



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	アメリカ行政法への試み : その形成と問題に関する覚書
Author(s)	和田, 英夫; WADA, H
Citation	北海道大學 法學會論集, 2, 128-170
Issue Date	1952-07-05
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/17042">https://hdl.handle.net/2115/17042</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	2_p128-170.pdf



資料

アメリカ行政法への試み

— その形成と問題に関する覚書 —

和田英夫

序 言

第一節 アメリカにおける行政法概念の展開

- 一 行政法成立の前提
- 二 行政法成立の背景と抵抗
- 三 行政法概念の展開

第二節 アメリカ行政法の理論的問題

- 一 方法論的接近
- 二 行政法概念の構造
- 三 行政法における行政手続の問題
- 四 司法的審査の確立と方向
- 五 行政法體系化への試み

結 言

文献略稱(反覆使用するもののみを掲ぐ)

- Freund, Historical Survey . . . . Freund, Historical Survey in Growth of American Administrative Law (1932)
- Dicey, . . . . Dicey, Lectures Introductory to the Study of the Laws of Constitution (1883).
- Carrow . . . . Carrow, the Background of Administrative Law (1948)
- Robson . . . . Robson, Justice and Administrative Law (1928, 1951 [3 ed.])
- Dickinson . . . . Dickinson, Administrative Justice and the Supremacy of Law (1927)
- Vanderbilt . . . . Vanderbilt, One Hundred Years of Administrative Law (LAW I)
- Pound . . . . Pound, Administrative Law, Its Growth, Pro-

cedure and Significance (1941)

Port…… Port, Administrative Law (1929)

Gelhorn…… Gelhorn, Administrative Law, Cases & Comments (1947)

Landis…… Landis, The Administrative Process (1938)

Hart…… Hart, An Introduction to Administrative Law (1947)

## 序 言

一 現在われわれが、日本行政法の全體系の原理的な、構造的な、ないしは少くともその解釋論的な再検討に對決しているとなすことは、すでに論ぜられているところであり、そのような要請が新憲法の下におけるアメリカ法體制の繼受と關聯して提起されていることも、いうまでもない。けだし、從來、大陸行政法とくにドイツ行政法の壓倒的な影響の下に成長してきたわが行政法が國法構造の民主化という基本課題を前にして、その英米法制度への移行工作の過程にあることは見易き道理だからである。ここではもはやオ・マイヤーの「憲法は變遷する。しかし行政法は存續

する。」Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht.

という立言は許容されえないであろう。そうして問題は恐らく一般に行政法學方法論におけるこんにちの根本的な問題の一つ、即ち、いわば行政法學の法技術的性格と法機能的・行政學的性格の關聯と區別にまつわる、より基本的な範疇に屬するであろうが(2)、それはしばらくおき、差當り問題の新たな展開の契機を、われわれは、ながき司法國家の傳統の内在的克服の上に形成・展開されたアメリカ行政法の提起する諸論點の示唆に見出すのである。

従つて、その様な論點の提起を歴史的・判例的・學說的に攝取内抱したこんにちのアメリカ行政法が、いかなる原理の上にたち、いかなる概念によつて構成され、かつ、いかなる體系をもつものであろうか、の問題に一步の接近を試みることは、必要であろう。

ただ、このような事態にあつて、あらかじめ、われわれは、次の二つの點を考慮に入れることが適當であろう。即ち、第一はアメリカ行政法への接近の困難さである。けだし、アメリカに於ける行政法の發生と發展は、何よりもその地盤たるアメリカ的産業社會の要求とコモン・ロオの原理との對決と協力との所産であり、その意味で、そこでは極めて自生的・必然的なものとしてあらわれたのであるが、しかし、それは從來の日本行政法の傳統

的方法論とその理論體系にとつては、まさに異質的な法原理・法體制であるということが注意されねばならぬ。第二に、これと關聯して、日本行政法がアメリカ行政法に對し、いかなる問題意識においてこれを評價し、かつ總受すべきかが問題となる。このことは一言にして言うならば、官僚的行政權力の民主化・分散化を當面の原理的課題とする日本行政法と、コモン・ロオの下での自由主義的司法國家の民主的過剰の克服と職能國家化、「行政國家」化への志向をその課題の方向とするアメリカ行政法との、それぞれのもつ課題提出における段階過程の相異性を認識することである<sup>(3)</sup>。

二 本稿において、私の意圖したところは、右のようなアメリカ行政法の成立過程とその理論的構造をめぐる若干の原理を提出・解明し、かつその概念・體系及び問題を、主として最近の諸論稿に依據して紹介検討することである。しかし、問題の全貌は、むしろ、この小稿の能くしえないところで、たかだか覺書的な試みとして一應の資料的プログラムを提示することであり、それも、紙數の關係から極めて要約的に素描することを餘儀なくされた。ただこれをささやかな手摺りとして、今後さらに廣く資料の蒐集と思索の徹底をかさね、それによつて問題の本質と内容、さらに

その背景と地盤を根本的に再検討し、なしうれば、統一的・體系的な、アメリカ行政法の構造の理解にすすみたいと念じている。

(1) 例えば、田中教授は「行政法の基本原理」九頁、「行政法講義案」(上)四八頁において、むしろ解釋論的な再検討——「大陸式行政法より英米式行政法への移行」——の問題提出をしているように思われるのに對し、鶴岡教授の「アメリカ行政法の理論」(法律タイムズ三卷二・三號(昭和四四年)一二頁)・同「行政機構における委員會制」(法律學大系七〇頁)はむしろ、原理的・構造的な再検討——「行政法の再構成」——としての問題を提出しているように思われる。この二つの問題提出の方法の批判は別として、それ自體今日の國家構造をめぐる、法及び法體系のより根本的な態度に出發していると考えられる。なお、原龍之助「學會展望」(行政法)(公法研究)二號一三三頁參照。

(2) 前註(1)及び後述第二章參照。なお杉村教授は「行政組織の基本原理」(國家學會、六三卷四號)一三四頁において、民主化と能率をめぐりそこでは「行政學的研究が價値をもつ」ことを力説されるが、このことが、例えば「地方自治法」について、一層妥當すべきことは過般の「行政事務

再配分」における實態調査の意義と成果に鑑みても言うまでもあるまい(「公法研究」四號参照)。

(3) これらを一般に行政委員會の問題として私はふれた。拙稿「ICCの成長と展開」北大法學會論集一卷一〇二頁。しかし、これらの諸考慮は恐らく行政法理論そのものについても原理的には妥當するであらう。

## 第一節 アメリカに於ける行政法概念の

### 展開

#### 一 行政法成立の前提

一 かつて、フロイन्दが行政法 Administrative Law を「その名がききなれぬ響をもち、またフランス的聯想 French as-sociation をもつており」、「大部分のアメリカ法曹が、われわれの法律學における尙か新しいものと見做している」と言つたのは一九二三年のことであつたが、少くとも「行政法」はコモン・

ロオ體制にあつては、長い間、なじまない、むしろ嫌惡すべき奇異な法體系として映じていたこと、いなむしろ、このような「行政法」に對するコモン・ロオ的意識が——ダイシーにおいてその

典型的代辯者を見いだした如く(2)——大陸的行政法への英米法の誇らかな優越意識に支えられていたことの認識は、アメリカ行政法の成立と展開やその理論的諸問題を考察するさい、最初の基本的前提たるべきものである。けだし、後に論及するように一九四六年の「合衆國行政手續法」Federal Administrative Procedure Actの制定により、アメリカ行政法は新たな確立期の段階を劃するにいたつたとされる現在においても、コモン・ロオ特有な法原理・法體系の本質的底流が、そこに依然として貫流していると思えるからである。しかし、ここでは問題はまず、齊しくコモン・ロオ體制の下にあつて、一方國會主權||國會優位と保守的なコモン・ロオ原則をば固持するイギリスと、他方、三權分立||司法權優位とプラグマティズムからの彈力的な法意識を發展させたアメリカとの、この三つの相異つた法體制において、行政法はいかなる條件の下に形成されているか、このことを、アメリカ行政法との比較において、即ち、その成立の前提的分析として、検討することである。

さて、コモン・ロオ體制の下で「行政法」が論議される場合、まず最初に言及されるべきものは、イギリスではダイシー、アメリカではグドナウであらう(3)。しかも、ダイシーが行政法への嚴

しい非同情的批判に出発し、その第八版でフランクフルターのいわゆる「男らしい讓歩」<sup>(4)</sup>をやるまで、ブラックストン、ユークに源流するイギリス・コモン・ロオ傳統の嚴格忠實な繼承者として終始したに對し、グドナウがむしろ、アメリカ行政法を最初に「發見した者」として、その創始者たる地位を擔い、かつ、その一八九三年の「比較行政法」Comparative Administrative Law がアメリカにおいて「指南書」'bible' となりえたとされているのは、まさにコモン・ロオ體制における二つの相對立する問題の展開方向を示唆するものとして注目されねばならぬ。しかも恐らくは、之ら英米兩國における行政法發展の過程とそのライト・キチーフは、爾來、ダイシーとグドナウによつて提出された理論と問題をその各々の出發點としていたし、その後の諸過程における種々な展開と變容にも拘らず、この事實は抜き難い底流をなしていた。即ち、一方におけるイギリス行政法に内在する牢固たる保守的ダイシー傳統、及びその克服としての進歩的な修正・批判の方向、他方におけるグドナウ行政法への法學方法的純化作業ないしは機能論的深化と二〇世紀高度産業主義へのプラグマテイカルな適應過程に表明されたアメリカ行政法の進歩性は、このような系譜において形成、展開され來たつたのである。

二 まず、イギリスにおける行政法への問題意識を、アメリカ行政法へのそれとの比較において、一瞥しよう。

ダイシーは、周知の如く、一八八五年の「憲法論」において斷乎として「行政法」をコモン・ロオ體制から排除しようとした。曰く「Droit Administratif は大抵の大陸諸國の法では何らかの

形で知られた術語だが、それに相當する適切な語は、英國の法律語彙の中には見當らない。」そして、この事實は、重要であり、

そもそもかかるもの自體をわれわれが認識しないことから來るとし、このことは、アメリカにも全く妥當するとした<sup>(5)</sup>。しかも、こ

うしたダイシーの行政法否認の態度は、彼が四分の一世紀以上にわたつて英國憲法思想を支配したことに鑑み、恐らく當時の英國法曹一般に行われていた確信を代辯してたと見られる。その後、

このダイシー傳統は一九二九年大法官ヒュワート卿の演説で雄辯に再現され、アレンも亦、このダイシー傳統の上にたつた<sup>(6)</sup>。

しかし、このダイシー傳統への修正を要請したのは、ほかならぬ二〇世紀英國の——國家及び自治團體に跨がる——行政機能の擴大化傾向であり、それは「これらの法發展の段階を纂奪し、古い秩序の演技者を苦痛に陥れることとなつた<sup>(7)</sup>」。われわれはこの新しい法秩序の開幕を、とくにロブソンの斷乎たる立言において、

さらに又ポートにおいてもみることが出来る。ロブソンが、一九世紀後半における行政機關による司法權の掌握過程に注目し、イギリスにおいても「一體の行政法又は執行府裁判」を前兆せしめるとし(8)、又ポートが、従来イギリスで行政法が無視された理由を反省し、體系化の困難と英國の保守主義などその大陸行政法との異質性をあげ、比較法的・歴史的な新しい研究方法の必要を説いたこと(9)、さらにデニングスがロブソンを一步進め、大陸的意味の行政法を論じたこと(10)、すべてこれらは二〇世紀におけるダイシー傳統の動搖とイギリス行政法の新しい問題の方向を暗示させるものといえよう。しかし、それにも拘らずイギリス・コモン・ロー體制における「行政法」への一般的評價がとかく冷淡と反感と無視にみちており、その發生と展開が多くの阻止的條件によつて制約されていたこと、ロブソンやデニングスの進歩派が、いまだダイシー傳統の正統性と保守性の完全な克服者として評價されるに至つていないことは、推察してよいだろう。このことは、アメリカにおける行政法成立の條件と比較する時、鮮やかな對照を示す。しかし、その理由づけはどこに見出されるべきであるか。之に對して、次の三點の要約的な指摘があげられよう。

その第一は、イギリスでは私的事件に對する公權力の介入を嫌

悪する社會的習俗が傳統的に強いことであり、それはいうまでもなく一六四〇年の星座裁判所 Star Chamber における行政的專斷主義の裁判の歴史的回顧に連なるのである(11)。

その第二は、コモン・ロー原理としての「法の支配」の法制史的傳統の支配であり、即ち、それがチェードル王朝における王權理論をめぐり、ヨークとデュームス一世の管轄爭議を経て、ダイシーにより權威的に方式化されたことである(12)。この傳統は元來大法官が衡平裁判管轄に對する攻撃の理論的根據であつたが、今日における行政權の強化に對しても、適用される論理である。

