

行政機関による規則制定の諸問題(一)

——アメリカにおける Rule Making を中心として——

荏 原 明 則

一 はじめに

本稿は、「行政過程への参加——アメリカにおける Rule Making を中心として——」の後半部分を抽出したものである。右論文は、もともと筑波大学院博士課程修了にあたって学位請求論文として書かれたものであり、アメリカにおける規則制定 (rule making, rulemaking) を手懸りとして、行政過程への国民の参加の問題を考察することをその目的としたものである。本稿は、アメリカにおける規則制定の諸問題を検討するものであるが、包括的に検討するのではなく、特に規則制定の限界の問題を中心とする。

そこではじめに、なぜ規則制定をとりあげ、特にその限界を問題とするかについて概観しておこう。

序

一

参加の問題は、古くから重要な問題であったが、また、新しい問題でもある。すなわち、人民がその意思を政治に反映させるといふ観点からみれば、参加の問題は古くから議論の対象となり、その制度、理論が重要な政治学上および政治上の問題であったが、このことは、現在においてもその重要性を失うものではなく、むしろその実質性の確保が大きな問題となっている。たとえば、一九六〇年代における参加デモクラシー (Participatory democracy) の運動の出現は、まさに、この一例である。この運動は、大衆に埋没した個人の主体性の復権を強調し、間接民主主義制度の形骸化を指摘し、各種の政策決定過程への直接参加の要求を主張するものであった。この運動自体は、急進的、かつ過激的であったため衰退したが、その思想には注目すべきものがある。たとえば、現在の環境問題等に対する市民運動や住民運動は、この参加デモクラシーの流れをひくものである。

ところで、右の状況は日本においても同様である。たとえば、間接民主主義制度の形骸化の問題は、大きな問題の一つである。投票による参加だけでは、国民の意思、特に個人の意思の反映は困難である。また議会の能力と行政の能力との関係は、議会が行政をコントロールするという本来の姿からは程遠い状況にある。そして、官僚制の

問題は、右状況をますます悪化させる一因となっている。

このような一般的な状況の中において、特に国民の生活、権利、利益等に大きな影響をもつ行政への参加の一つとして、行政立法への参加のあり方も一つの問題としてクローズ・アップされる。

二

行政過程への参加には、その主要なものとして、行政処分がなされる過程への参加と、行政立法が定められる過程への参加とがある。⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾わが国においては、行政処分がなされる過程への参加について、国民の権利利益の保護と行政の公正さの担保の面から、これを認め、または認めようとする見解は、近時、多数見うけられる。また、最高裁判所も、個人タクシー事件、⁽⁴⁾および群馬中央バス事件の両判決において、国民が行政処分のなされる過程への参加の重要性を認めている。

これに対して、行政立法を定める過程への参加の問題は、あまり関心を集めていないようである。たとえば、臨時行政調査会による行政手続法草案は、「時間の都合上、行政立法手続と公聴会の制度を除き、その余の事項について、合理的な行政手続の整備統一を目標として」⁽⁵⁾作成された(傍点筆者)。もっとも、同草案二四条は、行政庁が行なう基準の設定について、利害関係者からの申出ができる旨規定しており、行政立法(および一般処分)についての規定が皆無というわけではない。⁽⁷⁾しかし、右の基準の設定をどのような手続でなすか、またその手続にはいかなる者が参加しうるか、等を具体的に規定するところがない。たかだか、直接利害関係を有する者が右申出をで

きるとする規定から、参加人の範囲が推測できるのみである。また、行政立法の制定過程への参加について、これを認めようとするものは、学説判例上でもまれである。⁽⁸⁾

このような差異は、以下の諸点に由来するものと思われる。すなわち、第一に、行政立法自体の性格に由来する。行政立法は、行政機関が、議会の定めた法律に従って、当該授権法の枠内で制定する。従って、行政立法は、その正当性、合法性を授権法に依拠するわけであるから、当該授権法の基準を遵守するものであるならば、正当性、合理性を問題とされないのである。この論理から言えば、行政立法の制定に際し、国民を参加させることは、望ましいことではなく、むしろ、その正当性、合法性を脅かすものとさえ考えられよう。第二に、行政立法は、行政処分が直接に個人の権利利益に関連するものであるのに対し、その影響がより間接的であり、行政立法を基礎として行政処分がなされて、はじめて直接的な影響を及ぼすことが一般的であるからである。

けれども右に述べた理由は、決して十分なものとはいえない。なぜならば、第一に、議会が明確な基準を提供して行政立法に授権したという前提それ自体が疑わしいからである。すなわち、現代の複雑化した社会において行政に適切に対処しようような合理的な基準を議会が設定する能力を有しているとはいえないからである。第二に、行政立法も現実的に国民の権利利益に実質的な影響を与えることが多い。たとえば、わが国における通達行政に対する批判は、この点を問題としたものであり、このことは通達以外の多くの行政立法にも妥当する。

さて、以上のような点をふまえて行政立法のコントロールについて考えてみると、これは非常に困難な状況にある。前述のように、国会が行政立法をコントロールすることは困難であり、⁽⁹⁾また、裁判所によることもきわめてむ

ずかしい。なぜなら、日本においては、ドイツの場合とは異なり、⁽¹⁰⁾ 具体的な事件性がなければ、司法審査の対象とならないことが原則であるからである。ここに行政立法の制定過程の民主的コントロールの重要性が指摘されるわけである。

ところで行政手続を重視するアメリカにおいては、わが国でいう行政立法にあたる規則 (rule) を制定する際に、利害関係人の参加を認める規則制定手続 (rulemaking procedure) によっている。以下、これにつき検討を加えることとする。

(1) 行政過程への参加を認める根拠について補足しておく。

まず第一に、行政過程への参加を認める理由は、国民による行政の統制が従来の制度を用いるだけでは十分ではない点に求められる。現に議会制民主主義の空洞化、または空洞化の危険についての指摘はおびただしい数にのぼる。たとえば、日本の国政レビュールでは「行政権までの民主主義」は議院内閣制という枠組を通じて確保すべきものとなっているが、「わが国では、『議会までの民主主義』自体が、あまりに多くの問題をかかえている」(樋口陽一「議会制民主主義の今日の問題」法律時報四六卷二号八頁)。さらに、行政機関への批判としても、行政機関が公益をに表していないとか、行政機関の決定が企業に傾斜しがちであって、住民の意見を正当に評価、考慮していないなどの点は、洋の東西を問うものではない。また、行政機関への参加が不備、不完全であるために、裁判所へ問題を持ち込むことも考えられないわけではないが、司法救済はもともと事後救済であり、多額の費用と救済まで長時間かかることを考えれば、おのずからその限界は明白である。

行政への参加を認めるメリットには、次のものがあげられている。まず、当事者に対しては、手続形式を保障された参加を認めることにより、その権利利益を保護する可能性を高めることになる。次に、行政機関にとっては、当事者を行政的な決定のための手続に参加させることにより、当該決定のための情報を収集し、またその争点を明確化し、ひいてはその決定

の公正性を高め、さらに決定について当事者を説得し、その同意をえやすくすることもできる。しかも、一定の参加のための手続的要件が確立することは、行政機能の遂行の面からも望ましいといえよう。

もっとも、行政への参加は決して、メリットだけではない。すなわち、行政にとって、一定の手続を経るとなれば、それだけの時間、費用を要することになる。このことは、参加者にとっても同様であって、参加のための時間と費用が重い負担となる。しかも、一旦確立された制度には常に「儀式化」「空洞化」のおそれがある。

(2) 日本における行政参加に関する法制度を概観しておく。

(1) 憲法 憲法改正(憲法九六条)、特別法の住民投票(憲法九五条)などの規定があるが、国民が直接行政過程に参加することを認めた規定はない。

(2) 地方自治法 地方自治法中には、直接請求(第二編第五章、住民監査請求、住民訴訟(第二編第九章第一〇節)等、直接参加に関する規定は多い(その他、一二四条、一二五条、一〇九条、一一〇条参照)。これらのうち行政過程への参加と考えられるものは次のとおりである。

- (i) 監査の請求(一二条・七五条)
- (ii) 長、主要公務員の解職請求(一三条、八一条、八三条)
- (iii) 住民監査請求(二四二条)
- (iv) 過料処分手続(二五二条の二)
- (3) 諸法律における直接参加 各種の法律の中にも参加に関する規定があり、それらのうちでは、聴聞に関する規定が多数あることが注目される。一般に、聴聞手続は、公開の聴聞や意見、弁明の機会を当事者に付与することにより、その権利利益を保護するとともに、行政処分の正当性、妥当性を確保することを目的とすると説明されている。このように聴聞手続は、一般国民ではなく、利害関係当事者に行政過程への参加を認める制度である。

実法定には、下のような多種多様な規定がある。まず、事前手続に関して、

(i) 聴聞（または聴問） 不当景品類及び不当表示防止法六条二項をはじめとして、一五〇制定法二二政令、五規則に用いられている。

(ii) 審判 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律四九条を含め四制定法で用いられている。

(iii) 審理 土地収用法四六条一項を含め三制定法、一政令で用いられている。

(iv) 審問 公害紛争処理法四二条の一四を含めて七制定法で用いられている。

(v) 弁明する機会 道路交通法七七条六項を含めた六七制定法二政令で用いられている。

(vi) 陳述する機会 都市再開発法六一条一項を含め一八制定法で用いられている。

(vii) 公聴会 自然環境保全法二二条六項を含め三一制定法で用いられている。

(viii) 意見の聴取 都市計画法六五条二項を含め二九制定法で用いられている。

(ix) 意見書の申出 首都圏整備法二二条四項を含め一〇制定法で用いられている。

(x) 意見書の提出 自然環境保全法三一条二項を含め三三制定法一政令で用いられている。

次に参考のため事後手続に関して、

(i) 聴聞（または聴問） 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律二四条の三の七項を含め五六制定法に用いられている。

(ii) 審判 不当景品類及び不当表示防止法一〇条六項および特許法二二条、一二三条、一二三条、一二六条、一二九条

(iii) 審理 国土利用計画法二〇条三項含め八制定法一政令で用いられている。

(iv) 審問 国民健康保険法一〇一条一項、労働組合法二七条二項（同法二七条一項の準用）

(v) 審査 建築基準法九四条三項

(vi) 陳述する機会 国税通則法八四条一項、社会保険審査官及び社会保険審査会法九条の二

(vii) 意見の申出 優生保護法八条

(以上は、行政管理庁行政管理問題研究会行政手続研究部会編『行政手続に関する調査結果報告書』(行政管理問題研究資料五四―一)による。同報告書は、臨時行政調査会第三専門部会第二分科会の『行政手続に関する中間報告』(昭和三八年)以来一六年ぶりの調査に基づいて、昭和五四年六月に発表されたものである。)

