Osaka University Knowledge Archive

Title	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
Author(s)	澤田, 知樹
Citation	阪大法学. 2003, 53(2), p. 47-76
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55312
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

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

Osaka University

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――

澤田知樹

はじめに
第一章「フォーマル」と「インフォーマル」
(一) フォーマル・インフォーマルの意味するもの
(二) 行政指導の類型
(三) 米国における事例
(四) 本稿で述べようとすること
第二章 交渉方式の現状と問題点
(一) 交渉方式の出現
(二) コンセンサス達成の問題点
(三) 定立化された方式の難点
(四) 交渉方式は不成功だったか
第三章 協働と市民参加
(一) 協働という手法
(二) 協働方式の欠点

(阪大法学) 53 (2-47) 407〔2003.8〕

(三) 惹起される問題――アカウンタビリティ
(四) 交渉と協働――その相違
むすびにかえて

はじめに

「インフォーマル」な手法と言えば、日本において最初に考えられるのはなんと言っても行政指導であろう。日本が少ないコストでうまくいっているのは行政指導のおかげであるという見方もあるが、本当に問題が少ないのか、[1]と言われるように、行政にかかる手間・時間・費用といったコストの問題は諸外国においても論議となっているところである。米国においては、たとえば、規則制定におけるコストの削減のために「交渉による規則制定法」[2]が制定されている。だがこのような交渉によるつまり市民や利害関係者の参加によって規則案を作り上げることは、行政責任の放棄となる可能性もあるとの批判[3]もある。また市民や利害関係者の参加による方法として、協働統治という考え方も論議され、そこではインフォーマルな方式の展望の可能性や問題点が取り上げられている。

ところで行政指導はその一部の類型では、市民や利害関係者を参加させて交渉させるという方法でもあるので、参加・交渉という点から、米国の交渉方式や協働統治と比較して考察していこうと考える。近年、法律上根拠を持たない行政指導は司法判断において違法とされる例も少なくない。そこで行政指導を適法化・正当化する手法ないし方向について考えてみる。その方向を考えるにあたって、米国における交渉や協働といった手法ないし考え方を導入あるいは利用することはできないであろうか。あるいは、地方公共団体において行政指導に法的根拠を付与す

るためには、条例化を進めることが考えられるが、その条例化の過程において、交渉や協働といった手法を採り入れることはできないであろうか。もちろん、米国の交渉方式・協働統治といった手法そのものを導入するというものではなく、(4) その考え方を日本の行政指導の一部類型に適用することができないかを模索しようとするものである。また、条例の法律違反の疑いが司法判断の場で主張されることもあるため、(5) より強い権限を条例に付与する法律の制定が、必要ではなかろうか。つまりインフォーマルなものをフォーマルなものに近づけるためには如何なる手段・方法ないし概念を考えさらに構築していくことが可能であるかについて考察していきたいと考える次第である。そのためにはその前提として、「フォーマル」「インフォーマル」の意味や、行政指導の類型について整理しておかなければならないが、一章ではこれらについて述べる。次いで、インフォーマルな手法として米国で行われている交渉方式・協働統治についてそれぞれ二章三章で述べる。第二章では交渉方式の問題点について二点述べる。ひとつは、「コンセンサス達成」と言えばとても説得的に聞こえるが、実際にはコンセンサスを達成することはとても困難であり、無理に達成しようとすれば、かなり低い程度の内容になる可能性が高いことについてであり、いまひとつは、インフォーマルなものを法定化した場合には、実際の運用面でかなりの困難を生じることについてである。第三章では、参加・交渉という観点から協働統治について述べ、そのメリットとデメリットは何か、交渉方式との共通点や相違点について考察していく。

第一章　「フォーマル」と「インフォーマル」

(一) フォーマル・インフォーマルの意味するもの

日本におけるフォーマル・インフォーマルの意味として一般的に捉えられていることと、米国における捉え方と

は違うようである。トッド・レイコフ教授の論稿「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」[6]に対比させて、日本におけるインフォーマルな行政手法の特徴を見てすぐに気づくのは、そこで言う「フォーマル」「インフォーマル」の用法にかかる日米のギャップである、次の二点が指摘される。

第一に、レイコフ論文が「フォーマルであること（formality）」を個々の実定法を超えた具体的要求を黙示する概念（事前の実体的準則と対峙的（adversary）な手続保障の要求を中心とする）として捉えている。「インフォーマルであること」は、こうした狭い意味でのフォーマル性を欠く全ての場合を意味するのであり、その中には、「よりフォーマルではない」ものも、「極端にインフォーマルなもの」も含まれている。ところが、日本行政法においてフォーマルの語は、特別な概念として用いられているわけではない。せいぜい、法律に書かれた方式の通りに行政が活動すること、という程度の意味で用いられている。つまりレイコフ論文での「フォーマル」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」であるのに対し、日本において「フォーマル」は法律に書かれている手法「インフォーマル」は法律に書かれていない手法である。またレイコフ論文全体の論調が、つまるところ手続論のそれであるように思われる一方、わが国のインフォーマル論議は手続論に吸収されてしまうものではなく、手続・実体双方を含むものである。

第二に、おそらくはその結果として、具体的に取り上げられる事例も大きく相違している。レイコフ教授が「インフォーマル」な（正確には「よりフォーマルでない」）方式として例示するもののうち交渉による規則制定（またはレグネグと呼ばれる。以下レグネグと略す。）は、わが国の目から見ればおよそインフォーマルとは形容しがたい、かなり整備された手続のように思われる。他方、日本行政法が、インフォーマルな行政手法として論議している素材は、米国の法律家の視野に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こともかなりあるように思われる。(7)

わが国においてインフォーマルな行政手法というときまず最初に考えられるのは行政指導であろうから、本稿では行政指導についていくつかの類型に分け、その中の一部について米国で論議されているような概念や考え方の導入・利用の可能性について考察していこうと考える。

(二) 行政指導の類型

行政指導の定義は、現象の切り取りのために用意されたものであって、法的評価にかかる道具ではい。行政指導は、実に様々なコンテクストにおける様々な行政需要や行政環境に応じて、様々な形態で現れる現象を総称する言葉である。そうしたコンテクストに注意を払いながら、これまで判決や学説が形成してきた行政指導の法的評価枠組みを整理するならば、少なくとも六つの行政指導の問題類型を抽出することができるように思われる。

