立の認定について、ペリットがきわめてクールな見解を示していることである。すなわち、一つ一つの争点についての特定の解決策に当事者が訴訟を提起するなどして積極的に反対することはしないと参加者全員が非公式にでも合意するとき、合意成立と認めてよいというものである。<sup>(64)</sup>

下院報告において、合意が成立しなくとも行政庁は利害関係者の見解や問題点を学ぶことができ、これは行政庁が規則案を起草するに際して価値のあることである、との認識が見受けられることである。<sup>(65)</sup> ペリットもすでに、ペンゼン協議や農業従事者保護の協議において、合意形成に失敗しても協議により争点を限定できるだけでなく、対立的な告知コメント手続の場合以上に行政庁は情報面で得るところが大であったとする。<sup>(66)</sup> 無論、行政庁にとってだけでなく、協議参加者全員にとっても争点が明らかになり、次の本文三で紹介するように情報を共有できるというメリットがある。<sup>(67)</sup>

結局、合意成立の有無に関係なく、協議の機会がもたれたというだけでも実際の意味を見いだすことができるというわけであるから、行政庁としては非常に鷹揚に、規則制定協議手法の活用を試みるということができるということになるわけである。

### 三 協議委員会の行う審議等の活動と行政庁の立場

本条(b)は、行政庁を代表する者が他の委員と同一の権利と責任をもって協議委員会における審議等に参加すると定めるとともに、協議委員会における協議の過程を同時に審議(deliberations)の過程として位置づけている。そこには大きく二つの意義が込められているように思われる。

まず、協議が審議の過程でもあるということは、協議の場が行政庁を含む利害関係者の対話の場として機能することが期待されているようである。わが国における審議会活動の閉鎖的イメージからすると、いささか突拍子と受け取られるかもしれないが従来からの対立的な規則制定と対比すれば理解が容易である（別稿「本法制定の経緯と意義」参照）。従来からの規則制定において、行政庁の行う告知に対してコメントを提出することは、「ハリケーンに向かって叫ぶ」(shouting into a hurricane) と比喻されていることから窺うことができるように、コメントを提出しても無視されることは珍しいことではない。これに対して協議では、行政庁以外の他の協議参加者との間でも直接の意見交換が行われ、それなりにもっともらしい考えは他の参加者の批評を受けて相互作用を及ぼし合うことが特色である。<sup>(68)</sup> そうして、協議の進行とともに当初予定されていなかった利益や争点が浮かび上がってくれば、それ以降の協議過程は真の問題解決に向けたより合理的なプロセスとなることができるのである。<sup>(69)</sup>

例えば、EPAの最初の二つの協議を経験した参加者たちにとり、協議は他の利害関係者と直接顔を見合わせて政策を討議する最初の機会であったが、協議の過程は、教育的な場として、主張と証拠を提出する場として、他者の立場からの見方を理解する機会として、そして、多様な意見をもつ人々に、州の規制担当者がもっている経験に基づく教訓や産業界と各地方の実情についての情報を与えることにより、新しい考え方と選択肢をもたらし機会となったとされている。その結果、環境利益の代表者は協議過程を政策決定過程の内部にあってこれを蘇生させるものとして理解し、州の役人は、従来の連邦レベルの規則制定において自己が有していたよりもはるかに強い影響力をもつようになったと考え、また、産業界の代表者は、EPAの代表者に対するアクセスの価値を強調している。ほかに従来よりも自己の言い分を述べたり、他の参加者に対して別の見方ないし視点から考えてもらう機会が増えた点を評価する者

もいる。<sup>(70)</sup>

また、規則制定のための協議のケースではないが、ライクも同様の見解を述べている。一九八三年、EPAは砒素を含む金属が銀に溶解したときに発生する癌の原因となる汚染物対策を決定しようとした。被害は、アサルコ社が銅溶解を行ったワシントンのタコマ周辺域で特に深刻だった。ライクによれば、一般市民が政策決定において一定の役割を果たす旨告げられただけで、利益団体は一般市民と意見交換しようとし、また一般市民も他者の意見に耳を傾けたり、大衆的な討議を行う場を探そうとする雰囲気が生じた。そして、討議の過程において、人々は決定を迫られている問題に関する新しい情報と新しい視点を発見し、その結果、一人一人が目標達成のために選択すべきと考える手段を修正するだけでなく、目標自体を再検討する可能性も生じるかもしれない。実際、討議に参加した、産業衛生分野の研究者、シエラクラブ、周辺の土地を所有して居住する一般市民などにつき、当初の自己の立場を主張してそれを貫徹させる姿勢から、討議の過程を経て自分たちの社会の特殊な事情にもっとも適切な解決策を見つける方向へと、全体の志向が移動したようである。ライクはこのように述懐する。<sup>(71)</sup>

かくして、ライクによれば、レグ・ネグという審議とは、多様な利害関係者の参加を図るなどの本法のハード面での制度的試みを媒介に、その質的傾向において、かなりの程度、*deliberations*（審議）を一人の人間が行うときの意味である熟慮、熟考という色彩を帯びることが期待されている。その結果、もし協議委員会において熟慮的審議が実現されるならば、人々はそれぞれのもつ狭い利益をこえて他人と共有できる共通目標と責務を明らかにでき、あるいは、新しい公共価値を創造することができるのである。<sup>(72)</sup>

次に、協議においては、行政庁の姿勢が従来と基本的に異なっている。行政庁と協議委員会との関係について、監

督モデルと参加モデルの二つのモデルが論じられていたことについては前条で言及したが、この参加モデルについては、次のような見方も示されている。すなわち、協議による規則制定過程において、行政庁は政策決定権限者としてではなく利害関係者の一人として協議の場に臨み、建前としては他の当事者と対等な者として活動する。行政庁はその決定権限を影響を受ける利害関係者に委任するのではなく、利害関係者の一人として他の参加者と同じように合意を阻止したり、逆に成立を促進しようとして行動する。

さらに、行政庁は、知識、資源を有し、協議を形成する影響力を保有する当事者の一人であるが、従来からの利益代表モデルにおけるような中立的レフリーとして活動するわけではない。レフリーとして活動して協議委員会の審議を促進するのは本条(c)で紹介する調整役である。無論、協議委員会が合意を形成することができなければ行政庁は独自に規則制定を行うわけであるから、協議をめぐる当事者の対等性は擬制かもしれない。協議が決裂すれば従来からの対立的で建前重視の告知コメント手続に戻るが、行政庁と他の当事者がこの擬制を受け入れて合意成立を目指すかぎり行政庁代表を含む当事者の対等性という擬制は持続される。<sup>73)</sup>

以上のように見えてくると、結局、協議のプロセスはあらかじめその成り行きを予測することが困難なプロセスといえよう。一つ一つの協議で影響を及ぼすのは、そこでの課題の実体、影響を受ける当事者による行政庁の立場の認識、当事者間の過去の関係、協議における当事者代表の権威、協議のスタイル、代表を送り出す構成員内の見解の多様さ、および行政庁の職員や調停者の技能などである。したがって、ある特定の協議において成功した手法だからといって、それを上記の諸要素を異にする他の協議にも機械的に適用しようとすることはできない。<sup>74)</sup>省みれば、*deliberations* = 熟慮 = 審議とは、本来の語義からしても当初からの特定の立場に固執しつづけるというのではなく結果予測困難で柔



軟な経緯をたどるべきものであるのかもしれない。

#### 四 調整役の選出とその義務

調整役とは「規則案を発展させるため規則制定協議委員会の委員間の議論と協議を公平な立場で支援する者」と定義されている（五六二条(4)）。四つの協議実験例すべてにおいて調停者（mediator）が活躍し、うちF A A協議の場合のみそれは行政機関内部の職員であったが、調停者の関与は協議全体の進行にとりほとんど間違いなく不可欠であったと協議参加者全員が肯定しているとい<sup>(75)</sup>う。

調整役の選出とその具体的な活動がどういったものであるかについて若干紹介しよう。たとえばE P Aが行った実験例では、参加者同士の対立のため、協議が中止に追い込まれそうなときでもE P Aは自らを仲裁役にふさわしいと判断して仲裁に乗り出すことはしなかった。そして、E P AのO Bが経営する天然資源をめぐる紛争解決の専門会社と契約を結び、これに公式の協議の場合以外でも協議参加者とひんばんに接触してもらい、あるいは協議参加者の幹部的なものを開催してもらうなどの調整役を遂行してもらったのである。このようにして、調整役は規則案を作りまとめる小委員会を組織して素案を得、これを審査する全体会議を召集する一方、すべての会合の議事録を整理したという。しかし実は、素案ないし同意案がまとまってから調整役にとってより重要な仕事が始まったという。それは、協議参加者がその構成員と連絡をとり、その結果必要になった変更点について全体会議で同意が得られるように調整することである。さらに、それで調整役の仕事が終了したというのではなく、E P Aが作成する規則案が最終規則の公布へと進行していくとき、全体会議の合意の趣旨を十分に踏まえたものであるように監視することも調整役に