第三に、國會主權の理論——それは「法の支配」のイギリス的コララーである——があげられる。これは「國會における王」の作る國會制定法が、イギリス國法の最頂點にあり、「男を女にし、女を男にする以外のことはすべてのことをなしうる」という國會の無制約的な立法權を意味するが、それはダナフモア報告書に見る如く、行政部による委任立法への抑制理論として、従つてイギリスにおける行政法發展への阻止的條件の理論として、今日なお見逃しえないものである(13)。

三 このようなイギリスにおける行政法理論の運命に對して、次にアメリカにおける行政法はどうか。このやや立ち入つた論

究は後述にゆずるが、右のイギリスの場合に關聯して若干の論點を摘記しよう。

第一に、「アメリカでは行政權の成長が、それがイギリスで見られたのと同じ氣質的『反對 temperamental opposition』に遭遇することはなかつた」といわれる如く、一般的に行政法への問題意識の點で寛容だつたといえよう<sup>(14)</sup>。ポートも「行政法なる言葉はアメリカではイギリスほど躊躇しながら用いられることはなかつた」といい<sup>(15)</sup>、イギリスにおけるそれと比較し、行政法研究の有利な條件を指摘する。さらにフランクフルターは、アメリカは「ダイシーをもたなかつた。彼の近代行政機關の作用に關聯しての三權分立論をめぐる單純な概念は、もはや(今日の)産業主義が事實上消失させて了つた傳統的概念にふさわしいものだつた<sup>(16)</sup>」として、アメリカにおけるダイシー傳統の不存在を論斷した。事實、

このようにしてアメリカでは、イギリスにおけるよりも、その規制立法の制定についてより進歩的傾向がみられ、他方また、行政的統制の間でも官僚的色彩がより、少いと見られる。

第二に、「法の支配」のアメリカにおける展開についてである。

それは端的にいえば、法制的には「司法權の優位」に表現され、アメリカの法體制の最高法たる憲法の解釋機關としての最高裁判所

の違憲立法審査權の行使——「司法的審査制」——をめぐつて展開される。しかも、この司法的審査制は二〇世紀における行政權の擴大に對する抵抗を漸次彈力的に緩和し、適法手續條項の具體的解釋や司法的審査の狹隘化の傾向によつて行政委員會の法作用をめぐる新たな行政法體系に對して、協調的態度を示すにいたつた。換言すれば、ここでは、ダイシー傳統の意味でのイギリス的「法の支配」は存在しなかつたということである。

第三に之と關聯して、アメリカにおける三權分立論の問題がある。それは一般に當初の嚴格な解釋が次第にアメリカ行政法にとつて有利に變質されていつたといえよう。例えば、パウンドは「合衆國最高裁判所によつて權力分立論の適用は、アメリカでは嚴格性を緩和してきた」といい、かつ、むしろ、二〇世紀ではこの點の行き過ぎこそ問題であるとして行政官吏の「專斷性」を指摘する<sup>(17)</sup>。

ともあれ三權分立論の解釋論的緩和化は、行政委員會の發生により、*checks* なる法的擬制を通して、一層すすみ、便宜と必要が理論を正當化した<sup>(18)</sup>。この點は、イギリスにおける國會主權の理論がなお委任立法への抑制を通して、行政法の成長を阻止していたことと著しい對照を示すであろう。

四 このようにして、英米兩法體制における行政法の問題の所

在、その解決の方式は形式的制度の面での様々な相異點をもつ。が、それにも拘らず、各々の國家法の基本的原理は、本質的には多くの點でコモン・ロオという「共通の歴史的土壤の中に根ざしている」ことは、フランクフルターの言う如くである<sup>(19)</sup>。この事は、英米行政法の當面の課題たる、近代社會の諸要諦を遂行するに際しての、個人の權利の保障に對する司法府の役割についての、大陸行政法における「行政國家」的性格に對立する、英米行政法における「司法國家」的性格の問題として、まさに妥當するであろう。そして、こんにちも、英米何れにあつても、その様々な法技術的理論の背後に、究極の「社會的政策への展望」が横たわつてゐるのであるし、「かつての單純な社會から演繹された傳統的道具と傳統的概念とを、體系なきばらばらの状況にいかにして適應させるかの課題に對決してゐる<sup>(20)</sup>」という意味では、イギリス、アメリカの何れも程度の差こそあれ、同様な事情にあるといえよう。だがわれわれにとつて、問題は、そのような課題へのそれぞれれの對決の仕方——差當つてはアメリカにおける——即ち、そこでの法原理の適用と法技術論の構造そのものをめぐる法制度的表現にある。

(1) Freund, *Historical Survey* p. 9.

(2) Dicey, Chap. X. なお田中教授・行政法講義案(上)二二八頁。

(3) Carrow, p. 14—15; Vanderbilt, p. 117 et seq.

(4) Frankfurter, *Task of Administrative Law*, 75 *Univ. of Pa. Law Review* (1927) p. 614. マイナーは「一九一五年の Aridge 事件を機として」Development of Administrative Law in England (31 L. Q. Rev. p. 148 et seq.) を書き、之が原因となつて、八版(一九二二)の序文は修正されるにいたつた。

(5) Dicey, p. 180.

(6) Lord Hewart of Bury, *The New Despotism* (1929)

及び Allen, *Bureaucracy Triumphant* (1931)

(7) Vanderbilt, p. 119.

(8) Robson p. 31. ただし、彼はここにいわゆる行政法が Droit Administratif と同じではないと「しかも」この事は、あえて、それ自身の範圍内で、同様に重要な意味をもつ行政法又は執行府裁判の明確にして廣範な一體が、イギリスに存在しているという事實に盲目であつて、いいとすれば (ibid., p. 31) としたことは注目すべきである。

- (6) Port, p. 129. (7) Jennings, Law and Constitution (2nd. Ed.) によつての高柳教授の所説(『英國公法の理論』三四頁)。(8) Freund, Historical Survey p. 17. (9) Dickinson p. 32 et seq. (10) Report of Committee on Ministers Powers Section III 同委員會がロブソンの進歩的な行政法廷に關する提案を却下したのもこの意味で理解せらる。(11) Freund, Historical Survey p. 19. (12) Port, p. 293, 330. (13) Frankfurter, Forward to Court and Administrative Law by Jennings, 49 Harv. L. Rev. p. 426. (14) Pound, p. 34. (15) 拙稿「公法研究」第三號「三權分立論と行政委員會」(16) Frankfurter, op. cit. Forward to Jennings', p. 428. なお、Robson が最近の三版(1951)によつて、更に自説を推し進め、行政法研究におけるアメリカ諸學者の成果によつてイギリスにおける行政法の研究が大いに促進されつつあることを感謝を以て指摘している、ことは注意すべきである。

## 二 行政法成立の背景と抵抗

一 アメリカにおける行政法の成立過程は、本質的にはロモン・

ロオ體制における權力分立構造の問題、とくに、この立法・司法・行政の諸權力の構造の枠内での、行政權の擴大に對する他の二つの立法・權と司法・權の權限の限界ないしは鬭争の過程として把握される。問題を當面の行政法概念の形成と展開に即していえば、まずそれは法體制のどの様な發展過程を背景として、展開されたか、次にその様な法體制を生み出した社會的・經濟的地盤はどのようなものであつたかということである。

さて、一般に獨立以後のアメリカ法は三つの段階に性格づけられる。第一期は獨立戦争から内亂戦争に至る間で、マウンドのいわゆる創設期又は形成期 creative or formative Era であり、第二期は内亂戦争後一九世紀までの「綜合化の時期」であり、第三期は二〇世紀初頭に始まる新創造期又は再形成期 new creative era or period of re-shaping である。ところでわれわれにとつて重要なのは、右の法發展の形式的段階づけが權力分立構造自體の實質的變容に密接に關聯することであり、さらにこのことが、その具體的基盤をなすアメリカ資本主義産業社會の構造變化と不可分に關聯していることである。その意味で、次にアメリカにおける行政法概念の形成と展開を、右の地盤、背景に關わらしめつつ一應の考察をしよう。



これは法發展のこの段階の下での展望において始めて、アメリカにおける行政委員会の展開や新しい行政法の歴史的・理論的性格の位置づけやその理論を構成しうるだろう。

三 かくして即ち右のような法發展の(4)第三段階における「行政権の優位」を制度的に表現したのが、一八八七年のICCの發生を以て本格的な嚆矢とされる行政委員會 Administrative Commission であり、それはその地盤として一九世紀後半における飛躍的な資本主義發展をもつていた。重要なことは、かつて民主的法思想の傳統的理念の下に、「行政法」の不存在を誇りとしたロモン・ロオ体制は、「二〇世紀の「職能國家化」(Social Service State)とくに第一次大戦後の行政機能の擴大と強化という社會的要請に對應して、特殊な法分野に、専門的技術的行政處理のための、立法・司法・行政の諸機能を併せ行使する、新しい機構としての準司法的準立法的行政機關——しかも正規な統治部門の何れからも獨立した——の發生を許容せざるをえなくなつた、ということである。しかも、このような許容を通じていまやアメリカにおける新しい行政法の理論的・體系的の研究への路を開く機縁となり、かつこの方向への進展が、いよいよ抜き難く支持されることとなつた。ところで、國會がこうした行政過程に益々依據しだした原因は何であ

つたか。その理由は行政機關そのものの多量と多様により一元的に盡しえないが、例えば「行政手續に關する法務長官報告書」<sup>(6)</sup>は、第一に、執行活動に比較しての行政活動の場合の有利性、第二に、裁判所の權限そのものの性格からくる憲法上の制限、或いは便宜性と妥當性の缺如からする裁判所の不適格、第三に、ICCの規則制定の如き事前豫防的立法の傾向、第四に、専門的特殊分野で有効能率的な立法活動が國會によつてなされえないということ、第五に、排他的な司法的強制にあつては、決定の統一性、自由裁量性において制約があること、第六に鐵道規制に果したICCにおける如き専門分野での注意の繼續と明確な責任分配の有利性、第七に、多量の仕事を處理し、必要な記録を提供する組織の必要、の諸點をあげる。われわれは、ここで要するに、二〇世紀アメリカ産業社會の提起した複雑多岐な諸問題の解決には、もはや立法院も司法府も、又既存の執行府も妥當有効な手段を提供しえないこと、それは當然に新しい事態に對應する理解力と秀れた専門的知識と技術的熟練が要求されること、それこそ行政委員會に託された任務であつたこと、を指摘すればよい。

さて、この期におけるこうした新しい法制度の地盤をなしたのは、いふまでもなく内亂戰爭以後の異常に老대화したアメリカ資本

主義の姿であつた。國立銀行法（一八六五）の制定にみる如きアメリカ産業資本の制覇の確立、さらにシャーマン・アンチ・トラスト法の制定は「西漸運動」の終止後のアメリカ産業資本のトラストへの進展ないし獨占化段階の開幕とされ、そこでは國內市場の擴大の停滞化、競争の激化と生産の集中過程の前進が看取され、聯邦政府が州的規制をこえて商取引と經濟團體の民主化への規制を強力に行わざるをえなかつたのである<sup>(6)</sup>。爾後のICCの制定及び諸種の改正過程<sup>(7)</sup>、FTCの設立、クレイトン法の制定等、何れもこの期におけるアメリカ産業社會そのものの構造的變革を反映するものであつた。パウンドは<sup>(8)</sup>、こうした事態の發展について次の如く言う、「一九世紀の最後の二〇年において、一つの反動がわれわれのコモン・ロオの傳統的制度における行政の極端な制限から始まつた。こうした反動は、明確に區劃づけることは困難だが、公共事業や社會立法の要請によつて加速度化され、最近では、政府行爲を通して社會的經濟的構造を規制するという考えが生じ、その結果、二〇世紀においては、凡ゆる類の行政機關の急速な發展、權限併合の之ら機關への委託の傾向の増大が見られ、そこに「行政的絕對主義」administrative absolutismの發生が見られる、と警告する。

四 しかし、——右のパウンドの言によつて推知される如く——

このような行政委員會の成長は當然のことながら、多くの抵抗と批判に遭遇した。とくに、ニュー・デイルの開始がその廣範な行政權の諸活動を展開し、いわゆるABC D行政機關の稱呼をうけたこのニュー・デイル行政機關の大量的創設は、法支配の傳統擁護に任ずる最高裁判所の違憲判決——テラ違憲判決を結果した。ただに裁判所からだけではない。國會からは行政權の委任立法の限度をめぐり、大統領からは委員會の獨立性をめぐつて、多くの制約と批判が加えられた。そこでの主たる論點は、大まかにみて第一に制度的な憲法上の地位をめぐる合憲性の問題の提起と、第二に作用的な行政立法と行政裁決の問題を司法的審査制の下で提起することであつたと要約しうる<sup>(9)</sup>。そして、その問題提起の理論的道具として使用されたのは、依然として「法の支配」の中からする三權分立論、適法手續の理論、司法的審査の限界等の諸範疇であつたといえる。いま、之らの代表的な論議を見よう。

