

不確実性の条件下における行政決定の 法的制御に関する一考察

——ドイツにおけるリスク制御の理論的分析を中心にして——

下 山 憲 治

はじめに

- I リスク行政における二元的アプローチと手続化
 - 1 第一次的及び第二次的リスクへの法的対応
 - 2 リスク行政とその特徴
 - 3 リスク行政法における手続化
 - 4 リスク管理手法の基本構造（ドイツ・リスク委員会最終報告を基礎にして）
- II 不確実性領域への介入とその正当化根拠
 - 1 EU法における予防原則の展開
 - 2 ドイツ・リスク行政法における事前配慮原則
 - 3 リスク決定における手続的合理化

おわりに

はじめに

科学技術の進歩・発達によって、われわれの知見が拡大・増加し、今まで危険であるとか、リスクがあると考えられたものが、安全あるいはより高度の安全性を確保できるとらえなおすこともできるようになった。しかし、それは一定の時間的・空間的観点での一定の事象・対象に限ったものである。かえって、多くの知見の獲得は、同時に多くの未知を認識させ、あるいは、その時点では認識し得ない不知をもたらす。すなわち、知見の拡大は不可避免的に未知・

不知を伴い、その未知・不知を意識することでさらに別のリスク認知へとつながるのである。ここで意識しなければならないのは、認識される危険ないしリスクのみがコントロールされるという点¹であり、安全ないし确实といわれていたものが実はそうではないことを意味する²ことである。このことは、「どのくらい安全であれば、安全として十分か」という発想のもとで行われるリスク管理の基礎にある科学的・技術的な安全基準や安全（性）判定にも当てはまり、保護法益を保障するための中核にある科学技術に関する知見も不安定であり、それが法にも「伝染する」³。

何をリスクと見るか、そして、それを回避、削減あるいは転嫁すべきものと評価するか、受容可能なものと評価するかは、さまざまなバイアス（特に文化的なもの）によって異なるといわれており⁴、このバイアスも、技術革新や時代の変化に応じて変遷する。また、「科学的真理」がさまざまな条件を前提としているから、リスクが客観的に存在するという発想をもとに定量的にそれを表現しようとする客観的リスク（論）のみによって意思決定できず、あるいは、その説得力が減少し、いわゆる主観的リスク（論）が考慮されなければならないことになる⁵。

このように、「リスク」概念を用いることで、いまだ不确实のままである知見の問題、損害が起こりうるのが未来であるという時間的次元の問題とリスクの帰責・配分、リスク転換など各種の問題が意識され、不确实性の条件下での意思決定の結果をアセスメントし、不确实性を想定し合理的な意思決定を生み出すことができるようになる⁶。ただ、ここでいう合理性とは、従来のような経験的知見あるいは「確定的」科学的知見によって担保されてきたものとは異なり、知の限界や時間等の制約があり、最も合理的な意思決定を追求しつづけ、適時の、時宜に即したものができなくなるのを避けるため、意思決定のさまざまな前提条件や状況、選択肢等を一定程度単純化・取捨選択したうえで不确实性を減らすという部分的・限定的合理性である⁷。それゆえ、本稿で検討しようとするものは、不确实な知見であることを認めたとうえで、それでもなお、何

らかの意思決定をしなければならないというアンビバレンスな領域を想定している⁸。

国家任務という視点から、危険・危険性の存否に対する未知・不知への対応も憲法上重要となっており、国民の生命・身体及び健康にかかわる危険・危険性への対応とそれとも関連する環境保護・保全という任務に、今日の経験的知見ではいまだ十分には予測できない将来の損害、リスクへの対応も含まれる。それゆえ、不確実性の考慮とその結果の法的処理について、実体法的諸要件のみによる規律には限界があるから、権限配分、手続及び権限付与というプロセス構造の導入が必要となる。すなわち、組織法、手続法及び実体法を相互に補完させ、新たなコントロールの構造的手法をうみだすのである。そして、このような場合の合理性の担保方法としては、たとえば、意思決定に必要な情報の開示、意思決定のための選択肢の多様性を保証すること、多様な利害関係者の参加の原則が守られること、各利害関係者の「代表性」の担保、議論過程の透明性の担保、意思決定に至る手続の明確化などが必要とされている⁹。それゆえ、ここでは、どれくらい安全であれば十分か（How safe is safe enough?）と共に、あるいは、その発想を補填するものとして、どれくらい公正であれば安全として十分か（How fair is safe enough?）という発想方法が重要となる¹⁰。また、経済的合理性の観点から、効率性を重視し、費用便益分析を中心に意思決定の合理性を図るべきであると主張する傾向も強い¹¹。ここで注意しなければならないのは、「合理性」なるものの内容とその判断基準、さらには、仮に定量的に合理性判断をするとして、その定量化の基準と定量化できないものの存否などを客観的に分析する必要があることである¹²。

以上の問題認識を前提として法的観点から分析していくと、人権・権利保障の問題対象としてのリスクと民主主義の問題対象としてのリスクという区別も可能になる。それら双方の問題に密接にかかわる点として、不確実性をいかに法的にコントロールするのか、そのコントロールの仕組みと手順（権限配分と手続）などを検討することが必要になる。この種の問題は、既に米国やEU諸

国においてさまざまな形で対応され、また、その対応が修正されてきているし、議論の蓄積もあり、しかも、實際上、わがくと共通する課題に対応されてきている。それゆえ、本稿では、EU法とその影響下でのドイツ公法学における議論動向を分析し、検討することで、わがくにおける法的議論を展開するための準備作業としたい¹³。

以下では、Iにおいて、実体的概念として用いられることの多いリスク概念を、問題発見的概念としてとらえることで、不確実性への行政による法的対応について合理化するための一定の手続的構成が認められることを明らかにしていきたい。そして、そのうえで、IIにおいて、EU法及びドイツ公法におけるその法的根拠づけがいかになされているのかを分析していくこととしたい。

I リスク行政における二元的アプローチと手続化

1 第一次的及び第二次的リスクへの法的対応

ニクラス・ルーマンの観察方法、すなわち、第一次的観察と第二次的観察の区別を参考にしながら、法学におけるリスク論について深い考察をしているシェアツベアクが提示した「第一次的リスク」と「第二次的リスク」というアプローチ方法をベースにして、ここでは分析を進めていきたい¹⁴。すなわち、シェアツベアクによれば、リスクへの法的対応は、法そのものにとってもリスクを伴うもので、不確実性の条件下では、立法者による意思決定の結果（誤ったものを含む）に対応するためのシステムが必要となるから、法は自省的（reflexiv）となり、長期的な目標・コンセプト¹⁵を設定し、それに基づく一時的措置には一貫性原則（Kohärenzprinzip）が重要となることや、過剰介入・過少介入禁止（Übermaß- und Untermaßverbot）原則が比較衡量要素のひとつに変換され¹⁶、法律の留保論が内容的・手続的・組織的コントロールによって規範の質を確保する要請へと変容され¹⁷、リスク決定が「限定された意思決定」として認知されることで、法の負担軽減が行われ、その裏返しとして、政治的評価・

形成余地（特権）が拡大する¹⁸という認識のもと、次のように主張する¹⁹。

リスクは、次の二つの現象形態、すなわち、法によって調節された環境における損害ポテンシャルとしての形態（第一次的リスク）と、法的規整によって起こりうる過誤のコストとしての形態（二次的リスク）が法的なリスク対応では重要になる。ここでいう第一次的リスクは、損害の期待値、すなわち、損害の程度とその発生の蓋然性（確率）の積であり、経済的意思決定の結果生じうる不利益と期待される便益とを比較できるようにする²⁰。このリスク概念は、不確実性への法的対応という視点からすれば、損害発生の蓋然性も損害の程度（ないしその不可逆性）も不確実であるから、循環的根拠（*zirkuläre Gründe*）に過ぎない²¹。

さらに、シェアツベアクによれば、法的なリスク管理の対象が不確実性の領域へと拡張すれば、二次的リスク、すなわち、危険の評価を誤る危険及び危険の制御を誤る危険（*die Gefahr der Fehleinschätzung und Fehlsteuerung der Gefahr*）が問題として登場するとしている²²。そして、この二次的リスクに対応するため、法は、自らの効果をあらかじめ考慮しなければならず、自省的となる²³。その際、リスク制御は、法による規範化の結果生じる不利益にも及び²⁴、その不利益も比較衡量の対象となる。それゆえ、二次的リスクに対する制御では、危険防除とは異なり、科学で認識できる限界線にいきついたとしても、それが法的規整の終焉ではなく、きっかけとなることがある²⁵。したがって、二次的リスクにおける残存リスクは、過誤のコストが考慮され、（予防・事前配慮による）リスク制御のリスクが重大であるリスクであるとす²⁶。

このような発想は、EU法においても、認められる。たとえば、EU食品基本規則3条9号では、リスクとは、危害因（*Gefahr*）の顕在化の結果として健康に危害を及ぼす作用の蓋然性とその程度の関数であると定めている。この概念規定は、一見、第一次的リスク概念を採用しているとも考えられないわけではない。しかし、危害因とは、食品若しくは飼料内の生物、化学又は物理的

な作用因子又は食品若しくは飼料の状態健康被害の原因となり得るものをいう（同規則3条14号）ことからすれば、このリスク概念の定義は、同規則によるリスク分析手法ないしリスク制御手法の導入とあいまって、なんらかの措置を講じるため、どの程度の健康に対する有害な作用の蓋然性（確率）がなければならないか、そして、どの程度の作用でなければならないか、を定めたものではなく²⁷、むしろ、単に、リスクを確定する思考プロセスを規定したに過ぎず、リスクの存否の判断に関する具体的な内容・基準を含んでおらず、その存否は、各実体法規定の内容からのみ明らかになると解される²⁸。それゆえ、第二次的リスクの発想のもと、リスク管理に伴う過誤のコストについては、EU委員会通知によれば、EU条約174条2項2文の予防原則の適用にあたって、考慮されるべき措置によって生じるプラスの効果・マイナスの効果と比較衡量すること、それとともに介入によって生じる新たなリスクとの比較があらかじめ要求される²⁹ことになるのである。このリスク概念は、リスク科学同様、帰納法的判定プロセスがとりいれられているといえ、手続的ないし自省的リスク管理の基本構造を示していると考えられる。ここに見られるよう、従来、法学の典型的思考方式である演繹法的発想による意思決定というよりも、帰納法的発想が広範に取り入れられ、部分的結果から全体に対して判断を下すので、過誤の発生が避けがたく、その過誤を修正する方法、すなわち、学習・自己修正システムが構想・導入されざるをえなくなるのである。

2 リスク行政とその特徴

ここでいう「リスク行政」とは、人の生命、身体及び健康と環境に対し、産業・技術活動から生ずるリスクを探知・同定し、それを科学的及び価値判断的に評価したうえで、回避・削減措置等を講ずるという行政によるリスクに対する構造的なコントロール体系をいう³⁰。リスク概念と同様³¹、この概念は、問題発見的ないし分析的概念として理解し、従来の介入行政と対比した時の特殊性を表現したものである³²。すなわち、伝統的介入行政の特徴は、たとえば、

自由法治国的な警察介入権限とそれを具体化する法解釈、経験的知見への依存と職務調査原則、介入する者と介入される者という二極構造・法関係での把握、介入する国家サイドの証拠提出責任などである。このような特徴をもつ伝統的な介入行政モデルは環境法の発展によって修正され³³、①リスクアセスメント、リスク評価と削減・回避等の予防的な規整手続・監督手続³⁴、②経験的知見を超えてリスクを予測し、その受容・転嫁・回避・削減へと国家によるコントロールが拡張すること（いわゆる危険防除からリスク事前配慮へ）³⁵、③不確定な法概念にみられるような行政による規範の具体化に依存し、下位法規範の飛躍的増大が認められること³⁶、④許認可等の意思決定における準備段階での科学技術専門家の関与（リスクアセスメント）が認められること³⁷、⑤制御された自己制御という発想の下でのリスク探知・同定を被規整者が負担し、行政庁がそれを検証調査するという構造³⁸がみられること、⑥リスク制御プロセスにおける行政庁・科学者・事業者間のネットワーク³⁹、⑦第三者・公衆が多段階にわたって行政の意思決定手続に参加・関与すること⁴⁰や、⑧点的で個別具体的な危険防除から国家による製造及び配分網の全体への監督拡張（応急的個別措置から継続的な領域制御への移行）⁴¹、その一方で、事業主体自身による自己監督に向けられた国家監督活動等⁴²がリスク行政の特徴として挙げられる。

リスク行政はリスクとともに存続するから、その時々々のリスク決定は、国家と施設経営者・製造業者との法関係を最終的に確定するものではなく、一時的なものとして、長期的な監督法関係の中に位置づけられ、しかも、この法関係では、行政庁は、当該決定を事後的に、修正・変更し、負担を課すことがある⁴³。また、殺虫・除草剤では許可後のモニタリング（Nachzulassungsmonitoring）、医薬品では市販後コントロール（Nachmarktkontrolle）という特徴的システムにみられるように、経営者・製造業者及び消費者・第三者は、リスクに関する知見の恒常的な獲得とそれに応じたりスクの新たな評価というサイクルの中で独自の位置を有し、科学水準の動向を単に観察するのみではなく、積極的に、リスクに関する知見の獲得努力をすることとなる。このようなリスク決定の継

統的コントロール義務は、後述するとおり、この領域で典型的な不確実性の条件下では、過剰介入・過少介入禁止原則の発想ないし規律は、不完全にしか用いることができないから、それを補填するため手続的に構成されたものであるといえる。

このようなリスクへの国家による対応の基本は、リスク領域における知見の欠如を、リスクに関する情報を決定時及びその後も継続して可及的に収集・評価することで調整しようとする点にある⁴⁴。このような状況下で行われるリスク決定は、一方では、当該科学技術の専門的知見に依存すると共に、政治的・経済的価値など多様な比較衡量を必要とし、変動性・動態性及び複雑性によって特徴づけられるから、「リスク行政」法は、法的安定性などを要請する伝統的な法治国的行政法とは緊張関係にある⁴⁵。この点は、行政法学における判断余地の議論や、「対外的」拘束力のある行政規則、行政行為論（第三者効、法効果の一時性及撤回論への発展）、行政手続における科学技術の専門家の関与などの手続論、許認可決定の柔軟性の維持、継続的監督法関係における権利義務論、不確実性の条件下における過剰介入・過少介入禁止原則の取扱いなどと展開していく⁴⁶。そして、リスク行政「法」は、不確実性の条件下における行政決定への法的対応、とりわけ、科学的に正当化されたリスクアセスメント結果へ行政決定を拘束させたり、リスク事前配慮の可及的な合理化を要請・義務づける点が、その特徴であるといえる⁴⁷。

3 リスク行政法における手続化

手続的法（Prozedurales Recht）ないし法の手続化（Prozeduralisierung des Rechts）という概念設定⁴⁸は、具体的には、①立法者に対して新たな手続的な規整形態を推奨するものもあれば、②既存規範の解釈を通じて手続的規範として新たな意味づけをするものもある。②は、法定立・適用のプロセスを、実体法的規範とは一応切り離れた法適用者の活動、とりわけ、法規命令等の規範定立、事実認定・要件へのあてはめ・実施・審査を中心にして、それゆえ、