説 期待されたのである。なぜなら、協議参加者たちは、同意案の意味するところにつき自分たちの真意をよく理解して

くれていると信頼して調整役を指名していたからである。<sup>(76)</sup>

なお、EPAは、EPA固有の利益を代表する者とはまったく別に、EPAの政策企画評価局（Office of Policy Planning and Evaluation＝OPPE）の職員を協議過程の管理者として指名している。指名されたOPPEの職員は、協議の進めかたについてのEPA職員に対する教育、設置補佐人の選出、EPAの全部局に規則案についての意見を求めること、規制に関係するリスクをEPAの最高幹部が理解するとともにその有する権限を適切に行使させること、などのために活躍したという。<sup>(77)</sup>

以上の経緯を踏まえて、八五年勧告は、「協議による規則制定行為を支援する行政庁は、協議者たちが合意に到達することを手助けするために紛争解決技術に練達した者を選出すべきである。∴。選出された個人を『調停者（mediator）』ないし『調整役（facilitator）』と呼ぶことができるが、それは八二年勧告でいう『設置補佐人（convener）』と同一人であってもいいし、そうでなくてもいい。なお、特定の場合、当事者が自主的に合意に達するインセンティブが強く調停者ないし調整役が必要でないこともありえよう。」（同No.5）としていた。いずれにしろ、調整役は協議過程を運営して当事者を合意に導くのである。しかし、調整役は独自の決定権限をいっさい有しておらず、当事者からの信頼と信用を保持することなしにその職責を全うすることは不可能であった。<sup>(78)</sup>

なお、ペリットは、連邦政府の職員は調停者としての中立性を疑われるかもしれないとしていたが、<sup>(79)</sup> 本条は、連邦政府の職員であってもなくてもよいとし、設置補佐人と同一人であってもいいかどうかの点については特に明示していない。

その他、調整役に関する規定として、調整役がその職務と矛盾する利害を有しているかどうかの決定（五六八条(a)(2)）、連邦調停仲裁庁による調整役の供給（同条(b)）、合衆国行政会議による調整役候補者名簿の作成（五六九条(b)）、調整役に対する報酬（同条(c)(2)）、(f) などがある。

#### 五六七条 委員会の終了

規則制定協議委員会は、その検討に基づく最終規則の公布により活動を終了しなければならない。ただし、委員会の基本規約でそれ以前の終了日を定めている場合はこの限りでない。行政庁が委員会と協議して、または委員会自身がそれ以前の終了日を定めている場合も同様である。

前条で述べたように、委員会は規則案を含む報告を行政庁に伝達し、通常はそれで活動を終えることになる。しかし、八二年勧告は「協議集団は規則案の告知に対して寄せられたすべてのコメントを審査する機会を与えられ、その結果、協議参加者が自分達の作成した勧告を修正すべきかどうかを決定できなければならない。ただし、規則を公布する最終責任は行政機関に残るものとする」（同No.14）としていた。これを受けて八五年勧告は「行政庁が規則案の公表を行った後でも、最終規則の条件を協議することが有用であることが時々ある」として、「規則制定行為のいくつかの段階で協議が有用であることを行政庁は認識すべきである」としていた（同No.3）。

以上を受けて本条は、協議という手法を柔軟に活用することができる余地を残すために、規則案が最初に行政庁に

## 説

## 論

伝達されたときではなく、最終規則の公布をもってその活動の終了原因としてしていると理解される。つまり、合意に基づく規則案に対する告知コメント手続を経た後（告知コメントの期間中であつてもよい）、行政庁が合意に基づく規則案を修正変更して最終規則の公布をしようとするときには、調整役が協議委員会を再召集して協議を再開する可能性があるわけである。再召集のときの協議内容は、寄せられたコメントや行政庁の作成した規則案についての協議委員会としての意見を明らかにすることである。<sup>(80)</sup>合意に基づく規則案の告知に対して寄せられたコメントの中に無視できない批判や要望が多いとすれば、それは重要な利害関係者が協議委員会に参加していなかったことを意味する<sup>(81)</sup>。ただし、行政庁は協議委員会の合意の取扱について告知とコメントの基礎として使用することまでしか義務づけられておらず（五六三条(a)(7)、協議委員会を再召集して協議を再開することは義務づけられていない）。

ところで、合意文書の意味するところについての誤解を防止するため、EPAと調整役は最終規則の公布に向けた作業を公開することに努めた<sup>(82)</sup>という。なるほど、そこまで合意の趣旨を生かそうとする運用がなされるとの信頼感があつてこそ、協議参加者は最初から協議に積極的に参加しようとの気持ちになるのであろう。ちなみに、EPAはその行った実験例において、合意に基づく規則案についても通常の告知とコメントのプロセスを経なければならなかった<sup>(83)</sup>ので、協議による合意通りにEPAが最終規則の公布をすることまでは約束しなかった。結果として、寄せられたコメントはさほど多くなくEPAが合意に基づく規則案の文言を改める必要は生じなかった。しかし、合意案を変更する場合は協議を再開する約束をしていたため、協議参加者たちは自分達の合意成立にむけた努力が無視されることはないと感じていた<sup>(83)</sup>という。

本条についての下院報告の説明は、連邦諮問委員会法が適用される場合、協議委員会規約で終了時期を定めなけれ

ばならなくなるが、本条が存在することにより、委員会規約を改正することなく行政庁は答申としての合意を受け取り、告知コメント手続を経た後でも委員会を再召集してその意見を求めることができる。<sup>(84)</sup> すなわち、本条は連邦諮問委員会法の特別規定としての性格をもつ。

なお、本条では協議委員会活動の終了時期を定める方法として四つの選択肢を用意しているが、どの方法を採用することが望ましいかについても議論がある。すなわち、協議委員会の基本規約で終了時期を定めていない場合、行政庁が終了時期を実質的に定めるよりも委員会が自ら終了時期を定めるほうが好ましい。なぜなら、そのほうが委員会の諸手続や審議を委員会が自主的に規制しやすいからだという。また、行政庁は終了時期を実質的に定めて委員会に圧力をかけることは避けるべきであり、行政庁が終了時期の決定に介入することを正当化できるのは、行政庁にとって不測の予算上の制約に直面した場合および委員会の審議が難礁に乗り上げ、しかもなんらなすところなく数か月を経た後にもいぜん委員会活動を終了しようとしな<sup>(85)</sup>いときである。

## 五六八条 業務、便宜、および委員会委員経費の支払

### (a) 設置補佐人と調整役の業務

- (1) 原則 行政庁は本法に基づく規則制定協議委員会の設置補佐人または調整役として活動する個人または組織のサービスを受けるため、これを任用しまたは契約を結ぶことができる。
- (2) 対立する利害の決定 行政庁は、(1)号による設置補佐人または調整役としての活動を依頼することを検

討中の者が公平かつ自立して活動することを妨げる経済上その他の利害関係を有していないかどうかを決定しなければならない。

(b) その他の団体の業務と施設 本法の目的のために、行政庁はその他の連邦機関および公的・私的な機関の業務と施設を使用することができる。それら機関の同意を得たとき、およびそれら機関とその諸手段に補償を行ってまたは行うことなく諸手段を使用する場合も同様である。また、任意のかつ補償のないサービスを受領でき、この場合、三一卷一三四二条の規定は適用しない。連邦調停仲裁庁は本法のもとでの行政庁を支援するために、補償を得てまたは得ないで、設置補佐人と調整役の推薦および規則制定協議の研修を含む、業務と施設を提供することができる。

(c) 委員会委員の経費 規則制定協議委員会の委員は委員会に参加する費用については自己の負担で参加しなければならぬ。ただし、行政庁が連邦諮問委員会法七条(d)の規定にしたがい、委員の合理的な旅費および日割計算した経費、技術上の支援を入手するための経費、そして合理的な割合で計算した補償を以下の場合に支払うことを妨げない。