まず、スウィッチャーは<sup>(10)</sup>行政委員會に對する全般的考察をなし、「國會でもなく、裁判所でもないのに、多くの規則をつくり、決定をなすこの規制機關は多くの點で不信をうけている」とし、その權力の結合は、權力分立の原則を脅して専制主義を招來し、

料 かかる機關の使用は、公平な裁判所への出訴を否認する、という

が、そこには司法部の公正と慎重への強い信頼の傳統が前提とされておき、また「事實認定、訴追・判決の諸機能を併有する」行政機關には、権限の縮少とその手續過程に對する司法的審査の要求が生れるとなし、彼はかくて行政機關への信頼を、その権限と手續のチュツクのなかに求めんとしたのである。

だが、一九三三年五月に創設されたアメリカ法曹協會の「行政法に關する特別委員會(11)は、折しもNIRAとAAAにより、法曹の間に惹起された警告としての意味もあつて、きびしい批判を與えた。即ちカードウェル Cardwell 委員會は、その第一報告書において「この混亂のさ中にある行政機關をめぐる主要問題は、新しいわけではなく何年か前にその種子が蒔かれていた。しかしいまやそれは鋭利なものとなつてきた」と警告した。それは司法的機能の分離とその獨立性の保障、行政官吏による決定の一切の——事實についても——司法的審査の對象化を主張し、ボナム事件におけるコーク判事の引用格言「何人も彼自身の事件について判事たりえない」からして、司法權の執行權・立法權の混淆の弊をのべ「委員會により聯邦政府の司法部門が急速かつ由々しく脅かされている。そして、もしこの傾向が放置されるならば、かのメ

ロヴィンガ王朝の運命の途に直面する危険がある」と結んでいる。

その後の數次にわたり、同委員會は報告書を提出したが、パウンドを長とする一九三八年の報告書は、司法部の技術専門的な制約、訓練ある行政官吏の重要性、行政手續それ自身の改善による私權保護の確保の可能性を強調したが、このうち行政手續の改善は、のち Water-Logan Bill を經て一九四七年の合衆國行政手續法の中に結實したのであつて、具體的には、公知及び公聽手續をめぐる適法手續の保障、権限の併合に關聯しての權力分立論の尊重、委任立法權の限界、聯邦公示法 Federal Register Act に結晶した公示主義、司法的審査の廣範圍の要求などであつた。この委員會は、行政委員會の綿密な検討とともに、アメリカ行政法の體系化への努力に對しても重要な寄與をなしたものとして注目される。

さらに、一九三七年三月ルーズベルト大統領により任命された「行政管理に關する大統領の委員會(12)は、公法・政治學の諸學者により構成され、本來は人事や豫算に關する委員會だつたが、ここでは、とくに委員會の「獨立性」の性格に對する批判を加え、「……それは政府の長を缺く政府の第四部門であり、無責任な機關と連絡ない權力とのため、な集積である。それは政府では二つの大きな部門があるべきであり、かつ、三つに限るとする

アメリカ憲法の基礎理論を侵害する。かくてそれは責任を負わない領域だから責任のない規制委員会とよばれるのが一層正しいであろう」と痛論し、「諸原則の混合から結果する弊害は、油断のならぬ遠大なものであり、重大な統治権は事実上の無責任状態の下で行使されつつある」と言い放つている。そこにはニュー・デール諸機關のうちの「獨立」的行政委員會の發展が一應終止し、いまや大統領の完全な統制の下で、行政組織の擴大整備を圖らんとする意圖が推知される。

しかし、行政委員會の、とくにその手續過程への詳細な検討により、コモン・ロオの正統的立場からその批判を理論的に展開したものとすると、パウンドを措くわけにはゆかない。彼は一九世紀の行政機關がコモン・ロオと司法的審査の二點に對し苦情を有し、具體的にはその手續と證據法則の強制をめぐつて論點が展開されたことをのべ<sup>(13)</sup>、行政的裁決に關しての諸々の制約の必要性を、アメリカの聯邦・州の行政的實踐の中から指摘する。彼のそこで非難する要點は(1)、第一に證據法上の原則たる、いわゆる *audi alteram partem* (他方の側にもきけ)の無視の傾向、第二は聽問手續に關するもので隱密裡になされた報告書や結論を基礎としての決定・當事者に對する反駁・説明の機會の拒絕、第三、不合理な證

據力に根據をおく不當判決の決定、第四、行政機關の行爲を律する法令やコモン・ロオを超え、又はそれと矛盾する如き政策を形成し、それに効力を與えるという傾向——之は司法的審査自體の範圍からは解決されぬ——があり、それは一定の社會的目的に方向づけられた熱情から生じる。さて、ここで指摘された諸缺陷は、適切な諸制約を制度的に附加することによつて、ある程度までは正されうるのである<sup>(14)</sup>。ただ問題は「アメリカ行政法にとつて困難な問題の一つは、調査、検査、裁決の諸機能が一機關に結合されている」という、より本質的な點にこそある、とする。この意味でパウンドの批判は、コモン・ロオの傳統的立場に立つところの、行政權の擴大に對する私權の擁護の主張と見られよう。さらにまた最近における獨立行政委員會への他の批判として、一九四七年のフーパー「行政機構改革案」の示唆する、經費節減と行政能率の觀點からする缺陷を指摘した問題も記憶さるべきである<sup>(15)</sup>。さて、右のような行政委員會制度への批判は、行政法自體の問題としては、次の如く要約しうる。即ち、之ら諸批判を內在的に攝取しながら、しかもその克服の方向を、一方においては、アメリカ・コモン・ロオの傳統的立場からする私權の保障體制に、他方においては、近代行政の要求する能率性、便宜性との、二元的

資料 要請の調整に指向することこそ、アメリカ行政法の現段階における基本的課題が横わっているということである。

- (1) Pound, A Hundred of American Law (LAW Vol. I) p. 17 et seq. 高柳教授「英法講義第一卷二五九頁以下。田中和夫「英米法の基礎」二二〇頁。なお、以下の叙述について Swisher, the Growth of Constitutional Powers in the United States (1946) Chap. III, 15. Pound, p. 42 et seq.
- (2) Jackson, The Struggle for Judicial Supremacy (1941)
  - 1) 中第二章「司法権の優位の發展」の時期は、一八六五—一九三二年と劃している。
- (3) Pound, the Formative Era of American Law (1923) p. 17 et seq.
- (4) ただし、委員会の「行政手續に関する法務長官の委員會」の報告書は、五期に分けている。
- (5) Rep. of Att'y Gen. Comm. p. 7—21. Gelhorn による(p. 8 et seq.)
- (6) この點の分析をわが「事業者團體法」の比較法的考察において詳細を極めたものに、今村教授「條解事業者團體

法」がある。

- (7) 拙稿「ICCの成長と發展」(北大法學會論集第一卷第一章。
- (8) Pound, p. 27 et seq.
- (9) 前掲拙稿四九頁註8参照。
- (10) Swisher, p. 139.
- (11) Special Committee on Adm. L. of American Bar Association, Rep. (1934) 544 et seq. Jaffe, Inveictive and Investigation of Adm. L. 52 Harv. L. Rev. p. 1221 et seq. による。
- (12) President's Committee on Adm. Management. (1937). Jaffe, op. cit. による。
- (13) Pound, pp. 28—29.
- (14) Pound p. 68 et seq. Pound, pp. 83—84. ところで、彼は、その具體的對策を列擧している。
- (15) 社教授「フーヴァー委員會の行政機構改革案」法律時報六號(二五年)。

### 三 行政法概念の展開

一 さて、前述した如き諸過程とさまざまに抵抗を経て、とも

かくもアメリカにおける行政權の優位は今や否定し難き存在となり、就中、二〇世紀の二〇・三〇年代における行政委員會の目覺しき發展とともに、これら委員會の地位・權限・作用・手續等をめぐり、これを體系的に規律し理論づける法體系への要請が生じてきた。それはまさにアメリカにおける行政法の概念を内容的に形成し、その法的性格を規定することにはかならぬ。そして今日、行政法は「まさしく法律學の最も迅速な發達の部分となりつつあり、實際上も傳統的な裁判所の仕事を、相對的にいえば、顔色なからしめんと脅かしつつある<sup>(1)</sup>」とされているのである。ところで、こうした、概念の形成、性格の規定をめぐり、一應の學說的検討は、アメリカ行政法の今日における理論構造の正當な評價の爲に必要であらう。

二 まずアメリカ行政法——それが今日概念されている如き行政法でないにせよ——の創始者、少くとも開拓者として、グドナウをあげることには何人も異存はないであらう<sup>(2)</sup>。コモン・ロー世界には未知であつた行政法の名稱は、彼の「比較行政法」Comparative Administrative Law(一八九三)によつて初めてアメリカ法體系のなかに登場してきた。この過程における行政法の性格を、われわれはアメリカ行政法發展の第一期となしえよう。

これをグドナウの特色づける所に従えば、法律學の體系のなかに確立される以前の、むしろ統治 government 或は政治 political science の科學として規定されるのがふさわしいところの行政學との未分化の段階にあるものであり、フロインドの指摘する如く、そこでの重點は政治學的見地からする組織論にあつたといえよう<sup>(3)</sup>。彼は行政法の研究に際して、獨・佛の大陸法との比較的方法に注目し、まず之らの國に適用された行政組織の方式を分析し(「比較行政法」第一卷(行政組織)ⓧ)、かつ、かかる行政組織の維持とその作用をめぐり、憲法・法律が個人に保障した權利の侵犯を防止するための救済方法を敘述する(同第二卷(法律關係)ⓧ)。ついで「合衆國行政法原理」The Principles of Administrative Law of the United States (1905)では、行政法は組織を設定し、法を執行する行政廳の權限を決定し、かつ、その權利侵害に對して個人的救済を指示する公法の部分である。と規定し、裁判所の判例を中心とする行政廳の行爲を規制する法の綜合的把握がなされていた。かくて、グドナウをもつて、アメリカ行政法の「發見者」であり「創始者」だとすることは正しいとしても、しかし、彼にあつては後に論及する如く、その後の發展にかかる「行政廳によつて制定された法」は全く考慮の外におか

料れ、その意味で、行政權の擴大とその特殊な法過程を前提とする眞

のアメリカ的な行政法の體系はみられなかつたのであり、「政治學的な」或は「行政學的な」行政法の發展段階に止まつたのである。

三 しかし、アメリカにあつては前述したようにイギリスの場合と比較して、行政法發展の途は拓けていた。ヴァンデビルトは「行政法の諸原理の提出・調査・分析並びにその現實的實踐における發展の功績は、之を實にアメリカの學者に歸せらるべきである(4)としたが、グドナウの創始し發見したアメリカ行政法はシカゴのフロインド、ハーヴァードのフランクフルターにより法學の一部門として多面的に發展せしめられるに至つた。即ち、行政法の關心の増大は、その研究對象として、「聯邦・州・市町村・植民地・國際行政から、外務・移民・司法・軍務・警察・港灣・郵便・保健・禁酒・國有地・公共圖書館・公共事業・學校行政・社會福祉・商業及び公益統制・勞働者賠償・行政組織・財務行政・人事行政・法律問題に至るまでの一切の研究が存する(5)といわれるに至つたのである。

フロインドは、グドナウが主として、制度的・靜態的視點から行政法への接近をなしたのに對し、本質的には、「私權に及ぼす行政的行爲の効果」に注目した。彼は言う(6)、「行政法なる名稱

は、しばしば官吏、選舉、自治體行政、學校、公收入、公道等の「公共行政」Public Administrationの諸問題を規制する法の一切の領域に適用される」し「そうした立法が公共政策と行政能率を含む限り、それは政治學と行政學の研究に關聯する」としてグドナウの問題提出に論及するが、しかし、當面の行政の主要關心は「私權の保護」であり、その主要問題は「行政權の行使の性質と態様と行政行爲に對する救濟制度」であり、さらに具體的には「公權力の性質及び運用(許可・認可)・權限行使の形式的・手續的諸條件、官吏及び公共團體の責任、行政行爲の司法的統制に對する特別救濟、權限管轄上の諸制限・行政的決定に關する」とする。

さらに、しかし、この問題は二〇世紀アメリカ行政の巨大の問題となつたいわゆる準立法的・準司法的行政機關の急速かつ大量の發展と關聯して、その第二期的過程におけるアメリカ行政法の方向を決定的に特色づけるにいたつた。一九二三年セント・ルイス辯護士協會主催でとりあげた「アメリカ行政法の成長」Growth of American Administrative Lawをめぐる六つの講演は、冒頭で、「行政法は準立法的及び準司法的資格において活動するさいの政府の執行部省に關する近代法の部門を指示するに便利な名稱である」と規定し、その講演の一つで、ニューヨーク控訴院判事W.