六類型は二つのカテゴリーに分けることができる。ひとつは、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（法外である）であり、いまひとつは、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である。当然、前者のカテゴリーのほうがより問題性が高いわけで、こちらがいわば固有の行政指導と言うべき問題分野であろう。

前者には三つの類型がありこれらに共通していることは、法外（法律に書かれていない）で行政機関が形成した政策的価値判断があり、その実現手段として行政指導が用いられている点である。インフォーマルに形成された政策が、インフォーマルな手段で実現されようとしているわけである。それらには「法外の具体的政策基準への協力依頼」としての行政指導、「民民紛争の仲介」としての行政指導、「違法性阻却事由となる緊急避難」としての行政指導がある。

後者には「裁量権の協働的行使への協力依頼」としての行政指導、「裁量判断の表現方法」としての行政指導、「法定の行為形式・手続のバイパス」としての行政指導がある。これらの類型に共通するのは、いずれも法律により授権された権限行使の一環としてなされることであり、したがってそこで実現されようとしている政策目標は法定のものである。フォーマルに形成された政策内容を、インフォーマルな方法で、すなわち、法律に書かれた方式ではなく行政指導を利用して、実現しようというわけである。(8)

(三) 米国における事例

「裁量権の協働的行使への協力依頼」と呼ぶべき現象は、米国にも見られるが、行政指導という道具立てで理解されているわけではない。端的に、行政機関に与えられた権限が、協働的な意思決定によって行使されることが許されるか、という形で論議が交されているのである。たとえば「行政紛争解決法」(9)および「交渉による規則制定法」は、連邦政府における協働意思決定の授権法といえる。両法が制定されたのは、一方で、協働的意思決定における行政機関の関わり方を明らかにするとともに、他方では、そのような意思決定をなすことが法律上許されるかについての疑義をなくすことに、契機があったと言うことができよう。そして最も注目すべきことは、米国人の伝統的価値観――レイコフ論文が「フォーマルであること」と表現した――との緊張という観点から問題が捉えられていることである。米国において、行政機関が授権された権限を行使するにあたって、協働的な意思決定という形をとることが是認されるべきか否かは、そうした判断態様を認めることが、対峙性を基礎に手続を構築しなければ公正でないという、米国の伝統的価値観との緊張を生むため、伝統的価値観とは違う別の理念が必要ではないかという論議になるのである。つまり米国にも似た現象はあるが、それに対する法的アプローチは日米で異なってくるのである。(10)

米国では、限られた事例からではあるが、行政機関が根拠法の外で具体的な政策基準を作り遵守を要望することは、かなり問題視される事態であるように推測される。他方、社会現象として「民民紛争の仲介」としての行政指導に対応する現象が全くないと断言することは、おそらく難しいであろう。しかし注意すべきことは、米国の行政法関係者が、これを重要な問題であるとは認識しないであろうと推測されることであり、ましてそこから、新たな法的世界が開かれる可能性があるとは考えられないのではなかろうかと推測されるのである。

むしろ近時の米国で大きな注目を惹いているのは、「裁量権の協働的行使への協力依頼」に相当する現象であり、これを協働的意思決定と捉えたうえで、それまでのフォーマリズム・法の支配・リベラリズムとは違った「もうひとつの法の世界」を探し出そうとする努力である。法的に与えられた権限を行使するにあたって、協働的意思決定を実現するための手続枠組みとして注目を浴びているのである。米国では、右のような協働的意思決定が、伝統的リーガリズムの発想との対立構造の中で論議されるが、日本では、それよりさらにリーガリズムから遠く離れた地点で、別の法世界が描けないかの思考をしているように思われる。(11)

（四）本稿で述べようとすること

以上述べたように、米国においは政策的価値判断・政策目標とその実現手段ともにインフォーマルであるものは殆ど考察されておらず、それに対して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であるという類型の一つである「裁量権の協働的行使への協力依頼」と呼ぶべき現象について考察されている。そこで本稿では、これらの一環として挙げられているレグネグや協働統治について考察していこうと考える。先にも述べたように日本における行政指導に関しては、政策価値判断・政策目標もその実現手段もともにインフォーマルであるカテゴリーの方が固有の問題分野であろう。しかし近年、地方公共団体に

ついては、行政指導への不服従を理由とする不利益処分は司法判断において違法と判断されてしまう例もあり、[12] また地方自治法一四条二項「義務を課し、又は権利を制限するには……条例によらなければならない。」の規定も相まって、行政指導を行うにも条例によって法的な根拠を定める動きが出現してきている。そのような動きの中、「法外の具体的政策基準への協力依頼」よりむしろ「裁量権の協働的行使への協力依頼」へと重点がシフトしつつあると考えることもできるかも知れない。そこで「裁量権の協働的行使への協力依頼」の一環として似たような現象であるレグネグや協働統治について考察することは、意義あることと考える次第である。

第二章　交渉方式の現状と問題点

（一）交渉方式の出現

アメリカ合衆国では一九七〇年代、略式規則制定をより慎重でより精確でかつより民主的なものにすべきであるとの声がたかまり、これに呼応して連邦控訴裁判所の大勢はＡＰＡ（米国行政手続法：Administrative Procedure Act）五五三条が定める手続より手厚い手続保障を要求し始めた。ＡＰＡ五五三条所定の手続は、規則案の公表と意見提出要請、意見書の勘案、理由提示という三本柱からなっているが、これに代えて控訴裁判所はいわゆる混成的手続を要求したのである。その結果、手続はより慎重・公正になり、より十分なデータが収集でき、関係者の手続参加の機会もそれなりに増大した。[13] しかし反面、規則を制定するのにますます時間がかかり、規則を制定するのに要する人手などの行政資源が従来にもましてかかることとなった。さらに規則が裁判所で争われることが日常化してきた。

このような状況のなか、裁判所で争われることのないような良質な規則をより安価にかつより短期間に制定でき

ないかという模索が始まった。そうした試みのひとつとして「交渉」を用いるアプローチがある。一九八二年、アメリカ合衆国行政会議（Administrative Conference of the United States）は、初めて、行政機関が交渉方式を用いて規則を制定すべきことを提言した。この方式は「交渉による規則制定」またはレグネグと呼ばれるが、それは規則案の内容についてコンセンサスをめざして関係利益の代表が交渉するというものである。関係者はそこで協議会を組織し、協議・交渉・取引を行い、コンセンサスによって最も望ましい規則の素案を作成し、行政機関はこの案を最大限に尊重して規則案を作成していくというものである。[14] 一九九〇年議会は交渉を用いて規則を制定する手続に関する法律を制定した。これが、「交渉による規則制定法」[15]である。