- (1) 委員が委員会に参加するための十分な資金源をもたないことを証明するとき、および、
- (2) 委員の利益が十分に代表されることを保証するためにその委員が委員会に参加することが必要であると行政庁が決定すること。

(d) 連邦被用者としての委員の地位 本条または五六九条により委員が資金を受領することは、委員が連邦政

府の被用者であるかどうかに関する一八卷二〇二条から二〇九条までの目的を最終的に決定するものであってはならない。

本条は、行政庁が公平かつ自立して活動できる設置補佐人や調整役を任用しまたは契約を結ぶことができること、行政庁が連邦機関および公的私的な機関の協力を得ることができること、連邦調停仲裁庁 (Federal Mediation and Conciliation Services) が、設置補佐人、調整役の供給と研修および規則制定協議について、施設その他の便宜を提供できること、委員会委員の経費は自己負担が原則であるが委員が資金源を持たないことを証明するなどの場合、行政庁が合理的な旅費、日割計算した経費などを支払うことができること、本条等による委員の金銭受領と連邦被庸者としての地位との無関係を定めている。

# 一 連邦調停仲裁庁の支援

設置補佐人と調整役については、それぞれ五六三条、五六六条参照。レグ・ネグを法制化して協議による規則制定を実行に移すことについては、このプロセスが告知とコメントによる規則制定と比べてコスト高になることを心配する行政機関があった。<sup>(86)</sup>そこで八五年勧告は、協議による場合の諸コストを危惧している行政庁の負担感を軽減するため、司法省所属の機関などからさまざまなサービスや協議実施のための研修を受けることを奨励して次のように勧告していた。すなわち、「一定の状況では連邦調停仲裁庁や司法省共同団体関係局といった連邦機関は調停者や主宰者の

説

論

供給源として適切かもしれない。協議による規則制定の実施支援のためにこれら連邦機関は調停経験のある自己の職員を一般人が利用できるようにすることを検討すべきである。」(同No.6)というものである。そして下院報告では、連邦調停仲裁庁が長年、調停や仲裁の領域でその専門能力を発揮してきたが、行政機関を対象にあるいはレグ・ネグにおいて行政機関と協働してこれを行う権限が同庁設置法その他に明記されていないので、本条は同庁からの要請もあって、そうした活動を可能にしようとするための規定であるとされている<sup>(87)</sup>。

## 二 規則制定協議委員会委員の参加費用の補助

わが国においては、利害関係者を公的な意思決定に参加させること自体さほど活発でなく、したがって、参加にもなう諸費用の公的負担の在り方が行政法学において議論されることもほとんどないように思われる。しかし、アメリカ合衆国では参加制度を実質的なものとするために、すでに一九七〇年代初めからこの問題に議論の焦点が当てられていたようである<sup>(88)</sup>。

そして、八〇年代に入ってレグ・ネグが学界で本格的に議論されるようになり、レグ・ネグにおける参加費用の補助が八一年発表の論文において言及されている。そこでは以下のように述べられている。「経済的困難の理由で、参加するにも十分に組織化できない諸利益がいくつかある。協議による規則制定の基礎にある行政モデルは、影響を受ける利益すべてが代表者をもつことを前提にしているため、前提が満たされていない場合は合意の正当性に疑問が投げかけられることになる。したがって、行政庁は代表されない諸利益のために自らが関与して代弁するなどの方法を採るべきである」<sup>(89)</sup>。



こうした流れを受けて、八五年勧告は次のように述べている。「参加者に生じる旅費、訓練その他の適切なコストを支援するための基金の使用が望ましいであろう。個人や行政庁の寄付による基金創設の実現可能性が協議に先立つ段階で検討されなければならない。」(同No.9)。

ペリットはこの勧告の趣旨につき、参加者に生じる旅費その他のコスト補助の在り方について一定の立場にたつものではなく、基金創設という課題について問題提起したにとどまるとして次のように解説している。彼によれば、基金創設問題については見解が対立していて、公益団体は彼に對し参加した時間とコストについての補償を求めているが、他方、行政庁とその職員の側には、公的な基金の支出に関する法律上の制約を守らなければならないことから、公的基金の使用や支出についての決定権限を私人に委ねることを危惧する声があったということである。なおペリット自身は、少なくとも参加者が負担している旅費を弁償したり、協議委員会として遂行した労力については柔軟に對応して費用弁償するほうが公正なのではないかとしている<sup>90)</sup>。

かくして、成立した規則制定協議法の本条は、委員が参加に要する十分な資金源をもたないことを証明し、かつ、その委員の代表する利益が十分に代表されることを保証するためにその委員が委員会に参加することが必要であると行政庁が決定することを条件として、参加費用の補助を具体化しており、ペリットがいう八五年勧告の問題提起の立場から歩を進め、ペリットの見解を具体化したものといえよう。

本条についての下院報告は次のように説明する。すなわち、貧しい人々に大きく影響する規則制定のための協議は、十分な参加を保障するにも財政上教育上の資源問題が起こりうる可能性を認めて、社会保障や医療その他連邦の社会福祉関係の行政機関が貧しい人々の利益を代弁できるようにすると共に、規則制定協議委員会委員としての直接的な

費用を弁償することにした、と。<sup>(9)</sup>

論

五六九条 合衆国行政会議とその他の団体の役割

(a) 行政庁からの協議申し出 行政庁は規則制定協議委員会を形成し、規則案の協議をなすにあたり、情報や支援を受けるため、合衆国行政会議またはその他の公的私的な個人もしくは団体と協議することができる。

(b) 設置補佐人および調整役になりうる者の名簿 連邦調停仲裁庁と協議するにあたり、合衆国行政会議は、規則制定協議を進めるための設置補佐人、調整役としての活動経験を有する者またはこれら活動に関心を有する個人の名簿を保有しなければならない。名簿には政府の機関および私的団体に所属する個人が含まれていなければならない。行政庁はまた、その他の公的私的な個人もしくは団体が保有する名簿を使用することができる。

(c) 設置補佐人および調整役を獲得する手続

(1) 手続 合衆国行政会議は、行政庁が迅速を旨として設置補佐人および調整役のサービスを獲得することを許す手続を発展させなければならない。

(2) 活動に対する報酬 設置補佐人および調整役の活動に対する報酬は、その活動を利用する機関が支払わなければならない。ただし、行政会議議長が(f)項により支払うことに同意した場合はこのかぎりではない。

(d) 規則制定協議に関する資料の編集と議会に対する報告

(1) 資料の編集 合衆国行政会議は、規則制定協議に関する資料を編集して保有し、また規則制定協議手続

に参加する機関と関係者を支援する情報センターとして活動しなければならない。

(2) 行政庁による情報の提出 規則制定協議を行う行政庁はすべて合衆国行政会議に対し、五六六条により規則制定協議委員会から行政庁に提出される一切の報告のコピーおよび合衆国行政会議が本項に従って行動することを可能にするために必要な追加の情報を提供しなければならない。

(3) 議会に対する報告 合衆国行政会議は本項により受け取る報告と情報を分析し、上院の政府問題委員会および下院の委員会のうち適切なものに以下の報告を隔年ごとに伝えなければならない。

(A) 行政庁が規則制定協議を効果的に使用するための勧告、および

(B) 本項の目的を達成するために合衆国行政会議が支出する経費の性質およびその額を説明するもの。

(e) 規則制定協議の研究 合衆国行政会議は有償または無償のいずれかを原則に、連邦政府の職員のために規則制定協議の技術と手続の研究を行う権限を有する。その研修は、有償を原則として民間の個人に対しても行うことができる。

(f) 行政庁の経費の支払い 合衆国行政会議議長は、行政庁の求めに応じて、規則制定協議委員会を設置して協議による規則制定を行う経費のすべてまたは一部の支払いをする権限を有する。経費には以下のものを含むことができるがこれに限定されない。

