

2 環境と契約——行政法学の視点から

飯 島 淳 子

- 序 契約手法の位置づけ
 - 1 行政法学における契約論
 - 2 環境法学における手法論
- I 機能的考察
 - 1 分類
 - 2 私的主体の役割
 - 3 公的主体の役割
- II 法的考察
 - 1 法的拘束力の有無——契約か否か
 - 2 契約の性質——私法契約か公法契約か
- 結語 日本法の特徴

序 契約手法の位置づけ

1 行政法学における契約論

(I) 民事法学にとって第一次的な手法である契約は、日本の行政法学にとってマイナーな手法にすぎない。日本の行政法学は、公法私法二元論を基礎に、行政行為を核として形成されてきた。行政法学のアイデンティティが、私法とは異なる自律的な公法の体系の確立に託され、公権力の行使の筆頭である行政行為に狙いが定められたのである。

もとより、実際には、行政と私人との間の合意に基づいて行政活動が行わ

れるほうが多い。例えば、よく知られているように、公共事業用用地の取得は、売買契約の締結によるのが通常であり、収用裁決という行政行為は最後の手段にとどまる。ただし、これらの合意手法は、行政が一方当事者であるにもかかわらず、私法上の契約として性格づけられ、民事法に委ねられてきた。また、行政・私人間の合意は、契約よりむしろ——日本の行政活動の最大の特徴とも目される——行政指導の手法として用いられている。行政指導は、私人の協力の任意性をめぐって、数多くの紛争を引き起こし、その結果として、実務と理論の発達を促してきた。合意手法に対する関心は行政指導に向けられたのである。

かくして、理論面における行政行為中心主義と実務面における行政指導優先の裏返しとして、行政契約論の未発達という法状況が続いてきた。この日本法の特徴は、フランス法をはじめとする外国法が、契約を行政行為と並ぶ二大行為類型として伝統的に確立してきたのとは対照的である。

(2) かかる法状況は、しかし、近時になって変容しはじめている。行政契約への着目が、契約化の名の下に、流行の相さえ帯びるようになった。日本に限られないこの世界的な傾向は、国家の再定位の必要性に由来している。すなわち、伝統的には、行政の無謬性を暗黙の前提として、行政こそが——そして行政のみが——公益を決定し実現するとみなされてきたが、このフィクションがもはや成り立ちえなくなった。一方において、財政面や情報面をはじめ、行政の能力・資源の限界が切実に認識されるようになり、他方において、NPOや市民団体に限らず、私人のニーズの変化や意識・能力の向上が顕著になった。両者の関係の変化を踏まえ、行政と私人との合意という手法——ひいては私人の意思という要素——が自覚的に扱われるようになったのである。しかも、ここで念頭に置かれているのが、霞ヶ関の中央省庁よりむしろ身近な地方公共団体であることに、行政契約論の新規性が認められる。

行政契約論はなお発展途上にあるものの、規制契約・給付契約・調達契約という行政作用の分類に応じた類型が提示されるにいたっている⁽¹⁾。なかで

(1) 石井昇「行政契約」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）93頁以下。

も、規制行政における契約手法は、原則的な行為形式である行政行為に比べ、特有の法的問題を抱えている。この契約手法が、相手方との合意によって規制目的の達成を図るものであり、それゆえに、私人の同意を理由とした行政の恣意の危険を孕んでいるからである。権利の制約や義務の賦課という相手方私人にとって望ましくない事柄は、原則として、法律による行政の原理という厳格な拘束の下ではじめて許容されるものである。行政が行政ならではのしかるべき拘束から免れ、契約への逃避に傾くことは、厳に諫められなければならない。この難しいバランスとりは、行政契約論の発達を促す原動力となるであろう。環境分野における契約手法は規制契約の典型例として注目される。

2 環境法学における手法論

契約は、環境法学にとっても“後れてきた”手法である。環境法学の伝統的手法は、規制手法であった。この規制手法とは、四大公害に代表される激甚な産業公害に対処するため、公害発生源をターゲットとして、規制基準の定立、基準に基づく個別具体的な執行、違反に対する制裁という、いわゆる三段階構造（法律—行政行為—強制行為）に準拠したものである。かかる手法は、公害対策として相応の効果を上げてきた。

しかし今日では、産業公害に加え、都市型・生活型公害が主たる関心事となっている。この現代型公害は、——明らかに環境負荷的な事業活動ではなく——日常生活の営み自体に伴って必然的に生ずるものであり、また、——短期的な有害性はないとしても——長期的な有害性を予測・立証することのできないリスクを含むものである。対象も原因も特定されえないこの公害に対しては、そもそも明確な目標設定が不可能であり、かつ、何らかの目標を設定しえたとしても、それを執行するリソースに限界がある。基準設定とそれに基づく執行という伝統的手法は、もはや通用しえないのである。かくして、規制手法のみならず、合意手法（協定、行政指導）や誘導手法（経済手法・情報手法）が、従来とは異なる質的な重要性をもって用いられることになる。ただし、伝統的な規制手法が不要になったわけでは決してない。新た