パウンドは「最狭義において、かつ今日通常用いられる意味においては、行政法はその下において準立法的及び準司法的資格において活動する政府の執行部省が共同社會の福祉増進のために個人の行爲に干渉する近代法の部門を意味する」と定義した<sup>(7)</sup>。即ち、この過程においては行政法は準司法的及び準立法的権限において行動する行政委員會の諸活動をめぐつて形成されたところの、アメリカ法體制に特有な——第一期の「行政法」と區別さるべき——法範疇を形成するに至つたのであり、まさに行政法發展の第二期を劃する。その若干の代表的所説を見よう。

フランクフルターは「行政法の任務」において「行政法は裁判所以外の法執行機關によつて行使された法的統制の領域と裁判所によつてかかる機關の上に行使された統制の領域とを扱う<sup>(9)</sup>」——(前者は行政的規制の問題であり、後者は司法的審査の問題であることは明らかである)——と規定したが、こうした新しい行政法概念の把握は、「一九世紀の技術力が國家統治の領域に反作用し、その古い手段を修正し、若干の新しい手段を形成した」が、他方近代社會の必要に對する統治の不可避的な反應が立法府によつては作られぬ制定法の一體と裁判所によつてはなされぬ裁決の一體<sup>(1)</sup>を作りつつあるとの彼の時代的需要への明敏な感覺の上になつてら

れていた。彼はしかし、綜合的・體系的な論述よりも特殊な行政機關や特殊な主題と取組み、その「行政法判例集<sup>(10)</sup>」では行政法の課題をば、「ICC、FTC等の新しい委員會型行政機關をめぐる體系的研究にある」とするが、この點においてフロインドとは異り、行政機關への規制は二次的なものとなり、行政機關の作用或はそれを通して、制定される規則等をめぐる問題こそ、彼にあつてはその主要な問題對象を構成する。それは行政法の法的側面、即ち憲法への關聯の強調でもあり、ヴァンダベルトはこの事を、ニューデイル立法法の法的解釋に任ずる最近の最高裁判所の判決に對應するとした<sup>(11)</sup>。

現代アメリカ行政法の發展過程における「古典的な」デイッキンの「行政的裁判と法の優位」(一九二七)のもつ意味も、このフランクフルターの彙譜にある高い論作といえよう。彼はそこで<sup>(12)</sup>行政法の基本問題を、行政權と司法權との關聯構造において見、行政的裁決に對する司法的審査の理論を中心に實證的・包括的な問題分析を意圖したが、それは本質的には今日のアメリカ法體制における最も論争的な行政權に對する司法權の限界の意義という新しい問題提起を示唆したものとして高く評價されねばならぬ。さらにこうした新しいアメリカ行政法概念の展開は、ランディス

によつて、とげられた。彼は新しい「行政」や「行政法」の發生基礎を、フランクフルターと同じく一九世紀におけるアメリカ資本主義社會の構造の變化に注目し、産業主義と民主主義との二つの文明的潮流に根ざすとし、「行政過程」は政府の傳統的三部門形態がもはや近代的諸問題の處理に不適合であることから生れたのであり<sup>(13)</sup>、規則制定、執行、對立する當事者の主張の裁決の諸機能が新しい行政機關に附與され、初期の數々の抵抗にも拘らず、裁判所の承認の下で、今やニューディール以後の異常な發展、政府の頻繁な行政過程への依據、個人、經濟團體、州に對する新しい法律關係の創設等のため、之ら行政機關が擴大強化されたとする。

さらに又、アメリカ法學の傳統を法社會學的方法と感覺において擁護したロスコウ・パウンドは、契約自由と所有權絕對の原則にたつ近代法がアメリカ産業社會の新しい諸要請に不適合となつた事實を承認したが、「行政に對して反對するものでなく、いんや眞の法たる行政法ないし行政委員會によつて制定される一切の法の名稱に反對するものでもない<sup>(14)</sup>」とする。彼は今日の都市産業社會における多量の行政の必要性を認識する。それは司法的過程への補充として、即ち事後的に考察する司法的過程のなしうるよ

りも迅速な處理のため必要であり、またある事態に對する調節の必要に對し、特殊な熟練と技術的習得の結合が要求される經濟社會における指導的過程として必要である。しかし、パウンドにあつては、問題は之ら行政過程への司法的コントロールからする抑制手段の必要の指摘にあつた。行政は人間の諸關係を秩序づける凡てではない。われわれは能率の代價には充分に高價な價格を拂つて、よいかも知れぬ。しかし、われわれは是非とも自由の代價には若干の價格を拂わねばならぬ。そして能率と個人の權利との間のバランスこそ、その價格なのである<sup>(15)</sup>。そこに行政の本質への認識とその限界に對する司法的コントロールの制約の問題があり、この理論的立場は次の彼の警告的な言辭に明白に表われている。

「その中に第四部門があるところの若干の人々によつて提案された政體、即ち立法權・執行權・司法權のすべてがそこに集中される行政部 Administrative は古代フランスの一七・八世紀型への、そして革命を生ぜしめた植民地アメリカ政府型への復元である<sup>(16)</sup>」。

四 さて、この行政法發展の第二期こそは、アメリカ行政法體系の成長期なのであり、この期においてまさにアメリカ的基礎の上に成立したアメリカの思惟によるユニークな行政法概念とその展開が活發に見られ、大きく法學の前景に登場したといえよう。

そしてそのような發展の中から、「合衆國行政手續法」の制定過程に對應しての、新しい第三期の段階への發展方向が展開されるに至るのである。即ち、ニューディール行政委員會の濫立によつて、その頂點に達した廣範な委任立法權の附與は、司法部の強い反撃を及び、また、ヴァンダビルトにより「行政廳自體が公布した諸規則を熟知することこそ實際上の問題であつた」と批難されたのであつたが(17)——とくに National Recovery Administration Codes (國家回復行政規定)の時期は極端であつた——、このような背景の下に成立した Federal Register Act 制定の意義は、アメリカ行政法の新たな發展方向を示唆したものととして注目される。ただし、それは「アメリカ法曹協會行政法特別委員會」の作業の成果であり(18)、同法によつて中央官廳が大眾への接近路を凡ゆる行政的立法に對して與えることが規定されたのみならず、週に一度の聯邦登録法の刊行が定められたのである。之によつて、數多の行政委員會の機構・裁決手續及び制定された規則は、體系的に一般人民に容易に認識しうることとなり、それが人民の法的安定の確立に大いに寄與することとなつた。しかし、問題は、ならに行政訴訟手續における無體系と無統一に歸因する行政の實施上の缺陷にあつた。後述する如く、十年間の各方面からの立法活動に

よつて結實した「合衆國行政手續法」の制定こそは、キャロオの言によれば「あらゆる種類の行政機關に共通した手續の標準を確立せんとする種々な企圖において一つの頂點を現わす(19)」ものであり、同時に、行政法における統一的な行政訴訟制度の立法的確立という觀點からしての、アメリカ行政法の新たな第三期の發展期の開始を告知したものと見えよう。後述するキャロオの立場は、この意味でこの第三期におけるアメリカ行政法の問題の所在を明示したものと見られるし、又ハートの第二版(一九五〇)の理論體系の修正も、この方向への展開を示唆するものであろう。

- (1) Vanderbilt p. 117.
- (2) Carrow p. 14; Vanderbilt p. 117.
- (3) Freund, Administrative Law in Ency. of S. S. p. 453; Vanderbilt p. 120—1.
- (4) Vanderbilt, p. 120.
- (5) Faite, Public Administration and Administrative Law in Essays on the Law & Practice of Governmental Administration (Haines and Dimock ed. 1935)
- (6) Freund, Cases on Administrative Law Preface p. 3; Ency. p. 453.

料 (c) Freund, Administrative Powers over Persons and

Property (1928),

資 (8) W. Pound, The Constitutional Aspects of Admini-

strative Law in Growth of Amer. Adm. L. p. 110.

(9) Frankfurter, The Task of Adm. L. p. 614—5.

(10) Frankfurter & Davison, Cases & other Materials

on Administrative Law (1930) p. 1161 et seq.

(11) Vanderbilt, p. 121.

(12) Dickinson, Preface. White, Introduction to the

Study of Public Administration (1947) p. 547 note 1.

(13) Landis, p. 9. (17) Pound p. 6 et seq.; 26 et seq

(16) Pound, p. 55. (91) Pound, p. 54.

(17) Vanderbilt, p. 132.

(18) Rep. of Special Court on Adm. L. of A. B. A.

p. 540; Vanderbilt, p. 132. 2449

(19) Carrow, p. 3.

## 一 方法論的接近

一 アメリカ行政法を、統一的な理論的體系の下に理解することは、<sup>(1)</sup> 少くとも現在のところ容易でない。(このことは、ドイツフランスにおける行政法學の理論的體系化、その方法論的特色や水準が現在すでに一應の確立を見ていることにかんがみ、各段の相違を形成す<sup>(2)</sup>)。そして、この理由の重要なものとして、それが固定した抽象的な概念的論議から出發しないで、むしろ無數の分散せる具體的な判例の集積の上になつて、試行錯誤的(trial and error)に、その理論を構成しあげ、これを變轉する諸事態に適應させる、アメリカ法學の判例法主義とプラグマティズムにあることは、また根本的には私權の保障をめぐるその國家權力の構造に關聯し、行政權に對する人民の問題意識の提起がドイツ・フランスに比し極めて遅かつたことも與つて力あつたことは、言うまでもない。むしろすでにルートが一九一六年に行政委員會と行政法の發展に論及し、「明らかに不可避となつた法發展の一つの特殊な分野がある……」と注目し「……かくして行政法の體系は展開されねばならないが、それはわが國ではまだ未熟で、不完全である<sup>(2)</sup>」とした當時に比すれば、ニューディール諸機關の設置とそ

## 第二節 アメリカ行政法の理論的問題

の後における飛躍的な行政機能の擴大と強化の三〇年を關した現在では、行政法自體の實質的内容の充實確立が數歩の前進を示したことは認めよう。しかしながら「行政法は今日靜的狀態というよりもむしろ動的狀態にある」とするハートの言は依然として正しい。けだし、——ハートの言う如く——「新しき事態が目下進行中の行政學の目ざましい擴大のなかに現われるにつれて、行政法も急速な發展の時期を経験しつつある」のだし、別言すれば「行政法はいまや挑戰的問題 *challenging problem* となつてゐる<sup>(3)</sup>」のである。フランクフルターもまたこの點を明確に指摘した<sup>(4)</sup>。曰く「われわれは形成の過程にある法を對象としてゐる。……行政法はわれわれがいまそれを模索しつつあるところの對象なのである。それは必然的になお、まだ未熟な實驗的段階にある。それは新しい社會的工夫や古い實驗の新鮮な適應を要求する新しい諸問題と對決してゐる」とし、そして、「こんにちの行政法の如き廣大にして統禦し難き分野においては、早急な概括化やたんなる形式的な體系化に對して慎重であるべきである」と主張するが、彼は同時に次の如く主張することをも忘れない、「それにもかかわらず、體系化への努力はそれ自體創造的な力とならう」と。

二 ところでこのフランクフルターの言及した、アメリカ行政

法における「體系化への努力」は、四〇年代においていろいろなかたちで、著しく前進したと見られる。例えば、マクファーランド＝ヴァンダビルト *McFarland and T. Vanderbilt, Cases on Administrative Law (1947)*、ハンズ・パウンド、*Administrative Law, Its Growth, Procedure and Significance (1942)*、ヴァー・バウ、*Federal Administrative Law, 2 vols. (1942)*、ゲルホーン・ゲルホーン、*Federal Administrative Law, Cases and Comments, 2 ed. (1947)*、キャロオ・カロー、*Background of Administrative Law (1948)*、ペイクニンソン・シャー・ピケとフィッシャー、*Administrative Law, Law & Procedure (1951)*等のそれぞれ特色ある教科書・判例集等の體系的論述の出現は明らかに、これらの證左となしえよう。なるほど行政法がキャロオのいうように「Full-fledged *Bailiwick* (成熟した執行官)として、アメリカ法の構造のなかに出現したことは、その存在を盲目的に否認していた重苦しい憲法上の諸概念の下から知的支柱が叩きだされて以来やつとのことであつた」し、少くともながい間、多くの人々は當然の如く、アメリカにおける統治組織上の三權分立制の確立や、そこでは公人による行政ではなく、法による行政 *Government of Laws and not of Men* が存していること<sup>(5)(6)</sup>、司法的裁判と對立する行政

