

行政法と官僚制(3)

正 木 宏 長

目 次

序 章	
第一章 行政法学と行政学	(以上, 立命館法学296号)
第二章 専門性と行政法	
第一節 官僚制の専門性と行政法	
第二節 専門性理論前史	
第三節 専門性理論	
第四節 専門性理論の衰退	(以上, 立命館法学299号)
第五節 専門性の復権	
第六節 判例理論と専門性	
本章の小括と展望	(以上, 本号)
第三章 中立性と行政法	
終 章 行政官僚制と日本行政法	

第二章 専門性と行政法

第五節 専門性の復権

行政過程を正統化するための専門性理論は、1970年代には、命脈を絶たれたかに見えた。しかし、1980年代に入り、新しいタイプの専門性の理論を模索する動きが現れた。本節ではこのような、アメリカ行政法の動きを見てみることにする。

第一款 多元主義と参加の理論

(1) 1960年代からのアメリカの政治学・行政学に大きな影響を与えた理論として、多元主義理論を挙げることができる。その影響はアメリカ行政法学にも及んだ。しかし、アメリカ行政法の多元主義理論の包摂はやや特殊

な形でなされたように思える。

(2) 多元主義理論をステレオタイプ化すれば、「組織された私的利益集団の競争と妥協によって公的政策が形成される」ということに集約されるだろう¹⁶⁸⁾。そして、特定の利益が代表されないという美点に着目するか、公的政策が私的利益の妥協に墮するという欠点に着目するかが、理論的分岐となる。

さて、多元主義理論を代表する論者とされるダールの主張を、彼の代表作である「誰が統治をするのか」に見てみれば、その主眼は、民主主義の擁護にあった。当時パワー・エリート論が語られていたが、ダールは、集団の多元主義による競争のもとで、政策への影響力は不平等ではあるが分散されて、市民が政治に対して依然として影響力を行使していること（つまりエリートの支配ではないこと）を論証したのである¹⁶⁹⁾。ダールの主張では、政治的参加には投票が念頭に置かれていた。

多元主義を語る上で欠かせない、もう一人の人物はロウイーである。ロウイーは「自由主義の終焉」のなかで、アメリカにおける利益集団自由主義とその弊害を主張した。

ロウイーの主張は、アメリカの多元主義の状況を批判するものであった。彼はイデオロギーとしての多元主義が虚偽であるとして、ダールを批判している¹⁷⁰⁾。

ロウイーによると、多元主義に基づく利益集団自由主義では、組織された利益集団の競争や取引によって政策が形成されるが、それは一部利益集団の特権を生み、人民を政策形成から除外し、法と正式の手続によってではなく、利益集団と行政機関の秘密の協議によって政策を形成させるという欠点を持つ。ロウイーは、利益集団自由主義のもとのアメリカを第二共和制であるとし、それが非効率で無責任な恒久的管財体制に至るとして、厳しく利益集団自由主義を批判したのであった¹⁷¹⁾。

ロウイーは利益集団自由主義に変わるものとして、司法部や立法部の活動が活発化し、大統領は拒否権を活用し、行政機関が正式手続を用い、さ

らに規則制定を活用する、「依法的民主主義」を提唱したのである¹⁷²⁾。

(3) 利益集団が行政機関の決定に影響を与えていることは、すでに見た行政法学における専門性批判の論者達 ジャックフェやシウウォーツが前提としていたことであった。そこでは、行政過程の「専門性」を歪め、あるいは損ねるものとしての特定の利益による行政決定への影響が語られていた。だが、利益集団相互間の抗争や妥協によって政策が形成されるという、政治学の多元主義理論のダイナミズムを行政法に包括的な形で反映させてみせたのは、スチュワートの1975年の論稿「アメリカ行政法の再構成」であった¹⁷³⁾。

スチュワートの主張を簡単に見てみよう。スチュワートによると、「行政法の伝統的モデルは、特定の諸事案に立法の命令を執行するための、単なるトランスミッションベルトとして、行政機関を理解する」。そして、この伝統的モデルは、1970年代前半までに、前節で見たような、社会の多様な利益の代表が行政手続への参加や行政訴訟の拡大によって実現される、「利益代表モデル」へと移行したというのである¹⁷⁴⁾。スチュワートのこの論文は我が国でも広く読まれており¹⁷⁵⁾、前節までの本稿の検討とも重複するで、ここで改めて深く紹介する必要はないだろう。

スチュワートの主張の中に、上で見たような政治学の多元主義理論の影響は容易に見出される。それは、彼の論稿の中で、しばしばロウイーの著作が引用されていることから明らかであろう。

だが、スチュワートが適切な利益代表の実現可能性を行政手続への参加の拡大や原告適格の拡大に見たということから、スチュワートの主張には、むしろ、組織されていない利益が十分に代表され、さらに、一部の利益の影響力が増大しないような形で適切に利益代表が実現されることで多元主義的政策決定は十分に機能するという、「新多元主義理論」への接近を見出すことが出来る。クローリーも「新多元主義理論」としてスチュワートの論稿を引用する¹⁷⁶⁾。

だが、スチュワート自身を（新）多元主義の陣営に属するものとして位

置付けるのは早計である。スチュワートは、たしかに「伝統的モデル」から「利益代表モデル」へとアメリカ行政法が移行したことを指摘した。ところが彼は、それに続けて「利益代表モデル」にも問題があり、完全に支配的なモデルではないことを指摘していた。

スチュワートは、組織されていない利益や「公益」が十分に代表されないかもしれないことや、手続参加や司法審査の強化によってコストや遅延が増大すること、参加を拡大しても一部利益は依然として行政機関に圧力をかけるので行政機関の偏向の可能性はいまだ残っていること、参加の拡大によって手続の多極化と個別化が促進され、裁判所や行政機関が決定への準則を確立することが困難になること等を、利益代表モデルの行政法の問題点として挙げる¹⁷⁷⁾。

そして、行政裁量の問題への一般的解決としては利益代表モデルは不十分で、利益代表は新しい行政法モデルへの生成途上の原則であり、「完全にアーティキュレートされた利益代表のモデルがこれらの努力から生じるか、あるいは、行政諸制度と法的統制と私的集団と社会的個人的諸価値との間の関係についての何らかの全く新しい概念の生成において、利益代表が単なる中間段階にあるのかは、依然として不明確である」と、スチュワートは指摘していたのである¹⁷⁸⁾。

第二款 参加論の行き詰まり

(1) スチュワートが指摘した問題点は、やがて現実のものとなった。1970年代後半から、参加論や行政手続の強化論は早くも翳りを見せるようになった。

転機を示したのは、有名な連邦最高裁の一九七八年の Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc. 判決¹⁷⁹⁾であった。核燃料サイクルの環境への影響に対する規則が争われたこの判決では、APA(連邦行政手続法)において、略式規則制定手続で追加的な手続手段が採用されるべきかどうかを決定するのは、行政機関の裁量であって、裁判所の裁量ではないことを議会は意思していたと判示された。

そして、規則を破棄する控訴審判決を破棄差戻ししたのである。

当時、利害関係者の口頭での反対弁論の機会や、行政機関の判断の根拠となったデータの利害関係者への開示を、略式規則制定手続に求める、控訴審レベルでの判例の潮流があった¹⁸⁰⁾。このような手続は、正式手続と略式手続の中間的なものとして、混成的規則制定手続と呼ばれていた。だが、Vermont Yankee 判決によって、裁判所は、自ら、法律を超えて略式規則制定手続に追加的手続を付加することを（混成的規則制定手続を行政機関に求めることを）禁じたのである。

Vermont Yankee 判決で連邦最高裁の示した、裁判所が、法律を超えて略式規則制定手続に追加的手続を付加することを禁止する理由は、次のようなものであった。

裁判所が「最高」あるいは「正しい」と認めることへ至るように調整された手続を、行政機関が採用したかどうかを決定するために、裁判所が行政機関の手続を審査するなら、司法審査は完全に予見不可能になる。これでは完全な聴聞手続になる。

特定の方法で手続を構築する決定がなされたときに、行政機関の利用可能な情報に基づいてではなく、審理で実際に提出された記録に基づいて、控訴裁判所が行政機関の手続選択を審査したことは明らかである。それは裁決手続での聴聞を略式規則制定手続に強いることになる。

この種の審査（控訴審で行われた規則の記録への厳格な審査）は、行政機関の規則への司法審査の基準の性質を根本的に誤解している。控訴裁判所は、利害関係者にさらなる参加の機会を与えるので、追加的な手続はより充分な記録を与える結果となると、無批判に推定している。しかし、略式規則制定手続は、行政機関の前で開催された聴聞の記録を唯一の基礎とすることを必要としていない。行政機関が正式聴聞を開催する必要はないのである。

最高裁が略式規則制定手続の手続的厳格化に歯止めをかけようとしていることは明らかであった。

(2) だが、Vermont Yankee 判決で、1970年代の動向が完全に逆転したというわけではなかった。連邦最高裁は、実定法を超えて略式規則制定手続

に追加的な手続を付加することを否定したが、行政決定の際の記録を厳格に審査するハード・ルック審査は、依然として維持されていたかに見えた。1980年代前半の連邦最高裁は、裁判官の間の意見対立はあったものの、1970年代のハード・ルック審査の方針を維持していたように見える。有名な三つの判例を見てみよう。

Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute 判決 (俗に Benzene 判決と呼ばれる)¹⁸¹⁾

労働安全衛生局は、労働安全衛生法に従って事業場でのベンゼン被爆基準を定めていた。ベンゼンへの多量の被爆に白血病のリスクがあったのである。本判決は、労働安全衛生局が10 ppm から 1 ppm へとベンゼン被爆基準を強化しようとしたことが、産業団体によって、争われた。

連邦最高裁の裁判官の意見は分かれた。

スティーブンス裁判官による相対多数意見(バーガー首席裁判官とスチュワート裁判官と、部分的にパウエル裁判官が賛成した)は、法律の目的は絶対的に安全な事業場ではなく、達成可能な範囲での健康リスクの削減であるとした。だが、労働安全衛生局の記録は10 ppm 基準の正当化とはなっていたが、1 ppm 基準を直接的に補強するものではなかった。そこで多数意見は、労働安全衛生局は、実質的証拠の点から10 ppm のベンゼンへの長期被爆が物理的健康侵害の重大なリスクを示すということ以上の可能性を示さなくてはならないが、本事案では労働安全衛生局は立証責任の実行を試みていなかったとして、控訴審の基準を破棄する判決を支持した。

パウエル裁判官は、相対多数意見に一部賛成したが、結論部分に反対であり、行政機関は立証責任は尽くしたが、法律は行政機関が費用便益分析を行うことを求めていると主張した。

レンクイスト裁判官は、争点は議会の行政機関への無制約の立法権限委任にあるとし、法律が技術的・経済的達成可能性以外のことを示していないということの問題視して、この観点から控訴審の破棄判決を支持する相対多数意見に賛成した。

マーシャル裁判官による反対意見(ブレナン裁判官、ホワイト裁判官、ブラックマン裁判官が賛成した)は、費用便益分析が条文に含意されていたとしても、行政庁がベンゼン被爆の危険が規制コストを十分に正当化することを示すという

費用便益分析のいかなる要求も、この全体的に合理的な結論を無効と読ませることは出来ないとした。また、法律についても、議会は十分に定義をしているとした。さらに反対意見は、相対多数意見のアプローチは裁判所の適切な制度的役割と調和しないので、歴史の審判（test of time）に耐えられないであろうとさえ予言した。この判決は規制スキームへの極端な反動であり、連邦行政活動を吟味する責任は、裁判所に労働安全衛生基準の費用と便益の間の均衡を策定する事を授權していないというのである。

American Textile Manufacturers' Institute v. Donovan 判決¹⁸²⁾（俗に Cotton Dust 判決とも呼ばれる）

労働安全衛生局は、事業場での発ガン性物質への許容被爆基準を定めていた。本判決は、労働安全衛生局の許容被爆基準のうち、コットン・ダスト基準が産業団体によって争われたものである。労働安全衛生局は、基準は技術的経済的達成可能性によってのみ拘束されるとし、基準の技術的経済的達成可能性は記録全体から自明であるとしていた。この基準は厳格で遵守コストが高かったため、事業者側は、労働安全衛生局は物理的健康侵害の重大性だけでなく、削減達成コストの観点からの健康リスク削減の重大性を示さなくてはならないと主張した。

つまり事業者側は行政庁の費用便益分析の実施を求めていたのだが、連邦最高裁は法律の原意解釈や立法史によって、費用便益分析は行政庁に求められていないと判示したのであった。

レーンクィスト裁判官の反対意見（パーガー首席裁判官が賛成した）は Benzene 判決のように違憲の立法権限委任の問題から反対するものであった。

Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. 判決¹⁸³⁾

国家道路交通安全局は、自動車安全基準208で自動車製造業者に、新車への自動シートベルトあるいはエア・バッグの装備を義務づける規則を定めていた。だがエア・バッグは普及せず、自動シートベルトも着脱可能なものが装備されて利用者が外すことが出来るようになっていた。そこで、自動シートベルト装備のコストに対する基準の実効性に疑問が持たれて、国家道路交通安全局はこの基準を廃止した（この政策変更には、政権交代による規制緩和も背景にあった）。そして、この基準の廃止が争われた。

連邦最高裁の多数意見は、国家道路交通安全局は規制をエア・バッグ導入のみ

にするという選択肢を検討していないこと、着脱可能な自動シートベルトの使用の増加は期待できないという国家道路交通安全局の認定に直接の証拠はないこと、着脱不可能な自動シートベルトを要求しないことへの根拠がないことを挙げて、国家道路交通安全局の自動車安全基準208の廃止は、「専断かつ恣意的」であるとした。

レーンキスト裁判官（バーガー裁判官，パウエル裁判官，オコナー裁判官が賛成した）による部分的反対意見は，国家道路交通安全局の政策変更は，専断かつ恣意的ではないとするものであった。政策変更は，異なる政党の大統領による政権交代がされたということが関連していると思われ，人民の投票による政権交代は，行政機関の規制の費用便益分析の再評価への全く合理的な根拠になるというのである。

(3) これらの連邦最高裁判決の流れは，ハード・ルック審査を行って，行政機関の理由付けを精査するものであり¹⁸⁴⁾，1980年代前半の連邦最高裁判決の流行であった。行政機関の決定を破棄するものがあるという点では，たしかに積極的な司法審査の方向性が窺える。

上の判例の反対意見の中では，権限委任法理の適用や権力分立の問題が語られていた。

権力分立の問題の現れ方はさまざまである。例えば Benzene 判決で，マーシャル裁判官の反対意見は権力分立の観点から行政決定への謙譲を説いた。逆に Benzene 判決のレーンキスト裁判官の少数意見は，権力分立の観点から，本来なら立法部が定めるべき事柄が行政機関に授權されているということの問題視していた。Cotton Dust 判決の多数意見は，立法者意思の探求に根拠を求めた。State Farm 判決では，大統領の政権交代による政策変更が争点の背景にあり，これを重視するか否かが，多数意見と反対意見とで判断を分けたのである。

「行政の行きすぎを司法が掣肘する」という1970年代の行政訴訟の基本的構図自体，徐々に変化していた。たしかに，「専門性モデル」の行政法は克服され，かつてのように，専門性に依拠して漠然と行政過程の司法過程に対する優位や，安易な行政判断の尊重が謳いあげられることはなく

なった。しかし、アメリカ行政法とともに発展したアメリカの行政機関の数は、20世紀を通じて増大していたのである。

行政機関の「専門性」が否定されたからといって、一定の規制領域を行政機関に委ねることそのものが、否定し尽くされたわけではない。法律は多くの行政機関に特定の規制権限を授権しているので、その授権の範囲は法律解釈の問題として常に問われなければならない。だが、「行政機関は一定領域への専門性を有しているので行政機関に規制を委ねる」という、行政過程の正統化の議論としての「専門性理論」が、行政機関の専門性が疑われるが故に弱体化したのであれば、法律によって規制権限が行政機関に授権されているとき、それは何のためか、なぜ授権するのかが改めて問われなくてはならない。

授権の範囲や授権の必要性の解釈のためには、行政過程の正統化のための理論や、あるいは権力分立の中で行政機関はいかなる役割を果たすべきかの議論が必要となる。

上に示した判例が見せてみたとおり、明らかに、アメリカ行政法は、立法・執行・行政・司法の守備範囲という、権力分立の問題を避けて通ることが出来なくなりつつあった。アメリカ行政法にパラダイム転換をもたらした Chevron 判決¹⁸⁵⁾はこのような流れの中から現れた。そして、行政機関の専門性が疑われることによって、行政過程の正統化の理論に空白領域が生じ、なぜ行政機関に授権を行うかについても、議論の真空状態が生じていた。

(4) 判例の変化は学説に影響を与える。ダイバーは、判例の動向にいち早く反応し、1981年の論文¹⁸⁶⁾の中で、漸増主義と包括的合理性（総攬主義）という行政学の概念を借用することで、行政法のモデル化を試みた。漸増主義モデルと包括的合理性モデルの対比が、行政学の領域でリンドブローームが唱えた官僚制の意思決定モデルにおける漸増主義モデルと包括的合理性モデルの議論の借用であるということはいうまでもない。ダイバーも明示的にリンドブローームから概念を借用したことを述べている¹⁸⁷⁾。

大雑把に要約すれば、漸増主義モデルでは、意思決定者は限られた選択肢の中で、不確実性の少ない小修正を継続的に繰り返して漸増主義的に目的を達成する。漸増主義モデルは、比較的穏当で現状維持的な意思決定手法である。これに対して包括的合理性（総攬主義）モデルでは、意思決定者は全ての選択肢を考慮して、最大限の目的対効果をあげるよう意思決定をなすとされる¹⁸⁸⁾。

ダイバーは、1970年代までの行政法は、裁決によって政策が形成され、問題があれば裁判所によって救済が連続的に繰り返されるので、漸増主義であるとした。そして、ダイバーは、議会によって法律目的が特定され、判例によって原告適格が拡大され、さらに意思決定の際に他の選択肢が考慮されたかどうか問われるようになり、法律で環境影響評価や費用便益分析が求められるようになった1970年代からの行政法を、包括的合理性モデルに位置付ける¹⁸⁹⁾。

ダイバーは、Vermont Yankee 判決以降の展開を、漸増主義への回帰ではなく、判例による総攬主義の先例であると見る。ダイバーによれば、公衆の参加は、「虜」になった行政機関のような漸増主義的な意思決定者の近視眼への治癒ではあるが、しかし、包括的合理性を向上させるものではない。つまり、公衆の参加によって意思決定者の視野を広げることで合理性を促進することは出来るが、しかし、総攬主義の目から見たとき、それは、選別的な自己利益の専制へと、意思決定を容易に従属させるものである。

参加手続は、むしろ漸増主義的な脈動と一致するものである。ダイバーは「包括的合理性への主導的な比喻は、タウン・ミーティングでの分裂した議論ではなく、科学者の真実への孤高の探求である」と注意を促す。そして、ダイバーは費用便益分析や「技術的経済的達成可能性」が争点となった Benzene 判決や Cotton Dust 判決を総攬主義的なものと見なすのである¹⁹⁰⁾。

ダイバー自身は、漸増主義モデルと包括的合理性モデルの適切な使い分

けの必要があると主張していた。リンドブロームが漸増主義を合理的な意思決定モデルとして提示したように、ダイバーも漸増主義に利点があることを認める。

ダイバーが示した例によれば、漸増主義は、連続的な修正によって不確実性への対応をすることが容易であるので、揺籃期の規制プログラムで試行錯誤する場合や、リスクは低いが技術的不確実性や価値対立が激しい、団体交渉や放送や独占禁止や非核エネルギーのような規制分野には適している。これに対して、包括的合理性による意思決定は、原子力発電所の安全性や食料品の発ガン性物質や環境や労働環境の規制のような、政策での誤りが不可逆的で破滅的な損害を引き起こす場合や、政治力の格差が激しい移民や国籍取得、公的補助、貧困者への住宅・栄養補助、反差別規制、ネイティブアメリカン対策に適しているとされる¹⁹¹⁾。

ダイバーの主張は上のとおりであるが、ダイバーが、公衆の参加による解決が、実は古い漸増主義的な解決であるということを暴いたことに留意しなければならない。参加による解決は、政策決定において、一部の利益が利益を得たり、参加者の利益対立による妥協によって政策が形成されることで、「合理的な決定」から遠ざかる可能性があるということが明らかになったのである。

(5) ダイバーの主張をさらにすすめたのは、M・シャピロであった。M・シャピロは「漸増主義 多元主義 功利主義(結果主義・公共選択)」と「総攬主義 反多元主義 熟慮(ポスト結果主義)」の図式で1960年代～1980年代初頭までのアメリカ行政法の展開をモデル化した。

M・シャピロによると、ベンタム的な功利主義の哲学によれば、個人の選好こそが重視され、政策決定は「最大多数の最大幸福」の原理に従うことになる。政策は選挙によって各人の選好を集合して、最大多数の利益を反映することで決定される。そして、政治学の多元主義の議論は功利主義に適合的である。多元主義のもとでは、公共政策は利益集団の政治市場での取引と妥協によって形成されるが、このような意思決定過程は功利主義

的である。

そして、善悪を単なる手段や個人の選好の言明と位置付ける多元主義は、漸増主義と適格的である。小修正が繰り返され、全ての集団の満足がいくまで政策が変更されるというのは多元主義的であり、漸増主義的なのである。そして価値の扱いでは、漸増主義は功利主義である。漸増主義では、単なる選好として全ての諸価値が扱われるだけでなく、価値への合意を形成する試みも放棄しているのである¹⁹²⁾。これが「漸増主義 多元主義 功利主義 (結果主義・公共選択)」の構図である (下図。図は筆者作成)。

M・シャピロの構図		
漸 増 主 義	手 続	総 攬 主 義
多 元 主 義	政 策	反 多 元 主 義
功 利 主 義 (結果主義・公共選択) 最大多数の最大幸福	哲 学	熟 慮 (ポスト結果主義) 公共善の追求

