

早稲田大学審査学位論文（博士）

行政法学における『リスク介入』に関する法理の研究

A Study of Legal Theory Concerning “Risk Intervention”
in Administrative Law

早 稲 田 大 学
法 学 研 究 科
李 斗 領

行政法学における『リスク介入』に関する法理の研究

A Study of Legal Theory Concerning “Risk Intervention” in Administrative Law

早稲田大学
法学研究科
李 斗 領

目 次

序章	1
第一編 リスク法における介入手段論	8
第一章 リスク社会に求められる規制	9
第二章 リスク社会における法律による行政の原理の意義	17
第一節 リスク社会と法治主義	[17]
第二節 実質的法治主義の意義	[18]
第三章 法律による行政の原理～法律の留保論を中心に～	20
第一節 侵害留保説	[20]
第二節 全部留保説	[21]
第三節 権力留保説	[22]
第四節 社会留保説	[23]
第五節 本質留保説	[24]

第六節 行政実務説 [25]	
第四章 法律の留保と安全法（リスク法）の関係	27
第一節 リスク規制と法律の留保 [27]	
第二節 積極的な介入の形態 [30]	
第五章 従来型規制手法の特質・限界	33
第一節 公害問題としての警察概念 [33]	
第二節 環境分野における従来の警察概念の限界 [37]	
第三節 命令・統制型規制手法の限界 [38]	
第二編 リスク（規制）行政における第三者保護をめぐる行政の構造的限界	40
第一部 行政行為の附款論の限界と機能論	40
第一章 行政行為の附款の意義・問題意識	41
第二章 日本における行政行為の附款の議論	45
第一節 附款の法的概念・意義 [45]	
第二節 日本における附款理論の沿革 [45]	
第一項 附款の種類 [46]	
（1）条件（停止条件、解除条件） [47]	
（2）期限（始期、終期） [48]	
（3）負担 [50]	
（4）取消権の留保（＝撤回権の留保） [52]	
（5）法律効果の一部除外 [53]	
（6）事後変更の留保（追加的附款＝負担の留保） [53]	
（7）修正負担 [55]	
第二項 行政行為の附款と主たる行政行為との関連 [56]	
（1）行政行為の附款と裁量 [56]	
（2）行政行為の附款の附従性 [58]	
第三項 行政行為の附款の類似概念 [59]	
（1）法定附款 [59]	

(2) 内容的制限 [60]	
第三章 行政行為の附款に関する限界理論の検証	61
第一節 準法律行為的行政行為に附款を附し得るか否かの問題 [62]	
第二節 羈束裁量に附款を附し得るか否かの問題 [64]	
第三節 事後の附款の可能性及びその限界の問題 [66]	
第四節 公益性の観点からの判例・実定法の分析 [68]	
第四章 行政行為の附款の機能的側面をめぐる問題	76
第一節 公益担保手段としての附款の機能をめぐる議論 [77]	
第二節 受益拒否の回避手段としての附款の機能をめぐる議論 [85]	
第三節 予告的附款の機能をめぐる議論 [88]	
第四節 計画的附款の機能をめぐる議論 [89]	
第五節 独立行政行為の附款の機能をめぐる議論 [90]	
第五章 結び	91
第二部 韓国における行政行為の附款論と第三者保護法理	94
はじめに	95
第一章 韓国における附款の概念の議論	99
第一節 附款の概念の定義 [99]	
第二節 附款の類型 [100]	
第二章 韓国における附款の可能性と限界の検証	105
第一節 行政行為の附款と準法律行為的行政行為の関係 [105]	
第二節 行政行為の附款と羈束裁量 [106]	
第三節 事後附款の許容範囲 [107]	
第四節 行政行為の附款と法一般原則 [108]	
第五節 小括 [108]	
第三章 韓国における附款の機能論をめぐる議論	110
第一節 行政行為の附款の順機能(長所) [111]	
第二節 行政行為の附款の逆機能(短所) [113]	
第三節 小括 [114]	

第四章 韓国における附款と第三者の保護	116
第一節 事例検証	[116]
第二節 韓国食品衛生法の検証	[117]
第三節 韓国食品安全基本法案	[121]
第四節 小括	[123]
第五章 結び	126
第三編 リスク（安全）行政における政策手法論	129
第一部 リスク規制の政策的手段・原則	129
はじめに	130
第一章 リスク社会に対応する規制システム～規制手法の転換～	135
第一節 リスク社会の法的システム	[135]
第二節 リスク管理設定システム	[137]
第三節 リスク社会における自主規制	[141]
第四節 小括	[145]
第二章 リスク評価・管理に基づいた政策手段・原則	147
第一節 費用便益分析（CBA=Cost-Benefit Analysis）	[147]
第二節 ALARP（As Low As Reasonably Practicable）の原則	[149]
第三節 ALARA（As Low As Reasonably Achievable）の原則	[151]
第四節 総合衛生管理製造過程（HACCPシステム）	[152]
第五節 予防原則（Precautionary Principle）	[157]
第六節 リスクコミュニケーション（Risk Communication）	[159]
第七節 小括	[161]
第三章 事例検証～自主基準・安全性に関する判例を中心に～	163
第一節【事例】自主基準に関する事例	[163]
第二節【事例】安全性に関する事例	[169]
第三節 小括	[171]
第四章 結び	173

第二部 食品・環境リスクに関する事例検証～BSE 事例に関する考察～	176
はじめに	177
第一章 BSE 事件の経緯と行政の対応	180
第二章 食品安全法制の改革	187
第一節 食品安全委員会の設置 [187]	
第二節 食品安全基本法 [190]	
第三章 現行の食品規制法における安全規制	196
第一節 食品安全規制の実例 [196]	
第二節 チク口食品添加物指定撤回事件の検証 [198]	
第三節 食品安全性確保のための事前・事後規制の類型 [200]	
第四章 新たな食品リスク規制手法のあり方	203
第五章 結び	207
第三部 自主規制の類型・執行に関する考察～揖保の糸の事例研究～	211
第一章 自主規制の意義・類型	212
第一節 自主規制の補完性 [212]	
第二節 自主規制の機能的な分類 [213]	
第三節 自主規制の性質 [217]	
第二章 自主規制の主体・範囲	219
第三章 民間・行政・消費者の協働の観点	223
第四章 自主規制の執行（執行可能性・効果）	226
第五章 結び	230
第四編 リスク論の残された課題と展望	231
第一章 リスク評価・管理の可能性と限界	232

第一節	リスク評価・管理の限界	[232]
第二節	リスク社会における消費者保護の観点	[235]
第三節	リスク管理の観点からみた近時の判例検証	[236]
第一項	筑豊じん肺事件判決	[236]
第二項	水俣病事件（損害賠償・仮執行の原状回復等請求事件）	[239]
第二章	リスクと自主規制	243
第一節	自主規制の一般的な認識	[243]
第二節	自主取り組みの状況	[245]
第三節	規制再構築とリスク介入の関係～規制手法の多様化を中心に～	[246]
第四節	リスク介入（規制）と比例原則	[251]
第三章	総括（結論）	255
参考文献（資料）		259
参考資料（韓国食品安全基本法案）		277

序章

早稲田大学
法学研究科
李 斗 領

一 問題意識

リスクに関する社会的合意を定着させていくには、観念的な「絶対安全」という言葉は捨てられなければならない。最も重要なことは、市民の安全に対するリスクの確率をいかに軽減していくのかが重要な課題である。また、生命・身体に対する事故は常に起り得るものとの想定の下に、それが大きな被害をもたらさないように事前にいくつかの適切な手段を講じ、それでもなお不幸にして生じた事態の総合的リスクをいかにして許容し得るレベルにまで低減することができるかが課題である。

社会に発生する各種の弊害を除去するという行政法学における従来の警察概念は、数々の国家作用また行政作用の一つに過ぎず、それは単なる学問上の抽象的な説明の域を出なかった。すなわち、行政が危険防除措置を講じるための中核的要件たる危険とは、個々のケースにおいてある行為またはある状態がそのまま推移すればかなりの蓋然性をもって、警察上の保護法益に対する損害をもたらすことが客観的に予期しうる事実状況をいう。このような危険の定義を前提にしてそれに対する防御行政行動を「警察」として把握し、行政行動の範囲をこの警察行動の範囲に限定させようとする従来の行政法学の警察概念は、国家の権力行政の範囲を限定させようとする自由主義的意義を有している点でその歴史的意義は評価し得る。

しかし、これまでの警察概念を今日の社会において、なおそのまま維持できるかどうかについては疑問を生じさせているといえよう。とくに、環境に対する危険を例にとれば、その保護法益が一旦損なわれると不可逆的性格を有する、生命、健康、生態系等である。また、リスク発生の際の行為主体と被害者との情報の非対称性は

深刻である。規制手法の前提としての警察概念は、ここに問題が生じることになる。

現在においては、危険発生が顕在化する前に総合的・包括的に対策をとることが求められる。いわゆる、リスクの特有性に即応した制度の構築が求められているのである。新たに発生するリスクに対応するための安全技術が作り出されているが、この安全技術こそが次のリスクを生み出し、その連鎖は限りなく続き、やむことはない。ベックは、現代国家の任務は、この際限のないリスクへの対応にこそあるとして、現代社会をリスク国家とも位置づける¹。

最初に、このような認識への変化を提言したのは、社会学者であった。彼らは、「リスク社会」を解決するためには、関係分野の事業者のみならず、現代社会を、これまでの社会に存在しなかった「リスク社会」として認識し、その点が社会的にも理解される必要がある、と主張したのである²。産業社会の時代の「富の産出と分配」から「リスク配分」や「差異的消費」の時代が到来したのである。このような社会実情から、リスク配分として社会のシステムを理解してゆくことを提唱したのが、A・ギデンズ(Anthony Giddens)³、U・ベック(Ulrich Beck)、N・ルーマン(Niklas Luhmann)⁴であり、彼らに倣ってリスク社会と呼ぶ。近代社会の光の部分消費社会であるとするならば、影の部分はリスク社会であるといえる。

この危険・リスクに対処するために作り出される安全対策・安全技術は、逆に、それ自体が新たな危険を生み出す。究極的な安全など存在しない社会における危険・リスクへの対処は、危険・リスクをゼロにするということではなく、この危険・リスクをいかに管理してゆくか、換言すれば、どの程度までの危険・リスクを許容するかという観点から対応せざるをえないものである。

¹ Ulrich Beck = ウルリヒ・ベック『危険社会 新しい近代への道』東廉 / 伊藤美登里 訳(法政大学出版会 一九九八年)原著は、Ulrich Beck, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp Verlag, 1986.

² ウルリヒ・ベック『危険社会 新しい近代への道』以外に、同『世界リスク社会論 テロ、戦争、自然破壊』島村賢一(訳)(平凡社 二〇〇三年) また、山口節郎『現代社会のゆらぎとリスク』(新曜社 二〇〇二年)を参照されたい。

³ アンソニー ギデンズ(Anthony Giddens 著) 松尾精文・小幡正敏「訳」『近代とはいかなる時代か? モダニティの帰結』(而立書房 一九九三年)参照。

⁴ 小松丈晃『リスク論のルーマン』(勁草書房 二〇〇三年) ゲオルク クニール・アルミンナセヒ(著) 館野受男・野崎和義・池田貞夫(訳)『ルーマン社会システム理論 「知」の扉をひらく「知」の扉をひらく』(新泉社 一九九五年)参照。

とくに上記のように環境や人体への影響を因果関係に基づいて予測することが困難な危険・リスクについては、結局は、そして理想的にはその許容範囲を国民が決定することになるが、この決定を実際には、どのような立法・行政手法で決定してゆくか、そして決定後の行政介入方法をどうするか、さらには国民にどの程度の情報提供（リスク・コミュニケーション）を行なうかなどが検討されなければならない。

いずれにせよ、現代の広範囲にわたる領域における科学技術の発展のなかで発生する危険・リスクに対しては、いかに危険等をゼロにするかという観点からではなく、いわば、「いかに人間が危険・リスクと付き合っゆく（許容してゆく）か」という観点から取り込まざるをえず、ここに、危険・リスクへの「規制から管理」へという視点の移動が、行政法学においても生じることになる。

近年、その主張が法学領域にも受容され、「リスク社会」における「リスク規制（リスク管理）」といったテーマで、民事法・公法分野から少しずつ議論がなされている。本論文は、このような問題意識から出発し、今後行政法学における「規制」のあり方としての警察規制の範囲を超える「リスク規制（管理）」のあり方について分析し、それに対応し得る法理論の構築を課題としている。

二 論文の構成

第一編では、「絶対安全」という視点から「リスク管理」へ、さらには「リスク規制」へという法的仕組みへの意識転換が必要であることを論じる。このような認識が一般的な工学的見地のみならず、法学レベルにおいても要求されており、この認識のもとで法の規定や法の適用（応用）まで考えてゆく必要があるとの問題意識を前提にした上で、まず、社会に発生するリスクを明らかにして、情緒的議論を排し、論理的な議論のできる場を作らなければならないと考える。なぜなら、リスク社会とは、知識の増大と技術革新の進展のために、かつての純粋な「自然」も人々が依存する「伝統」もともに失った社会であり、これと並行して、旧来の専門的知識と行政的介入による制御の有効性は失われてしまったと考えるからである。

最初に、リスク社会に求められるリスク規制は何かなど、規制に対する認識の変

化について分析する。そして、公法学の成立当時からその基本原則となっている、法治国家理念から導かれる法律による行政の原理からみる「リスク社会」の法的意義について検討する。この原理は、従来から公法原理または行政法総論の分野の基本的な法原理の一つとして位置づけられてきたものである。「法律による行政の原理」の中核は、「法律の優位」、「法律の法規創造力」および「法律の留保」である。

これらの三つの要素は、法治国家原理から発生する三原則として取り扱われてきたものである。第一編では、今日のリスク社会において、行政活動が警察規制の範囲で展開することを想定して構想された法律による行政の原理が、いかに変容し、いかに理解されるべきものかをめぐる議論を試みる。

すなわち、行政法上の法概念の多くが、一方で時代によってその固有の歴史的展開を遂げてきた反面、他方で常に新たな内容をもちこむことを要求されてきた。これまで警察概念のもと、行政の介入範囲や介入手法を限定する努力をしてきた行政法学は、リスク社会の到来の中で、「行政介入」の新たなパターンの検討が大きな課題となってきたのがその例である。

検討のアプローチは、「法律の留保論」をめぐる学説を整理した上で、従来の規制手法としての警察概念の定義が継続する限り、問題が生じることについて分析を行なった。今後行政法学分野で要求される「規制」をめぐる新たな問題を検討することとする。

次に、第二編第一部では、第一編での議論を踏まえた上で、規制に関する重要な手法である、行政行為の附款を取り上げ検討する。検討対象領域は、リスク社会の到来に伴ない第三者保護の関係(国民・住民の利益)が強く求められる領域である、食品、医薬品、消費者保護、公害(環境分野)等の規制分野を対象とする。これらの分野は業者あるいは個人(行為主体、被規制者、許認可の申請者)利益より公益性が強調される領域である。第三者の権利保護(公益)の観点から言えば、これらの分野は単なる経済規制ではない社会的規制の性質が濃厚である。

さらに、上記の規制対象領域では、とくに迅速性が求められ、また選択しうる規制手法が多様であるが故に、従来の行政行為論のみではこのような要請に対応できない側面があるとの認識に立った分析を試みる。

そして、第二編第二部では、韓国における「リスク社会」に対応しうる行政手法としての行政行為の附款を検討する。その射程範囲は、韓国における行政行為の附款の機能をめぐる学説・附款の概念の分析である。

とりわけ第二編第二部では、行政行為の附款の第三者保護機能に関する分析であり、この分析によって、従来の「行政行為論の限界論」に対する批判を試みると同時に、新たな行政法学の体系化への準備作業の意味も含めて、とくに韓国における附款について、その法理・機能・第三者保護に関する考察を行なう。また、日本における附款の議論を日韓比較の観点から発展させていくという意義もあると考えている。

次に、第三編からは、第一編第五章で検討した行政行為論の限界論の一つとして登場する警察概念（警察規制）の限界論を踏まえつつ、食品安全行政や環境行政等の法領域における新たなリスク概念の認識を踏まえ、現実社会の問題に照らしながらアプローチしていくため、リスクに関する行政・政策学の成果も取り込みながら、「リスク社会」に最も要求される社会的管理システムの手法について検討し、法的規制のあり方について考える。

まず、第三編第一部では、私人の自由な活動を国家の法定立によって一般的に禁止した後、私人による個別の許可申請が一定要件を満たしているとみられる場合には、許可行政庁はその禁止を解除（＝許可）しなければならないとする従来の規制であった。ところが、一旦行政庁によって許可が与えられてしまった場合には、当該許可事業に対して、行政庁が制裁措置を含む新たな権限を行使したり、また第三者たる私人が自己の権利侵害を主張して事業の遂行を制約することが難しくなってしまう。

このようなことから、リスク社会に求められる規制のあり方を踏まえ（第一編）ながら、リスク社会における法的・管理設定システムを取り上げる。その上、従来の許可制度は、国民（市民）の「安全性」確保の面から十分に対応しきれていない実情に照らし問題点を指摘し、今後結果発生 of 蓋然性が低い段階においても、行政権限の行使を認めるリスク規制概念と、その規制手法について分析していく。

また、従来から行政法学分野で問題とされてきている「法律留保から手続留保」

への規制手法の変化を把握しつつ、環境規制概念の中で用いられてきた規制手法を踏まえた上、主に自主規制、経済的規制手法によるリスク規制に関して分析する。

第三編第二部では、実際問題を取り上げた上（BSE 事例）、「リスク社会」に対応できる行政規制のあり方について検討する。とりわけ食品リスクや環境リスクがかかる分野において従来用いられてきた警察概念に基づく典型的規制手法であった許可制度は、今や市民のもとめる「安全確保」の要求に対応しきれていない状況にあることを明らかにする。このような問題状況に関し、BSE 事件を用いて検討し、その解決を試みる。

そして、第三編第三部では、非権力的な手法（行政指導）による「自主規制」という方法でのリスクへの対処については、素麺事業者（兵庫県手延素麺協同組合）をめぐる自主規制を素材にして検討する。この事例研究は、生命・身体への危険リスクがそれほど大きいとはいえない段階で、自主規制という方法でリスク規制が行なわれる一つの原型として取り上げたのである。具体的には、素麺事業者である「揖保乃糸」の素麺組合が自主規制を定着した経緯と組合の一体化される要因と歴史を踏まえた上で、市場における「品質管理」を徹底している状況を紹介する。

それに加え、行政法規や行政行為によって課せられた義務が国民によって履行されない場合に、行政機関が、その独自の強制手段により、将来に向かって、義務者の心理を圧迫し、またはその身体・財産に実力を加えて、義務を履行せしめ、または義務が履行されたと同様の状態を実現する作用である行政強制と対比させながら、企業組織内における自主規制による安全確保の手法の意義を検討する。自主規制には、その運用次第で効果のない場合も予定されるが、適切な自主規制がなされれば環境リスク分野においては環境負担を軽減し、また食品リスク分野においては、市民の安全確保を軽減させる有益な手法として効果の側面がある。ここでは、とくに自主規制に従わない場合の執行の問題について詳細に検討する。

第四編では、消費者の安全のため近年大幅に改正された、食品に関する食品衛生法、医薬品に関する薬事法の整備を検討の対象とする。まず、「規制」のあり方として事前規制について注目すべき変遷があったことを受け、規制に対する認識変化やリスクに関する規制手法の多様化を検討する。従前の事後的な救

済手法としての損害賠償も重要であるが、人体への侵害の不可逆的な性質からして、損害賠償では回復不可能な安全領域について事前規制こそが不可欠の課題であると痛感させられる。

また、対象領域に応じて、安全確保を有効なものとする「絶対安全」からリスク評価の基準・管理を重視する「安全の評価」、「安全の管理」への仕組みの構築、または、意識の転換が必要である。

そこで本論文では、社会科学一般的におけるリスク社会の議論を踏まえながら、その議論が法学レベルで適用可能となる方法に関して考え方を述べたい。具体的には、「リスク社会」で求められる法的な行政規制のあり方（この意味で使う時は、リスク規制と表す）について分析することが本論文の狙いである。

第一編 リスク法における介入手段論

【課題】

本編第一章では、リスク社会に求められるリスク規制は何かなど、規制に対する認識の変化について分析する。行政法上の法概念の多くが、一方でその固有の歴史的展開を遂げてくると同時に、他方で時代の要請に応じて常に新たな内容を「法律による行政の原理」にもちこむことを要求されてきた。今日までのこの原理に依拠した行政の社会への介入は、自由主義国家観のもとでその歴史的刻印を帯びた警察規制概念のもとで、法的介入と非法的介入、すなわち行政指導に基づく産業界ないし各企業内の自主規制という方法によるのみであった。

このようななかで、「行政介入」の新たなパターンとして注目を浴びている警察概念と区別される行政の「リスク介入」(=リスク規制)を法治国家原理との関係でその性格を位置づけておくことは重要である。

公法学の成立当時から、法治国家思想のもとで発展してきた法律による行政の原理は、公法原理又は行政法総論の分野の基本的な法原理の一つとして位置づけられてきた。「法律の支配」(英米行政法における「法の支配」と区別)という概念を中心として構成される。「法律による行政の原理」の中核は、「法律の優位原則」をはじめ、「法律の法規創造力」、「法律の留保」である。これらの三つの要素は、法治国家から発生する三原則として取り扱われているが、本編では、行政作用法領域における法適用問題との関連をめぐる検討を試みる。

第一章 リスク社会に求められる規制

現代社会のなかで安全に対する認識を変化させてゆく必要があるが、その場合には、安全の本質、規制の対象領域の特定を析出した上で、安全確保をいかに有効に行なうかとの観点から考えていくことが最も重要であると考えている。

まず、「絶対安全」という視点から「リスク管理」へと、さらには「リスク規制」という法的仕組みへの意識転換が必要である。このような認識が工学一般の見地のみならず、法学レベルにおいても要求されており、この認識のもとでの法の規定のあり方や法の適用（応用）まで考えてゆく必要がある。

【図 帰結・認識の変化によるリスク分類】

1. 伝統的なリスク

遠距離貿易（自らの利益を獲得するためのリスク）、行為の責任（危害）が本人に帰結

2. 産業社会的・福祉国家的リスク

保険制度（労働保険、個人ではなく集団に帰結する、例えば、公害4大訴訟）

3. 新しいリスク

社会的規制の程度・管理・評価による環境・食品リスク（地域、集団を越え、広域的、グローバル的な規模である）、BSE事件、遺伝子組み換え食品、鳥インフルエンザ等（ただし、鳥インフルエンザのように従来存在していたとしても新しいリスクとして扱い、理由：化学技術の発展により評価可能）、リスクが広範囲に及び、社会的規制の一環として管理

例えば、科学技術、情報管理の発展（情報伝達機器等）により、安全に対し推測・管理が容易であるかによって判断する。また、リスクに対する危害が行動者に帰結するか、或いは本人以外の者に影響を及ぼすか、によって異なる、市民のリスクの認識変化による区分である。

本章では、このような問題意識に立ち、「リスク社会」で求められる法的な検討要素を析出し、法的レベルでの規制のあり方について分析する。

上記のように、「安全管理」システムを形成していくためには、リスク対象を正確に設定し、リスクの実像にあった管理が最も重要な要素であろう。すなわち、リスクの析出や対象がいかにかに難解な作業であるかは、BSE事件、鳥インフルエンザ・重症急性呼吸器症候群(SARS=Severe Acute Respiratory Syndrome)等の事例が示すところである。

実際、リスクは予測が大部分を示していることから、誰にも本当の大きさは分からない。また、法的な問題として検討していく場合には、因果関係¹の追及が非常に困難という要素が、様々な法的問題を生み出すことになる。

そのために、まず「安全性」に対する政策的な観点、または市場における取り組みを踏まえた上で、法的な観点から検討する【図 帰結・認識の変化によるリスク分類】で示したリスクの分類を出発点としたい。この分類では、市民の安全に対する認識の変化に焦点を当てている。

以上のような観点からすれば、第一に伝統的なリスク、第二に産業社会的リスク(福祉国家的リスク)、第三に新しいリスクの三類型に分類することができる。この三分類を縦軸として、食品分野、原子力行政分野、環境分野等を横軸としてそれぞれを検討することが有益ではないかと考えている。

例えば、伝統的リスクの場合、間近に迫っているわれわれの死を我々自身のせいにしなければならないことを学んだ²。すなわち、従来「危険」として意味を付与されていたものとは、自らの決定にかかわる「リスク」と捉えるような社会であるが、われわれは生きている現代社会は、従来のような意味でとらえると、対応しきれない問題が生ずることになってしまう。このような意味で現代社会は「危険からリスクへ」という流れの中にある³といえよう。

¹ 成田和信『責任と自由』(勁草書房 二〇〇四年)六〇～六一頁参照。以下では、因果関係論については、ここで深く立ち入らないが、「場所と時間を問わず、あらゆる出来事は、その出来事より以前のある時点で世界に生じたあらゆる出来事、ならびに、世界を支配する(自然)法則、という二つの要素によって決定される」とする。

² ゲオルク・クニール(著)、アルミン・ナセヒ(著)、館野受男ほか『ルーマン社会システム理論 - 「知」の扉をひらく - 』(新泉社 一九九五年)二〇四頁参照。

³ 長谷川公一「リスク社会という時代認識」『思想 七月号』(No.963 岩波書店 二〇

例えば、フロンガスによるオゾン層破壊の問題や地球温暖化問題は、予見不可能な「危険」としての意味付与に代わって、われわれが次第に予見能力を高め、自己帰属させることによって「リスク」として国際社会が対応するようになった代表的な環境問題である。

また、第二の「産業社会的リスク(福祉国家的リスク)」、「第三の新しいリスク」への認識変化を働きかけたのは、ウルリヒ・ベックである。彼は、「貧困が重要な問題であった近代の始まりにおいては『富の配分』が社会的な課題であったが、近代化の進行した私たちの現代社会においては、科学技術が作り出す『危険の配分』の問題が新たに生じている¹⁾」と指摘する。

このような理解では、「産業社会的リスク(福祉国家的リスク)」と「第三の新しいリスク」は共通する。しかし、「新しいリスク」社会とは、リスクが広範囲に及ぶため、社会的規制の一環として管理していかなければならない事柄であると考えている。

かくして、リスクに関する社会的合意を定着させていくには、観念的な「絶対安全」という言葉は捨てられなければならない。重要なことは、確率は低くとも事故は起り得るものとして、それが大きな被害をもたらさないように事前にいくつかの適切な手段を講じて、それらが相まって不祥事事態の総合的リスクを許容し得るレベルにまで低減することが望ましい。これが新しい「リスク社会」に求められる課題であると思う。

これを解決するためには、関係分野の事業者のみならず、社会的にもこのことが理解される必要がある。それゆえ「国家対個人の二極面に理解にかかわる(既存の考え方から)三極面的な国家(観)理解がみられる。国家、社会そして個人からなる三極面構成²⁾」が基礎的な認識になるであろう。

○四年)一三頁参照。

¹⁾ Ulrich Beck = ウルリヒ・ベック『危険社会 新しい近代への道』東廉 / 伊藤美登里訳(法政大学出版会 一九九八年)原著は、Ulrich Beck, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp Verlag, 1986.

²⁾ 今村哲也「Polizeiの意味について」『一橋研究』(一橋大学大学院 第七巻第三号 一九八二年)六二頁参照。

また、リスクを軽減することによって逆に他のリスクを増やしてしまうことになる場合がある。これを社会学や経済学では、「リスク・トレードオフ」という。一般に「問題は目的とするリスクを減らそうという努力が、逆に意図せずにそれを打ち消すようなリスク（対抗リスク）を大きくしてしまう¹」という弱点になることをいう。

さらに、この認識の変化による分類の弱点として以下のようなことが懸念される。

第一に、「新しいリスク」で現れやすい絶対安全性の取り扱いである。すなわち、「リスク管理」の観点を強調してしまうと、ある事柄について安全性を議論することそれ自体が、その事柄の危険性を意味すると世間が受け止めるのではないかとの危惧から、当事者が安全性を表立って論じることを避けようとしてしまうケースもある。通常、積極的に説明することを避け「絶対に安全である」ことのみをいう場合である。

第二に、かつての「公害問題や開発問題などにおいて政策的に具体的な意思決定を迫られる現場では、リスク・ベネフィットの評価や議論の中で、ローカルな現場での当事者たちの思いや利害が必ずしも反映されてこなかった²」経緯がある。これは現在においても状況はそれほど変わっていないように思われる。

第三に、リスクそのものをどのように見積もるかが容易なことではないし、見積もられたリスクが正しいことを証明することもできないからである。例えば、BSE事件、鳥インフルエンザ、SARSの場合がそれである。BSE事件については、第三篇第二部で詳細に検討する。

第四に、リスク評価の思考は欧米諸国において既に定着しつつあるが、日本においても、そのことに関する理解の促進が望まれる。もちろんこれで法的な媒介作業を得なければ、問題が解決されるわけではないと思うからである。

¹ ジョン・D.グラハム、ジョナサン・B.ウィーナー編集、John D.Graham（原著）Jonathan Baert Wiener（原著）菅原努（翻訳）『リスク対リスク 環境と健康のリスクを減らすために』（昭和堂 一九九八年）二頁参照。

² 鬼頭秀一「リスクと社会的リンク」『科学』（Vol.72 No.10 岩波書店 二〇〇二年）一〇三三頁引用。

第五に、リスク・レベルの基準をいかに定めるかについても意見が分かれるであろう。

その他、絶対安全の段階にとどまっているものでないとすれば、如何なる前提条件でリスクを見積もるか、その前提においてどのようにリスクを求めるかのリスク見積りのプロセスを明確にすることにより、問題は一步前進すると考えている。恒常的にその前提条件が正しくないか否かにつき、チェックすることが重要になってくる。これこそがリスク社会に要請される認識ではなからうか。

また、「近代社会がリスク社会であるのは、それが様々な損害や苦しみや破壊や災害をうむからではない。近代以前のすべての社会もそうしたものを生み出してきた。社会は、運命とか不幸という名の恵み深いマントがもはや損害を包み込んでくれなくなることによって、はじめてリスク社会¹」になる。

【表】リスク予防・管理

科学技術の発展に伴なう 数字による暴露量の軽減	予防主義(予防原則) 事前的な措置強調
市民の認識変化 (リスクに対する不安の軽減)	リスク管理 事前・事後的な措置強調
リスク予防(決定/帰属) 認識の変化による cf 科学技術の発展によるリスク評価の可能(予測可能性への拡大)	

このような認識に立って形成された社会システムにより適切な見積りが可能になれば、市民のリスクに対する不安が低減されることになる。同時にこれにより

¹ ゲオルク・クニール(著)、アルミン・ナセヒ(著)、館野受男ほか『ルーマン社会システム理論 - 「知」の扉をひらく - 』(新泉社 一九九五年)二〇五頁参照。

スクの評価技術の進歩が図られるのである。ただ単に、上述したように、「絶対安全である」といった議論をしている限り発展はなく、むしろ安全でないものが「絶対安全」の掛け声とともにまかり通ってしまう危険さえ生まれるのではないだろうか。

かくして、私見では、表 1 に示すように、危害(危険)の大きさを一定範囲以下に抑えるために行う行為(活動)がリスク社会の課題であるとすれば、そのためには、身体に対する害因の量を軽減する(暴露量の軽減)という「リスク管理」的システムの構築が必要であり、市民に対しては、社会的リスクを認知させ(リスクコミュニケーション)あるリスクの原因に関してリスクに対する不安を軽減する説明義務によるものであると考えている(例えば、情報公開)。

現在、我々の社会的管理の下に置かなければならないリスクとは何かが問われる。リスクとは、一般的に被害の大きさと、それによって発生する確率の積で表している。一般人があるリスクを客観的に数値化したり、科学的に評価しているわけではない。説得力のあるリスク評価は、科学者による専門的な知識・情報に基づいて判断することになる。

さらに、あるリスクを理解する際に入手できる情報や知識などは一般人には理解することも困難なものが多い。すなわち、専門家と一般人の間にリスクに対する認識は大きく異なることになる。

かくして、リスクを明らかにして、情緒的議論を排し、論理的な議論のできる場を作らなければならない。なぜなら、リスク社会とは、知識の増大と技術革新の進展のために、かつての純粋な「自然」も人々が依存する「伝統」もともに失った社会であり、これと並行して、専門的知識と行政的介入による制御の有効性を失われてしまった、そうした世界に他ならないからである。

このような認識を通じて社会的決定システム構築²やコンセンサスを獲得してい

¹ 中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明編『現代法の展望 - 自己決定の諸相 - 』(有斐閣 二〇〇四年)二五六頁参照。

² 北村喜宣『自治体環境行政法』(第三版 第一法規 平成一五年)二八七頁参照。

く道筋を作ることが大切である。例えば、環境分野では、規制政策としての手法として登場し、環境分野においてもリスク観点の要請が強調されてきている。いわゆる、「リスク」の科学的、客観的評価についてもっとも徹底した立場を取ろうとするのが学問的「環境リスク」といい、本論文の対象（第三編第一部）である。ここで、リスク社会における行政法学レベルでのリスクに関する問題意識を触れておく。すなわち、「リスク規制」として法の枠組みの中で対処すべきリスクとは何かであり、そのリスクを誰のために規制するか、またいかなる基準を持って規制するかということである。さらに緊急の対応を必要とするリスクの場合、いかなるタイミングで規制するかが重要な問題となってくる。

そもそも多くの経済学者は、「富の最大化」によって規制は正当化できるような理論を展開してきたが、環境をめぐる安全に対するリスク分野（環境リスク・食品リスク）においていえば、とくに法学分野での研究が大いに期待される状況にあると思われる。

さらに、既述のように、リスクを正しく定量化することは容易なことではないが、経済分野では、例えば、民間の保険会社はリスクの評価を行っている。古くは海難事故に対する船舶保険、最近では地震保険が開発されている。いわゆる、今日まで蓄積された知識・経験を活用して、リスクの評価技術を一層進展させることが必要であるとの趣旨で発展してきた。その一環として、近年、天候デリバティブという保険が登場している¹。

一般に、このデリバティブ取引においては、リスクの測定（Measurement）、リスクの監視（Monitoring）、リスクの管理（Management）のいずれもが重要な要素であり、このうちのひとつが欠けると他は成立しないとされる²。

とくに、天気に関する保険の一種として、天候デリバティブは、天候による収益減少をカバーする商品のことをいう。このサービスは、リスク管理的経営戦略を生

¹ 可児滋『デリバティブの落とし穴 破局に学ぶリスクマネジメント』（日本経済新聞社 二〇〇四年）二六五頁～二六六頁参照。

² 可児滋・前掲注（1）三三一頁～三三二頁参照。

み出すために生まれた保険市場の商品の一つである。

また、この商品は、「保険市場でアメリカから最初に誕生した商品である。アメリカにおける電力自由化の流れの中で、一九九七年に大手エネルギー企業エンロンが開発した¹」のが始まりである。日本に初めて登場したのは三井海上（一九九九年六月）である。

¹ 参照、<http://www.ms-ins.com/art/casestudy/leisure.html>(現在三井住友海上)当時、三井海上が岐阜の総合スポーツ用品量販店向けに少雪による収益減少リスクを引き受けたのがその最初の例である。このデリバティブ取引は、オプション取引の一種であると説明される。すなわち、SDI (Snow-Depth-Index : 積雪量指数) オプションと呼ばれるものである。三井海上は株式会社ヒマラヤから予め一定のオプション料を受け取る一方で、決められた観測地点での積雪量が設定水準よりも少ない場合にその日数に応じた金額を同社に支払うことになる。

第二章 リスク社会における法律による行政の原理の意義

第一節 リスク社会と法治主義

法治行政の原則は、行政が国民の権利義務の制限にかかわる作用を営む場合には、必ず国民代表議会の制定した法律に従うべきことを要求する。

法律による行政の原理は、元来一九世紀のドイツで生まれたものであって、とくに一八・一九世紀に登場した自由主義思想の統治原理あるいは公法原理への反映として、いわゆる市民的法治国家において主張されるようになった経緯¹があり、それが日本にも導入された。

公法学の成立において、法律による行政の原理は、公法原理又は行政法体系の成立の最も重要な基本的法原理として位置づけられてきたのである。オットー・マイヤーは「法律の支配」という概念のもとで²、「法律による行政の原理」の中核を、「法律の優位原則」³、「法律の法規創造力³」、「法律の留保」の三つの要素で構成した。これらの三つの要素は、法治国家から発生する三原則として取り扱われ、行政作用法の体系化の出発点として位置づけられた。

そもそも「法律による行政の原理」という言葉は、ドイツ語の *Prinzip der gesetzesmaessigen Verwaltung* の訳語であり、この原理が法技術として確立してい

¹ 佐藤英善「経済行政と法律による行政の原理」『経済行政法』(成文堂 一九九〇年)六九頁参照。

² 塩野宏『行政法』(有斐閣 二〇〇四年)五八頁、また同、『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣 平成三年)一一〇～一一三頁参照。

³ 法規創造力についての近時の論文として、松戸浩「法律の法規創造力の概念について」『法学』(六七巻五号 東北大学法学会 二〇〇四年)八八一～九〇五頁を参照されたい。例えば、「法規」を専権的に創ることができるのは法律のみであるという原則である。まず、「法規」とは、国民の権利を制限又は義務を課する内容のことをいう。この概念は、人権の主体である国民にとって重大な事柄については、法律によってのみ国民が委任した国会議員によって構成されている国会によって民主的にコントロールしながら定められるべきことを意味する。行政規則のような行政立法の問題として議論された。すなわち、行政機関によって法を作る活動のなかでは、行政行為や行政契約、行政指導(事実行為)等の行政行為形式である。法律の法規創造力の原則からすれば、行政機関が「法規」を内容とする法を作ることは、原則として認められていない。

ることが、法治国家成立の必須要件であった¹。この言葉は「法律に適合する行政の原則」であると認識され、法律適合性の原則ともいわれている。この原則は、当初は法律が存在する場合にはそれに反してならないという程度の制約として認識された。このような意味では、当初のこの原則の理解は立法事項説に該当するに過ぎなかったのであった。

第二節 実質的法治主義の意義

前述の立法事項説的考え方に立つ当初の法律による原理の背後にあるのは、いわゆる形式的法治主義である。これは、行政が従うべき「法律」は制定されていればよく、その内容が国民の憲法上の権利を侵害するかどうかは問わないという考え(これが立法事項説²とよばれるものである)であった。

この形式的法治主義は、戦前の人権侵害を阻止しえなかったことから、ドイツそして、日本においても、法律の内容が憲法に違反するものであってはならないという実質的法治主義の考えが一般的になり、現在行政法では「法律による行政の原理」というのは、この実質的法治主義を前提とすると解されている。

また、違憲立法審査によって法律の内容の正しさ(憲法上の正義)についても審査が行われるようになったため、実質的法治主義が採用されているということで説明されてきた。

ここでリスク社会における「法律」のあり方として、実質的法治主義は、以前の形式的法治主義では、法律の内容の正当性は要求されない認識に立ったことに対して、記述のように、法律の内容の正当性を要求する実質的法治主義は、国民(市民)の権利や自由を擁護する意味が含まれ、その自由と権利というものには、それを擁護するために行政による積極的な介入の性格を有するものである。例えば、国民(市

¹ 原田尚彦『行政法要論』(学陽書房 一九九四年)六九頁参照。

² 立法事項説は、明治憲法の下で、穂積八束博士を中心とする説である。憲法各条に規定する事項のみに法律の根拠が必要とされる説である。参照、塩野宏「法律による行政の原理 法律留保を中心とする」『法治主義の諸相』(有斐閣 二〇〇一年)一〇七頁、また、佐藤英善「経済行政と法律による行政の原理」『経済行政法』(成文堂 一九九〇年)七一～七二頁。

民）に対する被害の深刻さを考慮した上で、警察的規制では対象とならないリスクの領域に、あえて行政的規制を行なうことが要請される場合で、それによって身体・生命に対する「安全性」確保が要求されると解される。

第三章 法律による行政の原理～法律の留保論を中心に～

さて、本稿が検討するリスク規制にとって、法律による行政の原理のなかでも、とくに「法律の留保」論が最も重要な関係をもつことになる。この原理は、行政庁がある行動を行うに際して、どのような種類の行動が法律の根拠を要するか、又は法律の根拠を要するとして、どの程度の精密さをもった作用法上の根拠が要求されるかを問題とするものである。すなわち、行政権が行使される際に、いかなる場面に、法律の根拠が必要となるかという法適用の認識の内容である。周知のように、侵害留保説が通説とされているが、これには厳しい批判があり、例えば、全部留保説によれば、行政のすべての活動について法律の根拠が必要であると考えるので、法律の留保が行政のすべての活動（領域）に及ぶことになる。

また、本質留保説（重要事項留保説）は人間の存在の本質に関する部分への行政の関与については法律の根拠が必要であるとする。

以下においては、安全法（リスク規制）に対して要求される前提課題として、現在の「法律の留保」に関する学説につき、検討しておく。

第一節 侵害留保説

法律に留保されるべき範囲について、行政が国民の自由と財産を侵害する行為については法律の根拠が必要であると説くのが侵害留保説である。この説によれば、例えば、租税その他の公法上の金銭支払義務を課したり、憲法上は国民の自由とされる行為を許可制にしたりする場合には、法律の根拠が必要となるが、国民に利益を与えることになる社会福祉事業を行ったり補助金を給付したりする行政の行動には、法律の根拠はいらないことになる。この立場は、日本の明治憲法下の通説であった。この時代では、絶対君主主義的統治構造が根幹にあり、当時、日本においての侵害留保の理解は、上記の立法事項説として理解されていた¹。

¹ 塩野宏「法律による行政の原理 法律留保を中心とする」『法治主義の諸相』（有斐閣 二〇〇一年）一〇六～一〇七頁参照。

その後、明治憲法期後半に、法律による行政の原理に関する民権学派の理論を受け継いで多くの学説が「市民的侵害留保¹」説に変化していった。しかし、この市民的侵害留保説は、「人民の権利義務に関係のある場合であっても、例えば、予算の範囲内において地方自治公共団体その他の公共団体又は私人に対し、各種の補助・奨励的措置をなし、各種の施設を設けて人民の使用に供すること等は、本来は、行政の自由的活動に属する事項と考えてよい²」とされることから分かるように、「侵害行政」に限定されており、現行憲法が自由権の体系以外に社会権の体系を有することになった結果、この考え方は、社会権と法律の留保との関係を扱い得る理論とはなっておらず、その意味では、必ずしもそのまま現行日本憲法の下では承認しえないことになる³。

第二節 全部留保説

二〇世紀初め頃までは、行政活動の主要な目的は秩序維持、すなわち、警察規制行政が主であるとされていたので、侵害留保の原則のみで行政の主要な活動を統制してきた。

しかし、日本国憲法下の日本では社会保障等にも責任を持つ社会国家ないし福祉国家を目指すことになった。それゆえ規制行政に加えて給付行政も、行政の重要な活動範囲となったのである。行政活動のすべてに法律の根拠を要求する全部留保説は、侵害留保の原則を克服する試みとして、主張された⁴のである。

現行の憲法のとる民主的統治構造によって基礎づけられるもので、この意味には、平等の原則をも強調している。すなわち行政の活動には、すべて法律の根拠を必要とするという「全部留保説」である。この全部留保説はすでに侵害留保の時代に柳

¹ 田中二郎『法律による行政の原理』（酒井書店 一九五四年）一～四〇頁を参照されたい。

² 田中二郎『行政法総論』（法律学全集 6 有斐閣 昭和四三年）三二頁参照。

³ 佐藤英善「経済行政と法律による行政の原理」『経済行政法』（成文堂 一九九〇年）七三頁参照。

⁴ 柳瀬良幹『行政法教科書』（有斐閣 一九六九年）二一頁以下参照。また、磯崎辰五郎『行政法（総論）』（青林書院 一九五五年）二六頁以下参照。杉村敏正『行政法総論上巻』（有斐閣 一九六三年）四〇頁以下参照、高田敏「法律による行政の範囲」『広島政経論集一三巻五・六号（一九六四年）を参照されたい。

瀬良幹博士によって提唱されていたが、今日主張されている全部留保説とは、その内容において同列には論じ得ないとともに必ずしも十分な理由づけがなされておらず、また、それに従う学説も存在しなかったとされる¹。

なお、この全部留保説の語は種々の意味合いで用いられることがあり、全部留保説と呼ばれる説でも、論者よっては様々な意味として扱う場合もある。必ずしもすべての行政の活動に法律の根拠を要求するわけではなく、ある程度の例外を認めていることが多いのである。例えば、事実行為の例としての行政指導の他に、相手方との合意に基づく行政契約等については、市民の権利義務を一方的に変動させるものでないとの認識に立って、法律の根拠は必ずしも必要ないとする全部留保説が多くみられる。

しかし、現在の行政の活動は複雑多岐にわたることから、すべての行政活動に法律の根拠を与えることは、実際問題として難しい。全部留保説を貫徹しようとする、法律の予想していない事態が発生しても、法律に規定のない事項については、行政は何もできず、行政の活動を硬直させてしまい、かえって行政目的の実現を困難にしてしまうおそれがあるとの批判がなされることになる²。

かくして、それを避けるために法律に極めて包括的な授權規定を設け、形式的に法律の根拠を与えて対処するという考えられるが、それでは法律の留保という点から意味がなくなってしまう。

第三節 権力留保説

この説は、行政活動が侵害的行為か授益的行為であるかというような行政活動の性質を問わず、権力的形式をもってなされる行為にはすべて法律の根拠を要すると説く。近時の有力説であると言われている。

これに対する批判として、第一に、行政による行動(行為)を権力的なものとは非

¹ 塩野宏「法律による行政の原理 法律留保を中心とする」『法治主義の諸相』(有斐閣 二〇〇一年)一一〇頁参照。

² 佐藤英善「経済行政と法律による行政の原理」『経済行政法』(成文堂 一九九〇年)七七頁参照。

権力的なものに分けるといふ発想は公法・私法の議論での問題であること、第二に、この説は、権力性を判定基準とする「処分性」を論じる考え方で、公法学者ないし行政法学者にとっては馴染み易い認識に立った発想であるが、一般的に処分性が否定される行政計画のようなものについては多数の第三者の利害関係が交錯するにもかかわらず、法的根拠が必要でないといふこと、第三に、この権力留保説は、行政の個々の活動を独立して取り上げた場合には、比較的妥当な結論が得られるが、一定の政策や事業の実現に向けて大規模ないし継続的に行政が活動するような場合には、法律の根拠が必要かどうかは、その政策や事業の一部に一つの箇所でも権力的な要素が見出されるか否かによって決まることになる、第四に、行政活動を前提にする「法規」概念を前提している議論されてきた「行政法の諸原理」との整合性が問題となること、第五に、前述の第三の批判と関連するが、論者によっては、行政の活動をミクロのスケールに分解して考察する場合には相当有効であると主張されるが、マクロのスケールでとらえるべき行政の活動については適切でないことなど検討の余地がある。

第四節 社会留保説

古典的な侵害留保説は狭過ぎ、全部留保説は広過ぎるといふので、両説を修正する試みが色々行われている。例えば、社会保障等の社会権の保障については法律の根拠を要するとする社会留保説がある。

その理論的な根拠は、社会保障は、国民にとって重要な制度である前提ことから給付基準を明確にするとともに、公平で平等な給付を実現するため、法律でその内容を明確に定めるべきであるとの議論である。福祉国家という側面から十分説得力がある。

しかし、社会権の保障以外にも法律の根拠を要求すべきものが多く存在していることに鑑みれば、必ずしも首肯しうるか否か、疑問が生じる。例えば、本論文で検討する市民の生存権（生命・身体・健康の保護）にかかわる食品・環境・原子力行政における「リスク介入」的な措置、規制、取り組みを形成してゆく観点からすれ

ば、当初の社会留保説は、給付行政における法適用から説明されてきた経緯があったため、必ずしもリスク社会における法適用の場面から想定されていた局面が異なるのである。

第五節 本質留保説

本質留保説(=Wesentlichkeitstheorie)とは、行政の行為が侵害的か授益的か、あるいは権力的か非権力的かにかかわらず、重要な事項は法律で定めるべきであるとする考えである¹。この本質留保説は重要事項留保説、本質性留保説、本質事項留保説とも呼ばれる。ドイツではこれが通説・判例とされている²。

しかし、この説に対して最も議論される問題点は、何が重要であるかが、必ずしも明確でないことである。すなわち、国民の自由や財産を奪う典型的な侵害行為や社会保障制度の基本的事項などは当然、重要事項に該当するが、事柄が曖昧で、議論の余地のあるものに関しては、個別に決めていかなければならないことになる事案も多いことに鑑みれば、その境界線を引く尺度の選択(価値判断)が困難な場合が多々あり、多少説得力が欠けているとの批判がある。

また、この説に対するもう一つの批判は、権力留保説とは反対に、むしろマクロの行政活動について適切な判断基準を提供すると評価することはできるが、ミクロの行政活動に関しては、対応できないことである。

私見では、社会の迅速な変化の中で、国民にとって重要な行政活動も刻々と変化していく現代において、この説に立つことで適切な行政統制が実現できる余地は多いと思われる。これについての詳細は、後述する。

本質留保説を踏まえて行政の実情を踏まえた上で、判断しようとする説が次に述べる「行政実務説」である。

¹ 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」『現代行政の行為形式論』(弘文堂 平成五年)一～六七頁参照。また、阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣 一九九七年)六九五～六九七頁参照。

² 阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣 一九九七年)六九五頁参照。

第六節 行政実務説

行政を実際に運営する行政側の立場から見た場合、主に侵害留保説の立場に立っているように思われる。例えば、内閣法は「政令には、法律の委任がなければ、義務を課し、又は権利を制限する規定を設けることができない」と規定している（内閣法第一条）。この条文の理解は、授益的な行政立法には法律の根拠は不要との考えに基づくと説明されている。

しかし、行政実務が侵害留保の原則によっているということは、法律の根拠がなくても実務上は授益的な行為を行うことがあるというに止まり、授益的な行為にはすべて法律が制定されていないとか、或いは授益的な行為については法律を制定すべきでないと解されているということの意味するのではない。逆に、授益的な行為でも一定の重要なものについては法律の制定が必要であるとするのが実務の持っている態度であると解したほうがより分かり易い。

また、若干従来の議論と異なるが、BSE 事例のように、法律の根拠がなければ、何もしないのが今日までの行政のパターンであったように思う。このような局面に行政による積極的な介入があれば、国民にとっては利益になる。その限りでは従来の議論で十分説明できる規制手段であった。すなわち、生命・健康に対する弊害除去を目的とするのであれば、「生命・健康に対する侵害は一旦侵害が発生すれば取り返しのつかないような回復困難性を有することから、事前規制型が望ましいだろうし、そして実質的規制型の許可制などが採用されることとなるであろうし、しからざる場合あるいは侵害が軽微か事後的規制で十分対応しうる場合には、それにふさわしい届出などで対応できる¹」とするが、「リスク」介入的性質あるいは積極的な措置を取らないまま、行政の信頼が問題となった事例が多く見られる。

例えば、BSE 事例において行政によって積極的な何らかの措置（規制・介入）があったならば、市民の不安はある程度改善できたはずだったが、この事例においても、他の領域（金融・経済分野）と同様の発想で「行政指導」を運用した結果、市

¹ 佐藤英善『『行政介入』の展開する典型的場面と『行政介入』のパターン』『経済行政法』（成文堂 一九九〇年）四五七～四五八頁参照。

民に不安を与えていた。やはりこのような場面で、行政の積極的な介入が望ましいであろう。

第四章 法律の留保と安全法（リスク法）の関係

第一節 リスク規制と法律の留保

今日の行政においては、従来以上に法律の留保の問題をどう考えるべきであるかが問われている。本章においては、国民の安全を守るための行政の介入形態が警察規制を中心としていた時代から、リスク規制の形態による介入が要請されている時代における法律の留保の整理が必要であると思われる。

まず、現在においても侵害留保説が通説的な立場を占めているが¹、侵害行為について法律の留保を要するとする侵害留保の原則は、何ら異論のないことであろう。一般的に、少なくとも承認せざるを得ない要素を含んでいるとの認識に立つのである。また、権力的な行為につき、法律の留保が必要であるのは当然であると思われる。

【図 法律の留保と安全法分野における作用法の根拠】

学説・手法 介入形態	手法	侵害	全部	社会	権力	本質	実務	基本権
	作用法上の法律の根拠有無							
侵害・規制行政	権力	○	○	○	○	○	○	自由・財産権
Ex.許認可	非権力	×	○	○	×		○	
調整的行政	権力	○	○	○	○	○	○	社会権的行政
Ex.行政指導	非権力	×	○	○	×		×	
管理行政	権力	×	○	×	○		×	生存権的行政
Ex.リスク介入	非権力	×	○	×	×		×	

侵害留保説等の表記 二文字に表す（侵害）。その他も同様。

法律の根拠が必要な場合には、○と表示、必要でない場合、×と表示する。

主に、重要事項留保説、行政実務の立場における政策判断状況による場合、 と表示する。

¹ 田中二郎『行政法総論』（法律学全集 6 有斐閣 昭和四三年）二五頁参照。

しかし、授益的行為であれば、すべて法律の留保が不要であると認識する侵害留保説については首肯しがたいであろう。なぜなら、佐藤英善教授も述べるように、すべての行政領域について、組織法的な根拠は必要であり、国民の基本的人権にかかわる行政活動には、例えば、社会権に係わる領域についても法律の留保を要すると考えられるからである。

そして、現行憲法が予定する統治構造との関連、すなわち、国民主権や民主主義との関連で要請される場合に、必ず法律の留保が最小限必要となる¹。この場合の法律の留保の範囲は、行政活動を行使する際に、権力的手段が用いられ、それが国民の人権と関わるものである場合は、組織法、作用法及び手続法の三種類の根拠が必要である。非権力的手段については、一般的には組織法と手続法的根拠があれば十分であると考えてよいであろう²。しかし、「規制的行政指導」は、実質的には権力的手段と同様の性質をもつものとして、上記の三種類の法律の留保が要請する前提に立ち、その以外の行政指導については、その基準が公開されることによって、平等取扱が保障されるとともに、行政責任が明確なるような手続的根拠があれば十分である。

具体的には、国土開発計画のように、国民の将来の生活を規定するものについては、民主的統治構造との関係からしても、少なくとも組織的な法律の留保を要すると解すべきである。塩野教授の見解も同様に、組織規範は行政活動のすべの領域において存在しているはずのものであると述べられている³。

さらに、藤田宙靖教授によれば、今日においては、少なくとも個別具体的なケースについての法解釈論上の実益という見地からすれば、侵害留保か、全部留保か、はたまた権力留保説かと言ったような一般的な議論を続けること自体には、もはや

¹ 佐藤英善「経済行政と法律による行政の原理」『経済行政法』(成文堂 一九九〇年)七六頁参照。

² 佐藤英善・前掲注(1)七八頁参照。

³ 塩野宏『行政法』(有斐閣 二〇〇四年)六二頁参照。

さほどの意味はないとされる¹。その理由として、今日における、「侵害」と「授益」の相対化現象を挙げられる。

従来の法律の留保論は、完全な全部留保説を除いて、法律の留保が必要なものを例示的に列挙したものと考えることができ、いずれも受け入れることができるのである。そして、その従来の議論に、上記で触れた観点（第三者考慮=藤田教授、硬直化されない範囲の行政指導の活用=佐藤教授）を加えて法律の留保論を展開していくことが妥当である。

以上のような法律の留保の議論に加えて、私見によれば、市民の安全を実現しようとする行為については、法律の留保は必要であると考え、行政機関のある行為が当該行為の名宛人以外の「第三者の利益」に関わることが多いことから、行政活動の影響の広がりを考えた上で法律の留保の範囲を論じることがより説得力があるように思われる²。

その上で、行政の行う活動がいかなるものであれ、一定の重要な事項については法律で定めるべきであるとする本質留保論説について、何が重要であるかは不明との批判があることを紹介したが、この重要な事項の認識については、私見によれば、【図】で示すように、従来の自由権・財産権や社会権を含む権力的行政をもカバーし、なお、憲法で保障する生存権確保にかかわる場合を基本的に重要と認識すべきものであると考える。

¹ 藤田宙靖『行政法（総論）〔第四版〕』（青林書院 二〇〇三年）八九頁参照。また、原田尚彦『行政法要論』（学陽書房 一九九四年）七六頁参照。

² この観点は、なかんずく従来行政責任の違法性を争われた国家賠償事例につき、「行政の権限不行使」をめぐって多く議論されてきたのである。さらに、今次の行政事件訴訟法の改正に原告適格の拡大（第九条第二項原告適格規定）に期待できる面も多いと思われる。改正第九条第二項の規定では、裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。解説については、高橋滋「取消訴訟の原告適格の拡大」『詳解改正行政事件訴訟法』（第一法規 二〇〇四年）一五頁～三六頁参照。

このような考え方によって、今日まで規制の対象外であったリスク介入としての、非権力的な手法にも対処できると思われる。すなわち、リスク社会において対処できないと認識してきた侵害留保説をカバーする対象領域に重要事項に関するリスク規制的な余地のある部分（ ）の領域も本質留保説に立てば、対処できると思われる。

第二節 積極的な介入の形態

法律の根拠がなくても行政は積極的に行為すべき場合があるとの議論を、リスク規制・リスク社会の時代のもとでの法律の留保論との関連で検討する。

例えば、生命と身体の危険にかかわる領域としては、食品製品（販売）、医薬品の安全性の欠陥、原子力発電所（原子力行政）など、様々なものがある。このような領域において、行政が危険（或いはリスク）を防止（管理）できる立場にある場合には、法律の根拠が不明確であるとしても、一定の何らかの措置を取るべきであるし、また、このような場合に、できる限り行政による危険防止（リスク介入）活動を可能ならしめるように解釈しなければならないケースがあると主張される場合がある。

上記の関連で、ここは次のような議論の展開になるのではないか。

従来の侵害留保は、徴税や収用、さらには一般的な営業許可などのほか、本稿で検討対象とする国民の安全確保のための規制としては警察規制を主たる対象としていたことである。この点は現在でも、重要な侵害留保でカバーすべき領域であることには疑いない。

しかし、警察規制では国民の安全を確保できないリスク社会においては、侵害留保は次のような問題をカバーすべきことを要請される。

従来の行政法理論では、安全確保のための行政的規制は警察規制の範囲で行わなければならない制約があった。それゆえ、警察規制をこえる行政介入は行政指導という手法で行なわれるか、又は民間の自主規制の形態をとって対応してきた。

しかし、現在では、国民の安全を守るためには警察規制の枠を超えるリスク規制

としての行政活動が必要である。そこで、リスク規制活動は、リスク社会と規定される現代においては、行政指導の領域に追いやることはできず、まさしく明確な法的根拠にもとづく活動として位置つける必要がある。すなわち、リスク規制活動は、侵害的行為として侵害留保論による法的根拠を付与されるべき性質を有するものの位置づけが必要であろう。

行政介入このような問題で法律の根拠規定がないからといって一定の措置がなされないことになってしまうと、基本権（生存権）保護という観点から行政責任が免れるわけにはいかない性質であると思われる。すなわち、「憲法の下での特別立法は社会形成をも有する。例えば、建築規制法は、建物による危険の排除とともに、社会政策的な目的をもち、食品衛生法は、健康の維持のための危険除去と消費者の包括的な保護を目的としている。また、薬品法は、薬品の無害性の配慮を超えて、薬品の質や効果にもその配慮の及ぶ法律である¹」と解釈しなければならないと考えている。このような認識は、いわば、多様なリスクや多元的な要求や規範間の差異の問題に対処しなければならないことを我々に突きつけているのである²。

また、法律の根拠が存在しないことを理由に、行政が行動を起こさないことになると、行政の単なる責任回避に過ぎないとの批判も可能になると考えうる。

かくして、行政の最優先の責務（行政の存在意義）は市民（国民）の生命・身体の安全を守ることにあるとの認識に立てば、市民の生命や身体の安全が危険にさらされている場合には、それを防止するために行政のなすべき権力的行為は最大限に広く設定する必要がある。

このような実情に即した考えに立てば、「法律の留保」は単純に、行政活動を行う際に、抑制措置としてではなく、如何なる場合に、如何なる介入をすべであるか、すなわち、「効果的な統制」を市民の立場から常に考慮しなければならない時代であるように思われる。

¹ 今村哲也「Polizeiの意味について」『一橋研究』（一橋大学大学院 第七巻第三号 一九八二年）六二頁参照。

² 平野仁彦「法の形成と『公共的理性』」田中成明編『現代法の展望 - 自己決定の諸相 -』（有斐閣 二〇〇四年）三七〇頁参照。

よって、最低限「侵害留保の原則」に立ちながら、問題となる領域については本質留保説が説得力を有するのではないかと考えている。何が本質であるについての判断基準は、時代の展開の中で変化してゆくが、リスク社会の時代においては、侵害的行政活動の統制という単純な考え方ではなく、行政が行政指導に逃避することを許さず、行政責任をとるリスク規制のための侵害的行政介入を行政に義務付ける必要があるとの考え方を背景に、そのリスク規制を本質的なものとして理解してゆく必要がある。

かくして、「基本権」と「民主主義視点」がある¹ことは、「リスク介入」的な規律に合致するものであるか否かは議論の余地があるものの、「図 法律の留保と安全法分野における作用法の根拠」で示すように、全部留保説を除いて、それぞれの価値判断により、必ずしも明確ではないが、行政に対し、本質留保説が侵害留保説より広範な働きかけをすることが分かる。

¹ 中川丈久「行政活動の憲法上の位置付け 法律の留保論の多様性、およびアメリカ行政法における法律の留保について」『神戸法学年報』(第一四号 一九九八年)二〇六頁参照。並びに、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」『現代行政の行為形式論』(弘文堂 平成五年)三二～三三頁参照。

第五章 従来型規制手法の特質・限界

「規制」という概念について理解を深めるためには「警察」概念の整理が先決課題であると思われる。警察の定義は美濃部達吉博士によると、「警察」とは、社会公共の保護のために命令強制により人の自然の自由を制限し拘束する作用である¹と定義されていた。以下では、日本における警察概念の意義について詳細に検討する。

第一節 公害問題としての警察概念

明治八年に制定された行政警察規則²は、近代的な警察概念を採用した日本で初めての法規である。警察概念の由来は、欧米の言語で「Police、Polizei³」にあたる。この言葉は元来ギリシア語のポリテイアであった。当時、この語は都市国家ポリスの憲法・組織及び一切の国家活動のことをさすものと言われる。ヨーロッパでは十六世紀まで、この警察概念は国家の作用、目的全体をさす言葉として用いられた。その後、イギリス革命、アメリカの独立、フランス革命を経て、とくに一八世紀から十九世紀にかけてドイツを中心に国家目的を消極的な秩序維持に限定する警察国家観が主張され、警察概念も個人や公衆に対する危険を防止し、公共の安全と秩序を維持する消極目的作用として、また、立法、司法と区別された作用として、実定制度上に用いられるようになった。

自由主義的基盤に立つ近代の行政法学は、行政庁が公共の利益の保護を理由にし

¹ 美濃部達吉『日本行政法下』（昭和一五年 有斐閣）一一頁以下参照。

² 行政警察規則の第一条は、「行政警察（司法警察に対する概念）ノ趣旨たる人民の凶害ヲ予防し安寧ヲ保全スルニアリ」とし、日本において初めて登場した警察概念である。

³ 『広辞苑』（岩波書店第五版 一九九八年一月）参照。右辞典では、「警察」とは、第一に、社会公共の安全・秩序に対する障害を除去するため、国家権力をもって国民に命令し、強制する作用。また、その行政機関又は行政警察をいう。第二に、警察法所定の普通という警察は、国民の生命・身体・財産の保護、犯罪の予防・鎮圧・捜査、被疑者の逮捕、公安の維持を任務とし、行政警察作用のほか司法警察作用をも所掌する。司法警察については、以前は、中央集権的な官僚組織であったが、一九四七年の警察法により国家地方警察・自治体警察の二系統に分ち、公安委員会制を採り、地方的・民主的に改めた。昭和五四年の警察法改正により、自治体警察を廃し、国家警察と都道府県警察との組織に改めたが、中央集権的な色彩が濃いとの解説がある。

てその権力を過大に行使して必要以上に市民社会に介入し、被規制者である個人の自由を必要以上に抑圧することのないように、被規制者の既得権を保護することに最大の関心を寄せてきたのである。後述する、「警察消極の原則」、「警察比例の原則」等の「警察権の自制原則」が条理法としていち早く形成されてきたのはそのためであった。

自由主義の理想のもとでは、公益のために私益を抑えることは最小限に自制すべきであるとされるから、行政は、市民社会への介入をできるかぎり自粛し、できることなら権力を行使せずにすませることが、むしろ望ましいとされてきた¹わけである。

また、一五世紀から一八世紀までに制定された法律にまで遡って考えると、この時期の法律にみられる *Polizei*（警察）の語の意味は、次の三つがあった²。

第一に、共同体のよき秩序の状態。

第二に、共同体のよき秩序の状態の確立あるいは維持に向けられる法律。

第三に、特別の官庁や特別の官吏を指す名称。

この警察概念は、活動ではなく、状態を意味したのである。したがって、共同体のよき秩序の状態を表現するのは、行政活動ではなく、市民あるいは臣民の行態であって、法律が遵守されている状態を指すものであった。このことから警察概念は、立法権との関係で認識されてきていたことが分かる。

以上のような歴史の後、十九世紀（から今日まで）になると、警察概念は以下のような内容をもつものとなる。

警察介入とは、社会の弊害を取り除くという意味を持ち、建築（建築警察）、道路（道路警察）、衛生（衛生警察）、風俗（風俗警察）、犯罪（司法警察）などに関して発生する弊害を除去する消極的な行政を警察と呼ぶようになる。ここでいう消極的とは、ある国民の行動にともなって発生する弊害の原因と結果の因果関係を国民

¹ 原田尚彦『行政責任と国民の権利』（弘文堂 昭和五四年）四一頁参照。

² 今村哲也「*Polizei* の意味について」『一橋研究』（一橋大学大学院 第七巻第三号 一九八二年）六四頁参照。

も周知のところであり、いわば、弊害発生の予防や除去という観点からは、その活動は行政的に規制されざるを得ない性質をもつとの意味が含まれ、それゆえ、消極的規制は内在的規制とも表現される。

しかし、とりわけ、繰り返しになるが、近年になって環境分野における予防的環境保護思想に基づき、この警察概念の基本をなす弊害の原因と結果の関係が特定できない場合における行政介入が要請されるようになる。このような意味で、積極的行政、福祉(給付)行政という観点から、市民・国民の権利が強調されてきているともいえる。

そもそも警察規制は、公共の安全秩序を維持するために、一般統制権に基づいて、権力的に人の行為の自然の自由を制限する作用である¹。それゆえ、日本の戦前での、公衆・環境行政分野における行政的規制は消極的な性質を有する警察規制に限られ、このことが環境破壊や人体侵害の悲劇を生み出すことになったのである。この警察規制としての環境行政分野における行政活動の枠は、公害が拡大してゆく都市生活にまで脅かし始め、一九六〇年代になってやっと変化しはじめる。

このような理論状況で発展してきた、警察概念についての学説上の整理は、未だ不完全であると思われるが、警察(概念)には次のような限界があるとされてきた。第一に、警察消極目的の原則がある。したがって積極的に公共の福祉を増進するために命令強制をする権限は、警察の概念として見ることはできない²。第二、警察責任の原則とは、警察違反(Polizeiwidrigkeit)状態、すなわち、通常公共の安全と秩序に対し障害を生じ又は生ずるおそれがあるとき、この状態に責任を有する者に対してのみ警察権を発動しうることをいう。第三、警察公共の原則とは、公共の安全秩序の維持することが警察の目的であり、私生活や民事上の法関係には原則として関与すべきではないとするものである。第四、警察比例原則とは、公共の安全秩序ができなく忍容することもできない障害又は障害の直接の危険を除くためのみ、

¹ 戒能通孝『警察権』(岩波書店 昭和三五年)二〇八頁参照。

² 田中二郎『要説 行政法』(新版 法律学入門書 弘文堂 平成四年二二刷発行)二七三頁参照。

しかも必要最小限度においてのみ警察権発動ができることをいう。そして、田中博士は、上記の「第四」について以下のように説明している¹。例えば、工場の煤煙、ラジオの騒音、公衆浴場の非衛生等という状態のみでは警察権の発動はできず、危険が相当の確実性をもって迫ってきたときに発動しうる、とされ、警察的「規制介入」の比例という意味を強調する。今日のリスク社会に基づく環境保護、安全性確保の観点から上記の説明しているところの問題点として、上記の「直接の危険の発生（可能性）」という確実性を有する場合に介入する従来型規制、すなわち警察比例原則²は環境分野、リスク管理領域（食品リスク分野）においては、その限界が現れているということがある。