それらに携わるあるいは関与する行為者の役割をも含めて、把握しようとするものである⁴⁹。

①では、自由法治国における条件プログラムから実質的法治国における未来志向の目標プログラムへの移行の結果、法の制御能力が極めて弱体化し、「法治国の危機」であるという認識をベースにして、それぞれ法治国原理における矛盾を解消するための新たな制御モデルとして、制御された自己制御とか、コントロールのコントロールと呼ばれる社会の自己制御とその自己制御のプロセスを修正していく手続的法を提案するものがある⁵⁰。また、そのようなアプローチと本質的には異なり、社会システム論におけるオートポイエシス論をベースにして、社会を構成する各部分システムは自己準拠と固有のダイナミズムによって特徴づけられ、システムを取り巻く環境としての他部分システムである法による制御は、システムの自己修正の刺激（立法による騒音）に過ぎず、オートポイエシスの閉鎖性（*autopoietische Geschlossenheit*）によって、システムそのものを法によって直接に制御することはできないものの、各システムの自己制御にすべて任せるのではなく、その自己制御の出発点である自省に対し、各システムが環境としての他部分システムとの関わりの中で自らの役割を確定する刺激をあたえることで、一定方向へと方向づける、環境条件の設定という間接的方法で操作できるとするものがある⁵¹。

特に、社会システム論的理解に関連して、「状況制御（*Kontextsteuerung*）」という概念を用い、たとえば、事業所内における事業所委員による義務的（*obligatorisch*）自己コントロールないし自己監督のように、国家が私経済主体に、外部による決定ではなく、対内的な情報・学習・自己コントロールプロセスを設定し、私人を、望まれる公益に寄与するよう任意に促すことで、自己認識が帰納的に作用することから、「自省的法」と名づけているものがある⁵²。また、社会状態の制御を目標とする法は、社会科学における議論では、介入主義型法（*interventionistisches Recht*）と呼ばれ⁵³、それに対し、トイブナーやヴィルケなど社会システム論の立場から、新たな法形式、すなわち、社会に

対する国家の中央集権的規制ではなく、社会に対する分散的な規程が機能する場合に着目し、ポスト介入主義型法を探究する試みとして、「自省的法」が主張された⁵⁴。この自省的法論では、国家法による社会の制御、特に下命・禁止、租税と経済的刺激による制御は、いわゆる「規制のトリレンマ」、すなわち、第一に、各システムが、相互に他のシステム再生産にとっての有為性基準を尊重しない介入・影響力の行使が行われると、その要求は相互のシステム間で無視され（相互無視）、第二に、仮に法システムが対象のシステムにその必要性などが認められ、介入・影響力の行使ができたとしても、対象システムの自己再生産に大きなマイナスの影響を及ぼし（法による社会の不統合）、第三に、逆に、法システムが対象システムに取り込まれると、法システムの自体の自己再生産に障害が出てくる（社会による法の不統合）、という。その結果が、「自省的法」の生成であり、将来の社会制御の重要な媒介として、意思決定における手続を重視している点で、「手続的法」と呼ばれる⁵⁵。しかし、この種の社会システム論の観点からとらえられる自省的法は、法治国原理・民主主義原理を十分に踏まえていないため、自省的法ないし手続的法の主張が、無条件に法システムを媒介にした政治システムによる他システムへの影響力の行使を導くおそれがあるなど、近代のスタンダードからみたととき、歴史的発展プロセスの逆行（Rückentwicklung）ないし遅滞化（Retardierung）であると批判されている⁵⁶。

このようないわばシステム間調整を法システムが担うような理論構成について、社会システム論内においてもさまざまな理論的問題が指摘されているため簡単にここで論じることができないし、この議論そのものを正面からここで論じることが本稿の目的でもない。また、本稿のアプローチは、①の認識ないし分析手法やその帰結を問題意識として踏まえながら、②の意味での「手続的法」ないし「法の手続化」であるから、本稿では、記述ないし分析概念として、「自省」、リフレクションの最も典型的な内容である「自らの姿を自らで確認し、改善する」という意味でもちいることとする。

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

社会的事実関係ないし社会関係の不確実性が高まれば、法の部分的な脱実体化、すなわち、①リスクないし不確実性の領域において立法者自身が内容的判断をせず、②立法者自身の行動余地を可及的に未確定のままにしておき、③自らの誤った意思決定を防止するという傾向が認められ⁵⁷、その裏返しとして、行政にとっては、議会制定法によるコントロールないし制限の減退により、自らの判断による社会形成任務が拡大してくる⁵⁸。この点で、憲法から直接導き出すことのできない意思決定事項は、特別の正統化が必要である。それゆえ、選挙で選ばれた立法者が憲法を具体化することを要するものの、不確実性や複雑性の支配する領域では、実体法そのものも必然的に不確定内容を定めることになり、実体法を具体化する際の決定発見手続が重要となるし、強度に技術的な問題領域（たとえば原子力の利用）で「法と技術との間の法的無人地帯化を、手続法のみが阻止しうる」⁵⁹のであるから、法の任務は、要件と効果を個別具体的にあらかじめ設定することよりも、個別の意思決定にあたって重要な諸要素を探知し、収集された情報を駆使し、それに基づいて決定するという構造を生み出すことに重点をシフトすべきであるという主張が有力になってくる⁶⁰。また、予測や比較衡量を要する場合のように実体法による規律内容が未熟ないし不能な部分がある⁶¹とか、動態的事前配慮に十分対応できず矛盾する基準があるとき、憲法上の保護目標の達成は手続的に保障されなければならないことは一般的に支持されている⁶²。それゆえ、「リスク社会」では、国家はもはや不知・未知ではいられず、起こりうる危険を予想し、国民に対する危険性をコントロールするのに役立つ知見を獲得・収集する必要がある⁶³、そのため自己規整という新しい形式が導入され、法または行政も、第二次的リスクに対応できるよう「学習」し、新たに得られた認識・知見を継続的に反映しなければならないのである⁶⁴。

他方で、「手続的法」ないし「法の手続化」論に対しては、もちろん、批判がないわけではない。ここでいわれる手続は、実体法の単なる補充（Ergänzung）としての役割から、完全にその代わりをするもの（Ersatz）まで考えられ、特

に後者に対して、さまざまな疑問が投げかけられている⁶⁵のである。たとえば、①意思決定プロセスにおける参加・関与者が限定されることから、だれを参加・関与者とするのが問題となるし、科学技術の専門家のみではたとえば価値判断が伴う閾値や限界値を決定できないはずであるとか、②比較衡量要請の中身で費用便益分析であるとか、技術的可能性という要素が明確な実体法基準がないときに過大評価されるおそれがあり、意思決定内容の正当性、法適合性・合憲性の保障が見落とされている、③あるリスクが受容可能かどうかという問題に関し、既存のメカニズムで解決できない紛争が、何らかの解決へ向けた手続を準備することであたかも解決されるかのような幻想を抱かせ、手続がアリバイ化してしまうおそれがある、④そもそも意思決定の手続を形成することで実体法の欠陥を包括的に埋め合わせることができるのか、などである。また、不確実性の度合いに応じて、つまり、一定程度確定的な科学水準があり、それに基づくリスク制御プロセスは、官僚化が進み、硬直的になり、また、それが相当程度科学的に不確実性のある領域へ波及するおそれも否定できない。それゆえ、つぎにこのような各種問題点について検討を踏まえた部分が多いと考えられるドイツ・リスク委員会の最終報告を検討したい。

4 リスク管理手法の基本構造(ドイツ・リスク委員会最終報告を基礎にして)

ドイツでは、水や空気のような媒質ごと、作業場や室内のような場(文脈)ごとに、騒音規制値や室内空気の指針値から携帯通信機器に関する自主規制基準を含め1000以上の基準がある。これらは、相互に関連するにもかかわらず、各種委員会ごとに判定・決定され、その相互間での調整もなく、設定されてきた⁶⁶。この状況は、効果的なリスク制御を阻害すると共に、行政庁と各種委員会に対する信頼の失墜をもたらした。以上のような認識を前提として、法学者を含め、各専門分野の研究者らによる学際的な委員構成からなるリスク委員会は、2003年6月6日に最終報告書⁶⁷を連邦環境大臣及び保健・社会保障大臣に提出した。この最終報告書の内容は環境基準の設定手順を中心としており対象

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

としては限定されているが、かなり普遍の内容を含んでいるので、ここで簡単に分析したい。

この報告書の支柱は、リスクアセスメント手続とリスク削減措置の評価手続との調和を図り、リスク削減措置のバランス評価をより科学的におこなうことやEU及び国際的な環境・健康基準との調和を図り、その効果の向上に資することである。また、制度的な改革提案の中核には、リスク評議会の設置がある。そして、コミュニケーションと参加による正統化に関連して、リスク制御プロセス全体の統合的要素としてリスクコミュニケーションを挙げるとともに、ア

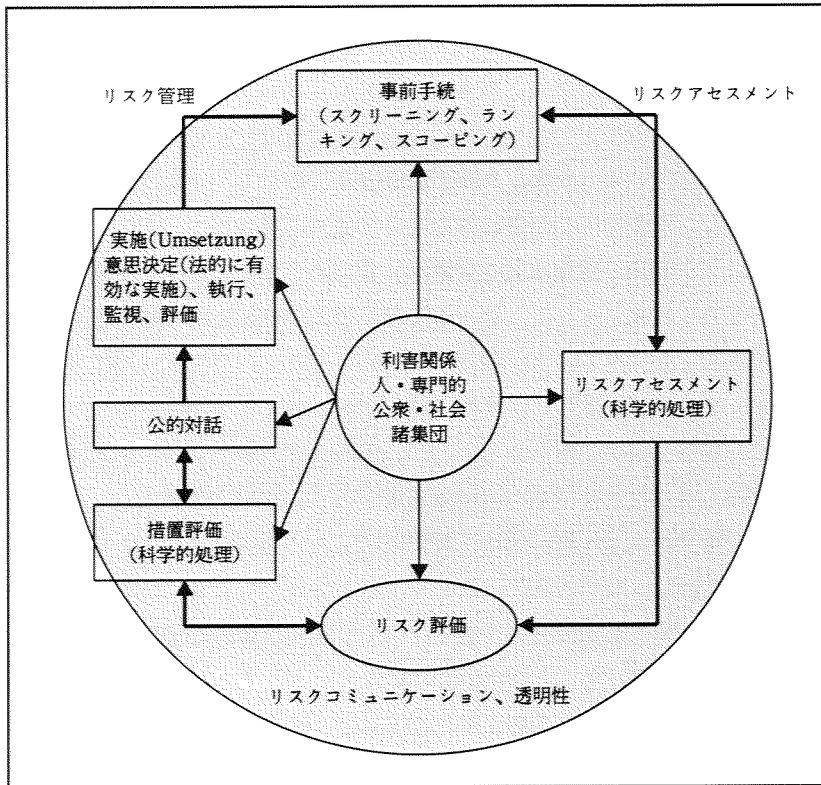


図-1 リスク制御プロセスの概観

セメントにあたって社会的・政治的保護目標設定が重要であるから、社会的アクター（関係者）の意思決定発見プロセスへの参加も重視する（図-1 リスク制御プロセスの概観を参照（出展：Abschlussbericht der Risikokommission, S. 28）。なお、後掲付属資料のリスク制御手続の概観（表-2）とその手順（図-2）も、構造的な理解にとって有意義であると思われるので、あわせて参照されたい。）。

同委員会の最終報告によれば、(1)科学的リスクアセスメントがリスク管理の経済的・技術的・社会的及び政治的な比較衡量の観点から影響を受けないようにするため、科学的分析と政治的評価の明確な分離、(2)リスクアセスメント及びリスク管理における透明性の確保、(3)公衆とのより広範なコミュニケーションと参加、(4)調整の任に当たるリスク評議会の設置が4つの中核的要請である。これを実現するための10プログラムを同委員会はさらに提案している。すなわち、まず、リスク制御という全体枠組を設定した上で、その中身を事前手続段階、リスクアセスメント段階、リスク評価段階、そして、リスク管理段階の4段階に区分し、そのリスク制御にかかわる手続的提案として、①リスクアセスメントとリスク管理の明確な機能分離が必要であること、②リスク制御の前提として、リスクアセスメントにおける保護目標等の枠組条件の確定と処理の優先順位設定が必要であること、③リスクアセスメントには高度な透明性と科学的厳格さ、そして、媒質ないし状況（場・文脈）による一貫性をもつ一義的明白で検証可能な手続が必要であること⁶⁸、④リスクアセスメントを類推して、リスク管理も明白な手続規程が必要であること⁶⁹、⑤利害関係人と社会集団の意思決定発見プロセスへの参加は、対象に即した（sachlich）、民主的で法治国的でなければならないこと⁷⁰、⑥リスクコミュニケーションはリスク制御プロセス全体の不可欠な構成要素であり、早期にかつ包括的に尽力されるべきこと⁷¹、の六提案を挙げる。さらに制度的提案として、⑦リスクは早期に認識されるべきであり、リスクが多数にわたるときは、広域にわたる早期警戒システムを制度的に定めるべきであること、⑧多数の委員会からなる既存の助言・諮問機関は、削減されるべきであること、⑨リスクアセスメントを加速し、最適

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

化し、その透明性を高揚するために、コーディネイト機関、すなわち、環境関連健康リスクについて助言・審議するためリスク評議会を設置すること⁷²、⑩環境関連健康リスクの取り扱いを類推して、環境リスク制御の調和と改革に尽力する必要があること、を提言している。

本稿の目的から、ここでは、リスク制御の基本構造を手続的に検討したい。リスク委員会の最終報告によれば、リスク行政の任務をおおまかに四領域（表-1参照）に分けられ、①リスク同定⁷³ないし事前手続、②リスクアセスメント、③リスク評価、④リスク管理である⁷⁴。①事前手続は、何をリスクとして認知するのかなどの同定プロセスや同定されたリスクへの対応について優先順位のランクづけなどの事前評価等のプロセスである。②リスクアセスメントは、環境・健康リスクの特性から、第一次的には自然科学と技術の任務領域であるといえるが、①で目標と方針を与える政治的・規範的に設定された基準が必要である⁷⁵。この規範的基準は、保護対象（保護法益）の選択と、リスクアセスメントで基準となる保護水準、調査範囲やその程度に影響を及ぼす基準である。それゆえ、③リスクアセスメントによる自然科学的評価は、政治的・社会的評価を行うリスク評価（これをリスク管理に含める考え方もあるが、本稿では、議論を整理するうえでも分けて論じることとしたい。）から完全には独立した

表-1 5つの中心概念（出展：Abschlussbericht der Risikokommission, 2003, S.10）

キ ー 概 念	内 容	英 語 表 示
リ ス ク 制 御	リスクアセスメントと事前手続を含めリスク管理の全プロセス	risk analysis
事 前 手 続	問題の限定(たとえば、事前評価、優先順位の設定)、保護目標等の枠組条件の確定	screening, scoping, ranking
リスクアセスメント	危害因の同定からリスクの定量的な特性把握までのプロセス	risk assessment
リ ス ク 評 価	(自然)科学的リスク評価 社会的・政治的リスク評価	risk evaluation
リ ス ク 管 理	具体化・実施に関する措置の同定及び選択から措置の評価	risk management

領域とはいえ、政治的・社会的評価と相互影響関係にあるという方が適切である。そして、同定されたリスクからいかなる結果が導き出されるべきかについては、リスクアセスメントによる自然科学的評価とは異なり、同定されたリスクが受容可能か、予防・事前配慮のきっかけであるか、リスク知見の獲得・収集が今後とも必要か、または、リスク削減・回避措置が必要かなどを検討する政治的・規範的リスク評価がおこなわれ、④受容できないと評価されたリスクに対応する手法と措置を確定するリスク管理がある。

リスク制御の手続的構成の特殊性は、とりわけ、内容的な基準が少ないないし基準がまだ設定できないときに、その後さらに知見の獲得や収集のみならず、不確実性を前提として、意思決定を手続的に構成⁷⁶し、意思決定の内容を確定ないし一定の方向に導くことにある⁷⁷。このように不確実性に構造的に対処することは、危険防除や市場における各行為者の意思決定のみによって達成されうるものではない⁷⁸。リスク管理にあたって、常にその背後で一定の保護目標ないし安全目標が追求され、そのために「学習」が必要となるのであるから、国家には、随伴的コントロールとして観察義務が課されうる⁷⁹。そこで、制度論や分析論としてではなく、このような観察義務は、法的には何を根拠にして導かれるのが、次に問題となる。

