The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	行政機関の裁量行使の適正化（二・完）
Author(s)	澤田, 知樹
Citation	阪大法学. 2007, 56(5), p. 45-74
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55378
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（二・完）

澤田知樹

はじめに
第一章　行政機関の設立
第二章　専門家による政策判断と価値判断（以上五六巻四号）
第三章　参加と交渉・協働
　第一節　「フォーマル」と「インフォーマル」
　第二節　交渉方式の現状と問題点
　第三節　協働と市民参加
　第四節　小　括
第四章　協働による規制遵守方法
　第一節　プロジェクトＸＬの提案と問題点
　第二節　法律的根拠の必要性
　第三節　協働意思決定の導入
　第四節　小　括
第五章　大統領による行政コントロール
　第一節　任期末大統領の権限行使

（阪大法学）56（5-45）1113〔2007.1〕

第二節　大統領権限の源泉
第三節　大統領による行政コントロール
第四節　小　括
結　語

第三章　参加と交渉・協働

第一節　「フォーマル」と「インフォーマル」

日本においてフォーマル・インフォーマルの意味として認識されていることと、米国における認識のされ方には相違があるようである。ある論者によると、「フォーマル」「インフォーマル」の用法についての日米の相違は二つのことが指摘されるが、そのうち一つは「フォーマル」羈束的・対立的な手続要求でありそれ以外は「インフォーマル」であるのに対し、日本においては「フォーマル」は法律に書かれている手法、「インフォーマル」は法律に書かれていない手法である。(1)

ところで行政指導はその一部の類型では、市民や利害関係人を参加させて交渉させるという方法でもあるので、参加・交渉という観点から米国の交渉方式や協働統治と比較して考察していこうと考える。ある論者によると(2)行政指導はいくつかの類型を抽出することができ、それらはさらに二つのカテゴリーに分類することができる。一つは、政策価値判断・政策目標もその実行手段も、ともにインフォーマルなものであり、いま一つは、政策内容は法定されている（行政裁量に委ねられている場合も含む）が、その実現手段のみがインフォーマルなものである。当然、前者のカテゴリーのほうがより問題性が高いわけで、こちらの方がいわば固有の行政指導というべき問題分野であ

ろう。後者には「裁量権の協働的行使への協力依頼」、「裁量判断の表現方法」、「法定の行為形式・手続のバイパス」としての行政指導がある。米国では、限られた事例ではあるが、行政機関が根拠法の外で具体的な政策を作り遵守を要望することは、かなり問題視される事態であるように推測される。むしろ近時の米国で注目を惹いているのは「裁量権の協働的行使への協力依頼」に相当する現象であり、これを協働意思決定と捉えた上で、それまでとは違った法世界を探し出そうという努力である。法的に与えられた権限を行使するに当たって、協働意思決定を表現するための手続枠組として注目を浴びているのである。(3)

以上述べたように、米国においては、政策内容は法定されているがその実現手段のみがインフォーマルであるという類型の一つである「裁量権の協働的行使への協力依頼」と呼ぶべき現象について考察されている。そこで本章では、これらの一環として挙げられているレグネグや協働統治について考察していこうと考える。

第二節　交渉方式の現状と問題点

米国において一九七〇年代、略式規則制定をより慎重でより精確でかつより民主的なものにすべきであるという主張が高まり、これに対応して連邦控訴裁判所の多くはＡＰＡ（Administrative Procedure Act：米国行政手続法）五五三条が定める手続より慎重な手続保証を要求し始めた。その結果、手続はより慎重・公正となり、より十分なデータが収集でき、関係者の手続参加の機会も増大した。(4) だがその反面、規則を制定するためにますます時間がかかるようになり、行政資源等のコストも従来にまして増大し、さらに規則が裁判所で争われる事態が頻発してきた。

このような状況のなか、裁判所で争われる可能性が低いような良質の規則をより低いコストでかつ短期間に制定できるような方法の模索が始まった。そうした試みの一つとして「交渉」を用いるアプローチがある。この方式は

「交渉による規則制定」またはレグネグと呼ばれるがそれは規則の内容についてコンセンサスをめざして関係利益の代表者が交渉するというものである。[5] 一九九〇年、議会は交渉を用いて規則を制定する手続に関する法律を可決した。これが「交渉による規則制定法」である。

ところで、このように手続が硬直化（ossified）[6]し時間やコストがかかりすぎかつ訴訟による攻撃が多発することを緩和することが目的で新たに創設された交渉方式であるが、当初の目標通りに、時間の短縮、コストの削減、訴訟の低減にどれくらいの効果があったであろうか。交渉による規則制定法による交渉の利用率は〇・〇一％以下と非常に低く[7]そして時間の短縮や訴訟の低減という点ではほとんど効果が見られないという主張も見受けられる。[8] あるいは交渉方式という手法そのものは有用だが、それを法定し制度化したものは利用しづらいとの例も示されている。[9]

レグネグに批判的な論者によると、レグネグは二つの重要な目標である時間の短縮と訴訟の低減のいずれにも失敗している。[10] コンセンサスによる規則案の作成という方式は、実際には協議の場での対立を激化させコンセンサスは達成されにくく、コンセンサスが得られない場合には行政機関はみずからの規則案の作成をやり直すため、余計な時間がかかることとなる。また協議会はコンセンサス達成を目指すあまり、その妨げとなるような重要な問題を提示しようとする参加者の発言を抑えようとすることもある。そうすると無視された参加者は、その重要な問題を提出するための機会の回復を図ろうとして、最終規則案に対して訴訟を提起することになる。[11]

またコンセンサスを達成するためにはかなりの程度抽象的な思考になりやすいため、交渉方式では抽象的で曖昧な文言を採用することになろう。行政機関がコンセンサスに達するためには、未解決問題を無視するかあるいは曖昧な文言を用いることによって、参加者と妥協するような規則を作成する以外に、渋滞状況を乗り切る道はない。[12]

さらに満場一致のコンセンサスを求めることは、最終結果を問題の最も低いレベルでの共通点に合わせざるを得

ないこととする可能性が高い。交渉方式の全てのメンバーに許容でき得るような最低限度の結論では、社会的目標達成という条件において、最善あるいは効果的なものとは言い難いであろう。[13]

