



# 司法裁判所の「思惟律」と行政裁量 : 1803年～1950年のアメリカ行政法について (1)

中川, 丈久

---

**(Citation)**

法学協会雑誌, 107(4):621-701

**(Issue Date)**

1990-04

**(Resource Type)**

journal article

**(Version)**

Version of Record

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90008348>



司法裁判所の「思惟律」と行政裁量(一)

——一八〇三年～一九五〇年のアメリカ行政法について——

中 川 丈 久

序

第一章 二つの憲法論

I 一九世紀の諸法理

II 一九二〇～一九三〇年代における

憲法法理の変移

第二章 A型の思惟律

I 立法政策上の背景

II 内容・歴史・ターミノロジー  
具体的運用(以上本号)

第三章 B型の思惟律

I 立法政策上の背景

II 内容・歴史・ターミノロジー

III 具体的運用

結びにかえて

序

アメリカ合衆国の連邦行政法を歴史的に観察する場合、少なくとも一九世紀に顕著であった考え方と、二〇世紀の初頭に新たに勃興した思考との間に存在する基本的な相違が示唆されることがある。本稿の直接の課題は、ごく象徴的にしか語られることのないこの現象の構造を、「行政裁量の司法審査」という問題分野において、しかも一九世紀から一九四〇年代の時期に限定して折出することである。そして、連邦最高裁による行政裁量の認識構造とその歴史的变化に光をあてて、統一的な説明

を与えるために、「思惟律」(筆者の造語)という概念の使用を試みている。また、右の通りの問題関心であるから、ここでは、行政機関と司法裁判所の関係における現象としての行政裁量のあり方を探るといふアプローチが採られることになり、裁判所が判断代置できないものすべてを行政裁量と呼んでいる。

本稿の結論は、次の二点に要約される。裁判所が行政裁量を認識するために用いている諸種の審査枠組みの具体的運用や、当時の憲法法理は、連動的に理解されるべきものであり、この連動的理解のためには裁判所自身が構想する「思惟律」の存在を仮定しておくことが必要であること、裁判所は「思惟律」を

時代や行政分野によってダイナミックに変動させてきたこと、の二点である。さらに敷衍すると次の通りである。

(1) 行政機関の行為の司法審査を行う裁判所の役割は、行政裁量の存否を確定した上で（境界確定）、裁判所の領域に属する部分について何らかの判断を下すことにある。思惟律は、このような裁判所の役割を規律している規範的思考として本稿で仮定されたものであり、司法審査を行う裁判所が、行政機関の決定のどの局面（境界確定）にどのような関心を持つべきか（審理態様）についてのテーゼとして把握される。

(2) 行政裁量の統制に関わる連邦最高裁の判例を歴史的に観察するならば、少なくとも二つのきわめて対照的な司法行動の系統を、思惟律の違いに依拠して、抽出することができる。本稿では、これらを成立順にそれぞれ「A型の思惟律」「B型の思惟律」と名付けた。A型は遅くとも一九世紀半には成立していたものであり、B型は二〇世紀の初頭に勃興したものである。そして一九一〇年代から一九三〇年代にかけての連邦最高裁は、一定の行政分野で思惟律をA型からB型に交替させたものの、その他の分野では従来のA型を維持していた。したがってこの時期には、行政分野によって異なる思惟律を使い分けるという現象が見られることになる。

A型は、「個人権またはコモンロー上の権利」の概念によって、司法裁判所が憲法上独占的に有する責務を規定することにより、司法審査をする裁判所の役割を規律する思惟律である。その際の裁判所の関心は、行政機関の行為のうちから裁判所が

全面的に判断設置できる部分を、伝統的に司法裁判所が扱ってきた紛争事項へのアナロジーによって取り出すことにあり、その残余については裁判所は一切関心を有していない。後者がこの思惟律における行政裁量ということになる。他方、B型においては、裁判所の役割が憲法上一律に決まるという前提が廃棄され、これは議会限りで決定されうるものとして捉え直される。B型は、論文や判例上、裁判所と行政機関の「パートナーシップ」もしくは「協働関係」と呼ばれている考え方に他ならない。裁判所の関心は行政機関の現実の判断過程の適否へと向けられ、行政機関と裁判所の関係は、「議会の意図」を軸に、いずれがどの判断過程にどのように関与すべきかという形で、より複雑に絡み合うこととなる。

(3) このような思惟律は、憲法上・法律上の根拠から自動的に導かれるものではない。司法裁判所自身が、それぞれの時代状況の中で自らの存在価値を維持するために、「裁判所と行政機関の関係」における自らの適正な位置付けを測定して、構想し選択したものである。思惟律はそれぞれ一定の政治的・経済的な志向を持つものと考えられ、その形成の契機としては様々な要因が考えられる。本稿ではこの問題を独立のトピックとして扱うことはしていないが、取りあえず、それぞれの時代や行政分野における立法政策に看取される社会状況や政治的志向についての多少の見取り図的な叙述を行なう（立法政策上の背景）ことによって、これについての参考とした。なお、どの思惟律を採用するかは裁判所が決定することであり、個々の事件にお

ける訴訟当事者の主張に左右されるわけではない。

(4) 思惟律を見いだすために本稿で検討の対象とした法的議論は、憲法論および個々の行政裁量の司法審査判例で用いられている様々な枠組みとして論じられる諸ドクトリン(法理)である。言い換えれば、これらドクトリンを通じて得られる司法裁判所の行政裁量の認識は、思惟律を軸に構造的に把握されるところと考えられる。

裁判所は、行政裁量の存否を確定し(境界確定)、自らの役割部分についての関与方法(審理態様)に従って必要な審査をするために、様々な枠組みを用いているが、本稿はこれを「タリーミノロジー」として整理した。思惟律は、第一に、このような諸種の枠組み(もしくはそれによって表現される諸ドクトリン)を一貫した態度で運用するための吸引力として機能する。境界確定を例にとれば、「裁量的・事務的行為の区別」「憲法的・管轄的事実の法理」「法律問題・事実問題の区別」「詐欺等の無い限り、行政決定は終決的である」といった枠組みが設定されており、審理態様を例にとれば、「実質的証拠の裏付けがあるか」などといった枠組みが用いられる。これらの審査枠組みの起源は、他の法分野(民事訴訟法・証拠法)やイギリス以来の諸種の先例に求められる。しかし、これらは、裁判所が行政の行為の司法審査に際して便宜的な借用をした結果に過ぎず、どの枠組みがなぜ借用されるに至ったか自体にそれほどの重要性や必然性を見いだすことはできないように思われる。本稿で主に問題としているのは、この借用の経過または理由ではなく、

これらが具体的にどのような内実を持たされて運用されているのかである(「具体的運用」)。思惟律は、その具体的運用のレベルを規律し、またはそれを統一的に説明するものである。なお、このような審査枠組みが司法審査規定として立法化されたときには、場合によっては、議会による法律と裁判所による思惟律の間に軋轢が生じる場面も考えられる。結果的には、本稿で扱う範囲においては、このような衝突はまだ生じていなかったのであるが、この点に留意するため、司法審査に関する立法政策についても、ごく簡単ではあるが見取り図を与えることとした(「立法政策上の背景」)。

第二に、思惟律はそれぞれ一定の憲法上の諸法理を採用しており、A型とB型の思惟律は異なる憲法上の正当化を有している。この場合思惟律は、行政の行為の司法審査のあり方に関する、司法権規定やデュープロセス条項の憲法解釈の内容(その方法ではない)を規律する規範的な思考といえる。このことはB型の思惟律形成過程において顕著であり、ここでは、裁判所が同時代の憲法理論では望ましい司法審査ができないと考えて、ひそかにそれに反した思惟律を構想する現象が見出されるのである。これは前述(3)に関連する論点でもある。

(5) なお、いわゆる法律・解釈論と本稿のテーマとの関係について言及しておく必要があると思われる。通常、法律解釈論は裁判所が法律の意味そのもの(例えば、「労働者」や「異議の提出」の意味)をいかに決定するかの方法(利用する資料、解釈原則等)およびその基礎付けを論ずるものである。しかし、

司法審査の文脈においてその議論をするためには、そもそも裁判所がいかなる立場で法律の解釈に関われるのかをあらかじめ確定しておく必要がある。この確定作業（本稿の言葉で言えば、境界確定と審理態様）を構造的・歴史的に理解することが本稿のテーマである。したがって両者の区別は、①まず、そのような確定作業における問題と、それによって非裁量とされた事項について裁判所が独立の法律解釈をするときの問題という、考察対象の相異として理解される。②しかしながら第二に、境界確定自体にも、法律解釈論上の問題を見いだすことができる。確かに、境界確定（例えば、根拠法上、ある判断事項が「事務的」と解されるかどうか、または端的に行政裁量に委ねられたものと解されるかどうか）は、裁判所の役割の確定であって、法律の意味そのものの決定ではない。しかし、解釈の方法（利用する資料、解釈原則等）という点では意味決定の場合と同様の問題が生じているのである。他方、本稿で考察しているのは、境界確定において何を源泉としてこのような意義での解釈をすべきかという問題であって、やはりこの場合も、考察対象の相異と考えられる。以上①②いずれにおいても、両者は異なる問題分野と思われるのである。もともと、本稿のテーマを理解する上で有益なこともあるので、以下では法律解釈論に属する問題についても必要に応じて言及する。

さて、アメリカ行政法における司法審査については、わが国では、いわゆる規制行政に視点を限定した上で、「審査範囲」や

「実質的証拠法則」という標題のもとにかなりの数の紹介・研究が行われてきた<sup>9)</sup>。研究の蓄積状況については、各章もしくは各項の冒頭および関連箇所で見出すが、そこには共通の特徴を見出しうるように思われる。すなわち、司法審査の全体像を右に述べたように構造的・歴史的に把握する努力がなされてきたとは言い難く、何ゆえにアメリカ行政法における司法審査が今日あるような形で形成・展開されてきたのかという根本問題への視点が希薄であったと評価せざるをえない。アメリカ行政法を現象的に整理することに留まり、それを支える基底的な思考や、その歴史的なダイナミズムへの視座が欠落するならば、外国法の的確な理解に支障が生じるのは当然であろう。そして、そもそも外国法の研究成果をわが国の法理論においてどう用いるべきかという作業の点での不十分さを否むことができないのも、右のような研究動向に基因していると思われる。本稿は、単にいわゆる規制行政以外の分野をも取り上げるべきだと主張しているのではなく、このような根本問題に対してどう取り組むべきかについて、筆者なりのアプローチを試みたものである。

以下、次の手順で叙述を進めることとする。まず、行政裁量の司法審査を理解するために必要な一九世紀及び二〇世紀前半の憲法上の諸法理 (constitutional doctrines) を概観する（第一章）。続いて、一九世紀の伝統的な憲法上の諸法理と関連する「A型の思惟律」をその立法政策上の背景と共に説明し、そのもとに築かれた統制方法を具体的に述べる（第二章）。また、二〇世紀初頭の行政状況の下に、経済規制行政分野を母胎とす

る「B型の思惟律」が形成を始め、A型との軌轍を経て、確立するに至る経緯を述べ、そのもとに築かれた新たな統制方法の分析的説明を試みる(第三章)。

(1) この相違を行政裁量の司法審査の文脈で指摘する論文はさくつかあるが、いずれにもおぼろげ、一九世紀と二〇世紀の対比はごく象徴的な表現で記されつつあるに過ぎない。本稿はこれら論文に欠けている具体的な検討と背景分析を試みるのである。White, *Allocating Power Between Agencies and Courts: The Legacy of Justice Brandeis*, 1974 *Duke L. J.* 195, 231 (1974) (一九三〇年代終わりに於て連邦最高裁は、一九世紀末の法学に連なる見解の多くを棄てる必要を悟った); *Stewart & Sunstein, Public Programs and Private Rights*, 95 *Harv. L. Rev.* 1193, 1269 (1982) (二〇世紀の裁判所とは異なり、一九世紀に於ける裁判所は「全面審査か審査排除か (“all or nothing” review)」を行っていた); *Cooper, Administrative Justice and the Role of Discretion*, 47 *Yale L. J.* 577, 588 (1938) (ロッキンローの伝統に従って行政の範囲を画する旧理論の廃棄); *Smith, Judicialization: The Twilight of Administrative Law*, 1985 *Duke L. J.* 427, 457-65 (1985) (著者は、伝統的な「権利・特権 (right-privilege)」の区別に依拠し、裁判所は「個人の権利 (private rights)」の保護のみに専念するという前提に基づいた司法審査の全体像を提案する。すなわち、「個人の権利に立脚した行政

法理論 (theory of administrative law based on private rights)」への復帰を提唱して「現代行政法を厳しく論難する」最後のものについては「勿論、多くの批判が寄せられていたが、特に McGowan, *A Reply to Judicialization*, 1986 *Duke L. J.* 217 (1986) を参照。なお、Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harv. L. Rev.* 1667 (1975) が、二〇世紀的な考え方の展開のみを扱ったものである。

(2) いわゆる本案 (the merits) の問題を扱うこととなるが、以下のように素材をかなり限定している。まず、裁決 (adjudication) の司法審査のみを対象とし、規則 (rule) のそれは構成の都合上本稿では扱わなう(第三章の最終項を参照)。行政の行為に係る損害賠償請求訴訟も本稿の対象外である。また、「政治的問題 (political question)」の他行政が行動を開始するかどうかの裁量 (prosecutorial discretion など) にしても除外しよう。ケース・ブック等においては、本稿で扱う問題の多くは、「行政機関による裁決の憲法上の位置付け」や「審査範囲 (scope of review)」の問題として、むしろ「審査可能性 (reviewability)」の標題のもとに一括されている様々な問題の一部として現われているものに相当する。なお、第三章注(14)(行政の実施過程における裁量)も参照。

(3) 行政の行為の司法審査について、連邦最高裁が初めて言及したのは一八〇三年の *Marbury v. Madison*, 1 *Cran-*

ch 137 (U. S. 1803) においてである。また、第三章で述べる通り、B型の思惟律の全体像が明らかになり、新たな議論の展開の準備が整うのが一九四〇年代であるため、これを区切りとした。なお、一九四六年には、連邦行政手続法 (Administrative Procedure Act of 1946, 5 U. S. C. §§701-06 (1982)) が定められ、司法審査についての一般的な規定が置かれているが、これは本稿の対象の中に含まれていない。

(4) 通常は、境界確定の部分のみが論者の関心になっていくようにあり、審理態様と関連付ける論文は見当たらない。Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 Harv. L. Rev. 405, 445-46 (1989); Monghan, *Maffbury and the Administrative State*, 83 Colum. L. Rev. 1, 27 (1983); L. Jaffe, *JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION* 181, 561, 572 (1965) (裁量は自ら外延を画するものではない。裁判所によってその範囲が確定される); Schwartz, *Judicial Review of Administrative Action: Mixed Question of Law and Fact*, 50 Geo. L. J. 684, 699 (1962)。なお、①裁量があると判断した後、②非裁量の部分について裁判所が判断代替すべきことは、当然であろう。ここに至って、行政裁量が存する範囲(外延・境界)が画されていることになる。しかし、②は、本稿での裁量の定義に由来するものであって、思惟律の違いには関係がないから、本稿でいう境界確定にはこの作業を含め

てはいない。また、②においては、裁判所による独立の審査が行なわれていることから、これを審理態様の問題の一部として考えることもできるのであるが、やはり、同様の理由から、ここにも②を含めないこととする。本稿でいう審理態様は、行政裁量とされた論点についての裁判所の関与のあり方のみを念頭におくこととする。いずれにせよ、②は、むしろ法律解釈の問題として、本稿のテーマとは一応別に扱うべきものと考えられる。本文後出(5)を参照。また、本稿でのこのような問題設定と、裁判所における実際の作業との関連については、第三章注(175)を参照。

(5) このことはB型の思惟律の形成過程を観察することによって知りうる。なお、本稿で考察した範囲では、A型は既に確立していたため、その形成過程を辿ることはできなかった。

(6) 例えば、裁判所がそれまでA型で行動していた行政分野において、法律上B型の思惟律に基づく審査方法が規定されることがありえると思われるが、ここにおいて、法律は思惟律に優先するのかもしれない問題が生じる。裁判所があくまで思惟律優先と考えるならば、当該法律はその思惟律が背景としている憲法論に反することになり、違憲との判断を下すことになる。もっとも本稿で扱った時期においては、そもそも法律上司法審査規定のないことが多く、また規定がある場合でも伝統的な表現の羅列に終始していたので、まだこのような摩擦は生じていなかった。

(7) 文面、法の目的、法の構造、立法経過といった資料のどれをどのように用いることが正当な方法であるか、解釈に際して前提とすべき原則があるかなどが論じられる。最近の包括的な論文は Sunstein, *supra* note 4 である。

(8) Diver, *Statutory Interpretation in the Administrative State*, 133 U. Pa. L. Rev. 549 (1985); Scalia, *Judicial Defence to Administrative Interpretation of Law*, 1989 Duke L. J. 511 (1989) が近時の例である。

(9) 勿論、その他の行政分野の司法審査の研究が全く無かったわけではない。本稿第二章で扱う分野についてはそこで引用する諸文献がある。本稿で取り扱わなかった行政分野の中では、例えば、移民・入国規制については、川原謙一『米国退去強制法の研究』(一九六四)の他、本稿で引用する諸文献でも言及されることがしばしばある。また、ライセンズについては園部逸夫「行政許可と行政手続」『行政手続の法理』(一九六九)、社会保障については佐伯佑二「アメリカ社会保障行政における法的統制」法学論叢一一八巻三号二六頁(一九八五)、一二〇巻一号七四頁(一九八六)、柏木駿「アメリカにおける社会保障法とその問題点(一)(二)」名城法学一三巻三・四号九七頁、一四巻三・四号七八頁(一九六四～六五)などがある。

(10) 歴史的視点からなされた研究としては、今日でもやはり、鶴飼信成「英米的行政法理論の限界」『行政法の歴史的发展』(一九五二)を挙げるべきであろう。鶴飼は、戦

後期のわが国の行政法学のおかれた状況や課題が、アメリカ行政法のそれとはむしろ正反対であったことを力説している。本稿の観点からは、極めて興味深い指摘である。

## 第一章 二つの憲法論

本章では、次章以下で提唱するA型およびB型の思惟律それぞれが採用する憲法論的を絞ってその概要を示すこととする。これは、行政機関と司法裁判所の関係についての憲法上の枠組みを概観することに他ならない。そのためには、連邦憲法第三編(司法権規定)<sup>(2)</sup>および修正第五条、第十四条(デュープロセス条項)といった諸条項の考察が必要となる。以下では、まず、司法審査についての基底的な憲法上の枠組みとして一九世紀の合衆国に成立した憲法上の諸法理を概観し(Ⅰ)、次いで、一九二〇～一九三〇年代において、それ以前から既に生じていた憲法論の変移が顕現したことを指摘する(Ⅱ)。また、第三編とデュープロセス条項の相互的連関にも注目しておく必要がある。なお、この他に、いわゆる「権利・特権の区別(distinction of right and privilege)」の法理を扱う必要もあると考えられるが、ここでは省略する。また、平等原則という憲法上の規準と行政裁量の関係についても考察の対象外とした。

### I 一九世紀の諸法理

ここで扱う諸法理は、A型の思惟律が採用する憲法論と考えられるものである。



## 一 憲法第三編(司法権規定)

司法裁判所が司法審査(本案)において果たすべき役割について、憲法第三編が有する意味を考察するとき、そのエッセンスを述べたものとして *Marbury v. Madison* (1803) の一節は、今日でも無視しえない意義を持つものと思われる。(9) その法廷意見(マーシャル長官)は、個人の権利あるいは既得権 (rights of individuals, individual rights, the vested rights) について司法裁判所が有すべき責務を随所で繰り返し、それを確保する手段としての司法審査を正当化する (at 166-67) 一方で、「執行府が大権的に活動できる分野 (the prerogatives of the executive) (at 170)」の存在を強調することを忘れてはいない。「裁判所の権限の範囲は、個人の権利について判断を下すことのみ及び、執行府もしくはその行政官が裁量を有する任務の執行について審問することには及ばない。政治的性格を持つ問題や、憲法上または法律上、執行府に委ねられている (submitted to the executive) 問題は、裁判所では審問されえない(傍点筆者)。(at 170) 行政行為の司法審査は、このような憲法理解の中で開始されたのである。これは、憲法第三編が行政機関と司法裁判所の関係について有する意義について、一八世紀末以来、連邦最高裁が示してきた憲法上の諸法理の一環として理解されるものである。「司法的事項の法理」(本稿での仮称)の他、いわゆる「公的権利の法理」や「行政決定の終決性の法理」がそれであり、大雑把に言えば、ある紛争や論点が、「司法的性格の事項 (matters judicial in nature)」であるか、

またはその他の性格(立法的、執行的、行政的性格)の事項であるかによって、司法裁判所自身の憲法上の守備範囲を画きとする議論である。(10) この点の研究は、従来わが国ではほとんどなされていなかったように思われる。(11) なお、司法裁判所とは、憲法第三編(司法権規定)のもとに設立され、憲法上の司法権を行使するいわゆる constitutional courts のことであるが、これとは別に、第一編(立法権規定)の下で設立されたいわゆる legislative courts があり、こちらは、本稿のテーマ上は行政機関と同様の位置付けで捉えられるものである。(12) 以下では、右の諸法理の全体像を示しつつ、その法理との関係で思惟律(A型)がどのように働く余地があるかを示すこととする。

## (1) 司法的性格の事項の法理

## (a) 司法的性格

一八世紀の末以来、司法裁判所が審理を行なう権限は、「司法的性格の事項 (a matter judicial in its nature)」(13) に及び、かつそれに限定されるという法理が、憲法第三編の要請として述べられてきた。(14) これは、憲法上常に要請されることであって、連邦議会の立法によっても変更することができないから、「非司法的性格の事項 (a matter from its nature not judicial)」を司法裁判所に管轄させる立法は違憲となる。(15) この法理の発端は *Hayburn's Case* (1792) 及び *Yale Todd* (1794) に見出されている。(16) いずれも、軍関係者への恩給支払い決定の判断を巡回裁判所に行わせることを規定した一七九二年法の合憲性が問題とされた事案であり、同法が定める事項について巡回裁判所は憲

法上管轄権を有しえないとの判断が示されている。恩給の支払決定は憲法が定める司法権の行使ではないから、巡回裁判所が司法裁判所としてこれを審理することは憲法上禁止されるというのである。<sup>(18)(19)</sup> 司法裁判所の管轄が司法的性格の事項に限定されるというこの法理は、その後の判例でも維持されている。しかも、この法理の反面として、憲法上の司法権が付与されていない機関(司法裁判所以外の機関)に司法的事項を委任する立法は、その委任の態様によっては、違憲とされなければならない(こちらの問題は次項(b)で扱う)。本稿では、以上のものを仮に「司法的性格の事項の法理」と名付けることにする。なお、行政手続論でいう「司法的・立法的行為」の区別論とは、歴史的な関連性の有無はともかく、峻別されなければならない。そこで問題となるのは、司法的品格か否かの判断は何を基準としたものかということであるが、これは歴史的に決定されているという他はない。<sup>(22)</sup> すなわち、伝統的に司法裁判所が扱ってきた紛争——典型的には、コモロー上、エクイティー上、海上上の事項といった従来より司法裁判所がその審判事項(subject matter)としてきたもの——へのアナロジーによる性格決定である。「司法へのアナロジー(judicial analogy)」のアプローチと呼ばれることもある。<sup>(24)</sup> 他方、非司法的品格の事項としては、右の残余として、租税(内国歳入および関税)、出入国管理、軍の管理、軍人恩給、公有地、郵便など、伝統的に執行府行政機関が行ってきた行政分野が挙げられている。<sup>(25)</sup>

念のため付言すれば、司法的品格であるか否かの判定は、事

件を裁定する作用(事実を認定し、法を解釈し、それを事実適用して結論を出す作用)かどうかという観点からなされているわけではない。<sup>(26)</sup> この広い意味での「司法的(judicial)」という観念で司法裁判所の憲法上の守備範囲を画すことの不適切さは、判例上明確に指摘されている。<sup>(27)</sup> 「三権を包括する意味での(政府が保有する《司法権(judicial power)》は、司法裁判所がその全てを独占しているわけではない」という表現も同じ観点にたつものである。「準司法的(quasi-judicial)」という語は、右の広い意味での司法的な作用のうち、憲法上司法権といえないもの、したがって行政的品格を有するものを指す言葉として用いられていると考えられる。<sup>(28)</sup> 司法的品格の判定基準としては、右の他に、個人権または財産権への関与、手続の類似性などの挙げられることがあるが、本稿の文脈ではいずれも適切な理解ではない。<sup>(30)</sup> なお、「司法的」という言葉が、最終的な判断を下す権限であることと同義で用いられることもあるが、行政行為の司法審査の文脈においては、これは憲法第三編に関する用語ではなく、別の位置付けで把握されるべきものと考えられる。<sup>(31)</sup>

#### (b) 司法的品格の事項の委任

では、司法裁判所以外の機関(行政機関)への司法的事項の委任は、憲法上いかなる形で許容されまたは禁止されるのであろうか。<sup>(32)</sup> この問題については、むしろ州裁判所において多くの裁判例を見出すことができる。各州憲法の司法権の理解が連邦憲法のそれと細部で異なりうるという限定付きではあるが、こ

ここで、それらを参照しておくことも有意義であらう。多くの州では、土地所有権原を効率良く確定するための行政機関を設立するいわゆるトレンズ・システム (Torens system) が採用されていたが、当初は法律上その決定を終局的 (final) としていたために、これを違憲とした判決が相次いだようである。また、従来より裁判所が取り扱ってきた水利権の所在の判定についても、この判定には通常多くの者が関係し手続が繁雑となることを理由に行政機関を設置してそれに判断を委ねるという制度が多くの州で採用されたのであるが、やはりここでも司法権の違憲な付与ではないかという主張が提起された。この機関の決定に終局性を与える立法がなされた場合の州裁判所の対応は必ずしも一致していないが、多くは違憲としていたようである。<sup>(34)</sup>

連邦法によって設置された行政機関については、連邦最高裁が違憲な司法権の委任であると判断した例はないとされており、また、司法的事項を委任された行政機関に対して裁判所が完全な支配をしていれば違憲ではないとも言われている。<sup>(35)</sup> この問題をめぐり連邦行政機関が組上に載せられた (筆者が知る限りで) 唯一の例は、土地の所有状況を委員会に判定させる制度 (一八五一年の連邦法) である。これについては、United States v. Ritchie (1854) や Grisar v. McDowell (1863) といった連邦最高裁の判決がある。そこで用いられた論理は、一言でいえば、裁判所が始審的審理を行っていることに合憲の根拠を求めらるものである。すなわち、appeal (不服の申立て) を受けた司法裁判所においては、全く新たに審理をし直す第一審的・始審

的訴訟 (an original de novo suit) が行われており、appeal の実質は単に裁判所での審理を開始する手段に過ぎず、行政機関の判断に何ら特別の地位を認めるものではないから合憲というのである。<sup>(36)</sup> なお、このように考えても、appeal が提起されなかった場合には、委員会の決定によって権利の存否が最終的に確定されてしまうことに変わりはない。<sup>(37)</sup> この限りで、行政決定の (ある種の) 最終性・拘束性は残っているのである。このような形での (ある種の) 最終性の余地は、後述する公的権利の法理においても同様が生じている。<sup>(38)</sup>

そこで、司法的性格の事項について、このような意味での (ある種の) 最終性さえもない制度を作ることが憲法第三編上要求されることがあるかが問題となるが、これについて憲法第三編を根拠にして明確な判断を示した連邦最高裁判決は特に見当らない。そのような制度が立法された場合は、それが司法的性格の事項である限り、少なくとも憲法上当然に許容されるであろうことが、次の二つの事例から推察されるだけである。まず、州の司法裁判所での全面的な審理を受けた後でなくては、水利権を判定する州行政機関の決定が発効しないという制度が立てられた場合に、当然に合憲とした例がある。行政機関は必要な情報について裁判所に報告するのみであり、その命令は裁判所の判断があって初めて最終的なものになると解することによって、州憲法の司法権規定違反の問題は生じないとしたのである。<sup>(39)</sup>

また、この点で興味深いのは、連邦経済規制の初期の形態で

ある州際通商委員会 (Interstate Commerce Commission: ICC) の最も初期 (一八八七年以降一九〇六年の修正法成立の前まで) の制度である。連邦最高裁は、この時期の ICC の取扱事項、すなわち鉄道会社が設定した料率が不合理・不当でないかを判断することが、「司法的性格を有する行為 (a judicial action)」であるとの認識を明確に示している。裁判所はそれ以前の世紀以上にわたって、「全ての料金は合理的・正当 (reasonable and just) でなくてはならない」というコモンロー上の準則を実現してきたが、当時の ICC 設置法はこれを立法化しただけのものだと述べている。<sup>(45)</sup>したがって当時の ICC には司法的性格の事項が委任されていたことになるが、これを違憲とした判例はない。ICC の命令が裁判所での始審的審理の後に拘束力を持つという制度になっていたためと推察される。