さらに、問題となるのが、リスク行政における比較衡量要請をいかに法的にコントロールするか、である。リスクは、一定程度、自由の享受に対する必然的な対価として理解されたり、順当な経済発展を前提にする社会国家も前提としているととらえることができるから、リスクがあると判定されても、それをもって直ちにリスク防除措置が講じられるわけではなく、柔軟な制御を迫り、これら進歩や発展との調和が追求される場合がある。便益の追求・利用を前提として、リスク行政にとって典型的な不確実性の条件のもと、リスクの受容と回避との間で可能なリスク規整をするという対応にポイントがある。このような構造を前提として、以下ではさらに、手続的構成に着目して、分析を進めることにしたい。

II 不確実性領域への介入とその正当化根拠

1 EU法における予防原則の展開

EUリスク行政法の展開にとって重要なのは、EUにおける予防原則⁸⁰の採用であり、BSEや新開発食品（Novel Food）、EU化学物質規制の改革⁸¹の結果、導入が積極的に進められており、EU委員会の、いわば自己拘束としての裁量決定⁸²（EU委員会通知）とヨーロッパ裁判所の諸判決⁸³により具体化されてきている。他方で、上記のEU委員会通知のきっかけにもなった、国際法、とりわけ、WTO法での予防原則への取り組みも重要である⁸⁴。すなわち、WTO法は、加盟国の環境・健康保護利益を承認している一方で、自由貿易競争に対する自国経済の保護のため環境・健康を根拠としてあげる偽装した制限、自由貿易の障壁を防止することも保障・確保しようとする。それゆえ、リスクの存在を積極的に証明することが困難ないしできないリスクに関する知見による制限が当初は否定されたが、予防思考が原則的に承認され⁸⁵、この科学的解明レベルでの制限が許容され、その要件と限界の規準が定式化されてきている⁸⁶。

EU委員会通知では、つぎの三前提があるとき初めて、予防措置を講ずることができるとしている。すなわち、①科学的方法でいかなるリスクが存在し、どの程度それが高度なものが明らかにされなければならない、②損害発生のメカニズムが科学的に不確定であるため見込まれる損害発生の蓋然性と帰責可能性が包括的に証明されえないときは、損害リスクが推測されることで十分である、③②の場合、人もしくは動植物の健康および環境に対する特別な危険源（Gefahren）で不可逆的な結果をもたらすおそれがなければならない。そして、予防措置を実施する際重要となる五つのリスク管理の規準として、①比例原則⁸⁷、②平等原則、③一貫性または調和要請（Kohärenz- bzw. Stimmigkeitsgebot）、④作為・不作為との関係での利益・不利益の比較衡量、

⑤科学的発展段階との調和・整合性が挙げられている。

EU条約174条2項2文に関し、ヨーロッパ裁判所は、EU委員会によるイギリスからの牛肉輸出禁止措置について、「人の健康に対する危険の存在及び規模が不確実であるとき、EU機関は、この危険の存在と重要度が明確になるのを待たないで、保護措置を講じることができる」⁸⁸として、予防原則からそれを正当化し、また、前記EU委員会通知後、ヨーロッパ第一審裁判所も、抗生物質を添加された飼料により肥育された家畜を人間が食べることで、人間にも耐性が生じ、抗生物質が効かなくなる可能性があることを理由として、一定の抗生物質を飼料用添加物として加えることを禁止したEU理事会による規則が争われた事件において、EU法上の予防原則とのかかわりで次のような判断を示した⁸⁹。すなわち、EU機関は、予防原則の適用にあたって、リスクアセスメントの枠内で、リスクの存在について及びそのリスクが現実化した場合の潜在的なマイナスの影響について説得力ある証拠を提示するよう要求されるわけではなく、予防措置、したがって、予防原則に基づく措置は、科学的にはいまだ検証されておらず単なる推測にすぎないリスクの純粋な仮說的考察をもって根拠づけられることはないものの、リスクの存在及び範囲について説得力ある科学的データによっては完全に証明されなくても、措置を講じる時点で利用可能な科学的データに基づいて、十分記録によって裏づけられていると認められる (hinreichend dokumentiert erscheinen) 場合にのみ講じうるとしたのである。したがって、EU法上は、裁判例からすると、予防原則は、既に、「法原則」として適用されてきているといわれている⁹⁰。

「角を矯めて牛を殺す」ことなく、他方で「あてもなく (ins Blaue hinein)」行われる事前配慮への危惧⁹¹に対応するという視点からすれば、このようなEU法における一連の動向は、次のようにまとめることができる⁹²。すなわち、リスク・不確実性に関する知見の欠缺を埋めるための措置を優先させること、十分なリスク知見と科学的不確実性とを区別し、後者のみが、予防原則の妥当領域であること、リスクアセスメントにおける不確実性は、予防措置を講じる

かどうかの検討のきっかけおよびその正当化となりうるが、不確実性の存在そのものが直ちに自動的に予防措置を義務づけるものではないことを確認したうえで、さまざまな政治的ないし法的諸原則および合理化するための手続原則を設定している。このような手続的構成を拘束するものとして、たとえば、一貫性原則があり、これにより比較可能なリスクは原則として同様に取扱われ、リスク比較義務が根拠づけられることになる。また、たとえば、損害が発生する「疑いがある」に過ぎないとき比例性に適合する手段を選択するため、さまざまな行為形式が検討され、その作為・不作為により生じうる結果が比較衡量され、高度な保護水準を担保するために名宛人に対して負担となる措置を講じる場合には、通常は費用のかからない選択肢を追及するという意味で、リスク決定には費用便益分析が必要となる。このような、とりわけ、リスク便益分析及び費用便益分析は、リスク制御の合理化を具体的に進め、その複雑性を限定するもので、リスク削減のためのさまざまな措置結果を評価し、ある物質の副作用、代替物のリスク、その社会的配分、誤った制御の結果及び評価に当たって存在する不確実性の程度がその考慮対象となる⁹³。しかし、すでに指摘されているように、定量的費用便益分析は、不必要にリスクへの対応を遅延させたり⁹⁴、費用・リスクを誰が負担し、便益を誰が享受するかという問題設定をせず、あるリスクないし便益が特定の人・集団（しかも、同一世代か別世代か）に集中する場合のあることが見落とされることがある⁹⁵など批判が少なくない。その点で、リスク便益分析と費用便益分析で考慮されるリスク原因者の保護のため、特に、技術的に実施可能なリスク軽減措置かどうか、目標達成のために負担要求可能かどうか、そして、リスクの比較的少ない代替品・物を要請するかどうかの問題として設定されるとともに⁹⁶、リスクによる被影響者には、その引き受けの任意性と自己責任によるリスク対応能力が重要となる⁹⁷と主張されてきている点は注目に値する。

不確実性の残存、すなわち、ノンリケットの存続が前述のような予防原則の導入要因、そして、リスク管理措置の実施要因となっており、本稿の検討対象

領域では決定的な意味をもつ。とりわけ、食品添加物のポジティブリスト化や従来から使用されている化学物質の安全性審査にかかわって、「予防」のきっかけ、すなわち、利用可能なデータ・情報や調査手段をもってしても不確実性を解消できないというノンリケット状況があるときは、予防原則に基づき、反証可能な危険性を推定することにより、証拠提出責任の転換をはかることができ、知見次元で優位に立つリスク原因者は、この推定を動揺させる事実を説明し、その「合理的蓋然性」について証明しなければならないとする見解⁹⁸が有力である。この見解によれば、法治国的根拠に基づく証拠提出責任の要請は、リスクおよび危殆化状況の積極的証拠ではなく、その合理的徴憑を示す事実を挙げることで十分で、懸念のきっかけが合理的に根拠づけられたとき、仮説の誤りないし一定の因果関係の推定を論駁し、懸念のきっかけを動揺させるのはリスク原因者の義務であるとするのである。

2 ドイツ・リスク行政法における事前配慮原則

事前配慮 (Vorsorge) とは、もともと安全性のストックを創出することを意味し、環境や健康への損害が直接間近に迫ってくるまで、すなわち、警察法における危険が認定されるまで行動を控えるのではなく、リスク事前配慮 (Risikovorsorge) の場合は、損害が発生しうるかどうか確定的でなくても対応し、また、将来事前配慮 (Zukunftsvorsorge) の場合は、リスクを確定しうるかどうかとは別に、損害が発生する境界線までの距離を保持するため、可能な負荷軽減を目指して対応することである⁹⁹。それゆえ、事前配慮は、安定性・確実性の代用機能を有すると評価されている¹⁰⁰。

事前配慮措置を講じるためには、科学的に根拠づけられた潜在的な懸念 (wissenschaftlich begründetes Besorgnispotential) が必要であって、純粹な推測による (spekulativ) リスクではない。知見の評価は、科学的のみにではなく、政治的にも評価され、確実性の度合いなどの条件に応じて、究極的には、社会的ないし政治的に決定される¹⁰¹。なぜなら、とりわけ、残存リスク

が問題となるときは、リスク知見の限界線で専門的科学的知識による正当化作業がストップするからである。この主として環境法において展開されてきている事前配慮原則については、学説上、その範囲と限界について争われてきている。かなり厳格に古典的な危険防除に即して決定していく理解¹⁰²から、自然科学上因果関係が不確実である場合、環境に対するマイナスの影響が起きる可能性があるという単なる懸念がある場合にも、行動が義務づけられるかあるいは正当化され、その結果、比例原則を考慮したうえで、証拠提出責任の転換とともにリスク回避をも目指すという見解¹⁰³まで認められる。

ヴィンターは、ドイツ法における事前配慮原則は、特に予防原則としてEU法に見られるような方法論的次元と戦略的次元に加え、実質的次元と手法的次元に分けられるとする¹⁰⁴。すなわち、前者は前述のヨーロッパ第一審裁判所の判決にも見られるように、方法論的には、リスクアセスメントの実施の指示があり、戦略的には、介入すべきかどうかの決定の基準となる。そして、双方の観点から、慎重に対応すること（Vorsicht）、すなわち、リスクアセスメントでは、通常、「受容可能と認められるリスクの程度」の確定と実際のまたは想定される負荷の確定（暴露評価）という段階からなり、科学的不確実性が警告解除（Entwarnung）のきっかけとなるのではなく、その特殊性（単なる仮説か、何らかの根拠があるか）が調査されることが要請され、行動すべきかどうかという決定（リスク管理）の際、科学的不確実性は、措置を講じない根拠とはならないのである。ドイツ法の場合には、それにくわえて、実質的次元として、場所的かつ時間的な遠隔結果（Fernfolgen）も、特別に感受性のある保護法益に対する損害も、単なる負担も、低い蓋然性も、リスクアセスメントに取り入れなければならないことを意味する¹⁰⁵。手法的次元では、講ずべき措置の武器庫（Arsenal）に該当する。すなわち、事前配慮は、この関連で、予測される損害とは相対的に独立して損害回避のため利用しうる最善の技術を用いるべきことを意味する¹⁰⁶。

このようなドイツにおける事前配慮の実定法基盤は、基本権保護義務と環境

保護の観点である¹⁰⁷。基本法20 a 条の環境保護の観点から導かれる事前配慮の場合、不確実性の条件下での法的対応力はそれ自体拡張され、未知のリスクは「環境への負荷の原則的削減」によって低減される¹⁰⁸。基本法20 a 条は、最適化要請を導き出す¹⁰⁹から、立法者は、自然生活基盤の保護を他の憲法上の要請を考慮したうえで、「可能な範囲で最善に」実施しなければならない、多くの同価値の行動選択肢の中から、自然生活基盤に最も負荷をかけないものを選択しなければならない¹¹⁰。それゆえ、環境国家に義務づけられるのは、未知・不測の事態にも対応する「将来事前配慮」であるとする見解もある¹¹¹。

人の生命・身体への不可侵等に関する基本権の法的次元、すなわち、基本権保護義務の観点から導かれる事前配慮は、リスク領域においても、科学的に根拠づけられた懸念 (wissenschaftlich begründete Besorgnis) のすべてを対象とする¹¹²。もっとも、科学技術の水準によれば、実際には実現し得ないと認められるリスクは、残存リスクとして事前配慮は必要ではなく、社会的に相当な負担として被害者ないしその予定者が受忍すべきものと理解されている¹¹³。

基本権保護義務の範囲と限界は、連邦憲法裁判所の裁判例によれば、危険の種類と程度、保護されるべき法益の重要さと保護の必要性¹¹⁴と衝突する公益または私的法益¹¹⁵によって決定される。それゆえ、前述のとおり、懸念のきっかけについて科学的根拠ないし理性的根拠があるかどうかが決定的である。一方で、「疑わしきは安全のため (in dubio pro securitate)」の規制が行われるべきであるという主張¹¹⁶があるとともに、他方で、比例原則や人間の認識可能性の限界などから、基本権保護義務は、国家に対し完全なリスクの排除を義務づけるわけではない¹¹⁷こととなる。しかし、仮に一般論としてはそういういたとしても、不確実性の条件下では、科学・技術でさえ、信頼できる判定基準を欠いている場合が多く、他方、基本権保護は財政的な補填によって調整されることはない¹¹⁸のであるから、基本権保護義務に基づき、リスク同定とともに、その信頼できないしできそうな知見を求めて継続的な調査と評価等の観察¹¹⁹、そして、よりよい知見が得られたときの事後改善が要請される¹²⁰。

基本権（たとえば、職業の自由としてのタバコの製造と流通）に基づく行為が他者の保護法益に対する危険を惹起しうるときは、国家が危険防除のための措置を講じることが正当化され¹²¹、また、危険な施設の許認可の場合のように、国家自身が原因となる基本権に対する加害行為についても、基本権保護義務が問題となる。このような場面でも、統計的ないし他の科学的手段によって後に病気になるなど有意な差異が説明・判明すれば、結果として健康であり続ける場合があっても、身体的状態は疾病への素因が高まるないし強まるよう影響を受け変化するから、保護義務の対象となりうる¹²²と指摘されている点は注目されるべきである。他方で、このような保護では「平均的タイプ」の人間が基礎におかれていることが多いが、たとえば、子ども、妊婦、アレルギーのような疾病素因を有するものなどいわゆる「感受性のある集団（Vulnerable Gruppen）」にたいしては、保護の必要な程度に対応しなければならない¹²³。そして、個々人に負担要求しうるリスク、すなわち、残存リスクの意思決定にあたって、具体的な内容基準をあらかじめ設定し、十分な制御を図ることは、知見の不確実性のため不可能な場合があるが、それにもかかわらずその事実を基盤にして意思決定しなければならないから、継続的な合理化を求めて意思決定プロセスの手続的要請が重要とならざるをえない¹²⁴。

3 リスク決定における手続的合理化

以上のような合理化・正当化のためのアプローチの視点からすると、実体的正当化原理としての比例原則や平等原則等を見捨てるわけではなく、さらに、それらとの密接な関係を認めた上で、リスク行政法における、主として組織法的及び手続法的要請の主要なものとして、公開・参加の原則・透明性の確保¹²⁵、意思決定の理由づけ義務¹²⁶、比較衡量要請（リスク・リスク分析、リスク・便益分析、費用便益分析）、証拠提出責任の転換及びリスクアセスメントとリスク管理の機能的分離¹²⁷などが挙げられる。ここでは、リスク決定の継続的合理化要請としてのその時々科学知見を駆使する義務、リスク決定におけ