ではここでレグネグの推奨者として著名なハーター（Harter）の主張[14]を見てみる。批判者の主張ではレグネグの主な利点は時間の短縮と訴訟の低減であるが、レグネグはこれらのみを利点としているわけではなく、多くの事例においてこれらの利点は、他の利点から引き出されたものとして認識されている。批判者は、行政機関の目的は政策を実行に移すことであることを無視している。[15] レグネグに先立つ議会所見では、時間短縮と訴訟の低減について言及しているが、それらはより大きな利点の副産物としてである。つまり何らかの重要な利点があって、その結果、時間の短縮と訴訟の低減がもたらされるのである。[16]

推奨者は、行政機関は問題の存在あるいは実行可能な解決策の提示を要求されているわけではないであろうとする。参加者全員がよしとするならば問題はないということを述べている。しかし、ＡＰＡや他の法律は、行政機関に公益にかなうような規則の制定を採用するように明示しあるいは権限をあたえている。そしてほとんどの場合、規則制定手続が、利害関係人の全ての参加を求めていたとしても、行政機関がなお公益を決定する。いかにレグネグが誠意あるように形成されていようとも、その効果は規則制定の原理を破壊する。コンセンサスが得られ規則が制定されたとしてもそれは、行政機関が公益のために考慮する決定に反映されたものではない。それは利害関係人の規則であり、行政機関のものではない。また、裁判所は手続のみを審査するため、公益の内容の破壊に対する安全保障にはなり得ない。[17]

さて、手続の硬直化に対する解決方法として出現したレグネグであったが、その手続は繰返し硬直化する道程をたどるのだろうか。レグネグは多くの特別の手続を要求しているため、行政機関にとって非常に利用しづらいもの

となっている。また、コンセンサスという曖昧なものの達成のために行政機関の公益追及が歪げられる危険性もある。これに関連して、行政機関は決定権者としての地位を放棄するのではなく、あくまで主権的決定権者として行動すべきであるとの主張が多く見受けられる。[18]

ではレグネグの目標とするところは失敗であったと考えられようか。あるいは交渉という手法は有益・有効なものとしても、それを法定の制度として採り入れることは結局フォーマル化に陥るのであろうか。推奨者は、レグネグで重要なのは時間の短縮と訴訟の低減ではなく、それらは他の利点からもたらされる利点であると述べ、さらにレグネグはいまだ発達途中段階であることを心に留めるべきであるとする。[19] レグネグの目標とするところが失敗に終わったのか、あるいはフォーマル化に陥ってしまったのかの結論を出すには時期早尚にすぎるかも知れない。

第三節　協働と市民参加

先に述べたように、レグネグにおいてはコンセンサス達成を目的とするはずが、逆に対立を激化させるという現象が起きていることを見た。そしてこの対立が、時間や手間といったコストを増大させ手続を硬直化させている。では、対立を回避あるいは緩和するためには、如何なる手法が考えられるであろうか。そこで対立モデルによる不満や非能率を軽減するために、協働統治という考え方が出されてくる。規制者・被規制者の関係改善は、対立型を通じてではなく、参加を通じて達成されるべきである。また硬直化した手続を避け行政活動をより柔軟で活動的なものにするためには、よりフォーマルでない手法によることが避けられなくなっている。それは行政機関のみが公益を擁護する責任があるとされ、私的な当事者は規制問題についての執行や対処に関する直接の責任を負わないと考えられているからである。[20]

サイデンフェルド（Seidenfeld）は、行政官の熟慮性及び政治からの隔絶性が故に、広汎な権限の委譲が論理的に正統化できるとする。[21] 熟慮を強調することによって、適正な判断による討論によって得られたものとして、規制を行うための論理を進める出発点になるとする。だがここでは、責任の厳格な公私分離については注意が払われていない。行政官は内部者であり、被規制者を外部者であるとしているようである。[22]

従来は行政機関と被規制者との関係を対立関係と捉えてきた。対立型アプローチについて最も多く述べられる問題点は、決定期間の長さと訴訟提起というコストである。このコスト削減が最も論議されるところである。行政機関の決定者は、協働統治によって、より受け入れられやすく弾力的な決定をなし、被規制者や多様な意見に対してより開かれた決定過程を進めることができる。[23]

また協働は継続的であり一回限りの取引ではない。協働においては一回だけの判定ではなく、なぜうまく作用させることができなかったか、その措置は正当か不当かの評価が要求される。レグネグとの相違は、レグネグは特定の問題についてのみ用いられるべきであるということである。規則は一回限りの取引ではなく、経験により改正され再置される代替的仮説であり積み上げられていくプロセスである。参加による会議が利用可能なものにできるかどうかは、行政機関の最終権限にかかっている。政府は協働を担保するにあたって強い立場であらなければならない。バランスのとれた代表を出すことができないときには、政府は自らが代表されない利益を代弁することも必要であろう。[24]

だが、参加方式では主催者が招集過程を操作するという危険も生じる。あるいは産業グループや強力な利益グループが公益を損なう目的で通謀することさえある。行政機関が全てのグループのバーゲニングパワーを均一なものにできない限り、コンセンサスは低い基準にしかならないであろう。[25] さらなる危険が生じる。行政裁量がチェッ

クされないことである。レグネグにおいては、広汎な行政裁量がもたらされる。個別の合意では、法律の文言から離れることにもなる。これらのように不確定状態が重大であるとき、正統性について憂慮する監視者は、議会による明確な承認を主張するであろう。ここでは行政機関が交渉結果に拘束されることは、規則制定権限の放棄である。そして公益毀損の可能性は、透明性によってかなり減じられる。行政機関には決定内容の適正さを確立するにあたっての最終的な責任がある。[26]

さらに協働を進めるためには、伝統的統制法を緩和することが要求される。利益代表という視点を通してしかレグネグを見ない者の意見では、公共善に関するバーゲンは、協働に必要な要素としてよりも行政機関への脅威と捉える。[27]だがレグネグ法は行政機関にバーゲンの義務を課していない。協働にコミットするならば、議会はそのような義務を課すように改正を考慮するのがよいかも知れない。[28]

また目的志向型（goal orientated）の立法は解決の機会を改善していくことになるかも知れない。目的志向型の法律は、将来の立法のための情報収集に役立つ。行政機関が規制政策を評価し検証し交渉するための様々な視点・立場を採るなら、立法が適度に不確定であることも重要である。法律が交渉結果について考慮しないというリスクを負うことなしには、長期的行政計画の見込みを模索するのは困難であろう。[29]