警察介入は、古くから議論されてきた。例えば、西ドイツでは、行政による介入がなければ損害発生という結果になるおそれがある場合の、その行政介入をいうと定義されていた³。

また、公害環境時代では、警察介入が認められるためには、被害が発生する蓋然性についてその原因と結果の間の因果関係につき十分な確率が要求されたのである。しかし、「人間の生命が問題になっているような場合に、それが害される可能性が害されない可能性よりも高くなければ、警察による介入が許されないというのは不合理⁴」あり、警察介入に必要とされる十分な蓋然性の程度は一律ではないことは明らかであって、目前にある危険の性格や程度から、従来の警察介入の要件が充足されてない場合にも行政の措置（介入）によって法的保護利益を確保しなければならない場合がある。すなわち、現代の「Polizei」を考える場合には、少なくとも憲法（基本法）が個人に保障する人権の種類に応じて警察介入の基準は異なってくると

¹ 田中二郎『要説 行政法』（新版 法律学入門書 弘文堂 平成四年二二刷発行）二〇五～二二四頁参照。

² 塩野宏『行政法 第三版』（有斐閣 二〇〇四年）を参照されたい。比例原則は、警察という行政法の一分野から発生したとされる。また、須藤陽子「比例原則」『法学教室』（二三七号 二〇〇〇年）一八頁以下参照。

³ 桑原勇進「警察概念の考察—ドイツ警察法を中心に—」『金子宏先生古希 行政学の法と政策下巻』（有斐閣 二〇〇〇年）六五一頁参照。

⁴ 桑原勇進・前掲注（3）六五三頁参照。

考えることが必要であろう¹。

第二節 環境分野における従来の警察概念の限界

警察及び秩序行政庁が危険防除措置を講じるための中核的要件たる「危険」とは、「個々のケースにおいてある行為またはある状態により、客観的に予期しうる現象がそのまま推移すれば十分な蓋然性をもって、警察上の保護法益に対する損害をもたらす²」事実状況をいう。このような実情から、今日行政に対し、多様な種類の「危険」に応じた適切な対応要求が氾濫する事態となっており、「防止などの消極的目的の作用にあたって、行政手段の多様化などの事情は、これまでの警察概念をそのまま維持できるかどうかについて疑問を生じさせている³」といえよう。規制手法としての警察概念は、その従来の定義を継続する限り、問題が生じることは明らかであろう。

とくに、環境行政領域においては、そこでの危険に立ち向かう行政活動の保護法益が不可逆的性格（生命、健康、生態系等）であること、またリスクに関する情報についての受益者と被害者との非対称性（事業者と周辺住民が有する情報）が見られるという点に注目すれば、危険発生の蓋然性が顕在化する前に総合的・包括的に対策をとることが求められる⁴。いわゆる、リスクの特有性に即応した制度の構築が求められている⁵のである。

¹ 今村哲也「Polizeiの意味について」『一橋研究』（一橋大学大学院 第七巻第三号 一九八二年）六五頁参照。

² 下山憲治「危険の予測とその防止手段に関する一考察」佐藤英善・首藤重幸編『行政法と租税法の課題と展望 新井陸一先生古希記念』（成文堂 二〇〇〇年）一六九頁参照。

³ 遠藤博也『行政法（各論）』（現代法律学講座7、株式会社青林書院新社 昭和五五年）第二編生活行政法、一二九頁並びに一三一頁参照。遠藤博也の右文献一三一頁では、警察作用の外延は極めて不明確な状態であると論拠している。

⁴ 産業公害の一連の事件は、「危害」であることは確実であるが、リスクであるかは不明（私見）である。「社会的負担」として配分から考えても十分予測しうる立場にあったことは明らかである。すなわち認識の変化が「危険社会」を前提した「富=負」の配分をめぐる議論ではないと思われる。

⁵ 高橋滋「環境リスクへの法的対応」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦 - 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念 -』（日本評論社 二〇〇二年）二七一頁参照。

さらに、原因と結果の間に蓋然性の程度問題として従来から議論されてきた、因果関係について触れておく。因果関係なる問題の本質は、因果関係を否定的、反事実的に条件付けることによって結果が生じるという説明ができよう。すなわち、原因がなければ結果は生じなかったであろうという「反事実条件」に基づいて説明されたほうがより説得力があるのではなかろうか。

よって因果関係と結果の間に否定的条件の下、確固とした緊密関係が保たれる。しかし、この考えに立っても訴訟の場面において有利な地位を占めるのではない。一連の公害訴訟の教訓から学んだ蓋然性の法理は、行政訴訟一般に及ぶものではないと考える。すなわち、疫学的な追求による科学的な分析の際に見られる因果関係というのは、主に環境訴訟で見られることであって訴訟一般にまで認容しているわけではない。このような問題の認識に立って以下において直接規制（命令・統制型規制）手法の限界に目を転ずる。

第三節 命令・統制型規制手法の限界

この種の規制手法（論者によっては直接規制的手法ともいう）は、将来発生しうろる危害に対し、確実な効果が期待でき、なお危害の防御効果を予測しやすいメリットがある。公害問題で多く見られるように、危害の緊急的対策（解決）などその危害発生源が何人に明らかな場合にとられる環境規制手法である。

一般に、許認可では、規制対象となる業種や施設、規制対象の汚染物質、規制された行為（排水や汚染の排出など）とその基準が定められており、「規制違反行為を罰する規定や規制主体による改善・停止命令違反への罰則が予定されている¹」特徴を有する。

しかし、命令・統制型（Command and Control）規制手法には、規制者による規制対象者（加害者）と非規制対象者（被害者）との間に立場の交換性がない（非交

¹ 浅野直人「環境管理の非規制的手法—国内法を中心に—」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦—淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念—』（日本評論社 二〇〇三年）一四三頁参照。

換性)が故に、危険の「配分」、「法利益の拡大」、「情報の対称性」のという点で不公平が生じるおそれがある。これらの点についての基準設定や規制範囲が明確でない領域・事柄に関して如何なる手法が望ましいのであろうか。

そもそも命令・統制型規制手法が実効的に機能しうるためには、たとえば、「排出基準等が科学的に決定されていること、もしくは、そのような決定が現実的に可能であることに加えて、明確な目標が設定されていること、もしくはそれが可能である¹」ことが前提となる。しかしこの点にこそ、命令・統制型規制手法の限界である。

¹ 高橋信陸「環境保全の『新たな』手法の展開」森島昭夫・大塚直・北村喜宣編『環境問題の行方』(ジュリスト増刊五 新世紀の展望、有斐閣 一九九九年)四八頁参照。

第二編 リスク（規制）行政における第三者保護をめぐる行政の 構造的限界

第一部 行政行為の附款論の限界と機能論

【課題】

本編本部は、行政行為の附款を用いた分析が主な内容である。すなわち、検討対象領域は、第三者保護（国民・住民の利益）が強く求められる領域である。例えば、食品、医薬品、消費者保護、公害（環境分野）等の規制分野は有力な例であると考えられる。

これらの分野は業者（申請の相手方）あるいは個人の利益より公益性が強調される領域である。第三者の権利保護の観点から言えば、これらの分野は社会的規制という性質が強い領域である。さらに、現代の行政には迅速性が求められ、また行政任務が多様化されるが故に、従来 of 行政行為論のみではこのような公益性の要求に対応できない側面があるとの認識に立った分析を試みる。

第一章 行政行為の附款の意義・問題意識

（１）問題意識

モンテスキューは著名な『法の精神』の序文の所で「人は最悪を恐れるとき悪をそのままにしておき、最善について疑うとき善をそのままにしておく。部分を考察するのはひとえに全体について判断するためであり、すべての原因を検討するのはすべての結果を知るためである¹」と述べて法の体系的・総合的分析を目指すことを宣言しているが、この文言は、行政法学分析にも通ずるものであろう。

日本における最近の行政法学の理論状況は、行政法学方法論や体系論ということではなく、体系を構成する各部分を社会状況の変化の中で再検討しようとするのがここ数年の行政法学界の主要課題であるように思われる。私はとくに、行政法の核心部分である行政行為論、行政指導、処分性等に関心を持って来た。

そして、なかでも、行政行為の一部である附款の再検討に至った主な理由は、許可の場合、一旦行われた行政行為（処分）はなかなかその行為を変えることが難しいということに関連する。これが伝統的行政行為の限界であるとの認識が出発点である。ある行政目的の達成という観点からすれば、規制の実際において、とくに、公益配慮が強く望まれる行政領域において附款を用いることで行政運用上の柔軟性・補完性を実現することに注目したい。言い換えれば、今日の行政行為の附款論の理論状況では行政行為論の理解、なかんずく名宛人と第三者双方の利益保護における行政庁の役割という側面から説得力が欠けていると思われる。

上記のような領域に限って、附款に対する分析を行った上で、今後さらに行政行為論の体系的な再検討を試みたい。そこでは、従来から行政法学分野において中心的であった警察概念に基づく規制手法を、各々の環境分野で問題とされているリスク概念に基づいた制度手法へと転換するといったテーマで研究を進めていきたいと考えている。本論文もこのような問題意識から構成されている。

¹ モンテスキューの『法の精神』のはし書き部分である。野田良之ほか『モンテスキュー法の精神 上巻全三巻』（岩波書店 一九八七年）右訳文六～七頁参照。

(2) 本部の構成

日本の附款理論の淵源をたずねると、元来行政行為の附款はドイツ民法から借用されてドイツ行政法に組み込まれ、その後、日本の行政法に導入されたことが分かる。このような経緯から分かることは日本の附款理論というのは抽象的な理論的検討が中心に説明されてきたということである。それゆえ、行政行為の附款については実証的な検討が貧弱であり、とくに附款の機能面についての十分な研究がなされずに日本の行政法の枠組に導入され温存されてきたと言えよう。たとえば、とくに附款の機能について許可をするか否かを判断するときに附款を利用することで、行政の柔軟な対応を期待できるという抽象的レベルでしか附款の機能を説明してこなかった。

この点については、本稿で詳細に検討するが、行政手続法制定後、すでにある程度解決できているのではないかと考え得る。このような事情から私は附款の機能理論を芝池義一の「附款の機能論¹」を土台とし、その理論的な可能性と欠陥等について章(第四章)を分けてその検討を行う。まず、第二章では、附款の理論(概念)を日本の学説の分析を通じて行う。とくに、節を分けて従たる概念である附款と主たる行政行為の関係を検討する。附款の機能的側面との関連で、従来から議論されてきた附款の定義というのは、法律上規定されている本体たる行政行為の規律内容に附加されている附加的・付随的あるいは従たる規定であった。これは附款と主たる行政行為との関連に鑑みると、本質的な面においては当然な論議であると読み取れる。しかし、このような検討の視角は附款の属性あるいは機能を切り離して把握することになってしまう。

かくして、今日まで附款の概念は原則として相手方に対する効果の観点からしか定義されて来なかったのである。このような観点からすれば、従来の附款は本体たる行政行為に附加され、当該行為の効力・効果を制限する内容の附加的規律あるいは従たる規律と見なす定義と言える。しかし、これに対して本部では、附款の定義を行政行為の効果の制限若しくは「補充」する従たる規律と考えることによって、従来附款の概念であった相手方に対する効果の観点を強調するのみならず、従来のように制限と

¹ 芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』(有斐閣 一九九八年一二月)一九三頁参照。

いう側面もふまえつつ私人に対する附款の観点として定義できると言えよう。さらに、私の附款の定義に含まれる「補充」といった側面から導き出す当該発給行政庁の観点からこの観念を用いる。本稿では、従来の附款を用いる際の行政庁の裁量を認める見解に立ち、さらに、上記のように原則的には附款の附従性についても認めることとする。

近年、附款を契約論で展開する学者もいるようである。これらの検討を踏まえた上、第三章では附款の可能性と限界についての理論を論ずる。本部の射程範囲は次のとおりである。本部における附款の機能的側面をめぐる問題(第四章)との関連で考え得る領域は、経済活動における許可・認可・特許等である。

とくに、その中でも、第三者関係(国民・住民の利益)が広く登場する領域である。例えば、食品、医薬品、消費者保護、公害(環境分野)等の規制分野は有力な例であると考えられる。つまり、これらの分野は業者(申請の相手方)あるいは個人の利益より公益性が強調される領域である。第三者の権利保護の観点から言えば、これらの分野は社会的規制の性質が濃厚である。さらに、現代の行政には迅速性が求められ、また行政任務が多様であるが故に、従来の行政行為論のみではこのような公益性の要求に対応できない側面があるのではないかと考える。

確かに、附款を用いることにはメリットやデメリットがあると思われるが、附款のメリットである行政作用の伸縮性、弾力性に注目すべきではないかと思われる。また、ささやかなミスで拒否されることは時間や努力の無駄であり、附款はこのような面での節約的機能を有している。とくに、行政行為の附款の新たな類型として修正負担、負担の留保といった類型が議論されている。また、附款の限界として、事後の附款の可否について触れることとする。要約すると、附款は行政運営にあたっての合理性、弾力性、私人にとっての有用性、そして両者にとっての経済性を確保することにその意味があると言えるであろう。

差し当たり、ここで、附款の機能についての意義に関する私見を提示しておくこととする。行政行為の附款の機能とは、行政運用にあたっての合理性、弾力性、相手方にとっての有用性、相互にとっての経済性の確保にその存在意義があり、伸縮的に行

政課題に対応できる役割を持っていると思われる（傍点、筆者）。しかし、ここでの問題点は、行政行為の附款の濫用に対するの対策である。これに対しては、組織法的・手続的統制を通じて対応することが重要であると思われる。なお本部では、行政行為の附款をめぐる訴訟の議論は省略し、今後の課題とする。

私見では、附款を用いることのデメリットを考えると、附款を裁量的に用いることや附款の限界等を裁判所や行政庁に任せるよりも、ある一定範囲まで立法を通じて法定附款にすることが理想的であると思われるが、現段階は多少無理がある。なぜなら、立法の段階においても行政運用上予測できないものが生じるからである。本部では現段階に議論できる範囲内で行政行為の附款を論じることとする。

第二章 日本における行政行為の附款の議論

第一節 附款の法的概念・意義

この章では附款の概念をその考察の対象とし、まず、第一節においては日本における附款概念を歴史的な側面から説明し、今日の通説的理解に至るまでの経緯を検討したい。

日本における行政行為の附款の定義については、田中二郎博士、美濃部達吉博士、山内一夫博士の定義が通説的な立場であった。その後、塩野宏教授をはじめ、兼子仁教授、佐藤英善教授など多数の学者に到っても、この説が継続されている。日本においては、行政行為の附款（Nebenbestimmung）は、行政行為の効果を制限するために意思表示の主たる内容に附加される従たる意思表示と定義される。

第二節 日本における附款理論の沿革

日本における行政行為の附款論をめぐる理論的成果や議論は、はなはだ貧弱である。その理由として、一つには、附款という概念はそもそもドイツの民法から導入されたということがある。二つ目には、この附款の理論はドイツの判例や議論をそのまま受け入れ日本の行政法に検討もなく導入されたからである。三つ目は、一般的に附款を用いるよりも実務上、行政指導によって附款の機能が代替されているという現実がある。日本における行政行為の附款論はいかなるものかを知るために、美濃部説、田中説を検討した上で、今日における附款論の意義やそれをめぐる議論を検討することとする。

行政法における附款のルーツは、もともと契約の際の「附随する約款」にあった。つまり、上記のように、行政法においては附款の一方のルーツは民法にあるが、現在では民法の領域では、附款という概念はもはや重要な役割を果たしてはいない。

これに対して行政法では、「附款を知らない、ということでは済まされない¹」とされるように、行政法における附款の存在意義は重要であることが分かるであろう。

¹ 塩野宏・原田尚彦『行政法散歩 - 法学教室選書 - 』（有斐閣 昭和六〇年）七三頁参照。

まず、最初に日本行政法において附款論を論じ始めたのは美濃部博士である。その後、体系的にこの理論に取り組んだのが田中二郎博士である。田中二郎『行政法講義（上）』では次のように、附款の定義がなされている。行政行為の附款というのは、「行政庁の意思表示を内容とする法律行為的行政行為、すなわち、命令的行為とか形成的行為について、ある一定の効果を欲すると同時に、自らそれを制限するために付する附随的意思表示のことをいう¹」とした。

その後、行政行為を論じたところでは、附款の概念を次のように定義している。すなわち、行政行為の附款とは、「行政行為の効果を制限するために意思表示の主たる内容に附加される従たる意思表示をいう²。」上記のごとき田中二郎博士の附款概念は、法律行為的行政行為と裁量に着目して定義されたものと言えるであろう。

第一項 附款の種類

日本においてなされる附款の分類として、条件、期限、負担、撤回権の留保、法律効果の一部除外がその典型的なものである。これが今日の日本の通説的な附款論の分類論³である。これに対して、この分類の中、法律効果の一部除外を附款の分類論に加えない学者⁴もいる。

本部では、附款の分類論として従来の条件、期限、負担、法律効果の一部除外、撤回権の留保を対象するとともに、近年になって、附款論における議論の対象となっている修正負担、負担留保について考察を行うことにする。とくに、修正負担・負担留保は行政行為の附款の機能論（第四章）と関連しており、この新たな分類論は、萩野聡教授の論文「行政行為の附款と行政訴訟⁵」と藤原静雄教授「行政行為の附款¹」ま

¹ 田中二郎『行政法講義（上）』（良書普及会 昭和四〇年）二一一頁参照。

² 田中二郎『行政法総論（法律学全集6）』（有斐閣 昭和四三年）三一三頁参照。

³ 塩野宏「附款に関する一考察」雄川一郎・高柳信一・金子宏・原田尚彦編『公法の課題』（有斐閣 昭和六〇年）二七七～二七八頁参照。

⁴ 杉村敏正『行政法概説 総論（三訂版） - 有斐閣双書 -』（有斐閣 一九八八年）一二八～一二九頁参照。また、兼子仁『行政法総論』（筑摩書房 一九八三年）一七五頁参照。

⁵ 萩野聡「行政行為の附款と行政訴訟」『富大経済論集』（一九八五年三月号）二二二～二三五頁が参考になろう。

た、森稔樹教授「行政行為の附款の法理・序説²」においても注目すべきものとされている。上記の類型の各々の概念について以下において考察する。

(1) 条件（停止条件、解除条件）

行政行為の附款の種類の一つとして挙げられる、条件とは、行政の効力の発生または消滅を将来の不確定な事実の成否にかからしめる意思表示をいう。実定法上、許可・認可等の行政行為に条件を附することができる旨を定めている例が少なくない。条件となる事実とは、将来の不確実な事実、すなわち、客観的に成否の不明なものでなければならない。後に述べることになるが、到来することの確実な事実に行政行為の効力の発生・消滅をかからしめるものは期限であって条件ではない。

このような条件の要素である事実が未確定の場合、行政行為の効力は、不確定の状態にあり、条件の成就により、あるいはその効力が発生し（停止条件）、あるいはその効力が消滅する（解除条件）。

田中二郎博士の説明によると、会社の成立を条件として河川の使用を許可し、農地買収処分が有効に成立することを条件として地方鉄道事業の免許を与え、農地売渡計画の決定をなすというような場合を停止条件の例としてあげる。

そして、一定期間内に工事に着手することを条件として地方鉄道事業を免許し、農地買収計画を取消す訴願の裁決があったときは効力を失う旨の条件を附して買収計画の承認をなすというのが解除条件の例であるとされる³。

さらに、原田尚彦教授の説明によれば、道路工事の開始の日より通行止めとするような場合（停止条件）であり、橋梁が完成するまで道路を通行止めするような場合（解

¹ 藤原静雄「行政行為の附款 - 西ドイツの学説・判例の最近の動向から - 」『一橋研究』第八巻第一号（一九八三年）三二～四三頁参照。これ以外に、森稔樹「行政行為の附款の法理・序説」早稲田大学大学院法学研究科『法研論集』第七五巻（早稲田大学法学研究科一九九五年）が参考になる。

² 森稔樹「行政行為の附款の法理・序説」早稲田大学大学院法学研究科『法研論集』第七五巻（早稲田大学法学研究科 一九九五年）を参照されたい。

³ 田中二郎『行政法総論（法律学全集6）』（有斐閣 昭和四三年）三一四頁参照。

除条件)¹が例として紹介されている。そのほか、工事区域内で権利を有するものの同意を条件に、公有水面の埋立免許が与えられる場合（公有水面埋立法四条）や会社の設立と登録を条件に砂利採集計画の認可を与える場合（砂利採集法一条、一六条）が停止条件であるし、一定の期間内に工事に着手することを条件に地方鉄道法一一條・一六條・一九條の一項三号（工事施行ノ認可ヲ申請スヘキ期限迄ニ認可ヲ申請セサルトキ）をその例として掲げることできる²。

さらに、道路工事完成を条件に自動車運送事業の免許を与えることは停止条件であり、免許の日から三ヶ月以内に工事に着手することを条件に附することは解除条件である。

このような条件は、許可に一定の制限を加える点で国民の権利・自由と深く関わること、また条件をつければ、行政上の法律関係を永く不安定な状態に置くこととなって好ましくないこと、などの点から無制限に認められるのではなく、法令の認めている場合と条理上許される場合に限るべきと解されている³。

（２）期限（始期、終期）

期限とは、行政行為の効力の発生または消滅を将来到来することの確実な事実の発生にかからしめる意思表示をいう。期間となる事実は、将来、到来することの確実なもので、この点で条件と区別される。この期限には、到来する時期の確実なもの（確定期限）と到来することは確実であるが、何時到来するかの不確実なもの（不確定期限）とがある。期限の到来によって効力を生ずることがあり（始期）、期限の到来によって効力を失うこともある（終期）。たとえば、何月何日から道路の使用を許可するというのは、前者の例であり、事業開始の時から二十年間事業の経営を特許するというのは、後者の例である。行政行為には、期限を附することが少なくない。道路・河川等の使用許可とか公企業の特許等に、それらの使用の目的または公企業の性質に照ら

¹ 原田尚彦『行政法要論〔全訂第三版〕』（学陽書房 一九九四年）一五〇頁参照。

² 佐藤英善『行政法総論〔第一版第七刷発行〕』（日本評論社 一九九四年）二二三頁参照。

³ 佐藤英善・前掲注（２）二二三頁参照。

し、不当に短期であると考えざるを得ない期限が定められていことも少なくない。一般的には、この期限は、許可または特許の条件の存続期限の性質を持ち、その期限の到来により、いわゆる許可条件等の改訂を考慮する趣旨と解すべきで、期限の到来によって当然に許可または特許が失効するものと解するのは妥当でない¹。

期限をめぐる問題には、次のような場合である。

「終期が定められている場合」のその効力をめぐる問題がある。たとえば、ダム工事のために河川の使用を五年と定めているような場合、五年の期限の到来によって、その占用許可が自動的に失効するか否かという問題である。この点について田中二郎博士は、期限の到来によって、当然に許可が失効するものと解するのは、実情に反するのみならず、行政庁の意思にも合致しない。五年の経過のうちに、種々の事情の変更もあり得るのであることを考え、使用料その他の使用条件の改訂を考慮するために附された期限と解すべきで、許可の変更（更新）の申請があった場合には、新たな許可の申請と同様に考えることはできないとしている²。このような考え方は「大阪市保育所転所強制事件³」においても事案解決の前提として採用されている。

「不当に短期の期限の取扱」をめぐる問題である。実際、行政実務においては、道路や公園の占用許可に際し、その期限を一年とするといった短期の期限を附することが少なくないが、その期限が処分の目的や性質（占用地上に設けられる施設の耐用期間等）に照らして、不相当に短期のときは、期限の到来によって当然に処分が失効するとみることができない。その期間は真正の期限ではなく、占用料等許可条件の改

¹ 田中二郎『行政法総論（法律学全集6）』（有斐閣 昭和四三年）三一七頁参照。

² 田中二郎・前掲注（1）三一六頁参照。佐藤英善『行政法総論〔第一版第七刷発行〕』（日本評論社 一九九四年）二二四頁参照。

³ 大阪高裁判決平成元年八月一〇日、行集四〇巻八号七八五頁参照。許可・認可等に終期が付されていても、引き続き再申請がなされているときは、終期が到来しても行政行為が失効したと見なされない場合があるとしている。この事件（原決定取消、差戻）は、従来への保育所への入所処分に付されていた六ヶ月の期限が到来した際に、他の保育所への転園を決定する処分は、従来への保育所への入所処置措置の期限を更新するとともに、入所する保育所を変更する処分であった。「保育所入所措置の効力は、それに付された期限の更新が予定されている場合には、期限の到来により当然に消滅するものではなく、期限の更新を拒絶する処分により消滅する。」と決定した。

定期間としての意味をもつにすぎないと解される、とした事例¹が参考になる。もし、許可を公益のために不当に短期に失効させる場合には損失補償による救済も考慮すべきであり、そのような限定をもつ法律（例えば、都市公園法）も少なくない。

（3）負担

負担は、特許、許可、認可等の行政行為をなすに当たり、主たる意思表示に附随して、その相手方に対して、これに伴う特別の義務を命ずる意思表示をいう²。権利または利益を与える行政行為について、法律上認められる一般的な効果を制限し、これに特別の義務を命ずるものである。

負担の例として、道路・河川の占用許可に当たり、占用料また使用料の納付を命じ、建築の許可にあたり、それぞれの許可に対して負担を命じる場合など、公企業の特許にあたり、企業の経営条件その他について種々の義務を命ずることが挙げられる。これらの場合には、条件を付ける場合と異なり、行政行為の効力の発生を不確定の状態におくものではなく、行政行為の効力は完全に発生し、ただ、これに附随して一定の義務を命ずるに止まる。

条件と負担の差異について言えば、実定法においては、条件という語を漠然とここでいう附款と同じ意味に用いていることが多いようである。例えば、「免許・許可・認可には条件を付することができる」という場合の「条件」が「行政行為の効果を発生不確定にかからしめる意思表示」という意味での条件のみならず、「主たる意思表示に附随して、行政行為の相手方に対し、これに伴う特別の義務を命ずる意思表示」という意味で、負担その他の附款を含むことがしばしばある。

また、一般的には、しばしば、条件と負担が混同されるが、この両者は、その性質上、明瞭に区別しなければならない。田中二郎博士による負担と条件の差異は次に掲げる二点である³。

¹ 東京地決昭和四三年八月九日、行集一九卷八・九号一三五五頁参照。

² 田中二郎『行政法総論（法律学全集6）』（有斐閣 昭和四三年）三一五頁参照。

³ 田中二郎『新版行政法 上巻（全訂第2版）』（弘文堂 昭和六三年）一三〇～一三一頁参照。

条件は、行政行為の効力を発生不確実な将来の事実にかからしめるもので、その間、効力をペンディングの状態におくものであるのに対して、負担は、行政行為の効力の発生を不確定の状態におくものではなく、負担付きの行政行為も、その効力は完全に発生し、ただ相手方に対し、これに附随して一定の義務を課するにすぎない。

条件付行政行為にあつては、条件の成熟により当然に、行政行為の効力が発生しまたは消滅するのに対して、負担付行政行為においては、相手方の負担を履行しない場合においても、行政行為が当然に失効するということはなく、義務の不履行を理由として、行政庁において、別の行政行為によりこれを撤回しまたはその他の不利益を課することがあるにすぎない。したがって、法律上条件を附することができる場合、実際に、附せられるのは、上記の意味での条件のみでなく、負担であることが多いことに注意する必要がある。

この負担に関して、兼子仁教授は、負担を「義務づけ的条件」といい、「許可・特許等の利益処分の際し相手方国民に受益にともなう特別の義務づけをする付款で、法令・実務上はこれが許可条件と称されている。¹」と説明している。この負担は、法律上の根拠がなくとも、その負担を附する主たる意思表示が裁量行為としての性質を有している性格にはその裁量権の範囲内で負担を附することは可能であり、また事後の変更もできるが、条理上および各実体法上、合理的に必要な範囲でなければならぬと解されている。

この限界については、たとえば、都市計画指定広場内の建築特別許可に付された移転命令時の無補償撤去の負担を合憲適法とした最高裁の判例²がある。また、二重効果処分としての許可等にあつては、その負担によって不利益を受ける国民の法益が十分に保障されなければならない。附された附款が条件か負担かが問題とされた。公衆浴場営業許可書における一年以内の施設改善という「条件」を負担であることを示した事例³などは、附款をめぐって発生する処分の名宛人と第三者の利害関係を考える上で参

¹ 兼子仁『行政法総論』（筑摩書房 一九八三年）一七三～一七四頁参照。

² 最高裁昭和三三年四月九日大法廷判決、民集一七卷五号七一七頁。

³ 大阪高裁判決昭和三七年四月一七日、行集一三卷四号七八七頁参照せよ。

考になる。

（４）取消権の留保（＝撤回権の留保）

取消権の留保とは、主たる意思表示に附加して、特定の場合に、行政行為を取り消しうべき権利を留保する意思表示をいう。同時に、無償で原状回復を命ずる旨の留保をすることもある。一般的に、いかなる要件のもとに取消し得るかについて何ら限定することなく、例示的に許可・特許の附款として取消権を留保することが多いようである。たとえば、道路・河川の占用の許可、各種の営業の免許、公企業の特許等にあたり、「公益上必要があると認めるときは、何時でも取消することができる」との旨を附款として定め、さらに、この場合には許可・特許等を受けた者の負担において原状に回復すべき旨の義務を課する旨の附款を附する例が少なくない。

しかし、これは、一種の例文的な附款にすぎず、特別の事情がある場合は別として一般的には、これを根拠として無制限に取消を主張し、または原状回復を求めることはできない。すなわち、取消権は、これを行使するだけの十分の客観的な理由がある場合に限定されるべきであり、また、無償で原状回復を求めるものではなく、公益のために必要な場合においても、相手方に加える損失に対しては、その損失が相手方の責に帰すべき事由に基づくものである場合を除いて原則として正当な補償を与える必要がある¹。なお、ここにいう取消しとは、講学上は、取消たる性質を有していることはいうまでもない。

また、しばしば、取消権の留保は、その権限行使の要件を明示してなされることもあり、明示しないでなされることもある。取消権の留保に権限行使の要件が明示されていないからといって、当然に行政庁が自由に撤回をなしうるものと解すべきではなく、その要件は、関係法規および撤回が必要とされる理由に照らして合理的に判断すべきである²。

¹ 田中二郎『新版行政法 上巻（全訂第2版）』（弘文堂 昭和六三年）一三一頁参照。

² 山内一夫『行政行為論講義』（成文堂 昭和四八年）四六頁参照。

（５）法律効果の一部除外

行政行為をなすに当たり、主たる意思表示に附随して、法令が一般にその行為に附した効果の一部の発生を除外する意思表示をいう。例えば、海外への出張を命ずるが、ただし法定の旅費を給付しないというようなものがその一例¹である。これに対して、法律の根拠規定に基づく「法律効果の一部除外」を附款として分類に入れない主張²もある。これを行政処分の特異な法定効果と見なしている³。

これは理論上、行政行為の内容的制限であるようにも考え得るが、行政行為の効果を内容的に制限するものが附款であることから理論上は論理矛盾になる。私見では、法律効果の一部除外を附款の分類論としては認めるが、法令の授權が必要であると考える。

（６）事後変更の留保（追加的附款＝負担の留保）

行政行為の事後変更の留保とは、行政庁が行政行為を行なう際、事後に附款を附加することができることを意味したり、また、すでに附加されている附款の内容を変更させる権限を留保することを意味する。

最近附款の種類として、この負担留保（Auflagenvorbehalt）なる観念があげられている。これは文字どおり、行政行為がなされたあとで負担を変更または補完することで、新たな負担を課することを留保するものである。ドイツでは、この負担留保の理論的な可能性が指摘され、その理論上の存在が行政手続法によって実定法上すでに認められるようになってきている。ドイツでは、行政手続法三六条第二項第五号に負担留保（負担の事後付加、変更あるいは、補充の留保）という内容で成文化されることに至ったのである。

今日の社会、経済的变化及び技術的發展は予測不可能である。それ故、新たな行政

¹ 田中二郎『行政法総論（法律学全集6）』（有斐閣 昭和四三年）三一六頁参照。

² 塩野宏『行政法 〔第二版〕』（有斐閣 一九九四年）一五一頁参照。

³ 兼子仁『行政法総論』（筑摩書房 一九八三年）一七三～一七四頁参照。兼子仁教授によると、道路運送法四七条三項に基づく通行自動車限定の自動車道免許等を掲げて法律上の規定が定めているからこれを特に附款の分類に入れる必要がないとしている。

行為の附款が求められることがその原因であると思われる。負担の事後的変更の有無について対立する見解が存在している。

ここでまず、負担の事後的変更の意義を説いておく。負担留保とは、負担の事後的変更を前もって留保する附款である。これを取消権の留保（＝撤回権の留保）と見なしている学説もある。しかし、取消権の留保は、附款を附する時点で、発生しうる事態を予測できており、その事態が実際に発生した場合に、処分を撤回する意味を持っているのに対し、負担の留保は、科学技術の進展や予測しえなかった事故の分析によって、当初の許可等の際には、予測しえなかった事態の発生に対応するために許可後に一定の新たな負担を課すことがあることを附款として附するものである（例として挙げられるなら、近隣住民に対する騒音公害発生・原子力発電所の安定性問題等に対応して用いられる余地がある）。

日本の学説では、この負担の留保についてはあまり検討されて来なかった。その理由は、この負担留保を撤回権の留保の一態様であるとする見解が一般的であったからである。しかし、これは行政行為の附款として負担を事後的に追加、変更、補充できる権限を予め留保する附款である。いわゆる、負担留保は、単に当初の行政行為の効果の制限にとどまらず、特定の義務を課すこともこれに含まれると解する限り、なお、特別の附款であることの意義を失わないのである。また、これを附すことも、解釈論的には可能であると解されている¹。負担留保のこういった機能的側面に鑑みると、第三者の保護利益を想定した法制度には欠かせない意味を持つものと思われる。

かくして、私見によれば、負担留保の意義を積極的に承認する立場から、取消権の留保（＝撤回権の留保）は特定事実の発生時に、既存の受益的效果を撤回できることを、最初の許可の処分の時点で附款として設定するのに対して、負担の留保の場合は、処分がなされて後の将来一定の事実が発生した時において、事後的に新しい義務を附加できる点に両者の性格の差異があり、負担留保の意味がある。行政行為の処分時において、国民の安全にかかわる予見不可能な事態が生じるか分からない場合に活用で

¹ 塩野宏「附款に関する一考察」雄川一郎・高柳信一・金子宏・原田尚彦編『公法の課題』（有斐閣 昭和六〇年）二七八頁参照。

きると思われる。

（7）修正負担

修正負担（Modifizierende Auflage）とは、私人が申請した内容と全面的ないしは部分的に異なる許可・認可をする附款である。申請内容である主たる行政行為の内容それ自体を行政庁が、質的に変更を加えることがあるために、この修正負担は従来の見解から批判されている。日本の例として、集団示威進行の事件¹（申請と異なった進路指定の場合）で問題となったデモ進行の許可に際して、申請にかかる道路と異なった進路を指定して許可した場合の進路変更という附款は、私見では、これは負担ではなく修正負担であるとする。申請処分と別の内容の許可処分であることから行政行為の内容を修正する負担である、というように見ることができる。

修正負担（Modifizierende Auflage）は、ヴァイロイタ - （F.Weyreuther）の提唱によるものである。彼はこの修正負担を変更許可という概念で考えている。「変更許可とは、申請されたものを拒絶すると同時に、そのようには申請されていない何物かを許可するという性質をもつ²」と説明されている。そして、これは本体たる処分とのかかわり方においては、附款と類似しているが、他方で附款としての負担の有する命令的效果がなく、同じく附款としての条件においてみられる停止的效果もない。

かくして、許可変更を義務づける要素である負担とが結びついたものが修正負担である。このような修正負担を利用して行政庁は、申請人に対して申請と異なる何物かを許可するだけでなく、それ以上に申請人に内容的に申請と異なる規制の実現を義務づけるのである。ヴァイロイタ - （F.Weyreuther）は、また修正負担の例として、次のように掲げる。

それは、申請人が「切妻屋根の家を建てる許可」を望んだのに対して、行政庁による建築許可には「屋根は平屋根にすべき」という負担が附された場合である。この場

¹ 東京地裁昭和四二年六月九日・行集八巻五・六号七三七頁参考。

² 藤原静雄「行政行為の附款 - 西ドイツの学説・判例の最近の動向から - 」『一橋研究』第八巻第一号（一九八三年）三三頁参照。

合与えられた許可には申請の対象である「切妻屋根」を肯定する部分が欠けている。つまり、申請されたものは拒絶され、何か別のものが許可されている。「屋根は平屋根にすべき」という負担は、申請の対象（切妻屋根の家）を規制し、申請された許可を質的に変化させている。平屋根にすべきと考える行政が、切妻屋根の申請となっているので拒否処分をする事態よりも、屋根の構造の修正を条件として許可をするほうが、申請者にとって利益であるとする考え方から修正負担を認める考え方もある。これをめぐる議論として、この修正負担を法律効果の一部除外の分類にいれる説もある¹⁾。

第二項 行政行為の附款と主たる行政行為との関連

（1）行政行為の附款と裁量

行政行為の附款を従来のように「行政行為の効果を制限するために意思表示の主たる内容に附加される従たる意思表示をいう」という行政行為の制限のみ着目するのではなく、**行政行為の効果を制限および補充するため、行政機関によって主たる行政行為に附される従たる意思表示を規律するものが附款である**（傍点、筆者）というように附款の概念を定義するのが妥当である。

そして、これまで述べてきたことから明らかなように、主たる行政行為に附款が必要であると判断した行政庁が、その判断に関して認められる裁量権の範囲内で附款を附すのであり、このことは附款論の重要部分が裁量権と重複していることを示している。そこで簡単であるが、裁量論をめぐる理論状況を指摘しておきたい。

日本における昭和四〇年半ば以前の伝統的行政法理論は、行政自由主義（行政便宜主義）のドグマが強固に存在していた。それゆえ、裁判においても行政権限不行使の違法性は否定されることが多かったのである。

しかし、近年の学説・判例において、行政自由主義の法理の適用を一般的に承認しつつも一定の条件のもとでは行政権限の発動の裁量がゼロに収縮し、行政権限の発動

¹⁾ 藤原静雄「行政行為の附款 - 西ドイツの学説・判例の最近の動向から - 」『一橋研究』第八巻第一号（一九八三年）三四頁参照。

が義務づけられるとする見解が多く支持されているが¹、厳密に言えば、一般的な考え方は支持されたが、この考え方を始めて裁判で認めた東京スモン訴訟での東京地裁判決²は、権限行使が義務付けられるための基準が厳しすぎるとの批判のもので、異なる基準の最高裁の判決³が出ている。

行政権限不行使をめぐる理論においても行政裁量の範囲が中心的であった。しかし、附款を論ずる際に、行政権限不行使といった観点をを用いることは多少本筋に照らして議論の仕方がずれるかもしれないが、第三章で検討する事後附款の論理構成を考えた時に、事後負担の附款を附している場合で、一定の事実の発生のもとで事後負担を附する義務が発生していながら行使をしないという場合、権限不行使による違法となる場合が生じる。

それゆえに、この裁量権収縮の理論により撤回権を行使することが義務付けられ、すでに附されている撤回権の留保にもとづき、事後負担を課したり、また、状況に応じて行政庁の判断の必要性を提唱することもできる。その裁量権の行使が法律によるものとして行政庁の介入を要求する場合が生じる。

また、附款を附することは、状況によって、いわば、行政庁が本体たる行政処分をする時点では裁量を行使しえないで、附款を附することで将来における公益維持、人の生命・身体・財産かつ公共の危険防止をはかるための裁量権の行使を留保しておくものと理解することもできる。前編【第一編】で、法律の留保論のなかで論じた「本質留保論」を支持する理由もここにある。

¹ 阿部泰隆「行政の危険防止責任その後（一）」判評二六九号四項（昭和六年）参照。

² 昭和五三年八月三日・東京スモン訴訟第一審判決。判例時報八九九号四八頁、判例タイムズ三六五号九九頁参照。地裁では、国が有する製薬業者に対する規制権限の行使は自由裁量行為であるが、国民の生命等に対する毀損という結果発生危険があり、国が規制権限を行使すれば容易に結果発生を防止しうる等の事情があるときは、国は権限行使を義務付けられ、その不行使は作為義務違反として違法となるとした。

³ 昭和五七年九月二八日判決、判例時報一〇五七号三〇頁、判例タイムズ四八〇号六二頁参照。この判決では、「医薬品」とは、その物の成分、形状、名称、その物に表示された使用目的・効能効果・用法用量、販売方法、その際の演説・宣伝などを総合して、その物が通常人の理解において「人又は動物の疾病の診断、治療又は予防に使用されることが目的とされている」と認められるものをいい、これが客観的に薬事作用を有するものであるか否かを問わないと解釈できるから、憲法三一条・二一条一項・二二条一項に違反しないされた。

また、行政庁がその裁量で附す本来の附款に主にかかわっていることから行政行為の附款は、条件・負担等を附し得ることが法律・条例に明記されている場合が少なくないが、これらについては、後述する法定附款と区別する必要がある、法定附款については、本部で検討する行政行為の附款論の検討対象から外す¹。行政法における附款は、行政庁の裁量権の範囲内において附するものであり、附款の内容が法律によって確定している法定附款はここにいう附款ではない。現代における附款の意義は、そのときどきの状況に応じた裁量権の行使によって公益維持、人の生命・身体の保護、公共の安全を維持するための権限を附款によって与えておくことにある。

（２）行政行為の附款の附従性

附款は、主たる行政行為との関係で従たる性質を持っており、行政行為の本体との密接な関連性を持っている²。したがって、附款の内容は、主たる行政行為の性質や発生事情に影響を受けることは当然である。これが附款の附従性と言える。

しかし、この附従性は、主たる行政行為の性質や発生事情に強く影響を受けることから、主たる行政行為の目的は「従たる」附款によってこそ、その目的を達成しうる場合がありうる。本稿の問題意識は、主たる行政行為の行われる時点では予定してないような危険（リスク）に対応するために附款の機能を従来よりも拡大して把握することによって公衆の安全等を保障できるようにすることをその狙いとしている。

前述したように、従来議論されてきた附款の定義は、法令上規定されている本体の行政行為の規律内容に附加されている附加的・附随的あるいは従たる規律ということであった。

しかしながら、上述のような問題意識に立てば、附款の定義を主たる行政行為の効

¹ いわゆる、法定附款の場合は、実体法の授權を持った規律であるから、本稿の対象とする裁量に基づいた議論とは異なることを言う。

² 昭和四三年六月二九日横浜地判・昭和四一年（わ）七八八号、時報五三四号二三頁参照、タイムズ二二六号二三五頁参照。「許可処分の一部に違憲無効な条件が混存するときは、その許可条件が一体として無効になる」とした。それに対して、「附款が行政行為の重要な要素でないときは、附款のみ取消を求めることができる。」とした大阪地裁決定が参考になる。行裁例集一九巻六号一〇六六頁参照。

果を制限若しくは補充する従たる規律とすべきである。従来からの附款の基本的立場であった相手方に対する効果の観点を強調するのみならず、制限という側面においては申請人に対する附款の観点から定義できる。その上、補充といった側面から導き出す当該発給行政庁の観点からこの観念を定義できるのではないかと考えている。すなわち利害関係者や第三者から見た行政運用という観点から附款の定義ができる。

附款の本体である主たる行政行為との関連での附従性を維持する。形式的な側面からすれば主たる行政行為に存在があり、本体たる行政行為の効力の有無に依存するからである。しかし、内容的な側面からすれば、附款は主たる行政行為と本来の目的を達成するためには附款が重要な意味を持っている場合には、機能的側面にやや逆説的表現になるが、附款こそが主たる内容をもつ場合もありうる。附款の附従性という表現は、このような附款の機能を否定する内容もちうるものではないと思われる。

第三項 行政行為の附款の類似概念

(1) 法定附款

行政行為の効果の制限は、ときには直接法律によって定められることがある。これを「法定附款」というが、ここでいう行政行為の附款とは区別しなければならない。山内一夫博士によると、鉱業権の設定の許可が登録をしなければ、その効力を生じないものとされ(鉱業法六〇条)、国家公務員の任用が条件付きでなされる(国公務員法五九条)場合、また、狩猟免許・麻薬取扱者の免許等について一定の有効期間が定められる(狩猟五条、麻薬五条)といったものが、法定附款である¹⁾、としている。許可の条件や有効期間といった行政行為の附款は、処分の実体法的效果を制限するために行政庁によって主たる処分効果に附加された従たる効果内容のことである。かくして、行政処分の効果制限が法律で規定されている場合は「法定附款」とよばれ行政行為の

¹⁾ 山内一夫『行政行為論講義』(成文堂 昭和四八年)四六以下参照。また、成田頼明・荒秀・南博方・近藤昭三・外間寛『現代行政法 有斐閣双書』(有斐閣 昭和四四年)一三七頁参照。また、田中二郎『行政法 上巻』(弘文堂 昭和五〇年)一二七頁参照。

附款と区別される。（地方公務員任用の条件附採用を掲げることもある¹）。

（２）内容的制限

附款の存在意義の明確な位置付けを行うためには、また、内容的制限という概念との区別が肝要である。行政の内部運用では、公法上の契約にかかわる負担並びに行政行為の条件等との関係で指摘される措置命令が内容的制限である。そもそも、措置命令は、本処分との同時施行を本来の制度的建前とするものではない。すなわち、それは、本処分との同時規制の要請にこたえることを本旨とする手法ではない。すなわち、措置命令は、使用禁止命令等の発動要件の明確化するものである。（たとえば、使用禁止命令のように、火災予防上必要があると認める場合に、措置命令を行使する、消防用設備等、防火管理業務に係る命令等の不履行のため、引き続き、火災の予防に危険であると認める場合等である）

ただ、措置命令とは、実際に本処分と同時に施行する場合に限って、措置命令の機能は、附款（負担・条件・期限等）の機能に著しく類似する効用を発揮できるにすぎないからである。かくして、措置命令は、この面について、附款の分類と異なり、本処分との始源的に一体的なものでない²。

したがって、行政行為の内容的制限は、営業許可を与える場合に、附款で制限するようなものとはその性質が異なる。この面について、従来附款論の分類型に入れた法律効果の一部除外・修正負担を附款の分類に除外することもある。これについては、具体的に、当該附款論[第二章、第二節、第一項、(5)]ですでに述べたところである。

¹ 兼子仁『行政法総論』（筑摩書房 一九八三年）一七二頁参照。

² 菊井康郎「行政行為の負担 - 西ドイツ及びわが国における - 」「行政行為の存在構造」(信山社 一九九五年)一六〇～一六一頁参照。

第三章 行政行為の附款に関する限界理論の検証

日本においては、一九七六年に制定されたドイツの連邦行政手続法第三六条¹にみられるような行政行為の附款に関する通則的規定は存在せず、個別法に多くの規定が設けられている。これから問題とする附款をめぐる限界理論とは、もっぱら当該行政行為の根拠法において、法律で定めたこと以外の規律を行政行為に許しているかどうかの解釈問題である²。日本において附款の可能性・限界理論については、「附款は法律行為的行政行為にのみ付することができる」とするのが一般的である。

しかし、法律行為的行政行為であっても附款を附することができるのは法令が明文で認めている場合や行政庁に裁量が認められる場合に限られるとされる³。

本部では、行政行為の本質的な問題点も触れながら附款の可能性と限界について次の四つを取り上げて検討することにする。第一、準法律行為的行政行為に附款を附し得るか否かの問題。第二、羈束裁量行為に附款を附し得るか否かの問題。第三、事後の附款の可能性及び限界の問題。第四、公益性の観点から判例の分析について考察を行う。以上の各事項についてその上記の意味での附款をめぐる限界理論と可能性について検討を行う。

¹ 人見剛「西ドイツの行政行為論の附款」兼子仁編『西ドイツの行政行為論』（比較行政法叢書 一九八七年第一刷発行）四八～四九頁参照。以下条文引用である。

ドイツ行政手続法 第三六条（行政行為の附款）

それに対する発給請求権のある行政行為、附款が法規により許されているとき、または附款を附すことにより行政行為の法律上の要件が充足されることが確保されるときに限り、附款を附することができる。

第一項の規定にかかわらず、行政行為は義務適合性裁量により、

- 1、利益または不利益が一定の時点で開始し、終了し、または一定の期間有効である旨の定め（期限 Befristung）
- 2、利益または不利益の発生もしくは消滅が、将来の事実の不確実な発生に係る旨の定め（条件 Bedingung）
- 3、撤回の留保（Vorbehalt des Widerrufs）を附してなすことができる。
- 4、受益者に作為・受忍または不作為を命ずる旨の定め（負担 Auflage）
- 5、負担の事後的受入・変更または補充の留保と結合されることができる。

附款は、行政行為の目的に反することはできない。

² 塩野宏『行政法 〔第二版第8刷発行〕』（有斐閣 一九九七年）一五二～一五三頁参照。

³ 田中二郎『行政法総論（法律学全集6）』（有斐閣 昭和四三年）三一八頁参照。

第一節 準法律行為的行政行為に附款を附し得るか否かの問題

いわゆる、日本行政法の伝統的な見解によると、法律行為的行政行為(許可・認可・特許等)については附款を附することが可能であるが、準法律行為的行政行為(確認・公認・通知・受理等)については行政庁の意思表示を否定しているために、準法律行為的行政行為に附款を付けることが許容されていないとされてきた。その根拠として、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の区別がある。

法律行為的行政行為は、意思表示をその要素とし、行政庁が法令に基づいて一定の効果を生ずるが故にその効果を生ずるという法的性質を有する。他方では、準法律行為的行政行為とは、判断・認識・観念など意思表示以外の精神作用の発現を要素とし、行政庁がその効果を生ずることなく、一定の精神作用の発現について、もっぱら法規の定めるところにより法的効果が生ずる行為という法的効果を有する。つまり、法規が直接に法的効果を与えるのが準法律行為的行政行為であるから、これに従たる意思表示で附款を附することを認めることは概念矛盾となる。

上記のように、通説¹・判例によると、法律行為的行政行為に対して附款を附すことが認められている一方で、準法律行為的行政行為に対しては、それに行政庁の意思表示の要素が付着することを否定しているが故に附款を附することが否定されている。山内一夫博士の『行政行為論講義』の中で、「行政行為の附款とは、法律行為的行政行為の効果を制限するために主たる意思表示の内容に附加される従たる意思表示をいう²」としている。このように、従来、日本の殆どの学者は法律行為的行政行為のみにこの附款を付けることができると理解してきた。

しかし、附款の可能性の問題として、様々な行政領域における個別的行政行為の性質に着目して考察するならば、準法律行為的行政行為に附款を附すことを否定するこ

¹ 準法律行為的行政行為は、行政庁の意思表示が存在しないことから、それに附款を付する余地はないと説明されてきた。田中二郎『行政法 上巻』(弘文堂 昭和五〇年)一七頁、塩野宏「附款に関する一考察」雄川一郎・高柳信一・金子宏・原田尚彦編『公法の課題』(有斐閣 昭和六〇年)二七二頁参照。日本において、通説では準法律行為的行政行為には附款を付すことを否定している。

² 山内一夫『行政行為論講義』(成文堂 昭和四八年)四三頁以下参照。山内教授による附款の根拠には更に、「準法律行為的行政行為には附することができない。」とし、理論的な説明なしにただ準法律行為的行政行為には附款を附し得ないとしている。

れまでの理論的説明の仕方や根拠づけは十分ではないと思われる。周知のように、法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為の二分論については多くの問題が提起されている。これらの観点からすると、一方で法律行為的行政行為のすべてに附款を附することができるわけではないと同時に、他方で準法律行為的行政行為にはいかなる場合であっても附款を附することができないといいきること自体も疑問が生じてくるであろう¹。つまり、今日まで十分な理論的根拠もなく準法律行為的行政行為は附款に馴染まないと主張されてきたのである。

しかし、準法律行為的行政行為（確認・公証・通知・受理等）に対して法律規定自体が附款を許容するケースが存在する。例えば、受理に際し行政庁が手数料の納付を命じ、その納付に受理の効果の発生を掛からしめたり²、印鑑証明発行行為や自動車検査証の有効期間、旅券の有効期間等はその従来の法的性質上準法律行為的行政行為に分類されつつ附款を附することが容認されている例として挙げることができる。行政行為の附款を従来のように「行政行為の効果を制限するために主たる意思表示に附加される従たる意思表示」であるというように附款の概念を定義づけることは理論的に問題があると思われる。

私見では、附款を行政行為の効果の制限としてだけでなく、主たる行政行為によって達成しようとする行政課題を、その時々状況に応じて弾力的に達成するための「補完」的な機能に着目すべきであると考えている。「附款は、行政運営にあたっての状況に応じた合理性、弾力性の確保、とくに社会に状況の変化に対応した公益保護や第三者のために大きな役割を果たしうる機能を有して」おり、それゆえ、準法律行為的行政行為と法律行為的行政行為を問わず附款を附することには意義³があると思わ

¹ 室井力『現代行政法入門（1）〔第四版〕（現代法双書）』（法律文化社 一九九五年）一七三頁以下参照（例えば、進路変更の条件を附されたデモ進行の許可を、附款付届出受理と構成する例である。判例では、東京地決昭和四三年七月一〇日、行裁例集一六巻七号八五五頁参照）。

² 藤田宙靖『第三版行政法（現代法律学講座6）』（青林書院 一九九三年 第三版）一九五頁参照。

³ 危険防止などの消極的目的的作用にあたっては、行政手段の多様化などの事情は、これまでの警察概念をそのまま維持できるかどうかについて疑問を生じさせている。いわゆる、行政行為論の限界でもあるこの問題は行政行為論の分類型にも多大に影響を与えている

れる。

第二節 羈束裁量に附款を附し得るか否かの問題

従来の議論に従えば、附款を附することは、法規に定めがある場合とその法規が行政側に裁量権を与えた時のみ可能であると考えられてきた。つまり、附款を附し得る場合とは、それを法令自体が認めているか、または、一定の行為をするか否か、そして、行うとすればどのような行為をするかについて行政庁に自由裁量が認められている場合に限られるとされてきた。法令に附款を附し得る旨の根拠がなく、しかも、一定の場合に一定の行為をすべきことを義務づけている場合には、行政庁は自由な意思により、法の要求している効果を制限する意味をもつ附款を附することはできないと解すべき、とされている¹。

しかし、単純に羈束裁量行為に附款を附しえないとすることは、公益性の担保や第三者の利益保護の見地からすれば十分に説得的なものではない。裁量権に基づいて附款を附し得るということは、行政に裁量権が存在し、合理的な範囲で裁量権を利用して附款を付けることが可能であることを意味する。とは言え、裁量権が認められるすべての行政領域で行政庁が恣意的に附款を附することが許されないことはいうまでもない。

法律に定めが存在するときはもちろん、法律上の定めがない場合でも法目的の達成に必要な範囲内で、法規上予定されている制限をより具体化する意味で附款を羈束裁量行為にもすることができると考えることができる。たとえば、許可条件を備えていない場合にあって、一度拒否処分をしておいて要件具備後再申請をさせるというような無駄な時間を節約するために一部の許可要件の充足を停止条件として許可を与えることで相手方の利益をはかるような場合、羈束行為に附款を附しうると考えてよいのではないか。とくに、環境保護行政分野においては、附款なしの行政行為はありえ

ことが分かるであろう。一々準法律的行政行為と法律的行政行為を分類化し、議論することで第三者関係・公益性が濃厚な分野では解決できない領域が多い。

¹ 田中二郎『行政法 上巻』(弘文堂 昭和五〇年)一二九頁参照。

ないほどそれは重要な役割（機能）を果たしている。ドイツ連邦イミッション防止法一二条〔許可の附款〕と原子力法一七条〔内容制限、負担、撤回、核設備所有者としての表示〕のように設置者に対し附款を附し得る余地を定めている例も存在する¹。

次に、裁量と附款との関係について以下のような判例がある。この判例を見た上で、さらに検討する。

農地委員会の農地売渡計画に対する承認は、これにつき条件の附加を認めた規定はなく、しかも同委員会の自由裁量行為でもないから、これに「過誤を発見したときは取消することができる」との趣旨の条件を附加することは許されない」とした事例²。

「後日訴願認容の判決があったときはその効力を失う」旨の条件を付した承認は、承認に条件を付することができる旨の規定もなく、また承認は自由裁量行為でもないから、無効と解すべきであるとした事例³。

農地の転用許可に条件を附するかどうか、附するとしてどのような条件を附するかは、行政庁の裁量に属するとした事例⁴。

定置漁業免許に付すべき期間に関し五年より短い期間を定めるべきか、またその

¹ 人見剛「西ドイツにおける行政行為の附款論」兼子仁編『西ドイツの行政行為論』（比較行政法叢書 一九八七年 第一刷発行）九五頁以下参照。

ドイツ連邦イミッション防止法一二条〔許可の附款〕

六条に定められた許可要件の充足を確保するために必要である限り、許可は条件づきでなされ、また、負担と結合されることができる。

許可は、申請に基づき一定の期間を限ってなすことができる。許可を要する施設が単に試験目的のものである場合は、撤回留保づきでなすことができる。

部分許可（Teilgenehmigung）とは、一定の期間を限って、あるいは許可に関する決定がなされるまでそれが撤回されうるか、負担が附加されうるという留保づきでなすことができる。

原子力法一七条〔内容制限、負担、撤回、核施設所有者としての表示〕 本法あるいは本法に基づいてなされた法規命令による許可と一般的許容（Allgemeine Zulassung）は、書面でなされる。それは、一条で示された目的の達成のため、内容的に制限され、負担と結合されることができる。それらは、一条の二・三号で示された諸目的の達成のために必要である限り、事後的負担は許される。七条によるものは例外として、許可ならびに一般的許容には期限を附加することができる。

² 昭和二五年（行）一九号・同二六年二月二六日高知地判、行裁例集二巻四号五四二頁参照。

³ 昭和二五年（行）五二号・同二六年七月二日高知地判、行裁例集二巻九号一三八七頁参照。

⁴ 昭和三三年二月一三日福岡高判・昭和三二年（ネ）七二五号、行裁例集九巻二号一三一頁参照。

期間をいかに定めるべきかについては、知事が漁業調整に関する諸般の事情を考慮して、裁量権を行使する余地があったとした事例¹。

農業転用の許可処分をするにあつて、当該農地に近接する土地の所有者の被る損害を防止するための条件を付さなかったとしても、当該処分は裁量の範囲を逸脱したものとみとめられないとした事例²。

詳しい内容についての紹介は略すが、上記のような、判例の流れを見ると、必ずしも自由裁量に対して附款の可能性を否定しているとは言えない。そもそも附款を附し得ることのできる領域は、各法規の分析とケースバイケースで検討が重要である。

また、従来の議論では自由裁量には附款を附し得るが羈束裁量には附し得ないという単純な説明がなされてきた。しかし、附款の機能との関連で言うと、比例原則、第三者保護、要件具備補完機能の見地からすれば、附款の機能範囲は行政運営に柔軟性を持たせ、行政庁と私人（申請者）双方、特に、第三者がかかわる法関係において十分な意義があると言えるであろう。

第三節 事後の附款の可能性及びその限界の問題

事後の附款の可能性をめぐる議論は、主たる行政行為を行う際に、附款を附するのではなく、行政行為がなされた後に新たな附款を附し得るか否かの問題である。すなわち、行政処分の発行時に負担を追加し、すでになされた許認可等につき事後的な変更や「補充」する行為が如何なる範囲まで可能であるかという問題である。これは、附款の時間的な限界の問題である。以下、実定法上の事後の附款の例を見ていく。

日本の各実定法においては、様々な行政領域において、附款の変更や事後的附款を附しうることが定められている。まず、附款の変更に関しては、道路交通法第七七条第四項、道路運送法第八六条第一項、銀行法第五四条第一項、電気通信法第八七条、航空法第一二五条一項が、その例として挙げられるし、また事後的附款については、

¹ 最高裁昭和三年二月二五日三小判・昭和三年（オ）四二一号、民集一二巻二号三四八頁参照。

² 最高裁昭和三年一月八日一小判・昭和三年（オ）四〇六号、訟務月報五巻二号二五七頁参照。

道路交通法第七十七条第四項、航空法第一三一条の二等が例として掲げることができよう。

附款の変更や事後的附款は、従来の附款の定義において維持されている主たる行政行為に附従するという性質からすれば、附従性が前提とされているがゆえに、事後的に条件等を附しうるといことが否定される余地は十分にあり得ると思われる。

しかし、第四章でも触れるように「公益担保手段」として附款の機能をとらえる立場からは、限定的であるとしても理論的な合理性と必要性があると思われる。まさしく、そうであるからこそ前述の実定法は附款の変更や事後附款の定めを置いているのであり、もし定めがなくとも、それらの附款を認めてよい余地（特に環境領域）も考えられるのである。事後的附款が果たしうる役割に注目すれば、このような種類の附款を否定することなく、行政運営の実効性を図る立場から評価していくべきだと思われる。

私見によれば、事後附款がもっとも機能するのは負担ではあるが、負担に限らず事後の附款を附する要件として、次に掲げるものに限って事後附款を認める余地があると思われる。

まず、第一に、法令の明文規定により、事後的な附款の許容性（可能性）が要件として存在し、それ自体が事後的附款を附することを予想している場合は、問題なく認められる。これは、上記に掲げた実定法の例であるが、実際に想定しうるものは、行政庁が裁量権を用いて、濫用・踰越（違法）の範囲を逸脱しない限りにおいて事後的附款を附し得る（公益が私益より濃厚な場合）ケースである。

第二に、法令の明文がない場合でも、国民の身体・生命の保護に関わる行政活動であって、しかも許可等の行政行為を行う際に高度の科学技術的判断が必要で、その判断のための基準も科学技術の発展に応じて変化・発展してゆくような行政領域においては、当初の許可等の行政行為後にも事後的な附款を附し得るものと考えてよいであろう。もちろん、附款による行政権の濫用を防止する観点からは、さらなる附款を附するについての法的制約が考えられる必要があるだろうが、この点については後の章で検討する。

そして、前述【第二章、第二節、第二項、(2)】したように、附款の附従性は維持することとする。というのも、附款の附従性の要求は、行政作用の明確性と当事者の権利保護の機能を実現する側面を持っているからである。すなわち、主たる行政行為の効力がなくなれば、附款もその効力を失うことになる。附款を現代的な積極的機能を期待するとしても、この附従性を否定して主たる行政行為が失効しながら、附款のみが独立して残るということはありえない。

第四節 公益性の観点からの判例・実定法の分析

公益保護観点から附款に注目する議論をしてきたが、そこでいう「公益性」とは如何なるものであるかを検討する。従来の行政法学は、その体系や問題解決を行政庁と処分の名宛人（相手方）との二極面関係において考えてきたが、現在においては、第三者たる市民（住民、法的権利を有する者）を含めた三極面関係において従来の行政法体系や紛争の解決基準を再構築すべきとの批判がなされ、行政行為論もこの三面関係の場面で検討されなければならないことが近年になって主張されてきた。

このことは、行政事件訴訟法において、処分の名宛人以外の者の権利保護を強調¹する議論の性格をもつことにも現れている。なかでも、社会政策的規制が要求される食品安全、医療品の安全、消費者保護、公害（環境）分野等において第三者保護が強調される分野であり、ここでの第三者保護こそが「公益性」という意味であると考えることができよう。すなわち、これらの分野では行政介入を主として警察規制の性格を

¹ 一九六〇年代（公害訴訟）から法的に保護すべき者の範囲は、学説上、行政庁、申請者、第三者（法律上の利益を有する者）以外に「公益性」の維持のために、消費者、一般国民までも権利関係者として広げる動向がある。法の保護する利益説から保護に値する利益説に拡大しつつあるものの、判例上では、未だ限定的に解釈されているところである。ここで議論されている環境・消費者保護といった領域における行政処分につき、自己の権利を主張できる「権利者」を掲げるならば、保護に値する第三者、公益性を求める者としての消費者などである。このような場合の三極関係に注目すべきである。判例の動向としては、新潟空港事件（最高裁・平成一年二月一七日）、もんじゅ事件（最高裁・平成四年九月二二日）、開発許可処分取消事件（平成九年一月二八日）が法の保護する利益説を維持しながら、原告適格を拡大解釈した。これらの判例で問題とされているのは環境リスクに対する国民一般の利益である。この分野での理論的研究は十分であると思われないので、今後研究していきたい。

もつものとして実定法が制定されてきたが、各々の目的や内容、要件は正当であるとしても、それだけでは現実に必要とされる多様な状況を理論化し、体系化することは困難であり、さらに包括しきれないという限界を有する。それゆえに、すなわち、第三者保護という「公益性」に着目した「リスク規制」的な介入が重要となっていると思われる。

以下、公益性を強調する附款を素材として、その機能を各々の実定法（都市計画法、食品衛生法、薬事法）や判例（福岡スモン訴訟、カネミ油症小倉第三陣訴訟）に即して、考察を進めていく。

一 都市計画法上の公益性を強調した附款

まず、都市計画法の一条、二条、七九条（許可条件）に定められている附款（条件）および目的規定をその対象とし、公益性担保としての附款の考察を行う。都市計画法七九条（許可等の条件）には、「この法律の規定による許可、認可又は承認には、都市計画上必要な条件を附することができる。この場合において、その条件は、当該許可、許可又承認を受けた者に不当な義務を課するものであってはならない」と規定されている。

また、都市計画法の一条では、「この法律は、都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もって国土の均衡ある発展と公益の福祉の増進に寄与することを目的とする」と定めている。さらに、二条は、「都市計画の理念」を定めている。

かくして、都市計画法は、一条、二条に示されている公益を保つために七九条において行政庁が裁量を用いて条件を附することを認めているのである。

都市計画法上、附款を附するにあたっての要件とは、都市計画の適切な施行を確保するために必要であるというものである¹。たとえば、開発行為の許可基準を定める都

¹ 『逐条問答 都市計画法の運用（第二次改訂版）』（都市計画法研究会 監修 建設省都市局都市計画課、ぎょうせい 一九八九年）六五九頁参照。

市計画法二九条の場合、開発行為の着手及び完了の予定期日、工事施工中の防災措置
その他開発行為の適正な施行を確保するために必要な附款が附されることになり、ま
た、都市計画施設等の区域内における建築の建設を定める都市計画法五三条の場合に
は、当該建築物の撤去の時期、方法、建築物の構造、材料等に対する制限等、将来の
都市計画事業の適正な施行を確保するため必要な附款が附されるものと考えられてい
る。なお、都市計画法七九条にいう「不当な義務」とは、都市計画を推進する上で必
要とされる合理的な範囲をこえて私権を制限する場合等をいう。

また、都市計画事業認可の条件については、都市計画法五九条四項の規定により、
国の機関、都道府県及び市町村以外の者は、都道府県知事の認可を受けて都市計画事
業を施行することができる¹とされている。都市計画事業の認可があると事業地内では
強い行為制限が働くとともに、施行者には事業地内の土地等につき土地収用法上の決
定があったものとされ、権限が与えられることとなる。それゆえ、「特許事業の認可に
際しては、事業の「公益性」、申請者の資力・信用等について慎重かつ公正に審査を行
うこと、更に必要に応じて事業の円滑かつ適正な執行等を確保するため、都市計画法
七九条の規定による条件を附することが必要である¹」とされている。この場合に附款
を附する事項として、通常は、以下の五つが想定されているようである。すなわち、

詳細設計について認可を与えること、事業施行に対する指導監督、竣工認可を
得ること、事業完了後の施行の管理に関する指導監督、その他必要な事項である²。

また、都市計画法一条に限定されているように、都市計画法は、都市を単位とした
都市計画の内容、手続、効果等を規定したもののだが、日本においては、「土地利用計画、
施設計画等は、全国レベル、ブロックレベル、都道府県レベル、都市レベル等におい
て重層的に定められており、都市計画として適合すべき上位計画について、それぞれ
根拠法が存在する。都市計画法は、このような上位法を受けて、各種都市計画につい
て統一的に規定している法律である³」、と言えよう。

1 『逐条問答 都市計画法の運用(第二次改訂版)』(都市計画法研究会 監修 建設省
都市局都市計画課 ぎょうせい 一九八九年)六六〇頁参照。

2 『逐条問答 都市計画法の運用(第二次改訂版)』・前掲注(1)六六〇、六六一頁参照。

3 『逐条問答 都市計画法の運用(第二次改訂版)』・前掲注(1)一頁参照。

さらに、都市計画法は市街化区域および市街化調整区域の区域区分の制度をはじめとして基本的な土地利用規制について定めている法律であるから、他の土地関係法制とも密接な関連を有している。したがって、都市計画法は、多数の関連法令の中、基本的な法制度として位置付けられる¹⁾。

そして、都市計画法第二条の規定の趣旨は、都市計画の基本的理念を明示している。まず、都市は市民の生活の場であるとともに個人や企業の経済活動の場であるから、都市計画の究極的な目標が健康で文化的な都市生活と機能的な都市活動の双方の目的を確保することにあること、次に、この目的のためには土地の利用を個人の恣意に委ねることなく、適正な制限を課することによって合理的な土地利用が図れなければならないことを明らかにしている。いわば、これが都市計画法上の「公益性」の理念にあたる。

