

# 契約手法による環境領域秩序の制御

山 田 健 吾

## 一 は じ め に

(1) わが国の環境行政領域法における環境保全手法は、「環境保全上の支障を防止するための規制」(環境基21条)手法(以下「規制手法」という。)を基盤として構築されてきたのは周知のとおりである<sup>1)</sup>。この規制手法は、例えば、基準の対象の確定や基準の設定、排出・排水源施設の設置許可の諾否や当該施設に対する改善命令等の行使に係る判断、あるいは、自然環境保全のため区域設定、当該区域における行為に関する禁止又は制限に係る判断に関して、行政庁が、それらの意思決定過程を支配し、その実施に責任を負うというものである<sup>2)</sup>。この手法の制度化と運用は、旧公害対策基本法及び旧自然環境保全法制(以下「旧公害対策基本法制」という。)下において、国民・住民を環境行政の受益主体とする一方、他方で国及び地方自治体を環境行政の主体として位置づけた上で、後者が、環境行政の公共性を独占することを前提としていた<sup>3)</sup>。そして、旧公害対策基本法制は、

---

1) これは、わが国特有のことではない。アメリカ合衆国における環境保全手法の基本的枠組みについては、see ROBERT GLICKSMAN ET AL., ENVIRONMENTAL PROTECTION: LAW AND POLICY 82 (2015)。イギリスについては、see ELIZABETH FISHER ET AL., ENVIRONMENTAL LAW TEXT, CASES AND MATERIALS 461-462 (2014)。オーストラリアについては、see PETER WILLIAMS, THE ENVIRONMENTAL LAW HANDBOOK 353-466 (2016)。

2) 拙稿「環境行政領域法における主体と役割の変容」三橋良士明=村上 博=榊原秀訓『自治体行政システムの転換と法——地域主権改革から再度の地方分権改革へ』(日本評論社、2014年)222-223頁参照。

3) 桑原勇進「規制的手法とその限界」新美育文=松村弓彦=大塚 直『環境法大系』(商事法務、2012年)251頁は、規制手法が行政責任を明確にするという規範的意義を有するという。

過去に生じた公害の除去と公害被害者への補償、公害の防止、そして、自然環境の保全・維持に重点をおいてきたのであり、規制手法は、主として、公害の防止と自然環境の保全・維持を確実にを行うために用いられてきたのである<sup>4)</sup>。

(2) 1993年に制定された環境基本法は、規制手法に加えて、「環境の保全上の支障を防止するための経済的措置」(22条)、「環境への負荷の低減に資する製品等の利用の促進」(24条)、「環境の保全に関する教育、学習等」(25条)、「民間活動等の自発的な活動を促進するための措置」(26条)及び「情報の提供」(27条)を環境保全手法として法定した。かかる環境保全手法の多様化は、「持続的に発展することができる社会」(4条。以下「持続的発展が可能な社会」という。)をより効果的に構築するために、どのような場面において、いかなる環境保全手法が用いられるべきかを検討する必要性を行政法(学)及び環境法(学)における明確な課題として位置付けることを要請した。こんにちでは、環境保全手法の選択や組み合わせの具体的な判断基準の提示が求められているのである<sup>5)</sup>。

本稿は、以上の課題に取り組むための予備的な検討として、規制手法を補完するものとして、経済的手法と並んで、最近、その活用方法について議論が活発になされている契約手法に焦点を当て<sup>6)</sup>、これが、環境領域秩序を制御する手法として、いかなる位置づけを与えられたうえで、これを

4) 規制的手法の特色を分析して、これがいかなる公害環境現象への対処にとって効果的な手法であるかについて検討を加えたものとして、桑原・前掲注3)論文237頁以下参照。

5) 法学的視点から、規制手法の規範的意義の析出を試みたものとして、桑原・前掲注3)論文237頁参照。環境保全手法の選択の基準を提示したものとして、大塚直「環境法における法の実現方法」佐伯仁志編『岩波講座 現代法の動態 2 法の実現方法』(岩波書店、2014年)254-258頁参照。

6) 大塚直『環境法 BASIC [第2版]』(有斐閣、2016年)64頁は、環境政策手法として「合意的手法」が注目されていることを指摘し、合意的手法の内容として公害防止協定や風景地保護協定等に加え、ヨーロッパにおいて活用されている協定の例を紹介している。このほか吉田克己=マチルド・ブトネ編『環境と契約——日仏の視線の交錯』(早稲田大学比較法研究所、2014年)所収の各論文も参照。

めぐってどのような法的課題があるかについて整理しようとするものである<sup>7)</sup>。本稿では、紙幅の関係上、契約手法を網羅的に扱うのではなく、公害防止協定<sup>8)</sup>及び調達契約について分析を加え、契約手法に係る上記課題の一端を明らかにしようとするものである。

## 二 環境領域秩序の制御と主体

### 1 持続的発展が可能な社会の法定化と制御主体

(1) 旧公害対策基本法制は、過去に生じた公害の除去と公害被害者への補償、公害の防止と自然環境の保全・維持をその目的及び対象としてきた。環境基本法は、かかる目的及び対象を課題として引き継ぎつつも、新たに、持続的発展が可能な社会の構築をその目的として掲げるに至った<sup>9)</sup>。この目的は、国家・社会・市場の構造とその関係性の再構築を求めるものであって、公害の防止や自然環境の保全・維持のみを、環境行政領域法の目的及び対象とするのではその実現は困難である。そのため、例えば、環境基本法は「地球環境保全」をその目的に明示的に加えているし(1条)、循環型社会形成推進基本法(以下「循環型社会基本法」という。)は、廃棄物の処理をいかに適正に行うかのみ焦點を当てるのではなく、廃棄物の発生抑

