OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	インフォーマルな行政手法の利用可能性
Author(s)	澤田, 知樹
Citation	阪大法学. 2004, 53(6), p. 69-98
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55116
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

インフォーマルな行政手法の利用可能性

澤田知樹

はじめに
第一章　統括的環境規制の必要性
（一）　従来の規制
（二）　単一媒体アプローチの問題
（三）　プロジェクトXLの提案
（四）　プロジェクトXLの問題点
第二章　法律的根拠の必要性
（一）　権限発動は裁量的か
（二）　不行使明言は違法か
（三）　議会の立法による権限づけ
（四）　柔軟性との調和
第三章　協働意思決定の導入
（一）　交渉方式との相違
（二）　協働手法との関連
（三）　行政指導との差異
（四）　小括
むすびにかえて

（阪大法学）53（6-69）1457〔2004.3〕

はじめに

日本においてインフォーマルな行政手法が意味するところは、「法律に書いていない手法」であろう。だが米国においては「フォーマル」「インフォーマル」が意味する内容は日本においてのそれとは異なるようである。ある論者によると、米国において「フォーマル」が意味する内容は、羈束的・対峙的な手続要求でありそれ以外は「インフォーマル」である。(1)「インフォーマル」であることはこのように狭い意味でのフォーマル性を欠くすべての場合を意味し、その中には「よりフォーマルでないもの」や「極端にインフォーマルなもの」も含まれる。そのような観点からすれば、日本においてインフォーマルな行政手法として論じられている素材は、米国の法律家の視野にはほとんど入らないような、「極端にインフォーマル」ないし「超インフォーマル」な現象であると考えられる。またその論者の論調が、手続論のそれであるように思われるのに対して、日本においては「インフォーマル」の意味するところは手続論のみならず、手続・実体双方を含むものである。

さらに米国では限られた事例ではあるが、行政機関が根拠法外で具体的な政策基準を創り遵守を要望することは、かなり問題視されている事態であると考えられる。他方、法律に書かれていない手法がまったく用いられていないわけではない。しかし米国の法律関係者の多くは、これに対してかなり批判的であり、そこから新たな法世界が開かれる可能性については否定的なようである。(2)

本稿では、米国における数少ないインフォーマルな（法律に書かれていない）手法の例として、プロジェクトXLを採り上げ、そのコンセプトや問題点について論じていこうと考える。日本においてインフォーマルな行政手法といえば、なんと言っても行政指導であろう。日米におけるインフォーマルな行政手法の相違を比較し考察するこ

とは、これからの行政指導をより適切な手法に近づけていくための方向を示唆することに資すると考える。

そこで第一章ではプロジェクトXLが提案された背景を説明し、続いて第二章ではその問題点と今後の課題を論じ、第三章では他のフォーマルでない手法との相違について述べ、日米のインフォーマルな手法の比較検討を行おうと考える。

第一章　統括的環境規制の必要性

（一）　従来の規制

従来のほとんどの環境法は、大気、水、土壌といったそれぞれの汚染媒体（medium）について規制してきた。水質浄化法や大気浄化法はその名の通り、それぞれの汚染媒体について専ら適用される。資源保護回復法（Resource Conservation and Recovery Act）や環境への対応・補償・責任に関する包括法（Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act）といった二つの主な法律は、すべての媒体への排出物について適用されるべきであるが、実際には主に土壌への廃棄問題についてしか規定されていない。他の二つの重要な法律、国家環境政策法（National Environmental Policy Act）と有毒物質統制法（Toxic Substances Control Act）は環境規制運営について統括的（integrated）アプローチによる行政の執行を推進する権限を与えているようにも読めるが、ＥＰＡ（環境保護庁：Environmental Protection Agency）は当該法律をそのようには用いていない。なぜなら有毒物質統制法はＥＰＡに規則作成記録中の「実質的証拠」に基づいて有毒物質使用禁止を正当化するように求めており、さらに「最小負担要請」の理由から、ＥＰＡはこの法律を用いてこなかった。このように国家環境政策法や有毒物質統制法といった法律があるにもかかわらず、米国には環境問題を統括的に扱う効果的な法律がなかっ

たと言ってもよいであろう。[3]

また、議会は詳細な条文による命令を課して、ＥＰＡの優先順位の再調整や修正を行う能力を制限してきた。そしてより効果的であろう方法を排除してきた。一九七〇年代に、国家的な汚染物質統制規制が新たになったとき、立法府はＥＰＡにとって高度に硬直化し非現実的な目標を設定し、技術に基づく汚染物質統制方法の使用をしばしば具体化した。例として、一九七二年の水質浄化法は一九八五年までに水質汚濁をゼロにするように要求した。[4]これでは、改革を進めるためには、土壌や大気へのより多大な害を避けるためには最小限の水質汚濁は不可欠であろうことを議会に認識させることから始めなければならない。

さらに、一九七〇年の大気浄化法は、「十分な程度の安全（ample margin of safety）」を実現する大気浄化基準を設定するようにＥＰＡに求めた。[5]廃棄物質のリスクについて科学的に不明確であるため、条文は、目標達成のための非現実的なガイダンスを規定し、もしそれを実行するならば全米の工場の全てを閉鎖することになるであろうような化学物質使用禁止規定を設けた。その結果、ＥＰＡはそれらを命令することが政策的に実行不可能となった。[6]

（二）　単一媒体アプローチの問題

ＥＰＡはそれぞれの媒体を他の媒体とは無関係に扱うのではなく、統括的アプローチを採用すべきであるとの声が、多く聞かれるようになった。例えば、大気への排出だけを規制することは、同量の化学物質を河川や土壌に排出することになり、結果として全体量としては有害物質排出の削減にはならないことになってしまう。ある種の大気汚染物質、例えばカドミウムは、大地に降ってそこでの穀物等に吸収されることになれば、単に大気から吸入するよりはるかに危険である。このように大気汚染規制だけでは、実際には健康へのリスクをより増加させることにもなりかねない。そして一つの媒体への汚染物質は他の媒体へも影響する。大気汚染物質は大地や河川に降りそそ

ぎ、水質を汚染するなどの深刻な問題を惹き起こす。だがＥＰＡが環境規制について単純に単一媒体アプローチから複数媒体アプローチへと切り替えるだけでは、深刻な問題が生じてくる。現行の枠組みでは、行政機関に重複した相互調整されていないそして矛盾した要求を課すことになる。そして一部の汚染物質については「谷間に落ち込む」ことを許してしまうことになるかも知れない。(7)