「漸増主義 多元主義 功利主義」の立場に対置される立場では、個人の選好の集合を超えた絶対的な善悪が存在するという哲学が想定される。これがポスト結果主義の哲学であり、「汝殺す無かれ」といった道徳律に従ったか反したかによって、行為の善悪が決まる。そして、この哲学に従うと、集団闘争が不完全性の世界において個人の選好を集合するのに利用可能な最善な手段であったとしても、政府活動の善悪は、単なる個人の選好の集合、あるいは最大多数の最大幸福であるべきではないという反多元主義の立場に繋がる。例え集団闘争の末の妥協であっても、それがよい決定であるとは限らないし、効率的であるとも限らないのである。

かくしてこの立場は、合理的な意思決定手続としての総攬主義的意思決定手続を求めるようになる。そして、総攬主義的意思決定の際には公共善を指向する目標が必要となるが、その目標を定めるものは、熟慮による道徳的な議論である。その議論が「直感的」なものにならないためには議論に手続が必要なのだが、その手続は「法的手続」ということになる。かく

して熟慮による行政決定と司法審査という構図が浮上する。これが「総攬主義 反多元主義 熟慮（ポスト結果主義）」の構図である¹⁹³⁾。

M・シャピロは上の構図に従って、1960年代から1970年代までのアメリカ行政法の展開を「漸増主義 多元主義 功利主義」に合致するものと位置付ける。原告適格の拡大や行政手続への参加の拡大といった事柄は、漸増主義や多元主義に当てはまるというのである。

しかし、M・シャピロの示すところによると、いかに原告適格を拡大し参加を拡大しようとも、その結果としての行政決定が利益集団闘争の妥協を超えたものであるということにはならない。むしろ集団間の影響力の格差が顕在化するかもしれない。そこで、裁判所は原告適格や行政手続の強化に歯止めをかけて、ハード・ルック法理に従って、行政決定が総攬主義的に見て実質的に正しい結果を指向しているかどうかを審査するようになったというのである。かくして行政官には総攬主義的公共善発見者としての役割が与えられ、「総攬主義 反多元主義 熟慮」の構図が1980年代以降のアメリカ行政法に与えられる¹⁹⁴⁾。

(6) M・シャピロとダイバーの分析の中から、1970年代の参加論が隘路に陥ったことが見て取れる。スチュワートは利益集団の多元主義で、参加論の潮流をモデル化した。だが、参加論は、多元主義との結合によって、公的な決定が一部の手続参加者のためのものになってしまい、真の「善き」決定から遠ざかる恐れがある問題点を露呈したのである。

行政機関の専門性が疑われるのであれば、行政機関の存立の基礎が揺らぐ。行政手続強化と司法審査による市民参加で、行政過程の正統性回復を試みることはできるが、結果的には、公衆参加には善き決定を損なう恐れがあることが暴かれてしまった。

行政機関や行政過程の正統性の危機は、規制や行政機関そのものを廃止すべきだとか縮小するべきだという議論につながる。このことは1970年後半からの規制緩和論の勃興によって現実の理論上の課題として浮上してくる¹⁹⁵⁾。医師免許制さえも批判する経済学者 M・フリードマンのラディ

カルな市場尊重論は既に見た。そこで、行政過程を守るために、新たな正統化のための理論が必要になる。それは「なぜ行政機関に授権をするべきなのか」といったことがアメリカ行政法学のメタ理論として問われなければならないようになったことを意味していた¹⁹⁶⁾。この議論は、ニュー・ディール期にランディスやパウンド達の間で戦わされた議論の再演でもある。

1980年代に入り、上のような「なぜ」に答えるために、アメリカ行政法学は新しい行政機関像を探り始めた。M・シャピロの総攬主義的公共善発見者としての行政官は、そのような新しい行政機関像を探る試みの一つとして位置づけられよう。この「なぜ」に答えるために、行政機関の専門性の議論はよみがえる。

第三款 よみがえる専門性

- (1) 1980年代に入ると行政機関の専門性を再評価する学説の動きが出てきた。このような動きは大別すると、一般的な専門性によって行政過程を正統化する、ランディスの専門性理論のリバイバルと言うべきものと、行政機関のテクノクラートに注目し、科学的専門性の担い手としてのテクノクラートの専門性から、行政機関の専門性を認めるものの二つの類型がある。
- (2) 行政機関の専門性による行政過程の正統化という、1970年代に一旦放棄された主張を、洗練した形に変えて復活させたのは、1983年のマショウの「官僚制的正義」と題する書であった。

『官僚制的正義』と呼ばれる何かを望む行政における法の探求は、不吉な行為だと思われるかもしれない。個人の裁判所に対する権利の執行を大きく指向する法文化において、『行政』はつねに、『官僚制』を『正義』化するものとしての『法』と好対照をなすものと思われていた¹⁹⁷⁾』という言葉から始まるこの書こそ、1970年代の行政法の視座への転換を迫るものであった。

マショウは社会保障法の廃疾決定を題材にして、行政法全体に通用する行政決定の正義のモデルを検討する。彼が挙げる行政決定モデルは、
官僚制的合理性モデル プロフェッション処遇モデル 道徳的判断

モデルである。

官僚制的合理性モデルは要するにウェーバー的な官僚制理論に立脚し、不服申立や、業績保障といったハイエラルキー的決定手法によって、費用を考慮しつつ効率的な行政を遂行するモデルである。

プロフェッション処遇モデルとは、医者判断のような個別的臨床によって、問題を決定するというモデルである。

道徳的判断モデルは裁判的な対審型の決定構造を念頭に置いている¹⁹⁸⁾。

各モデルの特徴を示すものとしてマシヨウによる図を示しておこう（下図）。

次元 / モデル	正統化諸価値	一次的目的	構造・組織	認識技術
官僚制的合理性	正確性と効率	プログラムの執行	階層性	情報分析
プロフェッション処遇	サービス	顧客の満足	個人間関係	知識の臨床適用
道徳的判断	公平性	紛争解決	独立	法文解釈

マシヨウは三つの行政決定モデルが「理念系」であり、現実の行政機関の実務は、この三つの理念系の混合であるとする。マシヨウは、廃疾プログラムを手がかりに三つのモデルの比較を試みる。

マシヨウによると、プロフェッション処遇モデルでは、プロフェッションへの権限の委任が大きいうえ、医者は患者の治療を目的とするので認定の際の判断が甘くなり、限定された予算内で大量の処分をする廃疾行政には適していない。また、道徳的判断モデルでは、手続が当事者対立的なものになるが、そもそも社会保障局の手続は、当事者の病気の主張を覆すような対立的ものではないというのである。そしてマシヨウは、プロフェッション判断を統制可能な階層性の中へと追いやり、「道徳的判断」の香りの多くを取り除くように聴聞手続を「官僚制化」することで、官僚制的合理性の内部的規範が廃疾プログラムの中で勝利を収めたとする¹⁹⁹⁾。

もっとも、マシヨウも廃疾プログラムに改革の余地があることは認め、

廃疾裁決の最終段階にたいして、フェイス・トゥー・フェイスのインタビューを付加した現行の再審査手続、医療審理委員会、学際的「ワークショップ」アプローチの提案をしている。つまり、穏当な提案としての人間の顔を持つ官僚制、過激な提案としてのプロフェッション判断の付与である。しかし、この提案も、官僚制的正義を約束する知識に基づく権力行使を指向したもののなのである²⁰⁰⁾。

マショウは結論として、司法的鑄型の中にあることを行政官に強制し、かつ、立法部によって示されるであろう民意に合致させ、権利を市民に与えることで官僚制の逸脱を治癒しようとする試みが、見当違いであったとする。逆に、官僚制的合理性を正当化する政治的シンボルとして、行政立法への監督や行政評価を行い、不服申立ての最終審級となるスーパービューアの創設をマショウは提言するのである²⁰¹⁾。

マショウの主張は、一見すると、前時代的で理解しがたいものである。しかし、マショウの主張を検討するためには、「頭なき第四部門」の行政機関を規律することから始まったアメリカ行政法は、常にその正統性を求めていたということに留意する必要がある。ダイシーがイギリスに行政法が存在しないことを語ったように、原初の英米法において、行政機関ないし行政法の正統性を確立する足場はなかったのである。

ニュー・ディール期に、ランディス達「進歩派」は行政過程の正統性を組織的決定に基づく専門性に求め、パウンドのような「保守派」は司法的な決定手続をよりどころにして、「進歩派」に反駁していたことは既に見た。両者の立場は、マショウの「官僚制的合理性」と「道徳的判断」の二つの理念系に対応する。つまり、「官僚制的合理性」を強調するマショウはランディス達「進歩派」の継承者なのである²⁰²⁾。

また、官僚制による機械的決定は、実際の行政スタイルにも合致するので、官僚制的合理性が行政運営の第一の理念系となるというマショウの主張は、実はそれほど突飛なものではない。

1970年代の手続強化の議論は、社会保障での給付決定のような簡易迅速

に大量の決定を行わなければならない行政決定をも、厳格な司法類似の手続で行わなければならないかのような方向に流れがちであった。1970年代の手続強化の議論の結果としてのいきすぎが、1980年代に入って明かになってくるといふ行政法の潮流を見たとき、行政活動のインフォーマル性を唱えて²⁰³⁾、対審型の決定や個別臨床型の決定ではなく、階層性による機械的な大量の決定による行政が、行政運営の第一次的な理念系となるという、マショウのような主張が現れてくるのは必然であると言える。

マショウの主張を理解する上で、有益な判例として、連邦最高裁が2000年に下した、*Sims v. Apfel* 判決²⁰⁴⁾が挙げられる。トーマス裁判官による *Sims* 判決の相対多数意見は社会保障局の意思決定手続について、「社会保障手続は、対立的（adversarial）なものではなく、糾問的（inquisitorial）なものである。受給者につかず離れず（for and against）、事実を調査し、弁論を形成するのが行政法審判官の義務であり、そして不服申立委員会（appeal council）の審査も同様に広範である。諸規則が明示的に規定していることは、社会保障局が、インフォーマルに、非対立的な行政的審査過程を遂行することである」とした。社会保障局の行政法審判官の立場について、受給者との対立構造を否定し、「糾問的」と表現したこの判決文の示すところは、マショウの官僚制的合理性の立場に符合するものであろう。

(3) マショウの主張と同時代に、行政学では、「ストリート・レベルの官僚」の問題の提示が、リプスキーからなされた。リプスキーは、仕事を通じて市民と直接相互作用し、職務の遂行について実質上裁量を任せている、教員や警官やソーシャルワーカーのような行政役務従事者を「ストリート・レベルの官僚」と定義する²⁰⁵⁾。

このようなストリート・レベルの官僚は、教師が誰を退学にするかを定めることが出来るように、大きな裁量を持っている。この裁量は、ストリート・レベルの官僚のプロフェッション化によって大きくなり、職務の複雑性故に裁量の制限が困難になる。またストリート・レベルの官僚は、組織的な権威からの自律性も持っている²⁰⁶⁾。

そして、ストリート・レベルの官僚は、需要に対する慢性的な資源不足や、組織の目標の曖昧さや、どの程度業績を挙げたかを知ることが難しいといった困難さの中で²⁰⁷⁾、管理者と市民との間で板挟みになりながら働いているのである。

リプスキーは、自由裁量の制限や対象者との相互作用を少なくすることで、ストリート・レベルの官僚の職務が改善できるわけではないとする。またプロフェッション化を進めることにより、プロフェッションが同僚に対してのみ責任を負うようになるので、対象者重視の姿勢が蝕まれるとも指摘する²⁰⁸⁾。

そこでリプスキーは人間的な暖かみを持ち、裁量の行使に対して誠実さを保とうとする、「新しいストリート・レベルの官僚」の必要性を主張し、そのためには行政的達成に応じて報酬を与える代わりに、ストリート・レベルの官僚の効果について同僚や市民による相互評価が必要となるとしている²⁰⁹⁾。

マショウは、「ストリート・レベルの官僚」の問題提起に対し、反論している。

マショウによると、管理的統制のコンテキストからして、社会保障局にはリプスキーの研究で確認されたような問題はほとんど課されない。申請者の申請に対する審査官の審査は記録に残り、記録は質保障分析の際に質保障スタッフによって審査されるのであるから、審査官の対象者と任務との間での葛藤は審査を免れることが出来ない。審査官はデスクにしばられて同僚や上司と仕事をし、電話や手紙によって対象者や医者やその他の人間と接触するのであって、「ストリート」でその場限りの判断をしているのではないのである。さらにマショウは、マショウが示した対象者や専門家の参加が、客観的に制限された目標に向けての社会保障局の運営を歪める、外部からの圧力への解毒剤となると主張している²¹⁰⁾。

(4) 読者は、あるいは、マショウの議論から、ランディスではなく、ランディス以前のフランクファーターの議論を想起するかもしれない。確かに

官僚制による機械的法執行に注目すれば、そのように理解できないわけではない。しかし、実はマショウは個々の専門家の存在を前提としているわけではない。官僚制構造という行政機関の全体構造から行政権行使の正統性を導くマショウの立場は、どちらかと言えば、ランディスの立場に接近するのである。

マショウのプロジェクトには、行政機関への広範な権限委任の正統化がある。

マショウの書「貪欲・混沌・統治」によれば、「行政機関への権限の委任は、多数派投票のいくつかの病理を回避するための手助けを与えることができる²¹¹⁾。」

議会が法律を制定する際、政策にいくつもの代替案があると、アローの不可能性定理により引き起こされる、投票の循環の可能性があるが、これは独裁の結果の形態に訴えることによってのみ打破できる。曖昧な文言で決定権限を行政機関に授権することは、この問題への対応となる。行政機関は法律によって拘束され、利害関係者へのささやかな説明と参加によって運営され、一貫性に支配され、行政過程にログローリングを持ち込む議員の懇願から保護されているのである。

また選挙民の選好順序が過渡的なところでは、行政機関に授権することで、行政調査や事実認定や「自然的」実験が行われて、究極的には合理的又は過渡的な集会的選好順序に及ぶ、統一的な見解や事実解釈を生み出すことができる。ここでの専門家への委任は、政治外での決定ではなく、潜在的な集会的合意を発見し、便益を現実化する政策選択を与えることを探求していることになる²¹²⁾。

「したがって、特定の問題の特定の行政機関への委任は、ログローリングの致命的な効果をそくことができるのである²¹³⁾」と、マショウは言う。

(5) マショウの主張はアメリカ行政法学界に波紋を呼んだ。マショウの主張を批判する者もいれば、賛同する者もいる。

ブライヤーは、リスク管理についての強大な権限を持った専門的行政機

関を創設するという、マシヨウに近い主張をしている。彼は近年のリスク規制を扱った著書の中で、専門家と公衆との間のリスクの認識の違いや、立法部の不適切な立法によって、リスク規制が非効率になっていることを指摘している。些細なリスクが紛争になり、アジェンダ設定がいい加減であり、一貫性がないので、スーパーファンド法のもとで、浄化費用よりも訴訟費用のほうが多くなるような事例が現れていることを、ブライヤーは問題視するのである²¹⁴⁾。

ブライヤーは、リスクについての公衆の認識、議会の反応、規制過程の不確実性が悪循環を形成しているとする。科学に伴う不確実性は、行政機関に一般的仮定をさせるが、これは行政機関の意思決定に主観的な影響を与え、この主観性を非難する環境団体によって問題が議会に移され、議会で問題になった事で公衆の関心がますます増大し、より厳格な規制への圧力がかけられる。そして、この圧力の結果、リスク規制アジェンダが歪められ、些細な問題に集中するといった現在のリスク規制の問題点が生じているというのである²¹⁵⁾。

ブライヤーは、規制緩和や司法審査に期待することはしない。彼の提案する上のような悪循環の解決策は、有能な人材を集めて、リスク関連のプログラムを総合的に規制する権威と権限を持った専門的・中立的・合理的な行政組織を創設し、そこに広汎な権限を委任するというものである。つまり、悪循環を生んでいる議会と公衆を、リスクについての意思決定から排除するのである。

ブライヤーは1970年代に、軍隊を除くあらゆる組織の権威が失墜したことに着目し、逆説的に、公衆の尊敬は、公的参加の理念に基づいているだけでなく、社会的な需要を成功裡に達する軍隊のような組織にもあると主張する。特定の規制活動の権威や正統性は、一部が、技術的洗練や妥当性、もう一部が、法適合性に依存しているのであり、そして、双方が規制者への公衆の信頼の程度を決定することを助けるというのである。技術的によりよい結果をもたらすことで、行政機関の権威が増し、公衆の行政機

関への信頼も増す。そうなると、議会の行政機関への信頼も増すので、リスク規制プログラムは合理化され、行政機関にはさらなる授權がなされ、増大した権限はさらに行政機関の權威を増す。こうして事態は快方に向かうというのである²¹⁶⁾。

あきらかに、ブライヤーも、少なくともリスク規制の分野については、ランディス・タイプの専門性による行政過程の正統化を指向している。ブライヤーは、彼の主張に対して、非民主的、エリート主義だという批判があるだろうということを想定して反論をしている。

非民主的ということについては、議会の犠牲のもとに集権的執行部に過度の権力を与えるという提案は、非民主的であると批判されるかもしれないが、それは議会から権力を奪ってはいない。執行部の現在の権力行使は不規則的であって、カオスこそが非民主的であり、権力行使の方法を合理化することでよりよくしているのだと反論する。

そして、行政機関が成功することで権限の委任が拡大するだろうが、広範な委任それ自体が非民主主義的であるわけではないと、ブライヤーは言う。特定の個別物質の管理のための議会の個別小委員会の権限のなんらかの減少は、非民主的なのだろうか？地方集団や地方利益の権力が、一選挙区を超えて決定に影響を及ぼすことの方が民主的ではないというのである²¹⁷⁾。

エリート主義的だという批判に対しては、エリート主義とは主張ではなく、悪口となる標語であって、ある者は同じように「資質と能力の探求」のような雇用原則の別の標語を適用するだろうとして、ブライヤーは相手しない。他にブライヤーは、それは非効果的である、政治的に受け入れられない、実際には変化がないといった批判への回答を用意している。ここではフランスで、コンセイユ・デタが權威を享受していることが言及される²¹⁸⁾。

(6) 実務家のシューレンも行政機関の専門性を主張している。シューレンによると、「特別化と専門性により、行政機関は、政治的責任を犠牲にす

ること無しに、立法部と執行部に将来の経済的社会的需要を予想し、状況の変化への迅速で効果的な対応をするメカニズムを与えるのである。」シューレンは、規制の柔軟性を保障するために、行政活動への司法の監視は、行政決定が審査されるときに状況の変化を考慮に入れなければいけないとしている²¹⁹⁾。

(7) マショウ達の主張は、行政機関の剥き出しの専門性を、ある意味ランディス以上に強調して、行政過程の正統性を主張するものである。このような主張が現れたことそれ自体が、1970年代と1980年代以降の、アメリカ行政法の環境の変化を物語っている²²⁰⁾。

第四款 科学的専門性とテクノクラシー

(1) 1970年代の科学的専門性への懐疑の動向は既に見たが、1980年代から科学に対する専門性を見直し、科学的専門性の担い手たるテクノクラートの判断を尊重する動きが現れてきた。いわば1970年代の科学への懐疑の反動といえる。

この動きは、1980年代以降の、上述の行政過程の正統化のための専門性を見直しの動きと重複する部分もあるが、テクノクラートの科学的判断を尊重するという点において、専門家の範囲が限定されている。この点で、抽象的な専門性によって行政過程の正統化を指向する、マショウらの主張との温度差が見出される。

(2) テクノクラートの判断の尊重の議論の先駆的なものとして、B・A・アッカマンとハスラーによる、空気清浄法の立法過程の研究がある。この研究の中で、アッカマンとハスラーは、議会での空気清浄法の修正過程の中で、環境保護団体と石炭産業のロビー活動が行われ、それによっていかに効果的な排出源規制が損なわれたかを明らかにした²²¹⁾。

アッカマンとハスラーは、行政機関強制の手法を用いた1970年代の傾向が、ニュー・ディール期の専門的行政より優れていたわけではないことを主張するとともに、ニュー・ディール期の専門的行政モデルを超えるモデルを示すことも試みているので、これを検討してみることにしよう。

まず、アッカマンとハスラーは、司法審査の原則として、行政機関が法文の解釈と合致する政策オプションの完全な調査をすることを求める「完全調査」と、立法史よりも法文を優先する「法文優先原則」、裁判所は憲法問題となる執行部と立法部の対立を激化させるような解釈をするべきではないという「調整原則」を主張する。他方で、彼らは、過度に形式主義的なデュー・プロセスの観点からの手続審査を慎むことも主張している。つまり、手続ではなく、実体面と法文との合致が重視されるのである²²²）。

もっとも、アッカマンとハスラーは、司法審査よりも、行政法の全体的な制度設計を重視する。

アッカマンとハスラーは、議会が目標達成に一定の手段を用いることを指示するような手段指向の行政機関強制ではなく、議会が目標を定めて、目標達成の手段は行政機関が選択する目的指向の行政機関強制によって、価値ある業績を築き上げることの重要性を指摘する。空気清浄法109条のように、「安全性の十分な余地を残して」「公衆の衛生を保護する」空気質を設定するというような、曖昧な規定は、基本的価値選択を、官僚制の「専門家」にあまりに簡単に委任する、ニュー・ディールの不幸な過去の遺産を代表しているというのである。

アッカマンとハスラーは「公衆衛生」を曖昧に語るのではなく、民主的過程を通じて明解で達成可能な目標を定めて、それから、専門家に一定の期日までに公正かつ効率的な態様で目標達成を求めるという方法を主張する。