協働への見通しは公的・私的な役割を担う者の関係と責任とを再認識することであり、そのような再認識は裁判所を行政法理論の中心から端へと少しずつ押していく。[30]ただし、裁判所は明確な憲法違反や法律違反の場合を除き謙譲せよというわけではない。[31]司法権によるアカウンタビリティに代替するものを模索しなければならない。さらに公的責任を再考することは、政府の役割を後退させることを必要としない。行政法におけるアカウンタビリティのメカニズムの再考の機動力として協働プロセスを用いることを消極的に考え、あるいはこれらの新案をさらに推

し進めることに対する躊躇は、伝統的な行政過程モデルや統治における公的・私的役割についての支配的概念を深く検証する意志のないことに根ざしているのかも知れない。[32]

第四節　小　括

参加・交渉・協働について考えるとき、そこには共通の問題が提起される。政府や行政機関は公益のために行為するのであって、利害関係人のために行為するものではない。では、公益を擁護するという働きというものは政府や行政機関といった公的機関にしかできないものであろうか。政府や行政機関が自ら行わなければならない「核」の部分があるのか、あるとすればそれは何か。公的・私的の分離は厳格になされなければならないのか、あるいはそのように完全に分離することは可能なのか、どのように線引きするのか。そしてアカウンタビリティについて考えなければならない。

ここで日本の行政指導と米国のレグネグや協働との相違を忘れてはならない。日本の行政指導には法律で定められた基準以上に厳しい基準を課そうとするものが多い。それに対して米国のレグネグや協働は、行政機関の規制権限の放棄が問題とされているようである。この相違は言い方を換えれば、日本の行政指導は規制を強めるベクトルであり、米国のレグネグや協働は規制を弱めるベクトルであると見ることができるかも知れない。

さらにレグネグと協働との相違にも留意しなければならない。協働の推奨者は、レグネグのような新発案によって協働がどのようなものであるかという僅かな光明が見られると[33]述べ、レグネグと協働との共通性を示唆するが、レグネグの批判者の主張と協働の推奨者の主張とは類似している部分もある。レグネグは規制を弱めるベクトルであるかも知れないが、協働は必ずしもそうではないということを示唆していると考えられる。

規制を強めるベクトルと弱めようとするベクトルといった相互に矛盾する要請を如何に調和するか、あるいは調和などできないのであるならば、それを超える手法ないし概念が考案されなければならないと考えられよう。この提唱は、協働統治は不健全な統治と取組む方法が行政裁量の統制と司法謙譲にとどまらず、それを超えるべきであることを提唱する[34]、と類似の内容を意味すると考えることができるかも知れない。

第四章　協働による規制遵守方法

第一節　プロジェクトＸＬの提案と問題点

一九九五年、プロジェクトＸＬ（Excellence and Leadership）と呼ばれる規制の柔軟性を高めるために広く公開された発案がＥＰＡ（Environmental Protection Agency：環境保護庁）によって提出され、当時のクリントン（Clinton）大統領によって承認された。これはプロジェクト案に関わる企業の自主案が最大の関心事である。ＸＬは最初に企業に自主案を提出させ、そして行政機関や利害関係人を交えての交渉で目標を設定する。その目標を達成するかあるいはより優れた成果を出す限りは、工場別に大幅な柔軟性を持たせるための総括的な排出許容を与えようとするものである。特に、ＸＬは工場別に「上限」や「総量」を設定し、汚染物質または媒体（大気・水・土壌）間の排出取引を許容することで、個別の媒体に対する排出制限に置き換えようとするものである[35]。

企業が提出するそれぞれの自主案は、個々の工場の具体的事情を反映しているものである。ＸＬは現行法違反となる可能性があるような代替的規制遵守方法を採用することを、企業に許容することを基礎に置いているために、ＥＰＡは、規制を受ける企業がＥＰＡと交渉した代替案を遵守する限りは、法律執行を停止するという約束を企業と交わすこととなる。ＸＬ合意を達成するための中心となる機構は、ＥＰＡからのノーアクション保障（no ac-

tion assurance）ということになるであろう。それは、企業がＥＰＡとの間に交わした最終プロジェクト合意の全ての条件を遵守するならば、ＥＰＡは法的措置を進めることはないという明示的ないわば保障を与えることである。[36]

ＸＬには有望性も多く見込まれるが、同時に基本的な問題をも孕んでいる。ＥＰＡは明確な法律的根拠に欠けるということである。そのためにこの不確定性がＸＬ進行の妨げとなる。この不確定性は、ＥＰＡのある無名の職員によって発せられ広く知られている言葉によって表現されている。「法律外でなければＸＬでない」[37]。ＥＰＡは、現行法においては全てではないにしろ多くの状況で改革を許容していると主張するが、どの条文が如何なる状況で改革を許容しているかについては相当不明確であることも暗に認めている。多くの環境保護活動家やそしてＥＰＡの職員の中にも、そのような発案は法律や規制に違反しているとして反対している。ＥＰＡには法律や規制を放棄する権限はないのであると主張する。[38]

一九九七年、ＥＰＡは具体的条文がＸＬによって利用し得る柔軟性の範囲を制限することの可能性を認める意見表明を行った。しかし、一般的にはＸＬの推進に対する障壁にはならないと主張した。ＥＰＡは、ＸＬの申請者に対して現行法下において利用可能な最大限の裁量の領域そして現行法の柔軟解釈の可能性を検討することを勧めている。もし現行法が不適切であるならば、ＥＰＡは現行の要請を改めるために工場別の告知コメント手続を採用する可能性を考慮するであろう。ＥＰＡが具体的法律の下でＸＬを適用するにあたって柔軟性ある対応ができるかどうかは、具体的事例によってのみ決することができよう。条文が曖昧であるなら、裁判所は一般的には疑いの利益（benefit of doubt）を行政機関に与えるであろう。[39]

第二節　法律的根拠の必要性

ＸＬにおいてプロジェクト案を許容する場合には、被規制者が合意を遵守する限りＥＰＡは法的措置を行使しないとの保障を与えるものである。これはＥＰＡが規制権限の発動を見合わせることを意味するが、はたして行政機関には規制権限を発動するか否かを選択する裁量はあるのであろうか。