以上のように、実定法には、多種多様な聴聞規定があるが、これらは、その用語上、内容上ともに不完全かつ不十分である。しかもこれらの大部分は、不利益処分に関するものである。

(4) 行政不服審査法、行政不服審査法は、「行政庁の違法又は不当な処分その他公権力の行使に当たる行為に関し、国民に対して広く行政庁に対する不服申立てのみちを聞く」ものであるが、これは、行政機関の決定作成に影響を与えるよりも、むしろ事後的な救済手続を規定した法律である。

(5) 地方公共団体における参加の制度 参加に関しては、国のレヴェルよりもむしろ市町村のレヴェルにおいて見るべきものがある。

(i) 条例 条例においても、たとえば、計画案の告示、縦覧、意見書の提出、公聴会の開催等について規定するものは少なくない。北海道自然環境等保全条例は、自然環境保全地域の指定に関し、その旨の告示、縦覧、さらに公聴会の開催について規定している(同条例一四条)。このような規定は、東京における自然の保護と回復に関する条例三一条にもみられる。

また、神戸市民のくらしをまもる条例は、市長が市民に対して消費生活上の情報の公開をなすこと(同条例八条、二三条)、および市民の意見の反映のため消費者保護会議等の附属機関を置いている(同条例三五条)。

さらに、川崎市環境影響評価に関する条例は、環境影響評価、および同報告書について、告示、縦覧、説明会の開催、関係住民の意見書提出、公聴会の開催、審査書の公表、市民による環境調査報告書提出の申出等、参加に関しかなり多く規定を置いている(同条例九条、一〇条、一一条、一二条、一四条、一五条、二〇条等)。

(ii) その他 最近の地方公共団体、特にいわゆる革新自治体の中には、従来の法制度の外に参加の制度を持つものがあ

る。これらは、法律に根拠のあるものではないが、そのことがかえって参加の制度を自由に創造する要因ともなっている。そしてこれらが、最近の市民運動、住民運動と関連し、前記諸法制度よりも活発な活動をしているのが現状である。たとえば、「市長への手紙」(横浜市、習志野市等)、「市民アンケート」(神戸市等)などの行政との対話を主としたもの、「区民会議」(横浜市、神戸市等)、「市民委員会」(武蔵野市)など多少とも行政への参加をするものなどがある。これらは、従来の法制度にとらわれずに参加の制度を構築したものとして積極的評価ができるが、その反面、市民なり、区民なりの主張が、行政のどこに、どのように反映したのかわからないとか、また単なる「儀式」にすぎないとか、「市長の人気とり」にすぎない等の批判がある。

市町村等による右のような制度に関しては、坂田期雄『新しい都市政策と市民参加』が詳細である。

(3) アメリカにおける参加の制度は本稿でとりあげた規則制定だけに限られるものではない。もちろん、日本の法制度とアメリカの法制度とは大きく相違している。特にアメリカでは連邦制が採用されており、連邦憲法、および諸法律の他に、各州ごとにそれぞれ憲法、および諸法律が制定されていることに注目しなければならない。従って、日本とアメリカの場合とを単純に比較することはできないが、このことを留保した上で、アメリカにおける参加制度のうち主なものを立法への参加を含めてあげてみよう。

広い意味における参加の制度は、連邦、州および地方団体の各レベルにみいだせる。直接参加制度としては、いずれも立法への参加であるがイニシアティブ (initiative) / ンフェレンダム (referendum) などが州憲法、法律等により規定されている。たとえば、イリノイ州憲法第七章第一条は、「a項この章によって権限づけられ、かつ、住民投票における承認を必要とされる行為の提案は、地方団体の単位の統治委員会の決議又は法律で定める方法による選挙民の請願によって、発議され、選挙民に提示される。

bに、この章において必要とされる住民投票は、別の法律で定められる場合を除いて、一般投票によって行われる。この章お項いて異った必要要件が特定されていない限り、当該問題に係る投票する者の過半数によって承認されたときに、採択

される。」と規定している(金子善次郎、『米國連邦制度』二六六頁より引用)。また、運用の実際に関しては、キャリフォルニアのプロジェクトン一二についての加藤栄一「全米をゆるがした課税制限の住民投票」自治研究五四卷九号四三頁が大変参考になる。*サトウ・サトウ & ヴァン・アルステイン*, STATE AND LOCAL GOVERNMENT LAW 230-251 (2d ed. 1977), MANDLKER & NETSH, STATE AND LOCAL GOVERNMENT IN A FEDERAL SYSTEM 1117-1136 (1977), *サトウ・サトウ & ヴァン・アルステイン*, STATE AND LOCAL GOVERNMENT LAW 222-263 (2d ed. 1977) は、立法過程への参加を検討するために好資料となる。これらは、日本の直接請求制度(地方自治法七四条以下)や住民投票(憲法九五条、国会法六七条)等に比較して、その適用範囲が一般に広範であつて、かつその内容も詳細である。そして、日本の場合は、比較にならない程多用されていることに注目しなければならない。

また、直接民主制の原理によつて運営されるタウン・ミーティング (town meeting) を有する地方団体もある。金子善次郎、前掲書八二頁参照。

次に、行政への参加としては、連邦憲法のデュー・プロセス条項(修正五条、修正一四條)を根拠として各種の制定法に告知と聴聞を中心とする行政手続の規定があり、その一般法として連邦行政手続法、および各州の行政手続法がある。これらについては後述する。

またより直接に、都市再開発に関する計画への参加を規定する等、直接的に公衆参加に関する規定を有する法律も存する。たとえば、一九六四年の経済機会法 (Economic Opportunity Act of 1964, 42 U.S.C. §§2781 et seq.) が、地区改良に関連して住民参加手続を規定している。

(4) 最判昭和四六年一〇月二八日民集二五卷七号一〇三七頁。

(5) 最判昭和五〇年五月二九日民集二九卷五号六六二頁。

(6) 臨時行政調査会第三専門部会第二分科会「行政手続に関する報告」橋本公直『行政手続法草案』所収八八頁。
もちろん、行政立法について関心がないわけではない。たとえば、臨時行政調査会「行政の公正確保のための手続の改革

に関する意見」橋本公巨『行政手続法草案』所収一〇二頁は、行政立法に関する手続を整備し、行政の公正な運営をはかることを行政手続に規定すべき事項としている。

(7) 行政手続法草案二四条は次のように規定している。

「二四条 行政庁が法令に基づき基準の設定、区域の指定及び品目の指定（変更又は廃止を含む。以下「基準の設定等」という。）をすることができるときには、当該行為に直接利害関係を有する者は、当該行政庁に対し、当該行為をすることを申し出ることができる。

2 前項の規定に基づく申出は、次の各号に掲げる事項を記載した書面を提出してしなければならない。

(1) 申出人の氏名又は名称及び住所

(2) 申出の趣旨及び理由

(3) 当該行為に直接利害関係を有することの疎明

(4) 申出の年月日

3 行政庁は、第一項の規定に基づく申出があった場合において、必要があると認めるときは、基準の設定等の行為をし、必要がないと認めたときは、理由を附してその旨を当該申出人に通知しなければならない。

4 行政庁が前項の規定に基づき基準の設定等の行為をし又は通知したときは、その申出をした者は、その後の状況に著しい変化が生じた場合でなければ、再び同一の理由で第一項の規定による申出をしてはならない。」

(8) たとえば、原田尚彦『行政法要論』八三頁。さらに、西谷剛「計画行政と住民参加」公法研究三九号一三〇頁、熊本信夫「行政手続」公法研究四〇号一八六頁など。

(9) この点に関連してイギリスにおける行政立法の規制も注目すべきものがある。まず、当事者の参加という面からみると、法的規制は存しないものの非常に多くの規則は、影響を受ける利害関係者の事前合意（prior agreement）、または少くとも十分な事前了解（full prior knowledge）により作られ、それらの多くは長い間の協議（lengthy negotiations）の産

物である (B. SCHWARTZ & H. W. R. WADE, LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT 97-99 (1972))。

次に、議会によるコントロールとして注目すべき方法がある。すなわち、ほとんどの大臣作成規則や制定法上の枢密院令といった行政立法が議会で提出され、議会によるコントロールを受ける。この提示 (laying) には大別して四種のものがあり、各個別の制定法により規定されている。第一は、当該規則の施行前に議院に提示することのみを制定法が要求している場合、第二は「議院への提示とともに「消極的決議」手続 ("negative resolution" procedure) に従うよう要求する場合」、第三は、議院への提示とともに、両院の「積極的決議」手続 ("affirmative resolution" procedure) に従うよう要求する場合、第四は、当該規則の草案を議院に提示するよう要求する場合である。第二の消極的決議手続については、一九四六年の法令文書法 (Statutory Instruments Act) が、議院のいずれかが、規則の提示された日から四〇日以内に、当該規則の取消を求める上奏文を国王に提出することを決議した時、枢密院令 (Order in Council) により取消をねばならぬ旨を規定し、手続の標準化をはかっている。第三の場合には、議院の積極的な当該規則承認の旨の決議があつてはじめて、当該規則が有効となる (Id. at 109-110. なお、より詳細には、特じ、GARNER, ADMINISTRATIVE LAW 74-76 (5th ed. 1979), H. W. R. WADE, ADMINISTRATIVE LAW 731-732 (4th ed. 1977), E. C. S. WADE & G. G. PHILLIPS, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 573-576 (9th ed. 1977)). 最終の WADE & PHILLIPS が、提示を拒む場合と分けて説明している)。また、ゆゑに議院の規則、または規則の草案の精査のため委員会が設けられている。すなわち、下院では法令書特別委員会 (Select Committee on Statutory Instrument 一九五三年以前は、Select Committee on Statutory Rules and Orders 一般には、審査委員会 (Scrutiny Committee) と呼ばれていた)、上院では、特別命令委員会 (Special Orders Committee) が設けられており、ゆゑに、両院による法令文書共同委員会 (Joint Committee on Statutory Instruments) を設けられて (B. SCHWARTZ & H. W. R. WADE, LEGAL CONTROL OF GOVERNMENT 101 (1972), H. W. R. WADE, ADMINISTRATIVE LAW 733-736 (4th ed. 1979), E. C. S. WADE & G. G. PHILLIPS, CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 576-577 (9th ed. 1977))。

(10) ドイツにおいては、各ラントにおいて抽象的規範統制 (Abstrakte Normenkontrolle) という独立行政訴訟形態を定めてきており、連邦においても一九六〇年の行政裁判所法 (Verwaltungsgerichtsordnung) 四七条が、「ラントの立法により、その法規につき憲法裁判所に審査を求めることができる旨の法律の定めがないかぎり、高等行政裁判所は、その裁判権の範囲で、申立てにより、ラント法の命令またはその他ラント法律の下位に属する法規の有効性について裁判をする旨を定めることができる。……〔以下略〕……」と定め、規範統制ができる旨を認めている。南博方「規範審査訴訟」『行政訴訟の制度と理論』六一頁以下参照。なお、右条文の訳は南教授のものによった(南博方編『注釈行政事件訴訟法』四〇六頁以下、四一三頁)。

