

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 8 月 30 日現在

機関番号：10101

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2013～2015

課題番号：25380022

研究課題名(和文) リスク予防措置決定過程における“協働・参加及び契約”の可能性に関する総合的研究

研究課題名(英文) Limitation of copetation, participation and contract in law making process

研究代表者

岸本 太樹 (Kishimoto, Taiki)

北海道大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授

研究者番号：90326455

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,000,000円

研究成果の概要(和文)：科学的裏付けはないが、環境汚染の可能性が疑われる化学物質等の排出規制に際し、行政庁は、法定の「法規命令」形式で規制基準を規律するのではなく、事業者団体等との間で交渉を行い、規制基準の策定それ自体とその具体的内容につきコンセンサスを得ようとし、最終的に「事業者側が一定の排出規制を行うことを条件に、排出基準を定める法規命令の制定を回避する」ことを内容とする契約を締結することがある(法規命令制定回避型契約)。本研究は、ドイツの議論等を参考に、法規命令代替型契約の法的問題点を検討し、それが民主的正統性の観点から問題があり、法的に許容されないこと(契約による法規命令の内容決定の違憲性)を明らかにした。

研究成果の概要(英文)：The administration wants to enter into a contact about regulatory standard with trade association. When this contract will be concluded, the administration abandons establishment of administrative legislation. This system has not just Advantages but also Disadvantages. The contents of this contract relate publicness. Consequently, regulatory standard should be decided by only administration, that has legislative power and legitimacy. The trade association is a private individual, that has not legislative power and legitimacy. On this study I clarified that this contract is unconstitutional.

研究分野：行政法学

キーワード：行政契約 法規命令 排出基準 環境リスク

1. 研究開始当初の背景

経済の低成長時代、本格的な少子高齢化時代にあつて厳しい財政状況にさらされている我が国は、先進諸外国と同様、公共的な事務事業の全てを、従来通り、国家がその単独責任の下、自ら遂行していくことに限界があることを認めざるを得なくなっている。「現代国家は、洋の東西を問わず、民間の法主体との間で協働を行わざるを得ない」と言われる所以である。

こうした公と私の協働は、これまで、主として、行政事務事業の実施・遂行局面において、活発に行われてきた。PFI法の制定、地方自治法の改正による指定管理者制度の導入、建築基準法改正による指定確認検査機関制度の導入等が、その典型である。

他方、公と私の協働（以下公私協働）は、この他にも、「環境へのマイナス影響が懸念される化学物質等の排出基準を策定する場面」などのように、行政庁が「法律の委任」に基づいて法規命令を策定する場合にもまた見受けられる。解決すべき問題の複雑性、解決に際して必要となる知見の高度化は、行政の制御能力を超えている。このため行政は、必然的に、法規命令等を通じて規制基準を策定する場合にもまた、あらかじめ、関係する民間の法主体との間で「交渉」を行い、不足する知見を補いながら実効性ある規制基準を策定せざるを得なくなっているのである。

かかる民間法主体との「交渉」は、様々な形態をとりうるが、近年、特に関心を集めているのが「規範代替型協定」という手法である。これは、法規命令等の制定権限を持つ行政と、当該法規命令の潜在的名宛人たる民間事業者等との間で締結される契約であつて、民間事業者等が一定の作為又は不作為義務を契約上負うことを条件に、行政側が規制の根拠となる法規命令等の制定を見送ることを内容とするものである。

こうしたやり方に対しては、民間法主体の知見とノウハウを有効活用しながら、実効性ある規制を実現する手法として、これを積極的に評価する動きがある一方、規制基準という、本来法規の形式で定められるべき「公共性の高い事項」が、特定範囲の民間法主体（しかも規制の潜在的名宛人として利害関係を持つ民間の法主体）との間の交渉・合意・契約を通じて決定されてゆくことに対して強い不信感をあらわにし、これに否定的な立場を示す者も存在するところであり、その評価は定まっていない。

2. 研究の目的

本研究は、こうした議論動向を視野に入れながら、法規命令等の「規範の制定局面における公私協働」につき、行政法学（特に行政契約論）の視点から分析を行い、以て「立法局面における公私協働のあり方と限界」を探