かくして、上述した都市計画法上、附款を附し得る事項の中で、 . . . については、裁量を用いて附款を附し得る法の定めが存在しているにもかかわらず、困難であろう。なぜなら、要件・手続が明確に定まっているからである。

ただし、 については、都市計画法の目的規定等、第七九条の法解釈から行政行為の附款を附し得ると解される。すなわち、 については、予測不可能な事項につき、手続的・組織的な統制によって都市計画の健全性を保持し、市民や事業者の活動の場を保つ機能があるのであって、「公益保持」のために行政行為の附款を附する余地は十分あるのではないかと思われる。

二 食品衛生法上の公益性を強調した附款

食品衛生法第一条(目的)は、「この法律は、食品に起因する衛生上の危害の発生を防止し、公衆衛生の向上及び増進に寄与することを目的とする」と規定している。

また、第五二条は、飲食店営業その他公衆衛生に与える影響が著しい営業について都道府県知事の許可を受けなければならないと定め、同条第三項は、「都道府県知事は、

¹⁾ 『逐条問答 都市計画法の運用(第二次改訂版)』(都市計画法研究会 監修 建設省都市局都市計画課 ぎょうせい 一九八九年)一~四頁参照。

第一項の許可に五年を下らない有効期間その他の必要な条件を付けることができる」として、食品衛生法の目的規定及び公衆の衛生を保つために附款を附し得ることを定めている。実際には、国民の食品行政に関しては、「営業」レベルの衛生の側面のみではなく、食品「製造」のレベルにおける衛生という意味での公益性もかかわってこよう。

したがって、食品製造の際の附款の機能も重要なものであると思われる。それゆえ、附款の機能論との関連で食品衛生法の趣旨から附款を附し得る行政庁の裁量行使が重要になってくる¹。この場合、たとえば、食品衛生行政における裁量権の行使には専門知識も必要であることから、食品衛生・製造に関する行政行為につき附款を附すについては、また組織的な統制として委員会といった専門技術を持っている機関に対して、附款の可否や内容の判断を委ねることが、附款の機能論としての公益担保を確保するために必要であるのではないかと思われる。

三 薬事法上の公益性を強調した附款

薬事法上の附款とかかわる公益性は、第一条（目的）において「この法律は、医薬品、医薬部外品、化粧品及び医療用具の品質、有効性及び安全性の確保のために必要な規制を行うとともに、医療上特にその必要性が高い医薬品及び医療用具の研究開発の促進のために必要な措置を講ずることにより、保健衛生の向上を図ることを目的とする」と定めていることに関連する。

また、制定当時（旧薬事法、昭和三五年八月十日法律第一四五号）の第二三条の一四第一項（指定等の条件）では、附款を附することのできる条文が設けられていた。これと関連して旧第二三条の一四第二項では、この附款は、認可又は許可に係る事項の確実な実施を図るために必要な最小限度のものに限り、かつ指定、認可又は許可を

¹ チクロ食品添加物指定撤回事件（東京地裁昭和五二年六月二七日）参照。判例時報八五四号三〇頁、判例タイムズ三四九号一六八頁。この事件では、自由権的基本権と生存権的基本権を区別し、後者の権利のための法遂行について社会生活・経済生活に対しての行政の積極的配慮が必要であるとの指摘がなされ、行政責任に新たな側面を加えた。すなわち、行政権限の「警察権の積極性」の側面の承認に関する素材になり得ると言えよう（予防的措置肯定）。

受ける者に不当な義務を課することとなるものであってはならない、とされていた。なお、旧第二三条の一四第二項については、行政裁量と比例原則の関係が論じられているのだが、この点については、ここでは触れないこととする。

さらに、現行薬事法第七九条（許可の条件）一項および二項における条件は、保健衛生上最小限度の附款を附し得る、と定められている。いわば、保健衛生という公益性に合致する附款を附し得ることとなっている、と言えよう。

ここで重要なことは、食品衛生法におけると同様に、薬品の製造後、新たに瑕疵が発見できたときに行政庁は迅速に対応しなければならないということである。その際、通常日本では、その対応策として行政指導を通じて対応がとられてきている。国民の保健衛生のためになされる対応策としての行政指導は、その性質上周知のように強制力を持たない事実行為であるため、事実上はともかく行政法上従わない場合、それに対応する強制手段がない。

したがって、行政手続法上の行政指導が手続法的な統制を受けることになったため、附款を法律の枠組みに採り入れ、「公益維持」のための新たな行政手法として積極的に運用することが妥当ではなかろうか。

四 「公益性」にかかる判例の検討

福岡スモン訴訟（福岡地判昭五三年一月十四日）¹やカネミ油症小倉第三陣訴訟（福岡地小倉地判昭和六〇年二月一三日）²は直接、行政行為の附款が問題となった事件ではないが、第二章で述べた「事後の附款」や「負担の留保」等の新たな附款論の

¹ 福岡地判昭和五三年一月一四日、判例時報九一〇巻三三頁参照。

² 福岡地小倉地判昭和六〇年二月一三日、判例時報一一四四巻一八頁、判例タイムズ五四八号八一頁、訟務月報三一巻九号二〇三一頁参照。佐藤英善「カネミ油症控訴審判決と国の責任（中）（下）」法律時報五六巻八号・五六巻九号参照。また、阿部泰隆「カネミ油症国賠認容判決」『判例時報一一九号』（一九八四年）『ジュリスト No.八六九号』（一九八六年一〇月）五七頁参照。沢井裕「カネミ油症事件第三陣訴訟等一審判決の意義と法理」『法律時報五四巻六号』（昭和五七年六月）五三頁参照。福岡第一陣の一審が昭和五二年（控訴審昭和五九年）小倉第一陣の一審が昭和五三年（控訴審昭和五九年）小倉第二陣の一審が昭和五七年（控訴審昭和六一年）、これら以外に最高裁で、小倉第四陣・小倉第五陣、福岡第二陣が一審中に和解された。

手法を使って、国民の生命・身体に係わる危険を防除するために生産停止といった対応が考えられてよい。行政行為の附款を附することが適切であるか否か実質的な判断を審議会（中央薬事審議会）に委ねることも一つの考え方であると思われる。

福岡スモン訴訟では、医薬品がそもそも国民の生命・健康の安全に貢献し得ること、すなわち、有効かつ安全であることをその存在理由としている以上、被告国の医薬品製造等の許可は、その有効性や安全性を内在的な条件にしていると解されるのであるから、当該医薬品の安全性に疑惑がもたれた場合には、許可権者たる厚生大臣（当時＝現厚生労働大臣）は安全性確保の見地から、適切かつ迅速な行政措置を講じ、それでも安全性の確保を積極的に認定できない場合には、旧薬事法二六条三項を根拠に当該医薬品につき附与した許可を撤回することができるし、また、それをしなければならぬと解される、とした。

さらに、カネミ油症小倉第三陣訴訟では、食品衛生法上の規制権限を含めて、原則的には、行政庁の権限不行使は、行使と同様、その自由裁量に属し、当・不当の問題にとどまり、違法の問題は生じない。

しかしながら、国民の権利に対する差し迫った危険のあること、行政庁において右危険の切迫を知り又は用意に知りうるべき状況にあること、行政庁がたやすく危険回避に有効適切な権限行使をすることができる状況にあることの要件を満たす場合においては、行政庁にもはや自由裁量の余地はなく、予防的権限を行使する法律上の義務を負う（裁量収縮論）とした。

かくして、両判例はその性質は異なるものの、一定条件（筆者のいう公益性＝環境分野の公益侵害）が満たされた場合¹には、行政庁は一旦与えた許認可を取消、撤回しうるものと解され、このことは「行政行為の取消・撤回」論のもとで異論のないところとされてきており、さらに、前述の判例が示した要件に該当するような場合には、その（取消・撤回）権限不行使は国家賠償の対象になり得る。

このように、一定条件が充足された場合には、行政便宜主義による権限行使についての行政の自由裁量はゼロに収縮し、権限行使が義務付けられる。この権限行使が義

¹ 保護法益の重大性、予見可能性、結果回避可能性の条件が満たされた場合である。

務付けられることがありうることを、当初の許可等の行政行為の時点で附款を使って明確にしておくことが考えられてよいのではないだろうか。

これまでの議論は、処分の名宛人への加重的制約としてのみ附款を考えてきた。たとえば、ある特定の状態が発生した場合には、許可を取消するという附款が附されているとき、確かに、これは処分の名宛人への加重的権利制限という性質を有するが、反対に、ある特定状況が発生すれば、行政には権限を行使して危険の発生を予防し、すでに発生している場合には拡大を防止する義務があることを附款で明示しているという意味を有していると考えられる。

行政行為の取消・撤回ができるのは当然であると解されてきた（場合によっては損失補償を考える必要もあるが）。このように法律の根拠がなくてもよいということが、行政便宜主義というドグマのもとでの、客観的には裁量権がゼロに収縮している状況でありながら、その権限行使を懈怠させる原因を作ってきたのである。

ある特定の事情が発生した場合には、営業停止もしくは許可の取消・撤回があることを附款で示しておくことで、危険の防止・拡大阻止のための行政の権限行使義務の存在を行政自身に対して明確にしておくことができると考える。さらには、当初の行政行為のときには存在しなかった新たな知見が判明した場合には、前章で述べた「事後の附款」の活用が考えられることになる。

第四章 行政行為の附款の機能的側面をめぐる問題

この章で検討する行政行為の附款の機能をめぐる理論は、附款の類型的説明とはその性質を異にする。すなわち、行政行為の附款の機能とは、一般的に行政庁が本体たる行政行為に附款を附すことを通じて、当該行政行為によって形成される法律効果を、柔軟に社会の実状に整合させ、法律の定める行政目的を最も効果的に達成しようとするにある¹。すなわち、行政運営において弾力的な対応を可能にし、かつ国民の利益を斟酌しうる点にあると言える。たとえば、公益を保護する見地から申請に対して無制約に許可を付与することに問題がある場合には、申請の拒否処分をせず、条件・期限・負担付きなどの一定の留保をもって許可をするといったものである²。

このように、行政行為が現代行政における流動的な行政需要に応え得るためには、行政裁量を生かした「附款」の働きが重要となっている。しかし、それだけに附款をめぐる訴訟を通じてその「法的限界・適法性の問題が重要になっている³。」

附款につき従来からなされてきた分類は、条件、期限、負担、撤回権の留保（＝取消権の留保）、法律効果の一部除外といったようなものであったが、このような分類では附款論を十分に説明しえないのではないかということが指摘されてきた。前章で私は、附款の機能上の意義として、次のように指摘しておいた。

すなわち、附款の機能とは、「行政の運営にあたっての合理性、弾力性、相手方にとっての有用性、相互にとっての経済性の確保にその存在意義があり、伸縮的に行政課題に対応できる役割を持っている」と。

よって、芝池教授の議論を参考にして、附款の機能として次のような分類を用いて説明を行う必要がある。すなわち、公益担保手段としての附款の機能をめぐる議論、受益拒否の回避手段としての附款の機能をめぐる議論、予告的附款の機能をめぐる議論、計画的附款の機能をめぐる議論、独立行政行為の附款の機能をめぐる議論といっ

¹ 小高剛『行政法総論 初版』（ぎょうせい 一九九四年）八六頁参照。

² 宮田三郎『行政法総論』（信山社 一九九七年）二八六頁参照。

³ 兼子仁『行政法総論』（筑摩書房 一九八三年）一七二頁参照。

たものである。

ここでは附款の機能論における新たな潮流として注目を浴びた芝池教授の「機能的附款論¹」と森助教授の論文「行政行為の附款の機能²」を検討することとする。それを踏まえた上で上記のような附款の機能を論じることとする。

ここで私が検討するのは、附款の存在意義、すなわち、行政行為論における「附款の役割」である。この検討をするための素材として、日本の判例上、附款の機能に言及した[公安条例に基づく許可に附した附款を違法とした事例 = A 事例]、[公安条例に基づく許可に附した附款を違法としなかった事例 = B 事例]、[公衆浴場釜改造義務違反事件 = C 事例]、さらに[公衆浴場の適性配置規制 = D 事例]を分析する。

第一節 公益担保手段としての附款の機能をめぐる議論

日本における行政行為の附款の問題は、公安条例をめぐってなされた議論であると言っても過言ではない。要するに、東京都公安条例第三条の許可の条件をめぐる議論³が本稿において検討する附款論を成熟させたとも言える。このような実情から日本における公安条例の判例を分析し、行政行為の附款の機能論の中の「附款の公益担保手段」に関する検証を行いたい。まずは、公安条例⁴に関する判例上の動向について分析する。

¹ 芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』（有斐閣 一九九八年）一九三頁参照。

² 森稔樹「行政行為の附款の機能」『早稲田法学会誌 第四六巻』（早稲田大学法学会 一九九六年）九九頁参照。

³ 東京都公安条例、第三条[許可の条件]第一項公安委員会は、前条の規定による申請があつたときは、集会、集団行進又は集団示威運動の実施が公共の安寧を保持する上に直接危険を及ぼすと明らかに認められる場合の外は、これを許可しなければならない。但し、次の各号に関し必要な条件をつけることができる。一、官公庁の事務の妨害防止に関する事項、二、銃器、凶器その他の危険物携帯の制限等危害防止に関する事項、三、交通秩序維持に関する事項、四、集会、集団行進又は集団示威運動の秩序保持に関する事項、五、夜間の静ひつ保持に関する事項、六、公共の秩序又は公衆の安全を保持するためやむを得ない場合の進路、場所又は日時の変更に関する事項。とくに、公益担保手段として議論になったのは、一項の六と三項の「公安委員会は、前二項の規定にかかわらず、公共の安寧を保持するため緊急の必要があると明らかに認められるに至つたときは、その許可を取り消し又は条件を変更することができる」という条文であった。

⁴ 「公安条例と集団示威運動 - 東京都公安条例 - 」最高裁昭和三五年七月二〇日大法廷判決、刑集一四巻九号一二四三頁、判報二二九号六頁を参照されたい。

A 公安条例に基づく許可に附した附款を違法とした事例

【A-1 事例】集団示威運動の許可にあたって示された進路等についての条件は、集団示威運動にとって本質的なものであり、単なる許可の附款ではなく、許可の内容そのものである¹。

【A-2 事例】東京都公安委員会が集団行動に関する許可を与えるにあたって、蛇進行、渦巻進行またはことさらな停滞等交通秩序をみだす行為は絶対に行わない旨の条件を附したことは違法である²。

【A-3 事例】集団示威運動の許可にあたり、公共の秩序または公衆の衛生を保持するためやむを得ない場合であったと認めるべき事情がないのに、進路変更に関する条件を附したことは違法である³。

【A-4 事例】ある許可処分の附款でもって別箇独立の許可処分の対象となる行為を禁止した場合には、その附款は無効である⁴。

【A-5 事例】集団示威運動に関する都条例による許可条件は、その条件を附することなく集団行動を許すならば公共の安寧を保持する上に直接危険をおよぼすと明らかに認める場合に限り、その限度において附し得るにすぎず、それを超えた条件は、違憲無効である⁵。

たとえば、【A-4 事例】での附款が無効であるということにつき、判示では、「右条件は許可処分の附款であるから、当然それには限界があり、別個独立の許可処分の対

¹ 昭和四二年一〇月一六日東地刑一〇判・昭和四一年（特わ）七二四号、時報五〇八号二八頁参照。

² 昭和三八年三月二七日東地刑一三判・タイムズ一四五号一八八頁参照。「公共の秩序、公衆の衛生等を保持し、もって社会公共の秩序維持を図るという警察目的の必要上これを附することが許されているので、憲法二一条により保障されている表現の自由を侵害しない限度においてのみ附することができるものであると解すべきである」とした。

³ 昭和四二年六月九日東地決定同一〇日取消決定・昭和四二年（行ク）二四号行裁例集一八巻五・六号合併号七三七頁、時報四八三号三頁、タイムズ二〇七号二一五頁参照。

⁴ 昭和四二年七月二八日同八月二日東地判・昭和四〇年（特わ）七八一号、時報四九五号十五頁、タイムズ二一〇号一七一頁参照。

⁵ 昭和四二年五月一〇日東地判・昭和四〇年（特わ）八七一号同年（刑わ）五三〇八号、時報四八二号二五頁参照、タイムズ二〇六号一八二頁参照。

象となる行為を附款で絶対禁止にすることは許されない」とし、また、「右集団行進において示威を目的とする言動を禁止する条件を附することは、証人も供述するように、集団示威運動を禁止することにほかならない。ところが、本条例上、集団示威運動は、集団行進とは別個独立の許可処分の対象となる事項であるから、これを附款で絶対禁止することは、その限界を超えることであって許されないといわなければならない」とした。

B 公安条例に基づく許可に附した附款を違法としなかった事例

【B-1 事例】東京都公安条例に基づく集団行進の許可にあたっては、表現の自由を侵害しない限り、公共の秩序維持のために条件を附することも許される¹。

【B-2 事例】集会・集団行進および集団示威運動に関する都条例が違法ではないとされた事例²。

【B-3 事例】集団行動等に関する都条例の許可に条件を付し得るものとした規定は、憲法二一条・三一条に違反しない³。

たとえば、【B-3 事例】において、「ここにいう許可条件を設定する行政処分（附款を附する行為）は、それが犯罪の構成要件を設定する行為であることからして、当然厳格な法規裁量の性格を持つとともに、無許可の集団行動の実施が公共の安寧を保持する上で危険が発生するに至る蓋然性が高度であるときに、そのような危険の発生を抑えるに必要な最小限度においてのみ許可条件を附しうるものであることは、既に論及したところであって、公安委員会の恣意を許すものではない。

しかも、何がこのような許可条件として許容されるかを、都公安条例自体において前もって予め想定し、列挙することが望ましいのは、いうまでもないところであるが、それは極めて困難であって、当該集団行動のもつ性格、規模、日時、場所等を具体的

¹ 昭和三八年三月二七日東地刑一三判、タイムズ一四五号一八八頁参照。

² 昭和四二年三月一五日東地刑一判・昭和四〇年（刑特わ）八八三号、タイムズ二〇六号一九四頁参照。

³ 昭和四二年一月八日東地判・昭和四〇年（わ）七八二号、下級刑集九卷一一号一三七頁参照。

に判断して定める外ないものであること、集団行動の行われる前に具体的に許可条件が示されることによって犯罪構成要件が補充され、従って集団行動の時点においては、どのような行動が許可条件として禁止されるものであるかが明瞭となることに徴すれば、許可条件の設定を白紙的に公安委員会の判断に委ねて、その違反に対して刑罰を以って臨んでいる本条例の規定自体を目して直ちに憲法第三条に違反するものと断定することはできない」としたのである。

以上の判例を踏まえた上で私の管見によれば、都公安条例第三条一項六号（公共の秩序又は公衆の安全を保持するためやむを得ない場合の進路、場所又は日時の変更に關する事項）と同条三項（公安委員会は、前二項の規定にかかわらず、公共の安寧を保持するため緊急の必要があると明らかに認められるに至つたときは、その許可を取り消し又は条件を変更することができる）に限っては、都公安委員会に許可を附することが可能であると考えている。なぜなら、これらの条文には裁量性があり、附款を用いることにより、公益担保が可能であるからである。

しかし、ここで問題となるのは公安委員会の許可に附された附款と憲法上の表現の自由との関係である。この判決のいうように、一方で都条例の許可制度が実質的には届出制であるとすれば、その許可処分の実質は届出の受理および確認の行為にすぎず、これについては自由裁量の余地がないことは明白であり、かつ一般に裁量の余地のない行政行為について附款を附することはあり得ないわけであるから、本件と都公安委員会が集団行動についての許可処分をするについても附款を附することは許されないのであるが、他方で都条例第三条一項六号と同条三項に限っては、このような解釈は無理である。なぜなら、第三条一項一号から五号まではある特定の事項であり、羈束的な事項と解されるからである。

なお、塩野宏教授によると、コース変更という条件が附された許可については、この条件を行政法でいう附款としての負担の性格を有しており、公安条例の許可は受理と解しえず、あえて従来の附款論の範囲でこの問題を整理するとすれば、ドイツの多数説における理論と同様に変更許可とするのが最も適合的であるとの指摘をされてい

る¹。しかし、私人が申請した内容と全面的ないしは部分的に異なる許可・認可をする附款である、附款の類型の修正負担を認める立場をとれば、表現の自由との関係を考慮できるうえに、羈束的な事項として、東京都公安条例第三条一項六号と同条三項に關しても解釈上の無理が生じないのではないかと思われる。

次に、これらの判例を踏まえて上で、公衆浴場釜改造義務違反事件、公衆浴場の適性配置規制事件に目を転じる。

C 公衆浴場釜改造義務違反事件²

[事実概要]

X（原告）は一九五七年五月、公衆浴場法二条に基づく公衆浴場営業許可を兵庫県知事（Y）に申請した。しかし、Y は、二二〇mという県条例所定の制限距離内にすでにAの経営する公衆浴場が存在したので、配置の適性を欠くとの理由でこれを不許可とした。X は、A に対する一九五六年二月一日付け公衆浴場営業許可書に、許可の条件と題して「許可の日より一年以内に釜の構造を送り込み式又男女別二本差込式に改造すること」という記載があったにもかかわらず、A がこの義務を怠ったため許可行為の解除条件が成熟した等の理由を挙げ、A に対する許可が失効しているためX に対する不許可処理は違法である等と主張し、この無効確認を求めて出訴した。第一審で訴えが斥けられたので、X は控訴した。事件の経緯は以下である。

[原告が公衆浴場の営業を申請した] [距離制限内に他の公衆浴場の営業をしている理由で不許可] [そこで原告側が [この他の業者に対する許可処分には附款が附されていた（許可後一年以内に釜の構造の改造という附款）] [この義務を怠ったことにより許可行為の解除条件が成熟し、許可の失効を主張] [原告は、自己に対す

¹ 塩野宏「附款に関する一考察」雄川一郎・高柳信一・金子宏・原田尚彦編『公法の課題』（有斐閣 昭和六〇年）二八一～二八二頁参照。

² 大阪高判昭和三七年四月一七日、行集一三卷四号七八七頁参照。また、「小学校期限付任用講師事件」最高裁第三小判決 一九六三年四月二日、昭和三八年四月二日・第三小法廷・判決昭和三六（オ）一三〇八、行政処分取消請求（民集一七卷三号四三五頁）を参照されたい。

る不許可処分は無効と主張] [判決は、本件のように釜の改造が遅れる事態が発生している他の事例において、県はすぐに失効として取り扱わず、猶予期間を与えて改良工事の催告をして完成させていた事実があったことを指摘する]という事件である。

[判旨] 控訴棄却

「一般に条件という用語は狭義の条件のみならず期限や負担を意味するものとして使用されることが多く、単に右の記載のみで、これを許可に附せられた解除条件であると解することはできないし、……兵庫県においては従来から他にも同種の条件を附して公衆浴場営業許可を受けておりながら、期間内にこれを履行しないまま営業を継続していた例が多数あり、兵庫県当局もまた必ずしも期限の経過とともに営業許可が失効すると解することなく、猶予期間を与えて更に条件の内容たる浴場施設の改良工事を催告し、これを完成せしめる方針を採っていたことが認められ、このような事情のもとにおいては、右のいわゆる許可の条件は営業許可に附随して、その内容である改造の義務を命じた負担に過ぎず、解除条件ではないと解するのが相当である」とした。

この事件は本件における「条件」が負担か条件かについての判決であるが、判旨の内容を附款の機能論に基づいて検討すると、当初の許可基準として設定しないで、なぜ、このような附款の形式にしたのか理由を検討する必要があるが、附款の機能的側面から、既存の業者保護をその狙いとしたものと思われる。

D 公衆浴場の適性配置規制¹

¹ 最高裁昭和三〇年一月二六日大法院判決、刑集九卷一号八九頁参照。また、最近の最高裁の事例としては、最判平成元年三月七日を参照せよ。この事例では、適性配置規制の目的は、「国民保護および環境、衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場業者の経営が困難になっていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとするのも、その目的としているものと解されるのであり、前記適性配置規制は公衆浴場の目的を達成するため

[事実の概要]

公衆浴場法(以下法とする)二条一項は、公衆浴場業を都道府県知事の許可制とし、「公衆浴場の設置の場所若しくはその構造が、公衆衛生上不適当と認めるとき又はその設置の場所が設置の適正を欠くと認めるときは、前項の許可を与えないことができる」(二項)、「配置の基準については………条例で、これを定める」(三項)としている。

本件被告人は、知事の許可を受けずに公衆浴場業を営んだため、法二条一項違反として、第一審地裁において五千円の罰金を言い渡され、第二審もこれを支持した。これら下級審で被告人は、許可制自体も憲法二二条の職業選択の自由に違反するとしていたが、上告にあっては次の二点を主張した。

法二条二項後段、および「公衆浴場設置場所の設置の基準は、既に許可を受けた公衆浴場から市部にあつては二五〇m以上、郡部にあつては三〇〇m以上の距離とする」という県条例三条一項の距離制限規定は、公共の福祉に反する場合でないのに職業選択の自由を制限するものであって違憲である。

条例は、一定の距離内では原則として公衆浴場の新設を許さず、他方、法五条は「地形、人口密度、その他の特別の事情があると認めるとき」は例外として許可しうるとするが、法二条が許可を原則とし、不許可を例外としている建前に反するから、より多く職業選択の自由を制限するのみならず、法律の範囲内で条例を制定できるとする憲法九四条にも違反する、とした。

[判旨]

「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在および濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来たすおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影

の必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられるので、合憲と解すべきである」とした。

響を来たすおそれなきを保し難い」とした。

本件は、公衆浴場の性質に鑑み、国民保健および環境衛生の上から、公衆浴場の偏在および濫立をできる限り防止することが望ましいことであり、したがって、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在また濫立を来たすに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであって、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法二二条に違反するものとは認められない、とした事例である。

このように、【C事例】、【D事例】は、公衆浴場の配置規制(=距離規制)を定めた公衆浴場の立法目的が問題となっている。両判決は、これを公衆浴場の偏在、国民の利用上の不便の防止(公衆浴場の利用者保護=公衆浴場の[特殊性])および濫立・過当競争による経営悪化ないし衛生設備低下の防止(危険発生の防止=公衆浴場の[特殊性])に求めているが、文脈からは【C事例】は、[特殊性]が見られ、【D事例】では、[特殊性]の国民保健・環境衛生の保持に主眼があると読み取れる¹⁾。

【D事例】では、最高裁の判決の出発点は公衆浴場の利用者保護という点にあり、自家風呂をもたない社会的経済的弱者の生存・生活保障の手段として、公衆浴場の距離規制をとらえている(社会的・経済的弱者として利用者か業者かのいずれに力点を置いて論じられているのである)。

その点で【C事例】の高裁判決は、距離制限の意義をいささか公衆浴場業の[特殊性]に傾いて理解しているように思われる。最高裁判決における距離制限により、経営の不合理化を防止するという判示のなかに読み込める、いわば、中小企業の保護という視点は、独占大企業から中小零細業者を保護するという視点ではなく、その保護によって、利用者の利便をはかる。このように理解から、手段たる地位を占めるにすぎないと解すべきである。

[特殊性]が認められるにしても、それが既存業者の保護を主たる目的としているのであれば、過度の参入・競争制限的規制との批判を免れない。その意味において、

¹⁾ 山下健次「公衆浴場の適正配置規制」『憲法判例百選(第三版)』(別冊ジュリストNo.130九月号)一八〇頁参照。

自家風呂を持たない公衆浴場利用者（＝弱者保護）を積極的規制目的の内実とし、既存業者の経営安定はむしろそのための合理的手段と見て、立法事実の検証をしたうえで合憲の結論に至るべきであったと思われる¹。

【C事例】における附款は、一方では零細企業である浴場経営者に一年という猶予を与え、他方で浴場利用者の利益と衛生という目的を実行する観点からすれば、一年以内という附款によって両者にとって有利な柔軟に対応であったと評価できる。このように、さらに、【D事例】の解釈上「公益性」を強調する立場に立てば、【C事例】においても、行政庁（県知事）は、附款を用いて業者に一年という改造期間を与えて柔軟に行政任務に対応していたことから、既存業者に対しては経営の安定を、消費者、とくに自家風呂を持っていない利用者（ここでは不特定多数の消費者）には弱者保護という附款の機能が考え得る。すなわち、【C事例】は、附款の機能面に言及した日本初めての事例といえるであろう。

第二節 受益拒否の回避手段としての附款の機能をめぐる議論

受益拒否の回避手段としての附款の機能というのは、たとえば、営業許可の場合において（ただし、行政手続法制定前の制度を前提する）実体要件と形式要件の区別にかかわらず、その要件を充たさなかったとき、行政庁がその要件不備という理由で不許可をするのではなく、相手方の有用性・相互経済性の保護の観点から附款付きの許可を与えることによって柔軟かつ迅速に対応するというものである。

芝池教授によると、申請の公益適合性が認められなければ拒否処分ができるにもかかわらず、申請対象がもつ公益性に着目してあえて拒否処分を避け、公益確保のため附款を附したうえで、許認可等を行うことができるものとされ、従来の行政行為論でもこれが念頭におかれてきたとされる²。

すなわち、「要件裁量や行為裁量（効果裁量）が認められる裁量であっても、法律で

¹ 山下健次「公衆浴場の適正配置規制」『憲法判例百選（第三版）』（別冊ジュリスト No.130 九月号）一八一頁参照。

² 芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』（有斐閣 一九九八年）一九四頁参照。

具体的に定められた要件が充たされていない場合には、行政庁としては拒否を義務づけられる。この場合理論的に可能な解釈としては、欠如している要件の充足を確保するための附款を附することによって拒否処分を回避し、許認可等の行政行為を行うことが考えられる¹⁾と指摘され、公益適合性という視点から受益拒否の回避を説明されているが、さらに具体例として、ここでは行政法学上の特許と許可に区別して説明しよう。なおここでいう許可は警察許可としての性質を有するものを対象とし、質屋・公衆浴場・食堂等の営業許可などを想定する。

もともと許可（警察許可）とは、本来個人が自由に営むことができるのであるが、公共性の見地からの悪影響を防ぐために、法律で一般的にその営業を禁止しておいて具体的な申請に対して申請者に不相当なところがない限り行政庁がその禁止を個別的に解除し、もって自由に当該営業を営むことを可能ならしめる制度である。

これに対して、電気・ガス事業・鉄道・バス事業・航空事業等の営業は本来私人が自由に行えるものではなく、国家の特別な承認を得て国の監督義務を受けながら実施すべき公共性の高い事業とされ、特許の対象となる。これらの公益事業については法制度上、許可のように公共の安全の維持という消極的視点だけではなく、国民の生活配慮という積極的視点からも規制が加えられるべきものとされる。

ここで検討すべき受益拒否の回避としての附款を附する許容性は、警察許可であれ、特許であれ、行政手続法制定前においては十分認められるものであった。

まず、従来の警察許可について考えると、本来自由な営業を禁止しておき、申請の内容が適切であれば許可を与えなければならないことが原則である。もし申請内容に不備があるとすれば、行政庁は拒否ではなく附款を附して許可を与えることによって、私人にとっても利益になるし、許可を拒否するよりも行政任務を柔軟に果たしうるのである。

次に特許においては、許可より公益性が高いが故に行政庁に自由裁量を与えている

¹⁾ 芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』（有斐閣 一九九八年）一九四頁参照。芝池教授は、裁量の余地のない羈束行為についても述べているが、羈束裁量については、本稿の附款の可能性と限界理論のところでは言及した。

ことが多い。この視点からすれば、当然に許可に比べ附款を附し得る余地は多いものとなる。ただし、この点においても警察許可も同様であるが、比例原則・平等原則が働くのは言うまでもない。このように特許においても附款を附すことによって、より迅速な行政運営ができ、行政任務を柔軟かつ相互経済的に実行しうるのであって、そこにこそ附款の機能のメリットが存在すると言えよう。

しかし、芝池教授による受益拒否の回避手段としての附款の議論には看過されている側面があるのではないかと思われる。ここでは、許可という場面を想定しながらその点につき指摘しよう。確かに、芝池教授の議論は、従来の許可制度の下での申請があった場合には、妥当しうるものである。

しかし、行政手続法制定後の許可制度の下での申請に関しては必ずしも説明が十分ではないのではなかろうか。すなわち、当該許可申請の形式要件が備えられていない場合には、まず、行政庁は補正を求めることによって申請者に対し形式上の要件の完備を求め、それを受けその後行政庁は実体審査の過程を経て処理を行なうことになる。すなわち、申請書に不備があり、行政手続法第七条¹を用いて行政庁が申請者に対し、補正を求め、補正された場合には実体審査に入ることは当然であるが、補正しなかった場合には、行政庁はその申請につき拒否処分を行わねばならないのである。つまり、芝池教授は、行政手続法制定後の申請に対する審査、応答という行政手続法第七条の規定を考慮しないで従来の許可に対する流れで説明している。

しかし、形式審査における補正手続を導入した行政手続法第七条に鑑みれば、不備に対しての補正を求め、それでも補正がされない場合にのみ芝池教授が言う「受益拒否の回避手段としての附款」が考え得るであろう。このことを図で示せば、以下の図のようになる。

¹ 行政手続法第七条（申請に対する審査、応答）を要約すると、行政庁は、申請がその事務所に到達したときは遅滞なく当該申請の審査を開始しなければならない、かつ、申請書の記載事項に不備がないこと、申請書に必要な書類が添付されていること、申請をすることができる期間内にされたものであることその他の法令に定められた申請の形式上の要件に適合しない申請については、速やかに、申請をした者に対し相当の期間を定めて当該申請の補正を求め、又は当該申請により求められた許認可等を拒否しなければならない、というものである。

【図 行政手続法制定後における附款の余地】

申請	形式要件	完備	審査開始[通常の場合]		申請通りに許可
			[不備の場合その後、要件完備]		審査開始 申請通りに許可
申請	不備	補正を求める（行政手続法第七条）	×	拒否か許可	附款つき許可の余地

【図】にして説明すると、上記の通りである。

は、行政裁量判断による許可という結果を示す。また、×は、要件不備の場合（拒否）であるが、附款を用いる状態を指す（附款の余地を表す）。

第三節 予告的附款の機能をめぐる議論

「予告的付款」を機能的附款論として日本において初めて論じたのは芝池教授である。その内容を見ると、「予告的付款とは、将来における行政庁の措置を予告する附款をいう。撤回権の留保はその典型的なものであるが、附款により課された義務の変更の留保もその一例である¹」とされる。教授は、例として、将来の占用料の値上げを留保する附款がそれであると述べられている。これに対して、森助教授は、芝池教授が言う「附款により課された義務の変更の留保が負担留保なのかその他の類型を含むものかは明らかではないか²」と指摘されている。しかし、両者ともに具体的な制定法上の根拠を示して議論しておらず、抽象的な説明に止まっているのではないかと思われる。

ここでは、都市計画法第七九条の[許可等の条件]を用いて説明しよう。都市計画法の一条の目的規定を見ると、「この法律は、都市計画の内容およびその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もって国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与することを目的とする」とし、都市計画法七九条において「都市計画上必要

¹ 芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』（有斐閣 一九九八年）一九五頁参照。

² 森稔樹「行政行為の附款の機能」『早稲田法学会誌 第四六巻』（早稲田大学法学会 一九九六年）一〇三頁を参考されたい。

な条件を附することができる」として許可等の条件を附しうることが規定されている。要するに、行政庁は都市開発事業者に対し法の目的に照らして都市計画上必要である場合には、裁量により予告的附款を附することができるのである。確かに本規定は不確定概念に基づくものであるが、都市の健全な発展と公共の福祉の増進に寄与するという目的に鑑みればその手段として予告的な附款を用いることができよう。その具体的運営形態が撤回権の留保であるにせよ、負担留保であるにせよ、予告的附款に該当しよう。

第四節 計画的附款の機能をめぐる議論

芝池教授によると、「計画的附款」とは、行政の計画的遂行のために附される附款であるとし、その例として、墓地経営のための風致地区での木竹伐採許可の効力の発生を墓地経営の許可の付与にかからせる附款があげられている。こうした附款が附される根拠は、「木竹伐採の許可の要件が揃っていても、墓地経営の許可の見込みがないのに、木竹の伐採を認めることは合理的ではないからである¹」とされる。芝池教授の計画的附款に対して、森助教授は、確かに附款には「行政の計画的遂行」という目的があることは認められるが、それが機能論として評価できるかについては、別の問題であろうと指摘される²。

なお、ここで言う芝池教授の「計画的附款」として、都市計画法第五八条一項の「風致地区内における建築物の建築、宅地の造成、木竹の伐採その他の行為については、政令で定める基準に従い、都道府県の条例で、都市の風致を維持するため必要な規制をすることができる」という条文の定めからも説明しうるのではないか。つまり、この条文の「必要な規制」の中に、計画的附款を手法の一つとして読み込めるのではないかと考える。

また、砂利採取認可の際など、砂利採取業者に対して河川の占用許可は砂利採取の

¹ 芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』（有斐閣 一九九八年）一九五頁参照。

² 森稔樹「行政行為の附款の機能」『早稲田法学会誌 第四六巻』（早稲田大学法学会 一九九六年）一〇四頁参照。

効力を完全にさせるためのものであるから、砂利採取認可にあたって河川占用許可を要件とする附款を附することは当然のことであると思われる。

第五節 独立行政行為の附款の機能をめぐる議論

また、芝池教授の附款の機能に基づく分類では「独立行政行為的附款¹」がある。独立行政行為的附款とは、許認可の申請が法定要件を充足している場合において、法律の規定の不備を補い、あるいは、よりよき行政目的の達成のために附されるものであると説明されており、その例として、河川敷の占用許可に伴う占用期間に関する附款、タクシー免許に伴う営業時間・営業区域・施設等に関する附款などがこれに当たるとされている。芝池教授の「独立行政行為的付款」に関しては、果たして「独立行政行為的附款」が附款の機能の一つとして分類できるかについては問題がある。

森助教授は「独立行政行為的附款」につき、「許認可の申請が法定要件を充足している場合において、法律の規定の不備を補い、あるいはよりよき行政目的の達成のために附される²」という目的を附款が有することについては認めうるが、しかし、附款の機能の一つとして認識しうるかについては、必ずしも明らかではないと指摘される。さらにそのようなことを考慮しつつ行政行為に附款を附すならば、他事考慮とされ違法となる危険性があるとする。

私見では、附款の限界理論について【第三章、第二節参照】述べた理由をもって、芝池教授のいう「独立行政行為的付款」は行政行為の補完的機能をもつものとして、自由裁量行為の場合はもちろん羈束裁量行為の場合にも附し得る余地があるのではないかとと思われる。

¹ 芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』（有斐閣 一九九八年）一九五頁参照。

² 森稔樹「行政行為の附款の機能」『早稲田法学会誌 第四六巻』（早稲田大学法学会 一九九六年）一〇四頁参照。

第五章 結び

まず、第二章においては、附款の類型として、従来の条件・期限・負担・法律効果の一部除外・撤回権の留保の説明とともに、近年における附款論の対象となっている修正負担・負担留保についての考察を行った。とくに、修正負担・負担の留保は本稿の第四章で考察する行政行為の附款の機能論との関連があることは上記で述べたとおりである。

第三章においては、附款の可能性と限界について四つ項目を取り上げ、その検討を行った。とくに、公益的観点からの社会規制の性質を持っている実定法の多くにおいて、附款を機能的に用いる場合が出てきている。すなわち、このような場合には、利益処分の発給に当たっての附款の設定は、各実定法が目的とする公益の確保のための重要な手段としての意義をもつのである。なお、このことは利益処分以外の処分についても妥当しよう。かくして、現代行政においてこのような見地からの附款の設定が不可欠の要請とされるのである¹。

このような認識に基づいて、第四章では、附款の具体的な機能として、公益担保手段としての附款、受益拒否の回避手段としての附款、予告的附款、計画的附款、独立行政行為的附款を挙げ、それぞれ附款の機能について考察し、理論化を試みたわけである。以上のように本稿では、行政法における行政行為の附款を論じたが、ここで取り上げた対象は行政法一般にわたるものではなく、とくに公益性が強く求められる分野というように対象を絞ったうえで考察したものである。いわば、本稿における対象は、行政法の中でも社会的規制を必要とする分野における附款をめぐる議論の整理であって、その射程範囲はその意味では限られたものである。

かくして、第四章では、行政行為の附款の機能について分類し、それぞれ考察を試みたわけだが、未だ通説である伝統的な行政法学における附款論は、その附款の定義

¹ 菊井康郎「行政行為の負担[存在意義]」『行政行為の存在構造』(信山社 一九九五年)一四九～一五〇頁参照。菊井康郎教授の論文は附款一般を扱っているわけではない。主に負担について論拠しているが、抽象的な側面が多く見られる。しかし、筆者が取り上げた公益担保手段としての附款の説明に十分参考になり得るのである。

を「行政行為の効果を制限するために意思表示の主たる内容に附加される従たる意思表示をいう¹⁾」とし、本稿で論じた附款よりも狭い範囲においての定義づけている。私見では既述のように、行政行為の附款の概念を「行政行為の効果を制限および『補充』するため『行政機関』によって、主たる行政行為に附される従たる意思表示」と考える。「主たる」という意味には、附従性を示すだけの意味であって、ここで言う補完的機能を否定する趣旨ではない。すなわち、従来の見解とは異なって、行政行為の附款の概念につき制限的な機能だけでなく、「補完的」な機能をも強調することによって附款の機能論で言う各種の機能に基づく附款、すなわち、公益担保手段としての附款、受益拒否の回避手段としての附款、予告的附款、計画的附款、独立行政行為の附款といったような行政行為の附款の機能が統一的に理論化できるのではないかと思われる。このような各々の具体的な附款の機能については、必ずしもすべてがすべて肯定するものではないであろうが、附款に関する新たな試みとして、理論的な素材になればと考える。

以上、私は行政行為の存在意義が、行政の運営にあたって合理性、弾力性、相手方にとっての有用性、相互にとっての経済性の確保にあるものとし、伸縮的に行政課題に対応できる役割を持っているとの考えの下で議論を進めてきた(傍点、筆者)。なお、このような附款における機能の理論化にあたっては、同じくその機能に基づき分類の試みがなされている行政指導が参考となりうるのではないか。すなわち、行政指導の機能として一般的に理論化²⁾されているものは、助成的行政指導(母子保健十七条、生活保護法二七条等)、規制行政指導(国土二七条の四、開発指導要綱による自治体の指導等)、調整行政指導(開発指導要綱に基づくマンション業者と付近住民間の紛争解決のための指導等)といったものが挙げられている。このような行政指導をめぐる機能的分類の試みは、附款に関する機能の理論化に利用しうるのではない

¹⁾ 田中二郎『行政法総論(法律学全集六)』(有斐閣 昭和四三年)三一三頁参照。これ以外についても、山内一夫・杉村敏正・塩野宏・兼子仁・佐藤英善教授に至るまでの通説である。しかし、藤田宙靖『行政法 第三版』(青林書院 一九九五年)、芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』(有斐閣 一九九八年)では、従来と異なる立場に立て展開する。

²⁾ 塩野宏『行政法 〔第二版〕』(有斐閣 一九九七年)一六六～一六七頁参照。

かと思われる。

しかし、他方で附款を用いることのデメリットとして一般に考えられているのは、行政運営上の濫用の結果、申請者や第三者等に対して生じうる何らかの権利侵害や予測不可能な事態がそれにあたる。これらの問題への対処は、実体法的・組織法的・手続的統を通じてなされることが重要であろう。なお、裁量的に附款を用いることや附款の限界等につき裁判所や行政庁に任せるよりも、ある一定範囲まで立法の段階で定めてしまうこと、すなわち、法定附款とすることが理想的であろうが、現段階では多少無理がある。なぜなら、立法の段階では予測しえぬ行政需要が生じうるからである。本稿では現段階の法制度の範囲内で、とくに機能に着目して行政行為の附款を論じることとした。

第三編第一部では、第一編で検討した以外に、附款論の検討を踏まえたうえで、警察概念やリスク概念の考察を通じて伝統的な行政行為の理論の再検討を行いたい。というのも行政行為論は、附款を論じる場合の前提たる議論であるにもかかわらず、本編本部においては詳細に検討なしえなかったからである。

第二編 リスク（規制）行政における第三者保護をめぐる行政 の構造的限界

第二部 韓国における行政行為の附款論と第三者保護法理

【課題】

本編本部では、韓国における「リスク社会」の行政法学の内在的な克服のため、行政行為の附款を用いて検討する。その射程範囲は、韓国における行政行為の附款の機能をめぐる学説・附款の概念の分析である。

とりわけ本部では、行政行為の附款の第三者保護法理・機能的側面に関する分析であり、これらの事案を勘案することによって、従来から支持されてきた「行政行為論の限界」に対する行政運営上のささやかな批判をすると同時に、新たな行政法学の体系化への準備作業として、とくに韓国における附款の法理・機能的・第三者の利益にかかる附款の側面についての考察をすることとする。

また、第二編第一部の日本における附款の議論を日韓比較の観点から発展させていくという意義もあると考えている。

はじめに

行政法学における行政行為の附款に関する議論は、今日その重要性が強調されなければならないが、依然として伝統的な行政行為の附款の見解に立脚しているため、行政活動に対して効果的な機能を発揮し得る附款論の検討が十分行なわれてこなかった結果行政実務に対応しきれない側面を有している。

また、附款に関するもう一つの問題点は、とくにこの問題に取り組む研究の実績や関心ははなはだ貧弱であるということであると思われる。なかんずく附款の機能的側面に鑑みると、「附従性」という特徴に注目しすぎる伝統的な附款機能理論のままでは、「説明しきれない内在的制約」がある。

今日多様な行政課題に対し、このような附款論の状況は、行政の柔軟性を阻害するものであり、現代的課題に対応できない。本部の射程範囲は、韓国における行政行為の附款の機能をめぐる学説・附款の概念の分析であり、判例の展開については別稿で論じることとする。

とりわけ本部では、行政行為の附款の第三者保護法理・機能的側面に関する分析を行い、これらの事案を勘案することによって、従来から支持されてきた「行政行為論の限界」に対する行政運営上の問題点を検討すると同時に、新たな行政法学の体系化への準備作業として、とくに韓国における附款の法理・機能的・第三者の利益にかかる附款の側面についての考察をすることとする。また別稿¹（本論文の第二編第一部）の日本における附款の議論を日韓比較の観点から発展させていくという意義もある。

いかなる場面において附款の存在意義が重要になってくるのか、今日の社会の実情を鑑みながら再考察しなければならないと思われる。実際、韓国で問題となった事例として、韓国のロッテショッピング（株）が建設許可（第二ロッテワールド建

¹ 拙稿「行政法学における附款論の限界と機能論の一考察（1）」『法研論集』（早稲田大学大学院法研論集一〇四号、二〇〇二年）一～二九頁、並びに「行政法学における附款論の限界と機能論の一考察（2・完）」『法研論集』（早稲田大学大学院法研論集一〇五号二〇〇二年）一～三〇頁を参照されたい。

設)を申請した際、釜山緑色市民連合(市民団体)による市民運動が発端となった¹。上記建設許可申請の内容に釜山広域市に何らかの措置を求めた事件である。環境評価庁である釜山海洋水産庁による環境影響を踏まえた第二ロッテワールド建設は、その周辺の交通停滞の解消目的も踏まえ、以前からあった影島(ヨンド)橋を壊し、新しい橋梁を建設するという内容が許可申請の一部に含まれていた。一方、市民団体は、地域経済発展のために、第二ロッテワールド建設には反対しなかったが、影島(ヨンド)橋が文化的価値のあるもので保存・管理することを主張し、釜山広域市に圧力をかけたのである。

その後、釜山広域市は申請者であるロッテショッピング(株)側と条件付きの交渉を始めた。このような状況の下、市側は、第三者たる市民の文化的利益保護の観点から許可に附款を附しうるかどうかの検討が必要であったが、結果的に、この市民運動により、許可につき附款が附され、行政当局での検討がなされるべきであったにもかかわらず、行政指導にとどまった形となった。私は、この事例を附款論に着目して考えることとなった。

結局、釜山広域市と事業主体であるロッテショッピング(株)の間で合意が成立し、影島橋の保存決定と代替橋梁建設問題が解決できる方向へと転換した。すなわち旧釜山市庁の跡地である右建設計画は市民団体の圧力と環境専門家の意見を受け入れることとなったのである。ロッテ側は、総面積一万四千八百m²のなか、映画館や娯楽施設を計画していた六四〇m²を代替橋梁に振り向ける工事計画修正を余儀なくされたのである。(国際新聞二〇〇三年七月二日記事参照[韓国])

本部の構成は、韓国における行政行為の附款の議論に対する分析が中心となる。その理論的発展の経緯をたどると、ドイツ、日本から導入²されたことが分かる。ま

¹ 釜山日報二〇〇三年一月二五日、五面参照。また、同新聞二〇〇三年一月二四日、三五面[ロッテショッピング(株)が上記の橋を崩壊させる意思表示]、釜山広域市側との交渉によってロッテショッピング(株)は工事が遅滞されていると主張。二〇〇二年十一月五日、三四面参照。

² 金南辰『行政法の基本問題(第四版)』(経文社 一九九四年[韓国])二五五頁参照。金教授の右文献のなかでは、韓国における附款の概念は田中二郎博士の『行政法総論』(有斐閣 昭和四三年)に由来していると説明されている。すなわち「行政行為の効果

た、韓国の判例の立場もドイツ・日本の状況と比較的に類似している¹。まず、韓国における附款の法理（附款の概観）について考察する（第一章）。それを踏まえた上で、附款の可能性（許容性）について分析し（第二章）、行政運営の際に附款を用いることのメリットやデメリットについて考察を加え、とくに行政行為の附款を利用することで得られる第三者保護、行政運営の柔軟性、行政行為にもたらされる伸縮性、さらには、従来の警察規制を超える行政庁の積極的な介入が図られることを述べる。とくに「市民の安全性」にとって重要な食品リスク・環境リスク分野の規制手法としての附款の意義に関して触れる（第三章）こととする。実際に行政行為が第三者との関係においての硬直的な機能しかもたない場合が少なくないことから、附款を用いることで行政課題に対応する（多角的構造）システムのなかの有力な手法としてこの附款を検討する（第四章）。

本部は、現在の行政法学が変動期のなかにあるという現状に基づいて考察を進めていくものであり、伝統的行政法学の揺らぎを分析する準備作業として位置づけられる。このような行政法学の基礎的な理念の変動という内在的な動きの分析を踏まえた上で、とくに近年、社会科学分野のみならず法学分野においても、その認識の重要性が指摘されている「リスク概念」に基づく対応（行政介入）の必要性が、従来の規制手法の限界を明確にするとともに、行政法学の体系の大きな変動の要因ともなっているとの認識に立って検討をする。

行政法学における既存の規制手法であった「警察介入」に対しては、規制緩和の観点から、その規制の程度や態様の変容が迫られ、すでに変容の一部は現れている

を制限するために意思表示の主たる内容に附加された従たる意思表示をいう。」という概念である。

¹ 大法院 1992.1.21.91 ㄴ 1264.この判決では、「行政行為の附款は、行政行為の一般的効力及び効果を制限するために意思表示の主たる内容に附加する意思表示に止まり、それ自体が直接法的効果を発生する独立された処分ではないが故に、現行行政訴訟の下で、附款それ自体が独立して争訟の対象にはならないということが原則であるが、行政行為の附款のなか、行政行為に附随し、その行政行為の相手方に一定の義務を附加する行政庁の意思表示である負担の場合には、他の附款とは異なり、行政行為の不可分の要素でないことからその存続が本体たる行政行為の存在を前提するのみであるため、それ自体行政争訟の対象になる」とした。

が、その上にリスク概念に基づく変容が迫られているのである。規制緩和により、行政任務が官から民へと転換する傾向があるといえよう。しかし、一方では、以前より一層行政庁の積極的な介入が求められる領域も存在する。例えば、SARS、雪印事件、BSE 事件（いわゆる狂牛病事件）といった環境分野は典型的である。これらの積極的介入は、規制緩和論の次元で展開される部分もあるが、新たにリスク概念から要請されるものもある。

本部の韓国における附款に関する考察は、行政行為の一般論にまでは及ばず「人の健康上の安全性確保」が強調される分野に限る点で、考察範囲は多少狭いかも示れない。しかし、このような領域での警察規制の限界を明確にし、これを踏まえて新たな解釈への可能性について示唆できればと考えている。即ち、行政法学上、規制の重点を「警察介入」から「リスク介入」へと変化させることによって伝統的行政法学体系に対する批判をいかに新たに理論化できるかが最先端の研究対象であると思われる。また、本部は、行政法学上、「規制」という手法の様々な形態を考察することによって、従来処分庁と名宛人の法律関係、すなわち「二極面的行政法関係」から脱皮し、第三者の保護という「三極面的行政法関係」を想定した行政法理念の構築が不可欠であることを述べたい。さらに、既存の行政法総論の核心であった行政行為論の一部である附款の機能的側面を明確に把握しようとするものである。附款の機能的側面から附款の性格や利用の意義を再構成することは、新たな体系化への事前作業のための第一段階として考察を要するテーマであると位置づけられる。

第一章 韓国における附款の概念の議論

第一節 附款の概念の定義

既述のように、韓国の行政行為論は、ドイツ、日本と同様、大陸法的特徴を有するが故に、事実上、今日までの行政行為の附款の議論というのは日本における実情と殆ど類似している。まず、この章では、附款の概念を分析する。

韓国における附款の概念は統一されていない状況にあり¹、現在の学説は、大きく二つに分かれる。

第一に、伝統的な見解は、行政行為の附款を「行政行為の一般的効果（効力）を制限するため主たる意思表示に付加される従たる意思表示（附带的規律）である²」と定義する。

第二に、新たな見解は、行政行為の附款を「行政行為の効果を制限あるいは補充するため主たる行為に付された従たる規律である³」と定義づけている。

その他、本体たる行政行為に付加される追加的下命という定義を用いる学者もいる⁴。上記の両学説で見られるように韓国においても日本と同様、行政行為の附款は、本体たる行政行為に対し、従たる概念として位置づけられている。ドイツにおける伝統的な附款論と殆ど変わりなく韓国の行政法に導入されたといえよう。私見では、附款とは、従来のように行政行為の制限にのみ着目するのではなく、**行政行為の効果を制限および補充するため行政機関によって、行政行為に付される従たる意思表示を規律するものが附款である**、というように附款の概念を認識する⁵。

しかし、従来の見解と異なり、「意思表示」という用語を用いることなく、附款

¹ 洪井善『行政法原論（上）第五版』（博英社 一九九七年[韓国]）三六一頁参照。

² 徐元宇「行政行為の附款論に対する再検討」『転換期の行政法理論』（博英社 一九九七年[韓国]）六六四頁参照。また、卞在玉「行政法講義（ ）」（博英社 一九九一年[韓国]）三〇四頁参照。

³ 朴鉦旿『改訂版 最新行政法（上）』（博英社 一九九六年[韓国]）三五七頁参照、金南辰『行政法（第六版）』（法文社 一九九七年[韓国]）二七二頁参照。

⁴ 石琮顯『一般行政法（上）』（三英社 一九九三年[韓国]）二八一頁参照。

⁵ 拙稿「行政法学における附款論の限界と機能論の一考察（1）」『法研論集』（早稲田大学大学院法研論集一〇四号、二〇〇二年[日本]）一六頁参照。

の概念を定義する例もある。すなわち金南辰教授は、「行政行為の附款とは、行政行為の効果制限又は補充するため行政庁によって主たる行政行為に附加される従たる規律をいう¹⁾。」とされている。このような定義は、近年、韓国の有力な見解の認識とされているが、このような定義は、行政行為の附款の目的が行政行為の効果制限のみならず補充することを強調し、同時に、法律行為的行政行為にのみ附款を附するといった従来の限界を避けることを可能にするのである²⁾。

次に、韓国における附款の種類に目を転ずる。

第二節 附款の種類

韓国における多くの学者は、附款の分類を条件・期限・撤回権の留保・負担・負担留保(事後変更の留保)・修正負担(修正附款)・法律効果の一部除外に分ける。また、行政行為の附款の性質別に区分し、第一に行政行為の効果の発生・消滅に関する附款として、条件、期限、撤回権の留保につき、第二に行政行為の効果の発生ではなく、内容的制限として性質を有するものとして、負担、事後変更の留保、法律効果の一部除外という二つに区分する例もある³⁾。

また、金容燮教授は、非独立的性格の附款と独立的性格の附款に区分し説明されている。前者は、洪井善教授の附款の分類でいう条件、期限、撤回権の留保にあたり、後者は、負担、負担留保を掲げて説明されることにあたる⁴⁾。以下においては、韓国の判例を中心に附款種類の範囲、性質につき検討を行う。

(1) 条件

条件とは、行政行為の効力の発生・消滅を将来に発生かからしめる不確定な事実
に依存させる附款のことをいう。實際上、行政行為の負担との区別が困難な場合も

¹⁾ 金南辰『行政法』(法文社 一九九五年[韓国])二七二頁参照。

²⁾ 李日世「行政行為附款に対する争点研究」『江原法学 第七巻』(江原大学法科大学 一九九五年[韓国])七七頁参照。

³⁾ 洪井善『行政法原論(上) 第五版』(博英社 一九九七年[韓国])三六三頁参照。

⁴⁾ 金容燮「行政行為の附款に関する法理」『行政法研究二号』(行政法実務理論研究会 一九九八年[韓国])一九一～一九四頁参照。

ある。大法院の判決では、負担と条件を以下のような説明している。

条件に関する大法院の見解を一つ紹介する。公有水面占用許可の際、硅砂採取は、海水の沈水影響を防止する事前予防措置を講じ、当局の承認を得て実施することとなっているからこのような行政行為の附款は、負担ではなく、寧ろ条件に属しているとみなすべきである（大法院判決）¹とされる。

（２）期限

期限とは、行政行為の効力発生または消滅を将来に発生する確実な事実依存させる従的な規律のことをいう。これには、始期（任用により効力発生がそれにあたる）と終期（許可期間を五年にする許可条件）などがある。

この期間に関し、韓国の大法院の判決²では、期限を定める開墾期間許可処分は、期間延長などの特別な事情がない限り、一定期間の後、再び開墾行為をなすことはできない、という意味で将来に向けてその効力が消滅することになる。この大法院判決では、行政庁が許可期間変更の経過後に同開墾地域内の建物撤去等、負担の履行を促すことであったことであれば、それ自体開墾期間経過延長申請を黙示的に与えられているとは断定できないとした判決がある。

（３）撤回権の留保

附款が特定な事情の発生により（義務違反等）、行政行為を撤回する権限を保留する附款のことをいう。撤回権の留保をめぐって韓国のリーディング・ケースである本件³（大法院判決）では、被告が原告に対し、酒類販売業免許の際、その免許に免許取消事由として四つを記載したこと（附款）は、法令に定められている取消事由以外に被告行政庁が撤回権の留保として附した附款であって、これを附したことは撤回権の留保に過ぎないこと、これらの免許取消事由は、酒税法（十八条第一項

¹ 大法院 1976.3.23, 76 다 253.

² 大法院 1985.2.8, 83 누 625.

³ 大法院 1992.8.14, 91 누 12684.

第八号)に該当する違反事由であると解される、取消事由が法律に明示された免許取消指定条件ではなくても附款による取消事由に違反した場合には酒類販売業免許を取消すに差し支えないことを判示した。

(4) 法律効果の一部除外

韓国の一般的見解として附款の種類に入れるものであり、判例においても附款の分類として認めていることが分かる¹。しかし、徐元宇教授の見解によると、申請された内容の一部に対する制限であることで主たる行政行為の構成部分であるから附款の種類として否定する立場をとっている²。

(5) 負担

行政行為の負担とは、受益的行政行為に付加される附款のことをいう。相手方に作為、不作為、給付、受忍などの義務を附すことである。とくに、負担の場合は、日本と同様、独立性を有するが故に分離可能な性質を持つ。さらに、負担と第三者の利益について判例の見解を紹介しておく。「建設部長官(日本における大臣)が既成埋立地として都市計画工事完了の地域は、工事費実費として以前から住んでいた者に分譲すること」という附款を附した免許及び認可処分は、公有水面埋立地免許という権利利益を受ける水面許可者に上記のような義務を命じた附款附行政行為と

¹ 大法院 1993.10.8, 93 ㄴ 2032. 行政行為の附款は、「負担を除き、独立して行政訴訟の対象とはならない。被告(ソウル地方国土管理庁長)によって、その土地を国家及び仁川直轄市(現在、仁川広域市に変更された)に帰属させる処分は、埋立地の認可をする際に、免許を受けた者の埋立地に対する所有権取得を規定する公有水面埋立地法(第十四条)の効果の一部を除外する附款であることから、独立して右附款を附した理由をもって行政訴訟の対象にすることはできない」とした。このように、韓国においては、裁判上法律効果の一部除外を認定している。

² 徐元宇「行政行為の附款論に対する再検討」考試界(一九八五年 十一月号)五〇頁参照。しかし、実定法上、この法律一部除外の実定法の根拠は、食品衛生法十一条「(営業の制限) 市・道知事は、公益上必要であり、又は善良な風俗を維持するために必要であると認める場合には、衛生接客業の営業時間又は営業所の管理・運営その他営業に関して必要な制限をすることができる。ただし、全国にわたって同一制限が必要であると認められる場合には、保健福祉部長官が営業時間等に関して必要な制限をすることができる。」と定めている。

してその行政行為の効力は第三者までに及ぶことは勿論、その附款上の義務は免許権者である建設長官の負担する公法上の義務に留まり、行政行為の相手方である水面許可を受けた者がその附款によって義務を履行する際に第三者に何らかの影響を与えたとしてもこれは同処分の反射的利益に過ぎず、これをもって行政行為の相手方や第三者との間に直接的かつ具体的に司法上（私法上）の権利義務若しくは法律関係が発生することはない、とした¹。

（6）負担留保

行政行為の事後変更の留保といい、行政行為の附款を事後的に追加、変更補充できる権限を前もって留保する附款のことをいう。負担留保の存在意義として、柳至泰教授は、撤回権の留保と同様、社会的、経済的变化及び技術発展に対応できるよう、弾力的な行政作用の必要から行政活動においての内容的確保の必要性があると述べられている²。このような附款の類型は、原子力発電所の安定性・飛行場の騒音などの許可発行時において明確にその安全性や弊害が予測できない場合に、実際的な意味を持つと思われる。

（7）修正負担

この類の附款は、附款の許容性として取り扱う必要性から附款の限界論において論じることがあるが、ここで附款の類型として紹介しておくことにする。修正負担とは、通常の負担のように付加的履行義務を課すのではなく、質的な面について変更・修正を課することによって「附従性=付随性」をめぐる議論と深く関わりを持つ附款の類型である。後に（第四章）検証する設問のように、附款を附する際に、その許可対象施設にとって極めて重要な部分についての変更を要求するような附款のことをいう。

¹ 大法院 1982.12.28,80 다 731.

² 柳至泰 『行政法新論（第三版）』（博英社 一九九九年[韓国]）一四六頁参照。

この「附従性」をめぐり、韓国では、議論が分かれる。金南辰¹・韓堅愚²教授の場合、附款の種類にいれるが、これに対して柳至泰教授は、否定されている。なぜなら、附款とは、申請された行政行為の内容そのものを制限することであり、質的な変更により、その法的効果を制限することは、新たな行政行為として理解すべきであると主張される³。

¹ 金南辰 『行政法』(法文社 一九九五年[韓国])二七七頁参照。

² 韓堅愚 『行政法(上)』(弘文社 一九九五年[韓国])二九三頁参照。

³ 柳至泰 『行政法新論(第三版)』(博英社 一九九九年[韓国])一四七頁参照。

第二章 韓国における附款の可能性と限界の検証

韓国における附款の可能性と限界理論は、既述のように、日本における附款の議論とほぼ同様である。その内容においては、準法律行為的行政行為に附款を附し得るか、羈束裁量に附款を附し得るのか、附款の自由性として附款の法目的性(附款の法効果性)、比例原則・平等原則(一般原則として)、事後的附款の認定問題等が、韓国における行政行為の附款論の主な対象である。以下、各々の項目につき検討する。

第一節 行政行為の附款と準法律行為的行政行為の関係

韓国では、附款の可能性に関する議論において、附款は法律行為的行政行為に対してのみ附することができるというのが伝統的な見解である。行政行為の附款は、行政行為の主たる意思表示に付加される行政庁の従たる意思表示であることから行政庁の意思表示を要素としない準法律行政行為においては附款を附することができる余地はないとされている¹。その理由として挙げられるのは、準法律行為的行政行為は、行政庁の意思表示以外の精神作用の表示に対し、法令自体が一定の法律効果を付与することで行政庁の意思によってその法律効果を制限できないのみならず、従たる意思表示に付加される主たる意思表示が存在しないという根拠である。このような見解が韓国の通説・判例のとする立場である。

しかし、一方、一部の見解では、附款の可能性は個々の行政行為の性質によって決定されるものであると主張されている。即ち、この見解(金南辰教授)は、私法上の概念である法律行為を借用して行政行為を法律行為的行政行為と準法律行政行為に区分することは正当ではないとする立場で準法律行政行為に対しても附款を付することができるとの説明がされている²。例えば、準法律行為的行政行為に附款を附し得る余地として、自動車検査証の有効期間、旅券の有効期間等が掲げられてい

¹ 李尚圭『新行政法論(上)』(法文社 一九九四年[韓国])三二三頁参照。

² 金南辰『行政法〔第六版〕』(法文社 一九九七年[韓国])二八一頁参照。

る¹。

第二節 行政行為の附款と羈束裁量

次に、行政行為の附款は、行政庁の自由裁量が認定される場合にのみ付することができる、というのが伝統的な立場であった。行政行為の附款はすべての法律行為の行政行為に附し得るのでなく、法令が附款を附し得る余地を一定範囲認定している時に可能である(例えば韓国食品衛生法二二条三項)。それ以外においては、行政庁に裁量がある場合に限られる。

また、近時の大法院の判決²においても同様の見解を次のように示している。旧都市計画法(2000.1.28.法律第6243号全文改正前)第二一条及び施行令(2000.7.1.大統領令第16891号全文改正前)第二〇条及び同法施行規則(2000.7.4.建設交通部令第245号全文改正前)第七条、第八条などの規定を総合して検討すれば、開発制限地域内では区域指定の目的上、建築物の建築及び工作物の設置など、開発行為が原則的に禁止されている。ただし、具体的な場合に、このような区域指定の目的に違背しない場合に限り、例外的に許可することができるようになっていることがその規定の仕組みや文言上から明らかである。

このような例外的な開発行為の許可は、相手に受益的な性質を有すること、また、その法律的性質は裁量行為ないし自由裁量行為に属するものであり、このような裁量行為においては関係法令に明示的な禁止規定がない限り、行政目的を果たすために条件や期限、負担などの附款を付けることができるし、その附款の内容が履行可能でかつ比例原則及び平等原則に相応して行政処分の本質的な效力を阻害しない場合に限り、違法にはならない、とした。

一方羈束裁量においては、行政庁は法規に拘束されることで自由意思により法律効果を制限することができないというのがドイツ・日本に共通する通説である。同様に韓国大法院の見解においても、「一般的に羈束行為および羈束的裁量行為には附

¹ 柳至泰『行政法新論(第三版)』(博英社 一九九九年[韓国])一四八頁参照。

² 大法院 2004.3.25,2003 号 12837

款を付すことができないし、附款を付することもできない¹」とした。また、「公有水面埋立免許のような羈束的裁量行為ではない裁量的行政行為においては法律上の根拠がなくても附款を付することができる²。」としている。

これに対して、洪井善、柳至泰両教授は、裁量行為に附款を附するという意味の中には、それが義務に合致する裁量によって附款を附し得ることを含み、恣意的に附款を附し得るという意味ではないとする。すなわち裁量行為が比較的附款に馴染むことで、附款を附さないで拒否処分をするよりも、裁量により附款を附して許可処分(附款付裁量)等をするほうが相手方に有利であるからである。但し、裁量行為に関しても附款を附しえない場合も存在している(帰化許可等)³。

第三節 事後附款の許容範囲

次に、事後附款をめぐる韓国の議論状況を考察する。事後附款とは、行政行為を行うときに附款を付すのではなく、行政行為が行われた後、新たな附款を附することである。とくに、負担を追加したり、すでに付された負担を事後的に変更および補充する例がそれである。この場合、事後的に附款を付しえるかが問題である。附款の中で条件・期限・撤回権の留保を事後的に付した場合は、新たな附款であると見なすことができる。但し、負担の場合は明文規定が存在するか行政行為自体に留保されている場合や本人に同意があるときのみ追加・変更および補充できる⁴。

これに対して、伊世昌教授の反対説によれば、「附款は主たる行政行為に附された従たる意思表示であるから附款の独自の存在は認定することはできない」とし、附款は主たる行政行為とは別個に事後的に附しえない。したがって、「本人の同意があるときにおいて事後に附款を附し得るという見解(肯定説)は同意によるもので

¹ 大法院 1988.4.27,87 누 1106.