---

7) 本稿は、室井 力「公共性の法的基準」室井他編『現代国家の公共性分析』(日本評論社、1991)3頁以下において示された、公共性の法的基準を充填化するための一作業であるとともに、行政領域論としての作業としても位置づけられる。行政領域論については、室井 力『現代行政法の原理』(法律文化社、1981年)23-24頁を参照。

8) 環境保全のために締結される協定は公害防止協定や行政体と私人との間で締結される協定に限られるわけではない。例えば、自然公園法の風景地保護協定(43条ないし48条)、景観法上の景観協定(81条ないし91条)、緑地保全法上の緑地協定(45条・54条)や市民緑地制度(55条)等があるがここでは取り扱わない。

9) 上須道徳「市場と民主制を補完する将来世代——フューチャーデザインの研究課題」西條辰義『フューチャーデザイン 七世代先を見据えた社会』(勁草書房、2015年)51頁は、「1980年代は大気汚染や水質汚濁といった公害問題の現状や対策が主なテーマであったが、2000年に入り低炭素社会や循環型社会といった社会ビジョンがキーワードとして登場してきた」という。

制, 循環資源の再使用・再生利用等をその目的とする(1条)。自然環境保全法領域においては, 生物多様性基本法が制定され, 生物多様性の保全と持続可能な利用がその目的及び対象に明示的に組み入れられることになった。

かかる意味での目的及び対象の拡大現象は, 国及び地方公共団体のみが環境行政の主体としてかかる対象に取り組むことやこれらの目的を実現することを困難にする。そのため, この双方の行政体のみが, 環境行政の主体として, 前述の対象及び目的に取り組むのではなく, これら以外の主体が, 環境行政の被規制者または協力主体としてだけではなく, 環境領域秩序を制御する主体として, 何らかの役割を担うことを不可避とする。問題は, 環境基本法制が, 環境領域秩序の制御主体として, いかなる主体を想定し, それにどのような役割を担うことを要請しているかである<sup>10)</sup>。

(2) 旧公害対策基本法は, 公害防止行政に関与する主体として, 国, 地方公共団体, 事業者及び国民を掲げていた。すなわち, 同法において, 公害の防止に係る施策につき, 国は総合的な施策を(4条), 地方公共団体は当該地域における自然的社会的条件に応じた施策を実施すべきことを(5条), 事業者は, 「公害を防止するために必要な措置を講ずること」(3条1項前段), 「国又は地方公共団体が実施する公害の防止に関する施策に協力すること」(3条1項後段)及び「物の製造, 加工等に際して, その製造, 加工等に係る製品が使用されることによる公害の発生の防止に資するように努め」ることを要請されていた(3条2項)。国民は, 「国又は地方公共団体が実施する公害の防止に関する施策に協力する等公害の防止に寄与するよう努め」ることが要請されていた(6条)。旧自然環境保全法も, 自然環境保全行政に関する主体として, 旧公害対策基本法と同様のものを掲げていたし, その役割も同様なものであった(4条及び9条ないし11条)。旧自然環境保全法は, 国民の責務について, 「自然環境が適正に保全される

---

10) この点について詳しくは, 拙稿・注2) 論文219-222頁参照。

ように自ら努める」(11条)と規定してはいたが、これはあくまで自然環境の利用者としての国民を念頭においたものであったとあってよいであろう。

②環境基本法は、旧公害対策基本法制と同様に、規制手法を環境保全手法の基盤とするシステムをそのまま引き継いでいるため、国、地方公共団体、事業者及び国民は、旧公害対策基本法制下の役割と同様のものを担うことを要請されていると解される。環境基本法は、国家・社会・市場の役割とその関係性の見直しを不可避とする持続的発展が可能な社会の構築をその目的としているがゆえに、事業者及び国民が、被規制者としてあるいは協力主体としてだけでなく、「公平な役割分担の下に自主的かつ積極的に」、かかる社会の構築のための役割を担うことを要請している(4条)。循環型社会基本法も、国、地方公共団体、事業者及び国民が、「適切な役割分担の下に」自発的に循環型社会の形成に携わることを要請している(4条)。生物多様性基本法が、国民及び民間団体の責務として、「生物の多様性の保全及び持続可能な利用のための取り組みを自ら行う」(7条)ことを要請しているのも同趣旨であるといつてよいであろう。ともかく、環境基本法制においては、国及び地方公共団体以外の主体も、環境領域秩序を制御する主体として位置づけられることとなったのである。

環境基本法制は、かかる制御主体を、国、地方公共団体、事業者及び国民・住民に限定しているわけではない。環境基本法26条は、事業者や国民が、自ら組織した民間の団体(以下「民間団体」という。)が、「自発的に行う緑化活動、再生資源に係る回収資源その他の環境の保全に関する活動」の実施を行うことを想定し、国及び地方公共団体が、そのような民間団体の活動を支援すべきことを規定する。循環型社会基本法も、同様に、民間団体の存在を前提として、それらが「自発的に行う…循環型社会の形成に関する活動」を、国及び地方公共団体が支援することを求めている(28条)。生物多様性基本法は、前述したように、民間団体の責務を明定している。

## 2 制御主体の多面的把握

### (1) 環境基本法制における制御主体の多面的把握

①規制手法においては、国及び地方公共団体が規制の主体となり、事業者が被規制者として位置づけられている。これは、環境基本法制下でも、旧公害対策基本法制下でも同様である。国民・住民の規制手法に係る法的地位については、良好な環境を享受する権利の主体として、実体的にも手続的にもかかる権利にふさわしい法的地位を認めるべきことを学説は主張してきたわけであるが<sup>11)</sup>、環境基本法制下においても、その地位は単なる協力主体に過ぎないといつてよいであろう。