また汚染物質規制の従来型アプローチは、より効果的な除去技術の開発に関心が集中していたようである。それぞれの媒体について異なった対処法を用いることはコストを増加させ、環境規制への適応を複雑なものにしていく。それぞれの単一媒体に関する法律は、複雑な規制について別々の対処法を規定し、工場に対して別々の排出許可を要求し、しばしば別々の汚染除去装置の取り付けを命じ、そしてたいていは別々の監視報告義務を課し、それによって規制コスト全体を増加させている。(8)

そこで汚染物質の取引や平均化によって、削減した排出物と異なる排出物の増加分とを取引することが考えられる。媒体間の取引や平均化は、異なる媒体間への排出の配分によって、大気や土壌への高い濃度の排出と引き換えに、水面への排出を低減することができる。さらに排出上限規制（emissions caps）は、これらの排出取引が、排出許可の変更を求めることなしに、工程の変更ができるという柔軟性を産業界にもたらすことができる。問題は、排出上限規制を採用するかどうかということではなく、いかにして公衆の健康や環境を保護していくかである。問題の本質は、ある媒体への排出減少と他の媒体への排出増加との相殺を社会がどの程度まで許容すべきかということと、平均化の枠組みの中で公衆の健康に対するリスクが全体として同じかまたは低減される限りでどのタイプの異なった汚染物質の平均化ができるかという状況を特定することである。しかし現行法は、複数媒体への汚染物質の平均化や取引の多くを許容しておらず、立法化による改革の必要性を示している。(9)

（三）　プロジェクトＸＬの提案

一九九五年、プロジェクトＸＬ（Excellence and Leadership：以下ＸＬと略す）と呼ばれる規制の柔軟性を高めるために広く公開化された発案がＥＰＡによって提出され、当時のクリントン大統領によって承認された。ＸＬは環境規制のより柔軟な制度へ向けて大幅な変容を期待しうる発案である。ＸＬは革新的な規制達成方法を許容し採用することを求め、汚染防止または媒体（大気・水・土壌）相互間での排出平均化を促進し、現行の法律のもとで達成されるものと比較してより優れた環境パフォーマンスを実施し、そして規制遵守コストを下げることを目標としている。だがこのようなＥＰＡの意図とは別に、プロジェクト案に関わる企業の自主案が最大の関心事である。ＸＬは最初に自主案を企業に出させるものである。そして行政機関や利害関係人を交えての交渉で目標を設定し、その目標を達成するかより優れた成果を出す限りは、工場別に大幅な柔軟性を持たせるために総括的な排出許容を与えようとするものである。特にＸＬは、工場別に「上限」や「総量」を設定し、汚染物質または媒体間の排出取引を許容することで、個別の媒体に対する排出制限に置き換えようとするものである。(10)

一九九五年、ＥＰＡはＸＬを適用するための八つの基準を設定した。(11)これらの八つの基準に適合するような「許容アプローチ」についてのガイダンスを発起人（sponsor：プロジェクトの適用を申請する企業）に提供することを示す一方で、これらの基準に基づくプロジェクトを許容するか拒否するかを選択する最終権限はＥＰＡに留保されなければならないことを明確に示した。一九九七年にＥＰＡは、優れた環境パフォーマンスとは何を意味するのか、規制柔軟性を高めるために如何なるタイプのプロジェクトが適当であるかを示そうとする意見表明を行った。(12)ＥＰＡは評価について、量と質の双方の要因について調査するという二層構造のアプローチを設置した。(13)それぞれの自主案は、個々の工場の具体的事情を反映しているものであるが、一般的には少なくとも次の要素のうち一つが

含まれる。排出取引、複数媒体間についての許容、汚染防止、事務処理軽減の要請である。ＸＬは現行法違反となるかも知れない代替的規制遵守方法を採用することを、企業に許容することに基礎を置いているために、ＥＰＡは、規制を受ける企業がＥＰＡと交渉した代替案を遵守する限りは、法律執行を停止するという約束を企業と交すこととなる。ＸＬ合意を達成するための中心となる機構は、ＥＰＡからの「法的措置不行使保障」(no action assurance)ということになるであろう。それは、企業がＥＰＡとの最終プロジェクト合意の全ての条件を遵守するならば、ＥＰＡは法的措置を進めることはないとの明示的な言質を与えることである。(14)

（四）　プロジェクトＸＬの問題点

ＸＬには有望さも多く見込まれるが、同時に基本的な問題をも孕んでいる。ＥＰＡは明確な権限に欠けるということである。そのためこの不確定性がＸＬ推進の妨げとなる。不確定性は、現行法が単一の媒体についてのアプローチを採っていることによるものであり、現行法は複数媒体アプローチについて、よくても無視しており悪ければ禁止しているかも知れないのである。この不確定性は、ＥＰＡのある無名の職員によって発せられ広く知られている言葉によって表現されている。「法外でなければ、ＸＬではない」(15)。ＥＰＡは、現行法は全てではないにしろ多くの状況で改革を許容していると主張しているが、どの条文が如何なる状況で改革を許容しているかについては相当不明確であることも暗に認めている。現在の方法を代替するためのＥＰＡの権限について、実質的に不確定性が存在し、それがために訴訟を提起されさらにそれが長引くという可能性があり、それらに対する懸念から企業がそのような新発案に参加することを躊躇することになろう。ＥＰＡがより大きな確定性を提供し、訴訟の可能性を最小化することができるときのみ、ＸＬが環境規制の枠組を再形成するについて主要な要因となることができよう。ＥＰＡは具体的状況下では現行規制の下でも改革を考えることができ、現行法下でも変革を進めることができると主

張する。ＸＬで用いられているようなアプローチは現行の環境法を改正することなしに実施することができるとする。だがこの主張は、現行法が要求する基準に代替するアプローチや基準を許容しているようには読み取れないことを見過ごしている。多くの環境保護活動家やそしてＥＰＡの職員の中にも、そのような発案は法律や規制に違反しているとして反対している。ＥＰＡには法律や規制を放棄する権限はないのであるとする。(16)

一九九七年、ＥＰＡは具体的条文がＸＬによって利用し得る柔軟性の範囲を制限することの可能性を認める意見表明を行った。しかし一般的にはＸＬの推進に対する障壁にはならないと主張した。ＥＰＡは、ＸＬの申請者に対して現行法下において利用可能な最大限の裁量の領域そして現行法の柔軟解釈の可能性を検討することを薦めている。もし現行手段が不適切ならば、ＥＰＡは現行の要請を改めるために工場別の告知コメント手続を採る可能性を考慮するであろう。ＥＰＡが具体的法律の下でＸＬを適用するにあたって柔軟性ある対応ができるかどうかは、具体的事例によってのみ決することができよう。条文が曖昧であるなら、裁判所は一般的に疑いの利益（benefit of doubt）を行政機関に与えるであろう。Chevron 判決(17)において最高裁は、曖昧な条文の解釈について行政機関が行った解釈が許容しうるもの（permissible）であるときは、裁判所は行政機関に謙譲すべきであるという原理を打ち立てた。従って、ＥＰＡが代替的な遵守方法が条文で許容されているか少なくとも禁止されていないと判断したときは、裁判所はＥＰＡに謙譲するであろう。他方 Chevron 判決は、適用されるべき条文が明確に行政機関の解釈を排除していると裁判所が判断したときは、裁判所は行政機関の政策を否定しなければならないと示す。条文が汚染規制に関して具体的な技術の使用を求めているときには、ＥＰＡは、その要求を回避したことについての適法性を裁判所に納得させなければならないという困難な任務を負うことになるであろう。代替的遵守方法が同等の結果を達成するとしても、裁判所からの謙譲を得るためにはより強いケースを主張しなければならないだろう。(18)