² 大法院 1982.12.28,80 다 731, 732.

³ 洪井善『行政法原論(上) 第五版』(博英社 一九九七年[韓国])三六八~三六九頁参照。同じ見解として、柳至泰『行政法新論(第三版)』(博英社 一九九九年[韓国])一四八~一四九頁参照。

⁴ 朴鉞圻『最新行政法講義(上)』(博英社 一九九六年[韓国])三六七~三六八頁参照。

はないとし、これは附款とは言えない¹」と述べられている。

第四節 行政行為の附款と法一般原則

附款附行政行為につき、その附款の内容は、適法であること、また、履行可能でなければならないという法の一般原則及び平等原則に適合し、行政処分の本質的効力を害してはならない²。

以上の第一節～第四節の検討から、韓国における附款の限界理論情況はドイツの議論から導入されたが故に、殆どの学者が修正負担などをも扱う傾向を有し、日本と比べて比較的附款の種類は多様である。そして従来 of 伝統的かつ純粋な行政法理論に対して行政実務上では、行政行為の附款がより積極的に用いられていることも付け加えておく。

第五節 小括

行政行為の附款に関して従来から維持されてきている「附従性」の特徴を強調するのであれば、事後附款の許容性は、理論的に否定を免れないことになってしまうが、しかし、附款という本来の役割の視角を変え、より国民の利益を促進する観点から考えれば、異なる見解を導き出すことも可能であると思われる。つまり、事後附款を附し得るか否かの観点からいうと、国民にとっては市民生活上の安全性が確保でき、また行政側にとっては、予測困難な食品リスク、環境リスク分野において、附款を用いて行政運営上柔軟に対応できる余地はあると考える。

しかし、注意しなければならないことは、法の一般原則や手続的な面において附款の利用を限定させる必要は当然にあると思われる。

また、羈束裁量には附款を附することができないという従来の見解も、上記のような立場から考えれば、法的安定性という「法治国家」の原則も勿論、重要ではあるが、この原則よりも、市民の健康権・環境権の保障の観点から附款という手法に

¹ 伊世昌『行政法（上）』（博英社 一九九三年[韓国]）二四五頁参照。

² 大法院 1992.4.28,91 ㄱ 4300 参照。

よって行政庁の情報を生かし、安全で健康な生活を保障することこそ優先させるべきである。

第三章 韓国における附款の機能論をめぐる議論

韓国における附款の機能論は日本と同じく、殆どドイツ行政法の導入によるものである。ドイツにおける附款の機能論を紹介している論文として、朴種局教授の「行政行為の附款の機能 - 西独の理論を中心として¹⁾」等がある。それ以外には各行政法学者の行政法総論に少し触れられている程度である。

本節では附款をめぐる判例の展開や訴訟理論²⁾の紹介を省略し、他の機会に譲ることとする。行政実務での附款の運営に関する考察に焦点を絞って進めていきたい。本章の狙いは、附款の機能論や附款による第三者保護という点に重点を置いて分析していくことである。

まず、韓国における附款の機能についての考察である。洪井善教授によると、附款の必要性和問題点を掲げている。この際、附款の必要性を順機能(メリット)という新たな用語を用い、附款の問題点を逆機能(デメリット)として説明される。

附款の順機能は、行政任務は多様であるがゆえに典型的な情況に合わせて行政活動を行なう必要があるとしても、一定の単純な行政行為は公益保護の観点から十分に対応しきれないとの主張である。それゆえ、行政庁が情況に応じてより適合的に行政行為を行うことができることに行政行為の附款のメリットがあると主張されている。このような附款は、行政実務にとって不可欠な補助手段であるとする。それに対して、附款の逆機能(デメリット)については、撤回権の留保の濫用および過大な負担を行う附款はむしろ国民の権益への障害が生じるおそれがあるから附款の

¹⁾ 朴種局「行政行為の附款の機能 - 西独の理論を中心として - 」月刊考試(一九八九年五月号[韓国])七一~八一頁参照。

²⁾ 附款の訴訟をめぐる論文としては、辛奉起「附款に対する司法審査」土地公法研究九輯(韓国土地公法学会 二〇〇〇年二月号[韓国])二〇一~二二七頁参照。また、金鉄容「違法な附款に対する争訟」考試研究(三月号 一九八七年[韓国])六〇頁以下参照。鄭夏重「附款に対する行政訴訟」『行政判例研究』(ソウル大学出版部 二〇〇一年[韓国])一四七~一七四頁を参照されたい。また、朴圭河「行政行為の附款と行政訴訟」外法論集(第十一集 韓国外国語大学法学部 二〇〇一年一二月[韓国])四五~六二頁参照。李日世「行政行為附款に対する争点研究」『江原法学 第七巻』(江原大学法科大学 一九九五年[韓国])七五~一〇八頁参照されたい。

濫用に対しての適切なコントロールが必要であると述べられている¹。

他方で、朴銳焮教授による附款の機能は、大きく二つに分けて論じられている。それは行政に対する柔軟性付与機能（メリット）と逆機能（デメリット）である。

すなわち、行政に対する柔軟性の付与として、行政行為の附款は行政実務に不可欠な補助手段であり、行政行為という行為形式によって行政目的を柔軟に達成するための重要な手法が附款であるとする。そうすることで、行政行為に伸縮性、手続・経済的機能、公益の保護という付加価値が与えられる²。

第一節 行政行為の附款の順機能（長所）

行政行為の許容に対する伸縮性の付与

行政行為の附款は、行政行為の申請者が計画したものと、これに対する行政庁の許否の決定要因（許可・認可等の要件）とを調和させるものである。すなわち、行政庁は許可申請が許可要件を充足していないとき、充足されていない部分の許可要件を附款の対象とすることで申請の許容が拒否かの二者択ではない、行政庁にも申請者にも受け入れられる解決を目指すことができる。その例として、建築許可の申請に際して近隣の家との間で法定距離を置いていないとき、行政庁は近隣の家との法定距離を置くように必要な土地を取得するような条件を建築許可に付することができる場合がそうである。

手続経済的機能

附款には、その主たる行政行為の本体に付して許可を発給し、申請を拒否したときに生じる再申請・再審査を省略できるという、いわば手続経済的機能を期待できる。仮に、許可要件の不充足を理由として許可申請者が許可を拒否されることになると許可を期待して事前行為のためにした投資などが、許可要件を満たすために再

¹ 洪井善 『行政法原論（上） 第五版』（博英社 一九九七年[韓国]）三六二～三六三頁参照。

² 朴銳焮 『改訂版 最新行政法（上）』（博英社 一九九六年[韓国]）三五七～三五九頁参照。

申請した後、決定が下されるまで活用されないこととなる。

公益の保護

行政行為の附款は、申請者のみならず一般公衆および個別的第三者の利益にも重要な意味を持っている。例えば、補助金交付の際(行政行為の負担の場合)、それに附款を附すことで、補助金の使用の公正さや効率を誘導し、経済政策的にも有効的な機能を発揮させることができる。営業許可等においても、附款は美風良俗と環境保護のため古典的手段(規制手法の一つとして)になりうることや、利害関係が複雑な計画行政の領域においても行政行為の附款を付しうることによって第三者利益の保護が期待できる。

次に、朴種局教授による附款の機能論を紹介すると、行政の弾力性付与機能と公共財政確保機能に分けて説明されている。後者(公共財政確保機能)は、さらに、受益拒否の回避機能、手続経済的機能、公共および第三者保護機能に分けて述べられている¹。この後者の三つの機能の理解を簡単に紹介すると、以下の通りである。

(イ) 受益拒否の回避機能

行政行為の附款は、申請人が計画する行為と行政庁の処分要件を一致させる機能を持っている。すなわち、行政庁は申請人によって申請された行為の許可のため充足されていない許可要件に附款を附加して許可する。それによって申請人の申請に対する申請拒否と許容の間を埋めることができる。

また、申請人が受益的行政行為を申請する際に、許可要件の全てが充足されることはめったにないと指摘される。いわゆる許可要件の一部が充足され一部が充足されない場合がそれである。このような場合、行政行為の附款という手段が存在しないと軽微な許可要件の不充足で行政行為の許容を拒否しなければならない結果にな

¹ 朴種局「行政行為の附款の機能 - 西独の理論を中心として - 」月刊考試(一九八九年五月号[韓国])七五~八〇頁参照されたい。また、合わせて、辛奉起『判例理論行政法講義』(大明出版社 二〇〇三年[韓国])一八二頁を参照されたい。

る。

したがって、このような場合、行政庁の申請者にとって受益的性格を有する行政行為を拒否するよりも附款を附加して受益拒否を回避する機能を附款が持っていると言えるのではないかと主張されている。

（ロ）手続経済的な機能

要件を充足しない部分の将来的充足を附款として付して許可が行なわれることによって、申請の拒否に対する再申請を回避できるのみならず、行政庁が行政処分に対し再審査をしなくても済むことになる。すなわち、この附款には手続の重複を避ける手続経済的機能面での利点がある。

かくして、行政行為の附款の手続経済的機能は、二つに分けて述べられている。一つ目は、行政庁と申請人は新たな申請手続を要求されないことで時間と労働を節約できるということである。二つ目は、後に行政庁の裁量が変更されたり、法規が変更されることによって発生する可能性に留意する必要がある場合に備える手法として、法的安定性が確保できるということである¹。

（ハ）公共および第三者の保護的機能

行政行為の附款は、申請人の迅速な目的達成という次元においても、また一般公共および第三者の保護のためにも重要な意味を持っている。

第二節 行政行為の附款の逆機能（短所）

上記のような行政行為の附款は行政に対して柔軟性を付与し、行政に結果的に良い機能を与えその相手方の利益にも資するが、他方、行政庁により濫用されるおそれがあり、相手方に不利益を与えることもありうる。

¹ 朴種局「行政行為の附款の機能 - 西独の理論を中心として - 」月刊考試（一九八九年五月号[韓国]）七五頁参照。

解除附款

一旦行われた受益的行政行為を後の法的・経済的状況の変化に適合させるために行政庁は、その手段として解除条件・解除期限(終期)・撤回権の留保等いわゆる解除附款を活用する¹。しかし、解除条件は、新たな状況に適應するリスクと費用を行政行為の相手方に転嫁させることになるから相手方に不利益が生ずることがある。

反対給付獲得手段としての負担

許可・認可のような受益的行政行為が公の財政の負担を招来することになる場合に、このような受益的行政行為に対して反対給付獲得手段として負担を付してしまうのはその経済的利益の一部を吸収する意味もあり、行政側の便宜に傾くことになるので相手方に不利益になるおそれが指摘されよう²。

第三節 小括

今日の社会における経済的变化及び技術の発展は予測困難であり、それゆえ、新たな行政行為の附款(修正負担・限定的に事後附款)によって柔軟に対応する必要がある。しかし、この点を強調してしまうと、行政の裁量行使の統制という側面が曖昧になってしまうおそれがある。

したがって、食品・環境リスクの場合、未然の予防的措置として、許可の申請時に比較的短期間の附款を附し、統制する規制手法が考えられる。ここでも重要なのは、裁量権の濫用をどう統制³しうるかであるが、実体法的・組織法的・手続法的統制を通じてなされることが重要であろう⁴。なかんずく消費者保護行政については、一般警察行政から切り離し、国民個人の生命・身体・健康保護のため積極行政と捉

¹ 朴銳圻『改訂版 最新行政法(上)』(博英社 一九九六年[韓国])三五八頁参照。

² 朴銳圻・前掲注(1)三五九頁参照。

³ 崔松和「行政裁量の手続的統制」『法学三九卷二号』(ソウル大学法学研究所 一九九八年[韓国])七一～一〇〇頁参照。同『公益論 - 公法的探求 - 』(ソウル大学出版部 二〇〇二年)参照されたい。

⁴ 拙稿「行政法学における附款の限界と機能論の一考察(2・完)」『早稲田大学大学院法研論集』一〇五号(二〇〇三年)二五頁参照。

えようとする考え方が有力に唱えられている¹⁾。

上記に述べた韓国における行政行為の附款の機能論を表にすると以下のようである。

【表1】附款の機能論をめぐる見解の整理

項目 学者	伸縮性・柔軟性確保	手続上節約的機能	公益担保手段	申請拒否回避機能
	紛争予防的機能	第三者保護	誘導的機能	補充的機能
朴鉦炆	、 、 、 、 + 短所（解除附款、反対給付獲得手段としての負担）			
洪井善	、 、 + 合理性			
柳至泰	、 、 + 短所（過度な規制に対する統制に言及）			
朴種局	、 、 、			
李日世	、 、 、 、 、			
辛奉起	、 、 、			
金容燮	、 、 、			
徐元宇	、 について限定的に認定			
金南辰	、 、			

（参考：筆者の附款の機能的見解については、一、公益担保手段としての附款の機能。二、受益拒否の回避手段としての附款の機能。三、予告的附款の機能。四、計画的附款の機能。五、独立行政行為の附款の機能を取り上げる。詳細な内容については、拙稿「行政法学における附款論の限界と機能論の一考察（1）」『法研論集』（早稲田大学大学院法研論集一〇四号 二〇〇二年）一～二九頁、並びに「行政法学における附款論の限界と機能論の一考察（2・完）」『法研論集』（早稲田大学大学院法研論集一〇五号 二〇〇二年）一～三〇頁を参照されたい。

¹⁾ 佐藤英善「食品・薬品公審をめぐる国の責任2」『法律時報 五一巻七号』（日本評論社 昭和五四年[日本]）七三頁参照。

第四章 韓国における附款と第三者の保護関係

この章では、行政行為の附款による第三者の保護(法理)について検討する。李日世教授によると、附款の機能的側面として紛争予防的機能を強調されている。すなわち、一種の公益保護機能として論ずる内容とそれほど差異はないものの、近隣住民にとって迷惑施設を建設する際に附款を用いて紛争を事前に防止する役割を果たすことができると述べられている。例えば、ガソリンスタンドの許可の際に、隣接住民の同意をえるという附款を附すことによって紛争予防が可能になりうると論じられる¹。

また、金容燮教授によれば、給付行政の発展に伴い、とくに負担の性質をもつ附款は、行政活動に最も重要な手段であり、経済行政法上不可欠な制度である²とされている。例えば、公有地埋立の免許や生活上不利益を招く営業許可に対して隣接住民の同意書を経る附款を附するケースは、第三者の利益保護を期待できると述べられている。

したがって、本章では、従来行政庁と申請者(相手方)という「二極面的行政構造」から脱皮し、その申請の影響を受ける第三者を含める「三極面的行政構造」を想定しながら今日の行政行為(許可・認可等)論の限界を示した上で、従来から用いられてきた規制手法(命令統制型)に触れながら、従来の手法以外の社会におけるリスク管理システムの手法として考えうる規制手法を述べた後、附款の機能的側面を、今日市民社会に登場する市民、社会、行政(国家)という構造を具体的に想定しながら、とくに食品衛生・環境に関わる事例を挙げ、附款の機能的な側面を明らかにしたい。

第一節 事例検証

¹ 李日世「行政行為附款に対する争点研究」『江原法学 第七巻』(江原大学法科大学 一九九五年[韓国]) 八〇頁参照。

² 金容燮「行政行為の附款に関する法理」『行政法研究二号』(行政法実務理論研究会 一九九八年[韓国]) 一九一頁参照。

一、問題設定

ここでは、問題の所存を明確にするために、一つのケースを想定して論じていくこととしよう。

申請者（X）は A 食品の食品製造業許可を行政庁（Y）に申請するとともに、その申請にかかわる施設工場からの排出物（汚染物）を処理する B 施設（水質浄化施設）設置許可も同時に申請した。まず、行政庁は、X に対して A 食品の過度な生産は一般国民にとって好ましくないという前提のもとに、生産制限をする条件を附した。また、排出施設についても B 施設ではなく、新たな C 施設という施設を設置するよう「条件=附款、水質保全のため」を附したのである（肉類の製造を想定して考えてみる）。このケースの場合、本件の附款について韓国ではどのような法解釈が行われているかを検討するとともに、また、「第三者保護の観点」から従来の附款の限界を「附款の機能論」に照して考察する。

二、論点整理

まず、問題となる想定事案の場合、肉類食品の製造規制に対する裁量行為の性質を明らかにする必要がある。自由裁量か羈束裁量かによって違法性の判定基準が異なるが、周知の通り自由裁量には拒否処分は可能であるが、羈束裁量の場合、申請具備要件を備えていると、拒否処分はできない、というのが通説である。そこで「肉類製造」の法的許可について考察する必要がある。

上記の設定問題には、大きく分けて三つの論点が存在し、それらを検証する必要がある。

- 【検証】 肉の生産制限と裁量行為との関連（明文規定の有無=裁量性）
- 【検証】 条件を附する許可申請の適法性（附款の許容性）
- 【検証】 韓国食品衛生法と水質環境法上の関係（排出施設に附された附款）

第二節 韓国食品衛生法の検証

行政庁による生産制限は、営業許可をめぐる羈束行為的性格のものであるのかが

問われなければならない。本件の許可は、受益的行為であり、保健衛生上の警察規制である。すなわち、危害（危険）防止のため禁止した後、条件（申請の具備）を備えるならば、その禁止を解除するという「警察規制」としての附款付き許可であると思われる。この許可を「行政庁の判断に委ねざるを得ない」としても、それは、羈束裁量行為であるとみなされる（大法院判決）¹。しかし、特段の事情による場合は、羈束裁量の範囲内とはいえ、如何なる措置までが可能か、また、この肉類製造の場合、各種の規制行為を「裁量行為」として見なした場合、行政庁の政策的判断に委ねざるを得ないケースもありうる。例えば、欧州・日本の狂牛病（BSE）事件のような場合、すなわち安全性確保のため生産規制を余儀なくされるケースの場合には、行政介入を直ちに行使できるように行政機関に積極的な裁量行為が認められていると考える余地は十分にあると思われる。

このように、食品安全行政において緊急な場合若しくはリスク管理を必要とする場合に、積極的な裁量行為により営業を規制するとしても、憲法の基本権として保障されている職業選択の自由（ないし営業の自由）には反しないという議論も可能となろう。つまり、韓国憲法第十五条「すべての国民は、職業選択の自由を有する」とした規定もまた、第三十七条二項「国民のすべての自由及び権利は、国の安全保障、秩序維持又は公共福利のために必要な場合に限り、法律により制限することができ、制限する場合においても、自由及び権利の本質的内容を侵害することはできない」という規定によって政府による規制が正当化される余地がある。その一方、憲法に抵触しないとはいえ、相手に与える侵害は最小限に留まらなければならないということは当然の法理であろう。

【検証】肉の生産制限と裁量行為との関連（明文規定の有無）

¹ 大法院 1993.5.27, 93 ㄴ 2216. 右判例では、「食品衛生法上、関連規定の趣旨を総合して考えると、食品衛生法上の飲食営業許可は、その性質上、一般的禁止に対する解除に留まり、許可権者は、許可申請が法によって定められている要件具備があれば、許可しなければならないが、関連法規に制限事由が存在しない限り、許可を拒否できない。」とした。要するに、食品営業許可は、一般的に羈束行為であることを確認した事例である。

韓国食品衛生法施行令第七条は、営業の種類として食品衛生法第二一条第二項の根拠規定がある。その営業の種類は、食品製造・加工業 食品を製造・加工する営業にあたる。また、食品衛生法の目的規定によれば、この法律は、食品による衛生上の危害を防止して食品栄養の質的向上を図ることにより国民保健の増進に貢献することを目的とする、としている。本法でいう食品というのは、第二条¹で定義されている。

同法上、第一条、第二二条²から上記の肉の生産制限は危険防御（警察目的）であることが理解できる。また、大法院一九九三年の判決（【大法院判決】判決1993.5.27, 93 ㄴ 2216.）において判示したように羈束行為である、というのが韓国における通説・判例の立場である。

【検証】条件を附する許可申請の適法性（附款の許容性）

¹ 第二条（定義）この法律において使用する用語の定義は、次の通りである。1.「食品」とは、すべての飲食物をいう。ただし、医薬として摂取するものは、除外する。2.「食品添加物」とは、食品を製造、加工又は保存する場合において食品に添加、混合、浸潤その他の方法で使用される物質をいう。3.「化学的合成品」とは、化学的手段により元素又は化合物に分解反応以外の化学反応を起こさせて得た物質をいう。4.「器具」とは、飲食器及び食品又は食品添加物の採取、製造、加工、調理、貯蔵、運搬、陳列、授受又は摂取に使用されるものであって食品又は食品添加物に直接接触する機械、器具その他の物をいう。ただし、農業及び水産業において食品の採取に使用される機械、器具その他の物は、除外する。5.「容器・包装」とは、食品又は食品添加物を入れ、又は包む物品であって食品又は食品添加物を授受するとき共に引き渡される物品をいう。6.「表示」とは、食品、食品添加物、器具又は容器・包装に記載する文字、数字又は図形をいう。7.「営業」とは、食品又は食品添加物を採取、製造、加工、輸入、調理、貯蔵、運搬又は販売し、又は器具又は容器・包装を製造、輸入、運搬、販売する業をいう。ただし、農業及び水産業に属する食品の採取業は、除外する。8.「食品衛生」とは、食品、食品添加物、器具又は容器・包装を対象とする飲食に関する衛生をいう。9.「集団給食所」とは、営利を目的とせず継続的に特定多数人に飲食物を供給する寄宿舎、学校、病院その他厚生機関等の給食施設であって大統領令が定めるものをいう。

² 第二二条（営業の許可等）第二一条の規定による営業中大統領令が定める営業をしようとする者は、大統領令が定めるところにより営業の種類別、営業所別に食品医薬品安全庁長、市、道知事、市長、郡守又は区庁長の許可を受けなければならない。大統領令が定める重要な事項を変更しようとするときにもまた同じである。第二一条の規定は、施設基準について、次の営業をしようとする者は、保健福祉部令が定める施設基準に適合した施設を備えなければならない。1.食品又は食品添加物の製造業、加工業、運搬業、販売業及び保存業 2.器具又は容器・包装の製造業 3.食品接客業。第一項各号の規定による営業の細部種類及びその範囲は、大統領令で定める としている。

この条件を付する許可の適法性の問題は、上記の【検証】と関わりを持っている。というのは、羈束裁量であるか、自由裁量であるかによって違法性の判断が異なってくるからである。前述の設問で行政庁は、水質保全のため申請者の申請内容と異なる B 施設ではなく C 施設を要求する附款を附した。そこで右附款の許容性の問題をどのように理解するかが問題となる。

まず、韓国食品衛生法第二二条に基づく附款の解釈をどのようにするのか。従来の議論にしたがっていえば、製造規制は法解釈上羈束行為にあたり、条件付きの許可をすることは否定される【大法院判決】。

また、ここで争点になりうるもう一つの議論は、修正負担の許容範囲の問題である。すなわち、第三章で述べた修正負担の許容性をいかに処理するかの問題である。事案では、食品許可庁が申請人に対して、B 施設ではなく C 施設にするよう附款を附した。しかし、第三者の保護という立場や排出許容範囲（修正負担を附する許容範囲）の見地から従来とは若干異なる結果論が導かれる。以下、検証[]で考察する。

【検証】韓国食品衛生法と水質環境法上の関係（排出施設に附された附款）

韓国環境政策基本法の第四条、第七条には、事業者に対し、環境汚染の予防のため施策を講ずるべきことを促す努力義務が規定されている（行政庁の努力義務）。

また、第五条、第七条の二においては、事業者はその事業活動から生ずる環境及び環境損害に対して自らそれを措置し、国家又は地方自治団体の環境保全施策に参与・協力する責務を有するとの事業者の責務規定が設けられている。

しかし、この環境政策基本法は、基本法であるため、法的権利・義務関係を創出する直接の根拠規定にはならない。実定法上、本設問と関連する法律は、水質環境保全法である。この法律は、その制定目的（第一条）を、水質汚染による国民の健康及び環境上の危害を予防し、河川・湖沼等公共水域の水質を適正に管理・保全することによりすべての国民が健康で快適な環境で生活することができるようにすることを目的とすると規定している。

また、同法第十条第六項では、環境部長官は、排出施設から排出される特定水質有害物質又は特別対策地域内の排出施設から排出される汚染物質により環境基準の維持が困難であり、又は住民の健康・財産、動植物の生育に重大な危害を及ぼすおそれがあると認められる場合¹には、大統領令が定めるところにより特定水質有害物質を排出する排出施設の設置又は特別対策地域内における排出施設の設置を制限することができることとされ、排出施設の設置の際、制限を加えることができる（傍点、筆者）。この第十条は、排出施設の設置許可制および施設設置の際に申告を事業者に要求する規定である。

また、第八条の排出許容基準の設定²において、排出施設から排出される汚染物質の排出基準は、環境部長官が関係中央行政機関長と協議して環境部令で定める。さらに、第八条第三項では、条例をもって環境部令の基準より厳格な排出許容基準を定めることもできるとの規定が設けられている³。

第三節 韓国食品安全基本法案

近年、韓国においても食品をめぐる事故が相次いでいる。それにともない、「食

¹ この条文は、従来の「警察規制」ではなく、環境リスクの観点から説明できる。従来の「警察規制」に対しては法的根拠や蓋然性が明確な場合にのみ、行政の権限行使ができたのであるが、「おそれのある時」を危険（リスク）防止という意味から解釈することができる。

² 第八条（排出許容基準） 廃水排出施設（以下"排出施設"という。）から排出される汚染物質の排出許容基準は、環境部令で定める。環境部長官は、第1項の規定による環境部令を定めるときは、関係中央行政機関の長と協議しなければならない。特別市・広域市又は道（以下"市・道"という。）は、環境政策基本法第十条第三項の規定による地域環境基準の維持が困難であると認めるときは、条例で第一項の基準より厳格な排出許容基準を定めることができる。ただし、第五十五条第一項の規定により第十条・第十四条・第十六条・第十九条・第二〇条・第二〇条の二の規定による環境部長官の権限が市・道知事に委任された場合に限る。

市・道知事は、第三項の規定による排出許容基準が設定・変更されたときは、これを遅滞なく環境部長官に報告して利害関係者が知ることができるように必要な措置をしなければならない。

³ 食品衛生法上、執行機関は食品衛生法第七二条に委任規定を設けられているため、執行の権限は、地方自治団体の長にある。第七二条、この法律による保健福祉部長官、食品医薬品安全庁長の権限は、その一部を市、道知事又は地方食品医薬品安全庁長に、市、道知事の権限は、その一部を市長、郡守又は区庁長又は保健所長に大統領令が定めるところにより各々委任することができる と規定されている。

の安全」を確保するため、EU、日本と同様、韓国においても「食品安全システム」の見直しが行われ、さらに食品安全基本法の制定が検討されている。未だ基本法案の段階であるが、特徴的な内容を紹介する。

開かれたウリ党の金善美議員（与党）の発議による案¹では、狂牛病事件、高病原性鳥インフルエンザ（= Highly Pathogenic Avian Influenza.いわゆる、鳥インフルエンザ）などの事件を契機に食品の安全性が生産、加工、輸入、流通、販売等、すべての段階において確保されなければならないにもかかわらず、食品安全管理が総合的に実施されてこなかった「管理の洞」が発生していることが明らかになったと指摘する。

また、食品行政に関する既存の法システムが非効率的で、縦割り行政（重複行政）が改善されておらず、このような食品管理体制を改善し、食品安全政策を総合的に調整する食品安全委員会の設立を重要な内容とする食品安全基本法を制定し、一貫性・効率性を向上させる必要があるとしている。その詳細な内容は、以下の通りである。

食品安全政策は、科学的合理性・一貫性・透明性・迅速性の原則に基づいて執行されなければならない。（案第四条）

食品の生産、加工、輸入、流通、販売等、すべての段階において事業者、国家（国）、地方自治体の食品安全政策及び食品安全のための協力が必要である。（案第九条）

政府は、食品安全委員会の審議を経て三年毎に食品安全管理基本計画を設ける。（案第十一条）

国家（国）は、国民の健康と関わる被害発生時に、緊急対応体制を構築、運営しなければならない。（案第十二条）

食品による危害発生の事前予防や発生後の迅速な除去ための追跡調査管理体制の構築が必要である。（案十三条並びに第十七条）

危害評価システムの必要性。（案第十八条）

¹ 議案番号 1174 号参照、二〇〇四年一二月一六日（大韓民国国会）

国家（国）は、食品購入に必要な情報を消費者が分かりやすく判断できる表示制度を講ずる。（案第二〇条）

国家（国）は、食品関連情報を総合的に管理できる電算システムを構築、運営する。（案第二三条）

食品安全政策に消費者の参加及び消費者に対する支援を行なう。（案第二四条並びに第二八条）

消費者の救済を強化する集団訴訟制度を導入する。（案第二九条並びに第三四条）

大統領のもとに、食品安全委員会を設置する。（案第三五条及び第三六条）

食品安全委員会は、審議事項を中央政府又地方自治団体の長に通報する義務を有する。（案第四〇条第一項、第二項）

食品安全委員会は関係中央行政機関及び地方自治団体の推進経過を点検、評価し、大統領に報告する。（案第四一条）

これに対して、ハンナラ党の高京華議員（野党）の発議による案¹では、おおよその内容は、与党案と重複しているが、事業者の義務をさらに強化している点に違いがある。すなわち事業者は、食品が安全上適合しない場合に、回収義務が課せられ、回収現況、（発生）事由を知らせる義務（案第十一条）がある。また、違反した事業者には、製品名、違反内容の公表義務など、消費者に知らせる義務を課す（案二〇条）。

さらに、食品市民監視員を選任し、市民による監視制度を取り入れ、事業者に対して、指導点検、免除、税制上の優遇措置を設け（案第二四条）、食の安全対策を推進することを掲げている。それ以外については、与党の案と大体おおよそ共通の内容である（食品集団訴訟においても同様である）。

第四節 小括

したがって、前述の設問に関していえば、環境保全の観点から上記の製造業者に

¹ 議案番号 1151 号参照、二〇〇四年一二月一〇日（大韓民国国会）

対して、ある一定の措置(附款)は可能であると思われる。また、環境政策法と食品衛生法の関係は、基本法と下位法の関係にあるが、水質保全法と食品衛生法の関係は、食品衛生法の性格からして特別法と一般法という関係ではない。上位法と下位法の関係ではないとしても、新たな施設の許可を求める際に、一つの法律の根拠法ではなく、複数の法律を参酌することで(大法院一九八九年の判決¹、【大法院判決】)、行政庁は第三者の保護・環境保全に寄与しうる規制を実施することができると考えられる。

上記の設問で、肉類製造許可の際に必要な条件の性質について考えるとき、混合的許可と表現してもよい構造をもっていることが分かる。すなわち申請者は、食品衛生法上の許可要件並びに水質保全法に基づく施設基準に適合する施設を備えなければならないことになる。

さらに、注意を要するのは、裁量行為性の議論との関係である。受益的行政行為の性質を有する許可申請は、効果裁量説によれば、自由裁量行為とされるが、理論的根拠は、明確ではなく、それゆえ附款について認められる裁量は以下の二つに分けて考えられるべきとされてきた。

この点、許可に条件を附する際に、その根拠が実定法上ないことから拒否処分をするのではなく、欠けている許可要件を許可の後に充足することを条件として許可をするという場合の附款と 実定法上、申請の許可要件を具備しているにもかかわらず、さらに附款を付すという場合の附款とは、明確に区別しなければならないというのが伝統的な立場である。つまり、両方とも附款付きの許可申請であるが、裁量性の関わりでは異なった判断を要求される。

実定法上申請の許可要件を具備する附款を附する申請手続

実定法上、申請の許可条件を附するよう条件に関する規定が存在する場合に、い

¹ 立法目的を異にする法律は、一定行為を管轄機関の許可事項として各規定が存在するときは、一方の法律を排他的に優先して適用するのではなく、各々の法律の規定基準にしたがって許可を得なければならない。大法院 1989.9.12,88 ㄴ 6856 参照。

かなる場合にあっても行政庁の任意的な（恣意的）判断は許されないことが従来からの通説・判例の見解であった。しかし、この見解に対する疑問は、「リスク管理」の観点から、すでに述べている所である。

申請の許可要件を具備したことを前提とする許可申請手続

まさに、この事案は行政行為論で論じられてきた附款にあたるわけであるが、とは異なり、附款の可能性が裁量の存在を前提にして認められると考えた上で、附款という手法（機能的手法）によって、いかなる範囲まで行政庁に専門的判断あるいは政治的判断の権限を委ねることが可能かが争点になろう。

思うに、このような附款に対する従来の裁量性の許容範囲の議論は、二極面的行政構造から考えてきたため、第三者の保護も含めて考える三極面的行政構造から考える場合には、説得性に欠けていると思われる。上記の設問でも検討したように、ひとつの法律（事案では、食品衛生法）のみを参酌するのではなく、環境保護の面を考慮する水質環境保全法も根拠としながら第三者の法的利益の確保¹という点から附款という方法による許容性を考えてゆくべきであろう。

したがって、¹のような学問的区別は重要な作業でありながら、²については、裁量行使の手法として附款を認めず、³については認めるというのであれば、それは少なくとも、食品の安全のためのリスク規制、環境リスク分野（とくに最低ラインで日照権の確保）などの領域では許容しえない考え方であり、視角を変え、附款の機能的な分析の観点から再検討が必要であると思われる。

また、上記の二つの大法院の判例においても、事案は異なるものの、【大法院判決⁴】は、伝統的な判例の立場であるが、【大法院判決⁵】の見地に立ち、諸考慮要素を勘案することによって法的安定性とともにより具体的な妥当性も維持できるのではないかとと思われる。

¹ 李淳容「行政行為の附款に関する争点」法律新聞（一九八八年十二月八日[韓国]）一面参照。

第五章 結び

本部では、韓国における附款をめぐる理論状況を素材にして第三者の法的利益又は食品安全領域などでの裁量権行使の手法として附款の機能的側面からアプローチを試みた。「人の健康上安全性」が強調される領域に限定し、従来から維持されてきている「警察介入」の限界が如何なる範囲で現れるかを行政行為の附款を用いて検討した。第一章では、韓国における附款の概念の議論について学説の整理・判例の動向について分析を行った。また、第二章では、その内在的制約を有する行政行為をめぐる議論に照らしながら附款と準法律行為的行政行為の関係、行政行為の附款と羈束裁量、事後附款の許容範囲、行政行為の附款と法の一般原則について、多様化された今日の行政運営の観点から批判的に論じた。

第三章では、韓国における附款論を、主に機能的側面に関する学説に基づいて整理を行った。最後に、第四章では、問題を設定し、従来の議論に沿って附款について解釈し、私見による幾つかの批判や示唆を試みた。結論としては、既存の行政法の理論や法技術的なアプローチから行政法一般論までには及ばないが、視角を変え今日の社会のなかであるべき「附款の機能論(役割)」に照らして、今後の規制をめぐる議論のささやかな材料になりうると思われる。

また、比較法学的観点から簡単に述べると、韓国における附款論は、実質的には行政指導によって代替されてきたという点¹で日本における事情と共通する部分を有する。そのタイプの行政指導は日本より多く、そのことは行政に対する市民団体の要求の活発化に対応している印象を受ける。こういった実情から、行政法学上の問題を含むタイプの附款(例えば、事後負担)は、実際には行政指導で代替することで、問題のないタイプの附款のみが学問の対象とされ、伝統的行政法学の枠組みのもとで論じられてきたのである。それゆえ、附款論をめぐる保守的な議論・学説が存立しえたといえる。しかし、社会のなかで生ずる様々な要因から現在において

¹ 朴種局「行政行為の附款の機能 - 西独の理論を中心として - 」月刊考試(一九八九年五月号[韓国])八一頁参照。

は、事業者の同意が前提にならざるを得ず、その結果行政責任を回避するような行政指導ではなく、附款という形で明確に行政責任を果たすことが求められている。このように認識することで、従来用いられてきた附款論の実質は、行政目的を達成するために許容される「裁量論」をめぐる議論であることが明確になるのではないかとと思われる。

すなわち、最初に紹介した釜山緑色市民連合が提起した韓国第二ロッテワールド建設計画に対し、行政行為の附款から考える余地(附款の存在意義)はあったと思われる。すなわち、環境影響評価の後においても、許可権者である釜山広域市は、第三者の利益考慮などを検討した上で、許可をあたえるべきであった。しかし、ロッテ側に許可をした後、法的な手段ではなく、市民団体の圧力によって事業者(ロッテ建設)との交渉が行政指導という形でなされたことから分かるように、行政主体である釜山広域市に大いに問題があると思われる。この事例は、市民団体の強い意思によって「文化的価値」として影島橋梁が守られる形となったに過ぎない。

その後、市民団体の要請から影島橋梁は、地域文化財として指定されることになったのである。

本部の附款を用いた行政行為論の分析は、以上のような背景や行政行為の理論的制約を踏まえて今後の行政規制へのささやかな提案である。

今日一般的に行政行為論の限界との関連で言われている警察概念の限界を踏まえつつ、食品安全行政や環境行政、原子力行政などの法領域において新に登場しているリスク概念を位置付け、現実社会の問題にアプローチしていくことが、今後さらに行政法学が取り組むべき最大の課題であると考えている。

とくに、既述のように、一旦行政庁によって許可が与えられてしまった場合には、当該許可事業に対して、行政庁が制裁措置を含む新たな権限を行使したり、また第三者たる私人が自己の権利を主張することが難しくなってしまうのである¹⁾。

この限界を打ち破る手法の一つが附款であるが、その附款はリスク管理の議論と

¹⁾ 拙稿「食品安全行政における規制手法の再考 - BSE(いわゆる狂牛病)事件を素材とした考察 - 」『法研論集一〇六号』(早稲田大学大学院 二〇〇三年)二〇~二一頁参照。

結合することによってはじめて期待される機能を発揮することができる。従来附款は警察概念のもとで、その限界を修正する機能をもつが、やはり警察概念による制約を受けざるを得ない法構造をもっていたと思われる。

また、附款に対する手続的な側面を充実させる必要があることが議論の前提であった。さらに既述の関心事から食品リスクや環境リスクにかかわる分野において従来用いられてきた警察概念に基づく典型的規制手法であった許可制度は、今や市民の「安全確保」の面から十分に対応しきれていない状況にある。このような実情を勘案しつつ韓国における行政行為の附款の状況を、とくに、第三者保護に関する学説の分析を行ったのである。

第三編 リスク（安全）行政における政策手法論

第一部 リスク規制の政策的手段・原則

【課題】

本編では、既述のように（第一編第五章）行政行為論の限界との関連でも言われている警察概念の限界を踏まえつつ、食品安全行政や環境行政等の法領域における新たなリスク概念の位置付け、現実社会の問題に照らしながらアプローチしていくため、リスクに対する社会のシステムを改善すべく手段として取り上げる、行政・政策学を踏まえた「リスク社会」において求められる規制管理のあり方について検討する。

新たな科学技術発展に基づく生産活動や新製品は当然にリスクを含んでいるが、それが顕在化する蓋然性は相当に低いとされる。ある物質によるリスクが顕在化すれば深刻な被害をもたらすという場合、もしくは既に発生している深刻な被害の原因を科学的メカニズムや危険経路は特定できないが、ある範囲の活動や製品が原因ではないかと想定しうるという場合、従来の特許認可による規制（警察規制=危険防御）という観点からは、行政が何らかの対応・規制をすることは容易ではない。

とりわけ環境リスクや食品リスクに関わる分野において従来から用いられてきた、警察概念に基づく典型的規制手法である許可制度は、繰り返しになるが、今や市民の「安全性」確保の面から十分に対応しきれていない状況である。リスク社会における対処手法として求められる規制仕組みにはその限界が見られよう。このような実情を踏まえ、結果発生の蓋然性が低いリスク概念に基づきリスク（安全）が強調される分野の規制管理手法について分析していきたい。

はじめに

一 問題意識

近年、新たに台頭したリスク概念は、その問題が複雑すぎて因果関係の把握が困難である場合や、危険発生との関連で原因と結果の間に蓋然性が低い場合に着目した概念であって、「説明責任」の所在に関する問題や加害者と被害者の間に「情報の非対称性」という問題をはらみつつ、とりわけ行政訴訟の場面において多くの議論の余地を残している。さらにほとんどリスク評価ができないケースがしばしばある。例えば、重症急性呼吸器症候群（SARS=Severe Acute Respiratory Syndrome）、高病原性鳥インフルエンザ（= Highly Pathogenic Avian Influenza.いわゆる、鳥インフルエンザ）ウイルスのような科学的情報や疫学的原因追求が困難なケースである。こういった問題につき、社会的リスク抑制システムや社会規範（規律）のあり方という観点から、どのようにまたいかなるタイミングで行政は対応すべきか、今後行政法学においても問題になってくると考えられる。

また、リスク概念は、環境科学、経済学、公衆衛生学、（食品などの）安全性の科学、原子力工学など様々な分野において様々な意味及び文脈で用いられている。本部は、このようなリスク概念を法的観点から明確にしなが、このリスクに対する法的規制手法の類型を分析することとする。すなわち、不確実な条件下においても、科学技術的に考えうる範囲内で原因を想定し何らかの法的コントロールを及ぼすかどうかの意思決定をしなければならないという状態（いわゆるリスク規制の発動が検討されるべき事態）のもとで、今後あるべきリスク（環境・食品）に対する規制手法について考察する。この点、近年になって行政法分野において注目されている行政（意思）決定過程の手續化への変遷にも注目したい。

そして、従来から行政法学分野で問題とされてきている「法律留保から手續留保」への規制手法の変化を把握しつつ、本部では自主規制、経済的規制という手法によるリスク管理規制に関し、分析する。

本部は、行政行為論の限界との関連でも言われている警察概念の限界を踏まえつ

つ、食品安全行政¹や環境行政等の法領域における新たなリスク概念の位置付けとそれへの行政による対応手法を、現実社会の問題に照らしながら体系的に構築していくための準備作業ある。

従来の法システムの下では、私人の自由な活動を国家の法定立によって一般的に禁止した後、私人による個別の許可申請が一定要件を満たしているとみられる場合には、許可行政庁はその禁止を解除しなければならないという仕組みであった。

この仕組みによると、一旦行政庁によって許可が与えられてしまった場合には、当該許可事業に対して、行政庁が制裁措置を含む新たな権限を行使したり、また許可後の状況により被害をうける第三者たる私人が自己の権利を主張することが難しくなってしまうのである。

とくに環境リスクや食品リスクに関わる分野において従来から用いられてきた、警察（危険）概念に基づく典型的規制手法である許認可制度は、今や市民の「安全性²」確保の面から十分に対応しきれていない状況である。前編では、この不十分さを附款という手法で補完するとい視点から検討を行った。このような実情を踏まえ、結果発生の蓋然性が低いリスク概念に基づきリスク（安全）管理が強調される分野の規制手法について分析していきたい。

ウルリッヒ・ベックは、産業社会を作り出した科学技術が、無差別に人間の生命や環境破壊を生み出す社会をリスク（社会）と呼び、いまや科学技術による富の生産がリスクの生産を生み出すものに転化してきているとする³。

¹ 拙稿「食品安全行政における規制手法の再考 - BSE（いわゆる狂牛病）事件を素材とした考察 - 」「法研論集」（早稲田大学大学院法学研究科 一〇六号 二〇〇三年）一～二八頁を参照されたい。また、徳田博人「食品安全基本法及び改正食品衛生法の批判的検討」『琉球法学』（第七〇号 二〇〇三年）一頁～二六頁参照。

² 日本規格協会（Japanese Standards Association）による安全性に関する定義は、「人間の死傷又は資材に損失若しくは損傷を与えるような状態がないこと」をいう。要するに、信頼性では任務遂行のための機能上の故障を対象にするが、安全性では人間・資材に損失・損傷を与える危険な状態を対象とする。右の定義は、[JIS Z 8115] を参照。また、「ISO/IEC ガイド 2」の標準化では、製品、行為及びサービスの安全性は、一般に、人及び財貨に対する傷害のおそれを、容認できる程度にまで除去する幾つかの要素の最適の平衡を図るという見地から検討される。その要素には、人の行動のような非技術的なものも含む、「容認できないような傷害のおそれがないこと」とされている。

³ ウルリッヒ・ベック『危険社会 新しい近代への道』東廉／伊藤美登里訳（法政大学出

そして、現在は、この意味での無差別なリスクの脅威にさらされる産業社会の段階にあることを反省的に認識すべきであると指摘した。新たに発生するリスクに対応するための安全技術が作り出されるが、この安全技術こそが次のリスクを生み出し、その連鎖は限りなく続き、やむことはない。ベックは、現代国家の任務は、この際限りのないリスクへの対応にこそあるとして、現代社会をリスク国家とも位置づける。

新たな科学技術にもとづく生産活動やそれによる製品は当然にリスクを含んでいるが、それが顕著化する蓋然性は相当に低いとしても、もし顕著化すれば深刻な被害をもたらすという場合、もしくは既に発生している深刻な被害の原因を科学的メカニズムや経路は特定できないが、ある範囲の活動や製品が原因ではないかと想定しうるという場合、従来の警察的規制(危険防御)という観点からは、行政が何らかの対応・規制をすることは容易ではない。

このような場合に、被害の深刻さを考慮して、警察的規制では対応し得ないリスクの領域に、あえて行政的規制を行なうことが要請される場合がでてくる。

本部では、従来の警察規制が対象としていた「危険」ではなく、いわば、警察規制の対象ではない危険を「リスク」として呼び、そのリスクへの対処手法を行政法学の観点から検討してゆく。

二 本部の構成

第一に、前述(第一篇で述べた)のように従来の警察概念に基づく消極的な介入手法を超えて、新たな「リスク社会」に対応した積極的な介入手法が現在要求されつつあるという認識にたった上で検討を進めていきたい。

その際学際的な視野に立ち、行政法学のみならず、自然科学、経済学、環境工学、社会科学に及ぶリスク一般に関して把握した上、既存の命令・統制型手法の特質と限界を示したことを踏まえて、政策的な観点からの整理を試みることに出発点であ

版会 一九九八年)原著は、Ulrich Beck, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp Verlag, 1986.

る。

第二に、規制一般に関する研究を考慮に入れつつ、「安全=危険」確保から「安全性=リスク」確保への転換といった議論の前提として検討すべき「警察介入」の背景（揺らぎ）について従来の理論を整理し、その限界について分析したい（第一章）。

第三に、リスクへの対応手法として、従来の命令統制型のほか、自主的取組に委ねる傾向についても注意を払い、その類型化を試みたい（第二章）。

このリスクへの対応手法としての自主的取組の中で注目すべきは、リスクの事前分析であり、近年、日本において、「小田急線高架訴訟事件¹」での費用便益分析がすぐに頭に浮かぶが、この事前分析には、1、費用便益分析（CBA=Cost-Benefit Analysis）2、ALARP(As Low As Reasonably Practicable) 3、ALARA (As Low As Reasonably Achievable) 4、HACCP(Hazard Analysis Critical Control Point) 5、Precautionary Principle(予防原則) 6、リスクコミュニケーション(Risk Communication)があり、これらについて検討する。

第四に、このようなリスク分析と警察規制の対象である「危険」と区別される意味でのリスクへの行政介入手法原理である事前配慮原則をどのように理解すべきか、

が憲法規範論から整理する必要性を痛感させられるが、本部では、リスクに対する自主規制についての判例を紹介することを通じて検討する（第三章）。

そして、このような分析から導き出せる規制のあり方について若干の私見を提示する（第四章）。

とくにこの問題は、経済的利益（営業の自由・営業の存続保護）と生命・身体にかかわる非代替的な、市民の特にリスクにかかわる「安全性」の衝突現象をいかに整理するかは、今後、公法学における重要な課題であると思われる。この点、市場原理を徹底する経済的アプローチの限界や「正義の配分」という倫理観を考慮に入

¹ 平成一三年十月三日、小田急線連続立体交差（高架化）事業認可処分取消請求、事業認可処分取消請求事件の東京地方裁判所判決。並びに、判例時報一七六四号三頁、訟務月報四八巻一〇号二四三七頁、判例タイムズ一〇七四号九一頁、判例地方自治二一九号一三頁を参照されたい。二〇〇三年一月一八日東京高裁での控訴審判決、判例自治二四九号四六頁参照。

れつつ、リスク規制のあり方について分野ごとに分け、本論文で検討し得なかった領域を取り上げて今後のテーマにしたい。

第一章 リスク社会に対応する規制システム～規制手法の転換～

第一節 リスク社会の法的システム

この章では、リスク「規制」の意義・必要性について検討する。リスクとは何かであり、そのリスクを誰のために規制するか、またいかなる基準を持って規制するかということである。また、緊急の対応を必要とするリスクの場合、いかなるタイミングで規制するかが重要な問題となってくる。

そもそも多くの経済学者は、「富の最大化」によって規制は正当化できるような理論を展開してきたが、環境をめぐる安全に対するリスク分野においていえば、とくに法学分野での研究が大いに期待される。法的レベルにおいては、社会におけるあらゆる「権利の配分」を正当化するためには、法学的なアプローチが必然的に考慮されなければならないと考えられる。

一般的に、危険という場合、とりわけ経済学・統計学用語として使用される場合、人間の活動、生存には、不測事態による損失ないし災害はつきものである。この場合の不測事態とは、事前に確実にその生起を予見できないような事象の生起を意味する。そのような不確実にしか予見できない事象の生起によって被る損失もしくは収益減の可能性を、危険あるいはリスク¹と呼んできた。

一般的にリスクとは、人間にとって好ましくない結果が生じる可能性をいう²。また環境省の見解によると、リスクは、一般的には「人間の生命や経済活動にとって望ましくない事態が発生する可能性」と認識(理解)されている³。

この「リスク」の概念は、将来発生するであろう望ましくない事態を想定してその対策を講じる際に、複数のリスクの中で優先的に対応しなければならないリスクを決定したり、個別のリスクの大きさにあったリスクマネジメント手法を決定する

¹ 社会学、とくに近年議論がなされている「リスク概念」とは必ずしも一致するものではなく、リスク管理の観点から説明されている。本部でいう「リスク」とは、従来の弊害・侵害(harm)と異なる概念として扱う。

² 南博方・大久保規子『要説 環境法』(有斐閣 二〇〇三年)八八頁参照。

³ 環境省「リスクコミュニケーション事例等調査」『平成一二年度リスクコミュニケーション事例等調査報告書』(環境省 平成一三年三月)一頁参照。

関連で使用されるものである。一般にリスクの大きさは損失期待値として表される。損失期待値とは、リスクの「発生可能性」とその「損失の大きさ」を乗じたものである¹、と定義付けられる。

以上の内容が、一般的なリスクに関する定義、ないし考え方であるが行政法学で危険と対置される形で使うリスクは、以上の議論を前提にしながら、さらに特殊な性格が加わる。

危険概念は、侵害が具体的に切迫している状況の下で、社会システムとして対応している点で、行政法学上のリスク概念と異なる。すなわち、「危険」とは、ある蓋然性をもって見込まれるべき事件の発生が阻止されずに発生した場合における、ある状態または行態(作為・不作為を含む)が警察上の保護法益を侵害することである²。また、伝統的な警察法以来、「危険」は、事態の経過が今後妨げられないとすれば、ある行為や状態が十分な蓋然性をもって公の安全・秩序の保護法益に損害をもたらすような危険性として理解される³。

今日の環境法、リスク安全行政をとりまく状況での特徴は、環境への影響を伝統的に因果関係に基づき十分な内容をもって予測することが、以前に増して困難になってきていること、及び、そこには不測の事態による損害発生の危険性、すなわち不確実性あるいは「環境リスク」といわれるものが必然的に随伴する⁴ことである。

その反面、危険概念を越えた今日、環境行政法レベルで注目されている「リスク」とは何かである。環境リスクを理解するために、事前知識として把握しておくべきことは既述のように身体・財産にかかる問題は既存の法枠組みで解決できる部分は多いと思われることである。とりわけ環境公害訴訟の経験から「環境リスク」に対する行政法の役割は益々重要になっていると思われる。

¹ 要するに、リスクに対する対策が効果的であるか、また優先すべき事柄に「損失期待値 = 発生確率 × 損失の大きさ」によって決められるとされている。

² 平井孝「行政上の危険防止責任について」『公法の基本問題(田上穰治先生喜寿記念)』(有斐閣 昭和五九年)四九五参照。

³ 戸部真澄「ドイツ環境行政におけるリスク規制(上)」『自治研究』(第七八号 第七号)一一二頁参照。

⁴ 高橋信陸「環境リスクと管理の内部化」『立教法学 四六号』(立教法学会 一九九七年)九四頁参照。

このようなリスクに対する法的対応システムを考える場合、次の五つの点が重要となる。

第一に、環境問題などに対する（情報偏在に関する）調整が必要である（情報的手法¹）こと、第二に、環境・労働紛争の領域で問題になっている外部性に対する調整が必要である（調整的手法）こと、第三に、経済的手法、第四に、支援的手法²、第五に、合意的手法³である。

第二節 リスク管理設定システム

さて、ここでリスク管理という場合の「管理」という用語について、若干言及しておく必要がある。現代社会をリスク国家として把握すべきとの意味については前述したところである。人間に多大な利益をもたらす科学技術は、他方で深刻な不利益をもたらす危険・リスクを包含している。この危険・リスクに対処するために作り出される安全対策・安全技術は、それ自体が新たな危険を生み出す。究極的な安全など存在しない社会においての危険・リスクへの対処は、危険・リスクをゼロに

¹ 経済産業省・環境省「PRTR 排出量等算出マニュアル第三版」平成一六年一月発行、PRTR 制度意義の部分（ - 4）を参照。日本では一九九九（平成十一）年、「特定化学物質の環境への排出量の把握等及び管理の改善の促進に関する法律（=PRTR 法）」により制度化された。この制度のメリットは以下のようなものである。「化学物質の管理の改善によるメリット事業者は PRTR において、排出口に限らないさまざまな箇所からの化学物質の環境中への排出量等を自ら把握することにより、化学物質がどこから排出されているか等、化学物質の不要な排出があるかどうかを把握できるようになる。さらに把握した情報をもとに、化学物質の取扱い状況等を見直し、自主的な管理の改善を行うことで、その排出を抑え、環境への負荷を抑制することができる。また、その排出の抑制が、原材料の節約などの費用の軽減につながることもある。このような化学物質の管理の改善に取り組み、地域から信頼される企業になることは、企業のイメージのアップにもつながる」のである。日本では、情報的手法として PRTR 制度が運用されている。PRTR 法によって、毎年どのような化学物質が、どの発生源から、どれだけ排出されているかを知ることができるようになった。諸外国でも導入が進んでおり、この法律によって該当の事業者は、平成一三年四月から、化学物質の排出量などを把握する必要が出てきた。また、平成一四年四月から、第一回目の排出量などの届出がスタートした。昨年平成一五年三月には、環境省及び経済産業省は第一回目の集計結果の公表を行った。また、大塚直『環境法』（有斐閣 二〇〇二年）六九頁を参照されたい。

² 倉坂秀史『環境政策論』（信山社 二〇〇四年）二三二～二三五頁参照。

³ 大塚直『環境法』（有斐閣 二〇〇二年）六九頁参照。また、倉坂秀史『環境政策論』（信山社 二〇〇四年）二二五頁参照。

するということではなく、この危険・リスクをいかに管理してゆくか、換言すれば、どの程度までの危険・リスクを許容するかという観点から対応せざるをえないものである。とくに上記のように環境や人体への影響を因果関係に基づいて予測することが困難な危険・リスクについては、結局は、理念的にはその許容範囲を国民が決定することになるが、この決定を実際には、どのような立法・行政手法で決定してゆくか、そして決定後の行政介入方法をどうするか、さらには国民にどの程度の情報提供(リスク・コミュニケーション)を行なうかなどが検討されなければならない。

いずれにせよ、現代の膨大な科学技術の発展のなかで発生する危険・リスクに対しては、いかに危険等をゼロにするかという観点からではなく、いわば、「いかに人間が危険・リスクと付き合っゆく(許容してゆく)か」という観点から取り込まざるをえず、ここに、危険・リスクへの「規制から管理」へという視点の移動が、行政法学においても生じることになる。なお、この場合に注意すべきは、ここにいう「付き合い方」は、対象領域によって大きく異なってくることは当然である。

以上のようなことを踏まえたうえで、まずリスク管理の一般的問題を検討する(なお、一般論の関連では、リスクという用語を使用する際、危険を含む意味で使用する)。

リスク管理という意味での規制対象の設定、そして規制基準は明確に定められなければならないが、如何なる基準(規制戦略)を用いて実効性を担保するかが問われなければならない。すなわち、より具体的にいえば、規制制度や実行(regulatory arrangement and performance)が議論される際には、一般的に共通性をもつ判断基準を用いることによって、より妥当かつ説得力のある規制評価への正当性が確保できる。

Robert Baldwin は「良き規制とは如何なるものか」について、規制行為・規制体制が支持に値するか否かの討論において説得力をもつ以下の五つの判断基準¹を提

¹ Robert Baldwin and Martin Cave, “*What is Good Regulation?*” Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice, Oxford University Press (1999). p77.

示している。

規制行為あるいは規制体制が立法機関の支持を受けているか否か、説明責任 (accountability) について適切な機構が存在するか否か、規制事項の手続的公正、参加権、公開であるか、規制者(規制当局)は十分な専門性 (expertise) に基づいて実行しているか、規制行為・規制体制は効率的であるか否かの尺度を持って評価する。

そして、リスクに対する安全政策の観点からリスクそのものに関し、区別を行う作業が浮上してきている。ドイツでは、事前配慮形態として一九八〇年以降の支配的な見解は、「危険予防」、「リスク事前配慮」、「残存リスク」の三つに分割して理解すべきことが明確に支持されている¹。さらにリスク安全予防の観点から大きく三つに分類し、リスク規制対象となる境界の線引き作業が必要となる。すなわち、耐容可能なリスク、許容不可能なリスク、許容可能なリスクに分けて規制当局は規制しようとする枠組みである²。

さらに、社会的サービスとしての「リスク管理」というのは、恒常的に政治的要素と絡んでいる。資本主義社会における社会的諸過程は、ほとんど例外なく政治的干渉と支援に基づいて展開している。「リスク管理」を福祉国家における組織的構造を基に分析してみよう。

社会学でいう社会システムは、経済システム、政治・行政システム、規範(正当化・社会化)システムに分けられる³。要するに、政治・行政システムは経済システムに規制サービスを提供する反面、経済システムは政治・行政システムに財源を投入する役割を果たしている。

一方、規範(法律)システムは、市民(国民)に義務を負わせると同時に、政治・

¹ 首藤重幸「ドイツ原子力法における原子力発電所の認可と拒否裁量」佐藤英善・首藤重幸編『行政法と租税法の課題と展望 新井陸一先生古希記念』(成文堂 二〇〇〇年)二〇〇頁参照。

² 岡敏弘「リスク便益分析(第三章)」『環境政策論』(岩波書店 一九九九年)五一頁、「図3-1」を参照されたい。

³ 山口節郎『現代社会のゆらぎとリスク』(新曜社 二〇〇二年)八一頁を参照されたい。

行政システムは福祉サービスを市民に提供する構造になっているといえる。ここでリスク社会に求められる法システムの役割は何であろうかを考えなければならない。

かくして、法システムは、訴訟の結果によって、その「実定性」が確認できる一方、法の社会学的意義は、なかならず「リスク社会」に対応すべく機能というのは法の決定（施行）により規範性が生じ、将来に向かっての規制という性格を有するものである。これを法は、過去の事実に向けられているものであるともいえるし、未来に向かって規定されている¹、ものでもあるといえ、法システムは将来に向かっての市民の安全性確保にも役立つものである。

そして、リスク管理システムの法的な要求は、近年、行政機関の権限不行使のための被害を受けた者が国家賠償をする場合、いわゆる法益要件、予見可能性、結果回避可能性及び期待可能性の四要件が充足されれば、作為義務が発生し、権限の不行使を違法と評価するとの基準を示す裁判（実際の認定では、この要件が充足されていないとして権限不行使を違法と判断していない）例が増え、それを支持する危険管理ないし危険防止責任論も有力に唱えられてきている²。また、これらの要件に、行政が権限を行使しなければ結果発生を防止できず発生した被害が被害者の負担に余る不測の損害である、いわゆる「補完性」の要件を違法性の認定の要件に加える方向もある。

さらに、被害者が危険の存在を予測しえないような状況のもとで発生する被害に対する救済の必要性から、一定の事実関係があるときは、行政庁の権限不行使が、第三者たる一般国民との関係で違法性を帯び、一般国民が国家賠償を追及できるとの理解が有力になっていることに注意しなければならないと思われる³。

このようにリスクに関して国家賠償の観点からの行政庁の権限行使義務という

¹ 土方透『リスク—制御のパラドクス—』（新泉社 二〇〇二年）一七二～一七三頁参照。

² 下山憲治「危険の予測とその防止手段に関する一考察」佐藤英善・首藤重幸編『行政法と租税法の課題と展望 新井陸一先生古希記念』（成文堂 二〇〇〇年）一六八頁参照。

³ 近時の判例評釈では、青木亮「筑豊じん肺上告審判決 最高裁（3小）平成一六年四月二七日判決」『法律のひろば』（ぎょうせい Vol.57No.10 二〇〇四年一〇月）六八頁参照。また、宇賀克也『国家賠償法』（法律学大系 有斐閣 一九九七年）一五四～一五五頁参照。

考え方から、それに対処する考え方が認められてきているが、本部では、さらに「リスク社会」におけるリスクへの対応を自主規制・安全性の観点からも検討することとし、次節ではリスク社会における自主規制の意義について検討する。

第三節 リスク社会における自主規制

自主的規制¹は、環境問題の幅広い分野で活用され²、近年では地球温暖化問題³や有害化学物質対策の一環として重要な役割を果たしている。しかし、自主的規制には、参加者間の「合意」が必要であり、競争制限的内容を含む可能性を持つ。また、基準・認証・情報開示型の自主的規制は競争政策の観点からは評価し得るが、契約型⁴の自主的規制については、むしろ利益追求（所得分配面）の効果を期待して多用されている可能性がある。このような、自主的取組を環境政策の健全な政策手法として活用していくためには、目標設定の方法、実効性の確保、目標に対する実績のモニタリング方法、客観性や透明性を向上させるための第三者参加の在り方、フリーライダー防止・参加へのインセンティブ付与、情報の公開と透明性の確保、独占禁止法やWTOルールとの調整、などに留意したガイドラインの策

¹ 本来、自主規制とは、事業者団体よる、正当と考える目的に基づいて事業者が供給し又は供給を受ける商品又は役務の種類、品質、規格等に関する自主的な基準・規約等を設定し、その周知・普及促進を行い、又はその利用・遵守を申し合わせ、若しくは指示・要請する等の活動を「自主規制」という。

² 曾和俊文「環境規制の新展開と法の支配」山村恒年先生古希記念論文集『環境法学の生成と未来』（信山社 一九九九年）一三五頁参照。

³ 産業界が自主的にある目標を立て、目標達成値までに削減を行うものであった。例えば、周知のように、環境分野においては、京都議定書に対応し、旧経団連（現・日本経団連）が発表した「地球環境に関する自主行動計画」がある。この自主行動計画の方法は、あくまで法的な効力を持たない規制の類型として理解されてきた。法的な効力を持たない性質にもかかわらず、その成果として、「経団連自主行動計画」の削減目標がすべて達成された場合、この計画がない場合と比べて産業界全体からの二酸化炭素発生量を20%程度削減されることになる、といわれていた。このような意味において、産業界の自主規制の影響は大きいと思われる。とくに日本では、非権力的な手法（行政指導）として「法の執行」に取って代わる手段として、その影響力や効果は非常に大きいといえる。自主規制を含むこの類の規制手法では、地域・領域（分野）・業種ごとの負担を等しくするのは非常に困難であるという問題が生じている。

⁴ 契約型自主規制は、従来から日本が実施してきた環境協定などで見られるような形式もある。その主体は、様々であり、市民と企業、企業と企業、企業と行政間、市民と企業と行政間において締結する三者間の協定も考えられる。

定が有効であると考えられる。

これらの点は、命令・統制型規制とは対照的な性質を有する自主的規制の特徴として説明(説得力のあるメリットの提示)することもできよう¹。なかんずくこの種の手法は、規制対象者の自主性を重んじることで、環境負荷行為と結果との因果関係が明らかでない分野に予防的・先行的に導入するのに適しているが、さらに直接的規制との組み合わせることが望ましい²効果を生むうえで重要な場合があると思われる。

また近年、情報的手法ともいふべきものを用いる形態が現れている。原子力行政では、「リスク・インフォームド型規制」といい³、原子炉運転段階での規制を客観的、合理的に行うには、安全上の重要度や異常事象発生頻度、身体や環境への影響などのリスク情報に基づいて、設備の安全機能が維持されるべき範囲となっているかを的確に把握し、その品質保証活動が適正に行われていることを事業者の安全確保活動を行政が各事業者の情報にもとづき、監視、確認することが重要になっている。

このように、リスク情報等に基づき、検査の対象や方法を定める規制の仕組みとして、日本における新たな「リスク・インフォームド型規制」の導入を検討する

¹ 公正取引委員会「環境等に関して生ずる市場の外部性の問題と競争政策—理論的・実証的研究の枠組みの検討—」平成一五年五月二七日、二頁参照。

² Olivier Godard, “*Social Decision-Making Conditions of Scientific Controversy, Expertise and Precautionary Principle*” Integrating scientific expertise into regulatory decision-making : national traditions and European innovations / Christian Joerges, Karl-Heinz Ladeur, Ellen Vos (eds.). Baden-Baden : Nomos, 1997.pp.42-43.この論文では、社会経済的プロセス(Soci-economic process)を用いて論じる。

³ リスク・インフォームド型規制を現在本格的に取り入れているのは、米国である。規制当局である米国原子力規制委員会(NRC)は、原子力施設の安全規制に「確率論的リスク評価(PRA)」を取り入れる基本方針を一九九五年に政策声明書で公表した。これを契機に、リスク・インフォームド型規制の導入が開始された。この背景には、長年の研究開発を通じて、確率論的リスク評価手法が進展してきたこと、施設内のリスクが相対的に大きな分野に、規制上の資源(人員、予算など)を重点的に配分することを通じて、安全性の向上が図られることがある。またその際、従来からの深層防護の基本原則は維持され、それを補強するようにリスク情報を使用するという配慮がなされた経緯がある。原子力安全委員会『原子力安全白書』(原子力安全委員会 一四年版)二二三頁参照。

ことが重要であるとの認識のうえ、原子力安全委員会においてはその基本的考え方について検討を進めてきている¹。その理由は、事業者の安全確保活動が適切になされているかどうかについての国の基準に、必ずしも明確でない部分があることが明らかとなったことにある。その結果、時として過度の要求を事業者に課す結果となった可能性があり、そのことが、原子力をめぐる安全上の不祥事を引き起こす一因となったことは否めないという実情から、自主規制と従来由政府による規制形態を融合させたのである。このような意味で、従来由政府による直接規制とは異なる性質をもつ中間的自主規制として理解してもよいであろう。

環境法を含む現在の法令は総じて自主的・自立的な法政策裁量を認めていない²が、自主規制の活用として次のようなものがある。例えば、食品の安全・衛生の確保や環境の保全等正当な目的に基づき、各該当事業者に係る設備の維持・管理等、技術の内容等に関する自主的な基準・規約等を設定し、その周知・普及促進を行う行為がそれにあたる。

また、その利用・遵守を申し合わせ、若しくは指示・要請する等の活動を行うことがあるが、自主規制に類似した活動として考えることもできよう。さらに、その他「相手方当事者に減税など規制的手法を猶予するなど、インセンティブを与える効果³」をもった自主規制（経済的自主規制）も存在する。

しかし、一方自主規制のデメリット⁴として、第一に、行政庁の規制権限を制限するおそれがある。第二に、合意による自主規制の場合、穏やかな水準の目標設定がなされる傾向がある結果、環境保護の実効性の担保が確保できない。第三に、自主規制の目標や基準が設定されても、それが履行されない場合の対応が難しいこと【自主規制の執行について詳細な検討は、第三編第三部で論じることとする】、すなわち、

¹ 原子力安全委員会『原子力安全白書』（原子力安全委員会 一四年版）二一頁参照。

² 北村喜宣「地方分権の推進と環境法の展開」『法律教室 No269』（有斐閣 二〇〇三年二月）二一頁参照。

³ 淡路剛久「各国の自主規制をめぐる動き—序論」『環境研究』（二〇〇一年 No.122）一二二頁参照。

⁴ 松村弓彦「環境政策参加型自主規制の実効性」『法律論叢』（明研 第七十二巻 第二・三号 一九九九年）一四二頁参照。

自主規制の不履行に対する監視システムが確保されなければならないが、自主規制である以上、これを法的に整備することは容易でないこと。第四に、自主規制の場合は、密室性が高いためにその目標基準の設定が自己満足的になりやすく、必要とされる利害関係者に対する配慮が乏しくなる危険性もあり、何らかの参加システムの導入が必要であると指摘できよう。第五に、ただ乗り（フリーライダー）に対する対策が存在しないことによる競争上の不公正¹を生じさせるおそれがある。