②廃棄物の処理については、規制手法が主要な環境保全手法として用いられているので、国及び地方公共団体が規制の主体として、事業者は被規制者として登場する。他方で、循環型社会基本法は、事業者が拡大生産者責任を果たすことを要請する（11条2項）。これによって、「製品、容器等の製造、販売等を行う事業者」が、「廃棄物となることを抑制することができるような設計の工夫」がなされた「当該製品、容器等」を市場に流通させる役割を担うこととなる。事業者は、これと同時に、市場における消費者としても位置づけられており、循環型社会を形成するために、「当該製品、容器等に係る…原材料を選択」すること（11条3項）や「事業活動に際して、再生品を使用すること」が求められている。この消費者としての役割は、国民・住民にも要請されている。同法は、国民の責務として「製品をなるべく長期間使用すること、再生品を使用すること」（12条1項）を規定する<sup>12)</sup>。これは、事業者や国民・住民にのみ求められるのではなく、国及び地方公共団体も、消費者として市場において同様の役割を果たすこ

11) この点については、文献参照の意味も込めて、さしあたり、原田尚彦『環境権と裁判』（弘文堂、1978年）58-71頁、81-84頁参照。

12) 「容器包装に係る分別収集及び再商品化の促進等に関する法律」4条や特定家庭用機器再商品化法6条も消費者概念を用いている。

とが求められている<sup>13)</sup>。

かかる消費者概念及びわが国の環境行政領域法におけるその法的位置づけについてはいくつか論ずべき問題があるが<sup>14)</sup>、そのことはさておき、消費者は流通過程において製品やサービスを購入し消費する存在であることから、消費者による製品の購入・消費のあり方は、持続的発展の可能な社会及び循環型社会の構築に資するものになったり、あるいはそれを阻害する効果を有することになる。消費者は、持続的発展が可能な社会の構築のための市場の効果を左右する存在なのである。環境基本法制においては、国、地方公共団体、事業者、国民・住民及び民間団体は、それぞれの法的地位に応じて、それぞれの特性に応じた役割を担うとともに、消費者として市場に登場する場合には、持続的発展社会の構築に資する市場の形成のための役割を果たすことが要請されているのである。

## (2) 「環境及び発展に関するリオ宣言」と制御主体

「環境及び発展に関するリオ宣言」(1992年6月14日採択・国際連合環境発展会議〔リオ・デ・ジャネイロ〕。以下「リオ宣言」という。)において普遍的な地位を確立した「持続可能な発展」概念は、経済と環境とが不可分一体として捉えられるべきこと及び世代間衡平の要請の必要性を提起したわけであるが<sup>15)</sup>、同宣言において、この概念の実体的内容や法的基準が確定されているわけではない。

リオ宣言では、実体的内容や法的基準を充填するために必要となる、国家の役割、人民が保障されるべき権利・利益そして手続原則等を明定して

13) この点を明示的に指摘しているのが、北村喜宣「環境政策法務の実践」(ぎょうせい、1999年)54頁以下参照。

14) 廃棄物・リサイクル行政領域における消費者の法的地位とその役割についての分析を加えたものとして、拙稿「廃棄物処理・リサイクル行政と『消費者』の役割」室井力先生古稀記念論文集『公共性の法構造』(勁草書房、2004年)623頁以下参照。

15) この点について多くの文献があるが、松井芳郎『国際環境法の基本原則』(東信堂、2010年)168-170頁参照。

いる。これらのなかで、本稿とのかかわりで注目すべきことは、同宣言が、女性、青年そして先住民の役割や参加の重要性を強調していることである<sup>16)</sup>。リオ宣言が、女性、青年及び先住民の主体について言及し、これらの役割や参加の重要性を強調していることは、環境領域秩序の制御主体の属性、環境意識、社会における地位や役割、これらの相互関係は、環境負荷の類型やそれらが生活する「場」によっても「多様」であり、また、「可変的」であること、そして、制御主体が共存する市民社会も、画一的に把握しようものではないことを示唆しているように思われる。持続的発展が可能な社会の構築のためには、国、地方公共団体、国民・住民、事業者や民間団体一般というかたちで、それらの主体の法的地位やその役割を一般的抽象的に把握して論じるのではなく、それぞれの主体の法的地位や役割に係る、多様性・可変性・多面性をきめ細かに把握したうえで、持続的発展が可能な社会の構築に向けた各主体の法的地位や役割、そして、それに応じた参加の在り方を構想することが必要であろう。社会や市場から疎外されている主体は、持続的発展が可能な社会の構築のための役割を果しえないし、参加の機会も認められないのである。各主体の役割は、それぞれの法的地位やその存在理由ゆえに、各主体の役割を代替できるわけではないことにも留意する必要がある<sup>17)</sup>。

### 三 環境領域秩序の制御と環境保全手法

#### 1 「持続的に発展することができる社会」の法定化と規制手法の位置づけの相対化

規制手法は、現在の汚染除去技術を参照しながら環境基準や排水・排出基準等の基準を法定化し、被規制者にその法的基準の遵守を求めるための

16) 女性、青年及び先住民の役割については、2012年6月22日に採択された持続可能な発展に関する国際連合会議決議I付属書においても確認されている。

17) この点については、山田 洋『リスクと協働の行政法』（信山社、2013年）42頁及び拙稿・前掲注2）論文235-236頁参照。

仕組みである。したがって、規制手法によって、汚染物質の排出・排水を全面的に禁止するのでない限り、同手法によって法定基準が達成された環境の状態が公害が防止されているとみなされることになる。しかし、持続的発展が可能な社会の構築のためには、法定基準以下で排出・排水していればよいというのではなく、汚染物質の排出・排水をできる限り少なくしていくこと、ある汚染物質の使用が法令で禁止されていないとしても使用しないということや、同じく法令で製造することを禁止されていないとしても環境に負荷を与える製品を製造しないことや購入しないことなども要請される。かかる場合に、規制手法での対処が過剰規制として望ましくないとしても、できる限り環境への負荷を低減していく必要があるのであるから、比例原則に反しない環境保全手法を選択し利用して、何らかの対処をすることが必要とされるのである。