な手法を伝統的手法との関係において位置づけた上で、問題状況に応じて、種々の手法をベスト・ミックスする必要性に迫られるようになったのである⁽²⁾。以上のような環境法学における手法論は、行政法学の方法論と重なり合って、より正確に言うならば、行政法学の方法論が環境行政を一つの重要な参照領域として展開されている。

以下では、新たな手法のうち、合意手法の一つである協定を取り上げ、その機能的考察（Ⅰ）と法的考察（Ⅱ）を試みる。

I 機能的考察

1 分類

環境分野において利用される契約手法には様々なものがありうるが、本稿はモデル化の試みとして二つの類型を提示したい。一つは、環境汚染に対する防御型の契約手法であり、もう一つは、環境の創出に係る参加型の契約手法である。

(1) 防御型協定

防御型協定とは、環境負荷的な事業活動を行う事業者を名宛人とし、その者が事業活動を行う施設という点的な対象を捉えて、第三者の生命・身体・健康等の利益の保護を目的とする協定である。行政と名宛人との二面関係における一方的手法による規制にとどまらず、現代型行政に典型的な三面関係（行政—名宛人たる事業者—周辺住民などの第三者）を念頭に置き、合意手法の活用によって、一方的手法による場合よりもむしろ厳しい規制を実現しようとするものである。

防御型の典型例として、公害防止協定がある。公害防止協定とは、公害発生の原因となりかねない事業を営む事業者と地方公共団体との間で、地域の生活環境悪化を防止するために交わされる取り決めである。その嚆矢は、

(2) 以上につき、大塚直「都市環境問題をめぐる『政策と法』『現代の法4 政策と法』（岩波書店、1998年）65頁以下参照。

1964年に、横浜市が、市内に進出する企業との間で、煤煙・排水・騒音に関して締結した協定であると言われる。この横浜方式は、公害法制の不備を補うための、地方公共団体の“苦肉の策”あるいは先進的な工夫として普及したが、公害法制が一定程度整備された現在においても、年間1000件程度の公害防止協定が締結されている。なお、行政・事業者間の協定のみならず、付近住民・事業者間の協定も存在する。

(2) 参加型協定

参加型協定とは、土地利用を含む日常生活を行う生活者を名宛人とし、その者が生活する地域という面的な対象を捉えて、景観や良好・快適な生活環境といったアメニティの醸成を目的とする協定である。日常生活を行う住民が、自らの居住・生活する地域を舞台として、合意手法という形で相互に一定の拘束を課し合いながら、行政の一方的手法による場合とは異なるやり方で生活環境の維持・形成を図っていくとするものである。

参加型の典型例として、建築協定（建築基準法（以下「法」と言うことがある）69条以下）がある（なお、緑地協定と景観協定もこれに倣って制度化された）。建築協定は、——行政・私人間で締結されるのではなく——私人相互間で締結される協定であって、行政は認可の付与という形で関わるにすぎないが、この認可が——協定の当事者にとどまらず——第三者をも拘束する効果（第三者効ないし対世効）を生じさせるというものである。具体的には、市町村の条例でこれを締結しうると定められた場合に、一定区域の土地権利者が、全員の合意によって（法70条3項）、区域内の建築物の敷地・位置・構造・用途・形態・意匠・建築設備に関する基準について協定を締結し、行政庁の認可を受けると、当該協定は、その公告のあった日以後当該区域内で土地所有者になった者に対しても効力をもつようになり（法75条）、すなわち、協定の効力が権利者の変動にかかわらず維持されることになる。全員合意要件は、建築協定制度の肝であり難でもある。実際には、一人協定制度（法76条の3。ある街区の開発分譲業者一人が協定を結び、行政庁の認可を受けて、後から分譲を受ける複数の購入者を拘束する）が多用されている。

2 私的主体の役割

防御型と参加型の二分類は、まず、私的主体の役割において対比される。私的主体の役割は、規範定立局面と執行局面の双方にまたがって⁽³⁾、行政活動のあり方に応じて設定されうる。

防御型においては、近代型行政から現代型行政への変容を現実には迫られるがゆえに、私的主体は、行政による規制の補完・代替を期待される。規範定立局面においては、とりわけリスク問題への対応のために、事業者の専門技術性が大きな意味を与えられる。行政と事業者との間の協定手法は、きめ細やかな規制や相手方の選択を可能ならしめるという意味における個別性、また、状況変化や技術進歩への即応、実験的試行を可能ならしめるという意味における柔軟性を満たしうるものである。規範定立局面においてはこのように、リスク対応に必要な専門技術的能力の活用可能性から事業者が前面に出るのに対し、執行局面においては、事業活動によって損害を被るおそれのある第三者周辺住民が前面に出る。周辺住民は、近接性・現場性に裏付けられた利害関心にてらし、最適なアクターとなるからである。このアクターは、事業者の専門技術的能力を活用した規範が適正に執行されているか否かを監視し、違反があった場合には、その是正に向けて、情報の提供・開示請求や規制権限の発動請求を行う。このような事後的な違反の発見・是正に加え、事前手続への参加を通じて、生活者としての利益が主張されうる。