このように自主規制は、運用次第でその効果がない場合も発生しうる。もっとも、しかし、適切な自主規制がなされれば環境負担や安全確保（自主規制に従わない場合の執行をめぐる議論は、第三篇第三部で詳細に検討する）を軽減させるために有益な手法として効果を発揮しうる。

そして、環境リスク領域においては、環境リスクは「製品の製造段階のみならず、使用・廃棄段階においても、日常生活全般から生じている²」ことを考えれば、事業者レベルのみではなく、消費者のレベルにおける自主基準・自主規制が考えられるべきである。このような意味で、益々このような自主基準・自主規制が必要とされる³が、しかし、消費者レベルでの自主規制という場合与えられる情報不足から、自

¹ 公正取引委員会による「競争上の不公正」に関して見解が述べられた事件がある。自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある他の事業者とその取引の相手方との取引について、契約の成立の阻止、契約の不履行の誘引その他いかなる方法をもってするかを問わず、その取引を不当に妨害すること。事件としては、衛生検査業者等団体事件（昭和五四年（判）第四号）では、構成事業者の顧客を奪取した非構成事業者に対し、顧客を奪取する行為の中止、奪取した顧客の返還等を申し入れ、更にこの申し入れに従わなかった非構成事業者の顧客に対し構成事業者をして一斉に営業活動を行わせて当該非構成事業者の顧客を奪取させるようにしていたことが、旧一般指定の十一に該当する行為をさせるようにしているものとして、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）独占禁止法第八条第一項第五号違反とされた。また、協同組合事件[平成元年（勸）第8号]では、当該協同組合が行う生コンクリートの共同販売事業の区域内では、建設工事業者が非組合員の生コンクリートのみを使用して工事を行うことが困難な状況において、非組合員の生コンクリートを使用している建設工事業者に対して組合員の生コンクリートを使用するよう要請し、この要請に応じない者に対しては組合員の生コンクリートを今後供給しないことを申し入れるとして非組合員と建設工事業者との取引をさせないようにしたことが、一般指定第十五項に該当するものとして、独占禁止法第十九条違反とされた、事例を参照されたい。

² 南博方・大久保規子『要説 環境法』（有斐閣 二〇〇三年）九一頁参照。

³ 長谷川恭男「『応答的規制』と『法の支配』（国家と自由/憲法学の可能性5）」『法律時

主規制の必要性や効果を十分に認識できずに効果を発揮できない可能性も出てくる。

第四節 小括

様々な原因が複雑に絡み合うという要素も、自然環境や生態系に対して被害を与えているという現状では、その影響メカニズムやプロセスをより一層不透明なものとしており¹、危険のラインを基準として一般化することも極めて困難なものとなっている。このことから、原因と結果の間の明確な因果関係の成立・解明を前提とする古典的な警察的規制の手法は、そのままの形では安全の確保という目的を達成することが困難な場合が多い。

リスク規制として法の枠組みのなかでの解決につき困難が見られる典型的な領域は、リスク安全行政領域において顕著であると思われる。また、このような分野は、誰の目にもはっきりと因果関係が明らかにならないうちに未然に防ごうとしている²ので、リスク管理を必要とする物質・性質ごとに分けたうえ政策的な観点からの新しい統制手法が求められるのである。

近時の食品安全委員会の設立は、その代表的なものであり、リスク評価については食品安全委員会の科学チームで、またリスク管理執行については、厚生労働省と農林水産省が担当することになった。

ここでは、政治・経済的、さらには行政的執行可能性の問題を離れて、純粋な科学的な観点から、執行官庁ではない食品安全委員会がリスクを、 耐容可能なリスク、 許容不可能なリスク、 許容可能なリスクに分け、あるリスク除去を最優先にして判断しなければならないとすることで、判断と執行のそれぞれの組織を分離するという手法でのリスク管理が採用されている点に注目する必要がある。

また、既述したようにリスク除去の手法として従来から重要な地位を占めいている規制的手法に加えて、情報的手法、経済的手法、調整的手法、支援的手法、合意

報』（七〇・一〇 一九九八年）七五頁参照。

¹ 高橋信隆「環境リスクと管理の内部化」『立教法学 四六号』（立教法学会 一九九七年）九五頁参照。

² 中西準子『水の環境戦略』（岩波新書 二〇〇二年）一三六頁参照。

的手法を適切に分野ごとに検討したうえで、運用することが望ましいと思われる。
さらに、従来の規制のあり方である直接的規制手法に関して法解釈上、警察加入の
限界を認識し、解釈の方法によって柔軟に行政運用で応用する必要もあると思われ
る。

第二章 リスク評価・管理に基づいた政策手段・原則

まず、安全に関する事前・事後の分析手法として、主として六つのものが主張されている。1、費用便益分析(CBA=Cost-Benefit Analysis)は、規制の結果を定量的、金銭的に評価する方法である。2、ALARP(As Low As Reasonably Practicable)は、リスクを“合理的に実行可能な限り低く”評価する。3、ALARRA(As Low As Reasonably Achievable)は、リスクを“合理的に達成可能な限り低く”評価する。4、HACCP(Hazard Analysis Critical Control Point)は、危険分析・重要管理点である。5、Precautionary Principle(予防原則)は、リスクがあると予想される時、その原因と予想される被害との因果関係が百パーセント証明できないとしても、合理的な範囲で事前に対策を取るという事前配慮手法として取り扱う。6、リスクコミュニケーション(Risk Communication)は、リスク情報を一般の人々と交換することにより、規制の制定過程に一般の人々の意見を取り入れることをいう。すなわち、一種の民主的参加や行政の説明責任の確保手段である。以上の事柄についてリスク評価・管理の原理の側面から検討する。

第一節 費用便益分析(CBA=Cost-Benefit Analysis)

費用分析(Cost-Benefit Analysis)とは、投入した費用と得られる便益を測定、対比してどの方法が最も効率的であるかについての意思決定を行う際に用いる分析手法である。この分析は効率的な意思決定が可能になる方法として経済学で発展してきた。しかし、後に触れるが、CBAは、生命の価値をCBAによって評価することが妥当であるかどうかについて議論されなければならない。ここで問題は、このような手法を選択する際に費用と便益が不平等に「配分」されていることを意味する。

日本においてこのCBAが最初に導入されたのは、一九五〇年国土総合開発法以

降、食料増量・災害復旧・水力発電の領域で発展してきた¹。

政府が行う公共事業の実施の前提において、それぞれ、できる限り客観的な費用効果分析ないし費用便益分析を行い、その結果を公表することにより、公共事業の決定過程の透明化及び評価の適正化を図ることは画期的な手法²である。

この手法の長所は、環境に対し施策等がもたらす「社会的便益と社会的費用を（貨幣価値に換算できる限り）一つの指標の中に組み込むことができるため、結果についての判定が明確である。また、複数の施策等のオプションについて、同じ費用便益分析手法が適用されれば、その結果を相互比較することが可能である。さらに、前提条件（需要のトレンドなど）の変化が分析結果にもたらす影響をシミュレーションすることが比較的容易³」にできる。

ただ、費用便益分析の欠点と言われるのが、CBAを適用して政策判断を積み重ねる結果、費用と便益とが不均等に人々に分配されるおそれがあるという点である。元来CBAは、社会資源の配分の効率性を判断（判定）する手法である。

しかし、法律上の議論でいえば、配分（分配）の公正は、CBAでいう効率性と異なる独立した経済的福祉の評価軸である。配分の公正の構成は、社会の中で得られる所得・便益・費用からなる経済的な側面を強調する。要するに、効率性は法的な公正配分と必ずしも一致しないといえよう。

さらに経済政策の多くの部分が、効率と配分との対立に関わる。例えば、累進税の場合、所得が多い人々から少ない人々への所得の再配分を図ろうとする。しかし、経済的「効率」という観点から矛盾する側面を有することになってしまい、所得の多い人に対し労働意欲を低下させるおそれがあり、投資のための原資を減少させることで経済の活性化にも効果的でないとされる。

また、間接税についても同様に贅沢品に高い税を課すと需要が低下してしまう結

¹ 宮野雄一「公共事業費用便益分析—制度と長良川口堰の分析」『環境と公害』（Vol.29 No1 一九九九年）一八頁参照。

² 阿部泰隆「公共事業評価の法システム」『自治研究』（七四巻第十号）一一頁参照。

³ 政策評価研究会「政策評価の現状と課題～新たな行政システムを目指して～」通商産業省大臣官房政策評価広報、平成十一年八月の報告書六五頁参照。

果になる。経済福祉観点からも説明しきれない状況が生じる。

そして、臓器売買の非倫理性についての CBA による分析は、何より人間の尊厳が最も重要であることで¹、あえて評価しない傾向にある。すなわち、通常、「公正」、「正義」、「衡平」の範疇にいれ、あえて効率性を図らない。上記のように経済学においても対立する価値を「人権」、「倫理」という単純な解答しかしないまま効率性を避ける。近年、とりわけアメリカ(大気浄化法)やイギリスの大気環境戦略の評価において健康便益を貨幣で評価することが放棄された例からも CBA に関する修正が行われていることがわかる²。なぜ倫理を問わなければならないか、すなわち CBA を倫理性という観点から修正する理由は、CBA 分析者の徹底した数字だけの計算(これが従来 of CBA 分析者の認識であった)では、人権や倫理という数字で評価できない要素を正当に評価できるからである。

第二節 ALARP (As Low As Reasonably Practicable) の原則

リスクは少ないに越したことはないが、ゼロリスクを実現することは非常に困難になっている³。ゼロリスクが困難だとすると、リスク管理の立場からは、どこまでリスクを削減するのが適切かという問題が生じる。もし、「無視し得るリスク水準」もしくは「社会的に許容可能なリスク水準」というものがあるのなら、その水準までリスクを削減するという方法が、リスク管理のひとつの考え方としてあり得るであろう。このように、一定のリスク水準を定めて、それ以上のリスクだけを削減するという考え方は、等リスク原則と呼んでいる。

例えば、10万人に1人の割合(10⁻⁵の確率)で一生涯に追加的にそれが原因で死亡する水準を基準にして、それぞれの原因のリスクをその水準まで減らそうという考え方がこれにあたる。現在の日本の、閾値のない物質の大気環境基準は、このリ

¹ Robert Baldwin and Martin Cave, *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press (1999) .p277.

² 岡敏弘「費用便益分析の倫理的基礎(第七章)」『環境政策論』(岩波書店 一九九九年)一六三～一六四頁参照。

³ 中西準子『環境リスク論』(岩波新書 二〇〇一年)一一七頁参照。

スク水準によって決められている。

このように、単一のリスクの境界値を決めて、リスクがそれを上回れば対策を実施し、下回れば対策を実施しないという意思決定の考え方は、非常に簡明で便利な枠組みである。しかし、その単一の水準をどのように決めるのかという問題は残っている。これを一律に決定するのは容易なことではない。例えばイギリスでは、耐容可能なリスク水準というのはおよそ 10^{-3} から 10^{-5} までの幅を持った概念と考えられている¹。この範囲の中でどこまでリスクを実際に削減するのかということについては、「無理なく減らせる限界まで低く」するというアプローチがされている。この考え方をALARP原則（As Low As Reasonably Practicable）と呼ぶ²。

そして「等リスク原則」の問題点は、リスクに関して他の価値を総合してひとつの指標により定量的に評価する点にある。問題ごとに「福祉」の基準が異なるため、諸価値をすみ分けて評価するほうがより福祉に合致する。すなわちイギリスの「許容不可領域」と「耐容可能リスク」の例である³。そこでは、あえて総合的に評価せず、規制対象物の範囲を限定して判定するかを決める方法を選択する。このような規制は、限界はあるものの、効率性と他の価値との対立を処理できるひとつの手法になる。

さらに、ALARP原則によって前述の「等リスク原則」の問題を解決するためとらえた改善策は、第一に、管理する対象物の定義によってリスクの大きさが変わってしまうという点に「等リスク原則」が対応できないという点に関連する。例えば、ベンゼンとダイオキシンを等リスクの 10^{-5} という水準で管理するという場合を考え

¹ 岡敏弘「リスク便益分析（第三章）」『環境政策論』（岩波書店 一九九九年）五二～五三頁参照。

² 日本リスク研究会編『リスク学事典』（TBSブリタニカ 二〇〇〇年）による定義では、「リスクの大きさは段階的に変化していくものであり、無視できるほど小さいリスクもあれば、到底受け入れられない大きなリスクもある。これらの中に、無視できるほど小さくはないが、代わりに大きな便益が得られる場合や、削減に莫大な費用がかかる場合には許容できるリスクが存在する。この幅の間にあるリスクについては、リスクの大きさに応じて、無理のない範囲でできる限り低くするよう改善努力を求めるといふ考え方」をいう。

³ 岡敏弘・前掲注（1）五〇～五二頁参照。

よう。この場合、ベンゼンは単一の物質であるが、ダイオキシンというのは様々な異性体の集まり、つまり異なる物質の集合に対する総称である。そうすると、ベンゼンとダイオキシンを同列に扱うのが適切であるのかどうか疑問が生じる¹。逆にダイオキシンをベンゼンと同様、個々の物質（異性体）ごとに等リスクで管理しようとする、ダイオキシン全体のリスクは 10^{-5} 水準を越えることになり、それが適切であるのかどうかという問題がでてくるのである。

第二の問題は、「等リスク原則」がリスクの減らしやすさを評価できないという点に関係する。物質によっては、そのリスクを容易に減らすことができるものと、それを避けることが困難なものがある。それらを等リスクで管理することが合理的であるかどうかは疑問である。すなわち、ALARP 原則によって複数の物質を無理なく減らせる限界まで低くするというアプローチによってこそ合理性が担保される。このように ALARP 原則は、数字によって一定の目標値を定める面では、「等リスク原則」同様の手法であるが、対象を異にする物質を一律に取出して管理するのではなく、異なる範囲で環境的負荷を低減する方法である。

第三節 ALARA (As Low As Reasonably Achievable) の原則

リスク安全目標をいかに設定するかについての手法として、ALARA を用いるケース²がある。オランダでは、一九八〇年代より一般環境政策として、危険な物質を用いる行為により周辺地域に望ましくない影響を及ぼす事象については、可能な限り発生を防止し影響を抑えるべく意思決定のための定量的安全基準の検討が行われてきた。社会的リスクに対し、「ある行為がそれから生ずる経済的、社会的ベネフィ

¹ 岡敏弘「リスク便益分析（第三章）」『環境政策論』（岩波書店 一九九九年）五四～五五頁参照。

² 原子力安全委員会「原子力安全白書の概要」（環境白書十三年版 平成一四年四月）参照。原子炉施設は、災害を防止し、公共の安全を図るために、放射線を遮へいし、放射性物質を閉じ込めることが要求されている。平常時においては、放射線被ばくを合理的に達成できる限り低く [ALARA (As Low As Reasonably Achievable) の原則] するための対策を講じ、また、異常時においても異常の拡大を防止し、過度の放射線被ばくを及ぼさないための方策を講じることが求められている。

ットとは無関係に許容されない」というリスクの上限値（絶対的に許容されないリスク）があり、「追加のリスク削減がもはや正当化されない」というリスクの下限值（無視しうるレベル）が定義されてきたのである¹。

これらの限界値の間は、合理的に達成可能な限り低く（ALARA）する要求がなされることになった。すなわち、各々の危険性のある発生源や活動に対して、受容される個人リスクの上限値は 100 万人に 1 人の割合/年と決められた。例えば、原子力施設に住む近隣住民へのバックグランドリスクの 1% だけ増加を許容するという考えのもと決められたもので、基本的に産業分野共通の基準となっている。さらに、原子力発電所に対する定量的安全基準は災害が一度生じた場合における損害や影響の重大性に鑑み、原子力関連法上の安全施策においては警察上の安全より積極的にリスクを縮減する措置を講ずることが法的に望ましい²ことから、より厳しい管理が成立されたのである。

なお、無視しうるレベルを定めるには、一般公衆によるリスクの認識及びリスクの受容性が考慮されねばならないという認識の必要性から、ALARA の原則を通じて、望ましいリスクレベルが個々の活動に依存できる点など、個人リスクと社会リスクのいずれに対しても現在では破棄するとされている実情を勘案すれば、未知の科学の知識・リスクに対する認識の限界から原子力行政に投入したのである。

次に食品分野における総合衛生管理製造過程システムについて目を転ずる。

第四節 総合衛生管理製造過程（HACCP システム）

一 総合衛生管理製造過程による衛生管理

総合衛生管理製造過程は、食品衛生法（昭和二二年法律第二三三号）現行第十三条、法第一四条、第四十八条において、製造又は加工の方法及びその衛生管理の方法について食品衛生上の危害の発生を防止するための措置が総合的に講じられた製

¹ 原子力安全委員会『原子力安全白書』（原子力安全委員会 一三年版）一七一頁参照。
² 高橋滋「環境リスクへの法的対応」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦 - 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念 -』（日本評論社 二〇〇二年）二七九～二八〇頁参照。

造又は加工の過程をいうと定義されている。食品衛生管理における HACCP（Hazard Analysis and Critical Control Point；総合衛生管理製造過程¹）システムは、衛生管理及びその前提となる施設設備の衛生管理等を行うことにより、総合的に衛生が管理され、食品の製造又は加工していく過程を意味している²。

現在、総合衛生管理製造過程の対象食品としては、乳・乳製品、食肉製品、容器包装詰加圧加熱殺菌食品（いわゆるレトルト食品等）、魚肉練り製品及び清涼飲料水が政令で指定されている。承認状況は、平成一四年一月末現在、四五四施設、九九〇件となっている³。

HACCP の概念は、一九六〇年代に開始されたアメリカの宇宙開発計画における

¹ 元来、高度に安全性を保証するシステムとしてアメリカ航空宇宙局（NASA）が中心となって策定された経緯がある。一般的に、ハサップ（HACCP：Hazard Analysis Critical Control Point 危害分析重要管理点）方式という。食品の安全性を高度に保証する衛生管理の手法の一つで、具体的には、食品の製造業者が原材料の受入から最終製品にいたる一連の工程の各段階で発生する危害を分析し、その危害の発生を防止することができるポイントを重要管理点として定め、重点的に管理することにより、製造工程全般を通じて製品のより一層の安全性を確保するという手法であり、国際的にもその導入が推進されている。日本では、平成七年に HACCP 方式による衛生管理を法的に位置づけた「総合衛生管理製造過程の厚生労働大臣承認制度」が創設されたのである。

² 日本では、HACCP システムの導入を推進するため、「食品の製造過程の管理の高度化に関する臨時措置法（平成一〇年）」を制定し、金融・税制面での優遇措置を通じて HACCP をより行い易くする施設・設備等の整備を行えるようにした経緯がある。

³ 承認状況（平成一四年一月末現在）

乳・乳製品	310 施設（743 件）
食肉製品	95 施設（180 件）
容器包装詰加圧加熱殺菌食品（缶詰・レトルト食品）	18 施設（24 件）
魚肉練り製品	26 施設（31 件）
清涼飲料水	5 施設（12 件）

厚生労働省のホームページを参照されたい。

<http://www.mhlw.go.jp/topics/0101/tp0118-1.html#no8>「食の安全推進アクションプラン」厚生労働省（二〇〇二年二月）。総合衛生管理製造過程の承認は、製品群毎（乳・乳製品であれば牛乳、加工乳、乳飲料、醗酵乳等）の承認となることから、施設によっては数製品群が承認されている。

宇宙食の開発にあたって用いられた手法である¹。

食品安全の観点からの宇宙食の開発計画は、リスク対象となる食品の製造過程全般に及び流通、生産等において、食品の安全性に関わる重要な危害を確実に統制するための HACCP の原則に従って用意された計画である。

食品衛生法第一条の三各項は事業者の責務について、食品を採取し、製造し、輸入し、加工し、調理し、貯蔵し、運搬し、販売し、不特定若しくは多数の者に授与し、又は営業上使用する食品、添加物、器具又は容器包装について、自らの責任においてそれらの安全性を確保するため、販売食品等の安全性の確保に係る知識及び技術の習得、販売食品等の原材料の安全性の確保、販売食品等の自主検査の実施その他の必要な措置を講ずるよう努めなければならないと規定する。HACCO システムの構築は、このような義務から発生するといえる。

このシステムは、一般的衛生管理プログラム施設設備の構造、保守点検・衛生管理機械器具の保守点検・精度管理・衛生管理、従業員の教育訓練、製品の回収等の衛生管理の基礎となる一般的衛生管理事項がその対象となる。これら事項は、モニタリングと改善措置を原則的に必要とする試験検査における管理事項とは異なり、事業者の食品製造工程における管理システムである。

まず、危害原因物質（Hazard）とは、食品中に存在することによりヒトに健康被害を起こす可能性のある生物学的、化学的、または物理的因子のことをいう。また、危害分析（Hazard Analysis:HA）は、危害とその発生条件についての情報を収集し、評価することにより、原料の生産から製造加工及び流通を経て消費に至るまでの過程に含まれる潜在的な危害を、その起こり易さや危害が起こった場合の重篤性を含めて明らかにし、さらに、各々の危害に対するコントロールの方法を明らかに

¹ HACCP の規制の動きはすでに EU（欧州連合）において、水産食品や食肉製品等について HACCP 実施を義務付ける EC 指令が出されている。またアメリカにおいても一九九七年一二月から水産食品を、さらに近年では、屠畜場、食肉処理場を対象に、アメリカ国内の施設のみならず、アメリカに輸出される食品を製造又は加工する外国の施設についても HACCP を義務付けている。FAO/WHO 合同食品規格計画（CODEX）においては、HACCP を各食品に適用するためのガイドラインが作成されており、食肉、魚介類等の個別食品の衛生取扱規範についても、HACCP を導入すべく改定が行われた。

する方法をいう。

重要管理点（Critical Control Point:CCP）は、危害発生を防止するため、また発生
の恐れを低下させるために必ず管理しなくてはならない場所（工程）を決定する。
すなわち、食品の生産過程において、その工程を管理しないと後の工程ではその危
害を防止することができない工程（重要管理点）を決定し、とくに厳重に管理する
必要性から危害の発生を未然に防止するためにコントロールできる手順、操作、段
階のことをいう。この重要管理点は、原材料の生産と受け入れ・製造加工・貯蔵等
の食品製造の全過程において適切な箇所に設定されなければならない。

さらにモニタリング（Monitoring）CCP がコントロールされているかどうかを確
認するために観察、測定、試験検査を行う。このような、観察、測定、試験検査の
対象としては、短時間のうち、正確な結果が得られ連続的に監視できる事項が理想
的であり、このようなものとして pH、温度、時間、圧力、流量のパラメータが掲
げられる。

また、管理基準（Critical Limit:CL）は、決定した重要管理点（CCP）において
食品の安全性を確保するために十分な製造工程での管理基準の範囲を設定し、危害
を管理する上で許容できるか否かを区別するモニタリングパラメータ基準をいう。
この制度では、危害管理のための目標を達成するために設定する原材料及びある工
程における半製品に許容できる危害原因分析の量を指す工程水準いうことを設けて
いる（工程水準）。

モニタリングの結果、パラメータが CL を超えた場合、CCP が適切にコントロー
ルされていない事が認められた時には改善措置（Corrective Action）が講じられる。
さらに、この制度には、検証（Verification）プロセスが用いられており、HACCP
プランにしたがって行われているかどうか、HACCP プランに修正が必要かどうか
を判定するために行われる手法、手続、試験検査を検証と呼ぶ。

かくして、食品製造全工程に及ぶ安全管理を事業者レベルで実施している点が特
徴である。次にこの手法の過程内容について触れておく。

二 HACCP の手法の内容

HACCP システムによる衛生管理は、最終製品の検査に重点をおいた従来の衛生管理とは異なり、食品の安全性について危害を予測し、危害を管理することができる工程を重要管理点として特定し、重点的に管理することにより、製品の安全確保を図るという方法である。具体的には、食品関連事業者によって行使される手順は以下のものである¹。

食品の製造又は加工工程のあらゆる段階で発生するおそれのある食品衛生上の危害について調査・分析（HA）し、製造又は加工の各工程においておこる可能性のある危害を特定した上で、その防止措置を特定する。

このような分析結果に基づいて、防止措置のうち、危害の発生を防止するため、連続的又は相当の頻度でモニタリングして、管理状態を確認しなければ、製品の安全性が確保されない工程を重要管理点（Critical Control Point：CCP）として定める。

管理基準の設定を行う。

重要管理点が常に管理されていることを確認するため、集中的かつ常時、モニタリングを行う。

重要管理点の管理状態が不適切な場合には、速やかに改善措置を講じる。

その管理内容をすべて記録する。

HACCP を適用した製造又は加工の過程が的確に危害をコントロールしているか、規定されたとおり実施されているかを定期的に見直すことにより、最終製品全体の安全を保証するものである。

近年、食品の安全性に関わる重要な危害を確実に統制するための HACCP の手法は、食品安全に対する市民の意識変化のなか、事前管理手法として地方団体におい

¹ 厚生省生活衛生局乳肉衛生課、動物性食品の HACCP 研究班（編集）『HACCP 衛生管理計画の作成と実践 総論編』（中央法規出版 一九九七年）を参照されたい。この手法の七原則は、原則 1、危害分析（HA）、原則 2、重要管理点（CCP）の決定、原則 3、管理基準（CL）の設定、原則 4、モニタリング方法の設定、原則 5、改善処置の設定、原則 6、検証方法の設定、原則 7、記録の維持管理をいう。

ても条例で活用する傾向がみられる¹。

第五節 予防原則（Precautionary Principle）

予防原則をめぐる当初の概念の核心には、社会は注意深い将来計画によって環境を傷つけることを避けるべきであり、潜在的に有害な活動を阻止すべきであるという考え方があった。「リオ宣言第 15 原則」などの代表的な考え方にに基づき、「予防原則」の意味するところをまとめると次のようになる。

人の健康、環境に対する深刻かつ不可逆なリスクがあると予想される場合は、因果関係について十分な科学的確実性がなくとも完全な科学的証拠がそろわないのを待たずに費用対効果を考慮した上で事前に予防的措置を取ることを求めるリスク管理の方策の一つであり（Rio Declaration on Environment and Development 1992）、予防原則は、食品リスク、環境リスク分野、化学物質の安全管理など非常に幅広い分野において適用され得る考え方である。

さらに、この概念はドイツ環境関連法の基礎的な理念に発展し、多くの環境問題に取り組む政策に発動されてきている²。

また、その後、予防原則（Precautionary Principle）は多くの国際条約や協定などで環境問題の解決のために取り入れた経緯がある。ここで予防原則の根底にある思想・価値観とは何かについて触れることとする。

¹ 神戸市食品衛生監視指導計画（案）の第三、3を参照されたい。また、札幌市では、市民や観光客の食の安全を確保するため、民間の力を合わせて自主管理を推進する「札幌市食品衛生管理認定制度」が平成一六年度からスタートした。

² Timothy O'Riordan, James Cameron, *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan Pubns Ltd; 1994.p16.また、Indur M. Goklany, *The Precautionary Principle: A Critical Appraisal of Environmental Risk Assessment*, Cato Inst; 2001.また、Julian Morris, *Rethinking Risk and the Precautionary Principle*, Butterworth-Heinemann; 2000.元来、予防原則（precautionary principle）は、第二次世界大戦後の急速な産業の成長に比して汚染防止の法律が貧弱であった結果、人間の健康や環境への影響が顕在化したために登場してきた考え方である。この概念は一九七〇年代に旧西ドイツで *Vorsorgeprinzip*（Vor「まえに」+ Sorge「心配」+ Princip「原則」）として誕生した。その意味は、自然界・生態系に及ぼされる被害が、事前にそして機会と可能性を逃すことなく回避されることを要求するものと定義され、さらに、「Vorsorge」とは、健康と環境に対する危険を早期に察知することや、科学による決定的で確実な理解がいまだ得られていない場合にも行動することを意味する、とされている。

予防原則の中核となる思考は、以下の七つが掲げられる¹。

第一に、リスク回避行為をより優先させることである。すなわち、リスク規制管理の遅滞による被害を可能な限り防げる。

第二に、環境空間(容量)保全を優先することである。環境システムが人間活動の影響の緩衝となるような余裕を確保する。

第三に、リスク回避行動の社会的、かつ環境的な便益とその機会費用を常に比較検証する。リスク回避行動がもたらす社会・環境系への便益とその機会費用が適正であるのかを常に見直す。

第四に、生物の多様性とその生存への配慮を十分にする。人間中心から生物の存在の権利への配慮をする環境倫理を尊重する。

第五に、立証責任を開発側に負わせる。開発行為が環境への妥当でない影響を及ぼさないことの立証を開発者が前もって行うこととする。

第六に、将来世代の意思決定に配慮した計画をする。将来に及ぼす影響への配慮を現世代の意思決定で重視する。

第七に、今日までに与えた生態的な負債にも対処する。過去において、そのときは予想できなかった大きな生態学的な負荷があるときには、その負債も分かち合う責任をもつことである。

上記の予防的な措置を働きかける思考というのは、実際に法システムのなかでいかに活動させていくか重要な課題であると思われる。しかし、この原則は今日までは、国際法上では宣言的意味を持つに過ぎなかった²。

欧州で、その予防原則が、初めて実定法上の概念として登場したのが、二〇〇二

¹ 池田三郎・酒井泰弘・多和田真(著)『リスク、環境および経済』(勁草書房 二〇〇四年)五〇～五一頁参照。

² 予防原則の発展経緯と実体法化をめざすEUの動きとそれを阻止しようとするアメリカの動きについては、中村民雄「遺伝子組み換え作物規制における『予防原則』の形成—国際法と国内法の相互形成の一事例研究—」『社会科学研究 五二巻三号』(二〇〇一年)八五～一一八頁参照、また、近年の論文として、大塚直「未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ(1)～(6)」『法学教室』(No.284、285、286、287、289、290 二〇〇四年)を参照されたい。

年一月に採択された EU の「食品一般原則規則¹」である。この食品規則は、EC 法にいう「規則 (regulation)²」であるため、構成国及び域内のすべての者に対して直接に適用され (EC 条約二四九条)、EU 諸国の国内立法と同じく直接に公法・私法の関係に影響を及ぼしている。

EU 食品規制七条では、「利用可能な情報の評価に従って、健康に対する悪影響の可能性 (possibility) は識別されるが、科学的な不確実性が残存する特定の状況において、包括的なリスク評価にとって必要な更なる科学的情報が提供されるまでの間、共同体内で選択された高い水準の健康保護を確保するために必要な暫定的リスク管理措置を採用することができる。〔七条一項〕」とされている。

この予防原則の実体的権利性を導くためにはいまだ多くの検討課題を残しているが、厳格な法律の解釈・適用 (過去に起きた事実を法律に適用する裁判、「過去裁判」) を念頭に置くと、このような不明確な基準を公的機関が適用することを裁判所が審査することができるのか疑問とされるであろう。

しかし、現在では、より広い問題が裁判所で審査することができると考えられており、過去に起きた事実だけでなく、争点の措置の将来的影響なども裁判所が考慮することができると言われている³。

第六節 リスクコミュニケーション (Risk Communication)

¹ Parliament and Council Regulation 178/2002 [2002] OJ L 31/1.

² EC が採択する主要な法形式の法的効果については、EC 条約 249 条が規定しているが、EC 裁判所の判例法によりさらに発展されている。今日の判例法によれば、次のようになる。規則 (regulation) は、構成国及び私人を名宛人とすることができ、名宛人を全面的に直接に拘束する。したがって、構成国内の私人は、規則に定められた権利を構成国に対しても、他の私人に対しても主張できる。これに対して、指令 (directive) は、名宛人たる構成諸国を拘束するにとどまり、構成国は指令の国内実施について手段や方式の裁量を認められる。ただし、それぞれの指令に定める国内実施準備期間を徒過した後は、指令の規定が私人に権利を発生させるほどに明確かつ無条件であるならば、私人は国内実施を怠っている構成国とその機関に対する関係では、当該権利を主張することができる。なお、決定 (decision) は、特定の私人や構成国を名宛人とするものであって、名宛人のみ拘束する。しかし、指令と同様に、規定が明確かつ無条件であれば、名宛人との関係でのみ直接に主張可能な権利義務が生じうる。

³ 阿部昌樹「行政訴訟におけるアカウンタビリティ」『都市問題研究五一の十一』(一九九九年) 七六～七九頁参照。

リスクコミュニケーションは、リスクを避けるために、あるリスク情報が求められるのではなく、リスクがある前提の上で、それにつき知らされなければならないと考える人が増えてきている実情、さらには個人では回避することのできないリスク問題についての社会的合意を得る過程も重視されるようになった経緯から、リスク削減に重要な意思過程である¹といえる。アメリカでは、一九七六年にラブカナル事件²をきっかけに発展してきた。

現代のリスクコミュニケーションへの理解の背景には、民主主義的思考方、知る権利、アカウントビリティ、インフォームドコンセント、情報公開等の台頭がある。また、ルーマンによれば、コミュニケーションを、情報、伝達、理解という三要素の選択過程を互いに結合するものとして記述している³。

しかし、それだけではなく、社会がリスク管理しなければならないリスク、人々が関心をもつリスクの種類が多様化し、その特性が変化してきたこと⁴もあげられる。

日本における土壌環境保全のために制定された土壌汚染対策法では、土壌汚染対策手法としてリスクコミュニケーションを以下のように講じている。化学物質全般に対する有害性と排出・廃棄量の情報、焼却炉から排出されるダイオキシン類による環境リスク、環境ホルモン物質の毒性や排出量の情報、産業廃棄物処分場における汚染の実態と環境リスク、土壌・地下水汚染による環境リスクなど

¹ 近時の論文では、黒川哲志「環境規制におけるリスクコミュニケーション」阿部泰隆・水野武夫（編集）『環境法の生成と未来 - 山村恒年先生古希記念論文集』（信山社 一九九九年）を参照されたい。

² 環境省「リスクコミュニケーション事例等調査」『平成一二年度リスクコミュニケーション事例等調査報告書』（環境省 平成一三年三月）四頁参照。右報告では、ブカナル事件の教訓からアメリカにおいて発展してきた。この事件は、一九七六年、アメリカニューヨーク州ナイアガラフォールズ市の化学会社がラブカナル運河に産業廃棄物を投棄し続け、その地域一帯に異臭騒ぎとともにダイオキシン類を含む有害物質が漏れ出すという大規模な環境汚染を引き起こした。この地域では流産が高い確率で発生し、奇形児の出産も多発した。大統領による緊急事態宣言が出され、住民の退去にまで発展した。これをきっかけとしてアメリカでは包括的環境対処保証責任法（スーパーファンド法）が成立した。

³ ゲオルク・クニール(著)、アルミン・ナセヒ(著)、館野受男ほか『ルーマン社会システム理論 - 「知」の扉をひらく - 』（新泉社 一九九五年）九五頁参照。

⁴ 環境省「リスクコミュニケーション事例等調査」『平成一二年度リスクコミュニケーション事例等調査報告書』（環境省 平成一三年三月）一一頁参照。

を掲げ、それらを管理する趣旨で取り入れた¹。

そして、リスクコミュニケーションは、リスクを科学的に洗い出し、そのリスクを軽減、回避、未然防止するためにも役立つものであり、戦略的にリスク管理体制を構築することが可能となる。その他、企業は、その経営に伴って多くの「リスク」と直面し、そのマネジメントのための判断をその都度行ってきた。これをより意識的、科学的に実施していくことにより、効果的判断が可能となるだけでなく、判断プロセスが透明となってリスク管理手法を誰もが使えるものへと変化させることが期待できる²、と思われる。

第七節 小括

この章では、政策手段として考慮すべきいくつかの原理・運用実態について論じた。しかし、上記の諸原理が必ずしも実定法レベルで斟酌されているわけではないが、今後具体的な場面に適用しうるための理論化をさらに進めてゆかなければならない。

政府給付制度³に加え、リスク（安全性確保）発生に対する事前管理のための上記の政策・経済的な原理以外に、市場原理（メカニズム）を利用した手法がある。すでに欧州では、ドイツ、デンマークなどで多用されている各種の公害排出課税（emission charge or effluent charges）、課徴金、預託金制度、そしてドイツで大気汚染に導入されている排出枠（量）取引制度が代表的なものである⁴。本部では、

¹ 高橋滋「土壌汚染対策法の論点」ジュリスト（No.1233 有斐閣 二〇〇二年）七～九頁参照。

² 山村恒年「科学技術の発展と行政法」『公法研究 五十三号』（有斐閣 一九九一年）一五〇～一五一頁参照。右論文では、リスクコミュニケーションに関しての直接の言及はなされていないが、行政過程の動的、機能的把握が必要であることを指摘する。

³ ポール・K.フリーマン、ハワード・C.クンルーサー（著）、齊藤誠、堀之内美樹（翻訳）『環境リスク管理—市場性と保険可能性』（勁草書房 二〇〇一年）の一～二頁では、環境リスクを含む社会的リスクを管理する際に、一定の役割を担っていると言及する。また、損害を被った個人や企業に対してきわめて低い執行費用で給付するメリットはあるが、最大の欠点は、リスクや損害の可能性を減じるためにいっさいの配慮がなされていないこと、納税者の負担で特定の個人や企業に補助金を出していることを指摘する。

⁴ 東京海上火災保険株式会社編『環境リスクと環境法（欧州・国際編）』（有斐閣 一九

公害排出税に関しては紹介にとどめ、詳しいことは立ち入らないこととする。

九六年）一三頁参照。近時の論文として、戸部真澄「環境リスク規制における経済的手法の機能性と限界」『山形大学法政論叢』第二九号（二〇〇四年）三三頁～八〇頁参照。

第三章 事例検証～自主基準・安全性に関する判例を中心に～

第一節 自主基準に関する事例

【事例】 デジコン電子（株）対日本遊戯銃協同組合損害賠償請求事件¹

まず、本件の判決による事実認定に基づいて事実の概要を説明する。日本遊戯銃協同組合（被告=Y1、以下「組合」同共同組合理事長=Y2）は、エアースoftガン
の安全性確保の目的のため、通商産業省（現在の経済産業省）の行政指導により既
存のエアースoftガンの製造者による団体である日本モデルガン製造協同組合とエ
アソフトガン協議会が合併して一九八六年（昭和六一年）に誕生した団体であり、
中小企業等協同組合法に基づく協同組合として独占禁止法二条二項三号にいう事業
者団体である。

この事件で右組合は、エアースoftガンのユーザーが一般により強力で実銃に近い
性能を有する製品を嗜好するため、製品の威力について自主規制を設けなければ
メーカーが競って威力のある製品を開発することになり、その結果として消費者の
安全を損なうこと、また、一九七七年（昭和五二年）における銃刀法改正によって
モデルガンの所持販売の規制が強化されたことによってモデルガン業界が壊滅的な
打撃を受けたことなどから、同様の法規制をエアースoftガンが受けることを回避
する目的のもとに、既存の自主基準を統一し「エアースoftガン自主規約要綱」を
作成した。本件は、右自主規制（要綱）の自主基準をめぐって問題になった事例で
ある（原告=デジコン電子株式会社）。

本件自主要綱では、エアースoftガンにより発射された弾丸の運動エネルギーが
常温において0,4J以下、エアースoftガンの弾丸（BB弾）の材質はプラスチック
で重量は0,2グラム以下とする自主基準を定めている。さらにこの自主基準に適
合する製品について、合格証紙（ASGKマーク）を貼付することとした。

しかし、この自主基準が制定されたにもかかわらず、組合員の中には、強力なエ

¹ 東京地判平成九年四月九日、判例タイムズ九五九号一一五頁、判例時報一六二九号七
頁参照。

エアソフトガンの製造を行うものが多かった。この自主基準を満たすかどうかについては、組合が検査を委託した社団法人日本猟用資材工業会及び財団法人日本文化用品試験所による検査を経て合格した製品に対し合格証紙を有償で配布するシステムになっていた。

自主基準に従う意思のない組合員は、まず自主基準に適合した製品で検査を受け、一旦合格証紙の発給を受けてから基準に違反する製品を製造するために、実際には、自主基準に違反した製品が ASGK マークを貼付されて販売されているのが実状であった。

また、このような事態を防止するために年に一度試買検査をすることが定められていたが、実際には殆んど行われなかったために、このような違反行為は半ば公然と見過ごされていたのであった。事業者団体が定める自主基準は、以前から議論はなされてきたが、その適用が独禁法との関係で実際に問題になったのは本件が恐らく最初の事例である¹。さらに本件では、組合内部の運営の問題点もあった²が、ここでは、自主基準の法的適合性についてのみ検討する。

本件では、法的規制を回避するために、通商産業省（現在の経済産業省）の指導の下で組合の自主基準が設けられたことは前記判旨の事実認定の通りである。この事件における争点である独禁法違反の点につき東京地裁は、本件のように自主規制が反競争的に用いられることなどが起こりうることなどから、法的規制が必要なも

¹ 鳥山恭一「事業者団体が定めた自主基準にもとづく費構成事業者の排除—エアソフトガン（デジコン電子）事件」（ジュリスト No.1123 一九九七年）一三九頁参照。

² 一九九〇年（平成二年）に代表理事に就任した Y2（被告）は、役員選挙を行わないなど組合の定款に従わず、また特定の組合員には正当な理由もなく ASGK マークの発給を遅らせるなど、恣意的な組合運営を行っていた。さらに組合は、自らが行う製造業者間での安全対策のほか、問屋及びユーザーレベルでの安全対策が必要と考えたため全国のエアソフトガン及び関連商品を扱う問屋らを組織して、銃の取扱の指導、改造防止などを啓蒙する団体として「防犯懇話会」を設立することを決定し一九八九年（平成元年）から二年にかけて西日本懇話会、中部懇話会、東日本懇話会の三団体（以下「三懇話会」）設立させた（なお防犯懇話会は権利能力なき団体である）。この三懇話会は、組合の方針を問屋レベルで実施するための組織であった。組合は、一九九〇年（平成二年）七月に ASGK 制度の趣旨に賛同する小売店を「遊戯銃防犯協力店」とし、また、懇話会会員以外の問屋に対しては製品を販売しないことを決め、さらに組合からの要請を受けた三懇話会では ASGK シールの貼付のない商品の取扱をしない旨の申し合わせを行った。

のについては法により規制し、そうでないものについては、通商産業省(現在の経済産業省)の安易な関与によって、あたかも当該自主基準が公的基準であるかのような誤解を招かないようにすべきである、と判示した。また仮に本件における組合の自主基準が実施方法において合理性があったとしても、自主基準に適合しない商品を製造販売する非組合員との取引拒絶を要請することを正当化し得ないと解すべきである、とした。

遊戯銃には衝撃度合についての法律上の規制があり、これに上乘せして、同組合は法的基準よりも厳しい自主規制を行っていた。すなわち遊戯銃メーカーである原告会社が、法的基準以下ではあるが組合の自主規制を超える製品を販売したところ、組合は卸・小売業者に対して、当該原告の製品を販売するならば、その他の組合所属メーカーの製品を供給しないと脅して、当該原告の商品を市場から排除した。

裁判は、市場における実際の規制においては、私的独占でも不当な取引制限でも、行為要件に該当し、かつ「競争の実質的制限」(市場要件)に当たる場合にのみ規制が発動される。「競争の実質的制限」に当たることだけで違法とされるわけではない。「競争の実質的制限」の判断基準のうち最も重要な市場構造基準のうち、とくにシェアが高い企業でも、具体的な行為がどのようなものであったかが問われる。シェアが高いという状態だけでは、独禁法違反にはならない、判断した。

自主規制に参加する構成員によって、危険を生じさせないように自主的な基準の遵守を強制する場合、自主規制は行政側の規制より時間的に実効性が担保できる。また、市民の健康・生命に被害を及ぼす製造物などに対して公的規制(法律・条令)の設定前段階でリスクを防止できる面では、既述とおり自主規制には大きな有用性があるが、とくに独占的業態の場合¹、ある商品の安全性に関しては行政機関より「専門性」や「ノーハウ」を生かした自主基準によって市民の安全性が確保できる場面が可能になるケースもありうると思われる。

¹ 日本においては、公益事業を営む NTT 地域通信会社など、各都市ガス会社、上下水道事業がそれにあたる。またアメリカのマイクロソフト社も、IT 産業(パソコン) OS 市場では九〇%を越えるシェアである、と言われている。

【事例】東京都屠畜場事件¹

この事例も独占禁止法上の問題が争点とされた事件である。東京都の設置する屠畜場の低額料金による営業が、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律に違反する不当廉売に当らず、競争関係にある民間の屠畜業者に対する不法行為が成立しないとされた事例であるが、自主規制・事業者の判断の範囲のみに関して検討する。

屠畜場は、食用に供する目的で獣畜を屠殺し又は解体するために設置される施設であり、その経営及び獣畜の処理の適正を欠く場合には、屠食肉の衛生確保及び環境衛生上好ましくない事態が生ずるおそれがあるところから、かかる事態を防止し公衆衛生の向上及び増進に寄与することを目的として屠畜場法（昭和二八年法律第一一四号）が制定され、屠畜場の設置管理者又は屠畜業者は、屠畜場使用料又は屠殺解体料（以下、これらを「屠場料」という）の額の設定及び変更については都道府県知事の認可を受けなければならない（同法八条一項）、右認可額を超える屠場料を受けてはならないと規定している（同法八条二項）。

屠場料の認可制度²は、公営中心主義に立っていた旧屠場法（明治三九年法律第三二号）の当時から採られており、民営屠畜場の適正な普及を企図する現行屠畜場法においても引き継がれたものである。

最高裁判決によれば、その趣旨とするところは、屠畜場が公共的性格を有し、独占ないし寡占に陥り易い性格の業態であって、顧客保護の必要があるため、申請に

¹ 平成元年一月四日第一小法廷判決（最高裁判所昭和六一年（オ）第六五五号）判例時報一三四号七〇頁参照。

² 「と畜場法」第八条では、都道府県知事は、衛生管理責任者が次の各号のいずれかに該当する場合であって当該衛生管理責任者に引き続きその職務を行わせることが適切でないとき、と畜場の管理者に対し、その解任を命ずることができる。一に、この法律又はこの法律に基づく命令若しくは処分に違反したとき。二に、第七条第二項は、衛生管理責任者は、と畜場の衛生管理に関してこの法律又はこの法律に基づく命令若しくは処分に係る違反が行われないように、当該と畜場の衛生管理に従事する者を監督し、当該と畜場の構造設備を管理し、その他当該と畜場の衛生管理につき、必要な注意をしなければならない。

係る屠場料が高額に過ぎないか否かの判断を認可行政庁に委ねることとしたものであり、その限りで事業者の自由な価格決定は制限を受けることとなるが、屠場料の認可額は個々の屠畜場ごとに異なるばかりでなく、その額の設定及び変更の申請に当たり各事業者による自主的、裁量的判断の働く余地もあることは明らかであるとされる。

また、独占禁止法二条一項は、事業者とは、商業、工業、金融業その他の事業を行う者をいうと規定しており、この事業はなんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反覆継続して受ける経済活動を指し、その主体の法的性格は問うところではないから、地方公共団体も、同法の適用除外規定がない以上、かかる経済活動の主体たる関係において事業者に当たると解すべきであるとする。

したがって、地方公共団体が屠場料を徴収して屠畜場事業を経営する場合には、屠畜場法による料金認可制度の下においても不当廉売規制を受けるものというべきである、とした。

また、東京都により集荷量の確保及び価格の安定を図るとの政策目的達成のため、赤字経営の防止よりは物価抑制策を優先させることとし、東京都一般会計からの補助金により赤字分を補填してきたことによる、というのである。料金認可制度の下においても不当廉売規制が及ぶことは前記説示のとおりであり、また、公営中心主義を廃止した屠畜場法の下において、「公営企業である屠畜場の事業主体が特定の政策目的から廉売行為に出たというだけでは、公正競争阻害性を欠くということではできないことも独占禁止法一九条の規定の趣旨から明らかである」とした。この事例において一定範囲程度の事業者による自主的判断を肯定していることが分かる。

【事例】東芝エレベータテクノス事件²

¹ 阿部泰隆『行政の法システム(上)』(有斐閣 一九九二年)一一七頁参照。一般的に、企業者による自主的な判断というのは、民間の自主的な活動を阻害するおそれがあるので、企業に一定の資格者において自主的にコントロールする義務を課す手法をいう。

² 大阪高裁平二(ネ)第一六六〇号平五・七・三〇第七民事部判決、判例時報一四七九号二一頁を参照されたい。

業界内の安全基準が市場では、どのような影響があるかについて、争点になった事例である。東芝エレベーターの保守部品のみ販売はせず、その取替調整工事も併せて発注しなければ注文に応じないとする東芝の子会社であるメーカー系保守業者の対応が公正取引委員会の一般指定に該当し、独占禁止法に違反するものであることを、保守業者は認識していたか、少なくとも認識することが可能であったものとみられ、故意、又は、少なくとも過失により、注文を拒否された東芝エレベーターの設置者・独立系保守業者に対し損害を与えたものというべく、民法七〇九条の不法行為責任を負うとされた。

エレベーター本体は長期の使用を前提としており、部品交換等を内容とする保守が必要となる。しかも、エレベーターの購入者が、これを他の機種に交換することは極めて困難である。したがって、メーカーは、エレベーターの所有者に対して部品供給をすべき義務を負うものであり、独立系保守業者は実質上所有者の代理人として部品の供給を求めているのであるから、東芝製のエレベーター部品を一手に独占販売している控訴人も、所有者や独立系保守業者に部品供給義務を負うものである。たとえ、本件において、安全性確保の必要を考慮する余地があるとしても、そのための手段がすべて正当化されるものではなく、より競争制限的でない代替的な手段がとられるべきである、とした。ここでは独占禁止法の観点については省略する。

ここでは各自主規制の正当化という観点から、設定目的によって事業者自主基準や自主的判断を認める場合があるとの解釈を示した。公益性がある目的のためになされる行為に関しては一定範囲でありながらその自主基準を考慮する余地があると認定している¹⁾、といえる。

次は、「安全性」確保に関する事例を紹介したうえ「リスク」観点からみた問題点について若干の示唆をする。

¹⁾ 鳥山恭一「事業者団体が定めた自主基準にもとづく費構成事業者の排除—エアースoftガン(デジコン電子)事件」(ジュリスト No.1123 一九九七年)一四〇頁参照。

第二節 安全性に関する事例

【事例】食品衛生法違反被告事件¹

この事件は、刑法六〇条、（旧）食品衛生法第三〇条の二第一項、第七条第一項、第二項、昭和三四年一二月二八日厚生省告示第三七〇号食品・添加物等の規格基準に違反して、食品衛生法の除外事由がないのに、放射線による製造中の食品に対し、殺菌を目的として放射線を照射したことで懲役刑の執行猶予になったという事案である。本判決で消費者の安全を考慮する箇所を検討する。

本件は、安全性の問題について深く考慮せず、食品である野菜パウダー等につき放射線照射を行った事案である²。現代社会においては、食品が工場で大量生産され複雑な流通経路を経て広範囲に販売され、他方末端の消費者においてはその安全性を確かめる方途を有しない。しかも、一旦大量生産、流通、消費される食品に起因する事故が発生すると、その被害は広汎かつ深刻なものとなりがちである³。

この事件の名古屋地裁判決は、まず、食品の安全性の確保につき単に食品製造業者にのみ私法上高度の注意義務を負わせるのみでは不十分であるとして、食品に起因する衛生上の危害の発生の防止のために行政庁がさらに積極的に行政的規制等の権限を有することとしている点に鑑み、右食品製造等にかかる行政的規制に際しては、前記の食品に起因する事故を防止するという目的の達成のため、絶対的安全性が要求され、安全性に対し些かでも疑問のある食品は規制する、いわば「疑わしき

¹ 名古屋地裁豊橋支部昭五三（わ）第二七一号、同第二八九号、昭五九・六・六判決、判例タイムズ五三四号二六七頁を参照されたい。

² 食品工業会社と放射線を利用する産業に対して行うその放射線事業、放射線照射による医療用具の滅菌事業などを目的として営業していた会社のそれぞれの役員である。本件で右食品工業会社・滅菌事業会社を営んだ被告らの主張は、吸収線量〇・五メガ（五〇〇キロ）ラドのコバルト六〇のガンマー線照射によって被射体から誘導放射能が生じないことは理論的にも実質的にも確認されているばかりか、一九八〇年秋開催のFAO（世界農業食糧機構）・IAEA（国際原子力機関）・WHO（世界保健機構）の国連関係三機関の照射食品の健全性に関する合同専門家委員会では、毒性試験、栄養、微生物の問題及び技術的観点から総合的に判断した結果最大平均線量一〇キログレイ（一メガラド）の範囲では広く食品全般に対しての放射線処理に特に問題はない旨の総括報告がなされており、本件起訴にかかる吸収線量〇・五メガラドの照射によって何らの衛生上の危害が発生しないことを主張した。

³ このことは森永砒素ミルク事件、カネミ油症事件などの経験に待つまでもなく明らかである。

は規制する」との原則が妥当するものと解すべきである、とした。

そして、食品の衛生を確保し飲食に起因する事故を未然に防止するという法の目的からみて、厚生大臣（現、厚生労働大臣）が、法七条に基づき、食品を製造し、加工し、若しくは保存する目的で食品に放射線を照射することを認めるに当っては、公衆衛生の見地から、放射線照射による食品に対する影響及びこれを摂取する人体に対する影響等を十分に研究して、その安全性及び必要性を確認する必要がある（この点では前記のいわゆる「疑わしきは規制する」の原則が妥当する）、右の見地から現段階においては、食品一般の製造、加工及び保存基準において食品に対する放射線照射を一般的に禁止し、被照射食品ごとの各照射条件における安全性が必要かつ十分な科学的データその他食品衛生に関する資料等で裏付けられたものに関し、食品衛生調査会の答申を待って個別的に当該食品について基準を定め、この基準に適合する場合のみその使用が認められるとの判断を示している。

このような見解に立って判決は、現在においては、食品に対する放射線照射に関しては、安全性が必要十分な資料により裏付けられた馬鈴薯に対する照射についてのみ一定の基準を設けてその禁止を解除しているにとどまり、未だその安全性が必要十分な資料により裏付けられていないその余の食品に対する照射は禁止されているところである、との解釈を示した。

リスク管理観点から、安全性に対する事前防止措置として食品衛生法の改正が行われ上記事例のような無害の確証がない食品等の販売の禁止については、食品衛生法第四条の二において対策が確保された。すなわち、厚生労働大臣は、一般に飲食に供されることがなかった物であって人の健康を損なうおそれがない旨の確証がないもの又はこれを含む物が新たに食品として販売されることとなった場合において、食品衛生上の危害の発生を防止するため必要があると認めるときは、薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて、それらの物を食品として販売することを禁止することができる。

また、厚生労働大臣は、一般に食品として飲食に供されている物であって当該物の通常の方法と著しく異なる方法により飲食に供されているものについて、人の健

康を損なうおそれがない旨の確証がなく、食品衛生上の危害の発生を防止するため必要があると認めるときは、薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて、その物を食品として販売することを禁止することができることになっている。

上記の【事例】は、「安全性」確保の観点から従来の警察的規制ではなく、それを超える「リスク規制」に言及したともいえよう。この事例は、事件の内容の紹介は省略するが、チクロ食品添加物指定撤回事件¹やクロロキン事件²でいう「第三者（消費者）の保護」をめぐる事例として扱うこともできよう。

第三節 小括

産業界における自主規制の基準を如何なるプロセスを経て作成するかについては、各業界に任されている。しかし、その基準が裁判になった場合、「自主規制」の法的性格が問われることになる。リスク安全行政にかかわる事柄として【事例】、【事例】、【事例】での裁判所は、独禁法との関連で自主規制として定める自主基準が問題とされているのであり、リスク管理のための自主規制・自主基準の意義を消極的に解しているわけではない。

上記の判例で見られるように、各自主規制の正当化という観点から、設定目的によって自主基準を認める場合があるとの解釈を示しており、公益性がある目的のた

¹ チクロ食品添加物指定撤回事件（東京地裁昭和五二年六月二七日）訟務月報二三巻六号一〇七三頁、判例時報八五四号三〇頁、判例タイムズ三四九号一六八頁参照。また、拙稿「食品安全行政における規制手法の再考 - BSE（いわゆる狂牛病）事件を素材とした考察 - 」一三～一四頁参照。右判例では、厚生大臣（現在厚生労働大臣）が行った旧食品衛生法六条の食品添加物としての指定取消によって業者の保有する化学的合成品等が値下りし、あるいは販売不能となったとしても、それは右商品自体に内在する社会的制約から招来される事態であって、特定の業者がその保有する商品を社会公共の利益のために低廉もしくは無償で提供するといった特別の犠牲に供された場合とは異なるものであり、また、食品添加物を取扱う業者は、右指定の取消についての不可予測性も企業活動一般に伴う危険として覚悟し、受忍すべきものである、とされた事例である。

² 最二小判平成七年六月二三日、民集四九巻六号一六〇〇頁〔クロロキン薬害事件〕参照。判例地方自治一四三号四二頁、判例時報一五三九号三二頁、判例タイムズ八八七号六一頁、裁判所時報一一四九号一頁、訟務月報四二巻一〇号二三四一頁参照。判例評釈については、宇賀克也・判例評論四四六号（判例時報一五五五 一九九六年四月）二〇三～二〇九頁、また、桑原勇進・法学協会雑誌一一四巻六号七二五～七四四頁（一九九七年六月）参照。

めになされる行為に関してはその自主基準を考慮する余地があると認定していると思われる。

そして、訴訟の場面において、「法的な安全基準・処理基準がない場合に、民間の基準を適用すべきであるかどうか、あるいは直接適用すべきではないとしても“考慮要素”として斟酌すべきかどうか、斟酌するならどの程度までか、といったことが問題となろう。他の自主規制手法として、例えば、農業協同組合（農協）に対して、法的な安全規制権限を与えた上で、行政が後見的に管理ないし組織的にチェックする手法¹」が考えられる。

また、「安全性」確保観点から検証した【事例】の事例のように、裁判所はリスク発生の防止のために、行政庁が積極的に行政的規制等の権限行使しうるとの態度を示しており、行政的規制に際しては、とくに食品安全等の人間の生命にかかわるリスク発生に起因する事故を防止するという目的の達成のため、積極的な「リスク管理」を含む「リスク規制」が認められることが必要であると思われる。

¹ 拙稿「食品安全行政における規制手法の再考 - BSE（いわゆる狂牛病）事件を素材とした考察 - 」「法研論集』（早稲田大学大学院法学研究科 一〇六号 二〇〇三年）一七頁参照。

第四章 結び

まず、本部で検討した環境リスクに関して考えてみる。これまでに想定されていた公害は、「環境や人の健康や安全に関する損害が目に見える形で比較的早く顕在化し、また被害者・加害者・損害の特定が容易であり、因果関係も明確であるため損害の予測（数量化）が容易である¹」というものである。

ここでの公害のリスクは、閾値のあるリスクであり、行為と損害との間の因果関係を明確にしたうえで、当該「危害」を「安全」領域（閾値以下）まで削減するように規制を行うという手法で効果をあげてきたといえる。このようなリスク（安全）分野を行政処分のレベルにおいて応用することが重要である。

行政法学レベルではすでに事前手続の充実という観点から、すなわち、原子力行政では、多くの学者によって原子力政策に関して包括的・総合的に評価すべき²である、との提言がなされていたことに注意しなければならない。

しかし、このような想定範囲外で発生するリスクに対しては、保護法益の不可逆的・情報の非対称性に配慮しつつ、いかに予防・積極的な性質を有する「リスク」（安全）規制の下で、行政運営はどのような手法をもって形成されていくべきか、さらに、社会的規制としての行政システムをいかなる媒体を用いて確立していかなければならないかである。

このような観点から導き出すべき手法については、すでに多くの専門分野による実績や経験が重要な素材を提供してきている。これはとりわけ法的レベルでの説得力ある対応策が必要であることを意味する。その根拠は、今日、市場の失敗という経済分野はもちろん、社会規制緩和という思潮のなか、市民の健康・安全・環境確保という従来の社会的規制（リスク規制としての性質）の本質はなにかが問われているからである。

¹ 環境省「リスクコミュニケーション事例等調査」『平成一二年度リスクコミュニケーション事例等調査報告書』（環境省 平成一三年三月）一一頁参照。

² 佐藤英善「原子炉設置許可の裁量処分性」『判例時報』（三九一号 一九七八年）二〇頁参照。

本場で主に検討した日本においての自主規制は、かつて、多くの自治体が企業との間で公害防止協定を結んで公害対策を進めた経緯がある。

また、「相手方の同意を必要とするために規制手法にない柔軟さがあり、規制的手法が導入しにくい領域でも導入できるメリット¹⁾」がある。しかし、既述のように自主規制のみをもって安全性の確保が困難な場合も当然ありうるわけであるから、従来型規制手法(命令・統制型規制)との調和を行政運用上はかっていくことが望ましいと思われる。

さらに、第一編で述べたリスクに対する法的防御手法として従来警察行政の理論の限界を踏まえつつ、環境・食品分野における問題点をも踏まえるならば、行政介入義務論の「積極性」の要求は必然的なものと思われる。

ここでいう義務というのは、行政の義務であり、事実行為であれ、法的な規範であれ、リスクに対する被害発生を抑制する手法(方法)として現在もっとも有効な行政の義務を考えた場合、警察規制の範囲にとどまることは許容し得ないものである。

要するに、今後リスク(安全)行政に対する特徴的な行政法の課題は、法(法律)の目的であれ、手法であれ伝統的な警察行政法上の議論をもちいて新たな理論や政策設計をとらえられない問題が浮上していることは確実である。

また「新しい酒には新しい皮袋に盛れ」と言われるように、市民の認識の変化に即した社会的管理の下で統制すべき「新しいリスク」領域(BSE事件、遺伝子組換え食品、鳥インフルエンザ等)に加え、従来のリスク管理(用語では危険管理として扱った)についても、「伝統的なリスク」、「福祉国家的なリスク」分類した意味はここにある。これこそが市民のリスクに対する認識変化に伴うリスク規制のあり方を示すことになる。

本場は、単純に境界線の線引き作業ではなく、拡大する「リスク(安全)行政」分野のなかの幾つの分野を取り上げながら、規制管理手法の新たな枠組みの構築の

¹⁾ 淡路剛久「各国の自主規制をめぐる動き 序論」『環境研究』(No.122 二〇〇一年) 一二二頁参照。

ために準備段階にとどまるに過ぎないが、法が予測している「警察規制」を超える「リスク社会」における行政法学レベルの「規制」の対象としての「リスク規制（＝リスク防御）」手法に関して、自主規制・経済的な規制手法に限り、その政策原理、事前・事後の管理に関して論じたものである。

第三編 リスク（安全）行政における政策手法論

第二部 食品・環境リスクに関する事例検証～BSE 事例に関する考察～

【課題】

本編本部では、第二編の行政行為論の限界との関連でも言われているところの警察概念の限界を踏まえ、食品安全行政や環境行政等の法領域において新しいリスク概念を位置付け、現実社会の問題にアプローチしていくことが、今後の行政法学が取り組むべき最大の課題であると考えている。よって、本編第二部では実際問題を取り上げ、「リスク社会」に対応できる行政による規制のあり方について検討する。

行政庁が制裁措置を含む新たな権限を行使したり、また第三者たる私人が自己の権利を主張することが難しくなってしまうのである。とりわけ食品リスクや環境リスクがかかわる分野において従来用いられてきた警察概念に基づく典型的規制手法であった許可制度は、今や市民の「安全確保」の面から十分に対応しきれていない状況であるといえよう。このような問題意識に立って BSE 事件を用いて、その解決を試みる。

はじめに

一九八六年十一月、イギリスにおいて、牛海綿状脳症(Bovine Spongiform Encephalopathy、以下 BSE と表記。)感染牛の発生が公式に発表された。当初は否定されていた人への感染は、一九九六年三月二十日、当時英国健康保健省の大臣であったステファン・ドレル氏が、下院での質問を受け「十人の若者が vCJD¹(新型クロイツフェルト・ヤコブ病)にかかり、BSE になった²」と述べたことで、ついに公的にも認められるようになった。

こうした BSE 問題は、一七年を経た(千葉県において BSE 感染牛発見)今日、イギリス国内にとどまらず、EU 各国、さらには日本をも巻き込み、全世界に波及している。これに伴い多種多様の BSE 問題に対する規制立法が制定されており、これらを行政法学の観点から整理する必要がある³。

本部では、BSE をめぐる国民の食品安全行政に関連して、まず EU の食品安全機構⁴の形成過程を概観し、「安全性」に関する規制手法を検討した上で、日本の食品

¹ 従来型 CJD(Creutzfeldt-Jakob disease)と新型(変異型)CJD(variant-CJD=vCJD)がある。vCJD は一九九五年以降、若い CJD 患者に、従来の CJD 患者に見られなかったさまざまな症状があることから発見された。この患者の脳には従来型患者と同様にスポンジ状の孔があるが、その症状は従来型より牛海綿状脳症に似ている。また、病状も痴呆はあまり見られず、その反面筋肉の運動機能は早くから失われる。従来型では三～七ヶ月で無動性無言状態に陥るが、新型 CJD では一年を要する。病原体の潜伏期間も不明で、経過も長い。

² 中村靖彦『狂牛病 - 人類への警鐘 - 』(岩波新書 二〇〇一年)二一頁参照。

³ 食品安全性評価に対する従来の法理論の特徴として、不確実性に対する認識が曖昧であったことが挙げられる。食品リスクでは、「安全確保に対する社会的認識・評価が変数的に作用する」という特徴を考慮しなければならないが、このような視角からの議論はあまりなされてこなかったことである。

⁴ 欧州食品安全(庁)機関(European Food Safety Authority=EFSA)の最も重要な任務は、食品の安全に直接もしくは間接的に影響する事項のすべてに関して、独立した科学的助言を提供することである。EFSA には、第一次生産、動物飼料の安全性から消費者への供給に至る、食品の生産および供給における全段階を取り扱うことができるように、広範な権限が付与されている。EFSA は世界中から情報を収集するとともに、常に科学における新たな進歩を注視する。将来的には広大なネットワークを構築し、それを通じて広く知見や意見の交換を行うことになるであろう。あらゆるレベルにおいて専門家や意思決定担当者と交流を進めるとともに、自らの責任分野に関して、一般市民との直接対話が図られている。

リスク規制のあり方について行政法学の立場から考察してみたい。

今日、行政に対する多様な要求が氾濫している事態に鑑みると、「危険防止などの消極的目的の作用にあたっては、行政手段の多様化などの事情は、これまでの警察概念をそのまま維持できるかどうかについて疑問を生じさせている¹」と言える。すなわち警察概念に基づく規制手法には、限界が生じているのである。また現代においてリスク防御要請が広範に求められている諸状況において、いかに社会を統御していくべきかという法社会学的観点からの行政法研究も部分的にしかなされていない²。

人の生命・身体や健康を保護するために、国家が法により規制を行う場合、伝統的には、いわゆる「警察規制」の手法が用いられてきた。これは、国家が法を定立して一定の行為を一旦禁止した後、一定の要件を満たした者について、個別に当該行為を許可する（禁止を解除する）という手法であり、許可後に行政が介入する場合には、具体的な救済の必要性が発生してから対応するというのが通常である。この介入手法は、自由主義的国家観のもとで、市民社会の行政の介入を抑制するという理念には適合的なものであった。

しかし、科学技術の発展に伴い、具体的にどのような人身・健康被害が、またいつ生じるのかを予測することが難しい事柄も増えている。例えば、食品でいえば、添加物のもつ健康被害の可能性がそうである。あるいは、BSE 汚染牛肉を食べることにより、人が vCJD を発病する危険もそうである。さらには遺伝子組み換え食品³（GM=Genetically Modified、GMO 食品ともいう）がもたらす人体や環境への悪

¹ 遠藤博也『行政法（各論）』（青林書院 昭和五五年）一二九頁並びに一三一頁参照。とくに一三一頁では、警察作用の外延が極めて不明確であると指摘される。

² 樫沢秀木訳 G・トイプナー「法化 概念、特徴、限界、回避策」『九大法学』第五九号（一九八九年）二四一頁参照。Gunther Teubner, *Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in: Friedrich Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (1984, Baden-baden).

