The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	行政機関の裁量行使の適正化（一）
Author(s)	澤田, 知樹
Citation	阪大法学. 2006, 56(4), p. 43-72
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55131
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

行政機関の裁量行使の適正化（一）

澤田知樹

はじめに
第一章　行政機関の設立
　第一節　行政機関の正統性
　第二節　代表と参加
　第三節　行政機関と憲法
　題四節　議会・最高裁の役割
　第五節　行政機関と行政運営
　第六節　行政機関と大統領の権限
　第七節　小　括
第二章　専門家による政策判断と価値判断
　第一節　専門家の判断
　第二節　専門家と非専門家の認識の相違
　第三節　リスク
　第四節　参加・交渉
　第五節　小　括（以上本号）

（阪大法学）56（4-43）925〔2006.11〕

第三章　参加と交渉・協働
第四章　協働による規制遵守方法
第五章　大統領による行政コントロール
結　語

はじめに

行政機関の判断が適正であるとされる根拠は何かと言えば、その第一は何と言っても行政機関の専門性であろう。行政機関は、議会から与えられた権限内で行為する。議会は法律を制定し行政機関に権限を授ける権能を有するが、専門性を有するわけではない。専門性を有さないが故にその部分を行政機関に委ねるという選択を行った。あるいは詳細に及ぶ立法はほとんど不可能なために委ねざるを得なくなったとも言い得るであろう。それにつれ「詳細」は次第にその範囲を拡大し、立法はほとんど骨組みないし枠組みだけを提供し、それ以外の実質的に重要な判断を要する部分は、行政機関の判断に委ねることとなった。そこで行政機関は独自の判断が可能となり、議会によるコントロールから離れていくようになった。そこで行政機関による独自の判断、行政裁量の適正さが問題とされてくるようになった。

行政機関の判断を如何にして適正なものとしていくかはとても困難な問題である。本稿は、この行政機関の裁量を適正化していく手法について考察を試みようとするものである。

行政機関の裁量行使の適正化を考えるについては、まず第一に裁判所による裁量コントロールが考えられるが、本稿ではそれ以外の手法についてその可能性を考えていく。司法審査について述べないのは、司法審査はあくまで

事後審査であることが原則でありそして個別具体的な問題を扱うものであるからである。それに対して、行政機関は事前判断であることが多くそして一般的抽象的判断であることが多い。特に将来の問題についての判断を求められることもあり、司法審査とはタイプの異なる判断適正化手法があると考え、その可能性について考察しようと考えるからである。

司法審査以外の行政機関の裁量行使の適正化法として近年、参加による手法つまり交渉や協働が主張されるようになってきた。交渉や協働は行政機関への情報のインプットとして考えることもでき、そして言わばボトムアップによる方法である。それに対して、トップダウンによる方法も考えられる。トップダウンつまり行政機関より高位なアクターによる行政意思決定の適正化である。これは、米国においては近年、大統領コントロールモデルが主張されてきている。

本稿では、こうした行政機関の裁量行使を適正化する手法として、参加・交渉・協働そして大統領による行政コントロールについて考察していこうと考える。そこでまず第一章では、行政機関が設置されたことそして行政機関の存在根拠ないし意義に関する問題について述べる。米国においては行政機関の存在そのものが論議されることもあり、その正統性や憲法上の位置づけをも考察する必要があると考える。その正統性について疑問が生じた場合に如何なる戦略でそれを担保するかについての考え方を紹介する。続いて第二章では、行政機関の専門性や行政官の職業的熟練性についての疑問について述べる。行政機関の専門性は、その判断が適正であるとされることの第一の根拠であるが、その専門性によって判断し兼ねる場合や専門性に疑問が生じた場合について考察する。専門性によって判断し兼ねる場合とは、価値判断に基づいてあるいは価値判断を伴う場合である。以上の一章と二章は言わば総論にあたる。そしてそれ以下の章では言わば各論にあたる部分として、第三章では参加・交渉・協働について

述べ、第四章では協働的な法律遵守方法の例を挙げて論ずる。最後に第五章では大統領による行政コントロールについて述べる。

第一章　行政機関の設立

第一節　行政機関の正統性

初期の行政モデルは、個人の自由を権力の濫用から保護するための「伝達ベルト」モデルであった。法律によるコントロールを欠くことは、行政権限の濫用に対して市民の権利の効果的な保護を奪うことになるために、問題が多かったのであるが、「伝達ベルト」モデルはホッブス（Hobbs）やロック（Locke）といった社会契約論者の条件に適合していた。「同意は政府の強制権限行使について正統化する唯一の根拠である」。つまり私的な個人は立法権の行使に同意したのみであるから、彼らは立法的に権限づけられた行政権限の行使に同意したのみである。(1)

すぐに新たなモデルが現れた。このモデルは正統性の問題を、如何にして行政裁量の濫用的行使を防止するかとして認識していた。このモデルはその目的を達するために、外部的な抑止法を用いるのではなくむしろ内部的なものに依拠しようと考えた。このモデルは行政機関を職業的そして専門家として観念づけるものである。これはエキスパートモデルと呼ばれ、市場の失敗に対する解決法として科学と経済学を提供するというニューディール（New Deal）論者のもたらしたものであった。意思決定を行政の専門家に付託することによって、裁量濫用からの保護としようというものであった。だがこのモデルは目標達成のためのベストは手段を見出すためにトライアルアンドエラーを行うことになるかも知れず、行政官のコントロールの対象となる具体的な個々の私人は、行政官の裁量に委ねられてしまう以上のものではないことになるかも知れない。(2)

このモデルの主要な目的は、裁量についての問題を低減することであった。このモデルは、政治からの距離をとることによって説明可能とされ正当化可能とされる機関による行政意思決定の領域を創り出し、それによって政治からの距離を保とうとするものである。[3] だがこれは政治そのものからの距離をいうよりむしろ裁量領域からの距離であった。そしてそれは当時の憲法問題を呈することとなった。エキスパートモデルは最初から批判を招いていた。

そうした中で行政手続法（以下ＡＰＡと略す）が制定され、ＡＰＡは影響を受ける利害関係人にヒアリングと参加の権利を増加させることによって包括的な保護を意図したものであった。ＡＰＡはまた行政意思決定についての司法審査を強化することによって、専断を防止し、そして公的な支出の犠牲において行政機関自身の利益を満足させるような裁量を減じた。