(2) 公的権利の法理 (Public Rights Doctrine)

次に、非司法的性格の事項の取り扱い方を考察する必要がある。司法審査は非司法的事項について完全に排除されるのかという問題が生じるわけであるが、これについて連邦最高裁が憲法第三編の意義の一環として明確に回答を示したのは、一九世紀中葉のことである。そこでは、非司法的性格の事項であっても、司法裁判所の部分的関与は可能であるとする法理が、「公的権利 (public rights)」という標題を付して宣言されており、その後、明示的にこの法理に言及する判例がいくつか存在している。公的権利の法理によって、憲法上司法裁判所から事務内容の点でも独立した意義を持つ行政機関 (つまり、司法的事

項ではなく、非司法的事項を担当する場合の行政機関) の行為の司法審査のあり方が、憲法論として位置付けられたのである。

(a) 司法関与の是非

非司法的事項への司法関与を、司法的性格の事項の法理との間に矛盾を生じさせずに認めるためには少々工夫が必要である。公的権利の法理の核心がここにあることは十分に強調されるべきである。そこでなされた工夫は、要するに、非司法的事項の中にも司法的性格を有する紛争部分、つまり「司法的紛争 (a judicial controversy)」が存在しうることを認めることにあり、このようなタイプの非司法的事項を「公的権利に関わる事項」と呼んでいるのである。また、public right-private right というように、公的権利の語が「私的権利」の対概念として位置付けられることがある。私的権利は、不法行為法や契約法の中で論じられるようなコモンロー上の権利に相当するものであること<sup>(46)</sup>に鑑みれば、これまで述べてきた司法的事項を権利として述べたものと考えられる。したがって、公的権利に関わる事項の中から取り出された司法的紛争 (司法裁判所が審査しうる部分) は、それだけを抽象的に考えてみた場合には、私的権利の紛争と類似したものといえることになる。公的権利に関わる事項が何であるかは、このような私的権利との対応以外には、判例上特に明確には述べられてはいないが、本稿の目的からは、これを定義する必要はないと考えられる。要するに、司法的紛争が取り出せるような事項であればよいからである。なお、public rights という言葉には「公衆の権利」とでも訳すべき別

の用法があり、これは *rights of the community* などとパラフレーズされている。区別が必である<sup>(57)</sup>。

公的権利の法理のリーディング・ケースとされているのは *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* (1856)<sup>(58)</sup> である。これはデュープロセス条項に言及する最初の判決として著名なものであるが、同時に憲法第三編に関する判示も行っており、そこで公的権利の言葉が用いられている。第三編をめぐる問題とされたのは、財務省の会計担当官がある関税徴収官に対して収支検査を行い、合衆国に納付すべき滞納金があったと判断して必要な取立手続に入ることが、司法的性格を有する紛争 (*a judicial controversy*) か否かということであった (at 280-81)。具体的には、右の行為が歴史的には司法的性格を有しないにもかかわらず、一八二〇年法によって会計担当官の決定に対する司法審査が定められているのは違憲ではないかという形で問題が提起されている (at 281-83)。法廷意見は、この問題提起に対して、次のように述べて司法審査が可能であることを認めた。まず、①司法的紛争か否かの判定は、審判事項の全体 (*the entire subject matter*) のみを考察の単位としたり、それが裁判所の審理のために提出されている態様 (*mode of presentation*) を無視して行われたりすべきではないこと、②単に「徴収官が合衆国に対し債務を負うか」という問題点 (*the mere question of indebtedness*) に限定するならば、これが司法権の守備範囲 (*judicial cognizance*) に入っていること、③の二点を確認している。そして②の帰結として、合衆国は

滞納者 (*debtors*) をモニター裁判所に訴えることができ、逆に、納税者が合衆国を被告として同じ問題を争うことも可能となる。合衆国を被告とするためには、主権免責の法理によりその同意 (*consent*) が必要なのであるが、一八二〇年法が司法審査を定めているのは、この同意を示したものであり、同法はそれ以上の意味を有するものではない。そもそも司法権の守備範囲にない性格の紛争であれば、いかにこの同意があっても司法裁判所の審理に服せしめることはできないからである (以上 at 283-84)。

本件で提示された問題については、以上で解決が付けられているわけであるが、法廷意見は「誤解を避けるため」としてさらに次のような定式化をしており、これが公的権利の法理と呼ばれるものの代表的表現とされるに至ったのである。

「連邦議会は、その性格上モニター、エグゼクティブ、海軍上の訴訟の主題となる事項 (*matter*) を司法裁判所の守備範囲 (*judicial cognizance*) から除外したり、司法裁判所の判断 (*judicial determination*) の主題とはならない性格の事項を司法権に取り扱わせたりすることができるわけではない (筆者注——ここまでは本稿でいう司法的性格の事項の法理の確認である)。しかし同時に、公的権利に関わる事項というものが存在する。これは司法権の発動が可能なる形で提出されることが可能で (*may be presented in such form that the judicial power is capable of acting on them*) (傍点筆者)」、これにより司法裁判所の判断の対象となりうるが、連邦議会は自ら適当と考えるところに

従つて、これを連邦裁判所の守備範囲に置くことも置かないことも可能である。」(at 284)

これを整理するならば、憲法上、司法的性格の事項とされるもの以外の中には、常に司法権の関与が排除されるべきものと、司法的判断の可能性を孕むもの(公的権利に関わる事項)とがある<sup>(58)</sup>と理解されていることになる。したがって、本稿でいう非司法的事項とは、このふたつを包括したものであることになる。そして、公的権利に関わる事項に対する司法審査が可能であるためには、「司法判断が可能なる形(form)」で、「例えば本件であれば「単なる債務の有無の問題」として、提出されなければならぬ。以上によつて、非司法的事項であっても司法関与のありうる<sup>(59)</sup>ことが宣言されたわけである。右に引用した定式の意義について多少混乱はあったものの、「司法的判断が可能なる形」という表現は本件の後の判決にも見出すことができる<sup>(60)</sup>。基本的な枠組みとしては、現在まで引き継がれているといえよう。

さて、右の定式においては、「議会の選択により」として<sup>(61)</sup>いることの具体的意味が明らかにされていない。司法判断が可能なる形で提出されることが可能である以上、その部分は司法的性格の紛争であり、これが司法裁判所の審理を受けるのは憲法上の一義的な要請であるはずと考えられる。しかるに、「議会の選択により」これを司法判断の対象にしない余地を認めることは司法的性格の事項の法理に反するのではないかという疑問が生じるのである。事項によっては立法府の選択によつて司法的、非司法的のいずれの、または双方の性格を有しうる余地があると

いう指摘<sup>(62)</sup>にも、同様の疑問を感じる。これを主権免責法理の一環と理解する考え方もあるが、この法理は合衆国が被告となることの同意についての議論であるから、これでは合衆国が原告となつて私人を訴える場合が含まれておらず、十分な説明とはいえない<sup>(63)</sup>。この疑念については、第二章において、A型の思惟律との関係で再度言及し検討する。

#### (d) 行政決定の終決性(Administrative Finality)

一般的に非司法的性格の事項については、司法関与が認められず、行政決定が終決的になると表現されている<sup>(64)</sup>。より正確に言えば、公的権利に関わる事項については、司法的性格を持つ論点だけが司法関与の対象となりうるわけであるから、その残余が司法裁判所の判断の全く及ばない論点となる。ここにおいて行政決定は「司法裁判所との関係で、憲法上、「終決的・終局的(conclusive and final)」または「拘束的(binding)」となるのである。

Murray's Lessee v. Hoboken Land Co. (1856) は、公的権利の法理の定式化に続いて次のように述べている。「そこで、この範疇に属する事案では、次のような判示が繰り返されてきた。すなわち、議会の授権の下に行われた執行府行政官の行為は、裁判所での審理においては、特定の事実について、または権原の存在全体について、終決的(conclusive)である。」「しかも、個人の権利にかかわる問題が審理されている私人間の訴訟においても、執行府の行為は、憲法および法律によつて当該機関の判断に委ねられた問題については、終決的である(傍点筆者)。」

しかしながら、右の定式の中の「憲法および法律によって」の部分に以前に指摘したのと同様の疑問が感じられる(86)だけではなく、個々の事案においてこの終決性がどのような範囲で存在し、どこから裁判所が関与できるのかについては、公的権利の法理は具体的に明確な基準を与えるものではない。第二章で述べ通り、判例が行政決定の終決性に対処するとき用いる一般的な定式には複数のものがある。例えば、法律上行政機関に委任された事柄であるとして一切審査を拒む場合、詐偽等が無い限り審査はしないという表現を用いる場合、事実問題ゆえ審査しないとする場合などがあるが、これらを統一的に説明する方法は憲法論としては示されていないのである。このことは、行政分野毎の司法審査のあり方を観察するときより一層明らかとなる。Crowell v. Benson (1932) は公的権利に関わる事項のカタログとして、租税(関税・内国歳入)、移民、公有地、郵便、恩給といった分野を挙げている。司法審査は、各分野内ではそれぞれ統一性を持って事案は処理されているものの、各行政分野にまたがった共通の取り扱いがなされているわけではなく、終決性の及ぶ具体的な範囲は分野によってかなり異なっている。例えば、租税ではほぼ常に全面的審査であるが、公有地や恩給は審査排除に近いとさえいえるのである。これらを説明する方法を模索する文献もないではないが、いずれも便宜的な整理にとどまっている(87)。本稿では、以上について統一的な説明を与える規範的思考の存在を仮定し、これを第二章でA型の思惟律として取り出すこととする。

## 二 デュープロセス条項(憲法修正第V条・第XIV条)

デュープロセス条項にも、行政機関と司法裁判所の関係を規律する憲法規定としての意義を見出すことができる(88)。第二章I、第三章Iで述べるとおり、本稿はデュープロセス条項の発動要件(生命・自由・財産)のうちでは財産に関連づけて論じられる事案のみを扱うことになる。ここで取り上げるべき第一のものは、財産に関わる事項を、司法裁判所ではない行政機関が取り扱うことの憲法上の権威付けであり、これは、「フォーラム選択(the choice of forum)」の問題と名付けられることがある。行政機関と司法裁判所のうちある事務が取り扱われるべき場所(フォーラム・forum)としていずれの機関を選択するかについて、デュープロセスがいかなる規律を及ぼすかという問題である(89)。第二に、行政機関が憲法上正当にフォーラムたりうる場合に、事後的にその行為について司法裁判所が関与できるか、できる場合はどのような関与(審理態様)が求められるかの問題がある。「司法裁判所による審理を受ける憲法上(デュープロセス)の権利」があるか否かという標題のもとで論じられているものがこれである。わが国では、フォーラム問題については既に十分な研究があるが、事後の司法関与についてはほとんど触れられていない(90)。

さて、デュープロセス条項は様々な機能を有しているの、右のふたつの問題をその中で位置付けようとするときには、同条項の機能全体を大きく三つのグループに分類して理解しておくのが便利であろう。まず、デュープロセスが、その初期には

刑事裁判の審理手続を対象としていたこと<sup>(76)</sup>、その後は民事訴訟手続の規律原理としての展開をも見せたことに鑑み、ここに司法裁判所の手続に関わる第一の問題グループを見いだすならば、本稿で扱うべきふたつの問題は、具体的な行政権限の正当化を契機として展開された第二のグループの議論の一環ということができよう。第二のグループにおいては、図式的にいえば、行政機関をフォーラムとすることの正当化(フォーラム問題)の後、視点が、一方では司法裁判所の果たすべき役割へ、他方では行政機関の作動の仕方へと移動する<sup>(77)</sup>。前者が、事後の司法関与のあり方におけるデュープロセスの実現問題となり、後者が、行政段階でのデュープロセスの実現問題、すなわち行政手続の憲法上の規律基準を引き出す根拠規定として同条項を用いる議論となるのである。実際に、一九世紀後半の判例では、フォーラム選択の問題、事後の司法関与の問題、行政手続のあり方の問題を相互に密接に関連させて理解する例がある<sup>(78)</sup>。第三のグループとして、以上とは更に異なる次元の問題についてもデュープロセス条項を用いる一群の議論があり、これがいわゆる実体的デュープロセス(substantive due process)の問題分野である。これは、法律・条例・行政の行為等の(手続ではなく)実体的な内容を審査する際、立法権や行政権が遵守しなければならぬ具体的な実体的規準を、特に憲法から直接導くための規定としてデュープロセス条項の価値を認める考え方である。なお、デュープロセスに関する全ての議論を実体的なものと手続的なものとに分類して、後者を手続的デュープロセス

(procedural due process)と呼ぶならば、以上に示したもののうち実体的デュープロセスとしたもの以外は、全て手続的デュープロセスの議論ということになるであろう<sup>(79)</sup>。したがって本稿で取り扱うデュープロセス上の右のふたつの問題は、「財産侵害(taking)」がデュープロセス上適正に行なわれているかという表現のもとで議論されているもの(一部(手続上の問題)である。なお、本稿では、実体的デュープロセスの問題はもちろん、司法裁判所での手続および行政手続の問題についても、一切省略する。行政裁量と行政手続の間の補償関係といった問題にも言及しないことになる<sup>(80)</sup>。

(1) フォーラム選択の問題・事前の司法関与

フォーラム選択についてデュープロセスが有する意義は、「適正な過程(デューなプロセス)とは必ずしも司法過程を意味するわけではなく、(due process is not necessarily judicial process)」という命題<sup>(81)</sup>に集約されるといってよいであろう。これは、ある事項について「当該機関(フォーラム)で行なわれるプロセスが、適正な過程(デューなプロセス)といえるか」という問題設定への回答として述べられたものである。具体的には、財産について行政機関の決定が下される場合、それが効力を有する(being effectual)以前の段階であらかじめ司法裁判所の関与がなくてもデュープロセス違反とはならないかという観点から、憲法上正当にその決定権限が行政機関に与えられるか否かが問われているわけである<sup>(82)</sup>。

まず、行政機関がフォーラムたりえず、司法裁判所をフォー



ラムとすることがデュープロセス上の要請とされることがある。このフォーラム選択は、行政機関の決定があっても、司法裁判所の始審的な審理に基づく判断のみが最終的決定とされるという形で具現化されるものである。連邦政府が一度私人に公有地を下付する決定をした以上、それを取り消すときは裁判所の判断を経ておくことがデュープロセス条項（修正第V条）上の要請であるとする判示は、その好例である。また、このような形で司法裁判所をフォーラムとすることが一義的に要請されるのか、単にそれが許容されるのにとどまるのか、必ずしも明確ではないが、水利権の存否の判定を行政機関に委ねた州の制度が連邦憲法のデュープロセス条項（修正第XIV条）に適合するかどうか争われた例も参照されるべきであろう。Pacific Live Stock Co. v. Lewis (1916) は、行政機関での手続は裁判所による審理開始のための導入過程に過ぎず、行政機関が水利権についての決定を下した後に裁判所が始審的な審理をやり直し、その判決のみが効力ある最終決定とされる制度になっていることを指摘した上で、当該制度にデュープロセス違反はないとしている。<sup>(89)</sup> 仮にこれが、デュープロセス上許容されるにとどまるという意義の判示であるならば、行政機関が水利権について決定を下した後に、当事者が裁判所に訴える限りで、その第一審的・始審的審査を受けることができ、裁判所の判断が最終的となるという制度も、デュープロセス上許容される可能性が高いと考えられる。しかし、このような事案の判例が特に見当たらず、このようなフォーラムのあり方がデュープロセス上どう評価さ

れるかは明らかではない。

第二に、「デュープロセスが司法過程である必要がな」く、行政機関がフォーラムたりうる場面<sup>(90)</sup>としては、租税、取用、緊急時の財産破壊といった、一九世紀前半から遍在していた古典的な財産権侵害の制度が挙げられる。ここでは、財産に関わるものでありながら、行政機関が司法裁判所の事前の関与無く権限を行使することの正当性が認められていたのである。ただし、行政機関をフォーラムとして認めてもよいことの理由のひとつとして、事後の司法審査の存在が指摘されている場合がほとんどであったことからわかるように、古典的な財産侵害の制度において行政機関をフォーラムとなしうることは、殊に財産権に関わる限り、「司法判断の先送り」(delay in the judicial determination of property rights) というロジックによって正当化されていたのである。判例としては、租税（内国歳入および関税）制度における税額確定と滞納処分を行政機関に担当させるといふフォーラム選択を、連邦憲法のデュープロセス条項に依拠して争うものが最も多い。同条項の意義についての最初の判例とされる Murray's Lessee v. Hoboken Land Co. (1856) は、関税徴収官 (collector) 自身に対する合衆国（財務省）による強制徴収という特殊な事案ではあったが、すでに一般的な枠組みが現われていた。<sup>(95)</sup> すなわち、一般納税者に対する滞納処分の事例における枠組みと同様であり、行政機関がフォーラムたりえることは、迅速な租税徴収の必要性や伝統的慣行といった理由付けの他に、納税義務 (liability) について、判例法上ま

たは制定法上、後に司法判断 (a later judicial determination) がなされうることを根拠として正当化されている<sup>(98)</sup>。ここでも「司法判断が単に先送りされているだけ (mere postponement of judicial enquiry)」という表現が用いられている<sup>(99)</sup>。また、税額確定についても、あらかじめ司法過程を経る必要がないとされている<sup>(98)</sup>。

なお、「デュープロセスが司法過程である必要がない」という前出の表現は、論理上、およそ司法裁判所がフォーラムとなりえない場合と、フォーラムとしてもしなくてもよいという場合の双方を含蓄すると考えることも可能であろう。そして、右に述べた租税の事例において留意されるべきことは、これが後者に属し、事前の司法関与を認めてもよいとの趣旨だということである。例えば、州によつては税額の確定に司法裁判所の審理を事前関与させる制度が採用されたことがある。これについて Davidson v. New Orleans (1878) は、デュープロセスの定義の一環として、「賦課された負担について、法律上通常の裁判所で「事前に」それを確認しまたは争う方法が定められている場合は、……財産所有者は、その手続で下された判断によつてデュープロセスによらず財産を剥奪されたことにはならない<sup>(99)</sup>」と述べており、デュープロセスは当然満たされているとしている<sup>(100)</sup>。

(2) 事後の司法関与の問題

右で見たとおり、財産権にかかわる決定について行政機関をフォーラムとしうる場合には、事後の司法関与の存在が重要な

正当化理由とされていた。そこで、これに視点を移し、事後の司法関与に関わるデュープロセス上の問題を扱うことにする。

「司法裁判所による審理を受ける権利」とは、本案中の個々の論点が憲法上司法裁判所が関与しうる性格のものであることを、当事者の権利として表現した言葉であるといつてよいと思われる。この「権利」の有無は、司法審査の対象としうる事項的範囲の問題に他ならないわけである。そしてその典型的な事例が、ある論点について行政決定が終決的という立法がなされたときに、それがデュープロセス上の権利を侵害する違憲な立法であるとしてこの観念を援用する場合である。「公正な聴聞を行なつた後で事実について最終的に決定する権限を行政機関に与えても、そこに詐偽その他明らかな権限の濫用がない限り、これはデュープロセスには反しない」「裁判所に訴えることができる権利の存在は、必ずしも常に、デュープロセス上要請されることではない<sup>(101)</sup>」などという表現がこの問題への回答例である。

租税の場合、前項で言及したように、事後的な司法審査の存在がデュープロセス上の要請である。しかし、その内容を見るならば、一定の論点については司法裁判所の審理が及ばないことが法律上定められていても、デュープロセス違反ではない余地が認められている。例えば、従価税としての関税額を確定するために評価官が行つた輸入貨物の市場価格決定について、法律上それが訴訟で争えないと定められてもデュープロセスに反するわけではないとするもの<sup>(102)</sup>、州税における財産評価について、

司法審査の権利がないと定められていてもデュープロセスには反しないとするものがある。しかしながら、州によっては価格評価について事後的な司法審査を定める例があるように、これらの論点について司法審査を受けることが禁じられているわけではない。<sup>(108)</sup>

鉄道の料率規制に代表されるいわゆる経済規制は、州レベルでは一九世紀中葉から開始されたのであるが、ここでは逆に、ある論点について事後の司法判断を要請する判決を見出すことができる。連邦最高裁は、「州の料率決定権限は、財産没収的 (confiscatory)」、<sup>(109)</sup> 正当な補償なき収用 (taking without just compensation)」、<sup>(110)</sup> したがってデュープロセスなき財産侵害 (taking without due process of law) を帰結するような形で行使されてはならない」という言明によって、これがデュープロセス条項 (修正第十四条) の射程に入るとした上で、デュープロセスの実現の一側面として、<sup>(111)</sup> 料率の合理性について事後の司法判断が要請されるとしている。例えば、Chicago v. Minnesota (1890) は行政機関による料率規制についての最も初期の判決であるが、そこではミネソタ州の委員会が設定した最高料率は終局的・最終的 (final and conclusive) であるという解釈が同州最高裁によって採用されていることから、「デュープロセスによって司法裁判所の判断を受ける権利 (right to a judicial investigation by due process of law) が剥奪された」と判示されている。<sup>(112)</sup> 同様の判示例は、最高料率設定以外の事案においても採用されている。<sup>(113)</sup> また、公益事業会社がかける最高料率を、州

議会が直接法律によって設定する制度が採られている場合でも、連邦最高裁は、その料率の合理性について事後的な司法審査の機会が与えられるべきことを修正第十四条を根拠に述べているが、これも以上のようなデュープロセス条項の機能の一例と思われる。<sup>(114)</sup> なお、連邦段階での経済規制機関である州際通商委員会 (ICC) については、法律上司法審査が定められており、特に一定の論点の審査を限定する規定もなかったため、以上の問題が争われたことはなかった。

### (3) 第三編の法理との比較

以上のデュープロセス議論は、個々の事案で下された司法判断の集積に過ぎないという観が強く、<sup>(115)</sup> 憲法第三編の場合と比べて、行政機関と司法裁判所の関係について明確な規律枠組みを示し得ていないようにも思われる。しかし、これらを第三編の諸法理とすり合わせ、その相互関係を検討することによって、そこに一定の秩序を見いだすことができるように思われる。両条項について形成された法理を比較するならば、次のような相似性が浮かび上がってくるであろう。①「デュープロセスが司法過程であることが要請される (due process requires judicial process)」場合、すなわち司法裁判所がフォーラムとされるべき事項とは、司法的性格の事項を指しており、②「デュープロセスが司法過程である必要がない」場合は、司法裁判所以外の機関がフォーラムたりうる事項が意味されているから、これは第三編の法理でいう非司法的事項の存在を認めているものと考えられる。しかも、例えば Murray's Lessee v. Hoboken Land

Co. (1856)が、デュープロセス論としてフォーラムを決定する際に歴史的慣行に依拠したことは、第三編の法理においては司法的性格が否かを決する基準が歴史的淵源であることに対応していると考えられることのできるであろう。そして、②においてデュープロセス上の要請として事後的な司法審査を受ける権利が認められている場面は、公的権利の法理として述べた、非司法的事項における司法的論点の取り出しに相当し、その反面として、デュープロセス上司法審査を受ける権利が要請されない場面の問題状況は、行政決定の終決性におけるそれと同じと考えられるのである。

右のデュープロセス議論が第三編の法理を背景において整理し理解されるとするならば、その限りで、A型の思惟律と当時の憲法論との関係は、第三編の場合とデュープロセス条項の場合とで同様のものがあると考えられる。以上を前提として、次に、この憲法論が、一九二〇～一九三〇年代において、どのような変化を見せたかを検討する。

## II 一九二〇～一九三〇年代における憲法

### 法理の変移

右で述べた通り、第三編の法理においては、司法的性格の事項であれ、非司法的事項から公的権利の法理に従って取り出された司法的紛争であれ、いずれも司法裁判所が伝統的に取り扱ってきた紛争へのアナロジーによって性格付けられたものである。その必然の結果として、これらについて裁判所で行われて

いる審理態様は、第一審(an original jurisdiction)訴訟におけるような審理、すなわち始審的(de novo)審理となるはずである。デュープロセス条項上は、このことは必ずしも明確にされていないが、前項で述べたところから、同条項に依拠された場合でも第三編の場合と同じ帰結が導かれる可能性の大きいことが推測される。

しかしながら、一九三三年の連邦最高裁判決においては、右とは異なる審理態様の憲法上の正当性が明示されている。この新たな審理態様は、少なくともその当時は、いわゆる経済規制分野においてのみ行われたものであったが、注意すべきことは、新しい分野であるが故に異なる法理が要請され、またその存在余地があったというだけの現象ではなかったということである。この経済規制分野においても司法裁判所が従来の法理に従って行動していた経緯があるからである。しかも、一九二〇～一九三〇年代の時期の連邦最高裁の三つの判決においては、従来の法理との親近性を強く示す見解が多数を占め、少数意見と厳しく対立したこともあった。以下では、このような憲法上の変容を概観するが、これは、第二章、第三章で述べるふたつの思惟律の間の相違が、憲法論レベルでも明確に表出したものと考えられる。

### 一 連邦最高裁の変容

ここで取り上げるのは、ある連邦行政機関の行為についてロビンア特別区の裁判所(以下、DC裁判所という)による審査が法律上定められている場合の、同裁判所から連邦最高裁へ

の上訴申請について、連邦最高裁がその管轄を有するか否かが争われた一連の事案である。本章Iで述べたように、連邦最高裁は、constitutional courtsのひとつとして司法的性格の事項または論点の審理権限のみを持つという伝統的法理によって規律されるから、これが上訴管轄を有するためには、上訴対象たる原判決も司法権の行使といえるものでなくてはならない。したがって、連邦最高裁の上訴管轄の有無は、原審が行政機関の行為に対して司法権の行使といえるような審査を行っているか否かということと決定される。

Federal Radio Commission v. General Electric Co. (1931)<sup>(122)</sup>は連邦ラジオ法(一九二七年)の事案である。同法の司法審査規定によれば、DC裁判所は、連邦ラジオ委員会がなした放送免許(ライセンス)の更新拒否を審査するに際して、同委員会での証拠の他に裁判所での新証拠の採用を許可してこれを考慮することができ、委員会の命令の変更・改定をすることができる(at 467)。本判決はこれを根拠として、DC裁判所が行っていることは「純粹に行政的であり、この行政分野における上級行政機関たる地位を与えられている(at 467)」と評価し、それはもはや司法権の行使ではないと結論付けて、自らの上訴管轄を否定した<sup>(123)</sup>。

同法はこの判決を機に一九三〇年に改正されたが、その下で提起されたFederal Radio Commission v. Nelson Bros. (1933)<sup>(124)</sup>において、新たな考え方が憲法論としては初めて正面から説明されたのである。一九三〇年法はDC裁判所による審査の規定

を改正して、その審査の範囲を「法律問題(questions of law)」に限定し、「委員会の事実的判断については、実質的証拠に裏付けられているときは、……終決的である」と規定しなおした<sup>(125)</sup>。連邦最高裁は、一九二七年法とは「極めて対照的」なこの規定(at 276)によって、DC裁判所による審査が行政機関としての行為から司法裁判所による審査へと変更されたと評価した。すなわち、「法律問題は司法判断の対象として適切なもの」であり、「委員会は適切に定立された法律上の基準を適用したか、委員会は自らの権限内にとどまったかまたはそれを超越したか、その手続はデュープロセスに従うものであったか」といった問題要するに、委員会の守備範囲を定めその行為を規律する法律上の諸要件が守られているかという問題は、司法判断の対象として適切なものである。これらが、裁判所が審理すべき法律問題である。……実質的証拠のない事実的判断……は、法律違背である。……事実的判断にこのような欠陥がないかどうかを判定するために、委員会に提出された事実を調査することは、司法の守備範囲(judicial province)に属するものであり、行政権を侵害していることにも行政権を行使していることにもならない。但し、この調査には、証拠の評価をすること(the weight of evidence)や行政の行為の見識や便宜(the wisdom or expediency)を問うことは含まれない(at 276-77)。」一般論として、「審理手続が司法権の行使といえるためには、完全な始審的審理がなされるものであること(one entirely de novo)は、必ずしも必要ではない」のであり、DC裁判所の審理が既に述べ

たような内容を有する「法律問題」に限定されることにより、「司法権行使の適切な対象たる争訟(a case or controversy)」があるといえる(at 278)」としたのである。そして、以上により、DC裁判所による審査が司法的性格(judicial in character)を有するものであることに疑念の余地はなく(at 277)したがって、そこから連邦最高裁への上訴も可能であると結論付けられた。以上の論旨を要約すれば、一定の行政分野においては、司法裁判所において第一審的・始審的訴訟が行われないことが求められようという憲法解釈が述べられるに至ったのである。