³ 一般食品と遺伝子組換え食品との区別ため、表示につき分別生産流通管理が必要であることから、平成一三年四月から大豆、トウモロコシなどの遺伝子組換え農産物とその加工品については、改正 JAS 法品質表示基準に基づく表示制度がスタートした。現在、食品安全委員会の評価審査によって安全性が確認されたのは、ジャガイモ、大豆、テンサイ、トウモロコシ、ナタネ、ワタの 6 農作物であり、アルファルファの安全性が確認

影響も同様の例である。いずれの例においても、現在の科学技術をもってしても、人身・健康を害する危険の予測は困難である。そのため、ある行為の危険性を認識して、その危険を防止するための一定の安全基準や要件を予め立てて、当該行為を規制するという「警察規制」の手法そのものが、そのままでは用いにくい状況が増えているのである。

かくして、本部では、人の生命・身体・健康を保護するため、不確実な「危険(リスク)」に配慮する、「警察規制」手法を超えた新たな規制手法が要求されている現状を、食品安全規制の分野において、とくにヨーロッパから日本へと波及した BSE 事件を素材に、分析してみたい。まず、日本における BSE 事件の経緯と当時の日本の行政の対応を概観する(第一章)。その上で、日本の食品安全法制度や安全機構(食品安全委員会)がこの BSE 事件を契機にどのように変化したのかを整理し(第二章)、また、「安全性」確保をめぐる諸規定の解釈および規制手法について分析しつつ(第三章)、そこに「警察規制」を超える手法や考え方を見出すことができるかどうかを考察(第四章)する。最後に、この事例研究から導かれる、より一般的な今後の研究課題を指摘したい(結び)。

されて承認されると日本で新たに 7 作物目の遺伝子組み換え食品になるわけである。食品安全委員会『第 64 回食品安全委員会議事録』(食品安全委員会 平成一六年一〇月七日)資料 1-1 を参照されたい。

第一章 BSE 事件の経緯と行政の対応

日本における BSE 問題は、ヨーロッパ（とくにイギリス）で発生した BSE 問題が数年遅れて飛び火したものであった。その経緯を年表にしたものが、表 1 である。

【表 1 BSE 発生と対応の経緯】

年度	BSE の主な内容・行政対応
1986 年	11 月、英国にて BSE 感染牛発見
1988 年	英国政府→新疾病として OIE 総会に報告→原因（肉骨粉）→使用禁止
1989 年	オランダに輸出（肉骨粉） 英国→脳や脊椎等特定臓器につき食用禁止措置（11 月）
1990 年	英国農漁食料省獣医局長による私的文書→各国に肉骨粉禁止要請 日本の農林水産省衛生課長宛→どのように対応したかは不明 EU 諸国→BSE 多発
1991 年	11 月 WHO→「動物と人の BSE に関する公衆衛生問題」に関する専門家会議開催→ 予防策の勧告、アメリカ農務省→1 月に BSE リスクの定性的及び定量的評価について 詳細な報告書を発表 日本→英国での現地調査と輸入規制強化
1992 年	OIE 総会国際動物衛生規約に BSE 章を設ける 日本の対応→農林水産省は、BSE 発生国から輸入停止、加熱処理条件の義務づけ、 危険部位の除去措置→実態について調査せず
1994 年	アメリカ→免疫組織化学検査導入、EU→肉骨粉を禁止
1995 年	英国農漁食料省が BSE Progress Report を農林水産省へ送付→これに対する日本の 対応は不明
1996 年	英国で変異型クロイツフェルト・ヤコブ病（vCJD）患者確認→WTO（FAO,OIE 参 加）開催、4 月 8 日→「BSE に関する検討会」（農林水産省主催）、4 月 24 日安全性 分科会家畜飼料検討委員の二人から肉骨粉禁止意見→結局 WHO からの禁止勧告は

	不明であるとし、再審議になった。5月日本から専門家を英国に派遣→厚生省・農水省技官同行 日本→法律（家畜伝染病予防法）に BSE の考慮規定→肉骨粉使用中止の行政指導
1997年	アメリカ→肉骨粉法的禁止
1998年	EU 科学運営委員会→EU 加盟国及び第三国に対する BSE リスク評価
2000年	EU 科学運営委員会報告書が 11月に日本へ送付→日本の国内産牛に BSE 感染可能性指摘、しかし、日本側は EU に対し評価中断要請→Confidential として一般には公開せず
2001年	EU の勧告を受けて、農林水産省（肉骨粉給餌禁止）と厚生省労働省特定部位排除決定、しかし実際の実施は、日本国内初の BSE 感染牛発見後に検出 8月6日 BSE 初の感染牛発見（千葉県）、11月21日 2頭目（北海道）、12月2日 3頭目（群馬県）
2002年	5月11日 4頭目（北海道）、8月23日 5頭目（神奈川県）
2003年	1月19日 6頭目（和歌山県）、1月23日 7頭目（北海道） 10月6日 8頭目（福島県）、11月4日 9頭目（広島県） アメリカで初の BSE 感染牛発見（12月23日）
2004年	2月22日 10頭目（神奈川県）、3月9日 11頭目（北海道） 9月13日 12頭目（熊本県）、9月23日 13頭目（奈良県） 10月14日 14頭目（北海道） アメリカで 2頭目発見（6月25日）

以上の経緯から、とくに注目すべき点を指摘すると、第一に、BSE 問題は農林水産省が、vCJD 問題は厚生労働省が担当するといった縦割り行政体制のもとで、それぞれの官庁が規制権限を行使する目的を異にするため、人の健康保護が共通の最優先の課題とはならなかった点である（周知のとおり、農水省は厚生省と異なり、酪農家・畜産業の振興を重視している）。第二に、その縦割り行政ゆえに相互の情報交換が乏しく、BSE から vCJD を発症する危険（省庁横断的な事項）に対する迅

速かつ実効的な対応がとられなかった点である（お互いに通報する法的なシステムの欠如）。第三に、他国・国際機関の知見や専門家の見解を行政レベルでは受け取っていても、国民に対してその情報を直ちに、あるいは全面的には公表せず、透明性と公開性に欠ける行政運営をしていた点である。

英国では、一九八八年 OIE¹総会にて新疾病として認められた BSE 発生報告を受け、一九八九年に反芻動物への飼料として肉骨粉を使用することが禁止²され、さらに一九九〇年九月に特定臓器を動物の飼料に使用することが禁止されていた。しかし、当時の日本の農林水産省は、BSE 発生国からの生きた牛の輸入を禁止したが、BSE 発生国から輸入する肉骨粉の加熱処理については、現地調査等の積極的な対応をとらなかった。

また、BSE が人の vCJD となって転移する可能性について、英国政府諮問機関発表、EU 委員会の決定及び WHO 専門家会議の勧告等が触れていたにもかかわらず、一九九六年四月の農林水産省の「海線状脳症（BSE）に関する検討会」は、肉骨粉の使用禁止を行政指導レベルに止どめていた。そして一九九七年においてもなお、家畜伝染病予防法の改正時に衆参両院の農水委員会が「今後とも指導」を続けると決議したため、肉骨粉使用禁止規制措置が採られなかったのである。

さらに二〇〇〇年に欧州委員会が BSE の現状評価をした際、この現状評価は、EU 内では透明性のある評価として認識されていたにもかかわらず、日本の農水省は EU が日本の現状について評価することを中止するよう要請さえしたのであった。二〇〇一年の欧州委員会勧告は、肉骨粉給餌禁止（農林水産省管轄事項）と牛肉特定部位の廃棄処分（厚生省労働省管轄事項）を内容としたが、日本政府はこの勧告をすぐには実施せず、その後国内初の BSE 感染牛が発見されて漸く、初の実施に踏み切ったのである。

一万頭の牛についての BSE 検査も、BSE 牛発見前段階で案としては出されてい

¹ http://www.oie.int/eng/info/en_esb.htm の資料を参照されたい。国際獣疫事務局 (OIE = Office International des Epizooties) 狂牛病に関する資料・分析については以下のホームページを参考されたい。

² 欧州委員会決定 (D89/469/EEC) 参照。

たのが、現実には、発見後に実施される形になった。

他方、変異型クロイツフェルト・ヤコブ病(vCJD)感染防止対策については、比較的対応が早かった。たとえば、医薬品等について一九九七年四月十七日に英国産牛等由来原料の禁止を実施、臨床検査項目に BSE を追加した措置が採られており、これは WHO 専門家会議報告書に従ったものと見ることができよう。

また、厚生労働省は、血液及び臓器に対する安全対策として、英国長期滞在者の献血禁止を二〇〇一年一月に実施している。同省は、医薬品、医薬部外品、化粧品、医療用具に対する安全対策を二〇〇一年十二月から実施している。

一方欧州では、BSE 対策が採られる契機となったのは、一九九六年三月の英国政府の助言役を務める海綿状脳症諮問委員会(Spongiform Encephalopathy Advisory Committee、SEAC)による発表である。SEAC は、人に新しい型の非定型的 CJD (vCJD) が発生しており、その原因が狂牛病にかかった牛を食べたことにあることを否定できない、との見解を示したのである。

さらに、SEAC の発表とほぼ同時期に、EU 加盟国の多くは、英国からの牛肉の輸入禁止措置を採ったのである。そして、欧州委員会は、その一九九六年三月二十七日の決定で、狂牛病感染のリスクを減ずるため、英国からの牛肉の輸出を禁じた。狂牛病の牛から人への感染についての科学的解明は、未だに不完全である、との前提があったが、しかし、一九九六年三月の SEAC の発表等を受けて、欧州委員会は、予防的措置として、英国の牛肉の輸出を全面的に禁じたのである。

その後、牛肉の全面輸出禁止措置が過剰であるなどとして、英国の畜産農家が欧州委員会の決定を基に輸出禁止措置をとった英国政府を相手取り訴訟を提起したが、裁判所は、一九九八年五月の判決でその訴えを退けた。

その判決の中で、裁判所¹は、人の健康に対するリスクの存在または広がりに関する不確実性がある場合には、公的機関は、それらのリスクの現実性と深刻性が完全に現れるまで待つことなく予防的措置をとることができる、とした。これは、予防

¹ 5 May 1998, cases C-157/96 and C-180/96.

原則を掲げているマーストリヒト条約の第 130 (r) 条¹（現 EC 条約第 174 条²）に言及した上で、BSE によるリスクを削減するためイギリスからの牛肉輸入を禁じた委員会の決定の有効性を支持したのである。要するに、判決は欧州委員会がリスクの解明を待つことなく採った輸出禁止措置を支持した。

日本においては、縦割り行政がこれらの対応に関して重大な遅れをもたらしたという事実について、より詳しく言及したい。たしかに厚生省は、一九九六年四月十一日に食品衛生調査会を開催、食品衛生上の対策の検討を行い、農林水産省に対して、肉骨粉給餌の禁止、さらには WHO 専門家会議の勧告についての適切な対応を要請しようとしたのだが、結局は農林水産省の所掌事項については干渉しないという態度をとった。

農林水産省も二〇〇一年四月から「アクティブ・サーベイランス³」を開始したが、厚生労働省との間でサーベイランス基準の相互調整が十分なされなかった。当時の農林水産省は、起立不能の神経症状を示す牛を広く BSE 牛と解釈する通達を出したが、厚生労働省は、起立不能の牛は必ずしも BSE など神経症状が疑われるものではないとの解釈をとっていた。この解釈の相違が十分に調整されなかったため、千葉県で発見された BSE 牛はサーベイランスで摘発されず、屠畜場でも敗血症の牛として搬入されたのである。その牛がイギリスの研究所で BSE と断定されるまで四六日間かかり、その間、その牛は BSE 類似患畜（起立不能牛）とされていたのであった。

現在、【表 1】のように、日本国内で発見された BSE 感染牛は一四頭目に至って

¹ 環境に関する共同体の政策がとりわけ人間の健康を守ることを求めるとする、EC 条約の第 130r 条（1）に支えられているとされ、さらに、第 130r 条（2）では、政策は高度な保護を目指すこと、とくに未然防止的措置（preventive action）がとられるべき原則に基づくこと、さらに、環境保護要求は共同体の他の政策の定義と実施に統合されなくてはならない、と規定されている。

² すべての環境政策は、環境の保全・改善、人の健康の保護、天然資源の節減、また、国際環境問題への取り組みを目的とした政策（EC 条約 174 条～第 176 条参照）でなければならないとする。

³ 迅速な BSE 検査と陽性サンプルについての確認調査と都道府県の家畜保健衛生所における病理検査。内容的には、EU ステータス評価案で勧告されたものと同様である。

いる。その間、北海道の農場でケガにより死んだ牛一頭から BSE の陽性反応が出ていた問題で農林水産省は、二〇〇四年三月九日にプリオン病小委員会による確定判断の結果、この牛が BSE に感染していたと断定した。国内では十一頭目の感染例で、死亡牛検査での確認は初めてである。この牛は北海道標茶町の農場で股関節脱臼の症状により、立てなくなった七歳一〇カ月の乳牛であった。その結果を受け、肉や内臓は焼却処分され、市場に流通することはない、とされた。同農場の約一六〇頭の牛に対しては移動禁止措置をとった¹。

透明性と公開性に欠ける政策形成に係わる問題に関していえば、日本の農林水産省が、EU や WHO、FAO²、OIE 専門家会議の諸報告を行政組織内部段階で留保し、国民に直ちに公表しなかったことは、二〇〇〇年の EU 欧州委員会の報告書に対する対応や、二〇〇一年六月十一日～十四日の WHO、FAO、OIE 専門家会議の報告に対する対応に顕著であろう。

これまでの指摘事項をまとめると、日本における BSE 事件をめぐる行政対応には、次のような問題があったといえる。すなわち、リスク管理意識リスク管理体制の欠如、各省庁の所掌事項に深く結びついた業界や利益団体の意向を重視する行政運営があるため、省庁横断的な問題に迅速的確に対応できなかったこと、とくに具体的な危険が顕在化するまでは人の生命・身体・健康の保護を最優先とする共通合意がつけられなかったこと、政策決定過程が透明でない行政機構になっていたこと、農林水産省と厚生労働省の相互連携の不足、専門家や専門的国際機関の意見や報告を適切に反映しない行政運営であったこと、情報公開の不徹底と消

¹ 日本経済新聞二〇〇四年三月一日記事参照。また、BSE の検査は食肉用の牛が対象の「全頭検査」に加え、二〇〇三年四月からは「死亡牛検査」も着手しており、プリオン病小委員会は初の感染確定について「検査が順調に進展し、選別作業が軌道に乗っている証拠」としている。

² 国連食糧農業機関のことをいう。（FAO= Food and Agriculture Organization of the United Nations）この機関は、一九四三年に開催された連合国食糧農業会議で、食糧・農業に関する恒久的機関である国際連合食糧農業機関（FAO）の設置が決定され、一九四五年、三四ヶ国の署名により FAO 憲章が発効した。人類の栄養及び生活水準を向上し、食糧及び農産物の生産、流通及び農村住民の生活条件を改善し、もって拡大する世界経済に寄与し、人類を飢餓から開放することを目的としている。

費者教育の不足、である。次章では、このような BSE 事件を受け、食品安全法制がどのように改革されたのかを検討する。

第二章 食品安全法制の改革

第一節 食品安全委員会の設置

以上の BSE 事件をきっかけとして（そのほか、雪印食品のラベル偽装事件などもあり）、首相官邸に「食品安全行政に関する関係閣僚会議¹」が設けられた。この会議は、四回にわたる議事の記録を公表している。それぞれ第一回が二〇〇二年四月五日、第二回が五月一〇日、第三回が五月三十一日、第四回が六月十一日に開催されたが、第四回目において、一〇分程度の会議で前三回にわたって公表した方向で、新たな食品安全行政組織を設けることを確認された。そこで、以下では第一回から三回までの議事録に見られる行政組織法的な対応を検討する。

食品安全委員会が二〇〇三年七月一日に、新たに内閣府のもとに設置された。主な任務は、国民の健康の保護が最も重要であるという基本的認識の下で、規制や指導等のリスク管理を行う関係行政機関から独立して、科学的知見に基づき客観的かつ中立公正にリスク評価を行う機関として運用されている。食品安全委員会は七名の委員から構成され、その下に、専門調査会が設置されている。専門調査会は、企画専門調査会、リスクコミュニケーション専門調査会、緊急時対応専門調査会に加え、添加物、農薬、微生物といった危害要因ごとに一三の専門調査会が設置されている。また、事務局は、事務局長、次長、総務課、評価課、勧告広報課、情報・緊急時対応課、リスクコミュニケーション官から構成されている。

この新たな第三者機関としての食品安全行政組織の主要な任務・所掌事務、組織について説明しよう²。まず、当機関の任務・所掌事務は、リスク評価、リスクコミュニケーション³、リスク管理の実施状況の監視・モニタリングである。つぎに組織

¹ <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shokuhin/index.html> を参照。

² 『食品安全行政に関する関係閣僚会議』（第 3 回記事録 平成一四年五月三十一日）参照。<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shokuhin/dai3/gijisidai3.html> を参照されたい。

³ 情報源の多元化と規制方法における情報提供、いわゆる「リスク・コミュニケーション」の意義（合意形成機能と規制的機能）について留意すべきである。黒川哲志「環境規制におけるリスクコミュニケーション」阿部泰隆・水野武夫編『環境法学の生成と未来』山村恒年先生古希記念論集（信山社 一九九九年）参照されたい。

については、新組織を内閣府に設置¹し、消費者の健康保護を最優先とすること、専門的・客観的・科学的評価等の事項を行うこととした上、リスク管理機関との関係（新機関と既存省との関係）調整を行なった。とくに緊急時には内閣全体として対応する仕組みを法律に基づき整えることとした²。

新組織の特徴は次のような内容である。まず、縦割り行政で相手（省）に干渉しないという従来の慣行を是正した点である。また、従来の行政指導³を用いた対応など、国民への情報提供の不十分性にも手当てがなされた。そして、新組織は、BSE問題や産地偽装表示等で失墜した「食品安全」への信頼回復を図るため、第三者機関とされた。

具体的には、新しい「食品安全委員会」を設置し、農水省の外局である食糧庁を廃止した。また、農水省と厚生労働省の既存組織を見直す新機軸として食品安全監視員⁴をおき、安全性確保のため、両省に勧告する権限を持たせ、内閣府のもとに設置することとなった。そして、食品安全行政を所管する組織の権限範囲については⁵、『報告書（第一回会議）二〇〇二年四月五日』が、以下の六つの事項を掲げている。

- （1）包括的な食品の安全を確保するための法制度について関係閣僚会議、厚生労働省、農水省がその任務を遂行すること
- （2）リスク分析（リスク評価・管理・コミュニケーション）については、関係閣僚会議、厚生労働省、農水省が担当すること
- （3）行政機関の連帯、政策調整のあり方は、関係閣僚会議に責任を負わせること
- （4）国際的な情報収集能力の向上、国際機関・主要国との連帯・調整については

¹ 食品安全行政組織は国家組織法の第八条に当る国家機関である。「新たな食品安全行政組織の概要について（案）資料一」『食品安全行政に関する関係閣僚会議』（第3回記事録 平成一四年五月三十一日）2頁参照。

² 『食品安全行政に関する関係閣僚会議』（第3回 平成一四年五月三十一日）資料4並びに6参照。

³ 中村靖彦「BSE - いわゆる狂牛病をめぐる最新情報 - 」『学士会会報』八三六号（二〇〇二年）一五二頁参照。

⁴ 食品安全監視員は、医薬品を除き、水や土壌の汚染から農薬、ダイオキシン、環境ホルモンまで幅広く調査し消費者の健康や安全性に関する食のリスク情報を収集する。

⁵ 「BSE問題に関する調査検討委員会」報告書指摘事項の検討体制（案）第1回会議（二〇〇二年四月五日）参照。

厚生労働省、農水省が行うこと

(5) BSE・vCJD に関する研究整備、食品表示の抜本の見直し、家畜伝染予防法への公衆衛生強化、食に関する教育「食育」は文部科学省、厚生労働省、農水省で担当すること

(6) アジアにおける BSE 発生国としての国際貢献については関係閣僚会議、厚生労働省、農水省が行うこととされた。

科学的知見の行政決定への取り込み（参加者の範囲）システムの構築や、さらに利害関係者からの決定機関の独立性・透明性・公平性確保（捕囚の問題）については、BSE 感染牛発見以前には対応策が全くなかったと言える。また、食品安全確保のためには、新たな食品安全組織¹でも考慮されているように、地方自治体や消費者等の参加が重要な役割を果たすことになる。そして、今後同委員会と両省を含めた試験研究機関との適切な連携が期待される。

しかし、消費者の意見がどこまで反映できるかという点が問題である。とりわけ消費者代表の意見をどこまで新組織に組み入れるかが課題であろう。食品安全委員会の組織²を見ると、消費者からの意見は直接委員会に反映されるのではなく、評価チーム（試験研究機関）を通じるか或いは両省（農水省・厚生省）を通らなければ反映できないこととされている。また食品安全委員会が科学的に適正なリスク評価を行ったとしても、リスク管理部門は従来の農水省、厚労省など産業育成省庁に残されるので、その政策判断によつて的確な規制が行われぬ可能性がある。さらに、「委員会の設立準備室の人事配置には早くも『省益』がのぞく。室長には経産省出身者が就いたが、総勢二人のなかで厚労九、農水は八人で、両省が一人ずつ出した副室長の入省年次は農水側が一年年長と、両省のバランスを重視した。出身省庁の意向をくんだ主導権の争いが顔を出せば、委員会が骨抜きにされる可能性もある

¹ <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shokuhin/dai3/3siryou3.pdf> を参照。

² <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shokuhin/dai3/gijisidai3.html> を参照。

【表 1 食品安全委員会の図式】資料参考は、食品安全行政に関する関係閣僚会議（第 3 回）の議事録である。

¹」との厳しい評価もなされている。

この点については、「食品安全を確保する専門省庁である食品安全庁を設置し、その中にリスク評価部門のみならずリスク管理部門をも取り込んだ上で、産業育成省庁から独立し、さらに当該専門省庁内で機能的に分離する方法が望ましい²」であろう。

次に、「食品衛生」から「食品安全性」への規制観念の転換につき論じよう。

第二節 食品安全基本法

現在の日本における食品の安全規制法の体系は、食品衛生法、屠畜場法、食鳥処理の規制及び食鳥検査に関する法律、農薬取締法、家畜伝染病予防法、飼料の安全性の確保及び品質の改善に関する法律、薬事法（動物用医薬品）、農林物の規格化及び品質表示の適正化に関する法律（JAS法）等から構成されている。

【表2 食品安全リスクに関する法令等】

内容 関連法令	目 趣 的 旨	対 象	管 轄
食品安全基本法	食品の安全性の確保を図るための基本理念、関係者の責務（役割）や施策の基本方針等を定めることにより、食品の安全性の確保に関する各種施策を総合的に推進することを目的とする	食品 の安 全性 一般	内 閣 府
食品衛生法	食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講じることにより、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もって、国民の健康の保護を図ることを目的とする。具体的には、食品等の成分規格や製造・加工・輸入・	人	厚

¹ 毎日新聞朝刊二〇〇二年六月一二日の記事を参照されたい。

² 『食品安全基本法・食品安全委員会構想に関する意見書』日本弁護士連合会（二〇〇二年一二月二一日）一二頁参照。

	販売業者等が遵守すべき基準、行政による監視指導等について定めるとともに、食中毒等発生時の措置等を定めている		生 労 働 省 事 務
屠畜場法・食鳥処理の事業の規制及び食鳥検査に関する法律	食肉の安全確保を図るため、食用に供する目的で行う家畜や食鳥の処理について、処理を行う事業者の処理施設や衛生管理の基準及び疾病検査の実施等について定めている	人	
水道法	水道の布設及び管理を適正かつ合理的ならしめるとともに水道を計画的に整備し、及び水道事業を保護育成することによって、清浄にして低廉な水の供給を図り、もって公衆衛生の向上と生活環境の改善とに寄与することを目的とする	人	
牛海綿状脳症対策特別措置法	BSEの発生及びまん延を防止すること等により、安全な牛肉を安定的に供給する体制を確立し、もって国民の健康保護並びに肉用牛生産及び酪農、牛肉に係る製造、加工、流通及び販売の事業、飲食店営業等の健全な発展を図る	人・ 生産 者保 護	農 林 水 産 省 事 務
農薬取締法	農薬について登録の制度を設け、製造及び販売の規制等を行うことにより、農薬の適正化とその安全かつ適正な使用の確保を図る。農業生産の安定と国民の健康の保護に資するとともに国民の生活環境の保全に寄与することを目的とする	人・ 農薬 の適 正化	
飼料の安全性の確保及び品質の改善に関する法律	飼料及び飼料添加物の製造等に関する規則、飼料の公定規格の設定及びこれによる検定等を行うことにより、飼料の安全性の確保及び品質の改善を図り、もって公共の安全の確保と畜産物等の生産の安定に寄与することを目的とする	人・ 生産 者保 護	
肥料取締法	農業生産力の維持増進及び国民の健康保護を目的とする	生産 者・ 人	
農用地の土壌の汚	農用地の土壌の特定有害物質による汚染の防止及び除去並び	農用	

染防止等に関する法律	にその汚染に係る農用地の利用の合理化を図るために必要な措置を講ずることにより、人の健康を損なうおそれのある農畜産物が生産され、又は農作物等の生育が阻害されることを防止し、もって国民の健康の保護及び生活環境の保全に資することを目的とする	地の 合理 化・ 人	
家畜伝染病予防法	家畜の伝染性疾病（寄生虫病を含む）の発生を予防することにより、畜産の振興を図ることを目的とする	畜産 振興	
薬事法（動物用医薬品の使用の規制に関する省令）	食肉や食用魚の安全を確保するため、専ら動物のために使用されることが目的とされている医薬品を家畜や養殖魚等に使用する際に使用者が遵守すべき基準を定めている	家畜	
ダイオキシン類対策別措置法	ダイオキシン類に関する施策の基本とすべき基準を定める。必要な規制、汚染土壌に係る措置等を定めることにより、省国民の健康の保護を図ることを目的とする	人・ 土壌	環 境 省

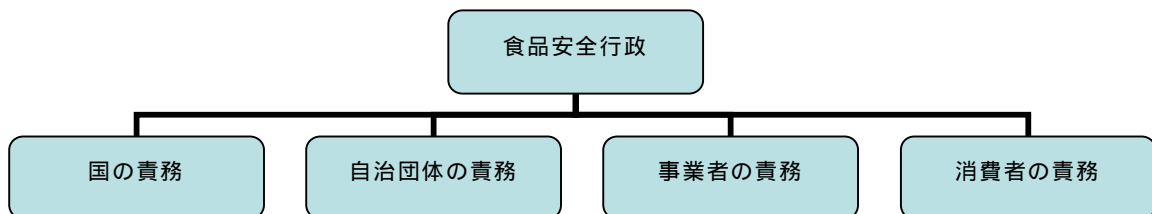
これらは（【表 2 食品安全リスクに関する法令等】参照）、BSE 事件を契機に大幅に改正されたわけではない。BSE 事件を契機に議論されてきたのは、前述の食品安全委員会の設置規定¹を含む「食品安全基本法」である。以下ではこの食品基本法の内容を紹介し、はたして、この基本法が、人の生命・身体・健康への不確実な危険をもつ食品の安全規制に対して、不確実な「リスク」に固有の問題に対処するための何らかの新しい法的な考え方をもつものであるかどうかを検討してみよう。

まず、同基本法の基本理念は以下のとおりである。すなわち、国民の健康の保護が重要であるという基本的認識の下に食品の安全性を確保すること、食品の安全性の確保のために必要な措置が食品供給行程の各段階において適切に講じられること、食品の安全性の確保のために必要な措置が国際的動向及び国民の意見の反

¹ 食品安全基本法第三章以下である。第二二条～第三八条規定である。食品安全委員会事務局組織規則は、「平成十五年六月二十三日内閣府令第六十七号」として施行している。

映に配慮しつつ科学的知見に基づき講じられることである。また、リスク管理・予防という観点から、既存の行政による管理システムではなく、同法律の下で、国（第六条）、地方自治団体（第七条）、事業者（第八条）、消費者（第九条）間の相互の責務関係について明文化した。

【食品安全基本法上の責務】



さらに国民の食生活の状況等を考慮し、食品健康影響評価の結果に基づいた施策を策定することが義務付けられた¹。すなわち、食品の安全性の確保に関する施策の策定に当たっては、食品を摂取することにより人の健康に悪影響が及ぶことを防止し、及び抑制するため、国民の食生活の状況その他の事情を考慮する必要がある（第十二条）。

そして、この施策の策定は、人の健康に悪影響を及ぼすおそれがある生物学的、化学的若しくは物理的な要因又は状態であって、ある添加物が食品に含まれ、または食品が市場に置かれるおそれがあるが、当該食品の摂取されることにより人の健康に及ぼす影響についての評価が必要な場合、リスク評価が要求される。

また、事後においても遅滞なく、食品健康影響評価が行われなければならない（第十一条）緊急の場合により食品健康影響評価が行われたときは、その結果に基づいて行われなければならない（緊急を要求する場合には、施策を策定した後に食品健康影響評価が行なわれる）。

¹ 第一に、国民の食生活の状況その他の事情を考慮するとともに、食品健康影響評価が行われたときはその結果に基づいた施策の策定すること。第二に、施策に関する情報の提供、施策について意見を述べる機会の付与その他の関係者相互間の情報及び意見の交換の促進することである。

そして食品の安全性の確保に関する施策の策定に当たっては、当該施策の策定に国民の意見を反映し、並びにその過程の公正性及び透明性を確保するため、当該施策に関する情報の提供、当該施策について意見を述べる機会の付与その他の関係者相互間の情報及び意見の交換の促進を図るために必要な措置が講じられなければならない（第十三条）とされている。

しかし、基本法は、消費者（国民）の食品安全確保のために食生活の状況その他の事情を考慮すると共に食品健康影響評価を政策に反映し、情報交換の促進を図ろうとしているにもかかわらず、消費者は、科学チームの情報を直接情報が得られない仕組みになっているがゆえに、両省（農水省・厚生労働省）の事務権限の相異なる縦割り行政や、各省間の縄張り式行政運営は基本法の目的を実現するうえで大きな障害要因になる可能性がある（表2参照）。

よって、前節で指摘したように、食品安全を確保するため、EUのような専門省庁である食品安全庁¹を設置することが必要であると思われるし、なかんずくその食品安全組織の中に、リスク評価部門を担当する部署やリスク管理部門をも取り込んだ上で²、産業育成省庁（例えば、日本の農水省・厚生労働省）から独立した形をと

¹ 欧州食品安全庁が参考になる。規制者としての同庁については、Robert Baldwin and Martin Cave. *Cp12: Regulation in the European Context, Understanding Regulation*, Oxford University Press (1999). pp.150-179 参照。以下の引用は 162 並びに 163 頁参照。規制者としての欧州委員会は、規制や執行の統制を EU に中央集権化するという戦略は現在の EU 諸機関を活用できる以上の資源が必要となるために有効ではない。しかしながら、いくつかの領域では、欧州委員会が直接的な規制機能を行行使している。欧州委員会内の DG（競争政策担当総局）は EU 条約八五条と八六条を根拠として、域内の競争を統制する。また、いくつかの調和化のための指令では、欧州委員会が限定的ではあるものの直接的に実施措置を取ることが想定されている。しかしながら、欧州委員会に現場で規制を統制するための十分な権限が付与されることはありえないために、欧州委員会は EU 法の国内法化を監視しようと奮闘している。従って他の戦略もまた模索されている。

² リスク「管理」段階を「評価」段階と区別しなければならない理由については、科学的な「評価」は他の科学者に対する説明責任により規律されるのに対して、社会的な政策判断（管理）は、議会など市民（およびその代表）に対する説明責任により規律されるという。すなわち、法的・政治的な性質の違いを明確にするためであるといえる。こうして不幸にも健康被害が生じた場合、どの段階の誰の判断が誤っていたかの検証が可能かつ容易になり、リスク「管理」の責任者の考慮した「正当な要素」を究明することができる、という指摘がなされている。参照、Robert Baldwin and Martin Cave. *Cp12: Regulation in the European Context, Understanding Regulation*, Oxford

ることによって、安全性が確保できると思われる。さらに当該専門省庁内で機能的に情報開示が可能となる仕組みが望ましいと考える。

また、リスク防御の観点から、世界でも例のない厳格なシステムを導入した。その一つが、BSE対策として、全頭検査(二四ヶ月齢以上)の実施である¹。日本政府は「二〇カ月齢以下の牛では病原体の検出が困難」との理由から、検査対象の制限を検討し、その上、消費者の安心確保のために、都道府県が独自に二〇カ月齢以下の牛の検査を継続する場合には、財政的支援を行う方針を表明している。

しかし、全頭検査が行われれば、陽性と判断された牛はすべて処理されるので、本来リスクゼロのはずであるが、それでもリスクが残るのは、現在行われている脳の成分の検査では、感染初期段階では陰性と出ても、他の組織では異常プリオンが存在することがあるからである²。要するに、肉食により、BSEに感染する他の要因として、牛肉の摂取量、牛のBSEの感染率、危険部位除去後のプリオン残存、

検査の頻度、検査の見落とし率に左右される可能性を残している、ことなどが指摘されている。

University Press (1999) . pp.146-148.

¹ 現在、農林水産省令で定める全頭検査の対象は、年齢二四ヶ月以上死亡牛である。

² 中西準子『環境リスク学 不安の海の羅針盤』(日本評論社 二〇〇四年)一七五頁参照。

第三章 現行の食品規制法における安全規制

第一節 食品安全規制の実例

食品衛生法第六条は、販売等を禁止される食品及び添加物に対しては、これを販売し（不特定又は多数の者に授与する販売以外の場合を含む。以下同じ。）又は販売の用に供するために、採取し、製造し、輸入し、加工し、使用し、調理し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない、と定める。そして、販売等を禁止される対象をさらに詳しく定め、第一に、腐敗し、若しくは変敗したもの又は未熟であるものとする（ただし、一般に人の健康を損なうおそれがなく飲食に適すると認められているものは、この限りでない）。第二に、有毒な、若しくは有害な物質が含まれ、若しくは付着し、又はこれらの疑いがあるもの（ただし、人の健康を損なうおそれがない場合として厚生労働大臣が定める場合においては、この限りでない）としている。

また、第七条第一項では、「一般に飲食に供されることがなかった物であって人の健康を損なうおそれがない旨の確証がないもの又はこれを含む物が新たに食品として販売され、又は販売されることとなった場合において、食品衛生上の危害の発生を防止するため必要があると認めるときは、薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて、それらの物を食品として販売することを禁止することができる」と規定している。この第六条・第七条の規定は「危険」防止観点にとどまる性格を持つ。すなわち、食品行政の規制の必要性は、行政側が法律等に基づいて、「食品の生産、流通、販売などでの品質管理を適切に実施するために規格、標準を求めて対処できる」という意味である（傍点、筆者）」と考える。

したがって、同条文は、危険な食品ないしその疑いのあるものの流通・製造を禁止することによって安全を確保するという意味では、従来の“警察介入的な”性質を含んでいるように解される。さらに、新製品（品質管理も含む）につき開発を原則として肯定する立場をとっているのであるから、厚生労働大臣に製造販売を申請すれば、通常は拒否されないということとなってしまう。ここに、従来の許可制度の限界があると言えよう。

一方、同法一〇条では、「人の健康を損なうおそれのない場合として厚生労働大臣が薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて定める場合を除いては、添加物(天然香料及び一般に食品として飲食に供されている物であって添加物として使用されるものを除く。)並びにこれを含む製剤及び食品は、これを販売し、又は販売の用に供するために、製造し、輸入し、加工し、使用し、貯蔵し、若しくは陳列してはならない」と規定している。この規定や、第六条第三号・第四号の規定などは病原微生物により汚染され、又はその疑いがある食品、または不潔、異物の混入又は添加その他の事由により、人の健康を損なうおそれがあるものに対する安全かどうかを確認できない段階で、人間の生活空間に導入しないという“予防介入的な”手法をとっており、伝統的な警察規制の枠組みのなかではとられきれない手法が採用されているものと思われる¹⁾。

そして、社会的規制の要請から採用されるべき措置については、厚生労働大臣に規格等の設定基準を設ける権限を与えた同法第一条によって一定程度解決できるのではなかろうか。同条は、「厚生労働大臣は、公衆衛生の見地から、薬事・食品衛生審議会の意見を聴いて、販売の用に供する食品若しくは添加物の製造、加工、使用、調理若しくは保存の方法につき基準を定め、又は販売の用に供する食品若しくは添加物の成分につき規格を定めることができる」と定め、さらに、それを実施していく際に、その基準に合わない方法により食品若しくは添加物を製造し、加工し、使用し、調理し、若しくは保存し、その基準に合わない方法による食品若しくは添加物を販売し、若しくは輸入し、又はその規格に合わない食品若しくは添加物を製造し、輸入し、加工し、使用し、調理し、保存し、若しくは販売してはならない、と定めている。この規定を通じて、「予防原則」に基づく厚生労働大臣の基準設定権限や介入責任が根拠付けられると解すべきである。

さらに、行政が積極的義務を果たす余地を認めた、いわゆるチクロ事件判決では、自由権的基本権と生存権的基本権を区別し、後者の権利保護のための法執行におい

¹⁾ 下山憲治「自治体における危機管理と法 - 災害対策を中心として - 」福島大学地域創造支援センター編『福島大学地域創造』(第一四巻第二号 二〇〇二年)四頁参照。

ては、行政による社会生活・経済生活上の積極的配慮が必要であると判示されており、行政責任が新たな転換期を迎えたことを示す判例と評することができよう。事件の概要と判旨は次節において検証する。

第二節 チクロ食品添加物指定撤回事件¹の検証

この事件は、行政には社会生活・経済生活上の積極的配慮を行うことが求められるとし、行政にはそのための権限があるとする判例である。第四章で論じる「警察（介入）の積極性」に関する素材のひとつとして、以下で論じよう。

チクロとは、正式には合成甘味料チクロという。チクロ事件では「人の健康を損なう虞のない」化学合成品として、一般に製造・販売等が認められたが、当時の厚生大臣（現、厚生労働大臣）は、昭和四四年十一月五日にチクロの製造等を禁止する措置をした。これに対してチクロ含有食品を扱っていた業者が、当該禁止措置を違法として損害賠償訴訟を提起したものである。本訴訟において厚生大臣は、「一旦人の健康を害する恐れのないものとして使用を認められていても、後日新たな科学的知見が得られた等の理由によって人の健康を害する恐れがないとは言えないことが判明すれば、まだ人の健康を害する恐れがあるとは断定できるまでに至っていなくても食品添加物としての適正を欠くものとしてその使用が禁じられるべきことは当然である」とし、食品添加物としての指定は、将来の学問技術の発展によって有害であることが判明した場合には、その取消があることを当然の前提としていると主張した。

¹ チクロ食品添加物指定撤回事件（東京地裁昭和五二年六月二七日）参照。訟務月報二三巻六号一〇七三頁、判例タイムズ三四九号一六八頁、判例時報八五四号三〇頁。評釈として、ジュリスト臨時増刊六六六号二七頁、判例タイムズ臨時増刊三六七号二五四頁等を参照されたい。このチクロ事件は、チクロ、正確にはサイクラミン酸塩の慢性毒性をめぐる、昭和四〇年（一九六〇年代）に争われたものであり、食品添加物行政にとって大きな転期をなしたものといわれている。人工甘味料サイクラミン酸塩については、アメリカ政府が、昭和四四年一〇月一八日にその使用等の禁止措置を発表したが、日本でも、食品衛生調査会の審議を経て、同年一二月一〇日以降の製造、使用等を禁止した。添加物の安全性については、すでに慎重な配慮を行ない、再点検等を行なっていたが、この事件を契機として、改めて広く論議を呼ぶこととなったのである。

裁判所は、この主張を認め、食品添加物の指定はその物質に有害の恐れがある場合には、それが確認されるのを待たず指定の取消ができる旨を述べ、製造業者の営業の自由に対しては、「何人も公衆衛生上有害の恐れのあるものを製造・販売する権利は有していない。食品添加物の指定の取消は、確かに不確定性を有するものの、こうしたことは、食品添加物の性質上やむを得ないものであり、これを扱う業者にとってはこうした不可予測性も企業活動に伴う危険の一つに過ぎないものとして、受容すべきものである」とし、また「厚生大臣としては食品添加物としての指定の要件を欠くと認めるに至った場合には、むしろ即時かつ全面的に使用禁止の措置を採るのを原則とすべきである。業者の利益保護等はいわば一切他事とも言うべきものであり、これを直接考慮の対象とすべきものでないことは言うまでもない」と判じた。

本件で争われた、従来認められていた食品添加物についてその使用を禁じるという措置は、いわゆる「受益的行政行為の撤回」に該当すると思われる。そうであるのなら、本件のような即時全面禁止の措置は当然に比例原則¹との関係でその整合性が考慮されるべきものといえよう。本件判示において裁判所は、人の健康保護のための行政措置において、製造者側の営業の自由といった権利を考慮することは、行政判断における他事考慮と指摘している。このように本件では、食品衛生行政が消極的行政介入としてではなく、積極的行政介入として捉えられていることに注目すべきであろう。

他方、対象は異なるが、クロロキン事件²においては、薬品製造の許可を受けた業

¹ 中村民雄「第一回狂牛病事件」EU法の最前線『貿易と関税』（一九九九年）一～四頁参照。EUにおける狂牛病事件の比例原則について参照されたい。

² 最二小判平成七年六月二三日、民集四九卷六号一六〇〇頁〔クロロキン薬害事件〕参照。この事件は国家賠償第一条をめぐる争いであったが、権限不行使（第三者に対する被害救済）の判断基準として1. 重大な法益侵害（生命、身体、財産に対する重大な危険）、2. 予見可能性、3. 回避可能性（行政による対処可能性）、4. 行政への依存性（期待可能性、補充性）に言及した事例である。このクロロキン事件は、一九四三年にドイツのバイエル社で合成され、マラリアに有効であるとされたが、毒性が強いため、一時放棄された。しかし、第二次大戦中、アメリカFDAが、抗マラリア薬として認可した（マラリア薬としては優れた薬だったし、急性の病気であるため、服用も一時で済む）。アメリカなどでは、クロロキンが眼に障害を起こすこと（特に長期服用の場合）は、一

者がその許可の禁止等によって被害を被ったと訴えたのではなく、その製造許可によって市場に供給された医薬品の摂取によってクロロキン網膜症に罹患した患者が国家賠償で提起した事例である。つまり、行政事件訴訟等と言う第三者（消費者）の保護をめぐる事例として扱うこともできよう。このように事業者と消費者間の薬品の安全性に関する情報の非対称性が生じ、精神的、身体的な損害にまで至る可能性が多い領域については、事前措置が重要となる。

クロロキン事件を踏まえつつ、チクロ事件を考える場合、二つの基本権が衝突する際に、生存権の優位という観点に立ち、行政には危険の除去のために行政権限を行使する権限があるとする「警察権の積極性」を肯定する素材を、この判例は提供しているものと言えよう。

第三節 食品安全性確保の事前・事後規制の類型

次に、食品衛生法上の規制形態を素材に、安全性の観点から、食品リスクを管理・規制する際の事前的コントロールと事後的コントロールとを分けて説明しよう。

まず、事前統制として、食品添加物の「使用品目」・「対象」の許可に基づく統制手法について検証しよう。許可の審査の場合、一部分に明白な危険があるような場合には、申請をすべて拒否するのではなく、その申請に対し補正手続に従い「補正」を求める方法がある。

しかし、食品関連事業の食品安全に対する「おそれのある時」の対応については以下において述べる統制手法が考えられる。すなわち、実定法上、予防措置につき行政側が裁量を行使する権限が存する場合においては、附款を附することによって「安全性」を確保する方法が考えられる。第二編第一部第四章で述べたが、附款を

九四八年頃から報告されており、一九六二年に網膜症に関する嚴重注意が掲載された。日本では、一九五五年に吉富製薬が販売を開始、一九五八年に、慢性腎炎や慢性関節リウマチに適応拡大され、一九六一年に小野製薬が腎臓治療薬として大量販売に乗り出した。クロロキンが腎臓病治療薬として販売されたのは、日本しかないという。被害者は、クロロキン製剤の投薬を医師から受けて網膜症になり、失明または視野狭窄になった被害者は、推定約一千人～二千人になった。これ以外の薬事事件は、サリドマイド事件、スモン事件、HIV 事件がある。このクロロキン事件については、『クスリの犯罪 - 隠されたクロロキン情報』後藤考典編（有斐閣選書 一九八八年）参照。

附することには、許可申請者の権利を保護することと同時に、将来の予測不能な事態に対応しうるというメリットがある。

一方、実定法上、そのような権限が行政に対して一見与えられていないような場合において、行政が何らかの予防措置をとることが求められる場合には、その安全性の確保の観点から、解釈論上、附款を附し得る余地が行政庁にあたえられているものと解すべきである。すなわち、今日の社会、経済的变化及び技術的發展は予測不可能であり、それゆえ、新たな行政行為の附款によって柔軟に対応する必要性があるからである¹。もっとも、この点については、行政の裁量行使の統制という側面で問題が生じるおそれもある。

また、食品リスクの場合、未然の予防的措置として、許可有効期間を比較的短期間にする附款を附し、統制するという規制手法が考えられる。ここでも重要なのは、裁量権の濫用をどう統制しうるかであるが、これは実体法的・組織法的・手続法的統制のもとに裁量権の行使を充たしたうえで、行なうべきものである²。

次に、流通後の統制手法としては、法律違反による撤回をはじめ、停止命令、行政代執行、さらには損失補償の問題として取扱う途も考え得る。まず、許可後に食品安全にかかる不祥事が発生した場合を前提とすると、受益的行政行為の撤回が考えられるが、行政庁は、法的安定性の見地から当該行政行為を維持することが行政庁の義務である場合を除いて、原則として撤回は自由に行うことができる。

しかし、受益的行政行為の撤回である場合には、原則として認められないとしても、次のような場合には解釈論上許容されうるものと解される。第一に、撤回の必要性が相手方の責に帰すべき事由によって生じた場合。第二に、撤回について相手方の同意がある場合。第三に、撤回が「公益上」不可欠である場合がそれにあたる。一方、日本においては、行政強制(代執行等)があまり行使されていない実情があるが、例えば、薬品や食品の回収・撤去命令を発したものの業者が誠実にその義務

¹ 拙稿「行政法学における附款の限界と機能論の一考察(1)」『早稲田大学大学院法研論集』一〇四号(二〇〇二年)一四頁参照。

² 拙稿「行政法学における附款の限界と機能論の一考察(2・完)」『早稲田大学大学院法研論集』一〇五号(二〇〇三年)二五頁参照。

を履行しない場合、行政が代わって回収・撤去を行なうことなどが、考えられてもよいと思われる。但し、「食品安全性」というリスクに基づく規制手法として、とりわけ事前統制が重要になってくることに留意すべであると思われる。

第四章 新たな食品リスク規制手法のあり方

食品リスクに関する一般的な規制手法として、法律レベル、政省令レベル、条例レベル、規則レベルのものがあろうが、広汎にわたる情報を収集し、それに基づき科学的な分析¹をおこない、もって適正なリスク管理を実施するという点より見れば、“行政府”の責任が重くなるのは当然である。前述の BSE 事件のような、市民の生存権にかかわる重要なケースにおいては、行政による徹底した法的措置が必要である。しかし、このような従来から用いられてきている“命令・統制型規制手法”のほかに、近年、PRTR 法のように、行政庁の一方的な手法を用いるのではなく関係者の任意の参加を誘導し、それにより適切にリスクを管理していこうという手法がある²。この種の規制手法のメリットは、前述の食品安全委員会による組織法的統制と相俟って、従来の規制手法にはないフレキシブルな対応が採れる点にある。

こうした従来型（命令・統制型）規制手法や中間型規制手法（PRTR 法等）に加え、JIS（=Japan Industrial Standard）や各種の産業団体による方針・基準等の“自主規制”³という規制手法にも留意すべきである。たとえば、ドイツの場合のように、

¹ リスクに対する事前分析手法は以下の種類がある。特に環境、都市開発で見られるように、日本においては、「小田急事件」平成一三年一〇月三日、小田急線連続立体交差（高架化）事業認可処分取消請求、事業認可処分取消請求事件の東京地方裁判所判決（判例時報一七六四号三頁参照）において費用便益分析が導入された。1、Cost-Benefit Analysis（=CBA）とは、規制の結果を定量的、金銭的に評価することをいう。2、ALARP（As Low As Reasonably Practicable）とは、リスクを“合理的に実行可能な限り低く”評価すること。3、ALARRA（As Low As Reasonably Achievable）とは、リスクを“合理的に達成可能な限り低く”評価する。4、HACCP（Hazard Analysis Critical Control Point）とは、危険分析重要管理点である。例えば、科学的な調査に基づくリスク分析を行った上で、対象となる製品の製造工程のうち、リスクの発生する率の高い工程を選び出し、その発生要因および防止措置を明らかにする。5、Precautionary Principle（予防原則）は、リスクがあると予想されるとき、その原因と予想される被害との因果関係が百パーセント証明できないとしても、合理的な範囲で未然に対策を取る。6、Risk prioritization “tool kit” - コンピューターを基礎とした優先順位の確立。7、Risk Communication - リスク情報を一般の人々と交換することにより、規制の制定過程に一般の人々の意見を取り入れる。民主的参加の確保である。

² 下山憲治「自治体における危機管理と法 - 災害対策を中心として - 」福島大学地域創造支援センター編『福島大学地域創造』（第一四巻第二号 二〇〇二年）六頁参照。

³ 業者間の安全性・情報交換・表示等の安全基準については、現在、原則として法的拘束力はない。しかし、業界ないし企業ないの「自主規制」は国の規制との関係で、補充

訴訟に際して、法的な安全基準・処理基準がない場合に、民間の基準を適用すべきであるかどうか、あるいは直接適用すべきではないとしても“考慮要素”として斟酌すべきかどうか、斟酌するならどの程度までか、といったことが問題となろう。他の自主規制手法として、例えば、農業協同組合（農協）に対して、法的な安全規制権限を与えた上で、行政が後見的に管理ないし組織的にチェックする手法が考えられる。なお、これら規制手法の運用の大前提として、「食品安全性」を保護するリスクに対する情報の市民への開示が最も重要な事項であると思われる。

さらに食品リスクも含めて、規制をともなう際に注意しなければならないことは、古典的な警察法上（現在の法制度もこの概念に従って制度化されていることが多い）の危険にも共通する¹、という部分は存在するが、従来の警察規制を前提とし、その枠組みのもとで、より積極的な介入が要請され、もしくは PRTR や JIS の手法を採用されるべきということは勿論であるが（警察介入の積極化）従来の行政法学の議論を超える領域などについては本部の対象である食品リスク・環境リスクに対してはリスク介入的な規制手法が求められる。

要するに、従来から規制手法として用いられてきた警察介入に基づく実定法レベルから、今後どのような形で積極的に食品並びに環境分野において「安全」を確保できるか など従前の規制を越える規制形態を整理する必要性は、今後規制を検討する際に検討課題（リスク規制）であることを想定しなければならない。

この点については、すでにクロロキン事例でみられているように、現行の安全法システム（食品・環境・原子力・薬事行政、災害等を念頭に置く）の中には、行政権の行使を如何に統制するか の措置の他に、行政活動に方向性を示し行政権行使を積極的に誘導する仕組みが取り入れられることになっている。すなわち、「行政の積

的な役割を果たしてきた。しかし、このような基準の扱いを今後どのように理解し、活用していくが課題となる。例えば、行政庁にとって感知しがたい領域におけるリスク基準として、有用であると思われる。この他に、自主規制としては、例えば、トヨタ車等の環境に優しい商品（企業内）や ISO14001（業界相互における国際基準等）また、食品分野においては、近年 ISO22000（HACCP の工程過程を導入した食品）「品質管理」等がある。

¹ 高橋滋「環境リスクへの法的対応」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦 - 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念 - 』（日本評論社 二〇〇二年）二七二頁参照。

極的な活動を促がす、いわゆるプログラム法規が多く制定されることになったのは、行政の積極化を表章(表す)する一つの現象である¹⁾。

また、食品安全性を踏まえつつ、従来から用いられてきた警察規制の限界やリスク概念に基づく新たな規制手法の確立の試みとして検討していく必要がある。この検討においては、消費者保護・環境保護としての警察介入的手法と、リスク概念に基づいた介入手法との差異は何かを明確にすることが重要である。

また、多少性質が異なるが、食品安全に対するリスクとは、たとえば、公害問題と環境問題とが区別されてきた経緯を見れば、他の領域のリスクと質的差異があり、それゆえに他の領域での規制手法との新たな差異はあるか²⁾を認識しなければならない。すなわち一般に、リスク管理ではなく、現在の実定法の多くが前提としている警察規制の範囲内においても、多様な手法を考え出すことによって、リスク規制に近い効果をあげることができるとする考え方を「警察介入(警察行政)の積極化」と呼ぶことができるとするなら、この警察行政の積極化の問題については、警察行政の歴史的経験や実定法制度の基本的枠組みとの関連も問われなければならない。この点、警察概念は、歴史的にも、市民法秩序を所与のものとして受けとり、これを消極的に維持するものとして理解され、そして、その権力性の濫用の統制をその消極性という枠で担保してきたという経験を有する²⁾。

しかし、消費者保護行政については一般警察行政から切り離し、国民個人の生存権保護のため積極行政と捉えようとする考え方が有力に唱えられている³⁾状況に注意を払わなければならない。

さらに、現代行政におけるこのような行政介入の要請はいかなる性質を有しているかについては、警察概念が成立した当時とは憲法上保護される「価値」に大きな変化(後述)があったことの認識が重要である。

¹⁾ 原田尚彦『行政責任と国民の権利』(弘文堂 昭和五四年)一四頁参照。

²⁾ 渡名喜庸安「警察の公共性」『公法研究第五十四号』(有斐閣 一九九二年)六四～六五頁参照。

³⁾ 佐藤英善「食品・薬品公審をめぐる国の責任2」『法律時報五一巻七号』(日本評論社 昭和五四年)七三頁参照。

したがって、今日の生存権（食品安全性をめぐる憲法的次元）はどのように他の基本的人権と関わるのか、食品安全性をめぐる生存権の憲法的次元について考察し、その理論化について検証する必要があると思われる。いわゆる「自由・財産権の強調」から「生存権（生活権）の強調」への転換という法認識¹も考慮しなければならない。このような安全法に対する取り組みが今後重要な課題であると思われる。これについての詳細な検討は、第四編で論じることとする。

¹ リスクをめぐる権利保護の問題として法意識の転換に基づく訴訟形式についても考えなければならないが、これについては今後の研究課題にする。現時点では、以下のような考えに立ちその検討が試みられている。すなわち、「個人的（付随的な私益）に利害関係を有しているにもかかわらず、訴訟利益概念の形式的・一刀両断的な解釈によって法律の保護をうけない状況を免れない、ということは適切でない」右の引用は、趙弘植「行政訴訟における訴益と憲法 - 司法権と訴益、そして個人的利害関係の函数関係 - 」「法学』（ソウル大学校法学部 第四一卷四号 二〇〇一年[韓国]）四一一頁参照。

第五章 結び

警察規制の対象である危険は「見通しうる将来、損害が発生するであろう十分な蓋然性がある事態¹」をいう。一方で、リスク（Risiko）とは、問題が複雑すぎて因果関係の把握が困難であり、したがって危険の評価が明らかにできないというケースにおける危険性である。基本的な部分については、このような考え方を共通するリスクの概念は、実際には環境科学、経済学、経営工学、公衆衛生学、（食品などの）安全性の科学、原子力工学などの分野において様々な意味および文脈で用いられており、したがって極めて多様な概念であると言える。

しかし、少なくとも警察規制における危険とは異なる不確実性をもっている恐れを指すものとしてリスクを考えるならば、これには従来規制手法をもってしては行政が適時適切な措置を取れないことを直視しなければならない。そこで、不確実性に対応するリスク規制では、「安全」を超えた「安全性の配慮」が重要とされている。このような配慮、すなわちあるリスクをどの程度低減すべきかを決定するのは議会の役割であるが、その具体的な実施について行政へ委任された場合には、いかに行政基準の設定や計画策定を行なうかの問題が生じてくる²。

ところが規制手法として、不確実な条件下においても、科学技術に対し何らかの法的コントロールを及ぼすかどうかの意思決定をしなければならないというジレンマがある³。この点、近年になって注目されている行政（意思）決定過程の手續化への変遷⁴が見受けられる。すなわち、「法律留保から手續留保」への規制手法の変化

¹ 桑原勇進「危険概念の考察」碓井光明、小早川光郎、水野忠恒、中里実編『公法学の法と政策 下 《金子宏先生古稀祝賀論文集》』（有斐閣 二〇〇〇年）六五一頁参照。

² 下山憲治「ドイツ公法学におけるリスク管理手法研究序説」福島大学行政社会論集第十五巻 第一号（二〇〇二年）五二～五三頁参照。リスクに対する規制手法が綿密に分析されている。

³ 下山憲治・前掲注（2）五九頁参照。

⁴ 下山憲治・前掲注（2）五六頁参照。下山教授は、また、右論文で「公法学における問題発見的概念としてのリスク概念を用いたアプローチは、不確実性という条件下での価値決定をいかに規範的にコントロールするかという問題意識からのアプローチであり、その意味で、主とし、手続的コントロールに関し、個別実体法上の特性を無視することはできないが、一定の統一的な概念設定とその結論が導ける可能性を含む理論であ

であるといえる。

本部では、食品「安全性」の観点から BSE 事件を取り上げて検討をおこなった。私は、今後の課題として、規制手法一般の綿密な分析、リスク概念を用いて解決できる範囲は如何なところまで及び得るか、さらに関連して行政法学の核心分野である政策判断や科学技術に係る行政庁の判断裁量をどう統制していくべきかといった点を取り上げていきたい。また、行政争訟をめぐる議論において、リスク概念に基づく「予防原則¹」の射程や「注意義務=権限行使の程度」の範囲についても検討をしていきたい。さらに憲法規範論の見地から、経済的自由権と生存権が衝突する場合において、このような新たなリスク概念がどのようなはたらきを持っているかにつき、さらなる議論がなされなければならないと考えている。

また、リスク規制手法として、自主的取組に委ねる傾向についても注意を払いたい²。この手法は規制対象者が自主的に環境負荷行為と結果との因果関係が明らかでない分野に予防的・先行的に導入するのに適しているが、さらに直接的規制との組

る」と、危険の前段階においても介入措置を講ずることを指摘している。

¹ 予防原則については、他の分野であるが、近年、次のような実定法が現れていることを指摘したい。環境基本法第四条は、「環境の保全は、社会経済活動その他の活動による環境への負荷をできる限り低減すること・・・自主的かつ積極的に行われるようになることによって、・・・環境への負荷の少ない健全な経済の発展を図りながら持続的に発展することができる社会が構築されることを旨とし、及び科学的知見の充実の下に環境の保全上の支障が未然に防がれることを旨として、行われなければならない」と規定している。この予防原則は、一九九二年のリオ宣言によって科学的な確実性がないことをもって環境悪化を防止することを目的としている。(第一五原則、「破壊から環境を保護するために、諸国は、それぞれの能力に応じて、広く予防的アプローチを展開すべきである。深刻なあるいは不可逆的な損傷が生ずる恐れがあるような場合、費用効果的に有効な対策について、科学的な不確実性を口実にして、その実施引き延ばしを図ることがあってはならない」と宣言している。)

² Richard B. Stewart. *A NEW GENERATION OF ENVIRONMENTAL REGULATION?*, Capital University Law Review.29 Cap.U.L.Rev.21.2001.主に右論文の 81～83 頁、88～89 五頁、182～183 頁参照。Stewart 教授も次世代には EU、日本において用いられてきた自主規制手法として『協定』などの柔軟なアプローチに注目している。一部分紹介する。この種の契約は、EC の諸国において用いられてきた。実際に、日本では、環境協定 (environmental agreements) がなされてきている。その用語は様々であり、「環境協定」、「環境保全協定、environmental protection agreements」、「自主協定、voluntary agreements」、「協議による協定、negotiated agreements」、「環境証書、environmental covenants」といった規制が新たな要求から成立される。また、新世代においては、立法や行政命令によって要請される手法、論争、補完と相まって政府と企業間の同意によるものが重要になってくるであろう。

み合わせることが望ましいと思われる¹。

なお、日本における BSE 事件をめぐる行政対応の改善点として注目すべき点をまとめると、以下のようなになる。第一に危機管理および危機管理体制の欠如、第二に消費者保護軽視と生産者優先の行政運営、第三に政策決定過程の不透明な行政機構、第四に農林水産省と厚生労働省の連携不足、第五に専門家の意見を適切に反映しない行政運営、第六に情報公開の不徹底と消費者の理解不足、などが指摘され、これらの点を改善するための法制度の改革が必要である。

そして、とくに第二と第六の事項に注目すべきである。「情報の収集・公開については、適時に適切なリスク評価を行い、危害発生時に迅速に消費者に危険情報を公表するためには、事業者のみならず、直接消費者からも食品に関する不具合情報や危害情報を直接収集する必要がある²」と思われる。

最後に、私見では、警察概念の限界を踏まえ、食品安全行政や環境行政等の法領域において新たなリスク概念を位置付け、現実社会の問題にアプローチしていくことが、今後の行政法学が取り組むべきであると考えている。すなわち、新たな社会的危険の登場によって、私人の自由な活動をその前提として構築された許可制度すなわち私人の自由な活動を国家の法定立によって一般的に禁止した後、私人による個別の許可申請が一定要件を満たしているとみられる場合には、許可行政庁はその禁止を解除しなければならない には理論的限界があるのである。

とくに、いったん行政庁によって許可が与えられてしまった場合には、当該許可事業に対して、行政庁が制裁措置を含む新たな権限を行使したり、また第三者たる私人が自己の権利を主張することが難しくなってしまうのである³。とくに食品リスクや環境リスクがかかわる分野において従来用いられてきた警察概念に基づく典型的規制手法であった許可制度は、今や市民のリスクに対する安全確保の面から十分

¹ 浅野直人「環境管理の非規制的手法」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦 - 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念 - 』（日本評論社 二〇〇二年）一四七頁参照。

² 『食品安全基本法・食品安全委員会構想に関する意見書』日本弁護士連合会（二〇〇二年一月二日）五九頁参照

³ 国に監督責任を負わせる伝統的な行政法学上の理論は今や説明しきれないところが多いことであろう。

に対応しきれていない状況であるといえよう。

今後、規制一般に関する研究を考慮に入れつつ「確実な安全確保」から「リスク安全確保」への転換といった議論の前提として検討すべき「警察介入」の背景（揺らぎ）について触れると、一般的な国家介入についていえば、十九世紀までの理想的にはその介入の中心を警察介入として限界付け消極的な介入を原則としようとする考え方が一貫して存在していた。しかし、二十世紀以後は、積極的（現代、前後の先進諸国の憲法）を強調することによって生存権（社会権）を重視する理論構成に意を用いてきた沿革がある¹。

かくして、私見では、従来の警察概念に基づく消極的な介入手法を超えて、新たな「危険社会・リスク社会²」に対応した新たな積極的な介入手法が現在要求されつつあるという認識にたった上での研究が必要であると考えたのである。その一環として、本部では BSE 事件を素材として、現代における規制手法がいかにあるべきかを論じたのである。ここで検討し得なかった問題点については、第四編で述べることとする。

¹ 市民的自由の発展については、古くから、広範囲に及ぶ国政参与の集団的自由、すなわち政治的自由のみとして「古代的自由」を有している一方で、近代欧州の諸国家においては身体、思想、結社、所有、居住移転、などのような市民的自由としての「近代的自由」を重視してきたのであって両者の異同を正確に区別しなければならない、という指摘がある。沈憲燮「法と自由 - 法価値としての自由に関する考察 - 」『法学』（ソウル大学法学部 第四二巻第四号 二〇〇一年[韓国]）三頁参照。

² ウルリヒ・ベック『危険社会 新しい近代への道』東廉 / 伊藤美登里訳（法政大学出版会 一九九八年）原著は、Ulrich Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, 1986. ウルリヒ・ベックは、貧困が重要な問題であった近代の始まりにおいては「富の配分」が社会的な課題であったが、近代化の進行した私たちの現代社会においては、科学技術が作り出す「危険の配分」の問題が新たに生じていると指摘する。

第三編 リスク（安全）行政における政策手法論

第三部 自主規制の類型・執行に関する考察～損保の系の事例研究～

【課題】

従来から非権力的な手法（行政指導）は、「法の執行」に取って代わる手段として、その影響力や効果は非常に大きかった。しかし、自主規制を含むこの類の規制手法では、地域・領域（分野）・業種ごとの負担を等しくするのは非常に困難であるという問題が生じている。このように「規制」の一類型である自主規制に関する分析を「損保乃系」を素材にして検討する。

自主規制の執行につき、理解を深めるためには、業界ごとの実施状況をみる必要があるが、本稿では、素麺事業者組合（兵庫県手延素麺協同組合）である「損保乃系」の調査結果をとりあげ、自主規制の実態や企業内の執行に関して分析する。すなわち、同素麺事業者が組合に一体化された要因、歴史、実施を踏まえた上、市場における「品質管理」を徹底しているモデルを紹介する。

そして、行政法規や行政行為によって課せられた義務が国民によって履行されない場合に、行政機関が、その独自の強制手段により、将来に向かって、義務者の心理を圧迫し、またはその身体・財産に実力を加えて、義務を履行せしめ、または義務が履行されたと同様の状態を実現する作用もある。しかし、ここではリスク規制管理としての企業組織内における自主規制の執行のあり方についてその限界・解決を試みる。

第一章 自主規制の意義・類型

環境問題との関連でいえば、従来の自主規制は、環境保全のため大気汚染値に対し、産業界が自主的にある目標を立て、目標達成値までに削減を行うものであった。例えば、環境分野においては、京都議定書に対応し、旧経団連（現・日本経団連）が発表した「地球環境に関する自主行動計画」がある。この自主行動計画の方法は、あくまで法的な効力を持たない規制の類型として理解されてきた。法的な効力を持たない性質にもかかわらず、その成果として、「経団連自主行動計画」の削減目標がすべて達成された場合、この計画がない場合と比べて産業界全体からの二酸化炭素発生量を20%程度削減することができる、といわれている。

このような意味において、産業界の自主規制の影響は大きいと思われる。とくに日本では、非権力的な手法（行政指導）は、「法の執行」に取って代わる手段として、その影響力や効果は非常に大きいといえよう。

他方、自主規制を含むこの類の規制手法では、地域・領域（分野）・業種ごとの負担を等しくするのは非常に困難であるという問題が生じている一面もある。このような「規制」の一類型である自主規制に関する企業内の執行状況につき、「揖保乃糸¹」を製造する兵庫県手延素麺協同組合（以下、当該組合と略す）を素材にして検討する。（調査研究二〇〇四年九月一三～一五日実施、於：竜野市兵庫県手延素麺共同組合の自主規制調査研究）

第一節 自主規制の補完性

まず、直接的規制と補完的な関係にある自主規制について検討する。その前提として、自主規制に関して、リスク規制に値する「Regulation=規制」であるか、何を規制し、何の目的をしているかが重要であると思われる。

¹ 兵庫県龍野市を中心に同組合がカバーする地域は、揖保川、千種川・夢前川上流地域を含む。組合の管轄する農家は、上流から七〇Kmに及ぶ。

調査研究の対象にした当該組合は、他の手延素麺組合と比較する¹と、手延素麺の市場において優位的地位にある。また、その後組合の「内部規制」は法的な領域に引き上げられた契機ともなった²。すなわち、JAS 基準との関連でいえば、当該組合の自主的取り組みは、法が目的とする基準となった経緯がある。

同組合の内部的な規律に着目すれば、コンプライアンス的な側面も含んでいるが、包括的な法的「基準（JAS 基準）」になったことなどの意義もあり、それ故、自主規制の原型的な例として取り上げ、その実施状況について検討を行ったのである。

元来自主規制とは、とりわけ経済学分野では、個別企業や業界単位で安全基準を定めたり、行為準則を定めたり、モデル契約書を定めたりすることによって行われる³ことをいう。例えば、世界で、最も着実に実施されている、イギリスでは、この自主規制の取り組みが定着していると言われている⁴。

第二節 自主規制の機能的な分類

さらに、自主規制には、法規の裏付けのあるもの、行政指導に基づいて行われるものや自発的に行われているものなどがあり、それぞれ行政規制との関連性に「程度（温度）の差」はある。いくつかの例を紹介しよう。以下の三つに分類して検討する。直接的規制を背景とした自主規制、行政による誘導（誘因）的な自主規

¹ 主要な手延素麺生産組合の市場シェアは、兵庫県手延素麺協同組合の場合、三六％、小豆島手延共同組合は、五％であり、奈良県三輪素麺工業共同組合は、三％である。

² 兵庫県手延素麺協同組合『兵庫県手延素麺協同組合百十周年記念誌』（兵庫県手延素麺協同組合 一九九七年）三六七頁以下参照。また、同『兵庫県手延素麺協同組合百年史』（兵庫県手延素麺協同組合 一九八七年）も合わせて参考にした。市場構造についての研究調査でもあるが、「揖保乃糸」は手延素麺市場において三八％に占め始めた時期は、一九〇五年である。その後、一九一〇年頃に価格リーダを固定した。また、生産量においても同期である。ブランド登録を先にしたうえ、その後、内部規律を確保するためであると考えられる。さらに、一九二三年前後に、販売方法・生産・調整制限については、素麺価格の下落の心配から克服する趣旨で行われたとされる。