さらに裁判所は行政機関の専門性の効果について疑問を投げかけ、広汎な行政裁量をコントロールするために準備された行政手続の履行と綿密な審査の必要性を強調した。最も顕著なことは、裁判所は、行政機関の政策決定について適正な理由に基づく説明を行政機関が提示するように主張し始めた。この要求により行政機関は一貫した判断を求められ、過去の慣例から逸脱する時には、予見性と公正性を促進するために少なくとも理由説明が求められた。[4] これらの方法により司法審査は、行政裁量の濫用からの保護としての行政意思決定方法を強化するようになった。このようにエキスパートモデルが崩れた後、行政裁量の濫用の問題が惹起されてくることとなった。

第二節　代表と参加

行政機関の専門性についての一九三〇年代の理想主義は、一九七〇年代には行政裁量についての現実主義に取って代わられた。この頃の行政法の論者は、規制の影響を受ける利害関係人に対してより広いアクセスを提供するこ

とによって正統化しようと試みた。そこでは、行政法に関する問題はもはや裁量の濫用的行使ではなくなり、個人や利害関係人の代表と共に活動する政府の能動的側面という包括的な行政過程を確保するものであった。この時期に現れた利益代表モデルを通じて、行政機関の決定は「立法と同じ原理に基づいて」[5]正統化されていくことになるであろうと主張された。行政意思決定についての実質的な基盤を欠く中で、そのような判断は全ての影響を受ける利害関係人の要望を反映することになるであろう。

適正な理由による判断と同様に、参加を促進することは重要な役割となってきた。それにより関連する要因について利害関係人からのインプットに関しての考慮を確保することになる。最高裁は一九八三年に告知コメント手続による規則制定を正式に採用した[6]。

利益代表モデルの発展とほぼ同時に、憲法理論の中で多数派主義パラダイムが発展した。このパラダイムはその中核とするところは、人民あるいはその代表のみが政府の政策決定の正統性を呈することができるというものである[7]。多数派主義パラダイムは、論理的問題として、行政機関の存在そのものを如何に正統化するかという疑問を呈した[8]。人民によるコントロールから隔離された行政機関による政策決定についての正統性を欠くことが問題であった。執行府行政機関については問題は少ないであろう。それらは少なくとも大統領による解任を受けることによって担保されるからである。だが独立行政委員会は別問題である。それらの行政機関は、「政策決定をなすために付与された全ての権限は、一般選挙を通じて人民に直接アカウンタブルである」という原則に背くことになる[9]。

そこで利益代表モデルは、行政過程を公衆の要望を最大限に満足させるものとして再創生された。そうすることによって、公衆のコントロールは政府決定の正統化についての「必須条件[10]」であると仮定した。だが理想的な規則制定過程の設定はとても困難である。そしてこれらの利益代表グループを行政法の位置から外すべきではない。し

かしその位置は中心ではないと考えられるであろう。[11]

第三節　行政機関と憲法

行政国家の誕生以来、我々は行政国家と憲法構造とを両立させることを求めてきた。憲法構造とは、重要な政策決定は任命された官僚ではなく選挙によって選ばれた政府職員の掌中に留められなければならないということである。我々は政治的アカウンタビリティの問題に固執するあまりに、行政機関の正統性に対する重要な障碍について考察するようになってきた。行政の裁量濫用の問題である。我々はこの問題を、ノンデリゲーション・ドクトリンのような「憲法」的行政法よりはむしろ、ＡＰＡ（Administrative Procedure Act：米国行政手続法）のような「通常」の行政法へと追いやってきた。これらのルーティンの問題を、アカウンタビリティは「憲法」問題として、行政裁量濫用は「通常」の問題として二分して扱ってきた。[12]

裁量濫用防止についての努力は、主に「憲法」上の行政法ではなくむしろ「通常」の行政法の標題の下に扱われてきた。それらは行政機関の政策形成の質の改善計画の重要性としてであり、正統性についてではなかった。裁量濫用の問題が扱った「憲法」上の行政法の認識として唯一重要なものは、手続的デュープロセスである。裁量濫用の問題は、我々の伝統的なチェックアンドバランス機能が注視している第一の罪悪の一つとして見られてきたであろう。そのように理解するのであれば、その問題は行政機関の決定の質の問題としてのみならず、行政機関の正統性の問題としても言及されなければならなかったであろう。多くの論者は、行政法はアカウンタビリティについてではなくむしろ裁量濫用の問題について注意を注いでいると考えてきた。だがもし裁量濫用の問題が憲法構造から生じるものであれば、「通常」と「憲法」の間の、そしてさらに、我々の目標が行政国家を憲法構造に一致させる

ということを提示することであれば、裁量濫用とアカウンタビリティとの間のヒエラルキーは人為的なものであろう。[13]

行政決定における裁量濫用の懸念は憲法構造から生じるという可能性も存在する。だが多くの行政法学者達は行政意思決定における裁量濫用の防止を論ずるにあたって、憲法構造に結び付けて考えてこなかった。彼らは裁量濫用の防止について、規制政府を正統化するためではなく、よき規制政府の中心として論議し続けてきた。まるで二つが別物であるかのように。

憲法制定の枢要の目的は独裁の阻止であったことを思い出すことが要求されるのではなかろうか。その目的を達するためには、ある有名なフレーズのように、人民の代表によるそして人民に対して責任ある政府―「人民による」―政府を創設することである。しかし民主主義は、人々の物理的利益を促進することに依拠し得るものではないであろう。私的利益は、偏狭なグループの利益を公的な支出において政府の政策決定に影響を及ぼす可能性を懸念させる。さらに、政府の自己目的の追求といった別の問題もある。それは政府のアクターや機関が公益を害してでも自身の思想を追求する可能性を懸念させる。[14]

権力分立についての最も適切な理解は、それぞれの部門が法律を制定しあるいは執行することについて人民に責任を負うことを確実にするためのみに、各部門の間の分立を要求しているということではない。むしろ一つの部門に権限が集中することを防ぎそれによって何れか一つの部門による独裁を阻止しようとするものである。このことから、権力分立によって議会や大統領が単に他の部門から独立して活動することのみならず、非独裁的で公衆を尊重した方法で行動することが要求される。議会や大統領は法律を―正しい法律を―定立すべきである。[15]