この判決は、従来の憲法法理との関連において、次のように評価されるべきものと考えられる。最大の特徴は、公的権利に関わる事項から司法的性格を持つ論点を取り出すときの方法が従来のものとは異なっており、審理事項を法律問題と事実問題に分解するという方法が採用されていることである。これは、単に裁判所が事実認定を行うか否かという問題に矮小化して捉えられるべき問題ではなく、そもそも、事実問題か法律問題かという表現を用いること自体に従来の法理からの乖離があるわけでもない。次章以下で述べることを先取りして言えば、この表現は単なる便宜的なラベルと考えるべきであり、憲法論としては、司法的性格を有する論点(法律問題のラベルが付される)と、行政決定の終決性が認められる論点(事実問題のラベルが付される)の間の振り分け基準が従来ものから本質的に変更されていることに注目しなければならない。少なくとも、司法的性格かどうかを判断するために、伝統的に司法裁判所が扱っ

てきた紛争とのアナロジー(judicial analogy)を見る従来の基準はもはや採用されていない。ここに従来の法理との亀裂が見られるのである。これが従来の法理では説明できない以上、憲法第三編の法理が変移したと把握せざるを得ないと思われる。この新たな考え方は、第三章でB型の思惟律として具体的に分析される。

第二の特徴として、司法的性格の論点の取り出し方以外の点では、公的権利の法理の大枠は忠実に守られており、この点では従来の法理との連続性が保たれていることが挙げられる。すなわち、司法権の行使のためには非司法的事項から司法的性格の論点を取り出さなければならぬこと、および論点を取り出された後の残余については終決性が認められ裁判所の関与が禁止されるが、司法的論点である限りは裁判所は独自の判断を下すことの二点が維持されているのである。結局のところ容れ物としての公的権利の法理は維持されているが、内部的なプロセス(司法的論点か否かの振り分け)のみが変更されたことになる。

この現象は第三編に依拠された場合や連邦行政機関の事案に限って現れているわけでは必ずしもない。同じ系列に属すると思われる連邦最高裁の思考は、デュープロセス条項(修正第十IV条)に依拠しつつ、州の行政機関と州裁判所との関係についても示唆されることがあり、ここでも、第三編とデュープロセス条項の連動性を見出すことが可能である。

そこで問題となるのは、このような憲法法理の変移のメカニ

ズムは何かということである。最もわかりやすい説明方法は、変移の要因として連邦最高裁の裁判官構成の変化に注目することであろう。この変移が、ことにブランドイス裁判官による強力な支持によって定着させられたことは疑う余地のない事実であるから、変移の推進者(但し、最初の提唱者ではない)が誰であったかという点に限って言えば、本稿で扱う行政行為の司法審査においても、財産権規制立法に対する実体的デュープロセスの局面での裁判所の態度変更の現象の場合と同様の把握ができるのである。

しかしながら、問題はその先にある。このような影響力を有した人々がいかなる思考の結果、この変移を指向したのかという点が考察されなければならない。何故従来の憲法法理を変更させる必要があったのか、そして何故 Nelson Bros. (1933) のような形への変移が特に選択されたのかという二点が問題になると思われる。後者の問題については第三章で扱う。すなわち、Nelson Bros. (1933) のような考え方を B 型の思惟律として整理し、それがいかなる契機のもとに形成され、具体的に従来の法理の何を変化させ、いかなる法律上の正当化理由を有しているのか、そこで分析される。前者の問題については、これが、憲法論の変移である以上、メタ憲法の問題であって、憲法論上論理必然の帰結であったと説明することは困難と思われる。たしかに、新たに創設された行政分野を性格付けることが従来の法理ではコンフリクトをはらんでいたために、新たな方向が模索されたという事情を指摘することはできる。この新たな行政

分野の中心は、伝統的に司法裁判所が取り扱ってきた司法的紛争(例えば、料率の合理性、労災補償請求など)と重複するものであった。これを従来の法理によって判断するならば、司法的性格の事項ということになるのである。しかしながら他方では、議会がその事項をコモンローによる解決に委ねるままにせず、殊更に行政機関に担当させた目的を全く無視してしまうような憲法法理を維持すべきかという新たな関心が生じているのである。ここでは、従来の法理を維持する選択肢と、それを変移させる選択肢は、いずれかが論理必然として選ばれるべき性格のものではなく、選択可能なふたつの方向であるにとどまっていたのではないかと考えられる。実際、右に述べた憲法論の変移は新たな行政の出現とともにすぐ現れたものではなく、当初裁判所は、従来の憲法法理を堅持していたことに留意する必要がある。また、一九二〇～一九三〇年代においてもなお、二つの方向の間で連邦最高裁が分裂したこともあった。そこで、この分裂について次項で述べて本章を閉じることとする。

## 二 連邦最高裁の分裂

第三章で述べる通り、右に述べたような新たな司法審査のあり方は実際には一九一〇年代から現れ、一定の行政分野においておおむね安定して支持されていた。しかし一九二〇～一九三〇年代の時期の連邦最高裁においては、Nelson Bros. (1933) に示された司法的論点の取り出し方に対して、なおも従来の法理の存しうる場合を例外的に設けようとする見解が多数を占め、少数意見と厳しく対立したことが少なくとも三度あった。これ

らは、「管轄的事実の法理」<sup>(148)</sup>や「憲法的事実の法理」<sup>(149)</sup>を述べたとされているもので、わが国でも少なからず注目されてきた判例である。憲法論として三件の多数意見に共通しているのは、一定の論点が憲法上の権利に関わることを理由に憲法(第三編またはデュープロセス条項)上の要請として裁判所が法律・事実の全ての点において判断を最初からやり直すべきことが帰結されるというロジックであり、その論点について、裁判所に対する行政機関の独自性を全く認めないという思想である。同様の憲法上の主張は、従来から州際通商委員会(ICC)などの事案でもなされていたのであるが、このような特殊な取り扱いが認められたことはなく、この三件の多数意見は極めて異例なものといえる。<sup>(149)</sup>他方、少数意見はブランドイス裁判官のリードのもとにNelson Bros. (1933)と同じ考え方を強固に維持したものである。<sup>(148)</sup>ここでは、多数意見のみを扱うことにする。

一九二〇年に下された Ben Avon (1920) は州の公益事業委員会による最高料率設定の事案であり、修正第XIV条のデュープロセス条項に依拠して右の論理が構成されたものである。最高料率の設定が一応は「立法的性格(Legislative in character)」の行為であることを認めつつも、料率があまりにも低く「財産没収的(confiscatory)」という主張がなされているときには、当該問題を裁判所に提出し、法律・事実の双方にわたる裁判所の独立の判断(independent judgment as to both law and fact)を受ける機会が当事者に与えられていなければならず、そうでなければデュープロセスに反するとしている。<sup>(148)</sup>そして、この判

断が「司法的性格(Judicial in character)」であることには疑いの余地がない(at 291)と締め括っている。この法廷意見においてデュープロセス条項に期待されている役割は、本章Iで述べたものと全く同じである。委員会がフォーラムたりうることを当然の前提とした(これは法廷意見には現れていない)上で、司法的性格を有する論点についての事後の司法関与が要請されること、その審理では裁判所による全面的な独立の判断が要請されることというふうに、従来の法理をそのまま辿ったものになっている。修正第XIV条のデュープロセス条項を通じて、連邦最高裁は州の行政機関と州裁判所の関係にコントロールを及ぼし、実質的に憲法第三編の法理に依拠した場合と同様の議論を行っているのである。

財産が憲法上の権利であることを強調し、それが論点とされているときには司法裁判所は特別に始審的な審理をなさなければ司法権の要請が満たされないという論理は、連邦行政機関について下された一九三〇年代の二つの最高裁判決の多数意見において更に顕著となる。Ben Avon (1920)では明示されていなかったことであるが、これら二つの多数意見は、Nelson Bros. (1933)に代表される考え方を認めた上で、その例外として、司法権の独立の判断が必要な場合のあることを導くという構成になっている。

Crowell v. Benson (1932) は、被用者が航海可能水域(navigable waters)で被った労災に対する無過失責任の補償を、その使用者に義務づける港湾労働者労災補償法(一九二七年)



(Longshoremen's and Harbor Workers' Compensation Act of 1927) に関する事案であり、合衆国労働補償委員会の委員 (deputy commissioner of U. S. Workmen's Compensation Commission) が行なつた、被用者に対する使用者の補償金支払義務の有無およびその額についての裁定を争うものである。結論に至るロジックは次の通りである。

連邦議会が海事法 (the maritime law) を修正して本件のような立法を行う権限を有するためには、<sup>(1)</sup>被災が合衆国の航海可能水域で生じたものであること、<sup>(2)</sup>無過失責任立法とするだけの特別な事情が存在すること、という二つの制約を受ける。そしてこれらは、本法が合憲に適用されるための前提として存在しなければならぬ。「基礎的または管轄的な (fundamental or jurisdictional)」事実である (at 54-55)。個々の適用事案において司法裁判所がこのような事実をどう扱うかは、「憲法上の制約を遵守させることにおいて、連邦裁判所の司法権が適切に維持されるべき方法は何かの問題」である (at 56)。言い換えれば、市民の憲法上の権利 (ここでは、使用者の財産) に関わる諸事実の存否の最終的判定者として、議会は、司法裁判所のかわりに行政機関を指名できるのかという問題である (at 56)。多数意見がこの問題への回答として示した見解は、憲法上の権利が関わるときには必然的に、司法裁判所は法律・事実双方の問題について独立の判断を下さなければならず (at 60)、<sup>(3)</sup>逆に行政機関の決定に最終性 (finality) を認めるならば、司法権を掘り崩すことになる (at 57) というものである。憲法

上の権利に対する司法権の責務を強調することによって、結果的に従来の法理の場合と同じ司法関与のあり方を導き出している。

また、傍論ではあるが、右の引用箇所以外にも多数意見の基本的思想の窺われる部分がある。多数意見は、いわゆる公的権利の法理を整理した後、本件事案は公的権利の範疇に属するものではなく、ある私人の別の私人に対する責任の有無を問う私的権利 (private rights) に関わる事案であると性格付けている (at 50-51)。この点についてはこれ以上の展開がなされていないので確定的なことは言えないが、<sup>(4)</sup>労災補償の請求が元来司法裁判所が扱ってきた紛争であることに鑑みれば、歴史的な紛争類型へのアナロジーによって司法的性格を有する論点を取出すという従来の法理を踏襲した上で、<sup>(5)</sup>補償責任の有無が「司法的事項」であるから行政機関に独自の判断を認める余地はないという認識が、多数意見の背景にあったと推察される。また、本件について、「財産所有者の不可侵の権利という古い概念と、その権利を制約する現代福祉立法の優越性の承認とが混ざりあった意見」という評価がなされていることも、参考になるであろう。

Ben Avon (1920) の一六年後には St. Joseph Stock Yards (1936) の多数意見が修正第V条のデュープロセス条項に依拠して同じ趣旨のことを述べている。<sup>(6)</sup>これは Ben Avon (1920) と同じく最高料率決定の事案であるが、州ではなく連邦政府の農務長官が、<sup>(7)</sup>精肉出荷業および輸送家畜保管業法 (一九二一年)

(Packers and Stockyards Act of 1921)に基<sup>(186)</sup>づいて設定した料率<sup>(187)</sup>が争われたものである。投<sup>(188)</sup>下資本の没収 (confiscation) という憲法上の主張がなされた事案で (at 49) 結論も結論導出過程も Ban Avon (1920) と同様である。すなわち、議会 (または委任によって行政機関) の料率設定権限については、「デュープロセスによらない財産の剥奪 (deprivation)」または「正当な補償なき、公の用のための私有財産の取用 (taking)」をしてはならないという憲法上の制約があるため、議会自身が料率を設定するときでも (行政機関が設定するときは勿論)、裁判所は必ず、法律・事実の双方について独立の司法審査 (independent judicial review upon the facts and the law) を行わなければならない<sup>(189)</sup> (at 51-52)。そして「自由・財産についての憲法上の権利が関わるときに、行政機関の事後的判断の誤りと憲法上の権利の侵害が証拠から明らかであるのに、その判断が最終的であってもよいというのであれば、憲法上の権利は行政官の意のままとなり、我々の司法裁判所による保護に裏打ちされた安全性は著しく損なわれることになる (at 52)。「人的自由の権利 (rights of personal liberty) に関わるときには、我々は証拠を評価するという司法権限を維持できるとされてくる……この原則は、人の権利 (rights of person) と財産の権利 (rights of property) のいずれの場合でも適用されるものである (at 52)。」

すでに当時の論文は多数意見の立論を批判しており、これは遅かれ早かれ廃棄されるとの観測が強<sup>(190)</sup>かった。少数意見の方が

時代に適合していると評価され<sup>(191)</sup>、「法の支配」の現代的な理解とされたのである。現在の時点から見ても、St. Joseph Stock Yards (1936) 以降、連邦最高裁においては以上のようなロックスは復活しておらず、既に廃棄された<sup>(192)</sup>と見るのが通例である<sup>(193)</sup>。したがって、少なくとも財産権のみに関わる行政分野においては、憲法論として Nelson Bros. (1933) で表明された考え方が一九四〇年までには確立するに至ったと考えられる。

以上に鑑みるならば、Nelson Bros. (1933) に代表される考え方は、憲法上の権利のうち財産権にかかわる限りで、従来の行政機関と司法裁判所の憲法上の関係を修正したものと考えてさしつかえないと思われる。こう考えた場合、アメリカ法史上この背景となる現象として、同時代の実体的デュープロセス論がまず考えられる。いわゆる経済規制立法に対する「経済的デュープロセスの興隆と消滅」と名付けられるもので、財産権に関わる限りでの、立法府と司法府の関係 (違憲立法審査) の憲法上の規律の問題である。これは一九三〇年代に終焉したとされるのが通常であるが、実際はそれほど単純な動向ではないようであり、州ではなおこの意味での実体的デュープロセスが存在する<sup>(194)</sup>という指摘もある。いずれにせよ、この時期の連邦最高裁の実体的デュープロセス論 (修正第XIV条) においては、州議会の立法権限と裁判所の管轄範囲との間がコモンローを基準として明確に線引きされ、多くの経済規制立法がコモンローの分野を侵害するとして違憲とされたのであるが、この考え方は一九三〇年代以降においては維持されなかったわけである<sup>(195)</sup>。ま

た、更に巨視的な観点からは、一九世紀半ばからの絶えざる財産権概念の変容という法史上の大きな流れにどう位置付けるかという問題もある。これらの法現象を背景として、これまで述べてきた憲法法理の変移について論ずることは可能であろうし、また必要でもあらうと思われる。例えば、実体的デュープロセス論に関し、財産権に対して司法裁判所が与える保護の程度を裁判所自身が柔軟に変動させることは、憲法が司法に対して与えた任務に反するのではないかと指摘がなされているが、これなどは本稿の憲法論の変移についても顧慮されるべき指摘であらう。しかしながら、これは独立の論文で扱うべきテーマと考えられるので、本稿では立ち入らないことにする。

- (1) 行政を意味する形容詞としての executive と administrative の関係については Berle, *The Expansion of American Administrative Law*, 30 *Harv. L. Rev.* 430, 431-36 (1917) を参照。本稿では両者をとくに区別してはいない。
- (2) 合衆国憲法第三編第一条「合衆国の司法権はわが最高裁判所および、議会が随時指示し設立する下級裁判所に存する。……」同編第二條一項「司法権は、……全ての Cases に、……Controversies に及ぶ。」
- (3) 合衆国憲法修正第V條「……いかなる人も due process of law によらず生命、自由または財産を奪われることはない。……」同修正第XIV條「……いかなる州も人から due process of law によらず生命、自由または財産を奪つては

ならない。……」後者は連邦憲法の規律を一定の範囲で州にも及ぼそうとする規定である。

- (4) M. CARROW, *BACKGROUND OF ADMINISTRATIVE LAW* 59 (1948).
- (5) 以下では、一九世紀に成立した諸法理を継承したものである二〇世紀初頭の判決も素材としている。
- (6) 以下、第三編とデュープロセス条項に関して本文で述べることの中には、内容的に「権利・特権の区別」の法理でも説明できるものが含まれている。M. Carrow, *supra* note 4, at 64. 一般にこれらの法理は、その周縁部分では相互に重複する箇所を有しているのである。後出注(19)を参照。また、第三編とデュープロセス条項相互の間にも重複現象がみられるのである。本章一二(3) 第三編の法理との比較」を参照。
- (7) 「権利・特権の区別」は、通常「政府による受益(government benefits, government largess, government grants)」などと総称される行政分野を憲法論上位置付けるために用いられる法理である。伝統的には、公教育、公務員、恩給、酒類販売のライセンス等々が念頭におかれてきた。このようなカテゴリーは、例えば O'Neil, *Unconstitutional Conditions: Welfare Benefits with Strings Attached*, 54 *Calif. L. Rev.* 443, 446-48 (1966) に挙げられている。そして、これらについては、憲法上の保護が与えられな<sup>30</sup> Sentell, *Local Government Law and Liquor Licensing:*

A Sobering Vignette, 15 Ga. L. Rev. 1039, 1040-42 (1981); Van Alstyne, Cracks in "The New Property": Adjudicative Due Process in the Administrative State, 62 Cornell L. Rev. 445, 445-48 (1977); Van Alstyne, The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law, 81 Harv. L. Rev. 1439, 1439-45 (1968); W. GELLHORN, *INDIVIDUAL FREEDOM AND GOVERNMENTAL RESTRAINTS*, chap. 3 (1956). 以下 Reich, *The New Property*, 73 Yale L. J. 733, 740-41 (1964) の分析を参照。この法理の初期の表明例とされるホームズ裁判官の見解は本多滝夫「アメリカにおける行政手続法理の生成」各古屋法政一一八号一六五〜一七七頁(一九八八)で紹介されている。さらに「この法理については、橋本公巨「アメリカ行政法における聴聞を受ける権利」法学新報六八巻二号三〇〜四二頁(一九六一)」、杉村敏正『行政手続法』五九〜六六頁(一九七三)」、小高剛「行政過程における正式手続の制限および排除」立命館法学六三巻四号四二頁(一九六六)などで言及されている。

さて「この法理に対しては、一九世紀以来とわゆる「違憲な条件付け (Unconstitutional Conditions)」の法理が対置されていることに留意しなければならない。これは「特権付与の際の要件あるいは付款が憲法上の権利を侵害するものであってはならない」とすることによって、「権利・特権」の法理の適用範囲を縮減しようとするものである。州

政府が州外企業 (foreign corporation) の設立認可の条件として連邦裁判所の管轄に服しないうるの合意を要求したことが争われた判例で成立し、その後適用分野が拡大されてきた。この法理の検閲により、Sullivan, *Unconstitutional Conditions*, 102 Harv. L. Rev. 1415 (1989); R. O'NEIL, *THE PRICE OF DEPENDENCY* 43-49 (1970); French, *Unconstitutional Conditions: An Analysis*, 50 Geo. L. J. 234 (1961); Note, *Unconstitutional Conditions*, 73 Harv. L. Rev. 1595 (1960); Hale, *Unconstitutional Conditions and Constitutional Rights*, 35 Colum. L. Rev. 321 (1935); Merrill, *Unconstitutional Conditions*, 77 U. Pa. L. Rev. 879 (1929); Oppenheim, *Unconstitutional Conditions and State Powers*, 26 Mich. L. Rev. 176 (1927) がある。「権利・特権」の法理の外堀を埋めるものとして、この他に「平等条項の活用なども考えられる。Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81 Harv. L. Rev. 1439, 1442, 1455, 1457 (1968). 以下「一般論」Willcox, *Invasions of the First Amendment through Conditioned Public Spending*, 41 Cornell L. Rev. 12 (1955) を参照。

(∞) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (U. S. 1803) は、違憲立法審査権の正当性を説明した後、「連邦政府の最初の裁判所法である一七八九年法 (Judiciary Act of 1789) のうち、連邦最高裁判所にマンデイマス発給の権限を与え

ていた規定を違憲としたことで著名である (at 173-80)。しかし同時に、事案の必要上、行政行為に対する司法審査についての詳細な記述も見られる。本文で取り上げたのは後者の部分の要旨である。

- (9) その例として Monaghan, Marbury and the Administrative State, 83 Colum. L. Rev. 1 (1983); Lee, The Origins of Judicial Control of Federal Executive Action, 36 Geo. L. J. 287 (1948); Levin, Identifying Questions of Law in Administrative Law, 74 Geo. L. J. 1, 16-22 (1985) がある。

(10) 論文上は、「司法権行使の対象となる事項は何か」「行政決定の終決性」「行政機関の委任による権限は何々」といった課題を論じられている。

(11) わずかだが、杉村敏正「法の支配」一五～一七頁、「法の支配と行政法」四〇頁、「行政行為と適正手続」一二九～一三三頁『法の支配と行政法』(一九七〇)が言及している。

(12) legislative courts の存在の憲法上の正当性に関する議論はそのほか行政機関についての同様の議論として用いられる。M. Carrow, supra note 4, at 86; Katz, Federal Legislative Courts, 43 Harv. L. Rev. 894, 897, 919-21 (1930)。ただ、この本稿ではこの議論は素材を求めない。だが、constitutional courts と legislative courts の概念については、田中英夫『英米法総論』二八八～三八

九頁(一九八〇)。それぞれ「憲法の手定した裁判所」「法律によって創設された裁判所」という訳語が与えられる。その他は M. Carrow, supra note 4, at 84-90 を参照。

(13) だが「司法的性格の事項」という言葉が、常に憲法第三編の司法権が担うべき事項という意味で用いられているわけではない。文脈による判断が必要である。例えば Katz, supra note 12, at 918 の他、後出注 (15) 及び注(14)の本文を参照。

(14) Katz, supra note 12, at 895-96; Note, The Restrictive Effect of Article Three on the Organization of Federal Courts, 34 Colum. L. Rev. 344, 345 n. 7 (1934); Pound, Constitutional Aspects of Administrative Law, in GROWTH OF ADMINISTRATIVE LAW 123 (1923)。だが、司法的事項の法理の反面が、後述する公的権利の法理の課題の下に論じられることもあることに留意する必要がある。後出注 (47) の②を参照。

(15) Hayburn's Case, 2 Dall. 409, n. 2 (U. S. 1792)。判決前この法律が廃止されたため、最高裁の判断は示されなかったが、判例集には、参考資料としていくつかの巡回裁判所の判決が収録されている。そのうちの法理の発露が見出されている。Katz, supra note 12, at 895-96 n. 5; Note, Administrative Determination of Private Rights, 35 Harv. L. Rev. 450, 451 n. 9 (1922); L. Jaffe,

- JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION 100 (1965).  
 一七九二年法は、恩給支払い決定についてまず巡回裁判所が判断を下し、陸軍長官がその再審査を行い、更に連邦議会がそれを監督することができるものと定めている。本文で述べたのは、巡回裁判所が司法裁判所としてこれを審理対象とすることができないという判断である。この点については、Hayburn's Case のどの巡回裁判所も見解が一致していた。巡回裁判所の間で見解が分かれていたのは、以上を前提とした上で、個々の裁判官が裁判所としてではなく、陸軍長官または連邦議会の調査官 (commissioner) としてこの種の事務を行うと解釈した場合、このような三権の関わり合い方が司法権の独立に反しないかという点であった。
- (16) United States v. Yale Todd, 13 How. 52, note (U. S. 1794). 巡回裁判所は一七九二年法に基づき自らの管轄を認めた上で、Yale Todd を恩給授与リストに載せることを決定していた。これに対して、合衆国が返金請求 (money had and received) の訴訟を提起したものである。連邦最高裁は、同法が巡回裁判所の各裁判官に対して、調査官としてではなく、巡回裁判所として当該事務を委ねたと解釈されること、したがって憲法上巡回裁判所が判断しえない事項が委ねられているという判断を示し、返金請求を認めた。
- (17) 巡回裁判所については、田中・前出注(12)二三三、三九二頁。巡回裁判所と地方裁判所は一九一一年に前者が廃止されるまで並存していた。その廃止にあたっては、巡回裁判所が取り扱っていた事案は地裁に引き継がれたようである。Pacific Live Stock v. Lewis, 241 U. S. 440, 445 n. 2 (1916) を参照。
- (18) その他の例として United States v. Ferreira, 13 How. 40 (U. S. 1851) がある。合衆国が戦争負傷者に補償を与えるための査定を、連邦地裁の裁判官に行わせる規定を有する一連の立法について、地裁の裁判官に与えられた事務は、財務長官の調査官として行われるものであること (at 46-47)。「この裁判官や財務長官に与えられた権限は、憲法上の意味での司法権ではないこと (at 46, 51) が判示されている。
- (19) 以上の判決だけを見るならば、「権利・特権の区別」の法理との違いが明らかではないが、他の分野への影響の仕方まで視野を広げれば両法理の相違は明らかとなるであろう。例えば、租税は本稿でいう司法的 성격の事項の法理によれば、司法的 성격のものではないが、「権利・特権の区別」の法理によれば、これは権利に関わるものである。Goodnow, Private Rights and Administrative Discretion, 6 Ky. L. J. 311, 314 (1918). なお前出注(6)を参照。
- (20) 「そのような立法的または行政的な管轄は、直接にであれ上訴を通じてであれ、当裁判所(連邦最高裁)に付託されえなう。これは、確立したことである。」Keller v. Potomac Electric Power Co., 261 U. S. 428, 444 (1923);

「当該手続は行政的なもので置かるから、当裁判所（連邦最高裁）の守備範囲ではない（not cognizable）。……司法的とはいえない、行政的・立法的作用を、当裁判所および憲法第三編の下で設立されたその他の連邦裁判所に付与するべきではない。」*Postum Cereal Co. v. California Fig Nut Co.*, 272 U. S. 693, 700 (1927). 参見 *Katz*, supra note 12, at 896 n. 8 を参照。

(12) 松井茂記「非刑事手続領域における手続的マナー・プロセス理論の展開（一）～（五）」法学論叢一〇六巻四号一一頁、六号四四頁、一〇七巻一七二頁、四号六二頁、六号二〇頁（一九八〇）；本多・前出注（一）名古屋法政一一八号一八六～二〇五頁など。

(13) *Pillsbury, Administrative Tribunals*, 36 *Harv. L. Rev.* 405, 420-21, 423 (1923); *M. Carrow*, supra note 4, at 61, 87-88; *F. Cooper, Administrative Agencies and the Courts* 309 (1982); *H. Friendly, The Federal Administrative Agencies* 8-10 (1962).

(14) *Murray's Lessee v. The Hoboken Land & Improvement Co.*, 18 *How.* 272, 284 (U. S. 1856). 参見 *L. Jaffe*, supra note 15, at 91 を参照。

(15) *M. Carrow*, supra note 4, at 96.

(16) *Murray's Lessee v. The Hoboken Land & Improvement Co.*, 18 *How.* 272, 284 (U. S. 1856). 参見 *M. Carrow*, supra note 4, at 61-64; *Pillsbury*, supra note

22, at 420.

(19) *Pillsbury*, supra note 22, at 411-12, 419, 422 (法の解釈、事実の認定、法の適用は、三権のうちであるとしてもその職務のために行っていることであるから、判定基準とは異なる)；*Pound*, supra note 14, at 119 (同旨)。

(20) 「公金の受領者の収支を検査するとは、広い意味で司法的行為とせらる。……しかし、当該事項が法と事実との判断であるというだけでは、その事項を司法権の下になく根拠として不十分である。更に進んで、「当該事項が」その性質上 (from their nature) 第三編二条の意味での紛争をなかなければならぬ。」*Murray's Lessee v. The Hoboken Land & Improvement Co.*, 18 *How.* 272, 280-81 (U. S. 1856). 参見 *United States v. Ferreira*, 13 *How.* 40, 48 (U. S. 1851) を有用に参見。

(21) *M. Carrow*, supra note 4, at 85.