る事後改善義務ないし結果反映義務・観察義務に絞って、整理・検討をすすめる。

リスク行政法における比例原則適合性の確保については、たとえば、EU食品基本規則7条は、

第七条 予防原則

- ① 利用可能な情報を十分分析した結果、健康に有害な影響を及ぼす可能性が確認されるが科学的にはいまだ不確実性があるような一定の場合には、EU内で保障される高度の健康保護水準を確保するため、包括的リスクアセスメントを行うための更なる科学的情報が提出されるまでの間、一時的なリスク管理措置を講ずることができる。
- ② 前項の規定に基づく措置は、比例原則に則ったものでなければならず、技術的及び経済的な実施可能性その他関係する事実がある場合には考慮に値する他の諸要素を考慮した上で、EU内で保障される高度の健康保護水準を達成するために必要な程度をこえる取引制限をしてはならない。この措置は、確認された生命及び身体に対するリスクの種類、及び、科学的な不確実性を解明し包括的リスクアセスメントを行うために必要な科学的情報の種類に応じて、適切な期間内に見直されなければならない。

と規定しているとおり、予防措置の本質的要素は、その時点で利用可能な情報を駆使した結果、いまだ健康に有害な影響を及ぼす可能性の存否に不確実性¹²⁸が残るとき、更なるリスクアセスメントをするために一時的措置（たとえば、使用の一時的禁止や情報収集のための調査など）を行うことができるようにしている点に見出される。その際、一般論としては、権限行使にかかわる法治国原理の基本的要請の一つである比例原則に服することはいうまでもない。すなわち、リスクアセスメント結果に基づき、リスクが許容範囲を超えていると認められるとき、いかなる条件設定、いかなるリスク削減措置を新たに行えばリスクが許容範囲内に収まるか、が考慮されなければならないが、それは同時に、私人の自由領域へどの程度の手段による介入が許容されるかという比例原則に

よる判断を必要とする。ただ、不確実性の条件下における行政決定では、過剰介入禁止と過少介入禁止をいかに判定していくのが明確にはならず、実用的ではない、それゆえ、仮に一般的に妥当するテーゼがあるとすれば、リスク制御による介入は、原則として、リスク削減の最高水準（Optimum）が達成され、リスクを孕む技術や経済活動それ自体が不可能にならないよう負担要求することであるとされる¹²⁹。他方で、このような従来の実体法原理である過剰介入・過少介入禁止を、いわば手続法的原理としても構成しようとする試みがある¹³⁰。つまり、この過剰介入・過少介入禁止要請は、保護法益の重要性とその必要性を根拠づけるリスク知見の評価、そして、自由権への介入の程度によって確定されるが、これら各要素に確実性があるときにうまく機能するのであって、不確実性の条件下では、十分に機能しない、それゆえ、よりよい知見が得られたときの観察義務と事後改善義務へと変換され、リスク予防の手続的保護プログラムとして位置づけられるとするのである¹³¹。したがって、たとえば、EU食品基本規則7条2項によれば、継続的なリスク制御の枠組みの中では、その時々¹³²の予防措置はあくまで一時的なものであり、適切な期間内の見直し¹³³が義務づけられていると理解されるのである。

このように生命・身体・健康という高次の保護法益は、国家に、法律の保護コンセプトが社会的現実¹³⁴にどう影響を及ぼしているかを観察することを要請するとともに、法律が期待された保護効果を実際に発揮しているか、また、そのコンセプトあるいはその実施に瑕疵があり、過少介入禁止を根拠づけるかどうかに関し、適時に適切な方法で確認されなければならないこととなる¹³²。他方で、このような保護義務と自由保障という双方の観点から、「あてもなく」恣意的な予防措置が行われ¹³⁵ないよう、リスクアセスメントにおける科学的知見の駆使義務（EU食品基本規則6条2項）が必要となる。不確実性があるため、何らかの規制を加えるか、あるいは、何らの措置もとらないか、どちらの状況下にあっても、最新の知見を用いるとともに、継続的に合理化し続ける義務があるのである。

おわりに

法によるリスクへの対応、すなわち、法的リスク制御は、危険防除を目標とする代わりに、十分な予測根拠がなくてもしなければならない意思決定の合理化と知見の一時性に伴うコストの限定を目標とする。それゆえ、リスク制御にとって重要なのは、不確実性の条件下で行われた意思決定の不可逆性を受容・回避できるようにし、決定後も、その偶然性に対応できる意思決定を手続的に構成することであるといえる。

不確実性の条件下での意思決定は、決定前と決定後の認識ないし想定されていた結果が変化することで「差異」や「誤差」ないし「過誤」が生じることを想定して行われ、差異・過誤の受容あるいは速やかな修正等の対応が要求されることになる。その場合、どの程度不確実性を低減するかのみではなく、どのように不確実性を取り扱うのかも重要となり、その対応を構造化する必要がでてくる。そうであるとすると、法治主義的発想と衝突する柔軟性の問題がでてくる。そして、この柔軟性により、個々の問題状況に応じ、規範に基づく演繹的な意思決定発見プロセスではなく、コンテキストに依存し状況に適合する価値判断が行われ、それにより法的拘束力ある活動が正当化されるようになる。他方で、不確実性の条件下における意思決定の合理性を可及的に高めるためには、意思決定の柔軟性や複雑性を制限しなければならないのであるから、相互の要請をいかに確保ないし相互に補填・調整するかが課題になる。このような流れの中で、リスク制御の自省的コントロール、すなわち、意思決定内容・事項の可逆性（取消・撤回可能性）、期限付措置・可逆的措置などによる調整が重要となるのである。

本稿で検討したリスク制御手法は、基本権保護義務及び環境保護によるリスク事前配慮の手続的要素を実現するものであるといえる。危険防除による対応が遅れ、他方で、リスクに対する予防ないし事前配慮の際限のなさ、その間の

ジレンマを打開する新たな手法としてリスク制御・リスク分析がある。この手法は、一方で私人（個人や事業者）が広範で体系的な情報収集、それに基づく科学的評価（アセスメント）とリスクの回避ないし削減について自己責任によって行うマネジメントによって特徴づけられる側面もあるが、他方で、リスクアセスメントやリスク管理という概念を用いることで従来の経験に裏打ちされた警察法解釈の代わりに、合理的な介入を根拠づける別形式が作りだされており、この点を中心にして本稿では分析を進めた。そして、そこで問題となるのは、だれがリスク低減措置の瑕疵または適正について証拠提出責任を負うか、獲得可能なリスク削減と比較して、いかなる程度の費用が比例性をもつか、どの程度のそしてだれの費用でリスクアセスメントが行われるのか、だれが最終的に拘束力ある評価をするのか、損害発生前にごくわずかなリスク指標値しかなかったあるいは指標値がなかったが、損害が実際には発生したときはだれが責任を負うのか、など更なる検討課題が出てくる。

さらに意思決定者と想定される被害者の相違という社会的次元の問題のほか、既知のリスクか、未知のリスクか、あるいは、仮説上のリスクか¹³³、という知見次元の問題、比較的単純な直線的因果関係が認められるリスク現象と、複合的な原因によるリスク現象という因果関係の問題、比較的短期間のうちに問題となるリスクか、長期的に問題となるリスクか、という時間次元の相違など、さまざまな観点から分析することが必要となる¹³⁴。いずれにしても、損害の質ないしある技術・物質等の有害性の度合いを主として問題とする実体法的アプローチと知見の次元などを主として問題にする手続法・組織法的アプローチを総合して考察することが必要となっている。前者の観点のみでは、安全と危険（リスク）という二値論的帰結をまねきやすく、根拠のない国家権力による介入や、既に重大な被害が発生した後の極めて遅延した介入をまねくおそれが強いものといえる。それゆえ、知見が十分確固たるものでない段階では、双方を総合的かつ自省的に考察する必要がある。

以上の検討をふまえ、今後、EU、ドイツ及びわがくにおける不確実性へ

の対応、とりわけ、医薬品や化学物質、食品などの物質・製品法や有害物質の排出や危険物の施設管理などの施設法・環境法におけるリスク制御の法構造を、個別的に比較、分析することとしたい。また、同時に、他者のリスク決定による被影響者に対する法的保護と自己のリスク決定の保障という観点から、食品・化学物質などの表示制度や公表などについて、手続的構成・構造の視点からいわずにリスクコミュニケーションについても、検討を加えることとしたい。

付記 本稿作成に当たって、とりわけ、ドイツ・ボン大学ディ・ファービオ教授には、文献収集を含め研究条件の整備に配慮いただくとともに、さまざまなアドバイスをいただいた。また、エアフルト大学シェアツベアク教授及びライプチヒ大学クェク教授からは、講演原稿や教授資格論文の原稿をいただくとともに、情報交換と刺激的な議論をさせていただいた。ここに記して御礼申しあげたい。

注

- 1 *Appel*, Methodik des Umgangs mit Ungewissheit, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327, S. 328.; *Berg*, Risikomanagement im Rechtsstaat am Beispiel der Novel Food-Verordnung, ZLR 1998, 375, 377.
- 2 *R. Wolf*, Die Risiken des Risikorechts, in: Bora (Hrsg.), Rechtliches Risikomanagement, 1999, S. 65, 80. 藤垣裕子「科学政策論」金森修・中島秀人編著『科学論の現在』151頁(159頁)(勁草書房・2002年)。
- 3 *R. Wolf*, Anm. 2, S. 78.
- 4 たとえば、吉川肇子『リスクとつきあう』(有斐閣・2000年) 80頁以下及び中谷内一也『環境リスク心理学』(ナカニシヤ出版・2003年)。
- 5 たとえば、*Japp*, Risiko, 2000, S. 15 ff.; *Kastendick*, Der Begriff der praktischen Vernunft in der juristischen Argumentation, 2000, S. 88 f.; *Köck*, Rationale Risikosteuerung als Aufgabe des Rechts, in: Gawel (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001, S. 271 (284 f.); *Schulze-Fielitz*, Technik und Umweltrecht, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch des

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

Technikrechts, 2003, S. 449 ff. またこの点については、藤垣裕子『専門知と公共性』（東大出版会・2003年）121頁以下参照。

- 6 *Banse*, Herkunft und Anspruch der Risikoforschung, in: ders (Hrsg.), Risikoforschung zwischen Disziplinarität und Interdisziplinarität, 1996, S. 28 f. もちろん、不確実性の条件下における行政決定、とりわけ、リスクのコントロールに関する法的枠組みや制約の検討に際し、人権・権利保護と同時に自由保障とのコンフリクトの一場面として、「残存リスク」の範囲をいかに、どのように確定するかあるいはされているか、について詳細な分析が必要であることも確認しておきたい。ただし、それにも、二つの異なる側面がある。つまり、個々人のリスク決定に帰属する問題領域とその問題領域を超える社会的決定の必要なものである。前者は、個々人の判断を尊重すると共に、個々人が十分判断できるよう条件整備（たとえば、危険情報の公表や食品表示など）をする必要がある問題領域である。それに対し、後者の問題領域では、社会的決定に伴う一定の負担（不利益）を一定のものに強いることになりうる（いわゆる個人に対する負担要求）から、いかに意見が集約され、決定に至ったかなど、意思決定のしくみや手続の公正さと透明性が重大な関心事となるのでこの点を念頭に置きながら分析を進めたい。
- 7 Vgl. *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991, S. 185f. つまり、ここでは、単純な線形の因果関係により、リスクが測定ないし算定されることもあるが、近年とりわけ問題となっている環境あるいは健康問題の領域では、複雑性に代表される相互的・複合的作用関係があることを想起されたい。
- 8 *Bonß*, Vom Risiko, 1995, S. 291 ff.; *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung und Begrenzung von Innovation?, VVDStRL 62 (2003), S. 214, 217. このアシピバレンスについても、ある化学物質を新規に社会的利用に供するとか、いまだ被害は発生していないが被害が発生する可能性が何らかの科学的根拠に基づき認められるとか、または、すでに被害が発生しているものの原因が十分にはわからないなど、さまざまな場合が考えられる。具体的には、藤垣・前注5、114頁以下の例によれば、0-157にかかわって問題となった未確定の段階で汚染源と考えられる食品を公表するように、現に食中毒（身体・健康ないし生命に対する被害）が発生しており、それに対応するかが問題となる局面（いわば危険防除ないし危機管理の側面）では、汚染源特定の確実性について専門的に妥当と判断される高度なも

のを求めるとその特定に相当な時間を要する。しかし、「予防」（ないし損害拡大の防止）の観点から、より低い水準の調査結果に基づく判定をもとに、公表その他の何らかの対応を、今、とるよう判断すべきである、と考えるのがおそらく一般的傾向であろう。他方で、医薬品（たとえば、薬害エイズ）や一定の化学物質（たとえば、化審法に特徴的にあらわれている新化学物質）の許認可にかかわる局面（典型的なリスク管理の場面）では、専門家がその性状に関し判断基準ないし根拠を求めて調査・研究を進めている間、「予防」の観点から、より厳しい基準で安全性判断がおこなわれなければならない、という傾向が一般的であろう。ここに現れているように、同じ「予防」の観点という言い直しには、異なるベクトルの判断原理が含まれていることがわかる。これらが、科学的根拠、科学的証拠に不確実性があり、いまだ科学的に十分な情報がないにもかかわらず、そのリスク制御について何らかの意思決定しなければならないときに発生する典型的問題である。

- 9 たとえば、藤垣・前注2、151頁（特に165頁）以下参照。ただし、後述するとおり、ここでは、民主制の限界を確認・認識し、立憲主義ないし人権保障の観点も取り入れなければならないため、社会的対応を必要とするレベルの問題・課題と、個人の意思決定によって対応するレベルの問題・課題とを区別し、それぞれの問題領域で重要となる考慮要素を明確化するとともに、その決定手順・仕方を法的に分析する必要があることを指摘しておきたい。
- 10 山口節郎『現代社会のゆらぎとリスク』（新曜社・2002年）244頁参照。この山口氏の著書とルーマンのリスク論に関しては理解の相違があるものの、ルーマンのリスク論に関して不可欠な文献であり、本稿執筆にあたっても参考にした労作として、小松丈晃『リスク論のルーマン』（勁草書房・2003年）がある。
- 11 この点に関する議論状況については、批判的検討を含め、たとえば、岡敏弘「環境リスク管理と経済分析」思想963号36頁以下（2004年）、金森修「リスク論の文化政治学」情況3巻1号52頁以下（2002年）、鬼頭秀一「リスクの科学と環境倫理」丸山徳次編『岩波 応用倫理学講義 2 環境』（岩波書店・2004年）116頁（131頁以下）及び林真理「科学論から見た『リスク』概念」情況3巻1号42頁以下（2002年）参照。
- 12 たとえば、直江清隆「リスクの『受容可能性』」情況3巻1号70頁以下参照（2002年）。
- 13 従来の警察法を中心とした消極行政的発想による現状維持を志向し、危険が

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

存在するときでは対応が遅きに失するとき、将来への行動オプションの留保を目指し、危険が認定される前段階または事前配慮・予防原則（Vorsorgeprinzip, precautionary principle）による介入が必要とされる場合、想定される被侵害法益とのかかわりで、危険防除的介入手段が用いられる場合もあれば、不確実性による負担をある個人や、一定の社会集団等に一方的に押し付けるのではなく、協働原則のもと、指針の遵守を求めたり、自己コントロールや環境監査制度などの導入により、「自主的」協力を求めるという、いわばソフト介入手段が用いられる場合もある。このようないわば戦略的リスク管理措置については、本稿の検討対象とはしない。これらについての詳細な検討は、黒川哲志『環境行政の法理と手法』（成文堂・2004年）参照。

14 Scherzberg, Anm. 8, S. 219 ff.

15 たとえば、遺伝子工学法（GenTG）7条では、リスクポテンシャルに応じた4段階の安全コンセプト（遺伝子作業であって、科学水準によって人の健康及び環境に対し、第一段階はリスクがないもの、第二段階はわずかなリスクがあるもの、第三段階は比較的低いリスクがあるもの、そして第四段階は、高度のリスクないしその合理的疑いがあるもの）が設定されている。