第四節　議会・最高裁の役割

議会の権限について考えてみると、最高裁は議会の下院に立法拒否権（legislative veto）を権限付けた法律を無効とした。一院による立法拒否権は、憲法で要求されているバイカメラリズム（bicameralism）とプレゼンテーション（presentation）を侵害している。[16] 議会が立法活動を行うときには、一院によるのではなく憲法で規定された方法を通して行わなければならない。論者たちの中には最近、チャーダ（Chahda）判決を議会が一旦権限を執行府の行政機関に委任したのならば、その権限を再び主張することを憲法は禁止しているものとして記述する者が多くなってきた。ただし反対者は、議会拒否権の問題は執行府への過度に広汎な権限の委任を是正するもの[17]として賞賛する。議会拒否権の問題は、誰がそれを行使するかではなく、如何にしてそれは行使されるべきであるかである。立法許否権は公的ヒアリング、レポート、理由の提示なしに行われるであろう。これは明らかに行政活動の質――参加・透明性・適正判断性といったもの――を伴わない。さらにこの手法は、憲法が立法活動に典型的に命じている集中化された行為による利点――私的グループによる影響を代弁せず、将来性のない法律の制定を低減させるという働き――を伴わないことになる。さらにそれは、手続的保証なしに個人の権利を侵害することになろう。議会が一院による拒否権やそれ自身の機関を通して行使しようとした手法は、憲法構造が避けようとしたプライヴェートな法律制定の可能性を高めるものとして見ることができよう。[18]

ところで最高裁は、憲法が行政基準を命じるというアイディアを拒否してきた。[19] そのことにより行政法がその役割を担うという可能性が残されたままであるが、我々が多数派によるパラダイムから踏み出すのであれば、行政基準の重要性を把握できるであろうし、そして通常の行政法と憲法的行政法との統合を始めることができるであろう。最高裁のアプローチは、議会の考慮の一部としての基準なき委任と「憲法」的な行政法の問題を維持しつつ、行政

法による対処と「通常」の行政法に向けなおす。これは、通常の行政法が如何にして行政意思決定の正統性を、その質と同様に改善するために働くことができるであろうかを示している。

最高裁は憲法下においてそのような基準を求めることを単に否定し、そのような作業を行政法に預けた。そこで行政基準の概念を把握することが行政法にとって必要となってくる。そのような基準を設けることは、適正判断性・公正性・予測性を改善するために必要であり、ひいては行政意思決定の正統化の改善に必要であろう。議会が条文委任の際に、意味ある基準を創り損ねた。解決法はコントロールの実行であり、行政機関に基準をださせることである。行政機関が定めた基準は司法審査による精査を伴えば、委任された権限を憲法適合的にするに十分であると考えられよう。

行政機関は、条文委任の下においてその裁量行使を熟練化するための基準を提示しなければならない。彼らが「通常」の行政法あるいは「憲法」的な行政法の下のどちらで活動するかという正統性の問題でないにしても。実際、「通常」の行政法の下で基準を設けることは行政機関にとって大きな意味のあることである。その結果、「通常」の行政法を準憲法的地位に高めることができると考えられよう。[20]

第五節　行政機関と行政運営

国家的な公的利益に対して私的な利益の追求について考察してみる。公共選択論者（Public Choice Theorist）には、人間の行為は自己利益的であるという前提から出発している者もいるために、これらの論者が到達した結論は、唯一のよき政府とは小さな政府であるということである。この見解では、好ましくない政府決定を避けるためには、規制緩和を通じて誤った公共の圧力を低減させ、最小限の夜警国家を創ることでなし得る。[21] 条件によっては、

自己利益の最大化により集合的には公共善となることもあるため、個人の日和見主義を取り込むことも可能となる。

批判者は政府による自己の目的の追求を懸念する。政府が公共善よりも私的利益を追求して行動するのであれば、市民は政府を非正統的で卑しむべきものとして見る以外の理由はなくなる。だが自己利益追求は、政府のプログラムを良からぬ方向へと向かわせる唯一あるいは主要な理由でないことを主張すべきではなかろうか。お粗末な決定は、過失に因ることよりもむしろ誤りに陥りがちなことによるものであることを提案しよう。よい公共政策とは、政府のアクターが判断時のエラーを減ずるための意思決定機関を運営する時に、その結果としてもたらされるものであるという可能性があろうと主張される。[22]

立法者や規制者は、エスカレートコミットメントの問題に悩まされることがしばしばあるであろう。プログラムやプロスペクトを推奨する者は主として、成功体験に基づきそしてずっと後になってそれが誤りであったことが判明するであろうような見解に固着する傾向にある。人は最初の決定が誤りであったことを認識するに至ることは困難であることを知るであろう。そして自身のコミットメントをエスカレートさせていく。もしエスカレートコミットメントが立法者に影響するのであれば、規制プログラムの最初の推奨者は、改革の努力に抵抗する傾向にある。[23]

規制の継続に関心のある者は、規制政府を構成する人間の本質であり特徴でもあるという主張には、賛同し得る点もある。だが、自己利益促進行動が通常の状態であるという政府モデルを採用することからもたらされる副産物の可能性をも行政法は考慮しなければならないということを再認識すべきである。

個人の行動や振る舞いは、その人に推定される動機や能力に関わる社会的環境から受けるシグナルに大きく依拠するであろう。我々は、周りの人々から受けるに値するものよりはむしろ、自分たちが期待するものを得ることを望むであろう。権限を持つ者は公共善の前において自己利益を促進することは決してないかのように設計された政

府プログラムというものは、ユートピア的で危険である。だが、政府内においては、自己充実と自己抑制とはしばしば、同じ人間の中で、交互に現れるものである。もし動機というものについての真実が善悪混合の変幻自在なものであるならば、容赦ないシニシズムもまた同様に危険である。

人間の判断は全てある種の認識的バイアスに弱いから、外部による審査が必要であるということを社会が規制者に告げることを考えてみる。このことにより、規制者が自らを公共の信頼し得る洗練され能力のある最高責任者として見ることを許容してしまうかも知れない。ヒアリングについては、専門家の決定能力を改善するために表明するフィードバックとして提供されるものであるという考え方を助長してしまうかも知れない。つまり規制者はバイアスを是正することができれば、規制者自らの位置が最高位にあるという認識を導くことになるかも知れない。