³ 競争法関連の自主規制についての研究として、長尾治助「公正競争規約の規範性」立命館法学二一五号、同「不動産取引の自主規制」民商一〇五巻三号（共に、一九九一年）二七九頁、同「個人情報情報の自主規制」（NBL 四八九号 一九九二）一四頁を参照されたい。

⁴ 松本恒雄「イギリスの不正競争法制と消費者保護」『一橋論叢』（一〇七巻一号 一九九二年）二〇頁参照。

制、 純粹な自主規制（自主取組み）である。

直接的規制を背景とした自主規制

この種の規制は、必ず法律（実定法上）に基づいて示される形態である。公共の利益を実現するために用いる「法の執行」過程において多く見られる。根拠法規等により、まずソフトな規制を用いる。それに従わなければ、権力的な権限を行使する方法である。例えば、納税義務は、「法律による原理」から発生することは言うまでもない。例えば、滞納者に対してまず勧告書を交付し、従わないとき、次に督促状を交付する、それにも従わない者に対して「強制」的な手法を執る。

従来は、許・認可申請があった場合、直ちに可否について結果を出すのではなく、「公益性」を図るため、一定の行政指導の下で申請内容の変更などをさせた後に許可等の行為をなしたのである。しかし、このような行政指導で求める措置は法に定めのない手続として内外から行政過程・行政手続の「透明性」の欠如という批判を受け、一般法として日本にも平成六年度に行政手続法が制定され、「行政指導」もその規制対象になった。しかし、上述したように、多くの公害、都市計画領域で行政指導が活用されたことは看過し難い事実であり、これには公害・都市計画関係の法整備が不十分であり、これを行政指導で補完するという事情があった。要するに、自主規制をしなければ権力的な権限行使をすとの姿勢を示しながら行政指導による自主規制を求める手法である。ある強制的な「執行」を背景に用いた手法である。

古くから環境分野において経済的誘導政策が実施されてきた。すなわち、「公害健康被害の補償等に関する法律で潜在的汚染者に課される賦課金が従来より機能している¹」といえよう。

この法律では、課徴金による基金によって事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる著しい大気の汚染又は水質の汚濁（水底の底質が悪化することを含む）の影響による健康被害に係る損害を填（てん）補するための補償並びに被害者の福祉に必要な事業及び大気の汚染の影響による健康被害を予防するために

¹ 勝田悟『環境保護制度の基礎』（法律文化社 二〇〇四年九月）一七二頁参照。

必要な事業を行うことにより、健康被害に係る被害者等の迅速かつ公正な保護及び健康の確保を図ることを目的としている¹。

また、環境保護を推進する企業に対する税制優遇措置としては、環境汚染防止に関わる特定施設の取得にあたり税負担を軽減する措置(特別償却)や投資資本取得額の一定額の税額を控除する措置(税額控除)等がある。

この特定施設に対しては、産業廃棄物の適正処理に著しく資する機械、産業廃棄物再生処理用設備、CFC類物質(オゾン層破壊原因物質)の放出防止に著しく資する機械、エネルギー需要構造改革推進設備(廃エネルギー回収、太陽光・風力その他石油以外のエネルギー資源利用設備等)がある²。

さらに、景表法に基づく公正競争規約、証券・商品取引所の受託契約準則、旅行業標準約款などは、いずれも法規のバックアップを受けた自主規制であり、違反に対しては、なんらかの形で行政規制が発動されることになる。この種の規制手法は、環境分野にも存在している³。

また、近年、化学物質をコントロールするために、制度化(導入)されているPRTR法に基づく「任意的な手法」が注目される。これは、情報的手段としても説明されているが、法の枠組みに参入しないときには、強制的な性質を持たないが、枠組みに参入した後は、一定程度の義務が課されるシステムである。法の枠組みに入ったとしても「直接的規制」ではなく、「情報による統制⁴」を図っている。それに伴い、化学物質に従事している事業者内での業界による自主規制が近年多く見られている。

行政による誘導(誘因)的な自主規制

¹ 「公害健康被害の補償等に関する法律」(昭和四十八年十月五日号外法律第百十一号)第一条参照。

² 勝田悟『環境保護制度の基礎』(法律文化社 二〇〇四年九月)一七二～一七三頁参照。

³ 柳憲一郎『環境法政策 - 日本・EU・英国にみる環境配慮の法と政策』(清文社 二〇〇一年)七六頁参照。

⁴ 北村喜宣『自治体環境行政法』(第三版 第一法規 平成一五年)二三六頁参照。

上述したような、行政による直接規制を背景とした自主規制の法的仕組みもなければ、規制権限行使のための根拠となる規範が全く存在しない場合がある。このような場合には「純粋な行政指導」によって自主規制を求めることになる。

例えば、最近エステティック研究財団によって制定されたエステティックサロンの標準契約書約款や（社）全国学習塾協会等によって制定された自主規制規約は、行政指導によるものではあるが、前述の直接的規制を背景とした自主規制とは異なり、自主規制に違反しても行政による権力的規制のバックアップはなされていない。このような場合、自主規制は、結局は、事業者のモラルに依存するわけであることから、その実効性は、自主規制団体への事業者の加盟率、自主規制団体の能力や権限、自主規制団体メンバーのモラルの高さなどに依存することになってしまうケースである。

純粋な自主規制（自主取組み） - モデルとして「揖保乃糸」 -

自主規制には法的拘束力がないという欠点がある。しかし、今回研究調査の対象とした当該組合は、内部規律が厳格に遂行されている。結果的に、同素麺組合は、組合員に対しては、一定の目標、基準を厳守させることによって市場において優位な立場を維持している。さらに、その波及効果として、外部にある消費者には、間接的ではあるが、良い商品イメージを与えているように思われる。

【表 「揖保乃糸」の内部規律特徴】

<p>経済的なインセンティブが前提</p> <p>品質管理ルール:国家法より先立って成立（ギルドとしての性質）</p> <p>生産調整ルール:独禁法にも問題ならない理由は、同業組合（身内関係）的に形成された歴史の存在</p>
--

¹ 自主規制の背景について、松本恒雄「企業倒産と消費者保護—継続的役務提供契約を中心に」法律のひろば四五巻一―二号（一九九二年）一八頁、同「継続的役務取引における自主規制と標準約款」（消費者情報二五〇号 一九九四年）三〇頁参照。

上記の【表】で示すように、当該組合の場合、内部規律を強化する最も根幹となる理由は、組合員にとって内部規則を遵守することが経済的なインセンティブをもっていることが掲げられよう。

また、当該組合内部の生産調整は、身内関係で形成された後に同業組合化されていき、そのことから歴史的な経緯があり、独禁法との関連においても問題にならない。

素麺という食品は、その性質上農薬や添加物を使用せず、腐敗に要する時間も相当長く、人の健康を損なう危険も無くないことであることから、本論文が対象としている「リスク社会」に求められる「規制」とは異なる性質であるが、自主規制のあり方の原型として取り上げる意義がある。なぜなら、純粋な自主規制的取り組みや自主規制の執行確保を把握するためには、適していると考えたからである。

第三節 自主規制の性質

公共の利益を確保する直接的規制に代わる自主規制のメリットは何かについて検討する。まず、市場における自主規制の性質はいかなる特徴をもって機能しているのかが問われる。このような問題意識から出発すれば、自主規制の機能や意味は業界の規模によってその性質が異なってくると思われる。

調査対象であった当該組合の場合、定款によれば、出資金は一千万円である。これは理事会の決定事項である。

自主規制の性質を把握するためには、如何にその類型（タイプ）を分類するのが重要であろう。調査を踏まえた上、整理するならば、以下の四つになる。

第一に、法律による直接的規制を背景とした自主規制（法の適用）のタイプ

第二に、純粋な内部規律で、上乘せ的な自主規制のタイプ

¹ 設立規制であるか、排他的な参入構造になっているのか、外部（法律）との関連で有利に利用する発想が重要である。

第三に、規制当局からの求めに応じた規制（指導によるものとして関係所官庁との相互補完的な性質を持つ規制）タイプ

第四に、上記の三つのタイプとは次元を異にする分類として自主規制の規模からの分類として、どの程度の範囲の業界における横断的な共通自主規制的となっているかによる分類など、その性質によって分けられる。

第二章 自主規制の主体・範囲

本章で検討する自主規制の主体としては、個々の事業者、事業者団体、事業者と消費者その他を含めた独立機関などがある。事業者団体による自主規制は、運用次第では、競争制限的結果をもたらすおそれもある。また、自主規制は、基準が妥当かどうか、運用は適正に行われているかどうかを外部からチェックする制度によって補完されなければ、不十分に終わるおそれがある。

自主的規制には、参加者間の「合意」が必要であり、競争制限的内容を含む可能性を持つ。契約型の自主的規制については、従来から日本が実施してきた環境協定などで見られるような形式もある。その主体は、様々であり、市民と企業、企業と企業、企業と行政間、市民と企業と行政間において締結する三者間の協定も考えられる。しかし、経済的インセンティブという効果を強調することによって一方の当事者に有利になる場合がある。たとえば、環境協定の場合、先に契約を結んだ企業が市場において競争力の面で、有利な立場になるケースがしばしばある。

一方で契約型（参加型）のみではなく、構成員（例えば、組合など）による明確な基準を設けて実施する場合の自主的規制は競争制限のおそれがないことから、競争政策の観点からは評価し得る。また、情報開示型の自主規制においても情報を公開（開示）することで、均等に評価を受けることになるため、競争の面では不利は生じない。

既述したが（第三篇第一部第一章第三節）、契約型自主規制であれ、情報開示型規制であれ、自主的取組を環境政策の健全な政策手法として活用していくためには、以下のような注意点が必要とされる。

目標設定の方法、 実効性の確保（執行の面）、 目標に対する実績のモニタリング方法、 客観性や透明性を向上させるための第三者参加の在り方、 フリーライダー防止・参加へのインセンティブ付与、 情報の公開と透明性の確保、 独占禁止法やWTO ルールとの調整、などに留意したガイドライン（基準）の策定が

有効であると考え¹。

この点、命令・統制型規制とは異なる性質が見られる。なかんずくこの種の手法は、規制対象者の自主性を重んじつつ、環境負荷行為と結果との因果関係が明らかでない分野に予防的・先行的に導入するのに適しているが、さらに直接的規制と組み合わせることが望ましいことであると思われる。

さらに、その実態を知るためには、各業界の実施状況をみる必要がある。ここでは、「揖保乃糸」の素麺事業者である当該組合の調査結果をとりあげ、分析すると、当該組合の一体化がされた要因、歴史、実施を踏まえた上、市場における「品質管理」を徹底しているモデルとして評価できる部分がある。

まず、当該組合の農家との製造に関する、誓約書²の中身から推測できる自主的な取り組みについての分析を行なう。

この誓約書では、「手延素麺・冷麦・うどんの製造に関し、貴組合の御指示に従う」との文書が前文にある。その具体的な内容は、手延素麺・冷麦・うどんの製造に使用する小麦並びに副素材は、組合の指示事項を厳守したもの以外は絶対に使用しない(誓約書第二条)こと、その製造の期間は、組合決定の通りに厳守すること(誓約書第三条)また、製造の調製については、組合係検査員の指示を厳守することなどが記載されている。さらに、各農家の製造した製品に関して、自家消費以外の製品は壱箱も残らずに組合指定倉庫に入庫される(誓約書第七条)ことになっている。

また、自家消費に関しても出荷責任を越えた数量の範囲内で事前に組合に申請をし、許認可を受けなければならない(誓約書第八条)となっている。すなわち、組合の内部的な統制は、非常に厳格に実施されていることが分かる。そのほか、製造に係る機器類を新しく導入する際においても組合の承認が必要である(誓約書第一

¹ 公正取引委員会「環境等に関して生ずる市場の外部性の問題と競争政策—理論的・実証的研究の枠組みの検討—」平成一五年五月二七日、二頁参照。また、拙稿「リスク(安全)行政における政策管理手法についての一考察—自主規制および経済的規制手法の分析を中心に—」『早稲田法学 七九巻四号』(早稲田大学法学会 二〇〇四年)二〇一頁参照。

² 兵庫県手延素麺共同組合の誓約書である。平成一六年度の誓約書(筆者所蔵)

〇条）。

次に、自主規制が効率的で正当なものかを判断するための基準としては、以下の項目がある。

一般的に、第一に基準が妥当か否か、第二にその運用は適正に行われているか、また、第三に、外部からの統制する制度によって補完されているかという点である。この観点から「損保乃糸」を製造する当該組合の内部的な自主規制に関して評価すると、第一・第二は、一定程度確保されているが、第三の外部的な統制手法の補完的な要素は、見当たらない。

要するに、当該組合の自主規制の目的は、法律遵守を徹底することに留まらず、それを越え、品質管理を保つことを最優先していると見られる。一般的に、自主規制は、法律遵守（コンプライアンス）を徹底しているか否かにつき、内部の基準を設定したうえで、法執行段階を厳守する性質を持っているが、当該組合の自主規制の場合、食品の安全確保を超え、前述したように、純粋な内部規律で、かつ当該組合の基準がJASの基準になったことから、上乘せの自主規制のタイプの典型的な例であり、純粋なギルド¹的な性質を持っていると考えられる。

¹ ギルド（guild）とは、中世・近世ヨーロッパの商工業者の団体をいう。商人ギルドと手工業者ギルドの二種がある。八世紀末からその古い形が存在した。その後、一一世紀に入ると、都市の発達とともに血縁的・宗教的な団体から商工業者の利益を守る互助的な仲間組織へと変質していった。商人ギルドは量目を統制して市場の独占をはかり、都市の自治権獲得にも大きな役割を果たして富裕層を形成することになる。これに対して同業者の権益を守ろうとした手工業者ギルド（ドイツではZunftと呼ばれる）が一三世紀以降市政への参加を求めていわゆるツunft闘争が起きた。中世末期には排他性、閉鎖性を強めたギルドはその後、資本制経済の進展とともに次第に衰えたが、都市経済と全ヨーロッパ的な商業活動を発展させる原動力になった。

同様の団体は日本（座、株仲間）や中国（行）、イスラム世界などでも前近代期に広く見られた。「株仲間」とは、江戸時代の商人・手工業者たちによる特権的な組織。幕府諸藩が流通統制などを行うため、あるいは領主層の御用を果すための目的で結成される御免株と下からの願いによって許される願株とがある。一定数の加入権（株）所有者で構成され、運営機関として会所を有し行司（事）・年寄等の役員を置く。取引仕法・雇用者規定・経費分担等を定めた仲間規定をもち、違反者には制裁を加えた。公認の代償に冥加（みょうが）金を納入し領主の財源となる場合も多い。

幕府の流通政策の障害となり一八四一年解散令を出したが、一八五一年再興、一八七三年廃止。「行」とは、中国において隋唐以前、都市内での商業区域を同業商店ごとに区画した。その区画を「行」といい、薬行、酒行などと呼んだ。唐末以降は商業に対する国家の規制が崩壊するに及び、新たに商人たちが結成したギルド的な自主的組合をい

また、市場外部との関係でいうと、この自主規制は生産調整ルールや品質管理ルールを定めたことから、独禁法に関しては、身内であるため市場における弊害は存在しないことになるといえよう。

結果的に、繰り返しになるが、当該組合の管理運営などの慣習（自主規制）が JAS の規格になったことから、ギルド的要素もあるといえる。しかし、厳密にいうと、上述したように、外部ルールからは、特に特徴的なものはない。あるとすれば、当該組合からの情報収集的な管理が徹底されているといえるのである。

よって、自主規制の主体として、当該組合の役割は非常に広範囲に及ぶことが分かったのである。また、自主規制の範囲に関し、内部環境、外部環境にまとめると【表】で示すような構造になる。

【表 自主規制の構造（揖保乃糸素麺組合）】

内部環境 （組合内統制）	品質、製造法（工程）、生産量（内部統制ルール、外部情報収集ルール）、人のルール、点検作成、職工数ルール、材料・方法ルール
外部環境	価格（市場で形成され） - 価格形成・維持の工夫、同業者組合の結成、市場構造、法環境上の影響、組織的な対応 - 販売網；同一のブランド内の競争の低減←組織的工夫 卸屋の状況把握 - ブランド内の競争を抑制できる - 独禁法の観点から検討する必要

う。これに対し手工業者組合を「工」または「作」といった。

第三章 民間・行政・消費者の協働の観点

行政レベルでの安全審査基準がない場合、民間の情報や知見を利用する民間法人が検査を実施することがある。

ここでは、この例として食品命令検査を検討する。この検討は厚生労働省の管轄事務である。食品等の検査（命令検査）は、食品衛生法第二五条第二項規定（改正前の第一五条）に基づき、食品等の特定の種類の食品について、有毒物質の混入や病原微生物による汚染が発見された場合であって、当該食品を加工した者の検査能力等からみて、当該食品について引き続き同様の問題が生じるおそれがある場合に、食品衛生上の危害の発生を防止するため、都道府県知事が、当該都道府県知事又は厚生大臣が指定した者の行う検査を受けるべきことを命ずることができるとする制度である。

この制度は、食品等の食中毒被害等の危険性が大きい食品を対象とし、かつ、実際に問題のある食品が発見された場合に検査を命じるものであり、消費者の健康と安全を確保するために必要最小限度の規制を行おうとする趣旨のものであると認められる。

しかしながら、命令検査の実施主体は、製造検査についての着色料検査は法第一四条、食品に危害発生のおそれがある場合の検査命令には、法第二六条が適用されるが（改正前の食品衛生法第十九条の四）、これらの検査主体は、民法第三四条の規定により設立された法人（公益法人）に限定されている。民間法人については、たとえいかに高度な食品検査技術を有していようと一切当該検査業務に参入する余地はないこととなっている。

この検査業務自体は、食品に有毒物質や病原微生物が混入していないことを確認するものであり、必ずしも公益法人でなければ遂行できない業務とは考えられないことから、民間法人であっても、検査能力を有し、かつ、業務を公正中立に実施す

ることができる機関であれば、広く業務を開放すべきではないか¹、との主張がある。

この主張は、規制緩和の流れの一部でもある。近年、食品分野において、指定管理者制度が活用されているが、この検査を企業の内部で「品質管理」に繋がるものとして実施している当該組合の事例を見たところである。

その調査研究の対象であった兵庫県手延素麺共同組合の自立規制（自主規制）の対象である素麺は、市民の「生命・人体」に悪影響を及ぼす要因のない食品である。しかし、素麺の場合、基本的に、食品衛生法上の食品添加物を使用しないことから、この意味で国家法による規制は存在しない。行政規制のない状況の私企業（当該組合）による自主規制の意義を探ることは、その基本的自主規制の取り組みが、「安全性」を確保する行動としての水準をもちうるものになることを確認することであった（本論文の対象領域である「リスク社会」における手法として応用可能になる）。

上述した当該組合の市場における成功については、まず、内部的に統率できる一つの企業のレベルでの運用がなされていることがある。また、同種事業の「島原素麺組合」の場合とは異なり値崩れがなく、価格の安定を徹底する秘訣は、歴史・伝統を強調する、宣伝、知恵、商標管理²を徹底してきた経緯があったからであると思われる。

そして、製品を保管する在庫（当該組合は、現在六つの倉庫）の管理の下で特約店に卸され、小売に流れていく仕組みになっている。調査の結果、特約店同士の信頼が強いことが分かった。また、特約店からは毎期の売り上げが、組合に報告される仕組みになっている。

外部に向けての当該組合の取組みのもう一つは、帯（素麺の一束ごと）を分ける形で品質管理したうえで、流通管理（統制）や商品の帯ごと（格差）に品質管理をしているということである。

¹ 行政改革推進本部規制改革委員会「横断基準認証分野における検討結果の中間的整理 - 行政改革推進本部規制改革委員会第4WG・横断基準認証分野 -（平成一一年一〇月）を参照されたい。

² 商標管理については、組合に属する。現在商標された項目は、麺、お酒、衣類等である。今日まで商標に関わるトラブルに関して「警告」二件がある。また歴史的には、明治一七年に、商標法制定された後、明治二九年に揖保乃糸として登録した。

この帯（ID、商品追跡システム導入）による管理は、二〇〇〇年前後で形成された取組みである。また、あくまで組織内部に留まる価額安定対策であるが、特約店（流通業者）から小売まで価格を市場原理に見合った形での管理が行われていることが特徴であるといえる。

このような意味で、独禁法上の違法性はないことは分かる。自立的規制の観点から当該組合のケースを見ると、自立的な面を常に工夫・検討し、コンプライアンス的な要素も含んだ自主規制は、その延長線上で自主規制による安全確保に結びつけるということが理解できる。また、調査の際に入手した情報によると、その背景には、一九二三年の長い梅雨のため、相場の面でも大変な時期もあり、そのため価格の調整よりも不況カルテル的な管理改善のために、全国的なレベルの日本手延素麺連合組合を結成するに至り、自立可能な管理システムが定着した経緯があった。

最後に、協働の観点からみた当該組合は、組合と農家の間にコミュニケーションあるいは生産農家からなる検査員の人的な繋がり（交流）が保たれるような仕組みが制度化されているといえる。また、検査員は農家と組合の間の信頼関係を構築する重要な役割を果たしており、リスクコミュニケーションの観点からも注目すべきである。

第四章 自主規制の執行（執行可能性・効果）

まず、一般的な行政法上の執行について説明したうえで、兵庫県手延素麺協同組合「揖保乃糸」の自主規制のもとで自主規制に違反した場合の効果的な執行のありに関して検討する。

もともと執行というのは、行政法規や行政行為によって課せられた義務が国民によって履行されない場合に、行政機関がその独自の強制手段により将来に向かって義務者の心理を圧迫し、またはその身体・財産に実力を加えて義務を履行せしめ、または義務が履行されたと同様の状態を実現する作用である。

また、行政上の強制執行は、あらかじめ課せられた義務の内容の実現を図る作用である点で、あらかじめ義務を課することなく身体・財産に実力を加える作用である行政上の即時強制と区別される（行政上の強制執行と即時強制とを総称して行政強制という）。

行政罰もその存在によって行政上の義務の履行を促す機能を事実上もつが、その直接の目的は過去の義務に関して制裁を加えることであるのに対して、行政上の強制執行は、将来に向かって義務の内容の実現を図ることを直接の目的とする。

行政上の強制執行は、法律上の根拠を必要とするということは、今日ではほぼ異論のないところである。行政機関に対して国民に義務を命ずることを授權する法規があっても、命令権と強制権とは自由の侵害の質を異にするから、義務の内容を実現するために当然に強制執行できるということにはならず、強制執行を行うにはそれ自身を授權する法律上の根拠が必要であるからである。

行政権の自力強制は以下の特徴を持つとされる。すなわち、行政上の強制執行と民事上の強制執行とは、その強制手段はある程度類似しているが、両者は別個の体系である。

民事の法律関係では、債務者がその債務を履行しないときは、債権者は、自力救済は許されず、判決など裁判所から債務名義を得てこれに基づいて国家の執行機関に強制執行を依頼する建前になっているが、行政法上の義務の不履行については、

行政機関は、裁判所の関与をまたず、自らに債務名義が与えられていて強制執行をすることが法律によって多くの場合に認められている。

行政上の強制執行は、 租税等の金銭給付の義務についての執行、 その他の義務、すなわち、作為、受忍、不作為の義務についての執行に分類される。

国民が国や公共団体に対して負う租税やその他一定の金銭給付義務について強制執行手段として、強制徴収がある。その代表的なものは、国税徴収法による国税滞納処分であり、納税者が国税を納期限までに完納しない場合に、督促を前提として、財産の差押え、差押財産の換価、換価代金等の配当という順序で滞納処分が行われる。条例で導入することが可能な¹地方税、代執行の費用、地方公共団体に納付すべき過料や法律で定める一定の使用料などについても、類似の方法による強制徴収が認められる。

作為、受忍、不作為の義務についての執行については、かつて行政執行法（1900公布）が、ドイツの法制をモデルとして、代執行、執行罰、直接強制の三種の手段を一般的に認めていたが、それに代わって一九四八年に公布された現行の行政代執行法は、代執行を一般的手段として認めるのみで、執行罰や直接強制は、現在では一般的手段としては認められず、特別な場合に限って特別法によってわずかに認められるにすぎない。

代執行は、法令や行政行為によって課せられた代替的作為義務（他人が代わってしても目的を達成できる作為義務）を国民が履行しない場合に、行政庁が代わって義務の内容を行い、または第三者に行わしめて、その費用を義務者から徴収する手段であり、戒告と代執行令書による通知という二つの事前手続を経る。執行罰は、過料の戒告・賦課を内容とする心理強制手段で、旧行政執行法の下では非代替的作為義務と不作為義務について一般的に認められていたが、現在は、砂防法三六条で規定されているのみである。

また、直接強制は、代執行以外の物理的な強制手段で、旧行政執行法の下では、代執行や執行罰により義務の履行を強制できないときや急迫の場合に一般的に認め

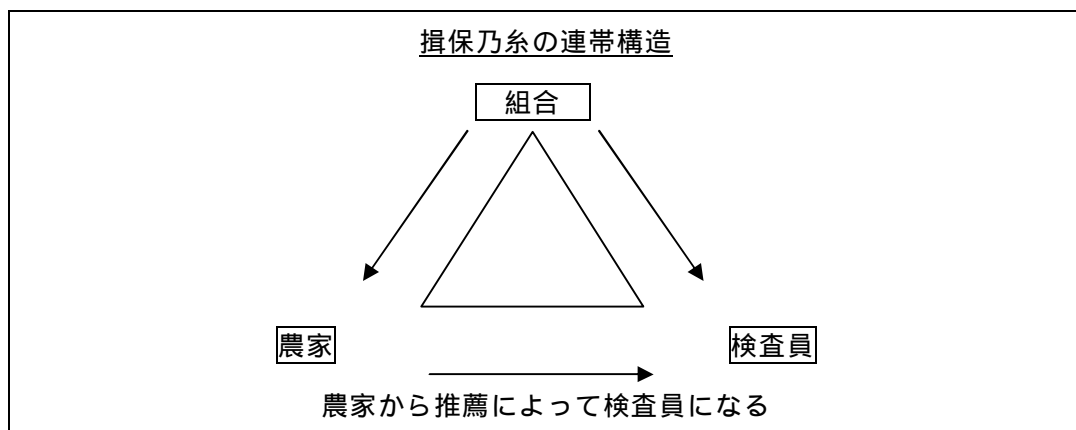
¹ 北村喜宣『自治体環境行政法』（第三版 第一法規 平成一五年）二三六頁参照。

られたが、現在は、直接強制にあたるのは、出入国管理及び難民認定法三九条（退去強制のための収容）や成田新法等にしかみられない。

当該組合「揖保乃糸」の実施状況から得られる一般的な組合内部での執行について検討する。もちろん、ここでいう執行とは、これまでのべてきた行政庁が行使するものとは異なる。要するに、当該組合での執行とは、組合の内部規律に基づく品質基準、生産量の基準、検査（執行）、違反者に対する制裁のことをいう。

組合内部規律を有効に機能させるための手法は、自立的な素麺製造基準（組合による自主基準）、素麺生産量の調整体制（組合）、素麺製造検査（検査員）体制¹である。

【図 内部組織の一本化（昭和四二年の機械化）】



すなわち、揖保乃糸の場合、図で示すように、組合、検査員、農家による連帯関係が非常に強く、法制度による介入が極めて少ない環境のなか、自主的な取り組み・自立的に組織化されて維持されていると評価できる。

ここで、一般的に行政組織の執行可能性とは何かを検討してうえで、当該組合の執行に関して触れる。例えば、タクシー業界を考えてみよう。揖保乃糸のような組

¹ 検査員は、組合組織内部に所属し、検査員になる者は生産農家からの推薦によって組合の役員会で決定する事項になっている。現在、検査部は二五人で構成されている。検査員として決定された後、二～三年間の研修を得て正式な検査員になる。検査員一人につき二〇軒の生産農家の検査を担当させる。

織が可能になるかについては、若干ことなる性質である。行政機関とかかわりがある前者（タクシー業界）は、営業免許や営業区域の制限を受ける前提のうえで、実際の市場においては自由競争が徹底されているケースである。その反面、後者（当該組合）の場合は、一体化された集団の範囲で執行する方法をとる、という意味からすれば、より自立的な制裁が可能となる。さらに、前者は、各種の許可などの実体法上の基準や手続（運賃設定）はあるが、揖保乃糸の組合の場合、実体的な側面からみれば、内部性が強いといえる。

当該組合の自主基準に違反した場合の執行システムは、前述したように、小麦などの素材は組合の指示事項を厳守すること、また製造の調製の際に、検査員の指導を厳守すること、さらに必要な機器を導入するときに当該組合の承認を得ることなどがあがるが、その中で、最も厳しい条項は、いかなる場合にも、組合の立入調査には全面的に協力すること（誓約書第一条）を強調している。立入検査の結果による組合員に対する当該組合の基準を違反した場合は、訓告、製造停止、除名、製品没収、農家（組合人）に対して民・刑事上の処分の責任を追及したり、減点制度がある¹。

¹ 現地調査によると、まず、持ち点 30 点を与える。詳細には 30 点から 0 点になると、三日間停止・組合に出頭する制裁になっている。さらに、例えば、-10 点の場合、翌年に持ち越され、20 点からスタートすることになる。

第五章 結び

従来の制度（作用法）内の規制を基にすると、規制の効率性・実効性が課題であるといえよう。本稿において検討した公的な規制執行に取って代わる「自主規制」は、「命令・統制型」の規制より柔軟な執行をするという意味では、メリットは多々あると思われる。

しかし、ある環境・食品安全政策を決め、規制の基準の策定から執行プロセスまでを検討する際に、どれほど「自主規制・自主的取り組み」が有効であるか、作用法のみでは把握しきれない要素が多く含んでいる。それゆえ、当該組合「揖保乃糸」の自主規制の主体・執行確保の観点からアプローチを試みたのであり、この自主規制が一般的な安全確保のための自主規制の手法に発展させうる可能性に注目したのである。

第四編 リスク論の残された課題と展望

【課題】

本編では、「リスク社会」において要求される規制につき、消費者の安全のため、食品に関する食品衛生法、医薬品に関する薬事法の整備が近年大幅に改正されたことを勘案して、この「規制」のあり方について総括して論じることとする。まず、「規制」のあり方として事後規制から事前規制に重点を移すべきとの変遷があった。すなわち、従前の事後的な手法としては、事後的な許可の取消し・撤回や損害賠償ということであって、人体の被害は不可逆的な性質をもつ、代替不可能性を考えれば、その事後的対応では不十分であることが痛感される。

安全の本質、規制の対象領域の特質を踏まえた上で、安全確保を有効に行いうるものとする手法を検討し、作り出すことが最も重要であると考えている。まず、「絶対安全」から「リスク管理」へと、さらには「リスク規制」への仕組みや意識の転換の必要がある。

また、本編では、第一編で検討した「リスク社会」における認識を踏まえ、安全確保のために必要な視点を析出し、法的レベルでの規制のあり方について残された問題について述べる。最後に規制の手法を考えてゆく上では、「安全性」に対する政策的な観点、または市場における取り組みやそれを踏まえる必要があり、それを基礎として法的な観点から検討することの重要性について触れる。問題解決への出発点は、第一篇検討したリスク社会における市民の安全に対する考え方を再認識することであり、この「リスク」に対する認識の変化に焦点を当てた上、総括（結論）する。

第一章 リスク評価・管理の可能性と限界

第一節 リスク評価・管理の限界

食品安全委員会の設立後においても、リスクに対する評価の困難さがあるように思われる。すなわち、リスク分析手法の導入やリスク評価体制（食品安全委員会）とリスク管理体制（厚生労働省・農林水産省）の分離と連携がどのような実効性を持つのかという点がまだ明らかにはなっていない。

現在、食品安全委員会に食品リスク評価が求められている。その現況は、食品安全委員会に対し関係各大臣から意見を求められた案件で示せば、以下の通りである。添加物（食品衛生法）、農薬（食品衛生法、農薬取締法、水道法）、動物用医薬品（食品衛生法、薬事法）、化学物質・汚染物質（食品衛生法、ダイオキシン類対策特別措置法、水道法等）、器具・容器包装（食品衛生法）、微生物・ウイルス（食品衛生法、と畜場法）、プリオン・自然毒（食品衛生法、家畜伝染病予防法、と畜場法、牛海綿状脳症対策特別措置法）、新食品等、（食品衛生法）飼料・肥料等、（食品衛生法、飼料の安全性の確保及び品質の改善に関する法律、肥料取締法等）がある。

上記のような食品リスク評価の対象については、そのリスク評価の手法自体において理論的、実際的な問題点が多数残されている。例えば、遺伝子組み換え作物の安全性（リスク）に関して、この技術によって大量生産が可能になったが、安全性に関しては、問題を解決する鍵となるような実験はいまだに存在しない。なぜなら、生態系が複雑であるために、遺伝子組み換え作物の危険性と利益（大量生産）がもつ不確実性を評価する実験を行うことは大変困難なことであるからである。

食品リスク評価のための指標事項の多様性と特異性について確率論的な処理によってリスクの大小を定量的に判断するためには、リスクを発生させる事象の多様性と特異性が問題にされねばならない。例えば、慢性毒性が問題になる場合と急性毒性が問題になる場合のリスクの大きさが定量化できたとしても、それらの処理の優先順位をどのように対比して評価するか、またリスクの内容に関する毒性と症候

の種類が多種多様である場合に、その中、どの毒性、症候をリスク評価の直接的な、あるいは主要で優先的な対象にするか、が問題になる。

また、以前カネミ油症事件の原因物質となった PCB は同時に食品汚染物質としても問題にされてきたが、その毒性は発癌性、催奇形性、ホルモン代謝異常性、皮膚障害、肝機能障害などの急性、亜急性、慢性毒性などの広範囲、多岐にわたるものになっており、リスク評価に際しては、どの指標事項に注目するかの判断に苦慮せねばならない。まして、PCB と同じ有機塩素化学物質である農薬やダイオキシンなどの、環境、生物を介した食品汚染物質のリスク評価では、選択した毒性指標の種類や食物連鎖の評価について、現状では、いくつかの仮定を設けて、慣例的な安全率の適用を行う計算の方法などによってリスクの確率論的な数字の大小などが大きく変化してくる。

カネミ油症事件については、カネミ油症事件第一審¹(福岡地方裁判所)を紹介しておく。

第一に、この判決において、蓋然性につき以下のような判決を下した。PCB の経口摂取による被害のように、新しい疾患でその病理機序が現代科学により証明が十分ついていない場合にも、蓋然性の証明さえ可能であればその限りで損害賠償を認めてよいとされた。

第二に、食品製造業者と資材原料提供者が、いずれも民法第七〇九条により範囲を同じくする損害を賠償すべき場合には、民法第七一九条の成否を論じるまでもなく不真正連帯債務を負うこととなった。

第三に、食品製造業者の代表取締役も、その製造部門担当の有機的人的組織全体を直接指揮監督してきた者またはすべきであつた者と見うるときは、責任を負うべきであるとした。

第四に、後に別訴の提起によって混乱を生ずる虞のない限り、訴訟を迫行するについての便宜上、油症に罹患したことによる精神的・肉体的苦痛と共に、これによ

¹ 判決昭和五九年三月一六日判決、判例時報八六六号二一頁、判例タイムズ三五四号一四〇頁参照。

って生じた逸失利益、治療関係費用等の財産上の損害を（そのような損失を余儀なくされたことによる苦痛として捉え）併せて慰謝料算定の事由として主張することも許されると解すべきであるとした上、食品の安全配慮に関しては以下のように検討する。

（１）食品に要求される絶対安全性、商品経済下における消費者の安全確認の点での無力さ、被害の広汎性等を考慮するとき、食品製造業者は、その製造に当って高度の厳格な安全食品製造義務を負うべきであり、欠陥食品によって被害者が発生した場合には、それだけで食品製造業者の過失が事実上推定される。

（２）食品の安全性は危険な資材・原料等を提供する者から末端の食品製造業者までの関連業者全員の安全確保のための寄与が不可欠であるところ、PCBを熱媒体として製造販売する者はPCBの危険性を正しく指摘警告すべき注意義務があり、PCBは熱媒体として製造販売したことに過失が事実上推定されるとしたのである。

第五に、有毒な食品の製造販売による損害の賠償請求事件において、食品の製造業者は、その出荷以前に生じまたは存在した原因によって、食品に人の生命、健康を害する瑕疵を生じ、これを摂取したことによって人の生命、身体に被害が及んだ場合は、それだけでその食品を製造販売した者の過失が強く推定され、そのような瑕疵の発生存在が食品製造業者に要求される高度かつ厳格な注意義務を尽しても、予見しえなかったことが立証されない限り、右推定は覆らないというべきであるとされた。

かくして、もしも確率として算出された数字の大小に基づいて、リスクが微少であるから、という単純な理由だけで、例えば、GMO（遺伝子組み換え）食品、ポストハーベスト農薬などを認可するというような政策を実施すれば、従来それらの複合毒性についてまで厳しい態度をとってきた消費者は、決して満足することはないことを喚起してくれた事例であると思われるのである。

次に、この事例を踏まえた上、消費者保護の観点からみる「リスク社会」の取り組みについて考察する。

第二節 リスク社会における消費者保護の観点

消費者の観点から規制のあり方について検討する。規制の方法は歴史的に発展してきている。どのような方法を採用するかは規制内容の性質に応じて適切な方法が定められなければならない。このような認識の前提になる背景は、「決定者としての国家・政府」対「被影響者としての市民」という伝統的な図式に代わって、市民が専門家とともにリスクを語り、予見し、リスクへの社会的対処能力を組織的に高めようとする時代の到来である¹と考える。

日本においては、近年、消費者の安全のため、食品に関する食品衛生法、医薬品に関する薬事法の整備が大幅に改正された。まず、「規制」のあり方として事前規制に重点が移されてきた変遷に関して考察する。

従前は事後的な手法として、許可の事後的な取消し・撤回、それに損害賠償をどうするかに議論が集中してきたのであり、人体への被害の不可逆的な性質をもつ、代替不可能な安全領域について考察することが不十分であった。

以下においては、消費者の保護という観点から注目すべき点の整理を試みる。

第一に、安全性に対する情報の扱いである。まだ起きていない事故の可能性についての適切な評価をすることが望ましいが²、消費者に期待することは困難なケースが多い。そのため、事前的な手法として情報公開の保障が前提でなければならないと考えている。すなわち、情報の非対称性から議論される場合の対処手法である。

第二に、本来的に経済的な見積もりにふさわしくない生命に関する安全性についての問題は、事故発生の前段階においても何らかの規制が必要である。

第三に、消費者の見地からすれば安全性の評価が困難な場合に、一定の結論に至る評価手続の公正や透明性が安全を担保するという場合があることに注目すべきである。

¹ 長谷川公一「リスク社会という時代認識」『思想』(岩波書店 二〇〇四年七月号 No.963)一四頁参照。

² 大村敦志『消費者法』(有斐閣 一九九八年)一五二頁参照。

第四に、行政を担う行政機関は、事前規制を行うことによって、それに伴う説明義務や透明性確保によって行政に対する信頼が高まり、行政運用上のメリットがあると考えられる。

以上のような点を踏まえて、規制を効果あるものにするためには、規制者は規制を受ける側の協力を得ることが必要である。しかし、これが高じると規制者は規制される側の組織に依存するようになる。規制者の知識は、規制される側の組織がどのような情報交換の手段を選ぶか、どのような資料を提供するかによって操られ、様々な道筋を経て規制の制度自体を浸食してしまう可能性が生まれてくる。規制機関はこのジレンマに陥って、現在のところここから抜け出すことができないケースもしばしばある。

今日まで被害の発生を阻止するための規制をおこなう法令の中で、大きな効果を生み出しているものがある。例えば、「これはあまり広く知られていないようであるが、阪神大震災においてガソリン・スタンドからの出火は一件もなかったのである。これは珍しく思われる事柄であるが、消防法による規制の効果的な例¹」である。このような例の多くは、潜在的な危険性及び危険な状況が実定法上の根拠を徹底する結果であったと理解されている。

第三節 リスク管理の観点からみた近時の判例検証

第一項 筑豊じん肺事件判決²

国家賠償第一条第一項ならびに民訴法二六〇条二項による仮執行の原状回復請求事件である。本件の要旨については、以下の二つに整理することができる。

第一に、通商産業大臣が石炭鉱山におけるじん肺発生防止のための鉱山保安法上の保安規制権限を行使しなかったことが国家賠償法第一条第一項に照らし違法とさ

¹ 安全に関する緊急特別委員会「安全学の構築に向けて『安全に関する緊急特別委員会報告』」日本学術会議（平成一二年二月二八日）報告書参照。

² 平成一六年四月二七日第三小法廷判決、判例時報一九六〇号三四頁。民集五八巻四号一〇三二頁参照。

れた事例である。第二に、民法第七二四条後段所定の除斥期間は、不法行為により発生する損害の性質上、加害行為が終了してから相当の期間が経過した後に損害が発生する場合には、当該損害の全部又は一部が発生した時から進行するとされたということである。

控訴審では、炭鉱企業に対しては責任を認めた。国に対しては、一部認容だけではなく第一審と異なり、規制権限不行使による責任を認めた。これを受けて国及び炭鉱企業は上告した。

改めて事件の概略をみると、上告人の一方の炭鉱企業は、筑豊地区に所在する二瀬炭鉱、嘉穂炭鉱等を経営していた会社であり、被上告人らは、これらの炭鉱で粉じん作業に従事したことによりじん肺にり患したと主張する者又はその承継人である。被上告人らは、上告人たる炭鉱企業が、雇用者として、坑内作業場における適切な粉じん対策を講ずるなどして従業員がじん肺にり患し又は増悪させることのないように配慮すべき義務があるのにこれを怠ったと主張して、上告人に対し、安全配慮義務違反を理由とする損害賠償を求め、これが認められた事案である。

そして、上告人の国に対しては、鉱山保安法に基づく保安規制の権限を直ちに行使しなかったことが、鉱山保安法の趣旨、目的にてらし、著しく合理性を欠くとして、国家賠償第一条第一項に照らし違法であることを判示した事例である。

本件は、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効（民法第七二四条）の起算点は、加害行為が行われた時から進行するのか否かという興味ある論点が存在していた。その加害行為後においても侵害行為として国家賠償の責任を負うか否かをめぐる事例であった。

これについては、まず、雇用者の安全配慮義務違反により、じん肺にかかったことを理由とする損害賠償請求権の消滅時効は、じん肺法所定の管理区分についての最終の行政上の決定を受けた時から進行すると解すべきであるが¹、じん肺によって死亡した場合の損害については、被害者の死亡の時から損害賠償請求権の消滅時効

¹ 最高裁平成元年（オ）第一六六七号同六年二月二二日第三小法廷判決・民集四八巻二四四一頁参照。

が進行すると解するのが相当である(傍点、筆者)とした。

その理由は、被害による者が、じん肺法所定の管理区分についての行政上の決定を受けている場合であっても、その後、じん肺を原因として死亡するか否か、その蓋然性は医学的にみて不明である上、その損害は、管理¹二~四に相当する病状に基づく各損害とは質的に異なるものと解されるからであるとし、原審²の判断は、正当として是認することができ、論旨は採用することができない、とした。

じん肺法所定の管理二の行政上の決定を受けた後、一〇年以上を経過してからじん肺により死亡した元従業員に関し、管理二に相当する病状に基づく損害賠償請求権は、時効により消滅しているから、認容すべき慰謝料額は、じん肺による死亡に基づく損害の慰謝料相当額から管理二に相当する病状に基づく損害の慰謝料相当額を控除した金額とすべきであるというものである。この点についての判断は、原審の認定した事実関係の下で、原審は、当該元従業員の損害を、管理二に相当する病状に基づく損害とは別個のものであるとして、じん肺による死亡それ自体に係る損害として評価し、その額を定めたものであり、このような場合についてまで、上記の消滅時効に係る慰謝料相当額を控除しなければならないものではない、とし、原審の判断は、正当として是認することができ、論旨は採用することができない、と

¹ じん肺法第四条第二条では、粉じん作業に従事する労働者及び粉じん作業に従事する労働者であつた者は、じん肺健康診断の結果に基づき、次の表の下欄に掲げるところにより、管理一から管理四までに区分して、この法律の規定により、健康管理を行うものとする。以下はその内容である。じん肺管理区として、じん肺健康診断の結果を、管理一、じん肺の所見がないと認められるもの、管理二、エックス線写真の像が第一型で、じん肺による著しい肺機能の障害がないと認められるもの、管理三の「イ」では、エックス線写真の像が第二型で、じん肺による著しい肺機能の障害がないと認められるもの、また、「ロ」では、エックス線写真の像が第三型又は第四型(大陰影の大きさが一側の肺野の三分の一以下のものに限る。)で、じん肺による著しい肺機能の障害がないと認められるもの、管理四では、(1)エックス線写真の像が第四型(大陰影の大きさが一側の肺野の三分の一を超えるものに限る。)と認められるもの、(2)エックス線写真の像が第一型、第二型、第三型又は第四型(大陰影の大きさが一側の肺野の三分の一以下のものに限る。)で、じん肺による著しい肺機能の障害があると認められるもののことを指す。

² 福岡高裁平成一三年七月一九日判決・判例時報一七八五号八九頁参照。判例タイムズ一〇七七号七二頁参照。第一審では、炭鉱企業に対しては一部認容したが、国に対しては、棄却した。第一審は、福岡地方裁判所飯塚支部七年七月二〇日判決、訟務月報四三卷二号三三七頁、法律時報一五四三号三頁、判例タイムズ八九八号六一頁参照。

した上、通商産業大臣が鉱山保安法に基づく省令改正権限等の保安規制を直ちに行使しなかったことは、国家賠償第一条第一項の適用上違法であるとしたのである。

この事例は、損害賠償請求権の除斥期間の起算点は、加害行為が行われた時から進行するという判断により、除斥期間により、免責されてきた国（行政機関）に継続的な「管理」を働きかける点で、リスク社会における行政の「積極的」な介入と責任を明確にした視点は従前の国家賠償の違法性をめぐる問題とは異なり、相当発展したと評価できる。次項では、水俣病事件に目を伝ずる。

第二項 水俣病事件（損害賠償・仮執行の原状回復等請求事件¹）

水俣病の患者であると主張する被上告人らが、上告人らは水俣病の発生及び被害拡大の防止のために規制権限を怠ったことにつき国賠法一条一項に基づく損害賠償責任を負う²として、上告人らに対し、損害賠償を求めた事案の上告審において、原審³が、昭和三五年一月以降、上告人らが本件工場の排水に関して規制権限を行使しなかったことが違法であり、水俣湾周辺海域の魚介類を摂取して水俣病になった者及び健康被害の拡大があった者に対して国賠法上の損害賠償責任を負うとした判断は、正当として是認することができるが、昭和三四年一二月末以前に水俣湾周辺地域から転居した本件患者らのうち八名に係る損害賠償請求を一部認容したのは、因果関係の存否の判断につき、法令の違反があるとされた事例である。

国と県の責任については、次のとおりである。

第一に、特定の公共用水域の水質の汚濁が原因となって、関係産業に相当の損害が生じたり、公衆衛生上看過し難い影響が生じたりしたとき、又はそれらのおそれがあるときに、当該水域を指定水域に指定し、この指定水域に係る水質基準（特定

¹ 平成一六年一〇月一五日判決、裁判所時報一三七三号四頁参照。

² 控訴審において原審で認容された賠償請求を取り消され、認容額を減額された原告らは、被告会社に対し、給付を受けた部分を賠償する義務があるとした事例。大阪高等裁判所（控訴審）平成一三年四月二七日判決、訟務月報四八巻一二号二八二一頁、判例時報一七六一号三頁、判例タイムズ一〇五号九六頁、判例地方自治二二〇号七九頁参照。

³ 平成六年七月一一日判決、判例タイムズ八五六号八一頁、判例時報一五〇六号五頁、判例地方自治一二五号三四頁、訟務月報四一巻八号一七九九頁参照。

施設を設置する工場等から指定水域に排出される水の汚濁の許容限度）を定めること、汚水等を排出する施設を特定施設として政令で定めることといった水質二法所定の手続が執られたことを前提とした。

第二に、主務大臣が、工場排水規制法七条、一二条に基づき、特定施設から排出される工場排水等の水質が当該指定水域に係る水質基準に適合しないときに、その水質を保全するため、工場排水についての処理方法の改善、当該特定施設の使用の一時停止その他必要な措置を命ずる等の規制権限を行使するものである。そして、この権限は、当該水域の水質の悪化にかかわりのある周辺住民の生命、健康の保護をその主要な目的の一つとして、適時にかつ適切に行使されるべきものである。

要するに、前記の事実関係によれば、昭和三四年一二月末の時点で、昭和三一年五月一日の水俣病の公式発見から起算しても既に約三年半が経過しており、その間、水俣湾又はその周辺海域の魚介類を摂取する住民の生命、健康等に対する深刻かつ重大な被害が生じ得る状況が継続していたのであって、上告人国は、現に多数の水俣病患者が発生し、死亡者も相当数に上っていることを認識していたこと、上告人国においては、水俣病の原因物質がある種の有機水銀化合物であり、その排出源がチッソ水俣工場のアセトアルデヒド製造施設であることを高度の蓋然性をもって認識し得る状況にあったこと、上告人国にとって、チッソ水俣工場の排水に微量の水銀が含まれていることについての定量分析をすることは可能であったことといった事情を認めることができる。なお、チッソが昭和三四年一二月に整備した前記排水浄化装置が水銀の除去を目的としたものではなかったことを容易に知り得たことも、前記認定のとおりである。

よって、同年一二月末の時点において、水俣湾及びその周辺海域を指定水域に指定すること、当該指定水域に排出される工場排水から水銀又はその化合物が検出されないという水質基準を定めること、アセトアルデヒド製造施設を特定施設に定めることという上記規制権限を行使するために必要な水質二法所定の手続を直ちに執ることが可能であり、また、そうすべき状況にあったものといわなければならない。

そして、この手続に要する期間を考慮に入れても、同年一二月末には、主務大臣

として定められるべき通商産業大臣において、上記規制権限を行使して、チッソに対し水俣工場のアセトアルデヒド製造施設からの工場排水についての処理方法の改善、当該施設の使用の一時停止その他必要な措置を執ることを命ずることが可能であり、しかも、水俣病による健康被害の深刻さにかんがみると、直ちにこの権限を行使すべき状況にあったと認めるのが相当である。また、この時点で上記規制権限が行使されていれば、それ以降の水俣病の被害拡大を防ぐことができたこと、ところが、実際には、その行使がされなかったために、被害が拡大する結果となったことも明らかである、とした。

結果的に、昭和三五年一月以降、水質二法に基づく上記規制権限を行使しなかったことは、上記規制権限を定めた水質二法の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、著しく合理性を欠くものであって、国家賠償法一条一項の適用上違法というべきである。

したがって、同項による上告人国の損害賠償責任を認めた原審の判断は、正当として是認することができる。この点に関する上告人国の論旨は採用することができない、とされた。

次に、上告人県の責任については、熊本県知事は、水俣病にかかわる前記諸事情について上告人国と同様の認識を有し、又は有し得る状況にあったのであり、同知事には、昭和三四年一二月末までに県漁業調整規則三二条に基づく規制権限を行使すべき作為義務があり、昭和三五年一月以降、この権限を行使しなかったことが著しく合理性を欠くものであるとして、上告人県が国家賠償法一条一項による損害賠償責任を負うとした原審の判断は、同規則が、水産動植物の繁殖保護等を直接の目的とするものではあるが、それを摂取する者の健康の保持等をもその究極の目的とするものであると解されることからすれば、是認することができる。この点に関する上告人県の論旨を採用することはできない、としたのである。

かくして、本事件では、国に対して規制権限を定めた水質二法の趣旨、目的や、その権限の性質等に照らし、規制権限の不行使は著しく合理性を欠くものであって、国家賠償法一条一項の適用上違法になるとされたことは評価できる。しかし、本

件のような事例について、「リスク管理」の視点から考えると、例えば、工場から海水に排出された無機水銀が海のプランクトンや魚の食物連鎖を経て、有機水銀に変化し、魚に蓄積されるメカニズムなど、当初は誰も知らなかったが、後に、多数の犠牲者を出すまでに行政の責任が免除されることになってしまう。このような場合、どの程度リスクを管理してゆくべきかを検討しなければならない。

その解決案として、本件では、水俣湾またはその周辺海域の魚介類を摂取する住民の生命、健康等に対する深刻かつ重大な被害が生じ得る状況が継続していたのであって、上告人国は、現に多数の水俣病患者が発生し、死亡者も相当数に上っていることを認識していたことから出された結果にすぎないことを考えれば、「リスク社会」における安全(規制)管理のあり方として、今後起きうる「リスク」に関して、この判決から応用し得る点があるか否かは、課題を残しているといえよう。

第二章 リスクと自主規制

第一節 自主規制の一般的な認識

行政組織で行うべき安全管理の運営を全て規制当局の規制に任せることは、規制側の人的・財政的資源の負担を大きくするだけでなく、実質的にも大きな効果をおよぼすことはできないときもしばしばある。

それを改善するためには、規制を受ける側が当該規制を受ける前に安全作業を遵守する必要性を自覚し、自主的に規制を行うようにならなければならない。とくに、欧州の多くの先進工業国では、BSE を契機に安全関連法令の制定の仕方が大きく変わってきた。日本においても近時の食品・環境に関する意識が高まり、欧州と同様、BSE 事件の後、食品に関する諸法律の改正が行われた。

従来¹の企業者にとってみれば、安全確保のために採用すべき手段や基準が法律に個別的に規定されていれば、それを厳守している限り、被害が発生しても責任を問われない。しかし、人体被害を発生させてはならないとの規定になっていれば、企業は常に最先端の科学技術でもって被害の発生を防止しなければならなくなる。

このような観点から、安全に経営目標を達成するための手段を指定するといった法律¹規定が要求される。つまり企業側は、具体的な安全目標を達成させようとするような枠組みに移行してゆく必要がある。このような観点から注目されるのが「自主規制」である。

個人あるいは組織が実施すべき個々の作業ステップを規則として定めるのではなく、企業自ら必要とされる安全管理の実施を義務付けるものである。例えば、日本では電力事業の規制緩和の一環として電気事業法の改正が行われたが、設備の安全管理についてはこの原則が取入れられている。工業生産における品質管理ではこの考え方は既に先取りされており、品質は検査で確保するのではなく、工程で作り込むものであるとする考え方が定着している。この考え方による品質管理が品質を

¹ 従来の許認可を中心とする法的仕組みとは異なり、「リスク規制」を前提する法の仕組みを指す。

確実なものにしたことは否めない事実である。

しかし、この自主規制の方法には限界がある。従来、金融業界などで発生する事故の多くは当事者の不正により発生する。さらに、同じ業界組織ぐるみの違法な行為に対しては、自主規制は効果がなく、監査は別の組織によって行われなければならない課題を抱えている。

また、自主規制が困難な領域・事項及び原子力、薬害など事故が発生すれば、社会的影響が大きい事項については逆に厳重な監査が必要で、自主規制に馴染む領域と馴染まない領域に区分けしていくことが必要である。とりわけ安全法分野（上記の食品・環境・薬品分野）においてはリスクの評価、リスク管理、リスク分析を以前より強化し、規制緩和の対象とすることなく、リスク規制の対象として扱うべく、法的措置を講じなければならない重要な課題¹があると思われる。

しかし、規制対象の性格を考えないままに行なわれる規制・監査は効果がないばかりでなく弊害をもたらす場合も考えうる。当然のことであるが、「生存権」などのような法的権利としての軸を強調すると、監査者は常に国民に代って公衆の安全・健康及び福祉を確保する立場にあることの自覚と使命感を持ち、抜打ちな監査も必要に応じて行われるべきであると考えからである。すなわち、危険の除去を共通の目的とする「特別立法は、実質的な『Polizei』概念の手かせ足かせから脱却し、危険除去の任務と多数の他の目的を同等のものとした²」のである。

自主規制が適当と思われる事柄でも、規制を受ける側が自主規制の意味を正しく理解して、文字どおり「自主的」に規制を行う用意がなければならない。自主規制の内容を軽視し、または誤解して実施するときに市民に与える弊害は深刻な状況に陥る危険性もある。

また、自主規制を徹底することによって規制当局の負担を軽減するものになると

¹ このような場合、監査において何を厳重に行わなければならないか、これまでの事故の発生原因を監査の不適切さの観点から分析し、監査技術を改善していく仕組みが必要である。

² 今村哲也「Polizeiの意味について」『一橋研究』（一橋大学大学院 第七巻第三号 一九八二年）六二頁参照。

は一概にいうことはできないように思われる。自主規制においては、規制を受ける企業者は、その組織内で固有の安全プログラムを策定し、それを実施することになる。この安全プログラムの妥当性についての評価は審査員の安全に対する幅広い知識と経験を必要とするために、これに対応できる審査員が必要となる。

さらに、規制者はその安全プログラムがその事業者の活動として妥当なものかどうか、及びそのプログラムを確実に実行しているかどうかについて管理または審査を行うことが必要となる。自主規制は規制者の負担を軽減するというのではなく、実質的にその効果が大きいかどうかという観点から検討されなければならない。

かくして、自主規制は公的規制（典型的な規制）であった許認可のような規制に代わる効果的な手法という側面を持っている。しかし、注意しなければならないことは、事柄によっては、性急に自主規制のシステムにもっていくのではなく、段階的に推進する場合があることである。例えば、規制の実施により市場の失敗を是正する方法として活用できる。規制者と非規制者の相互にとっての効果的な規制として枠組み的な法律（PRTR）を経て、自主規制を誘導する方法も重要であろう（法律の背景とした自主規制のタイプ）。

第二節 自主取り組みの状況

一九九〇年代に入り、品質管理の分野では国際標準化機構（ISO）によって制定された ISO9000 規格に基づき供給者の品質管理能力を第三者が審査し、その能力が認められた組織は審査登録機関に登録されるという制度が国際的に行われるようになった。

これと同じ制度が ISO14000 規格に基づいて環境管理の分野でも実施され、将来はこれらの分野以外にも拡大されようとしている。ISO 規格は強制規格ではなく、これを採用しなくても法律や条令等に違反することにはならないが、一般の商取引において、供給者の事業者が ISO 規格に適合していることを購入者が要求事項に組込むと、供給者においてはこれの実施はビジネスの面から必須事項になる。

グローバル化の進展にともない、各国によって異なる規制が商取引にお

ける非関税障壁とみなされ、これの撤廃が WTO での主要な検討事項として取上げられている状況において、ISO 規格と第三者によるその適合性の審査登録制度は WTO によって国を超えた新しい規制の方式を作り出している。

そして、国際的審査の一つの形態としてピア・レビュー（peer review）がある。ISO9000あるいはISO14000などに基づいて審査を行う審査登録機関の能力を認定する認定機関が各国ごとに存在するが、この認定機関の認定能力を審査するために認定機関が集まって相互に仲間を審査し合う制度が行われている。一九九九年に日本の原子力に関連するいくつかの企業が集まってニュークリア・セイフティ・ネットワークが設立された¹。

この自主的取り組みは、原子力産業界に携わる企業および研究機関等の自主参加による民間主体の任意団体として、同業者が互いに安全に関するピア・レビューを行うことを内容とする。相互評価（ピア・レビュー）とは、第一に、WANO（世界原子力発電事業者協会）のピア・レビュー手法等を参考に、原子力安全に関する会員間の共通課題についてピア・レビューを実施する。第二に、ピア・レビューは、会員の専門家により構成したチームにより、会員の事業所を相互訪問し、課題の抽出や良好事例の水平展開等を実施する。第三に、核燃料物質や放射性廃棄物を取扱う施設を有する会員の事業所のピア・レビューを先行して実施し、二年程度を目途に一巡することを目標とする。

このような厳格な相互評価が行われれば、この活動はそれぞれの組織の安全推進に大きく貢献するものとなると期待される。

第三節 規制再構築とリスク介入の関係～規制手法の多様化を中心に～

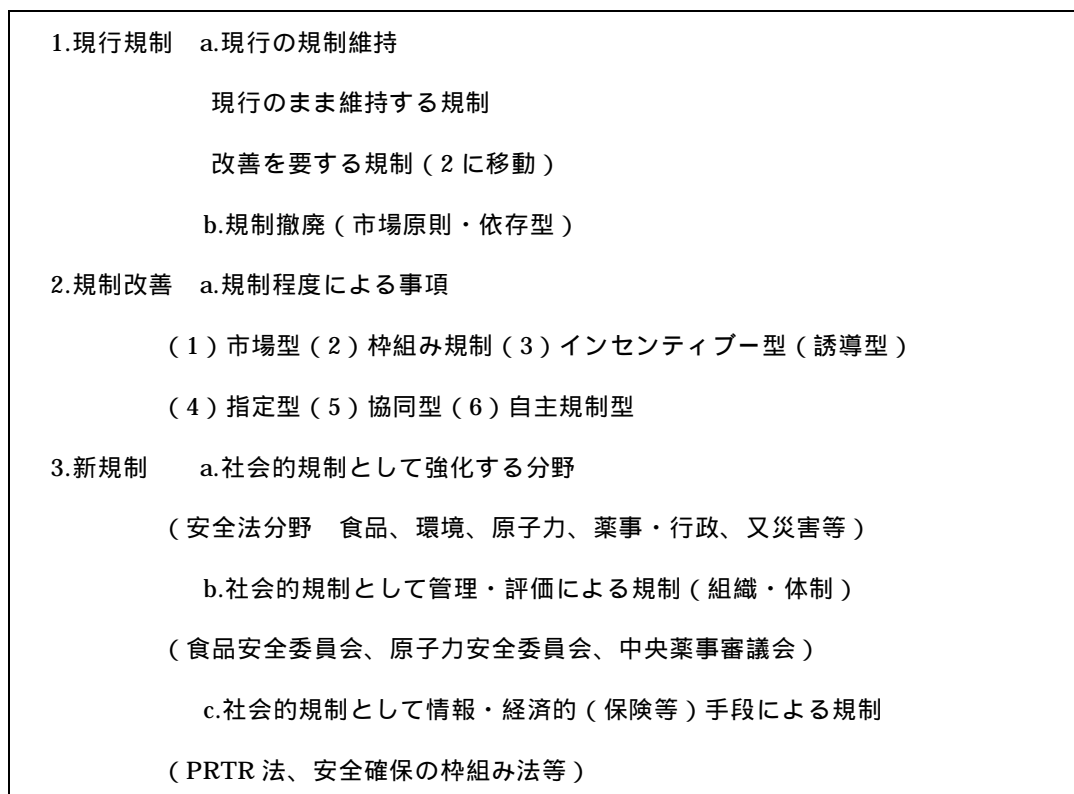
規制緩和をめぐって議論されたところであるが、規制手法の再検討は、規制を撤廃すべき事項や規制の改善のみを念頭におく事項、または新型の規制（リスク規制含む）を考えるべき事項などの差異を踏まえた検討が必要であると考えられる。

¹ 以下のホームページを参照。 <http://www.nsnet.gr.jp/topics/index.html>（原子力の安全を追求する相互交流ネットワーク）

そもそも規制は、ある時は抑制しそしてある望ましくない活動の発生を防げる活動として想起される事がある。また、規制作用が権能を付与する活動かまたは促進的な活動であるとして想起させることもある¹。すなわち、近時の経済分野における規制緩和の潮流は、規制のマイナスの面を強調し、従来の規制を撤廃することに意義があるとの議論がなされている。しかし、上記のように、規制の性質に着目すれば、いわゆる「規制の再構成（reregulation）」することに意義があると思われるのである。

まず、現行の規制を維持していくのか或いは新型規制として分類し運用していくのかを明確にした上で、行政運用に反映していくべきである【図 参照】。

【図 規制類型の再編成の流れ】



¹ Robert Baldwin and Martin Cave, *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press (1999) .p2.