これに対し参加型は、防御型とは異なる構造を持つ。というのも、地域の生活環境の維持・形成は、本来的に、——行政が決定・実現するというよりむしろ——「私」と「共」から成る社会によって担われるべきであるとも解されるからである。ここでは、生活者である住民個人、住民集団としての地域自治組織、住民以外の私人をも含むNPO等が、主体となる。これらの主体は、規範定立局面においては、当該地域のよりよい公益の形成・決定を行

(3) 協定は、個別具体的な執行行為の形式であるが、これにとどまらず、当事者間の行為規範の形式でもある。協定手法の意義は、規範定立の局面をも視野に入れて初めて画定されうるものであり、かつ、この点にこそ固有性が認められよう。

う。ここにいう公益とは、あらかじめ決定できない、あるいは、決定すべきでない利益であって、各主体の主観的価値を統合していくことによって初めて形を成すものである。そして、これらの主体は、執行局面においては、“公化”された自らの利益を実現するパートナーとして実働する。実定法制度に組み込まれた例として、エコツーリズム推進法は、市町村により組織される様々な構成員（「特定事業者、地域住民、特定非営利活動法人等、自然観光資源又は観光に関し専門的知識を有する者、土地の所有者等その他のエコツーリズムに関連する活動に参加する者」）からなる協議会に対して、エコツーリズム推進全体構想の作成権限を与え（5条）、しかも、この構想を一定の規制権限と連動させる仕組みをとっている（8条～10条）。

3 公的主体の役割

私的主体の役割の裏返しとして、公的主体の役割が画定される。一方で防衛型においては、行政は、事業者とその事業活動によって不利益を被る周辺住民という私人間の紛争の調整者として位置づけられる。この役割は、現代型行政一般に共通する。ただし、行政・事業者間の協定のみならず、周辺住民・事業者間の協定も存在することにてらすと、行政は、事業者に相対する住民代表的性格をも有する⁽⁴⁾。他方で参加型においては、「私」と「共」から成る社会が本来のないし第一次的なアクターとなるため、行政は、社会が形成した利益を公益として正当化し、この公益をパートナーとともに執行する。行政による認可は、建築協定に第三者効を与えることを通じて、第三者個人に対する規制機能を果たすが、同時に、社会に対するまちづくり支援機能をも果たしている。かような行政の役割は、行政組織が直営によって公益を決定・実現する——行政による公益の独占——という伝統的観念を揺るがすものである。ただし、行政はなお、公権力と公益の主体として、とりわけ計画策定主体として、社会とは峻別されなければならない。公と私の対置に収まりきれない複合的性格が、協定手法の特徴として浮かび上がってくる。

(4) 芝池義一「行政法における要綱および協定」『岩波講座基本法学四—契約』（岩波書店、1984年）290頁以下。

II 法的考察

1 法的拘束力の有無——契約か否か

契約手法の法的考察にあたっては、私法学・公法学に共通した、また、日本法・フランス法に共通した枠組みが提示されている。この枠組みによれば、まず、法的拘束力の有無、すなわち、当該合意手法が契約なのか否かを判断し、その結果、契約として性質決定された場合には、当該契約が私法契約なのか公法契約なのかを判断することになる。この枠組み自体は、環境分野についても妥当しよう。

そこでまず、法的拘束力の有無を検討する。前提となる共通理解として、法的拘束力の有無は、——契約というカテゴリーそのものについてでも、契約条項全体についてでもなく——個々の条項ごとに判断すること、そして、具体性・明確性を欠く条項については、法的拘束力を認められないことが挙げられる。一般的・抽象的な条項は、——個別具体的な権利義務関係の形成を目的とするものではなく——包括的な協力・信頼関係の形成とこれを通じた行政目的の達成という、それ自体もまた協定ならではの意義を持つものとして、別個に位置づけられる⁽⁵⁾。

(1) 制度

防御型協定の法的拘束力は、激しい議論の対象となってきた。公害防止協定は、建築協定とは異なり、法律・条例の根拠を有しておらず、しかも、規制の加重を目論むものであるからである。法令が一定の公害取締基準を定めている場合に、地方公共団体が、協定という手法によって、法令の定める基準以上の制約を事業者に課することができるか否かは、協定による規制の上乗せ・横出しとも呼ばれる問題である。

この問題は近時、最高裁判決によって一応の決着を図られた。最判平成21

(5) 同・293-294頁。

年7月10日判時2058号53頁は、町と産業廃棄物処理業者との間で締結された公害防止協定中の施設使用期限条項につき、法的拘束力の存在を前提とした判断を下した。廃棄物処理法に基づく都道府県知事の規制権限のみでは、事業者と周辺住民との間の紛争を十分に調整しえないという法令の不備に直面し、——法令上の権限を与えられていない——現場の市町村が、地域の生活環境の保全のために、事業者に対する規制の加重を図るべく、協定という手法に頼ることが、最高裁によって初めてオーソライズされたのである。

最高裁は、当該期限条項が、知事に産業廃棄物処理施設の許可権限を与えている廃棄物処理法に抵触しないことを判断し⁽⁶⁾、その上で、「本件期限条項が公序良俗に違反するものであるか否か」について更に審理を尽くさせるため、原審に差し戻した。最高裁は、法的拘束力の限界として、法律の優位と公序良俗を論じたが、後者はより広く、憲法および法の一般原則（比例原則、平等原則、合意の任意性、内容の具体性と合理性）をも含むと解される。例えば、極めて短期の使用期限を設定することによって、地域生活環境の保全のために、相手方の経済活動を過度に制約していると認められる場合には、比例原則違反が問われる。

