

行政法を構成する専門職自主法（一）

安田理恵

序章

一 国家法としての行政法の限界

二 非国家法としての専門職自主法

三 専門職自主法からの「行政法」の抽出

四 考察の限定とアプローチ

第一章 アメリカ行政法の生成とそれが軽視した観点

第一節 連邦の行政法——「行政の決定」の司法審査に関する法

一 アメリカにおける行政法以前

二 司法審査から生成する連邦行政法

第二節 アメリカ行政法が軽視した観点

一 「諸権力」を統合した行政権の自律性

二 州の行政法——「行政の決定」の司法審査に関する法（以上、本号）

第二章 医療職集団の専門職自主法から構成される州行政法

序章

一 国家法としての行政法の限界

行政法は、国家法として生成した。⁽¹⁾しかし、今日、国家法としての行政法は、一定の行政活動に対して有効な法的規律を及ぼすことが困難になっているといわれている。たとえば、行政機関ではなく私的主体による「行政」活動⁽²⁾、それ自体がプロセスとしての行政活動⁽³⁾、そして、とりわけ近年言及されるヒト・モノ・情報等の国境を超えた移動に関する行政活動等⁽⁴⁾があげられる。行政法は、これらの行政（および「行政」）活動⁽⁵⁾に対していかに授權し統制を及ぼすか、が今日問われている。

右のような行政活動に対して行政法による法的規律が困難となっている原因は、これらの行政活動が行政法の前提条件を十分に満たしていないことに帰着する。すなわち、行政法は、①国家の存在を前提に一国家の内部の法として、②法主体を公的主体と私的主体とに二分したうえで、公的主体を少なくとも一方の法主体として、③公的主体による「行政の決定」（行政立法、行政処分および裁決を指す。以下、これらを併せて「行政の決定」という。）に焦点を合わせる、という三つの条件を前提にして構築された⁽⁶⁾。行政法の創始者達は、私法やコモン・ロー等既存の法システムでは対応できない社会現象を、法的に位置づけ民主的にこれを統制するために、市民法

に倣って行政法の原理や規制のあり方を構成するというアプローチを用いて行政法を形成した、と鵜飼信成は述べる^⑦。これは上記の三条件の全てを前提としたものである。しかし、①国境の外側で生じる現象、いわゆるグローバル化に伴う現象等に対しては、国家机关の一つである行政の決定は、従来原則として、国境の外側では効力をもたない。また、②民間化や公私協働化に伴う現象、すなわち「行政の決定」を行う主体が公的主体ではなく私的主体またはその双方である場合は、行政法はこれらに対する法的規律を想定していない。さらに、③法的授權のない行政活動、行政内部の行政活動および行政計画のようなそれ自体がプロセスとしての行政活動については、「行政の決定」の特定が困難となる。したがって、上記三つの前提条件が一つでも欠けた行政活動については、行政法はそのままでは対応できないのである。これは行政法が国家法であることの限界である。

二 非国家法としての専門職自主法

そこで、本研究は、非国家法から、「行政法」をみだしこれを取り出すとともに、「行政法」と行政法とが接合（articulation）し、相互に補完・浸透しあうことで編成された行政法の構造を明らかにする^⑧。

行政法の前提条件を欠く領域から生成する「法」は、いわゆる非国家法である^⑨。したがって、非国家法の中から生成する「行政法」も、非国家法である。非国家法は、国家の存在を前提としなくとも存在し、たとえ国家の存在を前提としても国家法と並列して存在しうる。「行政法」——名を与えられる前の行政法（‘administrative law’ avant la lettre）ともいふべき「法」——は、国家法である行政法と並ぶ、行政法と機能的に等価の原理、実体法および手続法を有する「法」である。この「行政法」は、国家において生成した行政法とは、生成の地が異なるために、行政法が通用する空間とは異なる空間であっても通用することができる「法」である。したがって、

行政法による規律が困難であるにもかかわらず行政法による規律がなされることが望ましい空間、すなわち、行政法の枠（国境および公私の境）を超えた公共的な空間において、「行政法」は行政法と接合し、相互に補完・浸透しあうことができる。

行政法の前提条件を欠く領域に生成する「法」として、本研究は、私的主体である専門職集団が自主的に定立した集団内部の「法」（以下、「専門職自主法」という。）に焦点をあてる。専門職自主法は、前述の行政法成立の三つの前提条件のいずれかまたは全てを満たさない「法」である。すなわち、第一に、専門職自主法は国家・行政が存在しなくとも定立されうる「法」である。専門職自主法は専門職集団が定立するが、この専門職集団も、国家・行政ではないし、その関与がなくとも結成しうる。「法」を形成する「社会」について、Vinogradoffは、示唆的な見解を述べている。「法を定義するにあたっては、われわれは、必ずしも国家から出発する必要があるが、どうしても一定の『社会』(society) から出発しなければならない」。⁽¹⁰⁾「株式会社、学会、県……などは、いずれも団体的な目的と意思とを備えた『社会』である。それらは、その構成員の行為を規制する『法』を制定する。国家もまた……同じ種類の『社会』である。国家の統治と法(the government and the law of a commonwealth)とは、すべての他の形式の団体の上にそびえ立ち、おそらくそれらを規律し制約しているものであるが、なお本質的には、私的な結合や地方団体を結びつけている規範と同じ性質のものである」⁽¹¹⁾『』は引用者。また、以下本文、注とも、()は引用者による補注、()は引用文献の筆者による挿入を示す。()のVinogradoffの見解によれば、専門職集団と国家とは、ともに「法」または法を定立する「社会」ということになる。第二に、専門職自主法の定立主体である専門職集団は、法主体を公私に区分するならば、私的主体である。したがって、第三に、ここには、公的主体による「行政の決定」は存在しないのである。

したがって、行政法の三つの前提条件を欠く専門職自主法の特徴としては、以下二点を指摘することができる。

第一に、非国家法である専門職自主法は、国家法とは法の通用範囲が異なる。国家法の通用範囲が一国家の領土の内部に限定されるのとは異なり、非国家法の通用範囲は、国家の境界によって限定されるものではない。第二に、専門職自主法は、当該専門領域に関する専門的な知識や経験（以下、「専門知」という。）を「法」の中に反映することができる。この点で、専門知は専門職自主法の正統性を保障することができる。したがって、専門職自主法の通用範囲は、専門知のもつ専門的正統性が通用する範囲と一致することとなる。すなわち、専門職自主法の通用範囲は、それを定立した専門職集団という「社会」の内部に留まることなくこの集団の外部へとひろがる。そして、同時に、当該専門領域の関係者が属する「空間」の内部に限定されるのである。

以上、要約すると、専門職自主法は、当該専門領域の関係者が属する「空間」において、国境と公私の境とに捉われることなくその「空間」に通用し、その「空間」に統一の法的規律を及ぼすことが可能な「法」である。そして、同時に、当該専門領域の関係者が属する「空間」の中で、非国家法である専門職自主法は、国家の枠内で正統性を有する国家機関によって定立され執行される国家法と接合し、相互に補完・浸透しあうことも可能な「法」である。

三 専門職自主法からの「行政法」の抽出

このような特徴を有する専門職自主法の中に、「行政法」の生成をみいだす意味は何であろうか。

国家法である行政法は、少なくとも、国家権力の専横を抑制するとともに、行政機関に権限を授権することによって、国民に共通の価値（公共目的）を行政が実現することを目指してきた。一方、専門職集団が定立した専

専門職自主法の中にみいだすことのできる「行政法」は、少なくとも、その専門職集団という「社会」の内部に存在している事実上の権力の専横を抑制し、その集団構成員に共通の価値の実現を目指すことができる。そして、専門職自主法の中にみいだすことのできる「行政法」が目指す価値は、専門職自主法の国境および公私の境を超えた通用力によって、当該専門領域という「空間」全体において実現しうるものである。この点で、「行政法」を内包する専門職自主法は、当該専門領域という一つの「空間」の中で、当該専門知を生かしつつ、同時に、行政法と等価の使命——専門家の専横を許さず、かつ、その「空間」に属する者に共通の価値を実現するという使命——を果たすことができるだろう。⁽¹²⁾ここに、本研究は、専門職自主法の中に「行政法」の生成を徴候的にみるのである。

しかし、専門職自主法の中に生成する「行政法」は、行政法とはいっても国家法としての行政法ではない。「行政法」は、議会によって授權されていないために民主的正統性を欠く「法」であり、また、正義によって正統化される裁判所による執行等国家機関による法の実現を本来期待できない「法」でもある。この「民主主義の不足」および「裁判所による法の実現の不足」という点に、行政法と「行政法」との相違点がある。そこで、「行政法」は、行政法と接合することによって、専門領域という一つの「空間」を構成し、その中で、相互に補完・浸透することとなる。この点にも、本研究が、専門職自主法の中に「行政法」の生成をみだし、「行政法」と行政法との接合のあり方（諸編成）と、その両者の接合によって統一された規律構造・型とを、行政法の視点からみる理由がある。本研究は、新しい型の行政法の生成・展開を明らかにすることを試みる。

四 考察の限定とアプローチ

（一） 検討対象…アメリカの医療職集団が定立した専門職自主法

本研究は、アメリカ合衆国（以下、「アメリカ」という。）の医療専門職の associations, societies（以下、「医療職集団」という。）が定立した専門職自主法を検討対象とする。これを検討対象とする理由は、以下の二点にある。

第一に、連邦制をとるアメリカにおいて、医療提供を規律する法および「法」を形成する「社会」のありようは、多元的かつ多層的なものとなっている点があげられる。すなわち、法および「法」を形成する「社会」は、医療職集団（associations等）、各州（states）、合衆国（the United States）という三つの次元に存在する。この三つの多元的「社会」の中には、多層的に、一つの国家（合衆国）の中に五〇の国家（州）、一つの国家（州）の中に複数の医療職集団が存在している。さらに、その一つの国家（州）の境を超え複数の国家（州）を横断する形でも医療職集団が存在する。そのうえ今日では、医療職集団は、合衆国という一つの国家の境を超えてさえ、存在するようになって⁽¹⁴⁾いる。このような「社会」のありようは、アメリカをみるだけで、その国家の内側に、諸国家（州）間の法的規律の調整や公私による法的（「法的」）規律の協働をみることを可能とする。

第二に、アメリカの医療領域では歴史的に、専門職自主法が、国家法を主導する形で医療提供を法的に規律してきた点があげられる。その結果、アメリカでは、非国家法である専門職自主法と国家法である行政法との接合および相互補完・浸透関係は、国家主導で医療提供を法的に規律した国々とは異なり、専門職自主法が行政法よりも支配的な「法」として現れ、そのようなあり方（編成）による両者の接合が生じ、一つの構造をつくっている。この点、Teubnerも、「医療（等の）……自律的な部分社会が……国家法の定立や国際法の定立の枠外で、独自の法源をもち⁽¹⁴⁾」、これらの「自律的レジームが相互観察関係に入る⁽¹⁵⁾」と指摘する。