(22) *Pillsbury*, supra note 22, at 412, 420 n. 55. 参見「行政行為と適正手続」前出注 (1) 一一七～一三〇頁。

(23) *M. Carrow*, supra note 4, at 97; *Pillsbury*, supra note 22, at 412-13, 415-19. 例え、租税は財産権に関するものであるにもかかわらず、非司法的事項の代表例であり、その手続が司法類似に整備されたこと、司法的性格のめぐり整理し直らねばならない。

- (15) Pillsbury, supra note 22, at 412-14. この用法については第二章注(20)をよむその該当する本文を参照。
- (16) この問題への関心は次のように表現されている。「Constitutional courts の一定の管轄を legislative courts に与えることは、憲法によって禁止されていると考えなければならぬ。……constitutional courts に独占的な管轄が与えられてくる事案については、憲法上……執行府または行政機関の決定の終局性(executive or administrative finality)が禁じられる。」Katz, supra note 12, at 917; 「行政機関を設置する法律は、憲法の定めを反して司法権を非司法機関で付与するものではないとどう攻撃を受けうるであろうか。」Pillsbury, supra note 22, at 409; 「議会が、固有の司法的事務(“inherently” judicial business)の執行を、第三編裁判所以外の機関で務めることのできる程度」 Glidden Co. v. Zdanok, 370 U. S. 530, 549 (1962). また Note, supra note 14, at 344-45 n. 6 (1934) を参照。
- (17) Wiel, Administrative Finality, 38 Harv. L. Rev. 447, 452 (1925). 連邦の各州の Court of Private Land Claims が、一〇数年の間設置されたことがあつた。Katz, supra note 12, at 907-08.
- (18) Wiel, supra note 33, at 450-52 nn. 12 & 13 (合憲例と違憲例。但し、大勢としては違憲); M. Carrow, supra note 4, at 60 n. 2 (水利権や土地私有権を行政機関に決定せよる立法を違憲とする州の判例)。
- (19) M. Carrow, supra note 4, at 60 n. 2.
- (20) L. Jaffe, supra note 15, at 91.
- (21) United States v. Ritchie, 17 How. 525 (U. S. 1854). Ritchie が合衆国に対してある土地の所有権を主張し、一八五一年法によって設置された土地所有権判定委員会(Board of Commissioners to settle private land claims) に審理を求めた例。
- (22) Grisar v. McDowell, 6 Wall. 363 (U. S. 1868). 前出注(15)と同じ制度をめぐり、合衆国が公用財産(Public Property)として軍用に保有する土地につき、原告私人が同委員会を通じて権原を主張した例。
- (23) Lee, supra note 9, at 299-300; Note, supra note 15, at 450-52. 「地裁への訴訟は、第一審の手続と考えられる。……裁判所の審理を受けるためには appeal の提起をしなければならないが、ここで、我々はその名称ではなく実質を見なければならぬ。地裁は、判定委員会の下した決定の単なる再審査(a mere re-examination)に限定されるわけではなく、事案を始審的に審問(hear de novo)であり、……新たな証拠の採用である。」United States v. Ritchie, 17 How. 525, 533-34 (U. S. 1854); Grisar v. McDowell, 6 Wall. 363, 375-76 (U. S. 1868) (同前)。
- (24) Grisar v. McDowell, 6 Wall. 363, 376-77 (U. S. 1868). また、州の水利権についても同様の制度の採用例がある。Pillsbury, supra note 22, at 414.



(41) 後述する公的権利に関わる事項については、司法裁判所の関与は、裁判所が司法的性格の論点を抜き出した場合のみありえるが、当事者が裁判所に出訴しなければ、司法的論点についても行政決定は最終的となり拘束力を持つのである。本稿では、行政決定の最終性をこの意味では用いていない。後出注(47)～(71)およびその該当する本文を参照。

(42) 同じく合憲とされる事案の中でも、あることを実現することが一義的に憲法上「要請される」場合と、憲法上はそれについて複数の選択肢があり、その範囲内にある限り「許容される」場合とを区別しているわけである。なお、デュープロセス条項に依拠して同様の問題を論ずる場合については、後出注(86)～(90)およびその該当する本文を参照。

(43) これは *Pacific Live Stock Co. v. Lewis*, 241 U. S. 440, 450 (1916) に引用されている。本件はオレゴン州の制度の事案であるので、当該制度が州憲法に反するか否かは州最高裁の判断が連邦裁判所を拘束する。したがって、連邦最高裁の判決であるにもかかわらず、この点についての同裁判所自身の解釈は示されていない。なお、後出注(88)を参照。また、本件の制度は *Wiel*, supra note 33, at 466-75 で説明されている。

(44) *ICC v. Cincinnati N. O. & T. P. Ry. Co.*, 167 U. S. 479, 499, 501 (1897)。これは、ICCの権限の拡大と

反対する当時の連邦最高裁の態度を示した判決として著名なものである。ICCには、鉄道会社が自ら設定した料率の合理性・正当性を審査する権限があるにとどまり、不当な料率であると判断された場合に更に最高料率等を命令する権限は付与されていないと判示している。なお、当時の州の公益事業委員会は、最高料率等の命令権限を有するのが通常であったという資料が法廷意見の中に示されている。

(45) *Id.* at 501, 505。ICCに料率の合理性・正当性の審査権限がある以上、その実効的な実現のためには最高料率等の命令権限も当然ICCに備わっていると解釈されるべきだという主張に対し、最高裁は本文で述べたような認識を示し、従来裁判所は最高料率等の命令権限を有しなかったのだから、そのような理屈は成立しないと述べたのである。なお、当時のICC設置法は最高料率等の命令権限を明記していなかった。

(46) 第三章II「歴史」を参照。

(47) 後出注(55)のリーディング・ケースの他、一般的に公的権利の法理に言及したとされる判例は、*Young, Public Rights and the Federal Judicial Power: From Murray's Lessee through Crowell to Schor*, 35 *Buffalo L. Rev.* 765, 767-95, 840-63 (1986) で紹介されている。なお、本文で述べた公的権利の法理の位置付けについて付言するならば、①本稿ではこの法理を「ある事項が非司法的事項であることを前提としたうえで、それについての事後の司法

審査の可能性に関する憲法上の規律と捉えていることなる。後出注(55)のリーディング・ケースを、その事案に即して理解することにより、このような把握が可能と考えられ、また、Fallon, *Of Legislative Courts, Administrative Agencies, and Article III*, 101 Harv. L. Rev. 915 (1988)も本稿と似たアプローチをとっている。これに対し、②従来この法理は、非司法的機関(行政機関またはいわゆる legislative courts)が憲法上管轄しうる事項の範囲の問題との関連で言及されてきた。例えば、L. Tribe, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 51-52 (2d ed. 1988); Fallon, *supra*, at 921-23; Young, *supra*, at 767-74, 793, 795, 841-69. いわゆる legislative courts に関する議論が、この点に生じている。以上①と②は区別されるべきと思われるが、当然に関連もしている。本章Ⅰは、②の基準が歴史的淵源である場合の①の問題を扱い、本章Ⅱは、②が歴史的淵源ではなくなった時代における①の変容を扱っているわけである。もっとも、両者は度々混同されてきたように思われ、本来ならば、②の事案と思われる判例の中にも、本稿にとって有益な指摘をする例がいくつもある。したがって、以下では、②に関する判例も必要に応じて用いることとする。なお、②の問題については、以上に挙げた諸論文の他、前出注(14)および後出注(58)を参照。

(48) 後出注(55)のリーディング・ケースの意義は、「公的権利の関わる事項が第三編裁判所に付託されないうい

うところにあるのではなく、その逆である。司法裁判所はその事項について「一定の方法で」司法権を行使することができなければならない。」Glidden Co. v. Zdanok, 370 U. S. 530, 550 (1962). また、前出注(47)も参照。

(49) 公的権利の法理の意義としては多少混乱がある。この法理が、裁判所の不関与を基礎付ける法理であるというのは誤解といってよいと思われる。既に述べてきたように、裁判所の不関与は、当該論点が非司法的性格を有することに由来するものである。他方、公的権利の法理はその次のステッペンとして、非司法的事項の取扱いによって新たな内容を持たせらるべきである。なお、後出注(57)を参照。Atlas Roofing Co. v. Occupational Safety and Health Review Commission, 430 U. S. 442, 450-58 (1977)が、行政機関の事実的判断に司法裁判所が関与しなくともそれは、それが公的権利に関わる事項であるからだとしたり、Monaghan, *supra* note 9, at 15が、公的権利の法理によって、裁判所の関与の排除の余地が出てきたとしているのは、いずれも不正確な表現の例と思われる。また、後出注(58)を参照。

(50) L. Jaffe, *supra* note 15, at 88, 91; Pound, *supra* note 14, at 123-24.

(51) Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 50 (1932) (前該事案を「公的権利ではなく私的権利の事案とした」); *Northem Pipeline v. Marathon Pipeline*, 458 U. S. 50, 69-70

(1982) (公的権利と私的権利の区別)に依拠して、会社の破産手続は私的権利の事案であるとした)。なお、本稿の関心からする、両判決の意義については、前者については後出注(50)、後者については Monaghan, *Constitutional Fact Review*, 85 Colum. L. Rev. 229, 256 (1985) を参照。

(52) *Crowell v. Benson*, 285 U. S. 22, 51 (1932); *Northem Pipeline v. Marathon Pipeline*, 458 U. S. 50, 69-70 (1982)。また、公的権利と私的権利が対照的に捉えられるべきことを前提とするのは、*Atlas Roofing Co. v. Occupational Safety and Health Review Commission*, 430 U. S. 442, 458 (1977) が、公的権利について説明した後で、それが、「完全に私的な不法行為、契約、財産その他の事案とは関係がなから」と述べていることも参考となるであろう。

(53) 前出注(52)の私的権利のいわば実体的な定義で対し、公的権利は、その形式のみで表現されることがある。権利の用いられる場面の相違、すなわち、私人間の活動の範囲内であるか、政府との関係であるかの相違であるという説明がそれである。Ex parte Bakelie, 279 U. S. 438, 451 (1929)。また、公的権利に関わる事項のカテゴリー化が試みられた例もある(当然、包括的なものではない)。Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 50 (1932)。これについては、後出注(59)で該当する本文を参照。また、*Atlas Roofing Co. v. Occupational Safety and Health Review Commission*, 430 U. S. 442, 450, 455 (1977) は、「輿論議定法」

その権限内において新たな公的権利を制定法上創設する」と捉えている。そこで *Northern Pipeline v. Marathon Pipeline*, 458 U. S. 50, 69-70 (1982) は、公的権利と私的権利の違いが明確に述べられたのではないとしている。

(54) 裁判所が「公衆の権利」という名称を用いるのが、公共的判断を積極的に行なうべきことについての法史学的研究がなされている。Scheiber, *Public Rights and the Rule of Law in American Legal History*, 72 Calif. L. Rev. 217, 217 n. 2 (1984); Scheiber, *Law and the Imperatives of Progress: Private Rights and Public Values in American Legal History*, in *ETHICS, ECONOMICS AND THE LAW* 303 (R. Pennock & J. Chapman eds. 1982)。

(55) *Murray's Lessee v. The Hoboken Land & Improvement Co.*, 18 How. 272 (U. S. 1856)。本訴訟自体は私人間における不動産回復訴訟 (ejectment) であるが、その前提問題として、財務省が未納徴収官に差押令状 (a distress warrant) を発しそれを執行したことが憲法上正当かどうか争われ、原審裁判官の判断が分かれたために、この点のみ最高裁の判断に付託された事案である。なお、本文に示したのは、第三編に関して争われた争点であるが、本件では、デュープロセス条項に依拠してもう一つの異なる争点についての判示もなされている。これについては、後出注(56)をその該当する本文を参照。

(59) *Monaghan*, *supra* note 9, at 15 n. 88。なお、同じく

リーディング・ケースとされる *Ex parte Bakelite*, 279 U. S. 438 (1929) の定式は次の通りである。「Legislative courts は、政府とその他の者との間に生じる様々な事項で、その性格上司法府の判断を要しないが、なおその対象となりうるものを審理し判断を下すための特別機関として設立されることが可能である。この範疇の事項に判断を下す方法は、連邦議会の完全なコントロール下にある。連邦議会は判断を下す権限を自らに保留すること、その権限を執行府行政官に委任することも、司法裁判所に委ねることと並びあふ (at 451)。」なぞに「性格上司法府の判断を要しない」とは、非司法的事項をさすものと解されている。M. Carrow, *supra* note 4, at 87. また、これは legislative courts の定義として述べられたものであり、公的権利の言葉も用いられていない。しかも、後に判例変更されているので、ここでは参考のために挙げておくに留める。本件の意義については、後出注 (58) を参照。

(57) 他の判例も、公的権利の法理の前提として司法的事項と非司法的事項の区別に言及している。例えば *Northern Pipeline v. Marathon Pipeline*, 458 U. S. 50, 68 (1982) は、「公的権利の法理は、執行府及び立法府によって最終的に判断されうる事項と、司法府に固有の事項との間の伝統的な区別に基礎を有している」と述べている。その他 *Ex parte Bakelite*, 279 U. S. 438, 458 (1929); *Glidden Co. v. Zdanok*, 370 U. S. 530, 549 (1962) など、

前出注 (49) を参照。

(58) 前出注 (49) の他、次のような例がある。これは、前出注 (47) でいう①と②の問題の混乱の例といえるであろう。すなわち、請求裁判所 (Court of Claims) と関税上訴裁判所 (Court of Customs Appeals) を legislative courts に分類した *Ex parte Bakelite*, 279 U. S. 438 (1929) と *Williams v. United States*, 289 U. S. 553 (1933) の二件<sup>44</sup> *Murray's Lessee v. Hoboken Land Co.* 18 How. 272 (U. S. 1856) で述べられた公的権利の法理を誤解したものと批判されている。前二者の判決で用いられたリーディングは、これらの裁判所の管轄が、執行府や行政機関にも委ねうるものであるから、両裁判所は司法裁判所ではありえないというものであった。しかし、公的権利の法理は、行政機関に委ねうる事項でも一定の条件のもとに事後の司法関与が可能であるところにあるにその核心があるから、この法理は右のリーディングに何ら根拠を提供するものではない。実際、*Glidden Co. v. Zdanok*, 370 U. S. 530, 548-52 (1962) は、両裁判所を司法裁判所と捉え直して、判例変更をした。筆者の考えでは、*Ex parte Bakelite* (1929) は一般論として公的権利の法理を述べているが、実際に結論を導くために用いたのは、公的権利の法理の前提である司法的事項の法理にとどまっていたと解すべきであろう。また、*Williams* (1933) や *Ex parte Bakelite* (1929) を多少修正して、憲法第一編 (立法権) に列挙された事項

- が当該上訴裁判所の管轄となれてゐることを根拠としたのであるが、やはりこれだけでは不十分である。公的権利の法理によつて、これらのごとく司法関与の余地があるからである。M. CARROW, *supra* note 4, at 87-90. 結局の事では、公的権利の法理は legislative courts と constitutional courts かつこの問題の直接の判定基準ではなく考へられる。判定基準は *Glidden Co. v. Zdanok* (1962) が、そのおつちを通り、司法権に憲法上付されたところ諸制限(司法的事務のみを扱つてゐるか、裁判官の独立性は保障されてゐるかなど)が、設置法によつて表現されたところを含む。なかまのつちのちのちである。以下、全般的に Katz, *supra* note 12, at 904-11; Note, *supra* note 14 を参照。
- (65) 「第三編のちちち設立された裁判所の管轄は、司法権を行使するちちちが可能な形の争訟(cases and controversies in such form...)」と限定される。Keller v. Potomac Electric Power Co., 261 U. S. 428, 444 (1923)。この表現の意義は「ちちち」後出注(23)～(27)を参照されたい。該当する本文を参照。なお、本件には公的権利の語は現れななな。
- (66) 最近の動向は「Fallon, *supra* note 47; Young, *supra* note 47 を参照」また後出注(21)～(23)を参照。この該当する本文を参照。
- (67) 本文に挙げた判示例の他に Monaghan, *supra* note 9, at 15 がこの点を認めてゐる。
- (68) Katz, *supra* note 12, at 917 がこの類型を述べてゐる。
- (69) Pillsbury, *supra* note 22, at 423-24.
- (70) 「この法理は、部分的には、主権免責の伝統的原则を参照するにちちちと認められる。」Northern Pipeline v. Marathon Pipeline, 458 U. S. 50, 67 (1982)。
- (71) Monaghan, *supra* note 9, at 16 n. 94.
- (72) Katz, *supra* note 12, at 913-15; M. CARROW, *supra* note 4, at 61-63; Pound, *supra* note 14, at 122-23.
- (73) Murray's Lessee v. The Hoboken Land & Improvement Co., 18 How. 272, 284-85 (U. S. 1856)。
- (74) 後出注(25)～(26)を参照されたい。本文を参照。
- (75) Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 51 n. 13 (1932)。
- (76) Monaghan, *supra* note 9, at 16. 具体的には、第二章を参照されたい。
- (77) Tollefson, Administrative Finality, 29 Mich. L. Rev. 839 (1931); Albertsworth, Judicial Review of Administrative Action by the Federal Supreme Court, 35 Harv. L. Rev. 127 (1921); F. COOPER, *supra* note 22, at 341-50; E. FREUND, ADMINISTRATIVE POWERS OVER PERSONS AND PROPERTY, chap. XV (1928); J. DICKINSON, ADMINISTRATIVE JUSTICE AND THE SUPREMACY OF LAW 263-306 (1927)。ごちちちの表現は、またな行政分野の特徵をちちちの判例をレビューするにちちちをいふ。
- (78) M. CARROW, *supra* note 4, at 90. 本稿は扱つた。

フロセス議論を特に取り出して検討する論文は米国でも数少ない。以下で引用する論文の他、第一の問題については Phillips v. Commissioner of Internal Revenue, 283 U.S. 589, 595-99 (1931) が、第二の問題に関しては St. Joseph Stock Yards Co. v. United States, 298 U.S. 38, 76-82 (1936) (ランタイス裁判官による同調意見) が、それぞれある程度まとまった叙述を提供している。

(72) Verkul, The Emerging Concept of Administrative Procedure, 78 Colum. L. Rev. 258, 262-64 (1978) ("the choice of allocating business to an agency or the courts"). また松井・前出注 (21) 法学論叢一〇六卷四号四九頁が「権限フォーラム」の語を用いているが、これは Verkul の用法と同旨のものと思われる。

(74) 裁判所での審理を受ける権利 (a procedural right to a judicial tribunal, constitutional rights to be heard by the court) がデュープロセス上要請されるかどうかという形で提起される問題である。Verkul, supra note 73, at 262 n. 13.

(75) フォーラム問題に関する判例や論文は、松井・前出注 (21) 法学論叢一〇六卷四号四五～五六頁、六号四七～四九頁で、租税事件を中心に紹介されている。本稿では、第三編の法理との関連および思惟律の観点から多少の補充と整理を行うこととする。他方、事後の司法関与の問題については、松井・前出注 (21) 法学論叢一〇六卷四号五四頁

注②、六号五九頁注③、本多・前出注 (7) 名古屋法政一八号一九四～一九五頁が多少触れる程度である。

(76) 初期デュープロセスの議論については松井・前出注 (21) 法学論叢一〇六卷四号三五～三六頁、田中英夫「私有財産の保障規定としての Due Process Clause の成立」『英米法研究』デュー・プロセス』三五～三六頁(一九八七)。

(77) 田中・前出注 (76) 三六頁、松井・前出注 (21) 法学論叢一〇六卷六号四五～四七頁。

(78) Verkul, supra note 73, at 262-64 がこのような理解を示している。松井・前出注 (21) 法学論叢一〇六卷四号四八～四九頁も、フォーラム選択から行政手続への視点の移行について同様の理解を示しているが、事後の司法関与の問題の位置付けについては明らかではない。

(79) 例えば、①フォーラムとして行政機関の正当性を認める理由の一つとして事後の司法審査の存在が指摘される。後出注 (93) (94) (96) (97) およびその該当する本文を参照。それとともに、行政手続も不要とされることがある。F. Cooper, supra note 22, at 85-86. ②事後の司法審査がなされないことを理由のひとつとして、行政手続が嚴重なものでなくてはならないとするものがある。Londoner v. Denver, 210 U.S. 373, 386 (1908) (コロラド州の税法は評価額についての司法審査を認めていないので、ある程度以上の行政手続の整備が必要である); Chicago M. & St.

Paul Ry. Co. v. Minnesota, 134 U. S. 418, 457 (1890) (ミネソタ州最高裁の解釈によつて「委員会の命令が終局的とされる場合に、告知・聴聞を全く定めつていないのはデュープロセスに反する」。なお、後者の判例については、後出注(11)およびその該当する本文を参照。

(8) L. Tribe, *supra* note 47, at 553-86, 1302-1435. 経済規制分野におけるこの問題に言及する最近の著書は *Economic Liberties and the Judiciary* (J. Don & H. Mann eds. 1987); B. SIEGAN, *Economic Liberties and the Constitution* (1980) がある。また、わが国の古典的研究は田中・前出注(76)である。

(81) 民刑事裁判の手續、および行政手續に関する議論が手続的デュープロセスのものであることは当然として、本項で取り上げる第一、第二の問題についても、それぞれ手続的デュープロセスと捉えられようである。White, *Allocating Power between Agencies and Courts: The Legacy of Justice Brandeis*, 1974 Duke L. J. 195, 197 n. 12 (1974); Verkuil, *supra* note 73, at 262 n. 13.

(82) 修正第V条(修正第XIV条によつて州にも適用される)の中の取用条項(Taking Clause)の文脈以外で用いられるtakingの語は、広い意義を有しており、本稿では「財産侵害」という訳を用いることにする。この語はおおよそ政府がその権限に基づいて私人の財産(財産そのもの、またはその自由な使用その他)を私人から強制的に「取っていく

(take)」ことの一切を意味するようであり、取用権、課税権の他、諸種の規制について頻繁に用いられている。以下で扱う判例の中から例を挙げると、「課税権、取用権、土地改良のための負担金の賦課権のいずれかのもとで行われ、takingであるか…」 Davidson v. New Orleans, 96 U. S. 97, 107 (1878); 「財産のtakingが租税の執行〔徴収の「や」〕とあつて行われる場合……」 Hager v. Reclamation District No. 108, 111 U. S. 701, 709 (1884); 「路線結合命令によつて、被告は支出を余儀なくされ、線路が敷設されている土地を他の用途に用いることが禁止されるの」この命令は財産のtakingである」 Washington v. Fairchild, 224 U. S. 510, 523 (1912) などの用法を見出すことができる。この語自体は「適法・違法の意味合いを持たない中性的なもの」である。

(83) ちなみに、取用条項(Taking Clause)との区別も必要である。規制であれ課税であれ、財産侵害が一定の許容程度を越えてると判断されると、「補償が必要なく取用(a compensable taking)とされ、当該法律は違憲となる。L. Tribe, *supra* note 47, § 9.4. これは、実体的デュープロセス論と同様、法律の実体を争う議論である。これに對し、本稿のデュープロセス論はあくまで手続的な面を問題とするのである。但し、両者は無関係ではなく、適用されるべき実体的基準が存在するので、裁判所の関与が必要であるという表現のなされることもある。その具体例と

して、後出注(100)(112)(147)(156)およびその該当する本文を参照。

(84) 松井・前出注(21)法学論叢一〇六巻四号四七〜五六頁(適正手続の内容としての「告知・聴聞」の枠組みの成立など)、および同六号五一頁注①に引用された諸文献、本多・前出注(一)各古屋法政一八号一五九頁、一二〇号三三五頁など。

(85) Searchinger, *The Procedural Due Process Approach to Administrative Discretion: The Courts' Inverted Analysis*, 95 *Yale L. J.* 1017 (1986).

(96) 判例上の表現を用いずその意を以て McMillen v. Anderson, 95 U. S. 37, 41 (1877) (マサチューセッツ州の租税); Palmer v. McMahon, 133 U. S. 660, 668 (1890) (マサチューセッツ州の租税); Reetz v. Michigan, 188 U. S. 505, 507 (1903) (無免許営業); Public Clearing House v. Coyne, 194 U. S. 497, 509 (1904) (郵便) などがある。また後出注(16)(83)を参照。

(87) Public Clearing House v. Coyne, 194 U. S. 497, 508-10, 515-16 (1904).

(88) 第二章注(49)(81)およびその該当する本文を参照。

(89) Pacific Live Stock Co. v. Lewis, 241 U. S. 440, 451-55 (1916). ここは、修正第十四条に依拠し、連邦最高裁自身が判断を下した部分である。前出注(83)を参照。

(90) 前出注(37)〜(46)およびその該当する本文を参照。

第三編に関して述べたことを、デュープロセス条項の場合に対応させているわけである。なお、本章一二(3) 第三編の法理との比較」を参照。

(91) 「デュープロセスは必ずしも司法過程でなくともよい。立法過程、執行過程または行政過程もデュープロセスたり得る。」Hardman, *Judicial Review as a Requirement of Due Process in Rate Regulation*, 30 *Yale L. J.* 681, 689 n. 33 (1921); 「[デュープロセス] は必ずしも、司法裁判所 (court of justice) の通常の手続を経るべきことを意味したり、同裁判所による取り扱った後であることを要請したりするわけではない。」Davidson v. New Orleans, 96 U. S. 97, 102 (1878); Reetz v. Michigan, 188 U. S. 505, 507 (1903); Public Clearing House v. Coyne, 194 U. S. 497, 509 (1904).

(88) Phillips v. Commissioner of Internal Revenue, 283 U. S. 589, 597 (1931).

(89) 「刑事裁判を行なう過程は司法過程でなくてはならぬ。しかし、デュープロセスは必ずしも常に司法過程を意味するわけではない。行政過程は多くの場合、「この意味での」デュープロセスの要件を満たしているであろう。但し、多くの場合、その際に少なくとも最低限の司法審査の余地がなくはない。」J. HART, INTRODUCTION TO ADMINISTRATIVE LAW 460 (1950); Goodnow, *supra* note 19, at 316.



- (94) *Phillips v. Commissioner of Internal Revenue*, 283 U. S. 589, 597 (1931). 又、F. Coopers, *supra* note 22, at 85.
- (95) *Murray's Lessee v. The Hoboken Land & Improvement Co.*, 18 How. 272, 276-80 (U. S. 1856). 未納徴収官に対する徴収手続においては、あらかじめ司法裁判所の審理を経るといふ慣行が歴史的になかったことを、デュープロセス違反がなごとの根拠としている (at 278)。なお、本件は、制定法上司法審査が規定されていた事案であつた。また、第III編に関する争点については前出注 (55) およびその該当する本文を参照。
- (96) *Phillips v. Commissioner of Internal Revenue*, 283 U. S. 589, 593-95, 597-98 (1930) (連邦の租税徴収制度には司法裁判所の事前関与がないが、これが伝統的に認められてきた方法であること、事後的に司法審査の機会があること、租税の確保は迅速になされるべきことと鑑み、デュープロセス違反はなご); *McMillen v. Anderson*, 95 U. S. 37, 41, 42 (1877) (ルイジアナ州の事案。歴史的に司法裁判所による徴収は行われなかったこと、同州における司法救済としては、税金の還付請求訴訟の他に、徴収過程へのインジャンクションによる税の妥当性の審理が可能であることに鑑み、同州の法律でデュープロセス違反はなご); *Palmer v. McMahon*, 133 U. S. 660, 669-70 (1890) (ニューヨーク州の事案。サーシオレブライによる司法審
- 査が定められていること、租税の迅速な確保の要請と伝統に鑑み、デュープロセス違反はない)。なお、伝統と租税徴収の迅速性の要請のみを根拠として、行政機関限りでの差押を認める例もなごわけではなご。Springer v. United States, 102 U. S. 586, 593-94 (1881)。しかし、これは、事後の司法審査の存在は当然の前提とされていたものと考えられる。
- (97) 「財産権のみが関わる事案の場合には、司法裁判所による審理が時間的に後にずらされているだけで、納税義務 (liability) について司法裁判所が最終的に判断する機会が十分あるならば、デュープロセス違反はなごい。連邦法上、税額確定や徴収に対するインジャンクションを用いた司法介入は禁止されており、事前の司法関与が禁止されているが、これは救済を先送りする (postpone of redress) ものに過ぎず、デュープロセス違反ではあたらなご。Phillips v. Commissioner of Internal Revenue, 283 U. S. 589, 596-97 (1930)。又、Goodnow, *supra* note 19, at 316-17.
- (98) デュープロセスの要請として、「租税の実現〔徴収のこと〕または税額確定のために、司法裁判所における手続が求められるわけではなご。」Hager v. Reclamation District No. 108, 111 U. S. 701, 708 (1884)。
- (99) *Davidson v. New Orleans*, 96 U. S. 97, 104-06 (1878) (ニューオーリンズ州の事案)。行政機関が確定した税額は裁判所の審理に服した後初めて有効な税額になると

らう形の司法関与を認めている制度が、デュープロセスに反するはずが、なごらうのいである。第二章注(117)をよむその該当する本文を参照。

(100) やの他の例として Hager v. Reclamation District No. 108, 111 U. S. 701, 710-12 (1884) 及び カリフォルニア州の土地改良負担金の賦課にまつて前出注(96)と同じ制度が採用された事案であり、同判決を引用して「デュープロセス上の問題はなごとした。第二章注(117)をよむその該当する本文を参照。

(101) Monaghan, supra note 9, at 17 nn. 102 & 103; Hardman, supra note 91, at 686-91; Note, Due Process Requirement of Notice and Hearing in Administrative Proceedings, 34 Colum. L. Rev. 332, 340-42 (1934).

(102) J. HALL, CASES ON CONSTITUTIONAL LAW 288(1913); Hardman, supra note 91, at 690-91.

(103) Hardman, supra note 91, at 689 n. 34 ("The right of appeal to a court is not in all cases an essential of due process").

(104) J. Hall, supra note 102, at 288.

(105) Hilton v. Merritt, 110 U. S. 97, 106-07 (1884).

(106) Pittsburgh v. Backus, 154 U. S. 421, 427 (1894) (インディアナ州の事案。全証拠を提出する機会と聴聞は必須の要請であるが、司法たおらうてなれば行政たおらうてなれば再聴聞または新トライアルを行うことは、デュープロセス

をよむ必須ではなご)。また Goodnow, supra note 19, at 315.