(1) 設置補佐人および調整役に関する諸費用、

(2) 五六八条(c)項による支援対象にふさわしいと行政庁が決定した委員会委員の経費、および

## (3) 研修費用

本条による支払いに関する決定は、連邦機関が行う協議による規則制定の使用促進に関する行政会議議長の裁量に委ねられる。

(g) 合衆国行政会議基金の使用 合衆国行政会議は本法の目的を実行するために本巻五九五条(c)項(12号)により受領する基金を使用することができる。

本条は、行政庁が行う規則制定協議を合衆国行政会議が物心両面から支援するための実践的具体策などを規定する。すなわち、行政庁が規則制定協議委員会を設置したり規則案についての協議を行うに際し合衆国行政会議その他と相談できること、合衆国行政会議が連邦調停仲裁庁と協議して、設置補佐人もしくは調整役として活動した経験を有する者またはこうした活動に関心を有する個人の名簿を保有しなければならないこと、行政庁が設置補佐人や調整役を獲得するための手続を合衆国行政会議が発展させる義務および設置補佐人や調整役の活動に対する報酬の支払義務者、合衆国行政会議が規則制定協議に関する資料を編集、保有して広報センターとして活動すべきこと、それを可能にするため行政庁は合衆国行政会議に対して規則制定協議委員会に関する一切の情報を提供しなければならないこと、合衆国行政会議の連邦議会に対する報告義務、合衆国行政会議が行う規則制定協議についての研修、行政庁が規則制定協議を運営するための経費を合衆国行政会議議長が支払う権限を有すること、および、合衆国行政会議による合衆国行政会議基金の使用である。

## 一 設置補佐人や調整役候補者の名簿作成

当事者から信頼される設置補佐人および調整役の任務の重要性についてはすでに述べた通りで繰り返すまでもない。筆者は九四年一月に合衆国行政会議を訪問したとき、冊子になっている候補者の名簿を入手することができたが、割合としては、弁護士資格をもつ人などが多く登録されているとのことであった。主題と争点に関わる多様な利害関係者から信頼を得ることができて本法の定める設置補佐人や調整役の任を果たすことのできる人を探し出すことが、私見では、本法における規則制定協議類似の制度をわが国に導入するに当たっても協議の成否を左右するもっとも重要な要素の一つである。<sup>(92)</sup>

## 二 コンピュータの活用

コンピュータの活用は規則制定協議を効果的に推進する技術として考えられている（(e)項参照）。それはたとえば、協議の場で検討されたものものの提案をモデル化する（前者）ためであったり、提案やモデル化された案について協議参加者が意見交換したりする（後者）ことなどのようで、現に自動車排出ガス基準非達成制裁金（NCPs）協議において前者の活用が試みられ、参加者はこれを有用と認めているようである。また、環境保護庁（EPA）が行った農場労働者保護に関わる別の協議においては後者の方法が用いられ、ペリットはその将来的有用性が大であると見込んで、行政会議がコンピュータの効果的な使用方法について調査を行い手引書を作成すべきだとしていた。<sup>(93)</sup>

### 説 三 協議技術の研修

従来の規則制定はきわめて対立的なものであり、関係する当事者が一堂に会してお互いの立場を尊重しつつ協議を実践するということは未経験の世界であり、制度的欠陥のためというより当事者の不慣れのために協議が暗礁に乗り上げることは容易に想像されるところであった。そこで、八五年勧告は、「協議の開始に先立って当事者が協議技術の研修会議に参加する機会を提供することを行政庁は検討すべきである。」としていた(同No.4)。ちなみに、EPAの協議に関して行われた研修訓練は十分に受け入れられ、上記の農場労働者保護基準の協議当事者は類似の訓練を請求している。<sup>(94)</sup>

### 四 その他予算措置等

一九九一年から一九九三年の各財政年度においては、五〇万\$を超えない範囲で合衆国行政会議に対する支出承認が許されている。また、行政会議が連邦議会に対して行う報告は、時限立法の形をとっている本法を更新するかどうかを連邦議会が判断するためのものであることについては、末尾の「付則」参照。

### 五七〇条 司法審査

本法で定める規則制定協議委員会の設置、委員会に対する支援、または委員会の解散に関する行政庁の行為は司法審査の対象とならない。これら以外に司法審査について法律に定める場合を除き、本条は規則についての司

法審査を禁じるものではない。規則は、それが協議に基づき定められたものであって司法審査に服するもののであるときは、それ以外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てはならない。

本条は大きく三つのことを規定する。すなわち、第一に、行政庁が行う協議委員会の設置、委員会に対する支援、または委員会の解散は司法審査の対象とならないこと、第二に、それら以外、規則についての司法審査は禁じられないこと、そして第三に、協議に基づき定められた規則について司法審査がなされる場合、通常の手続により定められた規則以上に裁判所が敬讓 (deference) することはないということである。

第一の、行政庁が行う協議委員会の設置、委員会に対する支援、または委員会の解散は司法審査の対象とならないということは、規則制定の初期ないし中間の段階におけるこれら手続上の問題に関する訴えの提起により行政庁の活動が遅延させられないということを意味する。<sup>(96)</sup> これについては、たとえば、委員会への参加申請を拒否する行政庁の決定を争えるようにすべしとの意見もあったが、最終的でない行政庁の行為に対する司法審査を認めていない A P A 七〇四条との関係で採用されなかったようである。したがって、規則が最終的に公布された時点から訴えを提起して争うしかない。

第二に、第一の場合以外、規則についての司法審査が禁じられないということは、協議による合意に基づき制定された規則は従来通り A P A 七〇六条による司法審査の対象となるということである。むしろ、従来の規則制定に比べ、一段と手間暇をかけて規則が制定されたのであるから、そのぶん、例えば実質的証拠法則が採用されるなどして司法

## 説

審査を緩やかにすることも考えられる。しかし、本条はそうした予測や期待をまったく受け付けず、従来から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と規定している。<sup>(97)</sup>

それでは今後も従来からのハードルックといわれる司法審査が継続するのであろうか。そこでもう一度、司法審査が問題になる状況を想定し、諸学説を紹介しつつ検討することにしよう。

## 論

そうすると、本法は規則制定協議委員会で合意が成立してもそれで規則が成立するとはしておらず、委員会は規則案を含む報告を行政庁に報告するだけであり（五六六条(f)(g)）、その後は、「その法律上の義務と矛盾しない範囲で最大限」、行政庁が委員会の合意を使用する（五六三条(a)(7)）。したがって、最終規則の公布に際し、行政庁はAPA五五三条が要求する規則の「根拠および目的の概要」を記載しなければならず、これは「筋道の通った説明（reasoned explanation）」<sup>(98)</sup>でなければならぬとされているのであるから、協議による合意に基づくものというだけでは十分でないかもしれない。たとえばペリットは、協議に基づく規則がAPA七〇六条の定める司法審査にもちこたえようと欲するならば、行政庁は最終規則について筋道の通った正当化（reasoned justification）を行わなければならない、協議に基づく合意に検討を加えることなく、ただこれを採用するというのでは十分でないとする。<sup>(99)</sup>

しかしながら、影響をうける利害関係者にとって自薦または他薦により自己の利益代表を送り出す制度が用意されこれが機能しているときは、協議による規則制定過程の手続的正当性を否定することは難かしく、さらにその実体的正当性を否定することも反射的に極めて困難になると思われる。ペリットも異なる言い方であるが、協議による合意に基づく規則が独断的恣意的基準による司法審査をクリアすることを行政庁が欲するならば、影響を受ける利害関係者がその手続のなかで十分な参加の機会を与えられていることを裁判所に確認してもらわなければならない。<sup>(100)</sup>



そしてこの十分な参加を確保するために、ペリットは、まず第一にどのような問題が協議されるかに関して、行政庁は一般大衆に十分な情報を与え、その結果影響を受ける利害関係者が協議において自己の利益が関係してくることを予知できるように努めなければならず、他方、裁判所は司法審査において協議の目的についての告知が適切であったかを審査しなければならないとする。十分な告知が行われれば、利害関係者はすべて必ず協議に関与するであろうとの理解に基づくものである。<sup>(91)</sup> かくして影響を受ける利益すべてが協議に参加し、その合意に基づいて規則が制定された場合、この最終規則の公布という行政庁の行為には大きな裁量を与えられねばならない。<sup>(92)</sup>

逆に、利害関係者の利益が協議に十分代表されておらず、あるいは、協議委員会を開催する旨の当初の告知に応えて参加のための努力がなされたにもかかわらず参加を認められなかったことが証明されたならば、次に、最終的に成立した合意の実体的正当性が審査されなければならないことになる。<sup>(93)</sup> すなわち、公布された最終規則はそれが行政庁の権限内で作られ、しかも法律で検討すべしとされている要素すべてが考慮されることを担保するために、規則自体の審査が許されなければならないわけである。

ところで、協議に基づく規則に対する司法審査の役割（目的）について、ハーターは職業上の健康基準に関する協議当事者が賃金の割増と引き換えに低い保護基準に同意する例をあげて、司法審査の役割は、最終規則が行政庁の権限の範囲内にあることを要求することにより、そうした許すことのできない取引や馴れ合いを防ぐことだと述べている。<sup>(94)</sup> またハーターは、労働安全衛生局（OSHA）などの経験を踏まえ、別の論文で、協議過程で得られた事実についての決定や記録の性質が混成的規則制定過程におけるそれとは相当程度異なっていること、また、利害関係者が協議に積極的に参加するよう動機づけをするためには合意に基づく規則を裁判所が取消さないことが必要だという理由