らうとすることを目的とするものである。「民間事業者等の事業活動を規制する際の法的根拠となるべき法規命令等の法規を制定し、その内容を法的に確定する局面」における公と私の協働は、常に「法規（法規命令）の制定権限を持った行政と当該法規により活動を規制されることになる民間事業者（及びそれが加盟する業界団体）との間の契約の締結」という形態としてのみ発現するわけではなく、この他にも、民間団体が策定した規格（民間規格）の参照指示（法規命令等の法規による民間策定規格の取り込み）等があるが、本研究は、立法内容形成局面における公私協働現象のうち、特に「交渉及び契約の締結を通じた立法内容の形成」に焦点を当て、その意義と、逆にその法的問題点を解明することを主たる研究の目的としている。

3. 研究の方法

民間事業者等が一定の作為・不作為義務を契約上負うことを条件に、法規命令等の制定権限を持つ行政側が、当該規範の制定を見合わせるやり方は、欧州（とりわけドイツやオランダ）において多数の実務実例がある。この点、ドイツ行政法学は、こうした契約手法について、これまで「契約による立法」又は「契約による規範内容の形成」という表題のもと、活発な学術論議を展開してきた。また裁判実務においても、当該契約手法に関する判例の蓄積を見ている。そこで本研究は、

「契約による規範内容の形成」が、行政実務上、いかなる背景のもと、具体的にどのような行政領域において、またいかなる形態において展開されているのか、

「契約による規範内容の形成」の是非をめぐり、ドイツ行政法学は、これまで、どのような学術論議を展開し、また裁判実務において、どのような評価が行われてきたのか、

について重点的に調査を行った。研究方法は、オーソドックスな比較法研究である。

4. 研究成果

本研究によって明らかになったドイツ行政法学上の議論動向の全体像は、以下の通りである。

民間法主体との間での交渉・合意及び契約を通じて、法規の内容を具体化し、形成してゆくやり方は、ドイツの行政実務上、比較的長い伝統があり、古くは都市建設法領域におけるBプラン策定契約に起源を見いださう。ここでは、条例として策定されるBプラ

ンの内容が、特定の民間事業者との間で交渉・合意される。

上記 B プラン策定契約は、契約による規範内容形成のうち、特に特定の内容を持った規範の「制定」が契約上合意されるパターンであり、「真正規範制定契約」と呼ばれる。

行政実務上、こうしたやり方が出現した背景には、行政及び民間法主体双方の思惑がある。

行政は、民間の投資意欲を刺激し、計画の実現可能性を高めるため、民間事業者の意向に沿った計画を策定し、以て、道路等の公共施設の整備を民間事業者に肩代わりさせ、財政負担を軽減したいという思惑がある。他方、民間事業者は、公共施設の整備を自己負担で行ってでも、自己に有利な形で計画を策定させることに魅力を感じている。

こうした真正規範制定契約に位置づけられる B プラン策定契約に対しては、判例学説上、様々な議論が展開されてきたが、多数見解は、これに否定的である。

その最大の理由は、条例として制定されるべき B プランの内容が、特定の民間事業者との間で決定されることになれば、法律上規律されている条例制定手続が毀損され、また多数の利害関係のうち、特定の民間事業者の利益のみが考慮されることになりかねない(衡量原則違反)点にある。

他方、特に 1990 年代以降、「契約による規範内容の形成」に関するドイツの実務及び学術論議の関心は、都市建設法領域における B プラン策定契約(真正規範制定契約)の許容性をめぐる議論から、次第に、環境法領域における法規命令代替型契約へと、議論軸を移行している。

1990 年代以降、議論の中心に置かれたのは、民間事業者等が一定の作為・不作為義務を契約上負うことを条件として、行政側が、当初予定していた法規命令の制定を回避し、又は見送るやり方である(法規命令代替・回避型契約)。こうしたやり方もまた、実質的には、「行政が民間事業者との間で法規命令の内容を交渉・合意している」点で、先に述べた B プラン契約と同じであって、「契約による規範内容の形成」の一類型に位置づけられている。他方、それは「契約上、特定の内容を持った法規規範を制定しないこと」が合意される

点で、B プラン契約とは異なるものであって、ドイツ行政法学上、「不真正規範制定契約」と呼ばれている。

不真正規範制定契約に対する評価は割れている。これを積極的に評価しようとする代表例が、1998 年に策定・公表されたドイツ環境法典独立専門家委員会草案である。同草案第 36 条は「法規命令代替型契約」に関する明文規定を置き、環境保全手法の一つとして、これを積極的に活用すべきことを主張している。

他方、これに真っ向から異論を唱え、不真正規範制定契約に位置づけられる法規命令代替型契約の許容性を全面的に否定しようとする動きも近年顕著である。その代表的な論者が F・ベッカであって、彼は、民間事業者が一定の作為・不作為義務を契約上負うことを条件に、行政サイドが法規命令の制定を見送るやり方を「憲法違反」として、厳しく弾劾している。