アッカマンとハスラーによると、法律で行政機関を透明性が高い推測作業に従事させることは、目的指向の行政強制に反しない。むしろ、推測を公開する必要性から、推測が間違いであったことを認めることへの躊躇いをなくし、また、現状と比べて、政策決定者に優先順位の問題をより真剣に取り上げさせるというのである。そして、目的指向の行政機関強制は、環境保護庁の意思決定の質を向上させるだけでなく、期限到達時の目的達成評価についての議論を促進することで、将来の議会の熟慮にも寄与する

というのである²²³⁾。

アッカマンとハスラーの議論は、ニュー・ディール期の専門性理論の再興として位置付けられることがある。アッカマンとハスラーは、利益集団多元主義の弊害も暴いていた。アッカマンとハスラーは環境保護団体と石炭産業がまさに妥協による政策形成を試みて、自らの特殊利益を追求し公益を指向しなかったこと²²⁴⁾、その中で行政機関が公益を指向していたことを示したとされる²²⁵⁾。故に彼らの著作は行政機関の専門性理論の復活の狼煙を上げるものとも位置づけられるのである。

だが、既に見たように、アッカマンとハスラーは、ニュー・ディール期の議論の復活を目指したのではなく、権力分立と民主主義を重視しつつ、その一方で1970年代におるそかにされたテクノクラートの判断の尊重を求めたのだと言えよう。彼らが主張するのは、「議会 - 基本的価値設定 - 民主主義」「行政機関 - 価値実現のための技術的判断 - テクノクラシー」の対置構図なのである。つまり、民主主義的に設定された基本的価値の実現のために、テクノクラートの居場所を権力分立構造の中で確保しているということになる(下図。図は筆者作成)。

議 会	組 織	行 政 機 関
基本的価値設定	役 割	技 術 的 判 断
民 主 主 義	理 念	テ ク ノ ク ラ シ ー

(3) M・シャピロも、テクノクラートの判断の尊重を主張した一人である。M・シャピロは、1982年の論稿で、1980年代後半までには、テクノクラシーが、テクノクラシーとデモクラシーとの継続的なアメリカの弁証法の中で、支配的な地位を享受するべきであると主張した。技術の進歩による生産性への懸念から、テクノクラートが不可避免的に素人の意思決定者に対する正統性を得るというのである。さらに、シャピロは、それによって1990年までには司法も、実質的に正しい決定をする技術的専門家を代表する行政機関に対して、正統性の危機に直面するであろうと予測していた。

裁判所も、素人の精神の民主主義的価値を代表しているからである²²⁶⁾。

だが、M・シャピロは、1987年の著書、「誰が守護者を守護するのか」で若干の方針転換をした。彼のテクノクラシー論は、熟慮の行政観を取り入れることで、共和主義的な色彩を帯び、また、マシヨウらの行政過程の正統化の動きへの接近も見せている。

「誰が守護者を守護するのか」におけるM・シャピロのテクノクラシー論が、総攬主義的判断と熟慮的判断との結合に依拠していることは、既に見た。

総攬主義的判断は、前提として、不確実性の中でも予見可能性があることを前提としていた。だが、ドローが言うように、現実の政策判断においては、全ての代替手段の存在そのものが予見できない完全な不確実性の中で、政策決定者は判断をしなければならない。よって最も重要な決定は、総攬主義的に決定できないということになる。そして、科学的に正しい答えがあるところでは、行政機関の専門家は、立法部と司法部の監視の下で科学的に正しい判断を行い、科学的に正しい判断が無い不確実な条件下では、専門家は分別ある（prudential）熟慮的判断を実行することになる。このような条件下では、専門家は、アリストテレスやモンテスキューの主張のようなアリストクラシーを行う者となる²²⁷⁾。

シャピロは結論として、総攬主義の結果、行政機関は裁判所に真実ではなく総攬主義的要求を満たしたことを語るようになったとする。それによって規則制定手続の遅延のような病理が生まれた。そして、行政機関が総攬主義的要求を満たすようになると、行政機関に熟慮・分別が求められるようになり、テクノクラシーの再生がそこで起こったというのである。

シャピロは、司法審査について、行政機関の熟慮は、技術的専門家ではないが分別ある主張をすることができる裁判官によって審査されることができ、審査されるべきだと主張する。行政機関が総攬主義的になることが出来ない科学の境界線の例外は、今や、裁判所を合理主義から分別へと移行させる理論ルートを与えているというのである。シャピロは、裁判官は、

既に不確実性が不可避のところでは、行政機関は、何をやっているのかを説明できる範囲で、分別ある行動をしなくてはならないと述べているとして、State Farm 判決に言及する²²⁸⁾。

しかし、もし裁判所が、行政機関は十分な分別や熟慮をしていないと言ったのなら、それは何を意味するのだろうか。分別の本質は個別化であり、ケース・バイ・ケースによるのみである。ここで、「誰が守護者を守護するのか」という問題になると、シャピロは主張する。ケース・バイ・ケースの司法的法形成は、結果的に「分別あれ」という曖昧なインジャンクションに変わり、断定的な一連の諸準則を与えるが、結局、分別によって、個別的問題の個別的な知見で処理することになる。だが、もし裁判所が、分別ある行動をすることを行政機関に保障するための審査に従事するなら、裁量統制についての専断かつ恣意的基準の、基本的問題に立ち返ることになる。つまり、専断かつ恣意的の言葉は、分別の反義語として受けとめられることができるが、かつて（1950年代）専断かつ恣意的基準は、緩やかな基準であったのである。

こうして、分別による審査と総攬主義審査の違いが明かにされる。M・シャピロは、分別主義者の審査は、究極的には、総攬主義審査よりも、裁判官の能力を制限しないとす。裁判所の審査は、総攬主義審査から実質的審査へと推進されるのである。それは最終的には、行政機関の規則が、実際に正しい公共政策を具体化しているかどうかを決定する。裁判官は、行政機関が唯一の正しい政策に至ったかどうかを決定する必要はないにせよ、行政機関がしているのと同様の熟慮的審査をしなくてはならない。

しかし、裁判官はいかにして分別ある判断をするのだろうか？ 裁判官にも行政官への批判と同じ批判が向けられる。こうして、誰が守護者を守護するのかというパラドクスになる。行政機関は総攬主義的判決から分別的熟慮へ移行しているが、裁判所が行政機関の裁量を審査することができるのは、自身が分別的熟慮をすることによってのみである。そこで、司法裁量が問題視されることになるのである²²⁹⁾。

M・シャピロは結論として、1990年代の司法審査は、行政機関による分別ある熟慮と法形成が、対照される分別を行使する裁判所によって審査される、より正確な構図を提示するだろうと主張する²³⁰。この結論には1982年の論稿の立場からの後退も感じられるが、依然としてテクノクラシーの判断の尊重への含みも持たしたものとなっているのである。

(4) B・アッカマンとハスラー、そしてM・シャピロも、行政機関内のテクノクラートの専門性と、現代行政を取り巻く科学的不確実性を認めつつ、ニュー・ディールの専門性モデルを超えるモデルを模索している。彼らの議論にニュー・ディールの議論との類似性を見いだすことはできるが、彼らの議論が行政機関内の専門家であるテクノクラートに注目するという点で、ランディスというよりも、行政機関内の個々の専門家の存在を語るフランクファーターの議論に、親和性を見いだせるだろう。フランクファーターも、政策決定が、専門家の手任せに委ねられるのではなく、民主主義的になされることを求めている。

さらに、ここでは、行政機関に専門性が認められるかわりに、手続的ではなく、実体的に「正しい」判断をすることが求められている。その判断を審査する限りで、裁判所の審査範囲も拡大されるが、その一方で裁判所の能力自体も問われることになるのである。

第五款 市民共和主義理論と専門性

(1) M・シャピロのように意思決定者の「熟慮」を重視する考え方は、市民共和主義理論（civic republican theory）に見られる。これは、シャピロの言うとおり、ポスト多元主義の理論として生じたものである。市民共和主義理論では、規制プライオリティーと政策についての集会的判断は、全ての利害関係者の対話と熟慮の過程に従って確認されるとされる。

だが、すべての市民共和主義理論が、M・シャピロの主張するように、熟慮者としての行政機関を想定するわけではない。市民共和主義理論で想定されているのは、意思決定へ参加する利害関係者が率直に規制意思決定にアプローチすることである。そして意思決定への参加者は、自らの選好

の充足だけでなく、公共精神をもって公衆全体の利益を求めなければならないとされる。この参加者の公益追求こそが、参加者が自己の利益を追求した末の決定に至る多元主義理論と、異なるとされる。一般的な市民共和主義理論では、行政機関は、熟慮における調停者の地位に立つとされる。規制者は、参加者の熟慮への集会的判断を規制決定へと変換するのであり、規制者自身の見解は熟慮過程の一部となるのである²³¹⁾。

(2) 市民共和主義理論の論者は、行政機関の専門性よりも熟慮を重視する。そこで、彼らは剥き出しの専門性の主張に批判的である。

例えば、サンスティンとピルディスは、リスク規制のための専門的行政機関の創設というブライヤーの主張に、反論している。

サンスティンとピルディスによれば、ブライヤーの主張は、リスク規制のテクノクラティックな側面を過度に拡張し、民主的な側面を過度に縮小するものなのであって、規制について対立する観点の間での熟慮の過程に不十分な余地しか与えず、そして、多様なリスクの質的相違についての抱合内省的な公衆の理解への基盤を、ほとんど与えないという。

サンスティンとピルディスは、公衆は突然死の防止よりもガンによる死亡の防止へ多くの支出をするという、仮想評価法による調査結果に着目し、公衆は最終的な結果（何人の人命が救われたか）だけでなく、リスクが許容されるか否かを決定する背景的諸要素と諸手続に正統な関心を有しているとする。

このことからサンスティンとピルディスは、リスク決定は、異なる種類のリスク観の質的相違への慎重な理解に基づいて構築され、そして、評価判断は公衆の吟味と審査にさらされるべきだと主張している。さらに、合理性の民主的概念は公的領域における理由付記への願望に基づいて構築されるべきであり、現状では専門家アプローチと経済的アプローチは、この事実への認識が不十分であると、サンスティンとピルディスは主張している²³²⁾。

サンスティンとピルディスの立場は、民主性ではなく、結果の妥当性に

基づく正統性を主張したブライヤーの立場とは正反対の立場に立つものであろう。

(3) もっとも市民共和主義を主張する論者の中にも、行政機関の専門性を主張する者がいる。例えば、セイデンフェルドは市民共和主義の立場から官僚制国家の正当化を試みている²³³⁾。

セイデンフェルドは、行政機関が、熟慮による意思決定という市民共和主義の理念を充足可能な唯一の組織になることができると主張する。司法審査と大統領と議会による監視があるので、行政機関の裁量には制限が加えられているというのである²³⁴⁾。

さらに、セイデンフェルドは、熟慮による意思決定を促進するものとして、行政機関の官僚制構造を挙げる。そこでは、政治的ではない専門的なスタッフによって、私的利益ではない公的利益に基づいて政策分析がなされるというのである。他にもセイデンフェルドは、行政機関のピラミッド構造が、スタッフの専門的倫理と、利益集団とのアクセスと熟慮とフィードバックの促進と調和することや、行政機関の行政手続は市民共和主義の理念を促進すると主張している²³⁵⁾。

セイデンフェルドは、結論として、ほとんどの市民共和主義の主張は、立法部の責任の強化や司法審査の拡大を主張しているが、議会の諸手続は強力な政治的党派に不正に影響されており、裁判所は市民が公共善を決定するという市民共和主義の理念の充足とはかけ離れていることを指摘する。そして、官僚制への適切な制約の下で、行政機関が伝統的に政策設定してきたことは、行政国家こそが、包括的かつ熟慮的な法形成という市民共和主義の理想の達成をもっとも約束すると主張する²³⁶⁾。この結論はマシヨウのものに近いと思われるが、市民共和主義の立場にありながら行政機関の専門性を肯定することも可能であることを示していると言える。

第六款 NPM とアメリカ行政法

(1) 1990年代以降の行政学の世界的潮流として、NPM (New Public Management, 新公共管理) の思潮がある。

NPM について簡単に言えば、「市場メカニズムの活用，エージェンシーへの権限移譲，成果指向，顧客志向の業績測定などを中核にした改革」の思潮と手法とでも言うことができる²³⁷⁾。

このような NPM の動きとアメリカ行政法とに、どのような相関があるのかは、一つの問題となる。アメリカも又、NPM 実施国の一つにカウントされている²³⁸⁾。NPM の思潮の背景には、多元主義による政策決定や、官僚達による予算の極大化傾向や、専門目的を追求するプロフェッションの利己的独占主義への批判があり、NPM は脱官僚制化を進行させるものであるという²³⁹⁾。とすると、NPM の思潮は、マジョウやブライヤーによる「専門性による行政機関の正統化」の試みに対する、強力なアンチ・テーゼとなる可能性がある。

(2) 市場メカニズムの活用という点に関して、アメリカ行政法学では、NPM 以前の、1980年代初頭から既に、ブライヤーやシュワートによって、古典的な命令管理型規制に代わる、排出権取引や租税の活用のような経済的手法の必要性が主張されていた²⁴⁰⁾。その意味では NPM の市場メカニズムの活用という主張はアメリカ行政法学にとって目新しいものではない。

また、アメリカ行政法学で、経済的手法が、既存の規制の代替手段として必要とされたことから分かるように、市場メカニズムの活用という主張それ自体は、行政機関の存立の正統性に疑問を投げかけるものでもない。例えば排出権取引については、排出権市場における価格や利用可能性の変動による不確実性に対処するために、排出権の中央「銀行」としての役割を果たす政府行政機関の保持さえ主張されているのであって、行政機関の廃絶に結びつくのではない²⁴¹⁾。

(3) 顧客志向・成果指向の規制について、アメリカでは、クリントン政権時代の行政改革による国家業績審査 (National Performance Review, 略称 NPR) と NPM との関連性が指摘されている²⁴²⁾。しかし、このクリントン政権時代の国家業績審査に学界からの批判がないわけではない。

例えば、マシヨウは、第一次国家業績審査（NPR I）では、顧客志向の名の下、簡素化、減量化、ラインの職員への授権が主張されたが、これは費用を削減することがほとんどなかったとする。

また、執行部命令でクリントン大統領は、全ての行政機関に内部での「繁文縟礼（red tape）」の少なくとも50%の削減を求めたが、マシヨウはこのことにも問題があるとしている。多くの行政の「繁文縟礼」は公金の誤った使用を防ぐうえでの複雑性や複合性や客観性を追い求めるものである。だが、「消費者指向」「授権」のようなスローガンが、何が削減可能であるかを語っているかどうかについてマシヨウは疑問を呈している。

さらに、アメリカ行政法は、トップの責任の明確化や記録作成や手続保障によって、裁量の構造化に取り組んできたが、ラインの職員への権限の授権や、繁文縟礼の削減によって、行政の適法性保障に支障が出ることをマシヨウは懸念している。マシヨウは第一次国家業績審査の基本的な管理の前提は、行政の適法性という行政法の現代的理解と衝突するものであるとさえ主張するのである²⁴³）。

マシヨウは上のような執行部の管理改革と対比させられるものとして、議会のAPAから国家環境政策法やペーパーワーク削減法、無財源マニフェスト改革法までの、R・ケイガンが「対立型リーガリズム（adversarial legalism）」と呼んだような行政手続強化の流れを振り返る。マシヨウはこれを手続強化の行きすぎだとする。そして、マシヨウは「執行部は適法性の効果を留意すること無しに効率性を賞賛し、議会はまさに効率性を破壊する形式的な適法性を賞賛する」として、執行部と議会の双方を批判するのである²⁴⁴）。

マシヨウは、官僚制的合理性を唱えて行政機関の正統性を唱道する立場であるので、「第四部門」である行政機関の官僚制構造の作用を阻害する試みに対して批判的であることに、首尾一貫していると言える。

むしろアメリカ行政法学全体が国家業績審査に反対だというわけではなく、エイマンのように、国家業績審査は政府が公益を実現するための効率

的な手法として市場を活用するものであると、評価する立場もある²⁴⁵⁾。

(4) だが、アメリカでの NPM への批判は、行政法学のみならず行政学にも見られる。そして、そこでも NPM は「しばしば法の支配の扱いに無頓着である。特に、繁文縟礼の削減と管理者に管理させているという NPM の気ままで安易なスローガンについてである²⁴⁶⁾」と主張されているのである。

NPM についてアメリカ行政法学と行政学の間で対話があったというわけではない。しかし、繁文縟礼の削減というスローガンが、行政手続の充実による適法性の保障と衝突する可能性があるということについては、両者とも見解の一致を見たのである。

第六節 判例理論と専門性

第一節から第五節の議論は、「専門性」について、もっぱら、アメリカ行政法の学説の展開に注目してきた。そこでの「専門性」は、行政過程の擁護（あるいは非難）や、行政機関への授権の正統化（あるいは授権への批判）や、司法審査の制限（あるいは拡大）のため、アメリカにおける「行政に固有な法の体系²⁴⁷⁾」の弁証に関わる議論で援用された。この種の議論は、アメリカ行政法学で好んで議論されるものであるが、具体的な法的争点に対する解釈論とは、やや趣を異にする。

行政過程と司法過程の対比、行政機関の授権、あるいは、行政活動への司法審査の態様や密度といった争点は、アメリカにおける「行政に固有な法の体系」の根幹に関わる部分である。第一節～第五節でみた専門性の諸理論は、アメリカ行政法のレーゾン・デートルに関わる、アメリカ行政法のメタ理論²⁴⁸⁾のフィールドで展開されてきたものであった。これらの議論は、個別の解釈論ではなく、行政法の全体構造に関わる議論である。それは、国家学的色彩を帯び、政治学や経済学や行政学の問題関心と共通項を抱える。そして、「利益集団多元主義」「漸増主義と総覧主義」「公共選択理論」「NPM」といった隣接諸学問の諸概念が、アメリカ行政法学にお

いて借用概念として用いられてきた。

さて、行政過程や権限委任や司法審査の制限が、専門性により正統化されることは、個別の解釈法理の専門性による正当化を伴う。これは「行政に固有な法の体系」の本流が専門性によって確立されたことより、支流として、各判例の個別の解釈法理に専門性が流出する現象であると言えるし、その逆も真であって、個別の解釈法理が専門性によって正当化されていることで、「行政に固有な法の体系」の正統化の理論が現れてきているとも言える。

第六節では、解釈論での「専門性」の概念の発現を見てみる。本節では、判例法の各問題領域における専門性の理論が検討対象となる。

第一款 判例理論と専門性理論

一 実質的証拠法則の確立

(1) アメリカ行政法の司法審査論で、特徴的なものは実質的証拠法則である。実質的な証拠で補強されている限りで、行政機関の事実認定に最終性を認めるといふ、この法理は、20世紀初頭の、行政決定への司法審査の判例法の展開を経て、ニュー・ディール期に確立されたものとなった²⁴⁹⁾。ランダースの専門性理論は、実質的証拠法則に理論的な支柱を与えるものであった。彼の理論がニュー・ディール期の代表的理論とされるのは、彼の専門性理論がマクロでは行政過程の正統化と、ミクロでは司法審査論における諸々の理論の正当化という二つの役割を果たしたからである。

実質的証拠法則は、1906年のヘッバーン法改正や、1910年のエルキンス法による州際通商委員会の権限強化に端を発する、行政機関の数と行政機関の権限の増大への、裁判所の反応として徐々に生成され、実定法にも取り入れられていった。この際、行政裁決は、陪審の評決とのアナロジーによって把握された。実質的証拠法則は他の行政機関の他の決定にも適用されるにいたり、行政決定全体に適用される原則となったのである²⁵⁰⁾。

(2) 連邦最高裁は、1914年の州際通商委員会法で、事実認定が実質的証拠で補強されていて、それが最終的であれば、終局的なものとなるというこ

とが規定されたのと、同時期の1912年、ICC. v. Union Pacific R. Co., 判決²⁵¹⁾で実質的証拠法則の採用を判示していた²⁵²⁾。

連邦最高裁で、行政決定の司法審査への実質的証拠法則の適用を強力に支持していたのは、ブランダイス裁判官であった。1920年の Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough 判決²⁵³⁾では、多数意見は、財産的価値への行政機関の決定に実質的証拠法則を採用せず、問題のペンシルバニア州法を違憲とした。しかし、ブランダイス裁判官は、反対意見で、「没収的」であるという主張がなされていても、行政機関の料率決定の審査は実質証拠法則によるべきであると主張をしていたのである。

1936年の St. Joseph Stock Yards Co. v. United States 判決²⁵⁴⁾でも、多数意見は、農業長官の最大料率決定について、財産的価値の認定には、裁判所が事実認定を行うことを主張したが、ブランダイス裁判官は、同意意見で、デュー・プロセス条項から裁判所の独立の事実認定が要求されるわけではないとして、実質的証拠法則を支持したのであった。

F・D・ルーズヴェルトのニュー・ディール政策と連邦最高裁との対立が激しかったおり、裁判所の自制を訴えて実質的証拠法則を支持するブランダイス裁判官の立場は、連邦最高裁内では少数派であった。ブランダイスの立場を行政法学で強力に主張した者こそ、若き日に、ブランダイス裁判官のロー・クラークを勤めていた²⁵⁵⁾ランディスであった。

ランディスは、事実問題と法的問題の区別に際して、専門的知識を基準にすることを主張した。まず行政機関の事実認定は、充分な手続で保護されていれば、行政の専門性には、裁判官と同様に問題の決定を信託されることが出来る。行政の結論を司法が再審理するのは、遅延を招くだけだといっているのである。そして、専門性を導くために手続が重要視される。記録から見て手続が公平で徹底したものであれば、行政機関に能力 専門性があること示されるといっているのである。法的問題については、「法的問題を決定する裁判所を持ちたいという我々の欲求は、裁判所のかかる問題に関する専門性の保有への信頼に関連していたのである。まさにこの願望