料 的裁判の容るる餘地のないことを教義として繰返してきた。とす

るキャロオの言葉は——今日なお根強く存続するコモン・ロオの

傳統を考へても——正しいとせねばならぬ。しかし、このような

教義の上にたつた「概念主義的理論」こそは「現實における統治

の内部に作用する諸權力の認識と分析を妨げていた」のであり、

「もはや今日では、行政法の存在、自體を探究し發見しようとする

努力は餘り見られず、むしろ、民主的政府の枠内で、かつ、公平

と不偏不黨の原則に矛盾しない諸手續によつて、その所要の目的

を成就しうる如く、いかにしてその權限を利用するかという實際

的諸問題にこそ、より大きな比重がかけられている」ということ

を認識することが大切なのである。ところで、こうした行政法へ

の新しい接近こそは、機能主義的接近 functional approach——

「手續それ自體を扱ひ、之をなすに最適な機關に對して必要と思

われる仕事を指定しようとする」——であり、かつての概念主義

的もしくは司法的接近 conceptual and judicial approach とは、

明確に區別されるべきものである。さきにふれた一九四六年一

月の「合衆國行政手續法」の制定は、まさに、この方向に沿う最近

の一つの立法的成果と見られるし、同時にそこにアメリカ行政法

に對する現代的評價の「規準を見るべきであらう。われわれはま

ずアメリカ行政法に對するこのような方法的特色を前提とし

て、次に、その概念及びその提起する基礎的諸問題を次の四

點においてとりあげよう。即ちまず「内部行政法」と「外部行政

法」ないしは「行政法と行政學」の概念的關係において行政法概

念の構造の分析をなし、次に行政法における最も論争的な問題

範疇を形成する行政の機能的過程と之に「法の優位」の原理の下

で對決する司法的審査の確立と方向をとりあげ、最後に今日にお

けるアメリカ行政法の若干の所説をその體系化への試みとして一

瞥しようと思うのである。<sup>8)</sup>

(1) 鶴飼・前掲論文(アメリカ行政法の理論)一四頁。

(2) Elinu Root, Public Service by the Bar. Rep. of Amer. B. A. Vol. 44, p. 355 et seq. (1916)

(3) Hart, op. cit. (2ed) p. 22.

(4) Frankfurter & Davison, Cases & Materials on Administrative Law 2ed (1935) p. vi

(5) Carrow, op. cit. pp. 14—15, 46, 138.

(6) 例へば、ベアは「行政法の性質と範圍」を論ずるに當り、「法の支配」と「權力分立」を以てアメリカ行政法の背骨 backbone となして、(Baur, op. cit. p. 5.)

(7) キャロロは「概念主義的接近」とは「立法・司法・準司法ないし法の支配がいかなる概念かを行政的機能に適用する仕方」であり、また「司法的接近」については、「裁判所が私権の侵害を抵抗するために訓練されてき、かつまた行政的自由裁量の行使を嫉妬するために、行政法には敵對的態度を示すのである」と説明している (Carrow, note 3 in p. 15.)

(8) ここでは、わずかに四點について問題を提出し、その論點と思われるものをとりあげたにすぎず、体系的ないし網羅的な検討は意圖されない。

## 二 行政法概念の構造

一 前節においてわれわれは、第一及び第二過程におけるアメリカ行政法の概念の展開を跡づけ、それが合衆國行政手続法の制定により第三過程に入りつつあることを見てきた。次ぎには、その今日における概念の展開をハート、パウア、キャロロの諸論說に即して検討し、行政法體系の二つの基礎的構成領域をなすいわゆる「内部行政法」と「外部行政法」ないしは、行政法に對する行政學に關聯して論及しよう。

まずハートによれば、行政法は、大まかにみて、政府の行政官

應によつて制定される (made by) 法及び行政官廳を統制する (control) 法をその内容とする。ここに「法」law は一般的な又は特殊な適用性をもつところの一切の規則、命令、決定 regulation, orders, decisions を意味するし、また「行政官廳 administrative authorities」は制定法の具體的數術、その適用及び執行とコモン・ロオ及び憲法上の執行權の行使の責任にある一切の官吏と機關を意味する。この第二の部分、即ち「行政官廳を統制する法」は憲法を構成する諸官廳・立法府・裁判所によつて作られ、又、その行政的從屬官廳に指令を與える上級行政廳によつて作られるものである。いわゆる制定行政法 statutory administrative law は行政廳を設置する一切の制定法條を包含し、その權限を定義し、かつその諸手續を規定する。さらに、この制定行政法を解釋し、コモン・ロオ、衡平法及び成文憲法のそれぞれ適當な諸原理を行政廳に適用するすべての裁判所の判決も含まれる。しかし、この第一の部分、即ち「行政廳によつて制定される法」は一般的規則や特定の決定の種々な類型を含むのであり、それは制定行政法の中に具體化されている權限の委任の下にあつては、不斷に擴大する法の一團を形成する。手近な例では、彈力的な租稅法規の下で發せられた大統領の命令・行政法廷の慣行の規則、F T C の差止命

料 令、SECの停止命令などがあげられる。

ところで従来ロモン・ロオ體系の下では行政法が認められていず、従つて右の第二の「行政廳を統制する法」の獨自な存在は見られず、既成の一法部門の原理の、偶然的な特殊な場合におけるたんなる一適用として扱われてきたにすぎなかつた。いわんや第一の「行政廳によつて制定される法」については、“quasi”によつて緩和された最近の行政委員會の作用の發達を俟ち始めてその存在が認められた。ともかく、しかしその萌芽の形においてであり、第二の意味での「一種」の行政法は存在していたし、グドナウのたてた問題の體系的取扱は、たしかにアメリカの法體系分類上、一つの地位を占めるものであつたといえる。

このハートの提示した行政法の二つの種類の法對象は、さらにその内容を明確に検討される必要があるが、ほぼキャロオによる問題の展開に對應するが如くである。即ちキャロオは、行政廳の權限と過程を支配する、(govern)法と、規則や命令のなかに現われる行政廳自體によつて制定される法とは異つた法として區別すべきことを主張するのである。キャロオは「われわれがある權限を機關に附與することの妥當性、或はその規則制定的・裁決的・調査的手續の公正さの問題を處理するとき、われわれはまさに行

政法の領域にある」とするが、しかし例えば「NLRBの如き行政機關がある使用主の慣行は不正な勞働慣行であると認め、ある命令を發する場合、その命令によつて作られる法は、まさに勞働法の分野に屬する」とするのである。かくて、行政機關はそれを通して法律が制定される媒介體 Medium であり、之ら行政機關が作る法は「行政廳の權限と手續を支配する法」とは區別されるべきであるとする。しかしこのようなキャロオの理論構成からすれば、ハートにおける行政法の第一の問題對象は、必ずしも本來包括的に行政法の領域に包含されるべきかは疑問であらう。そしてこの事は現在行政法の、とくに行政作用法の體系的構造の分化——例へば勞働法・農業法・租税法等々——の問題に連なる、より基本的な方法論的問題であり、その意味でキャロオの批判は、ひろく深い示唆を與えるものである。しかも彼はさらに、正當にも、この第一・第二の問題對象の峻別の困難性を指摘し、「それは重疊しつゝある」といい、この事は「行政機關が實體法 substantial law と區別された手續法 procedural law を制定する場合に生ずるとする。即ち、規則であれ、命令であれ、行政機關によつてなされた正式の手續的決定は、立法府や裁判所の判決によつて改められるまでは、特定の關係機關の行政過程を支配するか

らであり、かつ、このようにして確立された手續きは制定法や裁判所による法制定の結果として方式化されたものとまさに同様に行政法の關心事となる」からである。しかしハートの前述における行政法の法対象の規定に對し<sup>(3)</sup>、キャロオが「手續法」的な「行政機關によつて制定される法をば、無條件に行政法の對象たらしめず、他の法體系への獨立と分化の可能性を示唆したのは問題展開の一步の深化を示すであらう。

このようにして、行政法の本來の對象たるべき法の、二つの側面が明らかにされた。そして、それは今日における通說の見解にたつものといえよう。しかし、パウアは行政法の廣義の定義に對して、内容的に三つの部分に分ちうるとする<sup>(4)</sup>。その第一は、行政廳に諸權限を附與し、かかる權限によつて行使さるべき實體法的規制を定める制定法の一體であり、第二は事實認定、命令を含む行政廳の制定する規則・規定・記録・意見から構成される行政廳の制定する法であり、第三は、その根據を憲法におき、私權と相對立する公の機關の行爲を支配し、かつその効力を定義づける法の諸原理である。そして、この第三の法領域こそ、こんにち行政法の核心であるとし、「行政法は私權の主張と對立し、しかも立法機關又は司法機關によつては直接に遂行されえないところの、

行政機關の行爲を統制する法律原理の一體である」との規定を與えた。このパウアの規定の第一・第二は、すでにハート・キャロオの所説に見られるものであり、そして第三はむしろ第一・第二の規定の實質的解釋内容を明示したにすぎないと思われる。

二さて、右のような行政法の概念の考察のうちに、われわれは二つの法領域——「行政官廳を統制する法」と「行政官廳によつて作られる法」——からなる基本的構造を看取することができた。この點について、今日の行政法は、さらに行政法體系における「内部行政法」と「外部行政法」との對立・關聯の問題あるいは「行政法」に對する「行政學」の問題として論ぜられる。行政法概念における「行政官廳を統制する法」と「行政官廳によつて作られる法」との二つの領域の問題は、ハートによれば本質的には今日のアメリカにおける「行政」現象の目覺ましい進出と關聯する。「行政の現象は、その内的側面とその外的側面との二面において檢討されうるが、この區別を「行政法」の主たる分類基準にも適用できるからである、とする。それが「行政」と「行政法」との關聯において問題となる限りにおいては、第一期の未分化時代におけるグドナウの場合の問題でもあつた。行政學の全分野が行政法の研究によつて包含されていたグドナウの行政法は、第

二期における批判——例えばフランクフルターによつて、一方、行政能率の問題を扱う主題の側面と、他方政府の外部の對人的な行政機關の行爲の側面とが區別され、前者は内部行政法 Internal Administrative Law、後者は外部行政法 External Administrative Law となされるに至つたのである<sup>(9)</sup>。かくして「外部」行政法は市民と行政廳及び官吏との關係を扱い、「内部」行政法は官吏相互間の、もしくは官廳との間の關係に係わるものとされたのである<sup>(7)</sup>。この様な區別の方式は一應、行政法に對應する外部行政法と行政學に對應する内部行政法との類別化には便利だが、しかし、その明確な限界線を劃することは困難である。ただし行政法にとつても行政學固有の對象として扱うべき内部機構・人事組織の面が、深い關係を以て存在しているからだ。それは即ち行政的裁決を行使する行政機關における檢察と裁決の分離を扱う組織的諸問題であり、又人事行政の問題と機能の分離・統合との密接な關係も否定しえないし、之らは、行政法自體の理論體系として整序づけられる。その意味で行政法と行政學との劃然たる區別の困難性は認められる。だがそこでの重點の所在はやはり明確に異なる。即ち、規則制定・裁決・調査の諸過程を含む行政權の行使に密接な關係をもたぬ「内部行政法」の諸問題は、概して行

政法本來の研究にとつて餘り關心事とならない。例えば、行政組織における單獨長官性と委員會制、行政活動における集權制と分權制、官吏制や補助金の可否、一般に制度論的觀點からする行政の法的側面は明らかに、行政學の固有研究領域に屬することは通説であろう。之をさらに具體的諸點について言えば<sup>(8)</sup>、行政の法的組織や構造や制度的活動、即ち、人的・物的・財政的な管理活動・計畫・行政指導・調整・統合等の管理動態面、又之ら活動の全面的運営に含まれる法的側面の範疇として、官職の資格並びに失格要件・官吏の任命・任期・罷免・給與・補償・部省設置の段階的形態の法的側面、上級行政職と下級行政職との指導・服従等をめぐる權限が含まれる。

三 さて、右のような行政學的に内部行政法的諸問題に對して、他方、行政法的に外部行政法的諸問題はどうかであるか。それは「行政と政府の外部にある一般私人との利害關係に關聯して語るとき、われわれは行政法の核心に近づいてくる<sup>(9)</sup>」のであり、かくてまた「行政法」は政府の執行部内の手續と方法を私的利害關係との接觸において確立し、かつその權能に對して司法的制約を提供する法である<sup>(10)</sup>と規定されるのである。ハートは、この「外部行政法」行政法の本來の内容として第一に私權に直接關聯す