この疑問に対しては Heckler 判決[40]が参考になる。最高裁は当該判決で次のように示した。永年にわたる多くの事例で、民事・刑事の区別なく、告発ないし執行しないという行政機関の意思決定は、全くの裁量の行使である。裁量の行使の範囲内であるときには、行政機関の権限不行使は司法審査の対象とならない。行政機関は違反の有無のみを審査するのではなく、その件について法的行動を起こすことが、行政機関の政策全体に照らして合致しているか否か、どの程度の成果を期待できるか、執行するための十分な行政資源はあるか等を総合して判断する。議会はＡＰＡの制定にあたって、そのような従来型の手法を変更する意思はなかった[41]。この判決をひろく一般的に適用するならば、代替的な規制遵守方法を用いることについて行政機関が企業と合意しそしてその合意が守られる限り何らの法的措置を行使しないという権限を、ＥＰＡに与えることになるかも知れない[42]。

だが Heckler 判決とＸＬではある相違点が見られる。Heckler は単純に規制権限を発動するか否かあるいは法的措置を行使するか否かについての判断である。一方、ＸＬはその中心となる機構は「ノーアクション保障」であろうと前述したように、「企業が代替案を遵守する限りは」という条件つきではあるが、行政機関が予め規制権限を発動ないし法的措置を行使しないことを明言しているのである。単に法的措置を行うか否かの裁量が認められるからといって、そこから直ちに法的措置を行使しないことを予め明言することまで許されるかどうかは疑問である。

次に、契約型ゾーニングの事例を参照してみよう。契約型ゾーニングは、私的利益を政府機関との間での法律に

書かれていない方法で相互の義務を創設する取引に関わるものである。Midtown v. Madison 判決[43]においてニュージャージー上級裁は、ゾーニング問題に関してゾーニング委員会が解決策を交渉する権限を制限することを表明した。市当局は委ねられた権限を行使するにあたって、委ねられた範囲内で行使しなければならず、そしてそれを超えてはならない。市当局には、付加条件を課すことを権限づけるかまたは正当化している条文がないときには、最終許可を与えるにあたって、企業に付加条件を課すような権限はない。

最高裁は Stone v. Mississippi 判決[44]において次のような原理を表明した。連邦政府が保護している契約とは、所有権に関するそれであり政府に関するものではない。立法を行う高権が害されない限り、所有権や参政権に保護を与えることができる。しかし、立法者はその権限を縮小することはできない。政府はその権限を留保するために組織されそしてその権限を安易に譲り渡すことはできない。

このように、政府が私人と取引することが違法であるとされた事例を挙げてみたが、この例はＸＬの場合とは状況が異なる。ＸＬは被規制者がＥＰＡと合意した代替案を遵守する限り、ＥＰＡは法的措置を行使しないというアプローチである。一方、契約型ゾーニングは、私人からの譲歩の見返りに規制権限を控えるアプローチである。この違いは言葉を換えて説明するならば、ＸＬはＡという事項についてその遵守方法についての交渉である。他方、契約型ゾーニングはＡについて権限発動を控えるいわばその代償として、他のＢについて条文にない義務を課そうとするものである。後者の方がより問題性が高いことは言うまでもない。このように Midtown 判決の判旨が、ＸＬに適用できるかどうかは疑問であるが、「法律が明示的に義務づけていない限り」行政機関にそのような権限がないという点では共通する要素があると考えられるかも知れない。

前述のように判例は、少なくとも法律が明示的に権限づけていない限りは、という文言を繰返し強調している。

それではやはり、議会の立法による明確な権限づけを必要とするのであろうか。XLには明確な法律的な権限づけはない。また企業は連邦や州の規制権者からの訴追を免れたとしても、市民訴訟（citizen suit）から免れるわけではない。市民訴訟を受ける可能性に対して企業が抱く不安について、最も明確な解答は、XLの内容に従って現行法の要請を放棄する広汎な法的権限をEPAに付与する立法を可決することである。[45] XLを根拠づける立法が制定されない限りは、企業別の合意によって現行法の要請を免除することは、市民訴訟を受けたときには、脆弱なものとなろう。[46]

行政機関の方が議会に比べてより広汎な利害関係者の参加を受け入れることができるかも知れない。さらに、EPAの長官を含め行政部門の上級職者が具体的な問題について、議会のほとんどのメンバーより公衆に対して、よりアカウンタブルであり得ることもある。なぜなら、彼ら行政機関の上級職者はいつ何時でも大統領による更迭を受けることになるからである。[47]

第三節　協働意思決定の導入

ここで協働との関連について考えてみよう。フリーマン（Freeman）は次のように述べる。参加が規制の基本となる情報の内容を改善し決定の質を高めることができ、そして執行の可能性を増加させ、実践における規則がもたらす効果についての重要なフィードバックをもたらす。協働は多様な調整法が利用可能であることを要求し、そこでは政府目的の探求と開発に従事する。コスト削減・訴訟低減あるいは（規制者と被規制者との）関係改善等を、対立型を通じてではなく参加型を通じて達成すべきであるとする。[48] ここで、XLはフィードバックや経験を重要な要素と考える点で、協働方式を採り入れたようにも考えることができそうである。

ところでＸＬにおいては、最初に企業に自主案を提出させ、次にその案につき企業とＥＰＡが交渉し、そして最後に執行と評価の段階に入るわけである。ＥＰＡは「企業が合意したプロジェクトを遵守する限りは、法的強制措置を行使しない」との保障を与えるものであるから、それはすなわち意思決定も執行もその双方を企業に任せるものである。このような状況ではＸＬが協働手法と言えるかどうかは少し疑問が残るところである。もっとも行政機関からの一方的な命令統制方法ではなく、意思決定や執行に被規制者の意思や要望を採り入れ、あるいは役割分担も協働であると考えるならば、ＸＬも協働手法の一つの試みであるかも知れない。ＸＬが協働手法を言えるかどうかはなお疑問の残るところではあるが、協働手法のコンセプトを採り入れようとする実験を試みたという点では意義があると考えられよう。

第四節　小　括

日本におけるインフォーマルな手法との相違を考えてみる。日本においてインフォーマルな行政手法と言えば、その第一は行政指導であろう。行政指導は、行政のあらゆる分野にわたって広く用いられている。そこでの問題は、法律上根拠のない規制を行うことが法治主義からの乖離となるのではないかということである。[49]

米国のＸＬにおいては、議会が非現実的で実行できそうにない目標を定めた法律を次々と可決したため、[50]それらの執行不能という状況を回避するため、ＥＰＡがいわば苦肉の策として、企業が汚染物質排出削減の自主的努力を続ける限りは、法的強制措置の執行を差し控えるという手段をとらざるを得なかったものとも考えることができるかも知れない。米国での環境規制においては、法令等によって厳しい基準を設定し、その執行不能を避けるためにインフォーマルな手法によって目標ないし基準を減じていくという方向である。それに対し日本では、法令等で最