から、法的問題の性質が生じているのである。後者の分析から、私には、それは法律家が決定に適している問題のように思える²⁵⁶⁾」とする。

ここに、事業規制の専門家である行政機関の事実認定は尊重され、法律の専門家である裁判官が法的判断をするという定式が示される。さらに、それは、ランディスの専門性理論の行政過程の正統化の部分と結合することで、壮大な行政法のビジョンをアメリカ行政法学に示したのである。

(3) ランディスの「行政過程」が世に問われた頃、連邦最高裁の多数意見での実質的証拠法則の採用の姿勢は、揺るぎないものになりつつあった。1939年の *Rochester Tel. Corp. v. United States* 判決²⁵⁷⁾ では、「専門的部局の判断への記録の保障がある限り、それは維持されなくてはならない。」「司法権能は、行政部局によって認められた結論への合理的な根拠が認定されたときに尽きるのである」と判示された。また、1938年の *Consolidated Edison Co. v. NLRB* 判決²⁵⁸⁾ では、議会が「実質的」という言葉を用いていなくても、全国労働関係委員会の事実認定が、証拠で補強されているなら、実質的証拠によって補強されたものとして最終的なものとなることが判示されたのである。

このような判例法の展開をうけて1946年の連邦行政手続法²⁵⁹⁾ (Administrative Procedure Act, 以下 APA と略する) 10条(e) (現在の規定では、706条(2)(E)) で、正式の聴聞手続を経た行政活動の事実問題への司法審査は、実質的証拠法則によって行われることが定められたのである。

二 組織的決定の理論

(1) アメリカの行政機関は、現場の職員が調査をし、行政法審判官が聴聞をし、長が最終決定をするという風に運営される。これを「組織的決定 (institutional decision²⁶⁰⁾)」と呼ぶ。行政機関が、スタッフと長による官僚制構造を通じての組織的決定によって、正式裁決を行うことは、裁判官の「個人的決定」に依拠する裁判への、行政過程のアドバンテージであるとされる²⁶¹⁾。この考えは、ニュー・ディール期に、訴追権能と調査権能の融合との関連で、専門性の維持の観点から、主張されていた。

W・ゲルホーンが、行政機関の長の専門性を否定していたことは既に指摘したが²⁶²⁾、彼は、スタッフの専門性を通じての、組織的決定による行政過程の正統化を指向していた。ゲルホーンは言う。

「手短かに言えば、自己の良心と理解以外の何者にも諮ることのない、独立した裁判官という理想は、特定の行政的事柄においては、裁判官は賢明な判決を言い渡す能力を有するという、より重要な理想を犠牲にすること無しに、維持されることができない。現代政府規制の複雑な領域における智恵は、しばしば必然的に複数の理性、多数のアナリストの理解の統合の産物なのである。現在組織されている行政機関は、単一の問題に対して、関係する多数の特別の適格を得た公務員の判断をもたらす手段なのである²⁶³⁾。」

だが、ニュー・ディール期、組織的決定を容認するか否かは、行政法学上の一つの争点であった。行政機関の長は決定権を持っているのだが、聴聞を経て行われるような手続について、聴聞を部下に任せきりにして、形式的に決定のみを長官がするというような職務の遂行方法は、当事者への公平性に欠けるのではないかという疑義があったのである。ニュー・ディール期の保守派が主張していた裁決への司法的な決定モデルを強調すると、裁決をする者は、双方の言い分を聞いて自ら証拠調べをしなければならないという立場に到達する。

(2) この争点については連邦最高裁の数次にわたる Morgan 判決が知られている。

1936年の Morgan 判決²⁶⁴⁾は、料率決定の違法性が争われた事例である。判決によると、この事案では、農業長官が料率決定権限を持つのだが、現実の聴取を行っていないとされ、破棄差し戻しの判決が下されている。料率決定の際、聴聞手続が行われるのだが、判決では、聴聞に際して長官が、自ら当事者の主張の聴取や証拠調べを行わず、農業省の被用者からの具申によって、聴聞手続の情報を得ていたことが、咎められたのである。Morgan 判決によると、「『聴聞』とは証拠と主張の聴取である。」そして、決定権者の義務が、証拠や主張を考慮しなかった者によって遂行され

ることはできない。「決定する者は聴取しなくてはならない」のである。

Morgan 判決を厳密に適用すると、聴聞を経て行われる決定について、組織的決定の余地はほとんどなくなるだろう。

連邦最高裁は、1938年の Morgan 判決²⁶⁵⁾で、Morgan 判決の適用を緩和している。

Morgan 判決では、聴聞で決定に至るまでの長官の思考過程（mental processes）を探ることは、裁判所の権能ではないとされ、そして、法律の要求は形式ではなく実質に関連するとした。もっとも、Morgan 判決は、長官自身が事実認定をすることが、十分な聴聞にとって、不可欠なものではないということは、長官が、政府の訴追者との一方的交信の後に、訴追者によって準備された事実認定を、長官自身のものとして受容し作成した場合において、基準となるものではないとして、聴聞手続の瑕疵を認めている。

Morgan 判決では、聴聞手続の瑕疵は認められているが、長官の思考過程を探ることは、裁判所の権能ではないとされたので、Morgan 判決の適用を緩和したと解されている。長官が部下からのメモを読むことや考慮することは「思考過程」に含まれると考えることができるからである²⁶⁶⁾。

連邦最高裁は最終的に、1941年の Morgan 判決²⁶⁷⁾で態度を明確にし、Morgan 判決の適用範囲を狭めた。Morgan 判決の判決文は、専門性理論の論者であるフランクファーターの手によるものだった。

Morgan 判決では、長官の手続は司法手続類似の性質を持つが、それへの裁判官の司法審査は、司法的責任を破壊するものであるとされた。そして、長官の思考過程を探ることは裁判所の権能ではないとの Morgan 判決の判示を引用して、裁判官がこのような審査に服すことはないのと同様に、行政過程の統合性もまた等しく尊重されなければならないとされたのである。Morgan 判決は、行政過程は、裁判所のそれとは異なる発展をし、かつ、異なる方法で遂行されるのだが、行政過程は正義の協働的装

置とみなれ、かつ、各部門の適切な独立は相互に尊重されると締めくくっている。

Morgan 判決は組織的決定に最も厳しい態度で臨んだ判例の一つとして知られているが、連邦最高裁は、Morgan 判決までの判例の展開によって態度を緩和した。そして、一連の Morgan 判決後に APA が制定され、8条^(a)(現在の557条^(b))で、実際に聴聞を行う、行政法審判官のような聴聞主催者に第一次的決定権が授けられたことにより、Morgan 判決の問題のほとんどは解決するに至った²⁶⁸⁾。学説でも、一方的交信や権限の融合の各論的解釈論はさておけば、組織的決定それ自体について批判的な見解は、現在では見られない。

(3) 現在の行政機関の職務執行も、また組織的決定によっている。主要な行政機関の長は、ほとんど記録や準備書面を個人的に読むことはせず、行政機関の職員が要約を準備して、それに従って決定しているというのである²⁶⁹⁾。

組織的決定の個人的決定への優位の考えは、現在のアメリカ行政法学では通説的見解であると言ってよい。ピアースは次のように言う。

「行政機関のスタッフの役割は、特別の長所の源泉となるものであり、行政過程の一つの主要部分である。この長所は集団作業の優秀性から生じる内部的なチェック・アンド・バランス、様々なディシプリンの専門家間の協働、高給の公務員のエネルギーを経済的に利用するために薄給の公務員に相対的に下働きのな仕事を割り当てる、膨大な量の事務を処理し、かつ同時に政策決定の統一性の合理的な度合を維持する装置の能力、ということからである²⁷⁰⁾」

ランディスやマショウの作業は、上のような長所を持つ「組織的決定」を行う行政過程の正統性を確立するものであった。彼らにとっての行政の専門性とは、個々の職員の専門性に依拠するものではなく、行政機関の組織全体で行う任務遂行を正統化するための、組織全体での専門性であった。そして、組織全体での専門性の確立は、そのような専門的組織が行う、「組織的決定」の正当化も同時に伴う。それは Morgan 判決のフラン

クファーターの手による判示から明らかであろう。

三 行政救済を尽くす法理

(1) 行政の専門性で説明されるアメリカ行政法の法理の一つとして、「行政救済を尽くす(exhaustion of administrative remedies)法理」がある。「行政救済を尽くす法理」とは、裁判所で行政活動の司法審査を求める前に、行政上の救済手続を尽くすことを求めるもので、大雑把に言えば、我が国の行政訴訟における不服申立前置と同様の機能を果たす法理だと理解してよい(ただし、厳密な意味で、不服申立前置と一致するものではなく、幾多の相違点が存在する。例えば、以下で見る事例に現れるように、刑事訴訟の中でも行政救済を尽くす法理は持ち出される)²⁷¹⁾。

行政救済を尽くす法理について、古典的な判例としては、連邦最高裁1938年の *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Co.* 判決²⁷²⁾がある。本件は、全国労働関係委員会が、Bethlehem の不当労働行為についての聴聞を開始したところ、Bethlehem Shipbuilding Co. が裁判所にインジャンクション(差止命令)を求めた事件である。ブランドイス裁判官による判決は、連邦地方裁判所は、全国労働関係委員会に聴聞を命ずる権限を有していないとした。そして、「長期にわたって確立された司法行政の原則」との言葉で、行政救済を尽くす法理を挙げ、「明らかなのは、告発状が依拠する告発内容には根拠がないという主張と、単に所定の行政聴聞の開催が回復しがたい損害を招くとの主張とでは、行政救済を尽くすことを要求する原則を、回避できないことである」と、Bethlehem Shipbuilding Co. が、行政救済を尽くしていないことを理由として示したのである。

現在、APA は704条(1946年の立法時は10条(c))で、「法律によって審査可能とされた行政活動及びいかなる裁判所においても他に十分な救済が存在しない最終的な行政活動は、すべて司法審査に服する。直接審査されない、すべての一次的、手続的、又は中間的な行政活動又は裁定は、最終的な行政活動の審査において審査に服する」と規定している²⁷³⁾。ここでの「法律によって審査可能とされた」という文言と、「最終的な行政活動」

という文言には、行政機関の救済手続を尽くしたことという意味が含まれるとされる²⁷⁴⁾。

(2) 行政救済を尽くす法理も、行政機関の専門性で正当化される事柄である。行政救済を尽くす法理について詳述した先例とされる、連邦最高裁 1969年の *McKart v. United States* 判決²⁷⁵⁾ を見てみよう。

本件は、神学生 *McKart* が、徴兵忌避の刑事訴訟の中で、徴兵委員会が *McKart* を徴兵に適格と分類したことは誤りだと主張した事案である。だが、*McKart* は不服申立て期間内に不服申立ての権利行使をしていなかったため、行政救済を尽くす法理の適用が問題となった。*McKart* 判決は、行政救済を尽くす法理の存在理由を多数挙げるが、その一番目として、次のようなことを指摘する。

「第一の目的は、もちろん、行政過程への早まった妨害を回避することである。行政機関は、第一審裁判所 (trial court) のように、一番目に法律を適用する目的のために創設される。したがって通常は、行政機関に、判決が依拠すべき必要な事実的背景を形成させることが、望ましいのである。そして、行政決定は、しばしば裁量的性質であり、又は、しばしば専門性を要求するので、行政機関には、裁量を行わせる、又は、専門性を適用する、最初の機会が与えられるべきである。」

McKart 判決の結論自体は、刑事告訴された場合にまで、行政手続で不服申立てを尽くすことを求めるのは、「過度に厳しい (exceedingly harsh)」ことや、争点が行政機関の専門性の行使を要求しない法律解釈であること等を指摘して、*McKart* に行政救済を尽くすことを求めず、*McKart* の主張を認めた。

McKart 判決では、一般論として、「事実認定の専門家」としての行政機関像が持ち出されて、行政救済を尽くす法理が正当化されている。具体的な公務員や行政機関の能力から離れた、抽象的な事実認定への「行政機関の専門性」が、抽象的に行政救済を尽くす法理を正当化するという構造なのである。また、*McKart* 判決では行政救済を尽くす法理が適用されな

かった理由の一つとして、争点が事実の評価ではなく法律解釈であることが指摘されている。このような説明の仕方は、ニュー・ディール期に現れた、「行政機関は事実認定の専門家であるので、行政機関の事実認定を尊重する」というランディスが示したような構図から、派生して現れたと言える²⁷⁶⁾。

(3) 連邦最高裁は、1971年に *McGee v. United States* 判決²⁷⁷⁾ で、McKart 判決の適用範囲を狭めている。McGee 判決は、徴兵忌避により McGee が刑事告訴された事案であったが、McGee は行政上の不服申立てによる救済手を尽くしていなかった。そこで、刑事訴訟の中で、徴兵免除条項に該当するという主張を McGee がしたところ、行政救済を尽くしているかどうか問題となったのである。

McGee 判決のマーシャル裁判官による連邦最高裁の多数意見は、McGee の徴兵免除の主張は、所与の事実問題の解決における行政機関による専門性の適用に依拠しているとし、そして、徴兵免除の主張が、関連する諸事実の慎重な収集と分析に究極的に依拠している場合は、行政システム内での諸事実を完全にあきらかにする（airing）ことの利益は顕著であるとして、行政救済を尽くす法理を適用し、McGee の主張を認めなかった。

McGee 判決でも、やはり行政機関の事実認定の専門性が強調されている。McKart 判決と結論が分かれた理由は、McKart 判決では「法律解釈」が争点であったのに対して、McGee 判決では「事実」が争点であったことに求められるだろう。そして、事実認定には行政の専門性が要求されるのである。

(4) 行政救済を尽くす法理は、いかなる場合にも適用されるわけではなく、適用されない場合も多い。McKart 判決が、行政救済を尽くす法理を適用しない理由として、「過度に厳しい」場合を挙げているように、適用されない事例は多い。

近年の連邦最高裁の判例では、連邦最高裁1992年の *McCarthy v.*

Madigan 判決²⁷⁸⁾は、行政救済を尽くす法理の適用をしなかった。McCarthy 判決は、刑務所内の囚人 McCarthy が連邦憲法第8修正違反を主張して、刑務官へ損害賠償を要求したという事案である。McCarthy は連邦刑務所部の苦情申立て手続による救済を求めていなかったため、行政救済を尽くしたかが争点となった。

ブラックマン裁判官による判決は、行政救済を尽くすことが求められる理由として「行政機関の権限の保護と司法の効率性の増進の二つの目的に資する」ことを挙げる。そして、本件については、一般的苦情申立て手続は議会によって規定されたわけでも、義務づけられているわけでもないことや、一般的苦情申立て手続は、手続の制限期間が短く、金銭的損害賠償も規定されていないので、囚人の個人的利益に対して重い負担になることを指摘して、囚人の憲法的損害賠償請求については、行政救済を尽くすことは必要とされないと判示した。

連邦最高裁1993年の Darby v. Cisneros 判決²⁷⁹⁾では、行政機関が規則で、行政法審判官の決定は30日以内に不服申立てをしなければ最終的なものとなると定めていた場合、行政訴訟の前に不服申立ての前置が求められるかどうか争われた。

判決は、規則が不服申立てを義務的なものとしていなかったことを理由に、行政救済を尽くすことは要求されないとした。判決は、「APA の適用される場所では、“上級行政庁”への不服申立てが司法審査の必要条件となるのは、法律によって明示的に不服申立てが要求されるか、又は、行政機関の規則によって司法審査の前に不服申立てが要求され、かつ、不服申立て中の行政活動の効力が停止されているときだけである」としている。つまり、法律なり規則で、不服申立てを尽くすことが義務的なものとされていれば、行政訴訟の前に不服申立ての前置が求められることになる²⁸⁰⁾。

四 第一次的管轄の法理

行政機関の専門性が援用される法理として、第一次的管轄 (primary

jurisdiction) の法理²⁸¹⁾も挙げられる。これは行政訴訟というよりも、民事訴訟で争点となるものである。最も古典的な判例である、連邦最高裁1907年の Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co. 判決²⁸²⁾を例に、簡単に説明してみよう。

コモン・ローに従えば、鉄道会社の過大な料金請求に対して、荷送人は、裁判所に財産回復を求めることができる。だが、1907年当時、鉄道料率の規制と過大料金の賠償裁定を、既に州際通商委員会が行っていた。このような場合、荷送人は民事訴訟で鉄道会社を訴えることも、州際通商委員会に対して告発することもできることになる。Abilene 判決では、荷送人が民事訴訟で鉄道会社を訴えたのだが、連邦最高裁は、荷送人は第一次的には、州際通商委員会を通じて救済を訴えるべきだとして、原告の主張を退けたのである。

こうして、Abilene 判決により、行政機関と競合する管轄を持つ裁判所は、最初に行政決定がされることを容認して、審理を拒否する裁量を持つという、第一次的管轄の法理が、確立されたのである²⁸³⁾。

第一次的管轄の法理は、裁判所と行政機関の管轄が競合する場合の、裁判所と行政機関の事務配分のために行使される。つまり、民事訴訟の中で、裁判所は、第一次的管轄が行政機関にあるとして、訴えを却下したり、あるいは行政機関の争点への判断がなされるまで審理を中断するのである。

判例は、この法理も行政機関の専門性で説明する。

フランクファーター裁判官による、連邦最高裁1952年の Far East Conference v. United States 判決²⁸⁴⁾は、第一次的管轄の法理について次のように述べている

「伝統的な裁判官の経験には収まらない事実への争点が提起されている事案、又は、行政裁量の行使を要求する事案において、議会によって係争物を規制するために創設された行政機関は、避けられるべきではないという、現在、確固として確立している一つの原理を裁判所は適用する。このことは、司法的に確定される法的結論のための推定として役立つ、特別化された能力によって評価された後の

事実についても言える。特別化と経験を通じて獲得された洞察とより柔軟な手続とによって、裁判所よりも、より準備された行政機関に対する、所与の法的争点の状況の確認と解釈の、第一次的な訴えによって、特定の行政機関に委ねられた事業規制における統一性と一貫性は保証され、司法による審査の限定された権能が合理的に行使される²⁸⁵⁾。」

また、連邦最高裁1956年の、United States v. Western Pacific Railroad Co. 判決²⁸⁶⁾は、鉄道料金について州際通商委員会の第一次的管轄が認められた事案であるが、第一次的管轄の法理について、「望ましい統一性は、特定の行政問題に特別化された行政機関を経て獲得される」とする先例として、Abilene 判決をあげる。そして、「専門家と特別化された関与行政機関の知識が特に拡張された」判例として Far East Conference 判決にふれる。第一次的管轄は、「請求が基本的に裁判所で認識可能であるところに適用され、そして、請求の執行には、規制枠組みの下で、争点の解決が行政組織の特別の能力の中で行われることを要求する時に、作用する。このような事案の下では、その争点を審査のために行政組織への付託に係らせて、司法過程は一時停止する」と説明している。

このように判例は、第一次的管轄の法理を行政救済を尽くす法理と同じく、行政機関の専門性と結びつけて説明する。ピアースは、裁判所の第一次的管轄の法理の適用についての考慮事由として、「行政機関の特別化された専門性が争点の解決への望ましいフォーラムを形成する度合い」「争点への統一的解決の必要性」「争点への司法的解決が規制責任についての行政機関の能力に悪影響を与える可能性」を挙げている²⁸⁷⁾。

逆に言えば、争点が行政機関の特別の専門性又は固有の権限の範囲外であるところには、第一次的管轄の法理は適用されない。連邦最高裁1976年の Nader v. Allegheny Airlines, Inc. 判決²⁸⁸⁾では、原告 Nader が、超過予約により、航空会社にコモン・ローの詐欺による損害賠償を求めた事案である。この事案では、民間航空委員会が航空会社への規制権限を持っていたため、第一次的管轄の法理の適用が争点となった。連邦最高裁は、民間

航空委員会が、航空会社の「不公正な行為又は欺罔行為」に対して、調査や中止命令を発する権限を持っていることは、欺罔行為に対する原告のCOMMON・ローによる損害賠償請求を排除しないとして、民間航空委員会の第一次の管轄を認めなかった。判決によると、「原告によって提起された訴えは、争われている行為の合理性の決定 被規制産業の経済又は技術への情報に基づく評価によってまとめられる決定に依存しない。不実表示による詐欺の訴えに適用される基準は、裁判所の伝統的な権限の中にある。そして、技術的専門組織(technically expert body)の判断が、本件の事実へのこれらの基準の適用の手助けになることは見込めないのである²⁸⁹⁾。」

五 ま と め

ニュー・ディール期前後の判例は、「行政機関 事業規制の専門家 事実認定」という構図を持ち出して、行政機関の組織的決定による判断領域を創出した。その判例は現在でも先例となって、実質的証拠法則や、行政救済を尽くす法理、第一次の管轄の法理といった、行政と司法の管轄に関わる、アメリカ行政法固有の法理を専門性で説明し続けている。

ニュー・ディール期のランディスら「進歩派」の行政法学者の活動は、こういった判例群を背後に、展開されたものであった。ランディスの「専門性理論」はこうした判例の展開をうけて、行政過程を専門性で正統化するものであった。ニュー・ディール期の一連の行政機関の専門性を持ち出す判例群は、ランディス達の主張を益々強化するし、同時にランディス達の理論で「正当化」される。なお再言するなら、ここでの専門性とは、個々の公務員の専門性と言うよりも行政組織全体の専門性を指す。

ニュー・ディール期の行政機関の専門性を援用する、これらの判例の存在感こそが、専門性に基づく行政過程の正統化を試みたランディスを、ニュー・ディール期を代表する行政法学者たらしめているのである。

第二款 行政機関の法律解釈の問題

一 法と事実の混合問題

(1) ニュー・ディール期以降のアメリカ行政法には、政府三権（立法・行政・司法）の役割について、ある種の定式が存在する。エドリーの言う「三分法 (trichotomy)」である。司法は裁決の公正性のパラダイムによって、法の支配という命題のもと決定をし、執行部は科学的技術的専門性の下で、客観性という命題の下に決定をし、政治は利害調整の下で、民主主義という命題の下で決定をするというモデルである（下図参照）。「肯定的命題」とはよい意味での特徴であり、「否定的命題」とは悪い意味での特徴である。