公的職員の職務に対する公衆からの尊重や信頼の欠如は、政府執務の質における「静かな危機」として位置づけられてきた。民主主義においては政治的法的権限の効果は、ほとんど市民に意思による自発的遵守に大きく依拠している。そのような協力体制は、人々による「法律は守るべきである」という感情によって維持され、そのような感情を生み出す要因の中心は「権威の動機に対する信頼」である。そのような信頼のレベルは、市民が権限行使をどのように評価するかに影響され得る。低い信頼からは低い評価がもたらされる。[24]

一九七〇年代には、行政法において二つの大きな進展があった。一つは、参加権の拡大であり、それにより行政機関の規則制定と裁決の双方について、公的利益を代表するグループに対しても広くオープンにされた。いま一つは、司法審査の強化であり、従来の理由説明を求める謙譲型から「ハードルック」による精査を求める型へと移行した。この二つにより、行政機関が強力な政治的インサイダーと連合することに対する反対行動を用いて、行政機関の癒着（capture）の問題に対処するものと理解されよう。[25]

行政機関は不都合を避けるような意思決定をなすよりはむしろ、よき意思決定になることを試みているという仮定の下では、意味ある公衆参加を提供しハードルック審査を高めるという行政意思決定過程を構築することはバイアスを減じる戦略である。

だがここで、何が疑問として問われているかを明らかにしなければならない。疑問が正しく求められないのならば、満足のいく解答は見つかりそうにないからである。文言による解釈はかなりの程度の裁量をもたらす。かといって裁判官による条文の厳格な文理解釈は正道から外れた結果を生じさせることをほぼ確実にするであろう。議会が条文からもたらされる全ての可能性を予見するのは困難であり、そして条文が述べていることが適用される具体的事項の全領域にわたってどのように機能するかを正確にコントロールするのは困難である。結果的に、文理に厳格に固執した解釈は、法律が目標としたことをなし崩すことになることはほぼ確実になるであろう。

外部審査のプロセスは、センシブルな政府モデルによく合致する。行政機関の専門家は政策の実質的詳細を起草する任務を割り当てられている。その起草案は、異なった見識を有する他の機関によって検討されなければならないであろう。行政機関はそれ自身、専門家の見識の価値を認識し、そしてその意思決定の中に自発的に組み込むことも時としてあるであろう。職業的見識を多層にしていくため外部的なものと内部的なものとを組み合わせた戦略を行政機関が自主的に創生させていくことは、おおいに望ましいことである。決定過程におけるエラーを理解するための枠組みを提供する能力は、主要な役割の一つであり、それにより意思決定権者自身の意思決定プロセスを改善する意向を増加させることになる。このようなステップをバイアスを減じる戦略として説明することによって、行政機関は彼らがなし得るであろう最善の措置を講ずる処において、それらを政策決定プロセスに組み入れることができるであろう。(26)

第六節　行政機関と大統領の権限

論理的問題として、行政機関の存在そのものを如何に正統化するかという疑問がある。出発点は、人民のコントロールから隔離された行政機関による政策決定についての正統化事由が存在しないということである。そこで多くの論者が最高裁による正統化という方向に努力を注いでいる。[27]

行政活動に対するコントロールにおける統一執行府（Unitary Executive）の役割を強調すると共に、憲法論議が始まった。それは周知の三部門構造にフィットする連邦官僚制についての疑問に言及している。彼らは、三部門のみを認めるがはっきりとしない第四府を認めないオリジナルな解釈による憲法構造を指摘するであろう。ここで、一旦議会が規制政策の詳細を決める権限を放棄したのであるならば、大統領はその任務を負わなければならないと主張される。なぜならば憲法は他の選択肢を許していないからである。あるいは、憲法は選挙によって選出された執行権を行使する政府職員を要求しているから、大統領がそれを負うべきであると主張される。それは全ての人民のために発言できる一人の政府職員によって政府が運営されることを約束するからである。

このモデルは、行政国家を政治的そして公衆によるコントロールの下でもたらされた意思決定によって正統化することを主張する。公衆によるコントロールは、選挙人に対して責任を負う政府アクターに行政機関が対応することを確実にすることによって、行政機関を正統化することを主張する。長のいない第四府の問題はこれで解決されるとする。[28]

だがこれは、公衆の要望に対応することに根拠を置いて行政政策決定を正統化しようと試みるものである。したがってそれは、行政機関がどのような状態に保たれようと、どのような規制構想を実行しようと、結局は多数派の意思を代表しているとの批判を受けるであろう。[29]

大統領コントロールモデルの推奨者達は、行政の裁量濫用の問題を避けられないと認識し、その適正さを確保するためのステップを探り始めた。だが批判者は、大統領コントロールモデルは最も洗練されたものであっても多数派主義に陥っているとする。それは憲法問題の核心を無視するか、少なくとも未解決にしておくことによってのみ、意味をなし得るものであろうと主張する。(30)

また、「通常」と「憲法」の二分法の考え方は、委任の問題と執行の問題とを分離して考えているようである。委任の問題は、議会がどれぐらい行政機関に権限を委任したかという「憲法」上の行政法の問題として、執行の問題は、議会からどれぐらいの権限を行政機関は授かったかという「通常」の行政法の問題として。規制国家の正統性の目的のためには、これらの問題を編み合わせなければならないと考えられよう。(31)

この二分法から、最近の論者の中には、行政機関の正統性を求めることについて選挙によって選ばれた一人の政府職員、大統領によるコントロールの下での決定に置き換えようとするモデルに向かう者も現れた。だが批判者は、大統領コントロールモデルは行政機関を正統化することはできるのであろうかと疑う。大統領コントロールモデルは、アカウンタビリティが行政機関の行為が憲法的に有効であることを確保するために必要なことの全てであるという考えへとミスリードしてしまうとする。(32)