三

周知のように、アメリカ合衆国においては個別の各法律とは別に行政手続に関する一般法として、連邦段階では連邦行政手続法 (一九四六年制定) が制定されており、州段階においても行政手続法を持つ州が多い。⁽¹⁾

ところで、連邦の行政手続法 (Administrative Procedure Act, 以下「行政手続法」という) は、行政手続を裁決 (adjudication) と規則制定 (rulemaking) の二種に分けて法定している。⁽²⁾ そして、行政の民主化という観点から、いずれも利害関係人に、その程度にはかなり大きな差異があるものの、告知と聴聞の機会を付与することとしている。これらのうち裁決は、「過去及び現在における権利と責任の決定」⁽³⁾ に関するものであって、一応、日本でいう行政処分に類似するものといえよう。これに対して規則制定は、「本質的に立法の性格を有する」⁽⁴⁾ ものであって、行政立法にほぼ匹敵するものであるが、裁決と比較して規則制定については次の理由から参加がより

重要性を占める。

まず、規則制定は、もともと「規則」を制定するためのものであるから、参加を予定される人の範囲は、裁決に比べれば当然に広い。すなわち、裁決では認められていない公衆の参加が規則制定では問題となりうるからである。たとえば、「規則制定の過程に公衆参加 (public participation) を規定すること」⁽⁶⁾が、行政手続法の四つの根本目的の一つであるという説明は、このことを如実に示すものである。これは、議会における法律の制定が選挙によって選出された議員により行なわれ、間接的に国民の意思が反映されるのに対し、行政手続には右のような代表の要素が含まれていないため、「公衆参加」により国民の意思の反映の確保、およびその可能性の確保を意図したものとさえいえる。立法史によれば、規則制定に関する行政手続法の規定の主要目的は「できる限り公衆参加に基づき行政機関の立法権限が行使されなければならない」⁽⁶⁾ことにあるとし、また、「規則制定が民主的になしうるか」を問題として、規則制定における民主化を強化すべきことを主張する学説もある。⁽⁷⁾

次に、裁決と規則制定を対比できるいくつかの現代的課題も指摘することができる。第一に、デービス教授が指摘するように、規則制定が、行政的な政策および方針の決定手段として、裁決や裁判所による裁判よりもベターな手段、方法といえる。⁽⁸⁾すなわち、規則は、原則的に、裁判による判決や裁決による命令がいわば当該事件を解決すれば完結するのに対し、政策や方針を決定し、それが改廃されるまで行政の方向づけを行なうという責務を担わされているからである。もちろん、裁決により時には政策的判断が下されたり、また判決が先例拘束性の原理により継続的な政策決定の機能を果たすことがありうるが、このような状況を認めたとしても、なお規則制定こそ行政の政

策、方針の決定の役割を担うものといわなければならない。しかも、市民運動や住民運動による行政過程への参加要求は、具体的な問題解決を求める場合があるものの、他方、政策選択に及ぶことも多いため、規則制定における参加の問題は重要となり、前述のように参加人の範囲が広いために手続もそれに対応しなければならないという問題も生ずる。しかも、アメリカにおいては近時、特に一九七〇年代にいたり、行政活動の諸手段のうち裁決と比べて規則制定が最もよく利用される手段の一つとなっていることも注目に値する。⁽⁹⁾ 第二に、右のような状況を反映して規則制定に関する裁判所の態度が大きく変動しており、また議会も行政手続法における規則制定規定からかなり遊離した規定を含む立法をいくつか制定してきているが、それにもかかわらず行政手続法の規則制定規定は、一九四六年の制定以来大きな修正を受けずにきている。このため、同法は公衆参加を唱えながらそれを排除する旨の規定をおき、しかもその範囲が広いこと、また、特に政府の役割の変化等を併せて考えると、右の除外規定全体の再検討が必要となる。

次に、行政処分における行政手段と比較して行政立法のそれにはほとんど関心を払わないわが国において行政立法のコントロールを考察するに当っては、アメリカにおけるような手続的アプローチの検討は不可欠であると思われる。既述のように国会および裁判所による行政立法のコントロールが困難であることを認識すれば、このことは理解できよう。さらにわが国において数少ない立法例である行政立法への参加規定（電波法九九条の二二、火薬類取締法五三条、高圧ガス取締法七五条、労働基準法一一三条、船員法一二一条など⁽¹²⁾）の運営に資するためにも検討の必要性があるろう。さらに行政上の計画決定との関係からもその検討は有益である。すなわち、わが国において

は最近、都市計画や市街地再開発計画などのような行政上の計画⁽¹³⁾に関し、その策定手続が論議の的となっているが、アメリカでは規則制定が前述のように政策決定の手段として使用されてきており、この政策決定の中に都市計画決定等も含まれているからである。もともと、アメリカでは連邦制を採用しており、連邦事項以外は州の権限に属するため、右のような計画決定等について連邦行政手続法が直接適用されることは少なく、各州の行政手続法の適用の問題となることが多い⁽¹⁴⁾。また、連邦法律の中には行政計画の決定に関する規定を含むものもあるが、この場合でも、当該法律に行政手続法における手続とは異なる手続を定めることも少なくない。従って、連邦行政手続法が直接に適用される場合は制限されるけれども、規則制定に関しての一般法として検討する価値がないわけではない⁽¹⁵⁾。

以上に述べたいいくつかの理由から、以下、行政手続のうち特に規則制定手続について検討することとする⁽¹⁶⁾。

(1) 州レベルにおいても、行政手続法を持つものは多い。まず、一九四六年モデル州行政手続法、さらに同法の改訂法である一九六一年改正州モデル行政手続法が発表されており、これらは各州の行政手続法に大きな影響を与えた。資料としては若干古いが、クーパーによれば、二五州において、モデル法あるいは改訂モデル法によつた手続が採用されている⁽¹⁷⁾ (COOPER, STATE ADMINISTRATIVE LAW 13, note 5 (1965))。なお、熊本信夫『行政手続の課題』五〇頁以下は、州行政手続法の形成と発展について詳細である。

また、最近の各州の行政手続についてはたとえば次の文献を参照。

Griffin, The District of Columbia Administrative Procedure Act, 61 Geo. L.J. 575 (1973); Levinson, The Florida Administrative Procedure Act: 1974 Revision and 1975 Amendments, 26 U. MIAMI L. REV. 617 (1975)

(2) 行政手続法五五一条二二項は、行政機関の手続 (agency proceedings) として、規則制定 (rule making)、裁決 (adjudication)、認可行為 (licensing) の三種をあげているが、命令 (Order) の中に認可行為が含まれ (同条六項)、命令は裁決に

よつて作成されるため(同条七項)本文のよつて、規則制定と裁決を行政手続の類型として考えてほば間違ひはない。もつて、裁決と認可行為には若干の相違点があることには注意する必要がある。すなわち、新規の認可申請に対する決定に關するの同法五十六条の項、五十七条の項但書の場合である。

- (3) UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, ATTORNEY GENERAL'S MANUAL ON THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT, [hereinafter cited as ATTORNEY GENERAL'S MANUAL] 14 (1947) 同註・法務府法制審議院第四回『米國行政手続法解説』法務資料三一九号(以下、『米國行政手続法解説』と引用する)八頁。
- (4) ATTORNEY GENERAL'S MANUAL 14, 『米國行政手続法解説』八頁。
- (5) ATTORNEY GENERAL'S MANUAL 9, 『米國行政手続法解説』一頁。
- (6) ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT-LEGISLATIVE HISTORY SEN. DOC. NO. 248, 79TH CONG., 2ND SESS. 257(1946)
- (7) R. S. LORCH, DEMOCRATIC PROCESS AND ADMINISTRATIVE LAW 95 (1969)
- (8) DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 283-285 (1970Supplement), DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW OF SEVENTIES 167-169 (1976), 1 DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE 448-451 (2d ed. 1978)
- (9) 註②參照。また、Shapiro, The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy; 78 HALY. L. REV. 921 (1965), Robinson, The Making of Administrative Policy: Another look at Rulemaking and Adjudication and Administrative Procedure Reform, 118 U. PA. L. REV. 485 (1970) 等參照。註釋は後述する。
- (10) Wright, The Courts and the Rulemaking Process: The Limits of Judicial Review, 89 CORN. L.J. 375(1974); Verkuil, Judicial Review of Informal Rulemaking, 60 VA. L. REV. 185 (1974), Pedersen, Formal Records and Informal Rulemaking, 85 YALE L. J. 38 (1975); Kestenbaum, Rulemaking Beyond APA: Criteria for Trial-Type Procedures and the FTC Improvement Act, 44 GEO. WASH. L. REV. 1047 (1976) 等、文献は多数の如き。第一章回參照。
- (11) 労働安全健康法(Occupational Safety and Health Act)、消費者製品安全法(Consumer Product Safety Act)、連
行政機關による規則制定の諸問題(1) 荏原

邦取引委員会改善法 (Federal Trade Commission Improvement Act)、毒物規制法 (Toxic Substance Control Act)、大気清浄法改正法 (Clean Air Act Amendments) 等がある。なお、第一章四注(2)参照。

(12) 本文に述べたように、日本では手続的側面に注目している立法例は数少ないが、それらの特徴、および現実の運用等についてふれておこう。

電波法九九条の一二は、同法九九条の一一による諮問にかかる電波監理委員会の聴聞について規定しているが、この九九条の一一の各号のうち一項一号には、無線局の開設の根本基準 (同法七条一項四号)、簡単な免許手続 (同法一五条)、技術基準 (同法三八条) 等についての郵政省令の制定改廃が定められており、これらにかかる聴聞は立法的聴聞にほかならない。聴聞の手続については、同法九九条の一二に規定があるほか、これを受けて電波監理審議会聴聞規則がある。

高圧ガス取締法七五条は、通商産業大臣が高圧ガスの製造、販売、貯蔵容器等に関する通商産業省令の制定改廃に際し、公聴会を開くことを要求している。公聴会の手続については、高圧ガス取締法の規定に基づく公聴会等の手続に関する規則が定められているが、簡単な規定を置くのみで内容に乏しい。

右の高圧ガス法の規定に類するものとしては、火薬類取締法五三条、ガス事業法四八条 (同法三九条の二に関する場合) があげられる。

労働基準法一二三条は、同法に基いて発する命令は、その草案について、公聴会で労働者をに表する者、使用者を代表する者及び公益を代表する者の意見を聴いて、これを制定するとしている。これは、労働基準法の「諸規定が随所で命令に対して実質的な規制を委任していることの重大性にかんがみ、本条は、命令の制定にかぎりさらに公聴会の開催、そこでの意見の聴取を義務づけ、命令をより民主的なもの、民意に即したものにしようとする」と説明される (下井隆史他『コンメンタール労働基準法』三九九頁)。