## 2 予防原則と環境保全手法

当該物質が、公害を生み出す汚染物質として社会において明確に認識され、その排出等や使用・利用を禁止または制限すべきことに了解がある場合には、それへの対応として規制手法を用いることが強く要求される。しかし、ある物質が、汚染物質として、あるいは、生物多様性に明確な悪影響があることが科学的に立証することが困難である場合や、そのようなリスクが社会において必ずしも認識されていないため、したがって、その排出等や利用を禁止または制限すべきことに了解がない場合、原因物質が特定されていないことや調査研究が不十分なことをもって、不作為を正当とする意思決定が行われることがある<sup>18)</sup>。環境リスクが明確に意識され、

18) 例えば、水俣病に対する国及び地方公共団体に対応がそうであった。最高裁は、水俣病の原因となる有機水銀の排出に対する規制権限の不行使を国賠法上違法と判断したが、その判断においては予防原則が取り入れられていないし、未然防止原則も十全に徹底されているとはいいがたい（最判平成16年10月15日民集58巻7号1802頁）。

また、予防原則は実定法化されてはいないものの、環境法の原則として位置付けられつつある状況においては、かかる場合に不作為を選択することは正当とはいえない。環境リスクと予防原則は、規制手法を用いることができないことを理由として、なんらかの環境リスクを放置するのではなく、規制手法以外の環境保全手法を用いることを要請する。

以上のことから確認できることは、持続的発展が可能な社会の構築の法定化や予防原則の導入は、規制手法が機能する場面を特定するとともに、持続的発展が可能な社会の構築のために、規制手法を他の環境保全手法によって補完する必要があることを明確に認識することを可能とした<sup>19)</sup>。

#### 四 契約手法による環境領域秩序の制御をめぐる法的問題

##### 1 調達契約

###### (1) 調達契約の法的位置づけ

①国及び地方公共団体は、行政活動を行うにあたって必要となる物品を購入し、あるいは土地を購入し公の施設等を設置する。かかる場合に、その双方は、私人との間で民法上の契約（522条ないし696条）を締結することで、これらの物的手段等を調達する。かかる契約については、国が契約の一方当事者となる場合には、「政府契約」として規定されている（「政府契約の支払い遅延防止に関する法律」2条）。これとは別に、国及び地方公共団体が、上記のような物的手段を調達するために契約を締結する場合には、「公共契約」として説明されたり<sup>20)</sup>、あるいは、行政契約の一つとして、

19) 規制手法の位置づけの相対化は同手法の機能する場面を明確化することで生じた結果であって、規制手法の重要性を軽視する意味ではない。気候変動への対処のための環境保全手法につき、経済的手法のみがそれにふさわしいわけではない。気候変動の状況に応じて、場合によっては、比例原則により、規制手法でもって、温室効果ガスの排出の禁止や化石燃料の全面的な使用禁止が要請される。

20) 確井光明『公共契約精義』（信山社、2005年）が「公共契約」概念をもちいており、これにつき「国、地方公共団体、その他の公法人（『公共部門』又は『政府部門』という）を一方当事者とする契約で、公共部門以外の者がなす有償による物件の譲渡等若しくは役務の給付を内容とするもの」と定義する。

「調達契約」<sup>21)</sup> や「準備行政における契約」<sup>22)</sup> などの概念が用いられている。以上のように様々な概念が用いられているが、本稿では、以上のような契約を調達契約と定義して検討を加えていくこととする。

②ところで、調達契約については、私人間の契約と同様、民法上の契約であると説明されてきた<sup>23)</sup>。国又は地方公共団体は、調達契約の一方当事者として登場するわけであるが、その際、その双方は、現行憲法下において、「国民主権に基づき憲法および国会が制定する法律によって、はじめて人権保障に仕える行政とその活動は創造される」<sup>24)</sup> 存在である以上、私人の同様の立場で、契約の締結を行うものと解すべきではないであろう。その場合に、国又は地方公共団体が調達契約を締結するに当たって根拠規範を要しないが<sup>25)</sup>、その理由は、それらが私人と同様の資格ないし立場にあるからではないと解される。また、調達契約が民法上の契約である以上、国及び地方公共団体は契約の相手方である私人と対等な立場にあることが前提とされなければならないが<sup>26)</sup>、このことは、それらが、公共性の実現をその任務とする以上、私人と同じ意味での契約の自由を享受することを

---

21) 市橋克哉＝榊原秀訓＝本多滝夫＝平田和一『アクチュアル行政法』（2010年、法律文化社）133頁（本多滝夫執筆）。

22) 塩野 宏『行政法 I [第 6 版]』（有斐閣、2015年）133頁。

23) 芝池義一『行政法総論講義』（有斐閣、2007年）243頁参照。

24) 市橋ほか編著・前掲注21) 23頁（市橋克哉執筆）。

25) 市橋ほか編著前掲注21) 書136頁（本多滝夫執筆）は「行政体は法律行為を行う能力を当然に有する」という。小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）261頁は、「行政機関と関係者との間の合意は、その拘束力を排除する趣旨が関連の立法から導かれない以上は、契約として行政機関を拘束すると言ふべきであろう。“合意は拘束する”の原則は、近代市民社会において一般に妥当すべきものであり、そのような普通法の原則の適用を免れるという特権を行政機関が享受しうするためには、それを根拠づける特別の立法が必要と考えられる」という。