16 Vgl. *Epiney*, Rationalitätsgebot im Recht, in: Gawel/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Rationale Umweltpolitik – Rationales Umweltrecht, 1999, S. 167 (181); *Scherzberg*, Anm. 8, S. 257. 過剰介入・過少介入禁止原則が比較衡量要素としてのみ妥当するかについては議論があり、後述のとおり、そのみではなく、少なくとも、継続的合理化要請としてもこの原則をとらえる必要がある。

17 Vgl. *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 465 ff. しかし、注意しなければならないのは、つぎのような指摘があることである。不確実性が比較的確実化したときの対応も考慮に入れ、たとえばムアスヴィークの発想を基本にしてフィードバックプロセスを構造化することを提案する松本和彦「基本権の制約と法律の留保」樋口・上村・戸波編『日独憲法学の創造力 上』（2003年・信山社）369頁、とりわけ、388頁以下は、本稿における発想とも軌を一にするものである。また、*Wahl/Appel*, Prävention und Vorsorge, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (115 f.) では、受忍しうるリスクか否かの評価と限界設定は、本来、立法機関の任務であり、行政はその具体化任務を負うに過ぎないはずであるにもかかわらず、たとえば、遺伝子工学法16条1項や植物保護法15条1項3b号のような是認可能性条項に

よる審査に関し基本的決定を行政に委ねることは、十分な法的規準が示されておらず、法律の機能と法律の留保の解釈を破壊すると、厳しく批判している。

- 18 *Scherzberg*, Anm. 8, S. 227f.
- 19 Vgl. *Scherzberg*, Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in: Engel/Halfmann/Schulte (Hrsg.), Wissen-Nichtwissen-Unsicheres Wissen, 2002, S. 113, 119 ff.
- 20 このようなリスク計算は、数学的に算定可能な確率と大数の法則が成立する保険やギャンブルなどの伝統的な「リスク領域」では妥当する。しかし、これとは異なる領域で、リスクが法システム内におけるコミュニケーションの俎上に問題としてあがるときが問題となる。その場合、たとえば、食品の安全性に関わる安全係数や外挿法に関連して、アセスメント方法やその結果自体の科学性が問われることがある (*Wahl*, Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht, ZLR 1998, 275, 288)。さらに注意しなければならないのは、大数の法則は、「個人の不確実性」を「集団の確実性」に変質させるものであるといえ、統計学や統計を用いて科学的に対応する技術分野では、本来あるはずの個人差が無視ないし過小評価され、「平均的人間」を基に確率に基づいて対応される点である。生命や身体などの一身専属的法益にかかわり、しかも、被害が不可逆的なものであれば、大数の法則は、考慮要素でありつづけるとしても、最終的で決定な要素とはなりえない。
- 21 *Kloepfer*, Handeln unter Unsicherheit im Umweltrecht, in: Gethmann/Kloepfer, Handeln unter Risiko im Umweltstaat, 1993, 55, S. 60 f.; *Köck*, Anm. 5, S. 281 ff.; *Scherzberg*, Anm. 8, S. 224; *Wahl/Appel*, Anm. 17, S. 111 f. さらに、比例原則との関係で指摘するものとして、*Rehbinder*, Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente, in: Arbeitskreis für Umweltrecht, Grundzüge des Umweltrechts, 2. Aufl., 1997, 04/50.
- 22 *Scherzberg*, Anm. 19, S. 134. この点は、ヴェースクーレも、損害発生が不確実であるため、損害の程度とその発生の蓋然性の積は出せず、危険とは別物としてリスクをとらえようとする (*Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 382 f.)。この定義は、拙稿「ドイツ公法学におけるリスク管理手法研究序説」福島15巻1号37頁(54頁)(2002年)で紹介したものと、言い回しが異なるだけで、内容は同一である。
- 23 *Köck*, Grundzüge des Risikomanagements im Umweltrecht, in: Bora

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

- (Hrsg.), *Rechtliches Risikomanagement*, 1999, S.129, 168 f.; *Preuß*, *Risikovorsorge und Staatsaufgabe*, in: Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1996, S. 523, 542. 一般的な自省（リフレクション）概念については、たとえば、ギデンス（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・1993年）53頁以下参照及び *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., 1987, S. 213 ff.
- 24 *Schmidt-Preuß*, *Möglichkeiten und Grenzen der Techniksteuerung am Beispiel des Ausstiegs aus der Kernenergie*, in: Klopfer (Hrsg.), *Technikumsteuerung als Rechtsproblem*, 2002, S. 119, 127; *Köck*, *Maßstäbe der Risikobewertung im Umweltrecht*, 2000, Manuskript von Habilitationsschrift, S. 269.
- 25 たとえば、オゾンに関して、*Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (WBGU)*, *Welt im Wandel: Strategien zur Bewältigung globaler Umweltrisiken*, 1999, S. 6, 285 ff. 一般的には、たとえば、*Rehbinder*, Anm. 21, 04/50; *Stoll*, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft*, 2003, S. 270 f. ただ、この点は、予防ないし事前配慮をいかに合理化するか、しかし他方で、不可逆的で重大な被害が不安として残る場合になんら措置を講じなくてもよいのか、という事前配慮（義務）の問題ともかかわり、詳細は後述する。
- 26 *Scherzberg*, Anm. 8, S. 223. なお、残存リスク類型を理念型であらわすと、「実践理性」基準に基づいてもはや損害発生が「ありえない」とされる場合、人知の及ばない、つまり、人間の認識不可能な場合、そして、リスク削減が不釣合いな費用を要し、法的に負担要求不能な場合が考えられる。この点については、拙稿・前注22、48頁以下参照。
- 27 *Untermann/Hartig*, *Risikoanalyse und Begriffsdefinitionen: Widersprüchlichkeiten in der Verordnung EG Nr. 178/2002, ZRL 2004*, 116, 117 f.
- 28 *Zipfel/Rathke*, *Lebensmittelrecht*, Bd. III, C 101 Art. 3. Rn. 52 (Stand März 2004).
- 29 Vgl. Mitteilung der EG-Kommission „die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips“, 2. 2. 2000, KOM (2000) 1 endgültig. und Mitteilung der EG-Kommission über Folgenabschätzung, KOM (2002), 0276 endgültig. ドイツ実定法上では、この比較に関する法的枠組みは、比較衡量条項（たとえば、

自然環境及び景観の保全に関し § 2 Abs. 1, § 19 Abs. 3 BNatSchG, 空間整備における森林の計画及び森林の維持に関し § 7 Abs. 3, § 9 Abs. 1 BwaldG (なお、環境法における比較衡量原則(要請)については、たとえば、*Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl., 2004, § 4 Rn. 66ff. und *Steinberg*, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, S. 147 ff.)), 裁量条項(たとえば、技術水準とか科学技術水準等にみられる場合として、§ § 7 f. WHG und § 7 Abs. 2 AtG.) と是認可能性条項 (Vertretbarkeitsklausel) (たとえば、§ 15 Abs. 1 Nr. 3e PflSchG, § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG, § 25 Abs. 2 Nr. 5 AMG) が挙げられる。この是認可能性条項については、たとえば、医薬品法や遺伝子工学法におけるリスクと残存リスクという二段階のリスクコンセプトが採用されており、特に残存リスクに該当するかどうかでは、リスク・便益バランスが要求され、是認可能性基準によって制御されていることが注目に値する。Vgl. *Dederer*, *Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme*, 1998, S. 90 ff. und 272 ff.; *Di Fabio*, Anm. 17, S. 153 ff, 278 f.; *Köck*, Anm. 24, S. 134 ff., 232 ff.; *Meier*, *Risikosteuerung im Lebensmittel- und Gentechnikrecht*, 2000, S. 168 ff.; *Schmieder*, *Risikoentscheidungen im Gentechnikrecht*, 2004, S. 307 ff.; *Tünnesen-Harmes*, *Risikobewertung im Gentechnikrecht*, 2000, S. 123 ff.

30 同様の発想に基づく分析として、たとえば、*Köck*, *Risikoverwaltung und Risikoverwaltungsrecht - Das Beispiel des Arzneimittelrechts*, UFZ-Diskussionspapiere 08/2003, S. 5 ff.

31 ドイツ公法学におけるリスク概念の議論状況については、最近のものとして、たとえば、*Kahl*, *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung und Begrenzung von Innovation?*, DVBl. 2003, 1105 (1107 ff.); *Lepsius*, *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung und Begrenzung von Innovation?*, VVDStRL 62 (2003), S. 264 (267 ff.) 参照。また、邦語文献としては、たとえば、桑原勇進「国家の環境保全義務序説(四・完)」自治研究71巻8号100頁(109頁以下)(1995年)、戸部真澄「ドイツ環境行政法におけるリスク規制(上)」自治研究78巻7号105頁(112頁以下)(2002年)及び拙稿・前注22、47頁以下参照。

32 *Di Fabio*, Anm. 17, S. 448 ff.; *Schmidt-ABmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004, S. 161 ff. 拙稿・前注22・

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

51頁以下参照。

- 33 *Di Fabio*, Komplexes Verwaltungshandeln und juristische Dogmatik, in: Lorz (Hrsg.), Umwelt und Recht, 1991, S. 9 ff.; *Kloepfer*, Anm. 21, S. 55 ff.
- 34 *Di Fabio*, Risikosteuerung im öffentlichen Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 143, 147 ff.; *Köck*, Anm. 23, S. 141 ff.
- 35 *Di Fabio*, Anm. 17, S. 450 ff.; *Köck*, Anm. 23, S. 151 f.; *Ladeur*, Risiko und Recht, in: Bechmann (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft, 2. Aufl., 1997, S. 209 ff.; *Scherzberg*, Anm. 19, S. 135.
- 36 *Di Fabio*, Anm. 17, S. 464 f.; *Lepsius*, Anm. 31, S. 305 f.; *Scherzberg*, Anm. 19, S. 126 f.
- 37 *Di Fabio*, Anm. 17, S. 452.
- 38 *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235, 242 f.
- 39 *Di Fabio*, Anm. 17, S. 457; *Schulze-Fielitz*, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 225 ff.; *Treutner*, Kooperativer Rechtsstaat, 1998, S. 52 ff. また、邦語文献としては、たとえば、トルウーテ（川又伸彦訳）「秩序法と自主規制の間の環境法」自治研究75巻9号42頁以下（1999年）及び山本隆司「公私協働の法構造」石井・小早川・水野・中里編『公法学の法と政策（下）』531頁以下（2000年・有斐閣）。
- 40 *Köck*, Anm. 23, S. 166 f.
- 41 *Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73, 118 ff.; *Di Fabio*, Das Arzneimittelrecht als Repräsentant der Risikoverwaltung, Die Verwaltung 27 (1994), 345, 359 ff.; *Pitschas*, Polizeirecht im kooperativen Staat – Innere Sicherheit zwischen Gefahrenabwehr und kriminalpräventiver Risikovorsorge, DÖV 2002, 221 (230).

- 42 *Brenner/Nehrig*, Das Risiko im öffentlichen Recht, DÖV 2003, 1024, 1026; *Di Fabio*, Risikovorsorge – uferlos?, ZLR 2003, 163, 165; *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit, 2002, S. 252 ff. その他、拙稿・前注22・53頁以下参照。
- 43 *Köck*, Anm. 23, S. 172 f. また、この点の詳細は後述するが、法治国原理との調和を図る観点から、理由づけ、内容の合理性、プロセスの透明性向上と参加が強く要請されるとするものに、*Schmehl*, Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt zwischen Stabilität und Flexibilität, 1998, S. 95 ff. und 149 ff.参照。このような内容を有する実定法としては、たとえば、①期限付き許可を規定するものとして、§ 7 Abs. 1 WHG; § 16 Abs. 1 S. 1 PflSchG; § 31 Abs. 1 Nr. 3 AMG; § 17 Abs. 1 S. 3 AtG が、②変更留保を規定するものとして、§ 17 Abs. 3 AtG; § 26 Abs. 1 Nr. 1-3 GenTG; § 30 AMG; § 16a Abs. 2 PflSchG; § 5 Abs. 1 WHG が、最後に、③自立的なアクチュアル化要請（技術）を規定するものとして、§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG; § 6 Abs. 2 GenTG; § 15 a Abs. 1 PflSchGがある。
- 44 *Di Fabio*, Anm. 17, S. 347 und 354.
- 45 *R. Wolf*, Anm. 2, S. 80 ff.
- 46 *Köck*, Anm. 30, S. 10 f.
- 47 Vgl. Mitteilung der Kommission, Anm. 29, KOM (2000) 1 endgültig.
- 48 この概念設定そのものも争いがあるが、主要文献として、たとえば、*G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 83 ff.; *Eder*, Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben, 1990, S. 155 ff.; *Ladeur*, Risikobewältigung durch Flexibilisierung und Prozeduralisierung des Rechts, in: Bora (Hrsg.), Rechtliches Risikomanagement, 1999, S. 41 ff.; *Pitschas*, Verantwortlichkeit und Verwaltungsverfahren 1990, S. 80 ff.; *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 126 ff.; *R. Wolf*, Der ökologische Rechtsstaat als prozedurales Programm, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 57 ff.
- 49 この点については、たとえば、*Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., 1996, S. 356 ff. und 399 ff.; *Scherzberg*, Anm. 48, S. 72 ff. und 126 ff.; *R. Wolf*, Anm. 48, S. 57 ff.

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

- 50 *Grimm*, *Zukunft der Verfassung*, 2. Aufl., 1994, S. 159 ff. und 399 ff. もっとも、グリムは、近年の論考で、社会システム論を意識的に取り入れ、その論理展開に援用している（*Grimm*, *Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats*, *Die Verwaltung* 2001, Beiheft 4, S. 9 ff.）。
- 51 *Teubner/Willke*, *Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, *ZfRSoz* 5 (1984), 4 ff.; *Teubner*, *Reflexives Recht*, *ARSP* 68 (1982), 13 ff. トイブナー（佐藤岩夫訳）「超循環的できごととしての法化」*日独法学*21号24頁、特に39頁以下（2003年）参照。なお、この点に関する社会学上の議論としては、たとえば、*Luhmann*, *Einige Probleme mit „reflexivem Recht“*, *ZfRSoz* 6 (1985), 1 ff. 参照、法学における議論については、*Voßkuhle*, *„Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsreform*, *VerwArch* 92 (2001), 184, 186 ff. und 213 ff. 及び議会制民主主義との整合性の観点から批判を加えるものに、*Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999がある。
- 52 たとえば、*Schmidt-Preuß*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, *VVDStRL* 56 (1997), S. 160, 192 ff.
- 53 この詳細は、榎沢秀木「介入主義法の限界とその手続化」法の理論10巻117頁以下参照（1990年）及び *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl., 2001, S. 233ff.
- 54 とりわけ、トイブナーの自省的法の概念については、田中茂樹「近代法の変容－自省的法の構想について－」*阪大法学*40巻3・4号165頁以下（1991年）および山口聡「多様な法的問題としての『法化』から社会理論としての『法化』論へ(1)(2)」*阪大法学*43巻4号159頁以下（1994年）及び44巻4号83頁以下（1995年）参照。
- 55 これらに関する詳細は、たとえば、広渡清吾「日本社会の法化」『現代の法15巻』143頁以下参照（1997年・岩波書店）。
- 56 *Di Fabio*, *Luhmann im Recht*, in: *Gripp-Hagelstrange* (Hrsg.), *Niklas Luhmanns Denken*, 2000, S. 139, 144 ff.
- 57 *Appel*, *Anm.* 1, S. 354.
- 58 *Eder*, *Anm.* 48, S. 155 ff.; *R. Wolf*, *Der Stand der Technik*, 1986, S. 426 ff.; *ders.*, *Anm.* 48, S. 57 ff.