参加型協定については、公害防止協定とは異なり、さほどの議論はみられない。もっとも、私人間の協定と行政庁による認可という複層構造から成るこ

(6) 本判決は、「知事の許可が、処分業者に対し、許可が効力を有する限り事業や処理施設の使用を継続すべき義務を課すものではないことは明らかである。そして、同法〔廃棄物処理法〕には、処分業者にそのような義務を課す条文は存せず、かえって、処分業者による事業の全部又は一部の廃止、処理施設の廃止については、知事に対する届出で足りる旨規定されているのであるから……処分業者が、公害防止協定において、協定の相手方に対し、その事業や処理施設を将来廃止する旨を約束することは、処分業者自身の自由な判断で行えることであり、その結果、許可が効力を有する期間内に事業や処理施設が廃止されることがあったとしても、同法に何ら抵触するものではない。したがって、旧期限条項が同法の趣旨に反するということはできない……。そして、〔期限条項〕が知事の許可の本質的な部分にかかわるものではないことは、以上の説示により明らかであるから、〔期限条項〕は、本件条例15条が予定する協定の基本的な性格及び目的から逸脱するものでもない。」と判示した。

の協定については、いくつかのレベルに解きほぐしておくのがよいであろう。

まず、私人間の協定自体と行政庁による認可は、一応分離される。私人間において締結された協定はそれ自体として、私法上の効力を伴って成立する。行政庁による認可は、——私人間の自由な行為をチェックしその法効果を完成させるだけの通常の認可とは異なり——協定の当事者でない者までも拘束する特別の効力（第三者効）をもたらす。仮にこの認可が違法である場合には、第三者効は生じないものの、協定自体が直ちに無効となるわけではない。

そうすると、協定の効力をめぐる訴訟は、誰が何を争うかに応じて、次の3つのケースに分けられる。第一に、協定を締結した当事者が、協定の内容を不服とする場合には、他の当事者私人を被告として民事訴訟を提起するか、行政を被告として認可の取消訴訟を提起し、そのなかで協定内容の違法性を主張することになろう。第二に、協定締結当事者が、協定の第三者効の承認ないし維持を要求する場合には、行政を被告として、不認可処分、取消訴訟ないし廃止認可処分の取消訴訟を提起する。第三に、認可公告後に当該建築協定区域内で土地所有者になった者が、協定の第三者効を不服とする場合には、行政を被告として、認可処分の取消訴訟または無効確認訴訟を提起することが考えられる。この第三のケースは、建築協定の究極の狙いを覆そうとするものであるだけに、多くの問題を抱えている。最大の壁は、法的安定性であろう。取消訴訟の出訴期間の問題は、起算点の設定というテクニカルな工夫によってクリアされうるとしても、多数の地権者によって遵守されてきた公共的な秩序は、法的な保護に値する。この争いは、行政庁の処分の違法・無効の判定という方法ではなく、私人間関係に戻して解決されるほうが望ましいとも解される。

(2) 理論

防衛型協定の典型である公害防止協定をめぐっては、非契約説⁽⁷⁾と契約

(7) 契約としての性格付けを否定する見解として、紳士協定説（淡路剛久「公害行政における防止協定の位置」地方自治職員研修3巻18頁）や包括的行政指導説（田頼明「公害行政の法理」公法研究32巻77頁以下）などがある。

説⁽⁸⁾の対立が繰り広げられてきた。非契約説は、法令が一定の基準を定めていることは、裏を返せば、当該基準の範囲内では事業者には財産権の自由な行使を保障していることを意味するとし、その上で、合意によってその自由を放棄させることは、一種の脱法行為であって、違法・無効であるとする考え方に立つ。この考え方は、私人が同意さえすればその権利自由を制限できるとすると、法律による行政の原理の趣旨が無意味になりかねないことを危惧するものである。これに対し契約説は、当該状況の諸特性から、法律による行政の原理との衝突を回避するものである。そこでは、①当該法令は、事業者と付近住民との利害の調整を図るものであって、制約される事業者側の自由は経済活動を無制約に行わないというにとどまること、②事業者は、地方公共団体との関係で必ずしも弱い立場にあるとはいえないことなどに鑑みて、社会的強者である事業者が、自己の判断で、しかも環境に影響を与える限りにおいて、その経済活動の自由を制約する場合には、その意思を尊重しても自由の保護に反するわけではなく、したがって、協定は必ずしも違法とはいえないとされる。後者が、現在の通説である。

参加型協定については、公害防止協定とは異なり、法的拘束力が認められることに異論はない。建築協定が全員合意を要件としていることに端的に表れているように、合意は拘束するという基本原則が妥当する。ただし、実際に締結された建築協定の大部分を占める一人協定は、火種となりうる。この一人協定は、建築協定をデベロッパーの単なる道具と墮すおそれを潜ませている。開発分譲業者との間の売買契約のなかに、建築協定に服することへの購入者の真の同意を確保するという形式的条件に加え、単なる市場の論理ではなく、地域の環境秩序に転化させていくという実質的条件をも満たしうよう、諸々の手立てを講ずる必要があるろう。