この労働基準法一二三条に類するものとしては船員法一二一条がある。

以上が手続的側面に注目している立法例であるが、これらの手続的要件を欠いてずに制定された命令等の法的効力に関し

ては、概して利害関係人の聴聞の場合と公聴会の場合とを区別して考えられている。すなわち、利害関係人の聴聞の場合には、授権法がやや詳細な手続を定めることによって権利保護をする趣旨であるので、これを欠いたものは無効と解し、これに対して手続規定が別段定められていない公聴会の場合は、特定の利害関係人の保護ということではなく、単に意見を広く一般から徴収するという訓示の規定と考えられるので、これを欠いてもただちに無効とはいえない、とされている（杉村、山内編『精解行政法』二五五、二五六頁（荒秀執筆）。なお、和田英夫「行政立法手続」鶴飼編『行政手続の研究』五六頁以下も同旨である）。

さて、右のようにいくつかの条項に、聴聞または公聴会の開催等に関する規定が存するけれども、それらは実際的にはほとんど使用されていない。右の条項のうち昭和四八、四九、五〇年度の三年間において、電波法九九条の一二に基づく聴聞は一四回、高圧ガス取締法七五條、火薬類取締法五三條、ガス事業法四八條に基づく公聴会は、それぞれ七回、二回、一回しか開催されておらず、労働基準法一一三條に基づく公聴会の開催はなされなかった（行政管理庁行政管理問題研究会行政手続研究会『行政手続に関する調査結果報告書（その一）聴聞・公聴会等手続の運用状況』一四一、二七四、二七五、二八二頁。いずれも三年間の合計数であるが、数が少ないのは処分要件に該当する事案が出なかったためと説明されているものがほとんどである）。また、裁判所において争れることもほとんどないようである（最高裁判所事務総局『行政事件訴訟十年史』一九七頁以下、同『続行政事件訴訟十年史』二九七頁以下、同『行政事件訴訟の一般的問題に関する裁判例概観』二六六頁以下）。

(13) 現行法上、都市計画の策定手続は以下の如くである。すなわち、都市計画法において、まず、都道府県知事の定める都市計画の策定手続は、① 調査のための立入、障害物の伐除、および土地の試掘等（二五條ないし二七條）、② 「都市計画素案」の作成、公聴会等の開催（一六條）、③ 関係市町村の意見の聴取（一八條一項）、④ 「都市計画法」の公告、縦覧、関係市町村住民および利害関係の意見書の提出（一七條）、⑤ 「都市計画法」の都市計画地方審議会への付議、意見書の要旨の提出（一八條二項）、⑥ 一定の場合、建設大臣の認可（一八條三項）、⑦ 一定の場合、他の行政機関との調整（二三條）、

⑧ 「都市計画」の決定（一九条）、⑨ 都市計画の告示等（二〇条）、⑩ 都市計画の変更（二一条）

また、市町村の定める都市計画の策定手続は、概略次のようである。すなわち、① 調査のための立入、障害物の伐除、および土地の試掘等（二五条ないし二七条）、② 「都市計画素案」の作成、公聴会等の開催（一六条）、③ 「都市計画案」の公告、縦覧、関係市町村住民および利害関係人の意見書の提出（一七条）、④ あらかじめ都市計画地方審議会の議を経た都道府県知事の承認（一九条）、⑤ 「都市計画」の決定（一九条）、⑥ 都市計画の告示等（二〇条）、⑦ 都市計画の変更（二一条）。

このように都市計画の策定にあたって、公聴会や意見書の提出についての規定があるものの、これらが実際に有効に働いているかについては、疑問がある。一〇都道府県（北海道、秋田県、東京都、愛知県、三重県、京都府、島根県、香川県、福岡県、熊本県）においては、都市計画法一六条の公聴会等の対象となった処分件数は、昭和四八年度合計一二二件（内公聴会等開催件数二三件）、同四九年度八八件（内公聴会等件数九件）、同五〇年度八二件（内公聴会等件数三件）であった。また一〇市（札幌市、秋田市、名古屋市、津市、京都市、松江市、高松市、福岡市、熊本市、横浜市）においてもそれぞれ昭和四八年度合計一六件（内一件）、同四九年度二一件（内一件）、同五〇年度一九件（内〇件）であった。このように処分件数も、公聴会開催件数も少ないのは、開催の要否が処分庁の裁量に任せられ、かつ特に開催を要すると認められる事件がなかったこと、および、もともと処分要件に該当する事案が出なかったこと等が理由としてあげられている。また、右の一〇市のうち横浜市は全く公聴会開催を行わず、地元説明会で措置している（行政管理庁行政管理問題研究会行政手続研究部会『行政手続に関する調査結果報告書（その一）聴聞・公聴会等手続の運用状況』二八四、二八五頁）。

さて、このような制度に種々の問題があるとする指摘もある。すなわち、公聴会が任意的であること、意見処理制度が市町村が都市計画を定める場合には適用されないこと、また開発許可はいわば都市計画決定を緩和するものだから消極的都市計画決定ともいえるべきもので、これに対し建築許可におけるごとき聴聞制度がおかれていないこと。さらに都市計画作成後わずか二週間に内に意見書の提出をすることは、集団としての住民の意見を提出しうるための集団的討論をな

しえないこと、都市計画地方審議会での程度審議され、いかなる議論がされたかが明らかにしえないこと等の問題が指摘されている（荒秀『開発行政法』二七〇、二七一、二七二頁など）。さらに計画に関し、遠藤博也『計画行政法』、西谷剛「計画行政と住民参加」公法研究三九号一三〇頁等。

(14) たとえば、Zoning に関してみれば、どの地域にどのような建築物の建築を一般的に認めるかについて（日本でいえば、用途地域（都市計画法八条参照）の指定に相当する）は、地方団体の条例（ordinance）で定められるが、建築物の形態規制については規則制定で行われる（COOPER, STATE ADMINISTRATIVE LAW 32 (1965)）。しかし、このような問題は、主として本稿で検討する連邦法の問題ではなく、州、および地方団体の法の問題である。

(15) 既述のようにアメリカの規則制定手続は、「一般公衆の参加」を前提とし、または、それを目的としてつくられた手続である。ところで、公衆の行政への参加は、ただ単に参加のための制度があるからといってそれだけで目的を達するものではない。むしろ、公衆の側に積極的に参加しようとする意思、および行動があつてはじめて所期の目的どなりにこの制度が動くと言つても過言ではない。そこで、ここでは公衆参加のメカニズムについて簡単な考察を試みよう。

もともと公衆参加には、制度化されたものと制度化されていない運動的なものがある。ところで、この制度化されたものと運動的なものとの相互の関係には、運動が新しい制度を生み出すという相関関係がみられる。すなわち、運動によってその成果として制度がつくり出されるが、一旦、公衆参加の制度が確立することによって、制度に従つた参加は認められるが、逆に制度にのらない要求は切り捨てられ、このことがかえつて新たな公衆参加の運動をおこす一因ともなるし、また、公衆参加の意欲を喪失させる一因となることは十分に起こりうる。たとえば、普通選挙運動は、一般民衆の政治参加を確保するための運動であり、この運動の成果として普通選挙制度が確立した。ところがこの普通選挙の実施により、各個人の投票する一票の価値は相対的に低下し、このことが参政権の一つとしての投票による参加の意欲を失わせ、またその形式化、空洞化の一因となり、それが他の有効な参加手段を求める運動の一因となつたのである。

また、公衆参加は、常に行政の側による「包絡」(involvement) 作用と表裏一体にある。すなわち、公衆参加が、行政

機関が一定の活動をなす場合に公衆の支持を得たとするための隠れ蓑として、あるいは、反対運動を抑圧するためのものとして使用されることは少なくない。たとえば、日本で数多く採用されている各種の審議会、およびそれが開催する公聴会が、実際的には、参加の観点からすれば、単なる翼賛機関にすぎないとか、隠れ蓑であるという指摘が数多くなされている。

さらに、現在のように国、地方自治体ともに規模が巨大化し、中央集権化されてしまうと、公衆参加の実現には大きな困難がともなう。しかも、行政機関は、国民の信託を受けた議会の法律や条例に従って活動しており、議会によるコントロールが法制度上存する。このため、議会による行政機関のコントロールが、たとえ前述のように形式化、空洞化していても、公衆の参加を認めることには反対が強い。しかも、公衆の参加といっても、その個人個人は、それぞれ個人的な利害関係をもちつつ、それを利用して公衆参加を主張するのが実情であるから、参加を認めることはゴネを認めることであるとして、一層強い反対がある。なお、篠原一『市民参加』等参照。

四

さて、以上に述べたように規則制定についてはその全てについて包括的に検討することが必要とされようが、その中で論点となるのは、規則制定の手続的要件、および規則制定手続の限界である。前者は、公衆の意見の反映を考へる際に、どのような手続によりその意見反映が確保しうるか等を中心とした手続についての問題であり、後者は、公衆が規則制定の手続から排除されるのはいかなる場合を中心とした規則制定の制度上、および運用上の問題である。本稿では、両者のうち、後者の限界の諸問題を中心として検討を行なう。これは、前述のように公衆の規則制定への参加の価値を認めた上で、なお、公衆の参加がふさわしくない場合があり、それらがどのような範囲に及ぶか、を、考察する手懸りを得ようとするためである。すなわち、公衆参加を求める要求は広範な行政活動

に及んでいるが、参加を認めることにより、かえって、公衆一般の権利益を損う場合がありうるからである。一例をあげれば、外交上の問題については、秘密を要する場合があります、その経過や結果を事後に公表すべきであるとしても、一般的に常時いかなる場合でも、公衆が外交上の事項に関する規則制定への参加を認めるとすることには疑問がある。このような場合には公衆の参加が実現することにより、かえって国民全体の権利等を脅かすことがありうるからである。そこで、行政手続法五五三条を手懸りとしながら、いかなる場合に公衆参加を制限することが適切であるかを検討することにする。

第一章 規則制定

一 規則制定の憲法上の問題

まずはじめに規則制定 (rulemaking) の法的地位を概観しておこう。ここでは、憲法の問題点を、次節では行政手続法上の問題点を検討する。

(i) 行政立法である規則制定の承認は、立法権非委任の法理 (non-delegation doctrine) の克服よりはじまる。⁽¹⁾ 右法理は、立法権は議会のみが有し、他の機関には委任できないといふものであり、権力分立理論、Delegata potestas non potest delegari (権限を授与せられたる者は、その権限を他に委任することを得ず) 等を根拠とする。しか