ベッカの主張は以下の通りである。

- [a] 法規命令の制定権限を持った行政が、法規命令の内容を単独で決定するのではなく、民間事業者との間での契約を通じてこれを共同決定することは、立法権限の一部放棄、立法権限の一部民間委譲を意味する。
- [b] したがって、法規命令代替型契約(不真正規範制定契約)は、B プラン契約のごとき真正規範制定契約と同じく、行政が単独で保持していたはずの立法権限を一部放棄し、民間に一部譲り渡すものである。
- [c] 問題となるのは、こうした立法権限の一部民間委譲が憲法上正当化されるのかであるが、これは否定的に解すべきである。ドイツの憲法上、法規命令の制定権限は、連邦の大臣とラントの政府に限定されている。これは限定列記であり、憲法は、それ以外の主体・機関が法規命令の制定権限を行使することを予定していない。

憲法が法規命令の制定権限を連邦大臣及びラント政府に限定した趣旨は、行政立法局面における民主的正統性の連鎖を維持・確保であって、民主的正統性の連鎖の中にない主体・機関が、立法権限を行使することを排除しようとしたからに他ならない。

B プラン契約のような真正規範制定契約はもちろんのこと、仮に法規命令代替型契約のごとき不真正規範制定契約が許容されるとすれば、法規命令制定権限を法律上委任しうる

名宛人の範囲を限定し、民主的正統性の連鎖の中にあるものによる立法権限の行使を排除しようとした憲法の趣旨は損なわれることになる。したがって、民主的正統性のない民間事業者との間での規範制定契約（契約による法規範の内容の共同形成）は、真正・不真正を問わず、憲法上認められないのであって、仮にそれを認める明文規定が個別法上存在しようとも、違憲と見なされなければならない。

[d] もちろん、それは、行政サイドが法規範を制定するにあたり、関係する民間法主体との間で交渉し、情報交換を行う可能性を全面的に排除するものではない。ベッカ-が問題視するのは、制定され、又は制定が見送られることになる法規範の内容が、契約という形式を通じて、法的に共同決定され、契約相手方たる民間事業者に対して、法規範の内容につき共同決定権が賦与されることである。

[e] したがって、行政立法権限を持つ行政庁が、予定する法規命令等の内容につき、関係する民間法主体との間で情報を交換することには、法的に問題はないのであって、「特に聴聞手続において認められる影響力行使」と「契約による共同決定権の付与」とは、厳格に区別されなければならない。

以上のドイツ法研究を通じて得られた学術的知見を総括すると、以下の通りである。

すなわち、法規命令の制定を法律上委任された行政権は、民主的正統性を持たない民間法主体との間で締結される契約を通じて法規命令の内容を「法的拘束力」をもって共同形成することは許されない。真正規範制定契約であれ、不真正規範制定契約であれ、およそ規範制定契約は通常、民主的正統性がなく、したがって本来的には法規命令の制定権限を付与・行使することが認められない民間法主体に対して規範内容を共同決定する権利又は法的権限を付与するのであって、それは、仮にそれを明文で認める法律規定が存在しようとも憲法上正統化されない。したがって、法規命令の制定局面において専門知識の不備を補い、その実効性・受容可能性を高めるために関係する民間法主体（法規命令の潜在的被規制者等）との間での協働が必要不可欠であるとしても、許容される協働の形式は「聴聞」までであり、それを超えて契約形式にまで踏み込むことには憲法上大きな疑義が提起される。ここに我々

は、契約が行政の行為形式として果たしうる機能に一つの大きな「限界」があることを認めざるを得ないのであって、契約は、同じく個別行為としての行政行為には一定の条件下において代替しえても、行政立法に代替する機能を承認することはできない（少なくとも管見の限り、契約に行政立法への代替機能を認めることについては、ドイツの行政法学上、有力な疑義・批判が提起されている）。

5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕(計 1 件)

— 岸本太樹「契約と行政立法 序説 規範内容形成局面における協働の限界」北大法学論集第 65 巻第 3 号（2014 年 9 月）1 頁以下 56 頁。査読なし

〔学会発表〕(計 0 件)

〔図書〕(計 0 件)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

岸本太樹 (KISHIMOTO, Taiki)
北海道大学大学院法学研究科教授
研究者番号：90326455

(2) 研究分担者 なし

(3) 連携研究者 なし