26) 碓井・前掲注20) 書1頁が公共契約の当事者たる行政体を「経済主体」と、市橋ほか編著・前掲注21) 書137頁（本多滝夫執筆）は、それを「財産権の主体」としているが、これは、調達契約としての行政体が私人とは異なる法的位置づけを与えられるべきことを否定するものではないと解される。

意味しないし<sup>27)</sup>、憲法の人権規定の適用があることはもちろんのこと、平等原則や比例原則の適用もあると解すべきである<sup>28)</sup>。

以上のような調達契約の理解を前提とすることができるならば、国又は地方公共団体が、調達契約の締結に当たって、環境配慮を行うように法的規律を加えることが許容されることになる。これは、国及び地方公共団体に限らず、独立行政法人や国立大学法人についても同様である。

③「国等による環境物品等の調達の推進等に関する法律」（以下「グリーン購入法」という。）は、国や地方公共団体が、環境負荷の低減に資する物品を購入し、又は、利用することを促す仕組みを用意している。「国等における温室効果ガス等の排出の削減に配慮した契約の推進に関する法律」（以下「グリーン契約法」という。）も、国及び地方公共団体等に、契約締結に際して、価格に加えて、環境性能を含めて総合的に評価し、最も優れた製品やサービスを提供する者と契約する仕組みを用意している。国、地方公共団体、独立行政法人及び国立大学法人は、国民・住民・事業者とともに、環境領域秩序を制御する主体ではあるが、その公共性ゆえに、契約の自由に一定の制限を加えることが認められることになる。グリーン購入法およびグリーン契約法は、このことを前提として、環境配慮を調達契約における要考慮事項として明示的に位置づけていると解される。

## (2) 調達契約の機能

グリーン購入法は、「経済社会の在り方そのものを環境負荷の少ない持続的発展が可能なものに変革していく」ために、行政体が、調達契約において、環境負荷を低減する製品やサービスを選択することを通じてこれらの

27) この点については、塩野・前掲注20) 書132頁は、「公正さの確保のため民法上の契約の法理の修正など、適宜その補正が立法論及び解釈論において必要となる」としていた。野田 崇『『政策手段としての政府契約』の法問題』法と政治61巻4号（2011年）631頁は、行政体は契約の自由を享受しえないことを明確に述べる。

28) 市橋ほか編著・前掲注21) 書39-40頁参照。行政契約に憲法が直接適用すべき場面があることを指摘するものとして、高木 光「公害防止協定と比例原則——摂津市対 JR 東海事件を素材として」宇賀克也＝交告尚史『現代行政法の構造と展開』（有斐閣、2016年）653頁、660-662頁参照。

需要を喚起し、かかる物品の「開発の促進に寄与し、それがさらなる環境物品の購入を促進するという、継続的改善を伴った波及効果」を市場にもたらすという政策目的を有している（「環境物品等の調達に関する基本方針」）。グリーン契約法も、温室効果ガスの排出削減という目的を掲げたくえて、調達契約を通じて、「環境保全の観点から性能が優れた技術や製品をいち早く作り出すことにより、新たな経済活動が生み出されること」（「国及び独立行政法人等における温室効果ガス等の排出削減に配慮した契約の推進に関する基本方針」という効果を生み出すことを一つの政策目的としているのである。このような政策目的の設定が可能となるのは、調達契約の当事者として登場する行政体が、その購入の規模や範囲ゆえに、市場の需要の喚起とその形成に極めて重要な影響力を有しているからである。調達契約のかかる市場形成機能の結果として、事業者が、自主的・自発的に、環境低負荷型製品を生産するように促し、これを流通・消費させる市場の構築が可能となる。消費者としての事業者及び国民・住民も、かかる製品等の購入を通じて、市場形成機能を果たし、環境領域秩序の制御を行うことが可能となるのである。かかる機能を発揮するためには、環境情報の提供の在り方などを含めた市場の条件整備が必要であることはいまでもない<sup>29)</sup>。

②以上のような調達契約の機能は、持続的発展が可能な社会の構築にとって必要不可欠なことであるが、調達契約を以上のような政策目的を実現するために運用することが適法か否かということが問題とされる。調達契約において、「付带的政策」<sup>30)</sup>あるいは「二次的行政目的」ないし「二次的目的」<sup>31)</sup>が経済性原則に抵触するか否か、または、調達契約の締結決定過程におけるその考慮の適否当否として論じられる。

29) この点については、黒川哲志「第10章 情報的手法・自主的手法」高橋信隆＝亙理 格＝北村喜宣『環境保全の法と理論』（北海道大学出版会、2014年）166－172頁参照。

30) 碓井・前掲注20) 書332頁。

31) 野田・前掲注27) 論文603頁。

最高裁は、地方公共団体の調達契約に関する地方自治法等の定めが、「機会均等、公正性、透明性、経済性（価格の有利性）を確保すること」をその目的としていると述べている（最判平成18年10月26日判時1953号122頁）<sup>32)</sup>。最高裁は、調達契約の締結に当たり、これらのみしか考慮してはならないというわけではなく、これらの要件を損なわない限りで、他の考慮、例えば、入札の要件として参加者の事業所所在地に関する資格を定めること（「地域要件」ないし「事業所所在地要件」と称される。）も許容する。学説も上記の4要件以外の考慮を認めないわけではない<sup>33)</sup>。したがって、問題は、いかなる二次的目的であれば許容されうるかである。かかる問題の一般論はさておき、本稿に関係する限りにおいてこれに言及すれば、第1に、調達契約は、それが税金を用いて行われる以上、物的手段やサービスを必要最小限度の費用で調達するための手法であると位置づけるべきであって、先の4要件は様々な考慮事項間で第一義的な位置づけを付与されるべきであろう。第2に、4要件を損なわない限りで、他の要件を考慮できるとしても、その場合には、持続的発展が可能な社会の構築、環境保全や環境への負荷の低減といった一般的抽象的な要件でもって、4要件との抵触の有無が論じられるべきではない。持続的発展が可能な社会の内容は一義的ではないし、かかる一般的抽象的な要件では、恣意的な考慮がなされるおそれを否定できないからである。例えば、「環境物品等の調達の推進に関する基本方針」で示されているような個々の製品ごとに具体的な判断基準が示されている限りにおいてはじめて、とりわけ経済性原則との抵