説

論

で、厳格な司法審査は不適切だとする。しかしそれは、司法審査が協議手法に対して重要でないという意味ではなく、協議手法に相応しい司法審査こそが求められているとし、最終規則が行政庁の権限に違反せず合意に基づいている場合はこれを支持すべきであるが、そうでない場合は従来どおりの司法審査を行うべきであるとして七つの項目を論じている。<sup>(10)</sup>

そのうち、利益代表については、訴訟を提起した原告の主張する見解が協議の場において十分に発言する機会を得ていたかどうかを裁判所は決定しなければならない。この点、裁判所はクラスアクションや公共訴訟の経験などから、原告の利益が代表者によって保護され協議の場で十分に代表されていたかどうかを判断する方法を発展させてきている。もちろん、協議の経過についての報告や議事録は、原告の利益が協議の場で討議されたかどうか、そしてそれがどのように解決されているかを裁判所が判断する助けとなる。この結果、原告の利益が協議において代表されていたと裁判所が決定すると、その原告は、協議において規則の中心的課題が検討されていないことについて比較的高い証明責任を負担しなければならない。他方、利益が代表されていなかったと決定する場合には、裁判所は、原告が参加できる状況にあったかどうか、その原告は規則制定の告知に応じて行政庁に自己の見解を提出しているかどうかを検討することになるとする。

また、協議に積極的に参加することを拒んだ者が協議が終わった後に規則を争うのは禁反言に抵触する。同じように、協議委員会を設置するとの連邦公報の告知に応じて参加申立てをせず、かつ、申し立てしなかった格別の事情を証明できない者については、その利益が代表されなかったことを理由に規則を争うことを許すべきでない。こうした原告には十分な利益代表を確保できていた者に対すると同様の基準を適用するべきである。そうでなければ、協議の

間沈黙を続けて最終規則が公布された後、裁判所で一方的に争って主張を貫徹しようとする者がでるおそれがある。当事者がコメントのみを提出して協議への参加を拒否するときも同様である。

逆に、原告が参加を申請し行政庁と設置補佐人がそれを拒否した場合には、裁判所はその拒否決定が独断的恣意的なものであるかどうかを決定し、それが肯定されると裁判所は従来からの厳格な審査基準を公布された最終規則に適用すべきことになる。

そのほかハーターは、行政庁が協議による合意規則案を修正している場合、その修正は通常の司法審査に服し、協議に基づく規則に対する司法審査の基準は適用されないとする。なぜならこの場合、行政庁は協議委員会の判断に代えて自己の判断を用いたのであるから、規則の正当性はそれを作った行政庁の手続のなかに存しなければならず、裁判所はその規則制定において認定された事実と選択された政策を通常通り審査しなければならないとする。

サスカインドもハーターと同様の意見を述べている。サスカインドは、ハードロック原則は行政庁が規則に対して合理的で分析的な正当化根拠を示すことを保障しようとするものであるとの理解を示しつつ、環境保護庁(EPA)が行った自動車排出ガス基準不達成制裁金(NCPS)と殺虫剤規制の適用除外に関する二つの協議の参加者は、会合の公開、最終同意案だけでなく議事録や小委員会の報告文書を閲覧複写できること、および協議の場に関係する利害関係者すべてが出席していることは、協議による同意の正当性(legitimacy)を保障するように感じたという。そこで彼は、協議方式においては以下に挙げる八つの重要な条件が遵守されるならば、ハードロック原則の根底にある目標は満たされるであろうという<sup>(19)</sup>。

すなわち、①適切な告知、②不利な立場にある団体が平等な基盤にたって参加することを助けるための財源の提供、

③正式な会合についての合理的記録の保管、④当事者すべてが最終合意案を審査する十分な機会、⑤その審査の結果とコメント過程を当事者すべてが討議するための機会、⑥すべての利害関係者が協議の範囲を画定し、調整役の選任に同意し、必要な情報にアクセスできる機会、⑦行政庁が遵守すべき義務についての行政庁による協議委員会への明確な説明、⑧当事者すべてが同意の最終案を破棄する機会、である。

これまで検討してきたように以上八つの条件は本法により充たされるはずであるが、サスカインドは次のように言う。八つの条件が守られるならば、行政庁は協議参加者の関心をはっきりと認識し、十分な調査を行い、最適案を選択する際すべての提案を注意深く分析するであろうし、参加者自身も行政庁がそうするようにしむけることができる。その結果、情報が偽りであったり、行政庁が合意どおりに最終規則を公布しなければ格別、裁判官が八つの条件の充足を確認できれば原則として司法上のハードルック原則は不要のものになる。そして裁判所がこうした立場にたつならば、協議参加のインセンティブは強まり、合意はますます機能するようになって、最後には規則に対する訴訟提起も減じるという。

ステュアートも、協議の結果合意が成立している場合はハードルック原則を緩和することを提案している。<sup>(17)</sup>

むろん協議に基づく規則についても従来どおり厳格な司法審査を行うべきであり、そうしなければ、ADR手法は公正さを実現する手法としては危険であるとする見解も見られる。たとえば、協議による規則制定を多元主義の立場に立つものと理解するP・ウォールドDC高裁判事は、協議による規則により影響を受ける者が自分だけの代表者をもつか、あるいは指定された利益団体の代表者が現実には自分の利益を代弁してくれることを信じなければならぬとすれば、公正さと規則制定の効率性の目標は二律背反の関係にあると述べている。そして、合意が成立していること

と合理性があることを同視することに反対して、合意が成立していることが独断的恣意的でないことというAPPAの審査基準の代用物(substitute)とされてはならないと主張する。なぜなら、合意があらゆる場合において、合理的であることの代用物として機能するとは必ずしも言えず、当事者どうしでこの点は譲るから、もう一つのことについては自分の言い分を通してくれなどといった、合理的な意思決定というより合意が完全に政治的馴れ合い(logrolling)であることもありうるからというわけである<sup>(10)</sup>。また、小委員会や幹事会などの使用が増えれば、不適切な取り引きがなされる危険性はいっそう増えるかもしれない<sup>(11)</sup>。バルド判事と同じ立場に立つフィスは、協議と合意による問題の解決手法は、訴訟の社会的機能を公共的価値の宣言の一つから私的紛争を解決する一手段へと落としめるものと考えているようである<sup>(12)</sup>。

結局、司法審査の結果は、本法の予定する十分な協議過程を経た合意により、行政庁が関係する諸要素をハードルックし代替案を慎重に考慮する過程を実質的に実現できているかどうかで左右されることになる<sup>(13)</sup>。そして、この意味で、合意が正当なものであることは協議委員会から行政庁に報告された記録によって確認できなければならない<sup>(14)</sup>。行政庁も、少なくとも自身記録を確認した上で、上記「根拠及び目的の概要」を作成しなければならない<sup>(15)</sup>。なお、影響を受ける諸利益が協議で合意に到達したということはここでいう「根拠」の一部ではあるがすべてではない。本来、「根拠」とは、規則とそれについての事実に関する記録により裏付けられていることとの間に関連性(nexus)があるということである<sup>(16)</sup>。

以上述べてきたことに関連して、協議参加者が現実思考し、判断し、選択した過程を表現することは不可能との見方がある。すなわち、協議の過程におけるギブアンドテイクは、抜け目のない取引と取引技術による合意を生み出

すものであるから、協議による決着の産物として「筋道の通った」論理を展開することは、実際の歴史を書き改めることにもなる可能性が強い。したがって、たとえ協議による規則の根拠と目的について論理的な説明がなされていようとも裁判所がそれを事後の正当化にすぎないとして退け、その本当の動機を究明しようとすることは原則的に適切でなく、均衡のとれた代表が実現されており、すべての見解が十分に検討されたことについての説明がなされていれば、それにより適切で十分な説明がなされていると評価すべきであるというわけである。<sup>(19)</sup>