(107) Goodnow, supra note 19, at 315. この問題について は、第二章をよむて、A型の思惟律を用いて分析する。特に、第二章 III「二重税(関税・内国歳入)」を参照。

(108) 前出注(82)(83)を参照。この言明が現れる最も初期の例は Stone v. Farmers' Loan & Trust Co., 116 U. S. 307, 331 (1886) (ミンシッパピー州法の違憲立法審査の事案)である。なお、直接法律によって行なう利率規制の事例については、後出注(112)も参照。

(109) デュープロセス条項の射程内に入ることから、理論的には「キーランドの問題」事後の司法関与の問題、行政手続をよむ実体的デュープロセスの問題が生じうるが、このことは司法関与の問題のなを扱へ。

(110) Chicago M. & St. Paul Ry. Co. v. Minnesota, 134 U. S. 418, 457 (1890). 本文で示した引用部分の後、次のように述べらる。「州最高裁の解釈を前提とするこの同法は鉄道会社から「委員会の設定した利率が合理的なものになご」」このを司法裁判所が主張する権利(the right to show that judicially)を奪へたこととなる。委員会が定立した利率の合理性の問題が……その決定のためにデュープロセスが要求されるこのうの「司法判断のなされるべき問題(a question for judicial investigation)であることは明らかである。会社がその財産使用について合理的利率をか

ける権能を剝奪され、しかもこの剝奪が司法機関による審問を経ることなく行われたのであれば、会社は……財産そのものを、デュープロセスによらず、合衆国憲法に反して奪われたこととなる(傍点筆者)(at 458)。「本件において J. Dickinson, supra note 71, at 190-93; C. Haines, THE AMERICAN DOCTRINE OF JUDICIAL SUPREMACY 416 n. 53 (1932); F. Cooper, supra note 22, at 310; White, supra note 81, at 197-98 などと扱われない」。

(11) Washington ex rel. Oregon Railroad & Navigation Co. v. Fairchild, 224 U. S. 510, 523-24 (1912) (オハゴン州鉄道委員会の略線結合命令について); Wadley Southern v. Georgia, 235 U. S. 651, 661 (1915) (ジョージアの鉄道委員会が、ある会社に対し「支払うに關する差別的慣行の禁止を命令した事案」); Oklahoma Operating Co. v. Love, 252 U. S. 331, 337 (1920) (オタマホ州の会社規制委員会が、ある会社に値上げ禁止の命令を出した事案)。以上のいずれの判示もおそらく、前出注(10)の Chicago v. Minnesota, 134 U. S. 418 (1890) が引用されたところ。

(12) 「事実上財産破壊に等しいほど不合理な利率を設定する法律に対しては、裁判所での救済があり、……特に連邦裁判所はこの問題を司法裁判所が扱うべき問題(a judicial question)として取り扱って来た。」St. Louis & S. F. Ry. Co. v. Gill, 156 U. S. 649, 657-93 (1895) (マーカ

ンソー州法の事案)。「次の原則が確立している。……利率が極めて不合理に低く設定され、輸送業者からその財産を憲法が保障する補償を与えずに、したがってデュープロセスなく、剝奪しているか否かの問題については、司法の審問(judicial inquiry)の対象となりえないという意味で立法府による最終的な決定がなされなければならない。」Smyth v. Ames, 169 U. S. 466, 522-28 (1898) (ネブラスカ州法の事案); Missouri Pacific Ry. Co. v. Tucker, 230 U. S. 340, 347 (1913) (モントネ州法の事案); Missouri v. Chicago, Burlington & Quincy R. R. Co., 241 U. S. 533, 537-38 (1916) (イッスリー州法の事案)。

(13) 第三章II「歴史」を参照。

(14) 何がデュープロセスであるかは、「司法裁判所による漸次的な取り込みと排除(the gradual process of judicial inclusion and exclusion)」について判断するはかなさについて表現は、フォラーン問題について用いられたものである Davidson v. New Orleans, 96 U. S. 97, 104 (1878)。本件については前出注(16)(96)を参照。

(15) 本稿でいう司法的事項について、「モーターなプロセスが司法過程であることが要求される事案」というパラメータズをする例がある。Katz, supra note 12, at 919.

(16) 前出注(96)を参照。

(17) 「司法審査を受ける権利が要請されるのはいかなる場合かを扱う事案においては、憲法修正第Ⅴ条のモータープロ

セス条項が用いられるのが普通であるが、そこで依拠されている思考は権力分立上の思考である。したがって、このような事案においては、仮に修正第V条が採択されていなかったとしても、同じ帰結が導かれるであろう。」Katz, supra note 12, at 917; 「[事後の司法関与の有無を論ずる文脈で]デュープロセス条項が適用された事案では、権力分立の法理または法の優位の法理がその基底にあることに疑いの余地はない。」M. Carrow, supra note 4, at 91. また Monaghan, supra note 9, at 17 nn. 102 & 103; Monaghan, First Amendment "Due Process", 83 Harv. L. Rev. 518 n. 13 (1970); White, supra note 81, at 197; Note, supra note 101, at 341 n. 62.

(118) 第二章注(35)およびその該当する本文を参照。

(119) デュープロセス条項の方に依拠された事案(修正第XIV条のデュープロセス条項を用いる州の事案がほとんどである)においては、当該論点について事後の司法審査を受ける権利が存在することを述べるにすぎず、その際の具体的な審理態様のあり方を明示した例は見当たらない。例を挙げ Chicago M. & St. Paul Ry. Co. v. Minnesota, 134 U. S. 418, 457 (1890) とは、料率の合理性について司法審査がなければならぬことが判示されたに留まり、本章II「二 連邦最高裁の分裂」で扱う諸判決のようににその審理態様にまで立ち入った言及がなされているわけではない。Monaghan, supra note 51, at 250-51; Hardman, supra

note 91, at 686-87. 後出注(147)(156)およびその該当する本文を参照。

(120) 極めて簡潔ではあるが、この変容の言及するものとして Monaghan, supra note 9, at 17-19; Monaghan, supra note 51, at 248-49; Lee, supra note 9, at 299-300 があろう。

(121) DCに設置された裁判所には二種類のものがある。まず、州の裁判所と似た地位とある Superior Court of the District of Columbia と District of Columbia Court of Appeals とあり、本文で扱っているのは前者である。他方、United States District Court for the District of Columbia と United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit は全米各地に設置されている連邦裁判所の一環である。田中・前出注(12)三八八〜三八九頁。但し、これらの性格付けは歴史的には一様ではなかった。M. Carrow, supra note 4, at 86-87.

(122) Federal Radio Commission v. General Electric Co., 281 U. S. 464 (1930).

(123) なお、DC裁判所は legislative courts と呼ばれるから、この裁判所が行政的性格と評価されるような審査を行うこと自体に不都合はない。Id., at 468. 同様な先例、つまり法律によってDC裁判所が行政機関の一部として審理を行うことが許容され、そのために、連邦最高裁の上訴管轄が否定された例として Keller v. Potomac Electric Po-

- wer Co., 261 U. S. 428, 442-444 (1923); Postum Cereal Co. v. California Fig Nut Co., 272 U. S. 693, 700 (1927) がある。なお、後者は特許局長に対するD.C.裁判所の司法審査の事例であるが、この審査管轄は一九二九年に關稅特許上訴裁判所に移された。Federal Radio Commission v. General Electric Co., 281 U. S. 464, 467 n. 1 (1930).
- この裁判所については、第二章注(88)を参照。
- (21) Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co., 289 U. S. 266, 274-78 (1933).
- (22) Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co., 289 U. S. 266, 275-76 (1933). また、前時の法文は「事實的判斷は實質的証拠の裏付けがあることか (if supported by substantial evidence)」、それが恣意的または專斷的 (arbitrary or capricious) にならぬ限り、「最終的決定 (shall be conclusive)」とならぬのであり、したが、このために「實質的証拠の裏付け」と「專斷的・恣意的」にならぬとの双方を要求する「奇妙な」規定は、後に改正された。Note, Judicial Review of the Facts in Informal Rulemaking: A Proposed Standard, 84 Yale L. J. 1750, 1757 n. 37 (1975).
- (23) Fuchs, Concepts and Policies in Anglo-American Administrative Law Theory, 47 Yale L. J. 538, 556 n. 89 (1938). この分野は、第三章で扱われる。
- (27) Lee, *supra* note 9, at 309 n. 67.

- (28) M. Carrow, *supra* note 4, at 92-93 (“a somewhat different basis”).
- (29) 裁判所が関与できないのは、純粋な意味での事實認定にとどまらぬ。これは第三章で分析される。
- (30) 本章Iで述べた伝統的法理に依拠した場合でも、「事實問題は審査されなう」という表現が用いられることがある。第二章注(73)~(76) (96) をよむと該当する本文を参照。
- (31) Washington ex rel. Oregon Railroad & Navigation Co. v. Fairchild, 224 U. S. 510, 533 (1912) (ロンドン州の制定法は、司法審査を行なう裁判所への追加証拠の提出を禁止していた。この判決は、この点について特にブーン・ロース違反をしようとした); Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon, 253 U. S. 287, 292-99 (1920) (ペンシルバニア州の事業。ブランドアイヌ裁判官の反対意見)。その他の判決については J. DICKINSON, *supra* note 71, at 176-90, 193-95 を参照。
- (32) 本章II「二連邦最高裁の分裂」で扱う三件の多数意見と少数意見の対立はこのことが窺われる。少数意見は前出注(27)の Federal Radio Commission v. Nelson Bros. (1933) に象徴される考え方を強固に維持したものであり、ブランドアイヌ裁判官がこれを執筆し、他の数名の裁判官の支持を受けつた。White, *supra* note 81, at 224-25, 227-32. ブランドアイヌの思想については White, *supra*

- note 81, at 196-97, 206-07, 231-32 を参照。
- (131) 扱われている問題は異なるが、田中・前出注(9)をよび同「公共事業の料金の統制の内容と Due Process Clause」『英米法研究』マナー・フロレンツ 二五七頁(一九八七)は、このような視点からなされた研究である。
- (132) 従来の法理による性格付けが不適切と判断する法律・事実の分解と方向を進めたことである。Pillsbury, *supra* note 22, at 421; M. CARROW, *supra* note 4, at 65-77.
- (133) M. CARROW, *supra* note 4, at 65; J. LANDIS, THE ADMINISTRATIVE PROCESS 125-26 (1938).
- (134) J. LANDIS, *supra* note 135, at 126.
- (137) 例えば、州際通商委員会(ICC)の最も初期における、議会も裁判所も従来の法理を忠実に守ったのである。第三章II「歴史」を参照。
- (138) 「管轄的事実の法理」の前身として L. JAFFE, *supra* note 15, at 624-35; Patterson, Ministerial and Discretionary Official Acts, 20 Mich. L. Rev. 848, 866 (1922); Dickinson, Crowell v. Benson: Judicial Review of Administrative Determinations of Questions of "Constitutional Fact", 80 U. Pa. L. Rev. 1055, 1063-67 (1932); Dickinson, Judicial Review of Administrative Determinations, A Summary and Evaluation, 25 Minn. L. Rev. 588, 594-95 (1941); Monaghan, *supra* note 51, at 249 を参照。
- (139) 「憲法的事実の法理」は「管轄的事実の法理」の特殊形である。Dickinson, *supra* note 138 (1932), at 1072. なお、Dickinson のこの論文が「憲法的事実の法理」の語を初めて用いた例である。Monaghan, *supra* note 51, at 231 n. 17.
- (140) F. COOPER, *supra* note 22, at 313-15; L. JAFFE, *supra* note 15, at 636-48; B. SCHWARTZ, ADMINISTRATIVE LAW 624-47 (1984); 5 K. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, §29:23 (2d ed. 1984).
- (141) 橋本公宣『米國行政法』一六四～一六八、二〇八～二一五頁(一九五八)、『下山英二「アメリカにおける行政裁量の司法審査」大阪市立大学法学雑誌二卷三号五六～六〇頁(一九五五)』を参照。
- (142) M. CARROW, *supra* note 4, at 80; J. LANDIS, *supra* note 135, at 127-31; J. DICKINSON, *supra* note 71, at 201; Dickinson, *supra* note 138 (1941), at 597; Fuchs, *supra* note 126, at 564-65. なお、従来の法理と異なる見解については、前出注(81)～(83)をその論点の中心とすることを参照。
- (143) Cooper, Administrative Justice and the Role of Discretion, 47 Yale L. J. 577, 593 n. 59 (1938); Fuchs, *supra* note 126, at 565; J. DICKINSON, *supra* note 71, at 201.
- (144) J. DICKINSON, *supra* note 71, at 174-90.
- (145) 少数意見は第三章II「歴史」で紹介する。

- (146) Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon, 253 U. S. 287, 289-91 (1920). これは「ペンシルベニア州内の水道会社の水道料率を定めた」同州の公益事業委員会の決定の司法審査の事案である。州の下級審は「料率の算定基礎となる財産評価を自らやり直し、評価額を変更したが、州最高裁はこれを否定し、委員会の評価は十分首肯しうるものであるから、介入すべきではないとした。連邦最高裁の多数意見は「州最高裁の見解をさらに否定するものである。なお、同様の事案において、本件を引用する多数意見と、フランタンス裁判官による少数意見が対立した例として、Bluefield Waterworks & Improvement Co. v. Public Service Commission, 262 U. S. 679, 689 (1923) (サウス・カーロライナ州の事案)がある。また、一般的叙述として、Berkson, Due Process Requirements of a Fair Hearing in a Rate Proceeding, 38 Colum. L. Rev. 979, 1000-02 (1938)がある。
- (147) Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon, 253 U. S. 287, 289 (1920). このロジックに関して、前出注(88)および(119)を参照。なお、これは州法の問題であるので、連邦最高裁はその解釈権限を有しない。そこで修正第XIV条のデュー・プロセス条項に依拠して本文のような判断を行ったのである。ちなみに、州法の司法審査規定は、「当該裁判所は、当該命令が合理的であるか、法を遵守したものであるかについて判断する」とだけ定めている。多数意見は「
- よれば、この規定は「管轄を有する裁判所が「この命令に対する全ての攻撃を司法府として聴聞しなければならない」とこれについて独自の管轄を有していなければならない」と解釈されるべきであろうとするのみである。Id. at 291.
- (148) Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 46-48 (1932); St. Joseph Stock Yards Co. v. United States, 298 U. S. 38, 50-51, 53-54 (1936).
- (149) Crowell v. Benson, 285 U. S. 22, 54-65 (1932).
- (150) 結論に影響がないため以上の言及はない。すなわち、「司法的事項である」とし、通常の民訴とのアナロジーに与る点については、ロビンロー上の事件の場合は陪審「エグゼクティブ」または海事上の事件の場合には master, commissioner, assessor の利用が可能とされているため、裁判官自身が証拠を評価して事実を認定することは必ずしも導かれなく。Id. at 51. 前出注(146)の Ben Avon (1920) のような司法的事項であるというロジックが本件では用いられていないのは「このためと考えられる。なお、master 等については田中・前出注(121)三九一頁を参照。
- (151) M. Carrow, supra note 4, at 65.
- (152) Dickinson, supra note 136 (1941), at 597.
- (153) White, supra note 81, at 228.
- (154) St. Joseph Stock Yards Co. v. United States, 298 U. S. 38, 49-54 (1936).
- (155) J. Landis, supra note 135, at 128. なお、Dickinson,

supra note 138 (1941), at 596-97 及び前田注(47)の Ben Avon (1920) と全く同じではなかつたことが、その指摘されている違ふは立証責任の軽重に留まつており、本稿の目的からは同じことと考えてよいであらう。

(46) このロビニャント関し、前田注(38)および(43)を参照。

(47) これは、出入国管理の事案における Ng Fung Ho v. White, 259 U. S. 276 (1922) を指したものと認められる。国外退去命令(deportation)を受けた者が、自らが米国民(citizen)であることの主張をしようする場合、この論点については裁判所が独立の判断を下さなければならぬという、フランタイス裁判官による法廷意見が述べられた事件である。この判決の理解については、後田注(49)を参照。

(48) J. Dickinson, supra note 71, at 200-02; Albertsworth, supra note 71, at 139; Dickinson, supra note 138 (1941), at 596; Stason, "Substantial Evidence" in Administrative Law, 89 U. Pa. L. Rev. 1026, 1032-33 (1941); Cooper, supra note 143, at 591-98.

(49) J. Landis, supra note 138, at 132-34, 140-43.

(50) J. Landis, supra note 135, at 124 (タインナーが述べた「法の支配」が「一八八五年當時のものではなくて、現代のものではないから」。一般に、タインナーの旧説のような極端な「法の支配」アプローチは「法の優越」観はメソッドな採用

物ではないから。Fuchs, supra note 126, at 557-59; J. Dickinson, supra note 71, at 37-38. タインナー自身「一九一五年に従来の見解を改めよう。Verkuil, supra note 73, at 263 n. 14; W. Chase, AMERICAN LAW SCHOOL AND Rise of ADMINISTRATIVE GOVERNMENT 65 (1982). 本稿・前田注(41)一〇〜一一頁、杉村・「法の支配」前田注(11)八〜九頁。

(51) 既述の直後の判例が、独立の審査を否定し、またはこの問題を回避しようとする。Railroad Commission v. Rowan & Nichols Oil Co., 311 U. S. 570 (1941) (タキヤン州鉄道委員会の事案。修正第XIV条のデュー・プロセス条項は独立の審査の根拠とはならなかつた); New York v. United States, 331 U. S. 284, 340 (1947) (1900の事案。財産没収のような干渉を簡單に示す); Alabama Public Service Commission v. Southern Ry. Co., 341 U. S. 341, 343, 348-49 (1951) (トランプ州の公務員委員会事案。憲法上の権利がかかっているため、事実として裁判所は再度争えるべきではない); Tagg Bros Morthard v. United States, 280 U. S. 420, 445 (1930) (回廊)。

(52) Gluck, Independent Judicial Review of Administrative Rate-making: The Rise and Demise of the Ben Avon Doctrine, 40 Fordham L. Rev. 305, 306-08 (1971); M. Carrow, supra note 4, at 83-84; 5 K. Davis, supra



note 140, §29:23, at 441; L. JAFFE, *supra* note 15, at 647, 648-52 (但し「慎重な留保付き」); Davis, "Judicial Control of Administrative Action": A Review, 66 *Col. um. L. Rev.* 635, 676-77 (1966). またトーマスの著書の 649頁。Dickinson, *supra* note 138 (1941), at 599, 604, 608.

(163) 人的権利 (personal rights) が問題となる場合とあれば、独立の司法審査が行われることが認められており、財産権に関わる行政分野の場合とは明確に区別されている。Young, *supra* note 47, at 778 nn. 75 & 76; J. LANDIS, *supra* note 135, at 143; White, *supra* note 81, at 219-23; Dickinson, *supra* note 138 (1941), at 594, 604. 但し、後出注 (169) を参照。

(164) 前出注 (8) を参照。

(165) Anderson & Higgins, *Substantive Due Process Review and the Extent of Government Regulation*, 7 *Int'l Rev. L. & Econ.* 101 (1987).

(166) L. Tribe, *supra* note 47, at 565-79.

(167) コモンロー上の権利の一九世紀以来の様々な意味での変容と、観念からの研究である。M. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860*, at 31-62 (1977); Horwitz, *The History of the Public-Private Distinction*, 130 *U. Pa. L. Rev.* 1423 (1982) など。また、前出注 (54) の「公衆の権利」の研究も参照。

(168) B. SIEGAN, *supra* note 80, at 319-20.

(169) キーキーンは「人的権利と財産権を区別し、後者がけが異なった扱いのなされることには、社会哲学上はともかく、憲法上の根拠がない」と述べている。Dickinson, *supra* note 138 (1941), at 604. また Monaghan, *supra* note 51, at 258-59 を参照せよ。

## 第二章 A型の思惟律

A型の思惟律は、一九世紀中葉までに創設された連邦行政に關わる司法審査を規律していた規範的思考である。この時期の連邦行政に対する司法審査判決はかなりの数に昇るのであるが、その研究はわが国ではほとんど無く、<sup>(1)</sup> そもそも米国においても司法審査のあり方という観点からの分析が十分ではない問題分野に属するといつて差し支えないと思われる。この点に關する本稿の立場は、一九世紀の司法審査に對する関心の低さに、歴史的観点から疑問を呈し、それが現代の司法審査に對して重要な意義を持つていたことを主張することといえる。すなわち、まず本章で、当時の司法審査判例(本案)に一貫して伏流する一定の規範的思考の存在を指摘し、これをA型の思惟律として定式化する。そして、第三章で、これが現代の司法審査方法を生む母胎となったことを指摘する。

### I 立法政策上の背景

連邦議会在が、行政機関と司法裁判所の關係について有して

た立法政策は、行政機関の設置状況とそれに対する司法審査規定のあり方によって明らかになると思われるので、本章と次章それぞれのIでは、その概要を述べることにする。これは、裁判所が思惟律を構想する際の背景ということになる。また同時に、本稿で取り扱う素材（行政分野と司法救済形式）の限定についてもおおむね述べておく。

一九世紀の連邦行政の中心的分野は、租税制度と公有地の下付制度、軍関係者への恩給支払いなどである。これらはそれぞれ、歳入を得、国土を開発し、軍関係者の生活を保障するという意味で「政府自身を維持していくための public business」であり、私人の自由な活動を規制する類のものとは異なるという整理がしばしばなされている。したがって、当時の連邦行政は、租税（関税と内国歳入）や取用などの古典的な財産侵害制度を除けば、「自由や財産という神聖な権利への侵害を予定したものはほとんどない」と説明される。

一九一〇年頃まで合衆国政府の歳入の大半を賄っていたのは関税（customs duties）であり、保護関税政策が一九世紀を通して採られていた。相殺関税とアンチダンピング関税の制度はそれぞれ一八九〇年、一九二一年に最初の立法がなされている。一方、内国歳入（internal revenues）は、連邦政府の課税権限の範囲についての懸念があったため、ようやく一九世紀後半に至って、相続税（inheritance taxes）や所得税（income taxes）が制度化され、それに伴ない主要な連邦歳入源となり始めた。さらに、連邦政府は一九世紀から二〇世紀初頭にかけて大規模

な土地政策を実行していた。白人の西漸にともなうフロンティア拡大によって連邦政府は莫大な公有地（public lands）を得たため、公有地の白人入植者への売却・無償譲渡や鉄道会社への下付等が重要な政策課題となった。この土地政策の一九世紀後半における二大支柱ともいえるべき法律が、一八四一年のプリエンプション法（Preemption Act）と一八六二年のホームステッド法（Homestead Act）である。土地政策については、米国内陸地方における運輸交通の発達、農産物に対する需要の増加により、さらに一八三四年頃からは金融上の原因に基づき、西部の地価高騰、異常な土地投機熱が生じ、土地投機業者による虚偽の申請が相次ぎ、土地関連連部局（Land Department）における審査は、本来の趣旨を離れて、複雑な利益対立の場となる

といった事情があった。公有地の下付に関する判例が他の事案に比べてかなりの数に昇っている背景には、このような社会事情があったように思われる。他方、西漸の結果その土地を追われたインディアンについては、概略次のような政策が採られた。合衆国はインディアンの保持する土地の占有権を条約によって獲得して、インディアンのための保留地（reservation）とし、その土地の一部はインディアン個人の所有地として分配され、他は白人入植者に売却され、その資金で基金を設置してインディアン福祉に役立てるといったものであった。この結果個人所有となった土地は個人割当地（an allotment）と呼ばれる。以上のほか、連邦行政としては、移民規制（regulation of immigration）、特許（patents）、軍関係者への恩給（pensions）、郵便

事業 (postal service) が主要なもので、それぞれのために移民帰化局 (Immigration and Naturalization Service: INS)、特許局 (Office of Patents)、恩給局 (Office of Pensions)、郵政公社 (Postal Service) が設けられていた。<sup>(17)</sup>

本稿では、右のうち、租税、公有地 (インディアン政策も含む)、恩給を中心に扱う。移民・入国規制と特許は、それぞれ膨大な判例が蓄積されているので、とりあえず本稿では割愛した。収用や土地利用規制も同様である。また、郵便事業に関わる判決も、むしろ、州において一九世紀末から特に多くなる各種職業におけるライセンス制度などとあわせて別個に扱う方が便宜と考えられるので、本稿ではこれらも扱っていない。

さて、連邦議会は、右の諸行政について、一般法の形で個別別法においてであれ、司法審査規定を置かないのが通例であったから、若干の例外を除けば、行政の行為について救済を求める者は、コモンローあるいはエクイティ<sup>(18)</sup>上の救済方式 (remedy) を利用するほかはないことになる。<sup>(19)</sup> 実際、本稿で扱う行政分野については、租税を除けば、当時の連邦裁判所において訴求可能な救済方式は、主にマンデイマスとインジャンクション<sup>(20)</sup>であった。なお、マンデイマスとインジャンクションについて特に注意すべきことは、以下の具体的判例で例示される通り、マンデイマスは必ずしもひとつの行政決定の全体を裁判所の判断で代置せしめるようなものではなく、インジャンクションも必ずしも行政決定に対する事前差止としてのみ用いられるものではない、ということである。

他方、租税訴訟の根幹を形成した関税についてみれば、合衆国最初の関税法は訴訟規定を置いていなかったが、救済方式は判例法によって形成され、それが後に関税法に書き込まれることになった。<sup>(21)</sup> そして内国歳入においては、当初は、関税訴訟の構造に拠って救済方式が理解され、やがてそれが歳入法に書き込まれることとなった。<sup>(22)</sup> このような経緯に照らせば、関税と内国歳入に関する訴訟の基本構造は共通といつてよい。すなわち、税額納付後にその還付を求める訴訟を裁判所に提起するものであり、特に内国歳入の場合は還付請求訴訟 (refund suit) の名で呼ばれている。<sup>(23)</sup> なお、関税においても内国歳入においても頻繁な制度改正が繰り返されているため、ここでは一九二〇年代までの判例、すなわち米国の租税訴訟の根幹を形成したものを扱うこととする。

## II 内容・歴史・ターミノロジー

### 一 内容と歴史

A型の思惟律は遅くとも一九世紀中葉には確立したと考えられるもので、前項で限定した行政分野において見出されるものである。その個々の行政行為の司法審査判例は伝統的法理から採用されたと思われる様々なレトリックに満ちているが、A型の思惟律は、このレトリックと第一章Iで概観した憲法論とを連結させて統一的に理解するためのものである。

この思惟律は、「コモンローの伝統に従って、行政機関による正義実現の範囲を画す考え方」<sup>(24)</sup>であり、司法裁判所は、コモ

ンロー上の権利に対して憲法上の責務を有するという伝統的な観念<sup>(31)</sup>をほぼ完全に実現しようとするものである。「裁判所がコモンローに基づいて自由・財産を保護することは三権分立上重要な機能を果たしており、「これらの利益は」議会が、行政機関を設立することによって自動的にとりこめるようなものではない<sup>(32)</sup>」<sup>(33)</sup>、「共和国初期においては、独立の司法府の義務は、コモンロー上の自由権と財産権 (common law liberty and property rights) ……を政治的勢力から守ることであつた<sup>(32)</sup>」という指摘は、まさにこの思惟律の存在を示唆するものと考えられる。同様の指摘は、当時の行政の行為の司法審査を論ずる文献においても散見される<sup>(34)</sup>ところである。また、違憲立法審査の文脈でも司法裁判所がコモンローに依拠したことが述べられている<sup>(34)</sup>が、これも参考とならう。

A型の思惟律の内容は、次の三点に集約される。

この思惟律においては、司法審査を行う裁判所が果たすべき役割を規定するものは、コモンロー上の権利(本稿では財産権に限定している)に対する司法裁判所の独占的な憲法上の責務という観念である。したがって、行政裁量が存在する範囲は、連邦憲法の司法権規定(またはそれと連結するデュープロセス条項)によって、既に一律に決定されているのである。言い換えれば、議会が行政裁量のあり方を左右する余地は原則として無い(但し、第三点として述べる例外を参照)。ここで注意すべきことは、この責務の有無は、単にその行政分野が財産権を侵害するものか否かによって判定されるものではないことであ

る。この判定は、まさに第一章Iで公的権利の法理として述べたものと同じであり、歴史的に司法裁判所が取り扱ってきた審判事項 (subject matters) へのアナロジーによって観念される司法的紛争を、具体的に非司法的事項(公的権利に関わる事項)の中から取り出すことができるか否かによって行われるのである。例えば、本章IIIで述べる通り、一般論としては財産の侵害ではなく恩恵の付与と整理されている公有地の下付も、場合によっては、司法裁判所の審理に服することがある。わが国でいう侵害行政・給付行政という行政の類型化とは区別が必要であり、より具体的に権利への影響の有無が観察されているのである。

A型の思惟律の第二の特徴は、右の判定方法によって司法が関与すべき論点が発見されたときの、その後の処理方法である。司法が関与すべき論点とは、憲法上、司法裁判所の固有の責務の範囲にはいる司法的紛争であるから、そこにおけるコモンロー上の権利に影響を与えるような判断を行政機関の裁量に委ねることは一切認められない。したがって、裁判所自身が必要な事実を認定し<sup>(35)</sup>、法律を解釈・適用して判断を下し、それを行政機関の判断に代置すること (substitute of judgment)<sup>(36)</sup>が行われているのである。A型の思惟律における行政裁量の外延は、このような判断代置によって、法律上および事実上設けられていることになる。他方、A型の思惟律における行政裁量は、憲法上一律に司法関与が禁止される結果としての行政裁量ということができる。ここではもはや司法裁判所の判断できるものが残っ