32) 確井・前掲注20) 書8-12頁も、公共契約の基本原則として、経済性原則、競争性原則、公正性原則対等性の確保、透明性原則を掲げている。

33) 確井・前掲注20) 書335頁は、「日本の会計法令の解釈として、付帯的政策を付することは必ずしも違法とは思われない」と述べる。山田卓生「公共工事契約の公正配分」横浜国際経済大学1巻1号（1993年）11、34頁及び阿部泰隆『行政法のシステム〔新版〕下』（有斐閣、1997年）504頁も参照。野田・前掲注27) 論文657-658頁は、二次的目的の追求に慎重な姿勢を示すが、これを全く認めないわけではなく、例えば、「二次目的の追求は、経済性確保の面からも、競争性確保の面からも正当化要求する」という。

触の有無を判断できるのである。

ところで、個々の製品ごとにおける環境への配慮につき検討を加えることは、個々の製品の品質を見極めることでもある。調達契約の対象となる当該製品自体が公害を発生させないことや人の生命身体に悪影響を及ぼさないような安全性を備えていることは当然の前提である。製品における環境配慮が当該製品の品質問題と同様のものとして位置づけうるのであれば、これは二次的目的には該当しないであろう。こんにちにおける環境配慮の要請は、調達契約に限らず行動活動一般における普遍的事項と把握できるのであって<sup>34)</sup>、グリーン調達法やグリーン契約法で対象となされていない製品やサービスについても、環境配慮がなされているか否かを購入や利用の判断基準とすることが義務づけられていると解すべきである。このように考えることができれば、環境物品等の選択と購入の結果として生じる調達契約の市場形成機能は、二次的目的と構成する必要はないことになる。

## 2 公害防止協定

### (1) 公害防止協定の法的性格

①公害防止協定は、周知のとおり、旧公害対策基本法制以前から存在しており、それは、地方公共団体が、公害規制が存在しない場合、あるいは、公害個別法の規制では不十分な場合に、地方公共団体と企業（さらに住民も加えて）又は住民と企業間で、公害法制の不備を補う内容を、協定という形式で締結するというものである<sup>35)</sup>。公害防止協定といっても、その内

34) 芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢116巻 1=6号571頁、598頁以下参照。

35) 公害防止協定が地方公共団体によって活用されてきた背景等については、浅野直人「第3節 協定」環境法研究14号（1981年）32-35頁及び環境法研究14号163頁以下に掲載されている各事例研究参照。公害防止協定の法的問題について検討を加えたものとして、芝池義一「行政法における要綱および協定」『岩波講座 基本法学 4—契約』（岩波書店、1983年）289頁以下参照。前田定孝『『協定』による行政（上）・（下）』三重大学法経論集30巻 1号31頁以下、同30巻 2号75頁以下も参照。

容はさまざまであって、法定排出・排水基準の上乗せ基準を定めるものや、違反時の制裁措置として、代替執行、違約金、操業の停止や氏名の公開等を定めていたり、事務所への立ち入り調査を定めるもの、公害発生時の措置として被害の回復等についてとるべき措置等を定めるものがある。

②この公害防止協定の法的性格については、現在のところ、同協定に契約としての性質を認めるが、協定の条項ごとにその法的性質を判断すべきとする立場が多数説であると考えられる<sup>36)</sup>。ただ、法律が未規制としている物質の使用を公害防止協定によって禁止または制限し、あるいは法定排水・排出基準の上乗せ基準を同協定に定める場合には、それが法令による規制を代替するものであり、これを認めることが法治主義の原則に反すると主張する見解が有力に主張されている<sup>37)</sup>。地方公共団体が、私人と同じ意味での契約の自由を享受しえないことは当然であるとしても、前述したように、持続的発展が可能な社会の構築は、法律およびこれの枠内で定められた条例による法定基準を超えて、規制を加えることを禁止していないのみならず、環境への負荷を最小化するような取り組みを、環境領域秩序の制御主体に要請していると解される。これは、法律が未規制の物質の排出・排水を制限したりする場合でも同様である。法令が公害防止協定という形式を用いて、排出・排水基準の上乗せ基準を設定する根拠規範があれば、行政に対する法的コントロールが十全なものとなると考えるべきではないことはこれまでも指摘されてきたことである<sup>38)</sup>。すなわち、「法律の授権の要否一般ではなく、むしろ、行政活動によって実現される国民の権利利益の性質・内容とそれによって生じる国民の不利益の性質・内容を基

36) 大塚・前掲注6) 書66頁、北村喜宣『自治体環境行政法 第7版』(第一法規、2015年) 69頁、小早川・前掲注25) 書262頁及び櫻井敬子=橋本博之『行政法〔第5版〕』(弘文堂、2016年) 128頁等参照。

37) 藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年) 313頁、成田頼明「公害行政の法理」公法研究32号(1970年) 100頁及び高木・前掲注28) 論文659頁。