し、最高裁判所判決等により右法理は、ほぼ克服され、立法権委任の諸問題は、象徴的に言えば、昨年の亡霊(ghost of yesteryear)というほどにしか考えられていないとわれている。⁽²⁾

ただ最近、立法権の委任の必要性を承認し、非委任の法理を個人の権利保護の面から再構成しようとする見解がある。これは、議会による委任の基準よりも、行政機関による基準設定を重視し、この基準設定のため規則制定の活用を提唱するものである。⁽³⁾

(ii) デュー・プロセス条項は、行政手続を発展させる基礎となったものであるが、従来より規則制定には適用されないとされてきた。これは、規則制定が立法的性格を有することをその根拠とする。しかし、制定法に定められた基準によって行政機関の規則制定を統制することは、現在の高度に複雑化した社会における行政の専門性、技術性等を考慮すれば極めて困難である。また、立法的性格を持つといっても、行政機関は議会のような国民の選挙による直接の統制がない。これらの点により、デュー・プロセス条項を規則制定にも適用、または準用せよとの主張がある。⁽⁴⁾

これらの議論で問題となるのは、規則制定を憲法上のレヴェルで考察する必要があるか、それとも行政手続法等の制定法のレヴェルだけで十分か、ということである。立法権非委任理論の再構成論、およびデュー・プロセス条項適用、または準用論が肯定されれば、行政手続法その他の制定法により、規則制定への公衆参加が認められなくても、憲法上の問題として公衆参加を認める余地が生ずるからである。さらに、行政手続法その他の制定法の合憲違憲の問題も生ずる余地がある。

(1) アメリカにおける委任立法については、水野豊志『委任立法水の研究』二五八頁以下。また、佐藤幸治「アメリカ合衆国法におけるの支配」の一断面——委任立法を中心として——「磯崎辰五郎先生喜寿記念『現代における法の支配』」一九頁は、この問題について歴史的検討、および現在の問題を検討している。

H. A. LINDE AND G. BUNN, LEGISLATIVE AND ADMINISTRATIVE PROCESS 5116-518 (1976) * 本書の第五章は委任立法の問題について示唆を富む。R. S. LORCH DEMOCRATIC PROCESS AND ADMINISTRATIVE LAW 79-81 (1969) * 1 DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 49-223 (2d ed. 1978), E. GELHORN, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS 6-41 (1972) ; S. A. BARBER, THE CONSTITUTION AND THE DELEGATION OF CONGRESSIONAL POWER (1975) 等参照。

本稿で扱う規則制定については、和田英夫「行政立法手続」鶴飼編『行政手続の研究』所収、小高剛「住民参加手続の法理」が詳細であり、小高教授の一連の研究「聴聞に関する序論的考察——合衆国行政法における問題を中心に」「立命館法学三一号七五頁、「行政過程における正式手続の制限及び排除について——英米行政過程における手続的適正(五)」「立命館法学六三・六四号五一五頁、「行政法における適正手続の理論(一)」「(四)」「立命館法学六十七号二二三頁、「七二号九五頁、七四号四〇一頁、八〇号三三七頁、および外間寛「アメリカにおける行政立法論の新展開」公法研究三八号六一頁など。

(2) Gellhorn and Robinson, Perspectives on Administrative Law, 75 COLUM. L. REV. 771, 774 (1975)

(3) DAVIS, supra note 1, 佐藤・前掲論文。

(4) Sinaiko, Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking, 63 CALIF. L. REV. 886, 893-898 (1975)

二 行政手続法上の規則制定——規則と規則制定

行政手続法においては、行政機関の手続を規則制定手続と裁決手続に分け、これをその根本として構成している。規則制定とは、規則を形成し、改正し、またはその廃止のための行政機関の手続過程であり、裁決とは、命令を

形成する行政機関の手續過程をいう。⁽²⁾しかも、命令 (Order) とは、「規則制定を除き、認可行為を含む行政機関の最終処分全部、または一部を意味し、その形式が肯定的、否定的、差止的あるいは宣言的であるかどうかを問わない⁽³⁾」と定義されており、規則と競合することはない。

次に「規則」(rule) とは、法または政策を執行し、解釈し、規定するため、または行政機関の組織、手續または実際上の取扱の要件を定める一般的、または個別的適用事項および将来の効果に関する行政機関の説明の全部または一部を意味し、将来の運賃、賃料、およびこれらの団体または財政の構造、価格、施設、設備、サービスまたはこれらに対する報酬、評価、生産費、会計、または上述の諸事項に関する実際上の取扱の認可、または将来に向けて定められたものをいう⁽⁴⁾と定められている。この定義は、わが国における規則とはかなり異なる。この点について、行政手続法の「定義する規則のうち、行政機関の組織、手續等を内容とするもの、及び、法律の解釈等に関する一般的な基準を内容とするものは細かい点を別にすれば、我が国の法律にいう規則制定とほぼ同じものと見て差し支えあるまい。これに対して、個別的な法律の適用事例に関する規則は、我が国では見られないものであり、アメリカ行政手続法の一つの特色を示すものである。そして、この個別的な法律の適用事例に関する規則の特色として次の二点を挙げるができる。第一に、このような規則には、将来の料金、賃金、価格等の認可が含まれており、我が国では公共料金等の許認可の如く、行政処分の対象とされている事項を対象としている点である。ついで、第二に、規則とは、行政機関による説明の全部または一部とされており、このことは新しい問題が生じた場合、それが個別的な問題であっても、規則制定手續が採用すべきことを要請しているようである。」⁽⁵⁾と説明されている。

このようにみると規則の概念が我が国のそれと比較するとかなり広いものであることが理解できよう。⁽⁶⁾

- (1) 5 U. S. C. §551 (5)
- (2) 5 U. S. C. §551 (7)
- (3) 5 U. S. C. §551 (6)
- (4) 5 U. S. C. §551 (4)
- (5) 綿貫芳源「アメリカにおける原子力発電所建設等の許可と司法審査」ジュリスト六六八号六七頁、七二頁。
- (6) ここにいう規則には、大統領命令 (executive order) を含まない。また、規則はという文言の他、規制 (regulation) という文言でしばしば表現され、時には order なる文言が用いられることもある。

三 規則制定手続

規則制定の手続は、告知と書面による意見提出の機会を当事者に付与することに、その中心がある。すなわち、行政手続法五五三条C項は、「本条の定めによる告知の後、行政機関は利害関係人に対し、口頭陳述の機会を付与し、あるいは付与せずに、書面による資料、意見、あるいは弁論の提出を通じて、規則の制定に参加する機会を付与しなければならない。行政機関は提出された関連事項の検討の後、制定する規則中に規則の根拠、および目的の概要を簡潔に記載しなければならない。行政機関の行なう聴聞の機会を付与した後、その記録に基づいて規則を制定するよう制定法が定めている場合には、本項の規定によらず、五五六条ならびに五五七条の規定を適用する。」と定められている。

このように規則制定には二種の手続が予定されており、その一は、右五五三条C項第一文、第二文に規定された

ものであり、これは非正式 (informal) 規則制定手続と呼ばれ、当事者への告知と書面による意見提出の機会を付与することをその手続の中心とする。その二は、同項第三文に規定されるもので、正式 (formal) 規則制定手続と呼ばれ、行政手続法五五六条、五五七条の規定が適用され、裁判手続に準ずるような手続がなされる¹⁾。

右の二種の手続のうち実際上は、非正式手続が多用されている。そこで以下、行政手続法の規定するところにより、非正式手続の概略を述べておこう。

(i) 行政機関は規則案を作成し、それを連邦公示録 (Federal Register) に公告しなければならない。告知は、この連邦公示録への公告によることが原則であるが、一定の場合には個人への通知でもよい。

(ii) 利害関係人に対し、書面による意見提出の機会を付与しなければならない。行政機関は、その裁量により、口頭陳述の機会等を付与することもできる。

(iii) 発効日の三〇日以前に、その根拠および目的の記載を含む規則を公告しなければならない。これも、連邦公示録への公告が原則である。

(iv) 行政機関は、利害関係人に対し、規則の制定、改正、または廃止の申立をなす権利を付与しなければならない。

(1) 両者の差異の主な点は次のとおりである。第一に、手続の主宰者に関し、正式手続は行政機関自身、行政機関の構成員、または行政法裁判官 (administrative law judge) が主宰者であることを要求されるが(五五六条b項)。非正式手続にはそのような要件はない。第二に、拳証責任に関し、正式手続は規則の提案者が負うが(五五六条d項)、非正式手続には適用が

ない。第三に、記録の取扱に関し、正式手続は全記録を考慮しなければならないが(五五六条d項)、非正式手続は行政機関に広い裁量権を与えている(五五三条c項)。第四に、反対尋問は、正式手続には保障された権利であるが(五五六条d項)、非正式手続にはそうではない。第五に、記録の内容に関し、正式手続はすべての提出された証拠を要求するが(五五六条e項)、非正式手続には要件がない(五五三条c項)。第六に、第一次決定(initial decision)、または仮決定(recommended decision)は、正式手続に要求されているが(五五七条d項)、非正式手続では必要ではない。第七に、事実認定、結論の主張、異議申立(exception)は、正式手続の場合には許されるが(五五七条c項一、二、三)、非正式手続では適用がない。第八に、事実認定および結論に関し、正式手続は記録にあらわれている事実、法律、または裁量についてのすべての重要な争点について行いが(五五七条c項A号)、非正式手続は規則の根拠および目的の一般的説明をすればよい(五五三条C項)。第九に、一方的意思交流(ex parte communications)は、正式手続では禁止されることとなったが(五五七条項一、二)、これは、一九七六年の会議公開法による法改正で実現した、非正式手続については未解決である。

四 規則制定の最近の動向

次に規則制定の限界の問題を検討するため、最近の規則制定に関する動向、特にその手続面における動向を概観しておきたい。これは特に最近の規則制定の手続面における動向が重大なものであり、しかも行政手続法に規定された最低限の手続的要件、すなわち当事者への告知と書面による意見提出の機会の付与だけでなく、手続的要件を加重しようとする傾向にあり、このことが規則制定の限界についての評価にも影響を与えていると思われるからである。最近、各行政機関が規則制定を行なう場合、環境団体や消費者団体等が書面により意見提出をなすことを広く認めており、また、原子力規制委員会(Nuclear Regulatory Commission)のように告知と書面による意見提出の