低限度の基準しか設定せず、インフォーマルな手法によって基準を上乗せしていく[51]という方向である。

第五章　大統領による行政コントロール

第一節　任期末大統領の権限行使

大統領はその任期末において、次期大統領が反対政党の推す候補であるときあるいは政策や主義主張が異なる者であることがすでに決定しているとき、自己の権限をその期日の最終の日まで行使することができるであろうか。任期末の大統領がなお行政活動を積極的に行うことは、大統領権限の濫用であり、そのような行為を行うべきではないとの主張もある。[52]それに対して、一般論としては現職の大統領は、次期大統領が就任する瞬間まで、全ての権限を行使し得ることは明白であるというべきであろうという主張もある。[53]

ビールマン（Beermann）は次のように述べる。任期末の政権の積極的な活動は憲法の下に認められた権限内のものであり、国家的政策過程の一部である。次期大統領の政策に抵抗しあるいはそれを妨害するようなことがあっても、それは全くの政策過程の一部であり、論理的問題としては完全に許容され得るものであろう。実務的見地からは、任期末の大統領は、利益グループによる支持を必要としないため、全般的な公衆の利益に焦点をあてて考慮することができるであろう。[54]大統領の任期末に多くの行為がなされることとなる理由であるが、大統領はその任期中の全ての期間にわたって権限を行使できるわけではない。また、任期末の政権が採り得る最も長期的な施策は、新たな行政規則を発することである。なぜ任期末に新しい規則を発することが増加するかについては、それは最終期限が迫っていることに因るものである。そのような最終期限の接近により、行政官にとっては業績をまとめ上げようとするについての効果的な刺激となる。[55]

新大統領にとって最も採りやすい戦術は、前政権末期の規則を延期、取消、修正することである。だが、手続的には、告知コメント手続を経てなされた規則を取り消すためには、新たな告知コメント手続なしに行うことができない。Airbags Case[56]に於いて最高裁は、新政権の下での行政機関が規則を撤回するについての十分な理由を示すことができたかを審査した[57]。この見解では先の政権の行為は新大統領を拘束し得ることを意味するであろう[58]。大統領の第一の権限は「法律を忠実に執行するテイク・ケア（take Care）である」[59]。ここでは、前大統領が策定した規則もそのテイク・ケアの対象に含まれるから、新大統領はそれを忠実に執行するころになるという構成であると考えることができよう。

現行法は前大統領の任期末に関わった行為に関して新政権のそれに対する行為について制限を設けているであろうか。多くの法律問題は、政府権能の執行府への配分についてどのように理解されているかという問題について考えることになろう。議会は直接大統領に権限を委任することもあるが、多くは個別の政府の省や行政機関に権限を委任する。大統領は、自身の権限よりも、各機関に委ねられた権限を重視することが多くなってきている。問題は大統領が影響力を行使したことが、その規制にとってマイナス点になるかどうかである[60]。ここでの問題は、議会が個々の行政機関に権限を委任しているにも拘わらず、その権限を大統領やそのスタッフが公式でないにしろ行政官に代わって行使し、それにより決定権者は公開性に欠けてしまうことになろう[61]。

そして、裁判所は規則の適法性について疑問を投げ掛けることについて消極的であるようである。裁判所の判決の影響の下、行政機関は現実の目的から逸脱した規則を発することになってしまうかも知れない。加えて、行政官に対する大統領の記録外の対話に対する訴訟は、あまり成功しそうにないであろう。規則制定手続に於ける大統領の一方的（ex parte）対話が禁止されているかどうかは明確ではない[62]。大統領が行政官と口頭の対話をなすについ

て、憲法第二編とVermont Yankee[63]での制限原理を共に考慮するならば、裁判所は、法文で要求されている事項を越える関与を求めるについて特別の注意を払わなければならない。[64]

現行法が、任期末の大統領による規制活動につて効果的な対処法を規定していないのであるのならば、任期末の大統領の行為の権能を妨げるような方法を採ることも考えることができよう。議会は、ＡＰＡを改正して、任期の終期のある一定期間に於いて新たな規則制定案の提出を禁止することができるかも知れない。だがこれは二つの重大な問題を惹起する。一つは、執行府に対して制限を設けることは、何者もが埋めることのできない権能の空白を生じせしめ、そして政府権能を不完全ならしめることになるかも知れない。いま一つは、大統領の権限の幾つかは、制限することが非常に困難なものがあろう。それは、最も根本的な事項であるが、執行府固有のものとして考えられる権限あるいは憲法第二編に列挙された権限について、それを大統領が行使することを制限することは議会にはできないであろうということである。[65]執行府固有の権限を制限するような試みは、憲法上の問題を惹起することになるであろう。

法的に要求された全ての事項が採られたのであるなら、行政機関の長官は、大統領の命令を顧みないことができる。この場合には、大統領は長官を交代させることになるであろう。新政権が、前大統領の任期末の行為を扱うことについて、新政権は何らかの権限を有するべきではないかと仮定できよう。その可能性の一つとしては、司法判断を通じてあるいはＡＰＡを修正することによって実現可能だが、公布されたばかりの規則について行政機関が撤回したり修正したりするについて告知コメント手続の要求なしに行えるようにするということも考え得るであろう。[66]また議会が別の基準を設けることを妨げるものではない。[67]そのような立法がなされたのならば、新政権は前政権が任期末に発した規則を自由に撤回あるいは修正できることになろう。だが、なお問題は残る。任期末に策定された

規則とそれ以外の規則との区別がとても困難であるということである。

第二節　大統領権限の源泉

任期末において、いわば駆け込み的に規則制定等の権限行使を行うについて批判する論者も多い。駆け込み的な行政活動は、新大統領の権限やコントロールを減殺することを目的として行われると見られる場合もあるため、非民主的であるという印象を与える。反対に、論者の中には大統領による行政の規制政策コントロールを強調することにより、行政機関が一部の利益と結びつくことあるいは自己の目的を追求するという弊害を抑止することができると主張する者もあり、これらの問題はより強調される様相となるであろう。[68]