ていないから、これについて裁判所は一切関与できない。以上により、A型の思惟律は、判断代置か審査排除かという、二者択一の審査方法しか有していないことになるのである。また、A型の思惟律の場合、行政解釈は、一方当事者の法律上の主張または「専門家の証言」としてのみ参照されることになると思われる。

第三に、右に述べたことのうち、第一点には、重大な例外がある。租税のように財産侵害を予定する行政分野においては、非司法的性格の事項（公的権利に関わる事項）の中に司法的紛争を觀念しこれを取り出すと、行政機関固有の判断事項が全く残らないことがある。この場合は、右に述べた原則では対処しきれない状況が生じている。つまり、取り出された司法的紛争の全てについて司法裁判所が判断を下すならば、それは非司法的事項たる性格が失なわれることになる。逆に、非司法的事項たることを維持し、行政機関の固有の判断事項を残そうとすれば、司法裁判所の権限が縮減されることになる。租税上の問題は、非司法的事項であって司法裁判所が関わるべきではないという要請と、司法的紛争に対する司法裁判所の責務という要請とが二律背反に陥っているものであり、何らかの妥協を認める他はない状況なのである。その妥協策として採用された方向は、議会上の右のジレンマの解決を委ねることとし、議会が非司法的事項たることの維持を選択した場合は、その論点について行政機関の独占的な判断（行政裁量）を許容するというものである。但し、議会が行政裁量に委ねる選択をすることができるとは、

司法的紛争の中で最も司法裁判所の機能から遠い一定の事項（法的な判断が不要で単に事実の争いに過ぎない場合の価格評価など）に限定される。そして、この事項は、元來司法裁判所による判断が可能なるものであるから、議会が特に司法関与を認めるような規定を置く場合は、当然に司法裁判所はそれについて判断を下すことができるのである。以上により、議会が選択するところに従って、裁判所が判断することも、行政裁量に委ねられることも可能な事項が存在するわけである。これは、第一章Iで公的権利の法理への疑念として指摘した「議会の選択」の意義についての、一応の回答となるであろう。

さて、A型の思惟律の確立に際しては、特に支障はなかったようである。その後、二〇世紀初頭に、連邦最高裁は第三章で述べるB型の思惟律を形成し、新たに設立される行政機関にその適用範囲を広げていたのであるが、その一方で、一九世紀以来の連邦行政の司法審査においてはなおA型で自らを規律し続けていた。このような思惟律の並立状態は、少なくとも一九三〇年代まで続いている。また、思惟律の交替という点では、第三章II「二 歴史」で述べる通りA型こそがB型の母胎となつたことが重要である。

## 二 ターミノロジー

A型の思惟律については、判例上、特にその第一点が卒直に述べられる例が無いわけではない。しかし多くの場合には、コモンローやエキイティー上の各救済方式について伝統的に形成された法理における用語、または民事訴訟における用語に起源

を有する表現を借用して結論を正当化する方法が採られている。ここでは、後者のような借用関係を整理し、その借用の実質が、その歴史の起源ではなく、A型の思惟律によって統一的に理解されるという主張のための準備とする。

行政行為の司法審査を求めるためにマンデイマスが用いられた場合、裁判所は、「事務的・裁量的 (ministerial and discretionary)」という区別を用い、マンデイマスは「事務的行為」についてのみ発給されるという表現を用いている。「事務的」とは、一義的に結論が決まっているから行政裁量に懸念することなく自ら判断を下せると裁判所が考える論点に与えられる形容である。また、「事務的・裁量的」行為の区別が三権分立上要請される原則であることを理由に、マンデイマスに固有の法理ではないとしてインジャンクションにも適用されることがある。なお、司法裁判所が関与できない判断事項は、単に裁量 (discretion) と呼ばれるほか、「判断権・裁量権の行使 (exercise of judgment and discretion)」が必要な事項という表現も、当時の判決にはよく見られる。

次に、特に租税 (内国歳入・関税) および公有地下付に関する判例では、民事訴訟法理論における司法判決無効の法理またはコラテラル・アタックの法理を基礎とした表現が持ち込まれていることがある。これは司法裁判所の判決における終決性の法理の一環であって、何らかの誤りを有する判決を、①単なる違法 (irregular) もしくは一定の手続によって無効としうる (voidable) ののと、②無効 (void) なものと分類し、これに

応じて攻撃方法を整理する理論である。①の場合は、直接その司法判決を攻撃するために法律上規定された攻撃方法、すなわち直接的攻撃 (direct attack) に依らなければ、これを攻撃することができない。他方、ただちに無効といえる程の誤謬を含む②の司法判決については、直接的攻撃によることも可能であるが、別個の主題を持つ独立の訴訟において付随的にこれを攻撃することもできる。これは付随的攻撃 (collateral attack) と呼ばれる。このような二分類が司法判決について形成された法理であることに鑑みれば、これが行政決定を攻撃する際に転用されるべき必然的な理由はなく、便宜的な定式として借用されたものに過ぎないと考えるべきであろう。なお、この議論は、行政の行為に係る訴訟全体を直接的攻撃と付随的攻撃の二類型に分けてその審査内容を吟味する議論とは、区別されるべきである。

行政決定の攻撃に応用された場合の直接的攻撃の語は、必ずしも常に司法裁判所による救済を示唆しているわけではなく、行政機関内の不服申立てのみを意味することもある。本章上で述べたように、当時の連邦議会は、行政機関を設置してもその決定を直接攻撃できる司法審査規定を置くことはまず無かった。公有地や租税においても例外ではなく、司法裁判所における直接的攻撃を定める立法は皆無であったから、利用できる司法救済は付随的攻撃訴訟のみということになる。したがってここでは、個々の論点が付随的攻撃訴訟で争いうるかどうか、まさに司法救済が得られるかどうかの分かれ目となる極めて重要な問題となるのである。言い換えれば、この場合において「付随

的攻撃訴訟で争うことができず直接的攻撃しか許されない」というレトリックで表現される論点については、行政決定の終決性が認められることになる。そして、この点の判断基準こそが、ここでの関心対象なのである。

民事訴訟法理論上は、司法判決の無効事由またはコラテラル・アタックの事由として、管轄権の欠缺、錯誤 (Mistake)、詐偽 (fraud) などの存在する場合が挙げられているが、次項 III で述べる通り、本稿で扱う判例においては、これを応用して、「準管轄的事実とは区別される管轄的事実が関わるべき」「行政官がその管轄を越えたとき」「管轄内であっても行政官が詐偽等の意図をもって決定したとき」「事実問題についての土地部局の決定であっても行政官の詐偽等があるとき」などの表現が用いられている。なお、どの訴訟が付随的攻撃または直接的攻撃であるかの判定はそれほど容易ではないこともある。しかし少なくとも租税の場合は、連邦レベルでは、税額を争う基本的な救済方式である納付税額の返還請求訴訟が、州レベルではこれに租税上の行政決定の執行を制止するインジャンクションを加えたものが、ともに付随的攻撃訴訟と分類されている。<sup>52</sup> また、公有地下付に関する訴訟の中では、私人間のエジエクトメント (不動産占有回復訴訟) が付随的攻撃訴訟と位置付けられている。<sup>53</sup>

### III 具体的運用

個々の事案において裁判所がなぜ、事務的または裁量的と判

断し、付随的訴訟で争いうる論点であると判断し、あるいは事実問題としたかを考察するとき、これらの表現とその実質とが必ずしも一致していないことは、少なくとも一九二〇年代には既に指摘されていたことである。<sup>54</sup> 以下では、これらの表現の背後に働いていたと考えられる共通の思惟律の存在を、各行政分野毎に検討する。制度の構造上、公有地の下付制度がもつとも豊富な素材を提供しているので、まずこれによって、A型の思惟律の具体的な働き方を示すこととする。

#### 一 公有地の下付<sup>55</sup>

公有地を一定の私人に優先的に譲渡する制度は、それがプリエンプション (優先的買受け) であればホームステッド (無償譲受け) であれば、私人から見れば恩恵であり、コモンロー上の権利ではないと解されている。これが、公有地下付制度の基本的な性格である。しかし、下付が所有権の移転である以下、公有地譲渡の後に生じた紛争は私人のコモンロー上の権利にかかわりうるものであり、これについて裁判所は責務を有することになるはずである。<sup>56</sup> この観点から、公有地の下付制度における裁判所の役割を最も明確に示していると考えられるものは、United States ex rel. McBride v. Schurz (1880) である。<sup>57</sup> これは、後に極めてよく引用される次のような一般論を述べている。すなわち、連邦議会は土地に対する合衆国の権原 (title) を市民に移転する法律システムを作ったが、これに関し、「当裁判所は、コモンロー上の権原 (the legal title) がなお合衆国にあり、市民の権原取得手続きが、議会の設立した特別機関に係属中で

ある限り、裁判所は当該機関の権限行使を統制する為の介入をしないという法理 (doctrine) を、強力に維持してきた。」(at 396) しかし同時に、「公有地譲渡証書 (a patent) が市民に発行され、土地の権原が政府から移転した後には、誰が真の土地所有者であるかという問題は、適切な裁判所において、事に必要な限り全ての考慮の対象となる。これは合衆国が原告となつて公有地譲渡証書の取消 (set aside)、権原返還の訴えをおこす場合であっても、私人が被譲渡者に対してエクイティー上の理由で救済を求める場合であっても、同様である (at 396)。」

この判決はマンデイマスの訴求例であつたが、同じ考え方はインジャンクションの場合でも明示的に認められており、右に代表される裁判所の考え方は、救済方式の別を問わず妥当している。さらにこれは、種々の救済方式自体を統合的に使い分けるための基礎ともなつていと考えられる。具体的には、次の通りであり、これは、A型の思惟律の典型的な表明といえる。

(a) 司法介入の要否の基準は、合衆国から私人への権原移転の有無である。権原移転の有無を判定するために裁判所は、「公有地の下付手続のどの段階で、合衆国の権原が私人に移転したとすべきか」、および「そもそも係争土地が、私人への付与を予定する種類の公有地であるか否か」について、法律解釈、事実認定、法の適用に及んでいる。例えば、右に引用した判決は、下付手続のどの段階で権原移転が起きるかを裁判所自身の判断によつて決定したものである。また、法が公有地取得の条

件として、一定の証明書の発行後、立入 (entry) の適法性について「提起中の異議」なく二年が経過していることと定める事案においては、権原移転の有無を判定する一作業として、裁判所自身が「提起中の異議」の意味を確定する必要があると考えられよう。さらに、問題となつている土地が、私人への下付の対象とならない公有地 (軍用保留地など) であつたり、そもそも公有地ではなく私有地であれば、合衆国からの権原移転はありえない。この点も、救済方式を問わず、裁判所が判断代替すべき問題点となる。

(b) 他方、裁判所が介入できないのは、公有地の権原が私人に移転される前の段階でなされた行政機関の判断についてである。公有地の優先的な受取り資格を有する者についての数々の法律上の定め (一定の年数の立入、耕作実績等々) に関し、土地部局が下した判断 (法律、事実の全てに及ぶ) について、司法裁判所は一切介入できない。公有地を誰に下付するかという事項は司法的紛争ではないこと、視点を変えれば、公有地取得は、合衆国政府が自由に付与しまたは撤回することもできる贈り物 (a gift) あるいは受益 (an advantage) という「特権」であることが、ここに刻印されていると考えられる。

この (a) (b) の基準については、次の三点に留意する必要がある。まず、私人が、第三者に下付された公有地譲渡証書の適法性を否定して、「自らに証書を与えよ」とする主張についてであるが、これは一見、権利移転後の段階の事案のようである。しかしこの主張のうち、自らのコモンスター上の権利侵害



を根拠とする部分については裁判所が判断するが、土地部局が第三者に権原を付与した判断内容を問う部分については、行政官の裁量とされる。<sup>(63)</sup> 第二に、権原の移転前の段階でマンデイマスやインジャンクションが訴求された場合は、その判例の扱いに多少留意する必要がある。これは土地部局での審査中または審査前の段階への司法介入であるから、事前介入の是非としても論じられうる問題である。したがって、ここでは事前介入の許容性の問題と、裁量・非裁量という本案の問題が絡みあっていることを留保した上で、右に述べてきたものと同種の考え方の存在を指摘することができる。その典型例が、第三者が提出した公有地優先的買受けの申請の審査を制止する理由として、自己が当該土地のコモンロー上の所有者であり、その土地はそもそも公有地ではないという主張がなされる場合である。これは私人のコモンロー上の権利が関わっている主張であるから、裁判所はこの点の主張が正しいかどうかについてのみ判断を下しているのである。<sup>(64)</sup> 第三に、私人への権原移転後に、合衆国(土地部局)が自らの決定つまり公有地譲渡証書を取り消したいと考えるときは、(a)に従えば、これは裁判所の判断すべき問題のほうである。実際判例は、土地部局限りで取り消すことを認めず、第一章Iで述べた意味での「司法的性格」や、「デュープロセスに反する」という語を用いて、合衆国が原告となる訴訟によらなければならないことを判示し、裁判所をフォーラムとすることを求めている。<sup>(65)</sup>

さて、以上の介入基準は、本項の冒頭で引用した判決のよう

に、率直に述べられることもあるが、伝統的法理の用語を借用して定式化されることもある。この場合、伝統的法理による表現は、すべてこの基準によって規律されていると考えられる。

マンデイマス及びインジャンクションにおいては、既述の通り、一般に「事務的・裁量的 (ministerial and discretionary)」行為という判断枠組みが通用している。そして、(b)の判断は、「裁量的 (discretionary)」であるが故に裁判所がその審査を一切行えないと論じられるものに相当し、他方、(a)に挙げた点が認められれば、それは「事務的」と表現されている。<sup>(66)</sup>

(a)に関わる判例の中には、特に説明することなく「事務的」と断定するものもあるが、《権原が私人に移転した後は、「問題は」裁判所の権限の範囲に移り、逆に行政官の権限は消失する。権限消失後になお土地部局が何らかの行為を行えば、それは権限逾越 (ultra vires) もしくは越権 (beyond the scope of his authority) に相当する》という説明を与え、「越権」すなわち「事務的」とする例は、「事務的・裁量的」というラベリングの背後にある思考を明確に示したものと思われる。

次に、私人が、公有地譲渡を受けた別の私人を被告として自らの権利を主張するエジクトメント (不動産回復訴訟) が提起された場合は、(a)に挙げた点が認められない限り、言い換えれば、その他の論点については、公有地譲渡証書(に具体化された行政決定)の内容が終局的 (conclusive) になると判示されている。<sup>(67)</sup> ここで裁判所は次の定式を述べているが、その運用は (a) と (b) の基準に規律されたものと考えられる。

その定式とは、この救済方式を付随的攻撃訴訟とし、土地部局の行為を広い意味での司法的性格を有するものと特徴付けた上で、およそ司法的行為は、それを付随的に攻撃する訴訟においては終決的であるとする原則を援用するものである。例えば、《管轄的事実であれば、これを付随的攻撃訴訟において争うことができるが、準管轄的事実であれば争えない》という説明を用いる場合、そこで管轄的事実とされたものの内容は(a)に他ならない。単に、当該決定が行政官の管轄内もしくは権限内でない場合は終決性の例外であると述べる場合もあるが、こゝでも、管轄を越えた場合として述べられているものは(a)である。他方、行政の行為に終決性を認める場合は、《事実問題に関する判断は終決的である》という定式の方が用いられている。典型例は、「合衆国の公有地制度の運営に関しては、事実問題(questions of fact)は土地部局の審査・判断に付されるべき問題であり、それについての決定は終局的(final)である。記録ではなく口頭の証言に基づく事実問題についての判断は、終決的(conclusive)であり、詐偽(triad)などが主張される場合を除けば、裁判所で再び争うことはできない(not open to re-litigation)」という判示である。ここでは、「居住の有無、農耕の有無などが「証言に基づいて判断されるべき事実問題」とされ(76)が、その背後にある判断は(b)である。(76)

なお、付言すれば、A型の思惟律は公有地判例においては、救済方式の選択の際にも働かざるものと考えられる。《コモンロー上の権利が関わる限り、裁判所が判断代置する》ことを一

歩進めれば、《コモンロー上の権利が関わる場合は、裁判所がその論点について過不足なく判断できるような救済方式を通じて、事案が裁判所に提出されなければならない》ということになるであろう。自らにコモンロー上の権利があることを理由に、第三者への公有地下付を争おうという事案において、マンデイマスやインジャンクションが訴求された場合、この訴訟の当事者(原告たる私人と、合衆国の行政官)だけが攻撃防御できる状況では、第三者が既に得ているコモンロー上の権利についての攻撃防御がなされないため、必須の当事者が欠け(want of necessary parties)、救済方式として不適切であると述べられるのは、この典型的な例である。勿論これは、適切な救済方式の選択、または「マンデイマスは他に適切な救済方式がないときに限り、発給される」というマンデイマスやインジャンクションの補充性という伝統的法理として説明されるのが通常であるが、そのように優先順位が付けられることの背後には、右のような思考があると考えられるのである。

## 二 インディアン問題

インディアンに関する法制度の中には、部族の構成員として登録された者が、一定の土地を個人割当地(an allotment)として受け取るものがある。これは、部族としての登録に基づいて公有地が個人割当地として付与されるという制度であり、このことに鑑みれば、裁判所の介入基準は公有地下付の場合と同じと考えられる。

例えば、土地の権原移転完了に必要な手続の意義について解

釈し、事実認定に基づいて権原移転の有無を判断した後、既得権に対する裁判所の責務を極めて強い調子で述べる判決がある。

「立法の定めるところに従い権利が既得の状態になった (Rights have become vested) ならば、その権利が執行府行政官の行為によつて侵害されないように監視するのが、裁判所の義務である。これは行政官の側にかに正当な理由があつても変わらなない。〔法律に定められた期間内に異議の提出がなされなかった以上〕関係人の割当地に対する権原は確定し絶対的になった (Fixed and absolute) と考えられる。したがつて、内務長官が譲渡證書を交付するという行為は、事務的 (ministerial) なものである」としてマンデイマスを認容した。そして、本件の制度が土地の権原移転である以上、公有地下付制度に関わる判例で用いられてきた原則、すなわち《裁判所は、土地に対するユモノ<sup>(87)</sup>上の権原 (Legal title to public land) が政府から私人に移転した場合のみ作動すべきである》という原則から逸脱すべき理由のないことが強調されている。<sup>(88)</sup>

また、個人割当地の譲渡證書による権利移転後に合衆国が自らの決定を取り消したいと考えた場合は、公有地の場合と同様、合衆国が原告となつて譲渡證書を取り消すための訴訟を提起し、裁判所の審理を経なければならぬ。法律上は、個人割当地の決定は最終的という定めがあつたが、判決はそれを敷衍して、行政決定は《それを無効とするような詐偽や法律上・事実上の錯誤 (fraud or mistake of law or fact) が無い限り終決的である》と述べている。<sup>(89)</sup>

### 三 租税 (関税・内国歳入)

ここでは、租税関係の訴訟の中から、税額を争うものだけを取り上げることとする。第一章で述べた通り、課税はその性質上司法的事柄ではないから、公的権利の法理により、裁判所の判断に服せしめるような論点を取り出すことによつて司法審査が可能となる。それは、《私人が合衆国に対して (租税) 債務を負うか (indebtedness)》という論点である。<sup>(90)</sup> 主権免責の問題さえなければ、一般にこの問題は司法裁判所の審判事項 (subject matter) となる。また、課税は財産への侵害であるという点に鑑みても、裁判所は租税に関する行政機関の行為に対して強い関心を抱くはずである。合衆国最初の関税法は訴訟規定を置いていなかったにも拘らず、救済方式が判例法によつて形成されたことは、裁判所の特別の関心を裏付けるものといえる。<sup>(91)</sup> なげなら、当時の最高裁はおよそ全ての法的紛争に司法救済が必要と考へていたわけではないからである。

さて、《私人が合衆国に対して租税債務を負うか》という司法的紛争は、実は、税額の確定 (assessment) そのものに他ならない。税額がいくらであるべきかは司法裁判所が判断できる問題となるのである。したがつて、まず、連邦の内国歳入の事例では、納税額に関わる全ての事実や法的問題は司法裁判所の守備範囲に入ることになる。税額確定の決定に何らかの終決性を認めて《詐偽等の無い限り終決的である》<sup>(92)</sup> などという定式を用いることは、判例上明確に否定されており、立証責任の上で行政官の決定が有利とされるといふ条件を付けただけの始審的

な (de novo) 審理が行われている。すなわち、「内国歳入局長による税額確定 (assessment) の決定は、納税義務の存する額に<sup>(96)</sup>ついての一応の証拠となるに過ぎなく (only prima facie evidence)。<sup>(97)</sup>」

関税の場合も、内国歳入と基本的に同じである。納付税額の返還請求訴訟が巡回裁判所に提起されていた時期<sup>(98)</sup>においては、裁判所による始審的な審理が行なわれていた。また、一九二六年に設立され、一九八〇年まで納付税額の返還請求訴訟を独占的に管轄していた関税裁判所 (Customs Court) においても、納税者側に立証責任を負担させつつ、始審的な審理を行っていた。<sup>(99)</sup>その後身である現在の国際通商裁判所 (Court of International Trade) <sup>(100)</sup>と同様である。

しかし、一九世紀後半の時期に現れた数件の関税判例においては、この例外として、行政裁量に委ねられる事項の存在が認められている。これは、公有地下付において認められていた行政裁量とは異なる性格のものであり、A型の思惟律の第三の内容としてまとめられたもの<sup>(101)</sup>の実例をここに見出すことができる。従価税の場合の関税額の確定のためには、「輸入貨物 (imported goods) の価格評価 (valuation, appraisal)」、つまり輸出国における市場価格の決定がまず必要である。関税評価官 (appraiser) または関税評価審判庁 (Board of General Appraisers) が行うこの評価が、原則的に巡回裁判所における審理に一切服しないこと、つまり行政裁量に委ねられることが、判例上表明されていたのである。<sup>(102)</sup>なお、必要な加算要素 (仕入価格のほか

に 輸送費も含めるべきか否かなど) の問題については、裁判所は判断代替しており、<sup>(98)</sup>裁量に委ねられるのは「単なる価格評価」の事例に限定されている。<sup>(99)</sup>

このような行政裁量が認められていたのは、租税分野では、関税と一部州の租税に限られ、連邦の内国歳入では認められていなかったようである。このような差が出たのは、単に法律規定上の差異によるものと考えられる。関税法は、度々の法改正があったにもかかわらず、遅くとも一八三〇年法以降、そして少なくとも一八九〇年法に至るまでの間、輸入貨物の市場価格の評価に関しては、特に行政機関内での不服申立て制度および再価格評価 (reappraisal) の制度を規定しており、他に不服申立ての制度が立法された場合でも、それは別建てでこれが維持されていた。またそのような決定が「全ての関係者に対し、終局的・終決的である (final and conclusive)」とも定めていた。判例は、関税法が特にこのような規定を置いていたことを根拠として、これを立法した議会の意図は価格評価を裁判所で争わせないことであると解していたのである。<sup>(103)</sup>また、関税法上、納付税額の返還請求訴訟という司法救済が連邦の内国歳入の場合と同様の表現を用いて規定された一八六四年法においても、これは価格評価以外のもの、つまり「法解釈」「関税分類 (classification)」「関税率・関税額 (rate and amount of duties)」などについての規定であると解されていた。<sup>(104)</sup>

判例は、右のような司法関与のあり方 (行政裁量のあり方) を、司法判決無効の法理またはコラテラル・アタックの法理を

念頭においたと思われる表現を用いて次のように定式化していた。担当行政官が行う価格評価を、法律上定められた *appeal* (直接的攻撃に相当する) によってのみ攻撃せられるものと位置付けることによって、この決定は *appeal* による他は終決的であり、したがって、税額返還を求める訴訟(付随的攻撃に相当する)においては「詐偽が無い限り、また行政官の管轄内にある限り、終決的である」という定式が妥当なものとしていたのである。つまり、関税法では、価格評価を直接攻撃するための *appeal* が行政機関内での不服申立ておよび再評価制度しかなく、司法裁判所での直接的攻撃が規定されていない以上、価格評価については詐偽等がない限り司法救済はないことになるのである。なお、この定式は、関税法の文言上には見られないものである。

明らかに司法判決無効の法理またはコラテラル・アタックの法理から借用されたものと考えられるレトリックを用いる例は、州が課す租税についての州裁判所(またはそこから上訴された連邦最高裁)の判例においても見出すことができる。すなわち、課税対象となる財産の所在や価格評価についての誤りは、直接的攻撃のみ争われうる単なる違法事由 (*irregularities*) に相当し、そこに詐偽等がない限り、付随的攻撃の対象とはならない。そして納付税額返還請求訴訟が、その付随的攻撃訴訟に該当するとされている。他方、価格評価等に際して行政官の側に詐偽があれば、付随的攻撃訴訟でも争えるのであり、しかもこれは現実に詐偽的な意図の存在が証明されるときに限定されな

い。評価価格があまりにも高すぎる場合には詐偽的意図の存在が推定されているのである。その他、価格評価が誤った法律準則に基づいている場合や、課税の管轄がないといえる場合などが付随的攻撃訴訟で争えたと表現されている。

第一章Iで述べたように、右のような取り扱いは連邦憲法には違反しないとされている。では、このような行政裁量は当時の憲法法理との関係でどう説明されるのであろうか。この問題を分析的に取り扱った論文は見当たらなかったが、次のように考えられるであろう。

第一に、内国輸入の事例から明らかな通り、価格評価は司法的紛争の一環でもあることがまず確認されるべきであろう。価格評価の判断自体が単なる事実の存否に関わる場合であっても、評価された価格に応じて課税の有無や適用税率が変化するように、評価の結果は納税義務を大きく左右するのである。また、最初に輸入者が申告した価格と行政官による評価価格との差額が一定割合を超えるときは、付加税が課される仕組みになっていた。したがってここでは、司法的紛争でありながらその一部が行政裁量に振り分けられるという現象が起きているわけである。公有地下付等に見られる行政裁量は、そもそも司法的紛争ではないことを理由に、司法裁判所の踏み込みが憲法上一律に禁止されるというものであったから、両者は異なる性格の裁量といえる。

第二に、この種の裁量を認めることができる憲法上の理由は、租税における司法的紛争である *indebtedness* の問題が、他方で、

非司法的性格と分類されている税額の確定そのものでもあり、<sup>(118)</sup> いう二重の性格にあると考えられる。非司法的性格を維持するために、司法的紛争の一部を行政機関の固有の判断事項として残しておくことは、何を残すかについての憲法上の制約は別として、憲法上許容される妥協の一つと考えざるを得ないのである。判例は、行政裁量を認める際、既に述べた関税法上の具体的な規定を挙げるのではなく、その他の補強的な理由を述べている。裁判所で価格評価までやり直すならば評価官を設置した意味がなくなること、<sup>(119)</sup> 裁判所(陪審)によるやり直しを認めていると訴訟による不統一が生じ、徴税の迅速性が阻害されることがその補強的理由として挙げられている内容であるが、これは価格評価を行政裁量とすることによって非司法的性格の保持されるべきことを示唆するものと考えてよいであろう。

第三に、右の説明によればこの種の行政裁量は、憲法上は裁量とされてもされなくてもよいというグレイ・ゾーンに位置するものとなり、その結果、裁量の存否は議会の選択に左右されることになる。実際、右に引用した関税の判例は、議会が特に行政機関の判断に留保すべきことを規定しているときに限って、行政裁量たることを認めていたのである。<sup>(120)</sup> また、議会の選択に左右されることの帰結として、従来行政裁量とされていたものを、司法裁判所の守備範囲内に組み変えることも立法限りで可能となる。そもそも司法的紛争の一環でもあるから、こう組み変えても憲法上は問題ないのである。例えば、関税裁判所などは、価格評価もその審理対象となること、その設置法に明

記されている<sup>(118)</sup>。州租税の事例においても、価格評価等の問題について司法裁判所における直接的攻撃の方法を立法することは、当然に可能だとされている<sup>(119)</sup>。州によっては、税額確定に際して司法裁判所を事前に関与させる制度の採用されることがあり、これが連邦憲法上当然に合憲と判示されていたことを第一章 I で述べたが、これも以上の観点から理解されるであろう。

同種の行政裁量は、収用 (eminent domain) の際の補償額決定に関する連邦最高裁判決にも現れている。補償額決定に必要な「財産の単なる評価額」については、それが誤った法的基準 (basis) に基づく算定ではない限り、つまり収用対象性や算入要素などといった問題を含まない限り、裁判所が審査することはないとされている<sup>(121)</sup>。また、行政官の下した評価の終決性が法律上規定されているも、行政官側に「管轄の欠如、詐偽、故意の非行がある限り」でこの評価が司法裁判所の審理に服するのであれば、連邦憲法違反ではないと判示する例もある。そして他方では、この評価は、元来、司法裁判所(陪審)が行いうる類のものであることが示唆されている<sup>(122)</sup>。