ところで、このように手続が硬直化し（ossified）時間や費用がかかりすぎかつ訴訟による攻撃が多発することを緩和するために新たに創設された交渉方式であるが、当初の目標通りに、時間の短縮、手間等のコストの削減そして訴訟の低減にどれぐらいの効果があったであろうか。交渉による規則制定法による交渉方式の利用率は〇、〇一％以下と非常に低く、[16] そして時間の短縮や訴訟の低減という点ではほとんど効果が見られないとの主張も見受けられる。[17] あるいは交渉方式という手法そのものは用いられているが、それを法定し制度化したものは利用しづらいとの例も示されている。[18]

本章では、レグネグにおけるコンセンサス達成の問題とインフォーマル（法律に書かれていない）な手法を法定化した場合の難点について述べる。これらの問題は協働統治についても共通するところがあると考えられるので、ここで述べておく。

（二）コンセンサス達成の問題点

レグネグに批判的な研究者によると、レグネグは二つの重要な目標である時間の短縮と訴訟の低減のいずれにも

失敗している。[19] コンセンサスによる規則案の作成という方式は、対立を回避し規則案を早期にまとめ上げることを促進するように考えられるが、実際には協議の場での対立を激化させコンセンサスは達成されにくく、コンセンサスが得られない場合には行政機関（agency）は自ら規則案の作成をやり直すため、交渉に費やした時間や手間といったコストが無駄となり、余計な時間がかかることとなる。また協議会はコンセンサスを達成することを課されているため、コンセンサス達成を目指すあまりその妨げとなるような重要な問題を提示しようとする参加者の発言を抑えようとすることもある。そうすると無視された参加者はその重要な問題を提出する機会の回復を図ろうとして、最終規則案に対して訴訟を提起することとなる。コンセンサス達成への要求は個々の考えを抑えるという傾向を悪化させることになることもあろう。多くの状況下において決定権者は政策問題を明確にするために論争を必要とする。対立する意見を全て表明させた方が、コンセンサス達成を目指して努力する気のいい討議より、公共政策を構築するために必要な情報を集めるために、有益であるかも知れない。[20]

また交渉方式は不正確さや曖昧さを助長することとなろう。コンセンサスを達成するためにはかなりの程度抽象的な思考になりやすいため、交渉方式では抽象的で曖昧な文言を採用することになろう。行政機関がコンセンサスに達するためには、未解決問題を無視するかまたは曖昧な文言を用いることによって、参加者と妥協するような規則を作成する以外に、渋滞状況を乗り切る道はない。[21] コンセンサスは曖昧な文言を作り出すため、関係者にとってそれぞれの都合のよい解釈を可能とする余地を残してしまう。このため後々曖昧または不正確な文言の解釈をめぐって訴訟が提起されることが頻発することになるかも知れない。

さらに満場一致のコンセンサスを求めることは、最終結果を問題の最も低いレベルでの共通点にあわさざるを得ないこととする可能性が高い。交渉方式の全てのメンバーに許容でき得るような最低限度の結論では、社会的目標

達成という条件において、最善または効果的なものとは言いがたいであろう。産業グループは、政府規制によって新しい技術開発のための巨大な投資を強いられるような事態について消極的になるであろう。強力な政府規制がないという状況では、企業は厳しい規制をクリアするため新しい技術の開発を行いそうにない。そのようにして、コンセンサスに焦点を置く交渉方式は、技術革新を駆立てる可能性を削いでしまうことにもなり得る。(22)

では、レグネグの推奨者として著名なHarterの意見を見てみる。(23) 批判者の主張ではレグネグの主な利点は時間の短縮と訴訟の低減であるが、レグネグはそれらのみを利点としているわけではなく、多くの事例においてこれらの利点は、他の利点から引出されたものとして認識されている。批判者は行政機関の目的は政策を実行に移すことであることを無視している。行政機関は、その活動として期待されていることと意図することにプロセスが適合するか否かを決定し、もって目標を達成することが求められているという事を理解する事が不可欠である。一九九〇年の大気浄化法改正において、新法は法制定後わずか六ヶ月という不可能とも言える短期間で規則案の告知を出すように、EPA（環境保護庁：Environmental Protection Agency）に要求した。レグネグの利用によって、とてつもなく複雑な規則について六ヶ月で実質的合意が達成された。レグネグは、交渉により、よりよい規則を作成し、各方面からの批判にも耐え得ることを可能にしている。また取引方式による解決方法は、その規則によって影響を受ける当事者の合意によって達成されたという単純な事実に、その正当性を置く。(24)

レグネグ法に先立つ議会所見では、時間短縮と訴訟の低減について言及しているが、より大きな利点の副産物としてである。つまり何らかの重要な利点があって、その結果時間の短縮と訴訟の低減がもたらされるのである。たとえばレグネグは、規則の影響を受ける者について受容性を増し、規則の実体を改善することができる。このような利点は、規則により影響を受ける参加者から引き出される。参加者はそれぞれの実践的見識と専門性を持ち寄り、

より情報を得てより実際の規制目的達成に向けてあつらえられた規則をまとめあげることができ、そしてより効果的で執行可能なものとすることができる。レグネグが行政機関の権限を排除するという明確な証拠はない。ＥＰＡにおいてレグネグは実質的基準の設定よりむしろ、法的義務の執行や強制を視野に入れた複雑な問題を伴う規則を作成するために用いられる。[25]

再び、レグネグに批判的な論者の主張を見てみよう。行政機関はブローカーや仲介業ではなく、責任ある行為をなす者である。公衆の権利は能動的・優遇的保護を受けなければならない。行政機関は法律で定められた目的の達成のための責任ある地位にある。しかるにレグネグは規則制定において行政機関をただの参加者のレベルに下げ、コンセンサスで達成されたことを実行する以上のことについて行政機関の責任を否定する。行政機関がただの参加者であることは、行政機関の主権的決定権者としての地位と調和しない。逆に、行政機関が権限を発動して、コンセンサスを拒否または阻止するならば、交渉の利点を否定し時間と資源を無駄にしてしまうため、イエスを得ようとして行政機関は主権者としての役割を誤らせられる。フォーマルな規則制定手続は、法的要求に対して、合理的な様式で適切な判断による（rational）決定をなすための構造をむしろ具体化している。[26]