第二章　法律的根拠の必要性

（一）　権限発動は裁量的か

XLでは、被規制者である企業に自主規制案を提出させ、それに基づいてEPAと企業が交渉した後に、EPAが許容するというアプローチであるが、許容するか否かはなおEPAに選択の権限が残される。そして許容する場合においては、被規制者が合意を守る限り、EPAは法的措置を行使しないとの言質を与えるものである。これはEPAが規制権限を発動することを見合わせることを意味するが、はたして行政機関にはそのような不作為が許されるであろうか。つまり、規制に適合しない事実を目の当たりにしてなお行政機関には規制権限を発動するか否かを選択する裁量はあるだろうか。

この疑問については**Heckler**判決が参考になる。[19] 最高裁は当該判決で次のように示した。永年にわたる多くの事例で、民事・刑事の区別なく、告発または執行しないという行政機関の意思決定は、全くの裁量の行使である。裁量の行使の範囲内であるときには、行政機関の権限不行使は司法審査の対象とはならない。行政機関は違反の有無のみを評価するのではなく、法的行動を起こすことが、行政機関の政策の全体像に照らして合致しているか、どの程度の成果を期待できるか、執行するための十分な行政資源はあるか等を総合的に判断する。多くの事例において、どの違反を告発するかについての適正な順位づけについては、裁判所より行政機関の方がその役割に適している。そのような判断は従来より行政機関の裁量であるとされてきた。議会は、APA（米国行政手続法：**Administrative Procedure Act**）の制定に当たって、そのような従来型の手法を変更する意思はなかった。従って、そのような行政機関の意思決定は司法審査を受けないと推定され、この推定は、条文が行政機関に対し、執行権限

を行使する際に従うべきガイドラインを提示したときのみ、覆されるであろう。[20] この判決を一般的に広く適用するならば、代替的な規制遵守方法を用いることについて行政機関と企業が合意したのならば、その合意が守られる限り何も法的措置を行使しないという権限をＥＰＡに与えることになるかも知れない。[21]

だが、Heckler 判決とＸＬではある相違点が見られる。Heckler は単純に規制権限を発動するか否かあるいは法的措置を行使するか否かについての判断である。一方、ＸＬはその中心となる機構はＥＰＡによって発せられる「法的措置不行使保障」ということになるであろうと前述したように、「企業がＥＰＡと交渉した代替案を遵守する限りは」という条件付きではあるが、行政機関が予め規制権限を発動しないあるいは法的措置を行使しないことを明言しているのである。単に法的措置を行うか否かの裁量が認められるからと言って、そこからただちに、法的措置を行使しないことを予め明言することまで許されるかどうかは疑問である。この相違により、Heckler 判決の判旨が、ＸＬを推進するための足掛りとなり得るかどうかはなお疑問の残るところである。

（二）　不行使明言は違法か

前述の疑問に関連して、契約型ゾーニングの事例を参照してみよう。契約型ゾーニングは、私的利益と政府機関との間での法律に規定されていない方法で相互の義務を創設する取引に関わるものである。それは「土地所有者とゾーニング権者との間の明示された相互的契約に拠るゾーニング権の実行」とか「ゾーニングの修正を正当化するような独立した確かな根拠を欠く契約に基づく手法」など様々に表現されている。このような慣行に対する批判は、政府は公衆の健康や安全そして福祉を促進するためのポリス・パワーを行使するための責任を取引きしたり私的団体に委任してはならないという公的政策問題意識に基づいている。[22]

Midtown v. Madison 判決[23]においてニュージャージー上級裁は、ゾーニング問題に関してゾーニング委員会が解

決策を交渉する権限を制限することを表明した。契約型ゾーニングでは、最終許可を得る手続が契約によって進められる。企業は市当局の指示に服すればよく、法的手続を無視してよい。そして市当局は契約の条件を変更するような規則や命令を発しないという手法で進められる。だが、このような手法は、法定の手続に従ってのみなし得る方法を、契約によって行おうという試みである。そこでは立法によって市当局の官吏に委ねられたゾーニング権が不当に悪用されている。市当局は委ねられた権限を行使するに当たって、委ねられた権限内で行使しなければならず、そしてそれを越えてはならない。市当局には、附加条件を課すことを権限づけるかまたは正当化している条文がないときには、最終許可を与えるに当たって、企業に附加条件を課すような法的権限はない。

最高裁は一八七九年、Stone v. Mississippi 判決[24]において次のような原理を表明した。連邦憲法が保護している契約とは、所有権に関するそれであり、政府に関するものではない。立法を行う高権が害されない限り、所有権や参政権の保護を与えることができる。しかし、立法者はその権限を縮小することはできない。政府はその権限を留保するために組織され、そしてその権限を安易に譲り渡すことはできない。人民は、その主権的権能において、公衆の健康や道徳を保持し公的・私的権利の保護のために、行政機関を設立した。行政機関は裁量をつかさどることができるが、その裁量を手放したり売り渡したりできない。ある者が特権を受けたときには、そのような疑わしい特権はいつでも撤回の対象になる。それは許容されたものであるが、現行法に反する利益であり将来的には統制や撤回の対象となる。法的根拠のない利益は、すぐに廃止されることになろう。

別の問題もまた提起されている。憲法の要請の下、市当局はそのような取引を行ってはならないとされるべきである。個人が憲法上保護を受ける権利を含む事柄については、個人と政府間の取引は許されないとする原理である。前述の権限留保原理が政府責任の放棄は許されないという問題である一方、この原理は政府との取引の利用から個

人の権利を保護するものである。その問題とするところは、政府と私人個人との力の巨大な不均衡に鑑み、個人は合意による交換の名目において、憲法上の権利をあきらめることを余儀なくされるかも知れないという懸念である。(25)