手続だけでなく、より一層詳細な手続を採用して、十分な参加を保障しようとするものがある⁽¹⁾。このような傾向は、立法府、および司法府にも見られる。すなわち、議会による一九七四年の連邦取引委員会改善法 (Federal Trade Commission Improvement Act)、一九七七年の大気清浄法改正法 (Clean Air Act Amendments of 1977) 等の制定がこれである。ここでは、参加人の範囲の拡大、手続的要件の加重等が立法的になされた⁽²⁾。また裁判所においても、特にコロンビア地区連邦控訴裁判所を中心として、行政機関に告知と書面による意見提出だけでは不十分であり、要件の加重を求める判例がある⁽³⁾。これらの諸判決は、たとえば手続における公正 (fairness) の要求を理由とするもの⁽⁴⁾、ソフトで微妙な (soft and sensitive) 諸問題には要件が加重されるべきとするもの⁽⁵⁾、実質的 (substantial evidence) 証拠なる文言を根拠とするもの⁽⁶⁾、および規則制定と裁決との区別を無視、軽視することによって要件の加重を求めるものなど⁽⁷⁾、その理由づけは必ずしも一致していない。これらの判決の多くは、規則制定であり、立法的性格を有するものであっても、単なる政策選択だけではなく、一定の事実の認定が必要な場合であって、この場合に詳細な手続をなす必要があると認めたものであろう。しかし、それだけではなく、公衆の参加要求すなわち、その規則への意見反映の要求にもその一因があるように考えられる⁽⁸⁾。

しかしながら、このような傾向は、一九七八年の最高裁判所の Vermont Yankee Nuclear Power Corporation v. Natural Resources Defense Council, Inc., 判決⁽⁹⁾により歯止めがかかり、見直しがなされることとなった。すなわち、最高裁は、行政手続法は、行政機関が規則制定を行なう際、裁判所が課しうる最大限の手続的諸要件を定めたものであって、これが議会の意図であること、および行政機関はその裁量により手続的要件を加重しう

るが、裁判所は、行政機関に対して手続的要件を加重するよう命じえない旨判示した。これにより、立法府の動きは別として、前記諸裁判所の動きには大きな制限が加わることにならう。ただ、右最高裁判決をどのように評価するかにもよるが、右判決が今後の判決への先例としてどのように取扱われるかを充分注意しておく必要がある。なぜなら、その判決理由は、前記諸裁判所のそれと比較してみると、一般論を述べるものの、詳細な理由づけ、論理構成を欠いているからである。いずれにしても、この点は今後の判例を待つ必要がある。

(1) 最近の原子力規制委員会 (Nuclear Regulatory Commission) における規則制定の問題等を含めて、むしろ以下
の文献参照。

Bavser, *The Development of Rulemaking within the Atomic Energy Commission: The Nuclear Regulatory Commission's Valuable Legacy*, 27 AD L. REV. 165 (1975); Notes, *The Use of Generic Rulemaking to Resolve Environmental Issues in Nuclear Power Plant Licensing*, 61 VA. L. REV. 869 (1975); Cranton, *A Comment on Trial-Type Hearings in Nuclear Power Plant Siting*, 58 VA. L. REV. 582 (1972); Willrich, *The Energy-Environment Conflict: Siting Electric Power Facilities*, 58 VA. L. REV. 257 (1972); Note, *AEC Rulemaking and Public Participation*, 62 GEO. L. REV. 1737 (1974)

(2) 行政手続法五五三条に定められた手続的要件——すなわち、告知と書面による意見提出の機会の付与以上の手続的要件を課す旨定めた最近の立法例としては、次のものがある。

労働安全健康法 (Occupational Safety and Health Act of 1970)

消費者製品安全法 (Consumer Product Safety Act of 1972)、本法は、一九七六年に改正を受けたが、同法の立法史、制定当時の事情については、THE BUREAU OF NATIONAL AFFAIRS, INC., THE CONSUMER PRODUCT SAFETY ACT (1973) 参照。

連邦取引委員会改善法 (Federal Trade Commission Improvement Act of 1974) 本邦に於いて Kestenbaum, Rule-making Beyond APA: Criteria for Trial-Type Procedures and the FTC Improvement Act, 44 Geo. Wash. L. Rev. 679 (1976); S. NYE & E. RUBIN ed., FTC RULEMAKING PROCEDURES AND PRACTICE: STRATEGIES FOR PRIVATE AND CORPORATE PRACTITIONERS (1977)。本法、若くは本法に於いて規則制定の実際、手続等が詳細である。なお、*cf.* C. SMITH & C. S. WHITE ed., FTC TRADE REGULATION: ADVERTISING, RULEMAKING, AND NEW CONSUMER PROTECTION (1979) の連邦取引委員会の規則制定を詳し。

また、本法に於いては、経済企画庁消費者行政第一課編「続消費者被害の救済」二五六頁に翻訳がある。なお、土井輝生「マグソン、モス保証——連邦取引委員会改善法（アメリカ合衆国消費者製品保証法）」国際商事法務三卷九号、野木村忠邦「マグナッソン・モス保証——連邦取引委員会強化法タイトル」日本法学四一巻三号、四号
毒物規制法 (Toxic Substances Control Act) 本法の立法史、制定当時の事情については DRULEY AND ORDWAY, THE TOXIC SUBSTANCES CONTROL ACT (1977) 参照。

大気清浄法改正法 (Clean Air Act Amendments of 1977) 本法は一九七〇年の改正に続く大気清浄法の大改正である。一九七〇年の改正については、綿貫芳源「アメリカにおける環境法」自治研究四卷一〇号三頁以下。特に、(四)～(七)自治研究四九卷一号一〇三頁、同巻二号五三頁、同巻三号一二二頁、同巻四号一〇九頁以下。

連邦エネルギー省組織法 (Federal Energy Department Organization Act)

これらの諸法律による規則制定の手続的要件は多種多様であるが、口頭陳述の機会の付与、勧告委員会の設置、反対尋問の機会の付与、詳細な規則制定記録の作成など、行政手続法五五三条による手続的要件よりも手続的要件が加重されていることに注目しなければならない。

(3) たとえば次のような判例がある。

(i) ロンビブ地区連邦控訴裁判所 *Walter Holm & Company v Hardin*, 449 F. 2d 1009 (D.C. Cir. 1971); *Int-*

ernational Harvester Company v. Ruckelshaus, 478 F. 2d 615 (D.C. Cir. 1973); Mobil Oil Corporation v. Federal Power Commission, 483 F. 2d 1238 (D.C. Cir. 1973); Public Service Commission for the State of New York v. Federal Power Commission, 487 F. 2d 1043 (D.C. Cir. 1973); Portland Cement Association v. Ruckelshaus, 486 F. 2d 375 (D.C. Cir. 1973), cert. denied 417 U.S. 921 (1974); D.C. Federation of Civic Associations v. Volpe, 459 F. 2d 1231 (D.C. Cir. 1972), cert. denied 405 U.S. 1030 (1972) 以上の判決のなかで、最後のもので Bazelton 判事、Mobil Oil 事件は、Wilkey 判事、この種の事件は、Leventhal 判事などは法廷意見を書いた。

(三) この種の Appalachian Power Company v. Environmental Protection Agency, 477 F. 2d 495 (4th Cir. 1973); Union Oil Company of California v. Federal Power Commission, 542 F. 2d 1036 (9th Cir. 1976) がある。

(4) Water Holm & Company v. Hardin 449 F. 2d 1009 (D.C. Cir. 1971) は、公田の根本的考慮を必要とするべきであるが、中絶は必要と見做され、Wright, The Courts and the Rulemaking Process: The Limits of Judicial Review, 59 CORNELL L. REV. 375 (1974)

(5) International Harvester Company v. Ruckelshaus, 478 F. 2d 615 (D.C. Cir. 1973)

(6) Mobil Oil Corporation v. Federal Power Commission, 483 F. 2d 1238 (D.C. Cir. 1973)

(7) Union Oil Company of California v. Federal Power Commission, 542 F. 2d 1036 (9th Cir. 1976) 本判決は、実質的証拠なる文言を理由とした。

(8) この問題に関する文献はあまねく多く。もしもたゞ以上の文献参照。

Leventhal, Environmental Decision Making and the Role of the Courts, 122 U. PA. L. REV. 509 (1974); Pederson, Formal Records and Informal Rulemaking, 85 YALE L. J. 38 (1975); Friendly, Some Kind of Hearing, 123 U. PA. L. REV. 1267 (1975); Wright, The Courts and the Rulemaking Process: The Limits of Judicial Review, 59 CORNELL L. REV. 375 (1974); Williams, "Hybrid Rulemaking" under the Administrative Procedure Act: A Legal

and Empirical Analysis, 42 U. CHI. L. REV. 401 (1975) ; Note, Judicial Role in Defining Procedural Requirements for Agency Rulemaking, 87 HARV. L. REV. 1782 (1974) ; Note, Judicial Review of the Facts in Informal Rulemaking: A Proposed Standard, 84 YALE L. J. 1750 (1975) ; Kestenbaum, Rulemaking Beyond APA: Criteria for Trial-Type Procedures and the FTC Improvement Act, 44 GEO. WASH. L. REV. 679 (1976) ; Auerbach, Informal Rule Making: A Proposed Relationship between Administrative Procedures and Judicial Review, 72 NW. U.L. REV. 15 (1977) ; Fuchs, Development and Diversification in Administrative Rule Making, 72 NW. U.L. REV. 83 (1977)

1 DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 447-634 (2d ed. 1978) 及び 規則制定全般について詳細である。そして 3 MEZINES, STEIN, GROFF, ADMINISTRATIVE LAW, § 17.01 (1977)

また、紙野健一「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」法政論集八〇号一六頁。

(9) 手続的要件の加重の是非は、行政の迅速性、効率性の点も含めた検討が必要である。一律的な公衆の参加、および詳細な手続の採用は、右の点から不適當である。この点で参考となるのは、手続的要件と参加人の範囲を関連させる考え方である。ケルホーン教授は、① 告知と意見提出による規則制定 (notice-and-comment rulemaking) 書面、口頭の場合を含む) ② 記録に基づく規則制定 (rulemaking-on-a-record) ③ 料金決定 (ratemaking) ④ 裁決 (adjudication) に分け、それぞれ参加人の範囲を論じた。①→②は、従来、規則制定の中で議論されてきたものであり、注目すべきである。Gellhorn, Public Participation in Administrative Proceedings, 81 YALE L.J. 359 (1972) 及び、右論文については、熊本信夫「一九七六一」アメリカ法七八頁に紹介がある。

(10) Vermont Yankee Nuclear Power Corporation v. Natural Resources Defense Council, Inc., 435 U.S. 519 (1978) 本判決については、綿貫芳源「アメリカにおける原子力発電所建設等の許可と司法審査」ジュリスト六六八号六七頁、大田幸夫「原子力行政と司法審査——合衆国ヴァーモント・ヤンキー判決寸評」判例時報八八四号一八頁。