推奨者は、行政機関は問題の存在あるいは実行可能な解決策の提案を示すことを要求されているわけではないであろうとする。参加者全員がよしとするならば問題はないということであると述べる。しかし、ＡＰＡや他の法律は、行政機関に公益にかなうような規則の制定を採用するように命じまたは権限を与えている。そしてほとんどの場合、法律の目的を達成するための最適の方法をいかに決するかは、行政機関の裁量・判定に任されている。議会は、行政機関の裁量・判定の行使はさらなる公益追求を目指していると仮定している。ここで公益が意味するところは、常に明らかというわけではない。規則制定が、利害関係人すべての参加を求めていたとしても、行政機関が

なお公益を決定する。いかにレグネグが誠意あるように形成されていようとも、その効果は規則制定の原理を破壊する。バーゲンや取引は自身の利益を達成するものであり、そこに「公のため」の意思はない。コンセンサスが得られ規則が制定されたとしても、それは行政機関が公益のために考慮する決定に反映されるものではない。それは利害関係者の規則であり、行政機関のものではない。また裁判所は手続のみを審査するため、公益の内容の破壊に対する安全保障にはなり得ない。(27)

(三) 定立化された方式の難点

次に、レグネグについての経験的観察からその有効性について考えてみる。連邦レベルではなく、州レベルにおいてレグネグの実施状況を観察した論文をみてみる。この論文はモンタナ州の州法によるレグネグについての研究である。(28) モンタナ州交渉的規則制定法（The Montana Negotiated Rulemaking Act）は、連邦法をモデルとして一九九三年に州議会を通過した。この法律は、州政府行政機関の運営に参加することを認めたモンタナ州行政手続法やモンタナ州憲法上の権利に調和するようなレグネグの枠組みを創設することを目的とする。この法律は従来の憲法及び州法において、州行政法の定める行政規則制定手続に対する市民参加の枠組に代替するものではない。この法律はレグネグを命じるものではなく、単に助言的であり、行政執行において、行政機関と市民が異なったアプローチによる経験をもつように推奨するものである。(29)

モンタナ州コンセンサス評議会は一九九八年、二十一の州の行政機関について調査をおこない、九〇％にあたる十九の行政機関から解答を得た。それによると一九九三年の法制定から五年間に一万三百七件の行政規則や規制が発せられた。そのうち、六十九の規則がレグネグを用いた結果公布されたものであった。五十は新規のものであり、十九はすでにある規則の改正であった。このような状況ではレグネグは現状にとって適当なものではないかのよう

である。[30]

レグネグが用いられない理由として行政機関は次のような三つの理由を挙げる。第一は、もし対立が予想されるときは行政機関は事実上の交渉方式を用い、レグネグを用いても非公式の交渉と同じ結果が生じ、レグネグを用いることは単に形式を与えるだけのものである。次に、行政機関はレグネグがあまりにも扱いにくいものであることを知らされた。レグネグ法はいくつもの特別の手続を要求しており、それらがとても手間がかかりコストもかかるのである。最後に、発布される規則のうちほとんどが行政機関の日常事務に関するものであり、レグネグに適した状況が現れないということである。連邦レベルにおいても同様である。理由として最も多いのは適した規則がないということであり、究極的には、時間と費用の双方においてコストがかかりすぎることである。さらに重要なことには、レグネグを用いることについて非公式の対話プロセスより優れたメリットが示されない限り、レグネグの使用に関心はないという省庁もいくつかあるということである。それらの省庁は、非公式な諮問プロセスはより柔軟でありそれゆえより効果的で効率的であると強く感じている。[31]

レグネグが如何なる場合に最も適切であるかを示すには次のようなガイドラインが手助けとなるであろう。①コンセンサスを評価する基準と方法の精錬、②市民の意識と理解の向上、③どのような市民を参加させることが最も適切であるかの指標の創設、④立法府の役割の明確化、⑤レグネグを用いるインセンティブの創設、⑥レグネグ進行プロセスの招集及び運営についての最も適した実施法の確立。基本としてなされるべき事は、状況に応じて手続を適合させることであり、それはレグネグがどのような状況のときに適切であるか、そしてどのような場合に他のタイプの公衆参加や紛争解決手続が有益かを理解することである。[32]

（四）交渉方式は不成功だったか

さて、手続の硬直化に対する解決手法として出現したレグネグではあるが、その手続は繰返し硬直化す道程をたどるのであろうか。米国の行政規制に関する文献に次のような感想が見られる。「私がふりかえった歴史のなかに見いだされたものは、循環現象である。そこでは、よりフォーマルでない規制の方法が発明され、次第次第にそれがフォーマルなものに変化され、さらに再び、よりフォーマルでない方法が発明されたというものである。[33]」そうならば、よりフォーマルでない方法として「発明」されたレグネグがさらに再びフォーマルなものに変化するという循環現象が、レグネグについてすでに起きはじめている可能性も考えられる。先に述べたようにレグネグは多くの特別の手続を要求しているため、行政機関にとって非常に利用しづらいものになっている。またコンセンサスという曖昧なものの達成のために行政機関の公益追求の目的が曲げられたりする危険性もある。さらに行政機関と産業グループの癒着（capture）も指摘され、あるいは、産業グループと市民グループでは専門知識、組織力、資金等の資源において比較にならない格差があり、この双方が同じ条件で交渉するならば、産業側に有利に働くのは明らかであるという批判も数多くなされている。これに関連して行政機関は、決定権者としての地位を放棄するのではなく、あくまで主権的決定権者としてふるまうべきである、との主張が多く見受けられる。[34]

ではレグネグの目標とするところは失敗であったと考えられるであろうか。あるいは交渉という手法は有益・有効なものとしても、それを法定の制度として取入れることは結局フォーマル化の循環現象に陥るのであろうか。推奨者は、レグネグで重要なのは、時間の短縮と訴訟の低減でなく、それらは他の利点からもたらされた利点であると述べ、さらにレグネグはいまだ発達途中段階であることを心に留めるべきであるとする。[35]時間の短縮、訴訟の低減をもたらす利点の内容についてはさらなる研究・考察が続けられなければならないと考える。レグネグの目標とするところが失敗に終ったのか、あるいは、フォーマル化という循環現象に陥ってしまったのかの結論をだすには