とりわけ、国民の健康・安全に関わる行政領域では、このように規制の再構成を把握するために、リスク社会に合致するリスク規制の法制度が図れるような体制を整えるべきであると考えている。

さらに、一般的に、市場失敗¹(market failures)という原因が究明されているなか、ここでは政府による規制の失敗に基づく規制撤廃の流れで議論された規制緩和について検討する。規制を撤廃すべき事項、規制の改善のみを念頭に置く事項、新型規制(リスク規制含む)を考えるべき事項に分類して検討する必要があると考える。このように、現行の規制を維持していくのか或いは新型規制として分類し運用していくのか、明確にした上、行政運用に反映していくべきであると考え

る。

次に、市場における取り組みについて考察する。近年、市場における規制緩和の潮流から、自主規制への転換が見受けられるが、内在的な克服の手段として、オペレーションの検査が注目される。まず、オペレーションは様々な意味として使用されているが、ここでは社会現象に底流する構造を解明し、そこに広義の法則性を発見して、その法則性に基づく手法を展開することとして使う。法則性の発見という点では自然科学はすでに長い歴史と数多くの実績をもっており、民間企業の場合、利益最大化、費用最小化という目的があるのに対して公共企業体では公益の最大化という目的として使う場合が多い。

ここでのオペレーションの検査は、「安全性」の確保のため、方法・体制の検査、資格の検査に分けられるとする意味を前提に取り扱う。すなわち、「管理についての検査と使用についての検査に大きく分かれる²」。しかし、現在食品については、オペレーションの検査がない。その理由は、商品の使用に伴う危険を被るのが使用者本人である、との説明がある。

¹ 市場の失敗の要因は、公共財、経済の外部性、情報の不完全、不確実性、リスクが存在してからであるとする。植草益ほか『現代産業組織論』(NTT出版株式会社 二〇〇二年)二三二頁参照。

² 城山英明ほか「安全法システムの分野横断比較の試み～安全法システムの制度設計手法の構築に向けて～」(社会技術研究論文集 Vol.1 二〇〇三年)一六八頁参照。

日本においては、行政機関によるオペレーションの検査は二〇〇五年四月一日付で改正薬事法に基づく登録認証機関として厚生労働省に登録され、運用されている。その根拠は、施行される改正薬事法において、指定管理医療機器及び指定体外診断用医薬品は、製品ごとに定められた適合性認証基準及び基本要件に適合していること、並びに製造所の品質マネジメントシステムが ISO 13485:2003 に基づいて定められ、省令に適合していることを、行政当局から独立した登録認証機関が審査し認証する。

とりわけドイツの場合、TÜV (Technischen Überwachungs-Vereine) は、所管行政機関を横断して、様々な分野における検査業務を行っているという特色があり¹⁾、民間による検査業務の経験を共有化できる仕組みになっている。典型的な例がドイツの原子力分野である。

食品に関して検査体制は、食品衛生上の危害は事後的救済を図ることができないケースも多いことから、極めて慎重に対処すべきものと考えているが、食品衛生に係る検査については、件数が膨大であることもあり、原則として、民間法人による自主検査に委ねられている。

まず、前述したところであるが、検査命令制度(指定法人)については、食品衛生法第一五条に基づく検査は、特定の種類の食品について、有害物質の混入等が発見された場合であって、食品を加工した者の検査能力等からみて、当該食品について引き続き同様の問題が生じるおそれがあるという食品衛生上看過できない場合に公益法人たる指定検査機関において行われるものであり、このような検査は、営利を目的とする民間法人に行わせることとすると、国民の食品衛生に対する不安を払拭できないおそれがあるが、経済的な利益に片寄らない範囲において企業のノーハウを活性化する意味で、自主規制の発展に繋がり、最先端の科学技術を市民に反映できるメリットがある。

公正性の確保をどのように運営しているかについては、食品衛生法第一五条に基

¹⁾ 城山英明ほか「安全法システムの分野横断比較の試み～安全法システムの制度設計手法の構築に向けて～」(社会技術研究論文集 Vol.1 二〇〇三年)一六九頁参照。

づく命令は、行政処分であることから、これに伴う検査についても、公正性確保のため本来行政庁が行うことが望ましいが、年間三万四千件に及ぶため、指定検査機関制度を導入しているところである。指定検査機関は行政庁と同等の公正性が要求されるため、営利を目的としない公益法人に限っている。

【表 食品検査検定制度】

	現状	問題点	改善策
基準	法律に基づき、厚生労働省省庁が独自に決める。	国際整合性がない独自の基準になりがち政省令・通達等により詳細に規定するため技術進歩に追従しにくい。	国際規格の活用等
検査	政府又は政府を代行する者の検査の受検を義務付ける。	検査業務独占に伴う弊害の発生（コスト・サービス上の問題）本来の事業者責任意識の希薄化と、事後チェックの不徹底	自己確認・自主保安化、第三者検査化等事前規制から事後チェックへの転換（事後チェックの拡充・強化とその厳格な実施）

検査検定制度に係る現状と問題点・対応の方向の図1を参照。[行政改革推進本部規制改革委員会「横断基準認証分野における検討結果の中間的整理 - 行政改革推進本部規制改革委員会第4WG・横断基準認証分野 - 」(平成一一年一〇月)]から引用。検査検定対象の指定、性能規定化等の検査検定基準の枠組み、事後チェックの拡充・強化等の対応の方向についても見解を示す。

民間法人への委託民間法人が検査を行って問題が生じた具体的事例としては、平成一〇年五月に起きた北海道産のイクラ醤油漬けによる大量食中毒事件が挙げられる¹。この事例では、民間法人の検査機関が、データを改ざんしており、また、警察

¹ 行政改革推進本部規制改革委員会「横断基準認証分野における検討結果の中間的整理 - 行政改革推進本部規制改革委員会第4WG・横断基準認証分野 - 」(平成一一年一〇月)

の捜査に際して、証拠隠滅容疑で送検されたのである。このように、民間法人への委託に伴う困難については、仮に、民間法人に行わせることとした場合、営業者との関係等から検査の公正性が確保されないおそれがあること、また、公正性を確保するためには、公益法人と同等の経営内容や事業に対する行政の監督を必要とすることから、民間法人に行わせることは極めて困難である、との指摘がある。

安全に関する問題を経済的な側面から見る限り、商品による被害が金銭的補償で済むケースはあるものの、食品のように、商品が人体への障害をもたらす場合を備えていなかったため生じうる損害は、商品が安全性の確保の観点から問題となるのである。

しかし、近年、地方自治法改正に伴い、各地で「指定管理者」制度が運用されている。要するに、地方自治法の一部を改正する法律が平成一五年六月に公布され、同年九月から施行された。これを受けて、「公の施設」(福祉施設・体育施設等住民が利用する施設)の管理について、地方自治体が直接行わない場合の手段としては、従来の「管理委託制度」から「指定管理者制度」に移行する事になる。このような動きは経済的な側面からは歓迎される制度であるが、上記に述べたように、人体の障害である場合を備えていなかったため生じうる損害に関しては、民間による管理が安全性の確保の観点から問題になるときに、対応策も十分議論した上、実施することが望ましいと思われるのである。従来のような特定管理者によって行政が捕囚されない仕組みを検討した上で、実施すべきであると考えられる。

第四節 リスク介入(規制)と比例原則

元来、比例原則とは、達成されるべき行政目的とそのためにとられる手段(措置)との間に合理的な比例関係が存在することを要請する原則である¹。すなわち、国民の権利または自由を制約するときに、その規制目的を権利・自由の制

を参照されたい。

¹ 芝池義一『行政法総論講義(第三版)』(有斐閣 一九九八年)八五頁参照。

約の必要性の程度が見合うように公権力の行使がなされなければならない、という原則(憲法一三条・比例原則)である。言い換えれば、国民の権利または自由を制約する際には、必要かつ最小限の手段が用いられなければならない、ということである。また、必要性の原則、過剰禁止の原則ともいう。

元々公権力の行使について適用されてきた比例原則は、法的行為形式の如何を問わず、公行政に対する拘束原理として妥当するものと解されてきた¹。

しかし、科学的不確実な問題について比例原則を適用する際には、大きな困難に直面する²と思われるが、ある許認可によって環境・食品のリスクに関する危険・リスクの配分を行う必要性があるという観点からすれば、理論的には、その適用を否定するものではないと思われる。

リスク規制の観点からみた場合、例えば、食品リスクを解釈する際に用いられる、食品衛生法の目的は、食品の安全性の確保のために公衆衛生の見地から必要な規制その他の措置を講ずることにより、飲食に起因する衛生上の危害の発生を防止し、もって国民の健康の保護を図ることを目的とする(食品衛生法第一条)、としており、食品の安全性の確保のための施策の充実を通じて市民の健康の保護を図ることである。この法律の対象は、食品のみならず、器具、添加物、容器包装など食品の製造、販売、輸入に及ぶ広範な規制を意図している。さらに食品安全に関する情報の提供を促進していることから、十分消費者側に有利な解釈が可能になるとと思われる。

従来比例原則から見た場合、リスク介入(リスク規制)という手法を用いる意義との関連でいうと、「情報の提供を促進」すべしとの議論の場面はいかなる場合に説明されなければならないかということになる。

例えば、あるリスク的な介入や情報的手法を用いて行う行政行動とそれに従

¹ 塩野宏『行政法』(有斐閣 二〇〇四年)三六頁参照。また、一般論としての比例原則については、高橋滋「実体公法の復権論によせて」高柳信一先生古希記念論集『行政法学の現状分析』(勁草書房 一九九一年)五五頁参照。

² 大塚直「未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ(6) 今後の課題(2)」『法学教室』(No.290 二〇〇四年)八七頁参照。

う相手または被規制者はどのような義務を負わなければならないかが検討課題である。従来、リスクに関する情報を持つ者の「既得権」は「比例原則」によって制裁は保護されたのである。

しかし、このような原則(比例原則)はリスク社会においては如何なる説明ができるかを問われる。法としての合理性を保つために、リスク規制に対する比例原則は、以下の三つの要素を検討しておく必要がある。

第一に、「比例原則」の適合性が問われる。すなわち、目的を達成するために役立つ措置でなければならない¹。

第二に、規制を必要性とする「比例原則」とは何かである。すなわち、目的を達成するために必要な措置であることではなければならない²とすれば、従来の規制手法は、国民への権利の制約が強力であるために、それを発動するには、法律の根拠のみならず実質的で科学的な根拠が要求され、危険の解明に多くの時間と行政資源が要求され、規制が遅延あるいは断念されることが少なからず存在してきた³。

第三に、措置による被害が目的たる利害と均衡を失っていないことを要求するという比例性が求められる⁴が、この「比例性」という意味には、従来の規制手法の補完的に利用可能になる場合がある。機動性の欠如を補完するものとして、情報提供手法を位置づけることができる。

これらを検討することによって、情報提供手法を義務付ける手法が考える。従来この手法は、行政機関の負う科学的根拠の証明負担も緩和される手段として使われたが、環境リスクの情報がたとえ不確かなものであっても、そのこと自体を一つの情報として提供し、規制としての機能をもたせ、規制の遅延や断念から生じる問題に対応することが可能になる⁵。

¹ 大塚直「未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ(6) 今後の課題(2)」『法学教室』(No.290 二〇〇四年)八六頁参照。

² 大塚直・前掲注(1)八六頁参照。

³ 黒川哲志『環境行政の法理と手法』(成文堂 二〇〇四年)八五頁参照。

⁴ 大塚直・前掲注(1)八六～八七頁参照。

⁵ 黒川哲志・前掲注(3)八五頁参照。

かくして、リスクに関する比例性の場合には、施設ごとにその適用を問題にするのではなく、施設類型ごと、地域全体ごとに考慮し¹、比例原則の基準として、マクロ的側面から実施・運用することも一つ考え方であると思われる。

このような意味では、情報提供という見地から「新たなリスクに直面するとき、従来型の行政的コントロールは多くの場合、機能不全に陥ってしまう²」ことになることから、比例原則の保護対象を市民(国民)側に有利な解釈が必要であると思われる。不確実な状況の下での情報提供が可能な仕組みこそが「リスク社会」に求められる生存権³との確保に必要な手段と位置づけられよう。

¹ 戸部真澄「ドイツ環境行政におけるリスク規制(下)」『自治研究』(第七八号 第七一二号)一二三頁参照。また、大塚直「未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ(6) 今後の課題(2)」『法学教室』(No.290 二〇〇四年)八七頁参照。

² 中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明編『現代法の展望 - 自己決定の諸相 - 』(有斐閣 二〇〇四年)二五五頁参照。

³ 西鳥羽和明『情報公開の構造と理論』(敬文堂 二〇〇一年)二一一頁参照。

第三章 総括（結論）

一 法解釈上の課題（リスク規制の観点）

従来の作用法的な側面からは、リスク社会に対応できない解釈上の限界を論じてきた。今後一層このような行政の責任の帰結をめぐる議論が活発になると思われる。

リスク社会における法的な解決手段として、限定的ではありながら、附款を用いることや様々な規制手法を活用することで柔軟に行政運用上、実施していくことが望ましいと考えられる。また、本稿で検討した自主規制の役割も大きいと思われる。さらに、憲法上の議論の一つである、法の定め方に関する条件プログラムの構成と目的プログラムの構成をめぐる従来の議論を、今一度リスク社会という状況の中で再検討してみる必要がある。

【表 法律 Program（プログラム）的規定】

規 制	条件プログラム 一定効果の発動要因（条件）として確定する 法の構成要件等にあてはまるか否か問われる
	目的プログラム 結果の実現のため行動を整序する 現在で判断した将来（未来）を想定するもの

すなわち、従来の法律は要件と効果を規定するタイプの条件プログラムの構成で作られてきており、これは過去志向的あるいは権力志向的な要素を有するものとして説明されてきた。条件プログラムは、行政の決定様式からいえば、法の機械的執行型であるといえる。このような規定構造は法解釈にも大きな影響を与えてきた。

その反面、それに対し、計画法などに典型的に見られるように、行政目的のみを明示し、それを実現する手法は多様な選択を認めるというタイプの規定構造をもつ。この目的プログラムの構造の法は、将来志向的な性質を持ち、法律の実現のため法の目的や関連法規等を考慮することがその狙いであるといえる。

しかし、後者の短所として、行政決定に対する正当性・結果責任が生ずることが

看過されがちになるというところにある。

条件プログラムは、予測可能な法分野においては、適合的なものであるが、予測不可能な法領域においては、目的プログラムとの融合が望ましいのではないかと考えている。

次に、本論文を通じての総括であるが、以下の表のような説明が可能になるろう。

【表 警察介入とリスク介入（規制手法と人権保護対象）】

規制対象	残存リスク	リスクの限界	リスク概念	危険の限界 警察概念の限界	危険概念 警察概念
措置手法	安全確保 純粋な管理手法	情報提供、行政 間連帯、自主規 制、行政指導、 届出	技術水準による 予防措置必要	危険軽減、事前 措置考慮	予防措置・除去 義務・事後救済
介入性質	管理形式・積 極的要求	管理形式 積極的	積極的規制	考慮的 配慮的	消極的規制
保護範囲	リスクが零 か或いは 未知の領域	広範囲 (全国・世界) 新科学物質等	団体訴訟・集団 訴訟(リスク介 入・概念)消費 者	第三者関係拡大 (警察介入の拡 大) 環境+公害	公害(警察介入)
基本権	不可抗力(現 時点) 時期 の問題現段 階	保護不可の場合 リスク管理・ 情報開示の義務	実質的生存権	20C 生存権 (現代の諸憲 法)	以前 自由権 戦後 生存権

私見では、規制の対象である危害を発生させる原因となる事実は大きく三つに分けられる。すなわち危険概念、リスク概念、残存リスクがそれにあたる。そして、危険概念とリスク概念の間に危険の限界（警察概念の限界）と呼びうるグレーゾー

ンがある。同様に、リスク概念と残存リスクの間にもグレーゾーンが考えられる。

リスク規制は、学問的に析出されて承認されるまで、実質的な生存権の確保の観点からの「警察規制の積極化」という形で表現され対応が模索されてきた。しかし、このような対応では限界があり、なかでもリスク社会論に対応したリスク規制への要請の認識がないところで、警察規制の積極化には限界があった。

さらに、「リスク概念」に基づく規制のあり方のベースにある基本権が、生存権であることに異論はないが、リスク社会の認識を基礎にすれば、警察概念に基づく「生存権」認識よりも「積極的」な生存権概念、すなわち「実質的生存権」という表現をもつものを基礎にすべきである。

食品分野のリスク防御の立場からいえば、消費者においてはその安全性を確かめる方途を有しないこと、しかも、一旦大量生産、流通、消費される食品に起因する事故が発生するときは、その被害は広汎かつ深刻なものとなる。それ故食品の安全性の確保につき単に食品製造業者に私法上高度の注意義務を負わせるのみでは不十分である。そして更に、食品に起因する衛生上の危害の発生の防止を目的として行政庁がさらに「積極的」に行政的規制等の権限を行使することができる点に鑑み、食品製造等にかかる行政的規制に際しては、食品に起因する事故を防止するという目的の達成のため、徹底的な安全性が要求され、安全性に対し些かでも疑問のある食品は規制する、いわば「疑わしきは規制する」との原則が妥当するものと解すべきであろう。

二 行政手法の変化（手続・救済から見たリスク規制）

リスク分野における手続という観点から幾つか指摘しておきたい。

まず、産業の振興とリンクした参入規制型の「行政規制」は典型的な従来型のタイプであるが、事前手続の変化として、ルール設定、ルール遵守の監視型の「行政規制」（改正食品安全法関連）が存在している。また、認証制度（指定制度）のような HACCP、ISO9000（民間の第三者による認証制度）が活発に行われている。

次にリスク規制というタイプには、以前よりも事後規制の強化を必要とする場合

がある。例えば、食品衛生法第二二条～第二四条の根拠で見られるような監視体制の強化がそれにあたる。

さらに、分散型規制から一体型規制への転換といった消費者中心的な救済制度の整備である。近時の消費者保護の観点を強調する救済手段は様々であるが、以下のように整理できる。第一に製造物責任法（PL法による救済）、第二に民事裁判による救済としては明確なものであるが、公序良俗に反した契約違反を理由とする救済、他人の利益を違法に侵害した場合にだけ損害賠償を請求することができる。第三は JIS 規格「苦情対応マネジメントシステムの指針」（二〇〇〇制定）による救済があり、第四に裁判外の第三者機関による紛争解決（ADR）による救済制度である。さらに、公法上の課題（国民・市民の健康権）としては、改正行政事件訴訟の原告適格の拡大によって救済の道が広がったか否かに関して検討を要する。

参考資料(文献)・付録(資料)

【第一編】

- ・阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣 一九九七年)
同『行政の法システム(上)』(有斐閣 一九九二年)
- ・磯崎辰五郎『行政法(総論)』(青林書院 一九五五年)
- ・今村哲也「Polizeiの意味について」『一橋研究』(一橋大学大学院 第七巻第三号 一九八二年)
- ・大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」『現代行政の行為形式論』(弘文堂 一九九三年)
- ・佐藤英善「経済行政と法律による行政の原理」『経済行政法』(成文堂 一九九〇年)
同『行政法総論』(日本評論社 一九九四年)
- ・塩野宏『行政法』(有斐閣 二〇〇四年)
同『行政法』(有斐閣 二〇〇四年)
同『行政法』(有斐閣 二〇〇四年)
同『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣 一九九一年)
同「法律による行政の原理 法律留保を中心とする」『法治主義の諸相』(有斐閣 二〇〇一年)
- ・杉村敏正『行政法総論上巻』(有斐閣 一九六三年)
- ・商事法務研究会『「消費者の安全のあり方に関する研究会」報告書』(内閣府国民生活局 二〇〇三年十一月)
- ・高田敏「法律による行政の範囲」『広島政経論集一三巻五・六号』(一九六四年)
- ・田中二郎『法律による行政の原理』(酒井書店 一九五四年)
同『行政法総論』(法律学全集6 有斐閣 一九六八年)
- ・高橋滋「取消訴訟の原告適格の拡大」『詳解改正行政事件訴訟法』(第一法規 二〇〇四年)
- ・中川丈久「行政活動の憲法上の位置付け 法律の留保論の多様性、およびアメリカ行政法における法律の留保について」『神戸法学年報』(第一四号 一九九八年)
- ・原田尚彦『行政法要論〔全訂第三版〕』(学陽書房 一九九四年)

- ・松戸浩「法律の法規創造力の概念について」『法学』(六七巻五号 東北大学法学会 二〇〇四年)
- ・平野仁彦「法の形成と『公共的理性』」田中成明編『現代法の展望 - 自己決定の諸相 - 』(有斐閣 二〇〇四年)
- ・藤田宙靖『行政法 (総論)[第四版]』(青林書院 二〇〇三年)
同『行政法学の思考形式』(木鐸社 一九七八年)
- ・柳瀬良幹『行政法教科書』(有斐閣 一九六九年)
- ・成田和信『責任と自由』(勁草書房 二〇〇四年)
- ・ゲオルク・クニール(著)、アルミン・ナセヒ(著)、館野受男ほか『ルーマン社会システム理論 - 「知」の扉をひらく - 』(新泉社 一九九五年)
- ・長谷川公一「リスク社会という時代認識」『思想』(岩波書店 二〇〇四年七月号 No.963)
- ・Ulrich Beck = ウルリヒ・ベック『危険社会 新しい近代への道』東廉 / 伊藤美登里訳
(法政大学出版会 一九九八年)原著は、Ulrich Beck, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp Verlag, 1986.
- ・今村哲也「Polizei の意味について」『一橋研究』(一橋大学大学院 第七巻第三号 一九八二年)
- ・植草益ほか『現代産業組織論』(NTT 出版株式会社 二〇〇二年)
- ・ジョン・D.グラハム、ジョナサン・B.ウィーナー編、John D.Graham(原著) Jonathan Baert Wiener(原著)菅原努(翻訳)『リスク対リスク 環境と健康のリスクを減らすために』(昭和堂 一九九八年)
- ・鬼頭秀一「リスクと社会的リンク」『科学』(Vol.72 No.10 岩波書店 二〇〇二年)
- ・中山竜一「リスク社会における法と自己決定」田中成明編『現代法の展望 - 自己決定の諸相 - 』(有斐閣 二〇〇四年)
- ・井上陽一郎『安全学』(青土社 一九九九年)
- ・可児滋『デリバティブの落とし穴 破局に学ぶリスクマネジメント 』(日本経済新聞社 二〇〇四年)
- ・<http://www.ms-ins.com/art/casestudy/leisure.html> (現在三井住友海上)

【第二編第一部】

- ・野田良之ほか『モンテスキュー法の精神 上巻全三巻』(岩波書店 一九八七年)
- ・芝池義一『行政法総論講義〔第三版〕』(有斐閣 一九九八年一二月)
- ・塩野宏・原田尚彦『行政法散歩 - 法学教室選書 - 』(有斐閣 一九八五年)
同「附款に関する一考察」雄川一郎・高柳信一・金子宏・原田尚彦編『公法の課題』(有斐閣 一九八五年)
同『行政法 〔第二版〕』(有斐閣 一九九四年)
- ・田中二郎『行政法講義(上)』(良書普及会 一九六五年)
同『行政法総論(法律学全集6)』(有斐閣 一九六八年)
同『新版行政法 上巻(全訂第2版)』(弘文堂 一九八八年)
同『行政法 上巻』(弘文堂 一九七五年)
- ・杉村敏正『行政法概説 総論(三訂版) - 有斐閣双書 - 』(有斐閣 一九八八年)
- ・兼子仁『行政法総論』(筑摩書房 一九八三年)
- ・萩野聡「行政行為の附款と行政訴訟」『富大経済論集』(一九八五年三月号)
- ・藤原静雄「行政行為の附款 - 西ドイツの学説・判例の最近の動向から - 」『一橋研究』第八卷第一号(一九八三年)
- ・森稔樹「行政行為の附款の法理・序説」『法研論集』第七五巻(早稲田大学法学研究科 一九九五年)
同「行政行為の附款の機能」『早稲田法学会誌 第四六巻』(早稲田大学法学会 一九九六年)
- ・原田尚彦『行政法要論〔全訂第三版〕』(学陽書房 一九九四年)
- ・佐藤英善『行政法総論〔第一版第七刷発行〕』(日本評論社 一九九四年)
- ・山内一夫『行政行為論講義』(成文堂 一九七三年)
- ・阿部泰隆「行政の危険防止責任その後(一)」判評二六九号(一九七八年)
同『行政の法システム(上)新版』(有斐閣 一九九七年)
同「カネミ油症国賠認容判決」『判例時報一一九号』(一九八四年)、『ジュリスト No. 八六九号』(一九八六年一〇月)
- ・成田頼明・荒秀・南博方・近藤昭三・外間寛『現代行政法 有斐閣双書』(有斐閣 一九六九年)
- ・菊井康郎『行政行為の存在構造』(信山社 一九九五年)
- ・人見剛「西ドイツの行政行為論の附款」兼子仁編『西ドイツの行政行為論』(比較行政

法叢書 一九八七年第一刷発行)

- ・室井力『現代行政法入門(1)[第四版](現代法双書)』(法律文化社 一九九五年)
- ・藤田宙靖『第三版行政法(現代法律学講座6)』(青林書院 一九九三年 第三版)
- ・都市計画法制研究会『逐条問答 都市計画法の運用(第二次改訂版)』(都市計画法制研究会 監修 建設省都市局都市計画課、ぎょうせい 一九八九年)
- ・沢井裕「カネミ油症事件第三陣訴訟等一審判決の意義と法理」『法律時報五四巻六号』(一九八二年)
- ・小高剛『行政法総論 初版』(ぎょうせい 一九九四年)
- ・宮田三郎『行政法総論』(信山社 一九九七年)
- ・山下健次「公衆浴場の適正配置規制」『憲法判例百選(第三版)』(別冊ジュリスト No.130 九月号)

[判例文献]

- ・大阪高裁判決平成元年八月一〇日・行集四〇巻八号七八五頁。
- ・東京地決昭和四三年八月九日・行集一九巻八・九号一三五五頁。
- ・最高裁昭和三年四月九日大法廷判決、民集一七巻五号七一七頁。
- ・大阪高裁判決昭和三年四月一七日・行集一三巻四号七八七頁。
- ・東京地裁昭和四二年六月九日・行集八巻五・六号七三七頁。
- ・昭和四三年六月二九日横浜地判・昭和四一年(わ)七八八号、時報五三四号二三頁。
タイムズ二二六号二三五頁。
行裁例集一九巻六号一〇六六頁。
- ・東京地決昭和四三年七月一〇日・行裁例集一六巻七号八五五頁。
- ・昭和二五年(行)一九号・同二六年二月二六日高知地判・行裁例集二巻四号五四二頁。
- ・昭和二五年(行)五二号・同二六年七月二日高知地判・行裁例集二巻九号一三八七頁。
- ・昭和三年二月一三日福岡高判・昭和三年(ネ)七二五号・行裁例集九巻二号一三一頁。
- ・最高裁昭和三年二月二五日三小判・昭和三年(オ)四二一号・民集一二巻二号三四八頁。
- ・最高裁昭和四三年一月八日一小判・昭和三年(オ)四〇六号・訟務月報五巻二号二五

七頁。

- ・チクロ食品添加物指定撤回事件(東京地裁昭和五二年六月二七日)訟務月報二三巻六号一〇七三頁、判例時報八五四号三〇頁、判例タイムズ三四九号一六八頁。
- ・福岡地判昭和五三年十一月一四日・判例時報九一〇巻三三頁。
- ・福岡地小倉地判昭和六〇年二月一三日・判例時報一一四四巻十八頁。
- ・福岡第一陣の一審が昭和五二年(控訴審昭和五九年)、小倉第一陣の一審が昭和五三年(控訴審昭和五九年)、小倉第二陣の一審が昭和五七年(控訴審昭和六一年)
- ・「公安条例と集団示威運動 - 東京都公安条例 - 」最高裁昭和三五年七月二〇日大法院判決、刑集一四巻九号一二四三頁、判報二二九号六頁。
- ・昭和四二年一〇月一六日東地刑一〇判・昭和四一年(特わ)七二四号・時報五〇八号二八頁。
- ・昭和三八年三月二七日東地刑一三判・タイムズ一四五号一八八頁。
- ・昭和四二年六月九日東地決定同一〇日取消決定・昭和四二年(行ク)二四号行裁例集一八巻五・六号合併号七三七頁。時報四八三号三頁、タイムズ二〇七号二一五頁。
- ・昭和四二年七月二八日同八月二日東地判・昭和四〇年(特わ)七八一号・時報四九五号十五頁、タイムズ二一〇号一二一頁。
- ・昭和四二年五月一〇日東地判・昭和四〇年(特わ)八七一号同年(刑わ)五三〇八号、時報四八二号二五頁、タイムズ二〇六号一八二頁。
- ・昭和三八年三月二七日東地刑一三判・タイムズ一四五号一八八頁。
- ・昭和四二年三月一五日東地刑一判・昭和四〇年(刑特わ)八八三号・タイムズ二〇六号一九四頁。
- ・昭和四二年一月八日東地判・昭和四〇年(わ)七八二号・下級刑集九巻一一号一三三七頁。
- ・大阪高判昭和三七年四月一七日・行集一三巻四号七八七頁。
- ・小学校期限付任用講師事件・最高裁第三小判決 一九六三年四月二日・昭和三八年四月二日・第三小法廷・判決昭和三五(才)一三〇八・行政処分取消請求(民集一七巻三号四三五頁)
- ・最高裁昭和三〇年一月二六日大法院判決・刑集九巻一号八九頁。

【第二編第二部】

- ・金南辰『行政法の基本問題(第四版)』(経文社 一九九四年[韓国])
同『行政法〔第六版)』(法文社 一九九七年[韓国])
- ・洪井善『行政法原論(上) 第五版』(博英社 一九九七年[韓国])
- ・徐元宇『轉換期の行政法理論』(博英社 一九九七年[韓国])
同「行政行為の附款論に対する再検討」考試界(一九八五年 十一月号[韓国])
- ・卞在玉「行政法講義()」(博英社 一九九一年[韓国])
- ・朴銳旻『改訂版 最新行政法(上)』(博英社 一九九六年[韓国])
- ・石琮顯『一般行政法(上)』(三英社 一九九三年[韓国])
- ・李日世「行政行為附款に対する争点研究」『江原法学 第七卷』(江原大学法科大学 一九九五年[韓国])
- ・金容燮「行政行為の附款に関する法理」『行政法研究二号』(行政法実務理論研究会 一九九八年[韓国])
- ・柳至泰『行政法新論(第三版)』(博英社 一九九九年[韓国])
- ・韓堅愚『行政法(上)』(弘文社 一九九五年[韓国])
- ・李尚圭『新行政法論(上)』(法文社 一九九四年[韓国])
- ・伊世昌『行政法(上)』(博英社 一九九三年[韓国])
- ・朴種局「行政行為の附款の機能 - 西独の理論を中心として - 」月刊考試(一九八九年五月号[韓国])
- ・辛奉起『判例理論行政法講義』(大明出版社 二〇〇三年[韓国])
同「附款に対する司法審査」土地公法研究九輯(韓国土地公法学会 二〇〇〇年二月号[韓国])
- ・金鉄容「違法な附款に対する争訟」考試研究(三月号 一九八七年[韓国])
- ・鄭夏重「附款に対する行政訴訟」『行政判例研究』(ソウル大学出版部 二〇〇一年[韓国])
- ・朴圭河「行政行為の附款と行政訴訟」外法論集(第十一集 韓國外国語大学法学部 二〇〇一年一月二月[韓国])
- ・崔松和「行政裁量の手続的統制」『法学三九卷二号』(ソウル大学法学研究所 一九九八年[韓国])
同、『公益論 - 公法的探求 - 』(ソウル大学出版部 二〇〇二年[韓国])

- ・佐藤英善「食品・薬品公審をめぐる国の責任2」『法律時報 五一巻七号』(日本評論社 一九七九年[日本])
- ・議案番号 1174 号参照、二〇〇四年一月一六日(大韓民国国会)
- ・議案番号 1151 号参照、二〇〇四年一月一〇日(大韓民国国会)
- ・李淳容「行政行為の附款に関する争点」法律新聞(一九八八年十二月八日[韓国])
- ・拙稿「行政法学における附款論の限界と機能論の一考察(1)」『法研論集』(早稲田大学大学院法研論集一〇四号 二〇〇二年)
拙稿「行政法学における附款論の限界と機能論の一考察(2・完)」『法研論集』(早稲田大学大学院法研論集一〇五号 二〇〇二年)
拙稿「食品安全行政における規制手法の再考 - BSE(いわゆる狂牛病)事件を素材とした考察 - 」『法研論集一〇六号』(早稲田大学大学院 二〇〇三年)
- ・(韓国)釜山日報二〇〇三年一月二五日、五面。
同新聞二〇〇三年一月二四日、三五面。
同新聞二〇〇二年十一月五日、三四面。
- ・(韓国)国際新聞二〇〇三年七月二日記事。

[判例]

- ・大法院 1976.3.23,76 다 253.
- ・大法院 1992.1.21.91 누 1264.
- ・大法院 1982.12.28,80 다 731、732.
- ・大法院 1985.2.8, 83 누 625.
- ・大法院 1989.9.12,88 누 6856.
- ・大法院 1988.4.27,87 누 1106.
- ・大法院 1992.4.28,91 누 4300.
- ・大法院 1992.8.14, 91 누 12684.
- ・大法院 1993.5.27, 93 누 2216.
- ・大法院 1993.10.8, 93 누 2032.
- ・大法院 2004.3.25,2003 두 12837

【第三編第一部】

- ・徳田博人「食品安全基本法及び改正食品衛生法の批判的検討」『琉球法学』(第七〇号 二〇〇三年)
- 同、「食品安全行政の法原理」『日本の科学者』三八巻七号(通号 四二六 二〇〇三年)
- 「食品安全法システムにおける安全性概念と基本的法原則の確立」『琉大法学』六九巻(二〇〇三年)
- 「米国連邦食肉安全システム改革と公共性の確保」『琉大法学』六八巻(二〇〇二年)
- 「行財政研究 EUにおける食品安全システム改革と予防原則」『予防原則に関する欧州委員会の提案』を中心に」『行財政研究』四九巻(二〇〇二年)
- ・美濃部達吉『日本行政法下』(有斐閣 一九四〇年)
- ・原田尚彦『行政責任と国民の権利』(弘文堂 一九七九年)
- ・今村哲也「Polizeiの意味について」『一橋研究』(一橋大学大学院 第七巻第三号 一九八二年)
- ・戒能通孝『警察権』(岩波書店 一九六〇年)
- ・田中二郎『要説 行政法』(新版 法律学入門書 弘文堂 一九九二年二二刷発行)
- ・塩野宏『行政法 第三版』(有斐閣 二〇〇四年)
- ・須藤陽子「比例原則」『法学教室』(二三七号 二〇〇〇年)
- ・桑原勇進「警察概念の考察—ドイツ警察法を中心に—」『金子宏先生古希 行政学の法と政策下巻』(有斐閣 二〇〇〇年)
- ・下山憲治「危険の予測とその防止手段に関する一考察」佐藤英善・首藤重幸編『行政法と租税法の課題と展望 新井陸一先生古希記念』(成文堂 二〇〇〇年)
- ・遠藤博也『行政法 (各論)』(現代法律学講座 7、株式会社青林書院新社 一九八〇年)
- ・高橋滋「環境リスクへの法的対応」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦 - 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念 - 』(日本評論社 二〇〇二年)
- ・浅野直人「環境管理の非規制的手法—国内法を中心に—」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦—淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念—』(日本評論社 二〇〇三年)
- ・高橋信陸「環境保全の『新たな』手法の展開」森島昭夫・大塚直・北村喜宣編『環境問題の行方』(ジュリスト増刊五 新世紀の展望、有斐閣 一九九九年)
- ・曾和俊文「環境規制の新展開と法の支配」山村恒年先生古希記念論文集『環境法学の生成と未来』(信山社 一九九九年)一三五頁。

- ・公正取引委員会「環境等に関して生ずる市場の外部性の問題と競争政策—理論的・実証的研究の枠組みの検討—」(二〇〇三年五月二七日)
- ・Olivier Godard, “Social Decision-Making Conditions of Scientific Controversy, Expertise and Precautionary Principle ” Integrating scientific expertise into regulatory decision-making : National traditions and European innovations / Christian Joerges, Karl-Heinz Ladeur, Ellen Vos (eds.) . Baden-Baden : Nomos, 1997.
- ・Cass R. Sunstein, Risk and Reason: Safety, Law and the Environment : Cambridge Univ Pr (Txp) , 2004
- ・原子力安全委員会『原子力安全白書』(原子力安全委員会 二〇〇二年版)
- ・北村喜宣「地方分権の推進と環境法の展開」『法律教室 No269』(有斐閣 二〇〇三年二月)
- ・淡路剛久「各国の自主規制をめぐる動き—序論」『環境研究』(二〇〇一年 No.122)
- ・松村弓彦「環境政策参加型自主規制の実効性」『法律論叢』(明研 第七十二巻 第二・三号 一九九九年)
- ・南博方・大久保規子『要説 環境法』(有斐閣 二〇〇三年)
- ・長谷川恭男「『応答的規制』と『法の支配』(国家と自由/憲法学の可能性5)」『法律時報』(七〇・一〇 一九九八年)
- ・環境省「リスクコミュニケーション事例等調査」『平成一二年度リスクコミュニケーション事例等調査報告書』(環境省 二〇〇一年三月)
- ・平井孝「行政上の危険防止責任について」『公法の基本問題(田上穰治先生喜寿記念)』(有斐閣 一九八四年)
- ・戸部真澄「ドイツ環境行政におけるリスク規制(上)」『自治研究』(第七八号 第七号) 同「環境リスク規制における経済的手法の機能性と限界」『山形大学法政論叢』(第二九号 二〇〇四年)
- ・阿部泰隆『行政の法システム(上)』(有斐閣 一九九二年)
- ・植草益『公的規制の経済学』(筑摩書房 一九九六年)
同、『社会規制の経済学』(NTT 出版 二〇〇〇年)
- ・経済産業省・環境省「PRTR 排出量等算出マニュアル第三版」(二〇〇四年一月)
- ・大塚直『環境法』(有斐閣 二〇〇二年)

- 同「未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ(1)～(6)」『法学教室』(No.284、285、286、287、289、290 二〇〇四年)
- ・倉坂秀史『環境政策論』(信山社 二〇〇四年)
 - ・高橋信陸「環境リスクと管理の内部化」『立教法学 四六号』(立教法学会 一九九七年)
 - ・Robert Baldwin and Martin Cave, “*What is Good Regulation?*” Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice, Oxford University Press (1999) .p77.
 - ・首藤重幸「ドイツ原子力法における原子力発電所の認可と拒否裁量」佐藤英善・首藤重幸編『行政法と租税法の課題と展望 新井陸一先生古希記念』(成文堂 二〇〇〇年)
 - ・岡敏弘『環境政策論』(岩波書店 一九九九年)
 - ・山口節郎『現代社会のゆらぎとリスク』(新曜社 二〇〇二年)
 - ・土方透『リスク—制御のパラドクス—』(新泉社 二〇〇二年)
 - ・青木亮「筑豊じん肺上告審判決 最高裁(3小)平成一六年四月二七日判決」『法律のひろば』(ぎょうせい Vol.57No.10 二〇〇四年一〇月)
 - ・宇賀克也『国家賠償法』(法律学大系 有斐閣 一九九七年)
 - ・佐藤英善「環境・公害訴訟 - 憲法学からのアプローチと行政法学からのアプローチ - 」『公法研究 第四一号』(有斐閣 一九七九年)
 - ・Jens Rasmussen, “*Risk Management Issues: Doing Things Safely with Words, Rules and Laws*” Integrating scientific expertise into regulatory decision-making : national traditions and European innovations / Christian Joerges, Karl-Heinz Ladeur, Ellen Vos (eds.). Baden-Baden : Nomos,1997.
 - ・中西準子『水の環境戦略』(岩波新書 二〇〇二年)
 - ・H=H・ドゥルレーテ(ドレスデン工科大学法学部長) 川又伸彦(訳)「秩序法と自主規制の間の環境法」『自治研究』(七五巻第七号)
 - ・宮野雄一「公共事業費用便益分析—制度と長良川口堰の分析」『環境と公害』(Vol.29 No1 一九九九年)
 - ・阿部泰隆「公共事業評価の法システム」『自治研究』(七四巻第十号)
 - ・政策評価研究会「政策評価の現状と課題～新たな行政システムを目指して～」通商産業省大臣官房政策評価広報、一九九九年八月の報告書
 - ・Robert Baldwin and Martin Cave, *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press (1999)

- ・日本リスク研究学会編『リスク学事典』(TBSブリタニカ 二〇〇〇年)
- ・原子力安全委員会「原子力安全白書の概要」(環境白書十三年版 二〇〇二年四月)
- ・原子力安全委員会『原子力安全白書』(原子力安全委員会 二〇〇一年版)
- ・高橋滋「環境リスクへの法的対応」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦 - 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念 - 』(日本評論社 二〇〇二年)
- ・<http://www.mhlw.go.jp/topics/0101/tp0118-1.html#no8> 厚生労働省のホームページ「食の安全推進アクションプラン」厚生労働省(二〇〇二年二月)
- ・池田三郎・酒井泰弘・多和田真(著)『リスク、環境および経済』(勁草書房 二〇〇四年)
- ・中村民雄「遺伝子組み換え作物規制における『予防原則』の形成—国際法と国内法の相互形成の一事例研究—」『社会科学研究 五二巻三号』(二〇〇一年)
- ・Parliament and Council Regulation 178/2002 [2002] OJ L 31/1.
- ・阿部昌樹「行政訴訟におけるアカウントビリティ」『都市問題研究五一の十一』(一九九九年)
- ・黒川哲志「環境規制におけるリスクコミュニケーション」阿部泰隆・水野武夫(編集)『環境法の生成と未来 - 山村恒年先生古希記念論文集』(信山社 一九九九年)
- ・ゲオルク・クニール(著)、アルミン・ナセヒ(著)、館野受男ほか『ルーマン社会システム理論 - 「知」の扉をひらく - 』(新泉社 一九九五年)
- ・高橋滋「土壌汚染対策法の論点」ジュリスト (No.1233 有斐閣 二〇〇二年)
- ・山村恒年「科学技術の発展と行政法」『公法研究 五十三号』(有斐閣 一九九一年)
- ・ポール・K.フリーマン、ハワード・C.クンルーサー(著) 斉藤誠、堀之内美樹(翻訳)『環境リスク管理—市場性と保険可能性』(勁草書房 二〇〇一年)
- ・東京海上火災保険株式会社編『環境リスクと環境法(欧州・国際編)』(有斐閣 一九九六年)
- 同、東京海上火災保険株式会社編『環境リスクと環境法(米国編)』(有斐閣 一九九七年)
- ・Timothy O'Riordan, James Cameron, Interpreting the Precautionary Principle, Earthscan Pubns Ltd, 1994.
- ・Indur M. Goklany, The Precautionary Principle: A Critical Appraisal of Environmental Risk Assessment, Cato Inst; 2001.

- ・ Julian Morris, Rethinking Risk and the Precautionary Principle; Butterworth-Heinemann; 2000.
- ・ 鳥山恭一「事業者団体が定めた自主基準にもとづく費構成事業者の排除—エア—ソフトガン(デジコン電子)事件」(ジュリスト No.1123 一九九七年)
- ・ 阿部泰隆『行政の法システム(上)』(有斐閣 一九九二年)
- ・ 佐藤英善「原子炉設置許可の裁量処分性」『判例時報』(三九一号 一九七八年)
- ・ 淡路剛久「各国の自主規制をめぐる動き 序論」『環境研究』(No.122 二〇〇一年)
- ・ 拙稿「食品安全行政における規制手法の再考 - BSE(いわゆる狂牛病)事件を素材とした考察 - 」『法研論集』(早稲田大学大学院法学研究科 一〇六号 二〇〇三年)

[判例文献]

- ・ 大阪高裁平二(ネ)第一六六〇号平五・七・三〇第七民事部判決、判例時報一四七九号二一頁。
- ・ 名古屋地裁豊橋支部昭五三(わ)第二七一号、同第二八九号、昭五九・六・六判決、判例タイムズ五三四号二六七頁。
- ・ チク口食品添加物指定撤回事件(東京地裁昭和五二年六月二七日)訟務月報二三卷六号一〇七三頁、判例時報八五四号三〇頁、判例タイムズ三四九号一六八頁。
- ・ 最二小判平成七年六月二三日、民集四九卷六号一六〇〇頁〔クロロキン薬害事件〕判例地方自治一四三号四二頁、判例時報一五三九号三二頁、判例タイムズ八八七号六一頁、裁判所時報一一四九号一頁、訟務月報四二卷一〇号二三四一頁。
同事件、判例評釈については、宇賀克也・判例評論四四六号(判例時報一五五五 一九九六年四月)二〇三~二〇九頁。
同事件、桑原勇進・法学協会雑誌一一四卷六号七二五~七四四頁(一九九七年六月)
- ・ 平成元年一月一四日第一小法廷判決(最高裁判所昭和六一年(オ)第六五五号)同、判例時報一三五四号七〇頁。
- ・ 東京地判平成九年四月九日・判例タイムズ九五九号一一五頁、また、判例時報一六二九号七頁。
- ・ 平成一三年十月三日、小田急線連続立体交差(高架化)事業認可処分取消請求、事業認可処分取消請求事件の東京地方裁判所判決。同事件、判決判例時報一七六四号三頁、訟

務月報四八巻一〇号二四三七頁、判例タイムズ一〇七四号九一頁、判例地方自治二一九号一三頁。

同事件、二〇〇三年一月一日・控訴審判決、判例自治二四九号四六頁。

【第三編第二部】

- ・中村靖彦『狂牛病 - 人類への警鐘 - 』(岩波新書 二〇〇一年)
- ・遠藤博也『行政法 (各論)』(青林書院 一九八〇年)
- ・櫻沢秀木訳、G・トイプナー「法化 概念、特徴、限界、回避策」『九大法学』第五九号(一九八九年)
Gunther Teubner, *Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in; Friedrich Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (1984, Baden-baden).
- ・食品安全委員会『第64回食品安全委員会議事録』(食品安全委員会 二〇〇四年一月七日)資料。
- ・http://www.oie.int/eng/info/en_esb.htm の資料。
国際獣疫事務局(OIE=Office International des Epizooties) 狂牛病に関する資料・分析については以下のホームページを参考。http://www.oie.int/eng/en_index.htm
- ・欧州委員会決定(D89/469/EEC)。
- ・5 May 1998, cases C-157/96 and C-180/96.
- ・日本経済新聞二〇〇四年三月一日記事。
- ・国連食糧農業機関(FAO= Food and Agriculture Organization of the United Nations) ホームページ参考。<http://www.fao.org/>
- ・<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shokuhin/index.html> 参照。
- ・『食品安全行政に関する関係閣僚会議』(第3回記事録 二〇〇二年五月三十一日)参照また、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shokuhin/dai3/gijisidai3.html> 参照。
- ・黒川哲志「環境規制におけるリスクコミュニケーション」阿部泰隆・水野武夫編『環境法学の生成と未来』山村恒年先生古希記念論集(信山社 一九九九年)
- ・「新たな食品安全行政組織の概要について(案)・資料一」『食品安全行政に関する関係閣僚会議』(第3回記事録 二〇〇二年五月三十一日)
- ・『食品安全行政に関する関係閣僚会議』(第3回 二〇〇二年五月三十一日)

- ・中村靖彦「BSE - いわゆる狂牛病をめぐる最新情報 - 」『学会会報』八三六号(二〇〇二年)
- ・「BSE 問題に関する調査検討委員会」報告書指摘事項の検討体制(案)・第1回会議(二〇〇二年四月五日)
- ・<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shokuhin/dai3/3siryou3.pdf> 参照。
- ・<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shokuhin/dai3/gijisidai3.html> 参照。
- ・毎日新聞朝刊二〇〇二年六月一二日記事
- ・『食品安全基本法・食品安全委員会構想に関する意見書』日本弁護士連合会(二〇〇二年一二月二一日)
- ・Robert Baldwin and Martin Cave. *Cp12: Regulation in the European Context, Understanding Regulation*, Oxford University Press (1999).
- ・中西準子『環境リスク学 不安の海の羅針盤』(日本評論社 二〇〇四年)
- ・下山憲治「自治体における危機管理と法 - 災害対策を中心として - 」福島大学地域創造支援センター編『福島大学地域創造』(第一四巻第二号 二〇〇二年)
- ・チクロ食品添加物指定撤回事件(東京地裁昭和五二年六月二七日)。訟務月報二三巻六号一〇七三頁、判例タイムズ三四九号一六八頁、判例時報八五四号三〇頁。評釈として、ジュリスト臨時増刊六六六号二七頁、判例タイムズ臨時増刊三六七号二五四頁
- ・中村民雄「第一回狂牛病事件」EU法の最前線『貿易と関税』(一九九九年)
- ・最二小判平成七年六月二三日、民集四九巻六号一六〇〇頁〔クロロキン薬害事件〕
- ・後藤考典編『クスリの犯罪 - 隠されたクロロキン情報』(有斐閣選書 一九八八年)
- ・拙稿「行政法学における附款の限界と機能論の一考察(1)」『早稲田大学大学院法研論集』一〇四号(二〇〇二年)
拙稿「行政法学における附款の限界と機能論の一考察(2・完)」『早稲田大学大学院法研論集』一〇五号(二〇〇三年)
- ・「小田急事件」平成一三年一〇月三日、小田急線連続立体交差(高架化)事業認可処分取消請求、事業認可処分取消請求事件の東京地方裁判所判決(判例時報一七六四号三頁)
- ・高橋滋「環境リスクへの法的対応」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦 - 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念 - 』(日本評論社 二〇〇二年)
- ・原田尚彦『行政責任と国民の権利』(弘文堂 一九七九年)
- ・渡名喜庸安「警察の公共性」『公法研究第五十四号』(有斐閣 一九九二年)

- ・佐藤英善「食品・薬品公審をめぐる国の責任2」『法律時報五一巻七号』(日本評論社 一九七九年)
- ・趙弘植「行政訴訟における訴益と憲法 - 司法権と訴益、そして個人的利害関係の函数関係 - 」『法学』(第四一卷四号 ソウル大学校法学研究所 二〇〇一年[韓国])
- ・桑原勇進「危険概念の考察」碓井光明、小早川光郎、水野忠恒、中里実編『公法学の法と政策 下 《金子宏先生古稀祝賀論文集》』(有斐閣 二〇〇〇年)
- ・下山憲治「ドイツ公法学におけるリスク管理手法研究序説」福島大学行政社会論集 第十五巻 第一号(二〇〇二年)
- ・Richard B. Stewart. A NEW GENERATION OF ENVIRONMENTAL REGULATION?, Capital University Law Review.29 Cap.U.L.Rev.21.2001.
- ・浅野直人「環境管理の非規制的手法」大塚直・北村喜宣編『環境法学の挑戦 - 淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念 - 』(日本評論社 二〇〇二年)
- ・沈憲燮「法と自由 - 法価値としての自由に関する考察 - 」『法学』(ソウル大学法学部 第四二巻第四号 二〇〇一年[韓国])
- ・ウルリヒ・ベック『危険社会 新しい近代への道』東廉/伊藤美登里訳(法政大学出版会 一九九八年)原著は、Ulrich Beck, Risikogesellschaft:Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp Verlag, 1986.

【第三編第三部】

- ・兵庫県手延素麺協同組合『兵庫県手延素麺協同組合百十周年記念誌』(兵庫県手延素麺協同組合 一九九七年)
同『兵庫県手延素麺協同組合百年史』(兵庫県手延素麺協同組合 一九八七年)
同「兵庫県手延素麺共同組合の誓約書」(二〇〇四年度の誓約書[筆者所蔵])
- ・柳憲一郎『環境法政策 - 日本・EU・英国にみる環境配慮の法と政策』(清文社 二〇〇一年)
- ・北村喜宣『自治体環境行政法 第三版』(第一法規 二〇〇三年)
- ・長尾治助「公正競争規約の規範性」立命館法学二一五号、同「不動産取引の自主規制」民商一〇五巻三号(共に、一九九一年)二七九頁、同「個人信用情報の自主規制」(NBL 四八九号 一九九二年)

- ・松本恒雄「イギリスの不正競争法制と消費者保護」『一橋論叢』（一〇七巻一号 一九九二年）
- ・勝田悟『環境保護制度の基礎』（法律文化社 二〇〇四年九月）
- ・松本恒雄「企業倒産と消費者保護—継続的役務提供契約を中心に」法律のひろば四五巻一―二号（一九九二年）同「継続的役務取引における自主規制と標準約款」（消費者情報二五〇号 一九九四年）
- ・公正取引委員会「環境等に関して生ずる市場の外部性の問題と競争政策—理論的・実証的研究の枠組みの検討—」（二〇〇三年五月二七日）
- ・拙稿「リスク（安全）行政における政策管理手法についての一考察 自主規制および経済的規制手法の分析を中心に」『早稲田法学 七九巻四号』（早稲田大学法学会 二〇〇四年）
- ・行政改革推進本部規制改革委員会「横断基準認証分野における検討結果の中間的整理 - 行政改革推進本部規制改革委員会第4WG・横断基準認証分野 -」（一九九九年一〇月）
- ・Ulrike Schaeede, *Cooperative Capitalism: Self-Regulation, Trade Association, and the Antimonopoly Law in Japan* (Japan Business and Economics Series), Oxford University Press (August 1, 2000)

【第四編】

- ・大村敦志『消費者法』（有斐閣 一九九八年）
- ・安全に関する緊急特別委員会「安全学の構築に向けて『安全に関する緊急特別委員会報告』」日本学術会議（二〇〇〇年二月二八日）報告書
- ・<http://www.nsnnet.gr.jp/topics/index.html> 原子力の安全を追求する相互交流ネットワーク
- ・Robert Baldwin and Martin Cave, *Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press (1999).
- ・城山英明ほか「安全法システムの分野横断比較の試み～安全法システムの制度設計手法の構築に向けて～」(社会技術研究論文集 Vol.1 二〇〇三年)
- ・行政改革推進本部規制改革委員会「横断基準認証分野における検討結果の中間的整理 - 行政改革推進本部規制改革委員会第4WG・横断基準認証分野 -」（一九九九年一〇月）

- ・芝池義一『行政法総論講義(第三版)』(有斐閣 一九九八年)
- ・塩野宏『行政法』(有斐閣 二〇〇四年)
- ・西鳥羽和明『情報公開の構造と理論』(敬文堂 二〇〇一年)
- ・高橋滋「実体公法の復権論によせて」高柳信一先生古希記念論集『行政法学の現状分析』(勁草書房 一九九一年)
- ・大塚直「未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ(6) 今後の課題(2)」『法学教室』(No.290 二〇〇四年)
- ・北村喜宣『自治体環境行政法』(第三版 第一法規 二〇〇三年)
- ・黒川哲志『環境行政の法理と手法』(成文堂 二〇〇四年)
- ・戸部真澄「ドイツ環境行政におけるリスク規制(下)」『自治研究』(第七八号 第七一二号)
- ・Jenny Steele, Risks and Legal Theory, Hart Pub (March 1, 2004)
- ・Ian Ayres, John Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate (Oxford Socio-Legal Studies), Oxford University Press; Reprint edition (October 1, 1994)
- ・崔柄善『政府規制論 - 規制と規制緩和の政治経済 - 』(法文社 二〇〇一年[韓国])
- ・拙稿「リスク(安全)行政における政策管理手法についての一考察 自主規制および経済的規制手法の分析を中心に」『早稲田法学 七九巻四号』(早稲田大学法学会 二〇〇四年)

[判例文献]

- ・判例時報八六六号二一頁、判例タイムズ三五四号一四〇頁。判決昭和五九年三月一六日判決
- ・判例時報一九六〇号三四頁。民集五八巻四号一〇三二頁。平成一六年四月二七日第三小法廷判決
- ・民集四八巻二号四四一頁。最高裁平成元年(オ)第一六六七号同六年二月二二日第三小法廷判決
- ・判例時報一七八五号八九頁。判例タイムズ一〇七七号七二頁。第一審は、福岡地方裁判所飯塚支部七年七月二〇日判決、訟務月報四三巻二号三三七頁、法律時報一五四三号三

頁、判例タイムズ八九八号六一頁。

- ・ 訟務月報四八巻一二号二八二一頁、判例時報一七六一号三頁、判例タイムズ一〇五号九六頁、判例地方自治二二〇号七九頁。平成一三年四月二七日判決
- ・ 判例タイムズ八五六号八一頁、判例時報一五〇六号五頁、判例地方自治一二五号三四頁、訟務月報四一巻八号一七九九頁。平成六年七月一日判決
- ・ 民集三九巻七号一五一二頁。最高裁昭和六〇年十一月二一日第一小法廷判決
- ・ 裁判所時報一三七三号四頁。平成一六年一〇月一五日判決

参考資料（政府与党案）

韓国食品安全基本法案

第1章 総則

第1条(目的)この法は、食品安全管理業務を総合的に管理するため食品安全政策の樹立・調整などに関する基本的な事項を規定し、国民の健康で安全な食生活保障を目的とする。

第2条(定義)この法で使用する用語の定義は次のようである。

1. 「食品」とは、医薬の摂取によることを除き、すべての飲食物等をいう。
2. 「食品安全関連法令」とは、食品衛生法・健康機能食品に関する法律・畜産物加工処理法・農薬管理法・農産物品質管理法・飲み水管理法・塩管理法・酒税法・水産物品質管理法・学校給食法、その他、食品安全に関する法律及び上記の法律による施行令、施行規則、告示、例規、訓令をいう。
3. 「食品関連事業者」とは、次の各項目のいずれにあたる、生産・加工・収入・流通・販売、その他の事業活動に従事する者（以下「事業者、という）をいう。

食品（その原料または材料として使用する農産物・水産物を含む）、食品添加物、食品包装容器

食品の安全性に影響を及ぼす恐れのある農業・漁業の生産資材（肥料・農薬・飼料・飼料添加物・動物用医薬品等をいう）

4. 「食品消費者」とは、事業者が提供する食品を最終的に消費する者（以下「消費者、という）をいう。
5. 「危害」とは、食品に存在する有害物質に起因して人体健康に有害な影響を及ぼす可能性をいう。
6. 「危害評価」とは、危害確認・危害特性分析・漏出評価・危害特性分析段階を通じて有害物質の危害を科学的に評価することをいう。

第3条(基本理念)この法は、食品が生産・加工・収入・流通・販売され、国民の食卓に到るまでのすべての過程における食品の安全性を確保して国民の健康に寄与することを

基本理念とする。

第 4 条（原則）国及び地方自治体の食品の安全性を確保するための政策（以下「食品安全政策」という）は、科学的合理性・一貫性・透明性・迅速性の原則を土台にし、樹立・施行されなければならない。

第 5 条（国の責務） 国は第 3 条及び第 4 条の規定によって食品安全政策を総合的に樹立し、これを施行する責任を負う。

国は第 1 項の規定による食品安全政策を樹立・施行する際に、食品安全に関する人力・予算など資源を効率的に配分して管理しなければならない。

国は、消費者の健全で自主的な食品安全活動を支援・育成するための政策を講じなければならない。

第 6 条（地方自治体の責務）地方自治体は、国の食品安全政策によって食品の安全な管理に必要な計画と諸般の措置を管轄区域の経済的、社会的、地域的特性を考慮して遂行しなければならない。

第 7 条（国民の責務）国民は、国及び地方自治体の食品安全政策に関する理解を広げ、積極的に協調しなければならない。

第 8 条（関連機関間の相互協力）関係中央行政機関及び地方自治体、その他、食品安全に関わる機関は、食品の安全確保に関する政策の樹立・施行するに際して、相互緊密に協力しなければならない。

第 9 条（事業者の協力義務）事業者は、食品の生産・加工・収入・流通・販売などのすべての段階で国及び地方自治体の食品安全政策及び食品安全のための措置に協力しなければならない。

第 10 条（他の法律との関係）食品安全関連法令を制定または改正する際には、この法に合致するようにしなければならない。

第 2 章 食品安全管理基盤構築

第 11 条（食品安全管理基本計画樹立等） 政府は、この法の目的を効率的に果たすために、食品安全管理に必要な中・長期政策目標及び方向を設定して、これに従い、食品安全管理基本計画（以下「基本計画」という）を樹立しなければならない。

保険福祉部長官は 3 年ごとに関係中央行政機関の食品安全関連計画と施策を総合して基本計画を樹立して、第 35 条の規定による食品安全委員会の審議を経てこれを樹立する。

基本計画には、次の各号の事項が含まれなければならない。

1. 食品安全を確保するための基盤造成に関する事項
2. 食品安全確保に関わる部処・機関別業務調整に関する事項
3. 食品安全事故発生防止及び対策に関する事項
4. 収入食品及び新種食品の安全管理に関する事項
5. 食品安全関連法令改善に関する事項
6. 食品安全に関する規制合理化に関する事項
7. 食品安全関連情報共有体系に対する事項
8. その他、食品安全を確保するために必要な事項

関係中央行政機関の長及び特別市長・広域市長または道知事（以下「市・道知事」という）は、基本計画を基礎にして毎年食品安全管理施行計画（以下「施行計画」という）をそれぞれ樹立・施行しなければならない。

関係中央行政機関の長及び市・道知事は、毎年前年度施行計画の推進結果（以下「推進結果」という）を食品安全委員会に報告しなければならない。

その他に、基本計画及び施行計画の樹立及び手続に関して必要な事項は、大統領令で定める。

第 12 条（食品の危害事故に対する緊急対応体系構築）国は、食品により国民健康に関わる重大な被害が発生したとき、又発生する恐れのある場合に対処するために緊急対応体系を構築・運営しなければならない。

第 13 条（追跡調査管理体系構築）国は、次の各号に該当して起因する国民健康に重大な危害が発生したとき、又発生する恐れがある場合に、これを追跡して調査するような管理体系を構築しなければならない。

- 1.食品
- 2.食品添加物
- 3.飼料
- 4.第 1 号ないし第 3 号の原料になる動物・植物その他の物質

第 14 条（事前予防措置） 関係中央行政機関の長及び地方自治体の長は、食品による危害が発見、又は発生したとき、又発生する恐れがあるとき、又はこれに対する信頼し得る情報がある場合、当該食品の安全性が確認されるまでは暫定的に生産・採取・製造・加工・収入・料理・保存・運搬及び販売を禁止しなければならない。

第 1 項の規定による事前予防措置の方法・手続及び期間などに関する必要な事項は、大統領令で定める。

第 15 条（迅速措置） 関係中央行政機関の長及び地方自治体の長は、食品によって国民の健康に深刻な危害が発生したとき、又発生する恐れがあるときには、当該食品の回収、差し押え、廃棄など危害を迅速にとり除くことができる措置をしなければならない。

関係中央行政機関の長及び地方自治体の長は、第 1 項の規定による措置をする場合には、大統領令が定めるところによって遅滞なく、国民に知らせなければならない。

関係中央行政機関の長及び地方自治体の長は、第 1 項の規定による措置のために必要なときには、他の関係中央行政機関の長または地方自治体の長に、人力の支援、検査の実施及び行政的措置などを要請することができる。

第 3 項の規定による要請を受けた関係中央行政機関の長及び地方自治団体の長は、これを積極的に協調しなければならない。

第 16 条（追跡調査のための資料の記録及び保管等） 食品事業者は、食品の生産・採取・製造・加工・収入・料理・保存・運搬及び販売の各過程別に追跡調査に必要な記録を維持・保管しなければならない。

食品事業者は、関係中央行政機関の長及び地方自治体の長が追跡調査のために第1項の規定による資料の提供を要求するときには、遅滞なくそれを提出しなければならない。

第17条（輸出・収去・検査） 関係中央行政機関の長及び地方自治体義長は、第14条ないし第16条の規定による職務を遂行するために必要な場合には、関係公務員に食品などを生産・採取・製造・加工・料理・保存・運搬及び販売する場所・事務所・倉庫、その他に、これと類似する場所に立入して、必要な検査または関係書類の閲覧をするように食品医薬品安全庁長が定める最小量の食品を収去することができる。

第1項の規定によって立入・検査・収去または閲覧をしようする関係公務員は、その権限を表示する証票を所持しなければならない。又関係人にこれを見せなければならない。

第3章 食品安全の科学的管理

第18条（危害評価） 国は、国民健康に危害を及ぼす恐れがある食品に対して危害評価を実施しなければならない。ただし、次の各号のいずれに該当する場合には、危害評価を実施しなくてもよい。

- 1.危害評価を実施する必要のないことが明確なとき
- 2.該当の食品の危害が明白なとき

緊急を要する事前に、危害評価を実施する時間的余裕がない場合には、事後に実施しなければならない。

危害評価は、現在水準の科学的知識に基礎して客観的で中立的に公正に実施しなければならない。

第19条（研究機関などの専門性向上） 国及び地方自治体は、食品安全関連研究機関などの専門性や運営の効率性を向上させるために、その体系を整備しなければならない。

食品安全関連機関などの研究・試験分析・情報の収集及び共有などに関しては、機関相互間協議をしなければならない。又相互間に関連資料を要請する場合、これを提供しなければならない。

第 20 条（表示制度）国は、食品安全に係わる情報など食品購買に必要な情報を消費者が分かり易く表示制度を講じなければならない。

第 21 条（食品危害要素重点管理基準）国及び地方自治体は、食品の生産・加工・収入・流通・販売などのすべての段階において、有害物質が食品に混入されること、又汚染することを防止するために重点的に管理する基準を導入し、その適用を拡大するように努めなければならない。

第 22 条（新しい食品の安全管理）国は、新開発原料または伝来的な式生活や通念上食用で使わない原料で製造・料理される新しい食品が国民健康に危害のないように予防対策を備えなければならない。

第 23 条（統合電算情報システム）国は、食品安全に係わる情報を体系的かつ総合的に管理するために統合電算情報網を構築・運営しなければならない。

第 1 項の規定による統合電算情報網には、次の各号の事項が含まなければならない。

- 1.食品営業許可・申告の制限などに関する事項
- 2.食品安全管理の基準・規格及び表示などに関する事項
- 3.国内・外食品危害情報に関する事項
- 4.その他に、食品の安全管理のために大統領令で定める事項

国は、第 1 項の統合電算情報網を設置・運営するにあたって必要な場合、関係中央行政機関の長または地方自治体の長に必要な資料及び情報の提供などを要請することができる。

第 3 項の規定による資料提供などの要請を受けた関係中央行政機関の長または地方自治体の長は、特別な事由がない限り、これに応じなければならない。

統合電算情報網の構築・運営に関して必要な事項は大統領令で定める。

第 4 章 消費者保護

第1節 消費者に対する支援と補償

第24条（消費者の参加保障） 消費者は、安全な食品選択に必要な情報の提供を要求することができるし、国・地方自治体及び食品事業者は、特別な事由がない限り、必要な措置を講じなければならない。

消費者は、国または地方自治体が食品安全政策や計画を樹立する際に、意見の提示できると共に参加することができる。

第25条（消費者保護のための措置） 国・地方自治体及び食品事業者は、食品の安全性に悪影響を及ぼすか並びに及ぼす恐れがある危害情報があるときには、これを迅速に公開しなければならない。

関係中央行政機関の長及び地方自治体の長は、食品事業者の食品関連法令違反行為のほか、危害食品の生産・採取・製造・加工・料理・使用・販売などに該当する違反行為に対して違反行為に関わる該当店名、製品名、違反内容などの情報を消費者が分かりやすく公開しなければならない。

第26条（消費者教育及び広報） 関係中央行政機関の長及び地方自治団体の長は、食品安全に関する消費者の知識や理解を広げるために必要な教育と広報を定期または随時に実施しなければならない。ただし、異なる法令による食品安全に対する教育及び広報に関して特別な規定がある場合には、その法令に従い実施することができる。

第1項の規定による教育や広報は、消費者団体などに委託することができる。

第27条（消費者団体との協力及び支援） 国及び地方自治体は、消費者が自主的に食品安全管理及び教育広報に参加するように消費者団体などと協力しなければならない。

国及び地方自治体は、消費者団体などが国及び地方自治体に協力するとき、またはその承認を得て食品安全関連業務を随行するときには、必要な財政的支援ができる。

第28条（申告者保護） 国民は、人体に危害な食品など、または事業者の食品安全法令違反行為（以下「違反行為」という）の申告やこれに関連する陳述、その他、資料提出などを理由で事業者などから不利益を受けない。ただし、申告者が、申告内容が虚偽である事実を知って申告した場合にはそれにあたらぬ。

第 29 条（消費者被害の補償） 国及び地方自治体は、食品による消費者の不満及び被害を迅速・公正に処理するように必要な措置を講じなければならない。

保険福祉部長官は、消費者と事業者間の紛争を円滑に解決するために大統領令が定める一般的消費者被害補償基準によって品目別消費者被害補償基準を制定することができる。

第 2 項の品目別消費者被害補償基準は、紛争当事者間に補償方法に関する別途の意思表示がない限り、消費者被害補償の基準になる。

第 2 節 食品集団訴訟

第 30 条（適用範囲）同一食品などの摂取により 20 人以上に被害が発生した場合、そのうちの 1 人または複数の人が代表当事者になって、損害賠償請求訴訟（以下「食品集団訴訟」という）を提起することができる。

第 31 条（管轄）食品集団訴訟は、被告の普通裁判所在地を管轄する地方裁判所本院合意部の専属管轄となる。

第 32 条（訴訟要件）食品集団訴訟事件は、次の各号の要件を具備しなければならない。

- 1.被害者が 50 人以上で法律上または事実上重要な争点がある被害者に共通すること
- 2.証券関連集団訴訟法第 9 条の規定による訴訟申請書の記載事項・添付書類に欠陥がないこと

第 33 条（既判力の主観的範囲）確定判決は、除外申告をしない限り、構成員対してもその効力がある。

第 34 条（準用法律）食品集団訴訟に関してこの法に規定がある場合を除き、その性質に反しない限り、民事訴訟法及び証券関連集団訴訟法の規定を準用する。

第 5 章 食品安全委員会

第 35 条（食品安全委員会の設置）政府の食品安全政策に関する事項を審議するために大統領所属の下、食品安全委員会（以下「委員会、という）を置く。

第 36 条（委員会の機能）委員会は次の各号の事項を審議する。

1. 食品安全管理基本計画に関する事項
2. 食品安全関連主要政策の調整及び協議に関する事項
3. 主要危険物質の危害評価結果に関する事項
4. その他に、食品安全に関する重要事項として大統領令で定める事項

第 37 条（委員会の構成及び運営）委員会は、常任委員長 1 人を含む 15 人以上 25 人以内の委員で構成する。

委員会の委員は、次の各号の者になる。

1. 教育人的資源部長官、農林部長官、保険福祉部長官、海洋水産部長官、食品医薬品安全庁長、その他に、大統領令が定める関係中央行政機関の長及びこれに準ずる職位にある公務員

2. 食品安全に関する専門知識を持っている人として大統領が委嘱する者

委員長は、第 2 項第 2 号の委員のなかから大統領が委嘱する。

食品安全委員会の事務処理のため幹事委員 1 人を置き、幹事委員は、保険福祉部長官がなる

その他に、委員会の会議・構成及び運営などに関する必要な事項は、大統領令で定める。

第 38 条（委員長の職務）委員長は、委員会の会議を召集し、その議長になる。

委員長がやむを得ない事由で職務を遂行することができないときには、委員長により氏名した委員がその職務を代行する。

第 39 条（委員の任期と義務）委員長及び委員の任期は 3 年で、連任することができる。ただし、公務員である委員は、その職位に在職する期間の間に再任する。

委員は、良心に従い、公正に業務を遂行しなければならない。又特定団体の利益を代表してはならない。

第 40 条（推進結果などの報告） 委員会は、第 36 条の規定によって審議した事項や食品安全政策の推進結果に関しては定期的に大統領に報告しなければならない。

委員会は、第 1 項の規定による報告を経たときには、関係中央行政機関の長と地方自治体の長に報告内容を遅滞なく、通報しなければならない。

第 2 項の規定によって通報を受けた関係中央行政機関の長及び地方自治団体の長は、迅速に食品安全に関する実践計画を樹立し、委員会に提出しなければならない。

第 41 条（推進結果の点検・評価等） 委員会は、第 40 条の規定による食品安全政策の推進が支障なく移行できるように関係中央行政機関及び地方自治体の推進結果を点検・評価して、その結果を国務会議の審議を経て大統領に報告しなければならない。

委員会は、第 1 項の規定による評価結果に従い、関係中央行政機関の長及び地方自治体の長に必要な措置を勧告することができる。

第 42 条（罰則適用における公務員擬制） 委員会の委員の中で公務員でない委員は、刑法その他の法律による罰則の適用においては公務員とみなす。

第 43 条（事務局・専門委員会の設置） 幹事委員は、委員会の事務処理のために必要な場合に、事務局と分野別専門委員会を設置することができる。

第 1 項の規定による事務局と専門委員会の組織及び運営などに関して必要な事項は、大統領令で定める。

第 44 条（関係行政機関の協助等） 委員会は、食品安全を確保するため関係行政機関に資料を要請し、試験・研究機関に必要な調査・分析・検査を要請することができる。

関係行政機関・試験・研究機関は、要請がある場合、特別な事情がない限り、協調しなければならない。

第 45 条（派遣要請） 委員長は、委員会の業務遂行のために必要な場合、関係行政機関及び研究機関などの長と協議してその所属公務員または所属職員の派遣を要請することができる。

早稲田大学審査学位論文(博士)
行政法学における『リスク介入』に関する法理の研究

第 46 条(手当等)委員会・専門委員会に出席する委員及び関係専門家に対しては、予算の範囲中で手当・旅費その他に必要な経費を支援することができる。

附則

この法は、2006 年 1 月 1 日から施行する。ただし、第 30 条ないし第 34 条の規定は、2008 年 1 月 1 日から施行する。