(二) 本研究のアプローチ

本研究は、まず、アメリカの医療職集団が定立した専門職自主法と行政法との関係を見るならば、それは、歴史的に以下のような経緯を辿って、接合し、相互補完・浸透関係に至ったということができ、明らかにしたい。すなわち、①医療職集団という「社会」に生成した専門職自主法は、独自の法源として存在する。②この専門職自主法は、州および連邦の行政法（裁判判決および議会制定法）と「相互観察関係」に入る。そして、③医療提供の法的規律に関し、議会制定法は、専門職自主法を参照し取り込む。同時に、裁判判決は、専門職自主法を承認するとともに、行政法が有する規律に倣うことを求めて専門職自主法を修正する。さらに、④現在、専門職自主法と行政法とは、接合し相互に補完・浸透しあいながら、両者によって編成される統一の法構造・型となつて、医療提供を法的に規律している。

次に、本研究は、この専門職自主法それ自体の生成および発展の過程をみることをとおして、専門職自主法の中には、「行政法」が生成しているということができ、それを明らかにしたい。⁽¹⁶⁾ すなわち、①専門職自主法は、医療職集団という「社会」の自治立法、すなわち非国家法として、医療職集団毎に自由に定立されている。しかし、②その医療職集団に属する者の権利保護のために、国家法である行政法（裁判判決および議会制定法）が、専門職自主法を承認し、行政法が有する規律に倣うことを求めて修正する過程において、専門職自主法の中に「行政法」が生成する。さらに、③専門職自主法の側も、国家法である行政法の関与とは無関係に、しかし、国家法である行政法の規律に倣う形で、医療職集団という「社会」の自治立法として、専門職自主法の内部に「行政法」を自らの創意工夫によってつくり出す。そして、④専門職自主法の中（②および③）で生じた「行政法」は、専門職自主法を定立した「社会」を超えて、その医療職集団という「社会」に属する者だけではなくその専門領域

というより広い「空間」の中で、そこに属する患者等利害関係者にとっても、共通の価値を実現する力をもつものと期待できる。

（二） 本稿の構成

以上を論ずるために、その前提作業として、行政法の生成とは何かを確認しておく必要がある。そこで、本稿第一章では、アメリカにおける行政法の生成とは何かを検討するとともに、そこで重視されなかった観点こそがその生成に大きな影響を及ぼしたことを明らかにしたい。すなわち、アメリカ行政法の支配的な理解がいう『行政の決定』に関する司法審査のための法の生成」という観点ではなく、「規則制定権・決定権・裁決権という三つの権限（以下、『諸権力』の統合的仕組み）」という。行政権を編成する諸権力であることから、「」をつける。）を議会制定法が授権した行政機関の登場」という観点である。

次に、アメリカの医療職集団が定立した専門職自主法とアメリカ行政法（裁判判決および議会制定法）という二つの「法」および法は、歴史的な経緯から、接合し相互補完・浸透関係にあることを明らかにする。第二章では、医療職集団の定立した専門職自主法が主導して州の医師免許法を形成していった過程およびそこで生じた紛争に対する裁判判決を分析することにより、医療領域で、州レベルの行政法が構成したことを確認する。第三章では、現在、専門職自主法と州および連邦の行政法とは、接合して相互に補完・浸透しながら、統一した法構造・型として医療提供を法的に規律している姿をえがくこととする。

注

- (1) 明治憲法下の日本における行政法の創始者の一人である美濃部達吉は、行政法を「行政に関する国内公法」と定義していた。『日本行政法上巻』（有斐閣、一九三六年）四一頁。また、戦後の日本国憲法下の代表的な伝統的行政法学者であった田中二郎も、行政法について同じく「行政に関する国内公法」と定義していた。田中二郎『新版行政法上巻』（弘文堂、一九七四年）二四頁。

欧米の比較行政法史を研究するイタリアの Bernard Sordi も、「ヨーロッパの行政法の歴史は、この二五〇年に及ぶ国民国家内部における行政権の生成と発展に対応する」と述べる。そして、フランス、ドイツ、イギリスそして後のアメリカの行政法は、それぞれの国家形成過程と憲法の歴史に依存していると語っている。Bernard Sordi, *Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence of Administrative Law in Europe, in Comparative Administrative Law* 23 (Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds. 2010).

- (2) 以下、国・公共団体が行う活動としての行政と区別するために、私的主体の活動として行われる行政については「行政」と記す。

私的主体が行政の活動を行う場合について、たとえば、米丸恒治『「民」による権力行使——私人による権力行使の諸相とその法的統制——』小林武他編『田村悦一先生古稀記念論文集』「民」による行政——新たな公共性の構築』（法律文化社、二〇〇五年）五二頁以下。北島周作『行政法の主体・活動・規範 一——六・完』国家二二二巻（二〇〇九年）一・二号五一頁以下、三・四号一三三頁以下、五・六号六六頁以下、七・八号五九頁以下、九・一〇号七二頁以下、一一・一二号一二〇頁以下。私的主体が行政の活動を行う現象を、「行政法拡大モデル」と称し、日本における近時の議論の諸相をまとめるものとして、前田雅子『行政法のモデル論』磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』（有斐閣、二〇一一年）二七頁以下。

私的主体が公共の利益に配慮して自らの行動（「行政」）を自主的に規制する場合について、たとえば、原田大樹『自主規制の

- 公法学的研究」（有斐閣、二〇〇七年）。
- (3) 原案を行政だけでなく私的主体が作成し、行政との間で修正を重ね繰り返しコミュニケーションする仕組みが近時登場している。角松生史「決定・参加・協働——市民／住民参加の位置づけをめぐる」『新世代政策学研究四号』（二〇〇九年）七頁。そこでは、行政決定も行政過程の最終的なものではなく、新しい行政活動がうまれている。市橋克哉「日本における行政手続の進化——国家、市場および社会との関係——」『名法二四五号』（二〇一二年）一八四頁以下。Javier Barnes, *Toward a Third Generation of Administrative Procedure, in Comparative Administrative Law 349-354* (Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds., 2010)。
- (4) 法整備支援の知見から、国境を超える空間に新しい行政法の生成をみるものとして、市橋克哉「行政法整備支援とその行政法学への示唆」『国際開発研究二〇巻二号』（二〇一一年）三五頁以下。個別の国内行政分野におけるグローバル化への応答を踏まえながら、一般行政法の中に国際行政法理論の構築を目指すものとして、斉藤誠「グローバル化と行政法」磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』（有斐閣、二〇一一年）三三九頁以下。アメリカ行政法の中に登場した、グローバル行政法という新しい理論動向を追うものとして、藤谷武史「多元的システムにおける行政法学——アメリカ法の観点から」『新世代法政策学研究六号』（二〇一〇年）一四九頁以下。また、公法研究七四号（二〇一二年）でもこの問題を扱っている。
- (5) ネットワークにより私的主体が公益を実現するための手続・組織を定める規範を、私行政法として概念化する山本隆司の一連の業績がある。たとえば、「私法と公法の〈協働〉の諸相」『法社会学六六号』（二〇〇七年）三一頁以下。
- 公私協働のありようを視野に収め、行政法の射程を拡大し、そして、裁判手続を必ずしも前提としない、行政の適正な運営と統制の仕組みを作るという方向性を有するひとつの新しい行政法モデルの輪郭が浮かび上がってくると、前田雅子は述べている。「行政法のモデル論」磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』（有斐閣、二〇一一年）三九頁。
- (6) Barnes, *supra* note 3, at 336-339.

- (7) 鶴飼信成『行政法の歴史的展開』（有斐閣、一九五二年）。特に、ドイツについて一五八—一六三頁、フランスについて一九四—一九八頁、イギリスについて一九八—二〇四頁、アメリカについて二〇五—二二四頁を参照。
- (8) 本研究では、非国家法から生成し非国家法として存在する行政法は、議会制定法または裁判判決として存在する国家法としての行政法と区別するため、以下、「行政法」と記す。
- (9) 非国家法として存在する法は、議会制定法または裁判判決として存在する国家法と区別するために、以下「法」と記す。
- (10) Sir Paul Vinogradoff, *Common Sense in Law* 37 (H. G. Hanbury ed., 3d ed. 1959) (1913). P. G. ヴィノグラドフ（末延三次、伊藤正巳訳）『法における常識』（岩波文庫、第三版、一九七二年）四五頁。本書は、続けて以下のように述べる。「若干の人々が、相会したうえ、一定のやり方で行動することを協定したとき、……彼らは、一定の目的のために社会を形成したのであり、もしその目的を達成したいと思うならば、何らかの方法で定められた一定の規範に従わなければならないのである」。
- (11) *Id.* at 38. ヴィノグラドフ・前掲注四六頁。専門職集団に絞り、この点を述べるものとして、中野秀一郎『プロフェッションの社会学』医師、大学教師を中心として（木鐸社、一九八一年）二二—二六頁。
- (12) 樋口範雄『医療と法を考える 救急車と正義』（有斐閣、二〇〇七年）六六—六七頁は、「医師のような専門家を誰が監督すべきかという基本的な課題が……ある。弁護士と同様、今や医師会や医学会の専門家団体が自己規律の役割を積極的に果たすべき時である。（ただし）専門家だけの閉鎖的な仕組みを作るのがよいといっているわけではない」と述べている。また、樋口範雄『医療における法化と規範の役割 法の過小と過剰』城山英明 Ⅱ 山本隆司編『融ける境超える法⑤ 環境と生命』（東京大学出版会、二〇〇五年）一六八頁以下も参照。
- (13) たとえば、オステオパシー医学（西洋医学とは異なり、骨格と人体の持つ自然治癒力に着目したアメリカ発祥の医学の流派）の医師の資格を認定する American Osteopathic Association や、病院の質を認定する the Joint Commission といった医療職集団の認

定活動は、アメリカ合衆国だけでなく、ヨーロッパ、アジア、オセアニアに及んでいる。American Osteopathic Association について、
<http://www.osteopathic.org/Pages/default.aspx> the Joint Commission に「こゝへ」<http://www.jointcommission.org/>を参照（HPの最終確認は2012.12.7）。

- (14) グンター・トイブナー著（村上淳一訳）『グローバル化時代における法の役割変化——各種のグローバルな法レジームの分立化・民間憲法化・ネット化——』ハンス・ペーター・マルチュケ＝村上淳一編『グローバル化と法——（日本におけるドイツ年）法学研究集会——』（信山社、二〇〇六年）九頁。そしてこの自律的な『民間の』法レジームは、「政治的憲法規範とパレラルの民間社会憲法規範を生み出す」。一一頁。ただし、Teubnerは、現在のグローバル化の中で国家法が相対化され、国家、トランスナショナル・レジーム、地域文化に対応する（その中に生成する「憲法」を含む）個々の「法の抵触」の重要性を述べる文脈で、このように指摘している。齊藤・前掲注(4)三七四頁も参照。

- (15) トイブナー・前掲注(14)二〇頁。

- (16) この問題に関しては、続稿で述べる。

なお、広い意味では、たとえば、アメリカにおける連邦行政法の生成とその変化等、本稿に関連する先行業績は数多くある。しかし、これまで、「序章」で述べた本稿の問題意識と課題について、これを直接検討する先行業績はないものと思われる。そのため、本稿では、これら先行業績に関連する本文またはその注を述べるに際して、その都度、それぞれの先行業績について言及させていただくことにした。