方 法	裁決の公平性 理由づけされた詳述	科学と技術的専門性	政 治 利害調整
肯定的命題	法の支配 一貫性 先例主義 中立性 理由づけされた詳述	客観的 合理的 検 証 効率的	民主主義的 応答的 参加的 責任的
否定的命題	政治的無責任 手続主義的 様式的かつ秘密的 保守的かつ過去指向	非人間的 疎 外 普通人は近づきがた い 機械的	主観的 わがまま 多数派による専制 非科学的
基本的位置	司法部	執行部	立法部

そして、エドリーによれば、この三分法は権力分立理論にも結びついて
いる²⁹⁰⁾。

エドリーの三分法による説明は、「積極的な司法審査」「行政機関の専門性の尊重」「立法意思への尊重」の三つの要素が複雑に絡み合った、ニュー・ディール期以降の行政法判例理論の説明としては、秀逸なものである。そして、エドリーの言うように、この三分法は、理論的にも実際的にも混乱を招く命題であるということも確かである。個別の判例を見れば

裁判所も行政機関も政策の形成を行い、行政機関の専門性は疑われ、裁判所の中立性もまた疑わしいものなのである²⁹¹⁾。

(2) ニュー・ディール期前後から現在に至るまで、アメリカ行政法の判例法に、規制への専門性を持つ行政機関が事実問題を処理(事実認定)し、法律への専門性を持つ裁判所が法的問題を処理するという構図があることは、本節第一款で見た。しかし、この構図は、判例法の展開の中で動揺を余儀なくされている。

現在、APA は706条で、司法審査の範囲について、「裁判所は全ての関連する法的問題を判断し、憲法と法律の規定を解釈し、行政活動の中の文言の意味又は適用可能性を決定しなければならない」と定めている。裁判所は法的問題を審査するということの確認である。事実認定については、APA の706条(2)が、(A)裁量の濫用である場合、(C) APA 556条と557条の正式手続に服する場合は実質的証拠で補強されていない場合、(F)裁判所の初審の審理に服する時は事実の証明がない場合、審査する旨規定している。

だが、事実問題と法的問題が明確に分離できるかということには、昔から議論があった。古典的な指摘として、1928年には、ディキンソンが既に法と事実の混合問題の説明に際して、「実際のところ、『法的問題』と『事実問題』の間の区別は、裁判所がどれくらい深く審査するかということを決定する上での現実の助けには、ほとんどならない。」「裁判所が審査に消極的であるときには、裁判所は問題を『事実』の一つであると呼ぶような安易な方法で説明する気になるし、他方で、審査されるときには、裁判所は『法的』問題であると言うだろう」と指摘していた²⁹²⁾。

ディキンソンは、法と事実が区別しにくい例として、1912年の *Smith v. Hitchcock* 判決²⁹³⁾ を挙げている。ホームズ裁判官によるこの判決は、郵便長官の第二種郵便特権の取消を原告が争ったものであり、原告の出版物が、法律の文言上の第二種郵便特権が適用される雑誌(magazine)か、適用されない書籍(book)であるかが争点の一つであった。ディキンソンによると、印刷されたページの一定の束が本になるか、通常の意味での

雑誌にあたるかどうかは、間違いなく事実の問題であるが、まさに一連の印刷物に適用される法律において用いられるものとしての書籍・雑誌という言葉は、実は法律解釈の問題に等しいのである²⁹⁴⁾。連邦最高裁は、これは法的问题の一つであるので審査で争われるとして、書籍であることを認定し、原告の訴えを退けた。

二 古典的な判例

(1) Smith 判決のような、「行政機関による法律の事実へのあてはめ」や「行政機関の法律解釈」への審査が、法と事実の混合問題の古典的な例である。行政機関の専門性はこの部分にまで及ぶのだろうか。ニュー・ディール期の古典的だが、しかし、先例的な判例として次の判例がある。

National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc. 判決²⁹⁵⁾

全国労働関係委員会は Hearst に「新聞配達人 (newsboys)」との団体交渉を命じた。Hearst は、「新聞配達人」は、コモン・ローの「独立契約者」と「被庸者」のうちの、「独立契約者」だと解釈されるべきだとして、訴えを起こした (全国労働関係委員会は「被庸者」と解釈した)。

ラトリッジ裁判官による多数意見で、連邦最高裁は次のように判示した。

「(行政機関の) 法律の執行における毎日の経験は、多様な産業関係における雇用関係の環境と背景と、労働者の自己組織と団体行動の能力と必要性と、雇用者との平和的紛争解決のための団体交渉の受容性への、精通を与える。このように獲得された経験は、法律の下で誰が被庸者であるかという問題への対処に、頻繁にもたらされなくてはならない。」

「間違いなく法律解釈の問題は、特に司法的手続の第一段階で生じたときは、解決をするのは裁判所であり、特別な義務を負う者の判断を適切に評価するのは、問題とされる法律の執行である。しかし、問題が法律を執行する行政機関が第一次的に決定をしなければならない手続における広汎な法律の文言の特殊な適用の一つであるところでは、まず、審査する裁判所の能力の制限が決定されなくてはならない。」「特定の人物が法律の下での『被庸者』であるという委員会の決定は、『記録で裏打ち』されており、かつ、法の下での合理的な根拠を有しているなら受容される。」

全国労働関係委員会の「新聞配達人」を「被庸者」とした解釈は、記録の

充分な根拠があるとして支持された。

これに対し、ロバーツ裁判官が反対意見で、誰が被庸者であるかという問題は、法律の適用をする限りで、法律の意味の問題であり、従って、行政的ではなく司法的な問題であると主張した。

ロバーツ裁判官の反対意見は、行政機関の法律解釈を明確に法的問題と位置づけているので明解であろう。だが、多数意見の立場は、行政機関の「毎日の経験」を強調するなら、専門性への謙譲を示しているようにも見える。逆に、「『記録で裏打ち』されており、かつ、法の下での合理的な根拠を有しているなら」の解釈次第では行政機関の法律解釈・適用への積極的審査の余地が出てくる。

(2) Hearst 判決のこの両義性のために、後世の判例は、行政機関の解釈を尊重するものと否定するものの二つに分かれた。例えば、1979年の Ford Motor Co. v. NLRB 判決²⁹⁶)で連邦最高裁は、委員会の法律解釈が合理的に防御可能であるなら、単に裁判所が別の法的見解を好むからといって拒否されるべきではないと判示している。他方、連邦最高裁が行政機関の法律解釈への謙譲を示さない判決も多い。例えば、1981年の FEC v. Democratic Senatorial Campaign Comm. 判決²⁹⁷)で、連邦最高裁は、「裁判所は法律解釈の問題への最終権限を持つとして」と判示している。

Hearst 判例後の展開を見ると、かつて法と事実の混合問題と呼ばれた分野において、行政機関の「専門性」は、裁判所の判断の決定的な要素を占めているのではなく、むしろ Hearst 判決の「『記録で裏打ち』されており、かつ、法の下での合理的な根拠を有している」の部分が必要視されていたように思える。

三 Chevron 判決

(1) 1984年の Chevron U. S. A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. 判決²⁹⁸)は、行政機関の法律解釈の問題についての決定的な判決であった。Chevron 判決の解釈は、現在に至るまでアメリカ行政法の主要トピックであり続けている。まずスティーブンス裁判官による Chevron

判決の概要を見てみよう。

環境保護庁は、パブル政策に従って、空気清浄法の「固定汚染源」について工場全体で定義することを州に許す規則を制定した。この規則は、工場単体ではなく工場全体で固定汚染源を定義することにより、工場全体の排出量を増加させない範囲で、新規施設基準に満たない既存施設の設備の更新を許容するものであった。そこで環境保護庁が、このような取り扱いを州に許す規則を制定できるかどうかの問題となった。

裁判所は、行政機関の法律解釈の審査に際して二つの問題に直面するとした。「まず、常に問題となるのは、議会が正確に争点となる問題を直接に語っていたかどうかである。もし議会の意思が明白であるなら、問題は決着する。裁判所は、行政機関と同様に、議会の明白に表現された意思に効力を与えなくてはならない。」(この判示部分が、Chevron 判決の審査の第一段階と呼ばれる部分である)。

しかし、もし議会が正確に争点となる問題を直接に設定していないのならば、裁判所が単純に法律に自らの解釈を課すことはない。「むしろ、もし法律が特定の争点に関して沈黙していたり、あるいは曖昧であったならば、裁判所にとって問題は、行政機関の解答が法律の許容可能な解釈 (construction) に基づいているかどうかである。」(この判示部分が、Chevron 判決の審査の第二段階と呼ばれる部分である)。

連邦最高裁は、本件では、立法史によると法律は当該問題について沈黙しているとし、さらに続けて次のように述べた。

「裁判官はこの分野の専門家でもなく、政府の両政治的部門の一部でもない。裁判所は、一部の事案においては、政治的利益対立を調整しなくてはならないが、しかし、それは、裁判官の個人的な政策的選好に根拠をおくものではない。対照的に、議会が政策形成責任を授権した行政機関は、授権の範囲内で、判断を啓発するために、賢明な政策についての現職の行政の見解に、適切に依拠することができる。行政機関は直接に人民に責任を負っていないが、大統領は負っており、そして政府の政治部門がかかる政策選択をするのはまったく適切なことである。

それは、議会自身が不注意にも解決しなかった、あるいは議会が意図的に、毎日の現実の観点から法律を執行 (the administration of the statute) する行政機関に解決に委ねた、利益対立の解決なのである。」

「公正に理論化された法律の規定への行政機関の解釈への争いが、議会によって

開いたままにされた隙間の範囲内での合理的な選択かどうかということではなく、まさに行政機関の政策の知恵に集中するときは、争いは失敗しなくてはならない。このような事案においていかなる選挙民も持たない連邦裁判官は、執行者によって形成された正統な政策選択を尊重する義務を負っている。このような政策選択の智恵を分析し、そして公衆の利益についての相対立する見解の間の争いを解決する責任は、司法的なものではない。『我々の憲法はこのような責任を政治部門に付与している』（TVA v. Hill, 437 U. S. 153, 195 (1978)。）

このように述べて、連邦最高裁の多数意見は、環境保護庁の「汚染源」の法律解釈は、許容されるものであるとし、控訴審に差戻しをする判決を下した。

(2) Chevron 判決には多様な解釈がある。そこには権力分立の観点からの正統性の観点と、行政機関の専門性の尊重の観点の双方が、混合されているので、この判決は読む者の立場によって、さまざまな解釈が可能になるのである。

Chevron 判決に前後する主張ではあるが、1985年にダイバーは、裁判所による行政機関の法律解釈の審査について独立的態様のそれと謙讓的態様のそれを比較して、次のように主張していた。

「解釈は本来的に政策形成の一形態であるので、裁判所は、行政機関が重要な政策形成責任を行使するところでは、行政機関の法律解釈に推定的謙讓をするべきである。しかし、行政機関がより一貫した政策選択をするという主張は、民主主義とテクノクラシーの観念に依拠しているので、行政機関の授權された意思決定責任と、蓄積されている専門性の範囲に、この推定は制限されるのが適切である。行政機関を創設し、その権限の範囲を定めている法律は、政策形成責任のマージンを決定したもとして参照されることが出来る。その範囲内において、法律の意味についての行政機関の見解への裁判所の謙讓は適切である。その範囲外では、他の当事者の意見よりも行政機関の意見を重視せずに、解釈問題を独立的に決定するべきである²⁹⁹⁾。」

ダイバーの主眼はどちらかといえば、裁判所の行政機関への謙讓を擁護することにある。それは、「解釈態様の選択は、単なる『官僚制の統制』についての決定ではなく、司法官僚制と行政官僚制の間の解釈権限の分配の

決定である。その評価は各々の能力と限界の相対的評価にのみ基づくことが出来る。」「私の結論は、行政機関の明白な政策形成の領域における解釈への謙讓の強い推定は、行政国家における責任とイニシアティブの相反する需要に最もよく調和するということである³⁰⁰⁾」という結論から窺えよう。

ダイバーの主張には、権力分立のメタ理論的観点は混入されているが、これは「行政機関の能力(専門性)」を重視するものであると言える。

サンスティンは、Chevron 判決そのものに手厳しい批判を加えている。

サンスティンは五つの問題点を指摘する。第一に、あまりに一般的で画一的であること。第二に、法律の曖昧さと行政機関への法律解釈権限の授權を区別していないこと。第三に、Chevron 判決は行政機関が自らの権限の範囲を決定すべきことを示しているが、これは権力分立原則に反する。第四に、裁判所自身が示す、謙讓原則には批判的であるという議会の意思を、Chevron 判決は反映していない。APA は行政活動への不信の時期に生まれたのである。第五に、Chevron 判決のアプローチは、法律解釈過程への誤った理論に基づいている。議会はまれにしか問題を直接に設定しないが、それが行政官への全ての制約を取り除くのではない。そこでこれらの理由からサンスティンは、Chevron 判決は狭く解釈されるべきだと主張している³⁰¹⁾。

ピアースは、1988年の論稿で、サンスティンの上の主張に対して反対をし、Chevron 判決を解釈するに際して、「強く」解釈することを主張している³⁰²⁾。

ピアースによると、「行政機関は裁判所よりも選挙民に対して責任を負っているので、行政機関と裁判所の間での選択においては、行政機関が政策形成において支配的な役割を有するべきなのである。」そこで、裁判所は行政機関による政策決定と法律解釈を、「合理的」であるなら肯定するべきであるということになる。そして、行政機関は、裁判所よりも政策問題を解決するのに適切な組織であるとピアースは主張する³⁰³⁾。ピアース

の主張は、Chevron 判決の字面に忠実であるが、権力分立と裁判所と行政機関の「能力の対比（専門性の比較）」からなされている。

だが、Chevron 判決は権力分立に反するという主張が、ファリーナからなされている。ファリーナは、議会が語らなかつたところで行政機関に法律の「意味」を決定する権限を手放すことで、Chevron 判決は、ホワイト・ハウスからの指示に従順な行政裁量を増大させていると主張する³⁰⁴⁾。

ファリーナによると、規制権限は執行部の長に集中する傾向があり、この傾向に対するカウンターバランスを考えなくてはならないが、裁判所は Chevron 判決でこのことを見落とし、バランスをさらに崩したというのである。そして、法律解釈は連邦規制政策を決定するという任務の一側面であり、誰が解釈権限を持つかという選択は、議会が授権した権限を誰がコントロールするかという問題の一断面だという³⁰⁵⁾。

権力分立の観点から、むしろ司法に行政機関への監視を求めるというファリーナの立場は、サンステインの立場と共通するものがある。

(3) 上記の多様な Chevron 判決の解釈は、いずれも何らかの観点から権力分立の観点を取り入れている。これに対し、スカリア裁判官は独特の立場を示している。

スカリアは、行政機関の専門性の観点からの正当化も、権力分立の観点からも正当化も否定している³⁰⁶⁾。スカリアによると、Chevron 判決は、Chevron 判決以前の判例の正当化と異ならない。Chevron 判決以前の例としてスカリアは、コロンビア特別区連邦控訴裁判所のある判例の、「裁判所の行政機関の法律解釈への謙譲の程度は、究極的には、問題となる特定の法律枠組み内で明かされる、対象についての『議会権能』の意思だということになる³⁰⁷⁾」という言葉を挙げている。スカリアは下のように言う。

「行政機関の執行に関する法律の曖昧さは、議会の二つの要求の双方によることができる。議会は特定の結果を意思していたが、それは明白ではなかった。

議会は対象について何の特定の意思を持っておらず、行政機関に解決を委ねることを意味していた。事案が前者であれば、我々は純粋に一つの法的問題を有しているということであり、裁判所によって適切に解決される。事案が後者であれば、我々が有しているのは行政機関への裁量の授与であり、裁判所に提示される唯一の法的問題は、行政機関が裁量の範囲内で行動したかどうか すなわち、曖昧にしたという解決が合理的であるかどうかということである。」

スカリアは、Chevron 判決以前の判例は、 の選択が法律毎に裁判所によってなされているとする。Chevron 判決は、法律毎の評価を、曖昧な事案において行政裁量を表す、行政機関相互的な推定 (across-the-board presumption) へ置き換えたものであって、先例よりも間違えなく優れたものであり、行政過程への柔軟で適切な政治的参加を許すものであるというのであるというのである³⁰⁸⁾。

スカリアの主張は権力分立や専門性ではなく、法律の法文主義の立場から、Chevron判決を解釈するものだが、連邦最高裁もそのような傾向にあるということが、ウォルド裁判官によって指摘されている³⁰⁹⁾。

(4) Chevron 判決への解釈が定まらないのは、連邦最高裁の Chevron 判決の適用の仕方や、そもそもの Chevron 判決が適用されるかどうかについての判断が事案毎に分かれているからである。

例えば、1987年の INS v. Cardoza-Fonseca 判決³¹⁰⁾ は、移民国籍法のもとで退去強制手続を開始された外国人が難民法に基づく庇護を求めた事案であったが、スティーブンス裁判官による多数意見は、移民国籍法の退去保留と難民法の庇護の二つ基準があることをどう解釈するかについて、「議会が二つの基準が分離されることを意思していたかどうかという問題は、裁判所が決定する純粋な法律解釈の問題である。法律解釈の伝統的な手段を用いて、我々は議会が二つの基準を分離可能なものとするを意思していないと結論した」とした。さらに移民国籍法と難民法の二つの基準が同じであるかどうかという問題は、基準が特定の事案に適用されるかどうかという解釈とは異なるとして Chevron 判決は適用されず、純粋な

法的問題であるとされた。

しかし、スカリア裁判官は同意意見の中で多数意見の立場は、「固定汚染源」への環境保護庁の曖昧な解釈に謙譲した Chevron 判決の立場と矛盾するのではないのかとの疑問を呈していた。また、パウエル裁判官らによる反対意見は、Chevron 判決を引用しなかった。

他方で、行政機関の解釈に謙譲がなされた事例として、例えば1990年の Sullivan v. Everhart 判決³¹¹)では、保険福祉省の過去の支払いの過不足を計算する規則が争われた。連邦最高裁の5名による多数意見は、法律の曖昧さを認定し、法律の執行として合理的なものであるとして、行政機関の解釈に謙譲するものであった。4名による反対意見は、議会の意思は明白であるとするものであった。

このように、裁判所には、行政機関の法律解釈に対して、Chevron 判決の第一段階（明白な議会意思の不存在）と第二段階（行政機関の解釈の合理性）を通じて行政機関の解釈に謙譲するか、それともしないか、そもそも Chevron 判決の法理を適用するかしないかという選択肢があることになる。

とは言え、Chevron 判決が、法的問題とも思われる行政機関の法律解釈について、裁判所が行政機関に謙譲する方向を示したことは確かであろう。

Chevron 判決の法理に、行政機関の専門性で説明される部分があるのは確かである。これには、行政機関の民主主義的責任という権力分立の観点も加味されているが、Chevron 判決を、権力分立だけで説明し尽くすのは難しいであろう。なぜなら、前節までで既に見たように、そもそも「なぜ、行政機関に広範な権限を委任するのか」ということが、行政機関の専門性で説明されるからである。

「行政機関に専門性があるから権限を授権した」のか、「権限を授権されたから行政機関に専門性がある」のかを問うのは、ある意味、鶏が卵を産んだのか、卵から鶏が生まれたのかを問うのに等しい空虚さがある。

四 Chevron 判決法理の展開

(1) 連邦最高裁の Chevron 判決の運用法は、一定のものではなく、事案に応じた個別的な解決を指向されて適用されているようだが、近年、Chevron 判決の範囲を拡張する判決と制限する判決の双方がくだされている³¹²⁾。

まず、1999年の United States v. Hagggar Apparel co. 判決³¹³⁾では、国際通商裁判所で争われる、関税還付訴訟において、合衆国関税局によって発布された規則が Chevron 判決の謙讓に適格かが問題となった。合衆国関税裁判所は、関税について初審の審査を行うものとされていた。しかし、連邦最高裁は、関税局によって公布された規則による法律解釈に、Chevron 判決は完全に適用されるとした。裁判所が初審的に事実認定をすることと、行政機関の法律解釈への謙讓に、連邦最高裁は何の矛盾も認めなかったのである。

古典的な議論では、「事実認定 行政機関、法的判断 裁判所」の図式に従い、中間領域である「法律解釈」はどちらが行うかという観点から、法と事実の混合問題の問題を設定していた。しかし、Hagggar Apparel co. 判決では事実認定と法的判断の双方が裁判所を行う、初審の審理の事案で、連邦最高裁が、行政機関の「法律解釈」への謙讓が打ち出したのである。この判決は行政機関の解釈への謙讓の方向性が強いと言える。

(2) 1999年の INS v. Aguirre-Aguirre 判決³¹⁴⁾では、Chevron 判決の適用をさらに拡張するかのような方向性が打ち出された。この判決は、移民国籍法の規定のうち「深刻な非政治的犯罪に参与した」外国人には、退去強制の保留が適用除外となるという規定に係るものである。移民不服申立委員会は、以前の裁決で採用された「深刻な非政治的犯罪」の解釈に依拠して、被告への救済を拒否した。控訴審判決は委員会の決定を破棄していたが、連邦最高裁は、移民不服申立委員会の解釈には Chevron 判決の謙讓が与えられ、支持されるべきだとして、控訴審判決を破棄したのである。

学説の中には、Chevron 判決法理の適用は、立法的規則制定手続による規則での法律解釈に制限されるとする説があった。だが、Aguirre-Aguirre 判決では、行政機関の裁決による法律解釈にも謙譲が与えられたのである。その意味で、Aguirre-Aguirre 判決は Chevron 判決の適用範囲がさらに拡大される可能性を示したのであるが、裁決による法律解釈に一般的に Chevron 判決が適用されるかどうかについては、依然として疑義のあるところではある³¹⁵⁾。