38) 室井 力『現代行政法の展開』(有斐閣、1981年) 34頁及び室井 力編『現代行政法入門(1)〔第2版〕』(法律文化社、2006年) 13頁を参照せよ。

本的人権の価値序列に照らして、授権のための個別具体的な根拠規範が必要か否か、そして、根拠規範が必要な場合には、どの程度の規律密度を設けることで、行政活動を抑制的に拘束するか、または促進的に拘束することを決することが重要となっている<sup>39)</sup>。公害防止協定が、法律が未規制の場合の物質を規制する場合であれ、法定基準の上乗せ基準を定める場合であれ、それは、法令や行政行為によって相手方の義務を一方的に創出するのではなく、地方公共団体と事業者（場合によっては住民も含めて）の契約当事者が義務を創出するのであって、義務主体である事業者が、直接にその義務の創出に関与するところにその特色があるのである。そして、環境行政は積極行政であること、同領域においては環境への負荷をできる限り最小化することが求められていること、そして、そこにおける基本的人権の価値序列からすると<sup>40)</sup>、公害防止協定の締結については、法令又は行政行為が一方的に義務を創出する場合と異なり根拠規範を要しないと解される<sup>41)</sup>。

39) 市橋ほか編著・前掲注21) 書25頁。山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣、2012年）210頁は、法律の留保概念を用いつつ、同様の趣旨の法的コントロールの在り方を提示する。野田・前掲注27) 論文631-632頁が論じる、政府契約に対する法的コントロールの在り方についてもこれと同様であると解される。

40) 原田・前掲注11) 書80頁も、この点につき、「公害防止協定は、抽象的公益のために人の自由とりわけ精神的自由や身体的自由を制約するのではなく、市民の環境利益（環境権）を守るという大義名分のもとに、被規制者に経済的利益について任意の譲歩を求めるものであるにすぎない」という。芝池・前掲注23) 書243-244頁は、公害防止協定の「締結については法律の根拠を要しないと解されている。その根拠づけとしては、①それが住民の生命・身体・健康への被害を防止しようとするものであること、および②それによって制約されるものが事業者の企業活動の自由であり、それも環境に影響を与える限りにおいてであることが考えられる」とする。ただし、同書は「協定方式に安易に依存することは法治主義の見地から好ましいことではない」という。櫻井＝橋本・前掲注36) 書は、環境行政領域法における価値序列につき、「公害防止協定の場合、協定の目的が地域住民の生命・健康を公害から守るという重大な法益の保護にあり、他方、制約される企業の側は経済活動を無制限に行わないということとどまる」という。

41) 原田・前掲注11) 書217頁は、公害防止協定の適法性要件につき、「(i) 任意

とにかく、公害防止協定によって、事業者の自由を制限する場合であっても、当然に、これを紳士協定とみるべきではないことは確認することはできよう。公害防止協定については、民法上の規律が及ぶとともに、憲法原則及び行政法原則も適用されると解すべきである。

## (2) 公害防止協定の特性と適正手続

①規制手法は、基準の対象の確定や基準の設定、排出・排水源施設の設置許可の諾否や当該施設に対する改善命令等の行使に係る判断、あるいは、自然環境を保全・維持するために必要な区域の設定、当該区域における行為の禁止または制限に係る判断につき、法令が一般抽象的な法効果を定め、行政庁が、それに基づいて、事業者に法的規律を加える。すなわち、規制手法は、法令又は行政行為によって一方的に事業者に対して義務の内容を確定しそれを創出する。国民・住民は、規制手法における義務内容の確定・創出過程において原則として直接的な関与は認められない。その内容はあらかじめ法令ないしは条例によって定められているからである。ただ、国民・住民が行政過程に関与が認められる場合もある。例えば、大気汚染防止法及び水質汚濁防止法上の排出・排水基準は省令の形式で策定されるため(大気汚染3条、水質汚濁3条)、行政手続法の意見公募等の手続が実施される。規制手法以外の場面においても、例えば、環境影響評価法においては、環境保全の見地から意見を有する者に、準備書等について意見提出

の合意に基づき、(ii) 公序良俗その他強行法規に違反せず、かつ、平等則・比例則などの条理上の限界を超えない範囲で、(iii) 具体的な作為・不作為義務を取り決めたときは、両者の合意の法的効力を否認すべき特段の理由は認められないのではないかと考えられる」としていた。小早川・前掲注25)書262頁は、公害防止協定が「①それが当該行政機関の職務の範囲内で行われるものであること、②行政機関と相手方との任意の合意によるものであること、③相手方の負うべき義務の内容が十分に特定されていること、④その義務を負担させることが当該規制目的の關係で比例原則を逸脱せず、また平等原則にも違背しないことなどの条件が満たされる場合には、そのような協定は契約として拘束力を有し、相手方の義務不履行に対しては、民事訴訟・民事執行手続など、一般の民事法の仕組みによる履行強制が可能」とする。

の機会が認められることがある。この他、「環境教育による環境保全の取組の促進に関する法律」は、国及び地方公共団体に対して、国民・住民及び民間団体等が「環境保全活動、環境保全の意欲の増進及び環境教育並びに協働取組に関する政策形成」に参加しうる体制を整備し、実際に、政策形成にそれらの意見を反映すべきことを要請している（21条の2）。これらの参加に関する仕組みは、わが国環境行政領域法における普遍的な仕組みではない。国民・住民からの意見が事業者ないしは行政機関に提供されるだけに過ぎないし、これらの意見の考慮方法の適正化を規定する法令は存在しないのである。行政手続法の意見公募手続が適用される場合であっても、その手続は、「行政機関と意見提出者との一定のやりとりを想定したもの」であり<sup>42)</sup>、「行政を起点とする一往復半」<sup>43)</sup>のコミュニケーション過程がなされるが<sup>44)</sup>、これにとどまる。結局のところ国又は地方公共団体と事業者あるいはこれらと国民・住民との関係性は、規制の主体、被規制者そして協力者という位置づけであって、環境基本法が想定している環境領域秩序の制御主体とは乖離があると言わざるをえないであろう。規制手法は公害の防止に一定の成果を上げており、また、その仕組みは、法令又は条例において規律の程度は高く、定型化されているとはいっても、以上のような参加の在り方で十全であるとはいえない。基準設定のみならず、許認可の諾否の判断過程や規制権限の行使に関する判断過程においても、第三者が関与する余地はわが国では極めて限定されているといわざるをえない。