る行政官廳の權限と義務の精査、第二にかかる權限の範圍の限界の分析、第三に行政的決定に附隨する制裁もしくはそれを強制する手段の解明、第四に公權力の侵害に對する救濟規定の四つの主題をあげたが、行政法發展の第三期を劃した、かの「合衆國行政手續法」制定後の第二版では、さうに司法的統制と行政手續の二點の強調が、獨立した章の下に附加されていることが注目される。(12) しかしここでは、ただ兩者の接觸と限界のみ論及するにとどめる。元來、アメリカにおける行政法と行政學との交渉が理論的にも實際的にも密切な關聯において提出されたのは、ここ數十年來の、アメリカ産業主義の發展に歸因する。即ち、大都會主義、高度な財政活動、勞働組合、近代社會組織の繁榮は、必然に規則及び直接的役務の形態で、統治機能の複雑化を惹起し、それは、今日におけるアメリカ行政の異常な擴大を招いた。こうした革命的變化から、從來の政治學や法律學にとつての新奇な諸問題が多量に生じたのであり、最近における行政法と行政學の關聯の新たな段階——グドナウの「一分化」的第一段階とは區別され、第二過程を內的に克服した——が生じ、それがいわゆる機能主義的接近の方向において、展開される。行政法はかくて行政の實體基盤たる社會構造の變化と既往の法體制への適應と抵抗のななか

ら、アメリカ法體系の再編成の問題として提起されているのである。そしてこの再編成の方向が、ハートの云う如く「行政的能力」と「私權の保障」という二つの要請の差引勘定ないし和解の問題をめぐつて展開されるであらうことは疑いない。(13)

- (1) Hart, p. 3 et seq. (2) Carrow p. 16.
- (3) *ibid.*, p. 17. (4) Baur, p. 3 et seq.
- (5) Hart, p. 4.
- (6) Goodnow, *Comparative Administrative Law* (1942) p. 3 et seq.
- (7) Wyman, *The Principles of Administrative Law Governing the Relations of Public Officers* (1903) p. 4. Carrow, 18, 24-28.
- (8) 飯沼<sup>24</sup> White, *Introduction to the Study of Public Administration* (3rd Ed.) 1949. Pfiffner, *Public Administration* (1946)
- (9) Carrow, p. 19. Fuchs, *An Approach to Administrative Law*. 18 NCL Rev. (1940) p. 183, 196.
- (10) Carrow, p. 32. 24-28
- (11) Hart, p. 5. (12) 後述。
- (13) Hart, pp. 14—15.

## 三 行政法における行政手続の問題

一 行政法における制度論的、内部行政法の問題に對應し、あたかもいわば行政法における行政手続の問題が外部行政法範疇の中核の問題として登場する<sup>(1)</sup>。ただし、そこにはアメリカ法體制を貫ぬく「法の支配」「法の優位」及びこれに根據つけられた司法的審査制の傳統が集中的に表現されるからである。デヴィズが行政的過程における現代の問題の焦點が、嘗つての三權分立論と權限委任論より今や行政手続に關聯しての裁決作用と司法的審査の問題にその重點を移行しつつあると注意し<sup>(2)</sup>、キャロオが行政的裁決と規則制定の手續的諸問題によつて提起される重大な多くの問題は、今日、行政法における中心的爭點である、と指摘したのも<sup>(3)</sup>この意味に理解される。かくて「連邦公示法」Federal Register Act (一九三五)及び「行政手続法」Federal Adm. Pro. Act (一九四七)の制定に關聯して、今やアメリカ行政法の中核課題が行政手続の領域に集中していることが、看取されよう。

二 さて、行政手続の統一法典化がいかに迂餘曲折の困難な諸過程を経ねばならなかつたかは、何よりも同法の立法過程自身が雄辯に物語るが、この法案の審議と別に行政手続の檢討に貢獻し

たいわゆる「ベンチャミン報告書」Benjamin Report<sup>(4)</sup>と呼ばれ  
 Administrative Adjudication in the State of New York  
 (1941)にもふれるべきであらう。同報告書作製の發端は、一九三八年におけるニューヨーク州の憲法會議が、行政機關への司法的審査の範圍を擴大せんとする提案を可決したことに關聯し、レーマン知事が行政争訟手続の檢討を命じたことにあつた<sup>(4)</sup>。同報告はかの「行政手続に關する法務長官の委員會」に隨を接して出されたが、一は州に、他は聯邦に關聯してはいたものの、兩報告書が——小さな重大箇所についての差異はあるものの——一般的にいつて同様な結果に到達したという點で、注目され、かくて「それは行政法の範圍と輪郭に關する激烈な論議を形成するに與つて力があり、それによつて、若干の根本概念に關する意見の一致を齎し、かつ問題のこの後における考察に建設的方向を與へた<sup>(5)</sup>」といわれたのである。では、それは行政手続法の問題に對して、いかなる態度をとり、いかなる論點を提起していたか。

彼は根本的に、行政争訟の統一的法典化に反對する。それは單的に、凡ての行政争訟に對する統一手續の法典化は、そこに包含される多種多様性を損害することなしには、制定されるのは不可能であり、或は不可能でないとしても、餘りに普遍的すぎて結局

幻の如き莫たるものとならう、という言葉に要約されている(6)。

彼はこの立場を正當づけるために具體的例示から、ある場合には州は一當事者であり、他の場合にはそうでなく、ある場合には個人が訴訟を開始しえ、他の場合は州がなし、又ある場合には行政廳は當事者兼裁判官であり、他の場合にはたんに審判官たるにすぎないと結論し、従つて例えば公共企業體や労働委員會の争訟に要求される如き手續的基準を、之と異なる失業保險の裁決の場合に適用することは、無益であるよりもむしろ有害ですらあるだらうという。そしてニューヨークの民事手續法 Codes of Civil Practice に論及して次の如くその法典化の困難を指摘する。曰く「かかる

統合された裁決の統一化の影響を行政手續法典がうけることはないのである。行政法典は行政機關の多様性によつて解釋適用される種々多様な結果を生むだらう。裁判所は事實上行政手續の審査の過程において行政法典の概略に統一的な解釋を與えるかもしれないが、しかし裁判所自身の手續を支配する行爲に與えたと同じ細密な註解を、それに與えることはできないだらう(7)」。この意味で、彼はかの法務長官委員會の報告書と同じ結論に達し、行政手續法典は今日のところ望ましくないとし、行政手續の方法の實態を書良の方法で實務家に示してやることは、各行政機關の任務だとの

意見をのべている(8)。

かくて、この基本的立場から、なお機能の分離、聽問の機會、處罰、證據法、記録、判決等の準司法的手續に關する諸點、及び準立法的手續並びに司法的審査の諸點についての意見を開陳したが、この報告書の與えた影響は、古き手續の改革と新しき手續への準備の意味を示唆したという意味において無視しえないだらう、とデヤツフェはのべている(9)。しかしそれにも拘らず、行政手續の制定へのましくやく要請は、一九四六年に一應の結晶をみたのであつた。

三 さて行政法におけるこの行政手續法はアメリカ行政法の理論體系に對し、いかなる意味を與えたか。この事は差當り、「合衆國行政手續法」の制定趣旨や經過の検討と不可分に關聯すること(10)をまたぬ。キャロオ(11)「は行政法の分野を構成する判例や法令等の基礎となるべき基本的諸原理の検討の必要は一九四六年の聯邦行政法の制定以來いよいよ明白になつてきた」とし、この法は、「機能的基礎の上になつて、行政手續を扱う最初の聯邦法なのであり、かつ比較的短文だとはいへ、それによつて含まれていない多くの背景の問題をも含む、一つの複合的制定法なのである」と規定し、アメリカ行政法の發展過程における聯邦行政手續法の位置を

示唆した。この事はしかし、行政手續法の制定過程及びその法性格との關聯において考察されねばならぬ。けだし一八八七年のICC設置に始まる諸行政委員會は、多量に上る規則・規定・命令の一體を惹起し、これら無體系な行政手續により日と共に進む行政機能の擴大の下で、人民の法的安定を混亂せしめた。従つて行政規則行政判決作用においてその手續過程に統一の體系化が要請されてきたが、他方、しかし之に對し諸種の行政手續の専門的技術的多様性の強調の立場からする準司法の手續の統一化・嚴格化への反對が生れてきた。かくて十年餘りにわたる行政手續立法史が多彩に色どられたが、そこには一方において合衆國辯護士協會を中心とする法曹派の司法的の手續に近い統一の行政手續法制定の強調の立場と、他方において一九四〇年の *Walter-Logan* 法案を拒否したルーズベルト大統領の態度に見る行政的自由裁量制限化への反對及び行政的便宜と能率の強調の立場とが相對峙していた。しかし一九四五年のマツカラン・サムナズ法案を母胎とする一九四六年の聯邦行政手續法はそれ自體、アメリカ行政法を指導し制約する上述の二つの原理的要請の妥協的所産であつたといえよう<sup>(12)</sup>。それはゲルホーンの言う如く「最低限度の基本的権利と手續の輪廓」を示すもので、形式的に見ても、同法の對象は原則として合

衆國政府の各行政官廳とその手續に及び、従つて各官廳による細部手續の相違は依然として残されている、といわねばならぬ<sup>(13)</sup>。

けだしこれによつて各行政官廳の手續の最低限度の統一は確保されたにしても、各手續自體の詳細は多くの修正を許容すべきであるし、そもそもその任務と機能を本質的に異にする諸行政官廳の手續の統一が理論的にも政策的にも妥當か否かの問題も、この法の制定により決定的には解消されていないといふべきであろう<sup>(14)</sup>。

しかし、それら幾多の問題にも拘らず、同法において行政手續をめぐる用語の確定・手續規則の公表・司法的審査の規程等を明定した意義は高く評價されるべきであろう。即ち聯邦的法令において、その手續過程の諸點における弊害を攻撃されてきた行政手續法の統一の構造がここに結晶されたことは、アメリカ行政法の發展段階とその方向に對して重要な示唆を與えるものであり、同時に私權の公正な保障を通して、人民への法的安定の信頼を増すことに役立つことは疑いない。それはアメリカ法傳統の *コモン・ロー*、衡平法の精神と成果、行政の公正能率という政策的・技術的考慮をも統合したまさにアメリカ行政法の今日の過程における注目すべき一里程碑であり、行政法體系における行政手續をめぐる體系化の一環を形成する。従つて、この行政手續法とその制定の論

議過程のなかにこそ、アメリカ行政法を支配し來つた基本的原理と問題點が提示されており、かつその解決の方向と現代的評價を視うこともできる、ともいえよう。その意味で同法の動向は、ほかならぬアメリカ行政法そのものの發展方向にかかわる問題でもある(15)。

四 さて、行政手續法に對する右の如き問題意識の下で、行政法への新しい接近を試みたものとして、キャロオの所説があげられる。彼は行政權と私人との交渉において生ずる行政手續の方法とその過程における公正な諸原理の問題こそ、行政法の精髓であるとし、行政法の領域を構成する諸要素と權限 power、過程 process、統制 control の三範疇に分けて考察し、行政法への新しい機能的接近を展開した。「權限」は法令により定義された若干の問題に關し、規則・命令・非公式行政處置により、最終的な決定をなす行政機關の能力を意味し、その權限の行使については自由裁量・判斷・單純な執行的・非裁量的問題が生ずる。第二に「過程」はその權限の行使に附隨する行政官廳の運用 operation を意味し、一切の過程は名稱・態度の如何にかかわらず、政府の凡ての部内によつて行使されるものだが、その重要な過程として、規則制定と裁決及び調査の諸過程があり、之らは廣く「機能」とも

いわれる。とくに今日、このうち前二者の過程——ブレクリーオートマン(17)におけると同様に——は行政法の憲法的側面として、注目されるに至つたが、けだし、それはそれぞれ立法府や裁判所による法定立と法適用の過程への類似からくる。第三にしかし、之らの權限・過程の濫用に對して設定さるべき若干の統制と保障が重要である。「統制」は、立法府、大統領、裁判所及び公衆(世論)からなるが、就中、「裁判所からの統制」が重要であり、そこに三權分立・委任立法の規則・法の支配の諸理論に依據し行政行為の實體と手續にわたる司法的審査の統制を展開する。

右の如き方法——機能的接近——によつて行政法の新しい原理と體系的構造を展開しようとする彼の所説は、一九四六年の行政手續法の制定を経ての新たな問題提出を含むものといえようが、ゲルホーンの所説も亦、このような問題の過程にあると思われる。彼は「行政機關の手續 procedure と決定 decision についての諸制限 limitation」の問題が行政法の機能的研究における對象であり、「典型的には之は行政行為に對する司法的審査によつて現實化される(18)」との觀點から、行政法の判例と批評を體系的に構成した。今日のアメリカ行政法における行政手續の問題の意味は、以上によつて盡されてはいない。けだし、これは一方において本質的

料 には、最近における行政機能の擴大の下での私權の保障體裁の整備の問題として、そして「行政國家」化の傾向と「司法國家」的傳統の對決の戰場としての、より深い原理に連なるものであり、他方、具體的論點として、修正憲法四條・一一條をめぐる適法手續條項との關聯、とくに告知と審問の問題、事實認定をめぐる證據法則の問題、一般に司法的審査の構造と機能にかかる問題と不可分に關聯するのである。

- (1) Carrow, p. 19.      (2) Davies, Administrative Powers 63 Harv. L. Rev. (1950) p. 193.
- (3) Carrow, p. 161.
- (4) Jaffe, Administrative Procedure Re-examined. Benjamin Report, 56 Harv. L. Rev. (1943) p. 706 et seq.
- (5) Jaffe, op. cit. p. 708.
- (6) Benjamin Report p. 24 et seq. Jaffe, op. cit. による
- (7) Ibid., p. 36.      (8) p. 36—43.      (9) Jaffe, op. cit. p. 737.
- (10) 鶴岡・前掲(國家學會)論文。「合衆國行政手續法について」國家學會六四卷四號八九頁以下、戸部
- (11) Carrow, Preface V.