法的拘束力の有無を判断する基準は、結局のところ、——契約の基本原則通り——当事者の意思の要素、より具体的には、各当事者に自らを法的に義

(8) 代表的な論者として、原田尚彦『環境法〔補正版〕』（有斐閣、1994年）170頁以下。

務づける意思があるか否かという契約的合意の存否に求められていることになる。そして、法的拘束力が肯定された場合には、その効果として、司法的執行の可能性が開かれる。裁判的救済の範囲（損害賠償にとどめるか、それとも、差止め等まで認めるか）は問題となりうるが、この点につき、建築協定に関する法社会学研究は、損害賠償請求事例の乏しさを指摘している⁽⁹⁾。その理由として、地域環境は共通の利益であって、特定の者の特定の利益の侵害が観念されがたいこと、不法行為に基づく損害賠償を基礎づけるだけの権利侵害（日照被害等）は生じていないこと、協定区域が全体として被る損害であるから額の算定が困難であること等が挙げられている。環境は回復されなければ意味がないことから、相手方の義務の履行を要求するべく、差止めや措置請求（公害防除請求・収去請求）が主たる救済手段として優先されることになる。

2 契約の性質——私法契約か公法契約か

(1) 制度

防御型、参加型のいずれにも法的拘束力が認められるとすると、次に、この契約が私法契約なのか公法契約なのかが問題となる。公的モメントと私的モメントのせめぎ合いのなかで、性質決定が下されることになる。

(i) 防御型協定

公害防止協定は、産業廃棄物処理に関する法令上の規制権限を与えられていない市町村が、その欠如を代替すべく、いわば苦肉の策として工夫を重ねてきたものである。ただし、市町村による行政指導は、都道府県知事の許可権限との事実上ないし制度上のリンクを介して、実質的な強制として機能しうる。また、リソースの限界が顕著なこの分野において、執行不全の補完として、周辺住民の実働が強く求められる。

公害防止協定に関しては、これらの公的モメントへの警戒に関心が払われてきたが、私的モメントにも着目すべきであろう。行政—事業者間の公害防

(9) 長谷川貴陽史『都市コミュニティと法』（東京大学出版会、2005年）55頁。

止協定は、住民—事業者間の同種の協定との連続性・相対性において捉えられ（ここでの行政は住民代表としての実質を帯びる⁽¹⁰⁾）、両者相まって廃棄物処理法の執行局面での補完・協力の役割を果たしているのである。行政—事業者間の契約と住民—事業者間の契約が機能的に等価であることを見据えるならば、行政は住民代表として事業者に相対する存在となり、公害防止協定は、正当な私的モメントを帯びた手法でもあることになる。

（ii）参加型協定

防衛型に比べ、参加型は、法律・条例の仕組みに私的モメントと公的モメントの双方が明瞭に打ち込まれているがゆえに、激しい議論の対象となってきた。私法契約説⁽¹¹⁾と準立法説⁽¹²⁾の対立が、それである。

私的モメントとして何よりもまず、全員合意が挙げられる（法70条2項）。当事者となる特定の具体的な諸個人すべての意思が、建築協定制度の基本に据えられている。ただし、ここでの私人間の関係は、通常取引的契約における対価関係とは異なる、互換的利害関係と呼ばれるものである⁽¹³⁾。各協定者は、同一内容の制限をもって、自分で自分を規制するという団体的拘束に服している。区分所有とパラレルの、集団的な地役権設定として性格づけることもできよう⁽¹⁴⁾。

第二に、違反に対する自主的措置が挙げられる（法70条1項）。建築協定違反に対する是正命令権限の定めや罰則の定めはなく、また、建築協定は建築確認の際の確認対象規定に含まれていない。各協定者は、協定によって協定違反があった場合の措置を定めるのである。通常は、運営委員会が設置され、この運営委員会が自治会・町内会と連携しながら協定の実効性を確保している⁽¹⁵⁾。

(10) 福岡高判平成19年3月22日判自304号35頁（平成21年最判控訴審）。

(11) 森田寛二「建築協定論、そして公法上の契約論（一、二・完）」自治研究66巻1号3頁，66巻2号52頁。

(12) 荒秀「建築協定の法的性質」ジュリスト490号47頁。

(13) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣，2000年）285頁以下参照。

(14) 長谷川・前掲注（9）49頁注114。

(15) 同・101頁。

第三に、建築協定が、行政庁の認可を受けずとも、私人間において建築制限契約として締結されうるものであることが挙げられる。このことは、公害防止協定が、行政・事業者間のみならず、付近住民・事業者間において連続した機能を果たしているのとパラレルに把握されうる。私人間の建築制限契約は、確かに第三者効の有無という違いはあれども、私法上の契約でありながら公共的利益を実現するという機能においては、建築基準法上の建築協定との連続性を有している。

かくして、建築協定は、当該区域の居住者が、自分たちで約束し、守り、守らせるものであると言える。規範の定立—解釈運用—実効性確保のプロセスを通じて、私的モメントが貫徹されているのである。ここに、“お上の発想”の対極に位置する“公共＝みんなのもの”という発想を見て取ることもできよう。