McQUIP, Stewart, Vermont Yankee and the Evolution of Administrative Procedure, 91 HARV. L. REV. 1804 (1978) ; Byse, Vermont Yankee and the Evolution of Administrative Procedure: A Somewhat Different View, 91 HARV. L. REV. 1823 (1978) ; Breyer, Vermont Yankee and the Court's Role in the Nuclear Energy Controversy, 91 HARV. L. REV. 1833(1978) IDAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, 605-616 (2d ed. 1978)

第二章 規則制定の限界(一)

——内容上の限界——

第一節 概 説

一

行政機関が規則を制定する場合、常に行政手続法五五三条以下の規則制定手続によるわけではない。すなわち同法五五三条の中で以下のような場合には規則制定手続が、全部または一部排除されることが法定されている。

第一に、行政手続法五五三条以下の規則制定手続が全面的に適用されない場合がある。同法五五三条a項は、「本条は以下に該当する事項を除き、本条各項に従って適用される。

- (1) 合衆国の軍事、または外交上の事項に関する機能、または、
- (2) 行政機関内部の管理、または人事、または公共の財産 (public property)、貸付金 (loans)、補助金 (gr-

行政機関による規則制定の諸問題(一) 荏原

ants)、利益付与 (benefits)、あるいは契約 (contracts) に関する事項。」と定めており、この場合には規則制定手続の適用は全面的に排除される。

第二に、規則案の連邦公示録への公告が排除される場合がある。同法五五三条b項は、規則案を連邦公示録に公告すべきことを命じているが、その例外として二種のを定めている。すなわち、制定法による告知、または聴聞が要求されている場合を除いて、(1) 解釈規則、政策の一般的説明、行政機関の組織、手続、あるいは実際上の取扱についての規則 (五五三条b項A号)、(2) 行政機関が正当な事由 (good cause) により告知、および告知に基づく公開の手続が実際上不可能、不必要または公共の利益に反する (impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest) と認め (かつ制定する規則中にその事由の認定 およびその理由の要旨を記載する) 場合 (五五三条b項B号) である。これら場合には、同法五五三条B項にいう規則案の連邦公示録への公告が排除されるとともに、本条による公告を前提とする五五三条C項の手続も排除される。

第三に、同法五五三条に定められた手続を排除されるが、同法五五六、および五五七条に定められた手続が適用される場合がある。同法五五三条C項は、「行政機関の行なう聴聞の機会を付与した後、その記録に基づき規則を制定するよう制定法が要求している場合には、…五五六条、および五五七条を適用する」と定めている。これは、正式規則制定手続と呼ばれることは既に述べたが、この場合は、五五三条による手続よりも詳細かつ慎重な手続が行なわれる。

以上、大別して三種の場合に、五五三条の手続が排除されるが、第三の場合は、五五三条に定められた手続より

もより詳細かつ慎重な手続がなされるため、ここで議論する必要はない。問題となるのは、規則制定手続が全部、または一部排除される第一、第二の場合である。以下、章を分けて検討することとし、本章では、まず第一の場合をみてみよう。

二

上述のように、(1) 合衆国の軍事、または外交上の事項に関する権能、または、(2) 行政機関内部の管理、または人事、または公共の財産、貸付金、補助金、利益付与、あるいは契約に関する事項、⁽²⁾ についての規則を制定する場合には、行政手続法五五三条の適用がない（行政手続法五五三条a項）。両者とも行政機関の諸機能のうちでも重要な役割を持つ分野の事項である。特に後者は財産的事項について規定しており、福祉国家建設のために連邦政府が資金を支出する場合などにも適用されると考えられるから、その影響はきわめて大きいと言わざるをえない。しかも、裁決と比較すれば、軍事・外交問題は行政手続法五五四条a項四号により裁決手続にも規則制定手続の場合と同様にその適用が排除されるが、財産上の事項に関してはその適用を排除する旨の明文規定が存しないため、裁決手続においては規則制定の場合と重なり、その手続的要件が排除されることはない。すなわち、当該行為が裁決手続で行われるならば、たとえそれが政府の財産上の事項に関連するものであっても、裁決に関する行政手続法上の規定が適用されるのに対し、規則制定手続で行われるならば、同法五五三条a項二号により同条以下に規定された手続的要件が課されないものである。従って、当該行為が裁決で行われる場合は裁判手続に準ずるような手続が制

定法上課され、規則制定で行われる場合には告知と書面による意見提出手続という手続すら経なくてもよいのである。

そこで、このように現代の行政に大きな影響を持つ事項が、(1) どのような理由により規則制定の手続的要件を排除されているのか、(2) 実際の裁判例の中ではどのように取扱われているか、(3) その評価、および今後の見通しはどうか、などを以下、順次検討してみよう。

(1) 行政手続法五五三条a項一号。この問題については、Bonfield, *Military and Foreign Affairs Function Rule-Making under the APA*, 71 MICH. L. REV. 221 (1971)。

(2) 行政手続法五五三条a項二号。この問題については、Bonfield, *Public Participation in Federal Rulemaking Relating to Public Property, Loans, Grants, Benefits, or Contracts*, 118 U. PA. L. REV. 540 (1970); Sinaiko, *Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking*, 63 CALIF. L. REV. 886 (1975)

補助金制度については、たまたま、Tomlinson and Mashaw, *The Enforcement of Federal Standards in Grant-In-Aid Programs: Suggestions for Beneficiary Involvement*, 58 VA. L. REV. 600 (1972) によれば、合衆国行政協議会への報告書を基礎としたものであり、補助金に関する現状報告、勧告等を含むものでもある。

契約に関するは、Grossbaum, *Procedural Fairness Public Contracts: The Procurement Regulations*, 57 VA. L. REV. 171 (1971); Note, *The Interrelationship of the ARA and the Tucker Act: The Government Contracts Example*, 64 GEO. L. J. 1083 (1976), 前者については、熊本信夫『行政手続の課題』四三頁で紹介がある。

第二節 軍事・外交問題

上述のように、「合衆国の軍事・または外交上の事項に関する権能」(a military or foreign affairs function of the United States)は、規則制定の手続的諸要件の適用から除外されている(行政手続法五五三条a項一号)。すなわち、行政機関は、合衆国の軍事、または外交上の事項についての規則を制定する場合に、(1) 連邦公示録への告知の公告、(2) 利害関係人の書面による意見の提出等による規則制定に参加する機会の付与、(3) 発効三〇日前の実体的規則の公告、(4) 利害関係人に規則の制定、改正、または廃止の申立をする権利の付与、を行う必要がない。また、行政手続法上手続的要件の適用を除外されている場合であっても、一般的に行政機関はその裁量により手続的要件を課すことを認められているが、こと軍事、外交問題に関する規則を制定する場合には、右の手続的要件を課す行政機関は皆無に近いと言われている。⁽¹⁾

ところでこの軍事、または外交上の事項に関する権能とは何を意味するのであろうか。以下、米行政手続法解説に従ってみてみよう。

まず軍事上の事項に関する権能については、「除外される陸海軍の権能は、単に陸軍省及び海軍省の活動のみに限られず、すべての行政機関の行う一切の陸海軍の権能を含む。従って沿岸警備隊の防衛的権能や、連邦動力法第二〇二条c項(16 U.S.C. § 821a (C))に基づく、連邦動力委員会の権能にもこの除外例は適用されるのである…。」⁽³⁾とされている。

また、『外交上の事項に関する権能』の意味については、上院下院のいずれも次のように述べている。『「外交上の事項に関する権能」(Foreign affairs functions)という言葉は、本法中この箇所及びその他の数箇所においても用いられているが、これは、合衆国の国境を超えて行使されるすべての権能というような意味にゆるやかに解されるべきではなく、例えば、公共的な規則制定に関する規定が適用されると、好ましくない国際的な結果を招くことが明らかな場合などのように、他国政府との関係に影響を与える「事項」(affairs)に限られるのである。』(Sen. Rep. p. 13, H.R. Rep. p. 23 Sen. Doc. pp. 193, 257. 及び下院におけるウォルター議員の陳述92 Cong. Rec. 5650 Sen. Doc. 358 を参照。)また、一九四五年一月六日の上院第七号法案案に用いられていた『外交的権能』(diplomatic functions)という語が、更に意味の広い一般的な『外交上の事項に関する権能』(foreign affairs functions)という語に変更されたことからして、この除外例が厳密に外交的権能に限定されないことも明らかである(Senate Comparative Print of June 1945, p. 6 Sen. Doc. p. 157)。このような立法経過に徴すれば、この除外例が、国務省の大部分の権能及び他のすべての行政機関の外交上の事項に関する権能について適用されるように解釈されなければならないことは明らかであろう。⁽⁴⁾

以上のように行政手続法定当時においては、軍事、または外交上の事項に関する権能の意味内容がかなり広いものであり、それらに関する規則の制定には手続的要件が排除されると理解されていた。しかし、ボンフィールド教授は、同法についての上院・および下院の報告書では、右の意味内容が広く解釈されるべきではないとされた点を注目しておく必要があると指摘している。⁽⁵⁾

ところで、軍事、または外交上の事項に関する権能を右のように広く解する理由はどこにあるのであろうか。前記引用の米国内政手続法解説は、軍事、または外交上の事項に関する規則の制定に手続的要件が課されないことをいわば当然のこととしており、積極的にその根拠を述べるものではない。しかも、一般に連邦行政機関自身は、軍事、または外交上の事項を含む規則を制定する場合には、五五三条a項一号により手続的要件の適用を除外することは正当であり、望ましいという立場をとっているといわれている。⁶⁾この五五三条項一号による適用除外については、多くの理由が明らかにされているが、大略以下のようなものに要約できよう。第一に、手続的要件を課すことは、行政機関の仕事を増大させ、費用がかさみ、行政運営が遅延すること。第二に、公衆は、軍事、外交上の事項について個別的な権利をもつものではなく、また公衆の範囲も確定できないこと。第三に、行政手続法上の公開規則制定手続は、軍事、外交上の事項に関する規則の制定には適切でなく、実際的でもなく、また適用すれば、行政機関が柔軟に活動しえなくなるおそれが生ずること。最後に、もともと軍事、外交上の問題には、ここでいう公衆参加がなじまないこと、等である。

けれども、右の諸理由は、いずれも軍事、外交上の事項に関するすべての規則の制定に、行政手続法に規定された手続的諸要件を全く課さないための十分な理由づけではない。すなわち、いかなる場合であっても、軍事、外交上の事項に関する規則の制定から公衆が排除されるべきとは考えられないからである。公衆が、一般的には軍事、外交上の事項と直接的、かつ個別的な関係を持っていないと言えようが、次にあげる判例、その批判、および法改正の動きなどを検討してみると、右の論理には、必ずしも全面的な合理性があるとは思えないからである。一般的