ハーターも、記録による裏付けについて立ち入った考察を加えている。繰り返すまでもなく、規則制定を支える事実やこれに関する資料そして記録は、アメリカ行政法において極めて重要な問題である。ハーターによると、協議に基づく規則は膨大な事実資料を踏まえて作られたのではなく、関係する事実と課題について当事者が合意し、これに基づき制定されたのであるから、混成的規則制定過程で要求される調査と類似の調査を行うことを協議委員会と行政庁に要求することは適切でない。裁判所は、協議において知性的 (intelligent) 選択をすることができる情報を委員会有していたことだけを要求すべきである。

言い換えると、規則制定にさいして要求される事実についての調査検討のあり方については、独断性と不合理性の危険を排除するやり方で規則制定を行ったかどうかを審査すれば足りるという考え方（前者）と、それと対照的に、行政決定がその時点で利用できたすべての行政記録に基づくことを要求する二つの立場（後者）が考えられるが、協議手法を用いて利害関係者の合意により作られた規則の場合は前者の方が適切であり、格別に合意の事実的基礎を審査する必要性はなくなるとハーターは論じている。<sup>(20)</sup> なおペリットは、連邦航空局 (FAA) が飛行義務時間最終規則の公布に際して行った説明やEPAがNCP規則について行った説明は、協議に基づく規則が裁判所の恣意的独断的

テストに耐えることを示す十分に客観的な説明の適例であるとする。<sup>(16)</sup>

本法は、規則制定協議は「法律に定める場合を除き」司法審査に服すと規定し、しかも、協議の結果生まれた規則に対し一切の敬讓を要求しておらず、上記バルド判事の見解に与しているかのである。そのため、協議に基づく規則が訴訟で争われ、協議過程や行政庁の最終説明が恣意的独断的とされる可能性を否定することはできず、当分の間は、「誰も未だ協議に基づく規則の取消を求めて訴えを提起していないという事実は、多分、協議過程が影響を受ける利害関係者の必要を満足させる過程として、協議に対する最も強い支持を表している」と信じて取り組むしかないのかもしれない。ちなみに、一九九一年九月頃環境諸団体と石油諸会社などの間で成立させたクリーン燃料に関する合意においては、協議参加者は合意した対策を破棄するため訴訟に訴えることをしないと約束し、さらに、変節者 (defector) がどちらから出現しても、両者とも合意を支援するため訴訟に協力すると合意しているそうである。<sup>(18)</sup>

# 付 則

本法は原則として成立後六年で廃止されると付記している。これは、連邦諮問委員会法が、同法の施行後設置される連邦の諮問委員会は別段の法律の定めがないかぎり、原則として二年で廃止されることの特則と考えられる。すなわち、規則制定協議委員会は連邦諮問委員会として位置づけられており（五六二条七項）、特則がなければ二年で廃止されることになるため、これを回避するため、一応、六年で廃止するとされているに止まり、立法の経緯からして当然、更新手続がとられることになると考えられる。

なお、行政会議が本法に基づく報告や情報を分析検討し、「相当の影響を受ける利害関係者」が「十分に代表され

## 説論

ている」かどうかなどに関する研究を行い、上下両院の委員会に隔年ごとに報告しなければならないとされているのは(五六九条(d)(3))、議会が更新立法を行うさいの参考に供するためである。そこで議会が肯定的な評価を行えば、本法は更新されることになるはずである。<sup>(11)</sup>

ちなみに八二年勧告は、規則制定協議は実験として行われるべきであり、もし立法されるとしてもサンセット条項を盛り込むべきだとしていた(同(2))。

(1) Negotiated Rulemaking Act of 1990, Pub.L. 101-648, 104 Stat. 4969 (Nov. 29, 1990)「規則制定協議法。以下、協議法ともいう。この法律は、初め、この法律とは同じ頃に成立した行政紛争解決法 (Administrative Dispute Resolution Act of 1990, Pub.L. 101-552)と同じ条文番号を付し、五八一条から五九〇条として規定されていた。極めて異例のこの重複を避けるため、連邦議会は一九九一年行政手続技術改正法 (Administrative Procedure Technical Amendmentst of 1991, Pub.L. 102-354 (Aug. 26, 1992) を成立させており、内容は以前とまったく同じであるが、条文番号を五六一一条から五七〇条に改めている。以下では、この改正による条文番号の表示にしたがっている。

(2) この間の経緯については、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)、二二三～二三四頁参照。

(3) 本法の具体化に多大な貢献を行ったペリットによれば、レグ・ネグとは、行政庁が行政規制を行う政策決定過程において協議ないし交渉 (Negotiation) の方法によることをいひ、表題の法律の名称に用いられている「協議による規則制定 (Negotiated rulemaking)」とは、規則制定に関連する意思決定過程において協議ないし交渉の方法を使用することである。すなわち、協議による規則制定は、レグ・ネグの応用の一つである。Perritt, Negotiated Rulemaking and Administrative Law, 38 Admini. L. Rev. 471, 473 & n. 7 (1986)。

そして、本法では、Negotiated rulemaking とは、規則制定協議委員会を用いて行われる規則制定を意味すると定義している。五六二条(9)。また、Regulatory Negotiation と Negotiated rulemaking を最初から同じ意味で使用してい



る者も<sup>90</sup> Daniel J. Fiorino, *Regulatory Negotiation as a Policy Process*, 48 *Public Admini.* Rev. 764, 771, n. 1 (JULY/AUG. 1988).

また、ADRとは、広くは近代法治国家における法的紛争解決のための正式ルートである裁判制度以外のすべての紛争解決方式を意味するようである(テキストブック現代司法(一九九二年、日本評論社)、一四四頁(佐藤鉄男執筆 参照)。フィオリノは、それらのうち、第三者が当事者を拘束する決定を行う裁決や仲裁と異なり、当事者自身が決定に到達し、同意する過程を特に注目している。Fiorino, *id.* at 768. 小島武司教授は、アメリカでは、一九六〇年代末に代替的紛争解決としてのADRに関心が高まり、八〇年代に入り、裁判所もADR運動に参画して各種の調停プログラムを推進するに至って、ADRへの関心は最高潮に達した観があると評している。同編著・調停と法—代替的紛争解決(ADR)の可能性(一九八九年、中央大学出版部)、二六頁。

結局、レグ・ネグはADRの潮流の一環と見ることができるが、ADRと異なる点は、ある特定の紛争に限定してというのではなく、視野と射程範囲が従来のADRと比べて広く、そのため、アメリカ合衆国の公共政策決定におけるもう一つのテーマである多元主義(pluralism)の問題意識を内包していることだといえよう。Fiorino, *id.* at 769-770.

(4) 私が本法の成立を最初に知ったのは、本法成立について報じる英字新聞を、神戸大学大学院で行政法と環境法を研究するアメリカ人留学生のドワイト・バン・ウィンクル君から見せてもらったときである。以来、これに関心をもち、九二年夏、関西行政法研究会において、本法成立の経緯、本法の内容および本法がアメリカ行政法の展開において占める意義について一応の報告をしたが、本法研究がわが国に与える示唆について研究がまとまらぬまま発表せずに今日に至ってしまった。

この間、筆者自身の進路選択の問題があり、また、常岡孝好「Reg-Negの実験とアメリカ行政手続法の基層(一)」自治研究第六十九巻第六号(平成五年六月十日)が発表されるなどして、論文発表を一時期断念していたときもあった。しかしながら、平成六年四月、幸いに大阪経済法科大学に奉職することができて進路がはっきりしたし、また、本法が提示するいくつかのテーマに対する私の関心は強まるばかりで、ライフワークとして取り組んでみたいと思うまでに至っている。そして現在(一九九五年一月)のところ、(四)まで発表されている常岡氏の論文は、環境保護庁が行った木材ストープ性能基準に関わるReg-Negに焦点を当てて詳細な検討を行うところから作業を始められており、本法に対する問題意識ないし関心の所在、検討分析手法および評価などの点で筆者と相当異なる可能性もありうると思われる。そう考えて私なり

に理解するところを明らかにしておくことにそれなりの必要性と意義があると考え、今回発表することにした。

ただし、紙幅の都合で、本稿では、本法の内容のみを紹介し、本法成立の経緯、本法がアメリカ行政法の展開において占める意義およびに本法研究がわが国に与える示唆については、「アメリカ合衆国規則制定協議法成立の経緯と意義（以下、「本法成立の経緯と意義」という）」と題して、本論集次号（三五号）に収録することにした。あわせてご高覧の上、ご批判・ご教示を賜りたい。

(5) See, Florino, *supra* note 3, at 771.