建築協定はしかし、公的モメントに刻印されている。第一に、法律と条例の根拠が挙げられる。建築協定は、公害防止協定とは異なり、建築基準法によって創設された制度であり、各市町村条例に定められてはじめて動くものである。法律によって協定の内容・手続も課されている。このことは、計画策定権限の特定の私人への委任と同時にこの私人の公化を意味するとも言えよう。建築協定制度は、計画高権の制約を承認し、計画に私人を組み込むことによって、建築基準法による全国一律の最低限の公益にとどまらない、“よりよい”公共利益の私人による実現を制度化しようとしたものであるとも解されうる。

第二に、特に開発分譲業者の一人協定の際に行われる行政指導が挙げられる。実際には建築協定の大部分を占める一人協定を通じて、行政は、開発分譲業者をいわば手足として行政目的を実現することも可能である。これは、協定者自身による公益の形成ではなく、行政による押しつけに他ならない。ただし、開発分譲業者にとっては、環境の良さを売り物にすることができるばかりか、手続をスムーズに進めることができるという点において、その経済的計算に合致するものであるし、また、行政と開発分譲業者双方にとって、良好な協力・信頼関係を形成することはプラスに働く。

第三に、建築協定の最大の特徴として、行政庁の認可による第三者効の発生が挙げられる。建築協定は、一定区域の土地権利者の全員の合意によって締結されるが、行政庁の認可を受けると、その公告のあった日以後当該区域内で土地所有者になった者に対しても効力をもつようになる。これは、契約の相対効の原則の重大な例外である⁽¹⁶⁾。認可という行政行為は、通常は、私人間の自由な法律行為の完成＝行政庁によるチェックにとどまるが、建築協定制度のそれは、民事契約の枠組みを超え、後から所有者になった者に対して、その者の意思に関わりなく、財産権の制約を課するものである。建築基準法による事前手続の履践の強制（公告・協定書の縦覧（法71条）、関係人からの公開による意見聴取（法72条））は、第三者の権利の一定の保障に資するであろう。

(2) 理論

契約の性質決定に関して、ある論者は、三つのアプローチを提示している⁽¹⁷⁾。契約の派生的効果に着目するアプローチ、契約の対象に着目するアプローチ、そして契約の当事者に着目するアプローチである。契約の派生的効果に着目するアプローチとは、公法契約が私法契約に対して、——意思表示の内容という本体的効果ではなく——何らかの特殊な派生的効果を具えているかどうかを問題とするものであり、契約の対象に着目するアプローチとは、「契約が法律に根拠をもつ勝れて特殊な行政上の権利義務に対し修正をくわえること等を内容としている」⁽¹⁸⁾かどうかを軸にするものであり、そして契約の当事者に着目するアプローチとは、契約の一方当事者が国家である場合に、私法原理の修正の余地を吟味するものである。

いずれのアプローチをとるかは、契約の性質決定にいかなる意味ないし機能を持たせるかに依っている。例えば、行政契約論を伝統的に確立してきたフランス法は、裁判管轄の決定（行政裁判所管轄か司法裁判所管轄か）のメル

(16) 建築協定の廃止は、一人の反対によっては叶わず、過半数の合意が要求されていること（法76条）もまた、契約の相対効の原則の一つの例外として把握される。

(17) 森田・前掲注（11）自治研究66巻2号52頁以下。

(18) 同・58頁。

クマールとして、契約目的の公役務執行性か普通法外条項の存在を選択的に要求した上で、行政契約の効果として、行政の一方的変更権限・解約権限を承認すると同時に、その代償としての私人の経済的保護を図っている。すなわち、フランス法は、契約の派生的効果に着目するアプローチを選択していると言っているが、この選択は、契約の拘束力の否定（行政の「自由」の承認）による行政の公益責任の貫徹という行政契約論の意義によるものであると解される。

本稿は、契約の当事者に着目するアプローチを基本的に選択する。なぜなら、日本法における行政契約論の未発達という状況に鑑みると、公権力の抑制による私人の権利利益の保護という公法学の本来の関心事に立って、行政契約の法的統制のあり方を模索し確立することが、何よりもまず取り組むべき課題であると考えられるからである。もとより、かかる考え方に基づく議論がなされていないわけでは決してない。かつての給付行政の比重の高まりを受けた行政私法⁽¹⁹⁾にとどまらず、今日では、これと表裏の関係を成す一面をも有する私行政法⁽²⁰⁾が、公私協働への関心の高まりを受けて展開されている。これらの議論は、契約当事者の公的主体性に着目し、一方的手法との相対性・連続性をも踏まえた固有の拘束を提示している。実体法的コントロールとして、憲法・法の一般原則（比例原則，平等原則，公序良俗）が課され、また、手続法的コントロールとして、規範定立への参加原則や公正・透明原則が課される。行政契約なるものは、当事者のみでなく、第三者の利益—公益を考慮に入れなければならないがゆえに、固有の法的統制に服せしめられているのである⁽²¹⁾。