このように、政府と私人が取引することが違法であるとされた例を挙げてみたが、この例はＸＬの場合とは状況が異なる。ＸＬは被規制者がＥＰＡと合意した代替案を遵守する限り、ＥＰＡは法的措置を行使しないというアプローチである。一方、契約型ゾーニングは、私人からの譲歩の見返りに規制権限を差し控えるアプローチである。この違いは、言葉を変えて説明するならば、ＸＬはＡという事項についてその遵守方法についての交渉である。他方、契約型ゾーニングは、Ａについて規制権限の発動を控えるいわばその代償として、他のＢについて条文にない義務を課そうとするものである。後者の方がより問題性が高いことは言うまでもない。このようにMidtown判決の判旨が、ＸＬに適用できるかどうかは疑問であるが、「法律が明示的に権限づけていない限り」行政機関にそのような権限はないという点では共通する要素があるであろう。

（三）　議会の立法による権限づけ

前述のように判例は、少なくとも法律が明示的に権限づけてない限りは、という文言を繰り返し強調している。それではやはり、議会の立法による権限づけを必要とするのであろうか。ＸＬには明確な法律的な権限づけがなされていない。またＸＬは企業の任意の自主的計画であるが故に、プロセスの瑕疵から生じる障壁が、長期の計画の実行可能性に対して、非常に大きな破壊的効果をもたらしてしまうことになりそうである。ＥＰＡのある無名の職員が「法外でなければ、ＸＬではない」と言ったように、現行法の要請を無視して許容を発することは、連邦や州の規制権者に執行する際に裁量を行使すること、そして法律違反の継続状態を無視することを求めることになる。

また連邦や州の規制権者からの訴追を免れたとしても、企業は市民訴訟（citizen suit）から逃れられる訳ではない。市民訴訟を受ける可能性に対して企業が抱く不安について、最も明確な解答は、ＸＬの内容に従って現行法の要請を放棄する広汎な法的権限をＥＰＡに与える立法を可決することである。[26] ＸＬを権限づける立法が制定されない限りは、企業別の合意によって現行法の要請を免除することは、市民訴訟を受けたときには、脆弱なものとなろう。[27]

ホワイトハウスやＥＰＡ内におけるＸＬの推奨者は、ＸＬを民間とＥＰＡが許容される範囲で協働するために長い間望まれてきた機会であると見る。しかし批判者は、ＸＬは現行の環境基準をなし崩しにする処方箋となりかねないと危惧する。[28] またＸＬは被規制者の自主規制を重視しており、自己規制についての推奨者は、従来の規制による多くの非効率を避けるための合理的な手段と考え、そのような規制になら被規制者が従おうとする傾向にたよろうとする。そこでの合理性の認識は、結局のところ、被規制者が公正で分別よく規制遵守を実行するであろうとの信頼に依拠している。だがそのような可能性に対する期待は、求められている信頼を崩しかねないような不確定性をもたらす。やはり、自主規制型アプローチを進展させるためには、議会の立法による権限づけが必要ではなかろうか。[29]

（四）　柔軟性との調和

やはり、法律による権限の明確化が繰り返し強調されている。だが厳格に条文を解釈することが結果として大きな不公正を生じることもある。エクイティー裁判所（Courts of Equity）は独自に一連の複雑な原理を発展させてきたが、それらは一般的法規の硬直したシステムに柔軟性と個々に応じた公正さを導入するものであった。[30] 具体的事件の問題を扱うに当たって採用されたある種の例外創設プロセスと考えることもできよう。「法務官命令権（imperium of praetor）」として知られる原理の下、上級行政官は具体的事例において大きな不公平を避けるため

現行法規の執行を差し控えることについて、王権による権限（Royal authority）[31]を与えられていた。近時では、エネルギー省（U.S. Department of Energy）が石油の国家的な統一価格と配分を定めたことが、具体的事例では大きな不公平を惹き起こしていたことが指摘されている[32]。これらの例は、例外創設の権限が永い時を超えて法律や規制システムを広く変容させることを示している。例外創設の権限は法システム存続に不可欠であるが故に広く存在し続けるであろう。それなしには不公平感と憤慨が生じ法システム自身の安定を脅かすことにもなるであろう[33]。

規制柔軟性政策を導入することに対する批判者は、柔軟性の限界を画するについてＥＰＡはほとんど何もしていないと主張する。だが実験的計画についての唯一の制限理論は、革新的な環境保護方法を試すことしかない。この命題は、本質的に結果論である。さらに創造性を後退させないようにするため、ＥＰＡは予め制限を設けることを躊躇ってきた。完全な規則制定を実施し、あるいは新しい試みを行うごとに議会からの具体的な権限付づけを求めなければならないのなら、行政機関は環境規制における革新や改革をほとんどなし得ないであろう[34]。

権限を委任するときには議会による監視（vigilance）が必要となる一方、行政機関が目標達成に向けて可能な限り迅速に行動する限りは、条文から離れた手法を採ることができるように明記する規定を用意しておくことを議会は考慮すべきである。法律の要請通りの執行を差し控え代替的な規制遵守方法を行うために、より大きな裁量をＥＰＡに与えるような柔軟な規制法律を導入するためには、そして企業の影響を受け偏った政策を採るような裁量の濫用を避けるためには、議会による監視と公衆参加が必要とされるであろう[35]。

選挙によって選ばれるプロセスが故に議会の方が行政機関に比べより確かな民主的正統性を有すると、一般に説明されている。とは言うものの場合によっては政策的権限を行政機関へ委任することの方が、選挙民の要望に対して、実質的に政府の責任を果たすこともある。行政機関の方が議会に比べてより広汎な利害関係者の参加を受け入

れることができるからである。さらに、ＥＰＡの長官を含め行政部門の上級職者は具体的な問題について、議会のほとんどのメンバーより公衆に対して、よりアカウンタブルであり得ることもある。なぜなら、彼ら行政機関の上級職者はいつ何時でも大統領による更迭を受けることになるからである。(36)

ところで、ＸＬはプロジェクト案の利点についてＥＰＡが最終的に言及することに掛かっている。外部の者に交渉させ困難な意思決定を行う責任を委任するよりむしろ、ＥＰＡは、自身の権限と利益グループが交渉でまとめることができる特権の内容とを明確に区別するべきであるとの見解もある。(37) 批判者は、ＥＰＡのジレンマの根幹は政治的都合主義と前後不一致とによる絶望的混合状態であるとする。政治家は、非現実的で実行できそうにない目標を定めた法律を次々に可決する。彼らは、国が限られた資源と完全でない科学的知識の下で困難な選択に直面している事を理解しようとしないようである。そこで彼らは十分な執行資金を与えずにＥＰＡや州政府に権限を委ねる。独立した政策的権限を与えられていない行政官は、不可能な目標と現実とを調整することを強いられ、そのプロセスの中で回復不能の信用失墜を受ける。(38) またＸＬのスタッフは、企業のプロジェクト案によってもたらされるであろう実質的問題を予見するための技術的専門知識のないままに、革新的な試みに従事させられる。彼らの行動は、いかに早くプロジェクトをまとめ実施させるかによって評価されるために、プロジェクト案の複雑で詳細な構造を評価するには、現場の職員に頼らざるを得ない。プロジェクト案の許容の判断で遅れを出すと、ＸＬのスタッフはＥＰＡの他の部門の計画スタッフからの許容を得るについて多大な困難を被ることになる。(39)