第一章 アメリカ行政法の生成とそれが軽視した観点

第一節 連邦の行政法——「行政の決定」の司法審査に関する法

アメリカにおける行政法の生成とは何を指すのか。

連邦の「行政の決定」をめぐる法的紛争が生じ、この連邦の「行政の決定」に対する司法審査の判決の集積によって生成したルール群、これの生成をもってアメリカの行政法が生成したといつてよい。⁽¹⁷⁾しかし、アメリカの行政法を、より長い歴史的視野と司法審査に限定されない視点からみると、必ずしもそうだったわけではない。以下では、こうした問題意識に立つて、アメリカの行政法の発展の起点をなすともいわれる一九三〇年代からではなく、それ以前の連邦の「行政の決定」をめぐる理論状況を先行業績に依拠して確認的に述べることにする。⁽¹⁸⁾

一 アメリカにおける行政法以前

(一) 行政組織の重視

一八九三年、『比較行政法』(COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW)と題するFrank J. Goodnowの著書が公刊された。⁽¹⁹⁾この著書は、アメリカで最初に、行政法を定義し行政法の体系的記述を試みたものといえる。⁽²⁰⁾Goodnowは、当時のアメリカについて、「現今公法上の大問題は其の性質に於て殆んど全く行政的問題なりとす。経過したる時代は憲法的改革の時代なりしが現今の時代は行政的改革の時代なり。我が現今の複雑なる社会状態は政府の行政的側面に向つて偉大なる要求を為しつつあるなり」と認識していた。⁽²¹⁾Goodnowは行政国家化という時代認識に

基づいて、「行政法および行政学」に関する外国との比較研究の必要性を説いたのであった。⁽²¹⁾

執筆にあたり、Goodnow はフランスおよびドイツの行政法の著書を渉猟した。というのも、当時、「英語に於ては行政法の全体に関する書籍全く欠乏し」ていたからである。最終的に、Goodnow は、主としてベルリン大学の Rudolpf von Gneist の著書に範をとり、アメリカ、イギリス、フランスおよびドイツの行政法を比較した。

Goodnow は、アメリカの行政法を「（行政）組織を確定し行政権限の範囲（the competence of the administrative authorities）を決定し、そして、権利を侵害された者の個別の救済を述べる公法の一部である」と定義した。⁽²⁴⁾ 以下の構成にしたがって、四か国の行政法を比較した。すなわち、行政組織（第一巻）と法律関係（第二巻）とに大別したうえで、行政組織は権力分立、中央行政および地方行政という三章構成、法律関係は官吏法、行政作用および行政に対する統制という三章構成とした。⁽²⁵⁾

Goodnow は、ドイツ行政法をアメリカへ継受しアメリカ行政法を確立させようと試みたといえる。しかし、この試みは不首尾に終わった。のちに、Goodnow の業績は、行政法ではなくむしろ行政学の発展に大きく貢献することとなったといわれる。⁽²⁶⁾ Goodnow の業績は、行政組織の分析を重視したものと評価され、行政組織の分析は、その後のアメリカでは行政学の領域に属するものとして発展していったのである。⁽²⁷⁾

（二）行政裁量に対する立法的コントロールの重視

Goodnow と時代認識を共有し、また法学教育をドイツで受けた Ernst Freund は、一九一一年、『行政法判例集』（Cases on Administrative Law）と題する行政法のケース・ブックを公刊した。⁽²⁸⁾ この著書は、アメリカで最初の、体系的な行政法のケース・ブックであった。⁽²⁹⁾ Freund は、一九〇二年のシカゴ大学ロー・スクール新設の際、公法

の教授としてカリキュラムを作成し、行政法をその科目の一つに加えたのである。Freundが行政法の体系書ではなくケース・ブックを公開したのは、アメリカの「法の支配」、特に裁判官がつくる法 (judge made law) という観念を理解していたことによる。⁽³²⁾ しかし、その一方で、Freundは、アメリカに、行政法に関する大陸的観念を輸入することを意図していた、といわれる。⁽³³⁾

Freundは、当時のアメリカの社会状況とこれに伴う行政権の肥大化が、広範な行政裁量権限を行政委員会または公務員に付与している、と指摘した。⁽³⁴⁾ 公衆の権利保障のためにFreundは、行政裁量の法的コントロールが重要であると考え、そして、裁量権限の内容が立法機能・司法機能であることを指摘した。⁽³⁵⁾ 行政機関による裁量権行使の法的なコントロールのために、Freundが期待を寄せたのは、Mark Tushnetによれば、「立法であった。しかし、行政機関には常に裁量が残る。そこで、(立法による) 広範な裁量基準 (の定立) から、(行政による) より詳細なルール (の定立) に漸進的に移行することで、裁量を法の支配に適合させることができる、とFreundは考えたのであった。Freundにとって、これが、行政国家において法の支配をいかに作動させるかのモデルであった。すなわち、議会による権限の慎重な委任が、行政機関による詳細な規則制定と結びついたのである」⁽³⁶⁾。すなわち、Freundは、行政裁量の法的コントロールのために、立法だけでなく、行政機関内部の階等性にも期待した。⁽³⁷⁾ 「裁判所は、Freundの示した解決策を一部採用した。すなわち、裁判所は、議会が行政機関に対して現実的な指示 (real guidance) を与えることを要求した。しかし、一九二〇年代までにこの試みは失敗した、とFreundは理解した。アメリカの行政法は、行政による自己規制 (administrative self-regulation) の理論——行政の活動自体を管理し、同時に法の支配の体制に行政機関を適合させる、行政機関の内部に生じた規則——をほとんど持たなかった」⁽³⁸⁾。すなわち、アメリカにおいて、法的コントロールを行うのは裁判所だったのである。⁽³⁹⁾

「Freundは、現代社会化していくアメリカにおいて、ドイツの『法治国』(Rechtsstaat)に倣おうとした」といわれる。⁽⁴⁰⁾しかし、この法治国が、理念的にも制度的にもアメリカに輸入されることはなかったのである。行政法は「外来(an exotic)」の法として扱われていた。⁽⁴¹⁾橋本公巨は次のように述べている。「フランクファーターは、『合衆国において、フランク・J・グッドノウやエルンスト・フロインドの先駆者の学識は、長い間、一般に知られなかったばかりではない。彼等の労作は、多年、裁判官、弁護士に顧みられなかった。この事実は、法学教育が、殆んどこれに注目していなかったことを想起するならば、驚ろく(ママ)に足りないことである』と(一九二七年に)述べている」。

(三) 司法審査の排除論とその帰結としての行政手続

しかし、「外来」の法として扱われていた行政法は、「アメリカの法曹が、いつまでも行政法を外国の産物として顧みないでいることを許さなかった」。⁽⁴²⁾輸入法学としての行政法をアメリカに根付かせようとしたのが、Felix Frankfurterであった。Frankfurterは、一九一四年に、「行政法」という名称の講義をハーバード大学ロー・スクールで行った。⁽⁴³⁾

Frankfurterの時代認識も、GoodnowやFreundと共通する。すなわち、現代社会では、銀行、保険、公益事業、金融、生産業、専門的職業、健康および道徳等に対して、政府の多様な対応が必要となる。⁽⁴⁵⁾最初に介入したのは、連邦政府ではなく州政府であった。各州議会は、まず、「厳格で煩雑で効果のない機構である刑法(刑罰)」に依拠した⁽⁴⁶⁾法律を制定した。その後、「経験によって、立法部による経済規制および社会活動に対する規制は、行政的手法(administrative instruments)に移行したのであった」。⁽⁴⁷⁾この行政的手法とは、「連邦議会および各州議会が、

行政機関に対し、議会が書かなかった法を形成し、裁判所が再審査 (revision) することのない裁決 (adjudication) を行う権限を授権すること」である。⁽⁴⁸⁾ Frankfurter は、「通常裁判所の審査に服さない行為を行う公務員が、事実上、法創造権限 (law-making authority) を行使する領域を拡大し (たこと)、これがおそらく英米法秩序における現在もつとも印象的な傾向である」と述べた。⁽⁴⁹⁾ そして、この状況はアメリカにおいてはまだ「原初的な段階 (a primitive stage)」にあると指摘したのであった。⁽⁵⁰⁾

Frankfurter がいう行政法とは、「裁判所以外の法執行機関 (law-administering agencies) によって行使された法的コントロールの領域と、裁判所によってこれら法執行機関に対して行使されたコントロールの領域を扱う」という点で、二つの法を指している。⁽⁵¹⁾ 彼は、行政法を、行政手続と司法審査という二つの領域に焦点をあてたものとしてえがいた、と和田英夫は述べる。⁽⁵²⁾

また、Frankfurter の後継者であり同僚でもある James Landis は、いくつかの「行政の決定」からなる行政手続の中でも特に裁決に焦点を合わせた。そして、Landis は「行政法は不服に関する裁判所以外の機関 (agencies) による裁決を中心とする概念である。これらの不服に関する裁決は、裁判過程とほぼ異ならない過程を通して決定されうる」と述べた。⁽⁵⁴⁾

Frankfurter や Landis が行政手続を強調したのはなぜであろうか。

その意図は、「行政の決定」に対する司法審査を排除することにあつたといわれる。⁽⁵⁵⁾ 当時の行政国家推進論者とされる Frankfurter と Landis は、「行政機関の決定に対する司法による厳格な監視 (close judicial oversight) を拒絶した」。⁽⁵⁶⁾ 「彼らは、既存の行政機関が彼等の理想通りではないことを認識していたが、実質的な外部からの

監督（external supervision）、とりわけ裁判所による監督よりも、行政機関内部の改革（internal reform）を志向した⁽⁵⁷⁾」。

行政法をつくることで司法審査を排除するという彼らの主張は、行政の決定が最終的（final）であるとの主張に、究極的にはつながっていく。しかしその道を進むことは当時困難であり、その事情について次のような紹介が行われている。

「フランクファーターは、それ（ダイシーのいう法の支配の原理）がアメリカにおける行政法の觀念の發展に對して、阻止的な役割を果たしたことを明言する。いわく『裁判所および法曹によって、行政法の存在が伝統的に無視されたことは、行政法の実り多き發展に對する十分なる抑制を意味したのであらう。不幸にして行政法は顧みられなかっただけではなかった。行政法の存在は、コモン・ローに敵對するものと考えられて否定されたのである』と和田は述べる。⁽⁵⁸⁾

また、橋本によれば、John Dickinson は、「行政的審判を、司法裁判所の管轄外におくということ（は）、英米法の伝統が認めない……。行政的審判が、司法審査を受ける機会をもつということによって、法の優越の原則は、なお、守られていると主張するのである。……しかし……ディキンソン自身も『はっきりとは定められない限度で、行政的審判は、最終である……』と認め」たのである。⁽⁵⁹⁾

彼らが強調する「行政の決定」の最終性という主張が正当化されるためには、司法審査を排除するとしてもそれに代替するものとして、「行政の決定」における裁判手続類似の対審手続——とくに行政審判——が要求されることとなる。⁽⁶⁰⁾ また、FrankfurterやLandisによれば、産業の發展に伴う行政の専門性の高度化も、司法審査を排除し、「行政の決定」の最終性を主張する正統化根拠となった。⁽⁶¹⁾

二 司法審査から生成する連邦行政法

(一) 司法審査の必須論

司法審査の排除すなわち行政決定の最終性という主張は、アメリカにおいても、究極的には、司法裁判所の介入を許さない行政裁判所の制度化へとつながりうるものであった。⁽⁶³⁾ 行政裁判制度が、必ずしも行政の専制 (administrative absolutism) を招くわけではない。しかし、こうした方向への発展に対して、行政の専制を警戒し、法の支配の観点から「行政の決定」に対する司法審査の排除を厳しく批判したのは、Roscoe Pound であった。⁽⁶³⁾