- (12) 鶴岡・前掲(國家學會)論文。この事は、例えば、同法 Sec. 10(c) 8 の「司法的審査の範圍」の規定において明らかである。
- (13) Gelhorn, p. 1084 (The House Committee Report)
- (14) 前述ベンチャミン報告書の結論參照。なお各州における行政手續法の立法の動向について、その規準となつたのは「全國州法統一委員會議」National Conference of Commissioners on Uniform State Laws の採擇した「模範州行政手續法」Model State Administrative Procedure Act(一九四六)で、ウイスコンシン、ノースダコタ、ノース・カロリナ、オハイオ、カリフォルニア等が、それぞれ自州の立法を右の法に準據してなしたのである。(Gelhorn, p. 1119; Carrow, p. 4)
- (15) Carrow, Preface v; p. 3 et seq.
- (16) Carrow, p. 23 et seq.
- (17) Blachly & Oatman, Administrative Legislation and Adjudication (1934)
- (18) Gelhorn, Preface vii.

#### 四 司法的審査の確立とその方向

一 アメリカにおける司法的審査の問題は、行政法理論の範疇において、いかなる位置をしめるか。その構造上の特徴はいかなる點か。それは今日いかなる方向において解決されているだろうか。ゲルホーンは、それはたんに「司法的審査のレッテルをもつ章で扱うのでなく、全巻を通して司法的審査の諸問題を考慮する」もの(1)とするが、この問題の根元がアメリカ的な「法の支配」と「司法権の優位」にあることは疑いない。しかし、それがとくにアメリカ行政法の理論において示す具體的な重要性、論點は次の如く指摘されよう。

第一に、それはアメリカ行政法の全問題體系を構成する二つの領域——「内部行政法」——行政組織論點問題と「外部行政法」——行政機能・手續・方法の問題——のうちの、まさに後者の範疇の中核の問題であり、それは「法の支配」からの私人の權利保障の要請と能率的効果的な國家的規則の要請との相反する原理と利害の闘争と調整の問題である。ランデイスのいみじき言をかりれば「アメリカ憲法中……行政法の分野においても、行政行為に對する司法的審査は一種の戰爭感を與へる(2)」のであり、キヤロオが

司法的審査制を「現代における法の支配」Modern Rule of Lawの問題として展開し、今日の行政機關に對する司法府の優位をめぐる行政法の問題は、コーク判事とスチュアート王朝の闘争を想起せしめる、としたもの(3)、同様に問題の重要なかつボレミックな性格を示唆したものであろう。のみならず量的實質的にも司法的審査の問題は、アメリカ行政法の主たる内容を構成することは、後に論及されるところである(4)。

第二に、司法的審査はアメリカ法體制にあつては、一般に私人の權利保障體系の最も有効な防壁としての機能をもつ。この問題は實定法的には、屢々違憲立法審査制にたらなる改正憲法五條・一四條の適法手續條項 due process の解釋に關聯して提出され、さらに具體的には行政争訟手續における一般的要請や告知、聽問等の審理機構における適法性の内在的要素として機能していた。

第三に、とくに行政争訟手續法體制の一環として、司法的審査は廣範複雑な問題點を包蔵する。この點は後述の如く、合衆國行政手續法(§§ 10)により審査請求權・訴訟の形式・管轄・審査對象たるべき行政處分・審査係屬中の救済、審査の範圍の諸點は一應解決されたが、なお、行政的決定の終局性をめぐる限界の理論

料——例えば「法律」と「事實」について——など多くの問題が残

されている。

査 二 ところで、右のような位置づけにおいて提出された司法的

審査の問題は、具體的にいかなる構造をもち、いかなる形において、いかなる論點を提起するか。キャロオは、法の支配は今日なお行政的決定の司法的審査と關聯するより狭い問題の中に、その激烈さをもつているとし<sup>(6)</sup>、「この傳統的解釋は司法的審査との關聯においていえば、事實上は行政的決定に對する司法的審査の desirability or non-desirability (望ましさをの有無)の根據をなす實踐的考慮に、その路を譲らねばならぬ」とし、さらにこれを分析すれば、「公正・正義に對する保證を確得し、助長さるべき社會政策を阻止しないように、かかる行政的決定を審査するため提供される一種の尊敬、respect に依存することとなる<sup>(7)</sup>。この様な司法的審査の限界をめぐる解釋基準としての「望ましさ」、「尊敬」が具體的に機能するのは、しかしその審査の範圍をめぐる論議においてであり、いわばそこに問題は典型的に集約されたが、そこには二つの點からの接近方法が提示されよう。

第一に、司法的審査の問題への接近は三權分立論の構造との關係においてなされる。キャロオは「行政的審査の問題の起原は合

衆國憲法における權力分立論である<sup>(8)</sup>」としたが、行政機構論と

しての三權分立論は、例えば委任立法理論の解決方式に見られた様に<sup>(9)</sup>、行政作用論として屢々司法的審査の體系の下での具體的な争訟過程のなかで解決された。それは憲法體制そのものとして、とくに行政行為の司法的審査を要求する條文もないし、しかし又、それを制限する如き明文の條項もなく、従つて、裁判所は一般に權利侵害に對し、救正を與える地位にあることから、審査の有無及びその程度について、いわば自由裁量をもつ、という論理に支えられている<sup>(10)</sup>。むろん、司法的審査においては二つの前提條件——當事者がその事件について法的權利を主張しうる地位にあり、かつ裁判所へ訴訟を提起するに先だち、必ず行政救濟方法を盡すこと(訴訟前置主義)——が充足されねばならぬが<sup>(11)</sup>、この條件充足の枠内においては、司法權と行政權との相互の要請が鋭く對立する。いいかえれば、司法的審査の側からするコントロールの範圍をどの點で限界づけるか、の問題に歸着し、そうした論議の對立は、政治政策・社會的地盤の轉換期に當面しての「法の支配」の傳統の保持をめぐつて、最も典型的に見られたことは、ニューデイル違憲判決の經過で實證されたことであつた。その理論的根據は、司法的審査の限界づけに對する二つの見解の對立

にあつた<sup>(12)</sup>。第一の見解は、裁判所の司法的審査を可能な限り廣範圍に認めようとするいわば、「擴張説」であり、その前提として一切の準司法的行政機關の決定は、正式の司法裁判所に出訴の上、そこで再審を受けるべきことを主張する。一九三六年のアメリカ辯護士協會の行政法特別委員會はこの説を主張する根據として、「法曹の裁判所への信仰」は、司法機關のみが私権を公正に保護しうるし、證據法の訓練を受けぬ行政官のなす決定の下では安んじえないとの、司法権の優位の理念に立つていた。之に對立して、第二の立場は、裁判所が委員會の行政決定を審査するに當つて、充分に抑制的・制限的であるべきだ、とするいわば「制限説」である。ただし、司法は必ずしも正式の司法裁判所のみが私権に係わる争を處理すべきことを要求せず、また、適法手續は行政的決定が可能な限り完全な司法的審査の下に服すべきことを要求しはしないとして、第一説に反對し、たんに繰返しのためからして、第二の審理が正義を人民に保障するために必要なのだとする一般民衆の考えは、悪しきかつ高價な虚偽であると主張する。それは、例えば「行政手續に關する法務總裁委員會」によつて主張された。

ところで、右に提示した二つの見解の對立は今日ではむしろ第

二の立場の優位において一應の決着を見たようであるが、そこには司法的處理方法の非能率化・行政官の専門技術的知識への信頼が最近の諸種の行政過程の成功——ICCやFTCの諸成果など——による支持があつた<sup>(13)</sup>。それは即ちキヤロオにより「現代における法の支配」の問題として、またランデイス、フランクフルター、ラスキのいわゆる“expatriate”の問題として提出されたのである。

三　しかし問題への第二の接近方法をも顧みられねばならぬ。それはキヤロオのいわゆる「現代における法の支配」の示唆に關聯する機能的ないし「行政學的」傾向ともいわれるべきものである。

まずキヤロオは<sup>(14)</sup>、今日における「法の支配」は過去における概念とはちがつている、それは、いわゆる「法による、人によらざる行政」の概念が直面した鬭争よりも、廣範かつ普遍的であるとし、行政法に關する限り、それは根本的には、行政官吏が權限を行使するに際して、自己を律しなければならぬところの理性 *reason* 公正 *fairness* のなかに基礎づけられた行動の準則を意味すると規定した。では、こうした「準則」の意味する實質的な「近代」の法の支配は、いかにして達成されるか<sup>(15)</sup>。いいかえれば「法の支配」の現代的問題はいかなる構造か。之に對しては、第

一に、立法府が法令により行政機關を確立し、かつその基礎を提供することにより、第二は、執行府がその任免權の行使により、第三に、裁判所は權限の恣意的行使への抑制により、第四に、人民は行政過程への公式・非公式の參訓により、それぞれ行政廳の行動の準則を形成し、行政廳に適用さるべき「法の支配」を構成するとされる。そして、「裁判所からの統制」——司法的審査制は、この法の支配の一面にすぎないが、しかし、それはいふまでもなく最大の注意をうけた側面である。

こうした「法の支配」に關聯しての最近の成果は、合衆國行政手続法であり、諸種の問題へ對應する、ある手続的統一を發見することが問題だったが、しかしそこでは、法の支配は最大の彈力的側面において作用しつつあるとされる<sup>(16)</sup>。かくて、今日もはや行政機關への敵對的な監督關係は、裁判所において存在せず、むしろ注意すべきは政治の面に對し協力的機關たることが重要となつてきたことにある。判例はこれを「……裁判所と行政機關は、行政機關を設置する法令やその行爲の司法的審査の條項の解釋にさいし、全然獨立な無關係な裁判の機關として考えらるべきでなく、相互がそれぞれの明白な法令の目的を達成するにおいて、尊重し合うべきである。この兩機關は、一定の定められた目的を達

成するために採用された機關なのである。……一方が他方によつて見知の侵入者とみなさるべきでなく、共通目的の達成において、相互の援助により勵まされるべきである。」とのべている<sup>(17)</sup>。そしてランデイスが、法の支配による「現實主義的な適用」といつたのも、右の如き傾向についてであつた<sup>(18)</sup>。しかし、他方において、この「行政機關の高度な専門的能力」expertiseを過度に強調することには、異論がだされた。即ちラスキは、「expertiseは常識による體驗への洞察を犠牲にするだらう<sup>(19)</sup>」として、その神聖視に反對し、フランクフルターも亦、「行政機關はなる程疑もなく、その行爲を審査する責任をもつ裁判所の有せぬアンテナをもつてゐる。しかし裁判所は、委員會の行爲の審査の責任を負うのであつて、専門家の結論にある不明瞭な信念の問題の如き數學的符合を支持するよう、要求さるべきでない<sup>(20)</sup>」と警告的言辭をのべている。問題は恐らく「裁判所と國會による最高度のステーツマンシップを要求する如き大なる領域<sup>(21)</sup>」につらなると見らるべきであり、立法的には行政手続の今後の整備に待つところ大である。しかし本質的にみて、「法の支配」に關するこうした問題の解決方式自體が、すでにたんなる法技術的解釋論の範疇をこえたより實證的な行政機能的な接近を示すものであり、いろいろ

べくんば、行政學的方法論の問題意識の下における解決方向を示唆するとなしえよう。けだし、かかる意識を離れての追求は、問題を實効性なき論理の空轉に終らしめ易く、少くともこの點からして今日におけるアメリカ行政法の一つの方向を示す契機——廣い範圍の行政學的方法と實踐からの成果との密切な關聯——を見るにはあらずか。

- (1) Gelnorn, Preface p. vii (2) Landis, p. 122.
- (3) Carrow, p. 147.
- (4) 苟くば Baur の『行政法』では「司法的審査」の下に約八割の分量が占められている。
- (5) この點の詳細な検討は別稿で果すつもりである。
- (6) Carrow, p. 138. (7) *ibid.*, p. 147.
- (8) *ibid.*, p. 150.
- (9) 拙稿「行政委員會と權力分立論」(公法研究三號)
- (10) Carrow, pp. 150—151. (11) Carrow, p. 154. Federal Adm. Proc. Act. Sec. (10); Hart, p. 41 et seq.
- (12) 別稿で論ずる豫定。なお、Cushman, *The Independent Regulatory Commissions*, p. 47 et seq.
- (13) 拙稿「ICCの形成と展開」(法學會論集第一卷)