(3) ところが、2000年の FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 判決³¹⁶⁾で、連邦最高裁の五人による多数意見は、Chevron 判決を援用して、食料薬品局の未成年者へのたばこ製品の販売と流通を制限する規則を無効とした。多数意見は、規制枠組みに基づく主張や他のたばこ法との抵触に依拠して、議会は、食料薬品化粧品法の下で、食料薬品局の管轄からたばこを除くことへの「明白な意思」を持っていたと、結論した。つまり、法律の明白性という Chevron 判決の第一段階で問題を解決したのである。

さらに、多数意見は、何が Chevron 判決の二段階アプローチの重大な修正になるかを示した。Chevron 判決の謙譲は、議会の意思が曖昧なときは黙示的授権が推定されるということに依拠しているが、多数意見は、行政機関の管轄という「例外的」問題が関連するところでは、この推定は説得的ではないこと判示したのである。これに対し、四人による反対意見は、法律は曖昧であるとするものであった。

Brown & Williamson 判決も多様な読み方が可能であるが、少なくとも連邦最高裁の多数意見が、行政機関の解釈を尊重しなかったことは確かである。それはたばこの規制権限という、「行政機関の管轄」の問題は Chevron 判決の適用の例外と位置付けたことからわかる。

だが食料薬品局のたばこ規制は、クリントン政権の政治主導の下で進められたのであり、いわば「政策選択」なのである。その意味では、むしろ Brown & Williamson 判決は執行者の政策選択を尊重するという Chevron 判決の文面をやや修正するものであるとも言える。「議会の意思」が明白

なら、たとえ執行部の政策選択であっても謙譲は与えられず、Chevron 判決の第一段階によって、議会の意思が執行部の選択に優位するのである。

(4) 上に見たように、連邦最高裁の Chevron 判決の運用には、拡張と制限の双方の傾向が存在する。その中で2000年の Christensen v. Harris County 判決³¹⁷⁾は、Chevron 判決の適用範囲について制限し、古典的な先例、Skidmore v. Swift & Co. 判決³¹⁸⁾を復活させるものとして、注目された。

まず、Christensen 判決で再注目された古い判例、連邦最高裁1944年の Skidmore 判決は次のような事件であった。

企業に雇用された消防士が、消防室待機時間は労働時間であるとして手当を会社に求めたが、会社側は、手当を支払う必要のない待機時間だと反論していた。連邦最高裁によると、行政の「解釈告示 (Interpretative Bulletin)」は、手当を支払わなくていい待機時間であるかどうかは、自由に私的活動を行える程度によつていた。

行政解釈を尊重することについて、連邦最高裁は「行政官の政策は公的義務の追及であり、より専門化された経験と、裁判官が特定の事案で行うよりも広汎な調査と情報とに基づいて」いて、「行政官の政策と基準が対審形態での審理によって決定されていないという事実は、尊重が与えられないということを意味しない」とした。そして、行政官の裁定や解釈や意見は、裁判所を拘束するものではないが、裁判所と訴訟当事者が参照することが出来る多量の経験と啓発された判断となる。そこで「特定の事案でのこのような判断の評価は、考慮から明らかな一貫性、理由づけの妥当性、前後する言明との一貫性、統制権限を欠いている場合はこれら全ての要素に説得力が有ること、に依拠する」とされた。このように Skidmore 判決は、行政解釈の尊重を示していた。

Chevron 判決以降も連邦最高裁はまれに Skidmore 判決を引用していたが³¹⁹⁾、Christensen 判決は Skidmore 判決の先例効が依然として有効であることを確認したこと、法的効力の有無で Chevron 判決の領域を確定す

る点で注目された。

(5) 2000年の Christensen 判決では、公正労働基準法が、州と地方自治体に代替休暇の利用強制で公務員への就労時間遵守義務を充足させることを許容しているかどうか、争われた。争点は「代替休暇」について当局と公務員の間に合意がある時にだけこの規定が適用されるか、当局がこの要求を一方的に課すことが出来るかどうかであった。労働省賃金労働時間局は合意が要求されるとの立場をとって、オピニオン・レターを発行しており、これに Chevron 判決での謙譲が与えられることを主張した。

5人の多数意見を執筆したトーマス裁判官は、賃金労働時間局の解釈には Chevron 判決の謙譲が与えられないことを判示した。多数意見は「法的効力（force of law）」を持つ行政機関の解釈と、「法的効力」を持たない解釈を区別している。多数意見が挙げた例では、前者は正式裁決や告知コメントの略式手続を経た規則であり、後者は政策の言明や行政機関のマニュアル、オピニオン・レターや執行ガイドライン（いずれも略式規則制定手続を経していない）である。ここでは略式規則制定手続（告知コメント型手続）を経ているかどうかが重要視されていると言える。

多数意見によると、解釈が「法的効力」を持つときだけ、Chevron 判決の謙譲に適格である。「法的効力」を持たない解釈は、行政機関の解釈が「説得力」を持っているかどうか問う、Skidmore 判決の謙譲基準に服するというのである。つまり多数意見は、Skidmore 判決と Chevron 判決を別の枠組みとし、法的効力の有無によって事案の棲み分けを図っているのである。

Christensen 判決の多数意見のいう法的効力の有無とは、つまり、私人や裁判所や行政機関に対する法的拘束力の有無のことで、法的拘束力を持つ正式裁決又は「立法的規則」であるか、それとも、法的拘束力を持たない「解釈的規則」やオピニオン・レターであるかということである³²⁰。

これに対して、スカリア裁判官は一人の部分的な同意意見を判示した。スカリアによると「権限ある行政機関の見解への Skidmore 判決の謙譲は、

一つのアナクロニズムである。」

スカリアは労働省の解釈権限に何の疑問も持っていない。労働省の活動への司法省訟務部長による法廷助言書状が、オピニオン・レター以前に立場を確立していたというのである。スカリアによると、その解釈を確定させたオピニオン・レターには権限があり、最高裁は Chevron 判決の下で政府解釈を評価するべきであるというのである。スカリア裁判官の立場は、Chevron 判決を評価する従前の彼の立場と一貫している。彼は Chevron 判決の一択を求めているのである。

ブライヤー裁判官による反対意見は、Chevron 判決に関連する第三の見解を示している。ブライヤーは、スカリアのオピニオン・レターには権限があり、謙譲が与えられるということには同意している。しかし、スカリアのように、Skidmore 判決はアナクロニズムであるとするには強く反対している。

ブライヤーによれば、多数意見の Skidmore 判決への依拠は全く適切なものである。Chevron 判決は Skidmore 判決の謙譲理論に「関連する変更をなにも」持たない。Chevron 判決は「謙譲への、追加的な別の理由」を求めたにすぎないというのである。議会による授権がないところでは、裁判所は、行政機関の専門性や、意見が十分に考慮されたものかどうかといった、Skidmore 判決によって強調された要素の探求を続けるべきである。ブライヤー裁判官の立場は、Chevron 判決は Skidmore 判決の基準をより具体化したものであるという立場であり、基本を Skidmore 判決に据えるものであろう。

(6) Skidmore 判決は、ニュー・ディール期のものであり、行政機関の専門性の尊重の空気に満ちている。Christensen 判決が引用したのは「特定の事案でのこのような判断の評価は、考慮から明らかな一貫性、理由づけの妥当性、前後する言明との一貫性、統制権限を欠いている場合はこれら全ての要素に説得力があること、に依拠する」という Skidmore 判決のテストであるが、このテスト自体、Skidmore 判決の原意に従えば Chevron

判決以上に謙譲的になる可能性も有るだろう。しかし Christensen 判決は、Chevron 判決より厳格なテストとして、Skidmore 判決を引用しているように見える。

Christensen 判決は Chevron 判決の範囲を確定するうえでも、行政機関のインフォーマルなオピニオン・レターやガイドライン（日本でいう通達や要綱の類である）にアメリカ行政法学の目を向けさせたということでも画期的なものであった。

(7) Christensen 判決が問題提示した Skidmore 判決と Chevron 判決の棲み分けについては、連邦最高裁2001年の United States v. Mead Co. 判決³²¹⁾が、決定的な基準を提示した。Mead 判決は、関税局の発行した、システム手帳（day planner）は四％の関税が課せられる日記帳類にあたるとする回答状（ruling letter）に対して、輸入業者 Mead 会社が、関税の課せられない「その他の物」にあると主張した事例である。関税局の回答状による合衆国統合関税率表（Harmonized Tariff Schedule of United States）の解釈に、どのような謙譲が払われるか、Chevron 判決が適用されるか Skidmore 判決が適用されるかが争点であった。

スター裁判官による判決は、Chevron 判決の適用範囲を示すものであった。判決によると、Chevron 判決が適用されるのは、議会が行政機関に一般的に法的効力を持つ規則の制定を授權しているときである。そして判決によると、議会が法的効力を持つ行政活動を想定しているのは、このような効力の言明の基礎となるべき熟慮や公正性を促進する相対的にフォーマルな行政手続を、法律が規定しているときであるとした。こうして Chevron 判決の謙譲が与えられるのは、正式判決の手続や告知コメント型の略式規則制定手続を経た行政決定だということになる。また判決は、告知コメント型手続の重要性を述べるが、手続だけが事案を決定するのではないとして、告知コメント型の手続が行われない場合にも Chevron 判決の適用の余地を残している。

もっとも Mead 判決は、争点となった関税局の回答状については、議会

の授權の文言には、議会在關稅局に法的効力を持つ分類回答を發行する權限を授權することを意思していたことを示唆するものがないとして、Chevron 判決を適用しなかつた。本件での回答状は Christensen 判決の言う「解釈のうち、政策の言明、行政機關のマニュアル、執行ガイドライン、に含まれるもの」として扱われ、Skidmore 判決が適用されたのである。

(8) 正規の告知コメントによる略式規則制定手続を経た法律解釈には、Chevron 判決を適用し、略式手続よりもさらに「インフォーマル」な、手続無しに採用されるオピニオン・レターやガイドラインには Skidmore 判決を適用するという、Christensen 判決と Mead 判決のロジックには依然として解釈上の問題は残されている。

例えば、次のような問題がある。APA 553条(b)は、行政機關に正当な事由があるときは、告知コメントの略式手続無しに行政機關は規則を制定できる旨を定めているが、この例外規定によって制定された規則は、Skidmore 判決と Chevron 判決のどちらの法理によって審査されるのだろうか。また法的効力を持っていない解釈的規則も告知コメント手続の下で制定されることがあるが、この場合 Skidmore 判決と Chevron 判決のどちらの法理によって審査されるのだろうかといったことが指摘されている³²²⁾。

また、Skidmore 判決と Chevron 判決の棲み分けが問題となった事件として、連邦最高裁2002年の Barnhart v. Walton 判決³²³⁾がある。本件では社会保障局の、公式説明書等の多くの文書で示された社会保障法の解釈が争点であった。

ブライヤー裁判官による多数意見は、社会保障局の解釈を適法とするものであったが、その中で、「本件では、法的問題の隙間的な性質と、関連する行政機關の専門性と、法律の執行に対する問題の重要性と、行政機關の長期にわたる問題への取り組みについての慎重の考慮の、全ては、ここで問題となっている行政機關の解釈の適法性の審査に対する適切な法的レンズを Chevron 判決が与えることを示している³²⁴⁾」として、Skidmore

判決ではなく、Chevron 判決を適用した。本件では告知コメント型の制定手続を経ていない規則にも、事案の性質や行政機関の専門性を理由に、Chevron 判決が適用されたのである。

Mead 判決の示した、告知コメント型の手続が行われない場合でも Chevron 判決が適用される場合が、早くも示されたわけであるが、ここでは、Chevron 判決の審査基準は、Skidmore 判決の審査基準よりも緩やかなものと解されていると窺える。

(9) かつて法と事実の混合問題と呼ばれた、「行政機関の法律解釈」の争点において、判例がニュー・ディール期から Chevron 判決以降まで一貫として、行政機関の専門性という標語によって解決をしていることは注目されなければならない。ここにおいて、「裁判官 法律の専門家 法的判断」という構図が浸食されていることは、明らかなことであろう。

第三款 事実問題と専門性

(1) 行政機関の法律解釈の争点において、「裁判官 法律の専門家 法的判断」という構図が浸食されているのは上に見たとおりである。では、「行政機関 事業規制の専門家 事実認定」という構図は維持されるのであろうか。

実質的証拠法則や第一次的管轄の法理や行政救済を尽くす法理の説明に際して、行政機関の事実認定を尊重するという説明がなされることは既に見た。これらの法理は、いずれも行政機関が正式手続 聴聞 を行うことを前提としていた。これにより、行政機関があたかも第一審裁判所の地位を占めるのである。

聴聞手続が行われない、インフォーマルな³²⁵⁾手続による行政決定に対する司法審査がいかに行われるのかは、一つの争点となる。これについては、Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe 判決³²⁶⁾がリーディング・ケースと見なされている。

Overton Park 判決は、動物園・ゴルフ場などを有する公営公園内を縦断する道路建設計画に対して、環境保護団体が、土地利用に対して「実行

可能で賢明な」代替案がなく、公園への損害を可能な限り最小限にする計画を含んでいるときに限って道路建設のための連邦基金支出を授権した法律に違反しているとして、連邦運輸長官を訴えたものである。

連邦最高裁は、議会はコミュニティのコストと荒廃が、長官によって無視されるということ想定しておらず、法律の存在そのものが公園の保護に傑出した重要性が与えられることを示しているとし、長官は現在の代替ルート固有の問題を認定しない限り、公園の破壊を承認することは出来ないとした。

連邦最高裁は、原告の主張する実質的証拠基準の下での審査や、裁判所の初審的審査は採用しなかった。かわりに、最高裁が用いた審査基準は、まず、行政機関が法律の権限の範囲内で行動しているかどうかを審査し、次に APA 706条(2)(A)の「専断、恣意的、裁量の濫用、その他の法律への不服従」の審査として、行政機関の「決定が関連する諸要素の考慮に依拠しているかどうか、そして、明白な判断の誤りがあるかどうか」、行政機関が必要な手続的要求に従っているかどうかを審査するものだった。

連邦最高裁は、長官の決定への司法審査は、上の基準に従っているかどうかの認定をすることを妨げられているとした。行政機関の正式の事実認定が求められているわけではないが、上の基準に従っているかどうか、運輸長官が決定時に関連する諸要素を考慮したかどうかについて、行政側の記録が提出されていなかったのである。そこで完全な行政記録に基づいて審査をするために、事案は差し戻しとされた。また、最高裁は、決定に参加した行政機関の職員に、行動を説明する証言をすることを要求した。

結局、行政機関には正式の事実認定は求められなかったが、「完全な記録」が要求されることとなったのである。

Overton Park 判決は、裁決にも規則制定にも当てはまらないインフォーマル活動（本件では政策決定）への司法審査は、行政機関の記録に基づいて審査することを判示した重要な先例とされている³²⁷⁾。この種の活動は行政裁量に属するものとされ、APA 706条によると、専断や恣意

的であったり裁量の濫用であれば違法となる。この条項は専断かつ恣意的基準と呼ばれる。Overton Park 判決では、この専断かつ恣意的基準による審査として、行政機関が記録に基づいて、諸々の要素を充分に考慮しているかどうかということ審査することを示したのである。

Overton Park 判決は、専断かつ恣意的基準を、実質的に謙譲的ではない態様で運用した事例として知られている³²⁸⁾。この判決は、1970年代の行政活動への積極的な司法審査の口火を切るものであった。

(2) 社会保障の給付決定のようなインフォーマル裁決については、既に述べた1970年代のGoldberg 判決から Mathews v. Eldridge 判決³²⁹⁾ にいたる、一連のデュー・プロセス革命で、デュー・プロセスの観点からの手続的要求がされることが、確認されている。

1960年代に政治学者ウォルは、「今日の行政法での最も重要な局面は、行政決定の多くはインフォーマルに運営されているということである。」「今日の行政機関は、行政機関の管轄に来た事案の分量と技術的性質から大部分を発達させた、専門性と迅速性の要求する行政の手続を示している³³⁰⁾」とインフォーマル活動と専門性を結びつける主張をしていた。1970年代のOverton Park 判決やGoldberg 判決は、そのようなインフォーマル活動が無手続で行われることへの専門性からの弁証に、連邦最高裁が歯止めをかけたものであった。

(3) もっとも、ランディスの専門性理論は、聴聞が行われる正式裁決での実質的証拠法則の採用を念頭に置いた議論であったことに注意しなくてはならない。ランディスが、行政機関の事実認定が専門性から尊重されるということに、十分な手続で保護されていればという留保を付けていたことは、既に述べた。手続によって行政機関の専門性が正統化されるというランディスの原意からすると、無手続のインフォーマル活動が専門性獲得のため正当化されるというのは、実は論理の逆転であり、ランディスの立場と異なる。

ニュー・ディール期に、行政機関の非司法的な過程、つまりインフォー

マルな活動を、専門性で肯定したのは、W・ゲルホーンであった³³¹⁾。そして、最近の論考で、行政機関のインフォーマル活動を専門性から正当化することへ真正面から向き合ったのは、膨大な量のインフォーマル裁決によって行政が行われる社会保障行政に、官僚制的正義を見たマショウであろう。しかし、彼も、デュー・プロセスの尊重を念頭に置いていることに留意しておかなければならない³³²⁾。

行政機関に記録の作成を求め、記録を十分に考慮したかどうかを裁判所が審査するという Overton Park 判決の審査方式は、1970年代以降のハード・ルック法理による略式規則制定への司法審査に繋がっていく³³³⁾。行政が正しく専門性を発揮したか、熟慮したかを記録を通じて審査するという、行政機関の理由付けへの厳格審査であるが、この展開については既に見た。最近のアメリカ行政法学では、略式規則制定手続の手続が厳格化した結果として、効率性や柔軟性が損なわれるという「骨化 (ossification)」の問題が、議論されているところである³³⁴⁾。

(4) アメリカにおける、「行政機関 事業規制の専門家 事実認定」の構図への支持は根強いものがある。正式手続 (聴聞手続) を経て行われる裁決への司法審査には、現在も実質的証拠法則が適用される。既に見た、行政救済を尽くす法理や第一次的管轄の法理の判例群は依然として有効な先例である。また Overton Park 判決も、行政機関に記録や説明を求めはしたが、裁判所が初審的に事実認定をすると判示したわけではないのである。

そして、連邦最高裁1983年の Baltimore Gas & Electric Co. v. Natural Resources Defense Council, Inc. 判決³³⁵⁾ は、専断かつ恣意的基準の下で、争点が科学的不確実性を含むが故に、裁判所は、科学的専門性についての行政機関の判断を、尊重するとしている。

Baltimore Gas 判決は、原子力規制委員会が、許可委員会は、核廃棄物の恒久的貯蔵は環境に重大な影響を与えないと推定してよいという規則を制定したことは、専断かつ恣意的でないかが争点となった事案であった。

オコナー裁判官による判決は、まず、根本的な政策問題の解決は、議会

と議会から権限を授けられた行政機関に置かれているとする。そして、「審査を行う裁判所が留意しなければならないのは、原子力規制委員会は、科学のフロンティアという、特別の専門性の分野の中での、予想を作成しているということである。この種の科学的決定の審理においては、単純な事実認定と違い、裁判所は全体的に最も謙譲的でなければならない」と述べる。その後で、「我々の唯一の任務は、原子力規制委員会が関連する諸要素を考慮したかどうかと、認定された事実となされた選択との間の合理的な結合を明快に述べたかどうかを決定するだけである」として、原子力規制委員会の認定は、スタッフの報告書等で十分に理由付けされており、専断かつ恣意的ではないとしたのである。

科学的専門性について、行政機関のテクノクラートの専門性を尊重する動きが行政法学説内にあることは既に見た。Baltimore Gas 判決で、科学的決定への行政判断の尊重が打ち出されていることは明瞭である。特別の知識が求められる領域では、議会から権限を授けられた行政機関の科学的決定への正統性が高まる。

第四款 本節のまとめ

連邦最高裁の判例理論においても、「法的判断 裁判官、事実認定 行政官」の専門性理論の構図が見いだされる。Chevron 判決により、専門性で説明される領域は、増大しているとさえ言える。このように考えると、専門性理論の絶滅を宣言することは時期尚早であろう。Chevron 判決にせよ Skidmore 判決にせよ行政機関の専門性には言及しているのであるし、ニュー・ディール期前後の専門性を援用する判例は、依然として先例としての効力を持っており、その意味は問い続けられているのである。

もっとも行政機関の判断を尊重する各種の法理が専門性によって説明されることと、実際に行政機関の判断を尊重することは、別の問題である。現在のアメリカの裁判所は、行政機関の判断を覆すことも多々あるのであって、専門性を理由にいつも行政機関に現実には謙譲しているわけではないのである。「専門性モデル」が妥当しなくなったというのは、つまりは

行政機関の判断を裁判所が専門性を理由に尊重する頻度が下がったということであろう。

本章の小括と展望

(1) 「専門性」の概念は、20世紀を通じてアメリカ行政法の中で作用し続けてきた。そして、これからも「専門性」の概念は、何らかの形でアメリカ行政法に作用し続けるだろう。

アメリカ法で専門性がクローズ・アップされ続けたことの要因としては、アメリカ行政法の黎明期に、独立行政委員会への広汎な権限委任の正統性を確保するために専門性が援用されたことと、ニュー・ディール期の前後のアメリカ行政法判例で、実質的証拠法則や第一次的管轄の法理や行政救済を尽くす法理といった各種の法理が専門性によって説明されていたことが挙げられる。

そして、現在までのアメリカ行政法の理論を見れば、現在も依然として「専門性」の概念は、説明概念として命脈を保っていると言える。専門性理論の死滅を唱えるのは、それがニュー・ディール期の司法消極主義からの脱却という意味では、妥当であるが、アメリカ行政法全体を見渡して、専門性の理論への依存がなくなったと言うことはできないであろう。