時期早尚にすぎると考えられよう。

第三章　協働と市民参加

（一）協働という手法

続いて、協働という手法について考察する。レグネグとの違いは何か、逆に共通点は何か。それらについての考察を通してインフォーマルな方式の利用可能性について述べていこうと考える。先に述べたように、レグネグにおいては、コンセンサス達成を目的とするはずが、逆に対立を激化させるという現象が起きていることを見た。そしてこの対立が、時間や手間といったコストを増大させ、手続を硬直化させている。では、対立を回避あるいは緩和するためには、いかなる手法が考えられるであろうか。そこで対立モデルによる不満や非能率をなくするために、協働統治という考え方が出されてくる。規制者・被規制者の関係改善は、対立型を通じてではなく、参加を通じて達成されるべきである。協働統治は、対立を回避あるいは緩和する可能性として論じられている一面もある。また、Harterは、何らかの利点が得られ、その結果コストが削減され訴訟も減少すると主張するが、その利点というものが、協働による関係改善であるかも知れない。本章では、その協働統治について述べ、その可能性や難点について考察していく。

先に述べた「硬直化」について、その状況が近年減少したということを示す証拠は見当たらない。[36] 硬直化した手続を避け行政活動をより柔軟で活動的なものにするためには、よりフォーマルでない手法によることが避けられなくなってくる。そしてそこでは規律されない行政裁量によるプロセスが続くということが行政法規や手続の問題の中心である。さらにフォーマルでない規則制定や執行は、統治における正統な公的・私的役割の概念的分離の問題

を生じさせる。なぜなら、私人は純粋に自己利益のみに行動しそして公的な責任を負わず、行政機関のみが規則を公布し、執行し、規制を強制できるとみられているからである。行政機関のみが公益を擁護する責任があるとされ、私的な当事者は規制問題についての執行や対処に関する直接の責任を負わないと考えられている。(37)

リパブリカン論者によると行政機関は他の二権より熟慮的であるという。Seidenfeldは行政官の熟慮性及び政治からの隔絶性がゆえに、広範な権限の委譲が理論的に正当化できるとする。(38) 熟慮性を強調することによって、取引のもたらすものより適正な判断による（rational）討論によって得られたものとして、規制を行うための理論を進める出発点となる。そのように行政機関の熟慮性を強調してもなお裁判所は、行政機関の決定が公益を増強するという理由を、行政機関に問いただすべきであるする。だが、ここでは責任の厳格な公私分離については注意が払われていない。行政官は内部者であり、被規制者を外部者であるとしているようである。(39)

従来は行政機関と被規制者の関係を対立関係ととらえてきた。対立モデルによる不満や非能率をなくするため、協働統治という考え方が出されてくる。対立（対峙）型アプローチについて最もよく述べられる問題点は、決定期間の長さと訴訟提起というコストである。このコスト削減が最も論議されるところである。行政機関の決定者は、協働統治によって、より受け入れられやすく弾力的な決定をなし、被規制者や多様な意見に対してより開かれた決定過程を進めることができる。(40)

また協働は継続的であり一回の取引ではない。協働においては、一回だけの判定ではなく、なぜうまく作用させることができるかあるいはできないか、その措置は正当か不当かの評価が要求される。レグネグとの違いはレグネグは特定の問題についてのみ使われるべきである。協働においては質が問われる。参加が規制の基盤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、そして執行の成功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。そこでは連続した参加と協働責任が要求される。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。さらに不確定な条件下で決定されるとき、規則は急に変化することをなし得ず、それらに関わる当事者は、決定過程に組込まれる。協働は多様な調整法が利用可能なことを要求する。協働において政府は規制目的の探求と開発に従事する。行政機関は、コスト削減・訴訟低減あるいは、関係改善などを、対立型を通じてではなく、参加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いる。政府は、協働を担保するにあたって強い立場であらねばならない。資金や情報といった資源を多くもつグループが熟慮過程を牛耳ることを防ぎ、消費者や地域社会グループをサポートすることができるだろう。バランスのとれた代表を出すことができないとき、政府が自ら代表されない利益を代弁することも必要であろう。(41)

政府にはすべての必要な参加者を加えるという重要な役割がある。そこでは弱小な利益グループを援助すべきであろう。(42) 広範囲の参加によって、対立型より多様な利益を促進する機会をあたえることができる。参加を増加させれば満足度も増加するという結果になろう。利益グループを内部の資源と考え、長期にわたって情報を共有し、規則を改正していくべきである。行政資源の利用法を再位置づけし、行政参加のあり方を新しく定義することで、私人グループが交渉ルールの監視について責任を担うことになる。統治における私人の役割を再考することが要求される。そこでは行政機関が、規則制定手続の範囲や方向をもっと自由に変更できるようにしなければならず、議会は規則制定の輪郭を定めるような具体的な授権法の可決をひかえるべきである。また裁判所は行政に対してより謙譲すべきであり、司法審査は手続過程の適正さに関する問題に制限されるべきである。(43)

（二）協働方式の欠点

だが参加方式では、主宰者が招集過程を操作するという危険も生じ得る。[44] レグネグにおいては、比較的定立された巨大企業、貿易協会、有力な環境グループ等が参加するような招待のされ方がなされる。産業グループは技術的知識の欠如に悩まされることはない。出費を減らし、対立的規制の煩わしさからのがれるためのインセンティブは強力である。彼らは環境規制を強制されることをうまく逃れることができる。それに対して、協働に参加したくとも、不十分な人的資源しかもたない公益グループは、十分な参加をすることができない。同意に基づく過程では、膨大な行政資源へのコミットが要求される。十分な専門性を持つことを自称するグループでさえも、政府との責任の共有に抵抗することもある。また産業グループや強力な利益グループが公益を損なう目的で通謀することさえもある。行政機関が全てのグループのバーゲニングパワーを均一なものにできない限り、コンセンサスは低い基準にしかならないだろう。[45]

さらなる危険が生じる。行政裁量がチェックされないことである。レグネグにおいては、広範な行政裁量がもたらされる。個別の合意では法律の文言から離れることにもなる。またプロジェクトXL[46]のような試みもあるが、これは立法府から権限づけられていない。これらの例のように不確定状態が重大であるとき、正統性について憂慮する監視者は、議会による明確な承認を主張するであろう。ここでは行政機関は公益の最終的決定者であり仲裁者であるべきである。行政機関は交渉方式によって公共善について取引をする義務を負うわけではなく、交渉の合意から離れて規則を公布する最終的権限をもつ。交渉結果に拘束されることは規則制定権限の放棄である。そして公益毀損の可能性は、透明性によってかなり減じられる。交渉過程が公開の会議として行われ、公的記録が作成されることによって透明性は保たれる。さらに決定過程において不適正なところがあると常に司法審査の対象になり得る。行政機関は、決定内容の適法さを確立するにあたって最終的な責任がある。[47]