- (14) Carrow, p. 161 et seq. (15) Carrow, p. 162.
- (16) Carrow, p. 163. (17) *United States v. Morgan*, 307. U. S. 183, 191 (1939). (18) おおむねメーソン首席判事の言葉。

- (19) Landis, *Administrative Policies and the Courts*, 47 Yale L. J. note 69 (1938); Carrow, p. 164. *ibid.*
- (20) Laski, *the Limitations of the Expert*, 162 *Harpers Magazine* 101 (1930); Carrow, p. 165; Gelnorn, p. 61. *ibid.*
- (21) *New York v. United States* 67 Sup. Ct. 1207, 1247 (1947) における彼の少數意見。
- (22) Carrow, p. 166.
- (23) この點について、例をばサルホーンは、「今日における大抵の行政法の教師は、二三の Public Administration の實際上の經驗をもちつゝる」といふ (Gelnorn, Preface vii)。

五 行政法體系化への試み

一 以上、諸節にわたつて、今日のアメリカ行政法の構造を組

料 成する若干の基礎的原理と論點の展開を試みた。しかし、フラン

クフルターによつて言われた「形成の過程にある法」「模索のさ

中にある法」「まだ未熟で實驗的段階を免れない法」たる、アメリカ行政法の理論的體系化は確かに、確立されていない。ここから、第一にそもそもアメリカにおける行政法の理論的體系化が可能なのかどうか、またかりに可能だとしてもそれはいかなる限界あるいは方式の下で可能なのか、疑問として残されるだろう。

だがそれにも拘らず、その方向への積極的な關心と努力は既にふれたようにほぼ四十年代になつて漸く見られてきた。そしてこうした關心と成果が、之を支え育成する地盤——制度的要件<sup>(2)</sup>の漸増的成熟とともに、一箇のすぐれて徳性的なるアメリカ行政法の體系化にまで結晶しゆく可能性を斷定的に否定し去ることは必ずしも正しくないであろう。とまれ、グドナウの「アメリカ行政法原理」以後初めてのアメリカ行政法の理論體系の概説を書いたハートは最近十年間において行政法の文献が激増したことを認め、單行論文・判例集・評論的論說の目覺ましき出現にも拘らず、そして又近代的統治と公法領域における行政法の存在の重要性にもかかわらず、體系的著述がなかつたといつてゐる<sup>(3)</sup>。だがここで、例へばハート、パウア、キャロオの諸著書のなかに、一つの例示とし

て、今日におけるアメリカ行政法の體系化への方向とその特色の一端を窺うことは許されてよいだろう。

二 まずハートは<sup>(4)</sup>、行政法の體系的考察を、行政法概念の分析から出發し、内部行政法と外部行政法との對立と後者の前者からの區別づけにおいて展開する。彼の「行政法序説」初版(一九四七)での體系は、「第一部公職と公務員、第二部行政官廳の諸權限、第三部行政權限の範圍と限界、第四部行政決定の強制、第五部行政行爲の違反に對する救濟」であり、とくに右の「行政權限の範圍と限界」——規則制定權、許可權、調查權、指示權、公法行爲の手續的要件と證據、手續的適法手續、略式手續權、既判力と傍系的攻撃、行政的決定の最終性、行政訴訟前置主義の諸問題を包含する——は言うまでもなく「執行府の裁判」と「法の支配」の關係として、行政法における司法的審査制をめぐる問題であり、ドイツキンソンが行政法の「中心的係争點に歸着するもの」とよんだ領域である。しかし「合衆國行政手續法」の制定を経た彼の一九五〇年の二版では、右の體系が次の様に修正された。即ちここでは「第一部司法的統制の諸様式、第二部公職と公務員、第三部公務員の人的責任、第四部行政權限——その範圍と限界、第五部行政手續、第六部行政的決定の最終性、第七部行政裁決の強制」

とされ、かくて行政手續と行政的決定の最終性及び司法的統制の諸問題において一層詳細な検討が加えられたのは、恐らく、「合衆國行政手續法」制定の影響の結果と見られる。

「パウアは「聯邦行政法」Federal Administrative Law 2 Vols.を「聯邦行政機關及び聯邦問題に關する州行政機關の行爲の効力を支配する法原理の論說」であるとなし、この立場から「第一篇行政法の基礎・性質・發展及び範圍、第二篇行政手續、第三篇司法的審査、第四篇行政機關とその官吏による、及びそれらに對する訴訟」に體系づけた。そして右のうちその第三篇は「(一)司法的審査の權利 (二)司法的救済への前提條件——行政訴願前置主義 (三)司法的審査の方法 (四)司法的審査の程度と範圍の諸項目の下に、量的にも質的にも詳細を極めていゝ。その老大な數にのぼる、判例・法令の集積は、しかし、地方、行政法における基本原理の論理的展開において不齊一性を免れず、なおいわゆる「内閣行政法」的分野がそこで扱われていない。

さてキャロオの「行政法の背景」は行政法の領域を構成する廣大な判例・法令・規則・命令の基礎をなす基本的原理の統一的な綜合を提出しようとしたものである<sup>(6)</sup>。ただし彼もまたハートと同様行政法の諸原理についての個々の特殊な論作があつたにも拘ら

ず、統一的方法でのそれがなかつたとし、合衆國行政法の制定が、彼の機能的見地にたつ「行政法」體系を深く示唆したとするのであろう<sup>(7)</sup>。従つて、そこでは範型としての合衆國行政手續法への依據、行政法をめぐる若干の概念——三權分立論や法の支配——の新しい分析が強調される。それは次の如き構造からなりたつ。即ち、「行政過程の成長」「行政法は何か」の序説的三章の後に、まづ「第三章術語」においては、權力・過程・機能・規則・命令・規則制定と審決・規則制定と立法・行政的裁決と司法權・執行と行政・機關についての定義が與えられ、「第四章權力分立論」の分析について「第五章行政的裁決權への諸制限」において審決性の「内在的な」行政法の課題、事實問題と法律問題をめぐる諸制限、管轄上の及び憲法上の事實の理論、「立法的」裁判所と合衆國の司法權、適法手續要件の適用可能性、行政過程への裁判所の参加<sup>(8)</sup>が論ぜられる。第六章は合衆國行政手續法を中心とする「機能分離の問題」、第七章は「いわゆる委任立法の本質と限界をめぐる法則」で、まづこの「法則」の諸基礎として、三權分立論、再委任の禁止 Delegation Potestas Non Potest Delegari、適法手續の諸問題が提出され、之らめぐる制定法による政策と標準の必要性、その「妥當な標準」についての、法令による標準の妥當性とその

實例、暗黙の標準が論ぜられ、之についての行政廳による法令の取消・停止・修正の權限・外交關係等の特殊な問題を含む委任、私的團體への委任へと細論される。最後(第八章)に「法の支配と行政法」——「司法的審査」が論及される。この理論の展開において、彼は「人によらざる、法による行政」の意味をより實質的・機能的見地から検討し、行政的平面における法の支配・裁判所と行政機關の關係にたち入り、その司法的審査の適用性と範圍をば命令と規則の點から考察し、機能主義的な法の支配の「現代」の意味を最近の判例、學說に關聯して新しく提出された。前述したように、このキヤロオの主題と體系には、ハートの二版における如く合衆國行政手續法制定からの示唆が明らかであり、その方法的の意味は、行政法における機能的接近として規定されるが、<sup>(8)</sup>行政的裁決權(Ⅴ)、行政上の委任立法論(Ⅵ)、司法的審査(Ⅶ)の諸主題の強調がその特徴といえよう。

さらにここで、ドイツ式行政法學者として、グドナウの遺した成果をアメリカの行政法體系の中に編成したフロインドの體系を顧みておこう。彼の行政法體系ともゆうべき「人と財産に對する行政權」Administrative Powers over Person and Property (1926)においては、ハート、キヤロオと同様に「行政を統制する

法としての行政法」と「行政によつて生産される行政法」の二つの内容に分類し、前者に對しては、行政法にあつても「一般の法學的技術として、綜合的・分析的取扱が可能である」とするが、後者に對しては「差當り行政的裁決の題目と同様に多くの部門の中に分けて取扱はるべきである」として、その統一的體系化への躊躇を示す。この内容的構成は、前者を第一篇「分析的部分」として、第一序説(一)、行政權の範圍・分類・語義、二、行政權の運用と立法院の關係、三、行政官廳の組織、第二、規制と權限の運用(四)、形成權と指導權、五、非裁量的な行政的決定、六、行政的裁量、七、形成權の規制の運用、八、監督權の規制と運用、九、審査權、一〇、略式權能、一一、規制的及び規則制定權、第三、救濟規定(コモン・ロオ及び制定法上の救濟・行政的最終性)が扱われる。後者の第二篇は「行政權の支持によつて運用される法令的規定」の下に、行政權と公企業法・商船法・銀行法・保險立法・商業立法・勞働立法・安全立法・衛生立法・稅立法・道德立法・土地用益法等の問題關係が網羅的に扱われており、この第二篇の諸分野はキヤロオによればそれぞれの個別法に分化・獨立する<sup>(9)</sup>可能性をもつものとなる。

三 以上が今日さまざまの意味で新たなアメリカ行政法の方向

を指向すると思われれるものの、二三の例示である<sup>(10)</sup>。われわれはただこのような事態について、一應フランクフルターのいう如く「現在におけるアメリカ行政法の如き廣範かつ無統制の領域においては、尙早な概活化とたんに形式的な體系には慎重でなければならぬ」であろう。しかし、最近における發展の方向は、行政法における體系化への努力が歩一步その成果をあげつつあることを示唆する。そしてキャロオのいう如く、こうした方向が合衆國行政手續法の制定に、その一機縁を與えられたことも見逃しえないであろう。

かくして、われわれの前には、今やアメリカ行政法の理論的體系化の可能性の具體的な検討と、その理論構造的特質を大陸行政法及びとくに壓倒的なドイツ行政法の影響下に生育し來つた日本行政法との關聯における、廣範かつ精細な比較検討という困難な課題が横わつている<sup>(11)</sup>。しかしわれわれの意圖は、ここではそれらへの一步の接近を問題意識におきつつ、その前の豫備的段階におけるアメリカ行政法の形成とその問題の覺書的な素描を試みることであつた。

(1) Frankfurter & Davison, op. cit. Preface, viii.

(2) むろん、これが一般に近代的行政法成立の二つの要件

とされる大陸的意味での「法治國」Rechtsstaat 思想の發展と「行政制度」Régime Administratifの觀念の發達といふものとはかなり異質的な構造をもつ「司法國家」的なものであることは認められねばならぬ(田中・行政法講義案(上)二六・二八頁)。

(3) Hart, Preface vii.

(4) このようなハートの行政法體系にはその師グドナウからの影響があることは彼自ら認めている(Preface viii).

(5) ハウアの行政法七八四頁のうち、「司法的審査」は六四〇頁餘を占めている。

(6) Carrow, Preface iv. (7) *ibid.*

(8) Carrow, p. 15. なお前述(第二節三)参照。

(9) Carrow, p. 16.

(10) いうまでもなく、之ら各々についての、また、之ら相互の理論的關聯についての詳細な検討が加えられるべきである。しかし、本稿ではその検討を別の機會に保留したい。

(11) 序言、參照。なお、鵜飼教授は「アメリカの行政法の理論は……その眞に正しい解決を確立するためには、社會經濟的な課題の所在と、それに對處するための行政學的政

治學的な方法の意義とを明白に意識することが必要缺くべからざる前提要件である」とされ、ついで、わが國の行政委員會制度と行政法の方向について言及し、「この意味で新たに多數の行政委員會をもつに至つたわが國で、ことに司法裁判所の一般的な審査權制度を背景として、新しい日本行政法の理論を確立することは容易ならぬ重要課題である」と示唆される(鶴飼・前掲「アメリカ行政法の理論」一五頁)。

## 結 言

以上のべ來つたところによつて、アメリカ行政法の形成過程と之をめぐる前提的問題、その背景と展開の諸相並びに今日當面するアメリカ行政法の構造についての主要な若干の理論的問題は——少くともその所在と輪廓だけは、何ほどか明らかにされたと思ふ。ただ問題體系の具體的な展開、その具體的な諸論點及びそれら論點相互間の理論構造的把握はわずかに、ただ觸れられただけにすぎない。しかし「試み」的な覺書という本稿の最初に定立した意圖の限定に責を轉化して、一應この資料紹介的な不完全な論稿を擲筆する(二七・一・二〇)。