②契約手法は、以上のような規制手法とは異なり、事業者に課される義務内容を、義務の主体である事業者が、行政体とともに、あるいは住民や

42) 紙野健二「行政立法手続の整備と透明性の展開」名大法政論集213号（2006年）501頁。

43) 角松生史「決定・参加・協働／住民参加の位置づけをめぐる」新世代政策学研究4号（2009年）15頁

44) 市橋克哉「日本における行政手続の進化——国家、社会及び市場との関係」名古屋大学法政論集245号（2012年）183頁参照。

民間団体とともに確定し、それを創出する過程である。そして、その義務内容の確定・創出過程は双方向的・継続的の性質を有するのであって、事業者、行政体そして住民や民間団体は相互に継続的な関係性を形成することが可能となる。となるとところに契約手法の特色を見出すことができる。条例によって法定基準に対する上乘せ基準を定める場合であっても、それが規制手法である限り、その義務内容の確定と創出は画一的かつ一方的なものとならざるを得ないが、契約手法は地域社会の実情に応じたきめの細かい個別対応が可能となる。さらに、ある物質を規制することについて社会において了解が存在しない場合であっても、契約手法であれば、義務内容の確定とその創出に事業者が直接にかかわるがゆえに、法令が未規制の場合にでも何らかの対応が容易となる<sup>45)</sup>。

③規制手法においては、被規制者である事業者に対する、申請に対する処分や不利益処分に関しては適正手続のための仕組みが用意されている。規制手法に住民が関与する手続は十全なものではないにせよ、これを用意する実定法は例外的にはあれ存在する。

公害防止協定の締結に当たっては、前述したように、地方公共団体は事業者との間で合意の任意性を確保し、契約内容について比例原則に適合的なものとしなければならないし、公序良俗に反するものとすることは認められない（最判平成21年7月10日判タ1308号106頁）という実体的規律は存在するものの、公害防止協定を含めた契約手法については適正手続のための普遍的な仕組みは存在しない。これについて一般法を制定すべきかどうかについてはともかく、公害防止協定については、義務内容の確定と創出に被規制者である事業者がかかわるがゆえに、締結手続に関して、同協定の内容と結果を説得的なものとし、信頼性と民主性を確保するためにも、

45) 以上のような契約手法の特色は、公害防止協定にのみ見いだされるのではなく、環境保全のために、私人間で協定を締結する場合や、それに行政体が関与する場合においてもかかる特色を有すると解される。

住民や民間団体の関与を認める手続の制度化が要請されると解される<sup>46)</sup>。その手続は、単に意見提出の機会を定めることや説明会の開催についての根拠規定を定めるだけでなく、その手続の実質化と適正化を制度化することが要請される。公害防止協定の締結手続に参加する地域住民や民間団体は、公害防止協定の当事者としての位置づけが与えられるべきである。そして、かかる参加手続から疎外される主体がないように配慮し、誰もがかかる手続に参加できるようにする必要がある。同協定の締結手続においては契約当事者は対等な関係にあるのであるから、地方公共団体や事業者の判断で審議や説明を打ち切ることは認めるべきではない。また、参加者の信頼を確保するために、手続過程の適正化を図るため、偏向禁止原則の適用が考えられてよいと思われる。これと同時に、かかる手続に瑕疵が認められる場合には、これを是正するための司法的救済の制度化も求められる。

## 五 お わ り に

環境基本法は、持続的発展が可能な社会の構築という目的を法定した。このことは、かかる社会の構築のために相応しい環境領域秩序の制御主体相互の関係性と、かかる関係性に適合的な環境保全手法の再構築を要請している。公害防止協定は、義務内容の確定と創出過程に義務の主体である事業者と住民が継続的に関与することで、行政体、事業者、住民、民間団

---

46) 室井 力『現代行政法の展開』（有斐閣、1978年）240頁は、公害防止協定の二面性を指摘していた。すなわち、公害防止協定は「企業と地方自治体の公害防止のための諸措置を住民の監視の下におく」という意味において、企業なり地方自治体の怠慢と消極的姿勢を是正するために一定の有効な役割を果たしうるのであろう。しかし、今一つの型は、地方自治体と企業との間に公害防止協定を締結することにより、外見的・対住民向けには一応公害防止における両者の意欲を装いつつ、実は、公害を当該防止協定違反に違反しない限りで正当化し、住民の監視をそらそうとするものがある」と述べていた。畠山武道『考えながら学ぶ環境法』（三省堂、2013年）116頁は、こんにちにおいても、室井が指摘した問題が存在することを明らかにしている。

体の関係性を双方向的継続的なものとするのが可能となる。調達契約も、その締結過程のみならず、市場において持続的発展が可能な社会を構築するための双方向的継続的關係性を作り出す機能を有する。持続発展が可能な社会の構築のためには、かかる関係性は、契約手法のみならず、規制手法においても要請されるのである。環境保全手法の意思決定過程において、単なる意見提出の機会に関する仕組みをおくことで十全なものとするのではなく、制御主体間での信頼を確保し、手続を民主的なものとすると同時に適正にするための仕組みを構想することが今後の課題である。

※ 本稿は、JSPS 科研費（課題番号15K03132）による研究成果である。