(三) 惹起される問題——アカウンタビリティ

ところで行政機関が他の参加者と協働することは、権限やアカウンタビリティについての新たな道筋を創り出す。伝統的な行政機関の機能や責任は、最終的には独立の監査人や、行政機関自身によって承認された認証機関によって、担保されることになるだろう。協働の目的は行政機構を排したり私物化するものではない。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。また協働がアカウンタビリティを提供するという保障なしに、多様な被規制者のうち誰もが、規範を定める目標としての協働にコミットすることはできそうにない。協働が行政上の正統性理論を満足させるかどうかを問うべきことが公正である。いかにすれば協働により生じるものが適法・正当であることを保障できるか。この懸念は協働においてアカウンタビリティがいかに提供されるかという重大な問題を引起こす。協働が行政権限の広範な再委任の結果をもたらす可能性が問題である。私人のグループに公共政策を作成させる権限を与えるような機構を組み立てるならば、よくても正統性を侵害するであろうし、悪ければ憲法違反であろう。[48] 協働に対する批判者は、私的団体に頼ることは、新しい可能性への兆しではなく、行政国家の失敗とみなしそうである。意思決定に参加させる利益グループを選択することは、常に他のグループの犠牲においてある特定のグループに権限を与える可能性があり、選択された者たちを権威者としてしまうであろう。[49]

さらに、協働を進めるためには、伝統的統制法を緩めることが要求される。利益代表という視点を通してしかレグネグを見ていないポズナーの意見では、公共善のバーゲンは、協働に必要な要素よりも行政機関への脅威ととらえる。[50] だがレグネグ法は行政機関にバーゲンの義務を課していない。協働にコミットするならば、議会はそのような義務を課すように改正を考慮するのがよいのかも知れない。[51] かといって具体的な立法による設定をするならば、

地域社会がそれぞれの内容に適した協働過程を発展させ形成する機会を制限することにもなろう。協働を命じることは地域の努力をそぐことになる。また目的指向性型立法（goal orientated）は解決の機会を改善していくことになろう。目標に注意をそそぐ自由度と結果による判定とが相まって、法律であまり具体的に予期されていないバーゲンについて、権威づけることができよう。目的指向性型の法律は、将来の立法のための情報収集に役立つ。行政機関が規制政策を評価し、検証し、交渉するために様々な視点・立場を採るなら、立法が適度に不確定であることも重要である。行政機関が柔軟な対応をするためには、立法があらかじめ決定しておくべきでないこともある。法律が交渉結果について考慮しないというリスクを取ることなしには、長期的行政活動の見込みを模索するのは困難であろう。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。この選択はアカウンタビリティーの問題を引起こすことは避けられない。参加なしに公的政策の決定と執行が困難なときは、同様にリスクの制御も困難である。しかし少しの失敗が新しい発案のすべてを否定してしまうならば、すべての合意は深刻に傷つけられてしまう。(52)

ここで、協働統治は、不健全な統治と取組む方法が行政裁量の統制と司法謙譲の選択に止まらず、それを超えるべきであることを提唱する。協働への見通しは、公的・私的な役割を担う者の関係と責任を再認識することであり、そのような再認識は裁判所を行政法理論の中心から端へと少しずつ押していく。(53) ただし、裁判所は明確な憲法違反や法律違反の場合を除き謙譲せよというわけではない。(54) 司法権によるアカウンタビリティに代替するものを探らなければならない。さらに公的責任を再考することは、政府の役割を後退させることをもたらすことを必要としない。アカウンタビリティ確保は必要だが、行政機関が全てを行うことを必要としない。協働が、利益代表が組織力の弱い利益を排除しようとする病理現象を、克服できるかどうかはまだ明らかではない。だが行政機関が討議から離れ

孤立するなら、協働は説得力あるものではなくなるであろう。ここではレグネグのような新発案によって、協働がどのようなものであるかというわずかな光明が見られる。行政法におけるアカウンタビリティのメカニズムの再考の起動力としての協働プロセスを使うことを消極的に考えるのは、それらがせいぜいマイナーな改革として用いられるに過ぎないという固定観念からくる。あるいはこれらの新案をさらに進めることに対する躊躇は、伝統的な行政過程モデルや統治における公的・私的役割についての支配的概念を深く検証する意志のないことに根ざしているのかも知れない。[55] 新しい意思決定型政府を考慮するにあたって、それをサポートするに必要な法的構造を組立て、憲法適合性を保障していかなければならない。

(四) 交渉と協働——その相違

交渉、参加、協働について考えるとき、そこには共通の問題が提起される。政府や行政機関は公益のために行為するのであって、利害関係人のために行為するのではない。では、公益を擁護する働きというものは政府や行政機関といった公的機関にしかできないものなのか。政府や行政機関が自ら行わなければならない「核」の部分があるのか、あるとしたらそれは何か。公的・私的の分離は厳格になされなければならないのか、あるいはそのように完全な分離は可能なのか、どのように線引きするのか。そしてアカウンタビリティについての問題である。これらはいずれも重要な問題であり、早々に解答を出すことはとても困難であろう。しかし、前述したように、これらの新案を進めることに対する躊躇は、伝統的な行政モデルや統治における公的・私的役割についての支配的概念を深く検証する意志のないことに根ざしているのかも知れない。また伝統的な機関つまり議会および裁判所によるアカウンタビリティに代替するものの可能性を探求しなければならない。情報公開による情報流通もその可能性のひとつであるかも知れない。新しい行政法は、情報入力や討議のためのフォーラムや、適正な政策決定をするために役立

つような情報の流通を保障することによって、新たな試みに対応できるであろう。[56]

ここで日本の行政指導と米国のレグネグや協働とのある相違を忘れてはならない。日本の行政指導固有の問題、政策的価値判断・政策目標とその実現手段ともにインフォーマル（法律に書かれていない）なものは、特に地方公共団体に見られるように、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る。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[57]ということである。それに対して、米国のレグネグや協働は、「公のための意思はない。」「産業グループが公益を損なう目的で通謀することもある。」「産業グループはうまく規制を逃れることができる。」と批判されるように、行政機関の規制権限の放棄が問題とされている。この相違は言い方を変えれば、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。