- 59 BVerfGE 53, 30, 76.
- 60 *Böhm*, Möglichkeiten und Grenzen einer Prozeduralisierung des Umweltrechts, in: Roßnagel/Neuser (Hrsg.), Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 193 ff.; *Eder*, Anm. 48, S. 155; *Hagenah*, Neue Instrumente für eine neue Staatsaufgabe: Zur Leistungsfähigkeit prozeduralen Rechts im Umweltschutz, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1996, S. 487; *Kloepfer/Elsner*, Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1996, 964 ff.; *Ladeur*, Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben, 1990, S. 187.; *Schmidt-Preuß/Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 160 ff., 235 ff.; *Trute*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, 950; *R. Wolf*, Anm. 48, S. 57.; *ders.*, Anm. 58, S. 426 ff.
- 61 この点は、比例原則との関連でも、後述するとおり、重要である。Vgl. *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 445, 455 ff.
- 62 *Lübbe-Wolff*, Präventiver Umweltschutz – Auftrag und Grenzen des Vorsorgeprinzips im deutschen und im europäischen Recht, in: Bizer/Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, 1998, S. 64; *Stoll*, Anm. 25, S. 325; *Di Fabio*, Anm. 17, S. 465 f.
- 63 *Scherzberg*, Anm. 19, S. 113 ff.; *Willke*, Die Steuerungsfunktion des Staates aus systemtheoretischer Sicht, in: Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1996, S. 684 (704); *R. Wolf*, Anm. 2, S. 77 ff.
- 64 *Appel*, Anm. 1, S. 329; *Eifert*, Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 137, 140ff.; *Grunwald*, Technikeinführung als gesellschaftlicher Lernprozeß, in: Kloepfer (Hrsg.), Technikumsetzung als Rechtsproblem, 2002, S. 43 ff.; *Schmidt-Abmann*, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 253, 268.
- 65 *Böhm*, Anm. 60, S. 193 ff.; *Hagenah*, Anm. 60, S. 487 ff.
- 66 Vgl. Rat vom Sachverständigen für Umweltfragen, Jahresbericht: eine

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

Bestandsaufnahme von Umweltstandards in Deutschland, 1996.

67 *ad hoc-Kommission „Neuordnung der Verfahren und Strukturen zur Risikobewertung und Standardsetzung im gesundheitlichen Umweltschutz der Bundesrepublik Deutschland“ (Risikokommission)*, Schlussbericht, 2003.

委員として、環境法分野で活躍されているマールブルク大学のプェーム教授、ブレーメン大学のヴィンター教授、そして、技術社会論で著名なレン教授が関与されている点でも、注目される。

68 それゆえ、リスクアセスメントの結果は、単に個々の数値（閾値）として表現されるのみではなく、その表現の信憑性、アセスメントの不確実事項、そして、枠組条件も表現されなければならないことになる。

69 リスク委員会最終報告書では、措置オプションの比較にあたって透明性を確保すること、リスク管理にあたっては、利害関係人、公衆及び利益団体の参加も必要であるから、リスクを制限する措置の比較衡量は、科学的基準によって実施される措置結果アセスメントを考慮しなければならないこと、選択された措置の理由は記録されなければならないことなどを指摘している。

70 保護目標の定義、とりわけ、残存リスクの確定は、リスク削減措置のアセスメント・選択と比較衡量にあたって、決定的に重要である。それゆえ、リスク委員会も、事前手続・リスクアセスメントで、ワークショップやコンセンサス会議などの科学的コンセンサス形成手続が必要である（この点に関する邦語文献としては、たとえば、小林傳司『誰が科学技術について考えるのかーコンセンサス会議という実験ー』（名古屋大学出版会・2004年）がある。）とか、リスク管理にあたって、利害関係人等関係者は、異議申立て、意見聴取やラウンドテーブルなどで参加を保障されるべきであることなどを提案している。Vgl. *Abel/Bora*, Demokratische Technikbewertung, 2004.

71 参考文献としては、たとえば、National Research Council 編（林裕造・関沢純監訳）『リスクコミュニケーション』（化学工業日報社・1997年）がある。

72 リスク評議会の本質的任務は、①事前手続の枠内での発議、②リスクアセスメントの調整とその質の確保、③対立のある公的評価に係わる議論のコーディネイト、④リスクアセスメントの再編の発議権、⑤事前手続、リスクアセスメント、リスク評価及びリスク管理の手引書の開発と発展、⑥環境に関連した健康リスクに関する国民への情報提供権限、⑦リスクアセスメントとリスク管理のコミュニケーション任務・参加任務に関する制度化（サービスセンターなど）

に関する助言である。

- 73 この何をリスクとして認知するかは、何がリスクとして問題となりうるか、という同定の問題を含んでおり、「法のアクチュアル化」にとって鍵となる部分である (*Appel*, Anm. 1, S. 331.)。それゆえ、後掲のとおり、リスク委員会の「人の健康及び環境の保護に係わる基準設定に関する法律案要綱」(以下、「リスク委員会要綱」とする) 8条や表-2・図-2にみられるよう、事前手続ないしその前段階で利害関係人等の関与・参加が手続上保障されるよう提案されている点は重要である。
- 74 *Risikokommission*, Anm. 67, S. 23 ff. Vgl. *Banse*, Anm. 6, S. 43 ff.; *C. Calliess*, Zur Maßstabswirkung des Vorsorgeprinzips im Recht, *VerwArch* 94 (2003), 389, 393; *Köck*, Anm. 30, S. 6 f.
- 75 これを事前手続の段階で取り上げるのがリスク委員会最終報告書の特徴である。この報告書は、米国におけるリスクアセスメント・管理手法について詳細に検討したリスク評価及びリスク管理に関する大統領・議会諮問委員会による報告の影響が大きく、一部邦語訳としては、同委員会編(佐藤雄也・山崎邦彦訳)『環境リスク管理の新たな手法』(化学工業日報社・1998年)がある。
- 76 *Ladeur*, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, S. 79 ff., 118 ff.; *Scherzberg*, Anm. 8, S. 218.
- 77 *Hagenah*, Anm. 60, S. 492 f.; *Voßkuhle*, Anm. 23, S. 63 ff.
- 78 *Berg*, Anm. 1, S. 393.
- 79 *Ladeur*, Risikobewertung und Risikomanagement im Anlagensicherheitsrecht, *UPR* 1993, 124, 127. 国家の観察義務については、*Schmidt-Preuß*, Anm. 52, S. 172ff.; *Huster*, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, *ZfRSoz* 24 (2003), 3 ff. 参照。
- 80 「予防」と precaution の異同については、たとえば、村山武彦「環境政策における予防原則適用のための枠組みに関する一考察」環境と公害34巻2号15頁以下(2004年)参照。
- 81 たとえば、西澤真理子「欧州連合における予防原則導入とその政治、経済的背景—化学物質規制案 REACHの波紋—」環境と公害34巻2号50頁以下(2004年)参照。
- 82 Vgl. Mitteilung der Kommission, Anm. 29, KOM (2000), 1 endgültig.
- 83 EuGH, Urt. v. 5. 5. 1998, RS. C-180/96, Slg. 1998, I-2265, Nr. 98 ff.; EuG,

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

- Urt. v. 11. 9. 2002, Rs. T-13/99, Nr. 135 ff.; EuG, Urt. v. 26. 11. 2002, Rs. T-74/00, Nr. 181 ff.
- 84 たとえば、大塚直「未然防止原則、予防原則・予防的アプローチ (1)」法教284号72頁以下（2004年）参照。
- 85 WTO-Appellate Body-Entscheidung v. 16. 1. 1998, EuZW 1998, 157-164. この点に関する詳細は、たとえば、岩田伸人『WTOと予防原則』（農林統計協会・2004年）、高村ゆかり「国際環境法におけるリスクと予防原則」思想963号60頁以下（2004年）参照。
- 86 *Appel*, Präventionsstrategien im europäischen Chemikalienrecht und Welthandelsrecht, ZUR 2003, 167, 172ff.; *Cottier/Tuerk/Panizzon*, Handel und Umwelt im Recht der WTO: Auf dem Wege zur praktischen Konkordanz, ZUR 2003, 155 ff.; *Scherzberg*, EU-US Trade Disputes about Risk Regulation, Manuskript, Presented at the Oxford-Round-Table August 2004.
- 87 このリスク管理手法と比例原則及び比較衡量との関連については、BT-Drs. 14/2300, S. 19 及び *Winter/Ginzky/Hansjürgen*, Die Abwägung von Risiken und Kosten in der europäischen Chemikalienregulierung, Berichte/ Umweltbundesamt, 1999参照。
- 88 EuGH, Urt. V. 2. 4. 1998, Rs. C-127/95, Rn. 89 ff.
- 89 EuG, Urteil vom 11.9.2002, Rs. T-13/99, Pfizer Animal Health gegen Rat, Slg. 2002, II-3305. とりわけ、Rn.142以下参照。
- 90 *C. Calliess*, in: *C.Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl., 2002, Art. 174, Rn. 25. なお、この法原則か否かの議論については、たとえば、松本和彦「環境法における予防原則の展開 (1)」阪大法学53巻2号261頁以下（2003年）参照。
- 91 *Ossenbühl*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz, NVwZ 1986, 161 ff. Vgl. *Gusy*, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, 573, 579.; *R. Wolf*, Anm. 2, S. 82; *Wahl/Appel*, Anm. 17, S. 82. なお、この点は、松原望「環境学におけるデータの十分性と意思決定判断」石弘之編『環境学の技法』（東大出版会・2002年）196頁以下の、「してはならない」ことを「した」第一次的過誤と、「しなければならない」ことを「しなかった」第二次的過誤という統計学上の発想にも対応する。また、

市場経済の秩序は過ちから学ぶことも重要であり、リスク制御はそれを阻害ないし遅延させることが指摘される（この種の議論の整理については、松本・前注90、363頁以下及び *Lepsius*, Anm. 31, S. 282 f. 参照。また、社会学的見地からは、*Japp*, Anm. 5, S. 43 ff. und 56 ff. 参照。）。しかし、いかなる被害が想定される、あるいは、されうるかないしされるべきか、がここでは考慮されなければならない。不可逆的被害であれば、その過ちから学ぶことができるのは、生存者のみであり、そのような自由な市場経済による「学習」が法的にみて全面的に認められるわけではない（*Scherzberg*, Anm. 8, S. 223.）。それゆえ、さまざまな制約を受けた上での実験、たとえば、遺伝子操作施設のように、閉ざされたシステムによるコントロールが許容され、他方で、新たな知見を生み、過去の経験を修正するチャンスも、遅延するかもしれないが取り入れることができるよう、折衷的解決方法が採用されていると見ることもできる。

92 Vgl. *Di Fabio*, Anm. 42, S. 170.; *Köck/Hansjürgens*, Das Vorsorgeprinzip, GAIA 11 (2002), 42, 43.; *C. Calliess*, Anm. 74, S. 393.

93 *G.-P. Calliess*, Anm. 48, S. 79 f.; *Stoll*, Anm. 25, S. 340. これを多極的な比例審査として、総合的・統合的比較衡量を論じるものに、*C. Calliess*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVBl. 2003, 1096, 1102 f.があり、参考になる。

94 *Köck*, Anm. 5, S. 290 f.; *Murswiek*, Umweltrisiken im amerikanischen Recht: Höhere Rationalität der Standardsetzung durch Kosten-Nutzen-Analyse?, UTR 71 (2003), 127 ff.; *Scherzberg*, Anm. 8, S. 230f.; *Voßkuhle*, Anm. 22, S. 398 ff.

95 たとえば、岡敏弘・前注11、36頁、特に47頁以下参照。

96 *Köck*, Anm. 29, S. 37 ff., 259 ff.

97 *Stoll*, Anm. 25, S. 340.

98 *Appel*, Anm. 1, S. 349 ff.; *C. Calliess*, Anm. 74, S. 393; *ders*, DVBl. 2001, 1729; *Köck*, Anm. 5, S. 185 ff. なお、EU連合の化学物質政策による証拠提出責任については、*Weißbuch der EG-Kommission*, S. 19 f. 参照。このような見解に対し、禁止が原則となってしまうことをなどの点で批判するものとして *v. Holleben/Schmitt*, Beweislastumkehr im Chemikalienrecht, NVwZ 2002, 532, 535 ff.

- 99 たとえば、*Köck/Hansjürgen*, Anm. 92, S. 42.
- 100 *Appel*, Anm. 1, S. 332; *R. Wolf*, Anm. 2, S. 81.
- 101 藤垣・前注2、151頁。
- 102 *Rengeling*, *Umweltvorsorge und ihre Grenzen im EWG-Recht*, 1989, S. 11 ff.
- 103 *Lübbe-Wolff*, Anm. 62, S. 51 ff.; *Schröder*, *Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes*, in: *Rengeling* (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Bd I, 2., Aufl., 2003, § 9 Rdnr. 35.; *Wahl/Appel*, Anm. 17, S. 58 ff.
- 104 *Winter*, *Umweltrechtliche Prinzipien des Gemeinschaftsrechts*, ZUR 2003, 137, 143.
- 105 この点に関して、*Danwitz*, *Rechtssicherheit und Kohärenz durch Kodifikation*, ZLR 2001, 209, 220. 及び *Lepsius*, Anm. 31, S. 275 ff. も、EU法とドイツ法の違いを指摘し、とりわけ、損害リスクの低減（蓋然性を低くするか、損害の程度を低くするか）というカテゴリーが、EU法では見られないことを指摘する。拙稿・前注22、48頁以下でも述べたように、ドイツにおけるリスク行政関連諸法律は、三段階のリスクコンセプト、すなわち、危険、リスク、残存リスクの区別と同時に、二段階のリスクコンセプト（単に危険と残存リスクとか、リスクと残存リスクなど）の区別（原子力法）がある（*Appel*, *Stufen der Risikoabwehr*, NuR 1996, 227 ff. und *Schmieder*, Anm. 29, S. 88 ff.）。しかし、EU法で支配的なのは、受容不能リスク（unacceptable risk）ないし重大なリスク（significant risk）と、受忍可能リスク（tolerable risk）ないし残存リスク（residual risk）とを区別するドグマティックである。これら概念の整理は、いまだ明確ではない。Vgl. *Rengeling*, *Bedeutung und Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips im europäischen Umweltrecht*, DVBl. 2000, 1473.
- 106 この点に関しては、神橋一彦「ドイツ環境法における『事前配慮』と『統合的環境保護』」法学67巻5号711頁（2003年）参照。
- 107 *Köck*, Anm. 24, S. 40 ff.; *Lübbe-Wolff*, Anm. 62, S. 55; *Scherzberg*, Anm. 8, S. 241.
- 108 *R. Wolf*, Anm. 2, S. 81; *Köck*, Anm. 24, S. 73 f.
- 109 *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., 1996, S. 71 ff. この点について

- は、桑原勇進「国家目標規定『環境保護』」東海法学28号35頁（55頁以下）（2002年）参照。
- 110 *Epiney*, in: Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. II, 2000, Art. 20a Rn. 62; *Schlze-Fieliz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 1998, Art. 20a Rn. 23; *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl., 2003, Art. 20a Rn. 53. さらに、桑原・前注109、51頁以下参照。
- 111 *Scherzberg*, Anm. 8, S. 241 ff.
- 112 *Di Fabio*, Rechtsfragen unerkannter Gesundheitsrisiken elektromagnetischen Felder, DÖV 1995, 1, 7 f.; *Schröder*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Technikrechts, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, S. 192; *C. Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 207 ff.
- 113 BVerfGE 49, 89, 143; 53, 30, 59; BVerwGE 72, 300, 316; *Schröder*, Anm. 112, S. 194; *Voßkuhle*, Anm. 22, S. 382 f.
- 114 BVerfGE 49, 89, 182 f.
- 115 BVerfE 77, 170, 214 f.; 79, 174, 202. なお、基本権保護義務に関する憲法裁判所の判決概要については、たとえば、小山剛『基本権保護の法理』（1998年・成文堂）19頁以下参照。
- 116 このいわゆる慎重原則（Vorsichtprinzip）について、特に製造物・医薬品法における生命・身体保護の観点からのものに、*Scheu*, In Dubio Pro Securitate, 2003がある。
- 117 BVerfGE 49, 89, 140 ff.
- 118 *Voßkuhle*, Anm. 22, S. 381; *Damm*, Rechtliche Risikoregulierung aus zivilrechtlicher Sicht, in: Bora (Hrsg.), Rechtliches Risikomanagement, 1999, S. 93, 101 ff.
- 119 *Di Fabio*, Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2, Rn. 49 (Feb. 2004); *Wahl*, Anm. 20, S. 281.
- 120 *Fabio*, Anm. 112, S. 8; *Stoll*, Anm. 25, S. 282 ff.; *Wahl/Appel*, Anm. 17, S. 41 ff.
- 121 ただし、その場合でも、危険にさらされている保護法益が、制限を受ける基本権に比肩できる重みづけのものであり、その手段が比例性を有していること

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

が前提にある（BVerfGE 95, 173, 183 ff.）。

122 Vgl. *Di Fabio*, Anm. 119, Art. 2 Abs. 2 Rn. 63.

123 *Böhm*, Normmensch, 1996, S. 103f. und 129 ff. und *dies*, Das Vorsorgeprinzip im Lebensmittelrecht, ZLR 2000, 241, 243; *Stoll*, Anm. 25, S. 333 ff.