ここで、大統領コントロールに関する論理を進めるについての優位な点を見てみよう。クリントン（Clinton）による大統領命令第一二八六六号(33)はそれまでの大統領命令よりずっとアグレッシブなものとして現れた。この条項の大胆なイノベーションは二つの考慮に依拠する。一つは、永年事実上存在してきた執行部門に対するホワイトハウスによる一種の監視を、より手続的保護を保証しアカウンタビリティを高めるために、より形式化された方法に純粋に成文化するかどうか。いま一つは、「法律の許容する範囲内で」という成句は様々な執行部門の関係者に

よって如何に解釈されるであろうかという考慮である。だが、条文が行政機関に決定権限を与えているのならば、「法律の許容する範囲内で」という但書は、大統領は行政機関の決定権限に優先することはできないことを意味するであろう。

関連条文を、解任権限そして監督権限はある程度において大統領の手中にあるものと解釈することが可能であるかも知れない。もしこれが条文の正しい解釈であるのならば、手続的監督（procedural supervision）というものがある程度（degree）の範囲で受け入れられるかも知れない。そして大統領の権限が存在する程度は条文の解釈の問題としてであるから、憲法問題に達する必要はないかも知れない。(34)

第七節　小　括

初期の行政モデルからまもなくエキスパートモデルが出現した。このモデルは行政機関の裁量濫用の防止について、外部的抑止法を用いるものではなく、内部的なものによる抑止を考えていた。行政機関を職業的そして専門家として観念づけるものであった。このモデルは、政治からの距離を置いた行政意思決定の領域を創り出すことによって適切な行政裁量行使を可能にするという説明であった。だが、同意が政府の強制権限行使についての正統化の根拠であり、人民は立法的に権限づけられた権限の行使に同意したのみであることからすれば、この独自の領域という考え方は憲法上の問題を提起することとなった。そして裁判所は、行政機関が政策決定を行うに当たっては適正な理由に基づく説明を求めるようになった。司法審査は裁量の濫用に対する保護として機能するようになった。このようにエキスパートモデルが行政裁量の行使について適切に説明できなくなった後、裁量濫用の問題が惹起されてくることとなった。

一九七〇年代には行政裁量の行使について、その影響を受ける利害関係人にひろいアクセスを提供することによって適正化を図ろうという試みが現れた。この時期に現れた利益代表モデルは、行政機関の決定は「立法と同じ原理に基づいて」正統化されていくと説明する。そこで、参加を促進することは、適正な理由に基づく判断と同様に、重要な役割となってきた。参加により規制問題に関連する要因について利害関係人からのインプットを考慮することを確保することになる。

利益代表モデルの発展とほぼ同時に多数派主義パラダイムが発展した。多数派主義パラダイムは、行政機関の存在そのものを如何に正統化できるかという疑問を呈した。行政機関は「政策決定をなすために付与された権限は、一般選挙を通じて人民に直接アカウンタブルである」という原則に背くことになる。そこで利益代表モデルは再創生され、公衆によるコントロールは政府決定の正統化についての「必須条件」であると仮定した。

また、多数派・非多数派という観点からは司法審査は非多数派による判断とも考えることもできる。この考え方によれば司法審査は、人民を代表しそれに対応する政府職員によってなされた意思決定を崩すものであるが故に、基準から逸脱したものであるとの疑問を提示する。だが、多数派主義は、裁量濫用による行政意思決定のリスクという重要な要素を勘案し損ねているようである。

ところで、重要な政策決定は選挙によって選ばれた政府職員の掌中に留められなければならないことと行政裁量の問題について、多くの論者は別々に考察してきたようである。前者を「憲法」的問題としてそして後者を「通常」の行政法の問題として二分してきた。この二分法から最近の論者の中には、行政機関の正統性を求める根拠について選挙によって選ばれた一人の政府職員、大統領によるコントロール下での決定に置き換えようとするモデルに向かう者も現れた。だが、大統領によるコントロールと行政機関の正統性とは別物ではないであろうか。このモ

デルはアカウンタビリティが行政機関の行為が憲法的に有効であることを確保するための全てであるという考え方へとミスリードしてしまうと考えられよう。

裁量濫用の問題は、伝統的なチェックアンドバランス機能が阻止しようとしているものの一つとして見られてきたようである。そのように理解するならば、その問題は、行政機関の質の問題としてのみならず正統性の問題としても言及されなければならなかったであろう。もし裁量濫用の問題が憲法構造から生じるものであるのならば、それに言及する原理はより高位な地位に就くであろうことが提案されよう。

これまでは委任の問題と執行問題とを分離して考えてきたようである。前者を議会がどれくらいの権限を委任したかという「憲法」上の行政法の問題として、後者を行政機関はどれくらいの権限を授かったかという「通常」の行政法の問題として。規制国家の正統化のためには、これらの問題を編み合わせて考察していかなければならないであろうと考えられよう。

第二章　専門家による政策判断と価値判断

第一節　専門家の判断

専門家は自身の判断を偏重し過度に依存する傾向にあるようである。専門家は、非専門家である市民の誤解は理解の欠如によって起きるものとして考えてしまうというミスを犯しがちである。ここで深く浸透している問題の本質的部分は、コマンドアンドコントロールにあると考えられよう。そのような規制方法は非能率的であり、より本質的にはその戦略は民主的プロセスが十分に機能するかという観点からの欠陥によるものである。それらによって、彼らは如何なる科学技術が現在利用可能であるかという公衆には受け入れ難い問題に傾注しているようである。(35)

コマンドアンドコントロールは硬直し高度に官僚化された規制であり、非能率的である。より基本的にはそのような戦略は、民主的プロセスが適正に機能するかという観点からは不十分である。そして、市民や代表者を価値についての一般的な問題に注意を向けさせるのではなく、規制の「手段」の問題に焦点をあて、それによって、強力に組織された私的利益集団の力を増強させ、法律を彼らの偏狭な目的へと向かわせる圧力となるであろう。[36]

だが、非専門家の人々は、不確実性に関わる認識と選択肢の枠組みが提示された十分な討論に参加できるのであれば、その科学的そして技術的な事項に関する見解を実質的に変化させることになるであろう。市民の熟慮は、関連する科学的事実に接する機会の欠如むしろそのような事実に関する理解の枠組みが利用できないことにより害されよう。そして、多くの場合そのような問題は誤った情報や誤解に基づくのではなく、問題となる事項についての異なった見方に基づくと考えられよう。[37]