以上の理論状況を踏まえたいうで、残された問題として、参加型協定の実効性担保局面を取り上げておきたい。防御型協定に関しては、学説における

(19) 成田頼明「行政私法」成田編『行政法の争点（新版）』26頁参照。

(20) 山本隆司「日本における公私協働」稲葉馨＝亙理格編『藤田宙靖博士東北大学退職記念・行政法の思考様式』（青林書院，2008年）198頁以下参照。

(21) 筆者も、フランス法を素材として、行政契約法理を探究したことがある（拙稿「契約化の公法学的考察（一）（二）（三・完）」法学73巻6号1頁，74巻4号1頁，74巻5号1頁。

議論の蓄積を踏まえ、最高裁判所による一応の決着が図られたのに対し、参加型協定に関しては、問題が解決されておらず、そしてこの問題は、実際上も理論上も実効性担保局面においてこそ鮮鋭に現れていると思われるからである。

問題の大本は、参加型協定が「社会」のルールである点に求められる。「社会」が、各自の意思に基づいてルールを設定し、各自の自己規制によってルールを執行し、ルール違反に対し、社会の委任を受けた者（運営委員会）を介して自主的に実効性担保を図る、というのが参加型協定制度の筋である。訴訟事例の少なさは、この筋を裏付けているとも言う。だが、実態は“きれいごと”ばかりではない。ルール違反の現出により紛争が顕在化すると、行政指導であれそれに至らない相談・勧告であれ、インフォーマルな介入が要請される。果たして、社会のルールに違反した個人のサンクションは、行政に求められるべきなのか。この問いは、行政が公益に対して責任を負うべきか否かという根本に関わるものである。

仮に、特別の拘束に服した行政の介入による公益責任の担保の必要性が肯定されうるならば、公法契約の必要性を裏付けられよう。その根拠として、一つには、プロセス上の行政の責任が挙げられる。規範定立権限の“委任”と規範の内容のチェックという公的モメントは、法的な責任を生ぜしめるとも解される。もう一つには、お上のほうが地域の目付け役・ボスより公法的規制に服する分だけ望ましいという、素朴な実態把握に基づく根拠も挙げられよう。みんなのルールはみんなで守るというけれども、「みんな」は責任の所在を不明確にする。対等の私人間において実効性を確保するのは実際上難しく、かといって、何らかの意味において優位性を有する私人を据えるのは、私的自治の世界であるだけに権利侵害のおそれを免れえない。

だが、このようなロジックはいくつかの障壁にブロックされることになる。第一の障壁として、法律による行政の原理との抵触のおそれがある。法令上与えられている処分権限との抵触を避けるには、相当に周到なテクニックが求められる。建築協定の遵守を——建築確認の対象自体ではなく——その審査基準に組み入れるなどの工夫が必要とされよう。

第二の障壁として、プロセスの一部のみを取り上げることの不合理性がある。建築協定制度は建前上、法律・条例に基づいて、規範定立—解釈運用—実効性担保というプロセス全体を通じて、私人に委任されている。にもかかわらず、最後のステップである実効性担保のみを行政の関与に服せしめることは、プロセスの一貫性ひいては責任の明確性の観点から、批判を惹起しかねない。

第三の、そして根本的な障壁として、行政が社会に介入することの問題性がある。ここで対象になっているのは「社会」のルールなのである。社会の内部においては、多数派集団による少数派個人の抑圧のおそれが常に潜んでいる。「共」と「私」の緊張関係のバランスを行政が崩してしまうのは、個人の権利自由の保護の観点から許されまい。であるからこそ、行政は集団の側にも（個人の側にも）つかないことが求められる。集団と個人のどちらにも与しないのが、行政の守るべき一線であろう。そうすると、ここでの関係は、「社会」の問題にとどめ、したがって、裁判所による紛争解決によらしめるべきことになる。裁判所は、少数派個人の権利自由の保護を核としつつ、法的ルールの解釈適用による紛争解決を本来の職掌としている。最低限の公益は、一般的に、法律—行政による執行を通じて確保されているのであるから、それ以上の“よりよい”公益は、個別的に、「社会」に委ねること——より具体的には、私人の意思に基づく「社会」のルール設定とその自主的な履行、そして、裁判所による「社会」のルールに則った紛争解決に依存させること——が許され、むしろ望ましいと解されているのであろう。

結語 日本法の特徴

日本の環境行政における契約手法のプレゼンスの高まりは、契約化という世界的傾向に即して捉えられうる。このことは、日本の行政法が欧米法を現も変わらず参照し続けていることに鑑みるならば、しごく当たり前なのかもしれない。だが、仔細に眺めてみると、日本法が欧米法を単に模倣しただけではないことが分かる。公害防止協定が地方公共団体の工夫を通じて生み

出され磨き上げられてきたこと、建築協定が——英米法の土地利用制限約款（Restrictive Covenant, Deed Restriction）に倣ったとも言われているが——建築基準法制定当初（1950年）から制度化されており、かつ、全員合意要件のハードルを前に、一人協定が開発され活用されていることだけを取ってみても、日本法ないし日本社会の構造的特色を読み解くことは不可能ではない。ただし、この作業は、「環境と契約」という主題を他の行政分野と他の行政手法を組み合わせた全体のなかに位置づけながら、公（国と地方公共団体）—共—私（住民と事業者）関係を探り出していくことを要する。以下では、この基礎的研究への架橋を意識しつつも、表層に現れた限りでの日仏比較を通じて、日本法の特徴の一端を描写しておきたい。