それらの論者は、大統領は選挙によって選出された政府職員であるために、選挙過程を通じて公衆の価値観や政策要望に関する対話をなし十分に情報を得てそしてそれを確定することができると仮定する。[69]これらの見解は、大統領の権限行使の根拠を、選挙による民主的基盤に求める考え方である。この考えを反対に解釈して、任期末の大統領について、対立政党の候補あるいは政策や主義・主張を異にする候補者の当選が確定している場合には、現大統領はすでにその民主的基盤を失っていると解する構成であると考えられよう。

米国に於いて行政機関は「第四府[70]」と呼ばれたりしているが、この第四府についてその正統性のソースとして機能し得るものは何であろうか。正統性は次の二つの問いに答えることによって評価されるのではなかろうか。一つは、議会という最も選挙民に近い機関が政策の中核部分を定めなかった場合に、行政機関の権限行使は民主的な事項として捉えることができるか。いま一つは、その行使する権限について行政機関はアカウンタブルであるか。[71]アカウンタビリティの問題は、行政機関がその行動を正当化し公開[72]する義務があるかどうか、そしてその権限は意味

ある（meaningful）制限事項によって限界づけられているものとして見ることができるかというところに焦点を当てる。アカウンタビリティは、どこまでの範囲の外部機関が行政機関の活動をチェックすることができるかということに密接に関連する。そしてアカウンタビリティと民主主義は二つの方法でリンクする。一方では、法の支配によって制限される行政機関の権限の範囲について、選挙民が行政機関の活動をより正統なものとして認識できるであろうことであり、他方では、選挙過程そのものがアカウンタビリティの一形態を提供し得るということである。[73]

大統領は立法をなすことはできないが、行政機関の長を交代させることを通じて行政機関をアカウンタブルに保つことができる。行政機関の長を交代させる権限に加え、大統領の執行オフィスは今では行政活動を審査し、行政機関の予算をコントロールし、行政機関にその活動や効果についての報告を求め、そして行政活動の優先順位の決定を監督することによって、行政官僚による惰性に対する是正を試みている。[74]

また選挙民は、大統領選挙を通じて事前に政策についての要望を表明することができ、その要望を最もよく具体化するような政策を提供する候補者を選ぶことができる。執行府のヒエラルキー的配列に依るところにより、もし全ての行政政策について包括的に監視するに適した機関があるとすれば、それはホワイトハウスであろう。[75]あるいは行政機関が人民に対して直接アカウンタブルでないのであるから、執行府の長がそのような政策判断をなすことが、政府の政策部門にとって全般的に適切であろう。[76]

サイデンフェルドによると、民主的熟慮の所在は、議会ではなく行政機関自身に見出すことができるとされる。行政国家に於ける意思決定過程は熟慮過程として観念づけることができ、それは政策全般の価値によって情報づけられた熟慮による意思決定にとって最善の要望を提供する。[77]このような見解によると、大統領によるコントロールは正統性の中心的なソースではなく、熟慮が歪められたときあるいは不適切な結果に対する安全保障として捉えて

いるようである。これらは、あまりにも行政機関に決定権限の比重を置きすぎているのではないであろうか。[78]

大統領による行政コントロールの考え方に於いては、大統領選挙での投票者は、単に指導者を選択するのみならず、行政機関が直面するであろう問題についての選挙民の要望を伝達するものである。この見解では、選出された大統領についての行政的アカウンタビリティは、大統領が選挙に勝利したからではなく、国家的選挙が大統領の政策的な志向が選挙民の要望を反映しそれに行政機関が応じるであろうという状況を提供することにより、行政機関は適正に機能するであろうという仮定に依拠することになろう。[79] だが、このような考え方が全ての場合についてあてはまるわけではない。選挙民は最も重要な問題についてコンセンサスを与えるか否かの選択しか残されていないであろう。[80]

現在の政党システムでは、投票者は一般の選挙に於いて二人の候補者から選ぶこと以上のことはほとんどできない。それ故に投票者は一般的に言って、二つの政策目標のパッケージの中から選ぶことになってしまう。投票者の要望よりも候補者が示す主要な問題について支持できるかどうかになってしまう。[81] このように、大統領の政策目標はその内容については必ずしも適性なものではないかも知れない。ここで示されたことは、選挙による民主的正統性と判断内容の適正さとは必ずしも一致するものではないかも知れないということである。そして内容の適正さは、むしろ熟慮によってもたらされる可能性が高いと考えることもできよう。選挙による民主的正統性か、熟慮による内容の適正さか、という問題に収斂するものであろうと考えられよう。

第三節　大統領による行政コントロール

米国の行政国家の歴史に於いて、政策に対するコントロールについてそれぞれの三部門が互いに争い抑制しあっ

てきたため、それらのうちどれか一つが最終的に優位者として現れることはなかったし、またそのようなことはありそうになかった。だが、時代は変遷し、一つあるいはもう一つの部門が、行政過程の結果について影響を与え、方向を示すに当たって比較的優位にあるものとして前面に出てきた。それが大統領である。[82]

議会は、権限を大統領ではなく行政官に委任してきた。[83]だが、条文で委任された裁量の範囲内で具体的な行為を行うように各行政機関の官吏に命ずる大統領が現れた。クリントンである。ある論者は、これを指示権（directive authority）と呼び、次のように主張する。議会が、行政活動を大統領から引き離し保護するについての広汎な権限を持つことは認めるが、議会は一般に認識されている以上に大統領に権限を与えていると考えることができる。独立行政委員会の長は別として、それを除く行政機関に対して権限を委任する条文は、その委任された裁量の行使について大統領が指示権を主張することができると読むことができるであろうと考える。[84]

この主張は、議会から与えられた行政機関の裁量を適切にコントロールし得るのは誰（どの機関）であるかという問いについて、そのコントロールを行使するのに最も適している者（機関）は大統領であるという一つの仮定を導くものであると考えることができよう。さらに、裁量のコントロールという消極的側面のみならず、積極的な政策目標を実現するために、大統領は各行政機関に対してその裁量の範囲内で可能なかぎりで、裁量行使における方向性ないし目標性を与えることができるという積極的側面もあると解することができるであろうと考えられよう。

行政機関に権限を与える法律の多くは、結果については拘束せずあるいは広汎な裁量をもたらす権限付与を含み、公的政策の主要な問題について行政機関の裁量に任せてきた。議会が一旦権限委任を行うと、行政機関の政策決定についての効果的なコントロールを行使することはできないであろうし、少なくとも議会はそれをやってこなかった。[85]議会が、行政機関の決定に対するコントロールを可能にするような機構を採用したとしても、実際にそれを行