アメリカの統治構造上、やもすれば行政機関は憲法上に根拠のない「頭なき第四部門」であるとされ、その存立の正統性に疑問が投げかけられる。故に行政過程の正統化を図ることは、アメリカ行政法学では常に必要とされることなのである。

ランディスに代表されるニュー・ディール期の「進歩派」の行政法学は、行政の専門性を唱える当時の判例理論の展開を受けて、裁判官の個人的決定による司法過程に対する、組織的決定による行政過程の必要性や優越性を、行政組織全体の専門性で正統化しようとした。これは、1960年代以降の行政不信の高まりの中で動揺を余儀なくされた。だが、完全に死滅することはなく、1980年代の権力分立理論への再注目の中で復権したのである。

今後もアメリカに準司法的権能と準立法的権能とを授けられた行政過程が行政権を行使するという体制が存立する限りは、そもそもの行政規制の存在の是非や、権限授けの範囲や、司法審査の密度といったメタ理論のフィールドで、専門性の理論は語られ続けるだろう。

そして、メタ理論が語られるところで、アメリカ行政法への隣接諸学問からの理論的影響がある。政治と行政の分断論や、ニュー・ディール期の専門性尊重の空気、利益集団多元主義の理論、公共選択理論といった各種の理論が、「行政国家構造はどうあるべきか」と言うメタ理論のフィールドから、アメリカ行政法学に流入しているのである。しかし、行政法学に流入してきた他の学問の議論は、論者による換骨奪胎を経る。それは、専門性の理論や利益集団多元主義の理論、あるいは漸増主義と総覧主義の議論が、行政学のそれと行政法学とで問題関心が異なっていることから窺えることであろう。

多くのアメリカの行政法学者は、隣接諸学問の議論を、判例や法律を説明するための借用概念として用いているだけなのである。そして、他の学問分野にコミットメント 対話 をする姿勢は、論者にもよるが、一般的にはそれほど強くない。このことが、第一章で取り上げた、表層的には、アメリカ行政法学には隣接諸学問への影響が見られるにもかかわらず、実際には、アメリカ行政法学と隣接諸学問との間で対話が活発になされているわけではないという現象に繋がるのであろう。

(2) ランディスの専門性理論には、行政過程の正統化の他に、司法審査の基準として機能する部分もあった。すなわち「裁判官 法の専門家 法的判断」「行政機関 事業規制の専門家 事実認定」の構図である。この構図は、APA の規定の解釈から導けるものでもあり、アメリカ行政法の判例理論で広く用いられている。

この構図は正式手続における実質的証拠法則や、第一次的管轄の法理、行政救済を尽くす法理といった各種法理を語る上では有意に機能する。だが、現在のアメリカの行政判例法を見るに、この構図にはやや動揺が見ら

れる

「裁判官 法律の専門家 法的判断」の構図は、行政機関の法律解釈への、裁判所の Chevron 判決法理による解決によって、浸食されつつあると言える。もっとも、この構図で説明される判例が、現在でも依然として多数存在することも事実である。

(3) アメリカ行政法での専門性の議論は、上に見たとおりである。アメリカ行政法を見る限りでは、次のようなタイプの専門性を想定することができるだろう。

個々の公務員の専門性

まず、行政組織の専門性と公務員の専門性の区別を見ることができる。アメリカ行政法の黎明期には、個々の公務員が訓練されているという公務員の専門性が語られた。これは行政学の議論と親和的である。だが、ニュー・ディール期以降は、行政組織の専門性が語られることになった。以降、公務員の訓練や任用といったテーマはアメリカ行政法学から放逐され、行政学の手に乗ねられたように思える。

現在、アメリカ行政法において主として登場してくる専門性は、行政組織、つまり、行政官僚制を全体としてみたときの専門性である。だが、行政組織を構成する専門性としても、多様なタイプの専門性が登場してきた。それらは行政学からインスパイアされたと言うよりも、アメリカの行政法学が独自に形成した問題意識の中から生じたものである。

以下で、さしあたり、三つの類型を挙げる。

行政の日常的活動による専門性

特別化された行政機関は、日常的業務活動によって自らの行政領域における知識を蓄積し、専門性を獲得する。この種の専門性が主張される場合、公務員が訓練されていることは、ある程度前提とされるが、個々の公務員が専門家であることは必ずしも必要とされない。行政組織全体としてみたときの専門性が問題となるのである。

このような専門性は、ニュー・ディール期ランディスが主張したタイプの専門性であり、ニュー・ディールから、現在までのアメリカ行政法判例の重要な正当化要素であった

この種の専門性が理論的によく機能するのは、権力分立のなかで行政機関の役割を正統化する場面においてである。1970年代の専門性批判により、ニュー・ディール期の勢力は失ったが、1980年代以降の権力分立理論へのアメリカ行政法の集中もあり、行政機関の「専門性」は依然として、アメリカ行政法の説明概念として機能し続けているのである。

科学的専門性

行政活動は、科学領域の規制や助成にも及ぶ。この業務に携わる公務員はテクノクラートとなるであろう。この種の科学は、人文科学や社会科学においても語ることができる。科学的専門性は特定分野の行政を特徴づけることができる。逆に言えば、科学的専門性によって、全ての行政領域を特徴づけることはできない。この種の専門性は、科学領域に対して、特殊な行政機関や行政手法を用いる根拠としても用いられることができる。

科学的専門性は、ニュー・ディール期にも意識されていたが、1980年代以降のリスク規制の議論や、科学技術の統制に関する判例理論において、重要性を持っている。この種の専門性は、科学そのものが特殊な知識を必要とするが故に、行政が専門特化することによって得られる、行政の日常的活動による専門性とは区別される。

科学的専門性を根拠に行政の専門性を導く立場は、行政機関内の個々の専門家の存在を基軸としていた、ランディス以前のフランクファーターの理論に接近する。この種の専門性も権力分立のフィールドで行政機関の正統性を導くことができる。

プロフェッションの専門性

職能固有の技術体系、職業倫理、自律性を持っている専門職をプロフェッションと呼ぶ。例えば、医者や教師や弁護士である。顧客との信頼に基づいたヒューマン・コミュニケーションによって事務を遂行するプロ

フェッションの「専門性」は、上の二種とは異なるものであろう。行政組織内で、この種の専門性を持つものとして、ケースワーカーや教師が想起されるだろう。

プロフェッションの専門性は、マショウがプロフェッションについて、一般的な行政官僚制から区別したように、行政機関の持つその他の専門性とは別種のものである。しかし、行政の多様化によってプロフェッションが官僚制内に組み込まれるということがあることは、教師やケースワーカーの例を見れば明らかであろう。

さらに言えば、本稿ではふれなかったが、行政学において、ワルドーによって主張され始めた、プロフェッションとしての行政学のアプローチがあること³³⁶⁾を付言しておかなければならない。このアプローチを突き詰めれば、一般的な行政公務員も、「行政学」というプロフェッションのディシプリン(専門性)を身につけたプロフェッションであることが想定されるのである³³⁷⁾。この行政管理学のディシプリンの獲得を行政の意思決定者にも求めるなら、ランディスさえも否定した強度な専門性の保有主体としての行政を想定することになる。

アメリカ行政法において、想定されている専門性については、上のような類型化を試みる事が出来る。(勿論、このほかの専門性の存在を想起することは可能である)³³⁸⁾。行政活動は、行政組織に想定される専門性と、公務員個々人の訓練によって獲得された専門性とが、アーティキュレートされて遂行される。この各種専門性は、行政法の様々な断面で、時には個別に、時には複合的に機能する。

168) Steven P. Croley, *Theories of Regulation*, 98 COLUM. L. REV. 1, 31-33 (1998). 同書を紹介する文献として、村松直子『『交渉による規則制定に関する法律』とアメリカ合衆国における規制理論(1)(2)』法学論叢145巻4号(1998)57頁, 147巻4号(2000)60頁, 常岡孝好「パブリック・コメント制度と公益決定」公法研究64号(2002)187頁。

169) ROBERT A. DAHL, WHO GOVERNS? 1-8, 85-86, 163-165, 311-325 (1961). 同書の翻訳として、ロバート・A・ダール(河村望=高橋和宏監訳)『統治するのはだれか』(行人社,

1988）。ダールの主張について簡潔な記述として、村松岐夫『行政学教科書』（有斐閣，第2版，2001）12頁以下。パワー・エリート論については、C・W・ミルズ（鶴飼信成＝綿貫譲治訳）『パワー・エリート（上・下）』（東京大学出版会，1969）。

170) THODORE J. LOWI, THE END OF LIBERALISM 36-39 (2d ed. 1979). 同書の翻訳として、セオドア・ロウィ（村松岐夫監訳）『自由主義の終焉』（木鐸社，1981）。

171) *Id.* at 57-63, 271-292.

172) *Id.* at 298-313.

173) Stewart, *supra* note 54.

174) *Id.* at 1675, 1711-1760.

判例・学説の観察を通じて、行政法全般を概括的にモデル化するという政治学的な分析手法は、スチュワート以前の旧世代の行政法学者には見られなかった方法であった。スチュワート以前のアメリカ行政法学で、オーソドックスな判例分析や法律解釈を超えて、何らかの行政法全般にわたる一元的なモデルの構築を明確に指向し、そして成功したものは（筆者の知る限りで）なかった。単なる判例分析を超えたモデル構築を指向し、そしてモデルの構築に成功したことが、スチュワートの業績を傑出したものにしたのである。メリルの次の言葉がこのことを示唆している。

「これらの発展へのスチュワートの分析は、旧世代の行政法学者によって創作された何物よりも独創的かつ洗練されたものである。そして、この論稿の影響については言うまでも無いことであろう：これは、それまで書かれたものの中で最も広く引用された行政法の文献なのである。」Merrill, *supra* note 98, at 1063.

175) 神長勲「紹介」法律時報49巻10号（1977）116頁，竹中勲＝曾和俊文「紹介」アメリカ法 [1979 1] 113頁，古城誠「規制緩和理論とアメリカ行政法」アメリカ法 [1986 2] 273頁，畠山武道「現代経済社会と行政」正田彬ほか『現代経済法講座 — 現代経済社会と行政』（三省堂，1990）151頁。

176) 新多元主義理論の紹介も含めて、詳しくは、Croley, *supra* note 168, at 56-60.

177) Stewart, *supra* note 54, at 1762-1790.

178) *Id.* at 1802, 1805, 1813.

179) 435 U. S. 519 (1978).

180) 詳細については、邦語文献として以下の文献を挙げておく。宇賀克也『アメリカ行政法』（弘文堂，第2版，2000）77頁以下。紙野健二「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」名古屋大学法制論集80号（1979）166頁，210頁以下，大浜啓吉「アメリカにおけるルールメイキングの構造と展開(4)」自治研究63巻5号（1987）110頁，121頁以下。

181) 448 U. S. 607 (1980).

182) 452 U. S. 490 (1981).

183) 463 U. S. 29 (1983).

184) State Farm 判決は、ハード・ルック審査によって理由付けへの審査を行った判例と、位置づけられる。ALFRED C. AMAN, JR. AND WILLIAM T. MAYTON, ADMINISTRATIVE LAW 523-529 (2d ed. 2001); RICHARD J. PIERCE, JR. ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS 391-397 (4th ed. 2004).

- 185) Chevron, U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984).
- 186) Colin S. Diver, *Policymaking Paradigms in Administrative Law*, 95 HARV. L. REV. 393 (1981). 同書の紹介として, 参照, 大林文敏「紹介」沖縄法学11号(1983)227頁。
- 187) *Id.* at 395. 行政学的な漸増主義モデルの説明は, 村松・前掲注(169)17頁以下。
- 188) *Id.* at 396-401.
- 189) *Id.* at 401-421.
- 190) *Id.* at 421-428.
- 191) *Id.* at 428-433.
- 192) SHAPIRO, *supra* note 9, at 3-12, 31-33.
- 193) *Id.* at 3, 12-29, 33-35.
- 194) *Id.* at 44-54.
- 195) MASHAW, *supra* note 57, at 23-25; Stewart, *supra* note 54, at 1689-1693. マシヨウによれば, 1970年代中盤から, 『『公共 (public)』』についてのすべてのものが疑わしいものとなった』のである。MASHAW, *supra* note 57, at 23.
- 196) RICHARD J. PIERCE, JR. 1 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 24-25 (4th ed. 2002)
- 197) JERRY L. MASHAW, BUREAUCRATIC JUSTICE 1 (1983). 同書の書評として, 染谷雅幸「学界展望」国家学会雑誌101巻1・2号(1988)193頁。同書を取り上げるものとして, 本多・前掲注(99)316頁以下。マシヨウのモデルの専門訴訟への適用可能性を探るものとして, 渡辺千原「専門訴訟と裁判の変容」和田仁孝ほか編『法社会学の可能性』(法律文化社, 2004)259頁。
- 198) *Id.* at 24-31.
- 199) *Id.* at 31-46.
- 200) *Id.* at 198-209.
- 201) *Id.* at 225-227.
- 202) リブマンとスチュワートは, マシヨウの官僚制的正義の書評の中で, マシヨウの分析が, 社会保障行政はともかく, 環境規制のような分野で妥当かということや, フランスのコンセイユ・デタのようなスーパービューロの創設が現実的な主張かといった疑問を提示している。Lance Liebman & Richard B. Stewart, *Book Review: Bureaucratic Vision*, 96 HARV. L. REV. 1952 (1983)
- リブマンとスチュワートはこのような言葉で書評を締めくくる。
- 「究極的な問題は, 官僚制的合理性が, 効果的で, かつ, アメリカ社会の政治的文化的複雑性への感受性を残した, 行政国家を保証することができるかどうかである。進歩派とニュー・ディールは, そのような国家を約束した。マシヨウは, この約束を幻想だと片付けてしまうのはあまりにも安易だということを, 我々に思い起こさせているのである。」
- 「マシヨウの提案の方向に真剣に移行するには遠大な変革が求められるが, 彼のケース・スタディは, ジェイムス・ランディスの『行政過程』以降で, もっとも説得的かつ洗練された説明を, 官僚制的正義の主張に与えたのである。」*Id.* at 1968.
- ピアースは, ニュー・ディール期に行政法と行政機関の有用性を論じたストーン裁判官と同じ結論に, 半世紀後マシヨウが到達したと分析している。PIERCE, *supra* note 196, at

14.

- 203) MASHAW, *supra* note 197, at 10-11.

すなわち、マショウの官僚制的正義の理論は、Goldberg 判決以降のデュー・プロセス革命による行政手続強化の潮流に対して、インフォーマルな手続での行政決定の優位を主張して対抗するものでもある。平易な説明として、ERNEST GELLHORN & RONALD M. LEVIN, *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS* 234-235 (4th ed. 1997).

- 204) 530 U. S. 103 (2000).

もっとも、Sims 判決は、社会保障局の手続が「対立的」ではなく「糾問的」であることを指摘して、司法が行政救済を尽くす法理を課するのは、社会保障手続の性質を前提とすると、不適切であると判示した事案であった。

行政救済を尽くす法理については後述するが、Sims 判決では、社会保障手続が「糾問的」であるから行政救済を尽くすことの要求は小さいとされた。逆に「対立的」つまり、裁判類形の厳密な手続であれば行政救済を尽くす法理の適用の余地が大きいというのである。これはランディスのような、行政機関を「事実問題の専門家」と見て、正式判決を典型として行政過程が展開するという立場に合致する。この立場では、行政機関が手続を尽くした結果の事実認定は、裁判所から尊重されるのである。

そこで、マショウのように組織的決定によるインフォーマルな行政過程にこそ合理性を見出す立場と、Sims 判決の立場とでは、行政救済を尽くす法理の適用について、相克する部分があるということになる。Sims 判決では、糾問的な手続であることを理由に、行政権への尊重が払われていないのである。

官僚制の合理性を主張するマショウの立場に、親和的なのは、社会保障局と裁判所の手続の違いこそが、争点に行政救済を尽くす要求に賛成させるのだという、Sims 判決のブライヤー裁判官の反対意見である。なお、後で見るようにブライヤーも、行政機関の専門性を主張する最近の論者の一人である。

- 205) マイケル・リプスキー(田尾雅夫訳)『行政サービスのディレンマ』(木鐸社、1986) 17 頁以下(原著は1980年に出版)。

「ストリート・レベルの官僚」についての教科書的な説明として、西尾勝『行政学』(新版、2001) 207頁以下。我が国での研究として、畠山弘文『官僚制支配の日常構造』(三一書房、1989)。

アメリカ行政法学において、ストリート・レベルの行政職員の裁量の研究は、デイヴィスによってなされていた。DAVIS, *supra* note 103; KENNETH CULP DAVIS, *POLICE DISCRETION* (1975)。同書には翻訳がある。参照、ケネス・C・デイビス(神長勲訳)『警察の裁量をどうコントロールするか』(勁草書房、1988)。

ただし、デイヴィスは、第一線の行政職員の行政裁量はルールによって統制されるべきだと主張したが、リプスキーは、後述するように裁量の制限で職務が改善されるわけではないとしたことに、留意を要する。

- 206) リプスキー・同上, 31頁以下。

- 207) リプスキー・同上, 50頁。

- 208) リプスキー・同上, 274頁以下。

- 209) リプスキー・同上, 278頁以下。
 210) MASHAW, *supra* note 197, at 220-221.
 211) MASHAW, *supra* note 57, at 206.
 212) *Id.* at 155-156.

アローの不可能性定理は、投票のパラドクスで説明されるものである。下図のような選好の順序を持つ投票者がいた場合、もし、XとYのどちらを好むかを全員に最初に質問すれば、多数決ではAとCが賛成するXに決定し、次にYとZのどちらを好むかと全員に質問すればAとBが賛成するYに決定し、 $X > Y > Z$ の選好順序が多数決で決定される。

しかし、最初にXとZのどちらを好むかと全員に質問すれば、多数決でBとCの賛成するZに決定し、次にXとYのどちらを好むかと全員に質問すれば、AとCの賛成するXに決定し、結局、この場合の選好順序は $Z > X > Y$ となる。

このように投票の順序によって多数決の結果は左右されるように、個人の選好を基礎に投票で合理的な社会選択をすることは不可能であるということを示したのが、アローの不可能性定理である。詳しくは、*Id.* at 12-13. 財政学からの説明として、神野直彦『財政学』(有斐閣, 2002) 86頁以下。

マシヨウはこの理論を逆にとりて、人民の選好順序が定まらないところでは、議会による多数決で決定するのではなく、行政機関に広汎に委任して決定することこそが、民主主義的責任を果たす方法になると主張しているのである。

専門性の主張と投票のパラドクスに基づく権限委任の主張は、異なるものと位置づけることも可能であるが、PIERCE, *supra* note 196 at 98-100. マシヨウが行政機関への権限委任を正統化しようとしていることには、変わらない。

投票者	選好順序
A	$X > Y > Z$
B	$Y > Z > X$
C	$Z > X > Y$

- 213) MASHAW, *supra* note 57, at 206.

この主張は、イリイの、行政官への広汎な権限委任は非民主的であり、議会は立法目的を明示し、委任法理は厳格に適用されるべきであるという主張への、批判でもある。イリイの議論については、JOHN HART ELY, *A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 131-134 (1980). 同所には翻訳がある。ジョン・H・イリイ(佐藤幸司=松井茂記訳)『民主主義と司法審査』(成文堂, 1990)。

なお、ここでは、マシヨウは司法審査を制限することを主張しているわけではない。MASHAW, *supra* note 57, at 156-157. あくまで行政機関への権限の委任を正統化しているにとどまる。

- 214) STEPHEN BREYER, *BREAKING THE VICIOUS CIRCLE* 10-29 (1993). 本書を取り上げる論稿として、黒川哲志『環境行政の法理と手法』(成文堂, 2004) 13頁以下。
 215) *Id.* at 50.

- 216) *Id.* at 56-64.
- 217) *Id.* at 73-74.
- 218) *Id.* at 74-80.
- 219) Jeffrey E. Shuren, *The Modern Regulatory Administrative State*, 38 HARV. J. ON LEGIS. 291, 328.
- 220) 駒村・前掲注(70)182頁は、多元主義理論による行政の専門性の神話の克服を主張する。多元主義理論が唱えられた背景はその通りである、だが、現在のアメリカ行政法学では、多元主義理論以降、「行き過ぎた多元主義の弊害」が問題となっており、それが行政法レベルでの専門性の復権を導いているように思える。
- 221) ACKERMAN & HASSLER, *supra* note 150.
- 222) *Id.* at 104-115.
- 223) *Id.* at 121-126.
- 224) Martin Shapiro, *Administrative Discretion*, 92 YALE L. J. 1487, 1517 (1983). 同論文の紹介として、由喜門眞治「論文紹介」六甲台論集38巻3号(1991)133頁。
- 225) MASHAW, *supra* note 57, at 23.
- 226) Martin Shapiro, *On Predicting the Future of Administrative Law*, REGULATION, May-June, 1982, at 18, 25.
- 227) SHAPIRO, *supra* note 9 at 134-143.
- 228) *Id.* at 153-158.
- 229) *Id.* at 159-168.
- 230) *Id.* at 173.
- 231) Croley, *supra* note 168, at 76-78.
- 232) CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE 145-146 (1997). 同書には翻訳がある。キャス R. サンステイン(有松晃ほか訳)『自由市場と社会正義』(農文協, 2002)。同書の書評としては会沢恒「学界展望」国家学会雑誌112巻7・8号(1999)826頁。
- 233) Mark Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARV. L. REV. 1511 (1992).
- 234) *Id.* at 1541-1554.
- 235) *Id.* at 1554-1562.
- 236) *Id.* at 1576.
- 237) 西尾・前掲注(205)10頁。

もっとも NPM の定義自体にも様々なものがある。

村松岐夫によると、「NPM が何であるかを一言で言うことは難しい」が、NPM は、第1に、市場を出来るだけ大切にするという思想を主張していること。第2に、NPM は、市場的な誘因を行政システムの運営に利用しようとする。第3に、NPM は現代行政におけるモニタリングの重要性を指摘している、とのことである。村松・前掲注(169)45頁。

西村美香は NPM を構成する基本概念は、能率 (efficiency)、競争性 (competitiveness) と顧客 (client/customer)・消費者 (consumer) 概念、質 (quality)、柔軟性 (flexibility) と分権化 (decentralization)・権限移譲 (devolution)、アカウン

タビリティ (accountability) であるとする。西村美香「New Public Management (NPM) と公務員制度改革」成蹊法学45号 (1997) 352頁, 346頁以下。

大住莊四郎は、NPM を、経営資源の使用に関する裁量を広げる (Let Managers Manage) がわりに、業績/成果による統制 (Management by Results) を行う。市場メカニズムを可能なかぎり活用する; 民営化手法, エイジェンシー, 内部市場などの契約型システムの導入。統制の基準を顧客主義へ転換する (住民をサービスの顧客と見る)。

統制しやすい組織に変革 (ヒエラルキーの簡素化) する, と特徴付けている。大住莊四郎『ニュー・パブリック・マネジメント』(日本評論社, 1999) 1頁。

238) 西村・前掲(237)349頁以下, 大住莊四郎『NPM による行政革命』(日本評論社, 2003) 12頁, 29頁以下, 大山耕輔「クリントン政権の行政改革と NPM 理論」季刊行政管理研究 85号 (1999) 24頁。

239) 西村・前掲(237)348頁以下, 小林正弥「官僚制」森田朗編『行政学の基礎』(岩波書店, 1998) 19頁, 27頁。

240) STEPHEN BREYER, REGULATION AND ITS REFORM 164-174 (1982); Richard B. Stewart, *Regulation, Innovation, and Administrative Law* 69 CAL. L. REV. 1256, 1326-1338 (1981) [hereinafter Stewart, *Regulation*]. この動向を紹介するものとして, 北村喜宣「アメリカにおける大気汚染規制の改革」民商法雑誌97巻 3号 (1987) 28頁。

スチュワートの最近の主張については, 例えば, リチャード・B・スチュワート (福士明訳)「アメリカ環境法の新世代」アメリカ法 [2002 1] 1頁。Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N. Y. U. L. REV. 437 (2003)。

241) Stewart, *Regulation*, *supra* note 240, at 1335.