そこで、やはり議会の立法による権限づけが必要ではなかろうか。議会が、ＥＰＡに自由に実験的方法を行うことを権限づける新しい立法をなさない限り、ＸＬのような革新的プロジェクトは出発前から頓挫するであろう。だが、ＥＰＡがなさなければならない事のみならず、企業が何をしなければならないかについてまで全て詳細に規定

することを議会に求めることは賢明ではないであろう。議会は、目標達成のための最も適した方法を選択する裁量を与え、行政機関が確かな結果を出せるように後押しすべきである。(40)

第三章　協働意思決定の導入

（一）　交渉方式との相違

ところでＸＬは三つの段階から成り、その最初の段階では利害関係人等を集めて交渉を行うことになる。この点で、フォーマルでない行政手法としての一例である交渉方式（Negotiated Rulemaking）(41)と共通するところが見られるかも知れないので、交渉方式とＸＬとを比べて考察してみる。ＸＬの三段階とは、最初にプロジェクトの発起人は利害関係人を招集しそして交渉し、環境汚染削減方法について自主案をまとめ上げる。次にその案をＥＰＡに示し、ＥＰＡと交渉した上で合意に達したならば最終合意案（Final Project Agreement）を発する。ここではＥＰＡは発起人の提出した自主案について許容あるいは拒否を選択する権限を保持する。また修正を求めることもできる。そして最後に執行と評価の段階に入る。(42)

では交渉方式との相違を見てみよう。交渉方式は、行政機関が被規制者や利害関係人その他規制によって影響を受ける人々を招集し協議会を開催し交渉を行う。そこでは行政機関は一参加者であって、協議会を主宰するわけではないが、少なくとも最初の交渉の段階から参加しているわけであり、さらにどのようなグループや人々を協議会に参加させるかの選択を行うのは行政機関である。それに対して、ＸＬの場合は、最初の段階においての利害関係人等を集めた交渉を主宰するのは発起人（企業）であり、その交渉の場に参加するグループや人々を選択するのは発起人である。つまり被規制者である発起人に参加者を選択する権限が与えられているのである。そして次の段階

において発起人はＥＰＡと交渉することになる。当然、交渉方式よりＸＬの方が問題性が高い。

ＸＬでは直接の参加者を選択するに当たって多大な裁量を発起人に与えてしまっている。発起人にそのような多大な裁量を持たせることは問題が多い。なぜなら、規制遵守案作成の初期の段階への参加は、参加者に他の人々に比べてより大きな機会を与えることになるからである。ＸＬの初期段階の時期は、直接の参加者のみがプロジェクトの範囲を確定するための会合に出席することができる。さらに直接参加者だけがＥＰＡから技術的補助を受ける資格を与えられる。直接参加と作成後の案に対する批判とでは巨大な差異が生じるのである。ＥＰＡや州政府は、発起人がなした直接参加者の選択について不満であるときには、プロジェクトを拒否できるが、よほど極端な選択がなされない限り、ＥＰＡはこの拒否権を行使しそうにない。ほとんどの事例で、発起人がある地域グループを参加者として選びその他のグループをもはや必要無しとして排除したとしても、ＥＰＡはＸＬ適用基準に適合している限りは、発起人案を拒否するようなことはない。このように発起人は、自らの目標に好意的なグループを取り立て、企業側の立場に従順でないグループを排除するという選択を行うことによって、巨大な権限を振るうことができる。だがもしここでＥＰＡが直接参加するグループを多様に選ぶことができれば、このような危惧は最小化され得るであろう。(43)

さらにＸＬでは発起人に手続的基本ルールを決定することを許容している。利害関係人の参加についての基本ルールを決定する権限が発起人や直接参加者に与えられているのである。発起人は意思決定権限を直接参加者に譲るようなことはないであろうし、その権限のほとんどを発起人に譲ってしまうような直接参加者を選択しようとするであろう。発起人がわずかに反対者を選んだとしても、参加者の多数が発起人に好都合なアプローチを選択するように仕向けることになりそうである。やはりＥＰＡや州政府が自ら直接参加者を選定すべきである。(44)

最後に、ＸＬでは発起人に、調停を行うことが適しているかどうかを判断する裁量を与えている。発起人と直接参加者は、第三者による調停が望ましいかどうかを決定することになり、ＥＰＡは地域の中立な第三者による進行役を用いることを「推奨する」ことはできるが、法的義務を課されていない。たとえ調停が地域グループとの対話を促進することになるであろうとしても、費用がかさみ時間も費やす調停は、ほとんどの発起人はその使用に反対することになるであろう。また調停を用いることが、地域グループが企業側と対等に取引できることを保障するわけではない。しかし、もしここで進行役が実力の弱い参加者を補助することができれば、調停は多様なグループの間で、より対等に役割を分担する基礎を創ることができるであろう。他方、発起人は、プロジェクトにおける自らの支配的ルールを脅かすような直接参加者を選択することはなかろう。調停が環境問題解決の万能薬でないからには、発起人によって取り立てられたわけではない独立した直接参加者が、調停等の第三者による進行がＸＬにおける公衆参加を改善していくために適切であるかどうかを決するべきである。(45)

このような状況ではＥＰＡのアプローチは、広範囲のグループを参加させて公益の保護を行うについては十分ではない。発起人が直接参加者を選定することに代わって、議会が、多様な利害関係人を招集するにあたりＥＰＡや州政府が多くの役割を果たすように求めるべきである。議会は、選定されるべき人々のタイプを特定することができるであろう。あるいは議会は、個々の状況に適合するようにこの決定をＥＰＡに委任することができるであろう。加えて議会は、工場からのリスクにさらされる人々のほとんどに投票権を与えることもできよう。もっとも、討論や交渉を意味あるものにするためには、直接参加グループの規模を制限すべきではあるが。さらに議会は、直接参加者の関係について少なくとも何らかの基本ルールを決めるべきである。だが如何なる個々の直接参加者にも拒否権を与えるべきではない。なぜなら、個人やグループは公益を十分に代表していないからである。そして場合によ