使することはうまく機能するであろうか。立法制裁システムには二つの弱点がある。一つは、そのような監視システムを実施する機関の位置づけに関するものである。議会による審査を開始させるアクターは、上院や下院の本会議ではなく委員会や各議院の小委員会である。委員会のメンバーは適切に選ばれているとは言えないときもあろう。いま一つは、議会の委員会は外部の利害関係者の不満に焦点を当てることにある。不満に対応して活動する監視の方法は、行政政策の全体的な考慮よりはむしろアドホック的な活動へと向かわせてしまう[86]。

クリントン大統領が大統領命令第一二、八六六号[87]を発し、独立行政委員会を除いて、執行府の各省の長官に対して、その委任された規則制定の実施にあたって、大統領が指示（direct）を発する権限を有することを示した。大統領は、積極的な政策目的実現のためにそれぞれの行政機関に対し自己の政権の方針に合致するような規則案の策定を求め、それを通して政権の目標を推し進める方策を採った。

では、このように大統領には行政活動全般に対して指示を発する権限はあるのであろうか。議会が明示的にこの権限を遂行する者として選んだのは、大統領よりむしろ行政官である。一般的な見解では、大統領は各行政機関に委任された裁量について行政官に指示を発する権限に欠けると認識されている[88]。大統領は、その意思によって行政官を解任する権限があり、これを議会が剝奪することはできないであろう。そこで大統領には、行政官に対するいわば「手続的[89]」監督権があるとし、少なくとも最終的決定権が手中にある限りは、許容できるものとし、そしてクリントンの行政官に対する指示権を肯定する方向に働くと考えることができるかも知れない[90]。

第四節　小　括

大統領による行政システムは行政機関の政策形成において、他の機関の機能と置き換えることができるであろう

か。大統領による指示権を制限する可能性のあるものについて考えると、その第一は議会である。大統領による行政が、法律の起草者の目標と一致しない解釈を採ることによって、議会が志向した意図を置き換えるというリスクもある。しかし、このような危険に対して司法審査によって十分なチェックが図られるであろう。

裁判所は、行政機関に裁量をなす権限を委任している条文を、大統領がこの権限を行使するについて指示を与えることを可能にする根拠として、読むことができるかも知れない。[91] だが、条文は直接には行政官に裁量行使をなす権限を委任しているのであり、大統領に対してではないと理解されている。

統合調整機能を担う者として最も相応しい者は大統領であると主張される。大統領は、政策目標を掲げ、選挙を通して選挙民からその目標をいわば認証されているのであるから、行政機関が統一された政策目標・方向に進むように導くのは大統領の役割であるという論理思考の流れであると考えることができよう。これらの思考はその根拠とするところは、やはり選挙による民主的基盤ということに帰納されると考えることができよう。

結　語

価値判断を伴う場合には、どのアクターが判断をなすのに最も相応しいか、あるいは政策を形成するにあたっての中核となるべきであるか。選挙によって選ばれ市民を代表するものとしては、議会がその最たる地位にあるが、集合体である議会はそのような判断をなすには適切でないかも知れない。集合体であるが故に対立を高じるのみとなり政策意思決定者として機能しないことがしばしばあるかも知れない。

集合体による意思決定の困難さから逃れられるものとしては、大統領が考えられる。選挙によって選ばれた選挙民に対して責任ある者が、重要な意思決定をなすことが求められるからである。しかし、価値判断については、大

統領といえども判断に窮することもあると考えられよう。そのような場合、決定は誰がなすべきであろうか。あるいは市民は、誰を決定権者として適切であると考えるであろうか。このような困難な決定の場合には、多くの者が、決定を他の者に委ねようとする。市民は、議会または大統領に決定を委ね、議会は行政機関または大統領に決定を委ねる。議会は大統領に決定権を委ねることで困難な決定から逃れることができる。このときこの重圧的任務を負う者はやはり大統領であると考えることも可能であるかも知れない。

あるいはまた行政機関の判断の適正を確保するために、参加を促進することは一つの可能性である。そして最も有望な可能性であると考えることができるであろう。参加による行政意思決定においては、決定権は行政機関の掌中に留まるのであるが、それは反対の観点から見れば、参加する市民は決定にともなう責任や重圧的任務を負わないということでもある。

行政裁量の適正化という観点からは市民参加は重要な手法であると考えられる。だが、同時に市民は決定に対する責任のあり方をも再考慮しなければならないと考えることもできよう。

（1）トッド・D・レイコフ（Todd D. Rakoff）：中川丈久訳「米国の行政的規制におけるフォーマルな方式とインフォーマルな方式との間の選択」神戸法学雑誌第四八巻二号（一九九八年）四一七頁。

（2）中川丈久「日本におけるインフォーマルな行政手法論」神戸法学雑誌第四八巻二号（一九九八年）四四三、四五三―四五七頁。

（3）前掲注（2）・五三七―五三八頁。

（4）常岡孝好「交渉による規則制定法（Negotiated Rulemaking Act）と今後」明治学院論叢法学研究第六〇巻（一九九六年）二六一、二六二頁。

（5）前掲注（4）・二六三頁。

(6) Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 DUKE LAW JOURNAL 1385, 1398 ((1992).

(7) Cary Coglianese, *Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking : A Response to Philip J. Harter*, 9 NEW YORK UNIVERSITY ENVIRONMENTAL LAW JOURNAL 386, 392 (2001).

(8) Id. at 386.

(9) Matthew J. McKinney, *Negotiated Rulemaking : Involving Citizens in Public Decisions*, 60 MONTANA LAW REVIEW 499 (1999).

(10) Coglianese, *supra* note 7, at 386.

(11) *Id.* at 439–440.

(12) *Id.* at 441.

(13) *Id.* at 441.

(14) Philip J. Harter, *Assessing the Assessors : The Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, 9 NEW YORK UNIVERSITY ENVIRONMENTAL LAW JOURNAL 32, 40 (2000).

(15) 日本において、行政指導についてではあるが、類似の見解が見受けられる。（調査官解説：石川善則・最高裁判所判例解説集民事編昭和六〇年・一二四八、一二六〇頁）「実質的に国民の権利・自由を法の明文の規制基準以上に制限することを目的として行われる行政指導の完遂を適法なものとすることができるのは指導の相手方である国民の任意の協力・服従という一点にかかっている、との基本原理の重視があると思われる」。

(16) Harter, *supra* note 14, at 40–55.