民主主義は、市民からもたらされた価値観に対応すべきである。政策決定権者や専門家は、一連の公的な価値を最も適切に反映するような他の具体的見通しを追及することもできるが、これに対応する科学的解決策はないであろう。問題となっている相違が価値観に基づくときには、衝突は熟慮による民主的意思決定によってのみ解決され得るであろう。[38]

ここで興味深いことには、専門家の判断の根底にある基準の存在については如何なる声明も見受けられない。予想される被害や年間の被害者数といった事項からくるアプローチを採りたがるようである。非専門家は重要な局面においてそのようなアプローチを拒絶するであろう。一般論としては、専門家の用いるモデルは、その共通のスケールとして、与えられたリスクから年間どれくらいの人々が死亡したり障害を受けたりするかという一次元的な測りかたに依拠している。[39]

また社会は、個人に対してあまり浸透的に干渉しない規制については許容的である。このような理由から非専門家の理解は、単に判断についての競合的な概念ではなく、専門家の代替案よりも思慮に富みより適正な判断であることもある。[40] 現在の規制戦略の重要な役割は、如何にして意思決定プロセスをより民主化するかを決めることである。専門家と非専門家の判断の違いに注意を向けることは、費用便益分析やリスク比較についてより具体的な問題を明らかにするであろう。[41]

第二節　専門家と非専門家の認識の相違

市民相互の相違に関わらず専門家と非専門家の認識の違いが存在する。これらの判断の相違はどこからくるかを明確にすることが重要である。たんなる混乱から生じる場合もあるが、多くのケースではリスクの評価についての誤情報や歪んだ認識から生じるものではない。その相違は、通常の人々の認識過程における事実誤認よりもむしろ純粋な価値観の相違に基づくことが多いであろう。それらの違いに適切に対応することは、異なる内容におけるこれらの相違の理解に依拠すべきである。このような相違が認識的誤認から生じる時には、非専門家の評価を重んじることなく政策者がリーダーシップを発揮すべきである。問題が価値の対立の場合には分析は異なるべきである。このような時には専門家を重んじる必要はない。民主主義はその市民の価値からもたらされる情報に対応すべきである。[42] 衝突は熟慮による民主的意思決定によってのみ解決されるであろう。専門家と非専門家とはしばしば異なるからこそ、それぞれに求められる情報の種類も同様に異なるであろう。

政策選択は、単に物質的結果をもたらすのみならず、政策決定権者がどのような価値に関わるコミットを反映させたかについて重要であると理解されるであろう。どのような価値が他に優先するか、様々な価値が如何に理解さ

れるかなどである。政策選択の物質的結果と感受的結果は双方とも政策決定権者にとって適切に勘案されなければならないであろう。[43]

だが、個人の好みについて、その選択からランクづけをすることはできない。リスクに対して付加的な支出をする者が、必ずしも自分の健康についての価値を主張する訳ではない。対価を支払うかという支出意思の基準は、人々がマーケットにおいて私的に表明する価値と、民主的な討論場面での表明とは異なるという事実を無視している。また支払う意思と許容するとは峻厳な差異があるという問題に関わる。[44] 支出する意思のアプローチには幾つかの問題がある。人々が単に何を選択するかによってその行動を理解することはできない。選択はその状況の中での一機能であり、言葉で表されたものではなく、その背後にある事情を窺い知ることはできない。選択のみをベースとして、あるいはその選択の根底にあるものを勘案せずして、個人の要望をランク付けすることはできない。支出意思と許容意思とははっきりと別物である。そして人々が私的な場面で表す評価と民主的な討論の場で表す評価は異なるのである。[45]

第三節　リスク

科学的知識による解決について、非専門家と専門家との違いにも配慮し得る考え方もある。それは科学が解決できない問題がしばしばあることも認識している。[46] だが専門家による構造に多くのリスク規制を集約するアプローチは、リスクとそのコントロールにおける熟慮過程にとっては不十分な活動場面しか与えられず、多様な公衆の理解を反映し組み込むことについてはほとんど基盤とならない。リスク管理者はその決定の中に、異なった種類の質的相違を注意深く認識して織り込むべきであり、公衆からのインプットを要求する考慮評価による配分決定に基づく

べきである。そしてリスクの質的相違についての公衆の知覚との適切な混合を見出すような設計（design）が提案されるべきである。[47] また効率という根拠からは、リスク対話戦略は非専門家の必要に応じて、よりよい決定を確保するために誂えられるべきである。さらに民主的という根拠からは、参加が実効的な価値を持つようにそしてプロセスと結果の双方について信頼が構築されるために、適切な種類の情報が公開されるべきである。[48]

リスクとそれについての対話について注意深く作成されたマニュアルはどのくらい功を奏するであろうか。リスクについて実際の公衆の評価とそれらのマニュアルが予測したものとの間には相関関係はほとんどなかった。[49] 情報は人々が警告をどのように「聞く」かに影響を及ぼし得る多様な方法と変則に対応して改善されるべきであろう。

時とともに公衆が直面するリスクは変化する。専門家と非専門家とのリスクに関する判断はしばしば異なるものである。官僚制に対する公衆の不信は、規制過程の集中化と民主化の双方の要求へと導くであろう。この問題は、規制政策の直面する問題の中心であり、法律と政策の多くの問題を直接負うものである。リスク評価とリスク管理についての熟練度の円熟性という理由もあって、専門家の技術的知識のレベルは劇的に向上している。それに対して、それに基づく政策に対する公衆の許容意思は劇的に減少している。最も顕著な例は、核廃棄についての行き詰まりである。科学者は技術的問題としては「些細である」[50]と見ても、公衆の反対によって、その用地の選定と準備は殆ど不可能となっている。またある者はこう述べる。「技術的問題としては簡単に解決できるが、政策的には解決不能である」[51]。これらの不同は純粋に事実的評価の違いを反映していることもあり、価値の違いを反映していることもある。公衆と専門家とのリスクについての認識の隔たりを明らかにすることが必要であろう。[52]

多様な規制権限についての公衆の信頼の範囲は重要であるが、それについては広く無視されてきたようである。信頼を築くメカニズムを理解することは、より効率的な規制政策の中心である。リスクについての公衆の認識は、