っては、高いリスクにさらされている住民には、低いリスクにさらされている住民に比べより重い票を与えることも適切であるかも知れない。直接参加者の多数派がプロジェクトに反対したならば、ＥＰＡは如何なるプロジェクト案をも拒むであろうという強い推定を、議会は規定すべきである。行政機関が自身の判断から、同じ結論に至るようになったとしても、である。(46)

（二）　協働手法との関連

今までの交渉方式は、規則案を制定するに当たって、広い範囲のグループと共に創造的集団思考法による問題解決を目標とする集会を持つことにより、行政機関がメリットを得る可能性があることを示していた。行政機関が、規則制定が必要なときや基本的機構を組み立てる段階に、そのようなフォーマルでないプロセスを組み込むことを受け入れようとしていると考えることができる。協働プロセスは、強制力ある規則を公布する仕組みに代替するものとしてではなく、むしろ行政機関が裁量を行使する際の補助として用いられるのならば、最も有望なものである。(47)

ＥＰＡもＸＬの批判者も、汚染を減少させるについて自主的手法を用いることに全面的に依存することを望んでいるわけではない。多くの状況において自主的協力は、強制手法に代替するものではない。究極の目標は、新しい戦術を混合することによって、革新を押し進めることである。(48)

ＸＬは遵守達成のためのインセンティブと自主性を重視するアプローチによる経験を積むための初期的な試みの産物であることを示している。それはまた、適用可能な運営方法（adaptive management）の理論構築でもある。推奨者は、経験からのフィードバックが、経済における生産者と消費者が環境的に互換性ある産業システムを創るために代替され得るような方法を、検証し導く機会をもたらすと主張する。人間は、何がうまく作用し何がしないかということを時を超えて学び続ける。適用可能な運営方法は進行し続ける制度の変化移行である。この変化は目

的に向かう経験から集められた情報の絶え間なき流通によってもたらされる。適用可能な運営方法はフィードバックを喚起するように作られた探査・戦略として考えることができるであろう。政府機関がこの運営テクニックを用いるときには、連続した学習方法に基づき環境政策目標に適合するように効率を増大させ得るように発展させるべきである。このアプローチは次のような単純な命題で具体化される。政策はそこから学ぶ経験である。ＸＬの推奨者は、民間部門がＥＰＡと共に遵守達成、規制の再考、新しい技術の試みを持とうとする努力を、協働によって計画、運営、監視することを薦める。(49)

また利益グループを用いるという枠組みの中で、交渉方式やＸＬは、公益を侵害することなしに規制柔軟性を増大させるような内容についての教訓を与えてくれる。規制過程から全く排除されたグループはそのプロセスの産物に対して敵対的になりがちである。しかし、全ての細かな具体的利益を協働プロセスに取り込むことは不可能である。協働規制の成功は、排除されたグループのためのプロセスを創設することにかかっている。(50)

ここで協働との関連について考えてみよう。Freeman は次のように述べる。参加が規制の基本となる情報の内容を改善し決定の質を高めることができ、そして執行の可能性を増加させ、実践における規則がもたらす効果についての重要なフィードバックをもたらす。規則は一回限りの取引ではなく、経験により改正され再置される代替的仮説であり積み上げられていくプロセスである。また協働は多様な調整法が利用可能であることを要求し、協働においては政府は規制目的の探求と開発に従事する。コスト削減・訴訟低減あるいは（規制者と被規制者の）関係改善などを、対立型を通じてではなく、参加型を通じて達成すべきである。参加による会議が利用可能なものにできるかどうかは、行政機関の最終的権限にかかってくる。(51) ここで、ＸＬはフィードバックや経験を重要な要素と考えている点で、協働方式を採り入れたようにも考えることができそうである。だが、協働は公的・私的の分離を交叉

して責任を分担し相互にアカウンタビリティを負うことで、何が公的または私的な役割であるかについての現存の仮定を再考慮するものであると主張されるように、協働では、公的・私的を交叉してアカウンタビリティを負うことが要求されている。[52] つまり、意思決定または執行あるいはその双方の段階において、行政機関と民間が協働して行動することが求められているとも考えられる。

ところでXLにおいては、最初に発起人である企業に自主案を作成させ、次にその案についてEPAと発起人とが交渉し、そして最後に執行と評価の段階に入るわけである。EPAは、「発起人が合意した浄化プロジェクトを遵守する限りは、EPAは法的強制措置を行使しない」との言質（assurance）を与えるものであるから、それはすなわち意思決定も執行もその双方を企業に任せるものである。このような状況ではXLが協働手法と言えるかどうかは少し疑問が生じるところである。もっとも行政機関からの一方的な命令統制方法ではなく、意思決定や執行に被規制者の意見や要望を採り入れ、あるいは役割分担も協働であると考えるならば、XLも協働手法の一つの試みであるかも知れない。

やはり、XLについての問題の中心はEPAが法的措置の発動を猶予すること、そしてそのことを予め明言していることにあるのではないかと考えられよう。もっとも「発起人が合意したプロジェクトを遵守する限りは」という条件が付されていることは、見方を変えれば、「遵守されない場合には」本来の規制権限を発動すると捉えることも可能である余地を残しているとも考えられるから、司法審査の場において「違法」とまでは判断されないのかも知れない。だがやはり権限が不明確では、執行段階において不確実さを伴うものであるから、議会の立法による権限づけが必要であると考えられる。立法化の場合には Freeman の主張があてはまるであろう。立法が適度に不確定であることも重要であり、行政機関が柔軟な対応をするためには、立法は予め決定しておくべきでないことも

ある。立法者が目標と方法を決めるか、議会が目標を決め行政機関と被規制者に結論を委ねるかの選択である。[53] XLが協働手法と言えるかどうかはなお疑問の残るところではあるが、協働手法のコンセプトを採りいれようとする実験を試みたという点では意義があるものと考えられよう。

（三）　行政指導との差異

では日本におけるインフォーマルな手法と比較してみよう。日本においてインフォーマルな行政手法と言えば、その第一は何と言っても行政指導であろう。行政指導は、行政のあらゆる分野にわたって広く用いられている。その理由は、日本においては正式なものより非公式な方が好まれる土壌も影響していると思われる一方、事態に柔軟に対応するため、正式の行政行為以外のインフォーマルな（法律に書かれていない）手段を用いることの現代的意義が存在することにも注意しなければならない。その点において行政指導はある意味では普遍的性格を持っていると思われる。[54] そして行政指導は大別して二つのカテゴリーに分けることができる。一つは、政策的価値判断・政策目標も、その実現手段も、ともにインフォーマルな手法であり、いま一つは政策内容は法定されている（行政裁量に委ねられている場合も含む）が、その実現手段のみがインフォーマルな手法である。当然、前者の方がより問題性が高い。[55] 前者は、特に地方公共団体で見られるように、法律で決められた基準以上の厳しい規制を課そうとするものであり、そこでの問題は、法律上根拠のない厳しい規制を行うことが法治主義からの乖離となるのではないかということである。[56]