「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」へのシフトを考えるにあたって、もし、法律に定められた以上に厳しい基準を設定しようとするにもかかわらず、交渉や協働という手法を用いるならば、米国で論議され問題とされているような現象が、やはり日本でも生じてくることにもなろう。そこでは規制が弱められるベクトルが生じるため、たとえ法律でもって条例で基準を強化できるように授権したとしても、その実効性が減じられる可能性が生じるという懸念も出てくるであろう。その懸念を減少させるためには、「政府は協働を担保するにあたって強い立場であらねばならない。」「政府自らが代表されない利益を代表することも必要」といった主張があてはまるであろう。これは規制を強めようとするベクトルである。

さらに、レグネグと協働の相違にも留意しなければならない。協働の推奨者は「レグネグのような新発案によって、協働がどのようなものであるかというわずかな光明が見られる。」と、レグネグと協働の共通性を示唆するが、

レグネグの批判者の主張と協働の推奨者の主張は類似している部分もある。たとえば、「行政機関は法律で定められた目的の達成のための責任ある地位にある。」（レグネグに対する批判）、「行政機関は、決定内容の適切さを確立するにあたって最終的な責任がある。」（協働の推奨者の主張）と述べる。それに対して、レグネグの推奨者は「憲法的には行政機関には意思決定することが課されておらず、行政機関の役割は意思決定を是認することである。」[58]と述べる。また、協働の推奨者は「協働は継続的であり一回の取引ではない。」「レグネグは特定の問題のみに使われるべき」「連続した参加と協働責任が要求される。」とレグネグとの相違にも触れている。つまりレグネグは規制を弱めるベクトルかも知れないが、協働は必ずしもそうではないということを示唆していると考えられる。規制を強めようとするベクトルと弱めようとするベクトルといった相互に矛盾する要請をいかに調整するか、あるいは調整などできないのであるなら、それを超える手法ないし概念が考え出されなければならない。それは規制を強めるか弱めるかという単なる選択ではなく、それらを超越した何かが構築されていかなければならないということが提唱される。この提唱は先に述べた「協働統治は、不健全な統治と取組む方法が行政裁量の統制と司法謙譲の選択に止まらず、それを超えるべきであることを提唱する。」と類似のことを意味すると考えることができるかも知れない。

むすびにかえて

本稿を終えるにあたってなお二つの課題が残されたままである。第一は、「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。地方公共団体においては、同意による行政指導では限界があるので条例化という方向は自然な流れである。従来は特に地方公共団体に、

まちづくりの権限が不足していることが、行政指導への依存体質を強めていた。そこで地方公共団体に、土地利用規制権限、まちづくり権限を明文で付与することが必要である。たとえば風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律でも、都道府県の条例（同法二八条）の上乗せを市町村が条例で行うことができるとする規定を、正面からおくべきである。[59] さらに、より強い権限を条例に付与するための立法が必要であると考えられる。このように条例化がどの程度に可能であるか、それを根拠づけるための法整備の必要性について、さらに研究・考察を続けなければならない。

第二は、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のかあるいは議会はどのような立法をなすべきであるかという問題である。行政機関には公的目標達成の義務があるのではないか、行政機関は自ら意思決定をしなければならないのではないか。レグネグの推奨者は、憲法的には行政機関に意思決定することが課されておらず、行政機関の役割は意思決定を是認することであると述べるが、意思決定は、事実分析よりむしろ政策判断に多くを依存しなければならないとの意見もあるので、[60] やはり前述したように私人のグループに公共政策を作成させる権限を与えるような機構を組み立てるならば、よくても正統性を侵害するであろうし、悪ければ憲法違反となるのではなかろうか。だが、これは米国における論議である。日本においては市民参加が憲法上の問題を惹き起すわけではないのではないか。日本においては市民参加に関してはむしろアカウンタビリティに関する問題として論議されているところではなかろうか。日米における憲法構造の違いから、米国における交渉・協働の論議がそのまま日本にあてはまるものではない。日本で利用可能なところはどこか、そのまま利用できなければどのように修正・変更すれば利用可能になるか、また、立法が適度に不確定であることも重要であるというならば、いかなる文言をもつ法律を制定すればよいのかについてもさらに研究・考察を続けていく考えである。

(1) 阿部泰隆『行政の法システム（上）〔新版〕』三六一頁（有斐閣・一九九七年）。

(2) Negotiated Rulemaking Act, 5 U. S. C. Sec. 561-570.

交渉による規則制定法を紹介した論文としては、常岡孝好「交渉による規則制定法（Negotiated Rulemaking Act）と今後」明治学院論叢法学研究第六〇巻二六一頁（一九九六年）が最適であると考えられる。なおこの論文が発表されたとき（脱稿時）は交渉による規則制定法が恒久法化される以前であったため、論文中に「この法律にはサンセット条項があり、制定後六年で廃止されることになっている。」（二六六頁）、「本法が延命するかどうか予断を許さないが」（二八六頁）という記述があるが、本法は一九九六年に恒久法化されている。

(3) USA Group Loan Services v. Richard W. Riley, 82 F. 2d 708, 714 (1996).

この判例での法廷意見でポズナー（Posner）は次のように述べている。「交渉が行われている期間中、省庁（department）がコンセンサスによる合意から外れることを余儀なくされるような事由が生じない限り、達成されたコンセンサスに従うということを省庁の官吏が約束する事は、利益代表国家の台頭を抑制するという規制権限を放棄しそして行政機関の癒着（capture）原理を最終的に確認することであるかのように聞こえる」。

(4) 米国においては行政立法手続・規則制定手続が整備されている。(5 U. S. C. Sec. 553) 条文の要点は次の三つである。第一に、行政機関が規則案を策定してこれを公衆に告知する。第二に、利害関係者は規則案につき意見書を提出できる。第三に、行政機関は提出された意見書を参考にさらに検討して最終的な規則を作成しこれと当該規則の根拠もしくは目的の概要を公表することである。ここで、意見書を提出できるのが利害関係者に限定されていることが、わが国のパブリック・コメントとは異なる。米国の交渉方式は米国行政手続法五五三条の規則制定手続を廃止したり、その適用範囲を狭めたりするものではない。五五三条自体は何ら改変されていない。交渉方式は五五三条を前提とし、追加的な手続を付加するものである。(5 U. S. C. Sec. 561) 対して日本においては行政立法手続・規則制定手続が整備されていないので、交渉方式を導入するための基盤を欠く。

(5) 東京地判平成一四年一二月一八日では、被告建設会社は、本件地区計画及び本件改正条例が、本件建物の建築を阻止する目的で制定されたものであることを理由として、本件地区計画及び本件改正条例自体が違法無効であると主張している。もっともこの事例では、条例の内容自体よりむしろ条例の制定時期が問題であると主張されている。

(6) 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）。

(7) 中川丈久「日本におけるインフォーマルな行政手法論」神戸法学雑誌第四八巻第二号四四三、四四四-四四六頁（一九九八年）。以下、本稿において、行政指導の類型については中川教授の理論に従うことにする。

(8) 同文献・四五三-四五七頁。

(9) Administrative Dispute Resolution Act, 5 U. S. C. Sec. 581-593.