それを管理する責任を課された権限が信頼に値するかについての判定を通して抽出される。リスクについての受け入れは、リスクの質的な評価よりもむしろリスク管理に対する公衆の信頼に依拠する。[53]

また自主的に負うリスクと意思に反して負わされるリスクを同様に扱う必要はないであろう。壊滅的あるいは回復不能なリスクは非壊滅的あるいは回復可能なリスクに優先して取組むべきであるという考え方は擁護できよう。この種の広く敷衍された理解は民主的な正統性を有するだけでなく、十分に意味を持つであろう。リスクは質的に異なる。そしてそれらが生活に関わるときには、同様に考えられるべきではないであろう。[54]

法律や政策は、異なった行動の方向からくる利点と欠点とに踏み込んだ調査に基づいて評価され得るべきであるという見解には異を唱え難いであろう。複数のプログラムに亘って比較がなされるべきであり、社会資源は最も深刻な問題につぎ込まれるべきである。貧弱な優先順位決定は官僚にとってミスを犯さないという事実によるものであり、よりよい優先順位決定は近代政府にとって重要な役割である。この種の比較評価が行えるような集中化された機関を求めるという考え方も成り立ち得るであろう。[55] リスクの管理者は異なる種類のリスク間の質的な相違を決定の際に考慮すべきであり、その評価案の段階を公衆による精査や司法審査に曝すべきである。さらには、将来のリスクについてのマネージメントについても勘案されなければならないであろう。[56]

第四節　参加・交渉

リスクについての修正として情報開示が求められる。コマンドアンドコントロールに代替する新しい戦略については、リスクについての通常の理解を勘案しそして公衆の信頼を構築することを試みるべきである。この手段についての検証を通じて経済的そして民主的目標を促進するであろう改革が考察されるべきである。またインフォーマ

ルな対話は、適切な規制政策の発展にとって重要であるという観点から行政過程の「血液」[57]となり得るであろう。もし政府が外部の者とのインフォーマルな対話ができなかったならば、規制政策は国民を無視するものとなり得るかも知れない。ここで、対話の相手の選択はとても困難なものとなる。特定のグループが公職の政府職員にアクセスすることが実情であることが多い。その結果は私的グループによる政府形態を創りだしてしまうかも知れない。一方的（ex parte）対話についての情報開示を怠ることにより、有害で不要な疑惑を生み出すことになるかも知れない。

だがＡＰＡは、規則制定過程における告知コメント期間中の一方的対話に対する禁止規定を持たない。そしてそのような対話の情報開示を要求していない[58]。議会は公式な手続進行過程の中でのみ、そのような対話を禁じることを注意深く選んだ[59]。行政機関の意思決定を審査するに当たって出された記録を全て、裁判所が情報として取得しなければならないかは明らかでない。記録に基づいて決定されたことを、行政機関が裁判所に対して十分に説明し防御し得る程度の記録が提出されることを、裁判所は必要と考えるであろう[60]。

規制を進めるに当たっては、非専門家の評価の情報を十分に組み込むような分析モデルを採用することが求められよう。政府が求められている第一にそして最も重要な問題は、人々は必要な情報を入手することができないということであろう。社会的なリスクについて見るならば、ワシントンから結果を指示するよりむしろ、情報による純粋な選択を保障することが、第一の目標とされるべきであろう。主要な進路は、規制よりはむしろ市民への啓発を進めることであろうと考えられる[61]。

そして、政府プロセスの中への、そしてそれに対する市民参加を促進することによって今日の政府の民主的特徴を増加させることが望まれよう。最も重要なステップは、人々が知識に基づいた判断をできるように政府が十分な

情報を提供することであろう。だが、政府によって主催されるリスク対話には多くの場合問題がある。それらは、市民が評価できるような情報の提供としてではなく、高度に抽象化され不可解な勧告という形態が採られることが多い。効果的な情報開示には、市民が拠りどころとするような信念についての十分な知識を要求されよう。このような背景となるフレームワークを理解しなければ、新しい情報は無視されるか誤解されてしまうことになるかも知れない。分析の専門家が用いるような情報開示の方法は、市民にとって情報に基づく選択を促進することにはなり得ないであろう。(62)

第五節　小　括

専門家である行政機関と非専門家である市民との判断が対立することがしばしばある。ここで重要なことは、その対立や見解の食い違いが何に因って生じているかということである。専門家は、このような見解の相違や意見の対立は、非専門家である市民の理解の不足からくるものと認識してしまうことが多いようである。だが、見解の相違や対立というものは、実際には事実に関する認識の誤りに因るものよりは、むしろその根底にある価値観に関する相違から生じることが多いようである。

そこで、このような相違の背後にあるものが事実関係の誤認によるものであるかあるいは価値観の相違によるものかを知って初めて、決定権者は適正な判断をなすことが可能となってくるであろう。その相違の原因を明らかにするためには、意思決定過程における公衆の参加が求められよう。この参加においては、規制の目的と手段について熟慮を可能ならしめるような形態で行われるべきである。リスク規制に関する専門家の評価と公衆の知覚とを適正に混合できるような政策意思決定過程が設計されるべきである。政策選択を行うにあたっては、その決定権者が

どのような価値に関わるコミットを反映させたかが重要であると考えられよう。

また、公衆のリスクに対する認識は、それらを管理する責任を課された権限ある機関に対する信頼に大きく影響される。リスクについての許容が、リスクの量的見積もりよりむしろリスクマネージメントに対する信頼に掛かってくると言えるであろう。政策決定権者は、市民をリスク問題について熟慮できる方向へと適切に導くような背景的な信条、つまり規制政策の根底にある目的ないし展望を明らかにすべきである。そして見解を顕在化する過程はある程度公開されるべきであろう。

さらによりよい意思決定を確保するためには、非専門家である市民の必要に応じてリスク対話の手法が誂えられるべきである。民主主義の要請からは、参加が実質的な評価をもたらし、過程を結果の双方について信頼を高めるには、適切な情報の公開が必要になってくるであろう。この対話アプローチが適切に作用するためには、市民がリスクについての認識の基盤となる信念を明らかにし、そしてその信念に対応するような情報を提供すること、さらにそれは経験的にテストされることが求められよう。