Pound は、都市化した産業社会における行政を、そして行政法を否定するものではない。⁽⁶⁴⁾ ただ、行政法は、「司法過程 (judicial process) における行政的要素 (administrative element) として必要とされる。(行政的要素は) 司法過程を補完するものとして、必要とされるのである」。⁽⁶⁵⁾ 「第四部門としての行政 (the administrative) は、その内部に、完全な立法権、行政権、そして司法権が集中されている」。⁽⁶⁶⁾ このような行政は、フランスの旧体制モデルであった一七世紀および一八世紀型の絶対主義政府や、革命前の植民地アメリカの政府に、逆戻りしてしまう、と Pound は批判したのである。⁽⁶⁷⁾

Pound は、「行政の決定」の最終性を否定し、最後に司法審査が確保されることを主張した。⁽⁶⁸⁾ もちろん、司法審査の密度に関しては議論の余地がある。この点、のちの *defer* (謙抑) に関する議論につながっていく。

(二) 行政手続の重視と制限的司法審査手法の創出

上記の相対立する二つの見解を統一することができるのは、行政手続の理論である、といわれている。⁽⁶⁹⁾ 行政手続は、司法審査を排除し「行政の決定」が最終であるとするための正当化根拠もなりうるし、制限的な司法審査

(restricted review)を正当化する根拠ともなりうる。もちろん、場合によっては、行政手続が整備されたとしても、覆審的審理 (de novo review / trial de novo) ⁽⁷⁰⁾ もありうる。したがって、行政手続が整備されると、行政審判と司法審査を並列と考えることができる場合には、同じ裁断手続が二度、繰り返されることになる。このとき、司法審査は覆審的審理となる。あるいは逆に、司法審査が排除され、行政審判が最終的となる仕組みも登場しうる。さらに、司法審査を行政審判の上訴審のアナロジーで考える場合には、事実問題と法律問題の区別、証拠法原則等が適用されることとなり、司法審査は、制限的な司法審査となる。⁽⁷¹⁾

これらの論争に解決の方向性を与えたのは行政手続の理論ではなく連邦裁判所の判例であった、といわれる。⁽⁷²⁾ すなわち、裁判所は、行政手続は最終的には司法審査に服することとした。そして他方で、手続上、裁判所は「行政の決定」を第一審とみなし、司法審査を上訴へのアナロジーととらえ、かつ、「行政の決定」に対して defer という考え方をもち込んだのである。⁽⁷⁴⁾

司法審査の defer の条件として要求された行政手続に必須の要素は、告知とヒアリングであるといわれる。鵜飼によれば、「委員会の手続が、司法的手続そのものではないにも拘らず、それと本質を同じくする適法手続であり得る基本的要件は、公知手続と公聴手続とが行政作用の前提として保障されているところにある、またもしその要件が満たされていない場合には、司法審査の方法によって十分な監督が行われることにある」。⁽⁷⁵⁾ そして、Bernard Schwartz は、さらに、審判手続について、「アメリカ合衆国における審判手続に関する法は、すべてのアメリカ憲法に存在する適正手続条項とともに出発する。適正手続は、本質的に、通知 (notice) と聴聞 (hearing) についての要求である。……適正手続の基礎に基づいて、アメリカの裁判所は、正式の審判手続に関する壮大な組織を形成している。……アメリカ合衆国における行政手続は、法廷手続に関する属性のほとんどを獲得してい

る⁽⁷⁶⁾と述べる。

以上から、アメリカ行政法の生成は、アンビバレントなものであったといえる。すなわち、究極的には、連邦の「行政の決定」に関する司法審査のための法の生成である。しかし、また、連邦の「行政の決定」に対して制限的な司法審査手法を創出するものであり、かつ、それを補完するものとして告知とヒアリングを必須要素とする行政手続を重視する法として生成した、ということが確認できる。⁽⁷⁷⁾

第二節 アメリカ行政法が軽視した観点

一 「諸権力」を統合した行政権の自律性

(一) アメリカ行政法と大陸法系行政法の生成における普遍性…自律的行政権
行政法の生成をみると、その時期が異なるとはいえ、アメリカ行政法と大陸法系行政法との間に共通のものをみいだすことができるだろうか。そしてそれは何だろうか。

「行政法は、行政権が自律的に(autonomous)行使されるとき、誕生する」と Bernard Sordi は述べる。⁽⁷⁸⁾ もちろん、行政法生成の道筋は、国家形成の過程やその国の憲法史に依存しているため、同一のシステムにはならない。⁽⁷⁹⁾ しかし、行政権を行使する自律的な制度的主体と同時に行政法が誕生したことは、フランス、ドイツ、イギリス、アメリカの行政法に共通する、と Sordi はいう。⁽⁸⁰⁾

行政権の自律的行使とは何か。

権力分立原理によって国家権力の一つとして創出された行政権は、その内部に、再び国家権力の諸作用を統合する仕組みをもつようになる。このとき、行政権は自律的に行使されるものと考えることができないだろうか。

この自律的行政権の究極的な発展形態として現れるのは、「行政の決定」に対して、他の国家権力が介入しない制度、すなわち、行政法上の紛争の裁断作用を行う行政裁判制度である。鵜飼は、行政裁判所は、「司法裁判所からは区別された、別個の機関であ（り）……、その場合、むしろ権力分立の原理を徹底することによって、行政事件について行政権自らが裁判する⁽⁸¹⁾」と述べた。行政裁判所の決定に対しては、司法裁判所は介入しないのである。Poundによれば、行政裁判制度の根本性格は、「政府の各部門が自分自身の権限の審判者である」⁽⁸²⁾とにある。そして、鵜飼も、「フランスで了解された権力の分立は行政法を育成した。……フランスでは、この原理から容易に出て来るコロラリーは、司法は他の部門の仕事に干渉してはならないというのである」と述べている。「通常の司法事件は民事刑事事ともに、司法裁判所の管轄に属するのに反して、国家と私人との間の事件〔行政法の問題〕は、訴訟になれば、行政と何らかの方法で結びついている行政裁判所の管轄に属する⁽⁸⁴⁾」。その判例の集積によってフランスでは行政法が生成した。そして、行政法の誕生は、行政裁判所をもつ大陸法系諸国が英米法諸国よりも先行したのであった。行政裁判制度は、行政権の内部に、紛争裁断行為である「司法」の機能を有している。行政裁判制度は、行政権の自律性の一つの現れであるということができよう。

それでは、このような行政裁判制度をもたないアメリカの場合には、行政法はどのようなものとして生成したのだろうか。

アメリカの場合、「行政の決定」に対して、他の国家権力が介入する制度、すなわち、「行政の決定」に対して、行政権ではない司法裁判所が司法審査を行う。行政裁判所をもたないアメリカでは、「何人も自分自身の事件について裁判官となることはできない」と解されているからである。「英米法の体系の中では、……あくまでコンモン・ローの立場、法の支配の原則に基く制約が必要である」と鵜飼は述べている。アメリカにおいては、行政権の行使に対して司法権が介入するのが原則とされる。

しかし、「コンモン・ローの世界においてさえ、『行政法の源 (origin)』は、リベラルな立憲主義の領域の中で、自律性を与えられた」と人々は考え始める⁽⁸⁷⁾。「英米においても新しい制度として行政手続が生れるようになり、そこでのいわゆる準司法的、準立法的乃至行政的な機能の行使」がおこなわれた。すなわち、英米の行政権の内部にも、「準」を付したところの司法権および立法権、しかし、Holmes裁判官によれば、まさにそのものとしての司法権および立法権を併せ持つ、「諸権力」統合的な仕組みがつくられたのであった。このことを指して、鵜飼は、「行政機関は、権力統合的な性格をもつ」と総括している。

そして、アメリカにおけるこの自律的行政権の究極的な発展形態として、「その作用のあるものは、行政における審査が最終であつて、もはや司法裁判所での審査をうけることはないという、いわゆる administrative finality の原理が展開され、独仏における行政法の体系に極めて近い体系を生み出す基盤としての行政手続の制度を確立するようになった」と指摘されたのである⁽⁸⁸⁾。

また、行政における審査が最終でないとしても、裁判所による介入の仕方は、行政機関の決定を第一審とみなす、上訴審へのアナロジーで理解されたことは前述の通りである⁽⁸⁹⁾。高柳信一によれば、「行政行為を〔第一審〕裁判判決のアナロジーにおいて捉え」ることは、「行政行為の公定力の理論」につながるものであり、その延長上に「行

政裁判所制度を要請した司法権と行政権の対等性」があるということが出来る。⁽⁹²⁾ この傾向は、現在まで維持されている。中川丈久は以下のように述べる。「二〇世紀後半になると、あからさまな上訴アナロジーは姿を消す。しかしそのエッセンスは維持されている。ある機関〔行政機関〕が授権に基づいてした決定を、別の機関〔司法裁判所〕が再審査する〔review〕には、どのような配慮が必要かという問題であることに、変わりはないからである」⁽⁹³⁾。司法裁判所が、「行政の決定」を「再び」審査する（review）際に配慮を行うこと、すなわち、司法介入を控えることのなかに、行政権の自律性をみることが出来る。

したがって、行政裁判制度があるかないかにかかわらず、行政法に共通する特徴は、行政権の内部に、「諸権力」が統合される仕組みが登場した時、自律的な行政権も誕生したことである。そして、この仕組みの登場が、行政法の生成に帰結するといえる。また立法との関係でも、委任立法が登場し、それが活用されることによって行政権内部に、立法が組み込まれた。⁽⁹⁴⁾ 国家権力の分立を前提として定位する行政権は、その中に「諸権力」がうまれ、それらによって編成・統合される自律的な行政権として存在することとなったのである。

（二）行政権の「諸権力」統合的仕組みに対するアメリカ行政法の軽視

しかし、こうした行政権内部の「諸権力」統合的仕組みは、大陸法系の行政法と比べると、アメリカ行政法では重視されてこなかった。中村治朗は一九四八年に、「アメリカ行政法は、……その形成において、主役を演ずるのは勿論立法府たる議会である。しかしアメリカにおいては裁判所の役割も又頗る大きいものであることを見逃しえない。……否比較的最近までは、むしろ司法審査の問題が行政法の主たる内容をなすと考えられていたの

である」⁽⁹⁵⁾と述べた。もちろん、アメリカ行政法が「諸権力」統合的仕組みをもつ行政権の登場を見落としていたわけではない。アメリカ行政法は、その成立当初から、行政機関が行政作用だけでなく司法作用あるいは立法作用を果たすことを記述していた。ただ、この両作用の当否が司法審査に服し、裁判所によりオーソライズされるという点に重点があった。すなわち、アメリカ行政法は、「諸権力」統合的仕組みをもつ連邦の行政権について、それ自体に直接関心を寄せたのではなく、司法審査を通して間接的に関心を寄せたのであるということができる。すなわち、「どのような行政機関に、どの範囲の規制の権限を与えるべきかという問題」⁽⁹⁶⁾は、アメリカ行政法では司法審査をとおして、「処分が不当又は違法であった場合に、どのような救済が与えられるべきか、とくに違法処分に対する司法審査の形態と範囲はなんであるか」⁽⁹⁸⁾の問題として語られてきたのである。