なお、連邦の内国歳入においては、右のような裁量は認められていなかったようであるが、行政裁量の存在を認めた例がないわけではない。一九一九年歳入法は当時の特殊な事情に鑑み、内国歳入庁長官 (Commissioner of Internal Revenue) が、税額確定の前提として特別確定 (special assessment) と普通確定 (ordinary assessment) のいずれの方法によるかをあらかじめ決定できることとしていた。そこで、長官が特別確定の方法を

取らなかつた場合において、この判断を還付請求訴訟の中で争おうとした事例で、この判断は「詐偽が無い限り、司法裁判所では争えない」ものとした判決がある<sup>(184)</sup>。判決によれば、特別確定とは、同種事業を営む代表的な会社で収益等において類似性のあるものの資料によって税額を確定するという制度であり、これによるか否かの判断は、普通確定の方法によって計算すると尋常でない困難が納税者に生じるか否かである<sup>(185)</sup>。これが、関税におけるような、司法的紛争内の裁量なのか、公有地下付におけるような、司法的紛争外にあるがゆえの裁量なのかは、この一件のみでは証拠不足で即断できない。この点についての結論は保留しておくことにする。

#### 四 恩給 (pensions)

恩給支払いが合衆国の担当機関によって拒否されたときは、通常、合衆国の担当機関に対するマンデイマスを用いて、自らの給付を求めるといふ争い方が用いられたようである。多くの判例は、恩給支払い決定が執行府の裁量の範囲であることをそつてなく述べてマンデイマスの発給を拒否している。マンデイマスが訴求された場合のリーディング・ケースとされている *Deature v. Paulding* (1840) は、法律および議会の特別決議の解釈や、年金支払いの財源が十分でない場合どのように申請者間にふりわけられるかといった点に、海軍長官の「裁量権・判断権の行使」が求められる以上、事務的行為 (a ministerial act) とはいえないと結論付け、マンデイマスの発給を拒否した (18516)。しかし、法の意義が単純明白でないことが、即、裁量の

根拠とはならないことは、連邦最高裁自身も認めているところである。すなわち、執行府行政官が決定を下すために法の解釈が必要であるとしても、そのことだけで裁量的行為 (a discretionary action) だという結論が導かれるならば、「マンデイマス令状の価値は大幅に掘り崩されてしまう」と判示しているのである。また、「執行府行政官の職務に法の解釈が必要であるとしても、裁判所はマンデイマスをもってその通常の職務に介入することはしない」として、恩給支払いを義務づけるマンデイマスの発給を拒否する例もある。

結局のところ、恩給支払いの拒否の事例では、法の解釈云々は結論を左右する理由ではないと考えられる。判決の表面には出てこないことが多いが、伝統的に恩給が、「権利」ではなく「特権」であると分類されてきたことが根本的な理由であると考えられる。このことを明示する判決も存在しており、「いかなる恩給受領者も、恩給について既得の権利 (a vested legal right) を有してはいない。恩給は政府からの恩恵であり、連邦議会の裁量でそれを付与するか否かを決定できること」<sup>(186)</sup>。合衆国が私人と同国に対する権利を付与するときは、司法救済がなくてもよい<sup>(187)</sup> ことなどと判示されている。そして、恩給判例にこのような思考が伏流していることは、戦争危害保険 (War Risk Insurance) と「恩給その他の特権」との性格の相違を論じた次の判例によって、一層明確となるのである。すなわち、「戦争危害保険は「合衆国との」契約であり、財産であるから、既得権を生ぜしめる」のであるが、他方で、「恩給は恩恵 (gra-

tuties)であり、……それを授与しても、私人には何ら既得権が生じるわけではない。連邦議会限りの裁量で、その支払いおよび拒否ができる<sup>(181)</sup>とされたのである。軍人の恩給に関する司法救済の欠如は、少なくとも一九五〇年代まで、憲法上は許容されていたようである<sup>(182)</sup>。

## 五 その他

以上述べてきたことによれば、法律が私人に何らかの利益を与える場合には、裁判所は介入してよいかどうかの判断のため、常に、それが私人にコモンロー上の権利を与えるものであるかどうかを判定する必要があることになる。このことを明示して、当該法律が私人にコモンロー上の権利を与えるものではないことを理由にマンデイマスの発給を拒否した例がある。Work v. United States ex rel. Rives (1925)<sup>(183)</sup> は、まず、「行政官の任務は、その限界内に留まる限りにおいて裁量性をもち (discretionary within limits)」、これについては裁判所が統制することにはできない<sup>(184)</sup> (at 177)」という一般論を示したが、その「限界」を画するものがコモンロー上の権利であることを次のように述べている。Dent Act の定める損害填補 (compensation) は、「衡平・倫理上の思慮に基づいた賜金 (a gratuity based on equitable and moral consideration) である。議会はコモンロー上の請求権 (a legal claim) の設定を企図してはいない。議会は既得権 (vested rights) を問題としていたわけではないのである (at 181)。」「本条による支払いを請求する者に対し、議会はコモンロー上の債務者 (a debtor at law) ではなく慈善者

(a benefactor) としての地位を有している。議会の意図は、内務長官が議会の代理人として活動し、何が同条に定める純損失 (net losses) にあたるかを、裁判所の干渉を受けることなく、解釈して実行することにある (at 182)」とし、本件は、Paulding v. Decatur (1840)<sup>(185)</sup> (恩給の事案) で海軍長官に与えられたのと同様の広い裁量の事案だとしている (at 182)。

この判決を前提とすると、行政裁量を認め、または認めない理由が必ずしも明示されていない判決を理解するための手立てが与えられる。Work v. United States ex rel. McAlester-Edwards Coal Co. (1923) において裁判所は、優先的買取権により賃借人が一定金額を支払うことによつて鉱土地表の譲渡が成立するという定めになっている以上、優先権は全て賃借人にあるのであつて、内務長官がこの優先権の有無を判断する権限はないとし、マンデイマスを認めた<sup>(186)</sup>。これ以上の理由は述べられていないが、Work v. United States ex rel. Rives (1925) と同様の思考が背景にあるものと推察される。

また、これまで述べてきた行政の行為に対する司法審査とは多少局面が異なるが、既に締結された政府契約を根拠とした支払い請求を、私人がマンデイマスをを用いて行う一群の判例がある。A型の思惟律を考える際に示唆的と思われるので、最後にこれを扱つて本章を閉じることとする。

ここでは、裁判所は各論点について行政機関の裁量に委ねることなく自ら審理を行っているが、これは、問題の実質が契約をめぐる紛争であり典型的な司法的紛争であるためと考えられ



る。初めてマンデイマスが認められた例として有名な *Kendall v. United States ex rel. Stokes* (1838)<sup>(186)</sup> がその好例である。原告関係人が郵政公社総裁 (Postmaster General) との契約に基づく一定金額の支払いをなすようマンデイマスで求めたこの訴訟の争点は、支払いの是非の判断権限が郵政公社総裁と財務省法務官 (Solicitor of the Treasury) のいずれにあるかであった。裁判所は特に理由を述べずに、「本件はまさに、単なる事務的性格 (a mere ministerial character) の義務が履行されずに保留されている事案である (at 610)」として審理に入り、財務省法務官の方に権限があるとの法律解釈を提示して (at 610-11) マンデイマスの発給を認めている。同様に、*ロロンビア* 特別区の会計委員会が、舗装作業を行った原告関係人に対し発行した負債証明書に關し、複雑な経過を辿って利息支払いの紛争が生じた *Roberts v. United States ex rel. Valentine* (1900)<sup>(187)</sup> においても、マンデイマスによる利息支払い請求が成功している。本件以前の請求裁判所判決や利息を遡及的に引き上げる法律などが絡んだ中で、裁判所は法律上支払われるべき利息がなお残っていると結論付け (at 227-28)、担当官が「その事務的な任務の履行を拒否している以上、マンデイマスの発給は容認される (at 231)」としたのである。

右の二件は、マンデイマスにおける「事務的・裁量的」という区別の中で、なぜ「事務的」な性格の論点と結論付けたのかについて、特に理由を述べてはこなかった。この点、*United States ex rel. Parish v. MacVeagh* (1909)<sup>(188)</sup> は、紛争の実体が何であ

るかについて言及しており、そこにA型の思惟的な思考を見出すことができる。本件の事案はやや特殊で、契約違反に基づいた請求裁判所での損害賠償請求訴訟 (請求認容) に、賠償額を増額する原告関係人宛の立法 (いわゆる private act) が加わった事案である。法廷意見は、事件経過が示す通り、本紛争の本来の性格が損害賠償請求であり、当該立法も最高裁の示した損害賠償項目に關するルールに沿うものであることなどを指摘して、財務長官には支払い額を判断する裁量権はないとし、当該立法に定められた通りの支払いをするようマンデイマスをもつて命じている。

(1) わずかに杉村敏正「法の支配と行政法」『法の支配と行政法』四四頁 (一九七〇) が、言及しているくらいである。なお、当時の州の司法審査の状況については、古城誠「アメリカ行政法における直接統制訴訟法理の形成」社会科学研究二九卷二号一四九頁 (一九七七) がある。

(2) 一九世紀のアメリカ合衆国政府の課題は、関税、土地、大陸内地開発の三つだったとされる。高木八尺「米國政治史における土地の意義」『高木八尺著作集第一卷 (アメリカ史一)』四六四頁 (一九七〇)。

(3) F. COOPER, ADMINISTRATIVE AGENCIES AND THE COURTS 341-42 (1986); J. DICKINSON, ADMINISTRATIVE JUSTICE AND THE SUPREMACY OF LAW 264 (1927).

(4) Monaghan, Marbury and the Administrative State, 83 Colum. L. Rev. 1, 17 (1983); Lee, The Origins of

- Judicial Control of Federal Executive Action, 36 Geo. L. J. 287, 287 (1948) (「十九世紀に於ては、連邦政府の個人の権利 (private rights) 取得権 (vested rights) への脅威が少なかつた」); Goodnow, Private Rights and Administrative Discretion, 6 Ky. L. J. 311, 314 (1918) (「十九世紀連邦行政は、個人権の侵害を制度上予定したものは、租税へのとゞめだけだ」).
- (6) Griswold, The Need for a Court of Tax Appeals, 57 Harv. L. Rev. 1153, 1174 (1944); S. SUREY et al., FEDERAL INCOME TAXATION: CASES AND MATERIALS 1-4 (1986). なる E. FREUND, ADMINISTRATIVE POWERS OVER PERSONS AND PROPERTY 553-54 (1928) は、初期の関税法の変遷が概観せられた。
- (6) ノクターナー (小原訳) 『アメリカ経済史(上)』二一九～二二五頁 (一九六八)、『ネビンス・ロジャヤ』『マメリカ史』二九二頁 (一九六二)。
- (7) Borrus & Goldstein, United States Trade Protectionism: Institutions, Norms, and Practices, 8 N. J. Int'l L. & Bus. 328, 344 (1987); Berger, Judicial Review of Countervailing Duty Determinations, 19 Harv. Int'l L. J. 593, 599 (1978); E. FREUND, supra note 5, at 405.
- (8) S. SUREY, supra note 5, at 1-4; E. FREUND, supra note 5, at 560. L. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 564-71 (1973); A. PAUL, CONSERVATIVE CRISIS AND THE RULE OF LAW 159-184 (1960).
- (9) M. CLAWSON, THE FEDERAL LANDS: THEIR USE AND MANAGEMENT 22-27 (1957); C. WOODY. THE GROWTH OF FEDERAL GOVERNMENT 137-165 (1934); Rabin, Federal Regulation in Historical Perspective, 38 Stan. L. Rev. 1189, 1195-96 (1986). きた ノクターナー・前出注 (9) 二二六頁以下。
- (10) 現実に移住し住居を建てる土地の開墾を行う者には与えられたものが、法定最低価格で競争者なしに優先的に買受ける権利、すなわちプリエンプションであり、更に現実の居住者の土地に対する権利を強め、無償譲渡を定めるものがホームステッドである。高木・前出注 (2) 四七一～四八〇頁、岡田泰男『アメリカ公有地制度の研究』二五～三九頁 (一九七三) (本書は公有地処分手続きの具体例を豊富に提供してゐる)。L. FRIEDMAN, supra note 8, at 416-17.
- (11) 高木・前出注 (2) 四七二頁。
- (12) 岡田・前出注 (9) 二五、一〇二頁。L. FRIEDMAN, supra note 8, at 417-19.
- (13) 一般的な叙述として C. Woody, supra note 9, at 128-36.
- (14) 岡田・前出注 (9) 三六頁注(10)。例として Ballinger v. Bonsteel, 180 U. S. 362, 368 (1901) の記述を参照。
- (15) 例として Wilber v. United States ex rel. Kadrie, 281 U. S. 206, 207-12 (1930) の記述を参照。この政策は、

- インディアン土地に対する部族としての権原を廃止し、その土地を当該部族の各個人に分割配分しようとする一連の連邦法に見出されるものである。この発端となった一八八七年のホース法は、保留地において個人単位による土地所有を認め、インディアンを農耕民として再出発させようとするものであった。斎藤真『アメリカ現代史』六〇頁（一九七六）。
- (9) 例として *Garfield v. United States ex rel. Goldsby*, 211 U. S. 249 (1908) の註釈を参照。
- (11) *Lee*, supra note 4, at 295; *Wilson, The Rise of the Bureaucratic States, in PERSPECTIVES ON ADMINISTRATIVE PROCESS* 20-24 (R. Rabin ed. 1979).
- (8) 次のような重要判例がある。 *American School of Magnetic Healing v. McAnnulty*, 187 U. S. 94 (1902); *Public Clearing House v. Coyne*, 194 U. S. 497 (1904); *Bates & Guild Co. v. Payne*, 194 U. S. 106 (1904); *Smith v. Hitchcock*, 226 U. S. 53 (1912).
- (9) *Powell, Administrative Exercise of the Police Power*, 24 *Harv. L. Rev.* 268, 271-72 (1911). これは、連邦最高裁判決こそ少数なるものの、下級審および州を中心に膨大な判例の蓄積がある。ライセンズの司法審査について分析した論稿は、園部逸夫「行政許可の法理」『行政手続の法理』（一九六九）がある。
- (20) *Cramton, Nonstatutory Review of Federal Administrative Action: The Need for Statutory Reform of Sovereign Immunity, Subject Matter Jurisdiction, and Parties Defendant*, 68 *Mich. L. Rev.* 387, 394 (1970)（キリンスキよび独立以前のアメリカにおいて使用されていた救済方式のうち、連邦裁判所レベルで生き残ったものは、ライビンス・ローバンス、インジャンクション、ペンデント（みびせ））； *Lee*, supra note 4, at 295-96; *P. Bator et al., HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM* 1091-95 (3d ed. 1988); *K. Davis, ADMINISTRATIVE LAW TEXT* §§23:01, 23:07 (3d ed. 1972). なお、ライビンス・ローバンスは移民規制にまつて用いられることがあり、他方、サーシオンブライは連邦裁判所は発給する権限がないとされた。 *Dege v. Hitchcock*, 229 U. S. 162 (1913).
- (12) 一般的に連邦裁判所に対して求むるものは、行政的行為に係る救済方式 (remedy) としてどのようなものがあつて、かつその概観として、次のものがある。橋本公画『米國行政法』二四五～二五五頁（一九五八）；園部・前出注 (9)「アメリカにおける行政行為の司法統制」；高柳信一「行政行為の司法審査」『行政法理論の再構成』二四四～二四九頁（一九八五）など。また教科書的には *L. Jaffe, JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION* 152-96, 327-36 (1965); *4 K. Davis, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE*, Chap. 23 (2d ed. 1984); *E. Freund*, supra

note 5, at 227-84.

(23) *Cramton*, supra note 20, at 399; *Lee*, supra note 4, at 295-96; *J. Dickinson*, supra note 3, at 39.

(23) 「インディアンを発給する権限は、一九六二年の「インディアンをよび裁判地に関する法律」に於て「全つの連邦地裁に与えられたが、それ以前は、ロンドン特別区の巡回裁判所（現在の地方裁判所）にのみ」これを発給する権限が認められていた。Lee, supra note 4, at 296; *Byse*, Proposed Reforms in Federal "Nonstatutory" Judicial Review: Sovereign Immunity, Indispensable Parties, Mandamus, 75 *Harv. L. Rev.* 1479, 1499-1502 (1962); *Byse & Fiocca*, Section 1361 of the Mandamus and Venue Act of 1962 and "Nonstatutory" Judicial Review of Federal Administrative Action, 81 *Harv. L. Rev.* 308, 310-13 (1967); Note, Remedies against the United States and Its Officials, 70 *Harv. L. Rev.* 827, 846-50 (1957). 他方、インディアンメンは全つの連邦巡回裁判所（現在の連邦地裁）がその権限を有していた。Lee, supra note 4, at 296; Note, supra, at 861.

(24) 1 Stat. 24 (1798).

(25) *R. Sturm*, *Customs Law and Administration* 169 (1980). 関税額を争う訴訟の最も初期の例は *Eliot v. Swartwout*, 10 *Pet.* 137, 153-58 (U. S. 1836) であり、これは、税額納付の際に異議を述べたにもかかわらず訴えの提起

がなされたという訴訟構造を明確にしたものである。これは、*assumpsit for money had and received* によるロンドン上の訴訟として説明されていた。関税額に関する救済方式をかなり詳しく規定した最初の関税法は一八六四年法 (13 Stat. 202, 214) であり、その後のものである。R. Sturm, supra, at 169; *E. Freund*, supra note 5, at 556. また *Fiedler v. Curtis*, 2 *Black* 461, 477-81 (U. S. 1862); *Arnson v. Murphy*, 109 U. S. 238, 240-43 (1883).

(26) 内国歳入判例の初期のものは、関税法をよび関税判例を参照してその訴訟構造を理解しようとした。Philadelphia *v. Diehl*, 5 *Wall.* 720 (U. S. 1867); *Cheatham v. United States*, 92 U. S. 85 (1876); *Cheebrough v. United States*, 192 U. S. 253 (1904). 内国歳入の税額に関する訴訟構造を、出訴期間なども含めかなり詳しく規定した最初の立法は一八六六年歳入法 (Revenue Act of 1866, 14 Stat. 152) であり、その他 *United States v. Emery*, *Bird*, *Thayer Realty Co.*, 237 U. S. 28, 31-32 (1915); *Flora v. United States*, 357 U. S. 63 (1958) の記述を参照。

(27) *S. Surrey*, supra note 5, at 25, 31.

(28) 関税額に関する訴訟制度の変化は、次の五つの時期に分けて把握することができるであろう。①初期には、巡回裁判所において徴収官を被告とした納付税額の返還請求訴訟が提起されていた。一八九〇年に関税評価審判庁 (Board

of General Appraisers) が設立された後も、同行を被告としてやはり同様の訴訟が巡回裁判所に提起されてきた。②その後、一九〇九年に関税上诉裁判所 (Court of Customs Appeals) が設立され、それ以後は、関税評価審判庁から関税上诉裁判所への法律問題のみの上訴という形をとることになり、巡回裁判所の関与が失われることとなった。この点が当時どう説明されていたかは、資料不足のため詳らかでない。なお、第一章注(58)参照。③一九二六年には、関税評価審判庁の後身として関税裁判所 (Customs Court) が設立され、ここに納付税額の返還請求訴訟が提起されることになった。関税裁判所は、行政機関を起源としているにもかかわらず、一九五六年に司法裁判所 (constitutional court) とあることが設置法上宣言された。70 Stat. 532 (1956)。納付税額の返還訴訟など一定のものは、設置法上、関税裁判所の管轄とされているが、それ以外のものは、連邦地裁で審理されていた。④関税上诉裁判所は一九二九年に廃止され、特許についての上訴管轄を付加された関税・特許上诉裁判所 (Court of Customs and Patent Appeals) として改組された。⑤さらに関税裁判所も、一九八〇年に、連邦地裁との管轄整理のため、国際通商裁判所 (Court of International Trade) へと改組された。これも司法裁判所とあるべきで、R. STURM, *supra* note 25, at 170-72, 223, 236-42; J. DICKINSON, *supra* note 3, at 276-77; E. FREUND, *supra* note 5, at 556-57; Gerhart, *Judicial*

Review of Customs Service Actions, 9 L. & Pol'y Int'l Bus. 1101, 1135-47 (1977); Griswold, *supra* note 5, at 1174-76; Stragow & Soukup, *The Customs Courts Act of 1980*, 13 L. & Pol'y Int'l Bus. 28 (1981); Note, *Jurisdiction over Imports Controversies after the Customs Courts Act of 1980*, 12 Ga. J. Int'l & Comp. L. 231 (1982).

(29) 内国輸入の税額の争い方は三本立てになっており、納税者はいずれかを選択することになる。しかし、本注の末尾で引用する文献で指摘されている通り、これらは、上訴方法の点でかなり不均一であり、また各ルート相互間の先例拘束性の有無の問題もあり、全体として整合的に創設された制度とはいえない。本稿で扱うのは、関税と共通の構造を持つ①と②のみである。①三つのルートのうちで最も古いものは、税額納付後に提起する巡回裁判所 (現在は連邦地裁) における還付請求訴訟である。ここからは、巡回高等裁判所 (現在は連邦高裁)、続いて連邦最高裁への上訴が可能である。②納付後の還付請求訴訟は、請求裁判所 (Court of Claims) に提起することも可能であるが、この場合の上訴先は連邦最高裁しかない。しかも、上訴が認められるか否かは最高裁の裁量による。なお、Court of Claims は一九八二年に Claims Court へと名称を変えてくるが、現在でもこの還付請求訴訟の提起が可能である。③一九二四年には、前もって納付せずに、まず租税不服審

判庁 (Board of Tax Appeals) に提訴する方法が創設された。同庁は、納付後でしか争えないという遺付請求訴訟が私人に多大な負担を強いていることに鑑み、独立の執行府行政機関として設立されたものである。その決定の上訴先は巡回高等裁判所 (現在は連邦高裁) および連邦最高高裁で、その上訴審は、一九二六年歳入法 (Revenue Act of 1926, 44 Stat. 109-10) により法律上の誤りのみを審査するものとされた。その後、一九四二年に租税不服審判庁は租税裁判所 (Tax Court) に改組されたが、制度の枠組みはそのまゝ引き継がれた。租税裁判所は始審的審理を行っている。租税裁判所の決定に対する連邦高裁による審査内容の問題は、多分に、①②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿並立をとり整序すべきの制度論の側面をも有するのび、本稿では省略した。Plumb, Tax Refund Suits against Collectors of Internal Revenue, 60 Harv. L. Rev. 685 (1947); S. Surrey, supra note 5, at 24-25, 30-31; Lee, supra note 4, at 308; Griswold, supra note 5; Note, The Old Tax Court Blues: The Need for Uniformity in Tax Litigation, 46 N. Y. U. L. Rev. 970 (1971); Babbitt & Morris, An Introduction to the Tax Court of the United States, 21 Tax Law. 615 (1968); 弗ロラ v. United States, 357 U. S. 63 (1956); Old Colony Trust v. Commissioner, 279 U. S. 716 (1929). 杉本正明「合衆国租税裁判所の歴史的沿革と最近の動向」租税法研究二巻三一頁 (一

九七四) 岸田貞夫「合衆国連邦租税法における争訟制度について」租税法研究三号一五八頁 (一九七五)。

なお、徴税過程へのインジャンクションは、一八六六年歳入法の翌年の修正により明文で禁止されたが、これは、それ以前から判例法上も禁止されていたものである。Asofsky, Injunctions and Declaratory Judgments in Federal Tax Controversies, 28 Rutgers L. Rev. 785, 787 (1975)。これは現在の内国歳入法典 (Internal Revenue Code §7421 (a)) に引き継がれている。また、宣言判決も認められてきた。28 U. S. C. §2201 (1982)。

(98) Cooper, Administrative Justice and the Role of Discretion, 47 Yale L. J. 577, 588 (1938)。

(16) Pillsbury, Administrative Tribunals, 36 Harv. L. Rev. 405, 415 (1923) (個人権としての人的権利または財産の権利は、司法裁判所の専属管轄とせざるべきであり、せざるべきは司法権の重要な部分が失われる); Monaghan, supra note 4, at 17; Cooper, supra note 30, at 588; Dickinson, Judicial Control of Official Discretion, 22 Am. Pol. Sci. Rev. 275, 292 (1928); Patterson, Ministerial and Discretionary Official Acts, 20 Mich. L. Rev. 848, 860 (1922); E. Freund, supra note 5, at 120; L. Jaffe, supra note 21, at 336。

(32) Stewart & Sunstein, Public Programs and Private Rights, 95 Harv. L. Rev. 1193, 1199, 1247 (1982)。

- (83) M. CARROW, *THE BACKGROUND OF ADMINISTRATIVE LAW* 64 (1948) (同法條の背景を論じた行政法論の著作で、その中で「個人の権利 (private common law rights)」の概念を論じた。この概念は、*Albertsworth, Judicial Review of Administrative Action by the Federal Supreme Court*, 35 *Harv. L. Rev.* 127, 153 (1922); *Cramton, supra note 20*, at 398.
- (84) B. SIEGAN, *ECONOMIC LIBERTIES AND THE CONSTITUTION* 95-96 (1980); Siegan, *The Supreme Court: The Final Arbiter, in BEYOND THE STATUS QUO* 274 (D. Boaz & E. Crane eds. 1985); ANTEAU, *CONSTITUTIONAL CONSTRUCTION* 115-120 (1982).
- (85) この点については、*E. Freund, supra note 5*, at 259; *L. JAFFE, supra note 21*, at 188-92; *Young, Public Rights and the Federal Judicial Power: From Murray's Lessee through Crowell to Schor*, 35 *Buffalo L. Rev.* 765, 804 (1986) を参照。また、*第一章 第 31 節 (三) 行政官の裁量権* を参照。
- (86) 「判断位置」の語の使用例として筆者の見出した最も初期の例は、*Board of Liquidation v. McComb*, 92 U. S. 531, 541 (1876) である。「裁判所は、執行府行政官の管轄に属する事項について、行政官が行使すべき裁量権を自由に裁量する権利を認め、」とある。
- (87) *Levit, The Judicial Review of Executive Acts*, 23 *Mich. L. Rev.* 588, 599 (1925); *Patterson, supra note 31*, at 861-62; *J. Dickinson, supra note 3*, at 284 n. 100; *Stewart & Sunstein, supra note 32*, at 1269 (全面的審査を排除する ("all or nothing" review) を支持する)。
- (88) この点については、*Anteau, supra note 5* を参照。この点については、*Monaghan, supra note 4*, at 16 n. 92; *Farina, Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 *Colum. L. Rev.* 452, 453-54 n. 19 (1989)。また、*第三章 (8) の 5 節 第 3 節 第 3 項 別記 裁量権の法律上の範囲* を参照。
- (89) *E. Freund, supra note 5*, at 255-60; *Levit, supra note 37*, at 594; *Rogers, A Fresh Look at Agency "Discretion"*, 57 *Tul. L. Rev.* 776, 780 (1983); *L. JAFFE, supra note 21*, at 183; *C. ANTEAU, EXTRAORDINARY REMEDIES* 291-472 (1987)。
- (90) *Patterson, supra note 31*, at 862; *L. JAFFE, supra note 21*, at 183。
- (91) *Lee, supra note 4*, at 296 n. 29。*Gaines v. Thompson*, 7 *Wall.* 347, 352-53 (U. S. 1986) (公平取引の事案) を参照。

- (37) *Belcher v. Linn*, 24 How. 508 (U. S. 1861) (憲法の事務) 行政官の行為の無効。 *Albertsworth*, *supra* note 33, at 135.
- (38) *Wright v. Litchfield v. Richards*, 9 Wall. 575, 577 (U. S. 1870) (公権限の事務) 行政官の行為。
- (39) *J. HART, INTRODUCTION TO ADMINISTRATIVE LAW* 644-45 (1950); *Stason*, *Judicial Review of Tax Errors—Effect of Failure to Resort to Administrative Remedies*, 28 Mich. L. Rev. 637, 639 (1930); *J. DICKINSON*, *supra* note 3, at 279; *F. COOPER*, *supra* note 3, at 336-39; *M. CARROW*, *supra* note 33, at 61. 或は *Wright v. Richards* (38) ~ (39) (40) 及び *Stason* の註記を参考。
- (40) *Goodnow*, *The Writ of Certiorari*, 6 Pol. Sci. Q. 493, 516 (1891); *J. HART*, *supra* note 44, at 642-44; *Stason*, *supra* note 44, at 639; *Boskey & Braucher*, *Jurisdiction and Collateral Attack: October Term, 1939*, 40 Colum. L. Rev. 1006 (1940); *Note*, *Filling the Void: Judicial Power and Jurisdictional Attacks on Judgments*, 87 Yale L. J. 164, 165-71 (1977).
- (41) *U.S. 憲法* 第 7 条 第 2 項 第 2 句 第 2 項。 *Isaacs*, *Judicial Review of Administrative Findings*, 30 Yale L. J. 781, 785 (1921); *Dickinson*, *Judicial Review of Administrative Determinations, A Summary and Evaluation*, 25 Minn. L. Rev. 588, 589 (1941). 中略・福田
- (1) 一四九〜一五一頁 及び 中略。
- (42) *Stason*, *supra* note 44, at 641 n. 5.
- (43) *Stason*, *supra* note 44, at 643, 645.
- (44) 大橋真司「トモコトの行政官の判決の主観的範囲論序編(一)」 *法學雑誌* 雑誌一〇三巻九号一八五二頁(一九六〇)° *Stason*, *supra* note 44, at 644; *Albertsworth*, *supra* note 33, at 132-34; *J. DICKINSON*, *supra* note 3, at 309 n. 8; *S. GIRTS*, *LAW DICTIONARY* 78 (1984).
- (45) *J. HART*, *supra* note 44, at 644.
- (46) *Stason*, *supra* note 44, at 639, 649; *Goodnow*, *supra* note 4, at 317.
- (47) *St. Louis Smelting Co. v. Kemp*, 104 U. S. 636, 644 (1882). 福田 (48) 及び *Stason* の註記を参考。
- (48) *J. DICKINSON*, *supra* note 3, at 55-57; *Patterson*, *supra* note 31, at 853.
- (49) *U.S. 憲法* 第 7 条 第 2 項 第 2 句 第 2 項 及び 第 3 句 第 2 項 第 2 句 第 2 項。例として、行政官の裁量権の行使に公権限の行使 (a right of way) を認定する権限を代替的に公権限の行使と見なす。
- (50) *L. JAFFE*, *supra* note 21, at 337; *Albertsworth*, *supra* note 33, at 141; *J. DICKINSON*, *supra* note 3, at 56-57.
- (51) *L. JAFFE*, *supra* note 21, at 338.
- (52) *United States ex rel. McBride v. Schurz*, 102 U. S.