124 *Böhm*, Normmensch, Anm. 123, S. 6 ff.

125 EU食品基本規則3条13号、9条及び10条並びにリスク委員会要綱案6条3項、同条5項及び8条に定めがあるとおり、その内容は、記録作成を義務づけ、その記録内容はリスクコミュニケーションに役立つよう、わかりやすい表現であること、責任の所在を明確化しておくことが求められている。なお、このような透明性原則については民主主義の観点に加え、法治主義など他の憲法原理との相互関係を含めて検討している *Bröhmer*, *Transparenz als Verfassungsprinzip*, 2004を参照されたい。このリスクコミュニケーションについての詳細は、別稿を予定している。ただ、ここでは、次の点を指摘しておきたい。おおざっぱに見ると、たとえば、施設法のように、市場・消費者問題としてではなく、環境・相隣問題として閉ざされたシステムによりリスク管理を行う場合には、リスクが自然科学的技術的手段をもっても同定できず、アセスメントされえない単に懸念がある状況のみでは、何らかの介入をすべき保護義務はなく、科学技術の水準などによってもありえないと評価されるものは残存リスクとなるものの、国家による観察義務が生じる。この種の場合、ある物質の使用について、個々人の自己決定ではなく、エネルギー利用や全般的な生活水準の向上のような公益実現の視点から、導入するかどうか、導入するとしてその条件、どの程度施設による閉鎖システムによりリスクを低減するかが問題となり、フェールセーフなどの手法を用いて施設による物質管理を可及的に及ぼし、他者、近隣住民などへの被害を「実際にはありえない」と評価される程度にまで、あるいは、「技術水準」を要請水準としてリスクを低減し、残りを残存リスクとして社会的に妥当なもののみなし、受忍を求めるのである。そして、このような施設法に典型的にあらわれる問題領域では、国家レベルでの意思決定が最終的なもので、個人や事業者が想定される被害者となりうる場合や、事業者（ないし他者）の意思決定が最終的なもので、個人の被害やより広範な社会的被害が発生する場合には、意思決定者と想定される被害者が異なることになる。つまり、他者によって、個々人のリスク状況が決定されてしまうことを意味する。この点で、民主的なリスクコミュニケーション（合意追求型ないし理解獲得型、い

ずれにしても、宥和のみではなく、共存を追及するもの)が、その当否は別に
して、必要となるといわれるのである。他方で、医薬品や農薬などの製品法・
物質法の領域における市場に開かれたリスク管理システムでは、前記施設法に
典型的に見られるような社会的問題として対応すべきものに加え、個人の問題
として対応すべきものの責任配分ないし負担配分の問題が残されている。帰責
の局面でみると、たとえば、タバコなどの嗜好品や医薬品の場合には、他者へ
の影響を除けば、自己の意思決定に帰責され、その意味で、意思決定者と想定
される被害者が一致する。このリスク決定の典型的な領域では、個々人の自己
決定権がどこまでどの程度保障されるか、されるべきかが議論の焦点となり、
その際、自己決定するための前提として十分な情報を受けるチャンスが保障さ
れる必要性もでてくる。自己決定ないし自由な意思決定の前提として、警告な
いし説明義務 (Warnung- und Aufklärungspflicht) (*Di Fabio*, Anm. 119,
Art. 2 Abs. 2 Rn. 89; *Murswiek*, Anm. 110, Art. 2 Rn. 204 f.) が国家の
義務となるのである。

- 126 リスク委員会要綱6条4項。法治主義や人権保障を含め、総合的に検討して
いるものに *Kischel*, *Die Begründung*, 2003がある。
- 127 連邦リスク評価研究所設置法1条、2条3項; リスク委員会要綱6条2項参
照。この点についての詳細は、別稿でドイツにおける食品のリスク管理法制を
扱う際に詳論する。
- 128 ここでいう科学的不確実性とは、有害な影響ないし被害の発生がほぼ確実
ないとはいえないときをいう (*Zipfel/Rathke*, Anm. 28, Art. 7. Rd. 11 f.)。
- 129 *Scherzberg*, Anm. 8, S. 243 f. Vgl. *Köck*, *Das System „Registration,
Evaluation and Authorization of Chemicals“ (REACH)*, in: *Rengeling*
(Hrsg.), *Umgestaltung des deutschen Chemikalienrechts durch europäische
Chemikalienpolitik*, 2003, S. 37 (46 ff.); *Lübbe-Wolff*, Anm. 62, S. 62 ff.
- 130 *C. Calliess*, Anm. 112, S. 600 ff.; *Di Fabio*, *Voraussetzungen und Grenzen
des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips*, in: *Kley* (Hrsg.), *Festschrift für
Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag*, 1997, S. 807 (823 f.); *Rehbinder*,
Anm. 21, 04/51. なお、立法者に対する手続的合理化論と法律による行政機関
に対する手続的合理化論とは異なるところがあるが、関連するので、*Epiney*,
Rationalitätsgebot im Recht, in: *Gawel/Lübbe-Wolff* (Hrsg.), *Rationale
Umweltpolitik – Rationales Umweltrecht*, 1999, S. 167 (174) und *Führ*,
Rationale Gesetzgebung, *Gawel/Lübbe-Wolff* (Hrsg.), a.a.O., S. 157 ff. も

参照。

- 131 Köck, Anm. 129, S. 56 ff.; Lübbe-Wolff, Anm. 62, S. 65.; Steinberg, Anm. 29, S. 145 f. und 325 ff.
- 132 Huster, Anm. 79, S. 3.
- 133 この点について、たとえば、Hapke, Umwelthaftung, Versicherung und Prävention, Möglichkeiten und Grenzen haftungsinduzierter Prävention unter den Bedingungen von Wissen und Nichtwissen, ZfRSoz. 20 (1999), 55, 64 ff. は、十分知られたリスク、未知のリスク、そして、仮説的リスクという区分を用い、次のような興味深い指摘をいす。前二者の場合、時間次元 (zeitliche Dimension) と対象の性状次元 (sachliche Dimension) との相違から区別でき、すなわち、十分知られたリスクとは、時間的には未知であるがその性状の有害性は多かれ少なかれ既知であるリスクをいう (たとえば、原子力技術、塩素化炭化水素 (DDT など)、アスベスト、自動車及び喫煙など)。それに対し、不知のリスクとは、これらリスクのある技術・物質及び行動のすべてについて、常に、いつ損害が発生するか (時間的次元)、そもそも損害が発生するのか (性状次元) を人が知りえないにすぎない。そして、既知のリスクは、既知の作用条件と因果関係に関する知見によって事前配慮が講じられる。このように時間次元と性状次元が不一致の場合は、不知のリスクではない。不知のリスクは、環境責任と関連付けられた発展リスクであり、通常業務リスクの特別形態で、常に事後的にのみ、知見の拡大によって (その前提として被害の発生があるが)、有害であることが明らかになる。この発展リスクは、人が発展リスクを回避しようとするれば、人が明日はじめて知ることのできることを今日知るという能力を駆使しなければならなくなることを回避するときに生じる。そして、最後の類型である仮説的リスクは、時間・性状次元のみではなく、社会次元の問題が加わる。つまり、安心ゾーンの外にある一定の技術・物質であるが、科学的に一般に承認された知見からすると、環境・健康リスクが認められないが、科学的・社会的少数者によって表明されるものである。一定程度有害であるかもしれないという疑いがある一方で、リスクに関する科学的に争いのない証拠がない。また、科学と公共 (公衆) との間で相対立する議論がたたかわされるテーマである (たとえば、遺伝子工学や電磁場リスク)。既知のリスクは原則として予防可能である、未知のリスクは不能である。仮説的リスクは、疑いがあり、意思決定者自身にとってリスクがあると知られており、それゆえ、予防というオプションが選択されないないし事後的に選択されるものである。

134 環境リスクに関し、可逆的か不可逆的かという損害次元、影響が持続的か、遅延して発生するかといった時間次元、広範囲に及ぶかといった空間次元、社会的対立を生むかといった社会的次元の問題から、リスクを、ギリシア神話になぞらえてダモクレス型、ピュティア型、キュクロプス型、パンドラ型、カッサンドラ型そしてメデューサ型に区分し、その対応戦略を構想する提案(WBGU, Anm. 25参照)も出されており、参考になる。

付 属 資 料

人の健康及び環境の保護に係わる基準設定に関する法律案要綱

(リスク特別委員会作成)

第一条 (目的)

この法律は、人の健康と環境の保護のための下位法規で定められる基準設定の指針 (Maßstäbe) と手続の相互調整に資することを目的とする。

第二条 (概念規定)

この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ各号に定めるところによる。

- 一 基準：限界値、技術水準、個別的品質要請、操業水準その他の技術処理法 (technische Verfahren)、製品又は環境媒質 (Umweltmedien) に対する具体的な要請
- 二 EU法基準設定手続：EU理事会、議会及び委員会の定立法規 (Rechtsakte) に基づく基準設定
- 三 国際基準設定手続：国際組織の機関による又は国際組織・国際協定の機関における業務に基づく基準設定
- 四 リスクアセスメント：有害物質、放射線、騒音その他の影響による環境又は人の健康に対して起こりうる危害因の同定及び可能な限りの危害因の程度の定量的評価
- 五 優先順位づけ：簡易リスクアセスメントに基づき、多数の既存リスクの中から優先的に対応すべきリスクを選択すること
- 六 措置評価：リスク削減に適した措置の同定と他の保護法益に対する付随的作用の観点からそれら措置の比較評価

第三条 (適用領域)

- ① この法律は、連邦法に基づき法規命令又は行政規則により、環境汚染による影響

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

から人の健康を保護するための基準及び環境保護の基準を確定する場合に適用する。

- ② この法律は、人の健康と環境を保護するためのEU法基準設定手続及び国際基準設定手続との関係で、ドイツが行う態度表明の準備にも適用する。
- ③ この法律は、他の法律が特段の定めをしていない限り、適用される。

第四条（基準確定の原則）

- ① 基準は、リスクの種類、程度、蓋然性及び言明の确实性を考慮し、健康又は環境に危害を与えないよう確定され、健康と環境に対する悪影響の顕在化を適切に予防するよう、又は、相当でない認められる一定のリスクを超えないよう確定されなければならない。
- ② 基準と予期される損害との間にある、科学水準に基づき適切に決定されるべき安全性のゆとり（Sicherheitsabstand）は、維持されなければならない。
- ③ 基準の確定にあたって、種々の負荷物質の発生及び負荷の全体並びに感受性のある人及び感受性のある環境法益の保護が適切に考慮されなければならない。
- ④ 技術的な予防対策、組織的措置及び行動方法によりリスクの回避が可能かどうかは、考慮されなければならない。

第五条（他の保護法益に対する不利益の考慮）

- ① 基準の確定にあたって、他の保護法益に対し起こりうる不利益が考慮されなければならない。健康保護に関する基準の場合には、特に、環境と経済的・社会的発展に対する不利益が考慮されなければならない。環境保護に関する基準の場合には、特に、人の健康と経済的・社会的発展に対する不利益が考慮されなければならない。
- ② 代替的方法又は代替製品から生ずる利益又は不利益が考慮されなければならない。
- ③ 基準の設定に利害関係を有する個人及び各種団体は、根拠となるデータの調査に協力しなければならない。

第六条（リスクアセスメント、措置評価及び意思決定）

- ① 基準の確定にかかる決定は、リスクアセスメント及び措置評価により準備されるものとする。
- ② 決定権限を有する行政庁又は行政庁と同等のものは、リスクアセスメントの結果対しなんらの影響力を行使してはならない。
- ③ 基準設定の個別手続段階及び結果は、書面による記録として作成されるものとする。その場合、特に、会議開催日時、場所、参加者、議題、決議された提案の理由及び意見の一致・不一致が記録されるものとする。
- ④ 基準の確定又は拒否の決定は、包括的な理由を付記しなければならない。その場合、基準同定における不確実事項を含め、科学的背景が検証可能でなければならない。

い。比較可能な基準と相違がある場合には、理由が付記されなければならない。

- ⑤ 決定された基準は、公表されるものとする。付記された理由についても、公開されるものとする。法規命令の公表に関する規定は、これを準用する。

第七条（関係行政庁の関与）

- ① 行政庁及び公認諸団体で基準の確定が自己の任務領域に関わるものは、基準に関わるリスクアセスメント及び措置評価の結果についてその態度を表明する機会を保障される。
- ② 権限ある機関は、前項の態度表明の期間を設定すると共に、審査をすることができる。

第八条（公衆の参加）

- ① リスクアセスメント及び措置評価に権限を有する行政庁又はその部局は、第六条第三項に定める記録を含め、その結果を公衆に公開するものとする。当該結果が製品又は技術処理法で一定の製造業者又は取扱業者に属するものにかかわるときは、その結果は、根拠となる知見が科学水準に対応し、評価結果に正当な理由がある場合にのみ公開できる。
- ② 決定権限を有する行政庁又はそれと同等のものは、基準草案を公開しなければならない。また、この基準草案が公開されることを公にするものとする。
- ③ 何人も前項の草案に対して書面で態度表明を提出することができる。決定機関が提出された異議を理由のないものとするときは、その理由を表明しなければならない。この表明理由は、公的記録として作成され、公開されるものとする。

第九条（基準の修正）

基準の確定と共に、新たな知見と技術の観点から基準を再審査すべき期間を定めるものとする。

第一〇条（協議委員会）

- ① 法律又はその委任を受けた規定により、基準設定に当たって助言することが委員会に予定されている限り、委員の選考に当たっては、一般的委員会（gesellschaftliche Kommissionen）の場合には利害関係のある代表者のバランスを顧慮し、専門的委員会の場合には当該専門領域の代表者と異なる見解をもつ者のバランスを顧慮するものとする。委員の選任前に、利害関係を有する各種団体及び当該専門領域の各種団体の意見聴取を行うものとする。
- ② 委員には任期があり、一度再任できる。
- ③ 委員は、独立し、何らの指示にも拘束されない。この独立に影響を及ぼしうる利害関係は、公開するものとする。