(6) 五五一条(1)は、行政庁とは、合衆国統治機関の権限を行使する各機関をいい、他の行政庁に属するか否か、又は他の行政庁の審査に属するか否かを問わない。但し、(A)合衆国議会、(B)合衆国裁判所、又は(C)合衆国の属領、准州の統治機関若しくは(D)コロンビア特別区の統治機関に属するものは含まれない、と定める。なお、APAの訳は総務庁行政管理局編集・行政手続法の制定にむけて（以下、「制定にむけて」という）、九七頁以下による。

(7) convener の訳語として、英和辞典は、召集者としている。その他、発起人ないし発起準備人や幹事などの訳語も考えられる。しかし、convener が果たすことを期待されている役割自体、初期の召集決定権限を強く有している者としての立場から中期以降本法までの行政庁にとっての諮問委員会的機能を果たす者へとその含意が変化している。結局、本稿では、後者の面を重視して、設置補佐人と訳すことにした。

(8) facilitator の訳語として、英和辞典は、推進者としている。その他、幹事、管理者、調整役、行司役、進行役、調整役、座長、主宰者などの訳語が考えられる。内容からいうと、推進者をもっとも適切と思われるが、かたい感じがするし、座長はわが国の審議会における座長の消極的イメージ、主宰者はわが国の行政手続法における主宰者との違いが大きいことなどから、とりあえず調整役と訳している。

(9) 五五一条(3)は、当事者とは、行政庁の手続において、当事者として指名若しくは承認されたすべての者若しくは行政庁又は適式な方法により当事者として承認されることを求め且つ当事者として承認される権利を有するすべての者若しくは行政庁をいう。但し、本項の規定は、特定の目的で者又は行政庁を当事者として承認することを妨げるものではない、と定める。

(10) 五五一条(2)は、者とは、個人、組合、会社、協会、その他性質の如何を問わず公私の団体で、行政庁以外のものをいう、と定める。

- (11) 五五一条(4)は、規則とは、法又は政策を履行、解釈若しくは規定し、又は行政庁の組織、手続若しくは実務規則を定めることを目的とする行政庁の意思表示の全部または一部であつて、一般的に又は特定の事項について適用され、且つその効力が将来におよぶものをいう。規則は、料金、賃金、法人の若しくは財政上の機構またはその改組、価格、施設、設備、役務若しくはその対価、評価、費用、会計、又はこれらのものに関する実務を将来に向かって承認し規定することを含む、と定める。
- (12) 五五一条(5)は、規則の制定とは、規則の制定、改正、又はその廃止に関する行政庁の手続をいう、と定める。
- (13) ACUS Recommendation 82-4, 47 Fed.Reg.30708 (Jul.15,1982), codified at 1 C.F.R. § 305.82-4 (1984). 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庁である合衆国行政会議は、一九八二年、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との勧告を行った。以下、八二年勧告という。同会議を紹介するものとしては、宇賀克也・アメリカ行政法(一九八八年)・一三九頁以下参照。
- (14) See Stewart, Regulation, Innovation, and Administrative Law: A Conceptual Framework, 69 CALIF. L. REV. 1256, 1343 (1981).
- (15) See Harter, Negotiating Regulations: A Cure for Malaise, 71 Geo. L.J. 1, 140 (1982).
- (16) Id. at 48, 52
- (17) See Susskind & McMahon, The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking, 3 Yale Journal on Regulation 133, 160 (1985).
- (18) 委任禁止法理については、松井茂記・アメリカ憲法入門二六〇二九頁、諮問委員会法の要求する会議公開原則については、奥平康弘・知る権利、一三二頁〜二四四頁、一方的交信の禁止については、紙野健二「規則制定手続における一方的交信について」大坂経済法科大学論集一三三六五頁以下参照。
- (19) See Susskind & McMahon, supra note 17, at 158.
- (20) See Harter, supra note 15, at 108-109; Susskind & McMahon, supra note 17, at 158; Perritt, Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: Evaluation of Recommendations by the Administrative Conference

of the United States, 74 Geo. L. J. 1625, 1694-95 (1986).

- (21) See Perritt, *supra* note 20, 1695.
- (22) See, e.g., Susskind & McMahon, *supra* note 17, at 157-59.
- (23) 長文であり全文を紹介しきれないが、制定にむけて一〇五〜一〇六頁に和訳されている。
- (24) See Perritt, *supra* note 20, at 1697-98; Aman, *Administrative Law*, at 303 (1993).
- (25) See Harter, *supra* note 15, at 12, 22; Note, *Rethinking Regulation: Negotiation as an Alternative to Traditional Rulemaking*, 94 Harv. L. Rev. 1871, 1871-889 (1981).
- (26) See Perritt, *supra* note 20, at 1697-1701; Aman, *supra* note 24, at 303.
- (27) See Harter, *supra* note 15, at 112. ハーターは、協議が成功を収める条件の一つとして、争点が相対的に十分限定されていること、利害関係者の一人が圧倒的に強い力関係に立っていないことと並んで、なんらかの決定が切迫して行われることが避けがたいことを指摘する。
- (28) ハーターは、争点が一つで決定に際して二者択一しかないときには、勝者と敗者しかいないため協議は困難であらうが、実際は、争点が一個だけとつづことはほとんどないとする。なぜなら、ほとんどの場合一つの規制につき、問題の範囲の定めかた、対応の厳格さ、遵守の方法、規制内容及び実施日等の複数の争点が随伴するからだとする。Harter, *supra* note 15, at 50.
- (29) See Susskind & McMahon, *supra* note 17 at 162.
- (30) 下院報告及び委員会の構成に関する。HOUSE REPORT NO. 101-461, 1990 U.S. Code Cong. and Adm. News, 6697, 6703.
- (31) See Perritt, *supra* note 20, at 1707.
- (32) *Id.* at 1707.
- (33) See Harter, *supra* note 15, at 104; Perritt, *Negotiated Rulemaking and Administrative Law*, 38 Admini. L. Rev. 471, 496-97 (1986); *do*, *supra* note 20, at 1708.
- (34) See Susskind & McMahon, *supra* note 17, at 157 n. 119, 120.

- (35) See Perritt, *supra* note 20, at 1669. 本文で述べる四つの実験例やその後の協議による規則制定への取組が詳しく紹介されている。
- (36) *Id.* at 1688.
- (37) See Susskind & McMahon, *supra* note 17, at 157.
- (38) See Perritt, *supra* note 20, at 1709.
- (39) 注13で言及した、合衆国行政会議が一九八二年に発表した八二年勧告の後、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た。そのうち、合意が成立し、合意にそった規則制定が行われたのは次の三つである。  
 ①連邦航空局 (FAA) が、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ない休息時間に関する規則制定のために行った協議。  
 ②環境保護庁 (EPA) が、大気浄化法二〇六条(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に、販売許可を受けるために必要な非達成制裁金 (NCPs) の金額を定める規則を制定するために行った協議。  
 ③連邦の殺虫、殺菌および殺鼠剤法一八条により緊急事態決定の権限を与えられているEPAが、殺虫剤等に関する規制を州と連邦に対し適用除外とする規則を制定するために行った協議。  
 逆に、協議が合意に至らなかったのは、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改正するために、OSHAが行った協議である(これら実験例の経過や問題点の分析については、注20におけるペリットの論文の一六四七〜六八二頁が詳しい)。四つの協議実験の経緯などについては別稿の「本法成立の経緯と意義」を参照いただきたい。
- (40) See Perritt, *supra* note 33, at 505.
- (41) 八五年勧告の詳しい経緯についても、別稿の「本法成立の経緯と意義」を参照いただきたい。
- (42) See Perritt, *supra* note 33, at 505.
- (43) See Perritt, *supra* note 33, at 501-02; *id.*, *supra* note 20, at 1709.
- (44) See 5 U.S.C.A. § 10(a) & 1 CFR § 305.82-4 (1990).
- (45) 諮問委員会の会議公開原則は、私的な諮問機関の使用が公的な問題を私的に解決することにならないことを意図したものと理解を示す者もある。See Aman, *supra* note 24, at 615. 同原則は、わが国の現状からすると想像しがたいほどで

あるが、最近も、米大統領の諮問機関である医療保険制度改革特別部会にクリントン大統領の夫人であるヒラリー女史が参加しているが、その会合が非公開とされていることに對し、医師団体などが、公務員でない者が参加する会合は諮問委員であるとして会合の公開を求めて訴訟を提起していた。この訴訟からも窺うことができるように、民間人が参加している行政機関の会議の公開要求に対する一般市民の意識は格別鋭いものがあるようである。なおこの事件については、ワシントンのコロンビア D.C. 連邦地方裁判所は、ヒラリー夫人を公務員と拡大解釈することはできないとして、公開を決めるまで部会の会合を禁止する命令を下していたが、事件は控訴され、D.C. 連邦高裁は、夫人は常勤の政府職員であると判断し、非公開は適法とする判決を下したと伝えられている（それぞれ、朝日新聞一九九三年三月二一日、同六月二四日付）。

- (46) ダンロップは、一般市民や新聞その他のメディアの前では、協議を成功裡に進めることはできないと主張する。Dunlop, The Negotiations Alternative in Dispute Resolution, 29 Vill. L. R. 1421, 1440 (1983-84).