日本法とフランス法の違いはまず、契約の対象事項に存する。フランス法における契約化現象の特権的領域は、経済分野と地域行政である。このことは、EU統合の進展や地方分権改革の動向といった、フランス固有の社会状況をも背景としている。日本法の最重要関心事の一つである環境分野は、フランス法の中枢を占めるものではない。確かに、例えば、政府調達契約等を介した政策誘導として環境目的の達成が図られることはあるものの、そこという環境は、主として自然環境であって都市環境・生活環境ではない。

この違いは示唆的である。アメニティと呼ばれる利益は、生命・身体・健康とは異なり、果たして、また、いかに保護すべきか、ないし、保護しうるかが問われるものであるだけに、法理念・法制度上の相違が浮き彫りになりやすいからである。なるほど、フランス法が、都市計画—建築制限—罰則というハードな手法を選択しているのに対し、日本法はここにこそ、ソフトな手法である契約手法の存在意義を見出している。この法制度上の相違は、法理念上の相違に由来する。すなわち、フランス法における一方的手法による強制が、広義の環境に公共性を認める法意識の定着を背景としているのに対し、日本法はそうではない。久しく批判にさらされてきたにもかかわらず、日本法は、財産権尊重の思想に基づき、経済活動の自由（公害防止協定）や建築の自由（建築協定）を出発点に据えている。この私人の自然の自由は、行政の介入を根拠付ける公益を厳格に要求する。公益としての保護の必要性

と可能性が自明ではないアメニティは、私人の自然の自由を制約するに十分であるとは言い切れないのである。それゆえに、よりよい公益の実現を目的として、当該私人が、自らの意思に基づき、自らの財産権を規制するという理論構成が必要となり、したがって合意手法が鍵となる。このことは、別の側面から見ると、日本法がこの領域をあくまで「私」の世界にとどめていることを意味する。

建築協定について改めて整理するならば、まず、地域住民が契約手法によってよりよい公益の実現のためにいわば環境公序を形成するのが、規範定立局面である。一般的法規範（法律、条例）が目的とする最低限の公益にとどまらない、当該地域固有のよりよい公益を、しかも対等当事者間において実現しようとするのであるから、一方的手法によることはありえず、合意手法によらざるを得ない。当事者全員が、自らの意思によって、自らの権利利益を制約することを約束するのである。かくして形成された行為規範に基づき、各当事者が環境公序を維持するのが、執行局面である。各当事者は、自らの利益と「みんな」の利益を等価としつつ、自己規制を行う。もっとも、この局面に至ってはじめて、第三者が登場することがある。すなわち、自らの意思に基づいて協定を締結したわけではない第三者が、当該区域の新たな土地所有者となる場合が生ずる。この第三者をも既存の環境公序に服せしめるために必要となるのが、行政庁の認可つまり行政行為である。契約の相対効の原則のみでは乗り越えられないこの場面に限って、行政行為が挿入されている。その上で、仮にルール違反行為がなされた場合に、これを是正ないし制裁するのが、実効性担保局面である。当該地域固有のルールつまりは社会のルールを、社会の構成員の間において担保しようとするものであるから、社会内部の自主的な解決が功を奏しない場合には、行政庁の規制権限に頼るのではなく、裁判所による権利義務関係の裁断に服することになる。この解決方法は、社会内部における集団と個人との紛争であるがゆえに求められるものに他ならない。

以上のような仕組みは、日本人の共同意識に支えられている面が大きいであろう。だがここに、伝統的な共同体的紛争解決手法とは異なる、都市コミ

ユニティにおける紛争解決のありかたを見出す実証的研究が存在する⁽²²⁾。そうであるとするならば、日本法ならではの方法をそれとして評価することも、一つの方向としてありうることになる。仮に、日本法ならではの契約化を目指すとするならば、相応の覚悟をもって行政契約論の構築という困難な仕事に挑まなければならない。一つの突破口として考えられるのは、公法契約・私法契約論の再構成である。この議論は実は、フランス法に劣らず、かなり早い時期から、優れた研究成果を生み出してきた⁽²³⁾。戦後日本の行政法学の最大の課題とされた公法私法二元論の克服が、契約の領域においてどのように実現されたのか、公私協働論華やかなりし今、契約論における公法私法二元論の意義を虚心に見直す時期に至っている。この仕事は、契約論の本家である民法学はもちろんのこと、法を経験科学的に分析する学問である法社会学にも多くを学ぶことができる。隣人間の紛争に押し込めることなく、また、行政指導に頼り切ることなく、「公共」の問題にいかに向き合っていくか、様々なレベルで問い直されている専門家の役割をも見定めつつ、考察をさらに深めていく必要がある。

(22) 長谷川・前掲注(9)165頁。

(23) 既に参照した諸論考のほか、小早川光郎「契約と行政行為」『岩波講座基本法学4——契約』(岩波書店, 1984年)が重要な業績である。