行政法が、司法審査を通じた裁判判決から生じたルール群の集積であるということ、すなわち紛争が生じた後の、権利救済のためのルールであるということは、特に生成期の行政法について、その通用範囲が紛争の事実の範囲に限定されることを導く。鵜飼は、以下のように述べている。「国民的利益の保護というのも、抽象的一般的な観念ではなく、例えば、少額投資者の利益を保護するために、あるいは鉄道を利用する商工業者農業者の利益のために、証券業者、株式業者、株式会社形態の企業者、鉄道業者等々の利益や権利が、特殊の行政的手続によって制限されるというような——その反対の場合もある——具体的な社会関係を前提としてのみ論議されていた」⁽⁹⁹⁾。

したがって、議会制定法すなわち立法権が、「どのような行政機関に、どの範囲の規制の権限を与えるべきかという問題」⁽¹⁰⁰⁾は、権力分立原理とそのコロラリーとしての委任禁止法理の問題として、司法審査を通じて議論された。「諸権力」統合的仕組みを持つ行政権が、「行政の決定」を行うことそれ自体は、そのままでは分析されて

いなかった。委任の問題は、組織法であるが、組織法そのものの問題としては検討されていないのである。また、大統領命令等執行権による「行政の決定」のコントロールという観点は、一九七〇年代を待たなければならなかった。⁽¹⁰⁰⁾さらに、行政権自身による「行政の決定」の自己コントロールという観点も、それ自体としては検討されていなかった。したがって、アメリカ行政法は、司法審査を通して生成する行政法であり、行政組織法・行政作用法を直接の分析対象としない行政法であるといえることができる。のちに、Schwartzは、大陸法系の行政法とアメリカ行政法と比較して、「我々がいう行政法は、行政機関をコントロールするための法であり、行政機関を生み出すための法ではない」と述べた。⁽¹⁰¹⁾

以上より、アメリカ行政法の主流は、本稿が注目する「諸権力」を統合した行政権の自律性を重視するという観点をもたなかったことが確認できるだろう。

近年、Jerry Mashawは、司法審査中心主義が、行政権自身の内部法による法的コントロールの有効性を見落とすことになる、と指摘している。Mashawは、一九世紀アメリカの連邦行政を丹念に分析し、そこに内部法の形成と自律的な執行をみてとった（agency self-regulation）。Mashawは、国家制定法も裁判所も機能しない領域においても、行政内部法(internal administrative law)による法的コントロールが可能となることを主張する。⁽¹⁰²⁾そして、もちろん、この行政内部法は、二〇世紀に入って行政法として認識されるようになった行政法とは異なる法であるが、Mashawはこれも行政法として認識することにより、二一世紀のアメリカ行政法が直面する課題を克服する道がつけられる、と述べている。⁽¹⁰³⁾この問題関心は、アメリカ行政法の歴史の中で、名を与えられる前の「行政法」(“administrative law” avant la lettre)に注目する見解であり、本稿とは、その問題関心において通底するもの

がある。このMashawの分析は、「行政の決定」を行うための法を直接扱うと同時に、その手法としては、議会议定法ではなく行政権の内部法に注目するものであるといえる。

したがって、司法審査を基軸とするのではなく、行政機関への「諸権力」統合的仕組みの授權を基軸としてそこに生成する法に焦点をあてるとき、ここにも、司法審査中心の行政法ではなく、行政組織法・行政作用法中心の行政法というもう一つの行政法の生成をみることができるのである。

(三) アメリカ行政法の生成における特殊性

しかし、大陸法系の行政法の生成のあり方と比較すると、本稿との関係で指摘しておきたいアメリカ行政法の生成の特殊性として、以下の二点があげられる。①行政権を連邦憲法は予定していないこと、したがって行政権は、法律によってのみ創出されていること、②行政法が主な統制の対象とする権力は、大陸法系行政法のように国家の公権力ではなく、非国家的権力すなわち事実上の権力であること、である。

経済的自由へのコントロールの試みとして各州議会が制定したグランジャー立法が、アメリカ行政規制の起点であったことには、異論がない。農業社会から工業社会へとアメリカ資本主義の産業構造が大きく変化し、都市化が急速に進んだとき、政府活動は肥大化・複雑化し、かつ、政府活動の全領域で集権化も進んだ。こうした変化の結果、ますます強大化する私企業の権力の専横に対して、公衆は、政府による経済規制を要求したのであった。⁽¹⁰⁵⁾

鶏飼によれば、一九世紀の後半以降、「司法過程に対立する行政過程、すなわちいわゆる規制的な国家作用が生れて来」た。⁽¹⁰⁶⁾ 司法的手続による救済の本質は、独立平等な個人（および法人）を前提とし、争いのある当事者

間での紛争を、事後に解決することにある。⁽¹⁰⁷⁾ 裁判所はアンパイアであり、訴訟は十分な挙証と反証の経た、弁論主義で行われる。⁽¹⁰⁸⁾ これに対し、行政手続は、「不平等な、実質的な意味で、原告の側が弱者である社会関係」を前提とし、「社会関係におけるこの強者に対する統制と弱者に対する保護」を目的とする。⁽¹⁰⁹⁾ この行政手続は、行政機関が、「将来に向って」、⁽¹¹⁰⁾ 制定法により授權された「職権探知の権限、許可認可ないし禁止命令の権限」等行使することによって行われる。⁽¹¹¹⁾

すなわち、こうした行政規制が行われるようになった社会的背景には、その規制対象となる私企業の権力、すなわち事実上の権力の力が強くなりその弊害が顕著となるという新しい社会矛盾があった。公衆は、事実上の権力による弊害に直面し、これを抑制・対抗するために、国家権力の介入を要求したのである。この目的を実現するために新しく登場した国家権力が、行政権であった。この新しい行政権という権力は、憲法ではなく議會すなわち立法を通じてつくられた。したがって、以下のようにいうことができる。①アメリカの建国期から存在する国家権力——立法権、執政権、司法権——は憲法上創設された存在である。②一九世紀末には、アメリカ資本主義の産業構造の変化と発展の結果、私企業という事実上の権力が台頭した。③（当初は各州、のちに連邦の）議會が立法を通じて、この事実上の権力に対抗する新しい国家権力を創設した。これが、行政権である。したがって、アメリカの行政権は、一九世紀末の資本主義の発展と事実上の権力の登場・発展、そして、それがもたらした社会的矛盾の顕在化によって、憲法ではなく立法が創設した新しい国家権力なのである。この点、一八世紀末以降の立憲主義の憲法によって大陸法系の行政法をもつ国々の行政権が創設されたのとは、全く異なる特殊性を有していたのである。

二 州の行政法——「行政の決定」の司法審査に関する法

アメリカ行政法は、前述したように、自律的行政権への関心をもたなかったが、さらにまた、州の行政法に対してもその関心をもつてこなかった。

行政規制は、連邦よりも先に、行政権の自律性を体现する州の行政委員会から始まっていたといわれている。行政法の生成において決定的な第一歩は、一九世紀後半の行政規制の登場である。この規制は、初めは、州レベルで生じた、鉄道、穀物倉庫、その他の自然独占の料金規制である、と鵜飼はいう。⁽¹¹²⁾ Freundは、一九世紀後半に、「七〇のグランジャー立法」の中に行政法の生成をみた。これは「伝統的な経済的自由をコントロールする最初の重要な試み」であるとFreundは評価していた。⁽¹¹³⁾

州の行政委員会と連邦の行政委員会は、ともに、その共通する特徴 (hallmark) として、行政権限の他に立法権限および司法権限を有している。⁽¹¹⁴⁾ しかし、両者は、設置法の憲法上の根拠が異なる。一九世紀後半の州の行政委員会は州憲法の police power に基づいて法律により創設されるものが多い。これに対して、連邦の行政委員会は、合衆国憲法上の州際通商権限に基づいて法律により創設される。⁽¹¹⁵⁾

アメリカ行政法においては、州の行政法はなぜ語られないのだろうか。

Schwartzは、法律家らの学術上の「関心は、連邦の行政法に向けられている。彼等は、この国に、五一の行政法システム——一つの連邦政府と五〇の州政府——があるという事実を見落としている」と述べる。⁽¹¹⁶⁾ 事実、行政法の教科書は、そのほとんどが連邦の行政を検討対象としている。⁽¹¹⁷⁾

一般に、アメリカ行政法は、一九二九年の大恐慌に対するニュー・ディール政策をきっかけに進んだ行政国家

化を背景に、劇的に発展したといわれている。この状況について、Stephen Breyerは、概要次のように述べている。

ニュー・デールは、アメリカ行政法を一変させた。コモン・ロー上の権利のカタログは、過剰か過少かのどちらかであった。連邦主義は、憲法制定時の構想の主たる部分であった。すなわち、各州は自己統治する共同体として、また、個々人が州から出て行く権利はその自由の重要な保障として認められていた。しかし、ニュー・デール期においては、州は事実上自治の領域として認められなかった。ある州を出て他の州に行く権利は、もはや専制政治に対する安全保障ではなかった。逆に、州は、強大な利益集団に支配されていた。ニュー・デール期の多くは、経済効率と民主的な自治の両方にとって、州が有効なバリアではないとみなした。伝統的に州によって行使された権限の多くは、急速に、連邦政府へと移行したのである。抑制と均衡および権力分立は、Landisによれば、効率的な統治 (governance) の障害として現れた。⁽¹¹⁸⁾

「州と連邦」という、いわば垂直関係の権力分立における州の存在は、行政国家化という時代においては、むしろ障害となったものと考えることができる。州政府の権力を補完したにすぎなかった連邦政府の権力は、行政国家化という時代を背景にした時、特に州際通商権限の拡大を連邦裁判所が認めたことによって、州政府の権力より優位にたつことになった。このことが、連邦における「行政の決定」への注目へとつながったといっただろう。

しかし、州政府の権力は、それ自体として、なお重要な役割を果たしていたし、現在も果たしている。典型的には、公衆衛生がある。一八世紀以降、州政府および地方政府は、police powerを根拠に公衆衛生活動を行ってきた。たとえば、港湾での出入国、移民による人口増加、汚水の未処理等を原因とする感染症の拡大予防のため、各州政府は、公衆衛生委員会 (boards of health) または公衆衛生官 (health officers) 等を置き、これに強制調査

権、即時強制権（強制収容、強制検査）、隔離権、消毒等の命令権等——draconian measures, draconian actionsと呼ばれる——を授権した。これらの権限行使は、コレラ流行（一八六六年）、天然痘流行（一八九四年）の対策として効果を発揮した。しかし他方で、人身の自由および財産権を侵害したとして多くの訴訟が提起された。この種の「行政の決定」に対して、裁判所は、令状主義やデュー・プロセスを適用しなかった。公衆衛生領域において、州政府は、裁判所の介入を欠いた広範かつ自律的な権力を有していたのである⁽¹³⁾。

のちにSchwartzは、州政府の役割をみて、州の行政法が有する重要性を指摘している。「多くの本質的な政府の機能（essential governmental functions）は、各州およびその下部に属している。このことは特に、social servicesの領域に当てはまる。まず研究対象とすべきは、州の行政法であり、連邦の行政法ではない⁽¹²⁾」。本稿が扱う医療提供に対する専門職自主法による規制、州行政機関による規制、そしてそれに対する司法審査も、Schwartzが注目した、まさに、州の行政法の領域である。

注

(17) アメリカ行政法の生成について、網羅的に直接分析する我國の業績は、司法国家への転換がとりわけ意識されていた一九四五―五〇年代に集中している。一九四〇年代の業績には、たとえば、中村治朗「米国行政法における司法審査の問題」法律タイムズ一一号（一九四八年）七二頁以下、高柳賢三「行政と司法」法律タイムズ一五号（一九四八年）一八九頁以下、鶴飼信成「アメリカ行政法の理論」法律タイムズ二〇号（一九四九年）一一頁以下等がある。

(18) アメリカ行政法の生成を再考するJerry Mashawは、「行政法とは、行政の行為に対する司法審査の法である」と「誤解」されつゝ述べた⁸。JERRY L. MASHAW, CREATING THE ADMINISTRATIVE CONSTITUTION—THE LOST ONE HUNDRED YEARS OF AMERICAN

ADMINISTRATIVE LAW 3 (2012). 本稿はこの観点に共感し、司法審査から生成する行政法とは異なる観点から、行政法の生成を再検討しようとするものである。

- (19) FRANK J. GOODNOW, *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW: AN ANALYSIS OF THE ADMINISTRATIVE SYSTEMS NATIONAL AND LOCAL, OF THE UNITED STATES, ENGLAND, FRANCE AND GERMANY* (New York, G. P. Putnam's Sons, 2 Vols. 1893).