(10) 中川・前掲注(7)五一〇-五一二頁。

(11) 同文献・五三七-五三八頁。

(12) 最判平成五年二月一八日・民集第四七巻二号五七四頁（水道給水拒否）、最判昭和六〇年七月一六日・民集第三九巻五号九八九頁（建築確認留保）。

(13) 常岡・前掲注(2)二六二頁。

(14) 同文献・二六三頁。

(15) Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 Duke Law Journal 1385, 1398 (1992).

(16) Cary Coglianese, *Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking : A Response to Philip Harter*, 9 New York University Environmental Law Journal 386, 392 (2001).

(17) *Id*. at 386.

(18) Matthew J. McKinney, *Negotiated Rulemaking : Involving Citizens in Public Decisions*, 60 Montana Law Review 499 (1999).

(19) Cogianese, *supra* note 16 at 386.

(20) *Id*. at 439-440.

(21) *Id*. at 441.

(22) *Id*. at 441.

(23) Philip J. Harter, *Assessing the Assessors : The Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, 9 New York University Environmental Law Journal 32, 40 (2000).

(24) 日本において行政指導についてではあるが、類似の見解が見受けられる。(調査官解説：石川善則・最高裁判所判例解説集民事編昭和六〇年・二四八、二六〇頁)「実質的に国民の権利・自由を法の明文の規制基準以上に制限することを目的として行われる行政指導の完遂を適法なものとすることができるのは指導の相手方である国民の任意の協力・服従という一点にかかっている、との基本原理の重視があるものと思われる」。

(25) Harter, *supra* note 23 at 40-55.

(26) William Funk, *Bargaining toward the New Millennium : Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, 46 Duke Law Journal 1351, 1376, 1379 (1997).

(27) *Id*. at 1382-1387.

(28) McKinney, *supra* note 18 at 505.

(29) *See* Mont. Code Ann. 2-5-102 (1997).

(30) McKinney, *supra* note 18 at 518.

(31) *Id*. at 509-513.

(32) *Id*. at 525, 538.

(33) 中川丈久訳：トッド・D・レイコフ前掲注(6)四二四頁。

(34) *See e. g*. Funk, *supra* note 26.

(35) McKinney, *supra* note 18 at 538.

(36) Jody Freeman, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 UCLA Law Review 1, 8 (1997).

(37) *Id*. at 10-13.

(38) Mark Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 Harvard Law Review 1511 (1992).

(39) Freeman, *supra* note 36 at 20-21.

(40) Matthew Schuckman, *Making the Hard Choices : A Collaborative Governance Model for the Biodiversity Context*, 79 Washington University Law Quarterly 343, 353 (2001).

(41) Freeman, *supra* note 36 at 26-32.

(42) Schuckman, *supra* note 40 at 363.

(43) *Id*. at 364.

(44) Freeman, *supra* note 36 at 78.

(45) *Id*. at 77, 83.

(46) 米国ではＥＰＡ（環境保護庁）によってプロジェクトＸＬという手法が用いられることがある。この点について、Note, Dennis D. Hirsch, *Project XL and the Special Case : The EPA's Untold Success Story*, 26 Columbia Journal of Environmental Law, 219 (2001) など参照。

(47) Freeman, *supra* note 36 at 85-89.

(48) Cater v. Carter Coal Co., 298 U. S. 238, 311 (1936) ; A. L. A. Schecter Poultry Corp. v. United States, 295 U. S 495, 529-542 (1935) ; Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U. S. 388, 421 (1935). 議会が法律制定の権限を産業グループに与えるような立法権限の委任を行うならば、そのような委任は憲法によって付与された議会の権能および課せられた義務にまったく合致しない。

(49) Freeman, *supra* note 36 at 82, 85.

(50) *Supra* note 3.

(51) 労働法においてそのように要求する例がある。5 U. S. C. Sec. 7114 (a) (4) (1994). 条文は、行政機関に交渉合意に向けて誠実に交渉することを要求する。

(52) Freeman, *supra* note 36 at 91-95.

(53) Susan Rose-Ackerman, *Progressive Law and Economics-And the New Administrative Law*, 98 Yale Law Journal 341, 351-352 (1988). 憲法の枠内で、立法の多数派によって通過させられた法律が、組織力の弱いグループや組織力があっても政治力の弱いグループを害することになるかも知れないという事実を、裁判所は受け入れなければな

らない。裁判所はこの種の法律制定を妨げるようとすべきでない。司法審査の目標は、立法過程における取引に関する情報をより広く開示することを保障することによって、選挙民に対する立法府の責任をより明確にすべきことに向けられるべきである。

(54) Richard J. Pierce, Jr., *Rulemaking and the Administrative Procedure Act*, 32 Tulsa Law Journal 185, 199 (1996). 規則制定過程において裁判所の役割はその範囲は狭いが重要な二つの役割に限定されるべきである。規則が憲法に違反すると宣言すること、法律に合致しないときは規則を無効とする権限に止めるべきである。

(55) Freeman, *supra* note 36 at 95-98.

(56) Alfred C. Aman, Jr., *Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law*, 49 UCLA Law Review 1687, 1693 (2002).

(57) 中川・前掲注(7)五〇〇頁。

(58) Philip J. Harter, *In Search of Goldilocks : Democracy, Participation, and Government, 10 Penn State* Environmental Law Review 113, 126 (2002).

(59) 阿部・前掲注(1)三七〇、三八二、三八五頁。

(60) Industrial Union Department, AFL-CIO, et al, Pettioners, v. James D. Hodgson, 499 F. 2d 467, 474-475 (1974).