ところで米国のXLにおいては、議会が非現実的で実行できそうにない目標を定めた法律を次々に可決したため、独立した政策的権限を与えられていない行政官は、現実と不可能な目標とを調和させることを強いられている。EPAのジレンマの根幹は、政治的な都合主義と前後の一貫性のなさから生じる絶望的混合状態にあることであると

される。現実と法目的との調和を試みるという点では、インフォーマルな手法は米国においても普遍的性格を持っているのかも知れない。ＸＬの手法は、非現実とも思われるような厳しい基準が法律によって課されているために、執行不能という状況を回避するため、あるいは完全な執行を求めるならば場合によっては全米の工場閉鎖という事態にもなりかねないという状況を回避するために、ＥＰＡがいわば苦肉の策として、企業が汚染物質排出削減の自主的努力を続ける限りは、法的強制措置の執行を差し控えるという手段を採らざるを得なかったものとも考えることができよう。

つまり米国での環境規制においては、法律によって非常に高い基準を設定し、その執行不可能を避けるためにインフォーマルな手法によって法律目標ないし基準を減じていく方向である。それに対し、日本では、特に公害防止や高層建築規制といった環境に関する規制においては、法律で最低限度の基準しか設定せず、インフォーマルな手法、つまり行政指導あるいは協定等によって、基準を上乗せしあるいは積み上げていくという方向である。前回の論説で、日本の行政指導は規制を強めるベクトルであり、米国のレグネグや協働は規制を弱めるベクトルであると見ることもできるかも知れない[57]と述べたが、日本と米国では、いわば出発点が正反対の位置にあるため、逆の動きが生じたと考えることもできるかも知れない。

（四）　小　　括

日米におけるそれぞれのインフォーマルな手法についてその概念と問題点とを提示し検証することによって、日米では根本的にまったく正反対の状況にあることが示された。ところで手続のあり方については、すでにこのような状況にあることは指摘されている。日本においては憲法上要請される適正手続のあり方については、いわばゼロからの積み上げとして、〝無〟（手続なし）から出発して必要な手続要素を積み上げようとする発想であるのに対し

て、米国の手続的デュー・プロセス論は、理想的な「決定環境」は対峙型のそれであり、そこからの〝引き算〟として行政手続のあり方を考えるという発想が認められると述べられている。[58] だとすれば、日米では手続の組立ての出発点が正反対であることが認められるが、手続のみならずそれに加えて、実体法においても環境規制分野の一部については、日米では出発点が正反対であることを見いだすことができる。もっともこの件に関してはすでに次のように指摘されている。米国などにおける立法方法において見られるが、業界の履行可能性を考えずに理想的な法的基準を作っても、その執行段階で妥協してしまう可能性が高くなってしまう。それに対し日本においては、ガイドライン等で業界を指導する。指導であるから、業界が実際に履行しやすい基準になるであろうが、法律や政令で基準を決めるとしても、業界の履行可能性を考えて、実際にはあまり変わらない基準になるのが日本的な立法過程であろう。[59]

このように、日米における行政規制のあり方が、〝逆コース〟を辿っていることはすでに指摘されていたことではあるが、本稿においては環境規制分野での具体的な例を提示することによって、日米における〝逆コース〟の考察・検証を試みた。また次のような主張も見受けられる。日米の近年の状況を見ると、日本ではインフォーマルな行政スタイルがフォーマル化しているのに対して、米国では、フォーマルな行政スタイルがインフォーマル化していると言えそうであるため、日本とは正反対の進路を取る米国の行政スタイルの変容を検証することは、日本の行政スタイルの未来像を見すえるために有益であろうと考える。[60] 出発点が正反対の位置にあり、そして互いに〝逆コース〟を進むという状況は、例えて言えば、ケーブルカーの二台の車両のようなものである。一方は、最初は高い位置（基準）にあったものがそこからの〝引き算〟として次第に低い基準へと移行する。他方は、最初は低い位置（基準）にあったものが、〝積み上げ〟として次第に高い基準へと移行する。この両者は途中どこかで出合うかも

知れないし、あるいはすれ違うかも知れない。〃出合う〃ということは、〃逆コース〃をたどる日米の行政手法がどこかで調和あるいは融合可能であることを示していると考えることもでき、〃すれ違う〃ということは、日米の行政手法において調和点や妥協点はないということを示していると考えることもできよう。もし前者であると考えるならば、そのために必要な方法はFreemanが言うところの、適度に不確定な法律を制定することであろうと考えることができるかも知れない。この場合には、その文言が如何なるものになるか、そしてその担保手段やアカウンタビリティ等について解決しなければならない難問が山積している。反対に後者であると考えるならば、調和点・妥協点がないというまさにその原因・理由について考察しなければならない。その場合には、日米における行政スタイルの根本的な相違を明らかにしなければならないであろうし、また日米の憲法構造の違いが行政権に及ぼす効果・影響、さらには憲法と行政権との関係について考察・検証することが求められると考えられよう。

むすびにかえて

前回の論説を終える際に、なお二つの課題が残されたままであると記した。一つは「法外の具体的政策基準への協力依頼」から「裁量権の協働的行使への協力依頼」へのシフトは確かに起きているのであろうかである。いま一つは、協働が許されるか許されるとしてその限界はどこにあるか、あるいは議会はどのような立法をなすべきかの問題である。前者については、本稿において示された相違、つまり日米では環境規制分野の一部についてではあるが〃逆コース〃をたどっていることが示された。「法外の具体的政策基準への協力依頼」から「裁量権の協働的行使への協力依頼」への〃シフト〃という表現が適切であったかどうかは多少疑問が残るところではあるが、本稿で示した〃逆コース〃という概念をもって解答を提示したものと考える。

後者については、さらに考察・検証を続ける考えである。議会はどのような立法をなすべきかという問題については、本稿においても提示され残されたままの状況である。また協働は許されるかその限界はどこかという課題については、日米における憲法構造の違いに踏み込んでの検証が必要になるであろうと考える。協働手法は大別して二つの段階に分けられる。一つは意思決定の段階であり、いま一つは執行の段階である。協働意思決定については、米国おいてはノンデリゲーション(61)の問題が惹起される。裁判所はある種の権限については委任は不可であると考えている。(62) 協働執行については、ノンデリゲーションの他に任命条項違反の疑義も主張されている。(63) だが、日本においては、参加・交渉・協働に対し憲法違反の疑いが主張されることはないのではないか。日米における憲法構造の違い、さらに憲法と行政権との関係の差異、これらによって、本稿で示された〝逆コース〟が生じる要因となったかどうかは現在のところ明らかではない。思うに米国においては、憲法上の厳格な要請が、厳格な基準を設ける法律を制定させたと考えられる可能性もあるのではなかろうか。また米国においても、議会の意思や立法意図を重視する論者・裁判官が多く見られるが、これに対して、議会の意図というものはそれ程に明確なものではないという主張も見られる。(64) これらについては考察・検証を続けていく考えである。