Frank J. Goodnow (一八五九—一九三九年) は、ニューヨークに生まれ、一八八二年にコロンビア大学ロー・スクールを卒業後、一年間、パリの自由政治科学学院 (École Libre des Sciences Politiques、現在のパリ政治学院 Institut d'Etudes Politiques de Paris) およびベルリン大学に留学し、一八八三年からコロンビア大学政治学部 (Faculty of political science) で歴史およびアメリカ行政法を教授した。一九〇五年には、THE PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE LAW THE UNITED STATES (1905) を公刊している。また、和田英夫「アメリカ行政法への試み：その形成と問題に関する覚書」北法二巻 (一九五二年) 一三一—一三二頁、橋本公巨「米国行政法研究——行政行為に対する司法審査」(有信堂、一九五八年) 九〇—九一頁を参照。

- (20) 本書の執筆意図につき、Goodnow は、序文で以下のように述べている。「著者の意は、第一、合衆国、イギリス、フランスおよびドイツの行政法を考究し、この四国に於いて採用せられたる行政組織の方法を開陳し、また第二に、行政組織を支持してその事業に耐えしめ之をして憲法若しくは法律が個人に保証したる権利を侵犯せざらしむるの手段を段々詳細に解説せんとするに在り」(漢字および仮名遣いは現代表記に変えた。以下、本文、注とも旧漢字・旧仮名遣いの文献については現代表記に変える。—引用者)。GOODNOW, *supra* note 19, at preface iii. フランク・ジュ・グッドノウ (浮田和民訳) 『比較行政法』(早稲田大学出版部、一九〇八年) 序一頁。Goodnow の問題意識について、以下も参照。和田・前掲注(9) 一三二頁、橋本・前掲注(9) 九〇—九一頁。

行政法という語自体は、それ以前から用いられていた。「名前がないということは、根本においては、……ものそのものを認めないということから起っている」。鶴飼・前掲注(7) 一九四頁。Mashaw によれば、最初にこの語が現れたのは、14 AM. JURIST

& L. AMG. 330, 338, n. 1 (1835) に掲載された’ Story 裁判官の COMMENTARIES ON THE CONSTITUTION のドイツ法教授による書評だといふ。 Mashaw, *supra* note 18, at 311. また、行政法の語を最初に用いたのは、一八四二年合衆国司法長官 Huger S. Legare であるといふ。’ OSCAR KRANES, THE WORLD AND IDEAS OF ERNST FREUND: THE SEARCH FOR GENERAL PRINCIPLES OF LEGISLATION AND ADMINISTRATIVE LAW 64 (University of Alabama Press 1974).

(21) GOODNOW, *supra* note 19, at preface iv. グッドノウ・前掲注②〇序三頁。橋本・前掲注①九一九頁。

(22) *See id.* 同右。橋本・前掲注①九〇—九一九頁。

(23) GOODNOW, *supra* note 19, at preface iv-v. グッドノウ・前掲注②〇序五—六頁。橋本・前掲注①九〇—九一九頁。

(24) GOODNOW, *supra* note 19, at preface viii-ix. 和田・前掲注①九一四三三頁。

(25) GOODNOW, *supra* note 19, at contents viii-xiii. グッドノウ・前掲注②〇目次一—二八頁。

Goodnow の行政法の把握の仕方は、のちに現れた行政法と比較すると、行政組織および行政作用の形式の重視にその特徴がある。「行政監督のことを討究するには行政作用の形式及び方法に関する要領を包括せしむるの必要あり。何となれば此の要領を解することなくして能く行政監督の何たるかを理解せんと欲するも得可からざればなり」。GOODNOW, *supra* note 19, at preface iii. グッドノウ・前掲注②〇序一—二頁。また、同書の目次参照)。

Goodnow が比較行政法を著した一八九三年に先立つ一八八七年、連邦議会は、州際通商法に基づいて州際通商委員会 (Interstate Commerce Commission (以下 ICC という)) を創設し、その後数次の法改正に基づいて ICC の権限を強化していった。しかし、上述のように異なる観点から行政法をえがいた Goodnow の著書には、この ICC に関する記述はみられない。

(26) 一九〇三年には、Goodnow は創設者の一人としてアメリカ政治学会 (American Political Science Association) をつくり、一九〇四—一九〇五年の初代理事長に就任した。

(27) 「行政組織の問題を対象とした政治学の分野であって、今日アメリカの法曹のいうような『行政法』ではなかった〔大陸法の意味の行政法であった〕。……現在のアメリカでは大陸法という行政法は、組織〔organization〕の問題は政治学者により、権限〔power〕の問題は法律家によって取りあつかわれ、分業化されている」。高柳（賢）・前掲注(17)一九三頁。

「彼の主たる関心は、組織論に向けられ、行政権の侵害に対する国民の救済の面については、あまり述べるところがない。……却って、彼の影響は、行政学、政府学の方面に強く現れている」。「彼は、始めて（ママ）、行政法の観念をアメリカに採り入れ、また行政の占める地位の重要性を指摘し、その後の行政法及び行政学の発達をもたらしたため、通常『アメリカ行政の父』と称せられている」。橋本・前掲注(19)九〇—九一頁。

アメリカの行政法をイギリスに向けて叙述したSchwartzは、Goodnowの行政法を評して、「一世代前、行政法は、権限と救済を扱っていた。権限の委任と司法審査だけが強調されたのであった」と述べ、司法審査と並んで権限の委任に注目している。

BERNARD SCHWARTZ, *ADMINISTRATIVE LAW* 3 (1976).

(28) Ernst Freund（一八六四—一九三二年）ニュー・ヨーク生まれ。初等教育以降の殆どをドイツで受け、ハイデルベルグ大学法学部を一八八四年に卒業後、アメリカに移住し、一八八六—一八九四年ニュー・ヨーク市で法曹として実務に就く。一八九二年からコロンビア・カレッジ、一八九四年からシカゴ大学でRoman law and jurisprudenceの教鞭をとる。一九〇二年シカゴ大学のロー・スクール新設時から一九三二年に亡くなるまで、シカゴ大学ロー・スクールのjurisprudence and public lawの教授であった。ERNST FREUND *PREFACE BY FRANCIS A. ALLEN, STANDARDS OF AMERICAN LEGISLATION*, preface ix-x (Chicago Univ. Press 1965) (1917); KRAINES, *supra* note 20, at 7; 和田・前掲注(19)一四四頁、橋本・前掲注(19)九一—九二頁も参照。

また、Freundは、前述のGoodnowの『比較行政法』の序文にて、謝辞を述べられている。「本書の全部またはその多分を閲読せられたるニュー・ヨーク法廷のErnst Freund君に負う所あると鳴謝す」。GOODNOW, *supra* note 19, at preface vi; グッドノウ・前掲

注(20)序七頁。

(29) ERNST FREUND, *CASES ON ADMINISTRATIVE LAW* (rev. ed. 1928) (1911).

(30) KRAINES, *supra* note 20, at 76.

一九〇六年には、FRANK J. GOODNOW, *SELECTED CASES ON ADMINISTRATIVE LAW* (New York, G. P. Putnam's Sons, 2 Vols. 1893). 一九〇三年には、BRUCE WYMAN, *PRINCIPLES OF THE ADMINISTRATIVE LAW GOVERNING THE RELATIONS OF PUBLIC OFFICERS* (Keefe Davidson Co. 1903). がそれぞれ公刊されていたが、KRAINESによれば、これらは真の意味でのケース・ブックではなかった。Wymanの著書は、行政の活動に対する立法および司法的コントロール、行政組織について、関心をむけていなかった。また、Goodnowの著書は、行政組織として、公務員の責任、権限およびそのコントロールを主として扱っていたとされる。See *id.* 和田・前掲注(19)一四四頁、橋本・前掲注(19)九一二頁も参照。

(31) Educa Comment, *Ernst Freund—Pioneer of Administrative Law*, 29 U. CHI. L. REV., 755, 769 (1962).

Freundによる行政法のケース・ブックの構成は、「二部に分け、第一部行政権及び行政行為、第二部行政行為に対する救済となっている。第一部では、執行、準司法及び準立法作用、行政上の裁量、公の行為の形式及び立証、通知、聴聞及び証拠、行政上の執行を取扱い、第二部では、損害又は金銭回復訴訟、特殊の救済を求める訴訟、管轄、最終性、及び司法的統制を扱っている」。橋本・前掲注(19)九一頁。Freundが取り上げた裁判例は、免許および税金に関する州の裁判判決が中心であった。KRAINES, *supra* note 20, at 28, 76-77. そして、Freundが「法的コントロールとは、行政内部すなわち行政自身によるコントロールではなく、行政外部からのコントロールすなわち司法審査を意味していた。また、Freundのケース・ブックが詳細に検討したのは、司法審査の形式、特にのちにはあまり扱われることがなくなった伝統的な令状システムであった。KRAINES, *supra* note 20, at 78.