ところで、政策は異なった行動からくる利点と欠点とに踏み込んだ調査に基づいて評価されるべきであろう。よりよい優先順位設定は政府にとって重要な役割である。このような政策選択・優先順位設定をなすには、比較評価が行えるような集中化された機関を求めるという考え方も成り立ち得るであろう。一方で集中化の要請と、他方で参加や民主的熟慮の必要性が求められる。集中化と参加の同時進行が図られなければならないと考える。だが、国家レベルでの集中化は市民の参加機会を失わせる。そのような集中化によって、十分に組織されたグループによる強度で非生産的な争いを促進させることになるかも知れない。

一方で市民の参加の要請、他方で国家的な集中という相反する要請を調整するためには如何なる方法が可能であ

ろうか。一つの可能性としては、各行政機関が市民参加によって収集した情報を編集したものを、より高位な機関、例えば大統領が総合的に勘案して調整するということも考えられよう。だが、一人の人間による情報容量には当然限界があり、熟慮についての能力も有限のものである。各行政機関が保持する情報をより高位な機関が統合調整するというのは論理的には一つの可能性かも知れないが、実際にはフィクションであるかも知れない。このように新たな可能性について考察していくことがこれからの行政法に求められる課題ではなかろうかと考える。

(1) Lisa Schultz Bressman, *Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State*, 78 New York University Law Review 461, 470 (2003).

(2) Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harvard Law Review 1667, 1678 (1975).

(3) Mark Seidenfeld, *A Synocoopated Chevron: Empowering Agency Interpretation of Statutes*, 73 Taxas Law Review 83, 90 (1994).

(4) Stewart, *supra* note 2, at 1680.

(5) *Id.* at 1712.

(6) Motor Vehicle Mfrs. v. State Farm Mutt. Auto, 463 U. S. 29, 41 (1983).

(7) Bressman, *supra* note 1, at 478.

(8) Robert B. Reich, *Public Administration and Public Deliberation: An Interest Essay*, 94 Yale Law Journal 1617, 1618 (1985).

(9) Rebecca L. Brown, *Accountability, Liberty, and the Constitution*, 98 Columbia Law Review 531, 541 (1998).

(10) Brown, *supra* note 9, at 1619.

(11) Bressman, *supra* note 1, at 485.

(12) *Id.* at 463.

(13) *Id.* at 467, 468.

(14) *Id.* at 497, 498.

(15) *Id.* at 499–500.

(16) INS v. Chahda 462 U. S. 919, 956–958 (1983).

(17) *Id.* at 1002.

(18) Bressman, *supra* note 1, at 518–523.

(19) Whitman v. American, Trucking Ass's, 531 U. S. 457 (2001).

(20) Bressman, *supra* note 1, at 532–533.

(21) Dennis C. Muller, PUBLIC CHOICE 2, 229 (1989).

(22) Jeffery J. Rachlinski & Cynthia R Farina, *Getting beyond Cynicism : New Theories of the Regulatory State Cognitive Psychology and Optimal Government Design*, 87 CORNEL LAW REVIEW 549, 551–553 (2002).

(23) *Id.* at 605.

(24) *Id.* at 608–613.

(25) Stewart, *supra* note 2, at 1682.

(26) Rachlinski & Farina, *supra* note 22, at 588, 589, 595, 599, 600.

(27) Barry Friedman, The Birth of Academic Obsession : *The History of the Countermajoritarian Difficulty*, 112 YALE LAW JOURNAL 153, 163 (2002).

(28) Bressman, *supra* note 1, at 488–490.

(29) *Id.* at 491.

(30) *Id.* at 555.

(31) *Id.* at 556.

(32) *Id.* at 463.

(33) Executive Order 12866, 3 C. F. R. 638.

(34) Richard H. Pildes & Cass R. Sunstein, *Reinventing the Regulatory State*, 62 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1, 30 (1995).

(35) *Id.* at 128.

(36) *Id.* at 128.

(37) *Id.* at 90.

(38) Danie Hausman and Michael McPherson, *Preference, Belief and Welfare*, 84 AMERICAN ECONOMY LAW REVIEW 396, 398 (1994).

(39) Stephan Breyer, BREAKING THE VICIOUS CIRECLE : TOWARD EFFECTIVE RISK REGULATION (1993).

(40) Harry Otway, PUBLIC WISDOM, EXPERT FALLIBILITY : TOWARD A CONTEXTUAL THEORY OF RISK (1992).

(41) Plides and Sunstein, *supra* note 34, at 52.

(42) Stephan Breyer, *The Economics of Aids*, NEW YORK TIMES BOOK REVIEW 24 (1994).

(43) Pildes and Sunstein, *supra* note 34, at 66.

(44) Cass R. Sunstein, *Endogenous Preferences, Environmental Law*, 22 JOURNAL OF LEGAL STUDY 217, 225-226 (1993).

(45) Elizabeth Anderson, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 210-211 (1993).

(46) Stephan Breyer, REGULATION AND ITS REFOEM 155 (1982).

(47) Pildes and Sunstein, *supra* note 31, at 89.

(48) *Id.* at 108.

(49) The Study is reported in Emile Roth, et al, *What Do We Know About Making Risk Comparisons*? 10 RISK ANALYSIS 375, 380 (1990).

(50) Bernard L. Cohen, BEFORE IT'S TOO LATE : A SCIENTIST'S CASE FOR NUCLEAR ENERGY 119 (1983).

(51) H. W. Lewis, THECHNOLOGICAL RISK 246 (1990).

(52) Pildes and Sunstein, *supra* note 34, at 36.

(53) Chaucey Star, *Risk Management, and Acceptability*, 5 RISK ANALYSIS 97, 98 (1985).

(54) Pildes & Sunstein, *supra* note 34, at 51, 52.

(55) Paul Solvic, PERCEPTION OF RISK 129 (1992).

(56) Pildes & Sunstein, *supra* note 34, at 89, 92.

(57) Home Box Office, Inc. v. FCC, 567 F. 2d 9, 57 (1997).

(58) 5 U. S. C. Sec. 500.

(59) 5 U. S. C. Sec 557 (d).

(60) 564 F. 2d 458, 472 (1997).

(61) Pildes and Sunstein, *supra* note 34, at 102.

(62) *Id.* at 105–108.