に言えば、軍事、外交上の事項に関する権能を有効、かつ、迅速、効果的に行使するためには、当該問題を秘密にしておくことを認めざるをえない。しかし、これは決して全面的な秘密の存在を認めるものではなく、当該問題の性格、および時間等を考慮した上で、どの範囲まで認めうるかを問題としなければならないのであろう。

この問題を扱う判例は数多くないが、まず、軍事事項には、規則制定の手続的要件が適用されないことを認めた例として、次のようなものがある。

McDonard v. McLucas, 371 F. Supp. 837 (S.D.N.Y. 1973) application for stay denied 417 U.S. 905 (1974)

本件は、原告 McDonard らが、インドシナにおいて従軍中に行方不明 (missing status) になった軍人の最近親者 (next of kin 配偶者、子供、兄弟姉妹) のすべてを代表してクラスアクションとして、被告 McLucas 空軍長官他、陸軍、海軍の各長官を相手方とし、公式の死亡、または死亡推定認定手続が、連邦憲法五条に違反し違憲である等の主張をし、予備的、および永久的 injunction を求めたものである。

ニュー・ヨーク南部地区連邦地方裁判所は、本件申立が三人の裁判官による法廷 (three-judge court)⁽⁸⁾ の開催に関し、実体法上の憲法上の争点を提出していること等を理由として、三人の裁判官による法廷を開くことを決定した。裁判所は本判決中において、軍事に関する規則の制定には行政手続法が適用されないと述べて、次のように述べた。

「行政手続法の適用に関する原告らの主張には、〔前主張と〕同様に理由がない。行政手続法自体の文言は、それ

が適用されないことを明らかにしている。そして、規則制定を取扱っている五五三条は、『以下に該当する事項——すなわち、(1) 合衆国の軍事、または外交上の事項』、あるいは、『公共の財産、貸付金、補助金、利益付与、あるいは契約……に関連する事項』に適用されないと規定している。

裁決を取扱っている五五四条は、『行政機関の行う聴聞の機会を付与した後、記録に基づいて裁決を行わねばならない旨を制定法が定めている場合』に適用されねばならないと規定している。本件においても聴聞を行っていないが、裁判所は、議会が問題となった制定法中に明文で聴聞を規定しない限り、本条は適用されないと解釈してきている。…加えて、五五四条も、『軍事、または外交上の事項に関する権能の遂行行為』を含む場合には適用されない。従って本訴因四は斥けられなければならない。」

本判決は以上のように、行政手続法が軍事上の事項に関する規則制定、および裁決に適用されないことを確認している。⁽⁹⁾

しかし本判決の結果は、私見によれば、全面的に妥当であるとはいえない。すなわち、軍事、外交上の事項であれば、どのような場合であっても、公衆に告知に意見提出の機会を付与すべきでないとしているが、本件でいえば、一九七三年一月のパリ協定によりアメリカの戦闘部隊は同年三月にヴェトナムを含むインドシナから撤退している。そして、本判決は八月に出されたものであり、パリ協定の法的効果についても検討を加えている。このような事情を考慮すれば、戦争状態の終了後には、一般的には、一定の条件を付した上で公開規則制定手続をなすべきではなからうか。また本件のように制定当時戦争状態であっても、たとえば死亡認定手続の公開等の手続をとることは、

戦争状態終了後には可能ではなからうか。この点につき多少の疑問の余地が存するように思われる。

次に外交上の事項に関しては以下のような例がある。⁽¹⁰⁾ すなわち、連邦通信委員会 (Federal Communications Commission) が従来の規則を改正して、中波ラジオ (AM radio) の早朝 (presunrise) の放送に⁽¹¹⁾ ついて新制度を定める旨の諸命令を発したが、原告ら諸放送会社は右諸命令の司法審査を求めた。第二巡回区連邦控訴裁判所は、Friendly 判事が法廷意見を書いて、右改正はカナダとの北米放送協定 (North American Regional Broadcasting Agreement) にも⁽¹²⁾ つき、関連するものであり、外交上の事項に該当するとした (原告の請求棄却)。

さて、判例上において、軍事、外交上の事項の適用を制限しようとした例は、見当たらないが、学説上においては、これを制限的に解そうとするものがある。たとえば、ボンフィールド教授は行政手続法の立法史等を検討した後、「明白かつ直接的に」(clear and directly) 軍事、外交上の事項に含まれるかを、本条項適用の基準とすべき⁽¹³⁾ だとしている。

さらに、本五五三条 a 項一号の適用除外がきわめて広い範囲に及ぶため、これを立法的に改正して、適用範囲を狭め、かつ明確化を図ろうとする動きもある。⁽¹²⁾ たとえば、一九七五年に議会に提出された法案⁽¹³⁾ において、行政手続法五五三条 a 項一号を次のように修正すべきであると提案された。

る。すなわち、

「合衆国の軍事、または外交上の事項に関連する権能は、

(A) 大統領命令により、国防上、または外交上政策上の利益から秘密とすることを定めた基準によって特に権限

づけられたもの、および

(B) 当該大統領命令に従って、事実上、適切であると認められるもの

に修正されねばならない。」としている。これは、行政手続法五五二条b項一号の規定のように、軍事、外交上の事項について一定の制限を課せようとするものである。軍事、外交問題の中には、公開の規則制定にじまもないものがあり、またそれを承認する動きは合理性があるといえよう。また、この軍事、外交上の問題は、一般的にその性質上秘密を要するものであり、どのようなものが公表可能で、また、公表すべきか、においても十分考慮する必要があることは言うまでもない。

- (1) Bonfield, *Military and Foreign Affairs Function Rule-Making under the APA*, 71 MICH. L. REV. 221, 223(1971)
- (2) 一九四六年制定当時は、現行法のような「軍事上…」(military) ではなく、「陸海軍上…」(military, naval…)であった。そして、naval という語を削除したのは、military という語の意義の中に含まれるからだと説明されている (5 U. S.C.A. § 553, *Historical and Revision Notes*, 222 (1977))。
- (3) ATTORNEY GENERAL'S MANUAL ON THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT, 26 (1947)、『米国行政手続法解説』一三三頁。
- (4) ATTORNEY GENERALS MANUAL ON THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT, 26-27(1947)、『米国行政手続法解説』一三三-一三四頁。
- (5) Bonfield, *supra* note 1, at 260.
- (6) Bonfield, *supra* note 1, at 270.
- (7) Bonfield, *supr* note1, at 270-289

(8) 連邦地域では、原則として単独制で裁判を行なうが、憲法問題その他重要な事件について、一審の判断がより慎重な手続で判例の権威を高め、直接最高裁への上訴を認めることがあり、この場合には三名の裁判官で法廷が構成される。なお、田中英夫『英米の司法』一〇〇頁以下。

(9) 軍事上の事項に関連する判例としては次のようなものもある。

Bridges v. Davis, 443 F. 2d 970 (9th Cir.), rehearing denied 445 F. 2d 1401 (9th Cir. 1971, cert. denied 405 U. S. 919 (1972))

本件は、ヴェトナム反戦運動に関連して起きたものである。原告(控訴人) *Bridges* 他民間の聖職者三人と、無届外出をして反戦運動をした軍事犯罪人八人は、被告(被控訴人) *Davis* 海軍少将らが基地司令官として制定した。*Bridges*らの軍事施設への立入禁止を内容とする規則に対し、裁判所に *injunction* およびその他の救済を求めて出訴した。

ハワイ地区連邦地方裁判所が訴えを棄却したため、原告らが控訴した。

第九巡回区連邦控訴裁判所は、当該規則が審査可能 (*reviewable*) であるが、控訴人らの主張するような言論、および表現の自由を侵害するものではなく、また専断的、恣意的なものということでもできない。として原判決を維持した。

このように本判決は、当該規則の手続面よりも実体面を中心として判決した。このことは、その前提として、軍事上の事項、すなわち本件では基地の管理に関する問題についての規則制定に、行政手続法に規定された手続的諸要件の適用を考へる余地がないと考えられたからであろう。

McBride v. Roland, 248 F. Supp. 837 (S.D.N.Y. 1965), *aff'd* 369 F. 2d 65 (2d Cir. 1966), *vacated on other ground sub. nom. McBride v. Smith* 390 U.S. 411 (1967)

沿岸警備隊 (*Coast Guard*) の司令官(被告)が *McBride* (原告) の船員記録 (*mariner's documents*) の確認申請を、原告が共産主義者団体に加入していたこと等を理由として却下した。この却下処分は司法審査が問題となったが、ニュー・ヨーク南部地区連邦地裁は、軍事上の事項に該当するとし、その他の争点を判断した上で原告の請求を棄却した。本判決は、

原告が現実に乗船することは国家の安全に反するし、また司令官による申請拒否処分は証拠によって支持されている旨判旨しているが、このことは沿岸警備隊が行使する権限のうち、右のようなものは防衛的なものであり、軍事的事項に該当するものと判断したものであると考えられる。

本判決は、一九五九年に起った事件に端緒を發しており、マッカーシズムの影響を受けているものと思われるが、現在のわが国の状況で同様な事件が起った場合を考えてみると、かなり不合理なものと感じられる。なぜなら、一個人の思想信条が、国家の安全に反する場合は、かなり限定された場面でしか考えられないからである。

(10) 入国帰化局の制定した規制については、外交上の事項に該当せず、行政手続法に従って制定されなければならないとした判例がある。明文でこれを認めるもの (Hou Ching Chow v. Attorney General, 362 F. Supp. 1288 (D. C. 1973))、明文ではなからが、これを認めるものがある (Kokoris v. Johnson, 180 F. 2d 355 (4th Cir. 1950))。なお後者は、外国人の国外退去に関する最高裁判所の Wong Yang Sung v. McGrath, 339 U.S. 33 (1950) を引用した上で判決を下したが、右最高裁判決の趣旨は、その後の立法的改正により否定された。この結果、国外退去手続については、行政手続法の対象外である (Marcello v. Bonds 349 U.S. 302 (1955))。この点については、釜田泰介、英米判例百選公法七四頁参照。

(11) Bonfield, supra note 1, 270-289

(12) 行政手続法改正の動きについては、ちまたり次の文献参照。

Administrative Conference Report on ABA Proposals to Amend the Administrative Procedure Act, 25 Ad. L. Rev. 425 (1973) ; Administrative Conference Statement on ABA Proposals to Amend the Administrative Procedure Act 25 Ad. L. Rev. 419 (1973) ; Ross, ABA Legislative Proposals Improve Administrative Procedures in Federal Departments and Agencies, 27 Ad. L. Rev. 395 (1975) ; Davis, Revising the Administrative Procedure Act, 29 Ad. L. Rev. 35 (1977)

なお、軍事、外交関係については、Bonfield, supra note 1, も参照。

(13) S796, 94th Cong., 1st sess. なお、この規定の内容は、行政手続法五二条b項一号(情報自由法b項一号)と同様であることが注目をされた。