- (47) ベンセン協議の場合、取引経過についての報告が公表されて構成員の強い反発を招き、その結果、産業界代表者の威信が害されたというべきである。See Perritt, supra note 33, at 493-94.

- (48) See Perritt, supra note 20, at 1692.

- (49) See Perritt, supra note 33, at 491-96.

- (50) See Perritt, supra note 20, at 1710.

- (51) See Olpin, Applying Alternative Dispute Resolution to Rulemaking, 1 Admini. L. J. 575, 577 (1987).

- (52) See Note, supra note 25, 1874-890.

- (53) See MILLER, Bypassing the lawyers, INDUSTRY WEEK 20-21 (JUNE 23, 1986)

- (54) See Perritt, supra note 20, at 1659-661, 1692.

- (55) Perritt, supra note 33, at 499-504; do, supra note 20 at 1659-661.

- (56) R. Fisher & W. Ury, Getting to Yes, at 106-112 (1981).

- (57) See Perritt, supra note 33, at 504.

- (58) See MILLER, supra note 53, at 20.

- (59) Industrial Union Dep't, AFL-CIO v. American Petroleum Inst., 448 U.S. 607 (1980). この判決によって、

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—二一九八頁。

- (60) Perritt, *supra* note 20, at 1661.
- (61) M.Wald, Getting Results Without Going to Court, *Int'l Herald Trib.* 24.9.1991.
- (62) See Harter, *supra* note 15, at 92-97.
- (63) See Perritt, *supra* note 33, at 500-02.
- (64) Perritt, *supra* note 20, at 1709-710.
- (65) HOUSE REPORT, *supra* note 30, at 6699.
- (66) Perritt, *supra* note 20, at 1717.
- (67) Susskind & McMahon, *supra* note 17, at 159.
- (68) Fiorino, *supra* note 3, at 768.
- (69) Harter, *supra* note 15, at 110.
- (70) Fiorino, *supra* note 3, at 768.
- (71) R.Reich, Public Administration and Public Deliberation. An Interpretive Essay, 94 *Yale L.Jou.* 1617, 1635-36 (1985).
- (72) *Id.* at 1636-37.
- (73) Fiorino, *supra* note 3, at 768-770.
- (74) See Perritt, *supra* note 20, at 1708.
- (75) Perritt, *supra* note 33, at 499-500; Susskind & McMahon, *supra* note 17, at 160.
- (76) See Susskind & McMahon, *supra* note 17, at 163.
- (77) *Id.* at 160.
- (78) See Fiorino, *supra* note 3, at 768.
- (79) See Perritt, *supra* note 33, at 505.
- (80) D.Wendel, Negotiated Rulemaking: An Analysis of the Administrative Issues and Concerns Associated

with Congressional Attempts to Codify a Negotiated Rulemaking Statute, 4 Adm. L. J. 227, 268 (1990).

(81) See Susskind & McMahon, *supra* note 17, at 162.

(82) *Id.* at 162.

(83) *Id.*

(84) See HOUSE REPORT, *supra* note 30, at 6705.

(85) See Wendel, *supra* 80, at 268.

(86) Perritt, *supra* note 20, at 1714.

(87) See HOUSE REPORT, *supra* note 30, at 6705.

(88) 合衆国ではすでに一九七〇年代の初め、環境行政、消費者行政、マイノリティ行政などの分野において、参加の是非をめぐる論議の段階がすぎて、その効果的、実質的参加の実現の方策を具体的に検討していたこと、たとえば合衆国行政会議は、参加を認める場合、参加者の選択、参加の範囲、参加の費用、通知の方法について運用指針を示す勧告を一九七一年に出しており、なかでも参加の費用をめぐる問題は七〇年代後半にかけて中心的論点になっていたことにつき、神長勲「アメリカにおける参加論の動向」(長谷川正安編・現代国家と参加(法律文化社、一九八四年)一三五頁以下参照。

(89) See Note, *supra* note 25, at 1879.

(90) See Perritt, *supra* note 20, at 1716.

(91) See HOUSE REPORT, *supra* note 30, at 6705.

(92) たとえば、多くの死傷者と逮捕者を出し二〇年近く対立を続けてきた成田闘争に話し合いの端緒をもたらし、一定の合意を獲得しつつある成田円卓会議における隅谷三喜男氏ら五人の学識経験者のような存在である。筆者は、わが国におけるこうした具体例を調査検討することから、共生の時代に望まれる合意形成のあり方やそこにおいて調整役が果たすべき役割などについて多くの示唆を受けることができると考えている。

(93) See Perritt, *supra* note 20, at 1716.

(94) *Id.* at 1714.

(95) Wendel, *supra* 80, at 269.



- (96) APA七〇四条は「法律により、審査に服するものとされた行政庁の行為、およびいかなる裁判所においても適当な救済方法のない最終的な行政庁の行為は、すべて司法審査に服する。予備的、手続的、または中間的な行政庁の行為もしくは裁定で直接審査されないものは、すべて最終の行政庁の行為の審査のさいに審査に服する。…」と規定する。
- (97) 敬譲原則については、紙野健二「アメリカにおける謙讓的司法審査理論の展開(1)(2)」、大阪経済法科大学法学論集第二八号一七頁(平成四年九月)、第二九号一三五頁(平成四年十二月) 参照。
- (98) APA七〇六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。その場合の司法審査は、連邦最高裁判所の判例を総合すると、裁判所は判断代替的・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)」を行い、そのことについて「筋道の通った説明」をなし、しかもそれらのことを行政上の「記録に照らして (on the record)」確認できなければならぬ。たとえば、その行動の正当化として行政庁は、「記録に基づく事実を踏まえ、可能性も考慮して、政策上の結論」に至る道筋を、行政庁がどのように移行したか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) などと明示されている。See, *Moter Vehicle Mfrs. Ass'n of United States Inc. v. State Farm Mutual Auto. Ins. Co.*, 463 U.S.29,48 (1983). なお、この点については、筆者も検討を行ったことがある。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」、平成三年度情報通信学会年報(一九九一・三) 三一一―三三三頁参照。
- (99) See *Perritt*, supra note 20, at 1693.
- (100) *Id.* at 1702.
- (101) *Id.* at 1702-03.
- (102) *Id.* なお、「行政庁が関係する要素すべてを検討する」ことは、独断的恣意的基準に基づく要求の一つであることについて、「本法成立の経緯と意義」参照。See also, *Wendel*, supra 80, at 271.
- (103) *Id.* at 1703.
- (104) See *Harter*, the Role of Courts in Regulatory Negotiation—A Response to Judge Wald, 11 *Colum. J. Envtl. L.* 51,62 (1986).

説

論

- (105) See Harter, *supra* note 15, at 102-07.
- (106) See Susskind & McMahon, *supra* note 17, at 163-164.
- (107) Stewart, *supra* note 14, at 1348 (1981).
- (108) Wald, *Negotiation of Environmental Disputes : A New Role for the Court*, 10 *Colum. J. Envtl. L.* 1, 21-33 (1985).
- (109) Aman, *supra* note 24, at 305.
- (110) Fiss, *Against Settlement*, 93 *Yale L. J.* 1073 (1984).
- (111) Wendel, *supra* note 80, at 271.
- (112) See Perritt, *supra* note 33, at 490-91.
- (113) See Perritt, *supra* note 20, at 1702.
- (114) See Note, *supra* note 25, at 1886.
- (115) See Harter, *supra* note 15, at 106-07.
- (116) Perritt, *supra* note 33, at 501; *id.*, *supra* note 20, 1671-72.
- (117) Perritt, *supra* note 33, at 479.
- (118) See Wald *supra* note 61.
- (119) Wendel, *supra* note 80, at 272. アメリカ行政会議の担当官は、連邦の行政庁の実務処理において本法の精神が実践されるように努力し、もてて本法の更新手続をとる必要はなくなるとの意見であった。(九四年一月時点)。