378 (1880). 原告関係人が行った公有地譲渡申請が審査され、公有地の下付手続がある点まで進んだのであるが、他の者が当該土地への権利を主張したために、原告関係人に発行されるはずの公有地譲渡証書が内務長官の元で保留されたままになったという事案である。内務長官に対しマンデイマスによって公有地譲渡証書の交付が求められた (at 393)。

(8) *Noble v. Union River Logging R. R. Co.*, 147 U. S. 165, 171, 176-77 (1893). 公有地通行権を鉄道会社に付与した内務長官の決定が、後任の長官によって取消されたので、当該会社はその取消の執行制止を求めてインジャンクションを訴求した事案である。長官の許可によって一旦通行権が付与されたならば、「鉄道会社は、直ちに、当該土地に財産権を得る (at 176)」のであるから、「後任の長官が前任長官の許可を取消することは、デュープロセスによらず原告の財産を剥奪するものである。この問題は、司法裁判所の判断を要するものである (at 176)」とし、長官の裁量とはせず、裁判所の守備範囲に入ること強調している。また *Johnson v. Towsley*, 13 Wall. 72, 87 (U.S. 1871) (これ自体は付随的攻撃訴訟の事案であるが、その中でマンデイマスやインジャンクションの一般論が述べられた部分) は、「権原が合衆国に残っており、行政官の決定が待たれている間は、当裁判所は、マンデイマスやインジャンクションによってこれを介入することを拒否してきた。」

しかし、「権原が政府から移転し、問題が個人権に関わるものになる (the question became one of private right)」と、裁判所がその権利について審理する権限を有する」と述べる。

(9) *United States ex rel McBride v. Schurz*, 102 U. S. 378, 397-98 (1880). 公有地譲渡証書の作成、各種署名の後、それが台帳に記録された時点で権原は移転し、その後の交付 (delivery) は権原移転のために必要な要件ではないとどう解釈を示した。

(10) *Lane v. Hoglund*, 244 U. S. 174 (1917). 単なる通告でも異議といえるかどうかの判断を裁判所が行った。本件については、法律解釈が自明な事案ではないとの指摘がある。I. Jaffe, *supra* note 21, at 426. このことに鑑みれば、断固介入という裁判所の態度が明らかといえよう。なお、この事件では、「提起中の異議」がなかったとされ、公有地譲渡証書の交付を命ずるマンデイマスが認められたが、ここで判断されたのは、あくまで異議の有無であって、異議の内容が正当であったか否かではない。仮に本件で、異議があったとの判断が下されたならば、裁判所はそこで判断を止め、異議内容について行政官が既に下した判断に一切介入しないこととなろう (マンデイマスは発給されない)。異議があったならば、権原はまだ私人に移転していないことになるからである。

(11) *Litchfield v. Richards*, 9 Wall. 575, 577 (U. S. 18

(69) (インジャンクションの訴求例。原告が当該土地のコモンロー上の所有者 (legal owner) であるという主張をしたために、裁判所は、それが公有地である旨の認定のみをした) : *Burfenning v. Chicago, St. Paul, M. & O. Ry. Co.*, 163 U. S. 321, 323-24 (1896) (私人間のエージェンツメントの事案。係争土地が合衆国に保留 (reserve) されており、そもそもプリエンプションやホームステッドの対象とならざらざらるることを判断した) ; *St. Louis Smelting v. Kemp*, 104 U. S. 636, 641 & 644 (1882) (私人への売却の対象となる公有地であるときのみ、行政決定の終決性が認められる。そうでないとき、つまり保留地であったり、他の私人へ移転済みであったりする場合は、付随的攻撃訴訟でこの点を争うことができる)。

(70) *Brown v. Hitchcock*, 173 U. S. 473, 476, 477, (1889) (インジャンクションの事案。政府が公有地に有するコモンロー上の権原が移転されない限り、裁判所は介入できない)。具体的な例としては、公有地の下付のための一要件である立入 (entry) の存否がある。 *Gaines v. Thompson*, 7 Wall. 347, 353 (U. S. 1869) は、立入の妥当性の判断は、いかなる意味でも事務的行為とは言い難いとして、インジャンクションの発給を拒否している。その後の判決は、もはやこのような判示をせず、裁量的であることを述べて介入を拒否するという簡潔な判示ですませることが多い。  
*United States ex rel. Riverside Oil Co. v. Hitchcock*,

190 U. S. 316 (1903) (森林保留地のために自己の土地を提供した者が代替地として選択した公有地が、vacant land という法律上の要件を満たしているかの判断を、裁量的として審査しなかつた事例)。また、後出注 (63) (75) (78) およびその該当する本文を参照。

(71) *United States ex rel. McConnell v. Edmunds*, 5 Wall. 563, 565 (U. S. 1867) がその例である。原告関係人が譲渡証書の付与をマンデイマスで求めたが、その土地については第三者が公有地譲渡証書の発行を受けていたのでも、この譲渡証書の適法性も争われた事案である。

(72) *Lichfield v. Richards*, 9 Wall. 575, 577-78 (U. S. 1870) が事前介入の好例である。これは、プリエンプションを主張する第三者の提出した申請を担当行政官が審査するのを、インジャンクションで制止しようとしたものである。裁判所は、原告がコモンロー上の所有者 (a legal owner) であつて本件土地は公有地でないという主張についてのみ判断し、これは公有地であるとした上で、その余の判断に裁量性を認めている。「ここに判断権と裁量権の行使が求められる。原告が求めるものは、裁判所が行政官に対しインジャンクションによつて、当該土地が売却と先買権の対象になる土地種別から外されるべきか否かの判断をすることを禁止し、かわりに裁判所が判断をせよというものである。……しかし裁判所にその権限はない。」更に、事前介入という本件の性格についても、次のように言及す

る。「もし土地部局の行政官がなんらかの決定をし、その結果、原告のコモンロー上の権利が侵害されたならば、その者は裁判所に救済を求めることが出来る。逆に、原告有利の決定をすれば、権利侵害はないのである。」「現段階で裁判所が介入することは、土地部局の行政官に法が付与した機能を取り上げて、裁判所が代行することを意味する。」

(56) J. Dickinson, *supra* note 3, at 278. また判例として、*Noble v. Union River Logging R. R. Co.*, 147 U. S. 165, 176 (1893); *Johnson v. Towsley*, 13 Wall. 72, 84-85 (U. S. 1871) (土地部局の行為により、原告が移転され既得権となった場合は、これは法によつてのみ斟酌せられる。これを判断するのは裁判所の責務である) などがある。さらに、後出注(81)の第一章注(88)およびその該当する本文を参照。

(59) 例え、*United States ex rel. McBride v. Schurz*, 102 U. S. 378 (1880) は、権利移転の有無を判断した後、本件は権原が既に移転されていながら交付がなされていない事案であるから、証書の交付は事務的行為にあたるとした (at 403)。「土地部局の不作為 (non-action) によつて当事者のコモンロー上の権利 (legal rights) は不安定な状態に晒され、権利は毀損された。……原告関係人は公有地讓渡証書を保持する権利を有する (at 404-05)」として、*Levitt* を認めたのである。

(57) *Levitt*, *supra* note 37, at 594-95. また *United Sta-*

*tes ex rel. McBride v. Schurz*, 102 U. S. 378 (1880) は、権原が私人に移転した以上「行政官の権限は消失した (at 402)」と述べ、*“their authority in the matter ceases”* や *“the power of the officers has passed away”* という表現を用いている。*Noble v. Union River Logging R. R. Co.*, 147 U. S. 165, 171-72, 175-76 (1893) も同旨である。

(68) 「公有地讓渡証書の交付で終了する内務長官の行為は、裁判所……による、当事者の権利をどうも終局的 (conclusive of the rights of the party) である。」*Johnson v. Towsley*, 13 Wall. 72, 81 (U. S. 1871).

(69) J. Dickinson, *supra* note 3, at 279-80.

(70) *St. Louis Smelting v. Kemp*, 104 U. S. 636, 640 (1882) は次のように定式化している。「土地部局の行政官は……証言を聞きそれを評価することが求められる。この限りで行政官は司法的機能を果たしており、したがって、事実問題についてのその判断は……付随的攻撃訴訟では終決的である。」なお、この司法という表現は、第一章で述べたような、憲法上の司法権を援用する意味での「司法的資格」とは全く別物である。第一章注(26)～(31)およびその該当する本文を参照。土地部局の行為を司法的とする性格付けは一般に行われていたようである。「公有地の売却、先住者先買権、ホームステッド権に関わる申請処理や、同一の土地に対立する権利が主張される場合の解決は、司法的資格の決定 (judicial in its character) であり、当

該土地が公有地ではなかった、あるいは既に他の者に権原が譲渡されていたといった場合を除けば、これらの解決はすべて土地部局の管轄内の事柄である。」United States ex rel. McBride v. Schurz, 102 U. S. 378, 401 (1880) (タンデーヌの事案) ; United States ex rel. McConnell v. Edmunds, 5 Wall. 563, 565 (U. S. 1867) (タンデーヌの事案。同旨)。

(71) Albersworth, supra note 33, at 132-34. ある公有地判例では、次のような説明がなされている。「管轄の事実とは裁判所や行政機関の権限を基礎付ける事実である。…司法的性格を持つ手続を(every proceeding of a judicial nature)には、いくらかの管轄の事実が存在し、それが無い場合の行為は無効(void)である。例えば、土地部局が政府に保留されている土地を既に他の者に譲渡された土地の譲渡証書を交付する場合、その行為には人的あるいは事物管轄権が欠けており、無効であるから、付随的攻撃訴訟(a collateral proceeding)にせよ、その不合法性(invalidity)を示すことができる。」「他方、準管轄の事実とは、法装置を動かすためには必要だが、一旦裁判所が認定すればそれが付随的攻撃訴訟において最終的で拘束的(conclusive and binding in every collateral proceeding)となるものである。これは、直接に(directly)その事実を攻撃する目的の手続を争われざる。」Noble v. Union River Logging R. R. Co., 147 U. S. 165, 172-74 (1893).

(72) 「この最終性は、土地部局が管轄を有する場合、すなわち当該土地が合衆国に帰属している場合に限られる。」しかし、「権限無き場合は付随的でも攻撃されうる。」「土地部局に当該土地を処分する権限が無かったことを証明すれば、公有地譲渡証書はいかなる訴訟でも付随的に攻撃されうる。それは例えば、当該土地が売却予定でなかった場合、特定の目的のために保留されていた場合……などである。」St. Louis Smelting v. Kemp, 104 U. S. 636, 641, 645, 646 (1882)。

(73) J. Dickinson, supra note 3, at 279.

(74) Burfening v. Chicago, St. Paul, M. & O. Ry. Co., 163 U. S. 321, 323-24 (1896). また Patterson, supra note 31, at 865-66. その他の例として次のものがある。「争いのある事実問題にまつて決定的な決定は、詐欺や強制(fraud, impositions or mistake)が無い限り、最終的である。」「Johnson v. Towsley, 13 Wall. 72, 86 (U. S. 1871); 「口頭証拠に基づき事実問題は、詐欺(fraud or deceit)が無い限り最終的であり、裁判所では争えない。」「Johnson v. Drew, 171 U. S. 93, 99 (1898); 「土地部局の判断は、その権限内にある限り、相矛盾する証言に基づく事実問題にまつては最終的であり、その後裁判所で争うことはできない。」「Gardner v. Bonestell, 180 U. S. 362, 369-70 (1901). (75) Johnson v. Drew, 171 U. S. 93, 99 (1898) (公有地を譲渡する要件となる立入

の事実の有無は、土地部局の判断に委ねられ、裁判所では争えなからした例)；*Gardner v. Bonestell*, 180 U. S. 362, 369-70 (1901)；*Burfening v. Chicago, St. Paul, M. & O. Ry. Co.*, 163 U. S. 321, 323 (1896) (湿地か否か、鉱物があるか否かと争った土地の種別の判定は、裁判所では争ふ得なからした)；*キド J. Dickinson*, *supra* note 3, at 281-83 を参照。

(79) *Albertworth*, *supra* note 33, at 141-42.

(77) *United States ex rel. McConnell v. Edmunds*, 5 Wall. 563, 565 (U. S. 1867) (原告の主張たるロサンロー上の権利の存在が仮に正しいとするならば、公有地譲渡証書を受けた第三者をも当事者として、争わせることが必要となる)；*Litchfield v. Richards*, 9 Wall. 575, 578 (U. S. 1870) (インジャンクションの事案。同旨)。

(78) *P. Baror*, *supra* note 20, at 1093-94.

(69) *Ballinger v. United States ex rel. Frost*, 216 U. S. 240 (1910). 原告関係人は当該土地を個人割当地として選択したが、その後九ヶ月間に異議の提出 (contest) はなされなかつたので、法の定めるところにより個人割当地として土地の権原を移転するため譲渡証書 (a patent) が作成された。しかし、次の事情で、この譲渡証書は関係人に交付されないままであった。すなわち、原告関係人が選択した土地がタウン用地計画に抵触するものであることが証書の作成後に判明した為、内務長官は、その土地をタウン用

地として分離することと、関係人への個人割当地としての譲渡を取り消し、他の土地の選択を求めた。これに対し、原告関係人は内務長官に先の土地譲渡証書を交付するようインデマンヌを求めた。

(68) *United States ex rel. Knight v. Lane*, 228 U. S. 6, 12 (1913).

(18) *United States v. Atkins*, 260 U. S. 220 (1922). 前出注 (69) 第一章注 (88) をその該当する本文を参照。

(82) *United States v. Wildcat*, 244 U. S. 111, 118-20 (1917) (準司法的機関の行為は原則的に最終的であり、詐偽または法律上・事実上の錯誤の点のみ攻撃されうるという一般原則を述べている。本件では、個人割当地付与の要件のひとつである一定の日における生存の事実が、裁判所の審理には服しなかつた)。

(83) *L. Jaffe*, *supra* note 21, at 88.

(76) *Murray's Lessee v. The Hoboken Land & Improvement Co.*, 18 How. 272, 283 (U. S. 1856).

(85) *United States v. MacDaniel*, 7 Pet. 1 (U. S. 1833). 海軍省の事務官に対して支払われていた給料以外の金員を、合衆国が返還請求したものであり、裁判所はこれを通常の民事訴訟として扱った。なお、合衆国が原告であるから主権免責の問題は生じない。

(86) 前出注 (25) およびの該当する本文を参照。

- (85) United States v. Babcock, 250 U. S. 328, 331 (1919). 但し Monaghan, supra note 4, at 16 n. 94.
- (86) United States v. Rindskopf, 105 U. S. 418, 422 (1882) (一定期間に製造された蒸留酒の量); Wickwire v. Reinecke, 275 U. S. 101, 104 (1927) (相続税の事案において、当該財産の移転が自分の死を見越してのものか否かという事実が、司法判断をなすべき問題 (a judicial question) である); Williamsport Wire Rope Co. v. United States, 277 U. S. 551, 560 (1928) (帳簿の信用性と財産の価値に関する裁判所が審査すべき問題である)。なお、裁判所がこのような判断を下す際、参照資料の如何として行政解釈を考慮することは可能である。前出注 (83) をよむその該当する本文を参照。
- (87) Wickwire v. Reinecke, 275 U. S. 101, 105 (1927) (下級審は、内国歳入局長の判断を『詐偽等が無い限り終決的である』という定式で審査してしたが、最高裁はこれを明確に否定した)。
- (88) United States v. Rindskopf, 105 U. S. 418, 422 (1882); Wickwire v. Reinecke, 275 U. S. 101, 105 (1927); Williamsport Wire Rope Co. v. United States, 277 U. S. 551, 560 (1928).
- (89) 前出注 (88) の①の時期である。
- (90) R. Strum, supra note 25, at 223. 例として Fiedler v. Curtis, 2 Black 461 (U. S. 1862) の審理の仕方を参照。
- なお、たまたま税関を通らずに外国から貨物を持ち込み、後に関税不払いを理由にそれが差し押さえられたときは、『異議を提起しての納付』がなければ、通常の訴訟を提起することができない。そこで、差押え物件の返還請求訴訟の提起を認め、その中で、そもそも課税対象か否かを裁判所の始審的審理に服せしめることを認めた例がある。Ex parte Fasset, 142 U. S. 479 (1892).
- (91) R. Strum, supra note 25, at 187; Gerhart, supra note 28, at 1149; Note, Effective Judicial Review of Antidumping Determinations, 12 Cornell Int'l L. J. 269, 279-80 (1979). これは前出注 (87) の②の時期である。
- (92) Stagow & Soukup, supra note 28, at 304-06. 前出注 (88) の③の時期である。
- (93) これは、巡回裁判所に訴訟が提起されていた一九〇九年までの時期、つまり前出注 (28) の①の時期において見られる現象である。その後は、②の時期を経て（この時期については未調査）、③の時期以降においては制度が明示的に変更されており、本文に述べたことはあてはまらない。後出注 (115) をよむその該当する本文を参照。
- (94) 価格評価規定の変遷については E. Freund, supra note 5, at 556-57. また、関税評価官による評価制度は、初期には輸入業者側の利益代表機能も果たすものであったが、この機能は制度改正によって次第に失われていった。Goodnow, The Collection of Duties in the United Sta-

tes, 1 Pol. Sci. Q. 36 (1886). 関税審判官による價格評價の終決性は、そのやむな制度変化には無関係に認められるべきものである。

- (5) R. STURM, supra note 25, at 170; Goodnow, supra note 4, at 315-16; Hankin, Conclusiveness of the Federal Trade Commission's Findings as to Facts, 23 Mich. L. Rev. 233, 235 (1925); E. FREUND, supra note 5, at 556.

- (6) Robertson v. Downing, 127 U. S. 608 (1888).

(6) 裁量と裁量外なる価格評価は「単なる価格評価の問題」「事実問題」「事実認定」なりと表現せしむる。他方「強迫義務と関する法律問題」は「この法決定の終決性本體の及ぼすものなり」なりと表現せしむる。Goodnow, supra note 4, at 315-16; Harzman, Judicial Review as a Requirement of Due Process in Rate Regulation, 30 Yale L. J. 681, 691 (1921); J. DICKINSON, supra note 3, at 274-76; J. HALL, Cases on CONSTITUTIONAL LAW 288 (1913).

- (7) J. DICKINSON, supra note 3, at 269-72.
- (8) Rankin v. Hoyt, 4 How. 327, 328-30, 335 (U. S. 1846); Bartlett v. Kane, 16 How. 263, 271-72 (U. S. 1853); Belcher v. Linn, 24 How. 508, 521-22 (U. S. 1861); Hilton v. Merritt, 110 U. S. 97, 102-04 (1884); Passavant v. United States, 148 U. S. 214, 219 (1893).

※ Goodnow, supra note 4, at 316.

(10) 連邦の国内輸入の税額と関する司法救済の規定例として一八六六年法 (14 Stat. 152) と、関税法の一八六四年法 (13 Stat. 215) を較べると、国内輸入のたゞ assess の言葉だけでなく、税率同一表現が用いられている。

- (11) Hilton v. Merritt, 110 U. S. 97, 105-06 (1884); Passavant v. United States, 148 U. S. 214, 218-220 (1893).

(12) Rankin v. Hoyt, 4 How. 327, 335 (U. S. 1846); Bartlett v. Kane, 16 How. 263, 272 (U. S. 1853); Belcher v. Linn, 24 How. 508, 521-25 (U. S. 1861); Hilton v. Merritt, 110 U. S. 97, 106-07 (1884); Passavant v. United States, 148 U. S. 214, 215, 220 (1893). ※ E. FREUND, supra note 5, at 297; R. STURM, supra note 25, at 170.

- (13) Stason, supra note 44, at 639.
- (14) Stason, supra note 44, at 640-45, 651. 輿論監視は、行政の行動の自由を以て Chicago v. Babcock, 204 U. S. 585, 596, 598 (1907) を参照。
- (15) Stason, supra note 44, at 646-51.
- (16) 第一巻註 (17) (18) をよむるに鑑みたる本文を参照。
- (19) J. LANDIS, THE ADMINISTRATIVE PROCESS 129-30 (1939); Monaghan, supra note 4, at 15. ※ 即ち、行政多々分析的な観念を以てするに依り、十分な説明と得られざる。

- (10) Rankin v. Hoyt, 4 How. 327 (U. S. 1846) (489 聖  
 律に於ては非難被); Bartlett v. Kane, 16 How. 263 (U.  
 S. 1853) (牛加菜の産産); Belcher v. Linn, 24 How. 508  
 (U. S. 1861).
- (11) Rankin v. Hoyt, 4 How. 327, 335 (U. S. 1846).
- (12) Albertsworth, supra note 33, at 142-43. 其の邦訳を  
 して Rankin v. Hoyt, 4 How. 327, 335 (U. S. 1846);  
 Hilton v. Merritt, 110 U. S. 97, 104-05 (1884); Passava-  
 nt v. United States, 148 U. S. 214, 220-21 (1893).
- (13) L. Jaffe, supra note 21, at 88, 91 (租税は「司法  
 行政」に於ては双方の対象となるべき問題である).
- (14) Albertsworth, supra note 33, at 143.
- (15) 28 U. S. C. §1582 (1982). R. STURM, supra note 25,  
 at 180-81. 其の邦訳を参照。
- (16) Season, supra note 44, at 641 n. 5.
- (17) Davidson v. New Orleans, 96 U. S. 97, 104-06 (18  
 78); Hager v. Reclamation District No. 108, 111 U.  
 S. 701, 710-12 (1884). 第一章を参照 (85) 及び (86) の  
 註記を本文を参照。
- (18) Long Island Water-Supply Co. v. Brooklyn, 166 U.  
 S. 685, 695 (1897) (ニューヨーク州の自治体の事案). 本  
 件で審査対象とされた basis of valuation は「当該権利が  
 取用しうるものか否か」という問題であった。Hardman,  
 supra note 99, at 690-91.
- (19) Crane v. Hahlo, 258 U. S. 142, 147-48 (1922) (「ハ  
 ーモン世」の事案).
- (20) Long Island Water-Supply Co. v. Brooklyn, 166 U.  
 S. 685, 694-95 (1897); Bauman v. Ross, 167 U. S. 548,  
 593-94 (1897); Backus v. Fort, 169 U. S. 557, 569 (18  
 98).
- (21) Williamsport Wire Rope Co. v. United States, 277  
 U. S. 551, 562 (1928).
- (22) Id. at 559. 他者の資料をみては本人の税額を計算す  
 る点に「我が国の推計課税とは異なる特殊な制度と思われ  
 る」。
- (23) この判決は行政裁量とすべきことの理由が述べられ  
 てある (Id. at 560-61, 561-62)。「関税の価格評価に關する  
 判例が引用されている (Id. at 561) が「これだけでは決め  
 手とならぬ。特別確定方法を採用するか否かの判断が、  
 その最も裁判所が行うべきものであるか」というかの議論が必  
 要である。
- (24) Decatur v. Paulding, 14 Pet. 497, 515 (U. S. 1840).  
 従軍中に死亡した海軍軍人の寡婦への半額の年金支払を  
 定める法律に Decatur 未亡人に一定の支払をすべき  
 という議会決議 (private act と思われる) の双方に基づい  
 て算出した額の支給を Decatur 未亡人が海軍長官に申請  
 したが「長官はいずれかのみによる支給額しか認められな  
 い」としてこれを拒否した事案である。



- (125) L. JAFFE, *supra* note 21, at 341.
- (126) Roberts v. United States ex rel. Valentine, 176 U. S. 221, 231 (1900). これは既に締結された政府契約の事案である。
- (127) United States ex rel. Dunlap v. Black, 128 U. S. 40, 48 (1888).
- (128) Brown, Fact and Law in Judicial Review, 56 Harv. L. Rev. 899, 922 (1943); L. JAFFE, *supra* note 21, at 337 及び前出注 (124) の Decatur v. Paulding (1840) に関する言及を強調しようとする。
- (129) United States ex rel. Burnett v. Teller, 107 U. S. 64, 68 (1882). なるべしの場合、「連邦議会の裁量で左右される」又は「議会がその事務を執行府行政官に委任すれば」その行政裁量に完全に委ねられるところのことを意味する。M. CARROW, *supra* note 33, at 63.
- (130) United States v. Babcock, 250 U. S. 328, 331 (1919). 本文で引用した「同国に対する権利」とは、いわゆる特権または恩恵のことである。
- (131) Lynch v. United States, 292 U. S. 571, 577 (1934).
- (132) L. JAFFE, *supra* note 21, at 91, 92. 同じく特権と分類される公有地不付の場合との比較として、前出注 (95) (96) 及びその該当する本文を参照。
- (133) Work v. United States ex rel. Rives, 267 U. S. 175 (1925). Dent Act の第五条が「政府の要請に従って軍需

- 用の希少資源を産出するための投資をなしたものの、停戦およびそれに伴う当該資源の市場終焉によって損失を被った者に対し、一定の損害填補をする規定である。内務長官は、「請求に基づき正当・衡平 (just and equitable) と考える額を決定し支払いをなす権限を与えられている。原告関係人は、その申請の一部支払いしか認められなかったため、その損害填補申請を全て認容することを内務長官に命ずるペンデュラムを訴求した。
- (134) 前出注 (124) 及びその該当する本文を参照。
- (135) Work v. United States ex rel. McAlester-Edwards Coal Co., 262 U. S. 200, 208-09 (1923). 鉱物賃借人 (lessees of the minerals) の保護のため、賃借人に「鉱土地表の優先的買取権 (a preferential right of purchase) を賃借人に与え、その買取価格は価格査定委員会の査定によるという制度の下での事例である。賃借人である原告関係人が買取権の実行として購入金額を支払ったところ、その受け取りを拒否されたので、内務長官等を被告として、原告関係人が優先的買取権を主張する鉱土地表の購入金額の受領と、当該土地の譲渡証書の発行を命ずるペンデュラム等を求めた。
- (136) Kendall v. United States ex rel. Stokes, 12 Pet. 524 (U. S. 1838). 原告関係人は前任の郵政公社総裁との郵便配達に関する一定の契約に基づき、一定の credits and allowances を受け取るものになった。ところが、

後任の総裁がこの支払いの保留決定をする一方で、財務省  
法務官は逆に、支払いをすべきとの決定をなした。同法務  
官は郵政公社総裁に対してその支払いを指示したが、総裁  
はそれに従う必要なしとして依然支払いを保留したままで  
あった(at 608-09)という、やや特殊な事案である。本件  
の事案については Lee, *supra* note 4, at 288-95を参照。

(37) *Roberts v. United States ex rel. Valentine*, 176 U.  
S. 221 (1900). 合衆国田納官 (Treasurer of the United  
States) に、マンデイイマスに利息支払いを求めた例である。

(38) *United States ex rel. Parish v. MacVeagh*, 214 U.  
S. 124 (1909). 政府と供給契約をした私人は、債務を履行  
したにもかかわらずその対価が支払われないと主張し、財  
務長官に対して支払いを命ずるマンデイイマスを訴求した。

[未完・一〇七巻五号に続く]

(東京大学大学院博士課程)