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

- ④ 各種委員会は、委員会を設置した機関に対し報告し、リスク評議会にその活動について年次報告をする。この報告は公表するものとする。

第十一条（健康リスク及び環境リスクに関する評議会）

- ① 連邦政府は、人の健康と環境を保護する基準を設定するため専門家委員会を設置する（健康リスクと環境リスクに関する評議会—リスク評議会—）。
- ② リスク評議会は、基準設定の方法に関する提案と基準設定に関与する委員会及び行政庁の再編に関する提案を決議する。リスク評議会は、計画された基準設定手続に関し情報を提供するとともに、基準設定に関与する委員会及び行政庁に提案することができる。リスク評議会は、権限ある機関に、新たな基準の確定又は既存基準の修正を開始するよう拘束力ある要請をすることができる。リスク評議会は、自己の作成する手引き並びに個別法律及びこの法律を遵守して、優先順位づけの結果及びリスクアセスメントの結果を評価し、その評価結果を公表することができる。
- ③ 連邦政府は、連邦参議院の同意を得て、リスク評議会の任務と構成を法規命令で定める。その場合、自然科学、医学、技術及び法学の各分野からの専門家が、人数比のバランスと異なった見解を考慮して、代表であることを確保しなければならない。委員の任命については、リスク評議会の活動領域で公認された各種団体及び研究機関に提案権を保障する。法規命令では、生じうる利害衝突の公開に関する規定、任命される委員の資格諸要件に関する規定とその独立性を確保するための規定を設けるものとする。
- ④ 委員は、その活動の対価として適切な報酬を受ける。
- ⑤ リスク評議会に、必要な技術的かつ科学的知見を有する人員を配した事務所を配置する。

第十二条（団体訴訟）

- ① 健康保護及び環境保護並びに利害関係のある産業部門の公認団体は、法規命令又は行政規則において確定された基準に対し個別法律及びこの法律との齟齬の確認を求めることができる。
- ② ラントの法規命令又は行政規則における基準に関しては上級行政裁判所に、連邦の法規命令又は行政規則における基準に関しては連邦行政裁判所に、前項の出訴ができる。
- ③ 団体の公認は、第一条第三項で掲げられた連邦各省の申請に基づいて付与される。公認の要件については、連邦自然保護法五九条一項第二号及び三号の規定を準用する。

表一 2 リスク制御の通常手続段階の概観 (出典：リスク委員会最終報告付属資料1より)

No.	手続段階	目標、任務	参加、情報提供	必答機関	結果	備考
1	依頼、発議	リスク制御のきっかけ確認 リスクの早期認識機構	<ul style="list-style-type: none"> 義務的依頼 (国際的または国内的取決め、リスク管理による) 選択的依頼 (法的根拠をもつ一般的な審査・早期認識システムの枠内での) 衆議 (評価委員会、リスク評議会、連邦、各ラント、専門家集団、社会的集団、公衆、何人もリスク評議会へ) 	権限機関、リスク評価委員会、受付・助言機関としての事務所	<ul style="list-style-type: none"> 義務的依頼の場合：リスクアセスメントのため、専門委員会へ依頼を直接送達する 選択的依頼の場合：順位づけのため送達する 積極的な意思決定のため、早期認識、報告や警告等の取集 	
2	事前手続	Screening, scoping, ranking	リスク管理部門 (第1・第2類型) など (場合によっては社会集団 (第4類型) や公衆 (第5類型) という参加者) との恒常的なコミュニケーション	権限機関・リスク評議会・事務所	決定： <ul style="list-style-type: none"> リスクアセスメント手続を開始するか (yes/no) Yesの場合：次の手続方法の確定 <ol style="list-style-type: none"> 通常手続 短縮手続 	<ul style="list-style-type: none"> 事前手続に因する統一の規程の開発 手続タイプ1及び2に因する手引きの開発
2.1	Screening, scoping, ranking	<ul style="list-style-type: none"> 疑いを根拠づける証拠に基づく関係書類の選別(説得力(信憑性)、重要性、保護法益及び保護目標) 緊急性による依頼の順序づけ (優先順位づけ)、手続開始の決定 (大まかなチェック「有害物質質量システム」) 発議を考慮した自由選択依頼の順序づけ 				
2.2	リスクアセスメント手続の公表・周知	<ul style="list-style-type: none"> 必要に応じて保護目標の決定：リスクアセスメントの枠組条件としての当該保護法益と必要な保護目標 (保護水準) の決定 多様なリスク管理可能手段の指 標 透明性の確保、意思決定の記録作成 (リスクアセスメントの導入しない更なる手続・保護法益及び保護目標の決定)、態度表明の機会、付与 表、専門的協力の準備 	<ul style="list-style-type: none"> 連邦、ラント及び地方の決定主体 (場合によっては、参加者 (社会集団 (第4類型) 若しくは公衆 (第5類型)) 高度に価値観と結びついたテーマで対立がある場合：公衆・社会集団との公的対話 公衆への情報提供、決定に関する発議者・情報機関への報告、公表 	<ul style="list-style-type: none"> 権限機関、リスク評議会、事務所 連邦上級行政庁 権限機関、リスク評議会、事務所 	決定： <ul style="list-style-type: none"> 保護法益、保護目標及び保護範囲の決定がリスクアセスメントの枠組として十分具体的でありうるか? (yes/no) Yesの場合、必要に応じて法規の定立 事前手続における決定事項の説明と理由づけ、リスクアセスメントの精度と開始に関する周知措置 	<ul style="list-style-type: none"> 規範的段階のため、態度表明の機会付与

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 徳治）

No.	手続段階	目標、任務	参加、情報提供	応答機関	結果	備考
2.3	必要に応じて 態度表明	<ul style="list-style-type: none"> 手続：事前手続の記録作成のため の態度表明 疑わしい事実関係の解明 	外部専門家（第3類型）、社会 集団（利害関係者、第4類 型）の代表または公衆（第5 類型）の参加	権限機関・リスク評 議会、事務所	<ul style="list-style-type: none"> 態度表明の取り扱いに関する 決定 下記の決定 <ul style="list-style-type: none"> リスクアセスメント (No.3. 1) 手続の導入、専門委員会 への依頼 リスク管理手続開始の指示 疑わしい場合：リスクアセ スメント（通常手続または短 縮手続）の導入 事前手続 (No.2.2) の作成記録 の補充、公表 	事前手続の 指針に準ず る
3	リスクアセス メント	(risk assessment)				
3.1	2.1の手続カテ ゴリー内にあ るリスクアセ スメント	<ul style="list-style-type: none"> 一定性的・定量的有害性とリスク アセスメントの確実性に関する推 論と理由づけ リスクアセスメントの包括的評 価 手引基に基づくリスクアセスメ ントの記録作成 	<ul style="list-style-type: none"> 知見水準が高度に不確実な 場合には外部専門家を含める こと 実務からの経験的知見を含 めること リスク評議会による手続開 始の情報提供 	権限機関	作成記録草案： <ul style="list-style-type: none"> リスクアセスメントと評価 の確実性に関する確認 基準設定の提案（科学的見 地からの推奨内容） 	リスクアセ スメント手 引に準ずる
3.2	公表（草案）	透明性確保のためのリスクアセス メントと、専門的コメントを得る ための募集に関する作成記録の公 表	専門的コメント（考慮義務を 伴う態度表明の可能性）	権限機関	更なる専門家による議論の必要 性及びその手続（口頭か書面か） に関する決定	
3.3	必要な場合 の 専門家討論	リスクアセスメントに関する記録 作成に関するコメントに依拠 して、 書面または文書手続によるコメン ト内容の話し合い	外部専門家（第3類型）との 対話及び/または社会集団 （利害関係者、第4類型） の参加	リスク評議会/事務 所（進行役として）	<ul style="list-style-type: none"> リスクアセスメントに関する 作成記録の最終表現の決定（包 括的な書面による記録作成、保 護目標の検証可能な推論、認識 可能な価値判定、専門家討論に よる結果） リスクアセスメントの見地か らの行動の必要性及びそのオブ ジョンの推薦 	リスクアセ スメント手 引に準ずる

№	手続段階	目標、任務	参加、情報提供	応答機関	結果	備考
3.4	公表	コメントを考慮して、リスクアセスメントに関する完全な作成記録の公表、透明性の確保	公表、一般公衆は態度表明の機会を有する。	権限機関/リスク評価委員会/事務所	リスクアセスメント段階の終了	リスクアセスメント手引に準ずる
4	リスク管理	(risk management)				
4.1	リスク評価と必要な行動の決定 (risk evaluation)	リスク管理の結論と関連して、リスクアセスメントの結果について分析整理、議論及び評価： - リスクアセスメントの分析整理内容 - リスク評価を考慮した説明内容 - 措置にとつて有意なリスク観点の編成 - 必要な行動の探知 - 措置に関する法的枠組の探知と参加要請の探知 - 通常手続が短縮手続かの決定 - 参加の計画立案と企画運営 - 必要な資源の探知、資源計画作成	リスク評議会、他の部局(対内的・対外的調整、第1類型)及び第2類型)を含む。重要な社会集団(第4類型)と国内・ラント・地方の意思決定者	リスク管理に関して権限ある行政庁または受任委員会	必要な行動についての判定及び推薦： - 危険値 (Gefahrenwert)、保護基準 (損害発生) の十分な蓋然性がある - 懸念値 (Besorgniswert)、事前配慮基準 (損害発生) の可能性がある。事前配慮判断規準) - 必要な行動についての決定、措置評価について権限ある行政庁 (あるいは委員会) に依頼。 - リスク管理プロセスについての決定	リスク管理手引に準ずる
4.2	措置の探知と評価 (option assessment)	措置オプションの科学的開発 (Erarbeitung) : - 措置オプションの同定 - 措置オプションの効果の探知 - 措置オプションの比較評価 記録(草案)の作成	対内的及び対外的調整 (第1類型及び第2類型)、必要に応じて科学者への相談 (第3類型)	リスク管理権限を有する行政庁または受任委員会	比較衡量提案に関する決定 - 評価を含め、行動オプションに関するリスク管理記録の作成 - コメントの公表と募集 (公的対話の導入)	リスク管理手引に準ずる
4.3	記録草案の作成	透明性確保のため、リスクを削減する行動オプションの草案と措置推薦の公表	書面によるコメントの募集/利害関係人(何人も)の真議	リスク管理権限を有する行政庁または受任委員会	更なる公的対話及びその手続(書面によるか口頭か)の必要性についての決定	リスク管理手引に準ずる
4.4	必要な場合の公的対話	リスク管理に関するコメント段階に依拠して：書面または口頭手続(聴聞手続、ラウンドテーブル、調停等)におけるコメント内容に因する話し合い	社会集団の代表 (利害関係集団、第4類型)の参加、場合によっては公衆 (第5類型)の参加	リスク管理権限を有する行政庁または受任委員会	リスク管理に関する記録作成の最終表現の決定；包括的で書面による記録作成 (保護目標、目標とされる保護水準、必要な行動の理由づけ、検証可能な記述及び適合する保護に値する利益と目標に関わる行動オプション)の評価についての報告)	リスク管理手引に準ずる

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

No.	手続段階	目標、任務	参加、情報提供	応答機関	結果	備考
4.5	記録作成	コメント/対話を考慮して、予見されるリスク管理に関する最終作成記録の公表、透明性の確保		リスク管理権限を有する行政庁または受任委員会		リスク管理手引きに準ずる
4.6	講ずべき措置の決定	講ずべき措置に関する憲法上の権限ある委員会を通じた法規定立・基準設定の正式手続（場合によっては、他の規範定立手続） ・説明手続の開催、法規定に定められた記録作成義務・理由づけ義務の遵守	連邦、ラント及び地方の意思決定者 当該法規定に定められた記録作成義務及び理由づけ義務の遵守	政治的正統化機関（大抵、リスク管理権限を有する行政庁または受任委員会）、法的枠組みに応じて、連邦議会、連邦政府など	法的規律	リスク管理手引きに準ずる
5	実施（Umsetzung）					
5.1	措置の実施	法律により規定された基準・措置の実施	基準または措置に応じて	執行権限を有する行政庁	公衆への情報提供 利害関係者の参加	
5.2	地域的参加（Örtliche Partizipation）	異議申立て、討論（対話）の可能性について公衆と利害関係者への情報提供	地域及び地方諸団体、何人（集団的対話、場合によっては公的対話） 執行行政庁	執行権限を有する行政庁	利害関係者の正当な利益の考慮	
6	実施のモニタリング	規制のコントロール		リスク管理権限を有する行政庁または受任委員会		
7	実施の評価	モニタリングの分析整理、リスク管理の効果の記録作成		リスク管理権限を有する行政庁または受任委員会		
8	リスク制御の継続	リスク制御手続の変更が必要かどうかの探知、通常手続と手引きの更なる開発		リスク評議会/リスク管理権限を有する行政庁または受任委員会		

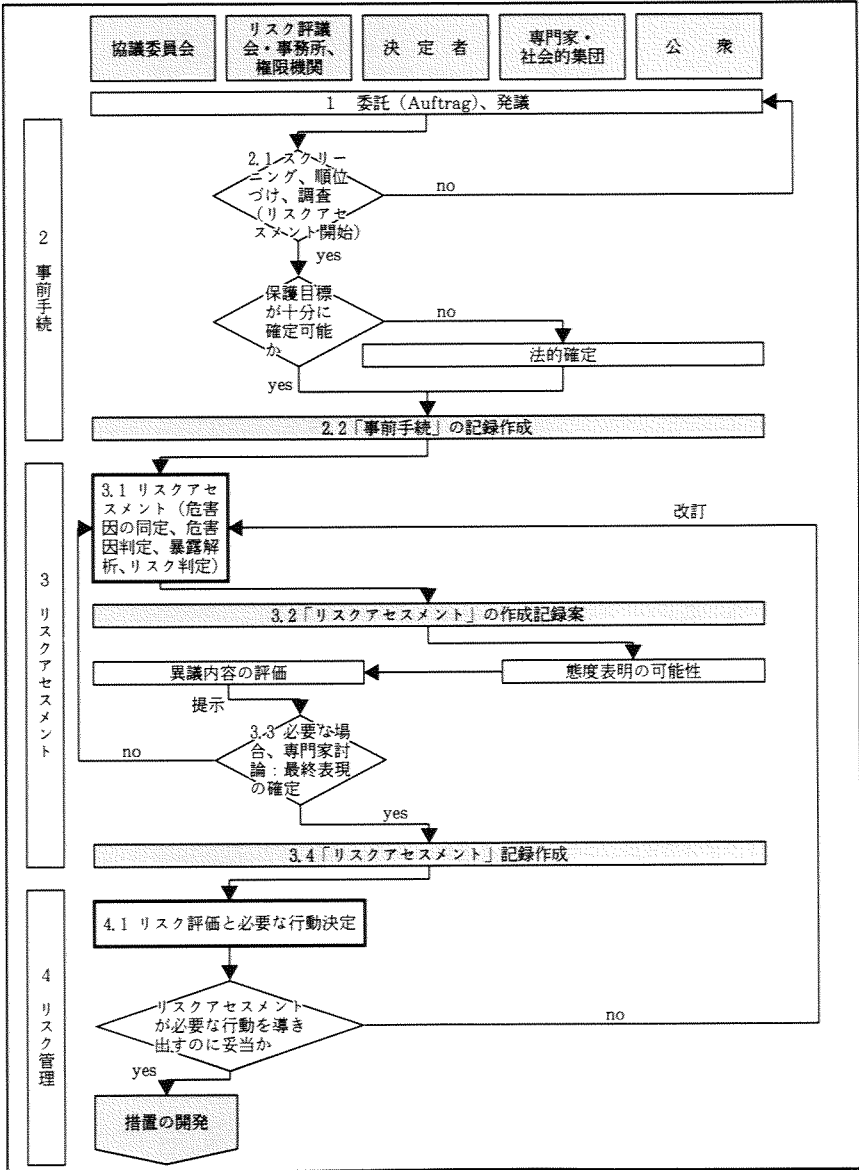


図-2 リスク制御の手順 (出典：リスク委員会最終報告付属資料 I より)

不確実性の条件下における行政決定の法的制御に関する一考察（下山 憲治）