242) JOHN A. ROHR, CIVIL SERVANTS AND THEIR CONSTITUTIONS, ix (2002).

クリントン政権時代の規制改革については, 本多滝夫「アメリカにおける行政改革の理念と実像」ジュリスト1161号 (1999) 40頁, 曾和俊文「環境規制の新展開と法の支配」山村恒年先生古稀記念論集『環境法学の生成と未来』(1999) 135頁。

243) Jerry L. Mashaw, *Reinventing Government and Regulatory Reform*, 57 U. PITT. L. REV. 405, 408-410, 414-415.

244) *Id.* 416-422.

245) Alfred C. Aman Jr., *A Global Perspective on Current Regulatory Reforms*, 2 IND. GLOBAL L. STUD. 429 (1995). 書評として, 宇賀克也「紹介」アメリカ法 [1997 2] 198頁。

ワーハンはクリントン政権の国家業績審査を「非法化 (delegalization)」と位置付けている。Keith Werhan, *Delegalizing Administrative Law*, 1996 U. ILL. L. REV. 423, 431-440 (1996).

246) ROHR *supra* note 242, at xi.

247) 「行政に固有な法の体系」の語は小早川光郎の用例による。小早川光郎『行政法 上』(弘文堂, 1999) 31頁以下。

本稿が, これまで見てきた, アメリカ行政法の専門性の理論は, もっぱらメタ理論として展開されてきたものであった。行政手続はどうあるべきかだとか, 授權の範囲であると

か、司法審査をどの程度及ぼすかといったことについてであるが、それは、小早川が、英米における「行政に固有な法の体系」と呼んだものの、構成原理についての議論である。小早川・同上、31頁以下。

アメリカの専門性理論の論者達が唱えているものが、司法裁判所からある程度自由な行政過程、組織的決定(後で見る)に基づく行政過程、インフォーマルな行政過程の承認であることを見たとき、そこには、大陸法における「行政の仕組み」と類似が見られるだろう。大陸法における行政の仕組みについては、小早川・同上、13頁。

そして、マショウは、コンセイユ・デタと比喻される、行政上の不服申立ての最終進級となる、スーパー・ビューロを指向している。ここで目指されているものは、大陸型の「行政的法機構(行政制度)」に匹敵するであろう。行政的法機構については、小早川・同上、23頁。

だが、アメリカの憲法構造の下では、完全に司法部から独立した行政部の創設に、多大な理論的困難が伴うことは言うまでもない。アメリカにおける行政裁判所構想については、大橋真由美『行政紛争解決の現代的構造』(弘文堂、2005)90頁以下。

- 248) スチュワートの利益集団多元主義やセイデンフェルドの共和主義あるいは、熟慮的民主主義論や、協働的過程といった議論は、行政過程についてのメタ理論と位置づけられている。PETER L. STRAUSS ET. AL. GELLHORN AND BYSE'S ADMINISTRATIVE LAW 351 (10th ed. 2003).
- 249) この展開を「思惟律」の違いと転換として分析するものとして、中川丈久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量(1)(2)」法学協会雑誌107巻4号(1990)621頁、5号818頁。
- 250) LANDIS, *supra* note 38, at 129-130.
- 251) 222 U. S. 541 (1912).
- 252) STRAUSS ET. AL., *supra* note 248, at 939-940 (1995).
- 253) 253 U. S. 287 (1920).
- 254) 298 U. S. 38 (1936).
- 255) RITCHIE, *supra* note 34, at 23-25.
- 256) LANDIS, *supra* note 38, at 142-144, 152.
- 257) 307 U. S. 125, 149 (1939).
- 258) 305 U. S. 197 (1938).
- 259) The Administrative Procedure Act, 60 Stat. 237 (1946).
- 260) Institutional decision は、「制度的決定」と訳されることが多いが、「司法過程では、裁判官は個人的決定(individual decision)をするが、行政過程では行政機関の長とスタッフが institutional decision をする」という風な対比で用いられる語なので、「組織的決定」とでも訳すほうが妥当である。なお、小早川光郎は「機構的決定」の語を用いているが穏当な訳であろう。小早川光郎『行政法講義 下』(弘文堂、2002)12頁。
- 261) GELLHORN & LEVIN, *supra* note 203, at 258-259.
- 262) 参照、本稿第二章第三節第四款。
- 263) GELLHORN, *supra* note 71, at 28-29.
- 264) Morgan v. United States, 298 U. S. 468 (1936).

- 265) Morgan v. United States, 304 U. S. 1 (1938).
- 266) PIERCE, *supra* note 196, at 555.
- 267) Morgan v. United States, 313 U. S. 409 (1941).
Morgan I 判決とまとめて、行政機関の長は決定の根拠を理解しておかなければならぬ
いが、自ら聴取をする必要はないと解されている。PIERCE, *supra* note 196, at 555.
- 268) BERNARD SCHWARZ, ADMINISTRATIVE LAW 433-434 (3d ed. 1991).
なお、後で見る Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe 判決 (401 U. S. 402
(1971)) で、連邦最高裁は、「決定に参加した行政官に彼らの行動を説明する証言をする
ことを要求することができる」と判示して、行政の意思決定者の心理過程への調査を肯定
している。Overton Park 判決は続けて Morgan 判決を引用して、「もちろん、行政の意
思決定者の心理過程への、かかる調査は、通常は回避される」とも述べている。Overton
Park 判決によると、行政の事実認定があるときは、害意 (bad faith) 又は不適切な行動
の強い立証があるところで、このような調査がなされるとしている。(401 U. S. 420).
下級審判例の大勢は、Overton Park 判決ではなく、Morgan 判決に従っており、行
政官の「不適切な行動」の立証があった場合に、Overton Park 判決を適用しているよう
である。以上につき、PIERCE, *supra* note 196, at 555-558.
- 269) STEPHEN G. BREYER, ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY 935 (5th ed.
2002).
- 270) PIERCE, *supra* note 196, at 554.
- 271) 行政救済を尽くす法理について、詳しくは、荒秀「米行政法における exhaustion of
administrative remedies の法理について」公法研究23号 (1961) 153頁、玉國文敏「行政
救済に対する司法審査の限界(1)(2)(3)」自治研究49巻10号 (1973) 145頁、11号115頁、12号
143頁。金子正史「アメリカ行政訴訟における紛争の成熟性の法理(1)」自治研究64巻6号
(1988) 78頁。
- 272) 303 U. S. 41 (1938).
- 273) 5 U. S. C. § 704 (2004).
- 274) AMAN & MAYTON, *supra* note 184, at 423.
- 275) 395 U. S. 185 (1969).
- 276) もっとも、行政機関の正式判決による行政過程を想定しているランディスのような立場
と、インフォーマルな行政過程をも官僚制の合理性で説明しようとするマショウのような
立場とで、行政救済を尽くす法理の適用の範囲を巡って争いが生じうる。それが、脚注
(204) で見た、Sims 判決の相対多数意見と反対意見の差であろう。
- 277) 402 U. S. 479 (1971).
- 278) 503 U. S. 140 (1992).
- 279) 509 U. S. 137 (1993).
- 280) PIERCE ET AL., *supra* note 184, at 200.
- 281) 第一次的管轄の法理については、西鳥羽和明による包括的な研究がある。詳細について
はそちらを参照されたい。西鳥羽和明「アメリカ行政法における『第一次管轄権』法理序
説」早稲田政治公法研究9号 (1980) 185頁、同「反トラスト訴訟と Primary Jurisdiction

法理」早稲田政治公法研究10号(1981)219頁,同「労働協約訴訟と Primary Jurisdiction 法理」早稲田政治公法研究11号(1982)201頁,同「司法と行政の管轄権競合の調整と機能分担(1)(2)(3)」近代法学32巻3,4号1頁,34巻1,2号(1986)33頁,34巻3,4号(1987)1頁。

282) 204 U. S. 426 (1907).

283) AMAN & MAYTON, *supra* note 184, at 433.

284) 342 U. S. 570 (1952).

285) *Id.* at 574-575.

286) 352 U. S. 59 (1956).

287) RICHARD J. PIERCE, JR. 2 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 918 (4th ed. 2002)

288) 426 U. S. 290 (1976).

289) *Id.* at 305-306.

290) CHRISTOPHER F. EDLEY JR., ADMINISTRATIVE LAW 21 (1990).

エドリーは、それぞれのパラダイムの例として、利害調整はスチュワートの多元主義、執行部の客観性はマショウの官僚制的合理性、司法の裁決の公正性はジャッフェの理論をあげ、どれも不十分なものとしている。*Id.* at 135-162.

なお、エドリーの同書での主眼は、行政法における理論的混乱を引き起こす三分法を克服して、三つの意思決定パラダイムが統合された三重奏(trio)の行政法を確立することである。*Id.* at 221-225.

291) 本稿はこのことを既に見ている。例えば、前掲 State Farm 判決では、政権交代が行政機関のシートベルト政策の変更のきっかけのひとつであった。ここでの行政決定は、科学的専門性のみに基づいてなされたのではなく、政策的な背景の結果でもある。

292) DICKINSON, *supra* note 24, at 55.

事実問題と法的问题の議論について、詳しくは、橋本・前掲注(13)186頁以下、大浜啓吉「制限審査法理の変容と法の支配」高柳信一先生古稀記念論集『行政法学の現状分析』(勤草書房,1991)479頁,周作彩「アメリカ行政法における法律問題の概念」南博方先生古稀記念『行政法と法の支配』(有斐閣,1999)203頁,常岡孝好「司法審査基準の複合系」原田尚彦先生古稀記念『法治国家と行政訴訟』(有斐閣,2004)357頁,武田真一郎「アメリカにおける行政訴訟の審査対象の研究(1)(2)」成蹊法学30号(1990)173頁,31号(1990)33頁。

293) 226 U. S. 53 (1912).

294) DICKINSON, *supra* note 24, at 55.

295) 322 U. S. 111 (1944).

296) 441 U. S. 488 (1979). 連邦最高裁が同判決のような謙譲的な立場を示したものとして、他に例えば, Ford Motor Credit Co., v. Milhollin, 444 U. S. 555 (1980).

297) 454 U. S. 27 (1981).

298) 467 U. S. 837 (1984). Chevron 判決とその周辺の学説・判例を取り上げるものとして、北村喜宣『環境管理の制度と実体』(1992, 弘文堂)80頁,黒川・前掲注(214)239頁以下,竹中勲「規則制定の司法審査の基準」判例タイムズ564号(1985)73頁,島山武道「最近

- の連邦最高裁判決から(その3)」判例タイムズ575号(1986)17頁,紙野健二「アメリカにおける謙讓的司法審査理論の構造」大阪経済法科大学法学研究所紀要15号(1992)79頁,同「アメリカにおける謙讓的司法審査理論の展開(1)(2)」大阪経済法科大学法学論集28号(1992)17頁,29号135頁,上野恵司「行政機関による制定法解釈」早稲田大学大学院法研論集66号(1993)1頁,春日修「行政政策決定の手続的統制の対象(1)(2)」弘前大学教養部文化紀要46号(1997)1頁,弘前大学文経論叢経済学篇33巻2号(1998)1頁。
- 299) Colin S. Diver, *Statutory Interpretation in the Administrative State*, 133 U. PA. L. REV. 549, 593 (1985).
- 300) *Id.* at 599. 他にアイズナーは,外交と国防についての大統領の解釈権を論ずるうえで, Chevron 判決の三つの合理化として,授權と民主主義的責任の他に専門性を挙げている。Oren Eisner, *Extending Chevron Deference to Presidential Interpretation of Ambiguities in Foreign Affairs and National Security Statutes Delegating Lawmaking Power to the President*, 86 CORNELL L. REV. 411, 434-435 (2001).
- 301) Cass R. Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, 101 HARV L. REV. 421, 466-469 (1987). 他にサンスティンが Chevron 判決を論じたものとして, Cass R. Sunstein, *Law and Administration after Chevron*, 90 COLUM. L. REV. 2071 (1990); Cass R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315 (2000).
- 302) Richard J. Pierce, Jr., *Chevron and Its Aftermath*, 41 VAND. L. REV. 301, 303 (1988).
- 303) *Id.* at 307-308, 312.
- 304) Cynthia R. Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452, 525 (1989).
- 305) *Id.* at 527.
- 306) Antonin Scalia, *Judicial deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 DUKE L. J 511, 514-516 (1989).
- 307) *Process Gas Consumers Group v. United States Dep't of Agric.*, 694 F.2d. 778, 791 (D. C. Cir. 1982).
- 308) Scalia, *supra* note 306, at 516, 517.
- 309) Patricia M. Wald, *Judicial Review in Midpassage*, 32 TULSA L. J. 241 (1996).
- 310) 480 U. S. 421 (1987).
- 311) 494 U. S. 83 (1990).
- 312) 本項の記述は次の論稿によるところが大き。Thomas W. Merrill and Kristin E. Hickman, *Chevron's Domain*, 89 GEO. L. J. 833 (2001).
- 313) 526 U. S. 380 (1999).
- 314) 526 U. S. 415 (1999).
- 315) Merrill & Hickman, *supra* note 312, at 842. メリルとヒックマンは, Chevron 判決法理の適用を立法的規則制定に制限する主張して, 次の文献を挙げている。John F. Duffy, *Administrative Common Law in Judicial Review*, 77 TEX. L. REV. 113 (1998); Michael Herz, *Deference Running Riot*, 6 ADMIN L. J. AM. U. (1992).
- 316) 529 U. S. 120 (2000).

317) 529 U. S. 576 (2000).

Christensen 判決以降の展開についても、既に多くの先行業績がある。今本啓介「行政機関による制定法解釈と司法審査」早稲田政治公法研究72号（2003）249頁、筑紫圭一「アメリカ合衆国における行政解釈に対する謙讓型司法審査（上）（下）」上智法学論集48巻1号（2004）218頁、48巻2号（2005）284頁、高橋正人「規制に対する合理性審査の二面性」東北法学25号（2005）91頁。

318) 323 U. S. 134 (1944).

319) 例えば EEOC v. Arabian American Oil Co. 判決 499 U. S. 244 (1991). で、連邦最高裁の多数意見は、市民権法についての平等雇用機会委員会の解釈ガイダンスは、平等雇用機会委員会が権限を持っていないので、Skidmore 判決の解釈告示と同じ状態であると判示していた。

320) 「立法的規則」と「解釈的規則」の違いについては、「立法的規則」には略式規則制定手続が求められ、「解釈的規則」には手続的要求がないので、手続面でも異なる。だが、「立法的規則」でも「手続的規則」とされるものは、APA の告知コメント手続が適用除外されるにもかかわらず、5 U. S. C. § 553 (b) (A) (2004). 法的拘束力を持つ。PIERCE, *supra* note 196, at 324-331; Merrill & Hickman, *supra* note 312, at 905-906.

解釈的規則について詳しくは、常岡孝好「解釈規則（interpretive rule）について」塩野宏先生古稀記念『行政法学の発展と変革 上巻』（有斐閣，2001）511頁、荏原明則「行政機関による規則制定の諸問題（1）（2）（3）（4）」神戸学院法学12巻2号（1981）1頁、3号99頁、4号（1982）69頁、13巻2号35頁、西鳥羽和明「規則の類型と非正式手続の適用除外」早稲田政治公法研究19号（1986）149頁、春日・前掲注(298)。

321) 533 U. S. 218 (2001).

322) Merrill & Hickman, *supra* note 312, at 846-847.

323) 535 U. S. 212 (2002).

324) *Id.* at 222.

325) なお、本稿は、informal adjudication や informal activity という場合に用いられる informal に「インフォーマル」の訳語を用い、informal rulemaking のように、APA の手続類型の区分として informal の語が用いられているときには「略式」という訳語を用いているが、その理由について、ここで簡単に述べておく。

formal adjudication や informal rulemaking といった手続区分を APA が定めているということは、アメリカ行政法で一般的に語られているところである。STRAUSS, *supra* note 248, at 252-253.

APA の手続区分の formal/informal の区分は、聴聞が行われるか否かに着目した区分であるが、その規定内容は、我が国で言うところの手続法的な「法的仕組み」であると言える。APA の手続区分に従えば、informal adjudication と言うべき判決は存在するし、現在の APA 555条(c)の規定のように「略式裁判手続」とでも訳すべき手続も APA は規定している。

だが、informal activity のような語が用いられている場合、そこでは、判決のみならず、行政機関の政策形成や、私人との交渉なども想定されているのであるが、ここでの

informal activity の語には、我が国で言うところの「行為形式」への指向があり、交渉活動のなかには、APA の法的仕組みと併存する行為形式として把握されるべきものもある。そして、そこで言われる informal には、手続的な簡略化とともに、実体的な非公式性という含意がある。故に本稿は、かかる場合には、実体的な非公式性も含まれるという含意のもと「インフォーマル」という語を用いている。

Informal rulemaking については、APA 553条の定める告知コメント型の手続を経て行われる規則制定という、規則制定の手続的な法的仕組みに着目して用いられるのが通例なので、「略式規則制定」の訳語を用いている。同様に formal についても、それが聴聞手続を行うという意味の場合は「正式」という訳語をあてている

これに対し、Informal adjudication については、例えば、APA 555条(c)の手続が適用されるような行政活動や、実体上の非公式性を帯びない行政活動については「略式判決」と訳す方法も考えられる。以前、筆者もそのような基準で訳語を用いたことがある(正木宏長「行政過程における『交渉』とアメリカ行政法理論」112)自治研究78巻5号(2002)89頁,9号119頁)。

だが、informal adjudication の語が用いられているとき、それが実体的意味「非公式」という語感での informal であるか、手続的意味「略式」という語感での informal であるか、あるいは APA 555条(c)の手続が適用される行政活動であるかは、多くの場合、判別が困難である。そこで、本稿では Informal adjudication については、一律に「インフォーマル判決」の訳語を用いている。

アメリカ行政法における「informal な行政活動」には、多様な形態が存在する。例えば中川丈久の分類を参照せよ、中川・前掲注(37)295頁。

- 326) 401 U. S. 402 (1971).
- 327) AMAN & MAYTON, *supra* note 184, at 256-258.
- 328) PIERCE ET AL., *supra* note 184, at 374.
- 329) 424 U. S. 319 (1976).
- 330) Peter Woll, *Administrative Justice*, in PUBLIC ADMINISTRATION AND POLICY 200, 207 (PETER WOLL eds., 1966). 他にも, PETER WOLL, ADMINISTRATIVE LAW 2 (1963).
- 331) GELLHORN, *supra* note 71, at 41-74.
- 332) JERRY L. MASHAW, *supra* note 197; JERRY L. MASHAW, DUE PROCESS IN THE ADMINISTRATIVE STATE (1985). 同書の書評として, 松井茂記「紹介」アメリカ法 [1987 2] 302頁。
- 333) AMAN & MAYTON, *supra* note 184, at 517-519.
- 334) Thomas O. McGarity, *Some Thoughts "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 DUKE L. REV. 1385 (1992).
- 335) 462 U. S. 87 (1983).
- 336) くわしくは, 大森弥「行政学に対するプロフェッショナルアプローチ」年報行政研究10号(1973)246頁。
- 337) 例えば, 西尾・前掲注(153)。
- 338) 終章で再論するが, 既に我が国でも専門性の類型化の試みがなされている。例えば, 園

行政法と官僚制（3）（正木）

部逸夫『現代行政と行政訴訟』（弘文堂，1987）90頁，高木光『技術基準と行政手続』（弘文堂，1995）65頁，原田尚彦「行政裁量論雑感」高柳信一先生古稀記念論集『行政法学の現状分析』（勁草書房，1991）193頁。

行政学の側からの文献として藤田由紀子「行政組織における専門性」行政管理研究108号（2004）9頁。

- * 本稿は、北海道大学審査 博士（法学）学位論文（2004年12月24日授与）に補筆したものである