以上のように、本稿では日米のインフォーマルな行政手法の検証・考察を通じて、〝逆コース〟状況にあることを示した。このような〝逆コース〟を調和ないし妥協させる方法、いわば〝いいとこ取り〟をすることは可能であろうか。この課題について考察・検証することは日本におけるインフォーマルな行政手法の適法化・正当化の進路を画する手助けになるであろうと考える。

（1） 中川丈久訳：トッド・D・レイコフ（Todd D. Rakoff）「米国の行政的規制におけるフォーマルな方式とインフォーマルな方式の間の選択」神戸法学雑誌第四八巻第二号四一七頁（一九九八年）。

（2） 中川丈久「日本におけるインフォーマルな行政手法論―「行政指導は普遍的か?」についての試論―」神戸法学雑誌第四八巻第二号四四三、四四五頁（一九九八年）。

（3） Bradford Mank, *The Environmental Protection Agency's Project XL and Other Regulatory Reform Initiatives: The Need for Legislative Authorization*, 25 Ecology Law Quarterly 1, 6,7 (1998).

（4） 33 U.S.C. 1251(a)(1).

（5） 42 U.S.C. 7412(f)(2).

（6） Mank, *supra* note 3, at 31.

（7） *Id*. at 7,8.

（8） *Id*. at 9.

（9） *Id*. at 10.

（10） *Id*. at 20.

（11） 60 Fed. Reg. 27282, 27287 (1995).

（12） 62 Fed. Reg. 19872 (1997).

（13） *Id*. at 19873-19875.

（14） Mank, *supra* note 3, at 23.

（15） *Id*. at 24 (citing What's Up With Project XL-Week of 3/11/96, Project XL Update).

（16） *Id*. at 25.

（17） Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc., 467 U.S. 837 (1984).

（18） Mank, *supra* note 3, at 26.

（19） Heckler, Secretary of Health and Human Services v. Chaney et al, 470 U.S. 821 (1985).

（20） *Id*. at 831.

(21) Mank, *supra* note 3, at 27.

(22) Erin Ryan, *Zoning, Taking, and Dealing : The Problems and Promise of Bargaining in Land Use Planning Conflict*, 7 Harvard Negotiation Law Review 337, 353 (2002).

(23) Midtown Properties, Inc, a Corporation, Plaintiff, v. Township of Madison, New Jersey, a Municipal Corporation, et al., Defendants, 172 A . 2 d 40 (1961).

(24) Stone v. Mississippi, 101 U.S. 814 (1879).

(25) Ryan, *supra* note 22, at 354.

(26) Rena I. Steinzor, *Reinventing Environmental Regulation : The Dangerous Journey from Command to Self-Control*, 22 Harvard Environmental Law Review 103, 147,148 (1998).

(27) *Id* . at 141.

(28) Lawrnce Susskind and Joshua Secunda, *The Risks and the Advantages of Agency Discretion : Evidence from EPA's Project XL*, 17 UCLA Journal of Environmental Law and Policy 67, 86 (1998/1999).

(29) Mark Seidenfeld, *Empowering Stakeholders : Limits on Collaboration as the Basis for Flexible Regulation*, 41 William and Mary Law Review 411, 419 (2000).

(30) Jeffrey M. Seller, *Note, Regulatory Values and the Exceptions Process*, 93 Yale Law Journal 938, 939 (1984).

(31) Roscoe Pound, *Discretion*, *Dispensation and Mitigation : The Problem of the Individual Special Case*, 35 New York University Law Review 925 (1960).

(32) Peter H. Schuck, *When the Exception Becomes the Rule : Regulatory Equity and the Formulation of Energy Policy through an Exceptions Process*, 1984 Duke Law Journal 163, 169 (1984).

(33) Dennis D. Hirsch, *Project XL and Special Case : The EPA 's Untold Success Story*, 26 Columbia Journal of Environmental Law Review 219, 236-237 (2001).

(34) *Id* . at 225,242.

(35) Mank, *supra* note 3, at 54.

(36) Susskind and Secunda, *supra* note 28, at 85-86.
(37) Steinzor, *supra* note 26, at 146.
(38) *Id*. at 119,120.
(39) *Id*. at 127.
(40) Susskind and Secunda, *supra* note 28, at 113,115.
(41) 拙稿「インフォーマルな行政手法の適法化・正当化—交渉方式協働統治の利用可能性—」阪大法学第五三巻第二号四〇七頁、四一四頁（二〇〇三年）。
(42) *Supra* note 12, at 19878.
(43) Mank, *supra* note 3, at 73.
(44) *Id*. at 74.
(45) *Id*. at 75.
(46) *Id*. at 76.
(47) Seidenfeld, *supra* note 29, at 458.
(48) Susskind and Secuda, *supra* note 28, at 83.
(49) *Id*. at 83-84.
(50) Seidenfeld, *supra* note 29, at 485.
(51) Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 UCLA Law Review 1, 26, 32 (1997).
(52) *Id*. at 30.
(53) *Id*. at 91-94.
(54) 塩野宏『行政法Ⅰ［第三版］』一七八頁（有斐閣・二〇〇三年）。
(55) 中川・前掲注（2）四五七頁。
(56) 同文献・五〇〇頁。
(57) 拙稿・前掲注（41）四二九頁。

(58) 中川丈久「日米の行政手続法・行政手続論の基層比較（二）—基本的発想の違い—」神戸法学雑誌第四九巻第一号一一五、一八三頁（一九九九年）。

(59) 阿部泰隆『行政の法システム（上）［新版］』三六七頁（有斐閣・一九九七年）。

(60) 正木宏長「行政過程における「交渉」とアメリカ行政法理論（一）」自治研究第七八巻第五号八九、九〇頁（二〇〇二年）。

(61) J.W. Hampton, Jr., and Co. v. United States, 276 U.S. 394, 409 (1928), A.L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935), Carter v. Carter Coal Co., 298 U.S. 238 (1936).

(62) Jody Freeman, *Public Values in an Era of Privatization : Extending Public Law Norm through Privatization*, 116 Harvard Law Review 1285,1318 (2003).

(63) Jack M. Beermann, *Privatization and Political Accountability*, 28 Fordham Urban Law Journal 1507 (2001).

(64) J. R. DeShazo and Jody Freeman, *The Congressional Competition to Control Delegated Power*, 81 Texas Law Review 1443. (2003).