John A. Fairlieが「一九三五年に、Freundのこの著書を評して、「個人の権利という観点にたち、行政法を、行政によって制定

- される法についてはなく、行政を法的にコントロールする法として扱っている」と述べた。 KAINES, *supra* note 20, at 76-77. また、
 Sheldon D. Elliott も、一九四二年に「Freund の基本的関心は救済にあり、かつ、彼は多くの事例を州の裁判判決から取り上げた」
 と述べている。 KAINES, *supra* note 20, at 77.
- (32) また、当時のアメリカの法学教育において、ケース・メソッドがレクチャー・メソッドを席巻しつつあったこと、および、そ
 の意義について、松浦好治「Law as Science」論と十九世紀アメリカ法思想——ラングデル法学の意義——（三）「阪大法学一二五
 号（一九八二年）七一―七九頁。
- (33) Mark Tushnet, *Administrative Law in the 1930s: the Supreme Court's Accommodation of Progressive Legal Theory*, 60 DUKE L. J.
 1565, 1583 (2011).
- (34) Ernst Freund, *The Substitution of Rule for Discretion in Public Law*, 9 AM. POL. SCI. REV. 666, 666 (1915).
- (35) *Id.* at 666-67. なお、Freund は、行政の裁決の権限は、裁判作用ではあるけれども、その由来は、真正な (genuine) 司法権ではなく、
 立法権であると指摘している。 *Id.* at 668.
- (36) Tushnet, *supra* note 33, at 1583-84.
- (37) KAINES, *supra* note 20, at 125-26.
- (38) Tushnet, *supra* note 33, at 1583-84.
- (39) かつで語られている問題状況は、裁判所による委任禁止法理の創造とその適用の問題である。
- (40) Daniel R. Ernst, *Ernst Freund, Felix Frankfurter and American Rechtsstaat: A Transatlantic Shipwreck, 1894-1932*, 23 STUD. AM POL.
 DEV. 171, 1 (2009), available at <http://scholarship.law.georgetown.edu/iaqpub/18>. (頁は web 上の頁を表記する。——引用者。)
- (41) Felix Frankfurter, *The Task of Administrative Law*, 75 U. PA. L. REV. 614, 615 (1927).

- (42) Frankfurter, *supra* note 41, at 616. 橋本・前掲注(19)九二頁。
- (43) 橋本・前掲注(19)九二頁。
- (44) Felix Frankfurter (一八八二—一九六五年) ウィーン生まれ。一八九四年にニュー・ヨーク市に移住する。一九〇六年にハーバード大学ロー・スクールを卒業後、法曹として実務に就く。一九四—一九三九年までハーバード大学ロー・スクールで、最初の行政法の教授として教鞭をとる。一九三九—一九六二年合衆国最高裁判所判官であった。行政国家推進論者であり、ニュー・デューラーとしてRoosevelt政権を支えた。松浦好治「ニュー・デューラーとリーガル・リアリズム」アメリカ法一九九七(二)号(一九九八年)一四五—一四八頁。
- (45) Frankfurter, *supra* note 41, at 614.
- (46) Frankfurter, *supra* note 41, at 617-18.
- (47) Frankfurter, *supra* note 41, at 618.
- (48) Frankfurter, *supra* note 41, at 614. 行政的手法の拡がりが行政機関の裁量を拡大することは避けがたく、したがって、裁量濫用の可能性も避けがた。Frankfurter, *supra* note 41, at 618.
- (49) Frankfurter, *supra* note 41, at 614.
- (50) *Id.* 合衆国最高裁判所は行政法という用語を用いつつはあったが、イギリスの法律家は行政法を「法なるもの (*de jure*)」として認識してはなかった。Frankfurter, *supra* note 41, at 615. Albert V. Diceyがイギリスにおける行政法の生成を認めたのは、*The Development of Administrative Law*, 31 L. Q. R. 148 (1915)論文におこつてゐる。*Id.* at 615.
- (51) Frankfurter, *supra* note 41, at 615. かつFrankfurterは「我々は、法を理解するために、法律書の表紙の外を旅しなければならぬ」と述べて。at 620.

(52) 和田・前掲注(19)一四五頁。

Frankfurter は「行政手続 (procedure) が設定された目的を達成する際に、そしてそれと同時に、行政の活動の影響を受ける個別の利益を保護する際に、行政手続の性質および行政手続の信頼性」が、主要な問題となると述べた。Emst, *supra* note 40, at 23.

(53) James Landis は、一九三三年に証券法を起草した。一九三四年証券取引法が制定、証券取引委員会が設置され、一九三五—一九三七年証券取引委員会の二代目委員長に就任し、一九三七年ハーバード大学ロー・スクール長となる。松浦・前掲注(44)一四九—一五〇頁。

(54) James Landis, *The Administrative Process: The Third Decade*, 47 A. B. A. J. 135, 135 (1961).

(55) Tushnet, *supra* note 33, at 1572.

(56) Tushnet, *ibid*.

(57) Tushnet, *supra* note 33, at 1572-73.

(58) 和田英夫「アメリカ行政法の基礎構造」鵜飼信成編『行政手続の研究』（有信堂、一九六一年）二〇七—二〇八頁。

裁判所の疑念に直面して、行政国家推進論者は「行政過程に司法的形式を与えることで対応した」のである。Tushnet, *supra* note 33, at 1576. 行政手続の整備によって、裁判手続の後退ないし司法審査の排除が期待された。裁判の存在または裁判手続との緊張関係の中で、行政手続は生成してゆくこととなったのである。

Landis は、「裁判判決は行政過程の発展を妨げる傾向にあった。一九三〇年代、行政機関に権限を委任する連邦議会の権力が制限される一連の判決がなされた。行政機関に委任された独自の事実認定について、裁判所は判断した。その理由は、裁判官だけが解決しうる憲法上の論点 (constitutional issue) が事実問題の争点であるというものであった。下級審判決は、実質的証拠 (substantial evidence) 法理の適用を拒否し、事実の裁定者 (arbitrator) としては行政よりも裁判官を選んだ」と述べた。Landis, *supra* note 54, at

136.

Schwartzによれば、「裁判官は、本来行政官に敬意を払う気持ちがない。かれは、争われた事実または政策に係る行政決定を厳しく審査することについて、ほとんど抑制されな」かったのである。BERNARD SCHWARTZ & H. W. R. WADE, *LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT* (1972). B・シユウォーツ、H・W・R・ウエイド著（堤口康博訳）『英米行政法』（成文堂、一九七六年）二二三頁。また、「時代の重大な憲法問題について最終的決定権を持つ、そして、しばしば『遅かれ早かれ司法的問題の中で解決されないいかなる政治的問題も合衆国ではほとんど起こらない』というド・トクヴィルの名言」を裁判官は実行に移しているとSchwartzは述べる。Schwartz, *ibid.* 同右。

(59) 橋本・前掲注(9)二二頁。JOHN DICKINSON, *ADMINISTRATIVE JUSTICE AND THE SUPREMACY OF LAW IN THE UNITED STATES* 336-38 (NY: RUSSELL & RUSSELL INC. 1927). また、和田・前掲注(58)二〇六頁。

(60) 鶴飼・前掲注(7)二四六頁以下。中川丈久『行政手続と行政指導』（有斐閣二〇〇〇年）三五―三八、一八三―一八四頁。

(61) JAMES LADIS, *THE ADMINISTRATIVE PROCESS* 45-46 (1938). また、鶴飼・前掲注(7)二四六―二五〇頁、中川・前掲注(9)二二二―二二五頁。

(62) 鶴飼・前掲注(7)二二四―二二六―二四六―二四七頁。また、裁判制度について、Felix Frankfurter, *The Business of the Supreme Court of the United States—A Study in the Federal Judicial System*, 39 HARV. L. REV. 587, 588 (1926).

(63) ROSCOE POUND, *ADMINISTRATIVE LAW: ITS GROWTH PROCEDURE AND SIGNIFICANCE* 80 (1942). 中川・前掲注(9)二二二―二二五頁。

(64) POUND, *supra* note 63, at 26. 「私は、今日の社会における政府の手法としての行政を攻撃しているのではない。Administrative justiceの登場や、行政機関の規則制定、基準の適用、これらの執行に必要な事実に関する決定を非難しているのでもない」。Id. at 55.

(65) POUND, *supra* note 63, at 26. Poundによれば、「行政過程 (administrative process) は、主として指導 (guiding) または指示 (directing)

する機能であり、「行政過程の必要性を承認することは、一般的な安全（the general security）と個々人の生活（the individual life）との間の適正なバランスが、立法過程と司法過程の両方に課してきたチェックから自由であるべきことを承認することではなす」。Id. at 6.

Poundは、行政機関の行為に対する司法審査を排除しようとする傾向を、とりわけ一九〇年から一九一六年にかけての公益事業規制を定める制定法にみた。これらの制定法目的は、——指示または差し止めるためではなく紛争の裁定のために——行政審判（administrative tribunals）を設置し、かつ、できる限り行政審判での決定を最終的（final）とすることにあつた、という。Pound, *supra* note 63, at 28.

(66) Pound, *supra* note 63, at 54.

(67) Pound, *supra* note 63, at 54-55.

(68) また、鵜飼・前掲注(7)二四六—二四七頁。

(69) 「行政手続の司法化を主張する立場が、はじめはその手続の司法審査の確立を要求し、やがてその手続そのものの可能な限りでの司法化を要求するにいたつた」。鵜飼・前掲注(7)二二六頁。Landisは、「行政審判に代表される行政過程が、司法過程および立法過程の不備、そして執行権行使の手法の不備に対して、当時のアメリカがみいだした解答である」と述べる。Landis, *supra* note 63, at 46. また、Poundも前述のように、「行政過程の必要性を承認していた」。

(70) 「法律問題と事実問題とを区別する一般原則に対する例外として、行政機関の行為が憲法上の権利を侵害するもの、または、憲法上の権限を越えるものとの主張が争点となった場合には、裁判所は法律問題及び事実問題の双方について『独立の』審査判断を行うことができ、又審査の方法の行政機関の手続における記録に限定せられることなく、必要ある場合には新しい証拠の取調を許すものがいわゆるtrial de novo」である。中村・前掲注(7)一〇頁。

- (71) 「再審査（ママ）対制限された審査 [de novo review versus restricted review] についての永い（ママ）論争は、ほぼ終わっている」。
SCHWARTZ, *supra* note 58, at 314. シュウォーツ・前掲注(58)二四一頁。
- (72) 一九三〇年代の行政国家の正当性をめぐる論争を整理した中川は、立法権の委任禁止法理の強化、憲法的事実・管轄的事実の法理⁷¹の Morgan 判決（Morgan v. United States (Morgan I), 298 U. S. 468 (1936); Morgan v. United States (Morgan II), 304 U. S. 1 (1938).）といった一九三〇年代の連邦最高裁判決が、少なくとも、「行政の決定」に対して司法審査を置くことを求めた点に、行政国家の正当性をみいだした。（中川・前掲注(60)一三八頁。）本稿はここに、行政手続が司法審査を排除しうるか否かという論争に対する解答の方向性をみいだす。
- (73) したがって、行政手続は、「裁判審理のような対審型・三者構造のヒアリングであることが出発点となっており、そこからの引き算⁷²として様々な行政場面毎にもっとも適切な『手続鑄型』を得るという発想」が導かれる。中川・前掲注(60)一九一頁。
- (74) 鵜飼・前掲注(7)二四六頁以下。また、連邦最高裁判所が、たとえば Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U. S. 388 (1935); A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U. S. 495 (1935); Carter v. Carter Coal Co., 298 U. S. 238 (1936) 判決にあって、委任禁止法理を用いて違憲判断を下した制定法に対し、ニュー・デールの連邦議会は、その当時の裁判所で承認されていた憲法上の諸原則に矛盾しない方法で、望ましい目的を達成する立法に書き直した。一九三〇年代を通じて、ニュー・デイラーは、繰り返し返すこの適応性のある戦略を用いて、結果として目覚ましい成功をおさめた。Barry Cushman, *The Great Depression and New Deal, in THE CAMBRIDGE HISTORY OF LAW IN AMERICA* 278 (M. Grossberg & C. Tomlins eds., vol. 3 2008).
- (75) 鵜飼・前掲注(7)二〇号一五頁。Tushnet は「証拠を伴う聴聞、伝聞証拠の利用の制限等」をあげている。Tushnet, *supra* note 33, at 1576.
- (76) SCHWARTZ, *supra* note 58, at 107. シュウォーツ・前掲注(8)一一六頁。See also KENNETH C. DAVIS, *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* 40

(vol. 1 1958). 行政手続として、行政立法手続よりもむしろ行政審判手続を語るのはこの時代の特徴である。

- (77) 連邦の行政手続法の生成について検討するものとして、たとえば、本多滝夫「アメリカにおける行政手続法理の生成 一―二・完」名法一一八号（一九八八年）一五九頁以下、一二〇号三三五頁以下。中川・前掲注(60)第一部。

- (78) Sordi, *supra* note 1, at 27.