(17) William Funk, *Bargaining toward the New Millennium : Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest*, 46 DUKE LAW JOURNAL 1351, 1382–1387 (1997).

(18) See e. g. Funk, *supra* note 17.

(19) McKinney, *supra* note 9, at 538.

(20) Jody Freeman, *Collaborative Governance in Administrative State*, 45 UCLA LAW REVIEW 1, 10–13 (1997).

(21) Mark Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for Bureaucratic State*, 105 HARVARD LAW REVIEW 1511 (1992).

(22) Freeman, *supra* note 20, at 20–21.

(23) Matthew Schuckman, *Making the Hard Choices : A Collaborative Governance Model for the Biodiversity Context*, 79 WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY 343, 353 (2001).

(24) Freeman, *supra* note 20, at 26–32.

(25) *Id.* at 77, 83.

(26) *Id.* at 85–89.

(27) USA Group Roan Services v. Richard W. Riley, 82 F. 2d 708, 714 (1996).

(28) 労働法においてそのように要求する例がある。5 U. S. C. Sec. 714 (a) (4) (1994). 条文は、行政機関に交渉合意に向けて誠実に交渉することを要求する。

(29) Freeman, *supra* note 20, at 91–95.

(30) Susan Rose-Ackerman, *Progressive Law and Economics And the New Administrative Law*, 98 YALE LAW JOURNAL 341, 351–352, (1988).

(31) Richard J. Pierce Jr., *Rulemaking and Administrative Procedure Act*, 32 TULSA LAW JOURNAL 185, 199 (1996).

(32) Freeman, *supra* note 20, at 95–98.

(33) *Id.* at 96.

(34) Ackerman, *supra* note 30, at 351, 351.

(35) Bradfrod Mank, *The Environmental Protection Agency's Project XL and Other Reform Initiatives : The Need for Legislative Authorization*, 25 ECOLOGY LAW QUARTERLY 1, 20 (1998).

(36) *Id.* at 23.

(37) *Id.* at 24 (citing What's Up With Project XL-Week of 3/11/96, Project XL Update).

(38) *Id.* at 25.

(39) *Id.* at 26.

(40) Heckler, Secretary of Health and Human Services v. Chaney et al, 470 U. S. 821 (1985).

(41) *Id.* at 831.

(42) Mank, *supra* note 35, at 27.

(43) Midtown Prooerties, Inc. v. Township of Madison, New Jersey, a Municipal Corporation, 172 A. 2d 40 (1961).

(44) Stone v. Mississippi, 101 U. S. 814 (1879).

(45) Rena I. Steinzor, *Reinventing Environmental Regulation: The Dangerous Journey from Command and Control to Self-Control*, 22 HARVARD ENVIRONMENTAL LAW REVIEW 103, 147-148 (1998).

(46) *Id.* at 141.

(47) Lawrence Susskind and Joshua Secuda, *The Risks and the Advantage of Agency Discretion: Evidence from EPA's Project XL*, 17 UCLA JOURNAL OF ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY 67, 85-86 (1998/1999).

(48) Freeman, *supra* note 20, 26, 32 (1997).

(49) 前掲注(2)・五〇〇頁。

(50) Mank, *supra* note 35, at 30.

(51) 阿部泰隆『行政の法システム（上）〔新版〕』（有斐閣・一九九七年）三三七頁。

(52) Nina A. Mendelson, *Agency Burrowing: Entrenching Policies and Personal before a New President Arrives*, 78 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW 557, 564, 567 (2003).

(53) Jack M. Beermann, *Presidential Power in Transitions*, 83 BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW 947 (2003).

(54) *Id.* at 952.

(55) *Id.* at 954-955.

(56) 463 U. S. 29 (1983).

(57) *Id.* at 43.

(58) Beermann, *supra* note 53, at 984.

(59) U. S. Constitution Article II Sec. 3.

(60) Beermann *supra* note 53, at 999–1000.

(61) 931 F. 2d 1556, 1564 (1991).

(62) Beermann, *supra* note 53, at 1001–1003.

(63) 435 U. S. 519 (1978).

(64) 657 F. 2d 924 (1981).

(65) Beermann, *supra* note 53, at 1004–1006.

(66) Ronald M. Levin, *More on Direct Final Rulemaking: Streamlining, Not Corner-Cutting*, 51 ADMINISTRATIVE LAW REVIEW 757, 765 (1999).

(67) 463 U. S. 29, 30 (1983).

(68) Cynthia R. Farina, *Faith, Hope, and Rationality of Public Choice and the Occam's Razor*, 28 FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW 109, 125 (2000).

(69) Mendelson, *supra* note 52, at 566, 567.

(70) 535 U. S. 743, 773 (2002).

(71) Mendelson, *supra* note 52, at 576.

(72) Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARVARD LAW REVIEW 1276, 1284 (1984).

(73) Mendelson *supra* note 52, at 574.

(74) Elena Kagan, *Presidential Administration*, 114 HARVARD LAW REVIEW 2245, 1339 (2001).

(75) Mark Seidenfeld, *A Big Picture Approach to Presidential Influence on Agency Policy-Making*, 80 IOWA LAW REVIEW 1, 12 (1994).

(76) 467 U. S. 837, 865 (1984).

(77) Mark Seidenfeld, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARVARD LAW REVIEW 1511, 1515 (1992).

(78) Mendelson, *supra* note 52, at 587.

(79) *Id.* at 617.

(80) Cynthia R. Farina, The Consent of the Governed: Against Simple Rule for a Complex World, 72 Chicago-Kent Law Review 987, 995 (1997).

(81) Mendelson, *supra* note 52 at 618–619.

(82) Kagan, *supra* note 74, at 2246.

(83) Richard H. Pildes & Cass R. Sunustein, *Reinventing the Regulatory State*, 62 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 1, 25 (1995).

(84) Kagan, *supra* note 74, at 2251–2252.

(85) Richard B. Stewart, *the Reformation of American Administrative Law*, 88 HARVARD LAW REVIEW 1667, 1696 (1975).

(86) Kagan, *supra* note 74, at 2260.

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

(88) Pilde & Sunstein, *supra* note 83, at 25.

(89) Peter L. Strauss & Cass R. Sunstein, *The Role of President and OMB in Informal Rulemaking*, 38 ADMINISTRATIVE LAW REVIEW 181, 200 (1986).

(90) Kagan, *supra* note 74, at 2325.

(91) *Id.* at 2364, 1326–2330.