- (79) Sordi, *supra* note 1, at 23.

- (80) Sordi, *supra* note 1, at 27.

- (81) 鵜飼・前掲注(7)七七頁。

- (82) Pound, *supra* note 63, at 15. これは、「権力の分立を維持すること、ことばをかえていえば、政府、立法府、裁判所が、互いに他の領域を侵さないようにすることの必要性」から導かれる。鵜飼・前掲注(7)一九五頁。

- (83) 鵜飼・前掲注(7)八〇頁注一。

行政活動の法適合性を司法裁判所が審査しない制度である行政裁判制度は、司法権と行政権の対等を理由とする。司法権と行政権とを対等ならしめることによって、達成されるのは、「行政主体と私人との不对等」である、と高柳信一は述べる。「行政の裁判所による統制」高柳信一『行政法理論の再構成』（岩波書店、一九八五年、初出『現代の行政講座 現代法④』（岩波書店、一九六六年）一八一―一八三頁。

- (84) 鵜飼・前掲注(7)一九六頁。

- (85) Pound, *supra* note 63, at 81. 鵜飼・前掲注(7)一二七頁。

- (86) 鵜飼・前掲注(7)一〇八頁。

- (87) Sordi, *supra* note 1, at 27.

コモン・ローの母国イギリスは、一九世紀の終りから二〇世紀にかけて社会立法が制定された。これらの立法は、「権力分立の原理を固守しない……、すなわち、行政機関が、一方では、本来立法機関の行うべき立法をする権限をもつと共に、他方では、本来司法機関の行うべき裁判をもする」ものであった。鵜飼・前掲注(7) 一九九頁。

「二〇世紀のはじめの諸立法を機縁として、ついにダイシーをして、このような実定法の原理の転換を確認せざるを得ないようにさせたのは、次の二つの判決であった。その一は、*The Board of Education v. Rice and Others* (1911)であり、その二は、*Local Government Board v. Arlidge* (1915)である」。鵜飼・前掲注(7) 一九九—二〇〇頁。

(88) *Saginaw Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 96 Fed. 2d, 554, 559—560 (1938).

(89) 鵜飼・前掲注(7) 二一二頁。See also Freund, *supra* note 34, at 666, 668.

また、英米の行政機関は、「将来に向って、公正で合理的な最高料金率を定めて、これを命ずる権限」を授権された。これは「立法作用である。そうしてこのような立法作用が、行政機関の権限として委任されざるを得ないところに、権力分立原理の批判の根拠がある」。鵜飼・前掲注(7) 二二五頁。

(90) 鵜飼・前掲注(7) 七九頁。「裁判所の復審 [judicial review] を排除して行政機関の裁判をもって『ファイナル』なものとするか」が問題となる。高柳(賢)・前掲注(7) 一九〇頁。

この背景には、社会経済の発展がある。「事後において損害賠償を受けるよりも、事前に適切敏速な予防的措置のとられる方はるかに望ましい。しかも、社会経済の一般的な発展は、この種の国家的干渉を必要とする事項を、相ついで生むにいたらしめたのである。このようにして、イギリスにもい、つに(ママ) 方が『公法化』する [officialize] 傾向が現われ、行政法が生れるようになった」。鵜飼・前掲注(7) 二〇二—二〇三頁。

(91) 「行政決定と司法判決は、憲法論を持ち出すまでものなく、別物である。上訴へのアナロジーは、あくまでも比喻である」。

- 中川丈久「行政訴訟に関する外国法調査——アメリカ（下）3・完」ジュリスト一二四八号（二〇〇三年）八五頁。これを、*appellate review model*と称して、このモデルの起源を検討するものに、Thomas W. Merrill, *The Origins of American-style judicial review, in Comparative Administrative Law 389* (Susan Rose-Ackerman & Peter L. Lindseth eds. 2010).
- (92) 「行政裁判所制度を要請した司法権と行政権の対等性に関する理論を今一步発展せしめて、行政行為を（第一審）裁判判決のアナロジーにおいて捉え、その効力を（第一審）裁判判決の効力を類推して理論構成（したもの）が）……行政行為の公定力の理論」である。高柳（信）・前掲注83一八三頁。
- (93) 中川・前掲注(91)八五頁。
- (94) 鵜飼・前掲注(7)二一五頁。
- (95) 中村・前掲注(17)七二頁。
- (96) 一九四六年、一般法である連邦行政手続法の制定により、行政法は大きく変わる。「APAの制定はアメリカ連邦行政法発展における画期的事実を物語る」。川上勝己「行政手続法制定史」鵜飼信成編『行政手続の研究』（有信堂、一九六一年）三頁。
- しかし、連邦行政手続法は、「抽象的・組織的な一つの理論体系の中において発想され、展開されたものではなく、むしろ無数の分散した具体的な個々の判例の紆余曲折を経ての集積の中に、成熟してきたということ、そして、基本的には、アメリカ法学一般に特有な判例法主義とプラグマティズムの原理に負う」ものである。和田・前掲注58一二三頁。
- (97) 鵜飼信成「はしがき」鵜飼信成編『行政手続の研究』（有信堂、一九六一年）序二頁。
- (98) 同右。
- (99) 同右。
- (100) 和田によれば、「一九一六年、エリフ・ルートがアメリカ法曹協会の会長として、『法曹による公的奉仕』[Public Service]（トマ

by the Bar」と題する演説において『古い立法権委任禁止の論は戦場から退き敗北した』とし、いまや行政法発展は『明白に不可避』[manifestly inevitable]となった』と言明した、とされる。和田・前掲注⑤(二一五頁)。

和田によれば、「アメリカ行政法の発展に伴う主要関心の変遷をより鮮明に指摘したのは、進歩派の有力な行政法学者のデーヴィスである。デーヴィスは、行政法の三大部分は、第一に、権限の立法府からの行政機関への委譲、第二に行政機関による権限の行使、第三に裁判所による司法審査に関するものだとし、次いで、二〇世紀の最初の二五年の間は、行政法の主題は大体において、依然としてこれらの第一および第三の問題に、すなわち、権力分立論と委任立法禁止論に限定され、集中されてきたと論ずる」。和田・前掲注⑤(二二五頁)。続けて、和田は、「しかし、彼(デーヴィス)は、二〇世紀中葉の行政法の主要関心は、いまや変化したとし、そこでは権力分立論は、むしろ法令作成者たちの指導原理をなしているものの、行政的処理や行政活動に対してほとんど何の影響も与えていないとしており、また、二〇章からなる彼の行政法教科書の中では、委任の問題にはわずかな章をあてる価値しかないように思われる、とのべているのである」と述べる。同頁。Davis *supra* note 76, at 5.

(101) 紙野健二「アメリカにおける総合調整の法的検討——大統領命令二二九一号をめぐって——」三・完「法時五九卷(一九八七年)三号六五頁以下、五号八三頁以下、七号六〇頁以下。古城誠「レーガン政権と規制審査制度——OMB規制審査制の検討——」北法三六卷(一九八六年)四号八七頁以下。

(102) SCHWARTZ, *supra* note 27, at 3.

(103) Jerry L. Mashaw, *Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age*, 119 YALE L. J. 1362, 1470-1471 (2010). See also, Elizabeth Magill, *Agency Self-Regulation*, 77 GEO. WASH. L. REV. 859, 861 (2009).

(104) Mashaw, *supra* note 103, at 1470-71. Jerry L. Mashaw, *Recovering American Administrative Law: Federalist Foundations, 1787-1801*, 115 YALE L. J. 1256 (2006); Jerry L. Mashaw, *Reluctant Nationalist: Federal Administration and Administrative Law in the*

Republican Era, 1801–1829, 116 YALE L. J. 1636 (2007); Jerry L. Mashaw, *Administration and “The Democracy”*, *Administrative Law from Jackson to Lincoln, 1829–1861*, 117 YALE L. J. 1568 (2008). Mashaw の前掲注8書は、上記四つの論文を取りまとめて公刊したものである。

(105) KRAINES, *supra* note 20, at 8.

(106) 鶴飼・前掲注(7)二〇五頁。

(107) 鶴飼・前掲注(7)二一〇―二一二頁。

(108) 鶴飼・前掲注(7)二一〇頁。

(109) 鶴飼・前掲注(7)二一二頁。

(110) 鶴飼・前掲注(7)二一五頁。

(111) 鶴飼・前掲注(7)二一二頁。

(112) 鶴飼・前掲注(7)二〇五―二一〇頁。この理解は現在も維持されている。たとえば、Breyer 他によるテキストでは、「現代行政法の発展における決定的な第一段階は、一九世紀後半の行政規制の成長であった。この発展は、まず州レベルで、鉄道、穀物倉庫その他の自然独占に対する料金規制として生じた」と述べられている。STEPHEN G. BREYER ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY PROBLEMS, TEXTS, AND CASES* 19 (2002).

(113) KRAINES, *supra* note 20, at 8.

(114) Final Report of the Attorney General’s Committee on Administrative Procedure 7 (1941).

(115) FELIX FRANKFURTER, *THE PUBLIC & ITS GOVERNMENT* 14–15 (1930). また、「伝統的に、連邦行政法は、州際通商を規制する連邦議会の権力の上に集中されてきた」。SCHWARTZ, *supra* note 58, at 8. シュワーツ・前掲注58九頁。

- (116) SCHWARTZ, *supra* note 27, at 24. *See also*, SCHWARTZ, *supra* note 58, at 8–10. ネットワーク・前掲注⑧九一―一二頁。
- (117) 州の行政法を扱うテキストを以下。E. g., MICHAEL ASIMOV & RONALD M. LEVIN, *STATE AND FEDERAL ADMINISTRATIVE LAW* (3RD ED. 2009); ARTHUR E. BONFIELD, *STATE ADMINISTRATIVE RULE MAKING* (1986)、行政手続法の分野ではあるが、州行政法の形成を検討するものとして、熊本信夫『行政手続の課題』（北大図書刊行会、一九七五年）。
- (118) STEPHEN G. BREYER ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY, PROBLEMS, TEXTS, AND CASES* 19–20 (7th ed. 2011).
- (119) Cushman, *supra* note 74 at, 294–308.
- (120) Leslie J. Reagan, *Law and Medicine, in* THE CAMBRIDGE HISTORY OF LAW IN AMERICA 247–251 (M. Grossberg & C. Tomlins eds., vol. 3 2008).
- (121) SCHWARTZ, *supra* note 27, at 24. *See also*, SCHWARTZ, *supra* note 58, at 9. ネットワーク・前掲注⑧一〇頁。